مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد

18

ذكرى الأول من نوفمبر 1954

الثورة التحريرية الكبرى

الجزائر

ISSN 2392-5175

مدير النشر
أ.قارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي

EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°

18

Directeur
De La Publication
Kara Oualid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi

ISSN 2392-5175

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

الترقيم الدولي : ISSN2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (18) – نوفمبر(ثورة التحرير الجزائرية الكبرى)/ 2018

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي. تحوز على الترقيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالاضافة الى أعداد خاصة) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة :أ. قارة وليد

رئيسة التحرير : د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير :د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير

أ.مقراني ريمة–

أ.شيباني نضيرة – أ.ثوابتي ايمان ريمة سرور– – أ.سويح دنيا

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د السيد أبو الخير– استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات– عضو نقابة المحامين– مصر

أ.د فوزي أوصديق–رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني– استاذ زائر في عدة جامعات / قطر

أ.د بوضياف عمار–استاذ التعليم العالي– مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة–كلية الحقوق و العلوم السياسية –جامعة تبسة – الجزائر

أ.د بوحنية قوي – استاد التعليم العالي – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة ورقلة – الجزائر

أ.د . بو بكر عبد القادر – استاذ التعليم العالي –كلية الحقوق . بن عكنون – الجزائر

أ.د . بوعزة ديدن – استاذ التعليم العالي–كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تلمسان – الجزائر

أ.د . بموسات عبد الوهاب – استاذ التعليم العالي – كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر

د . ماهر عبد الله العربي – استاذ القانون الجنائي – كلية حقوق القاهرة – فرع الخرطوم . السودان– مصر

د . زواقري الطاهر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور– خنشلة – الجزائر

د . اسعد حورية – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . إرزيل كاهنة – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو– الجزائر

د . نهاد أحمد – استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) – مصر

د . الدياب حسن عز الدين – استاذ محاضر – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة المنار– تونس

د . بوزيان راضية – استاذة محاضرة – عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع – جامعة الطارف – الجزائر

د . زياد علي محمد الكايد – استاذ محاضر– قسم إدارة الأعمال– –جامعة شقراء– المملكة السعودية

د . بن حملة سامي – أستاذ محاضر –كلية الحقوق – جامعة قسنطينة 1. قسنطينة – الجزائر

د . بلقاسم سعودي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاقتصادية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . حسن عالي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاجتماعية – جامعة وهران – الجزائر

د . الشيماء محمد – عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك – المملكة السعودية – مصر

د . عبد السلام بني حمد – عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية – الأردن

د . خلف الله عبد السلام محمد– استاذ محاضر–كلية الاقتصاد و العلوم السياسية – جامعة الزيتونة – ليبيا

د . خضراوي الهادي– استاذ محاضر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة الأغواط – الجزائر

د . نبيلة بن يوسف – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . بخوية ادريس – استاذ محاضر–كلية الحقوق و العلوم السياسية – الجامعة الافريقية . أدرار – الجزائر

د . منصور لخضاري – عضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . خنفوسي عبد العزيز – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – الجزائر

د . رياض التميمي – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة العربي بن مهيدي– الجزائر

د . السبتي وسيلة – استاذة محاضرة –كلية العلوم الاقتصادية و التجارية – جامعة محمد خير– الجزائر

د . عثامنية كوسر – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور – الجزائر

د . حساني خالد – أستاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عبد الرحمان ميرة – الجزائر

ا . محديد حميد – اعضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة زيان عاشور – الجزائر

ا . ليلى زيد الراشد – عضو جمعية المحامين – الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.
* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.
* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .
* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .
* تقديم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى
* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .
* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .
* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel. و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain
* التهميش : يذكر في أخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: **لقب و اسم المؤلف ،عنوان المؤلف، الجزء ،الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.**

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .
* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيبا أبجديا، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.
* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.
* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.
* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.
* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .
* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقا في أي مجلة أخرى .
* المقال المقبول للنشر يصبح ملكا للمجلة .

*** لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلاّ بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير**

*** ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة**

مجلة الندوة للدراسات القانونية
Revue El nadwa d'études juridiques
ISSN . 2392-5175

فهرس البحوث و الدراسات

01- حقوق المساهم الإدارية في شركة المساهمة في نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ (1437/1/28هـ)

أ. راشد عبدالله الخثلان و د. حسين أحمد الغشامي – المملكة السعودية ص003

02- مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى" دراسة تحليلية مقارنة"

د. هائل حزام مهيوب يحي العامري .كلية الحقوق – جامعة تعز– اليمن ص 032

03- التنظيم القانوني للصحافة الإلكترونية في الجزائر : قراءة في القانون العضوي للإعلام 05/12

أ. خيرة، خديم – جامعة أحمد بن بلة –وهران 1– الجزائر ص 085

04- مفهوم السرقة العلمية حسب القرار933 والأشخاص المعنيين بتطبيقه:

أ. بوقصة إيمان – جامعة العربي التبسي_ تبسة– الجزائر ص 105

05- المفاهيم العامة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

أ. بوبكر نبية – جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس – الجزائر ص 119

06- دور الإمتيازات الضريبة في دعم القدرة التنافسية للشركات والمؤسسات الإقتصادية كآلية محفزة لتشجيع الإستثمار في الجزائر (مقاربة قانونية)

أ .بن غالم بومدين– كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تلمسان – الجزائر ص 141

07- التحكيم في الشريعة الاسلامية و نظام التحكيم السعودي

أ. رهام عواد – كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ، المملكة السعودية ص 171

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمان الرحيم

تقدم مجلة الندوة للدراسات القانونية عددا يتضمن مقالات علمية محكمة من مختلف بلدان العالم العربي ايمانا منها بحتمية التعاون العربي العربي في مجال البحث العلمي ، و تقديسا لثورة الاول من نوفمبر المجيدة، ثورة التحرير الكبرى الجزائرية ضد المستعمر الغاشم الذي دنس أرض المجد و العروبة و الأمازيغ و الاسلام ،

تصدر المجلة عددا من أعدادها يصادف هذا التاريخ المجيد احتفاءا به و بنضالات الشهداء و المجاهدين و المعاونين لهذه القضية الخالدة ،

المجد و الخلود للشهداء الأبرار

حقوق المساهم الإدارية في شركة المساهمة
(في نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ)

أ. راشد عبدالله الخثلان د. حسين أحمد الغشامي

ملخص البحث:

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع حقوق المساهم الإدارية في الجمعيات العمومية وفي مجلس الإدارة وفقاً لنظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ وقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين تناول المبحث الأول: حقوق المساهم في الجمعيات العمومية الثلاث حيث تم الحديث عن حقوق المساهم الإدارية في اجتماعات الجمعيات العمومية. أما في المبحث الثاني فقد تناول حقوق المساهم الإدارية من خلال مجلس إدارة الشركة وتم الحديث عن حق المساهم في مجلس إدارة الشركة. واختتم البحث بالخاتمة التي بينت ما توصل إليه البحث من نتائج وتوصيات، وكان من أهم النتائج ما يلي:

- إن معرفة المساهم لحقوقه التي منحه لها النظام وحمايتها لا يكون قاصرا على المساهم دون أن يكون هناك دورا فاعل من وزارة التجارة والاستثمار وهيئة السوق المالية في توفير تلك الحماية للمساهمين ونشر تلك الثقافة، وتذليل الصعوبات التي يواجهونها.
- إن من يمتلك سهماً واحداً أو أكثر فإنه يترتب له وعليه حقوقاً والتزامات مقررة بنصوص نظامية اكتسبها المساهم بصفته شريكاً في الشركة.
- للمساهم حق المشاركة في إدارة الشركة وتسيير أمورها من خلال الترشح لعضوية مجلس إدارة الشركة.

وأما التوصيات فكان من أهمها ما يلي:

- إنشاء إدارات خاصة بعلاقات المساهمين في جميع الشركات وتفعيلها بصورة جيدة لتساهم في توعية المساهمين وممارستها على الوجه الصحيح.
- إلزام مجالس إدارات الشركات المساهم بعقد اجتماعات الجمعيات العمومية عن طريق وسائل التقنية الحديثة لمساعدة المساهمين في المشاركة في اتخاذ القرارات.

- سرعة انجاز اللائحة التنفيذية لنظام الشركات وتفعيل جميع مواد لائحة حوكمة الشركات بصورة إلزامية حيث أن هذه اللائحة لا تزال إرشادية للشركات المساهمة.

مقدمة:

تحتل الشركات المساهمة مكانة متميزة في الحياة الاقتصادية، حيث تتميز هذه الشركات بقدرتها على تجميع رؤوس الأموال الكبيرة وتوظيفها في النشاطات الاقتصادية المؤثرة، كما أنها غزت جميع فروع الصناعة والتجارة فاستأثرت بالمشروعات الاقتصادية الكبرى مما أسس لهذه الشركات سلطاناً قوياً وقوة اجتماعية ذات بأس وسطوة على كيان الدولة. فهي تقوم على استثمار الأموال دون الحاجة إلى وجود أصحابها، مما يسمح لكثير من أفراد المجتمع بالمشاركة فيها بأموالهم مع احتفاظهم بعملهم الأصلي، وهذا ساهم بسهولة إلى جذب الأموال إلى هذه الشركات لإنشاء المشروعات الكبيرة التي يعجز غالب الأفراد عن القيام بها.

ومن هنا فإن الأنظمة قد أولت عناية كبيرة بهذه الشركة، ومن ذلك حقوق المساهمين وكل ما يتعلق بها من أحكام وتأتي هذه الدراسة بعنوان (حقوق المساهم الإدارية في شركة المساهمة "في نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ") لدراسة حقوق المساهم الإدارية في شركة المساهمة في الجمعيات العمومية وفي مجلس الإدارة وتوضيحها للمساهم وتعريفه بها والوقوف على ماهيتها وكيفية ممارستها كما يقرها نظام الشركات السعودي والأنظمة و اللوائح والقرارات الأخرى ذات العلاقة.

والجدير بالذكر أن ممارسة المساهم لحقوقه الإدارية في الشركة المساهمة التي كفلها له النظام يوجد فيها الكثير من الضعف، وذلك لعدم وعي كثير من المساهمين بهذه الحقوق وكيفية ممارستها، مما يفقد هذه الحقوق أهميتها في ضمان موضوعية الشركة وشفافيتها.

وستقتصر هذه الدراسة على الحقوق الإدارية للمساهم في شركة المساهمة في الجمعيات العمومية وفي مجلس الإدارة دون التعرض للحقوق المالية، ودون التعرض أيضاً لحقوق غير المساهمين.

مشكلة الدراسة:

نظراً لأهمية معرفة المساهمين بحقوقهم التي كفلها لهم النظام وممارستهم لها وحمايتها على الوجه المطلوب والتي تساهم في حصولهم على أفضل الأرباح، إلا أن عدم وعي كثير من المساهمين بهذه الحقوق المترتبة على مساهمتهم في الشركة وكيفية ممارستها، واعتقاد الغالبية منهم أنه لا يمكن لهم حضور الجمعيات وطلب انعقادها والمشاركة في اتخاذ القرارات بصورة فاعلة والتصويت عليها والإطلاع على المعلومات أو الاعتراض على إدارة الشركة وإبطال القرارات المخالفة وكذلك الاشتراك في مجلس إدارة الشركة، وذلك لقلة عددهم أو لقلة الأسهم التي يملكونها، أو عدم معرفتهم بذلك. مما أفقد لهذه الحقوق أهميتها في تحقيق المصالح المرجوة

منها لحماية مصالحهم ومصالح الشركة. وهذه المشكلة تكمن في عدم معرفة الإطار القانوني لحقوق المساهم من خلال الجمعيات العمومية ومجلس الإدارة.

منهجية الدراسة:

تتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والاستنباطي والذي يهدف إلى جمع المعلومات والحقائق والبيانات عن الموضوع ومحاولة تفسيرها من خلال دراسة النصوص النظامية المنظمة لحقوق المساهم الإدارية في شركة المساهمة من خلال النظام الجديد للشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ والرجوع للدراسات السابقة وما تضمنته المراجع ذات الصلة بالموضوع.

المبحث الأول:

حقوق المساهم الإدارية في الجمعيات العمومية

يعتبر المساهمون هم أصحاب الشركة وملاكها ولأجل ذلك أعطت جميع الأنظمة في العالم الحق للمساهم في رقابة الشركة لحفظ حقوقه، والعمل على مناقشة أوضاع الشركة والمشاركة في صنع قراراتها خلال دورة حياة الشركة، لذلك فإن المنظم السعودي وضع للمساهم عدد من الحقوق لتحقيق التوازن بين سلطات الإدارة وحماية حقوق المساهمين، والمشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بجميع شؤون الشركة.

وبمجرد حصول المساهم على عدد من الأسهم كثيرة كانت أم قليلة فإنه يترتب على هذه الأسهم حقوقٌ والتزامات متساوية، وتثبت له جميع الحقوق الإدارية والمالية المتعلقة بالسهم حيث نصت المادة (110) من نظام الشركات بأنه : "ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، وعلى وجه خاص الحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها، والحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند التصفية، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها، وحق التصرف في الأسهم، وحق طلب الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين، وذلك بالشروط والقيود الواردة في هذا النظام أو في نظام الشركة الأساس"[1].

فحضور المساهم لهذه الجمعيات والاشتراك في مداولاتها والاطلاع على أعمالها وكذلك التصويت على قراراتها حق من الحقوق الأساسية للمساهم.

ومن ضمن هذه الحقوق التي سنتحدث عنها الحقوق المتعلقة باجتماعات الجمعيات العمومية للشركة وستكون على النحو التالي:

[1]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

المطلب الأول: حق طلب الانعقاد

الفرع الأول: الجمعية التأسيسية

أوضح نظام الشركات أن انعقاد هذه الجمعية تكون لمرة واحدة فقط في دورة حياة الشركة بدعوة من المؤسسين وذلك لأجل استكمال إجراءات التأسيس والرفع إلى وزير التجارة لاستصدار قرار الوزير بإعلان تأسيس الشركة. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (62) من نظام الشركات على ما يلي: "يدعو المؤسسون جميع المكتتبين إلى عقد جمعية تأسيسية خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ قرار الوزارة بالترخيص بتأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب المغلق أو من تاريخ قفل باب الاكتتاب في الأسهم في شركة المساهمة ذات الاكتتاب العام، وذلك وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس. على ألا تقل المدة بين تاريخ الدعوة وتاريخ الانعقاد عن ثلاثة أيام في شركات المساهمة ذات الاكتتاب المغلق، وعن عشرة أيام في شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام"[1].

فمن نص المادة يتضح لنا أن من له الحق في طلب انعقاد الجمعية التأسيسية يقتصر على المؤسسيين دون غيرهم، ولعل ذلك ينطلق من حرص المؤسسيين على انعقاد الجمعية لإكمال ما تبقى من إجراءات. وأما دور المساهمين فيقتصر حقه على الحضور والمشاركة في الاجتماع.

الفرع الثاني: الجمعية العامة العادية

يدور حق طلب انعقاد الجمعية العامة العادية للمساهم على حالتين هما:

1. في حال طلب عدد من المساهمين يمثل نسبة (5%) من رأس المال على الأقل للشركة.
2. في حال طلب عدد من المساهمين يمثل نسبة (2%) من رأس المال على الأقل للشركة عن طريق تقديم طلب إلى الجهة المختصة ولكن بشروط تتمثل في الآتي:

أ. إذا انقضت المدة المحددة للانعقاد المنصوص عليها في المادة (87) دون انعقادها.

ب. إذا نقص عدد أعضاء مجلس الإدارة عن الحد الأدنى لصحة انعقاده.

ج. إذا تبين وجود مخالفات لأحكام هذا النظام أو نظام الشركة أو خلل في إدارة الشركة.

د. إذا لم يوجه المجلس الدعوة لانعقاد الجمعية العامة خلال (15) يوماً من تاريخ طلب مراجع الحسابات أو لجنة المراجعة أو عدد من المساهمين يمثل (5%) على الأقل.

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (90) من نظام الشركات أن الجمعية العامة العادية للمساهمين تنعقد بدعوة من مجلس الإدارة وكذلك في حال طلب مراجع الحسابات أو لجنة المراجعة أو عدد من المساهمين يمثل (5%) من رأس المال على الأقل. ويجوز لمراجع الحسابات دعوة الجمعية للانعقاد إذا لم يقم المجلس بدعوة الجمعية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب مراجع الحسابات.

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الأولى من المادة (62).

كما يجوز للجهة المختصة إصدار قراراً بدعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد في عدة حالات نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (90) من نظام الشركات وهي:

أ-إذا انقضت المدة المحددة للانعقاد المنصوص عليها في المادة (87) من هذا النظام دون انعقادها.

ب-إذا نقص عدد أعضاء مجلس الإدارة عن الحد الأدنى لصحة انعقاده، مع مراعاة ما ورد في المادة (69) من هذا النظام.

ج-إذا تبين وجود مخالفات لأحكام هذا النظام أو نظام الشركة الأساس، أو وقوع خلل في إدارة الشركة.

د-إذا لم يوجه المجلس الدعوة لانعقاد الجمعية العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ طلب مراجع الحسابات أو لجنة المراجعة أو عدد من المساهمين يمثل (5%) من رأس المال على الأقل.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (90) من نظام الشركات على أنه يجوز لعدد من المساهمين يمثل (2%) من رأس المال على الأقل تقديم طلب إلى الجهة المختصة لدعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد، إذا توافر أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة. وعلى الجهة المختصة توجيه الدعوة للانعقاد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب المساهمين، على أن تتضمن الدعوة جدولاً بأعمال الجمعية والبنود المطلوب أن يوافق عليها المساهمون[1].

الفرع الثالث: الجمعية العامة الغير عادية

تنعقد الجمعية العامة الغير عادية في أي وقت خلال السنة كلما دعت الحاجة إلى ذلك وفقاً للأوضاع والشروط المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس. ولا يكون هذا الاجتماع صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس المال على الأقل ما لم ينص نظام الشركة الأساس على نسبة أعلى، بشرط ألا تتجاوز الثلثين[2].

فإذا لم يتوافر النصاب اللازم في الاجتماع الأول وجهت الدعوة إلى اجتماع ثان يعقد بنفس الأوضاع المنصوص عليها في المادة (91) من نظام الشركات. مع جواز انعقاده بعد ساعة من انتهاء المدة المحددة لانعقاد الاجتماع الأول بشرط أن تتضمن الدعوة لعقد الاجتماع الأول ما يفيد الإعلان عن إمكانية عقد هذا الاجتماع. ولا يكون هذا الاجتماع الثاني صحيحا إلا إذا حضره عدد من المساهمين يمثل ربع رأس المال على الأقل[3].

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثالثة من المادة (90).

[2]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الأولى من المادة (94).

[3]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثانية من المادة (94).

فإذا لم يتوافر النصاب اللازم في الاجتماع الثاني، وجهت دعوة إلى اجتماع ثالث ينعقد بالأوضاع نفسها المنصوص عليها في المادة (91) من نظام الشركات، ويكون هذا الاجتماع صحيحاً أيًّا كان عدد الأسهم الممثلة فيه، بعد موافقة الجهة المختصة[1].

ولم يشر النظام إلى حق دعوة الجمعية العامة غير العادية بناءً على طلب عدد من المساهمين كما فعل بالنسبة لدعوة الجمعية العامة العادية[2].

المطلب الثاني: حق حضور الاجتماعات وإدراج الموضوعات ومناقشتها ومداولتها

الفرع الأول: حق حضور الاجتماعات

يحق لكل مساهم يملك سهم أو أكثر من أسهم الشركة حصل عليه بإحدى الطرق المكسبة للملكية سواءً بالاكتتاب أم بالتداول أم بالتنازل أم بالهبة أم بالميراث أم بالوصية بعد استكمال ما يتعلق بذلك نظاماً، بالحضور في اجتماعات الجمعيات العمومية[3].

كما استقر الرأي الفقهي بأن لكل مساهم حق الحضور في الجمعية العمومية للمساهمين، وهذا يعتبر من الحقوق الأساسية التي اكتسبها من صفته كشريك، فلا يجوز حرمانه منه إلا برضاه لأنه ينبثق من حق الملكية للأسهم، ويعتبر من قواعد النظام العام، وحرمانه منه يعد بمثابة نزع ملكية[4].

ومن أجل تأكيد هذا المبدأ فقد أكد المنظم السعودي على مبدأ الحضور في الجمعيات العمومية وألزم الجمعيات على الإعلان عن عقد الاجتماع وتوجيه الدعوة لجميع المكتتبين والمساهمين على الحضور، وذلك لأهمية القرارات التي تصدر في هذه الاجتماعات وأنها تتفق مع مصلحة الشركة، وكذلك لهدف مشاركة المساهمين في صنع القرارات التي تبنى من رأيهم على وجه يحقق حسن سير الشركة، ولذلك نص النظام صراحة على أن لكل مساهم الحق في حضور الجمعيات بنفسه أو بالإنابة مع مراعاة التنظيمات المتعلقة بذلك.

وتقرير الحق لكل مساهم في حضور اجتماعات الجمعية العامة بنوعيها هو الوسيلة الأساسية للمساهمين للتدخل في حياة الشركة بصفتهم أعضاء في الجمعية العامة، وقرارات الجمعية العامة تصدر بالأغلبية، لذلك يعتبر هذا الحق من الأمور الرئيسية الجديرة باهتمام المنظم[5].

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثالثة من المادة (94).

[2]) د. حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1437هـ، ص296.

[3]) محمد عمار تيبار، الحقوق الأساسية في شركة المساهمة، مطابع الوحدة العربية، ليبيا، 1998م، ص460.

[4]) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989م، ص656.

[5]) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2008م، ص861.

أولاً : الجمعية التأسيسية

نص نظام الشركات في الفقرة الأولى من المادة (62) بإلزام المؤسسين بإعلان الدعوة لجميع المكتتبين إلى عقد اجتماع لتأسيس الشركة خلال مدة خمسة وأربعين يوماً من تاريخ قرار الوزارة بالترخيص بتأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب المغلق أو من تاريخ قفل باب الاكتتاب في الأسهم في شركة المساهمة ذات الاكتتاب العام، وذلك وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس. على ألا تقل المدة بين تاريخ الدعوة وتاريخ الانعقاد عن ثلاثة أيام في شركات المساهمة ذات الاكتتاب المغلق، وعن عشرة أيام في شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام[1].

وقد كفل النظام حق المساهم في حضور الجمعية التأسيسية للشركة حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (62) من نظام الشركات بأنه يحق :"لكل مكتتب – أيًّا كان عدد أسهمه – حق حضور الجمعية التأسيسية. ويشترط لصحة الاجتماع حضور عدد من المكتتبين يمثل نصف رأس المال على الأقل. فإذا لم يتوافر هذا النصاب، وجهت دعوة إلى اجتماع ثان يعقد بعد خمسة عشر يوما على الأقل من توجيه الدعوة إليه. ومع ذلك، يجوز أن يعقد الاجتماع الثاني بعد ساعة من انتهاء المدة المحددة لانعقاد الاجتماع الأول، وأن تتضمن الدعوة لعقد الاجتماع الأول ما يفيد الإعلان عن إمكانية عقد هذا الاجتماع. وفي جميع الأحوال، يكون الاجتماع الثاني صحيحاً أيًّا كان عدد المكتتبين الممثلين فيه"[2].

وهذا نص واضح وصريح من نظام الشركات بأنه يحق لكل مساهم بغض النظر عن عدد أسهمه قليلة كانت أم كثيرة بحضور الجمعية التأسيسية للشركة.

ثانياً : الجمعية العامة العادية

عندما يقوم مجلس إدارة الشركة بدعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد أو في حال طلب مراجع الحسابات أو لجنة المراجعة أو طلب عدد من المساهمين يمثل (5%) من رأس المال على الأقل حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (90) من نظام الشركات. أو عندما تصدر الجهة المختصة قرار بدعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد في عدد من الحالات التي ذكرتها الفقرة الثانية من المادة (90) من نظام الشركات. أو بما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (90) من نظام الشركات عندما يقوم عدد من المساهمين يمثل (2%) من رأس المال على الأقل بتقديم طلب إلى الجهة المختصة لدعوة الجمعية العامة

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الأولى من المادة (62).

[2]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثانية من المادة (62).

العادية للانعقاد، إذا توافر أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة. فإنه يحق لكل مساهم حضور الجمعيات العامة للمساهمين بنفسه أو بتوكيل غيره بالحضور حتى وإن نص نظام الشركة على خلاف ذلك.

فالمنظم السعودي نص بوضوح في الفقرة الثانية من المادة (86) من نظام الشركات بأنه : "لكل مساهم حق حضور الجمعيات العامة للمساهمين ولو نص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، وله في ذلك أن يوكل عنه شخصاً آخر من غير أعضاء مجلس الإدارة أو عاملي الشركة في حضور الجمعية العامة"[1].

فهذه المادة منحت كل مساهم حق حضور الجمعيات العامة للمساهمين بغض النظر عن عدد الأسهم التي يمتلكها، كما أجازت له أن يوكل أي شخص يريده في حضور الجمعية العامة نيابة عنه، من غير أعضاء مجلس الإدارة أو عاملي الشركة.

كما ألزم نظام الشركات بالدعوة وإعلام المساهمين بانعقاد الجمعية العامة سواءً في وسائل إعلامية أم بخطابات مسجلة حيث نصت المادة (91) من نظام الشركات على ما يلي :"تنشر الدعوة لانعقاد الجمعية العامة في صحيفة يومية توزع في مركز الشركة الرئيس قبل الميعاد المحدد للانعقاد بعشرة أيام على الأقل. ومع ذلك يجوز الاكتفاء بتوجيه الدعوة في الميعاد المذكور إلى جميع المساهمين بخطابات مسجلة. وترسل صورة من الدعوة وجدول الأعمال إلى الوزارة، وكذلك إلى الهيئة في الشركات المساهمة المدرجة في السوق المالية، وذلك خلال المدة المحددة للنشر[2].

كما نصت الفقرة (د) من المادة (13) من لائحة حوكمة الشركات بأنه يجب الإعلان عن موعد انعقاد الجمعية العامة ومكانه وجدول أعمالها قبل الموعد بعشرة أيام على الأقل، وتُنشر الدعوة في الموقع الإلكتروني للسوق والموقع الإلكتروني للشركة وفي صحيفة يومية توزع في المنطقة التي يكون فيها مركز الشركة الرئيس. وبالإضافة إلى ذلك، يجوز للشركة توجيه الدعوة لانعقاد الجمعيات العامة والخاصة لمساهميها عن طريق وسائل التقنية الحديثة[3].

ثالثاً : الجمعية العامة الغير عادية

لمجلس إدارة الشركة دعوة الجمعية العامة غير العادية كلما دعت الحاجة إلى ذلك للنظر في أحد الموضوعات الهامة. حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (90) من نظام الشركات بأنه :"تنعقد

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثانية من المادة (86).
[2]) نظام الشركات السعودي، المادة (91).
[3]) لائحة حوكمة الشركات، الفقرة (د) من المادة (13).

الجمعيات العامة أو الخاصة للمساهمين بدعوة من مجلس الإدارة، وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس...."[1].

وعليه فإن نظام الشركات أعطى الحق لكل مساهم في الشركة حضور هذه الجمعية بنفسه أو من ينيبه، حتى لو نص نظام الشركة على غير ذلك كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (86) من نظام الشركات بأنه :" لكل مساهم حق حضور الجمعيات العامة للمساهمين ولو نص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، وله في ذلك أن يوكل عنه شخصاً آخر من غير أعضاء مجلس الإدارة أو عاملي الشركة في حضور الجمعية العامة"[2].

الفرع الثاني : حق إدراج الموضوعات ومناقشتها ومداولتها

في العادة تبدأ الجمعية العامة اجتماعها بقراءة تقرير مقدم من مجلس الإدارة، مع عرض حساب الأرباح، والخسائر، والميزانية، كما يقدم مراقب الحسابات التقرير الذي أعده متضمنا البيانات والمعلومات حسب ما نص عليه النظام.

ولم يبين نظام الشركات من الذي يقوم برئاسة الجمعية العامة ولذلك فالعبرة هنا بما يقرره النظام الأساسي للشركة، والذي يحدث بالفعل أن الذي يرأس الاجتماع هو رئيس مجلس الإدارة، ويجب أن يعين الرئيس سكرتير وجامع للأصوات[3].

وقد نصت المادة (15) من لائحة حوكمة الشركات بأن الذي يرأس اجتماعات الجمعيات العامة للمساهمين رئيس مجلس الإدارة أو نائبه عند غيابه أو من ينتدبه مجلس الإدارة من بين أعضائه لذلك في حال غياب رئيس مجلس الإدارة ونائبه[4].

والمنظم السعودي أعطى لكل مساهم أثناء هذا الاجتماع حق مناقشة تقرير مجلس الإدارة والميزانية وحساب الأرباح والخسائر، وتقرير مراقب الحسابات، ويكون مجلس الإدارة ملزماً بالإجابة على أسئلة جميع المساهمين بالقدر الذي لا يعرض مصالح الشركة للضرر، على ألا تتخذ مصلحة الشركة ذريعة للتهرب من المسئولية التي توجب مساءلة المجلس عن إدارة الشركة[5].

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الأولى من المادة (90).

[2]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثانية من المادة (86).

[3]) د. نايف الشريف، و د. زياد القرشي، القانون التجاري "الأعمال التجارية–التاجر–الشركات التجارية"، الطبعة الأولى، دار الحافظ للنشر والتوزيع، جدة، 2011م، ص269.

[4]) لائحة حوكمة الشركات، الفقرة (أ) من المادة (15).

[5]) د. عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة–دراسة مقارنة–، دار الكتب القانونية ، الجزء الأول، ص54–56.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (90) من نظام الشركات عند توجيه الدعوة من الجهة المختصة لانعقاد الجمعية العامة العادية إذا توافرت أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية، بأن تتضمن الدعوة جدولاً بأعمال الجمعية والبنود المطلوب أن يوافق عليها المساهمون[1].

فاطلاع المساهم على بنود جدول الأعمال من الحقوق الأساسية للمساهم، لتمكينه من المشاركة بفعالية في المداولات التي تُطرح في هذه الاجتماعات، وتفعيل لدوره الرقابي على مجلس إدارة الشركة في تسيير شؤونها.

وقد نص المنظم السعودي صراحة وأكد على هذا الحق، وقرر أن أي نص في نظام الشركة يحرم المساهم من هذا الحق يكون باطلاً، كما أوضح أنه إذا رأى المساهم أن الرد على سؤاله غير كافٍ وغير مقنع فإنه يحتكم إلى الجمعية ويكون قراراها واجب التنفيذ. حيث نصت المادة (96) من نظام الشركات بأنه :"لكل مساهم حق مناقشة الموضوعات المدرجة في جدول أعمال الجمعية وتوجيه الأسئلة في شأنها إلى أعضاء مجلس الإدارة ومراجع الحسابات. وكل نص في نظام الشركة الأساس يحرم المساهم من هذا الحق، يكون باطلاً. ويجيب مجلس الإدارة أو مراجع الحسابات عن أسئلة المساهمين بالقدر الذي لا يعرض مصلحة الشركة للضرر. وإذا رأى المساهم أن الرد على سؤاله غير مقنع، احتكم إلى الجمعية، وكان قرارها في هذا الشأن نافذاً"[2].

ولأجل تفعيل دور المساهم وإشراكه في اتخاذ القرار وضع نظام الشركات طرق ووسائل تحد من ظاهرة غياب المساهمين عن اجتماعات الجمعية العامة وذلك عبر تفعيل اشتراك المساهم في مناقشات ومداولات اجتماعات الجمعيات العامة والتصويت على قراراتها باستخدام التقنية الحديثة وهو في مكانه الذي يتواجد فيه، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (86) من نظام الشركات على أنه :"يجوز عقد اجتماعات الجمعيات العامة للمساهمين واشتراك المساهم في مداولاتها والتصويت على قراراتها بواسطة وسائل التقنية الحديثة، بحسب الضوابط التي تضعها الجهة المختصة"[3].

وقد بيّن المنظم السعودي أن حصول المساهم على أسهم في الشركة يرتب عليه حقوقاً والتزامات متساوية، فيحق له حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها[4].

ويتضح من النصوص التي نص عليها المنظم أن من الحقوق الثابتة للمساهم ولا يجوز حرمانه منها حق مناقشة الموضوعات المدرجة في جدول أعمال الجمعية والتقارير التي تقدم إلى الجمعية مع إلزام مجلس الإدارة

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثالثة من المادة (90).
[2]) نظام الشركات السعودي، المادة (96).
[3]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثالثة من المادة (86).
[4]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

بالإجابة عن الأسئلة التي يطرحها المساهم خلال الجلسة، مع حفظ حق المساهم في الاحتكام إلى الجمعية إذا لم يقتنع من الإجابة عن تساؤلاته.

الفرع الثالث : حق التصويت

للتصويت دوراً هاماً في اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة الشركات المساهمة، وتحقيق تطلعات الأغلبية. والمساهم اكتسب هذا الحق بصفته شريك في الشركة.

بل يعتبر التصويت خط الدفاع عن الأقلية تجاه تطلعات الأغلبية من خلال حضورهم للجمعيات العمومية والتصويت على قرارات تعديل نظام الشركة وزيادة رأس المال إلى غير ذلك من القرارات، كما أنه يعتبر وسيلة رقابة وحماية ووقاية للشركة في مواجهة دخول عناصر خارجية عن الشركة وكذلك مواجهة عروض الاستحواذ على إدارة الشركة[1].

ولكل مساهم حق التصويت في الجمعيات العمومية، وهذا الحق ملازم للسهم، ولا بد أن يمارس بحرية تامة، ولا يمكن إلغاءه بقرار من الأكثرية أو من خلال بند في نظام الشركة[2].

وأعطى المنظم السعودي الحق للمساهم بالتصويت في جمعيات المساهمين واعتبرها من الحقوق الأساسية للمساهم التي أولاها اهتماما خاصا ويكون عدد الأصوات مرتبط بعدد الأسهم حيث أن لكل سهم صوت يمثله. كما بيّن المنظم السعودي طريقة التصويت واتخاذ القرارات في هذه الجمعيات.

وبمجرد حصول المساهم على أسهم في الشركة فإنه يرتب عليه حقوقاً والتزامات للمساهم، وعليه فإن له حق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها كما نصت عليه المادة (110) من نظام الشركات[3].

ويباشر المساهم حق التصويت في الجمعيات العامة أو الخاصة وفقاً لأحكام نظام الشركة الأساس، بحيث يكون لكل سهم صوت في جمعيات المساهمين. ويجوز أن يحدد نظام الشركة الأساس حدًّا أقصى لعدد الأصوات التي تكون لمن يحوز عدة أسهم بالوكالة عن الغير[4].

ونص نظام الشركات في الفقرة الثالثة من المادة (86) بأنه :"يجوز عقد اجتماعات الجمعيات العامة للمساهمين واشتراك المساهم في مداولاتها والتصويت على قراراتها بواسطة وسائل التقنية الحديثة، بحسب الضوابط التي تضعها الجهة المختصة"[1].

---

[1]) مبارك بندر الدوسري، دور المساهمين في حوكمة الشركات المساهمة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة دار العلوم، الرياض، 1437/1436هـ، ص54-55.

[2]) فتحي زناكي، شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2012م، ص266.

[3]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

[4]) نظام الشركات السعودي، المادة (113).

والتصويت الالكتروني أصبح في هذا الوقت ضرورياً وملحاً لمواكبة الثورة العلمية الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات وتوفير الجهد والوقت والمساعدة على التيسير في انعقاد الجمعيات العمومية والتصويت على بنودها إلكترونياً لإصدار القرارات اللازمة لمصلحة الشركة.

والفقرة الأولى من المادة (95) من نظام الشركات قد أوضحت أن نظام الشركة هو الذي يبين طريقة التصويت في جمعيات المساهمين ويجب استخدام التصويت التراكمي في انتخاب مجلس الإدارة، مع عدم استخدام حق التصويت للسهم أكثر من مرة[2].

والمنظم السعودي في نظام الشركات أقر استخدام التصويت التراكمي في انتخاب مجلس الإدارة وفق ما تنص عليه قواعد حوكمة الشركات، ويكون للمساهم عدد من الأصوات تساوي عدد أسهمه، مع إمكانية منح المساهم جميع أصواته لمرشح واحد أو عدد من المرشحين، وهذه الطريقة تزيد من فرص الأقلية في الإتيان بمرشح يمثلهم بمنحه جميع أصواتهم لذلك المرشح[3].

وقد ورد في لائحة حوكمة الشركات في المملكة العربية السعودية ما ينص على إثبات حق التصويت للمساهم وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (5) من اللائحة حيث نصت على أن من الحقوق التي تثبت للمساهم حق حضور جمعيات المساهمين العامة أو الخاصة، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها[4].

كما نصت المادة (15) من لائحة حوكمة الشركات بأن يلتزم رئيس جمعية المساهمين بإتاحة الفرصة للمساهمين للمشاركة الفعالة والتصويت في اجتماعات الجمعية العامة، وتجنب وضع أي إجراء يؤدي إلى إعاقة حضور الجمعيات أو استخدام حق التصويت، مع وجوب إحاطتهم علماً بالقواعد التي تحكم عمل تلك الاجتماعات وإجراءات التصويت[5].

وأوضحت اللائحة آلية التصويت المتبعة بأنه يجب استخدام التصويت التراكمي في انتخاب مجلس الإدارة، بحيث لا يجوز استخدام حق التصويت للسهم أكثر من مرة واحدة[6].

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثالثة من المادة (86).

[2]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الأولى من المادة (95).

[3]) زهير بن سليمان الحريش، الوجيز في شرح نظام الشركات السعودي الصادر عام 1437هـ - 2015م، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2016م ، ص73.

[4]) لائحة حوكمة الشركات، الفقرة الثالثة من المادة (5).

[5]) لائحة حوكمة الشركات، الفقرة (ب) من المادة (15).

[6]) لائحة حوكمة الشركات،الفقرة (ب) من المادة (8).

ويقصد هنا بالتصويت التراكمي بأنه:"أسلوب تصويت لاختيار أعضاء مجلس الإدارة يمنح كل مساهم قدرة تصويتية بعدد الأسهم التي يملكها؛ بحيث يحق له التصويت بها لمرشح واحد أو تقسيمها بين من يختارهم من المرشحين دون تكرار لهذه الأصوات"[1].

وأسلوب التصويت التراكمي يساعد صغار المساهمين في الحصول على ممثل لهم في مجلس الإدارة. فهو يحقق التوازن بين كبار وصغار الملاك في حقوق التصويت. وذلك بإعطاء كل مساهم حق التصويت بالأسهم التي يملكها لشخص واحد في مجلس الإدارة أو توزيعها على من يختار من المرشحين لعضوية المجلس.

