

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون - تيارت - الجزائر



العدد الرابع أكتوبر 2016

المراسلات و النشر:

ترسل جميع المراسلات باسم:

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت -
ص.ب 78 زعرورة - تيارت - 14000. الجزائر

عنوان البريد الإلكتروني:

majaletkolya@univ-tiaret.dz

majaletkolya11@gmail.com

رقم الإيداع 0444 - 2437 ISSN :

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون بتيارت- الجزائر

قواعد النشر بالمجلة

تنشر مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية الدراسات العلمية والفكرية في تخصصات الحقوق والعلوم السياسية المكتوبة باللغة العربية، والفرنسية أو الإنجليزية.

كيفية تقديم المقالات

تكتب المقالات المقدمة للمجلة على آلة الكمبيوتر بخط Arabic Typesetting مقاس 16 شريطة ألا يزيد عدد صفحات المقال عن 14 صفحة بما في ذلك الجداول والأشكال والمراجع، ويكون مصحوبا بقرص مضغوط، أو بنسخة بالبريد الإلكتروني لتسهيل عملية الطباعة.

ينظم المقال كالاتي:

عنوان المقال، اسم صاحب المقال، الكلية والجامعة والبلد، ملخص المقال باللغتين، ثم البحث.

المراجع:

تكتب المراجع داخل النص حسب الطريقة التالية: إذا كان كتابا يكتب اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، سنة الطبع، الصفحة.
أما إذا كان مجلة يذكر أسماء المؤلفين، عنوان البحث، سنة النشر، اسم المجلة، رقمها وعدد الصفحات المستغلة.
أما إذا كان قانونا يذكر رقمه، عنوانه، تاريخه، الجريدة الرسمية، العدد.
كما يتوجب على الباحث إتباع القواعد المتفق عليها عالميا في مجال الإحالات والاختصارات والمصطلحات.

ملاحظة:

بعد النشر يمنح صاحب المقال المنشور نسختين أصليتين من المجلة.
إن المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها ولا تلزم هيئة التحرير.
المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.

المدير الشرفي للمجلة:

الأستاذ الدكتور مدريل خلادي مدير جامعة ابن خلدون / تيارت

مدير المجلة:

الأستاذ الدكتور عليان بوزيان عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

رئيس تحرير المجلة:

الدكتور ويس فتحي

هيئة التحرير:

أ.د بوساحة الشيخ

د. عجالي بخالد

د. حساني علي

د. مقني بن عمار

أ. عبد الصدوق خيرة.

أ. صافة يمينة

محررة المجلة:

قاسمي عقيلة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د. معاشو عمار	جامعة تيزي وزو	د. بوراس عبد القادر	جامعة تيارت
أ.د. مروان محمد	جامعة وهران	د. بن عمارة محمد	جامعة تيارت
أ.د. شهيدة قادة	جامعة تلمسان	د. حساني علي	جامعة تيارت
أ.د. فئات فوزي	جامعة سيدي بلعباس	د. مبطوش الحاج	جامعة تيارت
أ.د. طيبي بن علي	جامعة سعيدة	د. قوسم حاج غوثي	جامعة تيارت
أ.د. عزى الزين	جامعة بسكرة	د. مداح حاج علي	جامعة تيارت
أ.د. فتاك علي	جامعة تيارت	د. مجري فاطمة	جامعة تيارت
أ.د. عليان بوزيان	جامعة تيارت	د. بوغرارة الصالح	جامعة تيارت
أ.د. خليل عمرو	جامعة البليدة	د. شامي أحمد	جامعة تيارت
أ.د. بوساحة الشيخ	جامعة تيارت	د. هروال هبة نبيلة	جامعة تيارت
د. ملزي عبد الرحمن	جامعة الجزائر	د. قايد ليلي	جامعة تيارت
د. جمعي ليلي	جامعة وهران	د. عبد العالي عبد القادر	جامعة سعيدة
د. شوتري أحمد	جامعة الجزائر	د. بومهدي بلقاسم	جامعة الجزائر
د. عبد الرحمن الشرفاوي	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. حبشي لزرق	جامعة تيارت
د. بشرى نذير	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. حمر العين عبد القادر	جامعة تيارت
د. مقني بن عمار	جامعة تيارت	د. بلفضل محمد	جامعة تيارت
د. هنان مليكة	المركز الجامعي بالبيض	د. بوشي يوسف	جامعة تيارت
د. بلقنيشي الحبيب	جامعة تيارت	د. سباحي خالد	جامعة تيارت
د. ويس فتحي	جامعة تيارت	د. حمر العين مقدم	جامعة تيارت
د. مكي خالدية	جامعة تيارت	د. طفياني مختارية	جامعة تيارت
د. عجالي بخالد	جامعة تيارت	د. رياحي أحمد	جامعة الشلف
د. بن عمارة أحمد	جامعة تيارت	د. بلاق محمد	جامعة تيارت
د. شواخ الأحمد	جامعة دار العلوم- الرياض (المملكة العربية السعودية)	د. كمال محمد الأمين	جامعة تيارت
د. لاريد محمد أحمد	جامعة سعيدة	د. لقمش محمد أمين	جامعة تيارت

كلمة التحرير

الحمد لله السميع العليم والصلاة والسلام على خير الأنام سيدنا محمد الرحمة المهداة، وعلى آله وصحبه الكرام، يقوم مجتمع المعرفة المنشود على إنتاج المعرفة ونشرها وتوظيفها بكفاءة في المجالات السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية...إلخ، لتحقيق التنمية المعرفية المستدامة من خلال ترجمة المفاهيم والأفكار المعرفية إلى قرارات وسياسات عامة وفقا لتخطيط استراتيجي مسبق ومنظم يسمح للأفراد بتحقيق مجتمع التنمية، الذي تكون فيه المعرفة إحدى قوى الإبداع والابتكار، والمؤسسات فيه فاعلة وقادرة على البقاء والاكتفاء الذاتي، ومن هنا، جاءت أهمية البحث القانوني والسياسي الأكاديمي كقوة اقترح لبناء مجتمع المعرفة في قيام الدولة المدنية التي يتحقق فيها العدل ويسودها مبدأ سيادة القانون.

وفي هذا الإطار تواصل مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارات- إصداراتها المحكمة في مختلف مجالات القانون والسياسة التي تهتم بمؤشرات مجتمع المعرفة في هذا العصر- في ظل التحولات التشريعية المعاصرة التي تشهدها الساحة الدولية والوطنية، خصوصا منها تلك التي حتمها التعديل الدستوري الأخير في الجزائر بموجب القانون 01/16، حيث صدر القانون رقم 13/16 المؤرخ في 03 نوفمبر 2016 المتضمن إحداث المجلس الوطني لحقوق الإنسان، والذي جعل من المجلس هيئة مستقلة توضع لدى رئيس الجمهورية، وضامنة للدستور وتعمل على ترقية وحماية حقوق الإنسان، والذي بموجبه ألغى الأمر 04/09 المؤرخ في 27 أوت 2009 المتعلق باللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها بما يستجيب للمعايير الدولية.

وعلى الصعيد التشريعي والسياسي شهدت الحياة الدستورية والقانونية صدور القانون العضوي رقم 10/16 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات، وكذا القانون العضوي رقم 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات، والقانون العضوي 12/16 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها، وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة والذي ألغى القانون العضوي 02/99، بما يستجيب للتعديلات الدستورية الأخيرة في مجال تدعيم الديمقراطية التشاركية.

وكذا صدر القانون 02/16 المؤرخ في 19 يونيو 2016، المتمم للأمر رقم 157/66 المتضمن قانون العقوبات، وكذا القانون 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية للتعرف على الأشخاص، وكذا القانون 06/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار.

كما صدر المرسوم الرئاسي رقم 201/16 المؤرخ في 16 يوليو 2016 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، والذي ألغى الرسوم الرئاسي رقم 143/89 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري. كما تجدر الإشارة إلى صدور النظام الجديد المحدد لقواعد المجلس الدستوري بالعدد 29 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ: 11 ماي 2016 والذي تم بموجبه إلغاء النظام القديم المؤرخ في 16 أفريل 2012.

وفي إطار هذه الترسنة من القوانين حاولت مقالات هذه العدد متابعة هذه التطورات التشريعية، لاسيما في مجال ترقية وحماية حقوق الإنسان.

كما احتوى العدد على مقالات في العلوم السياسية تتمحور حول موقف النقاد من التحولات السياسية في المنطقة العربية، بحكم ما آلت إليه الظروف الأمنية والاجتماعية والاقتصادية في المنطقة.

مدير المجلة:

أ.د/ عليان بوزيان

فهرس العدد

الرقم	مؤلف المقال	عنوان المقال	الصفحة
1/ فهرس مقالات القانون العام			
01	د/ بن عمار محمد - جامعة تيارت	مفهوم الجريمة المنظمة دوليا ووطنيا	01
02	د/ بلال محمد - جامعة تيارت	ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث	15
03	د/ جزول صالح - جامعة تلمسان	عقوبة العمل للنفع العام كبدل للحبس قصير المدة ومدى فاعلية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي	26
04	د/ كمال محمد الأمين - جامعة تيارت	الديمقراطية التشاركية في مادة التعمير	44
05	د/ يحيى عبد الحميد - جامعة مستغانم	تنظيم العمل العقابي في القانون الجزائري	52
06	د/ جطلي خيرة - المركز الجامعي تيسمسيلت	الحماية الجنائية للزوجة من خلال مستجدات القانون 19/15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات	63
07	أ/ بردال سمير - جامعة تيارت	خصوصية الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي ومظاهر تميزها عن الجرائم التقليدية	78
08	أ/ بختي نفيسة - جامعة معسكر	مضمون التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر	95
09	أ/ جلطلي منصور - جامعة مستغانم	الطبيعة الاجتماعية للإصلاح الدستوري	105
10	أ/ مجادي نعمة - جامعة تيارت	الوساطة الجنائية في التشريع الجزائري و القانون المقارن	119
11	أ/ بوسحابة لطيفة - جامعة تيارت	التدخل الدولي وجدلية السيادة	139
12	عميري أحمد - باحث دكتوراه - بجامعة سيدي بلعباس.	دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية	149
2/ فهرس مقالات القانون الخاص			
13	د/ بلكرشة راجح - جامعة تيارت د/ حساني علي - جامعة تيارت	ضمانات التعامل بالسفينة والتسجيل المحاسبي لها	169
14	د/ عباس الطاهر - جامعة مستغانم د/ حميدة نادية - جامعة مستغانم	تصويت المساهم في شركات المساهمة	222
15	د/ شامي أحمد - جامعة تيارت د/ مقني بن عمار - جامعة تيارت	تفسير شؤون الأوقاف في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي	244
16	د/ عليان عمدة - المركز الجامعي غليزان	خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري وأثرها على توازن الأداءات	257
17	أ/ حاج شعيب فاطمة الزهرة - جامعة تيارت	الحماية المدنية للعلامة التجارية - دراسة مقارنة -	274
18	أ/ بن شنوف فيروز - المركز الجامعي تيسمسيلت	مظاهر تحديد المسؤولية من خلال المؤسسة ذات الشخص الوحيد (دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والجزائري)	288

19	أ/ موشعال فاطيمة- جامعة تيارت	313	انحلال الزواج في القانون البولي الخاص
20	أ/ زابر فاطمة الزهراء-جامعة تلمسان	327	أحكام البنوة في الروابط الدولية الخاصة
21	أ/ الخيرو عبد القادر- جامعة وهران	336	شخصية الوقف الاعتبارية و أثرها في حايته
22	أ/ باهه فاطمة- جامعة تيارت	350	الكتابة الرسمية الإلكترونية لإثبات التصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية "دراسة مقارنة"
23	أ/ صافة خيرة- جامعة تيارت	366	أشخاص التوزيع - الوسطاء-
24	أ/ سعاد دراح - بجامعة البويرة	384	التطور التشريعي لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في القانون المدني الجزائري
25	بلبشير إكرام، باحثة دكتوراه- جامعة وهران 2	398	الطعن في الأوامر والقرارات الاستعجالية الصادرة عند القضاء العادي
26	مزواغي ميلود- طالب دكتوراه- جامعة مستغانم	407	تسوية وضعية البنايات المشيدة على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة بالدولة في ظل القانون رقم 15-08

3/ فهرس مقالات العلوم السياسية

27	د/ صالح عبد الرزاق فالح الخوالدة- باحث في الشؤون السياسية - المملكة الأردنية الهاشمية	425	حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها (1921-2012)
28	د/ محمد بلفضل- جامعة تيارت	444	دور المجتمع المدني في تكريس الوعي البيئي
29	أ/ سيد أحمد كبير -جامعة تيزي وزو	460	"الربيع العربي" ... ومنطق الديمقراطية الأمريكية

4/ فهرس مقالات اللغة الأجنبية

30	Boudiaf kheir - Doctorant- l'Université d'Alger 1.	485	Le règlement interne du contentieux général en matière de sécurité sociale

مفهوم الجريمة المنظمة دوليا ووطنيا^{1*}
د/ بن عمارة محمد- أستاذ محاضر "أ"- جامعة ابن خلدون- تيارت

ملخص :

خضع مصطلح الجريمة المنظمة لاهتمامات الباحثين المهتمين بالموضوع، إذ سال الكثير من الخبر في سبيل ضبطه وإبراز خصائصه، فالبعض يراه من خلال فكرة التنظيم ويقصد به الترتيب والتنسيق بين أعضاء داخل بنية و هيكل شامل وكامل هدفه القيام بعمال إجرامية، يخضع لجميع لنظام سلطوي تحت رئاسة زعيم، والبعض الآخر يراه من خلال عدد الأعضاء إذ يرى هؤلاء أن الجريمة المنظمة يقوم بها عدد من الأعضاء يفوق 3 فأكثر منهم المشرع الايطالي، ومنهم من لم يضع عدد معين فقط توفر نية إجرام جماعية كالمشرع الفرنسي والألماني.

في حين يرى آخرون أن مفهوم الجريمة المنظمة يخضع لمعيار الاستمرارية و الدوام أي اتفاق بين أشخاص بشكل دائم على ارتكاب جرائم بهدف جمع ثروة أو تحقيق هدف ما.

كما يرى جانب هام من الفقه أن الاهتمام في ضبط تعريف الجريمة المنظمة يجب أن يعتمد على السلوك الإجرامي لا الفعل المجرم ذاته كما هو الحال في الجرائم التقليدية (1).

اختلف الفقه في تعريف الجريمة المنظمة دوليا ووطنيا، و لم يتم التوصل إلى تعريف جامع مانع ، و هذا راجع لعدة عوامل سياسية منها و اجتماعية و ثقافية.

و لهذا رأينا أن نسلط الضوء على مختلف التعاريف التي وردت بشأن الجريمة المنظمة من الشرطة الدولية إلى الاتحاد الأوروبي إلى الرابطة الدولية للقانون الجنائي، إلى القانون الجزائري.

و عليه نقسم بحثنا إلى محورين نتطرق في المحور الأول إلى خصائص الجريمة المنظمة و في المحور الثاني تعريف الجريمة المنظمة دوليا و وطنيا ثم خاتمة نخلص من خلالها لنتائج البحث.

Résumé

le terme crime organisé est un terme qui intéresse depuis le temps les chercheurs en droit pénal , or leur objet était de fixer les limites de ce terme et ses caractéristiques , certains voient le crime organisé à travers l'idée de l'organisation des criminelles et l'arrangement et la coordination entre ses membres au sein de la structure globale et

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016/07/14

l'ensemble criminel, sous réserve destiné à tout le système et la présidence d'un dirigeant autoritaire, autres voient le crime organisé a travers ses membres qui doit être trois et plus comme en droit italien, et certains d'autre ne donne le nombre aucune importance comme le droit français et allemand .

Alors que d'autres soutiennent que la notion de crime organisé est soumis à la continuité standard et constante tout accord entre les personnes sur une base permanente pour commettre des crimes dans le but d'amasser une fortune ou d'atteindre un certain objectif.

Autres donnent importance au sujet du crime organisé au comportement du criminel pas au acte criminel pas comme est le cas dans des crimes traditionnels.

En matière de définition du crime organisé à l'échelle internationale et nationale, on n'a pas pu atteint a une définition inclusif, et cela est dû à plusieurs facteurs, y compris politique, social et culturel.

Pour cela, nous avons vu que mettre en évidence les différentes définitions contenues sur le crime organisé de la Police internationale à l'Union européenne à l'Association internationale de droit pénal, à la loi algérienne.

Nous en avons discuté le sujet en divisant cette étude en deux axes dans le premier les caractéristiques de la criminalité organisée et dans le second définition du crime organisé international et national, et en Conclusion les résultats de recherche.

مقدمة :

تعتبر الجريمة المنظمة جريمة غير تقليدية لأنها أصبحت أكثر احترافية ، تهدد الدول و المجتمعات من خلال تجاوز الحدود في تهديد الأمن الجماعي .

عرفت الجريمة المنظمة بعد الحرب العالمية الثانية و هو ما عرف آنذاك بالمافيا و أول مكان انطلقت منه جزيرة صقليا بإيطاليا (2) .

لدى دراستنا للجريمة المنظمة لاحظنا أنها تختلف عن الجريمة العادية ، من حيث التعريف و التكوين و الأركان والخصائص بل و حتى الأهداف ، و هذا عائد لكون الدول لم تتفق على تعريف موحد جامع مانع لها، رغم أن تعريف الأمم المتحدة من خلال اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة كان اقرب إلى جمع التشريعات على تعريف اقرب إلى الجميع و الذي نص : " الجماعة الإجرامية المنظمة هي جماعة موجودة لفترة من الزمن و تعمل بصورة مستمرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المحرمة وفقا لهذه الاتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى ."(3)

غير انه و رغم ظهور الجريمة المنظمة من مدة زمنية طويلة و رغم تعريف الأمم المتحدة إلا انه لم يتمكن الفقه و لا التشريع من ضبط المفهوم مثل مصطلح الإرهاب و هذا عائد إلى اختلاف المعيار المعتمد عليه ، فالبعض يربطها بعدد أفرادها ، و البعض الآخر بمدى استمرارها زمنيا و مكانيا و هناك من يجمع بين التعريفين تعدد الأطراف و الدوام .

و عليه يثير مفهوم الجريمة المنظمة نوع من الخلط بينها و بين الجريمة التقليدية ، خاصة تلك التي ترتكب بوسائل متقنة و في غاية الدقة و التخطيط .

فهل يمكن الوصول إلى اتفاق إلى تعريف شامل جامع مانع للجريمة المنظمة ؟ ، و هل هناك ضوابط لكل تعريف يمكن جمعها و تصنيفها ؟ ، و ما هي خصائص الجريمة المنظمة ؟ و ما هي أهم التعريفات الدولية و الوطنية للجريمة المنظمة ؟ ، و ما هي أنواعها استنادا إلى مختلف التعريفات ؟.

هذا ما سوف نحيب عنه في محورين تتطرق في المحور الأول إلى خصائص الجريمة المنظمة مقارنة مع الجريمة التقليدية و تعريفاتها الدولية و الوطنية في محور ثاني ، ثم نختم بخاتمة نخلص فيها لأهم النتائج المتوصل إليها .

المحور الأول : خصائص الجريمة المنظمة

تعتبر المنظمات الإجرامية منظمات خاصة تتألف من مجموعة من الرجال أو النساء يكون لهم زعيم مطاع من قبل الجميع. وتكون لهذه المنظمة قوانين صارمة و يجب على كل فرد الانضباط بها. وعادة ما تقوم هذه المنظمات بأعمال إجرامية تختلف في دراجتها مثل القتل، الابتزاز، السرقة، الخطف، والقيام بأعمال ضد الدولة والكثير من الأعمال الإجرامية والإرهابية. ومن أشهر تلك العصابات : منظمة عصابات المافيا في إيطاليا ومنظمة عصابات الياكوزا في اليابان.

و من أجل أن يزدهر أي تنظيم إجرامي، لابد أن يتلقى قدرا من الدعم والتأييد من المجتمع الذي يعيش فيه، ولذلك من الضروري أن يقوم التنظيم الإجرامي بإفساد أعضاء المجتمع المهمين، ويتم تحقيق ذلك عن طريق الرشوة والابتزاز وإقامة علاقات تكافلية مع الأعمال التجارية المشروعة. خصوصا القضاة وضباط الشرطة والمشرعين فهم الأكثر استهدافا والأكثر عرضة للرشوة من قبل التنظيم الإجرامي وتقديم المساعدة للمستنفذين بغية ابتزازهم لاحقا.

أصبحت الجريمة تقترب بشكل أكثر احترافية عن ذي قبل ، و لم تعد تهدد امن الأفراد و إنما تعدى الأمر إلى تهديد دول و تنظيمات ، بحيث تجاوز العمل الإجرامي الحدود ، و أصبحت تهدد التنمية و الاقتصاد.

يعتبر مفهوم الجريمة المنظمة مفهوم معقد و متشابك ، فهي ذات طبيعة خاصة بالنظر لأنواعها و خصائصها و أهدافها و أركانها .

فمن الجرائم المنظمة الجرائم المعلوماتية المتصلة أساسا بالتكنولوجيا مثل سرقة الحسابات البنكية ، و جرائم الاتجار بالأطفال و النساء و الأعضاء البشرية ، الاعتداء على البيئة و نقل النفايات السامة ، غسيل الأموال و تبييضها ، الرشوة و الفساد المالي ، ترويج المخدرات ، الاتجار بالأسلحة ، الاتجار في الأيدي العاملة المهاجرة .

و بناءا عليه يمكن استخلاص خصائص الجريمة المنظمة من خلال إبراز أنواعها، فمن خصائصها:

أولا : من حيث الهيكل .

1- عدد الأعضاء (4)

تشتترط العديد من التشريعات عددا معينا من الأشخاص الضالعين في العمليات الإجرامية لا يقل عن ثلاثة، حتى توصف بالجريمة المنظمة ، و هذا ما اخذ به القانون الايطالي و الاتحاد الأوروبي .

في حين هناك تشريعات أخرى لم تضع عددا من الجناة حتى توصف بأنها جريمة منظمة على غرار التشريع الفرنسي و الألماني .

في حين اشترطت اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة أن تكون العصابة مكونة من 3 أشخاص بض النظر عن موضوع الفعل الإجرامي .

2- التنظيم : (5)

إن الوصف الدقيق للشبكة الإجرامية المنظمة، كان ولا يزال محور خلاف بين الباحثين، ولكنهم على الأقل يجمعون على أن هناك إدارة عليا تقوم بتنسيق العلاقة بين النشاطين المقبول وغير المقبول قانوناً، كما أنها تستلزم مجموعة بشرية تشكل نقطة فاصلة بين طبقتي التداخل للنشاط المقبول والنشاط الإجرامي، وتسمي الإدارة الوسطي، أما الطبقة الثالثة فهي المستوي الأدنى من العاملين والذين يقودون التنفيذ الميداني للأفعال الإجرامية المباشرة، وبالإضافة إلى ما ذكر فإن هناك الموظفين المؤقتين، وهم الذين يضافون إلى طاقة العمل الإجرامي وفق مهمات محددة ولأغراض التمويه أو التنفيذ السريع، بما يكفي لتضليل أي جهات أمنية مختصة تعمل لمدة طويلة بغية كشف خيوط هذه العصابات الإجرامية.

ومن ذلك يمكن القول، أن جماعات الجريمة المنظمة تقوم على تنظيم هرمي متدرج، قائم على أساس المستويات المتدرجة الواضحة، والتدرج الرئاسي للسلطة والمسؤولية ووحدة الأمر، كما أنه تنظيم محكم البناء ويتصف بالثبات والاستمرارية، ويتحكم النظام الصارم في العلاقة بين الرؤساء والأعضاء، وتستقر في يد القائد الرئيس الأعلى السلطة المطلقة على جميع الأعضاء، ومع أن هذا التنظيم قائم على أساس نظام استبدادي في تركيز السلطة، فإنه يهتم بتفمية مشاعر الانتماء للسلطة لدى الأعضاء، حيث يمنح اهتماماً واضحاً لرعاية شؤونهم

الخاصة، كراية الأسرة وكفالتها في حالة فقد عائلها وتوفير الضمانات المختلفة ونظم المعاشات والتأمينات والدفاع عنهم وتوكيل المحامين ودفع الكفالات المالية وتقديم الخدمات القانونية في حالة إلقاء القبض على أحد العناصر.

وقد أدت هذه المميزات الهامة ببعض الباحثين إلى القول بأن السمة الأكثر أهمية للجريمة المنظمة، تتمثل في نمطها الإقطاعي وتمتع القادة بكل القوة والولاء من جانب الأعضاء التابعين، والذين يختلفون بين الموظفين الذين ينوبون عن القادة ومن يطلق عليهم اسم الأقنا أو العبيد.

وقد أكد بيرجس " Burgess " نفس المعنى بقوله " أن اتحاد الجريمة المنظمة يتأسس ببعضه بواسطة قادة أقوياء وعلاقات ولاء شخصي شديدة، وبواسطة قواعد الأخلاق بين أعضاء العصابات ومن خلال الاتفاقيات مع رؤساء العصابات وبواسطة الحرب الإجرامية المشتركة والمعلنة ضد قوى المجتمع.

يعتبر التنظيم الصفة الأساسية والرئيسية للجريمة المنظمة ، و يقصد به الترتيب و التنسيق و جمع الأعضاء داخل بنية أو هيكل شامل و متكامل ، يهدف إلى القيام بأعمال إجرامية ، و يكفل هذا التنظيم خضوع الأعضاء إلى نظام سلطوي رئاسي ، بحيث يكون الأعضاء تحت قيادة زعيم أو قائد أو هيئة عليا تكون مسئولة عن اتخاذ القرارات و توجيه الأعضاء إلى تحقيق أهداف إجرامية .

3- التخطيط (6)

يعتمد نظام العصابات المنظمة على التخطيط المحكم ، و هو ما يتحقق بناء على عمل جماعي ، بحيث يتم تقسيم الأدوار بين الأعضاء ، و يتم تنفيذ المهام المسندة إلى كل عضو بكل صرامة و غالبا ما يكون التخطيط من جانب قيادة مصغرة تصدر قرارات صارمة و إلزامية دون مناقشة أو مشاورة مع الجانب التنفيذي ، كما أن الأعضاء الأقل مرتبة ينفذون ما يؤمرون به دون أدنى تفكير في العواقب أو ما شابه ذلك .

تشهد التنظيمات الإجرامية نمواً تنظيمياً ملحوظاً في الآونة الأخيرة، وقد انعكس هذا النمو على بناء التنظيمات الإجرامية وجعلها أكثر تعقيداً، وأثر كذلك على تنوع نشاطاتها واقتنائها بالنجاح الدائم في أغلب الأحوال، الأمر الذي أفضى الكثير من السرية والتكتم في تنفيذ أعمالها الإجرامية وتحركات عناصرها، وقد ظهر هذا النمو التنظيمي المعقد للتنظيمات الإجرامية جلياً في تغلغل التنظيم في النظام الرأسمالي العالمي.

كما أن عصابات الإجرام المنظم تتميز بكونها يصعب القبض على خيوطها، رغم سلوكها الإجرامي، لأنها تحتاط من الوقوع في صيغة المخالفات القانونية المكشوفة، وفي الحقيقة فإن الجرائم المنظمة لا تبدو في ظاهرها مخالفة للقانون الجنائي، خاصة من حيث مرحلة التخطيط والتوجيه والسرية الشديدة، وتبرز أنشطة لا تقود إلى الإدانة المباشرة بفعل مجرم، وما تشمله تلك النشاطات الإجرامية هي أبعاد منفصلة عن القيادة الإجرامية المباشرة، فالاستغلال والاحتياط والتخريب وتسويق المخدرات، وبيع الأسلحة، وتبييض الأموال، هي أمور تنفصل فيها إدارة الشبكة عن العناصر الميدانية.

كما أن الشبكة المعقدة المعروفة في الجريمة المنظمة بالتحليل المهني، أكثر من التصنيف الجنائي المباشر، وتتواجد ضمن منظمات إجتماعية قانونية، كالتجارة القانونية والنشاطات المحترمة نظاماً، كالعملالة، والخدمات الفندقية، والصحة والسياحة، والأعمال الخيرية.

بالإضافة إلى ذلك فإن نشاطات الجريمة المنظمة، هي نشاطات سرية وتعتمد كلية على الثقة بين المتعاملين داخل المنظمة، كما توجد قوانين داخلية صارمة تفرض عقاباً لمن يحاول خيانة المنظمة أو إفشاء أسرارها، وقد يصل العقاب إلى حد القتل مع التمثيل بالجثة ليكون عبرة لغيره.

ونتيجة لهذا كان من الصعب معرفة أسرار المنظمات الإجرامية، أو زرع مرشدين داخلها لمعرفة حجم نشاطهم.

4- التكامل (7)

يعد التكامل أهم ميزة في الجريمة المنظمة ، و هذا لوجود صلة متينة بين مختلف مكوناتها بحيث كل حلقة تكمل الأخرى ، فتجار المخدرات يتعاملون وفق سلسلة منظمة من المادة الخام إلى الإنتاج إلى العبور إلى التوزيع إلى الاستهلاك ، و هذا ما تعتمد عليه المصالح الأمنية في كسر حلقة من هذه الحلقات و بذلك يسقط الهرم الذي تبنى عليه العصابة الإجرامية .

5- التعقيد و السرية (8)

و من أسباب حياة المجموعات الإجرامية المنظمة التعقيد و السرية ، و يلاحظ ذلك من خلال التنسيق بين مجموعات إجرامية تنشط في مجالات متكاملة ببعضها البعض ، فتجار المخدرات ينسقون مع تجار الأسلحة ، و تجار التزوير مع مروجي المخدرات و هكذا .

تشهد التنظيمات الإجرامية نمواً تنظيمياً ملحوظاً في الآونة الأخيرة، وقد انعكس هذا النمو على بناء التنظيمات الإجرامية وجعلها أكثر تعقيداً، وأثر كذلك على تنوع نشاطاتها واقتنائها بالنجاح الدائم في أغلب الأحوال، الأمر الذي أفضى الكثير من السرية والتكتم في تنفيذ أعمالها الإجرامية وتحركات عناصرها، وقد ظهر هذا النمو التنظيمي المعقد للتنظيمات الإجرامية جلياً في تغلغل التنظيم في النظام الرأسمالي العالمي.

كما أن عصابات الإجرام المنظم تتميز بكونها يصعب القبض على خيوطها، رغم سلوكها الإجرامي، لأنها تحتسب من الوقوع في صيغة المخالفات القانونية المكشوفة، وفي الحقيقة فإن الجرائم المنظمة لا تبدو في ظاهرها مخالفة للقانون الجنائي، خاصة من حيث مرحلة التخطيط والتوجيه والسرية الشديدة، وتبرز أنشطة لا تقود إلى الإدانة المباشرة بفعل مجرم، وما تشمله تلك النشاطات الإجرامية هي أبعاد منفصلة عن القيادة الإجرامية المباشرة، فالاستغلال والاحتيال والتهريب وتسويق المخدرات، وبيع الأسلحة، وتبييض الأموال، هي أمور تنفصل فيها إدارة الشبكة عن العناصر الميدانية.

كما أن الشبكة المعقدة المعروفة في الجريمة المنظمة بالتحليل المهني، أكثر من التصنيف الجنائي المباشر، وتتواجد ضمن منظمات اجتماعية قانونية، كالتجارة القانونية والنشاطات المحترمة نظاماً، كالعملية، والخدمات الفندقية، والصحة والسياحة، والأعمال الخيرية.

بالإضافة إلى ذلك فإن نشاطات الجريمة المنظمة، هي نشاطات سرية وتعتمد كلية على الثقة بين المتعاملين داخل المنظمة، كما توجد قوانين داخلية صارمة تفرض عقاباً لمن يحاول خيانة المنظمة أو إفشاء أسرارها، وقد يصل العقاب إلى حد القتل مع التمثيل بالجثة ليكون عبرة لغيره.

ونتيجة لهذا كان من الصعب معرفة أسرار المنظمات الإجرامية، أو زرع مرشدين داخلها لمعرفة حجم نشاطهم.(19)

ثانياً : من حيث طبيعة النشاط

من طبيعة نشاط العصابات المنظمة الاحتراف و الاستمرارية و استخدام العنف .

1 - الاحتراف :

عادة ما يكون أعضاء المجموعة أو العصابة التي ترتكب الجريمة المنظمة من لهم سوابق عدلية و احترافية في العمل الإجرامي .

و ما يقوم به أعضاء العصابة يننى على أساس الوحشية و التفنن في إلحاق الأذى بالغير و العمل الدنيء ، كما أن الاحتراف يكون دقيق فهناك من هو متخصص في المخدرات و آخر في السلاح و آخر في المتفجرات و ثالث في السرقة و رابع في الرقيق و المتاجرة في البشر ، و هذا الجانب الخاص بالاحتراف عادة ما يكون الطريق الذي تتبعه المصالح الأمنية و يلقون القبض على أفراد العصابة الإجرامية .

2- الاستمرارية :

و يقصد بذلك عمل العصابة المنظم الدائم بغض النظر عن حياة الأفراد ، فإذا غاب فرد منها خلفه آخر بنفس النشاط و نفس المهمة ، فالعصابة تستمد نشاطها عن طبيعة عملها و ليس من أعضائها ، فإذا كانت متخصصة في سرقة السيارات يستمر نشاطها بنفس المهام و لو تغير كل أفرادها و إذا كانت متخصصة في المخدرات أو تجارة البشر أو الخطف ، يستمر عملها بنفس الوتيرة التي كانت عليها من ذي قبل .

3- استعمال العنف :

إن من إستراتيجية العمل الإجرامي المنظم استخدام العنف و غالباً ما يصل إلى القتل و الخطف و الضرب و الجرح المفضي إلى الموت و التعذيب ، و هذا من ضمن أهداف العصابة عادة بغرض إرهاب و محاولة إخضاع من يرفض الانصياع لها .

و العنف يستعمل أيضا للقضاء على من ينافس هذه العصابة من العصابات الأخرى خاصة إذا دخلت مجال التخصص الذي تنشط فيه مثل المخدرات أو سرقة السيارات أو المتاجرة بالبشر أو الأعضاء البشرية .
و استعمال العنف و التهيب و إن كان أسلوب الجماعات الإرهابية، خاصة القتل الجماعي و تخطيم الممتلكات حتى طالب الدول، هو في الحقيقة مستمد من عمل المجموعات الإجرامية المنظمة كأسلوب عمل يحقق الكثير من الأهداف غير المشروعة .

المحور الثاني : تعريف الجريمة المنظمة دوليا ووطنيا- القانون الجزائري-

صارت الجريمة حدثا يوميا نسمع بها ونراها أحيانا ونقرأ في الصحف عنها في أحيانا أخرى.. جرائم لا نستنكر بشاعتها فحسب بل ننهبها وخاصة إذا كانت من صنف الجرائم المنظمة ذات الخطورة الكبيرة، فالجريمة المنظمة واقع حي ومعاش ليس فقط على مستوى وطننا، بل يتعداه ليشمل معظم دول العالم.

لكن إذا أردنا أن نعطي تعريفا لمعنى الجريمة المنظمة فنجد من الصعب تحديد ذلك، لأن التعريف يحتاج أولا إلى وضوح الصورة ، بحيث يكون التعريف موضحا معالم تلك الصورة ، وفي مجال الجريمة المنظمة قد تتسع الدائرة وقد تضيق ، فالبعض يرى الجريمة المنظمة من خلال فكرة التنظيم الوارد في إعدادها ، و البعض الآخر يرى الجريمة المنظمة من خلال الاستمرارية و البعض الآخر يراها من خلال تواطؤ مجموعة من الأفراد على الإعداد لها بطريقة تكفل لها النجاح و الاستمرارية.

كلمة الجريمة المنظمة تفيد معنى التنظيم وهذا يدل على أن المقابل للجريمة المنظمة هي الجريمة غير المنظمة ، وعدم التنظيم يفيد معنى الفوضى ، إلا أن المقصود كما يتبادر إلى الذهن هو الجريمة الجماعية التي اشترك في إعدادها عدد من الناس ، كل فرد منهم شارك بجزء من المهمة بعد أن جرى تقسيم الأدوار بينهم ، بحيث يصعب على أي فرد منهم أن يقوم بالجريمة منفردا ، ومن الطبيعي أن الأمر يحتاج إلى استخدام الذكاء و العقل وبعض الوسائل العلمية و التقنية لكي تكون الجريمة في دائرة الجريمة المنظمة.

الاختلاف في التعريف ناتج عن اختلاف النظرة إلى الجريمة المنظمة ، إلا أن ذلك الاختلاف لا يلغي الخصائص التي يمكن أن تلتقي بعض الأضواء على طبيعة الجريمة المنظمة ، والخصائص مستقاة من التصور المبدئي لكلمة (التنظيم) في الظاهرة الإجرامية وكلمة التنظيم أعم وأشمل من أن تكون مقتصرة على مشاركة مجموعة من الناس في عمل إجرامي وهي أشمل من أن يكون التنظيم قاصر على استعمال الوسائل التقنية ونستطيع أن نصف الجريمة المنظمة بأنها الجريمة التي أفرزتها الحضارة المادية لكي تمكن الإنسان المجرم من تحقيق أهدافه الإجرامية بطريقة متقدمة ، لا يتمكن القانون من ملاحقته بفضل ما أحاط به نفسه من وسائل تحصن أغراضه الإجرامية ، و لتحقيق هذه الغاية لابد من تعاون مجموعة من المجرمين

كلمة " التنظيم " لا ينبغي أن تكون قاصرة على العدد ، لأن الحديث عن الجريمة هو حديث عن جريمة تمثل خطرا كبيرا على المجتمع لأن المجرم أستخدم فيها ذكائه وعقله ، وأمتن ذلك العمل كوسيلة للكسب ، بحيث يخفي أمره على كثير من الناس الذين يتعاملون معه ، وهذه الجريمة تختلف عن الجرائم الأخرى الفردية التي يقوم بها المجرم في لحظة انفعالية أو استجابة لرغبة غير مدرسة ، بحيث يسهل اكتشاف أمره بسهولة ويسر .

تقوم الجريمة المنظمة على تنظيم مؤسسي ثابت ، و هذا من خلال بناء هرمي للقيادة و المهام فيها تقوم على أساس الولاء و النظام الداخلي ، و أهم عنصر لها الاستمرارية و عدم التوقيت ، غير ان هذا يشير نوع من الخلط بين الجريمة المنظمة و المنظمات الإرهابية ، خاصة من حيث الأهداف لان الأولى هدفها مالي ، و الثانية سياسي ، رغم العديد من النقاط المشتركة بين النظامين من حيث التنظيم و البناء الهرمي و النظام الداخلي الصارم و الاستمرارية .

أولا : التعريف الدولي

1- تعريف الانتربول للجريمة المنظمة (9)

عرفت الندوة التي عقدها الانتربول حول الجريمة المنظمة بفرنسا في شهر ماي من سنة 1988 على أنها: "جماعة من الأشخاص تقوم بحكم تشكيلتها بارتكاب أفعال مشروعة بصفة مستمرة و تهدف إلى تحقيق الربح و لو تجاوزت أنشطتها الحدود الوطنية " .

كما عرفها الملتقى الخامس للانتربول الذي تم عقده بمقرها بمدينة ليون الفرنسية و ذلك بتاريخ 14/12/1995 ، بأنها: " تعتبر الجريمة، جريمة منظمة إذا شارك في الفعل أكثر من شخصين في إطار جغرافي يتعدى حدود البلد في فترة محدودة هدفهم الثراء و الربح و كانت المهام مقسمة فيما بين أعضاء العصابة في إطار منظم مع استعمال القوة." .

غير أن هذا التعريف وردت عليه ملاحظات من عدة دول منها الولايات المتحدة الأمريكية و كندا ، بدعوى أن هذا التعريف لم يشر إلى استخدام العنف لتحقيق أهداف الجماعة الإجرامية المنظمة و هذا ما جعل الانتربول يعيد التعريف و يضيف شرطا في تكوين الجماعة المنظمة و هو الهيكل التنظيمي و يضيف أيضا عنصرا آخر و هو التخويف و الفساد في تحقيق أهدافها .

2- تعريف الاتحاد الأوروبي (10)

في سنة 1993 وضعت مجموعة مكافحة المخدرات و الجريمة المنظمة بالاتحاد الأوروبي تعريفا للجريمة المنظمة على أنها : " جماعة مشكلة من أكثر من شخصين تمارس نشاطا إجراميا بارتكاب جرائم جسيمة لمدة طويلة أو مدة محدودة أو غير محدودة و يكون لكل عضو فيها مهمة محددة في إطار التنظيم الإجرامي ، و تهدف للحصول

على السطوة أو تحقيق الأرباح و تستخدم في ارتكابها الجريمة العنف و التهديد ، و التأثير على الأوساط السياسية و الإعلامية و الاقتصادية و الهيئات القضائية " .

3- الدورة 22 للندوة الإقليمية الإفريقية "للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (11)

تم تأسيس الندوة الإفريقية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية سنة 1962 و هي ثاني أعلى هيئة للقرار على المستوى الإقليمي في ميدان التعاون الدولي بعد الجمعية العامة و التي عرفت الجريمة المنظمة على أنها : " الجريمة المنظمة ترتكب من مجموعة أشخاص يجمعهم تنظيم هرمي محدد بهدف تحقيق الربح ، بممارستها لأنشطة مشروعة و غير مشروعة و غالبا ما تستخدم التهديد و العنف والرشوة إضافة إلى إمكانية امتداد نشاطها إلى خارج حدود الدولة " .

4- تعريف الرابطة الدولية للقانون الجنائي

تم عقد المؤتمر الدولي السادس عشر بشهر سبتمبر من سنة 1999 " بيودابست " لتحديد خصائص الجريمة المنظمة ، و تم تحديد ذلك من خلال الأهداف منها الحصول على الربح او السلطة او الاثنين معا ، و ذلك من خلال استخدام مستوى عالي من التنظيم و حددت جملة من الخصائص في التنظيم و هي :

- تقسيم العمل داخل التنظيم .
- تكيف أعضاء التنظيم مع الأهداف .
- السرقة .
- الخلط بين الأنشطة المشروعة و غير المشروعة .
- تفادي تطبيق القانون من خلال التخويف و الفساد .
- القدرة على نقل الأرباح .

5- تعريف الأمم المتحدة للجريمة الإجرامية المنظمة (12)

أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية و التي عرفت الجريمة المنظمة في مادتها الثانية بأنها : " جماعة ذات هيكل تنظيمي تتألف من ثلاثة أشخاص فأكثر موجودة لفترة من الزمن و تعمل بصورة متضاربة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المحرمة من اجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى " .

6- تعريف "جيوفاني فالكوني"

يعتبر جيو فاني فالكوني قاضي محكمة "بالير" العدو الأول للباپيا الايطالية و الذي عرف الجريمة المنظمة على أنها : " ليست تنظيم إجرامي بسيط ترتكب جرائمه بعد تفكير و تدبير بل أنها مجتمع إجرامي متماسك و مغلق يضم المئات و الآلاف من المجرمين و يعتمد على زرع الخوف في القلوب و يرتكب جرائمه على مرأى و مسمع من الأجهزة السياسية و التنفيذية بعد ملأ أفواههم بالنقود

ثانيا : في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري و بمناسبة تطرقه لتعريف الجريمة المنظمة ، قام بتعديل المواد 176 و 177 من قانون العقوبات المتعلقة بتكوين جمعيات أشرار بغرض ارتكاب جنح بموجب قانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 و ذلك من خلال التوسيع من مجال جمعية الأشرار ، و كذا تعديل المادة 177 مكرر 1 الخاصة بمسئولية الشخص المعنوي جنائيا ، و هو ما يعتبر تلميحا أو تصريحاً بالجريمة المنظمة .

و عرفها على أنها : " جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته أو عدد أعضائه تشكل أو تؤلف بغرض الأعداد لجنايات أو الجنح ضد الأشخاص أو الممتلكات و ذلك بقصد الربح على أن يتعدى العمل الإجرامي الحدود الوطنية ، كما يمكن اعتبارها جريمة احترافية أو جريمة متقنة ، جريمة مخططة ، جريمة عابرة للقارات مع اتساع مجال نشاطها و اتخاذها لأشكال من الإجرام مع استعمال العنف ."

و لخطورة الجريمة المنظمة على المجتمع الدولي و الذي تعتبر الجزائر جزءا منه قام المشرع الجزائري بإجراء تعديلات هامة في بعض القوانين و سن قوانين أخرى لمحاصرة شبغ الجريمة المنظمة و ذلك بالاتي :

- المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالجريمة المنظمة ليوم 2000/11/15 و ذلك بموجب المرسوم رقم 55/02 المؤرخ في 2002/02/05 المتضمن التصديق بتحفظ على الاتفاقية .

- بعد سنتين من المصادقة على الاتفاقية عدل المشرع الجزائري من قانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون 14/04 المؤرخ في 2004/11/10 بالمواد :

- 1- 08 مكرر لا تنقضي- الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و الرشوة و اختلاس الأموال العمومية .
- 2- المادة 37 ...يجوز تمديد الاختصاص المحلي لوكل الجمهورية إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم ، في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف .

3- المادة 40 ... يجوز تمديد الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم ، في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف .

- تم تعديل قانون العقوبات أيضا بقانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 و مس المواد الآتية :

- 1- تعديل المادة 176 من ق.ع المتعلقة بتكوين جمعية أشرار و اتساع نظامها إلى الجنج .
- 2- تعديل المادة 177 حيث تم تحديد الاتفاق بين شخصين أو أكثر من أجل الحصول على منافع مادية أو مالية .

خاتمة :

تعرضنا في هذا البحث إلى الخطوة التي تسببها الجريمة المنظمة للمجتمع ، خاصة على المستوى الاقتصادي و الاجتماعي و الأمني ، كل هذا حدث من خلال استغلال تطور العالم في ظل العولمة و تقنيات الاتصال ، و عرفنا أن الجريمة المنظمة تختلف عن الجريمة التقليدية من حيث أنها مؤلفة من 3 أشخاص على الأقل ، يجمعهم تنظيم هرمي و تستعمل وسائل غير مشروعة مثل العنف و الرشوة و التهديد ، هدفها تحقيق الربح غير أن العالم لم يصل غالى يومنا هذا إلى تعريف جامع مانع للجريمة المنظمة و هذا ما جعل الاختلاف في التعريف بين الصعيدين الدولي و الوطني يستغل من قبل الجماعات الدولية للجريمة المنظمة ، خاصة في مجال تجارة الأسلحة و المخدرات .

و عليه كان لا بد من إيجاد آليات توحيد التعاريف لضبط الجريمة المنظمة وفق اتفاقيات دولية تتبع بتشريعات وطنية تضبط من خلالها نشاطات الجماعات الإجرامية و بذلك يتم ضبط الإجرام المحترف المنظم و القضاء على الجريمة نهائيا .

الهوامش :

- 1- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 2- المافيا (المعرفة باسم كوزا نوسترا) هي منظمة إجرامية ظهرت في منتصف القرن التاسع عشر- في جزيرة صقلية بإيطاليا و هي تحالف بين عصابات إجرامية تجمعها بنية تنظيمية مشتركة و قواعد سلوكية موحدة .
- 3- عادل عبد الجواد محمد الكردوسي ، التعاون العربي و مكافحة الإجرام الطبعة الأولى مكتبة الآداب 2005 ص 10
- 4- نسرين عبد الحميد نبيه ، الجريمة المنظمة ... التجريم و سبل المواجهة ، 2006 .
- 5- احمد إبراهيم مصطفى سليمان ، الإرهاب و الجريمة المنظمة ، التجريم و سبل المواجهة 2006
- 6- احمد إبراهيم مصطفى سليمان ، الإرهاب و الجريمة المنظمة ، التجريم و سبل المواجهة 2006
- 7- علي عبد الرزاق جلي ، المرجع السابق، ص 57
- 8- علي عبد الرزاق جلي ، المرجع السابق، ص 56

- 9- محمد سليمان الوهيد، المرجع السابق، ص 13
- 10- عباس أبو شامة، المرجع السابق، ص 11
- 11- احمد إبراهيم مصطفى سليمان ، الإرهاب و الجريمة المنظمة ، التجريم و سبل المواجهة 2006
- 12- احمد إبراهيم مصطفى سليمان ، الإرهاب و الجريمة المنظمة ، التجريم و سبل المواجهة 2006
- 13- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 14- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 15- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 16- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12

المراجع :

- 1- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 2- عادل عبد الجواد محمد الكردوسي ، التعاون العربي و مكافحة الإجرام الطبعة الأولى مكتبة الآداب 2005 ص 10
- 3- نسرين عبد الحميد نبيه ، الجريمة المنظمة ... التجريم و سبل المواجهة ، 2006 .
- 4- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 5- محمود شريف بسيوني ، الجريمة المنظمة ، الطبعة الأولى دار الشروق القاهرة 2004 ص 12
- 6- عوض محمد يحيى يعيش، دور التشريع في مكافحة الجريمة من منظور أممي (دراسة مقارنة)، دون طبعة، الناشر الكتب الجامعي الحديث، مصر 2006،
- 7- محمد سامي الشوا، الإجرام المعلوماتي، مجلة الأمن والحياة، العدد (279) السنة الرابعة والعشرون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2005،
- 8- Rapport sur la situation de la criminalité organisée dans les Etats membres du Conseil de l Europe, Document élaboré par les membres et les experts scientifiques du Comité (PC – CO) , Strasbourg, le 17 décembre 1999,
- 9- عباس أبو شامة، التعريف بالظواهر الإجرامية المستحدثة، حجمها، أبعادها، ونشاطها في الدول العربية، الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999،
- 10- مروت نصر الدين، الجريمة المنظمة بين النظرية والتطبيق، مجلة الصراط، كلية أصول الدين للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، السنة الثانية، العدد الثالث، جامعة الجزائر سبتمبر 2000،
- 11- كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى 2001، الناشر الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر- والتوزيع، عمان الأردن 2001،
- 12- محمد الأمين البشري، التحقيق في قضايا الجريمة المنظمة، أبحاث حلقة علمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999
- 13- محمد محيي الدين عوض، جرائم غسل الأموال، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض 2004،
- 14- ذياب موسى البدائية، المنظور الاقتصادي والتقني والجريمة المنظمة، أبحاث حلقة علمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999

15 اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000، على الموقع التالي:

<http://www1.Umn.edu/humanrts/arab/CorgCRIME.html>

16- أندريه بوسارد، التعاون الشرطي في أوروبا، مجلة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية - الأنتربول - رقم (471/469) سنة 1998،

ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث*

د/ بلاق محمد - أستاذ محاضر "ب" - جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

أدى انتشار عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت إلى إثارة العديد من المشكلات القانونية التي تتعلق بهذا النوع من التجارة ، من أهمها مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الناشئة عنها، ومعرفة القواعد والضوابط التي تساعد في الكشف عن المحكمة المختصة بنظر النزاع ، خاصة وأن أغلب ضوابط تحديد الاختصاص لها طابع مكاني مثل الموطن أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وهو ما يتعارض قطعاً مع خصوصية المعاملات الالكترونية التي ترفض التعامل غالباً مع كل ما هو مادي و ملموس.

ولذلك أصبح على الدول والتشريعات القائمة فيها بالإضافة إلى جهود المجتمع الدولي السعي من أجل توفير البيئة المناسبة للتجارة الالكترونية، عبر تحقيق اليقين والقابلية للتنبؤ والتوقع الذين يستحيل بدونها إقامة علاقات تجارية دولية تتمتع بالثقة والاستقرار في الحاضر والقدرة على التوسع والازدهار في المستقبل.

Résumé:

L'expansion des contrats de commerce électroniques via Internet a donné lieu à de nombreuses questions juridiques qui sont liés à ce type de commerce, et parmi les plus importants celui qui concerne la définition de la juridiction internationale pour les conflits y découlant , la connaissance des règles et des dispositions qui aideront à la détection de la juridiction compétente pour connaître le litige, notamment et en considérant que la plupart des règles régissant la spécialité ont un aspect spatial à l'exemple du citoyen ont un lien ou l'on conclut l'acte (le bail) ou son exécution . Ce qui s'oppose de ce fait fermement avec la spécifié des opérations électroniques qui refusent d'agir généralement avec tout ce qui est matériel et palpable.

C'est pour cela que les états avec leurs législations en vigueur, en plus des efforts de la communauté internationale se doivent chercher à assurer un environnement approprié pour le commerce électronique. pour réaliser ce qui est certain et la prédisposition de la prévoyance et la concrétisation dont il est impossible, sans elles, d'instituer des relations

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

commerciales internationales qui se caractérisent par la confiance, la stabilité. Aujourd'hui la capacité dans l'expansion et la prospérité à l'avenir.

مقدمة:

تعتبر العقود الالكترونية من المتغيرات العالمية الجديدة التي فرضت نفسها بقوة خلال الحقبة الأخيرة من القرن العشرين، ومن ثم فقد أصبحت أحد دعائم النظام الاقتصادي العالمي الجديد وأحد الآليات الهامة التي تعتمد عليها عوامة المشروعات التجارية والإنتاجية.

وإذا كان لظهور وانتشار هذه العقود الدور البارز في خدمة أهداف البشرية والسير بها نحو التقدم والازدهار عبر تسهيل وسرعة الاتصال بين شعوب العالم المختلفة، إلا أنها لم تخلو من العقبات ولم تكف عن طرح العديد من الإشكالات القانونية التي تتعلق بمختلف جوانب العمليات التعاقدية في البيئة الافتراضية، ولعل من أهمها تلك الخاصة بالمنازعات التي قد تنشأ عنها، خصوصاً في المرحلة التي تسبق تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والمثثلة في تحديد الاختصاص القضائي على هذا النوع من المنازعات، خاصة أمام وصف العالمية التي تتصف به المعاملات الالكترونية بشكل عام من جهة، والطابع المكاني الذي تتميز به ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي من جهة ثانية.

كما أن غالبية العلاقات القانونية التي تتم حالياً عبر شبكة الانترنت تتم بين أطراف مختلفة الجنسية، ولا يمكن ربما حتى الجزم بالمكان الذي تتم منه إدارة الموقع الالكتروني الذي تجري خلاله تلك العلاقات، بل ولا حتى مزود الخدمة الالكترونية، وهو ما يعطي صورة أولية لأبرز التحديات المتعلقة بتعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع وحجم الاختلاف الذي يميز موقف التشريعات المختلفة بشأنها.

وأمام هذا الوضع كان التساؤل حول مدى تجاوب ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التقليدية مع خصوصيات العقود الالكترونية؟ وما هي طبيعة التغيرات التي تملها علاقة الجهة القضائية المختصة بمنازعات العقود الالكترونية؟

وللإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع ارتأينا تناوله من خلال محورين، نورد أولهما لدراسة الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية، أما ثانيهما فنخصصه للضوابط الحديثة لتحديد هذا الاختصاص في ظل حرص جانب كبير من الفقه لمرحة جديدة تجمع في الوقت نفسه بين أطراف من جنسيات مختلفة و ينتمون لأقاليم متعددة.

أولا - الضوابط التقليدية ودورها في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية.

من المتفق عليه أن عقود التجارة الالكترونية يغلب عليها الطابع الدولي، و يرجع ذلك إلى أنها عقود تتلاقى فيها عروض السلع و الخدمات عن طريق شبكة الانترنت، وذلك من قبل أشخاص متواجدين في دولة أو دول متعددة وحيث يتم التفاعل بينهم من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة¹.

ومن حيث المبدأ فإن الاتجاهات التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي تقوم - أساسا- على ضوابط شخصية في صورة ضابط جنسية المدعى عليه الذي يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع هذا الأخير بجنسيتها، أو ضابط الموطن أو محل الإقامة باعتبارها ضوابط شخصية كذلك ذات طابع مكاني، كما أن البعض² منها يعتبر في نظر البعض من عناصر الشخصية القانونية (بالأخص ضابط الموطن).

وعليه سنحاول فيما يلي تبيان مدى انطباق تلك الضوابط على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مستهدفين من وراء ذلك تقييمها وتقدير حجم الحاجة إليها في ظل المستجدات التي أوجدها الفضاء الافتراضي الذي تنشط فيه هذه العقود.

1- ضابط جنسية المدعى عليه:

يعد هذا الضابط من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للمدعى عليه، و بموجبه ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته³، لذلك يُعده كثير من الفقهاء ضابطا قانونيا شخصيا عاما لا يقتصر على نوع معين من المنازعات دون غيرها⁴.

و مفاد قاعدة اختصاص محكمة "جنسية المدعى عليه" أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه كاف في ذاته لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته دون حاجة لاشتراط أي رابطة أخرى بين النزاع ودولة هذه المحكمة⁵، وهو ما أكدته العديد من الموائيق و المعاهدات الدولية المتعلقة بالاختصاص القضائي، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل المبرمة سنة 1968م وكذلك اتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة 1988 م⁶.

¹ - عصام عبد الفلاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 371.

² - هشام علي صادق و حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 21009، ص 28.

³ - العبرة بحمل الجنسية وقت رفع الدعوى ولا يؤثر سقوط الجنسية عن المدعى عليه في وقت لاحق على قيام اختصاص المحكمة.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في الاختصاص القضائي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص 54.

⁵ - وهو نفس ما اعتمدته المشرع الجزائري في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في العلاقات الخاصة الدولية من خلال نص المادتين 41 و 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النافذ.

⁶ - سلمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 255.

و بتطبيق ضابط جنسية المدعى عليه في مجال عقود التجارة الالكترونية ، فإن المدعي سيواجه العديد من الصعوبات عند رفع دعواه، يأتي في مقدمتها صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه وجنسيته سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية، لاسيما وأن الغالبية العظمى من عقود التجارة الالكترونية حتى تلك التي تحتاج إلى ملء المتعاقد لاستمارة الكترونية تتضمن جملة من البيانات الشخصية تمهيدا لإتمام عملية التعاقد، وهذه البيانات تتعلق عادة باسم المتعاقد وبريده الالكتروني و موطنه أو محل إقامته وما شابه ذلك من البيانات التي تساعد في إتمام العملية، ونفس الشيء ينطبق على الأشخاص الاعتبارية والتي لا مجال فيها للتركيز على جنسية هذه الأشخاص بدليل الاعتماد على ضوابط أخرى تركز على معيار التأسيس و معيار مركز الإدارة الرئيسي، ومن ثم ليس لضابط الجنسية أي دور في الموضوع.

من جانب آخر نجد أنه من الصعب كذلك مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الشخص الآخر (الطرف الثاني في العقد) ، فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم ، لأن هذا العمل يعد مخالفاً للقانون الخاص بحماية المعلومات المتعلقة بالحريات الشخصية، وهذا ما يتفق مع التوجيه الأوروبي الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود، وبالتالي يصعب التأكد من جنسية الأطراف المتعاقدة¹.

1-2- تقويم دور ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي :

إزاء الصعوبات الآنف ذكرها دعا الأستاذ J.P.Ballow إلى عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الافتراضي، لأنها مفاهيم مادية لا تتماشى والعالم الافتراضي الالكتروني²، بالنظر إلى الخصوصية التي تميز التعاقد عبر شبكة الانترنت وطريقة استخدامها، وهو ما يفيد بتراجع ضابط الجنسية في هذا المجال.

هذا التوجه الأخير أكدّه وأيده جانب من الفقه الفرنسي- حينما أعلن عدم ملائمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الافتراضي، مبررين ذلك بحجة صعوبة تحديد جنسية المواقع الالكترونية وبصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة، لها جنسية محددة وموطن معروف كالمواقع الالكترونية التي تقدم خدمة بيع برامج الكمبيوتر عبر شبكة الانترنت.

ناهيك عن ذلك انتهى بعض الفقه إلى تعارض ضابط الجنسية مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية، خاصة عندما يكون الاستناد إلى ضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائي إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من دون الاعتماد على عنصر آخر يربط هذه المحكمة بالنزاع القائم، مما يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ يظهر بصورة جلية، إذ سيكون الحكم الذي سيصدر عن المحكمة غير ممكن التنفيذ في الدولة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها لعدم وجود أموال أو مراكز عمل له على إقليمها، بحيث يمكن أن تجعل تنفيذ القرار

¹ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 376.

² - سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 256.

القضائي الصادر ضده غير ذي جدوى¹، ومعه أصبح القول بعدم جدوى الركون إلى ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، كونه لا يعبر عن أية رابطة جدية بين النزاع وبين الدولة التي تنظر محاكمها في النزاع.

2- ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته:

ينعقد الاختصاص القضائي بموجب هذا الضابط إلى محاكم الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه أو محل إقامته، وهذا توجه جانب من الفقه القانوني الذي اعتد بضابط الموطن كبديل دائم لضابط الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، مبررين في ذلك بوجود اتجاه عالمي نحو الوحدة السياسية بين الدول ذات المصالح المشتركة التي تستهدف الابتعاد عن ضابط الجنسية وعدم الاعتماد عليه من أجل الوصول إلى توحيد الحلول فيما بينها داخل دول الاتحاد².

ويستوي في موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي أن يكون موطناً للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، ولذلك حدد المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني موطن الشخص الاعتباري بنصه على أنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، كما يعتبره كذلك إذا كان يزاول جزءاً من نشاطه في الجزائر عن طريق فرع له، حتى ولو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج³.

2-1- تقويم الموطن ومحل الإقامة كضابطين في تحديد الاختصاص القضائي:

ذهب أغلب الفقه إلى أن التعاقد عبر شبكة الانترنت لا ينسجم بالكامل مع الضوابط ذات الطابع الإقليمي، ما أدى إلى التقليل من فرص إعمالها إلى حد كبير، بحسبان أن تحديد موطن الأطراف بوضوح في هذه العقود يتحدد بصعوبة كبيرة، مادام أن هذه الأخيرة لا تتضمن في الغالب موطن الأطراف بوضوح عناوين المشتري، على اعتبار أنه لا يوجد التزام على عاتق الأطراف بكتابة بياناتهم أو محل إقامتهم خاصة في العقود التي تبرم وتنفذ داخل الشبكة.

كما أن تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المعاملات التقليدية التي تتم من خلال الوسائل الإلكترونية للاتصال كالفاكس أو التلوكس أو التليفون يمكن معرفته من قبل الأطراف من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، في الوقت الذي يفترق فيه الإنترنت إلى ذلك التحديد فالعنوان الإلكتروني الذي يتم التعامل من خلاله غير مرتبط ببلد معين، مثال العناوين التي يشار إليها في المقطع الخير منها بـ (.com) أو (.org)، وبالتالي فلا يشكل مثل هذا العنوان محل إقامة أو موطن ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية.

¹ عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 166.

² هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2003، ص 82.

³ -يراجع نص المادة العاشرة فقرة 04 من القانون المدني الجزائري النافذ.

بالإضافة لذلك فإن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي إشارة أو مؤشر صحيح يدل على المواطن أو محل الإقامة ، بل وعلى افتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين ، فلا يوجد ما يضمن مطابقة محل الإقامة أو المواطن والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني ، لأن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية تختلف من مكان لآخر ولا تطابق توطينا حقيقياً للأطراف¹

وبسبب هذه الصعوبات دعت بعض الآراء الفقهية إلى عدم تطبيق المفاهيم المحددة للاختصاص في العالم المادي على العالم الافتراضي، والاعتماد على فكرة المواطن الافتراضي كحل بديل² ، بالرغم من أن هذه الأخيرة بدورها لا تخلو من الصعوبات في حال تطبيقها، كونها تفتح الباب لجعل ضابط المواطن أمراً مصطنعاً يمكن للمورد أن يستخدمه أو يخفيه كيفما أراد، وهو الأمر الذي تفتطن له التوجه الأوروبي الصادر عام 2000 م بشأن التجارة الإلكترونية، والذي أقر بأن وجود مسألة تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات لا يمثل منشأة للمؤدي، وذلك يكفي لرفض فكرة المواطن الافتراضي.

كما حاولت بدورها اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2005 م ، أن تتبنى بعض القواعد مشترطة من خلالها على المواقع الإلكترونية بيان المكان الحقيقي لها عند تقديمها أي عرض للتعاقد عبر شبكة الانترنت، ولكن أمام صعوبة تحديد مكان محدد أو مقر عمل للأطراف المتعاقدة عبر الشبكة، تبنت الاتفاقية معياراً موسعاً يتضمن معيار " المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد " و بموجبه منح للقضاء سلطة تحديد ذلك المقر في ضوء الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو كان عليهم أن يتوقعوها قبل أو عند إبرام العقد³.

أما بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنت فلم تستخدم الاتفاقية بشأنه فكرة المواطن كدليل على مقر عمل أو تواجد هذا الشخص، بل استخدمت فكرة "مقر الإقامة المعتاد" وهذا في نص المادة السادسة في فقرتها 03.

مما تقدم يتأكد بأن في الاعتماد على ضابط المواطن أو محل الإقامة أمر يكتنفه الكثير من الصعوبات ، التي من الممكن أن تعيق عمل القضاء عند تصديده للفصل في مسائل اختصاصه ومن ثم أصبح من الضروري البحث عن ضوابط أخرى أكثر ملائمة في محاولة من طرف الفقه القانوني للوصول إلى تحقيق اليقين القانوني والأمن القانونيين اللذين تنشدهما الأطراف المتعاقدة.

¹ - صالح المزلاوي، المرجع السابق، ص

² - سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 262.

³ - تنص المادة السادسة في فقرتها الثانية من الاتفاقية على أنه " إذا لم يعين الطرف مقر العمل أو كان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر عمله هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو توقعوها عند إبرام العقد أو قبل إبرامه "

ثانيا- الضوابط الحديثة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية

قد يتعذر في أغلب حالات المنازعات الناجمة عن العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت إعمال الضوابط التي سبق ذكرها خاصة فيما يتعلق بضابطي الموطن و محل الإقامة ، و بالتالي نصبح أمام حتمية البحث عن ضوابط أخرى من أجل تلافي النقائص التي تعترى الضوابط الأخرى ، وهو الأمر الذي تفتن له الفقه القانوني فخلص إلى وجوب الاعتماد على ضوابط اختصاص نوعية تتمثل تباعا في ضابطي محل نشأة الالتزام (إبرام العقد) أو تنفيذه ، بالإضافة إلى تحديد كيفية اللجوء إلى المحكمة المختصة عن طريق اللجوء إلى فكرة القاضي الافتراضي أو محكمة القضاء.

1 - ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه :

أثارت محاولة توطيئ العقد من أجل تحديد مكان إبرامه أو تنفيذه في مجال العقود التقليدية العديد من الصعوبات ، و ازدادت هذه الأخيرة تعقيداً فيما يتعلق بمكان إبرام العقد في النطاق الرقمي العالمي للتجارة الإلكترونية، ويرجع أساس هذه الصعوبة والتعقيد إلى أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد باعتباره عالماً افتراضياً.

1-1 ضابط محل إبرام العقد: يعتبر تحديد مكان إبرام العقد مسألة متعلقة بتفسير قاعدة اختصاص وطنية ، مما يلزم الرجوع بشأنها إلى قانون القاضي المعروض أمامه النزاع ، و يختلف موقف الدول بشأن تحديد هذا المكان في العقود الإلكترونية ، على أساس مدى تبنيها لنظريات مختلفة حاولت تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في التعاقد بين غائبين¹ .

و مهما كان وجه الخلاف بين هذه النظريات ، فالمتفق عليه أنها في مجملها حاولت تحديد لحظة نشوء الالتزام ، كون هذه الأخيرة تعتبر من أهم التحديات التي تواجه المعاملات الإلكترونية بوصف عام ، -بالإضافة إلى تحدي الوقت و الجهد و تحدي التكلفة - ، و لذلك نجد أن القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية لم تقف عند رأي واحد متفق عليه ، و من أمثلة ذلك نجد موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسترال) لعام 1996 م الذي تبني نظرية تسلم القبول ، ولكن أمام صعوبة تحديد ذلك في بيئة التجارة الإلكترونية وبصفة خاصة المكان الحقيقي لمقدمي خدمات المعلومات، حاول هذا القانون افتراض كون الرسالة قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه وهذا في نص المادة 15 فقرة 04 منه، وهو الموقف الذي سارت على نهجه قواعد غرفة التجارة الإلكترونية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 و التي اتجهت بدورها إلى تطبيق نظرية تسلم القبول في فرض ، و نظرية العلم بالقبول في فرض آخر ، مقيمة هذا الاختلاف على أساس التفرقة بين حالة إرسال رسالة

¹ - تعتبر حالة التعاقد بين غائبين وتحديد لحظة القبول وانعقاد العقد محل خلاف فقهي وقانوني في مختلف التشريعات الوضعية ، وهذا بسبب اختلافها حول الأخذ بنظرية من بين الأربع الخاصة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

البيانات إلى مقدم خدمات المعلومات الذي عينه المرسل إليه وبين إرسالها إلى مقدم خدمات المعلومات غير الذي عينه المرسل إليه.

كما افترضت قواعد غرفة التجارة الدولية أن مكان العلم بالرسالة أو مكان استلامها هو مقر عمل المرسل إليه ، ومن أجل ذلك جاءت هذه القواعد لتلزم أطراف التعاقد الإلكتروني دائماً بوضع بيانات خاصة بتحديد اسم المنشأة و موقعها الجغرافي و التفاصيل الخاصة بممثل معين للمنشأة¹.

و أمام هذه الاختلافات في مواقف التشريعات و القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية و القائمة على المنهج الافتراضي الذي يعتد غالباً بمقر عمل المرسل إليه كمكان لتسليم القبول و بالتالي كمكان لإبرام العقد ، تؤيد أن يبقى لأطراف العقد حرية الاتفاق على تحديد مكان إبرام العقد من خلال الشروط التي يتفقان عليها في العقد كأصل ، و استثناء اللجوء إلى المنهج الافتراضي و ما يقوم عليه من احتمالات .

2-1 - ضابط مكان تنفيذ العقد (أو الالتزام)

تظهر أهمية هذا الضابط في أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية ، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين و الغاية التي يسعيان إلى تحقيقها².

إلا أنه في مجال العقود الإلكترونية يجب التمييز بين فرضين : الأولى حيث يتم إبرام العقد و تنفيذه عبر شبكة الانترنت مثل عقود البرمجيات ، و هنا نكون أمام أشخاص المجتمع الافتراضي بأدواته و خصائصه و في هذه الحالة قد يتعذر تحديد مكان التنفيذ ، أما الفرض الثاني فيتم فيه إبرام العقد من خلال أدوات المجتمع الافتراضي إلا أن تنفيذه يتم في المجتمع المادي ، و بالتالي فالعقد يولد إلكترونياً و ينفذ مادياً ليصبح معه من اليسير تحديد مكان التنفيذ.

و قد أثبتت هذه التفرقة عند محاولة وضع قواعد للاختصاص القضائي الدولي بشأن العقود الإلكترونية من خلال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لسنة 2000 . حيث ناقش الخبراء مشروع اتفاقية دولية للاختصاص القضائي للمحاكم و تنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية و التجارية ، و ذلك بالنظر إلى التطورات الحاصلة في مجال التجارة الإلكترونية³.

ومهما يكن وجه الخلاف حول الاعتداد بهذا الضابط بصفة أصلية أو احتياطية ، يبقى القول الفصل هو أن مجتمع الانترنت هو مجتمع افتراضي مصطنع لا يقوم على أقاليم ذات ركائز جغرافية مادية ، و بالتالي تصبح مثل

¹ - عمر بن يونس ، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004، نننن المؤتمر الدولي الأول لقانون الانترنت Cyber law ، مصر ، 2005، ص 04.

² - صلاح علي حسين ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 484.

³ - سليمان أحمد فضل، المرجع السابق ، ص 274.

هذه الضوابط و التي تقوم على ركائز مكانية من دون فائدة و ليس لها أي دور في شأن التنظيم القانوني الدولي للعمليات المبرمة في البيئة الافتراضية ، و من ثم يصبح الاعتماد على عوامل الارتباط التقليدية التي تقوم على تركيز العقد مكانيا متوقعة على ضوابط مادية تعين المحكمة المختصة من بينها ، مما يجعل المسألة المطروحة أكثر اتصالا بمكان محدود مثل مكان لتسجيل الموقع أو مكان تنفيذ الأعمال تنفيذا ماديا .

وبالنظر إلى هذا الصعوبات ازداد اتجاه أطراف العقد المبرم الكترونيا نحو تسوية النزاعات التي تنشأ بينهم عبر وسائل التسوية البديلة، لا بل إن بعض التشريعات بدأت تلزم الأطراف المتنازعة باللجوء إلى واحدة أو أكثر من هذه الوسائل في نزاعات معينة، فضلا على أن السنوات الأخيرة شهدت ظهور وسائل بديلة تستخدم التقنيات الحديثة كوسط لتسوية المنازعات وفض الخصومات فيما بين الأطراف المتعاقدة، بالنظر إلى الخصوصيات التي تتميزها عن نظيرتها التقليدية من حيث سرعة الإجراءات وقلة التكاليف وقصر مدة الفصل في النزاع، فأصبح لها بذلك قواعد ثابتة في مجال الاختصاص.

2- الجهود الدولية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الالكترونية:

لقد ساهمت آراء الفقه والقضاء في عرض محاولات لتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع في معاملات التجارة الالكترونية، إلا أنها لم تحدد للأفراد واقعا كيفية اللجوء لها، و هو الأمر الذي تولت استدراكه بعض الدول و بخاصة دول الاتحاد الأوروبي عبر تقديم توصيات ومبادئ عديدة وجدت تطبيقات فعلية ومتنوعة نستعرضها فيما يلي:

1-2 مشروع المحكمة الافتراضية أو القاضي الافتراضي¹.

هذا المشروع هو التجربة الأولى في مجال تسوية الخصومات عبر الفضاء الإلكتروني ، وتم إرساء دعائمه في مارس 1996 ، وتولى إدارته والإشراف عليه عدة جهات وهي ، معهد قانون الفضاء ، وجمعية التحكيم الأمريكية ، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية ، ومركز القانون وقواعد المعلومات.

والهدف الرئيسي لهذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط يتمثل في قاضي محايد يكون خبيراً في التحكيم والقوانين التي تحكم أنشطة الإنترنت أو قانون الفضاء الإلكتروني. وآلية تحقيق هذا الهدف تتم كالآتي :

يقوم مستخدم الإنترنت بإرسال شكواه إلى الهيئة عن طريق البريد الإلكتروني ، وبعد ذلك تقوم الهيئة باختيار قاضي محايد ليفصل في النزاع .

¹ - صالح المنزلاوي ، مقالة تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية - مجلة التشريع - العدد الخامس ، ابريل 2005

أما عن القيمة القانونية للقرارات التي يصدرها هذا القاضي فإن ما يجدر الإشارة إليه أن هذا القرار يكون مجرداً من هذه القيمة إلا إذا قبله الأطراف.، وهذا ما يقربنا من قواعد الاختصاص التحكيمي التقليدية ولكن هنا هي على شبكة الإنترنت، أما عن تكلفة هذه الخدمة فأنها مجانية ويتم بدون مقابل¹.

2-2- محكمة الفضاء cyber Tribunal :

نتيجة لاتجاه التفكير للاستفادة من الإمكانيات التي تنتجها شبكات الاتصال الإلكترونية نحو إنجاز نظم جديدة لتسوية المنازعات من خلال الشبكات ، كان من أهم هذه النظم المحكمة الفضائية التي تتجه لتقديم الوساطة والتحكيم عبر قنوات ووسائل إلكترونية².

ووفقاً لهذا النظام تتم الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للمحكمة ، بداية من ملئ النموذج الإلكتروني لطلب لتسوية ومروا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال إلكترونية و انتهاء بإصدار حكم ، ومن ثم قيده على الموقع الشبكي الإلكتروني للمحكمة³ ، وهدف هذه المحكمة الذي طورته هيئات غير حكومية إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتضمن سلامة بياناتها من ناحية ، ومن ناحية أخرى تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية ، وينضم إليه أطراف النزاع ويحقق الارتباط بينهم بموجب إطار تعاقدية⁴ ، وذلك من خلال إيجاد حلول للمشكلات التي تشور في مجتمع الفضاء الإلكتروني ، بالإضافة لتوحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الإنترنت.

ولكي تؤكد هذه المحكمة ثقة المتعاملين عبر الشبكة في نظامها فإنها تقوم بإصدار شهادات مصادقة على الموقع الإلكتروني التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة ، وهذه الشهادات تجيز لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها تسوية منازعاتهم وفقاً لإجراءات المحكمة ، ولذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها هذا النظام من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها⁵.

أما عن نطاق اختصاص هذه المحكمة، فأنا نجد أن هذه المحكمة تتميز عن القاضي الافتراضي كذلك باتساع اختصاصها أو نطاق تطبيقها حيث تشمل خمسة مجالات هي :

التجارة الإلكترونية، المنافسة، حق المؤلف، حرية التعبير، الحياة الخاصة.

¹ - شفاء جبال مجاهد، تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكات الاتصال العالمية، المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني، دراسة

متوفرة عبر موقع: www.accr.coaccr2011@yahoo.com

² - نشأت هذه المحكمة وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق بجامعة مونترال في سبتمبر 1996

³ - صالح المنزلاوي ، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - شفاء جبال مجاهد، المرجع السابق ، ص 41.

⁵ - المرجع نفسه ، ص 42.

خاتمة:

إن تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية بالاعتماد على الضوابط التقليدية يثير أوضاعاً مربكة و غير مستقرة في التعامل التجاري الدولي، وهذا راجع للطبيعة المفتوحة لشبكة الانترنت التي تجعل كل جهة قضائية تقر باختصاصها أو تنفي ذلك، ومعه لم تعد الضوابط الشخصية أو المكانية تكتسي نفس الأهمية التي كانت تحوزها في ظل القواعد التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، وهو ما كان في صالح ضوابط أخرى مستحدثة وجدت فيها الهيئات الدولية والتشريعات الوطنية الحل الأنسب لتلافي النقائص التي طبعَت الضوابط الكلاسيكية.

لذلك سنبقى الحلول المطروحة لحل مشكلة الاختصاص القضائي في عقود التجارة الإلكترونية ومنها محكمة الفضاء تواجه العديد من الصعوبات ، خاصة ما يتعلق منها بصعوبة الاعتراف بالأحكام الصادرة من المحكمين على شبكة أو تنفيذها في بعض الدول نظراً لأن هذا النظام لم يأخذ القوة الإلزامية في الدول من ناحية تطبيقه.

عقوبة العمل للنفع العام كبديل للحبس قصير المدة ومدى فاعلية شروط تطبيقها في تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي

د/ جزول صالح – أستاذ محاضر "ب" - جامعة تلمسان

ملخص:

إن من مظاهر السياسة الجنائية المعاصرة ، إقرار عقوبات بديلة لعقوبة الحبس قصير المدة ، باعتبار أن هذه العقوبة أصبحت لا تحقق الغرض من العقوبة والمتمثل في الزجر والردع و إصلاح الجاني وتهذيبه ، ولعلّ من العقوبات البديلة التي تبناها المشرع الجزائري لمكافحة الجريمة ، عقوبة العمل للنفع العام وذلك بالقانون 01-09 المتضمن تعديل قانون العقوبات ، بحيث أعطى للجهات القضائية مكنة استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها على المحكوم عليه بعمل للمنفعة العامة بدون أجر لمدة معينة ، وبشروط وضوابط معينة ، وذلك من أجل تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي التي تهدف إلى حماية المجتمع من الجريمة من جهة ، وجبر الضرر الاجتماعي الواقع عليه من جهة أخرى. وعليه فإن هذه الورقة البحثية تتناول مدى فاعلية شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام في تعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي.

Résumé.

L'adoption des peines alternatives à la réclusion pour une courte durée représente l'un des aspects de la politique pénale moderne. Puisque la peine de réclusion est devenue inefficace et n'a pas atteint son objectif qui est répression, la dissuasion et la réforme du contrevenant. Et parmi les sanctions alternatives adoptées par le législateur algérien pour lutter contre le crime, figure le travail d'intérêt public conformément à la loi 09-01 contenant l'amendement du code pénal où l'a donné aux autorités judiciaires des instructions selon lesquelles elles peuvent remplacer les peines d'emprisonnement prononcées à l'encontre du contrevenant par des travaux d'intérêt public sans rémunération et pour une durée déterminée et sous certaines conditions et restrictions, afin de promouvoir la politique de réinsertion sociale, qui vise à protéger la société contre le crime d'un coté et de l'autre coté de remédier aux préjudices sociaux causés. Le présent document vise à étudier l'efficacité des conditions d'application de la peine d'intérêt public dans la promotion de la politique de réinsertion sociale.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/12

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/05

مقدمة:

إن السياسة الجنائية المعاصرة تسعى جاهدة إلى إيجاد بدائل للعقوبات تتضمن عنصر- الإصلاح والتهذيب أكثر من عنصر الردع والزجر ، لأن الهدف من العقوبة ليس بقصد التنكيل بالجاني أو سلب حريته وإنما الغرض منها هو تحقيق الردع وازجر وتحقيق هدف أعلى وهو إصلاح الجاني و تهذيبه ، ولا سيما إذا تعلق الأمر ببعض الجرائم التي لا ترقى خطورتها إلى درجة السجن أو الحبس طويل المدى ، مثل الجح والخلفات المقرر لها عقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة، والتي أثبتت التجارب عبر العالم آثارها السلبية على الجاني والمجتمع، وعجزها عن تحقيق وظيفة الردع والزجر في نفس الجانخ والمجتمع ، كما أن تلك العقوبات لقصرها أصبحت تمنع برامج الإصلاح والتأهيل في المؤسسات العقابية من تحقيق هدفها المتمثل في إعادة إدماج المحكوم عليه اجتماعيا ، وعدم عود الجاني إلى الجريمة مرة أخرى ، بل اثبت التجربة العملية أن أكثر الجناة عودا إلى الجريمة هم هؤلاء الذين قضوا عقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة ، فضلا عن ذلك ما قد يكتسبه الجاني خلال هذه المدة من فنون الإجرام وتقنياته بسبب احتكاكه بمحترفي الإجرام .بناء على ذلك كله انتج المشرع الجزائري سياسة جنائية حديثة في مكافحته الإجرام ،من عناصرها إقرار عقوبات بديلة لعقوبة الحبس قصير المدة ، والمثلة في عقوبة العمل للنفع العام ،وذلك بالقانون رقم 09- 01 المتضمن تعديل قانون العقوبات وأصبحت منذ ذلك الحين تطبق في القضاء الجزائري وفق الشروط والضوابط التي جاء بها القانون ،فهذه الشروط تساعد على تفعيل هذه العقوبة البديلة وتساهم في تعزيز سياسة الإدماج الاجتماعي للمذنبين وما هي الإشكالات القانونية والقضائية التي تعيق التطبيق العملي لها ؟ هذا ما سيتم محاولة الإجابة عنه من خلال هذه الورقة البحثية من خلال العناصر التالية :

المبحث الأول : ماهية عقوبة العمل للنفع العام.

لقد تبنى المشرع الجزائري في قانون العقوبات¹ ومن خلال المواد 5 مكرر 1 إلى المادة 5 مكرر6 العمل للنفع العام كبديل للعقوبة سالبة الحرية قصيرة المدة²، بحيث أعطى للجهات القضائية مكنة استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر لمدة معينة وبشروط وضوابط معينة ، ولقد اختلف الفقه في طبيعة العمل للنفع العام هل يعتبر تدبير تأهيلي احترازي أم عقوبة ، على الرغم أن كل من العقوبة

¹ - القانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009م المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الجريدة الرسمية مؤرخة بتاريخ 08 مارس 2009م ، العدد رقم 15.

² - لقد اختلف الفقه في تحديد مدة الحبس قصير المدة إلى ثلاثة آراء فرأى يذهب إلى أن مدة الحبس قصير المدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ، ورأى يذهب إلى أن مدته يجب ألا تزيد ستة أشهر على أساس أن هذه المدة هي الحد الأدنى لضمان إعادة تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه ، في حين يذهب رأي ثالث إلى أن مدة الحبس قصير المدة يفضل ألا تقل عن سنة كاملة ، على أساس أن هذه الفترة تكفي لتحقيق الردع العام كما أنها تكفي لإرضاء شعور العدالة لدى الغير ، فضلا عن أن هذه المدة تساعد على وضع برنامج لإعادة إصلاح وتأهيل المحكوم عليه.

...رامي متولي القاضي ، عقوبة العمل للمنفعة العامة في التشريع الجنائي المقارن ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 1 ، سنة 2012م ، ص 65 / أمين مصطفى محمد ، علم الجزاء الجنائي ، الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 1995م ، ص 217.

والتدابير تنتمي إلى الجزء الجنائي بحيث اعتبر جانب من الفقه¹ نظام العمل للمنفعة العامة ليس عقوبة خالصة ولا تدبير تأهيلي محض بل هو ذو طبيعة مختلطة تجمع بين العقوبة والتدبير ، فهو عقوبة جنائية تتوافر فيها صفة الإكراه والإجبار فهو يمثل إلزاما وتكليفا وإجبارا جسديا ونفسيا للمحكوم عليه ، فضلا عن كون العمل الذي يؤديه يكون بدون اجر لمدة معين ، كما يعتبر تدبير تأهيلي وقائي من ناحية كونه وسيلة لإعادة إدماج المحكوم عليه اجتماعيا وإبعاده عن بيئة الجريمة، وبالتالي إصلاحه وعلاجه وهذه كلها صفات التدبير والتي تهدف إلى حماية المجتمع وجبر الضرر الاجتماعي الواقع على المجتمع .

المطلب الأول : تعريف عقوبة العمل للنفع العام وصورها.

عقوبة العمل للنفع العام قد ارتبطت بالعقوبات البديلة للحبس قصير المدة وقد تناولتها التشريعات الجنائية المقارنة ، بمختلف صورها كعقوبة أصلية أو تكميلية أو مقرونة مع نظام وقف التنفيذ وذلك على اختلاف بين هذه التشريعات .

الفرع الأول : تعريف عقوبة العمل للنفع العام.

إن التشريع الجزائري مثله مثل أغلب التشريعات المقارنة لم يعط تعريفا محددا لعقوبة العمل للنفع العام غير أنه أشار إلى عناصرها الأساسية ، بحيث يمكن استخلاص تعريف لعقوبة العمل للنفع العام من خلال نص المادة 5 مكرر¹ من قانون العقوبات الجزائري بأنها قيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر لمدة معينة ومحددة قانونا لدى شخص معنوي من القانون العام وذلك وفق شروط وضوابط قانونية .وقد عرّفته الفقرة الثامنة من المادة 131 من قانون العقوبات الفرنسي² بأنه "عمل للمنفعة العامة بدون مقابل لمصلحة أحد الأشخاص المعنوية العامة ، أو أحد الأشخاص المعنوية الخاصة المكلف بأداء الخدمة العمومية ، أو إحدى الجمعيات الخولة بتنفيذ الأعمال للمنفعة العامة".

أما عقوبة العمل للنفع العام فقها فيعرفها البعض³ "بأنها إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي أعمالا معينة للصالح العام في خلال أوقات محددة يعينها الحكم ، وذلك لتجنبه الحكم عليه بعقوبة الحبس الذي قد يكون قصير المدة في أغلب الأحيان".وقد عرفه الدكتور باسم شهاب بأنه " الجهد المشروط والبديل لعقوبة الحبس ، والمقدم من

¹ - د. صفاء آوتاني ، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية .كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، سنة 2009 م ، العدد 2 ، ص 430-432.

² - code pénal français, 109^e édition , Dalloz , EDITION 2012.

³ - محمد سيف النصر عبد المنعم ، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة ، دار النهضة العربية ، مصر 2004م ، ص 390.

المحكوم عليه شخصيا لدى مؤسسة عامة لحساب المنفعة العامة ،غايتة إصلاح المكلف به وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع".¹

ونحن بدورنا يمكننا تعريف عقوبة العمل للنفع العام بناء على النصوص المنظمة لها في قانون العقوبات الجزائي على أنها "عقوبة بديلة لعقوبة الحبس قصير المدة ،بمقتضاها يقوم المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر لدى شخص معنوي من القانون العام على أن يكون ذلك بموافقة المعني بها."

الفرع الثاني: صور تطبيق عقوبة العمل للنفع العام

لقد نص المشرع الفرنسي على ثلاثة صور يمكن للقاضي أن يحكم فيها بعقوبة العمل للنفع العام و هي :

أولا : تطبيقها كعقوبة أصلية .

فبناء على نص المادة 131 فقرة الثامنة من قانون العقوبات الفرنسي² ، يمكن القاضي الحكم في الجرائم التي عقوبتها الحبس بعقوبة العمل للنفع العام بتكليف المتهم بأداء عمل بدون اجر لصالح أحد الأشخاص المعنوية العامة ، أو لصالح أحد الأشخاص المعنوية الخاصة أو إحدى الجمعيات المنوط بها تنفيذ أعمالا للمنفعة العامة .

ثانيا : تطبيقها مقترنة مع نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار.

ويقصد بوقف التنفيذ تعليق تنفيذ العقوبة التي قضى- بها على المتهم على شرط موقف خلال مدة يحددها القانون.³ وقد يكون وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار وهو نظام جاء به المشرع الفرنسي من خلاله يمكن تعليق تنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها على المتهم ،على أن يستجيب هذا الأخير لتدابير الرقابة وللالتزامات المنصوص عليها قانونا ،وعليه فإن الشخص المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مع وقف تنفيذها مع الوضع تحت الاختبار ، يمكن أن يحكم عليه القاضي أيضا مع هذه العقوبة بعقوبة العمل للنفع العام .⁴ إذا رأى ذلك يساعد المحكوم عليه في إعادة الإدماج الاجتماعي.

¹ - باسم شهاب ،عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 27 ، أكتوبر 2013م ، العدد 56 ، ص 92.

² - Art 131-8 «Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prescrire, à la place de l'emprisonnement, que le condamné accomplira, pour une durée de vingt à deux cent quatre-vingts heures, un travail d'intérêt général non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général. » code pénal, 109e édition, Dalloz, EDITION 2012

³ - محمد محمد مصباح قاضي ، علم الإجرام وعلم العقاب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط1 ، سنة 2013م ، ص 386.

⁴ - Art 132-54 du code pénal français « La juridiction peut, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 132-40 et 132-41, prévoir que le condamné accomplira, pour une durée de vingt à deux cent quatre-vingts heures, un travail d'intérêt général non rémunéré au profit soit d'une personne morale de

وبناء على نص المادة 132-41 من قانون العقوبات الفرنسي¹، فإنه يمكن تطبيق عقوبة العمل للنفع العام مقترنة مع نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار، حتى على العائد الذي حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لم تتجاوز عشر سنوات.

ثالثا: تطبيقها كعقوبة تكميلية.

وحسب هذه الصورة يمكن للقاضي الحكم بها كعقوبة تكميلية لجرائم ومخالفات السير مثل السياقة في حالة سكر، وكذا كعقوبة تكميلية في المخالفات من الدرجة الخامسة².

أما المشرع الجزائري فقد اقتصر في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على صورة واحدة وهي تطبيقها كعقوبة أصلية فقط، بحيث يمكن للقاضي استبدال عقوبة الحبس النافذ قصير المدة بالزام المحكوم عليه بالقيام بعمل للنفع العام لدى شخص معنوي من القانون العام. وإذا كانت عقوبة الحبس المنطوق بها، موقوفة النفاذ جزئيا ومتى توافرت الشروط القانونية يمكن للقاضي استبدال الجزء النافذ منها بعقوبة العمل للنفع العام³. ما يعني عدم جواز الحكم بها مع الجزء الموقوف النفاذ مثلما فعل المشرع الفرنسي.

وحذا لو أن المشرع الجزائري يوسع من عقوبة العمل للنفع العام لتشمل إمكانية الحكم بها مقترنة مع عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ، وذلك لما لها من أهمية بالغة في إصلاح الجاني وتأهيله، وإشعاره بمسؤوليته على الفعل الذي ارتكبه، ومساهمته في جبر للضرر الذي أحدثه في المجتمع.

المطلب الثاني: خصائص عقوبة العمل للنفع العام وأغراضها.

تتصف عقوبة العمل للنفع العام بخصائص وتهدف إلى تحقيق أهداف وأغراض تخدم السياسة الجنائية المعاصرة.

الفرع الأول: خصائص عقوبة العمل للنفع العام

تتميز عقوبة العمل للنفع العام بمجموعة من الخصائص بعضها تتعلق بها كعقوبة بصفة عامة، وبعضها كعقوبة خاصة، ولعل أبرزها ما يلي:

droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général. »

¹ - Art 132-41 du code pénal français « Lorsque la personne est en état de récidive légale, il est applicable aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de dix ans au plus. »

² - شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد، القسم العام، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1998م، ص 151.

³ - منشور رقم 2 مؤرخ في 21 أبريل 2009م، المتضمن كليات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، وزارة العدل.

أولا : عقوبة العمل للنفع العام عقوبة شرعية .

أي أنها منصوص عليها قانونا ما يعني أنها تخضع لمبدأ الشرعية الذي يقتضي- تحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها من قبل السلطة التشريعية¹ ، فهي عقوبة معينة ومحددة قانونا لا تخضع لتقدير القاضي ويستنتج من كونها تخضع لمبدأ الشرعية أنها عقوبة شخصية لا تطبق إلا على من ارتكب الجريمة فاعلا كان أو شريكا دون سواء من ولي أو وصي أو مسئول مدني.

ثانيا :عقوبة العمل للنفع العام عقوبة قضائية.

كما تتميز هذه العقوبة كونها عقوبة قضائية بمعنى صدورها بحكم قضائي من محكمة جزائية ، وليس من قبل سلطة إدارية أو الهيئة العامة التي ستنفذ عقوبة العمل لصالحها². وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 5 مكرر1 بحيث أعطى للجهات القضائية وحدها الصلاحية في استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام.

ثالثا :عقوبة العمل للنفع العام اختيارية بالنسبة للمحكوم عليه .

تشتط أغلب التشريعات التي تبنت العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للحبس قصير المدة ومن بينها التشريع الجزائري ضرورة قبول المحكوم عليه استبدال عقوبة الحبس المحكوم بها عليه بعقوبة العمل للنفع العام وإلا فلا يجوز للقاضي إجباره عليها ، فالمحكوم عليه له الخيار في قبولها أو رفضها. وهذا الشرط قد انتقد من قبل البعض من الفقه باعتباره يتنافى والطبيعة القانونية للعمل للنفع العام الذي يعتبر عقوبة لا يحق للمحكوم عليه اختيار العقوبة التي توقع عليه.³

الفرع الثاني : أغراض عقوبة العمل للنفع العام.

تعتبر عقوبة العمل للنفع العام من أهم العقوبات البديلة للحبس التي تنتهجها معظم التشريعات في سياساتها العقابية ، بحيث تسعى من ورائها إلى تحقيق أغراضا ،أهدافا تعود بالنفع على الجاني والمجتمع في نفس الوقت ولعل من أبرز الأهداف المرجوة من هذه العقوبة يمكن اختصارها فيما يلي:

¹ - بن شيخ لحسن ، مبادئ القانون الجنائي ، النظرية العامة للجريمة ، دارهومة ، الجزائر ، ط سنة 2002م ، ص35./ عبد الله أوهابية ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، موفر للنشر ، سنة النشر 2011م ، ص93./ سعداوي محمد صغير ، عقوبة العمل للنفع العام ، شرح القانون 09-01 المعدل لقانون العقوبات ، دار الخلدونية ، ط سنة 2013م، ص 97

² - صفاء أوثاني ، المرجع السابق ، ص 436.

³ - رامي متولي القاضي ، المرجع السابق ، ص 35.

أولا : تعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية.

إن عقوبة العمل للنفع العام كبديل من بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة تهدف إلى تعزيز السياسة الجنائية المنتهجة من قبل الدولة وتطويرها في مكافحة الجريمة ، والتي تركز بالأساس على احترام حقوق الإنسان وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليه، كما تهدف هذه العقوبة إلى إشراك الهيئات والمؤسسات في عملية إعادة الإدماج.¹

ثانيا : عقاب الجانح.

إن عقوبة العمل للنفع العام على الرغم من تنفيذها من قبل المذنب خارج السجن إلا أنها تعتبر عقابا في حد ذاته يحقق بطريق غير مباشر الردع والزجر ، وذلك باعتبار أن العمل الذي يقوم به المحكوم عليه يكون بدون أجر كما أنها تفرض على المحكوم عليه مجموعة من الالتزامات كالالتزام بالمواظبة واحترام الغير ، تعتبر إكراها ماديا ونفسيا ، يقيد من حريته فضلا عن ذلك تهدف عقوبة العمل للنفع العام بدون اجر إلى تعويض الضرر الذي لحق بالمجتمع جراء الجريمة². فالعمل للنفع العام يعتبر عقوبة تشاركية مختلفة وهي تحمل في أساسها فكرتين، فكرة الجزاء وفكرة التعويض ، واجتماع هاتين الفكرتين يسهم في خلق إرادة الاندماج الاجتماعي لدى المحكوم عليه والاعتياد على السلوك القويم.³

ثالثا: تأهيل وإصلاح المحكوم عليهم :

وذلك بتجنب المذنبين الذين لا تنطوي شخصيتهم على خطورة إجرامية كبيرة على المجتمع .من مساوئ السجون والاختلاط بمحترفي الإجرام⁴. بحيث عقاب الجاني بعقوبة العمل للنفع العام تساعد على إعادة الاندماج في المجتمع مما يشعره بمسؤوليته الاجتماعية وأهميته كفرد من أفراد المجتمع ، كما أن بقاء المحكوم عليه على صلة بمجمعه وأسرته يجعله يستشعر معنى الحرية التي كانت معرضة للإهدار فيما لو تم حبسه ، وتعطيه دفعا لكي يكون مستقيما وعنصرا صالحا في المجتمع ، وبالتالي يبتعد عن الجريمة إطلاقا فضلا عن ذلك فإن عقوبة العمل للنفع العام

¹ - منشور رقم 2 مؤرخ في 21 ابريل 2009م ، المرجع السابق

² - مسلوب أرزقي ، رئيس مجلس قضاء البري ، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع المقارن ، مداخلة للملتقى حول " عقوبة العمل للنفع العام " ،المقام بإقامة القضاة يوم 11 جانفي 2009م ، المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية ، وزارة العدل ،نشرة القضاة ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق ،وزارة العدل الجزائر ،ج2، العدد64 ، ص 187.

³ - صفاء أوتاني ، المرجع السابق 435.

⁴ - بشرى رضا راضي سعد ، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية ، دار وائل للنشر،الأردن، ط1 ، سنة 2013م ، ص111. / باسم شهاب ، عقوبة العمل للنفع العام ، المرجع السابق ، ص93.

تسهم في بقاء رب الأسرة قريبا من أسرته متصلا بها مما ينجبها التفكك وانحراف أفرادها لما لرب الأسرة من دور في رعاية وتربية أفراد الأسرة.¹

رابعا : تحقيق أغراض اقتصادية

يحقق العمل للنفع العام كبديل لعقوبة الحبس أهدافا اقتصادية مهمة ، باعتبار انه يساهم إلى حد بعيد في الحد من ظاهرة ازدهام السجون ، التي تعرقل عملية التأهيل الاجتماعي وتكلف الدولة نفقات باهظة وهو ما يشكل ضياعا للمال العام بلا فائدة ، كما يساهم العمل للنفع العام في تحقيق مكاسب للدولة بما يقوم به المحكوم عليه من خدمات للمرافق العامة بدون اجر .²

وعليه فإن تحقيق هذه الأهداف المسطرة في إطار سياسة جنائية وعقابية بعيدة عن العقوبات السالبة للحرية ، والتي اثبت الواقع العملي عدم فعاليتها في إعادة الإدماج الاجتماعي يقتضي- أن يتضمن نظام العقوبات البديلة لعقوبة الحبس بدائل مرنة من حيث شروط الحكم بها وتطبيقها. فهل الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري للحكم بعقوبة العمل للنفع العام تكفل نجاح تطبيقها من حيث الجناة المستفيدين منها أم تحتاج إلى إعادة النظر فيها باعتبار أن الكثير من المهتمين بالعدالة الجنائية³ يقررون بنجاح هذا البديل عمليا لولا الدائرة الضيقة التي يطبق فيها.

المبحث الثاني : مدى فاعلية النظام القانوني لعقوبة العمل للنفع العام.

لقد نص المشرع الجزائري على عقوبة العمل للنفع العام ، بحيث أجاز للجهات القضائية استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر ولمدة معينة وذلك لصالح شخص معنوي من القانون العام ، وقد ضمن هذه المكنة التي أعطاها للقاضي شروطا وضوابط يجب مراعاتها عند الحكم بهذه العقوبة البديلة ، كما أعطي بموجب القانون دورا لقاضي تطبيق العقوبات في السهر على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام والفصل في الإشكالات الناتجة عن ذلك. فضلا عن دور النيابة العامة في اتخاذ إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بالعمل للنفع العام.

المطلب الأول : مدى فاعلية شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام .

لقد حدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في المتهم ، والجريمة والعقوبة المنطوق بها لإمكانية الحكم بعقوبة العمل للنفع العام عوض عقوبة الحبس غير أن هذه الشروط على الرغم من وجود ما يبررها إلا أنها قد

¹ - عبد الرحمان بن محمد الطرمان ، التعزيز بالعمل للنفع العام ، أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، الرياض ، سنة 2013م ، ص 121.

² - بوسري عبد اللطيف ، النظم المستحدثة لمواجهة أزمة الحبس قصيرة المدة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1 سنة 2016م ، ص 189.

³ - <http://www.alittihad.ae/>

تشكل عائقا في نجاح العمل بعقوبة العمل للنفع العام التي يهدف المشرع من ورائها تحقيق إعادة تأهيل وإدماج الجاني وعدم عودته إلى الإجرام ، ثم إبعاده عن محيط السجن ، وذلك باعتبار أن هذه الشروط قد تحرم مجموعة كبيرة من الاستفادة من هذه العقوبة البديلة على الرغم من أنهم قد لا يشكلون تهديدا خطيرا على المجتمع

الفرع الأول : مدى فاعلية الشروط المطلوبة في المتهم .

بناء على نص المادة 5 مكرر 1 فإنه لا يمكن للجهات القضائية النطق بعقوبة العمل للنفع العام بدل الحبس ضد المتهم إلا إذا توافرت فيه شروطا معينة بحيث إذا اختلف شرط واحد لا يمكن معه تمكين المحكوم عليه من الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام وتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا: شرط بلوغ المحكوم عليه حدا أدنى من عمره وقت ارتكاب الجريمة .

فقد اشترط المشرع الجزائري في المتهم لإمكانية استفادته من عقوبة العمل للنفع العام بدل حبسه أن يكون بالغاً ستة عشر سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة ، ما يعني إمكانية الاستفادة القاصر من هذه العقوبة البديلة ، وقد جاء هذا الشرط متوافقاً مع ما نصت عليه المادة 15 من القانون المتعلق بعلاقات العمل¹ التي نصت على عدم إمكانية في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشر سنة 16 إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التجهيز، التي تعد وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وعليه فإن النطق بعقوبة العمل للنفع العام ضد القاصر تقتضي موافقة الولي أو الوصي بالنظر لنص الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون المتعلق بعلاقات العمل حيث تنص على عدم جواز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي، كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقياته. كما لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذين يقل عمرهم عن تسع عشرة (19) سنة كاملة في أي عمل ليلي².

وبناء على نص المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري ونص المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية فإنه لا يجوز تطبيق عقوبة العمل للنفع العام في المخالفات ضد القاصر الذي بلغ سن 16 ولم يكمل 18 سنة ، باعتبار أنه في مواد المخالفات يقضى على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما بالتوبيخ أو بعقوبة الغرامة .

ولقد فضل المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على الحدث باعتبار أن عمر الحدث يعطي إمكانية أكبر لتحقيق أهداف الخدمة الاجتماعية كالعدالة ، والأمن واحترام الوقت ، ومنع المشكلات المرتبطة بالإدمان والجريمة ، كما يؤدي العمل إلى تعويد الحدث على الاتصال بقطاعات المجتمع الخارجي

¹ - قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم: الجريدة الرسمية بتاريخ 25 أبريل 1990م ، العدد 17.

² - <http://www.mtess.gov.dz/>

وغرس روح الالتئام والولاء لديه تجاه المجتمع وكل ذلك يؤدي إلى تخفيف نسبة جنوحه¹. وإذا كان المشرع قد بين الحد الأدنى الذي يجوز معه الحكم بعقوبة العمل للنفع العام فإنه لم يبين الحد الأعلى الذي يتمتع معه إفادة المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام ، ومن غير المستبعد أن يكون السن كراخ من إفادة المحكوم عليه بالعمل للنفع العام وقد يستبدل بوقف تنفيذ العقوبة.²

ثانيا : ألا يكون المتهم مسبوقا قضائيا.

والمسبوق القضائي بناء على نص المادة 53 مكرر5 من قانون العقوبات الجزائري هو كل شخص طبيعي محكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ من أجل جنائية أو جنحة من القانون العام، وعليه فإن عقوبة العمل للنفع العام يمكن أن يستفيد منها من سبق الحكم عليه من أجل مخالفة.

غير أن هذا الشرط قد يشكل عائقا في نجاح تطبيق العمل للنفع العام ، وبالتالي تحقيق الهدف المرجو من السياسة الجنائية المنتهجة من قبل الدولة في إيجاد بدائل للحبس وفي إعادة الإدماج الاجتماعي للجناة ، باعتبار أن الكثير من المحكوم عليهم قد يكونون مسبوقين قضائيا بعقوبة سالبة للحرية مشمولة ، أو غير مشمولة بوقف التنفيذ من أجل جنح بسيطة لا ترقى درجة خطورتها على المجتمع إلى حد الإخلال باستقراره ، ولا تتم على الصفة العدوانية والإجرامية في نفسية المحكوم عليه ، وبالتالي لا يستفيدون من هذا النظام. كما أن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في تقدير مدى صلاحية وأهلية المتهم للاستفادة من العقوبة البديلة ، والحكم عليه بها تعتبر عاملا إيجابيا يمكن توظيفه في توسيع دائرة المستفيدين من نظام العمل للنفع العام ، ليشمل حتى المسبوقين قضائيا بجنح بسيطة و لاسيما المسبوقين بعقوبة موقوفة النفاذ ، فإذا قدر القاضي من خلال ظروف القضية أن المتهم لا يصلح له الحبس ، وأن الحبس سيدفعه إلى الاختلاط بالمجرمين الخطرين ، فلما لا يمكن إفادته بعقوبة العمل للنفع العام حتى ولو كان مسبوقا قضائيا وطالما إفادة المتهم بهذه العقوبة البديلة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، وليست أمرا ملزما له .

وعليه فحبذا لو يفعل المشرع الجزائري مثل نظيره الفرنسي- و ينص على نظام وقف التنفيذ مع عقوبة العمل للنفع العام ، وجواز إفادة حتى المجرمين العائدين أو المسبوقين بهذا النظام ، بحيث يجوز للقاضي الفرنسي- بناء على نص المادة 131- 41 النطق بوقف التنفيذ مع الإلزام بالعمل للمنفعة العامة ، فالمشرع الفرنسي- لم يشترط في المحكوم عليه للاستفادة من هذا النظام أن يكون مبتدئا ، فيجوز تطبيق هذا النظام على المحكوم عليهم بغض النظر عن ماضيهم الإجرامي³. كما أن المادة 131 فقرة 8 من قانون العقوبات الفرنسي- لا تتطلب في الجاني الذي تطبق عليه عقوبة العمل للنفع العام أن يكون مجرما مبتدئا ، مما يعني إمكان توقيعها حتى وان كان المتهم عائدا ،

¹- آوتاني ، المرجع السابق ، ص453.

²- باسم شهاب عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق ، ص139.

³- رامي متولي ، عقوبة العمل للمنفعة العامة ، المرجع السابق ص97.

وذلك عكس ما كان منصوص عليه في قانون العقوبات القديم حيث كان يشترط للنطق بعقوبة العمل للمصلحة العامة ضرورة ألا يكون المتهم قد سبق الحكم عليه خلال الخمس سنوات السابقة على الوقائع المسندة إليه بالسجن أو الحبس لمدة تزيد على أربعة أشهر نافذة من أجل جنائية أو جنحة من القانون العام.¹

ثالثا : شرط رضا المحكوم عليه بالعمل للمصلحة العامة وأثره في عملية الإدماج الاجتماعي .

بناء على نص الفقرة الأخيرة من المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري فإنه لا يجوز للقاضي النطق بعقوبة العمل للنفع العام إلا في حضور المحكوم عليه ، ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة وإعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم. هذا ولعل المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الشرط تأثرا بالمشرع الفرنسي الذي تبني هذا الشرط² على أساس عدم مخالفته للمبدأ الذي أكدته الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادة الرابعة منها والذي يقضي بعد جواز إكراه شخص على القيام بعمل³ . فضلا عن ذلك ان العمل للمصلحة العامة يتطلب قدرا من تعاون المحكوم عليه أثناء التنفيذ ما يقتضي عدم فرضه جبرا عليه.⁴

وهذا الشرط الذي تبناه المشرع الجزائري اعتبره بعض الفقه⁵ شذوذ عن قاعدة اعتبار أن أحكام قانون العقوبات من النظام العام لأن العقوبة أصبحت اختيارية ، وتخضع للتفاوض بين القاضي والمحكوم عليه ويتوقف تطبيقها على شرط رضا وموافقة المعني به ، كما اعتبر البعض هذا الشرط يتنافى ومبدأ المساواة في تطبيق العقوبة فضلا عن عدم كفاية هذا الإجراء لتحقيق الردع العام. ولذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي- إلى أن المشرع الفرنسي لم يرد أن يجعل من رضا المتهم شرطا حقيقيا لتطبيق هذا الإجراء ، وإنما يكتفي المشرع بان يقوم رئيس المحكمة بإعلام المتهم قبل الحكم بحقه في رفض ووقف التنفيذ مع الإلزام بالعمل للمصلحة العامة.⁶

وعليه يرى البعض⁷ أن رضا المحكوم عليه بالعمل للمصلحة العامة غير لازم باعتبار أن هذا الرضا الصادر من المحكوم عليه قد يكون محل شك في أن يكون صدر بكل حرية غير مشوب بعيب الإكراه المعنوي المتمثل في خشيته فقط من إيداعه الحبس. كما أن التعاون المطلوب من المحكوم عليه لنجاح العمل للمصلحة العامة يتحقق عندما يشعر المحكوم عليه بمزايا هذا النظام أثناء تطبيقه عليه وذلك بتحسين أسس تطبيقه على المحكوم عليه .

¹ - شريف سيد كامل ، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، المرجع السابق ، ص 148.

² - المادة 131-8 من قانون العقوبات الفرنسي. المرجع السابق.

³ - شريف سيد كامل ، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، المرجع السابق ، ص 147.

⁴ - سعداوي محمد صغير ، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، طبعة سنة 2012م ، ص 85.

⁵ - عبد الرحمان خلفي ، العقوبات البديلة ، دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط1 ، سنة 2015م ، ص 173.

⁶ - رامي متولي ، المرجع السابق ، ص 99.

⁷ - سعداوي محمد صغير ، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة ، المرجع السابق ، ص 85-86.

ونحن نرى أنه ليس بالضرورة ألا ينتج العمل للمصلحة العامة المحكوم به جبرا على المتهم بدل الحبس أشده ، والمتمثل في الإصلاح والتأهيل ، وتجنبيه مساوئ الحبس ، ثم إنه ماذا لو اقتنع القاضي اقتناعا كاملا بعدم جدوى الحبس المراد استبداله بعقوبة العمل للنفع العام ، بالنسبة للمحكوم عليه ، ثم فضل هذا الأخير الحبس على العمل للمنفعة العامة ، ألا نكون بصدد مناقضة السياسة الجنائية المنتهجة التي تسعى إلى تعزيز بدائل الحبس وتجنيب المذنبين المبتدئين والغير الخطرين مساوئ الحبس ، وبالتالي تأهيلهم وإعادة إدماجهم في المجتمع.

وعليه حبذا لو يتم إعادة النظر في ضرورة شرط رضا المحكوم عليه في النطق بالحكم بعقوبة العمل للنفع العام ، لأن الأصل في العمل للنفع العام أنه عقوبة زجرية تهدف إلى الإصلاح والتأهيل وإعادة إدماج المحكوم عليه اجتماعيا ، وليس منحة قضائية يخير فيها المحكوم عليه يقبلها أو يرفضها ، ولذلك يفترض أن يعتمد القاضي معيار المصلحة عندما يريد الحكم بعقوبة العمل للنفع العام ، واقصد المصلحة الحقيقية والمقصد القانوني من هذا البديل ، فإن رأى القاضي أن مصلحة المحكوم عليه و مصلحة المجتمع الذي تأذى جراء الضرر الذي أتتجه بفعله المحرم تكمن في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام فإنه يتعين النطق بها حتى ولو رفضها المحكوم عليه.

الفرع الثاني : مدى فعالية الشروط المطلوبة في الجريمة والعقوبة المنطوق بها .

من خلال نص المادة 5 مكررا 1 من قانون العقوبات الجزائري يتبين لنا أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالجريمة والعقوبة قد اعتمد معيار المدة الزمنية في تحديد مدى استفادة المحكوم عليه من عقوبة العمل للنفع العام ، بحيث اشترط المشرع عدم تجاوز عقوبة الجريمة المرتكبة مدة ثلاث سنوات حبس ، وعدم تجاوز العقوبة المنطوق بها مدة سنة حبس ، فهل هذين الشرطين يحققان الهدف من إقرار العقوبات البديلة للحبس المتمثلة في العمل للمنفعة العامة في السياسة الجنائية ، والتي تهدف في الأساس إلى احترام حقوق الإنسان وإعادة تأهيل وإدماج المتهم اجتماعيا.

أولا : عدم تجاوز عقوبة الجريمة المرتكبة ثلاث سنوات حبس.

لقد اقتصر المشرع الجزائري في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام كبديل لعقوبة الحبس قصير المدة على الجرائم البسيطة أي فقط على المخالفات والجح التي عقوباتها لا تتجاوز مدة ثلاث سنوات حبس ، ولذا تستفيد منها الآن فئات محدودة من المحكوم عليهم الذين ارتكبوا نوعاً محدداً من المخالفات القانونية كخيانة الأمانة ، وتزوير الوثائق الإدارية ، والقتل والسب والشتم ، و السياقة في حالة سُكر وحياسة واستهلاك المخدرات. إلى ذلك ، يقترح البعض تعديل القانون مجدداً باتجاه توسيع دائرة المستفيدين من العقوبة البديلة لتشمل المتورطين في السرقة الخفيفة الذين تصل عقوباتهم القانونية إلى 5 سنوات لأن هؤلاء هم الذين يشكلون الفئة الغالبة في السجون الآن.¹ كما يقترح البعض الآخر من القانونيين إلى مراجعة مدة العقوبة واستبدالها ب 10 سنوات بدل

¹ -<http://www.alittihad.ae/>

ثلاث سنوات، باعتبار أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية، وأن الهدف من الإجراء هو إصلاح المذنب وإعادة إدماجه اجتماعياً.¹

فكثيراً من المحكوم عليهم من يرتكب جنحة عقوبتها من سنة إلى 5 سنوات ويحكم عليه بالحبس سنة فقط إلا أنه لم يستفد من عقوبة العمل للنفع العام على الرغم من أنه قد يكون غير مسبوق قضائياً ويقدم ضمانات جد كافية على عدم العود إلى الجريمة، بل وقد يقدر القاضي بناءً على السلطة التقديرية التي منحه إياه القانون في مدى إفادة المتهم بعقوبة العمل للنفع العام بأن هذا الأخير جدير بالاستفادة من العمل للنفع العام، ويقتنع بأن عقوبة الحبس المنطوق بها ضده قد لا تنفعه في إعادة إصلاحه إلا أنه لا يمكن إفادته بالعقوبة البديلة لأنه مكبل بهذا الشرط.

وعليه فقتراح أن يوسع المشرع الجزائري من نطاق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لتشمل جميع الجنح المعاقب عليها بالحبس، وذلك مثلاً فعل المشرع الفرنسي² دون اشتراط حدود معينة لمدة عقوبة الحبس المقررة للجنحة المرتكبة طالما إفادة المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام هي ممكنة جعلها المشرع في يد القاضي يحكم بها بناءً على السلطة التقديرية له، وليست حقاً مكتسباً للمحكوم عليه يجب على القاضي الالتزام بتطبيقه كلما تحققت الشروط، كما أن توسيع دائرة تطبيق نظام العمل للنفع العام يساهم في تعزيز السياسة الجنائية القائمة على إصلاح وتأهيل وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم.

ثانياً : عدم تجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبسا.

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 5 ف 4 من قانون العقوبات، لإمكانية استفادة المتهم بعقوبة العمل للنفع العام كبديل لعقوبة الحبس ألا ينطق القاضي بعقوبة تتجاوز سنة حبسا، ما يعني أن المشرع الجزائري يتبنى الرأي الذي يحدد مدة الحبس قصير المدة بسنة حبس. غير أن الإشكالية تطرح في حالة ما إذا نطق القاضي بعقوبة سنتين حبس إحداها نافذة وأخرى موقوفة النفاذ فهل يجوز للقاضي استبدال السنة حبس النافذة بعقوبة العمل للنفع العام أم لا يجوز باعتبار المشرع لم ينص على هذه الحالة مما قد يتعارض مع مبدأ الشرعية ؟

يرى بعض الباحثين³ أنه لا مانع من استبدال السنة حبس النافذة بعقوبة العمل للنفع العام طالما أنها لم تتجاوز الحد الذي اشترطه القانون ألا وهو سنة حبس، غير أننا نرى أنّ هذا الحل قد يتعارض مع مبدأ الشرعية

1- <http://www.djazairss.com/elmassa/43773> رغم ما يحمله نظام عقوبة النفع العام من إيجابيات

التطبيق الفعلي يسجل تأخراً رشيدة بلال نشر في المساء يوم 18 - 02 - 2011

²- تنص المادة 131 - 8 من قانون العقوبات الفرنسي على ما يلي: "إذا كانت الجنحة معاقبا عليها بالحبس، يجوز للمحكمة أن تلزم المحكوم عليه، بأن يقوم بعمل للمصلحة العامة بدون أجر لدى شخص معنوي عام أو جمعية تباشر قانوناً أعمالاً تتعلق بالمنفعة العامة". فبناءً على نص المادة فإنه يكفي لتطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة أن تكون الجريمة جنحة ومعاقبا عليها بالحبس وبغض النظر عن مدة عقوبتها ولعل المشرع الفرنسي- قصد من ذلك التوسع في تطبيق عقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية.

³- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 177.

، باعتبار أن نص الفقرة يبين وواضح في ضرورة توفر شرط عدم تجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبس ، وفي هذه الحالة قد تجاوزت العقوبة المنطوق بها سنة حبس بغض النظر عن الجزء الموقوف النفاذ.

كما أنه في حالة ما إذا تم استبدال السنة حبس النافذة بعقوبة العمل للنفع العام ، ثم أخل بعد ذلك المحكوم عليه بشروط نظام إيقاف التنفيذ المنصوص عليه في المادة 593 من قانون الإجراءات الجزائية¹ فإن العقوبة الموقوفة النفاذ تنفذ عليه وبالتالي نكون بصدد خرق نص الفقرة الرابعة من المادة 5 من قانون العقوبات.

المطلب الثاني: مدى فاعلية الدور المنوط بمجتهات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام.

لقد بين المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق العمل للنفع العام² الجهات التي لها دور في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام ألا وهي النيابة العامة وقاضي تطبيق العقوبات ، غير أن تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام قد تعترضه بعض الإشكالات في الميدان العملي ولاسيما تلك التي تعيق دور النيابة العامة الأمر الذي ينبغي الوقوف عندها ، كما نبين الدور الذي تلعبه الجهة المخولة بحل الإشكالات التي تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام ألا وهي قاضي تطبيق العقوبات.

الفرع الأول : الإشكالات القانونية التي تعيق النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام .

كما جاء في المنشور رقم 02 المتعلق بكيفيات تطبيق العمل للنفع العام ، فإنه يعهد في كل مجلس قضائي إلى نائب عام مساعد مهمة القيام بتنفيذ الأحكام والقرارات التي تقضي بعقوبة العمل للنفع العام ، ولعل من أبرز مهام النيابة العامة تسجيل العقوبات في صحيفة السوابق القضائية ، وإرسال نسخة من الحكم أو القرار النهائي بالإضافة إلى مستخرج منها إلى قاضي تطبيق العقوبات ليتولى تطبيق العقوبة غير أن النيابة العامة قد تعترضها بعض الإشكالات عند القيام بإجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام ، ولعل من أهم هذه الإشكالات ما تطرق إليه بعض النواب العامين³ و تتمثل فيما يلي:

أولاً: في حالة تعدد عقوبات العمل للنفع العام

فقد يرتكب الشخص جريمتين ويصدر ضده حكمين منفصلين من جهتين قضائيتين كلاهما يتضمن عقوبة العمل للنفع العام وعند التنفيذ تواجه النيابة العامة حكمين قابلين للتنفيذ فأى الحكمين واجب التنفيذ الأول أم الثاني

¹ - تنص المادة 593 على أنه " إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر من المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جناية أو جنحة اعتبر الحكم بإدائته غير ذي أثر ، وفي الحالة العكسية تباشر النيابة تنفيذ العقوبة الأولى المحكوم بها دون أن تلبس بالعقوبة الثانية .. " ينظر الأمر رقم 02-15 مؤرخ في 23 يوليو 2015م ، المعدل والمتمم للأمر رقم 155-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية مؤرخة في 23 يوايو سنة 2015م ، العدد 40.

² - المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21-04-2009م.

³ - جبارة عمر، النائب العام المساعد الأول لدى مجلس قضاء فلسطينية ، دور النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام ، ملتقى تكويني حول موضوع العمل للنفع العام " التجربة الفرنسية " يومي 06-05 أكتوبر 2011م ، فندق مازافران ، زرالة الجزائر.

أم تنفيذ كلاهما بنظام الدمج. فهذه المسألة لم يتطرق إليها القانون وهي مسألة تتعلق بنظام تعدد الجرائم التي نصت عليه المادة 32 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري ، فقد تطرق المشرع من خلال تلك المواد إلى حالة تعدد العقوبات السالبة للحرية ، وحالة تعدد العقوبات المالية سواء في حالة تعدد المحاكمات أو وحدتها ، دون أن يتطرق إلى حالة تعدد عقوبات العمل للنفع العام. ولذا حبذا لو أن المشرع الجزائري ينص على حكم هذه الحالة ، لأن الاجتهاد في هذه المسألة والقول بتنفيذ حكم واحد قد يؤدي إلى المساس بمبدأ الشرعية الذي هو أساس التشريع الجنائي.

ثانيا :عدول المحكوم عليه عن قبول العمل للنفع العام.

قد يقبل المحكوم عليه باستبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام غير أنه عند إرسال الملف من قبل النيابة العامة إلى قاضي تطبيق العقوبات والبدء في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام يعدل المحكوم عليه عن هذه العقوبة ، فهل يعتبر في هذه الحالة مخلا بالتزامات وشروط تطبيق العمل للنفع العام فتطبق عليه العقوبة الأصلية أم لايد إضافة إلى ذلك من تكييف هذا العدول على انه جريمة جديدة تقتضي متابعة جزائية جديدة على جريمة عدم الامتثال لالتزامات العمل للنفع العام ؟ .

فبالرجوع إلى المادة 5 مكرر 4 و المنشور الوزاري المتضمن كيفيات تطبيق العمل للنفع العام نجده يتطرقان إلى حالتين:

- حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات والشروط المدونة في مقرر الوضع وفي هذه الحالة ستنفذ عليه عقوبة الحبس الأصلية المحكوم بها عليه .
 - ثم حالة عدم امتثال المحكوم عليه للاستدعاء الموجه إليه من قبل قاضي تطبيق العقوبات رغم ثبوت تبليغه شخصيا بالاستدعاء ودون تقديم عذر جدي من قبله أو من نيابه ، فإنه في هذه الحالة أيضا يحرر ضده محضر بعدم الامتثال ويرسل إلى النيابة العامة لاتخاذ إجراءات تنفيذ العقوبة الأصلية بصورتها العادية.
- غير أنه في حالة ما إذا امتثل المحكوم عليه للاستدعاء الموجه إليه من قبل قاضي تطبيق العقوبات ، ثم قرر أمامه التراجع عن قبول العمل للنفع العام ، فإنه يمكن اتّخاذ ضده إجراءات تنفيذ العقوبة الأصلية دون متابعته بجريمة الإخلال بالتزامات العمل للنفع العام لعدم وجود نص للمتابعة الجزائية على ذلك. وحبذا لو ينص المشرع الجزائري على ذلك مثل ما فعل المشرع الفرنسي¹ حيث نص على عقوبة سنتين حبس وغرامة مالية بثلاثين ألف أورو لكل من يخل بالتزامات وشروط العمل للنفع العام.

¹ -Article 434-42 « La violation, par le condamné, des obligations résultant de la peine de travail d'intérêt général prononcée à titre de peine principale ou de peine complémentaire est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » code pénal, 109e édition, Dalloz, EDITION 2012.

الفرع الثاني : دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

لقد أناطت المادة 5 مكرر3 من قانون العقوبات الجزائري مهمة السهر على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام إلى قاضي تطبيق العقوبات ، وقد بين المنشور الوزاري بالتفصيل الدور الذي يقوم به قاضي تطبيق العقوبات من أجل التطبيق السليم للعقوبة البديلة ، وعليه يمكن لقاضي تطبيق العقوبات القيام بما يلي:

أولاً: استدعاء المحكوم عليه واختيار العمل المناسب له.

وذلك عن طريق محضر قضائي وينوه في الاستدعاء إلى ضرورة الالتزام بالحضور في الوقت المحدد وإلا سقط حقه في الاستفادة من العقوبة البديلة وتطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية. كما يمكن لقاضي تطبيق العقوبات التنقل إلى مقرات المحاكم التي يقيم بها المحكوم عليهم للقيام بالإجراءات الضرورية التي تسبق شروعه في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام. هذا وبعد ما يكون قاضي تطبيق العقوبات فكرة عن المحكوم عليه والتأكد من قدراته الصحية ، ومؤهلاته يمكن لقاضي تطبيق العقوبات اختيار له العمل المناسب من بين المناصب المعروضة والتي تتلاءم وقدراته وتساهم في اندماجه ودون أن تؤثر في السير الحسن لحياته المهنية والعائلية. وهنا تكمن المشكلة بحيث قد لا تتوفر لدى قاضي تطبيق العقوبات المناصب التي تتلاءم ومؤهلات المحكوم عليه ، مما يضطره إلى اختيار له عمل لا يتناسب ومؤهلاته وقدراته الأمر الذي يؤثر على نظام العمل للنفع العام كبديل لعقوبة الحبس وكوسيلة لتعزيز سياسة إعادة الإدماج الاجتماعي. كما قد يشير البعض¹ التساؤل حول مصير الحكم بالعمل للنفع العام إذا كانت نتائج الفحص الطبي سلبية لا تسمح للمحكوم عليه بالقيام بالعمل للمنفعة العامة ؟.

ثانياً : وقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام

أجازت المادة 5 مكرر3 من قانون العقوبات لقاضي تطبيق العقوبات ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المحكوم عليه أو من ينبيه أن يصدر مقررًا بوقف تطبيق العمل للنفع العام لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية ، إلى حين زوال هذه الأسباب ، كما يمكنه عند الاقتضاء إجراء كل التحريات بمعرفة النيابة العامة للتأكد من مدى جدية المبرر المقدم. كما أسندت المادة 5 مكرر3 لقاضي تطبيق العقوبات الفصل في جميع الإشكالات التي يمكن أن تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام واتخاذ أي إجراء لحل الإشكال كتنغير العمل أو المؤسسة أو غيرها من الإشكالات التي تصادف التطبيق الميداني لهذه العقوبة البديلة².

خاتمة :

من خلال هذه الورقة البحثية يمكن استنتاج ما يلي :

¹ - عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق ، ص 180.

² - المنشور الوزاري رقم 2 السابق.

- أن نظام العمل للنفع العام وسيلة ناجعة ومهمة في تعزيز سياسة إعادة إدماج المذنبين اجتماعيا ، غير أن هذا النظام يحتاج إلى ضرورة تعزيزه بآليات ونصوص قانونية واضحة تسد الثغرات الموجودة فيه وتعمل على حل الإشكالات التي قد تواجه تطبيقه.
- ضرورة مراجعة بعض الشروط المطلوبة لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام ، ولا سيما شرط عدم تجاوز عقوبة الجريمة المرتكبة ثلاث سنوات حبس ، وعليه نقترح أن يوسع المشرع الجزائري من نطاق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لتشمل جميع الجنح المعاقب عليها بالحبس ، وذلك مثلما فعل المشرع الفرنسي- دون اشتراط حدود معينة لمدة عقوبة الحبس المقررة للجنة المرتكبة ، طالما إفادة المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام هي ممكنة جعلها المشرع في يد القاضي يحكم بها بناء على السلطة التقديرية له ، وليست حقا مكتسبا للمحكوم عليه يجب على القاضي الالتزام بتطبيقه كلما تحققت الشروط.
- حبذا لو يتبنى المشرع الجزائري نظام وقف التنفيذ مع الإلزام بعقوبة العمل للنفع العام ، وتطبيقها حتى على العائدين ، وذلك مثل ما فعل المشرع الفرنسي لتفعيل العمل للنفع العام كآلية لإعادة الإدماج الاجتماعي.
- ضرورة التمييز على حكم حالة الحكم بعقوبة سنتين حبس واحدة نافذة ، والأخرى موقوفة النفاذ. هل يمكن تطبيق نظام العمل للنفع العام على سنة حبس النافذة أم لا ينطبق باعتبار أن العقوبة المنطوق بها تجاوزت سنة حبس .

المراجع:

- أ- النصوص القانونية والمناشير
- 1- القانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009م المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الجريدة الرسمية مؤرخة بتاريخ 08 مارس 2009م ، العدد رقم 15.
- 2- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل ، معدل ومتمم : الجريدة الرسمية بتاريخ 25 ابريل 1990م ، العدد 17.
- 3- الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 23 يوليو 2015م ، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية مؤرخة في 23 يوايو سنة 2015م ، العدد 40.
- 4- المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21-04-2009م المتضمن كفايات تطبيق العمل للنفع العام ، وزارة العدل الجزائرية
- 5- قانون العقوبات الفرنسي 2012 ,EDITION ,Daloz ,109° édition ,code pénal français
- ب- كتب فقهيّة
1. أمين مصطفى محمد ، علم الجزء الجنائي ، الجزء الجنائي بين النظرية والتطبيق ، دار الجامعة الجديدة للنشر- ، سنة 1995م .
2. بن شيخ حسن ، مبادئ القانون الجنائي ، النظرية العامة للجريمة ، دارهومة ، الجزائر ، ط سنة 2002م .

3. بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية ، دار وائل للنشر،الأردن ، ط1 ، سنة 2013م .
4. بوسري عبد اللطيف ، النظم المستحدثة لمواجهة أزمة الحبس قصيرة المدة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1ن سنة 2016
5. رامي متولي القاضي ، عقوبة العمل للمنفعة العامة في التشريع الجنائي المقارن ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط1 ، سنة 2012م
6. سعداوي محمد صغير ، عقوبة العمل للنفع العام ، دار الخلدونية الجزائر، طبعة سنة 2013م.
7. سعداوي محمد صغير ، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، طبعة سنة 2012م
8. شريف سيد كامل ، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي- الجديد ، القسم العام ، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر سنة 1998م.
9. عبد الله أواهبيبة ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، موفر للنشر ، سنة النشر 2011م
10. محمد سيف النصر عبد المنعم ، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة ، دار النهضة العربية ، مصر 2004م ، ص 390.
11. محمد محمد مصباح قاضي ، علم الإجرام وعلم العقاب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط1، سنة 2013م

ج- مجلات

1. باسم شهاب ، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 27 ، أكتوبر 2013م ، العدد 56 .
2. صفاء آوتاني ، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، سنة 2009 م ، العدد 2 .
3. عبد الرحمان بن محمد الطربان ، التعزير بالعمل للنفع العام ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، الرياض ، سنة 2013م.
4. مسلوب أرزقي ، رئيس مجلس قضاء اليزي ، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع المقارن ، مداخلة للملتقى حول " عقوبة العمل للنفع العام " ، المقارن بإقامة القضاة يوم 11 جانفي 2009م ، المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية ، وزارة العدل ، نشرة القضاة ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق ، وزارة العدل الجزائر ، ج2، العدد 64.

د- ملتقيات

- جبارة عمر، النائب العام المساعد الأول لدى مجلس قضاء قسنطينة ، دور النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام ، ملتقى تكويني حول موضوع العمل للنفع العام " التجربة الفرنسية " يومي 05-06 أكتوبر 2011م ، فندق مازافران ، زرادة الجزائر .

هـ- مواقع

1. <http://www.djazairiss.com/elmassa/43773> رغم ما يحمله نظام عقوبة النفع العام من إيجابيات التطبيق الفعلي يسجل تأخرا رشيدة بلال نشر في المساء يوم 18 - 02 - 2011

2. <http://www.mtess.gov.dz/>

3. <http://www.alittihad.ae/>

الديمقراطية التشاركية في مادة التعمير*
د/كمال محمد الأمين - أستاذ محاضر "ب" - جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص:

تعتبر مشاركة الجمهور من المبادئ التي لم ينص عليها صراحة في قانون التعمير، بحيث يمثل التشاور مرحلة إلزامية للقيام بمشاريع التهيئة العمرانية في الجزائر بداية من سنوات التسعينيات. ورغم ذلك فإن هذا المبدأ لم يتم تكريسه بسبب العزوف عن تطوير الديمقراطية التشاركية، في حين أن القانون البيئي شهد ديناميكية حقيقية، لكن التردد الحالي بالنسبة لتعدد القيود الإجرائية تجعل من غير المؤكد الاعتراف به كمبدأ عام لمشاركة الجمهور في قانون التعمير.

Résumé :

La participation du public est un principe sous-jacent en droit de l'urbanisme. La concertation est devenue une étape obligatoire de l'élaboration des projets d'aménagement urbain en Algérie à partir des années quatre-vingt dix. Toutefois, ce principe n'a jamais été consacré, du fait des réticences à développer la démocratie participative. Le droit de l'environnement a créé une véritable dynamique. Mais les réticences actuelles vis-à-vis de la multiplication des contraintes procédurales rendent très incertaine la reconnaissance d'un principe général de participation du public en droit de l'urbanisme.

مقدمة

نصت المادة 15 في فقرتها الأخيرة من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم،¹ على أنه: "تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية".

فواضح أن اهتمام المؤسس الدستوري بموضوع الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي من شأنه أن يتيح للمواطنين المشاركة في اتخاذ القرارات على المستوى المحلي مثلما نصت عليه المادة 11 فقرة أولى من القانون رقم

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/24

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/05

¹ - ج.ر العدد 76 لسنة 1996 معدل بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 (ج.ر العدد 25 لسنة 2002) والقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (ج.ر العدد 63 لسنة 2008) والقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016 (ج.ر العدد 14 لسنة 2016).

10-11 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية،¹ التي جاء فيها ما يلي: "تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري".

فالرغبة في إشراك المواطن بالتنمية المحلية، أضحت ضرورية من خلال إتاحة المجال للمؤسسات المجتمع المدني بمتابعة مدى تنفيذ القرارات التي تهم المواطن لاسيما ما تعلق بالجوانب المؤثرة في مركزه القانوني.

ففي موضوع بحثنا تحديدا المعنون بـ: "الديمقراطية التشاركية في مادة التعمير"، نحاول إبراز دور الجمهور في المشاركة باتخاذ القرارات المتعلقة بمادة التعمير والبناء، فعلى غرار مبدأ المشاركة المنصوص عليه في المادة الثالثة من القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة،² والذي يكون بمقتضاه لكل شخص الحق في أن يكون على علم بحالة البيئة والمشاركة في الإجراءات المسبقة عند اتخاذ القرارات التي قد تضر بالبيئة.

إلا أنه بالمقابل فإن مبدأ المشاركة في مجال التعمير والبناء لم ينص عليه المشرع الجزائري — ومن ورائه السلطة التنظيمية — صراحة في القانون رقم 29-90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير،³ المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-04،⁴ ولا في مراسيمه التطبيقية لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير سنة 2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.⁵

وبناء عليه سنبحث بالدراسة والتحليل إبراز مبدأ مشاركة الجمهور في مادة التعمير بداية بتحديد مفهوم الديمقراطية التشاركية في المجال العمراني وبيان مظاهر هذه المشاركة.

أولاً: مفهوم الديمقراطية التشاركية في المجال العمراني

إن تبني فكرة الديمقراطية التشاركية كآلية فعالة في معالجة العديد من جوانب الحياة العامة في المجتمع — ومن بينها المشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتهيئة والتعمير — من شأنها معالجة بعض المشاكل التي فرضها تطور المجتمع والسعي نحو تفعيل دور المواطن ومساهمته في الحياة العامة بما يحقق مصداقية عمل الجماعات المحلية، ومن شأن ذلك تفادي العديد من المشاكل التي تشوب أعمال المجالس المحلية المنتخبة، وهو النهج الذي اعتمدته المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، بحيث قضت المادة 12 منه بأن: "قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري المذكور في المادة 11 أعلاه، يسهر رئيس المجلس الشعبي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم.

¹ - ج.ر العدد 37 لسنة 2011.

² - ج.ر العدد 43 لسنة 2003.

³ - ج.ر العدد 52 لسنة 1990.

⁴ - ج.ر العدد 51 لسنة 2004. المستدركة بـ(ج.ر العدد 71 لسنة 2004).

⁵ - ج.ر العدد 07 لسنة 2015.

يتم تنظيم هذا الإطار طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وهكذا نرى أن المشرع الجزائري أحال في مسألة تنظيم مبدأ مشاركة الجمهور إلى النصوص التشريعية والتنظيمية من بينها قانون البناء ومراسيمه التطبيقية موضوع البحث.

فإقرار مبدأ المشاركة وتجسيده على أرض الواقع، يتوقف على مدى تفاعل مؤسسات المجتمع المدني مع الآليات القانونية الممنوحة لها في كل من القانوني البيئي والعمراني، وبالتالي فإن للمجتمع المدني دور فاعل وأساسي في تشجيع المشاركة الجماهيرية وتأطيرها صورها وتطبيقاتها العملية،¹ بحيث نصت المادة 13 من قانون البلدية المذكور أعلاه على أنه: "يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، كلما اقتضت ذلك شؤون البلدية، أن يستعين بصفة استشارية، بكل شخصية محلية وكل خبير و/أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة قانوناً الذين من شأنهم تقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس أو لجانه بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطهم".

فمبدأ المشاركة في مادة التعمير والبناء، يجد أساسه ومصدره من خلال المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 4 يوليو المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن،² الذي وضع التزاماً قانونياً عاماً على عاتق السلطات الإدارية مهما كان مجال نشاطها وعملها أو موقعها من التنظيم الإداري للدولة ألا وهو واجب الرد على طلبات وتطلعات المواطنين، حيث قضت المادة 25 من هذا المرسوم بأنه: "يجب أن تسلم فوراً جميع الأوراق والوثائق والعقود التي لا يتطلب تسليمها أجلاً معيناً".

وإذا قرر التنظيم الجاري به العمل أجلاً لتسليم وثيقة ما فيجب أن تسلم هذه الوثيقة قبل يوم كامل من انقضاء الأجل المقرر على الأكثر.

أما إذا رفض تسليم الوثيقة فيجب أن يسلم الرد المعلن لطالبيها خلال المهلة نفسها المنصوص عليها أعلاه "" . وقضت المادة 34/1 من ذات المرسوم بأنه: "يجب على الإدارة أن تزود على كل الطلبات أو الرسائل أو التطلعات التي يوجهها المواطنون إليها".

وعليه، وبالنظر لإطلاق هذا النص ومرونته، فإن مضمونه يمتد أفقياً ليسري وينطبق على كل الحالات وأنواع الموضوعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها مع جمهور المتعاملين معها من المواطنين، وبمبادرة منهم بمناسبة تطلعاتهم المرفوعة إليها (رئاسية أو ولائية) أو طلباتهم المقدمة من أجل التسهيل عليهم أو الترخيص لهم بممارسة نشاط من النشاطات أو حرية من الحريات أو حق من الحقوق عندما يقيد القانون ممارستها بضرورة الحصول على إذن مسبق من الإدارة باعتبارها سلطة رقابية بما تحوزه من سلطات الضبط الإداري، مثلاً هو الشأن بالنسبة لطلب رخصة البناء للقيام بالبناء على أرض معينة، ممارسة لأحد مظاهر حق الملكية العقارية أو الحقوق العينية

¹ - بركات سمير: "مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة تيزي وز 2013-2014، ص 14 وما بعدها.

² - ج.ر العدد 27 لسنة 1988.

العقارية الأخرى على العقار،¹ وهذا ما يمثل مظهر من مظاهر مشاركة المواطن في إصدار القرارات المتعلقة بالتهيئة والتعمير مثلما سنفصله من خلال ما يلي.

ثانيا: مظاهر مشاركة الجمهور في المجال العمراني

يقصد بالجمهور السكان وأصحاب حق الارتفاق والجمعيات المدافعة عن إطار المعيشة، وبالتالي فلكل هؤلاء المصلحة في التدخل عن طريق المشاركة إلى جانب السلطات في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتهيئة والتعمير أو الطعن فيها أمام القضاء المختص.²

ففي النص القانوني، قضت المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28 مايو 1991 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير،³ بأنه: "يمكن رفض رخصة البناء إذا كانت المساحات الخضراء الموجودة تمثل أهمية أكيدة ولم يتم ضمانها، أو إذا كان انجاز المشروع ينجر عنه هدم عدد كبير من الأشجار.

يمكن منح رخصة البناء شريطة إنشاء وتهيئة مساحات خضراء بالتناسب مع أهمية وطبيعة المشروع".

ومع ذلك، وحتى مع إمكانية اشتراط الإدارة توفير هذا الضمان لمنح رخصة البناء وتقييدها بشرط تهيئة مساحة خضراء في مكان آخر أو إعادة تهيئة المساحة الموجودة بعد اقتطاع جزء منها لغرض البناء على مستوى القطعة الأرضية المتبقية، فإنها قد لا تفعل ذلك حقيقة أو تتساهل في الإسراع بالإنجاز على أقل تقدير مما ينجر عنه الإضرار بالمصلحة العامة، الأمر الذي يضعها في موضع المخالف للقاعدة القانونية بقرارها ذاك بالترخيص بالبناء مما يعطي الحق والصفة للغير في رفع دعوى قضائية لإلغاء هذا القرار، ومن بين هذه الجهات المدعية المحتملة، الجيران حماية لحقوق الارتفاق وبيئة الجوار المضمونة بمقتضى أحكام المادتين 690 و 691 من القانون المدني الجزائري، وجمعيات الأحياء وجمعيات حماية البيئة.⁴

كذلك، تظهر مشاركة الجمهور في المجال العمراني من خلال التحقيق الذي تجريه سلطات الضبط الإداري في إطار دراسة ملفات تراخيص أعمال البناء، فقد قضت المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها بأنه: "ترخص النسخة من المقرر المتضمن رخصة البناء الملصقة بمقر

¹ - كمال محمد الأمين: "الاختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2015-2016، ص 47.

² - Voir Bénédicte Delaunay: « Le principe de participation du public », Colloque "Les principes en droit de l'urbanisme", Université d'Orléans 13 décembre 2013. <http://droiturbanisme.sciencesconf.org>.

voir aussi Michel Delnoy: « la participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement », éditions Larcier Bruxelles 2007, p 257 et suite.

³ - ج.ر العدد 26 لسنة 1991.

⁴ - كمال محمد الأمين، المرجع السابق، ص 74.

المجلس الشعبي البلدي لكل شخص معني بالإطلاع على الوثائق البيانية للملف الطلب وذلك إلى غاية اقتضاء أجل سنة و شهر".

وتضيف المادة 80 من ذات المرسوم بأنه: "ينبغي على رئيس المجلس الشعبي البلدي القيام بالصاق وصل إيداع طلب رخصة الهدم بمقر المجلس الشعبي البلدي خلال كامل فترة تحضير رخصة الهدم".

ولا شك أن اللجوء إلى إعلام الجمهور من خلال نشر نسخة من قرار الترخيص بالبناء أو الهدم بمقر المجلس الشعبي البلدي، الهدف منه تمكين أي شخص من الإطلاع على الوثائق البيانية للملف طلب الترخيص بالبناء والذي يدوم نشره سنة وشهر، حسب ما نصت عليه المادة 56 من ذات المرسوم وإمكانية إثارة طعون ضد القرار، ثم تحديد مواعيد ممارسة هذه الطعون من الغير كجيران صاحب الرخصة، والجمعيات المدافعة عن البيئة الحضرية، والمالكين على الشيوخ وصاحب حق الشفعة على العقار موضوع رخصة البناء.¹

كما يظهر مشاركة الجمهور في المجال العمراني من خلال التحقيق الذي تجريه السلطات العمومية في إطارها سعيا لإعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، فقد نصت المادة الثامنة في فقرتها الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المؤرخ في 28 مايو 1991 والمحدد لإجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به،² حيث جاء فيها ما يلي: "ينشر هذا القرار مدة شهر في مقر المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية ويبلغ للإدارات والمصالح العمومية وللجمعيات والمصالح التابعة للدولة المعنية بمقتضى هذه المادة"، ولاشك أن الهدف من تبليغ الجمعيات هو إمكانية إثارة هذه الأخيرة طعون وتظلمات لدى رئيس المجلس الشعبي أو الوالي من أجل إعادة النظر في المصادقة على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

ونظرا لأهمية دور الجمعيات في المجال العمراني، ألزمت المادة 9 من ذات المرسوم ضرورة تبليغ مشروع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير للجمعيات.

من جانب آخر ألزمت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178 المؤرخ في 28 مايو سنة 1991 المحدد لإجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها،³ بضرورة المبادرة بجمع الآراء في إطار التشاور مختلف الهيئات والجمعيات المعتمدة لهذا الغرض، حيث نصت على ما يلي: "يادر رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية أو المؤسسة العمومية المشتركة بين الولايات

¹ - نفس المرجع، ص 50.

² - ج.ر العدد 26 لسنة 1991، المعدل والمتمم بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-317 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005 (ج.ر العدد 62 لسنة 2005).

³ - ج.ر العدد 26 لسنة 1991، المعدل والمتمم بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-318 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005 (ج.ر العدد 62 لسنة 2005).

إعداد مخطط شغل الأراضي كما هو مبين في هذا الفصل لاسيما فيما يخص متابعة الدراسات، وجمع الآراء في إطار التشاور مع مختلف الهيئات والمصالح العمومية والإدارات العمومية والجمعيات المعتمدة لهذا الغرض.

غير أن المقررات التي تتخذها المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات والتي تدخل في إطار الإجراءات المحددة في هذا المرسوم لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد مداولة المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية".

كما مكنت المادة 7 من ذات المرسوم مشاركة الجمعيات في إعداد مخطط شغل الأراضي وإطلاع رؤساء الجمعيات المحلية بذلك، بحيث نصت على ما يلي: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية أو المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات بإطلاع رؤساء غرف التجارة ورؤساء غرف الفلاحة، ورؤساء المنظمات المهنية، ورؤساء الجمعيات المحلية للمرتفقين كتابيا بالمقرر القاضي بإعداد مخطط شغل الأراضي

ولهؤلاء المرسل إليهم محلة خمسة عشر (15) يوما ابتداء استلامهم الرسالة للإفصاح عما إذا كانوا يريدون أن يشاركوا في إعداد مخطط شغل الأراضي".

وهكذا نلاحظ اهتمام السلطة التنظيمية بمشاركة المواطن والجمعيات المهمة بالمجال العمراني في إصدار أدوات التهيئة والتعمير ممثلة في مخطط شغل الأراضي والمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير اللذان يهدفان إلى ضبط وتوجيه أعمال البناء وفق سياسة إعمار تهدف إلى التوفيق والموازنة بين ضرورة الاستجابة لرغبات مقدمي طلبات تراخيص أعمال البناء في إقامة البنايات السكنية وغير السكنية حيث تمارس الأنشطة الصناعية والتجارية والحرفية من جهة، ومقتضيات المصلحة العامة ممثلة في الاقتصاد في طريقة استعمال الأراضي، وحماية البيئة والمحيط وكذا العمل على احترام شروط وعوامل الأمن والنظافة في البنايات التي يتم إنجازها، والجانب الجمالي والفني الذي يمثله المنتج المعماري.¹

وعليه ينبغي على الباني الالتزام بالارتفاقات المقررة في مجال التعمير والمستحدثة من خلال أدوات التعمير ممثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، باعتبارهما نقطتي ارتكاز في مجال سياسة الإعمار الإقليمي والتهيئة العمرانية والبناء، حيث لا يجوز حسب ما نصت عليه المادة 10/2 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، استعمال الأراضي أو البناء على نحو يتناقض مع تنظيمات التعمير، وإلا يعرض صاحبه للعقوبة المقررة قانونا.

وبذلك، فإن تراخيص أعمال البناء لا بد أن تتوافق مع أدوات التهيئة والتعمير، أما عن وظيفة هذه الأخيرة، فقد قضت المادة 11 من قانون التهيئة والتعمير المذكور أعلاه بأنه: "تحدد أدوات التهيئة والتعمير التوجيهات

¹ - كمال محمد الأمين، المرجع السابق، ص 186.

الأساسية لتهيئة الأراضي المعنية كما تضبط توقعات التعمير وقواعده وتحدد على وجه الخصوص الشروط التي تسمح من جهة بترشيد استعمال المساحات ووقاية النشاطات الفلاحية وحماية المساحات الحساسة والمواقع والمناظر، ومن جهة أخرى تعيين الأراضي المخصصة للنشاطات الاقتصادية ذات المنفعة العامة والبنائات المرصودة للاحتياجات الحالية والمستقبلية في مجال التجهيزات الجماعية المتعلقة بالخدمة والنشاطات والمساكن، وتحدد أيضا شروط التهيئة والبناء للوقاية من الأخطار الطبيعية".

إن المشرع الجزائري — ومن ورائه السلطة التنظيمية — حدد من خلال قانون التهيئة والتعمير ومراسيمه التنفيذية، المفهوم التقني والقانوني لكل من المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، فلأول طابع التنبؤ والثاني له طابع قانوني صرف تصدر على أساسه تراخيص أعمال البناء لاحقا،¹ وهو الأمر الذي ندركه من خلال الرجوع إلى المادة 11/1 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المذكور أعلاه: "يتناول تحضير الطلب مدى مطابقة مشروع الأراضي المجزأة لتوجيهات مخطط شغل الأراضي، أو في حال انعدام ذلك، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو التعليمات التي تحددها القواعد العامة للتهيئة والتعمير على النحو الذي يحدده التنظيم الجاري به العمل". الأمر الذي دعمته المادة 46 من ذات المرسوم بقولها: "يتناول تحضير الطلب مدى مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي، أو في حالة انعدام ذلك، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو للتعليمات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير.

ولهذا الغرض، ينبغي أن يراعي التحضير موقع البناية أو البنايات المبرمجة ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها وحجمها ومظهرها العام، وتناسقها مع المكان، مع الأخذ بعين الاعتبار توجيهات التعمير والارتفاعات الإدارية المطبقة على الموقع المعني، وكذا التجهيزات العمومية والخاصة الموجودة أو المبرمجة.

كما يجب أن يراعي التحضير مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الأمن والنظافة والبناء والفن الجمالي، وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي".

خاتمة:

هكذا تنتهي هذه الدراسة التي كرسناها لبحث موضوع مغمور في المجال العمراني والممثل في الديمقراطية التشاركية في مادة التعمير، فعلى عكس ما منصوص عليه في القانوني البيئي الذي كرس آليات تشريعية وتنظيمية لتفعيل مشاركة الجمهور من بينها التحقيق العمومي والزامية نشره على مستوى البلديات من أجل تمكين المواطن والجمعيات المهتمة بالجانب البيئي من إبداء تطلعاتها واعتراضاتها على المشروع المزمع القيام به.

¹ - كمال محمد الأمين، المرجع السابق، ص 186.

ولذلك لا بد من النص صراحة على مبدأ المشاركة في قوانين البناء من خلال إعادة النظر في النصوص التشريعية والتنظيمية في المجال العمراني، التي أصبحت من العوامل التي تبقي على الإطار التقليدي للبناء في صلب المخاطرة وارتداداته السلبية على المواطن والمساس بالنظام العام العمراني والبيئي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر (النصوص القانونية)

- الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية.
- القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة
- القانون رقم 29-90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير
- المرسوم التنفيذي رقم 19-15 المؤرخ في 25 يناير سنة 2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.
- المرسوم رقم 131-88 المؤرخ في 4 يوليو المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28 مايو 1991 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المؤرخ في 28 مايو 1991 والمحدد لإجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-178 المؤرخ في 28 مايو سنة 1991 المحدد لإجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها.

ثانياً: الرسائل والمذكرات

- بركات سمير: "مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة تيزي وز 2013-2014.
- كمال محمد الأمين: "الاختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2015-2016.
- Bénédicte Delaunay : « **Le principe de participation du public** », Colloque "Les principes en droit de l'urbanisme", Université d'Orléans 13 décembre 2013. <http://droiturbanisme.sciencesconf.org>.
- Michel Delnoy: « **la participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement** », éditions Larcier Bruxelles 2007.

تنظيم العمل العقابي في القانون الجزائري*

د/ يحيى عبد الحميد- أستاذ محاضر "ب"- جامعة مستغانم

ملخص :

يخضع العمل العقابي، من ناحية أولى لتنظيم مادي يتخذ أنماطا مختلفة هي : العمل في البيئة المغلقة، وخارج البيئة المغلقة، وضمن الورشات الخارجية، وفي إطار الحرية النصفية، وأخيرا، في البيئة المفتوحة. ومن ناحية ثانية، يخضع لتنظيم قانوني، يمكن أن يكون طبقا لنظام المقاول، أو نظام التوريد، أو نظام الإدارة المباشرة.

وقد تبني القانون الجزائري نظام التوريد، ذلك ما يمكن استخلاصه من خلال أحكام قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، والمرسوم التنفيذي المحدد لمهام وتنظيم وسير المؤسسة العمومية لتشغيل اليد العاملة العقابية.

الكلمات المفتاحية : عمل عقابي – محبوسون – مؤسسة عقابية

Résumé

Le travail pénitentiaire est soumis d'une part, à une organisation matérielle qui peut prendre différents modes à savoir : en milieu fermé, en dehors du milieu fermé, en chantier extérieur, dans le cadre de la semi- liberté, et enfin, en milieu ouvert ; d'autre part, à une organisation juridique qui peut s'effectuer soit selon le régime de l'entreprise, ou le régime de la concession, ou enfin, le régime de la régie.

Il est à préciser que le droit algérien a opté pour le régime de la régie, et ce en vertu des dispositions de la loi portant code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion des détenus et le décret exécutif fixant les missions, l'organisation et le fonctionnement de l'établissement public de l'emploi de la main-d'œuvre carcérale.

Mots-clés : travail pénitentiaire – détenus – établissement pénitentiaire.

مقدمة:

إن الدور الذي أصبح يؤديه العمل العقابي ضمن الأساليب الحديثة للمعاملة العقابية للمحبوسين، فرض الاهتمام بمسألة تنظيم هذا العمل من الناحيتين المادية والقانونية، وذلك انطلاقا من أن التنظيم السليم هو

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/14

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/05

العامل الأكثر أهمية في تعزيز فرص نجاح برامج تشغيل المحبوسين كي تحقق الأغراض المستهدفة منها، وبصفة خاصة، الغرض المتمثل في إصلاح وإعادة تأهيل هؤلاء المحبوسين سعياً نحو إعادة الإدماج الاجتماعي لهم كغاية أساسية تهدف إليها السياسة العقابية القائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي، وهي السياسة التي تبناها القانون الجزائري بوضوح، ونص في المادة الأولى من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على أن هدف هذا القانون هو تكريس مبادئ وقواعد لإرساء هذه السياسة.

ونظراً لذلك، صارت مسألة التنظيم تكتسي أهمية خاصة بالنسبة للعمل العقابي من حيث كونها عنصراً مؤثراً في تحقيق الأغراض المرجوة منه، فالاستغلال الأمثل لليد العاملة العقابية لا يتحقق إلا بتسييرها وفق نظام فعال، يأخذ بعين الاعتبار كافة الجوانب المادية والقانونية، ولذلك تهتم الدراسات العقابية بتناول دراسة هذا التنظيم من ناحيتين، فمن الناحية المادية، هناك ما يعرف بالتنظيم المادي للعمل العقابي، ومن الناحية القانونية هناك ما يعرف بالتنظيم القانوني للعمل العقابي، وتأسيساً على ذلك، سنتناول تنظيم العمل العقابي في القانون الجزائري ضمن مبحثين، حيث نعرض التنظيم المادي للعمل العقابي (مبحث أول) ثم نتناول التنظيم القانوني للعمل العقابي (مبحث ثان).

المبحث الأول : التنظيم المادي للعمل العقابي

يختلف التنظيم المادي للعمل العقابي باختلاف مباشرته من طرف المحبوسين داخل المؤسسة العقابية أو خارجها، وقد اهتم المشرع الجزائري ضمن قانون تنظيم السجون بفرض القواعد الواجب مراعاتها فيما يتعلق بتنظيم العمل العقابي في البيئة المغلقة، وذلك في المواد من 96 إلى 99 من هذا القانون، كما حدد أيضاً في المواد 100 وما يليها، قواعد تنظيم العمل خارج البيئة المغلقة، سواء أكان ذلك ضمن نظام الورشات الخارجية، أو نظام الحرية النصفية، أو ضمن مؤسسات البيئة المفتوحة، وبناء على ذلك سنتناول في المقام الأول التنظيم المادي للعمل العقابي في البيئة المغلقة (مطلب أول)، ثم نتناول هذا التنظيم خارج البيئة المغلقة (مطلب ثان).

المطلب الأول : تنظيم العمل العقابي في البيئة المغلقة

يختلف العمل داخل السجن حسب اختلاف نظام الاحتباس المطبق، فإذا كان نظام الحبس الانفرادي مطبقاً نهراً، فمن الطبيعي أن المحبوس يقوم بعمله داخل زنزانه، فيتصرف العمل في هذه الحالة بالطابع اليدوي البسيط كأعمال الحياكة اليدوية أو التطريز والنقش¹. ومن الواضح أن هذه الأعمال ضئيلة الجدوى من حيث المكاسب المهنية لمستقبل المحبوس، لأنها لا تمكنه من إتقان حرفة يعيش من ممارستها بعد الإفراج عنه، ولكنها ليست عديمة الفائدة بشكل مطلق، فهي أفضل من ترك المحبوس في حالة بطالة، وقد سبق الذكر أن البطالة هي بداية التمرد، كما أن هذه الأصناف من الأعمال التي يكلف بها المحبوس داخل زنزانه قد يكون لها مثيل في الوسط

¹ شريف سيد كامل، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص 290.

الحر، وبذلك يمكنه أن يلجأ إلى ممارستها بعد الإفراج عنه، فيتوافر لديه عمل شريف يساعده على كسب رزقه من جمهده الشخصي¹.

أما إذا كانت المؤسسة العقابية تطبق نظام احتباس جماعي أو مختلط، حيث يكون المحبوسون موجودين جماعيا أثناء النهار، فإنه من السهل على المؤسسة أن تنظم العمل وفقا للأساليب الحديثة على نحو مماثل للعمل الحر، إذ في إمكانها إيجاد الورشات المتخصصة في ممارسة أنشطة إنتاجية متنوعة، وهذا التنوع يتيح للمحبوس فرصة إتقان الحرفة التي يرغب في ممارستها بعد الإفراج عنه².

ويوجب القانون الجزائري أن تكون الأعمال الجائز إسنادها للمحبوس مفيدة له، وأن تراعى في ذلك حالته الصحية، واستعداده البدني والنفسي، وقواعد حفظ النظام والأمن داخل المؤسسة العقابية³، وتتصل هذه الأحكام اتصالا وثيقا بالتنظيم المادي للعمل في البيئة المغلقة، وما يقتضيه من شروط مادية ومعنوية ينبغي مراعاتها سعيا إلى تحقيق الغرض المقصود منه وهو تأهيل وإصلاح المحكوم عليه.

المطلب الثاني : تنظيم العمل العقابي خارج البيئة المغلقة

من الطبيعي أن يكون التنظيم المادي للعمل العقابي خارج البيئة المغلقة مختلفا عن ذات التنظيم داخل هذه البيئة، ذلك أن العمل خارج السجن يتم في ظروف مماثلة إلى أبعد الحدود لظروف العمل الحر، كما أنه يتيح إمكانية استخدام المحبوسين في الأعمال التي يجيدونها، أو تساعدهم على تعلم إحدى الحرف، ويحفظ لهم توازنهم النفسي- والبدني، ويوفر لهم فرصة الاحتفاظ بعلاقاتهم بالعالم الخارجي، وبعائلاتهم وأقاربهم على وجه الخصوص⁴.

وقد تبني النظام العقابي الجزائري فكرة تشغيل المحكوم عليهم خارج السجن، وذلك من خلال تكريس نظام للعمل العقابي خارج البيئة المغلقة يشمل فئات عديدة من المحبوسين، إذ حددت المواد من 100 إلى 111 من قانون تنظيم السجون أنظمة العمل خارج البيئة المغلقة، وبيّنت الشروط والإجراءات اللازمة لوضع المحبوسين ضمن كل نظام من هذه النظم.

وباستقراء مجموع المواد السالفة الذكر، يتبين لنا أن القانون الجزائري وضع ثلاثة أنظمة لاستخدام اليد العاملة العقابية خارج البيئة المغلقة تشمل : الورشات الخارجية، الحرية النصفية، ومؤسسات البيئة المفتوحة، وسوف نعرض بيانا لها بقدر من التفصيل فيما يأتي :

¹ المادة 96 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، وقد سبقت الإشارة إليه.

² فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 543-544.

³ لعروم أعمر، الوجيز المعين لإرشاد السجين، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 151.

⁴ المادة 101 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

أولا : الورشات الخارجية

طبقا لنص المادة 100 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين فإن المقصود بنظام الورشات الخارجية هو قيام المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، تحت مراقبة إدارة السجون لحساب الهيئات والمؤسسات العمومية، واستثناء يمكن تخصيص يد عاملة من المحبوسين ضمن نفس الشروط، للعمل في المؤسسات التابعة للقطاع الخاص التي تساهم في إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة.¹

ولا يعمل ضمن نظام الورشات الخارجية إلا المحبوس المبتدئ الذي قضى ثلث العقوبة المحكوم بها عليه، وكذلك المحبوس الذي سبق الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وقضى نصف العقوبة المحكوم بها عليه.² وهذا تصنيف قائم على عنصرين هما : سوابق المحبوس، والمدة التي قضاها من العقوبة.³

وطبقا للمادة 103 من قانون تنظيم السجون، فإن الهيئة أو المؤسسة العمومية، وكذلك المؤسسة الخاصة التي تساهم في إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة، والتي ترغب في استخدام اليد العاملة العقابية في إطار نظام الورشات الخارجية، عليها أن توجه طلبا بذلك إلى قاضي تطبيق العقوبات، ليحيله إلى لجنة تطبيق العقوبات لإبداء رأيا، وفي حالة الموافقة، يمكن للهيئة الطالبة إبرام اتفاقية مع المؤسسة العقابية تتضمن تحديدا للشروط العامة والخاصة لاستخدام اليد العاملة من المحبوسين.

أما المادة 102 من القانون السالف الذكر، فقد حددت الكيفيات العملية الواجب إتباعها فيما يخص تسيير واستخدام وحراسة اليد العاملة العقابية في إطار نظام الورشات الخارجية، فنصت على أن المحبوس الموضوع في هذا النظام يغادر المؤسسة العقابية خلال أوقات المدة المحددة في الاتفاقية المبرمة مع الهيئة أو المؤسسة التي خصصت لها اليد العاملة العقابية، ويرجع إلى المؤسسة العقابية عند انتهاء المدة المحددة في الاتفاقية أو فسخها بأمر من قاضي التطبيق العقوبات، ويمكن إرجاع المحبوس إلى المؤسسة العقابية مساء كل يوم بعد انتهاء مدة دوام العمل. وفيما يتعلق بحراسة المحبوس الموضوع في نظام الورشات الخارجية، نصت هذه المادة على أن يتولى هذه الحراسة موظفو المؤسسة العقابية أثناء نقل المحبوسين، وفي ورشات العمل، وخلال أوقات الاستراحة، ويجوز النص في الاتفاقية المشار إليها سابقا على إمكانية المساهمة الجزئية في الحراسة من طرف الهيئة أو المؤسسة المستخدمة لليد العاملة العقابية.

¹ أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية -دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2011، ص 166.

² يوسف حسن يوسف، علم الإجرام والعقاب - الكتاب الثاني- العقاب، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2013، ص 221.

³ طبقا للفقرة الأولى من المادة 98 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، يتكون المكسب المالي للمحبوس من المبالغ التي يمتلكها والمنح التي يتحصل عليها مقابل عمله المؤدى.

ثانيا : الحرية النصفية

إن نظام الحرية النصفية أو نظام شبه الحرية، يقصد به إلحاق المحكوم عليه بعقوبة قصيرة المدة بعمل خارج المؤسسة العقابية، دون رقابة إدارية، مع إلزامه بالعودة إلى داخل هذه المؤسسة كل يوم، وقضاء فترات العطلات فيها خلال كل مدة العقوبة، ويتخذ هذا النظام كأسلوب تدريجي بالنسبة للمحكوم عليهم الذين قرب موعد الإفراج عنهم، أو من أجل تمكين المحكوم عليهم من متابعة دراسة معينة أو مهنة معينة، أو الخضوع لعلاج معين، أو المشاركة في حياتهم الأسرية¹.

وقد تعرض قانون تنظيم السجون في الجزائر لتعريف نظام الحرية النصفية ضمن نص المادة 104 منه، إذ نجدها تنص على : " يقصد بنظام الحرية النصفية، وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة العقابية خلال النهار منفردا، ودون حراسة أو رقابة الإدارة ليعود إليها مساء كل يوم".

وبينت المادة 105 من نفس القانون الغايات المباشرة التي تمنح من أجلها الاستفادة من هذا النظام، ويأتي في مقدمتها تمكين المحبوس من تأدية عمل، وتلي ذلك غايات أخرى هي مزاولة دروس في التعليم العام أو التقني، أو متابعة دراسات عليا، أو تكوين مهني. ولا يستفيد من نظام الحرية النصفية إلا المحبوسين الذين حددت وضعياتهم المادة 106 من قانون تنظيم السجون وهم : المحكوم عليه المبتدئ الذي بقي على اقتضاء عقوبته أربعة وعشرون (24) شهرا، والمحكوم عليه الذي سبق الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وقضى- نصف (2/1) العقوبة وبقي على اقتضاءها مدة لا تزيد عن أربعة وعشرون (24) شهرا.

ويؤذن للمحبوس المستفيد من نظام الحرية النصفية بأن يحوز مبلغا ماليا من مكسبه المودع بحسابه لدى كتابة ضبط المحاسبة²، وذلك لتغطية مصاريف النقل والتغذية عند الاقتضاء. ويجب على المحبوس تبرير مصاريفه من المبلغ المالي المأذون له به، وإرجاع ما بقي منه إلى حسابه لدى كتابة ضبط المحاسبة بالمؤسسة العقابية³.

ثالثا : مؤسسات البيئة المفتوحة

تعتبر مؤسسات البيئة المفتوحة سجوناً غير تقليدية، لا تعتمد على الحراسة والأسوار لمنع المحبوسين من الهرب، ولا تطبق عليهم برامج التأهيل على نحو قسري، وإنما تعتمد على إشاعة جو من الثقة بينهم وبين الإدارة العقابية بغرض بعث الشعور بالمسؤولية لديهم، وإقناعهم بجدوى برامج التأهيل الموضوعة لمصلحتهم⁴.

¹ المادة 108 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

² محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 258.

³ رمسيس بهنام، المجرم-تكويناً وتقويماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 353.

⁴ أشرف رفعت، مبادئ علم العقاب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص 200.

وباستقراء ما أوصى به المؤتمر الأول للأمم المتحدة في شأن الوقاية من الجريمة وعلاج المجرمين، نجد أنه عرف المؤسسة المفتوحة بأنها منشأة لا توجد فيها احتياطات مادية لمنع هرب المحبوسين، أي ليس لها جدران، ولا أقفال، ولا قضبان، ولا حراس مسلحون، ولا مشرفون مكلفون بالسهر على سلامة المنشأة، وتسير شؤونها على نظام اختياري قوامه شعور المحبوس بالمسؤولية الواقعة على عاتقه نحو المجتمع¹.

وتتخذ مؤسسة البيئة المفتوحة صورة مستوطنة، تتكون من عدة مبان صغيرة، لها أبواب و نوافذ عادية، ولا توجد عليها القضبان الحديدية، ولا تحاط هذه المباني بأسوار عالية، وإنما توضع حولها معالم تبين حدودها، قد تكون أسوارا خشبية أو أسلاكاً شائكة، ولا يوجد حولها حراس، وإن وجدوا، فينبغي أن يكونوا غير مسلحين².

وقد أخذ القانون الجزائري بنظام البيئة المفتوحة، وذلك إدراكاً منه لمزاياه المتعددة في تنظيم العمل العقابي على نحو يحقق الأغراض المبتغاة منه، ويزيد من فعاليته في المساعدة على إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم، فوجد المادة 109 من قانون تنظيم السجون، تنص على أن تتخذ مؤسسات البيئة المفتوحة شكل مراكز ذات طابع فلاحى أو صناعى أو حرفى أو خدمائى، أو ذات منفعة عامة، وتتميز بتشغيل وإيواء المحبوسين بعين المكان.

وطبقاً للمادة 110 من القانون نفسه، يمكن أن يوضع في نظام البيئة المفتوحة، المحبوس الذي يستوفي شروط الوضع في نظام الورشات الخارجية. وبالرجوع إلى نص المادة 101 من هذا القانون يتبين لنا أن فئات المحبوسين الذي تتوافر فيهم هذه الشروط هي: المحبوسون المبتدئون الذين قضوا ثلث العقوبة المحكوم بها عليهم، وكذلك المحبوسون الذين سبق الحكم عليهم بعقوبة سالبة للحرية، وقضوا نصف العقوبة المحكوم بها عليهم.

المبحث الثاني : التنظيم القانوني للعمل العقابي

يختلف أسلوب تنظيم العمل العقابي من الناحية القانونية باختلاف مدى تدخل الدولة في الرقابة عليه وتوجيهه، وتبعاً لذلك، توجد ثلاثة أنظمة قانونية يخضع لها هذا العمل سنتناولها كما يأتي : نظام المقاول (مطلب أول)، نظام التوريد (مطلب ثان)، نظام الإدارة المباشرة (مطلب ثالث)، ثم نبين موقف القانون الجزائري في هذا الشأن (مطلب رابع).

المطلب الأول : نظام المقاول

مضمون هذا النظام يتمثل في أن تعهد الدولة إلى أحد المقاولين ليتولى تشغيل المحبوسين والقيام بالإدارة الكاملة للعمل العقابي، فيتحمّل كافة النفقات التي يتطلبها هذا العمل، فهو الذي يتوفّر الآلات والمعدات اللازمة للعمل، وإعداد المواد الأولية، وتعيين الفنيين الذين يشرفون على سير العمل من الناحية التقنية، ويحدد نوع

¹ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 292.

² فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 544.

العمل وقواعد الإنتاج، ويدفع أجور المحكوم عليهم، ويتحمل نفقات إعاشتهم من تغذية ولباس ومتطلبات النظافة وغيرها، ويحصل في مقابل على منتجات العمل فيبيعها لحسابه ويتحمل مخاطر التسويق، غير أنه لما لوحظ عمليا أن النفقات التي يتحملها المقاول في تشغيل المحبوسين كانت تفوق العائدات التي يحصل عليها من بيع المنتجات، فقد كانت الدولة تمنحه مساعدات مالية¹.

أما دور الإدارة العقابية في هذا النظام، فينحصر في حراسة المحبوسين لمنعهم من الهرب، ولا تتحمل الأعباء المالية التي يتطلبها تشغيل المحبوسين وإعاشتهم، فالمقاول يتحمل ذلك، كما أنها لا تتحمل عبء تنظيم العمل أو الإشراف الفني والإداري عليه²، فالمقاول أيضا هو من يعين الاختصاصيين الذين يوجهون العمل من الناحية الفنية، وهو أيضا من يحدد قواعد الإنتاج وطرق العمل، ويتولى بيع المنتجات لحسابه الخاص، ويتحمل كافة الأخطار المرتبطة بالعمل، وكذلك كافة المخاطر الاقتصادية المرتبطة بالإنتاج³.

ولقد وجد هذا النظام تطبيقا له في المؤسسات العقابية الفرنسية خلال القرن التاسع عشر، وكان هناك اهتمام بمزاياه المتمثلة في إعفاء الدولة من الأعباء المالية التي يتطلبها تنظيم العمل العقابي، ويجنبها تحمل أي خسارة يمكن أن تحدث نتيجة ضعف المردود الاقتصادي لهذا العمل⁴. ولكن تبين أن هناك عيوباً خطيرة ينطوي عليها هذا النظام جعلته غير مناسب لتحقيق الأغراض المرجوة من العمل العقابي في ظل السياسة العقابية الحديثة، وهذا ما جعل فرنسا تتخلى عنه بصفة نهائية منذ أول أبريل سنة 1927⁵.

وتتلخص عيوب نظام المقاول في أنه يجعل للمقاولين نفوذا كبيرا داخل المؤسسات العقابية، يجعلهم يستغلون عمل المحبوسين بأسلوب اقتصادي يتجاهل الغرض الرئيسي للعمل العقابي وهو تأهيل المحكوم عليهم وإصلاحهم، فالمقاولون يهتمون فقط بالأعمال التي تتطلب قدرا ضئيلا من التدريب وتحقق أكبر النتائج الاقتصادية بتكاليف قليلة، ولا يولون اهتماما لاعتبارات تأهيل المحبوسين وما تقتضيه من تنوع العمل ومماثلته للعمل الحر⁶.

المطلب الثاني : نظام التوريد

ينطوي هذا النظام على تعاقد الإدارة العقابية مع أحد أرباب العمل ليقوم بتشغيل المحبوسين لحسابه مقابل مبلغ من المال يقوم بدفعه لهذه الإدارة بمقتضى عقد يبرم معها في هذا الشأن، وهو عقد من عقود القانون العام، أي

¹ يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 317.

² عبد المعطي عبد الخالق، مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2013، ص 264.

³ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 293.

⁴ محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 336.

⁵ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 294.

⁶ عبد المعطي عبد الخالق، مرجع سابق، ص 265.

أنه عقد إداري، يلتزم بموجبه رب العمل بتوريد المواد الأولية والآلات، ثم يتسلم حصة عمل المحبوسين من المنتجات ليقوم ببيعها لحسابه الخاص.¹

وتحتفظ الإدارة العقابية في هذا النظام بالإشراف على سير عمل المحبوسين، وتتولى إعاشتهم، وتحدد شروط العمل لتمنع الإفراط في استغلالهم، وتحافظ على صحتهم وأمنهم، ويشارك المحبوسون عملهم في ورشات داخل المؤسسة العقابية أو خارجها في مصانع وورشات تابعة لرب العمل المتعاقد، مع بقاء الإشراف عليهم دائماً مع اختصاص الإدارة العقابية.²

ويتبين لنا من خلال عرض مضمون نظام التوريد، أنه يحفظ للإدارة العقابية إشرافها على عمل المحبوسين، وتنظيمه على نحو لا يتعارض مع اعتبارات التأهيل.³ فمن خلال هذا الإشراف، يمكنها توجيه عنايتها إلى الأغراض المرجوة من العمل العقابي، وأهمها التأهيل والإصلاح، كما أن هذا النظام لا يجعلها تتحمل أعباء مالية كبيرة، نظراً لأن توفير المواد الأولية والآلات يقع على عاتق رب العمل.⁴ ومؤدى ذلك أن الإدارة في هذا النظام تحصل على مبلغ ثابت تأخذه من رب العمل، وتقوم بالإشراف الكامل على المحبوسين من الناحية الفنية والإدارية مع مراعاة الغرض المستهدف من تشغيلهم، وهو الإصلاح والتأهيل مع أنها لا تتحمل أي خسارة.⁵

ورغم هذه المزايا التي يحققها نظام التوريد، سواء لصالح الإدارة العقابية أو لصالح المحبوسين، إلا أنه يعاب عليه كونه يؤدي إلى التضحية أحياناً ببعض الاعتبارات العقابية في مقابل الاعتبارات الاقتصادية، إضافة إلى أنه ليس محل إقبال من طرف أرباب العمل لكونه لا يحقق مصالحهم على الوجه الذي يرغبون فيه، إذ يحرمهم من الإشراف الكامل على رؤوس أموالهم التي خصصوها للاستثمار في إطاره.⁶

المطلب الثالث : نظام الإدارة المباشرة

يمثل مضمون هذا النظام في قيام إدارة المؤسسة العقابية بتشغيل المحبوسين لحسابها، والإشراف على عملهم بشكل مباشر، دون أن تستعين في ذلك بأي طرف آخر من مؤسسات وأرباب الأعمال، فهي التي تقتني المواد الأولية والآلات والأدوات اللازمة للإنتاج، وتحدد أساليبه، وتوجه العمل من الناحية التقنية، وتتحمل تكاليف إعاشة المحبوسين، وتدفع لهم أجورهم، وتتولى تسويق المنتجات لحسابها الخاص. ويتم العمل العقابي طبقاً لهذا النظام في ورشات إنتاجية خاصة بالطباعة أو صناعة الأثاث أو الأحذية، ويقوم فريق من المحبوسين بأداء الأنشطة الخدمية الضرورية كالصيانة والنظافة والطهي. ويتضح لنا من ذلك أن الإدارة العقابية في هذا

¹ رامي متولي القاضي، مذكرات في علم العقاب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2014، ص 191.

² فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 546.

³ أشرف رفعت، مرجع سابق، ص 238.

⁴ يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 319.

⁵ محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 337.

⁶ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 295.

النظام تأخذ على عاتقها مشروع تشغيل المحبوسين بما يتطلبه من تكاليف وما يحمله من مخاطر، وتحصل على ما يحققه من مكاسب¹.

إن الميزة الكبيرة التي يحققها هذا النظام لصالح حسن استخدام العمل العقابي، تكمن في أنه يتيح للإدارة العقابية تشغيل المحبوسين وفق مقتضيات إصلاحهم وتأهيلهم، فهي التي تتولى الإشراف على العمل من كافة الجوانب، سواء من الناحية التنظيمية أو من الناحية التقنية². أما من ناحية ما ينسب إلى هذا النظام من سلبيات، فقد أخذ عليه أنه يحمل خزينة الدولة نفقات كبيرة، وفي المقابل، قد لا يعود عليها بمداخل كافية لتغطية تلك النفقات³.

ويجته موقف أغلب علماء العقاب إلى تفضيل نظام الإدارة المباشرة، ويرون أنه لا ينبغي أن تكون التكاليف المالية لهذا النظام عائقاً يحول دون تنظيم العمل العقابي بالكيفية التي تضمن تحقيق الهدف المبتغى منه وهو إصلاح وتأهيل وإعادة إدماج المحبوسين⁴. ويتسق هذا الموقف مع ما تفضله مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، حيث نجد القاعدة 2/72 تنص على: "إلا أن مصلحة السجناء وتدريبهم المهني لا يجوز أن يصيرا خاضعين لمقصد تحقيق ربح مالي من وراء العمل في السجن". كما تنص القاعدة 1/73 على: "يفضل أن تقوم إدارة السجن مباشرة، لا المقولون الخاصون، بتشغيل مصانعها ومزارعها".

المطلب الرابع: موقف القانون الجزائري

يمكن القول أن التنظيم القانوني للعمل العقابي في الجزائر ينطوي على أحكام تتوافق إلى حد كبير مع نظام التوريد، فقد نصت المادة 115 من قانون تنظيم السجون على إحداث مؤسسة عمومية، تقوم بتشغيل اليد العاملة العقابية، تحدد مهامها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، ومؤدى هذا الحكم أنه يجعل تشغيل المحبوسين امتيازاً لهذه المؤسسة بقوة القانون، فلا يجوز للإدارة العقابية التعاقد مع رب عمل آخر في هذا الشأن.

وتطبيقاً لأحكام هذه المادة، صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-259 المحدث لمهام المؤسسة العمومية لتشغيل اليد العاملة العقابية وتنظيمها وسيرها⁵، ويستخلص من جملة أحكامه أن هذه المؤسسة غير مندجة هيكلية بإدارة المؤسسات العقابية، فهي مؤسسة قائمة بذاتها تسمى "الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين"⁶، وهي ذات

¹ عبد المعطي عبد الخالق، مرجع سابق، ص 266.

² شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 295.

³ المؤرخ في 28 شعبان عام 1434 الموافق 07 يوليو سنة 2013.

⁴ المادة الأولى من هذا المرسوم.

⁵ المادة الثانية من هذا المرسوم.

⁶ محسن أفكيرين القانون الدولي العام دار النهضة العربية 2011 ص 390.

طابع صناعي وتجاري، وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتوضع تحت وصاية وزير العدل حافظ الأختام، ولها صفة التاجر في علاقتها مع الغير¹.

وطبقا للمادة الرابعة من هذا المرسوم فإن الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين يكلف بتشغيل اليد العاملة العقابية في إطار تنفيذ برامج إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، لحساب وزارة العدل ومصالح الدولة والجماعات المحلية، والمؤسسات والهيئات العمومية، والمؤسسات الخاصة التي تساهم في إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة .

وطبقا للمادة الخامسة من هذا المرسوم، فإن الديوان يتولى تشغيل اليد العاملة العقابية كهمة من مهام الخدمة العمومية، وذلك طبقا لدفتر شروط ملحق بالمرسوم، يتضمن تحديد تبعات هذه الخدمة التي تفرضها الدولة على الديوان.

خاتمة:

إن المكانة الهامة التي أصبح يحتلها العمل العقابي ضمن الأساليب الحديثة للمعاملة العقابية فرضت الاهتمام بتنظيمه ماديا وقانونيا على نحو يضمن فعاليته في تحقيق الأغراض المقصودة منه، بغية الوصول إلى الغاية النهائية من العقاب في العصر الحديث، وهي تقويم وإصلاح وتأهيل المحبوسين سعيا إلى إعادة إدماجهم اجتماعيا.

ونظرا لهذا الدور الفعال الذي أصبح يؤديه العمل العقابي في إنجاح السياسات العقابية القائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي، فإن المشرع الجزائري ذهب إلى تكريس جملة من الأحكام التي تنظم هذا العمل، وتجعله عاملا مؤثرا في عملية التكوين الهادفة إلى تأهيل المحبوسين وإعادة إدماجهم الاجتماعي، وذلك من خلال نصوص قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، فقد حدد هذا القانون أتماط التنظيم المادي للعمل العقابي مستلها في ذلك أهم الأفكار التي نادت بها تيارات الفكر العقابي، والتوصيات المنبثقة عن المؤتمرات الدولية ذات الصلة بهذا الشأن.

أما فيما يتعلق بالتنظيم القانوني للعمل العقابي، فقد نص بشأنه هذا القانون على إحداث مؤسسة عمومية تقوم بتشغيل اليد العاملة العقابية، وهي المؤسسة التي تحددت مهامها وتنظيمها وسيورها بمقتضى مرسوم تنفيذي صدر في هذا الشأن، ونص على تسميتها " الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين "، وتكليفها بتشغيل اليد العاملة العقابية في إطار تنفيذ برامج إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، لحساب وزارة العدل ومصالح الدولة والجماعات المحلية، والمؤسسات والهيئات العمومية، والمؤسسات الخاصة التي تساهم في إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة.

¹ بوراس عبد القادر التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 ص 179 وما بعدها.

قائمة المراجع

أولا : المؤلفات.

- أشرف رفعت، مبادئ علم العقاب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.
- أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية - دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2011.
- رامي متولي القاضي، مذكرات في علم العقاب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2014.
- رمسيس بهنام، المجرم - تكويننا وتقويمنا، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1983.
- شريف سيد كامل، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- عبد المعطي عبد الخالق، مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2013.
- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2007.
- لعروم أعمر، الوجيز المعين لإرشاد السجين، دار هومة، الجزائر، 2010.
- محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991.
- يوسف حسن يوسف، علم الإجرام والعقاب - الكتاب الثاني - العقاب، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2013.

ثانيا : وثائق الأمم المتحدة

- مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء : اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي انعقد في جنيف عام 1955، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بقراريه رقم 663ج (د-24) المؤرخ في 31 يوليو 1957، ورقم 2076 (د-62) المؤرخ في 13 مايو 1977.

ثالثا : النصوص التشريعية

- القانون رقم 05 - 04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
- المرسوم التنفيذي رقم 13 - 259 المؤرخ في 28 شعبان عام 1434 الموافق 7 يوليو سنة 2013 يحدد مهام المؤسسة العمومية لتشغيل اليد العاملة العقابية وتنظيمها وسيرها.

الحماية الجنائية للزوجة من خلال مستجدات القانون 19/15 المعدل والمتم لقانون العقوبات.* د/ جطي خيرة – أستاذ محاضر "ب"- المركز الجامعي تيسمسيلت

ملخص

تطورت مظاهر العنف الممارس ضد المرأة وتعددت أشكاله، ليكشف على أنواع جديدة من العنف وأكثرها خطورة يتعلق الأمر بالعنف الزوجي الذي يطال المرأة داخل الأسرة، التي من المفترض أن تكون وحدة أمان واستقرار، هذا ما دفع المشرع الجنائي نحو التفكير في التصدي له، لما يترتب من آثار سلبية على مكونات الأسرة والمجتمع.

Résumé:

Les aspects de la violence contre la femme se développent en plusieurs formes ce qui montre de nouveau actes de violence et le plus courant dans notre société c'est la violence conjugale qui touche la femme au sein de la famille, cette dernière qui représente la stabilité et unité de confiance tout ce la à pousser le législateur à penser contre ce fléau car il a des retombés néfastes sur les composantes de la famille et la société .

مقدمة

العنف ضد الزوجة يشمل بشكل عام كافة الأضرار التي يمارسها الزوج، بما في ذلك الضرر البدني والعقلي أو المعاناة النفسية أو الحرمان من الحقوق الزوجية عن طريق تصرفات أو أفعال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية، كالضرب والجرح، ترك الأسرة وعدم الإنفاق، مما يستوجب تدخل المشرع من خلال إطار تجريمي وعقابي خاص يتماشى وطبيعة أولوية مكانة الزوجة داخل الأسرة، وأيضا لخطورة هذه الظاهرة وتداعياتها على المحيط الأسري بشكل خاص وانعكاساتها على المجتمع بوجه عام.

لهذه الاعتبارات جميعها تم اختيارنا لهذا الموضوع تحت مسمى الحماية الجنائية من العنف الزوجي، إذ يقتصر على الاخلالات الماسة بالزوجة، أو ما يسمى بالعنف الأسري الصادر من الزوج ضد الزوجة في إطار تقوية الحماية للمرأة، من خلال مستجدات القانون 19/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتم للقانون 156-66 المتضمن قانون العقوبات.¹

* تاريخ إيداع المقال: 2016/05/02

تاريخ تحكيم المقال: 2016/06/05

¹ - القانون 19/15 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويقيم الأمر 66 / 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات جريدة رسمية

ومن ثم كان الهدف من الدراسة هو الوقوف على أهم الجرائم المرتكبة ضد الزوجة ، غير أن الهدف لا يتوقف عند هذا الحد بل الإجابة عن التساؤل الذي تثيره الدراسة هل المعالجة الجنائية لظاهرة العنف ضد الزوجة كفيل بدعم الأسرة أم هو عامل يؤدي إلى اضطراب العلاقة الزوجية وبالتالي تفكيك الروابط الأسرية ؟

وستنتهج في هذه الدراسة المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الخاصة بالجرائم المرتكبة ضد الزوجة التي جاء بها القانون 19/15 المعدل والمتم لقانون العقوبات، والمنهج الوصفي من حيث وصف جرائم العنف ضد الزوجة وبيان أشكالها.

وعلى هذا المنهج تكون الخطة كما سبقت الإشارة على النحو التالي:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للعنف.

المحور الثاني: مظاهر الحماية الجنائية من العنف ضد الزوجة.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للعنف.

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري فإننا لا نجد فيه تعريفا دقيقا لمفهوم العنف غير أن المتعمن في مقتضيات هذا القانون يمكنه اعتبار العنف داخلا في مفهوم الإيذاء والاعتداء الواقع بصفة خاصة على جسم الإنسان ويترتب عليه ضررا جسديا. كما لم يهتم القانون الجديد رقم 19/15 المعدل والمتم لقانون العقوبات بتقديم تعريفات للعنف ضد المرأة واكتفى فقط بتعداد أنواعه وأشكاله (جسدي- نفسي - اقتصادي- وجنسي).

وعليه سنحاول من خلال هذا المحور تقديم تعاريف لهذه المصطلحات الواردة في نص التعديل تدريجيا، بدءا ببيان مفهوم العنف بشكل عام، ثم تحديد معنى العنف الزوجي والإلزام بجميع أشكاله، سواء كان عنفا جسديا أو نفسيا أو اقتصاديا أو جنسيا.

أولا/ تعريف العنف.

العنف لغة هو الحرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق وعنف به وعليه، يَعْنفُ عنفاً وَأَعْنَفَهُ وَعَنْفَهُ تعنيفا، وهو عَنيف إذا لم يكن رفيقا في أمره. واعتنف الأمر: أخذه بعنف وشدة.¹

اصطلاحا، تعددت المفاهيم في تعريف العنف بتعدد النواحي التي ينظر إليه من خلالها، سواء كان من الناحية الاجتماعية، أم النفسية أم القانونية. فالعنف من الناحية النفسية هو سلوك عدواني نحو الآخرين ناتج عن حالة

¹ - أبو الفضل جمال الدين بكر ابن المنظور الإفريقي المطري. المجلد التاسع، دار الصادر للطباعة والنشر، بيروت، 1956م / 1375هـ، صفحة 257.

نفسية لا شعورية تتضمن الرغبة في إلحاق الضرر بالآخر سببها الإحباط والغضب الذي يتحول إلى قسوة وعدوان وقهر وإكراه.¹

أما العنف من الناحية الاجتماعية فهو استخدام الضغط أو القوة استخداما غير مشروعاً أو غير مطابقاً للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما.²

وعرفته اليونيسكو أنه " استخدام الوسائل التي تستهدف الإضرار بسلامة الآخرين الجسدية أو النفسية أو الأخلاقية، و يعتبر العنف النفسي نوعاً أعمق من العنف الجسدي وأكثر منه خطراً."³

أما مفهوم العنف من وجهة نظر القانون فهو كل تصرف من شأنه المساس بالسلامة الجسدية، أو هو تعدي أو إيذاء من شأنه إلحاق الأذى بالغير.

ويقصد به أيضاً (ضغط عنيف على المرء باستعمال وسائل من شأنها أن تؤثر في إرادته، وهذه الوسائل إما أن تقع على الجسم وهو ما يسمى بالإكراه الحسي أو المادي، وإما أن تكون تهديداً لإلحاق الأذى وهو ما يسمى بالإكراه النفسي).⁴

وإجمالاً فإنه ممّا اختلفت المفاهيم والأوصاف للعنف باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه، يعتبر العنف سلوكاً مرفوضاً غير مشروعاً وغير قانونياً من شأنه إلحاق الأذى بالآخر، ويأخذ هذا السلوك أشكالاً بحسب ما إذا كان حسياً كالضرب والجرح والحرق والصفع والركل والعض وغيرها فيحدث ألاماً جسدية، وقد يشكل تهديداً كلامياً كالسب والتحقير والتخويف والسيطرة والمطاردة فيحدث ألاماً نفسية، كما يكون اعتداءً سلبياً كالإهبال والحرمان الاقتصادي، بالإضافة إلى الاعتداء الجنسي الذي يترك آثاراً نفسية وحسية. ويأخذ العنف أوصافاً باعتبار الجهة الممارس عليها العنف إلى عنف أسري يقع داخل الأسرة بين أفرادها، وعنّف خارج الأسرة يقع في الوسط الاجتماعي على مختلف فئات المجتمع بشكل عام كالعنّف ضد المرأة والعنف ضد الأطفال والعنف ضد المعوقين وذوي الاحتياجات الخاصة وغيره .

ثانياً/ العنف الزوجي.

يعتبر العنف الزوجي نوع من أنواع العنف الأسري،¹ ويقصد به سيطرة أو تحكم أحد الزوجين في الآخر، فتعدي أحد الزوجين على الآخر بالضرب أو الإساءة إليه يعد من قبيل العنف الأسري، والمهم التأكيد على أن

¹ - نعيمة رحاني: العنف الزوجي الممارس ضد المرأة بتلمسان، محكمة تلمسان نموذجاً (1995-2008)، رسالة جامعية لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم الثقافة الشعبية، تخصص أنثروبولوجيا، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010/ 2011، صفحة 37 .

² - معجم العلوم الاجتماعية أخذاً عن آلاء عدنان الوقفي: الحماية الجنائية لضحايا العنف الأسري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، عمان الأردن، 1435هـ- 2014، صفحة 24..

³ - نعيمة رحاني: المرجع السابق، صفحة 38.

⁴ - معجم المصطلحات القانونية أخذاً عن آلاء عدنان: المرجع السابق، صفحة 25.

أي شخص يمكن أن يكون ضحية العنف الزوجي بغض النظر عن جنسه، عنف الزوج ضد الزوجة أو عنف الزوجة ضد الزوج، مما يعارض مع الاعتقاد الشائع بأن النساء هن من يتعرضن للعنف الزوجي.²

غير أن العنف الزوجي الذي تدور حوله إشكالية الدراسة هو العنف الزوجي الزوج ضد الزوجة، وهو ذلك العنف الذي يترجم اضطراب وسوء العلاقة الزوجية، يحاول الزوج من خلاله بسط السيطرة على الزوجة باستعمال مختلف أشكال الإيذاء بما في ذلك التهديد والإكراه والضغط.

هذا ويندرج العنف الزوجي ضد الزوجة ضد العنف ضد المرأة الذي عرفته المادة الأولى من الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة سنة 1993 على أنه: (كل فعل عنيف ضد الجنس الأنثوي، والذي يحدث أو يتسبب في إحداث أذى أو ضرر أو ألم جسمية، أو جنسية، أو نفسية للمرأة، بما في ذلك التهديد باقتراف مثل هذه الأفعال أو الإكراه والضغط أو الحرمان التعسفي من الحرية سواء وقع ذلك في الحياة العامة أو الخاصة).³

والملاحظ أن العنف المرتكب من الزوج ضد الزوجة هو الذي يشكل النسبة الأكبر من العنف الأسري، حيث أظهرت الدراسات أن العنف الزوجي يأتي أولاً ثم يليه العنف من الأب ثم العنف الأخ.⁴ الأمر الذي جعل العنف الزوجي ضد الزوجة أخطر أنواع العنف الأسري والعنف ضد المرأة بشكل عام، لما يشكله من خطورة لأنه يطال الزوجة والأبناء وبالتالي تكون له مضاعفات على الأسرة بكاملها التي تعد اللبنة الأساسية في بناء المجتمع فيعيقها على أداء وظيفتها الاجتماعية والتربوية وحتى الاقتصادية، كما يؤدي هذا العنف إلى إعادة إنتاج أنماط أخرى من العنف لاكتساب السلوكات العدوانية داخل الأسرة كالعنف ضد الآباء والعنف بين الإخوة.⁵

إذن فهكذا يعتبر العنف الزوجي مشكلة اجتماعية خطيرة تعيق التنمية الحقيقية داخل الأسرة، ما يجعل البحث في أسبابها وإيجاد الحلول الأزمية للحد منها بل والبحث في أساليب الوقاية قبل حدوثها على نحو يحافظ على كيان الأسرة واستمرار بقائها.

¹ - العنف الأسري هو كل سلوك عنيف يتضمن إيذاء أو اعتداء يقع داخل الأسرة بين أفراد تربطهم صلة القرابة. ويتخذ العنف الأسري صورا متعددة بتعدد أفرادها إلى عنف ضد الأصول، العنف ضد الأزواج، العنف ضد الأبناء، العنف بين الإخوة.

² - تتعدد أنواع العنف الذي تمارسه الزوجة ضد زوجها في الأسرة ومن هذه الأنواع: العنف البدني كالقتل والضرب، الإيذاء وتشويه السمعة، الإهمال، معارته وتشويه صورته أمام أبنائه وغيرها

³ Feisepetangny, laviolonce contre les femmes Geneveed . O. M. S1997 , p 05 .

⁴ - آلاء عدنان الوقفي: مرجع سابق، صفحة 52.

⁵ - وخديجة الفيلالي علاش: العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب أية حماية؟- العنف الزوجي نموذجاً- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهراس، فاس، 2006/2005م، صفحة، 38 وما بعدها.

بعد وقوفنا على تحديد ظاهرة العنف الزوجي بقي لنا تحديد أشكاله ومظاهره لإبراز مدى فضاة هذه الظاهرة واتساعها .

ثالثا/ أشكال العنف الزوجي:

عرفت المنظمة العالمية للصحة (O.M.S) سنة 2002 العنف الزوجي على أنه(سلوك يصدر في إطار علاقة حميمة، يسبب أضرارا أو ألما جسمية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة ويتعلق الأمر بالتصرفات التالية:

- 1) أعمال الاعتداء الجسدي كاللكمات، والصفعات، والضرب بالأرجل.....الخ.
 - 2) أعمال العنف النفسي كاللجوء إلى الإهانة والحط من قيمة الشريك وإشعاره بالخجل ودفعه إلى الانطواء وفقدان الثقة بالنفس..... الخ.
 - 3) أعمال العنف الجنسي ويمثل كل أشكال الاتصال الجنسي- المفروضة تحت الإكراه وضد رغبة الآخر وكذا مختلف الممارسات الجنسية التي تحدث الضرر.
 - 4) العنف الذي يشمل مختلف التصرفات السلطوية المستبدة والجائرة كعزل الزوجة عن محيطها العائلي وأصدقائها والحد من أية إمكانية لحصولها على مساعدة من مصدر خارجي¹.
- وقدذهب أيضا كل الباحثين في موضوع العنف ضد المرأة إلى هذا التصنيف،وهي نفسها الأشكال التي تتعرض لها الزوجة من قبل الزوج داخل الأسرة وذلك كما يلي:²

- 1/ **العنف الجسدي:**هو العنف البدني المادي المحسوس والملموس النتائج على السلامة الجسدية للضحية، وتنوع أشكال الإيذاء الجسدي إلى القتل الذي يعتبر أبشع أنواع العنف لأن به تنتهي حياة الضحية، وإلى إصابات عمدية تمس مباشرة بجسد المرأة وتمثل في الضرب والجرح، والحرق وكسر العظام، والركل والرمي على الأرض والعض والخنق وحجز المرأة لمنعها من الهرب لطلب يد المساعدة وغيرها.
- 2/ **العنف النفسي:**ويتجلى من خلال المواقف والسلوكيات التي تؤذي مشاعر الضحية وتمس بكرامتها كامرأة والتي تشكل في مجملها انتهاكا وخرقا لحقوقها ككائن إنساني.

ويتخذ هذا النوع من العنف صور عدة عنف لفظي كالسب والشتم والتجريح ووصف الضحية بصفات تقلل من قيمتها سواء كان ذلك فيما بين الزوجين أو أمام أطفالها أو أمام العموم، مما يشعرها بالإهانة وفقدان الثقة بالنفس، أيضا اتخاذ مواقف التهديد والترهيب والتخويف كالتهديد بالطلاق أو بزوجة ثانية.

¹Heisepitongny , o p ,cit, p 13.

² - يراجع آلاء عدنان: مرجع سابق، ص 58 وما يليها وخديجة الفيلاي غلاش: مرجع سابق، ص 23، 24. رجائي نعمة: مرجع سابق، صفحة 59.

وهناك نوع آخر من العنف النفسي يمارسه الزوج على زوجته يتمثل أساسا في تخليه عن واجباته ومسؤولياته الزوجية كالامتناع عن النفقة، الهجر، رفض تسجيل الأطفال في الدفتر الحالة المدنية، إجبار الزوجة على الإجماع الحيانة الزوجية، الطلاق دون مبرر، إجبار الزوجة على تناول الحمل.

3/ العنف الجنسي: هو العنف الذي يقع في إطار العلاقة الحميمة بين الزوجين ويقصد به استخدام القوة أو المساومة أو التهديد لإجبار الزوجة على العلاقة الجنسية، دون مراعاة حالتها النفسية والصحية، أو أن يجبرها على القيام بممارسات جنسية مخالفة لما هو مسموح به شرعا.

تقع مثل هذه التصرفات من بعض الرجال نتيجة تصورهم الخاطئ في أن العلاقة الجنسية حق محتكر للرجل يناله متى أراد وبالطريقة التي أراد حتى ولو كان ضد رغبة وإرادة الزوجة.

4/ العنف الاقتصادي: ويتمثل في سيطرة واستغلال الزوج للموارد الاقتصادية الخاصة بالزوجة دون رضاها، والذي يصل أحيانا إلى حرمانها كلية من أموالها وممتلكاتها الخاصة، كالاستيلاء على راتبها الشهري مثلا أو اغتصاب ما ينوبها من حقها في الميراث وغيره.

لقد تباينت الآراء حول مدى درجة تأثير كل نوع من أنواع العنف السابقة على المرأة مقارنة بالنوع الآخر، غير أننا نرى أنه لا يمكننا التقليل من خطورة أي نوع مقارنة بالآخر لأن طبيعة المرأة البشرية تقتضي الرأفة بها وحسن معاملتها وكونها زوجة يجعل وضعها داخل الأسرة أكثر حساسية فكثرة مسؤولياتها داخل البيت سواء حيال الزوج أو الأولاد يجعلها لا تتحمل أدنى الضغوطات.

نأخذ الضرب مثلا باعتباره الشائع والظاهر في كل المجتمعات فإنه ناهيك عن تسببه في إلحاق الأذى الجسدي بالزوجة فإنه يسبب ألما نفسية، لأنه غالبا ما يكون ضرب الزوجة مصاحبا لاستعمال العنف اللفظي فتتعرض وهي تضرب إلى الشتم والسب والإهانة والتخويف والتهديد، كما قد يكون الضرب باستخدام أدوات قد تفضي إلى الموت. فنجد أن الضرب يسبب ألما جسدية ونفسية تتمثل في الشعور بالخوف والإهانة.

أما العنف النفسي فلا يزال غير معروف لدى العديد من الزوجات الضحايا بالرغم من معاتهن، إذ يعتبره عاديا لأنهن يتصورن أن العنف يقتصر على العنف البدني الذي يترك أثارا ملموسة على جسد المرأة، الأمر الذي جعل العنف النفسي يلقي اهتماما أقل من الباحثين لصعوبة قياسه واتخاذ الإجراءات للحد منه. رغم ذلك تبقى الضغوطات النفسية التي تعاني منها بعض الزوجات جراء العنف النفسي أثارها وخيمة وتنعكس سلبا على ثقتهما بنفسها، ومع الوقت يمنع ذلك من قدرتها على تحملها للمسؤولية داخل البيت فيتأثر الأطفال الذين ينشؤون ويتربون في جو مشحون يسوده الحقد والخوف والكراهية التي تتحول في الغالب إلى سلوكيات عدوانية في المجتمع.

أما العنف الجنسي فلم يطفو على السطح بعد في مجتمعاتنا العربية لأنه عنف خفي مسكوت عنه يحدث بين الزوجين فقط فتستتر الزوجة لاعتقادها أنه ليس من حقها قول (لا)، ثم إن القيم والمبادئ السائدة في مجتمعاتنا العربية والإسلامية تمنعها من الكشف عن معاناتها. هذا ورغم أن ديننا الحنيف وضع آداباً واضحة لتحقيق الانسجام الجنسي - بين الزوجين، والمعايشة الجنسية لا تحتاج إلى القسوة بل إلى اللطف واللين، فالإسلام يرفض إتيان الزوجة رغماً عنها خاصة في حالة المرض والإجهاد، وفي حالة الموانع الشرعية كالنفاس والحيض، وفي نفس الوقت منع الزوجة من الامتناع عن زوجها وحرمانه دون مبرر شرعي.

وتبقى ردة فعل المرأة المعنفة تختلف من امرأة لأخرى، فهناك من النساء من تستسلم وترضخ وتفضل البقاء والعيش في أجواء مشحونة بالانفعالات العدوانية لأسباب عدة كالخوف من الانفصال ونظرة المجتمع، البقاء لأجل الأطفال العجز المادي، الجهل، الفقر قد يكون أيضاً مانعاً لمواجهة العنف الزوجي.¹

المحور الثاني: مظاهر الحماية الجنائية من العنف ضد الزوجة.

نص قانون العقوبات الجزائري في المواد 264، 283، 289، 442 على أعمال العنف التي تتجسد في جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة يكون موضوعها إنسان دون التمييز بين الرجال والنساء، فالقانون في تجريمه للعنف لم يكن يهتم بمن ارتكب العنف وإنما اهتم بالفعل كفعل ومن يقع عليه العنف كضحية ولكن ليس على أساس الجنس، صف إلى ذلك فإن المشرع لم يعالج إلا العنف المادي الذي يصيب الجسد فيحدث به ضرباً أو جرحاً، فهو بذلك لم يأخذ بعين الاعتبار العنف المعنوي والأذى النفسي ولم يعتبره جرماً يعاقب عليه.

وتعزيزاً لحماية المرأة من العنف جاء المشرع الجزائري في تعديل قانون العقوبات الجديد بمقتضيات جنائية جديدة تجلت أساساً في محاربة العنف ضد النساء، حيث خصص مواداً لتحديد الأفعال وتجريمها وإفراد العقوبات اللازمة لردعها، كما تم تشديد عقوبات أفعال أخرى كانت مجرمة سابقاً لتعزيز الحماية للمرأة من العنف الزوجي، كما اعتمد القانون قواعد جديدة في سير الإجراءات وحرية الإثبات وهو ما سنتعرف عليه تبعا.

أولاً/ حماية الزوجة من العنف الواقع على السلامة الجسدية

نص المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون العقوبات صراحة على تجريم العنف بين الأزواج، على اعتبار أن قبل التعديل لم يكن هناك أي تنصيص على ضرب أو جرح أحد الزوجين للآخر، الأمر الذي دفع بالمشرع أمام تكاثر هذه الظاهرة والفراغ التشريعي إلى تحريم هذه الأفعال وتشديد العقوبة حرصاً منه على تماسك الأسرة .

¹ - التيجاني بن طاهر، بيهاني مارية ميمنة: العنف الأسري الموجه ضد المرأة وعلاقته بالصلافة النفسية لدى عينة من النساء المعنفات بعد التعديل،

مجلة علوم الإنسان والمجتمع، جامعة الأغواط العدد 18، مارس 2016، صفحة 308

1/ جريمة الضرب والجرح العمدي ضد الزوجة.

تنص المادة 266 مكرر من القانون 15/19 المعدل والمتمم لقانون العقوبات على ما يلي: << كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي.....>>

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المكان مع الضحية كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات الصلة بالعلاقة الزوجية السابقة.>>.

محل جريمة الجرح أو الضرب من خلال هذه المادة هو أحد الزوجين فيستوي أن يكون الاعتداء من الزوج على الزوجة أو من الزوجة على الزوج، وإن كان الغالب في مجتمعا وقوع الاعتداء الجسدي من الزوج على الزوجة، وبالتالي لقيام هذه الجريمة لابد من إثبات العلاقة الزوجية بعقد رسمي فمفهوم المخالفة للمادة إذا كان الفاعل والضحية متزوجين زواجا عرفيا لا تطبق عليها أحكام المادة 266 مكرر بل تطبق عليها القواعد العامة الخاصة بأعمال العنف المادة 264 وما بعدها من قانون العقوبات.

هذا ولم يشترط القانون لقيام جريمة الضرب أو الجرح بين الزوجين إقامة الزوجين في نفس المكان، فتقوم الجريمة سواء وقع الجرح أو الضرب في بيت الزوجية أو في أي مكان آخر، كأن يعتدي الزوج على زوجته في الشارع أو في بيت أهلها مثلا.

وقد وسع المشرع من حماية الزوجين حتى بعد الانفصال حينما اعتبر الضرب أو الجرح الواقع من قبل الزوج السابق يدخل في مجال تطبيق هذه المادة، إذا ثبت أن هذه الأفعال وقعت بسبب العلاقة الزوجية السابقة. كأن تخالغ زوجة زوجها

وانتقاما منها يعتدي عليها بالضرب أو الجرح، فهنا وإن كانت العلاقة الزوجية قد انتهت بطريق الخلع إلا أنه مادام أن الاعتداء وقع من زوجها السابق انتقام منها على طلب الخلع فإن أحكام المادة 266 مكرر تكون واجبة التطبيق.

ويكفي لتوافر القصد الجنائي في جريمة الجرح أو الضرب الواقع على الزوجة تعمد الزوج الجرح أو الضرب، فبمجرد الإرادة وارتكاب فعل الاعتداء وارتكاب الفعل الاعتداء مع العلم بأنه سوف ينتج ضرر ، فالقانون يعتبره فاعلا مسؤولا عن جميع النتائج حتى ولو كانت غير متوقعة¹

¹ - بن شيخ حسن: مذكرات في القانون الجزائري الخاص، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، (أعمال تطبيقية)، دار هومه للطباعة والنشر بوزريعة الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2006، صفحة 66. وممدوح خليل البحر: الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الإماراتي وفقا لآخر التعديلات، مكتبة جامعة الشارقة-إثراء للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الأولى، صفحة 106.

ولا يؤثر في توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة البواغث الدافعة لارتكاب فنأخذ على سبيل المثال تبرير الزوج ضرب زوجته بمقتضى حقه الشرعي في تأديبه لها مثلما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية، أو قياسا حق الوالدان في تأديب أولادهم، فهنا لا يمكن أن يعتدي بهذا التبرير لعدم ورود النص بحق تأديب الأزواج لزوجاتهم كما لا يمكن إعمال القياس في مجال قواعد التجريم.¹

وحتى من الناحية الشرعية فإن هذا التبرير غير صحيح، فقد استغل بعض المسلمين إباحة الإسلام لضرب الزوجة حتى يمارسوا عنفهم غير المشروع ضد زوجاتهم، في حين أن ضرب الزوجة في الإسلام له ضوابط، حيث يكون فقط في حالة نشوز الزوجة، ولم تطلق يد الزوج في ممارسة العنف ضد الزوجة وإنما رسمت له منهاجا يقتضي استخدام ثلاث وسائل متدرجة لا يصح تجاوز الواحدة منها قبل أن يكون قد استخدم الوسيلة التي قبلها، وهي الموعظة ثم الهجر ثم الضرب على أن لا يكون مبرحا، وأن يتوقى الوجه²

وللنتيجة الإجرامية في جريمة الضرب والجرح دور في تحديد جسامة المسؤولية، كما هو الحال في جرائم العنف العمدي في القواعد العامة، فقد جعلها المشرع تتدرج تبعا لجسامة الأذى الذي ينال جسم الزوجة، فبقدر ما تزداد جسامة الأذى تزداد جسامة المسؤولية والعقاب³. وعلى هذا الأساس قسم المشرع الضرب أو الجرح العمدي ضد الزوجة إلى أربعة تصنيفات والتي سنذكرها تبعا للواحدة تلو الأخرى حسب درجة خطورتها.

1/ عقوبة الجرح أو الضرب العمدي البسيط ضد الزوجة.

حددت الفقرة الأولى من المادة 266 مكرر 1 من القانون 19/15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات عقوبة الجرح أو الضرب العمدي ضد الزوج في صورته البسيطة والتي تتحقق عندما لا يترتب عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز عن العمل تزيد مدته عن 15 يوم. وقد حددت هذه المادة عقوبة الجريمة في هذه الحالة بالحبس مدته من سنة (1) إلى ثلاث سنوات (3)، وبالتالي تأخذ الجريمة الوصف الجنحي وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد العقوبة تبعا لظروف ووقائع الجريمة.

¹ بوزيان عبد الباقي: الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009، صفحة 158. ومنصوري المبروك: الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، صفحة 76. يعتبر كل من المشرع المصري في المادة 60 قانون عقوبات مصري والمشرع الأردني في المادة 59 قانون عقوبات أردني أن أفعال التأديب التي يمارسها الزوج على زوجته والوالد ومن في حكمه على الولد والخادم على خادمه يعتبرها مشروعة ويزيل صفة الإجرام عنها ولكنها يبيحانها فقط في إطار أفعال الضرب الخفيف يراجع آلاء عدنان الوقفي: مرجع سابق، صفحة 162.

² عبد الحميد أحمد أبو سليمان: ضرب المرأة وسيلة كل الخلافات الزوجية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى 1424هـ/2002م، صفحة 3231.

³ أحمد أبو الروس: جرائم القتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة، الكتاب الثالث، المكتب الجامعي الحديث الأزراطية/ الإسكندرية، بدون سنة الطبع، صفحة 65 وما بعدها.

2/ عقوبة الجرح والضرب العمدي المقترن بالظرف المشدد.

في نفس الجريمة نجد أن المشرع قد غلظ العقوبة وشدها في بعض الحالات مع بقاء الوصف الجنحي للجريمة، وغلظ العقوبة في حالات أخرى مع تغيير وصف الجريمة من جنحة إلى جنائية.

حسب الفقرة 2 من المادة 266 مكرر فإنه تشدد عقوبة جنحة الجرح أو الضرب العمدي ضد الزوجة إذا ترتب عن هذه الأفعال عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوم، وتكون العقوبة بذلك من سنتين (2) إلى خمس سنوات (5).

وينقلب وصف الجريمة من جنحة إلى جنائية مع تشديد العقوبة فتكون السجن من عشر- سنوات (10) إلى عشرين سنة (20)، إذا ترتب عن الجرح أو الضرب عاهة مستديمة كفقْد أو بتر أحد الأعضاء، أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين. أما إذا أفضى الجرح أو الضرب إلى وفاة الضحية ولو بدون قصد إحداثها فإن العقوبة تشدد إلى السجن المؤبد.

ثانيا/ الحماية من العنف الواقع على السلامة النفسية.

جرم المشرع الجزائري وبصورة صريحة العنف النفسي في المادة 266 مكرر1 من القانون 15 / 19 السالف الذكر كما يلي: >> يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث سنوات (3) كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية>>. وعليه تقع جنحة العنف النفسي- ضد السلامة النفسية للزوجة ولو لم يكن هناك تأثير على السلامة الجسدية إذ يكفي لقيام الجريمة أن تكون أفعال العنف النفسي- متكررة من شأنها المساس بكرامة الضحية.

وتتعدد صور العنف النفسي كما مر معنا في المحور الأول للدراسة، غير أننا سنركز على الصور التي تناولها المشرع في هذا القانون وهي جريمة العنف اللفظي وجريمة التخلي عن الزوجة، وجريمة العنف الاقتصادي.

1/ **جريمة العنف اللفظي:** تتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في كل الأفعال والتصرفات التي تنال من السلامة النفسية للزوجة كالذم والقدح والتحقير والتهديد، وقد جاء تعريف هذه الأفعال في القانون الأردني كما يلي: (الذم هو إسناد مادة معينة إلى شخص، ولو في معرض الشك والاستفهام من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تعرضه إلى بغض الناس واحتقارهم سواء كانت تلك المادة تستلزم العقاب أم لا، أما القدح فهو الاعتداء على كرامة الغير أو شرفه أو اعتباره ولو في معرض الشك والاستفهام من دون مادة معينة، أما

التحقير فعرفه أنه كل أسباب غير القدر والدم يوجه إلى المعتدى عليه وجها لوجه بالكلام أو الحركات أو الكتابة أو الرسم).¹

ولا تختلف طبيعة النشاط الإجرامي في هذه الأفعال حيث تتجسد في قيام الزوج الجاني بالتعبير عن رأيه في زوجته المجني عليها بأن يقوم باحتقارها أو قدحها أو ذمها أو سبها أو شتمها كأن يشكك في نزاهة شرفها أو أن يقوم باستفزازها عاطفياً، سواء كانت هذه التصرفات فيما بينها أو أمام أولادها أو أمام أفراد العائلة، محاولة منه لنيل من كرامتها والخط من قيمتها، أو أن يقوم بتهديدها بالطلاق أو بزوجة ثانية أو طردها من البيت أو بصفة متكرر لحد يؤثر على سلامتها النفسية كأن تصاب بالكآبة أو بالهستيريا، أو أن يسبب لها لأمراض عضوية التي تنشأ نتيجة سوء الحالة النفسية كالأمراض العصبية أو العقلية مثلاً.

لا يشترط القانون لقيام الجريمة إقامة الزوجين في مكان واحد ولا أن تكون الزوجية قائمة كما أسلفنا، فالحماية الجنائية تطال الزوجة داخل بيت الزوجية وخارجه، وقت قيام الزوجية وتستمر حتى بعد الانفصال، طالما كان للاعتداء علاقة بالعلاقة الزوجية السابقة، وقد قرر القانون لهذا النوع من العنف عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات المادة 266 مكرر 1.

- خصوصية الإثبات في جريمة العنف اللفظي: ونظراً لكون هذه الجرائم تقع خلف أسوار بيت الزوجية يصعب إثباتها فقد تقرر إثباتها بكافة طرق الإثبات المتاحة للزوجة، خروجاً من المشرع عن القواعد العامة في الإثبات، فمثلاً إذا كانت شهادة الأطفال القصر وشهادة الأقارب الدرجة الرابعة لا يعتدي بها إلا على سبيل الاستثناس فإنها تعتبر دليلاً للإثبات في جريمة العنف اللفظي فيؤسس عليها القاضي حكمه بالإدانة.

2/ جريمة هجر الزوجة: ، للإشارة لم يكن القانون السابق يعتدي بهجر الزوجة إلا في إطار هجر وترك الأسرة فقط، أي إذا كانت الزوجة أما أو حاملاً، ولم يكن الهجر يعطي للزوجة سوى الحق في المطالبة بالتطليق في حال ثبوته (المادة 53 قانون الأسرة)²، إلا أنه بعد التعديل الجديد لقانون العقوبات تم التوسيع من مجال التخلي عن الأسرة حيث أصبح يشمل الزوجة أيضاً ولو لم تكن أما أو حاملاً فقد جاء نص المادة 2/330 من القانون 19 / 15 على عقاب الزوج الذي يهجر زوجته عمداً ولغير سبب جدي لمدة تزيد عن شهرين.

ومن جانبنا نرى أن الموقف يحمي للمشرع للحماية التي كفلها الزوجة من خلال تقريره تجريم هجر الزوج لأنه تدارك الخطورة التي يرتبها، في الوقت الذي يجب أن يكون شريكاً لها رفيق دربها ومأمّن طريقها في حياتها.

¹ - المواد 188، 190 قانون عقوبات أردني ينظر آلاء عدنان الوقفي: مرجع سابق، صفحة 371.

² - الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المنظم قانون الأسرة. جريدة رسمية العدد

إن جريمة التخلي عن الزوجة هي قيام الزوج بفعل التخلي عن زوجته والعلاقة الزوجية قائمة دون سبب خطير يستدعي الهجر (كأن تنقطع به السبل أو أن يضطر للسفر للعلاج) مع استمرار الهجر لمدة تزيد عن شهرين، وتنقطع هذه المدة بالعودة النهائية لمنزل الزوجية لاستئناف الحياة الزوجية، فمجرد العودة الوقتية لا يقطع هذه المدة، ولا شك أن هذه الجريمة تنضوي تحت العنف النفسي. وإن كان لها تداعياتها المادية التي لا يمكن غض الطرف عنها وهو ما يجعلها تقع في صورتين: - هجر مادي فيه إخلال بالتزام الإنفاق مما يعرضها للخطر لعدم حصولها على المتطلبات الأساسية، ثم إن واجب النفقة حقا مقرر لها حتى ولو كانت موسرة ولا تستحقه الزوجة فقط لكونها أما.

- هجر معنوي مفاده الإخلال بمتطلبات العلاقة الزوجية والتهرب من الالتزامات المعنوية للزوج اتجاه زوجته إلى حد يلحق ضرر بأمنها واستقرارها.

سواء كان الهجر ماديا أو معنويا فإن عقوبته تتراوح ما بين ستة(6) أشهر إلى سنتين(2) وغرامة مالية من 50.000 إلى 200.000 دج.

3/ جريمة العنف الاقتصادي: كل من يحاول السيطرة واستغلال الموارد الاقتصادية الخاصة بزوجته دون رضاها، والذي يصل أحيانا إلى حرمانها كلية من أموالها وممتلكاتها الخاصة، كالاستيلاء على راتبها الشهري مثلا أو اغتصاب ما ينوبها من حقها في الميراث وغيره. مستعملا في ذلك أساليب التخويف والتهديد والترهيب مرتكبا لجريمة العنف الاقتصادي يعاقب عليها من ستة أشهر إلى سنتين.

ثالثا/ الظروف المخففة في جرائم العنف الزوجي:

استبعد المشرع صراحة بموجب المادتين 266 مكرر و 266 مكرر 1 إفادة الجاني في جرمي الجرح أو الضرب العمدى والعنف الواقع على السلامة النفسية للضحية في حالات معينة هي أن تكون الضحية معاقة أو حاملا أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح، وبمفهوم المخالفة فإن الجاني في غير هذه الحالات يمكن أن يستفيد من ظروف التخفيف وفقا لمقتضيات المواد من 53 إلى 53 مكرر 4 من قانون العقوبات، وتعود علة حرمان الجاني من الظروف المخففة في الحالات السابقة للاعتبارات التالية وهي كون أن الزوجة تكون حاملا أو معاقة يجعلها تحتاج إلى رعاية خاصة و وقوع مثل هذه الجرائم يؤثر عليها بشكل أكثر خطورة عنه في الحالات العادية.

أما وقوع هذه الجرائم بحضور الأطفال من شأنه التأثير على التوازن النفسي للأطفال، فيكون له وقع سلبي على النمو الطبيعي للطفل ما يترتب عليه من عواقب وخيمة كالعزلة والهروب كما قد يترتب عليه إنتاج سلوكات عنيفة بسبب اضطرابات شخصية لما يكون قد شاهده الطفل في صغره.¹

¹ - وخديجة الفيلاي علاش: مرجع سابق، صفحة 38.

أما الحالة الأخيرة والمثثلة في وقوع الجرائم السابقة تحت التهديد بالسلاح كقيام الزوج بوضع سلاح ناري أمام الزوجة أثناء الخلاف القائم بينهما دون استعماله مباشرة، فهذا السلوك في حد ذاته يعتبر عنفا شديداً الخطورة لما يبعثه من رهبة وخوف شديدين في نفسية الزوجة.

رابعا/ تحريك دعوى العنف ضد الزوجة:

تنص الفقرة السابعة والثامنة من المادة 266 مكرر والفقرة السادسة من المادة 266 مكرر 1 من القانون 19 / 15 على تمتع الضحية في جريمة الجرح أو الضرب العمدي والعنف اللفظي بحق الصفع عن الفاعل، ما يفهم بالمخالفة أن تحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم لا يكون إلا بنا شكوى الزوج المضرور، وفي حالة التنازل عنها وسحبها تتوقف إجراءات المتابعة ولعل العلة في ذلك أن صفع الضحية يساهم في إعادة بناء العلاقة الزوجية على أساس من التسامح والتوافق وهو الهدف الأسى الذي يهدف المشرع إلى تحقيقه.¹

غير أن صفع الضحية في جريمة الجرح والضرب العمدي لا يستفيد منه الفاعل إلا في حالة الجرح أو الضرب العمدي الذي لا يخلف عجزا عن العمل لمدة تقل عن 15 يوما، أو الضرب الذي يرتب عجزا لمدة تتجاوز 15 يوما، أما في حالة نشوء عاهة مستديمة فلا توقف المتابعة وإنما يستفيد من تخفيف في العقوبة التي تصبح تتراوح من 5 سنوات إلى 10 سنوات بعد أن كانت تتراوح من 10 سنوات إلى 20 سنة.

خاتمة:

من خلال دراستنا توصلنا إلى النتائج التالية:

- إدراك المشرع الجزائري أهمية تناول ظاهرة العنف الزوجي باعتباره أحد ملامح العنف الذي يؤثر بشك كبير على استقرار المجتمعات نابع من مسالمة ومواكبته للمواثيق الدولية، التي اعتبرت قضية العنف قضية عالمية تقتضي تدخل الحكومات لمواجهتها على الصعيد الداخلي.

- إن هذا القانون وإن يبدو في ظاهره يهدف إلى محاربة العنف الزوجي الواقع على الزوج أو الزوجة على حد سواء إلا أنه في حقيقته جاء لحماية الزوجة، لأن حقيقة العنف تعكس وجود علاقة سيطرة يبدو فيها العنف الذكوري وكأنه آلية من آليات التحكم في النساء.

- على الرغم من التعديلات المهمة التي جاء بها قانون العقوبات والمتعلقة أساسا بتجريم العنف ضد الزوجة إلا أنه يصطدم بعد عراقيل تحول دون تحقيق الهدف خصوصا، وأن الأمر يتعلق بظاهرة تحكمها عوامل متشابكة ترجع أساسا لكونها تمارس داخل الإطار الخاص بالأسرة وفي مجتمع تتحكم فيه ضغوطات اجتماعية وثقافية، فأى زوج في مجتمعنا يسمح باستئفاف حياته الزوجية مع زوجة تابعته جزائيا بتهمة العنف اللفظي، فالواقع أن ما

تناله هذه الزوجة من هذه الدعوى، حكم قضائي بإدانة الزوج لإثبات ضررها في دعوى تطبيق أمام محكمة شؤون الأسرة.

وانطلاقاً من هذه النتائج نقترح ما يلي:

- وان كان التعديل الأخير خطوة نوعية في مجال مكافحة العنف ضد المرأة إلا أننا نرى ضرورة وضع إستراتيجية لمحاربة هذه الظاهرة تشترك فيها مختلف القطاعات الحكومية المعنية والجمعيات الحقوقية وإنشاء مراكز الاستماع والإرشاد للنساء المعنفات.

- التعميل على الوساطة القضائية في جرائم العنف ضد الزوجة كحل بديل عن المنازعة القضائية لضمان استمرار الحياة الزوجية.

قائمة المراجع

أولا/ الكتب

1. أبو الفضل جمال الدين بكر ابن المنظور الإفريقي المطري. المجلد التاسع، دار الصادر للطباعة والنشر، بيروت، 1956م / 1375هـ .
2. أحمد أبو الروس: جرائم القتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة، الكتاب الثالث، المكتب الجامعي الحديث الأزارطية/ الإسكندرية، بدون سنة الطبع، صفحة 65 وما بعدها.
3. بن شيخ حسن: مذكرات في القانون الجزائري الخاص، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، (أعمال تطبيقية)، دار هوم للطباعة والنشر بوزريعة الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2006.
4. ممدوح خليل البحر: الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الإماراتي وفقا لآخر التعديلات، مكتبة جامعة الشارقة- إثناء للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الأولى .
5. عبد الحميد أحمد أبو سليمان: ضرب المرأة وسيلة كل الخلافات الزوجية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى 1424هـ / 2002م.

ثانيا/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. منصوري المبروك: الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغربية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013 / 2014
2. نعيمة رحاني: العنف الزوجي الممارس ضد المرأة بتلمسان، محكمة تلمسان نموذجاً (1995- 2008)، رسالة جامعية لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم الثقافة الشعبية، تخصص أنثروبولوجيا، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010 / 2011.
3. بوزيان عبد الباقي: الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009 / 2010.
4. خديجة الفيلاي علاش: العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب أية حاية؟- العنف الزوجي نموذجاً- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرز، فاس، 2005 / 2006م..

ثالثا/المقالات

1. التيجاني بن طاهر، هباني مارية يمينه: العنف الأسري الموجه ضد المرأة وعلاقته بالصلابة النفسية لدى عينة من النساء المعتنفات بعد التعديل، مجلة علوم الإنسان والمجتمع، جامعة الأغواط العدد 18، مارس 2016.

رابعا/ النصوص القانونية

- 1/ الأمر 66 / 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات جريدة رسمية عدد 47.
- 2/ الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة. جريدة رسمية العدد 15.
- 3/ القانون 19/15 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر 66 / 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات جريدة رسمية عدد 71.

خامسا/ المراجع باللغة الفرنسية

¹Feisepetangny ,laviolonce contre les femmes Geneveed . O. M. S1997 .

خصوصية الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي ومظاهر تميزها عن الجرائم التقليدية* أ/ بردال سمير - أستاذ مساعد "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

تعد جرائم نظام الحاسب الآلي من أهم المسائل التي أثارت جدلا واسعا بين فقهاء القانون، فمنهم من اعتبرها جرائم قديمة في ثوب جديد، ومنهم من اعتبرها جرائم جديدة ذات خطورة كبيرة بالمقارنة مع الجرائم التقليدية، الأمر الذي يستوجب الإسراع في التصدي لها عن طريق سن قوانين جديدة تتلاءم وطبيعتها وطريقة ارتكابها.

إن وضع نظام الحماية الخاص بجرائم الحاسب الآلي أمر معقد للغاية والسبب راجع إلى عدم وجود اتفاق حول تعريفها وتحديد موضوعها ومن ثم تحديد أصنافها.

Résumé

Les crimes informatiques sont considérés comme questions les plus importants qui ont suscités un vif débat parmi les juristes certains d'entre eux les ont considéré comme des anciens crimes en nouvelle robe, et d'autres les considéré comme nouveaux crimes d'une grande gravité par rapport aux crimes classique, ce qui exige de toute urgence de nouvelles lois qui conviennent avec la nature et le mode de perpétration.

L'établissement d'un système spécial de protection contre les crimes informatiques est très compliqué et la raison est due à l'absence d'accord sur la définition et l'identification du thème et ensuite déterminer leurs variétés.

مقدمة:

إن ظاهرة جرائم نظام الحاسب الآلي ظاهرة إجرامية مستحدثة نسبيا تفرع في جنباتها أجراس الخطر لتنبه مجتمعات العصر الراهن لحجم المخاطر وهول الخسائر الناجمة عنها، باعتبارها تستهدف المعطيات و المعلومات بدلائها التقنية الواسعة والمخزنة والمنقولة عبر نظم الحواسيب وشبكات المعلومات وفي مقدمتها الانترنت فهي جريمة تقنية تقترب في الخفاء يرتكبها مجرمون أذكاء يمتلكون أدوات المعرفة التقنية وهذا وحده يظهر مدى خطورة جرائم نظام الحاسب الآلي، فهي تطال الحق في المعلومات وتمس الحياة الخاصة للأفراد وتهدد الأمن

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/28

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/02

تاريخ مراجعة المقال: 2016/03/09

القومي والسيادة الوطنية وتشجع فقدان الثقة بالتقنية وتهدد إبداع العقل البشري، لذا فإن إدراك ماهية جرائم نظام الحاسب الآلي والانترنت والطبيعة الموضوعية لهذه الجرائم، واستظهار موضوعها وخصائصها وحجم الخسائر الناجمة عنها وسمات مرتكبيها ودوافعهم، يتخذ أهمية استثنائية لسلامة التعامل مع هذه الظاهرة ونطاق مخاطرها الاقتصادية والأمنية والاجتماعية والثقافية.

إن أكثر مسائل ظاهرة جرائم نظام الحاسب الآلي إثارة للجدل تعريفها وتحديد موضوعها أو محلها أو مناهج الحماية، الأمر الذي صعب من عملية تحديد قائمة هذه الجرائم والأفعال المكونة لها والنظام القانوني الذي يحكمها، هذه المسألة ومسائل أخرى كثيرة لا تقل عنها أهمية أفرزت خلافا وتباينا موضوعيا لدى الفقه الجنائي في مختلف النظم القانونية. فما هو سبب اختلاف الفقهاء في تعريف جرائم نظام الحاسب الآلي؟ وما هي مظاهر تميزها عن الجرائم التقليدية؟

سنحاول من خلال المبحث الأول أن نتعرف على مختلف التعريفات التي أعطيت للجرائم الماسة بنظام الحاسب الآلي والانترنت، ثم نتناول في المبحث الثاني الموضوع الذي تنصب عليه هذه الجرائم.

المبحث الأول: ماهية جرائم نظام الحاسب الآلي:

لقد دعى كثير من الفقه الغربي إلى عدم الاهتمام بإعطاء مفهوم للجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي بحجة أنها جرائم تقليدية ارتكبت بأسلوب جديد، إلا أن البعض الآخر يرى أنها بحق جرائم جديدة في محتواها ونطاقها. ومخاطرها ووسائل ارتكابها ومشكلاتها، وفي الغالب في طبائع وسمات مرتكبيها وليست مجرد صرعة بالية.

المطلب الأول: مفهوم جرائم نظام الحاسب الآلي:

إن المشكلة الأولى والأساسية التي تعترض ظاهرة جرائم نظام الحاسب الآلي هي عدم وجود تعريف موحد وجمع عليه لهذه الجريمة¹، ومرد ذلك إلى عدم وجود اتفاق على اصطلاح واحد بخصوصها كما أسلفنا، إلا أن هذا لم يمنع بعض الباحثين في علم الجريمة من بذل مجهودات في هذا الخصوص، فلقد وضع هؤلاء الدارسون والباحثون عددا ليس بالقليل من التعريفات تتباين تبعا لموضوع العلم المنتمون إليه وتبعا لمعيار التعريف ذاته.

الفرع الأول: تعريف جرائم نظام الحاسب الآلي:

لقد انقسم الفقه المقارن في تعريف الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي إلى اتجاهين، الأول وسع من تعريف جرائم نظام الحاسب الآلي حتى أصبح يدخل في عدادها في كثير من الأحيان أفعالا لا يمكن أن تعد من قبيل جرائم نظام الحاسب الآلي، بينما الاتجاه الثاني يضيق من مفهوم جرائم نظام الحاسب الآلي بحيث تقل الأفعال التي يمكن أن تنصف بها.

¹ - Joshua b. hill and nancy e. Marrion, introduction to cybercrime: computer crimes, laws, and policing in the 21st Century, santa Barbara, Californie. P 04.

أولاً: الاتجاه الموسع:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التوسيع من مفهوم جرائم نظام الحاسب الآلي، و قد تباينت آرائهم بحسب نظرتهم إلى الدرجة التي يمكن أن تمتد إليها هذه الجرائم، إلا أنهم ينطلقون من أنه مجرد مشاركة الحاسب الآلي في النشاط الإجرامي يسبغ عليه وصف الجرائم المرتبطة بالحاسب الآلي،¹ بمعنى أن أي جريمة من جرائم نظام الحاسب الآلي لا تتحقق إلا باستخدام أنظمة الحاسب الآلي و الإنترنت كوسيلة لارتكابها.

و من التعريفات التي أطلقها أنصار هذا الاتجاه، و من بينهم الأستاذ جون فور ستر الذي يعرفها بأنها (فعل إجرامي يستخدم الحاسب الآلي في ارتكابه كأداة رئيسية). و ينظر إليها تاديمان على أنها (كل أشكال السلوك غير المشروع الذي يرتكب باستخدام الحاسوب)، و قريبا منها تعريف مكتب التقنية بالولايات المتحدة الأمريكية بقوله أنها (الجريمة التي تلعب فيها البيانات الكمبيوترية و البرامج المعلوماتية دورا رئيسيا).²

و يعرف خبراء منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية عام 1983 جرائم نظام الحاسب الآلي بأنها (كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها).³

كما أن خبراء متخصصون من بلجيكا في معرض ردهم على استبيان منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية عرفوا جرائم نظام الحاسب الآلي بأنها (كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية يكون ناتجا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية).⁴

و هناك من عرفها بأنها (أي عمل غير قانوني يستخدم فيه الحاسب كأداة أو موضوع للجريمة).⁵

و لا شك أن الاتجاه المتقدم ينطوي على توسيع كبير لمفهوم الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي، و لهذا يرى نفر من الفقه الآخر أنه من الصعوبة بمكان قبول هذا التوجه، لأن نظام الحاسب الآلي قد يكون محلا تقليديا في بعض الجرائم العادية كسرقة الحاسب الآلي ذاته أو أحد أجزائه، أو الأقراص أو الاسطوانات المضغوطة على سبيل المثال، فلا يمكن إسباغ وصف جرائم نظام الحاسب الآلي على سلوك الفاعل غير المشروع لمجرد أن نظام الحاسب أو أي من مكوناته المادية كان محلا لفعل الاختلاس.

¹ - نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2005، ص 30.

² - محسن بن سليمان الخليفة، جرائم الحاسب الآلي وعقوبتها في الفقه والنظام، جريمة استنساخ برامج الحاسب الآلي وبيعها وإنتاج الفيروسات ونشرها، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السعودية، 2003، ص 41.

³ - Med Chawki, essai sur la notion de cybercriminalité, iehei, 2006, p 06.

⁴ - إن هذا التعريف متبنى من قبل العديد من الفقهاء والدارسين بوصفه أفضل التعريفات، لأنه أحاط بقدر الإمكان بظاهرة جرائم الحاسب الآلي. يراجع في تفاصيل ذلك: يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت، إنجاز في المفهوم والنطاق والخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي 2002، أبو ظبي، 10/ 12/ 2002، ص 4، على الموقع: www.arablawa.org

⁵ - محسن بن سليمان الخليفة، المرجع السابق، ص 14.

و تجدر الإشارة إلى أن هناك تعريفات أخرى في إطار الاتجاه الموسع كانت أكثر تحديدا في تعريف جرائم نظام الحاسب الآلي، من ذلك تعريفها بأنها (كل تلاعب بالحاسب الآلي ونظامه من أجل الحصول بطريقة غير مشروعة على مكسب أو إلحاق خسارة بالجاني عليه)، وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يميز بين مظهرين للسلوك الإجرامي في جرائم نظام الحاسب الآلي، يتعلق الأول باستخدام نظام الحاسب الآلي من أجل ارتكاب الجريمة بغرض الحصول على مكسب مادي. و يتمثل الثاني في الاعتداء على نظام الحاسب الآلي بغرض إلحاق الضرر بالمجني عليه.¹

ثانيا: الاتجاه الضيق:

إن جهود فقهاء هذا الاتجاه في تحديد مفهوم جرائم نظام الحاسب الآلي، تركز على المعيار الشخصي، و تحديدا متطلب توفر شرط المعرفة و الدراسة التقنية بدرجة كبيرة لدى شخص مرتكبها. و ليس هذا فقط، بل و جب توفر هذه الدراية و المعرفة بتقنيات الحاسب الآلية لدى القائمين على مكافحة هذا النوع من الجرائم و ملاحقة مرتكبيها.

و من التعريفات التي ساقها أنصار هذا الاتجاه بخصوص الجرائم المرتبطة بنظام الحاسوب الآلي، مثلا هي (كل انتهاك للقانون الجنائي يكون العلم بتكنولوجيا للحاسبات الآلية بقدر كبير لازما لارتكابه من ناحية و ملاحقته و التحقيق فيه من ناحية أخرى).

و من ذلك أيضا تعريف (David Tompson) الذي قال بشأنها (أنها جرائم يكون متطلبا لاقترافها أن تتوافر لدى فاعلها المعرفة بتقنية الحاسب)،² و بماثله تعريف (Steinsch Jqibong) الذي قال فيه أنها (أي فعل غير مشروع تكون المعرفة بتقنية الكمبيوتر أساسية لارتكابه و التحقيق فيه و ملاحقته قضائيا).³

وقريبا منه تعريف الدكتور عبد العزيز عبد الله اليوسف (جرائم الحاسب الآلي جرائم يتم ارتكابها إذا قام شخص ما باستخدام معرفته بالحاسوب بعمل غير قانوني).

و تعرف كذلك جرائم نظام الحاسب الآلي فنيا بأنها (ذلك النوع من الجرائم التي تتطلب للماما خاصة بتقنيات الحاسب الآلي و نظم المعلومات، لارتكابها أو التحقيق فيها و مقاضاة فاعليها).⁴

¹ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 30، 31.

² - أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبى، صايل فاضل الهواوشة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2001، ص 76.

³ - يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت، إنجاز بالمفهوم والنطاق والخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي 2002، أبو ظبي، 10/ 12/ 2002، على الموقع: www.arablalaw.org، ص 3-4.

⁴ - محمد بن عبد الله بن علي المنشاوي، جرائم الانترنت في المجتمع السعودي، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السعودية، 2003، ص 34.

و في تضيق آخر للجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الالكتروني، يرى البعض أنها ليست الجرائم التي يكون الحاسب الآلي أداة لارتكابها، بل هي التي تقع على الحاسب أو داخل نظامه فقط.¹

و يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الجرائم التي تفتقر إلى المعرفة بتكنولوجيا الحاسبات الآلية تعد جرائم عادية تتكفل بها النصوص التقليدية، فلا حاجة لنا في هذه الحالة إلى نصوص جديدة تحكم هذه الأفعال، وعلى العكس من ذلك، فإن الجرائم التي يتوافر في مرتكبها هذا القدر من العلم و المعرفة بالتقنية المعلوماتية، فهي بحق جرائم بحاجة إلى نصوص جديدة لتتكفل بها.

و لا شك أن الأخذ بهذه التعريفات المقدمة من أنصار هذا الاتجاه يؤدي إلى التضيق بشكل كبير من نطاق جرائم نظام الحاسب الآلي، حتى قال البعض أنها ستصبح أشبه بالخراقة لأن عنصر الدراية بالتقنية العالية إن تحقق في بعض الحالات فإنه لا يتحقق في كثير منها و رغم ذلك يعد الفعل مجرما في كثير من التشريعات،² و مثال ذلك إتلاف أو محو أو تعديل البيانات المخزنة في نظام الحاسب الآلي.³

ثالثا: تقييم الاتجاهين السابقين:

ومن الملاحظ أيضا أن هذه التعريفات المعطاة لجرائم نظام الحاسب الآلي سواء من قبل أنصار الاتجاه الموسع أو أنصار الاتجاه الضيق لم تراعى بعض أو كل خصائص هذه الجرائم وموضوعها، وطبيعة الحق المعتدي عليه، لأن تعريف الجريمة في الدراسات القانونية لاسيما في إطار قانون العقوبات لا بد أن يراعى فيه تحديد وسائل وعناصر السلوك الإجرامي الواجب على المشرع الإحاطة بها، إلى جانب تحديد موضوع أو محل هذا السلوك غير المشروع بدقة طبقا لمبدأ الشرعية وما ينجر عنه من نتائج هامة تتمثل في عدم جواز معاقبة الشخص عند انتفاء النص، وحضر القياس، وعدم التوسع في تفسير النص التشريعي،⁴ ومع الإشارة في النص التشريعي إلى أن المشرع أفرد لهذا السلوك غير المشروع عقوبة معينة.

وصفوة القول أن أي تعريف لجرائم نظام الحاسب الآلي لا بد أن يتكيف مع التغير السريع لتكنولوجيا الحاسبات الآلية لاحتواء مختلف أشكال سلبات العالم الرقمي.

¹ - إن هذا التضيق يخرج من نطاق جرائم نظام الحاسب الآلي جانب كبير من الأفعال غير المشروعة التي يستخدم نظام الحاسب الآلي كأداة لارتكابها ومثال ذلك الاحتيال المعلوماتي. للمزيد من التفاصيل: نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 29 - 30.

² - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 29.

³ - القانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10، المعدل و المتمم للأمر 156/66 في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 71، الجزائر، 2004، ص 11.

⁴ - تنص المادة الأولى من الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، سنة 1966، على ما يلي " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير بقانون. "

الفرع الثاني: خصائص جرائم نظام الحاسب الآلي:

إن خصائص جرائم الحاسب الآلي والانترنت كثيرة ومتنوعة نظرا لتنوع وتعدد السلوكات الإجرامية للركن المادي لهذا النوع من الجرائم من جهة، وكذا ارتباطها بالحاسب الآلي وشبكة الانترنت من جهة أخرى، وهذه الخصائص هي التي تميزها عن الجرائم التقليدية و تجعل الفارق بينهما كبير جدا، سواء من حيث وسائل التنفيذ أو درجة الضرر الناتج. ويمكن تلخيص أهم مميزات وخصائص جرائم نظام الحاسب الآلي فيما يلي:

أولا: صعوبة الإثبات:

تتميز جرائم نظام الحاسب الآلي بافتقارها إلى الآثار التقليدية للجريمة مثل البصمات والآثار المادية، مما ينتج عنه صعوبة إقامة الدعوى في تلك الجرائم أمام المحاكم التقليدية، ولهذا أنشأت بعض الدول مؤخرا محاكم الكترونية للبت في مثل هذه الجرائم مثل المحكمة الالكترونية بإمارة دبي.¹

ثانيا: جرائم ناعمة وسهلة الارتكاب (أي ليس فيها عنف)

إذا كانت الجريمة بصورتها التقليدية لا تحتاج في أغلب الأحيان إلى مجهود عقلي أحيانا كما في جرائم القتل والسرقة والسطو والاعتصاب،² فإن جرائم نظام الحاسب الآلي بخلاف ذلك، فنقل البيانات من حاسب آلي لآخر لا يتطلب عنفا أو تبادل إطلاق النار مع رجال الأمن، وإنما يتطلب معرفة ودراية بالتقنية المعلوماتية.³ لذلك أطلق عليها الفقهاء في أوروبا تسمية " White-Collar computer Crime " لوقوعها إما على ملكية الأشخاص أو أرباح الشركات دون استخدام العنف.⁴

ثالثا: استخدام الحاسب الآلي والانترنت:

إن استخدام الحاسب الآلي هو جزء لا يتجزأ من ارتكاب الجريمة، ذلك أن الحاسب الآلي هو الأداة الوحيدة التي تمكن الشخص من الدخول إلى شبكة الانترنت ومن أمثلة الجرائم المتصلة بالحاسوب هي: التزوير، الاحتيال، الدخول غير المصرح به، التلاعب بالبيانات ... الخ.

- محسن بن سليمان الخليفة، المرجع السابق، ص 44، 45.¹

² - Ali Elazzouzi, la cybercriminalité au Maroc, 2010, p 20.

³ - أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغي، صايل فاضل الهاوشة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، المرجع السابق، ص 107.

⁴ - Petter Gottschalk, policing cyber crime, 1st edition, deloitte, 2010, p 14.

كما أن استخدام الانترنت هو السمة الرئيسية في جرائم نظام الحاسب الآلي و هو الذي سهل ارتكابها على نطاق واسع وفي أسرع وقت ممكن، ومثال ذلك الجرائم المتصلة بالمضمون، مثل حيازة ونشر- المواد الإباحية، نشر الكراهية أو العنصرية.¹

رابعا: جرائم عابرة للحدود:

إن شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت) ألغت الحدود الجغرافية فيما بين الدول وبعضها وجعلتها قرية صغيرة، لذلك يقال إن جرائم نظام الحاسب الآلي تنتهك حدود الدولة الواحدة، فهي تتميز بالبعد الدولي بين الجاني والمجني عليه ومن الوجهة التقنية بين الجاني والمعطيات أو البيانات محل الجريمة،² كاعتراض عمليات تحويل مبالغ مالية أو سرقة معلومات هامة أو تخريبها.³ والحقيقة أن مسألة الصفة العالمية أو التباعد الدولي تثير مشكلة الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق ومتطلبات التحقيق والملاحقة والتفتيش وغيرها من الإجراءات القضائية الخاصة بخصوص هذه الجريمة.⁴

وتجدر الإشارة هنا إلى جهود الإنتربول في هذا المجال من خلال ضباط الارتباط المنتشرين في كافة الدول عبر العالم والمكلفين بتوفير قاعدة بيانات ضخمة يمكن أن تشكل نقطة انطلاق للمكافحة والتصدي لهذه الجرائم.⁵

خامسا: جرائم محلها غير مادي (معنوي):

إن الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي تستهدف معنويات وليس ماديات محسوسة وتثير في هذا النطاق مشكلة الاعتراف بحماية المال المعلوماتي، أو ما يصطلح عليه بالكيان المنطقي للحاسب الآلي.⁶

المطلب الثاني: مفهوم المجرم المعلوماتي:

لم يكن لارتباط نظام الحاسب الآلي مع الفعل غير المشروع أثرا عليه فحسب وإنما كان له أثر أيضا على فاعله،⁷ والحقيقة أنه وحتى الآن لم تتضح الصورة جلية بخصوص تحديد أصناف مرتكبي جرائم نظام الحاسوب الآلي، واستظهار صفاتهم وضبط دوافعهم، وذلك لقلة الدراسات الخاصة بالظاهرة برمتها من جهة، ونظرا لصعوبة الإلمام بمداها الحقيقي من جهة أخرى بفعل الحجم الكبير من جرائمها غير المكتشف أو غير المبلغ عنه أو التي لم يتم

¹ - محمد حماد مرهج الهيبي، الجريمة المعلوماتية، دراسة مقارنة في التشريع الإماراتي والسعودي والبحريني والقطري والعراقي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2014، ص 44.

² - عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والانترنت، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 45.

³ - منير محمد الجنيني، ممدوح محمد الجنيني، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 15، 14.

⁴ - نبيل صقر، جرائم الكمبيوتر في التشريع الجزائري، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005، ص 160 إلى 166.

⁵ - أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، المرجع السابق، ص 95 - 96.

⁶ - إنه من الخطأ اعتبار المعلومات بمفهومها الشامل (موضوع جرائم نظام الحاسب الآلي) مالا ما لم يقر النظام القانوني هذا الحكم لها لدى سعيه لحمايتها. ينظر في تفاصيل ذلك: يونس عرب، المعنى والخصائص والصور واستراتيجية المواجهة القانونية، المرجع السابق، ص 5.

⁷ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 56.

بشأنها ملاحقة قضائية رغم اكتشافها لصعوبة إثباتها أو للنقص التشريعي الذي يجد من توفير الحماية الجنائية في مواجهتها.¹

الفرع الأول: أصناف المجرم المعلوماتي:

لقد قام عدد كبير من الدارسين لهذا النوع من الإجرام المستحدث والمرتبط بالتقنية العالية بتحديد أصناف مرتكبي الجرائم الماسة بنظام الحاسب الآلي إلى ثلاث أصناف وهم:

أولاً: المخترقون:

تضم هذه الطائفة الأشخاص الذين يتحدون إجراءات أمن النظم والشبكات، ولكن لا تتوافر لديهم في الغالب دوافع حاقة أو تخريبية وإنما ينطلقون من دوافع التحدي واثبات المقدرة². فالهاكرز هم أشخاص ذو إمكانيات فنية وملكات ومواهب فائقة في تكنولوجيا المعلومات تصل إلى حد الإبداع وعدم وقوف غاية أمامهم دون بلوغها، فهم يتمتعون باقتحام وهزيمة النظم الحاسوبية الأكثر بعداً جغرافياً والأكثر أماناً.³

إن أفراد هذه الطائفة يرتكبون جرائمهم عن طريق الدخول إلى أنظمة الحاسبات الآلية غير المصرح لهم بالدخول إليها وكسر الحواجز الأمنية الموضوعة لهذا الغرض، وذلك بهدف اكتساب الخبرة أو بدافع الفضول أو لمجرد إثبات القدرة على اختراق هذه الأنظمة، ويميلون إلى اعتبار أنفسهم أوصياء على أمن نظم الحاسبات الآلية والشبكات.⁴ ويتميز مجرمو هذه الطائفة بصغر السن وقلة الخبرة، ومولعون بتكنولوجيا الحاسوب وسرعة تبادل المعلومات فيما بينهم وتحديداً وسائل الاختراق وآليات نجاحها ومواطن الضعف في نظم الحاسبات والشبكات.⁵

ثانياً: المخترقون:

يتميز أفراد هذه الطائفة بأنهم الأخطر على الإطلاق من بين مجرمي التقنية، ونظراً لأن اعتداءاتهم تهدف بالأساس إلى إحداث أضرار كبيرة بالمجني عليه.

¹ - يونس عرب، المعنى والخصائص والصور وإستراتيجية المواجهة القانونية، المرجع السابق، ص 25.

² - هناك خلط كبير بشأن التمييز بين مجرمي التقنية (المخربون) و الهاكرز إلى حد القول أن أي اعتداء متصل بالحاسب الآلي أو الانترنت هو من قبل الهاكرز، لأن الاعتداءات تتم عن طريق الدخول غير المصرح به (سلوك الهاكرز) وهذا التدليل مردود عليه من قبل بعض الفقه المدافع عن أهداف الهاكرز، حيث يرى أن غرض الهاكرز من الدخول وإن كان غير مسموح به هو الكشف عن مواطن الضعف وإصلاحها في النظم محل الاختراق. يراجع في تفاصيل ذلك: يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت، المعنى والخصائص والصور وإستراتيجية المواجهة القانونية، المرجع السابق، ص 27.

³ - يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت، المعنى والخصائص والصور وإستراتيجية المواجهة القانونية، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - أسامة أحمد مناعسة، جلال محمد الزعبي، صايل فاضل الهواشة، المرجع السابق، 84، 85.

⁵ - أحمد خليفة الملط، المرجع السابق، ص 35.

وتتضمن هذه الطائفة ثلاثة أصناف من المجرمين؛ الأولى تهدف من خلال ارتكابها للجريمة إلى إيجاد حلول لمشاكلهم المادية. أما الفئة الثانية يسعون من وراء نشاطهم الإجرامي إلى إلحاق أضرار كبيرة بالمجني عليه، ويكون الباعث إلى ارتكاب الجريمة بالنسبة إليهم هو تحقيق الكسب المادي، وهو نفس باعث المجرم التقليدي ويعمل المنتمون إلى هذه الفئة في شكل منظمة بحيث ينطبق في أفعالهم وصف الجريمة المنظمة. أما الفئة الثالثة فتتضمن الجماعات الإرهابية المتطرفة، والتي بدورها تتكون من مجموعة من الأشخاص لديهم معتقدات وأفكار اجتماعية أو سياسية أو دينية يرغبون في فرضها عن طريق اللجوء إلى النشاط الإجرامي.

ثالثاً: الخاطئون:

تتضمن هذه الطائفة أشخاصاً ليس هدفهم إثبات القدرة التقنية والمهارة أو الحصول على كسب مادي أو سياسي أو فلسفي أو حتى ديني، وإنما يدفعهم إلى ارتكاب جرائمهم الشار من صاحب العمل أو الرد على تصرف الهيئة المعنية معهم عندما لا يكونون موظفين فيها، ولهذا فإنهم يقسمون إلى مستخدمي النظام بصفتهم موظفين وعلى علاقة بالنظام بموضوع الجريمة،¹ وإلى غرباء عن النظام تحركهم نزعة الانتقام المتولدة من بيروقراطية السلطات،² وحساسيتهم من الحكومات التي تستخدم التكنولوجيا كسلاح يسلب آدميتهم، وأن التكنولوجيا في نظرهم لم تكن أكثر من وسيلة لتطوير السلاح النووي بدل مساعدة الفقراء من الناس. كما يغلب على نشاط أعضاء هذه الطائفة، تخريب النظام وإتلاف كل أو بعض معطياته وإنكار الخدمة وتعطيل النظام أو الموقع المستهدف إن كان من مواقع الانترنت.³

كما تجدر الإشارة كذلك أنه لا توجد دراسات متخصصة تحدد ضوابط أعمار أعضاء هذه الطائفة، إضافة إلى انعدام عناصر التفاعل وتبادل المعلومات بين أعضاء هذه الطائفة الذين يعتمدون إلى إخفاء أنشطتهم بدل التفاخر بها

¹ - إن هؤلاء الموظفين الساخطين على هيئات عملهم، يعودون إلى مقر عملهم بعد انتهاء الدوام ويعمدون إلى تخريب الجهاز أو إتلافه أو سرقة، وقد يجد الموظف نفسه أحياناً مرتكباً لجريمة نظام الحاسوب الآلي مصادفة دون تخطيط مسبق. محمد بن عبد الله بن علي المناشوي، المرجع السابق، ص 38.

² - يونس عرب، جرائم الكمبيوتر الانترنت، المعنى والخصائص والصور واستراتيجيه المواجهة القانونية، المرجع السابق، ص 33.

³ - للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يراجع: هروال هبة نبيلة، جرائم الانترنت: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2013/2014، ص 54 وما يليها.

الفرع الثاني: سمات المجرم المعلوماتي التي ينفرد بها عن المجرم العادي:

إن التعرف على خصائص وصفات مرتكبي جرائم نظام الحاسب الآلي¹ يعتبر خطوة متقدمة في الوقاية منها، وهم يتميزون في العادة بمجموعة من الخصائص تميزهم عن غيرهم من مرتكبي الجرائم التقليدية، غير أنه لا يخرج في النهاية عن كونه مرتكباً لفعل إجرامي يتطلب توقيع العقاب عليه. وهذه الخصائص هي:

أولاً- المعرفة:

يقصد بها التعرف على كافة الظروف المحيطة بالجريمة المراد ارتكابها وإمكانيات نجاحها واحتمالات فشلها، حتى لا يواجه الجناة أشياء غير متوقعة من شأنها إفشال أفعالهم أو الكشف عنهم.² وأن أكثر الأشخاص معرفة بهذه الظروف هم العاملون لدى الهيئة المستخدمة المجني عليها وخاصة الفنيون، مما يمكنهم من ارتكاب الجريمة وإخفاء معالمها، علاوة على ذلك فإن جمل الأطراف الأخرى بتقنية المعلومات يسهل على هؤلاء ارتكاب الجريمة، ويجعلهم يعتقدون أنهم في مأمن من وصول يد العدالة إليهم من جهة، وصعوبة اكتشاف الهيئة المستخدمة بوجود جريمة أصلاً من جهة أخرى.

ثانياً- المهارة:

إن التخصص الدقيق والإتقان والمهارة والتمرس على أدوات الاختراق والبيئة المستهدفة (أنظمة الحاسوب والشبكات) أمر ضروري لإجراء عمليات الاحتيال المعلوماتي و ارتكاب الجريمة عموماً.³ كما تعد المهارة من أبرز خصائص المجرم المعلوماتي والتي يكتسبها عن طريق الدراسة المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلوماتية. فمعظم مرتكبي جرائم نظام الحاسب الآلي ينتمون إلى الطبقة المتعلمة تعليماً فنياً ذا علاقة بالحاسب الآلي مما يمكنهم من ارتكاب الجريمة وإخفاء معالمها بطريقة جديرة بالاهتمام.⁴

¹ - المجرم المعلوماتي ليس مجرماً عادياً فهو يتميز بملكات خاصة تجعله خبيراً في التقنيات المعلوماتية، فهو إنسان يملك معدل ذكاء مرتفع نسبياً وهو السبب الذي يصعب على المحقق التقليدي متابعة جرائم الانترنت والكشف عنها وإقامة الدليل عليها. حنان ربحان مبارك المضحكي، الجرائم المعلوماتية : دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2014، ص 41.

² - إن هذه الخصائص والمميزات التي يتسم بها المجرم الذي يرمز إليها الأستاذ بآركر بكلمة SKAM وهي تعني المهارة SKILL، المعرفة KNOWLEDGE، الوسيلة RESOURCES، السلطة AUTHORITY، وأخيراً الباعث MOTIVE. يراجع في تفاصيل ذلك : نائلة عادل

محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 57.58.59.

³ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 55-58.

⁴ - محسن بن سليمان الخليفة، المرجع السابق، ص 54.

ثالثا- الوسيلة:

ويقصد بها الإمكانيات و الاستطاعة المادية و غير المادية التي يعتمد عليها الفاعل لإتمام جريمته، و هذه الوسائل متطلبة للتلاعب واختراق الأنظمة والشبكات. فالجرم المعلوماتي يتميز بقدرته في الحصول على كل ما يحتاج إليه وابتكار الأساليب اللازمة لإتمام نشاطه الإجرامي لذلك يطلق عليه تسمية الجرم الرقمي.

رابعا- السلطة:

هي مجموع المزايا والاستطاعة المباشرة أو غير المباشرة في مواجهة المعلومات محل الجريمة، وقد تتمثل هذه السلطة في امتلاك أنظمة فك الشفرة الخاصة بالدخول إلى النظام الآلي الذي يحتوي على هذه المعلومات، والتي قد تعطي (الشفرة) الفاعل مزايا وقدرات متعددة كفتح الملفات المزودة بكلمات المرور وقراءتها وتعديل أو محو فحواها.

خامسا- الباعث:

وهو الدافع إلى ارتكاب الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي،¹ وهو لا يختلف في كثير من الأحيان عن باعث الجرم العادي، فتحقيق الربح المادي بطريق غير مشروع يظل الباعث المشترك بينهما، إلا أن الاختلاف بينهما يتمثل في الرغبة في قهر نظام الحاسب الآلي وتخطي حواجز الحماية المضروبة عليه.²

المبحث الثاني: محل الجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي:

إن الاختلاف الجوهرى بين جرائم نظام الحاسب الآلي و الجرائم التقليدية لا يكمن فقط في الخصائص أو القدرات المهارية التي يتمتع بها المجرم المعلوماتي، وإنما يكمن في طبيعة الموضوع أو المحل الذي تنصب عليه جرائم نظام الحاسب الآلي، فهي تستهدف بصفة عامة المعلومات بذاتها (بمعزل عن الوعاء المادي الموجودة فيه) من أجل السيطرة على النظام دون إذن صاحبه،³ كالبرامج المعلوماتية (لها قيمة بذاتها) أو بما تمثله من أموال أو أصول أو أسرار أو بيانات شخصية، وسواء كانت هذه المعلومات مخزنة أو في طور التبادل عبر شبكات الاتصال. و هذا المحل غير المادي (معنوي) يشير مجموعة من المشكلات القانونية أبرزها تأخر بعض النظم القانونية عن الاعتراف بالمعلومات ضمن مجموعة القيم المالية. وإتباعا لهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الأول يتناول ماهية المعلومات، بينما الثاني يتناول الطبيعة القانونية لها.

¹ الحقيقة أنه مهما كان الباعث إلى ارتكاب جرائم نظام الحاسب الآلي، فإنه يوجد شعور لدى مرتكبيها بأن ما يقوم به لا يدخل في عداد الجرائم، أو بقول آخر لا يمكن أن ينصف باللاأخلاقية. للمزيد من التفاصيل يراجع: نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 58، 59.

² محمد حماد مرهج الهيبي، المرجع السابق، ص 82 وما يليها.

³ George Mohay, Alison Anderson, Byron Collie, Olivier Devel, Rodney Mckemmish, computer and intrusion forensics, artech house, boston, united states of america, 2003; p33.

المطلب الأول: ماهية المعلومات محل الجرائم المرتبطة بنظام الحاسبي الآلي:

المعلومة كلمة شائعة منذ خمسينيات القرن التاسع عشر، وتم استخدامها في مجالات عديدة، مما جعل لها مفاهيم مختلفة و متنوعة، فهي لغة مشتقة من كلمة "علم" و دلالتها هي المعرفة التي يمكن نقلها و اكتسابها. أما في اللغة الفرنسية يقصد بها فحوى عمليات الاتصال الذي يستهدف نقل و توصيل الإشارة أو رسالة و الإعلام عنها و اتخاذ وظيفتها في نقل المعارف.

الفرع الأول: تعريف المعلومة:

إن المعلومات شأنها شأن الجريمة التي ترتكب عليها، فإنها إن صح التعبير مستعصية على التعريف بل و تقاومه. إلا أن هذا لم يمنع بعض المشرعين و بعض الفقه من وضع تعريفات محاولين بذلك الإلمام بجميع عناصر المعلومات بقدر الإمكان.

فلقد عرف المشرع الفرنسي المعلومات في القانون الصادر في 29 يوليو 1982 المتعلق بالاتصالات السمعية و البصرية، حيث نص بأنها " رنين صور الوثائق و البيانات و الوسائل من أي نوع " ¹. أما المشروع السعودي فقد عرفها في المادة الأولى الفقرة الرابعة التي تنص على أن " البيانات: المعلومات، الأوامر، أو الرسائل أو الأصوات، أو الصور التي تعد، أو التي سبق إعدادها، لاستخدامها في الحاسب الآلي، وكل ما يمكن تخزينه، ومعالجته و نقله، بواسطة الحاسب الآلي، كالأرقام و الحروف و الرموز و غيرها " ²

و أما على صعيد الفقه القانوني فنسجل تعريفات عديدة مختلفة في مضمونها و معناها نظرا لاختلاف التوجهات الفكرية و العلمية.

فقد عرفها بعض الفقه بأنها " تعبير يستهدف جعل رسالة معينة صادرة من شخص معين قابلة للتوصيل إلى شخص آخر، وذلك بفضل علاقة أو إشارة من شأنها أن توصل المعلومة للغير " ³.

و تعرف كذلك بأنها " البيانات و الحقائق و الأرقام، و الأوصاف التي تساعد الإدارة على تصور ما يحدث من ظواهر وأحداث وصولا إلى التنبؤ الدقيق إلى ما يمكن أن يحدث في المستقبل، و من ثم يكون في إمكان الإدارة تعظيم قدراتها على إجراء الاتصالات الإدارية و اتخاذ القرارات و رسم الخطط الملائمة، و الرقابة على مختلف أوجه النشاط. " ⁴

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص 39.

² - قرار مجلس الوزراء رقم (79)، بتاريخ 1428/03/07هـ، المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم 17، بتاريخ 1428/03/08هـ، المتضمن نظام مكافحة

جرائم المعلوماتية. على الموقع: <http://www.citc.gov.sa>

³ - محمد علي العريان، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - سليمان مجمع العنزي، المرجع السابق، ص 13.

و يعرفها فريق فقهي آخر " بأنها مجموعة من الرموز أو الحقائق أو المفاهيم أو التعليمات التي تصلح لأن تكون محلا للتبادل و الاتصال أو للتفسير و التأويل أو للمعالجة، سواء بواسطة الأفراد و الأنظمة الالكترونية، وهي تتميز بالمرونة بحيث يمكن تغييرها، وتجزئتها و جمعها، أو نقلها بوسائل و أشكال مختلفة ¹. " بينما عرفها نذر من الفقه بأنها " الصورة المحمولة للبيانات و قد تم تنظيمها و معالجتها بطريقة تسمح باستخلاص النتائج. " ²

ويميز البعض في تعريف المعلومات بينها و بين البيانات، فالبيانات تعرف عندهم بأنها " مجموعة من الأرقام والكلمات والرموز أو الحقائق أو الإحصاءات الخام التي لا علاقة بين بعضها البعض ولم تخضع بعد للتفسير أو التجهيز للاستخدام و التي تخلو من المعنى الظاهر في أغلب الأحيان " ³. و يعرفها كذلك بأنها " ما يستخدم لوصف فكرة أو حدث أو موضوع أو هدف أو أي حقائق أخرى ، ويمكن النظر إليها على أنها المادة الخام التي يتم ترتيبها و تنظيمها للحصول على فائدة أكثر " ⁴. و أما المعلومات بالنسبة إليهم هي المعنى المستخلص من هذه البيانات، ويدلل البعض منهم على هذه التفرقة بالمثل التالي: إن عبارة " le soleil Brille " باللغة الفرنسية على سبيل المثال، تعني الشمس المشرقة و هي لا تعدو أن تكون بيانا لحالة الشمس، و لا يمكن أن تتحول إلى معلومة لدى أحد الأشخاص إلا إذا أطلع عليها بالفعل، وأن يكون هذا الشخص على علم باللغة الفرنسية حتى يستطيع أن يفهمها وحتى يتحقق هذان الشرطان تظل البيانات مجموعة من الحروف و لا يمكن أن تتحول إلى معلومة إلا بتوفرهما. ⁵

و يتضح مما سبق ذكره من تعريفات فقهية، أن البيانات تعتبر بمثابة حقائق رقمية أو غير رقمية أو مشاهدات واقعية لا تصورية، فإذا مارسنا عليها عمليات الاستنتاج والاستقراء و التحليل تم الوصول إلى منطقة أخرى هي منطقة المعلومات، فالمعلومات إذن هي كل نتيجة مبدئية أو نهائية مرتبة على تشغيل البيانات أو تحليلها، أو استقراء دلالتها أو استنتاج ما يمكن استنتاجه منها. ⁶

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المعلومة حتى تكون محلا للجرائم المرتبطة بنظام الحاسب الآلي:

لا بد من توفر شرطين أساسيين في المعلومات بصفة عامة حتى تتمتع بالحماية القانونية، و سواء كان التعبير عنها يتم من خلال وسيط مادي أو كانت بمعزل عن هذا الوسيط.

¹ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 97.

² محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 60.

³ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - سليمان مجمع العنزي، المرجع السابق، ص 13.

⁵ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 79.

⁶ - محمد محمد شتا، المرجع السابق، ص 62.

أولاً- التحديد و الابتكار:

المعلومة التي تفتقر إلى صفة التحديد و الابتكار لا تعد معلومة حقيقية، فالمعلومة المحددة هي المعلومة التي يمكن حصرها في دائرة خاصة بها و مع إمكانية تحديد جانبها¹، لذلك ذهب الأستاذ كاتالا إلى القول بأن (المعلومة و قبل كل شيء تعبير و صياغة مخصصة من أجل تبليغ رسالة أو يمكن تبليغها عن طريق علامات أو إشارات مختارة لكي تحمل الرسالة إلى الغير). و يعد شرط التحديد ضروريا في حالة الاعتداء على الأموال، لأن هذا الاعتداء يجب أن ينصب على شيء محدد و أن يكون هذا الشيء بدوره محلا لحق محدد.

و من ناحية أخرى يجب أن تكون المعلومة مبتكرة، فالمعلومة غير المبتكرة هي معلومة عامة و متاحة للجميع، ولا يمكن نسبتها إلى شخص محدد أي أنها معلومة شائعة يسهل الوصول إليها من قبل أي شخص، و من ثم تخرج من نطاق الحماية.

ثانيا- السرية والاستثناء:

و أما الشرط الثاني فيتثل في السرية و الاستثناء، فالمعلومة يجب أن تكون محاطة بسرية تامة، بمعنى أن تكون هذه المعلومة محفوظة في نطاق محدد و معين من الأشخاص، فالمعلومة التي تفتقر إلى هذا التحديد لا يمكن اعتبارها محلا لجرائم نظام الحاسب الآلي لأنها سهلة التداول بين الناس و من ثم تكون بمنأى عن أي حيازة².

إذن فصفة السرية لازمة للمعلومة و تكتسبها إما بإرادة الشخص كأن يكتشف مجالا حديثا و إما من طبيعتها كالكشف شيء لم يكن معروفا من قبل، أو باجتماع الأمرين معا كالرقم السري للبطاقة الائتمانية.

ومن جهة أخرى لا بد أن يتوفر في المعلومة خاصية الاستثناء إلى جانب السرية لأن صفة الاستثناء ضرورية و لازمة خاصة في الأموال محل الاعتداء؛ فإن الفاعل يعتدي على حق مملوك و خاص بالغير على سبيل الاستثناء. و تكتسب المعلومة هذه الصفة إذا كان الوصول إليها غير مسموح به إلا لأشخاص أو شخص نظرا لامتلاكهم سلطة التصرف فيها بصفتهم مؤلفها³.

¹ - سلم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2011، ص 81.

² - محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 113.

³ - نفس المرجع، ص 40، 41.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعلومات:

إن المعلومات ذات طبيعة معنوية، تستقل تماما من حيث الأصل عن الوسيط المادي المفرغة فيه، و تغدو نظرة بعض أصحاب نظريات قانون الكمبيوتر قاصرة حينما اتجهت نحو حماية المعلومات وفق الكيان المادي الموجودة فيه.

لكن ثمة تساؤل يثور الآن بخصوص الوضع القانوني للمعلومات والتي نواجهها استقلالا و بعيدا عن أساسها المادي، فهل يمكن اعتبارها قيمة قابلة للاستثمار ومن ثم يمكن أن تكون محلا قابلا للاعتداء عليه؟¹

الفرع الأول: الرأي الأول: المعلومات طبيعة قانونية من نوع خاص:

تتجه نظرة هذا الاتجاه التقليدي إلى أن للمعلومة طبيعة من نوع خاص وذلك انطلاقا من حقيقة مسلم بها، وهي أن وصف القيمة يضاف على الأشياء المادية وحدها.² ولهذا لا يمكن إدراج المعلومات ضمن القيم المالية التي يمكن الاعتداء عليها. ومعنى آخر أن الأشياء التي توصف بالقيم هي الأشياء القابلة للملك أو الاستحواذ أو الاستئثار بها، و بمفهوم المخالفة ولما للمعلومات من طبيعة معنوية فإنه من غير المقبول أن تكون قابلة للاستئثار بها وفقا لهذا المنهج، ومن ثم لا تندرج ضمن مجموعة القيم المحمية ما لم تكن تنتمي إلى المواد الأدبية أو الفنية أو الصناعية المحمية بموجب قوانين الملكية الفكرية.³ إلا أن هذا الاتجاه لم ينكر ما للمعلومات من قيمة اقتصادية وهو ما أدى بالبعض من الفقه إلى إدخال المعلومات في عداد الحقوق المالية واعتبارها ضمن طائفة المنافع والخدمات التي تقوم بالمال مع استبعادها من طائفة القيم، وهو ما دفع البعض إلى الوقوع في الغلط حينما أعطى للمعلومة وصف القيمة المالية. إلا أن استبعاد المعلومات من نطاق القيم المالية لا يعني رفض كل حماية قانونية لها لأن الفقه والقضاء الفرنسيان يعترفان بوجود اعتداء يجب العقاب عليه عند ما يتم الاستيلاء على معلومات الغير بطريقة غير مشروعة. إلا أن الفقه التقليدي اختلف في تبرير الحماية القانونية للمعلومات، فتارة يبررها على أساس دعوة المنافسة غير المشروعة، وتارة على أساس التطبيق الموسع لنظرية التصرفات الطفيلية، وأحيانا على أساس الخطأ في إطار نظرية الإثراء بلا سبب، وأخيرا تأسيسه على فكرة المسؤولية التقصيرية.

¹ - ناتلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 116.

² - محمد علي العريان، المرجع السابق، ص 49.

³ - أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 123، 124.

الفرع الثاني: الرأي الثاني: المعلومات طائفة جديدة من القيم:

و يذهب أنصار هذا الاتجاه الحديث من الفقه إلى القول بأن المعلومات ما هي إلا مجموعة مستحدثة من القيم تضاف إلى غيرها من القيم الأخرى، ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ *pierre Catala*، والأستاذ *Michel vivant*.

يرى الأستاذ *كatala* أن المعلومات تعد بذاتها قيمة قابلة للاستحواذ والتملك استقلالاً عن دعائمتها المادية¹، أي أنها تعد قيمة مالية أشبه بالسلعة، فهي نتاج جهد بشري تنتمي وبحسب الأصل إلى حائز مكوناتها بصفة مشروعة. وأما وضعها في وسيط مادي إلا لتكون صالحة للاطلاع عليها وتبليغها بشكل مفهوم. ولقد قدم الأستاذ *كatala* في هذا الصدد حجتين أساسيتين لإضفاء وصف القيمة المالية على المعلومة، الأولى تتمثل في القيمة الاقتصادية التي تتمتع بها المعلومات والتي يمكن أن تقوم بسعر السوق. أما الثانية فتتمثل في علاقة التنبئ أو التبعية التي تربط المعلومة بمؤلفها وهذا ما أظهرته الاتجاهات الحديثة وهي العلاقة القانونية التي تربط المالك بالشيء المملوك، و من خلال ذلك يحق لصاحب المعلومة حسب رأي الأستاذ *كatala* ضمان سيرتها و طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على أي عمل غير مشروع يمسها.²

أما الأستاذ *vivant* فقد أسس رأيه المساند لرأي زميله الأستاذ *كatala* (*Catala*) على حجتين أساسيتين كذلك حيث تتمثل الأولى وهي مستمدة من كتابات الأستاذين الكبيرين في القانون الخاص وهما (*Ripert* ، *Planiol*) ومفاد هذه الحجة أن: " فكرة الشيء أو القيمة لها صورة معنوية وأن أي نوع محل الحق يمكن أن ينتمي إلى قيمة معنوية ذات طابع اقتصادي وتكون جديرة بالحماية القانونية."

لذلك فإن الأستاذ (*vivant*) يرى أن المعلومة قيمة ليست مستحدثة بدليل أنها موجودة من قبل في مجموعة ما (الحقوق الملكية الفكرية).³

و أما على صعيد الفقه العربي، فإن الأستاذ *محمد سامي الشوا* يؤكد أن المعلومة مستقلة عن كيانها المادي تعد قيمة في ذاتها رغم مظهرها المعنوي، وبذلك يمكن رفعها إلى مصاف القيم المالية القابلة للحيازة غير المشروعة لأنها تملك قيمة اقتصادية جديرة بحماية القانون من مختلف الاعتداءات عليها، أهمها جرائم الاعتداء على الأموال،⁴ أما الأستاذ *أحمد خليفة الملط* فإنه يتبنى ما ذهب إليه الفقه الحديث من اعتبار المعلومة مجموعة مستحدثة من القيم

¹ - Jean Devès, le vol de « biens informatique », doctrine, (1985), p14.

² - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 120. بتصرف.

³ - محمد علي العريان، المرجع السابق، ص 50.

⁴ - نائلة عادل محمد فريد قورة، المرجع السابق، ص 120.

استنادا إلى الحجج المنطقية التي ساقها أنصاره، فضلا عن أن التطور الحديث يقتضي- توفير الحماية القانونية للمعلومات دعما للتطور العلمي والتقدم التكنولوجي.¹

ثالثا: تقييم الرأيين السابقين:

يلاحظ من خلال دراسة الرأيين السابقين وخاصة الرأي الأول وما ذهب إليه من عدم إمكانية إعطاء وصف القيمة المالية للمعلومات، أنه يحمل في داخله تناقضات صارخة، فكيف يعترف بإمكانية حماية المعلومات بمفهومها الشامل (البرامج وقواعد البيانات ونظم معالجتها وأنماط استغلالها وطبائع السلوك والتصرفات المتصلة بها) عن طريق نصوص الملكية الأدبية والفنية أو الصناعية، ولا يعترف لها بوصف القيم المالية مع العلم أن البرامج المعلوماتية المحمية بموجب الاتفاقيات الدولية لحقوق المؤلف ونصوص القانون الداخلي لحق المؤلف في جميع الدول منها الجزائر لها قيمة اقتصادية كبيرة في السوق تفوق بكثير قيمة الأشياء المادية التي تحميها لاسيما الكيان المادي لجهاز الحاسوب الآلي. كما أن نصوص حق المؤلف تمنح لصاحب البرنامج المعلوماتي حقوقا شخصية مادية ومعنوية تتمثل في التنازل والنشر والترخيص والحصول على مقابل له وغيرها من الحقوق لا يمكن ممارستها والانتفاع بها من قبل صاحب البرنامج المعلوماتي إلا إذا كان مستحوذا عليه ومستثائرا به، وذلك من دون النظر إلى الوعاء أو الوسيط الذي أفرغ فيه، فالشكل الخارجي لا قيمة له بمعزل عن جوهره، ولهذا فإن الوسيط الذي أفرغ فيه البرنامج المعلوماتي هو بمثابة الملابس بالنسبة للإنسان التي تحميها وتستره.

خاتمة:

إن عملية البحث في خصوصية وإشكالية تحديد مفهوم الجرائم التي أفرزتها تقنية الحاسبات الآلية وشبكة الانترنت مجتمعة أو متفرقة صعبة وقد تكون مستحيلة، وذلك لأسباب عدة منها أن تعريف هذا النوع المستحدث من الجريمة يجب أن يجمع بين البعد التقني المتمثل في الحاسبات الآلية ودورها في معالجة البيانات في إطار تنفيذ مهام محددة تتصل بعلمي الحساب والمنطق، والبعد القانوني المتعلق بالجريمة ذاتها. وضرورة الجمع بين هذين البعدين هي التي دفعت بالفقهاء المهتمين بدراسة هذا النوع من الجريمة المستحدثة إلى إطلاق العديد من المصطلحات الدالة عليها الأمر الذي أدى إلى ظهور العديد من التعاريف والتي قسمناها إلى ضيق وواسع. وهذا التعدد في الاصطلاحات والتعاريف يرجع سببه كذلك إلى خصوصية المحل الذي تنصب عليه الجرائم الأمر الذي حال دون تطبيق النصوص العقابية التقليدية على المعتدين عليه. ومن هنا ظهرت مسألة مهمة جدا وهي البحث عن النص الجزائي الواجب التطبيق على الأفعال الجرمية الماسة بالمال المعلوماتي دون الخروج على مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة.

¹ - أحمد خليفة الماط، المرجع السابق، ص 128.

مضمون التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر*
أ/ بختي نفيسة- أستاذ مساعد قسم "أ"- جامعة معسكر

الملخص:

يندرج القانون المتضمن التعديل الدستوري الذي قرر رئيس الجمهورية المبادرة به، في إطار مواصلة مسار الإصلاحات السياسية. ويهدف إلى ملاءمة القانون الاسمي للبلاد مع المتطلبات الدستورية التي أفرزها التطور السريع لمجتمعنا، والتحولت العميقة الجارية عبر العالم استجابة لمطالب الربيع العربي وتداعيات العولمة، وقد مس التعديل الدستوري مسائل في غاية الأهمية، محاولة من المؤسس الدستوري سد الثغرات التي شابها الدستور السابق.

والتساؤل يدور حول جدوى هذا التعديل الدستوري في الجزائر، خاصة أن الوثيقة الدستورية تحدد طبيعة النظام السياسي، وقواعد اللعبة الديمقراطية، ومدى استمرارية التعديل الدستوري لسنة 2016، وحل أزمة الشرعية التي يتخبط فيها النظام السياسي الجزائري.

باللغة الأجنبية:

La loi contenant l'initiative de révision constitutionnelle, le Président a décidé de le faire, dans le cadre de la poursuite politique chemin des réformes. Il vise à la pertinence de la loi suprême du pays aux exigences constitutionnelles apportées par le développement rapide de notre société, les profondes transformations en cours à travers le monde en réponse aux demandes du printemps arabe et les conséquences de la mondialisation, a touché les questions d'amendement constitutionnel de la plus haute importance, une tentative par le pont de fondation constitutionnelle les des lacunes qui ont entaché la Constitution précédente.

La question tourne autour de la faisabilité de cette amendement constitutionnel en Algérie, en particulier, le document constitutionnel définit la nature du système politique, et les règles du jeu démocratique, et l'étendue de la continuité de l'amendement constitutionnel pour l'année 2016, la résolution de la crise de légitimité que le système politique algérien flops.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/03/07

تاريخ تحكم المقال: 2016/06/13

تاريخ مراجعة المقال: 2016/09/18

مقدمة:

من المبادئ القارة أنه لا يمكن إنكار تغيير الأحكام بتغيير الأزمات وأن الأمور مرهونة بأوقاتها، فالأحكام التي يحتويها الدستور ليس كلها محكمة بحيث لا يطرأ عليها تغيير، فكلها مبنية وفق الظروف التي نشأت فيها، لذلك فقد تستجد حوادث غير تلك التي عاصرت كتابة الدستور، تتطلب حكما جديدا أو إلغاء حكم قائم.

والجزائر كسائر الدول وفي ظل تجربتها الدستورية منذ الاستقلال عرفت نظامين، نظام اشتراكي في ظل دستوري سنة 1963 و 1976، يقوم على مبدأ وحدة السلطة وفكرة الحزب الواحد، ونظاما آخر ليبرالي في ظل دستوري سنة 1989 و 1996، يقوم على فكرة الفصل بين السلطات والتعددية الحزبية، وهذا نظرا للمتغيرات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية التي عرفتها البلاد.

وباللقاء نظرة على تجارب التعديل الدستوري في الجزائر ومضمونها، انطلاقا من تتبع مسيرتها منذ استرجاع السيادة إلى الآن، بداية مع استقلالها سنة 1962، حيث وجدت نفسها تعيش فراغ مؤسسي، وكان ينبغي مواجهة هذه الأزمة السياسية، وعليه تم الإرساء على تبني النظام الاشتراكي من خلال دستوري 1963-1976.

أما بالنسبة للتعديلات الدستورية في ظل نظام التعددية الحزبية، فقد فرضت المتغيرات الاقتصادية والسياسية على الجزائر تغيير التوجه الاقتصادي والسياسي من النظام الاشتراكي إلى الليبرالي الحر، وفي ظل هذا النظام عرفت دستورين، دستور سنة 1989-1996.

لقد تم تعديل دستور 1996 بموجب القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10/04/2002، المتضمن التعديل الدستوري¹، حيث أضاف مادة جديدة بهدف دسرة اللغة الأمازيغية²، وقد تم هذا التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي المجلس الدستوري، ومصادقة البرلمان بغرفتيه، وذلك دون عرضه على الاستفتاء الشعبي³. كما تم تعديل دستور سنة 1996 بموجب القانون رقم 08-19، المؤرخ في 05/11/2008⁴، بحيث تم دسرة النشيد الوطني "قسما"، وألوان العلم الوطني⁵. كما عمل التعديل الدستوري على تكريس

1 - تم إصدار نص التعديل الدستوري سنة 1996، بموجب استفتاء شعبي، وقد تضاربت الآراء حول شرعية اللجوء إلى تعديل دستور 1989 من عدما في ظل شعور البرلمان، في حين اعتبر البعض أن التعديل الدستوري في هذه الحالة يكون مخالف للإجراءات الدستورية. وارتأى جانب آخر أن الإجراء دستوري، ما دامت النصوص الدستورية هي نتاج لسياق سياسي واجتماعي واقتصادي، وتعديلها يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدستوري، راجع، هناد محمد، بعض الملاحظات حول مذكرة الحوار الوطني، يومية الخبر، 30-06-1996، ص 05.

1- المرجع، العدد 25، لسنة 2002، ص 13.

2- تنص المادة 3 مكرر من دستور 1996 على ما يلي: "تمازيغت لغة وطنية بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني".

3- طبقا للمادة 176 من دستور 1996.

4- المرجع، العدد 63، لسنة 2008، ص 08.

5- تنص الفقرة 7 من المادة 178 على ما يلي "لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس... العلم الوطني والنشيد الوطني.

الحقوق السياسية للمرأة، من خلال ترقية حقها في الممارسة السياسية، وذلك بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة.⁶

وتم أيضا تكريس النظام الرئاسي سواء من خلال تمديد مدة ولاية رئيس الجمهورية، حيث أصبحت مدة الرئاسة قابلة للتجديد أكثر من مرة⁷. وتم العمل على إلغاء ازدواجية السلطة التنفيذية من خلال توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية⁸، أمام رئيس الحكومة الذي أصبح يسمى "الوزير الأول"⁹.

وقد شهد دستور 1996 تعديلا آخر، بعد أن عرفت الساحة السياسية جدلا حول الأسلوب الواجب إتباعه لإعداد مشروع هذا التعديل الدستوري، فبين مطالب بمجلس تأسيسي ورفض له، فصل بيان مجلس الوزراء المنعقد في 02-05-2011 في الإجراءات المتبعة، وذلك بتعيين رئيس الجمهورية للجنة مختصة، يرجع إليها ما يصدر عن الأحزاب والشخصيات، من عروض واقتراحات، بعد استشارة واسعة حول كل ما يزمع العمد إليه من إصلاحات سياسية¹.

فالسؤال الجوهرى المطروح يدور حول جدوى التعديلات الدستورية في الجزائر، خاصة أن الوثيقة الدستورية تحدد طبيعة النظام السياسي، وقواعد اللعبة الديمقراطية، فهل التعديل الدستوري لسنة 2016، أوفر حظا من سابقه في الاستمرار، وحل أزمة الشرعية التي يتخبط فيها النظام السياسي الجزائري؟، تلك الدساتير التي لم تعمر طويلا، نتيجة الأزمات السياسية التي تولدت عنها، أو جاءت كحل لها، فالأزمة كانت حاضرة كخلفية عند وضع الدساتير الجزائرية السابقة، وحتى عندما تعلق الأمر بالتعديلات التي اقترحتها الرئيس "عبد العزيز بوتفليقة" لسنة 2002 و 2008.

لمعالجة هذه المسألة، ارتأينا من باب المنطق العلمي، أن نتناول مضمون التعديل الدستوري لسنة 2016 والإصلاحات المتضمنة (أولا)، ثم نتطرق إلى مسألة ارتباط التعديل الدستوري لسنة 2016 بحل الأزمة السياسية في الجزائر (ثانيا).

⁶ المادة 31 مكرر: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة".

⁷ أصبح تعديل المادة 74: "مدة العهدة الرئاسية خمس سنوات، يمكن تجديد انتخاب رئيس الجمهورية".

⁸ تعديل نص المادة 77 المتعلقة بتحديد اختصاصات رئيس الجمهورية، أضيف له مايلي: 5/ يعين الوزير الأول و ينهى مهامه. 6/ يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض جزء من صلاحياته للوزير لرئاسة اجتماعات الحكومة، مع مراعاة المادة 87 من الدستور. 7/ يمكنه أن يعين نائبا أو عدة نواب للوزير الأول.

⁹ يشمل التعديل الدستوري لسنة 2008، إعادة التنظيم الداخلي للسلطة التنفيذية، حيث شملت التعديلات المواد: 79- 80- 81- 85- 87- 88- 89- 90 والمادة 178، وتم استبدال وظيفة رئيس الحكومة بوظيفة وزير أول في المواد: 83- 84- 86- 91- 116- 118- 119- 120- 125- 129- 137- 158 من دستور 1996. -محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعة، الجزائر، 2001، ص 171.

1- بيان مجلس الوزراء المنعقد في 20-05-2011.

أولاً: جوهر التعديل الدستوري لسنة 2016 والإصلاحات المتضمنة

إن إعداد مشروع مراجعة الدستور لسنة 2016، بني على خطوات ثلاثة من المشاورات التي نظمت في السنوات 2011، 2012، 2014. بحيث أن معظم الطبقات السياسية أسهمت في ذلك بالإضافة إلى الشخصيات الوطنية والكفاءات، وكذلك الجمعيات الوطنية والتقابات والمهنيين، مما منح التعديل الدستوري طابعا توافقيا¹.

وعليه عرف دستور 1996 تعديلا آخر عن طريق القانون رقم 01-16، الصادر في 07-03-2016، المتضمن التعديل الدستوري²، وذلك بعد أخذ رأي المجلس الدستوري³، وموافقة أعضاء غرقى البرلمان دون اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي.

يندرج القانون المتضمن التعديل الدستوري الذي قرر رئيس الجمهورية المبادرة به، في إطار مواصلة مسار الإصلاحات السياسية. ويهدف إلى ملائمة القانون الاسمي للبلاد مع المتطلبات الدستورية التي أفرزها التطور السريع لمجتمعنا، والتحول العميقة الجارية عبر العالم. وقد شمل التعديل الدستوري الأخير مسائل غاية في الأهمية، محاولة من المؤسس الدستوري الجزائري سد الثغرات التي شابت الدستور السابق، استجابة لمطالب الربيع العربي وتداعيات العولمة والتخلي عن مبدأ الشرعية الثورية، يمكن أن نوجز مضمون هذا التعديل الدستوري من خلال المحاور الأساسية التالية:

- **التأكيد على لبعد الأمازيغي:** سجل التعديل الدستوري تقدما جديدا على مستوى البادة الرابعة منه، من خلال ترقية الأمازيغية إلى مكانة لغة وطنية ورسمية، بالإضافة إلى إنشاء أكاديمية للغة الأمازيغية تكون تحت إشراف رئيس الجمهورية، مكلفة بتوفير الشروط المطلوبة لهذه المكانة للغة الأمازيغية إلى هذا الوضع الرسمي، وذلك بمساهمة خبراء في هذا المجال.

1- عمار عباس، مبادرة الإصلاحات السياسية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 27، 2011، ص 78.

2- القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06-03-2016، المتضمن التعديل الدستوري، الج.ج.ج، العدد 14، بتاريخ 07-03-2016، ص 03.

3- رأي المجلس الدستوري رقم 16-01، المؤرخ في 28-01-2016، المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، على الموقع الإلكتروني:

www.conseil-constitutionnel.dz

- بالرغم من أهمية هذا التعديل واعتباره قفزة نوعية للاستقرار الدستورية، إلا أن البعض يرى أنه لا داعي لعرض مشروع التعديل الدستوري لسنة 2016 على الاستفتاء، لأنه مما كان، فالوثيقة من الناحية الشكلية مضخمة بمواد كانت موجودة أصلا في قوانين متفرقة وقوانين عضوية تم إدراجها في الدستور كفضية التجوال السياسي على سبيل المثال والصحة والضمان الاجتماعي ومكانة الشباب وغيرها، بوجعة صويلح، ملاحظات حول مشروع تعديل الدستور لسنة 2016، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.akhbarelyoum.dz / consulté le : 28-02-2016

- **تعزير الديمقراطية:** تم ذلك من خلال التأكيد على طبيعة النظام الديمقراطي والجمهوري، الذي يركز على:- التداول الديمقراطي على السلطة عن طريق انتخابات حرة ودائمة، وكذلك الفصل بين السلطات (المادة 15). وإن التداول الديمقراطي عبر الاقتراع العام، سيدعم بالتأكيد على إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط (المادة 88ف2) ، مع التأكيد على عدم مراجعة الدستور بهذا الخصوص المادة (212ف8).

كما تم التأكيد على الحريات الديمقراطية وهذا من خلال، حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطنين بالمادة 49، وضمان حرية الصحافة في جميع أشكالها المكتوبة والمرئية والمسموعة، وكذلك عبر شبكة الانترنت في إطار احترام الثابت وقيم الأمة مع إلغاء كل حرمان من الحرية أو عقاب قانوني لمخالفات الإعلام (مادة 50) ، إضافة إلى ضمان حق الحصول على المعطيات وضمان تداولها (المادة 51).

وقد تم تدعيم الحقوق المعترف بها للمعارضة، لاسيما بالنسبة لحقوق التعبير والاجتماع، توفير وقت لها من خلال وسائل الإعلام العامة حسب تواجدها على المستوى الوطني، ودعم مالي عمومي تماشيا مع تمثيلها في البرلمان (المادة 53). وعززت مكانة المعارضة البرلمانية، بما في ذلك تخصيص حصة شهرية لها على المستوى كل غرفة لدراسة جدول الأعمال المقترح من قبلها (المادة 114)، ومن جهة أخرى فإن المعارضة البرلمانية أصبح بإمكانها إخطار المجلس الدستوري (المادة 187).

وقد أكد التعديل الدستوري لسنة 2016 تبنيه للديمقراطية، عندما قوى سلطة البرلمان في مراقبته للحكومة، واعتمد إجراءات جديدة لدعم مصداقية الانتخابات، بحيث أدخل التعديل الدستوري آلية جديدة هامة، وهي هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات، مكونة من قضاة وكفاءات مستقلة تسهر على شفافية ونزاهة الانتخابات والاستفتاءات، من استدعاء الهيئة الناجبة إلى إعلان النتائج المؤقتة.

- **تعزير دولة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات:** وذلك من خلال إثراء الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ودعم استقلالية القضاء، ووضع إجراءات خاصة لحماية المتقاضين، عن طريق السماح بإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أو الحكم التشريعي الذي توقف عليه مآل النزاع (المادة 188).

كما استهدف التعديل الدستوري إضفاء المزيد من الانسجام والوضوح، ضمن احترام مبدأ الفصل بين السلطات، على النظام السياسي في البلاد، وذلك من خلال إعادة ترتيب العلاقات بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ، ودعم صلاحياتها بهدف تحقيق توازن أفضل بينها، وفعالية أكبر في أعمال كل واحدة منها، ومن خلال توسيع تمثيل السلطة القضائية في المجلس الدستوري، ودعم استقلالية القاضي.

فبعنوان السلطة التنفيذية، تم إقرار شروط جديدة للترشح لرئاسة الجمهورية مراعاة لأهمية الوظيفة الرئاسية. ويهدف هذا التعديل إلى تعزيز المركز القانوني لرئيس الجمهورية بصفته حامي الدستور. وإعادة ترتيب السلطة

التنفيذية بهدف ضمان مرونة أفضل في العلاقات بين مكوناتها، وإضفاء المزيد من الفعالية على عمل الوزير الأول من خلال تدعيم صلاحياته، ومنحه سلطة إخطار المجلس الدستوري.

أما بعنوان السلطة التشريعية، فإن التعديل الدستوري كان هدفه كذلك، تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات من خلال دعم دور البرلمان في اتجاه تحقيق توازن أكبر بين غرفتيه، ومضاعفة صلاحياته. وفي هذا الإطار، حاول المؤسس الدستوري تخويل مجلس الأمة حق المبادرة وحق التعديل في المواضيع المحددة حصراً، ودعم آليات رقابة البرلمان لعمل الحكومة بهدف توفير شروط الحكومة الجيدة.

وبخصوص السلطة التنفيذية، فقد توسعت الاستشارة المسبقة لمجلس الدولة، في الأوامر وجوبا، وفي اقتراحات القوانين والمراسيم الرئاسية اختياريا، وذلك بمبادرة من رئيس الجمهورية أو رئيس إحدى غرفتي البرلمان، حسب الحالة، ووفق شروط وإجراءات منصوص عليها في الدستور.

حماية الاقتصاد الوطني: وذلك من خلال تأطير التحول الاقتصادي بواسطة الخيارات الوطنية ومسؤوليات الدولة المنصوص عليها في الديباجة وفي المواد التالية (8، 9، 37، 18، 20، 19) بما يؤكد الآتي: حماية الملكية العامة، بناء اقتصاد منتج تنافسي ومتنوع بالاعتماد على كل الثروات الطبيعية والإنسانية والعلمية للدولة، حماية الأراضي الفلاحية والموارد المائية، ترشيد استهلاك الموارد الطبيعية وحمايتها للأجيال القادمة، ضمان حرية الاستثمار وحرية التجارة في إطار القانون، تحسين مناخ الأعمال، تشجيع المؤسسة المحلية دون تمييز وتنظيم السوق وحماية المستهلك، تعزيز الحوار بين المتعاملين الاقتصاديين والاجتماعيين، من خلال دسرة مجلس وطني اقتصادي واجتماعي.

إضافة إلى تعزيز مكافحة الفساد من خلال إجراءات مقترحة في مواد الدستور 8، 21، 64، 170، 173 (5.6) وتحديد من أجل: الحماية الدائمة للاقتصاد الوطني ضد الرشوة والممارسات المشبوهة والتجاوز، تقوية إلزامية التصريح بالامتلاكات بالنسبة للمنتخبين والإطارات ودسرة هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وهي مستقلة توضع لدى رئيس الجمهورية (المادة 173 - 5).

وتأكيدا على ذلك منح التعديل الدستوري الاستقلالية لمجلس المحاسبة، ووسع من مهام مراقبة رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة والمساهمة في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العامة، على أن يعد هذا المجلس تقريرا سنويا يمنح لكل من رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول.

حماية التكافل الاجتماعي: حول مبادئ العدالة الاجتماعية التي أصبحت حجر الزاوية في الدستور، لاسيما في ديباجته وفي المواد التالية (54-55-57-65-66-67).

- **حماية البيئة:** من خلال التأكيد على حق المواطنين في بيئة سليمة، ومسؤولية الدولة في حماية هذه البيئة، وكذا التزامات الأشخاص والمؤسسات في الحفاظ على البيئة المادة 68.

-الإصلاحات المتضمنة على مستوى بعض المؤسسات الدستورية والاستشارية:

أ - بخصوص البرلمان نسجل ما يلي :

- معاقبة «التجوال السياسي» ، بحيث يمنع تغيير الانتماء السياسي لكل منتخب في البرلمان أثناء عهده، وذلك باحترام الطابع الوطني للعهد، تحت طائلة حرمان المعنيين من عهدهم البرلمانية (المادة 117).

- إرساء دورة سنوية واحدة لعشرة أشهر (المادة 135).

- إعطاء الأولوية لمجلس الأمة في معالجة مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي (المادة 137).

ب - بخصوص المجلس الدستوري: عرف هذا الأخير: - تغيير تشكيلة المجلس الدستوري، من تسعة أعضاء إلى اثني عشر "12" عضواً، وذلك بتدعيم تمثيل السلطة القضائية في المجلس الدستوري برفع عدد القضاة في هذه المؤسسة (المادة 183) .

- التأكيد على استقلالية المجلس الدستوري من الناحية الإدارية والمالية، والتزام الأعضاء بأداء اليمين (المادتين 181، 182)، ضرورة اكتساب هؤلاء الأعضاء مؤهلات عليا في مجال القانون (المادة 184).

ج-المؤسسات الاستشارية: بموجب التعديل الدستوري الجديد، تم إحداث مجالس استشارية جديدة مثل المجلس الأعلى للشباب والمجلس الوطني للبحث العلمي والتكنولوجيات. وقد منح التعديل وضعاً دستورياً لهيئات قائمة، مثل الهيئة المستقلة للوقاية من الفساد والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، واللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: ارتباط التعديل الدستوري لسنة 2016 بحل الأزمة السياسية في الجزائر

إن المنتبِع لمجمل التعديلات الدستورية في الجزائر يصطدم بكون باعثها الأساسي، هو خلل في سير السلطة السياسية وبالأخص السلطة التنفيذية. وبالنسبة للتعديل الدستوري لسنة 2016، انتظر رئيس الجمهورية لغاية فترة ما بعد الانتخابات الرئاسية في أبريل 2014، للانطلاق في تعديل الدستور وهو في حالة صحية صعبة جداً، فقد فضل في وقت سابق المبادرة بجملة من الإصلاحات القانونية في أعقاب أحداث الربيع العربي 2011، وتأخير البث في مسألة التعديلات الدستورية، لما بعد الانتخابات الرئاسية، عكس ما طالبت به المعارضة السياسية¹.

1- فقد تم معارضة التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي أقدم عليه الرئيس "عبد العزيز بوتفليقة". ، حيث تم اعتبار بأن هذه التعديلات هي مجرد تحسينات أدخلت على الدستور، ولا تستجيب لتحديات المرحلة ولا تحقق الحد الأدنى من مطالبها، وبأنها لن تغير من موازين القوى في شيء، ومعتبرة بأن التعديلات الدستورية الأخيرة لم تكن بالاستجابة لمنطق الإصلاح السياسي الشامل المبني على فتح قنوات الحوار وعدم

لم يمنع هذا التأخير من تشكيل لجنة خبراء في أبريل 2014، تميزت أشغالها بسرية تامة، لاقتراح تعديلات دستورية قبل رئاسيات 2014، وبعد الانتهاء من المشاورات السياسية التي قام بها رئيس مجلس الأمة للاستماع إلى اقتراحات الأحزاب السياسية والشخصيات الوطنية في موضوع الإصلاحات السياسية، بما في ذلك تعديل الدستور، وعليه فإن طريقة العمل هذه تؤكد إعادة التجربة الجزائية في تعديل الدستور من خلال الارتباط بالأزمة. فهل الوثيقة التي تم إعدادها والمصادقة عليها بنفس الطرق والإجراءات السابقة من شأنها أن توفر الحلول لهذه الأزمة؟، هل التعديل الدستوري الجديد سيحمل الحلول التي ستساعد على الخروج من الأسباب الحقيقية للأزمة؟.

من خلال إرساء قواعد عهدة دستورية مفتوحة من حيث الزمن مما عزز التفوق الرئاسي إثر تعديل 2008، بمنح رئيس الجمهورية امتياز حصري لا مثيل له، وفي ظل نظام ديمقراطي يعتمد على مبدأ التداول السلمي على السلطة، هذا شكل خطرا حقيقيا وولد أزمة بخلق نظام ديكتاتوري أثار غضب الشعب، وإثر ذلك استفاد هذا التعديل الدستوري من تجارب الدول العربية التي عرفت الثورات التي أطاحت بالنظام القائم، بالعمل على تكريس قواعد تجسد حماية أكبر للحقوق والحريات الأساسية للمواطن، خاصة الحقوق السياسية من خلال تحديد العهدة الرئاسية¹، الذي يتناسب مع وضع قواعد تضمن حدوث الانتخابات في ظروف شفافة ونزيهة، فقد تم التأكيد على العودة إلى العمل بنظام العهدين الرئاسيتين، بعد ثماني سنوات من تعديلها في موقف خلف ارتدادات سياسية، سرعان ما تم محاصرتها¹.

أما عن ترسيم اللغة الأمازيغية كلغة رسمية ووطنية فإنها مجرد ورقة سياسية، فهي ترتبط بتاريخ الجزائر وأصالتها، والاعتراف بها في الدستور دون تطبيق ذلك على أرض الواقع، يبقى مجرد تسييس لهذا الحق، فلا يمكن تحقيق جعلها لغة رسمية، إلا بفرض تدريسها في المنظومة التعليمية وعبر جميع المراحل. وإذا كانت دسترة اللغة الأمازيغية كلغة وطنية من قبل وبعد حوالي 15 سنة كلغة رسمية هو مكسب للجميع، فالأمازيغية رافد من روافد الهوية الوطنية وثابت من ثوابت الدولة الجزائرية، إلا أن الإشكالية تكمن في تعدد واختلاف اللهجات الأمازيغية، فقد تم التنصيص في الدستور على استحداث هيئة دستورية تضم خبراء مختصون يناط لها دور العمل على تطوير وترقية اللغة الأمازيغية، لتصبح فيما بعد لغة رسمية².

الإقصاء، بقدر ما كان من أجل استدراك أخطاء الماضي والعمليات التجميلية الدستورية غير الموفقة والتي تلاعبت بالدستور على حسب مزاج الماسكين بالحكم، راجع، وهيبة سلياني، دستور 2016 "معركة جديدة بين السلطة والمعارضة"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.akhbarel.youm.dz / consulté le : 26-03-2016

1- أنظر الصيغة الجديدة للمادة 74 من التعديل الدستوري لسنة 2016

2- خالد شليبي، هذا ما سيقدّمه التعديل الدستوري للجزائر؟، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.akhbarel.youm.dz / consulte le : 27-03-2016

فالرسمية دستورياً مشروطة بقيد موضوعي وقيد زمني، يمثّل القيد الموضوعي في العمل على ترقيتها أولاً وتوحيدها، ومن ثم العمل على نشرها في مختلف ربوع الوطن، أما القيد الزمني فهو بديهي ناتج عن تطور وتوحيد اللغة الأمازيغية، لكي لا يحدث التباس أو صعوبات في تطبيقها، حيث يجب الإشارة هنا لمسألة مهمة في هذا الخصوص، وهي أن اللغة الرسمية في أي دولة لا بد أن تكون سهلة التواصل بين غالبية الشعب، فلا يمكن فرض لهجة على حساب لهجة، بل يجب ترقيتها أولاً لكي تكون عاملاً مهم في وحدة الشعب.

وقد أوضح المجلس الدستوري في قراره بأن المشروع التمهيدي لمراجعة الدستور لا يمس بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتها، كما لا يمس بأي كيفية «التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية»، مما يعني بأن المشروع يمكن تمريره عن طريق البرلمان دون الحاجة إلى استفتاء شعبي. وزاد البيان المعلن للمجلس الدستوري، بأنه وبعد مداولته التي استمرت من 20 إلى 28 يناير 2016 برئاسة رئيسه السيد "مراد مدلسي"، أصدر هذا الأخير رأيه المعلن الذي صرح بموجبه أنه طبقاً لأحكام الدستور، سبما المادة 176 منه بأن مشروع القانون المتضمن تعديل الدستور الذي بادر به رئيس الجمهورية، والذي أخطر بشأنه المجلس الدستوري للإدلاء برأيه المعلن لا يتنافى مع أحكام الدستور.

وبالعودة للمادة 176 من الدستور الجزائري لسنة 1996، تؤكد بأنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتها، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية وعلل رأيه، أمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان". وبذلك لم يتم الاحتكام إلى الاستفتاء الشعبي العام¹.

خاتمة:

مستقبل التحول الديمقراطي في الجزائر مرهون بالتعديلات الدستورية التي تمس الدستور، من خلال تعزيز المسار الديمقراطي وإدخال إصلاحات عميقة، لهذا فإن الإصلاحات السياسية في الجزائر محدودة، بدءاً بالتعديلات الدستورية وما يتعلق بآليات تطبيق هذه التعديلات وتفعيلها على أرض الواقع².

1- يمكن انتقاد موقف المجلس الدستوري في هذا الشأن، حيث احتوى التعديل على 74 تعديلاً و38 مادة جديدة، شملتها النسخة الدستورية لـ 2016! بل إن بعض الإضافات قد شملت ما يمكن تسميته بالمبادئ العامة، مثل إقرار عدم إمكانية أي تعديل في المستقبل من المساس بالمادة 74 الخاصة بالولايتين الرئاسيتين اللتين لا يمكن تجاوزهما. بل إن خطاب الوزير الأول والطبقة السياسية المروجة للدستور الجديد وهي تصف الدستور الحالي بأنه خطوة وعهد جديد وجمهورية ثانية وعبارات الشاء الدستوري تتنافى مع رأي المجلس الدستوري الذي اعتبر أن التعديلات الجديدة لم تمس بالجوهر، راجع رأي المجلس الدستوري المتعلق بالموافقة على مشروع التعديل الدستوري لسنة 2016، السابق ذكره.

2- بوكري إدريس، التدخل بتعديل الدستور لحل الأزمة، مجلة الديمقراطية، العدد 19، 2005.

في الجزائر ما من أزمة مهما كانت طبيعتها إلا ولدت تعديلا دستوريا، هذا الأخير إذا كان ناجما عن أزمة سياسية وإعداده تم بعيدا عن الشعب وطموحاته لا يعمر طويلا، خاصة في دول العالم الثالث حديثة العهد بالديمقراطية، والتي تشهد تعديلات دستورية ظرفية ومصلحية تحافظ من خلالها السلطة على النظام الفردي التسلسلي المغاير تماما للنظام الرئاسي المطبق في الأنظمة الديمقراطية، والتي تفهم هذا النظام على أنه ما يتحقق فيه توازن قوي للسلطات وفصل بينها نظرا لعراقة التجربة الديمقراطية¹.

وقد آن الأوان لوضع دستور جديد يتوافق مع المستجدات الطارئة على بيئة النظام السياسي الجزائري الداخلية منها والخارجية، بحيث توكل مهمة المبادرة به وإعداده بيد مجلس تأسيسي منتخب من طرف الشعب، بدلا من التعديلات الدستورية المتتالية التي أنهكت قدسية النص التأسيسي في البلاد. وذلك لتحقيق الثبات على مستوى الوثيقة الدستورية وحمايتها من الأهواء السياسية، وبناء شروط جديدة لانتصار الشرعية الدستورية وعدم إفراغها من مضامينها الحقيقية؟.

قائمة المراجع:

- الساتير الجزائرية لسنوات: 1996-1989-1976-1963.
- التعديلات الدستورية لسنوات: 2016-2998-2002-1988.
- بوكري إدريس، التدخل بتعديل الدستور لحل الأزمة، مجلة الديمقراطية، العدد 19، 2005.
- عمار عباس، مبادرة الإصلاحات السياسية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 27، 2011.
- هناد محمد، بعض الملاحظات حول مذكرة الحوار الوطني، يومية الخبر، 30-06-1996، ص 05.
- الملتقى الدولي حول التعديلات الدستورية في الدول العربية في ظل المتغيرات الدولية الراهنة -حالة الجزائر-، يومي 18-19 ديسمبر 2012، كلية الحقوق، جامعة الشلف.

المراجع الإلكترونية:

- www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights
- www.conseil constitutionnel.dz
- www.akhbarel youm.dz
- <http://www.el-mouradia.dz/arabe/infos/actualite/actualite.htm>

1- عبد الكريم مختاري، التعديلات الدستورية في الجزائر "وصفات علاجية لأزمات سياسية الملتقى الدولي حول التعديلات الدستورية في الدول العربية في ظل المتغيرات الدولية الراهنة -حالة الجزائر-، يومي 18-19 ديسمبر 2012، كلية الحقوق، جامعة الشلف.

الطبيعة الاجتماعية للإصلاح الدستوري*

أ/ جلطبي منصور- أستاذ مساعد "أ"- جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم

الملخص :

الإصلاح الدستوري ضرورة قانونية وسياسية في جميع الأنظمة الدستورية ، ولقد تعددت الدوافع والأسباب الداعية لعملية الإصلاح بين الدوافع السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وبالبحث عن الدوافع الاجتماعية نجدها تختلف من مجتمع لآخر فلكل مجتمع خصوصياته التي تميزه عن بقية المجتمعات ، هذه الدوافع كثيرة لا يمكن حصرها إلا أن أهمها يتلخص في دافعين ، يتعلق الأول بانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، أما الثاني فهو مرتبط برغبة أفراد مجتمع ما بالبحث عن نظام اجتماعي عادل يحفظ لهم كرامتهم ويصون حريتهم .

الكلمات المفتاحية :

الدستور - الإصلاح الدستوري - الدوافع الاجتماعية للإصلاح - الحقوق والحريات - نظام اجتماعي عادل

Abstract :

Constitutional reform, legal and political in all constitutional systems need to, and have varied motives and reasons for the reform process between the political, economic and social motives, and the search for social motives found vary from one society to another Each many peculiarities which distinguish it from the rest of the communities, society, these motives can not be confined only to the most important It boils down to, arguing, first relates to violations of human rights and fundamental freedoms, and the second is linked to the willingness of members of the community searches for a just social system that preserves their dignity and protects Their freedom .

مقدمة :

يعتبر الإصلاح الدستوري ضرورة قانونية وسياسية في جميع الأنظمة الدستورية ، بما ان الدستور وهو القانون الأسمى في الدولة وبالتالي فهو يحتاج إلى تعديل وإصلاح بما يتماشى مع متطلبات وطموحات أفراد المجتمع.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/18

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/08

تاريخ مراجعة المقال: 2016/09/20

مما لاشك فيه أن كل مجتمع يمتاز بخصائص وصفات معينة تغاير ما عداه من المجتمعات ، إنه وفي كثير من الأحيان فإن دساتير تلك الدول وخصوصا تلك التي تنتمي إلى العالم الثالث والتي منها الدول العربية ، تحتاج إلى إصلاح أو تعديل ، هذا الإصلاح الدستوري المنشود قد تتعدد دوافعه وأسبابه ومبرراته ، منها ما هو سياسي ومنها ما هو اقتصادي ومنها ما هو اجتماعي وهو ما يهمننا في هذه الدراسة المتواضعة .

في الحقيقة إن البحث في مسألة الدوافع الاجتماعية للإصلاح الدستوري يتضمن عددا لا بأس به من نقاط البحث وذلك نظرا لسعة ما يحتويه مصطلح ((الاجتماعية)) من مفاهيم ودلالات كثيرة ومتشعبة يصعب إن لم يكن من المستحيل حصرها جميعا في ورقة بحثية واحدة.

غير أن هناك بعض الدوافع والأسباب المشتركة بين كل المجتمعات التي تنادي بضرورة إجراء إصلاحات دستورية في دولها بما يتماشى وطموحات أفرادها في أن يكون لهم دستور يلي طموحاتهم ، دستور يفرض احترامه على كل من الحاكم والمحكوم على السواء ...

على ضوء ذلك ارتأيت أن أقسم هاته الدراسة إلى مبحثين ، أتناول في المبحث الأول إطار نظري حول مفهوم الإصلاح الدستوري ، وأخصص المبحث الثاني لأتطرق فيه إلى الدوافع الاجتماعية للإصلاح الدستوري .

المبحث الأول: حول ماهية الإصلاح الدستوري

لا شك أن الدساتير ، وهي نتاج فعلي بشري ، قد تحتاج في أوقات كثيرة للتقويم في بعض موادها ، أو أحكامها ، تماشيا مع ما يقتضيه السير الحسن للمجتمع ، ويتفق وضرورات الحياة السياسية والاجتماعية في البلاد¹ ، ذلك أن عملية التقويم هذه قد تتنوع بين التعديل والتصحيح والإصلاح ، وذلك حسب ما هو وارد في الدستور نفسه الذي هو عرضة للتعديل ، أو إذا اقتضت الضرورة إجراء إصلاح دستوري عميق ، هذا ما يدفعنا إلى معرفة ماهية الإصلاح لغة واصطلاحا (فرع أول) ، ثم معالجة ما المقصود بالإصلاح الدستوري وتمييزه عما يشابهه من مصطلحات (فرع ثاني) .

المطلب الأول: مفهوم الإصلاح لغة واصطلاحا

من باب الإلمام بالموضوع ، ينبغي علينا وقبل التطرق إلى معرفة ماهية الإصلاح الدستوري ، أن نعرف الإصلاح لغة (فرع أول) ، ثم معرفة المعنى الاصطلاحي للإصلاح (فرع ثاني) .

¹ - "The oldest constitutions in the world were framed in the 17th century and have been described as revolutionary pacts because they ushered in entirely new political systems. Between then and now, the world has seen different kinds of constitutions. Quite a number following the end of the cold war in 1989 have been described as reform a Tory because they aimed to improve the performance of democratic institutions" ,Markus Böckenförde , International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2011, Strömsborg (Sweden), p 07 .

الفرع الأول : التعريف اللغوي

إن كلمة إصلاح تعني الصلاح فيقال صلح ، صلاحا وصلوحا ، بمعنى زال عنه الفساد ، ويقال أصلح الشيء أي أزال عنه فسادة¹ ، فهو يصلحه إصلاحا بمعنى يقومه ويحسنه ، و صالح أي أزال العداوة والشقاق والصالح هو عكس الفاسد .

وقد يشير إلى معنى الرق وسند ما هو موجود بالفعل بغية تعميمه ، إنه أشبه بإقامة دعائم خشبية لمحاولة منع انهيار مبنى ، والأخذ بالإصلاح كأسلوب داعم للعمل الاجتماعي وهو ما يعبر عنه في الأدب السياسي المعاصر بالإصلاحية ، وهو بالتحديد تعديل غير جذري سواء كان في شكل الحكم السياسي أو في العلاقات الاجتماعية دون المساس بجوهرها ، أو أنه عبارة عن وسيلة يحتاج إليها لسد النقص وتفاذي بعض الأخطاء التي تظهر أثناء التنفيذ أو الممارسة وذلك كما يحصل بالنسبة للإصلاحات الدستورية والسياسية والاقتصادية وغيرها² ...

جاء في معنى الإصلاح ما يراد به إصلاح الشيء بعد فساد ، بمعنى أقامه ، والصلح يختص بخلقه إياه صالح ومرة بإزالة ما فيه من فساد بعد وجوده ومرة يكون بالحكم له بالصلاح فيقال (أصلح الله له في ذريته)³ .

هذا و يشير معظم اللغويين إلى أن لفظي الصلاح والفساد هم من الألفاظ المتلازمة في اللغة ، فالإفساد عكس الإصلاح وضده ، وهذا التلازم يمكن تفسيره تاريخيا بكون الإصلاح ظهر مع ظهور أولى حالات الفساد في الأرض حين حاول قاييل إصلاح ما أفسده بفعلته عندما قتل أخيه هابيل⁴ .

ويذهب الدكتور عبد الوهاب الكيالي في تعريفه للإصلاح بأنه (عملية تعديل غير جذري في شكل الحكم أو العلاقات الاجتماعية دون مساس بأسسها ، وهو خلاف لمفهوم الثورة ، ليس سوى تحسين في النظام السياسي والاجتماعي القائم دون المساس بأسس هذا النظام ، حيث أن الإصلاح يشبه الدعائم الخشبية المقامة لمحاولة منع انهيار المباني المتداعية للحيلولة دون بالثورة أو لتأخير وقوعها)⁵ .

ويقابل لفظ الإصلاح في اللغة الفرنسية مصطلح reform وفي اللغة الانجليزية reform ومعناه التعديل والوصول إلى وضع أفضل وأحسن وذلك عن طريق تصحيح الأخطاء وتعديل الأوضاع ويراد منه التحسين .

¹ - المعجم الوجيز : معجم اللغة العربية ، طبعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، 2006 ، ص ، 368 ، ذكره أيضا الدكتور حازم صباح حميد في كتابه الإصلاحات الدستورية في الدول العربية ، دار مكتبة حامد للنشر والتوزيع ، عمان ن 2012 ، ص 32 .

² - منى حسين عبيد و خلود محمد خميس ، مستقبل الحقوق والحريات العامة في العراق ، مقال منشور بمجلة مركز الدراسات الدولية ، بغداد العراق ، د ت ، ص 86 .

³ - المنجد في اللغة ، دار المشرق ، ط 41 ، بيروت 2005 ، ص 432 ،

⁴ - مسلم بابا عربي ، محاولة في تأصيل مفهوم الإصلاح السياسي ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد جوان 2013 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ورقلة ، ص 235 .

⁵ عبد الوهاب الكيالي ، الموسوعة السياسية ، الدار العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1974 ، ص 55 .

وذلك بالرغم مما هو موجود من تباين واضح في دلالات ومعاني لفظ الإصلاح بالنسبة لكل من اللغة العربية واللغة الفرنسية و الانجليزية¹.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للإصلاح

إن التعريف الإصلاح اصطلاحاً لا يكاد يختلف في معناه مبناه عن التعريف اللغوي ، وذلك كون كلا التعريفين يصبان في خانة واحدة ويكاد يكون لهما نفس الهدف ، فإذا ما حاولنا أن نعرف الإصلاح اصطلاحاً فيمكننا أن نقول بأنه هو محاولة ترميم أو إصلاح وضع موجود فعلياً وذلك بغرض تصحيحه وتحسينه ومنع انهياره ، في الحقيقة إذا تمعنا في هذا التعريف فإننا سوف نجد أن الإصلاح ما هو إلا تعديل أو تحسين لنظام قائم دون المساس بأسس هذا النظام².

وقد ذكر تيسير محسن في مفهوم الإصلاح على أنه تعديل أو تبديل نحو الأفضل في حالة الأشياء ذات النقائص وخاصة في المؤسسات والممارسات الفاسدة أو الجائرة ، بمعنى إزالة بعض التعسف أو الخطأ ، وينطوي في جوهره على فكرة التغيير نحو الأفضل ، وخاصة التغيير الأكثر ملاءمة من أجل تحقيق الأهداف الموضوعية من طرف أصحاب القرار في حقل معين من حقول النشاط الإنساني³.

و إلى ذلك أشار كذلك محمد السيد سعيد بأن جميع التجارب التي طبقت في سياستها مجموعة من الإجراءات التي تهدف لعلاج اختلال عميق في جانب معين أو أكثر من جوانب النظام الاجتماعي في إطار الهيكل الدستوري والسياسي نفسه للنظام القائم⁴.

وقد يكون للإصلاح دلالة التعديل أو التحويل أو إلغاء ما هو قائم من تصورات وإجراءات ، بمعنى انه انتقال مما هو قائم اليوم إلى ما هو مرغوب به من إصلاح في المستقبل⁵.

¹ لمزيد من التفصيل حول الموضوع انظر ، مسلم بابا عربي ، مرجع سابق ، ص ص ، 235- 236

² حازم صباح حميد ، المرجع السابق ، ص ، 34 . انظر أيضا :

Samuel Huntington, Political Order in Changing Societies New Haven, Conn. 1968.

³ - للإطلاع أكثر حول مفهوم الإصلاح ، راجع الموقع الالكتروني : <http://www.sis.gov.ps> 2005

⁴ - محمد السيد سعيد ، تحليل مقارن لتجارب الإصلاح الشيعي ، مجلة السياسة الدولية ، مركز الأهرام للدراسات السياسية و الإستراتيجية ، العدد 89 سنة 1987 ، ص 126 . وقد ذكره الدكتور حازم حميد صباح في مرجعه السابق ذكره ، ص 34 .

⁵ - خليل إسماعيل الحديثي ن النظام العربي وإصلاح جامعة الدول العربية ن بيت الحكمة ن بغداد ، 2001 ، ص 80 . لمزيد من التفصيل حول الموضوع انظر حازم حميد صباح ، المرجع السابق ن ص 34 وما بعدها . انظر أيضا :

Samuel Huntington, No Easy Choice: Political Participation in Developing Countries, Harvard University Press, 1977, p. 3.

المطلب الثاني : مفهوم الإصلاح الدستوري

يكثّر الحديث اليوم عن الإصلاح أو الإصلاحات الدستورية ، وبالتالي باتت هذه المسألة تكتسي أهمية كبيرة داخل المجتمع العربي عموماً والجائري على وجه الخصوص ، فالكّل بات يترقب لحظة الإفراج عن الدستور الذي سوف يتضمن الإصلاحات المرتقبة ، وعليه سوف أتناول في الفرع الأول مفهوم الإصلاح الدستوري ، ثم أتطرق بعد ذلك إلى تمييزه عن الإصلاح السياسي والتعديل الدستوري في الفرع الثاني .

الفرع الأول : حول مفهوم الإصلاح الدستوري

يرى بعض المختصين في القانون الدستوري أن الإصلاح الدستوري يعد كمقدمة ضرورية من أجل منح وإعطاء معنى للانتخابات والعملية السياسية بكاملها وهذا يقود إلى القول بضرورة التركيز على الإصلاحات الدستورية من أجل تحقيق الديمقراطية المنشودة التي قد لا تعني بالضرورة الديمقراطية النيابية كما يظن البعض ، وإنما نعني بها الديمقراطية التشاركية ¹ .

لا شك أن الإصلاح الدستوري مرتبط هنا بمصطلح الدستور وما يعنيه هذا المصطلح من تحديد للعلاقة بين الحكام والمحكومين وتنظيم للسلطات وبيان العلاقة فيما بينها ، والنص على الحقوق والحريات الأساسية وغيرها من المسائل والمبادئ الدستورية المتعارف عليها في أغلب النصوص الدستورية في دول العالم المختلفة ² ، وبالتالي فقد جاء مفهوم الإصلاح الدستوري ليتضمن إعادة صياغة وتعديل الدستور بطريقة تجعله مرجعية دستورية حقيقية ، وهذا بدون شك أمر يحدث نتيجة تطورات وتحولات تشهدها المجتمعات ، وهذا من أجل الوصول به ليكون أكثر ملائمة ومواءمة من أجل تدعيم عملية التحول الديمقراطي وتعزيز الديمقراطية وتكريس دولة القانون ³ .

هذا وقد ذكر مايكل كارمن في كتابه الموسوم بـ (آلة تعمل من تلقاء نفسها : الدستور في الثقافة الأمريكية) في معرض حديثه عن رؤية أرسطو حول الإصلاح الدستوري قوله : إصلاح دستور ما يواجه صعوبات لا تقل عن تلك التي تواجه كتابة دستور جديد ، تماماً كما تواجه عملية عدم التعلم صعوبة كمثل الصعوبة التي تواجهه عند القيام بعملية التعلم ⁴ .

¹ منى حسين عبّيد و خلود محمد خمّيس ، المرجع السابق ، ص 87 .

² - Louis FAVOREU : " Le principe de la constitutionnalité ", Essai de définition d ' après la jurisprudence du Conseil constitutionnel " , in Mélanges Eisenmann , Paris , Cujas , 197,P.33-49

³ أسامة الخولي وآخرون ، العرب إلى أين ، سلسلة كتب المستقبل العربي (21) ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 1 ، بيروت ، مارس 2002 ، ص 412 .

⁴ - مايكل كارمن ، آلة تعمل من تلقاء ذاتها (الدستور في الثقافة الأمريكية) ، دار الفارس للنشر والتوزيع ، ط 1 ن عمان ، 1996 ، ص 77 .

إذن نرى أن عملية الإصلاح الدستوري هي في حقيقة الأمر مسألة بدينية ن مادام أن هذا النص الدستوري الذي يعد القانون الاسمي في الدولة والذي وجد بالأساس لينظم ويضبط العلاقة القائمة بين الحكام والمحكومين، تلك العلاقة التي هي دائماً في تجدد وتطور مستمر بما ينبغي ان يتأشى وطموح أفراد المجتمع وهذا تفاديا لأي صدام ومواجهة ضمن تلك العلاقة¹.

و بالتالي نجد أن القواعد الدستورية تتأثر تبعاً لذلك وتؤثر بها بالشكل الذي يجعلها تتأشى والتطورات المختلفة التي ترافق المجتمع السياسي ، فنكون حينئذ أمام ضرورة الإصلاح والتعديل ، لهذا يقال أن فكرة إصلاح الدساتير وتعديلها قد برزت ونشأت مع ظهور الدساتير واستقرت باستقرارها².

الفرع الثاني : تمييز الإصلاح الدستوري عن الإصلاح السياسي

في الحقيقة إن لفظ الإصلاح ليس بجديد على الفكر السياسي العربي، فقد ورد ذكره في القرآن الكريم في أكثر من سورة «والله يعلم المصلح من المفسد»³، وقوله مخاطباً فرعون «إن تريد إلا أن تكون جباراً في الأرض، وما تريد أن تكون من المصلحين»⁴، وبالتالي فإن مفهوم الإصلاح ليس جديداً في العقل العربي – الإسلامي، بل هو مفهوم قديم لم يبدأ بظهور الأفكار والتيارات الإصلاحية في القرن الماضي أو المبادرات الإصلاحية في الوقت الراهن، فالدعوة إلى الإصلاح بدأت قديماً في الدولة الإسلامية⁵.

و يمكن اعتبار الأفكار التي نادى بها ابن تيمية بداية الدعوات الإصلاحية في العالم الإسلامي، أو ما يمكن تسميته بالإصلاح الديني، ثم تطور ليصبح مطلباً نهضوياً طرحه المفكرون العرب قبل أكثر من قرن من الزمان «أي فترة ما يمكن أن نسميه عصر التنوير العربي» في سعيهم نحو تحقيق نهوض أو تقدم عربي في شتى مجالات الحياة⁶.

وقبل أن يصبح مفهوم الإصلاح، مفهوماً متداولاً ومستقلاً في الأدبيات السياسية الحديثة، فإن أبعاده السياسية والاقتصادية والاجتماعية متضمنة في الكثير من المفاهيم الشائعة مثل: التنمية السياسية

¹ - عصمت عبد الله الشيخ ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير ، دار الإسراء للطباعة ، القاهرة ، 2002 ، ص 64 . انظر كذلك حازم صباح حميد ، المرجع السابق ، ص 86 .

² - إحسان المغربي وآخرون : النظرية العامة في القانون الدستوري ، مطبعة جامعة بغداد ، 1990 ، ص 254 .

³ - القرآن الكريم، سورة البقرة: الآية 22

⁴ - القرآن الكريم، سورة القصص، الآية 19 .

⁵ - محمد تركي بني سلامة، الإصلاح السياسي – دراسة نظرية – جامعة اليرموك (الأردن) ، دم ن ، دت ن ، ص 19 .

⁶ - وهذا بالرغم من تشكل ذلك الإجماع في أوساط النخبة السياسية للمنطقة العربية ، حول ضرورات الإصلاح ، لم يكن هناك في المقابل حول مفهوم أو ما يعنيه هذا الإصلاح السياسي ، وبدلاً من ذلك أصبح هذا المصطلح يستعمل كشعار أو تعويذة لتغطية وجهات نظر مختلفة ومتباينة جداً ، يمكن الإشارة إليها ضمن إطار المنظورات المتعددة للإصلاح السياسي ، للمزيد من التفصيل حول هذا المفهوم خصوصاً في المنطقة العربية ، انظر : عشور طارق ، تجارب الإصلاح السياسي في الوطن العربي : دراسة حالة الجزائر ، المجلة العربية للعلوم السياسية (مركز دراسات الوحدة العربية) ، بيروت ، 2012 ، ص 04 وما يليها .

Political Development، أو التحديث Modernization ، أو التغيير السياسي، Political Change، أو التحول Transition، أو التغيير Change ، وجميع هذه المفاهيم تقريباً مرتبطة بالعالم الثالث ومنه الوطن العربي، كما انه يوجد لديها تعريفات متعددة، دقيقة وواضحة إلا أن مفهوم الإصلاح لا يزال يكتنفه الغموض وذلك لتداخله مع العديد من المفاهيم السابقة.¹

كما يمكننا إعطاء للإصلاح السياسي كمفهوم نظري في علم السياسة معنى تاريخياً على أنه أي تدبير من شأنه دعم الشرعية السياسية ودعم الاستقرار السياسي في مجتمع ما ، وهو لا يكتفي بهذا المفهوم فقط ، بل أعطاء منحي آخر ، منحي زمني ربطه بفترة ما بعد الحرب الباردة وما انجر عنها من تغيرات وتطورات مست تقريبا جل المفاهيم في الحقل السياسي² ، أين أصبحنا نجد نوعاً آخر من مفاهيم الانتقال في النظم السياسية ، فظهرت مفردات ومرتكبات أساسية نذكر منها : الدستور الديمقراطي ، دولة القانون ، المواطنة ، التعددية السياسية ، الديمقراطية التشاركية ، الانتخابات الحرة والنزيهة ...الخ

وفي الفكر الأوروبي تحدد مفهوم الإصلاح السياسي من خلال الفصل الحاسم الذي قامت عليه الفلسفة اليونانية عند أرسطو خاصة بين المادة والصورة في الموجودات الأرضية³ ، فالمادة في تصورهم بأنها لا شكل لها وهي كالشمع يمكن أن تتشكل بأية صورة وبذلك فالتغيير إلى الأحسن أو التبيح يتم على مستوى الصورة ، وإذا عدت الدولة هي صورة لمجموعة من السكان هم مادة لها ، فإن الإصلاح في أي مجتمع يجب أن يتجه أولاً وقبل كل شيء إلى الدولة⁴ .

وقد يعني الإصلاح السياسي مرور النظام السياسي بعمليات تغيير واسعة النطاق تتناول بنية النظام إذ يبدو الإصلاح السياسي أحد أوجه التحول الديمقراطي من خلال تكريس التعددية السياسية والحزبية وتوفير الضمانات للحريات والحقوق الأساسية والتداول السلمي على السلطة والرقابة المتبادلة بين السلطات⁵ .

و أخيراً وليس آخراً يمكن أن نقول في هذا الصدد أن الإصلاح السياسي أصبح اليوم ليس مطلباً شعبياً فحسب وإنما ضرورة للدولة وللنظام أيضاً من أجل الاستقرار السياسي والاجتماعي وإن عملية الإصلاح

¹ - رجب محمود الطحان ، قيود تعديل الدستور ، دار النهضة العربية ، ط1 ، القاهرة ، 2006 ، ص 14 .

² - كمال المنوفي ويوسف الصواني ، الديمقراطية والإصلاح السياسي في الوطن العربي ، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر - ، ليبيا ، 2006 ، ص ، 48 ، لمزيد من التفصيل حول الموضوع أنظر مسلم بابا عربي ، المرجع السابق ، ص 238 وما بعدها .

³ - Amy Hawthorne, **Political reform in the Arab World: a New ferment?** (Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2004), p p. 09-11.

⁴ - حازم صباح حميد ، المرجع السابق ، ص 40 . لمزيد من التفصيل انظر :

⁵ - ثناء فؤاد عبد الله ، الإصلاح السياسي (خبرات عربية) ، المجلة العربية للعلوم السياسية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، العدد 12 ، بيروت (لبنان) ، 2006 ، ص 9.

السياسي تعد بحق حجر الزاوية في عملية إصلاح الدولة ككل¹، وإن جوهر هذا الإصلاح هو تأسيس عقد اجتماعي جديد بين الدولة ومواطنيها، يجعل المواطنة بمعناها السياسي والقانوني محور الرابطة المعنوية بين الحاكم والمحكوم من خلال الاستناد إلى مبادئ وأسس احترام حقوق الإنسان وإقرار التعددية السياسية والفكرية²

المبحث الثاني: الدوافع الاجتماعية للإصلاح الدستوري

في الحقيقة إن الخوض في مسألة الدوافع الاجتماعية للإصلاحات الدستورية ربما قد يترأى لأي باحث وللوهلة الأولى من السهولة بمكان، وبالتالي يستطيع أن يتحكم بما يحتويه من عناصر بكل أرجحية.

نقطة البحث التي بين أيدينا قد تتجاوز إلى حد ما، ما يدور في ذهن كل باحث ومهتم بالموضوع، من أن تلك الدوافع الاجتماعية لازالت محصورة فيما تحمله لها بعض المصطلحات الكلاسيكية من مفردات تصح لأن تكون معان لها كالوضع الاجتماعي المزري والبائس والظلم وارتفاع الأسعار والبطالة وغيرها مما هو متعارف عليه عند عامة أفراد المجتمع.

الموضوع كما قلت يتجاوز هذا الحد من التفكير لأن مسألة الدوافع الاجتماعية ومع ما يشهده العالم من تطورات ومستجدات سواء على الساحة السياسية، الاقتصادية والاجتماعية ومنه عالما العربي وبالتالي أصبح لمسألة الدوافع الاجتماعية ارتباط بمفردات وأحوال جديدة أبرزها مسألة البحث عن النظام الاجتماعي العادل (مطلب أول)، وانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (مطلب ثان) .

المطلب الأول: في البحث عن النظام الاجتماعي العادل

النظام الاجتماعي العادل هو أسمى المطالب وأغلاها لدى كل شعوب العالم، إن كل مجتمع يمتاز بخصائص وصفات مغايرة لما يعيشه مجتمع آخر، الأمر الذي يجعل كل نظام اجتماعي أصيلا في حد ذاته³، وبالتالي فلا بد من استلهم القيم والعادات التي تسود في المجتمع عند إقامة الدستور لذلك كتب الفقيه مونتسكيو في كتابه روح القوانين (إن أكثر الحكومات ملاءمة للطبيعة هي تلك التي تكون ذات وضع يوافق أكثر من غيره وضع المجتمع الذي قامت من أجله)⁴.

إن الحديث عن النظام الاجتماعي العادل يجرنا إلى البحث عن المسائل التي يمكن أن تعرفه أو تقود إلى تطبيقه وتحقيقه على أرض الواقع، والتي هي كثيرة ومتنوعة غير أنني سأتناول أهمها :

¹ - Yasmin Ghrawi and Peter Sass, the political reform debate in the Middle east and North Africa. (Berlin: Stiftung Wissenschaft und politik, German Institute for International and securityaffairs, May 2005), p. 03

² - حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 42.

³ - حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 208.

⁴ - مونتسكيو، روح القوانين، ترجمة عادل زعير، ج 1، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت، 1954، ص 18.

أولى هاته المسائل في رأيي هي مسألة الحرية والسيطرة الاقتصادية التي هي مرآة عاكسة للسلطة السياسية ، وكما أثبتته منطق الواقع والتاريخ الإنساني أن هناك ارتباطا مباشرا ووثيقا بين الحريات في شقيها الاجتماعي والسياسي¹ ، على اعتبار أن التحقيق الأنسب للحريات لن يكون بوجود أحدهما دون الآخر والذي تمثل فيه الحرية الاجتماعية الأساس باعتبارها مضمون الحرية السياسية ومحتواها وتحقق بالتالي الحرية السياسية التحرر الاقتصادي ، خصوصا إذا تحدثنا عن مجتمع عربي فيه الملايين من المحرومين وبالتالي فلا أمل في ديمقراطية حقيقية².

هذا وقد أشارت الدكتورة ثناء فؤاد عبد الله إلى ذلك بمناسبة حديثها عن أسس المجتمع العادل وقواعده _ أي الديمقراطية _ والذي قالت أن من أهم قواعده : المساواة بين جميع أفراد المجتمع في التمتع بالحقوق والواجبات دون تمييز بسبب اللون أو الجنس أو الدين أو الانتماء السياسي أو الأصل الاجتماعي أو الثروة³...

أما المسألة الثانية والتي لها ارتباط وثيق بمسألة البحث عن النظام الاجتماعي العادل هي الدستور الذي هو القانون الاسمي والأعلى الذي يحدد القواعد الأساسية لشكل الدولة ونظام الحكم فيها ، والعلاقة فيما بين السلطات والحقوق والحريات الأساسية للأفراد ، هذا الدستور والذي يكنى بأب القوانين ، قد يتحول ويصبح محورا للصراع بين الحاكم والمحكوم⁴.

وبالتالي فإن أي محاولة لإضعاف الدستور ، إنما هي في جوهرها ذريعة لتقويض حكم القانون والنيل من سيادة الأمة ، وهو ما يؤدي إلى ضياع العدل والعودة إلى الحكم المطلق .

أما المسألة الثالثة والأخيرة فتتعلق بمبدأ سيادة القانون ، هذا المبدأ العالمي والذي أصبح اليوم مسلمة من المسلمات التي ينبغي على جميع دساتير العالم تطبيقها وتضمينها الوثيقة الدستورية ، هذا المبدأ الذي معناه خضوع الدولة بجميع هيئاتها وأفرادها لقواعد عامة مجردة وملزمة موضوعة مقدما ، يحترمها كل من الحاكم والمحكوم⁵.

يمثل مبدأ المشروعية الجانب التطبيقي لمبدأ سيادة القانون ، وتمثل عدم مخالفة حقوق الإنسان والحريات الأساسية الجانب الآخر له ، فقد أصبح الحرص على حماية هذه الحقوق والحريات وتطويرها وتنميتها حملا يتقل

¹ - ثناء فؤاد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 257 .

² - رفعت السعيد ، مصر بعد 25 نيسان ، هل نفذ مغامرة ثقب الإبرة : السفير 12 / 5 / 1982 .

³ - وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 الصادر عن الأمم المتحدة .لمزيد من التفصيل انظر ثناء فؤاد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 258 .

⁴ - خالون حسن النقيب ، محنة الدستور في الوطن العربي : العلانية والأصولية وأزمة الحرية ، المستقبل العربي ، السنة 17 ، العدد 184 ، يونيو 1994 / ص ، 32 - 33 .

⁵ - ثناء فؤاد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 259 .

كاهل جميع الهيئات الدولية منها والوطنية المهمة بهذا المجال ، وقد زاد اهتمام الرأي العام العالمي بهذه القضية حتى أصبح البعض يتحدث اليوم عن نظام عالمي لحقوق الإنسان ¹ .

المطلب الثاني : انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية

هناك عدة تعاريف لحقوق الإنسان ، فقد عرفها البعض بأنها مجموعة الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بوصفه إنسانا ، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ² ، مما يضيف على هذه الحقوق طابعا إنسانيا شاملا وأخلاقيا أيضا ، ويجعلها حقوقا غير قابلة للتنازل عنها ، ولا يسمح بانتهاكها تحت أي ظرف كان. في حين عرفها البعض الآخر بأنها (مجموعة الحقوق الطبيعية التي يمتلكها الإنسان واللصيقة بطبيعته والتي تظل موجودة وإن لم يتم الاعتراف بها أكثر من ذلك حتى ولو انتهكت من قبل سلطة ما) ³ .

إن حقوق الإنسان تشكل في حد ذاتها مصدرا للشرعية ، مما يعني أنها لا تستمد شرعيتها ولا تنهها لها النظم القانونية الوضعية في أي دولة كانت ، وبالتالي إذا أصدرت أي دولة تشريعا ينتهك حقوق الإنسان لمواطنيها كأن يحرّمهم من حرياتهم الطبيعية أو يميز بينهم بسبب الدين أو اللغة أو الجنس كان هذا التشريع عاريا من الشرعية القانونية وتعتبر الدولة التي أصدرته فاقدة لشرعيتها السياسية ⁴ .

وبالتالي فقد أصبح معروفا اليوم أن تطبيق قواعد حقوق الإنسان يعتبر معيارا لقياس مدى التزام دولة ما بمبادئ العدالة والإنصاف وحماية حقوق مواطنيها وحرياتهم ، كما يعتبر أهم عنصر في الأنظمة الديمقراطية ونقصد بذلك رعاية وحماية حقوق الإنسان ⁵ .

وتتنوع مصادر حقوق الإنسان بين المواثيق العالمية وأبرز أمثلتها ما صدر عن منظمة الأمم المتحدة من إعلانات واتفاقات وعهود لحماية وتطوير حقوق الإنسان ، وبين المواثيق الإقليمية والتي من أهمها : المواثيق الأوروبية والمواثيق الأمريكية والمواثيق الإفريقية ، ثم المواثيق العربية لحقوق الإنسان، ثم تأتي أخيرا المصادر الوطنية والتي يقصد بها مجموع النصوص التشريعية الوطنية الصادرة في دولة ما والتي تعني حقوق الإنسان وتأتي في مقدمتها

¹ - محمد المجذوب ، الديمقراطية في الساتير العربية الراهنة ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1993 ، ص ، 90

² - تنص المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه : (يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم البعض بروح الإخاء) .

³ - محمد سعيد المجذوب ، حقوق الإنسان والحريات العامة ، ط 1 ، لبنان ، 1986 ، ص 9 .

⁴ - محمد نور فرحات ، القانون الدولي لحقوق الإنسان والحقوق المتراطة ، الدليل العربي لحقوق الإنسان والتنمية ، المنظمة العربية لحقوق الإنسان ، ط 1 ، 2005 ، ص ، 43 .

⁵ - حازم صباح حميد ، المرجع السابق ، ص 210 .

الديساتير الوطنية التي لا يخلو أي منها على تخصيص فصل خاص بالحقوق والحريات الأساسية وذلك لتحقيق الإلزامية التي ينبغي أن يتقيد بها كل من المشرع والقاضي تحقيقاً وإعمالاً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون¹.

وبالتالي يتعين من أجل أكتمال وتوفير الحماية القانونية لحقوق الإنسان في الدول العربية ، أن تعمل هذه الدول على إلغاء القوانين الاستثنائية وتدعيم وترسيخ الديمقراطية ، وتوفير مناخ سياسي دستوري ملائم للتمتع بتلك الحقوق².

فالدول العربية المستقلة حديثاً إلى حد ما ، قد أبقت على معظم قوانين القهر والقمع الموروثة عن الحقبة الاستعمارية متذرعة في ذلك بحجج واهية أبرزها مواجهة التحديات الخارجية والمؤامرات الداخلية حيث وصل الأمر بها إلى حد فرض سن قوانين الطوارئ والقوانين الاستثنائية ومنع التعددية السياسية ، فاستشرى الفساد والظلم في المجتمع ، مما انعكس سلباً على جميع مناحي الحياة الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية والمدنية ولا شك في هذا كله أن الضحية الأولى هي حقوق الإنسان³.

وقد زاد من تفاقم هذه الظاهرة أي ظاهرة الانتهاك السارخ لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية تذرع كثير من الأنظمة العربية بذريعة محاربة ومكافحة الإرهاب ، فقامت عدة دول منها بإصدار تشريعات تتضمن انتهاكات لهاته الحقوق وذلك في ظل دعم دولي خصوصاً بعد أحداث 11 سبتمبر 2001⁴.

على ضوء ذلك ذهب الدكتور حازم صباح حميد إلى أن الحياة الدستورية والديمقراطية في دول العالم الثالث ومنها الدول العربية لم تعرف الاستقرار ، حيث غلب على حياة هذه الدول كثرة الانقلابات العسكرية والاستحواذ الفردي على السلطة ، وذلك من خلال إصدار العديد من الأحكام العرفية وقوانين الطوارئ ، وأن السلطة الحاكمة في تلك البلدان لم تكن ممتدة أصلاً بتنفيذ مبادئ حقوق الإنسان كما نصت عليها دساتيرها الوطنية وكان جل اهتمامها ولا زال هو كيفية البقاء في الحكم لأطول فترة ممكنة⁵.

إن الوطن العربي وبالرغم من أننا نعيش في القرن الواحد والعشرين لازال يئن تحت وطأة التخلف الاجتماعي على مستوى جميع الأصعدة السياسية والاقتصادية والثقافية ، وان الدول العربية لازالت تتحدث وتتشدد

¹ - محمد نور فرحات المرجع نفسه ، ص 46 .

² - محي شوقي ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان ، رسالة دكتوراه ن كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1986 ، ص 28 .

³ - محمد فائق ، حقوق الانسان والتنمية ، مجلة المستقبل العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ن السنة 22 العدد 251 ، كانون الثاني 2000 ، ص 99 .

⁴ - محمد نور فرحات المرجع السابق ص 63 .

⁵ - حازم صباح حميد ، المرجع السابق ، ص 213 .

وتتغنى بالديمقراطية وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بالرغم من سيطرة حزب واحد أو كتلة سياسية واحدة على دواليب الحكم¹.

إن مشكلة الإنسان العربي ليست فقط معرفة حقوقه وإقرارها ، وإنما المشكلة تكمن في وجود النظام القانوني والوسائل اللازمة لاحترام تلك الحقوق وتوفير الحماية لها لأنه كما قيل ((لا حق دون أن تكون له وسيلة تحمي)) ومن هذه الحقوق : الحق في الحياة ، والأمن الشخصي ، والسلامة البدنية والذهنية ، وحرمة المسكن والحق في بيئة نظيفة² ، هذه الطائفة من الحقوق لا تشكل أي مشكلة لأنها ببساطة محل حماية مدنية وجنائية من المجتمع ، وبالتالي فهذه الطائفة لا تشكل أي نقطة خلاف ، وإنما الخلاف يبدأ حينما تظهر الدولة في العلاقة مع الأفراد باعتبارها طرفا في الصراع³ ، والسبب راجع إلى كون الدولة بما تملكه من وسائل وسلطة هي المؤهلة لخلق القانون ، وبالتالي هي وحدها التي تملك التأثير في حقوق الإنسان إنكارا وإقرارا⁴.

خاتمة :

قديما قال الفقيه مونيسكيو : ((إن الحرية هي الخير الذي يفجر سائر الخيرات)) ، وإن التاريخ قد علمنا أن العصر الذي أتيح فيه للفرد أن يعبر عن ذاته وأن يعارض وأن ينتقد هو العصر الذي تقدمت فيه الإنسانية ، وحينما انتصر الاستبداد والقهر وما تبعه من انتزاع لهذا الحق من الإنسانية لم يكن هناك حضارة ولم يكن هناك تقدم ، إن دراسة الدوافع الاجتماعية للإصلاح الدستوري خصوصا في الوطن العربي تتطلب الكثير من التعمق والدراسة والبحث والتحصيل وصولا إلى حلول تلبى طموح المجتمعات العربية ، تلك المجتمعات التي أرهقتها كثرة الوعود والشعارات التي بقيت مجرد حبر على ورق في مختلف دساتيرها.

¹ - محمد إبراهيم درويش ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، أسس النظام الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، القاهرة ، 2007 ، ص 21 .

² - محمد زكي أبو عامر ، نظرة عامة حول الجزاءات المترتبة على خرق حقوق الإنسان ، منتدى الفكر العربي ، عمان ، 1989 ، ص ، 121-133 ، ذكرته أيضا الدكتور ثناء فؤاد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 272 .

³ - "The primary focus of constitution-making—particularly in countries making a transition from autocracy or recovering from violent conflict—has, in recent years, frequently and correctly turned to building a new national compact. Today we rarely observe constitution making undertaken as a single party exercise, as some times occurred when imperial power shamed down constitutions to former colonies, or strongmen tightly orchestrated the outcome. Particularly in post-conflict, transitional or divided societies, constitution-making is increasingly seen as a multi-stake hold enterprise that requires groups to come together to agree—ideally by consensus—on how to define or redefine the nation and how to live to get her peacefully, including how they will share land, resources and power, as well as how they will respect religious, cultural, linguistic and other differences". Jason

Gluck, Annual Review of Constitution-Building Processes: 2014 ,International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2015 , Stromsburg (Sweden) , p 43 .

⁴ - ثناء فؤاد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 272 .

لا شك أن هذا التدهور الاجتماعي الذي تشهده معظم المجتمعات العربية راجع بالدرجة الأولى إلى التدهور المتزايد في وضعية حقوق الإنسان وحرياته الذي يرجع بدوره إلى انعدام وجود إرادة سياسية للإصلاح لدى أغلب الحكومات العربية¹، الأمر الذي أدى إلى بروز العديد من المدافعين عن تلك الحقوق من خلال المطالبة بإيجاد العديد من الإصلاحات سواء فيما يخص نصوص الدستور أو القوانين أو التشريعات التي تقف عائقا أمام الحفاظ على تلك الحقوق والحريات من الانتهاك والتعسف².

لا شك أننا أصبحنا اليوم أما جيل من الدساتير الوطنية، بات يشكل تقدما ملحوظا على مستوى تكريسه للحقوق والحريات وذلك من حيث الهندسة العامة لهذه الوثائق، بحيث انتقلت الصياغة نحو مزيد من التدقيق والتفصيل، وتقييد المشرع العادي في وظيفته كمحدد لضوابط قواعد الحقوق والحريات، وتعرز هاجس البحث عن الضمانات القضائية والمؤسسية، وتقوت الدعائم الأساسية لثقافة الحقوق والحريات، سواء من خلال تكريس الفصل بين السلطات أو إبراز أهمية التشريعات الدولية في مجال حقوق الإنسان أو الاهتمام المتنامي بدولة القانون، وترسيخ مبدأ المسؤولية ويط الممارسة بالمحاسبة.

و إذا كانت علاقة حقوق الإنسان بالديمقراطية وبالذوافع الاجتماعية لعملية الإصلاح الدستوري ككل، تبقى إحدى الجدليات المهيكلية لمرحلة الخروج من السلطوية، فإنه على مستوى الممارسة السياسية، يبقى مستقبل احترام المكتنضيات الدستورية والقانونية التي تكفل الحقوق والحريات مرتبطا أشد الارتباط بالتقدم الحاصل على مستوى الديمقراطية والمشاركة السياسية وهو ما من شأنه أن يشكل دفعا قويا لمرحلة الانتقال المعقد نحو الديمقراطية والتي يشكل الإصلاح الدستوري أحد مقوماتها الأساسية والرئيسية.