ويكون التصويت في الجمعية من حيث المبدأ علنياً، ولكن يمكن للمساهم أن يطلب أن يكون التصويت سرياً، وخاصة في الأمور التي لها صفة شخصية كعزل أعضاء مجلس الإدارة، أو رفع دعوى المسؤولية عليهم. وتصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة لأصوات الحاضرين أو الممثلين، كما يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة معارضة للقرار المتخذ[2].

المطلب الرابع: حق طلب بطلان القرارات المخالفة

يترتب على عدم توفر أي شرط من الشروط العامة أو الخاصة اللازمة لتأسيس الشركة المساهمة بطلان الشركة أو بطلان التصرف الذي لم يراع فيه الشرط حسب الأحوال، كما يترتب على مخالفة المؤسسين لقواعد النظام المتعلقة بإجراءات التأسيس للشركة المسؤولية المدنية والجنائية على المؤسسين[3].

وبما أن الجمعيات العمومية تمثل السلطة العليا في الشركات، مع تمتعها بسلطات واسعة في اتخاذ القرارات المتعلقة بشؤون الشركة. فلابد أن تباشر هذه السلطات في حدود ما نص عليه نظام الشركات أو ما نص عليه نظام الشركة. وأن قرارات الجمعيات العمومية تتخذ بالأغلبية حسب ما نصت عليه المادة الفقرة الثالثة من المادة (62)، والفقرة الثالثة من المادة (93)، والفقرة الرابعة من المادة (94) من نظام الشركات. وأن قرارات هذه الأغلبية لا بد أن تحترم مصلحة الشركة ومصلحة المساهمين معاً، وأن كل قرار تصدره هذه الجمعيات يكون باطلاً إذا خالف أحكام هذا النظام أو نظام الشركة الأساس، حسب ما نصت عليه المادة (99) من نظام الشركات.

---

[1]) لائحة حوكمة الشركات، المادة (1).

[2]) د. سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004م، ص423.

[3]) فتحي زناكي، مرجع سابق،ص168.

فبمجرد تملك الشخص لأسهم شركة ما فإنه تثبت له حقوقاً والتزامات متساوية متصلة بالسهم ومن ضمنها الطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين، حيث نصت المادة (110) من نظام الشركات على أنه :"ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، وعلى وجه خاص الحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها، والحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند التصفية، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها، وحق التصرف في الأسهم، وحق طلب الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين، وذلك بالشروط والقيود الواردة في هذا النظام أو في نظام الشركة الأساس"[1].

كما نص نظام الشركات في المادة (88) صراحةً عندما ذكر اختصاص الجمعية العامة الغير عادية بأن لها تعديل نظام الشركة الأساس، واستثنت عدد من الأمور منه أمور تتعلق بحقوق المساهم مثل :

1. عدم المساس بحقوق المساهم الأساسية التي يستمدها بصفته شريكاً وذلك بتعديل النظام لحرمان المساهم من حقه في الحصول على نصيب من الأرباح، أو من موجودات الشركة عند التصفية، أو حرمانه كذلك من حضور جمعيات المساهمين والاشتراك في مداولتها والتصويت على قراراتها، أو حرمانه في التصرف في أسهمه أو الإطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة، والطعن ببطلان قرارات جمعيات المساهمين العامة والخاصة. أو حرمانه كذلك من أولوية الاكتتاب بالأسهم الجديدة.
2. كما لا يجوز للجمعية زيادة الأعباء المالية للمساهمين ما لم يوافق على ذلك جميع المساهمين.

وتبطل قرارات الجمعية العمومية العادية إذا خالفت أحكام القانون أو نظام الشركة، أو إذا كانت قرارات الجمعية العمومية مشوبة بالغش مثل وعد بعض المساهمين بمنافع خاصة لكي يصوتوا على وجه معين، وتبطل كذلك إذا كانت مشوبة بإساءة استعمال السلطة، كأن يكون القرار المتخذ قد اتخذ لصالح شركة أخرى يديرها أصحاب أغلبية القرار[2].

ويتقرر الحق في الطعن للإدارة العامة للشركات بواسطة المساهمين الذين اعترضوا في محضر الاجتماع على القرار، وللمساهمين الذين تغيبوا عن حضور الاجتماع بسبب مقبول، وكذلك لذوي المصلحة من الغير

---

[1]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

[2]) علي نديم الحمصي، الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2003م ، ص136.

كدائن الشركة أو حامل السند أو أصحاب حصص التأسيس. حيث نصت المادة (99) من نظام الشركات على ما يلي :"مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية، يكون باطلاً كل قرار تصدره جمعيات المساهمين بالمخالفة لأحكام هذا النظام أو نظام الشركة الأساس. ولكل مساهم – اعترض على القرار المخالف في اجتماع جمعية المساهمين التي أصدرت هذا القرار أو تغيب عن حضور هذا الاجتماع بعذر مقبول – أن يطلب إبطال القرار. ويترتب على الحكم بالبطلان اعتبار القرار كأن لم يكن بالنسبة إلى جميع المساهمين، ولا تسمع دعوى البطلان بعد انقضاء سنة من تاريخ صدور القرار المذكور"[1].

المبحث الثاني : حقوق المساهم الإدارية في مجلس إدارة الشركة

ذكرنا سابقاً أن المساهمين هم أصحاب الشركة وملاكها ولأجل ذلك أعطت الأنظمة الحق للمساهم المشاركة في صنع قراراتها خلال دورة حياة الشركة، فوضع المنظم السعودي للمساهم عدد من الحقوق لتحقيق التوازن المشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بجميع شؤون الشركة.

والمنظم السعودي منح للمساهم حقوقاً والتزامات متساوية بمجرد حصوله على سهم أو أكثر وأثبت له جميع الحقوق المتعلقة بالسهم حيث نصت المادة (110) من نظام الشركات بأنه : "ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، ....."[2].

ومن ضمن هذه الحقوق التي سنتحدث عنها في هذا المبحث الحقوق المتعلقة بمجلس إدارة الشركة وستكون على النحو التالي :

المطلب الأول : حق الترشح لعضوية مجلس الإدارة

ذكرنا سابقاً أن شركة المساهمة تدار عن طريق ثلاث هيئات هي : مجلس الإدارة والجمعية العامة للمساهمين وهيئة مراقبي الحسابات. ولكل من هذه الهيئات اختصاصاتها. والجمعية العامة للمساهمين هي التي تقرر السياسة العامة للشركة والرقابة على نشاطاتها وتتخذ القرارات المهمة فهي صاحبة السلطة العليا. وقد أوكلت الجمعية العامة إلى مجلس الإدارة المنتخب من قِبلها مهمة تولي إدارة أمور الشركة فعلياً والقيام بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق أهداف الشركة.

[1]) نظام الشركات السعودي، المادة (99).
[2]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

ويعتبر المساهمون هم أصحاب الشركة وملاكها، فالسيادة القانونية في شركة المساهمة هي للمساهمين، لذلك فإن المنظم السعودي وضع للمساهمين عدد من الحقوق لتحقيق التوازن بين سلطات الإدارة وحماية حقوقهم، والمشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بجميع شؤون الشركة.

وحصول المساهم على عدد من الأسهم كثيرة كانت أم قليلة فإنه يترتب على هذه الأسهم حقوقٌ والتزامات متساوية، وتثبت له جميع الحقوق الإدارية والمالية المتعلقة بالسهم حيث نصت المادة (110) من نظام الشركات بأنه : "ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، وعلى وجه خاص الحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها، والحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند التصفية، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها، وحق التصرف في الأسهم، وحق طلب الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين، وذلك بالشروط والقيود الواردة في هذا النظام أو في نظام الشركة الأساس"[1].

وبناءً على ما تقدم فإن مساهمة كل شخص في الشركة ينتج عنه حصوله على عدد من الحقوق اللصيقة بالسهم ويتساوى جميع المساهمين في الحصول على هذه الحقوق ولو اختلف حجم مساهمة كل مساهم. لذا فإن المساهم يمارس حقه الذي كفله له النظام إما بمباشرة الرقابة على إدارة الشركة من خلال اجتماعات الجمعيات العامة والتصويت على قراراتها. أو بالمشاركة الفعلية في إدارة الشركة عن طريق ترشيح نفسه ومن ثم انتخابه ليكون عضواً في مجلس إدارة الشركة.

"وطبيعة اشتراك المساهم في أعمال مجلس الإدارة تختلف عن طبيعة اشتراكه في أعمال الجمعية العامة، وذلك لأن طبيعة عمله في مجلس الإدارة أقرب إلى الواجب أو الالتزام منه إلى الحق، ويترتب على عمله في المجلس مجموعة من الواجبات والمسؤوليات. بينما ينشأ المساهم طائفة من الحقوق المتميزة جراء اشتراكه في أعمال الجمعية العامة"[2].

ونظام الشركات كان واضحاً وصريحاً في أحقية المساهم في ترشيح نفسه لمجلس الإدارة أو ترشيح شخص آخر دون أي شرط أو قيد حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (68) من نظام الشركات أنه :

---

[1]) نظام الشركات السعودي، المادة (110).

[2]) فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008 ، ص169.

"يحق لكل مساهم ترشيح نفسه أو شخص آخر أو أكثر لعضوية مجلس الإدارة، وذلك في حدود نسبة ملكيته في رأس المال"[1] وذلك متى ما توافرت فيه جميع الشروط التي تؤهله لهذه العضوية.

المطلب الثاني : شروط العضوية في مجلس الإدارة

وضع المنظم السعودي شروطاً وضمانات لابد من توافرها في عضو مجلس الإدارة، من شأنها أن تكفل توجيه الشركة للغرض الذي أُنشئت من أجله، ولئلا يستغل عضو مجلس الإدارة منصبه في الشركة لمصلحته الشخصية . وهذه الشروط على النحو التالي :

1. يجب أن يكون عضو مجلس الإدارة كامل الأهلية[2].

وهذا الشرط شرطاً ضمنياً لا بد من توفره في كل عمل، فتطبق على أعضاء مجلس الإدارة القواعد القانونية العامة للأهلية[3].

وسكوت المنظم السعودي عن النص بشكل صريح على شرط الأهلية ذلك لأنه شرط بديهي ولا يحتاج إلى نص خاص ويفهم ضمنياً[4].

2. أن يكون عضو مجلس الإدارة من المساهمين.

وهذا ما نستنتجه من نص الفقرة الثانية من المادة (68) من نظام الشركات بأنه : "يحق لكل مساهم ترشيح نفسه أو شخص آخر أو أكثر لعضوية مجلس الإدارة، وذلك في حدود نسبة ملكيته في رأس المال".

وكذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السابقة التي تقضي بأن : "تنتخب الجمعية العامة العادية أعضاء مجلس الإدارة للمدة المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس...". والجمعية العامة تضم جميع المساهمين.

3. يجب أن لا يكون عضو مجلس الإدارة موظفاً عاماً.

وذلك حسب الفقرة (ب) من المادة (13) من نظام الخدمة المدنية والتي نصت على ما يلي: "يجب على الموظف أن يمتنع عن الاشتراك في تأسيس الشركات أو قبول عضوية مجالس إدارتها أو أي عمل فيها أو في محل تجاري إلَا إذا كان معينا من الحكومة، ويجوز بمقتضى لائحة يصدرها مجلس الوزراء الأذن للموظفين

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة الثانية من المادة (68).

[2]) د. نايف الشريف و د. زياد القرشي، مرجع سابق، ص258 .

[3]) د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة-الشركات التجارية-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، 1982م ، الجزء العاشر، ص65.

[4]) د. رحاب محمود داخلي، القانون التجاري السعودي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1437هـ ، ص352.

بالعمل في القطاع الخاص في غير أوقات الدوام الرسمي"[1]، وذلك حتى لا ينشغل الموظفون عن وظائفهم ولا يستغلوا نفوذهم في مصلحة تلك الشركات.

4. يجب أن لا يكون عضو مجلس الإدارة عضواً في مجلس الشورى.

وذلك حسب المادة (9) من نظام مجلس الشورى[2]. والهدف من ذلك هو عدم استغلال وظيفته فتتضارب المصالح بينها وبين عضويته في مجلس الإدارة.

5. أن يكون عضو مجلس الإدارة بالغاً للسن القانونية ومتمتعاً بحقوقه المدنية[3].

6. عدم وجود أية مصلحة مباشرة (أو غير مباشرة) لعضو مجلس الإدارة في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة إلا بترخيص من الجمعية العامة العادية يجدد كل سنة[4].

7. ويشترط كذلك في عضو مجلس الإدارة أن يكون من ذوي الكفاية المهنية ممن تتوافر فيهم الخبرة والمعرفة والمهارة والاستقلال اللازم، بما يمكنه من ممارسة مهامه بكفاءة واقتدار، ويراعى أن يتوافر فيه على وجه الخصوص القدرة على القيادة، والكفاءة، والقدرة على التوجيه، والمعرفة المالية، واللياقة الصحية[5].

ولا يكون تعيين أعضاء مجلس الإدارة نهائياً إلا بقبولهم التعيين بصورة صريحة ، لأن ذلك من القواعد العامة التي لا تفرض على عضو مجلس الإدارة أعباء ومسئوليات العضوية في مجلس الإدارة رغماً عنه وبدون قبوله. وسبب قبول أي مساهم لعضوية مجلس الإدارة حتى لا يحصل تحايل فيما بعد ولكي لا يدفع عنه المسؤولية متذرعاً بأنه قد أدخل في مجلس الإدارة رغماً عنه[6].

ونلاحظ على المنظم السعودي أنه لم يذكر شرط توافر النزاهة في عضو مجلس الإدارة، وشرط عدم وجود سوابق حكم عليه في قضايا مخلة بنزاهته، فلعل المنظم السعودي أن يتنبه لذلك.

---

[1]) نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 49 وتاريخ 1397/7/10هـ والمعمول به إعتباراً من 1397/8/1هـ.

[2]) نظام مجلس الشورى الصادر بالمرسوم الملكي رقم : أ/91 وتاريخ 1412/8/27هـ

[3]) د. محمد محمد سويلم، الوجيز في الشركات التجارية في ضوء نظام الشركات السعودي الجديد 1437هـ، الطبعة الأولى، دار النشر الدولي، الرياض، 2017م ، ص219.

[4]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (1) من المادة (71).

[5]) لائحة حوكمة الشركات، المادة (18).

[6]) د. رحاب محمود داخلي، مرجع سابق، ص353.

المطلب الثالث : الحقوق المترتبة على العضوية في مجلس الإدارة

للمساهمين عندما يكونون أعضاءً في مجلس الإدارة حقوق إدارية ومالية مترتبة لهم مقابل ما يؤدونه من مهام وأعمال ضمن مجلس الإدارة، والمتمثلة في تسيير الشؤون المهمة للشركة والتخطيط لسياستها. ويمكن إجمال هذه الحقوق على ما يلي:

الفرع الأول : حق طلب انعقاد المجلس

فمجلس الإدارة ينعقد مرتين على الأقل في السنة بدعوة من رئيسه، والنظام أعطى حق الدعوة لانعقاد المجلس لرئيسه وذلك وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس. ومنح النظام الحق كذلك لأعضاء المجلس بطلب انعقاده وذلك إذا طلب اثنان من أعضاء المجلس انعقاده. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (83) على ما يلي :"يجتمع مجلس الإدارة مرتين على الأقل في السنة بدعوة من رئيسه وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس. ومع ذلك وبصرف النظر عن أي نص مخالف في نظام الشركة الأساس، يجب على رئيس المجلس أن يدعوه إلى الاجتماع متى طلب إليه ذلك اثنان من الأعضاء"[1].

ولعل مقصد المنظم السعودي من ذلك الحد من سلطة الرئيس المطلقة في اجتماعات مجلس الإدارة. وضماناً لحق الأعضاء في طلب انعقاد مجلس الإدارة.

الفرع الثاني : حق العلم

من الحقوق التي أوجبها المنظم السعودي لعضو مجلس الإدارة حق العلم بوقت كاف عن موعد اجتماع مجلس الإدارة. فقد نصت الفقرة (ج) من المادة (32) من لائحة حوكمة الشركات على ما يلي : "يجب إرسال الدعوة للاجتماع إلى كل عضو من أعضاء المجلس قبل خمسة أيام على الأقل من تاريخ الاجتماع مرافقاً لها جدول أعمال الاجتماع والوثائق والمعلومات اللازمة، ما لم تستدع الأوضاع عقد الاجتماع بشكل طارئ، فيجوز إرسال الدعوة إلى الاجتماع مرافقاً لها جدول أعمال الاجتماع والوثائق والمعلومات اللازمة خلال مدة تقل عن خمسة أيام قبل تاريخ الاجتماع"[2].

والهدف من ذلك حتى يكون عضو مجلس الإدارة على دراية واطلاع بالموضوعات التي سيتم مناقشتها، حتى يستطيع التحضير للاجتماع بشكل جيد.

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (1) من المادة (83).

[2]) لائحة حوكمة الشركات، الفقرة (ج) من المادة (32).

الفرع الثالث : حق المناقشة والاطلاع على الوثائق

من الحقوق المترتبة على عضوية مجلس الإدارة حق مناقشة الموضوعات المدرجة والمطروحة في جدول أعمال المجلس، وإذا اعترض أي عضو على جدول الأعمال فإنه يجب إثبات ذلك في محضر الاجتماع، كما يحق لعضو مجلس الإدارة المشاركة في إعداد جدول أعمال اجتماع المجلس، حيث نصت المادة (35) من لائحة حوكمة الشركات على التالي[1]:

أ. يقر مجلس الإدارة جدول الأعمال حال انعقاده، وفي حال اعتراض أي عضو على هذا الجدول يجب اثبات ذلك في محضر اجتماع المجلس.

ب. لكل عضو في مجلس الإدارة حق اقتراح إضافة أي بند إلى جدول الأعمال.

ويجب على أمين سر مجلس الإدارة أن يضع في متناول جميع الأعضاء كل ما من شأنه أن يساعدهم في أثناء مشاركتهم في اتخاذ القرارات في المواضيع التي ستناقش خلال الاجتماع وأي وثائق أو معلومات إضافية يطلبها أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة ذات علاقة بالموضوعات المشمولة في جدول الاجتماع[2].

الفرع الرابع : حق التصويت على القرارات وإبداء الرأي المخالف

بعد مناقشة الموضوعات المدرجة وطرحها للتصويت فإن لعضو مجلس الإدارة الحق في التصويت على القرار الذي سيتخذه المجلس حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (83) بأن قرارات المجلس تصدر بأغلبية آراء الأعضاء الحاضرين أو الممثلين فيه، وعند تساوي الآراء يرجح الجانب الذي صوت معه رئيس المجلس، وذلك ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك[3].

واستثنى المنظم السعودي حق التصويت لعضو مجلس الإدارة ومنعه من الاشتراك في التصويت إذا كان له مصلحة شخصية من القرار المصوت عليه سواءً في مجلس الإدارة أم في جمعيات المساهمين. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (71) من نظام الشركات على ما يلي :"لا يجوز أن يكون لعضو مجلس الإدارة أي مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة إلا بترخيص مسبق من الجمعية العامة العادية يجدد كل سنة. وعلى عضو مجلس الإدارة أن يبلغ المجلس بما له من مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة، ويثبت هذا التبليغ في محضر الاجتماع. ولا يجوز لهذا العضو الاشتراك في التصويت على القرار الذي يصدر في هذا الشأن في مجلس الإدارة وجمعيات المساهمين. ويبلغ رئيس مجلس الإدارة الجمعية العامة العادية عند انعقادها عن

---

[1]) لائحة حوكمة الشركات، المادة (35).

[2]) لائحة حوكمة الشركات،الفقرة (3) من المادة (37).

[3]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (4) من المادة (83).

الأعمال والعقود التي يكون لأحد أعضاء المجلس مصلحة مباشرة أو غير مباشرة فيها، ويرافق التبليغ تقرير خاص من مراجع حسابات الشركة الخارجي"[1].

وإذا كان لدى أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة ملحوظات من الموضوعات المعروضة ولم يبت فيها في اجتماع المجلس، فيجب تدوينها وبيان ما يتخذه المجلس أو يرى اتخاذه من إجراءات حيالها في محضر اجتماع مجلس الإدارة، وإذا أبدى عضو مجلس الإدارة رأياً مغايراً لقرار المجلس، فيجب إثباته بالتفصيل في محضر اجتماع المجلس[2].

الفرع الخامس : حق الإنابة في حضور اجتماعات المجلس

نجد أن المنظم السعودي حظر على عضو مجلس الإدارة إنابة غيره من الأعضاء في حضور اجتماع مجلس الإدارة إلا في حالة واحدة وهي إذا نص نظام الشركة الأساس على جواز ذلك، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (83) من نظام الشركات بما يلي:" لا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن ينيب عنه غيره في حضور الاجتماع. واستثناء من ذلك، يجوز لعضو مجلس الإدارة أن ينيب عنه غيره من الأعضاء إذا نص على ذلك نظام الشركة الأساس"[3].

وبناءً على ذلك فإن هذا الحق مرتبط بموافقة نظام الشركة الأساس وإقراره.

الفرع السادس : حق طلب المداولة

منح المنظم السعودي الحق لعضو مجلس الإدارة بطلب المداولة في الأمور العاجلة التي أصدر فيها المجلس قرارات وتم عرضها على الأعضاء متفرقين، ويتم عرض القرارات المتخذة على المجلس في أول اجتماع تال له. حيث نصت المادة (84) من نظام الشركات على أن: "لمجلس الإدارة أن يصدر قرارات في الأمور العاجلة بعرضها على الأعضاء متفرقين، ما لم يطلب أحد الأعضاء كتابة اجتماع المجلس للمداولة فيه. وتعرض هذه القرارات على المجلس في أول اجتماع تال له"[4].

الفرع السابع : حق المكافأة مالية

لأعضاء مجلس الإدارة الحق في حصول مكافئات مالية نتيجة حضورهم باستمرار إلى الاجتماعات المقررة لمجلس الإدارة، ونتيجة بذل وقتهم وجهدهم في المشاركة في أعمال الشركة.

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (1) من المادة (71).

[2]) لائحة حوكمة الشركات، المادة (33).

[3]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (3) من المادة (83).

[4]) نظام الشركات السعودي، المادة (84).

وقد حدد نظام الشركات أن نظام الشركة الأساس يبين طريقة آلية توزيع المكافئات، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (76) من نظام الشركات بما يلي :" يبين نظام الشركة الأساس طريقة مكافأة أعضاء مجلس الإدارة، ويجوز أن تكون هذه المكافأة مبلغاً معيناً أو بدل حضور عن الجلسات أو مزايا عينية أو نسبة معينة من صافي الأرباح، ويجوز الجمع بين اثنتين أو أكثر من هذه المزايا"[1].

وقد تكون هذه المكافئات متفاوتة النسبة وسبب تفاوتها يرجع إلى أسباب مختلفة, فقد تكون نسبة المكافأة التي تدفع لبعض القائمين بالإدارة الذين كلفوا مثلاً بمهام معينة أو الأعضاء الذين لم يتغيبوا عن أي اجتماع مرتفعة مقارنة بمن لم يكلف بمهمة أو غاب عن بعض الاجتماعات، فلا يتساوى العضو الذي يحضر كل الاجتماعات مع العضو الذي تغيّب في أحدها أو بعضها.

ويمكن أن تكون هذه المكافأة نسبة معينة من أرباح الشركة كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (76) السابقة، إلا أن نظام الشركات قيّد هذه النسبة بمقدار لا يزيد عن (10%) من صافي الأرباح وذلك بعد خصم الاحتياطيات التي قررتها الجمعية العامة تطبيقاً لأحكام هذا النظام ونظام الشركة الأساس، وبعد توزيع ربح على المساهمين لا يقل عن (5%) من رأس مال الشركة المدفوع، على أن يكون استحقاق هذه المكافأة متناسباً مع عدد الجلسات التي يحضرها العضو، وكل تقدير يخالف ذلك يكون باطلاً[2].

وهذا التقييد من النظام للحد من حصول استغلال النفوذ بصرف نسبة أعلى للأعضاء من الأرباح دون النظر لمصلحة المساهمين والشركة.

ويمكن منح عضو مجلس الإدارة تعويضات استثنائية مقابل المهام الخاصة الموكلة له التي تدخل الإطار العادي لعمله وليس لها طابع دائم، كالسفر في مهمة خارجية أو داخلية أو دراسة الاتفاقيات والعقود الخاصة بالشركة مع المتعاملين معها.

مع ملاحظة أن جميع ما يُصرف لعضو مجلس الإدارة خلال السنة الواحدة من المكافآت وفي جميع الأحوال؛ لا يتجاوز مجموع ما يحصل عليه عضو مجلس الإدارة من مكافآت ومزايا مالية أو عينية مبلغ خمسمائة ألف ريال سنوياً، وفق الضوابط التي تضعها الجهة المختصة[3].

ومن أجل التأكد من عدم تجاوز مكافآت أعضاء مجلس الإدارة للحد القانوني الذي أقره النظام فإنه يجب أن يقدم مجلس الإدارة تقرير إلى الجمعية العامة العادية يشتمل على بيان شامل لكل ما حصل عليه

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (1) من المادة (76).
[2]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (2) من المادة (76).
[3]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (3) من المادة (76).

أعضاء مجلس الإدارة خلال السنة المالية من مكافآت وبدل مصروفات وغير ذلك من المزايا. وأن يشتمل كذلك على بيان ما قبضه أعضاء المجلس بوصفهم عاملين أو إداريين أو ما قبضوه نظير أعمال فنية أو إدارية أو استشارات. وأن يشتمل أيضاً على بيان بعدد جلسات المجلس وعدد الجلسات التي حضرها كل عضو من تاريخ آخر اجتماع للجمعية العامة[1].

المطلب الرابع : تمثيل أصحاب الأسهم الممتازة في مجلس الإدارة

قرر المنظم السعودي أن جميع الأسهم ترتب حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، كالحصول على نصيب من الأرباح والحصول على نصيب من موجودات الشركة عند التصفية وحضور جمعيات المساهمين والاشتراك في مداولاتها والتصويت والتصرف بالأسهم والاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها والمراقبة ورفع الدعوى على أعضاء المجلس والطعن بالبطلان، وذلك بالشروط والقيود الواردة في هذا النظام أو في نظام الشركة الأساس. كما نصت عليه المادة (110) من نظام الشركات.

فالأصل أن رأس مال الشركة ينقسم إلى أسهم متساوية القيمة، ويجوز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة كأن ينص على منح امتيازات معينة من الأسهم، وينص على ذلك ابتداءً في عقد الشركة أنها ستصدر نوعين من الأسهم وتضع مزايا وشروط كل نوع، ولكل شخص أن يختار ما يشاء من الأسهم بشرط أن يؤدي قيمة ما اكتتب فيه منها[2].

وتنقسم الأسهم في شركة المساهمة بحسب الحقوق التي تمنح لأصحابها إلى قسمين هما :

1. **أسهم عادية** : وهي التي تمنح لأصحابها الحقوق العادية التي لا يمكن فصلها عن السهم وتعتبر من مقوماته كالحق في اقتسام الأرباح والخسائر والحق في التصويت.
2. **أسهم ممتازة** : وهي التي تمنح لأصحابها بجانب الحقوق العادية اللصيقة بالسهم بعض المزايا الخاصة كالأولوية في الحصول على نصيب من أرباح الشركة أو من فائض التصفية. والهدف من إصدار الأسهم الممتازة لقصد إغراء الناس بالاكتتاب في الأسهم عند التأسيس أو عند زيادة رأس مال الشركة المساهمة[3].

---

[1]) نظام الشركات السعودي، الفقرة (4) من المادة (76).

[2]) د. عبدالحميد الشواربي، الشركات التجارية – شركات الأشخاص والأموال-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985م، ص131.

[3]) د. محمد بن براك الفوزان، مرجع سابق، ص257.

والمنظم السعودي أجاز للشركة المساهمة أن تصدر أسهماً ممتازة لا تعطي الحق في التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين بشروط نصت عليها المادة (114) من نظام الشركات بما يلي :"يجوز للجمعية العامة غير العادية للشركة – بناء على نص في نظام الشركة الأساس وطبقاً للأسس التي تضعها الجهة المختصة – أن تصدر أسهماً ممتازة أو أن تقرر شراءها أو تحويل أسهم عادية إلى أسهم ممتازة أو تحويل الأسهم الممتازة إلى عادية. ولا تعطي الأسهم الممتازة الحق في التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين. وترتب هذه الأسهم لأصحابها الحق في الحصول على نسبة أكثر من أصحاب الأسهم العادية من الأرباح الصافية للشركة بعد تجنيب الاحتياطي النظامي"[1].

واشتراط المنظم السعودي أن الأسهم الممتازة لا تعطي الحق في التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين رغبة منه في عدم إعطاء حملة هذه الأسهم أكثر من صوت واحد في الجمعيات العامة حتى لا يخل بقاعدة المساواة بين حملة الأسهم وبين حقوق وواجبات المساهمين، وكذلك لعدم حصر أكثر الأصوات في مجموعة يعتبرون هم الأقلية بالنسبة لعدد المساهمين مما يساهم في فرض هؤلاء الأقلية سلطتهم على الشركة والسيطرة على قراراتها، وتقليل فعالية الدور الرقابي الممنوح للمساهمين.

وقد يلجأ مؤسسو الشركة إلى الأسهم الممتازة إذا كانت تعطي أصوات متعددة ليتمكنوا من معارضة رغبات المساهمين في تغيير أعضاء مجلس الإدارة ويضمنوا ثبات الهيئة التي تتولى إدارة الرقابة على هيئات إدارة الشركة[2].

وبناءً على ذلك فإن هذه الأسهم يقتصر حقها فقط في الحقوق المالية دون الحقوق الإدارية للشركة، إلا في ثلاثة أمور:

1. يقتصر حقوق أصحاب الأسهم الممتازة في تمثيلهم في مجلس الإدارة بنفس شروط عضوية المجلس بالنسبة لحملة الأسهم الأخرى، ولكن لا يمتلك أصحابها الحق في التصويت على قرارات الشركة في الجمعيات العامة للمساهمين بناءً على ما نصت عليه المادة (114) من نظام الشركات.
2. استثناء المنظم السعودي أصحاب الأسهم الممتازة بأنه يحق لهم إما حضورهم اجتماعات الجمعية العامة للشركة والمشاركة في التصويت، أو تعيين ممثلين عنهم في مجلس الإدارة بما يتناسب مع قيمة أسهمهم في رأس المال، بعد عقد جمعية خاصة بهم حسب ما نصت عليه المادة (89)[3] من نظام

---

[1]) نظام الشركات السعودي، المادة (114).

[2]) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص656.

[3]) نصت المادة (89) من نظام الشركات بأنه " إذا كان من شأن قرار الجمعية العامة العادية تعديل حقوق فئة معينة من المساهمين، فلا يكون القرار المذكور نافذاً إلا إذا صدق عليه من له حق التصويت من هؤلاء المساهمين المجتمعين في جمعية خاصة بهم وفقاً للأحكام المقررة للجمعية العامة غير العادية.

الشركات. وذلك في حال إذا فشلت الشركة في دفع النسبة المحددة وفقاً لحكم المادة (114) من نظام الشركات من الأرباح مدة ثلاث سنوات متتالية، وذلك إلى أن تتمكن الشركة من دفع كل أرباح الأولوية المخصصة لأصحاب هذه الأسهم عن السنوات السابقة[1].

3. في حال تعديل حقوق الأولوية المقررة للأسهم الممتازة في نظام الشركة الأساس أو إلغائها أو كان هناك أسهم ممتازة، فلا يجوز إصدار أسهم جديدة عليها، إلا بموافقة جمعية خاصة مكونة من أصحاب الأسهم الممتازة الذين يحصل لهم ضرر من هذا الإصدار حسب ما نصت عليه المادة (89) من نظام الشركات وبموافقة جمعية عامة مكونة من جميع فئات المساهمين، وذلك ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك[2].

[1]) نظام الشركات السعودي، مرجع سابق، الفقرة (2) من المادة (116).

[2]) نظام الشركات السعودي، المادة (115).

خاتمة:

وفي ختام هذا البحث الذي تناول موضوع حقوق المساهم الإدارية في الجمعيات العمومية وفي مجلس الإدارة في شركة المساهمة بالبحث والتحليل وفقاً لنظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ وذلك من خلال المبحث الأول الخاص بحقوق المساهم الإدارية في اجتماعات الجمعيات العمومية من خلال حق طلب الانعقاد وحق حضور الاجتماعات وحق إدراج الموضوعات ومناقشتها ومداولتها وحق التصويت وحق بطلان القرارات المخالفة.

ثم انتقلنا للمبحث الثاني الخاص بحقوق المساهم الإدارية من خلال مجلس إدارة الشركة وتم الحديث عن حق المساهم في مجلس إدارة الشركة من خلال حق الترشيح لعضوية مجلس الإدارة وشروط العضوية، والحقوق المترتبة على العضوية، وعن تمثيل أصحاب الأسهم الممتازة من المساهمين في مجلس الإدارة.

وقد تم التوصل إلى جملة نتائج وتوصيات أبرزها ما يلي:

أولاً: النتائج

- إن معرفة المساهم لحقوقه التي منحه لها النظام وحمايتها لا تكون قاصرتاً على المساهم دون أن يكون هناك دورٌ فاعلٌ من وزارة التجارة والاستثمار وهيئة السوق المالية في توفير تلك الحماية للمساهمين ونشر تلك الثقافة بين المساهمين وتذليل الصعوبات التي يواجهونها.
- أهمية حقوق المساهم الإدارية وأن إهمال المساهم لهذه الحقوق يترتب عليه إهماله لحماية حقوقه المالية مما يقلل في حصوله على أفضل الأرباح.
- إن من يمتلك سهماً واحداً أو أكثر فإنه يترتب له وعليه حقوقاً والتزامات مقررة بنصوص نظامية اكتسبها المساهم بصفته شريكاً في الشركة، وكل نص في نظام الشركة يمنع المساهم من ممارسة حقوقه التي قررها نظام الشركات يعد باطلاً.
- إن للمساهم من خلال عضويته في الجمعيات العمومية دور كبير في إدارة الشركة وتسيير أمورها واتخاذ القرارات بشأنها من خلال حضوره لجلساتها والتصويت على قراراتها، أو حقه في عضوية مجلس الإدارة، أو من خلال الإشراف على أعمال الشركة الدورية والرقابة عليها.
- إن الجمعيات العمومية هي المصدر الأول لسلطات الشركة وقراراتها لأنها تضم جميع المساهمين، ولها اختصاصات واسعة لإدارة الشركة تمكن المساهمين عن طريقها اتخاذ قرارات الشركة.
- إن كل اختصاص من الاختصاصات المقررة للجمعيات العمومية هو حق لكل مساهم اكتسبه بسبب عضويته فيها، ويستطيع من خلال ذلك المشاركة بطلب انعقادها وحضور اجتماعاتها وطلب إدراج الموضوعات التي يريدها والمشاركة في إعداد جدول أعمالها والمشاركة الفعلية في

مداولاتها واتخاذ القرارات عن طريق التصويت عليها كما أن له الحق في طلب إبطال القرارات المخالفة.

- إن حق التصويت من الحقوق الأساسية للمساهم التي أولاها المنظم السعودي اهتماماً خاصاً لحماية حقوقه التي كفلها له النظام.
- إن تطبيق التصويت الالكتروني والأخذ به يساعد على إبراز دور المساهم ويقدم حلاً ناجحاً لتخلف المساهمين وغيابهم عن الجمعيات العمومية، كما يساعد على تخفيض تكاليف الحضور وعقد الجمعيات.
- للمساهم حق المشاركة في إدارة الشركة وتسيير أمورها من خلال الترشح لعضوية مجلس إدارة الشركة إذا كانت شروط العضوية المطلوبة تنطبق عليه ويكون له جميع الحقوق المقررة لأعضاء مجلس الإدارة.

ثانياً: التوصيات

- إنشاء إدارات خاصة بعلاقات المساهمين في جميع الشركات وتفعيلها بصورة جيدة لتسهم في توفير الوسائل المتاحة لتوعية المساهمين وإصدار النشرات التثقيفية التوعوية الخاصة بحقوقهم وممارستها على الوجه الصحيح.
- نشر الثقافة الحقوقية للمساهم وتوعية المساهمين بحقوقهم التي كفلها لهم النظام عبر وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة وعبر وسائل التواصل الاجتماعي وعبر مواقع الإنترنت وأن هذا الحق هو وظيفة يجب على المساهم أن يؤديها.
- لحل مسألة عزوف المساهمين عن غيابهم عن الجمعيات العمومية لا بد من تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة (86) من نظام الشركات بأن يستبدل (الجواز) بنص (الوجوب)[1] لإلزام مجالس إدارات الشركات المساهم بعقد اجتماعات الجمعيات العمومية عن طريق وسائل التقنية الحديثة لمساعدة المساهمين في المشاركة في اتخاذ القرارات لصالحهم والحد من استئثار الأقلية بالقرار، لان اغلب القرارات المهمة للشركة تكون في اجتماعات الجمعية العمومية العادية وغير العادية التي يتغيب عنها كثير من المساهمين لأي سبب كان.
- لا بد من وجود إدارة خاصة بالمراقبة والمتابعة الإدارية يكون مرجعها وزارة التجارة والاستثمار وهيئة السوق المالية لمتابعة تطبيق الأنظمة من قبل مجالس الإدارات في الشركات.

[1]) حيث تنص المادة (86) من نظام الشركات على ما يلي :" يجوز عقد اجتماعات الجمعيات العامة للمساهمين واشتراك المساهم في مداولاتها والتصويت على قراراتها بواسطة وسائل التقنية الحديثة، بحسب الضوابط التي تضعها الجهة المختصة".

- سرعة إنجاز اللائحة التنفيذية لنظام الشركات وتفعيل جميع مواد لائحة حوكمة الشركات بصورة إلزامية حيث إن هذه اللائحة لا تزال إرشادية للشركات المساهمة.

المراجع

أولاً : الكتب

- إلياس ناصف، الكامل في قانون التجارة-الشركات التجارية-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، 1982م.
- رحاب محمود داخلي، القانون التجاري السعودي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1437هـ.
- زهير بن سليمان الحريش، الوجيز في شرح نظام الشركات السعودي الصادر عام 1437هـ - 2015م، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2016م.
- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989م.
- سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م.
- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2008م.
- عبدالحميد الشواربي، الشركات التجارية — شركات الأشخاص والأموال-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985م.
- عدنان صالح العمر، الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس وفقاً للأنظمة والتشريعات التجارية في المملكة العربية السعودية "دراسة تحليلية مقارنة"، الطبعة الأولى، بريدة، 1434هـ.
- علي نديم الحمصي، الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2003م.
- عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة-دراسة مقارنة-، دار الكتب القانونية، مصر، 2017م.
- فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.
- فتحي زناكي، شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2012م.
- محمد براك الفوزان، الأحكام العامة للشركات -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1435هـ.
- محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الرابعة، 1417هـ.

- محمد عمار تيبار، الحقوق الأساسية في شركة المساهمة، مطابع الوحدة العربية، ليبيا، 1998م.
- محمد محمد سويلم، الوجيز في الشركات التجارية في ضوء نظام الشركات السعودي الجديد 1437هـ، الطبعة الأولى، دار النشر الدولي، الرياض، 2017م.
- نايف الشريف، و د. زياد القرشي، القانون التجاري "الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية"، الطبعة الرابعة، دار الحافظ للنشر والتوزيع، جدة، 2011م.

ثانياً : الرسائل الجامعية:

- مبارك بندر الدوسري، دور المساهمين في حوكمة الشركات المساهمة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة دار العلوم، الرياض، 1437/1436هـ.

ثالثاً : الأنظمة واللوائح

- نظام الشركات السعودي الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/3 وتاريخ 1437/1/28هـ، المنشور في جريدة أم القرى، العدد رقم 4595 وتاريخ 1437/2/22هـ.
- لائحة حوكمة الشركات، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية، بموجب القرار رقم (8-16-2017) وتاريخ 1438/5/16هـ بناءً على نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ.

مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى
"دراسة تحليلية مقارنة "

د/ هائل حزام مهيوب يحي العامري
أستاذ القانون المدني المشارك
قسم القانون الخاص . قانون مدني
كلية الحقوق – جامعة تعز– اليمن
d.amri1300@yahoo.com

ABSTRACT

The Concept of the Well-Meaning is not the goal itself, but it is an ethical mean which must be the main think in all types of treatments and agreements. Due to, it is the another face for the Justice. Moreover, it reduces the intensively of the contracts. And make the dealing between the contractors more easy. They will not focus on all the conditions mentioned in the contracts literary then. In addition, it gives the Judge the right to look in the complaints/Lawsuits again and again, which also enables him to follow up the changes in the economic and social sides which affect his adjudicating.

The adherence on applying the concept of the Well-Meaning is a main thing in the Law's rules. It includes that the contractor must be honest and should helped the second party in the contract under the concept of respecting the contracts and keep it until the end of the period. The concept of Well-Meaning includes all the treatments and contracts without exceptions and all the stages of the contracts. It is a general concept by which we keep all the rights of the individuals in the safe place. It is also used in the Law to keep the contractual balance which is imbalanced due to the emergency situations. It is also a good source to establish the Law rules which we need them a lot nowadays as the Theory of the emergency situations, and the theory of the Arbitrariness in using the rights, and it is a condition to apply other theories as the appeared situations, the Penal Condition and Arbitrarily Condition and another cases. The goals of the Well-Meaning are considered an approval for its importance in the life and the life of the contemporary Law.

الملخص:

مبدأ حسن النية ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة أخلاقية يجب أن تسود جميع العلاقات التعاقدية فهو مكمل لمبدأ العدالة ، ويعمل على التخفيف من شدة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعطي لأحد المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفيا حتى ولو أضر هذا التمسك بالطرف الآخر، كما يسمح للقاضي بأن يجتهد ويمعن النظر في الحالات العديدة التي تعرض عليه للفصل فيها ،و ليتمكن من خلاله من مواكبة المستجدات التي تطرأ في الحياة العملية بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

والالتزام بمبدأ حسن النية من الالتزامات الشرعية والقانونية التي تتضمن إلزام المتعاقد بأن يكون صادقاً وأميناً ويلتزم بمساعدة الطرف الآخر في إطار احترام النظام والقانون والوفاء بالتعهدات، ويمتدَ مبدأ حسن النية ليشمل كافة المراحل التي يمر بها العقد، فهو مبدأ عام يشمل كافة أنواع العقود من أجل حماية مصالح الأفراد حسني النية ممن يستندون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى ظواهر الأمور، كما يعمل التطبيق القضائي لمفهوم حسن النية على إقامة التوازن العقدي المختل بفعل الظروف الطارئة ، وهو أيضا مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية التي ظهرت الحاجة إليها ، منها نظرية الظروف الطارئة ، ونظرية التعسف في استعمال الحق، كما أنه شرط لتطبيق نظريات أخرى، كالأوضاع الظاهرة، والشرط الجزائي ،والشروط التعسفية إلى غير ذلك من الحالات الأخرى ، وتعتبر تلك الأهداف دليل على أهمية وثبات مبدأ حسن النية واستقراره في الحياة القانونية المعاصرة.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول لله محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين وأصحابه الغرُ الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد:

لقد اهتمت الشرائع السماوية والوضعية بالعقود ، ووضعت لها الضوابط لتحقيق العدالة العقدية ، فالقانون يُؤدي وظيفتين الأولى لحفظ الأمن والاستقرار في المجتمع ، والثانية وسيلة لتحقيق وحماية المصالح الخاصة بالأفراد حتى لا يطغى إنسان على حق أخيه الإنسان . أما الشريعة الإسلامية فهي تمنع الضرر كما في الحديث : "لا ضَرَرَ ولا ضِرار"[1].

وأمرت بالوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود في قوله تعالى : "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "[2]، ومن وحي النصوص السالفة الذكر لا يستطيع أي متعاقد أن ينفرد بنقض العقود أو تعديلها إلا بالاتفاق على ذلك أو بنص في القانون ، كما لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه ، وعليه تنفيذ العقد بكل ما اشتمل عليه بالإضافة إلى كل ما يعتبر من مستلزماته وبما يتماشى مع القانون أو العرف أو العدالة وطبقاً لطبيعة الالتزام . والقواعد الناظمة للعقود تقضي بأن الأصل في الالتزامات هي أن تكون متوازنة وعادلة سواءً في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه ، فإذا ثبت حصول اختلال في تلك الالتزامات ، فإن معالجة مثل هذا الاختلال والآثار الناتجة عنه أو بسببه يتم عن طريق الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المادة (**212**) من القانون المدني اليمني والنصوص التي تقابلها في التقنينات المدنية المعاصرة كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والجزائري والتي تلزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بشرف ونزاهة وحسن نية ، والبعد عن الغش والخيانة وكل ما يضر العلاقة التعاقدية ، وصولاً إلى إزالة الضرر الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين.

وتأتي أهمية هذه الدراسة لإلقاء الضوء على مبدأ حسن النية في العقود من خلال المادة **212**من القانون المدني اليمني حيث نصت على أنه : "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين ..) ، باعتبار مبدأ حسن النية من الأحكام الكلية التي لا تنتفي بعدم النص عليه ، فهو يسود العقد في جميع مراحله بحيث لا يقتصر أثره على إبرام العقد فقط بل يمتد إلى مرحلة تنفيذه وانقضائه ، و يقاس مبدأ حسن النية وفق معيارين نفسي قوامه نية العاقد ومادي وقوامه شرف

---

[1] الحديث رواه سعيد سعد بن مالك الخُدريّ ، أخرجه أحمد في مسند عبد الله بن عباس – رضي الله عنه –**5/55**، رقم **(2865)**، و ابن ماجه كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره **10/ 133** : "هذا مرسل" .

[2] سورة المائدة آية رقم **(1)** .

التعامل ونزاهته، وتتعاظم الحاجة إلى هذه الدراسة لأنها تحقق غاية من غايات القانون وهو درء الإضرار في المعاملات المالية بين الأفراد.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

على الرغم من نص القوانين العربية الحديثة على مبدأ حسن النية لاسيما في مرحلة تنفيذ العقود ، إلا أن الدراسات الفقهية التي تخص مبدأ حسن النية قليلة إذا ما قورنت بالمؤلفات العامة، التي تناولت باستفاضة مصادر الالتزام وأحكام العقد، ولم يكن ليذكر مبدأ حسن النية فيها إلا بصفة عرضية وفي أسطر متفرقة ، وقد ورد مصطلح حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود في المادة(**212**) مدني يمني ، ومع ذلك وردت نصوص أخرى تشير ضمناً إلى ضرورة التزام المتعاقد بمقتضيات حسن النية كالنصوص المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية عيوب الإرادة، ونظرية الظروف الطارئة، والنصوص الأخرى التي تحرم الغش و تمنع الإضرار بالغير. ومع أهمية مبدأ حسن النية في الأنظمة القانونية ، غير أن مبدأ حسن النية في العقود لم ينل الاهتمام المطلوب من الباحثين اليمنيين ، ولم يعط حقه في الدراسة المتأنية والمتعمقة كبحث متكامل ومستقل بذاته، وهذا ما دفعنا لاختياره كعنوان لهذه الدراسة المتواضعة، رغم الصعوبات التي واجهتنا و التي تمثلت في ندرة وقلة المراجع الفقهية المتصلة بالموضوع في الفقه اليمني ،فضلاً عن غياب القرارات القضائية ذات الصلة ؛ فكان سبيلنا لمواجهة تلك الصعوبات هو اعتمادنا على المراجع العربية وبعض القرارات القضائية الأخرى.

إشكالية البحث وتساؤلاته :

أتخذ القانون المدني اليمني موقفا مؤيدا لمبدأ حسن النية في العقود، غير أن مفهوم حسن النية لم يحدد بشكل منضبط ، فهو يختلط بغيره من المفاهيم الأخلاقية ويأتي بمعنى الإخلاص، الأمانة، النزاهة، الجهل المبرر بواقعة معينة، الاعتقاد الخاطئ، الاستقامة، الثقة المشروعة، و عدم الخيانة، عدم الغش...إلخ ، وهنا يثور التساؤل حول إمكانية جمع هذه المفاهيم والمصطلحات تحت تسمية واحدة بحيث يمكن بموجبها فرض التزامات واضحة على الطرفين يمكن قياس مدى مخالفتها أو عدم التقيد بها، وبالتالي فرض المسؤولية المترتبة على ذلك؟. وإذا كان المشرع اليمني قد حصر الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد في المادة (**212**)، فهل يعني هذا أن الالتزام بحسن النية لا يشترط وجوده في مرحلة تكوين العقد؟، وإن كان ذلك صحيح فما الفائدة في الواقع من توفر حسن النية في تنفيذ العقد إذا لم يفرض في مرحلة إنشائه وتكوينه، والتي بدونها لا يمكن أصلا التكلم عن شيء اسمه عقد؟

كما أن الإشكال الرئيسي الذي يثور من الناحية العملية، هو هل النصوص المتعلقة بمبدأ حسن النية في العقود كافية للتصدي لجميع حالات سوء النية؟ وهل يرافق مبدأ حسن النية العقد في جميع مراحله ؟ وكيف يمكن التمييز بين حسن النية وسوء النية لدى الشخص ؟ وما هي المعايير التي تسمح بالوصول إلى معرفة ما

إذا كان الشخص حسن أم سيء النية ، ؟ وما هو الأثر المترتب عن الالتزام بحسن النية في العقد أو الإخلال به ؟ وسنحاول الإجابة على تلك التساؤلات في ثنايا هذا البحث ـ قدر المستطاع ـ بعون الله تعالى.

منهجية البحث :

من أجل تحقيق أهداف الدراسة ، سنعتمد على منهجين هما المنهج المقارن فإلى جانب القانون المدني اليمني كان هناك القانون المدني المصري والجزائري والأردني ، كما جرى الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي لعرض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها ومناقشتها ومقارنتها بالقانون المدني اليمني ،وسنتعرض لأهم الاتجاهات الفقهية شديدة الصلة بالموضوع ، وذلك بالرجوع إلى المؤلفات الفقهية ، وتعضيدها ببعض القرارات القضائية ، ـ بقدر المستطاع ـ لتكون الدراسة مستجمعة لموقف المشرع والفقه والقضاء على حد سواء ، ومقارنتها بالقانون المدني اليمني .

خطة البحث:

بعد هذه المقدمة العامة، سنقسم موضوع الدراسة إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول نتناول فيه مفهوم حسن النية في العقود، في ثلاثة مطالب : يتضمن المطلب الأول لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في بعض القوانين والشريعة والإسلامية، و يتناول المطلب الثاني ماهية حسن النية في العقود .وسنعرض في المطلب الثالث معايير قياس حسن النية عند التعاقد وأوجه التمييز بين حسن وسوء النية . أما المبحث الثاني فيتناول نطاق حسن النية ، وأثره في العقود، ويتضمن ثلاثة مطالب: المطلب الأول ندرس فيه دور حسن النية في مرحلة إبرام العقد ، ويتناول المطلب الثاني مقتضيات حسن النية عند تنفيذ العقود، وفي المطلب الثالث نعرض لبعض الآثار المترتبة على مقتضيات حسن النية في العقود. وسننهي الدراسة بخاتمة تتضمن أهم ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات، متبوعة بقائمة تحوي أهم المصادر والمرجع، يليها المحتويات(الفهرس).

المبحث الأول

مفهوم حسن النية في العقود

تمهيد وتقسيم:

يختلط مفهوم حسن النية بغيره من المفاهيم الأخلاقية فهو يأتي بمعنى الصدق والأمانة والنزاهة والاستقامة وغيرها. ولمعرفة مفهوم حسن النية على وجه الدقة ، لا بد لنا أن نعرض أولاً إلى لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في مطلب أول، ثم نتناول في مطلب ثاني ماهية حسن النية في العقود. وسنتناول في المطلب الثالث معايير قياس حسن النية وتمييزه عن سوء النية ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود

ارتبط مبدأ حسن النية في العقود بالإرادة [1]، فعندما يكون دور الإرادة في العقود منعدما أو ضعيفا أو متقدما، فيكون كذلك دور مبدأ حسن النية فيها منعدما أو ضعيفا أو متقدما؛ ولذلك لم يأخذ هذا المبدأ مكانته في أنظمة القانون دفعة واحدة، وإنما كان يتطور تدريجيا حسب النزعة السائدة في النظم المختلفة [2]، ولقد ارتأينا تقسيم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الأول نشأة مبدأ حسن النية في بعض القوانين ، و الثاني في الشريعة الإسلامية ، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول

نشأة حسن النية في بعض القوانين

أولا: حسن النية في القانون الروماني

كان الحنث بالوعد في المجتمعات التقليدية يعدُ خطيئة دينية [3]، و عندما حل القانون محل الدين لدى الرومان كوسيلة رئيسية لتنظيم المجتمعات ، تحول الوعد الديني إلى التزام قانوني رسمي[4]، ويرى بعض الشراح أن مبدأ حسن النية ولد وترعرع في كنف الشعائر التعبدية الاجتماعية السائدة في معاملات القانون الروماني

---

[1] د .شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 43.

[2] د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 11، 12 .

[3] أ د. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998، ص 120 وما يليها.

[4] د .شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 23، 24 .

ويطلق عليها بالـ **FAS** لاسيما في نطاق المعاملات المالية والشخصية على حد السواء[1]، وبالتالي كان النكول وعدم الوفاء بما تم الاتفاق عليه عند الرومان، يعد خطيئة دينية ونقصاً في الإيمان ، ويعد بموجبه المتعاقد المخطئ مذنباً، ، وكان العقد في ظل القانون الروماني القديم يتسم بالشكلية، فهو لا ينشأ إلا إذا تم إفراغه في شكل معين ، وفي ظل الشكلية السائدة في العقود آنذاك لم يكن لمبدأ حسن النية دور فيها[2]، فكان سلطان الشكل وهو مصدر الالتزام فمثلاً سبائك الذهب كانت تستعمل كرمز عن الثمن في عقد البيع ، وكذلك عقد الزواج كان لا يتم هو الآخر إلا بعد إتباع طقوس تعبر عن قيام الرابطة الزوجية[3].

ومن هنا يمكننا القول أن النوايا الحسنة أو السيئة لم يكن لها مكان في ظل الشكلية الصارمة في القانون الروماني، كما لم يكترث القانون الروماني القديم بعيوب الإرادة كالإكراه أو الغلط ولم يكن لها أي تأثير على الإرادة ، وكذلك الغش أو التدليس لا يترتب عليهما أية آثار قانونية[4] .

ولكن انتقال المجتمع الروماني من مجتمع زراعي ضيق إلى مجتمع تجاري ، أدى إلى تطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وبصفة خاصة نظام العقود، كما أنه بعد غزو الرومان لليونان، تأثر الفلاسفة الرومان بالفلسفة اليونانية القائمة على فكرة القانون الطبيعي والعدالة لأجل ذلك بنوا فقهاء الرومان الكثير من الأحكام القانونية على الأفكار الجديدة التي أمدتهم بها الثقافة الإغريقية، مثل الثقة **Trustee** والأمانة (**Tidus**) والعدالة ((**Justice** وحسن النية (**Bonne Foi**) [5]؛ لذلك أصبح غش أحد المتعاقدين

---

[1] د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية ، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص **79** .

[2] ففي القانون الروماني لم تكن الإرادة تكفي بذاتها لإنشاء التصرف القانوني ، إلا بإتباع شكلية معينة ، كما أن آثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، **1998**، ص **91**، د .شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص /. **54** .د:عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص .**14** . د: محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، **2003**،ص .**59**

[3] د: زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، **1987**، ص**7** .

[4] د: محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة) ، ج **1**الطبعة الثانية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، **2004**، ص **43**؛ د:فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، الطبعة الأولى، دون ناشر، بغداد، **2009**،ص .**69**أنظر في مثل هذا المعنى / د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص .**14**

[5] أنظر / د : محمود عبد الرحيم الديب،الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، **1998**،ص .**27**

للطرف الآخر يتنافى مع الأمانة والأخلاق والعدالة والثقة التي يجب أن تسود جميع العقود[1].ومن هنا بدأ ظهور مبدأ حسن النية في العقود عند الرومان في العصر العلمي(**130**ق . م، **284**م)[2] ،ويرجع الفضل إلى الفقيه الروماني شيشرون في تحول مبدأ حسن النية من مجال الأخلاق إلى واجب قانوني، إذ اعتبره أساس العدالة، ، ومن هنا قامت العروة الوثقى بينه، وبين القواعد القانونية[3].

ويؤسس بعض الفقه مبدأ حسن النية على القاعدة الرومانية القائلة بأن "الغش يفسد كل شيء "[4]غير أن مبدأ حسن النية يختلف عن القاعدة السالفة الذكر من حيث أنه يفرض على المتعاقدان التزامات إيجابية، خلافاً لقاعدة . الغش يفسد كل شيء . و التي تقف عند حد انتفاء الغش في التصرفات دون فرض أي التزامات إيجابية على المتعاقدين[5].

ولقد أعقبت القوانين القديمة فترة ازدهار المذهب الفردي ويرى أنصاره أن للإنسان حقوقا طبيعية ذاتية يتمتع بها ، وما المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق[6] .وهذه الأفكار عُرفت فيما بعد بمبدأ سلطان الإرادة والذي يعني":أن الناس في حقيقة أمرهم أحرار ومتساوون، ودون تمييز وهذه الحرية وهذه المساواة هما جوهر الإنسان... [7] .ونحن بدورنا لا نبالغ إن قلنا بأن المبادئ القانونية المعاصرة أصبحت تقوم على

---

[1]د: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جامعة القاهرة، **2007**ص .**197**؛ د:شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص .**25**

[2]فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص .**73**

[3]الفقيه الروماني شيشرون عاش في القرن الأول قبل الميلاد) **43** – **106**ق م (، وصف من قبل البعض بأنه الفقيه الذي جعل الفلسفة الإغريقية في متناول فهم الرومان، كما وصف أيضا بأنه أحد الرواد الكبار الذين أدخلوا الفكر الإغريقي إلى القانون الروماني وبوجه خاص فيما اتصل منه برقابة المشروعية الطبيعية (أي رقابة الإنصاف) ، ومن ذلك الوقت بدأت مصطلحات، من قبيل الإنصاف وحسن النية والقانون الطبيعي، في التأثير على عقليات وتفكير رجال القانون الرومان(.أنظر / د : سفيان القرجي،المرجع السابق، ص .**500**؛د شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص **27،26**، **44**.

[4]د/محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر . الأحكام . الإثبات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، **2007**ص .**178**،.**177** .

[5]د محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر **2007**م **138**،ص **137** . ؛ د/إبراهيم سيد أحمد، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، **2007**ص . **70**،د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص .**296**

[6]د. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة ، وحدة الرغاية، الجزائر، **2001**، ص **38** .

[7]د/جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الجامعة للدارسات والنشر والتوزيع، **2000**، ص**45**،**46** .

العدالة وحسن النية في المعاملات ، وأن العبرة في التصرفات القانونية أصبحت بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[1].

ثانيا: حسن النية في القانون الكنسي

بدأ تأثير القانون الكنسي في العقود منذ بداية القرن السادس عشر في فرنسا، عندما كان رجال الكنيسة يربطون بين الأعمال والنيات، ويعتقدون أن المؤمن يجب أن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الدين. وقد أثر هذا التفكير على القانون بصفة عامة، وعلى الإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة[2]. ولقد تسربت بعض مبادئ القانون الكنسي إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى القوانين الغربية الحديثة، ومن أبرزها مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في ظله مبدأ حسن النية والتعادل بين الالتزامات التعاقدية. [3]

ومع تطور الأفكار والاعتناء بالبواعث والمقاصد تحررت العقود من قيود الشكل التي كان يفرضها القانون الروماني ، وأصبحت الإرادة عند الكنسيون كافية وحدها لإنشاء الالتزام، غير أنهم اشترطوا مشروعية الغرض الذي يرمي إليه أطراف العقد ، ومن ثم بدأت فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد تبرز لدى الفقهاء الكنسيون، واختفت النظرية التقليدية للسبب التي كانت تجعل كل التزام سببا في الالتزام المقابل. [4]، وتحت تأثير الأفكار السالفة الذكر عرف الفقهاء الكنسيون حسن النية بأنها : "الاعتقاد الخالص من الشوائب، والذي يتحقق بمجرد البعد عن الإثم والحرام "[5]

ونستنتج مما سبق أن القانون الكنسي قد ساهم إسهاما كبيرا في إبعاد الشكلية عن العقود وجعل للأخلاق دورا هاما فيها، وتبعاً لذلك أوجب الوفاء بالتعهدات ، وحرم الغش والغبن والغرر والربا، وأجاز

---

[1] راجع المادة (6) مدني يمني والتي تنص على أن :"الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"؛ انظر: د/صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص / 124د؛ صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 222.

[2] والقانون الكنسي هو القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الكالوثيكية الغربية في أوربا في العصور الوسطى، بعد أن أصبحت الكنيسة قوة عالمية تتمتع بكل ما للدولة من مقومات تشريعية وتنفيذية وقضائية، وكان الرئيس الأعلى لهذه الكنيسة هو البابا، ومن المعلوم أن الفقه الكنسي هو المصدر الأصلي للقواعد القانونية في العالم الغربي انظر : د مفيد الزيدي، "بدايات النهضة في أوربا أواخر العصر الوسيط "، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، العدد الثامن، السنة الثامنة، 1996ص 227، 228.

[3] أنظر / د: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 178،179 .

[4] د:عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 21،22؛ د علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2007ص 74؛ د:عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22،23 .

[5] د/ شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص30، 44.

تعديل الالتزامات بسبب تغير الظروف، وأوجب أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً ، وكل ذلك يدخل ضمن مبدأ حسن النية في تكوين العقد وتنفيذه.

ثالثاً: حسن النية في القانون الفرنسي:

ازدهر مبدأ حسن النية في العقود، في ظل النظرية الحديثة للسبب التي تبناها القضاء في فرنسا، بعد أن هجر النظرية التقليدية للسبب، وأصبح الاهتمام كبيراً بالمقاصد و البواعث من وراء التصرفات والتي كان لها تأثيراً كبير على الإرادة التعاقدية مهما كانت بعيدة وغير مباشرة[1].ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة مبدأ مقتضيات حسن النية، طبقاً للفقرة الثالثة للمادة **1134** من القانون المدني الفرنسي من خلال القرار الصادر في **20** مارس ،**1985** الذي جاء فيه "أن شركة تأمين ليست حسنة النية حين رفضت التعويض عن سرقة سيارة بحجة أن الجهاز الواقي من السرقة لم يكن من النوع المعتمد من طرفها، في حين أنها لم تقدم ما يبين أنها قامت بإرشاد المؤمن له عن الأنواع المعتمدة، وأنها أخذت الأقساط لمدة **3** سنوات "[2].

وعنى القضاء الفرنسي بالشرط الفاسخ الضمني ،حيث لا يحق لأي متعاقد أن يطلب تطبيقه ما لم يكن حسن النية، ولا يطبق الشرط الفاسخ إذا تبين أن المتعاقد الممتنع عن التنفيذ كان حسن النية ويستند في امتناعه إلى حق أولاه القانون يحول دون تطبيق الفسخ (كالقوة القاهرة)، ويحق للقضاء بموجب ذلك أن يرفض طلب فسخ العقد من طرف الدائن عندما يكون سيء النية، أي أنه أثاره بنية خبيثة، وهذه حالة ما إذا كان الدائن قد لجأ للشرط الفاسخ في الفترة التي يعلم فيها بأن المدين لا يستطيع رد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد[3].

وبهذا المعنى صدر قرار عن محكمة الاستئناف المدنية في الشمال (اللبنانية)غرفة رابعة، رقم **513**، بتاريخ **14/7/2007** بشأن دعوى ترمي إلى إخلاء منتجع سياحي لتحقق شروط بند فسخ حكمي تبعا لعدم تسديد بدلات مستحقة (تتعلق بعقد استثمار) وقضى القرار بأنه:"بالرغم من توافر شروط بند

---

[1] د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **25** ,**26**، **27** .

- [2] **Jean Carbonnier, Droit Civil, Les Obligations, Tome 4, 22e éditionrefondue, Collection Thémis - Droitprivé, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2000, p. 226. - (La notion de bonne foi, dans l' a. 1134, al. 3, auraitpuêtre de grandeconséquence).Voir: Jean Carbonnier, Ibid, p. 227. - Pendent longtemps, ilfutexceptionnelque les tribunauxfissentappel à cette notion, au point qu 'on avaitpu la considérercomme inutile). Voir: Jean Carbonnier, Ibid, p. 227.- Amandine Assaillit, (La bonne foi et la loyautécontractuelle), Master PratiquesJuridiques et Judiciaires, Faculté de Droit, Université de Nîmes, Promotion 2006 – 2007, Disponiblesur internet: http://www.masterdroit.fr/3_Ressources_Fiches.htm**

- [3] Selon la Cour de cassation si les clauses résolutoiress'imposent aux juges, leur application restenéanmoinssubordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134 du Code civil. Voir: Amandine Assaillit, op. cit. - Christian Larroumet, op. cit, p. 593. Voiraussi: Patrick Canin, op. cit, p. 64 .

الفسخ الحكمي لعدم تسديد بدلات مستحقة، إلا أنه لا يمكن الحكم بالفسخ إذا كان عدم تسديد البدلات المستحقة هو بحسن نية كأن يكون ذلك راجعًا لقوة قاهرة (حرب")[1].

ثالثاً: حسن النية في القانون المصري:

اعتنق القانون المصري حُسْنَ النِّيّة كمبدأ عام لكافّة التصرُّفات في المادة (**148**) والتي نصت على أنه : "يجب تنفيذ العقد طِبقاً لما اشتمل عليه ،و بطريقةٍ تتفق مع ما يوجبه حُسْنُ النِّية". كما رتَّب القانون المصري العديدَ من الآثار بالنِّسبة لحُسْنِ أو سُوءِ نيّةِ المتعاقد كالقيود التي تحُدُّ من رجوع المشتري بضمانِ العيوبالخَفيّة مع البائعِ حَسَنِ النِّية،ورفْع هذه القيود في حالة سُوءِ النِّية ، وفي ذات المعنى أقرت محكمة النقض المصرية ما يلي : "إذا تبيّن للقاضي سُوءُ نيّة أحد الطّرفين رَتَّبَ الأثرَ الذي يقرِّره القانون،كرفع القيود التي تحُدُّ من رجوع المشتري بضمانِ العُيوبِ الخَفِيّة إذا كان البائعُ سيء النّيّة، أو عدم قبول تمسُّك المتعاقد الواقع في غلطٍ بإبطالِ العَقد إذا تبيَّن سُوءُ نيّته"[2].

كما أشترط المشرع المصري كذلك حُسْنِ النِّية للتمسُّكِ بإبطالِ العَقدِ في حالة الغلَط، حيث نصت المادّة (**124**) من القانون المدني على أنّه: "ليس لِمَنْ وقع في غلطٍ أنْ يتمسَّك به على وجهٍ يتعارَضُ مع ما يَقضِي به حُسْن النِّية". وقرر عند الشك في عبارة العقد البحث عن النِّية المشتركة للمتعاقِدَين ،حيث نصت المادة**2/150**من القانون المدني على ما يلي: "أمّا إذا كان هناك محلٌّ لتفسير العقد فيجب البحث عن النِّيّة المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ،مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامُل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانةٍ وثقةٍ بين المتعاقدَين وِفقاً للعُرف الجاري في المعاملات" .كما أقرت المادّة(**139/2**)مدني مصري أن إجازة العقد القابل للإبطال لا يجب أن تضُر بحقوق الغيرِ ، والغير هنا المقصود به هو الخلف الخاص حَسَنِ النِّية، الذي تلقى حقاً على العين محلّ التعاقد من الطرف الذي تقرّر الإبطال لمصلحتِه في الفترة ما بين إبرام العقد وحصول الإجازة، وكان من شأن الإجازة المساس بهذا الحق[3].

رابعاً: حُسْن النِّيَّة في القانون الإنجليزي

لم تحفل قواعد القانون الإنجليزي بمبدأ حُسن النِّية (**consideration**) فهو في نظر الفقهاء لا يمثل التزاماً قانونياً واجبَ الإتباع يتحمَّل المتعاقد مسؤوليَّة الخروجِ عنه[4]، وبالمقابل اهتمت المحاكم بفكرة المقابل

---

[1]أنظر: مجلة العد ل، نقابة المحامين في بيروت، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون ،**2009**، ص **1588**.

[2]نقض مدني في **15/11/ 1966**مجموعة الأحكام س**17**- **239**- **1688**؛ راجع أيضاً د. مصطفى عبد الحميد عدوي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام **1992**،الطبعة الثانية ص **342**وما بعدها.

[3]راجع د:عبد الفتاح عبد الباقي _ نظرية العقد طبعة **1984**رقم **160**

- [4]**Kessler and fine , barging in good : faith and freedom of contract, Harvard law review 77 (3) 401_449 "1964". "it in only recognized by the English law as a part of behavior and not an a legal"**

(**common_law**)كسببٍ لإبرام العقد، ، بما يعني عدم الاعتداد بالنّية بوجه عام في القانون الإنجليزي ، بحسبانها أمراً خارجاً عن التصرُّف [1]

وحجتهم أن مبدأ حسن النية يتعارض مع قاعدة "أنَّ العقد شريعة المتعاقدين"فلو أتفق أطراف العقد على شروط مُحدَّدة فيجب عليهم التقيد بها ، ولا يسوغ للقاضي التدخل في الرابطة العقدية لتعديلها أو تغييرها أو تعطيلها استناداً لمخالفتها لحُسن النِّية. كما كان قُضاة المحاكم الإنجليزيّة يلجئون إلى التفسير الحرفيّ [2]، عند أوجود نزاع حول عبارات العقد ،ولا يعولون على النية باعتبارها مسألةٌ داخليّةٌنفسيَةٌ ، وهذا بخلاف النهج الفرنسي الذي يعتمد في تفسيره للعقود على النّية المشتركة للمتعاقدين وحجتهم أنَّ المتعاقِدَين لاسيما في العلاقات التجاريّة يفترض فيهما الوعي الكامل والدِّراية الكافية بالمخاطر التي يمكن أن تحيط(**Common_law**) مرحلة التفاوض ثمّ مرحلة التعاقد، فالفكرة المثاليّة في القانون الإنجليزي هي أنّ الطرفين لا بد أن يكونا على دراية وإدراك لما يحمي مصالحهما العقْدية[3].

ومع ذلك رأى البعض أنَّ هناك صياغات قانونية جديدةً[4])) ،تتطلّب ضرورة توافر حُسن النّية في عقود معينة ، كعقد التأمين، وعقد نقل البضائع، وعقد الوكالة[5]وهذه العقود تقوم على الأمانة والثقة ،وتتطلّب منتهى حُسن النّية، فيلتزم الوكيل بالإفضاء بكافة المعلومات لموكِّله ، كما يلتزم المؤمَّن له بالامتناع عن الإدلاء بأيّة معلومات أو بيانات غير حقيقية.

وعلى الرُغم أنّ القضاء الإنجليزي لم يتبنى فكرة حُسن النّية في العقود، غير أنّ القانون الصادر عام **1977**م بشأن الشروط التعاقديّة المجحِفة، قد منح المحاكم سلطة ضدّ الممارسات التعسُّفيّة بهدف حماية رضا المتعاقدين ، وما هذه السلطة إلا مظهراً من مظاهر سوء النّية[6].

خامساً : حسن النية في القانون اليمني

استمد المشرع اليمني مبدأ حسن النية من القانون المصري، والقانون المصري استمده من القانون الفرنسي ويؤكد ذلك الدكتور علي علي سليمان عند قوله بأن: (حسن النية معيار شخصي مستمد من

---

[1]Hadley design association v.Lordmayoa and ci?zens of the city of Westminster(2003) EWHC 1817 (tcc).، -ultraframe (UK) Ltd v. tailored roofing systems Ltd (2004) 1LIR. 347

[2]System to be applied on the contract dealing , it is not legitimate enough to take responsibility on the interests of the contracting parties" . (1) Literal interpretation.

. [3]Powell R .good faith in contract in 2)) , 1999. Law private in faith good .j. Stapleton_EnglishlaW 1992.in good faith of the concept . R good _. 15 _7 p 1995, .contract of freedom of of and fale .Altiyah,the rice p _.1995 faith , good , contractual , Anderson and Burton_system to be applied on the contract dealing , it is not legitimate enough to take responsibility on the interests of the contracting parties . "

[4]Stapleton j. good faith in private law 1999 p 26.

[5]William cory and son Ltd v-London corpora?on 1951.

) [6]1 (Hadley design association v.Lord .mayoa and ci?zens of the city of Westminster(2003) EWHC 1817 (tcc).-ultraframe (UK) Ltd v. tailored roofing systems Ltd) : (وراجع في نفس المعنى 20041LIR. 347 -Bed fordshire council v. fitzpatrick 62 con LR 64 (TCC). .

القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي[1] .(**Le bon père de famille**) ،وانطلاقاً من ذلك أخذ المشرع اليمني بفكرة الباعث الدافع إلى إبرام العقد في المادة (**195**)حيث نصت على انه :"إذا تبيّن من العقد أن محله أو قصد العاقدين منه حرام شرعا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة الشرعيين كان العقد غير صحيح وينفسخ العقد إذا تبيّن أن قصد احد العاقدين كذلك، وعلى من يدعي خلاف ما ذكر في العقد إثبات ما يدّعيه"[2]كما أنه نص صراحة على اشتراط حسن النية في تنفيذ العقد، في المادة (**212**) ، وبالرجوع أيضا إلى النصوص والأحكام الخاصة المتناثرة في القانون المدني اليمني، نجد أن مصطلح حسن النية تكرر عدة مرات فيه بلفظ صريح في المواد ((**97، 174، 182، 378، 389**)) [3]

الفرع الثاني

حسن النية في الشريعة الإسلامية

اعترفت الشريعة الإسلامية بدور الإرادة في إنشاء العقد وترتيب آثاره ، غير أن فقهاء الشريعة قد اختلفوا حول مدى قدرة الإرادة في إنشاء العقود وترتيب آثارها[4] .فذهب الحنابلة أن الأصل عندهم هو حرية الشروط العقدية فكُل شرطٍ أو عقدٍ يجب الوفاء به، ما لم يخالف كتابَ وسنة رسوله (ص) ؛ فإنْ

---

[1]أنظر في ذلك د: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص .**76**؛د(محمد حسين منصور ؛ د/ سمير عبد السيد تناغو، القانون والالتزام، نظرية القانون . نظرية الحق . نظرية العقد . أحكام الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ،**1997**ص .**85**

[2]راجع مؤلفنا د. هائل حزام مهيوب العامري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني– الجزء الأول ، (مصادر الالتزام) دراسة مقارنة **2013/2014**م. ص **74**. **77**.

[3]يقابلها في القانون المصري م**124**، م**150/2**، م **185**، م **139/2**، م **238**.وقد وسع المشرع الجزائري من إعمال مبدأ حسن النية بخلاف القوانين الأخرى فقد أورد حسن النية صراحة في م: ،**82**م/ ،**85**م/،**107**،**501**/، م**485**/، م**409**/، م**399**/، م**373**/، م**359**/، م**268**/، م**198**/، م**192**/، م**147**/، ممـــم**146**م / م**141** /م،**836**/، م**835**/، م**828**/، م**825**/، م**824**/، م**819** /، م**814**/، م**813**/، م**791**/، م**788**/، م**785**/، م**595** /م ، م.**997**م/**996**، م**995** /، م**985** /، م**970** /، م**964** /، م**933**، /م**885** /، م**842** /، م**837** /م أما مصطلح سوء النية فقد ورد بلفظ صريح في القانون المدني الجزائري في /م: ،**147**م/،**187**، م**838** /، .**843**م**825** /، م**814** /، م**540** /، م**375** /، م**309** /م .وفي القانون الأردني ورد مصطلح حسن النية وسوء النية في المواد التالية (**124**/ **467**/ **969** / . **983**. **982** .**973**. **970** .(**987**. وفي قانون المعاملات المدنية السوداني ورد ذكر حسن النية في المواد (**65**/ **1**، **114** / / . **305** . **226** . م (**343**) ، وننوه هنا إلى أن مفهوم حسن النية في الفقه الإسلامي يرتبط بالأخلاق التي تُعدُّ جزءاً لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي ، إذ إنَّ حُسن النّيّةليس أمراً داخلياً قلبياً فحسب وإنّما هو مظهرٌ وسلوكٌ في الواقع الخارجي لا بد أن يتفق مع أحكام الشريعة الغرّاء ، وعلى ذلك فإن مبدأ حسن النية لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولو كان الأمر كذلك لما أخذ به القانون المدني اليمني، ولما استمده من القانون المدني المصري.

د: عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج **1**، المرجع السابق، ص.**93**، **92**؛ عادل بسيوني ، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم ، جامعة القاهرة ، **1976**، ص **189** .

ظهر فيهما ما يخالف رُدَّ كما في الحديث "مَن عمِل عَملاً ليسَ عليه أمرنا فهو ردَّ "[1]، ويرون أن الأصل في الشروط الصحة ؛ لأنه ليس هناك ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم[2].