¹ - كشف تحليل المستجوبين في الاستطلاع الذي قامت به كل من مبادرة الإصلاح العربي والمركز الأردني للدراسات الإستراتيجية فيما يخص قدرة الرأي العام العربي على تحديد تعريف للإصلاح، أن هناك عددا من العوامل تؤثر في تحديد المفهوم: فالقضايا التي يتعين حلها قبل أي إصلاح حقيقي لا بد أن تشمل: 1 - قضايا عامة مثل الفساد المالي، الوضع الاقتصادي المزري، الحريات العامة، 2 - القضايا التي تؤثر على الحياة اليومية لفئات معينة من المجتمع والتي تشكل عنصرا حاسما في تشكيل آفاقهم المستقبلية سواء على المدى الطويل أو القصير مثل الفقر والبطالة والتمييز، 3 - التطورات السياسية داخل بلد معين، على سبيل المثال أدت الانقسامات السياسية في لبنان قبل وأثناء دراسة بعض المستطلعين لتعريف الإصلاح، كإصلاح هيكل سياسي لوضع حد للحلة الراهنة للاستقطاب السياسي ومنع حدوث ذلك مرة أخرى، 4 - الرأي القائل بأن الإصلاح ينبغي أن يشمل جميع المجالات والقطاعات، كما أدلى الكثير من المستجوبين بوجود صلة بين الإصلاحات المرتبطة بالنظام السياسي والديمقراطية والقانون وقضايا متصلة بتحسين الخدمات والتنمية والاقتصادية، 5 - مواجهة تحديات من قبل الجمعيات في المجالات السوسيو ثقافية مثل القضاء على الأمية وتحسين التعليم والتصدي للجريمة، إضافة إلى مواجهة الحساسيات تجاه التغييرات الاجتماعية والثقافية التي ترد في بعض التعاريف، وبناء على ذلك تم تحديد 05 أبعاد في تعريف المستجوبين للإصلاح هي: محاربة الفساد المالي والإداري، الإصلاح الاقتصادي، الإصلاح الاجتماعي والثقافي، الإصلاح السياسي، الإصلاح في جميع المجالات، والحفاظ على الأمن، انظر في هذا، طارق عشور، مرجع سابق، ص 05، وللاطلاع أكثر ومعرفة محتوى الاستجواب يرجى الاطلاع:

- Arab Reform Initiative, the Center for Strategic Studies, Jordan. **Trends in Arab Public Opinion Towards Reform.** January 2009, p.04.

² - حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 222.

كما يجب علينا أن لا ننسى وأن لا نغفل الدور الذي من الممكن أن تلعبه مؤسسات المجتمع المدني والتي إن توفرت لها ظروف العمل الملائمة خصوصا من ناحية عدم التضيق عليها من طرف أجهزة الدولة ، فهي قادرة على أن تؤدي دورا مهما في قيادة المجتمع المدني ليمارس دورا فعالا كشريك استراتيجي في عملية الإصلاح والتغيير السياسي والاقتصادي عموما والاجتماعي على وجه الخصوص .

الوساطة الجنائية في التشريع الجزائري والقانون المقارن*

أ/ مجادي نعيمة- أستاذ مساعد "ب" - جامعة ابن خلدون تيارت

ملخص:

في ظل الأزمة التي يعرفها جهاز القضاء و المرتبة عن طول الإجراءات الجنائية، و كثرة القضايا المعروضة عليه، إضافة إلى السلبات التي تعرفها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، و أبرزها عجزها عن إعادة إدماج الجاني و ارتفاع كلفتها، كان من الواجب إعادة النظر في السياسات الجنائية للدول و تبني حلولاً بديلة عن الدعوى العمومية تمكن من تخفيف العبء عن القضاء، و إعادة إدماج الجاني داخل النسيج الاجتماعي و الاهتمام بالضحية من خلال جبر الضرر الذي لحقه جراء الجريمة، و من هذه الحلول استحداث نظام الوساطة الجنائية الذي جاءت به مبادئ الأمم المتحدة للعدالة التصالحية، و قد أثبت نجاعته في العديد من التشريعات التي تبنته خصوصاً الأجلوسكسونية كأمريكا، و اللاتينية كفرنسا و بعض الدول العربية كتونس، و لقد حذى المشرع الجزائري حذو هذه التشريعات باستحداث الوساطة الجنائية بالأمر 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 في المواد من 37 مكرر إلى غاية 37 مكرر 9، و كذا قانون حماية الطفل 12/15 المؤرخ في 2015/07/15، حيث بين من خلالها شروطها و كيفية إجرائها، و الآثار المترتبة عنها.

Résumé.

À la lumière de la crise qui sont connus pour le système judiciaire et les implications pour la durée de la procédure pénale, et le grand nombre de questions devant elle, en plus des points négatifs que vous connaissez des sanctions négatives à court de la durée de la liberté, et notamment l'incapacité de réintégrer le délinquant et le coût élevé, il a dû être reconsidéré dans les politiques criminelles pays et l'adoption de solutions alternatives pour l'action publique a été en mesure d'alléger le fardeau sur le système judiciaire et la réinsertion du délinquant dans le tissu social et de l'attention à la victime par des réparations à la droite par le crime, et à partir de ces solutions l'introduction du système de médiation pénale, qui est entré par les principes des Nations Unies pour la justice réparatrice et a prouvé son efficacité dans de nombreuses législations adoptants en particulier anglo-saxons comme l'Amérique, et le latin comme la France et certains pays arabes comme la Tunisie, le législateur algérien a exemple d'une telle loi à l'introduction de la médiation pénale dans

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/02

تاريخ تحكيم المقال: 2016/01/05

تاريخ مراجعة المقال: 2016/03/09

l'affaire 02.15 Almoarkh 23.07.2015 articles 37 Repeater jusqu'à 37 bis 9, ainsi que la Loi sur la protection des enfants 15/12, en date du 15/07/2015, où entre à travers laquelle les conditions et comment les détiennent, et les implications pour eux.

الكلمات المفتاحية.

الوساطة الجنائية - العدالة التصالحية - الطرق البديلة للدعوى العمومية - انقضاء الدعوى العمومية - تخفيف العبء على القضاء - السرعة في الإجراءات - جبر الضرر - إعادة الحال لما كان عليه.

مقدمة.

إن لأزمة العدالة الجنائية نتائجها الخطيرة، سواء على المجتمع أو على حقوق المتهمين أو المجني عليهم، ما يعني عدم إشباع غريزة العدالة في نفوس المتقاضين، و تنحصر آثار هذه الأزمة في عبء العمل الملقى على عاتق سلطات تنفيذ القانون في الإجراءات الجزائية، لهذا فإن السياسة الجنائية الحديثة و في ضوء تطور التشريعات تسعى إلى تحقيق السرعة في الإجراءات و تيسيرها و ذلك بإتخاذ وسائل أكثر مرونة و قابلية للتطور في حل المنازعات الجزائية، و ذلك من خلال مجموعة من الإجراءات البديلة لطرق المحاكمة العادية، و لعل أهمها هو الوساطة الجنائية.

و لقد أصبحت الوساطة الجنائية في الوقت الحاضر أحد المصطلحات المألوفة، و الواسعة الانتشار في القانون الجنائي المقارن، و ذلك باعتبارها وسيلة لضمان تعويض المجني عليه و تفعيل مشاركة الأفراد في نظام العدالة الجنائية، بالإضافة إلى اعتبارها وسيلة اجتماعية مناسبة لعلاج الآثار المترتبة على الجرائم البسيطة، و التي يصعب على المحاكم التعامل معها، فضلاً عن أن الوساطة يمكن أن تؤدي إلى توسيع النطاق القضائي لسلطة الدولة عن طريق إدخال صور العدالة الرضائية، و قضاء الأفراد ضمن الأجهزة القضائية التي تباشر الدعوى الجنائية، فقد أظهر التطبيق الحالي للعدالة الجنائية عزوف من جانب المجني عليه للسير في الإجراءات الجنائية، و بالتالي يمكن عن طريق الوساطة، تشجيع المجني عليه على المشاركة الفعالة في الإجراءات الجنائية.

و الوساطة الجنائية إجراء قانوني أخذت به أغلب التشريعات المقارنة الغربية ثم العربية، و المشرع الجزائري لم يستحدث هذا الإجراء إلا مؤخراً عن طريق الأمر 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية 155/66، و كذا قانون حماية الطفل رقم 12/15 المؤرخ في 07/15، و السؤال المطروح كيف عالج المشرع الجزائري الوساطة الجنائية من خلال الأمر 02/15 و القانون 12/15 مقارنة بالتشريعات المقارنة؟ و عن هذه الإشكالية تتفرع مجموعة من التساؤلات، ما هو مفهوم الوساطة الجنائية؟ كيف تطورت الوساطة الجنائية في التشريعات الغربية و العربية؟ ما هي شروط و إجراءات القيام بها و الآثار المترتبة عنها؟

و لمعالجة هذه الإشكالية قمنا بتقسيم بحثنا إلى مبحثين، فالمبحث الأول بعنوان مفهوم الوساطة الجنائية، و الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب، فالمطلب الأول تضمن تعريف الوساطة الجنائية، و المطلب الثاني تضمن تطور الوساطة الجنائية، أما المطلب الثالث فتضمن تمييز الوساطة عن المصالحة و الأمر الجزائيين، و المبحث الثاني فكان تحت عنوان أحكام الوساطة الجنائية و قد قمنا بتقسيمه إلى ثلاث مطالب، تضمن المطلب الأول شروط الوساطة الجنائية، و المطلب الثاني تضمن إجراءات الوساطة الجنائية، أما المطلب الثالث فتضمن الآثار المترتبة عن إجراء الوساطة.

المبحث الأول : مفهوم الوساطة الجنائية.

تعتبر الوساطة الجنائية نظام قانوني جديد ظهر نتيجة تغير مفهوم الشعوب للعدالة الاجتماعية و يهدف إلى حل النزاعات الجنائية بأسلوب غير تقليدي، فمع تطور البشرية أفرزت تعقيدات في العلاقات و المعاملات لكثرتها، فطلب الأمر تفكير جديد لمواجهة ذلك التطور بوضع آلية مناسبة له، و لقد أضحت حاجة البشرية إلى السرعة في فض خلافاتها و عدم تكديسها في المحاكم و تخفيف العبء على القضاء، نظرا لازدياد الدعاوى و الاستمرار في تأجيلها.

فالوساطة الجنائية آلية جديدة يمكن للقضاء الاستعانة بها و جعلها وسيلة بديلة للدعوى الجزائية، و من خلال هذا المبحث سنتعرض لتعريف الوساطة الجنائية في المطلب الأول، كيف تطورت الوساطة الجنائية في النظم المقارنة، تمييز الوساطة الجنائية عن المصالحة.

المطلب الأول : تعريف الوساطة الجنائية.

تشهد السياسة الجنائية المعاصرة محاور جديدة للاهتمام بالمجني عليهم، و الأخذ بسياسة الحد من العقاب، و المعالجة غير القضائية للنزاعات الجنائية، و قد أصبحت الوساطة الجنائية من أهم بدائل الدعوى الجزائية في التشريعات المقارنة بصفة عامة، و في التشريع الجزائري بصفة خاصة، و لهذا لابد من التعريف بالوساطة الجنائية لغة كفرع أول، و قانونا كفرع ثان.

الفرع الأول : التعريف اللغوي للوساطة الجنائية.

الوساطة في اللغة هي اسم للفعل وسط، ووسط الشيء يعني صار وسطه، و وسط القوم و فيهم وساطة أي توسط بينهم بالحق و العدل، و الوساطة التوسط بين أمرين أو شخصين لفظ النزاع القائم بينهما، و الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين.¹

¹ - صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي - دراسة مقارنة- بحث مقدم من قبل المدعي العام لمجلس قضاء في إقليم كوردستان، 2014، ص 04.

الوساطة مأخوذة من كلمة وسط بفتح السين و يقال وسط الشيء أي ما بين طرفيه، كقولك قبضت وسط الجبل، أما الوسط بسكون السين فهو ظرف مكان، و من ذلك جلست وسط القوم أي بينهم.¹

الفرع الثاني : تعريف الوساطة قانونا.

لم يعرف المشرع الجزائري الوساطة الجنائية في قانون الإجراءات الجزائية بل اكتفى بذكر شروطها وإجراءاتها و الغاية المرجوة منها، و هي وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عنها، و لكنه عرفها في قانون حماية الطفل بأنها " آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح و ممثله الشرعي من جهة، و بين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، و تهدف إلى إنهاء المتابعات و جبر الضرر الذي تعرضت له الضحية و وضع حد لآثار الجريمة و المساهمة في إعادة إدماج الطفل".²

من خلال نص المادة السالف الذكر نرى بأن المشرع قد بين الطبيعة القانونية للوساطة، و أطرافها، و كذا الهدف المرجو منها، قد فعل المشرع الجزائري حسنا بتعريفه للوساطة في القانون السالف الذكر رغم قصور التعريف لعدم تضمنه لركن جوهرى و المتمثل في التفاوض.

و لقد عرفها المشرع التونسي في المادة 113 من مجلة حماية الطفولة بأنها " آلية ترمي إلى إبرام الصلح بين الطفل الجانح و من يمثله قانونا و بين المتضرر أو من ينوبه أو ورثته، و تهدف إلى إيقاف مفعول التبعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ".³

و يستشف من نص هذه المادة أن المشرع التونسي عرف الوساطة المبرمة بين الطفل الجانح و ممثله القانوني من جهة و المتضرر أو صاحب المصلحة من جهة أخرى، و بين الهدف منها و هي إيقاف المتابعة الجزائية، و لقد أغفل عنصري جبر الضرر و الحد من آثار الجريمة في تعريفه للوساطة من جهة، و من جهة أخرى فقد أغفل ركن التفاوض.

و في غياب تعريف قانوني جامع مانع للوساطة الجنائية في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة نعرج على التعريفات الفقهية لها.

تعتبر الوساطة الجنائية أنها تدخل في نزاع أو تفاوض يقبل الأطراف أن يقوم بيه طرف ثالث من صفاته أن يكون غير منحاز و حيادي، و ذلك بهدف مساعدتهم على الوصول إلى اتفاقية خاصة بهم و مقبولة منهم.

¹ - العابد العمراني المولودي، الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي و التونسي نموذجاً، مجلة القانون و الأعمال، تونس، 2013، ص 01.

² - المادة 2 من القانون 12/15.

³ - القانون رقم 92 المؤرخ في 1995/11/9 المتضمن مجلة حماية الطفل الرائد الرسمي عدد 90 المؤرخ في 1995/11/10.

أما الفقه الفرنسي فيعرف الوساطة على أنها تتمثل في البحث عن حل و بناء على تدخل لشخص من الغير عند التعارض بشأنه بحرية بين أطراف النزاع، و بالتالي يصف الفقه الفرنسي- الوساطة الجنائية بأنها عدالة جنائية انتقالية من العقوبة إلى التفاوض.¹

و الوساطة الجنائية تعرف بأنها "ذلك الإجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف وضع حد و نهاية لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق حصول المجني عليه على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له، فضلا عن إعادة تأهيل الجاني".²

و لقد عرف الدكتور رامي متولى القاضي على أن الوساطة الجنائية هي " إجراء يتم قبل تحريك الدعوى الجنائية تخول النيابة العامة حجة وساطة أو شخص تتوافر فيه شروط خاصة، و بموافقة الأطراف الاتصال بالجاني و المجني عليه، و الالتقاء بهم لتسوية الآثار الناجمة عن طائفة من الجرائم التي تتسم ببساطتها أو بوجود علاقات دائمة بين أطرافها و تسعى لتحقيق أهداف محددة نص عليها القانون و يترتب على نجاحها عدم تحريك الدعوى الجنائية".³ و يعتبر هذا التعريف هو الراجح للوساطة الجنائية التي تعتبر نظاما قانونيا مستحدث يهدف إلى حل الخصومات الجنائية بغير الطرق التقليدية و دون حاجة إلى مرورها بالإجراءات الجنائية العادية المتمثلة في التحقيق و الاتهام و المحاكمة.

المطلب الثاني : تطور الوساطة الجنائية.

لقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في تبني فكرة الوساطة الجنائية حيث جاء في قوله عز و جل "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوها بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوها بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين"⁴، و هو ما أكدته السيرة النبوية حيث روى أي بن مالك رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال " من أصلح بين اثنين أعطاه الله بكل كلمة عتق رقبة"، كما قال صلى الله عليه و سلم لأبي أيوب "ألا أدلك على صدقة يحبها الله و رسوله تصلح بين أناس تفاسدوا و تقرب بينهم إذا تباعدوا".⁵

و لقد ظهر التطبيق القانوني لنظام الوساطة في الأنظمة الأنجلوسكسونية منها كندا و أمريكا، ثم امتد هذا النظام لدول أوروبا كما وجدت هذه السياسة أصداءها في المؤتمرات الدولية و تبنتها الدول العربية كنونس و الجزائر، و لدراسة هذا المطلب قسمناه إلى فروع، فالفرع الأول تضمن الوساطة الجنائية في التشريعات

¹ - العابد العمراني المولودي، المرجع السابق، ص 1.

² أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية دراسة مقارنة، ط 1، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2008، ص 19 18.

³ - رامي متولى القاضي، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، ط 1، بدون دار نشر، 2010، ص 4.

⁴ - سورة الحجرات، الآية 09.

⁵ - أشرف رمضان عبد الحميد، مرجع سابق، ص 129.

الغربية، أما الفرع الثاني فتضمن الوساطة الجنائية في المؤتمرات الدولية، و الفرع الثالث تضمن تطور الوساطة الجنائية في التشريعات العربية.

الفرع الأول : الوساطة الجنائية في التشريعات الغربية.

أولا : الوساطة الجنائية في القانون الفرنسي.

تعد تجربة الوساطة الجنائية في فرنسا من أهم التطبيقات التشريعية في القوانين الوضعية و هي أولى التجارب للوساطة الجنائية المقننة في أوروبا و قد مرت بمرحلتين:

المرحلة الأولى : مرحلة ما قبل 1993، حيث كان العديد من القضايا يتم اللجوء فيها للوساطة الجنائية دون أن يكون هناك نص تشريعي يسعف القاضي، وكانت المؤسسات و الجمعيات الخيرية تلعب دورا واضحا في العناية بضحايا الجريمة، و قد صدر خلال هذه الفترة العديد من التعليمات و المذكرات عن وزارة العدل تتضمن التعريف بالوساطة الجنائية و ضوابطها، وكانت تدعو إلى اللجوء إليها و من تلك التعليمات التي صدرت عام 1982 و أطلق عليها الضوابط القضائية للثقافة الاجتماعية و شهد عام 1985 تطبيق أولى حالات الوساطة الجنائية، ثم صدر في عام 1986 مجموعة أخرى من التوجيهات بهذا الخصوص، و في 1992 سجل 11000 حالة تم اللجوء فيها للوساطة الجنائية.¹

المرحلة الثانية : و هي مرحلة ما بعد 1993، حيث تم تقنين تشريع رقم 2/93 الصادر في 4 كانون الثاني 1993 و أجرى مجموعة من التعديلات على قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، و وضع الوساطة الجنائية في إطار قانوني، و كان هذا القانون خاص بإقرار الوساطة الجنائية و المعدل للمادة 41 إجراءات جنائية فرنسي- إلى آخر تعديل رقم 1787/2007.²

ثانيا : الوساطة الجنائية في كندا.

كندا أول دولة تبنت النظم الجنائية غير التقليدية لإنهاء الدعوى الجزائية، و قد بدأت مع قضية كنشر في ولاية أونتاريو عام 1974.³ و هو أول برنامج للوساطة الجنائية على الرغم من أن الحديث في ذلك الوقت كان عن المصالحة و ليس الوساطة الجنائية من خلال تحديد لقاء بين المتهمين و المجني عليهم في مهلة ثلاث أشهر لتحديد طرق التعويض الملائمة.

¹ - صباح أحمد نادر، مرجع سابق، ص 21.

² - المرجع نفسه، ص 22.

³ - و مجريات هذه القضية أن أحد موظفي الدولة المنوط بهم إثبات البلاغات عن الجرائم - حيث قام شاين تحت حالة السكر و الهيجان الشديد بإتلاف و إلحاق الأضرار بالممتلكات لاثنتين و عشرين شخصا، و لدى التقاء المتهمين بالمجني عليهم تم التوصل إلى توافق فيما بينهم- و قد تم هذا الإقرار من خلال موظف الإثبات الذي دون هذه الواقعة بتفصيلاتها بسجل الإثبات الذي أقر به القاضي الذي عرضت عليه الدعوى، و اعتبر هذه القضية هي البادرة لظهور العدالة الجنائية البديلة. صباح أحمد نادر، مرجع سابق، ص 20.

و لقد كانت أغلب القضايا التي تم إنهاءها عن طريق الوساطة الجنائية جرائم بسيطة، كالسرقات أو الإلتلاف العمدى، أو التعدي، أو التزوير أو حيازة بضائع مسروقة، و لقد تبين أن جمع المتهم و المجني عليه في لقاء لا يكون في قضايا الاعتداء الجسيم، و لذلك رأى الفقهاء أن كندا تتجه نحو التحول من عدالة عقابية إلى عدالة رضائية تقوم على مراعاة البعد الاجتماعي في المنازعات الجنائية.¹

ثالثا : الوساطة الجنائية في بلجيكا.

لقد تضمن قانون التحقيق الجنائي الصادر في 10 فيفري 1994 الوساطة الجنائية كبديل عن العدالة التقليدية و ذلك من خلال نص المادة 212 و التي تنص على أنه يجوز اللجوء إلى الوساطة في كل الجرائم التي يعاقب عليها بالأشغال الشاقة لمدة لا تزيد عن 20 عاما.²

رابعا : الوساطة الجنائية في النظام الأنجلوأمريكي.

تعد ممارسة الوساطة التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية هي الأساس في ظهور تجارب الوساطة الجنائية التي انتشرت ممارستها بعد ذلك في كثير من الأنظمة سواء أكان ذلك في إطار الإجراءات القضائية أو خارج نطاقها.

حيث عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية كطريقة مستحدثة لفض المنازعات، و كبديل عن العدالة التقليدية، و ظهرت أولى تجاربها في أواخر الستينات في ولاية أوهايو، و تلتها تجارب أخرى في السبعينات في ولايات بولس، اوكلاهوما، بوسطن، و يرجع انتشار الوساطة إلى حركة الاهتمام بضحايا الجريمة التي ظهرت في السبعينات.³

و يعد برنامج الوساطة في ولاية إنديانا من أولى مشاريع الوساطة الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية، و قد قادت جمعية - الوساطة بين الجاني و المجني عليه- أفكار الوساطة الجنائية، و قد تحولت هذه الجمعية الوطنية في عام 2000 إلى جمعية دولية فضمت 350 عضو و 30 مكتبا في أربعين ولاية أمريكية و سبع دول منها كندا، بريطانيا، ألمانيا، و حققت ما يقارب 1200 برنامج للوساطة الجنائية، كما يوجد إلى جانب هذه الجمعية نقابة المحامين التي تؤدي دورا رسميا في تطوير الوساطة الجنائية، و في عام 1983 قامت جمعية المساجين و المجتمع في ولاية إنديانا الأمريكية بتقديم 32 برنامج للوساطة الجنائية، و في عام 1986 وصلت هذه البرامج إلى 47 برنامج ثم إلى 86 برنامج عام 1989.⁴

¹ - المرجع نفسه، ص 25.

² - عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، 1997، ص 122 123.

³ - ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، 2011، ص 46.

⁴ - رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 34 35.

الفرع الثاني : الوساطة في المؤتمرات الدولية.

أدى انتشار تجارب الوساطة الجنائية في القانون المقارن إلى اتجاه العديد من المؤتمرات الدولية و الندوات العلمية إلى تناول موضوعها بالبحث و الدراسة؛ نذكر منها مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة و العدالة الجنائية، و الذي عقد في فيينا بالنمسا، و الذي نص الإعلان الصادر عنه – الذي يعرف بإعلان فيينا - على إقرار الأعضاء المشاركين في المؤتمر على استحداث خطط عمل وطنية و إقليمية و دولية لدعم مكافحة الجريمة كليات الوساطة و العدالة التصالحية من خلال قرار المجلس الاقتصادي و الاجتماعي المؤرخ في 2002/01/07¹ و كذا مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة و معاملة المجرمين في 26 أوت 1985².

أضف إلى ذلك مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر- لمنع الجريمة و العدالة الجنائية، و الذي عقد في بانكوك بتايلاند، و الذي كانت إحدى حلقات البحث فيه تتناول موضوع تعزيز إصلاح العدالة الجنائية بما في ذلك العدالة الإصلاحية.

و قد تناولت بعض الندوات الدولية و المحلية موضوع الوساطة، نذكر منها حلقة طوكيو، و التي عقدت باليابان سنة 1983، و كان موضوعها التحول عن الخصومة الجنائية و الوساطة و كذلك ندوة دور المجتمع المدني في منع الجريمة، و التي عقدت في أكاديمية الشرطة بالقاهرة، و مؤتمر تطوير العدالة الجنائية الذي عقد بالقاهرة من 13-15 أكتوبر 2003 بالتعاون مع معهد العدالة الجنائية بولاية كاليفورنيا الأمريكية.

و لقد تبنى المجلس الأوروبي آلية الوساطة الجنائية، فقد نصت التوصية الصادرة عام 1987 على ضرورة حث الدول الأوروبية على تنظيم وساطة بين المجني عليهم و الجناة، و إعداد برامج لمساعدة المجني عليهم مع تقديم الوساطة. و كذلك التوصية الصادرة في سنة 1989، و المتضمنة الوساطة الجنائية. إلا أن أهم توصيات المجلس الأوروبي بشأن الوساطة الجنائية على الإطلاق هي التوصية رقم 19/99 الصادرة في 1999/9/15، و التي تقضي- بحث الدول الأوروبية على تطبيق الوساطة الجنائية في تشريعاتها الوطنية، من خلال مجموعة من المبادئ التي ينبغي أن تلتزم بها الدول الأعضاء في موضوع الوساطة الجنائية، و ذلك بالنظر إلى التطورات الحادثة في الدول الأعضاء و التي اتجهت إلى إقرار الوساطة الجنائية باعتبارها إجراء يتسم بالمرونة، بالإضافة إلى اعتبارها أحد البدائل الهامة للإجراءات الجنائية التقليدية.

بالإضافة إلى ذلك، نجد نص المادة 1/10 من القرار اللائحي 2001، و الخاص بتمثيل المجني عليهم في الإجراءات الجنائية حيث نصت المادة 1/10 على أن: "كل دولة من الدول الأعضاء عليها أن تسعى إلى تعزيز الوساطة في القضايا الجنائية فيما يخص الجرائم التي تراها مناسبة لهذا النوع من التدبير." و كذلك نصت الفقرة الثانية من

¹ - القرار رقم 25/12 الصادر في فيينا 2002.

² - اعتمدته الجمعية العامة بقرارها 40/22 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985 المتعلق بقواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث قواعد بنكين.

المادة ذاتها على أن: "كل دولة من الدول الأعضاء عليها أن تكفل أي اتفاق بين المجني عليه والجاني والذي يتم التوصل إليه في سياق هذه الوساطة في القضايا الجنائية ويمكن أن تكون (الوساطة الجنائية) محل اعتبار".¹

الفرع الثالث : الوساطة الجنائية في التشريعات العربية.

أولا : في القانون التونسي.

يعد القانون التونسي نموذجا للتشريعات العربية الذي أقر نظام الوساطة الجنائية في مجلة الإجراءات الجنائية و قانون حماية الطفل، و ذلك تأثرا بالمشعر البلجيكي، و قد تم اعتماد الوساطة بصورة تدريجية.

و قد أقر المشرع التونسي- إجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية حسب القانون رقم 93 لسنة 2002 بإضافة باب تاسع للكتاب الرابع من مجلة الإجراءات الجنائية التونسية بعنوان - الصلح بالوساطة الجنائية في القانون التونسي، و ذلك في المواد 335 مكرر إلى 335 سابعاً،² وكذا مجلة حماية الطفل رقم 92 لسنة 1995 في المواد من 113 إلى 117،³ و قد سن المشرع التونسي- هذا القانون لأن الهدف من الوساطة هو ضمان تعويض الأضرار الناجمة عن الجريمة، و إعادة تأهيل و إدماج الخناة في المجتمع و تدعيم الشعور لديهم بالمسؤولية.

ثانيا : الوساطة الجنائية في التشريع الجزائري.

لم يعرف التشريع الجزائري الوساطة الجنائية و إنما اعتمد في قانونه على المصالحة الجنائية في مادة المخالفات و المذكورة على سبيل الحصر-، إلى غاية سنة 2015 حيث تم تقنينها بموجب الأمر رقم 02/15 الصادر في 2015/07/23 المعدل و المتم لقانون الإجراءات الجزائية رقم 156/66، بموجب الفصل الثاني مكرر من الباب الأول من الكتاب الأول المعنون ب - في مباشرة الدعوى العمومية- يتضمن هذا الفصل شروط و إجراءات الوساطة و آثارها في عشر مواد من المادة 37 مكرر إلى غاية 37 مكرر 9،⁴ و كذا القانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 في الفصل الثالث من الباب الثالث في المواد من 110 إلى 115.⁵

المطلب الثالث : تمييز الوساطة الجنائية عن المصالحة و الأمر الجزائيين.

تلعب المصالحة الجزائية دورا هاما في إنهاء الدعوى العمومية بدون محاكمة، و تعد من بين أهم الوسائل البديلة التي تحقق السرعة في الإجراءات، وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول تمييز الوساطة الجنائية عن المصالحة الجزائية، أما و الفرع الثاني فضمنه للتمييز بين الوساطة الجنائية و الأمر الجزائي.

- القرار اللاتحي الصادر عن المجلس الأوروبي في 15 مارس 2001.¹

- مجلة الإجراءات الجزائية التونسية المؤرخة في 1968/08/06 الرائد الرسمي 32 المعدلة و المتممة بمقتضى القانون 93 المؤرخ في 2002/10/29.²

- مجلة حماية الطفل الرائد الرسمي 90 المؤرخ في 1995/11/10.³

- الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 2015/07/29.⁴

- الجريدة الرسمية رقم 39 المؤرخة في 2015/07/19.⁵

الفرع الأول : التمييز بين الوساطة الجنائية و المصالحة الجزائية.

أولا : تعريف المصالحة الجزائية.

لم يتضمن التشريع الجنائي الجزائري أي نص يعرف المصالحة الجزائية، وإنما اكتفى بالنص عليها صراحة في المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية، و المادة 256 من قانون الجمارك، و المادة 60 من القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و المادة 09 من الأمر رقم 22/96 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج المعدل و المتمم بالأمر رقم 01/03.

و في غياب تعريف قانوني و قضائي للمصالحة الجزائية فإننا سنتعرض للتعريف الفقهي لها، فتعرف على أن المصالحة الجزائية هي إحدى صور العدالة الرضائية، و هي أسلوب أو وسيلة لإنهاء المنازعات بطريقة ودية تفترض اتفاق بين المتهم و الضحية في نمط معين من الجرائم حددها القانون، يترتب عنها إنهاء الدعوى العمومية، لجأت إليها التشريعات الجزائية بهدف تفادي طول الإجراءات الجزائية و تعقيدها، و تخفيف العبء على كاهل القضاء.¹

ثانيا : التمييز بين الوساطة و المصالحة الجزائية.

1-أوجه التشابه :

أ - هما بمثابة وسائل غير تقليدية في حل بعض المنازعات غير الجزائية الناشئة عن جرائم ذات خطورة محدودة، و هي وسائل من شأنها تقليل عدد القضايا التي تحال إلى المحاكم و تخفيف العبء عن القضاة.
ب - إن جوهر كل منهما هو حصول المجني عليه على تعويض عادل يُجْبُ الضرر الناشئ عن الجريمة، و بذلك يكون كلا من الصلح و الوساطة بذات الأثر و هو تجنب الجاني مساوئ العقوبة.
ج - إن كلا من الصلح و الوساطة يقوم على رضى أطراف النزاع، أي أنهما يقومان على مبدأ الرضائية.²

د - إن كلا من الصلح و الوساطة سببين من الأسباب الخاصة لانقضاء الدعوى العمومية.
هـ - إن عدم تنفيذ كلا من اتفاق الوساطة و دفع غرامة الصلح يكون تحت طائلة المتابعة الجزائية.

2 -أوجه الاختلاف.

أ - الصلح يكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الوساطة فتكون قبل أي متابعة جزائية تقوم بها النيابة العامة.

- جديدي طلال، السرعة في الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 87.

- ياسر بن محمد بابصيل، مرجع سابق، ص 68.

ب -الصلح يكون في مادة المخالفات متى أجازها القانون على خلاف الوساطة التي تكون في الجنب و التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

ج -يكون الصلح بين النيابة العامة و الجاني، أما الوساطة فتكون بين الجاني و المجني عليه بحضور النيابة العامة و موافقتها.

الفرع الثاني : الوساطة و الأمر الجزائي.

أولا : تعريف الأمر الجزائي.

في غياب تعريف قانوني للأمر الجزائي فإننا سنذكر التعريف الفقهي للأمر الجزائي، فالأمر الجزائي نظام إجرائي مفاده صدور الحكم بالعقوبة بعد الإطلاع على الأوراق في غيبة الخصوم بلا تحقيق و لا مرافعة¹، بهدف تخفيف العبء على القضاء و التفرغ لنظر القضايا المهمة.

ثانيا : تمييز الوساطة عن الأمر الجزائي.

1-أوجه التشابه.

أ -إن الهدف من الوساطة و الأمر الجزائي هو التخفيف في الإجراءات و تخفيف العبء على المحاكم.

ب -يتم إجراء كلا من الوساطة و الأمر الجزائي في الجنب.

ج -هما طريقتان بديلان لحل المنازعات دون حاجة لمحكمة وجاهية.

د -تنقضي الدعوى العمومية عن طريق الوساطة و الأمر الجزائي، متى تم تنفيذها.

2 -أوجه الاختلاف.

أ -تجرى الوساطة في جنب محددة بذاتها، أما الأمر الجزائي فيكون في جنب محددة تبعا لعقوبتها، و يكون في الجنب التي تكون عقوبتها الحبس تساوي أو تقل عن سنتين.

ب -يكون الأمر الجزائي في الجرائم التي لا تحتاج إلى الواجهة بخلاف الوساطة الجزائية.

ج -يشترط في الوساطة بالإضافة إلى النيابة العامة قبول كلا من المتهم و الضحية، أما في الأمر الجزائي فتتخذ النيابة العامة وفقا لخاصية الملاءمة و يتوقف على قبول القاضي الحكم به.

د - اتفاق الوساطة الجزائية لا يقبل أي من طرق الطعن متى قبل به الأطراف على خلاف الأمر الجزائي الذي يمكن الطعن فيه عن طريق الاعتراض.

- عبد العزيز بن مسهوج جا الله الشمري، الأمر الجنائي، و أثره في إنهاء الخصومة الجنائية دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، 2008، ص 31.

المبحث الثاني : أحكام الوساطة الجنائية.

إن الوساطة الجنائية وجه من أوجه العدالة التصالحية التي أقرتها الأمم المتحدة في مؤتمراتها من خلال المبادئ الأساسية لاستخدام هذه الأخيرة في المسائل الجنائية المقررة سنة 2002 بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولقد تبنتها العديد من الدول الغربية و العربية، كالقانون الفرنسي و التونسي و كذلك الجزائري.

و تعتبر الوساطة الجنائية إجراء قانوني استحدثه المشرع الجزائري من خلال الأمر 02/15 و القانون 12/15 كإجراء بديل للدعوى الجزائية، لكنه لم ينص على تعريف لها، إلا أنه بين شروط و إجراءات الوساطة الجزائية، و الآثار المترتبة على إجراءها، و من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى شروط إجراء الوساطة ك مطلب أول، إجراءات الوساطة ك مطلب ثان، و الآثار المترتبة عن الوساطة ك مطلب ثالث.

المطلب الأول : شروط إجراء الوساطة.

لقد بين المشرع الجزائري شروط إجراء الوساطة في المواد 37 مكرر، 37 مكرر¹، 37 مكرر² من الأمر 02/15، و المواد 110، 111، من القانون 12/15، هي تنقسم إلى شروط موضوعية تتعلق بالجريمة و شروط شخصية تتعلق بأطراف الوساطة، و سنفرد لكل منها فرعاً خاصاً.

الفرع الأول : الشروط الشخصية.

و هي تتعلق بكل أطراف النزاع، و الذين هما المشتكى منه و الضحية، و وكيل الجمهورية الذي يقوم بدور الوسيط، و المشرع الجزائري لم يضع شروطاً غير الصفة و رضى جميع الأطراف بإجراء الوساطة.¹

و قد ميز المشرع الجزائري الوساطة في قضايا الأحداث حيث جعل أطرافها هم الطفل أو ممثله الشرعي أو محاميه و الضحية، و وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه أو أحد ضباط الشرطة القضائية،² و لكنه لم يشترط عنصر- الرضائية في حق الطفل أو ممثله الشرعي، و ترك الأمر في يد وكيل الجمهورية الذي يتمتع بخاصية الملاءمة في اتخاذ الإجراءات المناسبة بشأن الدعوى العمومية.

إن إجراء الوساطة متوقف على قبول وكيل الجمهورية لإجرائها رغم أنه يلعب دوراً محاييداً فيها باعتباره وسيطاً، و على غرار المشرع الجزائري فإن المشرع الفرنسي و المشرع التونسي لم يشترطاً موافقة وكيل الجمهورية من أجل إجراء اتفاق الوساطة الجزائية، و يعتبر وكيل الجمهورية في التشريع التونسي- هو نفسه الوسيط، و في قضايا الأحداث فإنه عهد بها إلى مندوب حماية الطفولة و ليس وكيل الجمهورية،³ أما المشرع الفرنسي- فقد عهد

¹ - المادة 37 مكرر، 37 مكرر 1 من الأمر 02/15.

² - المادة 111 من القانون 12/15.

³ - المادة 116 من مجلة حماية الطفل التونسية.

بإجراء الوساطة إلى طرف آخر خارج عن الجهاز القضائي يسمى الوسيط طبقا للمرسوم 71/1 الصادر في 29 يناير 2001.

على غرار المشرعين الجزائري و التونسي فإن المشرع الفرنسي- وفقا لقانون الإجراءات الجنائية لم يدرج إجراء الوساطة في قضايا الأحداث.¹

ولقد أكدت التوصية رقم 19/99 الصادرة عن المجلس الأوروبي أنه لا ينبغي إجبار المجني عليه والجاني على قبول الوساطة عن طريق وسائل غير عادية.²

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية.

لقد اشترط المشرع الجزائري إجراء الوساطة في المخالفات و الجنح فقط دون الجنايات،³ و بخلاف قضايا الأحداث فإن المشرع الجزائري قد حدد الجرائم الجنحية التي يمكن تطبيق الوساطة فيها على سبيل الحصر- في قضايا البالغين و هي :

- 1- جرائم السب و القذف و الاعتداء على الحياة الخاصة.
 - 2- التهديد و الوشاية الكاذبة.
 - 3- ترك الأسرة و الامتناع العمدي عن تقديم النفقة و عدم تسليم طفل.
 - 4- الاستيلاء عن طريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة.
 - 5- إصدار شيك بدون رصيد.
 - 6- الإثلاف أو التخريب العمدي لأموال الغير.
 - 7- الضرب و الجرح العمدي و غير العمدي المرتكب بدون سبق الإصرار و التردد أو استعمال السلاح.
 - 8- جرائم التعدي على الملكية العقارية و المحاصيل الزراعية و الرعي في ملك الغير.
 - 9- استهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل.⁴
- إن المشرع الجزائري لم يستثني أي مخالفة من إجراء الوساطة، لكننا نرى بأنه لا يمكن إجرائها في مخالفة المشاجرة لسبب عدم وجود مشتكى منه و ضحية و الذين هما من الشروط الواجب توافرها لإجراء الوساطة.

- المادة 2/41 من القانون رقم 515/99 المؤرخ في 1999/06/23 المعدل بالقانون رقم 204 الصادر في 2004/03/09.¹

- البند 14 م التوصية 19/99 الصادرة عن المجلس الأوروبي.²

- 37 مكرر 2 من -الأمر 02/15، و المادة 110 من القانون 12/15.³

- المادة 37 مكرر 1/2 الأمر 02/15.⁴

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي- لم يحدد الجرائم التي تشملها الوساطة الجنائية و ترك ذلك للسلطة التقديرية لوكيل الجمهورية، أما المشرع البرتغالي فقد حدد الوساطة الجنائية في جرائم الشكوى ، وهي جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال بحيث استثنى تطبيق الوساطة على الجرائم التي لا تزيد مدة عقوبتها عن الحبس لمدة خمس سنوات من خلال نص المادة الثانية من قانون الوساطة ، أما المشرع البلجيكي فطبق الوساطة في الجرائم التي لا تزيد عقوبتها عن عامين.¹

في حين نجد المشرع التونسي- في مجلة الإجراءات الجزائية نص على إجراء الوساطة في المخالفات التي لم يحددها و الجرح التي حددها حصرا، و هي جرائم تتعلق إما بأضرار بدنية كالعنف و المشاركة في المعركة أو أضرار مادية كالتي تنتج عن افتكاك أو الحوز بالقوة أو الإضرار بملك الغير أو أضرار معنوية كالنميمة و القذف.²

المطلب الثاني : إجراءات الوساطة.

بما أن الوساطة الجنائية هي إجراء مستحدث في التشريع الجزائري فقد نظمها المشرع و بين إجراءاتها من خلال الأمر 12/15 و القانون 02/15، و ستنقسم هذا المطلب إلى فرعين يتضمن الأول طلب إجراء الوساطة، أما الثاني فيتضمن شكل و مضمون محضر الوساطة.

الفرع الأول : طلب إجراء الوساطة.

إن إجراء الوساطة أمر جوازي في يد وكيل الجمهورية فله أن يقوم به أو يمتنع عن ذلك، فإجراء الوساطة يكون إما بطلب من وكيل الجمهورية و هنا يتطلب رضى كلا من المشتكى منه و الضحية، و عليه فإن رفض أحدهما يمنع إجراء الوساطة طبقا للأمر 12/15.³

و قد يكون بطلب من أحدهما لوكيل الجمهورية الذي قد يرفضه و هنا تتوقف ولا تجرى الوساطة، و قد يقبله فيعرضه على الطرف الآخر الذي له الخيار بين القبول و الرفض، و قد يكون إجراء الوساطة بعد اتفاق الضحية و المشتكى منه الذي يعرض على وكيل الجمهورية وله حق الرفض و القبول لما يراه مناسبا.

و لقد أعيب على المشرع اشتراطه توقف إجراء الوساطة على قبول وكيل الجمهورية.

إن الوساطة الجزائية هي طريق بديل لاقضاء الدعوى العمومية، هذه الأخيرة التي من خلالها تستوفي الدولة حقها في توقيع العقاب و الممثالة في شخص النيابة العامة، و مادام لا يمكن التفاوض بخصوص حق لا يمكن امتلاكه، و نحن نقصد بالحق هنا هو حق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، و النيابة العامة صاحبة الحق في التنازل عن الدعوى العمومية من عدمه، و المشرع في رأينا لما اشترط قبول النيابة العامة في إجراء

- رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 161.¹

- ينظر الفصل 335 ثالثا.²

- المادة 37 مكرر و 37 مكرر 1.³

الوساطة الجزائية لا تعتبر أن اتفاق الوساطة هو بديل للدعوى العمومية، و مبادلة الشيء لا تكون إلا برضى صاحب الحق فيه، و عليه فمبادلة اتفاق الوساطة بالدعوى العمومية يجب أن يحصل بموافقة وكيل الجمهورية.

كما يجوز لطرفي النزاع الاستعانة بمحامي، المشرع الجزائري لم يحدد دور المحامي في الوساطة، هل سيلعب دور المفاوض نيابة عن موكله أو أن حضوره للاستئناس فقط، و نحن نرى بأن دوره سيكون محايدا، لكنه يمكن أن يلعب دورا يتمثل في تنبيه الموكل لما يخدم مصلحته عند الاتفاق أو في أثناء إجراء الوساطة.¹

إن المشرع الجزائري في قضايا الأحداث و طبقا للقانون 12/15 قد جعل الوساطة بطلب من الطفل الجاني أو ممثله الشرعي أو محاميه أو وكيل الجمهورية، و قد جعله أمر جوازي في يد وكيل الجمهورية كما سبق و بيناه، و لم يشترط قبول الطفل الجاني أو ممثله الشرعي أو الضحية، هذه الأخيرة الذي لم يعطها المشرع الحق في طلب إجراء الوساطة خلافا لقضايا البالغين،² رغم أن وكيل الجمهورية ملزم باستطلاع رأيهم.³

لقد فعل المشرع الجزائري حسنا لما اشترط قبول وكيل الجمهورية لإجراء الوساطة، لكن حبذا لو أنه ترك ذلك للمشتكى منه، أو الطفل و ممثله الشرعي و الضحية عن طريق محاميهم لأن هذا سيسهل و يخفف العبء على النيابة العامة، مادام أنه يهدف من خلال هذا الإجراء إلى التخفيف في العبء و الإجراءات.

في حين نجد بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والبرتغالي يشترط إثبات موافقة الأطراف على الوساطة في محرر مكتوب يحدد في قواعد الوساطة و بدايتها.⁴

تم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة و الضحية، هذا الاتفاق من شأنه وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عنها.⁵

إن المشرع الجزائري لم يحدد مدة و آجال إجراء محضر- اتفاق الوساطة و أجل تنفيذه و كذلك مدة طلب الوساطة، فالمشرع قد اشترط إجراء الوساطة قبل أي متابعة جزائية أو تحريك الدعوى العمومية من قبل وكيل الجمهورية،⁶ و عليه فإن مدة طلب الوساطة تكون من يوم ارتكاب الجريمة إلى ما قبل البدء في المتابعة الجزائية أو تقادم الدعوى العمومية، وهذا ما انتهجه المشرع الفرنسي بينما في الولايات المتحدة الأمريكية تجرى الوساطة قبل تحريك الدعوى وبعدها وحتى بعد صدور حكم بالإدانة،⁷

- المادة 37 مكرر 1 من الأمر 02/15.¹

- ينظر المادة 111 من القانون 12/15.²

- المادة 3/111 من نفس القانون.³

- رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 157، 158.⁴

- المادة 37 مكرر من الأمر 02/15، و المادة 111 من نفس القانون.⁵

- ينظر المادة 37 مكرر من نفس الأمر، و المادة 110 من نفس القانون.⁶

- رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 154.⁷

و قد فعل حسنا المشرع الجزائري بعدم تحديده لأجل تنفيذ اتفاق الوساطة، إذ نعتقد أنه سيرجع للسلطة التقديرية لوكيل الجمهورية أو قد يكون باتفاق المشتكى منه، أو الطفل و ممثله الشرعي و الضحية، أما بخصوص مدة إجراء محضر اتفاق الوساطة فهو يثير إشكالا، لأنه قد يتعسف وكيل الجمهورية و يرغم كلا من الطرفين على الوصول إلى اتفاق في الحين أو مدة غير كافية لذلك، أو أن الطرفين قد يستغرقان وقتا طويلا من أجل التوصل إلى اتفاق يرضيها، و هذا من شأنه أن يعطل وكيل الجمهورية عن أداء مهامه و يزيد في العبء عليه، فينحرف إجراء الوساطة عن الهدف المسطر له و نجد أغلب التشريعات لم تنص على أجل إجراء محضر الوساطة بخلاف المشرع البرتغالي الذي نص في المادة الخامسة من قانون الوساطة الجنائية على أجل ثلاثة أشهر، وكذا قانون لكسمبورغ الذي اشترط ألا تزيد مدة الوساطة عن ثمان شهور.¹

في حين نجد المشرع التونسي لم يحدد أجل إجراء محضر الوساطة، وإنما حدد آجال تنفيذ اتفاق الوساطة في مدة أقصاها ستة أشهر و يمكن تمديدها لمرة واحدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر بقرار معلل في حالة الضرورة القصوى.²

الفرع الثاني : شكل و مضمون محضر اتفاق الوساطة.

أولا : شكل محضر اتفاق الوساطة.

يدون اتفاق الوساطة في محضر- يتضمن هوية و عنوان الأطراف و عرضا وجيزا للأفعال و تاريخ و مكان وقوعها، وكذا مضمون اتفاق الوساطة و أجل تنفيذه، بعدها يوقع المحضر- من قبل وكيل الجمهورية و أمين الضبط، وكلا من المشتكى منه و الضحية، و بعد التوقيع تسلم نسخة منه لكل طرف.³

ثانيا : مضمون اتفاق الوساطة.

يتضمن محضر اتفاق الوساطة :

- إما إعادة الحال لما كان عليه.
- تعويض مالي أو عيني عن الضرر.
- كل اتفاق آخر غير مخالف للقانون يتوصل إليه الأطراف.⁴

من خلال مضمون محضر اتفاق الوساطة نرى بأنه تضمن أسباب و أهداف الدعوى المدنية، و التي يكون محلها إما جبر الضرر، أو التعويض العيني أو المالي، أو أي اتفاق لا يخالف القانون، و عليه فإننا نرى و نجزم

¹ - المرجع نفسه، ص 157.

² ينظر الفصل 335 خامسا من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية.-

³ - المادة 37 مكرر 3 من الأمر 02/15.

⁴ - المادة 37 مكرر 4 من نفس الأمر.

بأن محضر اتفاق الوساطة يكون في الشق المدني رغم أن سببه هو الدعوى الجزائية، و العبرة في التعويض هو بوقت تحرير محضر الاتفاق و ليس بتاريخ وقوع الجريمة.

أما محضر اتفاق الوساطة بالنسبة لقضايا الأحداث فإنه يتضمن :

- تقديم تعويض للضحية أو ذوي حقوقها.

- يمكن أن يتضمن تعهد الطفل تحت ضمان ممثله الشرعي بتنفيذ التزام واحد أو أكثر من الالتزامات الآتية في الأجل المحدد في الاتفاق :

1- إجراء مراقبة طبية أو الخضوع لعلاج.

2- متابعة الدراسة أو تكوين متخصص.

3- عدم الاتصال بأي شخص قد يسهل عودة الطفل للإجرام.¹

إن مضمون محضر اتفاق الوساطة في قضايا الأحداث يتضمن الشقين المدني من خلال تقديم تعويض، و الجزائي من خلال تنفيذ تعهد بالتزام أو أكثر مما سبق ذكره، هذا الأخير الذي يفرضه وكيل الجمهورية أو من يمثله في إجراء اتفاق الوساطة، و عليه نعتقد بأن وكيل الجمهورية أو مساعده أو ضابط الشرطة القضائية ما هم إلا طرف ثالث في إجراء الوساطة بشأن قضايا الأحداث، كما أن المشرع لم يبين المركز القانوني للضحية.

أما التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي نص على أن يتضمن اتفاق الوساطة تعويض المجني عليه أو خضوع الجاني للعلاج الطبي أو الاجتماعي أو المهني في حين نجد التشريع البلجيكي نص على أن تعويض المجني عليه غير كاف بل يمتد الأمر للعمل من أجل المصلحة العامة، أما التشريع الألماني بالإضافة إلى تعويض المجني عليه لا بد أن يدفع الجاني مبلغ مالي يحصل لصالح الدولة.²

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على إجراء الوساطة.

يعتبر محضر اتفاق الوساطة سنداً تنفيذياً غير قابل لأي طريق من طرق الطعن،³ و هو يهدف إلى حصول الضحية على تعويض جراء الضرر اللاحق به نتيجة ارتكاب الجريمة.

- المادة 113 و 114 من القانون 12/15.

-مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الجنائية الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 2000، ص 29 وما بعدها.²

- المادتين 37 مكرر 5 و 6 من الأمر 02/15.³

غير أن المشرع التونسي وفقا للفصل 335 سادسا من مجلة الإجراءات الجزائية، فإنه قرر عدم إمكانية الرجوع في اتفاق الوساطة و لو برضى الأطراف، إلا إذا ظهرت عناصر جديدة من شأنها تغيير وصف الجريمة بما يحول دون إمكانية الصلح فيها قانونا.

أما المشرع الفرنسي فإن الوسيط يقوم بتقديم محضر اتفاق الوساطة للنيابة العامة، التي لها السلطة التقديرية في تنفيذه أو عدم تنفيذه مراعاة لمقتضيات النظام العام.¹

إن محضر اتفاق الوساطة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية خلال الآجال المحددة لتنفيذه، بل يوقف سريان تقادم الدعوى العمومية²، لأنه في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة يقوم وكيل الجمهورية باتخاذ إجراءات المتابعة ضد الفاعل بخصوص الجناة التي تمت الوساطة بشأنها³، إذا أخل المشتكى منه باتفاق الوساطة عمدا فإنه يتعرض للعقوبات المنصوص عنها في المادة 147 من قانون العقوبات الجزائي⁴، و يجب على الضحية إحضار محضر الامتناع محرر من طرف محضر قضائي، و تقديمه للنيابة لإرفاقه بالملف عند المتابعة الجزائية.

يعتبر محضر اتفاق الوساطة في قضايا الأحداث سندا تنفيذيا يمهز بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵ إذا أجراه وكيل الجمهورية أو مساعده، أما إذا قام به ضابط الشرطة القضائية فإنه يتعين عليه أن يرفعه إلى وكيل الجمهورية للتأشير عليه⁶، وهذا ما فعله المشرع التونسي⁷، و تنفيذ محضر اتفاق الوساطة ينهي المتابعة الجزائية، و في حالة عدم تنفيذ التزامات الوساطة في الأجل المحدد في الاتفاق يبادر وكيل الجمهورية بمتابعة الطفل.⁸

المشرع لم يتطرق لسريان آجال التقادم عند إجراء الوساطة في القانون 12/15.

خاتمة:

- المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.¹

- المادة 37 مكرر 7 من نفس الأمر.²

- المادة 37 مكرر 8 من نفس الأمر.³

- المادة 147 من قانون العقوبات تحيل إلى نص المادة 1/144 و 3 من نفس القانون وتنص " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أهان قاضيا أو موظفا أو ضابطا عموميا أو قائد أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد أو بإرسال أو تسليم أي شيء إليهم أو بالكتابة أو الرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها و ذلك بقصد المساس بشرفهم أو باعتبارهم أو بالاحترام الواجب لسلطتهم.

و يجوز للقضاء في جميع الحالات أن يأمر بأن ينشر الحكم و يعلق بالشروط التي حددت فيه على نفقة المحكوم عليه دون أن تتجاوز هذه المصاريف الحد الأقصى للغرامة المبينة أعلاه.

⁵ - المادة 113 من القانون 12/15.

⁶ - المادة 112 من نفس القانون.

⁷ - ينظر الفصل 116 من مجلة حماية الطفل التونسية.

⁸ - المادة 115 من القانون 12/15.

ومما سبق دراسته نخلص إلى أن هناك كثير من القضايا وبعد القيام بمجهودات مادية و بشرية معتبرة إما يتم التنازل عنها أو أنه يتم توقيع عقوبة سالبة للحرية على شخص كان من الأفضل لو بقي خارج أسوار المؤسسات العقابية لما فيها من تأثير سلبي عليه، و هذا ما يشهده واقع السجون في العالم عامة و في الجزائر خاصة، ولأجل هذا تسعى أغلب التشريعات لتفادي توقيع عقوبة سالبة للحرية من خلال إجراءات بديلة، إما للعقوبة السالبة للحرية كالعمل للنفع العام، أو عن طريق إجراءات أخرى بديلة للدعوى العمومية كالوساطة الجنائية، إعمالاً لقاعدة درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، فمصلحة المتهم أو الطفل الجاني في بعض الأحيان تكون في تجنبه عقوبة جزائية غالباً ما تكون سالبة للحرية، بالإضافة إلى جبر الضرر و التعويض الذي يمكن أن يتحصل عليها الضحية، و الذي ما كان ليتحصل عليه عن طريق إجراءات المتابعة العادية، أو انه يتحصل على التعويض بعد جهد مادي و زمني معتبر، و المفسدة تكمن في توقيع عقوبة سالبة على المتهم الغير مسبوق قضائياً تجعله ينحرف بسلوكه إلى بعد دخوله الحبس و اختلاطه بالمجرمين، صف إلى ذلك أن الهدف من العقوبة هو تقويم سلوك الجاني، و الواقع أثبت عدم نجاعة العقوبة السالبة للحرية في ذلك و لو بشكل نسبي.

و عليه تعتبر الوساطة الجنائية من أهم الموضوعات المستحدثة التي تناولها الفقه الجنائي في الوقت الراهن، و هي تعد أفضل الطرق للعدالة التصالحية، و الحد من الجريمة و ردع الجانحين الذين لم يحترفوا الإجرام، كذلك تعتبر أفضل الحلول لاستفتاء المجني عليهم حقوقهم بأقل كلفة مادية و زمنية و كذا تحقيق العدالة الرضائية، كما أنها ستخفف العبء عن الجهات القضائية و تضمن السرعة في الإجراءات.

و من خلال معالجتنا لموضوع الوساطة الجنائية نقترح ما يلي:

- يجب أن تكون الوساطة بين المشتكى منه و الضحية أو محاميها دون تدخل لوكيل الجمهورية، هذا الأخير يبقى له سلطة مراقبة اتفاق الوساطة و إمامه بالصيغة التنفيذية في حالة التوصل لاتفاق معين.
- يلزم على المشرع أن يتدخل فيما يخص مدة و أجل إجراء اتفاق الوساطة، كما يجب عليه إعادة النظر في سريان مدة التقادم.
- يجب على المشرع أن يوضح في الوساطة الخاصة بقضايا الأحداث ما يلي :
- 1- إجراء الوساطة بعد الأخذ برأي الضحية و الطفل أو ممثله الشرعي إذا كان يتوقف على قبولهم أم لا.
- 2- تبيان المركز القانوني للضحية في الوساطة.
- 3- الآثار المترتبة في حالة عدم التوصل إلى اتفاق خاصة فيما يخص حقوق الضحية.
- 4- تبيان سريان تقادم الدعوى العمومية من عدمه عند إجراء الوساطة.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولا : الكتب.

* أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية دراسة مقارنة، ط1، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2008.

* رامي متولي القاضي، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، ط1، بدون دار نشر، 2010.

* عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، 1997.

* مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الجنائية الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 2000.

ثانيا : الرسائل.

* جديدي طلال، السرعة في الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، 2012.

* صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي - دراسة مقارنة- بحث مقدم من قبل المدعي العام لمجلس قضاء في إقليم كوردستان، 2014.

* عبد العزيز بن مسهوج ج الله الشمري، الأمر الجنائي، و أثره في إنهاء الخصومة الجنائية دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، 2008.

* ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، 2011.

ثالثا : المجلات.

* العابد العمراني المولودي، الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي و التونسي نمودجا، مجلة القانون و الأعمال، تونس، 2013.

رابعا : القوانين.

* مجلة الإجراءات الجزائية التونسية المؤرخة في 1968/08/06 الرائد الرسمي 32 المعدلة و المتممة بمقتضى- القانون 93 المؤرخ في 2002/10/29.

* القانون رقم 92 المؤرخ في 1995/11/9 المتضمن مجلة حماية الطفل التونسية الرائد الرسمي عدد 90 المؤرخ في 1995/11/10.

* القانون رقم 515/99 المؤرخ في 1999/06/23 المعدل بالقانون رقم 204 الصادر في 2004/03/09 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

* القانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل الجزائري الجريدة الرسمية رقم 39 المؤرخة في 2015/07/19.

* الأمر رقم 02/15 الصادر في 2015/07/23 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري رقم 156/66، الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 2015/07/29.

خامسا : القرارات و التوصيات.

* القرار رقم 40/22 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985 المتعلق بقواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث قواعد بنكين.

* القرار اللائحي الصادر عن المجلس الأوروبي في 15 مارس 2001.

* القرار رقم 25/12 الصادر في فيينا 2002.

* التوصية 19/99 الصادرة عن المجلس الأوروبي.

التدخل الدولي وجدلية السيادة*

أ/ بوسحابة لطيفة- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون -تيارت

الملخص :

يعتبر موضوع السيادة من المواضيع الأكثر جدلا على الإطلاق ، على اعتبار انه مصطلح يرتبط ارتباطا وثيقا الصلة بالدولة وخصائصها ، فالسيادة تعتبر احد أهم المقومات التي تركز عليها البنية القانونية للدول ، والمساس بهذا المبدأ يعد خرقا لأهم ركائزها ، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بتدخل دولي ، فهنا يصبح كيان الدولة بأكمله مهددا بالاندثار، حيث تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على ماهية هذا المصطلح ، وما يحيط به من خصائص وميزات ، كذلك علاقته بمصطلح التدخل الدولي ، خصوصا وان هذا الأخير مبدأ نقيض للسيادة الوطنية ، فلا يمكننا القول بالمبدأين ، فلا السيادة تستطيع الدول على إطلاقها لتكرس مبدأ التدخل ، ولا التدخل يستطيع إلغاء السيادة ليفرض كيانه هو الآخر ، إلا أن الواقع شيء آخر خصوصا مع ما تشهده الساحة الدولية من خروقات وتجاوزات فقد تراجعت السيادة ولم تعد على إطلاقها تاركة بذلك المجال للتدخل الدولي، فقد أصبح كلاهما وجهان لعملة واحدة ألا وهي حماية حقوق الإنسان.

الكلمات الدالة : السيادة ، التدخل ، حقوق الإنسان ، العالمية

Résumé:

Il fait l'objet de la souveraineté des sujets les plus controversés du tout, au motif que le terme est étroitement associée étroitement liée à l'état et les caractéristiques, la souveraineté est l'un des ingrédients les plus importants qui sous-tendent la structure juridique des pays, et les préjugés à ce principe est une violation des piliers les plus importants, en particulier en ce qui concerne l'intervention internationale, ici entité, l'Etat tout entier est menacé d'extinction, que cette étude vise à faire la lumière sur la nature du terme, et les propriétés et caractéristiques, ainsi que sa relation avec le terme intervention internationale, d'autant plus que le principe ci contraire à la souveraineté nationale environnante, on ne peut pas dire des principes, il n'y a pas de souveraineté peut inverser le

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/18

lancement d'un principe dédié d'intervention, et l'intervention peut annuler la souveraineté pour imposer son être est l'autre, mais la réalité est toute autre chose, surtout avec celle observée sur la scène internationale des violations et des abus ont baissé la souveraineté est plus sur le lancement, laissant ainsi le champ d'intervention internationale, il est devenu à la fois sont les deux faces d'une même médaille pas Il est la protection des droits de l'homme.

Mots clés: la souveraineté, l'intervention, les droits de l'homme, les mots mondiaux.

مقدمة

لم تعد حقوق الإنسان حكرا على الأنظمة القانونية الداخلية بل أصبحت بفعل تصاعد مركز الفرد في المجتمع الدولي، محل اهتمام التنظيم الدولي المعاصر ، وقد بات راسخا أن احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية شرط أساسي لحفظ ما يعرف اليوم بالسلم والأمن الدوليين .

حيث انه من بين أهم مقاصد وأهداف ميثاق هيئة الأمم المتحدة ، هو إنماء العلاقات بين مختلف الشعوب والأمم ، فالدولة عموما عند مصادقتها على أية معاهدة أو اتفاقية تصبح تلك المعاهدة جزءا من تشريعها الداخلي بل وتصبح مكتملة لهذا التشريع ، بحيث تتوافق التشريعات الوطنية مع هاته المعاهدة..

ومع ما يشهده العالم في الوقت الراهن من صراعات وخرافات لمبادئ القانون الدولي ، بل وإقصاء لحقوق الإنسان واستغلال لكرامته ، صار لازما أن تتبنى التشريعات الوطنية أيديولوجية جديدة تعرف بالحماية الدولية ، هاته الأخيرة تجبر الدول على أن ترضى بالحق في التدخل من قبل الهيئات الدولية في حال خرق ما تمليه الاتفاقيات الدولية من حقوق .

الأمر الذي جعل الدول والحكومات لا تبدو كسابق عهدها ، حيث لم تعد تمارس حقها السيادي على إطلاقه، فالיום ومع ما تشير إليه المتغيرات الراهنة في ظل نظام دولي جديد تثار العديد من التساؤلات حول مصير السيادة الوطنية المطلقة للدولة ، هذه السيادة التي تعتبر إحدى أهم المقومات الأساسية التي تبنى عليها نظرية الدولة في الفكر السياسي والقانوني ، كما تعتبر إحدى أهم أسس التنظيم الدولي التي تحكم العلاقات بين الدول وتحدد حقوقها وواجباتها ، فمع عالمية حقوق الإنسان وتراجع مبدأ عدم التدخل ، تراجع مفهوم السيادة ، الأمر الذي يجعلنا ننظر بنسبية هذا المفهوم ؟ ونطرح الإشكال التالي : إلى أي مدى أصبح تكريس مبدأ السيادة يعتبر عائقا أمام حماية حقوق الإنسان ؟

وهي الإشكالية التي تطرح بدورها العديد من التساؤلات ؟

ماهية السيادة الدولية ؟ وهل يعتبر التدخل الدولي لحماية الأفراد والشعوب من الانتهاكات الممارسة ضدهم أمر فيه تقييد للسيادة ؟ وإلى أي مدى يعتبر التدخل الدولي حقا شرعيا ؟
وبهدف الإجابة على مجموع هذه التساؤلات المطروحة ، قمنا بصياغة خطة بحثنا كالآتي :

مقدمة

المبحث الأول : ماهية السيادة

المطلب الأول : تعريف السيادة

الفرع الأول : صفات السيادة وأثارها

أولا : صفات السيادة

ثانيا : أثارها

الفرع الثاني : خصائص السيادة

المبحث الثاني : التدخل الدولي

المطلب الأول : مفهوم التدخل الدولي

الفرع الأول : التدخل الدولي بالمنظور الضيق

الفرع الثاني : التدخل الدولي بالمنظور الواسع

الفرع الثالث : تراجع السيادة الوطنية في ظل تكريس مبدأ التدخل

خاتمة

المبحث الأول : ماهية السيادة

يعد مبداء السيادة قديما قدم فكرة الدولة ذاتها وقد ظهر هذا لمبدأ لتأكيد وجود الدول الأوروبية الحديثة وذاتيتها ، في مواجهة الولاء المزدوج للبابا وللإمبراطور ، وفي واقع الأمر أن مبدأ السيادة بات من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي المعاصر بل ومن المبادئ الدولية الرئيسية التي يقوم عليها النظام الدولي الراهن ، وهو ما دعا واضعي ميثاق الأمم المتحدة إلى النص على مبدأ السيادة في المادة 2 من الميثاق¹.

المطلب الأول : تعريف السيادة .

لقد حاول العديد من الفلاسفة وفقهاء القانون إيجاد مفهوم محدد لمصطلح السيادة ، فمنهم من يرى أن فبداً السيادة معناه سلطة الدولة على سكانها وإقليمها دون أية قيود أو شروط ، بمعنى أن جل تعريفات السيادة ومعانيها يتلخص حول محور أساسي ، يتمثل في المبدأ القانوني والسياسي الذي تمارسه الدولة على شعبها وفوق

¹ زديك الطاهر والعربي رزق الله بن مهدي ، العولمة ومبدأ تفويض السيادة بحث منشور في مجلة الباحث كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 2 لعام 2003 ص35

إقليمها، وكذا العلاقات التي تقيمها الدولة، خارج هذه الحدود مع أشخاص المجتمع الدولي الأخرى، من غير الدول على نحو يجعلها تخضع بشكل مغاير لقواعد القانون الدولي¹، فالسيادة معناها أن الدولة لها السلطة العليا على جميع الشؤون الواقعة في نطاق الأراضي الخاضعة لسلطانها الإقليمي، بمعنى أن الدولة حرة في تصرفاتها ولا تخضع لسلطة اعلي منها لا داخليا ولا خارجيا، وإنما هي صاحبة الأمر والنهي على أراضيها وسكانها وكذا استقلالها السياسي، لذا فقد استقر الفقه الدولي على اعتبار السيادة ركنا من أركان الدولة²، و بالتالي فالمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، تدخل في صلب الاختصاص الداخلي للدولة، فالسيادة تعني حسن تنفيذ القواعد القانونية ضمن إقليم الدولة وأحيانا خارجه، وهذه المسألة هي من الاختصاص الداخلي من جانب دولة، تمنع التدخل في شؤونها الداخلية من طرف أي سلطة خارجية سواء كانت دولة أو منظمة دولية³، كما يرى فريق آخر أن السيادة صفة للسلطة، والسلطة ذات سيادة تشكل إلى جانب الإقليم والسكان أركان الدولة، ولا يمكن أن تكتمل الشخصية القانونية للدولة، إلا بتوافر الأركان الثلاث، وإذا كانت السيادة إحدى أهم خصائص وسمات الدولة الحديثة، فإن من يملك السيادة هم الأفراد وفقا لنظرية سيادة الشعب، أو الأمة، كما أن للسيادة مظهران: داخلي وخارجي فالمظهر الداخلي يعني أن سلطة الدولة على إقليمها شاملة وسامية، أما المظهر الخارجي فيتمثل في عدم خضوع الدولة لأي سلطة أجنبية أو دولة أخرى⁴.

الفرع الأول : صفات السيادة وآثارها

أولا : صفات السيادة

من صفات السيادة كما جاء في الدستور الفرنسي الصادر في 1791: أن السيادة واحدة لا تقبل التجزئة ولا التصرف فيها، ولا تخضع للتقادم المكسب أو المسقط. ومعنى ذلك⁵:

- 1- تكون السيادة واحدة، أي أنها منفردة ومانعة لغيرها من الحلول محلها
- 2- لا تقبل التجزئة، أي أنها لا تتعدد ولا كنا بصدد دولتين.
- 3- لا تقبل التصرف بمعنى عدم جواز التنازل عنها.

¹ عبد القادر تومي، العولمة، فلسفتها، مظاهرها، تأثيرها مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع 2009 ص 128-129

² ماجد عمران، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص 464.

³ أحمد وافي، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011 ص 13.

⁴ نواري أحلام النظام القانوني لمبدأ عدم التدخل في ظل التكتلات الإقليمية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجليلي، 2010-2011 ص 75

⁵ عبد القادر تومي مرجع سابق ص 129.

4- المقصود بعدم التقادم المكسب أو المسقط للسيادة ، هو انه في حالة احتلال دولة لجزء من إقليم دولة أخرى ، فإنها محمّا طالت المدة يبقى هذا الإقليم ملكا للدولة صاحبة السيادة عليه ، إلا في حالة توقيع معاهدة صلح بذلك .أنها مطلقة ومعنى ذلك أنها لا تحدها حدود.

ثانيا : آثارها

- يترتب عن مفهوم السيادة العديد من الآثار منها أن تتمتع الدولة بكافة الحقوق والمزايا الكامنة في سيادتها، كإبرام المعاهدات الدولية، والتمثيل الدبلوماسي والقنصلي، هذا على الصعيد الخارجي ، أما على الصعيد الداخلي، أن تنصرف الدولة في مواردها الأولية وثرواتها الطبيعية، بالإضافة إلى المساواة بين الدول قانونا حتى ولو كان هناك اختلاف في المساحة أو الموارد الاقتصادية.

- الفرع الثاني: خصائص السيادة

- تعني السيادة سن وتنفيذ القواعد القانونية ضمن إقليم الدولة وأحيانا خارجه، وهذه المسألة هي من الاختصاص الداخلي الذي لا يجوز التدخل فيه ،هذه هي السيادة¹. حيث انه من أهم خصائصها :

- 1_الاستمرار:بمعنى السيادة تستمر ما استمرت الدولة .

- 2_الكلية :عدم تجزئة السيادة إلى عناصر بحيث لا توجد أكثر من سيادة واحدة في وقت واحد وفي وطن واحد.

- 3_الشمولية :أي شمول السيادة على كل الإقليم بما فيه من أشخاص وثروات.

- إلا إنّ هناك فرق بين السيادة المشروعة بواسطة القانون، والسيادة الفعلية القائمة بحكم سيطرة الأمر الواقع، فالأولى مطلقة داخل حدود الدولة باستثناء ما تحد من سلطتها بإرادتها، من خلال اتفاق تعقده مع حكومة، فالسيادة هي التي تحول للدولة الحق بالتشريع وتطبيق قوانينها ، ومحكمة الأشخاص والأفعال داخل إقليمها الوطني، والحق في الدخول في علاقات مع الدول الأخرى، وعقد الاتفاقات والمعاهدات الدولية والتمتع بالحصانات.

¹ منى محمود مصطفى ،استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي العام بين الخطر والإباحة ، دار النهضة العربية ، 1979ص35

- كما أنها تكفل المساواة والتكافؤ بين الدول واحترام الاستقلال السياسي والسلامة الإقليمية للدولة وتوجب عدم تدخل أي دولة في شؤون دولة أخرى، والواقع أن فكرة السيادة، أصبحت لا تمثل أكثر من مجاز قانوني عارض وليس من المقبول أن نركز على فكرة احترام استقلال الدولة وسيادتها، في علاقة هذه الدول بغيرها من الدول، ذلك أن الوعي الاجتماعي العربي قد هدد كثيرا من مفهوم السيادة في المجال العربي تمهيدا للانتقال إلى مرحلة اندماج تلك السيادات .

- فقد أصبح اليوم مفهوم السيادة، يتعرض لكثير من صور الاختراق، وهو ما يدل على اثر العولمة القوي، إما عن طريق الأطراف التي تخترق مفهوم السيادة فنجد الدول القوية بفرض سيطرتها من جهة وكذلك الشركات المتعددة الجنسيات، التي أصبحت تؤثر على سياسة الدول، واقتصادها من جهة أخرى . كما أن الشركات العالمية اخترقت أسوار الدولة وجعلتها شكلية فقط خاصة بعدما أصبح العالم كله مجالا لتسويق السلع التامة التصنيع وتسويق عناصر الإنتاج، وكذا المعلومات والأفكار وتخطيها للحواجز الجمركية، إما بالاستثمار المباشر داخل البلد أو عن طريق اتفاقيات أخرى¹.

المبحث الثاني: التدخل الدولي

لقد اتفقت الدول الأوروبية في مؤتمر وستفاليا عام 1648، على مبدأ السيادة الإقليمية من اجل تحقيق السلام الدولي، حيث لم تكن حقوق الإنسان جزءا من السياسة الدولية، رغم بعض الاستثناءات، و منذ مؤتمر وستفاليا وحتى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قبلت الدول بهذا المبدأ، لأن فيه تحقيقا للسلام والاستقرار، إلا أن هذا النظام ما فتأ يتراجع ليصبح ضعيفا في نهاية القرن العشرين، حيث أصبحت الدولة مجبرة على تقبل هذا التراجع وذلك من اجل الصالح العام، فقد أخضعت بعض صلاحياتها السيادية لبعض القيود، ونتيجة لذلك لم تعد السيادة التي تتمتع بها الدولة مطلقة، وبالتالي لم يعد التدخل في الشؤون الداخلية للدولة أمرا غير مشروع كما كان في الماضي، بل أصبح أمرا جائزا تبرره الأوضاع الراهنة .

المطلب الأول : مفهوم التدخل الدولي

لقد بات من المباح للمجتمع الدولي التدخل لمنع الظلم في أي بقعة من العالم وبذلك أصبحت الدول غير مطلقة اليد في مواجهة مواطنيها، كما يحلو لها، إنما ترد عليها قيود والتزامات لا تستطيع الخروج عنها، إلا أن هناك من يرى التدخل بمنظور واسع بمعنى أن التدخل يكون بعدة وسائل منها الضغوط السياسية والاقتصادية وكذلك الدبلوماسية، على غرار من يراه بمفهوم ضيق أي أن التدخل يقتصر على استخدام القوة العسكرية .

الفرع الأول : التدخل الدولي بالمنظور الضيق

¹ فوزي اوصديق، مبدأ التدخل والسيادة لماذا؟ وكيف؟ دار الكتاب الحديث، مصر 1999، ص 237.

لقد اختلف الفقه حول تحديد ماهية التدخل الدولي في الفترة السابقة ، حيث قال فوشي : بان التدخل بصفة عامة غير مشروع إلا في حالات استثنائية وعددها على النحو الآتي :

1- حالة اعتداء دولة على الدولة المتدخلة .

2- دفع اعتداء يقع على الحقوق الإنسانية لهذه الدولة المتدخلة .

3- حالة التدخل لاعتبارات إنسانية ¹ .

ويعرف الدكتور محمد الفار التدخل بأنه ضغط تمارسه دولة أو عدة دول على دولة أخرى بقصد إلزامها بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، أو بالعدول عن تصرفات تعسفية تؤتيها الدولة ضد المصالح الخاصة لدولة أجنبية أو الأجانب المقيمين على أراضيها ، كما أن هناك من يرى أن التدخل يقتصر- على ذلك السلوك المتسم بالعنف، أي استخدام القوة العسكرية ، كما أكد الفقيه Mario battati على مبدأ الضرورة ومبدأ النسبية ، أي أن يكون التدخل العسكري نتيجة لانتهاكات خطيرة لا غير ، فضرورة التدخل تقدر بقدرها ² .

الفرع الثاني : التدخل الدولي بالمنظور الواسع

إن الاتجاه المدافع عن المفهوم الواسع للتدخل الإنساني لا يربط بين التدخل الذي يتم لأغراض إنسانية ، وبين استخدام القوة المسلحة ، فهذا النوع من التدخل يمكن أن يتم بوسائل أخرى غير اللجوء إلى هذه القوة ، كاستخدام وسائل الضغط السياسي ، أو الاقتصادي أو الدبلوماسي ³ ..

بينما يرى فريق آخر انه لا يقتصر- على استخدام القوة فقط ، وإنما يشمل أي فعل يؤثر في شخصية الدولة وسيادتها واستقلالها .أي انه يشير إلى ممارسات خارجية تؤثر على الشؤون الداخلية لدولة أخرى ذات سيادة ⁴ ، فالتدخل في شؤون الدولة الأخرى كان و ما زال سببا في إشعال فتيل الحرب و نار الفتنة ، في شتى بقاع العالم ، وان المجتمع الدولي رفض المبدأ رفضا قاطعا ، كما انه رفض التهديد باستعمال القوة ، فالدعوة إلى التدخل تجر وراءها أثارا وخيمة لا تحمد عقبائها ، فإذا كانت السيادة منذ نشأتها تمثل أداة الحماية للدول المستضعفة ، فان التدخل هو تعبير غربي لمصطلحات العدالة والحق .

¹ حساني خالد ، مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، السنة الثالثة ، المجلد 5، 2012 ص11.

² جوزيف س ناي .الابن المنازعات الدولية ، مقدمة للنظرية والتاريخ 1993، ترجمة احمد أمين الجمل ومجدي كامل الطبعة العربية الأولى ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة 1997 ص192.

³ - أحمد بشارة موسى ، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2009 ص 66 67.

⁴ ماجد عمران ، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق ص464.

فبدأت السيادة وعدم مشروعية التدخل في شؤونها الداخلية معناه ، أن الدولة لها السلطة العليا على جميع الشؤون الواقعة في نطاق الأراضي الخاضعة لسلطانها الإقليمي¹ ، و من أبرز النواحي التي طالها التدخل الدولي هي علاقة الدولة مع رعاياها، خاصة في مجال حقوق الإنسان وجميع النواحي الاقتصادية بين الدول.

الفرع الثالث: تراجع السيادة الوطنية في ظل تكريس مبدأ التدخل

على الرغم من أن مفهوم السيادة، مازال يتمتع ببعض مظاهره الأساسية فإنه وبفعل العديد من التحولات العالمية بدأ يتراجع أمام تطور العلاقات الدولية والقانون الدولي، حيث أخذت مظاهر السيادة الوطنية التقليدية بالتراجع²، فقد كان من بين نتائج تراجع مبدأ السيادة الوطنية للدولة أنه تزايدت إمكانية التدخل في الشؤون الداخلية للدولة الأخرى، فقد تعددت وتنوعت مبررات التدخل الأجنبي في ذلك.

- مثلاً: التدخل لاعتبارات إنسانية والتدخل لحماية حقوق الإنسان والتدخل بدعوى مقاومة الإرهاب
الح³، وتعتبر هيئة الأمم المتحدة أهم مصدر لشرعية التدخلات، كحرب الخليج الثانية مثلاً، والأزمة الصومالية.

- فقد تنامت أشكال التدخل وتباينت مجالاته ودوافعه، بل أصبح ينظر إليه على أنه نتاج للتطورات الدولية الحاصلة.

- كما أن مبدأ عدم التدخل، يعتبر من المبادئ الراسخة في القانون الدولي وقد انبثق عن مبدأ السيادة لذا تم تكريسه في ميثاق الأمم المتحدة (المادة 2 الفقرة 9) إلا أنه ومع ما شهده العالم من عديد المآسي دعت الأمين العام للأمم المتحدة في دورة الجمعية العامة سنة 1999 إلى إجازة التدخل⁴.

¹ نواري أحلام، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية الراهنة، دفاتر السياسة والقانون العدد4 جانفي 2011 ص 30.
² علي أبو هاني تراجع مبدأ السيادة في ظل النظام الدولي الجديد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، العدد6 مارس 2012 ص 20 .
³ عرار كوثر، اثر الازدواجية القضائية على الحريات الأساسية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013-2014: "تعتبر الضمانات القضائية وسيلة لحماية الحريات وهذا بتوافر متطلبات معينة بدونها تكون الضمانات خالية من الفعالية والقوة، وهذه المتطلبات هي استقلال القضاء وحياده والمساواة أمام القضاء ومبدأ الرقابة على دستورية القوانين، حيث تعد عملية الرقابة القضائية أكثر أنواع الرقابة على أعمال الدولة والإدارة العامة وجوداً وتحقيقاً وحياداً ونزاهة وموضوعية وقوة وفعالية من الناحية القانونية لضمان سيادة فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية ولكفالة وحماية الحقوق والحريات بصورة مضمونة".
⁴ بوبشير محمد امقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص. 308، فق. 2: "ولكن باعتبار القضاء غير معصومين من الخطأ ولا يستبعد ظلمهم، فقد تكون أحكامهم معيبة من حيث الشكل وعلى غير حق من حيث الموضوع، لسبب يتعلق بالقانون أو بتقدير الوقائع، ومقتضيات العدالة وواجب ضمان حقوق المتقاضين يقتضيان السماح لمن صدر عليه الحكم، يراه مشوباً بغيب من العيوب أن يطرح النزاع من جديد على القضاء لإعادة النظر في الشيء المقضي، لعله يصل إلى ما يراه أنه الحق أو الصواب."

- غير أن كثرة التداخل بين مصالح الدول المختلفة ، أدى إلى عدم إمكانية مراعاة مبدأ عدم التدخل بصفة مطلقة واضطرار الدول في بعض الأحيان إلى الخروج عنه لصيانة مصالحها الخاصة أو مصالحها العامة ، كما حاولت الدول الضعيفة ، استغلال المبدأ لتحوّله إلى قاعدة دولية مطلقة من خلال إصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، عددا من الإعلانات منها: إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدولة وحماية استقلالها وسيادتها رقم 2131 عام 1965 .

- حيث تنص الفقرة الأولى منه "إن الجمعية العامة ، إذ تدرك أن المراعاة التامة لمبدأ عدم تدخل الدول في الشؤون الداخلية والخارجية للدول الأخرى ، هي ضرورة لتحقيق مقاصد الأمم المتحدة، تعلن انه ليس لأي دولة حق التدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، ولأي سبب كان في الشؤون الداخلية والخارجية لأي دولة أخرى.

- وعلى الرغم من أن مبدأ عدم التدخل وبموجب الميثاق الأممي ، وإعلانات الجمعية العامة يعتبر حجر الزاوية في العلاقات الدولية، إلا أن الممارسات الدولية تكشف عن عدم تقيد الدولة به في سياستها الخارجية، فهي تبرر التدخل إذا اتفق مع مصالحها الدولية، وتستنكره إذا لم يكن فيه مصلحة، كما أن أبرز تبعات التدخل الإنساني، هو مساسه بالسيادة الوطنية للدولة المعنية ،هذا المبدأ الذي ظل أساسيا في العلاقات الدولية، وتم تدوينه في ميثاق الأمم المتحدة في البند 2فقرة 7 .

- حيث تمنح هذه السيادة للدولة الحق الشرعي في تسيير شؤونها الداخلية بحرية بعيدة عن أي تدخل خارجي ، وتمنع الدول القوية من التدخل في شؤون الدول الضعيفة .

- إلا انه لا يمكننا التغاضي عن الدور المهم لمبدأ التدخل، وعن تكريسه، إلا انه يجب أن تكون هناك ضوابط، تحمل قدرا من التوافق بين جميع القوى الدولية ، سواء القوية أو الضعيفة ، فإذا تداخلت المفاهيم الدولية أصبح القانون الدولي محددا بالانهيار .

- فالتدخل باسم حقوق الإنسان ونشر الديمقراطية في العالم ، أصبح يثير العديد من الإشكالات ،لذا فقد أصبح اليوم مهما النهوض بمستوى قواعد القانون الدولي وتكييفها وفق المتغيرات الدولية الراهنة ، فيشاق الأمم المتحدة الذي ينص على حفظ السلم والأمن الدوليين ، من جهة يمنح للقوى الكبرى في العالم شرعية التدخل بحجة ترسيخ حقوق الإنسان ، مما يستدعي من المنظمة الحد من تجاوزات هذه الدول المهيمنة .

خاتمة:

وفي الأخير يمكننا القول أن التطورات الراهنة في النظام الدولي، على الرغم من أنها قلصت من السلطات والوظائف التقليدية للدولة، إلا أنها لم تأت على السيادة، ومع هذا لا يمكننا أن ننكر أن السيادة، تواجه في الوقت الحاضر وضعاً صعباً بسبب القيود والضوابط والشروط التي تفرض على الدولة في ممارستها لسيادتها.

- وجل الأمر أن الدولة، لم تعد مطلقة اليد في شؤونها الداخلية كما كانت في الماضي، بل أصبحت محكومة ومقيدة بضوابط وشروط تضمن عدم تعارض إدارتها لشؤونها الداخلية مع التزاماتها ومسؤولياتها الدولية، وعدم المس بحقوق ومصالح الدول الأخرى والأشخاص الدوليين الآخرين.

وما يمكننا قوله في هذا السياق أن الشعوب لم تعد تريد سيادة تقوم مبادئها على استغلال كرامة الفرد وإهدار حقوقه وانتهاكها.

وان كان للسيادة دور فإن أهم دور تقوم به هو حماية الأفراد من الاستبداد والظلم والجور.

دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية* عميري أحمد- باحث دكتوراه - جامعة سيدي بلعباس.

ملخص

باهتمام أوروبي من خلال توجيهات أصدرها، واهتمام فرنسي- من خلال تشريعات أقرها، ظهر نظام قضائي في إطار قضاء الإلغاء له صفة الاستعجال محله القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة في معرض إبرامها لعقود تفويضات المرفق العام وعقود الصفقات العمومية، متى كان في هذه القرارات مساس أو انتقاص لمبدأ العلانية والمنافسة الذي يفترض أن يكون أساسا تقوم عليه إجراءات الإبرام، ويفصل القاضي الاستعجالي في الموضوع وعلى وجه السرعة، خلافاً للدعوى الإدارية الاستعجالية العادية التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات تحفظية لا تمس بأصل الحق.

Résumé :

Une importance particulière que les européens lui ont accordé à travers leurs recommandations et les français à travers leurs législations ; Un nouveau système judiciaire est mis en place dans le cadre du recours en annulation a caractère d'action en référé concernant les décisions administratives émanant de l'administration dans le cadre de passation des contrats de délégation de service public et des marchés publics. Lorsque ces décisions portent atteinte aux principes de transparence et de concurrence sur lesquels reposent les procédures de passation.

Le juge des référés statue dans le fond à l'inverse de l'action administrative en référé ordinaire qui vise à prendre des actes conservatoires sans porter sur le fond du droit

مقدمة

يعد القضاء الكامل هو الأصل لتسوية منازعات العقود الإدارية، سواء أكان في مرحلة تكوينها أم تنفيذها، ويمتد اختصاصه إلى كل ما يتفرع عن ذلك، وتتفرع الدعاوى في هذا النوع من القضاء إلى عدة أنواع، كدعوى بطلان العقد ودعوى طلب المبالغ المالية أو التعويض ودعوى إبطال بعض التصرفات الإدارية المخالفة للعقد، ودعوى فسخ العقد، ودعوى الاستعجال الإداري في مجال العقود الإدارية، وهي الدعاوى التي تقام بشأن

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

المنازعات المتعلقة بمحلة إبرام العقد الإداري ولهذا أطلق عليها تسمية دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد⁽¹⁾،

وقد استحدث المشرع بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قواعد إجرائية جديدة تتعلق بالقضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، كما هو الشأن في القوانين المقارنة التي اعتمدت نظام القضاء الإداري الذي أوكل له المشرع صلاحية النظر والفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها⁽²⁾.

الاستعجال ما قبل التعاقد *Référé précontractuel* هو نظام يميز للغير الذي أصابه ضرر من جراء الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة إخطار قاضي الاستعجال قبل إبرام العقد، من أجل فرض احترام مبادئ الشفافية والنزاهة في إطار المنافسة⁽³⁾.

بالرجوع إلى المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجدها تنص: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"، أما المادة 209 من نفس المرسوم تنص: " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"⁽⁴⁾.

لأجل ذلك تبنى المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باباً مستقلاً في الفصل الخامس بعنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، من الباب الثالث بعنوان " الاستعجال"، من الكتاب الرابع بعنوان " في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، حيث كرس المادتين 946 و 947 لتنظيمه وبيان أحكامه⁽⁵⁾.

فما مفهوم الاستعجال قبل التعاقد؟ وما مدى فعاليته في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية؟.

سوف نتطرق إلى الاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم نبين بعد ذلك كيف كرس المشرع الجزائري قواعد خاصة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد (المبحث الثاني).

¹ - د/ محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل 2013، ص 5، 6.

² - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد (50)، صادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

³ - نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 253.

⁴ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 261، 262.

⁵ - سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص 29.

المبحث الأول : الاستعجال القانوني في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية

هذا النوع من منازعات إبرام العقود الإدارية يؤول إلى اختصاص القضاء الاستعجالي الإداري بنص القانون، حتى ولو لم تتوافر شروط الاستعجال (عنصر الاستعجال)، وحتى لو مَسَّ التدبير المطلوب اتخاذه بأصل الحق.

أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذا النوع من المنازعة الإدارية - المتعلقة بإبرام العقد الإداري- التي آلت إليه بنص القانون، فإنه لا ينظر إلى مدى توافر عنصر- الاستعجال من عدمه، وإنما يتحقق من مدى دخول الحالة المعروضة عليه ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً⁽¹⁾.

وبما أن الهدف المبتغى من الدعوى الاستعجالية هو إرساء وتكريس المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، أطلق عليها الفقه اسم الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (المطلب الأول)، وتتميز هذه الدعوى الاستعجالية بنظام قضائي خاص بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية Le référé précontractuel

يعدُّ الاستعجال قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية والعقود الإدارية من المسائل التي قَتَّبها المشرع الجزائري لأول مرة في القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ورغم أنَّ هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس الاستعجالي ما قبل التعاقدية منذ سنة 1992، بمقتضى- القانونين 92-10 الصادر في 04-01-1992، والقانون 93-1416 المؤرخ في 29-12-1993. إلَّا أنَّه يُعدُّ اتجاهًا محمودًا يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود الإدارية⁽²⁾.

وهدف المشرع الجزائري من استحداث الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية بموجب القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو تحقيق التطبيق الصارم لمبادئ إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، حيث أن وجود مثل هذا النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سيضمن احترام التطبيق السليم والصارم للمادتين 5 و209 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع⁽³⁾، اللتان تُحددان مبادئ إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

سوف نتطرق إلى مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نستعرض خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (الفرع الثاني).

¹ - عبد الوهاب كمال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 05 فيفري 2015، ص 226.

² - Loi N° 2000-597 du 30 j 2000 relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000 page 9948.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 255.

الفرع الأول: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقد

بالموازاة مع الاستعجال الإداري المنصوص عليه في القواعد العامة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للجزائر، والقانون 597-2000⁽¹⁾ بالنسبة لفرنسا والمدرج في قانون العدالة الإدارية (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، نجد استعجال إداري ذو طابع خاص يحتوي على ميكانيزمات معينة الهدف منها هو اتخاذ تدابير ذات طابع نهائي بحيث لا يجد قاضي الموضوع ما يفصل فيه، لكن المشرع - سواء الجزائري أو الفرنسي- جعل تلك التدابير الموضوعية تتخذ تبعاً للطرق الاستعجالية، بما في ذلك من تقليص لمواعيد رفع الدعوى - بالنسبة للقانون الفرنسي - والتحقيق وكذا الفصل فيها، وأيضا طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية⁽²⁾.

فالقضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال العقود الإدارية Référé précontractuel، فقد عرفه الدكتور محمد مختار نوح بقوله: "القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد هو إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوربي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية"⁽³⁾.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري - وفق قواعد مطابقة لحد كبير مع التشريع الفرنسي - طبقاً للمادتين 946، 947 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المستحدثان ضاماً للتطبيق الصارم لقواعد الإشهار والمنافسة التي يجب أن تؤسس عليها كافة إجراءات عملية إبرام العقود الإدارية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

تتميز الدعوى التي جاءت بها المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية - المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي حالياً -، بجملة من الخصائص أسبغت عليها أهمية خاصة في ضمان مبدأ العلانية والمنافسة عند إبرام العقود الإدارية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: هي تقنية قضائية قبل تعاقدية:

أي تُثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وتهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه، وهي بذلك ذات طابع وقائي، فالهدف الأساسي من هذه الدعوى يكمن في منع كل مخالفة تمس بمبدأ العلانية

¹ - د/ محمد مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 841.

² - آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012/2011، ص 406.

³ - محمد سعيد غندور، عمار مرشعة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014، ص 330.

⁴ - د/ محمد مختار نوح، مرجع سابق، ص 845.

والمنافسة التي تتعلّق بإبرام العقد الإداري، وبتالي فهذا النوع من الدعاوى الاستعجالية الإدارية تتحرى المخالفات أثناء إجراءات التعاقد وقبل إتمام العملية التعاقدية⁽¹⁾.

ثانياً: هي دعوى تُحوّل القاضي سلطات هامة:

فهي تُحوّل القاضي سلطات واسعة، بل غير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، فالقاضي عندما يبت في مثل هذه الدعوى يتمتع بسلطات الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation وإبطال بعض شروط العقد، ولكنه لا يمكنه منح التعويض⁽²⁾، وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل عند التطرق إلى سلطات القاضي الاستعجالي الإداري أثناء نظره الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

ثالثاً: يمكن للقاضي عند نظره في الدعوى أن يَبْثُ في الموضوع:

فالقاضي عند نظره في هذه الدعوى يَبْثُ في الموضوع، وذلك بالتصدي للخروقات المرتكبة بشأن مبادئ العلانية والمنافسة، وذلك على خلاف الدعوى الاستعجالية الإدارية العادية التي يأمر فيها القاضي بتدابير تحفظية لا تمس بأصل الحق ولا يحوز الأمر الصادر بشأنها حجية الشيء المقضي فيه، أمّا القاضي وهو ينظر في الدعوى الاستعجالية الإدارية ما قبل التعاقدية فيصدر أوامر تمس بأصل الحق (ينظر في موضوع الدعوى)، وتحوز تلك الأوامر حجية الشيء المقضي فيه.

المطلب الثاني: النظام القضائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

وتعتبر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مادة إبرام العقود والصفقات، من أهم الإصلاحات التي مسّت القضاء الإداري، كونها وسيلة فعالة تتيح للقاضي الإداري الاستعجالي معاقبة اللامشروعية التي تلحق بإجراءات إبرام العقود الإدارية، وذلك عن طريق إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية⁽³⁾.

كون هذه الدعوى - الاستعجال ما قبل التعاقدية - تعتبر من الضمانات المستحدثة لمجاهاة امتيازات السلطة العامة، فبالطبع كانت هناك أسباب معينة قد أدّت إلى التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدية في

¹ - أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 194.

² - خيرة هلالبي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 116.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الأول - في الاستعجالات الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 7.

الجزائر (الفرع الأول)، كما أنه هناك أسباب مُعَيَّنة تؤدي إلى تدخل القاضي الإداري الاستعجالي أو ما يعرف بحالات إخطار القاضي الاستعجالي أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدي في الجزائر

إنَّ المنتبِع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ بوضوح الإهمال التشريعي للقضاء الإداري الاستعجالي على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾. فلم يكن قانون الإجراءات المدنية القديم يتناول إجراءات الاستعجال الإداري إلا في مادة وحيدة وهي المادة 171 مُكْرَّر، والحقيقة أنَّ هذه المادة لم تكن كافية لمعالجة جميع حالات الاستعجال⁽²⁾، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تدارك المشرع هذا النقص الذي كان موجود سابقاً والمتعلق بإجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، وتمَّ إفراد الجهات القضائية الإدارية بإجراءات استعجالية خاصة بها.

ويلاحظ بأنَّ أحكام الاستعجال الإداري التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هي أحكام مستمدة من قانون القضاء الإداري الفرنسي- بِقِسْمِهِ التَّشْرِيْعِي والتنظيْمِي، ومن بين أهم هذه التدابير الاستعجالية المستحدثة هي: " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات "، والتساؤل الذي قد يتبادر إلى الأذهان هنا يدور حول الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري إلى تقنين الاستعجال قبل التعاقدي في هذه المرحلة بالذات؟ ويمكن تحديد الأسباب التي أدت إلى استحداث هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية فيما يلي:

- تعزيز آليات الرقابة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية:
- انتشار ظاهرة الإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية:
- الرغبة في تحقيق الشفافية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية:
- التأثر بالتجربة الفرنسية في مجال حماية مبادئ إبرام العقود الإدارية:

الفرع الثاني: حالات إخطار القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي

قلنا فيما سبق أن دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي قد ابتكرها المشرع الأوربي بقصد حماية مبادئ العلانية والمنافسة عند إبرام بعض العقود الإدارية، وقد مدَّ المشرع الفرنسي- مجال تطبيقها لتشمل كل عقود الشراء العام (الصفقات العمومية)، بالإضافة إلى عقود تفويضات المرفق العام، وهذا يعني أن هذه الدعوى لا يمكن أن تثار إلا في حالة حدوث مخالفات تخرق قواعد العلانية والمنافسة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية والأوربية على حد سواء، فهي دعوى مخصصة لحماية مشروعية الشفافية عند تبادل الإيجاب والقبول أثناء إبرام العقد الإداري.

¹ - د/ محمد مختار نوح، مرجع سابق، ص 867، 868.

² - نادية تياب، مرجع سابق، ص 264.

وقد توصل القضاء الإداري الفرنسي من خلال تطبيقاته لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد، إلى اعتبار الحالات التالية من قبيل خرق مشروعية العلانية والمنافسة، والتي تجيز إمكانية إثارة المستعجلة قبل التعاقدية⁽¹⁾:

- خرق قواعد الإشهار (العلانية):
- اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب:
- وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي:
- الإخلال بمعايير اختيار المتعامل الاقتصادي:
- عدم التقيّد بأحكام قانون المنافسة:

المبحث الثاني: تكريس قواعد خاصة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

عند الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يقتضي الأمر إخطار القاضي الاستعجالي من أجل تحريك الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية لحماية المبادئ المنتهكة من طرف المصلحة المتعاقدة⁽²⁾، وإنّ المشرع قد خصّ هذه الدعوى بإجراءات متميّزة ومنّح القاضي سلطات وصلاحيات واسعة⁽³⁾، لعل الغاية الإجرائية من هذا الاهتمام بالدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، يرجع إلى استجابة المشرع للتطورات الاقتصادية العالمية، حيث أولى المشرع الإجرائي الجزائري أهمية منقطعة النظير لمنازعات العقود والصفقات العمومية لاسيما تلك الناشئة عند مرحلة الإبرام، وحسن فعل المشرع باستحداثه لهذه الإجراءات الاستعجالية التي تُكرّس وتجسد ضمانات فعّالة لحماية للمال العام⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تزوّد المحكمة الإدارية الفاصلة تبعاً لإجراءات الاستعجال برقابة القضاء الكامل على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد لالتزاماتها بشأن الإشهار والوضع تحت المنافسة، وسنطرق من خلال هذا المبحث إلى شروط قبول دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية (المطلب الأول)، ثم الإطار الإجرائي لهذه الدعوى (المطلب الثاني).

¹ - عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعريش، الجزائر، 2012، ص 140.

² - راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 90.

³ - عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 13 جويلية 2011، ص 11.

⁴ - الحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية - دراسة قانونية تفسيرية -، طبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 36.

المطلب الأول: شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إنّ شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية تتعلق بعناصر أساسية، منها ما يتعلق باختصاص مرفق القضاء، ومنها ما يتعلق بشخص رافع الدعوى، ومنها ما يتعلق بالإجراءات الواجب اتخاذها من المدعي، وتنبتق أهمية هذه الشروط من كونها وضعت أساساً لتكون هذه الدعوى أداة فاعلة تحقق الغاية المرجوة منها بما يتناسب والسرعة التي تتطلبها الإجراءات الخاصة بها.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إنّ الاختصاص القضائي يعتبر مسألة من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وإنّ أهمية تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع، يكمن في تحديد القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية المطبقة على النزاع⁽¹⁾.

أولاً: الاختصاص النوعي:

بالرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

ولنكون أمام نزاع إداري، لا بد أن يكون أحد طرفي النزاع على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام، وهم المحددين حصراً في المادة 800 أعلاه⁽²⁾.

عكس فرنسا، فإن معيار الاختصاص في الجزائر تشريعي وليس قضائي، والمقصود بالمعيار العضوي هو أنّ العبرة في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية يرجع إلى وجود أحد أشخاص القانون العام كطرف في الدعوى - سواء مدعي أو مدعى عليه -، فكلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في النزاع كلما انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، بغض النظر عن طبيعة النشاط⁽³⁾.

وتظهر بساطة المعيار العضوي في الجزائر، في كون المتقاضي يعرف مسبقاً أنّ المحاكم الإدارية هي المختصة بنظر دعواه كلما كانت موجهة ضد أحد الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري البحت (دولة، ولاية، بلدية، أو مؤسسة عمومية إدارية) مع بعض الاستثناءات التي أشارت إليها المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو نصوص خاصة متفرقة⁽⁴⁾.

¹ - د/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص، الطبعة الخامسة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 9، 10.

² - المرجع نفسه، ص 11.

³ - يراجع المادة 2/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ - يراجع المادة 3/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالإضافة إلى المعيار العضوي، قد تكون المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في النزاع المتعلق بإبرام العقود والصفقات استناداً إلى المعيار الموضوعي - المادي - أو ما يعرف بمعيار التمويل أو معيار المال العام.

ثانياً: الاختصاص الإقليمي:

المقصود بالاختصاص الإقليمي هو الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية، ولقد أحالت المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من نفس القانون، فالقاعدة العامة أنّ الاختصاص الإقليمي يعود للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

إلا أنّ المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوردت ثمانية استثناءات على مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه المنصوص عليه في المادة 37 من نفس القانون، وهذه الاستثناءات من النظام العام لأنّ المشرع أوجب رفع بعض الدعاوى أمام محكمة معيّنة دون سواها، ويلاحظ بأنّ المشرع لم يأخذ بموطن المدعى عليه - بالنسبة لهذه الاستثناءات -، بل أخذ بموضوع النزاع أو مكان حصوله لتحديد الاختصاص الإقليمي تسهيلاً للإجراءات التحقيقية، ولكون مكان تواجد الوسائل الشبوتية تابع لاختصاص محكمة معيّنة.

فبالنسبة لمنازعات الأشغال العمومية - ما يُمُنّا في هذا الصدد منازعات الإبرام - تختص بالنظر فيها إقليمياً المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وهذا في مصلحة المدعي تسهيلاً لإجراءات المعاينات والخبرات المختلفة وإيصالها إلى المحكمة في أسرع وقت، كما أنّ المحكمة باستطاعتها الانتقال للمعاينة أو ندب رجل الفن للقيام بمهمة بخصوص هذه الأشغال⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمنازعات إبرام عقود اللّوازم أو الخدمات أو الدراسات، أو منازعات إبرام عقود تفويضات المرفق العام، فالمدعي يختار ما بين المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد والمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذه⁽²⁾.

أما بالنسبة لطبيعة الاختصاص في مجال المنازعات الإدارية، فنصت عليه المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام. يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي".

الفرع الثاني: الصفة والمصلحة

بالرجوع إلى المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الفصل الأول تحت عنوان " في شروط قبول الدعوى " من الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، نجد أنها تنص على

¹ - د/ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 36.

² - المرجع نفسه، ص 38.

ما يلي: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يشير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه..."¹.

والصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، وينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً بسبب عذر معين، وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كأن يحضر- شخص آخر نيابة عن المدعي بموجب وكالة خاصة، ففي هذه الحالة يتأكد القاضي من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقاً في مدى توفر عنصر الصفة لدى المدعي.

من المبادئ الإجرائية أنَّ الدعوى لا تقبل إلا إذا رفعت من ذي صفة وعلى ذي صفة، فكما يشترط القانون توفر عنصر الصفة لدى المدعي وإلا رفضت دعواه، يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه⁽¹⁾.

وكتكسب صفة المدعي، ضمن إجراء الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية، إما بحكم المصلحة وإما بحكم القانون:

أولاً: اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة:

حيث تُفتَّح هذه الدعوى لكل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، والذين يمكن أن يضاروا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة، وإنَّ مفهوم القابلية للضرر Susceptible de lésion لا يستلزم إثبات وجود ضرر قد تسبَّب فيه عيب العلانية والمنافسة محل الدعوى، بل يكفي أن يملك المعني فرصة جدية للضرر بالعقد المحتمل إبرامه (المصلحة المحتملة).

ويقصد بالمصلحة تلك المنفعة التي يُحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تنزيهاً للقضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها كالدعاوى غير المنتجة⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص على ما يلي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتم هذا الإخطار من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."، وبالتالي يكون المشرع قد كرس عنصر- الصفة بحكم المصلحة المحتملة، وهذا ما نستنتجه من عبارة "من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال".

¹ - القانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد (12)، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012، ص5.

² - يراجع المادة 16 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدلة بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

ثانيا: اكتساب صفة المدعي بحكم القانون (الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة):

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدتها تنص: "...يتم هذا الإخطار من قبل...وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية..."، وبالرجوع إلى المادة 110 من قانون الولاية⁽¹⁾ نجدتها تنص: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية. وهو مفوض الحكومة"، ويتالي فإنّ المشرع منح الوالي - باعتباره ممثل الدولة - الصفة في رفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية وإخطار المحكمة الإدارية، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، بشرط أن يكون هذا العقد الإداري سيبرم من طرف جماعة إقليمية، وبالرجوع إلى المادة 16 من الدستور الجزائري⁽²⁾ نجدتها تنص: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية"، وكذلك يُخطَر الوالي المحكمة الإدارية إذا كان العقد سيبرم من طرف مؤسسة عمومية محلية، وتمّ الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

لم يُحدّد القانون مدة زمنية يمكن رفع الدعوى خلالها، إلا أنّ الفقرة الثانية من المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽³⁾ نصت: "...القاضي يُخطَر قبل إبرام العقد..."، لكن المادة L.551-13⁽⁴⁾ وما يليها من نفس القانون، جاءت بالاستعجال التعاقدية، وأصبح بإمكان قاضي الاستعجال الإداري الفرنسي أن يمارس سلطاته وصلاحياته حتى بعد إبرام العقد الإداري، ولعلّ أهم إشكال يثار بشأن الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، هو التناقض بين فكرة الطابع الوقائي الذي تتميز به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟⁽⁵⁾.

غير أنّ القاضي الإداري الفرنسي جاء باجتهاد حديث في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها، وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 2007-07-16 في قضية société Tropic travaux signalisation والتي تتلخص وقائعها أنّه على

¹ - Art. L. 551-1 «...Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

- هذه المادة (L.551-1) عُدلت بموجب الأمر رقم 515-2009 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، سالف الذكر، والذي تمّ إدماجه في قانون العدالة الإدارية الفرنسي.

² - Art. L. 551-13 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ».

- هذه المادة (L.551-13) تمّ استحداثها بموجب الأمر رقم 515-2009، سالف الذكر.

³ - سلوى بزاجي، مرجع سابق، ص 39.

⁴ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 183.

⁵ - Rémy SHWARTS, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N° 4, Algérie, 2003, p72.

- أشارت إليه، مونية جليل، مرجع سابق، 2015، ص 183.

إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة ب Pointe à Pitre العرض الذي تقدمت به شركة Rugoway، فقامت شركة Tropic - باعتبارها مرشحة لنيل الصفقة - برفع دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لشركة Rugoway، وقرار إمضاء الصفقة⁽¹⁾.

بتاريخ 02-03-2006 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيساً على أنه لا مجال لها، لأنَّ العقد قد أبرم ويُقدَّ كليا. استأنفت شركة Tropic الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقرَّ بأنه: "يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها، بالتبعية لهم الحق في محاصمة العقد ذاته"⁽²⁾.

أما بالرجوع الى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها استعملت عبارة « إذا أبرم العقد أو سيبرم » كذلك عبارة « يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد »، وكأنَّ المشرع الجزائري هو الآخر قد أجاز إخطار القاضي الاستعجالي بعد إبرام العقد، لكن مجلس الدولة الجزائري والمحاكم الإدارية، في العديد من الأحكام تمَّ رفض الدعوى لكون أنها جاءت بعد إبرام العقد⁽³⁾.

المطلب الثاني: الإطار الإجرائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

إنَّ القاضي المختص بالنظر في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي، هو قاض فرد un juge unique، وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه، وإنَّ إسناد البت في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلى قاض فرد يرجع إلى رغبة المشرع في إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، إذ أنَّ نظر الدعوى عن طريق قاض فرد هو أكثر تكفياً مع مقتضيات الشؤون المستعجلة⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإنَّ المشرع وهو بصدد تنظيم الاستعجال في المنازعات الإدارية، خصَّص الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لقاضي الاستعجال، ونصَّ في المادة 917 منه: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع"، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتشكيلة الجماعية - المنوط بها البت في الموضوع - للفصل في الدعوى الإدارية الاستعجالية⁽⁵⁾، وعلى ذلك فقاضي الموضوع هو قاضي الاستعجال.

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الولي ممثلاً بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع، قرار غير منشور.

² - د/ محمد مختار نوح، مرجع سابق، ص 862.

³ - في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم كان الفصل في مادة الاستعجال موكول إلى قاضي فرد، ويكون في غالب الأحيان رئيس المجلس القضائي، أو القاضي الذي ينتدبه، وهو غالباً رئيس الغرفة الاستعجالية.

⁴ - هيئة عفيف، القواعد الإجرائية الإدارية بين النصوص القانونية والتطبيق في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 185.

⁵ - المرجع نفسه، ص 185.

وسنطرق من خلال هذا المطلب إلى استقلالية قواعد إجراءات المنازعة الإدارية (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استقلالية قواعد إجراءات المنازعة الإدارية

لقد تأكدت نية المشرع في الاعتراف بخصوصية المنازعة الإدارية، بصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي خصّص الكتاب الرابع من هذا القانون للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية⁽¹⁾.

أولاً: الطابع التحقيقي لإجراءات المنازعة الإدارية:

تخضع الدعوى القضائية عموماً لنظامين رئيسيين، النظام الإتهامي، وهو نظام يسود على وجه الخصوص الدعوى المدنية، إذ يعطى فيها لأطراف الدعوى نوع من الحرية في إدارة دعواهم، لاسيما في تقديم دفعوهم بكل حرية، إلى غاية اكتفائهم واستنفاد كل وسائل دفاعهم. وذلك دون الإخلال بما للقاضي من دور في تسيير الدعوى، لاسيما في تحديد الآجال، واتخاذ الإجراءات اللازمة⁽²⁾.

وإلى جانب النظام الإتهامي، يوجد النظام التحقيقي أو الاستقصائي، الذي يكون فيه للقاضي الدور الأكبر في إدارة الدعوى. ويسود هذا النظام في الدعوى الإدارية، إذ تعتبر هذه الخاصية من أهم الصفات التي تميز الإجراءات الإدارية عن الإجراءات المدنية، ولقد اتخذت الإجراءات الإدارية في النظام القضائي الجزائي طابعاً استقصائياً، منذ تعديل قانون الإجراءات المدنية السابق بموجب الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29-12-1971، حيث تولى المستشار المقرر إدارة الدعوى الإدارية⁽³⁾.

وهو نفس الطابع الذي تتميز به الإجراءات الإدارية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتجسد هذا الطابع التحقيقي في الدور الإيجابي الذي منحه المشرع للقاضي الإداري في إدارة الدعوى الإدارية، وذلك عبر مختلف مراحلها.

ثانياً: الطابع الكتابي للإجراءات القضائية الإدارية:

تشترك إجراءات التقاضي سواء كانت إجراءات مدنية أو إجراءات إدارية في كونها ذات طابع كتابي كأصل عام، وهذا ما يستنتج من أحكام المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة".

¹ - لتفاصيل أكثر، يراجع: ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للفرقة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 54، سنة 1999، ص 178، 179.

² - نفس الطابع الكتابي يميز إجراءات التقاضي الإداري بفرنسا، مع الإشارة إلى أنَّ مجلس الدولة الفرنسي اعتبر خاصية الكتابة من المبادئ العامة للإجراءات، والتي يجب على القاضي الإداري الالتزام بها.

- Hurgues LE BERRE, Droit de contentieux administratif, Ellips, Paris, 2002, p154 =

= أشارت إليه، هيئة عفيف، مرجع سابق، ص 189.

³ - المرجع نفسه، ص 191.

إلا أن الصفة الكتابية تنطفي أكثر على الإجراءات الإدارية، إذ يقتصر دور الكتابة في الإجراءات المدنية على تحرير العريضة، وتقديم المستندات والمذكرات، وكذا عند صياغة الأحكام القضائية. بعكس الإجراءات الإدارية التي يغلب عليها الطابع الكتابي، وذلك في أغلب مراحل الدعوى الإدارية⁽¹⁾.

ثالثا: الطابع الوجيه لإجراءات المنازعة الإدارية:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضرورة التزام كل من القاضي والخصوم بمبدأ الوجاهية. ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ العامة لإجراءات التقاضي الواجب احترامها أمام أي جهة قضائية، سواء كانت مدنية، أو إدارية، أو جزائية. ولقد نشأ هذا المبدأ عن حق دستوري هام، وهو حق الدفاع. كما أنه نابع من مقتضيات المحاكمة العادلة، التي نصت عليها أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾.

رابعا: إجراءات المنازعة الإدارية سريعة وشبه سرية:

لقد ألزم المشرع القاضي بواجب الفصل في النزاع في أقرب الآجال، تجسيدا لمبدأ الفصل في آجال معقولة⁽³⁾، وذلك على مستوى مختلف الدعوى القضائية مهما كان نوعها. وهو ما أكدت عليه الفقرة الرابعة من المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "...تفصل الجهات القضائية في الدعوى المعروضة أمامها في آجال معقولة". إلا أن أهمية تجسيد هذا المبدأ تزداد أكثر في مجال الدعوى الإدارية بصفة عامة، والدعوى الإدارية الاستعجالية على وجه الخصوص، ذلك أن طبيعة النشاط الإداري ومقتضيات المصلحة العامة، وسير المرفق العام، تقتضي سرعة الحسم في النزاع.

وتحاط الإجراءات القضائية الإدارية بشبه السرية في مواجهة الغير⁽⁴⁾، ونلمس ذلك لاسيما في مرحلة التحقيق، إذ لا يمكن لغير أطراف الخصومة الإطلاع على وثائق ملف الدعوى - نفس الشيء يطبق أمام الجهات القضائية العادية -.

¹ - نفس الوضع عرفته فرنسا، حيث سعى المشرع الفرنسي إلى تكريس مبدأ الفصل ضمن آجال معقولة، خاصة بعد الإدانات التي وجهت لفرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك نتيجة لطول الإجراءات، راجع في ذلك:

-Yves M.GROS, Le juge administrative, la procédure et le temps, R.D.P, Paris, 1999, p.1701
-STRUILLLOU, La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement, R.F.D.A, Dalloz, 2006; p.299 ets.

- أشارت إليها، هيئة عفيف، مرجع سابق، ص 194.

² - طابع السرية في الإجراءات القضائية الإدارية، لا يتعلق بأطراف الخصومة وإنما يكون في مواجهة الغير.

³ - نصت الفقرة الأولى من المادة 844 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يعين رئيس المحكمة الإدارية التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى، بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط...".

⁴ - د/ عبد القادر عدو، التحقيق في الدعوى الإدارية المستعجلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 02، 2015، ص 84، 85.

الفرع الثاني: إجراءات التحقيق في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

يوجد بعض الأحكام المشتركة بين إجراءات ووسائل التحقيق في الدعاوى الإدارية الاستعجالية (لاسيما الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات)، وبين الدعاوى الإدارية المتعلقة بالموضوع، مع بعض الخصوصيات التي تنفرد بها الدعوى الاستعجالية، لاسيما تلك المتعلقة بالمواعيد.

أولاً: تبليغ عريضة افتتاح الدعوى:

بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى (الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية) بأمانة ضبط المحكمة الإدارية، يقوم رئيس المحكمة بتعيين التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى⁽¹⁾ (وهي تشكيلة الغرفة الاستعجالية)، وهذا الإجراء هو إجراء مشترك بين جميع الدعاوى الإدارية على اختلاف أنواعها.

وبعد قيد عريضة افتتاح الدعوى تأتي مرحلة تبليغها (نسخة منها) إلى المدعى عليهم، ولقد نصت المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "تبليغ رسمياً العريضة إلى المدعى عليهم..."، ويلاحظ بأن المادة 928 أعلاه تتكلم عن التبليغ الرسمي Signification، والذي يقوم به المُحَضَّرُ القضائي، طبقاً للمادة 406 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: تبليغ المذكرات والوثائق:

نصت الفقرة الثانية من المادة 931 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على إجراء تبليغ الوثائق والمذكرات الإضافية المقدمة بعد الجلسة وقبل اختتام التحقيق، حيث جاء فيها: "...وفي الحالة الأخيرة يجوز أن توجه المذكرات والوثائق الإضافية المقدمة بعد الجلسة وقبل اختتام التحقيق مباشرة إلى الخصوم الآخرين عن طريق مُحَضَّرٍ قضائي، بشرط أن يقدم الخصم الدليل عمماً قام به أمام القاضي..."

ثالثاً: تبليغ الأعمال الإجرائية:

أجازت المادة 839 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تبليغ الأعمال الإجرائية إلى ممثلي الأطراف، ومن باب أولى فإنها تبليغ للأطراف أنفسهم، وعلى ذلك يمكن تبليغ تلك الأعمال الإجرائية التي تصدر أثناء التحقيق إلى محاموا الأطراف، حيث نصت المادة 839 أعلاه: "يجوز تبليغ الأعمال الإجرائية إلى ممثلي الأطراف"، وهو نفس الإجراء الذي نصت عليه المادة 845 من نفس القانون التي جاء فيها: "يتم تبليغ الطلبات والأعمال الإجرائية المختلفة أثناء التحقيق إلى الأطراف أو ممثليهم".

أمّا عن طريقة تبليغ الأعمال الإجرائية، فقد بيّنتها الفقرة الأولى من المادة 840 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "تبليغ كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق إلى الخصوم برسالة مُصَنَّنة مع الإشعار

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 277.

بالاستلام، أو عن طريق مُحَصَّر قضائي، عند الاقتضاء... ويتم تبليغ... وأوامر اختتام التحقيق وتاريخ الجلسة بنفس الأشكال".

رابعاً: تبليغ الأوجه المتعلقة بالنظام العام:

بالرجوع إلى المادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على ما يلي: "عندما يتبين لرئيس تشكيلة الحكم، أنَّ الحكم يمكن أن يكون مؤسساً على وجه مثار تلقائياً، يُعْلَم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه، ويُجَدَّد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار دون خرق آجال اختتام التحقيق. لا تطبق أحكام هذه المادة على الأوامر"، والمقصود بهذه الأوجه تلك المتعلقة بالنظام العام Moyen d'ordre public كقواعد الاختصاص، انعدام الصفة، انقضاء ميعاد رفع الدعوى، وهي أوجه يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ويمكن للخصم إثارتها ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، بمعنى يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وتُمنح للخصوم آجال قصيرة تتلاءم وطبيعة الدعوى الاستعجالية، وذلك من أجل تقديم ملاحظاتهم حول الأوجه المتعلقة بالنظام العام والمثارة تلقائياً⁽¹⁾.

ويمكن للقاضي الاستعجالي أن يُعْلَم الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، ومنحهم آجال قصيرة تتناسب مع طبيعة الدعوى لتقديم ملاحظاتهم، وهو ما نصت عليه المادة 932 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "خلافًا لأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة".

لا شك أنَّ التحقيق قبل جلسة المرافعة يعتمد في كليته على الطابع الكتابي، حيث ينصب على تبادل المذكرات ومذكرات الرد والوثائق، أمَّا خلال جلسة المرافعة، فإنَّ الغلبة تكون للطابع الشفوي، ويتم التحقيق أثناء جلسة المرافعة من طرف رئيس التشكيلة بصفته رئيساً للغرفة الاستعجالية، ويكون ذلك بحضور كامل التشكيلة (رئيس ومُستشارين)، وقد يكون رئيس المحكمة الإدارية هو رئيس تشكيلة الحكم، كما قد يكون رئيس القسم (إذا كانت المحكمة الإدارية تتشكل من أقسام)⁽²⁾.

وعلى ذلك يقوم الرئيس أثناء جلسة المرافعة بما يلي:

- يتلقى مذكرات الرد من الخصوم، إذا كان قد منح لهم مهلة لتقديمها أثناء جلسة المرافعة، مع تبليغها إلى المدعي وتلقي ملاحظاته الشفوية أو ملاحظات دفاعه بالجلسة؛
- يتلقى الملاحظات الشفوية للمدعي أو محاميه بالجلسة، رداً على المذكرات الدفاعية للخصوم؛
- باستطاعة الرئيس أن يوجه أي سؤال للأطراف، كما يستطيع المستشارين توجيه الأسئلة عن طريق الرئيس؛

¹ - يجب أن يتضمن الأمر الاستعجالي الإشارة إلى تطبيق أحكام المادة 932 أعلاه، وهذا وفقاً للمادة 933 من ق.إ.م.إ.

² - حسين بن شيخ آث ملوياً، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 280.

- باستطاعة الرئيس الاستماع إلى الشهود أو إلى أي طرف آخر؛
- يجوز للرئيس أن يجبر الخصوم بالأوجه الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة⁽¹⁾، والتي بإمكانه إثارتها تلقائياً، وهذا طبقاً للمادة 932 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لرئيس تشكيلة الحكم السلطة التقديرية في عدم اختتام التحقيق، وذلك بتأجيل اختتامه إلى جلسة أخرى، مع إخطار الخصوم الحاضرين بالجلسة شخصياً أو بواسطة دفاعهم شفهيًا، في حين يقوم الرئيس بإخطار الأطراف الغائبين بواسطة جميع الوسائل المتاحة لاسيما رسالة مُضمَّنة الوصول أو عن طريق المُخَصَّر القضائي⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 931 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "يختتم التحقيق بانتهاء الجلسة، ما لم يقرر قاضي الاستعجال تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق ويخطر به الخصوم بكل الوسائل...يُفتَّح التحقيق من جديد في حالة التأجيل إلى جلسة أخرى".

أما وسائل التحقيق فنصَّ عليها المشرع في المواد من 858 إلى 865 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي في غالبيتها نفس وسائل التحقيق المستعملة أمام القضاء العادي.

1- محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، دراسة النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2000، ص 128.

2- ابراهيم عبد العزيز شيبا، المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص 47.

3- L'article 28 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/ Consulté le 20-03-2015

1- يمكن القول أن دستور 1989 هو من وحي السلطة الرئاسية (الرئيس الشاذلي بن جديد)، رغم المعارضة الشديدة لحزب جبهة التحرير الوطني، وبالأخص أثناء عقد المؤتمر السادس له في أواخر شهر نوفمبر، الذي رفض التعددية الحزبية وأبدى تحفظات حول تفتح الجبهة للتجاذبات الأخرى، وقد أخذ الرئيس سياسة الإصلاحات وبالأخص الإقتصادية الدافع الأساسي إلى إرساء دستور جديد، بحيث كانت تسلسلا منطقيًا للوصول إلى هذه الوثيقة الدستورية، رغم المعارضة الشديدة. إضافة إلى إصلاحات سياسية تمثلت في بروز حركات وتنظيمات كانت تعمل في الخفاء، تطالب بالإصلاح السياسي ومشاركة أكثر لهذه القوى السياسية، انتهى ذلك إلى انفجار حوادث 05/01/1988، حول هذا الأمر، أنظر، مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2007، ص 195.

-Cf. M. Brahimi, Nouveaux choix constitutionnels et nouveaux besoins politiques, R.A.S.J.E.P, N°4, 1991, P735

2- تم إصدار نص التعديل الدستوري سنة 1996، بموجب استفتاء شعبي، وقد تضايرت الآراء حول شرعية اللجوء إلى تعديل دستور 1989 من عددها في ظل شعور البرلمان، في حين اعتبر البعض أن التعديل الدستوري في هذه الحالة يكون مخالف للإجراءات الدستورية. وارتأى جانب آخر أن الإجراء دستوري، ما دامت النصوص الدستورية هي نتاج لسياق سياسي واجتماعي واقتصادي، وتعديلها يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدستوري، راجع، هناد محمد، بعض الملاحظات حول مذكرة الحوار الوطني، يومية الخبر، 30-06-1996، ص 05.

3- الج.ر.ج، العدد 25، لسنة 2002، ص 13.

4- تنص المادة 3 مكرر من دستور 1996 على ما يلي: "تمازغت لغة وطنية بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني".

5- طبقاً للمادة 176 من دستور 1996.

6- الج.ر.ج، العدد 63، لسنة 2008، ص 08.

وبعد اختتام التحقيق، يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بأن يمثل للالتزامات، ويمكن لها أن تحدد له الأجل الذي يجب أن يمثل فيه، ويمكن لها كذلك أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، ويمكن للمحكمة وبمجرد أخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما، وهو الأجل المحدد للفصل في الدعوى ذاتها، وذلك وفقا للمادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

إنّ النظام القضائي لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد تحوّل ليصبح أداةً فاعلةً في رقابة سلامة إبرام العقود الإدارية وضمان تحقيق المشروعية بما فيه من تعزيز لضمانات عروض المرشّحين في تأمين المنافسة والعلانية عند إبرام تلك العقود، فتمت أبرم العقد أضحت الدعوى غير مقبولة، فالمشرّع الفرنسي- منذ عام 1992 أنشأ هذا النظام كحاجز أمام إبرام العقد الذي خُرق فيه قواعد العلانية والمنافسة التي كانت مفروضة من اللجنة الأوروبية، وذلك من خلال اعتماده للتوجيهات الأوروبية في التشريعات المحلية والتي كان آخرها تعديل قانون القضاء الإداري الفرنسي بتاريخ 2009/5/7.

قائمة المراجع:

الكتب :

- ✓ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009.
- ✓ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة -، طبعة ثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- ✓ عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
- ✓ عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعريش، الجزائر، 2012.
- ✓ حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- ✓ حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الأول - في الاستعجالات الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- ✓ حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية - دراسة قانونية تفسيرية -، طبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- ✓ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص، الطبعة الخامسة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- ✓ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- أطروحة الدكتوراه :**
- ✓ . عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 13 جويلية 2011.
- ✓ آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012/2011.
- ✓ بهية عفيف، القواعد الإجرائية الإدارية بين النصوص القانونية والتطبيق في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- ✓ عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 05 فيفري 2015
- ✓ مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- ✓ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.
- رسائل الماجستير :**
- ✓ أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.
- ✓ خيرة هلالبي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- ✓ راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- المقالات :**
- ✓ سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.
- ✓ عبد القادر عدو، التحقيق في الدعاوى الإدارية المستعجلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 02، 2015.
- ✓ ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 54، سنة 1999.
- ✓ محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل 2013.

✓ محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014.

القوانين :

✓ الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدلة بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

✓ القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

✓ القانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد (12)، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012.

✓ مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد (50)، صادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

القرارات :

✓ قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلا بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع.

المراجع باللغة الفرنسية :

- ✓ M.GROS, Le juge administrative, la procédure et le temps, R.D.P, Paris, 1999.
- ✓ Hurgues LE BERRE, Droit de contentieux administratif, Ellips, Paris, 2002.
- ✓ Yves STRUILLLOU, La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement, R.F.D.A, Dalloz, 2006.
- ✓ Rémy SHWARTS, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N° 4, Algérie, 2003.
- ✓ Loi N° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000 .

ضمانات التعامل بالسفتجة والتسجيل المحاسبي لها*
د/ بلكرشة راجح – أستاذ محاضر "ب" – جامعة ابن خلدون تيارت-
د/ حساني علي- أستاذ محاضر "أ" – جامعة ابن خلدون تيارت-

ملخص:

تظهر أهمية الائتمان التجاري أثناء التعامل وتبادل السلع والخدمات، كما يتجسد هذا الاعتبار عن طريق الأوراق التجارية التي تُعد أداة فعالة لهذا الائتمان مما تحققه من تسهيل لدى المتعاملين بها لتنفيذ التزاماتهم بالأداء دون حاجة إلى نقل النقود.

من أجل ذلك سعت الاتفاقيات الدولية وقوانين التجارة جاهدة لحماية هذا الائتمان، فأُتسم التعامل بالسفتجة بضمانات قانونية تحقق الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين بها وتمكنهم من استيفاء ديونهم في ميعاد الوفاء.

تؤدي الأوراق التجارية دورا كبيرا في تفعيل سرعة حركة التجارة، وأن حركة الأموال بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عنها بيانات يتم التعبير عنها بوحدات نقدية، وعلى المتعاملين إثبات هذه التدفقات المالية محاسبياً في دفتر اليومية المقرر قانوناً، وذلك إما بوسائل الدفع الفوري أو الدفع الآجل.

Résumé :

L'importance du crédit commercial apparaît lors de déroulement et de l'échange de biens et services, incarné ce compte à travers les effets de commerce, qui est un outil efficace pour obtenir ce crédit, qui facilitent les clients à mettre en œuvre leurs engagements à la performance sans avoir besoin de déplacer de l'argent.

Pour que les accords internationaux et les lois de commerce essayer d'obtenir et protéger cette garantie, relative aux garanties juridiques vérifier la confiance aux opérateurs en leur permettant de répondre à leurs dettes dans les délais de paiement.

Les effets de commerce jouent un grand rôle dans l'activation de déroulement de commerce et la circulation des fonds entre les agents économiques données obtenues sont exprimées en unités monétaires, et les opérateurs de prouver ces flux financiers sont comptabilisés dans le Journal indiqués aux lois, soit par paiement immédiat ou à terme.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

مقدمة:

سعى الفقه الحديث ولازال يبحث عن تطوير وسائل تتناسب وما تشهده التجارة العالمية من معاملات معقدة ودقيقة. هذا بالنظر إلى طبيعة هذه المعاملات وما يميزها من عنصري الائتمان والسرعة، ولا يختلف اثنان على أن الأوراق التجارية من أهم الوسائل الآمنة لنقل النقود من مكان إلى مكان ومن شخص إلى آخر. وقد شاركت دول العالم في تحديد قواعد هذه السندات وإرساء نصوصها القانونية ذات الطابع العالمي⁽¹⁾. كما لا ننسى فضل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين كان لهم السبق في تفصيل هذه القواعد الخاصة بالأوراق التجارية⁽²⁾.

عرف الفقه القانوني السندات (الأوراق) التجارية بأنها محرر مكتوب وفق لأوضاع شكلية يحددها القانون قابل للتداول ويمثل حق موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الإطلاع، أو في ميعاد معين أو قابل للتعين، وللسندات التجارية وظائف تتمثل في أداة لنقل النقود، أداة للوفاء، أداة للائتمان، من بين هاته الأوراق التجارية السفتجة والسندات لأمر والشيك وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى.

إن الجزائر تمر بمخاض عسير في المجال التجاري والاقتصادي كون اقتصادها يشهد نقلة نوعية نظرا لانخفاض سعر المحروقات، والتوجه لاقتصاد السوق الحر، وما يشمله من مبادلات تحتاج بطبيعتها إلى وسائل وأدوات للتعامل بها على الرغم من ظهور وسائل جديدة للوفاء، غير أنه تبقى السفتجة في المقام الأول في تسوية الديون التجارية الداخلية والدولية وذلك نظرا للضمانات التي توفرها للمتعاملين بها.

وإذا كانت هذه الضمانات تخدم بالدرجة الأولى حامل السند التجاري فأن هناك ضمانات أخرى من نوع خاص أتى بها المشرع تسمى الضمان الاحتياطي.

ولاشك أن هذه الضمانات لها قوة ائتمانية كبيرة لما تقدمه من مزايا خاصة وحماية قانونية للمتعاملين بها. لذا يتعين معرفة هذه الضمانات، وشروط صحتها للاعتداد بها لدى المصارف، وكذا البحث عن الآثار التي تترتب على هذه الضمانات من خلال العلاقات المختلفة بين أطراف السفتجة.

وعليه يقتضي- منا الأمر لدراسة هذا الموضوع التطرق للإشكالية التالية: ما هي الضمانات المقررة للتعامل بالسفتجة في فصل أول؟، وكيف يتم التسجيل المحاسبي للأوراق التجارية في فصل ثاني؟.

الفصل الأول: ضمانات التعامل بالسفتجة

إن السفتجة لا تكون صحيحة إلا بعد توافرها على بيانات شكلية تعد من أهم الأسباب في قابليتها للبطلان، من بين هذه البيانات توقيع المتعاملين بها لاسيما الساحب الذي يعتبر منشأ السفتجة وضامنها الأصلي

¹ أ. بول كاري، Paul CARRY محاضرات في القانون الصرفي، جامعة جنيف، 1959. - د. أكرم ياملي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، عمان، الأردن، ص 98 ومايلها.

² د. أكرم ياملي، المرجع السابق، ص 25.

والمسحوب عليه الذي يدي قبوله للوفاء بالسفينة بدل الشخص الساحب بعدما كان خارج الالتزام الصرفي، وتوقيع كل من الضامن الاحتياطي وتوقيع القابل بطريق التدخل، وفي حالة رفض القبول من طرف المسحوب عليه وبهذا فإن كل موقع على السفينة بغض النظر عن صفته فإنه يعتبر ملتزم صرفيا بدفع مبلغ السفينة استنادا إلى مبدأ استقلال التوقيع، وإن في التضامن الصرفي تنتفي النيابة بين الموقعين على السفينة لتضارب أحكامها مع مبدأ صرفي هام هو مبدأ استقلال التوقيع، ومع أن تضامن الموقعين يعتبر من الضمانات الصرفية الهامة التي خص المشرع حامل السفينة بها فإن هذا التضامن لا يتعلق بنظام العام ولذلك يجوز استبعاده بشرط صريح (اختياري) مدون على السفينة.

وحتى تتضح الصورة أكثر وتبين هذه الضمانات والنظام القانوني للملتزمين بهذه السند، نتناول في هذا الفصل مقابل الوفاء في المبحث الأول، ثم القبول في المبحث الثاني، يلي ذلك القبول بطريق التدخل والضمان الاحتياطي في المبحث الثالث وأحكام الوفاء في المبحث الرابع والاحتجاج وإجراءاته في المبحث الخامس.

المبحث الأول: مقابل الوفاء *PROVISION*

المشرع الجزائري أورد ذكر الأحكام الخاصة بمقابل الوفاء من خلال مادة وحيدة هي المادة 395.

المطلب الأول: مفهوم مقابل الوفاء واختلاف التشريعات فيه

أولا: تعريف مقابل الوفاء

مقابل الوفاء هو الدين النقدي الذي يكون للساحب على المسحوب عليه، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يأخذ منه ما يفي قيمة السفينة في ميعاد استحقاقها، وينشأ مقابل الوفاء عن علاقة قانونية مستقلة عن السفينة وقد يكون المقابل موجودا لدى الساحب قبل إنشاء السفينة أو بعد وجودها ولم يشترط القانون على المسحوب عليه وجود مقابل الوفاء عند إنشاء السفينة، غير أن هذا الأمر قد يؤدي إلى امتناع المسحوب عليه من القبول و بالتالي امتناعه عن الوفاء⁽¹⁾.

ثانياً: سندات المجاملة *Traité de complaisance*

الورقة التي ليس لها مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه تسمى سفينة المجاملة، حيث يتفق الساحب مقدما مع المسحوب عليه على قبول السفينة ثم يستردها الساحب قبل ميعاد الاستحقاق دون أن يكون في نية

¹ م 390 ق ت ج .

المسحوب عليه وفاء قيمتها⁽¹⁾. حكمها: يمكن القول بأن السفتجة هنا صحيحة لأن القانون لا يشترط وجود المقابل لصحة السفتجة وإنما اشترط وجود بيانات إلزامية محددة.⁽²⁾

ثالثاً: تبين مواقف التشريعات في معنى مقابل الوفاء

هناك اتجاهين مختلفين، الاتجاه الجرمانى الانجلوسكسونى والاتجاه أو النظرية اللاتينية او الفرنسية، حيث احتدم النقاش بين أنصار كل من النظريتين أثناء مؤتمر لاهاي سنة 1910-1912 ومؤتمر جنيف 1930 دون التوصل إلى نتيجة و تقرر في الأخير أن يترك الأمر لكل دولة بتنظيم هذه المسألة بحرية (الملحق من اتفاقية جنيف 1930 - 1931): "مسألة ما إذا كان الساحب ملزم بتجهيز مقابل الوفاء عند الاستحقاق وما إذا كان للحامل حقوق خاصة على هذا المقابل تبقى خارج القانون الموحد".

المطلب الثاني: أهمية مقابل الوفاء وشروط وجوده

أولاً: أهمية مقابل الوفاء

تكم أهمية مقابل الوفاء في العلاقات الموجودة بين أطراف السفتجة.

- علاقة الساحب بالمسحوب عليه :
- علاقة الحامل بالمسحوب عليه:
- علاقة الساحب بالحامل:

ثانياً: شروط وجود مقابل الوفاء

نستخلص من نص المادة 395 من ق ت ج الشروط التي يتقرر بموجبها وجود مقابل الوفاء للسفتجة وهي ثلاث:

- وجود مقابل للوفاء مبلغاً من النقود.
- وجود المقابل مستحق الأداء في ميعاد استحقاق السفتجة .
- وجود مقابل الوفاء مساوياً على الأقل لمبلغ السند.

المطلب الثالث: إثبات وجود مقابل الوفاء

نصت المادة 395 ف/4 على أن قبول المسحوب عليه قرينة على وجود مقابل الوفاء، وهذا القبول حجة على ثبوت مقابل الوفاء بالنسبة للمظهرين، وتعتبر هذه الحجة قاطعة في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، أما

¹ د.حساني علي، محاضرات في السندات التجارية لطلبة السنة الرابعة، ليسانس، جامعة ابن خلدون، تيارت، كلية الحقوق، 2008-2009، ص5.

² د. رزق الله الأطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1966، ص 2، 7.

العلاقة بين الساحب والحامل فقد نصت المادة 395 ف/أخيرة بذلك: "على الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار سواء حصل القبول أو لم يحصل أن المسحوب عليه كان لديه مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وإذا لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو قدم الاحتجاج بعد المواعيد المحددة".

المطلب الرابع: حقوق الحامل على مقابل الوفاء

الأصل أن تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة السفتجة المتعاقبين، لكن المسألة هنا في هذه العلاقة ليست ملكية بالأساس وعليه فإن الحامل يكتسب حقاً مانعاً على الدين الذي يكون للساحب على المسحوب عليه عند الاستحقاق، إذن فمقابل الوفاء هنا هو دين نقدي ولا يصلح أن يكون محل لحق الملكية، وبالتالي فإن هذا الحق يمنح للحامل ميزة استثناء قيمة السند من الدين بالأولوية عن باقي دائني الساحب في حالة الإفلاس أو في حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء رغم وجود مقابل الوفاء لديه.

أما إذا أقدم الساحب في إقامة دعوى على المسحوب عليه لاسترداد مقابل الوفاء أو استعادة المبالغ الموجودة لديه لحسابه، تؤول بالضرورة إلى حامل السفتجة .

و أيضاً إذا أعلن الساحب عن التنازل عن حقوقه في مقابل الوفاء فإن هذه الحقوق تنتقل إلى حامل السند وانه ليس على المسحوب عليه أي حق بعد إشهار الإفلاس و إعلان التوقف عن الدفع بالنسبة للساحب أي شيء سوى الوفاء إلا إلى الحامل الشرعي للسند⁽¹⁾.

المبحث الثاني: القبول. مفهومه، شروطه وحالاته

المطلب الأول: مفهوم القبول

قبل التطرق إلى مفهوم القبول لابد من معرفته أولاً، ثم الإحاطة بأهميته وخصائصه.

الفرع الأول: تعريف القبول وأهميته

القبول هو "تعهد المسحوب عليه شخصياً كتابة بدفع قيمة السفتجة في تاريخ الاستحقاق للحامل الشرعي"⁽²⁾.

فالسند قد أنشئ من الساحب متضمناً أمراً إلى المسحوب عليه بدفع قيمته للحامل في موعد الاستحقاق وقد يظل المسحوب عليه رغم صدور أمر الدفع إليه غريباً عن السند وعن نطاق الالتزام الصرفي سواء وجد مقابل الوفاء لديه أم لم يوجد إلى أن يبدي رغبته في تنفيذ أمر الساحب متعهداً بإياه بدفع قيمة الورقة في تاريخ الاستحقاق وذلك بالتوقيع عليها بالقبول. فالقبول يدعم جدية أمر الساحب إلى المسحوب عليه بالوفاء.

¹ د. جلال وفاء البدري محمد، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص 439.

² د. خالد الشاوي، الأوراق التجارية في التشريع الليبي والعراقي، ط 1، مطابع دار الكتب، بيروت، لبنان، 1971، ص 209.

والقبول أهمية قصوى كضمانه للوفاء بالسفينة، فإنه يعد بمثابة قرينة مطلقة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، وبالتالي يتأكد حق الحامل على هذا الأخير، كما أن العلاقة الصرفية التي تنشأ بين المسحوب عليه والحامل هي علاقة مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الأطراف الأخرى، فلا يحق للمسحوب عليه أن يدفع بمواجهة الحامل مثلاً ببطالان العلاقة الأصلية بينه وبين الساحب (مبدأ تطهير الدفع).⁽¹⁾

وبالقبول يصبح المسحوب عليه المدين الأصلي بمبلغ السفينة الذي يجب أن يطالب بالوفاء أولاً، ويصبح الساحب مجرد ضامن بعد أن كان هو المدين الأصلي، كما يعتبر قبول الالتزام بات وقطعي من المسحوب عليه، فلا يجوز له أن يمتنع عن الوفاء بقيمة السفينة إذا حل أجل استحقاقها، كما لا يجوز له أن يلتمس لنفسه من الأعداء ما يحاول به التراجع عنه. ويجوز للحامل أن يتقدم بطلب القبول في أي وقت طالما كان ذلك واقعاً بين تاريخ إنشاء السفينة وتاريخ الاستحقاق.

الفرع الثاني: خصائص القبول

إن القبول هو أقوى ضمانات الوفاء بالسفينة وله عدة خصائص تتمثل فيما يلي:

أولاً: عدم جواز تعليق القبول على شرط أو قيد.

لقد نصت المادة 405/3 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يكون القبول بدون قيد أو شرط لكنه يمكن للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ السفينة".

يتبين من خلال هذا النص أن للمسحوب عليه أن يقبل السفينة قبولاً معلقاً على شرط سواء كان هذا الشرط فاسخاً أو شرط وافق لتعليق قبوله على شرط وصول مقابل الوفاء، لأن التعليق قد يكون معلقاً على واقعة غير المؤكدة الوقوع في المستقبل، وبالتالي لا يصبح الالتزام غير مستقر.

وإن القبول المضاف لأجل أي القبول الشرطي يصبح دون فائدة إذا كان الأجل غير محقق كوفاء شخص مثلاً، لأن هذا الأجل قد لا يحل قبل موعد الاستحقاق.

ولقد نصت المادة 403/9 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "إن الامتناع عن القبول يترتب عليه قانوناً سقوط الأجل مع تحمل المسحوب عليه مبلغ النفقات والمصاريف". ومعنى هذا أن القبول المصحوب بقيد أو شرط يعتبر بمثابة امتناع عن القبول ويترتب عليه سقوط الأجل، وبهذا يستطيع الحامل الرجوع على المظاهرين والساحب وباقي الملتزمين قبل تاريخ الاستحقاق.

وجاء تأكيد ذلك بناءً على نص المادة 426 من نفس القانون حيث قضت بما يلي: "يمكن للحامل الرجوع على المظهرين والساحب وباقي الملتزمين".

¹ د. ادوار عيد، الإستناد التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، السند الأمر، مطبعة النحوي، بيروت، 1966، ص 407، 406.

- في الاستحقاق، إذا لم يتم الوفاء.

- وحتى قبل الاستحقاق.

- إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول.....".

ثانياً: عدم جواز الرجوع عن القبول "الصفة القطعية للقبول".

لا يجوز للمسحوب عليه كقاعدة عامة الرجوع عن قبوله إذا ما قبل السفينة وأعادها للحامل ولو ظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً للساحب أو أنه لم يتسلم مقابل الوفاء، ويعبر عن ذلك بـ "القبول القطعي". وهذه الصفة القطعية للقبول تفرضها مصلحة الحامل إذا لا يتحقق له الاطمئنان إذا أجاز للمسحوب عليه أن يرجع عن تعهده بالوفاء.⁽¹⁾

إذا قبل المسحوب عليه السفينة على المكشوف، ثم أفلس الساحب بعد ذلك، فلا يجوز رجوع المسحوب عليه وأن يرفض الوفاء، ولو أن الإفلاس ينقص كثيراً من أثر الرجوع للمسحوب عليه على الساحب المفلس لما وفاه عنه. على أن القبول لا يصح قطعياً على هذا النحو إلا إذا اتصل بعلم الحامل برد السفينة إليه.

ويسمى الرجوع عن القبول بشطب القبول وهذا ما نصت عنه المادة 1/408 بأنه: "إذا وضع المسحوب عليه صيغة القبول على السفينة ثم شطبها قبل ترجيع السفينة، عدّ القبول مرفوضاً وبعد التشطيب واقعاً قبل ترجيع السند ما لم يثبت خلافه".

لقد أجاز المشرع للمسحوب عليه أن يرجع عن قبوله واعتبر ذلك رفضاً له والرجوع في القبول بالشطب عليه جاء استثناءً مقيداً بشروط معينة هي:

1- أن يشطب المسحوب عليه القبول متى حرره على السفينة، ويحصل الشطب بأية طريقة تدل عليه، أو بتدوين عبارة معاكسة لها كعبارة "القبول ملغى" أو أرجع عن قبولي".

2- أن يقع الشطب على القبول قبل إرجاع الورقة لحيازة الحامل أو وكيه أو إلى الشخص المكلف بتسليمها إلى المسحوب عليه للقبول، وإذا وقع المسحوب عليه على السفينة بالقبول ثم سلمها لشخص ما قد يكون أحد مستخدمييه أو إلى أحد المراسلين، فيبقى من حقه استردادها وشطب القبول عنها ولكنه يفقد هذا الحق إذا كانت السفينة قد وصلت إلى حيازة الحامل.

وكل شطب يعتبره القانون قد حصل قبل إعادة الورقة "السند" ما لم يقيم الدليل على العكس ويقع عباً الإثبات على من يدعي هذا العكس وهو عادة حامل السند.⁽²⁾

¹ د. محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 257.

² R. ROBLOT, Les Effets de Commerce, Sirey, 1975, p186.

3- أن لا يكون المسحوب عليه قد أعلن قبوله خطيا إلى الحامل أو إلى أحد الموقعين على السفتجة، وإذا فعل كان ملزما تجاه هؤلاء بمقتضى عبارة قبوله، وهذا ما أكدته المادة 408 / 2 بما يلي: "على أنه إذا كان المسحوب عليه قد أعلم كتابة الحامل أو أي موقع آخر بقبوله يصبح ملزما اتجاه هذين الآخرين بما تضمنته الصيغة التي عبر بها عن قبوله".

ثالثا: عدم جواز التعديل في بيانات السفتجة.

لا يجوز للمسحوب عليه أن يعدل في بيانات السفتجة التي تعين مضمون الالتزام الثابت فيها، أو تحدد شروط تنفيذها عند توقيعه بالقبول⁽¹⁾، كما لو عدل تاريخ الاستحقاق أو أن يتعهد بدفع قيمة السفتجة على أقساط أو أن يوفي ببضاعة بدلا من النقود.

وإن التحفظات التي يدرجها المسحوب عليه مادامت لا تمس حق الحامل لا تعتبر رفضا، وكمثال على ذلك إذا كان الساحب قد عين محلا مختارا للدفع، جاز للمسحوب عليه تغيير هذا المحل طالما قصد به الحصول على مصلحة خاصة.

أما وأن تم تعديل في أحد بيانات السفتجة ومس هذا التعديل حق الحامل اعتبر رفضا وهذا ما أكدته المادة 405 / 4 من القانون التجاري الجزائري بما يلي: "وكل تعديل آخر يحدثه القبول في البيانات الواردة في نص السفتجة يعتبر بمثابة رفض للقبول".

لكن حينما نقرأ نص مادة 405/4 المشار إليها أنفا في شطرها الأخير نجدها تقضي- بأن: "على أن القابل يبقى ملزما بما تضمنته الصيغة التي عبر بها عن القبول"، وقد قام الأستاذ "روبلو" بتفسير المقصود من ذلك وفق ما جاء به نص المادة 4/126 من القانون التجاري الفرنسي- على أن حامل السفتجة المقبولة قبولاً شرطياً أو معدلاً يكون له الخيار بين الحلول الآتية:

1- أن يعتبر القبول المعلق على شرط أو معدل لبيانات السفتجة هو من قبيل الرفض، فيعمد إلى تحرير الاحتجاج لعدم القبول ما لم يكن معفى منه، ثم يبادر بالرجوع على الضامين قبل ميعاد الاستحقاق.

2- إما أن ينتظر حلول ميعاد الاستحقاق، فيقدم السفتجة للوفاء وعند امتناع المسحوب عليه عن الدفع يوجه احتجاجا لعدم الوفاء ويرجع بعد ذلك على الضامين.

3- أن يطالب المسحوب عليه في الاستحقاق طبقا لمضمون الصيغة التي تم بها القبول، فلا يحق للمسحوب عليه أن يعتبر القبول المعلق على شرط أو معدل لأحد البيانات السفتجة رفضا له إذا أراد الحامل التمسك

¹ G.TOUJAS, Juris Classeur, Commercial collection, 1975, p13, R. ROBLLOT, p186.

بالقبول بل يبقى ملزما لما تضمنته صيغة قبوله، ولا يعطى هذا الحق إلا للحامل فهو مخير بأن يقبل بالشرط أو التعديل أو أن يعتبر أن المسحوب عليه قد رفض القبول.⁽¹⁾

فإذا علق المسحوب عليه قبوله على شرط واقف، ثم تحقق هذا الشرط فللحامل أن يطالبه بالوفاء في تاريخ الاستحقاق على أساس هذا القبول الذي يعتبر عندئذ كأنه حاصل بأثر رجعي وبدون قيد أو شرط.

أما إذا كان التعليق على شرط فاسخ فليس للحامل أن يطالب المسحوب عليه بالوفاء إذا ما تحقق الشرط الفاسخ واعتبر القبول كأنه لم يكن.⁽²⁾

المطلب الثاني: شروط صحة القبول.

حتى نعتبر القبول صحيحا يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية وأخرى شكلية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

يجب أن تتوفر جملة من الشروط الموضوعية التي تفرضها القواعد العامة لصحة هذا الالتزام، أي التزام المسحوب عليه اتجاه الحامل.

أولا: الأهلية

يشترط أن يصدر القبول من شخص لديه الأهلية التجارية، وإلا كان قبوله باطلا فإذا كان القابل ناقص الأهلية، فيكون له وحده حق الدفع بالبطان في مواجهة الكافة دون اعتبار لحسن أو سوء نية الحامل ويزول هذا البطان بالتقادم أو بالتصحيح عند زوال سبب عدم الأهلية كبلوغ سن الرشد.

ثانيا: الإرادة

يجب أن يكون القبول صادرا عن إدارة سليمة خالية من العيوب كالغلط أو الإكراه أو التدليس وإلا وقع قبوله باطلا، غير أنه لا يجوز الدفع بالبطان الناشئ عن عيب من عيوب الإرادة في مواجهة الحامل حسن النية.⁽³⁾

وأهلية القيام بالأعمال التجارية تكون أولا لمن بلغ سن الرشد وهو في القانون الجزائري سن 19 سنة غير محجوز عليه لسفه أو غفلة أو عته أو جنون، وتكون للقاصر الذي أودن له بالتجارة، فالمسحوب عليه القاصر

¹ د.أحمد محمد محرز، السندات التجارية الكمبيالة، السند الإذني، الشيك، والتعليق على اتفاقيات الأمم المتحدة الكمبيالات والسندات الاذنية الدولية، النشر الذهبي للطباعة، حسن إسماعيل، القاهرة، سنة 1996، ص 129.

² د. علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 33.

³ د. علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، المرجع أعلاه، ص 36.

المأذون له يستطيع سحب سفاتج والتوقيع عليها أثناء ممارسته للأعمال التجارية ولكن في حدود أعمال التجارة
المأذون بها وعلى قدر الحاجة لذلك، فلا يجوز له سحب سفتجة لتسوية دين لا يتعلق بهذه التجارة.⁽¹⁾

ثالثا: المحل

إن محل التزام المسحوب عليه هو المبلغ من النقود لأن من خصائص السندات التجارية أن يكون موضوعها
نقودا، فإذا كان محل الالتزام المسحوب عليه شيئا غير النقود كتسليم بضاعة أو أداء عمل، فقدت السفتجة
صفحتها كورقة تجارية وأصبحت صكا عاديا، ولما كان محل الالتزام الصري مبلغ من النقود دائما فهو محل ممكن
ومشروع في ذاته ولا يمكن أن يكون باطلا لاستحالة أو عدم مشروعيته⁽²⁾.

رابعا: السبب

إن التزام المسحوب عليه قبل الحامل يُعد التزاما مجرداً، يصدر من إرادة منفردة للمسحوب عليه في دفع قيمة
الدين المترتب في ذمته قبل الساحب، وعند انتفاء هذا الدين رغبة في كفاية الساحب أو في التبرع له.

وبذلك لا يشترط فيها ذكر سبب الالتزام ويكفي أن يكون له سبب مشروع، ويفترض أن لكل سند تجاري
سبب مشروع ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك، وإذا ذكر السبب فيعتبر هو الحقيقي ما لم يثبت غير ذلك،
وإذا ذكر وكان مغايراً للواقع فإن ذلك لا يجعل الورقة التجارية باطلة متى ثبت سبب مشروع لها، والعكس
صحيح بحيث تعتبر الورقة التجارية باطلة إذا كان سببها غير مشروع.⁽³⁾

ويحتج بالبطالان في العلاقة بين المسحوب عليه ودائنه المباشر - أي الحامل - الذي طلب القبول ويمتنع
الاحتجاج به على السواء اتجاه الحملة حسنوا النية الذين يستفيدون من قاعدة تطهير الدفع.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

بناء على ما جاءت به المادة 405 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على: "يحرر القبول على السفتجة
ويعبر عنه بكلمة "مقبول" أو أي كلمة أخرى تماثلها ويكون ممضى - من المسحوب عليه وإن مجرد إمضاء
المسحوب عليه على السفتجة يعتبر قبولا منه" فقد تم تحديد الشروط الشكلية التي يجب توافرها لصحة قبول
المسحوب عليه وهي كالتالي:

¹ د. علي فتاك، مبسوط القانون التجاري في الأوراق التجارية، الجزء الأول، السفتجة، مطبعة ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 27.

² د. أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 131-132.

³ د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، الجزء الثاني، مطبعة سربين، 1978-1979، ص 133.

أولاً: كتابة صيغة القبول على السفتجة نفسها

إن المشرع أوجب في القبول أن يكون مكتوب ومشار إليه بكل وضوح على ذات السفتجة وذلك بكلمة: " مقبول " أو بكلمة مماثلة تكشف دون إيهام عن إرادة المسحوب عليه في القبول، كأن يستعمل المسحوب عليه كلمة (للدفع)، بل اكتفى المشرع بمجرد توقيع المسحوب عليه على السفتجة باعتبار ذلك قبولا صريحاً منه.

وتبعا لذلك لا يجوز أن يقع القبول شفاهة لتعارض ذلك مع النص الصريح الذي جاء به المشرع، ولا يجوز أيضا أن يكون التوقيع من المسحوب عليه بالأحرف الأولى.⁽¹⁾

ومن ثم فالقبول شفاهة يُعد وعد بالقبول يلتزم المسحوب عليه اتجاه الساحب بتنفيذه، والعبرة هنا بإمضاء المسحوب عليه كما هو مشار إليه في الفقرة الأولى من نص المادة 405 أعلاه.

وليس من الضروري أن تكون عبارة القبول مكتوبة بخط يد المسحوب عليه نفسه فقد تكون مطبوعة على النموذج الذي تحرر فيه السفتجة⁽²⁾.

أما كلمة " نظر " التي يذكرها المسحوب عليه على السفتجة المستحقة الدفع بعد مدة من الاطلاع فمختلف في شأنها، فيذهب البعض إلى أنها تفيد القبول ومنهم " روللو "، ويذهب البعض الآخر وخصوصا في ظل التشريع الفرنسي إلى عكس ذلك، ويرى " توجس " أن هذه الكلمة لا تعني القبول وإنما إثبات واقعة التقديم، أما " بواتيه " فيعتبر أن كلمة " نظر " تفيد القبول ولا تنصرف إلى العكس إلا إذا ذكرت عبارة " نظر بدون قبول " ⁽³⁾.

كما يجب أن يؤرخ القبول باليوم الذي تم فيه إذا كانت السفتجة واجبة الدفع في اجل معين لدى الاطلاع إلا إذا طالب الحامل أن يؤرخ في يوم عرضها في اجل معين بمقتضى شرط خاص. هذا وإذا لم يكن للقبول تاريخ فإنه يجب على الحامل إثبات ذلك باحتجاج يجرى في الآجل القانوني رجوعا على المظهرين والساحب.⁽⁴⁾ كما لا يجوز أن يكون القبول بقيد أو شرط، لكن يجوز أن يكون محصوراً في جزء من مبلغ السفتجة.⁽⁵⁾

وفي حالة إصدار سفتجة في عدة نظائر يجوز حصول القبول على أي منها، ويجب أن يحذر المسحوب عليه ولا يضع قبوله إلا على نسخة واحدة لأن في حالة قبوله عدة نظائر يصبح ملتزماً تجاه حملة هذه النظائر، فيجبر على دفع القيمة لكل واحد من هؤلاء الحملة في تاريخ الاستحقاق.⁽⁶⁾

¹ د. إدوار عيد، الإمسند التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، سند لأمر، مطبعة النجوى، بيروت، لبنان، 1966، ص 395.

² م 2/405 ق.ت.ج.

³ م 3/405 ق.ت.ج.

⁴ د. إدوار عيد، المرجع أعلاه، ص 404-405.

⁵ د. مصطفى كمال طه و د. مراد منير فهم، القانون التجاري والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 152.

⁶ م 425 ق.ت.ج.

فالمسحوب عليه يكون ملزماً بكل نسخة مقبولة، فإذا وقع بالقبول على إحدى النظائر ودفع بمقتضى نظير آخر لم يوقع عليها دون أن يسترد النظرير المقبول، فإنه يتعرض للدفع مرة ثانية لحامل النظرير المقبول.⁽¹⁾

وأخيراً يسلم النظرير للحامل الشرعي، وإذا رفض تسليم المقبول للحامل فيباشر الحامل بالاحتجاج ليثبت أن النظرير لم يسلم له وأن القبول أو الوفاء لم يحصل. وإذا تعددوا الحملة الشرعيين وكانت جميع النسخ تحمل اسم الشخص الذي لديه النسخة المقبولة، فيعتبر هؤلاء الحملة متساوون في الوضع تجاه محرر النظرير المقبول، فلا يتخلل عنه لأحدهم دون الآخر في حالة النزاع إلا بمقتضى قرار من المحكمة.

أما في حالة ضياع السفتجة المقبولة يتحمل الحامل نفقات النسخة الثانية وهذا ما أكدته المادة 424 ق.ت.ج بقولها " يجب على مالك السفتجة الضائعة لأجل الحصول على نسخة ثانية منها أن يطلب من المظهر الأخير قبله أن يمدد بما هو واجب عليه من المساعدة باسمه وعنايته للسعي لدى المظهر له السابق وهكذا يجري الرجوع على هذا المنوال من مظهر إلى مظهر حتى يصل إلى صاحب السفتجة ويتحمل مالك السفتجة الضائعة المصاريف".

وهنا الحامل لا يستطيع المطالبة بالوفاء إلا بعد حصوله على حكم قضائي بوفائها، ويقدم كفيلاً يلتزم برد المبلغ الموفى به إلى المسحوب عليه وهذا ما جاء في المادة 421 ق.ت.ج بقولها " إذا كانت السفتجة الضائعة مشتملة على القبول فلا يمكن المطالبة بوفائها بموجب نسختها الثانية أو الثالثة أو الرابعة إلخ... إلا بموجب أمر من القاضي وبشرط تقديم كفيل". وإن مدة الكفالة هي ثلاثة أعوام وينقضي التزام الكفيل بمرورها.⁽²⁾

ثانياً: التوقيع

يجب أن يوقع المسحوب عليه على قبوله وذلك إما بإمضائه بخط اليد على السند أو بصمة الأصبع في حالة جهل الكتابة. ويجب أن يوضع التوقيع على صدر السفتجة وليس على ظهرها تمييزاً للقبول عن التظهير على بياض الذي يكفي لحصوله مجرد التوقيع على ظهر السفتجة، وهذا ما أكدته المادة 1/405 من القانون التجاري الجزائري التي سبق ذكرها.

وعليه فإننا نستنتج من خلال قراءة هذه المادة أن القبول يحدث وفق إحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: القبول بصفة دالة عليه مذيلة بتوقيع المسحوب عليه.

الطريقة الثانية: عدم وجود صيغة تدل عليه يكفي فيه إمضاء المسحوب عليه على وجه السفتجة.

¹ م 3/405 ق ت ج 180.

² د. صفوت ناجي هينساوي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، بني سويف، مصر، 1993، ص 209.

ثالثا: التاريخ

لقد اشترطت المادة 2/405 تعيين تاريخ القبول في حالتين أوردتها على سبيل الحصر وهما:

الحالة الأولى: إذا كانت السفتجة مستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع والحساب يكون بعد تقديمها للمسحوب عليه ويقبلها ويؤرخها، وإذا لم يؤرخ القبول أصبحت السفتجة مستحقة الوفاء بعد انقضاء الميعاد المعين فيها محسوبا من تاريخ الإنشاء، وهنا اشتراط تاريخ القبول العبرة منه بداية لحساب تاريخ الاستحقاق.

الحالة الثانية: إذا تضمنت السفتجة شرط تقديمها للقبول في مهلة معينة وهنا العبرة من اشتراط تاريخ القبول تكمن في أنه نستطيع معرفة ما إذا كان الحامل قد نفذ الشرط بتقديمه الورقة للقبول في المدة المحددة، أم أن تقديمها تم خارج تلك المدة.

ولقد تضمنت المادة 2/405 من القانون التجاري الجزائري على أنه في حالة خلو القبول من التاريخ فعلى الحامل حفظا لحقوقه في الرجوع على المظهرين والساحب أن يثبت هذا الإغفال بمقتضى احتجاج يحرره في الأجل القانوني.

رابعا: المبلغ

يعتبر المبلغ من البيانات الإلزامية التي لا بد من ذكرها في السفتجة عند إنشائها، لكن المشرع لم يشترط الإشارة إليه في القبول. ولكنه يذكر في حالة قبول المسحوب عليه على جزء من المبلغ فهنا يجب ذكر الجزء المقبول⁽¹⁾.

في الأصل يكون القبول شاملا لمبلغ السفتجة بكامله، إلا أن المشرع مراعاة لمصلحة الملتزمين في السفتجة وتسهيلا للقبول، أجاز للمسحوب عليه أن يقصر قبوله على جزء من قيمة السفتجة وبه يصبح الحامل دائنا للمسحوب عليه في حدود الجزء الذي قبله وفيه براءة سائر الموقعين من الضمان في حدود هذا الجزء.⁽²⁾

ولقد تضمنت المادة 3/405 والتي نصت على: "يكون القبول بدون قيد أو شرط، ولكنه يمكن للمسحوب عليه أن يحدده في جزء من مبلغ السفتجة". وعليه لا يستطيع الحامل رفض الوفاء الجزئي لأن القانون أعطى للمسحوب عليه حق القبول الجزئي.

شروط القبول: لا يعتبر القبول صحيحا إلا إذا توفرت فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية

¹ لا يحدث القبول الحر في ورقة مستقلة عن السفتجة آثار التزام الصرفي، ولا يستفيد منه إلا الحامل الذي طلبه وإذا قام هذا الأخير بتظهير السفتجة المقبولة عن هذه الصورة فإن هذه السفتجة تحتاج إلى قبول يحكمه القانون الصرفي. (علي سليمان العبيدي، السندات التجارية في القانون المغربي، 1985، ص 212).

² د. عبد القادر البقيرات، محاضرات في القانون التجاري الجزائري، السندات التجارية، السفتجة، السند لأمر، الشيك، سند الخزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة، ص 83.

أما الموضوعية فتتمثل في الأهلية ومدى تحمل مثل هذا التزام الصرفي وخلو الإرادة من العيوب، وأن يكون القبول الصادر من المسحوب عليه منجزاً غير معلق على شرط أو قيد، غير أن المشرع أجاز القبول الجزئي. وتمثل الشكلية في أن يكون القبول مكتوباً أي بعبارة مقبول وتوقيع المسحوب عليه بجانبه (م405 ق ت ج)⁽¹⁾، أما تاريخ قبول السفتجة فلا تكمن أهميته إلا في حالتين:

- إذا كانت السفتجة مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع.

- وجود شرط يوجب تقديم السفتجة للقبول في مدة معينة.

المطلب الثالث: حالات القبول

أسست المادة 1/403 من القانون التجاري الجزائري لحالات القبول حيث قضت بأنه: " يمكن أن يعرض قبول السفتجة على المسحوب عليه بمقره لغاية تاريخ الاستحقاق سواء من قبل الحامل أو من أي شخص آخر حائز لها...". وهذا هو الأصل باعتبار ذلك أن هذا الحكم يُعد قاعدة عامة، لكن ترد عليها بعض القيود، ففي بعض الحالات يكون الحامل ملزماً بعرض السفتجة للقبول وقبول حالات أخرى يتمتع عليه تقديمها للقبول.

الفرع الأول: الحالات التي يجب فيها تقديم السفتجة للقبول

- حالة إدراج شرط التقديم للقبول: لقد أجازت المادة 2/403 ق.ت.ج " يمكن للساحب أن يشترط في كل سفتجة وجوب عرضها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدون تعيين أجل...".

ولتوضيح هذا المعنى نعطي مثالاً: "ادفعوا بموجب هذه السفتجة التي ستقدم إليكم لقبولها خلال شهر من تاريخها." أو "ادفعوا بموجب هذه السفتجة التي ستقدم إليكم لقبولها..."، ولتنفيذ شرط التقديم للقبول، يتعين على الحامل في الحالة الأولى تقديم السفتجة للقبول خلال مدة شهر المذكور.⁽²⁾

- أما في الحالة الثانية فمن واجب الحامل تقديم السفتجة للقبول في أي وقت مادام تاريخ الاستحقاق لم يحل بعد.

كما أجازت المادة 5/403 ق.ت.ج لكل مظهر أن يشترط وجوب تقديم السفتجة للقبول ضمن مدة معينة أو غير معينة ما لم يكن الساحب قد اشترط عدم تقديمها للقبول. والقصد من شرط تقديم القبول، رغبة الساحب بمعرفة موقف المسحوب عليه فيما إذا كان ينوي وفاء السفتجة بتاريخ الاستحقاق، أو أنه سيمتنع عن ذلك ليتسنى له اتخاذ التدابير اللازمة على ضوء هذا الموقف.

¹ د. عبد القادر البقيرات، المرجع أعلاه، ص 92.

² م 411 ق ت ج.

كما يقصد من الشرط إعطاء المسحوب عليه فرصة تحديد مركزه من الساحب، وتدير أموره استعداداً للوفاء في تاريخ الاستحقاق، وإذا أهمل الحامل تقديم السفتجة للقبول بالرغم من وجود الشرط فقد رتب القانون الجزاء التالي:

- إذا كان الساحب هو الذي وضع الشرط ولم يقم الحامل بتنفيذه، فإنه يفقد حقه في الرجوع على الساحب، الذي يثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق وعلى جميع الملتزمين بالسفتجة.

أما إذا كان الشرط موضوعاً من قبل أحد المظهرين ولم يمثل الحامل لتنفيذه، فالحامل لا يفقد حقه بالرجوع إلا على واضع الشرط فقط.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الحالات التي يتمتع فيها على الحامل تقديم السفتجة للقبول

أ- السفتجة المستحقة الدفع لدى الاطلاع عليها⁽²⁾.

ب- السفتجة المتضمنة شرط عدم تقديمها للقبول⁽³⁾.

وقد يكون الحظر خلال مدة معينة، كأن يذكر مثلاً ادفعوا بموجب هذه السفتجة التي لا تقدم للقبول قبل تاريخ 2016/07/11، ففي هذه الحالة يسترد الحامل بعد انقضاء هذا التاريخ حقه بتقديم السفتجة للمسحوب عليه لقبولها، وقد يكون الحظر مطلقاً بدون تحديد مدة، مثال: ادفعوا بموجب هذه السفتجة المحظور تقديمها للقبول.

على الحامل أن يلتزم بتنفيذ الشرط بعدم تقديم السفتجة للقبول، ولكن إذا أخل بالتزامه هذا وقدم السفتجة للقبول فإن الأمر لا يخلو من افتراضين:

1- إما أن يقبل المسحوب عليه السفتجة فيعتبر القبول صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره ولكن الساحب يبقى حر التصرف في مقابل الوفاء إلى ميعاد الاستحقاق أو إلى الميعاد المحدد لغرض القبول، كما لا يحق للحامل حق الرجوع على الضامنين قبل موعد الاستحقاق إذا ما أفلس الساحب بعد حصول القبول.

2- إما أن يتمتع المسحوب عليه عن القبول، فلا يكون للحامل عندئذ الرجوع على الساحب والملتزمين الآخرين قبل الاستحقاق، وإذا قام الحامل بتنظيم الاحتجاج لعدم القبول، تحمل وحده مصاريف هذا

¹ م 3/403 ق ت ج.

² د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 84.

³ د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 85.

الاحتجاج فضلا عن التزامه بتعويض الضرر الذي قد يلحق بالساحب أو المسحوب عليه أو الملتزمين الآخرين بسبب تصرفه هذا.⁽¹⁾

وإذا كانت السفتجة تضمن شرط عدم القبول المدرج من طرف الساحب، يكون قد حد من حريته ومنعه إدراج الشروط المذكورة في الحالات الثلاث الآتية:

- 1- إذا كانت السفتجة تستحق الدفع عند شخص ثالث غير المسحوب عليه.
- 2- إذا كانت السفتجة تستحق الدفع في منطقة أخرى غير منطقة المسحوب عليه. إذ قد يخشى- المشرع في هاتين الحالتين من أن تسحب السفتجة على أشخاص وهميين أو غير قادرين على قبول السفتجة أو وفائها.
- 3- إذا كانت السفتجة تستحق الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع عليها فالسفتجة المسحوبة على هذه الصورة يتعين لتقديمها للقبول تحديد موعد استحقاقها.⁽²⁾

المطلب الرابع: موقف المسحوب عليه من القبول

الأصل أن المسحوب عليه غير ملزم بالقبول ولو كان قد تلقى من الساحب مقابل الوفاء، إذ أنه بقبوله يصبح مدينا صرفيا بقيمة السفتجة بعد أن كان قبل القبول مدينا عاديا، فيترتب على ذلك أن يتحمل التزامات مرهقة وأن يحرم من المزايا التي يتمتع بها المدين العادي، غير أنه استثناء من الأصل هناك حالات ثلاث يلتزم فيها المسحوب عليه بالقبول، إحداها قانونية والثانية عرفية والثالثة اتفاقية.

الفرع الأول: الاستثناء القانوني

الاستثناء الذي جاء وفق ما تضمنه المادة 8/403 من القانون التجاري والتي ألزمت المسحوب عليه بالقبول في السفتجة التي يكون مسحوبة عن تقديم بضاعة من تاجر إلى تاجر ويشترط في هذه الحالة:

أ- أن تكون السفتجة أداة لتنفيذ عقد تجاري محله بضاعة.

ب- وأن يكون هذا العقد قد أبرم بين تاجرين.

ج- وأن يكون الساحب قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، وسلم البضاعة للمسحوب عليه.

د- أن تترك للمسحوب عليه مهلة معقولة يتأكد من خلالها من وصول البضاعة، ومن قيام الساحب بتنفيذ التزاماته.

وعليه فكلما توافرت هذه الشروط الأربعة المذكورة أعلاه وجب على المسحوب عليه قبول السفتجة.

¹ د. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 70-71.

² د. فوزي محمد ساي، د، فائق محمود الشجاع، القانون التجاري الأوراق التجارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، 1986، ص 213-212.

الفرع الثاني: الاستثناء العرفي

وهو الحالة التي جرى فيها العرف التجاري على تقديم السفتجة للقبول وتكون عندما تسحب السفتجة من تاجر على تاجر عن دين تجاري، فالعرف التجاري الجاري يلزم المسحوب عليه بقبولها حتى تتوافر الثقة وسرعة تداول الأوراق التجارية في الوسط التجاري، ويرتب العرف التجاري على رفض القبول في هذه الحالة مسؤولية المسحوب عليه عن تعويضات إذا اقتضى الأمر.

الفرع الثالث: الاستثناء الاتفاقي

هو الاستثناء الذي يتم بناء على الاتفاق بين الساحب والمسحوب عليه على أن يلتزم هذا الأخير بالقبول وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا فيلتزم المسحوب عليه بقبول السفتجة تنفيذا لهذا الاتفاق.⁽¹⁾

المطلب الخامس: آثار القبول والامتناع عنه (عدم القبول)

الفرع الأول: آثار القبول

يترتب على وجود القبول آثار تتمثل في ما يلي:

- التزام المسحوب عليه صرفيا في مواجهة الحامل بدفع قيمة السفتجة عند تاريخ الاستحقاق، كما أن قبول المسحوب عليه يُطمئن الحامل بوجود مقابل الوفاء.

- قبول المسحوب عليه يعتبر قرينة على استلامه لمقابل الوفاء، وتُعد هذه القرينة بسيطة.

- الأصل أن الساحب والمظهرين ضامنون لقبول السفتجة وأداء قيمتها، وعليه إذا تم القبول من المسحوب عليه تبرأ ذمة الساحب والمظهرين من الالتزام بضمان القبول ويبقى الالتزام بضمان الوفاء، ويترتب على ذلك أن حامل السفتجة لا يستطيع الرجوع عليهم قبل ميعاد استحقاقها، وإنما يكون الرجوع عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق وإثبات ذلك بواسطة احتجاج عدم الوفاء. إلا في حالة إفلاس المسحوب عليه بعد قبولها فيكون للحامل الحق في الرجوع على الموقعين مباشرة قبل ميعاد الاستحقاق.

- يترتب على قبول المسحوب عليه عدم استطاعة هذا الأخير التمسك قبل الحامل حسن النية بالدفع التي كان بإمكانه التمسك بها ضد الساحب أو الموقعين السابقين، فلا يستطيع مثلا أن يتمسك باقتضاء دينه مع الساحب بالمقاصة أو بالوفاء، تطبيقا لقاعدة استقلال التوقيع، ذلك لأن التزام المسحوب عليه ينتج عن توقيعه بالقبول.

¹ د. مصطفى كمال طه ومراد منير فهم، المرجع السابق، ص 174.

- عند قبول المسحوب عليه السفتجة يتأكد حق الحامل في مقابل الوفاء، فلا يجوز للمسحوب عليه رده للساحب أو التصرف به وبذلك يصبح للحامل قبل المسحوب دعوى صرفية ناتجة عن توقيعه على الحوالة.⁽¹⁾

وقبل التطرق لآثار الامتناع عن القبول فتجدر الإشارة إلى الحالات التي فيها لا يُعد المسحوب عليه قابلاً وهي:

- 1- رفض التوقيع بالقبول كلية لأنه لم يقبض مقابل الوفاء.
- 2- رفض التوقيع بالقبول جزئياً وبهذا يعتبر ممتنعاً عن القبول.
- 3- إذا علق قبوله على شرط واقف أو ناسخ.
- 4- إذا قرن قبوله بتحفظ من شأنه أن يعدل الالتزام الثابت هي السفتجة.

عندما يرفض المسحوب عليه القبول فعلى الحامل أن يثبت هذا الرفض عن طريق القيام بإجراء احتجاج عدم القبول، ويكون هذا الاحتجاج عندما يستخدم الحامل حقه في الرجوع على الساحب والضامنين. وهذا حتى لا يُعد ممهلاً، وهذا ما نصت عليه المادة 1/427 ق.ت.ج "يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بإجراء من كتابه الضبط (الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء)" وتضيف المادة 441 ق.ت.ج بأن: "يحرر الاحتجاج لعدم القبول أو الوفاء بواسطة إجراء لدى كتابة الضبط وتترك نسخة حرفية منه للمسحوب عليه".