أما المذهب المالكي فهو قريب من المذهب الحنبلي في إعطائه دورا بارزا للإرادة في مجال العقود والشروط غير أنه جعل قصد التلفظ بالعبارة في التعاقد أساسا في ترتيب الأثر [3]، وهكذا أبطل عقد الهازل والمخطئ في التعبير لانعدام القصد إلى الآثار التي تترتب على العبارة ، كما اعترف للإرادة بدورها في تقرير بطلان العقود الصورية، والعقود المشوبة بالغلط والإكراه، إلا أن هذا المذهب لم يعترف بدور الإرادة على إطلاقه، إذ عرف الشكلية واشترطها في بعض العقود، فلا تتم عقود التبرعات وبعض العقود الأخرى إلا بالشهادة، كما أن هناك عقودا لا تتم إلا بالقبض كالهبة والقرض والرهن والوديعة[4]

أما فقهاء الحنفية فلم يتجهوا إلى ربط الإرادة بمشيئة الشارع، كما لم يتجهوا إلى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في كل العقود، وذهبوا إلى التفرقة بين الإرادة بمعناها الضيق الذي هو الرضا، أي الرغبة في آثار العقد، والإرادة بمعناها الواسع والذي هو الرغبة في عبارة العقد وآثاره[5].أما الشافعية فكان لهم رأي مناقض لحرية الإرادة، فحكم العقد عندهم ليس هو نتيجة لما قصده المتعاقدان (أي الإرادة) ، بل هو من جعل الشارع ومشيئته ، والأخذ بفكرة الجعلية قلصت من دور الإرادة في العقود وجعلته قاصرا ومحددا[6]

ومما نخلص إليه ـ مما سبق ـ أن الأصل في الفقه الإسلامي هو حُسن النِّيّة في الأعمال جميعها عبادات ومعاملات حيث ورد عنه (ص): "إنّما الأعمالُ بالنِّيَّاتِ، وإنَّما لِكُلِّ اِمْرِئٍ مّا نَوَى، فمَنْ كانت هجرته إلى اللهِ ورسوله فهجرتُه إلى اللهِ ورسولِه، ومَنْ كانتْ هجرتُه إلى دُنيا يُصيبها أو اِمرأةٍ يَنكِحها فهجْرتُه إلَى ما هاجر إليه "». متفق عليه[7].و سُوء النِّية في التصرُّفات يعد خيانة وضرر منهي عنهما في الشريعة

---

[1]أخرجه البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود **6/ 2675**، رقم . **6917**

[2]عادل بسيوني، المرجع السابق، ص **241** .

[3]علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة وحدة الرغاية، الجزائر، **2001**، ص **38** .

[4]جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعة للدارسات والنشر والتوزيع، **2000**، ص. **4546** .

[5]محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص **460** .

[6]عادل بسيوني، المرجع السابق، ص**241**

[7]رواه البخاري في كتاب الحيل، باب في ترك الحيل وأن لكل امرئ ما نوى في الإيمان وغيرها **6/ 2551 (6553)**، ومسلم في كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنية»، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال **3/ 1515 (1907)**، واللفظ له.

الإسلامية، في الحديث الذي رواه سعيد سعد بن مالك الخُدريّ (رضي الله عنه: "لا ضَرَرَ ولا ضِرار"[1].كما أن سوء النية ينافي الرضا وطيب النفس ،المأمور به في العقود كما في قوله تعالى: "أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ "سورة النساء آية رقم (29) ، وقول الرسول(ص): (إنّما البيعُ عَن تراضٍ مِنكُم) [2]، والنص يدل على أن مبدأ حُسن النيّة يشمل أيضاً مرحلة تكوين العقد، لذلك تقرر في الفقه الإسلامي انتفاء الخلابة – أي الخِداع – بكل وسيلة قولية أو فعلية والتي تدفع الشّخص إلى القبول بالعقد، على نحو لا يرضاه ، كما في قول رسول الله(ص) لحبان بن منقذ لما كان يُخدع في البيوع: "إذا بايعتَ فقُل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيّام"[3]، كما و رد في الفقه "أنّ العمل وإن وافق نية حسنة لم يصح إلا إذا وقع على وفق الشرع"[4]

وبهذه المثابة أعطى الفقه الإسلامي للمتعاقد طائفة من الخيارات التي تجعل العقدُ غيرَ لازمٍ، و للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، خلافاً للأصل الذي يقرر أن العقود لا بد أن تكون لازمةً فلا يجوز فسخها، لكن نظام الخيارات في الفقه الإسلامي يحمي مصالح المتعاقدين حتى لا يَطغى أحدٌ على مصلحة أحدٍ ، ولا يستغل عاقدٌ حُسْنَ نِيّة العاقد الآخر فيغبنه، و ليتمكّن كُلُّ عاقدٍ من تفحُّص المعقود عليه، أو اكتشاف عيوبه عن طريق الخبراء أو بالتجربة، والتذوق حتى تتهيّأ له فرصةٌ للتروّي والتثبُّت والمشورة، والموازنة بين ما يأخذ وما يعطي ، ويتمثل ذلك في تقرير خيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغبن وخيار الشرط[5].

---

[1]أخرجه أحمد في مسند عبد الله بن عباس – رضي الله عنه –**5/55**، رقم **(2865)**، و ابن ماجة كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره **10/ 133** : "هذا مرسل" .

[2]سنن الترمذي – البيوع **27**)) .

[3]أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع **2/745**، ومسلم كتاب البيوع **3/1165**.

[4]خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام،فيصل بن عبد العزيز بن فيصل بن حمد المبارك الحريملي النجدي،الطبعة الثانية **1412**هـ – **1992**ج**1/111**، وتؤكد هذا المعنى المادة **(12)** مدني يمني حيث نصت على أن : ". الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما اقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال وإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة".

[5]انظر د/ محمد مصطفى الزحيلي :القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الأولى ، **1427**هـ – **2006**م ،ج**1/ 293**، (د سعد الدين صالح دداش، "منع الحيل والأخذ بالأحوط عند المالكية وأثره في رعاية المقاصد الشرعية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العشرون، ذو القعدة **1424**هـ ، يناير **2004**م،ص**300** .

وخير دليل على اهتمام الشريعة بالبواعث والنوايا القاعدة الأصولية التي تقرر أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"[1]. وهذه القاعدة من الأدلة المعتبرة في تصحيح العقود بمقاصد الناس ومعانيهم، فلا تترتب العقود على مجرد الألفاظ، وإنما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد، وأن المقاصد هي حقائق العقود وقوامها، وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد ، ترتب الحكم بناء عليه. كما أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم، والناسي، والسكران، والجاهل، والمكره، والمخطئ، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ.

وتطبيقاً لما سبق نجد أن الشريعة الإسلامية نهت عن التدليس في بيوع الأمانة، وهي بيع التولية وبيع الوضيعة وبيع المرابحة، وسميت ببيوع الأمانة لاستناد تحديد الثمن فيها إلى أمانة البائع في الإخبار بالثمن الأصلي الذي اشترى به السلعة من غير بينة ولا استحلاف، ولذلك يلزم البائع أن يكون أمينا صادقا في الإخبار بالثمن الأصلي الذي اشترى به السلعة، فإن كذب في الإخبار به كان سيء النية حيث يعتبر كذبه خيانة وتغريرا أو تدليسا بالمشتري. وما ذلك إلا تأكيداً للمكانة الهامة لحسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي فهولا يسمح بالتصرفات المشوبة بسوء النية وتجعلها قابلة للإبطال أو الفسخ [2] .

---

[1] نصت المادة(6) مدني يمني أن : "الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". في الكثير من ذلك انظر : د: مزهر بن محمد بن ظافر القرني، "الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة "، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد الثالث، رجب 1420هـ ، ص .40د: عبد الفتاح تقية، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر ، 1998ص .247، الى ذلك انظر: أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، الأمنية في إدراك النية، تحقيق ودراسة الدكتور مساعد بن قاسم الفالح، الطبعة الأولى، مكتبة الحرمين، الرياض، 1988ص .06،07، أنظر أكثر /د: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص .131،132 .وقد دافع د/ عبد الحكم فوده عن اهتمام الشريعة بالبواعث والمقاصد بقوله :"تحرص الشريعة أشد الحرص على أن تكون استجابة أوامرها والامتناع عن نواهيها عملا للظاهر والباطن يحيا فيه جسم العمل بروحه ويلتقي فيه شكله وموضوعه، ويتفق معناه وصورته، ولا تستخفي فيها المعاني تحت ستار الألفاظ المبهمة، لذلك كان حراما أن يتحايل الناس على أحكامها"انظر/ د عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002ص .215،216.؛قريباً من ذلك أنظر د/يزيد أنيس نصير، "مرحلة ما قبل إبرام العقد "، دراسة مقارنة، "عقد التفاوض بحسن نية "، الجزء الثاني، تاريخ قبوله للنشر ،2000/11/23بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي: ، www.arablawinfo.com ص .12

[2] وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني: (أن مدى نظرية حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من مداها في القوانين الوضعية .(1كما ذهب الدكتور شير زاد عزيز سليمان، إلى القول: (بأن المتدبر لأحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها في التصرفات يتبين أن لحسن النية مكانة هامة بين المبادئ القانونية التي تحكم التصرفات والعقود... ويخلص إلى القول ... بأن المؤمن ملزم بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن مثل ما يحافظ على مصالحه الشخصية. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 157،.94د . شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص .31،32. ، أنظر أيضاً : د/ راشد راشد،: الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في

المطلب الثاني

ماهية حسن النية في العقود

يعتبر حسن النية في العقود مركبا إضافيا من جزئيين هما حسن، ونية ، والحُسن في اللُّغة بضمّ الحَاء كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود وممدوح ، أما كلمة السوء فتدل على كل ما هو قبيح ومذموم [1]. أمّا النية في اللُّغة فهي القصد والعزم(1) [2]، وعرّفها القرافي بأنها: (قْصدُ الإنسانِ بقلبِه ما يريد(2) [3]، وقال النّووي هي : (القصْد إلى الشيءِ والعزيمة على فِعلِه(3). [4]وقال ابن قدامة هي:(القصْد، ويُقال نواكَ اللهُ بخيرٍ، أي قصَدَك، ونويتُ السَّفر، أي عزمت عليه[5]،أما النية عند فقهاء القانون فهي "انعقاد العزم على أمر معين يرتب عليه القانون أثر"[6]. أما الدكتور عبد الحميد الشواربي، فقد عرف النية بأنها "إرادة متجهة نحو هدف ما[7]

ويختلط المعنى اللغوي لحسن النية بغيره من المفاهيم الأخلاقية ، وفي هذا المعنى جاء تعريف حسن النية بأنه: ((الإخلاص والأمانة فيما يقصد المتعاقدان، وفيما يهدفان إليه من وراء العملية التعاقدية [8]، و يأتي بمعنى ((النزاهة، والاستقامة، والأمانة، وشرف التعامل، والثقة، والضمير والشعور بالتضامن الاجتماعي)) [9]

الفقه والقانون، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة،كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1984،ص24وما بعدها. د : محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010،ص 520،521 .

[1]مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي، ، ص(72، انظر: مختار الصِّحاح – محمّد أبو بكر عبد القادر الرّازي – تحقيق محمود خاطر،سنة: 1415ه/ 1995م. مكتبة لبنان. ص 167، المُعجم الوسيط، دار الدعوة، تحقيق مجمع اللُّغة العربيّة1./ 167 .

[2]انظر: مختار الصحاح ص 688، مادة "نوى" .

[3]الذخيرة، للقرافي، تحقيق / محمد حجّي، دار الغرب – بيروت سنة 1994م 1./ 340 .

[4]انظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرّحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطّاب الرُّعيني، (ت 954ه) تحقيق:زكرياعميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة 1423ه– 2003م. 1/ 333 .

[5]المغني لابن قدامة ، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى سنة 1405ه. 1/121.راجع: في المعاني اللغوية، د. عبد الحليم القوني، حسن النية في التصرفات، 1998م. د. محمد شتا النية في القانون المدني، 1988م. د. توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، 1971م .

[6]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص(63) .

[7]د/ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 06 .

[8]د سفيان القرجي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، السنة الدراسية 2010. 2011، ص40. ؛ د/ وليد صلاح مرسي رمضان، المرجع السابق، ص264؛د(سفيان القرجي، المرجع سابق، ص 50 .

[9]وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه سلوك غير صحيح يأخذ شكل عدم الصدق، الخيانة، وحتى عدم الاستقامة النزاهة (**Voir: Raymond Guillien ; Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard ; Gabriel**

ومن بين استعمالات القصد في القانون اليمني بمعنى النية، ما وردفي المادة (**17/1**) حيث تناولت (قصد الإضرار بالغير) من بين حالات التعسف في استعمال الحق، والمادة (**367**) تناولت شرط تطبيق دعوى عدم نفاذ التصرف وهو : (قصد الغش الصادر من المدين للإضرار بدائنيه، أو تفضيل بعضهم على بعض...)، وجاءات استعمالات النية بمعنى القصد في القانون المدني اليمني في مواد مختلفة منها ((م**29**، **72**، **104**، **107**، **127**، **128**، **183**، **195**، **216**، **205**، **323**، **1104**، **881**، **1091**، **1104**، **1246**، **1287**)).

ولقد وردت تعريفات مختلفة لحسن النية لدى الفقه القانوني منها : (الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة) [1] .

وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثراً قانونياً، كمن يتلقى حقاً وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفه، وسوء النية وفقاً لهذا الاتجاه يطابق الخطأ العمد، ، إذ أن الخطأ بجميع صوره يتعارض مع حسن النية. ولما كان الوهم أو الجهل الذي وقع فيه الغير يعتبر حالة ذاتية ونفسية خاصة به يصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها، لذلك وجب قياس حسن النية بمعيار موضوعي ، حرصاً على استقرار المعاملات، والبعد عن مشقة البحث في العوامل النفسية الداخلية[2].

Montagnier, Lexique des termesjuridiques, op. cit, p. 400،كما عرفها البعض بأنها : (التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير) وقيل بأنه: (الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من اخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد)) ، أنظر في نفس هذا المعنى: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، **162**؛ د. يحيى أحمد بيي طه – بحث قانوني ودراسة واسعة في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود منشور عبر الإنترنت- **http://www.mohamah.net/answer/7882** .

[1] د. ياسين محمد الجبوري ، في شرح القانون المدني ، ج**2**، ط**1**، دار الثقافة ، عمان ، **2006**، ص**36** .

[2] لذلك نجد أن المعنى المقصود بحسن النية يختلف من حالة إلى أخرى بحسب الدور الذي يلعبه، كما أن نطاق تطبيقه يعتمد على الواقعة التي ينطبق عليها أو المجال القانوني الذي يوجد فيها، ففي مجال تنفيذ العقود يعني الأمانة ومشتقاتها، وفي إطار كسب الحقوق يعني الجهل بالعيب الذي يشوب التصرف. أنظر في هذه المعاني:د/ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، **2008**، ص **388**؛ د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفرد ة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، **1999**، ص **438**؛ جاك غستان، المطول في القانون المدن ي، تكوين العق د، ترجمة منصور القاضي، مراجعة الدكتور فيصل كلثوم، الطبعة الأولى، ا لمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، **2000**، ص **121**د/ شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص (**134**)؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **79. 82 .83**؛ محمد شكري الجميل العدوي : المرجع السابق ، ص**133.134.138**،، عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان **2006**،ص**83**.

وعلى الرغم أن المادة **212**من القانون المدني اليمني لم تتطرق لتعريف حسن النية واكتفت بالإشارة إلى مضمونه في مرحلة تنفيذ العقد غير أنها صرحت بأن تفسير العقد وتنفيذه يجب أن يتم وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين. حيث نصت على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة ، والثقة بين المتعاقدين[1].."

ويبدو أن الطبيعة الذاتية لوصف الحسن أو السوء تكون متحققة عند اتجاه الإرادة لإحداث الفعل أو الترك غير المشروع ، دون أن يمتد هذا الاتجاه المقصود إلى النتيجة.أما حسن أو سوء النية الموضوعي ، فإنه يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها، حتى إذا أتى المتصرف بتصرفه على وفق تلك المقتضيات كان حسن النية، وإذا ما أتى بتصرفه على خلافها كان سيئ النية ، ومن هنا كان تعريف حسن النية بأنه :"اتجاه الإرادة إلى عدم الإضرار بالغير بصفة عامة والمتعاقد بصفة خاصة مع اتخاذ ما يلزم من الحيطة والحذر وعدم الإهمال في سبيل تحقيق ذلك"لكن الباحث يرى أن المتعاقد الذي يتجه قصده إلى الفعل أو الترك غير المشروع، يفترض بأنه قد قصد الفعل والنتيجة، وقصد الإضرار بالمتعاقد الأخر حتى لو كان بطريق الإهمال، إذ أن المتعاقد البالغ الراشد يعي حقيقة ما يفعله ويقدر نتيجته، خاصة أن المشرع فرض على المتعاقد توخي اليقظة والتبصر وفقاً لسلوك الرجل المعتاد. وهذا ما يؤكد أن معيار قياس حسن النية من سوءها هو معيار شخصي[2].

أما المشرع المصري فقد أخذ بالمعيار الموضوعي لحسن النية في المادة (**121/2**مدني مصري) الخاصة بالغلط ، تقابلها المادتان (**173**، **174**) مدني يمني ، وكذلك في حالة التمسك بالغلط، حيث نصت المادة (**124**) من القانون المدني المصري على انه : "**1**) ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. (**2**) ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد"[3]

---

[1]المادة**114**من قانون المعاملات السوداني حيث نصت تحت عنوان تنفيذ العقد على ما يلي:" **(1)** يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. **(2)**لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا لما تقضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف"يقابلها الفقرة الأولى **(107)** من القانون المدني الجزائري ، م**129**من التقنين المدني البحريني، والمادة **221**من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة **243**من مجلة الالتزام ات والعقود التونسية ، والفقرة الأولى من المادة **148**من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة **149**من القانون المدني السوري، والفقرة الأولى من الماد ة **202**من القانون المدني الأردني ، والفقرة ا لأولى من المادة **150**مدني عراقي، والفقرة الثالثة من المادة **1134**من القانون المدني الفرنسي، والمادة **1337**من القانون المدني من الفصل الأول من مبادئ القانون / الإيطالي، والمادة الأولى من القانون المدني الياباني).

[2]في هذا المعنى أنظر :د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص**924** .

[3]تقابلها المادة **(65)** من قانون المعاملات المدنية السوداني تحت عنوان قيود التمسك بالغلط حيث نصت على أنه : " **(1)**ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ، يبقى بالأخص للمتعاقد الذي

كما يجد حسن النية سنداً له في المادة (**1176**) من القانون المدني الأردني "يعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره. ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير، ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى."

ونستخلص مما سبق أن مبدأ حسن النية وفقا لتطبيقاته في القانون المدني المصري والأردني والجزائري واليمني يرتبط بمفهوم فردي ينظر إليه من زاوية المتعاقد الذي أصابه ضرر بسبب فعل المتعاقد الآخر دون أن ينظر إليه من وجهة نظر اجتماعية، ومع ذلك يجب على المتعاقد أن يمتنع عن القيام بعمل يتنافى مع طبيعة العلاقة العقدية من أجل الحصول على منفعة غير مشروعة ، كما يتضمن أيضاً إلزام المتعاقدين معا بالتعاون والمشاركة الفعلية في تنفيذ العقد تنفيذا عينيا على وجه صحيح، وبصورة تتفق مع المصلحة الاجتماعية التي يستهدف العقد إلى تحقيقها وهذا الالتزام الأخير يدخل في رحاب المعيار الموضوعي .ومحاولة منا في إيجاد تعريف لحسن النية في العقد، فإننا نقول بأن حسن النية: "هو مراعاة عدم الإضرار بالمصالح المشروعة للطرف المقابل في العقد"أما سوء النية بأنه ": قصد عدم الالتزام بالحدود الشرعية والقانونية في العقود والتصرفات .أما تعريف حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد فهو : "نية الالتزام بما تمليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد، ووفقا للأصول القانونية والأخلاقية المفترضة". وهذا التعريف يمنح مبدأ حسن النية الشمولية لتمكنه من أداء وظائفه على أكمل وجه.

المطلب الثالث

معايير قياس حسن النية وتمييزه عن سؤ النية

على الرغم من الاختلاف في تحديد معنى ومضمون حسن النية, إلا أنه يمكن القول إن لحسن النية عدة خصائص، يفيد بيانها في معرفة المعيار واجب التطبيق. فحسن النية يُعتبر عنصر نفسي داخلي ، ينبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء, و يُستدلُ عليه بطريقتين أحدهما : من صيغة التصرف وصورته الظاهرة. وثانيهما: بالقرائن والإمارات الموضوعية, التي تحيط بالتصرف منذ نشأته وحتى تنفيذه. كما أن حسن النية قصد وعزم ، وعليه فلا يمكن إعطاء وصف الحسن أو السوء لمجنون أو

وقع في الغلط ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه ،إذا اظهر الطرف الأخر استعداده لتنفيذ هذا العقد"تقابلها المادة (**124**) مدني أردني. راجع أيضاً : بحث قانوني و دراسة واسعة في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الأردني والقانون المصري دراسة تحليله مقارنة د. يحيي أحمد بني طه منشور).ومن ذلك ما قضى به المشرع المصري في المادة (**104/2**مدني) : "من اعتبار الموكل سيء النية إذا ما أدعى جهله لظروف كان من المفروض أن يعلمها، فقد حظر عليه المشرع أن يتمسك بجهل وكيله لظروف كان من المفروض حتماً أنه يعلمها."

طفل غير مميز. ولا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص وبصدد واقعة معينة، ويفترض أن الإنسان حسن النية إلى أن يثبت العكس فلا يفترض سوء النية.

وبما أن حسن النية وسوء النية لا يتم التمييز بينهما إلا من خلال الجمع بين المعيارين المادي والشخصي معا دون أن ينفرد أحدهما عن الآخر، فسوف سنتناولهما في فقرتين، كما يلي:

1) المعيار الذاتي لحسن النية:

المعيار الذاتي لحسن النية في العقود ،يقصد به البحث عن العوامل النفسية التي حركت الشخص ودفعته للتعاقد ، ويتم الكشف عنها من خلال دلائل خارجية، يتم قياسها وفق سلوك الرجل المعتاد، ليتم الحكم بحسن نية الشخص من عدمه[1]

ويؤخذ بالمعيار الذاتي لحسن النية عندما يتطلب القانون علم أو جهل الشخص بواقعة معينة يرتب عليها آثارا قانونية محددة. ولا تقوم المسؤولية وفق المعيار الذاتي إذا ثبت أن الشخص قد تصرف بحسن نية ولم يكن يقصد إحداث الضرر، بينما قد تقوم مسؤولية الشخص إذا تصرف بسوء نيةحتى ولو لم يحدث ضرر بالغير نتيجة سلوكه. [2]أي أن المتعاقد يكون حسن النية عندما لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه، لأن نية الإضرار تنفي حسن النية. [3]وهذا يعني أن نية الإضرار بالغير هو سوء نية ذاتي[4]وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني: (ولا أكون مغاليا إذا قلت: أن نية الإضرار بالغير في التصرفات، هي سوء النية في أبشع صورة وأشد حالاته.([5]

وقد نصت العديد من التشريعات على حسن النية الذاتي، أما الاستدلال على نية الإضرار بالغير، فيتم من خلا ل التصرف مع انعدام المصلحة الجدية المشروعة، أو التصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير، وهذا التحليل يمثل جوهر الاتفاق بين القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي.

---

[1]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **295** .

[2]فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص **122** .

[3]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **297** .

[4]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص **306** .

[5]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص **263**))ويقول أيضا في موضع آخر: (أن نية الإضرار في التصرفات إذا وجدت تزيد سوء النية عمقا وصعودا فتجعله تدليسا أو غشا أو تواطؤا، ذلك أن هذه الصور تكون نية الإضرار فيها متوافرة بصورة منافية للأخلاق، كما أن نية الإضرار هي التي تميز هذه الصور عن بعضها، ذلك أنه إذا وجدت نية الإضرار في تكوين العقد جعلت سوء النية تدليسا، وإذا وجدت في تنفيذه جعلت سوء النية غشا، وإذا اشترك طرف ثالث في التدليس أو الغش كان سوء النية تواطؤ- ويخلص الى القول بأن حسن النية - أعم من أن يكون انتفاء نية الإضرار، كما أن سوء النية أعم من أن يكون في نية الإضرار) د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص **304،303** .

2) المعيار الموضوعي لحسن النية:

في المعيار الموضوعي لا ينظر إلى شخص المسئول، بل يرجع في تقدير المسؤولية إلى سلوك شخص عادي تتوفر فيه درجة معقولة من اليقظة والتبصر [1]، و يهيمن المعيار الموضوعي في الوقت الحاضر على قواعد المسؤولية المدنية ، إلا أنه لا يحل محل المعيار الذاتي [2]ويمكن تطبيق المعيار الموضوعي لحسن النية في حالات لا يمكن لنا فيها قياس أو تقدير الالتزام المترتب وفق المعيار الذاتي، فإذا كان محل الالتزام هو تحقيق نتيجة محددة، فإن المعيار الموضوعي هو الذي يتوجب تطبيقه[3]. والأمر نفسه في حالة مخالفة الشخص في سلوكه لأحكام القانون ، حيث تعد المخالفة قرينة قانونية قاطعة على سؤ النية والقصد ، فلو خالف الشخص أحكام القانون يعتبر كأنه قصد تلك المخالفة، من دون حاجة للنظر إلى حقيقة اتجاه إرادته.

ويهدف المعيار الموضوعي لحسن النية إلى تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين ، فإذا تصرف الشخص بكل حيطة وحذر وكان في تصرفه مصلحة، ولكن أصاب تصرفه الغير بأضرار رغم أنه لم يقصد الإضرار أو الإهمال في تصرفه، فتصرفه هنا رغم أنه مشروع إلا أنه قد يحدث اختلال في توازن المصالح المتعارضة في العقد، لأن استعماله لحقه المشروع أضر بمصالح الغير، وهنا تجرى المقارنة بين مصلحة من له الحق في استعماله، وبين الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا الاستعمال، ويستخدم القاضي معايير الموازنة والترجيح بين درجات هذه المصالح المتعارضة، فيرجح مصلحة على أخرى، فإن توصل إلى أن مصلحة المتصرف مرجوحة، وأن الأضرار التي أصابت الغير هي الراجحة كنا أمام سوء نية موضوعي، وإن توصل إلى أن مصلحة المتصرف راجحة، وأن الأضرار التي أصابت الغير هي المرجوحة كنا أمام حسن نية موضوعي[4]، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني بأنه"يمكن اعتبار التوازن بين المصالح هو المعيار الموضوعي لحسن النية والمعايير الأخرى الموضوعية ترجع إليه[5]. ويستلزم المعيار الموضوعي من المتصرف أن يكون أميناً ومخلصاً في إبرام تصرفاته وتنفيذها، وهذا ما نصت عليه المادة (**148**) من القانون

---

[1]أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص **305** .

[2]فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص **105**، **106** .

[3]يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص**12** .

[4]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص**306** . .

[5]عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع نفسه، ص **293**، المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية فيقصد به"تنفيذ الالتزام بصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته ؛ بحيث يكون تصرف المتعاقد مقبولا بنظر القانون وقيم المجتمع ".() ، ويجد هذا المعيار أساسه في العدالة والأخلاق كما هو الحال في المعيار الذاتي. ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا تقر نية الإضرار بالغير _سوء النية الذاتي_، لا تقر كذلك الإهمال والتقصير أي سوء النية الموضوعي ومن تلك المعايير الموضوعية التي تستخدم للتمييز بين حسن النية وسوء النية: نزاهة التعامل، والأمانة، والثقة، والمعقولية، والعدالة، ومعيار الرجل المعتاد الحريص، أنظر في هذا المعنى: د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص **185**)، **186**، **187**؛ فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص**86**؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص **97** .

المدني المصري والمادة (**212**) من القانون المدني اليمني ، والمادة (**202**) "من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها : "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.."

ونخلص مما سبق إلى أن سوء النية الذاتي يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل, فالذي يرتكب أفعالا تدل على عدم التزامه بما توجبه القوة الملزمة للعقد، ينفي عنه حسن النية, وأحياناً مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير، وسوء النية هنا سوء نية عمدي. ومع هذا فإن انتفاء التعمد في عدم التزام حدود القوة الملزمة لا يكفي للقول بتوفر حسن النية، إذ إن الإهمال وعدم الحيطة من قبل المتعاقد يثبت حالة من سوء النية. ومن هنا يمكن القول بأن تقدير حسن النية في العقود لا يمكن أن يتم وفق المعيار الذاتي دون الموضوعي أو على الموضوعي دون الذاتي [(1)]، بل يجب اعتماد كلا المعيارين وهو ما نرجحه في قياس توافر حسن النية في الشخص عند التعاقد أو عدمها ، ونشير أخيراً إلى أنه يجب عند تقدير حسن النية مراعاة الخصائص الشخصية للشخص الصادر عنه الفعل، إذ أنها تعتبر من الظروف الخارجية التي يجري القياس عليها في مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه، ويتعين على القاضي أن يأخذ في الاعتبار إدراك المرء وخبرته عند تقدير الأمور، وسهولة تصديقه إياها أو قلة تجربته أو انعدامها، وتقدير مسلكه فيما يجري على يديه من شهوة الانتقام أو الغضب أو جموح رغبته فيما يدعيه من حق.

أوجه الاتفاق والاختلاف بين حسن النية وسؤ النية:

هناك اتفاق بين سوء النية وحسن النية، فكلاهما موقف عمدي، فالنية هي القصد إلى الشيء والحسن والسوء أوصافا لها، والوصف يتبع موصوفه في كل شيء، فإذا كانت النية حسنة كان التصرف حسنا، وإن كانت النية سيئة كان التصرف سيئاً. كما أن كلاهما موقف خاص بصاحبه، لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه نيته، وهما أيضا ذو طبيعة ذاتية، ويقاسان بمعيارين ذاتي وموضوعي.
ويختلف معنى حسن النية عن سوء النية ، حيث يدل كل منهما على معنى يناقض الأخر ، فحسن النية أمرا مفترضا، لكونه الأصل في كل إنسان ، وبالتالي لا يحتاج إلى دليل ، أما سوء النية فهو أمرا غير مفترض ولا يمكن ادعاؤه بغير دليل، ويقع على من يدعي سؤ النية ، عبء إثباته بكافة طرق الإثبات، لأنه يدعي خلاف الأصل. كما يختلفان من حيث المضمون فحسن النية مطلوب لأنه من الأمور الفاضلة والمحمودة التي يجب الالتزام بها كالأمانة والإخلاص...إلخ، أما سوء النية فهي من الأمور القبيحة المذمومة التي يجب تركها.

[(1)] د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص **154** وما يليها ؛ د/ عبد الحليم ع بد اللطيف القوني، المرجع) السابق، ص **92** وما يليها.

ويختلفان من حيث الارتباط بقواعد الدين، فحسن النية التزام بما أمر الشرع به، أما سوء النية فهو ترك لما أمر الشرع به، ومن حيث الارتباط بقواعد الأخلاق ، فحسن النية يرتبط ارتباطا وثيقاً بقواعد الأخلاق ، بخلاف سوء النية فهو يتنافى مع مكارم الأخلاق.

كما يختلفان أيضاً في النتيجة المترتبة على كل من حسن النية وسؤ النية، فمبدأ حسن النية يعمل على تحقيق العدالة والتوازن بين أطراف العملية التعاقدية ، الأمر الذي يعود بالنفع الكثير على الأطراف وعلى المجتمع. أما سوء النية فينتج عنه خرق لمبدأ العدالة بين أطراف العملية التعاقدية، ويتولد عنه اضطراب في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ويُؤدي ذلك إلى عدم التوازن في المصالح، مما يؤدي إلى انعدام الثقة والطمأنينة في التعامل، وبالتالي انتشار الفوضى وفساد المجتمع[1].

غير أن مبدأ حسن النية في العقود يختلف عن الاحتيال على القانون فرغم أنهما يعنيان بالبواعث والمقاصد الداخلية ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن النية غير الحسنة تتجه بآثارها إلى المساس بمصالح الطرف المقابل الذي يتعاقد معه الشخص، بينما الذي ينوي الاحتيال على القانون فنواياه تتوجه إلى الحيلولة دون تطبيق نص قانوني كان من المفروض أن يطبق لولا و جود هذا الاحتيال لديه. إضافة لذلك فإن نية الاحتيال على القانون تختلف عن انتفاء حسن النية، من حيث أن الطرف المقابل قد يكون متواطئا في الكثير من الأحيان مع من يتعاقد معه، وتكون نيته منصرفة إلى إخفاء الواقع ، بل و يشاركه في هذه النية من أ جل الحصول على ما يحتاجه، وبالتالي تترتب المسؤولية القانونية على كليهما اتجاه هذا الفعل. ومثال الاحتيال على القانون الصورية التي يعمد إليها المتعاقدان لإخفاء الرهن الحيازي في صورة بيع وفاء تحايلاً على القواعد الآمرة للرهن الحيازي .أما في حالة انتفاء حسن النية، فإن الطرف الأخر الذي يتضرر من ذلك، هو في الغالب، لا يكون عالما بانتفاء حسن النية لدى الطرف المقابل[2].

---

[1] د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص **147** وما يليها.

[2] د/ شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص **214** .

المبحث الثاني
نطاق حسن النية وأثره في العقود

تمهيد وتقسيم:

لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية، فهو يعم تنفيذ الالتزامات كافة أيا كانت مصدرها، فواجب الإنفاق على قريب هو التزام فرضه القانون، رغم أنه ليس التزام عقدي إلا أنه يجب أن ينفذ أيضا بحسن نية، فلا يقتر الملتزم بالإنفاق ولا يستغل ولا يحقر من وجبت عليه نفقته.و هذا المبدأ يسود كافة الالتزامات وتتجلى معظم تطبيقاته في نطاق نظرية العقد[1].فهناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية وقاعدة القوة الملزمة للعقد، التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن نية[2].وعلى ضؤ ذلك إذا انعقد العقد مستوفيا لشروطه وأركانه وكان نافذا ولازما، ترتب عليه حكمه ووجب على طرفيه الوفاء بما يلزمهما من حقوق. "وسبب هذا الإلزام هو الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد، والقائم على فكرة أن العقد شريعة المتعاقدين، والتي تعني أن الالتزام الذي ينشا من العقد له قوة الالتزام الناشئ من القانون. فكما أن القانون له قوته الملزمة، فان للعقد قوته الملزمة[3].وبذلك يضمن المشرع للعقد القوة والاستقرار بوصفه أداة لتبادل المنافع، وليطمئن الناس على معاملاتهم.

وحتى يكون تنفيذ المتعاقد لالتزامه مقبولا من وجهة نظر القانون والمجتمع، يجب أن يكون ذلك التنفيذ وفق الأصول القانونية كانت أو أخلاقية. فالبائع في عقد البيع يجب أن يسلم المبيع وملحقاته حتى لو لم

---

[1] انظر : بن يوب هدى ، مبدأ حسن النية في العقود ، بحث منشور على شبكة الإنترنيت : - ، انظر : محمد طه البشير ، أ . عبد الباقي البكري ، أ. د. عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، ص**13** .

[2] نصت المادة **(199/2)** من القانون المدني الأردني على انه "يجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما"وهذا ما أيدته اجتهادات محكمة التمييز الأردنية حيث قضت انه "إن الأخطاء الفنية التي ترتب المسؤولية على المهندس _ شانه في ذلك شأن باقي المهنيين _ لا تنحصر في الأخطاء التي تصدر عن نية سيئة فقط، بل تتعدى إلى كل سلوك يعتبر خروجا عن المألوف من أهل الصنعة في بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة وقواعد الفن"كما نصت أيضاًالمادة **(202)** من القانون المدني الأردني على انه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية "، وفي الفقرة الثانية قرر المشرع الأردني انه "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف"أنظر ما يقابلها في القانون المدني اليمني **(211)** ، م**212)** وفي القانون المصري المواد **(147،148)** والمادة **(149)** من القانون المدني السوري. وفي أحكام الإجارة نصت المادة **(305)** مدني سوري على انه : "يلتزم كل من المتعاقدين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه وتتفق حسن النية". ، راجع د/علاق عبد القادر "أساس القوة الملزمة للعقد وحدوده، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة ابوبكربلقايد . تلمسان – كلية الحقوق ، الجزائر **2007/2008**.

[3] تنص المادة **(13)** مدني يمني على أن "العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها والغش يبطل العقود والضرر اليسير فيها الذي لا يمكن الاحتراز عنه عادة لا يكون مانعا من صحة العقد".

يتضمن العقد شرطا صريحا بشأنها، وقيامه بمثل هذه الأفعال يخرجه من دائرة سوء النية، فلا يغش ولا يتعسف ولا يخل بالتوازن العقدي. وهذا أمر لا يقتصر على المتعاقد فقط بل يشمل القاضي والغير أيضا، حيث إن قاعدة القوة الملزمة ، تخاطب المتعاقدين والقاضي والغير، ذلك أن احترام العقد واجب عليهم جميعا ، طالما انه قد تم ضمن حدود القانون الشرعي[1].

وعلى الرغم أن أغلب القوانين المدنية نصت على مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ فقط ، ومع ذلك فإنه يشمل مرحلة تكوين العقد وحتى تنفيذه، و ليس من الضروري النص على المبدأ صراحة في كل مراحل العقد ، وفي هذا المعنى يقول الدكتور محفوظ لعشب: (يجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك في أي مرحلة لاسيما عند وضع الشروط التعاقدية .. ويجب أن تصاغ تلك الشروط صياغة فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي) [2]. وبعد البيان السابق سوف نتطرق إلى مقتضيات حسن النية وأثرها في القعود في مطلبين : المطلب الأول نخصصه حول دور حسن النية في مرحلة تكوين العقد ، وفي المطلب الثاني سنتناول دور حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد ،والمطلب الثالث نتعرض فيه لبعض الآثار المترتبة على مقتضيات حسن النية في العقود وذلك على النحو التالي:

---

[1] و يمكن القول إن تنفيذ الالتزام الناشئ عن أي عقد، لا يقتصر على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، بل يجب مراعاة مقتضيات حسن النية كالأمانة والصدق والنزاهة وأن تنتفي لدية أية نية سيئة للإضرار بالمتعاقد الأخر سواء تعمد ذلك الإضرار، أم أهمل وقل احترازه فأوقع الضرر بالمتعاقد الأخر، وهو في الحالتين لم يلتزم بما توجبه عليه القوة الملزمة للعقد, فيكون سيء النية. وبالرجوع إلى الفقه والقضاء الفرنسيين نجدهما مستقران اليوم على أن حسن النية في إبرام العقود مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض والإبرام رغم عدم وجود النص الصريح في القانون الفرنسي كما ذهب إلي هذا الرأي أغلب الفقهاء في الدول العربية ا. أشار إليه : د. شير زاد عزيز سلمان ، مصدر سابق ، ص**78،83**، **78،86**د/ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص**(308)** .

[2] تنص المادة **(14)** مدني يمني على أنه :"يجب في العقود والشروط الوفاء بها ما لم تتضمن تحليل حرام او تحريم حلال فانه لا يعمل بها وكل حكم ربط بسبب أو شرط فانه ينتفي بانتفاء سببه أوشرطه".انظر: د. محفوظ لعشب ، دراسات في القانون الاقتصادي ، ط**4**، ديوان المطبوعات الجامعة ، الجزائر ، **2007**، ص**84**، وفي ذات المعنى أنظر : د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، ط**1**، دار دجلة ، عمان ، الأردن ، ص**86** .

المطلب الأول

دور حسن النية في مرحلة تكوين العقد

أ) حسن النية في التعبير عن الإرادة:

يقتضي التزام حسن النية من المتعاقدين حال التعبير عن الإرادة التعاقدية، الالتزام بالوضوح حتى لا يعتقد غير الحقيقة، وهو يأتي بعدة صور منها: الوضوح في اللغة، الوضوح في شروط العقد[1]،ويثور التساؤل هنا عن التزام الوضوح في حالة السكوت عن التعبير عن الإرادة التعاقدية؟

والإجابة عن ذلك تتمثل في أن واقعة السكوت عمدا عن ظرف معين يهم المتعاقد الآخر معرفته يعتبر كافيا لقيام التدليس، والتدليس ينافي حسن النية التي توجب على المتعاقد الالتزام بالوضوح، والإعلام بالظروف المؤثرة في رضا المتعاقد الأخر، خاصة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالأمر الذي سكت عنه المتعاقد الآخر عمدا، كأن يبيع البائع منزلا للمشتري ويكتم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، كما يكون السكوت العمدي إخلالا بحسن النية والثقة التي يكون من حق المتعاقد الآخر أن يعتمد عليها[2]).

كما حرص المشرع على حماية الطرف الضعيف من احتمالات سوء النية الصادر من جانب الطرف القوي عند صياغة العقد في نماذج تحتوي على صياغات غامضة أو ملتوية...إلخ[3]. والجزاء المترتب على الإخلال بالتزام الوضوح في عقود الإذعان، وعقود المستهلكين هو تفسير العبارة لصالح الطرف المذعن (دائنا كان أو مدينا)، أو المستهلك، لأن الطرف القوي هو الذي يستأثر بصياغة الشروط في هذه العقود، وبالتالي عليه تحمل نتائج صياغته الغامضة. أما في الحالات التي بإمكان المتعاقد مناقشة شروط العقد وبنوده، حتى وإن قام أحد الطرفين بصياغة العقد، فإن القاعدة المعمول بها هي: أن الشك يفسر لمصلحة المدين[4] .

كما يقتضي حسن النية في مرحلة إبرام العقود انتفاء التدليس، لأن هذا الأخير عبارة عن استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، سواء كان هذا التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو عالما به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود .كما يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه طبقا، للمادة

---

[1] د / شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص . **283**

[2] محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص .**41**

[3] د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص .**332**

[4] د/ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص**94،85** .

(**174**)مدني يمني ، وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود التدليس ، هو إما المطالبة بإبطال العقد والتعويض معاً.

أما بالنسبة للإكراه فهو أعلى درجات سوء النية، لأن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد به[1]. وبالتالي فإن حسن النية في إبرام العقود يقتضي انتفاء الإكراه، وهذا الأخير عبارة عن ضغط مادي أو أدبي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه، و المكره هنا انتزعت إرادته رهبة و اختار إبرام العقد لاتقاء شر المكروه الذي هدد به، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود ، وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه ، هو أن يطلب المتعاقد المكره إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد المكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالباً التعويض فحسب.

كما أن حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء الاستغلال، لأن هذا الأخير عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين للطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر حتى يحصل على مغانم ومنافع لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فوائد بموجب العقد، [2]، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود، لأن المستغل لديه نية خبيثة في الاستفادة من الضعف لدى الطرف المستغَل سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا. وبالتالي جزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الاستغلال، يتمثل في دعوى لإبطال ودعوى إنقاص الالتزامات: فالمتعاقد المستغَل إذا طالب بإبطال العقد كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه أو العدول عن ذلك والاكتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغَل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الأداءات. أما إذا اختار المتعاقد المستغَل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، فلم يكن للقاضي إبطال العقد . وفي كلتا الحالتين يستطيع دائما المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن، سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها [3] .

---

[1]راجع رسالتنا لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص بعنوان (نظرية الإكراه في القانون المدني اليمني – دراسة مقارنة) مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عدن في **24/8/2003**م.

[2]راجع مؤلفنا الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني– الجزء الأول ، (مصادر الالتزام) المرجع السابق ، ص **56**ـ **59**. ؛عبد الرزاق دربال: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار العلوم ، عنابة الجزائر ، **2004**، ص .**28**؛راجع رسالتنا في القانون الخاص تخصص قانون مدني بعنوان (الغبن الناتج عن الاستغلال– دراسة مقارنة) مقدمة لكلية الحقوق – جامعة أسيوط في **28/8/2008**م.

[3]راجع مؤلفنا الوجيز ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص**64**ـ **66**؛ د/ إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2009**، ص**99**؛ **100** .

أما الغلط فهو وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير الحقيقة، ويكون الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد بشروط مجحفة ، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الثاني.

وأهم المسائل التي تثيرها نظرية الغلط هي مسألة التوفيق بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط ومصلحة الطرف الآخر في العقد، فالأولى تقتضي تمكين الواقع في الغلط من التحلل من العقد، والثانية تقتضي الإبقاء على العقد [1]) .وبالتالي تعددت الآراء بشأن نظرية الغلط، فمنهم من ينظر إلى أن أساس نظرية الغلط هو استقرار المعاملات ناظراً لها من زاوية المصلحة العامة، ومنهم من قال بأن أساس النظرية هو حماية الثقة المشروعة لدى المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط، ناظراً لها من زاوية المصلحة الخاصة للمتمسك تجاهه بالغلط(أي المتعاقد الذي إرادته ليست معيبة) ، أما الدكتور شير زاد عزيز سليمان فيرى بأن كل هؤلاء أغفلوا النظر إلى الغلط من جانب مصلحة المتمسك بالغلط، فيقول:"...إذ أن هذه النظرية مبنية على أساس احترام مقتضيات حسن النية من قبل المتمسك تجاهه بالغلط، إذ أن حسن النية يقتضي منه إعلام الطرف المقابل بأنه واقع في الغلط[2].

كذلك من مقتضيات حسن النية أثناء تكوين العقد الالتزام بالإعلام والإفصاح عن المعلومات الضرورية ، فإذا نسب إلى أحد الطرفين إخلال بالالتزام بالإعلام، فإن للمتضرر أن يطلب إبطال العقد الذي أبرم بالإضافة للتعويض في حالة تأسيس الدعوى على وجود عيب في الرضا أو دعوى ضمان العيوب الخفية ، وإما أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر مع الإبقاء على العقد وذلك عند كتمان معلومات في الفترة السابقة للعقد لا يؤدي كتمانها إلى وقوع الطرف الآخر في الغلط أو التدليس ...إلخ.

ويرى الباحث أنه ليس ثمة ما يمنع الأخذ بما ذهب إليه الفقه والقضاء المقارن حول امتداد نطاق إعمال مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد مثل مرحلة تنفيذه، حتى ولو لم ينص القانون على هذا المبدأ في المرحلة السابقة للعقد، لأن تنفيذ العقد بحسن نية لا يكون إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايته، لأن العقد لو نشأ مريضا في بدايته، فإنه لا يمكن أن يستقيم بعد ذلك.

ب . حسن النية في مرحلة التفاوض:

مما لاشك فيه أن تناسب الأداءات بين أطراف العقد وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد يحقق العدالة العقدية ما بين أطرافه غير أن مرحلة إبرام العقد وتنفيذه تسبقه مرحلة مهمة قد تكون الأساس الذي تبنى عليه العدالة العقدية ، وهي المرحلة السابقة على التعاقد من خلال المفاوضات بين أطراف العقد ، هذه المفاوضات يجب أن تتم بحسن نية وتأخذ به أغلبية النظم القانونية. وهذا اتجاه القانون المدني الفرنسي بعد

---

[1] عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص .**31**

[2] د / شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص .**307**؛ راجع المواد (**173**. **180**مدني يمني)

تعديل المادة (**1104**) حيث نصت على أن: "ضرورة توافر حسن النية من مرحلة التفاوض على العقود إلى تنفيذها"[1]

ويفرض مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد ، أن يتحلى المتعاقدين بالصدق والأمانة من خلال الحوارات والمناقشات واللقاءات وأن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وصدق وثقة وصولاً إلى المنفعة المراد تحقيقها من إبرام العقد [2] . وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون اللبناني إذ نصت المادة (**221**) منه على أن: (العقود ... يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية ...) والذي يفهم من النص ان حسن النية يعتبر من النظام العام ، بل يعد ضرورة لاستقرار المعاملات ووسيلة لتحقيق العدالة العقدية.

وقد عرفت محكمة باريس في حكمها الصادر في **23/5/1992**المفاوضات العقدية بأنها"اتفاق بمقتضاه يلزم أطرافه ببدء أو بمتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل[3]، وصفوة القول : أن المفاوضات العقدية حول إبرام عقد في المستقبل ، يجب أن تتسم بحسن النية ، ويجب أن تتسم بصدق وأمانة وجدية وإخلاص ، وفي حالة الإخلال بهذا المبدأ في مرحلة المفاوضات نكون أمام فرضين :الفرض الأول ، تقوم فيه مسؤولية الطرف الذي أخل بمبدأ حسن النية في المفاوضات وفق أحكام المسؤولية العقدية ؛ لأن من مقتضيات حسن النية في التفاوض ، الالتزام بالجدية ، والالتزام بالتعاون ، الالتزام بضمان السرية، والالتزام بالاستمرار في التفاوض بحسن نية حتى يتم التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل العالقة ،فإذا نكل أحدهم عن تلك المبادئ عد مخلاً بمقتضيات حسن النية، ويعد مخطئاً وتنعقد مسؤوليته المدنية [4].

---

[1]نقلاً عن : بن يوب هدى ، مبدأ حسن النية في العقود ، بحث منشور على شبكة الانترنيت : فقرة دور حسن النية في مرحلة المفاوضات.

[2]انظر: د. عبد الحليم عبد اللطيف ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، **1997**، ص**187)** ، والدليل على أن الشريعة الإسلامية تقر بمبدأ حسن النية في كل من المرحلة السابقة للعقد ومرحلة تنفيذه، نستنبطه من القاعدة الشرعية المشهورة المتمثلة في"ما بني على باطل فهو باطل "د. خالد العامري ، كيف تجري المفاوضات الناجحة ، دار الفاروق للنشر ، الأردن ، **2000**، ص**18** .، راجع بحث بعنوان "الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"مقدم من د/ حمدي محمود بارود منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية ، المجلد العشرون ، العدد الثاني، كلية الحقوق – جامعة الأزهر– غزة ص ٥٤٥ – ص ٥٧٧ يونيو ٢٠١٢.

[3]انظر : د. محمد محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، **1995**، ص**12**؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص **42**وما يليها ؛ د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص **18** .، **31** .

[4]د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص **72**؛ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص **45**.

ويتحقق الفرض الثاني في انسحاب أحد أطراف التفاوض ، وهنا تنهض المسؤولية التقصيرية وفقاً للرأي الراجح ، نتيجة الإخلال بالجدية والصدق والأمانة ، ولعدم تحقق العدالة بين الأطراف [1] .

المطلب الثاني

دور حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية وقد بلغ حد من الرسوخ أنه في حال عدم النص عليه يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في إبرام وتنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ ، ويعد مبدأ حسن النية من العوامل الجوهرية في تنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد فهو كما يقول العميد ريبير (**Ripret**) أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي [2] .وترجمة للنزعة الأخلاقية ذهب البعض إلي تعريف حسن النية في العقود بأنه: ((التعامل بصدق وشرف وأمانة مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي انشأ من اجلها والتزم بها طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه بالأمانة)) [3]. وبالمجمل فقد اتجهت التشريعات المدنية بشأن حسن النية في إبرام العقد إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ينص بشكل صريح أو ضمني إلى دور حسن النية في إنشاء العقد وهذا هو اتجاه القانون المدني الفرنسي بعد تعديله إذ نصت المادة (**1104**) على مبدأ حسن النية من مرحلة التفاوض على العقود إلى حين تنفيذها وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون اللبناني إذ نصت المادة (**221**) منه على أنه (العقود ... يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية ...) .

أما الاتجاه الثاني فلم يشر بأي شكل من الأشكال إلى حسن النية في مرحلة إبرام العقد وإنما أشار إلى حسن النية في تنفيذ العقود فقط وهذا الاتجاه أخذ به القانون المدني المصري المادة (**148/1**) من القانون المدني المصري رقم **131**لسنة **1948**،والفرنسي قبل تعديله ، المادة (**150/2**) من القانون المدني العراقي

---

[1] كما يفرض حسن النية أيضاً الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، ومضمون هذا الالتزام هو أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء الأسرار التي أطلع عليها أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها ، وأن يمتنع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها .، د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص **14**؛ أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص**60**،**75** .

[2] انظر : د. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص**3** .

[3] انظر : د. مصطفى العوجي ، القانون المدني (المسؤولية المدنية) ، ص**115**، ويعرف مبدأ حسن النية ((كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين أو تنفيذه)) .

رقم **40**لسنة **1951**حيث تبنت تلك النصوص مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ لعقد ، وجاء فيها التأكيد على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...) [1] ولكن غياب النص بشكل صريح إلى مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد لا يعني أن نطاق تطبيق حسن منحصر في مرحلة تنفيذ العقد فهو يعد (أي مبدأ حسن النية في مرحلة إنشاءه) شرطاً ضمنياً ، فالعقد يشكل جسماً واحداً ويتطلب التعامل فيه بحسن نية من الخطوات الأولى لإنشائه وحتى تمام تنفيذه .وفي هذا الصدد يقول جاك غستان بأن: (أن الاجتهاد أعطى مبدأ حسن النية مكاناً هاماً في الرضا ويرى بأن حسن النية في إبرام العقود –مطلوب –حتى وأن لم يكن مضافاً في أي نص ...) [2] .

وإذا كان مبدأ حسن النية قد لعب دوره في مرحلة إبرام العقد، فله أيضا دوراً في مرحلة تفسيره وتنفيذه ،إذ أن مرحلة التنفيذ ومرحلة التفسير منظومة واحدة لا ينفك أحدهما عن الأخر، وفي هذا يقول الدكتور عبد الحكم فوده بأن : (التنفيذ والتفسير عمليتان متكاملتان وغير منفصلتين، إذ كيف يمكن حل مشكلة متعلقة بالتنفيذ قبل إجراء التفسير،الذي يتعين أن يتم وفق مبادئ حسن النية وشرف التعامل) ونظراً لأهمية تنفيذ العقد وتفسيره فسوف نتناولهما بالتوضيح اللازم في الفقرات التالية [3].

أولاً : حسن النية في مرحلة تفسير العقد

إن القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بتنفيذ العقد، يقوم أولا بتحديد مضمون العقد ثم يعقب ذلك بتفسيره، ، ويقتضي مبدأ حسن النية في التفسير، عدم التقيد بالعبارات الواردة في العقد (أي عدم تفسيرها حرفيا)، إذا كانت لا تعبر بحق عن نية المتعاقدين ، وبمعنى أخر لا بد من تفسير العقد بمرونة وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ، والقاضي يلتزم بذلك عند تفسير العبارات الغامضة في الاتفاقات المختلفة، وعلى القاضي أن يفسر العبارات الغامضة بما يتفق وحسن النية والأمانة ، كما أنه يأخذ بما تمليه الثقة المشروعة ، والمفترضة في المعاملات، وبالتالي لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع ، وقد تكون هذه الإرادة هي نية المتعاقد الحقيقي[4].

---

[1] انظر : د. أحمد محمد ديب ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا ، ص**13**، راجع د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص **84،83**؛ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص **65**وما يليها ؛راجع المادة (**212**) مدني يمني.

[2] انظر : جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط**2**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، **2008**، ص**267** .

[3] د/ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص **157**؛د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **409**.

[4] أنظر :د/ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص. **69،18**، وفي ذات الصدد قررت المحكمة العليا "إ ذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. لذا اعتبرت قضاة المجلس القضائي استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد عندما قاموا بتفسير عقد عرفي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها. أنظر:

وبالرجوع إلى نص المشرع اليمني (**212**) نجد أنه جاء فيها ما يلي:(.... وإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز العدول عنها عن طريق تفسيرها بحجة التعرف على إرادة المتعاقدين) ، وهذا يعني أن العقد إذا ورد فيه إجمال يدعو إلى تفسير الإرادة المشتركة ، فعلى القاضي البحث عن النية المشتركة دون الوقوف على المعنى الحرفي والاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، فإذا كان المعنى واضحا فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري ، بل الوضوح الحقيقي ، الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين[1].

ومن تطبيقات حسن النية في مرحلة تفسير العقد ، إلزام البائع بأن يفضي للمشتري بكافة المعلومات الجوهرية التي يتوقف عليها رضاؤه لإتمام عملية البيع في مرحلة التفاوض على العقد ، وأيضاً أثناء تنفيذ العقد حتى لا يتعرض المشتري لضرر من جراء ذلك،كما وردفي نص المادة(**474**) مدني يمني التي توجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً بقولها : "يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا نافيا للجهالة إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصاف الأساسية بيانا يمكنه من التعرف عليه"

ثانياً : دور حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود

حسن النية في تنفيذ العقود مبدأ عام ينطبق على العقود كافة ،ومعناه أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطريقة لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد [2]. وهذا هو اتجاه القانون المدني اليمني حيث نصت المادة (**212**) مدني يمني على"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل

المجلة القضائية لسنة **1997**،العدد **(2)** ، قرار المحكمة العليا الجزائرية ، رقم **149300**، بتاريخ **23/7/1997**م . كما أن هناك أحكاما قضائية فرنسية فسرت عقود الإذعان تفسيرا واسعا ، راعت فيه مقتضيات مبدأحسن النية، منها ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ **14**فيفري **1929**من أن تغيير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض، إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه،خاصة وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته. نقلا عن: د/ عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص **424**

[1] تقابلها المادة **150 /2**مدني مصري حيث نصت على أنه:(إذا كان هناك محل لتفسير العقد , فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداءفي ذلك لطبيعة التعامل , وبما ينبغيأن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين , وفقا للعرف الجاريفى المعاملات) وهي تتطابق مع الفقرة الثانية من المادة **111**من القانون المدني الجزائري) ، راجع د/معمري صونية : "تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري"رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجايه،**2017**م.

[2] وهذا الحكم نجده في اغلب القوانين المدنية إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة **1134**من القانون المدني الفرنسي على مبدأ حسن النية من مرحلة التفاوض على العقود إلى تنفيذها ، والمادة **2**قانو ن مدني سويسري، المادة **1375**قانون مدني إيطالي، تقابلها الفقرة الأولى من المادة **107**من القانون المدني الجزائري والمادة **(150/2)** مدني مصري وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون اللبناني إذ نصت المادة **(221)** منه على أنه (العقود ... يجب أن تفهم وتنفذ وفقاً لحسن النية ، والمادة **(150/ 2)** مدني عراقي ، والمادة **(148/2)** مدني مصري . أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص **12** .

عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين....."والمعنى المستفاد من النص أن مبدأ حسن النية في إطار تنفيذ الالتزام هو أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طوعاً واختياراً وأن يجري التنفيذ على النحو المشروط في العقد أو على النحو الذي يقتضيه العرف أو الثقة المتبادلة بين الناس.ومن مقتضياته الالتزام بالنية الحسنة المضادة لسوء النية أو الغش أو الرغبة في الأضرار بالغير[1].

ومن أهم تطبيقات حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد الالتزام بالتبصير أو الإعلام بالصفة الخطرة للمبيع ، فمثلاً يلتزم بائع الآلات الكهربائية بأن يبين للمشتري طرق الاستعمال ومخاطره ويلتزم المستأجر بأخطار المؤجر بأي اعتداء على العين المؤجرة ، ومثله التزام المؤمن له بإبلاغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تزيد من المخاطر .والتزام المصدر بتزويد المستورد بالمستندات والوثائق اللازمة لنقله عبر عدة دول[2]. كما يجب أن يكون تنفيذ الالتزام بطريقة تجعله أقل كلفة على المتعاقد الآخر، كمد الأسلاك الكهربائية من أقرب طريقة ممكن أو إيصال الراكب من الطريق الأقصر ومن تطبيقات المظهر الإيجابي لمبدأ حسن النية الالتزام بضمان العيوب الخفية، فالمؤجر يضمن العيوب الخفية في المبيع ويضمن تعرضه الشخصي مادياً كان أو قانونياً.

ومن مقتضيات حسن النية كذلك امتناع المتعاقد عن أي غش أو تدليس في تنفيذ العقد ، كما يجب عليه أيضاً أن يمتنع عن استعمال أي حيلة من شأنها حرمان المتعاقد من مزايا العقد أو تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو مرهقاً أو تحمله مبالغ ضخمة لا تتناسب مع المنفعة المرجوة من العقد أو تحميله نفقات غير ضرورية ، فإذا باع شخص متجره إلى آخر عليه أن يمتنع عن القيام بأعمال التجارة التي تؤدي إلى منافسة المشتري ، وعلى البائع ألا يخفي العيوب الموجودة في المبيع، كما يجب على السائق في عقد النقل ألا يسلك في إيصال الراكب الطريق الأبعد حتى يزيد في عدد الكيلومترات في عداد السيارة لزيادة الأجرة .

و تعقيباً على ما سبق يمكن القول بأن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يرتب عدة التزامات، من أهمها: [3]الالتزام بالأمانة، الالتزام بالتعاون،، الالتزام بالإعلام، الالتزام باحترام الثقة المشروعة ، الالتزام بالنزاهة ، الالتزام بالإنصاف وفي هذا الصدد يقول سفيان القرجي في رسالته(واجب حسن النية في تنفيذ العقود) بأن: "واجب حسن النية في تنفيذ العقود يعتبر من أكثر مفاهيم الأخلاق القانونية شمولية....."، وسنتولى بيان مدلول تلك المبادئ والالتزامات بإيجاز فيما سيأتي:

---

[1]انظر : د. منذر الفضل ، نظرية للالتزامات في القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، ط1، 1411هـ - 1991م ، ص244، 245؛ د. حسن علي الذنون ، النظرية في الالتزام ، ج1، مصادر الالتزام ، ص211 .

[2]انظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، 1966، ص241 .

[3]د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص22، 21 .

أ-ـ الالتزام بالأمانة، من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود ، ويرى الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني: "أن كثيرًا من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة كالالتزام بالإفضاء بالعيوب الخفية، والالتزام بعدم المنافسة ، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية"[1].

وهذا الالتزام لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد في العقد فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون ، والعرف ،والعدالة ، وطبيعة الالتزام(**212**.مدني يمني). فإذا لم يقم بالوفاء بها فإنه يعد سيء النية.

كما أن واجب الالتزام بالأمانة تفرض على المتعاقد أن يراعي أحكام القانون ، و من يخالف ما ذهب إليه القانون ولا يحترمه يعد شخص سيء النية، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية :"ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن المشتري حسن النية في استغلال الثمار مادام أنه اشترى النخيل بعقدين موثوقين فإن قضاة الموضوع برفضهم الحكم بمقابل الاستغلال طبقوا القانون تطبيقًا صحيحًا"[2].

ومن مقتضيات حسن النية الالتزام بواجب التعاون **La coopération** بين المتعاقدين لتمام تنفيذ العقد ، لاسيما في عقد العمل نظرا للرابطة المستمرة التي تربط بين الأجير وصاحب العمل والتي تقوم في كثير من الأحيان على أساس الثقة ،وهذا الواجب يقع على صاحب العمل بشكل أساسي كونه هو الذي يقدِّم العمل للأجراء ويمارس سلطة عليهم . ويعتبر الفسخ التعسفي في عقد العمل مخالف لمقتضى حسن النية ، كما ينشأ على عاتق الأجير واجب الإخلاص التعاقدي **La loyauté** والذي يفرض عليه الامتناع عن أي فعل يضر بصاحب العمل ومؤسسته [3].

ب- أما الالتزام بالتعاون ، فهو يعني قيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى أفضل صورة ، وهو يتعلق بتسهيل تنفيذ العقد، عند تعدد وسائل تنفيذ الالتزام، و يقع على المدين التزام بأن يختار أحسنها في رعاية مصلحته ومصلحة الدائن أيضًا، لأن مبدأ حسن النية يأبى أن يستأثر أ حد طرفي العلاقة

---

[1] الالتزام بالأمانة نجد أساسه في الفقرة الثالثة من المادة **1134** من القانون المدني الفرنسي، وتقابلها الفقرة الثانية من المادة **(148)** مدني مصري ،المادة **107** من القانون الجزائري ، والمادة **(212)** مدني يمني في هذا المعنى أنظر: د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **452**، **451**؛د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص(**256**) ، ولقد درج الفقه الإسلامي على تسمية بعض العقود ببيوع الأمانة، وهي بيع المرابحة و التولية والو ضيعة وبيع الاسترسال. د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص(**452**). .

[2] قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم **38.340**، بتاريخ **20/5/ 1987**،المجلة القضائية لسنة **1991**، عدد **03**، ص**19** . أشار إليه :أ/ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني ،دار الهدى عين مليلة ، **2004**، ص **530** .

[3] أنظر: حول الالتزام بالإعلام في تنفيذ العقود ، د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص **273** وما يليها ؛ د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص **471**، راجع بحث بعنوان "أثر انتهاك العقد النفسي في النية في ترك العمل ،دراسة ميدانية على أعضاء الهيئة التدريسية في الجامعات الخاصة السورية منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد **30** – العدد الأول **(2014)**.

العقدية بفائدتها على حساب صاحبه ، وبالتالي على كل طرف أن يتعاون مع الآخر، فيحاول بكل جهده أن ييسر على الآخر التزامه حتى يتم تنفيذ العقد على أحسن حال، وترجمة لذلك يقول الدكتور علي فيلالي: (في الحقيقة فإن التنفيذ السيئ يساوي في بعض الأحيان عدم التنفيذ) [1] .

ج- الالتزام بالإعلام هو مظهر خاص وأساسي للالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود ومن تطبيقاته أن يلتزم الوكيل بإخطار موكله بكل أمر يستوجب علمه وتدخله، حيث يلتزم طبيب أمراض النساء بأن يبصر المريضة بأخطار الحمل بعد إجراء العملية الجراحية، وتلتزم شركة صيانة المصعد الكهربائي بإخطار المالك بالإصلاحات التي يستوجبها الاستعمال .كما يقتضي أيضًا أن يقوم البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة لا يعكرها تعرض، ويلتزم البائع بعدم التعرض الشخصي ودفع تعرض الغير[2].

د- كما تعتبر الثقة المشروعة مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فكل متعاقد له الحق في أن يثق في المتعاقد الأخر لما يفترضه في هذا الأخير من نزاهة وشر ف ، ومن العقود التي تقوم على اعتبارات الثقة المشروعة عند إبرامها وعند تنفيذها ، عقد الشركة وعقد العمل وعقد الوكالة ، وهذه العقود تقوم على ثقة كل من المتعاقدين في الأخر، فالشخص في هذه العقود لا يختار إلا من يثق في أمانته ونزاهته وشرفه بغض النظر عن أي شيء آخر [3].

هـ-أما الالتزام بالنزاهة في تنفيذ الالتزام فيعني ،انتفاء نية الإضرار بالغير، ومن باب أولى انتفاء الغش، انتفاء الخطأ الجسيم، انتفاء التعسف في استعمال الحق، فالمتعاقد الذي يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية، أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية ، وهذا يؤدي بدوره إلى القول بأن مبدأ حسن النية يقتضي من المدين أن يمتنع عن كل غش بالدائن أثناء التنفيذ ، كذلك الحال أيضا بالنسبة للدائن في مواجهة المدين ، لأن الغش يعتبر مرادفًا للخطأ العمدي الذي يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وبالتالي يعتبر الغش في نظرية الالتزام العقدي مرادفاً لاصطلاح سوء النية، رغم أن الخطأ العمدي ينطوي دائماً على سوء النية ، أما الغش لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن [4] . ومن مقتضيات النزاهة كمظهر لحسن النية ، انتفاء الخطأ الجسيم ، أما عند بارتكاب هذا النوع من الخطأ فيكون الشخص سيء النية ، و التعسف في استعمال الحق يناقض أيضاً مبدأ حسن النية ،بينما

---

[1] د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص **(296)** ؛ د/ سفيان القرجي، المرجع السابق، ص **216)**. **217**، د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **427** .

[2] د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **454)** ؛ أنظر أيضا: **Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 205**. ،أشار اليه : د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص **296** ..

[3] د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **456**. **457،455** .

[4] د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص**(473)** ؛ المستشار عز الدين الدناصوري ؛ د/ عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة ، الحديثة للطباعة، القاهرة، **1988**، ص **985،967** .

انتفاء التعسف في استعمال الحق يعد مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود [1]،كما أن الشروط التعسفية في العقود تعد قرينة على الظلم اتجاه المتعاقد المذعن لها لاسيما إذا كان مشتري عادي أو مستهلك ، ولقد نص القانونين المصري واليمني على كيفية مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، ويكون الشرط تعسفيا وباطلا، إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه ،وهذا يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات [2] .

و- الالتزام بالإنصاف من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود ومن مظاهره مراجعة العقد،عند اختلال التوازن العقدي الاقتصادي، وهذا الإخلال يرتب التزامًا بإرجاع اقتصاد العقد إلى حدود مقبولة ومتوازنة، سواء أكان عقدًا زمنيًا أو عقدا فوريًا وسواء كان عقد مقاولة أو عقد بيع ، كما أن تطبيق الالتزام بالإنصاف يمكن أن يتسع أيضًا لجميع صور الغبن الفاحش بجميع أنواعه. [3] .

المطلب الثالث

بعض الآثار المترتبة على مقتضيات حسن النية في العقود

مبدأ حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، وأثر حسن النية في العقود، هو الجزاء المترتب عن توا فر حسن النية أو الإخلال به ، و من الأفضل ترك جزاء عدم احترام حسن النية لتقدير القضاء ليقرره بالكيفية التي تتناسب مع ظروف كل قضية على حدة [4]، وفي هذا المطلب سوف نتناول بيان طرق إثبات حسن النية في العقود أولاً ، و نعرض ثانياً لبعض الآثار المترتبة على مقتضيات حسن النية في العقود في فقرتين :

---

[1] حيث تنص المادة **(17)** مدني يمني على أن :"من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشا عن ذلك من ضرر، إما من استعمل حقه استعمالا يتنافى مع الشرع والعرف فانه يكون مسئولا عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوالالآتية:. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **459**؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص **326**؛ د/ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص **172**؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص**97** .

[2] تنص المادة**(214)** مدني يمني: "اذا كان العقد قد تم بطريقة التسليم "الإذعان"لشروط تعسفية مرهقة جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أوأن يعفي الطرف الذي سلم بها منها وذلك وفقا لما تقضي به الشريعة و العدالة ، وإذا وجد نص يدل على اعتبار الشروط التعسفية المرهقة كان باطلا ".وهي تتطابق مع المادة مدني مصري**149**"إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضيأن يعدل هذه الشروط أوأن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .راجع مريم بوحظيش، ابتسام عمارة في رسالتهما بعنوان "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري "مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة **8**ماي **1945** _ قالمة – **2015 /2016**م .

[3] د/ سفيان القرجي، المرجع نفسه، ص،. **912،233.935** .

[4] د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص **100،99** .

أولاً:طرق إثبات حسن النية في العقود

حسن النية حالة سلبية في الإنسان ومن المفروض على كل فرد أن يتصف به، والإخلال بحسن النية يعد إخلالاً بالنظام العام ؛ ذلك أن المجتمع لا يسمح لأي فرد أن يتعمد إلحاق الضرر بالغير وفق قاعد "لا ضرر ولا ضرار "وهذه القاعدة تفرضها ضرورة التعايش الاجتماعي وصيانة الثقة المشروعة في المعاملات[1].

فالأصل في الإنسان حسن النية(**1**)، و الإثبات ينصب على سوء النية، لأن المرء لا يطلب منه إثبات ما هو أصل فيه، وإنما يطلب منه إثبات ما يناقض هذا الأصل، لذلك كان إثبات حسن النية إثبات لنقيضه وهو سوء النية(**2**)، وإثبات هذا الأخير هو أمراً ذا أهمية عظمى لسد الباب أمام كل من يحاول زعزعة استقرار العقود[2].

غير أن أراء الفقهاء تباينت حول إثبات حسن النية من عدمها وانحصرت في ثلاثة اتجاهات :

ذهب الاتجاه الأول إلى أن إثبات سوء النية يكون من خلال تفسير الإرادة الظاهرة والتي تكون غالباً مطابقة للإدارة الباطنة ، والاختلاف بينهما قد يقع أحياناً عند ما يقصد المتعاقد أمراً ويعبر عنه على نحو مخالف لما أراده حقيقة (الإرادة الباطنة) [3].

فيما يذهب الاتجاه الثاني إلى أن إثبات سوء النية يتم من خلال الإرادتين الظاهرة والباطنة. فالتعويل يكون على التعبير (الإرادة الظاهرة) فلو كانت النية السيئة مذكورة في صلب العقد بطل التصرف ،أما إذا لم تكن هذه النية مذكورة في صلب العقد ، لكن دلت عليها قرائن فيكون التعويل على الإرادة الباطنة التي بينتها القرائن . وهذا الاتجاه يوسع من دائرة إثبات النية السيئة ويعنى بالباعث غير المشروع ، حيث يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهود والقرائن [4].

أما الاتجاه الثالث فيرى أن إثبات النية غير المشروعة يتم من خلال الإرادة التي يمكن التعرف عليها، مضافاً إليها ظروف الواقع التي أحاطت بالمخاطب مثل طريقة التعبير ، والتعاملات والمواقف السابقة دون الالتفات إلي تلك الظروف الشخصية التي تمكن للمخاطب أن يتخلص من المسؤولية اعتماداً على الإرادة الحقيقية للمعبر[5].

---

[1]راجع المادة **(4)** مدني يمني أنظر حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، ف**233**، ص**389** .

[2]د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص **460** .

[3]انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصدر سابق ، ص**242** .

[4]انظر د. محمد شكري الجميل العدوي ، سوء النية وأثره في المفاوضات في الفقه الإسلامي والقانوني المدني ، دار المناهج ، عمان ، الأردن ، **2010**، ص**353** .

[5]انظر د. عبد الحليم عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص**467**، **468**، **469** .

ويقع عبء الإثبات أولاً على من يدعي خلاف الظاهر أصلاً، فإذا ما أثبت المدعي دعواه انتقل عبء الإثبات فيه إلى الخصم الآخر ليثبت الواقعة التي يدعي فيه بخلاف الظاهر عرضًا، وهكذا قد ينتقل الظاهر عرضًا بين الخصوم حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيتحمل تبعة عجزه فيحكم عليه لا له، أي أن المكلف بالإثبات هو من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضًا، وعليه فلو تم إثبات سوء النية بالدلائل والبراهين، أصبح سوء النية هو الظاهر عرضًا ، والمدعي قد يكون مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعياً فيه ، و بهذا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن :(المدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سو اء أكان مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعياً فيه) [1].وتوضيحاً لما سبق ذكره، إذا ادعى المتعاقد الأول بأن المتعاقد الثاني سيء النية، فهو هنا يدعي خلاف الظاهر أصلاً وهو براءة الذمة أي أن المدعى عليه حسن النية، فإذا أنكر المدعى عليه . سوء نيته، فعلى المتعاقد الأول أن يثبت سوء نية المتعاقد الثاني، فإذا ما توصل المتعاقد الأول إلى إثبات سوء نية المتعاقد الثاني، فإن الذي كان ظاهر أصلاً(أي المتعاقد الثاني حسن النية المدعى عليه) . يصبح سيء النية، وإذا ما جاء المتعاقد الثاني (ـ المدعى عليه ـ) وأراد أن ينفي انشغال ذمته بسوء النية، وادعى براءة ذمته (أي حسن نيته)، انقلب الوضع فأصبح هو المدعي لأنه يدعي خلاف ما ثبت عرضًا، ،وعليه إثبات حسن نيته، فإذا نهض به حكم لمصلحته برفض دعوى خصمه المتعاقد الأول، وإلا حكم على المتعاقد الثاني) [2].

وما نراه راجحاً ـ هو الأخذ بالإرادة الباطنة، لأن سوء النية تعد في الأصل واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا، وبالتالي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، ويستدل عليها سواء من داخل العقد من خلال ألفاظه أو من خارج العقد بما في ذلك البينة والقرائن دون الوقوف على الظاهر، لأن الغالب هو أن النية لا يكون منصوص عليها في صلب العقد، وبالتالي الأخذ بالباطن يوسع من دائرة الإثبات فيساعد بذلك على زيادة فرص ملاحقة سوء النية بشتى السبل.

وننوه هنا إلى أن طرق الإثبات في القانون المدني اليمني محددة على سبيل الحصر في المادة (**13**) والتي نصت على أن: "طرق الإثبات هي:**1**/ شهادة الشهود **2**/ الإقرار **3**/ الكتابة **4**/ اليمين وردها والنكول عنها **5**/ القرائن الشرعية والقضائية **6**/ المعاينة **7**/ تقرير الخبير **8**/ استجواب الخصم"أما في الفقه الإسلامي فكل ما يبين سوء النية ويظهره، يعد طريقاً للإثبات.

---

[1] نقض مدني مصري في **12/1/ 1977**، الطعن رقم **51**، س **28**ق، مجموعة أحكام النقض المدني، ص **232** . نقلا د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، هامش **3**ص **339**

[2] د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه، ص. **358359** .