وإن الطابع الإلزامي للاحتجاج لعدم القبول يختلف عن الطابع الإلزامي للاحتجاج لعدم الوفاء، فالاحتجاج لعدم القبول لا يلزم إلا في حالة الرجوع قبل الاستحقاق، وإذا أغفل الحامل تحرير هذا الاحتجاج (البروتستو)، فإنه يظل محتفظاً بحق تقديم السفتجة للوفاء في تاريخ الاستحقاق وتحرير احتجاج لعدم الوفاء في حالة الامتناع عن الوفاء، أما الاحتجاج لعدم الوفاء فإنه إجراء ضروري يستتبع إغفاله سقوط حق الحامل في الرجوع على الضامنين.⁽²⁾

الفرع الثاني: آثار عدم القبول (الامتناع عن القبول)

إذا امتنع المسحوب عليه عن القبول، جاز للحامل أن يلتزم موقفاً سلبياً ويقنع بالتوقيعات الموجودة من قبل موقعي السفتجة (توقيع الساحب والمظهرين والضامن الاحتياطي)، إذ أن القانون لا يلزم الحامل في حالة رفض القبول بالرجوع على الضامن ولا يُعد ممهلاً إذا تخلف عن هذا الرجوع.

¹ د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية العقود التجارية، عمليات البنوك والإفلاس، البار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 112.

² د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك والإفلاس، المرجع السابق، ص 113.

على أنه يجوز للحامل في الامتناع عن القبول أن يتخذ موقفا إيجابيا ويرجع مباشرة على الموقعين السابقين للسفينة بدفع قيمتها فوراً أو بتقديم كفيل.⁽¹⁾

أما في حالة عدم وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وفي حالة رفض القبول. فللحامل له موقفين:

الموقف الأول: انتظار حلول تاريخ الاستحقاق وإن رفض القبول من طرف المسحوب عليه لا يعني رفض الوفاء.

الموقف الثاني: تحرير احتجاج بعدم القبول خلال مهلة 20 يوم، يرجع قبل تاريخ الاستحقاق على الساحب وكل مظهر باعتبارهم ملتزمين صرفياً.

- إجراء الاحتجاج (برتستو) لعدم القبول:

ولما كان الامتناع عن القبول يحيز للحامل الرجوع على الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق، وجب أن يثبت هذا الامتناع ثبوتاً رسمياً لاشك فيه، وبروتستو عدم القبول ورقة من أوراق المحضرين يثبت فيها المحضر. امتناع المسحوب عليه عن القبول.

إن بروتستو عدم القبول يجوز تحريره في أي وقت من تاريخ الامتناع عن القبول حتى ميعاد الاستحقاق، في حين أن بروتستو عدم الدفع يجب تحريره في اليوم التالي للاستحقاق.⁽²⁾

والمشرع الجزائري يسمي برتستو بإجراء يحزر لدى كتابة الضبط. م 1/441 ق ت ج " يحزر الاحتجاج لعدم القبول أو الوفاء بواسطة إجراء لدى كتابة الضبط...)، وقد نصت المادة 1/427 أيضاً على ما يلي: "يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بإجراء من كتابة الضبط (الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء). 187.

المبحث الثالث: القبول بطريق التدخل والضمان الاحتياطي

تطرق القانون التجاري الجزائري من خلال المواد 448 - 449 إلى التدخل والقبول بطريق التدخل، أما الضمان الاحتياطي فقد ذكرت أحكامه وفق مادة وحيدة هي المادة 409 من نفس القانون، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق في هذا المبحث إلى القبول بطريق التدخل وشروطه في المطلب الأول، وآثار القبول بطريق التدخل في المطلب الثاني، والضمان الاحتياطي في المطلب الثالث.

¹ د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 92.

² م 4/448 ق ت ج.

المطلب الأول: القبول بطريق التدخل وشروطه

يعرف القبول بطريق التدخل بأنه ذلك القبول الحاصل من شخص يتدخل لضمان الدين الصرفي الذي حصل القبول المذكور لصالحه من رجوع الحامل عليه قبل ميعاد الاستحقاق، فقد نصت المادة 1/449 من ق ت ج على: "إن القبول بطريق التدخل يمكن حصوله في جميع الأحوال التي تكون فيها لحامل سفتجة واجبة التقديم للقبول حق الرجوع قبل الاستحقاق". وأضافت المادة 2/448 على أنه: "ويمكن وفقا للشروط الآتي بيانها قبول السفتجة أو وفاؤها من شخص متدخل لفائدة مدين معرض لدعوى الرجوع".

ولقد أخضع المشرع التجاري القبول بالتدخل لجملة من الشروط، منها موضوعية وأخرى شكلية هي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للقبول بطريق التدخل

يشترط أن تتوفر في المتدخل الأهلية القانونية اللازمة، كما يجب أن يكون رضاؤه خاليا من عيوب الإرادة ويفترض وجود سبب مشروع لهذا القبول أما محل القبول بالتدخل فقد يكون كامل مبلغ السفتجة أو جزء منه قياسا على صحة القبول الجزئي من المسحوب عليه، فالقابل بطريق التدخل يقبل القسم المتبقي الذي يشملها القبول الأصلي وغالبا ما يكون القابل بطريق التدخل في مثل هذه الحالة هو المسحوب عليه ذاته⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الشروط الشكلية للقبول بطريق التدخل

تنص المادة 5/449 "ويذكر القبول بطريق التدخل في السفتجة ويوقع من طرق المتدخل. كما يجب أن يتضمن تعيين الشخص الذي صدر لحسابه، وإذا أغفل هذا البيان، عد القبول صادرا لمصلحة الساحب".

فالقبول بطريق التدخل يجب أن يدون على السفتجة، وليس للتدخل صيغة معينة لذلك، وبالتالي يمكن استعمال أية عبارة تفيد ذلك ويوقع.

ويشترط في القبول بالتدخل أن يذكر فيه اسم من حصل التدخل لمصلحته وذلك لتحديد مركز القابل بالتدخل من الموقعين الآخرين على السفتجة، وأما إذا خلا القبول من ذكر هذا البيان، فإنه يفترض أن التدخل قد تم لمصلحة الساحب، والحكمة ذلك أن الساحب هو أول الموقعين على السفتجة وافترض وقوع القبول لمصلحته.

بالإضافة إلى ذلك يجب على المتدخل أن يخطر الشخص الذي تدخل في القبول لمصلحته في ظرف يومي العمل التالي لحصول هذا القبول وإذا أهمل مراعاة هذا الأجل يكون مسؤولاً عند الاقتضاء عن تعويض ما يترتب على إهماله من الضرر، بشرط ألا يتجاوز تعويض هذا الضرر مبلغ السفتجة.⁽²⁾

كما نجد أن المشرع لم يحدد شكل الإخطار، ولهذا يجوز أن يكون هذا الإخطار كتابة أو شفاهة⁽¹⁾.

¹ د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 93.

² د. إلياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 315.

- مصلحة المسحوب عليه في قبول السفتجة بطريق التدخل بدلاً من قبولها أصلياً:

أ- قبول المسحوب عليه السفتجة بطريق التدخل لا يعد قرينة قانونية على تلقيه مقابل الوفاء من الساحب كما هو الحال في القبول الأصلي.

ب- إن المسحوب عليه إذا قبل السفتجة قبولاً أصلياً وقام بالوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق دون أن يتلقى مقابل الوفاء، فليس له الرجوع إلا على الساحب وحده وقد يكون الساحب معسراً أو عاجزاً عن رد قيمة السفتجة، أما إذا قبلها بالتدخل لصالح أحد الملتزمين بها فإن له أن يرجع بما وفاه على هذا الملتزم والموقعين السابقين له بما فيهم الساحب.

ج- إذا كانت السفتجة مسحوبة لحساب شخص آخر وقبل المسحوب عليه السفتجة دون أن يكون قد تلقى مقابل الوفاء فلا يستطيع أن يرجع إلا على الأمر بالسحب⁽²⁾.

- الأشخاص الذين يمكنهم التدخل للقبول

- يشترط أن يكون القابل بطريق التدخل، موفياً بالتزامه بالقبول عن شخص ملتزم أصلاً في السفتجة، وهو في ذلك إما أن يكون مكلفاً من أحد الملتزمين بالسفتجة بمقتضى اتفاق سابق أو أن يكون تدخله من تلقاء نفسه فيعتبر فضولياً في هذا التصرف. أما شخص القابل بطريق التدخل فيجب أن يكون أهلاً للالتزام الصرفي لأن قبوله للسفتجة يترتب آثار قانونية وفقاً لأحكام قانون الصرف واعتباره ملتزماً في سند تجاري، وألا يكون ملتزماً في الأصل بالوفاء بقيمة السفتجة حتى يضيف ائتمان جديداً للسفتجة بقبوله.

- ويمكن أن يقع القبول بالواسطة (بطريق التدخل) لمصلحة أي ملتزم في السفتجة سواء لمصلحة الساحب، أو لأحد المظهرين، أو لضمان احتياطي، ولكن لا يجوز حصوله لمصلحة المسحوب عليه غير القابل حيث يظل هذا الأخير بعيداً عن الالتزام بدفع قيمة السفتجة، ويجب أن يعين القابل بطريق التدخل الشخصي- الذي حصل التوسط لمصلحته وإلا اعتبر أن التوسط حصل لمصلحة جميع الملتزمين في السفتجة⁽³⁾.

المطلب الثاني : آثار القبول بطريق التدخل

للقبول بطريق التدخل آثار تختلف باختلاف أطراف السفتجة وهي :

¹ د.أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 140 .

² د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، المرجع السابق، ص 117.

³ د. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ص 118.

الفرع الأول: العلاقة بين القابل والشخص الذي تم القبول بطريق التدخل لمصلحته والمدنيين الآخرين

إذا قام القابل بالواسطة (بطريق التدخل) بالوفاء للحامل، جاز له الرجوع على من توسط عنه، وعلى ضامني هذا الأخير أي على الموقعين السابقين عليه دون الموقعين اللاحقين له، وذلك لأن القابل بالواسطة في نفس المركز مع من توسط عنه، فيكون مضمونا من الموقعين السابقين وضامنا للموقعين اللاحقين، وإذا تخلف القابل بالواسطة عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق وقام الحامل بتحرير احتجاج بعدم الدفع في مواجهته، فإن المظهرين اللاحقين لمن حصل التوسط عنه يمكنهم أن يرجعوا على القابل بالواسطة إذا اضطروا إلى الوفاء للحامل.⁽¹⁾

الفرع الثاني : العلاقة بين الحامل والمدنيين في السفينة

ويجوز للحامل أن يرفض القبول بطريق التدخل، وذلك لأن القابل المتدخل قد يكون شخصا معسرا لا يتمتع بثقة الحامل، أما إذا ارتضى هذا القبول، فيفقد حقه في الرجوع قبل الاستحقاق على الشخص الذي حصل القبول لمصلحته وعلى الموقعين اللاحقين.

- وإذا كان القبول حاصلًا من المسحوب عليه احتياطي معين في السفينة للقبول عند الاقتضاء في محل الوفاء فلا يجوز للحامل رفض القبول، ولا يجوز له الرجوع قبل الاستحقاق على من عين له القبول ولا على الموقعين اللاحقين!

- وبالرغم من وجود القبول بطريق التدخل، فإنه يجوز للشخص الذي تم هذا القبول لمصلحته وللضامنين له أن يطلبوا من حامل السفينة مقابل دفعهم قيمتها والفوائد القانونية والنقبات أن يسلم إليهم السفينة ووثيقة الاحتجاج وحسابا مقترنا بالإبراء عند الاقتضاء، ويبرر هذا الحكم الرغبة في تمكين هؤلاء بدورهم من مباشرة حقهم في الرجوع على ضامنيهم.⁽²⁾

الفرع الثالث: العلاقة بين القابل والحامل

لقد جاء في نص المادة 449 / 5 ق.ت.ج: "من قبل بطريق التدخل يكون ملزما قبل الحامل والمظهرين اللاحقين لمن صدر التدخل لمصلحته، بما ألزم به هذا الأخير".

مما نستنتج أنه يلتزم القابل بطريق التدخل قبل الحامل بنفس الأوجه التي يلتزم بها من حصل التوسط عنه، على أن القابل بطريق التدخل ليس إلا مدينا ثانويا أو احتياطيا كالكفيل، وليس مدينا أصليا كالقابل الأصلي، ويتفرع على ذلك نتيجتان:

¹ د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري الأوراق التجارية والعقود التجارية عمليات البنوك والإفلاس، المرجع السابق، ص 117
² د. عبد الحكم فودة، الأوراق التجارية في ضوء الفقه وقضاء النقض وقانون التجارة رقم 17، الكمبالة والسند الادني، دار الألفية القانونية، 1999، ص 105.

- 1- أن الحامل لا يجوز له الرجوع على القابل بالطريق التدخل إلا بعد مطالبة المسحوب عليه وإثبات امتناعه عن الوفاء بمقتضى احتجاج بعدم الدفع، وذلك لأن المسحوب عليه قد يرفض القبول ولكنه لا يرفض الوفاء.
- 2- أنه إذا سقط حق الحامل في الرجوع على من حصل التوسط عنه، سقط حقه تبعاً في الرجوع على القابل بالواسطة عنه⁽¹⁾.

المطلب الثالث : الضمان الاحتياطي : L'Aval

جاء تعريف الضمان الاحتياطي وفق المادة 409 من القانون التجاري الجزائري كما يلي: " إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كلياً أو جزئياً ضامن احتياطي. ويكون هذا الضمان من الغير أو حتى من أحد الموقعين على السفتجة. ويجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبين فيه مكان صدوره " .

ما يمكن أن نستنتجه بأنه ضمان مقدم من طرف شخص يضمن الوفاء بمبلغ السفتجة عند تاريخ استحقاقها بحيث إذا لم يوف المدين المضمون يرجع الحامل على الضامن الاحتياطي باعتباره كفيل وملتزم صرفي، بمجرد توقيعه على السفتجة.

الفرع الأول: الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الضمان الاحتياطي

لقد نصت المادة 2/409 على أنه يجوز أن يقدم الضمان من الغير أو حتى من الموقعين على السفتجة كالساحب والمسحوب عليه والقابل أو أحد المظهرين ...

والأصل أن يصدر الضمان الاحتياطي من شخص آخر، أي من شخص غير ملتزم أصلاً بضمان الوفاء للسفتجة. وذلك حتى نضيف ضماناً جديداً للسفتجة بالتزام الضامن الاحتياطي، ومع ذلك فإن المادة 2/409 المشار إليها سابقاً تجيز صراحة أن يصدر الضمان الاحتياطي من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا السفتجة، أي من أحد الموقعين على السفتجة، إلا أن ذلك لا يتصور إلا إذا ترتب على هذا الضمان فائدة لحاملها، مثلاً بأن يضمن أحد المظهرين التزام المسحوب عليه القابل ضماناً احتياطياً، إذ يترتب على هذا الضمان أن يصبح المظهر الضامن في نفس مركز المسحوب عليه القابل، ومن ثم يفقد هذا المظهر حقه في التمسك بإهمال الحامل.

كذلك يمكن أن يقوم أحد المظهرين بضمان الساحب، ولكنه لا يجوز أن يقوم أحد المظهرين بضمان مظهر لاحق عليه، لأنه يضمنه بالفعل، فلا جدوى من تدخله مرة ثانية بالضمان الاحتياطي.

والأصل أن يكون المضمون احتياطياً هو أحد الملتزمين بالوفاء بالسفتجة. فيجوز أن يقع الضامن الاحتياطي عن الساحب، أو المسحوب عليه القابل، أو أحد المظهرين، أو عن ضامن احتياطي آخر⁽¹⁾.

¹ م 4/409 ق ت ج .

الفرع الثاني: شروط الضمان الاحتياطي

أ- كتابة الضمان على السفتجة أو على الوصلة المتصلة بها

يتم الضمان الاحتياطي عادة عن طريق توقيع السفتجة بكتابة عبارة تفيد معنى الضمان، كأن يشار إلى "مقبول كضمان احتياطي" أو "على وجه الضمان" أو أية عبارة أخرى تعطي نفس المعنى.⁽²⁾ ويعتبر الالتزام بالضمان ناشئاً بمجرد توقيع مقدم الضمان على وجه السفتجة إلا إذا كان توقيع المسحوب عليه أو توقيع الساحب⁽³⁾، ولعل سبب استبعاد المشرع لتوقيع الساحب أو المسحوب عليه لأن توقيع المسحوب عليه المجرد يفترض فيه أن يكون قبولاً للسفتجة وليس ضماناً احتياطياً، أما بالنسبة لتوقيع الساحب فإن الضمان الذي يقدمه ضمن هذه الشروط، يعد باطلاً، لأنه هو نفسه ضامن قبولها وأداء مبلغها تجاه حملة السفتجة. فتوقيعه المجرد ثانية لا قيمة له، هذا ولم يستلزم المشرع من قدم الضمان تحديد المبلغ الذي يريد ضامنه، كما يستلزم تاريخ نشوئه.

ب- كتابة الضمان في محرر مستقل

بينت الفقرة الثالثة من المادة 409 على أنه يجوز أن يكتب الضمان في محرر (سند) مستقل عن السفتجة، لكن النص القانوني يشترط في هذه الحالة:

- تعيين المكان الذي جرى فيه وهذا الشرط ضروري لتقدير صحته، على أساس أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من معاهدة جنيف المتعلقة بتنزع القوانين فيما يخص السفتجة وسند الأمر ينص بأن شكل التزامات الناجمة عن السفتجة وسند الأمر يحكم بقانون البلد الذي صدرت فيه هذه الالتزامات، كما يضيف الاجتهاد الحديث ضرورة تحديد مبلغ وتاريخ استحقاق الورقة التجارية المضمونة، إضافة لذلك فإنه يشترط توفر الرضا، المحل، والسبب وأهلية التجارة في الشخص الضامن احتياطياً⁽⁴⁾.

ج- تاريخ وقوع الضمان الاحتياطي: يقوم الضمان الاحتياطي بين إنشاء السفتجة وتاريخ استحقاقها، غير أنه يمكن أن يكون بعد تاريخ الاستحقاق.

الفرع الثالث: آثار الضمان الاحتياطي

ليتم توضيح آثار الضمان الاحتياطي لابد من دراسة علاقات الأطراف التي تتصل بهذا الضمان:

¹ م 5/409 ق ت ج.

² د.راشد راشد، المرجع السابق، ص 74 - 75.

³ د.نادية فضيل، المرجع السابق، ص 82.

⁴ د.مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية والعقود التجارية عمليات البنوك والإفلاس، المرجع السابق، ص 126.

أ- علاقة الضامن الاحتياطي بالمدين المضمون

ليس للمدين المضمون حق الرجوع على ضامنه الاحتياطي، وعلى عكس من ذلك الضامن الاحتياطي الذي قام بالوفاء بقيمة السفتجة أن يرجع على المدين المضمون بالمبلغ الذي دفعه والمصاريف التي تحملها، وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار حقه في الرجوع مستمدا من القواعد العامة في الحلول⁽¹⁾.

2- العلاقة بين الضامن الاحتياطي والملتزمين الآخرين غير الملتزم المضمون

إذا قام الضامن الاحتياطي بالوفاء للحامل جاز له الرجوع على الموقعين على السفتجة على النحو الذي يحوز فيه ذلك للملتزم المضمون. وعلى ذلك فلضامن أحد المظهرين أن يرجع على المسحوب عليه القابل وعلى المظهرين السابقين وعلى الساحب، أما ضامن الساحب فليس له أن يرجع إلا على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء ويمتنع عليه الرجوع على المظهرين اللاحقين، أما ضامن المسحوب عليه فليس له أن يرجع إلا على الساحب في حالة انتفاء مقابل الوفاء⁽²⁾.

3- العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل

جاء في الفقرة السابعة من المادة 409 على أنه: "يلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون" هذا ما ينتج عن ذلك ما يلي:

أ- يلتزم الضامن الاحتياطي بوفاء قيمة السفتجة على وجه التضامن مع المكفول وهذه الكفالة تشبه كفالة الساحب والمسحوب عليه والمظهرين، فليس للضامن أن يتمسك تجاه الحامل بحق التجريد، ولا يحق التقسيم إذا وجد كفلاء آخرون في السند وذلك على خلاف القواعد المدنية .

ب - الضامن الاحتياطي ذو صفة تجارية مهما كانت صفة الضامن والمضمون والدين. وهذا سواء ورد الضامن في السفتجة ذاتها أو في ورقة مستقلة .

ج- لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج بعدم إجراء الاحتجاج إلا في الأحوال التي يجوز فيها للساحب التمسك بهذا الدفع .

د- يعتبر التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام المكفول باطلا، ما لم يكن البطلان ناشئا عن عيب في الشكل (الفقرة 8 من المادة 409 تجاري)

هـ - إذا وفي الضامن الاحتياطي قيمة السفتجة آلت إليه جميع الحقوق الناشئة عنها قبل مضمونه والملتزمين بمقتضى السفتجة، فيحق للضامن الاحتياطي الرجوع على الملتزم المضمون لمطالبته بما وفاه عنه، وله أن يقاضيه

¹ د.صبيح عرب، الأوراق التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 98 .

² د . علي فتاك، المرجع السابق، ص 119 .

بدعوتين، دعوى شخصية ناشئة عن الكفالة ودعوى الحلول التي يحل فيها الضامن محل الحامل الذي تلقى عنه الوفاء⁽¹⁾.

المبحث الرابع: الوفاء

عندما يحين ميعاد استحقاق السفتجة، فإن الحامل الأخير لها يتقدم إلى المسحوب عليه فيها مطالبا بالوفاء. فإذا أوفى المسحوب عليه بقيمتها وفاء صحيحا في ميعاد استحقاقها انقضت حياة السفتجة اقتضاء طبيعى، إلا أن الحامل الشرعي قد يفقد حيازته للسفتجة بعدة طرق ويتعذر عليه أن يبرز السفتجة مطالبا بالوفاء من المسحوب عليه ولكن القانون نظم لصالحه طريقا لاقتضاء حقه.

سنتعرض من خلال هذا المبحث في المطلب الأول إلى تحديد ميعاد الاستحقاق والمطلب الثاني تقديم الوفاء والمطلب الثالث الأشخاص الذين تقدم إليهم السفتجة والمطلب الرابع المعارضة في الوفاء والمطلب الخامس شروط وآثار الوفاء والمطلب السادس كيفيات الأداء (طرق الوفاء).

المطلب الأول: ميعاد الاستحقاق

بيان ميعاد الاستحقاق هو من البيانات الإلزامية التي يجب ذكرها في السفتجة الصحيحة. ويجب أن يكون محدد على وجه يقيني لا يحتمل الشك. بل إن المادة 410 من القانون التجاري قد حصرت الطرق التي ينبغي أن يتم بها هذا التحديد، ذلك أن أهمية ميعاد الاستحقاق وضرورة تعارف التجار على أسلوب واضح لتحديدته تقتضيان ذلك، وعموما تم تحديد ميعاد الاستحقاق قانونا وعلى نحو 04 حالات: يجوز أن تكون السفتجة مستحقة الأداء بمجرد الإطلاع عليها، أو بعد مدة من الإطلاع، أو في يوم محدد أو بعد مدة معينة من تاريخ تحريرها.

وتبطل كل سفتجة تتضمن آجال استحقاق أخرى غير منصوص عليها في المادة 410 من القانون التجاري.

الفرع الأول : السفتجة المستحقة الوفاء لدى الإطلاع

هي السفتجة التي يجب دفع قيمتها عند تقديمها، وليس من الضروري أن يذكر في مثل هذه الحالة تاريخ لاستحقاقها، فالسفتجة التي لا يعين فيها تاريخ استحقاق تكون مستحقة الأداء لدى الإطلاع.

للحامل أن يقدم هذه السفتجة متى شاء إلى المسحوب عليه في خلال المهلة المحددة له قانونا، وعندئذ تكون لحظة تقديمها هي تاريخ استحقاقها. ويتحتم على الحامل تقديم السفتجة الواجبة الوفاء لدى الإطلاع خلال سنة من تاريخ إنشائها، إلا إذا قام الساحب بإطالة هذه المدة أو تقصيرها، وله إلزام الحامل بعدم التقديم قبل مضي.

¹ د. علي البارودي، و د. محمد فريد العريفي، القانون التجاري، ج1، الأوراق التجارية والإفلاس، وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 150.

مدة معينة وعندئذ تبدأ مدة السنة من ذلك التاريخ، أما المظهر فليس له أن يطيل المدة التي حددها القانون للتقديم، وإنما له أن يقصرها فقط، وإذا لم يراع الحامل المدة القانونية أو المدة المشروطة من قبل الساحب أو المظهرين، وامتنع المسحوب عليه عن الدفع فعندئذ يسقط حقه بالرجوع تجاه الساحب والمظهرين.⁽¹⁾

الفرع الثاني: السفتجة المستحقة بعد مضي مدة معينة من الإطلاع

فإن ميعة الاستحقاق لا يمكن تحديده إلا بذهاب الحامل إلى المسحوب عليه في طلب القبول، إذ لا يبدأ الميعاد إلا من تاريخ القبول أو تاريخ الاحتجاج لعدم القبول في حالة رفض القبول، لذلك أوجب المشرع على الحامل في هذه السفتجة أيضاً أن يذهب في طلب القبول خلال سنة من تاريخ إنشائها على غرار السفتجة المستحقة بمجرد الإطلاع، وعلى غرارها أيضاً يجوز للساحب أن يطيل مدة السنة أو يقصرها.⁽²⁾

ويعتبر القبول غير المؤرخ كأنه تم في آخر يوم من المدة المحددة لتقديم السفتجة، وهذا ما نصت عليه المادة 412 فقرة 2 من القانون التجاري.

الفرع الثالث: السفتجة المستحقة بعد مضي مدة معينة من تاريخ الإنشاء

يكون أجل استحقاق هذه السفتجة هو اليوم من الشهر المقابل ليوم تحريرها فمثلاً لو حررت سفتجة في 15 جانفي لتدفع بعد ثلاثة أشهر، يكون أجل استحقاقها هو يوم 15 أفريل، ولو حررت في 30 نوفمبر على أن تدفع بعد ثلاثة أشهر، اليوم الأخير من شهر فبراير سواء كان 28 أو 29 يكون هو أجل الاستحقاق⁽³⁾

الفرع الرابع: السفتجة المستحقة الوفاء في يوم معين

وهذه الطريقة الأكثر انتشاراً من الناحية العملية، فيكتب تاريخ اليوم المحدد للوفاء كأول مارس 2011 مثلاً أو 15 أفريل 2011 مثلاً وفي هذه الحالة يجب دفع قيمة السفتجة في هذا اليوم بالذات.⁽⁴⁾

المطلب الثاني: تقديم السفتجة للوفاء

- معنى الوفاء: يعني الوفاء تقديم السند مادياً إلى المسحوب عليه ودعوته للوفاء لقبض المبلغ في تاريخ استحقاقه وبذلك ينقضي الالتزام الملقى على المسحوب عليه بالوفاء.

- تحديد ميعة الاستحقاق: تكمن أهمية تحديد ميعة الوفاء في معرفة تدخل الحامل للمطالبة بذلك من قبل المسحوب عليه أو امتناعه عن ذلك أو عند إهماله في المطالبة بذلك.

¹ م 412 ق ت ج. أيضاً: د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 84.

² د. أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 160.

³ د. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، المرجع السابق، ص 137.

⁴ م 414 ق ت ج.

- على الدائن في السفتجة أن يسعى إلى استيفاء قيمتها دون أن يسعى المدين إلى الوفاء بها. أي أن الدين في السفتجة مطلوب لا محمول. ويفسر هذا الحكم بأن السفتجة تتداول من يد إلى أخرى مما لا يتسنى معه للمدين معرفة من تستقر في يده عند الاستحقاق. ومن ثم يلتزم حامل السفتجة أن يطالب المسحوب عليه، أو من يلتزم عوضاً عنه بالوفاء بقيمة السفتجة.

وإذا كان طلب القبول جائزاً ليس من حامل السفتجة فقط بل من مجرد حائز لها، فإن طلب الوفاء لا يكون إلا من الحامل الشرعي للسفتجة أي المستفيد الأصلي أو من تؤول إليه السفتجة بمقتضى سلسلة غير منقطعة من التظاهرات، ومرد هذا الفرق أن المسحوب عليه يلتزم في حالة القبول ليس اتجاه حائز السفتجة فقط بل اتجاه الحملة المتعاقبين. أما إذا طوّل المسحوب عليه بالوفاء فيجب أن يدفع للحامل الشرعي والا كان وفائه غير صحيح.

وقد ينبى الحامل عنه وكلا في تحصيل قيمة السفتجة وتتخذ هذه الوكالة في العادة صورة التظهير التوكيلي. والغالب أن يعهد حامل السفتجة إلى أحد البنوك بتحصيل قيمتها لحسابه⁽¹⁾ ويعتبر التقديم المادي للسفتجة لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء ويمكن أن يتم هذا التقديم أيضاً بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما⁽²⁾.

المطلب الثالث : الأشخاص الذين تقدم إليهم السفتجة

تقدم السفتجة للوفاء إلى المسحوب عليه، وهو المدين الأصلي للحامل الأخير وتقدم كذلك للمو في الاحتياطي إن وجد أو إلى القابل بطريق التدخل وهو الشخص يتقدم بقبول الوفاء بدلا من المسحوب عليه، وكذلك تقدم إلى من اختير للدفع بمقتضى شرط المحل المختار. وكل وفاء يتم على هذا النحو يبرئ ذمة الملتزم الصر في بالورقة التجارية.⁽³⁾

وعلى من يقوم بالوفاء أن يتأكد من تسلسل التوقيعات، وعليه أن يستلمها بعد الوفاء حتى ينسحب من التداول، وأن يتأكد من وجود آثار التزوير، لأن الوفاء لغير الحامل الشرعي رغم وضوح التظاهرات لا يبرأ ذمة المدين بالوفاء .

المطلب الرابع : المعارضة في الوفاء

نصت المادة 419 من ق.ت.ج. على: "لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفتجة أو إفلاس حاملها" وهذا استثناء من مبدأ قاعدة تجريد التزام صر في وقاعدة تطهير الدفع.

¹ م 416 ق ت ج.

² م 422 ق ت ج.

³ م 425 ق ت ج.

الفرع الأول: حالة ضياع أو فقدان السفتجة

نصت المادة 412 على أن السفتجة المفقودة إذا كانت تحمل قبول المسحوب عليه فليس للحامل أن يستوفي بمقتضى نسخة أخرى قيمة السفتجة إلا بمقتضى أمر يصدره القاضي بعد أن يقدم الحامل كفيلاً.

أما إذا لم يستطع الحامل أن يقدم نسخة أخرى من السفتجة المفقودة سواء كانت مقبولة أو غير مقبولة، فإما أن يعمل على استخراج نسخة جديدة تحل محل السفتجة المفقودة وتحمل توقعات المظهرين والساحب. وإما أن يتقدم إلى القضاء لاستصدار أمر منه بالوفاء، ويجب عليه حينئذ أن يثبت حقه في السفتجة المفقودة بمقتضى دفاتره وأن يقدم كفيلاً⁽¹⁾. وإذا دفع المسحوب عليه قيمة السفتجة ثم تقدم إليه حامل النسخة التي عليها صيغة القبول، فإنه يستطيع أن يمتنع عن دفعها، والحامل هذه النسخة أن يرجع على من استولى على قيمة السفتجة، فإن لم يرجع له قيمتها رجع على الكفيل الذي لا تنقضي كفالاته بالتقادم إلا بمضي ثلاث سنوات⁽²⁾.

أما إذا امتنع المسحوب عليه عن الدفع للمالك الذي استصدر أمر من القاضي بدفع قيمة السفتجة، التزم المالك بتحرير احتجاج في اليوم التالي لاستحقاق السفتجة الضائعة، ويجب أن يعلن هذا الاحتجاج للساحب ولجميع المظهرين في الآجال المحددة قانوناً م 423 ق.ت.ج.⁽³⁾

الفرع الثاني: حالة إفلاس الحامل

في حالة إفلاس الحامل فإنه تطبيقاً لقواعد الإفلاس وما يترتب عنه من آثار خاصة مبدأً غل يد المدين المفلس طبقاً لنص المادة 244 ق.ت.ج فإنه للوكيل المتصرف القضائي أن يقدم معارضة عن الوفاء لأن المادة 268 خولت للوكيل المتصرف القضائي القيام بتحصيل جميع ديون التاجر المفلس التي حل أجلها، ويمنع على الحامل المفلس أن يتسلم مبلغ السفتجة رغم غل يده لأن ذلك يعد اختلاساً للجانب الإيجابي لزمته المالية ويمكن متابعتها جزائياً.

المطلب الخامس : شروط وآثار الوفاء

للوفاء شروط معينة تجعله صحيحاً وواقعاً، وبالتالي تترتب عليه آثار قانونية.

الفرع الأول: شروط الوفاء

لا يجبر حامل السفتجة على قبض قيمتها قبل الاستحقاق (المادة 1/416) فلا يمكن للمدين بموجب السفتجة أن يلزم حاملها على قبض القيمة قبل ميعاد الاستحقاق ذلك لأن الأجل في المعاملات التجارية يكون لمصلحة

¹ د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 90 – 91.

² د. علي حساني، محاضرات في السندات التجارية، ص 25.

³ د.علي حساني، المرجع السابق، ص 25.

الدائن والمدين وليس لمصلحة الدائن فقط، وإذا أوفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك (المادة 2/416)، غير أنه يجوز أن يتم الوفاء بالقيمة قبل تاريخ الاستحقاق إذا عرض المسحوب عليه ذلك ووافق الحامل⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار الوفاء

1- آثاره قبل تاريخ الاستحقاق: في هذه الحالة جعل المشرع المسحوب عليه مسؤولاً، وعليه أن يحذر بأن يوفي قيمة السفتجة لمن يستحقها كأن يتحقق من صحة التواقيع الموجودة في السفتجة مثلاً، حتى لا يكون معرض لدفع القيمة مرة ثانية للشخص الحامل القانوني والشرعي لها.

2- آثاره في ميعاد الاستحقاق: المسحوب عليه المدين إذا قام بالوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد استحقاقها برأت ذمته إذا تحقق من صحة تسلسل المظهرين التي تنتهي إلى الحامل، غير أنه إذا تبين أن المسحوب عليه قد ارتكب عند أدائه غشاً أو خطأً جسيماً فلا تبرأ ذمته ويكون معرضاً للوفاء مرة ثانية⁽²⁾.

المطلب السادس: كفايات الأداء أو طرق الوفاء

كبدأ عام يجب الوفاء بكل المبلغ المحدد في السفتجة، لكن المشرع أجاز الوفاء الجزئي، ومنع الحامل من رفضه غير أنه يجب الوفاء على الأكثر في اليوم التالي لآخر يوم يجوز فيه إقامة الاحتجاج لعدم الوفاء⁽³⁾.
- غير أنه يجب أن يشار إلى الشخص الذي حصل الوفاء لمصلحته، وإلا عد الوفاء حاصل لمصلحة الساحب. والوفاء قد يحدث بعدة طرق سنتطرق إليها كما يلي:

الفرع الأول: الوفاء الكامل

وهو حصول الحامل على مبلغ السفتجة كاملاً، مما يجنبه تحرير الاحتجاج وما يترتب عليه من آثار، وعند حصول هذا الوفاء فيعين على الحامل تسليم السفتجة إلى من قام بالوفاء حتى يتم سحبها من التداول.

الفرع الثاني : الوفاء الجزئي

الأصل أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء جزئياً، وذلك لأن الوفاء الجزئي يترتب عليه تفويت الانتفاع على الدائن بدنيه على الوجه الأكمل.

ومع ذلك فإن المادة 415 فقرة 2 توجب على الحامل قبول ما يعرض عليه من وفاء جزئي بقولها: "ولا يمكن للحامل أن يرفض وفاء جزئياً".

¹ م 415 ق ت ج.

² م 3/415 ق ت ج.

³ د. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس، المرجع السابق، ص 142.

وإذا دفع المسحوب عليه جزءاً من قيمة السفتجة، فلا يحق له أن يسترد السفتجة، لأن الحامل في حاجة إليها للمطالبة بمقتضاها بالقدر الباقي. ولكن يجوز للمسحوب عليه أن يطلب التأشير على السفتجة بهذا الوفاء الجزئي وأن يأخذ إيصالاً بالقدر المدفوع⁽¹⁾.

ويترب على الوفاء الجزئي براءة ذمة الساحب والمظهر بقدر المبلغ المدفوع، ويجب على الحامل أن يقدم الاحتجاج فيما يتعلق بالمبلغ الباقي المادة 4/415 ق.ت.ج.⁽²⁾

الفرع الثالث: الوفاء عن طريق الشيك أو الحوالة

سمح المشرع بأداء مبلغ السفتجة عن طريق شيك (بنكي أو بريدي) أو عن طريق أمر بالحوالة على البنك المركزي الجزائري، فإذا رضي الحامل بطريق الوفاء هذا، وجب أن يذكر في الشيك أو الحوالة عدد ومبالغ السفائح المؤداة وتاريخ استحقاقها.

يبد أن هذا البيان لا يكون واجباً بالنسبة للشيكات أو أوامر الحوالة المنشأة للتسوية المالية بين المصارف فيما يخص رصيد العمليات المتممة فيما بينها بواسطة غرف المقاصة (م 428 ق.ت.ج)⁽³⁾.

وإذا وقعت التسوية بمقتضى شيك عادي ولم يقع أدائه، فإنه يقع الاحتجاج لعدم وفاء هذا الشيك في موطن وفاء السفتجة في أجل المنصوص عليه في المادة 516 ق.ت، ويقع الاحتجاج لعدم وفاء الشيك وكذلك التبليغ بموجب إجراء واحد من كتابة الضبط، إلا في حالة وجود دواع تتعلق بالاختصاص المحلي واقتضاء تدخل كتابتي الضبط.

وإذا حصلت التسوية بواسطة أمر بالحوالة ورفضها البنك المركزي الجزائري أو بواسطة صك بريدي رفضه مركز الصكوك البريدية هو الآخر الحائز لحساب من يستفيد عليه، وجب تبليغ الرفض بناء على إجراء كتابة ضبط لموطن القائم بالإصدار ضمن عشرين يوم من تاريخ الإصدار.⁽⁴⁾

الفرع الرابع: الوفاء عن طريق التدخل

لقد نصت م 450 ق.ت.ج على مايلي: "يمكن حصول الوفاء بطريق التدخل في جميع الأحوال التي يجوز فيها للحامل القيام بدعوى الرجوع سواء كان في الاستحقاق أو قبله."

¹ د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 95.

² م 3/428 ق ت ج.

³ م 452 ق ت ج.

⁴ م 454 ق ت ج.

وعلى الموفاى بالتدخل أن يحدد الشخص الذى تدخل لمصلحته، وإلا عد تدخله للوفاء حاصل لمصلحة الساحب، كما يجب أن يتم هذا الوفاء على الأكثر فى اليوم التالى لآخر يوم يجوز فيه الاحتجاج لعدم الوفاء. وكل حامل يرفض الوفاء بطريقة التدخل يفقد حق الرجوع على الأشخاص الذين يرى هذا الوفاء ذمتهم.⁽¹⁾ كما أن الموفاى بطريقة التدخل يكتسب الحقوق الناتجة عن السفنجة على من قام بالوفاء عنه.⁽²⁾

المبحث الخامس: الاحتجاج وإجراءاته

الاحتجاج وثيقة رسمية تحررها كتابة الضبط، بناء على طلب الحامل، وتثبت بأن المسحوب عليه يرفض الاعتراف بأنه ملتزم بمقتضى القانون الصرعى، بقبول السفنجة أو بأداء مبلغها، ويسمح إصدار السند من طرف الساحب بافتراض أن المسحوب عليه لديه مقابل الوفاء وأنه موافق على الأداء. وبالتالى يتعين على الحامل أن يبدأ بإثبات امتناع المسحوب عليه إثباتاً رسمياً وقاطعاً ولا يتم ذلك إلا عن طريق تحرير احتجاج.

وسوف نتطرق فى المطلب الأول: أنواع الاحتجاج ومضمونه، والمطلب الثانى: حالات الرجوع على الملتزمين دون حاجة إلى تحرير احتجاج، والمطلب الثالث: مكان إقامة الاحتجاج ومواعيده، والمطلب الرابع: الرجوع الصرعى والمطلب الخامس: سقوط الحق فى الرجوع بسبب الإهمال والتقادم.

المطلب الأول: أنواع الاحتجاج ومضمونه

تقضى المادة 427 ق.ت.ج بأنه يجب إثبات رفض القبول أو الوفاء، عن طريق احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء بإجراء من كتابة الضبط، إذا هناك نوعان من الاحتجاج.

الفرع الأول: احتجاج عدم القبول

لا يلتزم الحامل بتقديم السفنجة للقبول، إلا إذا اشتملت على شرط خاص بذلك، ولكنه إذا قدمها ورفض المسحوب عليه قبولها فيجوز له العمل على إثبات رفض القبول.⁽³⁾

حيث يتم هذا الإثبات عن طريق الاحتجاج، وإذا كانت قد حددت مهلة للتقديم، فإن الاحتجاج يجب أن يقام خلال هذه المهلة، وفى الحالة التى يتم فيها التقديم الأول فى اليوم الأخير من هذه المهلة، فإنه يمكن إقامة الاحتجاج فى اليوم الموالى، وإذا لم يجري الحامل الاحتجاج فى حالة عدم حصوله على القبول، فإنه لا يفقد

¹ د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 97.

² د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 98.

³ م 3/427 ق ت ج.

حقه في تقديم السفتجة للأداء في تاريخ الاستحقاق، وإقامة احتجاج عدم الوفاء إذا لم يستوف مبلغ السفتجة.⁽¹⁾

كما أن الاحتجاج لعدم القبول يغني عن تقديم السفتجة للوفاء وعن الاحتجاج لعدم الوفاء.⁽²⁾

الفرع الثاني: الاحتجاج لعدم الوفاء

يجب على الحامل أن يثبت امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، وبواسطة احتجاج عدم الوفاء وإلا عد حاملاً مهنماً، ويجب على الحامل تحرير احتجاج لعدم الدفع ليتمكن الرجوع على ضامنيه، حتى ولو كان المسحوب عليه متوقف عن الوفاء سواء أكان صدر منه قبول أم لا أو في حالة حجز أمواله بدون جدوى، ويختلف الأمر في حالة إفلاس الساحب السفتجة لتمكين المشروط عليه عدم تقديمها للقبول، بحيث يكفي تقديم حكم بشهر الإفلاس لتمكين الحامل من ممارسة حقوقه في الرجوع.⁽³⁾

الفرع الثالث: مضمون الاحتجاج

يجب أن يحرر الاحتجاج لعدم القبول أو الوفاء بواسطة إجراء لدى كتابة الضبط وتترك نسخة حرفية منه للمسحوب عليه، ويجب أن يشمل الاحتجاج على نسخة حرفية لنص السفتجة والقبول والتظاهرات والقيود المبينة بها مع الإنذار بوفاء مبلغ السفتجة، ويذكر فيه إذا كان الشخص الذي يجب عليه الدفع حاضراً أو غائباً مع بيان أسلوب رفض الوفاء والعجز عن التوقيع أو رفض التوقيع.⁽⁴⁾

المطلب الثاني: حالات الرجوع على الملتزمين دون الحاجة إلى تحرير احتجاج

في حقيقة الأمر يجب تحرير احتجاج من طرف الحامل قبل الرجوع، لكن هناك استثناءات وردت على هذا المبدأ العام.

الفرع الأول: الاحتجاج لعدم القبول

إذا قام الحامل بتحرير احتجاج لعدم القبول، فإن ذلك يغني عن تقديم السفتجة للوفاء وعن الاحتجاج لعدم الوفاء (م 427 ق.ت.ج).

¹ د. علي فتاك، المرجع السابق، ص 143.

² د. علي فتاك، المرجع السابق، ص 143.

³ م 6/427 ق.ت.ج.

⁴ د. علي فتاك، المرجع السابق، ص 144.

الفرع الثاني: إفلاس المسحوب عليه سواء صدر قبول منه أم لا

أكتفى المشرع بتقديم الحكم بشهر الإفلاس ليتمكن الحامل من ممارسة حقوقه في الرجوع.⁽¹⁾

الفرع الثالث: حدوث قوة قاهرة

إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوماً ابتداء من الاستحقاق جاز رفع دعوى الرجوع بدون حاجة لتقديم السفتجة أو تحرير الاحتجاج ما لم تكن هذه الدعوى معلقة لأمد أطول تطبيقاً للقانون (م 4/438 ق.ت.ج).

الفرع الرابع: وجود شرط بدون مصاريف أو بدون تقديم احتجاج

نتيجة ما يمثله الاحتجاج بالنسبة للحامل من مصدر الإزعاج والمصاريف، فقد يحصل أن تصل مصاريف الاحتجاج إلى قيمة السفتجة، ولهذا نجد أن في بعض الأحوال تتضمن السفتجة شرط (الرجوع بدون مصاريف) أو أية عبارة أخرى تؤدي نفس المعنى.⁽²⁾

ينتج عن هذا الشرط إعفاء الحامل من الاحتجاج عدم القبول واحتجاج عدم الوفاء لكنه لا يعفيه من تقديم السفتجة في المواعيد القانونية، ولا من توجيه الإخطارات اللازمة، وبما أنه لا يوجد احتجاج، فإثبات عدم مراعاة الآجال يكون على من يتمسك بها ضد الحامل، وإذا كان الشرط صادراً على الساحب، نتجت آثاره تجاه جميع الموقعين، أما إذا اشترطه مظهر أو ضامن احتياطي فلا تتعدى آثاره هذا الأخير، وإذا أقام الحامل احتجاجاً بالرغم من الشرط الذي ضمنه الساحب فإنه يتحمل مصاريفه.

أما بالنسبة لشرط بدون احتجاج فهو يمنح السلطة التقديرية في عدم إقامته، فإن لم يتم بهذه الشكلية فإن موقعي السند لا يمكنهم أن يتمسكوا تجاهه بإهماله ويخضع هذا الشرط لنفس الأحكام السابق ذكرها فيما يخص شرط الرجوع بدون مصاريف.

المطلب الثالث: مكان إقامة الاحتجاج ومواعيده

يحرر الاحتجاج بعدم القبول أو بعدم الوفاء بواسطة أجراء لدى كتابة ضبط المحكمة وبهذا يجب احترام مواعيد الاحتجاج والمكان الذي يقام فيه الاحتجاج وبهذا سنتطرق في الفرع الأول مكان إقامة الاحتجاج والفرع الثاني مواعيد الاحتجاج.

¹ د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 100.

² د. عبد القادر البقير، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الأول: مكان إقامة الاحتجاج

يجب أصلاً إقامة الاحتجاج في موطن المسحوب عليه أو في آخر موطن معروف له، إن هذه القاعدة القانونية تمنع تبليغ الشخص في أي مكان آخر، ففي موطنه فقط، أما إذا اشتملت السفينة على شرط المحل المختار فإن الاحتجاج يقام في موطن الشخص المختار⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مواعيد الاحتجاج

أولاً: احتجاج عدم القبول

نصت المادة 427 فقرة 2 على أن: "ويجب تقديم الاحتجاج لعدم القبول في الآجال المعينة لتقديم السفينة للقبول". وإن تنظيم الاحتجاج لعدم القبول يمكن أن يتم في أي وقت من تاريخ الامتناع عن القبول لأن مهلة تقديم السفينة للقبول تحد منذ تاريخ سحبها حتى تاريخ استحقاقها، لكن الحامل ملزماً أحياناً بتقديم السفينة للقبول في فترة معينة.

ثانياً: احتجاج عدم الوفاء

نصت المادة 427/3 ق.ت.ج يجب دفع الاحتجاج لعدم وفاء السفينة الواجبة دفعها في يوم محدد أو في أجل معين من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها خلال العشرين يوماً الموالية لليوم الذي يجب فيه دفع السفينة، وإذا كانت السفينة الواجب دفعها لدى الاطلاع عليها فانه يجب تقديم احتجاج ضمن الشروط المبينة في الفقرة السابقة والمتعلقة بالاحتجاج لعدم القبول". وعليه تختلف مهلة تنظيم احتجاج لعدم الوفاء في السفينة.

أ- السفينة المستحقة الدفع لدى الاطلاع

إذا امتنع المسحوب عن وفاء السفينة المذكورة، فعلى الحامل أن ينظم الاحتجاج لعدم الوفاء في أي يوم منذ تاريخ امتناعه وحتى انقضاء سنة على تاريخ إنشاء هذه السفينة.

ب- السفينة المستحقة الدفع في يوم معين أو بعد مدة من إنشاءها أو الاطلاع عليها

ينظم احتجاج عدم الوفاء في السفينة المذكورة خلال عشرين الموالية لليوم الذي يجب فيه دفع السفينة ولا يعتد بالاحتجاج المنظم قبل تاريخ الاستحقاق⁽²⁾.

وأشارت المادة 438 ق.ت.ج بأنه إذا حالت قوة القاهرة دون تقديم احتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء في المواعيد المحددة لذلك، فإن هذه المواعيد تمتد حتى انتهاء القوة القاهرة، حيث يتوجب تنظيمه دون إبطاء.

¹ د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 123.

² د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 104.

لكن إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من 30 يوما من تاريخ الاستحقاق فإن الحامل يعفى من تنظيم الاحتجاج، ويحق له الرجوع مباشرة على الملتزمين بالسفينة⁽¹⁾.

المطلب الرابع: الرجوع الصرفي

إن الموقعين على السفينة ملتزمون بأداء مبلغها على وجه التضامن، فيمكن للحامل إذن ممارسة حقه في الرجوع ضد المظهرين والساحب وكل موقع آخر، وبهذا يمكن الرجوع قبل الاستحقاق.

الفرع الأول: الرجوع قبل الاستحقاق

إن المشرع أورد ثلاث استثناءات تسمح للحامل بالرجوع قبل تاريخ الاستحقاق وهذا ما نصت عليه المادة 426 ق.ت.ج.

أولاً: حالة الرفض الكلي أو الجزئي للقبول، ويشترط إقامة احتجاج عدم القبول .

ثانياً: حالة إفلاس المسحوب عليه الذي قبل السفينة أو لم يقبلها، أو توقفه عن دفع ديونه، حتى ولو لم يثبت بعد بحكم، أو حجز أمواله دون جدوى، مع ملاحظة أن إقامة الاحتجاج ليست ضرورية في الفرضية الأولى (إفلاس) وواجبة في الفرضيتين الأخيرتين (التوقف عن الدفع والحجز)⁽²⁾.

ثالثاً: حالة إفلاس الساحب السفينة التي لا يتعين تقديمها للقبول، كما أنه يمكن للضامنين الذين أقيمت عليهم دعوى الرجوع بالضمان في الأحوال المبينة، في الفقرتين الأخيرتين الثانية والثالثة أن يقدموا خلال ثلاثة أيام من ممارسة هذا الرجوع لمحكمة موطنهم طلباً يلتمسون فيه ميعاداً لهذا الشأن.

فإذا تقرر قبول الطلب حدد في أمر المحكمة الوقت الذي يجب فيه على الضامنين وفاء الأوراق التجارية المعنية بدون أن تتجاوز المهلة ممنوحة للتاريخ المحدد للاستحقاق، ولا يكون الأمر المذكور قابلاً للمعارضة ولا للاستئناف³.

الفرع الثاني: حالات الرجوع

تختلف حالات الرجوع باختلاف الأشخاص الموقعين كالمسحوب عليه أو الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي.

¹ م 426 فقرة أخيرة من ق ت ج.

² د. صبحي عرب، المرجع السابق، ص 122

³ د. صبحي عرب، المرجع السابق، ص 123.

أولاً: رجوع المسحوب عليه

يجب أن نفرق بين حالتين:

أ-إذا دفع المسحوب عليه قيمة السفتجة، وكان مقابل وفائها قد وصله، فلا يحق له الرجوع على أحد، إذ بدفعه قيمة السفتجة يكون قد أدى ديناً مستحقاً في ذمته بالنسبة للحامل، كما تبرأ ذمته بالنسبة للساحب بعد تنفيذ الأمر الذي تلقاه منه.

ب-إذا دفع المسحوب عليه قيمة السفتجة على المكشوف، أي دون أن يصله مقابل الوفاء، فيحق له في هذه الحالة الرجوع على الساحب بما دفعه.

وليس للمسحوب عليه أن يرجع على أحد المظهرين إلا إذا كان قد قبل السفتجة بطريق التدخل، ودفع قيمتها بطريق التدخل⁽¹⁾.

ثانياً: رجوع الساحب

إذا دفع الساحب قيمة السفتجة، ولم يكن قد أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه، فليس له حق الرجوع على أحد، لأنه قد أوفى ديناً متعلقاً بزمته، وثابتاً بتوقيعه على السفتجة.

أما إذا جرى سحب السفتجة لحساب الغير، واضطر الساحب بأداء قيمته عند الاستحقاق فله الحق في الرجوع على من أجرى السحب لحسابه. وإذا كان الساحب الموفي قد قام بإيصال مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه القابل للوفاء، اعتبر حق الرجوع منبثقا عن السند، وخضع لأحكام القانون التجاري من حيث الاختصاص والتقدم.

أما في حالة عدم قبول المسحوب عليه بالرغم من وصول مقابل الوفاء له، فإن دعوى الرجوع لا تكون منبثقة عن السند، وعندئذ تكون الدعوى إما مدنية أو تجارية حسب صفة الدين الذي كون مقابل الوفاء، ولكن المهم أن هذه الدعوى لا علاقة لها بالسفتجة⁽²⁾.

ثالثاً: رجوع المظهرين

إذا استعمل الحاصل حقه بالرجوع على المظهرين، فأقام الدعوى على أحدهم مطالباً بإياه بقيمة السفتجة، فيحق للمدعي عليه أن يرجع هو أيضاً على المظهرين الذين قبله، وهكذا يرجع كل مظهر إلى من سبقه من المظهرين إلى أن يصل إلى الساحب.

¹ د. صبحي عرب، المرجع أعلاه، ص 124.

² د. راشد راشد، المرجع السابق، ص 111.

رابعاً : حق الضامن الاحتياطي والدافع بطريق التدخل بالرجوع

يتمتع الضامن الاحتياطي أو الضامن بطريق التدخل بكافة الحقوق التي يتمتع بها الشخص الذي تم وفاء السفتجة عنه وحسابه من قبل أحدهما، وتترتب عليه نفس الواجبات⁽¹⁾. ويكون الرجوع إما بدعوى الكفالة، أو دعوى حلول في حالة وجود الموفي ضامن احتياطي، أما إذا وفي شخص بمبلغ السفتجة بطريق التدخل فيكون الرجوع بدعوى كفالة أو وكالة حسب الحالة .

خامساً : الرجوع الودي

عندما يكون أحد الموقعين فعالاً ما يكون الرجوع ضده ودياً، فيرجع له الحامل السفتجة راجياً منه سحبها من التداول، والساحب يقوم غالباً بالأداء الودي لكي يتجنب تزايد المصاريف التي قد يلتزم بدفعها في النهاية، وكل من أقيمت ضده دعوى الرجوع أو كان ممن يمكن الرجوع ضدهم، يحق له المطالبة بتسليم السفتجة مع الاحتجاج وإيصال بالإبراء، مقابل أدائه للمبلغ المطالب به، وتسمح له هذه الوثائق بممارسة الرجوع على غيره من الموقعين⁽²⁾.

سادساً : الرجوع القضائي

قد تكون طريقة المطالبة الودية، عديمة الجدوى فلا يدفع الموقع المبالغ للحامل الذي يكون بأمس الحاجة للحصول عليها بغية وفاء التزام ترتب للغير في ذمته، لذلك أجاز المشرع للحامل اللجوء إلى الطرق القضائية، فبعد انتهاء الحامل من القيام بالإجراءات التي سبق شرحها، يحق له أن يستعمل حقه بالرجوع على كافة الملتزمين في السفتجة منفردين أو مجتمعين، والأشخاص الذين يحق للحامل أن يستعمل حقه لرجوع عليهم هم الساحب، القابل بالتدخل، المظهرون والضامنون الإحتياطيون، ولا يجبر الحامل على الرجوع حسب ترتيب تواريخ الأشخاص المذكرين والدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تمتنع من الرجوع على الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن رفعت عليه الدعوى أولاً⁽³⁾.

¹ د. علي فتاك، المرجع السابق، ص 148 .

² - المادة 437 من القانون التجاري الجزائري تنص على: "يعد انقضاء الآجال المعنية: -لتقديم السفتجة الواجب وفائها لدى الاطلاع أو في أجل معين لدى الاطلاع -ولتحرير احتجاج لعدم القبول أو الوفاء. -ولتقديم السفتجة للوفاء في حالة شرط الرجوع بلا مصاريف: تسقط حقوق الحامل ضد المظهرين والساحب وغيرها من الملتزمين باستثناء القابل. على أن هذا السقوط لا يحصل في حق الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء في الاستحقاق وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا حق رفع الدعوى على الشخص الذي سحبت عليه السفتجة. وإذا لم تقدم السفتجة للقبول في الأجل الذي اشترطه الساحب تسقط حقوق الحامل في الرجوع لعدم الوفاء أو لعدم القبول ما لم يقتضي- مضمون الشرط أن الساحب لم يقصد سوى إعفائه من ضمان القبول.

³ م 461 ، 403 ق ت ج.

المطلب الخامس : سقوط الحق في الرجوع بسبب الإهمال والتقادم

ألزم القانون الحامل القيام بواجبات معينة في مواعيد محددة، فإذا أهمل القيام بها سقط حقه في مواجهة الموقعين على السفنجة، أو بالتقادم إذا لم يطالب الحامل بحقه خلال مدة معينة وبهذا يجب على الدائن المطالبة بحقه في أسرع وقت ممكن.

الفرع الأول : حالات السقوط بسبب الإهمال

إذا اعتبر الحامل ممهلاً، ترتب على هذا الإهمال سقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على الملتزمين بالسفنجة ماعدا المدين الأصلي في حالات أربع:⁽¹⁾

الحالة الأولى: إذا لم يقدم الحامل السفنجة المستحقة الأداء لدى الاطلاع أو بعد مضي - مدة معينة من الاطلاع خلال الميعاد المفروض قانوناً، وهذا الميعاد هو سنة اعتباراً من تاريخ تحرير السفنجة، سواء للتقديم للقبول بالنسبة للسفاتج المستحقة الوفاء بعد مضي مدة معينة من الاطلاع أو للتقديم لوفاء بالنسبة للسفاتج المستحقة لدى الاطلاع⁽²⁾.

الحالة الثانية: إذا لم يقدم الحامل الاحتجاج لعدم القبول خلال الميعاد المعين قانوناً، سقط حقه بالرجوع على الملتزمين بالسند قبل الاستحقاق. ولكنه يحتفظ بهذا الحق في الاستحقاق إذا تقدم باحتجاج عدم الوفاء.

وهناك بعض الاستثناءات لهذه القاعدة يسقط فيها حق الحامل بالرجوع إذا أهمل تقديم الاحتجاج بعدم القبول في الميعاد القانوني، كما هي الحال في السفاتج المستحقة الأداء بعد مدة معينة من الاطلاع، أو في السفاتج الواجبة عرضها على القبول في الميعاد الذي اشترطه الساحب (م 411 ق.ت.ج).

الحالة الثالثة: إذا لم يقدم الاحتجاج بعدم الوفاء في الميعاد المعين قانوناً، ويبدأ هذا الميعاد في يوم العمل التالي ليوم الاستحقاق، فإذا قدم الاحتجاج قبل الاستحقاق أو في يوم الاستحقاق نفسه اعتبر باطلاً.

الحالة الرابعة: إذا لم يقدم السفنجة خلال الميعاد القانوني في حالة تضمينها شرط الرجوع بلا مصاريف (م 431 تجاري)⁽³⁾.

الفرع الثاني: السقوط بسبب التقادم

نصت المادة 308 من القانون المدني أن مدة التقادم المسقط خمسة عشر- عاماً⁽¹⁾، وقد ارتأى المشرع ضرورة تقصير مدة التقادم بالنسبة للسندات التجارية، فقضت المادة 461 تجاري بما يلي: " جميع الدعاوى الناشئة

¹ د. صبحي عرب، المرجع السابق، ص 124.

² م 308 م ج: " يتقادم الالتزام باقتضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...".

³ د. علي حساني، مرجع سابق، ص 30.

عن السفتجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق". كما أضافت نفس المادة بأن دعاوى الحامل قبل الساحب أو المظهرين تسقط بمضي عام واحد من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية، أو من تاريخ الاستحقاق إذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف.

وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم البعض أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه.

وتنقسم الدعاوى الناشئة عن السفتجة إلى 03 أنواع:

أولاً: الدعاوى التي تقام ضد القابل

مدة التقادم 03 سنوات تبدأ من تاريخ الاستحقاق وفي حالة السفتجة المستحقة الأداء عند الاطلاع تبدأ من تاريخ الاطلاع، لأن يوم تقديمها للاطلاع هو يوم استحقاقها، وإذا لم تقدم هذه السفتجة للاطلاع فتبدأ مدة التقادم من انتهاء المدة القانونية وهي سنة واحدة وهي التي يجوز للحامل تقديم السفتجة فيها للاطلاع.

أما الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى ضد القابل فهو الحامل نفسه أو غيره من أشخاص السفتجة كالساحب والمظهر والضامن الاحتياطي.

ثانياً: الدعاوى التي تقام ضد الساحب والمظهرين وضامنيهم الاحتياطيين

مدة التقادم هنا سنة واحدة من تاريخ الاحتجاج المقدم في الميعاد القانوني، أو في تاريخ الاستحقاق عندما تتضمن السفتجة على شرط عدم سحب الاحتجاج، أما إذا حكم على المسحوب عليه أو الساحب بالإفلاس فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بذلك.

ثالثاً: الدعاوى التي تقام من طرف المظهرين بعضهم ضد بعض وضد الساحب

تتقادم بمضي 06 أشهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر بالسفتجة أو من يوم إقامة الدعوى عليها، ولكن هنا التقادم يشمل الدعاوى الصرفية الناشئة عن السفتجة.

رابعاً: شروط تطبيق أحكام تقادم الدعوى الصرفية

- لا تسري مدة التقادم في حالة رفع الدعوى، إلا من يوم إلى آخر إجراء قضائي، ولا يطبق التقادم إذا كان قد صدر حكم أو اعتراف بالدين بموجب إجراء مستقل.

¹ راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص 21

- وجود سفتجة صحيحة من حيث بياناتها وأهلية صاحبها والأشخاص الموقعين عليها .
- لا يسري التقادم إلى على شخصين أحدهما يصبح مدينا والآخر دائنا بناءا على إنشاء السفتجة أو تداولها أو ضمانها أو وفاء قيمتها .
- التقادم الصرفي يسري على الدعاوى الناشئة عن السفتجة وليس عن الدعاوى التي يكون مصدرها علاقات قانونية أخرى خارجة عن السفتجة.⁽¹⁾

الفصل الثاني: التسجيل المحاسبي للأوراق التجارية

للأوراق التجارية التجارية دورا كبيرا في تقرير الائتمان التجاري بين المتعاملين في المجال الاقتصادي، ولهذا نجد كل الدول مع اختلاف أنظمتها الاقتصادية ومناهجها السياسية ليس لها غنى عن التعامل بها نظرا لما تؤديه من سرعة في الحركة التجارية، فضلا عن ما تقدمه من ثقة في نفوس المتعاملين بها .

إن حركة الأموال بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عنها بيانات يتم التعبير عنها بوحدة نقدية وعلى المتعاملين إثبات هذه التدفقات المالية مستخدمة عدة وسائل التي تنقسم في العموم إلى نوعين هما: وسائل الدفع الفوري، ووسائل الدفع الآجل، حيث يقصد بالأولى الوصل النقدي والشيكات ويتم عن طريقها إثبات التدفقات النقدية الفورية، أما الثانية فتستعمل في العمليات التي يتم فيها التسديد الآجل إذ تعتبر أوراق قابلة للتداول تستعمل كوسيلة دفع لديون تستحق لاحقا وفق تاريخ استحقاق معين، وهي الكمبيالة والسند لأمر⁽²⁾.

للقوف على المعالجة المحاسبية للأوراق التجارية لا بد أن نحدد الساحب، المسحوب عليه، المستفيد، تاريخ الاستحقاق والمبلغ بالأرقام والحروف، فهي تعتبر بمثابة أوراق الدفع محررها (المسحوب عليه) ويمثل الزبون في طرفي العملية التجارية، أما بالنسبة للجهة الساحبة وقد تكون المستفيدة فهي تعتبر أوراق قبض ويمثل المورد في طرفي العملية التجارية

المبحث الأول: إنشاء الأوراق التجارية والتحصيل المباشر لها

تمر الأوراق التجارية بعدة مراحل مهمة، كعملية الإنشاء والتحصيل المباشر وعند طريق البنك، تقتضي بالضرورة التسجيل المحاسبي لها.

المطلب الأول: إنشاء الورقة التجارية

تنشأ الأوراق التجارية لإثبات الدفع الآجل للمعاملات التجارية، التي تتم بين طرفي العملية التجارية فيكون طرفيه مورد والآخر زبون .

¹ كوش عاشور، المحاسبة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 13

² شعيب شنوف، محاسبة طبقا للمعايير المحاسبية الدولية، مكتبة شركة الجزائرية، بوداود، الجزائر، 2009، ص 3

فعند شراء البضائع والمواد الأولية بالأجل وفي مصطلح المحاسبة الشراء على الحساب، فيتم الاتفاق على المبلغ الواجب تسديده (القيمة الاسمية) وكذا تاريخ التسديد (تاريخ الاستحقاق)، وفي انتظار حلول تاريخ التسديد يستطيع الساحب (المورد) أن يخصم هذه الورقة باستخدام البنك كوسيط فيتحصل على مبلغ اقل ويسمى بـ (القيمة الحالية) التي تُشكل الفارق بين المبلغ المكتوب في الورقة والمبلغ المتحصل عليه قبل تاريخ الاستحقاق ويسمى الخصم، يأخذ البنك مقابل انتظار هذا الأخير مكان انتظار صاحب الورقة.

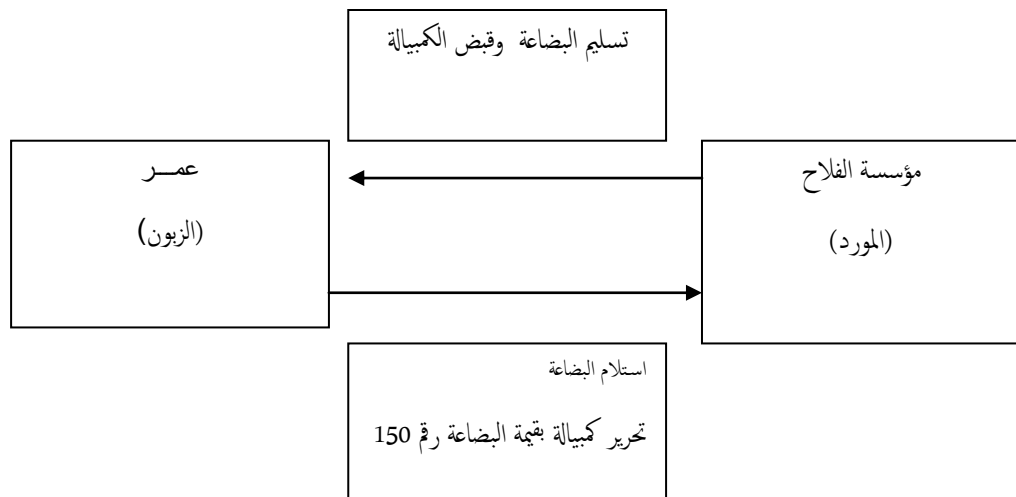
كما يجب على الساحب أن يسدد ما عليه من ديون اتجاه طرف آخر وتسمى هذه العملية بعملية التظهير وفي حالة عدم قدرة محرر الورقة على الدفع في تاريخ الاستحقاق، يتم تجديد الورقة التجارية بميعاد استحقاق آخر على أن يستفيد حامل الورقة (المورد) على فوائد تسمى فوائد التأخير.

وقد يرفض محرر الورقة التسديد عند تاريخ الاستحقاق، فيقوم الحامل للورقة برفع احتجاج ضد محررها (الزبون) على أن يتحمل هذا الأخير مصاريف الاحتجاج.

وفي كل هذه الحالات التي سبق ذكرها لا بد أن يعتمد أساسا على التسجيل المحاسبي وفق دفتر رسمي المشار إليه في المادة التاسعة من القانون التجاري ويسمى باليومية.

ولتوضيح عملية إنشاء الورقة نسوق المثال التالي⁽¹⁾:

- اشترى التاجر عمر بتاريخ 2011/01/01 بضاعة من مؤسسة الفلاح بمبلغ (300000 دج) بالأجل تم تحرير كبيالة رقم 150 لفائدة المؤسسة على أن يتم تسديد هذا المبلغ بتاريخ 2011/02/15



¹ عبد الوهاب رميدي، علي ساي، المحاسبة المالية وفق النظام المالي الجديد، مطبعة دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص 221

فلاحظ من الرسم هناك طرفان وكل واحد مستقل في دفاتره المحاسبية فمؤسسة الفلاح هي الطرف البائع وعليها التزام بتسليم البضاعة وحققها في قبض المبلغ، لكن كون البيع تم بالآجال استلمت ورقة تجارية (كمبيالة) فهي أوراق القبض بالنسبة اليها سندات المطلوب تحصيلها ويكون التسجيل على النحو التالي :

أ- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح.

رقم الحساب		تاريخ العملية (الصفقة)	المبلغ	
المدين	الدائن	2011/01/01	المدين	الدائن
413		الزبائن والسندات المطلوب تحصيلها أوراق القبض الزبائن	30000	
	411	استلام (قبض) كمبيالة رقم 150 من الزبون عمر	30000	

ب- يومية الزبون المشتري (المحرر للورقة)

رقم الحساب		تاريخ العملية (الصفقة)	المبلغ	
المدين	الدائن	2011/01/01	المدين	الدائن
401		موردو المخزونات والخدمات	30000	
	403	موردو السندات الواجب دفعها (أوراق دفع) تحرير (دفع) كمبيالة رقم 150 لصالح مؤسسة الفلاح	30000	

المطلب الثاني:التحصيل المباشر للأوراق التجارية

في هذه الحالة تنتظر المؤسسة حاملة الورقة وهي المستفيد الأخير تاريخ استحقاق الورقة، وتتوجه إلى المسحوب عليه وتقدم الورقة له بحيث يقوم هذا الأخير بتسديد قيمة الورقة لحاملها دون أي وسيط. ويكون التسجيل على النحو التالي بناء على المثال التالي وبافتراض انه تم التحصيل نقدا (الصندوق)⁽¹⁾:

¹ ناجي جال، المحاسبة والعمليات المصرفية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، ص6

أ- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/02/15	الدائن	المدين
30000	30000	الصندوق سندات في الحافظة استلام (قبض) كميالة رقم 150 من الزبون عمر	4130	53

ب- يومية الزبون المشتري (المحرر للورقة)

المبلغ		تاريخ العملية (الصفحة)	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/01	الدائن	المدين
30000	30000	موردو المخزونات والخدمات الموردون السندات الواجب دفعها (أوراق دفع) تحرير (دفع) كميالة رقم 150 لصالح مؤسسة الفلاح	403	401

المبحث الثاني: التحصيل غير المباشر للأوراق التجارية

لعملية تحصيل الأوراق التجارية عن طريق البنك، حالتين: حالة التحصيل في زمن الاستحقاق والتحصيل قبل حلوله، وهذا ما يسمى بعملية الخصم.

المطلب الأول: التحصيل غير المباشر في تاريخ الاستحقاق

يتم التسجيل على مرحلتين وفق هذه العملية :

- المرحلة الأولى إرسال الورقة التجارية للبنك

- المرحلة الثانية عند وصول إشعار بتحصيل قيمة الورقة التجارية⁽¹⁾.

مثال تطبيقي: بناء على معطيات المثال السابق ولنفترض تم إرسال الورقة للبنك من أجل تحصيلها بتاريخ 2011/01/25 وفي 2011/02/20 وصل إشعار إلى مؤسسة الفلاح يتضمن المعلومات التالية: القيمة الاسمية للورقة 30000، مصاريف التحصيل 3000 دج القيمة الصافية 27000 دج.

¹ ناجي جبال، المحاسبة و العمليات المصرفية، مرجع سبق ذكره، ص71

أ-يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

المبلغ		تاريخ العملية (الصفحة)	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/25	الدائن	المدين
30000	30000	سندات مستحقة الأداء عند تسليمها سندات في الحافظة إرسال الكمبيالة رقم إلى البنك 150 للتحصيل 2011/02/20	4130	4131
	27000 3000	البنوك الحسابات الجارية الخدمات المصرفية وما شابهها سندات مستحقة الأداء عند تسليمها تحصيل الكمبيالة رقم 150	4131	512 627
30000				

ب-يومية الزبون المشتري (المحرر للورقة)

المبلغ		تاريخ العملية (الصفحة)	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/01	الدائن	المدين
30000	30000	الموردون السندات الواجب دفعها (أوراق دفع) البنوك الحسابات الجارية تسديد الكمبيالة رقم 150	512	403

المطلب الثاني: خصم الأوراق التجارية

يقصد بخصم الأوراق التجارية تلك العملية التي يضع من خلالها البنك تحت تصرف عميله مبلغا ماليا مقابل ورقة تجارية لم يحين تاريخ استحقاقها على أن يقتطع جزء من القيمة الاسمية للورقة، تعتبر فائدة له وخصم للمستفيد من هذه الورقة .

أ- إرسال الورقة للخصم

يلجأ المستفيد من الورقة التجارية إلى عملية الخصم عندما يكون في حاجة إلى سيولة نقدية ،ولا يقدم البنك على هذه العملية إلا بعد دراسة أحوال محرر الورقة من حيث مدى قدرته على التسديد، وعندما يتأكد من

ذلك فانه يقدم للمستفيد من الورقة القيمة الصافية التي تعبر عن القيمة الباقية من القيمة الاسمية بعد طرح قيمة الخصم ومجموع العمولات⁽¹⁾.

مثال تطبيقي :

بناءً على المثال السابق لنفرض أن مؤسسة الفلاح أرسلت الكبيالة رقم 150 بتاريخ 2011/01/21 للبنك من أجل خصمها

التسجيل المحاسبي يكون على النحو التالي :

- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

رقم الحساب		تاريخ العملية		المبلغ	
المدین	الدائن	2011/01/21		المدین	الدائن
4132	4130	سندات مخصومة غير مستحقة الأداء سندات في الحافظة إرسال الكبيالة رقم 150 للخصم		30000	30000

- المرحلة الثانية: استلام كشف الخصم من البنك

عند قبول البنك لخصم الورقة التجارية يرسل إلى المستفيد إشعار يتضمن قيمة القيمة الصافية للورقة ، مبلغ الخصم والعمولات المرتبطة بهذه العملية .

مثال تطبيقي : لنفرض أن الكبيالة المرسلة لعملية الخصم بتاريخ 2011/01/21 ، أن البنك أرسل إشعاراً إلى مؤسسة الفلاح يتضمن القيمة الاسمية للورقة 30000 دج قيمة الخصم 3000 دج ومجموع العمولات المرتبطة بهذه العملية قدرت 1000 دج .

وفق هذا الإشعار الوارد إلى المؤسسة يكون التسجيل المحاسبي كالتالي :

¹ عبد الوهاب رميدي ، علي ساي ، المحاسبة المالية وفق النظام المالي الجديد ، مرجع سبق ذكره ، ص 224

- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/21	الدائن	المدين
30000	26000	البنوك الحسابات الجارية	519	512
	3000	أعباء الفوائد		661
	1000	الخدمات المصرفية وما شابهها		627
		المساهمات البنكية الجارية		
		استلام الإشعار من البنك كشف الخصم		

- المرحلة الثالثة: تحصيل البنك للقيمة الاسمية للكمبيالة من الزبون

في هذه المرحلة يشعر البنك الجهة المستفيدة من الورقة أنه تم تحصيل الورقة من المسحوب عليه ولا بد أن يسقط الدين بترصيد حساب 519 .

مثال تطبيقي : نفس المثال السابق نفرض أن البنك تحصل على القيمة الاسمية للورقة بتاريخ الاستحقاق وأرسل إشعار إلى مؤسسة الفلاح يفيد هذه المعلومة .

يكون التسجيل المحاسبي على النحو التالي :

- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/21	الدائن	المدين
30000	30000	المساهمات البنكية الجارية	4132	519
		سندات مخصومة غير مستحقة الأداء		
		ترصيد الحساب 519 والحساب 4132		

المبحث الثالث: تظهير واستبدال الأوراق التجارية

قد يقوم حامل الورقة التجارية بتظهيرها لشخص آخر يكون دائئاً له، فيصبح هذا الأخير هو المستفيد، كما يمكن أن يمر المحرر بعسر مالي فيتعذر التسديد مما يضطر إلى استبدال الأوراق القديمة بأوراق جديدة تمنحه مهلة إضافية للتسديد على أن يتحمل مصاريف التأخير .

المطلب الأول: تظهير الأوراق التجارية

يقصد بعملية التظهير هو تحويل المستفيد من الورقة التجارية حقه إلى مستفيد آخر بغرض تسديد ديونه.
 مثال تطبيقي : نفس المثال السابق وبافتراض أن مؤسسة الفلاح قامت بتظهير الكبيالة رقم 150 بتاريخ 2011/01/15 المسحوبة على التاجر عمر لمؤسسة الأناقة⁽¹⁾.
 التسجيل المحاسبي عند المظهر: يكون التسجيل المحاسبي على النحو التالي :
 - يومية مؤسسة الفلاح (المظهر)

رقم الحساب		تاريخ العملية (الصفحة)	المبلغ	
المدين	الدائن	2011/01/15	المدين	الدائن
403	4130	موردو المخزونات والخدمات سندات في الحافظة تظهير كبيالة رقم 150 لصالح مؤسسة الأناقة مورد مؤسسة الفلاح	30000	30000

التسجيل المحاسبي عند المظهر له:
 - يومية مؤسسة الأناقة (المظهر له) المستفيد الجديد

رقم الحساب		تاريخ العملية (الصفحة)	المبلغ	
المدين	الدائن	2011/01/15	المدين	الدائن
4130	411	سندات في الحافظة الزبان الاستفادة من كبيالة رقم 150 المظهرة من طرف الزبون (مؤسسة الفلاح)	30000	30000

المطلب الثاني: استبدال الأوراق التجارية القديمة بأخرى جديدة

تظهر هذه الحالة في صورتين ، إما يمر المحرر بذاتة مالية ويعجز أن تسديد قيمة الورقة في تاريخ الاستحقاق
 لتمنح له فرصة للوفاء بديونه فيؤخر تاريخ الاستحقاق بتحرير ورقة بدل القديمة مع تحمل مصاريف التأخير ، أما
 الصورة الأخرى هو تقديم تاريخ الاستحقاق بغرض التخلص من ديونه وبالتالي يستفيد من فوائد فيسدد قيمة

- أنظر إبراهيم عبد العزيز داود ، عدم التوازن المعرفي في العقود ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ط. 2014 ، ص. 08.¹

أقل وفي الحالتين يقوم المحاسب في تاريخ الاستحقاق بإلغاء الورقة القديمة و إثبات فوائد التأخير أو مصاريفه،
ليتـــــــــــــــم في الأخير تسجيل محاسيبا الورقة الجديدة تكون قيمتها مساوية لقيمة الورقة القديمة مضافا
إليه فوائد التأخير أو مصاريفه ⁽¹⁾.

مثال تطبيقي : اعتمادا على المثال السابق لنفرض أن فوائد التأخير بلغت 5000 دج ، وأن تاريخ الورقة الجديدة أصبح 2011/02/25

المعالجة المحاسبية للحامل عند استبدال الورقة التجارية: يتم المعالجة المحاسبية تكون على النحو التالي

- يومية المورد (البائع) مؤسسة الفلاح

- إلغاء الورقة القديمة

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/02/15	الدائن	المدين
30000	30000	الزبائن الزبائن والسندات المطلوب تحصيلها أوراق القبض إلغاء الورقة القديمة	413	411

- إثبات فوائد التأخير

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/02/15	الدائن	المدين
30000	30000	الزباين إيرادات مالية أخرى إثبات فوائد تأجير تسديد الورقة	768	411

¹ - أنظر، عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف الإسكندرية، ط. 2008، ص. 398.

- تسجيل الورقة الجديدة

المبلغ		تاريخ العملية (الصفحة)	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/01	الدائن	المدين
35000	35000	الزبائن والسندات المطلوب تحصيلها وراق القبض الزبائن إعداد كميالة جديدة رقم 170 بدل القديمة	411	413

المعالجة المحاسبية للمحرر عند استبدال الورقة التجارية:

- يومية الزبون المشتري (المحرر للورقة)

المبلغ		تاريخ العملية (الصفحة)	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/01/01	الدائن	المدين
30000	30000	الموردون السندات الواجب دفعها (أوراق دفع) موردو المخزونات والخدمات إلغاء الورقة القديمة (كميالة رقم 150) عند مؤسسة الفلاح	401	403

-إثبات مصاريف التأخير

المبلغ		تاريخ العملية	رقم الحساب	
الدائن	المدين	2011/02/15	الدائن	المدين
5000	5000	أعباء الفوائد موردو المخزونات والخدمات إثبات مصاريف تأجير تسديد الورقة القديمة	401	661

- تسجيل الورقة الجديدة (كمبالة رقم 170

رقم الحساب		تاريخ العملية (الصفحة)	المبلغ	
المدين	الدائن	2011/01/01	المدين	الدائن
401	403	موردو المخزونات والخدمات الموردون السندات الواجب دفعها (أوراق دفع) تحرير (دفع) كمبالة رقم 150 لصالح مؤسسة الفلاح	35000	35000

خاتمة:

سبق أن رأينا أن الأوراق التجارية تقوم بوظائف اقتصادية ذات أهمية كبيرة من الناحية العملية، بحيث تسهل القيام بالعمليات التجارية على أحسن وجه، كما أنها تؤكد على الدعامتين التي تقوم عليها الحياة التجارية، والممثلتان في السرعة والائتمان.

تلعب السفتجة دورا مهما داخل المجال التجاري والاقتصادي، فهي تحل محل النقود في تسوية الديون التجارية، وهذا مما كان النظام الاقتصادي الذي تتبناه الدولة، وتعتبر السفتجة والشيك من أهم السندات الائتمانية التي تتعامل بها البنوك.

فإذا كانت السفتجة هي أول السندات التي أوجدها التعامل التجاري غير أن أهميتها بدأت تتقلص شيئا فشيئا على المستوى الداخلي على عكس المعاملات التجارية الدولية، حيث أن المدين يفضل التعامل بالشيك لأنه يكون مستحق الوفاء دائما لدى الاطلاع.

ومهما يكن فإن السفتجة لا تزال محل اهتمام المشرع، ولا تزال في تطور مستمر، غير أن التطور السريع للحياة المعاصرة جعل مهمة هذه الأوراق تتقلص نوعا ما لتظهر بدلا منها وسائل أخرى أو بالأحرى طرق حديثة لتسوية الديون كطاقات الائتمان التي تستعملها البنوك بدلا من الشيك، ولتجنب تداول السفتجة من شخص إلى آخر ظهر ما يسمى بالسفتجة المسجلة إلكترونياً.

مما يجدر الإشارة إليه هو أن السفتجة العادية تحتوي على ضمانات الوفاء أكثر مما نجده بالنسبة للأوراق الأخرى كالقيم المنقولة مثلاً.

ولقد عمل المشرع على التشجيع للتعامل بالسفتجة فأجاز القبول الجزئي كتخفيف على الموقعين كما أنه رغم إقراره بالصفة القطعية للقبول أجاز الرجوع عنه، ولكنه اشترط أن يكون ذلك قبل إرجاع السفتجة لحياة طالب القبول من جهة وقضى من جهة أخرى بمسؤولية المسحوب عليه، إذا كان قد أعلن قبوله المشطوب إلى أي موقع على السفتجة.

أما بالنسبة للضمان الاحتياطي يكون الالتزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل، بمعنى إذا حدث عيب في الشكل فتبطل الورقة التجارية. تجدر الإشارة أن هذا البحث يغلب عليه التحليل النظري نظرا لعدة صعوبات، منها الحصول على المعلومات الكافية من الجهات المختصة (البنوك والمؤسسات المالية المختلفة مثلا) في التعامل بالسندات التجارية. كنتيجة للبحث المقدم فإن التعامل بالسفنتجة هو من أهم الطرق لتسهيل العمل التجاري وزيادة في الائتمان والسرعة وترسيخ مبدأ الثقة والضمان بين المتعاملين بهذه الورقة، لذلك نوصي بأن يعطى الاعتبار أكثر للسفنتجة الإلكترونية نظرا للتطور المعلوماتي والإلكتروني للمعاملات الذي يشهده العصر.

قائمة المراجع والمصادر

المراجع المعتمدة:

أولا: باللغة العربية

1- المؤلفات

- محمد أحمد سراج، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1977.
- أ. بول كاري، Paul CARRY محاضرات في القانون الصرفي، جامعة جنيف، 1959.
- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
- رزق الله الأطاكي، السفنتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1966.
- جلال وفاء البديري محمد، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
- خالد الشاوي، الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، ط1، مطابع دار الكتب، بيروت، لبنان، 1971.
- ادوار عيد، الإسناد التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، السند لأمر، مطبعة النحوي، بيروت، 1966.
- محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
- أحمد محمد محرز، السندات التجارية الكمبيالة، السند الإذني، الشيك، والتعليق على اتفاقيات الأمم المتحدة الكمبيالات والسندات الاذنية الدولية، النشر الذهبي للطباعة، حسن إسماعيل، القاهرة، سنة 1996.
- علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- علي فتاك، مبسوط القانون التجاري في الأوراق التجارية، الجزء الأول، السفنتجة، مطبعة ابن خلدون للنشر- والتوزيع، الجزائر.
- إدوار عيد، الاسناد التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، سند لأمر، مطبعة النجوى، بيروت، لبنان، 1966.
- مصطفى كمال طه و د.مراد منير فهم، القانون التجاري والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- صفوت ناجي بهنساوي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، بني سويف، مصر، 1993.
- علي سلجان العبيدي، السندات التجارية في القانون المغربي، 1985.
- نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003.
- فوزي محمد ساي، د، فائق محمود الشاح، القانون التجاري الأوراق التجارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، 1986.

- مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية العقود التجارية، عمليات البنوك والإفلاس، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
- إلياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت، لبنان.
- عبد الحكم فودة، الأوراق التجارية في ضوء الفقه وقضاء النقض وقانون التجارة رقم 17، الكيبالة والسند الاذني، دار الألفية القانونية، 1999.
- صبحي عرب، الأوراق التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- علي البارودي ، و د. محمد فريد العريفي، القانون التجاري، ج1، الأوراق التجارية والإفلاس، وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999 .
- راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

2-: التشريعات الدولية

- قانون الصرف الموحد، اتفاقية جنيف 1930-1932.

3-: التشريعات الوطنية

- القانون التجاري الصادر بالأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم.
- القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

4-: المحاضرات

- عبد القادر البقيرات، محاضرات في القانون التجاري الجزائري، السندات التجارية، السفتجة، السند لأمر، الشيك، سند الحزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة.
- حساني علي، محاضرات في السندات التجارية لطلبة السنة الرابعة، ليسانس، جامعة ابن خلدون، تيارت، كلية الحقوق، 2006.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Roblot (R), Les Effets de commerce, Sirey, 1975.
- Tojas (G), Juris Classeur, commercial, collection de Juris classeur, 1975.

تصويت المساهم في شركات المساهمة*

د/ عباس الطاهر- أستاذ محاضر "أ" - جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغاثم

د/ حميدة نادية - أستاذ محاضر "ب" -جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغاثم

الملخص باللغة العربية:

يقتضي- التصويت في شركات المساهمة ضرورة منح صوت تداولي لكل مساهم في الجمعيات العامة سواء كانت عادية أو غير عادية، مما يسمح له بالمشاركة في عملية تكوين القرار الاجتماعي الذي يخدم مصلحة الشركة ويمكنها من تحقيق الأرباح، وهو ما يسعى إليه كل شريك عموما. كما يمثل التصويت أحد العناصر الأساسية الناتجة عن الركن الموضوعي الخاص الذي يميز الشركة عن غيرها من العقود وهو نية الاشتراك، إذ بموجبه يستطيع كل مساهم التدخل في تسيير الشركة، ولتأمين ذلك وضع المشرع مبدأ أساسيا يحكم حق التصويت وهو مبدأ التصويت النسبي بمقتضاه يكون لكل مساهم صوتا بحسب عدد الأسهم التي يملكها، وجعل هذا المبدأ من القواعد الآمرة التي لا يمكن مخالفتها بزيادة عدد الأصوات أو إقصائها إلا في حالات محددة بموجب القانون واستثناء بموجب القانون الأساسي وفي المقابل لا يجوز للمساهم أن يتنازل للغير عن الأصوات المقررة للأسهم التي يملكها، لأن التصويت من الحقوق الشخصية، كما أنه من المزايا اللصيقة بالسهم فلا يجوز التنازل عليه منفصلا عن السهم.

الكلمات المفتاحية: المساهم، شركة المساهمة، الحق في التصويت، وقف التصويت، التنازل عن التصويت، التصويت النسبي، الأسهم ذات الصوت المتعدد، اتفاقيات التصويت، الجمعية العامة، التصويت بالمراسلة، الاقتراع.

Résumé :

Le vote dans les sociétés par actions nécessite l'attribution d'une voix délibérante pour chaque actionnaire dans les assemblées générales qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires, ce qui lui permet de participer dans le processus d'élaboration de la décision sociale qui favorise l'intérêt de la société et lui permet de réaliser des dividendes, et c'est ce à quoi active tout associé public.

Le vote représente également l'un des éléments essentiels conséquence du fondement matériel spécifique qui caractérise la société et la distingue des autres contrats et qui consiste

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/21

précisément dans l'intention de s'associer, en vertu duquel chaque associé peut intervenir dans la gestion de la société.

Afin d'assurer cela, le législateur a mis en place un principe fondamental qui réglemente le droit au vote à savoir le principe de vote proportionnel, en vertu duquel chaque actionnaire aura une voix par rapport au nombre des actions qu'il détient. Le législateur en a fait d'ailleurs une règle d'ordre public, qu'on ne peut contredire soit en augmentant le nombre de voix soit en le réduisant sauf dans certains cas spécifiques, en vertu de la législation ou exceptionnellement conformément aux statuts généraux. En contrepartie, il n'est pas permis à l'actionnaire de se désister des voix consacrant les actions qu'il détient au profit de tiers, car le vote est un droit personnel d'une part et que d'autre part il représente un des avantages attaché à l'action et dont on ne peut se désister indépendamment de l'action.

المقدمة:

يعتبر التصويت من المفاهيم الأساسية التي تسير شركات المساهمة¹، إذ يشكل مظهرًا من مظاهر الديمقراطية والمشاركة في اتخاذ القرارات الهامة المرتبطة بنشاط الشركة، كما أنه يشكل أحد الحقوق الفردية الأساسية الممنوحة للمساهم²، فهو يشكل من جهة حق شخصي يعكس تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد الشركة ومن جهة أخرى حق وظيفي يمكن للمساهم من المشاركة في القرارات الجماعية³ والقيام بوظيفته لتطوير وتحسين نشاط الشركة⁴، حيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات بقدر عدد الأسهم التي يملكها أو يمثلها⁵ وهو ما يعرف بمبدأ التناسب⁶ على أنه يجوز تنظيم استعماله في حدود معينة وذلك بالنص في القانون الأساسي على عدد الأصوات التي يمكن أن يحوزها كل مساهم في الجمعيات العامة سواء كانت عادية أو غير عادية، بشرط

¹ - مزوار فتحي، حاية المساهم في شركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص. 73.

² - V. Ph. Merle, *droit commercial, sociétés commercial*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001, n° 306, p. 331 : " le droit de vote et l'un des droits individuels les plus importants de l'actionnaire". , V. aussi A. Moreau , *La sociétés anonyme*, traité pratique , T. 1, 2^{ème} éd., 1955, n° 269 , p. 359.

³ - V. J.- C . Hallouin, *Sociétés et groupements*, droit de vote , D. 2000, n° 23, p. 231 et J.-J. Daigre, *le droit de vote est – il encore un attribut essentiel de l' associé*, J.C.P. éd. E. 1996, p. 317:" le droit de vote est fondamental pour l'associé et fait partie des droits propres de celui-ci , le droit de vote est primordial car il est un droit – fonction que l'associé doit exercer dans l'intérêt social " .

⁴ - V. M. Germain, *Le droit de vote*, P.A. 2001, n° 89, p.8.

⁵ - راجع المادة 684 ق.ت.ج .

⁶ - V. P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris. II, 2000, p. 22

أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم أيا كانت فتتها¹، وهذه القاعدة ما هي إلا تطبيق لمبدأ المساواة بين المساهمين باعتباره أحد النتائج المترتبة عن نية الاشتراك التي تعد من الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة².

والجدير بالذكر أن حق التصويت حق ملازم لملكية السهم، فلا يجوز لحائزه أن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر، أو أن يتعهد بالتصويت على نحو معين، فكل اتفاق من هذا القبيل وقع باطلا، ويكون صحيحا وقف حق التصويت في حالات معينة مقرر قانونا. تبعا لذلك، سيتم دراسة مبدأ حق التصويت والاستثناءات الواردة عليه في المبحث الأول، وحالات وقف هذا الحق والتنازل عليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مبدأ حق التصويت والاستثناءات الواردة عليه

إن الطبيعة الفردية لحق التصويت ترخص للمساهم باستعمال هذه التقنية التعاقدية كل بحسب عدد الأسهم التي يملكها، غير أن الطابع الجماعي للشركة باعتبارها تتكون من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية يفرض أحيانا تحديدا لممارسة هذا الحق³. وعليه تقضي القاعدة أن يكون التصويت نسبيا، يتناسب مع قيمة رأس المال المكتتب به⁴، غير أن لهذا المبدأ تطبيقات أخرى بموجبها يتم إما تحديد عدد الأصوات التي يملكها كل مساهم في الاجتماعات أو زيادة عدد الأصوات بخلق نوع معين من الأسهم، الأمر الذي يتعين معه دراسة المبدأ في المطلب الأول والتطبيقات الماسة به في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ حق التصويت النسبي

يقصد بالتصويت أخذ المساهم الكلمة في إطار الجمعيات العامة للتعبير عن رأيه في مشروع معين في جدول الأعمال سواء بالمصادقة أو المعارضة⁵، وفي هذا الصدد كرس المشرع الجزائي⁶ على غرار الفرنسي⁷ مبدأ حق التصويت النسبي مع حصة رأس المال التي تنوب عنها، وجعل من التصويت النسبي قاعدة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

¹ - راجع المادة 685 ق.ت.ج.

² - أنظر م. فريد العربي، القانون التجاري، شركات الأموال، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص. 168.

³ - D. Velardocchio- Flores, *Les accords extra statuts entre associés*, th. Aix- Marseille, 1993, n° 104, p. 109 : " la nature individuelle du droit de vote autorise l'utilisation de la technique contractuelle mais le caractère social impose des limites à cette utilisation " .

⁴ - M. Salah, *Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions*, EDIK, Coll. Droit des affaires, éd. 2001. , n° 23, p. 37 : " le droit de vote attaché à l'action est proportionnel celui de contribuer par son vote à l'adoption ou au rejet les propositions figurant à l'ordre de jour " .

⁵ - حميدة نادية، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007، ص. 221.

⁶ - راجع المادة 684 ق.ت.ج.

⁷ - Art. L. 225-122 C. com. fr .

أولا : تحديد مبدأ التصويت النسبي

يتضمن المبدأ المنصوص عليه في المادة 684 من القانون التجاري الجزائري شقين ، فمن جهة يعتبر أن حق التصويت المرتبط بأسهم رأس المال أو الانتفاع يتناسب مع حصة رأس المال التي تنوب عنها ومن جهة أخرى يقضي بأن لكل سهم صوت على الأقل .

1- السهم عنصر أساسي لحق التصويت

إذا كان الأصل في " شركات الأشخاص أن يتم التصويت بحسب عدد الرؤوس، فإن التصويت في شركة المساهمة يتم بالنظر إلى عدد الأسهم التي يحوها كل مساهم"¹، بمعنى أن عدد الأسهم يعتبر وسيلة لتقسيم عدد الأصوات حيث يكون لكل سهم صوت على الأقل. إن تحديد الحد الأدنى لعدد الأصوات التي يملكها السهم يشكل نتيجة منطقية لمبدأ التناسب ، حيث لا وجود لسهم دون صوت حتى ولو لجأت الشركة إلى تجزئة السهم إلى شهادات استثمار وشهادات الحق في التصويت². زيادة على ذلك لجأ المشرع الجزائري إلى هذا التحديد لإمكانية إصدار أسهم تتمتع بأكثر من حق واحد للتصويت³.

2- التناسب بين حق التصويت وقيمة رأس المال

يتناسب حق التصويت مع قيمة رأس المال التي تمثله، حيث أخذ المشرع الجزائري⁴ على غرار نظيره الفرنسي⁵- الالتزام المالي الملقى على عاتق المساهم بدفع قيمة الأقساط المستحقة في الآجال القانونية، فيكون للمساهم الذي دفع جزء من المبالغ المرتبطة بالأسهم التي قام باكتسابها تصويتا نسبيا أقل من حق التصويت النسبي الممنوح للمساهم الذي دفع جميع المبالغ المالية . أما إذا تقاعس عن تنفيذ التزامه سقط حقه في التصويت⁶. زيادة على ذلك، تطبق قاعدة التصويت النسبي على أسهم رأس المال والأسهم الإنتفاعية على حد سواء، وتعتبر أسهم رأس المال الأسهم التي تمثل جزءا من رأسمال الشركة ولم تستهلك قيمتها بعد، أما الأسهم الإنتفاعية (أسهم التمتع) فهي تلك الأسهم التي تعطى للمساهم الذي استرد القيمة الاسمية لأسهمه خلال حياة الشركة وقبل

¹ - راجع على سبيل المثال المواد 556 ، 559 ، 561 و 563 ق.ت.ج. إذ يلاحظ في هذا الصدد أن معظم القرارات التي تتخذ في إطار شركة التضامن تؤخذ بالإجماع (vote par tête) وفي المقابل تتخذ القرارات في شركة التوصية البسيطة بحسب عدد رؤوس الشركاء المتضامنون وبالنظر إلى قيمة رأس مال بالنسبة للشركاء الموصين (راجع مثلا نص المادة 563 مكرر 8 ق.ت.ج.).

² - المادة 715 مكرر 67 الفقرة 3 ق.ت.ج " لا يجوز منح شهادة تمثل أقل من حق واحد في التصويت " .

³ - المادة 715 مكرر 44 فقرة 2 ق.ت.ج .

⁴ - المادتين 684 فقرة 1 و 715 مكرر 42 ق.ت.ج .

⁵ - Art. L. 225-122 et L. 225- 125 C. com. fr .

⁶ - المادة 715 مكرر 49 فقرة 1 ق.ت.ج . . Concernant le droit français v. art . L. 228- 29 al. 1 C. com. fr .

انقضاءها¹، ولكنها تعطي لحائزها جميع الامتيازات المخولة لأسهم رأس المال كحق التصويت ، فالفرق الجوهرى بين هذين النوعين من الأسهم يجد مجاله في الحقوق المالية فقط².

تأسيسا على ما ذكر أعلاه، أقر بعض الفقه الجزائري³ والفرنسي⁴ أن قاعدة "لكل رأس مال مساوي، تصويت مساوي" أدت إلى تغيير مفهوم المساواة من مساواة بين المساهمين إلى مساواة بين أسهم ذات نفس القيمة الاسمية .

ثانيا : الجزاءات المترتبة عن مخالفة مبدأ التصويت النسبي

"من أجل تأمين احترام مبدأ التصويت النسبي ، جعل المشرع الجزائري هذه القاعدة من النظام العام"⁵، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إضافة إلى وضع عقوبات جزائية في حالة مخالفة حقوق التصويت المرتبطة بالأسهم.

1- الجزاء المدني المترتب على مخالفة مبدأ التصويت النسبي

لم يكتف التشريع الجزائري بالنصوص التي تقضي بطلان مداوات الجمعية بسبب عيب الرضاء⁶ ولا بالحكم القانوني العام الذي يرتب البطلان كجزاء لمخالفة كل نص ملزم⁷ وإنما وضع نصا خاصا بموجبه أخضع حق التصويت لحماية كبيرة إذ اعتبرها قاعدة أمرة⁸ فلا يجوز الاشتراط في القانون الأساسي أو بموجب اتفاق لاحق على المساس به فكل اتفاق مخالف يضرب بالبطلان المطلق. نتيجة لذلك ، يعود لكل مساهم في الجمعية العامة عدد من الأصوات يعادل عدد أسهمه، وبذلك يكون تأثيره في المناقشات متساويا مع قيمة أسهمه، فلا يصح منح أحد المساهمين صوتا مرجحا ولو كان رئيس الجلسة ذلك خلافا لما يجري عليه العمل في مداوات مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة⁹.

¹ - المادتين 709 و 715 مكرر 45 ق.ت.ج.

² - المادة 710 ق.ت.ج : " تفقد الأسهم المستهلكة كليا أو جزئيا ما يعادل الحق في الرخ الأولي إذا اقتضى الأمر ، في تعويض القيمة الاسمية وتحتفظ بكل الحقوق الأخرى " .

³ - ف. زراوي صالح ، محاضرات ماجستير قانون الأعمال ، مادة نظام المؤسسات ، غير مطبوعة، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2000.

⁴ J. Hémar , F. Terré et P.Mabilat, *Sociétés commerciales* , Dalloz, T. 2, 1974 , n° 187 , p. 167 et J.-L. Lefebvre, *Le principe de l'égalité entre actionnaires*, Quot. Jur. 1981, n° 65, p. 8 : " l'égalité se mesure donc à l'apport, il est évident qu'il s'agit plus égalité entre actions que d'une égalité entre actionnaire " .

⁵ - المادة 684 الفقرة 2 ق.ت.ج، وراجع أيضا:

M.Salah, *op. cit*, n° 23, p. 37 : " pour assurer le respect de la règle , le législateur déclare le droit de vote d'ordre public puisque toute clause contraire des statuts est réputée non écrite" .

⁶ - المادة 738 ق.ت.ج.

⁷ - المادة 733 الفقرة 2 ق.ت.ج.

⁸ - المادة 684 الفقرة 2 ق.ت.ج .

⁹ - المادتين 626 الفقرة 4 و 667 الفقرة 2 ق.ت.ج .

2- العقوبات الجزائية المترتبة على مخالفة مبدأ التصويت النسبي

يعاقب بغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج رئيس الجلسة وأعضاء مكتب الجمعية الذين لم يحترموا أثناء اجتماعات الجمعية العامة سواء أكانت عادية أو غير عادية الأحكام المتعلقة بحقوق التصويت والملحقة بالأسهم¹، وتكمن هذه الجنحة في " التصرف الرامي إلى منع المساهم المتمتع بحق التصويت من المشاركة في المداولات أثناء اجتماع الجمعية العامة أو بتخفيض عدد أصواته بما لا يتناسب مع عدد الأسهم التي يحوزها كل مساهم"².

ثالثا: طريقة التصويت

تطبيقا لأحكام نظام الجمعيات³، يكون التصويت علنيا غير أن المشرع الفرنسي⁴ وخلافا عن المشرع الجزائري ابتدع طرق أخرى لتشجيع المساهمين على المشاركة في تسيير الشركة ومراقبة إدارتها وهي طريقة التصويت بالمراسلة، التوكيل على بياض، إضافة إلى إمكانية التصويت باستعمال وسائل الاتصال، الأمر الذي دفع بالفقه الجزائري إلى التدخل لبيان كيفية التصويت على النحو الآتي:

1- كيفية التصويت في التشريع الجزائري ودور الفقه الجزائري في بيان ذلك

تبث الجمعية العامة غير العادية فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها، على أن لا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق الاقتراع⁵، أما إذا كانت الجمعية العامة عادية فإنها تتخذ القرارات بأغلبية الأصوات المعبر عنها ولا تحسب الأوراق البيضاء في حالة الاقتراع⁶. تأسيسا على ذلك يتم التصويت بإحدى الطريقتين : - طريقة الأوراق، وتتجلى هذه الكيفية في منح حائز على حق التصويت حين حضوره الجمعية العامة ورقة، يبين فيها موقفه حول مشاريع القرارات الواردة في جدول الأعمال إما بالتأييد أو المعارضة، وفي حالة عدم اتخاذ موقف معين لا تؤخذ ورقته في حساب الأغلبية. - طريقة التعبير الصريح، وفي هذا الصدد يلاحظ أن القانون التجاري الجزائري لم يبين الكيفية التي يتم بموجبها التعبير عن الموقف المتخذ من قبل المساهم، لذا تدخل جانب من الفقه الجزائري لتوضيح ذلك، حيث اعتبر هذا الأخير أن عملية التعبير تتحقق "إما برفع اليد أو شفاهة بموجب المناداة اسميا على كل مساهم مع بيان رأيه حول المشروع المطروح"⁷. كما أقر ذات الفقه أنه "يمكن أن يكون التصويت سريريا إذا طلب ذلك أي مساهم لاسميا في

¹ - المادة 821 ق.ت.ج .

² - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة القانون الجنائي للأعمال، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000.

³ - المادتين 674 الفقرة 3 و 675 الفقرة 3 ق.ت.ج .

⁴ - Arts. L. 225- 106 et L. 225- 107 C. com. fr .

⁵ - المادة 674 الفقرة 3 ق.ت.ج .

⁶ - المادة 675 الفقرة 3 ق.ت.ج .

⁷ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر.

المسائل المتعلقة بعزل أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة أو رفع دعوى المسؤولية عليهم¹، والحكمة من ذلك رفع الحرج عن المساهمين أثناء عملية التصويت فلا يعتمد مكتب الجمعية إلى ذكر اسم المساهم المعارض أو المؤدي، غالبا ما يتم بيان طريقة التصويت في القانون الأساسي .

2- كيفية التصويت في التشريع الفرنسي

تكريسا لحق المساهم في التصويت أوجد المشرع الفرنسي² طرقا عدة تساعد المساهم على التعبير عن رأيه ومناقشة جميع المشاريع حتى ولو لم يكن حاضرا في الجمعية العامة وتمثل هذه الطرق في طريقة التصويت بالمراسلة، طريقة التوكيل على بياض إضافة إلى طريقة التصويت بالطرق الإلكترونية، كما أقر الفقه الفرنسي إمكانية التصويت عن طريق الاقتراع .

أ- طريقة التصويت بالمراسلة

لقد نظم التشريع الفرنسي³ طريقة التصويت بالمراسلة لتشجيع المساهمين على المشاركة في تسيير الشركة ومراقبة حسن سيرها، رغم عدم حضورهم جلسات الجمعية العامة مما كانت طبيعتها، ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن. وتتم هذه الطريقة بموجب استمارة أو نموذج تعدده الشركة وتضعه تحت تصرف المساهم أو تقيم بإرساله له في حالة ما إذا طلب منها ذلك، على أن يتضمن مجموعة من البيانات الخاصة بالشركة كإرسالها، مقرها الرئيسي وموطنها وبيانات أخرى خاصة بطبيعة الجمعية ومجموعة المشاريع الواجب إبداء الرأي فيها. وفي هذا المجال، يكون للمساهم الحق في وضع رأيه إما بالقبول، المعارضة أو الامتناع عن التصويت⁴، على أن يبعث موقفه ثلاثة أيام على الأقل قبل انعقاد جلسة الجمعية العامة ما لم يحدد أجل آخر في القانون الأساسي⁵.

ب- استعمال التوكيل على بياض كطريقة للتصويت

أجاز قانون الشركات الفرنسي لصحة الإنابة أن يكون الممثل مساهما آخر أو الزوج أو أي شريك آخر يبرم معه اتفاق مدني متعلق بالتمثيل في الجمعيات، كما يسوغ أن يقوم بهذه العملية أي شخص طبيعي أو معنوي آخر دون أن يكون عضوا في الشركة وفق شروط معينة⁶، غير أنه أحيانا لا يتمكن المساهم من معرفة مساهمين آخرين في الشركة لذا يبعث وكالة مفضية ومؤرخة دون تعيين الممثل، ويكون التصويت في هذه الحالة تحت سلطة رئيس الجمعية، حيث يضع تصويتا بالقبول بالنسبة للمشاريع المقدمة من طرف الهيئة الإدارية

¹ - راجع ف. زراوي صالح، المحاضرات المذكورة أعلاه .

² - Arts. L. 225-96, L. 225-98, L. 225-106 et L. 225-107 C. com. fr.

³ - Arts. L.225-107 et R. 225-76 C.com. fr.

⁴ - Art. R. 225-76 C.com. fr.

⁵ - Art. R. 225-77 al. 1 C.com. fr..

⁶ - Art. L. 225-106 als. 1 et 5 C. com. fr .

سواء كانت مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة، وتصوتا بالمعارضة بالنسبة للمشاريع الأخرى¹. مع مراعاة النصاب والأغلبية المقررة قانونا.

ج- التصويت عن بعد أو باستعمال وسائل الاتصال

أوجد المشرع الفرنسي تماشيا مع التطور التكنولوجي وسيلة أخرى تدعم حق المساهم في التصويت بموجب التعديلات التي أدخلها على القانون التجاري الفرنسي- عام 2001، وتمثل هذه الطريقة في استعمال الوسائل التقنية للاتصال أو تلك التي تسمح برؤية جلسات الجمعية العامة عن بعد² بواسطة شاشات تستعمل لهذا الغرض، وتختلف هذه الطريقة عن سابقتها في كونها تجيز للمساهم المشاركة في الاجتماعات، ومن ثم، احترام مبدأ الوجاهية بين كل المساهمين والهيئات الإدارية والرقابية، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إذا تم التصويت بالمراسلة³. تأسيسا على ذلك، يتعين على المساهم الذي يريد التصويت عن بعد وضع مرجع إلكتروني خاص يسمح للشركة من التعرف عليه بواسطة رمز مقدم مسبقا من طرف المعني بالأمر⁴، وعلى كل يبقى للمساهم الحرية في استبدال الطريق الإلكتروني بالطريق البريدي في أي وقت ومتى يشاء شريطة إعلام الشركة بموجب رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام⁵.

د- طريقة الاقتراع

لا يوجد أي نص قانوني أو تنظيمي يحدد طريقة الاقتراع، غير أن الفقه الفرنسي رأى إمكانية التصويت بموجب الاقتراع إما باستعمال الأوراق أو المناداة اسميا على كل مساهم مع إبداء رأيه الصريح أو برفع اليد، كما أقر ذات الفقه إمكانية اللجوء إلى الاقتراع السري إذا تطلبت مصلحة المساهمين ذلك⁶.

المطلب الثاني: التطبيقات الماسة بمبدأ التصويت النسبي

خروجا عن المبدأ الذي يقضي بأن يكون حق التصويت متناسبا مع قيمة رأس المال التي تنوب عنها، فإنه يجوز النص في القانون الأساسي للشركة على تحديد عدد الأصوات المقررة لكل مساهم أيا كان عدد أسهمه، شريطة

¹ - Art. L. 225-106 al. 6 C. com. fr.

² - Arts. R. 225- 61, R. 225-97 et R. 225-98 C. com. fr. et arts. 119, 145-2 et 145-3 du déc. n ° 2002-803 du 03 mai 2002. portant application de la 3^{ème} partie de loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. J.O.R.F. du 05 mai 2002, p. 8717.

³ - Ph. Merle, op. cit, n ° 471-1, p. 512.

⁴ - Art. 145-3 du déc. n° 2002-803, préc.

⁵ - Art. 120-1 du déc. n° 2002-803, préc.

⁶ - A. Moreau, op. cit., n° 275, p. 367, v. aussi B.Mercadal et Ph. Janin, *Droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre. 2002, n ° 10695, p. 614.

أن يكون التحديد واحدا لجميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى ، وفي المقابل أجاز القانون منح المساهم حق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزته لمبررات معينة.

أولا : تحديد عدد الأصوات

لقد أجاز المشرع الجزائري¹ على غرار نظيره الفرنسي² للمساهمين تحديد عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم حين حضوره الجمعية العامة سواء كانت عادية أو غير عادية بهدف حماية الأقلية من سيطرة وفضوذ المساهم المنفرد بأغلبية رأس المال³. غير أن هذا التحديد لابد أن يكون تحت شروط معينة منها ما نص عليها القانون ومنها ما بينه الفقه الجزائري والفرنسي على حد سواء .

1- الشروط المنصوص عليها قانونا لتحديد حق التصويت

تطبيقا للنصوص القانونية⁴ يجوز وضع شرط اتفاقي في القانون الأساسي يحدد بموجبه عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات العامة شريطة أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى. تبعا لذلك، يمكن استنباط الشروط التالية: - أن يتم النص على تحديد العدد الأقصى- للأصوات التي يملكها كل مساهم بداية في القانون الأساسي. - أن يتعلق هذا التحديد بالأصوات التي تكون للمساهم في إطار اجتماعات الجمعيات العامة سواء كانت عادية أو غير عادية، ومن ثم، لا يمكن حصر عدد الأصوات في جلسات مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة. - أن يفرض هذا التحديد على المساهمين وليس على الأشخاص الذين أجاز لهم القانون حضور الجمعية ، زيادة على أن يشمل جميع الأسهم مهما كانت طبيعتها أو شكلها. - وأخيرا، أن يخضع الشرط المتعلق بتحديد عدد الأصوات إلى عملية الإشهار القانوني⁵.

2- الشروط المقترحة من طرف الفقه

كان للفقه الجزائري والفرنسي بعض الملاحظات على النصوص القانونية المتعلقة بتحديد عدد الأصوات ، حيث ارتأى إمكانية اتخاذ الشرط المتعلق بوضع حد أقصى لعدد الأصوات التي يملكها المساهم أثناء حياة الشركة في إطار الجمعيات العامة غير العادية باعتبارها الوحيدة المؤهلة لتعديل القانون الأساسي⁶. كما رأى ذات الفقه أن

¹ - المادة 685 ق.ت.ج.

² - Art. L. 225-125 al. 1 C. com.fr .

³ - M. Salah, *op. cit* , n °24-1, p. 38 : " la loi laisse aux statuts la possibilité de limiter le nombre de voix , il s'agit, à l'évidence, de protéger les petits actionnaires " .

Concernant le droit français V. art. L. 225- 125 C. com . fr .

⁴ - المادة 685 ق.ت.ج .

⁵ - راجع المادة 10 الشطر 5 من المرسوم التنفيذي رقم 95- 438 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المنضم تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والجمعيات، ج.ر. 24 ديسمبر 1995، ع. 80، ص. 3 .

⁶ - بالنسبة للفقه الجزائري، راجع ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر .

النص القانوني لم يحدد كيفية حصر عدد الأصوات لذا اقترح أن يتم التحديد بضرورة امتلاك عدد معين من الأسهم أو بالنظر إلى نسبة مئوية معينة تمثل مجموع حقوق التصويت المخولة للمساهمين في الجمعيات العامة.¹ إضافة إلى إمكانية التحديد بصورة تتناقص نسبيا ومثال ذلك إعطاء المساهم عشرة أصوات بالنسبة للأسهم العشرة الأولى، صوت واحد من السهم العاشر إلى العشرين ثم صوت آخر من السهم العشرين إلى السهم الخمسين " وهكذا تدريجيا إلى أن يكتمل عدد الأسهم ذات الحق في التصويت.² وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن التحديد يجب أن يكون ملازما للسهم وليس لصفة المساهم حيث يشمله تخفيض عدد الأصوات سواء كان أصيلا أو نائباً عن غيره³، وعموما وبالرجوع إلى الواقع العملي فإنه يلاحظ عدم إدراج مثل هذا الشرط في القانون الأساسي خشية إضعاف نفوذ كبار المساهمين.⁴

ثانيا : زيادة عدد الأصوات

إن الاستثناء الثاني الوارد على مبدأ التصويت النسبي يتمثل في تقرير الامتيازات لبعض أنواع الأسهم بحيث يكون لأصحابها عددا من الأصوات يفوق العدد الذي يقابلها⁵، والشيء الملاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لا يزال متمسكا بمنح صوت متعدد لمثل هذه الأسهم⁶ في حين أن المشرع الفرنسي- عدل عن ذلك، واكتفى بمنحها صوت مزدوج فقط⁷.

1- زيادة عدد الأصوات في التشريع الجزائري

يرخص القانون التجاري الجزائري للجمعية العامة التأسيسية تقسيم الأسهم العادية الاسمية إلى فئتين، الأولى تتمتع بحق تصويت يفوق العدد المفترض حيازته في حين أن الثانية تمنح حق الأفضلية في اكتساب الأسهم أو

Concernant la doctrine française v. A. Moreau, op.cit, n° 272, p. 366 : " la règle de la proportionnalité du droit de vote ne s'oppose pas à la limitation conventionnelle résultant des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaires...." .

¹ - راجع ف. زراوي صالح ، المحاضرات المذكورة أعلاه .

² - v. l'exemple de B. Mercadal et Ph. Janin, op. cit , n° 10650, p. 604 : " ... dix voix pour les dix premières actions, une voix supplémentaire de dix à vingt actions, une autre voix de vingt à cinquante et ainsi de suite" .

³ -Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, *Encyl. D. soc.* 1984, T. 1, n° 214, p. 22.

⁴ - ن. مغيب، قانون الأعمال، دراسة في القانون المقارن، لبنان، 2000، ص. 44.

⁵ - م. فريد العرني، القانون التجاري، شركات الأموال، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص. 168 .

⁶ - راجع المادة 715 مكرر 44 ق.ت.ج.

⁷ - كان التشريع الفرنسي قديما يجيز إنشاء أسهم ذات صوت متعدد، تمنح عادة للمؤسسين من أجل الاحتفاظ بحقهم في مراقبة الجمعيات العامة ومنع المساهمين الأجانب من التدخل في شؤون الشركات الوطنية الفرنسية إلى حين إصدار قانون المؤرخ في 13 نوفمبر 1933 الذي قام بإلغاء هذه الأحكام وعدل عنها إلى حق التصويت المزدوج لوقف منح أصوات عدة قد تفوق المائة ولا يزال المشرع الفرنسي يحتفظ بهذه الأحكام إلى حد الآن

V. art. L. 225- 123 C.com fr.

سندات الاستحقاق الجديدة التي تقوم الشركة بإصدارها¹. ويقصد بالأسهم ذات الصوت المتعدد تلك الأسهم التي تعطي لحامليها أكثر من صوت واحد في الجمعيات العامة²، وقد تلجأ الشركات إلى إصدارها بغية تحقيق أهداف معينة، كتشجيع الجمهور على الاكتتاب في الأسهم وتأمين الأغلبية للمواطنين في الجمعيات العامة للشركات التي يكون فيها مساهمون أجانب أو بهدف معارضة الإجراءات الخطيرة التي قد يطلبها المساهمون العاديون كعزل الهيئة الإدارية إلى غير ذلك من الفوائد التي قد تنجم عن هذا النوع من الأسهم³. إلا أن المشرع الجزائري لم يسمح لجميع الشركات بإصدار أسهم ذات صوت متعدد وإنما أقر شروطاً محددة، حيث حصر إمكانية إصدار مثل هذه الأسهم على الشركات التي تلجأ علينا للادخار دون الشركات الأخرى، « فلو كانت إرادته تتجه إلى تعميم هذه الأسهم على جميع أنواع شركات المساهمة⁴ لكان النص القانوني محرر على الشكل التالي: " يمكن تقسيم الأسهم العادية الاسمية إلى فئتين حسب إرادة الجمعية العامة التأسيسية أو بموجب القانون الأساسي"⁵. إضافة إلى ذلك، تشترط الأحكام القانونية أن تتخذ الأسهم المتعددة الأصوات الشكل الاسمي، ومن ثم، لا يمكن خلق مثل هذا النوع من الأسهم إذا كانت الأسهم تتخذ شكل أسهم للحامل، كما لا يسوغ إنشاءها أثناء حياة الشركة بقرار من الجمعية العامة سواء كانت عادية أو غير عادية فأصدارها يتم بداية عند تأسيس الشركة من طرف الجمعية العامة التأسيسية لأنها عادة ما تمنح للمؤسسين لتشجيعهم على البقاء في الشركة. وفي هذا الشأن، طرح بعضا من الفقه الجزائري العديد من الملاحظات حول نص المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري الجزائري التي تجيز إنشاء أسهم متعددة الأصوات منها أن المشرع الجزائري وقع في تناقض مع نفسه، " فمن الناحية اللغوية اعتبر هذه الأسهم أسهم عادية اسمية، ثم منح لها امتيازات وأولويات مختلفة، مع أن الحقوق المرتبطة بالأسهم العادية تختلف عن الحقوق المرتبطة بالأسهم الممتازة، لذا كان الأجدر بالمشرع أن يستعمل اصطلاحين مختلفين ليساعد على التمييز والتفرقة بين هذين النوعين من الأسهم والقول " أسهم اسمية عادية وأسهم ممتازة اسمية"⁶. كما أضاف ذات الفقه أن هذه الأسهم

¹ - المادة 715 مكرر 44 ق.ت.ج.

Pour plus d'informations V. G. Ripert par R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1 , L.G.D.J., éd . 1997 , n°1188, p. 722, Ph. Merle, op.cit, n°309, p.332 et A. Moreau, op. cit, n° 273, p. 366 : " la loi de 13 novembre 1933,en réglementent le droit de vote proportionnellement au capital souscrit, a supprimé les actions à vote plural " .

² - أ. محرز، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 467 .

³ - م. كمال طه، أصول القانون التجاري، البار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص. 442 .

⁴ - تتأسس شركة المساهمة بموجب طريقتين: إما أن يكون التأسيس فوراً دون اللجوء العلني للادخار وهو ما يطلق عليه بالتأسيس المغلق، وإما أن يكون متتابعاً باللجوء العلني للادخار وهو ما يطلق عليه بالتأسيس المفتوح. راجع المواد من 695 إلى 609 ق.ت.ج .

⁵ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر .

⁶ - M. Salah, op. cit, n° 10, p. 23. : " une remarque de terminologie s'impose. Des lors qu'un privilège est attaché à ces actions, on ne saurait parler d'actions ordinaires. on les appellera, pour le distinguer les actions ordinaires nominatives, actions nominatives privilégiées".

لا تخلو من الضرر" لأنها قد تؤدي إلى تحكم أقلية المساهمين في أغليتهم والانتقاص من حقوق أصحاب الأسهم العادية وبالتالي شل الدور الرقابي الذي يمارسه أغلبية المساهمين¹، والمساس بمبدأ المساواة الذي فرضت الأحكام القانونية ضرورة احترامه².

تبعاً لذلك، ونظراً للمخاطر المذكورة أعلاه اقترح الفقه الجزائري ضرورة تدخل المشرع الجزائري من جديد لإلغاء الأسهم ذات الصوت المتعدد والنص على الأسهم ذات الصوت المزدوج فقط لمنع الغلو من تحكم الأقلية و لعدم المساس بمبدأ المساواة بشدة³.

2- زيادة عدد الأصوات في التشريع الفرنسي

لما كانت الأسهم المتعددة الأصوات من شأنها أن تنقص من حقوق الحائزين على الأسهم العادية، والمساس بمبدأ المساواة فإن المشرع الفرنسي- أكنفى بالنص على الأسهم ذات الصوت المزدوج⁴، وحسن فعل بذلك حيث حدد شروط إنشاء هذه الأسهم وكيفية ممارسة حق التصويت المزدوج على النحو الآتي بيانه:

إذ لا يجوز إعطاء صوتين للسهم الواحد إلا إذا اكتسب- هذا الأخير الشكل الاسمي وكانت قيمته مدفوعة بالكامل، كما يشترط القانون الفرنسي أن يظل المساهم محتفظاً بصورة مستمرة بالشكل الاسمي مدة سنتين على الأقل من تسجيلها⁵، أما في حالة تحويل الأسهم الاسمية إلى أسهم للحامل أو في حالة نقل الملكية يتوقف حق التصويت المزدوج بصورة تلقائية، إلا إذا كان نقل الملكية ناجماً عن الإرث، التصفية المشتركة للأموال بين الزوجين، أو هبة بين الأحياء لفائدة الزوج أو أحد الآباء الذين يحق لهم الإرث⁶. وتجب الإشارة في هذا

¹ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر. في هذا الصدد لاحظ بعض الفقه الفرنسي- أن الأسهم ذات الصوت المتعدد قد تؤدي إلى فاشية المساهم. راجع في هذا الشأن:

G.Ripert, *Aspects juridiques de capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1951, n°1188, p. 723.

² - المادة 715 مكرر 4 الفقرة 4 ق.ت.ج.

³ - V. M. Salah, op. cit, n° 11-1, p. 24 : " il aurait suffi, pour permettre à la société de récompenser les actionnaires fidèles ou pour se prémunir contre une prise de contrôle indésirable, d'autoriser la création des seules actions à vote double " .

في نفس الموقف راجع ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، المذكورة سابقاً.

⁴ - Art. L. 225-123 C. Com. fr .

⁵ - إن مدة السنتين المقررة قانوناً للشكل الاسمي تمثل الحد الأدنى فقط، فليس هناك ما يمنع النص في القانون الاسمي على ضرورة اتخاذ الشكل الاسمي لمدة ثلاثة سنوات هذا ما أقره الفقه الفرنسي .

Y.Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, op. cit, n° 207, p. 21 : " le stage préalable de deux ans ne représente qu'un minimum .Rien ne suppose à ce que les statuts exigent une durée plus longue " .

⁶ - Art. L. 225-124 al.1 C. com. fr .

الصدد، إلى أن هذا النوع من الأسهم يمكن إنشاؤه بداءة في القانون الأساسي، وأثناء حياة الشركة بموجب قرار من الجمعية غير العادية¹.

وبمجرد توافر الشروط المذكورة أعلاه يحق للمساهم ممارسة حقه في التصويت المزدوج في إطار الجمعيات العامة، وإن كان بعض الفقه الفرنسي يرى جوازية الاشتراط في القانون الأساسي أن لا يمارس المساهم هذا الحق إلا في إطار جمعية معينة كالجمعية العامة العادية مثلاً²، أو "أن تخضع هذه الممارسة للتعبير الصريح للمساهم، حيث يكون لكل مالك لأسهم اسمية لمدة سنتين الحق في أن يطلب من الشركة بموجب رسالة مضمونة الوصول أحقيته بالتصويت المزدوج"³.

وأخيراً تجدر الإشارة أنه في حالة ما إذا تم تقسيم هذا النوع من الأسهم إلى شهادات استثمار وشهادات حق في التصويت فلا يكون لهذه الأخيرة صوتاً مزدوجاً، لأن المشرع الفرنسي- منح هذا الحق للمساهم الذي يظل محتفظاً بالسهم الاسمي كاملاً.

المبحث الثاني : وقف حق التصويت والتنازل عليه

إن للمساهم، كأصل عام، صوت استشاري في كل مسألة تعرض للتصويت في الجمعيات العامة⁴، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن لكل سهم صوت على الأقل⁵، غير أن هناك حالات من شأنها أن تؤدي إلى فصل حق التصويت عن السهم الذي يمثله يطلق عليها بحالات وقف حق التصويت، وهي حالات محددة قانوناً فلا يمكن أخذ مثل هذا القرار بموجب النص عليه في القانون الأساسي أو عن طريق الجمعيات العامة⁶. وفي المقابل لا يجوز للمساهم أن يتنازل للغير عن الأصوات المقررة للأسهم التي يملكها، لأن التصويت من الحقوق الشخصية، كما أنه من المزايا اللصيقة بالسهم فلا يجوز التنازل عليه منفصلاً عن السهم⁷. تبعاً لذلك، سيتم دراسة الوضعيات المختلفة التي تؤدي إلى وقف حق التصويت في المطلب الأول، ومدى إمكانية المساهم في التنازل عن حقه في التصويت في المطلب الثاني.

¹ - بمناسبة زيادة رأس مال الشركة، وفي هذه الحالة يمكن الاستغناء عن مدة السنتين المقررة قانوناً، إذ يمنح حق التصويت المزدوج بمجرد إتمام عملية الإصدار.

² - J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, T. 2, 1974, n° 202, p. 199.

³ - Ph. Janin et B. Mercadal, *op.cit*, n° 10660, p. 608.

⁴ - P. Ledoux, *op. cit.*, n° 40, p. 57.

⁵ - المادة 684 ق.ت.ج.

⁶ - J.-C. Hallouin, *op. cit*, p. 231 et M. Germain, *le droit de vote*, *op.cit*, p. 8.

⁷ - م. شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1957، ص. 595.

المطلب الأول : حالات وقف حق التصويت

بادئ ذي بدء، تجب الإشارة إلى أن حالات وقف حق التصويت حالات عارضة ومؤقتة فبمجرد أن يزول سبب الوقف ترجع للمساهم حريته الكاملة في إبداء رأيه في أية مسألة تعرض للتشاور في إطار الجمعية العامة، وعموما فإن القانون الجزائري¹ يقرر وقف التصويت إما لتعارض المصالح بين المساهم والشركة، أو تتخذ هذه الحالات صورة جزاءات تفرض على مالك الحق في التصويت²، وستتم دراستها إتباعا على النحو الآتي بيانه:

أولا : وقف التصويت في حالة تنازع المصالح

تقوم فكرة تنازع المصالح في حالة وجود تعارض بين مصلحة الشركة والمصلحة الفردية للمساهم الأمر الذي يستوجب معه حرمان من يهيم الأمر من حقه السياسي المتمثل في التصويت³، غير أن هذه الحالات استثنائية، لذا قام المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي بحصرها في ما يلي:

1- حالة إبرام اتفاقية بين الشركة أو أحد القائمين بالإدارة أو عضو من أعضاء مجلس المديرين أو مجلس مراقبة

لقد وضعت الأحكام القانونية مبدأ عاما يقضي- بطلان عقد أي اتفاقية بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلا بعد استئذان المجلس كهيئة جماعية مسبقا- حسب الحالة- وتقديم تقرير من مندوب الحسابات إلى الجمعية العامة العادية للسماح لها بالمصادقة على تلك اتفاقية⁴، وفي هذا المضمار يمنع المعني بالأمر من المشاركة في التصويت ولا تؤخذ أسهمه بعين الاعتبار في حساب النصاب والأغلبية سواء في جلسات الجمعية العامة أو جلسات مجلس الإدارة أو المراقبة. ولا شك في أن الحكمة التي توخاها المشرع من ذلك ضمان سلامة الإدارة ومنع أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة من استغلال مناصبهم للحصول لأنفسهم على مزايا مالية غير مشروعة، إضافة إلى تغليب مصلحة الشركاء الآخرين عن مصلحة الفردية للمساهم المتعاقد مع الشركة⁵.

¹ - إن القانون الفرنسي يجيز إصدار أسهما دون حق تصويت وذات أفضلية في أرباح، غير أنه في حالة عدم الحصول على الأرباح المقررة لها لمدة ثلاث سنوات مالية متتالية يرجع لها حق التصويت كالأسهم العادية تماما .

Art. L. 228-35-5 C.com.fr.

² - M. Salah, *op. cit*, n° 24-3, p. 38 .

³ - M.Salah, *Ibid*, Ph. Merle, *op. cit*, n° 311, p. 334 et D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly. 1999, n° 33, p. 49 .

⁴ - المادتين 628 و 670 ق.ت.ج. وتجدر الملاحظة في هذا الصدد أن عبارة الجمعية العامة في نص المادة 628 الفقرة 1 جاءت في غير محلها لأن الأصح هو مجلس الإدارة، راجع نص المادة بالصياغة الفرنسية .

⁵ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر .

2- حالة تقدير الأموال العينية أو منح منافع خاصة

إذا دخل في رأس مال الشركة مقدمات عينية، عند التأسيس، أو تم زيادة رأس المال أثناء حياة الشركة بإصدار أسهم عينية، فإنه يجب تقديرها بغير إسراف ولا مبالغة¹، ذلك لأن المغالاة في التقويم من شأنها إلحاق الضرر أولاً بالشركة لأنها ستبدأ برأس مال يقل في الواقع عن الكفاية، وضرر بدائنها لأن الضمان الذي اعتمدوا عليه يزيد على مقداره الحقيقي. وأخيراً ضرر بحملة الأسهم النقدية لأن أصحاب الأسهم العينية سيحصلون على جانب من الربح أو من فائض التصفية هو في حقيقة الأمر من حق المساهمين الحائزين على الأسهم النقدية. ودفعاً لكل هذه الأضرار وضع المشرع الجزائري² إجراءات معينة يجب إتباعها حتى يكون التقويم صحيحاً، أهمها ضرورة تعيين مندوب واحد أو أكثر بموجب قرار قضائي يكلف بتقدير الأموال العينية، على أن يتم عرض التقرير الذي أعده المندوب على الجمعية العامة المختصة من أجل المصادقة عليه³، و يقتصر التصويت في هذا الشأن على المساهمين الآخرين دون المعني بالأمر حتى ولو كان حائزاً على أسهم نقدية أو وكلاً عن مساهم آخر⁴ خشية استغلال هذه الوكالة للتصويت لصالحه الخاص. وحرمان أصحاب المقدمات أو الأسهم العينية من التصويت يجد تبريره في تعلق الأمر المعروض على الجمعية العامة بمصلحة خاصة بهم فلا يجوز لهم التصويت على القرار المتعلق بها. وتجدر الإشارة في هذا المضمار، أن المشرع الجزائري⁵ على غرار المشرع الفرنسي⁶ أقر نفس الحكم في حالة منح منافع خاصة لأحد المساهمين، حيث يحرم الاستفادة منها من التصويت في المداولة المتعلقة بهذا القرار، غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هو ما المقصود بالمنافع الخاصة؟

ليس هناك مفهوم تشريعي للمنافع الخاصة، ولكن كل من الفقه الجزائري والفرنسي متفق على أن للمنافع الخاصة مدلول واسع وغالباً ما يقصد بها تلك "الفائدة ذات الطبيعة المالية التي تمنح لأحد المساهمين دون غيره"⁷ كما يمكن "اعتبار المنفعة الخاصة كل حق أو ربح يحتفظ به لصالح أحد الشركاء دون الغير"⁸

¹ - م. كمال طه، المرجع السابق، ص. 426.

² - راجع الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 601 و 707 ق.ت.ج.

Concernant le droit français v. arts. L. 225-10 et L. 225-147 C. com. fr.

³ - إذا تم تقديم الأموال العينية أثناء تأسيس الشركة يعرض تقرير المندوب المكلف بتقرير الحصص العينية على الجمعية العامة التأسيسية، أما إذا تم تقديم تلك الأموال أثناء حياة الشركة، فيعرض التقدير على الجمعية العامة التي تقرر زيادة رأس المال وهي الجمعية العامة غير العادية.

⁴ - راجع المادة 603 في فقرتيها 2 و 3 والمادة 707 الفقرة 2 ق.ت.ج. التي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الجمعية العامة التأسيسية على الجمعية العامة غير العادية.

⁵ - المادة 707 الفقرة 2 ق.ت.ج.

⁶ - Arts. L. 225-10 et L. 225-147 al. 2 C. com.fr.

⁷ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، السالفة الذكر.

⁸ - D. Schmidt, *op. cit.*, n° 37, p. 52: "on peut considérer qu'il ya avantage particulier chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain nom partagé avec les associés".

كالاحتفاظ مثلا بالحق التفضلي في الاكتتاب بأسهم جديدة لبعض المساهمين فهذا يشكل منفعة خاصة غير مشتركة.

3- حالة إلغاء حق التفضلي في اكتتاب الأسهم

يعتبر الحق التفضلي في الاكتتاب من بين الحقوق التي تمنحها الأسهم للمساهمين القدامى قصد المحافظة على مصالحهم ومنعاً من مشاركة مساهمين جدد في الأموال الاحتياطية التي كونتها الشركة¹، غير أنه استثناء يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تقرر إلغاء إذا كانت مصلحة الشركة تقتضي ذلك، كأن ترى الشركة أن طرح الأسهم الجديدة على الجمهور سيساعدها على جلب الأموال اللازمة لزيادة رأس مالها فتقتضي - بإلغاء هذا الحق لصالح شخص أو أكثر من مساهمها²، فإذا أقرت الجمعية العامة ذلك يمنع على المساهمين المستفيدين من الأسهم الجديدة المشاركة في التصويت لأنهم سيصوتون حتماً على عدم الإلغاء وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام. تبعا لذلك، لا تؤخذ أسهمهم في حساب النصاب والأغلبية المطلوين لانعقاد الجمعية العامة غير العادية³.

إضافة إلى الحالات المذكورة أعلاه، وخلافاً عن المشرع الجزائري فإن المشرع الفرنسي - ينص على وضعيات أخرى تؤدي إلى وقف حق التصويت منها حالة اكتتاب الشركة لأسهمها الخاصة أو شراءها أو رهنها فلا تؤخذ أسهمها في حساب الأغلبية والنصاب⁴، وحالة شراء الشركة مال المساهم الذي يشكل نسبة عشرة بالمائة من رأسمال الشركة فعند اجتماع الجمعية العامة العادية لتقدير قيمة هذا المال لا يكون للمساهم (البائع) تحت طائلة بطلان المداولة صوت استشاري فيها⁵. وفي هذا الصدد يؤكد بعضا من الفقه الجزائري وجود تباين بين مصلحة الشركة ومصلحة المساهم، لذا على المشرع الجزائري أن يتدخل لإضافة مثل هذه الحالات على القانون التجاري الجزائري ويلغى حق التصويت بصورة مؤقتة حين اجتماع الجمعيات العامة للنظر في مثل هذه المسائل⁶.

ثانياً: وقف حق التصويت كجزاء يفرض على المساهم

لقد أقر التشريع التجاري الجزائري وقف حق التصويت كجزاء يفرض على المساهم في حالة حصرها في عدم دفع المتبقي من قيمة الأسهم النقدية. إذ تقتضي القاعدة القانونية أن يسدد المساهم نسبة الربع من رأس المال المراد

¹ - المادة 694 ق.ت.ج.

² - م. فريد العريبي، المرجع السابق، ص 244.

³ - المادة 700 ق.ت.ج.

Art. L. 225-138 C. com.fr .

⁴ - Art. L. 225-111C. com. fr.

⁵ - Art. L. 225-101 al. 2 C. com. fr

⁶ - ف. زراوي صالح ، محاضرات ماجستير قانون الأعمال ، مادة نظام المؤسسات ، السالفة الذكر .

M. Salah, *op.cit*, n° 24-3 , p. 39 : " on relèvera qu' aucun texte ne réglemente l'acquisition par la société d'un bien appartenant à un actionnaire alors même que le conflit d'intérêts est, ici, patent " .

الاكتتاب به، على أن يدفع الباقي بناء على قرار من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة- في أجل لا يمكن أن يتجاوز خمسة سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري¹، وتبعاً لذلك يظل المساهم مديناً اتجاه الشركة بما تبقى من قيمة السهم وينبغي عليه دفعه عند حلول الميعاد المقرر للوفاء، فإن تخلف عن ذلك يسقط حقه في التصويت وحضور الجمعيات العامة، ويستتبع ذلك حرمانه من حقوق أخرى كحقه في الأرباح والحق التفضلي في الاكتتاب الأسهم في حالة زيادة رأس المال². وعليه، فإن عدم تنفيذ المساهم لالتزامه المالي هي الوضعية الوحيدة التي تؤدي إلى وقف حق التصويت وهي ناتجة عن نص قانوني، الأمر الذي يمنع اتخاذ مثل هذا القرار في إطار الجمعيات العامة أو النص عليه في القانون الأساسي. علماً أن هذا الإلزام لا يفرض على دفع الأسهم العينية، لأن المشرع أوجب ضرورة دفعها كاملة عند إصدارها.

المطلب الثاني : التنازل عن حق التصويت

التنازل هو عمل قانوني بموجبه يتخلى أحد الأشخاص عن إحدى الصلاحيات الممنوحة له بإرادته المنفردة³. وطالما يعتبر حق التصويت أحد الثمار التي ينتجها السهم فلا يجوز التنازل عنه منفصلاً عن السهم الذي يمثله⁴، وفي المقابل يتعين على المساهم ممارسته بكل حرية شريطة عدم التعسف فيه. ولتحقيق ذلك أقرت الأحكام القانونية العديد من العقوبات الجزائية لتأمين حماية هذا الحق، غير أنه التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المجال هو ما مدى حرية المساهم في التنازل عن حقه في التصويت بموجب إبرام اتفاقيات مع غيره من المساهمين؟

أولاً: العقوبات الجزائية المقررة في حالة مخالفة حق التصويت

يتضمن القانون التجاري الجزائري العديد من الجرائم المتعلقة بحق التصويت تكريساً لحق المساهم في المشاركة في إدارة الشركة وذلك بإبداء رأيه إما بالقبول أو المعارضة بكل حرية على أي مشروع قرار يطرح للمناقشة، وتمثل هذه الجرائم في ما يلي :

1- جريمة التعسف في استعمال حق التصويت

تتعلق هذه الجريمة بالمديرين الذين يستعملون عن سوء نية وصورة تعسفية الأصوات التي يحوزون عليها في الجمعيات العامة بصفتهم وكلاء عن المساهمين أو في مجلس الإدارة نيابة عن قائم بالإدارة⁵ استعمالاً مخالفاً لمصلحة

¹ - المادة 596 ق.ت.ج.

² - المادة 715 مكرر 49 ق.ت.ج. والمادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 السالف الذكر.

³ - D. Velardocchio-Flores, *op. cit.*, n° 95, p.101: "la renonciation' étant un acte juridique par lequel une personne manifeste la volonté d'abandonner une prérogative qui lui appartient".

⁴ - م. شفيق، المرجع السابق، ص. 505.

⁵ - ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة القانون الجنائي للأعمال، السالفة الذكر.

الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة¹. تأسيسا على ذلك ، إذا أوكل المساهم أحد القائمين بالإدارة للتصويت نيابة عنه، ينبغي على هذا الأخير التصويت لمصلحة المساهم والشركة معا وإلا عوقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وفي هذا المضمار تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن لم ينظم الوكالة ضمن أحكام الجمعيات العامة إلا أنه أخضع أعضاء مجلس الإدارة لعقوبات في حالة عدم تنفيذ الوكالة تنفيذا صحيحا.

2- جريمة المشاركة التدليسية في جلسات الجمعية العامة

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يتقدم زورا للمشاركة في جلسات الجمعية العامة مباشرة أو بواسطة شخص آخر كمالك للأسهم² ، وصورة ذلك كأن يدعي شخص أن أحد المساهمين تنازل له عن أسهمه ليتمكن من حضور المناقشات في الجمعية العامة أو يتقدم صاحب الجنحة شخصيا للمشاركة للتصويت دون حق³ لأن هناك أشخاص سمح لهم المشرع الجزائري حضور الجمعية دون أن يكون لهم صوت تقرير في⁴.

3- جريمة منح مزايا معينة للتصويت في اتجاه معين

تمثل هذه الجريمة في التصرفات الرامية إلى رشوة المساهمين من أجل التصويت في اتجاه معين أو من أجل الامتناع عن التصويت فيخضع النص القانوني لعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حصل على منح أو ضمانات أو يسمح له بمزايا الاستفادة من التصويت معين أو الامتناع عنه، وتطبق نفس الأحكام على الأشخاص الذين ضمنوا أو وعدوا بهذه المزايا⁵ ومثل هذه الأحكام من شأنها أن تضمن حق المساهم في إبداء رأيه بكل حرية ودون تأثير من أي شخص آخر.

¹ - المادة 811 الشطر 4 ق.ت.ج.

² - المادة 814 الشطر 2 ق.ت.ج.

³ - ف. زراوي صالح ، محاضرات قانون الأعمال ، مادة القانون الجنائي للأعمال ، السالفة الذكر .

⁴ - راجع على سبيل المثال نص المادة 715 مكرر 12 ق.ت.ج .

⁵ - المادة 814 الشطر 3 ق.ت.ج المذكورة أعلاه .

ثانيا: حرية المساهم في ممارسة حق التصويت (اتفاقيات التصويت)

يقصد باتفاقيات التصويت تلك التعهدات المبرمة بين المساهمين أو البعض منهم قصد التصويت في اتجاه معين أو الامتناع عن ذلك¹، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري أو التشريع الفرنسي- يلاحظ أن كلا من المشرعين لم يتطرقا إلى مثل هذه الاتفاقيات في ما عدا الجريمة المتعلقة بمنح مزايا معينة للتصويت في اتجاه معين²، فهل حرية المساهم في التصويت تعطي له حق إبرام اتفاقيات للتنازل عن حقه في التصويت لصالح مجموعة معينة من المساهمين ؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى موقف الفقه والقضاء الفرنسي نظرا لعدم وجود أحكام قضائية جزائية جزائية في هذا المجال .

1- موقف الفقه من اتفاقيات التصويت

يرى الفقه الجزائري بالاستناد إلى الواقع العملي لاتفاقيات التصويت في فرنسا "أن الاتفاقيات التي تتضمن تنازلا عن ممارسة حق التصويت تشكل مساسا بالغا بحرية المساهم في التصويت داخل الجمعيات العامة، وعادة ما تكون هذه الاتفاقيات غير ظاهرة للبيان إلا في حالة وقوع نزاع بين أطرافها"³ والفقه الفرنسي- متفق على ذلك⁴.

غير أنه نظرا لطبيعة شركة المساهمة عادة ما يلجأ المساهمون إلى إبرام اتفاق لتحديد اتجاه تصويتهم، بيد أن هذا الاتفاق لا يكون شرعيا إلا إذا تم تحت شروط معينة⁵ منها ضرورة احترام مصلحة الشركة وعدم الحد من حرية المساهم في التصويت " باعتبار أن الوظيفة الأساسية لحق التصويت هي حماية المساهم والشركة معا فهو من جهة يمكن المساهم من المشاركة في تسيير الشركة، ومن جهة أخرى يساعده على تحديد مصلحة

¹ - D. Velardocchio-Flores, *op. cit*, n° 93, p. 100, v. aussi B. Mercadal et Ph. Janin, *op. cit*, n° 10668, p. 609: " par ces conventions les associés ou certains d'autre eux s'engagent à voter dans un sens déterminé ou à ne pas participer au vote " .

² - المادة 814 الشطر 3 ق.ت.ج.

³ - M. Salah, *op. cit*, n° 24- 4, p. 40: " en France, la pratique des conventions portant renonciation à l'exercice du droit de vote constitue une atteinte majeure à la liberté de vote de l'actionnaire dans les assemblées générales : Elle sont généralement occultes ,.....seule un conflit entre les parties à la convention révèle leur existence " .

⁴ - Ph. Merle, *op. cit*, n° 314, p. 336.

⁵ - A. Viandier, *Observation sur les conventions de vote*, J.C.P. éd. E. 1996, p. 15405 : " ...la validité des conventions de vote entre actionnaires d'une société anonyme de droit français y est généralement admise sous réserve de quelque conditions " .

الشركة" ¹. زيادة على ذلك ، لابد ألا يكون الاتفاق مبني على أساس الغش ² في الأصوات كأن يتم الاتفاق على جعل منصب القائم بالإدارة منصبا دائما فيستحيل عزله من طرف الجمعية العامة العادية. وفي هذا الصدد، فإن الفقه الفرنسي مستقر على أن اتفاقيات التصويت لا تلزم إلا أطرافها ولا تكون نافذة في مواجهة الشركة، لذا ففي حالة وقوع نزاع لا يؤدي إلى بطلان مداوات الجمعية العامة وإنما يكفي تعويض الأضرار الناجمة عن مخالفة ما اتفق عليه ³.

2- موقف القضاء الفرنسي من اتفاقيات التصويت

لقد ميز القضاء الفرنسي بين الاتفاقيات الباطلة والاتفاقيات الصحيحة، حيث قضى- ببطلان الاتفاقيات التي يلتزم فيها المساهم مسبقا على التصويت في اتجاه معين لاسيا في حالة التنازل عن الأسهم، كأن يتعهد المشتري للمتنازل على تأمين استمرارية الشركة ⁴ أو أن يصوت لصالحه لتقلد منصب قائم بالإدارة ⁵، كما تعتبر باطلة كل الاتفاقيات التي تتضمن تنازلا كليا للحق في التصويت كأن يمنح للمساهم وكالة غير قابلة للإلغاء لصالح أحد الأشخاص للتصويت بدلا عنه في مداوات الجمعية العامة ، أو أن يكون صوته خاضعا لموافقة الغير ⁶، فكل اتفاق من هذا القبيل يضرب بالبطلان . وفي المقابل اعتبرت صحيحة الاتفاقيات المبرمة بين المساهمين والتي تخدم مصلحة الشركة كالاتفاقيات التي تبرمها الشركة القايضة مع فروعها من أجل تنظيم عملية التصويت الشركة الأم وتوزيع السلطات بين الهيئة الإدارية والهيئة الرقابية ⁷ أو الاتفاق المبرم بين المساهمين من أجل التصويت لصالح عملية زيادة المال لاكتساب الشركة مساهمين جدد لهم قدرات مالية ترفع من المستوى المالي للشركة ⁸.

خاتمة:

ختاما، يتضح جليا أن تصويت المساهم في شركة المساهمة يشكل آلية قانونية خولها المشرع الجزائري لكل شخص له صفة الشريك في هذا الشكل من الشركات التجارية من أجل تأمين المشاركة الفعالة في القرارات الهامة التي تتخذها الجمعيات العامة مهما كان نوعها سواء كانت تأسيسية أو عادية أو غير عادية، ومن ثم، فهو

¹ -B. Mercadal, *la validité des conventions de vote entre actionnaires*, R.J.D.A. 1992 , n° 727: " le droit de vote en effet pour fonction de protéger à la fois, l'actionnaire et la société, d'une part, il est condition de la participation de l'actionnaire à la vie sociale ..., d'autre part, il est en même temps, la contribution de l'actionnaire à la détermination de l'intérêt social..." .

² - M. Cozian, A. Viandier et FL. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 12^{ème} éd., 2000, n° 848, p. 307 .

³ - Ph. JANIN et B. MERCADAL, *op. cit*, n°10670, p. 610 .

⁴ - Com., 10 janvier 1972, J.C.P. 1972, II , p. 17134 .

⁵ - Com., 13 mars 1950, J.C.P. 1950, II , p. 5694.

⁶ - Com., 17 juin 1974, Rev. soc. 1977, p. 84.

⁷ - Com., 24 février 1987, Bull. Joly. 1987, n° 99, p. 213 .

⁸ - Com., 30 juin 1996, J.C.P. éd. E. 1996, p. 795 .

يحقق فاعلية القرارات المتخذة في مختلف مراحل نشاط الشركة. ويمكن تصنيف هذا الحق من بين الحقوق المعنوية والإدارية للمساهم، وقد أحاطته النصوص القانونية بحماية خاصة نظرا لكونه حقا مزدوجا مرتبطا بصفة الشريك من جهة، و ضرورة امتلاك سهم واحد على الأقل من حصة أخرى، فقررت هذه النصوص البطالان كجزاء مدني في حالة مخالفة مبدأ التصويت النسبي، فضلا عن بعض العقوبات الجزائية.

زيادة على ذلك، يتبين أن تصويت المساهم في شركة المساهمة حق ملازم لحق حضور جمعياتها، إذ لا يمكن مبدئيا الفصل بين هذين الحقين، إلا إذا كان تصويتنا بالمراسلة وهو ما أغفل مشرعنا تنظيمه ضمن أحكام القانون التجاري، على الرغم من أن هذه الطريقة من شأنها أن تسمح للمساهم التصويت عن بعد ويظل بذلك متصلا بالشركة ولو كانت تفصله عنها مسافات طويلة أو تعذر حضوره لمناقشة جدول أعمالها، لذا على المشرع أن يتدخل من جديد والنص على هذه الطريقة والسماح باستعمال وسائل التطور التكنولوجي من أجل تدعيم هذا الحق. ومما يكن، فلا يجوز حرمان المساهم من إبداء رأيه بخصوص أية مسألة مرتبطة بقيام أو انقضاء أو تصفية الشركة الشخص المعنوي وإن جاز تنظيم استعمال ذلك في حدود معينة.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية:

- م. شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1957.
- م. كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993.
- م. فريد العريفي، القانون التجاري، شركات الأموال، الدار للجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
- ن. مغيب، قانون الأعمال، دراسة في القانون المقارن، لبنان، 2000.
- أ. محرز، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة القانون الجنائي للأعمال، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000.
- ف. زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الأعمال، مادة نظام المؤسسات، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000.
- حميدة نادية، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007.
- مزوار فتحي، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- G.Ripert, *Aspects juridiques de capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1951.
- A. Moreau, *La sociétés anonyme*, traité pratique, T. 1, 2^{ème} éd., 1955.
- J. Hémar, F. Terré et P.Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, T. 2, 1974.
- D. Velardocchio- Flores, *Les accords extra statures entre associés*, th. Aix- Marseille, 1993.

- G. Ripert par R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, L.G.D.J., éd. 1997.
- P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris. II, 2000.
- M. Cozian, A. Viandier et FL. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 12^{ème} éd., 2000.
- Ph. Merle, *droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001.
- M. Salah, *Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions*, EDIK, Coll. Droit des affaires, éd. 2001.
- B. Mercadal et Ph. Janin, *Droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre. 2002.
- B. Mercadal, *la validité des conventions de vote entre actionnaires*, R.J.D.A. 1992, n° 727.
- A. Viandier, *Observation sur les conventions de vote*, J.C.P. éd. E. 1996, p. 15405.
- J.- C. Hallouin, *Sociétés et groupements, droit de vote*, D. 2000, n° 23, p. 231.
- J.-J. Daigre, *le droit de vote est – il encore un attribut essentiel de l' associé*, J.C.P. éd. E. 1996, p. 317.
- M. Germain, *Le droit de vote*, P.A. 2001, n° 89, p.8.
- Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, *Encyl. D. soc.* 1984, T. 1, n° 214, p. 22.
- J.-L. Lefebvre, *Le principe de l'égalité entre actionnaires*, *Quot. Jur.* 1981, n° 65, p. 8.

تسيير شؤون الأوقاف في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي*
د/ شامي أحمد - أستاذ محاضر " أ " - جامعة ابن خلدون - تيارت
د/ مقني بن عمار - أستاذ محاضر " أ " - جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

لقد حظيت مسألة تسيير شؤون الأوقاف باهتمام كبير منذ القدم إلى وقتنا الحاضر، لذلك كان للمشروع الجزائري دور كبير في بث الثقة لدى الجمهور وحماية الأوقاف من خلال إصدار التشريعات اللازمة لحماية ثم اعتباره من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة، وأيضاً من خلال الجهات التي تراقب وتدقق عليه، حيث كان للرقابة الشرعية التي يشرف عليها علماء متخصصون في علم الشريعة الإسلامية دور مهم في زيادة ثقة الناس بالمؤسسات الوقفية التي تشرف عليها أوقافهم، لذلك كان لزاماً الاهتمام بهذا الجانب وتطويره من خلال التسيير الرشيد للأوقاف، وذلك حتى يطمأن الناس على أوقافهم ويصرف ريعها على ما وضعت لأجله.

Résumé:

La conduite des affaires du Waqf à beaucoup attiré l'attention depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, même le législateur algérien a joué un rôle important dans la transmission de la confiance entre le public et la protection des Awqaf en émettant nécessaires pour protéger la législation alors considéré comme des fonds publics ou de fonds privés, et aussi par les autorités, qui surveille et scrute en conséquence, lorsque la légitimité de la censure supervisée par des scientifiques spécialisés dans la science de la loi islamique jouer un rôle important dans l'augmentation de la dotation de la confiance des institutions de personnes supervisées par les dotations, il était donc nécessaire à cet aspect et le développement grâce à une bonne gouvernance pour les fondations, de sorte que les gens sont assurés sur les dotations et dépenser le produit sur ce qui a développé pour lui.

تمهيد:

تزايد في الحصر الحالي الاهتمام بالنظام الوقف الإسلامي بصورة مطردة ومتعاطمة، سواء على صعيد الأبحاث والدراسات الخاصة أو العامة، وعلى صعيد المؤتمرات والملتقيات والندوات المحلية والإقليمية والدولية، وعلى مستوى التقنين والتنفيذ والتفعيل في بعض المؤسسات المالية والمصرفية والخيرية والإنسانية بوجه عام.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/19

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/08

إضافة إلى ذلك يلعب الوقف الإسلامي دوراً هاماً وفعالاً في تطوير المجتمعات الإسلامية اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً، بل إن اهتماماته امتدت لتشمل معظم أوجه الحياة المختلفة.

وللوقف دور كبير في إثراء الحضارة الإسلامية ورعاية المجتمع المسلم الأمر الذي أدى إلى توجه الكثير من الدول إلى إحياء هذا المرفق الحيوي والاهتمام به والعمل على دعمه وتطويره حتى يتواءم مع متطلبات العصر-الراهن وتحقيق الاستفادة القصوى من هذا المؤسسة الإسلامية العريقة، وكذلك تشجيع الباحثين والمفكرين والمؤسسات العلمية والخيرية للاهتمام بالدراسات المتعلقة بهذا الموضوع نظراً لأهميته وتأثيره الإيجابي على تطور المجتمع.

وقد أخذ الوقف أهمية كبيرة في حياة المسلمين وخصوصاً إذا كان هذا الوقف للأعمال الخيرية، فكلما أمن الواقفون على أوقافهم ازداد الوقف، وكلما خشي الواقفون على أوقافهم انصرف الناس عن حبس أموالهم، لذلك كان للمشروع الجزائري دور مهم في بث الثقة في نفوس الناس وحماية الوقف من خلال إصدار التشريعات اللازمة لحمايته، وذلك باعتباره من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة، وأيضاً من خلال الجهات التي تراقب وتدقق على الأوقاف، حيث كان للرقابة الشرعية التي يشرف عليها علماء متخصصون في علم الشريعة الإسلامية دور مهم في زيادة ثقة الناس بالمؤسسات الوقفية التي تشرف عليها أوقافهم، لذلك كان لزاماً للاهتمام بهذا الجانب وتطويره حتى يطمأن الناس على أوقافهم يصرف ريعها على ما وضعت لأجله.

ومما زاد ثقة الناس في الوقف مرة أخرى بعض النماذج المشرفة والمتطورة لإدارات الوقف؛ كـ**ناظر الوقف** الذي يقوم بتسيير المباشر للملك الوقفي ويخضع لرقابة وكيل الأوقاف، الذي قدم الوقف بحلة جديدة للإشراف عليها، حيث واکب في إدارته لشؤون الوقف تطور الأفراد والمجتمع، مما أسهم في خدمة أفضل للمجتمع؛ وهذا النموذج وغيره جعلنا نتساءل عن أهمية عمل الوقف في ظل ولاية الدولة، لأن هذا النموذج لم يكن ليحقق أهدافه إلا من خلال حماية الدولة له، ومن المهام التي قامت بها الدولة فرض الرقابة المالية والقانونية والإدارية؛ لكي تتأكد من تحقيق الوقف لأهدافه.

كما أن المتنبع لتاريخ الوقف يجد أن الوقف كان يؤدي دوره عندما وجد قضاة وعلماء يراقبون ويتابعون شؤون الوقف، فكلما كانت حماية الوقف كان للوقف دور كبير، وكلما ضعفت هذه الحماية والرقابة ضعف دور الوقف.

وعليه، نطرح الإشكالية الآتية: **كيف تعامل الفقه الإسلامي والمشروع الجزائري مع مسألة تسيير الوقف؟ وما الرقابة القانونية المطلوبة؟**

وعليه، فإن الإجابة على هذه الإشكالية تتم من خلال تقسيم بحثنا إلى مبحثين؛ نتناول في **المبحث الأول** تسيير شؤون الوقف في الفقه الإسلامي، أما في **المبحث الثاني** فسنستكمل عن تسيير شؤون الوقف في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: تسيير شؤون الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سنتناول في هذا المبحث إلى تسيير شؤون الوقف في الفقه الإسلامي، وقبل ذلك لا بد لنا أن نتكلم عن تعريف الوقف.

أولا - تعريف الوقف:

1 - لغة: الوقف في اللغة له عدة معان، منها: السكون والحبس والمنع والإمساك والتأخير، يقال: وقفت الدابة تتقف ووقفاً ووقوفاً أي سكت، ووقفت الدار: حبستها في سبيل الله، ووقفت الرجل عن الشيء وقفاً: منعه عنه، وتوقّف عن الأمر: أمسك عنه، ووقفت قسمة الميراث: أخرته¹.

2 - اصطلاحاً: تتفق تعريفات الفقهاء للوقف بأنه حبس للعين والتصدق بمنفعته على خلاف بينهم في بعض التفاصيل التي تعكس تصور كل مذهب أو فقيه للوقف من حيث لزومه وتأبيده؛ وعلى النحو الآتي:

فالحنفية يعرفونه على أنه: "حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها على من أحب"²؛ أما المالكية فقالوا بأنه: "جعل منفعة مملوك، ولو بأجرة، أو غلته، لمستحق مدة ما يراه المحبس"³؛ في حين قال الشافعية بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"⁴؛ أما الحنابلة فعرفوه: "تحسيس الأصل وتسبيل الثمرة"⁵.

3 - التعريف القانوني للوقف: إن المشرع الجزائري عرف الوقف من خلال أحكام المادة 213 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل بموجب الأمر 05 - 02 بقولها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"⁶؛ وعرفته المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 91 - 10 بقولها: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁷.

ثانياً - تسيير شؤون الوقف في الفقه الإسلامي: اختلفت نظرة الفقهاء في مدى ولاية الدولة على شؤون الوقف تبعاً لممارسات الدولة على الوقف، فيرى بعض الفقهاء إلى أن ولاية الدولة على الوقف تعتبر من أهم أسباب

¹ - المصباح المنير، مادة وقف.

² - ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 186.

³ - الدردير، الشرح الكبير، ج 04، ص 98.

⁴ - الشرييني، مغني المحتاج، ج 02، ص 502.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ج 08، ص 192.

⁶ - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ بتاريخ 09 / 06 / 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 1984؛ المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

⁷ - القانون رقم 91 - 10 المؤرخ بتاريخ 27 / 04 / 1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 1991؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 22 / 05 / 2001، الجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 2001؛ والقانون رقم 02 - 10 المؤرخ في 14 / 12 / 2002، الجريدة الرسمية رقم 82 لسنة 2002.

انقضاء استقلالية الوقف واستمراره، بل والاستيلاء عليه، مما أدى إلى انقطاع هذا المورد الذي كان يمد كثيرا من جمعات الخير بالنفع.

فولاية الدولة على الوقف حملت من كانوا يرغبون في الوقف على أن يسلكوا أيديهم عن حبس المال، لأنهم يدعون أن الدولة تتصرف في المال الموقوف ورعيها وفق ما تريد، لا وفق ما يريد الواقفون، كما أن تدخل الدولة وسيطرتها على كل المرافق أثبت فشلها في المحافظة على المال العام، وفي تحقيق النمو الاقتصادي وزيادة الدخل، مما اضطرها إلى الخصخصة؛ لأن القطاع الخاص أكثر حرصا على المال وتميزا له من القطاع العام.⁸

وذهب البعض الآخر إلى أن ولاية الدولة على الوقف فيه مصلحة للوقف، حيث يستفيد الوقف من قدرات الدولة، وما يتاح لها من خيارات وأدوات لإدارة الوقف.

للووقف على حقيقة الأمر نقول: إن الوقف لم يخل في القديم من ولاية الدولة عليه، سواء أكان يمارس هذه الولاية الحاكم نفسه، أو أن يعهد بها إلى آخرين؛ كالقاضي وغيره من النظار، وفي هذا يقول الماوردي: "وأما عن مشاركة السلطان للوقف، فإنها على ضربين: عامة وخاصة، فأما العامة فيبدأ بتفحصها وإن لم يكن فيها متظلم؛ ليجريها على سبيلها، وبمضيها على شروط واقفها إذا عرفها من أحد ثلاثة أوجه: إما من دواوين الحكام المندوبين لحراسة الأحكام، وإما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها من معاملة، أو ثبت لها من ذكر وتسمية، وإما من كتب قديمة تقع في النفس صحتها، وإن لم يشهد الشهود بها؛ لأنه ليس يتعين الخصم فيها، فكان الحكم أوسع منه في الوقوف خاصة.

وأما الوقف الخاصة، فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقفها على خصوم مُتَعَيِّنِينَ، فيعمل عند التشاجر فيها على ما يثبت به الحقوق عند الحاكم، ولا يجوز أن يرجع إلى ديوان السلطنة، ولا إلى ما يثبت من ذكرها في الكتب القديمة إذا لم يشهد بها شهود مُعَدَّلُونَ".⁹

فإذا كان لولي الأمر سلطان على نفوس وأموال الرعية الخاصة، ألا يكون له ولاية على أموال الوقف التي وجدت للبر والخير لعامة الناس، فالوقف وإن كان في بدايته قرار فردي، إلا أن نفعه عام على الموقوف عليهم، مما يمكن الدولة الإشراف والرقابة عليه، ونصوص الفقهاء تؤكد أن للدولة نظرا وولاية على الوقف، سواء أكان الناظر هو الإمام، أم من يُنيبه الإمام من قضاة أو غيرهم.

فالاتجاه الإسلامي قد أقر لولي الأمر فردا (رئيس الدولة مثلا)، أو جماعة (مجلسا نيابيا مثلا)، أن يجد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح، أو يمنع بعض العقود أو الأشياء

⁸ - د. محمد الدسوقي، ولاية الدولة على الوقف المشكلات والحلول، مقال مقدم لمؤتمر الأوقاف الثاني، جامعة أم القرى، ص 22 - 26.

⁹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، ص 103 - 104.

المباحة أصلاً إذا اقتضت ذلك مصلحة طارئة، كل ذلك بشرط أن يكون الهدف من هذه التصرفات تحقيق مصالح الجماعة بمعاييرها الشرعية؛ لأن من القواعد الشرعية؛ أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة¹⁰.

وقد يعترض البعض على هذا بأن الفقهاء اختلفوا فيمن له حق الولاية على الوقف إلى عدة آراء:

فالحنفية يرون بأن الولاية للواقف، ثم لمن يوليه من بعده، فإن لم يعين أحدا فهي للقاضي¹¹.

أما المالكية فلا يجوزون للواقف الولاية بالقدر الذي يتنافى مع الحياة الصحيحة، ثم تكون الولاية لمن يشترط الواقف له الولاية، فإن أغفل الواقف أمر من يتولى الوقف فينظر:

- إن كان الموقوف عليه غير معين، أو على معين لا يملك أمر نفسه، فالولاية للقاضي يُولي من يشاء.

- أما إن كان الموقوف عليه معيناً مالكا أمر نفسه، فالولاية في الوقف إليه وإلى من يختاره متولياً على الوقف¹².

أما الشافعية فذهبوا إلى أن الولاية للواقف لا تثبت إلا بالشرط عند إنشاء الوقف، فإن لم يشترط الولاية لنفسه وجعلها لغيره؛ كانت الولاية لمن شرطت له، فإن لم يجعلها لأحد، فقد اختلفت الشافعية:

- يرى فريق من الشافعية أن الولاية تبقى للواقف، لأن النظر يكون له بالشرط، فإذا لم يشترط لغيره، فهو لم يسقط حقه لأحد ينبغي له النظر.

- ويرى فريق آخر إلى أن الولاية تنتقل إلى الموقوف عليه، لأنه صاحب الغلة، فهو صاحب الرعاية عليها، والولاية تابعة لها.

- ويرى فريق أنها للحاكم؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه، وحق من ينتقل إليه الوقف من بعده، فكان الحاكم أحق بولايته؛ لأنه الحافظ لحق كل من لا يستطيع حفظ حقه، ولأن الولاية على الوقف في هذه الحال شاغرة، والحاكم ولي من ولي له؛ وهو الرأي الراجح لدى المذهب الشافعي¹³.

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الولاية لمن شرطه الواقف له، سواء أكان هو أم غيره، فإذا توفي من شرطت له الولاية، أو لم تشترط لأحد، فإن الولاية لا تثبت للواقف بحال، إلا أنهم فرقوا بين حالتين:

- إذا كان لجهة عامة أو على غير محصورين، فإن الولاية في هذا للحاكم.

- أما إذا كان الوقف على آدمي معين محصور، سواء أكان عدداً أم واحداً؛ فالنظر للموقوف عليه؛ لأنه يختص بنفعه، فكان نظره إليه كملكه المطلق، وقيل: إن النظر يكون للحاكم¹⁴.

¹⁰ - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 01، ص 217.

¹¹ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، ج 06، ص 633 - 634.

¹² - الدردير، الشرح الصغير، ج 04، ص 116 - 117.

¹³ - الشرييني، معني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، ج 03، ص 393.

وفي الأخير يتضح لنا بأن الفقهاء يرون بأن الولاية على الوقف تكون للأشخاص سواء كان الواقف أم الموقوف عليهم، وليس للدولة، وإنما الدولة تتولى الوقف عند عدم وجود الواقف أو الموقوف عليهم، وبالتالي فإن ولاية الدولة ولاية ثانوية وليست أصيلة، وما يؤكد هذا أن الفقهاء قد نصوا على أن الولاية الخاصة عند وجودها مقدمة على الولاية العامة؛ لأنها أقوى منها، كما جاء في القواعد الفقهية: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"¹⁵.

المبحث الثاني: تسيير شؤون الوقف في التشريع الجزائري

سنتكلم في هذا المبحث عن تسيير شؤون الوقف في التشريع الجزائري أولا، ثم يعد ذلك تنطرق إلى الرقابة القانونية لذلك ثانيا.

أولا - تسيير شؤون الوقف: لقد خولت الشريعة الإسلامية لناظر الوقف سلطة الإشراف والإدارة والتسيير الوقف، فهو من يكون له الحق في رعاية الأعيان الموقوفة، وإدارتها واستغلالها، وصرف غلتها إلى المستحقين، ويطلق عليه اسم **القيم والمتولي أو الناظر**، وهو ما أقرته أحكام المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381¹⁶ التي نصت على أنه يعمل تحت مراقبة وكيل الأوقاف، كما أكدت المادة 12 من نفس المرسوم على أن إسناد رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى **الناظر** في إطار أحكام القانون رقم 91 - 10؛ ونصت المادة 33 من نفس القانون على أن يتولى إدارة الأملاك الوقفية التي يوجد تحت تصرفه المباشر فإنه يعد هو المسؤول الحقيقي على الأملاك الوقفية؛ فالشخص الذي خوله القانون الحق في إدارة الوقف والإشراف عليه يطلق عليه ناظر الوقف أو متولي الوقف.

ومن هنا سنتكلم إلى الناظر الوقف من خلال تحديد مفهومه وشروط تعيينه ومهامه وحالات إنهاء مهامه ومسؤوليته.

1 - مفهوم الناظر: بالرجوع إلى أحكام المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 التي حددت المفهوم العام للنظارة للملك الوقفي والتي ربطتها بمهام معينة تمثل في: "التسيير المباشر للملك الوقفي، - رعايته، - عمارته، - استغلاله، - حفظه، - حمايته".

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فقد وضعوا ترتيبا للأشخاص الذين تثبت أحقيتهم في الولاية على الوقف؛ وأول هؤلاء الأشخاص هو الواقف ذاته لكونه صاحب الإرادة الأولى في تعيين الناظر وقت انعقاد الوقف صحيحا.

¹⁴ - البهقي، كشف القناع، دار الفكر، ج 04، ص 265 - 269.

¹⁵ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 286.

¹⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 المؤرخ في 01 / 12 / 1998 المتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

ويرى جانب من الفقه على عدم جواز الواقف للولاية على أملاك الوقفية، ولكن المشرع الجزائري يأخذ بالرأي الأول الذي يجيز للواقف تولي الوقف ليدرج بعده ترتيبا معيناً للأشخاص الآخرين الذين تصح ولايتهم على الوقف، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 سالف الذكر.

فالترتيب الذي أشرنا إليه يكون كالتالي:

- أ - الواقف أو من نص عليه عقد الوقف؛
- ب - الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين؛
- ت- ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين؛
- ج - من لم يطلب النظارة لنفسه من أهل الخير والصالح إذا كان الموقوف عليه غير معين أو معيناً غير محصور وغير راشد ولا ولي له.

ووجود ناظر للوقف يرعى شؤونه هو أمر واجب في نظر المشرع الجزائري تطبيقاً لنص المادة 12 من المرسوم 98 - 381 والتي نصت على أنه: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون الأوقاف رقم 91 - 10".

2 - شروط تعيين ناظر الوقف: إن المشرع الجزائري تطرق إلى شروط تعيين ناظر الملك الوقفي من خلال أحكام المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 والتي نصت على أنه: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: - مسلماً؛ - جزائري جنسية؛ - بالغاً سن الرشد؛ - سليم العقل والبدن؛ - عدلاً أميناً؛ - ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف؛ تثبت هذه الشروط بالتحقيق والشهادة المستفيضة والخبرة".

لكن المشرع الجزائري حدد البلوغ بسن الرشد، وهو أمر مسلم به طالما أن الأمر يتعلق بإدارة وتسيير ملك مملوكاً لا مملوفاً، وسن الرشد حددها المشرع الجزائري بتسعة عشر - 19 سنة كاملة طبقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني¹⁷؛ واشترط الجنسية الجزائرية وهو ما أكدته أحكام المادة 75 من الأمر 06 - 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية بقولها: "لا يمكن أن يوظف أي كان في وظيفة عمومية ما لم تتوفر فيه الشروط الآتية: أن يكون جزائري الجنسية..."¹⁸.

وتجدر الإشارة أن المادة 17 في فقرتها السابعة من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، أضافت اعتباراً مهماً، يتمثل في إثبات الشروط الواجب توافرها في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للملك الوقفي يكون بالتحقيق والشهادة

¹⁷ - المادة 40 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78، 1975، المعدل بالقانون رقم

05 - 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005، الجريدة الرسمية، رقم 44، بتاريخ 26 / 06 / 2005.

¹⁸ - المادة 75 من الأمر 06 - 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 / 07 / 2006، الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة

المستفيضة والخبرة، نظرا لأهمية هذا المنصب في رعاية الملك الوقفي في التشريع الجزائري والتي تعتبر وظيفة شبه إدارية¹⁹، تخضع لبعض الشروط المحددة للتوظيف مع بعض الشروط الخاصة بالوقف كالعدالة والأمانة والإسلام والكفاءة، والتي يجب التحقق منها بالشهادة المستفيضة والخبرة للوقوف على تحقيقها في هذا الشخص المرشح لهذا المنصب، والذي توضع تحت تصرفه المباشر أملاك ذات خصوصية مختلفة تماما عن الأملاك الأخرى، إذ أن دورها روعي تعبدي اجتماعي اقتصادي وإنساني، فثمة شروط ومواصفات فنية وأخلاقية وشرعية.

وبتوفر هذه الشروط السالفة الذكر يقوم وزير الشؤون الدينية والأوقاف بتعيين ناظر للملك الوقفي بموجب قرار بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف طبقا لأحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381.

ومن هنا يمكن لنا القول بأن نتوصل إلى النتيجةين:

أ - التوافق بين ما ورد في آراء الفقه الإسلامي على مختلف مذاهبه مع ما ورد في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381، فيما يخص اختيار شخص ناظر للملك الوقفي، فجعل ناظرة الوقف بالترتيب للواقف أو من نص عليه عقد الوقف آخذا في ذلك بالمذهب الحنفي، ثم الموقوف عليهم أو من يختارونه آخذا في ذلك بالمذهب المالكي والحنبلي، فولي الموقوف عليهم أخيرا أهل الصلاح والخير.

ب - اختيار الأشخاص المحددين في المادة 16 السالفة الذكر لتولي منصب ناظر الملك الوقفي يجب أن يتماشى مع قانون الأوقاف في مادته 14 التي تنص على أن اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها.

3 - حقوق ناظر الوقف: إن الالتزامات الملقاة على عاتق ناظر الوقف يقابلها اكتسابه بعض الحقوق يتمتع بها، تتمثل هذه الحقوق في حقه بالأجرة وحقه في التأمين والضمان الاجتماعي.

أ - الأجرة: إن ناظر الملك الوقفي يبذل جهد أو أغلب وقته في إدارة الوقف وعمارته واستثماره وتوزيع ريعه على المستحقين؛ وباعتبار التكليف الفقهي للنظارة على أنها لا تخرج عن كونها وكالة أزلية، والوكالة كعقد يمكن أن تكون بأجر أو بدون أجر، ومن ثم فينطبق على النظارة ما ينطبق على عقود الوكالة، ومن ذلك قد تكون بأجر أو بدون أجر، فإذا كانت النظارة بغير أجر يكون الناظر متبرعا بعمله، أما إذا أخذ ناظر الوقف أجرة مقابل ما يؤديه من عمل في نظارته فقد أثبت الفقهاء مشروعيتها²⁰.

¹⁹ - حيث يعتبر المشرع الجزائري ناظر الوقف شبه موظف يخضع لبعض الشروط المطلوبة في الوظيفة الإدارية: "من تعيين وإنهاء مهامه بقرار، ومن شروط وضعها المشرع الجزائري بالنسبة للموظف العام، مثلا: الجنسية الجزائرية"؛ إضافة إلى ذلك خصه بشروط خاصة كالإسلام، والعدالة، والأمانة، نظرا لخصوصية هذا المنصب؛ محمد كنانة، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 153.

²⁰ - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج 06، ص 567.

ولقد أجاز المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 حيث نصت على حق الناظر من مقابل شهري أو سنوي يحدد من ريع الملك الوقفي الذي يتولى نظارته، ويتحدد هذا المقابل حسب ما جاء في عقد الوقف، وفي حالة انعدام ذلك يحدد وزير المكلف بالشؤون الدينية طبقاً لأحكام المادة 19 من نفس المرسوم.

ب - حق ناظر الملك الوقفي في التأمين والضمان الاجتماعي: لقد شكّلت الأحكام الخاصة بتنظيم الأجور والضمان الاجتماعي "التأمينات الاجتماعية"²¹ جانباً هاماً من تدخل الدولة في تنظيم علاقة العمل في مختلف التشريعات العملية المقارنة لما ينطوي عليه هذا الجانب من أهمية بالنسبة للعامل في حياته الاجتماعية والمهنية على السواء؛ وبشكل نظام الضمان الاجتماعي أو ما يسمى بالتأمينات الاجتماعية جانباً من جوانب الحماية الاجتماعية التي تبسطها التشريعات العمالية الحديثة على العمال، إذ أن التعويضات التي تقدمها صناديق الضمان الاجتماعي سواء كانت تعويضات عينية أو نقدية تُغطي مجمل المخاطر والأعباء الاجتماعية والمهنية للعمال وتحافظ على تجديد قوة العمل؛ وقد أشار المشرع الجزائري إلى الحماية الاجتماعية، وانطلاقاً من هذا المفهوم أخضع المرسوم التنفيذي رقم 98-381 من خلال أحكام مادته 20 لناظر الوقف أن يستفيد من الالتزامات التأمين والضمان الاجتماعي بوصفه نظام إلزامي يسعى إلى تحقيق الحماية الاجتماعية والاقتصادية للعامل وتحسين شروط وظروف العمل.

4 - مهام ناظر الوقف: تتمثل مهام الناظر الملك الوقفي والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر - طبقاً لأحكام المادة 13 المرسوم التنفيذي رقم 98-381 في النقاط الآتية:

- أ - السهر على سلامة الملك الوقفي والحفاظة عليه وكل مشتملاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- ب - السهر على صيانة الملك الوقفي المبنى وترميمه عند الاقتضاء واستحداث كل أوجه التجديد الأخرى ذات الطابع التنموي، وذلك طبقاً لأحكام المادة 45 من القانون 91-10.
- ج - دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الوقف.
- د - مسك حسابات ريع الملك الوقفي وتوزيعها على المستفيدين حسب شروط الوقف إذا كان الوقف خاصاً، أو بصب المبالغ المحصلة في حساب الأملاك الوقفية للدولة إذا كان الوقف عاماً.
- ح - تحصيل عائدات الملك الوقفي والسهر على أداء حقوق الموقوف عليهم حسب ما نص عليه الوقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وخدمته المثبتة قانوناً.
- خ - مهمة البحث عن الأملاك الوقفية التي خلفها وتركها الواقف وجردها والقيام بتوثيقها إدارياً طبقاً لتنظيم المعمول به.

²¹ القانون رقم 83 - 11 المؤرخ في 02 / 07 / 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1983.

5 - انتهاء مهام ناظر الملك الوقفي: بالرجوع إلى أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381، يتضح لنا بأن انتهاء مهام ناظر الوقف تتمثل في حالتين هما: - حالة الإعفاء؛ وحالة الإسقاط.

أ - حالات الإعفاء: نصت المادة 21 السالفة الذكر على حالات إعفاء ناظر الوقف من مهامه وذلك بالتدرج حسب جسامه السبب الداعي لذلك، وتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- حالة إصابة ناظر الوقف بمرض يفقده القدرة على مباشرة العمل أو يفقده القدرة العقلية.

- حالة ثبوت نقص كفاءته أو تخليه عن منصبه بمحض إرادته ويكون ذلك إجرائيا بموجب تبليغ كتابي للسلطة المشرفة عليه يوضح فيه رغبته في الاستقالة وتاريخ مغادرته.

- حالة قيامه بأعمال محرما شرعا وقانونا لتعارضها مع دور ناظر الوقف، وذلك كشرب الخمر والمخدرات وغيرها من الأفعال المحرمة.

- حالة إقدام ناظر الوقف على بعض التصرفات والتجاوزات في تسيير الملك الوقفي، كادعائه بملكية جزء من الملك الوقفي أو الإقدام على بيعه دون إذن كتابي من السلطة المختصة.

ب - حالات الإسقاط: بالرجوع إلى أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 السالف الذكر، أن مهمة ناظر الملك الوقفي تسقط في الحالات الآتية:

- إذا ثبت أنه يضر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم أو أنه يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو بموارده، أو في حالة ارتكابه لجناية أو جنحة.

- إذا قام برهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي، وفي هذه الحالة فإن الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون مع تحمل الناظر تبعات تصرفه.

من هنا فإن إثبات هاتين الحالتين عن طريق التحقيق والمعاينة الميدانية والشهادة والخبرة والإقرار بإشراف لجنة الأوقاف المشكلة والمحدثه لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية.

وتجدر الإشارة إن الإعفاء والإسقاط في الوقف العام يختلف عنه في الوقف الخاص؛ فإذا كان الوقف عاما، فإن الإعفاء والإسقاط يكون بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف.

أما إذا كان الوقف خاصا، فإن إعفاء وإسقاط مهام ناظر الوقف يكون بموجب حكم قضائي صادر من الجهة القضائية المختصة بطلب الموقوف عليهم أو الواقف ذاته إذا لم يشترط لنفسه النظارة وقت انعقاد الوقف، أما إذا

كان قد اشترط لنفسه النظارة في عقد الوقف وقام بعد ذلك بتولية الغير بدله، فإنه يجوز له عزله مباشرة دون اللجوء إلى القضاء لكون الغير وكيل عنه، والموكل يجوز له - كقاعدة عامة - عزل الوكيل متى شاء²².

ثانيا - الرقابة القانونية على الوقف: فالهدف الأساسي من الرقابة هو منع وقوع الضرر على المجتمع، سواء أكان في الجانب الاقتصادي أم الاجتماعي أو السياسي، لذلك قامت الدولة بإنشاء أجهزة متعددة للرقابة؛ للتأكد من تطبيق القواعد والنظم واللوائح.

وكما قلنا سابقا، فإن ولاية الدولة على الوقف هي ولاية إحاطة ورعاية، ونعني بذلك مراقبة الوقف، والتأكد من مدى قيام نظارة الوقف بواجبهم، واستلام مستحقي الوقف للربح، والمحافظة على سلامة واستمرار الوقف، ولقد جعل المشرع الجزائري مهمة الرقابة على أعمال النظارة الوقف لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وتتمثل هذه الرقابة في الرقابة السابقة، والرقابة المباشرة، والرقابة اللاحقة.

1- الرقابة الوقائية: كما تسمى بالرقابة القبليّة؛ فهي من أنواع الرقابة التي تتم قبل الارتباط بمصروف معين، أو قبل إجراءات عمليات الصرف الفعلية، وهي نوع من أنواع الرقابة الوقائية.

كما تتم هذه الرقابة من خلال الأحكام القانونية المنظمة لشروط التحاق بمهمة ناظر الوقف، وأيضا تصرفاته، وذلك بضبط شروط تولي منصب ناظر الوقف، فلا يولى إلا من كان مسلما، جزائريا، عدلا، راشداً، وغيرها من الشروط المنصوص عليها في أحكام المادة 17 من المرسوم التنفيذي 98 - 381، إضافة إلى التصرفات الإدارية للناظر، وما يجوز له من تصرفات وما لا يجوز له من تصرفات تضر بمصلحة الوقف والمستفيدين به، وذلك طبقا لأحكام المواد 23 و 24 و 25 من القانون رقم 91 - 10 المتعلق بقانون الأوقاف، وما يؤكد رغبة المشرع الجزائري على ضرورة إجراء الرقابة السابقة على ناظر الوقف، هو ما تضمنته أحكام المادة 34 من القانون رقم 91 - 10 السالف الذكر.

2 - الرقابة الموازية: كما تسمى بالرقابة المباشرة أثناء قيام ناظر الوقف بمهامه، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال الأحكام التي تضبط تصرفات ناظر الوقف أثناء مباشرته وأدائه لأعماله، فقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 على أن ناظر الملك الوقفي يباشر مهامه تحت مراقبة **وكيلا لأوقاف** ومتابعته، وحدد على وجه الخصوص في نص هذه المادة المهام التي يتولاها تحت مراقبة هذا الأخير، من **محافظة على الملك الوقفي وملحقاته من عقارات ومنقولات، ودفع الضرر عن هذا الملك، والسهر على حمايته وصيانته وترميمه وإعادة بنائه، وتحصيل عائداته، وأداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الوقف، وأنه تتم هذه الرقابة المباشرة لمهام ناظر الملك الوقفي إما وفق الشروط الواقف وإما أمام السلطة المكلفة بالأوقاف، وذلك طبقا لأحكام المادة 14 من نفس المرسوم.**

²² - صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر - باتنة،

3 - الرقابة البعدية: كما تسمى بالرقابة اللاحقة والتي تتم بعد قيام ناظر الوقف بمهامه؛ وعليه فإنها من أنواع الرقابة التي تتم بعد الارتباط أو الصرف، وهذا النوع من أنواع الرقابة من الديوان يعتبر الأصل أو القاعدة.

كما تعتبر الرقابة اللاحقة آخر مراحل عملية الرقابة الإدارية الوقفية، وهو ما تطرق إليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381، إذ قد ينجم عن هذه المرحلة عزل الناظر وتصحيح الأخطاء والانحرافات، حيث حدد العزل بالإعفاء في المادة 21 في فقرتها الثالثة وكل حالات الإسقاط المدرجة في نفس المادة، أما الأخطاء فقد صححها باعتبار تصرفات الناظر في حال الرهن أو البيع للملك الوقفي باطلية بقوة القانون وتحمله شخصيا تبعات تصرفه، وهو ما أكدته المادة 21 في فقرتها الرابعة، وهو ما أدى إلى إنشاء بعض البلدان العربية لهيئات إدارية رقابية مختصة بالأوقاف مثل " الأمانة العامة للأوقاف بالكويت"، وهي من المؤسسات التي مارست الوقف، وقدمته للناس بشكل حضاري جديد؛ وتعتبر مرجعا لعمل مؤسسات الوقف في العالم الإسلامي، حيث تم اختيار دولة ممثلة في الأمانة العامة للأوقاف لتكون المنسقة لجهود الدول الإسلامية في مجال الوقف على مستوى العالم الإسلامي، بموجب قرار وزراء الأوقاف في الدول الإسلامية، الذي انعقد بـ **بجارتا** عاصمة إندونيسيا في أكتوبر 1997.

وهو ما يمكن أن يأخذ به المشرع الجزائري من خلال إحداث **مفتشية خاصة بالأوقاف** على عكس ما هو معمول به من إسناد مهمة تفتيش الأوقاف إلى المفتشية العامة كجهاز مركزي بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، أي أن هذه الأخيرة مكلفة بشؤون الوقف إلى جانب الشؤون الأخرى داخل الوزارة، وهو ما يشهد حمدا هذه المفتشية، فالأحسن هو استقلال الأوقاف بمفتشية خاصة تساعد على مراقبة عمل نظار الأوقاف وبالتالي رد الاعتبار لهذا النظام الإسلامي القائم بذاته باستحداث أجهزة خاصة به تحكمها قواعد القانون الوضعي.

خاتمة:

إذا الواقع المعاصر للأوقاف يقتضي تدخل الدولة لإدارتها والإشراف عليها؛ وهو ما تم تقنينه من طرف المشرع الجزائري؛ كالقانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 27 / 04 / 1991 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 22 / 05 / 2001؛ الذي يعتبر أولا أداة مكرسة للوقف كنظام قائم بذاته ربط المشرع الجزائري أحكامه بالشرعية الإسلامية التي أسست أركانه وسطرت وفصلت جزئياته وأحال إليها في غير المنصوص عليه؛ وهي الحقيقة التي نظمها النصوص القانونية التي أرست كيفية إدارة الوقف، وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 المؤرخ في 01 / 12 / 1998 المتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك؛ وعليه فأن للوقف طبيعة خاصة، فهو ليس مؤسسة خاصة بحتة أو مؤسسة عامة بحتة، بل يأتي بينها، وهو ما يجب مراعاته في إدارته.

وعليه، فخلصنا إلى النتائج الآتية:

1 - إن جمهور الفقهاء يرون بأن تسيير الأملاك الوقفية تكون للأشخاص سواء كان الواقف أم الموقوف عليهم، وليس للدولة، وإنما الدولة تتولى تسيير الوقف عند عدم وجود الواقف أو الموقوف عليهم، وبالتالي فإن ولاية الدولة على تسيير شؤون الوقف ولاية ثانوية وليست أصيلة، ومما يؤكد هذا أن الفقهاء قد نصوا على أن الولاية الخاصة عند وجودها مقدمة على الولاية العامة.

2 - إن التجربة الجزائرية في تسيير شؤون الوقف والنظر إلى بعض التجارب المحلية تتسم بقدر كبير من التأخر نتيجة عدم كفاءة الأساليب المعتمدة غي التسيير والإدارة، ومحدودية الرؤية الإستراتيجية وعدم وضوحها، وعدم وجود تصور طويل المدى للأهداف العامة المرجو تحقيقها والسياسات الواجب إتباعها، واقتصارها على بعض المشاريع المحتشمة التي لا ترقى إلى مستوى التطلعات ولا إلى قيمة الأملاك الوقفية لاسيما العقارية منها، نتيجة ضعف الكفاءة في الأداء والفساد الإداري وتخلف نظم المعلومات والاتصالات والأرشفة.

3 - مهمة الرقابة على أعمال النظارة الوقف منحها المشرع الجزائري لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وتتمثل هذه الرقابة في الرقابة الوقائية، والرقابة الموازية، والرقابة البعدية.

من هنا، فإنه يجب على المشرع الجزائري أن يفعل الشخصية المعنوية للوقف، ويمنحها الاستقلالية، كما يجب عليه إعادة النظر في القوانين والمراسيم والقرارات الخاصة بالأوقاف، وذلك من خلال تحيينها؛ إضافة إلى تفعيل دور القضاء في مراقبة ناظر الملك الوقفي.

كما يجب عليه الأخذ بعين الاعتبار الدراسات الجديدة والتجارب الناجحة في مجال الوقف، على مستويات الإدارة والتسيير والمتابعة والتقويم بالخصوص.

خصوصية عقد الاعتماد التجاري وأثرها على توازن الأداءات*

د/ عليان عـدة- أستاذ محاضر "ب"- المركز الجامعي- غليزان

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على آلية من الآليات القانونية التي تساهم في تمويل المشاريع الاستثمارية، وهي عقد الاعتماد التجاري، وقد خلصت الدراسة إلى وجود نوع من الخصوصية في طرفي هذا العقد، فالمؤجر إما أن يكون بنك تجاري، أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، ولا يمكن أن يكون شخصا طبيعيا، والمستأجر يجب أن يكون متعامل اقتصادي يتعاقد لغرض مهني وليس لغرض شخصي.. وقد اتضح أنه كان لهذه الخصوصية الأثر البالغ في إحداث نوع من عدم التوازن والتفاوت في العلاقة بين طرفي هذا العقد، بحيث استغل المؤجر القواعد المكملّة المنظمة له، لأجل تحميل وإثقال المستأجر بمجموعة التزامات هي كأصل عام ملقاة على عاتق المؤجر، الأمر الذي انعكس سلبا وقلل من لجوء المتعاملين الاقتصاديين لهذا العقد لتمويل مشاريعهم الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد التجاري، توازن الأداءات، التمويل، المشاريع الاستثمارية.

Résumé :

L'objectif de Cette étude vise à étudier l'un des mécanismes juridiques qui contribuent au financement des projets d'investissement, est le crédit-bail.

L'étude a conclu qu'il ya une spécificité dans les deux parties de ce contrat, Le crédit bailleur est soit une Banque, ou un établissement financière, ou société de crédit-bail, mais il ne peut pas être une personne physique. Par contre le preneur (locataire) Il doit être un opérateur économique qui fait son contrat pour but professionnel et non pas personnel.

Cette spécificité a subit un certain déséquilibre et l'inégalité dans la relation entre les parties de ce contrat, de sorte que le bailleur a profité des règles complémentaires qui l'organisent, afin de surchargé le locataire par des obligations qui sont d'origine sous la responsabilité du bailleur, ce qui reflète négativement et diminue la demande des opérateurs économiques sur ce type de contrat pour financer leurs projets économiques.

Mots clés : le crédit-bail, l'équilibre de prestations, le financement, les projets d'investissements.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

مقدمة:

يعتبر الاعتماد التجاري أو التأجير التمويلي من بين الوسائل الحديثة في تمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية، إذ يمكن صاحب المشروع من الحصول على المعدات والتجهيزات ووسائل الإنتاج اللازمة له دون أن يضطر إلى أداء قيمتها أو تكلفتها دفعة واحدة، وإنما يقتصر دوره على أداء أقساط في شكل بدل إيجار مع الحفاظ في نفس الوقت على كامل الضمانات اللازمة لممول تلك المعدات أو الأصول عن طريق الاعتراف له بحق ملكية تلك الأصول، كما يكون للمستأجر عند انتهاء مدة الإيجار في حالات معينة الحق في الخيار بين تملك تلك الأصول، أو تمديد العقد، أو إنهائه.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا العقد بموجب الأمر رقم 09/96¹، الذي يظهر من خلال تفحص نصوصه أنه أعطى حرية واسعة للمتعاقدین سواء عند إبرامه، أو عند تنفيذه، وحتى في طريقة إنهائه، من خلال حرية الاشتراط وتحديد الالتزامات ولو كان في ذلك خروج عن القواعد العامة، لإعطاء جانب من الخصوصية لهذا العقد، وفي المقابل فإن المسائل التنظيمية التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها جاءت قليلة فاسحة المجال أمام حرية التعاقد تأثراً بما يشهده العالم المعاصر من عولمة اقتصادية تقتضي -فتح المجال أمام المبادرات الفردية، وقد نجم عن هذا الإطلاق في حرية الاتفاق اختلال في توازن أداءات الأطراف، حيث استغل المؤجر الممول -باعتباره الطرق القوي- هذا الوضع ليضع عقود نموذجية تغلب مصلحته على مصلحة المستأجر، الأمر الذي بات يهدد توازن الأداءات في هذا العقد.

وعليه فإن إشكالية هذه الدراسة تتمحور أساساً حول بيان أوجه الخصوصية في عقد الاعتماد التجاري ومدى تأثيرها على توازن أداءات الأطراف ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية تنقسم هذه الدراسة إلى ثلاث مباحث وفق ما يأتي:

المبحث الأول: خصوصية طرفي عقد الاعتماد التجاري

المبحث الثاني: مظاهر عدم توازن الأداءات في تكوين العقد وآثاره

المبحث الثالث: مظاهر عدم توازن الأداءات في إنهاء العقد

المبحث الأول: خصوصية طرفي عقد الاعتماد التجاري

نظراً لما لعقد الاعتماد التجاري من طبيعة خاصة كونه عملية مالية، فإن أطراف العقد ينبغي أن تتوفر فيهم شروطاً معينة، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر 09/96 بقولها: " يعتبر الاعتماد التجاري موضوع هذا

¹ ينظر نص المادة الأولى من القانون رقم 95 لسنة 1995 المنظم للتأجير التمويلي، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 22، الصادرة بتاريخ 1995/07/02.

الأمر عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، مع التعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصاً طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص...". و سنتولى من خلال هذا البحث بيان وجه الخصوصية في الطرف المؤجر (الفرع أول)، وخصوصية الطرف المستأجر (الفرع ثاني).

الفرع الأول: خصوصية المؤجر

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة وخصوصاً الفرنسي والمصري نجد أنها اختلفت في تحديد الأشخاص الذين يحق لهم القيام بعمليات الاعتماد الإجاري؛ فقد خص المشرع الفرنسي- الشركات التي تتبع النظام القانوني للبنوك والمؤسسات المالية فقط القيام بهذا النشاط، فاعتبر الاعتماد الإجاري بأنه عمليات ائتمان، وأكد على أن مؤسسات الائتمان هي أشخاص معنوية تتخذ من عمليات البنوك حرفة معتادة لها¹.

في حين أجاز المشرع المصري لكل من الشخصيات المعنوية والاعتبارية تكوين شركات اعتماد إجاري مع اشتراط القيد في سجل المأجورين فقط، مخالفاً بذلك المشرع الفرنسي².

أما المشرع الجزائري فقد تأثر بالمشرع الفرنسي-. حيث خص البنوك والمؤسسات المالية بعمليات الاعتماد الإجاري، إلا أنه أضاف إمكانية إنشاء شركات اعتماد إجاري من طرف الشخصيات الاعتبارية، وهذا ما أشار إليه صراحة في نص المادة الأولى من القانون رقم 09/96، بحيث لا يمكن لأي شخص عدا البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإجاري إبرام مثل هذه العقد.

والسر في إخضاع القائمين بالاعتماد الإجاري للنظام القانوني للبنوك والمؤسسات المالية، يعود كما قال الدكتور هاني محمد دويدار إلى: "التوفيق بين مصالح هذه المنشآت ومصالح الدولة الفرنسية، وبترجم ذلك بالمزايا التي منحها النظام القانوني للبنوك والمؤسسات المالية إلى منشآت التأجير التمويلي وما يفرضها عليها من قيود تتحقق بها رقابة الدولة على نشاطها"³.

¹ - هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الثانية، 1998، ص 122.

² - مذكرة عرض الأسباب لمشروع أمر يتعلق بالاعتماد الإجاري، وزارة المالية، الوزير المنتدب للخزينة، يونيو 1995.

³ - نصت المادة 114 من القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض الملغى بقولها: "البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد 110-113 وهي: تلقي الأموال من الجمهور، عمليات القرض، وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"، في حين أكتفى المشرع من خلال الأمر 11/03 بتعريف البنوك كموضوعها في المادة 70 التي أحالت إلى المواد من 66 إلى 68، وهذه المواد بدورها تقابل المواد من 110 إلى 113 من القانون الملغى.

وهي نفس المبررات التي ساقها المشروع التمهيدي للقانون رقم 09/96 إذ جاء فيه: "...غير أنه ينبغي أن تخضع عملياته لقواعد الحذر مثلا هو الحال بالنسبة لكل عملية ائتمان، لكونها عمليات تتسم بخطر تثبيت أصول غير مصحوبة بإمكانية إعادة الخصم لدى مؤسسة الإصدار، وبالتالي تتسم بخطر مصرفي محض..."¹.

فالمشرع الجزائري إذن يمنع الأشخاص الطبيعية من ممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري، ويحصره في البنوك² والمؤسسات المالية³ وشركات الاعتماد الإيجاري⁴.

وتجب الإشارة إلى أن الأشخاص المذكورين أعلاه ينبغي أن يؤسسوا في شكل شركات مساهمة طبقا لنص المادة 83 من الأمر 11/03⁵، وكذا شركة الاعتماد الإيجاري طبقا لنص المادة 03 من النظام رقم 06/96⁶ الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

على أن مزاوله البنوك والمؤسسات المالية لنشاط الاعتماد الإيجاري بصورة اعتيادية ينبغي أن يخضع لترخيص مسبق من طرف مجلس النقد والقرض طبقا لما جاء في نص المادة 75 من الأمر 11/03 التي تنص على أنه: "لا يجوز للبنوك والمؤسسات المالية أن تمارس بشكل اعتيادي نشاطا غير النشاطات المذكورة في المواد السابقة إلا إذا كان مرخصا لها بموجب أنظمة يتخذها المجلس".

أما شركة الاعتماد الإيجاري فإنه وطبقا لنص المادة الأولى من القانون 09/96 فإنه يجب أن تكون مؤهلة قانونا ومعمدة صراحة بهذه الصفة، وهذا طبقا لما جاء في النظام رقم 06/96 الصادر عن محافظ بنك الجزائر الذي

¹ - عرفت المادة 115 من القانون 11/90 الملغى المؤسسة المالية على أنه: "أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية القيام بأعمال مصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور بمعنى المادة 111"، أما الأمر 11/03 فقد عرفها في المادة 71 منه: "لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى".

² - إن شركة الاعتماد الإيجاري هي عبارة عن شخص معنوي تهدف إلى تحقيق الربح عن طريق ممارسة التأجير لأصول غير ثابتة، أو أصول ثابتة أو محلات تجارية أو أصول حرفية، وقد حدد النظام رقم 06/96 المؤرخ في 03 يوليو 1996 الصادر عن محافظ بنك الجزائر، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 66 بتاريخ 11/03/1996. شروط وكيفية إجراء إنشائها واعتمادها وسحب اعتمادها. وتعد الشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات والعنادر التي يرمز لها اختصارا S.A.L.E.M SPA وهي شركة عمومية ذات أسهم تحصلت على اعتمادها بتاريخ 1997/12/07. أول شركة اعتماد إيجاري أنشئت في الجزائر، ثم أنشئت بعدها شركات أخرى مثل: الشركة العربية للإيجار المالي (ALC)، الشركة المغاربية للإيجار المالي الجزائر (MLA)، ومؤسسة إعادة التمويل الرهن (SRH)، وغيرها من الشركات.

³ - نصت المادة 83 من الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد رقم 52، على أنه: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في شركات مساهمة".

⁴ - نصت المادة 03 من النظام رقم 06/96 المؤرخ في 03 يوليو 1996 الصادر عن محافظ بنك الجزائر ج.ر، العدد 66، بتاريخ 11/03/1996 على أنه: "لا يمكن تأسيس شركة الاعتماد الإيجاري إلا على شكل شركة مساهمة طبقا للشروط المحددة في التشريع المعمول به".

⁵ - الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 09، المؤرخة في

⁶ - نص المادة 58 من الأمر 27/95 المؤرخ في 1995/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 على أنه: "تعفى من رسم التسجيل العقاري... التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون لأغراض تجارية وصناعية وزراعية أو لممارسة مهنة حرة".

نصت المادة 09 منه على أنه: "يمنح الاعتماد بمقرر من محافظ بنك الجزائر، يبلغ مقرر الاعتماد في أجل أقصاه شهرين من تقديم كل العناصر والمعلومات المكونة للملف المشار إليه في المادة 05 أعلاه".

الفرع الثاني: خصوصية المستأجر

إذا كان المشرع الجزائري قد قصر نشاط الاعتماد الإيجاري على البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري، فإنه في المقابل حدد الأشخاص الذين بإمكانهم الاستفادة من خدمات التمويل عن طريق الاعتماد الإيجاري بصفتهم مستأجرين وحصرهم في المتعاملين الاقتصاديين، حسب ما جاء في المادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري والتي نصت على أنه: "...المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص".

وبالرجوع إلى أحكام الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى التعامل الاقتصادي دون أن يحدد المقصود به، الأمر الذي يثير بعض الغموض والالتباس، ويجعلنا إلى البحث عن مفهوم التعامل الاقتصادي في بعض القوانين التي لها علاقة بنشاط الاعتماد الإيجاري.

فانطلاقاً من كون الاعتماد الإيجاري عملية تمويلية، فهذا يجعلنا إلى أحكام قانون النقد والغرض والتي بتفحصها نجد أنها لم تشر إلى هذا المصطلح، في حين أننا إذا رجعنا إلى قانون المنافسة باعتبار الاعتماد الإيجاري نشاطاً تجارياً نجد أن المشرع كان يستعمل مصطلحاً يقترب منه وهو العون الاقتصادي الذي عزفته المادة 03 من الأمر رقم 06/95 الملغى المتعلق بالمنافسة¹ بنصها: "يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته يمارس نشاطاً أو يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة الثانية".

كما أنه وبالرجوع إلى قانون المالية لسنة 1996 نجد أن المادة 58 منه التي تعدل المادة 353 فقرة 04 من قانون التسجيل قد حاولت رفعت اللبس عن مفهوم التعامل الاقتصادي الذي يعني وفق هذا النص كل المستثمرين الذي تكون استثماراتهم لأغراض تجارية، أو صناعية، أو زراعية، أو لممارسة مهنة حرة².

على أنه وبصدور الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة³ الذي ألغى الأمر رقم 06/95، فإن المشرع الجزائري أصبح يستعمل مصطلحاً جديداً يتسع ليشمل مصطلحي التعامل الاقتصادي والعون الاقتصادي وهو "المؤسسة"، والتي عرفتها المادة 03 في الفقرة أ بأنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة

¹ - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43، المؤرخة في 20/07/2003.

² - القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدل للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 36، المؤرخة في 02/07/2008.

³ - خدوش الدراجي، النظام القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009، ص 87.

دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات". وأضاف المشرع لهذا التعريف نشاط الاستيراد بموجب القانون رقم 12/08¹ المعدل للأمر 03/03.

وعليه ومن خلال ما سبق فإنه يعد متعاملا اقتصاديا في مفهوم القانون 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري كل شخص يمارس عملا أو نشاطا بصفة مستمرة ومستقرة بغرض إنتاج أو تبادل أموال أو خدمات، فيدخل في مفهومه: الشركات التجارية، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التجار، الصناعيون، الحرفيون، أصحاب المهن الحرة، وحتى الفلاحون سواء مارسوا نشاطاتهم فرادى أو في شكل تجمعات، شريطة أن يكون بصفة دائمة، وأن يكون الغرض من التحويل – أي اقتناء الأصول - حاجة مهنية وليس لأغراض شخصية².

والذي يبدو مما سبق، أن سبب عدم تعادل أو توازن الأداءات في عقد الاعتماد الإيجاري، على النحو الذي سنفصله فيما سيأتي من هذه الدراسة، يرجع بالدرجة الأولى إلى خصوصية أطراف هذا العقد، فالمؤجر لا يمكن أن يكون إلا شخصا من الأشخاص الذين يسمح لهم بالقيام بعمليات مصرفية وبترخيص مسبق من مجلس النقد والقرض، باعتباره نشاط خاضع لرقابة وتوجيه الدولة، والمستأجر هو متعامل اقتصادي غرضه محمي وليس شخصي، وغالبا ما يكون مستثمرا أي أنه ليس طرف ضعيف بحاجة إلى حماية، لذلك غلب المشرع مصلحة المؤجر على مصلحة المستأجر، أي غلب حماية النشاط المصرفي على حساب النشاط الاستثماري.

المبحث الثاني: مظاهر عدم توازن الأداءات في تكوين العقد وأثاره

بعدما بينا في المبحث الأول خصوصية طرفي عقد الاعتماد الإيجاري، وكيف أثرت هذه الخصوصية على أداءات الأطراف، نحاول من خلال هذا المبحث أن نبين مظاهر عدم التوازن في مرحلة تكوين العقد وترتيبه لآثاره من حقوق والتزامات، والتي تتمثل أساسا في ارتفاع بدل الإيجار (الفرع أول)، وتحميل المستأجر بالتزامات المؤجر (الفرع ثاني).

الفرع الأول: ارتفاع بدل الإيجار

إذا كانت القواعد العامة تترك لأطراف العقد حرية الاتفاق على الأجرة من حيث مقدارها، وكيفية دفعها، ومواعيدها، فالأمر قد يختلف في عقد الاعتماد الإيجاري، حيث تلعب عدة عوامل دورها في تحديد مقدار الأجرة وكيفية دفعها، وترتبط هذه العوامل بفكرة الاعتماد الإيجاري، إذ أنه اثنان شامل لتغطية قيمة المشروع

¹ - صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 193.

² - مصطفى رشدي شبيحة، النقود والمصارف والائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 323، مقتبس عن: صخر الخصاونة، المرجع السابق، ص 194.

الاستثنائي، حيث يغطي التمويل كامل القيمة، ومن هنا كان للمؤجر الاسترداد الكامل للقيمة خلال فترة استغلال الأصول ويسمى هذا المعيار بمعيار فترة الاسترداد¹.

ومن هنا فقيمة بدلات الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري تختلف عن الأقساط التي يدفعها المستأجر في عقد الإيجار العادي، حيث تتميز بأنها مرتفعة القيمة، والسبب أنه يدخل في حسابها استرداد كامل القيمة، ولا يتأتى هذا إلا عن طريق احتساب مقابل الانتفاع، إضافة إلى النسبة المئوية للأرباح المتوقعة للمؤجر، بالإضافة إلى المصاريف الإدارية، ويؤسس الفكر المالي هذا الارتفاع على فكرة مفادها: "أن الآلة تدفع تكاليفها من عوائد استخدامها"².

وقد حدّد المشرع الجزائري المعايير التي تتدخل في تحديد بدل الإيجار من خلال ما جاء في نص المادة 14 من الأمر 09/96 بنصها على أنه: "يتضمن مبلغ الإيجارات الذي يجب أن يدفعه المستأجر للمؤجر ما يأتي: سعر شراء الأصل المؤجر مقسماً إلى مستحقات متساوية المبلغ تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاوله حق الخيار بالشراء، أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل، موضوع العقد، هامش يطابق الأرباح أو القواعد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري".

فإذا كانت عملية الاعتماد الإيجاري على هذا النحو عملية تمويلية تسمح للمستأجر في نهايتها باقتناء ملكية الأصل، التي يحتفظ بها المؤجر على سبيل الضمان، وبالتالي يصبح المستأجر مطالبا بدفع الثمن مضافا إليه تعويض الائتمان الممنوح من قبل المؤجر الذي لم يعد دوره يختلف كثيرا عن دور البائع بالقرض، إلا أن تكلفة الاعتماد الإيجاري هي أكثر ارتفاعا من تكلفة الشراء بالقرض لأن البائع بالقرض الكلاسيكي يتبقى هامش ربحه ماثما في ثمن بيع الأصل لتغطية الفائدة التي تتضمن المصاريف التي تثور بمناسبة منح الائتمان وتسمح بتعويض هذه الخدمة الإضافية، عكس المؤجر الذي يدفع ثمن الاقتناء من خلال بدلات الإيجار مضافا إليه مبلغ إجمالي يغطي المصاريف العامة والمالية التي تتطلبها العملية وتسمح بتحقيق ربح نقدي³.

وإذا ما قورنت أقساط أجرة الاعتماد الإيجاري بأقساط ثمن شراء الأصل بفرض لجوء هذا المستأجر إلى شرائه بالتقسيط يتضح أن تكلفة التمويل في فرض اللجوء إلى الاعتماد الإيجاري تجاوز التكلفة المالية الناشئة عن الشراء بالتقسيط، وهذا ما أقرّ به غالبية الفقه الفرنسي الذي يرى أنه حتى بعد تدخل المشرع الفرنسي - للحد

¹ - رياض محري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، تم الإطلاع بتاريخ: 2016/03/03 على الساعة: 17:30 على الرابط الإلكتروني:

http://artidedroit.blogspot.com/2009/12/blog-post_9613.html

² - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 383 و 384.

³ - Mario Giovanoli, Le crédit -bail, Leasing en Europe développement et nature juridique, Librairies Techniques, Paris, 1980, p239.

من الآثار المالية السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة في مجال الاعتماد الإيجاري والذي أدى إلى خفض تكلفته، إلا أنها رغم ذلك لا تزال أعلى تكلفة من التمويل المصرفي التقليدي¹.

وهكذا فإن المستأجر في الاعتماد الإيجاري يدفع مصاريف البائع التمويلية، وجزءاً من المصاريف العامة، مصاريف المؤجر، جزءاً من مصاريفه العامة وفي الأخير هامش ربحه. من هنا يتضح بما لا يدع مجالاً للشك الطبيعة المرتفعة لبدلات الإيجار في التأجير التمويلي مقارنة بتمن اقتناء الأصل والخدمة التمويلية المأخوذة بعين الاعتبار.

الفرع الثاني: تحميل المستأجر بالتزامات المؤجر

إن العقود النموذجية التي أصبحت تبرمها شركات الاعتماد الإيجاري وانطلاقاً من نصوص الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، تتضمن في غالبها نقل الالتزامات التي يكون تحملها في الأصل على عاتق المؤجر، وتحميل المستأجر بها وعلى وجه الخصوص، الالتزام بالصيانة، والالتزام بمخاطر فقد الأصل والتأمين عليه، والالتزام بالضمان.

أولاً: تحميل المستأجر لعبء صيانة الأصل

إذا كان الأصل طبقاً للقواعد العامة في عقد الإيجار المدني التفرقة بين أعمال الصيانة التي يتحملها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر، إلا أن هذا التمييز لا مجال لإعاله في عقد الاعتماد الإيجاري ذلك أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 33 من الأمر 09/96 نص على أنه: "يمكن أن يضع العقد على عاتق المستأجر بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته في حالة اعتماد إيجاري لأصول المنقولة..."، وكذلك الأمر إذا نصب الأصل المؤجر على عقار، إذ تنص المادة 39 من ذات الأمر على أنه: "...الالتزام بالاعتناء بالأصل المؤجر والمحافظة عليه مثلما يفعله رب الأسرة الحرص، وحمل المسؤولية فيما يلحق الأصل المؤجر أثناء انتفاعه به من إتلاف أو هلاك غير ناتج عن استعماله استعمالاً عادياً أو متفق عليه".

وهكذا فإن المستأجر وخروجاً عن القواعد العامة في عقد الإيجار المدني، يتحمل جميع الإصلاحات سواء الضرورية منها، وحتى تلك الإصلاحات الكبرى التي من المفروض أن يتحملها المؤجر كأصل عام².

وقد يتم تبرير تحميل المستأجر لعبء أعمال صيانة الأصل مهما كان حجمها أو شكلها، بأن المستأجر يخطط منذ إبرامه لعقد الاعتماد الإيجاري لاقتناء ملكية الأصل في نهاية مدة الإيجار وبالتالي عليه أن يتحمل مسبقاً بالالتزامات المرتبطة بالملكية، لكن ما يلاحظ أنه من جهة ليست للمستأجر سلطة الملكية على الشيء وحتى

¹ رياض غوري، المرجع السابق، ص 03.

² وهذا هو الحال بالنسبة لعقد التأجير التمويلي الذي يمارسه بنك البركة الجزائري، إذ تنص المادة 10 من نموذج الشروط العامة على أنه: "خلال كل مدة هذا العقد يلتزم العميل باستعمال وصيانة المعدات طبقاً لأحكام القوانين والتعليمات المعمول بها حالياً ومستقبلاً".

سلطات استعماله هي سلطات مقيدة. كما أنه ليس ملزماً باقتناء الأصل والحصول على ملكيته في نهاية الإيجار، بل هو مجرد خيار، إن شاء تمسك به وإن لم يشأ أنهى العقد، ورغم ذلك، فإنه ملزم بالقيام بهذه الإصلاحات¹.

والحاصل في عقود الاعتماد الإيجاري ونظراً للطابع التكميلي للنصوص المنظمة لهذا العقد في التشريع الجزائري خصوصاً في مجال الحقوق والالتزامات، وانطلاقاً من مركز القوة الاقتصادية الذي يوجد فيه المؤجر عادة، فإن هذا الأخير لا يكتفي فقط بإعفاء نفسه من القيام كمؤجر بهذه الإصلاحات والتزيمات، بل يقوم أيضاً بتحميل المستأجر بها، وفق ما جاء في المادتين 33 و 39 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري².

ويتضح من خلال ما سبق مدى حرص المؤجر على إبقاء صلاحية الأصل المؤجر، ولو على حساب المستأجر لعدم تأكده عند إبرام العقد من ممارسة المستأجر لخيار تلك الأصل، حينها يكون المؤجر في حاجة إلى التصرف في هذا الأصل، لذلك يحرص من البداية على أن يبقى هذا الأصل طيلة مدة العقد صالحاً للاستعمال في الوجهة المخصصة، وذلك بتحميل المستأجر بجميع أعمال الصيانة³.

ثانياً: التزام المستأجر بمخاطر فقد الأصل والتأمين عليها

إن المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يحاول أن يتفادى تحمل تبعات الهلاك بالتأمين الذي ينقل عبئه إلى المستأجر، ويحمّله بهذا الالتزام طبقاً للمادة 34 من الأمر 09/96 التي تنص على أنه: "يمكن أن يضع عقد الاعتماد الإيجاري أيضاً على عاتق المستأجر التزام تأمين الأصل المؤجر على حسابه، ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه".

وإذا تعلق الأمر بأصل مؤجر غير منقول فإن المادة 41 من الأمر 09/96 تضيف بأنه: "يمكن الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة أن تتفق كذلك على أن يتكفل المستأجر بمصاريف تأمين الأصل المؤجر وفي حالة وقوع ضرر يدفع تعويض التأمين مباشرة إلى المؤجر تصفية للإيجارات المستحقة أو التي تستحق والقيمة المتبقية للأصل المؤجر دون أن يعني ذلك المستأجر من التزامه بدفع كل إيجار بالإضافة إلى القيمة المتبقية والتي لم يغطها تعويض التأمين".

كما يشترط المؤجر أيضاً أن يكون هو المستفيد من التعويضات التي تدفعها شركات التأمين تعويضاً عن الهلاك أو التلف، وهذا ما أقرته المادة 26 من الأمر 09/96 بنصها: "في حالة ضياع جزئي أو كلي للأصل المؤجر،

¹ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 413.

² - خدوش الدراجي، المرجع السابق، ص 134.

³ - تجب الإشارة إلى أن بعض التشريعات العربية انتهت إلى هذه المسألة ومنها التشريع الأردني حيث نصت المادة 03 من الفصل 15 من نموذج التأجير القوي للمنتقولات على: "في حالة حصول ضرر جزئي يجب على المستأجر أن يقوم حسب اختيار المؤجر إما بالإصلاح أو العمل على استبدال ما تلف من الأشياء والألات، وعند الإتهاء يسلم الفواتير إلى المؤجر ليقوم الأخير بتسليمه مبلغ التعويضات التي توصل بها مع المؤمن". ينظر في ذلك: صخر الحصاصنة، المرجع السابق، ص 207.

يكون المؤجر وحده مؤهلاً لقبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبة ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض".

يستفاد من هذه النصوص مدى تغليب المشرع الجزائري صراحة لمصلحة المؤجر على مصلحة المستأجر، ذلك أن المؤجر بالرغم من أنه هو مالك الأصل إلا أنه وعند إبرام عقد الاعتماد الإيجاري يقوم بنقل التزام تأمينه إلى المستأجر الذي لا يعد مالكا لهذا الأصل، كما أنه في حالة حصول الخطر المؤمن منه سواء كان هلاك كلي أو جزئي فإن المؤجر هو من له الحق في قبض التعويضات، ويبقى المستأجر ملزماً بإعادة الأصل إلى حالته بإزالة ما أصابه من عيب، والأكثر من ذلك أنه في حالة الهلاك الكلي فإن المستأجر يبقى ملزماً بدفعه الأقساط المتبقية، وكذا القيمة المتبقية للأصل والتي لم يغطيها التأمين، وإذا كان الحال كذلك فإن المؤجر قد يكون قد أثرى على حساب المستأجر، فلا يعقل أن يجمع بين أخذ التعويض من جهة والمطالبة بإعادة الأصل المؤجر إلى الحالة التي كان عليها قبل هلاكه من جهة ثانية¹.

ذلك أنه طالما كانت الغاية من وراء اكتتاب التأمين هي الحفاظ على صلاحية الأصل المؤجر، فإن المستأجر إذا ما بادر إلى إصلاح هذا الأصل، فإن العدالة العقدية تقتضي أن يسترجع المستأجر المبلغ الذي أنفقته لأجل هذا الإصلاح من التعويضات التي يقبضها المؤجر من شركة التأمين، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري ترجيحاً لمصلحة المؤجر بالدرجة الأولى².

ثالثاً: إعفاء المؤجر من الضمان

بالرجوع إلى نص المادة 38 من الأمر 09/96 فإن المشرع الجزائري قد حمّل المؤجر الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق³ من جهة، والالتزام بضمان العيوب الخفية⁴ من جهة أخرى، وهذا يعد تطبيقاً للقواعد العامة في عقد الإيجار المدني.

¹ - تنص المادة 483 ق.م.ج على: "...ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر لآخر أو أي شخص تلقى الحق من المؤجر".

² - تنص المادة 488 ق.م.ج على: "يضمن المؤجر للمستأجر باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصاً محسوساً، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويكون كذلك مسؤولاً عن الصفات التي تعهد بها صراحة".

³ - عيسى بخيت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010/2011، ص 95.

⁴ - لقد أثار الأساس القانوني الذي يستند إليه حق رجوع المستأجر مباشرة على المورد أو المقاتل بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر في علاقته بالمورد أو المقاتل، جدلاً فقهيًا وقضائياً واسعاً في فرنسا، وقد انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى تأسيسه على الاشتراط لمصلحة الغير، ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية:

- Cass. Com, 15 janvier 1985, Dalloz, 1986, p 232.

غير أن المشرع الجزائري من خلال أحكام نفس الأمر أعطى للأطراف الحرية في إمكانية إعفاء المؤجر من هذا الالتزام بالضمان أو التخفيف منه، وهذا ما نلمسه صراحة من خلال نص المادة 40 من الأمر 09/96 التي تنص على أنه: "بغض النظر عن أحكام المادتين 38 و 39 من هذا الأمر، يمكن للأطراف المعنية بعقد الاعتماد التجاري أن تتفق فيما بينها ليتكفل المستأجر مقابل حقه في الانتفاع الذي يمنحه إياه المؤجر، بالتزام أو عدد من الالتزامات المتعلقة بالمؤجر، وأن يتنازل عن الضمانات الخاصة بسبب فعلي أو بوجود عائق أو عيوب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر أو أن تكون هذه الضمانات محدودة، وتبعا لذلك يتنازل المستأجر عن المطالبة بفسخ عقد الاعتماد التجاري أو تخفيض ثمن الإيجار بموجب هذه الضمانات".

كما تنص المادة 18 من الأمر 09/96 على أنه: "يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد التجاري أيضا على ما يأتي: تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية...".

فإعفاء المؤجر هو إعفاء تام في مجال ضمان العيوب الخفية، لأنه لا يسأل ممها كان الضرر اللاحق بالمستأجر ومهما كان التاريخ الذي ظهر فيه العيب المضر به، كما أن المستأجر يتخلى عن كل رجوع على المؤجر، سواء كان بالتعويض أو بفسخ عقد الاعتماد التجاري، مما يدل على مدى إقبال كاهل المستأجر بهذا التزامات، يقتضي الأصل العام أن يتحملها للمؤجر.

ويبرر إعفاء المؤجر من هذا الضمان، الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد التجاري، فالمؤجر لا يتدخل في شراء الأصل محل العقد، ولا يتدخل حتى في اختيار البائع أو المورد أو المقاول، بل يقتصر دوره على تمويل شراء الأصل وتمكين المستأجر من الانتفاع به¹.

وتجب الإشارة هنا إلى أن بعض التشريعات المقارنة، ومراعاة منها لتوازن الأداءات بين المؤجر والمستأجر، فإنها وإن منحت للمؤجر إمكانية إعفاء نفسه من الضمان، إلا أنها في المقابل قد منحت للمستأجر الحق في الرجوع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر في علاقته بالمورد أو المقاول²، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، الأمر الذي يستدعي ضرورة التدخل ومنح المستأجر حق الرجوع لأجل إعادة التوازن نوعا ما للعلاقة العقدية.

المبحث الثالث: مظاهر عدم التوازن في إنهاء العقد

تجسد الأحكام القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 09/96 والمتعلقة بفسخ عقد الاعتماد التجاري -باعتباره أحد طرق إنهاء-، بعض مظاهر عدم التوازن في هذا العقد، والتي تظهر من خلال

¹ وهذا هو الحال بالنسبة لعقد التأجير القوي الذي يمارسه بنك البركة الجزائري، إذ تنص المادة 04 من أنموذج الشروط العامة على أنه: "يوكل البنك العميل لاستلام وتركيب العتاد والقيام بكل الإجراءات الإدارية أو أخرى متعلقة به".

² رياض فخري، المرجع السابق، ص 05.

الخاصية الانفرادية للشرط الفاسخ وغياب الشرط الفاسخ بخطأ من المؤجر (الفرع أول)، وطابع المبالغة في الشرط الجزائي (الفرع ثاني).

الفرع الأول: الخاصية الانفرادية للشرط الفاسخ وغياب الشرط الفاسخ بخطأ من المؤجر

بالرجوع إلى الأحكام المنظمة لعقد الإيجار في التشريع الجزائري، لاسيما المادتين 13 و 20 من الأمر 09/96، فإن فسخ العقد إما أن يكون بطلب من أحد الطرفين أو كليهما، كما قد يكون بسبب عدم دفع المستأجر لقسط واحد من بدلات الإيجار، أو بسبب مخاطر إعسار المستأجر.

يتضح من خلال هذا جليا أن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري قد تمت صياغتها بشكل لا يسمح للمستأجر بطلب فسخ عقد الاعتماد الإيجاري بسبب خطأ المؤجر، على الرغم مما قد يبدو للوهلة الأولى من قراءة نص المادة 13 أن المشرع أعطى الحق للمستأجر أيضا في طلب الفسخ طبقا لما ساءه الفسخ التعسفي للعقود الذي يخضع للقواعد العامة لاسيما المادة 119 من القانون المدني الجزائري، ولكن الحقيقة العملية كما سيتم توضيحه تبين أن المستأجر لا يمكنه طلب ذلك.

فإذا كان الفسخ عبارة عن الجزاء المترتب نتيجة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية، فإنه من الصعب تقبل واثبات خطأ المؤجر، ذلك أن الالتزامات الثلاث الرئيسية التي يتحملها المؤجر يتم تنفيذها بشكل يجعل خطأه غير وارد وغير قابل للإثارة ومن ثم لا يمكن الاستناد إليه لطلب الفسخ.

فالتسليم يتم مباشرة بين المورد والمستأجر، باعتبار هذا الأخير وكلاء للمؤجر بهذا الخصوص¹، وكل خطأ في التسليم لا يمكن إلا أن يتحملة المستأجر بصفته كوكيل أخطأ في تنفيذ وظيفته، أما إذا لم يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم أو نفذ بشكل سيء من قبل المورد، فهذا أيضا يمكن إثارة مسؤولية المستأجر كوكيل في اختيار الأصل ومورده². بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري يسمح للمستأجر رفض استلام الأصول متى تبين له أن بها عيبا أو أنها غير مطابقة للمواصفات المشترطة طبقا لنص المادة 38 فقرة 01 من الأمر 09/96³.

أما فيما يخص **صيانة الشيء**⁴، فإن الإصلاحات الكبرى التي تنص عليها القواعد العامة عادة ما يتحملها المؤجر، لكن في عقود الاعتماد الإيجاري دائما ما يعفي المؤجر نفسه من كل التزام يتعلق بالصيانة ويعمل على تحميل المستأجر بها كما سبق بيانه أعلاه، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 17 من الأمر 09/96

¹ - تنص الفقرة 03 من المادة 38 من الأمر 06/96 على أنه: الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المتفق عليها في عقد الاعتماد الإيجاري

² - يقصد بالصيانة هنا: القيام بصفة دورية بمتابعة الأموال المؤجرة بما يلزمها من أعمال تتطلبها ظروف الاستعمال، وذلك بغرض الوقوف على حالتها تجنباً لحدوث أعطال أو منعاً لتفاقمها إذا بدأت". صخر أحمد الخصاونة، المرجع السابق، ص 173.

³ - خدوش الدراجي، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، 1990، ص 140.

التي جاء فيها: " يمكن أن ينص عقد الاعتماد الإيجاري، باختيار من الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يأتي: ...إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر، وبصفة عامة، يعد مقبولا قانونا كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر ويتحمل النفقات والمخاطر كذلك الالتزام بصيانة الأصل وإصلاحه والالتزام باكتتاب تأمين".

وعليه فإن عقود الاعتماد الإيجاري دائما ما تتضمن إعفاء المؤجر من الالتزام بالصيانة، مما يجعل إخلال المؤجر به غير وارد ومن ثم عدم جواز اعتباره كإخلال موجب للفسخ.

وفيما يخص **الالتزام بالضمان** فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 38 من الأمر 09/96 التي سبقت الإشارة إليها فإن المشرع الجزائري قد حمل المؤجر الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية، غير أنه أعطى في المقابل للأطراف الحرية في إمكانية إعفاء المؤجر من هذا الالتزام بالضمان أو التخفيف منه، من خلال نص المادة 40 من الأمر 09/96 السابق الإشارة إليه، ونص المادة 18 من ذات الأمر 09/96 التي تنص على أنه: " يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الإيجاري أيضا على ما يأتي: تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية...".

وغالبا ما تلجأ شركات الاعتماد الإيجاري إلى تضمين العقد مثل هذه الشروط التي تقضي بإعفاء المؤجر من أي ضمان مهما كان نوعه، ونقله إلى المستأجر، والحاصل والحالة هذه أن المستأجر لا يمكنه أن يستند إلى إخلال المؤجر بالتزامه بالضمان للمطالبة بفسخ العقد.

وعليه ومن خلال كل ما سبق يبدو جليا الطابع الانفرادي للحق في الفسخ، إذ غالبا ما يكون للمؤجر فقط ممارسة هذا الحق، أما المستأجر فيكون من الصعب عليه أن يثبت إخلال المؤجر طالما أن معظم الالتزامات الرئيسية للعقد تقع على عاتقه، ولا شك أن هذا الوضع يجعل المؤجر والمستأجر في وضعية قانونية غير متكافئة، بل ومثقلة لكاهل المستأجر الأمر الذي من شأنه أن يؤثر في فعالية اللجوء إلى عقود الاعتماد الإيجاري كأداة لتمويل المشاريع الاقتصادية.

الفرع الثاني: المبالغة في الشرط الجزائي

كثيرا ما تتضمن عقود الاعتماد الإيجاري شروط تضمن لها قيمة الخسائر التي قد تتعرض لها جراء فسخ العقد، وذلك من خلال تضمينها شرط جزائي، والذي يعرف بأنه: " اتفاق يقدر فيه المتعاقدان مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه"¹.

ويجيز المشرع الجزائري هذا الشرط من خلال نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليها في العقد، أو اتفاق لاحق ...".

¹ - ينظر في عرض هذه المحاولات الفقهية: هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 524 وما يليها.

ولم يكتف المشرع الجزائري عند تنظيمه لعقد الاعتماد الإيجاري بهذا القاعدة العامة، بل نص على إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المادة 13 من الأمر 09/96 بقوله: "إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديده مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص... بحيث لا يمكن أن يقل مبلغ التعويضات عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية، إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك ضمن العقد".

وقد دأبت شركات الاعتماد الإيجاري على تضمين عقودها النموذجية شروطا تحدد مقدما مقدار التعويض الذي يستحق لها عند توقف المستأجر عن دفع قسط أو أكثر من أقساط الأجرة أو عند فسخ عقد الاعتماد الإيجاري بسبب خطأ من المستأجر، وغالبا ما يفوق هذا المبلغ الضرر اللاحق بالمؤسسة المالية فضلا عن إلزام المستأجر برد الأصول محل العملية التمويلية¹.

ولم يكتف المشرع في المادة 13 من الأمر 09/96 بوضع إطار عام للشرط الجزائي وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك بمنح المؤجر حق امتياز يمارسه على أصول المستأجر القابلة للتحويل نقدا، وعند الاقتضاء على أمواله الخاصة قصد استرداد بدلات الإيجار المستحقة غير المدفوعة والتي تدفع في المستقبل.

ولما كان الشرط الجزائي يفضي إلى إلزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة المتبقية أو جانب كبير منها، بالإضافة إلى أن المؤجر سيسترد الأصل المؤجر في حالة جيدة في الغالب، بالإضافة إلى رأس المال المستثمر وتوابعه من فوائد ومصاريف. فقد أخذ البعض على المؤجر أنه يجمع بين التنفيذ العيني للعقد وفسخه، وهذا خلافا لما هو مقرر قانونا، ذلك أنه متى قام المدين بالأداء انقضى التزامه بالوفاء، وتنقضي- تبعا لذلك جميع التأمينات العينية والشخصية المقررة لضمان الوفاء بالالتزام.

وفي المقابل يواجه المستفيد وضعاً صعباً للغاية، فهو فضلا عن انقطاع انتفاعه بالأصل المؤجر مما يعني انعدام مداخيله، يجد نفسه ملزماً بدفع تعويض يمثل نسبة كبيرة من أقساط الأجرة التي عجز عن دفعها مما يعرضه إلى التنفيذ الجبري على أمواله استثناء لهذا التعويض.

وهذا الوضع يدل بما لا يدع أي مجال للشك مدى الامتيازات التي يمنحها الشرط الجزائي للمؤجر في مقابل الالتزامات التي تفرض على المستأجر المستفيد، مما يدفعنا إلى القول إلى أن هذا الشرط يؤدي إلى عدم تكافؤ وتوازن في العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

الأمر الذي دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول ببطالان الشرط الجزائي واستندوا في ذلك إلى أكثر من أساس كالإثراء بلا سبب، والتحايل على القانون، وانتفاء السبب، وعدم مشروعيتها، والتعسف في استعمال الحق، إلا

1- محمد بن أبي بكر الرازي، معجم مختار الصحاح، دار الكتاب العربي للنشر، بيروت، 1982، ص 402

أن كل هذه المحاولات القضائية باءت بالفشل، واصطدمت مع رفض محكمة النقض الفرنسية لها إعمالاً لمبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائي¹.

إلى أن تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 1597/75 بتاريخ 05 يوليو 1975 وقام بتعديل المادتين 1152 و 1231 من التقنين المدني الفرنسي، والتي بموجبها منحت للقاضي سلطة تقديرية في إمكانية تعديل التعويض الإتفاقي إذا تبين له أنه كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وخفضه حتى يصير ملائماً للأضرار الفعلية التي تلحق بالمؤجر.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

يتضح بداية من خلال الفقرة الأخيرة من هذا النص أنه يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاده، أي أنه لا يجوز لأطراف عقد الاعتماد الإيجاري، الاتفاق مسبقاً على عدم جواز تخفيض التعويض الإتفاقي.

كما يستفاد من هذا النص أيضاً أنه وإن كان الأصل أن يحكم القاضي بالتعويض الإتفاقي المشروط في العقد احتراماً لإرادة طرفي العقد، إلا أن هذا الاتفاق مقيد بأن يكون التقدير مساوياً للضرر، بحيث يجوز للقاضي أن يتدخل لأجل إعادة التوازن للعقد في حالة ما إذا أثبت المستأجر أن المؤجر لم يلحقه أي ضرر، أو أن التعويض المتفق عليه متفاوت كثيراً في النسبة مع الضرر الحاصل فعلاً.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن عقد الاعتماد الإيجاري وعلى الرغم من الدور الكبير الذي يلعبه باعتباره وسيلة من وسائل تمويل المشاريع الاستثمارية، والمزايا العديدة التي يحققها للمستأجر، إلا أنه وبفعل ممارسات شركات الاعتماد الإيجاري وما وضعته من عقود نموذجية جعلته أبعد من أن يشكل أنموذج العقد الذي يحقق توازن أداءات أطرافه، بل أصبح أنموذجاً لاستغلال المؤجر التمويلي على المستأجر، حيث يستغل الأول الثاني ليفرض عليه من البنود أكثر مما هو في حاجة إليه ليحفظ مصالحه مستنداً في ذلك إلى قواعد القانون الخاص المكاملة من جهة، وخلق النصوص الخاصة بعقد الاعتماد الإيجاري لاسيما الأمر 09/96 من المقتضيات التفصيلية للآليات التي تحكم هذا العقد من جهة أخرى تاركة حرية المبادرة لإرادة الأطراف.

2- الحارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان، بيروت، 2000، ص 444.

لذلك فإنه وإن كنا نقر بما يتمتع به عقد الاعتماد الإيجاري من خصوصية تقتضي- خروج أحكامه عن القواعد العامة للعقد المدني، إلا أنه يمكن أن يتدخل المشرع ليوازن بين هذه الخصوصية من جهة، وإعادة التوازن في العلاقات بين طرفي العقد من جهة أخرى، وذلك يكون من خلال فرض مجموعة قواعد أمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، ومن ذلك إدراج نص خاص في الأمر 09/96 يقضي- بإمكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي وجعله متناسبا مع الضرر الحاصل، وكذا النص على إلزام المؤجر في حالة قيام المستأجر بإصلاح الأصل المؤجر وإعادته إلى حالته الأصلية، أن يرجع له قيمة هذا الإصلاح من المبالغ التي تلقاها من شركة التأمين منعا لإثرائه بلا سبب.

قائمة المصادر والمراجع

باللغة العربية:

- المؤلفات:

1. صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
2. علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، 1990.
3. مصطفى رشدي شبيحة، النقود والمصارف والإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
4. هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الثانية، 1998.
5. رياض فخري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، تم الإطلاع بتاريخ: 2016/03/03 على الساعة: 17:30 على الرابط الإلكتروني:

http://articledroit.blogspot.com/2009/12/blog-post_9613.html

- الرسائل الجامعية:

6. خدوش الدراجي، النظام القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009.
7. عيسى بخيت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2011/2010،

- النصوص التشريعية والتنظيمية

1. الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 09، المؤرخة في 1995/02/22.
2. الأمر 27/95 المؤرخ في 1995/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر، عدد 82، المؤرخة في 1995/12/31.
3. الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر، عدد 03، 1996.
4. الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43، المؤرخة في 2003/07/20.
5. الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، عدد 52، 2003.

6. القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدل للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 36، المؤرخة في 2008/07/02.

7. القانون رقم 708 /84 المؤرخ في 1984/01/04 المتضمن تنظيم ومراقبة مؤسسات الائتمان بفرنسا.

8. القانون رقم 95 لسنة 1995 المنظم للتأجير التمويلي، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 22، الصادرة بتاريخ 1995/07/02.

9. مذكرة عرض الأسباب لمشروع أمر يتعلق بالاعتماد الإيجاري، وزارة المالية، الوزير المنتدب للخزينة، يونيو 1995.

10. النظام رقم 06/96 المؤرخ في 03 يوليو 1996 الصادر عن محافظ بنك الجزائر، ج.ر، العدد 66، المؤرخة 1996/11/03.
باللغة الأجنبية:

1. Mario Giovanoli, Le crédit –bail, Leasing en Europe développement et nature juridique, Librairies Techniques, Paris, 1980.

2. Cass. Com, 15 janvier 1985, Dalloz, 1986, p 232.

الحماية المدنية للعلامة التجارية – دراسة مقارنة -
أ/ حاج شعيب فاطمة الزهرة - أستاذ مساعد "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت -

الملخص:

تلعب العلامة التجارية دورا كبيرا ومتميزا في الحياة الاقتصادية, ويكفي للتدليل على ذلك أنها أول ما يثير انتباه المستهلك عندما توضع على المنتجات وبهذا فهي تعد همزة وصل بين مالك العلامة التجارية والمستهلك للمنتج أو الخدمة. ولكن غالبا ما تتعرض هذه العلامة للاعتداء عليها من قبل الغير الأمر الذي يؤدي إلى إحداث اللبس أو الخلط لدى الجمهور, لذلك تصدت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية إلى حمايتها مدنيا وجنائيا ودوليا وستقتصر هذه الدراسة على الحماية المدنية للعلامة التجارية.

Résumé :

La marque commerciale joue un rôle très important dans la vie économique, d'ailleurs c'est la première chose que le consommateur remarque sur les produits.

La marque commerciale constitue un lien entre le propriétaire de la marque et le consommateur du produit ou du service.

La marque commerciales est souvent sujet d'une atteinte de la part des tiers , ce qui engendre une confusion dans l'esprit du public.

Les marques ont un régime juridique défini par des règles nationales, et sur le plan international il existe des conventions permettant sa protection (civile, pénale et internationale). Notre étude sera axée sur la protection civile de la marque commerciale.

مقدمة:

تعتبر العلامة التجارية هي الأكثر انتشارا واتصالا بالتجارة والاقتصاد مما جعلها تحتل مكانة هامة ومميزة بين حقوق الملكية الصناعية والتجارية بحيث أصبح لها قيمة إضافية تضاف للمحل التجاري ذاته, الأمر الذي استدعى توفير الحماية القانونية الملائمة جراء التعدي على العلامة التجارية.

ولهذا السبب كانت حماية العلامة التجارية فرضا محتوما على المشرع لأنه بغياب تلك الحماية سوف تصبح التجارة والصناعة هدفا لعوامل الهدم والفساد.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

وأمام تنامي أهمية العلامة التجارية دأبت الدول على التدخل لحماية هذه العلامة محاولة منها توفير أقصى أنواع الحماية ومنها الحماية المدنية وذلك لمنع أي اعتداء عليها.

ومن منطلق ما تقدم جاءت هذه الدراسة للبحث عن الحماية المدنية التي تحظى بها العلامة التجارية، ومن هنا تتساءل عن أهمية حماية العلامة التجارية، وما مدى فعالية الإجراءات المتخذة من قبل الجهات المعنية لمنع تقليد العلامات التجارية، للإجابة على هذه التساؤلات بدأت هذه الدراسة بعرض توضيحي لبيان المقصود بالعلامة التجارية وما تؤديه من وظائف في الحياة الاقتصادية والعملية والقانونية، ثم أعرض أنواع العلامات التجارية كل هذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسنوضح فيه القواعد العامة في الحماية القانونية للعلامة التجارية بإلقاء الضوء على نطاق الحماية المدنية للعلامة التجارية من الاعتداء عليها من حيث مفهومها وشروطها لتعالج في الأخير آليات الحماية المدنية للعلامة التجارية لمعرفة الجهة القضائية المختصة لنظر دعوى المنافسة غير المشروعة والحق في الحصول على التعويض جراء الاعتداء على العلامة التجارية. وبذلك أكون قد حاولت إيصال فكرة هذه الدراسة، وهي محاولة الوصول إلى توضيح ماهية الحماية المدنية التي تحظى بها العلامة التجارية، وذلك من خلال التطرق للمواضيع السابق بيانها.

المبحث الأول: نظرة عامة حول العلامة التجارية

إن العلامة التجارية التي يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضائعه تميزها لها عن غيرها من المنتجات والبضائع الماثلة من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الصانع أو التاجر لتمكين المستهلك من التعرف على سلعته أينما وجدت وضمان عدم تضليله وخداعه في أمرها ولإلقاء نظرة شمولية على العلامة التجارية فقد رأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنحاول التصدي لتعريف العلامة التجارية لغة وفقها وتشريعاً وكذلك نتطرق إلى أهمية العلامة التجارية من خلال تحديد الوظائف التي تؤديها العلامة التجارية محل الحماية المدنية ثم نتعرض في المطلب الثاني لبيان أنواع العلامات التجارية.

المطلب الأول: التعريف بالعلامة التجارية

لابد ابتداء من تحديد المقصود بالعلامة التجارية لغة وتشريعاً وفقها وذلك في فرع أول أما الفرع الثاني فسنخصصه لوظائف العلامة التجارية

الفرع الأول: تحديد المقصود بالعلامة التجارية

إن تحديد المقصود بالعلامة التجارية يقتضي أن يتم ذلك من خلال اللغة والتشريع والفقه.

أولاً: تعريف العلامة لغة:

المقصود بالعلامة لغة هي كل أثر في الشيء للدلالة عليه ومعرفته وتمييزه عن غيره وهي مشتقة من العلم بمعنى المعرفة، ومثال ذلك علم الدولة للدلالة عليها وتمييزها¹.

ويقال المعلم من العلامة أي الأثر الذي يستدل به على الطريق فيهتدي به²

ثانياً : تعريف العلامة التجارية فقها:

لقد أورد الفقهاء عدة تعريفات للعلامة التجارية، فالبعض عرفها بأنها "شارة تسمح بتمييز منتجات أو خدمات مشروع معين وباجتذاب العملاء نحو هذا المشروع أو منتجاته"³.

وعرفت بأنها "كل شكل يسهل تمييزه بمجرد المشاهدة ويمكن وضعه على المنتجات للدلالة على نسبتها لصاحب العلامة"⁴.

وعرفها البعض بأنها "تلك السمة المميزة التي يضعها التاجر إما على منتجات المحل التجاري فتصبح علامة تجارية أو من الصانع فتصبح علامة صناعية قصد تمييز تلك العلامة عن ما يشابهها من العلامات الأخرى"⁵.

يلاحظ من التعريفات السابقة للعلامة التجارية أن هناك تشابه بينها حيث تضمنت جميعها العناصر الأساسية للعلامة التجارية، والتي تكمن في أنها شكل أو إشارة أو سمة وأنها تستخدم من قبل الصانع أو التاجر أو المنتج أو مقدم الخدمة، وأن الغاية من استخدامها هو تمييز هذه المنتجات عن غيرها.

ثالثاً: تعريف العلامة التجارية تشريعاً:

تناولت أغلب التشريعات تعريف العلامة التجارية في القوانين الخاصة بها، فقد عرفها المشرع الجزائري في المادة الثانية من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات التجارية بأنها "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف و الأرقام، والرسومات أو الصور

والأشكال المميزة للسلع أو توضيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"⁶.

3- الشرفاوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 556.

4- علي محمد العريف، شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة أحمد مخيمر، القاهرة، ص 574.

5- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري - حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ابن خلدون، وهران، 2000، ص 301.

1- الفقرة الأولى من المادة الثانية من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامات التجارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 44

2- code Français de la propriété intellectuelle 2^{em} edition, dalloz, paris, 2000.

3- محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص 279.

والملاحظ حول هذه المادة أنها تجنبت وضع تعريف محدد للعلامة التجارية تلافياً للتعارض الذي قد ينجم بينها وبين ما يقتضيه التقدم الحاصل في ميدان التجارة والحياة الاقتصادية بصفة عامة، فحاولت أن تبتعد عن الحصر والتحديد وتناولت بالأمثلة والتعداد حتى تتحقق الغاية من حمايتها. وهذا ما قرره بعض التشريعات، فقد أعطى المشرع الفرنسي تعريفاً واسعاً للعلامة التجارية حيث نصت المادة 711 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي- على التعريف الآتي:

"La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de présentation graphique servant a distinguer les produit ou service d'une personne physique ou morale".¹

وعليه يمكن تعريف العلامة التجارية بأنها كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها أو تقديمها لتمييز منتجاته أو بضائعه أو خدماته عن غيرها من السلع المماثلة.

الفرع الثاني: وظائف العلامة التجارية

تنبع أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي تؤديها والمتمثلة فيما يلي:

أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات

للعلامة التجارية دوراً أساسياً في تحديد مصدر المنتجات أو البضائع إذ تعد هذه الوظيفة تاريخية للعلامة التجارية، حيث أن الصانع أو الحرفي اعتاد على أن يبرز شخصيته للمستهلك من خلال وضع علامته على المنتجات ومثل ذلك كي الحروف الأولى لاسم الصانع على الأحذية².

إلا أن وظيفة العلامة التجارية لم تعد تقتصر على إبراز شخصية الصانع وإنما أصبحت تشير إما إلى بلد الإنتاج أو مصدر صناعة السلع مثال ذلك صناعة السيارات، وخاصة العلامات المشهورة منها، فيلاحظ أن السيارات التي تصنع في البلد الذي عرفه المستهلكون كنشأ لهذه السيارات مثل ارتباط علامتي مرسيدس و BMW بألمانيا، فإنها تكون محل ثقة بالنسبة للعملاء، أما إذا كانت هذه السيارات قد صنعت أو بالأحرى جمعت في بلدان أخرى بامتياز من مالك العلامة الأصلي، فإنها لا تحوز على نفس الثقة لدى جمهور المستهلكين.

ثانياً: العلامة التجارية رمز لنوعية المنتجات

تعبّر العلامة التجارية عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها سواء من حيث النوع أو المرتبة أو الصفات أو طريقة التحضير ويقصد بالنوع مجموع خصائص المنتجات أو البضائع التي تمتاز بها عن خصائص منتجات أو بضائع مماثلة أو مشابهة لها، أما المرتبة فيقصد بها درجة الجودة والإتقان للمنتجات¹.

4- صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص262.

1- محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامة التجارية في ضوء اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص106.

وتبدو أهمية هذه الوظيفة عندما يقوم المستهلك بدور الحكم على السلع المشابهة حيث يعتمد في شرائه لأحدها على علامتها التجارية التي ترتبط في ذهنه بفكرة الخدمة الجيدة أو النوعية المثالية، وبالتالي تكون محل ثقته لما فيها من ضمان للجودة والصفات التي تميزت بها هذه السلعة التي تحمل تلك العلامة التجارية.

ثالثا: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع

تلعب العلامة التجارية دورا مؤثرا في الترويج للمنتجات والسلع والخدمات فهي وسيلة من وسائل الإعلان المختلفة. فمما لا شك فيه أن العلامة التجارية تعد إحدى وسائل التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته، أو منتجاته أو خدماته إذ يستطيع عن طريق الإعلان والدعاية لعلامته أن يصل إلى أذهان المستهلكين بواسطة استخدام وسائل الإعلان المختلفة².

رابعا: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة

تعتبر العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية.

حيث يسعى المشروع الاقتصادي إلى اجتذاب العملاء إلى منتجاته وإغرائهم بتفضيلها على منتجات المشروعات المنافسة عن إتقان الصنع حتى تقترن العلامة في ذهن المستهلك بمعنى ضمان الجودة والإتقان، عن طريق الدعاية واستخدام وسائل الإعلان المتعددة كي تثبت العلامة في ذاكرة المستهلك³.

وعليه تعتبر العلامة التجارية أحد الركائز الأساسية التي يبنى عليها نجاح مشروع اقتصادي، فهي الوسيلة للمنافسة مع المشروعات الماثلة لها، وعلى حد سواء في الداخل أو الخارج.

المطلب الثاني: أنواع العلامات التجارية

تتنوع العلامات التجارية، بتنوع النشاط الذي يمارسه الأشخاص، ولا يقصد بأنواع العلامات أن هذه الأخيرة تخضع لأحكام مختلفة، وإنما تطور الحياة التجارية هو الذي أدى إلى ظهور مثل هذه الأنواع، وبناء عليه سنتناول أنواع العلامات التجارية بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لأنواع العلامات التجارية حسب موضوعها أما الفرع الثاني فسنبين فيه العلامات التجارية حسب الغاية من استعمالها.

1- محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص 282.

2- حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، بدون دار نشر، القاهرة، 1993، ص 18.

3 - Albert Chavanne et Salamon Clandine, marque de commerce ou de service, encyclopédie, 4em edition ,daloz, 1997, paris.

الفرع الأول: أنواع العلامات حسب موضوعها

يقصد بموضوع العلامة التجارية، المحل الذي تشمله العلامة، فيمكن أن تستغل بغرض تمييز المنتجات الصناعية أو تمييز السلع التجارية أو الخدمات لذا سنقسم العلامات التجارية حسب هذا المعيار إلى مايلي:

أولاً: العلامة التجارية

هي التي يستخدمها التجار في تمييز المنتجات التي يقومون ببيعها بعد شرائها سواء من تاجر الجملة أو من المنتج مباشرة بصرف النظر عن مصدرها¹. فالعلامة التجارية تشير إلى مصدر السلع، وتشعر المستهلكون بالاطمئنان للسلع التي تحمل علامة تميزها عن غيرها من مثيلاتها التي لا تحمل أية إشارة أو علامة تميزها ومن أمثلتها milka للشكولاتة.

ثانياً: العلامة الصناعية

ويقصد بها العلامة التي يستخدمها المنتج لتمييز منتجات منتج آخر تكون مشابهة أو مماثلة لها وهي علامة تميز صانع معين².

ومثال العلامات الصناعية استخدام محركات مرسيدس في صناعة سيارات أخرى. وفي هذه الحالة يكون من حق متلقي العلامة وضع علامة الصانع على هذه المادة الأولية أو أن يوضح استخدامه لمادة أولية تحمل علامة تجارية مختلفة عن العلامة التجارية لمنتجه النهائي .

ويلاحظ مما ذكرنا سابقاً أن العلامة الصناعية تشير إلى مصدر السلع وإن كانت مثل هذه التفرقة لا تؤثر في الحماية المقررة لتلك العلامة³.

ثالثاً: علامة الخدمة

هي إشارة تستعملها مؤسسات خدمية لتمييز خدماتها عن غيرها من خدمات مشروعات أخرى وتقوم بعرض خدماتها على جمهور المستهلكين أو طالبي الخدمة، وقد نصت اتفاقية ترينس في المادة 1/15 منها على علامة الخدمة وتوسعت في نطاق ما ورد في المادة 6 منها⁴.

1- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 284.

2- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترينس-trips)، نصت في المادة 6 على مايلي " تتعهد دول الإتحاد بحماية علامات الخدمة ولا تلتزم هذه الدول بأن تكفل التسجيل لتلك العلامات ".

3- ومن أمثلة الدول التي ترفض تسجيل علامة الخدمة : سويسرا، هولندا، اليونان، مصر.

4- الأمر 02-75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، الجريدة الرسمية المؤرخة في 04 فبراير 1975، العدد 10.

وقد انعكس ذلك على التشريعات الوطنية ومنها قانون العلامات التجارية الجزائري إذ نصت المادة الثانية من الأمر 06-03 بأنها "كل أداة لها قيمة اقتصادية". وبذلك فإن المشرع الجزائري على خلاف كثير من التشريعات¹ يعترف صراحة بوجودها وبالتالي حمايتها , وتحظى علامة الخدمة بحماية دولية فقد قضت بوجوب حمايتها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 في مادتها السادسة على وجوب حمايتها من طرف الدول الأعضاء في الإتحاد وذلك دون الالتزام بأن يكفل التسجيل لتلك العلامات² ومن أمثلتها العلامات التي تستخدمها مؤسسات النقل, وكذلك علامات خدمات المطاعم وشركات الطيران و الفنادق فهذه العلامات لا تظهر على المنتجات وإنما توضع على الأشياء التي يستخدمها المشروع وتوضع أحيانا على ملابس الموظفين الذين يقدمون الخدمة.

الفرع الثاني : أنواع العلامات حسب الغاية من استعمالها

الأصل أن يستعمل مالك العلامة التجارية علامته فعلا, غير أن صاحب المشروع الاقتصادي قد يستعمل علامة تجارية أو أكثر بأحد الهدفين, إما بصفة احتياطية أو بهدف منع الغير من التعدي على علامته, وقد يتطلب ذلك أكثر من مشروع علامة موحدة, لهذا يمكن أن نقسم العلامات التجارية حسب الهدف من استعمالها إلى ما يلي:

أولا: العلامة الأصلية

يقصد بها تلك العلامة التي يطلب صاحبها تسجيلها ويقوم باستغلالها فعلا, ومن حقه إضافة أو تعديل هذه العلامة أو تحسينها, ويجب عليه إتباع إجراءات تسجيل العلامة الأصلية لأجل تسجيل الإضافات الجديدة وتنطبق على تسجيلها ذات الإجراءات والشروط الشكلية والموضوعية وبذلك تتحول العلامة من شكل آخر³.

ثانيا: العلامة الاحتياطية

وهي علامات مسجلة بقصد استعمالها لاحقا فقد يقوم التاجر بتسجيل عدة علامات ليقوم باستخدام أحدها والاحتفاظ بالبقية لمنتجاته الأخرى التي قد تشابه أحيانا وكذلك احتياطا وتحسبا للمنتجات التي قد يستحدثها مستقبلا⁴.

5- سمير جميل حسن الفتلاوي , الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1988 , ص 289.

6- انظر المادة 11 من الأمر 06-03 وهي مدة قصيرة جدا.

7- تمنع الولايات المتحدة الأمريكية العلامات الاحتياطية لأن ملكية العلامة فيها تكتسب عن طريق الاستغلال وليس التسجيل, انظر جلال وفاء محمدين, الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية, دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية, 2000, ص 108 .

1- انظر المادة 11 الفقرة 2 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات التجارية.

ويعتبر هذا النوع من العلامات غير المرغوب فيه وذلك في ظل كثرة المنتجات واتساع حركة التجارة العالمية.¹ أما المشرع الجزائري فقد اتخذ موقفا وسطا باشتراط استغلال صاحب المشروع الاقتصادي للعلامة التجارية خلال سنتين من تسجيلها، وإلا فإن التسجيل لا ينتج آثاره.²

ثالثا: العلامة المانعة

ويهدف صاحبها من وراءها مجرد منع الغير من استعمالها، دون أن تكون لديه الرغبة في استغلالها³ وذلك لاقتربها لفظا أو سمعا من العلامة التجارية التي يقوم باستخدامها فعلا، وذلك حتى لا يحدث اللبس في ذلك لدى جمهور المستهلكين مما ينعكس عليه سلبا، ومثال ذلك أن يقوم التاجر بتسجيل علامة تجارية تحت اسم (white sun) ثم يقوم بتسجيل علامة مانعة باسم (white son) لمنع الغير من استخدام ذلك الاسم لسلع مشابهة.⁴

المبحث الثاني: القواعد العامة في الحماية القانونية للعلامة التجارية

يقصد بالحماية المدنية للعلامات التجارية، الحماية المقررة لجميع الحقوق أيا كان نوعها⁵، وهي التي تقضي- بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض⁶، إذ يحق لمن وقع تعدي على حقه في العلامة التجارية أن يرفع دعوى مدنية على المتسبب في ذلك الاعتداء، مطالبا إياه بالتعويض تأسيسا على المنافسة غير المشروعة متى توافرت شروطها، وبذلك تعتبر الحماية المدنية بمثابة المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق. وعليه سنقوم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول وسائل الحماية المدنية للعلامة التجارية من الاعتداء عليها، أما المطلب الثاني فسنخصصه لمعالجة الاختصاص القضائي لنظر دعوى المنافسة غير المشروعة

المطلب الأول: وسائل الحماية المدنية للعلامة التجارية من الاعتداء عليها

وتتمثل فيما يسمى بدعوى المنافسة غير المشروعة، أي تلك التي تلزم مرتكب التعدي بالتعويض، نتيجة الإخلال بالتزام أو بواجب يفرضه القانون على الكافة، والتي تشترط وجود منافسة غير مشروعة وأن ينتج ضرر عن هذه المنافسة غير المشروعة وعلاقة سببية بين الفعل الضار، من خلال ذلك سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم دعوى المنافسة غير المشروعة في فرع أول وشروطها في فرع ثان.

2- سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 293.

3- محمد حسين عباس، الملكية الصناعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

4- سميرة القليوبي، المرجع السابق، ص 521.

5- انظر المادة 124 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

6- محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص 291.

7- محمد عبد الرحمن الشمري، المرجع السابق، ص 117.

الفرع الأول : مفهوم دعوى المنافسة غير المشروعة

تعتبر دعوى المنافسة غير المشروعة وسيلة مالك العلامة التجارية غير المسجلة في حماية علامته من تعدي الغير عليها , ومن ثمة سنبين في هذا الفرع تعريفها وشروطها فيما يلي:

أولاً: تعريف دعوى المنافسة غير المشروعة

المنافسة غير المشروعة عبارة عن مجموعة من الأفعال المحظورة على الجميع وتجد مصدرها في نصوص القانون¹ كما عرفها البعض² بأنها " المنافسة غير المشروعة لا تمتنع من ممارسة النشاط و إنما تنطوي إلى القيام بأعمال واستخدام أساليب غير سليمة بقصد التأثير على العملاء واجتذابهم". أما باعتبارها دعوى فقد عرفت بأنها "الجزء الذي يقره القانون على ما قد يصدر من سلوك معيب في ميدان المنافسة"³.

ثانياً : شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

يشترط لنجاح دعوى المنافسة غير المشروعة أن تكون هناك منافسة غير مشروعة , أي أن يكون المخالف قد ارتكب خطأً ونج عن خطأه هذا ضرراً, كما يشترط وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر وهذا ما سنعالجه وفقاً لما يلي:

1- فعل المنافسة غير المشروعة (الخطأ) :

يعتبر شرط الخطأ من أهم شروط دعوى المنافسة غير المشروعة ويتحقق الخطأ بصدور أفعال تنطوي على مخالفة القوانين والعادات التجارية أو المنافسة للأمانة والشرف, والخطأ كما استقر عليه الرأي فقها وقضاء هو إخلال قانوني مقترن بإدراك المحل لذلك الواجب⁴

و الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة له معنى خاص يختلف عن معناه في دعوى المسؤولية عن الفعل غير المشروع, حيث يتطلب أن تكون هناك منافسة بين شخصين وان يرتكب أحدهما خطأ في هذه المنافسة, ويتحقق الخطأ في فعل المنافس سواء حدث ذلك عن عمد أو عن مجرد إهمال وعدم تبصر, أي سواء توفر لدى المنافس قصد الإضرار بالغير وسوء النية, أو كان الخطأ غير عمدي مبعثه الإهمال بحقيقة المنافس⁵

8- الخولي أكرم أمين, الوسيط في القانون التجاري, الجزء الثالث, الطبعة الرابعة, دار النهضة العربية, القاهرة , ص 48.

1- محمود سمير الشرقاوي, المرجع السابق, ص 561.

2- محرز أحمد , القانون التجاري الجزائري , الطبعة الثانية, ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر, ص 203.

3- صلاح زين الدين, المرجع السابق, ص 278.

1- شادلي نور الدين, القانون التجاري, دار العلوم, الجزائر, 2003, ص 65.

2- الضرر:

الضرر هو الذي يعطي الحق في المطالبة بالتعويض, ذلك أنه إذا لم يؤدي الفعل أو الخطأ إلى ضرر فإنه لا مجال للتعويض, لذلك يشترط في دعوى المنافسة غير المشروعة أن يثبت المدعي الضرر الذي لحق به نتيجة عدم مشروعية المنافسة. ومما لا شك فيه أن الاعتداء على علامة تجارية يلحق بمالكها ضررا مزدوجا من شأنه التأثير في مركزه المالي ومركزه الاجتماعي على حد سواء لأن هذا الاعتداء يؤدي إلى الخط من المنتجات التي تميز البضائع وبالتالي يؤدي إلى فقدان الثقة بصاحب العلامة التجارية وبالمنتجات التي تحمل تلك العلامة.

3- علاقة السببية بين الخطأ و الضرر:

يلزم لقيام المسؤولية التي تستوجب التعويض توافر علاقة السببية بين الخطأ من قبل المعتدي وحدث ضرر أصاب المعتدى عليه, إذ لا يكفي لقيام تلك المسؤولية توافر ركني الخطأ والضرر فحسب, لذا لابد أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المعتدي على العلامة التجارية المملوكة لغيره هو الذي أدى إلى إلحاق الضرر بمالك العلامة . و يستوي أن تقام الدعوى من قبل مالك العلامة التجارية أو من جانب المستهلك أو تاجر التجزئة الذي يقوم بتوزيع البضاعة التي تحمل علامة تجارية مقلدة¹ .

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي لنظر دعوى المنافسة غير المشروعة

أجاز المشرع الجزائري لصاحب العلامة التجارية رفع دعوى مدنية أمام المحكمة عن طريق طلب تعويض الضرر اللاحق به نتيجة تقليد العلامة, فدعوى المنافسة غير المشروعة هي وسيلة مالك العلامة التجارية غير المسجلة, في حماية علامته من تعدي الغير ومن خلال ذلك سنتناول في هذا المطلب الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى المنافسة غير المشروعة في فرع أول أما الفرع الثاني فسنخصصه لآثار رفع دعوى المنافسة غير المشروعة.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى المنافسة غير المشروعة

نعني بالاختصاص صلاحية التحقيق والحكم بمقتضى القانون في خصوصية معينة, ففي كل دعوى لابد من وجود مدعي ومدعى عليه (أولا), بالإضافة إلى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع (ثانيا), وكذا الأمر بالنسبة لدعوى المنافسة غير المشروعة.

أولا: أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة

1- الطرف الأول: المدعي: هو كل شخص لحقه ضرر من عمل المنافسة غير المشروعة .

2- شادلي نور الدين, المرجع السابق, ص 69, 68.

2- الطرف الثاني: المدعى عليه: هو كل شخص مرتكب للفعل الضار أو مسؤول عنه وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وفي حالة التعدد يمكن توجيه دعوى المنافسة غير المشروعة ضدهم جميعا بصفة تضامنية¹.

ثانيا: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى المنافسة غير المشروعة

لقد وضع المشرع لإقامة الدعوى المتعلقة بتسوية منازعات العلامة التجارية اختصاص قضائي معين حتى ينظر القاضي في الدعوى ويصدر حكمه فيها والذي يكون بمثابة جزاءات يضعها القاضي على من قام بفعل المنافسة غير المشروعة.

إذ يقوم النظام القضائي في بعض الدول كفرنسا مثلا على أساس وجود نوعين من المحاكم المدنية والتجارية، إذ تفصل المحاكم المدنية في جميع الدعاوى التي لم يجعلها المشرع من اختصاص محاكم أخرى منها المحاكم التجارية المختصة في النزاعات التجارية².

أما بالنسبة للاختصاص القضائي الجزائري بصدد دعوى منافسة غير المشروعة فالأصل أن يتعقد لمصلحة القسم التجاري بالمحكمة على اعتبار أنها المختصة في نظر المنازعات التجارية حسب نص المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، هذا فيما يخص الاختصاص النوعي.

أما فيما يتعلق بالاختصاص المحلي فإن المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تقضي- بالاختصاص العام، أي تطبيق القاعدة الأصلية في مجال التقاضي الذي يرجع الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، وتؤكد المادة 09 من نفس القانون على هذا الاختصاص، كذلك يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته موطنه بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة إلى جانب موطنه الأصلي⁴. وفيما يتعلق بالإثبات في المسائل التجارية فإنه من المعلوم أن المشرع أطلق لها الحرية في الإثبات وقد تناولت نصوص العلامة التجارية ذلك⁵.

3- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

4- المادة 37 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنه خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة ".

5- المادة 34 من الأمر 06-03 الذي جاء فيها " يمكن للمالك العلامة، بموجب أمر من رئيس المحكمة، الاستعانة، عند الاقتضاء، بخير للقيام بوصف دقيق للسلع التي يزعم أن وضع العلامة عليها قد ألحق به ضررا وذلك بالحجز أو بدونه ويتم إصدار الأمر على ذيل عريضة بناء على إثبات تسجيل العلامة عندما يتأكد الحجز، يمكن أن يأمر القاضي المدعي بدفع كفالة ".

1- حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 78.

2- المادة 29 من الأمر 06-03 التي جاء فيها " إذا أثبت صاحب العلامة أن تقليدا قد ارتكب أو يرتكب، فإن الجهة القضائية المختصة تقضي- بالتعويضات المدنية، وتأمّر بوقف أعمال التقليد وتربط إجراء المتابعة بوضع كفالة لضمان تعويض مالك العلامة أو صاحب حق الاستثناء بالاستغلال. ويمكن أن تتخذ الجهة القضائية المختصة، عند الاقتضاء، كل تدبير آخر منصوص عليه في المادة 30 أدناه. إذا أثبت صاحب تسجيل

الفرع الثاني: الحق في التعويض الناشئ عن الاعتداء على العلامة التجارية

سنحاول في هذا الفرع معالجة الجزاءات المترتبة على دعوى المنافسة غير المشروعة والمتمثلة فيما يلي:

أولاً: التعويض

إن الحق في العلامة التجارية يندرج تحت مظلة الحماية المدنية، إذ يحق لمن وقع تعد على حقه في العلامة التجارية أن يرفع دعوى مدنية على من أحدث التعدي أو تسبب فيه طالبا التعويض عن ذلك، تأسيسا على المنافسة غير المشروعة وإذا ما توافرت شروط رفع دعوى المنافسة غير المشروعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية وجب على المحكمة الحكم بالتعويض للمضرور ويكون التعويض نقدا عن الأضرار المادية و المعنوية . وللقاضي حرية تقدير مقدار الضرر والحكم فيه إذا استمر الضرر أو تكرر¹.

إضافة إلى التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية يجوز للمحكمة أن تحكم بإتلاف العلامات غير القانونية وأن تأمر عند الاقتضاء بإتلاف المنتجات والأغلفة وغيرها من الأشياء التي تحمل بيانات غير قانونية وكذلك إتلاف الآلات و الأدوات التي استعملت في عملية التزوير².

ثانيا : صاحب الحق في التعويض

إن دعوى المنافسة غير المشروعة يجوز رفعها من كل من أصابه ضرر وطلب الحكم بالتعويض وإزالة الضرر، سواء أكان مالكا للعلامة التجارية أم غير مالك فالتاجر الذي يتعامل في منتجات مميزة بعلامة معينة تشير إلى مصدر الإنتاج يضار في حالة لجوء تاجر آخر إلى تزوير هذه العلامة ووضعها على منتجات من ذات النوع، كذلك الشأن بالنسبة لمن له حق انتفاع على العلامة بعقد ترخيص من مالكيها، كما يجوز للمستهلكين رفع الدعوى عند توافر أركانها والحصول على التعويض عن الأضرار التي تلحقهم جراء الاعتداء على العلامة التجارية³.

إذن في كل الأحوال يمكن الحصول على التعويض جراء التعدي على علامة تجارية بعد أن يثبت المتضرر واقعة التعدي كتقليد علامة تجارية أو استعمالها بدون موافقة صاحبها أو أي فعل آخر ألحق به ضررا ، كما يجب أن يثبت المدعي الخسارة التي لحقت به جراء فعل الاعتداء، بالإضافة إلى الربح الفائت كخفض مبيعات المدعي، كما لا بد من إثبات قيام علاقة سببية بين واقعة التعدي والضرر الذي لحق بالمدعي.

العلامة بأن مساسا بحقوقه أصبح وشيكا، فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع المساس بالحقوق وتأمر بمصادرة الأشياء والوسائل التي استعملت في التقليد وإتلافها، عند الاقتضاء .

3- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 574.

² المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي / للفيومي: أحمد ابن محمد بن علي، المكتبة العلمية (بيروت - لبنان) ص 265.

³ المغني / لابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى 1408هـ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان بالقاهرة، ج 8، ص 184 .

خاتمة :

تلك كانت معالجتنا لموضوع الحماية المدنية للعلامة التجارية والتي فرضت نفسها على الساحة القانونية بكل قوة نظرا لدور العلامة التجارية في تقدم المجتمعات وازدهارها، وفي توعية الأفراد وتنقيفهم وصولا إلى مجتمع حضاري ثقافي لا يوجد فيه ما يعكر صفو استئثار الفرد بأملكه .

وفي الأخير ندعو المشرع الجزائري لإعادة النظر في الأحكام و القواعد التي تحمي العلامات التجارية على النحو الذي يسير التطورات الحديثة في هذا الشأن سيما وأن المنافسة التجارية أصبحت تتخذ أشكالا متعددة مما يتطلب حماية دقيقة وفعالة لكافة الفعاليات الاقتصادية في البلاد بشكل يشجع روح المنافسة الشريفة في جو تسوده علاقات التعاون وحسن النية بدلا من إتباع الوسائل والأساليب المشبوهة للإثراء على حساب الآخرين عن طريق تزوير وتقليد واغصاب علامات الغير للتستر خلفها وتصريف منتجات ذات نوعية رديئة على حساب المستهلك حسن النية.

قائمة المراجع :

مؤلفات عامة :

- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988 .
- الحارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، الطبعة الثالثة، 2000 .
- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- الشرقاوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة . 1982.
- علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة، أحمد مخيمر، القاهرة.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري- حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ابن خلدون، وهران، 2006.

- محمد بن أبي بكر الرازي، معجم الصحاح، دار الكتاب العربي للنشر. بيروت. 1982.

- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

المؤلفات المتخصصة :

- حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، بدون دار نشر، القاهرة، 1993.
- صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000 .
- محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامة التجارية في ضوء اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة، القاهرة، 2004.

أهم النصوص القانونية :

- 1- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية, العدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008 .
- 2- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات التجارية المنشور في الجريدة الرسمية, العدد 44 .
- 3- الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .
- 4- الأمر 02-75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 الجريدة الرسمية المؤرخة في 04 أفريل 1975 العدد 1 .

المراجع الأجنبية :

- 1- Albert Chavanne et Salamon Clandine, marque de commerce ou de service, encyclopédie, 4em edition ,dalloz,1997,paris.
- 2- code Français de la propriété intellectuelle ,2em édition , Dalloz ,paris 2000 .

مظاهر تحديد المسؤولية من خلال المؤسسة ذات الشخص الوحيد
(دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والجزائري)
أ. بن شنوف فيروز- أستاذ مساعد "أ"- المركز الجامعي تيسمسيلت

ملخص:

تتناول هذه المقالة ظاهرة صعوبة استقبال الآليات القانونية الجديدة التي تلبي احتياجات الأفراد وتحقيق مصالحهم في مختلف النشاطات الاقتصادية مع وجود المبادئ الراسخة في القانون المدني، ويعتبر مبدأ وحدة الزمة المالية وعدم تجزئتها من الأمثلة الواضحة على هذه الظاهرة. فطبقاً لهذا المبدأ الضيق تعتبر جميع أموال المدين ضامنة لديونه، فلا يستطيع أن يخصص جزءاً منها لاستثماره في نشاط معين ويحدد مسؤوليته في هذا الجزء دون باقي أمواله، وهذا ما يعرف بحق الضمان العام للدائن على أموال مدينه. وقد ظهرت اتجاهات حديثة في نظرية الزمة المالية ترجعها المشرع الفرنسي - على الرغم من كون القاعدة في النظام القانوني الفرنسي هي وحدة الزمة المالية وعدم تجزئتها- في سلسلة من القوانين، أبرزها قانون 11 يوليو لسنة 1985، والذي أجاز تأسيس شركة الشخص الواحد عن طريق تخصيص الشريك الوحيد بعض أمواله لمزاولة استغلال تجاري أو زراعي على أن تنحصر مسؤوليته عن هذا الاستغلال في حدود رأس مال الشركة، وفي ظل هذه التطورات التي عرفها المفهوم القانوني للزمة المالية في فرنسا، نجد أن المشرع الجزائري قد واکب هذا التطور بموجب الأمر رقم 96-27 لسنة 1996 الذي أجاز للشخص الطبيعي تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة بمفرده تحت مسمى المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة.

الكلمات المفتاحية:

(زمة مالية- مسؤولية محدودة- شركة- تخصيص- شخص وحيد- تعدد الشركاء)

Résumé

Les législateurs en France ainsi qu' en Algérie ont traditionnellement posé un principe d'unicité du patrimoine qui signifie qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine.

Les biens d'une personne débitrice sont en conséquence le « gage commun » de l'ensemble de ses créanciers, sans distinction selon le but pour lequel la dette a été contractée (art. 2285

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/08

تاريخ مراجعة المقال: 2016/09/19

c. civ.Fr et art. 188 c. civ.Alg). Autrement dit, en principe, une personne ne peut pas affecter une part de ses biens à un but particulier.

L'unité du patrimoine est aujourd'hui dépassée à certains égards. Il convient d'observer tout d'abord que le législateur admet l'existence de masses distinctes au sein d'un patrimoine global après l'adoption de la loi sur l'EURL (Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée) (La loi du 11 juillet 1985 et l'ordonnance no 96-27) par laquelle le législateur a eu recours à la personnalité morale et au droit des sociétés comme au principe de l'unicité du patrimoine pour admettre l'existence de sociétés unipersonnelles.

Mots clés :

(Unicité de patrimoine- Affectation- Responsabilité limitée- Société unipersonnelle.)

مقدمة:

تمثل نظرية وحدة الذمة المالية وما يترتب عليها من آثار العقبة الأساسية¹ ضد كل محاولة لاستقلال المشروع الفردي² عن مالية التاجر الفرد مالك المشروع، فوفقاً لهذه النظرية لا يستطيع التاجر الفرد الفصل بين مسؤوليته الشخصية والمخاطر الناشئة عن استغلال مشروعه، ولذلك يعتبر إقرار بعض التشريعات حديثاً - استجابة للفقهاء القائلين بجواز تعدد الذمة المالية - لمبدأ تحديد مسؤولية الشخص الطبيعي، وإعطائه الحق في إنشاء مشروع مستقل بأصوله وخصومه عن ذمته الشخصية، مظهراً هاماً من مظاهر تراجع قدسية المبدأ. كما أن الصعوبات التي يثيرها حق الضمان العام للدائن على أموال مدينه تدفع المشرع إلى وضع آليات قانونية تضمن للأفراد تحديد مسؤوليتهم بقدر الأموال التي يخصصونها لنشاط معين، ومن ثمة فالمشكلة تتلخص في:

هل مازال مبدأ وحدة الذمة المالية يحتفظ بقدسيته بعد أن عرفت التشريعات الحديثة كلا من المشروع الفردي محدود المسؤولية والمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة؟ وهل تحقق الآليات السابقة علاقة متوازنة بين صاحب ذمة التخصيص والأشخاص الذين يتعاملون معه؟

¹- J. Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», Rev. Soc. 1974, p. 235.

²- ينبغي علينا في واقع الأمر التفرقة بين المشروع الفردي محدود المسؤولية وشركة الشخص الواحد وعدم الخلط بينهما، فالمشروع الفردي يقوم على أساس تخصيص شخص جزءاً من ذمته لنشاط تجاري معين، دون لزوم الاعتراف لهذا المشروع بالشخصية المعنوية المستقلة عن صاحبه، ونقول في هذه الحالة أن المشروع الفردي يمثل مؤسسة. أما شركة الشخص الواحد فهي شخصية معنوية مستقلة عن مؤسسها ولو قامت على فكرة ذمة التخصيص، وتقوم في مجئنا هذا باستعمال مصطلح المشروع الاقتصادي الفردي للتعبير عن كل من المشروع الفردي محدود المسؤولية، وشركة الشخص الواحد محدود المسؤولية أو ما يعرف في التشريع الجزائري بالمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة. انظر في هذه التفرقة: د/ عبد الحكم محمد عثمان، ضد شركة الشخص الواحد " نحو بناء قانوني أفضل للمشروع الاقتصادي الفردي"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1994، ص 5.

للإجابة على هذه الإشكالية نتطرق في هذه الدراسة إلى مسألة تعاظم انحسار مبدأ وحدة الذمة المالية مع ما شهدته بعض التشريعات الحديثة من تطورات في النظم القانونية مسيرة في ذلك الاتجاه الذي يتزايد يوماً بعد الآخر نحو تحديد مسؤولية المدين، من خلال آلية قانونية قائمة على تحديد المسؤولية وهي المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، وعلى ذلك سنجعل هذه الدراسة في مبحثين: الأول: نعرض فيه مخاطر عدم تحديد مسؤولية الشخص الطبيعي، والثاني نوضح فيه كيفية هذا التحديد:

المبحث الأول: مخاطر عدم تحديد المسؤولية

إن الأخذ بمبدأ وحدة وعدم تجزئة الذمة المالية يؤدي إلى اختلاط الأموال المخصصة لاستغلال "المشروع التجاري" بأموال الممول الأخرى الخارجة عن دائرة هذا الاستغلال، لتصبح هذه وتلك ضامنة للوفاء بكل ديونه التجارية، فلا يستطيع الشخص الطبيعي في هذا الفرض تحديد مسؤوليته بأموال المشروع استقلالاً عن ذمته المالية العامة، ومن هنا سنتناول في هذا المبحث الأخطار الناتجة عن الخلط بين المشروع الفردي والذمة المالية للممول من ناحيتين:

المطلب الأول: تعارض عدم التحديد مع مصلحة ممول المشروع

نعالج هذا التعارض من الناحية التجارية، ثم من الناحية الضريبية، وأخيراً من جانب التنظيم القانوني للتأمينات الاجتماعية:

أولاً: من الناحية التجارية

يخاطر الممول عند استغلاله للمشروع التجاري بكل ذمته المالية، فكل أمواله الحاضرة والمستقبلية، وبغض النظر عن مصدرها، تضمن الوفاء بكل ما عليه من التزامات. ويترتب على توقفه عن دفع ديونه التجارية شهر إفلاسه، وغل يده عن إدارة أمواله، ثم توزيعها على الدائنين وفقاً لقواعد قسمة الغرماء.¹ ولا شك في أن هذا الخطر يهدد الممول في ماله وشرفه واعتباره² الأمر الذي قد يؤدي إلى ترده وبذره روح المخاطرة التي لا غنى عنها للنشاط التجاري، أو إلى إنشاء شركة وهمية يسيطر على إدارتها، ويتصرف في أموالها كما يتصرف في ماله الخاص، وتوفر له فوق ذلك ميزة تحديد المسؤولية، وهذا من شأنه أن يولد عدم توافق بين القانون والواقع.

ولذلك نعتقد أن تحديد المسؤولية الذي يميز المشروع الفردي في شكل شركة الشخص الواحد، يمنع الدائنين من متابعة ذلك الجزء من الذمة الذي لم يخصه صاحب المشروع لمشروعه، وعليه تتحقق حماية هذا الأخير.

¹ - وفقاً لنص المادة الثانية من قانون 13 يوليو 1967 يستوي أن يكون الدين الذي لم يتم الوفاء به ديناً تجارياً أو ديناً من طبيعة مدنية:

L'art. 2 de la loi n° 67-563 du 13 juill. 1967.

² Jaques Aussedat, art. préc., p. 239. V. J.O. du 14 juill. p. 7059.

ثانيا: من الناحية الضريبية:

يزيد سعر الضريبة التي يخضع لها الدخل الذي يحصل عليه الممول الفرد - وهي طبعا ضريبة على الأرباح التجارية والصناعية إذا كان شخصا طبيعيا- عن سعر الضريبة المفروضة على كسب العمل التي كان سيخضع لها لو أن المشروع الفردي يتخذ شكل إحدى الشركات ذات المخاطر المحدودة، أو عند تحقق الفصل بين المشروع والممول في شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية،¹ ونحن نؤمن بأن هذه الشركة تسمح للشريك الوحيد بمعاملة ضريبية أفضل لأنها تعمل على تخفيف الأعباء المالية المتعلقة ببيع المحل التجاري وتخفيض الفوائد الضريبية المتعلقة بتكاليف اكتساب الشريك الوحيد للحصص الاجتماعية.

ثالثا: من ناحية التأمينات الاجتماعية:

ظل الممول الفرد لمدة غير قصيرة منسياً من جانب التشريعات المنظمة للتأمينات الاجتماعية، كذلك المتعلقة بالتأمين ضد إصابات العمل والأمراض، والإعانات العائلية، إلى غاية تبني مبدأ تحديد مسؤولية الممول في شركة الشخص الواحد، حيث أجاز المشرع الفرنسي- للشريك الوحيد الإفادة من نظام التأمين الاجتماعي بإصداره عددا من القوانين، منها على سبيل المثال القانون رقم 86-76 الصادر في 17 يناير 1986، الذي قام فيه بإخضاع الشريك الوحيد -إذا كان شخصا طبيعيا- إلى مختلف النظم الاجتماعية للعمال غير الأجراء وغير المزارعين.²

المطلب الثاني: تعارض عدم التحديد مع مصلحة المشروع الفردي.

إن الخلط بين المشروع والممول يجعل بقاء الأول واستمراره رهينة رغبة الأخير وحالته الصحية، كما أنه يربط مصير المشروع بالمركز المالي أو الاقتصادي للمشروعات الأخرى - التي قد ينظمها نفس الممول - وما قد تواجهه من صعوبات عملية، نوضح ذلك فيما يلي:

أولا: إن عدم تحديد مسؤولية الممول يقتضي أن يكون المشروع عنصراً من عناصر الزمة المالية للمالكه، لذلك فإن مركزه المالي يتوقف على المبالغ التي ينفقها الممول وحالته الصحية: فإذا أسرف الممول على نفسه نتيجة لطيش وبدد ثروته، فإن ذلك ينعكس على المشروع الذي يقوم باستغلاله، وإفلاس هذا الممول يترتب عليه إفلاس المشروع وتصفيته. ويحدث نفس الأثر إذا مرض الممول أو مات، فإن المشروع الفردي تحتل إدارته لاسيما إذا كان الورثة غير قادرين على استغلاله أو إذا اختلفوا بشأن هذا الاستغلال.³

¹ - Jaques Mauro, " L'E.U.R.L. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée: Ménage à deux avec l'état? En tous les cas; une chance pour l'économie", Gaz. Pal., Gazette des tribunaux et la droit réunis journal judiciaire trihebdomadaire, Paris, 106^e année, n° 4, juillet- août 1986, p. 433.

² - راجع المادة 11 من هذا القانون المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 18 يناير 1986، ص 888.

³ J. Boulez, Essai sur l'entreprise individuelle, thèse, Lyon, 1979, n° 178, 179.

ثانياً: ومن ناحية أخرى، يترتب على اندماج المشروع في الذمة المالية للممول اختلاط رأس المال المخصص للمشروع التجاري والأرباح المحققة من استغلاله بتلك الأموال المخصصة للمشروعات الأخرى التي قد يقوم على استغلالها الممول نفسه، وبالتالي فإن الأزمات الاقتصادية التي قد يتعرض لها واحد من المشروعات الأخرى وفقاً لقاعدة وحدة الإفلاس المترتبة على وحدة الذمة المالية للشخص، تهوي بباقي المشروعات، لأن توقف هذا المشروع عن دفع ديونه نتيجة لظروف خاصة بنوع نشاطه ومن ثمة إشهار إفلاس الممول، يجعل كل الأموال الحاضرة والمستقبلية التي تؤول إليه، سواء كانت عقارية أو منقولة، وسواء أعلقت بتجارته أم لم تتعلق بها تصبح في حالة حجز شامل لمصلحة جماعة الدائنين.¹

وجدير بالذكر أن عمل التشريعات الحديثة بنظرية تعدد الذم المالية عن طرق اعترافها بانفصال المشروع عن صاحبه يحقق للمشروع استقراره وصلابته، وسوف تنصب مطالبة الدائنين على أصول المشروع وليس على مال صاحبه، ليساير القانون بذلك المتغيرات الاقتصادية لتحقيق عدد من المزايا والأهداف التي يتطلع إليها المشرع من خلال السماح بتحديد مسؤولية الشخص الطبيعي.

غير أن الشخص ليس حراً بإرادته وحده أن يجزئ ذمته المالية أو يعددها على هذا النحو، بل لابد من تدخل القانون في ذلك، فالقانون هو وحده الذي يضع النظام الخاص للأموال التي خصصت لأغراض معينة، وتبعاً لذلك نحدد في المطلب القادم الكيفية والأساليب المستخدمة من أجل التوصل إلى تحديد المسؤولية في المشروع الاقتصادي الفردي وكذلك نطاق هذا التحديد:²

المبحث الثاني: كيفية تحديد المسؤولية في شركة الشخص الوحيد

نعالج في هذا المبحث شركة الشخص الواحد كأبرز أسلوب لتحديد مسؤولية صاحب المشروع الاقتصادي الفردي في مطلب أول، ونطاق هذا التحديد في المطلب الثاني:

المطلب الأول: شركة الشخص الواحد كأسلوب لتحديد المسؤولية

نعالج في هذا المطلب انعكاسات هذا الأسلوب على كل من النظرية الحديثة للذمة المالية والمفهوم العقدي للشركة:

¹ - دا محسن شفيق، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الثالث، من رقم 185 إلى رقم 187.

² حيث أن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة بالنظام العام " فلا يملك المدين أن يتفق على أن يكون هذا المال أو تلك غير داخل في نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام يكون محدداً بمجموعة معينة من الأموال" انظر دا نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 118.

أولاً: المفهوم الجديد للشركة في ظل النظرية الحديثة للذمة المالية :

إن الهروب من شبح المسؤولية المطلقة للتاجر عن ديونه والتزاماته هو ما يدفع باتجاه التفكير نحو تحديد مسؤوليته¹ منذ زمن بعيد على المستوى الفقهي والقضائي والتشريعي في العديد من الدول كفرنسا والجزائر. وقد كانت إحدى المحاولات نحو تحديد مسؤولية التاجر بإنشاء شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، التي كان لها أثرها بالنسبة للمبادئ القانونية الراسخة كوحدة الذمة المالية، والمفهوم العقدي للشركة. فالاعتراف بمشروع الشخص الواحد محدود المسؤولية على شكل شركة تتمتع بشخصية معنوية يمثل خروجاً واضحاً عن النظرية التقليدية في الذمة المالية التي لطالما شكلت عقبة أمام أي نظام قانوني يهدف إلى تحديد المسؤولية، هذه العقبة تخطتها العديد من الدول عندما قامت بقطع الصلة بين الشخص وذمته المالية عن طريق تعديل التشريعات المتعلقة بالشركات، وفيما يلي توضيح انعكاسات هذا التعديل على المفهوم التقليدي للشركة في التشريعين الفرنسي والجزائري:

1. الوضع في القانون الفرنسي²

أخذ المشرع الفرنسي عند تبنيه لفكرة تحديد مسؤولية الشخص الطبيعي بشكل شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية بموجب القانون رقم 697 لسنة 1985، وكأثر منطقي لهذا التوجه الجديد تم تعديل المفهوم القانوني للشركة الذي كانت تخضع له مختلف التشريعات الفرنسية، وقد انقسم توجه المشرع الفرنسي إلى مرحلتين:

○ القانون الفرنسي قبل صدور القانون رقم 697 لسنة 1985

كانت فكرة شركة الشخص الواحد فكرة مرفوضة إتباعاً للنظرية التقليدية في الذمة المالية التي تقوم أساساً على أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه،³ فهذه الشركة شخص قانوني مستقل عن شخص الشريك الوحيد الذي قام بتخصيص جزء من أمواله لغرض من الأغراض، ليكون هذا الجزء فقط ضامناً لديون هذه الشركة

¹ - Rotondi, «La limitation de la responsabilité personnelle dans l'entreprise individuelle», R.T.D. Com., 1968, p.1

² - انظر في المؤلفات والبحوث الفقهية المتعلقة بشركة الشخص الواحد على سبيل المثال: M. Cousté, F. Taquet, Anne-Marie Klapka et Roger Mayer, " L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée une réalité économique", Les Petites Affiches, n°. 71, 14 juin 1985, p.13 ets.; Hans Michael Ilgen, La société unipersonnelle En droit français, thèse Paris, 1966, p. 267. ; Pinho E- Almeida, Sociétés unipersonnelle en droit français et en droit comparé, Nice, 1972. ; Jean-Marie Goetchbeur, "La société unipersonnelle est-elle une panacée?", Cridon du Nord 1981, p. 210- 237. ;Danièle Granger, La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle, thèse, Rennes, 1976. ; Ducouloux-Favard, " Société d'un seul, Entreprise unipersonnelle", Gaz.Pal. 1990, Doctr.577.

³ - راجع المواد 2092 و 2093 من الترميم السابق للقانون المدني الفرنسي، والمواد 2284 و 2285 من الترميم الحالي.

دون باقي الأموال¹، وهذا الأمر مرفوض في منطق تلك النظرية. وكنتيجة لذلك لم يحز القضاء الفرنسي تخصيص الزمة المالية الذي تقوم عليه الشركة المؤلفة من شخص واحد، لأن ذلك لا يتفق -كما قضت محكمة النقض الفرنسية- مع " المبدأ العام الذي يقر وحدة الزمة المالية والذي يصدق بالنسبة للأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعيين على السواء"².

كما لم يكن المشرع الفرنسي قبل صدور قانون 1985 يميز ابتداء "ab initio" وعلى نحو مباشر تأسيس شركة الشخص الواحد تماشياً مع فحوى نص المادة 1832³ من التقنين المدني التي تكرر المفهوم العقدي "la conception contractuelle" للشركة وما يستتبعه من توافر إرادتين مختلفتين كحد أدنى لتأسيس أي شركة.⁴

كذلك نص تقنين التجارة لسنة 1807 على حل الشركة بقوة القانون في حال اجتماع كافة الحصص أو الأسهم في يد شريك واحد لتعارض هذه الشركة مع مبدأ وحدة الزمة المالية من جهة ولتعارضها مع مبدأ تعدد الشركاء من جهة أخرى،⁵ ولقد تبني القضاء هذا الاتجاه في العديد من أحكامه.⁶ كما أن تنازل أحد الشركاء عن حصته في

¹ -انظر في تساؤل الفقه الفرنسي عن مدى إمكانية هذا التخصيص:

Jaques Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc., p. 222:

(3) انظر قرار محكمة النقض:

² -انظر قرار محكمة النقض:

Cass. Civ. 23 avril, 1969, 4 arrêts, D. 1969, p.341, J.C.P. obc. anonyme.

V. J.Coffy, Traité pratique des sociétés commerciales, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1973, n^{os} 24 et s; De Juglart et Ippolito, Droit commercial, Montchrestien, 1970, n^{os} 482

أيضاً قضت محكمة استئناف باريس بأن نظاماً يقوم على تخصيص الزمة المالية يتعارض مع المفهوم الفرنسي للزمة المالية " أنظر الحكم الصادر من محكمة باريس: 6 janv. 1967, J.C.P.1967, 15241.

³ - art. 1832 avant modification: « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vu de partager le bénéfice qui pourra en résulter.»

⁴ - فالشركة حسب الإجماع الفقهي آنذاك في فرنسا لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيما لو لم يكن عددهم لا يقل عن اثنين، واجتماع حصص الشركة في يد شخص واحد لا يترك في الواقع إلا شخصا واحدا منفردا، ذلك أن فكرة الشركة لا يمكن فصلها عن تعدد الشركاء:..

Paris, 14 nov. 1932, D.1934, p. 118, note P. Pic.

⁵ انظر في تقنين سنة 1807 المفهوم العقدي للشركة المواد الآتية:

L'article 20: " la société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre..."

L'article 23: " la société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés, responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds..." -

⁶ G.Flores et J.Mestre, art. préc., p. 15.

الشركة لشريكه الوحيد يترتب عليه انقضاء الشركة وانتهاء الشخص المعنوي الذي تمثله¹ وانتقال أموال الشركة إلى المتنازل إليه.

ثم قام فيما بعد قام قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 بإلغاء الحل التلقائي للشركة التي تقتصر - على شريك واحد بموجب المادة التاسعة منه وأوجد محله الحل المؤجل أو الحل القضائي² في خلال سنة من تاريخ اقتصار الشركة على شريك واحد،³ وأثناء هذه المهلة تبقى الشركة قائمة، ولا يستطيع الدائنون الشخصيون للشريك الوحيد التدخل في العمليات التي يقوم بها هذا الأخير بخصوص الشركة، وذلك بسبب انفصال الذمة الشخصية للشريك الوحيد - والتي تمثل ضمان الدائنين الشخصيين - عن الذمة المالية للشركة، والدليل على هذا الانفصال: أنه وأثناء المدة القانونية التي يستمر فيها الوجود القانوني للشركة، لا يستطيع أي كائن طلب حل الشركة، ويملك للشريك الذي اجتمعت كل الحصص تحت يده صلاحية معالجة هذا الوضع بإيجاد شركاء جدد في خلال هذه المدة.⁴

وبذلك تمثل المادة السابقة انقلاباً هاماً في المبادئ التي تحكم قانون الشركات في فرنسا أكدته التشريع اللاحق عند تعديل الباب التاسع من المجموعة المدنية الفرنسية بالقانون رقم 9 الصادر في 4 يناير 1978، حيث نجد أن المادة 1844 منه قد رددت نص المادة التاسعة من قانون سنة 1966، فصار حكمها يسري بالنسبة للشركات التجارية والمدنية على السواء.⁵

وبذلك نجد لشركة الشخص الواحد أساساً غير مباشر قبل صدور قانون 1985 بتطبيق نص المادة التاسعة من قانون 1966 والمادة 1844 من قانون 1978.

○ شركة الشخص الواحد في قانون 11 يوليو 1985

لقد كان لمطالبة أصحاب المشروعات الصغيرة والمتوسطة في فرنسا بإيجاد تنظيم قانوني يوفر لهم الحماية القانونية ضد المسؤولية الشخصية؛ وقصر هذه المسؤولية بمقدار رأس مال مشروعهم التجاري الأثر الأكبر في صدور

¹ - V. Cass. 23 fév. 1898, S. 1898, 293. cité par J. Bastian, La société unipersonnelle, p. 325. et Bastian, «La réunion de toute les actions d'une société entre les mains d'une seule personne», J. soc., 1933. p. 65.

² كانت المادة التاسعة من القانون رقم 537 الصادر في 24 يوليو 1966 المنظم للشركات التجارية تنص على أنه:

" La réunion de toutes les parts ou actions en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander la dissolution de la société si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un un."

³ V. Jaques Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc., p. 230.

⁴ بينما يستطيع الشريك الوحيد إثارة طلب حل الشركة، حسب ما سمحت له المادة الخامسة من المرسوم التطبيقي لقانون سنة 1966.

Jaques Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc., p. 230.

⁵ - Y. Chartier, « La société dans la code civil après la loi du 4 janvier 1978 », J.C.P.éd. Cl., 12919.

ويقابل المادة 1844 من التقنين المدني الفرنسي المادة 4-L223 من التقنين التجاري الحالي

القانون رقم 85-697 والذي سمح بالتأسيس المباشر لشركة الشخص الواحد ذي المسؤولية المحدودة وشركة الاستغلال الزراعي.¹ على أن ذلك قد اقتضى من المشرع الفرنسي تعديل التعريف القانوني للشركة الوارد في المادة 1832 من التقنين المدني حتى يستوعب هذا التطور القانوني الجديد، فأضاف فقرة ثانية جديدة إلى المادة مفادها أن: " الشركة يمكن أن تتأسس في الحالات المنصوص عليها في التشريع، بموجب عمل إرادي من جانب شخص واحد."² وهذا يعد تكريسا للمفهوم النظامي "la conception institutionnelle" للشركة في القانون الفرنسي إلى جانب المفهوم العقدي الذي لم يرتضي المشرع الاستغناء عنه،³ ومرة أخرى جعل المشرع -بمقتضى هذا التعديل- من الإرادة المنفردة مصدرا مباشرا للالتزام، بما أن هذه الشركة تنشأ دون توقف على قبول شريك ثان.⁴

كما استدعى الحال تعديل المادة 34 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966، حيث أجازت هذه المادة بعد تعديلها تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة بواسطة شخص واحد أو أكثر لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم في رأس المال.⁵

وبصدور قانون سنة 1985 أصبح بإمكان الشخص الطبيعي تخصيص بعض أمواله لمزاولة استغلال تجاري أو زراعي معين، بحيث تنحصر مسؤوليته عن هذا الاستغلال في حدود ما خصصه من أموال.⁶

وهكذا يكون المشرع الفرنسي قد جعل قانون الشركات متلائما مع متطلبات النظرية الحديثة في الزمة المالية، استجابة لما كان يناهز به جانب من الفقه الفرنسي.⁷ وبهذا التجديد أصبحت أحكام المادة 5/1844 من التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بالحل القضائي في حالة تمركز كل حصص الشركة في يد شخص واحد غير مطبقة على

¹ J.O., 12 juill. p. 7862.

² art. 1832/2 [Modifié par l'art. 1^{er}. Loi no 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée]:

" Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne."

³ انظر في الانقلاب التي عرفها قانون الشركات بصدور تشريع يوليو 1985:

P. Serlooten, "L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", art. préc., p. 188, n^{os} 7 et s.

⁴ والأصح أن القانون في هذه الحالة لا يعد المصدر المباشر للالتزام، وذلك لأنه إذا تخلفت الإرادة، أو إذا لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، لم يقيم الالتزام حتى لو كان القانون ذاته قد نص على إنشاء الالتزام في هذه الحالة، انظر: دا نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 355.

⁵ Art. 34 de la loi no 66-537 du 4 juill. 1966 sur les sociétés commerciales [Modifié par l'art. 2 de la Loi no 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

⁶ A. Lescaillon, « l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée: Loi no 85-697 du 11 juillet 1985. », Rev. Huissiers de justice, 1985, p. 1444.

⁷ انظر على سبيل المثال:

Jean Yves Rodière, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, Monstre ou mutant », Les Petites Affiches, n^o. 88, 24 juill. 1985.

الشركات ذات المسؤولية المحدودة.¹ فإذا كان هذا التعديل قد سمح بتكوين شركة ذات مسؤولية محدودة منذ البداية بشريك واحد، فمن باب أولى لا يعد تركز كل حصص الشركة في يد شخص واحد سببا لحل الشركة، ولكن سببا لتحويلها من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة شخص واحد، ومع ذلك فإن أحكام المادة 5/1844² من التقنين المدني الفرنسي تظل مطبقة كقاعدة عامة على باقي أشكال الشركات.³

ولا نجد مبرراً لاعتبار البعض - ممن يناصرون المفهوم العقدي للشركة - شركة الشخص الواحد حالة جديدة من حالات تعاقد الشخص مع نفسه تضاف إلى الحالات التي يعرفها القانون الوضعي، لأنه من المعروف أن تعاقد الشخص مع نفسه هو ذلك العقد المبرم بواسطة شخص واحد يعمل بصفتين وليس بصفة واحدة، وفي شركة الشخص الواحد لا يتوافر للشريك الوحيد صفتان مختلفتان عند تكوينه للشركة، لأنه وإن كنا نعتز بصفته كؤسس لهذه الشركة، فإنه لا يمكننا اعتباره ممثلاً أو وكيلاً للشركة تحت التأسيس، نظراً لعدم إمكانية وجود هذا النوع من الشركات تحت التأسيس، ونتيجة لذلك لا توجد أي فترة نستطيع أن نفرق فيها بين صفة المؤسس وصفة الممثل أو الوكيل للشركة.⁴

كما أننا لا نستطيع الاستمرار في دعم المفهوم العقدي للشركة⁵ نظراً لأن هذه الأخيرة لم تعد ترديدا للقواعد العامة للعقود بعد التزايد المستمر للقواعد الآمرة التي تحكم نشاط الشركة وإدارته في الوقت الحالي.⁶

2. الوضع في القانون الجزائري:

إذا كانت جذور شركة الشخص الواحد قد نبئت في فرنسا وألمانيا إلا أن ثمارها قد امتدت إلى الجزائر من أجل مساهمة الاتجاه الحديث في الزمة المالية، وظهور المشروع الفردي كأساس للاقتصاد الحر بعد أن كان غير متمتع بأي تنظيم قانوني خاص. وعلى غرار القانون الفرنسي، مر القانون الجزائري بمرحلتين فيما يتعلق بتخصيص ذمة الشخص الطبيعي في شركة الشخص الواحد:

¹ تم هذا التعديل بموجب الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون 1985.

² يقابلها حالياً المادة 4-223 L. من التقنين التجاري

³ دا فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 94.

⁴ B. Serge, " L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée/ La volonté de l'associé avec soi", jour. Finances, 6 juin 1985

⁵ تأثرت العديد من المبادئ القانونية باعتراف المشرع بتأسيس شركة الشخص الواحد وخروجه عن المبدأ الذي يقتضي وحدة الزمة المالية ومن هذه المبادئ مبدأ تعدد الشركاء، فالشركة كانت لا تقوم إلا بتوافرية المشاركة بينهم، فالقاعدة الأصلية لهذا الإطار التصوري كانت العقد.

⁶ انظر في ذات الرأي:

Paillusseau, "L' E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle", J.C.P. 1986. I. doct. 3242, n° 25.



المرحلة الأولى ما قبل صدور الأمر رقم 27-96 :

لطالما طمح أصحاب المشروعات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر إلى حماية قانونية من المخاطرة بكل أموالهم في التجارة والصناعة من خلال إيجاد تنظيم قانوني للمشروع يكفل لهم تحديد مسؤوليتهم، غير أن العائق الذي كان يحول دون السماح للشخص الطبيعي باقتطاع جزء من ذمته المالية وتخصيصه لغرض معين هو مبدأ وحدة الذمة المالية وعدم تجزئتها الوارد في نص المادة 188¹ من التقنين المدني والذي يحظر هذا التخصيص، إلى جانب ذلك لم يكن التشريع الجزائري يتبنى مفهوما غير المفهوم التعاقدي للشركة الوارد في نص المادة 1/416 من نفس التقنين.²



المرحلة الثانية: صدور الأمر رقم 27-96 :

سمح المشرع الجزائري مؤخراً بالتأسيس المباشر لشركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، وذلك بعد صدور الأمر رقم 27-96 لسنة 1996³ والذي أطلق على هذه الشركة تسمية " المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة ". ويعتبر هذا الأمر نقطة تحول هام بالنسبة لكثير من التجار وحتى أصحاب المهن الحرة، إذ باتوا يستطيعون منذ صدوره تحديد المخاطر المرتبطة بنشاطهم.

وإذا كان المشرع الجزائري قد سائر نظيره الفرنسي في هذا الخصوص إلا أنه يختلف معه في عدم تعديله لنص المادة 416 من التقنين المدني المتضمنة للمفهوم التعاقدي للشركة، فالمشرع الفرنسي سمح بعد تعديل نص المادة 1832 من التقنين المدني بإنشاء شركة في الحالات التي نص عليها القانون بعمل إرادي من شخص واحد بتخصيص أموال للممارسة نشاط محدد، ونحن نقترح تعديل المادة 416 بإضافة فقرة جديدة إليها تستوعب الاعتراف بشركة الشخص الواحد تماشياً مع نص المادة 564 من التقنين التجاري والتي سمحت بإنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد.⁴

¹ - تنص المادة 188 من التقنين المدني على أن: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان. "

² - تنص المادة 416 [القانون رقم 14-88 المؤرخ في 3 مايو 1988] على أن: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. "

³ ج. ر. رقم 77 مؤرخة في 11 ديسمبر 1996، ص 5.

⁴ - المادة 564 معدلة بالأمر رقم 27-96 : " تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص. "

انظر كذلك في اصطلاح فكرة إدخال شركة الشخص الواحد في القانون الوضعي مع مبدأ وحدة الذمة المالية وكذلك مع النظرية العقدية للشركة :

Jaques Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc., p. 241

كما قصر القانون الجزائري شكل شركة الشخص الواحد على الشركة ذات المسؤولية المحدودة على غرار نظيره الفرنسي من قبل،¹ كما يتفق القانون التجاري مع الحظر الذي تؤكدته المادة الثالثة من القانون الفرنسي - لسنة 1985 والمتعلق بالشخص الطبيعي الذي لا يمكن له تكوين أكثر من شركة شخص واحد، والذي رجع عنه المشرع الفرنسي فيما بعد بقانون سنة 1994، كما لا تسمح هذه المادة للشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن يكون لها كاشريك وحيد شركة ذات مسؤولية محدودة مكونة من شخص واحد.²

وفي حالة المخالفة لهذا الحظر لا يستفيد المعني من تحديد المسؤولية الوارد في نص المادة 589، والتي تضمن انحلال الشركة ذات المسؤولية المحدودة نتيجة الحظر على أحد الشركاء أو تفليسه أو وفاته، إلا إذا تضمن القانون الأساسي شروطاً مخالفاً في هذه الحالة الأخيرة.³ كذلك نصت المادة 590 مكرر 1 من التقنين التجاري على عدم تطبيق أحكام المادة 441 من التقنين المدني والمتعلقة بالحل القضائي في حال اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة، وهذا يستفاد منه إمكانية تأسيس شركة شخص واحد بطريقة غير مباشرة في القانون الجزائري.⁴

ونحن نرى في إدخال شركة الشخص الواحد في القانونين الفرنسي - والجزائري انقلاباً سيؤدي إلى التخلي عن الربط الأولي بين مصطلحي "الشركة" و "العقد" الذي يعرفه فقه القانون المدني، وسيجعلنا ندفع بقاعدة وحدة الذمة المالية إلى مصاف الأفكار النظرية التي لا وجود لها إلا في المؤلفات الفقهية.

ثانياً: تقييم أسلوب تحديد المسؤولية في شركة الشخص الواحد:

على الرغم من المزايا التي تحققها فكرة شركة الشخص الواحد، لم تنج هذه الفكرة من النقد بسبب بعض العيوب التي صاحبت القوانين المنظمة لها، أو بسبب الصعوبات التي يواجهها الشريك الوحيد بصدد تحديد مسؤوليته، أو ما يتعلق بتأمين إعلان الأعمال المتعلقة بالشركة أو تأمين التمييز الواضح بين الشركة وأموالها من جهة و أموال الشريك الوحيد من جهة أخرى:⁵

¹ على عكس القانون الأردني الذي يجيز هذه الشركة حتى في إطار شركات المساهمة العامة والخاصة.

² - ورد هذا الحظر في المادة 590 مكرر 2 / 1 من التقنين التجاري.

³ أجازت الفقرة الثانية من المادة 590 مكرر 2 في حالة المخالفة للفقرة الأولى من نفس المادة لكل من يعنيه الأمر طلب حل الشركة المؤسسة بطريقة غير شرعية إذا كان ذلك ناتجاً عن اجتماع كل حصص الشركة في يد واحدة، ولا يسوغ تقديم طلب حل شركة قبل سنة من اجتماع كل الحصص في يد الشريك الوحيد، كما يمكن للمحكمة وفي جميع الحالات منح أجل أقصاه ستة أشهر لتسوية الوضع، في حين لا يمكن الحكم بالحل إذا تمت التسوية يوم النظر في الموضوع.

⁴ يقابل هذه المادة الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون الفرنسي لسنة 1985.

⁵ N. Horn, «L'entreprise personnelle à responsabilité limitée l'expérience allemande», R.T.D.com, 1984, p. 1

أ)مزايا شركة الشخص الواحد:

= تحديد مسؤولية الممول: "la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur" إن الميزة الأساسية لشركة الشخص الواحد هي تحديد مسؤولية الشريك الوحيد بالقدر الذي ساهم به في الشركة، والمسؤولية المحدودة تعني أمرين: فمن ناحية لا يستطيع الدائنون متابعة ذلك الجزء من الذمة الذي لم يخصه ولم يساهم به صاحب المشروع لممارسة نشاطه الاقتصادي، وفي حالة الإفلاس الشخصي- لصاحب المشروع الفردي أو حله، فإن تمتع هذا المشروع بذمة مالية مستقلة تماما عن الذمة المالية العامة لصاحب المشروع، يترتب عليه أن الإفلاس الشخصي لصاحب المشروع لا يؤدي إلى إفلاس أو حل المشروع الفردي.¹ وعليه تتحقق حماية صاحب المشروع. ومن ناحية أخرى، لن يكون رهن الدائنين إلا في حدود الذمة المالية المخصصة للمشروع. هكذا يستطيع الشخص أن يخضع جزءا من ذمته لمخاطر مشروعه ويستبعد أمواله الشخصية من ملاحقة دائني الشركة، حيث كان من غير المتصور أن يسمح للشخص بتحديد مسؤوليته داخل الشركة، ولا يسمح له بذلك وهو منفرد، في الوقت الذي كان فيه صاحب المشروع الصغير أحق منه بهذه الحماية.

=تخفيض عدد الشركات الوهمية: "la diminution des sociétés fictives" من الأهداف التي تحققها شركة الشخص الواحد إيجاد التوافق الأفضل بين القانون والواقع، وذلك بتخفيض عدد حالات الشركات التي لا تحمل من الشركة إلا اسمها، فقد كشف العمل عن إمكان استخدام الشركة ذات المسؤولية المحدودة كوسيلة لإنشاء شركات وهمية هي في الحقيقة شركات شخص واحد يجمع معظم حصص الشركة بين يديه.² لذا يكون السماح للشخص الواحد سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، بتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من البداية حلا فعالا في القضاء على ظاهرة الشركات الوهمية،³ لأن هذا النوع الأخير من الشركات - وان كانت وسيلة غير مباشرة لتحديد المسؤولية- إلا أنها غير صحيحة وغير كافية لحل مشكلة تحديد المسؤولية الفردية.

=تسهيل عمليات التنازل ونقل المشروع "l'amélioration des cession et :transmission de l'entreprise" تسمح شركة الشخص الواحد بالقيام بعمليات لا يسمح بها المشروع الفردي القائم على ذمة التخصيص، ذلك أن المشرع يجد في الشركة استقلالا للذمة المالية وتنظيما قانونيا خاصا يفتح أمامه إمكانات لا توفرها غيرها، فوفاة صاحب المشروع مثلا تعني انتهاء المشروع الذي يديره، وفي ذلك خسارة بالنسبة للاقتصاد القومي. أما

¹ نصت على هذه القاعدة المادة 67/ب من القانون الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966 بعد تعديلها بمقتضى القانون رقم 85- 98 الصادر في 20 يناير 1985.

² يقول الأستاذ "Champaud" أن إنكار وجود شركة الشخص الواحد هو في الحقيقة إنكار لواقع قائم:

« La négation de l'existence des sociétés unipersonnelles suppose beaucoup d'ignorance ou d'hypocrisie.»

Jean-Jacques Prea, art. préc., p. 310.

³ -J. Daigre, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'exploitation agricole à responsabilité limitée: vrais regrets et vrais intérêts»; Rev. Jurisp. Com. 1988, p.1; B. Mabru, « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L.», J.C.P.1986.I.435.

شركة الشخص الواحد فهي تسمح للورثة -وحدهم - في حالة وفاة صاحب المشروع بتسوية مصير حصص الشركة. كما أنه وفي حال تنازل الشريك الوحيد للغير يكون الوضع ميسرا في إطار شركة الشخص الواحد، فالشريك يكون متحررا من نتائج رفض مشروع التنازل، وهو يختار المتلقي حسب ما يتراءى له و طبقا للثن وبشروط الوفاء التي تناسبه، وهذه بالطبع ميزة هامة، ترجح كفة الميزان لصالح شركة الشخص الواحد.

=تظهر أيضا الأهمية العملية لأسلوب شركة الشخص الواحد بجلاء ووضوح في المرونة النسبية لشركة الشخص الواحد والتي تتمثل في إمكان الانتقال من الشكل الفردي إلى الشكل الجماعي، وكذلك في إمكان العودة مرة أخرى إلى شركة الشخص الواحد دون اشتراط أية إجراءات خاصة سوى التنازل عن بعض حصص الشركة أو بزيادة رأسها بانضمام شريك آخر لها.¹

ب)عيوب شركة الشخص الواحد:

لم يتضمن تنظيم شركة الشخص الواحد في القانون التجاري الجزائري ولا التشريع الفرنسي الصادر في 11 يوليو 1985 حماية خاصة للغير، كما عمل هذا التنظيم على إفلات الاتفاقات التي تتم بين الشريك الوحيد والشركة من كل الشكليات الخاصة طالما تمت بخصوص العمليات الجارية ووفقا لشروط عادية، ونحن نخشى -عدم سلامة هذه الاتفاقات، خاصة إذا لم يحافظ الشريك الوحيد على الفصل الواجب بين ذمته وذمة الشركة.

=غياب تنظيم قانوني مستقل لشركة الشخص الواحد:

أشارت كل من المادة 1832 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 564 من التقنين التجاري الجزائري إلى إمكانية إنشاء شركة ذات مسئولية محدودة مؤلفة من شريك واحد دون إيجاد أحكام قانونية خاصة بتنظيم هذه الشركة. ويستفاد من ذلك اتجاه المشرع في كلا البلدين نحو تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالشركة ذات المسئولية المحدودة المكونة من شريكين أو أكثر على الشركة المكونة من شريك واحد، ما عدا تلك الأحكام التي تتنافى مع وجود شريك وحيد في الشركة.²

كما نلاحظ أن البعض قد وجه النقد إلى قانون 11 يوليو 1985 نفسه، ومن أهم الانتقادات الموجهة في هذا الصدد العدد القليل للمواد التي جاء بها هذا القانون من أجل تنظيم أحكام شركة الشخص الواحد والشركة الزراعية ذات المسئولية المحدودة، فمن غير المعقول أن يوجد إصلاح تشريعي هام يدخل تعديلا أساسيا على الفكر القانوني يكفي المشرع بصده بسبعة عشر مادة لتنظيمه، كما نرى نحن أيضا أن المشرع الفرنسي -قد بالغ في اقتصاد النصوص، لأن المبدأ الذي أراد إرسائه لا يمكن أن يتحقق بمجرد تنسيق وتكييف في بين قواعد

¹ Lamy Sociétés 1986, Nouvelle Définition de la société, n° 1.

وأبضا دا فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، 17 وما بعدها.

² - راجع المواد: 584 (الفترات 1، 2، 3)، 580، 581، 582، 583، 586 من التقنين التجاري الجزائري.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمركز الخاص لمشروع الشخص الواحد محدود المسؤولية. كذلك يعاب على المشرع الفرنسي عدم إدخاله التعديلات الواجبة على المواد 2084 و 2085 من التقنين المدني، فلا يفترض أن تظل وحدة الزمة المالية هي القاعدة في التشريع الفرنسي، خاصة بعد أن عرف هذا التشريع شركة الشخص الواحد القائمة على تحديد المسؤولية الذي يتوافق مع أسس النظرية الحديثة في الزمة المالية.¹

= إخضاع شركة الشخص الواحد إلى القواعد العامة بشأن إجراءات التصفية الجماعية:

يغيب التوافق في القانون الفرنسي بين تشريع يوليو لسنة 1985 وقواعد الإفلاس والتسوية القضائية الواردة في التشريع رقم 98-85 الصادر في 25 يناير سنة 1985 والتي تنص على إخضاع الشريك الوحيد إلى إجراءات التسوية القضائية وفقدانه الميزة الناشئة عن تحديد المسؤولية، خاصة إذا توافرت قرينة على كونه مديراً فعلياً للشركة ذات المسؤولية المحدودة، وبذلك يكون هذا الشريك معرضاً لدعوى سداد ما تبقى من ديون الشركة الفردية في مواجته أو امتداد الإجراءات الجماعية "les procédures collectives" من قبل الدائنين عليه. ولذلك فترح على المشرع الفرنسي وضع نظام قانوني خاص بشركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، لأن قانون 24 يوليو 1966 وكذلك التشريعات الخاصة بالإجراءات الجماعية تطبق على أساس تعدد الشركاء، وبالتالي لا تتوافق مع الطبيعة الفردية لمشروع الشخص الواحد محدود المسؤولية.²

- عدم اتفاق شركة الشخص الواحد مع حقيقة الشخصية القانونية:

الانتقاد الآخر الموجه إلى شركة الشخص الواحد التي يتم من خلالها تحديد المسؤولية في القانون الوضعي يتمثل في أن الشركة المؤلفة من شخص واحد لا تستطيع أن تتمتع بالشخصية المعنوية لأنها تتعارض مع حقيقة الشخصية القانونية التي تبناها القضاء، والتي تفترض - وفقاً لتعريفها - مجموعة من الأشخاص.³ كما أنه لا يجوز لنا بالإضافة إلى ذلك قبول فكرة الاعتراف لأحد الأشخاص الطبيعيين بشخصيتين قانونيتين أو قبول تجزئة مصالحه.

¹ - انظر في اقتراح هذا الإصلاح في ظل الترقم السابق لنصوص التقنين المدني الفرنسي:

Jaques Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc. , p. 246:

² J. Rosabal, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée en droit comparé, thèse Paris, 1988, p.137.

³ - في الواقع هذا الانتقاد ناتج عن حكم شهر لمحكمة النقض الفرنسية أعلنت فيه أن الشخصية المعنوية لا تكون من خلق القانون ولكنها ترتبط أو تمنح كبدأ عام لكل تجمع يستطيع التعبير الجماعي للدفاع عن مصالح مشروعة، وتكون بعد ذلك جديرة بالاعتراف والحماية القانونية: انظر دا فايز نعم رضوان، المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة، مرجع سابق، ص 118 وما بعدها؛ دا حسن كيبر، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، 1980، رقم 321، ص 630.

المطلب الثاني: نطاق تحديد المسؤولية:

من حقنا التساؤل عن مدى الاستفادة من مبدأ المسؤولية المحدودة الذي يعد الهدف الأساسي من وراء ظهور المشروعات الفردية أو شركات الشخص الواحد، كما يجب علينا كذلك تحديد الأشخاص الذين يحتاج في مواجهتهم بتحديد مسؤولية صاحب المشروع الفردي أو الشركة الفردية، فهذا النطاق يختلف باختلاف النظام القانوني الذي يعمل في ظله تخصيص الشخص الطبيعي لجزء من ذمته المالية.

كما أن مبدأ المسؤولية المحدودة لا يرد مطلقاً بسبب الأوضاع التي تجعل مسؤولية الشخص الطبيعي غير محدودة بالرغم من ممارسته نشاطاً من خلال مشروع فردي ذي مسؤولية محدودة.

ولذلك نعرض في هذا المطلب لمبدأ المسؤولية المحدودة من حيث نطاقه والاستثناءات التي يمكن أن ترد عليه، وأيضاً مدى نجاعته في ظل ما تتطلبه بعض البنوك من ضمانات شخصية: أولاً: نطاق تطبيق مبدأ المسؤولية المحدودة.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ المسؤولية المحدودة.

أولاً: نطاق تطبيق مبدأ المسؤولية المحدودة

يتحدد نطاق تطبيق مبدأ المسؤولية المحدودة في المشروع الفردي أو شركة الشخص الواحد بتحديد المستفيدين من تحديد المسؤولية، والمبلغ الذي تتحدد فيه مسؤولية صاحب المشروع أو الشركة، وكذلك الدائنين الذين يحتاج في مواجهتهم بالمسؤولية المحدودة:

1. المستفيد من المسؤولية المحدودة:

قد يوحي لنا مصطلح المشروع الاقتصادي الفردي محدود المسؤولية بأن المشروع كشخص معنوي هو الذي يستفيد من المسؤولية المحدودة. ولكن الحقيقة أن المستفيد من هذا التحديد هو صاحب المشروع أو الشركة،¹ وتظل مسؤولية المشروع أو الشركة غير محدودة في ذمتها المالية المستقلة عن كل الديون الناشئة عن ممارسة نشاطها، فتمتع المشروع الاقتصادي الفردي بالشخصية المعنوية يترتب عليه أن ذمته المالية تظل ضامنة لجميع ديونه، في حين أن دائني المشروع الفردي أو شركة الشخص الواحد لا يستطيعون الحجز على الزمة المالية الشخصية لصاحب المشروع حيث لا تدخل في الضمان العام لهم. وقد نصت جميع التشريعات التي اعترفت بالمشروعات الفردية أو شركات الشخص الواحد بهذا المبدأ واعتبرته الفائدة الرئيسية للاعتراف بها.

¹ - B. Aman, «Intérêts juridiques et fiscaux de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», Les petites affiches, 1 août 1986, n°93.

من ذلك يتضح لنا عدم دقة هذا الاصطلاح الذي استخدمته التشريعات التي أدخلت المشروعات الفردية في قوانينها الوضعية، لما يؤدي إليه من خلط بالنسبة لتحديد المستفيد من تحديد المسؤولية.

إلى جانب ذلك، وإذا كان المشرع قد سمح للشريك الوحيد بتحديد مسؤوليته، فإنه قد تحفظ في ذلك بأمرين:

أولهما: أن الفرد أو الشخص الطبيعي لا يكون شريكا وحيدا إلا في شركة واحدة ذات مسؤولية محدودة، وأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يمكن أن يكون لها شريك وحيد عبارة عن شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة قائمة على شخص واحد،¹ وبعبارة أخرى، لا يمتلك الشخص الواحد إلا شركة واحدة فحسب من شركة الشخص الواحد، ويمكن لشركة ما أن تكون هي الشريك الوحيد في شركة شخص واحد شريطة أن لا يكون مالكيها هو نفسه تلك الشركة المشاركة.² هذا المنع ليس ساريا فقط عند تأسيس المشروع الفردي محدود المسؤولية، ولكن أيضا في حالة تمرکز كل حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد شريك واحد.

هذا الحظر تم انتقاده من قبل بعض الفقهاء³ لكونه يتعارض مع الهدف الذي من أجله تم إنشاء شركة الشخص الواحد وهو السماح للشخص الطبيعي بتجزئة ذمته المالية، تجنباً لوجود شركات وهمية، وفيما بعد سمح المشرع الفرنسي للشخص الطبيعي بتخصيص أمواله في أكثر من شركة شخص واحد عن طريق تعديل المادة 2136 من قانون سنة 1966 بالقانون رقم 126-1994،⁴ ثم إلغاء هذه المادة نهائياً بموجب المادة الرابعة الأمر 912-2000، بينما لا يزال الحظر قائماً بالنسبة للأشخاص المعنوية.⁵

الأمر الثاني: يتعلق بنشاط الشركة، فإذا كان قانون سنة 1985 قد أوجد استثناء على مبدأ وحدة الذمة المالية، فإن هذا الاستثناء لا ينطبق إلا في حالتين حددهما المشرع صراحة وعلى سبيل الحصر- وهي حالة شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية "E.U.R.L"، وكذلك حالة الشركة الزراعية أو شركة الاستغلال الزراعي ذات المسؤولية المحدودة "E.A.R.L". ونضيف إلى ذلك أن نشاط شركة الشخص الواحد قد يكون تجارياً أو صناعياً أو حرفياً، كما قد يتعلق هذا النشاط بأعمال حرة "des professions libérales"، كذلك يسمح القانون -كما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة- بأن يكون موضوع شركة الشخص الواحد مدنياً، بشرط أن يكون مشروعاً وممكناً، مع الأخذ بعين الاعتبار الأعمال والنشاطات المحظورة على الشركة ذات

¹ - G. Hubrecht, A. Couret, J-J. Barbiéri, Droit commercial, Notions essentielles, 10 éd., Sirey 1986, p.133

² - ورد هذا الحظر في المادة 2/36 من قانون 24 يوليو سنة 1966 يقابلها المادة الثالثة من قانون يوليو 1985.

³ - Serlooten; op. cit. p. 192, n°36

⁴ - صدر هذا القانون في 11 فبراير 1994، وقامت المادة الخامسة منه بإلغاء الجملة الأولى من المادة 2-36 المتعلقة بالشخص الطبيعي.

⁵ انظر المادة 5-223 L.

المسئولية المحدودة، كممارسة أعمال البنوك، أو القيام بعمليات التأمين والادخار،¹ أو تنظيم المهرجانات بمختلف أنواعها.

2. المحل الذي تتحدد فيه المسؤولية:

تتحدد مسؤولية صاحب المشروع الفردي أو شركة الشخص الواحد في المبالغ أو الأموال التي قدمها كحصة لتكوين رأس مال المشروع،² حتى لا تمتد هذه المسؤولية إلى الذمة المالية العامة له. ويأتي هذا التحديد نتيجة لمتنع المشروع الفردي بالشخصية القانونية واستقلاله بذمته المالية عن الذمة المالية العامة لصاحبه.

ويترتب على ذلك أنه ليس لدائتي المشروع الفردي من ضمان سوى رأس مال المشروع الذي أعلن عنه، فإذا زادت ديون المشروع عن رأس ماله فلا ضمان للدائنين في المشروع سوى الذمة المالية لهذا الأخير، ولا حق لهم في استيفاء ديونهم من أموال صاحب المشروع الخاصة.³

ويمكن لصاحب المشروع أن يزيد من قيمة الضمان السابق عن طريق رفع قيمة رأس مال المشروع، بإضافة حصص جديدة إليه، أو بإيداع مبالغ مالية إضافية إلى حساب الشركة، إذ لا يوجد حد أقصى لقيمة رأس المال المخصص لاستغلال المشروع. أما إذا قام صاحب المشروع بإقتاص قيمة ضمان المشروع عن الحد الأدنى لرأس المال-كأن يقوم بنقل جزء منه إلى ذمته الشخصية- فإن ذلك يترتب عليه فقدان ميزة تحديد المسؤولية، ما لم يتم معالجة هذا الوضع في أقرب الآجال، أو تصفية مشروعه نهائياً.⁴

كما أن الدائنين الشخصيين لصاحب المشروع الفردي لا يستطيعون الحجز أو التنفيذ على الأموال التي قدمها كحصة في رأس مال المشروع لأن هذه الأموال خرجت من الذمة المالية العامة لصاحب المشروع وانتقلت إلى الذمة المالية المستقلة للمشروع الفردي.

وفي المقابل، إذا كان محل التحديد ممتثلاً في ذمة مالية بالتخصيص، وجب على صاحب المشروع إذا كان يرغب في الاستفادة من تحديد المسؤولية، أن يوضح بدقة قيمة الذمة المخصصة لمشروعه الاقتصادي، وتفصيل محتوياتها بعناية، وإلا كان أمام منازعات لانهاية لها تتعلق بالأموال المشتركة بين الاستعمال الشخصي-

¹ - ورد المنع من ممارسة هذه الأعمال بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة في نص المادة L223-1 من التقنين التجاري (معدلة بالمادة 56 من القانون رقم 2002-776 الصادر في 4 أغسطس 2008).

² - الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد هو نفسه في أي شركة ذات مسؤولية محدودة وهو 50 ألف فرنك فرنسي (حوالي 7620 يورو)، وفقاً لنص المادة 13 من التشريع الفرنسي لسنة 1985، الآن قام المشرع الفرنسي بخفض الحد الأدنى لقيمة رأس مال هذه الشركة، إلى مبلغ رمزي يقدر بـ 1 يورو بموجب القوانين الصادرة في أول أغسطس سنة 2003:

D. Schmidt, Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés, D. 2003, p. 2619.

³ - Rapport Champaud, R.T.D.com. 1979, p. 579.; Paillusseau, op.cit, J.C.P.1986 I 3242, n° 33.

⁴ - Jaques Ausseidat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», art. préc., p. 249.

والاستعمال الخاص بالمشروع، وفي ذلك ضياع مؤكد لفرص تحديد مسؤوليته بمحل ذمة التخصيص التي صرح بها.¹

وقد نص مشروع قانون المشروع الفردي محدود المسؤولية المقدم إلى الجمعية العامة في فرنسا مطلع سنة 2010 على أن المادة 9-526 L. من التقنين التجاري ينبغي أن تنص على اختصاص خبير الحصص بتقييم الأموال المخصصة للمشروع الفردي، وفي حالة عدم إرفاق إعلان تأسيس المشروع بهذا التقييم، فإن الممول يكون مسئولاً أمام الغير في أمواله كافة ما خصص منها للمشروع وما لم يخصص.²

كما أنه إذا كانت الأموال محل التخصيص أو جزءاً منها أموالاً مشتركة أو أموالاً شائعة، وجب على صاحب المشروع إثبات الموافقة الصريحة لزوجه أو شركائه في الشروع، وذلك بعد إعلامهم - حسب الطرق التي حددها القانون للدائنين في المادة 11-526 L. من التقنين التجاري والمتعلقة بذمة التخصيص - وذلك تحت طائلة عدم قبول الإعلان التأسيسي للمشروع الفردي. ولا يمكن، في جميع الأحوال، أن يدخل نفس المال - المشترك أو الشائع - في تكوين ذمة تخصيص أخرى.³

3. الدائنين الذين يحتاج في مواجهتهم بالمسؤولية المحدودة لصاحب المشروع الفردي:

يحتاج بالمسؤولية المحدودة لصاحب شركة الشخص الواحد في مواجهة دائني الشركة، وذلك نتيجة لمتنع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية. أما بالنسبة للدائنين الشخصيين لصاحب المشروع الفردي فيختلف الأمر إذا أخذ المشروع الفردي صورة إحدى الشركات الفردية فلا يحتاج بالمسؤولية المحدودة لصاحب المشروع أو الشريك الوحيد في الشركة الفردية في مواجهة دائنيه الشخصيين، ما لم يتم مراعاة إجراءات الشهر والعلانية التي يتطلبها القانون.⁴ على العكس إذا اتخذ المشروع الفردي صورة الذمة المالية بالتخصيص فيجوز الاحتجاج بالمسؤولية المحدودة لصاحب المشروع في مواجهة كل من دائنين المشروع والدائنين الشخصيين لصاحب المشروع.⁵

ولا يحتاج بتخصيص الذمة المالية في المشروع الفردي إلا في مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد تسجيل تخصيص هذه الذمة.⁶

¹ - Ibid. , p. 247.

² V. Art. L. 526-9.

³ -V. Art. L. 526-10

⁴ - Toulouse 25 mai 1987, droit sociétés 1988, n° 127; P. Serlouten, ency. Dalloz. Rep. Sociétés; n° 15.

⁵ - عبد الحكم محمد عثمان، ضد شركة الشخص الواحد، مرجع سابق، ص 242 و 243.

J. Rosabal, th. préc., p.214.

⁶ - « Art. L. 526-11. La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-6 n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son enregistrement

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ المسؤولية المحدودة

إذا كانت القاعدة العامة في المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد هي عدم المسؤولية عن ديون المشروع إلا في حدود الأموال التي قدمت كحصاص في رأس المال دون أن تمتد إلى الأموال الشخصية للشريك الوحيد، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات التي نص عليها القانون، والتي يترتب عليها امتداد مسؤولية صاحب المشروع أو الشركة عن ديون هذه الأخيرة في أمواله الخاصة مما يهدر الفائدة العملية من تحديد المسؤولية، ويجعل من انفصال الذمم المراد تحقيقه من خلال هذه المشروعات أمرا لا وجود له:

أولا: يعد تحديد مسؤولية الشريك الوحيد المبرر الرئيسي لصدور قانون سنة 1985، ومع ذلك نسجل بعض الحالات التي تتقرر فيها المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد بسبب مخالفته لمبدأ الاستقلال بين ذمته الشخصية وذمة الشركة، خاصة إذا كان هذا الشريك يتولى إدارة الشركة أيضا، وهذه المخالفة يمكن أن تتحقق في هذه الحالات:

- إذا قام الشريك باستخدام شكل الشركة استخداما تعسفيا يتعارض مع النظام العام وحسن النية، كما لو استخدمها في سبيل تحقيق أغراض شخصية، أو كان قد قدم نفسه لدائني الشركة كما لو كان مسئولا شخصيا عن الديون المعقودة بواسطتها، فإن مثل هذه المخالفة تعطي الحق لدائني المشروع في مباشرة دعوى استكمال أصول المشروع عند وضع الميزانية السنوية. ويكفي لكي تطبق المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد أن يوجد ضرر محقق بالدائنين دون حاجة إلى إتباع إجراءات التصفية القضائية لأصول الشركة.

- يسأل الشريك أيضا مسؤولية شخصية وغير محدودة عن الفرق بين قيمة رأس المال الاسمي للشركة، والمبالغ الموجودة فعلا لحظة قيدها في السجل التجاري، حتى ولو كان قد سبق له الوفاء به كاملا.¹

- قد يتعرض الشريك الوحيد لبعض العقوبات الجنائية فضلا عن مسؤوليته المدنية الشخصية عن تعويض الأضرار التي تسبب فيها للمشروع أو الشركة وذلك في حالة تضمن الوثائق المعلنة عنها بيانات كاذبة أو إذا قام بقبض أرباح صورية.² كذلك أثناء حياة شركة الشخص الواحد لابد من إجراء تحقيقات مستمرة لمعرفة ما إذا كان الفصل بين ذمة الشريك الوحيد وذمة الشركة مستمرا أم لا، وعند حدوث خلط بين الذمتين، يتم توقيع بعض الجزاءات على هذا الشريك، مثل دعوى تكملة ديون الشركة من أمواله الشخصية، أو فقدان ميزة

¹ - دا علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 127؛ دا محمد بهجت عبد الله فايد، مرجع سابق، ص 105.

² - G. Flores et J. Mestre, art. préc., p. 15.

المسئولية المحدودة، وهذا الجزء ينطبق في حالة الغش أو التحايل في العمل المؤسس أو الأفعال المعدلة لنظام الشركة أو المؤدية لإفلاسها.¹

ثانيا: يدور الاستثناء الثاني حول الضمانات الشخصية وغير المشروطة التي قد يطلبها كثير من الدائنين عند تعاملهم مع صاحب المشروع أو شركة الشخص الواحد، مما يلغي في الواقع مبدأ تحديد مسؤولية الشريك الوحيد.² لأنه قد جرى العمل على أن دائني المشروع أو الشركة وبصفة خاصة البنوك يطلبون من مديري المشروعات الفردية أو أصحابها عند منح المشروع اعتمادا مصرفيا³ كفالة شخصية -غالبا لا تكون محددة في المبلغ أو في المدة- لالتزام المشروع برد قيمة هذا الاعتماد.⁴ هذه الكفالة الشخصية تعتبر خروجاً على مبدأ المسؤولية المحدودة لصاحب المشروع الفردي أو الشركة⁵ الذي يمارس نشاطه التجاري من خلال هذا المشروع.⁶

ويترتب على هذه الكفالة أن صاحب المشروع الفردي لا تظل مسؤوليته عن التزام المشروع برد الائتمان محدودة بما قدمه من حصص ولكنها تمتد إلى أمواله الخاصة مما يؤدي إلى إهدار كل فائدة من تحديد مسؤولية صاحب المشروع.

ولقد تناول الفقه هذه العقبة بدراسة الحلول التي تحفظ للمشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة تحقيق هدفه الأساسي وهو تحديد مسؤولية صاحبه. في هذا الإطار، ذهب جانب من الفقه⁷ إلى تنظيم ما جرى عليه العمل بالنسبة للكفالة، واقترح مجموعة من الحلول، منها:

- الحل الأول: اقترح البعض النص على إلغاء كل كفالة يمكن تقديمها للشريك الوحيد لتلبية لحاجات نشاطه التجاري بقوة القانون.¹

¹ - محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 161، ولقد نص مشروع القانون الفرنسي المتعلق بالمشروع الفردي محدود المسؤولية على المسؤولية المطلقة للممول في جميع أمواله عن التزامات المشروع في حالة الغش أو مخالفة قواعد تخصيص الذمة المالية:

Art. L. 526-11: « Toutefois, l'entrepreneur est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou de non respect des règles d'affectation et de séparation du patrimoine prévues par la présente section. ».

² Calais-Auloy, article précité, p.249.; Ripert par Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J. 1972, p. 743; M. Cozian et A. Viandier, op. cit., p. 382.

³ - أهم الصعوبات التي تواجهها شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية هي تأمين احتياجاتها المالية، فمن النادر أن تستطيع المشروعات تأمين هذه الاحتياجات اعتمادا على رأس المال الموجود في ذمة الشركة وحدها، وهذا ما يدعوها دائما إلى طلب الائتمان.

⁴ - J.G.D. De Survivre et M. Salerno, « Comment concilier l'institution des sociétés unipersonnelles et les exigences du crédit? », Rev. Huissiers de justice, 1986, p. 1072.

⁵ - F. Lefebvre, "La société unipersonnelle".

⁶ - P. Serlooten, "L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée", art. préc., n°. 30, p.191.

⁷ -J. Boulez, Essai sur l'entreprise individuelle, th. Préc., p. 302.

- الحل الثاني: إعطاء المحكمة التجارية وحدها الحق في عدم تطبيق النص السابق على بعض العمليات المحددة وبناء على طلب الأطراف.²

ويتأسس الحلان السابقان على أن رأس مال شركة الشخص الواحد لا يمكن أن يتحدد بمبلغ هزيل وفقاً لتحديد الأموال التجارية وطبقاً لمعيار التخصيص، فضلاً عن وجود المسؤولية الاحتياطية لصاحب المشروع، والتي تتعقد في حالة عدم كفاية موجودات المشروع نتيجة لخطأ في إدارته من جانب صاحبه مما يترتب عليه اتساع نطاق شهر الإفلاس ليشمل صاحب المشروع نفسه.³

- الحل الثالث: ويقترح البعض الآخر يقترح نظاماً للتأمين بإنشاء صندوق يضمن أصحاب المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة. هذا الصندوق يؤمن جميع دائتي المشروع الفردي وهدفه تعويضهم بحد أقصى - وهو قيمة الأموال المملوكة للمستثمرين وغير القابلة للحجز عليها فلا يكونون في حاجة إلى طلب الكفالة الشخصية من الشريك الوحيد، بما أنه تأمين يتم لمصلحتهم ضد خطر إعسار المشروع أو إفلاسه وهو يضمن لهم الوفاء بديونهم. ويقترح أنصار هذا الاتجاه أن يستبدل الائتمان المصرفي بضمان هذا الصندوق الذي يساهم في تكوين رأسأله كل أصحاب المشروعات الفردية وبصفة إجبارية بحيث يكون الانضمام إلى هذا الصندوق شرطاً مسبقاً لإنشاء المشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة، وعدم دفع الاشتراكات المطلوبة يترتب عليه العودة إلى إمكانية الحجز على الأموال الشخصية للمستثمر. إن هذا الحل يسمح بالتوفيق بين أمن الغير والحماية الدنيا الممنوحة للمدين. وصندوق الضمان لا يسأل فيما يجاوز قيمة الأموال الشخصية للمدين غير القابلة للحجز، ونتيجة لذلك فإن دائتي المشروع لا يملكون الحق في أخذ أموال من صندوق الضمان تجاوز ما كان لهم أن يحجزوا عليه في ذمة المدين الشخصية، ولا شك أن حصولهم على ديونهم في الفرض الأخير يكون أيسر وأضمن.

وقد كان هذا الحل موضوعاً للنقد، فقد تخوف البعض⁴ من ارتفاع قيمة الأقساط التي سيلتزم صاحب المشروع بدفعها لصندوق الضمان. ولذلك تنبغي الحيلة قبل الانضمام إلى هذا النظام.

لكننا لا نستطيع أن نساير أصحاب هذا النقد، فقيمة الأقساط لا تعد عقبة حقيقية أمام إنشاء هذا النظام، بل على العكس، إن دفع هذه الأقساط يحث صاحب المشروع على عدم تحديد الذمة المالية لمشروعه الفردي في نطاق ضيق، كما أن هذا القسط يكون محسوباً وفقاً لقيمة الأموال التي تتكون منها الذمة المالية للمشروع الفردي بحيث يتناسب عكسياً مع قيمة رأس مال المشروع، وذلك يدفع صاحب المشروع إذا وجد القسط

¹ Article 1: «Tout cautionnement que pourrait fournir l'actionnaire unique pour les besoins de son activité commerciale est nul de plain droit.»

² Article 2: " Seul le tribunal de commerce à la demande des parties, peut reporter, pour une opération déterminée cette disposition.»

³ B. Aman, art. préc., n° 93; P. Roquet et J. de Faultrier, "L'E.U.R.L." au regard du droit du crédit., p.102.

⁴ Champaud, op.cit, n° 32.

الواجب دفعه مرتفعاً نتيجة لصغر أموال المشروع إلى نقل المزيد من أمواله الخاصة إلى الزمة المالية للمشروع حتى يخفض من قيمة القسط المطلوب مما يساعد على زيادة مقدرة المشروع الفردي على ممارسة نشاطه. كما يمكن من جانب آخر أن نجعل من نظام التأمين نظاماً اختيارياً يكون صاحب المشروع حراً في الانضمام أو عدم الانضمام إليه.

1- كمبدأ عام لا تتأثر الزمة المالية الخاصة بصاحب المشروع الفردي بالإجراءات الجماعية التي يباشرها دائنوا المشروع بسبب تمتع المشروع الفردي بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن صاحبه وذمته المالية الخاصة. ومع ذلك فإن افتتاح الإجراءات الجماعية ضد المشروع الفردي لا تجعل صاحب المشروع في مأمن من اعتقاد مسؤوليته الشخصية. وهذا ما يجعلنا نتساءل عن الوقت الذي يستفيد فيه صاحب المشروع الفردي من مبدأ المسؤولية المحدودة إذا كان المفروض أن آثار هذا المبدأ تظهر عندما يمر المشروع ببعض الصعوبات التي تجعل دائنيه يطالبون بفتح الإجراءات الجماعية.

ونبين فيما يلي أن افتتاح الإجراءات الجماعية ضد المشروع الفردي يجعل صاحبه عرضة لتوجيه دعوى استكمال أصول المشروع في مواجهته، كما يجعله معرضاً لتوسع هذه الإجراءات بحيث تشمل أمواله الخاصة:¹

-أما عن دعوى استكمال أصول المشروع: فقد أدخل المشرع الفرنسي بعض التعديلات على قانون الإجراءات الجماعية، وذلك من خلال القانون الصادر في 3 يناير 1985، الذي نصت المادة² 180 منه بعد التعديل على أنه "إذا كانت التصفية القضائية لشخص معنوي وبصفة خاصة مشروع فردي ذي مسؤولية محدودة بسبب عدم كفاية موجوداته، تستطيع المحكمة في حالة ثبوت الخطأ في الإدارة الذي كان سبباً في عدم كفاية موجودات المشروع أن تقرر تحميل ديون الشخص المعنوي كلياً أو في جزء منها، وسواء بالتضامن أو بدونه على جميع مديري المشروع المعينين وفقاً لأحكام القانون، أو المديرين الفعليين سواء كانوا بأجر أو بدون أجر أو تحميل هذه الديون لبعض منهم فقط."

وبذلك لا يكون صاحب المشروع الفردي في مأمن من هذه الدعوى بالرغم من أن القانون الفرنسي بعد تعديله تطلب ضرورة إثبات خطأ الإدارة ورابطة السببية بين خطأ الإدارة ونقص أصول المشروع مما ترتب عليه دخوله في إجراءات التصفية القضائية. وتوجه هذه الدعوى إلى صاحب المشروع الفردي إما بصفته مديراً للمشروع إذا كان يجمع بين صفتي الشريك الوحيد ومدير المشروع الفردي، وإما بصفته المدير الفعلي للمشروع الفردي.

-وأما عن التوسع في إجراءات التصفية القضائية.

¹ - من الصعب استبعاد هذين الاستثناءين بسبب تملك صاحب المشروع جميع الحصص التي يتكون منها رأس مال المشروع الفردي، انظر: دا علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 246.

² Loi n° 85-98 J.O. 26 janv. 1985, n° 1087. J. Paillusseau, "l'E.U.R.L.", J.C.P. 1986.I.doct. 3242. n° 36.

فقد تمتد إجراءات التصفية القضائية للمشروع لتشمل الأموال الشخصية لصاحبه وكأنها أمواله الخاصة دون الاعتماد بالذمة المالية المستقلة للمشروع، كما في حالة إساءته استعمال أموال المشروع أو استخدامه الائتمان الممنوح للمشروع لمصلحته الخاصة.¹

ففي مجال المشروع الفردي ذي المسؤولية المحدودة يجب على صاحبه أن يفصل بطريقة واضحة بين مصالح المشروع ومصلحته الشخصية، وكذلك يلتزم بالفصل بين أموال المشروع وأمواله الخاصة حتى يتفادى انعقاد مسؤوليته الشخصية عن ديون المشروع، ويصل إلى تحقيق الهدف من إنشاء المشروع الفردي وهو تحديد مسؤوليته عن ديون المشروع في الأموال التي قدمها كحصاص في رأس ماله. ومع ذلك هناك بعض الأموال المشتركة التي لا يستطيع صاحب المشروع أن يفصل في استخدامها بين مصلحة المشروع ومصلحته الشخصية كالسيارات أو الأموال التي يستخدمها في نشاط المشروع وفي نفس الوقت أثناء وجوده في عطلة نهاية الأسبوع أو في تنقلاته الشخصية.

هذه الاستثناءات التي ترد على مبدأ المسؤولية المحدودة لصاحب المشروع الفردي من شأنها التقليل من الأهمية العملية للاعتراف بالمشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة وإدخالها في التشريعات الوضعية كوسيلة ناجحة لممارسة التجارة. ولذلك وجب ملائمة قانون الإجراءات الجماعية المتعلقة بالمشروعات الفردية مع الهدف الرئيسي من إنشائها، وهو الحد من مسؤولية صاحب المشروع عن الديون وحصرها في الأموال التي قدمها لتكوين رأسماله، وذلك كمحاولة للحد من الآثار السلبية التي تترتب على هذه الاستثناءات. أو يجب على الأقل إصدار تشريع يقضي بعدم التوسع في مسؤولية صاحب المشروع الفردي عن ديون هذا المشروع بحيث لا تتعدى إلا في مواجهة الدائنين الذين أصابهم ضرر نتيجة لعدم وضع حدود فاصلة بين أموال المشروع الفردي والأموال الخاصة بصاحبه، أو بمعنى آخر لا يجب أن يكون هذا التوسع في مسؤولية صاحب المشروع تلقائياً أو انعقاد مسؤوليته لا يكون عن جميع التزامات المشروع وذلك في محاولة للتقليل من نطاق مسؤولية صاحب المشروع حتى يكون هذا النظام أكثر جاذبية بالنسبة لأصحاب رؤوس الأموال.

الخاتمة والنتائج المتوصل إليها:

وباستعراض أحكام الشركة أو المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة نجد أن مسؤولية الممول أو الشريك الوحيد عن الديون والالتزامات المترتبة على هذه المؤسسة، تكون -كبدأ عام- بمقدار حصته في رأس مالها، مما يعني أن الحد الأقصى للخسارة التي يمكن أن تلحق به هو ذلك الجزء الذي خصصه للتجارة، وبالتالي فإن الذمة المالية للشريك تكون غير مسئولة عن ديون الشركة. وهذا الأمر يؤدي إلى الاعتراف بمبدأ جواز تعدد الذم المالية للشخص، فتكون له ذمة مالية مخصصة للتجارة وهي الذمة المالية للشركة، وذمة مالية أخرى مدنية، وتضمن كل ذمة مالية ديونها فقط دون الديون الأخرى، فلا يستطيع دائن

¹ قامت المادة 182 من القانون الصادر في 25 يناير 1985 بتحديد حالات امتداد التسوية القضائية.

لذمة مالية ما التنفيذ على الأموال الداخلة في ذمة مالية أخرى، وهذا يتوافق كلية مع نظرية التخصيص لتفسير الذمة المالية، والتي ترى أن الذمة المالية هي عبارة عن مجموعة أموال مخصصة لعمل ما دون ربطها بالشخص القانوني، إذ تقوم هذه النظرية -كما سبق وأن بينا- على عدم ارتباط الذمة المالية بشخص معين. ومثل هذا التفسير للذمة المالية، يقضي على النظرية الشخصية التي تربط بين الذمة المالية والشخص القانوني بحيث توجد وتنتهي معه. وعلى العموم نجمل النتائج المتوصل إليها من خلال هذه المقالة في ما يلي:

1. إن الاعتراف بشركة أو مؤسسة الشخص الواحد محدود المسؤولية يعبر عن التخلي عن النظرية التقليدية في الذمة المالية، وقد كان لهذا الاعتراف أثره بالنسبة للمبادئ التي تحكم قانون الشركات كما هو الحال بالنسبة للمفهوم العقدي للشركة.
2. إن تخصيص الذمة المالية يجعل صاحب المشروع الفردي محدود المسؤولية في مآمن من الإجراءات الجماعية التي قد يباشرها دائنوا المشروع بسبب تمتع هذا الأخير بذمة مالية مستقلة عن صاحبه وعن ذمته الشخصية.
3. إن المشرع وحماية للغير المتعاملين مع المشروع الفردي قد يطبق المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد في حالة استخدامه للشركة استخداما تعسفيا يتعارض مع النظام العام وحسن النية.

انحلال الزواج في القانون الدولي الخاص*

أ/ موشعل فاطمة- أستاذ مساعد "أ" - جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص:

تعتبر مسألة انحلال الزواج في القانون الدولي الخاص من المسائل المتشابكة ، وأكثرها نطاقا لتنازع القوانين، وهذا لاختلاف نظرة التشريعات إلى هذه الرابطة، وإلى طرق انحلالها ضيقا واتساعا . إلا أن القانون الجزائري حسمها بإسناد صريح لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ثم عاد وأخضعها للاستثناء الوارد بالمادة 13 قانون مدني، وهو تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، كما أن الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون يلعبان دورهما البارز في استبعاد قانون الجنسية، الواجب التطبيق على انحلال الزواج، متى كان القانون الأجنبي يتعارض تعارضا صارخا مع المفاهيم والأسس العامة لدولة القاضي ، أو متى ثبت له الاختصاص نتيجة الغش والتحايل على ضوابط الإسناد.

Résumé

la dissolution du mariage est considéré Parmi les tangles questions de droit international privé, et les plus-échelle de conflits de lois ,car les différences regards des législations à cette relation ,et les motifs de leur dissolution , d'où l'étroitesse et la dilatation. mais la loi algérienne la résolu par direct rattachement à la loi nationale de l'époux au moment de l'acte introductif d'instance , et elle ensuite retourné et la soumis à l'exception contient à l'article 13 du code civil , qui est L'application de la loi algérienne seule, si l'un des deux conjoints est algérien ,au moment de la conclusion du mariage , aussi L'ordre public et la fraude à la loi ont Un rôle important dans l'exclusion de la loi de nationalité applicable au la dissolution du mariage, Quand était la loi étrangère est en contraste frappant avec les concepts et les principes généraux de l'État du juge ,ou s'il prouvé quelle n'est devenue compétente que par suite d'une fraude à la loi, et escroquerie les facteurs de rattachement .

المقدمة:

انحلال الزواج أو انقضاءه يعني انتهاء العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة، وتنتهي إما بالوفاة كنهاية طبيعية، أو بطرق أخرى تختلف حسب الدول ونظامها القانوني في الضيق والانساع، كالطلاق، أو التفريق، أو الانفصال

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/22

تاريخ تحكيم المقال: 2016/01/06

الجسائي. فالطلاق يكون إراديا من قبل الزوج ، و التفريق يكون بحكم قضائي لأسباب محددة في القانون، و بطلب من الزوج أو الزوجة، أما الانفصال الجسائي¹، فهو نظام تعرفه القوانين الغربية فقط، و يؤدي إلى المباحة بين الزوجين وانقطاع الحياة المشتركة بينهما ، دون أن يؤدي لانحلال الزواج، إلا بعد مضي فترة زمنية معينة ، لينتهي فيها بالطلاق إذا صدر قرار قضائي بذلك².