ثانياً : بعض الآثار المترتبة على مقتضيات حسن النية في العقود

في هذه الفقرة سنتناول بإيجاز جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود أولاً ، ونتطرق ثانياً إلى جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود على النحو التالي:

1- جزاء الالتزام بمقتضيات حسن النية في العقود:

يرتب القانون بعض النتائج على مبدأ حسن النية عند اختلال التوازن العقدي بسبب وجود مغالطات في تنفيذه أو ظروف طارئة أو بسبب سوء نية احد المتعاقدين ، ، وهنا يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية للإبقاء على العقد بدلاً من أن يحكم بإبطاله عن طريق فرض تعويض على التعسف في استعمال الحق أو منح نظرة الميسرة أو إلغاء البنود التعسفية و؛ وذلك على النحو التالي[1]:-

أ) تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ويعد مبدأ حسن النية أساس لهذه النظرية ، وهذا المبدأ يقضي بعدم تنفيذ الالتزام إلا في حدود ما هو متوقع ومألوف في معاملات الأشخاص، أما إذا تغيرت الظروف على نحو غير عادي ، فإن الواجب على القاضي إجراء التعديل لمواجهة الظروف طارئة، وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بوقف تنفيذ التزام المدين حسن النية إذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى تزول، ما لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم على الدائن[2].

ب- للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي ،إذا كان القاضي بمقتضى حسن النية أن يتدخل لإقامة التوازن الاقتصادي المختل بفعل الظروف الطارئة ، فمن باب أولى أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي ، فمن يستطيع الأكثر يستطيع الأقل ، عند ما يثبت أمام القاضي أن المدين حسن النية ، وأن الشرط مبالغ فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء كبير منه [3].

ج- للقاضي إعطاء المدين حسن النية مهلة للوفاء بدينه وتسمى (الأجل القضائي) أو مهلة التنفيذ المسماة (نظرية الميسرة) [4]،فإذا رأى القاضي أن المدين حسن النية وأن عدم تنفيذه لالتزامه يعود لظروف خارجة

---

[1]نظر جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، مصدر سابق ، ص**261**، **270**؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإسكندرية ، ج**1**، **2004**، ص**512** .

[2]راجع المادة **(147/2)** مدني مصري ، المادة **(213)** مدني يمني ، المادة **(107)** من القانون الجزائري ،: د/ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص **(481)**.؛ د/ عبد الحكم فوده : أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، بحث علمي على ضؤ الفقه وقضاء محكمة النقض ، الطبعة الأولى منشأة المعارف ، الإسكندرية ، **1999**م ، ص**27** .

[3]راجع المادة **348**مدني يمني ،**223**مدني مصري ، **224**مدني سوري، **170**مدني عراقي ، **236**مدني ليبي، والأمر نفسه ينسحب الى سلطة القاضي في تخفيض الفوائد القانونية والإتفاقية وفق المواد **(226، 227، 228**مدني مصري ، **227، 228، 229**مدني سوري ، **171، 172،173**مدني عراقي ، **229، 230، 231**مدني ليبي، ، **265. 268**مدني لبناني ، **356**مدني يمني . د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص **115**.

[4]نصت المادة **(394/3)** من القانون العراقي (فإذا لم يكن مؤجلاً ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من

عن إرادته، أو أن ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته ، أو أن الدائن لم يصب بضرر كبير نتيجة التأخر في التنفيذ ، كما يجوز للقاضي أن يرفض الحكم بفسخ العقد ويمنح المدين نظرة الميسر ة. وإذا منح القاضي المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذ التزامه في غضونها، وليس له أن يتعداها. ولكن إذا كانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال قائمة فليس ثمة ما يمنع المحكمة من منحه نظرة مرة ثانية[1].

د- عند ما يتخلف المدين عن تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي بحسن نية ، فلا يلزم في إطار المسؤولية العقدية إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع وقت التعاقد ما لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً وعندئذٍ يلزم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع [2].

ونخلص مما سبق إلي أهمية مبدأ حسن النية في تحقيق العدالة العقدية عن طريق التوفيق بين مبادئ العدالة وحسن النية والحرية التعاقدية إذ أن عدم التوازن العقدي في المعاملات أمرُ متوقع ؛ لذا يسوغ للقاضي التدخل لتحقيق العدالة العقدية ، وهو يعتمد في ذلك على مبدأ حسن النية لدعم الترابط بين القانون والأخلاق.

2ـ جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العقود:

لا جزاء على سوء نية الشخص إلا إذا ثبت سوء نيته في تعاقده ، وجزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية ، تتمثل في مجموعة من الإجراءات نذكر أهمها على النحو التالي: [3]

أ – يتمثل الإخلال بمبدأ حسن النية في عقد التأمين في إخفاء أو عدم تصريح المؤمن له بالظروف الجوهرية أو الحقائق المتعلقة بالخطر المؤمن عليه بدون قصد في إخفاء تلك الحقائق ،وعلى الرغم من انتفاء سؤ النية ،إلا أنه يجوز لشركة التأمين إبطال العقد .

أما في حالة إخفاء أو عدم تصريح المؤمن له لبعض الحقائق أو الظروف الجوهرية المتعلقة بالخطر المؤمن ضده متعمدا عن شركة التأمين ، ففي هذه الحالة تعتبر وثيقة التأمين لاغيه لعدم توفر مبدأ حسن النية .غير أن التحريف البريء بدون قصد(أي بحسن نية) لبعض المعلومات والبيانات المقدمة للمؤمن من قبل المؤمن

هذا ضرر جسيم) توافقها المادة (346/2) مصري) راجع المادة 281مدني جزائري ، 272مدني مصري، 267مدني يمني. انظر :د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص(122 .

[1]أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص 1 .

[2]نصت المادة (169/3) من القانون العراقي (فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون موقعاً وقت التعاقد من خسارة محل أو كسب يفوت) توافقها المادة (221/2) مصري ،351مدني يمني .

[3]د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص .101د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 333 .

له ، لا يجعل وثيقة التأمين لاغيه ،بخلاف التحريف المتعمد(بقصد الاحتيال) حيث يجوز لشركة التأمين إبطالها وتعتبر وثيقة التأمين لاغيه من قبل المؤمن (شركة التأمين) [1].

ب- رد الثمار من طرف الحائز سيء النية ، إذا توافرت شروط البطلان، فإن القاضي يعلن بطلان العقد، وينتج عن البطلان اختفاء العقد بأ ثر رجعي ، لكن أحيانا بين إبرام العقد وبطلانه، يكون الشيء محل العقد قد أنتج ثمارًا. لذلك فإن السؤال يثور هنا حول مصير الثمار التي عند الشخص الحائز للشيء ؟.

والإجابة هي أن الحائز إذا كان حسن النية، أي لا يعلم بعيوب العقد، فله أن يحتفظ بالثمار، أما إذا كان يعلم بالعيوب التي كانت في العقد (أي سيئ النية)، فإن عليه رد الثمار لسوء نيته وفي هذا الصدد نصت المادة (**987**) من القانون المدني الأردني تحت عنوان الهلاك في يد حسن النية على ما يلي : -**1**"إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسؤولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع- **2**. ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو أتلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف". وفي المقابل بينت المادة (**988**) مدني أردني حكم الهلاك في يد سيء النية بقولها :"إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه."وتحت عنوان كسب الثمار مع حسن النية فقد نصت كذلك المادة : (**982**) **1**- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. -**2**والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يومافيوما."وحول كسب الثمار من سيء النية نصت المادة(**983**) أردني : "إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه"[2]

---

[1] في هذا المعنى نصت المادة(**1073**مدني يمني :"**1**- إذا ثبت أن المؤمن له كتم بسوء نية أمرا أو قدم بيانا غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه أوإذا اخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب . **2**- إذا انتفى الغش أو سوء النية فانه يجب على المؤمن عند طلب الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطرا ما "

[2] **Christian Larroumet, op. cit, p. 593. Voiraussi: Patrick Canin, op. cit, p. 64**. أشارت اليه د/ هدى بن ايوب في رسالتها "مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود "رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر **2012/2013**، ص**180**.

ونستخلص مما سبق أن الحائز حسن النية إذا ألزم برد الشيء إلى مالكه، فإن ما يُلزم برده هو الشيء ذاته؛ أما الثمار فلا يلزم بردها ولا بالتعويض عن قيمتها ، وحكم القانون في هذه الحالة جاءا ليراعي مصلحة الحائز لحسن نيته وترجيحها على مصلحة المالك[1].

ج- حماية حقوق الغير حسن النية ؛ فلو تصرف المدين بمال تعلق فيه حق للغير، ينقلب التصرف موقوفاً على إجازة الأخير كتصرف الراهن في الشيء المرهون إذ نصت المادة (**1381**) مدني يمني على أنه : " ... ويمنع التصرف في العقار إلا برضا من له التأمين في العقار"والنص يضع قيداً على سلطة الراهن ومنعه من التصرف بالعقار المرهون أثناء فترة الرهن لضمان حقوق الدائن المرتهن[2].

د – من يقيم منشآت في أرض مملوكة للغير وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخيّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يترتب على نزع المنشآت ضرراً جسيماً لصاحب الأرض ؛ وهنا يكون لصاحب الأرض أن يطلب تملكها نظير تعويض عادل،وهذا ما تقضي به المادة **889**فقرة **2**من القانون المدني السوري ، المادة **1317**مدني يمني.

هـ – تصرف وارث الوديع بالشيء ، وهو لا يعلم أن الشيء وديعة ، ويعتقد أنه مملوك لوارثه فيتصرف فيه بحسن نية إلى الغير؛ فإن المادة **689**من القانون المدني السوري تفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة فيلزم عندئذ بأن يؤدي إلى المودع ما قبضه ثمناً للشيء المودع أو التنازل له عن حقوقه على المشتري؛ أما إذا تصرف فيها تبرعاً فإنه يلتزم بقيمتها وقت التبرع.

و- عدم إمكانية المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد ، فلا يمكن للدائن المطالبة بالفسخ اعتمادا على الشرط الفاسخ الضمني عندما يكون سيء النية، وهذه حالة ما إذا كان الدائن قد لجأ للشرط الفاسخ في الفترة التي

---

[1] وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي في سورية،على أن: "المشتري بعقد يعتبر حائزاً بنية حسنة وله تملك الثمار، ولو لم يحكم له فيما بعد بالملكية، وحسن النية ينظر إليه بتاريخ بدء وضع اليد، ثم أنه لا فرق في تملك الثمار بالحيازة بين العقار والمنقول". (راجع المادة **929**من القانون المدني السوري حيث نصت على أنه : "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية"؛ نقض مدني سوري **68**أساس **18**تاريخ **29 / 2 / 1968**. المحامون . ص **166**لعام **1968**) ، كما تقضي القواعد العامة في الإثراء بلا سبب برد من تسلم شيئا بغير حق ، ولكن فيما يتعلق بثمرات الشيء الذي سُلم إليه، فإن المادة **186**من القانون المدني السوري تفرق بين إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم؛ أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصّر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية .

[2] د/ إسماعيل المحاقري التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة السادسة ، صنعاء ، **2007**م، ص**133**، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (**3**) لسنة **1985**. دراسة مقارنة . بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية العدد **1**السنة الخامسة ، العدد التسلسلي (**17**) جمادى الأخر **1438**هـ مارس **2017**، ص **185**وما بعدها.

يعلم فيها بأن المدين لا يستطيع رد الحال إلى ما كان عليه ،أي أن الشرط الفاسخ يقتضي تطبيقه بحسن نية ، فلا يحق لأي متعا قد أن يطلب تطبيقه ما لم يكن حسن النية[1].

ز- الغش والخطأ الجسيم التي يلجأ إليهما المتعاقد عند تنفيذ العقد ، يعد قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد الآخر(الدائن بالالتزام) ،وعندئذٍ لا يكون جديراً بحماية القانون جزءاً وفاقاً على سوء نيته ، وتبعاً لذلك يلتزم المتعاقد سيئ النية في مواجهة الأخر بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، كما لا يستحق المدين نظرة الميسرة في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم، لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين حسن النية(المادة **267**مدني يمني) [2].ويقع باطلاً كل اتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تنشأ عن الغش، أو الخطأ الجسيم[3] .

ح- في حالة مخالفة أحكام الضمان الملقى على عاتق أحد أطراف الالتزام سواء كان ضمان تعرض أو استحقاق أم كان ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ، فحسن أو سوء النية يعتبر شرط لرجوع المشتري بالضمان على البائع[4]. ،ويلزم المشتري لرجوعه على البائع في ضمان العيوب الخفية أن يكون العيب

---

[1]ومثال ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قررت بأن إنذارات تنفيذ التزام متوقع لتطبيق الشرط الفاسخ ، أصبحت بدون أثر عندما افتقر المؤجر لحسن النية لما نفذها خلال عطل المدين وبالتالي لا يمكن للمدين أن يتفادى الشرط الفاسخ إلا من خلال ادعاء سوء نية الدائن. والكثير من القرارات القضائية الفرنسية رفضت فعلاً تطبيق الشرط الفاسخ في هذه الحالة ، **Voir: Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 206**نقلاً عن د/ هدى بن ايوب : المرجع السابق ،ص**181** .

[2]راجع المادة (**351**مدني يمني) ؛ د/ محمد شكري الجميل العدوي، المرجع نفسه ، ص **472**؛ د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق؛ ص **555.554**؛ د/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق، ص. **3438**؛ د/ علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص **127**؛أ/ محمد طه البشير ؛ أ/ عبد الباقي البكري ؛ أ د/ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني في القانون العراقي، المرجع السابق، ص **168،168**

[3]حيث تنص المادة(**349**): يجوز الاتفاق على أن يتحمل الملتزم تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة كما يجوز الاتفاق على ان يعفى من عليه الحق من إي مسئولية فلا يكون مسئولا إلا عما يحدث منه من غش أو خطا جسيم، ومع ذلك يجوز لمن عليه الحق أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يحدث من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . راجع أيضاً المادة (**351**) مدني يمني. كما ينص القانون على عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له، أو الخطأ الجسيم حيث تنص المادة(**1066**) مدني يمني على أنه : (لا يجوز ان يكون محلا للتامين كل ما يتعارض مع إحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام ولا يجوز لشركات التامين أن تستثمر الأموال بطرق مخالفة للشريعة الإسلامية(راجع أيضاً لمادة (**1065**).

[4]د/ توفيق حسن فرج، "أثر حسن النية على بالضمان "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، **1971**، ص **184**، د/ مرجاوي نعيمة "أثر حسن نية المشتري على رجوعه بضمان تعرض واستحقاق الغير في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو مرداس **2005**م.

خفيًا، وغير معلوم له ، فلو سكت المشتري في حالة ظهور عيب في المبيع رغم علمه بالعيب الخفي كان سيء النية، وبالتالي لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان[1].

ط- إذا تصرف النائب(الوكيل)بموجب تعليمات محددة من قبل الأصيل (الموكل) فيجب الرجوع إلى شخص الأصيل، وليس على النائب، فيما يتعلق بأثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتما، وبالتالي ليس للأصيل سيء النية أن يتمسك بحسن نية النائب، كما أن الأصيل سيء النية لا يحق له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة المالك [2]. و الأصل أن النائب ، إذا تجاوز عن حدود نيابته، فإن التصرف الصادر منه غير نافذ في حق الأصيل[3]،لكن الالتزام بحسن النية يقتضي الخروج عن هذا الأصل، فيوجب الاعتداد بالنيابة الظاهرة رغم انقضائها في الحقيقة ، وذلك في حالة ما إذا كان المتعاقد معه حسن النية، وبالتالي ينصرف أثر العقد إلى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته، لأن الأصيل هنا صدر منه سلوك ساهم في إنشاء مظاهر خارجية حازت الثقة المشروعة لدى المتعاقد معه حسن النية، جعلت هذا الأخير دون خطأ أو تقصير منه يطمئن بوجود النيابة سواء كان هذا النائب حسن أم كان سيء النية[4].

ك- تعديل الشروط التعسفية عند ما يختل التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين، فيتمكن الطرف الأقوى من فرض شروط إضافية على المتعاقد معه في عبارات غامضة أو تهدف إلى أغراض لا يريد أن يفصح عنها؛ وأغلب ما يكون ذلك في عقود الإذعان. فقضت التشريعات المختلفة على أن يتحمل الطرف الأقوى تبعة تقصيره أو خطئه فيما يمليه من شروط غير واضحة، فيفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن، وهو ما تنص عليه المادة **213**مدني يمني .

ل- آثار الإنفاق أو القيام بعمل لإفادة الشجر أو الثمر حيث نصت المادة (**343**) من قانون المعاملات المدنية السوداني على أنه : "إذا استحق الشجر أو الثمر وكان المتعاقدان في المساقاة أو أحدهما قد أنفق أو قام بعمل ذي أثر في نمو الشجر أو الثمر ترتب ما يلي بحسب الأحوال:أ) إذا أجاز المستحق عقد المساقاة حل محل دافع الشجر تجاه المساقي في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ويؤدي المستحق إلي دافع الشجر مثل ما أنفقه من نفقات نافعة بحسب العرف. ب)إذا لم يجز المستحق العقد وكانت المساقاة معقودة

---

[1] د/ توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص **185**، **186** .

[2] د/ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه، ص **(123)** .

[3] وهذا ما نصت عليه المادة **(165)** مدني يمني بقولها : "إذا تم العقد بطريق النيابة عن الغير كان شخص الوكيل لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في شروط العاقد أو في اثر العلم بالظروف الخاصة أو افتراض العلم بها، فإذا تصرف الوكيل في حدود تعليمات صدرت له من موكله فليس للموكل أن ينازع في ظروف كان يعلمها هو دون الوكيل".

[4] تنص المادة **(167)** مدني على أنه :"إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا عن غيره فان اثر العقد لا يتعلق بالأصيل إلا إذا كان من تعاقد معه يعلم بأنه نائب عن غيره أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيلأو النائب".

بحسن نية دون علم أحد من الطرفين بسبب الاستحقاق كان للمستحق الخيار أما أن يأخذ ما استحقه ويدفع للمساقي أجر مثله ويؤدي لدافع الشجر ما أنفق من نفقات نافعة بحسب العرف وأما الشجر تعويضا عادلا بحسب العرف عما فاته من منفعة بسبب هذا الانتظار .ج)إذا كان المتعاقدان في المساقاة سيئ النية حين التعاقد كان للمستحق أخذ ما استحقه ولاشيء عليه لأحد منهما .د)إذا كان أحد المتعاقدين سيئ النية والآخر حسنها ترتب لحسن النية منهما على المستحق تعويضا عادل بحسب العرف عما أفاد الشجر أو الثمر بنفقته أو بعمله"وحول الأثر القانوني للبيع في مرض الموت نصت المادة (**225**/**6**مدني سوداني من قانون المعاملات المدنية السوداني) حيث جاء فيها:"لا يجوز فسخ بيع المريض مرض الموت إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا أكسب من كان حسن النية حقا في عين المبيع لقاء عوض"،بينما نصت المادة(**467**) مدني أردني على حكم خاص بالغير الحسن النية فيما يتعلق بالبيع الصادر من المريض مرض الموت بقولها: "لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العينالمبيعة".

خاتمة البحث:

نخلص من هذه الدراسة أن مبدأ حسن النية أصبح جزء لا يتجزأ من النظم القانونية ، حيث من الصعب إنكار وجوده. غيران المشرع اليمني لم يورد مفهوم محدد لحسن النية مثله مثل بقية التشريعات المدنية المعاصرة ، وإنما أشار إلى تطبيقاته صراحة أو ضمنا وفرضه كرقيب على العقد في كل مراحله خاصة مرحلة تنفيذ العقد، لضمان تنفيذ العقد بطريقة تضمن لكل من المتعاقدين الوصول إلى حقه بطريقة قانونية وشرعية ، وفي حال عدم النص عليه، يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بأحكام القانون وعدم الالتجاء في تنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية. ونختم هذا البحثبأهم ما توصّلنا إليه من نتائج وتوصيات ، وهي كالآتي :

أولاً :الاستنتاجات

1- أن مبدأ حسن النية ينظم العلاقات بين أفراد المجتمع على أسس من التعاون والتفاهم المتبادل بعيداً عن الإضرار بالآخرين ، ويشجع على التعاون والثقة المتبادلة وتحري الصدق والصراحة في المعاملات، ويؤدي هذا إلى نمو وزيادة المعاملات بين الناس، وإذا كانت التشريعات قد نصت عليه صراحة بخصوص تنفيذ العقد، إلا أن المبدأ مطلوب أثناء تكوين العقد، وتفسيره ، فهو مبدأ فسيح المدى واسع النطاق يتسع ليشمل جميع التصرفات والعقود، ، ويعد من المسلمات واجبة التطبيق دون حاجة إلى النص عليه.

2- مبدأ حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي ؛ لذلك فهو يخفف من شدة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعطي لأحد المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفيا حتى ولو أضر هذا التمسك بالطرف الآخر. ويؤدي مبدأ حسن النية إلى الموائمة بين تنفيذ العقود طبقا لما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات.

3- مبدأ حسن النية يهدف إلى تحقيق العدالة بين أطراف العقد ، ويحافظ على التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد. كما يهدف إلى التخفيف من المخاطر الاقتصادية التي تصيب الأطراف في علاقاتهم ببعضهم البعض.

4- لم يحصر القانون حسن النية بحالات معينة ،وكذلك لم ينص على الجزاءات المترتبة على عدم احترام حسن النية في العقود، ولعل السبب يعود إلى رغبة المشرع في ترك مساحة واسعة للقاضي ليقرر الحلول المناسبة للوقائع المعروضة وبما يتناسب مع ظروف كل قضية على حدة .

5- النصوص القانونية اليمنية فيما يتعلق بحسن النية في العقود تكاد تتطابق حرفيا مع نصوص القوانين الأخرى أو بالحد الأدنى تتفق معها من حيث النتيجة وهذا إن دل على شيء ، فانه يدل على وحدة الموقف من مبدأ حسن النية في اغلب التشريعات المدنية المعاصرة ، وينحصر الاختلاف بينها في نطاق

تطبيق حسن النية في العقود حيث وجدنا أن مبدأ حسن النية في القانون الجزائري فسيح المدى وواسع النطاق ويتسع ليشمل جميع التصرفات والعقود.

6- إن مبدأ حسن النية يرتب التزامات على المتعاقد حتى وإن لم ينص عليها صراحة كواجب الالتزام بالأمانة، الالتزام بالتعاون،، الالتزام بالإعلام، الالتزام باحترام الثقة المشروعة ، الالتزام بالنزاهة ، الالتزام بالإنصاف ، كما أن تحديد حسن نية المتعاقد أو سوء نيته لا يعتمد على معيار واحد ، بل قد يكون ذاتيا ينظر فيه إلى شخص المتعاقد أو ماديا يعتمد فيه على سلوك الرجل المعتاد لا على سلوك المتعاقد.

7- إنّ مبدأ حُسْن النّيةيُعدُّ مبدأً أساسيّاً تقوم عليه كافّة التصرُّفات ، وإثبات حُسْن النّيةيتم بإثبات سُوء النّية، حيث أنّ الأصل في الإنسان البراءة و حُسْن النّية، و مِن ثَمّ يتم إثبات عكس ذلك من خلال التصرُّف في صورته المادِّيّة الظاهرة ، و يترتّب على غياب حُسْن النّية بُطلان التصرُّف، أو توقيع الجزاء أو العقوبة ، كما أنَّ توفُّر حُسْن النّيةيمنع من المساس بحقوق الغير.

ثانياً :التوصيات

بعد أن انتهينا من هذه البحث ، لابد أن نقدم ببعض التوصيات بشأن تطبيق هذا المبدأ :

- النص صراحة على مقتضيات حسن النية والالتزامات المتفرعة عنه في نظرية واحدة والنص على جزاءات محددة للإخلال بمبدأ حسن النية ضمن هذه النظرية مع تضمينها الآثار القانونية المترتبة على مخالفتها .

ـ نوصي المشرع اليمني أن يحذو حذو المشرع الجزائري حيث وسع من نطاق تطبيق مبدأ حسن النية وسؤ النية، ليشمل جميع التصرفات والعقود في **46**مادة.

أهم مصادر البحث ومراجعه:

أولاً:- المصادر والمراجع الإسلامية:

1) صحيح البخاري، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت الطبعة الثالثة، تحقيق د مصطفى ديبالبغا**1407هـ-1987**م

2) صحيح مسلم، تحقيق/ محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتاب العربي الطبعة الأولى سنة **1412**ه/ **1991**م.

3) سنن ابن ماجه ، أبو عبد الله، محمّد بن يزيدالقزوينيّ(ت **273**هـ)تحقّيقوتعليق: محمّد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار إحياء الكتب العربيّة.

4) مختار الصِّحاح - محمّد أبو بكر عبد القادر الرّازي – تحقيق محمود خاطر،سنة: **1415**ه/ **1995**م. مكتبة لبنان.

5) الذخيرة، للقرافي، تحقيق / محمد حجّي، دار الغرب – بيروت سنة **1994**م.

6) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرّحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطّاب الرُّعيني،)ت **954**هـ (تحقيق:زكرياعميرات) ، دار عالم الكتب، طبعة خاصة **1423**ه**2003**م

7) . المغني، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى سنة **1405**ه.

8) د/ محمد مصطفى الزحيلي :القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الأولى ، **1427**ه - **2006**م .

ثانياً :- الكتب القانونية

1) د : محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، ،**2010**م.

2) د. محمد محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، **1995**م.

3) عادل بسيوني ، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة القاهرة. بالخرطوم ، جامعة القاهرة ، .**1976**م.

4) د محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر **2007**م

5) د / عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، **2004**م.

6) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة،منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، **1998**م.

7) جاك غستان، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ط**2**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع **2008**م.

8) د/ بلحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،. **2010**م.

9) د.عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود – دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، **2006**م .

10) د. توفيق حسن فرج - أثر حُسْن النّية على رُجوع المشترِي بالضّمان، سنة **1971**م.

11) د/ محمد صبري السعدي :النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، الجزء الأول ، دار الكتاب الحديث، الجزائر، **2003**م.

12) د/ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائر ي، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .**2007**م.

13) د/ شير زاد عزيز سليمان : حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، .**2008**م.

14) د / مصطفى العوجي : القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، **2007**م.

15) د/ إدريس فاضلي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2009**م.

16) د/ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، .**1988**م.

17) د/ عبد الحكم فودة (: آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانوني ة، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، **1999**م.

18) تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعار ف ،الإسكندرية، **2002**م.

19) د/ علي فيلالي: الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، **2005**م.

20) د/ راشدراشد: الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، **1984**م.

21) د/ سفيان القرجي: واجب حسن النية في تنفيذ العقود، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس ،المنار، السنة الدراسية. **2010 /2011**م.

22) د/ ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية) مصادر الالتزامات(، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول،دار الثقافة، عمان، الأردن، **2008**م.

ثالثاً :- البحوث

1- بن يوب هدى ، مبدأ حسن النية في العقود ، بحث منشور على شبكة الانترنيت

- **http://www.fichier-pdf.fr/2016/07129/md09/md09.pdf**

2-د/ حمدي محمود بارود بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية ، المجلد العشرون ، العدد الثاني، كلية الحقوق - جامعة الأزهر- غزة ص **٥٤٥** – ص **٥٧٧** يونيو **٢٠١٢**.

3-رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية ، مجلة ديالى ، **2014**، العدد **64** .

4-د.يحياأحمدبني طه، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، بحث منشور على شبكة الانترنيت :-
-http://www.mohamah.net/answer/7882 بحـــــــــــــــــــــــــــث
قانوني_ودراسة_واسعة_في_مبدأ_حسن_النية_في_تنفيذ_العقود .

5-د/ توفيق حسن فرج، "أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني، 1971، ص 184.

6- وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (3) لسنة 1985. دراسة مقارنة . بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية العدد 1السنة الخامسة ، العدد التسلسلي (17) جمادى الأخر 1438هـ مارس 2017، ص 185وما بعدها.

7. د سعد الدين صالح دداش، "منع الحيل والأخذ بالأحوط عند المالكية وأثره في رعاية المقاصد الشرعية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العشرون، ذو القعدة 1424هـ ، يناير 2004م

رابعاً :- المراجع الأجنبية

- **Amandine Assaillit, (La bonne foiet la loyautécontractuelle), Master PratiquesJuridiques et Judiciaires, Faculté de Droit, Université de Nîmes, Promotion 2006 – 2007, Disponiblesur internet: http://www.masterdroit.fr/3_Ressources_Fiches.htm**
- **Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit.**
- **Christian Larroumet, op. cit, p. 593. Voiraussi: Patrick Canin, op. cit, p. 64.**
- **Contract of freedom of of and fale .Altiyah,the rice p _.1995 faith ,**
- **Good , contractual , Anderson and Burton_system to be applied on the contract dealing , it is not legitimate enough to take responsibility on the interests of the contracting parties" .**
- **Hadley design association v.Lord .mayoa and ci?zens of the city of Westminster(2003) EWHC 1817 (tcc).-ultraframe (UK) Ltd v. tailored roofing systems Ltd- J. Stapleton_EnglishlaW 1992. in good faith of the concept . R good _. 15 _7 p 1995, .**
- **Jean Carbonnier, Droit Civil, Les Obligations, Tome 4, 22e éditionrefondue, Collection Thémis - Droitprivé, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2000.**
- **Kessler and fine , barging in good : faith and freedom of contract, Harvard law review 77 (3) 401_449 "1964". "it in only recognized by the English law as a part of behavior and not an a legal"**
- **La notion de bonne foi, dans l’ a. 1134, al. 3, auraitpuêtre de grandeconséquence.**

- **Pendent longtemps, ilfutexceptionnelque les tribunauxfissentappel à cette notion, au point qu 'on avaitpu la considérercomme inutile).**
- **Selon la Cour de cassation si les clauses résolutoiress'imposent aux juges, leur application restenéanmoinssubordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134 du Code civil.**
- **System to be applied on the contract dealing , it is not legitimate enough to take responsibility on the interests of the contracting parties" . (1) Literal interpretation .**
- **Voir: Raymond Guillien ; Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard ; Gabriel Montagnier, Lexique des termesjuridiques, op. cit.**

خامساً : القوانين

1-القانون المدني اليمني رقم **14**لسنة **2002**م .

2. قانون المدني العراقي رقم **40**لسنة **1951**م.

3. قانون المدني المصري رقم **131**لسنة **1948**م

4. القانون المدني الجزائري رقم**58**لسنة **1975**م .

5. القانون المدني الأردني رقم **43**لسنة **1976**م.

6. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة**1984**م.

التنظيم القانوني للصحافة الإلكترونية في الجزائر
قراءة في القانون العضوي للإعلام 05/12

أ /خيرة، خديم

جامعة أحمد بن بلة –وهران 1– الجزائر

ملخص

بقيت الصحافة الإلكترونية في الجزائر لفترة طويلة دون تنظيم قانوني، فمنذ ظهور أول صحيفة إلكترونية في الجزائر منذ منتصف التسعينات وإلى غاية عام 2012 لم يصدر أي نص قانوني ينظم ممارسة هذا النشاط الإعلامي. وبصدور القانون العضوي 05/12 تم الإشارة لأول مرة للصحافة الإلكترونية ، وقد جاء هذا بعد دعوات مستمرة من الأسرة الإعلامية لضرورة وضع إطار قانوني ينظم الصحافة الإلكترونية، كما أن التطور التكنلوجي واجتياحه لكل ما هو إعلامي فرض هذه الضرورة التشريعية .

تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على الكيفية التي نظم بها القانون العضوي 05/12 المتعلق بالإعلام نشاط الصحافة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: الإعلام، الصحافة الإلكترونية، القانون العضوي للإعلام 05/12

Résumé:

La presse électronique en Algérie est demeurée longtemps sans règlementation juridique, depuis l'apparition du premier journal électronique en Algérie et jusqu' 'au milieu des années nonante et jusqu'à l'année 2012,on n'a émis aucune disposition légale régissant l'exercice de cette activité médiatique .La presse électronique a été notée pour la première fois avec la publication de la loi organique 12-05 ,ceci est venu après les appels constants de la famille médiatique vu le besoin d'élaborer un cadre juridique régissant les médias électroniques ,et le développement technologique sans oublier l'invasion des médiats qui a imposé cette nécessité législative.

les mots clés: Média ; Presse électronique ; Loi organique de l'information 12/05

مقدمة :

يضمن التنظيم القانوني لنشاط الإعلام الممارسة المهنية المسؤولة، حيث تنص دساتير معظم البلدان على حرية الإعلام والاتصال كشرط ضروري لحرية التعبير باعتبارها أحد مكونات حقوق الإنسان، وهو ما يترجم في شكل قوانين للإعلام تهتم بتنظيم نشاط وسائل الإعلام والقائمين به، وغالبا ما تأتي قوانين الإعلام في شكل قانون مختلط نظرا لارتباط الإعلام بعدة مجالات منها المدنية والجزائية والتجارية.

إن القوانين باعتبارها انعكاس لفلسفة المجتمعات تواكب التطورات التقنية والتكنلوجية، ونظرا لذلك واكبت المنظومة القانونية الإعلامية هذه التطورات خاصة مع الانتشار الواسع والاستخدام المتزايد لشبكة المعلومات العالمية "الانترنت " التي ساعدت في ظهور وانتشار وسائل إعلامية جديدة على رأسها الصحافة الإلكترونية، التي عرفت ازدهارا لا محدود منذ التسعينات من القرن الماضي، الأمر الذي دفع الحكومات لإصدار قوانين تنظم هذا النشاط الإعلامي المستجد، والأمر لم يقف عند اصدار قوانين داخلية تنظم الصحافة الإلكترونية إنما تجاوزها لإصدار قوانين دولية وإقليمية، ونظرا للتجدد السريع والانتشار المتنامي للصحافة الإلكترونية تظهر وباستمرار قوانين منظمة لهذا النشاط.

لكن هذه المواكبة التشريعية للصحافة الإلكترونية لم تسجل في الجزائر إلا غاية سنة 2012من خلال القانون العضوي للإعلام 05/12المؤرخ في 12 يناير 2012.من هنا جاءت هذه الورقة للوقوف تنظيم نشاط الصحافة الإلكترونية من خلال هذا القانون في محاولة للإجابة على الإشكالية البحثية التالية:

كيف نظم القانون العضوي للإعلام 12-5 نشاط الصحافة الإلكترونية؟ وماهي النقائص المسجلة في هذا القانون العضوي؟

أهداف الدراسة :

- ✓ التعريف بالصحافة الإلكترونية .
- ✓ التعرف على نشأة وتطور الصحافة الإلكترونية.
- ✓ بيان الخصائص الإعلامية للصحافة الإلكترونية.
- ✓ استعراض وباختصار التنظيم القانوني للإعلام في الجزائر منذ الاستقلال حتى الوقت الراهن.
- ✓ التعرف على التنظيم القانوني للصحافة الإلكترونية في الجزائر.

المبحث الأول: الصحافة الإلكترونية –المفهوم، الخصائص والتطور –

المطلب الأول: مفهوم وأنواع الصحافة الإلكترونية

1-مفهوم الصحافة الإلكترونية:

قبل البدء في استعراض بعض المفاهيم المتعلقة بالصحافة الإلكترونية تجدر الإشارة أنه لا يوجد مفهوم واحد متفق عليه من قبل كل الباحثين يشار به للصحافة الإلكترونية ويحدد خصائصها بشكل موحد إنما هناك عدة تعاريف قد يراد بها الصحافة الإلكترونية نظرا لخصوصية الصحافة الإلكترونية وارتباط ظهورها بعدة عوامل على رأسها الاستخدام المدني الانترنت، والنشر الالكتروني.

يمكن تعريف الصحافة الإلكترونية على أنها:" الصحافة التي تتم ممارستها على الخط المباشر".[1]

كذلك تعرف على أنها:" نوع من الاتصال بين البشر يتم عبر الفضاء الإلكتروني ،الانترنت وشبكات المعلومات والاتصالات الأخرى تستخدم فيها فنونا وآليات مهارات العمل في الصحافة المطبوعة، مضافا إليها مهارات وآليات تقنيات المعلومات التي تناسب استخدام الفضاء الإلكتروني كوسيط أو وسيلة الاتصال، بما في ذلك استخدام النص والصوت والصورة والمستويات المختلفة من التفاعل مع المتلقي لاستقصاء الأنباء الآنية وغير الآنية ومعالجتها وتحليلها ونشرها على الجماهير عبر الفضاء الإلكتروني بسرعة".[2]

ويمكن اعتبارها أيضا:" منشور إلكتروني يصدر بصفة دورية ولها موقع محدد على شبكة الانترنت وتخزين المعلومات وإدارتها واستدعائها يكون بطريقة إلكترونية" .[3] يشار إليها أيضا أنها :"وسيلة من الوسائل متعددة الوسائط "**Multimedia**" تنشر فيها الأخبار والمقالات وكافة الفنون الصحفية عبر شبكة المعلومات الدولية الانترنت بشكل دوري، وبرقم متسلسل، باستخدام تقنيات عرض النصوص، والرسوم ، والصور المتحركة ، وبعض الميزات التفاعلية" .[4]

الصحافة الإلكترونية:" هي منشور يتاح على شبكة المعلومات العالمية، يتم مطالعتها وتصفحها من خلال برامج التجول ويتم بناء الموقع الإلكتروني الخاص بهذا النوع من الصحف من خلال استخدام لغة

---

[1] – شريف، درويش اللبان. الصحافة الإلكترونية: دراسات التفاعلية و تصميم المواقع، الدار المصرية اللبنانية ، القاهرة، 2005 ،ص 41.

[2] – خالد، محمد غازي. **الصحافة الإلكترونية الالتزام والانفلات في الخطاب والروح** ، وكالة الصحافة العربية(ناشرون)، الجيزة ،2016، ص 104.

[3] –علي ، عبد الفتاح كنعان. **الصحافة الإلكترونية في ظل الثورة التكنلوجية**، دار اليازوردي للنشر والتوزيع ، عمان، 2014، ص 11.

[4] – أمين ، رضا عبد الواجد. **الصحافة الإلكترونية** ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ص 95.

ترميز النص الفائق وغيرها من أدوات التصميم المستعينة بالحاسبات الإلكترونية لتقديم النص والمواد الجرافيكية التي تحتوي على المعلومات الصحفية على شاشات الحاسب الإلكترونية".[1]

ومن هذه التعاريف يمكن أن نستخلص بعض مؤشرات الصحافة الإلكترونية على أنها [2]:

1. منشور إلكتروني دوري يحتوي على الأحداث الجارية.
2. يتم قراءتها من خلال جهاز كومبيوتر غالبا ما تكون متاحة عبر شبكة الانترنت.
3. يتم إصدارها بطريقة إلكترونية من حيث تحريرها وتصحيحها وتصميم الرسوم وإعدادها وتركيب الصفحات ثم يتم بثها إلى جهاز كمبيوتر متصل بالشبكة.
4. تتيح للقارئ تصفحها واستدعائها والبحث في محتوياتها وحفظ المادة التي يرديها وطبع ما يرغب.
5. النصوص فيها مرتبطة بصحف ورقية مطبوعة وأحيانا لا يكون لديها نسخ مطبوعة.