وإذا كان انتهاء الزواج بالوفاة لا يثير أي تنازع بين القوانين ، فإن الأسباب الأخرى تثير تنازعا واضحا، وذلك لاختلاف نظرة التشريعات إلى مسألة انحلال الزواج، والأسباب المؤدية إليها، فبينما يعتبر الزواج في الشريعة الإسلامية رابطة قابلة للانحلال، فإن الطوائف المسيحية الكاثوليكية، تعتبره رابطة دائمة لا تنقضي إلا بالوفاة ، و بينما تسمح الشريعة الإسلامية الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، أو بالخلع بناء على طلب الزوجة في حالات معينة، ترفض الدول الغربية هذه النظم، وتعتبرها مخالفة للنظام العام، في حين تجيز التطليق divorce بحكم القاضي، وللأسباب التي يحددها القانون ، بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما، وتبيح نظام الانفصال الجسائي كذلك ، وهو نظام مرفوض في الدول الإسلامية، ومخالف للنظام العام فيها .

ولعل هذه الاختلافات في موضوع انحلال الزواج ، وتنازع القوانين حوله كلما تخلله عنصر أجنبي ، هو ما يجعل الحديث عنه يستهوي الباحث في نطاق القانون الدولي الخاص. ولهذا فإن أغلب الإشكالات تنصب حول ما هو القانون الواجب التطبيق بخصوص انحلال الزواج في إطار تنازع القوانين ؟ وما هو نطاق تطبيقه ؟ وما هي الاستثناءات التي ترد على هذا القانون، وتؤدي لتطبيق قانون آخر غير المذكور في قاعدة الإسناد ؟.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي.

كما سبق الذكر فإن طرق انقضاء الزواج تختلف وتتعدد ، إلا أن التطليق le divorce³ ، والذي معناه إنهاء الرابطة الزوجية بحكم من القضاء بناء على طلب أي من الزوجين، هو الطريق الأصل والطبيعي الذي تعرفه غالبية التشريعات في العصر الحديث، غاية ما هنالك أن أسبابه هي التي تختلف من دولة لأخرى ضيقا واتساعا، بالنظر لاعتبارات دينية واجتماعية⁴. وعليه متى كان أحد أطراف العلاقة القانونية أي الرابطة الزوجية أجنبيا، وأراد الطلاق ، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه قانون الزوج أو الزوجة ؟ وبناء على أي معيار يتحدد هذا القانون الجنسية أم الموطن، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فما هو نطاق تطبيق هذا القانون ؟.

¹ - إن التطليق الذي نقصده هنا هو التفريق القضائي بين الزوجين بطلب من الزوج أو الزوجة ، وليس كما يقصد المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة ، بحيث قصره على الزوجة فقط، ولأسباب محددة.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر 2010، ص 776.

³ - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008، ص 179.

⁴ - cass.civ, française, 14Mars1928.

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

بداية من المعروف أن غالبية التشريعات اللاتينية والعربية، ومنها الجزائر تسند الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، متى كان أحد أطراف العلاقة أجنبياً، على عكس الدول الأنجلوساكسونية كأمريكا وإنجلترا ومن حدا حذوهم، الذين يسندوها لقانون الموطن.

وبما أن انحلال الزواج من الروابط العائلية، وأحد مميزات الحالة الشخصية، فلا بد أن يخضع لقانون الجنسية عند غالبية التشريعات الأوربية والعربية، وهذا على اختلاف بينها، فبعضها يأخذ بقانون آخر جنسية مشتركة، وإلا قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كالمادة 16 مدني يوناني، و بعضها يأخذ بقانون الجنسية المشتركة وإلا قانون الموطن المشترك، وإلا قانون القاضي كالمادة 18 من القانون البولوني لسنة 1965، والمادة 22 من القانون التشيكوسلوفاكي، وآخرون يسندوها إلى القانون المنظم لآثار الزواج عند رفع الدعوى، وإلا قانون جنسية المدعي حينئذ، أو قانون جنسيته عند إبرام الزواج المادة 17 من القانون الألماني لعام 1986.¹

أما القضاء الفرنسي، فقد كان يخضع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوجين، إن كان لهما نفس الجنسية، وفي حال اختلاف ذلك يلجأ للتطبيق الموزع، فإذا كان قانون أحدهما يبيح الطلاق، والآخر يحظره، يقضى بالطلاق لصالح الزوج الذي يسمح قانونه بذلك، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "فيراري" "Ferrari"²، التي كانت متروجة بإيطالي، وحصل بينها وبين زوجها تفريق جنائي رضائي، فذهبت إلى فرنسا، وطالبت انقلابه إلى طلاق طبقاً للقانون الفرنسي، فرفضت محكمة النقض طلبها، لأنّ قانون جنسية الزوجين المشتركة أي الإيطالية يمنع هذا، فاستردّت جنسيتها الفرنسية لتطلب الطلاق وفقاً لها، فقضى لها بهذا، وأيدته محكمة النقض الفرنسية في 14/03/1928، على أساس التطبيق الموزع.

ولكن عاد القضاء الفرنسي يأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين، فإن لم يشتركا لا في الموطن ولا الجنسية، يطبق قانون القاضي. ولقد تدخل المشرع الفرنسي بتعديل المادة 310 مدني بتاريخ 11 جويلية 1975، فأصبح مفادها تطبيق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالتطبيق والانفصال الجسماني، إذا كان كلا الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية، وإلا فمتى كان لهما موطن مشترك فيها، وفي حالة عدم الاشتراك في الموطن يطبق قانون القاضي، إذا لم يعلن أي قانون أجنبي آخر باختصاصه.³

¹ - Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban, 1996. édition, Dalloz, France ,2001, p 376.

² ويأخذ بهذا الرأي القانون المصري السوري، العراقي، الليبي، الأردني، السوداني، والإماراتي.
³ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 777.

هذا، وقد أخضع التشريع الجزائري انحلال الزواج، لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بموجب المادة 12 قانون مدني فقرة 2، وهذا على عكس التشريعات العربية، التي ميزت معظمها بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسائي، وأخضعت كل مسألة منهم لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به، أما التطليق والانفصال لقانونه عند رفع الدعوى¹. وقد تكون علة هذه التفرقة في قاعدة الإسناد راجعة إلى أن الطلاق يقع وقت إيقاعه من الزوج دون حاجة إلى دعوى، بينما لا يتحقق التطليق والانفصال الجسائي إلا بوقت رفع الدعوى بالنسبة لهما، فهو لا يتحقق بوقت إجراءاتها².

ولهذا يرى بعض الفقه³، أن المشرع الجزائري بإسناده الاختصاص لوقت رفع الدعوى، يكون قد رفض الطلاق بالإرادة المنفردة، كما تقضي به الشريعة الإسلامية، على أساس أنه لا يمكن الاعتماد بالطلاق الصادر بإرادة الزوج المنفردة، إلا عن طريق حكم صادر من المحكمة. وفي هذا يقول الدكتور جمال محمود الكردي⁴: "أن جعل الفرقة في جميع الأحوال بيد القاضي، كما هو معمول به في عصرنا اليوم، يتعارض مع نصوص الشريعة الإسلامية التي جعلت الطلاق بيد الزوج، ثم إن الشريعة الإسلامية لم تجعل هذا الحق مطلقا، وإنما جعلته مقيدا بمجموعة من الشروط".

ويردّ على هذا الرأي بأنه وإن كان لا يعتد بالطلاق من الناحية القانونية، إلا إذا صدر حكم به، إلا أن هذا الحكم يعتبر كاشفا فقط، وليس منشئا كما في التطليق، وذلك أن المشرع لم يقيد إرادة الزوج، بأن يشترط توافر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق، كما هو الشأن في التطليق، بحيث متى ابتغى الزوج الطلاق، فالقاضي ملزم بالحكم له بذلك، ولو كان متعسفا، إذ يحق له في هذه الحالة، الحكم بالتعويض المناسب للزوجة فقط⁵.

ولقد أحسن المشرع الجزائري، بأن وسّع في مضمون الفكرة المسندة الخاصة بانحلال الزواج في التعديل الجديد للفقرة 2 من المادة 12 قانون مدني⁶، التي أصبحت تشمل نظام الانفصال الجسائي، وهذا من شأنه تذليل الصعوبات أمام القاضي الجزائري، بخصوص تكييف هذه المسائل التي قد تطرح عليه بمناسبة، زوجان يقر نظامهما الشخصي هذا النظام.

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 76

² - منقولة من مرجع مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، 2012، ص 195

³ - وهذا وفق ما ذهب إليه الفقه الراجح كالدكتور زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 181

⁴ - أي الأمر 10.05، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

⁵ - نعيم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا، 1967، 1966، ص 261

⁶ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 183.

غير انه مع هذا ، فقد وجهت انتقادات كثيرة لهذه المادة ، لأنها بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج وقت رفع الدعوى ، تجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ، ولم يكن في وسعها التصبر به وقت انعقاد الزواج ، الأمر الذي يضر بحقوقها المكتسبة ، خاصة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج ، ووقت رفع دعوى الطلاق أو التطليق ، ولم تدخل هي في جنسيته ، وكان قانونه وقت انعقاد الزواج يميز الطلاق أو التطليق ، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يمنع هذا ، أو العكس . ومن جهة أخرى ، فهي بإسنادها الاختصاص لقانون الزوج ، تكون قد خالفت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة . فالزواج رابطة نشأت ابتداء بين شخصين وفقا لقانونها المشترك ، فالمنطق أن تنحل وفقا لهذا القانون أيضا ، أو على الأقل لقانون يكون كلاهما على بينة منه ، كقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ¹ .

ولهذا حاولت بعض التشريعات العربية تفادي هذه الانتقادات ، كالتشريع الكويتي في المادة 40 منه التي أخضعت الطلاق والتطليق والانفصال إلى قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج ، وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال ، وفي حالة عدما يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، كما اتجه القانون التونسي للأخذ بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى ، وإلا فقانون آخر موطن مشترك لهما ، وفي حالة انعدام ذلك يطبق قانون القاضي ² .

المطلب الثاني : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

إن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، بموجب قاعدة الإسناد الجزائية ، وإن كان يحكم غالبية المسائل المتعلقة بانحلال الزواج ، إلا أنه كثيرا ما يصطدم بقانون القاضي ، أو قوانين أخرى تضيّق من نطاق تطبيقه .

فبينما يحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من له الحق في إيقاع الطلاق ، حالات جواز الطلاق ، التطليق ، الانفصال ، وأسبابهم ، وشروط صحة كل منهم ، والوكالة بخصوصهم ، ومن يملك من الزوجين المطالبة بهم ، و القيود الواردة عليهم ، والمدة اللازمة لتحويل الانفصال إلى تطليق ³ ، و القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات ، كتحديد من يقع عليه عبء الإثبات ، والأدلة التي تقبل في الدعوى ومدى قوتها .

فإن قانون القاضي هو الذي يحكم القواعد المتعلقة بإجراءات الإثبات ، والمطالبة بالتطليق والانفصال بصفة عامة ، وكذلك الإجراءات التحفظية والوقائية ، التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق ، للمحافظة على

¹ - جمال محمود الكردي ، إشكاليات إنهاء الرابطة الزوجية بالحل في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص100 .

² - وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي ، انظر أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، الطبعة 10 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص259 .

³ - انظر الأحكام القضائية التي صدرت بهذا الشكل في مرجع أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، التمهيش ص260

مصالح كل من الزوجين والأولاد ، كتحديد نفقة وقتية للزوجة والإذن بالإقامة لها في سكن الزوجية¹. وحتى مسألة إجراء التطليق أمام سلطة دينية، كشرط من الطقوس الدينية التي تتطلبها بعض التشريعات، فتخضع لقانون القاضي باعتبارها من الشروط الشكلية وفق ما خلص إليه غالبية الفقه، بعدما كان القضاء الفرنسي في السابق يعتبرها من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج².

أما آثار انحلال الزواج ، فإذا كانت خاصة بالعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة ، كحقها في النفقة ، والاحتفاظ باسم زوجها بعد الطلاق ، وحصولها على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفيا³ ، وبالنسبة للانفصال الجسدي تحديد ما يسقط من الالتزامات الزوجية نتيجة الحكم بالانفصال ، ومدة الانفصال وكيفية تحويله إلى طلاق ، وتعيين الطريقة التي ينتهي بها الانفصال ، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق أو التطليق أو الانفصال. أما إذا تعلقت تلك الآثار بالحالة الشخصية للمطلقين كحق الزوجين في عقد زواج جديد ومدة العدة ، وجواز استرداد الزوجة لاسمها السابق على الزواج ، فإنها تخضع للقانون الشخصي للزوجين، لأنها تتجاوز فكرة تنظيم إنهاء الحياة الزوجية ، وتخص كل زوج على حدا⁴.

ويخرج عن مضمون فكرة آثار انحلال الزواج ، أثر التطليق على النظام المالي للزوجين، فيخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه من الآثار المالية للزواج⁵، وكذلك الحال بالنسبة لأثر الطلاق أو التطليق على صفة الزوج بالنسبة للميراث ، فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق عموما على مسائل الإرث .

المبحث الثاني : حالات استبعاد تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الزواج.

لقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج كما سبق الذكر، بجميع طرقه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، إلا أن هناك حالات نص عليها التشريع صراحة يستبعد فيها تطبيق هذا القانون ، هي أولا، الاستثناء الخاص بافراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية للزواج وآثاره وانحلاله، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج المادة 13 قانون مدني، ثانيا، الدفع بالنظام العام ، ثالثا الغش نحو القانون.

¹ - ومع هذا يرى بعض الفقه الفرنسي Yvon lousouarn, Pierre bourel أن الخطأ الذي يقوم به الزوج ويوجب التعويض يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التصرفية

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 184

³ - هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 294.

⁴ - هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 300.

⁵ - هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 302 ، وهو رأي كذلك نعوم سيوفي ، المرجع السابق ، ص 700.

المطلب الأول: الاستثناء: افراد القانون الجزائري بحكم انحلال الزواج .

ما يلاحظ أن هذا الاستثناء ليس خاصا بانحلال الزواج فقط، وإنما بكل ما يتعلق بالرابطة الزوجية ، من انعقاد ، آثار ، وانحلال، فبينما أخضعت المادة 11 قانون مدني شروط الزواج الموضوعية لقانون جنسية كلا الزوجين، وأخضعت المادة 12 قانون مدني آثار الزواج، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وانحلاله لقانون جنسيته وقت رفع الدعوى، جاءت المادة 13 كاستثناء على ضوابط الإسناد السابقة، وحصرتها في تطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، على انعقاده، آثاره، وانحلاله ، وهذه قاعدة إسناد مفردة الجانب، وبالتالي فلا يمكن تعديها لمصلحة قانون آخر غير القانون الجزائري.

كما أن هذه المادة منقولة من التشريع المصري ، الذي نقلها بدوره من المادة 109 قانون هنغاريا الخاص بالزواج، لعام 1894 ، وقد كان الغرض من إقرارها هو مواجهة الحالة التي يكون فيها الزواج بين مصري مسلم وأجنبية غير مسلمة، ويكون الزواج صحيحاً وفقاً لقانون الزوج المسلم، وباطلاً وفقاً لقانون الزوجة، كالقانونين اليوناني والإسرائيلي، اللذان يمنعان زواج رعيتهما من غير من ينتمي إلى طائفتها، وهو ما يؤدي لبطلان الزواج، إلا أن هذا الاستثناء يؤدي لصحة الزواج مادام أن القانون المصري وحده هو الذي سيطبق¹. وكذلك تهدف هذه المادة لإبطال زواج المسلمة بغير المسلم، إذا سمح قانون جنسية الزوج بذلك.

وهكذا يظهر أن هذا هو نفس غرض التشريع الجزائري من إقرار هاته المادة . وإن كان هناك من يرى أن المشرع الجزائري لم يكن بحاجة لهذا الاستثناء لحماية زواج المسلم بأجنبية غير مسلمة ، أو لإبطال زواج المسلمة بغير المسلم، لأن فكرة النظام العام تكفي في حد ذاتها لتحقيق هذين الغرضين، خاصة وأن هذا النص لا يتم تطبيقه خارج الحدود الإقليمية الوطنية².

إلا أن جانبا آخر من الفقه، مازال يؤكد على أهمية هذا الاستثناء في حماية الطرف الوطني، وذلك لأن الحماية التي يحققها الدفع بالنظام العام، تفترض التعارض الصارخ بين القانون الأجنبي وقانون القاضي ، بينما الاستثناء يطبق بصفة عامة ومطلقة ، كما أنه يكون من الأيسر والأفضل تحقيق غاية معينة من خلال قاعدة الإسناد مفردة الجانب، بدلا من فكرة النظام العام التي تتميز بالغموض والنسبية.

¹ علي خليل إساعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص143.

² - تقوم فكرة الأثر المخفف، على أساس أنه يمكن أن يتعارض إنشاء الحق القانوني مع النظام العام في دولة القاضي، بينما لا تتعارض آثاره مع هذا النظام. فهو فكرة تثبت نسبية النظام العام، و تسعى للتخفيف من قسوته، التي قد تعطل من الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، و ذلك بقبول الاحتجاج بالآثار التي تم إنشاؤها في الخارج في بلد القاضي، مادام أن نشوءها بالرغم من مخالفته للنظام العام إلا أنه نشأ في الخارج. أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص181.

ويسري الاستثناء السابق، متى كان احد الزوجين جزائرياً عند إبرام الزواج ، ولو غير جنسيته فيما بعد ، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج، ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية ، في تاريخ لاحق.

وبما أن قاعدة الإسناد الخاصة بالخلال الزواج ، تحدد وقت الاعتراف بالجنسية برفع الدعوى ، فهذا الاستثناء يوقعنا في تناقض، وهو ما جعله يتعرض لانتقادات بهذا الشأن، فليس من المعقول، تطبيق القانون الجزائري على زوجين كان أحدهما جزائرياً، وقت انعقاد الزواج، ثم تجنس هذا الأخير بجنسية أخرى وأصبح أجنبياً، فكيف يطبق القانون الجزائري على زوجان أصبح كلاهما أجنبيين، لهذا فبما أن المشرع اعتد أصلاً، بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فكان الأجدر أن يعمل بالاستثناء إذا كان أحد الزوجين وطنياً في هذا الوقت.

المطلب الثاني: الدفع بالنظام العام:

إن الإعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، يقتضي تطبيق قانون الجنسية الذي أشارت إليه تلك القواعد، بخصوص انحلال الزواج ، إلا أن هذا الإعمال كثيراً ما يتعطل ، إذا أدى لتطبيق قانون أجنبي ، وكان هذا القانون يتعارض تعارضاً صارخاً مع القيم العامة، والأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي، سواء كانت اجتماعية، اقتصادية، سياسية، أو خاصة بالآداب العامة. فالنظام العام هو عبارة عن قواعد آمرة تتصل بأساس النظام الاجتماعي، السياسي، الاقتصادي، للبلد وبمفهومها، في وقت معين، ويكون في مخالفتها انتهاك وتهديد للنظام العام ، وهذا كما يعرفه المشرع الألماني المادة 300 قانون مدني¹.

وهكذا فوظيفة النظام العام هي استبعاد القانون الأجنبي المختص متى كان يتعارض مع المبادئ السابقة . ولعل الرابطة الزوجية هي من أكثر المجالات وأوسعها في استعمال فكرة النظام العام ، بما فيها حل هاته الرابطة ، وهذا لأن الدول تختلف فيما بينها ، فهناك من تقرّ طرقاً لانحلال الزواج، قد تنكرها أنظمة أخرى، كالطلاق بالإرادة المنفردة السائد في الدول الإسلامية، والذي تجهله القوانين الأوروبية، وكنظام الانفصال الجسدي، السائد في الدول الغربية، والذي تجهله القوانين الإسلامية، ومن النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطليق، في حين أن منها ما يضيق في هذه الأسباب. فالقانون الفرنسي مثلاً ، لا يعترف بطرق فك الرابطة الزوجية، التي ترتبط بأسباب أقل تشدداً من الأسباب الواردة فيه، بحيث يعد مخالفاً للنظام العام الفرنسي، القانون الأجنبي الذي يتوسع في أسباب التطليق، و الذي يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل، أو الذي يعترف للزوج بالحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا متى كان أحد أطراف العلاقة، أو كلاهما فرنسياً، أما إذا كانوا جميعهم أجانب، فإنه بناء على فكرة الأثر المخفف للنظام العام²، يمكن الاحتجاج بطلاقهم الذي يتم في الخارج،

¹ -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 182.

² مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 219، 218.

بناء على الأسباب السابقة، أو لأسباب أخرى لا يقرها القانون الفرنسي، لكن إيقاعه بفرنسا لذات الأسباب يعد مخالفا للنظام العام¹.

فالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة لا يمكن النطق به في فرنسا، ولا التصديق عليه من قبل المحكمة، لأنه يكرس تفاوتاً خطيراً بين الرجل والمرأة، وهو ما يتعارض مع النظام العام الفرنسي، وبشكل خاص لو كانت المرأة متوطنة بفرنسا أو تملك الجنسية الفرنسية. وهو ما فعله القضاء السويسري كذلك حيث رفض الاعتراف بمثل هذا الطلاق بالرغم من كون كلا الزوجان أجنبيان. وهذا في قضية مصريان مقيمان بسويسرا، حيث طلق الزوج زوجته عن طريق الوكالة، ثم سافر للمغرب وتزوج مغربية، ورجع لسويسرا مطالبا بالتصريح له بالإقامة لزوجته المغربية، ولكن محكمة جنيف رفضت هذا الطلاق، وطلب من الزوج إتباع الإجراءات المعمول بها في سويسرا².

هذا ولقد تميز الاجتهاد الفرنسي فيما يخص الدفع بالنظام العام بكثرة التناقضات، وإن كنا سنبين أكثر ما استقر عليه الأمر، فقد اعترفت الكثير من أحكام القضاء الفرنسي باسم الأثر المخفف للنظام العام، بتعدد الزوجات، الطلاق بالإرادة المنفردة، بالرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في فرنسا، إذ يعترف للزوجة الثانية بحقوقها في الإرث، و في التعويض الذي تطالب به على إثر وفاة زوجها، و بحقوقها في طلب النفقة الزوجية، وهذا ما قرره محكمة النفص الفرنسية، حينما سمحت للزوجة الثانية التونسية، بالمطالبة بحقوقها في النفقة اتجاه زوجها وفقا للقانون التونسي، على أساس أن علاقة التعدد نشأت خارج التراب الفرنسي³. كما كان يجوز الاحتجاج في فرنسا، في الفترة السابقة لسنة 1884، بالطلاق الذي يتم في الخارج بين الأجانب، على الرغم من أن إيقاعه في ذلك الوقت، كان مخالفا للنظام العام فيها.

ولكن يشترط للتمسك بنفاذ الحق المكتسب بالخارج، أن يكون الحق وبالرغم من نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، إلا أنه يرتب آثارا وحقوقا مشروعة وفقا للنظام القانوني في هذا البلد، أما لو تعارض هو الآخر مع النظام العام هناك، فلا مجال للتمسك به، ومن ذلك أن القضاء الفرنسي رفض على الزوج، أن يجبر زوجته الثانية على مساكنته في مقام الزوجية، سواء كان القانون الذي يحكم هذا الأثر الشخصي، هو القانون الفرنسي، أو قانون آخر يقر بتعدد الزوجات، و قد قضت محكمة فارسي في حكم آخر، بأنه يتعارض مع النظام العام الفرنسي، القانون الذي يسمح للزوج بأن يجبر الزوجة الأولى بقبول سكن زوجته الثانية معها في المسكن الزوجي⁴، وقُضي أيضا بأنه يعدّ متعارضا مع النظام العام الفرنسي حتى في جانبه المخفف - حكم الطلاق الصادر

¹ -CASS. 1^{er} Civ .28 Janvier 1958.

² -Pierre Mayer .Op cit .p 375.

³ -CaSS .1^{er} Civ .30Janvier.1979.

⁴ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص175.

عن القضاء التونسي، والذي يعطي للزوج الحق في حضانة أولاده، لأنه بني على أسباب لا تراعي المصلحة الفعلية للأطفال¹.

كما أن التشريع الهولندي اعترف هو الآخر بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي يتم خارج هولندا، وفق ثلاثة شروط تضمنتها المادة 3 من قانون 25 مارس 1981، وهي أن يكون هذا الطلاق موافقا للقانون الشخصي للزوج، وأن تكون له آثارا قانونية في بلده، وأن يظهر بوضوح القبول الصريح أو الضمني للمرأة².

أما في الدول الإسلامية فهي تطبق الشريعة الإسلامية بما تتضمنه من ضوابط أقل تقبلا، من الدول الأوروبية، إذ يؤثر فيها اعتناق الدين الإسلامي أو الارتداد عنه. ولهذا يستبعد قانون جنسية الزوج لتعارضه مع النظام العام، إذا كان يمنع على الزوج المسلم تطليق زوجته بالإرادة المنفردة، أو إذا كان القانون الأجنبي لا يقضي بتطليق المسلمة من زوجها إذا ارتد³.

كما يقع في الجزائر باطلا، الاتفاق على عدم الطلاق، أو التنازل عنه سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط، أو القانون الذي يقرر أسبابا لفك الرابطة الزوجية، قائمة على اعتبارات عنصرية كاختلاف اللون أو الجنس.

المطلب الثالث: الغش نحو القانون.

الغش نحو القانون هو التحايل على ضوابط قواعد الإسناد، بقصد التهرب من حكم القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع، إلى تطبيق قانون آخر بدله أكثر خدمة لمصالح المعني. ولهذا يكون الغش نحو القانون فقط مع ضوابط الإسناد القابلة للتغيير بإرادة الفرد، كالجنسية، الموطن، موقع المنقول⁴، و يمكن أن يتحقق حتى بتغيير الدين أو المذهب. وهو يعتبر نظرية فرنسية المنشأ، إلا أنه يستقر على الأخذ بها، وبآثارها أغلب دول القارة الأوروبية⁵، والدول العربية، في حين لا تعتد بها الدول الأنجلوساكسونية، كأمريكا والأرجنتين⁶.

¹ - فقد قضي في مصر بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي، الذي يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على الأجنبي حتى بعد إسلامه، حكم محكمة استئناف القاهرة في 12 يونيو 1952. كما قرّر نفس القضاء السابق، أن إسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى التطليق من زوجها، بحيث قضى باستبعاد القانون اليوناني، و تطليق زوجة يونانية من زوجها اليوناني، وفقا للقانون المصري، لاعتناقها الإسلام. أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة في 13 فيفري 1951، نقلا عن صلاح الدين جبال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التريكي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006، ص 208، 209.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

³ - كإيطاليا، بلجيكا، سويسرا، إسبانيا، يوغسلافيا، إلا أن الفقه والقضاء الألماني، ما زال مترددا وأكثر تضييقا للأخذ به.

⁴ - إن هذين البلدين بنضان على قواعد إسناد صريحة لاستبعاد الدفع بالغش نحو القانون كالمادة 99 مديني أرجنتيني، والمادة 129 من المدونة الأمريكية التي تنص أنه: "إذا استوفى الزواج الشروط التي يستلزمها قانون محل إبرامه، كان صحيحا في كل مكان حتى ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في هذا المحل بقصد تجنب الأحكام التي يستلزمها قانون موطنهم".

⁵ - أنظر حيثيات قضية الأميرة "دي بوفرمون" بالتفصيل في كتاب علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

⁶ - لقد كان الطلاق ممنوعا في فرنسا منذ سنة 1815، ولم يعد قبوله حتى سنة 1884.

هذا، وإن الميدان الخصب الذي من خلاله عرفت نظرية الغش نحو القانون، كان نتيجة التحايل على أحكام الطلاق. ولهذا فأيام كان الطلاق محظورا في أغلب دول القارة الأوربية، كاسبانيا، إيطاليا، فرنسا، كان الأفراد يغيرون جنسيتهم إلى أحد الدول التي تمنحهم إياه. بل إن نظرية الغش نحو القانون في حد ذاتها اشتهرت من خلال قضية الأميرة "دي بوفرمون"، التي قامت بتغيير جنسيتها إلى جنسية إحدى الإمارات الألمانية، للحصول على الطلاق من زوجها بفرنسا، أيام كان الطلاق ممنوعا فيها قبل سنة 1884، ولم تجبها محكمة النقض الفرنسية على أساس الغش نحو القانون الفرنسي¹. بحيث أن المحاكم الفرنسية لم تكن تعترف حينها، بأي أثر للطلاق إذا حصل عليه الفرنسيون في الخارج، حتى لو غيروا جنسيتهم، خاصة إذا تعمدوا العودة للإقامة بفرنسا، بمجرد حصولهم عليه. وهو ما يثبت سوء نيتهم، بالهروب من الخضوع لأحكام قانونهم الوطني، الذي لا يبيح الطلاق.

أما إذا كان أحد الزوجين فقط فرنسي، ولهما موطن مشترك بفرنسا، وطلبا الطلاق في الخارج، فيعتبر طلاقهما هذا عديم الأثر فيها كذلك، لما يحمله من معنى الغش، لأن الأصل أن يخضعا لقانون موطنهما المشترك، أي لأحكام القانون الفرنسي، ولقد تهربا عمدا من تطبيقه³.

في حين لو كان أجنبيان، مختلفي الجنسية، ولهما موطن مشترك بفرنسا، فمن الممكن جدا أن يرفض القضاء الفرنسي، تنفيذ حكم طلاقهما الصادر ببلد أجنبي، إذا تبين له أنها انتقلا للخارج للاستفادة من أحكام القانون الأجنبي غير المتشددة، لكن إذا تم الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما، لاسيما إذا كان قانونيهما الشخصيان، متقاربين في أحكامهما، أكثر من تقاربهما من أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن اتهامهما بالغش، ولا بإبطال تصرفهما⁴.

إلا أنه ومع إجازة الطلاق في فرنسا، فكان مما يشجع الأجانب على ارتكاب الغش نحو قانونهم المختص أصلا، هو إسناد القانون الفرنسي الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين، لذا متى كان قانونهما الوطني، أكثر شدة في أحكامه من القانون الفرنسي، كان يعمدان للإقامة بفرنسا، للهروب من تطبيق أحكام قانونهما المختص أصلا، ومن ذلك القضية التي طرحت على القضاء الفرنسي بخصوص زوجين لبنانيين مارينيين، حيث عمدا الإقامة بفرنسا بصورة مصطنعة، بغرض الخضوع للقانون الفرنسي الذي يخضع الطلاق لقانون محل الإقامة من أجل الحصول على الطلاق، والتهرب من تطبيق أحكام الطائفة التي ينتميان إليها، والتي تمنع انحلال زواجهما فلم

¹ -نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص 130، 129.

² -نادية فضيل، المرجع السابق، ص 131، 132.

³ -مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 225.

⁴ -Art 3/2 du droit international privé tunisienne dispose : " lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement " .

يجبها القضاء لطلبها على أساس الغش نحو القانون ¹. لكن لا يتصور وجود الغش إذا كان القانون الوطني للزوجين، أكثر تساهلا في أحكامه من القانون الفرنسي.

أما بالنسبة للدول العربية، فإن القضاء والفقه مستقران على الأخذ بالغش نحو القانون، بالرغم من عدم تقنينه بنصوص صريحة، باستثناء القانونين التونسي ²، والجزائري، اللذان نصا عليه صراحة، وهذا ما فعله التشريع الجزائري، مع تعديل القانون المدني سنة 2005 ³. ولأن القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية، تعامل كقانون مثلها مثل القانون الوطني الجزائري، بموجب المادة 358 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقرة 6 ⁴. فهذا يعني أن أعمال نظرية الغش يكون، سواء وقع نحو القانون الجزائري، أو نحو القانون الأجنبي.

هذا، وبما أنه في الدول الإسلامية يؤثر اعتناق الديانة الإسلامية أو الارتداد عنها في الحالة الشخصية، فإن الغش نحو القانون يظهر بوضوح متى ادعى الزوج الأجنبي أنه مسلم، لكي يتمتع بامتيازات المسلمين كالزواج من مسلمة أو التطليق بالإرادة المنفردة. وعليه، فهل يتم الاعتراف بإسلامه هذا، أم يرفض نتيجة الغش نحو القانون؟

لم يعالج القضاء الجزائري هذه الإشكالية، لكن بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية بصفتها المصدر الرسمي الثاني للقانون، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أثب شخصاً تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله: "هل شققت قلبه"، وكذلك الآية الكريمة التي تقول: "ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً تبتغون عرض الحياة الدنيا" ⁵.

ولهذا يذهب بعض الفقه الجزائري ⁶، إلى أن تغيير الديانة في الدول العربية والإسلامية، من غير الإسلام إلى الإسلام، لا يشكل غشاً نحو القانون، ولو كان الشخص يرغب من خلاله في تحقيق مكاسب معينة، وذلك لأن الدين الإسلامي في هذه الدول من النظام العام، ولا يجوز للقضاء البحث عما إذا كان هذا عن قناعة، أو نتيجة دوافع أخرى، وهذا بدوره موقف محكمة النقض المصرية. ومع هذا يوجد بعض الدول العربية التي تعترف بالغش حتى في هذه الحالات، ومن ذلك ما قضت به محكمة سورية سنة 1925 "بأنه لا يحق لأحد المسيحيين أن يرفض دفع نفقة لمطلقاته المسيحية بعد أن أسلم، لأن اعتناقه الدين الإسلامي، كان تحايلاً على القانون

¹ - قبل هذا التعديل لم يكن القانون المدني ينص عليه صراحة، بل كان يكفي بذكر حالة مخالفة النظام العام، إلا أنه تدارك هذا النقص ونص عليه في المادة 24 بقوله: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له اختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08_09، المؤرخ في 18 صفر، 1429. الموافق ل 25 فيفري 2008.

³ - نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 147.

⁴ - زروقي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في روابط الزواج المختلط، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 4، 2003، ص 984.

⁵ - غالب علي التاودي، المرجع السابق، ص 253.

⁶ - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 149.

بقصد التخلص من دفع التفقة لمطلّقه، على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلقة. وهو ما قضى به القضاء العراقي في قضية مماثلة بتاريخ 1951/12/31¹.

وفي الأخير، يمكن الإشارة إلى أن تصور وقوع الغش نحو القانون من الأطراف الجزائريين، الزوج أو الزوجة، يبقى محدوداً لأن القانون الجزائري، يوسّع من حالات فك الرابطة الزوجية من طلاق بإرادة منفردة للزوج، إلى طلاق بالتراضي، والخلع أو التطليق، بل يمكن تصور هروب الأجانب من قوانينهم الوطنية إذا كانت متشددة، أو تحزّم الطلاق، وبالتالي يتحقق الغش نحو القانون الأجنبي بأن يطلبوا الطلاق بالجزائر².

خاتمة:

إذا كان انحلال الزواج يثير الكثير من المشاكل على مستوى الصعيد الداخلي للدولة، فليس من الغريب أن يثير مشاكل أكثر عندما يكون كلا الزوجين، أو أحدهما من الأجانب، وإن كانت جميع الدول سعت لتنظيم قواعد إسناد صريحة، تبين القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، كالتشريع الجزائري الذي أخضعه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن هذا لم يكن كافياً في التخفيف من حدّة التنازع بشأنه. وإن كانت بعض التشريعات أحسنت في النص والاعتراف ببعض طرق انحلال الزواج غير الموجودة في نظامها الداخلي، كالتشريع الجزائري الذي أحسن بالنص على نظام الانفصال الجسائي، ضمن مضمون الفكرة المسندة الخاصة بانحلال الزواج، لتنظيم علاقات الأجانب، وكالتشريع الفرنسي الذي يعترف باسم الأثر المخفّف للنظام العام ببعض النظم غير المعروفة في التشريعات الأوروبية، كالطلاق بالإرادة المنفردة، وتعدد الزوجات الذي يتم بين الأجانب في الخارج، على أساس الحق المكتسب. بالرغم من أن إنشاء هذه النظم في فرنسا يعتبر مخالفاً للنظام العام، ويتم استبعاد القانون الأجنبي الذي ينص على ذلك، ويستبعد هذا القانون كذلك حتى لو نشأت هذه العلاقة في الخارج متى تعلقت بأحد الأطراف الفرنسيين.

قائمة المراجع:

القوانين

- 1- الأمر 10.05، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني
- 2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08_09، المؤرخ في 18 صفر، 1429، الموافق ل 25 فيفري 2008.
- 3- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 90 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

¹ - الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

² - اتفاقية لاهاي المؤرخة في 14 مارس 1978 اتفاقية بشأن القانون المنطبق على الوكالة المنعقدة بمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص

الكتب:

- 1_أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة 10، دار هومة، الجزائر، 2008.
 - 2_جمال محمود الكردي، إشكاليات إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
 - 3_صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.
 - 4_زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008 5
 - _عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2010
 - 6_علي خليل اسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
 - 7_غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، الأردن.
 - 8_نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006.
 - 9_نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا، 1967، 1966
 - 10_هشام علي صادق وحفيظة السيد حدّاد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- باللغة الفرنسية:

- Pierre Mayer , droit international privé, 5ème édition, d'Elta, liban, 1996. édition, Dalloz, France.

1المذكرات والمقالات:

- 1_مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، 2012.
- 2_زروقي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في روابط الزواج المختلط، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 2003.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 39/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل18 يناير سنة 1997 يتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للتقيد في السجل التجاري معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 139/02 المؤرخ في 16 ابريل 2002 جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

أحكام البنوة في الروابط الدولية الخاصة*

أ/ زاير فاطمة الزهراء – أستاذ مساعد "أ" - جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

الملخص

يعتبر مجال البنوة بمختلف صورها من أوسع المجالات التي يشتد فيها الخلاف بين قوانين الدول، وتزيد حدة هذا الخلاف عندما يتخلل العلاقة عنصر أجنبي، فيتنازع حكم هذه العلاقة أكثر من قانون، الأمر الذي يستدعي التدخل لتنظيم البنوة من حيث تحديد القانون الذي يحكمها، والذي بدوره قد يتعطل تطبيقه إذا تبين للقاضي المطروح عليه النزاع أن الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي تتعارض بشكل صارخ مع القيم، والمفاهيم الأساسية التي تقوم عليها دولته.

Résumé

Les législations varient considérablement dans l'organisation de la filiation, cette différence s'intensifie quand un élément étranger apparaît dans la relation, ce qui entraîne un conflit entre les lois et qui nécessite une intervention pour réguler la filiation en terme de détermination de la loi compétente; cette dernière peut être évincée si le juge estime son incompatibilité avec les dispositions et les concepts fondamentaux de son pays.

مقدمة:

البنوة هي علاقة ثلاثية الأطراف تربط بين الأب، الأم والابن. هذه العلاقة قد تتخذ صورة شرعية بحيث تكون واقعة الميلاد ناتجة بعد عقد زواج صحيح بين الوالدين. في المقابل قد يولد الطفل خارج رباط قانوني بين الوالدين، في هذه الحالة نكون أمام ما يسمى بالبنوة غير الشرعية.

والبنوة غير الشرعية قد يكون مصدرها علاقة بين طرفين يكون أحدهما مرتبطا مع الغير بعقد زواج، فيسمى الولد في هذه الحالة ابن زنا، كما قد تجد هذه البنوة مصدرها في علاقة بين شخصين غير مرتبطين، فيسمى ولد طبيعى⁽¹⁾.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/05/26

تاريخ تحكيم المقال: 2016/06/05

⁽¹⁾ -أنظر، صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 369؛ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 133-134.

إلى جانب البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية يوجد ما يعرف بالتبني، هذه البنوة معروفة في الدول الغربية وكذا بعض الطوائف غير الإسلامية الموجودة في بعض الدول العربية كمصر ولبنان⁽¹⁾.

وتثير البنوة بمختلف صورها العديد من الصعوبات على مستوى العلاقات الدولية بدءاً بنظرة المجتمعات لمفهوم البنوة، فبينما زالت البنوة الطبيعية تثير الشعور بالاستهجان لدى المجتمعات العربية لمخالفتها المبادئ والقيم الدينية، الاجتماعية والأخلاقية الراسخة في هذه الدول، نجد أن الأنظمة الغربية أصبحت اليوم تتخلى تدريجياً عن مفهوم الأسرة الشرعية إلى أن وصل بها الحد إلى المساواة بين الأطفال الشرعيين والأطفال غير الشرعيين، هذا ما يبرر تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص كلما قدر القاضي أن في تطبيق هذا القانون مساس بالمصالح الجوهرية للدولة.

فما موقف الدول من القانون المختص بالفصل في النزاعات الدولية التي تثار بشأن البنوة؟ وما هي الحالات التي يتعطل فيها تطبيق هذا القانون باسم النظام العام؟

وعليه سنحاول أولاً تحديد القانون واجب التطبيق على البنوة بمختلف أشكالها (مبحث أول)، لنتطرق بعد ذلك لأهمية النظام العام كوسيلة دفاعية يتسلح بها القاضي في كل مرة تكون فيها الأحكام الخاصة بالبنوة والمنصوص عليها في القانون الأجنبي المختص تصطدم مع الركائز والقيم التي تهض عليها دولته (مبحث ثاني).

المبحث الأول: البنوة وتنازع القوانين.

إذا كانت البنوة تندرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية في كل الأنظمة القانونية مما يترتب عليه إخضاعها للقانون الشخصي، إلا أن تطبيق هذا القانون الشخصي يطرح إشكالا عند عدم اتحاد جنسية الأطراف، فهل يرجح قانون جنسية الطفل أو الأم أو الأب؟

وما دام التبني صورة من صور البنوة، فهو أيضاً يطرح نفس الإشكال، فما هو القانون الذي يتعين على القاضي أن يطبقه على النزاعات الدولية الخاصة بالبنوة؟

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية

فيما يخص البنوة الشرعية، فيقصد بها نسبة الولد لأبويه نتيجة عقد زواج بينهما. وقد اختلفت التشريعات عند تعيين القانون المختص بحكمها في مجال العلاقات الدولية، فرجحت بعض القوانين⁽²⁾ كفة الطفل في العلاقة، وأخضعت بذلك النزاعات التي تتعلق بها إلى قانون جنسية الطفل مستندة في ذلك إلى أن الطفل هو الطرف الضعيف في العلاقة مما يستوجب حمايته، كما أن الدعاوى المتعلقة بالبنوة ترتبط ارتباطاً شديداً بحالة ومركز الطفل في الأسرة، وهي لصيقة بشخصه وحالته المدنية مما يستلزم إخضاعها لقانون جنسية الابن.

(1) - أنظر، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص. 297.

(2) - القانون الدولي الخاص البولوني، الصادر سنة 1965، مقتبس عن صلاح الدين جبال الدين، المرجع السابق، ص. 369.

وعلى خلاف هذا الاتجاه، أخضعت الكثير من التشريعات العربية⁽¹⁾ النسب الشرعي لقانون جنسية الأب، ولم ترح بذلك جهة الطفل كما فعلت قوانين أخرى، فهذه القوانين ترى أن النسب الشرعي يمثل علاقة وطيدة تربط الطفل بأصله أي بأبيه، وعليه لا يمكن إهمال قانون الأب⁽²⁾.

وهذا هو الحل الذي تبناه المشرع الجزائري⁽³⁾، إذ أخضع كل ما يتعلق بالاعتراف بالنسب وإنكاره لقانون جنسية الأب، مما يستنتج معه أن المشرع قصد من هذا الإسناد النسب الشرعي، أما النسب الطبيعي فلم يتطرق له، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة الجزائري لا تعترف بالنسب خارج إطار الزواج الشرعي، وتحرم الولد غير الشرعي من الميراث والنسب من جهة الأب، وفي هذه الحالة يثبت له حق النسب والميراث من جهة الأم فقط⁽⁴⁾.

أما المشرع النمساوي، فسعى منه لحماية مصلحة الطفل ترك للقاضي المطروح عليه النزاع مسؤولية اختيار القانون الأنسب والأصلح للطفل⁽⁵⁾.

وهو نفس الحل الذي كرسه المشرع التونسي في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية حيث جاء فيها أنه: "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل بين:

- القانون الشخصي المطلوب أو قانون مقره.

- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره".

أما فيما يخص البنوة غير الشرعية، فهي البنوة الناتجة عن علاقة غير مشروعة بين الوالدين، وقد عالجها المشرع الفرنسي، فقبل 1972 كان القضاء الفرنسي⁽⁶⁾ يميز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، فكان يخضع الأولى للقانون الذي يحكم آثار الزواج باعتبار البنوة الشرعية بنوة مترتبة عن عقد زواج بين طرفيه، ويطبق قانون جنسية الطفل على البنوة الطبيعية⁽⁷⁾. وبعد صدور قانون 3 يناير 1972، أصبح المشرع الفرنسي- يساوي بين

(1) -تنص المادة 19 (1) من القانون المدني العراقي: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الزوج". وتنص المادة 41 من القانون رقم 05 سنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر- الأجنبي على أنه: "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكاره، وإذا مات الأب قبل الميلاد يسري قانون جنسيته قبل الوفاة".

(2) -أنظر، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة 4، دار وائل للنشر، الأردن، ص. 175.

(3) -تنص المادة 13 مكرر معدلة: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

(4) -أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخادونية، ص. 268.

(5) -أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1، ص. 885.

(6) -Paris 21 Juin 1955, Rev.crim-droit-int privé 1955-529 note barri fordclunet 1008.

مقتبس عن طاهري حسين، المرجع السابق، ص. 267.

(7) -Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 8^{ème} édition, Delta, Liban, 2005, p. 440.

البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية، فوضع قاعدة إسناد مشتركة تحدد القانون المختص بحكم البنوة مهما كان نوعها فنص في المادة 311 (14)⁽¹⁾ على إخضاعها إلى القانون الشخصي- للأب يوم ولادة الطفل، وإلا إلى القانون الشخصي للطفل في الحالة التي تكون فيها الأم غير معروفة.

وعليه فقد رجع القانون الفرنسي قانون الأم باعتبارها في غالب الأحوال تكون معروفة مما يسهل التوصل إلى معرفة القانون واجب تطبيقه على النزاع.

ولم يغفل المشرع الفرنسي وضع ضابط احتياطي يرجع إليه القاضي في الحالة التي تكون فيها الأم غير معروفة، وفي هذه الحالة يخضع النزاع الخاص بالبنوة إلى القانون الشخصي للطفل.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على البنوة المصطنعة

البنوة المصطنعة أو التبني يقصد به إلحاق ولد معروف النسب أو مجهول النسب إلى أب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا مع العلم أنه ليس بوالده الحقيقي.

التبني إذن هو تصرف قانوني منشئ لنسب غير حقيقي لأن البنوة الناتجة عنه ثابتة بحكم القانون دون أن يكون هناك صلة دم حقيقية بين الابن ووالده، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على تحريم التبني لما يؤدي إليه من اختلاط الأنساب ويعطي للمتبنّي الحق في أن يرث مال واسم المتبني، وقررت الشريعة الإسلامية بدلا عنه نظام الكفالة الذي يتميز عن التبني بأنه لا يترتب أي علاقة نسب بين الكفيل والمكفول⁽²⁾.

ورغم أن قانون الأسرة الجزائري يمنع التبني، إلا أنه حدد في قواعد النزاع القانون المختص بحكم التبني وذلك في النزاعات الدولية التي يكون أطرافها أجنب يحيز لهم قانونهم هذا النظام.

وعليه فإنه استنادا إلى المادة 13 مكرر 1 معدلة من القانون المدني الجزائري، على القاضي أن يطبق قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجرائه على النزاعات التي تطرح في موضوع صحة التبني، أما الآثار التي يترتبها التبني على أطراف العلاقة فتخضع لقانون جنسية المتبني.

إن هذا الإسناد لا يثير أي إشكال عندما يكون أطراف النزاع أجنب غير مسلمين، فيكفي أن يسمح لهم قانون جنسيتهم بإجراء التبني لقبول تطبيق هذا القانون، غير أن الصعوبة تظهر خاصة في بعض القضايا التي يكون على الأقل أحد أطرافها مسلما، فلو فرضنا أن أطراف النزاع يتمتعون بالجنسية التونسية، فسيجد

(1) -L'article 311 (14) du code civil français énoncé que : « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

(2) -أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 373؛ عامر محمد المساني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجزء1: تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 1، ص. 172.

القاضي نفسه أمام حالتين متناقضتين، حيث عند رجوعه إلى الأحكام الداخلية التونسية⁽¹⁾ سيتبين له أن هذا القانون يميز التبني، لكن من زاوية أخرى لا يمكن للقاضي أن يتجاهل الشريعة الإسلامية متى كان أحد، أو كل أطراف النزاع مسلمين.

في هذه الحالة هل يتعين على القاضي أن يطبق أحكام المادة 13 مكرر 1 معدلة من القانون المدني الجزائري على أساس أن القانون الوطني لأطراف النزاع يميز التبني؟ أم يتوجب عليه استبعاد تطبيقه باسم النظام العام؟

بالرجوع إلى نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، نجدها تنص أن التبني محرم شرعا وقانونا، والمعلوم أن الشريعة الإسلامية عندما تبيح أمرا أو تحرمه فإنها لا تقيم جنسية الأفراد أي قيمة، فالعبرة بدين الشخص، لذلك يفترض بالقاضي الجزائري أن يدفع بالنظام العام، ولا يطبق أحكام المادة 13 مكرر 1 معدلة من القانون المدني الجزائري إلا على النزاعات الدولية التي لا يمت أطرافها بأي صلة بالديانة الإسلامية.

المبحث الثاني: البنية والنظام العام

لاشك أن البنية تعتبر من المواضيع الهامة التي تختلف الدول في تنظيمها اختلافا كبيرا مما يبرر تدخل النظام العام في كل الحالات التي يصطدم فيها القانون الأجنبي المختص بحكم البنية خاصة منها البنية غير الشرعية وكذا التبني مع النظام العام.

المطلب الأول: دور القاضي في ضبط مفهوم النظام العام

النظام العام هو سلاح فعال لمواجهة الحالات المفاجئة وإن كان نعرف الغاية منه، إلا أننا نجهل مضمونه، فقد يحدث أن يتعارض القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه مع القيم الأساسية الاجتماعية والسياسية في هذه الحالة يتدخل القاضي لمنع تطبيقه عن طريق الدفع بالنظام العام.

وقد عرّف البعض الدفع بالنظام العام بأنه: "دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى - قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي"⁽²⁾.

وبما أن الدفع بالنظام هو دفع استثنائي، فلا بد من تقيد القاضي بشروط لإعماله :

(1) - قانون رقم 27 سنة 1985، المؤرخ في مارس 1985، المعدل للقانون 69 سنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.

(2) - أنظر، عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 774.

أولاً: يجب أن يؤول الاختصاص التشريعي إلى القانون الأجنبي، فمن غير المتصور أو الطبيعي أن يُدفع بالنظام العام إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي.

ثانياً: لإعمال الدفع بالنظام العام يشترط أن يتعارض مضمون القانون الأجنبي تعارضاً حقيقياً مع القيم الأساسية لقانون القاضي. وتقدير مدى هذا التعارض متروك للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي، فالنظام العام فكرة غير محددة المعالم، فهي فكرة نسبية تختلف من دولة لأخرى، بل في نفس الدولة من زمن لآخر، لذلك يترك تقديرها للقاضي الوطني.

ثالثاً: بما أن فكرة النظام فكرة مرنة، ينبغي على القاضي أن يقدر تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني وقت الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق، وهذا تماشياً مع مبدأ حالية النظام العام.

ويشكل النظام العام سلاحاً خطيراً قد يعيق الدور العادي لقواعد التنازع مما قد يؤدي إلى إفراغها من معناها⁽¹⁾، لذلك فإن القاضي المتروك له سلطة تقدير مدى تعارض القانون المختص مع النظام العام الوطني يلعب دوراً هاماً وأساسياً لإقامة التوازن بين ضرورة احترام قواعد التنازع التي وضعت بهدف إرشاد القاضي إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة الدولية الخاصة، وبين ضرورة حماية المصالح الجوهرية لبلد القاضي واستبعاد كل ما من شأنه أن يهددها.

إن تحقيق هذه النتيجة يقتضي أن يكون القاضي متفتحاً على القوانين الدولية، فلا يدفع بالنظام العام بمجرد وجود اختلاف طفيف، فما الدفع بالنظام العام إلا أداة استثنائية لا يُرجع إليها إلا في حالة الضرورة.

ولا يقتصر دور القاضي على البحث في مضمون القانون الأجنبي، وإنما يتعين عليه أيضاً أن يبحث في الأثر المترتب على تطبيق هذا القانون الأجنبي، فقد يحدث أن تكون بعض القوانين الأجنبية لا تتعارض ظاهرياً مع قانون القاضي، لكن مع ذلك يؤدي تطبيقها إلى ترتيب آثار غير مرغوب فيها في بلد القاضي، ومن ذلك ما تنص عليه بعض دول إفريقيا من إباحة تعدد الزوجات، فظاهرياً هذا القانون لا يصطدم مع قوانين الدول التي تعرف هذا النظام لكن مع ذلك فإن التمنع في أحكام هذه القوانين الإفريقية يكشف عن وجود اختلاف شاسع وتعارض تام مع أحكامها، فهذه القوانين تجيز التعدد بأكثر من أربع زوجات⁽²⁾.

(1) - Cf. Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome1, Les règles de conflits, o.p.u, 1986, p. 204-205.

(2) - أنظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2009، ص. 253؛ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، والتوزيع، لبنان، الطبعة 1، 2008، ص. 195.

وإن كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لتقييم مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع مقتضيات النظام العام الوطني، إلا أن سلطته نسبية في هذا المجال، فليس له أن يتأثر بآرائه الشخصية أو معتقداته الذاتية، بل عليه أن يتقيد بالمبادئ والقيم التي تدين بها الجماعة.

ويلعب النظام دور هام في حماية المبادئ الأساسية في الدولة، حيث يبرز دوره على هذا النحو خاصة في المواضيع التي تمس شؤون الأسرة، فاختلاف القيم الاجتماعية، الأخلاقية، والدينية من مجتمع لآخر، وتأثير هذه القيم على القوانين المنظمة للعلاقات الأسرية خاصة في الدول العربية يبرر تدخل النظام العام كلما تضمنت القوانين الأجنبية أحكاما تتنافر بشكل صارخ مع الأسس الجوهرية في المجتمع، من ذلك أن يعترف القانون الأجنبي بالبنوة غير الشرعية، ويسمح بتصحيح نسب الابن غير الشرعي.

لذلك يمكن القول أن النظام العام وسيلة ضرورية لا يمكن للقاضي أن يستغني عنها، فهي التي تتيح له منع ترتيب الآثار المستهجنة التي تنتج عن تطبيق القانون الأجنبي، لكن مع ذلك على القاضي أن يتوخى الحذر عند اللجوء إليها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حالات الامتناع عن تطبيق القانون المختص بمحكم البنوة

تمثل البنوة الطبيعية المجال الأوسع لإعمال الدفع بالنظام العام بين مختلف الدول خاصة منها الدول العربية التي ترفض إلحاق الولد غير الشرعي بنسب أبيه، ففي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الجزائرية، رفضت هذه الأخيرة تطبيق القانون الفرنسي كونه يسمح بارتقاء البنوة غير الشرعية إلى بنوة شرعية الأمر الذي يصطدم مع النظام العام الجزائري⁽²⁾، ففي هذه القضية كان النزاع يتعلق بتثبيت نسب بنتين، زعم والدهما وجود زواج قبل ولادة الطفلين، في حين نفت الأم هذه الواقعة، ومادام قانون الأسرة لا يعترف إلا بالنسب الشرعي، فإن القانون الفرنسي- الذي يسمح بتثبيت نسب البننتين اللتين ولدتا خارج عقد زواج يعد مخالفا للنظام العام الجزائري وهو ما عبرت عنه صراحة المحكمة العليا: "وحيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البننتين.

هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها وقد ثبت القرار في حشياته أن البننتين ولدتا خارج أي علاقة (قانونية) بين الطرفين وقبل زواجهما، وأن الاعتراف بتثبيت نسبها للأب في ظل القانون الفرنسي- يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء".

(1) - Cf. Mohand ISSAD, op.cit., p. 205.

(2) - المحكمة العليا، غ.أ. ش.م، 23 أبريل 1991، غير منشور، مقتبس عن عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1: تنازع القوانين، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2، 2007، ص. 169-170.

وفي فرنسا بعد التعديلات التي طرأت على القانون الفرنسي في موضوع البنية غير الشرعية تغير مفهوم النظام العام الفرنسي، حيث أصبح أقل شدة مما كان عليه قبل التعديل. فقبل 1972 كانت المحاكم الفرنسية⁽¹⁾ تتمسك بتطبيق القوانين الأجنبية التي تمنع الاعتراف بالأطفال الطبيعيين، ولم تكن هذه القوانين تثير أي إشكال خلال هذه الفترة لأنها كانت تسعى لحماية الأسرة الشرعية. غير أن الوضع لم يطل على هذا النحو حيث نادت العديد من الأصوات بضرورة فتح مجال للاعتراف بالبنوة الطبيعية من خلال استبعاد القوانين التي ترفضها أو تقيدها.

وقد استجابت اليوم القوانين الفرنسية لهذا النداء، حيث أصبحت المحاكم الفرنسية⁽²⁾ تستبعد كل قانون ترى أن تطبيقه يحرم طفل فرنسي أو مقيم بفرنسا من حقه في إثبات بنوته الطبيعية.

وفي موضوع التبني الذي تحرمه العديد من القوانين العربية، اتجه القضاء المصري إلى وجوب تدخل النظام العام في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف النزاع مسلماً حتى لو كان القانون واجب التطبيق يحجز هذا التبني⁽³⁾.

خاتمة:

تختلف نظرة المجتمعات والقوانين لأشكال البنية، فبينما تساوي الكثير من الأنظمة الغربية بين البنية الشرعية والبنوة الطبيعية وتسمح بتبني الأطفال وترتب آثار قانونية، لا زالت التشريعات العربية المستندة على الشريعة الإسلامية تتمسك بالمحافظة على الأسرة الشرعية وتعتبر القوانين التي تسمح بتصحيح النسب غير الشرعي متعارضا مع النظام العام والآداب العامة.

وإن كانت قواعد الإسناد تفسح مجالا واسعا لتطبيق القوانين الأجنبية في مختلف العلاقات الدولية الخاصة بصفة عامة، وعلاقات البنية بصفة خاصة، إلا أن تطبيق القانون الأجنبي لا يجب أن يكون على حساب القيم والمبادئ الأساسية الراسخة في بلد القاضي، فقواعد الإسناد إنما تسمح بتطبيق القانون الأجنبي بغية احترام حقوق الأفراد، وضمان استقرار علاقاتهم، وكذا مراكزهم القانونية، لكن يبقى هذا التطبيق معلقا بعدم اصطدام مضمون النص الأجنبي مع النظام العام الوطني، وهنا يبرز الدور الفعال للقاضي، فهو الذي يقدر مدى مساس القانون الأجنبي بالشعور العام والمصالح العليا للمجتمع.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1.
- 2- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980.

⁽¹⁾ - Cass. Civ, 11 mars 1936, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Droit international privé, 7^{ème} édition, Dalloz, 2001, p. 418.

⁽²⁾ - Cass. Civ, 3 nov 1985, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 419.

⁽³⁾ - محكمة القاهرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية في 31 مارس 1953، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 376.

- 3- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 4- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 5- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة 1، 2008.
- 6- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2، 2007.
- 7- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجزء 1: تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 1، 2010.
- 8- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب 1: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة 1، دار وائل للنشر، الأردن.
- 9- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 1، 2009.
- 10- طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- 1- Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome 1, les règles de conflits, O.P.U, 1986.
- 2- Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 8^{ème} édition, Delta, Liban, 2005.
- 3- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Droit international privé, 7^{ème} édition, Dalloz, 2001.

شخصية الوقف الاعتبارية و أثرها في حمايته*
أ/ الخيرو عبد القادر-أستاذ مساعد "أ" - جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

ملخص المقال:

لقد كان لنظام الوقف دوراً هاماً في المجتمعات الإسلامية و العربية، هذه الأهمية التي يمثلها هذا النظام لم تقتصر على جانباً من جوانب الحياة دون آخر بل شملت جوانب الحياة جميعها. لذلك كان من الضروري بل من أوجب الواجبات توفير الحماية لهذه المنظومة الإسلامية والقانونية . وبعد موضوع هذا المقال في بيان تمتع الوقف بالشخصية المعنوية أحد أوجه هذه الحماية، ولذلك درسنا فيه الشخصية المعنوية للوقف ودورها في توفير الحماية له، وذلك من خلال تعريف الوقف وبيان ماهيته، ثم تعريف الشخصية المعنوية للوقف وتحديد نطاقها، ثم الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، ثم بيان أثر الشخصية المعنوية للوقف في توفير الحماية له، من حيث النتائج العامة للشخصية المعنوية من ناحية، والنتائج الخاصة للشخصية المعنوية للوقف من ناحية ثانية.

summary

There was an important role for «waqf» in the Arab and Islamic societies. That importance was not limited to one side of life than the other, but it reached all the fields of life.

Therefore, it was necessary to make protection for that Islamic community.

This topic is considered a personal conception ; one of the sides of this protection. For that reason, we study abstract personality for « waqf » and its role of making reservation for it. By defining « waqf ». after that defining the abstract personality for « waqf ». next , the effect of the abstract personality for « waqf » for making protection to it. On one hand, starting from the common results, for the successful abstract personality, on the other hand, the specific effects for abstract personality for « waqf ».

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/12

تاريخ مراجعة المقال: 2016/09/20

تمهيد:

من أهم الأمور التي اعتنت بها هذه الشريعة الغراء هو التكافل الاجتماعي، الذي يمثل الوقف أو الحبس أحد معالمه الرئيسية، فقد كان لنظام الوقف دوراً هاماً في المجتمعات الإسلامية والعربية، حيث مارسه طيلة الأربع عشرة قرناً الماضية، هذه الأهمية التي يمثلها هذا النظام لم تقتصر - على جانباً من جوانب الحياة دون آخر بل شملت جوانب الحياة جميعها، وما من شك أن المقام يتسع بنا إذا ما أردنا أن نعدد في هذه المقدمة مجالات الوقف الإسلامي، حيث أنها من الاتساع مما يجعلها لا تدخل تحت حصر.

ومن كل الذي سلف يتأكد أنه من الضروري بل من أوجب الواجبات توفير الحماية لهذه المنظومة الإسلامية والقانونية، ونظراً لهذه الأهمية التي يمثلها نظام الوقف، عمل الفقه الإسلامي على تنظيمه، كما فعلت القوانين في الدول الإسلامية على إيجاد تقنين لهذه المنظومة.

فالمشرع الجزائري نظم أحكام الوقف في قانون الأسرة الصادر في جوان سنة 1984¹، حيث عزفه وبين بعض أحكامه، ثم ارتقى به بعد ذلك إلى مصاف النصوص الدستورية، حيث نجد أن الدستور الجزائري بموجب المادة (49) من دستور 1989 م صنف الوقف بأنه ملك له طبيعة قانونية تختلف عن الملكية العامة وعن الملكية الخاصة، فصدر أول قانون يحدد النظام القانوني لهذا النوع من الأموال وهو القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 / 04 / 1991 المتعلق بالأوقاف ليؤسس لمنظومة قانونية تنظم الوقف وتستعيد مجد هذا النظام الإسلامي. ثم بعد ذلك توالى القوانين المعدلة والمتممة لهذا القانون ليكون متلائماً مع المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في توافق مع روح الشريعة الإسلامية باعتبارها المنبع والمصدر الأساسي لمبادئ وأسس المنظومة الوقفية.

ولذلك يثور التساؤل عن مدى تمتع الوقف بالشخصية الاعتبارية، ودورها في توفير أكبر حماية له؟

خطة الدراسة :

وسوف نقوم بدراسة الشخصية الاعتبارية للوقف ودورها في حمايته، من خلال تعريف الوقف وبيان ماهيته، ثم مبحث أول في تعريف الشخصية المعنوية للوقف وتحديد نطاقها، فمبحث ثان بعنوان الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، ثم مبحث ثالث بعنوان أثر الشخصية المعنوية للوقف في توفير الحماية له.

¹ القانون رقم 11/84 الصادر في 09 رمضان 1414هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ - الموافق ل 12 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426هـ الموافق ل 04 ماي 2005 م، الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 م.

- العرض :

الوقف في اللغة: الحبس يقال : وقفت الدار وقفًا بمعنى حبستها، وجمعه : أوقاف ، مثل ثوب وأثواب. والوقف، والحبس ، بمعنى واحد وكذلك "التسبيل" ، يقال: (سبّلت الثمرة بالتشديد جعلتها في سبل الخير وأنواع البر)¹، أما في الاصطلاح الفقهي : فقد اختلف أهل العلم في بيان معنى الوقف وذلك لاختلافهم في طبيعة العقد ذاته من حيث اللزوم وعدمه، وانتقال ملكية المال الموقوف، وهل الوقف عقد تعتبر فيه إرادة المتعاقدين أم أنه إسقاط ؟ فجاء كل تعريف ليعبر عن الوجهة التي اختارها صاحب التعريف محددًا فيه هذه العناصر حسب الوجهة التي يراها مذهبه. وحيث إن عرض تلك التعريفات كلها يطول فإننا سنقتصر- على التعريف المختار من الباحث، وهو تعريف الحنابلة حيث عرفوا الوقف بأنه: (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة)².

وقد جعل أبو زهرة - رحمه الله - هذا التعريف أجمع التعاريف فقال: (أجمع تعريف لمعاني الوقف .. أنه : حبس العين وتسبيل ثمرتها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها)³.

وقد دلت على مشروعية الوقف نصوص عامة من القرآن الكريم، وفصلته أحاديث من السنة النبوية المطهرة. فعن النصوص العامة من القرآن الكريم ، فمنها قول الحق تبارك وتعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون، وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم "⁴، أما السنة فمنها حديث وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، والحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما فيما رواه الإمام البخاري وغيره : أن عمرًا أصاب أرضًا من أرض خيبر ، فقال يا رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أصبت مالاً بخيبر لم أصب قط مالاً خيرًا منه ، فما تأمرني ؟ فقال : (إن شئت حبست أصلها وتصدق بها ، غير أنه لا يباع أصلها ، ولا يبتاع ، ولا يوهب ، ولا يورث) قال ابن عمر : فنتصدق بها عمر على آل تبع ، ولا توهب ، ولا تورث ، في الفقراء ، وذوي القربى ، والرقاب ، والضعيف ، وابن السبيل ، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، ويطعم غير متمول⁵. وقد قال الحافظ ابن حجر في هذا الحديث : (وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف)⁶، ومن السنة أيضاً ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصدقة الجارية ، حيث قال : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له)⁷.

¹ أحمد ابن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية (بيروت - لبنان) ص 265.

² موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، و عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى 1408هـ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان بالقاهرة. ، ج 8 ، ص 184 .

³ محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية 1971م، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 44.

⁴ سورة آل عمران، الآية 92 .

⁵ محمد بن إسحاق بن عبد الله البخاري، صحيح البخاري، تحقيق : مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثالثة، ج 2 ، ص 70.

⁶ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة (بيروت - لبنان)، ج 5 ، ص 402.

⁷ رواه مسلم وأبو داود وغيرهما ، انظر : صحيح مسلم ، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثانية 1392هـ، دار إحياء التراث العربي (بيروت - لبنان). كتاب الوصية، ج 2 ، ص 1255 ، سنن أبي داود ، ج 3 ، ص 300.

المبحث الأول: تعريف الشخصية الاعتبارية للوقف وتحديد نطاقها

في هذا المبحث نبين ماهية الشخصية المعنوية للوقف، ثم نعرض عن بيان حدود ونطاق هذه الشخصية المعنوية للوقف .

المطلب الأول: تعريف الشخصية المعنوية للوقف

الشخصية الاعتبارية أو المعنوية هي مقابل الشخصية الطبيعية الحقيقية المتمثلة في الإنسان الذي تبدأ شخصيته منذ أن يكون جنينا في بطن أمه، حيث تثبت له أهلية أجوب ناقصة، والكاملة بالولادة حيا.

فالشخصية المعنوية هي صلاحية كائن جماعي لشبوت الحقوق له، أو أنها صفة يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال قامت لغرض معين بمقتضاها تكون هذه المجموعات شخصا جديدا متميزا عن مكوناتها ويكون أهلا لتحمل الواجبات واكتساب الحقوق .

ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية غريبة عن فقه الشريعة الإسلامية بل كانت هناك الكثير من الأحكام الفرعية الخاصة بمجاعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال، وبما أن القوانين المنظمة للأوقاف في النظام القانوني الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية فهي مصدره الأول¹، فقد اعترف القانون الجزائري للوقف بالشخصية الاعتبارية في نص المادة الخامسة من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف التي نصت على أن " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها "، كما أن المادة (49) من القانون المدني المعدلة بمقتضى القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نصت على أنه " الأشخاص الاعتبارية هي الدولة الولاية البلديات، الوقف " .

المطلب الثاني : نطاق الشخصية الاعتبارية للوقف

يقسم فقهاء القانون الشخصية المعنوية إلى نوعين الأشخاص الاعتبارية العامة² والأشخاص الاعتبارية الخاصة³ فالأولى تخضع لأحكام القانون العام والثانية تخضع لأحكام القانون الخاص، فالشخص المعنوي العام أهليتان أهلية عامة وأهلية خاصة لأن الأهلية قد تتعدد، أما شخص القانون الخاص فله أهلية خاصة في مجاله الخاص ولا يتعداه الى مجال آخر ، خلافا للشخص المعنوي العام، فالفرق بين الشخص المعنوي العام والشخص المعنوي الخاص يكون في الأهلية ولبس في التكوين⁴.

¹ فقد نصت المادة 2 من القانون رقم 91 10 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 على انه " على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه " .

² المقصود بأشخاص القانون العام المعنوية الاعتبارية هي تلك الكائنات العامة القائمة بذاتها أي تلك المنظمات العامة التي تتمتع باختصاص و سلطات ذاتية خاصة بها، وأول هذه الأشخاص الدولة ثم يأتي بعدها أشخاص معنوية عامة تابعة لها .

³ أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهي مجاعات الأموال ومجاعات الأشخاص التي اعترف لها القانون بهذه الصفة .

⁴ محمد طوموم الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 1987 م ص 17 .

ويتفق اغلب شراح القانون على أن الشخصية الاعتبارية التي يتمتع بها الوقف إنما هي من أنواع الشخصيات الاعتبارية الخاصة وليست العامة إلا أنها تدخل في نطاق الاعتراف العام من الدولة¹.

فينبغي أن يتمتع الوقف بالشخصية الاعتبارية بمجرد إنشائه، فلا يحتاج إلى ترخيص بذلك، ومع هذا فإن القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف انف الذكر حدد كيفية إنشاء الوقف حيث نصت المادة الرابعة منه على أن "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة يثبت وفقا للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 4 المذكورة أعلاه"، كما نصت المادة (41) من ذات القانون على أنه "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجل الأشخاص التي اعترف لها القانون بهذه الصفة لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه الى السلطة المكلفة بالأوقاف".

فلقد كان القانون الجزائري واضحاً في نص المادة (41) السابقة بأن أوجب على الواقف أن يحضر وثيقة الوقف لدى الموثق و يسجلها في السجل العقاري مع تسليم نسخة منها للجهة المشرفة على الأوقاف، وبذلك يمكن القول بحصول الوقف على الشخصية الاعتبارية بمجرد تمام الإشهاد به أمام الجهة المختصة قانوناً ولا يتوقف اكتساب الشخصية المعنوية على قيده في السجل العقاري بل أن الشخصية المعنوية التي يكتسبها الوقف هي التي تمكنه من إتمام إجراءات التسجيل إذ يتمكن الوقف باعتباره مالكا جديدا للعقار الموقوف أن يقوم بإتمام إجراءات التسجيل والقيد.

ولئن كان الأشخاص المعنوية الخاصة تنقسم إلى مجموعات الأشخاص² ومجموعات الأموال فإن الوقف من قبيل المجموعات الثانية، أي مجموعات الأموال وهذه الأشخاص كلها لا تعتبر من أشخاص القانون العام لأنها لا تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف

تشعبت النظريات وتعددت الاتجاهات بصدد تكييف الطبيعة القانونية للشخص الاعتبارية عامة والوقف محل الدراسة خاصة، ويمكن رد هذا الخلاف إلى ثلاث نظريات الأولى ترى أن الشخصية الاعتبارية هي مجرد مجاز وافترض، والثانية ترى في الشخصية الاعتبارية شخصية حقيقية، ونظرية ثالثة تنكر وجود الشخصية الاعتبارية من الأساس.

النظرية الأولى : نظرية المجاز

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الإنسان هو وحده محور القانون، وتثبت له وحده الشخصية القانونية، لأنه وحده صاحب الإرادة والإدراك، غير أن أنصار هذه النظرية يستدركون بالقول أن القانون في

¹ جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس الغرب، ط1-ص 68.

² المتمثلة في الجمعيات والشركات.

بعض الحالات يعترف بالشخصية لغير الإنسان على سبيل المجاز والافتراض القانوني، وأن هذا الافتراض لا يتم إلا بتدخل الدولة التي تفترض إلى جانب الشخص الطبيعي شخصاً افتراضياً، وتُنسب هذه النظرية إلى الألماني سافيني وأتباعه فقد كان له الدور الأكبر في صياغتها، ويترتب على هذه النظرية التسليم للدولة بالسلطان المطلق على الجماعات فتمنحها الشخصية القانونية أو تمنعها عنها حسباً تمليه الاعتبارات السياسية.

ولقد كانت هذه النظرية محلاً للنقد الشديد لاعتبارات كثيرة أهمها أنها تعرقل حرية تكوين الجماعات، فالجماعة مهما كان غرضها مشروعاً فإنها لن تمنح الشخصية القانونية إلا إذا اعترفت لها بهذه الشخصية.¹

النظرية الثانية : نظرية الحقيقة

تذهب هذه النظرية في حملتها إلى أن الشخصية الاعتبارية حقيقة قائمة، فمجرد اجتماع عدد من الأفراد أو الأموال لتحقيق غرض معين مشروع تنشأ إرادة مشتركة منفصلة عن إرادة هؤلاء الأفراد، وهذه الإرادة تنشأ قبل تدخل الدولة ويكون تدخل الدولة للاعتراف بهذا الوجود وتنظيم النشاط، ثم ذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى أن الحق ليس هو الإرادة بل المصلحة، وصاحب الحق هو صاحب المصلحة التي يحميها القانون حتى ولو كانت الإرادة ليست مستقرة عند صاحب الحق نفسه بل في النائب عنه، ومن ثم كان حتماً على القانون أن يحمي هذه المصالح وأن يرفعها إلى مرتبة الحقوق ومن ثم اعتبارها أشخاصاً قانونية.

ويعاب على هذه النظرية أنها مزجت الشخصية الاعتبارية بالشخصية الحقيقية للإنسان وأن كل شخصية اعتبارية لا بد أن تكتسب الشخصية القانونية بإسباغ واعتراف القانون بهذه الشخصية القانونية وليس العكس.

النظرية الثالثة : النظرية التي تنكر فكرة الشخصية الاعتبارية وتقدم بدائل لها.

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى إمكانية الاستغناء عن الشخصية الاعتبارية بفكرة الملكية المشتركة فتكون ملكية المال ملكية مشتركة أي مملوكة للجماعة كلها معاً كأنها فرد واحد، وهذا المجموع من المال هو الذي يكون محلاً للحقوق والالتزامات.

ويعاب على أنصار هذا الاتجاه في هذه النظرية أنها تستند إلى نظام قديم لم يعد معروفاً في الوقت الحاضر، فالقانون لا يعرف الملكية المشتركة، فهو لا يعرف إلا الملكية الفردية و الملكية الشائعة.²

وبعد بيان النظريات الثلاثة للطبيعة القانونية للشخص الاعتباري ، نخلص إلى أن حقيقة الشخصية المعنوية للوقف حقيقة واقعية اجتماعية لا مجال فيها للافتراض، تحتل مكانة بارزة في النظم القانونية للدول الإسلامية والعربية .

¹ محمد عبد الله العربي، الفقه الإداري الحديث، مجلة القانون والاقتصاد العدد 1 .

² ذات المرجع سابق، ص 410 .

المبحث الثالث: دور الشخصية المعنوية للوقف في حمايته

إن اعتراف القانون الجزائري للوقف بالشخصية الاعتبارية، يعد اختيارا سليما فمن ناحية قطع هذا الاختيار الجدل الفقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي هل هي الواقف أم الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى¹، حيث نصت المادة الخامسة من قانون الأوقاف 91_10 "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها".

ومن ناحية ثانية فإن الاعتراف القانوني للوقف بالشخصية الاعتبارية يوفر له الكثير من الحماية سواء من خلال من خلال النتائج العامة للشخصية المعنوية، أو من خلال النتائج الخاصة لشخصية الوقف الاعتبارية.

المطلب الأول: حماية الوقف من خلال النتائج العامة للشخصية الاعتبارية

إن إصباح القانون على أي مجموعة أموال أو مجموعة أشخاص صبغة الشخصية المعنوية يترتب عنه نتائج انطوت على بيانها المادة (50) من القانون المدني الجزائري بقولها : " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون .

- يكون له خصوصا :

- ذمة المالية

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون .

- موطن و هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها . الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر .

- نائب يعبر عن إرادتها .

- حق التقاضي " .

إذن من خلال استقراء هذا النص القانوني نجد أن الوقف يتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي باستثناء تلك الحقوق التي تكون لصيقة بشخص الإنسان فلا يتصور مثلا أن تثبت للوقف ، حقوق الأسرة كحق الزوجية أو الحقوق الناشئة عن القرابة كالإرث و النفقة و النسب ن، ولا يتصور أن تثبت له كذلك الحقوق اللصيقة بجسم الإنسان مثل حقه في حماية بدنه .

وقد عدت المادة (50) من القانون المدني أعلاه بعض الحقوق المهمة للشخصية المعنوية عامة، وللوقف خاصة وفي تفصيلها ما يلي :

¹ خالد رمول، الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، ط 2004 م، ص50.

أولاً : للوقف ذمة مالية مستقلة

وتعترف الذمة المالية في الفقه القانوني بأنها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية. وللوقف ذمة مالية مستقلة قائمة بذاتها، تتكون مما له من حقوق وما عليه من واجبات مالية، فتكون أموال الوقف وحده هي الضامنة لما عليه من ديون¹.

ولذاتية الوقف و استقلاله لا تختلط حقوقه بحقوق الواقف ، ولا بحقوق الناظر، ولا بحقوق الموقوف عليهم، كما لا تختلط واجباته بواجباتهم ، ومن ثم فإنه لا يجوز لدائي الموقوف عليهم أو الواقف، أو الناظر التنفيذ بحقوقهم على أموال الوقف لأنها ليست أموال مدينيهم .

ثانياً : أهلية الوقف

الوقف في الفقه الإسلامي وفي النظام القانوني الجزائري يتمتع بأهلية وجوب وأهلية أداء .

ولئن كانت أهلية الوجوب هي مضمون الشخص المعنوي ، فإن للوقف أهلية وجوب ولكنها محددة بطبيعته بالغرض المقصود من وجوده، فمن حيث طبيعة الوقف، يصلح لأن يكون له حق الملكية وتوابعها، وحق الرهن ، وحق أن يكون له اسم² ، ومن حيث الغرض من الوقف، فهو مقيد بالحدود المقررة له في عقد إنشائه أو بواسطة القانون، ولذلك كانت أهليته أهلية وجوب خاصة، معتبراً فيها وظيفته في المجتمع وتخصصه.

أما عن أهلية أداء الوقف، فمن المعروف أن أهلية الأداء أو أهلية التصرف مناطها توافر كامل الإرادة والتميز للشخص كي يكون صالحاً لمباشرة الأعمال و التصرفات القانونية بنفسه، ويثبت ذلك للإنسان وحده، باعتبار ما لديه من قدرة أردية، لذلك ينبغي فهم أهلية أداء الوقف بالمعنى الذي يتفق وطبيعته، فيقصد بها تحديد مدى النشاط المعترف به للوقف لتحقيق أهدافه، وتتحدد أهلية أداء الوقف بالقيود في الحدود التي يعينها عقد إنشائه أو التي يقررها القانون .

إذن تثبت للوقف أهلية أداء كما تثبت له أهلية وجوب، وناظر الوقف ما هو إلا مجرد وسيلة لإظهار إرادة الوقف، لأنه يمثل مصالحه، فتصرفات ناظر الوقف تعبر في الحقيقة عن إرادة الوقف .

ثالثاً : الوقف له موطن

على غرار كل الأشخاص الاعتبارية فإن الوقف له موطن خاص به و متميز عن موطن كل الأشخاص الذين لهم علاقة به، ويعد موطن الوقف مقراً قانونياً يمكن مخاطبته فيه بالنسبة لما يتعلق بنشاطه على نحو يعتد به قانوناً، ويحدد بمقتضاه الاختصاص المحلي المكاني للمحاكم بالنسبة له، وكقاعدة عامة فإن موطن الوقف هو

¹ نادية بوخرص، الآثار القانونية للتصرف الوقفي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير ، جامعة سعد دحلب البليدة ، 2005م، ص 30

² محمد مطموم ، مرجع سابق ، ص 27 .

المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي- ، ويقصد بهذا المركز المكان الرئيسي- لنشاطه القانوني والمالي والإداري، وليس بالضرورة مركز الاستغلال الذي يمكن أن يوجد في مكان مغاير لمركز الإدارة .

وإذا كان للوقف فروعاً في أماكن مختلفة، فإن مركز إدارة كل فرع يكون موطناً خاصاً بكل أعماله المتعلقة به ، وذلك تيسيراً على المتعاملين، وتطبيقاً لذلك يجوز رفع الدعاوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الوقف وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع.

رابعاً : الوقف له نائب يعبر عن إرادته

الوقف شخص معنوي له وجود شرعي وقانوني يبيح له التعامل مع الناس مباشرة بواسطة ممثله وهو المتولي¹ " ناظر الوقف "، فقد نصت المادة(12) من المرسوم التنفيذي رقم 98_381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، على أنه " تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 91 - 10 المؤرخ في ابريل سنة 1991 و المذكور أعلاه " .

خامساً : الوقف له حق التقاضي

الوقف كالشخص الطبيعي في هذه الصفة، فكما يجوز لهذا الأخير اللجوء للقضاء سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه، يجوز للوقف أن يباشر الدعوى التي يرغب في رفعها و أن يدافع عن الدعاوى التي ترفع عليه، والفرق بينهما يكمن في أن الوقف يتولى بصفة غير مباشرة هذا الحق عن طريق ممثله القانوني .

فقد انطوت المادة(13) من المرسوم التنفيذي رقم 98_381 أف الذكر على تحديد مهام ناظر الملك الوقفي وذكر من بين هذه المهام، السهر على العين الموقوفة و دفع الضرر عن الملك الوقفي ، والحفاظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات، ولا شك أن الدفاع عن الوقف في مواجهة من يدعي حقاً عليه أمام المحاكم يدخل ضمن حماية الوقف المنوطة بناظر الوقف .

وقد نص فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخصم في الدعاوى الصادرة من الوقف أو عليه هو الناظر سواء أكانت متعلقة بعين الوقف أو بغلته، فالوقف شخصية معنوية مستقلة عن شخصية المستحقين فيه والخصومات التي ترفع من الوقف أو عليه لا تكون إلا من وضد الناظر بدون ضرورة لإدخال الموقوف عليهم.²

المطلب الثاني : مميزات الشخصية الاعتبارية للوقف

للشخصية الاعتبارية للوقف نتائج خاصة تميزها عن غيرها من الشخصيات المعنوية الأخرى، هذه الخصائص تتمثل في : إعفاء الوقف من الضرائب و الرسوم، عدم خضوع عقارات الوقف للتقادم، حماية الوقف من

¹ زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، ص 25 .

² نفس المرجع السابق ، ص 26 .

الشفعة، عدم إمكانية الحجز على أموال الوقف .

أولاً : إعفاء الوقف من الضرائب و الرسوم

نظراً للهدف الخيري الذي يسعى الوقف إلى تحقيقه فقد أُعطي في القانون الجزائري من سداد الضريبة المفروضة على غيره من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال .

فقد نصت المادة (44) من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف آنف الذكر على أنه: " تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال الخير والبر " .

ثانياً: عدم خضوع عقارات الوقف للتقادم

فمن مظاهر الحماية المدنية للأوقاف هو عدم قابلية الأملاك الوقفية للاكتساب بالتقادم¹.

فلئن كانت المادة (827) من القانون المدني الجزائري قد نصت على أنه: " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً أو كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع "، فإنها لا تنطبق على الأموال الموقوفة²، فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها سنة 1986 م بأنه " حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك " ³.

فالأموال الموقوفة لا يصح أن تكتسب بالتقادم ، ذلك أن الوقف ليس فيه ملكية لأحد⁴، ويتمتع بالشخصية المعنوية ، كما أنه إذا صح الوقف تزول ملكية الواقف⁵، وينحصر حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالعين فقط⁶، والنتيجة من ذلك أنه لا يمكن تملكه بوضع اليد (التقادم)، ولأن ذلك أيضاً يتعارض مع حبسه في أوجه البر والإحسان .

وقد أكدت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 16 جويلية 1997 على صحة الحكم الصادر عن محكمة بوسعادة القاضي بإبطال عقد شهرة منصب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة، ناقضة بدون إحالة

¹ أنور أحمد الفريع، الحماية المدنية للوقف دراسة في القانون الكويتي، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، عام 1420هـ - 1999م، ص 105 .

² محمد طرفاني " قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر " بحث ضمن دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، وزارة الشؤون الدينية بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، عام 1420 هـ ، 1999 م ، ص 8 .

³ قرار المحكمة العليا رقم 39360 مؤرخ في 13 جاني 1986 م.

⁴ فقد نصت المادة (213) من قانون الأسرة الجزائري على أنه " الوقف هو حبس المال عن التملك لا شخص على وجه التأييد والصدق " ، كما أن المادة (5) من قانون الأوقاف رقم 91-10 انطوت على أنه " الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ، ويتمتع بالشخصية المعنوية " .

⁵ المادة (17) من قانون الأوقاف رقم 91-10 .

⁶ المادة (18) من ذات القانون .

القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة الذي قام بإلغاء هذا الحكم وقضى- من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس¹.

لكن السؤال الذي يثور في هذا المقام مفاده ما يلي : هل حظر تملك الوقف بالتقادم المكسب يشمل نوعي الوقف العام والخاص على حد سواء ؟ .

الغرفة العقارية للمحكمة العليا أجابت على هذا السؤال في قرارها رقم 216394 المؤرخ في 29 ديسمبر 2001م القاضي بأنه: " ... حيث انه من الثابت أن الحبس ينقسم إلى نوعين :

النوع الأول : هو الحبس الخيري العام ويأخذ حكمه حكم العقارات التي تخضع للمنفعة العامة التي لا يجوز التقادم المكسب فيها .

النوع الثاني : وهو الحبس الأهلي وهو خاضع للتقادم متى توافرت شروطه، سواء في سقوط الحق في التمسك بالبطلان تماشياً مع أحكام المادة (102) فقرة 2 من القانون المدني، أو التقادم المكسب عملاً بالمادة (282) من نفس القانون حفاظاً على استقرار المعاملات وإن هذا منسجم مع ما هو مستقر عليه في الشريعة الإسلامية بخصوص نوع الحبس الأهلي بعدم جواز سماع الدعوى إذا توافرت في المدعى عليه شروط التقادم².

لا يمكن لأحد أن يكتسب أعيان الوقف بالتقادم المكسب، وذلك تطبيقاً للقاعدة القانونية التي تقرر أن كل مال لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم³ فقد نصت المادة (23) من قانون الأوقاف على أنه " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها " .

وقد أكدت المحكمة العليا عدم إمكانية خضوع أصول الوقف للتقادم المكسب، وذلك في قرارها الصادر في 13 / 01 / 1986 م الذي نصه " حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك " ⁴.

¹ قرار المحكمة العليا رقم 157310 المؤرخ في 16 جويلية ، المجلة القضائية 1997 العدد الأول ، ص 34 .

² قرار المحكمة العليا رقم 216394 المؤرخ في 29 ديسمبر 2001 م ، كما أن القانون المصري يأخذ بذات الحكم فقد نصت المادة (970) من القانون المدني المصري على أنه : " في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة ثلاثاً وثلاثين سنة ، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو للهيئات العامة وكذلك أموال = الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأبيها و الأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم " .

³ خالد رمول، مرجع سابق، ص 65 .

⁴ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 13 / 01 / 1986 م .

ثالثاً : حماية الوقف من الشفعة

عرفت المادة (794) من القانون المدني الجزائري الشفعة بقولها " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال المنصوص عليها في المواد التالية " .

كما نصت المادة (798) من ذات القانون على أنه " لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة " .

فقد فضل القانون في هذا النص الغرض الذي من أجله تم بيع الحصة الشائعة في العقار على مصلحة الشفيع إذا بيع العقار ليكون محلاً للعبادة أو يلحق بمحل العبادة، ويدخل في ذلك المساجد و ما يلحق بها من مدارس قرآنية أو خلوات للإقامة بقصد تعليم القرآن الكريم وعلومه والفقهاء الإسلاميين، والاستراحات التي تتخذ للمناسبات الدينية المملوكة بالمساجد، فإذا تم بيع العقار لاستخدامه في الأغراض التي تتعلق بالشعائر الإسلامية فلا تجوز الشفعة فيه، وذلك حماية للوقف و تمييزه عن غيره من الأشخاص الطبيعيين و الشخصيات الاعتبارية الأخرى¹.

رابعاً : عدم إمكانية الحجز على أموال الوقف

الحجز إجراء تحفظي، يراد به التنفيذ على أموال المدين عن طريق بيعها بالمراد العلني لتسديد دين الدائن الحاجز وديون الدائنين المشتركين في الحجز من قيمة هذه الأموال².

ومن المستقر عليه أن الحجز لا يكون إلا على أموال المدين، غير أنه من الآثار القانونية للوقف خروج المال الموقوف من ذمة الواقف، وعدم دخوله في ذمة الموقوف عليهم، ولذلك لا يجوز حجزها والتنفيذ عليها لأن ذمة الوقف المالية مستقلة .

ومن ناحية ثانية فإن الحجز لا يكون إلا على الأملاك التي يصح التصرف فيها حتى يمكن بيعها بالمراد العلني في حالة عدم استيفاء الدين، و طالما أن الوقف لا يجوز التصرف فيه بأي حال من الأحوال، أو بأي شكل من أشكال التصرف فإن حجزه أيضاً غير ممكن لأنه يكون بدون جدوى، لأنه غير قابل للتملك³.

ومن ناحية ثالثة، فمن قواعد التنفيذ أن يكون المال المطلوب التنفيذ عليه قابلاً للتداول، وبذلك لا يجوز الحجز على أموال الوقف، لأن الوقف يقتضي حبس العين و منعها من التداول⁴.

غير أن هذه الحماية المقررة لأموال الوقف، إنما تتعلق بأصل المال الوقفي، وليس بغلته، ذلك أن المادة (21)

¹ جمعة محمود الزريقي، مرجع سابق، ص 83.

² نادية بوخرس، مرجع سابق، ص 16.

³ محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، ط 2006 م، ص 117.

⁴ جمعة محمود الزريقي، مرجع سابق، ص 109.

من قانون الأوقاف 91 / 10 أجازت التنفيذ على حق الموقوف عليهم في الغلة الناتجة عن أصل المال الوقفي، وهذا حتى لا تضيق حقوق الدائنين، فقد نصت المادة (21) على أنه: " يجوز جعل حصة المنتفع ضامناً للدائن في المنفعة فقط وفي الثمن الذي يعود إليه ".

- خاتمة

ومن خلال دراستنا الشخصية الاعتبارية للموقف، يتبين لنا أن الاعتراف للموقف بهذه الشخصية له أهمية عملية تتمثل فيما يلي :

- 1 - الاعتراف للموقف بالشخصية المعنوية يجعل للموقف نظاماً خاصاً، متميزاً عن نظام الملكية الخاصة، كما يختلف من ناحية ثانية عن الملكية العامة .
- 2 - انتقال ملكية الأعيان الموقوفة إلى غير الواقف و اندماجهما في شخصية الوقف، فلم يعد للمالك من سلطة عليها إلا بما يقرره نظام الوقف من صلاحيات كالشروط التي أباحها الفقه للواقف أن يشترطها في صحة الوقف .
- 3 - بمجرد تمام الوقف تصبح أعيان الوقف مع ما تدره من ريع و فوائد وغلة في نظام خاص يحدد كيفية المحافظة عليها وصيانتها و حسن استغلالها و تطويرها، الأمر الذي يجوز معه القول بأن لكل وقف ذمة مالية مستقلة و نظاماً شريعياً خاصاً به .
- 4 - الشخصية المعنوية تضفي على العمل الوقفي طابعاً مؤسسياً يتميز عن الطابع الشخصي - للأفراد، فيكون الوقف بذلك أكثر قابلية للتأطير .
- 5 - تحقق الشخصية المعنوية ديمومة الوقف، إذ بأكتسابها لا تنتقل ملكية المال الوقفي لجهة معينة، وإنما يبقى الوقف قائماً بذاته غير قابل للتصرف فيه، حيث يستفيد الموقوف عليهم من غلته فحسب .
- 6 - وجود شخص طبيعي يتولى إدارة الوقف والإشراف عليه، يسمى الناظر، وضع الفقهاء له نظاماً خاصاً يحكم تصرفاته و معاملاته مع خضوعه للقضاء لمراقبة تلك التصرفات بما يضمن سلامتها من المخالفة، والحفاظ على أموال الوقف وبقاء كيانه مستمراً .

قائمة المراجع :

- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية 1971م، دار الفكر العربي. القاهرة.
- أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تصحيح ساحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت - لبنان .
- أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثانية 1392هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان .
- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي.
- محمد طوموم، الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الثانية - 1407 - 1987 م.

- جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس الغرب.
- خالد رمول، الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة ، ط 2004 م .
- نادية بوخرص، الآثار القانونية للتصرف الوقفي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب البليدة ، 2005م.
- زهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان .
- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ، 2006 م .

الكتابة الرسمية الإلكترونية لإثبات التصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية "دراسة مقارنة" أ/ باهة فاطمة- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص:

إن الاعتراف بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني في القانون المقارن طرح إشكالية تطبيقه في بعض المعاملات القانونية التي يشترط فيها القانون ضرورة إفراغها في الشكل الرسمي مثل التصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية، وهو ما جعل من بعض التشريعات المقارنة تتدخل لإقرار مبدأ الشكلية الرسمية الإلكترونية لاستيفاء الشكل الرسمي المطلوب قانوناً لإثبات هذا النوع من التصرفات القانونية، منظمةً لجميع الشروط القانونية والتقنية اللازمة لإنشائها وحفظها والاعتداد بها في الإثبات وذلك بمنحها الحجية القانونية ذاتها الممنوحة للكتابة الرسمية الورقية وفق القواعد العامة للإثبات.

الكلمات المفتاحية: الكتابة في الشكل الإلكتروني- الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني- التصرفات العقارية - العقار والحقوق العقارية

Résumé:

La reconnaissance de la preuve écrite sous forme électronique en droit comparé a posé le problème de son application dans les transactions juridiques nécessitant une forme authentique comme les transactions portant sur l'immobilier ou liées à des droits immobiliers. Ceci a poussé les législations à intervenir pour consacrer le principe d'une authenticité électronique pour répondre au formalisme exigé dans certaines transactions juridiques. Cette intervention organise les conditions juridiques et techniques quant à la création et la conservation de cette preuve ce qu'il lui donne une force juridique similaire à celle donnée à l'écriture authentique sous forme de papier et selon les principes généraux de la preuve.

مقدمة:

إن التصرفات القانونية الواردة على العقار أو حقوق عقارية تعد من أهم العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين، بل ينبغي أن يصدر التراضي وفق الشكل الرسمي الذي يعينه القانون لها تحت طائلة

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

بطلانها¹، وذلك نظراً للدور التنموي الاقتصادي والاجتماعي للملكية العقارية وبغية إضفاء الحماية اللازمة لها. وفي سبيل ذلك حددت القواعد العامة للإثبات شروط توافر الشكل الرسمي لإثبات التصرفات القانونية العقارية وذلك بوجوب صدورها من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه، وطبقاً للأشكال المطلوبة قانوناً².

غير أنه في الوقت الراهن مع استخدام وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها شبكة الانترنت قد ظهر إلى الوجود نوع جديد من التصرفات القانونية العقارية التي تبرم عن بعد ولا تتسم بالحضور المادي لأطرافها في لحظة تبادل الرضاء بينهم، وهذا النوع من التصرفات فرض لإثباته ضرورة الاعتراف بنوع مستحدث من الكتابة المتخذة للشكل الإلكتروني على دعامات غير ملموسة متمسكة بالطابع اللامادي، والتي دأبت جل التشريعات المقارنة إلى الاعتراف بها كدليل إثبات ومنحها ذات الحجية القانونية الممنوحة للكتابة على الورق الرسمية منها والعرفية³.

ولذلك يثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى إمكانية إنشاء كتابة رسمية في شكل الكتروني لإثبات التصرفات القانونية التي يشترط فيها القانون ضرورة أن تكون مثبتة بالشكل الرسمي مثل التصرفات الواردة على العقار أو الحقوق العقارية دون المساس بالمفهوم السائد للرسمية. ومدى استجابة هذا النوع من الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية للشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية والتي أقرتها القواعد العامة للإثبات. وما مقدار الحجية القانونية الممنوحة لها في إثبات التصرفات العقارية. وهذا ما سيتم محاولة تبيانها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن فيما يلي:

المبحث الأول: الإقرار التشريعي بإمكانية إنشاء كتابة رسمية إلكترونية لإثبات التصرفات العقارية دون المساس بمفهوم الرسمية.

اعترفت العديد من التشريعات المقارنة في البداية بالكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل لإثبات التصرفات القانونية، وفي مقدمة هذه التشريعات نجد قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 الذي أكد في مادتيه (05 و 05 مكرر) على أنه لا يجوز التكرار للقيمة القانونية للبيانات أو لصحتها أول قابليتها

¹ ينظر في ذلك نصوص المواد (15) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 المادتين 1-1316 من القانون المدني الفرنسي والمادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، المادة (05) من القانون رقم (28) لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية البحري، الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود المغربي...

² ، حيث تنص المادة (9) على أنه : " لقبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات: 1- في أية إجراءات قانونية ، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات : أ- لمجرد أنها رسالة بيانات أو ، ب- بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي...". القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رقم 51/162 الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الموالي.

³ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني " الفكرة والوظائف"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، بجامعة حلوان، مصر، 2008، ص 158 وما بعدها.

للفنذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات، كما أنه منع تطبيق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات لمجرد أنها مدونة على وسيط وري¹.

وقد عملت هذه التشريعات على تكريس مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة الورقية، وذلك بمنح الكتابة في الشكل الإلكتروني حجية مساوية بقوتها الثبوتية للحجية المثبتة للكتابة الورقية المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات. غير أن التساؤل يثور عندما يستلزم القانون شكلا معيناً لانعقاد التصرف القانوني مثل اشتراط قاعدة الرسمية في التصرفات العقارية، فهل يتم المساس بالشكلية انسياقا وراء المبدأ العام القائل بالتعادل الوظيفي؟ أم أن هذا المبدأ متعلق فقط بالإثبات ولم يقصد منه المساس بالشكلية المطلوبة؟ لذلك للإجابة على هذا التساؤل فقد حاول الفقه والتشريع المقارن البحث في مسألة مدى إجازة الشكلية الإلكترونية وإمكانية إنشاء كتابة رسمية في الشكل الإلكتروني لإثبات التصرفات القانونية التي يشترط فيها القانون صفة الرسمية. والبحث في ما مدى استجابتها للشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية والمقررة في القواعد العامة.

المطلب الأول: تكريس مبدأ الاعتراف بالشكلية الإلكترونية ومدى إجازة إنشاء كتابة رسمية في الشكل الإلكتروني لإثبات التصرفات العقارية في التشريع المقارن.

إن مجالات الاعتداد بالتكافؤ بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة الورقية تتجاوز مجرد المساواة بينها من حيث الحجية القانونية الممنوحة لكتابتها لإثبات التصرفات القانونية إلى دور أكبر من ذلك، حيث يمكن للكتابة في الشكل الإلكتروني بموجب مبدأ التكافؤ استيفاء الشكل المطلوب لانعقاد التصرفات القانونية وهو ما اصطلاح عليه الفقه بمبدأ الاعتراف بالشكلية الإلكترونية²، والذي كرسته بعض التشريعات المقارنة.

فنجذ القانون الفرنسي رقم 575-2004 والصادر بتاريخ 20 جوان 2004 والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي³ قد أضاف إلى المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي فقرة جديدة⁴، والتي تنص على أنه عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة تصرف قانوني، فإنه يكون بالإمكان إنشائه وحفظه في الشكل الإلكتروني مع ضرورة احترام الشروط المنصوص عليها في المواد 1-1316 و 4-1316 والتي تتعلقان بشروط الكتابة والتوقيع في شكلها

¹ - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004, page 11168 texte n° 2.

² - Article 25 du loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique.

³ - تشترط المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي في الكتابة في الشكل الإلكتروني ضرورة تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف تضمن سلامتها. كما تشترط المادة 4-1316 من ذات القانون في التوقيع الإلكتروني بأن تكون الوسيلة المستخدمة فيه تضمن تحديد هوية الموقع بما يكفل ارتباطه بالموقع.

⁴ - والمادة 1317 من القانون المدني الفرنسي تشترط ضرورة إعداد العقد الرسمي وحفظه وفقاً لشروط يحددها مرسوم يصدر عن مجلس الدولة الفرنسي.

الالكتروني حتى يعتد بها كدليلي إثبات أمام القضاء¹، كما أنه يطبق ذات الحكم في حالة تطلب العقد الرسمي في الإثبات ولكن مع وجوب احترام الشروط الواردة في المادة 1317 المتعلقة بالعقد الرسمي². كما أضافت المادة بأنه عندما يكون مطلوب تأشير كتابي ما بيد الملتزم نفسه de la main même، فإن هذا الأخير يستطيع وضعه في الشكل الالكتروني، إذا كانت شروط وضعه من شأنها ضمان تنفيذه بواسطة شخصياً par lui-même³.

وقد كان التشريع الفرنسي من أول التشريعات التي تبنت الاعتراف صراحة بالكتابة الرسمية الإلكترونية لإثبات التصرفات القانونية حتى ولو كان محلها عقار⁴، وذلك من خلال المادة 1317-2 من القانون المدني التي نصت على إمكانية إنشاء محرر رسمي على دعامة الكترونية، والاعتداد به في الإثبات إذا ما توافرت في إعداده وحفظه الشروط المحددة من مرسوم صادر عن مجلس الدولة⁵.

¹ - وقد قام المشرع الفرنسي بعد صدور القانون المتعلق بالاقتصاد الرقمي بإصدار مرسومين بتاريخ 10 أوت 2005 الأول يعدل ويقيم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويقيم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، حيث تبني فيها نفس الاتجاه ونص فيها على إمكانية إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهنة. ينظر:

Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095, texte n° 33.

Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096, texte n° 34.

² - بالرغم من ترخيص التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 الصادر بتاريخ 08 جوان 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية للدول الأعضاء أن تستثني من إمكانية إبرام التصرفات القانونية بالشكل الالكتروني بعض التصرفات القانونية التي يتطلب قانونها الداخلي ضرورة إبرامها عن طريق تدخل سلطات عامة أو محنيين يمارسون سلطة عامة ينظر المادة 2/09 من قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 08 جوان 2000 بشأن التجارة الالكترونية.

³ - Article 1317 : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Modifié par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique art. 1 JORF 14 mars 2000.

⁴ - Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095 texte n° 33. Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096 texte n°34.

⁵ - القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية العدد 442، السنة السادسة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 31 جاني 2006.

و تبعاً لذلك فقد صدر المرسومين رقم 973-2005 ورقم 972-2005 الصادرين في 10 أوت 2005 والذين حدد فيها المشرع الفرنسي شروط إنشاء وحفظ الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية وصورها بالنسبة للموثقين وللمحضرين القضائيين¹.

وللكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني في نصوص التشريع الفرنسي نوعين، كتابة رسمية على دعامة الكترونية وهي التي أشارت إليها المادة 1317-2 من القانون المدني والتي أجازت إمكانية تحرير كتابة رسمية عادية تستوفي جميع الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية غاية ما في الأمر أنها تحرر على دعامة الكترونية، وبهذا لا يوجد ما يدل على أن الطبيعة الإلكترونية للكتابة والتوقيع الذي عليها يمكن أن يتأثر عن بعد أي بدون حضور الأطراف.

أما النوع الثاني فيتعلق بوجود كتابة رسمية الكترونية بالمعنى الدقيق، أي ذلك النوع من الكتابة الذي يتم عن طريق وسيلة الكترونية بين أطراف يوجد كل منهم في مكان مختلف عن الآخر، وبالتالي لا وجود فعلي أو مادي شخصي للأطراف بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم، وهذا النوع من الكتابة الرسمية الإلكترونية أشار إليه المشرع الفرنسي- في أحكام المادة 1317/2 من القانون المدني والمادة 20 من المرسوم رقم 941-71 المتعلق بالمحركات المنشأة من قبل الموثقين والمعدلة بموجب المادة 04 من المرسوم رقم 973-2005.

وبالنسبة للتشريع المصري، فقد كان أقل دقة في مسألة إقراره لإمكانية إنشاء الكتابة الرسمية الإلكترونية، فلم ينص على إمكانية إنشاءها من طرف الموظف العام بموجب نص صريح، غير أنه أشار إلى حجيتها في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الواردة في المواد 14 إلى 17 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، وكذلك للضوابط الفنية والتقنية التي حددها المادة 18 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني. وهو بذلك لم يضع تنظيم كامل يشمل الكتابة الرسمية المتخذة شكلاً إلكترونياً من حيث بيان جميع الأوضاع الشكلية لإنشاءها وحفظها كما فعل المشرع الفرنسي.

كما نجد من بين التشريعات العربية التي اعترفت بالشكلية الإلكترونية في نصوصها صراحة، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 01 لسنة 2006²، والذي نص في المادة (07) منه على

¹ - تنص المادة (05) من القانون الاتحادي للإمارات العربية المتحدة المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: "إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات لأي سبب، فإن هذا الشرط يكون متحققاً إذا تم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل إلكتروني، شريطة مراعاة ما يأتي: أ- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به، أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت في الأصل. ب- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها فيما بعد. ج- حفظ المعلومات إن وجدت التي تمكن من تحديد منشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها".

² - نفس الحكم تبناه المشرع البحريني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002 في نص المادة (05) التي نصت على أنه: "إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة، أو رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون، بشرط أن تكون المعلومات قابلة للدخول عليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك" وهذا النص مشابه كثيراً لما جاءت به المادة (06) من قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 حيث نصت على أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليه

أنه: "إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الالتزام بأحكام الفقرة (1) من المادة (5) من هذا القانون" ويتبين من المادة بأن المشرع الإماراتي يكرس المبدأ العام لإجازه الشكلية الإلكترونية ولكن بعد استيفاء شروط الحفظ المقررة في القانون¹.

وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لعام 2015 فقد أجاز أن يكون للكتابة في الشكل الإلكتروني دور في استيفاء الشكل المطلوب لانعقاد التصرفات القانونية وذلك ما ورد في المادة 06 منه والتي تنص على أنه: "مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من المادة (3) من هذا القانون، إذا استوجب أي تشريع تقديم أي قيد أو عقد أو مستند أو وثيقة بشكل خطي أو كتابي فيعتبر تقديم السجل الإلكتروني الخاص بأي منها منتجاً للآثار القانونية ذاتها شريطة ما يلي: أ- إمكانية الاطلاع على معلومات السجل الإلكتروني. ب- إمكانية تخزين السجل الإلكتروني والرجوع إليه في أي وقت دون إحداث أي تغيير عليه"².

ثم اعترف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لعام 2015 صراحة بإمكانية إصدار كتابة رسمية بوسيلة الكترونية من خلال المادة (17/ هـ) منه التي نصت على أنه: "يجوز إصدار أي سند رسمي أو تصديقه بالوسائل الإلكترونية شريطة ارتباط السجل الإلكتروني الخاص به بتوقيع الكتروني موثق"³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يورد نص صريح في نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني يقضي بإجازه الشكلية الإلكترونية مثلاً فعملت التشريعات المقارنة، حيث اكتفى بتقرير المساواة بين نوعي الكتابة في الشكل الإلكتروني والورقية من حيث الحجية القانونية في الإثبات وذلك بموجب أحكام المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والتي نصت على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، ولم يتناول المشرع الجزائري دور الكتابة في الشكل الإلكتروني

لاحقاً"، ونجد كذلك المشرع المغربي كرس مبدأ الشكلية الإلكترونية حيث نص في المادة 02 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية على أنه: "يمكن للملتزم عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك".

¹ - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 منشور بالجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد 5341، الصادرة بتاريخ 2015/5/17

² - القانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006، الصفحة 15.

³ - وردت هذه الشروط بالنسبة للتشريع المغربي في الفصل (418) من ظهير الالتزامات والعقود المغربي. ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري نص المادة (390)، وفي القانون المدني الفرنسي المادة (1317)، ووردت في التشريع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني والتي تنص على أن: "العقد الرسمي هو ذلك العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

في تكوين التصرف القانوني ذاته إذا كان شكلياً، وبالتالي الأرجح أنه لا مجال للقول بأن المشرع الجزائري يسمح باستيفاء الكتابة في الشكل الإلكتروني للاشتراط القانوني للكتابة كشرط لصحة التصرف، فتقرير مبدأ هذه الأهمية ينبغي ان يتضمن القانون إقراره بشكل صريح خاصة وأن معظم التشريعات التي أقرت صراحة بهذا المبدأ وضعت شروطاً له يجب التقيد بها لإمكانية تطبيقه.

ونفس الحكم بالنسبة لمسألة إجازة إنشاء كتابة رسمية إلكترونية، فالمشرع الجزائري بالرغم من إقراره لمبدأ المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق إلا أنه لم يحدد حدود هذه المساواة هل تشمل الكتابة الرسمية أم الكتابة العرفية فقط؟ ولم ينص صراحة على إمكانية إنشاء كتابة رسمية إلكترونية على غرار ما فعل المشرع الفرنسي. ويمكن القول بأن النصوص الحالية للقانون المدني وقانون التوثيق الجزائري¹ لا يوجد فيها ما يميز إمكانية نشوء كتابة رسمية إلكترونية، خاصة وأن هذه الرسمية في الشكل الإلكتروني لا تتطلب مجرد جراً من الموثقين للقيام بإنشائها، وإنما تتطلب نصوص صريحة تنظم عمل الموثق الإلكتروني وضرورة وجود شبكة الكترونية داخلية تربط بين جميع مكاتب التوثيق الموجودة داخل الوطن حيث يتم تداول الوثائق الرسمية الإلكترونية داخلها، مع ضرورة وجود اتفاقيات دولية تسعى لتعميم و تفعيل هذه الشبكة لتشمل بقية الدول المجاورة .

المطلب الثاني: مدى استجابة الكتابة الرسمية الإلكترونية للشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية

لقد نتج عن الإقرار بإمكانية إنشاء كتابة رسمية إلكترونية ومنحها حجية في الإثبات مماثلة لحجية الكتابة الرسمية الورقية التساؤل حول مفهوم هذه الرسمية، فهل تشكل نوع مستقل ومميز عن رسمية الكتابة الورقية؟ أم أنها تخضع لذات الأحكام التي تخضع لها الكتابة الرسمية الورقية؟ وهل يؤدي وجودها إلى المساس بالشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية من ضرورة تلقي الكتابة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه المكاني والنوعي مع مراعاة الأوضاع القانونية المحددة في تحريرها².

وهو الأمر الذي يصعب تطبيقه بالنسبة للكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني، فالمعاملات الحديثة التي تتم بشكل إلكتروني تكون في الغالب عن بعد وعبر شبكة الانترنت، ولا يكون في إمكان الشخص المؤهل قانوناً

¹ - ينبغي الإشارة هنا الى أن المشرع الفرنسي في المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي عندما حدد الأشخاص المؤهلين قانوناً لتحرير المحرر الرسمي استخدم مصطلح "officiers publics" والذي يقصد به جميع الأشخاص المتمتعين بالسلطة سواء كانوا مرتبطين بإدارة العدالة أم لا، والمفوض اليهم جزء من السلطة العامة، بصرف النظر عن نوعية المهام التي يمارسونها سواء كانت مهمة واحدة تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بأعمال أخرى. وهو ما جعل التشريعات العربية مثل التشريع الجزائري والتشريع المصري في قوانينها المدنية تترجم هذا المصطلح إلى ثلاث فئات: الموظفون العامون والضباط العموميون وكل الأشخاص المكلفين بخدمات عامة. ومن ثمة فإن مصطلح "officier public" لا يقصد به ضابط عمومي فقط وإنما كذلك يدخل في معناه الموظف العمومي والشخص المكلف بالخدمة العامة.

² - Bernard REYNIS, Professionnels du droit et contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Nationales, Journée de Toulouse, Année 2000, Tome V, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, P 127.

لإصدارها في الشكل الرسمي موظفاً عمومياً أو ضابطاً عمومياً...¹ طبقاً للنصوص التقليدية أن يشرفوا عليها، وإن أمكنهم التعرف على هوية أطراف المعاملة، من خلال التوقيعات الإلكترونية المؤمنة، فإنه يصعب عليهم التأكد من أهليتهم ومن صدور الإيجاب والقبول، كما أن مراعاة حدود اختصاصهم المكاني والنوعي يصعب تصوره، خاصة إذا علمنا أن التعاقد يتم عن بعد وبين طرفين ينتميان في أغلب الأحيان لدولتين مختلفتين.

بالإضافة إلى مسألة هامة تعتبر جوهر فكرة الرسمية الورقية والمتعلقة بالحضور المادي والفعلية للشخص المؤهل قانوناً لإصدار الكتابة الرسمية بصفته شاهد على الوقائع التي يثبتها بنفسه في حدود مهمته أو التي يتم توقيعها من ذوي الشأن في حضوره أو ما يتلقاه من ذوي الشأن من بيانات، والذي يصعب تحقيقه في الكتابة الرسمية التي تتم بوسائل الكترونية والتي تتسم بعدم الحضور المادي المتزامن لأطرافها لحظة تبادل الرضاء بينهم، الأمر الذي من شأنه أن يشكك في قدرة الرسمية في الشكل الإلكتروني على ضمان ذات الآثار القانونية التي ترتبها الرسمية الورقية من حجية كاملة وقوة تنفيذية في كامل التراب الوطني.

إلا أن الفقه الفرنسي استقر بأن الكتابة الرسمية الإلكترونية لا تحمل أي اعتداء على هذه الشروط ولا على قوة الرسمية في الإثبات². حيث أنه يمكن ضمان الحضور الشخصي لجميع أطراف الكتابة التي تتم بوسيلة الكترونية ولكن هذا الحضور يتسم بطبيعة خاصة، حيث أنه يتطلب تدخل أكثر من موظف عام في إنشاء الكتابة الرسمية الإلكترونية، فأحد أطرافها يحضر أمام الموظف العام الذي يوجد في دائرة إقامته، ويحضر الطرف الثاني أمام الموظف العام الذي يوجد في دائرة إقامته.

وهو الحل الذي اعتمدته المشرع الفرنسي في المادة 20 من المرسوم رقم 973-2005 المعدل للمرسوم رقم 941-71 الصادر في 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالمحررات المنشأة من طرف الموثقين³. ويقدم هذا الحل بحسب بعض الفقه عدة مزايا⁴ تتمثل في أنه يمكن من ضمان الحضور الفعلي لجميع أطراف الكتابة الرسمية الإلكترونية منهم ذوي الشأن بالإضافة إلى الموظف العام، حيث يكون هناك موظف عام يحضر مع كل متعاقد في دائرة إقامته يتلقى رضائه وتوقيعه، وفي ذات الوقت لا يؤدي حضور أكثر من موظف عام إلى المساس بمفهوم الرسمية، ذلك أن مفهوم المادة 1/1317 من القانون الفرنسي الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا

¹ - Art. 20 .Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096, texte n° 34.

² Elisabeth JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, Bibliothèque De Droit Prive – Lgdj, Tome 465, 09 Septembre 2006. p335.

³ - Art 16/1. Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096, texte n° 34.

⁴ - Art 26 .Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095, texte n° 33.

المعلومات والتوقيع الإلكتروني المعدل للقانون المدني الفرنسي لا يتعارض مع إمكانية وجود أكثر من موظف عام في عملية إنشاء كتابة رسمية في الشكل الإلكتروني خاصة وأنه قد استخدم المشرع الفرنسي- في هذه المادة مصطلح "موظفين عامين officiers publics".

إلا أن إنشاء الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية بتدخل أكثر من موظف عام تتطلب وجود نظام تقني جد هام نصت عليه كل من المادتين 16 من المرسوم رقم 973-2005 السالف الذكر¹، و26 من المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 56-222² والتي نصتا على ضرورة استخدام كل من الموثق والمحضر- القضائي لنظام المعالجة وإرسال المعلومات معتمد من طرف المجلس الأعلى للموثقين (CSN) بالنسبة للموثق ومن طرف الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين (CNHJ) بالنسبة للمحضر- القضائي، ويضمن سلامة وسرية محتوى الكتابة الرسمية الإلكترونية³.

وقد تتطلب التشريعات في إنشاء الكتابة الرسمية على دعامة ورقية مراعاة بعض الأوضاع القانونية حتى يمنح لها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات⁴، تتعلق في مجملها بشروط تحرير الكتابة وشكلها وتاريخها وضرورة ثباتها وسهولة قراءتها، والتأكد من أهلية المتعاقدين وانصراف إرادتهم إلى محتوى الكتابة، وضرورة وضع كل من الموثق والأطراف والشهود توقيعاتهم على كل صفحاتها ومرفقاتها. إلا أن هذه الأوضاع القانونية عند إنشاء الكتابة في الشكل الإلكتروني تتميز بسمات خاصة تتلاءم مع طبيعتها اللامادية، حاول المشرع الفرنسي- مراعاتها في تنظيمه لها من خلال المرسومين رقم 973-2005 ورقم 972-2005 السابق الإشارة إليهما.

ومنها ما اشترطته المادتين 17 من المرسوم رقم 973-2005 و3/26 من المرسوم رقم 972-2005 من ضرورة توقيع الموثق الرئيسي والمحضر القضائي على الكتابة في الشكل الإلكتروني عبر وسيلة التوقيع الإلكتروني المؤمن وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المرسوم رقم 272-2001 الصادر بتاريخ 30 مارس 2001 المتعلق بتطبيق أحكام المادة 1316-4 وبالتوقيع الإلكتروني، وذلك ضماناً لسلامتها من مخاطر التعديل عند تداولها والإطلاع عليها⁵.

¹ - Sabine LIPOVETSKY et Gérard WEISZ, Les actes authentiques se dématérialisent enfin, le journal du net, France , 20/12/2005. Disponible sur : <http://www.journaldunet.com/>

² - ومنها في التشريع الفرنسي نصوص المرسوم رقم 941-71 الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالحررات المنشأة بواسطة الموثقين، ومنها كذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادتين (324 مكرر 2)، و(324 مكرر 4) من القانون المدني الجزائري، والمواد (26) وما بعدها من قانون 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الجزائري. والمواد (61) وما بعدها من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 1976/04/13.

³ - Art. 17 du Décret n° 2005-973 du 10 août 2005.

⁴ - Art 17/3 du Décret n° 2005-973 du 10 août 2005.

⁵ - محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونياً في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 180.

بالإضافة إلى وجوب وضع توقيعات ذوي الشأن والشهود إن وجدوا، غير أن هذه التوقيعات في المرسوم رقم 2005-973 لم يشترط فيها المشرع الفرنسي أن تكون الكترونية مؤمنة¹، وإنما أجاز لهم استخدام وسيلة تسمح بوضع صورة من توقيعاتهم اليدوية بشكل مرئي على الشاشة والتي لا تتوفر على ذات عناصر الموثوقية والأمان التي تتوفر للتوقيع الإلكتروني المؤمن².

كما اشترطت المواد (22) و(08) من المرسوم رقم 2005-973 و(2/28) من المرسوم رقم 2005-972 أنه في حالة وجود مستندات مرفقة، فينبغي على الموثق أن يجعلها مرتبطة بشكل غير قابل للانفصال مع إلحاقه لتوقيعه الإلكتروني على كل هذه المرفقات³، مع ضرورة أن يذكر التاريخ كله بالحروف لا بالأرقام⁴.

ويتبين مما سبق بأن تجربة المشرع الفرنسي في الاعتراف بالكتابة الرسمية الإلكترونية كانت منفردة وجد محكمة، حيث حاول تنظيم كل الصعوبات التي تحول دون تطبيق الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية في الكتابة الإلكترونية بموجب نصوص واضحة وصريحة تتلاءم مع طبيعتها اللامادية ومع المستجدات التقنية الحديثة المعاصرة دون المساس بالمفهوم العام للرسمية، وكل ذلك يسعى لتحقيق المساواة الفعلية بين الكتابة الرسمية الإلكترونية والكتابة على الورق من حيث الحجية في الإثبات وليس مجرد مساواة نظرية. ونهيب بالمشرع الجزائري أن يحذو حذوه خاصة وأن تمتع الكتابة الرسمية الإلكترونية لمكانتها في الإثبات يتطلب وجود نصوص

¹ - Art 22 du **Décret n° 2005-973** : « Lorsque l'acte est établi sur support papier, les pièces annexées à l'acte sont revêtues d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire. Lorsque l'acte est établi sur support électronique, les pièces annexées sont indissociablement liées à l'acte auquel elles se rapportent. La signature électronique du notaire en fin d'acte vaut également pour ses annexes » Art 28/2 du **Décret n° 2005-972** : « Il peut être annexé à l'acte tout document, soit constitué originellement sur support électronique, soit transféré sur ce support au moyen d'un procédé de numérisation garantissant sa reproduction à l'identique. Les pièces annexées sont indissociablement liées à l'acte auquel elle se rapportent ».

² - تشير المادة 2/26 من قانون التوثيق الجزائري رقم 02-06 إلى أنه : " تكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام".

³ - تنص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 على أنه: " للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية ، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2004، عدد 217.

⁴ - Article 1318 : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ». Modifié par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000.

تقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 326 مكرر 2 : " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" وفي قانون الإثبات المصري المادة 10 التي تنص على : " فإذا لم تكسب هذه المحركات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحركات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءهم أو بأختامهم أو بصيات أصحابهم".

صريحة وواضحة تبين كيفية توثيقها وإضفاء الرسمية عليها وتحدد الشروط القانونية والتقنية لإنشاءها وحفظها والاعتداد بها في الإثبات.

المبحث الثاني: الحجية القانونية للكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني لإثبات التصرفات العقارية

ترتب التشريعات التي أجازت إمكانية توثيق الكتابة الإلكترونية في الشكل الرسمي لإثبات التصرفات القانونية ومن بينها التصرفات العقارية¹، وفي مقدمتها التشريع الفرنسي من خلال المادة 1318 من القانون المدني الفرنسي. على توافر الكتابة الرسمية الإلكترونية لشروط التمتع بصفة الرسمية والمتطلبات التقنية والفنية المقررة في المرسوم رقم 2005-973 والتي تكفل سلامة وسرية محتواها وتحديد هوية الأطراف مع وضع الموثق لتوقيعه الإلكتروني المؤمن، الحجية القانونية الكاملة التي تتمتع بها الكتابة الرسمية على الورق في الإثبات. غير أنه في حالة تخلف شرط من هذه الشروط أو المتطلبات التقنية كعدم الاختصاص المحلي والموضوعي لمحررها أو عدم مراعاته للأشكال المقررة قانوناً لإصدارها أو تلقيها، ففي هذه الحالة فإنها تحوز على حجية الكتابة العرفية الإلكترونية في الإثبات بشرط أن تكون موقعة من الأطراف².

وطالما كانت للكتابة الرسمية الإلكترونية ذات الحجية القانونية المقررة للكتابة الرسمية على الورق فإنه تسري عليها نفس القواعد العامة المقررة لها في قانون الإثبات وذلك كما يلي:

المطلب الأول: حجية الكتابة الرسمية الإلكترونية المثبتة للتصرفات العقارية بالنسبة للمتعاقدین

يستفاد من القواعد العامة للإثبات الخاصة بحجية الكتابة الرسمية على الورق بتطبيقها على الكتابة الرسمية الإلكترونية المثبتة للتصرفات العقارية³، أن تكون هذه الأخيرة متى اكتسبت صفة الرسمية حجة فيما بين الأطراف المتعاقدة بما دون فيها من بيانات تحقق الموظف العمومي من صحتها في حدود مهمته واختصاصه أو

¹ - المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن." وتقابلها في قانون الإثبات المصري المادة 11 التي تنص: "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً". والمادة 1319 من القانون المدني الفرنسي.

² - كحضور الأطراف والشهود، والتأكد من هوية شخصية المتعاقدين إما بوثائق رسمية كبطاقات التعريف الوطنية أو رخص السياقة، أو شهادة شاهدين تحت مسؤوليتهم. التأكد من الدفع أو قبض الثمن إذا كان واجب الدفع بمعاينة و بين يدي الضابط العمومي، أو البيانات العامة التي يدونها محرر الكتابة الرسمية مثل اسمه لقبه وصفته ومحل إقامته وتاريخ التحرير وتوقعات الأطراف... في تفصيل هذا النوع من البيانات ينظر: بكوش بيجي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 114.

³ - ومثال ذلك كأن يصرح مثلاً أن الشخص المائل أمامه يتمتع بكامل قواه العقلية فإن ذلك لا يعد إلا كشهادة عادية يمكن دحضها بأي دليل باعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن فلا تصل حجيتها إلى حد الطعن فيها بالتزوير، وكذلك إقرار البائع بقبض الثمن، وإقرار المشتري بمعاينة العقار محل البيع فهذه البيانات لا يلحقها وصف الرسمية للدلالة على وقوعها حقيقة، والموثق ليس مطالباً بأن يتحقق من صحة هذه البيانات ومدى تطابقها مع الواقع. براهامي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير بكلية الحقوق، جامعة منتوري بفسطاطنة، الجزائر، 2008، ص 86 و 87.

وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، وعلى من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها و ليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير ، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموظف العمومي واقتصر- دور هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحاتهم فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية و يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.

ومن ثمة فإنه يجري التمييز بين نوعين من البيانات، بيانات لها حجية مطلقة لا يجوز دحضها إلا بالطعن فيها بالتزوير، وتتمثل في البيانات التي يدونها الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة المختص على ما تم لديه وفي حدود مهمته أو تلك التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره المادي¹. وبيانات ليست لها حجية مطلقة لدرجة الطعن فيها بالتزوير بل تعتبر صحيحة في ذاتها حتى يثبت من له المصلحة عكسها بالطرق المقررة في القواعد العامة في الإثبات، وتتمثل في تلك البيانات التي يدلي بها ذوو الشأن للموظف العام أو للضابط العمومي أو للمكلف بخدمة عامة والتي حصلت دون حضوره، ويدونها في الكتابة الرسمية تحت مسؤوليتهم دون أن يتحرى أو يتحقق منها لكونها خارجة عن مهمته².

غير أن هذا النوع من البيانات في الكتابة الرسمية الالكترونية المثبتة للتصرفات العقارية يمكن أن تثبت لها ذات الحجية المطلقة الممنوحة للبيانات التي يتحقق من صحتها الموظف أو الضابط العموميين أو المكلف بالخدمة العامة، إذا ما فرض على ذوي الشأن والشهود استخدام التوقيع الالكتروني المؤمن لما لها من موثوقية في تحديد هويتهم على اعتبار أنه يتم وفقاً لإجراءات وضوابط فنية وتقنية تضمن صحتها الجهة المختصة باعتماد التوقيعات الالكترونية³.

ويكون للكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني وفق القواعد العامة للإثبات قرينتان في مظهرها، قرينة السلامة المادية التي تثبت لها وذلك بخلوها من أي تغيير في محتواها بالمحو أو التعديل أو الكشط أو التحشير، وإذا وجد ما يدعو إلى الارتياح في سلامتها المادية جاز لمن يدعي ذلك اللجوء إلى القضاء والطعن فيها بالتزوير وللمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من إسقاط لقيمتها في الإثبات أو انقضاها.

¹- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، " دراسة مقارنة"، بهجات للطباعة، 2009، الطبعة الأولى، ص 738.
²- تنص المادة 324 مكرر 5 " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني . " وتنص المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره... "، وتقابلها المادة 11 من قانون الإثبات المصري : " المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً " .
³- وإن كان المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 324 مكرر 6 قد نص "على أنَّ يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن "

كما يثبت لها كذلك قرينة صدورهما من الأشخاص الذين تحمل توقيعاتهم الالكترونية دون الحاجة إلى الإقرار بها منهم، والأصل أن من ينكر ذلك في الكتابة العادية العرفية أن يثبت ادعائه بطرق متعددة، غير أنه لا يستطيع ذلك في الكتابة الرسمية بنوعها العادية والالكترونية إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير¹.

المطلب الثاني: حجية الكتابة الرسمية الالكترونية المثبتة للتصرفات العقارية بالنسبة للغير

بتطبيق ذات القواعد العامة للإثبات تكون للكتابة الرسمية الالكترونية المثبتة للتصرفات العقارية حجية على الأطراف المتعاقدة وعلى خلفائهم العامين وعلى الغير، أي أنها تكون حجة على الكافة على صحة الوقائع التي تضمنتها بياناتها والتي تحقق الموظف العمومي من صحتها²، فما جاء في الكتابة الرسمية الالكترونية المثبتة للتصرفات العقارية يحتاج به في مواجهة الأطراف والغير جميعا، ولا يمكن نفي هذه الحجية إلا بطريق الطعن بالتزوير³.

والحجية التي تضيفها القواعد العامة للإثبات على الكتابة الرسمية الالكترونية المثبتة للتصرفات العقارية بالنسبة للأطراف المتعاقدة هي نفس الحجية التي تتعلق بها اتجاه الغير، بمعنى أن كل شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبتته ذلك المحرر و يحتاج به عليه. و لا يكون أمام هذا الغير الذي له مصلحة في إثبات عكس ما ورد فيها، إلا بالطعن بالتزوير وذلك بالنسبة للبيانات التي قام الموظف بتدوينها على أساس أنه عاينها أو تحقق من صحتها بنفسه، أما مضمون البيانات الصادرة من ذوي الشأن والتي لم تكن محل معاينة أو تحقيق من طرف الموثق، فإنه بإمكان الغير إثبات عكسها بجميع الطرق.

وتتيح القواعد العامة للإثبات أيضا إذا ما تم تطبيقها على الكتابة في الشكل الالكتروني متى توافرت لها صفة الرسمية، القوة التنفيذية التي تمكن من تنفيذها دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك، وذلك من خلال الحصول على نسخة تنفيذية منها موهورة بالصيغة التنفيذية من طرف الشخص المؤهل قانوناً لذلك وتسليمها للطرف الذي له مصلحة في التنفيذ، ويعتبر ذلك الأمر الركن الشكلي المنصوص عليه قانوناً لبدء إجراءات

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 6 فقرة 02 بقولها " غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، و يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا ". تقابلها المادة 1319 من القانون المدني الفرنسي.

² - المادة 602 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: " لكل مستفيد من سند تنفيذي، الحق في الحصول على نسخة موهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 أعلاه، تسمى "النسخة التنفيذية". ولا تسلم إلا للمستفيد شخصيا أو لوكيل عنه بوكالة خاصة. يهر ويوقع على النسخة التنفيذية رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي، حسب الحالة، وتحمل عبارة "نسخة تنفيذية مطابقة للأصل" وتحتم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرته. ". القانون رقم 09-08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، عدد 21، ص 50.

³ Article 19 : « Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République. » Loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI) Version consolidée au 03 septembre 2015.

التنفيذ¹. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 19 من قانون 25 فاتوز الفرنسي- السنة 11 المتضمن لتنظيم مكاتب التوثيق بمنح الحجية للمحررات الموثقة وقابليتها للتنفيذ في جميع أنحاء الجمهورية²، والذي أعاد تكريسه المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 973-2005 في نص المادة 4/37 والتي أشار فيها إلى إمكانية نقل النسخ التنفيذية والنسخ الرسمية بوسيلة الكترونية، ولكن بشرط أن يتم ذلك ضمن شروط تضمن سلامتها وسرية نقلها وتحديد هوية المرسل والمرسل إليه³.

خاتمة:

تم التوصل من خلال هذه الورقة البحثية الى أن العديد من التشريعات المقارنة قد عملت على اقرار وتكريس مبدأ الشكلية الرسمية الالكترونية في بعض التصرفات القانونية، ومنها التصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية، وفي مقدمتها التشريع الفرنسي الذي أحاط هذا المبدأ بتنظيم قانوني محكم وشامل لجميع الشروط القانونية والتقنية التي تمكن من إنشاء كتابة رسمية في شكل الكتروني تستوفي جميع الشروط القانونية التقليدية المتطلبة قانونا لإضفاء صفة الرسمية على الكتابة العادية الورقية، مع تكييف هذه الشروط مع الطابع اللامادي الذي تتسم به الكتابة في الشكل الالكتروني. وكل ذلك لغرض منحها الحجية القانونية في الإثبات والماثلة لحجية الكتابة الرسمية الورقية والمقررة في القواعد العامة للإثبات بالنسبة للمتعاقدين وللغير. وهي التجربة التي يمكن أن يستفيد منها التشريع الجزائري لإقرار نصوص قانونية صريحة وواضحة تسمح بإضفاء الرسمية على الكتابة في الشكل الالكتروني لإثبات التصرفات العقارية وتحدد الشروط القانونية لحفظها والاعتداد بها في الإثبات.

¹ - « Art. 37/4 du Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 : « Les copies exécutoires et copies authentiques peuvent être transmises par voie électronique dans des conditions garantissant l'intégrité de l'acte, la confidentialité de la transmission, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire ».

²-J. Aussedat, «Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation», Rev. Soc. 1974, p. 235.

³ - ينبغي علينا في واقع الأمر التفرقة بين المشروع الفردي محدود المسؤولية وشركة الشخص الواحد وعدم الخلط بينهما، فالمشروع الفردي يقوم على أساس تخصيص شخص جزءا من ذمته لنشاط تجاري معين، دون لزوم الاعتراف لهذا المشروع بالشخصية المعنوية المستقلة عن صاحبه، ونقول في هذه الحالة أن المشروع الفردي يمثل مؤسسة. أما شركة الشخص الواحد فهي شخصية معنوية مستقلة عن مؤسسها ولو قامت على فكرة ذمة التخصيص، ونقوم في بحثنا هذا باستعمال مصطلح المشروع الاقتصادي الفردي للتعبير عن كل من المشروع الفردي محدود المسؤولية، وشركة الشخص الواحد محدود المسؤولية أو ما يعرف في التشريع الجزائري بالمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة. انظر في هذه التفرقة: د/ عبد الحكم محمد عثمان، ضد شركة الشخص الواحد " نحو بناء قانوني أفضل للمشروع الاقتصادي الفردي"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1994، ص 5.

قائمة المراجع :

I. النصوص التشريعية المعتمدة:

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادرة في 26 يونيو 2005 م. والقانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 25 مايو سنة 2007 م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007 م.
2. القانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006
3. القانون رقم 09-08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، عدد 21.
4. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية الصادرة بتاريخ 22 أفريل 2004، عدد 217.
5. القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية لولة الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية العدد 442 ، السنة السادسة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 31 جانفي 2006.
6. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 منشور بالجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد 5341 ، الصادرة بتاريخ 2015/5/17
7. Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique art. 1 JORF 14 mars 2000.
8. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 , page 11168 texte n° 2.
9. Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095, texte n° 33.
10. Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096, texte n° 34.

II. الكتب والرسائل والمجلات:

1. بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
2. براهامي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير بكلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، 2008.
3. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، " دراسة مقارنة"، بهجات للطباعة، الطبعة الأولى، 2009.
4. محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات " دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

5.عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني " الفكرة والوظائف"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، بجامعة حلوان، مصر، 2008.

1.Bernard REYNIS, Professionnels du droit et contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Nationales, Journée de Toulouse, Année 2000, Tome V, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2002.

2.Elisabeth JOLY-PASSANT , L'écrit confronté aux nouvelles technologies, Bibliothèque De Droit Prive – Lgdj, Tome 465, 09 Septembre 2006.

3.Sabine LIPOVETSKY et Gérard WEISZ, Les actes authentiques se dématérialisent enfin, le journal du net, France, 20/12/2005. Disponible sur : <http://www.journaldunet.com/>

أشخاص التوزيع - الوسطاء*

أ/ صافة خيرة- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص :

إن عملية توزيع السلع والمنتجات لا تقوم إلا من خلال جملة من الأشخاص يعهد إليهم بأداء وظائف تسويقية هامة كالبيع وترويج الخدمات وتوفير المنتجات، وهم ما يعرف بأشخاص التوزيع أو الوسطاء كالساسة والوكلاء بالعمولة.

ذلك لأن كفاءة العنصر البشري من العوامل الحاسمة لنجاح عملية التوزيع نظرا لما لها من دور فعال في جذب وإقناع المستهلك وخلق الاستجابة السريعة وبناء علاقات متينة قائمة على الثقة المتبادلة، وهذه الجهود الفعالة لها أثر واضح في إثارة الطلب وزيادة كمية المبيعات.

Abstract :

The distribution of goods and products process will only come through a number of persons entrusted with the performance of important functions such as selling and marketing and promotion services and products, and they know what people or distribution Calcmasserh brokers and commission agents.

This is because the human element of the decisive factors for the success of the distribution process efficiency because of its active role in attracting the consumer and to convince and create a rapid response and build strong relationships based on mutual trust, and this effective efforts have a clear impact on raising demand and increase the amount of sales.

مقدمة :

مما لا شك فيه أن منظمات الأعمال، وخاصة المنتجة منها لا بد أن تقرر قنوات التوزيع التي ترغب باعتمادها، والتي تتوافق مع طبيعة منتجاتها، والاستراتيجيات التسويقية، أو التوزيعية المتبعة وصولا إلى الأهداف المراد تحقيقها، إن هذه القنوات تمثل الطرق التي سوف تتدفق منتجات المنظمة من خلالها وصولا إلى المستهلكين.

ولعل من بين البدائل المتاحة الاعتماد على التوزيع المباشر، من خلال إمكانيات، وطرق التوزيع العائدة لها، أو عن طريق التوزيع غير المباشر أي بالاعتماد على الوسطاء على اختلاف أنواعهم، فالوسطاء يقومون بأدوار ووظائف متعددة في دعم المنظمة المنتجة، ومنتجاتها من خلال البيع، الترويج خدمات توفير المنتجات من

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

خلال منافذ التوزيع، و في أماكن حدوث الطلب عليها، و في أي وقت، إذ يمثلون قنوات توزيع متعددة الأشكال، والصفات، و نظرا للدور الكبير الذي يلعبه هؤلاء الوسطاء فإنه يمكن القول بأن الوسطاء، أو قنوات التوزيع غير المباشرة هم عبارة عن مجموعة من المنظمات المستقلة التي تقوم بتوزيع المنتجات، السلع، أو الخدمات للمستهلك، وعليه فإن عملية التوزيع للسلع والمنتجات لا تقوم إلا من خلال أشخاص يعهد إليهم بأداء وظائف تسويقية هامة، فماذا يقصد بقنوات التوزيع؟ أو الوسطاء؟ أو من هم أشخاص التوزيع؟

المبحث الأول: الوسطاء التجاريون

لقد تضمن القانون التجاري الجزائري ضمن أحكامه تعريف عقد الوكالة التجارية في الفصل الثالث من الباب الرابع، و ذلك بمقتضى المادة 34 التي تنص على ما يلي: يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد، أو إبرام البيوع أو الشراءات و بوجه عام جميع العمليات التجارية باسم، ولحساب تاجر، و القيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص، و لكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات¹.

أما عن الطبيعة القانونية لعقد الوكالة التجارية في القانون الجزائري فان المشرع نظم عقد الوكالة التجارية في الباب الخاص بالعقود التجارية، و بذلك يمكن أن نعتبر عقد الوكالة التجارية هو عقد تجاري.

و إذا تم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة التجارية باعتبارها من عقود التوسيط التي تتضمن التقريب بين الأطراف بقصد الربح فإننا نجد على المستوى الدولي:

اتفاقية لاهاي² التي تضمنت القانون المنطبق على الوكالة، وهي تحتوي على ديباجة، و خمسة فصول حيث تضمنت الديباجة الدول الموقعة على هذه الاتفاقية رغبة منها في وضع الأحكام المشتركة بشأن القانون الواجب التطبيق على الوكالات، و احتوت الفصول الأحكام المتفق عليها.

أما في القانون الجزائري ففضلا عن المادة 34 من القانون التجاري الجزائري فإنه توجد مجموعة من النصوص القانونية التنظيمية ذات الصلة كالآتي:

ففي ظل المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري الذي يحتوي على ثمانية مواد كالآتي:

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات، و المهن المقتنة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

² - المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات، و المهن المقتنة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

إذ تنص المادة الأولى منه على انه: يحدد هذا المرسوم مدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري بتوضيح قواعد إعدادها، و استعمالها، و ضبطها باستمرار، و كذلك تقنين مختلف النشاطات الاقتصادية الواجب تضمينها فيها.

أما المادة الثانية من ذات المرسوم فتتص على انه: تصنف مدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري بالرجوع إلى محتواها و إلى التقنين القاعدي المضمن في مدونة النشاطات، و المواد. أما الفقرة الثانية فقد نصت على انه: تتضمن مدونة النشاطات الاقتصادية بصيغة افردية كافة النشاطات الاقتصادية التي تكون موضوع قيد في السجل التجاري.

وقد تضمنت المادة الثالثة: محتوى مدونة النشاطات الاقتصادية إذ نصت على انه: تشمل مدونة النشاطات الاقتصادية النشاطات الاقتصادية الهيكلية حسب قطاعات النشاطات، و المقسمة على مجموعات، و مجموعات فرعية من النشاطات المتجانسة التي تتكون مما يلي نشاطات إنتاج السلع، نشاطات الخدمات، نشاطات الاستيراد، والتصدير، نشاطات تجارة البيع بالجملة وبالتجزئة. أما الفقرة الثانية فقد نصت على انه: تصنف مختلف النشاطات المتضمنة في مدونة النشاطات الاقتصادية بعناوين يرمز لها وفقا للترميز العام لمدونة النشاطات، و المنتجات.

وقد حددت المادة الرابعة من هذا المرسوم مدى أهمية، ومكانة مدونة النشاطات الاقتصادية إذ أنها حسب هذه المادة تشكل مرجعيا قياسيا للاستعمال الإلزامي قصد التعرف على كل نشاط اقتصادي يكون موضوع قيد في السجل التجاري.

وبهذه الصفة تشكل مدونة النشاطات الاقتصادية وثيقة مرجعية إلزامية لكل طلب قيد في السجل التجاري يقدمه كل شخص طبيعي، أو معنوي إلى المركز الوطني للسجل التجاري خصوصا إذا تعلق الأمر بالتسمية، أو بتقنين كل نشاط خاضع للقيد في السجل التجاري، و يخضع تسيير مدونة النشاطات الاقتصادية لإشراف وزير التجارة الذي يضمن صياغتها، و استنساخها، و تعميمها، و كذلك وضعها بمقابل تحت تصرف كل مستعمل، أو طالب، وهو ما عبرت عنه المادة الخامسة من هذا المرسوم¹ وإذا اقتضى الأمر إجراء تعديلات، أو تجديدات على محتوى مدونة النشاطات الاقتصادية كإضافة نشاطات جديدة، أو تغيير التسميات، أو تصحيحها، و البيانات التكميلية، أو أي تعديل آخر، فهو يخضع لقرار وزير التجارة في إطار منسق، و بالتشاور مع مختلف الوزارات، و الهيئات المعنية، و باقتراح من المدير العام للمركز الوطني للسجل التجاري المسير لمدونة النشاطات الاقتصادية، و هو ما أكدته المادة السادسة في فقرتها الأولى، أما الفقرة الثانية: فقد نصت على انه في حالة ما إذا كان طلب القيد في السجل التجاري يحتوي، أو يتضمن نشاطا لا تتضمنه مدونة

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 313/2000 يعدل و يجمع المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات و المهن المختصة الخاضعة للقيد في السجل التجاري و تأطيرها جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

النشاطات الاقتصادية، و تكون ممارسته غير خاضعة لأي منع يجري المركز الوطني للسجل التجاري القيد، و يباشر فوراً إجراء ضبط مدونة النشاطات الاقتصادية.

وقد نصت المادة السابعة من هذا المرسوم على أنه: يجرى المركز الوطني للسجل التجاري محتوى مدونة النشاطات الاقتصادية، و التعديلات المدخلة عليها، و تنشر بقرار من وزير التجارة بناء على اقتراح من المدير العام للمركز الوطني للسجل التجاري.

أما المادة الثامنة فهي ملغاة بموجب المرسوم التنفيذي 139/02

وبالإضافة إلى هذا المرسوم صدر المرسوم التنفيذي المتعلق بمعايير تحديد النشاطات¹، و المهنة المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، و تأطيرها، و الذي يتكون من ثمانية مواد تفصيلها كالآتي : إذ نصت المادة الأولى منه على أنه: يضبط هذا المرسوم المعايير المرجعية لتحديد كل نشاط، أو مهنة تجارية يكونان موضوع نصوص تنظيمية خاصة، و توضيح محتواها العام.

أما المادة الثانية من هذا المرسوم فقد عرفت النشاط، أو المهنة المقننة على أنه كل نشاط، أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري، و يستوجبان بطبيعتها، و بمحتواها وبمضمونها و بالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها.

أما المادة الثالثة من المرسوم ذاته فقد أخضعت تصنيف النشاط، أو المهنة ضمن صنف النشاطات، أو المهنة المقننة لوجود انشغالات، أو مصالح أساسية تتطلب تأطيراً قانونياً، و تقنياً خاصاً، وقد حددت الفقرة الثانية المجالات المرتبطة بالانشغالات، و المصالح الأساسية وهي كالآتي : النظام العام، أمن الممتلكات، و الأشخاص، حماية الصحة العمومية، حماية الخلق، و الآداب، حماية حقوق الخواص، و مصالحهم المشروعة، حماية الثروات الطبيعية، و الممتلكات العمومية التي تكون الثروة الوطنية، احترام البيئة، و المناطق، و المواقع المحمية، و الإطار المعيشي للسكان، حماية الاقتصاد الوطني .

أما المادة الرابعة فقد نصت على أنه: يجب أن يكون كل نشاط مصنف، و يتطلب تأطيراً قانونياً خاصاً موضوع إعداد تنظيم خاص يتخذ بموجب مرسوم تنفيذي، بناء على اقتراح من الوزير المعني بالنشاط، أو المهنة المراد تنظيمها .

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق لـ 18 يناير 1997 يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري الجديدة الرسمية العدد 5 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 453/03 المؤرخ في 1 ديسمبر 2003 الجريدة الرسمية رقم 75 و المرسوم التنفيذي رقم 454/2006 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 و المتعلق بالبطاقة المهنية للأجانب الذين يمارسون نشاطاً مهنياً على التراب الوطني الجريدة الرسمية رقم

أما المادة الخامسة فقد نصت على مشتملات النص التنظيمي، مما يسمح على وجه الخصوص على التعرف بدقة على طبيعة النشاط، أو المهنة المراد تنظيمها بالرجوع إلى مدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري، وكذا تحديد الشروط المطلوبة لممارسة النشاط أو المهنة بالنسبة إلى القدرات المهنية لدى الطالب، المحلات المهنية، و التجهيزات التقنية المزمع استعمالها، الوسائل التقنية، والعمليات، و كفاءات التدخل الموضوعية حيز التطبيق، و الإجراءات و، وسائل المراقبة المستعملة، و الضمانات القانونية، أو المعمول بها المقدمة، أو المضمونة، السلطة المكلفة بدراسة طلب ممارسة النشاط، وتسليم الرخصة، أو الاعتماد المطلوب، محتوى الملف المشترك أن يكونه كل طالب سواء كان شخصا طبيعيا، أو معنويا عمليات الرقابة المطابقة القبلية الواجب إنجازها، و سيرها، آجال فحص الملف، و طرق الطعن المحولة في حالة رفض الطلب.

وقد أضافت المادة السادسة من المرسوم مشتملات أخرى لابد، و أن يستوفيهما النص التنظيمي وهي :
يوضح الواجبات الخاصة التي تلزم مسؤولية الشخص الطبيعي، أو المعنوي المستفيد من رخصة الممارسة، أو الاعتماد، و العقوبات الإدارية في حالة قصور ثابت .

ب: يتضمن بيان المخالفات، أو التجاوزات التي يترتب عليها حسب الحالة وقف الممارسة مؤقتا مع توضيح مدة هذه الأخيرة، إلغاء رخصة الممارسة المسلمة، و سحبها النهائي المتبوع بالشطب من السجل التجاري.

ج: تأسيس رقابة على ممارسة نشاط ما مع توضيح موضوعه، و كفاءاته، و كذلك الهيئات المؤهلة في هذا المجال.

وقد أبرزت المادة السابعة من هذا المرسوم¹ التزامات كل طالب لممارسة النشاط المقنن، إذ أنه إضافة إلى احترام قواعد القانون العام يجب عليه احترام الأحكام التنظيمية الخاصة بالسارية على النشاط، أو المهنة الذين يرغب في ممارسة أحدهما، كما يجب عليه للحصول على قيد في السجل التجاري تقييدا، أو تعديلا أن يقدم إضافة إلى الوثائق المطلوبة رخصة الممارسة، أو الاعتماد التي تسلمها إياه المصالح المختصة في الإدارة المعنية .

أما المادة الثامنة فقد نصت على أنه: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وقد تم هذا المرسوم بالمادتين 7 مكرر 1، و 7 مكرر 2 إذ نصت المادة الأولى من هذا المرسوم، والتي تضمنت أحكام المادة 7 مكرر 1 بقولها: تنشأ لجنة وزارية مشتركة يرأسها الوزير المكلف بالتجارة، أو ممثله تكلف بمهمة مجانسة النصوص المقننة للمهن، والنشاطات الخاضعة للقيد في السجل التجاري، و تتولى اللجنة في هذا الإطار ما يأتي : دراسة النصوص المعمول بها، وتكييفها عند الحاجة، إبداء رأي في مشاريع النصوص التي تبادر

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 42/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتضمن إعادة قيد التجار الشامل جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

بها القطاعات لفت انتباه المبادرين. بالنصوص التنظيمية المعمول بها عندما تطرأ صعوبات في التنفيذ يحدد الوزير المكلف¹ بالتجارة شروط عمل اللجنة، وكيفية بموجب قرار.

أما المادة 7 مكرر 2 فقد حددت أعضاء اللجنة المذكورة أعلاه من ممثلي : الوزير المكلف بالداخلية، والجماعات المحلية، الوزير المكلف بالمالية، الوزير المكلف بالصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الوزير المكلف بالطاقة والمناجم، الوزير المكلف بالسكن، الوزير المكلف بالصناعة وإعادة الهيكلة، الوزير المكلف بالصحة والسكان، الوزير المكلف بالفلاحة الوزير المكلف بالسياحة والصناعة التقليدية.

يحدد الوزير المكلف بالتجارة بقرار القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة المذكورة في المادة 7 مكرر 1 أعلاه بناء على اقتراح من الوزراء المعنيين.

يمكن للجنة أن تستدعي أي شخص يمكنه نظرا لكفاءته أن يبدي رأيا تقنيا في مسائل محددة.

أما المادة الثانية من أحكام هذا المرسوم فقد نصت على وجوب نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

أما عن المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدل و المقيم، وكذا المرسوم التنفيذي المتعلق بالبطاقة المهنية للأجانب الذين يمارسون نشاطا مهنيا على التراب الوطني²، فيحتوي على ثلاثة فصول تحدد شروط القيد في السجل التجاري.

أما عن المرسوم التنفيذي المتضمن إعادة قيد التجار الشامل³، فقد حمل في طياته عشرة مواد تضمنت في مجملها شروط إعادة القيد الشامل للتجار.

وفضلا عن المراسيم فقد صدر القرار الذي يحدد مدة صلاحية مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة الصادر عن وزارة التجارة⁴

وقد عدل هذا القرار، وتم والذي أصبح يحتوي على مادتين إذ نصت المادة الأولى على انه تعدل أحكام الفقرة الأولى من المادة السادسة من القرار المؤرخ في 11 رجب عام 1432 الموافق ل 13 يونيو سنة 2011 كما يأتي:

¹ - القرار المؤرخ في 13/06/2011 الذي يحدد مدة صلاحية مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة جريدة رسمية رقم 36 المؤرخة في 29/06/2011

² - القرار المعدل و المقيم للقرار المؤرخ في 13/06/2011 الذي يحدد مدة صلاحية مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة جريدة رسمية رقم 36 المؤرخة في 29/06/2011 المؤرخ في 11/12/2011 جريدة رسمية رقم 67 مدد العمل به حتى 30/06/2012

³ - النظام رقم 03/91 المؤرخ في 20/02/1991 يتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر و تمويلها الجريدة الرسمية رقم 23 المؤرخة في 25 مارس 1992

⁴ - النظام رقم 11/94 المؤرخ في 12/04/1994 الجريدة الرسمية رقم 72 المعدل للنظام رقم 03/91 المؤرخ في 20/02/1991 يتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر و تمويلها الجريدة الرسمية رقم 23 المؤرخة في 25 مارس 1992

(2) المادة 6 يجب على التجار المسجلين في السجل التجاري لممارسة الأنشطة المذكورة في المادة الرابعة أعلاه الامتثال لأحكام هذا القرار قبل تاريخ 30 يونيو سنة 2012 وظلت باقي الأحكام بدون تغيير.

أما المادة الثانية فقد نصت على أنه ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية¹.

إلى جانب صدور جملة من النصوص التنظيمية وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تشعب وتفرق النصوص المنظمة لأشخاص التوزيع كالنظام المتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر، و تمويلها².

وقد تم تعديل هذا النظام، و في حقيقة الأمر عدل مادة وحيدة، وهي المادة الخامسة إذ نص على انه: تعدل المادة الخامسة من النظام رقم 03/91 المؤرخ في 20 فبراير 1991 و المتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر، و تمويلها، وتحرر كما يلي المادة الخامسة تحدد كلما اقتضى الأمر طرق تسديد الواردات، و عند الحاجة شروط تغطيتها بواسطة قروض خارجية ملائمة بتعليمية من بنك الجزائر³.

وقد نصت المادة 41 من قانون المالية التكميلي على انه : يتم التخليص الجمركي للبضائع المستوردة دون دفع قصد عرضها للاستهلاك، و المخصصة لإعادة بيعها على حالها فقط من قبل أشخاص يمارسون نشاط البيع بالجملة، أو من قبل وكلاء معتمدين من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية .

تحدد قائمة البضائع الممكن قبولها، و المخصصة لإعادة بيعها على حالها المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق التنظيم .

لا يمكن القيام باستيراد البضائع الواردة في القائمة المنصوص عليها أعلاه إلا من قبل أشخاص يمارسون نشاطا بالجملة، أو من قبل وكلاء معتمدين مقيمين بالتراب الوطني دون أن يكتسي هؤلاء طابع الاحتكار.

تسدد الحقوق، والرسوم المستحقة عند تاريخ وضع البضائع للاستهلاك طبقا للتشريع المعمول به، يجب تسوية البضائع بخصم مبالغها من حساب مفتوح بالعملة الصعبة من قبل أشخاص اعتباريين، أو معنويين لدى بنك جزائري طبقا للتشريع المعمول به.

¹ - قانون المالية التكميلي المؤرخ في 11 أوت لسنة 1990 الجريدة الرسمية رقم 34

² - القرار المؤرخ في 11/8/1985 و المتعلق بقائمة الأعمال التي يسمح للوكلاء الموزعين بممارستها و مدة صلاحية خلاصات السجل التجاري المسلمة الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 9/7/1986

³ - القرار المؤرخ في 11/8/1985 الجريدة الرسمية رقم 33 الممن للقرار المؤرخ في 1/7/1984 و المتعلق بإضافة قائمة الأعمال التي يسمح للوكلاء الموزعين بممارستها و مدة صلاحية خلاصات السجل التجاري المسلمة الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 9/7/1986

تحدد شروط تطبيق أحكام الفقرة الخامسة عن طريق التنظيم¹ إلى جانب القرار المتعلق بقائمة الأعمال التي يسمح للوكلاء الموزعين بممارستها، و مدة صلاحية خلاصات السجل التجاري المسلمة² وقد تم هذا القرار، و تضمن مادتين نصت المادة الأولى على انه تتم القائمة المنصوص عليها في المادة 4 من القرار المؤرخ في أول يوليو سنة 1984 كما يلي: الرمز رقم 01-813: وكيل موزع لزيت الوقود المنزلي، والمنتجات البترولية .

أما المادة الثانية فقد نصت على انه: ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية³ إلى جانب القرار المتضمن إنشاء، و تنظيم اللجنة التقنية المكلفة بمنح تأشيرة المطابقة لممارسة بعض الأعمال التجارية والذي يمنح تأشيرة المطابقة⁴ هذا فضلا عن النظام المتعلق باعتماد الوكلاء و تجار الجملة بالجزائر و تنصيبهم⁵ بالإضافة إلى الأمر المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع، و تصديرها⁶

وعليه بعد تحديد مختلف النصوص القانونية التنظيمية ذات الصلة و المنطبقة على الوكلاء أو الوسطاء فسأتولى تعريف الوسطاء التجاريين والممثلون في السياسة، والوكلاء بالعمولة، وسأتطرق بمقتضى المطلب الأول إلى السياسة، وذلك من خلال تحديد مفهوم السمسار الوارد في مختلف التشريعات الوضعية، وعلى رأسها القانون الجزائري، ومن ثمة التطرق إلى الوكيل بالعمولة بإتباع النهج ذاته وذلك كما يلي:

المطلب الأول : السمسرة

وسأتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف السمسار في الفرع الأول، و التزامات السمسار بمقتضى الفرع الثاني من خلال استقراء مختلف النصوص القانونية الواردة في مختلف التشريعات الوضعية، وعلى رأسها القانون الجزائري :

الفرع الأول : تعريف السمسار

إن السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه شخص مقابل عمولة معينة بالسعي إلى التقريب بين طرفين، أو أكثر كي يتعاقدا، و تحدد العمولة التي يتقاضاها بنسبة معينة من قيمة الصفقة، أو بمقتضى نص قانوني، و الأصل أن السمسار

¹ - القرار المؤرخ في 1984/7/1 و المتضمن إنشاء و تنظيم اللجنة التقنية المكلفة بمنح تأشيرة المطابقة لممارسة بعض الأعمال التجارية الجريدة الرسمية رقم 33 المؤرخة في 1984/8/14

² - النظام رقم 04/90 المؤرخ في 8 أكتوبر 1990 المتعلق باعتماد الوكلاء و تجار الجملة بالجزائر و تنصيبهم الجريدة الرسمية رقم 45

³ - الأمر رقم 04/03 المؤرخ في 19 جادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها الجريدة الرسمية العدد 43

⁴ - الدكتور علي فناك، المبسوط في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بوهان، طبعة 2007 ص 140

⁵ - الدكتور مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2005 ص 140

⁶ - الدكتور عزيز العيكي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص 395

ليس وكيلا يقوم بإبرام العقود باسم طرف آخر من أطراف العلاقة القانونية، بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب بين طرفين يرغبان في إجراء تصرف قانوني معين¹.

تعرف المادة 192 من قانون التجارة المصري عقد السمسرة بأنه : عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين ، و التوسط في إبرامه . و يتبين من هذا التعريف أن دور السمسار يقتصر على التقريب بين طرفي التعاقد حتى يتم الاتفاق بينهما، و لكنه لا يمثل عميله، و لا يشترك في إبرام العقد، و السمسار يباشر نشاطه بجرية تامة، و على وجه الاستقلال، و هذا ما يميز السمسار عن المستخدم، أو الممثل التجاري الذي يرتبط بالتاجر برابطة التبعية، و يخضع لإشرافه و توجيهه².

كما أن السمسرة عقد يتعهد فيه السمسار لشخص آخر بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين و التوسط بينهما لإبرامه في مقابل اجر، و قد عرفته المادة 99 في الفقرة الأولى من قانون التجارة الأردني³ بقولها :السمسرة هي عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار لان يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما ،أو أن يكون له وسيطا في مفاوضات التعاقد، و ذلك مقابل اجر كما أطلق عليه قانون الوكلاء، و الوسطاء التجاريين اسم الوسيط التجاري، و عرفته المادة الثانية منه بقولها :الشخص الذي يقوم بأعمال الوساطة التجارية بين طرفين احدهما منتج، أو موزع، أو مصدر مسجل خارج المملكة لقاء مقابل من اجل عقد، أو تسهيل إبرامه في المعاملات التجارية دون أن يكون طرفا في هذا العقد أو تابعا لأي من طرفيه

يتضح من هذين النصين أن مهنة السمسار تقتصر على الوساطة بين شخصين يريدان أن يتعاقدا دون أن يكون تابعا، أو نائبا عن احدهما في إبرام العقد، بل مجرد وسيط يقتصر دوره على التقريب بين طرفي العقد دون أن تترتب في ذمته أية التزامات أو تتولد له حقوق شخصية عن هذا العقد.

وطبقا للتشريع الجزائري تعتبر السمسرة عملا تجاريا بحسب موضوعه ودون اشتراط أن تتم بصورة احترافية و لا يشترط من جانب آخر لتجارية السمسرة أن يكون موضوعها تجاريا فلا أهمية لطبيعة الصفقة المراد إبرامها من الناحية المدنية أو التجارية لان النص جاء على إطلاقه إذ نصت المادة 2 من القانون التجاري الجزائري⁴ على ما يلي : "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه 13 كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة".

¹ - الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المجمع.

² - الدكتور عزيز العيكلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص 397

³ - الدكتور عزيز العيكلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص 140

⁴ - الدكتور جلال وفاء البدري محمد، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، طبعة 1995 ص 61

الفرع الثاني: التزامات السمسار

إن مهمة السمسار تقتصر على الوساطة بين شخصين يريدان أن يتعاقدا دون أن يكون تابعا أو نائبا عن احدهما في إبرام العقد بل مجرد وسيط يقتصر دوره على التقريب بين طرفي العقد بحيث تنتهي مهمته متى أدى هذا التقريب إلى اتفاقهما، و إبرام العقد بينهما مباشرة إذ يثبت بهذا التوقيع أن العقد تم بينهما بوساطته، و من ثمة يستحق أجره، و متى تم إبرام العقد بينهما لا يكون مسؤولا عن تنفيذ التزامات العقد الذي تم بينهما، و عدم مسؤولية السمسار عن تنفيذ العقد الذي توسط في إبرامه لا يعفيه من كل مسؤولية تجاه عميله، فهناك قدر من العناية يتعين على السمسار أن يبذلها في تأدية العمل المكلف به، و إلا كان مسؤولا في مواجهة عميله¹.

وعلى ذلك يلتزم السمسار أن يقدم لعميله معلومات صحيحة، و أن يحيطه بظروف الصفقة بأمانة، و المخاطر التي قد يتعرض لها، و أن يقدم لعميله متعاقدا مهيئا لإمكان التعاقد معه، فلا يكون شخصا لا وجود له قانونا كشركة وهمية، أو شخصا ناقص الأهلية، أو معسرا طبقا للمادة 103 من قانون التجارة الأردني لذا يحرمه المشرع بمقتضى المادة 102 من قانون التجارة من كل حق في الأجرة، و في استرجاع النفقات التي صرفها إذا عمل لمصلحة المتعاقد الآخر بما يخالف التزاماته، أو إذا حمل هذا المتعاقد على وعده باجر ما في ظروف تمنع فيها قواعد حسن النية من أخذها، بل إن المادة 16 من نظام الدلائل، و السمسرة العثماني الذي لا يزال ساري المفعول وفق قرار محكمة التمييز الأردنية تجيز أن يشطب قيده من سجل الدلائل، و الساسرة، و سحب رخصته، و على أن ينشر ذلك في الصحف بحيث لا يمكنه ممارسة مهنة الدلالة، و الساسرة بعد ذلك².

وفي ذات السياق نصت المادة 200 من القانون المصري على أنه: تقتصر مهمة السمسار على التقريب بين الطرفين المتعاقدين من اجل إبرام عقد معين، وعليه ولو لم يكن مفوضا إلا من احد طرفي العقد أن يعرض الصفقة على الطرفين بأمانة و أن يحيطها علما بجميع الظروف التي يعلمها عن الصفقة و يكون السمسار مسؤولا قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم و مادام عقد السمسرة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بين السمسار، و من وسطه لنا لا يجوز للسمسار أن ينيب غيره في تنفيذ العمل المكلف به إلا إذا كان مأذونا من قبل من وسطه في إنابة غيره أو مصرح له بالعمل برأيه، ففي هذه الحالة الأخيرة يكون مسؤولا عن الأخطاء التي تصدر عن النائب، كما لو كانت صادرة منه شخصيا، و يكون السمسار، و نائبه متضامنين في المسؤولية³.

وفي هذا الصدد نصت المادة 204 فقرة 1 من القانون التجاري المصري على انه: لا يجوز للسمسار أن ينيب عنه غيره في تنفيذ العمل المكلف به، إلا إذا كان مرخصا له في ذلك فإذا أناب السمسار غيره دون ترخيص له

¹ - الدكتور مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2005 ص145

² - الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم

³ - الدكتور علي فتاك، المبسوط في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بوهران، طبعة 2007 ص142

بذلك كان مسؤولاً عن عمل النائب، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، و يكون السمسار، و نائبه متضامنين في المسؤولية¹.

وإذا تعدد الساسرة المفوضون بمقتضى عقد واحد كانوا مسؤولين بالتضامن عن العمل المكلفين به إلا إذا رخص لهم في العمل منفردين، و إذا فوض أشخاص متعددون سمساراً واحداً في عمل مشترك بينهم كانوا مسؤولين بالتضامن قبله عما يستحقه تنفيذاً لهذا التفويض ما لم يتفق على غير ذلك، وهو ما أكدته المادة 205 بموجب فقرتيها الأولى و الثانية من القانون التجاري المصري.

المطلب الثاني: الوكلاء بالعمولة

وسأتناول في هذا المطلب تعريف الوكيل بالعمولة الوارد في مختلف التشريعات الوضعية بمقتضى الفرع الأول، و التزامات الوكيل بالعمولة من خلال فرع ثاني :

الفرع الأول : تعريف الوكيل بالعمولة

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف الوكالة بالعمولة كما لم يضع لها أحكاماً خاصة ضمن باب العقود التجارية رغم أنه نص عليها في الفقرة 13 من المادة 2 من القانون التجاري الجزائري² بقوله : " تعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه 13 كل عملية مصرفية، أو عملية صرف، أو سمسرة، أو خاصة بالعمولة " و الوكالة بالعمولة مع ذلك ما هي إلا عقد يتعهد الوكيل بالعمولة بمقتضاه بأن يجري تصرفاً قانونياً لحساب الموكل مقابل اجر يطلق عليه بالعمولة، فالوكيل بالعمولة هو من يقوم إذن بإبرام العقود باسمه الخاص لحساب شخص آخر هو الأصيل كالوكيل الذي يقوم بإبرام عقود النقل لحساب شركات النقل التي يمثلها، و يرم الوكيل بالعمولة العقود لحساب الغير، و لا يظهر اسم الموكل في العقود المبرمة بينه، و بين الغير، و لا تكون هناك صلة بين هذا الأخير، و الموكل³.

وقد نصت المادة 81 من القانون التجاري المصري على أن الوكيل بالعمولة هو من يقوم بعمل قانوني باسمه الخاص لحساب موكله الأصيل في مقابل اجر يسمى العمولة⁴.

الفرع الثاني : التزامات الوكيل بالعمولة

إن الوكيل بالعمولة هو الملتزم دون غيره تجاه من يتعاقد معه، و لكن في علاقته بالموكل فانه يعتبر وكيل عنه في مباشرة التصرف، و يلزم في مواجته بتنفيذ مضمون الوكالة. ليس للمتعاقد مع الوكيل بالعمولة دعوى مباشرة

¹ - الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، طبعة 1996 ص 79

² - الدكتور علي فتاك، المبسوط في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بوهران، طبعة 2007 ص 143

³ - الدكتور عزيز العيكي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص 372

⁴ - الدكتور مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2005 ص 115

قبل الموكل .يخضع الوكيل بالعمولة لنوع من التوجيه، و بضرورة الالتزام بتعليمات الأصيل الموكل، أي هناك رابطة تبعية بين الوكيل، و الموكل¹ .

- القيام بالعمل وفق تعليمات الموكل، فالوكيل بالعمولة وكيل تجاري من نوع خاص يلتزم بان يتعاقد باسمه الخاص، و لكن لحساب الموكل تصرفات قانونية قد تكون بيعا، أو شراء، أو غيرها من العمليات التجارية مقابل عمولة . لذا يخضع في تنفيذ هذا الالتزام لأحكام عقد الوكالة العادية، وهو ما نصت عليه المادة 2/87 من قانون التجارة الأردني² .

وفي ذات السياق نصت المادة 151 فقرة 1 من القانون التجاري المصري على انه : يجب على الوكيل بالعمولة أن يحترم تعليمات الموكل فإذا باع بأقل من الثمن الذي حدده الموكل، أو اشترى بأعلى منه جاز للموكل رفض الصفقة³ .

وعليه فمن واجبه أن يلتزم في تنفيذ وكلاته حدودها المرسومة فلا يخرج عنها من ناحية التصرفات القانونية التي تضمنتها، و لا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها له الموكل إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل طبقاً للمادة 840 من القانون المدني الأردني⁴ .

المبحث الثاني : الوسطاء الوظيفيون

يمكن تقسيم المؤسسات الوظيفية بشكل عام على أساس الوظائف التي تقوم بتأديتها إلى نوعين هما: الوسطاء الوكلاء الذين يقومون بإجراء مفاوضات البيع، و الشراء مثل : الساسرة، وكلاء الشراء، وكلاء البيع، وكلاء المنتج ، و المزايدات العلنية وكلاء الاستيراد و التصدير وهم مناط البحث .الوسطاء الوكلاء الذين يقومون بتأدية وظائف تسويقية أخرى غير وظائف البيع والشراء و أهم الأمثلة على هذا النوع وكلاء الدعاية، والإعلان، وكلاء التمويل، البنوك التجارية، و شركات الائتمان، وكلاء التخزين، المخازن العامة التابعة للحكومة، وكلاء النقل منشآت النقل البرية، و البحرية، والجوية، وكلاء تحمل الأخطار شركات التأمين، وكلاء جمع المعلومات، وكلاء أبحاث السوق.و يؤدي وسطاء النوع الأول خدمات لكل من البائع والمشتري و يمكن تقسيمهم على أساس حيازة السلع موضوع التعامل أي هل في حيازة الوكيل أم لا، وهو ما سأتطرق إليه بموجب المطالب التالية :

¹ - الدكتور عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص134

² - الدكتور هاني حامد الضمور، طرق التوزيع، دار وائل للنشر بالأردن، طبعة 2008 ص104

³ - الدكتور محمود جاسم الصمدي، ادارة التوزيع منظور متكامل، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع بالأردن، طبعة 2008 ص252

⁴ - الدكتور محي الدين الأزهرى، التسويق الفعال، دار الفكر العربي بالإسكندرية، طبعة 1995 ص472

المطلب الأول: السماسرة

هم الوسطاء الوكلاء الذين يقومون بالتفاوض على أعمال بيع ، و شراء السلع دون أن تكون في حياة البعض منهم ، أو ملكيتهم ، والوكلاء السماسرة أنواع كالتالي :

الفرع الأول: السمسار الحر العادي أو العمومي ووكيل البيع

فالسمسار الحر هو الوكيل الوسيط الذي يقوم بتقريب وجهات النظر بين البائع ، و المشتري لغرض إيصال المفاوضات بينها إلى حد عقد الصفقة البيعية¹ ، كما انه لا يمثل احد الطرفين المتعاقدين تمثيلا دائما ، و لا يكون طرفا في العقد المبرم بينهما ، و عليه لا يعتبر السمسار وكيلا بالمفهوم القانوني ، و يتقاضى السمسار الحر لقاء نشاطه عمولة من البائع ، و المشتري ، أو من احدهما ، و غالبا ما تكون عمولته منخفضة نظرا لمحدودية الوظائف التي يقوم بها كما أن عمل السمسار ينتهي بمجرد انتهاء عقد الصفقة² ، و عليه فانه يعتبر رجل أعمال مستقل ، و لا يكون السمسار مستخدما ، أو موظفا لدى موكله ، و في الواقع فان الأعمال التي يقوم بها تشمل إيجاد المشترين ، و البائعين ، و التفاوض على شروط البيع ، و الشراء ، و تقديم النصح لموكله بخصوص أوضاع السوق ، أما دوره في إثارة الطلب ، و ترويج البيع فيعتبر نادرا ، و قلما يقوم بأداء ذلك كما انه لا يقوم بوظائف التمويل ، و الائتمان كما انه لا يمتلك السلع التي يقوم ببيعها ، و لا تكون بحوزته أيضا ، و إنما يقتصر عمله على مجرد الوساطة بين الطرفين كما أن عمله غير محدد بمنطقة جغرافية معينة.

أما عن وكيل البيع فيتولى التعهد بالعمل على تصريف كل إنتاج المنتج من سلعة معينة ، و من ثمة فهو وسيط تربطه بالمنتج علاقة دائمة ، و مستمرة على أساس من عقد طويل الأجل نسبيا بينها ، و من ثمة فان وكيل البيع يعتبر بمثابة إدارة المبيعات للمنتج ، و يحل محلها ، و يقوم بوظائفها ، و لذلك ، فهو لا يقوم على تصريف إنتاج المنتج فحسب ، و لكنه أيضا يقوم بتزويد المنتج بالمعلومات والاقتراحات ، و الدراسات عن السوق ، و السلع ، و المستهلك بما يفيد في تخطيط سياساته الإنتاجية ، و التسويقية ، و قد يقوم بجانب ذلك بتقديم المساعدات المالية للمنتج ، و من ثمة يكون لدى وكيل البيع جهاز متخصص في أعمال البيع ، و قد يمثل وكيل البيع أكثر من منتج من الذين ينتجون سلعا غير متنافسة ، أو سلعا مكملة ، أو ذات ارتباط ببعضها³.

يعتبر وكيل البيع رجل أعمال مستقل تربطه بموكله ، أو موكله عادة علاقة مستمرة قائمة على أساس عقد طويل الأجل ، و يتولى هذا الوكيل بيع إنتاج الموكل كله ، أو بأكمله في منطقة غير محدودة إلا إذا كان الموكل يقوم بإنتاج

¹ - الدكتور هاني حامد الضمور ، طرق التوزيع ، دار وائل للنشر بالأردن ، طبعة 2008 ص105

² - الدكتور محمود جاسم الصمدي ، إدارة التوزيع منظور متكامل ، دار البازوري للنشر بالأردن ، طبعة 2008 ص258

³ - الدكتور محمود جاسم الصمدي ، المرجع نفسه ، ص260

أكثر من خط واحد من المنتجات ،ففي هذه الحالة يقتصر عمل الوكيل على بيع الإنتاج الكلي لنوع معين ، و ذلك تبعا لنوع تخصصه ، و يتمتع عادة وكيل البيع بسلطة كبيرة في تحديد أسعار ، و شروط البيع ، و التسليم ¹ .

وفي الحقيقة فان وكيل البيع يعتبر بمثابة إدارة مبيعات للمؤسسة التي يمثلها ، و خاصة انه يقدم لها المعلومات المتعلقة بالسوق ، و النصح ، و الإرشاد بخصوص الطراز ، و شكل المنتجات كما انه قد يقوم أحيانا بتمويل موكله ، و هذه الخدمات التمويلية تتخذ أشكالا متعددة ، فهي إما أن تكون على شكل تقديم قروض للموكل لقاء السلع التي يقوم بإيداعها في المخازن العامة ضمانة لهذه القروض ، أو على شكل كفالات لدى البنوك التجارية ، أو تظهر بوالص الشحن له. هذا ، و يتقاضى وكيل البيع عمولة تزيد عن تلك التي يتقاضاها السمسار الحر نظرا لتعدد الخدمات التي يقدمها ، و لاضطراره في كثير من الأحيان لاستخدام باعة في مختلف مناطق سوق السلعة التي يتعامل بها ، أما مقدار العمولة فيتوقف على نوع الوظائف ، و الخدمات التي يقدمها ، و على نوع السلع التي يتعامل بها ، و حالة السوق التي تعمل به ²

الفرع الثاني : وكيل المنتج ووكيل الشراء

وكيل المنتج وهو وكيل يتعهد بالعمل على تصريف جزء من إنتاج المنتج ، و ليس كل إنتاجه من سلعة معينة ، و بالتالي فهو يعمل في إطار منطقة جغرافية محددة ، و متفق عليها ، و قد يمثل المنتج أكثر من وكيل منتج كل له منطقته ³ ، هناك أربع خصائص أساسية تميز وكيل المنتج وهي : له علاقات تعاقدية طويلة الأجل مع المنتجين ، يتعامل في بضائع كل منتج من المنتجين المتعاقدين معهم داخل حدود منطقة جغرافية مستقلة خاصة به ، يمثل منتجات غير متنافسين ، و لكن يتعامل في منتجات مترابطة إلى حد كبير يمتلك سلطة محدودة فيما يتعلق بأسعار ، و شروط البيع .

إن وكيل المنتج يحتل مكانا وسطا بين السمسار العادي ، و وكيل البيع فيختلف عن وكيل البيع من ناحية قيامه ببيع جزء من إنتاج الموكل كما يختص بالتوزيع في منطقة محددة ، و لكنه يختلف عن السمسار العادي في أن عدد موكله محدود ، و انه يمثلهم بانتظام ، و أن منطقته محدودة ، كما انه يبيع طبقا لشروط يضعها موكله بينما يرفع السمسار العادي الأسعار لموكله لغرض البت فيها هذا ، و يتقاضى وكيل المنتج عمولة تقل عن تلك التي يتقاضاها وكيل البيع ، و ذلك لقيامه بتقديم خدمات محدودة ، كما أن وكيل المنتج نادرا ما يقوم بتمويل موكله ، و مد عملائه بالائتمانات ، و وظيفة تحصيل الديون بينما يقوم وكيل البيع بتأدية هذه الخدمات ⁴ .

¹ - الدكتور هاني حامد الضمور ، طرق التوزيع ، دار وائل للنشر بالأردن ، طبعة 2008 ص 107

² - الدكتور محي الدين الأزهرى ، التسويق الفعال ، دار الفكر العربي بالإسكندرية ، طبعة 1995 ص 472

³ - الدكتور محمود جاسم الصمدي ، إدارة التوزيع منظور متكامل ، دار البازوري للنشر بالأردن ، طبعة 2008 ص 258

⁴ - الدكتور محي الدين الأزهرى ، المرجع نفسه ، ص 566

أما عن وكيل الشراء فيعتبر رجل أعمال مستقل يقوم بإتمام وظيفة الشراء لحساب عملائه تحت إشرافهم و رقابتهم¹، فهو يقوم بمدهم بكافة المعلومات الخاصة بالبضائع المطلوبة من حيث مدى توافرها في الأسواق، و مصادر إنتاجها، مورديها، و أسعارها، و معلومات أخرى، حيث يعد أحيانا بمثابة إدارة مشتريات لبعض المنشآت، و خاصة صغيرة الحجم، و يختلف وكيل الشراء عن بقية الوسطاء في انه يمثل المشتري فقط².

كما انه يختلف عن السمسار العادي من حيث استمرار علاقته مع موكله، و القائمة على أساس عقد طويل الأجل هذا و قد يقتصر عمله على التفاوض في عقود الشراء، أو قد يقوم بوظائف تسويقية أخرى إضافة إلى وظيفة الشراء كتخزين السلع التي يتعامل لها، و استلامها، و فحصها، و شحنها، و يتقاضى وكيل الشراء مكافآته على شكل عمولة، أو على أساس راتب شهري

المطلب الثاني : المزادات العلنية ووكلاء الاستيراد والتصدير

وسأطرق في هذا المطلب إلى المزادات العلنية كوكيل عن البائع بمقتضى الفرع الأول، ووكلاء الاستيراد، و التصدير بمقتضى فرع آخر.

الفرع الأول: شركات البيع بالمزاد العلني

المزادات العلنية هي محلات للبيع، و التخزين المؤقت تقوم بعملية البيع علنا أمام عدد كبير من المشتريين، و نيابة عن البائع حيث يقوم المشتري بالمزايدة على السلعة المعروضة، و يشتري السلعة من يدفع أعلى سعر إلا أن للبائع حق الرفض، أو القبول لعقد الصفقة موضوع التعامل، وهناك نوعين من المزادات :

أ- المزادات المنظمة: وهي المزادات الدائمة المتخصصة ببيع سلع معينة كالمزادات التي تحدث في سوق الخضار، و الفواكه... الخ

ب- المزادات غير المنظمة : وهي المزادات المؤقتة التي تعقد لبيع سلعة معينة من فترة لأخرى ومنها المزادات التي تعقد لبيع السيارات و الآلات ... الخ³

وأهم الوظائف التي تؤديها المزادات العلنية:

أ- وظيفة التخزين: حيث تتطلب هذه الوظيفة القيام بعمليات تصنيف، و ترتيب البضائع، وذلك لإعدادها لغرض التخزين.

¹ - الدكتور هاني حامد الضمور، طرق التوزيع، دار وائل للنشر بالأردن، طبعة 2008 ص 110

² - محمد السيد الفقي، المعتصم بالله الغرياني، أساسيات القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009، ص 225.

³ تعتبر الجزائر من الدول الشاحنة حيث أن السفن الجزائرية لا تنقل سوى ثمانية عشر بالمئة من التجارة الخارجية بينما الجزء الأكبر منها والمقدر باثنان وثمانون بالمئة تنقله شركات النقل الأجنبية

ب- وظيفة البيع: إن من أهم أعمال المزادات العلنية هو بيع البضائع لحساب موكلهم لذا يتطلب منهم العمل على إيجاد عدد كبير من المشترين، وهي بذلك تساعد على نقل ملكية البضاعة .

ج- وظيفة التجميع: و تعتبر من أهم الوظائف التي تؤديها المزادات العلنية، وذلك لجمع البضائع بعد فرزها في أماكن مختلفة وحسب مواصفات معينة .

د- وظيفة التمويل و الإعلان: أحيانا يقدم الوكيل مساعدات مالية تساعد على إتمام عملية بيع البضاعة بالمزاد. ولغرض تفهم مزايا ، و عيوب البيع بالمزادات العلنية يتطلب ذلك دراسة أثارها على تكلفة التسويق وسعر البضاعة المباعة

الفرع الثاني : وكلاء الاستيراد و التصدير

وهم أي من الوكلاء السابقين يتعامل مع طرفين المصدر، و المستورد على أن يكون تعاملهم في التجارة الخارجية، و ليس التجارة الداخلية، و بذلك فهم يقدمون خدماتهم في منشأة الاستيراد و التصدير على اختلاف أنواعه¹.

ويرتبط وكلاء الاستيراد، أو التصدير بعقود تجارية، و رضائية مع موكلهم بخصوص المنطقة الجغرافية التي سيستخدمها، و الصلاحيات، و السلطات المخولة له بخصوص الأسعار و شروط البيع الأخرى، و يستخدم المنتج وكلاء التصدير في حالة تقديمه منتج جديد، أو في حالة عدم خبرته السوقية في الأسواق الخارجية التي يتعامل بها، و يلجأ إليه لاعتبارات أخرى تسويقية خاصة بالسلعة، و الأسواق الخارجية وظروف المنتج نفسه

خاتمة :

إن كفاءة العنصر البشري في قناة التوزيع من العوامل الحاسمة لنجاح عمل هذه القناة، و لتحقيق الأهداف المشتركة للمنظمة المنتجة، وللوسيط على حد سواء لأن كفاءة العنصر البشري لها الدور الأساسي في جذب، وإقناع المستهلكين بشراء منتجات المنظمة، وكذلك استمرارهم بالتعامل مع هذا المنفذ التوزيعي من خلال قدرتهم على الحث، و خلق الاستجابة السريعة، و بناء علاقات متينة، و طبيعية مستندة على الثقة المتبادلة بين طرفي عملية التبادل كما أن الإدارة الجيدة لعمل قناة التوزيع من خلال الجهود الفعالة له أثر في إثارة الطلب، وزيادة كمية المبيعات مما يخلق علاقة بين الأطراف الثلاثة لقناة التوزيع من منتج، ووسيط وصولاً إلى الزبائن.

¹ -بسام عاطف المهتار، معاهدة بروكسل وتعديلاتها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006، ص 14.

ولهذه الأهمية، وغيرها كان من الواجب دراسة موضوع أشخاص التوزيع، أو ما يعرف بالوسطاء الذين يعهد إليهم بالقيام ببعض الوظائف التسويقية، و ذلك لقاء أجر، أو عمولة يتفق عليها مسبقا فيما بينهم، وبين المنتج على ضوء الوظائف التي يقومون بها، و على ضوء طبيعة السلعة، وظروف تسويقها.

قائمة المصادر و المراجع :

الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 14 مارس 1978 اتفاقية بشأن القانون المنطبق على الوكالة المنعقدة بمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

النصوص التشريعية :

- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتم بالمرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 ابريل 1993 بالأمر 27/96 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 و القانون رقم 02/05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005

- الأمر رقم 04/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها الجريدة الرسمية العدد 43
- قانون المالية التكميلي المؤرخ في 11 أوت لسنة 1990 الجريدة الرسمية رقم 34

النصوص التنظيمية :

المراسيم التنفيذية :

- المرسوم التنفيذي رقم 39/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 139/02 المؤرخ في 16 ابريل 2002 جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

- المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

- المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير 1997 يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري الجريدة الرسمية العدد 5 المعدل والمتم بالمرسوم التنفيذي رقم 453/03 المؤرخ في 1 ديسمبر 2003 الجريدة الرسمية رقم 75 و المرسوم التنفيذي رقم 454/2006 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 و المتعلق بالبطاقة المهنية للأجانب الذين يمارسون نشاطا مهنيا على التراب الوطني الجريدة الرسمية رقم 80.

- المرسوم التنفيذي رقم 42/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتضمن إعادة قيد التجار الشامل جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

- المرسوم التنفيذي رقم 313/2000 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 الموافق ل 18 يناير سنة 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها جريدة رسمية رقم 5 لسنة 1997

القرارات :

- القرار المؤرخ في 1984/7/1 و المتضمن إنشاء و تنظيم اللجنة التقنية المكلفة بمنح تأشيرة المطابقة لممارسة بعض الأعمال التجارية الجريدة الرسمية رقم 33 المؤرخة في 1984/8/14

- القرار المؤرخ في 1985/8/11 و المتعلق بقائمة الأعمال التي يسمح للوكلاء الموزعين بممارستها و مدة صلاحية خلاصات السجل التجاري المسلمة الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 1986/7/9
- القرار المؤرخ في 1985/8/11 الجريدة الرسمية رقم 33 المتتم للقرار المؤرخ في 1984/7/1 و المتعلق بإضافة قائمة الأعمال التي يسمح للوكلاء الموزعين بممارستها و مدة صلاحية خلاصات السجل التجاري المسلمة الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 1986/7/9.

- القرار المؤرخ في 2011/06/13 الذي يحدد مدة صلاحية مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة جريدة رسمية رقم 36 المؤرخة في 2011/06/29
- القرار المعدل و المتتم للقرار المؤرخ في 2011/06/13 الذي يحدد مدة صلاحية مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة جريدة رسمية رقم 36 المؤرخة في 2011/06/29 المؤرخ في 2011/12/11 جريدة رسمية رقم 67 مدد العمل به حتى 2012/6/30

الأنظمة :

- النظام رقم 04/90 المؤرخ في 8 أكتوبر 1990 المتعلق باعتماد الوكلاء و تجار الجملة بالجزائر و تنصيبهم الجريدة الرسمية رقم 45
- النظام رقم 03/91 المؤرخ في 1991/2/20 يتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر و تمويلها الجريدة الرسمية رقم 23 المؤرخة في 25 مارس 1992
- النظام رقم 11/94 المؤرخ في 1994/4/12 الجريدة الرسمية رقم 72 المعدل للنظام رقم 03/91 المؤرخ في 1991/2/20 يتعلق بشروط القيام بعملية استيراد سلع للجزائر و تمويلها الجريدة الرسمية رقم 23 المؤرخة في 25 مارس 1992

الكتب :

- الدكتور علي فتاك، المبسوط في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بوهران، طبعة 2007
- الدكتور عزيز العيكي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008
- الدكتور محمود جاسم الصمدي، إدارة التوزيع منظور متكامل، دار البازوري العلمية للنشر و التوزيع بالأردن، طبعة 2008

- الدكتور مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة 2005
- الدكتور جلال وفاء البدري محمد، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، طبعة 1995
- الدكتور محي الدين الأزهر، التسويق الفعال، دار الفكر العربي بالإسكندرية، طبعة 1995
- الدكتور هاني حامد الضمور، طرق التوزيع، دار وائل للنشر بالأردن، طبعة 2008
- الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، طبعة 1996
- الدكتور عزيز العيكي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، طبعة 2008

التطور التشريعي لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة في القانون المدني الجزائري*
أ/ سعاد دراح - أستاذة مؤقتة - جامعة البويرة

الملخص :

لم يكتف المشرع بالقاعدة العامة وهي المسؤولية عن الفعل الشخصي، بل أضاف عدة مسؤوليات أهمها مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

وقد عمل المشرع على توسيع نطاق مسؤولية المتبوع، حيث جعل شروط قيامها سهلة، ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك لتحقيق حماية فعلية للمضروب على حساب المسؤول.

Résumé :

La règle principale c'est la responsabilité de fait personnel, et malgré sa, le législateur a organisé des autres responsabilités par exemple responsabilité de commettant du fait de leurs préposés.

Le législateur a œuvré en vue d'élargir le champ de La responsabilité du commettant, puisqu'il en a facilité les conditions. Celle-ci elle ne peut être dégagée qu'en prouvant la Cause étrangère.

En vue de la protection effective de la victime envers le responsable.

مقدمة

الأصل ألا يُسأل الشخص إلا عن أفعاله الضارة بالغير، وألا يُسأل عن أفعال غيره، إلا أن واقع الحياة قد يفرض عليه أحيانا أن يكون مسؤولا عن أشخاص تحت سلطته ويعملون لصالحه.

فقد يحدث النشاط الذي يقوم به التابع أضرارا تصيب للغير، وأمام زيادة هذه الأضرار برزت أهمية مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة خاصة في تحديد من يتحمل مسؤولية هذه الأضرار، أو بصورة أدق متى يتحملها المتبوع، مما يستدعي تحديد نطاق هذه المسؤولية من حيث تحديد علاقة التابع بالمتبوع، ومن حيث علاقة الفعل الضار بالوظيفة، ويستدعي أيضا تحديد أساس هذه المسؤولية، وكيفية دفعها من قبل المتبوع ؟ وتؤكد

* تاريخ إيداع المقال: 2016/06/06

تاريخ تحكيم المقال: 2016/07/11

أهمية تحديد نطاق هذه المسؤولية خاصة بعدما قام المشرع بتعديل النصين المنظمين لها، وهما المادتين 136 و137 من القانون المدني⁽¹⁾.

وعليه نريد أن نبرز أهم مظاهر التطور الحاصل في هذه المسؤولية في القانون المدني الجزائري بالمقارنة مع تطورها في القضاء والفقه المقارن، وهذا من خلال بحث شروط قيام مسؤولية المتبوع (المبحث الأول)، ثم نظامها القانوني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط قيام مسؤولية المتبوع

تنص المادة 136 من القانون المدني "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

يتبين من هذه المادة أنه يجب توافر شرطين لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، وهما أن توجد علاقة تبعية للتابع بالمتبوع (المطلب الأول)، وأن يقع فعل من التابع مرتبط بالوظيفة وسبب ضررا للغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: للتابع علاقة تبعية بالمتبوع

عند النظر في المادة 136 من القانون المدني نجد أنها قد حددت المعيار الذي يحدد قيام علاقة تبعية التابع بالمتبوع، بأنه ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار التابع (الفرع الأول)، تعتبر علاقة التبعية قائمة متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حرية اختيار التابع غير لازمة

لقد كانت رابطة التبعية حسب الفقه التقليدي تقوم على عنصري حرية اختيار المتبوع لتابعه من جهة، وخضوع هذا الأخير لأوامر المتبوع من جهة أخرى، فحرية اختيار المتبوع لتابعه شرط لوجود علاقة التبعية، بحيث إذا انعدم الاختيار انعدمت علاقة التبعية، بغض النظر عن كل الاعتبارات الأخرى كالأجرة مثلا، أو طبيعة العقد الذي يربط الطرفين (التابع والمتبوع) ولا بكيفية تنظيم العمل⁽²⁾.

وقد أقام القانون الروماني في الحالات الاستثنائية لمسؤولية المتبوع هذه المسؤولية على أساس خطأ المتبوع في اختيار تابعه، واستقرت فكرة أن المتبوع قد أساء الاختيار ووضع ثقته في غير محلها، لذلك ينبغي أن يتحمل

1- بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005، ج ر 44.

2- لقد كان القانون الفرنسي القديم يأخذ بهذه الفكرة، حيث كان الفقيه "بوتيه" يرى بأنها الطريقة الأمثل لجعل السادة أكثر حذرا، فلا يستعملوا إلا أحسن الخدم، راجع: د/علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، ط2، 2007، ص131.

مسؤولية خطئه، وذلك طوال فترة القانون الفرنسي القديم، وقد استمر القضاء الفرنسي- في تبني هذه الفكرة حتى بعد صدور القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

لكن نظرا لصعوبة تمسك المتبوع عمليا بحقه في الاختيار الحر لتابعه، فلم يبق القضاء الفرنسي طويلا متبنيا فكرة حرية الاختيار هذه، حيث استبدلها بفكرة سلطة التوجيه والرقابة، وقد سايه في ذلك الفقه الفرنسي.

والظاهر الجلي من المادة 136 أن حرية الاختيار لا تتم في قيام علاقة التبعية، فيظهر أن المشرع الجزائري لم يأخذ بموقف الفقه التقليدي، وإنما اعتمد المعيار الذي يأخذ به الفقه الحديث، حيث أخذ بداية بمعيار سلطة التوجيه والرقابة، ثم تحول إلى معيار آخر وهو العمل لحساب المتبوع.

الفرع الثاني: عمل التابع لحساب المتبوع

بموجب تعديل 2005 هجرت المادة 136 من القانون المدني معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، واعتمدت معيارا جديدا وهو "العمل لحساب المتبوع".

ومعيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه يستوجب أن يكون للمتبوع سلطة إصدار الأوامر والتعليمات إلى تابعه في العمل الذي أوكل له، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر⁽²⁾.

لكن ونظرا لظهور نوع من التابعين يستحيل معهم تطبيق المعيار سالف الذكر، كمتولي الإدارة والتسيير الذين يحلون محل المتبوع في نشاطه، وهم الذين يمارسون السلطة الفعلية في توجيه باقي العمال التابعين ورقابتهم في أعمالهم، وهم من يتولون توظيفهم وتحديد مهامهم، ومحاسبتهم على أخطائهم.

فالمدراء والمسيريون الإداريون يتميزون عن سائر التابعين الآخرين من حيث القوانين التي تحدد علاقتهم بصاحب المؤسسة، من حيث الحقوق والواجبات، وهم أيضا يتمتعون بسلطة القرار، وعليه يتعذر القول بأنهم يخضعون لسلطة الرقابة والتوجيه من المتبوع الذي يملك ذلك قانونا، بل يكون هؤلاء في كثير من الأحيان أصحاب القرار، فلا يمكن للمتبوع ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه عليهم⁽³⁾.

وهناك نوع آخر من التابعين الذين قد تلجأ المؤسسات إلى استخدامهم وهم؛ التقنيون ذوو الكفاءات العالية، حيث يتمتعون بمهارات وفتيات علمية وتقنية، والأطباء الموظفون لدى المستشفيات⁽⁴⁾، الذين يتمتعون

1- أ/ مراد قجالي، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 6، ص 94.
2- راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998، ص 896.

3- د/ علي فيلاي، المرجع السابق ص 146.

4- حيث يرح د/ محمد بودالي بخصوص العلاقة بين الطبيب والمستشفى، بأن الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى... ورغم اعتبار علاقة الطبيب علاقة تبعية إدارية فإنها كافية لأن يتحمل المستشفى نتائج خطأ الطبيب...، راجع مقاله بعنوان المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، لسنة 2004، ع 1، ص 21.

باستقلالية محمية فيما يتعلق بالعمل الطبي ولا يخضعون لرقابة المستشفى، وهذا السبب الذي جعل المشرع الجزائري، وأمام تعذر تطبيق معيار سلطة الرقابة والتوجيه لتحديد علاقة التبعية، أن يعتمد معيار العمل لحساب المتبوع لتشمل كل هذه الفئات مما كانت خصوصيتها⁽¹⁾.

وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال اعتماده على معيار العمل لحساب المتبوع يكون قد أخذ بالحلول المعتمدة في الفقه والقضاء التي تسير التطور الصناعي ومعطيات المجتمع، وغطى النقص الذي كان يعتري تطبيق المعيار القديم وهو الرقابة والتوجيه، حيث وسع قدر الإمكان من مجال الوظيفة، إلحاق كل شخص تابع لها ولو كانت له الحرية في النشاط الوظيفي دون رقابة ولا توجيه من المتبوع.

المطلب الثاني: الفعل الضار متصل بالوظيفة

يكون المتبوع مسؤولاً عن الفعل الضار الصادر من التابع الذي يسبب ضرراً للغير (الفرع الأول)، ولا يسأل المتبوع عن جميع أفعال التابع، وإنما يسأل عن الأفعال الضارة التي تصدر منه ولها علاقة بالوظيفة، لكن تحديد وجود هذه العلاقة التي تقيم مسؤولية المتبوع قد يكون في بعض الأحيان متسماً بالصعوبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفعل ضار بالغير

تنص المادة 136 من القانون المدني "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار..."⁽²⁾. فالفعل الضار يشمل كل فعل ترتب عنه ضرر، بغض النظر عن كون سلوك الشخص الذي صدر منه، أكان خطأ أم لا، وبعبارة أخرى تكون العبرة في الفعل الضار بالنتيجة التي يترتبها الفعل في حد ذاته (الضرر)⁽²⁾. وقد أكتفت المادة 136 بالفعل الضار كشرط لقيام المسؤولية، فلم تشترط العمل غير المشروع كما كانت قبل تعديل 2005.

وقد أثار مصطلح العمل غير المشروع غموضاً في تحديد طبيعة مسؤولية المتبوع مما أثار جدلاً فقهيًا، فهناك من يرى بأنها تبعية، فيجب أن يخطئ التابع لكي تقوم مسؤولية المتبوع، فمصطلح "غير مشروع" يعني الخطأ، ومن يرى بأنها أصلية، والمقصود بهذا المصطلح هو الفعل الضار، وهي مسؤولية موضوعية لا تقوم على الخطأ، ويرى هذا الاتجاه أن المشرع قد تأثر بالقضاء الفرنسي- الذي لم يعد يشترط الخطأ في التابع واستقر على ذلك⁽³⁾.

1- راجع: د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 147.

2- د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 151.

3- راجع في الخلاف الفقهي: د/علي علي سلمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 47؛ د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 150.

ويكون المشرع باعتاده لمصطلح "الفعل الضار" قد وضع حدا للخلاف الفقهي السابق، فالمتبوع مسؤول عن كل أفعال تابعه الضارة، سواء كانت خطأ أم لم تكن كذلك.

ونرى بأن المشرع قد أراد كذلك أن يوسع من مجال الأفعال الصادرة عن التابعين التي ترتب مسؤولية المتبوعين، فأدخل الأفعال الضارة الصادرة عن التابعين عديمي الأهلية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صلة الفعل الضار بالوظيفة

اشترطت المادة 136 من القانون المدني في الفعل الضار الذي تقوم به مسؤولية المتبوع أن يكون له صلة قوية بالوظيفة (أولاً)، وتوسعت لتشمل أيضاً الفعل الذي تكون له صلة ضعيفة بالوظيفة (ثانياً).

أولاً: للفعل الضار صلة قوية بالوظيفة

يكون الفعل الذي يأتيه التابع متصلاً اتصالاً قوياً بالوظيفة إذا صدر منه حال تأديته للوظيفة (1)، أو إذا كان بسبب الوظيفة (2).

1- صدور الفعل حال تأدية الوظيفة:

يعتبر فعل التابع قد وقع أثناء تأدية وظيفته إذا ارتكبه في الوقت الذي يباشر فيه الأعمال أو المهام التي كلف بها في إطار وظيفته، ويعتبر الفعل الضار الذي يأتيه التابع واقعاً أثناء تأدية الوظيفة على وجه الخصوص في الزمان والمكان، وبوسائل الوظيفة وفي إطار تنفيذ العمل المحدد من قبل المتبوع من جهة، وانصرفت إرادة التابع إلى تحقيق مصلحة المتبوع من جهة أخرى⁽²⁾.

وعليه فإن فعل التابع يعتبر قد وقع في حال تأدية وظيفته إذا وقع في إطار تنفيذ العمل المحدد من قبل المتبوع، طالما يتقيد بالنشاط الموكل إليه، ويلتزم الحدود المادية للوظيفة⁽³⁾، فالعبرة هي بهذا العمل بغض النظر عن أي ظرف من ظروف الزمان أو المكان⁽⁴⁾.

1- تأثر المشرع بالقضاء الفرنسي الذي حمل المتبوع المسؤولية عن الفعل الضار الصادر عن تابعه المجنون، وبالأخص قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1977/03/03، راجع: د/علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 47؛

Civ. 2^e, 3 mars 1977: D. 1977. 501, note Larroumet; Gaz. Pal. 1977. 2. 573, note Viatte.

2- د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 154.

3- د/علي فيلاي، المرجع والموضع نفسه.

4- راجع: د/ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص 201؛ د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 329.

ومن الأمثلة على ذلك كأن يرمي الخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه شيئاً صلباً من النافذة فيتأذي أحد المارة، ومسؤولية مالك السيارة عن خطأ تابعه السائق في سيارتها الذي أدى إلى دهس شخص في الطريق⁽¹⁾.

ولا تعتبر سرقة بعض متعلقات شاغل العقار التي قام بها حارس هذا العقار فعلاً قد صدر أثناء تأديته لوظيفته، فلا يتحمل مالك العقار المسؤولية عن هذه السرقة بوصفه متبوعاً⁽²⁾، ولا يعتبر الحادث الذي يرتكبه السائق بسيارة متبوعه التي أخذها خلسة من المستودع أثناء استعماله إياها لأغراض شخصية حادثاً قد وقع أثناء تأدية الوظيفة⁽³⁾.

أولاً: صدور الفعل بسبب الوظيفة

يعتبر الفعل الضار واقعا بسبب الوظيفة إذا كان متصلاً اتصالاً سببياً بها، أي إذا كانت هي السبب الرئيسي والمباشر⁽⁴⁾ في إحداث الضرر، أي أنه لولاها لما تمكن التابع من القيام بالفعل الضار، فهي بمثابة وسيلة ارتكاب هذا الفعل الذي ما كان ليحصل لولاها⁽⁵⁾.

والأمر الذي يميز هذه الحالة عن سابقتها هو أن التابع في حالة وقوع الفعل الضار بسبب الوظيفة يكون قد تجاوز حدود الوظيفة، وذلك وفقاً لصورتين؛ الصورة الأولى تتمثل في التزيد في أداء عمله، أي أنه لم يتقيد بحدود وظيفته عند مباشرة عمله الموكل إليه، حيث يبلغ في أداء مهمته فيخرج عن حدود الوظيفة، لكن غرضه في ذلك تحقيق مصلحة المتبوع، وأما الصورة الثانية فهي إساءة استعمال التابع للوظيفة، أي أن ما يقوم به التابع لا يدخل ضمن الصلاحيات العادية لوظيفته، وتكون لتحقيق مصلحته الشخصية⁽⁶⁾.

- 1- راجع العديد من التطبيقات لهذه الحالة في القضاء المصري: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 872.
- 2- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، المسؤوليات المفترضة، دار الكتب القانونية، مصر، 1988، ص 863.
- 3- راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 1983/05/25، المجلة القضائية 1990، عدد 02، ص 41.
- 4- يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بخصوص تحديد معيار المقول بأن الفعل كان بسبب الوظيفة "إن المعيار هو: أن التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، ونعارض في ذلك معيارين قال بأحدهما القضاء وقال الفقه بالثاني، أما معيار القضاء هو أن الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الخطأ وهيأت الفرصة لارتكابه، وكانت المحكمة في غنى عن هذا المعيار الذي يفيض عن الحاجة فيما يتسع له، فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة...، وأما معيار الفقه فيخلص في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ، والسببية المباشرة فوق ما تنطوي عليه من إيهام لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به، فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه...، راجع: الوسيط، المرجع السابق، ص 1166.
- 5- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 206.
- 6- راجع: د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 157؛ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 871، الذي يرجع هاتين الصورتين لأحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر، ويعلل مسؤولية المتبوع فيها بتحديد حدود الوظيفة إلى أبعد من دائرتها الطبيعية، فتمتد بامتدادها المسؤولية، بشرط أن يبقى الفعل مرتبطاً بالوظيفة ارتباطاً مباشراً، أي لولاها لم يكن ليقع هذا الفعل.

وعليه فالفعل الضار يعتبر صادرا بسبب الوظيفة ولو كان التابع فيه متجاوزا لحدود الوظيفة، أو مسيئا لاستعمالها، أو كان هذا الفعل قد انطوى على استغلال لها، ويستوي في ذلك أن يكون بعلم المتبوع أو بغير علمه⁽¹⁾، برضاه أو بغير رضاه، كل ما في الأمر هو اتصال الفعل بالوظيفة اتصال العلة بالمعلول⁽²⁾.

ومن الأمثلة على الفعل الضار الصادر بسبب الوظيفة، أن يسرق موزع البريد خطابا تسلمه بحكم وظيفته، فلولاً وظيفته لما استطاع تسلّم الطرف ولما استطاع سرقة، وأن يتظاهر حارس المدرسة بفتح باب سيارة المدير فيطعنه بسكين، وأن يرى خادم سيده يتشاجر مع شخص آخر فيقوم بمساعدته بضرب هذا الشخص ضرباً يفضي إلى موته⁽³⁾.

الفرع الثاني: للفعل صلة ضعيفة بالوظيفة (بمناسبتها)

يكون الفعل الضار صادرا بمناسبة الوظيفة إذا كانت الوظيفة قد اقتضت على تيسير ارتكابه، أو المساعدة على ذلك، أو تكون قد هيأت الفرصة لوقوعه⁽⁴⁾.

فدور الوظيفة يقتصر على تيسير ارتكاب الفعل الضار أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه، ولم تكن ضرورية لوقوع الفعل الضار ولا للتفكير فيه⁽⁵⁾.

فالوظيفة لم تكن هي السبب والدافع الرئيسي في ارتكاب الفعل الضار، وإنما يسرته فقط، فلقد اقتصر دورها على تهيئة الفرصة لوقوعه، فهو ممكن الوقوع بدونها، فالصلة بين الفعل والوظيفة هي صلة ضعيفة باعتبار الدور الذي لعبته في حدوث الفعل الضار⁽⁶⁾.

والمثال على هذه الحالة لو أن شرطياً ذهب إلى غريمه في مسكنه، وفي غير أوقات العمل وأطلق عليه النار من سلاح الحكومة فقتله، فالشرطي يستطيع أن يقتل غريمه بسلاح آخر، وإنما يسر له سلاح الحكومة ذلك وهياً له الفرصة⁽¹⁾.

1- أما بالنسبة للمضروب فيرى د/علي فيلاي أنه في حالة علمه أو استطاعة علمه بخروج التابع عن حدود وظيفته تتنفي مسؤولية المتبوع، كما إذا نقل سائق سيارة خاصة شخصاً في الطريق وأصيب هذا الشخص، فلا مسؤولية على صاحب السيارة، لأن الراكب يعلم بخروج السائق عن حدود الوظيفة... المرجع السابق، ص 160.

2- د/ بلحاج العربي، المرجع السابق ص 331.

3- راجع في هذه الأمثلة وغيرها: د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 206.

4- د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 403.

5- د/ عبد الرزاق أحمد السهري، المرجع السابق، ص 1170.

6- ويظهر أن المحكمة العليا لم تستبعد هذه الحالة حتى قبل تعديل 2005 وذلك من خلال قرار لها بتاريخ 1995/06/21 ملف 125594، أشار إليه د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 161؛ أما بعد تعديل 2005 فاعتمدت المحكمة العليا هذه الحالة تطبيقاً لنص المادة 136 من ق م ج، مثل القرار الصادر بتاريخ 2006/12/20، ملف 350137 الذي قض بأنه "وحيث كذلك لو أن الخطأ المرتكب من الموظف هو خطأ مرفقي لوقوعه بمناسبة وأثناء تأدية الخدمة لفائدة البنك..."، م ق لسنة 2006، ع 230.

يتبين لنا بعد عرضنا للحالات الثلاثة السابقة بأن المشرع قد وسع من دائرة الأفعال الضارة التي تقبم مسؤولية المتبوع، وهي كل فعل ضار له علاقة بالوظيفة، ولو كانت هذه العلاقة ضعيفة، ويكون بذلك قد أنهى التناقض بين الصياغة العربية لنص المادة 136 وصياغتها بالفرنسية، وموقف المشرع هذا يعبر عن تأثره بموقف الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية التي تقضي بتوسيع نطاق الأفعال المرتبطة بالوظيفة⁽²⁾.

وفي جميع الحالات السابقة يكون تقدير وجود العلاقة التي تربط بين الوظيفة والفعل الضار وتحديدتها من اختصاص قاضي الموضوع الذي يستند في ذلك إلى ظروف ووقائع وملابسات القضية⁽³⁾.

المبحث الثاني: النظام القانوني لمسؤولية المتبوع

إذا ما توافرت الشروط سالفة الذكر فإن مسؤولية المتبوع تقوم، وترتب آثارها وهي التزام المتبوع بتعويض الضحية، يبقى التساؤل يطرح حول أساس هذه المسؤولية الذي عرف اختلافا فقها، وحول كيفية دفع هذه المسؤولية من طرف المتبوع، وما إذا كان هناك مستجدات جاءت بموجب تعديلات 2005 في هذه المسائل، لذلك سوف نتناول أساس هذه المسؤولية (أولا)، ثم وسائل دفعها (ثانيا).

المطلب الأول: أساس مسؤولية المتبوع

اختلفت الفقه في تحديد أساس مسؤولية المتبوع بين اتجاهين؛ الاتجاه الأول يرى بأنه الخطأ المفترض (الفرع الأول)، والاتجاه الثاني يرى بأنه الضرر (الفرع الثاني)⁽⁴⁾.

1- د/عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 1173.

2- فالغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية تكفي بأية صلة قامت بين ممارسة الوظيفة أو بمناسبتها والفعل الضار، وذلك على خلاف الغرفة المدنية التي تشترط قيام صلة سببية أكيدة بينهما، راجع في هذا التباين في موقفتي الغرفتين، ومحاولة التوفيق بينهما من الغرف المجتمعة لمحكمة النقض: د/مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 467؛

Alain Bénabent, Droit civil, les obligation, Monthrestien, 9^e édition, p391.

3- د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 158.

4- هناك عدة نظريات اقترحت كأساس لمسؤولية المتبوع، غير أنها في مجملها منتقدة، ولا تتلاءم مع طبيعة هذه المسؤولية، فنظرية النيابة (التابع هو نائب قانوني عن المتبوع)، فجعلها التصرفات القانونية وليس الأفعال المادية، وهي عاجزة عن تفسير حق الرجوع، أما فكرة الحلول (التابع يحل محل المتبوع)، فهي تقوم على افتراض ومجاز تخالف للواقع، ولا يمكن نسبة الخطأ إلا لمن وقع منه، وهي تحتفظ بفكرة الخطأ المنتقدة، أما فكرة الضمان، فالمتبوع يضمن التابع عن خطئه المتصل بالوظيفة، لكنها وإن كانت تفسر حق الرجوع إلا أنها تثقل عاتق التابع بتحميله مسؤولية أفعال ترجع أساسا فائدها إلى المتبوع، راجع: د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 315؛ د/عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 1186؛ د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 888.

الفرع الأول: فكرة الخطأ المفترض

أولاً: عرض الرأي

كان الفقه الفرنسي التقليدي⁽¹⁾ يرى بأن أساس مسؤولية المتبوع هو الخطأ المفترض في جانب المتبوع، ويمثل هذا الخطأ في كونه أنه لم يحسن اختيار تابعه، أو أنه قصر في ممارسة الرقابة على هذا التابع أو في توجيهه⁽²⁾.

وباعتبار أن الخطأ المنسوب للمتبوع لم يصدر عنه مباشرة، لذلك فإن مسؤوليته عن أخطاء تابعه تكون غير مباشرة أيضاً، أما المسؤول المباشر عن الخطأ هو التابع، لذلك فإن الوضع العادي للأمور كان يفرض مساءلة التابع بدلاً من المتبوع إلا أنه نظراً للمشاكل التي قد تواجه الضحية بسبب صعوبة إثبات خطأ التابع، أو كون هذا الأخير معسراً لا مال له، فإنه غالباً ما يفضل مقاضاة المتبوع حتى يتجنب العقوبات السابقة⁽³⁾.

ثانياً: النقد (استبعاد فكرة الخطأ)⁽⁴⁾

لقد انتقد الرأي القائل بالخطأ المفترض لسببين:

- أنه ما دام الخطأ مفترض فمن المفروض أن المتبوع يستطيع أن ينفي هذا الافتراض، بأن ينفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر، بأن يثبت مثلاً عدم خطئه، بأنه أحسن الاختيار، أو أنه لم يقصر- في واجب الرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية، ورغم ذلك وقع الضرر، وهذا ما لم يمكنه القانون منه، وما يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء⁽⁵⁾.

- أنه إذا كانت مسؤولية المتبوع مبنية على أساس الخطأ لاستبعدت مسؤولية المتبوع عديم التمييز، والواقع خلاف ذلك، إذ أن عديم التمييز لا ينسب إليه الخطأ، ولو افتراضاً، ومع ذلك يسأل باعتباره متبوعاً⁽⁶⁾.

1- مثل ديمولومب، بودري وبارد، وكانتوري، وكولان وكابنان، أشار إليهم: د/عبد القادر العراري، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الأمان، الرباط، 2011، ص152.

2- د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص883.

3- د/عبد القادر العراري، المرجع نفسه، ص152.

4- راجع في تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، بما فيه الخطأ المفترض: فريدة دحاني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2005، ص78، 81.

5- د/عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص885.

6- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص208.

الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع أساسها تحمل التبعة

أولاً: تقديم النظرية

ذهب اتجاه في الفقه⁽¹⁾ إلى أن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة، وليس على الخطأ، فهذه النظرية لا تعنى أصلاً بالخطأ، بل هي تعنى بالضرر الذي يصيب شخصاً من جراء تبعة أوجدها شخص آخر، فيلزمه أن يتحمل ما ينجم عنها⁽²⁾.

غير أنه عند النظر في آراء أنصار هذه النظرية نجد منهم من يرجع مسؤولية المتبوع إلى قاعدة الغرم بالغرم، وقد كانوا يقولون أن المتبوع يستفيد من خدمات تابعة، فعليه إذن أن يتحمل ما يرتكبه من أضرار تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغرم⁽³⁾، فالمتبوع يسأل عن أخطاء التابع لكونه يعمل لحسابه، ويمارس النشاط لمصلحته، وبالتالي يسأل المتبوع عن كل نشاطات التابع، سواء كانت تعبر خطأ أم لا تعتبر كذلك⁽⁴⁾.

بينما يرى فريقاً من أنصار تحمل التبعة بأن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس أن المتبوع عندما يستحدث نشاطاً معيناً فإنه يستحدث في نفس الوقت مخاطر جديدة، فوجب عليه إذن تحمل مسؤولية الأضرار الناتجة عن هذا النشاط⁽⁵⁾.

ثانياً: تقدير النظرية

انتقد الفقه نظرية تحمل التبعة في كونها لا تستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع وذلك من وجهين⁽⁶⁾:

- أن نظرية تحمل التبعة تتناقض مع كون مسؤولية المتبوع تشترط صدور خطأ من التابع يكون مرتبطاً بالوظيفة، فطبقاً لنظرية تحمل التبعة فإن المتبوع يتحمل تبعة نشاط التابع الذي يسبب ضرراً للغير، سواء كان هذا النشاط يعد خطأ أم ليس خطأ، بينما المسؤولية لا تقوم إلا إذا صدر عن التابع خطأ.

- أن نظرية تحمل التبعة تتناقض مع حق المتبوع في الرجوع على التابع، فإن كان المتبوع يتحمل المضار الناتجة عن نشاط التابع فلما يرجع عليه إذن⁽⁷⁾.

1- مثل جوسران، ديموج، سافيتيه، بلانيول، أشار إليهم د/ عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 887.

2- د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 22.

3- د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 314.

4- مراد قجالي، المرجع السابق، ص 105.

5- د/ علي فيلاي، المرجع السابق ص 171؛ د/ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 264.

6- راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 888.

7- د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 314.

إلا أنه يمكن الرد على هذين الانتقادين، فهما ليسا ذا أهمية في أحكام مسؤولية المتبوع في القانون المدني الجزائري.

فبالنسبة لنص المادة 136 من القانون المدني فهو لم يشترط خطأ التابع لقيام مسؤولية المتبوع، وإنما اكتفى بالفعل الضار.

أما بالنسبة لنص المادة 137 فلم تجيز للمتبوع حق الرجوع على التابع إلا إذا كان الفعل الضار الصادر عنه جسما، أي الفعل الذي لا يتلاءم مع طبيعة الوظيفة وهدفها رغم ارتباطه بها، وبالتالي من المؤكد أن المتبوع لم يستفد من هذا الفعل.

ويضيف الفقه ميزتان لنظرية تحمل التبعة وهما؛ أنه طبقا لها لا يستطيع المتبوع أن يدفع المسؤولية حتى ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع الفعل الضار المسبب للضرر، فالمسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة لا يمكن دفعها بهذه الاستحالة، بل يبقى المتبوع مسؤولا، لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع منه، أما الثانية فهي أنه بالإمكان قيام مسؤولية المتبوع ولو كان عديم الأهلية⁽¹⁾.

ويمكن القول بعد هذا أن أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري هي تحمل التبعة تقع على عاتق المتبوع، وتهدف إلى توفير ضمانة فعالة للمضررين، إذ يكفي المضرور إثبات وجود علاقة سببية بين التابع والمتبوع، وأن الضرر الذي لحقه هو من الفعل الضار التابع المتصل بالوظيفة، ولا يهيمه بعد ذلك سلوك المتبوع أهو مخطئ أم غير مخطئ، وهذا ما يرى به الفقه الغالب عندنا⁽²⁾.

المطلب الثاني: دفع مسؤولية المتبوع

إذا توافرت شروط مسؤولية المتبوع فإن المتبوع يتحملها، حيث يلتزم بتعويض المضرور عن الأضرار التي أصبته بسبب الفعل الضار الصادر عن التابع، لكن ومع ذلك يستطيع المتبوع (في غياب نص خاص) أن يدفع هذه المسؤولية عن نفسه بواسطة إثبات السبب الأجنبي طبقا للقواعد العامة (الفرع الأول)، كما يستطيع الرجوع على التابع عندما يكون خطئه جسما (الفرع الثاني).

1- د/ عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص 887.

2- راجع : د/علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 72؛ د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 151؛ د/ مراد قجالي، المرجع السابق، ص 112؛ د/ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 62؛ راجع أيضا في الفقه المصري الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله، حيث يقول "... فهي مسؤولية موضوعية يمكن أن تؤسس على فكرة تحمل التبعة، ... فالمتبوع مسؤول مسؤولية ذاتية باعتبار أن المتبوع ينتفع بنشاط تابعيه، والغرم بالغرم..."، المرجع السابق، ص 64.

الفرع الأول: القواعد العامة تسمح بدفع مسؤولية المتبوع

تقوم مسؤولية المتبوع بمجرد توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 136 من القانون المدني، أي أن المضرور يكتفيه أن يثبت وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع، والمتمثلة في كونه يعمل لحساب المتبوع، وأن يثبت أيضاً أن للفعل الذي سبب له الضرر بأن له صلة بالوظيفة طبقاً لأحدى الحالات الثلاثة المنصوص عليها في هذه المادة.

فالمضرور ليس في حاجة إلى إثبات خطأ المتبوع بوصفه مسؤولاً، ولا خطأ التابع بوصفه الفاعل، ومن جهة أخرى لا يمكن للمتبوع أن يثبت أنه كان يستحيل عليه منع فعل التابع، أو أن التابع خالف أمره، أو أنه لم يرتكب خطأ في اختيار تابعه، أو أنه لم يقصر في واجب الرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية، أي لا يستطيع نفي العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر⁽¹⁾.

ولأجل هذا نجد أن جانب من الفقه يرى بأن سكوت المشرع يفيد أنه أراد حرمان المتبوع من دفع المسؤولية وإعطاءها صفة القطعية، لكن نظراً لأن حكم المادة 127 من القانون المدني يعتبر حكماً عاماً للمسؤولية بوجه عام، فيستطيع المتبوع أن يدفع عنه المسؤولية إذا أثبت السبب الأجنبي طبقاً لهذه المادة⁽²⁾.

وقد جاء في قرارات عديدة أن المحكمة العليا تؤكد هذا الموقف، منها القرار الصادر بتاريخ 1985/02/26 ملف 40036 الذي جاء فيه "...لا يعفيه من المسؤولية المفترضة فيه أساساً إلا إذا أثبت أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه..."⁽³⁾.

الفرع الثاني: رجوع المتبوع على التابع في حالة الخطأ الجسيم

نصت المادة 137 من القانون المدني قبل تعديلها "...للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً..."،

قبل تعديل 2005 كانت إمكانية الرجوع على التابع أكثر اتساعاً، إذ كانت تشترط خطأ المتبوع، أي خطأ مهما كان يسيراً، حيث يتحمل عنه المتبوع مسؤولية التعويض ثم يرجع عليه.

أما بعد التعديل فقد أصبحت المادة 137 من القانون المدني تنص "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".

1- د/عبد الرزاق أحمد السنبهري، المرجع السابق، ص 885؛ د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 64؛ فريدة دحاني، المرجع السابق، ص 117.

2- د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 166؛ راجع كذلك فريدة دحاني، المرجع السابق، ص 117 حيث تقول "وتعتبر أشد أنواع المسؤولية لأنها غير قابلة للنفي بإثبات العكس، فهي مقررّة لصالح المضرور، فيستحيل على المسؤول دفع هذه المسؤولية إلا بنفي مسؤولية تابعه، وذلك إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي..."

3- قرار غير منشور أشار إليه د/علي فيلاي، المرجع السابق ص 166، 163.

فلا يجوز للمتبوع أن يرجع على تابعه، ولو كان مسؤولاً، أي أن يكون قد أخطأ مادام الفعل مرتبطاً بالوظيفة، إلا إذا كان الخطأ جسيماً، أي الفعل الذي لا يتناسب مع طبيعة الوظيفة وأهدافها، فالمشرع يرى بأنه قد يتصور وقوع أخطاء معقولة مصاحبة للنشاط العادي للتابعين، لأجل صالح الوظيفة وسير العمل، حيث يتحملها المتبوع، أما إذا صدر من التابع خطأ جسيم، فهنا خلع القانون عنه الحماية، بمجاوز الرجوع عليه.

خاتمة:

قد أولى المشرع الجزائري عناية خاصة بالمسؤولية المتبوع، حيث ميزها عن المبدأ العام في شروطها وأحكامها، حيث استبعد المشرع الخطأ، فلم يجعله ضمن شروطها، ولم يجعله أساساً لها.

وما لاحظناه هو التباين في معالجة المشرع لأحكام مسؤولية المتبوع بين ما قبل تعديل 2005 وما بعده، حيث عمل المشرع على التوسع في نطاق هذه المسؤولية، يسعى من خلال ذلك إلى ضمان حماية فعلية للمضروب.

وتتجلى مظاهر هذا التوسع في التعديل الوارد على شروطها، حيث وسع من نطاق فئة التابعين، باعتداد معيار العمل لحساب المتبوع، ووسع من طائفة الأفعال المسببة للمسؤولية، حيث اعتد بالأفعال الضارة بدلاً عن الأعمال غير المشروعة، وأدخل الأفعال الواقعة بمناسبة الوظيفة.

وتتجلى مظاهر هذا التوسع أيضاً في أن التعديلات الواردة على أحكام المسؤولية، جعلت أساسها يتجلى بوضوح في كونها مسؤولية موضوعية أساسها تحمل التبعة، وأن المتبوع لا يمكنه دفعها إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي بناء على المادة 127 من القانون المدني.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 02 الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، المسؤوليات المفترضة، دار الكتب القانونية، مصر، 1988.
- د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 01، المجلد 02، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، مصر، 1998.
- د/ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- د/ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، ط 2، 2007.
- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، دار الهدى، الجزائر، ط 2004.

- د/ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

2- المذكرات الجامعية:

- فريدة دحاني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2005.

3- المقالات المتخصصة:

- أ/ محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، لسنة 2004، ع1، ص 21.

- أ/ مراد قجالي، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة في القانون المدني الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 6، ص 94.

4- المجلات القضائية

- المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 02، ص 41.

- المجلة القضائية، لسنة 2004، ع1، ص 21.

- المجلة القضائية لسنة 2006، عدد 02، ص 230.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

- Alain Bénabent, Droit civil, les obligation, Monthrestien, 9^e édition .

الطعن في الأوامر والقرارات الاستعجالية الصادرة عند القضاء العادي* بلشير إكرام- باحثة دكتوراه - تخصص قانون المؤسسة- جامعة وهران 2

الملخص:

أعيب على الإجراءات العادية طويلا نظرا لطولها في الواقع العملي، والتي كانت في الكثير من الحالات سبب في ضياع حقوق الأفراد إن هذه الإشكالية أجبرت المشرع الجزائري على البحث على إجراء جديد، والذي يكون الحل لهذه الأولى، ومن هذا الفعل رأى الاستعجال الإجرائي النهار. على الرغم من الخصائص المتعددة التي يملكها الاستعجال إلا أن ذلك لم يمنع من وجود أخطاء في الموضوع أو القانون، ورغم أن الاستعجال يختلف عن الإجراءات العادية إلا أنه يخضع لنفس الضمانات تحت اسم طرق الطعن العادية والغير عادية ضد سنداته القضائية، مع تعديلات رفيعة حتى تتماشى تلك الضمانات مع الطبيعة الخاصة للاستعجال.

الكلمات المفتاحية: السندات القضائية الإستعجالية- الضمانات- طرق الطعن العادية- اعتراض الغير عن الخصومة...

Résumé :

Les procédures ordinaires ont longtemps été critiquées étant donné leur lenteur en pratique, ce qui a été dans plusieurs cas la cause de la perte des droits des individus. Cette problématique incita le législateur Algérien à chercher une nouvelle procédure qui sera la solution à cette première, de ce fait le référé judiciaire vu le jour, cependant et malgré les qualités diverses que le référé eu, cela n'empêcha pas les erreurs de droit ou de fond. Quoique le référé est différent des procédures normales, il est cependant soumis aux mêmes garanties sous le nom des voies de recours ordinaires et extraordinaires contre ses titres judiciaires, avec de légères modifications pour que ces garanties s'adaptent à la nature spécifique du référé.

مقدمة:

لإنشاء دولة القانون وتحقيق مبدأ العدالة كان لا بد على المشرع الجزائري أثناء ثورته التشريعية، أن يهتم بتنظيم سلطة قضائية فعالة تعمل على تحقيق هذه المبادئ، مما أدى إلى ظهور مختلف الجهات القضائية التي نعرفها حاليا.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/10/27

تاريخ تحكيم المقال: 2015/11/10

أثناء تطبيق الإجراءات القانونية المتبعة أمام مختلف تلك الجهات القضائية بصفة عامة والجهات المدنية بصفة خاصة، تراء أنها تشكل عائق في الواقع العملي على تحصيل حقوق الأفراد نظرا لطول أمد التقاضي مما أدى بالمشرع الجزائري إلى البحث عن حل لهذا الإشكال، ومن ذلك ظهر ما يسمى اليوم بالقضاء الاستعجالي أو القضاء المستعجل.

عرف القضاء الاستعجالي بذلك القضاء الاستثنائي الذي يملك خصائص ومميزات خاصة به تميزه عن ما عرفه رجال القانون من قبل، ويظهر تميزه جليا في عدة نقاط قانونية، من أهمها تقطعتين جوهريتين اللتان اعتبرت شروط قيامه والجوهر الذي من خلاله يتم تعريفه، ألا وهما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. غير انه لتحقيق دولة القانون لا يكفي وضع جهاز قضائي والعمل على أن يكون فعال من خلال التنظيم والتجديد المستمر للقواعد القانونية والإجرائية التي تسيره بل لا بد من وضع رقابة على تلك السلطات القضائية وذلك من خلال الرقابة على السندات القضائية التي تصدرها في حق أو ضد الأفراد.¹

المبحث الأول: طرق الطعن العادية ضد السندات القضائية الاستعجالية

على الرغم من تميز القضاء الاستعجالي بصفة عامة والسندات القضائية الاستعجالية بصفة خاصة إلا أنها هي الأخرى لا تنفذ من الأخطاء حين الفصل في دعاها أو عدم رضا أحد أطراف النزاع بمحتوى السند الاستعجالي، مما أدى بالمشرع الجزائري بوضع ضمانات من اجل مراجعة تلك الأخطاء القانونية أو الموضوعية التي قد تطرأ على تلك السندات القضائية الاستعجالية.²

المطلب الأول: طريق المعارضة ضد السندات القضائية الاستعجالية

تعتبر المعارضة طريق من طرق الطعن العادية التي نصت عليها الأحكام العامة والخاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي عرفت على أنها إجراء قانوني خاص بالطرف المتغيب الذي صدر السند القضائي في حقه غاييا، والذي من خلاله يترأ له مراجعة السند القضائي الغيائي من جديد أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.³

¹ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ص.133، فق.06: "والمعارضة تهدف إلى سحب الحكم وإعادة النظر في الدعوى والحكم فيها من جديد على أساس أن الحكم صدر في غيبة الخصم ودون سماع دفاعه، فالقاعدة انه لا يحكم على شخص دون سماع دفاع، فالمعارضة ترفع أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيائي، والقاعدة أن المعارضة لا تصدر إلا في الحكم الذي يصدر في الغيبة سواء كان حكما صادرا من محكمة ابتدائية أو قرار غاييا صادرا على مستوى الاستئناف وبشروط أن يميز القانون صادرا من محكمة ابتدائية أو قرار غاييا صادرا على مستوى الاستئناف وبشروط أن يميز القانون صادرا من محكمة ابتدائية أو قرار غاييا صادرا على مستوى الاستئناف وبشروط أن يميز القانون الطعن فيه بالمعارضة."

² م. 303، فق. 1 من ق.ا.م.ا.ج.: " لا يس الأمر الاستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن. كما انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل."

³ م. 300 من ق.ا.م.ا.ج.: " يكون قاضي الاستعجال مختصا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يجوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه."

يختلف الأمر بعض الشيء بالنسبة للسندات القضائية الاستعجالية الغيابية، التي استثنائها المشرع الجزائري من طريق الطعن بالمعارضة، والتي نصت الأحكام الخاصة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك.¹

خلال التعديلات القانونية الأخيرة، عرفت الأحكام القانونية الخاصة بالمنظمة للقضاء الاستعجالي مجموعة من الاستحداثات والتي من خلالها ظهر نوع جديد من الاستعجال أو الدعاوى الاستعجالية التي من خلالها تم توسيع نطاق اختصاص القاضي الاستعجالي، تحت اسم القضاء الاستعجالي المستحدث الذي تجاوز جميع القواعد الجوهرية التي يقوم عليها القضاء الاستعجالية خاصة عنصر- الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فأصبح ينظر القاضي الاستعجالي في الموضوع بعدما كان ذلك محظورا عليه في القوانين القديمة، ويصدر أوامر تكنسي حجية الشيء المقضي فيه.² على الرغم من اختلاف السندات القضائية الاستعجالية، فسواء تعلق الأمر بتلك المتعلقة بالاستعجال التقليدي أو الأخرى المتعلقة بالاستعجال المستحدث إلا أن كلاهما لها نفس المميزات كتنفيذ المعجل بقوة القانون وعدم قابليتها للمعارضة في حالة صدورها من أول درجة.³

تعتبر مسألة عدم قابلية السندات القضائية الاستعجالية الغيابية للمعارضة، مسألة من النظام العام يجوز للمحكمة إثارتها وذلك من تلقاء نفسها.⁴

من خلال الأحكام القانونية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن هنالك استثناء لقاعدة عدم قابلية المعارضة ضد السندات القضائية الاستعجالية الغيابية، والذي يتوجه إلى السندات القضائية الاستعجالية الغيابية الصادرة عن آخر درجة. فبالتالي أجازت الأحكام الخاصة، المعارضة ضد السندات القضائية الاستعجالية الغيابية الصادرة عن آخر درجة أي القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة عن المجالس القضائية دون تلك الصادرة عن المحاكم الابتدائية⁵، سواء مس بأصل الحق أو لم يمس بأصل الحق.

¹ سلام حمزة، الدعاوى الاستعجالية، الدليل العملي لرئيس المحكمة، دار هوامه، الجزء الثالث، 2013، ص. 80، فق. 3: "فقاضى الاستعجال يتصدى للموضوع وكأنه قاضي موضوع ولا حديث إطلاقا عن التقيد بعدم المساس بأصل الحق، وتكمن الخطورة في هذا النوع، أن الأمر الصادر فيها ورغم مساسه بأصل الحق يبقى محتفظا بمميزات الأوامر الاستعجالية كتنفيذ المعجل بقوة القانون وعدم قابليته للمعارضة إذا كان صادرا في أول درجة."

² الوافي خديجة، الدعوى الاستعجالية في المواد المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة وهران، 2012-2013، ص. 32، فق. 2.

³ 304 من ق.م.أ.ج.: "تكون الأوامر الاستعجالية الصادرة في أول درجة قابلة للاستئناف."

وتكون الأوامر الاستعجالية الصادرة في آخر درجة، قابلة للمعارضة.

يرفع الاستئناف والمعارضة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، ويجب أن يفصل في ذلك في أقرب الآجال."

⁴ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، ص. 135، فق. 2: "حيث تنصل فيه من جديد، ولجهة الدرجة الثانية ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة فهي تبحث وقائع الدعوى وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات وتقدير المستندات وتقوم بتطبيق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة ويجوز الاستئناف للأطراف الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى أو لنوي حقوقهم."

⁵ بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، كليك للنشر، الطبعة الأولى، 2012، ص. 320، فق. 05: "والطنن بالاستئناف يكون في الأمر الاستعجالي الصادر من جهة قضائية

على الرغم من أن المشرع الجزائري أجاز المعارضة ضد السندات القضائية الاستعجالية الغيابية الصادرة عن آخر درجة، إلا أنه لم يضع نفس الآجال التي حددتها الأحكام العامة نظرا لعدم تماشيها مع الطبيعة الاستعجالية للسندات القضائية الاستعجالية، وحدد بالتالي أجل الطعن بالمعارضة بخمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، والذي يفصل فيه القاضي الاستعجالي للجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا في اقرب الآجال، مراعيًا في ذلك طبيعة الدعوى الاستعجالية التي تتطلب السرعة والاستعجال.

المطلب الثاني: طريق الاستئناف ضد السندات القضائية الاستعجالية

يعتبر طريق الاستئناف، الطريق الثاني من طرق الطعن العادية التي يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الأمر الاستعجالي من خلال الفصل من جديد في الدعوى الاستعجالية من طرف الجهة القضائية ذات الدرجة الثانية من خلال تطبيق هذه الأخيرة القاعدة القانونية التي تراها مناسبة وصحيحة¹، والذي تنص عليه الأحكام العامة والخاصة هو الآخر.

نصت الأحكام الخاصة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 304 السالفة الذكر على أن الأوامر الاستعجالية الصادرة عن أول درجة قابلة للاستئناف، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري وضع أحكام خاصة بهذا الإجراء في إطار السندات القضائية الاستعجالية إلا أنه ترك المجال مفتوحا في العديد من المسائل القانونية التي يلجأ إلى تطبيقها أعمالا بالأحكام العامة، دون الخروج أو المساس بمميزات وخصائص القضاء الاستعجالي²، وكان تكريس المشرع الجزائري لهذا المبدأ حين وضعه للآجال القانونية لكلا من طريقي المعارضة والاستئناف ضد السندات القضائية الاستعجالية والتي حددها بخمسة عشر يوما عوض شهر واحد بالنسبة للأحكام العامة، دون وقف تنفيذ السند القضائي الاستعجالي باعتباره معجل النفاذ بقوة القانون.

على خلاف الطعن بالمعارضة الذي يرفع أمام نفس الجهة التي صدر عنها السند القضائي الاستعجالي الغيابي الصادر عن آخر درجة إلا أن الطعن بالاستئناف يرفع أمام جهة أعلى درجة التي يرجع إليها الاختصاص النوعي والمحلي والتي تفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون في اقرب الآجال مراعاة لطبيعة الدعوى الاستعجالية التي تتطلب السرعة. وكما سبق ذكر ذلك في المطلب السابق فإن هنالك نوعين من السندات القضائية

ويكون إجراؤه طبقا للقواعد العامة الواردة في ق.ا.م.ا. والذي تنظمه المواد الواردة في الاستئناف، المواد 332 إلى 347 من هذا القانون مع الاحتفاظ بخصائص القضاء الاستعجالي..."

¹ سلام حمزة، الدعاوى الاستعجالية المرجع السالف الذكر، ص. 82، فق. 4: "يرفع الاستئناف في الأوامر الصادرة عن الدعاوى الاستعجالية المنتمية لهذا النوع الأول من الاستعجال بنص القانون، شأنها باقي الدعاوى الاستعجالية، خلال أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر."

² بوضيف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، ص. 321، فق. 2: "دون أن استبق الأمور وافصل في شرح المواد المتعلقة بالطعن بالنقض فإنني أحاول الاكتفاء بقدر الإمكان ما يمكن القارئ الكريم من الوقوف عند المعنى البسيط الذي تقدمه المواد 349 و350 و351 من هذا القانون، فبالرجوع لنص المادة 349 من هذا القانون يظهر جليا أن المشرع منح حق الطعن للأفراد بخصوص الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية، والأوامر الاستعجالية الصادرة سواء من المحكمة أو من المجلس القضائي كلها أوامر وقرارات لا تفصل في موضوع النزاع مما يخرج الأوامر الاستعجالية والقرارات الاستعجالية من دائرة الطعن بالنقض."

الاستعجالية، تلك التي لا تمس بأصل الحق والتنمية للاستعجال التقليدي وأخرى تمس بأصل الحق، تنتمي إلى الاستعجال المستحدث، وعلى الرغم من اختلاف طبيعتها إلا أن كلا هذه السندات القضائية الاستعجالية سواء تلك الماسة بأصل الحق أو الغير الماسة بأصل الحق، تخضع لطريق الطعن بالاستئناف خلال نفس المدة التي حددتها النصوص القانونية بخمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي¹.

المبحث الثاني: طرق الطعن الغير عادية ضد السندات القضائية الاستعجالية

قام المشرع الجزائري بتنظيم إجراءات غير عادية تحت اسم طرق الطعن الغير عادية إضافة إلى المعارضة والاستئناف السالفة الذكر، والتي تتميز بقيامها على أسباب محددة بدقة قانونا.

نصت الأحكام العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن طرق الطعن العادية تنقسم إلى ثلاثة أنواع، إلا وهي الطعن بالنقض، الطعن بالتماس إعادة النظر وأخيرا الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، غير انه بالنسبة للسندات القضائية الاستعجالية فقد تم استبعاد طريق الطعن بالنقض ضدها ويظهر ذلك جليا من خلال الأحكام العامة²، بما فيها المادة 349³، المادة 350⁴ والمادة 351⁵.

المطلب الأول: الطعن بالتماس إعادة النظر ضد السندات القضائية الاستعجالية

نصت الأحكام العامة صراحة على أن التماس إعادة النظر يهدف صراحة إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون⁶، مما يستتبع أن السندات القضائية الاستعجالية تقبل الطعن بالتماس إعادة النظر. تدخل البعض من الفقه الجزائري في هذه النقطة القانونية مبينا رأيه حول هذا الاتجاه التشريعي للمشرع الجزائري، مبينا فيه القرار الصائب الذي اتخذته هذا الأخير عند إخضاع السندات القضائية الاستعجالية لهذا الإجراء القانوني، كباقي السندات القضائية العادية الأخرى، بعدما أن عرف فراع قانوني طويل حول هذه المسألة في إطار القانون القديم⁷.

¹ م. 349 من ق.ا.م.ج.: "تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

² م. 350 من ق.ا.م.ج.: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنهي الخصومة بالفصل في احد الدفوع الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر".

³ م. 351 من ق.ا.م.ج.: "لا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع".

⁴ م. 390 من ق.ا.م.ج.

⁵ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، 2010، ص. 537، فق. 04: "لقد أحسن المشرع صنعا، لما أخضع الأوامر الاستعجالية إلى دعوى التماس، كغيره من الأحكام وبذلك وضع حدا للفراغ، والغموض اللذين كان سائدين إبان حياة القانون السائد، ذلك أن الواقع اثبت بان الفصل في الأمر الاستعجالي، لا يقل أهميته كما تفصل فيه باقي الأحكام".

⁶ م. 394 من ق.ا.م.ج.: "يرفع التماس إعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الملتبس فيه وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، بعد استدعاء كل الخصوم قانونا".

⁷ م. 393، فق. 1 من ق.ا.م.ج.

يهدف الطعن بالتماس إعادة النظر إلى مراجعة السند القضائي الاستعجالي والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، حيث تنظر فيه الجهة القضائية التي صدر عنها السند القضائي الاستعجالي الملمس فيه، وفقاً للأحكام العامة لرفع الدعوى التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

لقبول الطعن بالتماس إعادة النظر لا يكفي احترام إجراءات رفع الدعوى، بل لا بد من احترام الآجال والشروط القانونية التي يقوم عليها هذا الإجراء. نصت الأحكام العامة على أن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر يرفع في أجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة².

أكدت الأحكام العامة بوضوح على الهدف من وضع هذا الإجراء حتى لا يخطأ الأفراد أو يتعسف هؤلاء في استعمالهم لهذا الحق، حيث نصت على أن الهدف الأساسي من وراء هذا الإجراء هو الفصل من جديد في الأمر الاستعجالي من حيث الوقائع والقانون، ليس لسبب الخطأ أو التقصير للجهاز القضائي وإنما نتيجة ظهور أدلة أو ظروف جديدة ثم حصرها ضمن النصوص القانونية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. قسم المشرع الجزائي تلك الأدلة أو الظروف التي على أساسها يقدم التماس إعادة النظر إلى قسمين أو سببين:

السبب الأول: إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

السبب الثاني: إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم³.

تقوم الجهة القضائية المختصة التي رفع الطعن بالتماس إعادة النظر أمامها بالتأكد من صحة الإجراءات القانونية خاصة تلك المتعلقة بالآجال القانونية السالفة الذكر، ومن ثم لها السلطة التقديرية الكاملة في قبول الطعن المرفوع أو رفضه في حالة تخلف أحد الشروط القانونية أو أن الطعن رفع لسبب غير الأسباب التي حصرتها النصوص القانونية، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم على الملمس الذي خسر -دعواه بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها⁴.

¹ م. 392 من ق.إ.م.إ.ج.

² م. 397 من ق.إ.م.إ.ج.

³ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السالف الذكر، ص. 156، فق. 6: "وتنظر المحكمة في التماس إذ يتعين أن تتحقق أن الطعن بالالتماس قد رفع في الميعاد من ناحية الشكل ومتعلقاً بحكم انتهائي ومبني على أحد الأسباب التي نص عليها القانون والتي وردت على سبيل الحصر، وللمحكمة أن تقضي بعدم قبول الالتماس إذ تبين لها أنه لم يبن على سبب من الأسباب التي نص عليها القانون، وتحكم المحكمة بعد تفحص القضية أما بقبول الالتماس أو برفض الالتماس ويترتب الحكم بقبول الالتماس زوال الحكم الملمس فيه واعتباره كأن لم يكن في حدود الالتماس".

⁴ م. 353، فق. 1 من ق.إ.م.إ.ج.: "لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق".

وفي حالة قبول القاضي المختص الطعن بالتاس إعادة النظر، يكون مصير السند القضائي الاستعجالي الملتبس فيه الزوال، ويعتبر من الناحية القانونية كأنه لم يكن.¹

المطلب الثاني: الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة

على الرغم من انه تم إدراج الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة من بين طرق الطعن الغير عادية إلى جانب الطعن بالنقض والطعن بالتاس إعادة النظر، إلا أن هذا الأول يختلف عن الطريقتين الأخيرتين من حيث طبيعة الطرف الذي يعود إليه هذا الحق . فإذا اعتبر القانون الطعنين الأولين إجراءين خاصين بكل من كان طرفاً في الخصومة أو احد من ذوي حقوقه كما في المادة 353 في فقرتها الأولى² والمادة 391³ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الأمر مختلف بالنسبة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وكما يبين من خلال تسميته فانه إجراء خاص بفئة معينة، تعرف على أنها لم تكن طرف في الخصومة ولا ممثلة في السند القضائي الاستعجالي المطعون فيه.⁴ ومن خلال نص المادة 381 من نفس القانون السالف الذكر نستنتج انه تخضع الفئة السالفة الذكر إلى شرطين:

الشرط الأول: أن لا تكون طرفاً أو مثلاً في السند القضائي الاستعجالي المطعون فيه بصفة خاصة
الشرط الثاني: أن تكون لها مصلحة.

تنص الأحكام العامة على الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص، والتي هي نفسها التي صدر عنها السند القضائي الاستعجالي المطعون فيه، وفي هذا الصدد نلاحظ نقاط التشابه التي بين هذا الإجراء وبين المعارضة اللذان كلاهما يرفعان أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، نظراً لكونها الجهة القضائية المؤهلة في النظر والفصل من جديد في النزاع بصفة عامة والسند القضائي الاستعجالي بصفة خاصة.⁵

¹ 391 من ق.ا.م.ا.ج.: " لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر، إلا من كان طرفاً في الحكم أو القرار أو الأمر، أو ثم استدعاؤه قانوناً."
² م.381 من ق.ا.م.ا.ج.: " يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة."
³ م.385 من ق.ا.م.ا.ج.: " يرفع اعتراض الغير عن الخصومة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة."
⁴ م.380 من ق.ا.م.ا.ج.: " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع."

يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون."

⁵ بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، ص. 395، فق. 2: " ويتم النظر في الوقائع من جديد ويحكم فيه طبقاً للقانون وتطرح القضية من جديد من أجل سماع دفاع أو دفع الخصم الطاعن ورد الخصوم الآخرين ليتمكن الحكم من جديد في القضية سواء بإصدار نفس الحكم القديم ولكن في مواجهة عدد أكبر من الأطراف أو بإصدار حكم جديد يختلف تماماً عن الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الصادر."

يطعن الغير الخارج عن الخصومة ضد السند القضائي الاستعجالي من اجل مراجعة أو إلغاء هذا الأخير من خلال الفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون¹، وينتهي هذا الإجراء القانوني أما بإصدار سند قضائي استعجالي جديد يقضي- إما بنفس ما قضى- به السند المطعون فيه أو يخالف هذا الأخير، وذلك حسب السلطة التقديرية للقاضي المختص²، وفي إطار الاستعجال يجوز للقاضي الاستعجال المختص وقف تنفيذ الأمر الاستعجالي المطعون فيه³. وفي حالة ما إذا رفض القاضي المختص طلب الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، جاز له أن تراء له الأمر أن يحكم على الغير المعترض بغرامة مالية إضافة إلى التعويض المدني الذي يطالب به الخصم⁴.

نصت المحكمة العليا في قراراتها أن الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حق لكل ذي مصلحة ما لم يكن طرفا في الخصومة، ومتى رفض القاضي المختص الطلب المرفوع أمامه يعتبر مخالفا للقانون ويجوز الطعن بالنقض في السند القضائي الاستعجالي الذي قضى برفض الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة⁵. وأخيرا يكون قبول القاضي المختص اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على السند القضائي الاستعجالي، يقتصر- في قضائه على إلغاء أو تعديل مقتضيات هذا الأخير التي اعترض عليها الغير والضارة به مع احتفاظ السند القضائي الاستعجالي المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين حتى وان تم إبطالها⁶.

خاتمة:

لتحقيق دولة القانون كان من الضروري أن يضع المشرع جهاز قضائي فعال يتطور بتطور الواقع الاجتماعي مما أدى إلى ظهور القضاء الاستعجالي، ومن اجل تحقيق مبدأ العدالة كان من البديهي أن تكون هنالك رقابة على السندات القضائية بصفة عامة والسندات القضائية الاستعجالية بصفة خاصة، مما أدى إلى وضع

¹ م. 386 من ق.أ.م.ج.: " يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال."

² م. 388 من ق.أ.م.ج.: " إذا قضى برفض اعتراض الغير الخارج عن الخصومة جاز للقاضي الحكم على المعترض بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000دج)، دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم. وفي هذه الحالة يقضي بعدم استرداد مبلغ لكفالة."

³ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الثانية، 2009، ص. 284، فق. 2: "أما عن جواز الاعتراض في الأوامر الاستعجالية، فقد كرس المشرع من خلال المادة 380 أعلاه ما استقر عليه الاجتهاد القضائي حيث جاء في قرارات للمحكمة العليا بان المقرر قانونا، انه لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ومن ثم فان تأسيس رفض الاعتراض على كون المادة 191 من قانون الإجراءات المدنية لا تذكر الأوامر الاستعجالية من ضمن الأحكام والقرارات القابلة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، يشكل تفسيرا خاطئا للمادة ويعرض القرار المطعون فيه للنقض."

⁴ م. 387 من ق.أ.م.ج.: " إذا قبل القاضي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، يجب أن يقتصر في قضائه على إلغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر، التي اعترض عليها الغير والضارة به، ويحتفظ الحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطله، ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة المنصوص عليها في المادة 382 أعلاه."

⁵ -كور طارق، آليات مكافحة جريمة الصرف، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي -أم بواقي- جوان 2012، ص.130.

⁶ -محمد حريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر 2012، ص 132-133.

إجراءات الطعن ضد هذه الأخيرة مختلفة ومتنوعة خاصة بأطراف الخصومة والغير الذي لم يكن طرفا فيها. غير انه نظرا للطبيعة الخاصة للسندات القضائية الاستعجالية لم يكن من الصواب تطبيق نفس الأحكام والنصوص القانونية العامة حرفيا، فعمل المشرع الجزائري على وضع أحكام تتماشى مع تلك الطبيعة الخاصة للسند القضائي الاستعجالي ومثال ذلك تخفيض آجال الطعن بالمعارضة والاستئناف من شهر إلى خمسة عشر يوما.

تسوية وضعية البناءات المشيدة على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة بالدولة

في ظل القانون رقم 15-08*

مزواغي ميلود- باحث دكتوراه- جامعة مستغانم

الملخص :

من اجل مواصلة احترام قواعد التعمير وضع المشرع آلية جديدة هدفها التحكم في التوسع العمراني غير القانوني من خلال وضع حد لعدم إنهاء البناءات والعمل على تحقيق مطابقة البناءات المنجزة التي شيدت قبل نشر القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20/06/2008 المحدد لقواعد تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، وبالنتيجة تسوية هاته البناءات المنجزة بالإضافة إلى ضمان الطابع الجمالي للمحيط العمراني عن طريق القضاء على منظر البناءات غير المكتملة تبعا لقواعد مخطط شغل الأراضي (POS) وقواعد التهيئة والتعمير.

وينصب موضوع هذا المقال على معالجة وضعية البناءات غير القانونية المنجزة على الأملاك الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية، حيث يتعدى الوضع تسوية هاته البناءات غير القانونية إلى إنشاء سند ملكية القطعة الأرضية التي شيدت عليها البناية لمصلحة "المصرح صاحب البناية"، وذلك في إطار أحكام المادة 40 من القانون 15-08 أين تتم تسوية البناءات عبر مرحلتين هما:

- 1- تسوية الوعاء العقاري كمرحلة أولى وعبر شروط محددة وذلك بعد تحديد القيمة التجارية للوعاء العقاري الذي يتم التنازل عنه بعقد ادري مشهر بالمحافظة العقارية؛
- 2- تسوية وضعية البناية غير القانونية كمرحلة ثانية بعد اتخاذ لجنة الدائرة قرارا بالموافقة على التسوية، يسلم بعدها رئيس المجلس الشعبي البلدي رخصة البناء على سبيل التسوية أو رخصة إتمام البناء على سبيل التسوية أو تسليم شهادة المطابقة إذا كانت البناية مكتملة من اجل الربط بالطرق وشبكات الانتفاع العمومية.

Le résumé :

Dans la continuité de respecter les règles de constructions, le législateur a ordonné un nouveau mécanisme juridique dans le but de régulariser les constructions édifiées avant la publication de la loi 08-15 du 20/06/2008 fixant les règles de mise en conformité des constructions et leur achèvement et pour promouvoir un cadre bâti esthétique et harmonieusement aménagé selon les règles du POS et les règles d'aménagement et de construction.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/04

تاريخ تحكيم المقال: 2016/09/12

Le sujet de cet article traite la situation des constructions réalisées ou en cour de réalisation qui sont édifiées sur le domaine privé de l'Etat, de la wilaya ou de la commune. Dans ce cas, la régularisation a excessivement entraine de créer un titre de propriété pour l'intérêt de déclarant conformément à l'art 40 de la loi 08-15.

La régularisation passe par deux phases :

- 1- La régularisation de l'assiette foncière par voie de cession de gré à gré après la valorisation commerciale de l'assiette par l'administration domaniale ;
- 2- La régularisation de la construction édifée en violation des dispositions législatives : après l'accord de la commission de daïra, le P/APC délivre au déclarant selon le cas, un permis de construire à titre de régularisation, un permis d'achèvement ou un certificat de conformité.

مقدمة:

يعتبر العقار محور كل سياسة تنموية في الدولة، فهو أساس الاستقرار والتعامل والتصرفات بين الناس من جهة، وهو مصدر لصراعات كانت ولا تزال مستمرة بين البشر. هذا العقار الذي عرفه المادة 683 من القانون المدني الجزائري بأنه: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وما عدا ذلك فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

فهذا التعريف ينصرف إلى الأراضي و المباني والأغلاس والطرق والمنام وغيرها، كما ينصرف إلى المنقولات بطبيعتها والتي رسدت لخدمة العقار كالجرار بالنسبة للأرض والأبواب والنوافذ بالنسبة للمسكن. إلا أن موضوع مداخلتنا يدعونا إلى التركيز على شيئين أساسيين من عناصر المفهوم السابق وهما المباني والأراضي.

وقد قطعت المنظومة التشريعية في الجزائر أشواطاً هامة منذ الاستقلال، من أجل إرساء قواعد تضبط تهيئة وتعمير الإقليم الوطني بما يتماشى والموروث الحضاري للأمة الجزائرية بهدف إعادة بعث ثقافة التمدن، حيث مرت بمراحل عدة حاولت الدولة التحكم في قواعد تنظيم المدن والتجمعات السكنية حسب ظروف ومتطلبات كل مرحلة، انطلاقاً من الاستقرار في العمل بالمرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1958، مروراً بالأمر رقم 67-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق برخصة البناء ورخصة التجزئة والنصوص التي تلتها، وصولاً إلى التشريعات الصادرة بعد دستور 1989 التي يأتي في مقدمتها القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، والنصوص التنظيمية المطبقة له، ونصوص خاصة كثيرة تضبط أعمال التهيئة والتعمير في مناطق خاصة.

وتعد هذه القواعد انطلاقة حقيقية لضبط النشاط العمراني في الجزائر، لتحقيق الأهداف والغايات التي تهدف كل التشريعات المقارنة بلوغها، والتي تجمع على اعتبار قواعد التهيئة والتعمير من النظام العام، تهدف لحماية

المصلحة العامة لأنها تضمن التوازن بين تنظيم الأراضي القابلة للإعمار على المدى المتوسط والطويل ووقاية المحيط والبيئة والتراث الثقافي والتاريخي ضمانا لحقوق الأجيال القادمة، وكذا التوفيق في التسيير الاقتصادي للأراضي بين وظائف السكن والفلاحة والصناعة، الأمر الذي يعطي الصفة الأمرة لهذه القواعد.

ولأجل المواصلة في فرض احترام قواعد التعمير، ودعما لآليات ووسائل الرقابة الممنوحة للإدارة (البلدية، الولاية، الوزارة كل في مجال اختصاصها)، وضع المشرع آلية جديدة من أجل التحكم في التوسع العمراني غير القانوني من خلال وضع حد لعدم إنهاء البناء والعمل على تحقيق مطابقة البناءات المنجزة التي شيدت قبل نشر القانون رقم 15-08 المؤرخ في 2008/06/20 المحدد لقواعد تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها وبالنتيجة تسوية هاته البناءات المنجزة بالإضافة إلى ضمان الطابع الجمالي للمحيط العمراني عن طريق القضاء على منظر البناءات غير المكتملة تبعا لقواعد مخطط شغل الأراضي (POS) وقواعد التهيئة والتعمير¹.

ويرتكز موضوع هذه المداخلة من خلال مسألة مهمة جدا تتجلى أساسا في معالجة وضعية البناءات غير القانونية المنجزة على الأملاك الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية، حيث يتعدى الوضع تسوية هاته البناءات غير القانونية إلى إنشاء سند ملكية القطعة الأرضية التي شيدت عليها البناءة لمصلحة "المصرح صاحب البناءة"²، ومن أجل حصر موضوع المداخلة فإنه يتعلق أساسا بنص المادة 40 من القانون 15-08 وليس بنص المادة 36 منه، حيث يكون صاحب البناءة أو المشروع في الحالة الأخيرة حائزا لوثيقة إدارية مسلمة من طرف الجماعات المحلية ورخصة بناء أين تم التسوية بعد تحقيق عقاري من أجل تحديد الطبيعة القانونية للعقار من طرف مديرية أملاك الدولة في هذه الحالة وبعد مراعاة أحكام المادة 16 فإن تسوية الوعاء العقاري تتم في إطار أحكام المادة 38 على خلاف الحالة الواردة بنص المادة 40.

وعليه : كيف تتم تسوية هاته البناءات غير القانونية المشيدة على الأملاك الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية في ظل القانون رقم 15-08 ؟

تجدر الإشارة في البداية أن موضوع تسوية البناءات غير القانونية في ظل القانون رقم 15-08 لا يمس أصنافا معينة من البناءات لاسميا:

¹ - مخطط شغل الأراضي (POS): هو أداة من أدوات التعمير، يغطي في غالب الأحيان تراب بلدية كاملة، تحدد فيه وبصفة مفضلة قواعد وحقوق استخدام الأراضي والبناء من حيث الشكل الحضري للبناءات الكمية الدنيا والقصى من البناء المسموح به والمعب عنه بالمتر المربع أو المتر المكعب من الأحجام، المظهر الخارجي للبناءات، المساحات العمومية والحضراء، الارتفاعات، الشوارع، النصب التذكارية، مواقع الأراضي الفلاحية الواجب حمايتها، وفي إطار احترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حيث جاء تطبيق مخطط شغل الأراضي طبقا للقانون رقم 29-90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير ونص عليه في المواد من 31 إلى 38 الجريدة الرسمية لسنة 1990، عدد 52. كما نظمته المرسوم التنفيذي رقم 178-91 المؤرخ في 1991/05/28 الذي يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والتصديق عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 26 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 166-12 المؤرخ في 2012/04/05، الجريدة الرسمية لسنة 2012، عدد 21.

² - الجريدة الرسمية لمداوات المجلس الشعبي الوطني، رقم 66 المؤرخة في 2008/05/19، ص 05.

البنائات القصديرية: وهو المصطلح الأكثر عفوية والذي استعمل للدلالة على شكل بدأ يظهر ويتفشى- خاصة بمحيط المناطق الحضرية. وعفوية هذا المصطلح تظهر في أنه اقتبس من تكوين المسمى اسما له. ذلك أن الأفراد اتجهوا إلى إنشاء بنايات وسكنوها، وكانت مواد بنائها تتشكل أساسا من صفائح القصدير التي كانت تبدو لهم عملية للإسراع في إنشاء مثل هذه السكنات والاستقرار بها. ومنه أصبح مصطلح البنائات القصديرية هو المصطلح المعروف بالمفهوم الشعبي (Bidons villes)، كما أن وسائل الإعلام تبنت هذه التسمية وأصبحت تشير لمثل هذه البنائات بهذا الاسم لإيصال المعنى.

غير أن تمحيص هذا المصطلح من الناحية القانونية يجرده من كل معنى، فالذي يهمننا كدارسي قانون أن هذا المصطلح لا يعكس الطبيعة القانونية لمثل هذه البنائات، وتبعاً لذلك فإن مصطلح السكن القصديري لا يوضح طبيعة العقار الذي بني عليه المسكن ولا هوية مالكة، فالفرد حر في أن يبني على أرضه بمختلف مواد البناء ما لم يلحق في ذلك ضرر بالآخرين، وهذا يظهر قصور المصطلح في التفرقة بين المقيم بسكن قصديري بطريقة لا تتعارض مع القانون من غيره في الحالة العكسية.

البنائات الفوضوية: يعتبر هذا المصطلح أكثر شمولاً مبدئياً من مصطلح السكن القصديري، كما أنه يحمل مقارنة من الجانب القانوني أو الوضعية القانونية لهذه البنائات. ومصطلح البناء الفوضوي (Constructions désorganisées) يرسم في الفكر مباشرة تصوراً أولياً بشأن هذا النوع من البناء، حيث يتبادر للذهن مباشرة تصوره في شكل عدة مباني متناثرة حول المناطق الحضرية دون انسجام يتماشى والمقاييس العمرانية التي تؤهلها لتكوين مدينة أو قرية¹.

كما يتبادر للذهن تصور مساكن متلاصقة فيما بينها لا تحترم فيها الارتفاعات الخاصة بالطريق أو الاصطفاف في أشكال هندسية منسجمة تمكن من ربطها بشبكات الخدمات القاعدية من كهرباء، ماء، غاز وصرف صحي.

وإنما ينصرف مضمون التسوية إلى البنائات غير القانونية: (Construction illégales)، ويأخذ هذا المصطلح في الاعتبار القانون كميّار لتحديد طبيعة البناء، ويقصد بالقانون في هذا الإطار جملة القوانين المتصلة بالبناء والتعمير التي تفرض شروطاً يجب مراعاتها أو الإجراءات يتحتم إتباعها. ويتزب عن عدم احترام شرط أو إجراء اعتبار البناء الذي تم مخالفاً له بأنه بناء غير قانوني، كأن يتم إقامة بناية بدون رخصة بناء أو إقامة بناية تتجاوز حدود رخصة البناء، وهو المصطلح الذي وظفته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 164638 المؤرخ في 1999/05/03².

وفي ظل القواعد العامة المقررة في القانون المدني تقوم قرينة قانونية لفائدة مالك الأرض تجعله مالكا أيضاً لما فوق الأرض أو ما تحتها من أغراس أو بناء أو منشآت أخرى أقامها على نفقته، وهي قرينة قانونية بسيطة يجوز

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2004، ص 23.

² - ليلي زروقي: التقنيات العقارية (العقار الفلاحي)، ديوان الأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 4.

إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات لأن البناء واقعة مادية¹، أي أنه يمكن أن يكون مالك الأرض شخصا معينا كما يمكن أن يكون مالك البناء شخص آخر وذلك بموجب القانون أو نتيجة الاتفاق وهو ما نصت عليه المادة 675 فقرة 3 من القانون المدني، ومن أمثلتها القواعد المطبقة على الالتصاق بالعقار بحسن النية أو بسوء النية المنصوص عليها في المادة 784 و 785 من القانون المدني باعتبارها طريقة من طرق اكتساب حق الملكية.

ولكن في جميع الأحوال يجب على المالك سواء كان مالك الأرض أو مالك البناء أو مالكيها معا أن يراعي في استعمال حق الملكية التشريعات الجاري بها العمل سواء تلك المتعلقة بالمصلحة العامة أو تعلقت بالمصلحة الخاصة².

ويترتب على عدم احترام أدوات التهيئة والتعمير المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 اعتبار البناء غير قانوني يمس بالمصلحة العامة لأن هاته الأدوات من النظام العام يمكن أن تكون محلا لمتابعة جزائية بالإضافة إلى إزالة المنشأة بقرار إداري يتضمن هدم المنشأة.

وقواعد الالتصاق المنصوص عليها في القانون المدني تطبق على أشخاص القانون الخاص أي عندما يتعلق الأمر بالملكية الخاصة حيث يملك صاحب الأرض البناية التي شيدها الغير بأدوات مملوكة لهذا الأخير³، غير أنه عندما يتعلق الأمر بالأمالك الوطنية العامة أو الخاصة أو الأملاك الوقفية فإن النصوص القانونية الخاصة تقرر خلاف ذلك⁴. وعليه وضع القانون رقم 08-15 قواعد قانونية يتعين إتباعها من أجل إضفاء طابع الشرعية على هاته البنايات التي أنجزت بدون احترام أدوات التهيئة والتعمير، بل وأكثر من ذلك عندما تشيد على أملاك

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، المجلد الثاني، أسباب كسب الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 261.

- انظر المادة 782 فقرة 2 من الأمر رقم 58-75 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية لسنة 1975، عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية لسنة 2007، عدد 31.

² - انظر المادة 690 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم؛

- François Haumont : l'urbanisme, larcier Bruxelles, Belgique, 1996, p 860 ;

- قرار المحكمة العليا رقم 410719 المؤرخ في 12/09/2007، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 03، ص 356 الذي جاء فيه: "أن وجود وثائق إدارية لا تعطي لمالك العقار حق التمسك بالرخص ومطابقة الأشغال لقواعد العمران بغرض إعفائه من مسؤولية مزار الجوار بمفهوم المادة 691 ق م لأنها تسلم تحت التحفظ لحماية الغير".

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 264؛

- قرار المحكمة العليا رقم 207261 المؤرخ في 28/02/2001، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 02، ص 269.

⁴ - تنص المادة 25 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 21، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية لسنة 2001، عدد 29 على مبدأ أنه ما بني على وقف فهو وقف حيث ورد في نص المادة: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة يبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير"؛

- قرار المحكمة العليا رقم 235094 المؤرخ في 23/10/2002، مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، عدد 02، ص 275 الذي جاء فيه بأن البناية المشيدة على أرض محسبة بجهز الملك المحبس الذي يستحيل تملكه بفعل عقد الحبس، ويستمر الحبس قانونا مهما كان مشيد البناية.

وطنية خاصة تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية¹، وفي هذه الحالة يلتزم صاحب البناية أولاً بتسوية وضعية الوعاء العقاري الذي شيدت عليه البناية ثم بعد الحصول على عقد التنازل يتعين عليه الاستمرار في تسوية وضعية البناية التامة أو التي تكون في طور الإنجاز.

ومن ثم يطرح تساؤل حول مدى اعتبار البناء غير القانوني وسيلة من وسائل اكتساب حق الملكية في ظل صيرورة القانون رقم 15-08، وهو بدوره ما جاء متوافقاً ونص المادة 04 فقرة 2 من القانون رقم 14-08 المعدل والمتمم للقانون رقم 30-90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية التي لم تمنع التصرف في الأملاك الوطنية الخاصة². وهو بدوره ما يشكل خروجاً عن الطرق المألوفة لاكتساب حق الملكية المقرر في القانون المدني حينما عكس القانون رقم 15-08 قواعد الالتصاق بالعقار لمصلحة صاحب المنشأة وسمح لأصحاب البنايات غير القانونية بتسوية وضعيتين هما وضعية العقار الذي شيدت فوقه البناية ووضعية البناية غير القانونية في حد ذاتها كخطوة ثانية لذلك سنتولى تفصيل هاتئ التسوية عبر مرحلتين هما: تسوية الوعاء العقاري في مرحلة أولى ثم تسوية وضعية البناية في مرحلة ثانية.

أولاً: تسوية وضعية الوعاء العقاري:

إن أول ما يمكن ملاحظته من خلال التفحص الدقيق لأحكام القانون رقم 15-08 أن نص المادة 40 منه لا يمكن تصنيفها ضمن أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 02 منه والتي تعبر عن الأهداف الخمسة (05) التي يصبو إليها هذا القانون³. وقد جاء في نص المادة 40 ما يلي: "إذا شيدت البناية المتمة أو غير المتمة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول على قطعة أرض تابعة للأملاك الخاصة للدولة أو الولاية أو

¹ - الأصل أن قانون الأملاك الوطنية يمنع و يحظر كل شغل غير شرعي بالبناء أو غيره يقع على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية إذ يترتب على كل شغل مخالف عايته ضبطية المحافظة ضمن الأملاك الوطنية دفع الغرامة المقدرة و الطرد، تأسيساً على ذلك تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20-07-2008 المعدل والمتمم لقانون الأملاك الوطنية رقم 30-90 ليؤكد الطابع غير الشرعي للبناء الذي يشغل الأراضي التابعة للأملاك الوطنية ولو حار المخالف في هذه الحالة على سند تحصيل الغرامة المفروضة لمصلحة الخزينة العمومية أو لمصلحة الجماعات المحلية حسب الحالة، هذا ودون الإخلال بلمتابعات الجزائية. إلا أن القانون رقم 15-08 الذي نشر مع القانون رقم 14-08 بنفس الجريدة الرسمية قرر إمكانية تسوية الوضعية العقارية للبنايات غير الشرعية المشيدة على الأملاك الوطنية بنوعها العامة والخاصة وفق شروط محددة.

² - انظر المادة 02 من القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20/06/2008، الجريدة الرسمية لسنة 2008، عدد 44 المعدل والمتمم للقانون رقم 30-90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية لسنة 1990 عدد 52.

³ - تنص المادة الأولى من القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20/06/2008، الجريدة الرسمية لسنة 2008، عدد 44 على أنه: "يهدف هذا القانون الى تحديد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، ويهدف على الخصوص إلى ما يأتي:

- وضع حد لحالات عدم إنهاء البنايات،
- تحقيق مطابقة البنايات المنجزة او التي هي في طور الانجاز قبل صدور هذا القانون،
- تحديد شروط شغل و / أو استغلال البنايات - ترقية إطار مبني ذي مظهر جمالي ومهماً بانسجام،
- تأسيس تدابير ردعية في مجال عدم احترام آجال البناء وقواعد التعمير".

البلدية، يمكن للجنة الدائرة أن تقرر بالاتفاق مع السلطة المعنية ومع مراعاة أحكام المادتين 16 و 37 أعلاه تسوية وضعية الوعاء العقاري عن طريق التنازل بالتراضي وفقاً للتشريع المعمول به".

ويكون المصريح قبل ذلك قد أودع بتصريحه الراعي إلى تسوية وضعية البناء في شكل استمارة من خمسة (05) نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي تقع البناء بدائرة اختصاصه¹، وذلك قبل تاريخ 2016/08/03 تبعاً لنص المادة 79 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2013/12/30 والمتضمن قانون المالية لسنة 2014 والتي عدلت المادة 94 من القانون رقم 15-08 مضافة أجل 03 سنوات أخرى تسري من تاريخ 2013/08/03².

ويتضمن التصريح مجموعة من المعلومات منها:

- الهوية الكاملة للمصريح وعنوانه،
- عنوان البناء وحالة تقدم الأشغال،
- طلب تحقيق مطابقة البناء أو رخصة إتمام البناء على سبيل التسوية،
- الطبيعة القانونية للوعاء العقاري الذي شيدت عليه البناء،
- تاريخ بداية الأشغال وإتمامها عند الاقتضاء.

وفي جميع الأحوال يكون التصريح معززا بالوثائق التي تسمح بتسهيل عملية تحقيق المطابقة لاسيما الوثائق المنصوص عليها في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 154-09 عندما يتعلق الأمر بإنجاز بناء تامة أو في طور الانجاز بدون رخص البناء تبعاً لنص المادتين 21 و 22 من القانون رقم 15-08³، أين يتم منحه رقماً إدارياً من سجل خاص يمسك على مستوى البلدية ويؤشر عليه من طرف رئيس المحكمة المختصة، ويسلم للمصريح وصل استلام من أجل الرجوع إليه عند الحاجة⁴.

¹ - انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 154-09 المؤرخ في 2009/05/02 المتضمن تحديد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناءات، الجريدة الرسمية لسنة 2009، عدد 27.

² - إن الملاحظ بخصوص القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2013/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية لسنة 2013، عدد 68 أنه تخلى عن مبدأ الأثر الفوري للقاعدة القانونية المقرر في القواعد العامة بنص المادة 02 من القانون المدني التي تفيد بأنه يسري القانون على ما يقع في المستقبل ولا يسري بأثر رجعي، غير أن الملاحظ هو أن القانون رقم 08-13 صدر بتاريخ 2013/12/30 جعل من مفعول القانون رقم 08-15 المنتهي بتاريخ 2013/08/03 سارياً بين التاريخين وهي مسألة غير مألوفة في القانون الخاص ولا في القواعد العامة، غير أنه ما دام هذا التاريخ يمنح حقوقاً فإنه لا يثير أي إشكال على عكس لو أنه فرض التزامات.

³ - عندنا يتعلق الأمر بالحصول على رخصة بناء على سبيل التسوية وبخصوص بناء مقامة بتعين إرفاق الوثائق الآتية: كل الوثائق المكتوبة والبيانية ومخططات الهندسية المدنية للبناء المكتملة معدة بالشراكة بين المهندس المعماري والمهندس المدني المعتمدين، بالإضافة إلى بيان وصفي للأشغال المنجزة، وصور بيانية وفتوغرافية للواجهة والمساحات الخارجية. أما إذا تعلق الأمر بالحصول على رخصة إتمام الإنجاز على سبيل التسوية في بناء غير مقامة فإنه بالإضافة إلى الوثائق السابقة يتعين على المهندس المعماري تحديد أجل للانتهاء من الأجزاء التي تبقى إنجازها.

⁴ - انظر المادة 26 من القانون رقم 15-08؛

- تظهر أهمية وصل الاستلام في تحديد تاريخه الذي يتم الاعتماد عليه في تحديد القيمة التجارية للوعاء العقاري من طرف مديرية أملاك الدولة.

ويعمل أعوان المعاينة التابعين للبلدية بزيارة الأماكن لمعاينة البناية وحالة عدم المطابقة من أجل إبداء الرأي المعلن، ليتم إرسال هذا المحضر إلى مديرية البناء والتعمير DUC خلال 15 يوم من تاريخ إيداعه على مستوى البلدية، وعلى مديرية البناء والتعمير بدورها مراسلة الإدارات والمصالح المؤهلة من أجل إبداء رأيها وموافقتها بخصوص هذا التصريح خلال أجل 15 يوم من تاريخ إخطارها¹.

وإذا تعلق الأمر ببناية غير تامة استحدثت بدون رخصة، فإنه يتعين الاستعانة بخدمات مهندس معماري معتمد لتحديد أجل يتم فيه إتمام الإنجاز تبعا لحجم الباقي من الأشغال مع مراعاة مجال استعمال هاته البناية أين يتراوح هذا الأجل حسب الحالة بين 12 إلى 24 شهرا، ويسري هذا الأجل من تاريخ تبليغ المصريح من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي².

وباستيفاء هاته الخطوات يتم تشكيل ملف إداري على مستوى مديرية البناء والتعمير لكل مصرح يتم فهرسته من أجل إرساله إلى الأمانة التقنية للجنة الدائرة التي تتولى قبل البت في طلب تحقيق مطابقة البناية بأن تفصل في مسألة أولية بالتوافق مع السلطات المختصة وهي مسألة تسوية وضعية الوعاء العقاري للبناية غير القانونية من أجل الانتقال إلى تسوية وضعية البناية كخطوة ثانية، ويجوز للجنة الدائرة أن تلجأ إلى الاستعانة بأهل الخبرة أو الاستعانة بخدمات كل شخص طبيعي أو معنوي من أجل مساعدتها في إطار مهامها³.

أ- ومن هنا يمكن تلخيص شروط تسوية وضعية الوعاء العقاري التابع للملكية الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية على النحو الآتي:

01- وجود بناية ممتمة أو غير ممتمة شيدت مخالفة لقواعد التهيئة والتعمير منجزة أو شرع في إنجازها قبل نشر- القانون رقم 15-08 في الجريدة الرسمية بتاريخ 2008/08/03.

02- أن تكون البناية مهما كان نوعها أو طبيعة استعمالها مشيدة على قطعة أرض تابعة للأمولاك الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية، وقد جرى تحديد الأملاك الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية في القانون رقم 30-90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية لاسيما المواد منه 17، 18، 19، 20 وتشمل على العموم العقارات المختلفة التي لم يرد تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية العمومية، أو الأملاك الناتجة عن تجزئة حق الملكية والتي بقيت رقبها بيد الدولة⁴، أو الأملاك التي تم إلغاء تصنيفها من الأملاك الوطنية العمومية¹، أو الأملاك التي تم اقتناؤها أو تم

¹ - تمثل هذه الإدارات والمصالح المؤهلة في: مديرية أملاك الدولة لولاية، مصالح الحماية المدنية في البنايات الموجهة إلى استقبال الجمهور، مديرية السياحة ومديرية الثقافة بالنسبة للمواقع السياحية أو الأثرية، ومديرية المصالح الفلاحية. انظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 154-09.

² - ارتفع عدد المهندسين المعارين في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 15-08 من 700 إلى 12.000 مهندس معماري. انظر في هذا الصدد مجلة الجمعية الوطنية للاستشارة القانونية والإعلام لسنة 2013 بخصوص تقييم نتائج تطبيق القانون رقم 15-08، العدد الأول. ص 16.

³ - انظر المادة 33 من القانون رقم 15-08

⁴ - عجة الجيلالي: أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها - من تأميم الملك الخاص إلى خصوصية الملك العام- دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص

الحصول عليها عن طريق الهبة أو الوصية أو التركات التي لا وارث لها أو الأملاك الشاغرة، الأملاك المحجوزة أو المصادرة لفائدة الخزينة العمومية.

03- أن لا ينتمي الوعاء العقاري محل التسوية إلى أراضي المستثمرات الفلاحية حتى ولو كانت تابعة للخواص وهو ما نصت عليه المادة 39 من القانون 15-08 لأن أراضي المستثمرات الفلاحية بطبيعتها هي أراضي تابعة للأملاك الوطنية الخاصة طبقاً للمادة 18 فقرة 11 من القانون رقم 90-30، ومن ثم لا يمكن تسوية الوعاء العقاري الذي شيدت عليه البناية بسبب الحظر القانوني الوارد بالمادة 39 من القانون رقم 15-08 وينتهي مصيرها بقرار الهدم المتخذ من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار المادة 76 مكرر 4 من القانون رقم 90-29، غير أنه في حالة إلغاء تصنيف هاته الأراضي أو جزء منها وتغيير وجهته فإنه من الممكن تسوية الوعاء العقاري وهو ما يستنتج من عبارة "مع مراعاة أحكام المادة 37" وتؤكد المراسيم التنفيذية المتضمنة إلغاء تصنيف أراضي فلاحية شملت أجزاء من قرابة 86 مستثمرة فلاحية منها المرسوم التنفيذي رقم 12-370 المؤرخ في 2012/10/24 المتضمن إلغاء تصنيف أراضي فلاحية وتخصيصها لإنجاز مشاريع عمومية للتنمية².

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأملاك الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية إذا أعيد تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية العمومية فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون موضوع تحقيق مطابقة أو تنازل لأنها تصبح مشمولة بقاعدة الحظر المطلق وبالاخص حظر التصرف³.

04- أن لا ينتمي الوعاء العقاري إلى الأراضي التي لا يمكن مطابقة بنائها والمنصوص عليها في المادة 16 من القانون رقم 15-08.

ب- كفايات تسوية الوعاء العقاري:

لتسوية وضعية الوعاء العقاري باسم المصريح يتعين أن يصدر قرار من لجنة الدائرة المنصوص عليها في المادة 32 من القانون رقم 15-08 بعد الاتفاق مع السلطات المعنية. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لم يرد أي نص تنظيمي بخصوص تطبيق نص المادة 40 من القانون رقم 15-08 على غرار مراسيم سنة 2009 المتخذة لتنفيذه، وعليه يقصد بالسلطات المعنية على الخصوص اللجنة التقنية للولاية المنشأة بموجب المادة 07 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/04/05 بالإضافة إلى أخذ الرأي الصريح لمالك الوعاء العقاري وهو الدولة ممثلة على المستوى المحلي بمديرية أملاك الدولة للولاية بعد مراعاة أحكام المادتين 16 و 37 من القانون رقم 15-08، وبعد

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 91-473 المتضمن إعادة دمج أملاك وطنية عامة وتصنيفها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 66.

² - المرسوم التنفيذي رقم 12-370 المؤرخ في 2012/10/24 المتضمن إلغاء تصنيف أراضي فلاحية وتخصيصها لإنجاز مشاريع عمومية للتنمية، الجريدة الرسمية لسنة 2012، عدد 59.

³ - انظر المادة 04 فقرة 1 من القانون 90-30 المعدل والمتمم.

التأكد من توفر باقي شروط تسوية الوعاء العقاري المبينة أعلاه، يتم إبرام عقد تنازل إداري يتم على أساس التراضي بين مديرية أملاك الدولة على مستوى الولاية من جهة ومالك البناية المراد تحقيق مطابقتها من جهة أخرى¹.

ويتم إبرام عقد التنازل بمعرفة مدير أملاك الدولة على مستوى الولاية سواء كان الوعاء العقاري تابعا للأملاك الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية وذلك بصفته موثق الدولة زيادة على صفة الموظف العمومي طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري². أما التصرف بالتنازل في إطار أحكام المادة 89 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير وكذا المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك³، لاسيما المادة 12 منه بعد الحصول على ترخيص من وزير المالية. ومن أجل تحديد بنود التنازل وكفاءاته فإنه يتم الاعتماد على القرار الوزاري المشترك الصادر بين وزارة السكن والعمران ووزارة الداخلية ووزارة المالية والمؤرخ في 05/04/2003 المحدد لشروط التنازل عن العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمخصصة لانجاز عمليات تعمير أو بناء⁴.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري أعلاه نجده يضيف شروطا أخرى لم يرد النص عليها في القانون رقم 08-15 أين أكد القرار الوزاري المشترك على ضرورة:

01- أن يكون الوعاء العقاري موضوع التنازل غير مخصص أو محتمل تخصيصه لأغراض خدمات أو تجهيزات عمومية،

02- أن يكون واقعا في القطاعات الحضرية أو في قطاعات قابلة لل عمران تبعا للأدوات الخاصة بالتهيئة والتعمير أو أن يكون واقعا بالمناطق المخصصة لاستيعاب برامج السكن الريفي المدعّم⁵.

¹ - التعلية الوزارية رقم 1000/2009 المؤرخة في 10/09/2009 والصادرة عن وزارة السكن وال عمران والمتضمنة تطبيق أحكام القانون رقم 08-15 المتضمن قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها.

² - تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 10 على أنه: "تولى مديرية أملاك الدولة في الولاية ما يلي: تقوم بتحرير العقود المتعلقة بالعمليات العقارية التابعة للأملاك الدولة ويحفظ النسخ الأصلية ذات الصلة بها";

- التعلية رقم 03470 المؤرخة في 08/04/2013 الصادرة عن المدير العام للأملاك الدولة والموجهة إلى مدراء أملاك الدولة ومدراء الحفظ العقاري على مستوى الولايات المتضمنة مجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء وإتمام إنجازها.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، جريدة رسمية لسنة 1991، عدد 60.

⁴ - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05/04/2003 المحدد لشروط التنازل عن العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمخصصة لانجاز عمليات تعمير أو بناء، جريدة رسمية لسنة 2003، عدد 35.

⁵ - انظر المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05/04/2003.

وفي جميع الأحوال تعتمد عملية إبرام عقد التنازل بالتراضي على دفتر الشروط الذي يتم إعداده مسبقاً تبعاً للنموذج الملحق بالقرار الوزاري المشترك بعد دراسة الملف من طرف اللجنة التقنية الولائية المنصوص عليها في المادة 07 من القرار الوزاري المشترك والمتكونة بدورها من 07 أعضاء يرأسها الأمين العام للولاية أين يتم الحصول خلالها على الرأي الصريح من مدير أملاك الدولة على مستوى الولاية فيما يخص قابلية التنازل عن العقار الملتبس شراًؤه. وعند التوصل إلى رأي توافقي من طرف اللجنة التقنية يتخذ والي الولاية قراره بالأذن بالبيع، وعلى الوالي خلال مهلة 60 يوم الموالية إبلاغ المعني بالقرار الذي تم التوصل إليه سواء بالقبول أو بالقبول مع التحفظات التي يتعين رفعها خلال الأجل الذي تحدده اللجنة التقنية أو برفض الطلب. وفي حالة قبول الطلب فإن مديرية أملاك الدولة تكون ملزمة بإعداد عقد البيع بالتراضي خلال مدة 30 يوم من تاريخ إعلامها بقرار الإذن بالبيع الصادر عن الوالي وفقاً لنموذج موحد من أجل تعميم استعماله على مستوى المديرية الولائية¹.

وعلى العموم فإن الوعاء العقاري الذي يتم التنازل عنه يعين تعييناً كافياً في عقد التنازل وأن تتناسب مساحته والمساحة المبنية التي يضاف إليها مسالك الدخول والمساحات التبعية الخارجية، كما يدرج ضمنه الثمن المتوصل إليه والذي يحدد سعر القيمة التجارية من طرف إدارة أملاك الدولة².

وقد ميزت التعلية رقم 03470 المؤرخة في 2013/04/08 الصادرة عن المدير العام لأملاك الدولة والموجهة إلى مدراء أملاك الدولة ومدراء الحفظ العقاري على مستوى الولايات المتضمنة مجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناءات وإتمام إنجازها عند تحديد القيمة التجارية للوعاء العقاري بين حالتين هما حالة الأوعية العقارية التابعة لاحتياطات البلدية والأملاك الشاغرة، والحالة الثانية التي تتضمن باقي الأوعية العقارية غير التابعة لاحتياطات البلدية والأملاك الشاغرة، وتكون العبرة في جميع الحالات لاحتساب القيمة التجارية للوعاء العقاري بالنظر إلى تاريخ إيداع الملف المثبت بوصول على مستوى مصالح البلدية المختصة إقليمياً.

ونميز داخل حالة الأوعية العقارية التابعة لاحتياطات البلدية والأملاك الشاغرة بين ثلاثة أنواع من الأوعية العقارية:

- إذا تم شغل الوعاء العقاري قبل تاريخ صدور القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري فإنه يتعين اعتماد القيمة التجارية بدون تخفيض؛

¹ - Yves Gaudemet : Traité de droit administratif, droit administratif général, tome 1, 16^e édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p 641.

² - التعلية الوزارية المشتركة رقم 04 بين وزارة السكن والعمران، وزارة المالية ووزارة الداخلية والجماعات المحلية والمؤرخة في 2012/09/06 المتضمنة تبسيط كفاءات تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

- إذا تم شغل الوعاء العقاري التابع للأمولاك الخاصة للبلدية قبل صدور الأمر رقم 26-74 المؤرخ في 1974/02/20 المتضمن تكوين الاحتياطات البلدية، فإنه يتعين اعتماد القيمة التجارية بناء على جدول الأسعار المنصوص عليه في المرسوم رقم 86-02 المؤرخ في 1986/01/07 مع زيادة نسبة تقدر بـ 50 %.

- إذا تم شغل الوعاء العقاري الذي كان مبنياً في الأصل قبل تاريخ صدور القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 غير أنه لم يتم تسويته في الوقت المناسب من طرف إدارة أملاك الدولة، فإنه يتعين اعتماد القيمة التجارية بناء على جدول الأسعار المنصوص عليه في المرسوم رقم 86-02 المؤرخ في 1986/01/07 مع زيادة نسبة تقدر بـ 50 %.

أما في حالة باقى الأوعية العقارية الأخرى غير التابعة لاحتياطات البلدية والأملاك الشاغرة تحسب القيمة التجارية للأراضي محل التسوية على أساس المادة 47 من قانون المالية لسنة 2005، والتعليم رقم 100 المؤرخة في 2011/02/03 المتضمنة بالمذكرة رقم 2948 المؤرخة في 2013/03/25.

ويجوز بناء على طلب المصريح الاستفادة من تسديد المبلغ بالتقسيط بدون فائدة لحزينة الدولة خلال مدة أقصاها 10 سنوات طبقاً للمادة 20 من قانون المالية التكميلي رقم 11-11 المؤرخ في 2011/07/18، وذلك باستثناء حالة واحدة عندما يكون الوعاء العقاري في إطار التسوية تابعا لاحتياطات البلدية.

وعند هذا الحد يكون صاحب البناية أو المصريح أمام لجنة الدائرة بعد التحصل على عقد التنازل بالتراضي عن الوعاء العقاري أن يستعد للمرحلة الثانية التي يلتزم فيها وخلال مدة لا تتجاوز 06 أشهر من تسلم عقد التنازل¹ أن يودع حسب الحالة إما طلب رخصة البناء على سبيل التسوية أو رخصة إتمام البناء على سبيل التسوية. وفي حالة عدم احترام هذا الأجل فإن المصريح سيتعرض لمناوبة جزائية تعرضه لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة 87 من القانون رقم 15-08²، وهو ما يفيد في رأينا أن الدولة ممثلة بواسطة الأجهزة المختصة حريصة على مطابقة البنائيات ولو كلفها ذلك التنازل عن أملاكها الخاصة.

ثانياً: تسوية وضعية البناية غير القانونية:

الأصل أن أصحاب هاته البنائيات غير القانونية لا يجوزون أية رخصة للبناء لأنهم لم يكونوا مالكيين للوعاء العقاري من قبل إلا بعد حصولهم على عقد التنازل بالتراضي في إطار أحكام المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم

¹ يسري هذا الأجل في نص المادة 40 من القانون 15-08 ابتداء من تاريخ إعداد العقد، وهي مسألة منقطة لأن عملية التوقيع على العقد من طرف مدير أملاك الدولة للولاية لا ترتب أي حق عيني إلا بعد تسجيل وشهر عقد التنازل بالمحافظة العقارية، لذلك يتعين الاعتماد في حساب هذا ميعاد 06 أشهر على تاريخ تسلم عقد التنازل على وهو الإجراء الذي يتعين الاعتماد عليه في حساب سريان ميعاد 06 أشهر.

² تنص المادة 87 من القانون رقم 15-08 على أنه: "يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل مـصرح تمت تسوية وضعيته ولم يودع طلب إتمام إنجاز الأشغال أو طلب رخصة البناء في سبيل التسوية في الأجل المحدد".

454-91، لذا يتعين على المصريح الاستمرار في إجراءات تسوية وضعية البناية من أجل مطابقتها لأحكام القانون رقم 15-08.

وعلى لجنة الدائرة بعد الموافقة على تسوية الوعاء العقاري الموجه إلى إدارة أملاك الدولة أن تتخذ في نهاية أشغالها وبناءً على الملف المقدم من طرف المصريح وطلبه الرامي إلى الحصول على رخصة بناء على سبيل التسوية أو الإتمام أو المطابقة حسب الحالة أن تتخذ اللجنة قرارها بالموافقة على تسوية وضعية البناية، أو قراراً بالموافقة شريطة رفع بعض التحفظات أو قراراً برفض التسوية ويتم إرساله إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي:

- ففي حالة الموافقة يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي رخصة البناء على سبيل التسوية أو رخصة إتمام البناء على سبيل التسوية وذلك خلال أجل يجب احترامه تحت طائلة السحب يتم خلاله استئناف الأشغال بعد الحصول على رخصة فتح الورشة أو تسليم شهادة المطابقة إذا كانت البناية تامة من أجل الربط بالطرق وشبكات الانتفاع العمومية¹.

- أما في حالة الموافقة مع إبداء تحفظات فإنه يتعين إبلاغ المصريح خلال الأسبوع الموالي لإخطار رئيس المجلس الشعبي البلدي من طرف لجنة الدائرة برفع هاته التحفظات خلال أجل يحدد له من أجل تسليمه شهادة المطابقة ويتم إعلام لجنة الدائرة بذلك.

- أما في حالة رفض التسوية بسبب نتائج التحقيق والقرارات المتوصل إليها بشأن البناية، يتعين على رئيس المجلس الشعبي البلدي إبلاغ المصريح خلال أجل 15 يوم من تاريخ استلامه لقرار الرفض المعلن من أجل ممارسة حق الطعن أمام لجنة الطعن التي يرأسها والي الولاية خلال أجل 30 يوم من تاريخ التبليغ، والتي تتولى البت في الطعن خلال أجل شهر من تاريخ إيداعه إما بتأكيد قرار لجنة الدائرة وإما بتعديله.

وفي جميع الأحوال يرسل قرار لجنة الطعن الولائية إلى لجنة الدائرة من أجل إصدار قرارها النهائي، وينشأ للمصريح حق اللجوء إلى القضاء الإداري -المحكمة الإدارية- من أجل الطعن بدعوى الإلغاء في قرار لجنة الطعن الولائية خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ هذا القرار.

غير أن ما لمسنه من خلال التطبيق العملي لنص المادة 40 من القانون رقم 15-08 أن مقرر لجنة الدائرة الصادر عن في نهاية أشغالها عند الموافقة على طلب المصريح يتضمن في آن واحد مقرر تسوية البناية ومقرر تسوية الوعاء العقاري وذلك من أجل تخفيف الإجراءات وعدم التأخر في عملية التسوية، ومن ثم ليس من الضروري

¹ - انظر المادة 43 من القانون رقم 15-08

أن تطالب مديرية أملاك الدولة من المصريح أن يقدم مقرا يتعلق بتسوية الوعاء العقاري من أجل إبرام عقد التنازل بالتراضي¹.

وعليه يتضمن قرار لجنة الدائرة النهائي 04 مواد أساسية تشمل ما يلي:

المادة الأولى: قبول طلب تسوية البناية المقدم من طرف المصريح مع تحديد دقيق لهوية المصريح و البناية محل التسوية.

المادة الثانية: تسوية الوعاء العقاري الذي شيدت عليه بناية المصريح التابع للأملاك الوطنية الخاصة في إطار أحكام نص المادة 40 من القانون رقم 15-08.

المادة الثالثة: يتم إعداد رخصة البناء أو رخصة إتمام البناية على سبيل التسوية أو شهادة المطابقة حسب الحالة خلال أجل 06 أشهر الموالية لتسليم عقد الملكية من طرف مصالح أملاك الدولة.

المادة الرابعة: تكليف كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، مدير أملاك الدولة، مدير الحفظ العقاري ومدير البناء والتعمير كل فيما يخصه بتنفيذ قرار اللجنة.

خاتمة:

01- أن أهم ما يمكن استخلاصه من هاته المداخلة هو أن الدولة تحرص على مطابقة البناءات حتى ولو كلفها ذلك التنازل عن جزء من أملاكها.

02- أن التنازل عن الأملاك الوطنية الخاصة في إطار تسوية الوعاء العقاري مقيد بشروط وبآجال يتعين على الهيئات المكلفة بالتسوية مراعاتها واحترامها، غير أن الواقع يثبت عكس ذلك، لأن هاته الهيئات لا تراعي في الغالب هاته الآجال، كما أن ملف المصريح يقصد عدة مكاتب إدارية وتجري بشأنه عدة تحقيقات مما يجعل داء البيروقراطية يتسلل لمثل هذه الحالات ويجول دون تسوية وضعية المصريح الذي استعد لتحمل أي فاتورة تمكنه من امتلاك مسكنه بصفة شرعية ومطابقة لقوانين الجمهورية.

03- أن هناك إدغاماً في إجراءات التسوية المتبعة عملياً في إطار نص المادة 40 من القانون رقم 15-08 وذلك بين إجراءات تسوية الوعاء العقاري وإجراءات تسوية البناية في آن واحد، والتي تم التركيز خلالها على دور مديرية أملاك الدولة وغابت فيها سلطات أخرى معنية وعلى رأسها والي الولاية ومحضر اجتماع اللجنة التقنية

¹ - التعلية رقم 03470 المؤرخة في 2013/04/08 الصادرة عن المدير العام للأملاك الدولة والموجهة إلى مدراء أملاك الدولة ومدراء الحفظ العقاري على مستوى الولايات المتضمنة مجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناءات وإتمام انجازها.

الولائية، وهي مسألة وإن كانت تهدف إلى التخفيف من الإجراءات وعدم التأخر في عملية التسوية إلا أنها قد تمس باحتياجات الولاية والبلدية.

04- أن القانون رقم 15-08 أوجد طريقة جديدة ومؤقتة لاكتساب حق الملكية خارج أسباب اكتساب الملكية المقررة في القانون المدني (الاستيلاء والترك، الوصية، العقد، الالتصاق بالعقار، الشفعة، التقادم المكسب) أين أصبحت البناية غير القانونية سببا لاكتساب ملكية الوعاء العقاري المشيدة عليه على سبيل التسوية عن طريق عقد التنازل بالتراضي، فلولاً البناية غير القانونية المشيدة قبل 2008 لما أمكن إبرام عقد التنازل، وهي مسألة غير مألوفة في إطار قواعد القانون الخاص.

05- أن نص المادة 40 من القانون رقم 15-08 لم يكن ليوحد في بلد يقوم على إيديولوجية اشتراكية لأن الدولة لا تتنازل عن الملكية إلا من أجل ضمان استمرارية الجماعة ووحدتها. كما أنه من جهة أخرى لا يمكن إدراج نص المادة 40 ضمن أي هدف من الأهداف الخمسة المسطرة في إطار المادة 02 من هذا القانون.

06- أن التنازل عن الأملاك الوطنية الخاصة بضمن فئتين للجماعة الوطنية تتمثل أساساً في أداء قيمة الوعاء العقاري بالاعتدال على قيمته التجارية لخزينة الدولة وأن عملية التنازل لمصلحة المصالح تكون مقيدة بشرط احترام أدوات التهيئة والتعمير.

07- قانون رقم 15-08 بالرغم من طابعه المؤقت والاستثنائي إلا أنه لا يكفي وحده لعلاج البناء غير القانوني لذلك نقترح تفعيل النقاط الآتية:

01- وضع حلول مستعجلة من طرف الحكومة للقضاء على أزمة السكن التي جعلت المواطن يتوسع على حساب أي صنف من الأملاك دون مراعاة أي مخطط عمراني ودون الاستناد على أية رخصة حتى بعد صدور القانون رقم 15/08.

02- النظر في وضعية الطبقات المتوسطة وضعيفة الدخل التي يقف ههنا عند البحث عن مسكن يأويها دون البحث في مدى مطابقة هذا المسكن أو رفاهيته، لأن إمكاناتهم المادية لا تسمح لهم بذلك بالنظر إلى أسعار العقار الخيالية سواء المبني منه أو غير المبني والصالح للبناء، وبالتالي على الدولة أن تتدخل في سوق العقار عن طريق ضبط أسعاره أو الرفع من نسبة العرض على الطلب وفقاً لشروط معينة وبهذا تتراجع أسعار العقار كما تتراجع بالنتيجة حدة البنايات غير القانونية.

03- اتجاه الإرادة السياسية صوب هدم البنايات غير المطابقة بعد تاريخ 2016/08/03 لن يكون بالحل الأنجع لأن برامج السكنات التي أطلقتها الدولة نهاية 2013 بمختلف الصيغ لم تسلم لأصحابها من جهة، وأن الحاجة للسكن والطلب عليه سيزيد هو الآخر عند انتهاء مدة الانجاز في سنة 2019 لأن الدراسات المنجزة من طرف الوزارة توقفت عند سنة 2013 وهي بدورها السنة التي مدد بها العمل بالقانون رقم 15-08 لمدة 03

سنوات أخرى، وفي نظرنا لا يزال هذا القانون يحتاج إلى التمديد لمدة 03 سنوات أخرى بعد سنة 2016 من أجل الحفاظ على السلم الاجتماعي.

04- فك شفرة المواطن الجزائري تكون بمنحه سكنا لائقا ولو دفعه ذلك إلى التنازل عن حقه في العمل، لأن المواطن البسيط في الجزائر لا يمكنه دخله الشهري من شراء شقة من سوق العقار لذلك تعطي الدولة أهمية قصوى ومسؤولية ثقيلة لوزارة السكن والعمران التي عليها انجاز البرامج السكنية التي أطلقتها حتى تكون في متناول المترشحين لاقتنائها، وكثيرا ما تخبطت الدولة في إيجاد الوعاء العقاري الملائم بعد الإعلان عن برامجها.

05- التفكير والاهتمام لا يقف عند بنايات غير القانونية المشيدة قبل صدور القانون رقم 15-08 حتى ولو قمنا بإحصائها وهدمها، وإنما إلى أضعاف بنايات التي شيدت بعد هذا التاريخ لأن الدولة لكي تمنع عليها أن تمنح البديل، والبديل غير كاف في قضية الحال لذلك عليها الاستفادة من التجارب الناجحة التي توصلت إليها البلدان المختلفة لاحتواء ظاهرة السكنات المخالفة لقواعد التعمير وإشراك الجامعة والخبير العلمية وأهل الاختصاص للبحث عن أنماط جديدة لمواجهة مشكلة البناء غير الشرعي واقتراح حلول من شأنها الحد من توسعها.

06- امتصاص المناظر البشعة والفوضوية يكون بتفعيل دور الضابطة الإدارية من خلال المهام الموكلة لرئيس المجلس الشعبي البلدي وفرق الرقابة ووالي الولاية وكذا دور شرطة التعمير وتزويد أفرادها بالوسائل اللازمة والتكوين القانوني المناسب وسلطات الأمر بوقف الأشغال غير المطابقة وهدم الأشغال غير المرخصة مباشرة دون اللجوء إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي.

07- تهيئة منطلق خلق مدن جديدة من أجل تخفيف الضغط على كبريات المدن مثل مشروع مدينة "بوقرول" الذي توقف نتيجة تداعي أسعار المحروقات أو مشروع المدينة الجديدة "علي منجلي" لرفع الضغط عن مدينة قسنطينة وهو ما يسمح بانتشار مكاني متوازن على كافة إقليم الدولة.

قائمة المراجع

أولا: المؤلفات باللغة العربية:

- 01- عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2004.
- 02- ليلى زروقي: التقنيات العقارية (العقار الفلاحي)، ديوان الأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 03- عبد الرزاق أحمد السهنوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، المجلد الثاني، أسباب كسب الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 04- عجة الجيلالي: أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها - من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام-، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

Les ouvrages Généraux et Spéciaux:

- 01- François Haumont : l'urbanisme, larcier Bruxelles, Belgique, 1996.

02- Yves Gaudemet : Traité de droit administratif, droit administratif général, tome 1, 16^e édition, L.G.D.J, Paris, 2001.

ثانيا: النصوص القانونية والتنظيمية:

1- الأوامر:

01- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية لسنة 1975، عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية لسنة 2007، عدد 31.

2- القوانين:

- 02- القانون رقم 25-90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية لسنة 1990 عدد 49.
- 03- القانون رقم 30-90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية لسنة 1990 عدد 52.
- 04- القانون رقم 10-91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالوقف، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 21، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-01 المؤرخ في 2001/05/22، الجريدة الرسمية لسنة 2001، عدد 29.
- 05- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 2008/06/20، الجريدة الرسمية لسنة 2008، عدد 44 المعدل والمتمم للقانون رقم 30-90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- 06- القانون رقم 15-08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية لسنة 2008، عدد 44.
- 07- القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2013/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2014، الجريدة الرسمية لسنة 2013، عدد 68.

3- المراسيم:

- 01- المرسوم التنفيذي رقم 51-90 المؤرخ في 1990/02/06 المحدد لكتيفيات تطبيق المادة 28 من القانون رقم 19-87 المتضمن كتيبة ضبط الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية لسنة 1990، عدد 06.
- 02- المرسوم التنفيذي رقم 91-178 المؤرخ في 1991/05/28 الذي يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والتصديق عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 26 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12-166 المؤرخ في 2012/04/05، الجريدة الرسمية لسنة 2012، عدد 21.
- 03- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كتيبة ذلك، جريدة رسمية لسنة 1991، عدد 60.
- 04- المرسوم التنفيذي رقم 09-154 المؤرخ في 2009/05/02 المتضمن تحديد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناءات، الجريدة الرسمية لسنة 2009، عدد 27.
- 05- المرسوم التنفيذي رقم 12-370 المؤرخ في 2012/10/24 المتضمن إلغاء تصنيف أراضي فلاحية وتخصيصها لإنجاز مشاريع عمومية للتنمية، الجريدة الرسمية لسنة 2012، عدد 59.

4- القرارات الوزارية:

- 01- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/04/05 المحدد لشروط التنازل عن العقارات المبنية أو غير المبنية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمخصصة لإنجاز عمليات تعمير أو بناء، جريدة رسمية لسنة 2003، عدد 35.

5- التعليمات:

- 01- التعليمات الوزارية رقم 2009/1000 المؤرخة في 2009/09/10 والصادرة عن وزارة السكن والعمران والمتضمنة تطبيق أحكام القانون رقم 15-08 المتضمن قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.
- 02- التعليمات الوزارية المشتركة رقم 04 بين وزارة السكن والعمران، وزارة المالية ووزارة الداخلية والجماعات المحلية والمؤرخة في 2012/09/06 المتضمنة تبسيط كفاءات تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.
- 03- التعليمات رقم 03470 المؤرخة في 2013/04/08 الصادرة عن المدير العام لأمولاك الدولة والموجهة إلى مدراء أملاك الدولة ومدراء الحفظ العقاري على مستوى الولايات المتضمنة مجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

ثالثا: المجلات:

- 01- المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 02.
- 02- مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، عدد 02
- 03- مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 03.
- 04- مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، عدد 02.
- 05- مجلة الجمعية الوطنية للاستشارة القانونية والإعلام لسنة 2013 بخصوص تقييم نتائج تطبيق القانون رقم 15-08، العدد 01.

رابعا: مداولات المجلس الشعبي الوطني:

- 01- الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، رقم 66 المؤرخة في 2008/05/19.

حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها (1921-2012)* د/ صالح عبد الرزاق فالح الخوالدة- باحث في الشؤون السياسية – المملكة الأردنية الهاشمية

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على طبيعة حق المواطن الأردني في ممارسة العمل الحزبي خلال فترة الدراسة , والتعرف حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية في الدستور الأردني وفي قانون الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة, كما تهدف الدراسة إلى التعرف على مدى وجود الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة. وقد خلصت الدراسة إلى أن الدستور الأردني وقانون الأحزاب السياسية أعطت المواطن الأردني حق تشكيل الأحزاب السياسية, وأن النص على حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية في التشريعات الأردنية ساهم في زيادة عدد المواطنين الذين يمارسون العمل الحزبي , وأوصت الدراسة بضرورة وجود نص دستوري يؤكد على حماية المواطن الأردني بسبب انتمائه الحزبي , وتعديل قانون الانتخاب لمجلس النواب من أجل تشجيع الأحزاب السياسية على المشاركة في الانتخابات النيابية , وزيادة الدعم المالي للأحزاب السياسية.

ABSTRACT

This study aims to identify the nature of the right of Jordanian citizens in practicing partisan activity during the study period, and recognize the right of Jordanian citizens in the formation of political parties in the Jordanian Constitution and the law political parties during the study period, the study also aims to identify the extent of the existence of political parties during the study period. The study concluded that the Jordanian constitution and the political parties law gave a Jordanian citizen the right to form political parties, and that the text on the right of Jordanian citizens to form political parties in the Jordanian legislation has contributed to increasing the number of citizens who engage in party work, the study recommended that there should be a constitutional provision emphasizes the protection of the Jordanian citizen because of his party affiliation, the election law was amended in order to encourage political parties to participate in parliamentary elections, and increased financial support for political parties

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

المقدمة

يعتبر حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها من الحقوق السياسية الأصلية التي يتمتع بها المواطن الأردني ، حيث أن الدولة الأردنية منذ نشأتها عام 1921م ، حرصت على الالتزام بحماية حقوق المواطن الأردني ، ففي أول دستور للدولة وهو القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن والصادر عام 1928م ، جاء فيه النص على حرية جميع الأردنيين في الأعراب عن آرائهم ونشرها، وأن يعقدوا الاجتماعات معاً، وأن يؤلفوا الجمعيات ويكونوا أعضاء فيها طبقاً لأحكام القانون.

وقد كان قانون الجمعيات العثماني الصادر عام 1909م ، هو الذي ينظم عملية الاجتماع وتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية ، واستمر الأمر حتى عام 1936م ، عندما تم وضع قانون الجمعيات الأردني، ليمت بموجبه تنظيم عملية عقد الاجتماعات وتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية .

وبعد استقلال المملكة الأردنية الهاشمية عام 1946م ، صدر الدستور الأردني لعام 1947م ، والذي نص على حق الأردنيين في الاجتماع وتكوين الجمعيات في حدود القانون، ثم صدر الدستور الأردني لعام 1952م ، ليشكل الأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية ، حيث نص على حق الأردنيين في الاجتماع ضمن حدود القانون ، وحق الأردنيين في تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور، وأن ينظم القانون طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها.

وصدر قانون الأحزاب السياسية لعام 1954م ، ليكون بذلك أول قانون أردني للأحزاب السياسية ، ويخصص في عملية تنظيم إجراءات تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها ، وصدر بعد ذلك قانون الأحزاب السياسية لعام 1955م ، إلا أنه في عام 1957م ، تم تعطيل عمل الأحزاب السياسية في الأردن لأسباب مختلفة ، واستمر الأمر كذلك حتى عودة الحياة الديمقراطية نهاية الثمانينات من القرن العشرين، وصدر قانون الأحزاب السياسية لسنة 1992م ، لتعود الأحزاب السياسية للظهور في الساحة السياسية الأردنية ، ثم صدر قانون الأحزاب السياسية لسنة 2007م ، لينظم عمل وإجراءات تشكيل الأحزاب السياسية .

هدف الدراسة :-

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على طبيعة حق المواطن الأردني في ممارسة العمل الحزبي (1921-2012م) ، والتعرف حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها في الدستور الأردني خلال فترة الدراسة، والتعرف على مفهوم الحزب السياسي وحق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها في قانون الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة، كما تهدف الدراسة إلى

التعرف على مدى وجود الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة، والخروج بنتائج تساعد أصحاب القرار والمختصين على تقييم هذه التجربة ، وتساعد على زيادة مشاركة الأحزاب الأردنية.

أهمية الدراسة :-

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها من الدراسات التي تناقش موضوع حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها ، كما تكمن أهمية هذه الدراسة في التعرف طبيعة حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها (2012-2021م)، وفي بيان الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة ، و بيان آليات حق وشروط تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها في قانون الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة ، كما تبرز أيضاً أهمية الدراسة في تعزيز الدراسات السابقة في مجال مشاركة المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية ، وتقديم التوصيات المختلفة للجهات المختصة في هذا المجال .

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها :-

تكمن مشكلة الدراسة في مدى سماح الدستور الأردني وقانون الأحزاب السياسية الأردني للمواطن الأردني بحق تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها خلال فترة الدراسة ؛ ومن هنا جاءت هذه الدراسة من أجل الإجابة على الأسئلة التالية :- هل تسمح التشريعات الأردنية للمواطن الأردني بحق تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها (2012-2021م) ؟. ما هي شروط حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في الدستور الأردني ؟. ما المقصود بمفهوم الحزب السياسي في قانون الأحزاب السياسية في الأردن ؟. ما هي شروط حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في قانون الأحزاب السياسية ؟.

فرضيات الدراسة :-

تستند هذه الدراسة على الفرضية الرئيسية التالية :-

هنالك علاقة ارتباطية بين حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في التشريعات الأردنية وبين مشاركة المواطن الأردني في الأحزاب السياسية .

منهج الدراسة:-

سيقوم الباحث باستخدام المنهج القانوني ، حيث يُستخدم هذا المنهج في الدراسات السياسية ، وذلك بوصفه للمؤسسات السياسية للدولة ، ووصفه لحق التصويت وتحديد الشروط التي ينبغي توفرها في المرشح ، والإجراءات الواجب إتباعها قانونياً في العملية الانتخابية ، وتأثير ذلك في العملية السياسية سواء تعلق

بالمشاركة السياسية أو تأثير ذلك في استقرار الدولة والنظام السياسي أو العكس، كما يفيد في معرفة مدى التزام القادة والنخب بالقواعد القانونية⁽¹⁾.

وسيم التعامل مع التشريعات الأردنية والمتمثلة بالدستور الأردني وقوانين الأحزاب السياسية، وسيم تحديد وتناول كافة النصوص القانونية المتعلقة بحق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها، وسيم تحليل هذه النصوص القانونية والتعليق عليها، وكذلك سيقوم الباحث في هذه الدراسة باستخدام المنهج التاريخي؛ وذلك من أجل محاولة إلقاء الضوء على التطور التاريخي لحق تشكيل الأحزاب السياسية وشروط الانتساب إليها في التشريعات الأردنية خلال فترة الدراسة.

تقسيم الدراسة :- سوف يتم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول:- حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها (1921-1947).

المبحث الثاني:- حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها (1947-1989).

المبحث الثالث:- حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها (1989-2012).

الخاتمة :- نتائج وتوصيات الدراسة.

المبحث الأول:- حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها (1921-1947):-

وفي هذا المبحث سيتم تناول حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، وفي قانون الجمعيات العثماني لعام 1909، وقانون الجمعيات لعام 1936م.

المطلب الأول :- القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته :-

جاء صدور القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م، ليشكل الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني، والأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات.

فقد جاء في المادة (5) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، أنه لا فرق في الحقوق أمام القانون بين الأردنيين ولو اختلفوا في العرق والدين واللغة⁽²⁾، وجاء في المادة (6) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، أن الحرية الشخصية لجميع القاطنين في شرق الأردن مصونة من التعدي والتدخل⁽³⁾.

(¹) محمد شليبي، المنهجية في التحليل السياسي، الديوان الوطني للطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997، ص 118. وأنظر أيضاً :- كمال المنوفي، أصول النظم السياسية المقارنة، ط1، شركة الربيعان للنشر والتوزيع، الكويت، 1987، ص 61.

(²) القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، المادة (5).

(³) القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، المادة (6).

وجاء في المادة (11) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، أنه لجميع الأردنيين الحرية في الأعراب عن آرائهم ونشرها، وأن يعقدوا الاجتماعات معاً، وأن يؤلفوا الجمعيات ويكونوا أعضاء فيها طبقاً لأحكام القانون⁽¹⁾.

وهكذا نلاحظ أن القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م، شكل الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني، والأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات، ونلاحظ أيضاً أن القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م، لم ينص بشكل واضح وصرح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية، وإنما جاء النص على حق المواطن بعقد الاجتماعات وحق تشكيل الجمعيات والانتساب إليها طبقاً لأحكام القانون، وما يفهم من ذلك أن الأحزاب السياسية كانت تندرج تحت مسمى الجمعيات، وبالتالي من أراد تشكيل حزب سياسي عليه أن يراعي شروط وأحكام قانون الجمعيات.

المطلب الثاني :- قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909م⁽²⁾:-

لم يكن هناك قانون أردني ينظم عقد الاجتماعات وترخيص الجمعيات في بدايات تأسيس إمارة شرق الأردن عام 1921م، وكان قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909م، هو القانون النافذ في مناطق إمارة شرق الأردن فيما يتعلق بترخيص الجمعيات والنوادي السياسية والأحزاب السياسية، واستمر الأمر كذلك حتى عام 1936م، عندما تم وضع قانون الجمعيات لعام 1936م.

وفيما يتعلق بمفهوم الجمعية فقد جاء في المادة (1) من القانون، أن الجمعية هي مجموع مؤلف من عدة أشخاص لتوحيد معلوماتهم، أو مساعيهم بصورة دائمة ولغرض لا يقصده به اقتسام الربح⁽³⁾، وجاء في المادة (2) من القانون، أن تأليف الجمعية لا يحتاج إلى الرخصة في أول الأمر، ولكنه يلزم في كل حال بمقتضى المادة السادسة إعلام الحكومة بها بعد تأسيسها⁽⁴⁾، وجاء في المادة (3) من القانون، أنه لا يجوز تأليف جمعيات مستندة على أساس غير مشروع مخالف لأحكام القوانين والآداب العمومية، أو على قصد الإخلال براحة المملكة وبكمال ملكية الدولة، أو تغيير شكل الحكومة الحاضرة، أو التفريق سياسة بين العناصر العثمانية المختلفة، ويفرض إعطاء العلم وخبر بها وتحل بمرسوم يصدر في مجلس الوزراء⁽⁵⁾، وجاء في المادة (4) من القانون، أنه من الممنوع تأليف جمعيات سياسية أساسها أو عنوانها القومية والجنسية⁽⁶⁾.

(1) القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م وتعديلاته، المادة (11) .

(2) المصدر:- مشروع إصلاح القوانين العربية :- www.arab-laws-reform.fnst-amman.org

(3) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909، المادة (1) .

(4) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909، المادة (2) .

(5) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909، المادة (3) .

(6) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909، المادة (4) .

وفما يتعلق بشروط عضو الجمعية , فقد جاء في المادة (5) من القانون, أن عضو الجمعية يشترط فيه أن لا يكون سنه دون العشرين, وأن لا يكون محكوما عليه بجناية أو محروما من الحقوق المدنية⁽¹⁾.

وجاء في المادة (6) من القانون, أنه يمنع منعاً قطعياً تأليف الجمعيات السرية⁽²⁾. وجاء في المادة (15) من القانون, إن المنتديات (كلوب) أيضاً هي من قبيل الجمعيات المحكي عنها في هذا الفصل⁽³⁾.

وهكذا نلاحظ أن قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909م, شكل الأساس القانوني للعمل السياسي للمواطن الأردني , و الأساس القانوني لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات السياسية. ونلاحظ أيضاً أن قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909م , لم يذكر نص لفظ الأحزاب السياسية, وإنما نص بشكل واضح وصرح على حق المواطن الأردني بتشكيل الجمعيات السياسية , و جاء النص على أن تأليف الجمعية لا يحتاج إلى الرخصة في أول الأمر ولكنه يلزم في كل حال إعلام الحكومة بها بعد تأسيسها, وأنه من الممنوع تأليف جمعيات سياسية أساسها أو عنوانها القومية والجنسية.

المطلب الثالث :- قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته :-

جاء صدور قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م , ليكون الأساس القانوني فيما يتعلق بترخيص الجمعيات والنوادي السياسية والأحزاب السياسية , واستمر الأمر كذلك حتى عام 1954م , عندما تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 1954م .

وفما يتعلق بمفهوم الجمعية , فقد جاء في المادة (2) من القانون, أن الجمعية هي أي مجموع مؤلف من عدة أشخاص غرضهم توحيد أبحاثهم أو مساعيهم بصورة دائمة, وبصورة لا يقصد بها اقتسام الربح وتشتمل الأندية أيضاً⁽⁴⁾.

وفما يتعلق بأسس تأليف الجمعية , فقد جاء في المادة (3) من القانون, أنه لا يجوز تأليف جمعية مهما كان نوعها أو كانت الغاية من تأليفها إلا بترخيص من المجلس التنفيذي وبمقتضى أحكام هذا القانون⁽⁵⁾, وقد جاء في المادة (4) من القانون, أنه لا يجوز تأليف جمعيات على مبادئ وأسس غير مشروعة, أو مخالفة لأحكام القوانين والأنظمة, أو مغايرة للأداب العامة, أو من شأنها الإخلال بالأمن والنظام والطمأنينة العامة, أو المساس بكيان

(1) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909 , المادة (5) .

(2) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909 , المادة (6) .

(3) قانون الجمعيات العثماني لسنة 1909 , المادة (15) .

(4) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته, المادة (2) .

(5) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته, المادة (3) .

ووحدة الدولة، أو تغيير شكل الحكومة القائمة، أو التفريق بين طبقات الشعب وأفراده أو بين الشعب والحكومة⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بشروط عضو الجمعية، فقد جاء في المادة (5) من القانون، أنه يشترط في كل من ينتسب إلى جمعية أو يدخل في عضويتها أن لا يقل سنه عن العشرين سنة، وأن لا يكون محكوما عليه بجناية أو ساقطا من الحقوق المدنية⁽²⁾.

وفيما يتعلق بإجراءات تأسيس الجمعية، فقد جاء في المادة (6) من القانون، أنه يقدم طلب الترخيص بتأليف الجمعية إلى المتصرف، ويجب أن يوقع هذا الطلب الأشخاص المؤسسون الذين ينبغي أن لا يقل عددهم عن خمسة على أن يكونوا من ذوي المكانة والاستقامة، وأن لا يقل عمر الواحد منهم عن (25) سنة، يبين في الطلب المذكور عنوان الجمعية المنوي تأليفها وغايتها والمركز الذي ستكون إدارتها فيه، وأسماء الأشخاص الذين سيتولون إدارتها وصنعتهم وأعمالهم، وتقدم مع هذا الطلب نسختان من نظام الجمعية الأساس⁽³⁾.

وقد جاء في المادة (7) من القانون، أنه على المتصرف أن يقدم الطلب المذكور مشفوعاً برأيه إلى رئيس الوزراء ليعرضه على المجلس التنفيذي⁽⁴⁾، وقد جاء في المادة (8) من القانون، أنه ينظر المجلس التنفيذي في الطلب وله أن يرفض بتأليف الجمعية أو أن يرفض الترخيص دون أن يكون مكلفاً ببيان أسباب الرفض ويبلغ قرار المجلس التنفيذي إلى المتصرف ليبلغه كتابة إلى مقدمي الطلب⁽⁵⁾. وقد جاء في المادة (9) من القانون، أنه إذا رخص المجلس التنفيذي بتأليف جمعية فعلى المؤسسين أن يعلنوا ذلك الترخيص في إحدى الجرائد المحلية خلال أسبوع واحد من تاريخ تبليغهم الترخيص وأن يقدموا إلى المتصرف ثلاث نسخ من عدد الجريدة التي أعلن فيها الترخيص⁽⁶⁾.

وقد جاء في المادة (16) من القانون، أن كل جمعية تؤلف بلا رخصة بمقتضى أحكام هذا القانون تمنع فوراً من قبل الحكومة المحلية⁽⁷⁾.

وفيما يتعلق بممارسة العمل الحزبي خلال الفترة التي امتدت منذ عام 1921م وحتى عام 1947م، فإنه يمكن القول أن الوعي السياسي بين الأردنيين بدأ بطيئاً ومتأخراً، وإذا استثنينا حزب الاستقلال العربي الذي انتقلت قيادته إلى عمان منذ عام 1921، وبقي يسيطر على الحياة السياسية حتى عام 1924، فإن أول حزب سياسي

(1) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (4).

(2) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (5).

(3) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (6).

(4) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (7).

(5) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (8).

(6) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (9).

(7) قانون الجمعيات رقم (102) لسنة 1936م وتعديلاته، المادة (16).

تأسس في البلاد هو حزب الشعب ، وذلك في آذار 1927، وكان حزباً إصلاحياً هدفه السعي بالطرق المشروعة لتأييد استقلال البلاد ⁽¹⁾.

وقد تألف في الأردن في ذلك الوقت عدة أحزاب سياسية بموجب قانون الجمعيات العثماني ، ومن هذه الأحزاب حزب الشعب الأردني ، وحزب اللجنة التنفيذية للمؤتمر الوطني ، والحزب الحر المعتدل وحزب التضامن الأردني ، وحزب الأخاء الأردني ، وكان ما يجمع هذه الأحزاب المطالبة والعمل من أجل استقلال البلاد عن الدولة المنتدبة ، ولعبت هذه الأحزاب دوراً تمثل في الضغط على حكومة الانتداب، جعل الحكومة والأمير يلحان بالطلب إلى بريطانيا ضرورة إعادة النظر في المعاهدة البريطانية الأردنية وصولاً إلى مزيد من الاستقلال ، واستمرت الجهود الشعبية تطالب بالاستقلال حتى تحقق ذلك عام 1946 ⁽²⁾.

المبحث الثاني:- حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها (1947-1989):-

وفي هذا المبحث سيتم تناول حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته ، والدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، وقانون الأحزاب السياسية لعام 1954م ، وقانون الأحزاب السياسية لعام 1955م .

المطلب الأول :- الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته :-

بعد استقلال إمارة شرق الأردن عام 1946م ، تم وضع الدستور الأردني لعام 1947م ، ليشكل بذلك الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني ، وكذلك ليشكل الأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات .

فقد جاء في المادة (6) من الدستور، أن الأردنيون أمام القانون سواء، لا تمييز في الحقوق والواجبات بينهم وأن اختلفوا في الأصل أو اللغة أو الدين ⁽³⁾.

وجاء في المادة (7) من الدستور، أن الحرية الشخصية مكفولة ⁽⁴⁾. وجاء في المادة (17) من الدستور، أن حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول والكتابة في حدود القانون ⁽⁵⁾. وجاء في المادة (18) من الدستور، أنه للأردنيين حق الاجتماع وتكوين الجمعيات في حدود القانون ⁽⁶⁾.

(1) علي محافظة ، تاريخ الأردن المعاصر : عهد الإمارة 1921-1946 ، ط 2 ، مركز الكتب الأردني ، عمان ، 1989، ص 75 - 81 .

(2) سالم الكسواني ، مبادئ القانون الدستوري مع دراسة تحليلية للنظام السياسي الأردني ، ط 1 ، مطبعة الكسواني ، عمان ، 1983، ص 175 .

(3) الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته، المادة (6) .

(4) الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته، المادة (7) .

(5) الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته، المادة (17) .

(6) الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته، المادة (18) .

وهكذا نلاحظ أن الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته ، شكل الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني ، وكذلك شكل الأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات ، ونلاحظ أيضاً أن الدستور الأردني لعام 1947م وتعديلاته ، لم ينص بشكل واضح وصريح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية ، وإنما جاء النص على حق المواطن بعقد الاجتماعات وحق تشكيل الجمعيات و الانتساب إليها طبقاً لأحكام القانون ، وما يفهم من ذلك أن الأحزاب السياسية كانت تندرج تحت مسمى الجمعيات ، وبالتالي من أراد تشكيل حزب سياسي عليه أن يراعي شروط وأحكام قانون الجمعيات .

المطلب الثاني :- الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته :-

صدر الدستور الأردني لعام 1952م ، ليشكل بذلك الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني ، وكذلك ليشكل الأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية .

فقد جاء في المادة (6) من الدستور ، أن الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين ⁽¹⁾ .

وجاء في المادة (7) من الدستور ، أن الحرية الشخصية مصونة ⁽²⁾ . وجاء في المادة (15) من الدستور ، أنه تكفل الدولة حرية الرأي ، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون ⁽³⁾ .

وجاء في المادة (16) من الدستور ، ما يلي ⁽⁴⁾ :-

1- للأردنيين حق الاجتماع ضمن حدود القانون.

2- للأردنيين حق تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور .

3- ينظم القانون طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها.

وهكذا نلاحظ أن الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، شكل الأساس الدستوري للعمل السياسي للمواطن الأردني ، وكذلك شكل الأساس الدستوري لعقد الاجتماعات العامة وتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية منذ عام 1952م . ونلاحظ أيضاً أن الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، نص بشكل واضح وصريح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية ، و جاء النص على حق المواطن بعقد

⁽¹⁾ الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، المادة (6) .

⁽²⁾ الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، المادة (7) .

⁽³⁾ الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، المادة (15) .

⁽⁴⁾ الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته ، المادة (16) .

الاجتماعات وحق تشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية و الانتساب إليها؛ شريطة أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور، وقد أحال الدستور طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها إلى أحكام القانون .

المطلب الثالث :- قانون تنظيم الأحزاب السياسية رقم (3) لسنة 1954م :-

جاء صدور قانون تنظيم الأحزاب السياسية رقم (3) لسنة 1954م، ليكون بذلك أول قانون في البوالة الأردني لتنظيم عمل الأحزاب السياسية ، ويشكل الأساس القانوني فيما يتعلق بترخيص الأحزاب السياسية والانتساب إليها ، واستمر الأمر كذلك حتى عام 1955م ، عندما تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 1955م .

وفيما يتعلق بمفهوم الحزب السياسي ، فقد جاء في المادة (2) من القانون، أن الحزب السياسي هو أية هيئة مؤلفة من عشرة أشخاص فأكثر غرضها تنظيم وتوحيد مساعيها في المضمار السياسي وفاقا لهذا القانون، وبعد تسجيل الحزب السياسي تصبح له شخصية معنوية قانونية معترف بها تمكنه من الادعاء والدفاع باسمه والقيام بأي عمل آخر يحيز له نظامه الأساسي القيام به ⁽¹⁾ .

وفيما يتعلق بحق تأليف الأحزاب السياسية، فقد جاء في المادة (3) من القانون، أنه للأردنيين حق تأليف الحزب السياسي على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سلمية ذات نظم لا تخالف أحكام الدستور، وينظم هذا القانون طريقة تشكل الأحزاب وممارسة نشاطها، وكل من خالف بمفرده أو مع أي شخص آخر أو أشخاص آخرين أحكام هذا القانون، يعاقب بعد إدانته بالعقوبة المفروضة على الجمعيات غير المشروعة في قانون العقوبات ⁽²⁾ .

وفيما يتعلق بإجراءات تأليف الأحزاب السياسية، فقد جاء في المادة (4) من القانون ، أنه يقدم طلب الترخيص بتأليف الحزب السياسي إلى الوزير (وزير الداخلية) بواسطة متصرف اللواء الذي سيكون فيه مركز أعماله الرئيسي، ويجب أن يرفق به النظام الأساسي للحزب المنوي تأليفه وأن يعين محل التبليغ وعنوانه ، وعلى المتصرف أن يرفع الطلب إلى الوزير مشفوعاً برأيه خلال سبعة أيام من تاريخ استلامه، وعلى الوزير أن يرفعه مشفوعاً بتوصياته إلى رئيس الوزراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إليه لعرضه على مجلس الوزراء، ولمجلس الوزراء أن يمنح أو يرفض الترخيص المطلوب وعليه في حالة الرفض أن يبين الأسباب الداعية لذلك ⁽³⁾ .

(¹) قانون تنظيم الأحزاب السياسية رقم (3) لسنة 1954م، المادة (2) .

(²) قانون تنظيم الأحزاب السياسية رقم (3) لسنة 1954م، المادة (3) .

(³) قانون تنظيم الأحزاب السياسية رقم (3) لسنة 1954م، المادة (4) .

المطلب الرابع :- قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م :-

جاء صدور قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م, ليكون بذلك الأساس القانوني فيما يتعلق بترخيص الأحزاب السياسية و الانتساب إليها منذ عام 1955م , واستمر الأمر كذلك حتى عام 1992م , عندما تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 1992م .

وفيما يتعلق بمفهوم الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (2) من القانون , أن الحزب السياسي هو أية هيئة مؤلفة من عشرة أشخاص فأكثر غرضها تنظيم وتوحيد مساعيها في المضمار السياسي وفقاً لأحكام هذا القانون⁽¹⁾ .

وفيما يتعلق بحق تأليف الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (3) من القانون , أنه للأردنيين حق تأليف الأحزاب السياسية على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سليمة وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور⁽²⁾ . وجاء في المادة (4) من القانون, أنه يعتبر الحزب السياسي بعد تسجيله شخصية معنوية تخوله حق الادعاء والدفاع باسمه والقيام بأي عمل آخر يجيزه نظامه الأساسي⁽³⁾ .

وفيما يتعلق بإجراءات ترخيص الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (5) من القانون, أنه يقدم طلب الترخيص بتأليف حزب سياسي إلى الوزير بواسطة متصرف اللواء الذي سيكون فيه مركز أعماله الرئيسي⁽⁴⁾ . ويرفق به أربع نسخ من النظام الأساسي للحزب المنوي تأليفه ويعين فيه محل التبليغ وعنوانه, و على المتصرف أن يرفع الطلب إلى الوزير مبيناً رأيه خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ استلامه, وعلى الوزير أن يرفعه مشفوعاً بتوصياته إلى رئيس الوزراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إليه لعرضه على مجلس الوزراء , و لمجلس الوزراء أن يمنح أو يرفض الترخيص ويكون قراره قطعياً⁽⁴⁾ .

وجاء في المادة (6) من القانون, أنه لا يجوز لأي حزب سياسي قدم طلباً وفق المادة الخامسة من هذا القانون أن يمارس أعماله قبل أن يتسلم إشعاراً بالموافقة على تسجيله⁽⁵⁾ .

وفيما يتعلق بممارسة العمل الحزبي خلال الفترة التي امتدت منذ عام 1947 وحتى عام 1989م , فإنه يمكن القول أنه في بداية عهد المملكة الأردنية الهاشمية , تأسست الأحزاب بموجب المادة (18) من الدستور الأردني لسنة

(¹) قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م , المادة (2) .

(²) قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م , المادة (3) .

(³) قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م , المادة (4) .

(⁴) قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م , المادة (5) .

(⁵) قانون الأحزاب السياسية رقم (15) لسنة 1955م , المادة (6) .

1947 , ومن أهم هذه الأحزاب : حزب النهضة العربية, وحزب الشعب الأردني⁽¹⁾. وفي الفترة بين عامين 1952-1967 , انتشرت في الأردن ظاهرة التنظيمات والتكتلات الحزبية على الساحة السياسية العامة , غير أن النشاط لم يكن موجوداً داخل السلطة التنفيذية أو التشريعية بصورة مباشرة .ويمكن تصنيف الأحزاب التي ظهرت في الأردن إلى قسمين :-

1- الأحزاب العشائرية :- ومن أهم هذه الأحزاب :- حزب الأمة, والحزب العربي الدستوري, وحزب الاتحاد الوطني .

2- الأحزاب العقائدية(أو الأيديولوجية):- ومن هذه الأحزاب :- حزب البعث العربي الاشتراكي, والحزب الشيوعي, وجماعة الإخوان المسلمين, وحزب التحرير⁽²⁾.

وكانت انتخابات مجلس النواب الخامس عام 1956م قد جرت على أساس التكتلات الحزبية , ولقد أتيحت للأحزاب فرصة ذهبية في الأردن بعد الانتخابات التي جرت في البلاد سنة 1956 على أساس حزبي , وتشكيل حكومة ائتلافية⁽³⁾.

وقد مارست الأحزاب الأردنية نشاطها السياسي , إلى أن اتخذ مجلس الوزراء الأردني بتاريخ 25 نيسان 1957 قراراً بحل كافة الأحزاب السياسية في المملكة, وكانت الحكومة الأردنية برئاسة إبراهيم هاشم التي تسلمت مقاليد الحكم في 25 نيسان 1957 , قد اضطرت بسبب الظروف الخطيرة التي كانت تجتازها المملكة الأردنية الهاشمية إلى إعلان الأحكام العرفية في جميع أنحاء المملكة استناداً لأحكام المادة (125) من الدستور الأردني ; لخروج عدد من هذه الأحزاب عن التقاليد الدستورية وأصول اللعبة السياسية; ولدورها الفعال في إثارة الفوضى والقلق , وزعزعة الهدوء والنظام والأمن داخل البلاد⁽⁴⁾.

المبحث الثالث:- حق تشكيل الأحزاب السياسية والانتساب إليها (1989-2012):-

وفي هذا المبحث سيتم تناول حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في قانون الأحزاب السياسية لعام 1992م , وقانون الأحزاب السياسية لعام 2007م .

المطلب الأول :- قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م :-

(1) محمد سليمان الدجاني الداودي , ومنذر سليمان الدجاني , النظام السياسي : أركانه ومقوماته , ط 1 , دن , عمان , بالمينورس , 1993, ص 306 .

(2) عبدالفتاح الرشدان , التطور الديمقراطي في الأردن بين عامي 1952-1989 , مجلة قراءات سياسية , السنة الرابعة, العدد (2), فلوريدا, مركز دراسات الإسلام والعالم , 1994, ص 86 .

(3) أمحمد حرب اللصاحمة , الحياة النيابية في المملكة الأردنية الهاشمية (1929-1967: دراسة تاريخية) , دن , عمان , 1987, ص 181-183 .

(4) محمد الدجاني الداودي , ومنذر سليمان الدجاني , النظام السياسي, مرجع سابق ص306 .

جاء صدور قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، ليكون بذلك الأساس القانوني فيما يتعلق بترخيص الأحزاب السياسية و الانتساب إليها منذ عام 1992م ، واستمر الأمر كذلك حتى عام 2007م ، عندما تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 2007م .

وفيما يتعلق بمفهوم الحزب السياسي ، فقد جاء في المادة (3) من القانون، أن الحزب هو كل تنظيم سياسي يتألف من جماعة من الأردنيين وفقاً للدستور وأحكام القانون؛ بقصد المشاركة في الحياة السياسية وتحقيق أهداف محددة تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ويعمل بوسائل مشروعة وسلمية⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بحق تأليف الحزب السياسي ، فقد جاء في المادة (4) من القانون، أنه للأردنيين الحق في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب الطوعي إليها وفقاً لأحكام القانون⁽²⁾.

وفيما يتعلق بشروط عضو الحزب السياسي ، فقد جاء في المادة (5) من القانون ، أنه يجب أن لا يقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب عن خمسين شخصاً ممن تتوافر فيهم الشروط الآتية⁽³⁾:-

- أ - أن يكون قد أتمل الخامسة والعشرين من عمره.
- ب - أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل.
- ج - أن لا يكون محكوماً بحكم قطعي من محكمة مختصة بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بالأخلاق العامة أو بأي جناية أخرى (عدا الجرائم ذات الصلة السياسية) ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.
- د - أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية والقانونية الكاملة.
- هـ - أن يكون مقيماً عادة في المملكة.
- و - أن لا يدعي بجنسية دولة أخرى أو حماية أجنبية.
- ز - أن لا يكون عضواً في أي حزب آخر أو أي تنظيم سياسي حزبي غير أردني.
- ح - أن لا يكون من المنتسبين للقوات المسلحة الأردنية أو الأجهزة الأمنية أو الدفاع المدني.
- ط - أن لا يكون قاضياً.

وفيما يتعلق بإجراءات تأليف الحزب السياسي ، فقد جاء في المادة (7) من القانون، أنه يقدم طلب تأسيس الحزب إلى الوزير (وزير الداخلية) موقعاً من المؤسسين ومرفقاً به البيانات والوثائق⁽⁴⁾. وجاء في المادة (10) من القانون، أنه إذا كان طلب تأسيس الحزب مستوفياً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون يعلن الوزير عن تأسيس الحزب خلال سبعة أيام بعد انقضاء ستين يوماً على تاريخ تبليغ الإشعار بتسليم طلب التأسيس،

(¹) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (3) .

(²) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (4) .

(³) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (5) .

(⁴) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (7) .

أو خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإشعار بتسلم الإيضاحات والوثائق والبيانات المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، وينشر الإعلان في الجريدة الرسمية. وإذا امتنع الوزير عن الإعلان عن تأسيس الحزب خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، فعليه أن يبين أسباب ذلك وأن يبلغها إلى المؤسسين وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولا يجوز للوزير إيراد أسباب أخرى أمام المحكمة⁽¹⁾.

وجاء في المادة (12) من القانون، أنه إذا نقص عدد الأعضاء المؤسسين عن خمسين عضوا لأي سبب من الأسباب، قبل الإعلان عن تأسيس الحزب وفقا لأحكام هذا القانون، يعتبر طلب التأسيس ملغى⁽²⁾.

وجاء في المادة (13) من القانون، أنه لا يجوز للحزب أن يعلن عن نفسه أو يمارس نشاطه إلا بعد صدور قرار الوزير بالموافقة على التأسيس، أو صدور قرار المحكمة بإلغاء قرار الوزير برفض التأسيس، وعلى الوزير الإعلان عن تأسيس الحزب وفقا لأحكام هذا القانون⁽³⁾.

وجاء في المادة (16) من القانون، أنه يشترط في العضو الذي يرغب في الانتساب إلى الحزب بعد الإعلان عن تأسيسه، أن يكون قد أكمل الثامنة عشرة من عمره، وذلك بالإضافة إلى الشروط الأخرى المنصوص عليها في الفقرات من (ب) إلى (ط) من المادة (5) من هذا القانون⁽⁴⁾.

ونلاحظ هنا أن قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، نص بشكل واضح وصريح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية، وجاء النص على حق المواطن بتشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها؛ بهدف المشاركة في الحياة السياسية وتحقيق أهداف محددة تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ويعمل بوسائل مشروعة وسلمية، وقد سمح القانون بتأسيس الحزب السياسي، بشرط أن لا يقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب عن خمسين شخصا، وهذا النص القانوني يؤكد على ضرورة مشاركة الأحزاب السياسية في الحياة السياسية.

المطلب الثاني :- قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م :-

جاء صدور قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، ليكون بذلك الأساس القانوني فيما يتعلق بترخيص الأحزاب السياسية و الانتساب إليها منذ عام 2007م، واستمر الأمر كذلك حتى عام 2012م، عندما تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 2012م.

(¹) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (10).

(²) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (12).

(³) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (13).

(⁴) قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، المادة (16).

وفما يتعلق بمفهوم الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (3) من القانون, أن الحزب كل تنظيم سياسي يتألف من جماعة من الأردنيين وفقا للدستور وأحكام القانون بقصد المشاركة في الحياة العامة , وتحقيق أهداف تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويعمل بوسائل مشروعة وسلمية, و يؤسس الحزب على أساس المواطنة دون تمييز على أي أساس طائفي أو عرقي أو فئوي أو التفرقة بسبب النوع أو الأصل أو الدين ⁽¹⁾ .

وفما يتعلق بحق تأليف الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (4) من القانون , أنه للأردنيين الحق في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب الطوعي إليها وفقا لأحكام القانون, وللحزب الحق في المشاركة بالانتخابات في مختلف المواقع والمستويات ⁽²⁾ . وجاء في المادة (20) من القانون, أنه لا يجوز التعرض للمواطن أو مساءلته أو محاسبته أو المساس بحقوقه الدستورية بسبب انتمائه الحزبي, و للحزب الحق في استخدام وسائل الإعلام الرسمية لبيان وجهة نظره وشرح مبادئه وبرامجه ⁽³⁾ .

وفما يتعلق بشروط عضو الحزب السياسي , فقد جاء في المادة (5) , الفقرة (أ) من القانون , أنه يجب أن لا يقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب عن خمسمائة شخص على أن يكون مقر إقامتهم المعتاد في خمس محافظات على الأقل, ونسبة (10%) من المؤسسين لكل محافظة ممن تتوافر فيهم الشروط التالية ⁽⁴⁾ :-

1. أن يكون قد أكمل الواحدة والعشرين من عمره .
2. أن يكون أردنيا منذ عشر سنوات على الأقل .
3. أن لا يكون محكوما بحكم قطعي من محكمة مختصة بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بالأخلاق العامة (عدا الجرائم ذات الصلة السياسية) ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .
4. أن يكون متمتعا بالأهلية المدنية والقانونية الكاملة ومقيما عادة في المملكة .
5. أن لا يدعي بجنسية دولة أخرى أو حماية أجنبية .
6. أن لا يكون عضوا في أي حزب أو تنظيم سياسي آخر أردني أو غير أردني .
7. أن لا يكون من المنتسبين للقوات المسلحة الأردنية أو الأجهزة الأمنية أو الدفاع المدني .
8. أن لا يكون قاضيا .

وجاء في المادة (5) , الفقرة (ب) من القانون, أنه يجوز لعشرة من الأردنيين على الأقل من الراغبين في تأسيس حزب , التقدم للوزير (وزير الداخلية) بالمبادئ والأفكار الأولية للحزب , وللوزير الموافقة على ممارسة أنشطتهم السياسية التحضيرية والترويج لهذه الأفكار على أن يتقدموا بطلب التأسيس عند استكمال الشروط المنصوص

⁽¹⁾ قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م, المادة (3) .

⁽²⁾ قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م, المادة (4) .

⁽³⁾ قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م, المادة (20) .

⁽⁴⁾ قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م, المادة (5) , الفقرة (أ) .

عليها في هذا القانون وخلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ تلك الموافقة، وإذا لم تستكمل شروط التأسيس خلال المدة المنصوص عليها في البند (1) من هذه الفقرة، تعتبر موافقة الوزير ملغاة وعلى مقدمي طلب التأسيس التوقف عن ممارسة أنشطتهم، ولا يحق لهم التقدم بطلب جديد إلا بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ انتهاء تلك المدة⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بإجراءات ترخيص الحزب السياسي، فقد جاء في المادة (7) من القانون، أنه يقدم طلب تأسيس الحزب إلى الوزير موقعا من المؤسسين ومرفقا به البيانات والوثائق⁽²⁾.

وجاء في المادة (10) من القانون، أنه إذا كان طلب تأسيس الحزب مستوفيا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون يعلن الوزير عن تأسيس الحزب خلال سبعة أيام من انقضاء ستين يوما على تاريخ تبليغ الإشعار بتسلم طلب التأسيس المستوفي للشروط، أو خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإشعار بتسلم الإيضاحات والوثائق والبيانات المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، وينشر الإعلان في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين محليتين. وإذا امتنع الوزير عن الإعلان عن تأسيس الحزب خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، فعليه أن يبين أسباب ذلك، وأن يبلغها غالى المؤسسين وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون⁽³⁾.

وجاء في المادة (12) القانون، أنه إذا نقص عدد الأعضاء المؤسسين عن خمسمائة عضو لأي سبب من الأسباب، قبل الإعلان عن تأسيس الحزب وفقا لأحكام هذا القانون، يعتبر طلب تأسيس الحزب ملغى⁽⁴⁾. وجاء في المادة (15) من القانون، أنه يشترط فمين يرغب في الانتساب إلى الحزب بعد الإعلان عن تأسيسه، أن يكون قد أكمل الثامنة عشر من عمره، وذلك بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في البنود من (2-8) من الفقرة (أ) من المادة (5) من هذا القانون⁽⁵⁾.

وجاء في المادة (19) من القانون، أنه يتم تخصيص بند في الموازنة العامة للدولة للمساهمة في تمويل الأحزاب من أموال الخزينة وفقا لأسس وشروط تحدد حالات المنح أو الحرمان وآليات ووسائل الصرف بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية⁽⁶⁾. وقد جاء في المادة (3) من نظام المساهمة في تمويل الأحزاب السياسية رقم (89) لسنة 2008م، أنه يتم تخصيص مساهمة مالية سنوية للحزب مقدارها (50,000) خمسون ألف دينار تدفع على دفعتين

(1) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (5)، الفقرة (ب).

(2) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (7).

(3) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (10).

(4) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (12).

(5) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (15).

(6) قانون الأحزاب السياسية رقم (19) لسنة 2007م، المادة (19).

متساويتين الأولى تدفع خلال شهر حزيران والثانية خلال شهر كانون أول من السنة شريطة التزام الحزب بأحكام القانون وهذا النظام⁽¹⁾.

ونلاحظ هنا أن قانون الأحزاب السياسية رقم (32) لسنة 1992م، نص بشكل واضح وصريح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية، وجاء النص على حق المواطن بتشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها؛ بقصد المشاركة في الحياة العامة، وتحقيق أهداف تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويعمل بوسائل مشروعة وسلمية، ويؤسس الحزب على أساس المواطنة دون تمييز على أي أساس طائفي أو عرقي أو فئوي أو التفرقة بسبب النوع أو الأصل أو الدين، وقد سمح القانون بتأسيس الحزب السياسي، بشرط أن لا يقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب عن خمسمائة شخص على أن يكون مقر إقامتهم المعتاد في خمس محافظات على الأقل وبنسبة (10%) من المؤسسين لكل محافظة، وكذلك تضمن القانون ولأول مرة تقديم الدولة دعم مالي للأحزاب السياسية، وهذا النص القانوني يؤكد على ضرورة مشاركة الأحزاب السياسية في الحياة السياسية.

ونلاحظ هنا أن زيادة عدد الأعضاء المؤسسين يزيد من صعوبة تأسيس الأحزاب السياسية، وخاصة عندما يشترط القانون أن يكون مقر إقامتهم المعتاد في خمس محافظات على الأقل وبنسبة (10%) من المؤسسين لكل محافظة.

وفيما يتعلق بممارسة العمل الحزبي خلال الفترة التي امتدت منذ عام 1989م وحتى عام 2012م، فإنه يمكن القول أنه ورغم ما تعرضت له الأحزاب السياسية في الأردن منذ عام 1957م من إلغاء ومطاردة لمنتسبيها وحظرها إلا أن النشاط الحزبي لم يتوقف نهائياً وبقي قائماً، وبعد عودة الحياة الديمقراطية في الأردن عام 1989م، وإجراء الانتخابات النيابية عام 1989م ومشاركة الأحزاب السياسية وصدر قانون الأحزاب السياسية لعام 1992م، فقد تشكلت الحارطة الحزبية للأحزاب السياسية حتى عام 2007م كما يلي⁽²⁾:-

- 1- الأحزاب الإسلامية :- وتشمل حزب جبهة العمل الإسلامي، والحركة العربية الإسلامية الديمقراطية (دعاء) وحزب الوسط الإسلامي.
- 2- الأحزاب القومية :- وتشمل حزب البعث العربي الاشتراكي الأردني، وحزب البعث العربي التقدمي، والحزب العربي الديمقراطي، وحزب جبهة العمل القومي (حق)، وحزب الجبهة الأردنية العربية الدستورية، وحزب الأرض العربية، وحزب الأنصار العربي الأردني، وحزب الحركة القومية الديمقراطية الشعبية.

(¹) نظام المساهمة في تمويل الأحزاب السياسية رقم (89) لسنة 2008م، المادة (3).

(²) عبدالحليم العدوان، تطور التجربة الحزبية في الأردن (1921-2007)، ط1، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 215-285.

3- الأحزاب اليسارية :- وتشمل الحزب الشيوعي الأردني , والحزب الديمقراطي الوحدوي الأردني , وحزب الشعب الديمقراطي الأردني (حشد) , وحزب الوحدة الشعبية الديمقراطي الأردني , والحزب التقدمي , وحزب الشغيلة الشيوعي الأردني .

4- الأحزاب الوسطية :- وتشمل الحزب الوطني الدستوري, وحزب المستقبل, وحزب الأحرار , وحزب النهضة , وحزب السلام الأردني , وحزب الأمة, حزب الرسالة, وحزب العهد .

خاتمة :-

وبعد تناول حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في التشريعات الأردنية ممثلة بالدستور الأردني وقانون الأحزاب السياسية خلال فترة الدراسة , فقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية :-

أولاً :- أن التشريعات الأردنية ممثلة بالدستور الأردني وقانون الأحزاب السياسية أعطت المواطن الأردني حق تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها .

ثانياً :- أن القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن 1928م , منح الأردني حق الاجتماع وتشكيل الجمعيات , دون النص بشكل صريح على لفظ الأحزاب السياسية , وكانت الأحزاب السياسية تعتبر ضمن الجمعيات السياسية, وأن الأحزاب السياسية في بداية تأسيس الدولة الأردنية كانت يتم ترخيصها بموجب قانون الجمعيات العثماني لعام 1909 , حتى تم وضع قانون الجمعيات لعام 1936م , ليصبح بعدها ترخيص الأحزاب السياسية يتم بموجبه .

ثالثاً :- أن الدستور الأردني لعام 1947م , منح الأردني حق الاجتماع وتشكيل الجمعيات , دون النص بشكل صريح على لفظ الأحزاب السياسية , وكانت الأحزاب السياسية تعتبر ضمن الجمعيات السياسية , حيث نص الدستور على حق الأردنيين بالاجتماع وتكوين الجمعيات في حدود القانون , وأن الدستور الأردني لعام 1952م وتعديلاته, نص بشكل واضح وصريح على حق المواطن الأردني بتشكيل الأحزاب السياسية , و جاء النص على حق المواطن بعقد الاجتماعات وحق تشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية و الانتساب إليها, وقد أحال الدستور طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها إلى أحكام القانون .

رابعاً :- أن قانون تنظيم الأحزاب السياسية لعام 1954م , يعتبر أول قانون يتخصص بتنظيم الأحزاب السياسية وطريقة تشكيلها , وجاء بعده قانون الأحزاب السياسية لعام 1955م .

خامساً :- أن ممارسة العمل الحزبي وحق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية تعطل منذ عام 1957م , وحتى عام 1989م , وذلك لأسباب مختلفة , وبذلك لم تشهد هذه الفترة عمل علني للأحزاب السياسية .

سادساً :- بعد عودة الحياة الديمقراطية عام 1989م , تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 1992م , والذي يعمل على تنظيم تشكيل الأحزاب السياسية , واستمر العمل به حتى تم وضع قانون الأحزاب السياسية لعام 2007م .

سابعاً :- أن النص على حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية و الانتساب إليها في التشريعات الأردنية ساهم في زيادة عدد المواطنين الذين يمارسون العمل الحزبي .

التوصيات :-

في نهاية الدراسة فإن الباحث يقترح التوصيات التالية :-

أولاً :- التأكيد على أن حق المواطن الأردني في تشكيل الأحزاب السياسية وممارسة العمل الحزبي حق أصيل وجزء لا يتجزأ من الحقوق السياسية للمواطن الأردني ذكراً أو أنثى.