2-أنواع الصحف الإلكترونية:

عند تصفحنا شبكة الانترنت تصادفنا أحد أنواع الصحف الإلكترونية التالية:

1. نسخ إلكترونية من صحف مطبوعة ورقيا معروفة باسمها وتاريخها، وما تقدمه مجرد نسخة إلكترونية طبق الأصل لما تقدمه الصحيفة الورقية.
2. صحف إلكترونية تحمل اسم الصحيفة الورقية، لكنها تختلف عنها في محتواها وخدماتها وتوجهاتها وتعتمد على التحديث المستمر واستطلا ع الرأي والتفاعلية .
3. صحف إلكترونية ليس لها أصل ورقي.[3]
4.

المطلب الثاني: ظهور وتطور الصحافة الإلكترونية

ارتبط ظهور وتطور الصخف الإلكترونية بالتطورات التكنلوجية وانتشار المستحدثات التقنية واستخدامها في انتاج وتوزيع الصحف المطبوعة، فقد مرت الصحافة الحديثة بعدة مراحل في استخدام الوسائل التكنلوجية الجديدة حيث بدأت الصحف منذ الستينات في استخدام أنظمة الجمع الإلكتروني. [4]

[1] – خالد، محمد غازي. مرجع سابق، ص 107.
[2] – علي، عبد الفتاح كنعان. مرجع سابق، ص 11.
[3] – خالد، محمد غازي. مرجع سابق، ص 117.
[4] – علي، عبد الفتاح كنعان. مرجع سابق ، ص12.

ولمواجهة انخفاض قارئية الصحف منذ أواسط الستينات بذلت صناعة الجرائد الأمريكية مزيدا من الجهود للحد من هذا الانخفاض، بل والعمل على زيادة عدد القراء، وعلاوة على تحسين أسلوب عرض المنتج الطباعي من خلال استخدام الصور الفوتوغرافية الملونة والرسوم المعلوماتية والإخراج الكتلي قامت بعض الجرائد أيضا بتجريب عملية نشر قصص خبرية تتسم بالقصر والبساطة على رأس هذه الجرائد **USA TODAY**[1].

تعود بداية الصحافة الإلكترونية إلى عام 1976حيث جاءت نتيجة تعاون بين مؤسستي **BBC** الإخبارية و" إندبندت برودكاستينغ أوتوريتي" **IBA** ضمن خدمت تلتكست.

وفي عام 1979 ظهرت في بريطانيا خدمة ثانية أكثر تفاعلية عرفت باسم خدمة الفيديو تكست مع خدمة بريستل **Prestel** و قدمها مكتب البريد العام في المملكة المتحدة[2] ، ويعد الفيديو تكست **Video Text** نظاما تفاعليا يعتمد أساسا على أجهزة الكومبيوتر، ويتيح هذا النظام للمشاهدين الوصول إلى بنك معلومات ضخمة، ويستطيع مستخدمي الفيديو تكست الذين يستخدمون شاشة الكومبيوتر الوصول إلى كم كبير ومتنوع من المعلومات في الحال. [3] قدمت هذه الخدمة نشرات إخبارية، وإجراء المعاملات المصرفية من المنزل، حجز تذاكر الطيران، ومعلومات أخرى أشبه بشاشات التلفزيون. [4]

كانت تجارب التلتكست والفيديو تكست في هيئة الإذاعة البريطانية والتجارب التفاعلية الأخرى في مجالات نقل النصوص شبكيا خطوات مهمة في مسيرة تطور الصحافة الإلكترونية، لكن ومع فشل صناعة الفيديو تكست، بسبب قلة جمهوره في عقد الثمانينيات، أعطى نمو الإنترنت منذ ذلك الحين خاصة تطوير شبكة الوب العالمية في أوائل عقد التسعينيات دفعة جديدة للنشر الإلكتروني.

وجعلت خصائص التفاعلية والحالية ولا محدودية المساحة التي أتاحتها الإنترنت من هذه الشبكة وسيلة مثلى للنشر الإلكتروني الذي يتمثل استخدام الأجهزة الإليكترونية في مختلف مجالات الإنتاج والإدارة والتوزيع للبيانات والمعلومات وتسخيرها للمستفيدين، وهو ما يماثل تماما النشر بالوسائل والأساليب التقليدية، ويتم توزيعها بالوسائط الإليكترونية كالأقراص المرنة أو الأقراص المضغوطة أو من خلال الشبكات الإليكترونية كالإنترنت[5]. والنشر الإلكتروني يتخذ ثلاث أشكال هي:

---

[1] – شريف، درويش اللبان. مرجع سابق، ص 21.

[2] – علي، عبد الفتاح كنعان. مرجع سابق، ص12.

[3] – شريف، درويش اللبان. مرجع سابق، ص 22.

[4] – مرجع سابق، ص 23.

[5] –جمال، بوعجيمي. بلقاسم، بروان. **الصحافة الإليكترونية في الجزائر، واقع وأفاق**، جامعة الجزائر، 2005، ص06 .

1. الاعتماد على الحاسب الآلي حتى تسهل عملية إنتاج المواد التقليدية.
2. الاعتماد على الحاسب الآلي ونظم الاتصال لتوزيع المعلومات إلكترونيا عن بعد.
3. الاعتماد على وسائط تخزين إليكترونية.

وعلاوة على ذلك، فإن الكلفة المنخفضة، وسهولة النقل عبر الحدود الجغرافية، وإمكان تضمين عناصر الوسائط المتعددة في الوسيلة الجديدة" الانترنت " كانت عناصر جاذبة للناشرين[1]. ويشير بعض الباحثين في تاريخ الصحافة الإلكترونية أن أول صحيفة الكترونية هي صحيفة "هيلزنبورج داجبلاد" السويدية فهي أول صحيفة تنشر بالكامل على الانترنت[2]، فيما يرجع البعض الآخر من الباحثين ظهور أول صحيفة إلكترونية أنه كان في أمريكا هي صحيفة "تريبون" عام 1992، وفي نفس العام ظهرت صحيفة "شيكاغو أون لاين" الإلكترونية، وكانت بعض الخطوات ذات الدلالة في تطوير الجرائد الإلكترونية نتاجا مهما لأبحاث" مركز مركيوري" والذي أتاح صحيفة" سان جوزيه مركيوري نيوز" **SAN JOSE MERCURY NEWS** على الإنترنت عام1993، لتكون في مقدمة الجرائد الإلكترونية المنشورة على الوب.

وقد زادت هذه الصحيفة خدمات إضافية مثل أرشيف الأخبار، وتوسعت في نشر المعلومات المحلية، وأتاحت لوحة للنشرة لإلكترونية "**Electronic Bulletin Board** للقراء لكي يتصلوا بعضهم ببعض ويتصلوا بالمحررين، كما قامت الصحيفة أيضا بتقديم خدمة إخبارية شخصية، حيث يتلقى الفرد موضوعات يتم نقلها إليه عبر البريد الإلكتروني.

و ظهرت صحيفة "إلكترونيك تليجراف" "**Electronic Telegraph**" النسخة الإلكترونية من صحيفة" ديلي تليجراف " صحيفة الواب الرائدة في بريطانيا، على الإنترنت في نوفمبر من العام 1994، ثم ظهرت صحيفة " التايمز" " **Times**" في سبتمبر 1994 على الواب.

وفي عام1994، بدأت جريدة" الواشنطن بوست "الأمريكية تدشين مشروع كلف تنفيذه عشرات الملايين من الدولارات قامت خلاله ببث العديد من موضوعاتها من خلال شبكة الإنترنت كان الاتصال الفوري المباشر للقارئ يتم مقابل بدل شهري لا يتجاوز عشرة دولارات، ويتضمن نشرة تعدها الصحيفة، يعاد صياغتها في كل مرة تتغير فيها الأحداث مع مراجع وثائقية وإعلانات مبوبة وإعلانات الخدمة المتبادلة.

أطلق على المشروع اسم" الحبر الرقمي"، وكان فاتحة لظهور جيل جديد من الصحف هي" الصحف الإلكترونية "التي تخلت للمرة الأولى في تاريخها عن الورق والأحبار والنظام التقليدي للتحرير والقراءة

---

[1] – خالد، محمد غازي. مرجع سابق، ص 99-ص 100.

[2] – محمود ، علم الدين . **الحاسبات الإلكترونية وتكنلوجيا الاتصال**، دار الشروق للنشر والتوزيع ، القاهرة، 1997، ص 155.

لتستخدم جهاز الحاسوب وإمكاناته الواسعة في التوزيع عبر القارات والدول بلا حواجز أو قيود . وقبل أن ينتهي عقد التسعينيات كانت عشرات الصحف في العالم، خصوصا الكبرى منها، قد أسست لنفسها مواقع على شبكة الإنترنت.[1]

عربيا ظهرت أول صحيفة إلكترونية عام 1995 هي صحيفة "الشرق الأوسط" على شكل صور، ثم صحيفة "النهار اللبنانية" في جانفي 1996 ثم صحيفة الحياة في جوان 1996 ثم صحيفة السفير في نهاية 1996 و سجل عام 1996 أيضا ظهور أول جريدة جزائرية هي "**Algeria interface**" ثم توالى ظهور الصحف العربية الإلكترونية في سنة 1997 على غرار "الراي" القطرية، "الجمهورية" المصرية، "الجزيرة" السعودية، "القبس" الكويتية، "القدس" الفلسطينية.

و في أفريل من عام 1997 تمكنت صحيفتا "لومند" و"ليبراسيون" الفرنسيتان من الصدور بدون أن تتمك عملية الطباعة الورقية بسبب إضراب عمال مطابع الصحف الباريسية ، الصحيفتان صدرتا على موقعهما في الانترنت لأول مرة و تصرفت إدارتا التحرير بشكل طبيعي كما هو الحال اليومي للإصدار الورقي.[2]

وبشكل عام مثلت سنوات التسعينات من القرن الماضي مرحلة الانطلاقة الفعلية للصحف الإلكترونية عبر العالم

لتواصل تطورها وانتشارها في السنوات الأولى من القرن الحالي وتوسع من باقة خدماتها مستفيدة من وسائل الإعلام الجديد على رأسها شبكات التواصل الاجتماعي.

المطلب الثالث: خصائص الصحافة الإلكترونية

تتعدد خصائص الصحافة الإلكترونية وتتوسع مع التطور التكنلوجي ومن أهم هذه الخصائص يمكن ذكر ما يلي:

1.تعدد الوسائط:

تعتمد أدوات الصحافة الإلكترونية على التعامل مع المحتوى المخزن رقميا، الذي يتم فيه جمع وتخزين وبث جميع أشكال المعلومات ويعتبرها ذات طبيعة واحدة بغض النظر عما إذا كانت صوتا أو صورة أو نص.

2.التفاعل والمشاركة :

يبدأ بمجرد البحث في مجموعة من النصوص والاختيار فيما بينها، وينتهي بإمكان توجيه الأسئلة للصحفي أو مصدر المعلومة نفسه، أو التدخل للمشاركة في صناعة خبر أو معلومة جديدة أثناء القراءة و

[1] – خالد محمد غازي. مرجع سابق ، ص 101– ص 103.

[2] – علي، عبد الفتاح كنعان. مرجع سابق، ص 15.

تصفح الموقع ، من خلال إبداء الملاحظات والحوارات الحية للآخرين حول ما يقرأ أو المشاركة في استطلاعات الرأي التي تعطي مساحة كبيرة للقارئ من إبداء رأيه دون قلق لتكسر بذلك حاجز الخوف من الرقابة إن توافر التفاعلية في الصحف الإلكترونية يتيح للمستخدم أن يكون مشاركا نشطا في خل المحتوى.

3.التمكين والتشبيك والقدرة على التحكم في ظروف التعرض:

من خلال الاختيار ما بين الصوت والصورة والنص الموجودة مع المحتوى الصحفي سواء كانت أخبار أو تقارير أو تحليلات والمصادر المتعددة.

4.السرعة الفورية والتحديث المستمر:

انتشار المعلومات ووصولها إلى جمهور واسع بأقل تكاليف و التحديث الفوري للمعلومات تبعا لتطورات الأحداث وسرعة تعديل وتجديد الخبر الإلكتروني.

5.الشخصنة:

تجعل كل زائر للموقع قادرا على أن يحدد لنفسه و بشكل شخصي الشكل الذي يريد أن يرى به الموقع فيركز على أبواب و مواد بعينها و يحجب أخرى في أي وقت يرغب .[1]

6.الوصلات التشعبية:

الصحافة الإلكترونية توفر وصلات إلى نصوص متصلة بالموضوع في الموقع نفسه وهذا التفصيص في النص يستفيد من ميزات الانترنت في تتبع مصادر الموضوع، ويوفر نظام النشر الإليكتروني القدرة على إتاحة التصفح الحر أمام القراء، انطلاقا من استخدامه لنظامي الكتابة الإليكترونية،" الهيبر تكست **Hayper text** والهيبر ميديا اللذين يتيحان قدرات عالية من المرونة والتنوع، إضافة إلي قابليتهما للدمج والتحول بما يساعد عل ربط النصوص المنشورة بأجزاء متعلقة بها في مواقع أخرى من الشبكة[2].

[1] – علي، عبد الفتاح كنعان. مرجع سابق، ص 27– ص 29.

[2] –فهد، العسكر. **التقنيات الصحفية الحديثة وأثرها على الأداء المهني للصحف المعاصرة**، دار عالم الكتب، القاهرة،، 1998 ،ص13 .

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للصحافة الإلكترونية في الجزائر

المطلب الأول: الصحافة الإلكترونية الجزائرية

دخلت الأنترنت إلى الجزائر لأول عام1993 عن طريق خط هاتفي متخصص دون الاستفادة من خدمات الانترنت ليتم في عام 1994 الربط الكامل بشبكة الإنترنت عن طريق كابل من الألياف الضوئية يربط مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني "cerist" قدرت سرعة هذا الربط في البداية ب 9600 " بايت/ثا "وهي سرعة بطيئة وقد تم إقامة المشروع السابق بالتعاون مع منظمة اليونسكو في إطار مشروع إفريقي يعرف بشبكة الإعلام الإفريقي والتي كانت النقطة المحورية للشبكة.

ربط الجزائر بالإنترنت سمح ببداية ظهور الصحف الإلكترونية حيث تعد جريدة **Algeria interfc** هي الجريدة الإلكترونية الأولى عبر شبكة الانترنت في الجزائر أسسها الإعلامي "نور الدين خلاصي" صحفي سابق في جريدة la nation وهذه التجربة في الأصل كانت عبارة عن خطة لإصدار جريدة مستقلة في عام 1996 ، تقدم التقارير أخبار حول المسائل السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية بمشاركة وكالة التنمية السويدية "Sida" تم تخلي لاحقا عن الفكرة و تحول المشروع إلى التفكير في إنشاء جريدة على شبكة الانترنت اختارت الجريدة اللغتين الفرنسية و الانجليزية في مجال النشر الإلكتروني، ومولت الصحيفة من قبل وكالة " سيدا "ومساعدة مركز" الفابا لم "الدولي.

تأخرت الصحف الورقية الجزائرية من الظهور على شبكة الانترنت مقارنة بالدول العربية وهذا راجع لعدة صعوبات كانت منها انقطاعات متكررة لشبكة الانترنت بالإضافة إلى نقص الفنيين والتقنيين في مجال التحرير على شبكة الانترنت، وهذا ما جعل الصحافة الإلكترونية تتأخر نوعا ما في الجزائر[1].

بالنسبة للصحف التي كانت تصدر بشكل مطبوع واختارت التوجه للطبعة الإلكترونية كان السبق لجريدة الوطن" el watan "باللغة الفرنسية في نوفمبر1997 ثم جريدة" **liberté** "في جانفي 1998فجريدة" اليوم" بالغة العربية في فيفري1998 ،و تلتها جريدة " الخبر "باللغة العربية في أفريل 1998، ثم جريدة "الشعب" في جوان 1998، جاءت بعدها جريدة "المجاهد" في جويلية 1998. وابتداء من عام 2000 أصبحت أغلبية الصحف الصادرة بالجزائر تمتلك نسخة إلكترونية على الانترنت اضافة إلى ظهور صحف إلكترونية ليس لها إصدار مطبوع.

[1] -صونية، قوراري. "اتجاهات جمهور الطلبة نحو الصحافة الإلكترونية -دراسة ميدانية على عينة من الطلبة الجامعيين المستخدمين للإنترنت في جامعة بسكرة" ،مذكرة ماجيستر غير منشورة ،بسكرة ، 2011، ص 230-ص 231- ص 232.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للإعلام في الجزائر

سميت المرحلة الممتدة منذ استقلال الجزائر في 5 جويلية 1962 إلى غاية صدور قانون الإعلام 1990بمرحلة الأحادية الإعلامية ففي هذه المرحلة سيطرة الدولة على كل ما هو إعلامي ولم تسمح الحكومة بدخول الخواص النشاط الإعلامي كما عرفت هذه المرحلة مجموعة من النصوص التشريعية متعلقة بالنشاط الإعلامي عمل جميعها على تكريس هيمنة الحكومة على قطاع الإعلام فأول نص قانوني نظم قطاع الإعلام في الجزائر صدر مباشرة بعد الاستقلال في 31 ديسمبر 1962ينص على أنه ": يبقى العمل جاريا حسب التشريع الفرنسي في جميع الميادين التي ليس فيها تعارض مع السيادة الوطنية" والملاحظ عن هذا النص أنه لا يتعلق بالإعلام و إنما جميع الميادين و بما أن نشاط الإعلام لا يمس السيادة الوطنية استغل هذا النص لتنظيم النشاط الإعلامي".

ثم صدر دستور 1963 الذي نص على مبدأ حرية التعبير بصفة عامة، حيث جاء في مادته التاسعة عشر على أنه: "تضمن الجمهورية حرية الصحافة، ووسائل الإعلام الأخرى، وحرية تكوين الجمعيات، وحرية التعبير والتدخل العمومي وحرية الاجتماع" .[1] هذه الحرية التي تم تقيدها في المادة الثانية والعشرين من نفس الدستور التي تنص على أنه:" لا يجوز لأي كان أن يستغل الحقوق السالفة الذكر في المساس باستقلال الأمة وسلامة تراب الوطن والوحدة الوطنية ومنشآت الجمهورية ومطامح الشعب والاشتراكية ووحدة جبهة التحرير الوطني".[2]

ولم يصدر أي قانون خاص بالإعلام في الجزائر إلى غاية 1982 حيث صدر القانون رقم 82-01 الخاص بالإعلام والمؤرخ في 6 فيفري 1982 الذي يعتبر أول قانون للإعلام في الجزائر الذي كرس بدوره هيمنة وسيطرة الدولة (وزارة الإعلام وحزب جبهة التحرير الوطني والمنظمات الجماهيرية التابعة له) على وسائل الإعلام وهذا ما عبرت عنه المادة الأولى من هذا القانون أن: " الإعلام قطاع من قطاعات السيادة الوطنية، يعبر الإعلام بقيادة حزب جبهة التحرير الوطني، وفي إطار الاختيارات الاشتراكية المحددة في الميثاق عن إدارة الثورة، وترجمة لمطامح الجماهير الشعبية، ويعمل الإعلام على تعبئة كل القطاعات وتنظيمها لتحقيق الأهداف الوطنية"[3]

كما أشار لحق المواطن في الإعلام من خلال نص مادته الثانية:" الحق في الإعلام حق أساسي لجميع المواطنين تعمل الدولة على توفير إعلام كامل وموضوعي ".[4] وجاء نص المادة الرابعة ليشير إلى خيار

---

[1] – دستور 1963، المادة 19.

[2] –مرجع سابق، المادة 22.

[3] – قانون رقم 82-01، 6 فيفري 1982،المادة 1.

[4] – مرجع سابق، المادة 2.

التعريب:"" مع العمل دوما على استعمال اللغة العربية وتعميمها، يتم الإعلام من خلال نشريات إخبارية عامة، ونشريات متخصصة ووسائل سمعية بصرية".[1]

استمد هذا القانون معظم أحكامه من دستور 1976 وجسد هذا القانون ما جاء في الميثاق الوطني لسنة 1976، ولائحة الإعلام الصادرة عن الدورة الأولى للمؤتمر الرابع لحزب جبهة التحرير الوطني لسنة 1979 فلم تخرج مواده عن الخيار الأيديولوجي الاشتراكي للدولة." جاء هذا القانون لينظم أكثر مجال الصحافة المكتوبة أما قطاع السمعي البصري تم الإشارة إليه في إطار تبعيته للدولة، لذا سمي هذا القانون من قبل ممارسي المهنة الإعلامية بقانون العقوبات حيث خصص 43 مادة للإجراءات العقابية ضد الصحافيين.

احتوى هذا القانون على 119مادة موزعة على خمسة أبواب وتسعة فصول، وضم هذا القانون سبع محاور نذكرها في ما يلي :ملكية وإصدار الصحف ، حق ممارسة مهنة الصحافة، مبادئ وأهداف الرسالة الإعلامية، حق المواطن في الإعلام، حق النقد، الرقابة والتوجيه، الواجبات والعقوبات.

عموما يمكن القول أنه اتسمت الممارسة الإعلامية في الجزائر قبل التعددية (الإعلامية، السياسية) بسياسة الحزب الواحد، والخطاب الرسمي والرسالة الأحادية الاتجاه ، وهذه الممارسة التي دامت أكثر من ربع قرن بقيت تداعياتها وترسباتها قائمة حتى بعد مرحلة التعددية الإعلامية.[2]

بقيت الأوضاع على حالها حتى أحداث أكتوبر1988 التي تعتبر نقطة تحول في تاريخ الجزائر السياسي، حيث خرج المتظاهرين للشوارع في احتجاجات واسعة عمت الولايات الجزائرية يوم 5 أكتوبر 1988، نتج عنها انعكاسات غيرت الكثير من الأمور على مستوى النظام السياسي الجزائري، خاصة عهد الحزب الواحد والايديولوجية الاشتراكية التي سيطرت على معظم مجالات الحياة في الجزائر.

فكان من نتائج أحداث الخامس من أكتوبر 1988تعديل الدستور في 23 فبراير1989 وإقرار التعددية الحزبية حيث صدر قانون الأحزاب السياسية 5 يوليو 1989، وفي ظل فترة وجيزة لم تتجاوز السنتين عرفت الساحة السياسية الجزائرية أكثر من ستين حزبا مثلت توجهات سياسية مختلفة ومتنوعة وتعكس ما لديها من مدارس سياسية وأيديولوجية من أقصى اليمين إلى أقصى اليسار، فهناك أحزاب تمثل الاتجاه الإسلامي وأخرى تؤمن بالاتجاه الاشتراكي وهناك من يدعي اليمين الديمقراطي، وأحزاب سياسية قامت على العرق والدين والمنطقة أو الجهة إلى آخر ذلك .[3]

---

[1] – مرجع سابق، المادة 4.

[2] – محمد، قيراط. "حرية الصحافة في ظل التعددية السياسية في الجزائر"، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد3 و4 ،2003، ص 122.

[3] – مرجع سابق، ص107.

أما إعلاميا فقد جاءت أحداث أكتوبر لتميط اللثام عن واقع الإعلام الوطني، وتحفزه ليعيد النظر بعض الشيء في مضمون المادة الإعلامية وفي شكل تقديمها، وفجرت فيه المناقشة حول واقع المجتمع الجزائري، وحول موقع وسائل الإعلام في ظل هذا الواقع،[1] فبصدور دستور1989 دخلت الممارسة السياسية والإعلامية في الجزائر عهدا جديدا قائم على الفلسفة الليبرالية ونظرية حرية الصحافة فقد استند دستور1989 على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 لاسيما المادة 19منه.

و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان1948 . بعد أحداث أكتوبر 1988 عملت الجزائر على تبني سياسة التفتح على المستوى السياسي والاجتماعي والاقتصادي والإعلامي ،حيث صدر قانون الإعلام رقم 90-07 في أفريل 1990 المعدل لقانون الاعلام 1982 .

نصت المادة الثانية من هذا القانون:" أن الحق في الإعلام يجسده حق المواطن في الاطلاع بصفة كاملة وموضوعية على الوقائع والآراء التي تهم المجتمع على الصعيدين الوطني والدولي وحق مشاركته في الإعلام بممارسة الحريات الأساسية في التفكير والرأي والتعبير طبقا للمواد35، 36 ، 39 و40 من الدستور".[2]هذا القانون الجديد للإعلام ترجم السياسة الإعلامية الجددة للبلاد والتي كان من أهدافها :

- ✓ خلق إعلام حر وتعددي ومتنوع قائم على اللامركزية عكس ما كان سائدا في ظل الأحادية.
- ✓ خلق قاعدة إعلامية تتماشى والنهج الديمقراطي الذي أقره دستور 1989.
- ✓ ترجمة قرار السياسة التعددية في مجال الممارسة الإعلامية.
- ✓ رفع الغبن والتعسف الذي كان مفروضا على الصحفيين وذلك بوضع قاعدة تشريعية تقر بالتعددية الإعلامية التي تجسدت في المواد التي نص عليها قانون الإعلام.
- ✓ وضع حد لاحتكار الدولة للإعلام وذلك بفتح المجال أمام القطاع الخاص.
- ✓ تطوير الاتصال السياسي في الجزائر من خلال العمل على تطوير الممارسة الإعلامية وتقريب المعلومة للمواطن.
- ✓ تكريس حقوق الإنسان باعتبار الحق في الإعلام حق من حقوق الإنسان.
- ✓ توسيع المستوى الديمقراطي وتحقيق النهوض لكل جهات الوطن ومواجهة مشكلات المجتمع والبحث عن حلول لها.

[1]- نصر الدين، لعياضي. **مساءلة الإعلام**، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1991 ، ص 61.

[2] -قانون رقم 90-07،، 3 أفريل 1990،المادة 2.

- ✓ تحقيق التنمية الفكرية عن طريق نقل ما يريده الجمهور المحلي مستندين في ذلك إلى خبرة الناس وشعورهم ونظرتهم إلى الحياة والاقتراب منهم.
- ✓ تحقيق التفاعل في عملية الاتصال الجماعي من خلال حرية التعبير الممنوحة .
- ✓ خدمة الثقافة الوطنية و تعميق جذورها والحفاظ على الإرث الحضاري والثقافي الجزائري.

والمسجل أيضا عن وضع الصحافة بعد إقرار قانون الإعلام 1990 ارتفاع عدد الصحف حيث ارتفع العدد من 49 عنوانا سنة 1988إلى 74 عنوانا سنة 1991 بسحب إجمالي قدر ب1437000 نسخة في اليوم وسجلت قدرة سحب 8 يوميات صادرة باللغة الفرنسية نهاية 1991 ما يعادل 535ألف نسخة ،ومن أشهر الصحف التي سجلت رواجا كبيرا نذكر يومية" الخبر" باللغة العربية، و"مساء الجزائر"، يومية " الجزائر" و"الجزائر الجمهورية "،" الوطن" باللغة الفرنسية، أما صحافة القطاع العام فقد عرفت بعض المشاكل نتيجة منافسة القطاع الخاص لها من ناحية وهجرة معظم صحافييها خاصة إلى القطاع الخاص، إلى جانب العائق السياسي والخلفية التاريخية والذي حال دون كسب هذه الصحف لثقة القراء ، إلى جانب غموض دورها وغياب مكانتها في عالم الممارسة الإعلامية وعدم قدرتها على التكيف مع المحيط السياسي التعددي وآليات اقتصاد السوق وهي كلها عوامل أثرت على عملها وانخفضت مبيعاتها في السوق.[1]

ومنذ 1992 دخل الإعلام الجزائري في مرحلة حرجة عكستها الأوضاع التي مرت بها البلاد بعد استقالة الرئيس "الشاذلي بن جديد" في 11 جانفي 1992 والغاء الانتخابات التشريعية التعددية وتنصيب " المجلس الأعلى للدولة "في 14 جانفي 1992 و صدور "قانون الطوارئ" في 9 فبراير 1992 الذي جمد العمل بالدستور ،و اغتيال الرئيس "محمد بوضياف" في 29 جوان 1992، فكل هذه الاحداث أثرت على الممارسة الإعلامية بإصدار بعض القوانين قيدت هذه الممارسة حيث تم إلغاء "المجلس الأعلى للإعلام" بمقتضى المرسوم 93 -13المؤرخ في 26أكتوبر1993 لتنتقل مهامه لوزارة الاتصال. و صدور القرار الوا زري المشترك بين وزارة الداخلية والاتصال المؤرخ في 7 جوان1994 والمتعلق بالإعلام الأمني والرقابة المسبقة على المطابع الأربعة التي تمتلكها الدولة وهو ما اعتبر بمثابة احتكار الحكومة للمعلومة. ونص على : التزام الصحف ووسائل الإعلام بعدم نشر أي أنباء أو معلومات عن العنف السياسي وعن النشاط الأمني والعمليات العسكرية واذاعتها إلا من خلال البيانات الرسمية التي تذيعها وزارة الداخلية باعتبارها المصدر الوحيد المأذون له.

[1]- بخوش، صبيحة . "تطور السياسة الإعلامية في الجزائر في ظل التعددية السياسية 1990- "2015، مرجع سابق، ص 61-62.

كما جاء في القرار أيضا، ضرورة التزام الصحافيين والناشرين والصحف بالتوصيات المحددة التالية":خدمة لمصالح البلاد العليا، التقليل من حجم التأثير النفسي للعمليات الإرهابية المسلحة حفاظا على الروح المعنوية للشعب الجزائري ووضع مثل هذه الأنباء في الصفحات الداخلية وعدم إظهارها في الصفحات الأولى ووصف الجماعات الإسلامية المسلحة بأنها جماعات بربرية خائنة للوطن و معادية للمجتمع تمارس جرائم ضد الدين الإسلامي تستحق عليها أقسى العقوبات[1].

وبوصول الرئيس "عبد العزيز بوتفليقة" للحكم عرفت الممارسة الإعلامية في الجزائر اتجاه آخر سماه البعض "الممارسة الإعلامية المقيدة " إذ تميزت هذه الفترة بتجميد مشروع قانون الإعلام لسنة 1998، وتأكيد مواصلة العمل بقانون 1990، واتضح موقف السلطة في الإبقاء على احتكار الدولة لقطاع السمعي البصري، وبدأت قيود الممارسة الإعلامية تظهر للعلن، وتجلت أكثر ليس فقط مع تعديل قانون العقوبات سنة 2001 الذي جاء ليجرم الصحفي بل باحتفاظ الدولة باحتكار شراء الورق والمطابع والإشهار وسياسة تعليق الصحف ومعاقبتها، ففي سنة 2003 علقت يوميات " الخبر" و" **la Tribune** "و **"Le Soir d'Algérie** و**"le Matin** " بحجة عدم تسديد ما عليها من مستحقات.[2]

ويرى بعض الملاحظين أن تعديل قانون العقوبات لسنة 2001 جاء لينال من الصحفي وحقه في ممارسة مهامه بحرية وبدون ضغط نظرا للتشديد والصرامة التي حملتها المواد 144، 144مكرر و144 مكرر1، حيث تنص المادة 144 من قانون العقوبات على:" عقوبة السجن من شهرين إلى سنتين و بغرامة مالية من 100 إلى 500 ألف دج أو بإحدى العقوبتين لكل من يهين موظف عام أو ضابط عمومي أو احد رجال القوة العمومية"، ونصت المادة 144 مكرر1 من نفس القانون على أن :" في حالة ارتكاب القذف بواسطة نشرية يومية أو أسبوعية أو شهرية فان المتابعة تكون ضد مرتكب الجريمة و ضد المسؤولين عن النشرية و عن تحريرها و كذلك النشرية نفسها".

شهدت بداية العهدة الثانية لرئيس الجمهورية " عبد العزيز بوتفليقة " تغير في لهجة الخطاب السياسي عما كانت عليه من قبل وانعكس ذلك بنوع من الإيجاب على الصحافة المكتوبة خاصة، فعلى سبيل المثال عرفت سنة 2007 ارتفاعا ملحوظا في عدد اليوميات بحيث ارتفع إلى52 يومية بسحب إجمالي يساوي 1.697.22 نسخة، بينما عرفت سنة 2008 ارتفاعا في عدد العناوين وصل إلى 291 عنوان بمعدل سحب قدر ب2.428.507 نسخة.

[1]–محمد ، قيراط . مرجع سابق ، ص 137.

[2]– بخوش ،صبيحة . مرجع سابق ،ص64.

غير أن الإبقاء على القيود الواردة في قانون الإعلام من جهة وقانون العقوبات لسنة 2001 من جهة أخرى دفع بالأسرة الإعلامية للتحرك مطالبة بمزيد من الحرية ورفع القيود أمام مهنة الصحفي وتعالت الأصوات المنددة بذلك خاصة سنتي 2010 و2011 واتخذت عدة أشكال كالاعتصامات والكتابات، وكانت نتيجة ذلك كله إعلان رئيس الجمهورية " عبد العزيز بوتفليقة "في خطابه يوم 15 أفريل 2011 عن رفع جنح الصحافة من قانون العقوبات وهو الأمر الذي ما فتئ رجال الصحافة ينددون به بسبب تقييده لحرية التعبير ، وتأكد ذلك فعليا من خلال تعديل المادة 144 مكرر من قانون العقوبات التي ألغت عقوبة السجن عن الصحفي وتعويضها بالغرامة المالية .[1]

لكن الغرامة المالية التي يدفعها الصحفي وصفت أنها مرتفعة بالمقارنة مع أجرته أو راتبه، فبموجب القرار رقم04 -11 المؤرخ في 2 أوت 2011 الذي عدل قانون العقوبات 2001 تم رفع مسؤولية المؤسسة في دفع الغرامة المالية و جعلها من مسؤولية الصحفي.

ثم جاء قانون 05/12 في شكل قانون عضوي الأمر الذي رآه البعض محاولة من السلطة للفت الانتباه ومحاولة منها للتعبير عن الأهمية التي أصبحت تخصصها لقطاع الإعلام جاء هذا القانون بعد مخاض طويل وعسير حيث تطلب إعداد وثيقة المشروع عقد وزارة الاتصال لأكثر من 70 اجتماعا وجلسة عمل وإجراءات مشاورات مع المعنيين من القطاع من صحفيين وناشرين وقضاة ومحامين وجامعيين وناشطين حقوقيين، وهو المشروع الذي تحفظ عليه مجلس الحكومة في اجتماعه يوم 20أوت 2011 لما تضمنه من أحكام لا تتماشى وتعهدات رئيس الجمهورية خاصة ما تعلق برفع التجريم عن الصحافة، وطلب من وزير الاتصال تقديم قراءة ثانية للمشروع تتماشى وتوجيهات مجلس الحكومة، وهو ما تم بالفعل إذ أعيد النظر في بعض البنود وعرض على البرلمان خلال الدورة الخريفية 2011، وبعد المناقشة تم التصويت عليه بالأغلبية من طرف أعضاء غرفتي البرلمان على التوالي في14 و 22 ديسمبر 2011[2]، وتفرعت عنه مراسيم تنفيذية صدرت من الوزير الأول أو وزير الإعلام.

جاء هذا القانون العضوي في 133 مادة مقسمة في إطار 12 باب تناولت جوانب المتعلقة بتنظيم حرية الإعلام(الحق في الإعلام، تنظيم وسائل الإعلام، و أخلاقيات المهنة الصحفية)، تضمنت هذه الأبواب ما يلي:

- ✓ الباب الأول: يتكون من 5 مواد تتضمن أحكام عامة.
- ✓ الباب الثاني: نظم نشاط الإعلام عن طريق الصحافة المكتوبة.

[1]- بخوش، صبيحة. مرجع سابق ،ص64.

[2]- مرجع سابق، ص65.

- ✓ الباب الثالث: يتكون من 18 مادة أحدث سلطة ضبط الصحافة المكتوبة.
- ✓ الباب الرابع: قسم هذا الباب إلى فصلين ينظم النشاط السمعي البصري:
- ✓ الباب الخامس: تضمن 6 مواد يتعلق بوسائل الإعلام الإلكترونية.
- ✓ الباب السادس: قسم إلى فصلين متعلق بمهنة الصحفي وآداب أخلاقيات المهنة.
- ✓ الباب السابع: حق الرد وحق التصحيح.
- ✓ الباب الثامن: المسؤولية جاءت في المادة 115.
- ✓ الباب التاسع: جاء في 11 مادة تضمنت المخالفات المرتكبة في إطار ممارسة النشاط الإعلامي.
- ✓ الباب العاشر: تضمن 3 مواد دعم الصحافة و ترقيتها.
- ✓ الباب الحادي عشر: نظم نشاط وكالات الاستشارة في الاتصال المادة .130
- ✓ الباب الثاني عشر: ضم 3 مواد في شكل أحكام ختامية.

يلاحظ على هذا القانون من الناحية الشكلية أنه تناول جوانب أوسع مما كان عليه قانون الإعلام السابق كما أن هذا القانون استغله ممن كانوا ينتظرون إشارة لفتح مجال السمعي البصري بفتح قنوات فضائية حتى قبل صدور قانون السمعي البصري.

المطلب الثالث: التنظيم القانوني للصحافة الإلكترونية

إن صدور أول جريدة إلكترونية في الجزائر سجل سنة 1996 فمنذ هذا التاريخ لم يصدر أي نص تشريعي ينظم نشاط الصحافة الإلكترونية في الجزائر، وبقيت ممارسة هذا النشاط دون تنظيم قانوني إلى غاية صدور القانون العضوي للإعلام05/12 بتاريخ 12 يناير 2012،الذي تم فيه الإشارة لأول مرة لوسائل الإعلام الإلكترونية التي من بينها الصحافة الإلكترونية حيث جاء في بابه الخامس الذي نظم وسائل الإعلام الإلكترونية في المادة 67 تعريف للصحافة الإلكترونية وفق النص التالي:" يقصد بالصحافة الإلكترونية في مفهوم هذا القانون العضوي ، كل خدمة اتصال مكتوب عبر الانترنت موجهة للجمهور أو فئة منه ، وينشر بصفة مهنية من قبل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الجزائري ،ويتحكم في محتواها الافتتاحي" .[1]

فهذه المادة اشترطت المهنية و الاحترافية لإصدار الصحف الإلكترونية في الجزائر فالصحف التي يصدرها هواة في شكل الكتروني على الانترنت لا تدخل ضمن تنظيم هذا القانون.

[1] – قانون عضوي رقم 12-05، 15 يناير ، المادة 67.