ثانياً :- ضرورة وجود نص دستوري يؤكد على حماية وعدم تجريم المواطن الأردني بسبب انتمائه الحزبي أو ممارسة العمل الحزبي ضمن أحكام القانون .

ثالثاً :- العمل على بث البرامج التوعوية والثقافية الخاصة بالثقافة الديمقراطية وحق تشكيل الأحزاب السياسية وممارسة العمل الحزبي , وكذلك تضمين المناهج الدراسية الحقوق السياسية للمواطن بشكل عام , وحق المواطن الأردني بممارسة العمل الحزبي بشكل خاص.

رابعاً :- أن تمارس وسائل الإعلام المختلفة دورها في تكثيف وزيادة الوعي السياسي والثقافة السياسية لدى المواطنين, وتحفيزهم على ممارسة العمل الحزبي.

خامساً :- تعديل قانون الانتخاب لمجلس النواب؛ بما يساعد على تنمية الحياة السياسية الحزبية وتشجيع الأحزاب السياسية على المشاركة في الانتخابات النيابية .

سادساً :- زيادة الدعم المالي المقدم للأحزاب السياسية؛ من أجل المساهمة في تغطية نشاطاتها, وتمكينها من القيام بدور فاعل في المجتمع والمشاركة في الانتخابات المختلفة.

دور المجتمع المدني في تكريس الوعي البيئي*

د/ محمد بلفضل- أستاذ محاضر قسم "أ"- جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص:

الملاحظ أن الإنسان أو المواطن العادي، بشكل عام، في بلادنا غير معني بالحفاظ على البيئة، بل أنه لا يميز أحيانا فيما إذا كان تصرفه يلحق الضرر بالبيئة أم لا؟ فهو لا يحس بالضرر الذي يمس البيئة من خلال سلوك خاطئ يقوم به، وإن كان يدرك أحيانا أن تصرفه ليس تصرفا سويا إلا أنه لا يقيم وزناً لقضية الحفاظ على البيئة. ومن خلال هذه الملاحظة أو الاستنتاج يطرح السؤال حول: كيف يمكن أن نستثير المواطن العادي ليصبح عنصرا فعالا في صيانة البيئة ومنع تدهورها؟

لقد شهدت السنوات الأخيرة توسعا مذهلا في حجم ونطاق وقدرات المجتمع المدني في جميع أنحاء العالم، مدعوما بعملية العولمة واتساع نطاق نظم الحكم الديمقراطية، والاتصالات السلوكية واللاسلكية، والتكامل الاقتصادي، ولقد تبنى البنك الدولي تعريفاً للمجتمع المدني جاء فيه: "يشير مصطلح المجتمع المدني إلى مجموعة واسعة النطاق من المنظمات غير الحكومية والمنظمات غير الربحية التي لها وجود في الحياة العامة وتنهض بعبء التعبير عن اهتمامات وقيم استنادا إلى اعتبارات أخلاقية أو ثقافية أو سياسية أو علمية أو دينية أو خيرية. و من ثم يشير مصطلح منظمات المجتمع المدني إلى مجموعة عريضة من المنظمات، تضم: الجماعات المجتمعية المحلية، والمنظمات غير الحكومية، والنقابات العمالية، وجماعات السكان الأصليين، والمنظمات الخيرية، والمنظمات الدينية، والنقابات المهنية، ومؤسسات العمل الخيري".

والمجتمع المدني أو ما يعبر عنه بالسلطة الخامسة تتمثل مجالات عمله في تقديم الخدمات الاجتماعية وتنفيذ برامج التنمية الأخرى كمكمل للعمل الحكومي، ومن هذه المجالات حماية البيئة والحفاظ عليها وهذا يرتبط بمدى الوعي الذي تملكه منظمات المجتمع المدني ونقل هذا الوعي إلى فئات واسعة من الجمهور.

Résumé:

On remarque que l'homme ou le citoyen ordinaire, en général, dans notre pays n'est pas intéressés à préserver l'environnement, mais parfois, il ne distingue pas si son comportement nuit l'environnement ou non? Il ne se sent pas le dommage qui affecte l'environnement par le comportement erratique fait, bien se rendre compte parfois que son comportement est pas un acte ensemble, mais il ne se soucie pas pour la cause de la

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/10

تاريخ تحكيم المقال: 2016/07/27

préservation de l'environnement. Grâce à cette observation ou conclusion pose la question: Comment peut provoquer un citoyen ordinaire de devenir un élément actif dans l'entretien et la prévention de la dégradation de l'environnement?

Ces dernières années ont vu une étonnante expansion de la taille, la portée et la capacité de la société civile dans le monde entier, soutenu par le processus de mondialisation et l'expansion des systèmes de gouvernance démocratique et les télécommunications, et l'intégration économique, la Banque mondiale a adopté la définition de la société civile qui a déclaré: "Le terme de la société civile se réfère à un groupe et un large éventail d'organisations non gouvernementales et les organisations à but non lucratif qui ont une présence dans la vie publique et la promotion de la charge d'exprimer les intérêts et les valeurs fondées sur des considérations éthiques, culturelles, politiques, scientifiques, religieuses ou philanthropiques.

Et la société civile à long terme se réfère à un large éventail d'organisations, Il comprend: les groupes communautaires locaux, les organisations non gouvernementales, les syndicats, les groupes autochtones, les organisations caritatives, les organisations religieuses, les syndicats et les fondations".

Et la société civile, ou ce qui est exprimé dans la cinquième puissance sont des zones de travail dans la prestation de services sociaux et la mise en œuvre d'autres programmes de développement en tant que complément à l'action gouvernementale, et ces zones de protection de l'environnement et de la conservation, et cela est lié à l'ampleur de la prise de conscience qui est détenue par les organisations de la société civile et le transfert de cette prise de conscience à un large public.

مقدمة:

لم تعد التنمية في حد ذاتها هي المشكلة وإنما المشكلة هي التنمية المتوافقة مع البيئة. لذلك أصبحت قضية التوعية البيئية من خلال وسائل التربية والإعلام بهدف جعل الفرد واعيا بالعلاقات البيئية قضية هامة ومحورية، وذلك لدوره في صون البيئة وتعريفه بوسائل العمل الخلاق لمحايتها وهذا الجانب يحتاج إلى مشاركة جماهيرية أي إسهام الناس جميعا. كما انه من الأهمية السعي نحو ربط التنمية بالبيئة لتصبح التنمية البيئية الطريق الصحيح لتحديد طرق التنمية المناسبة والتي تحتم ضرورة بناء التكنولوجيا البيئية والمحلية من خلال الاعتماد على النفس. فالتنمية البيئية تعني استغلال العدد الضخم من السكان في الإنتاج وتصبح القوى العاملة المحلية اقل تكلفة وأكثر فائدة من استيراد التكنولوجيا المتطورة جدا في عمليات الزراعة والبناء.

إن السياسة البيئية الناجعة هي التي تمهد الطريق أمام نشوء وعي وثقافة بيئية، وهي التي تربط النظام الايكولوجي بالنظام التعليمي بإدراج دروس حول البيئة في الطور التعليمي الأول، وطبع كتاب مدرسي لمقياس التربية البيئية للطور الثاني، كما تؤسس لبرامج إذاعية وتلفزيونية حول البيئة تشاركها الصحافة المكتوبة العمومية والخاصة في معالجة ونشر مواضيع ايكولوجية، فتدهور الوضع البيئي في الجزائر نتج من ضعف التنسيق الفعال بين قطاعات الدولة ومن غياب دور المجتمع المدني، حيث أن الثقافة البيئية تنمو في المجتمع من خلال عمليات التوعية المستمرة التي تقوم بها مؤسسات التنشئة الاجتماعية.

إن الحفاظ على البيئة لا ينفصل إطلاقاً عن الحفاظ على الإنسان، فالوصول إلى صحة سليمة مثلاً غير ممكن مطلقاً بدون بيئة سليمة. سواء أكانت بيئة المنزل، الشارع، المدينة أو الحقل الزراعي. ولتحقيق ذلك، هناك عمل يحمل طابعين: الأول قانوني؛ تشريعي، والذي يقع على عاتق الحكومة والذي يعنى بسن القوانين والتشريعات الخاصة بحماية البيئة مع إيجاد آليات تطبيق وتنفيذ للقوانين، والثاني الطابع الجماهيري الذي تشترك فيه المؤسسات المدنية ووسائل الإعلام ويركز على التوعية بدور البيئة في التأثير على الصحة. فإذا أدركت الحكومات دور البيئة السليمة في تقليل الفاتورة الصحية، ورغبت في ذلك، فيجب أن تجهد في العمل على إيجاد القوانين لحماية البيئة وآليات التطبيق لتلك القوانين.

إن دور الحكومات أساسي في الحفاظ على البيئة، إذ أنها قادرة من خلال سن قانون واحد وتطبيقه على لعب دور مهم يسهم في الحفاظ على البيئة. أما المنظمات الأهلية فيقع على عاتقها نشر الوعي البيئي في أوساط المجتمع. كما أن من المسؤوليات المهمة للمؤسسات الأهلية دفع الحكومات نحو تبني القوانين اللازمة إن كانت الحكومة سلبية في تعاملها مع القضايا البيئية. وسنحاول من خلال هذا البحث تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بالمجتمع المدني ودوره في التوعية البيئية.

أولاً: تعريف المجتمع المدني:

شهدت السنوات المنصرمة توسعاً مذهلاً في حجم ونطاق وقدرات المجتمع المدني في جميع أنحاء العالم، مدعوماً بعملية العولمة واتساع نطاق نظم الحكم الديمقراطية، والاتصالات بكل أنواعها، والتكامل الاقتصادي. فالمجتمع المدني لا يبرز فقط كجهة فاعلة واضحة على المستوى المجتمعي، لكنه يتسم كذلك بتنوع ثري في طبيعته وتركيبته. ولهذا تتفاوت تعريفاته بدرجة كبيرة استناداً إلى اختلاف النماذج التصورية والأصول التاريخية والسياق العام. ولقد تبنى البنك الدولي تعريفاً للمجتمع المدني أن هذا المصطلح يشير إلى مجموعة واسعة النطاق من المنظمات غير الحكومية والمنظمات غير الربحية التي لها وجود في الحياة العامة وتنهض بعبء التعبير عن اهتمامات وقيم أعضائها أو الآخرين، استناداً إلى اعتبارات أخلاقية، ثقافية، سياسية، علمية، دينية أو خيرية. ومن ثم يشير مصطلح منظمات المجتمع المدني إلى مجموعة عريضة من المنظمات، تضم: الجماعات المجتمعية المحلية،

والمنظمات غير الحكومية، والنقابات العمالية، وجماعات السكان الأصليين، والمنظمات الخيرية، والمنظمات الدينية، والنقابات المهنية، ومؤسسات العمل الخيري، والسلطات المحلية والشباب والنساء والفلاحين.¹

بينما تعرف لدى المؤسسات الدولية، وفي الكتابات العربية الحديثة بالمجتمع المدني، أو المنظمات غير الحكومية. وهناك من حاول أن يبحث عن بديل لمصطلح (المجتمع المدني)، وذلك بمحاولة إدراج ما يفيد هذا المصطلح ضمن منظومة « المفاهيم الإسلامية » بإطلاق مفهوم (مؤسسات الأمة) التي تتميز عن (مؤسسات السلطة).²

ثانيا: مقومات المجتمع المدني:

ورغم تعدد واختلاف تعريف المجتمع المدني فإن معظمها يركز على مقومات أساسية يستند عليها في وجوده ويمكن تلخيصها فيما يلي: الطوعية، التنظيم، الاستقلال عن الدولة: O.N.G، خدمة الصالح العام، عدم السعي للوصول إلى السلطة، عدم اللجوء إلى العنف.³

ثالثا: مزايا المجتمع المدني:

يعد المجتمع المدني في العصر الحاضر من المكونات الأساسية لكل مجتمع ديمقراطي حديث، ويضطلع بدور حيوي في تعبئة الطاقات لخدمة الصالح العام، والمساهمة الفعالة في تحقيق التنمية والتقدم، حيث يشتمل في تنظيماته وفي أدائه لمهامه على مزايا كثيرة وفوائد متعددة، نشير إلى أهمها فيما يلي:

- (1) ترسيخ الثقافة الديمقراطية، والتربية على المواطنة.
- (2) توسيع قاعدة المهتمين بالمصلحة العامة، وتقوية الشعور بالانتماء الوطني، وروح التطوع، والعمل الجماعي المنظم، والحد من النزعة الفردية والأنانية، وتحقيق الاندماج والتعاون بين أفراد تجمعهم الرغبة المشتركة في خدمة المجتمع.
- (4) تلبية الاحتياجات المتعددة والمتنوعة للأفراد من خلال انخراطهم في الأنشطة الجمعية التي تتلاءم مع تخصصاتهم وميولاتهم وتطلعاتهم، وبضمان حرية تكوين الجمعيات، والانخراط فيها بدون تمييز، لا يبقى المجال لأي تيار أو فئة لاحتكار العمل في المجالات الاجتماعية والثقافية والحقوقية وغيرها.
- (5) تكوين النخب وإفراز القيادات الجديدة، حيث تتيح منظمات المجتمع المدني لأعضائها التدريب على الخدمة العامة.

الديمقراطية كفضاء لنمو المجتمع المدني: وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على الحق في تكوين الجمعيات والانخراط فيها، والحق في المشاركة في الحياة السياسية، وفي الحياة العامة، باعتبارها من الحقوق والحريات

¹ - Heywood, Andrew.(2000).Key Concepts In politics .Basingstoke, England : Palgrave,P.17.

² - سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل: التجديد السياسي والواقع العربي المعاصر: رؤية إسلامية، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، مركز البحوث والدراسات السياسية، مكتبة النهضة المصرية 1989، ص 180.

³ - عبد الرزاق مقري: مشكلة التنمية والبيئة والعلاقات الدولية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1 2008 ص 53

الأساسية لكل الأفراد، على أساس المساواة ودون أي تمييز، وتشكل في مجموعها شروطاً لا يغني بعضها عن الآخر لقيام وتطور البناء الديمقراطي للمجتمع.¹

رابعاً: تطور المجتمع المدني على الصعيد الدولي:

من المؤسف أن المجتمع المدني العربي والإسلامي بصفة عامة ليس له حضور قوي على الصعيد الدولي، لأنه ما زال يواجه الكثير من الصعوبات والعوائق داخل معظم البلدان العربية والإسلامية، بسبب ضيق مجال الحريات العامة، وطبيعة الأنظمة السياسية التي تتباعد عن الديمقراطية، ويسودها أشخاص بدل المؤسسات.

وأصبح ضرورياً أن يضطلع المجتمع المدني بدوره في التوعية البيئية في ظل عزوف الإعلاميين عن التخصص في الإعلام البيئي، فلم يحظ الإعلام البيئي بإقبال الكثير من الإعلاميين للأسباب التالية:

- 1- إن التخصص في العلوم البيئية جديد نسبياً ضمن التخصصات البيئية الكثيرة.
- 2- طبيعة المشكلة البيئية لا تشكل سبقاً صحفياً إلا إذا تعلق بكارثة بيئية أو بأضرار فادحة ناتجة عن التلوث.
- 3- عند تناول البعد البيئي لمشكلة رئيسة فإن ذلك يتطلب الإلمام بتخصصات أخرى لأن قضايا البيئة ذات أبعاد متداخلة مع الاقتصاد والتنمية والاجتماع والقانون والسياسة.
- 4- الزمن المطلوب لكتابة تقرير صحفي بيئي يستغرق وقتاً أطول لمراجعة بعض الأمور الفنية والعلمية والإحصاءات.
- 5- إن القضايا البيئية تثير معها سياسات صاحب القرار الرسمي، وأصحاب القرار من القطاع الخاص، الذين قد تتعارض مصالحهم مع حماية البيئة والتنمية المستدامة.
- 6- عدم تشجيع القائمين على المؤسسات الإعلامية الصحفيين ودفعهم للخوض في مجال البيئة وعدم تخصيص صفحات في الجرائد أو برامج في الإذاعة والتلفزيون تهتم بشؤون البيئة والتوعية البيئية والافتقار إلى الأرشيف التخصصي والمكتبة التلفزيونية، وانخفاض الأجور التي يتم منحها عن الموضوعات والريپورتاجات التي

¹ - حيث نصت المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948/12/10

لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء .
وفضلاً عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلاً أو تحت الوصاية أو غير متع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود.

ونصت المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948/12/10

1- لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية.

2- لا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما.

تحتاج إلى جهد ومال كبيرين، واقتصر دور الإعلام على إبراز الإيجابيات، والابتعاد عن كشف السلبيات التي تلحق بالبيئة.

7- ضعف دور المؤسسات الحكومية المختصة بالبيئة.

8- غياب التبادل المعرفي بين المشرفين على الصفات البيئية في الصحف والخبراء والمهتمين والجمعيات المعنية، الأمر الذي ينتج عنه أحيانا معالجة سطحية لقضايا البيئة. كذلك مسألة غياب التنسيق، وغياب بنك المعلومات البيئية.

خامسا: المجتمع المدني في الجزائر :

ينص الدستور في مادته 33 على الحق في الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعلى أن الحريات الفردية والجماعية مضمونة. وتوضح هذه الحقوق أكثر في نص المادة 41 التي تنص على أن حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن.

بعد ذلك، يعود الدستور الجزائري، في مادة أخرى، إلى الحديث عن حق إنشاء الجمعيات تحديدا وتشجيع الدولة لها. المادة 43 تنص على أن حق إنشاء الجمعيات مضمون. تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية. يحدد القانون شروط وكيفية إنشاء الجمعيات. واضعا الفروق بين الجمعية والنقابة من خلال هذه المادة، المادة 56 التي تنص على أن: "الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين".

تؤكد المعطيات الرسمية أننا أمام عدد كبير جدا من الجمعيات خاصة عندما يتعلق الأمر بالجمعيات المحلية التي تجاوز عددها السبعين ألف جمعية حسب معلومات حديثة، منتشرة جغرافيا في كامل التراب الوطني حتى ولو كان ذلك بدرجات متفاوتة لصالح المدن الكبرى وبعض جهات الوطن. لقد تطورت هذه الجمعيات عدديا بسرعة مباشرة بعد المصادقة على قانون الجمعيات رغم ما عرفه تطورها من خمول خلال النصف الثاني من التسعينيات نتيجة الأوضاع الصعبة التي عرفتها الجزائر. تهتم هذه الجمعيات الناشئة بمواضيع مختلفة يأتي على رأسها ما تسميه مصالح وزارة الداخلية بالقضايا المهنية، جمعيات الأحياء والاهتمامات الدينية والرياضة والمسائل الثقافية دون إهمال القضايا الاجتماعية - الصحة، المعاقون، الشغل... الخ - التي تفاقمت في السنوات الأخيرة؛ مما جعل الجمعيات تأخذ منحى مطلبيا واضحا في وضع تميز بغياب جزئي للدولة جراء الخيارات الجديدة المتبناة في الميادين الاقتصادية وأزمة مالية عانت منها لسنوات عدة.

نفس الملاحظات يمكن القيام بها حول العدد الكبير للجمعيات ذات الطابع الوطني والتي تنشط في ميادين شتى يأتي على رأسها الجمعيات المهنية والرياضية والثقافية والصحية... الخ، علما بأن الجمعيات الجزائرية، لاسيما المحلية منها وحتى بعض الجمعيات الوطنية، عادة ما تتميز بتعددية نشاطها، مما يفقد هذا التصنيف المعتمد من طرف المؤسسات الرسمية الكثير من الدقة، فالتجربة الميدانية تبين أن الجمعية التي تنشط في ميدان الصحة يمكن أن تقوم بعدة نشاطات في ميدان الطفولة والمرأة. نفس الشيء بالنسبة إلى الجمعية الثقافية التي يمكن أن

تقوم، بمناسبة وطنية ودينية، بنشاطات ذات طابع اجتماعي وحتى خيري تحت ضغط الظرف الاجتماعي، الاقتصادي والسياسي وحتى الطبيعي الذي كان كثير التقلبات خلال العمر القصير لظهور المجتمع المدني في الجزائر من وجوه التفاعل بين المجتمع السياسي والمجتمع المدني؛ ذلك أن المجتمع السياسي ينظر إلى المجتمع المدني نظرة خارجية بالنسبة إلى ماهيته، ولكنه يتفاعل معه، على الأقل، في إطار توفير التشريعات الضرورية لتنظيم أعماله ونشاطاته ومبادراته، التي تحتاج على الدوام إلى مواكبة من لدن السلطة العامة في المجتمع. وتفعيل هذه المؤسسات ضروري جدا لكي يشعر المجتمع المدني باستقلاليته النسبية في المجتمع الشامل وبدوره الخاص في هذا المجتمع.

سادسا: تحفيز اهتمامات الجمهور بالبيئة:

حيث أن الإعلام البيئي يهم كل فئات المجتمع، والتأثيرات والأضرار الناتجة عن الكوارث البيئية لا تميز بين فئة وأخرى، لذلك فإنه يلزم التوجه إلى الجماهير لتكون قوى ضاغطة لحث أصحاب القرار على انتباه سياسة إنمائية متوازنة تحترم البيئة وتحافظ على مواردها الطبيعية، كما عليه أن يتوجه إلى العلماء والمفكرين والمثقفين لحثهم على وضع قدراتهم الإبداعية للحفاظ على توازن الطبيعة والحد من تلوث البيئة، وإلى السياسيين وأصحاب القرار للتشديد على أن مسؤولياتهم لا تنحصر في مجموعة معينة من المواطنين أو في حقبة زمنية محددة، بل على استمرار الزمن.

وهنا يأتي دور المجتمع المدني، من أنه عنصر أساسي في إيجاد الوعي البيئي ونشر مفهوم التنمية المستدامة، ولقد ساعدت النقلة النوعية الكبيرة في سرعة تدفق وتناول المعلومات المتعلقة بالبيئة والتنمية، على زيادة الوعي البيئي بمشكلات البيئة، فالهدف هو تنمية القدرات البيئية وحمايتها بما يتحقق معه تكييف وظيفي سليم اجتماعيا وحيويا للمواطنين ينتج عنه ترشيد السلوك البيئي في تعامل الإنسان مع محيطه وتحضيره للمشاركة بمشروعات حماية البيئة والمحافظة على الموارد البيئية.

وأهمية تعاظم المجتمع المدني ودوره في الإنذار المبكر ورصد أي خلل بيئي يحدث، وتحريكه للرأي العام، وزيادة الوعي البيئي عند السكان، وإسهامه في إصدار التشريعات الإيجابية التي تخص البيئة.¹

سابعا: الوسائل التي يمكن من خلالها الوصول إلى هذا الهدف:

هناك جملة من الوسائل يمكن من خلالها الوصول إلى تحقيق الوعي البيئي:

-التنسيق بين القطاعات المختلفة من مؤسسات عامة وأهلية وجامعات ومراكز بحثية لإيصال نتائج جهودها في مجال البيئة إلى وسائل الإعلام المختلفة ووجود خطة إعلامية بيئية لدى هذه المؤسسات.

¹ - سيد عاشور أحمد: التلوث في الوطن العربي واقعه وحلول معالجته، الشركة الدولية للطباعة، مصر 2006 ط1 ص 762.

-توعية أصحاب القرار في المؤسسات الإعلامية بأهمية الإعلام البيئي وتغطية القضايا البيئية في التنمية وتشجيعهم على اتخاذ قرارات تعطي الإعلام البيئي دورا أكبر في هذه المؤسسات.

-الوصول إلى الحد الأدنى من التخصص الإعلامي البيئي عن طريق خلق قاعدة من الإعلاميين المدربين بيئيا والمتخصصين حيث تمنح لهم الحوافز المعنوية والمادية وتتاح لهم فرص الإبداع في هذا المجال.

-تفعيل أداء المنظمات المدنية المعنية بالإعلام البيئي وتنشيط العمل الجماعي فيها والخروج من حالة الفردية والشخصنة في عملها.

-تسهيل وصول الإعلامي إلى المعلومة البيئية عن طريق السماح له بالحصول على المعلومات والتقارير والأخبار البيئية بسهولة وتدريبه على كيفية استخراج هذه المعلومة من بين كم هائل من المعلومات الأخرى.

-تعظيم دور المشاركة الشعبية في الإعلام البيئي والنزول إلى الشارع لأخذ رأي الناس والتخلص من عقلية الإعلام الموجه والتلقيني.

-المضي قدما في إجراءات خصخصة وسائل الإعلام والتقليل من السيطرة الحكومية على الإعلام المحلي وربط ذلك مع التوعية البيئية للمسؤول الإعلامي.

-إنتاج برنامج تلفزيوني بيئي أسبوعي خاص وبرنامج إذاعي بيئي أسبوعي وإعداد صفحة بيئية يومية في الصحف المحلية وإصدار مجلات وصحف بيئية أسبوعية وشهرية وإنشاء مواقع إلكترونية خاصة بالخدمات الإعلامية البيئية .

-التركيز في الإعلام البيئي على ربط قضايا البيئة بالهموم اليومية للمواطنين والدمج بين البيئة والقطاعات الاقتصادية المختلفة.

-التركيز على قصص النجاح وأفضل التجارب والتقنيات المتاحة لإثبات أن حماية البيئة حمداً ممكن التحقيق وله مردود اقتصادي واجتماعي وثقافي وليس عبئا على الاقتصاد وطبائع الناس .

ثامنا: تقدير المشاكل البيئية في الجزائر:

تواجه الجزائر عددا من المشاكل البيئية وتصنف هذه المشاكل إلى فئتين، هما: شح الموارد والتلوث البيئي: حيث تعاني من نقص إن لم نقل شحا في المياه وبالتالي نقص في الأراضي الصالحة للزراعة يزيد من تفاقمه التدهور البيئي والتصحر، كما أن الانتقال للعيش في المناطق الحضرية بمعدلات سريعة خلق مشاكل تلوث هواء كبيرة وتواجد المدن الكبرى في المناطق الساحلية أدى إلى مشاكل تلوث الشواطئ، وتسهم هذه المشاكل كل بطريقتها في تخفيض جودة الحياة، وإعاقة جوانب القدرة البشرية والتسبب في تكاليف اقتصادية كبيرة لا تستطيع تحملها.¹

¹ - سيد عاشور أحمد: المرجع السابق ص ص 183-192.

وفي نفس الوقت انتعش الاهتمام بالبيئة على الصعيدين الحكومي والشعبي وكذلك في المعاهد الأكاديمية ومعاهد البحوث وتعكس إستراتيجية حماية البيئة التي ترد خطوطها العريضة في الجزء التالي، التفكير الجديد في الطريقة التي تمكن من التقدم في هذا الميدان الهام بشكل خاص للتنمية الإنسانية.

تاسعا: نحو إستراتيجية لحماية البيئة¹:

تجسد الإستراتيجية المقترحة عددا من المبادئ التوجيهية العامة التي يمكن الاستفادة منها لوضع برامج عمل بيئية وتستند هذه المبادئ التوجيهية بدورها إلى دعامتين:

الأولى: جوانب القوة والضعف في الظروف البيئة الحالية.

الثانية: فهم عام للتطورات الأخيرة في مختلف مجالات العمل البيئي.

ويتطلب التنوع الايكولوجي إتباع طرق علاج مختلفة للمشاكل البيئية وتطبيقها بصورة عامة، ويمكن إنجازها فيما يلي.

1- وقف أسباب تدهور البيئة: فغالبا ما يبدل قدر كبير من الجهود لمعالجة تأثيرات تدهور البيئة قبل إيلاء الاهتمام المناسب لوقف أسباب التدهور وهذه الجهود لا تعود بمردود ايجابي . خاصة وان هناك حالات تكون فيها التأثيرات شديدة بحيث يتوجب تقسيم الجهود بين علاج التأثيرات من جهة وإزالة أسباب المشاكل من الجهة الأخرى وفي هذه الحالات يلزم بذل جهد كبير جدا في درجة المشاكل البيئة من منطقة إلى أخرى أو من وقت إلى وقت لاحق حيث سيؤدي دائما إلى كلفة طائلة وأفضل نهج هو معالجة المشاكل في مرحلة مبكرة.

2- تعزيز القدرة على استخدام أدوات الاقتصاد البيئي الحديثة: إن إتقان استخدام أدوات التحليل الحديثة يمكن أن يوفر لصانعي الساسة تقديرات دقيقة للضرر الذي لحق بالبيئة نتيجة لعدم اتخاذ إجراءات أو التأخر في اتخاذها، ويمكن أن يساعد على معالجة المشاكل البيئية بسرعة وفعالية ومن بين هذه الأدوات حساب الآثار البيئية الخارجية للأنشطة الاقتصادية وتعديل إحصاءات إجمالي الناتج القومي لإظهار ما يستهلك من موارد وما يحدث من تلف بيئي والقيمة الحقيقية للاستثمارات مع مرور الزمن وهذه الأدوات متوفرة وأخذة في التحسن وتطبيقها يزداد يسرا ويمكن أن تكون مفيدة جدا لصانع القرار وتساعده في أن يتخذ بثقة قرارات رشيدة بشأن المسائل البيئية.

3- اعتماد إستراتيجية الإنتاج الأنظف: إستراتيجية الإنتاج الأنظف تغطي نطاقا واسعا من المواضيع بما فيها تخفيض استهلاك الموارد الطبيعية بسرعة وعلى نحو ملموس وتجنب استخدام المواد شديدة السمية أو

¹ - مؤتمر تبليسي 1977 منشورات الأمم المتحدة

الضارة بالبيئة وتحسين تصميم وتصنيع المنتجات لتخفيف العوادم المنبعثة والقمامات والنفايات وتشجيع إعادة التدوير . وتعرض هذه الإستراتيجية أيضاً لنظام القيم الاجتماعية والظروف التي ينشأ في ظلها الطلب الاجتماعي على المنتجات والخدمات. ومن ثم تحاول تعديل هذه النظم لتخفيف استهلاك الكماليات غير الضرورية التي تبدد الموارد وتضر بالبيئة وتسعى البلدان الصناعية إلى تحقيق ما يعرف بالمعامل 4 على الأجل القصير والمعامل 10 على الأجل الطويل وينطوي الأول على مضاعفة الإنتاج بنصف المدخلات من الموارد الطبيعية والطاقة ويشير الثاني إلى إنتاج نفس الإنتاج بعشر- المدخلات وتنطوي إستراتيجية الإنتاج الأنظف على فهم ديناميكي لمفهوم الأنظف حيث سيكون هناك مع تطور درايتنا الفنية وفهمنا لحقيقة المشاكل البيئية وتعاطم قدرة المجتمع على التصدي لها. دائماً نمط للإنتاج والاستهلاك أفضل من وجهة النظر البيئة من نمط نسعى اليوم لتحقيقه.

4- زيادة المشاركة الشعبية في خطط عمل حماية البيئة في التعامل مع القضايا البيئية:¹ فقد كان ولا يزال السؤال الأساسي هو كيف يمكن تحقيق التوازن المناسب بين متطلبات التنمية وضغطها على البيئة من جهة والحاجة لحماية البيئة من جهة أخرى ولتحقيق هذه التوازن قد يتطلب الأمر إحداث تغييرات كبيرة في خطط التنمية وقد تعارض هذه التغيرات بدورها مع مصالح مجموعة اجتماعية أو أخرى ولذلك ينبغي بذل كل جهد لكسب تأييد الشعب لهذه التغيرات. ويتعين أن يقوم هذا الدعم على توعية الجمهور بإبعاد المشاكل البيئية والسبب الذي يدعو للأخذ بنهج معين لمعالجتها وينبغي استطلاع الرأي العام بشأن الخيارات المقترحة وان يؤخذ هذا الرأي مأخذ الجد لان الشعب هو الذي يتأثر بالمشاكل والحلول على حد سواء ولا يمكن ان تنجح جهود حماية البيئة على الأجل الطويل بدون دعم الشعب. وهناك ثلاثة عوامل حاسمة في حشد الرأي العام بالنسبة للقضايا البيئية:

الأول: هو دمج الوعي البيئي في التعليم والتدريب على جميع المستويات وفي جميع الميادين بحيث يبدأ هذه الدمج في أوائل مراحل التعليم ويستمر حتى الدراسات الجامعية العليا كالهندسة والإدارة والاقتصاد والقانون وفي معاهد البحوث.²

والثاني: هو تعبئة وسائل الإعلام المكتوب والمسموع والمرئي بالإضافة إلى الفنانين والأدباء ولفت انتباه الجمهور إلى القضايا البيئية والحصول على دعمه.³

¹ - بناصر يوسف: الحق في البيئة، موسوعة الفكر القانوني، المكتبة القانونية العدد 6 ص 162 - 171

² - محمد مصطفى رجب: مفهوم التربية البيئية وأهميتها، في محمد جمال رستم: التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان

ط 1.2006 ص 93-104

³ - محمد مصطفى رجب: نفسه

والثالث: هو تشجيع المشاركة الشعبية في سن التشريعات وفي الامتثال لها بعد سنّها. وهذه المهمة ليست سهلة في مجتمعات ما زالت تفتقر في ممارستها وتشريعاتها إلى الاهتمام بالمشاركة الشعبية في صنع القرار وتنفيذه ولكنها ذات أهمية حاسمة لكي تعطي التشريعات البيئية وخطط العمل البيئية ثمارها. وبالتالي إقناع الناس بقيمة جهودهم الإضافية ومساعدتهم على بذل هذه الجهود.¹

ففي بعض الحالات النادرة والجديرة بالثناء أظهرت المنظمات غير الحكومية خبرة ومعرفة في القضايا البيئية وتبنت قضايا بيئية تهم المجتمع ودافعت عنها باقتناع وتصميم. إلا أنه نظر لعدم وجود عدد كبير من المنظمات المدنية التي تعمل من أجل حماية البيئة فإن فعالية هذه الجمعيات سيظل محدودا ما لم تبذل جهودا لتقوية هذه الجمعيات بوصفها قوة جماهيرية تدعم الحكومات والمنظمات المهنية في جهودها الرامية للتغلب على المشاكل البيئية.

إن الهدف الحقيقي لبرامج المحافظة على البيئة في المجتمع هو إحداث تغيير في اتجاهات الناس وفي البنية الطبيعية وإنشاء علاقات جديدة بينهم وبين الموارد الاقتصادية وإدخال الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإنتاج وما يتبع ذلك من تغيرات لأساليب الإنتاج ولمفاهيم الثروة والدخل والاستهلاك مما يترتب عليه تغيير في التركيب الاجتماعي والعلاقات ومجموع القيم الاجتماعية وإدخال مفاهيم علمية جديدة في السلوك والعادات والخبرات التقليدية في مجالات العمل الجماعي والحياة السياسية والتعليم والإدارة والصحة وغيرها.

عاشرا: المحفزات التي تسمح بتطوير الثقافة البيئية في مجتمعاتنا:

تزخر الجزائر بعوامل عديدة تسمح لها بالخروج من أزمتها البيئية وتدعيم ركائز الثقافة البيئية في أوساط مواطنيها، باعتبار توافق الإطار التشريعي والتنظيمي مع أهداف حماية البيئة بكل مكوناتها، وتوفر القدرات المؤسسية الكافية لمتابعة تطبيق القوانين، إلى جانب الأدوات المدعمة للتأسيس والتربية البيئية التي تقوم بها المؤسسات الاجتماعية في المجتمع الجزائري.²

أ- التشريعات (قوانين ومراسيم): ظهرت أولى البوادر التشريعية التي تجسد اهتمام الجزائر بحماية البيئة سنوات قليلة بعد الاستقلال، وذلك عندما أخذت الحماية القانونية تحتل مكانتها تدريجيا في منظور السلطات الجزائرية، فشرعت في إصدار النصوص القانونية في شكل أحكام منتشرة في مختلف القوانين الإدارية والجنائية والمدنية. ونلمس تزايد اهتمام السلطات الجزائرية بحماية البيئة في قرار إنشاء المجلس الوطني للبيئة في سنة 1974 كهيئة استشارية تقدم اقتراحاتها في مجال حماية البيئة. وصدر أول قانون مستقل لحماية البيئة في عام 1983، وتضمن المبادئ العامة لمختلف جوانب حماية البيئة. وأمام التدهور الذي شهدته البيئة في الجزائر في سنوات سابقة رغم إصدار كم كبير من القوانين والنصوص التنظيمية،³ تأثر المشرع الجزائري بالقضايا البيئية

¹ - محمد مصطفى رجب: نفسه

² - أحمد ملحة: الرهانات البيئية في الجزائر، مطبعة النجاح الجزائر 2000 ص 10.

³ - نفسه: ص 14

الدولية وإشكالاتها المطروحة والمقاربات الحديثة لمعالجتها، فأصدر القانون رقم 03-10 المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. وتبع ذلك صدور جملة من القوانين المتعلقة بحماية البيئة، بما يتناسب ومتطلبات التنمية المستدامة ومبادئها.¹

إن قوانين البيئة التي صدرت في الجزائر، مثل باقي القوانين البيئية في دول العالم، تسعى إلى تحقيق هدف أساسي هو وقاية البيئة ومنع وقوع أسباب الإضرار بها، ولهذا حدد المشرع الجزائري في القانون رقم 03-10 وفق المادة الثالثة جملة من المبادئ العامة التي تقوم عليها حماية البيئة في الجزائر، مثل مبدأ الإعلام والمشاركة، وينص على أن يكون " لكل شخص الحق في أن يكون على علم بحالة البيئة والمشاركة في الإجراءات المسبقة عند اتخاذ القرارات التي قد تضر بالبيئة ".

من هذا المنطلق، يبرز حق المواطنين والمجتمع المدني في الحصول على معلومات تتعلق بحالة البيئة والتدابير والإجراءات الموجهة لضمان حمايتها وتنظيمها. وتكمن أهمية هذا المبدأ باعتبار أن البيئة ليست مسؤولية الأجهزة الحكومية أو المؤسسات العاملة في مجالات حماية البيئة وحدها، بل يتحمل الأفراد وأيضاً الجمعيات والأحزاب السياسية نصيباً من المسؤولية.

ونجد هذا الأمر مجسداً في جميع القوانين الأخرى المرتبطة بحماية البيئة، حيث تخطى جمعيات المجتمع المدني بدور هام لا يقل أهمية عن دور الإدارة في حماية البيئة وترقيتها وتحسينها. وينص قانون البلدية الجديد في بابه الثالث (من المادة 11 إلى المادة 14) على مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية، ويسهر المجلس الشعبي البلدي من أجل ذلك على إعلام هؤلاء المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويسهر المجلس كذلك على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تحفز المواطنين وتحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم.

ب- مؤسسات التنشئة الاجتماعية: إذا كانت التنشئة الاجتماعية، عملية اجتماعية يتم بواسطتها اكتساب الفرد ثقافة المجتمع الذي يعيش فيه، فإن المؤسسة الاجتماعية تعد اللبنة التي تتشكل فيها العلاقات الخاصة بين الأعضاء، فتتحدد الأدوار الاجتماعية، كما تتحدد الحقوق والواجبات. كما أن علاقة الفرد بالمجتمع لا تكون إلا من خلال المؤسسة الاجتماعية التي ينتمي إليها، فالفرد لا يكون في علاقة مباشرة مع المجتمع، وإنما من خلال المؤسسة التي ينتمي إليها، كما أن المجتمع لا يؤثر في الفرد إلا من خلال تلك المؤسسة نفسها. ومجموع هذه المؤسسات تشكل ما يسمى بالمجتمع المدني.

¹ - القانون 10/03 المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخ في 20/7/2003

ومن بين أهم هذه المؤسسات الاجتماعية، الأسرة وهي المسؤولة عن تنشئة أطفالها، حيث تعد التنشئة وظيفتها الرئيسية. وتعد الأسرة الجزائرية في عمومها أسرة متماسكة تعني بأبنائها وتوجههم الاتجاه الصحيح في التنشئة والتربية، من خلال التلقين والنصح والملاحظة.

من بين المؤسسات كذلك المدرسة، وهي المؤسسة الاجتماعية الرسمية التي تقوم بوظيفة التربية، وتوفير الظروف المناسبة لنمو الطفل جسدياً وعقلياً وافتحياً واجتماعياً، وتعلم المزيد من المعايير الاجتماعية، والأدوار الاجتماعية. ويعرفها إميل دور كايم بأنها: "عبارة عن تعبير امتياري للمجتمع الذي يوليه بأن تنقل إلى الأطفال قيما ثقافية وأخلاقية واجتماعية يعتبرها ضرورية للتشكيل الراشد وادماجه في بيئته ووسطه".

ويزخر مجتمعنا بمؤسسة اجتماعية لها دور بالغ في التنشئة والتوعية في مختلف القضايا الاجتماعية هي مؤسسة المسجد. وتمتلك عدة وسائل لممارسة التنشئة الاجتماعية للحفاظ على البيئة من خلال خطب الجمعة والأعياد ودروس الوعظ والإرشاد، وتنظيم محاضرات والندوات وأنشطة تبرز أحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم الاعتداء على البيئة الطبيعية والحضرية. ويمكن أن تبادر المساجد بتنظيم أيام إعلامية للتحسيس والتوعية للمحافظة على البيئة والتراث المعماري. من خلال المحاضرات والدروس المسجدية وحملات للنظافة والأنشطة الثقافية والترفيهية للأطفال بغية غرس القيم البيئية في نفوسهم، فالبيئة بصورة عامة وحمايتها من التلوث بصورة خاصة ترتبط بالدين الإسلامي الذي يعتبرها جزءا من العقيدة الإسلامية؛ ويوضح هذا الحديث عن أي هزيمة رضي الله عنه ذلك؛ حيث قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الإيمان بضع وسبعون أو بضع وستون شعبة، أعلاها قول: لا إله إلا الله. وأدناها: إمطة الأذى عن الطريق. والحياء شعبة من الإيمان"¹

كما تعد جمعيات ولجان الأحياء وأفواج الكشفية واحدة من أهم مؤسسات التنشئة الاجتماعية في المجتمع الجزائري، وتنشط في مجالات النظافة وحماية المحيط والإنارة العمومية، ويمكن أن تؤدي دورا مهما في مجال حماية البيئة على غرار تنظيم حملات للتشجير وتنظيم تسيير جمع النفايات داخل الأحياء.

ج- المعوقات والعراقيل: هناك عدة مقومات ومحفزات تسمح بنشر الثقافة البيئية في الجزائر، كما تقدم. لكن توجد أيضا عراقيل ومعوقات لا تسمح بتطوير مفهوم هذه الثقافة في أوساط المواطنين، للحفاظ على البيئة عندما يتم لا يحدث دون مشاكل أو معوقات وهذه المعوقات تتمثل في القيم والعادات السيئة المتوارثة وسيطرة العقلية التقليدية على التفكير كما هو الحال لدى أغلب أبناء الشعوب المتخلفة، والتي تعاني أيضا من مشكلات تتعلق بنظم التعليم وهبوط المستوى التعليمي وانخفاض القدرة الإبداعية واستمرار الاعتماد على التكنولوجيا المستوردة، هذا بالإضافة إلى المشكلات المرتبطة بوضع المرأة الاجتماعي وقلة إنتاجيتها.. والمشكلة السكانية والتي تتمثل ليس في مجرد ارتفاع الزيادة السكانية وإنما في عدم استثمار الطاقات البشرية الاستثمار الأمثل. هذه كلها مشاكل تتعلق ببرامج التنمية المستدامة ولا سبيل امثل لحلها سوى من خلال

¹ - متفق عليه.

إعلام مستنير وجاد يضع أصابعه على مشاكل المجتمع ويعالجها العلاج الأمثل من هنا جاءت أهمية الوعي البيئي في المحافظة على البيئة وجعلها في خدمة الإنسانية جمعاء وليس يجعلها معوق أساسي في عملية التنمية كما هو حادث الآن. ويمكن إن نضيف معوقات أخرى تمثل خصوصا في ما يلي:

1- عدم تطبيق القوانين ونقص الردع: إن المتنبع للمشهد البيئي في الجزائر، يلاحظ اختلالا واضحا في التوازنات البيئية وانتشارا مذهلا للنفايات وامتدادا متواسلا للتلوث في كافة مناحي الحياة. وسيكون من المنطقي التساؤل عن أسباب هذا التزدي في ظل وجود ترسانة من القوانين البيئية وغير البيئية في الجزائر التي تمنع إحداث أضرار بالبيئة أو ممارسة أي نشاط من شأنه تلويث البيئة، غير أن الجواب لن يستدعي الكثير من الجهد للتصريح به وهو عدم تطبيق تلك القوانين وانعدام الردع على المخالفين إلا نادرا.

وقد بات من المؤكد أن عدم تطبيق القانون على الجميع وفي كافة الحالات، أدى إلى تفاقم الوضع البيئي في الجزائر، وإلى عدم احترام القوانين والتشريعات، الأمر الذي يهدد بيئتنا بمزيد من التلوث والتدهور.

2 - ضعف التنشئة الاجتماعية البيئية: عندما نتابع الوضع البيئي في الجزائر، وانصراف المواطنين عن أداء واجباتهم نحو بيئتهم من رعاية وحماية ومحافظة، فإن التساؤل يثور حول دور مؤسسات التنشئة الاجتماعية جدير أن يطرح في هذا المقام نظرا إلى التأثير القوي الذي يفترض أن تخلفه في نفوس المواطنين. ويبدو أن هناك فجوة بين هذه المؤسسات والمواطنين لا تسمح بمرور رسالة التوعية والتحسيس بالشكل المناسب. ويبدو أن من الأسباب التي أدى إلى ذلك غياب القدوة الحسنة لأنها تعد من أنجع الأساليب، فهي تتطلب التزاما صادقا من الأفراد بما يدعون إليه. وإذا كانت القدوة حسنة سواء من المسؤولين أو من أولياء الأمور، فإنها ستنتج سلوكا حسنا وقويما والعكس صحيح.

وفي الجانب التربوي التعليمي، يسجل المتمتع في المناهج التربوية والبرامج البيداغوجية للمنظومة التربوية في بلادنا، نوعا من الارتياح بخصوص مضمون الدروس التي ترسخ الثقافة البيئية لدى التلاميذ، لكن يلاحظ أيضا انعدام التطبيقات العملية الميدانية لتلك الدروس، مما يمنع من تحقيق جميع الكفاءات المستهدفة في التلميذ مكنتها بالتعلم بطريقة التلقين التقليدية التي تجاوزتها أساليب التدريس الحديثة.

ونضيف إلى العوامل السالفة الذكر تقاعس بعض الجمعيات عن العمل البيئي، وإن العدد المعتبر لجمعيات حماية البيئة ولجان الأحياء لا يعبر بصدق عن مدى فعالية الجهود المبذولة من أجل التحسيس والتوعية ونشر الثقافة البيئية في المجتمع الجزائري. إن صدى هذه الجمعيات على أرض الواقع ضعيف وغير مؤثر، ولا نكاد نسمع أو نقرأ عن جمعية تمكنت من إحداث تغيير جوهري في الممارسات البيئية على مستوى المسؤولين، وحتى على مستوى المواطنين. وإذا تصفحنا إنجازات هذه الجمعيات لوجدنا عددا قليلا جدا منها استطاعت أن تحجز مكانة ضمن الجمعيات الفاعلة في الميدان البيئي.

3- غياب روح المواطنة: و هي من الأسباب الرئيسة في تدهور بيئتنا وهذا يعني سلبية المجتمع المدني، حيث يعتبر كثير من الباحثين في الشؤون البيئية أن البيئة أصبحت حقا من حقوق الإنسان بمقتضى- قرارات واتفاقات دولية، فالعلاقة ما بين البيئة وحقوق الإنسان أصبحت بموجب ذلك علاقة تبادلية، ويستحيل تفريق البيئة عن القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان، وخاصة فيما يتعلق بالتنمية الاجتماعية المستدامة، وذلك لأن ما بين البيئة والأشخاص أو الأفراد علاقة متبادلة، إذ يؤثر كل نشاط إنساني على البيئة، وكذلك تؤثر البيئة على الحياة الإنسانية، كما تؤثر الأحداث المناخية على العالم كله.

إن من حقوق المواطنة أن يكون للمواطن حق العيش في بيئة متوازنة خالية من الأضرار التي تلحق الأذى بصحته، ورفاهيته من أهم الحقوق الأساسية التي استقرت عليها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية منها الجزائر.

وتشمل حقوق المواطنة كل الأسباب التي تؤدي إلى توفير بيئة نظيفة وصحية خالية من التلوث والأمراض والأوبئة مع حماية الموارد الطبيعية والالتزام بتنمية مواردها. مقابل هذه الحقوق، تسند التشريعات إلى الأفراد الطبيعيين والمعنويين واجبات تفرض عليهم إدراك وعيمهم في حماية البيئة من خلال حسن استغلال الموارد الطبيعية والمحافظة عليها وعدم تدميرها خصوصا المياه، وضرورة مكافحة التلوث ومنع تدهور المحيط الطبيعي والحضري بالتدخل في مصدر التلوث.

إن الشعور بالمسؤولية والإحساس بالمواطنة يعدان من الركائز الأساسية في ثقافة البيئة، والحفاظ عليها، والتعامل معها غير أن واقعنا يبين بوضوح أن روح المواطنة لدينا غائبة لدى أغلب المواطنين، ولكن يقابله المطالبة المستمرة بالحقوق، دون الالتزام بأداء الواجبات التي منها واجب حماية البيئة التي يتولى المواطن القسط الأهم منها في مأواه، وفي محيطه القريب منه.

لقد بينت الدراسات الميدانية في كثير من البلدان أن فرض القوانين بأساليب ردعية فقط لم يكن مجديا بالشكل المطلوب، ولذلك على المسؤولين المحليين أن يقوموا بدور أكبر في مجال التنسيق والتعاون مع الجمعيات المحلية لحماية البيئة ولجان الأحياء وكافة المواطنين بغية تفعيل عمليات حماية البيئة ومحاربة التلوث بجميع أشكاله، من خلال تطبيق آليات الحكم الرشيد. والتدهور الخطير للوضع البيئي خلال السنوات القليلة الماضية في الجزائر قد نتج غالبا من ضعف أو غياب التنسيق الفعال بين قطاعات الدولة المعنية وأيضا من غياب الدور المجتمعي وتحميل الدولة وحدها مسؤولية المحافظة على الموارد البيئية وتنميتها.

تأسيسا على ذلك، فإن المجتمع المدني في الجزائر، بالنظر إلى القوانين السارية، بإمكانه أداء دور هام في مجال حماية البيئة، حيث بمقدرته مشاركة السلطات والهيئات المحلية المنتخبة في اتخاذ القرار، بل ومقاضاة المتسببين في إلحاق أضرار بالبيئة. كما تتيح ذات القوانين للمواطنين والجمعيات الإطلاع على جميع ما يتعلق بمشكلات

البيئة، ومنحها حق الحصول على معلومات من الإدارة حول ما كل يتعلق بقضايا البيئة والمخاطر البيئية التي تهدد السكان.

خاتمة:

نستطيع القول أن الثقافة البيئية تنمو وترسخ لدى الأفراد وفي وسط المجتمع بإصدار التشريعات اللازمة وإنشاء الهيئات المكلفة بتنفيذ هذه التشريعات على أرض الواقع، ومن خلال عمليات التوعية والتحسيس المستمرة التي أن يقوم بها المجتمع المدني، بالتأكد على أهمية البيئة وضرورة المحافظة على المحيط وعلى التوازن البيئي في إطار القيم التي تركز عليها روح المواطنة.

إن الثقافة البيئية تشكل أحد أهم الروافد التي أصبح الإنسان المعاصر ينادي بها، وهذا نظرا للأهمية الكبيرة التي تحتلها في حياة البشرية، وبات من الملح إيلاء الأهمية القصوى لهذا الجانب في الجزائر لتجنب المزيد من التدهور في بيئتنا، من خلال مجموعة من التدابير أهمها التربية البيئية المستمرة، وتحمل مسؤوليتها كل الجهات الرسمية وغير الرسمية وكل الفعاليات في المجتمع، مع مراجعة دور مؤسسات التنشئة الاجتماعية في الجزائر، وعدم التخلي عن مكاتها الأساسية في تنمية الثقافة البيئية، وضرورة إسناد صلاحيات أكبر لجمعيات حماية البيئة ولجان الأحياء في غرس قيم الثقافة البيئية في المجتمع.

إن الكلمة الأخيرة التي أود توجيهها، أنه حان الوقت للشروع الفعلي في التأسيس للمجتمع المدني في الجزائر بمقوماته وأسس المتعارف عليها في كل المجتمعات التي سبقتنا، فلا بأس أن نصل متأخرين خير من أن لا نصل أبدا، وطبعاً نحن نملك رصيداً هاماً ممثلاً في ميراثنا الثقافي والروحي والحضاري في هذا التأسيس الذي يجب الاستفادة منه، وتحقيق التناغم والانسجام، بين هذا الموروث وبين الواقع المعيش، حيث لا مكان للمجتمعات الاستهلاكية الضعيفة، وأن تفكر بجد في مرحلة ما بعد البترول، لأن الآفاق تبدو غامضة، في ظل العجز عن الإبداع، وتعطل روح المبادرة والاكتشاف، قصد إيجاد ثروات متجددة، خارج مجال المحروقات.

"الربيع العربي" ... ومنطق الديمقراطية الأمريكية*

أ/ سيد أحمد كبير – أستاذ مساعد "أ" – جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص:

شكلت مسألة الديمقراطية في المنطقة العربية منذ بداية عصر- التحولات الديمقراطية في العالم الخصوصية والتميز عن باقي عمليات التحول في البلدان الأخرى ، نتيجة المراحل التي مرت بها والنتائج التي وصلت إليها ، و بقيت محل جدل وقضية بحثية أسالت حبرا كثيرا و موضوع ندوات وعديد المنتقيات الدولية، وقد أثار ما شهدته وتشهده بعض الدول العربية من حركات احتجاجية وانتفاضات شعبية فيما أصبح يُعرف " بالربيع العربي" أو "ثورات الربيع العربي" جدلا ونقاشات واسعة، حول حقيقة هته الانتفاضات، وخلفياتها، وأسبابها، وسيورتها، ومستقبلها، ومستقبل الديمقراطية عامة في المنطقة العربية، وخاصة حول منطلقات وخلفيات وتوقيت هته الحركات الاحتجاجية بالذات، ولا تزال محل خلاف بين مؤيد ومعارض، وبين من يؤكد على دوافعها الداخلية، وبين من يصر على محركها وفاعلها الخارجي، إلا أن الحقيقة تكمن في توافر مجموعة من العوامل الداخلية عرفت كيف تستغلها وتستثمرها العوامل وبعض القوى الخارجية من أجل تحقيق تغييرات لطالما عملت وسعت إلى إعمالها بعد أن أثبت النظام العربي فشله وضعفه على جميع المستويات.

ملخص بالإنجليزية:

The question of democracy and democratization in the Arab world since the beginning of democratic transformations era in the world represent the privacy and the exception, because of the phases and the results reached, and its remained a subject of a broad debate of many and Multi seminars and many international meetings, and What is happening in some Arab countries nowadays in what became called "Arab Spring" or the "Arab Spring revolutions" still a subject of controversy and debate about the Fact of these uprisings, and its backgrounds, and their causes, and its future, and generally, the future of democracy and democratization in the Arab region, and that what this paper will discusses: the Arab spring between internal needs and demands to democratization and the American strategies to democratize the Middle East.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/11/11

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/07

مقدمة:

تعتبر دراسة قضية الديمقراطية والتحول الديمقراطي في المنطقة العربية ومعالجتها، وتحليلها، ومحاولة تفسير مضامينها من أبرز وأهم المشاكل المطروحة اليوم على ساحة النقاشات السياسية، ودوائر صنع القرار والسياسة المحلية والإقليمية والدولية، خاصة بعدما شهدته وتشهده المنطقة مؤخراً من حراك فيما أصبح يُعرف أو يطلق عليه " بالربيع العربي"، وهذا نتيجة أهمية الموضوع - الديمقراطية - في حد ذاته، وكذا أهمية المنطقة العربية عامة، هذا من جهة، و من جهة أخرى نتيجة تشابك وتعقيد العملية السياسية في المنطقة العربية، وتداخل وتشابك معطياتها، وتشارك عدة عوامل داخلية منها وخارجية في صنعها وصياغتها.

فال فشل الذي عرفته عمليات التحول الديمقراطي في المنطقة منذ بدايات تسعينيات القرن العشرين إلى اليوم جعل المسألة محل استنفهام وتساؤل، وتصاغ حولها عديد الأسئلة بخصوص أسباب وعوامل فشل العملية الديمقراطية في المنطقة العربية بالذات رغم نجاحها في عدة أقطار أخرى على غرار دول أوروبا الشرقية وأمريكا اللاتينية؟ وما هي الأسباب والعوامل التي أدت إلى اندلاع ما يعرف " بالثورات الديمقراطية العربية" بهته الطريقة، وفي هذا الوقت، وهته الظروف بالذات؟ ولماذا اتخذت منحاً سلمياً في بعض القطار و عسكرياً في أقطار أخرى؟

وعليه فإن عملية معالجة وكشف مسألة ومسار عملية التحول الديمقراطي في المنطقة العربية تتطلب من الباحث يقظة وفطنة لتسليط الضوء على الأسباب الحقيقية والجوهرية للظاهرة، وكشف الخفي منها، والتي تعرقل عملية بناءها، وعدم الاكتفاء بتحليل وتبني الطرح التقليدي للعملية. لذا فإن معالجة قضية " الربيع العربي " تستدعي بصيرة أكثر حضوراً ونفوذاً للظاهرة، وفطنة تستوعب كافة العوامل الداخلية للمنطقة، وتتعداها إلى التقصي الدقيق لدور العامل الخارجي في تحديد شكل المنطقة العربية، ومنظومتها السياسية بالشكل الذي يُخدم مصالحه وإستراتيجيته عامة.

ومنه فالمشكلة البحثية التي تحاول هته الدراسة تفصيها وكشفها بالتحليل والمناقشة هي كالآتي:

هل الانتفاضات العربية تمثل انتفاضات حقيقية وديمقراطية تهدف إلى تبديل بعض الأنظمة؟ أم أنها لا تخرج عن كونها انتفاضات حُركت من الخارج خدمة لمصالحه الجديدة في المنطقة؟

أو بعبارة أخرى: هل جاء هذا "الربيع" تلقائياً وعفوياً ومفاجئاً؟ أم هي القوى الخارجية التي صنعتها في البيوت الدولية في غفلة من الأنظمة والشعوب؟ أم أنه نتيجة حتمية للتراكم التاريخي لحالات القهر والإحباط والتصدع الموصل إلى الانهيار؟

1. واقع الديمقراطية في المنطقة العربية:

يعتبر انتشار الديمقراطية أو ما يعرف برياح الديمقراطية من أبرز العوامل التي أدت إلى التحول الديمقراطي في العالم - إضافة إلى العوامل الداخلية للبلدان - ، حيث عرف العالم في أعقاب سقوط المعسكر السوفيياتي 1989م موجة من التحولات في أغلب الأنظمة السياسية في دول العالم من النظام الشمولي إلى تبني الديمقراطية خاصة في دول أوروبا الشرقية (مجموعة الدول المستقلة) وأمريكا اللاتينية، فمع نهاية ثمانينيات القرن الماضي، كانت رياح التغيير قد هبت على كثير من دول العالم لتتحول من الأحادية إلى التعددية ومن الاشتراكية إلى الليبرالية ولتبنى في الأخير النظام الديمقراطي الليبرالي، وتصبح كلمة الديمقراطية في عقد ما بعد سقوط الاتحاد السوفيياتي أكثر المفردات السياسية حضورا على مستوى الأبحاث والدراسات، رغم أنها من أقدم ما عرفه الإنسان في مجال التنظير السياسي (العهد اليوناني).

إذ يصفها "هيرودوت" «على أنها حكم الكثرة التي يكون بيدها سلطات الحكم والإدارة، والتي تهدف إلى إقامة نظام سياسي تسوده المساواة بين أفراد المجتمع مع تقرير مسؤوليات الحاكم ومعاونيه أمام جمهور المواطنين بوصهم أصحاب الحق الذي لا يجوز المساس به في مساءلة و متابعة حكامهم»⁽¹⁾. ومن أبرز التعريفات الحديثة نجد تعريف "شومبيتر" Schumpeter الذي عبر فيه على أن الديمقراطية «هي ذلك الترتيب المنظم الذي يهدف إلى الوصول إلى القرارات السياسية، والذي يمكن الأفراد من خلاله اكتساب السلطة والحصول على الأصوات عن طريق التنافس»⁽²⁾.

ومن أهم العوامل الخارجية كذلك التي أثرت في التحولات الديمقراطية التي طالت الأنظمة السياسية العربية، نجد الحقوق والداستاتير الغربية، ويعتبر دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة 1958م النموذج الذي اهتمت به مثلاً دول المغرب العربي، كالتجربة المغربية ثم التجربة التونسية نسبياً وفيما بعد موريتانيا والجزائر بعد المصادقة على دستور 1989م.

كما لعبت المؤسسات الدولية كصندوق النقد الدولي دوراً فاعلاً في توجيه الدول العربية اقتصادياً وسياسياً عبر تطبيق سياسة التقويم الهيكلي، بسبب الوضعية الاقتصادية المتأزمة بهذه البلدان، وقد تجلت هذه السياسة في فرض إجراءات ذات طابع تقشفي في الميادين المالية والاقتصادية والاجتماعية من خلال سياسة الإصلاح الهيكلي، والتي هي سياسة الإصلاح الرسمي لصندوق النقد الدولي، والذي يفسر - البرامج المصممة لمعالجة مديونية دول العالم الثالث، والتي تعرف ببرامج التقشف، حيث ينص البنك والصندوق الدوليين على أن البلدان التي تعاني من المديونية لا مناص لها من إتباع سياسة التصحيح الهيكلي في وظائفها، وإتباع الخصخصة وفتح الأسواق لتتمة اقتصادياتها والتحرر من المديونية⁽³⁾. إضافة إلى صندوق النقد الدولي توجد المنظمات الدولية الحكومية مثل منظمة الأمم المتحدة التي تتدخل في دول عديدة قصد حماية حقوق الإنسان،

وإرساء الأمن وحماية المدنيين والأقليات...، وكل هذا لا يتحقق إلا عن طريق الديمقراطية التي يفترض أن تتحقق بواسطة إجراء انتخابات نزيهة، وإرسال بعثات من المراقبين للوقوف على العمليات الانتخابية.

نجد أيضاً منظمات أخرى كمنظمة العالمية للتجارة التي تفرض على أي عضو يود الانخراط فيها أن يتقيد بالسلوك الديمقراطي، وكذا منظمة العفو الدولية، واللجنة الدولية لحقوق الإنسان... .

ومن العوامل الخارجية الأخرى التي تبقى إلى حد ما قوية، هناك الهيمنة الأمريكية التي تتجلى في وصايتها على المنظمات والهيئات الحقوقية المالية والاقتصادية الدولية، زيادة على تعاظم قوة الإتحاد الأوروبي الذي يملّي التعامل معه بحكم القرب الجغرافي بالنسبة للدول العربية عامة وللدول المغرب العربي خاصة، الانخراط الجبري الذي لا رجعة فيه في التحول الديمقراطي، وهذا عن طريق فرنسا باعتبارها المستعمر القديم للمنطقة، وهذا ما يبرزه خطاب الرئيس الفرنسي "فرانسوا ميتران" شهر جوان سنة 1990م حيث طالب الأنظمة الإفريقية عامة بضرورة تبني القيم الديمقراطية الليبرالية، خاصة المتعلقة بالتعددية السياسية والتخلي عن أنظمة الحزب الواحد.⁽⁴⁾ الذي كان السمة الغالبة على أنظمة الحكم الإفريقية عامة والنظم العربية والمغاربية خاصة.

ويتجلى هذا في فكرة المشروطية السياسية، حيث طرحت فكرة المشروطية السياسية مع أواخر سبعينيات و أوائل ثمانينيات القرن العشرين، حيث ظهر ما يعرف بالجيل الأول للمشروطية السياسية الذي ركز على آليات الإصلاح الاقتصادي مدفوعاً بما عانتها دول العالم الثالث من أزمات اقتصادية في ذلك الوقت، وكان مضمون هذا الجيل الأول من المشروطية تبني برنامج التكيف الهيكلي كشرط لتلقي المساعدات من المؤسسات المالية الدولية، و رغم أن ظاهره اقتصادي يتمثل في فرض الليبرالية الاقتصادية على دول العالم الثالث إلا أنه لا يخلو من البعد السياسي الذي يتمثل في فرض النمط الغربي للتنمية على الدول خاصة الإفريقية منها والعربية باعتبارها أكثر الدول اعتماداً على المساعدات الخارجية .

ثم ظهر الجيل الثاني من المشروطية السياسية، حيث بدأت الدول المانحة الأوربية والأمريكية والمؤسسات النقدية المالية ممارسة الضغوط السياسية والاقتصادية على الدول الإفريقية لإقامة أنظمة ديمقراطية مدنية تستمد شرعيتها من إجراء انتخابات تنافسية تعددية، والوسيلة التي اعتمدتها هذه الدول والمؤسسات للضغط والوصول إلى هذا الهدف هو التهديد بإيقاف هذه المعونات، وفرض العزلة والحصار أو العقوبات على هذه الدول في حال لم تستجيب للشروط.⁽⁵⁾ فمض انتهاء الحرب الباردة من ناحية، وتعاظم العولمة من ناحية أخرى، فإن الغرب قد سعى لفرض أيديولوجيته الرأسمالية (الليبرالية السياسية / آليات السوق) فرضاً على الدول الأفريقية فيما بات يعرف بالحكم الصالح، والتكيف الهيكلي.⁽⁶⁾

وعليه فقد بدأت أغلب الدول العربية أواسط ثمانينيات القرن العشرين تشهد تحولات وإصلاحات في هياكلها السياسية، والاقتصادية والمؤسسية حالها حال باقي دول العالم الثالث، خاصة تلك التي كانت تابعة للمنظومة الاشتراكية السوفيتية سابقاً في إطار ما يعرف بالموجة الثالثة للتحول الديمقراطي كما يراها "هنتغتون"، بيد أن

تبني الإصلاح والتحول الديمقراطي في المنطقة العربية كانت له سماته الخاصة، في إطار تمازج وتداخل مطالب التغيير الداخلية والضغط الدولي الخارجية .

ففي أواسط الثمانينات تجلت محدودية وفشل سياسات الحكومات العربية سواء السياسية أو الاقتصادية المتبعة: من جهة برامج التقويم الهيكلي مثلاً في كل من المغرب وتونس، ومن جهة ثانية محدودية النموذج الدولي الريعي في الدول النفطية مثل الجزائر.⁽⁷⁾ فمجرد الانتقال من مرحلة الثورة إلى مرحلة الدولة، حدثت الفجوة بين المرحلتين وهذا راجع لتأخر الأيديولوجية الثورية عن مواكبة الواقع المتغير والمتناقض.⁽⁸⁾ بالإضافة إلى الطابع الكوربوراتي الذي تميزت به مراحلها الأولى للبناء بعد الاستقلال.

وترجع هذه الحالة إلى كون أساس البناء الديمقراطي العربي كان بناء مقلوباً، فالديمقراطيات الغربية قامت على هيكل اجتماعي - طبقي - متين (الطبقة البورجوازية، الطبقة المتوسطة، والطبقة العاملة) مبني على أساس مبدأ المشاركة السياسية، في إطار نظرية العقد الاجتماعي. أما الوضع في بلدان العالم الثالث عامة والبلدان العربية خاصة فكان مختلفاً، فقد فعلت هذه البلدان في حق الديمقراطية كما فعلت في حق التنمية الاقتصادية، إذ أخذت الدرجة الأخيرة من البناء الذي وصلت إليه الدول الغربية دون أن تتوفر شروطه المسبقة، أي قاعدة البناء الديمقراطي - وجود تعددية حزبية، ومجالس نيابية، وعمليات اقتراع وتصويت، لكنها شكلية لا تعبر عن مشاركة سياسية حقيقية - فلم تصل الدول العربية إلى ديمقراطية على غرار الديمقراطيات الغربية، ولا ليبرالية اقتصادية، بل وجدت فيها مظاهر البناء الديمقراطي الغربي الخارجية أو قشوره لتزيين استبداد السلطة السياسية، وكذلك فعلت في الميدان الاقتصادي والثقافي الفكري، وهذا ما عبر عنه محمد عبد الشفيق عيسى - " بالبناء المقلوب في العالم الثالث والوطن العربي".⁽⁹⁾

وقد أدى هذا إلى أزمات وتدهور في الوضعية الاجتماعية للشعوب المغاربية، ضف إليها خيبة الأمل الكبيرة نتيجة فشل هذه السياسات ومنه الفشل في تحقيق التنمية التي كانت تتطلع إليها شعوب المنطقة. وأدى هذا للمطالبة بالتغيير، فالظروف التي دفعت لتبني الإصلاحات الهيكلية السياسية والاقتصادية في المنطقة - فضلاً عن الضغوط الخارجية الدولية - جاءت نتيجة الفشل والأزمات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الداخلية.⁽¹⁰⁾ والتي كانت بدورها أيضاً نتيجة لعوامل متعددة سواء السياسية منها أو الاقتصادية خاصة والاجتماعية .

هناك ركيزتين أساسيتين للاستبداد في نظم الحكم العربية وهما: أنماط المؤسسات السياسية التي تدير هذه الأنظمة الاستبدادية، وتحافظ على سيطرتهم على السلطة (منطق الدولة البوليسية)، إضافة إلى القوى الخارجية التي تعمل على الحفاظ على حكمهم، ويعملون هم بالمقابل على خدمة مصالح هذه القوى.⁽¹¹⁾ ولقد أدت سيطرة نظم الحكم الاستبدادية والسلطوية بعد الاستقلال وبقاؤها واحتكارها للسلطة سنوات طويلة إلى صراعات وعنف كالثورات العسكرية والاحتلالات السياسية.⁽¹²⁾ وكذا انبهار شرعية هذه الأنظمة التي

لم تنجح لا في تحقيق التنمية المرجوة ولا في بناء مؤسسات تحظى بالرضا المجتمعي. وتجلت مظاهر عدم الشرعية هته في حدوث العديد من الاضطرابات التي اتخذ بعضها شكل محاولات الانقلاب، على غرار ما حدث في المملكة المغربية في مطلع السبعينيات وكذا ظهور وتصادق قوى سياسية معارضة تمثلت في حركات إسلامية راديكالية، فعلى سبيل المثال: شهدت ليبيا العديد من قوى وجماعات المعارضة "كالجبهة الوطنية لإقناذ ليبيا" و"الجبهة الديمقراطية الليبية" و"حركة التحرير الوطني لليبيا"⁽¹³⁾ كما شهدت الجزائر "الجبهة الإسلامية للإقناذ" التي كانت لها مواجمات مع السلطة أثرت على مسار التحول الديمقراطي والمشهد السياسي عامة بالجزائر، وهذا ما أدى إلى عامل آخر وهو عدم الاستقرار السياسي في معظم الدول المغاربية. وقد أدى كل هذا إلى سيادة فكرة مفادها أن كما كان للعامل الاقتصادي دور بارز في توجيه النظم المغاربية لتبني افتتاحات وإصلاحات هيكلية في ظل استمرار الفشل الاقتصادي الذي أصبح الصفة والظاهرة المميزة لكل الدول الإفريقية، بما فيها بلدان المغرب العربي. وفي ظل هيمنة أنظمة الحزب الواحد والأنظمة العسكرية التسلطية.⁽¹⁴⁾ فقد أدى احتكار الدول المغاربية للفضاء السياسي والاقتصادي إلى فشل عملية التنمية الاقتصادية، وبالتالي تراكم الضغوط الدافعة إلى تبني التغيير والإصلاح، خاصة مع مطلع الثمانينيات، وهو ما أدى بهذه الدول إلى اتخاذ إجراءات وسياسات لتخفيف قبضة الدولة على الحياة العامة كما هو حال المغرب وتونس بإفساحهما المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في عملية التنمية. ولكن هذه الإجراءات كانت متأخرة نوعا ما بفعل ما كانت قد وصلت إليه الأوضاع من تأزم كما حدث في الجزائر إثر أزمة أو أحداث أكتوبر 1988.

ومن ثم يمكن القول بأن فشل الدولة في تحقيق تنمية اقتصادية كان أحد الأسباب الدافعة للتحول، كما نتج عن هذا الفشل أزمات وتهديد لشرعية هته النظم، وعليه فإن تجارب الافتتاح التي عرفتها البلدان العربية ما كانت إلا محاولات لترميم الشرعية المتآكلة وإعادة بنائها مجددا.⁽¹⁵⁾ إلا أن الإصلاحات والافتتاحات السياسية التي قامت بها أنظمة الحكم العربية لم ترق ولم تمثل خروجاً عن موروثات الحكم السلطوي الأحادي الاحتكاري للأنظمة العربية، بل كانت وفق استراتيجيات بقاء سياسية واقتصادية لا تخرج عن نطاق المفهوم الكوربوراتي للدولة العربية، والذي اتسمت به منذ استقلالها، بحيث لم تكن تهدف إلى إحداث تغيير جذري في البنى السياسية. فالانتقائية التي تتميز بها هذه الأنظمة، وسعي كل نظام إلى حماية نفسه قبل السعي إلى حماية الحقوق والأفراد والحريات حال دون تحقيق إصلاحات حقيقية، إضافة إلى خضوع عمليات الإصلاح للمزاج العام والشخصي للقيادات السياسية، فقد أشار "لوسيانى" G. Luciani إلى أن عمليات الإصلاح السياسي تذهب في الاتجاه الخاطئ في ظل وجود تشريعات خاطئة.⁽¹⁶⁾ فالإصلاحات التي تبنتها هذه الأنظمة منذ بدايتها كانت تبحث عن مصادر جديدة لشرعيتها المنهارة وفشلها، والأزمات التي واجهتها.⁽¹⁷⁾ في ظل تصاعد الضغوط الدولية والداخلية عليها. لهذا فإن ما وصلت إليه الأوضاع في الساحة العربية عامة من إخفاق وفشل تتحمل مسؤوليته النخبة (الصفوة) العربية بما تشمله من سياسيين وعسكريين كما يقول محمود الناكوع.⁽¹⁸⁾

2. أحداث 11 سبتمبر وتحولات الإستراتيجية الأمريكية:

من خلال متابعة وتحليل واقع الديمقراطية في المنطقة العربية يتضح جليا وقوف عديد العوائق الداخلية والخارجية في وجه عملية استنابات وتحقيق وترسيخ ديمقراطية حقيقية في المنطقة، فإلى جانب العوامل الداخلية المتمثلة في غياب ثقافة سياسية ديمقراطية، والنتيجة عن غياب تنشئة سياسية، وتنمية سياسية واقتصادية، وكذا إلى غياب ركائز وأسس البناء الديمقراطية المتمثل في وجود مجتمع وأحزاب سياسية فعالة، إضافة إلى عدم إيمان النخب العربية بالديمقراطية، واستراتيجيات البقاء التي طبعت عمليات الانفتاح السياسي والاقتصادي الرأسي في المنطقة، والتي غلب ويغلب عليها الطابع الكوربوراتي للدولة العربية، نجد أيضا دور العامل الخارجي المتمثل في القوى الكبرى وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، التي عملت على دعم ومساندة هته الأنظمة الاستبدادية خدمة لمصالحها في المنطقة، وعلى رأسها المصالح الاقتصادية (النفط) وكذا مكافحة الإرهاب.

إلا أن سنة 2001 وبالضبط أحداث 11 أيلول/سبتمبر - والتي تعتبر نقطة تحول وقطعية استيمولوجية في السياسة الدولية - كما اعتبرتها الدراسة نقطة ارتكاز وتحول في تحليل واقع الديمقراطية في المنطقة العربية، نتيجة تحول سياسة وإستراتيجية الولايات المتحدة الأمريكية تجاه المنطقة العربية، وكذا نظرتها للديمقراطية فيها ودمقرطتها، بحيث أصبح التحول الديمقراطي في المنطقة مصلحة أمريكية قومية وإستراتيجية، من منطلق أنه أصبح ركيزة أساسية ومكونا رئيسيا من مكونات السياسة الخارجية الأمريكية، وأحد أبرز أدوات مكافحة الإرهاب في العالم والمنطقة - وبغض النظر عن أسباب وقوعها، والقائمين عليها، إلا أنها وجهت أنظار وأصابع اتهام الولايات المتحدة تجاه المنطقة العربية، وواقع الحرية والديمقراطية فيها، فقد ربطت الإدارة الأمريكية الإرهاب بالديمقراطية، واعتبرت أسباب حدوث الهجمات بالبيئة والسياسات العربية (الشرق الأوسط) الخائفة والاستبدادية التي لا يتولد عنها سوى الإحباط والغضب والعنف، رغم دعمها الطويل للأنظمة الاستبدادية القائمة في المنطقة، إلا أن هذا الدعم - حسبها - لم يعد عليها إلا بنتائج عكسية سلبية.

وهذا ما عبر عنه الرئيس الأمريكي " جورج بوش الابن" سنة 2003 في خطابه أمام الصندوق الوطني للديمقراطية بقوله " أن الشرق الأوسط سيبقى مصدرا للركود والعنف والإرهاب القابل للتصدير طالما استمر فيه قمع الحريات". وأضاف في خطاب له سنة 2005 " أن الحل الوحيد ضد الإرهاب والتطرف هو نشر- التسامح، وبناء مجتمعات حرة " ، وهذا ما أكدته كذلك وزيرة الخارجية الأمريكية " كوندوليزا رايس " في نفس السنة عند زيارتها للقاهرة بقولها " إن الأمور قد تغيرت، وأنها كانت صحوة مفرقة في 11 سبتمبر، عندما أدركنا أن سياساتنا لدعم الديمقراطية في الشرق الأوسط قد فشلت، وأن التطرف والإرهاب يزداد ..."⁽¹⁹⁾ ومنه فإن التركيز الأمريكي كان على نشر- الديمقراطية في المنطقة كأحد المداخل والركائز الأساسية لمكافحة الإرهاب في العالم وخاصة المنطقة العربية، من خلال تقديم الحوافز الاقتصادية كتفاقيات التجارة الحرة، وبعض المبادرات

الداعمة للمجتمع المدني العربي، والإصلاح التعليمي، وقد ارتكزت السياسة الأمريكية لتعزيز الديمقراطية ومكافحة الإرهاب في المنطقة العربية بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 على ثلاثة عناصر أساسية هي:

(1) الخطاب السياسي: المروج للحرية والقائم على افتراض أن التدخل العسكري الأمريكي في العراق سيحولها إلى دولة ديمقراطية، ومنه سيدفع هذا إلى انتشار الإصلاح الديمقراطي في العالم العربي (spill over)، لكن سرعان ما افتقد هذا الخطاب مصداقيته نتيجة فشل العراق في تحقيق الديمقراطية، وزيادة تدهور أوضاعه الأمنية، والتي لا تزال تشهد كوارثها إلى اليوم.

(2) ممارسة الضغط على بعض الدول التي اعتبرتها الولايات المتحدة الأمريكية سببا في تنامي التطرف وظاهرة الإرهاب كالسعودية ومصر، من أجل دفعها لتغيير وتعديل سياساتها الداخلية، ولكن هتته السياسة افتقدت إلى الخطوات الإجرائية التي يتوجب على هتته الدول إتباعها، أو إملأها عليها.

(3) مبادرة شراكة الشرق الأوسط (MEPI)، تم إطلاقه سنة 2002.⁽²⁰⁾ وهو برنامج حكومي تابع لوزارة الخارجية الأمريكية يستهدف دعم وتشجيع الإصلاحات السياسية العربية وذلك بتعزيز المجتمع المدني العربي، وتشجيع المشروعات الصغيرة وتوسيع المشاركة السياسية للمرأة وتنمية حقوقها، وكذا بعض البرامج الأخرى الحكومية منها وغير الحكومية مثل: صندوق الديمقراطية حقوق الإنسان (HRDF) تابع لوزارة الخارجية كذلك، ويسعى لتعزيز حقوق الإنسان في الدول ذات الأغلبية المسلمة. وبرنامج الديمقراطية التابع للمنحة القومية للديمقراطية (NED).

وإضافة لهتته البرامج الحكومية، اقترحت الإدارة واشتركت في "مبادرة شمال أفريقيا والشرق الأوسط الكبير" وهي مبادرة إصلاحية تنمية تقودها مجموعة دول الثماني الكبرى المصنعة، وتستهدف تدعيم التحرر السياسي والاقتصادي في الدول العربية والدول ذات الأغلبية من المسلمين. وكذا (USAID) التي تمول عددا من الأنشطة الخاصة بالحكم والديمقراطية من خلال المساعدات الثنائية للمتلقين العرب مثل: المغرب، ومصر، ولبنان، والأردن، واليمن.⁽²¹⁾

إلا أن ما شهدته الساحة العربية من تطورات منذ سنة 2005، من تدهور للأوضاع الأمنية في العراق، وفوز بعض الأحزاب ذات المرجعيات الدينية الإسلامية في الانتخابات، على غرار نجاح حركة الإخوان في مصر- بالمرتبة الثانية في الانتخابات البرلمانية سنة 2005، وكذا الأداء القوي لحزب الله في الانتخابات اللبنانية من نفس السنة، ووصول حركة حماس إلى السلطة بفوزها في الانتخابات التشريعية الفلسطينية سنة 2006،⁽²²⁾ أي صعود قوى مناهضة ومعادية للولايات المتحدة، أدى إلى تراجعها عن نشر- وتعزيز الديمقراطية في الشرق الأوسط، بسبب ما أنتجت الديمقراطية في المنطقة من وصول قوى وتيارات مناهضة للسياسة الأمريكية أولا، ومعادية لإسرائيل ثانيا.

وتؤكد أغلب آراء المتابعين للسياسة الأمريكية أن المشروع الأمريكي لنشر- وتعزيز الديمقراطية في الشرق الأوسط في عهد إدارة " بوش " قد كان فاشلاً منذ بدايته، لأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تحاول أبداً تحقيق ديمقراطية حقيقية في المنطقة باستثناء عامي 2004 و 2005 أين عملت على الضغط على الأنظمة العربية لتحقيق افتتحات.⁽²³⁾ إذ لم تمثل سياستها إلا في خطابات تراوحت بين الترغيب والترهيب. إضافة إلى أن تركيزها كان أكثر على الأنظمة الضعيفة منه على الأنظمة القوية الفاعلة عربياً وإقليمياً، والدليل على ذلك هو كيفية تعاظم وتفاعل الإدارة الأمريكية وتجاهلها لسلوكات النظام المصري وقعه للحريات في عهد الرئيس حسني مبارك، وهذا دليل على عدم وجود رغبة أمريكية حقيقية في تحقيق ديمقراطية في المنطقة العربية، وهذا ما عبرت عنه " نمارا كوفمان ويتس " "بسياسة نصف الخطوة" في وصفها للسياسة الأمريكية وانتقائتها في التعامل مع مختلف الأنظمة العربية.⁽²⁴⁾ ويطرح هذا في مجمله نفاق الإدارة والسياسة الأمريكية في تبنيها للطرح الديمقراطي خاصة تجاه المنطقة العربية، فالهدف الرئيسي لم يكن نشر وبناء ديمقراطيات حقيقية في العالم العربي والتخلي عن الأنظمة القائمة التي تعمل على الحفاظ على مصالحها في المنطقة، والتي تعمل هي بدورها على المحافظة على بقائها، بقدر ما كان مكافئة الإرهاب والجماعات التي تهدد مصالحها وأمن إسرائيل.

3. إستراتيجية جديدة لدمقرطة الشرق الأوسط:

أولت إدارة " بوش " أهمية كبيرة لقضية تعزيز الديمقراطية في الشرق الأوسط، وربطت مسألة أمنها بمدى نشر- الحرية والديمقراطية في المنطقة، إلا أن تضارب مصالحها مع قيم الديمقراطية في المنطقة، واقتصار سياستها على الأقوال والخطابات، ما يؤكد عدم توفر الرغبة والنية الصادقة في تحقيق الديمقراطية، وكذا تصاعد قوة التيارات ذات التوجهات الدينية في المنطقة، أدت إلى فشل الإستراتيجية والسياسة الأمريكية والعودة عليها بالسلب. إذ لم تحرز إدارة " بوش " أثراً في سياسات الدول العربية، بل كان الوقع سلبياً على السياسة الأمريكية بحيث فقدت مصداقيتها وقدرتها على الاستمرار، نتيجة اعتمادها على الخطابات والبلاغة الخطائية - هذا الخطاب لم يجر دعمه بسياسة واضحة ومستدامة لتعزيز عملية الإصلاح السياسي - بدل الخطوات الواقعية والملموسة والفعالة، ولقد أنتجت هته السياسة، وخاصة الخطاب المتشدد ردود أفعال سلبية معاكسة ورافضة وغاضبة، خاصة من طرف الشعوب العربية، واعتبرته غطرسة أمريكية، وتدخل في الشؤون الداخلية للدول العربية، ثم جاء الاعتراف الأمريكي بفشل هته السياسة والإستراتيجية لدمقرطة المنطقة على لسان وزيرة الخارجية الأمريكية " كوندوليزا رايس " في خطاب ألقته في الجامعة الأمريكية بالقاهرة في جوان/يونيو 2005 بقولها: « سعت الولايات المتحدة الأمريكية على مدى ستين عاماً إلى تحقيق الاستقرار على حساب الديمقراطية ... ولم نحقق أيّاً منها. والآن أصبحنا نتخذ مساراً مختلفاً ... إننا ندعم الطموح الديمقراطي لجميع الشعوب ... »⁽²⁵⁾

ومع نهاية فترة عهدة " بوش "، واقترب موعد الانتخابات الرئاسية الأمريكية بدأت نقاشات عديدة حول مسألة الديمقراطية الأمريكية في المنطقة العربية، ووضع الديمقراطية وحقوق الإنسان في السياسة الأمريكية

عامة.⁽²⁶⁾ خاصة بعد فشل الإدارة في عهد " بوش " في تحقيق المصالح الأمريكية، إذ تعتبر فترة حكم "بوش" الأسوأ على السياسة الأمريكية، وعلى المنطقة العربية والعالم أجمع، وهذا ما أجبر صناع السياسة الأمريكية في عهد " أوباما" على إعادة النظر وتقييم السياسة الأمريكية عامة، وبالأخص تجاه منطقة الشرق الأوسط - التي تمثل منطقة حيوية للمصالح الأمريكية - والتي كانت قائمة على سياسة دعم الاستقرار السياسي في المنطقة محافظة على مصالحها وأمن إسرائيل، حتى لو كان ذلك على حساب القيم الديمقراطية، فقد افتخرت إدارة " بوش" بحفاظها على خمسين سنة من الاستقرار في منطقة الشرق الأوسط منذ آخر حرب عربية إسرائيلية سنة 1973م. تبعاً لذلك وصلت النخبة الأمريكية لقناعة مفادها أن دعم وتأييد الأنظمة الاستبدادية في العالم العربي رغم أنها الحليف الأول لأمريكا لم يعد يمثل درعاً واقياً لمصالحها في المنطقة، بل هو سبب تنامي التطرف ورفض السياسات الأمريكية، وتفاقم الهوة بين سياساتها ومدى تقبلها لدى شعوب المنطقة.⁽²⁷⁾

وعليه فقد قامت الإدارة الأمريكية في عهد " أوباما" بوضع إستراتيجية جديدة من أجل نشر وتعزيز الديمقراطية في المنطقة العربية بالشكل الذي يسمح لها بإصلاح ما أمكن إصلاحه من جراء سياسات "بوش"، و المحافظة على الهدف الأساسي وهو نشر- ودعم الديمقراطية، ومنع عودة الأوضاع لما كانت عليه قبل أحداث 11 أيلول/سبتمبر أو في عهد إدارة " بوش"، ورأت أن هذا يكون باعتدال أساليب جديدة مختلفة وفعالة تقوم على الانتقال والتقليل من الخطابات والأقوال إلى الأفعال، بحيث تم التركيز على تقديم مساعدات فنية وتقنية لكل من السلطة التشريعية والقضائية، وتقوية مؤسسات المجتمع المدني، أي تقديم الدعم الكامل للمدافعين عن الديمقراطية في المنطقة العربية.

وتقوم الإستراتيجية الأمريكية الجديدة لدمقرطة الشرق الأوسط ومكافحة الإرهاب على عناصر رئيسية هي:

- أولاً: تقديم مساعدات مشروطة - للنظم الاستبدادية في المنطقة - في حالة القيام بإصلاحات سياسية وفي مجالات حقوق الإنسان.
- ثانياً: التركيز على الديمقراطية باعتبارها أحد محاور النقاش الهامة مع القادة العرب في إطار المباحثات الثنائية مع الولايات المتحدة الأمريكية.
- ثالثاً: السعي للتوصل لاتفاق يهدف لدمج الأحزاب الإسلامية غير العنيفة أو غير المسلحة في العملية السياسية.
- رابعاً: استغلال الولايات المتحدة لعضويتها في المنظمات الدولية من أجل الضغط لزيادة الخصاصات المالية والميزانيات المخصصة للشراكة مع منطقة الشرق الأوسط.

• خامسًا: تعميق العلاقات مع الشركاء الدوليين لاسيما الاتحاد الأوروبي ورفع مستوى المسؤولية من أجل تبني المبادرات المختلفة التي تهدف للجمع بين التيارات الإسلامية والعلمانية على حد سواء في النهج الديمقراطي.

• سادسًا: لا بد أن تأخذ الإستراتيجية في اعتبارها عند السعي لتوسيع حقوق المواطن اختلاف السياقات والاعتبارات المحلية لكل دولة على حدا.

• سابعًا: تقديم الدعم المستمر لزيادة أحزاب المعارضة والسعي لإقامة انتخابات حرة نزيهة تقوم على الشفافية.⁽²⁸⁾

من خلال تحليل ما تنطوي عليه الإستراتيجية الأمريكية الجديدة لدمقرطة المنطقة العربية نلاحظ تركيز وإصرار السياسة والإدارة الأمريكية على نشر الديمقراطية، ولكن باعتدال خطوات جديدة فعالة على جميع الأصعدة، وتوسيع مجال عملها مع الشركاء الغربيين، وتغير نظرة وتعامل الولايات المتحدة مع الأحزاب ذات التوجهات الإسلامية (المعتدلة والنابهة للعنف حسب وصفها)، والاعتماد على المباحثات الثنائية لتسهيل عملية الضغط على الأنظمة، وكذا التركيز على الدول الكبرى الفاعلة في المنطقة العربية مثل مصر- والسعودية والأردن، بدل الاعتماد والضغط على الدول الضعيفة، ولعل الأكثر بروزا هو تركيزها وعزمها على تقديم الدعم المستمر لزيادة أحزاب المعارضة وتقويتها. وهذا ما تتركز عليه النظرة الجديدة للمحافظين الجدد لنشر الديمقراطية في العالم العربي، إذ يرون أن إقامة نظام ديمقراطي في المنطقة سيؤدي حتما إلى تسريع نشر الوعي الديمقراطي والمطالبة بالتغيير في الدول المجاورة، وبالتالي ديمقرتها تلقائيا وفق ما تنطوي عليه " نظرية الدومينو".⁽²⁹⁾

يظهر جليا من خلال هته الإستراتيجية رغبة الولايات المتحدة في خدمة مصالحها والإبقاء عليها مهما كلفها الأمر، ولا يمكن تفسير هته الرؤية إلا بأنها إستراتيجية وسياسة جديدة للسيطرة ولتدمير المنطقة والدول العربية من الداخل، أو بعبارة أخرى تدمير الدول العربية لنفسها بنفسها، وتتجلى هته السياسة من خلال دعم الولايات المتحدة لكل أشكال المعارضة داخل الدول العربية، وكل منادي بتغيير الأنظمة والثورة عليها معنويا وماديا، ويتأكد هذا من خلال تحليل المواقف الأمريكية تجاه ما عرفته وتعرفه المنطقة العربية فيما أصبح يُعرف " بثورات الربيع العربي" من خلال دعمها المطلق للحركات الشعبية، ووقوفها ضد الأنظمة التي كانت بالأمس تعمل على إبقائها قائمة، وحتى التي كانت تعتبر أقوى وأول حليفاتها في المنطقة على غرار نظام حسني مبارك. ويطرح هذا التحول استفهاما وتساؤلا حول دور الولايات المتحدة الأمريكية في اندلاع أحداث "الربيع العربي" ودعمه.

4. "الربيع العربي" ... صناعة أمريكية ؟؟؟!!

شكلت وتشكل الانتفاضات التي تعرفها الشعوب والدول العربية نقطة تحول بارزة في مسار وتطور المنطقة العربية قاطبة، وأثارت عديد القضايا القديمة، مثل مسألة بناء الديمقراطية في المنطقة العربية، والحديثة، مثل مستقبل الوضع العربي، وأسالت بحارا من الخبر من المهتمين العرب والغربيين، وشكلت نقطة خلاف بين مختلف السياسيين والمفكرين خاصة العرب منهم، حول صدقية الثورات العربية، وحول حقيقتها: إذا كانت انتفاضات شعبية ديمقراطية محلية داخلية، أم أنها مؤامرة خارجية لتقسيم أو إعادة تقسيم وتشكيل المنطقة العربية من جديد !!

تستدعي عملية تقصي حقيقة "الثورات العربية" وفهمها، والتعرف على أسبابها ومسببها تحييص واقع الدول العربية الداخلي، والإقليمي والدولي، والظروف العامة التي كانت تمر على العلاقات الدولية عامة، والمنطقة خاصة بعد التحولات الجذرية التي عرفتها بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.

فعلى الصعيد الداخلي، ورغم اختلاف وتباين خبرة وسيرورة التحول الديمقراطي في دول المنطقة بحسب بعض خصوصيات الدول في حد ذاتها وطبيعة النظم ومدى جدتها في اعتماد هته التحولات، إلا أنها تشترك في ميزة واحدة تتمثل في ضالة ومحدودية النتائج المحققة في المجال الديمقراطي، ما يعكس عدم تأسيس نظم ديمقراطية حقيقية بالمنظور الغربي الليبرالي في الوقت الراهن - رغم بعض النتائج الإيجابية المتوسطة التي لا يجب إغفالها - كون أن عمليات الانفتاح والتحول السياسي التي شهدتها الدول العربية لم تنطو على إحداث تجديد في النخب الحاكمة بتولي نخب جديدة للحكم تواكب المرحلة الجديدة التي عرفتها الدولة حيث يكون بمقدورها التعاطي مع المتغيرات الجديدة.⁽³⁰⁾ فعدم إيمان النخب بالتداول على السلطة وعدم ورود المفهوم في أجندتها السياسية جعلها تحدد سقف وحدود هذا التحول والانفتاح بالشكل الذي يضمن بقائها في الحكم، كما هو الوضع التونسي، كما أن الحالات التي حدث فيها تغيير في النخبة مثل المغرب لم تختلف النخب الجديدة عن النخب القديمة من حيث التعامل مع السلطة المتمثلة في الملك.

كما أن الانفتحات والإصلاحات الدستورية التي اعتمدتها هذه الدول لم تستند على أطر دستورية قوية تعمل على تفعيل الفصل والتوازن بين السلطات، فالملحظ من خلال الصلاحيات الواسعة التي يمنحها الدستور إلى الرئيس أو الملك هو غلبة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية ومنه يظهر أن الفصل الذي تنص عليه أغلب دساتير الدول العربية لم يكن إلا على المستوى الشكلي فقط، وهذا ما يبين التناقضات الواسعة بين ما هو مطروح كبادئ معلنه و ممارسات هذه الأنظمة، وهو باختصار استخدام الدساتير ولفها في ثوب الديمقراطية، وجعلها وسائل للتضليل كما عبر عنه "تشارلز تيلي".⁽³¹⁾ كما تجسده الحالة الموريتانية من خلال السلطات الواسعة التي منحها الدستور الموريتاني 1991م للرئيس حتى في الأحوال العادية بشكل جعل منه مركز السلطة ومحور النظام السياسي كله. كما أن التعديلات الدستورية المغربية (1996م) ورغم أنها نصت على

أن الوزير الأول هو من يقترح قائمة وزارته على الملك، إلا أن الملك محمد السادس لم يعين رئيس الوزراء من الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية 2002م، بل عين رئيس وزراء مستقل هو "إدريس جطو"⁽³²⁾.

وبرغم منح عمليات الانفتاح هته هامشا ولو صغيرا من حرية التعبير والصحافة، إلا أن الدولة بقيت تفرض سيطرتها ورقابتها على القسم الأعظم منها بمختلف القوانين والتشريعات التي تحد من حريتها.

ومنه فإن جملة السياسات المعتمدة من طرف أنظمة الحكم العربية عامة كونها تشترك في هته السياسات لاحتمار السلطة والبقاء فيها دون تحقيق مبدأ التداول على السلطة، تطرح قضية الاستبداد في نظم الحكم العربية عامة، والذي يتمثل في مجموعة من المؤشرات:

- إشراف الحكم في استخدام القوة.
- السيطرة السياسية التامة بواسطة حاكم فرد.
- الحكم الذي يستهدف المصلحة الخاصة للحاكم وبعاطته.
- الدولة البوليسية التي تكون فيها السيادة للحاكم وليس للقانون.
- الحالة التسلطية المتمثلة في امتداد قوة الدولة واحتكارها لمصادر القوة والفعل والسلطة واختراقها للمجتمع المدني.

ومنه عملت الدول العربية إضافة لسياسة القمع والتخويف والترهيب والترغيب على فرض مجموعة من القوانين، لفرض السيطرة والتسلط كقوانين الطوارئ والأوامر الدستورية. كما أن هناك مبررات يتم اعتمادها لفرض هذه السيطرة والاستبداد كمتعضيات الأمن والوحدة الوطنية في إطار ما يعرف بالأموقراطية.⁽³³⁾ وتظهر ملامح الاستبداد أكثر في النموذج التونسي- الذي اتسمت فيه الدولة بمركزية شديدة وقدرة شديدة على السيطرة والتحكم في المجتمع منذ عهد بورقيبة، إذ لم يختلف الوضع في عهد بن علي، رغم بعض الانفتاح، فالحياة السياسية والمدنية التونسية مسطرة ومقسمة على المقاس الذي يخدم النظام.⁽³⁴⁾ ويضاف إلى جملة هذه العناصر الظروف التي جرت فيها هذه التحولات والتي بدل أن تكون عوامل مساعدة، شكلت عوائق في وجه عملية التحول، ومنها: المؤسسة العسكرية، وحركات الإسلام السياسي. إضافة إلى دور العامل الخارجي في دعم هذه الأنظمة، فالفكرة التي سيطرت واستقرت في ذهن واضعي وصانعي السياسة في مراكز السيطرة العالمية هي أولوية الاستقرار على التغيير في دول الجنوب عامة والعربية خاصة، بشكل يسمح هذا الاستقرار باستمرار التوازنات الداخلية للدول، ما يسمح بتأمين مصادر النفط، وضبط الهجرة غير الشرعية، وكذا التوازنات الإقليمية الكبرى خاصة على الصعيد العربي الإسرائيلي. وترجع عوامل التخلف العربي عن الركب الديمقراطي العالمي إلى فشل التجارب الديمقراطية فترة الثمانينيات وانحرافها عن مسارها الصحيح مادام أن جوهرها لم يكن سليما، ولم تكن هناك رغبة حقيقية في التغيير، فقد كانت كل الإصلاحات التي قامت بها

الأظمة في إطار وفي ظل استراتيجيات تسمح ببقائها في السلطة (استراتيجيات البقاء السياسية والاقتصادية)، إضافة إلى الطابع الكوربوراتي لهته الأنظمة المتغلغلة حتى نخاع مجتمعاتها وتتحكم فيها، وقد ولد هذا الوضع أزمات تنمية، وأدى إلى هشاشة القطاعات الاقتصادية والاجتماعية، وطغيان الاقتصاد الريعي، الذي دفع إلى انتشار الفساد بكل أنواعه، وكذا تهيمش الشباب وإبعاده عن سياسات الدولة والتنمية حتى الكفاءات، صف إلى ذلك شيخوخة النخبة السياسية والحزبية، وعدم تجدها، وعدم السماح بالتداول وفسح المجال للشباب، والملاحظ كذلك هو بقاء هته النخب متحجرة وعدم مواكبتها لا للتطورات الداخلية التي عرفتها وتعرفها مجتمعاتها، ولا مواكبتها للتطورات الإقليمية والدولية.

يؤكد أصحاب مقولة ديمقراطية واستقلالية " الثورات العربية" على أن هته العوامل (الداخلية)، مجتمعة، وأخرى قد تضافرت وتشابكت وساهمت في هشاشة وتآكل الأنظمة العربية وتوجيهها نحو الانهيار بعدما كانت سببا في ضعف الانتقال الديمقراطي، إن لم نقل فشله، وزادت من تأزم الأوضاع في الدول العربية، وأن الاستقرار الظاهري الذي كانت تعرفه الدول والمجتمعات العربية ما هو إلا استقرار كاذب (ظاهري) محكوم باستبداد النظام الحاكم ومدعم من طرف القوى الخارجية، فمثلا الاستقرار الذي عرفته مصر- في ظل نظام مبارك قد ضمن بميثاقين أو نقطتين أساسيتين هما: الأول كان بين النظام والولايات المتحدة الأمريكية، بحيث تعمل مصر على دعم معاهدة السلام مع إسرائيل، وتضمن وصول الولايات المتحدة للطاقة، وفي المقابل تغض هته الأخيرة الطرف عن الشؤون الداخلية لمصر، أما الميثاق الثاني فكان بين نظام مبارك والشعب المصري، بحيث يحتكر النظام الحياة السياسية والقوة الاقتصادية، وبالمقابل يعمل على تحسين الظروف المعيشية والاجتماعية للشعب، إلا أن هته المواثيق نُقضت، فقد نقض الميثاق الأول بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 إثر تغير إستراتيجية الولايات المتحدة تجاه المنطقة، واتهام أغلب الدول العربية بدعمها للإرهاب وعلى رأسها السعودية ومصر، أما الميثاق الثاني فزال بسبب فشل النظام في تحقيق الوعود بتحسين الظروف الاجتماعية والمعيشية التي طمح لها المصريون، خاصة بعد تأثيرات الأزمة المالية العالمية 2008، وارتفاع أسعار الطاقة والغذاء، وزيادة نسبة البطالة، وفساد النظام السياسي وانتشار الفساد المالي والمحابة...⁽³⁵⁾ الخ.

عموما، ينطبق هذا على أغلب الأنظمة العربية التي تشترك في صفة تعميمها على سدة الحكم، وإهمالها لتطلعات ومطالب الشعوب، الأمر الذي عزز العجز السياسي والاجتماعي وأدى إلى الإحباط وتأزم واحتقان الوضع السياسي وانسداد أفقه بعد فقدان الأمل من إمكانية حدوث تغيير فوقي (نقط التحول)، وانهيار طموحات تحقيق تغيير سفلي "إحلال" (نقط الإحلال)، وبالتالي استحالة تحقيق إحلالا تحوليا بالاتفاق بين أطراف المعارضة أو طبقات الشعب والسلطة كذلك. فلم يكن هناك بد من الانتقال إلى طريقة أخرى للتغيير، ألا وهي التغيير الشعبي في ظل ما عرفته المجتمعات العربية عامة من تطورات على صعيد النخب والمجتمع على حد سواء، فعلى الصعيد المجتمعي حدث تطور كبير يتمثل في ارتفاع مستوى الوعي والتطور في استخدام التكنولوجيا الحديثة ووسائل الاتصال وانتشارها (الإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي)، أما على صعيد

النخب فقد تشكلت نخب جديدة تتميز بخصائص عدة أبرزها " عامل المعرفة " Knowledge Factor كما يسميه " فولكر برتيس " ، وبدأت تحل تدريجياً محل النخب التقليدية التي سادت منذ ستينيات وسبعينيات القرن العشرين، والتي كانت تتكون من سياسيين وإداريين وخبراء من المدنيين والعسكريين، هذه النخب (التقليدية) التي تعايشت مع الأنظمة الاستبدادية وتبادلت الخدمات معها، بحيث كانت تعمل على خدمة النظام وتحسين صورته الداخلية والخارجية وتمكينه من السيطرة، وبالمقابل يعمل النظام على تلبية مطالبها ومصالحها الخاصة.⁽³⁶⁾

إن درجة الوعي التي حلت بالمجتمعات العربية عامة، إضافة إلى العوامل السابقة، ألغت إحساس الفرد العربي بمواطنته، وولدت لديه رغبة في الثورة وتغيير الوضع القائم، إلى درجة أنه أصبح يفكر بأنه ليس لديه شيء يخسره، بعدما سُم من السياسة التي تمارس باسمه وعليه، فلم يبق أمامه إلا إمكانية التغيير بالفوضى.⁽³⁷⁾ فالاكتفان الذي كانت تعيشه المجتمعات العربية جمعاء والوضع التونسي- خاصة (الانتفاضة الشعبية الأولى) لم يكن ينقصه إلا عوامل ظرفية محفزة على الثوران ضد هذا الوضع، فكان إحراق محمد البوعزيزي لنفسه هذه الشرارة التي كانت سببا في المطالبة بالتغيير عن طريق الثوران الشعبي. ومن أبرز العوامل التي أدت إلى الانتفاضة الشعبية التونسية ضد نظام بن علي - وينطبق هذا على باقي الأنظمة العربية - هو تجاوز عقدة الخوف من النظام، والتذمر الشعبي منه نتيجة استفحال أزمات وفجوات هيكلية في المجتمعات العربية، خاصة خلال السنوات الأخيرة، وحتى إن كانت بعض هتة الفجوات موروثه عن الاستعمار إلا أن النظام عمل على تعزيزها وتعميقها بسوء سياساته، وقد أكدت اعترافات الرئيس التونسي- زين العابدين بن علي و وزرائه في الأسابيع التي سبقت الانتفاضة بوجود خطورة الهوة بين مختلف الفئات وطبقات المجتمع، خاصة في المجال الاقتصادي والتنموي، فقد كشفت دراسة للإتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية سنة 2010م عن أن أكثر من 52 بالمئة من الشركات والصناعة التونسية تتواجد بـ 07 ولايات ساحلية، وأن 32 بالمئة من المؤسسات الاقتصادية التونسية تتواجد بالعاصمة لوحدها، في حين تعيش باقي الولايات والمحافظات تهميشاً على جميع الأصعدة، وهذا ما أدى إلى تفاوت طبقي وتحلف تنموي في المدن الجنوبية، وتضخم نسبة الفقراء في الأحياء الشعبية، والذي أدى بدوره إلى الهجرة والنزوح الداخلي نحو الشريط الساحلي.⁽³⁸⁾

أما على الصعيد الخارجي، إقليمياً قد شهدت السنوات الأخيرة صعود كل من إيران وتركيا كقوى اقتصادية وسياسية فاعلة في منطقة الشرق الأوسط، والصراع بينهما للسيطرة على المنطقة وبسط نفوذها عليها، وتستند كليهما على أسس وركائز تاريخية في ذلك تتمثل في الإرث التاريخي لإمبراطوريتيها التقليدية (الفارسية والعثمانية)، وخاصة تركيا التي عملت وتعمل على الترويج للنموذج التركي في المنطقة من خلال العمل على كسب قلوب وعقول الجماهير العربية بالترويج لسياساتها وديمقراطيتها عن طريق الأفلام والسياحة. إلا أن هناك الكثير من الجدل خاصة حول الوضع والدور التركي في المنطقة، قبل وأثناء مرحلة الانتفاضات، ففي الحين الذي تحاول فيه تركيا لعب دور النموذج ودعم تهمته " الثورات " نلاحظ عملها على دعم وتعزيز التعاون بينها وبين

الولايات المتحدة في فترة " الربيع العربي ".⁽³⁹⁾ أما على الصعيد العالمي فالملاحظ بوضوح هو التغير الذي حصل على مستوى سياسة الولايات المتحدة الخارجية تجاه المنطقة العربية عامة، فبعد احتلالها وغرقها في حرب العراق (2003)، وفشلها في بناء ديمقراطية في هذا البلد الذي لا تزال الأوضاع فيه في أسوأ أحوالها، إضافة إلى انتهاكات حقوق الإنسان التي قام بها الجيش الأمريكي (سجن أبو غريب)، أدى هذا إلى نبذ الديمقراطية الأمريكية في جُل المنطقة العربية، ما فرض على الإدارة الأمريكية إعادة النظر في سياسة فرض الديمقراطية من الخارج على المنطقة (الديمقراطية المفروضة من الخارج)، بحيث ترسخت قناعة لدى صانع السياسة الأمريكية أنه يستحيل بناء ديمقراطية في الشرق الأوسط عن طريق التدخل الخارجي، ومنه يتوجب عليها التركيز والاعتماد على العوامل الداخلية (الإصلاح والتغيير من الداخل بعد فشل الإصلاح من الخارج)، ويكون للعوامل الخارجية فيه دوراً ثانوياً، وهذا ما يخدم المصالح الأمريكية الإستراتيجية البعيدة والقرينة المدى، بحيث يتم التغيير في ظل بقاء المصالح الأمريكية في المنطقة. وهذا ما عملت إدارة " أوباما" على تحقيقه، فقد رأت أن دعمها للأنظمة العربية القمعية - رغم أنها تخدم مصالحها - على حساب الدفاع عن الحريات المدنية يضر - بالمصالح الإستراتيجية للولايات المتحدة على المدى البعيد.

وتتم هته السياسة (التغيير من الداخل) على تكوين وتقديم الدعم للمجتمع المدني العربي، وكل المؤسسات والأفراد الناشطين في مجال الحقوق والحريات والديمقراطية من منظمات الشباب والجمعيات النسوية، ومنظمات العمال، ووسائل الإعلام المستقلة والخاصة، من خلال عديد المشاريع والمؤسسات التي أنشأتها لهذا الغرض على غرار مبادرة شراكة الشرق الأوسط (MEPI)، وخاصة (NED)، هته الأخيرة التي تعمل على ربط العلاقات مع الأحزاب والنقابات واتحادات العمال ومختلف الجمعيات ووسائل الإعلام - والتي تصفهم بالناس الشجعان الذين يقاتلون من أجل الحرية والكرامة والديمقراطية - في الدول الاستبدادية في كافة أنحاء العالم، وربطها ببعضها كذلك من خلال الندوات والمؤتمرات والمنتديات التي تقيمها، وكذا تعبئة الدعم السياسي، وتقديم المنح والدعم لها مع الرؤية الإستراتيجية والتخطيط الدقيق لمساعدتها على النشاط بكل حرية وفعالية.

ويتجلى هذا من خلال الأهداف التي حددتها هته المنظمة والتي تتمثل في:

1. دعم الديمقراطيين في المجتمعات القمعية.
2. مساعدة التحولات الديمقراطية.
3. مساعدة الديمقراطيين في الدول نصف الاستبدادية.
4. مساعدة الديمقراطيات الجديدة على النجاح.
5. تعبئة الدعم السياسي والمعنوي لنشطاء الديمقراطية.
6. بناء شبكات عابرة للحدود وتعزيز التعاون بين مختلف جمعيات الديمقراطية.
7. استخدام البحوث من أجل تحسين الممارسة الديمقراطية.⁽⁴⁰⁾

من خلال الإستراتيجية الأمريكية الجديدة، ومبادئ المنظمات التابعة لها والكفيلة بنشر الديمقراطية في العالم يتجلى سعي الولايات المتحدة - سواء بصفة رسمية أو غير رسمية - وإصرارها على إحداث تغيير، يخدم مصالحها وإستراتيجيتها الجديدة، في المنطقة العربية، ودليله اهتمامها المتزايد خاصة في السنوات الأخيرة بالقضايا الحقوقية، والمنظمات والجمعيات ذات الطابع المدني في المنطقة، ودعمها وتدريبها تحضيراً لها لمواكبة التحولات الجديدة وقيادتها وفق رؤية التغلغل الفكري الممنهج داخل المجتمعات العربية الإسلامية، وغرس ثقافة التغيير والديمقراطية والثقافة العربية عامة بعد تزيينها وتلميعها، وكل هذا ينضوي في إطار مشروع القرن الأمريكي الجديد لضمان سيادة أمريكا على العالم، وإزالة كافة مصادر التهديد وعلى رأسها التهديد الإسلامي، والذي كان من بين أهدافه كذلك تغيير النظام العراقي ووضع حد لعملية السلام في الشرق الأوسط.⁽⁴¹⁾

من بين أبرز المفكرين الذي شاركوا في صياغة هذا المشروع، المفكر " برنارد لويس " المعروف بقربه من دوائر صنع القرار الأمريكي والمحافظين الجدد، واتنائه الصهيوني، وهو صاحب مشروع تفتيت أو إعادة تقسيم العالم العربي والإسلامي، الذي وافق عليه الكونجرس الأمريكي في جلسة سرية سنة 1983م، وقد صرح "لويس" في مقابلة أجرتها معه وكالة الإعلام الأمريكي في ماي 2005 بالقول: « إن العرب والمسلمين قوم فاسدون مفسدون فوضيون، لا يمكن تحضريهم، وإذا تركوا لأنفسهم سوف يدمرون الحضارات، لذلك فإن الحل السليم هو إعادة احتلالهم واستعمارهم، وتدمير ثقافتهم الدينية وتطبيقاتها الاجتماعية، وفي حال قيام أمريكا بهذا الدور عليها أن تستفيد من التجربة البريطانية والفرنسية في استعمار المنطقة، لتتجنب الأخطاء والمواقف السلبية التي اقترفتها الدولتان، إنه من الضروري إعادة تقسيم الأقطار العربية والإسلامية إلى وحدات عشائرية وطائفية، ولا داعي لمراعاة خواطرهم أو التأثير بافعلالاتهم وردود أفعالهم، ويجب أن يكون شعار أمريكا في ذلك: إما أن نضعهم تحت سيادتنا أو ندعهم ليدمروا حضارتنا، ولا مانع عند إعادة احتلالهم أن تكون مهمتنا المعلنة هي تدريب شعوب المنطقة على الحياة الديمقراطية ... »⁽⁴²⁾

من هذا نلاحظ أن مشروع التغيير في العالم العربي قائم، والسعي حثيث من أجل تطبيقه، وقد ساعدت الظروف الداخلية السائدة في الدول العربية - إن لم يكن للولايات المتحدة دور في صناعتها - على تحقيق هذا المشروع من أجل إعادة تقسيم المنطقة وتصحيح حدود اتفاقية " سايكس بيكو " حسب التصريح الذي أدلى به مستشار الأمن القومي الأمريكي " بريجنسكي " سنة 1980 عندما قال: « على الولايات المتحدة ضمان تنشيط حرب خليجية ثانية تقوم على هامش الحرب الخليجية الأولى لتستطيع من خلالها تصحيح حدود " سايكس بيكو " »⁽⁴³⁾

ويقوم المشروع الجديد على تحقيق الانتقال الديمقراطي في المنطقة العربية وفق " نظرية الدومينو " - كما سلف الذكر - إلا أن طبيعة الدول العربية واختلافها في تكوينها وبنائها ونمط عيشها، رغم تشابهها في عديد

العناصر، فهي فسيفساء فريدة من نوعها، جعل انتقال الثورات على هذا الأساس يفشل. وعليه يمكن التمييز بين نوعين أو مجموعتين من الدول التي لم تنتشر فيها الثورات وهي:

● المجموعة الأولى: مجموعة الدول قليلة الموارد مثل الأردن والمغرب، والتي تتميز أنظمتها بنوع من الشرعية (الأساس الديني).

● المجموعة الثانية: وهي الدول التي شهدت اضطرابات وثورات في العشرين سنة الماضية مثل العراق والجزائر ولبنان، فقد شهدت تدميرا سبه كليا للدولة، وبنيتها التحتية، إضافة إلى المجازر والقتل العشوائي، ومنه فإن الخوف من تكرار ذلك جعلها تبقى على حالها.⁽⁴⁴⁾

وعموما، ورغم ما يسود " ثورات الربيع العربي " من شك حول مصداقيتها و استقلاليتها بين مؤيد ومعارض، فإن مطلب الديمقراطية أصبح واحدا من أكبر التحديات التي تواجهها الإدارة الأمريكية وسياساتها الخارجية، بحيث وضع صانعي السياسة الأمريكية في موقف صعب وهو ضرورة إحداث توازن بين القيم المنادية والمروجة لها، ومصالحتها الإستراتيجية والحيوية في المنطقة العربية، وقد أسفر " الربيع العربي " عن ثلاثة تحديات كبرى بالنسبة للسياسة الأمريكية وهي:

1. صعود الإسلاميين المعارضين للسياسة الأمريكية للسلطة، وهي حالة كل من تونس ومصر.
 2. تهديد حلفاء أمريكا الدائمين في المنطقة، كما هو حال مملكة البحرين التي تمثل قاعدة حيوية في الخليج، وخاصة باحتضانها مقر الأسطول البحري الأمريكي الخامس.
 3. اندلاع النزاعات والصراعات الطائفية التي كانت غائبة أثناء أنظمة الحكم الاستبدادية.⁽⁴⁵⁾
- لهذا نجد أن سياسة الولايات المتحدة تجاه ما عرفته الدول العربية من " انتفاضات " أو " ثورات " اتسمت بالتناقض والتباين، ويمكن تقسيمها وتصنيفها إلى ثلاث فئات:

1. سياسة موجهة نحو تونس ومصر اللتان نجحت فيهما الثورة، وتم البدء في اتخاذ خطوات نحو بناء دولة ومجتمع ومؤسسات ديمقراطية: وهنا تحاول الولايات المتحدة دعم هته الديمقراطيات الناشئة من جهة، والمحافظة على نفوذها ومصالحتها التقليدية فيها خاصة مصر، وذلك باحتواء هته النظم الجديدة وعدم السماح بتغيير جذري فيها يمكن أن يؤدي إلى زوال نفوذها.
2. سياسة موجهة نحو ليبيا واليمن، إذ صرحت بضرورة تغيير النظام وأن بقاءه مشكلة في سبيل حل الأزمة، ومنه عملت على التدخل العسكري في ليبيا، والضغط على علي عبد الله صالح من أجل التنحي.
3. الفئة الثالثة وهي سياستها تجاه بعض الدول أو الأنظمة التي لا تزال تأمل في بقائها مع ضرورة إدخال بعض الإصلاحات عليها مثل: البحرين والأردن والمغرب، وركزت فيها على ضرورة تبني الإصلاحات بجدية لتجنب حدوث اضطرابات داخلية.

وتبقى سورية غير الحليفة للولايات المتحدة والتي اكتفت بالأول على إدانة العنف ضد المدنيين، ثم أصبحت تعمل بأي طريقة من أجل رحيل نظام بشار الأسد.⁽⁴⁶⁾ من كل هذا نجد أن سياسة الولايات المتحدة تجاه الثورات قيد تميزت بالتناقض، ويمكن تفسير هذا بأنها قد تركت العراق بعد خسائرها الفادحة، وهي تعمل على الخروج من أفغانستان من أجل التفريغ لإيران وتهديداتها على مصالحها في الشرق الأوسط، وأنها تعمل بشتى الطرق للحفاظ على مصالحها ومواقعها في المنطقة، وضمان إنشاء أنظمة جديدة - بعد الثورات - موالية لها أو على الأقل متعاطفة معها، وكذا دعم الأنظمة شريطة القيام بتغيير النظام وإصلاحه. وهذا ما يؤكد عليه " تقرير التكيف الإستراتيجي في سبيل إستراتيجية جديدة في الشرق الأوسط " الذي أصدره مركز الأمن الأمريكي الجديد، والذي أكد على ضرورة تطبيق منهج التكيف الإستراتيجي مع الأوضاع الحاصلة في المنطقة العربية، بحيث يجب التكيف بصورة إيجابية مع الوضع العربي الذي تغير ولا يزال يتغير بسرعة بطريقة وبشكل يسمح لها بالحفاظ على مصالحها ومكائنها في المنطقة، ففي إطار العلاقات المصرية - الإسرائيلية، وبعد القلق الذي أصبحت تعيشه إسرائيل من القيادة الجديدة التي أسفرت عنها الثورة المصرية أكد التقرير على وجوب حفاظ الولايات المتحدة على السلام بين البلدين، وهذا يكون بأمرين:

1. العمل من خلال سفاراتها من أجل تقريب وجهات النظر ومنع التوتر بين القيادتين، وتكثيف الزيارات من أجل تسهيل الحوار بين الجانبين، ومنع أي توتر قد يؤثر على العلاقة بين البلدين.
 2. قيام الولايات المتحدة من خلال إستراتيجيتها الجديدة بالتأكد على أن مصر أهم حليف لها بالمنطقة، أنها تعتمد عليها للحفاظ على السلام.⁽⁴⁷⁾
- كما أن إمضاء الولايات المتحدة مؤخرًا على قانون تعزيز التعاون الأمني الأمريكي الإسرائيلي، الذي وقعه "أوباما" وما يحمله من بنود لدليل قاطع، ورسالة واضحة إلى البلدان العربية وما يسمى "بالثورات العربية" بأنه من المستحيل أن تقف الولايات المتحدة الأمريكية إلى جانب الجماهير العربية وتعمل على تغيير النظام القديم السائد في المنطقة، فتعزيز التعاون هذا يؤكد على مواصلة الولايات المتحدة لسياستها القائمة على دعم إسرائيل، والمحافظة على تواجدتها ومصالحها في المنطقة.⁽⁴⁸⁾ وأن ما تقوم به من سياسات وتصريحات ما هي إلا إستراتيجية تفرضها الظروف الآنية التي تمر بها المنطقة العربية من أجل أن تحافظ على مصالحها فيها، فالمعروف في وعن السياسة الأمريكية أن كل شيء فيها متغير، إلا مصالحها فهي الثابت والمستقل في كافة الظروف ومع كل الإدارات السابقة وحتى الآتية، وتاريخ السياسة الأمريكية خاصة في وتجاه المنطقة العربية دليل على ذلك.

5. مستقبل الديمقراطية في المنطقة العربية بعد الربيع العربي:

تعرف أي تجربة ديمقراطية معوقات وصعوبات مع مراحل التحول التي تمر بها، تتمثل في صعوبة التخلي عن السياسة والموروثات السابقة وتبني قima وأفكارا جديدة في الأغلب تكون - إن صح القول - غريبة عن منطق وقيم المجتمع الذي تجري فيه عملية التحول، وكذا وجود أطراف في اللعبة السياسية لا تخدمها عملية التحول

فتعمل على المحافظة على الوضع القائم لأنه يخدم مصالحها وإعاقة هذا التحول الذي تراه تهديدا لمصالحها وموقعها، فقد عرفت مختلف التجارب الديمقراطية الأوربية الناجحة صعوبات واجهت مسارها، ولكن تضحية وجدية النخبة السياسية في العمل على إرساء الديمقراطية والتزامها بها واعتمادها كخيار استراتيجي وتعهّد وطني، جعل من هذه التجارب تجارب ناضجة، سارت بخطوات ثابتة نحو التحول، وغدت مضربا للمثل في هذا الشأن كما هو حال التجربة الإسبانية والألمانية.⁽⁴⁹⁾

إن ما شهدته بعض الدول العربية ولا تزال تشهده أخرى من ثورات واتجاهها نحو الحرب الأهلية، مثل سوريا، يفرض على الدول العربية رهانات وتحديات جد صعبة تبدأ أولا بمشكلة إعادة بناء الدولة بعد الأزمة خاصة الدول التي عرفت تحول الانتفاضة إلى مواجهة عسكرية مثل ليبيا وسوريا، وفي نفس الوقت كذلك إعادة بناء فرد عربي مستنير بقم الثقافة السياسية الديمقراطية، وإعادة بناء منظومة قيمية وعملية سياسية جديدة تضمن لكل الأطراف حقوقهم، وتفرض على كافة الأطراف واجبات هم ملزمون بالقيام بها، بحيث يصبح كل طرف في المعادلة السياسية يرى نفسه أساسا فيها، وجزء لا يتجزأ منها.

هذا لأنه بالنظر إلى ما تقتضيه الديمقراطية والعملية الديمقراطية بصفة عامة ومؤشرات النظام الديمقراطي "النياي" الحديث والتي حددها "روبرت دال" في ستة مؤشرات وهي:⁽⁵⁰⁾

- مسئولون منتخبون من طرف المواطنين: ويخولهم الدستور ممارسة الحكم.
 - انتخابات دورية حرة ونزيهة: بعيدة عن الإكراه، يتم فيها انتخاب المسؤولين.
 - حرية التعبير.
 - حرية الوصول إلى مصادر معلومات بديلة تحظى بحماية القانون ولا تخضع لتحكم الحكومة أو أي جهة سياسية معينة.
 - الاستقلالية الفتوية: أي حق المواطنين في تشكيل تكتلات فتوية وأحزاب وجماعات مصالح.
 - مواطنة شاملة: أي تمتع كافة المواطنين دون استثناء بكافة حقوقهم.
- إن الطريق لا يزال طويلا أمام التجارب الديمقراطية العربية، ويتوقف على مدى جدية وإرادة النخب والفئات السياسية والاجتماعية والمجتمعات في الوصول إلى بر الأمان، وتحقيق ديمقراطية حقيقية وفق ما تقتضيه مستلزمات بناء الدولة الوطنية الديمقراطية، وهذا يتطلب جهدا شاقا ووقتا طويلا من السنوات حتى تتكامل بالنجاح وكذا المحيط الجغرافي الملائم سياسيا، اقتصاديا واجتماعيا.⁽⁵¹⁾
- وعليه فإن الوصول لبناء دولة وطنية ديمقراطية حديثة وتحسين شروط التحول الديمقراطي يتطلب أو يستلزم تحقيق مجموعة من العوامل والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1. تطوير الأبعاد المؤسسية للتحوّل الديمقراطي: وهذا يخلق أطر حديثة للنظام السياسي يمكن من تحقيق شروط الفصل بين السلطات وتفعيل دور البرلمان بما يمكنه من تجسيد الإرادة العامة حقيقة.
 2. تطوير الأبعاد القيمة للتحوّل الديمقراطي: كون تحقيق الديمقراطية يحتاج إلى وعاء حضاري واستعداد عقلي ومناخ ثقافي واجتماعي في إطار احترام حقوق الإنسان، فالتحوّل الديمقراطي لا يتوقف فقط على مجموعة قوانين وتوقيع مراسيم تخلق تعددية سياسية وإجراء انتخابات، بل يحتاج إلى إعادة بناء النظام المجتمعي بأكمله.⁽⁵²⁾ مع مراعاة التنوع الاجتماعي بمختلف أشكاله مع تطوير قيم المواطنة، ودعم وتفعيل المجتمع المدني نظرا لدوره في غرس وتوطيد القيم الديمقراطية في المجتمع.⁽⁵³⁾
- بناء عليه فإن بناء وتحقيق النظام والدولة الديمقراطية يتطلب تحقيق مجموعة من العوامل المؤسسية والقيمة وعامة عوامل ذاتية وموضوعية تتفاعل فيما بينها فتكمل بعضها.⁽⁵⁴⁾

خلاصة

كانت أحداث 11 أيلول سبتمبر 2001م حدثا فارقا في تاريخ البشرية عامة، والتاريخ الأمريكي والتاريخ العربي خاصة، فلقد تلقت الولايات المتحدة أكبر ضربة تاريخيا في عقر دارها، منذ هجمات "بارل هاربر" في الحرب العالمية الثانية، من جهة، كما وضعت العالم العربي والإسلامي على المحك بسبب اتهامها بالإرهاب من جهة ثانية ووضعتها في مواجهة الاستراتيجيات الأمريكية لمكافحة الإرهاب ونشر الديمقراطية، ومنه أدخلت المنطقة العربية في مرحلة جديدة تواجه فيها تحديات داخلية وخارجية.

إن ما شهدته الدول العربية من انتفاضات وحركات احتجاجية واسعة ضد أنظمة الحكم فيها - بغض النظر عن استقلاليتها (داخلية) أو كانت بفعل محرك خارجي - هي انتفاضات تهدف إلى تغييرات أساسية للنظم السياسية، و الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية فيها، فالثورة يتم تعريفها على أساس نتائجها وليس بمسارها أو درجة اتساعها، فإذا تمت مقارنتها بالثورات المعروفة عالميا مثل الثورة الفرنسية (1789-1799) التي أحدثت تغيرا جذريا في فرنسا وأوروبا ومن ناحية تبني القيم الإنسانية، وكذا الثورة الروسية (1917) التي أثرت على تاريخ القرن العشرين بأكمله، وحتى مقارنتها ومقارنة مساراتها مع مختلف التجارب الديمقراطية في أمريكا اللاتينية وأوروبا وشرقها، نجد أنها انتفاضات قامت مت أجل تغيير أنظمة وأوضاع اجتماعية واقتصادية لطالما عانى منها الفرد العربي تحت حكم الأنظمة المستبدة، وتفاعلت وكانت سببا لها عوامل داخلية عرفت كيف تستغلها مختلف القوى الخارجية (العامل الخارجي) على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية من أجل تغيير الخارطة السياسية في المنطقة، وتغيير الأنظمة خدمة لمصالحها المحددة في إستراتيجيتها الجديدة في المنطقة العربية خاصة.

وعليه فإن الأساس الآن هو وجوب معرفة كيفية استغلال هته التغيرات الجديدة في المنطقة العربية واستغلالها لصالح المنطقة العربية، بتضافر جهود كافة الأطراف الداخلية في الدولة وكذا بين الدول نفسها من أجل تحقيق المصلحة العامة للمنطقة. وكذا تفعيل الحوار الداخلي والداخلي في الأمة العربية، خاصة في ظل الظروف الراهنة

التي تمر بها المجتمعات العربية من تحولات، بحيث يجب أن يكون مؤسسا على منطلقات صريحة وواضحة، بين نخب وتيارات الأمة المختلفة دون إقصاء أو استبعاد.⁽⁸⁹⁾ وأن يكون حوارا نزيها بعيدا كل البعد عن الإكراه والقهر والاستبداد، كما يجب على الأنظمة العربية العمل على صلاح دولها ومجتمعاتها، (صلاح الدنيا بصفة عامة) حسب رأي العالم الإسلامي " أبو الحسن الماوردي" إذ يقول في هذا الشأن: " واعلم أنه ما تصلح به الدنيا، حتى تصير أحوالها منتظمة، وأمورها ملتزمة، ستة أشياء. دين متبع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمن عام، وخصب دائم، وأمل فسيح".⁽⁵⁵⁾

الهوامش:

- (1) مصطفى الخشاب، النظريات والمذاهب السياسية (القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، ط.2، 1958)، ص.219.
- (2) المكان نفسه .
- (3) عادل سارة ، " التنمية بالحماية الشعبية "، كنعان ، نشرة الكترونية (السنة السابعة ، ع 1141 ، ماي 2007)، في :
تاريخ الإطلاع: <http://www.kanaanonline.org/articles/01141..2008/02/30>
- (4) François Mitterrand «Discours à l'Ouverture de la 16eme Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique», France la Baule :le 20 juin 1999, www.congoforum.be/upldocs/discours%20dela%20Baule.Pdf, (22-12-2009).
- (5) حمدي عبد الرحمن، قضايا في النظم الإفريقية (القاهرة: مركز دراسات المستقبل الإفريقي، ط.1، 1998)، ص.252.
- (6) صبحي علي قنصوه ، "التحولات الديمقراطية ، في أفريقيا : الأسباب ، الأبعاد ، احتمالات المستقبل"، في إبراهيم أحمد نصر الدين (وآخرون)، الموسوعة الأفريقية (القاهرة : معهد البحوث و الدراسات الأفريقية ، 1997)، ص ص 115، 116 .
- (7) فتح الله ولعلو، "على هامش الذكرى العشرينية لاتحاد المغرب العربي"، القدس العربي، س.20، ع 6136 (2009/1430هـ، 26 شباط /فبراير)، ص.18.
- (8) المنصف وناس، الدولة والمسألة الثقافية في المغرب العربي، سلسلة آفاق مغربية (تونس: سراس للنشر، 1995)، ص.51.
- (9) محمد عبد الشفيق عيسى، " رؤية إلى المستقبل العربي من التحديث إلى استئناف التطور الحضاري"، في عبد الباسط عبد المعطي(محرر)، العولمة والتحولات المجتمعية في الوطن العربي (لبنان: دار الكتاب الجديد المتحدة، ط.2، 2005)، ص ص. 189، 190.
- (10) توفيق المدني، المغرب العربي ومآزق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي (بيروت: دار لبنان للطباعة والنشر، 2004)، ص.59.
- (11) Larry Diamond, " Why Are There no Arab Democracies," Journal of Democracy, V.21, N°1(January,2010),p.99.

- (12) حمدي عبد الرحمن، إفريقيا والقرن الواحد والعشرون - رؤية مستقبلية (القاهرة: مركز البحوث والدراسات بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1997)، ص. 09.
- (13) أحمد منيسي، "آفاق التحول الديمقراطي في دول المغرب"، أحمد منيسي- (محرر)، التحول الديمقراطي في دول المغرب العربي (القاهرة: مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، 2004)، ص ص. 297-299.
- (14) Seyoum Hameso, »Issues and Dilemmas of Multi-party Democracy in Africa«, West Africa Review (Africa Resource, Ine, vol.3, N2, 2002) p.p.10,11.
- (15) منيسي، مرجع سابق، ص ص. 302,303.
- (16) ينظر: عدنان محمد الهيجانة، "هل للديمقراطية مستقبل في دول الخليج العربي؟"، المجلة العربية للعلوم السياسية، ع. 15 (صيف 2007)، ص. 40,41.
- (17) خميس حزام والي، إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية مع إشارة لتجربة الجزائر (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2003)، ص 200.
- (18) أحمد الرحال، "الإصلاح دراسة مختصرة"، المنتدى الليبي، ع. 2 (صيف 2006)، ص ص. 81-96.
- (19) Shadi Hamid, Steven Brooke. "Promoting Democracy to Stop Terror", in : <http://www.hoover.org/publications/policy-review/article/5285>. on: 01/08/2012.
- (20) مارينا أوتاوي، "دعم الديمقراطية في الشرق الأوسط: استعادة المصداقية"، مؤسسة كارنيغي للسلام الدولي، أيار / مايو 2008، ص ص. 01,02.
- (21) جيري شارب، سياسة الولايات المتحدة الأمريكية لتعزيز الديمقراطية في الشرق الأوسط: المعضلة الإسلامية، تقرير للكونغرس الأمريكي، ر. 33486 (الو.م.أ. : مكتبة الكونغرس الأمريكي، 2006)، ص ص. 10,11.
- (22) Tamara kofman wittes, Freedom's Unsteady March : America's Role in Building Arab Democracy (Washington, D.C : Brookings Institution Press, 2008), pp.24, 25.
- (23) Hamid, Brooke. Op.Cit.
- (24) "واشنطن تطرح عباءة الديمقراطية وتغازل الاستبداد"، العرب، الاثنين 2008/08/16، ص. 08.
- (25) أوتاوي، مرجع سابق، ص ص. 01-04.
- (26) أحمد زكريا الباسوسي، "إستراتيجية أمريكية جديدة لدمقرطة الشرق الأوسط"، في: <http://www.taqrir.org/printit.cfm?id=1529>. 2012/08/01، تاريخ الإطلاع: <http://www.taqrir.org/printit.cfm?id=1529>.
- (27) لؤي المدهون، "نشر الديمقراطية الأمريكية في العالم العربي بين الترويج والدعائي والمصداقية"، في: <http://www.dw-world.de/dw/article/9799/0,1551312,00.html>. 2012/08/02، تاريخ الإطلاع: <http://www.dw-world.de/dw/article/9799/0,1551312,00.html>.
- (28) الباسوسي، مرجع سابق.
- (29) المدهون، مرجع سابق.
- (30) منيسي، مرجع سابق، ص. 314.
- (31) تشارلز تيللي، الديمقراطية، ترجمة محمد فاضل طباح (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، 2011)، ص. 23.
- (32) منيسي، مرجع سابق، ص ص. 311-313.

- (33) ثناء فؤاد عبد الله، "قراءة في أوراق اللقاء الرابع عشر لمشروع دراسات الديمقراطية"، في: علي خليفة الكواري (محرر)، الاستبداد في نظم الحكم العربية المعاصرة (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2005)، ص ص. 13-21.
- (34) رفيق عبد السلام بوشلاكة، "الاستبداد الحداثي العربي: التجربة التونسية نموذجاً"، المرجع نفسه، ص ص. 101-104.
- (35) Graeme P. Herd, "The Great Arab Revolution : Challenges, Dilemmas and Opportunities ?", GCSP Policy Paper N12(Genova : Genova Center for Security Policy, March 2011), P.02.
- (36) جاك أ. قبانجي، "لماذا فاجأتنا انتفاضتا تونس ومصر؟ مقارنة سوسيولوجية"، في عبد الإله بلقزيز (محرر)، الربيع العربي...إلى أين: أفق جديد للتغيير الديمقراطي (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2011)، ص ص. 99-107.
- (37) عروس الزير، "الانتفاضات العنيفة: الخصوصية الجزائرية في استيعاب الاحتجاجات الشعبية"، السياسة الدولية، ع. 184 (أبريل 2011)، ص ص. 86-89.
- (38) كمال بن يونس، "التمهيش الشامل: عوامل اندلاع الثورة ضد نظام بن علي في تونس"، السياسة الدولية، ع. 184 (أبريل 2011)، ص ص. 58-61.
- (39) Shlomo Brom, "The Regional Ranification of the Arab Spring", in Yoell Guzansky, Mark A.Heller(eds), One year of the Arab Spring : Global and Regional Implications, memorandum N° 113 (Tel Aviv : Institute for National Security Studies(INSS), March 2012), pp. 39-41.
- (40) National Endowment for Democracy, Strategic Document, Supporting Freedom around the World, March 2012, pp.01-14.
- (41) أحمد أمين الشجاع، دور الغرب في أزمت العالم الإسلامي (صنعاء: د.د.ن، 2009)، ص ص. 28-42.
- (42) "مخطط برنارد لويس: تفتيت العالم الإسلامي لصالح إسرائيل الكبرى"، الدار، ع. 969، مارس 2011، ص. 20.
- (43) فيصل الشيخ، "احذروا من سايكس بيكو ثانية"، الوطن، السنة. 7، ع. 2416، الأحد 22 جويلية 2012، ص. 21.
- (44) Amos Yadlim, "The Arab Uprising One Year On" in Yoell Guzansky, Mark A.Heller(eds), One year of the Arab Spring : Global and Regional Implications, memorandum N° 113 (Tel Aviv : Institute for National Security Studies(INSS), March 2012), pp. 11-18.
- (45) عبير الرميلي، "الولايات المتحدة والربيع العربي واحداث التوازن بين قيمها ومصالحها"، في تاريخ الإطلاع: 22.08.2012، <http://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2012/07/28/302075.html>.
- (46) محمد المنشاوي، "واشنطن وثورات العرب"، في <http://www.taqrir.org/printit.cfm?id=1610>، تاريخ الإطلاع: 18.08.2012.
- (47) هناء دكروري وآخرون، "بعد الربيع العربي...أمريكا وإستراتيجية جديدة في الشرق الأوسط"، في تاريخ الإطلاع: 18.08.2012، <http://www.ahram.org.eg/Journalist-reporters/News/166374.aspx>.

- (48) نقولا ناصر، "رسالة أمريكية إلى الربيع العربي"، في <http://www.elshaab.org/thread.php?ID=31573>، تاريخ الإطلاع: 22.08.2012.
- (49) صلاح الحداد، "الطريق إلى الديمقراطية نجح الألمان والأسبان فهل ينجح الليبيون"، المنتدى الليبي، ع. 2 (صيف 2006)، ص ص. 51-70.
- (50) روبرت دال، "المؤسسات السياسية التي تتطلبها الديمقراطية الموسعة"، المنتدى الليبي، ع. 2 (صيف 2006)، ص ص. 23-35.
- (51) الحداد، مرجع سابق، ص. 53.
- (52) منيسي، مرجع سابق، ص ص. 318-319.
- (53) محمد عبد الشفيق عيسى، "تقرير عن ورشة العمل حول مؤشرات قياس الديمقراطية في البلاد العربية"، المستقبل العربي، ع. 366 (أوت 2009)، ص ص. 195-199.
- (54) هاشم نعمة، "نظرة في مستلزمات بناء الدولة الوطنية الديمقراطية"، طريق الشعب، ع. 79 (27 نوفمبر / تشرين الثاني 2008)، ص. 06.
- (55) أبو الحسن الماوردي، أدب الدنيا والدين، تحقيق مصطفى السقاط (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1973)، ص. 136، 135.

Le règlement interne du contentieux général en matière de sécurité sociale^{*}

Boudiaf kheir- Doctorant inscrit à la Faculté de droit de l'Université d'Alger 1.

Résumé:

Les contentieux de sécurité sociale comprennent, le contentieux général, le contentieux médical et le contentieux technique à caractère médical.

Est entendu par contentieux général de la sécurité sociale les litiges qui naissent entre les organismes de sécurité sociale d'une part et les assurés sociaux ou les assujettis d'autre part à l'occasion de l'application de la législation et de la réglementation de la sécurité sociale.

Le législateur prévoit que tous les litiges relevant du contentieux général doit être obligatoirement portés devant les commissions de recours préalable avant tout recours aux juridictions, où il le recours préalable est porté devant la commission locale de recours préalable qualifiée, en premier ressort et devant la commission nationale de recours préalable qualifiée, en cas de contestation des décisions de la commission locale de recours.

Le règlement interne du contentieux général en matière de sécurité sociale sont considéré comme un mécanisme de règlement amiable, cela rend plus facile pour les deux parties de conflit, que ce soit la courte durée du conflit ou pour éviter les frais de justice.

Mots-clés: Les contentieux -La sécurité sociale- Le recours préalable.

ملخص:

تشمل منازعات الضمان الاجتماعي، المنازعات العامة، المنازعات الطبية و المنازعات التقنية ذات الطابع الطبي، وتمثل المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي في الخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي من جهة والمؤمن لهم اجتماعيا أو المكلفين من جهة أخرى بمناسبة تطبيق تشريع وتنظيم الضمان الاجتماعي.

* Date du dépôt de l'article : 05/09/2016

Date de l'arbitrage de l'article :14/09/2016

وقد نص المشرع على رفع كل الخلافات المتعلقة بالمنازعات العامة إجباريا أمام لجان الطعن المسبق قبل أي طعن أمام الجهات القضائية، حيث يرفع الطعن المسبق ابتدائيا أمام اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق ويكون أمام اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق في حالة الاعتراض على قرارات اللجنة المحلية للطعن.

تعتبر التسوية الداخلية للمنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي آلية للتسوية الودية، وهذا تسهيلا لكلا طرفي النزاع سواء من حيث قصر مدة النزاع أو من حيث تفادي المصاريف القضائية.

الكلمات المفتاحية: المنازعات – الضمان الاجتماعي – الطعن المسبق.

Introduction:

En Algérie ,la sécurité sociale considéré comme un droit constitutionnel, il a été reconnu dans les articles 66" qui stipule que "...L'Etat veille à réunir les conditions de soins pour les personnes démunies...", et 69" qui énonce que " ... Le droit du travailleur à la sécurité sociale est garanti par la loi".¹

L'assuré social dans le cadre de sa relation avec les organismes de sécurité sociale peut être né un conflit entre eux, ces conflits sont d'une nature particulière , pour cela le législateur Algérien soumis les contentieux de la sécurité sociale à des procédures spéciales pour leur règlement , ces procédures sont prévues par la loi 08-08², et les textes réglementaires, fixant le nombre des membres des commissions de recours préalable , ainsi que leur organisation et leur fonctionnement et les procédures de l'expertise médical.

Les contentieux en matière de sécurité sociale comprend, le contentieux général, le contentieux médical et le contentieux technique à caractère médical³; ils sont réglés en deux phases, la première phase est le règlement interne qui est une phase administrative préalable et obligatoire, où le demandeur qui conteste une décision prise par un organisme de sécurité sociale doit engager un recours devant les commissions de recours compétentes, à défaut de règlement du contentieux à l'amiable , dans ce cas l'assuré peut être porté la contestation devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

¹ -Loi n° 16-01 du 26 Joumada El Oula 1437 correspondant au 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle.

² -Loi n° 08-08 du 16 Safar 1429 correspondant au 23 février 2008 relative au contentieux en matière de sécurité sociale, J.O.R.A. n° 11 02 /03/ 2008.

³ - L'art 02 de la loi 08-08, Op. Cit.

Le contentieux général de la sécurité sociale sont des litiges qui naissent entre les organismes de sécurité sociale d'une part et les assurés sociaux ou les assujettis d'autre part à l'occasion de l'application de la législation et de la réglementation de la sécurité sociale.¹

Cette définition est basée principalement sur deux éléments à savoir les parties de conflit et les sujets ou le champ d'application des conflits.

Les parties de conflit selon la définition sont les assurés sociaux ou les assujettis et leurs ayants droit d'un part et les organismes de sécurité sociale d'autre part , bien- que le sujet ou le champ d'application de conflit se limite à une mauvaise application et l'interprétation des lois de la sécurité sociale, en généralement relevant du paiement des cotisations, les litiges de déclaration d'activité et de l'attribution des prestations à cause administratif.

Le Législateur prévoit que tous les litiges relevant du contentieux général doit être obligatoirement portés devant les commissions de recours préalable avant tout recours aux juridictions.²

Le recours préalable est porté devant la commission locale de recours préalable qualifiée, en premier ressort et devant la commission nationale de recours préalable qualifiée, en cas de contestation des décisions de la commission locale de recours.³

Le recours préalable en matière de sécurité social il est un autre mécanisme de règlement des conflits, mais il ne peut pas être considéré comme la procédure est connue en droit administratif, il est ce que on appel le grief qui porté devant d'administration qui émanant le décision, il est considéré comme un procédure pour protéger l'assuré et les assujettis, et les aider à éviter la justice en évitant la longueur pour réglé les conflits et les frais de justice.⁴

Pr. "Ali Filali" estime que les commissions de recours préalable qualifiée est un des organes administratifs indépendants,⁵ dire qu'ils sont l'indépendance est nécessaire est convenu., mais appelé comme administrative ceci est faux, parce que compte tenu de la composition du représentative et de la nature du travail judiciaire ne pas prouver que des organes

¹ - L'art 03 de la loi 08-08, Op. Cit.

² - L'art 04 de la loi 08-08, Op. Cit.

³ - L'art 05 de la loi 08-08, Op. Cit.

⁴ - فيلالي علي ، التسوية غير القضائية لمنازعات الضمان الاجتماعي ، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 03 ، 2014، ص 126.

⁵ - فيلالي علي ، المرجع السابق، ص 135.

administratifs indépendants, ainsi que leurs décisions ne sont pas administrative et ne peut pas être contestée devant le tribunal administratif.

Alor nous allons étudier les commissions de recours préalable par la loi 08-08 relative au contentieux en matière de sécurité sociale,¹ et le décret exécutif 08-415 fixant le nombre des membres , l'organisation et le fonctionnement des commissions locales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale, et le décret- exécutif 08-416 fixant la composition , l'organisation et le fonctionnement des commissions nationales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale.

En fin , nous allons essayer évaluer l'efficacité de ces commissions pour règlement les contentieux général d'une manière amiable et suffisantes pour éviter les juridictions d'un part, d'autre part, est-il garantit les droits des assurés sociaux ou les assujettis tels que les juridictions ou non?.

Section I : La commission locale de recours préalable

La commission locale de recours préalable qualifiée statue sur les recours formulés par les assurés sociaux et les assujettis contre les décisions prises par les services des organismes de sécurité sociale.

Les dispositions relatives à l'étude de la commission locale de recours préalable est à travers les règles représentation , d'organisation et le fonctionnement , après que les procédures et délais de recours devant la commission.

A- Les règles représentation ,d'organisation et le fonctionnement

Les règles de représentation, l'organisation et le fonctionnement de la commission contenue dans le décret exécutif 08-415.²

¹ -Not importante: il ya des circulaires a pour objet de préciser les modalités d'application des disposition de la loi 08/08 pendant une période transitoire , a savoir le circulaire n°01 du 26-05-2008 relative aux modalités d'application certaines dispositions de la loi 08-08, et circulaire n°02 du 04-10-2008 relative à la gestion du contentieux général et médical de sécurité sociale pendant la phase transitoire précédant l'installation ou la modification de la liste des membres désignés des commissions de recours.

² - Le décret exécutif n° 08-415 du 26 Dhou El Hidja 1429 correspondant au 24 décembre 2008 fixant le nombre des membres, l'organisation et le fonctionnement des commissions locales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale. J. O. R. A. n° 01 du 6 janvier 2009.

Alors il ya des règles relatives représentation et de désignation des membres; et des règles relatives au d'organisation et fonctionnement de la commission.

A/1- Représentation et désignation des membres

Selon l'article 06 de la loi 08-08 il est créé au sein des agences de wilayas ou régionales des organismes de sécurité sociale, des commissions locales de recours préalable qualifiées, composées des :

- Représentants des travailleurs salariés ;
- Représentants des employeurs ;
- Représentants de l'organisme de sécurité sociale ;
- Un médecin.

Le nombre des membres des commissions locales de recours préalable qualifiées est fixé comme suit : ¹

- Au titre de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés (CNAS) :

- deux (2) représentants des travailleurs salariés dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des travailleurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants des employeurs dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des employeurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés relevant de l'agence de la wilaya concernée, dont un représentant titulaire, et l'autre suppléant, proposés par le directeur général de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés ;
- un (1) médecin relevant du contrôle médical de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés de l'agence de la wilaya concernée, proposé par le directeur général de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés.

¹ - L'art 02 du D.E 08-415 , Op. Cit.

- Au titre de la caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés (CASNOS):

- deux (2) représentants des travailleurs salariés dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des travailleurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;comme par exemple (U.G.T.A).
- deux (2) représentants des employeurs du secteur privé dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des employeurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;comme (Union nationale des commerçants et artisans et Chambre nationale de commerce).¹
- deux (2) représentants de la caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés relevant de l'agence régionale concernée (mais maintenant se trouve l'agence locale), dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par le directeur général de la caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés;
- un (1) médecin relevant du contrôle médical de la caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés de l'agence régionale (mais maintenant l'agence locale) concernée, proposé par le directeur général de la caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés.

- Au titre de la caisse nationale des retraites (CNR):

- deux (2) représentants des travailleurs salariés dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des travailleurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants des employeurs dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des employeurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants de la caisse nationale des retraites relevant de l'agence de la wilaya concernée, dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par le directeur général de la caisse nationale des retraites ;
- un (1) médecin exerçant au niveau de la wilaya concernée, proposé par le directeur de la santé et de la population de wilaya après avis du conseil régional de déontologie médicale.

¹ - بن صاري ياسين ، منازعات الضمان الاجتماعي، دار هومة ، الجزائر، 2004، ص 18.

- Au titre de la caisse nationale d'assurance-chômage (CNAC) :

- deux (2) représentants des travailleurs salariés dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des travailleurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants des employeurs dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des employeurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants de la caisse nationale d'assurance-chômage relevant de l'agence de la wilaya concernée, dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par le directeur général de la caisse nationale d'assurance-chômage ;
- un (1) médecin exerçant au niveau de la wilaya concernée proposé par le directeur de la santé et de la population de la wilaya, après avis du conseil régional de déontologie médicale.

-Au titre de la caisse nationale de recouvrement des cotisations de sécurité sociale (CNRSS)¹ :

- deux (2) représentants des travailleurs salariés dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des travailleurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants des employeurs dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par les organisations syndicales des employeurs les plus représentatives au niveau de la wilaya ;
- deux (2) représentants de la caisse nationale de recouvrement des cotisations de sécurité sociale relevant de l'agence de la wilaya concernée, dont un représentant titulaire et l'autre suppléant, proposés par le directeur général de la caisse nationale de recouvrement des cotisations de sécurité sociale ;

¹ - La CNRSS il a été annulé par le décret exécutif n° 15-155 du 28 Chabane 1436 correspondant au 16 juin 2015 modifiant et complétant le décret exécutif n° 92-07 du 4 janvier 1992 portant statut juridique des caisses de sécurité sociale et organisation administrative et financière de la sécurité sociale, , J. O. R. A. n° 01 du 22 juin 2015. voir l'art 04.

- un (1) médecin exerçant au niveau de la wilaya concernée, proposé par le directeur de la santé et de la population de wilaya, après avis du conseil régional de déontologie médicale.

En cas d'absence des membres titulaires, les membres suppléants assistent aux réunions de la commission.

Les commissions locales de recours préalable qualifiées élisent un président parmi leurs membres (L'art 03 du D.E 08-415).

Notez que le président élu et non nommé par l'administration et la confirmation la plus importante de l'indépendance de la commission et assurer le respect de ses décisions.

En ce qui concerne la désignation des membres et la durée de mandat selon l'article 04 les membres des commissions locales de recours préalable qualifiées sont désignés pour une durée de trois (3) ans renouvelable par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, en cas d'interruption du mandat d'un membre des commissions locales de recours préalable qualifiées, il est procédé à son remplacement dans les mêmes formes pour la durée restante du mandat.

La commission varient entre l'élection et la nomination dans la composition et ils ont aussi qui soutient la neutralité et l'indépendance dans la prise de décision, ainsi que les règles ont appliqué pour assurer la poursuite des travaux de la commission.¹

Et pour la motivation des membres des commissions le législateur prévu par l'article 10 du D.E 08-415 les membres des commissions locales de recours préalable qualifiées perçoivent une indemnité de présence dont le montant est fixé à cent dinars (100 DA) par dossier traité, sans que le montant global de l'indemnité ne dépasse deux mille dinars (2000 DA) par séance, charge de l'organisme de sécurité sociale concerné.

A/2- L'organisation et le fonctionnement de la commission

En ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de la commission étudient les éléments les plus importants pour les sessions, le régime des délibérations.

¹ - سباتي الطيب ، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 282.

A/2-1-Les sessions de la commission

Selon l'article 05 du D.E 08-415 les commissions locales de recours préalable qualifiées se réunissent, en session ordinaire une fois tous les quinze (15) jours sur convocation de leur président, elles peuvent se réunir en session extraordinaire à la demande de leur président ou de la moitié (1/2) de leurs membres, les commissions locales de recours préalable qualifiées se réunissent valablement lorsque la majorité de leurs membres est présente, si ce quorum n'est pas atteint, elles se réunissent valablement après une deuxième convocation quel que soit le nombre des membres présents, dans un délai n'excédant pas les huit (8) jours.

Le régime des sessions est également soumis à des règles du règlement intérieur où peuvent se réunir chaque semaine.

Notez que les règles applicables aux sessions assurer le règlement rapide des litiges et non-accumulation de dossiers et en limitant la durée entre la séance et l'autre.

L'agence régionale ou de wilaya de chaque organisme de sécurité sociale met à la disposition de la commission locale de recours préalable qualifiée un local ainsi que les moyens nécessaires à son fonctionnement.(l'art 09 du D.E 08-415).

A/2-2-Le régime des délibérations

Selon l'article 06 du D.E 08-415 les décisions des commissions locales de recours préalable qualifiées sont prises à la majorité simple des voix, en cas de partage égal de voix, celle du président est prépondérante, les décisions des commissions font l'objet de procès-verbaux signés par le président et les membres de la commission et transcrits sur un registre coté et paraphé par le président.

Les travaux de la commission sont résumées dans le procès-verbaux, comme l'enregistrement du nombre de recours, ainsi que accepté et rejeté et report .

La commissions est également soumis à règlement intérieur qui élaborent et adoptent qui fixe leurs règles d'organisation et de leur fonctionnement.¹

Mais après avoir comparé le modèle officiel du règlement intérieur émis par la direction générale au modèle du règlement intérieur d' une commission au niveau d'agence locale nous avons remarqué que l'existence des règles de fond, ce qui est contraire à la loi, il faut

¹ - L'art 14 du D.E 08-415 , Op. Cit.

se rappeler que le règlement intérieur explique certains des textes juridiques et explique comment les appliquer, donc ne contredit pas les lois et règlements et ne crée pas un nouveau texte juridique.

B- Procédures et délais de recours devant la commission

Les règles des procédures et de délais de recours devant la commission contenues dans la loi 08-08 et le D.E 08-415.

B/1- La contestation devant la commission

Selon l'article 08 de la loi 08-08, la commission locale de recours préalable qualifiée est, sous peine d'irrecevabilité, saisie par lettre recommandée avec accusé de réception ou par requête déposée au secrétariat de la commission contre un récépissé de dépôt dans un délai de quinze (15) jours à compter de la date de réception de la notification de la décision contestée.

Elles ne sont pas exigibles en cas de force majeure dûment constatée par la commission.

Le recours comprend requête écrite qui indique les motifs et la décision contestée, il doit être écrit par le secrétariat de la commission dans un procès-verbal signé par le directeur de l'agence locale ceci dans le but de faciliter le calcul, et même temps protéger les dossiers de perte et de protéger les droits d'assuré.

B/2- La décision de la commission

La commission est tenue de prendre sa décision dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de réception de la requête, décisions doivent être motivées et faire référence aux dispositions législatives et réglementaires sur lesquelles elles sont fondées.¹

La motivation des décisions est le principe juridique assure la transparence et l'application égale de la loi et facilite le contrôle des travaux de la commission, cela n'existe pas dans la forme de la décision de la commission, plus de ça que le visa sur lequel la décision est incorrecte.

B/3-La notification des décisions

En ce qui concerne la notification des décisions l'article 09 de la loi 08-08 et l'article 07 du D.E 08-415 ils prévoient les décisions des commissions locales de recours préalable

¹ - L'arts 06-07 du D.E 08-415, Op. Cit.

qualifiées sont notifiées aux assurés sociaux et aux assujettis par le secrétariat de la commission par lettre recommandée avec accusé de réception ou par les agents de contrôle de la sécurité sociale de l'organisme concerné au moyen d'un procès-verbal de réception dans un délai de dix (10) jours à compter de la date de la décision desdites commissions.

Notez la multiplicité des mécanismes de notification des décisions et ce, afin d'assurer de ne pas manquer l'occasion de faire recours à la commission nationale de recours.

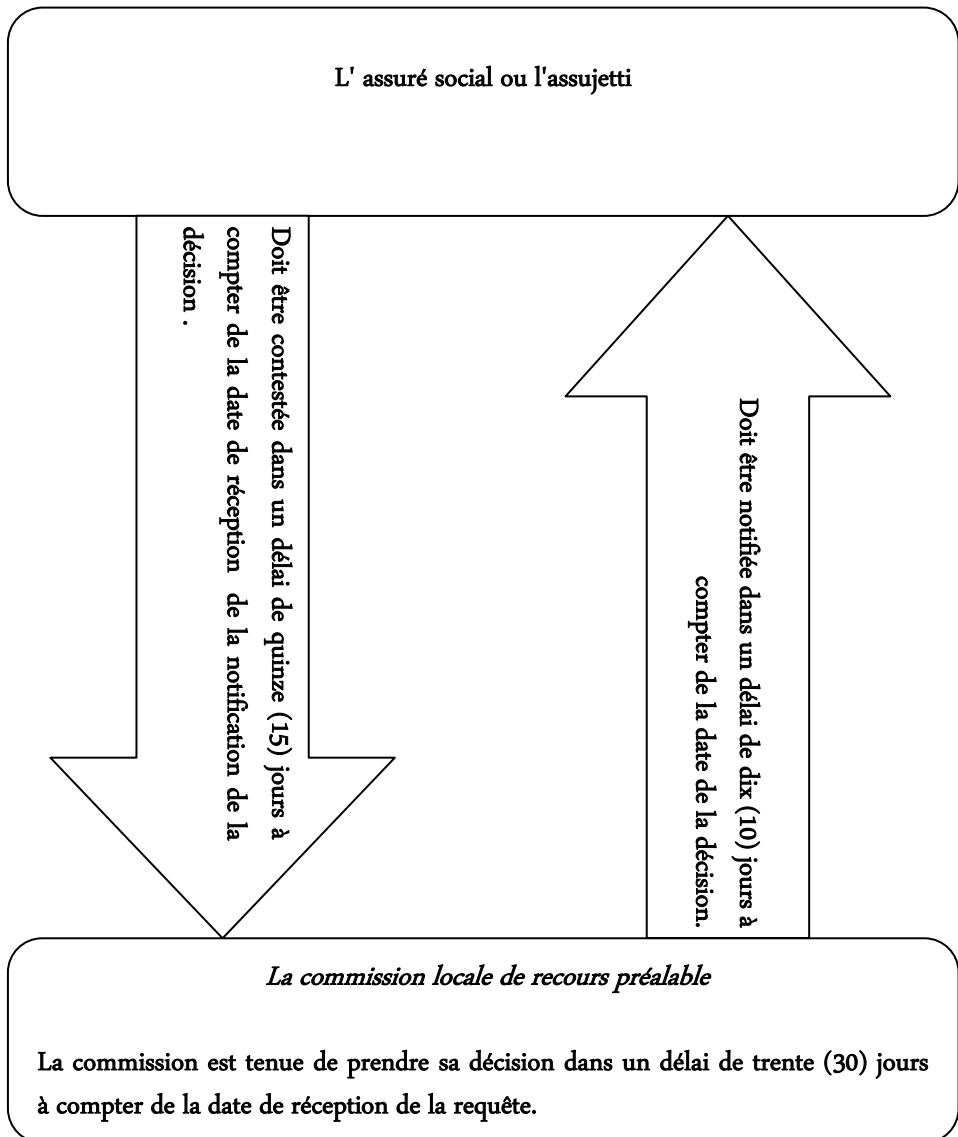
Le secrétariat des commissions locales de recours préalable qualifiées est assuré par l'organisme de sécurité sociale auprès duquel elles sont créées (l'art 08 du D.E 08-415)

Les directeurs d'agence locale doit être transmettre le résumé des décisions de la commission locale à la direction générale , copie de ces décisions doit être transmise par les commissions locales de recours préalable qualifiées au directeur de l'agence de l'organisme de sécurité sociale concerné, dans les délais 10 jours .

Les présidents des commissions locales de recours préalable qualifiées sont tenus d'adresser au ministre chargé de la sécurité sociale un rapport annuel de leurs activités.¹

¹ - L'art 15 du D.E 08-415 , Op. Cit.

- ✓ Le schéma d'une procédures contentieuse devant les commissions locales de recours préalable:



Section II : La commission nationale de recours préalable

La commission nationale de recours préalable qualifiée statue sur les recours formulés contre les décisions des commissions locales de recours préalable qualifiée.

Les dispositions relatives à l'étude de la commission nationale de recours préalable est à travers les règles de composition , d'organisation et le fonctionnement , après- que les procédures et délais de recours devant la commission.

A - Les règles de composition ,d'organisation et le fonctionnement

Les règles de composition , l'organisation et le fonctionnement de la commission contenues dans le décret exécutif 08-416.¹

Alors il ya des règles relatives à la composition et des règles relatives à l'organisation et fonctionnement de la commission.

A/1- La composition de la commission

Il est créé, au sein de chaque organisme de sécurité sociale, une commission nationale de recours préalable qualifiée, la composition de ces commissions est fixée comme suit:²

- un (1) représentant du ministre chargé de la sécurité sociale, président ;
- trois (3) représentants du conseil d'administration de l'organisme de sécurité sociale concerné , proposés par le président du conseil d'administration ;
- deux (2) représentants de l'organisme de sécurité sociale concerné , proposés par le directeur général dudit organisme.

Notez que la plupart des membres des administrateurs et le manque de participation des partenaires sociaux, et aussi le président élu, pas ceci affecte négativement l'indépendance de la commission.

Les membres des commissions nationales de recours préalable qualifiées sont désignés pour une durée de trois (3) ans renouvelable par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, en cas d'interruption du mandat d'un membre des commissions nationales de recours

¹ - Le décret exécutif n° 08-416 du 26 Dhou El Hidja 1429 correspondant au 24 décembre 2008 fixant la composition , l'organisation et le fonctionnement des commissions nationales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale. J. O. R. A. n° 01 du 6 janvier 2009.

² - L'art 02 du D.E 08-416, Op. Cit.

préalable qualifiées, il est procédé à son remplacement dans les mêmes formes pour la durée restante du mandat.¹

Et pour la motivation la législateur prévu par l'article 10 du D.E 08-416 les membres des commissions nationales de recours préalable qualifiées perçoivent une indemnité de présence dont le montant est fixé à cent dinars (100 DA) par dossier traité, sans que le montant global de l'indemnité ne dépasse deux mille dinars (2000 DA) par séance.

A/2- L'organisation et fonctionnement de la commission

En ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de la commission étudient les éléments les plus importants pour les sessions, le régime des délibérations.

A/2/1-Les sessions de la commission

Les commissions nationales de recours préalable qualifiées se réunissent en session ordinaire, une fois tous les quinze (15) jours sur convocation de leur président, elles peuvent se réunir, en session extraordinaire, à la demande de leur président ou des deux tiers (2/3) de leurs membres, les commissions nationales de recours préalable qualifiées se réunissent valablement lorsque la majorité de leurs membres est présente, si ce quorum n'est pas atteint elles se réunissent valablement après une deuxième convocation quel que soit le nombre des membres présents, dans un délai n'excédant pas les quinze (15) jours.²

Notez que les règles applicables aux sessions assurer le règlement rapide des litiges et non-accumulation de dossiers et en limitant la durée entre la séance et l'autre.

Les organismes de sécurité sociale mettent à la disposition des commissions nationales de recours préalable qualifiée des locaux ainsi que les moyens nécessaires à leur fonctionnement.(L'art 09 du D.E 08-416).

A/2/2-Le régime des délibérations

Les décisions des commissions nationales de recours préalable qualifiées sont prises à la majorité simple des voix, en cas de partage égal de voix, celle du président est prépondérante, les décisions des commissions font l'objet de procès-verbaux signés par le président de la commission et transcrits sur un registre spécial coté et paraphé par

¹ - L'art 03 du D.E 08-416, Op. Cit.

² - L'art 05 du D.E 08-416, Op. Cit.

le président, le commission aussi élaborent leur règlement intérieur qui fixe les règles de leur organisation et de leur fonctionnement.¹

Alors on peut apporter dans ce cas les mêmes observations pour la commission locale l'organisation et le fonctionnement.

B- Procédures et délais de recours devant la commission

Les règles des procédures et délais de recours devant la commission contenues dans la loi 08-08 et le D.E 08-416.

B/1- La contestation devant la commission

La commission nationale de recours préalable qualifiée est, sous peine d'irrecevabilité, saisie par lettre recommandée avec accusé de réception ou par une requête déposée au secrétariat de la commission contre un récépissé de dépôt dans un délai de quinze (15) Jours à compter de la date de réception de la notification de la décision de la commission locale contestée ou dans les soixante (60) jours à compter de la date de saisine de la commission locale de recours préalable qualifiée, si l'intéressé n'a reçu aucune réponse à sa requête.²

Le recours doit être formulé par écrit et indiquer les griefs à l'encontre de la décision contestée à savoir décision de la commission locale de recours préalable ou décision de l'organisme de sécurité sociale concerné.

B/2- La décision de la commission

La commission nationale rend sa décision dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de réception de la requête (L'art 11 de la loi 08-08).

Mais pourquoi le législateur ne s'est pas motivé par la motivation de décisions et faire référence aux dispositions législatives et réglementaires sur lesquelles elles sont fondées comme les décisions des commission locale!?

B/3- La notification des décisions

Selon l'article 14 de la loi 08-08 et l'article 07 du D.E 08-416 les décisions de commission nationale de recours préalable qualifiées sont notifiées aux assurés sociaux et aux assujettis par le secrétariat de la commission par lettre recommandée avec accusé de réception ou par

¹ - L'art 06 du D.E 08-416, Op. Cit.

² - L'art 08 de la loi 08-08, Op. Cit.

les agents de contrôle de la sécurité sociale de l'organisme concerné au moyen d'un procès-verbal de réception dans un délai de dix (10) jours à compter de la date des décisions des dites commissions, copie de ces décisions doit être transmise par les commissions nationales de recours préalable qualifiées au directeur général de l'organisme de sécurité sociale concerné, dans les délais prévus à l'alinéa 1er ci-dessus.

Notez la multiplicité des mécanismes de notification des décisions et ce, afin d'assurer de ne pas manquer l'occasion de faire portée un procès devant le juridictionnel compétente.

Le président de commission nationale de recours préalable qualifiées sont tenus d'adresser au ministre chargé de la sécurité sociale un rapport annuel sur leurs activités.(L'art15 du D.E 08-416).

Le secrétariat de chaque commission nationale de recours préalable qualifiée est assuré par l'organisme de sécurité sociale auprès duquel elle est créée.¹

Législateur algérien grâce à la loi 08-08 et les décrets exécutifs appliqué à lui essayez de consacrer les principes de justice et d'assurer l'indépendance des commissions de recours préalable.

En ce qui concerne le recours juridictionnel;² les décisions de la commission nationale de recours préalable qualifiée sont susceptibles de recours devant le tribunal compétent, conformément aux dispositions du code de procédure civile, dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de remise de la notification de la décision contestée, ou dans un délai de soixante (60) jours à compter de la date de réception de la requête par la commission nationale de recours préalable qualifiée, si l'intéressé n'a reçu aucune réponse à sa requête.

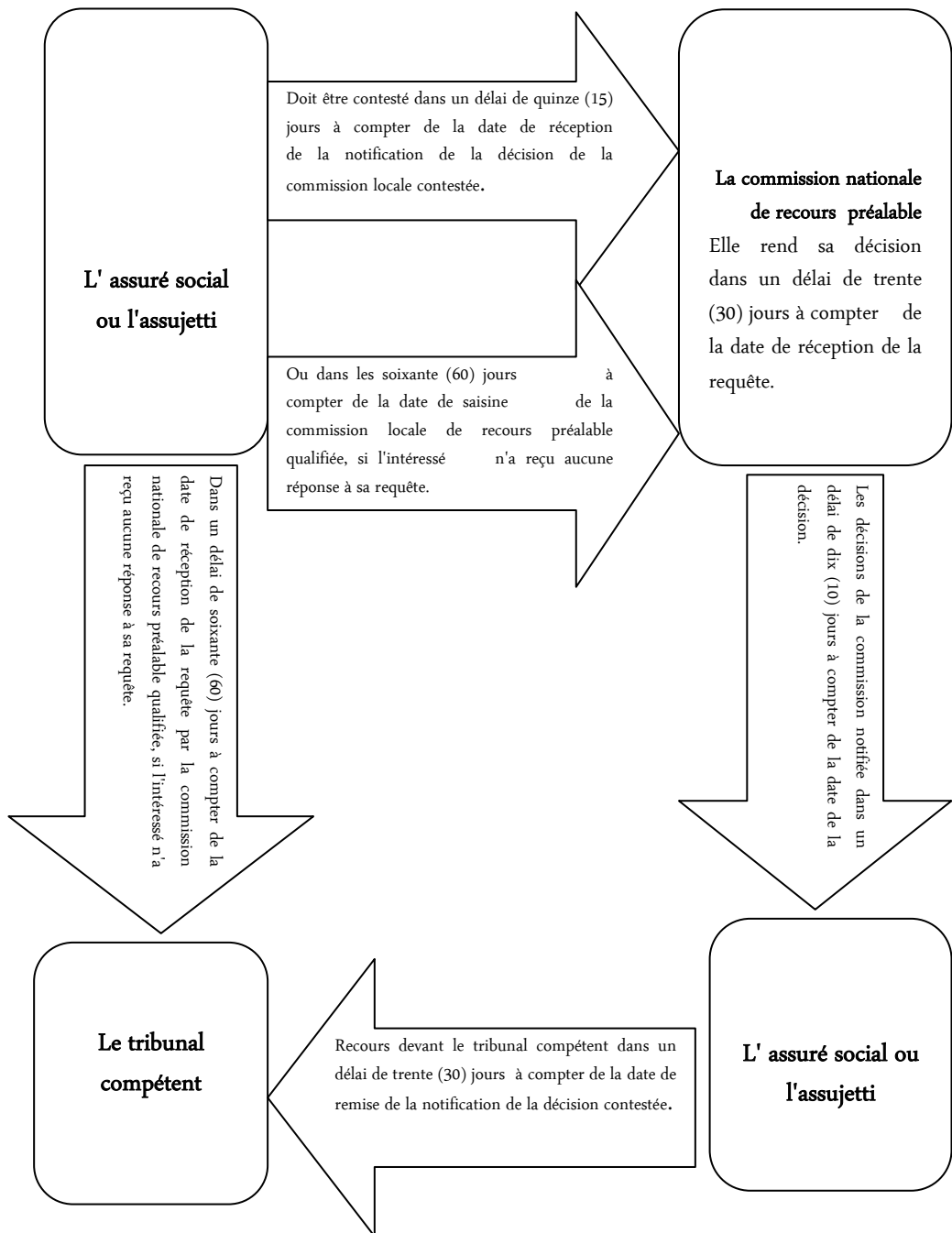
Notez que le législateur algérien n'a pas exigé que les débats et les plaidoiries s'effectuent en langue arabe, et les décisions sont rendues en langue arabe cela est nécessaire pour les assurés et leurs droits dans le cas de recours devant les juridictions.

¹ - L'art 08 du D.E 08-416, Op. Cit.

² -Voir l'arts 15-16 de la loi 08-08 , Op. Cit.

Relèvent de la compétence des juridictions administratives les litiges qui naissent entre les institutions et les administrations publiques en tant qu'organismes employeurs et les organismes de sécurité sociale.

- ✓ Le schéma d'une procédure contentieuse devant la commission nationale de recours préalable:



Le règlement interne du contentieux générale en matière de sécurité sociale sont incarné a travers la contestation devant des commissions de recours préalable compétentes , qui il portés par d'assurés social ou l'assujettis contre la décision de organisme de sécurité sociale est obligatoire avant de recourir aux tribunaux , a pour objet du règlement les conflits d'une manière amiable .

Ceci est réalisé grâce au caractère représentatif de la composition des commissions, ainsi que le régime de leurs sessions et délibérations, même des procédures et des délais de recours qui assure la rapidité dans le règlement , et garantit les droits de l'assuré dans la notification et la possibilité de recours contre les décisions des commissions devant les tribunaux .

Le recours préalable est porté devant la commission locale de recours préalable qualifiée, en premier ressort et devant la commission nationale de recours préalable qualifiée, en cas de contestation des décisions de la commission locale de recours , ceci en applicable à le principe de double degré de juridiction.

Comme un résultat final, nous pouvons dire que les procédures de règlement des contentieux relatifs à la sécurité sociale surtout après l'étude les règles et procédure contentieuse devant les commissions de recours préalable sont des mécanismes efficace pour le règlement des litiges d'une manière amiable , rapidement et la flexibilité rend également plus facile pour l'assuré de défendre ses droits et frais raisonnables.

Enfin fait les recommandations suivantes:

- 1- Pour motives les membres des commissions , doit être augmenter l'indemnité de présence a savoir le montant de chaque dossier a été traité , ainsi que il n'a pas déterminé le plafond d'indemnité pour le montant des sessions.
- 2- Les commissions locales de recours préalable élisent un président parmi leurs membres, par contre les commissions nationales de recours préalable, le président représentant du ministre chargé de la sécurité sociale, cela affecte l'indépendance de ces dernières.
- 3- Après avoir comparé le modèle officiel du règlement intérieur émis par les directions générale de sécurité sociale au modèle du règlement intérieur de certains commissions au niveau des agences locales nous avons remarqué que l'existence des règles de fond, ce qui est contraire à la loi, il faut se rappeler que le règlement intérieur explique certains des textes juridiques et explique comment les appliquer, donc ne contredit pas les lois et règlements et ne crée pas un nouveau texte juridique.

- 4- En ce qui concerne les commissions nationales de recours préalable, pourquoi le législateur n'a exigé pas la motivation de décisions et faire référence aux dispositions législatives et réglementaires sur lesquelles elles sont fondées comme les décisions des commissions locales, malgré la motivation des décisions est considéré comme un principe juridique assure la transparence et facilite le contrôle des travaux de la commission
- 5- la multiplicité des mécanismes de notification des décisions garantir les droits de l'assuré social, donc nous devons travailler pour réellement incarner.

LA BIBLIOGRAPHIQUE

A - La constitution:

- 1- La Loi n° 16-01 du 26 Joumada El Oula 1437 correspondant au 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle.

B- La législation

- 1- La Loi n° 08-08 du 16 Safar 1429 correspondant au 23 février 2008 relative au contentieux en matière de sécurité sociale, J.O.R.A. n° 11 02 /03/ 2008.

C- Le règlementation

- 1- Le décret exécutif n° 08-415 du 26 Dhou El Hidja 1429 correspondant au 24 décembre 2008 fixant le nombre des membres, l'organisation et le fonctionnement des commissions locales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale. J. O. R. A. n° 01 du 6 janvier 2009.
- 2- Le décret exécutif n° 08-416 du 26 Dhou El Hidja 1429 correspondant au 24 décembre 2008 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement des commissions nationales de recours préalable qualifiées en matière de sécurité sociale. J. O. R. A. n° 01 du 6 janvier 2009.
- 3- Le décret exécutif n° 15-155 du 28 Chabane 1436 correspondant au 16 juin 2015 modifiant et complétant le décret exécutif n° 92-07 du 4 janvier 1992 portant statut juridique des caisses de sécurité sociale et organisation administrative et financière de la sécurité sociale, J. O. R. A. n° 01 du 22 juin 2015.
- 4- Le circulaire n°01 du 26-05-2008 relative aux modalités d'application certaines dispositions de la loi 08-08.
- 5- Le circulaire n°02 du 04-10-2008 relative à la gestion du contentieux général et médical de sécurité sociale pendant la phase transitoire précédant l'installation ou la modification de la liste des membres désignés des commissions de recours.

A- Ouvrages:

- 1 بن صاري ياسين ، منازعات الضمان الاجتماعي ، دار هومة ، الجزائر، 2004 .
- 2 سباتي الطيب ، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي ، دار الهدى، الجزائر، 2014 .

B- Articles:

- 1 فيلاي علي ، التسوية غير القضائية لمنازعات الضمان الاجتماعي ، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 03 ، 2014