كما بينت المادة 68 من هذا القانون أن المطبوعات الورقية الصحفية التي تنشر نسخة إلكترونية متطابقة على الانترنت لا تخضع لهذا القانون فحسب هذه المادة أن نشاط الصحافة المكتوبة على الانترنت يتمثل في انتاج مضمون أصلي موجه للصالح العام، ويجدد بصفة منتظمة، ويتكون من أخبار لها صلة بالأحداث وتكون موضوع معالجة ذات طابع صحفي . فشرط الأصالة يعتبر أهم معيار لإطلاق وصف صحيفة إلكترونية ، وفق هذا القانون.

ونصت المادة 71 على المجالات التي يجب على الصحافة الإلكترونية المساس بها كما وردت في المادة الثانية من هذا القانون فالإعلام يمارس في إطار احترام:

- ✓ الدستور وقوانين الجمهورية.
- ✓ الدين الإسلامي وباقي الأديان.
- ✓ الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع.
- ✓ السيادة الوطنية والوحدة الوطنية،
- ✓ متطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني.
- ✓ متطلبات النظام العام.
- ✓ المصالح الاقتصادية للبلاد.
- ✓ مهام والتزامات الخدمة العمومية.
- ✓ حق المواطن في إعلام كامل وموضوعي.
- ✓ سرية التحقيق القضائي الطابع التعددي للآراء والأفكار.
- ✓ كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية.

إن هذه المادة اعتبرها الكثير من الممارسين لنشاط الإعلام مقيدة وغير واضحة وفضفاضة الأمر الذي يمكن أن تستغله السلطة في محاكمة الصحفيين وتقييد حرية النشر والإعلام.

وفي الباب السادس المنظم لمهنة الصحفي وآداب وأخلاقيات المهنة أكدت المادة 73 على أن صفة الصحفي المحترف تثبت أيضا على الصحفي الذي يتفرغ للبحث عن الأخبار وجمعها وانتقائها ومعالجتها تقديمها من خلال وسيلة عبر الانترنت، ومن هنا توسعت صفة الصحفي المحترف لتشمل العاملين في القطاع الإلكتروني.

وهذا ما أكدته المادة 115 من باب المسؤولية حيث نصت على أنه : " يتحمل المدير أو مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية ،وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية "[1]. فمن خلا هاتين المادتين نستنتج أن هناك اعتراف بمهنة الصحفي الإلكتروني من خلال هذا القانون لأول مرة في الجزائر.

فباستثناء هذه المواد لم ترد الإشارة إلى الصحافة الإلكترونية في هذا القانون ومنه نستنتج أن الصحافة الإلكترونية في هذا القانون وردت دون تفصيل على عكس أنشطة الإعلام الأخرى من صحافة مكتوبة وإعلام سمعي بصري الذي جاء التفصيل فيهما بإسهاب كما جرى تنظيمهما بعد ذلك بقوانين خاصة كقانون السمعي البصري الصادر في 2014.

فبخصوص إنشاء الصحف الإلكترونية لم يحدد هذا القانون الجهة التي من شأنها إصدار تصريح الإصدار وكيفية تأسيس الصحف الإلكترونية. فالقانون تعرض للصحافة الإلكترونية دون أن ينص على صدور إجراءات تنظيمية تحدد بدقة شروط منح الاعتماد و الإطار العام لذلك .

[1] – مرجع سابق، المادة 115.

خاتمة :

من خلال ما سبق نستنتج أن نشاط الصحافة الإلكترونية في الجزائر مازال يخضع في تنظيمه لقانون الإعلام بشكل عام، ولم تسجل أي محاولة تشريعية حتى في صورة مشروع قانون ينظم هذا النشاط رغم الممارسة التي سجلت أكثر من عقدين، والاهتمام الذي يحظى به من قبل الممارسين وحتى الجمهور فبالرغم من ذلك مازالت الجهود التشريعية قاصرة ومتراخية.

هذه الحالة التشريعية التي تعيشها الصحافة الإلكترونية في الجزائر ليست قاصرة على الجزائر فحسب وإنما تمتد لكثير من دول العالم خاصة العربية منها ويعود ذلك لعدة أسباب يتعلق بظاهرة الصحافة الإلكترونية في حد ذاتها وتطورها المستمر فلا يكاد المشرع يغطي جانب حتى يتطور، ما يجعل القانون الذي نظمه لا يغطي هذا التطور.

الأمر الذي يدعو إلى تظافر جهود كل من الإعلاميين و المشرعين من أجل دراسة كل ماله علاقة بهذا النشاط وحصر كل خصوصياته ومحاولة تغطيته قانونيا، فالقانون هو الحامي والقوة التي تضمن الحقوق وتضبط الواجبات، حقوق القائمين والممارسين لنشاط الصحافة الإلكترونية وحتى حقوق الجمهور والمجتمع عامة من تجاوزات الصحافة الإلكترونية ويحدد الواجبات التي ينبغي على صحفي وممارسي الصحافة الإلكترونية القيام بها خدمة للمجتمع المحلي والعالمي تجسيدا لرسالة الإعلام الهادفة.

قائمة المراجع :

أولا: الكتب

1. أمين، رضا عبد الواجد. **الصحافة الإلكترونية**، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة.
2. جمال، بوعجيمي. بلقاسم، بروان. **الصحافة الإليكترونية في الجزائر، واقع وأفاق**، جامعة الجزائر،2005.
3. خالد، محمد غازي. **الصحافة الإلكترونية الالتزام والانفلات في الخطاب والروح**، وكالة الصحافة العربية، الجيزة 2016.
4. علي، عبد الفتاح كنعان. **الصحافة الإلكترونية في ظل الثورة التكنلوجية**، دار اليازوردي للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
5. شريف درويش اللبان. **الصحافة ا لإلكترونية:دراسات التفاعلية وتصميم المواقع**، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة،2005 .
6. محمود، علم الدين. **الحاسبات الإلكترونية وتكنلوجيا الاتصال**، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997.
7. نصر الدين، لعياضي. **مساءلة الإعلام**، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1991.
8. فهد ،العسكر. **التقنيات الصحفية الحديثة وأثرها على الأداء المهني للصحف المعاصرة**، الرياض، دار عالم الكتب،1998 .

ثانيا: الدراسات والرسائل الجامعية:

1. صونية، قوراري. "اتجاهات جمهور الطلبة نحو الصحافة الإلكترونية دراسة ميدانية على عينة من الطلبة الجامعيين المستخدمين للانترنت في جامعة بسكرة" ، مذكرة ماجيستر غير منشورة، بسكرة ،2011.
2. محمد ، قيراط. "حرية الصحافة في ظل التعددية السياسية في الجزائر"، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 19،العدد 3 و4 ،2003.
3. صبيحة ، بخوش . "تطور السياسة الإعلامية في الجزائر في ظل التعددية السياسية 1990-2015".

مفهوم السرقة العلمية حسب القرار933 والأشخاص المعنيين بتطبيقه:

الباحثة . بوقصة إيمان
جامعة العربي التبسي_ تبسة.
bouguessaimene1@gmail.com

ملخص:

يفترض في كل مجتمع جامعي أن يكون مجتمع يظم النخبة، صفوة المجتمع، وأن يتحلى رواده بالأمانة العلمية والقيم، لأنهم مجموعة عقول نيرة، والأصل فيهم هو الاعتراف بمجهود الآخر، لكن نظرا لتفشي الفساد كظاهرة عابرة للحدود وماسة بمختلف القطاعات في الدولة، فلم يسلم منها أيضا الوسط الجامعي، وما أدى إلى ظهور ما يسمى بالسرقة العلمية على الرغم من استحداث مجلس أخلاقيات المهنة بموجب القانون رقم99_05 المؤرخ في 04أفريل1999، والمتعلق باقتراح تدابير بشأن قواعد الآداب والأخلاقيات الجامعية، وكذا إحترامها، غير أن تفشي السرقة العلمية بأشكالها المختلفة خاصة في الآونة الأخيرة وبشكل رهيب، أثمر عن صدور القرار الوزاري رقم933 المؤرخ في28جويلية2016، محاولة للتصدي لهذا النوع من الظواهر، وقد تضمن39مادة، منها الأحكام العامة، إضافة إلى محاولة ضبط مفهوم السرقة العلمية، واستحداث مجلس آداب وأخلاقيات المهنة، والنص على مجموعة من التدابير الوقاية والتحسيس، كذلك إجراءات المتابعة متى تعلق الأمر على السواء إما بأستاذ أو بالطالب محل السرقة العلمية، ومن هنا نطرح الإشكال التالي:

الإشكالية: كيف عرف القرار السرقة العلمية؟ وماهي صورها وأشكالها؟، وماهي الفئات التي يطبق عليها القرار؟

الكلمات المفتاحية: السرقة العلمية، الوسط الجامعي، أخلاقيات البحث العلمي، النزاهة، الانتحال، النقل الحرفي.

Abstract:

Each university community is supposed to be a society that embraces the elite, the elite of the society, and the pioneers possesses academic honesty and values, because they are a group of bright minds, originally they recognize the efforts of the others, but due to the spread of corruption as a across borders phenomenon, touching various sectors of the state, Which led to the emergence of so-called plagiarism, despite the creation of the Professional Ethics Council under Act No. 99_05 of 04 April 1999, related to the proposal for measures on the rules of manners and ethics in the university, as well as their respect.

However, the outbreak of plagiarism in its various forms, especially in recent times and in a terrible manner, resulted in the issuance of Ministerial decision No. 933 of July 28, 2016, an attempt to address this type of phenomena. It included 39 articles, including the general provisions, in addition to an attempt to control the concept of plagiarism, , And to provide for a range of prevention and sensitization measures, as well as follow-up action, where both to the professors and to the student subject to plagiarism.

The problematic:

How did the decision define plagiarism? And what are its forms and manners? What are the categories to which the resolution applies?

Keywords: plagiarism, university environment, ethics of scientific research, integrity, plagiarism, quotation….

مقدمة:

تعتبر السرقة العلمية من بين أبرز وأخطر الآفات انتشارا في الآونة الأخيرة، نتيجة التهاون في الوسط الأكاديمي، وغياب الوعي اللازم، وطالما أن الإنتاج العلمي خاصة في العلوم الإنسانية يعتمد في معظمه على مصادر خارجية يستخدمها الطالب أو الباحث أو المؤلف بغرض دعم أفكاره وآراءه حول موضوع دراسته، وبالتالي، فإن الاستعانة بأعمال الغير منطقي ومقبول، غير أن ما هو غير مقبول إطلاقا هو عدم ذكر تلك المصادر والتنكر لفضل ومجهود الآخر، ولا يكون ذلك إلا من خلال إتباع منهجية سليمة والتحلي بأخلاقيات البحث العلمي.

وطالما أن الأمر متروك لضمير الطالب أو الباحث نرى اليوم الانتشار الفظيع لظاهرة السرقة العلمية، وكأي قاعدة قانونية كون الأمر يرتبط بمصلحة معينة يراد إضفاء الحماية عليها لابد من اقترانها بعنصر الجزاء الذي يتمثل في الآليات القانونية التي فرضها المشرع من أجل الحد أو محاولة الحد من السرقة العلمية، وكان القرار الوزاري رقم933 المؤرخ في28جويلية2016، كخطوة بارزة نحو بيان موقف المشرع في نبذ فكرة السرقة العلمية.

ومن هنا نطرح الإشكال التالي: كيف عرف المشرع السرقة العلمية بموجب القرار933؟ وممن يتصور ارتكابها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا المنهج التحليلي في دراسة بعض نصوص القرار المرتبطة بموضوع البحث، والمنهج الوصفي من خلال عرض مفهوم وصور السرقة العلمية.

وفقا للعناصر التالية:

أولا: المقصود بالسرقة العلمية:

ثانيا: الأشخاص المعنيين بالقرار933:

ثالثا: آليات الحد من السرقة العلمية في الوسط الأكاديمي:

أولا: المقصود بالسرقة العلمية:

تعتبر السرقة العلمية آفة العصر، وهي تعني أخذ أفكار الآخرين بغير وجه حق، فالأصل أن كلمة سرقة تعني الاختلاس، وهي كذلك قد تعني عدم احترام مبادئ البحث العلمي كالأمانة العلمية التي تتطلب التوثيق السليم للأفكار والمعلومات والإقرار بفضل الآخرين والاعتماد على دراستهم ونسبتها لهم، فهذه أخلاقيات البحث العلمي، سوف نتطرق من خلال هذا العنصر إلى بيان تعريف السرقة العلمية وأنواعها، كذلك التطرق إلى صورها المختلفة.

1_ تعريف السرقة العلمية:

تعرف السرقة العلمية على أنها انتحال أو نقل غير قانوني لأعمال الآخرين، وتعني أخذ عمل شخص آخر والادعاء بأنه ملك للكاتب، وهو عمل غير قانوني وغير أخلاقي قبل كل شيء سواء تم بقصد أو بغير قصد[1].

والسرقة العلمية مصطلح يستخدم لوصف الطالب الذي يغش بانتحاله أفكار أو معلومات من أناس آخرين ويزعم أنها له.

وهي شكل من أشكال النقل غير القانوني، كما عرفها القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في28جويلية2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها، ضمن الفصل الثاني في المادة03 منه، على أنها: "كل عمل يقوم به طالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو كل من يشارك في عمل ثابت للانتحال وتزوير النتائج أو الغش في الأعمال العلمية المطالب بها أو في أي منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى"[2].

[1] _ سلسلة دعم التعلم والتعليم في الجامعة، السرقة العلمية: ماهي؟ وكيف أتجنبها؟،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عمادة التقويم والجودة، الرياض،1434، ص7.

[2] _ القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28جويلية 2016 المتضمن القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها، المنشور في النشرة الرسمية للبحث العلمي والتعليم العالي.

والسرقة العلمية في أبسط معانيها، هي استخدام غير معترف به لأفكار وأعمال الآخرين، وسواء كانت السرقة مقصودة أو غير مقصودة فهي تمثل انتهاكا أكاديميا خطيرا، يجب السعي بكافة الطرق لمجابهتها[1].

كذلك يمكن تعريف السرقة العلمية أيضا، على أنها اقتباس كتابات الغير أو معانيها جزئيا أو كليا، ونسبتها لشخص الناقل والواقع أن العديد من الطلاب لا يفهم معنى السرقة العلمية بكل أشكالها المختلفة، ففي معظم الحالات يكفي مجرد ذكر مصدر المعلومة حتى نعترف بالفضل للكاتب الأصلي وبذلك فعلى الباحث أو الطالب أن يتحرى أو يقتفي أثر المعلومة وذلك عن طريق محاولة تفعيل التمسك بمجموعة من سلوكيات البحث العلمي.

أنواع السرقة العلمية:

هناك نوعان أساسيان للسرقة العلمية، ففي مجال الحقوق الفكرية هناك:

- **سرقة كلية**

ونعني بها النقل الحرفي، وفي هذه الصورة ينصب الاختلاس فيها على المادة المكتوبة، وهذا النقل يدل على أن الناقل هو الذي انتحل ما عند السابق وأحيانا نجد أن من يقتبس دون مراعاة شروط الاقتباس خاصة ما يتعلق بالتوثيق ينسخ حتى الأخطاء العلمية واللغوية وحتى الأخطاء المنهجية، وذلك دون وعي منه ودائما مع عدم الإشارة إلى مصدرها.

- **سرقة جزئية:**

وتكون عند كتابة جزء من المصنف أو فقرات من مؤلفات شتى دون ذكر مصدرها، أين يخول للقارئ أن الكاتب هو صاحبها وهذا مناف تماما للأمانة العلمية وأخلاقيات البحث العلمي، كما قد تتم باستخدام كلمات أخرى أو باستبدال جملة بأخرى ومع التقصير في التوثيق ونسبة الكلام أو الفكرة إلى المؤلف الأصلي[2].

[1] _ هيفاء مشعل الحربي، ميساء النشمي الحربي، برمجيات كشف السرقة العلمية، دراسة منشورة، جامعة طيبة، 2014-2015، ص8.

[2] _ هيفاء مشعل الحربي، ميساء النشمي الحربي، مرجع سابق، ص10.

2_ صور السرقة العلمية:

من خلال نص المادة03 من القرار933 نجد أن السرقة العلمية تأخذ عدة أشكال نذكر منها:

_ اقتباس كلي أو جزئي لأفكار أو معلومات أو نص أو مقطع من مقال منشور أو من كتب أو مجلات أ, دراسات أو تقارير أو

_ استعمال معطيات خاصة دون تحديد مصدرها أو أصحابها الأصليين.

_ استعمال برهان أو استدلال معين دون ذكر مصدره أو أصحابه الأصليين.

_ نشر نص أو مقال أو مطبوعة أو تقرير أنجز من طرف هيئة أو مؤسسة واعتباره عملا شخصيا.

_ استعمال إنتاج فني معين أو إدراج خرائط أو صور أو منحنيات بيانية أو جداول إحصائية أو مخططات في نص أو مقال دون الإشارة إلى مصدرها وأصحابها الأصليين[1].

_ النقل أو النسخ من الانترنت.

_ سرقة الفكرة أو الأسلوب[2].

_ الترجمة من إحدى اللغات إلى اللغة التي يستعملها الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم، بصفة كلية أو جزئية دون ذكر المترجم والمصدر.

_ قيام الباحث الرئيسي بإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في إنجاز العمل بإذنه أو دون إذنه بغرض المساعدة على نشر العمل استنادا لسمعته العلمية.

_ إدراج أسماء خبراء ومحكمين في اللجان العلمية للملتقيات الوطنية والدولية ولجان المجلات دون تعهد كتابي من أصحابها أو دون مشاركتهم الفعلية[1].

[1] _ عبد الله بوجرادة، أخلاقيات البحث العلمي والسرقة العلمية، ملتقى جامعة ورقلة، 2017/2016، ص19.

[2] _ طه عيساني، الممارسات الأكاديمية الصحيحة وأساليب تجنب السرقة العلمية، ملتقى تمتين أدبيات البحث العلمي، الجزائر، 2015/12/29، ص141.

ثانيا: الأشخاص المعنيين بالقرار933:

القرار الوزاري خاطب مجموعة متنوعة من الفئات المرتبطة بالوسط الجامعي، وهي الطالب والأستاذ، كذلك أشار القرار إلى الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي، وقد تضمن مختلف التدابير والإجراءات المتخذة في مواجهة هذه الفئة من الوسط الجامعي بمناسبة مواجهة ظاهرة السرقة العلمية في الوسط الأكاديمي.

1 _ الطالب الجامعي:

يطلق مصطلح الطالب الجامعي على عديد الفئات إما في طور الأول ليسانس، ثم التدرج طور الماستر في النظام الجديد، وما بعد التدرج ماجستير في النظام القديم وكذلك دكتوراه في النظام الجديد.

يمكن تعريف الطالب الجامعي، بأنه ذلك الشخص الذي سمحت له كفاءته العلمية بانتقال من مرحلة الثانوية إلى مرحلة الجامعة ليتابع تخصص علمي ما وسنه يتراوح بين 18و30سنة[2]، وبالرغم من اتجاه هذا التعريف إلى بيان مفهوم يقترب إلى حد ما مع مفهوم يقترب مع المقصود بالطالب الجامعي، فشرط السن أصبح في الوقت الراهن غير معترف به، خاصة مع إعتماد نظام التكوين المتواصل والتعليم عن بعد أصبح يمكن لأي شخص مهما كان سنه اجتياز امتحان شهادة البكالوريا، وبالتالي الالتحاق بمقعد بيداغوجي وأخذ وصف طالب جامعي.

يعد الطالب أحد مدخلات إدارة البيئة لتعليم والتعلم بل أهم التدخلات العلمية التربوية، ويعرف أيضا بأنه الشخص الذي سمحت له كفاءته العلمية بالانتقال من المرحلة الثانوية أو مرحلة التكوين عن بعد إلى الجامعة تبعا لتخصصه الفرعي بواسطة شهادة أو دبلوم يؤهله لذلك، ويعتبر الطالب أحد العناصر الأساسية والفعالة في العملية التربوية طيلة التكوين الجامعي إذ أنه يمثل النسبة الغالبة في المؤسسة الجامعية.

---

[1] _ عمار بوضياف، تطور منظومة أخلاقيات المهنة الجامعية وآدابها في الجزائر(1999_2016)، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة، 2016، ص12.

[2] _ مخنقر حفيظة، خطاب الحياة اليومية لدى الطالب الجامعي، (رسالة ماجستير)، تخصص علم اجتماع التربية، جامعة سطيف02، 2012_2013، ص209.

كما عرفه البعض بأنه:" شخص يسمح له مستواه العلمي بالانتقال من المرحلة الثانوية بشقيها العام والتقني إلى الجامعة وفقا لتخصص يخول له الحصول على الشهادة إذ أن للطالب الحق في اختيار التخصص الذي يتلاءم وذوقه ويتماشى وميله"[1].

وتطلق كلمة الباحث الجامعي على الطالب الذي دخل في المرحلة الثانية والثالثة من المراحل الدراسية الجامعية وهو المسمى بالباحث الجامعي أو طالب الدراسات العليا في التخصص والعالمية أو الدكتوراه وتسمى أيضا بالأطروحة.

ويمكن تعريف الباحث أيضا من خلال تعريف البحث ذاته، ومن بين العلماء والفقهاء الذين عرفوا الباحث في دراساتهم ما ذهب إليه الدكتور "إميل يعقوب" حيث قال:" أن الباحث هو من يفتش عن حقيقة ما"، وبذلك يمكن تعريف الباحث الجامعي بأنه: " المفتش عن حقيقة معينة في فرع من الفروع أو تخصص من التخصصات بالمناهج المعينة التي تناسب التخصص الذي اختاره والوسائل المحددة للوصول إلى معرفة يقينية عن طريق جمع المعلومات من المصادر والمراجع في المكتبات والدراسات الميدانية إذا احتاج إليها وتنظيمها وكتابتها في موضوع جديد في خطة محكمة وإظهارها في صورة جديدة لنيل درجة علمية في التخصص أو الماجستير أو العالمية أو الدكتوراه"[2].

ويعتبر الطالب الجامعي طاقة وقدرة قوة قادرة على إحداث التغيير في المجتمع[3]، ونظرا لكل هذه الأهمية التي يؤديها هذا الأخير كان واجبا تنظيم عملية البحث في أطر منهجية ضمن متطلبات إحترام أخلاقيات البحث العلمي والتي تهدف أساسا إلى المحافظة على قيم التعليم العالي، وبالتالي المحافظة على مكانة وسمو الرسالة التعليمية بشكل عام[4].

---

[1] _ رياض قاسم، مسؤولية المجتمع العلمي العربي، منظور الجامعة العصرية، المستقبل العربي، العدد193، الكويت، 1995، ص85.

[2] _ نهاد خملة، واقع الاختيار المهني لخريجي الجامعة الجزائرية (جامعة محمد خيضر نموذجا)، تخصص علم النفس، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013_2014، ص62.

[3] _ يوسف عواد وآخرون، حقوق الإنسان في الحياة التربوية (الواقع والتطورات)، دار مناهج لنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص29.

[4] _ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص12.

2 _ الأستاذ الجامعي:

طالما أن لكل مجتمع مهني منظومة تحكمه، يسري على الأستاذ الجامعي كل من، القانون الأساسي للوظيفة العامة الأمر 03/06المؤرخ في 15يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، والقانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث[1]، كما يخضع إلى قوانين خاصة وتنظيمات ذات علاقة بالنشاط البيداغوجي، والنشاط المخبري، ونشاط البحث، والنشاط العلمي، أيضا يخضع لنظام الداخلي للمؤسسة وما يحكمها من قرارات.

والأستاذ الجامعي الدائم والأستاذ الجامعي الإستثفائي، والذي يخضع لأحكام المرسوم التنفيذي 129/08، ويتعلق الأمر بالتدريس في مجالات الصحة وتخصص الطبي خاصة[2].

والقرار رقم 933 كان موجه للأستاذ الجامعي والطالب الجامعي على حد السواء، ويستشف ذلك من خلال تخصيصه لجملة من الإجراءات المتعلقة بالأساتذة، وأيضا الإجراءات المتعلقة بالطالب، والضمانات الممنوحة لهم كذلك.

ثالثا: آليات الحد من السرقة العلمية في الوسط الأكاديمي:

جاء القرار السابق بمجموعة من التدابير التي تهدف إلى الحد من السرقة العلمية بل محاولة الحد منها، وهذه التدابير منها ما هو وقائي وما هو ردعي، إضافة إلى تدابير التحسيس والتوعية والتي بمقتضاها تلتزم مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي باتخاذ مجموعة من التدابير منها:

*تنظيم دورات تدريبية لفائدة الطلبة والباحثين حول قواعد التوثيق وتجنب السرقة العلمية.

*إدراج مقياس أخلاقيات البحث العلمي في منظومة التكوين.

*إلزام الطلبة والباحثين بالتعهد بالالتزام بالنزاهة والأمانة العلمية.

---

[1] _ المرسوم التنفيذي 130/08 المؤرخ في 03مايو 2008 يتضمن القانون الأساسي للأستاذ الباحث، جريدة رسمية عدد 23 لسنة 2008.

[2] _ المرسوم التنفيذي 129/08 المؤرخ في 03 مايو2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي، جريدة رسمية عدد23لسنة2008.

1_الآليات الوقائية:

تجسد إرادة المشرع الجزائري في السعي لمحاربة ظاهرة السرقة العلمية من خلال نص المادة01 من القرار 933 المؤرخ في 28جوويلية2016، ضمن الفصل الأول تحت عنوان أحكام عامة، حيث جاء فيها:" يهدف هذا القرار إلى تحديد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها".

وبالتالي الهدف الأساسي من القرار هو الجانب الوقائي المجسد من خلال نصوص الفصل الثالث منه، بعنوان تدابير الوقاية من السرقة العلمية، ولا يكون ذلك إلا من خلال تفعيل أنظمة الرقابة على الأعمال والبحوث العلمية البيداغوجية المنجزة من طرف الطلبة وكذلك الأساتذة بمختلف رتبهم.

وهذه التدابير الوقائية هي عبارة عن فرض التزامات على مؤسسات التعليم العالي والبحث ولابد من احترامها وتتمثل فيما يلي:

*تأسيس قاعدة بيانات لكل الأعمال المنجزة من قبل الطلبة والأساتذة الباحثين على مستوى موقع كل مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي يشمل مذكرات التخرج –الماستر–الماجستير–أطروحات الدكتوراه، تقارير التربصات الميدانية، مشاريع البحث، المطبوعات البيداغوجية.

*تأسيس قاعدة بيانات رقمية تضم أسماء الأساتذة الباحثين حسب شعبهم وتخصصاتهم وسيرتهم الذاتية من اجل تقييم أعمال وأنشطة البحث العلمي.

*اعتماد برمجيات كاشفة للسرقات العلمية أو إنشاء مبرمج معلوماتي جزائري.

*إلزام الطالب أو الباحث بإمضاء التزام النزاهة العلمية.

2_الآليات الردعية:

*يجب أن يكون الطلبة والأساتذة على علم بالآثار الوخيمة المترتبة عن فعل السرقة العلمية.

*إبطال المناقشة.

*سحب اللقب الحائز عليه.

*وقف النشر والسحب من النشر لكل مقال ثبت أنه مسروق.

*المتابعة أمام الجهات القضائية المختصة بدعوى الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ل جريمة التقليد، التزوير، القرصنة...إلخ.

*دون الإخلال بالجزاءات المقررة الأمر رقم 06_03 المؤرخ في 15يوليو2006 المتعلق بالأستاذ، وأيضا القرار رقم 371 المؤرخ في 11جوان 2014 المتعلق بالطالب.

خاتمة:

من خلال ما تم التطرق إليه نخلص إلى القول بأن القرار 933 يعتبر قفزة نوعية من المشرع الجزائري في سبيل مواجهة ظاهرة السرقة العلمية من أجل الارتقاء بمنظومة التعليم العالي وجودته دعما لأخلاقيات البحث العلمي والتي تقتضي من المنتسبين للوسط الجامعي التحلي بأمانة والنزاهة والأمانة العلمية عند خوضهم لمختلف نشاطاتهم من إعداد للبحوث إذا تعلق الأمر بمجال العلوم الإنسانية أين يجب عليهم توثيق المعلومات التي يقتبسونها وغيرها من السلوكات التي تجنبهم الوقوع في السرقة العلمية.

النتائج والتوصيات:

_ السرقة العلمية تتطلب وضع آليات وقائية أكثر منها ردعية لخطورتها على الوسط الأكاديمي وعلى منظومة البحث العلمي.

_ التطور التكنولوجي أدى فعلا إلى بروز وانتشار وتسهيل السرقة العلمية لكنه هو الكفيل بالحد منها من خلال برمجيات الكشف عنها.

_ أخلقة البحث العلمي أصبحت ضرورة ملحة، ولكنه لا يبدأ في تلقين أخلاقيات البحث من الجامعة بل في الأطوار السابقة لها.

_ لابد من تطبيق مختلف التدابير الوقائية وتدابير الرقابة من أجل كشف ومتابعة مختلف صور السرقة العلمية.

_ إعتماد برمجيات كشف السرقة العلمية داخل المؤسسات الجامعية لجميع المستويات، حيث أن التطور التكنولوجي أدى فعلا إلى بروز وانتشار وتسهيل السرقة العلمية لكنه هو الكفيل بالحد منها من خلال برمجيات الكشف عنها.

_ الاهتمام بشكل أكبر وأكثر جدية وفعالية بشأن الحملات التوعوية والتحسيسية حول خطورة ظاهرة السرقة العلمية.

_ لابد على المشرع من تجريم صور السرقة العلمية لأن خطورة الظاهرة تقتضي أكثر من مجرد قرار تنظيمي لمكافحتها ومحاولة حد لانتشارها.

_أخلقة البحث العلمي أصبحت ضرورة ملحة، ولكنه لا يبدأ في تلقين أخلاقيات البحث من الجامعة بل في الأطوار السابقة لها.

قائمة المراجع:

1_ المصادر:

_ المرسوم التنفيذي 130/08 المؤرخ في 03مايو 2008 يتضمن القانون الأساسي للأستاذ الباحث، جريدة رسمية عدد 23 لسنة 2008.

_ المرسوم التنفيذي 129/08 المؤرخ في 03 مايو2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي، جريدة رسمية عدد23لسنة2008.

_ القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28جويلية 2016 المتضمن القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها، المنشور في النشرة الرسمية للبحث العلمي والتعليم العالي.

2_ المراجع:

_ سلسلة دعم التعلم والتعليم في الجامعة، السرقة العلمية: ماهي؟ وكيف أتجنبها؟،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عمادة التقويم والجودة، الرياض،1434.

_ هيفاء مشعل الحربي، ميساء النشمي الحربي، برمجيات كشف السرقة العلمية، دراسة منشورة، جامعة طيبة، 2014-2015.

_ عبد الله بوجرادة، أخلاقيات البحث العلمي والسرقة العلمية، ملتقى جامعة ورقلة، 2017/2016.

_ طه عيساني، الممارسات الأكاديمية الصحيحة وأساليب تجنب السرقة العلمية، ملتقى تمتين أدبيات البحث العلمي، الجزائر، 2015/12/29.

_ عمار بوضياف، تطور منظومة أخلاقيات المهنة الجامعية وآدابها في الجزائر(1999_2016)، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة، 2016.

_ مخنقر حفيظة، خطاب الحياة اليومية لدى الطالب الجامعي، (رسالة ماجستير)، تخصص علم اجتماع التربية، جامعة سطيف02، 2012_2013.

_ رياض قاسم، مسؤولية المجتمع العلمي العربي، منظور الجامعة العصرية، المستقبل العربي، العدد193، الكويت، 1995.

_ نهاد خملة، واقع الاختيار المهني لخريجي الجامعة الجزائرية (جامعة محمد خيضر نموذجا)، تخصص علم النفس، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013_2014.

_ يوسف عواد وآخرون، حقوق الإنسان في الحياة التربوية (الواقع والتطورات)، دار مناهج لنشر والتوزيع، عمان، 2008.

المفاهيم العامة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

الباحثة . بوبكر نبية
جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس
nebianono339@gmail.com

ملخص:

الأهمية الإقتصادية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة في مجال الصناعات الإلكترونية ،دفع الدولة إلى التدخل بإجراءات تشريعية توفر الحماية القانونية لهذا المنتج.وبما أن التصلميم الشكلية للدوائر المتكاملة ذات طبيعة تقنية كان لابد من التعمق في فهمها من خلال الوقوف على أهم المبادئ التي تقوم عليها.

الكلمات المفتاحية:

التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة- مبادئها-خصائصها.

Résumé :

L'inportance économic reside dans la protaction des topographies des cercuit integés dans le demaine de la fabrication éléctronique a oblige l'état à mettre en place un arsenal juridique pour assurer la création integres possede une nature parment technique,il s'est avere donc utile d'approfondir sa connaissance àtravers les unites sur lesquelles ils reposent.

Les mots clés :topographie de cercuit integé- principe.

مقدمة:

تعتبر التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة ابتكار حديث نسبيا ومن أهم الابتكارات التي شهدها القرن العشرين،والتي احتلت سائر جوانب الحياة العامة وتغلغلت في البنية التقنية للعالم،وساهمت في سرعة التقدم الزمني للتكنولوجيا ليبلغ معدل نمو الصناعة أضعاف معدل نمو الصناعات التقليدية،ورغم أنها تتطلب جهد فكري ومالي إلا أن إستنساخها سهل باعتبارها مخطط عبارة عن برنامج يمكن من تنظيم وضبط وتخزين المعلومات.

هذا ما دعى المؤسسات التشريعية في الدول، خاصة الدول المتقدمة إلى الاهتمام بها منذ الثمانينات،وكانت الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة تهتم بوضع نظام قانوني لحمايتها من الإعتداء و تلتها اليابان بتبنيها قانون خاص و مماثل لقانون الولايات المتحدة الأمريكية لحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و كان ذلك في 31 ماي 1985،وقد سار على نفس النهج الإتحاد الأروبي في عام1986،غير أن الدول العربية بقيت في معزل عن حمايتها إلا بعد الألفية الجديدة، وتعد الجزائر أحد هذه الدول حيث حرصت بعد التزامها باتفاقية تريبس على وضع نظام قانوني حمائي لها.

و بالرغم من أن إتفاقية واشنطن أجازت في مادتها الرابعة لكل طرف أن ينفذ إلتزاماته الإتفاقية بموجب قانون خاص بشأن التصميمات الطبوغرافية أو بموجب قانون المؤلف

أو قانون براءات الإختراع أو قانون الرسوم والنماذج الضناعية أو قانون المنافسة غير المشروعة أوأي قانون اخر أو أي مجموعة من تلك القوانين،إلا أن أغلب التشريعات بما فيها المشرع الجزائري فضلت وضع نظام قانوني حمائي خاص بها،و يرجع ذلك إلى أغراض تجارية من جهة، ومن جهة أخرى إلى محاولة منع نسخ التصاميم الشكلية الأصلية والإتجار بها الذي قد يعرقل المصالح الإقتصادية للدول.

وبما ان التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لها طبيعة تقنية معقدة لا يمكن لرجال القانون ودارسيه فهمها إلا بالتعمق في مبادئه لبلوغ معناه،وهذا ما سوف تتم دراسته متبعين المنهج الوصفي حيث نتناول أهم المفاهيم الواردة بشأنه والتطورات التشريعية التي ساهمت في تغلغله في الميدان القانوني لإستغلال أهم خصائصه وما يميزه عن عناصر الملكية الصناعية،كما سنحاول تحليل طبيعته ومدى تأثيرها على الجانب القانوني والإجتماعي والإقتصادي.

الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن ما مدى تمكن المشرع الجزائري من تبني أهم مبادئه التي تساهم في وضع قواعد حماية ملائمة له؟وذلك ضمن خطة مقسمة إلى مبحثين،نتناول في المبحث الاول تعريف التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة .أما المبحث الثاني فتناولنا فيه مضمون التصاميم الشكلية .

المبحث الأول:تعريف التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

إن التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة هي إبتكارات تستغل في المشاريع الإقتصادية بغية الإنتفاع بها وتحقيق تغيير في المجال الإقتصادي والإجتماعي للنهوض بالأمة والرقي بها،ونظرا لأهميتها في المجال التكنولوجي كان لابد من معرفة المقصود بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة(المطلب الأول) وأهم التطورات التشريعية التي عرفتها الدول(المطلب الثاني) .

المطلب الاول:المقصود بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

تعتبر التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة[1] من المبتكرات الجديدة النفعية التي ترد عن إبتكار في الموضوع،وتنطوي على صناعة منتجات معينة أو استعمال طرق صناعية مبتكرة من الناحية الموضوعية،ونظرا لأهميتها في تنظيم العلاقات الاقتصادية كان لزاما على الدول المتقدمة إيجاد نظام تشريعي يكفل حماية هذه التصاميم الشكلية ويساهم في تطوير مجال الصناعة والتجارة،لذا نجد اغلب التشريعات قد ضمنت أنظمتها القانونية بتعريفات لها وهذا ما نجده في الامر المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة (الفرع الاول)،كما ان الفقه بادر وقدم بعض المفاهيم التي تسهل فهم هذا الموضوع(الفرع الثاني)إضافة إلى تناول المقصود بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من الناحية التقنية بما أنها تدخل ضمن المجال التقني(الفرع الثالث).

[1]- تختلف تسمية التصاميم الشكلية باختلاف التشريعات، فهناك من التشريعات التي تستعمل مصطلح التصاميم الطبوغرافيا للدوائر المندمجة كالمشرع المغربي ، وهناك من يفضل مصطلح أشباه الموصلات كالمشرع الفرنسي.

الفرع الأول:المقصود بالتصاميم الشكلية وفقا لتعريف المشرع الجزائري

إن جدة الموضوع وأحقية مخترعه في الحماية،ألزم الدول بضرورة وضع نظام حمائي فكان عليها تحديد معنى التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لتحديد نطاق حمايته،فحدد المشرع الجزائري المراد بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من خلال المادة الثانية من الأمر رقم03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة التي تنص على أنه : " يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

- الدائرة المتكاملة منتوج في شكله النهائي أو في شكله الإنتقالي يكون أحد عناصره على الأقل عنصرا نشطا،وكل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم و/ أو سطح لقطعة من مادة،ويكون مخصصا لأداء وظيفة إلكترونية.
- التصميم الشكلي نظير الطبوغرافيا هو كل ترتيب ثلاثي الأبعاد،مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها العناصر يكون أحدها على الأقل عنصرا نشطا،ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع".

وإعتمد المشرع في تعريفه للتصاميم الشكلية على المصطلحات التقنية التي جعلت التعريف غامضا وصعب الفهم،كما أنها عرفت كل مصطلح على حدة "الدوائر المتكاملة" و"التصميم الشكلي" .

الفرع الثاني: المقصود بالتصاميم الشكلية من الناحية الفقهية

نظرا لصعوبة تحديد معنى التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، قامت بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي لسنة 1992 والتشريع الألماني لسنة 1990 بتحاشي تعريف هذا الموضوع تاركتا إياه للفقه،وفي هذا الصدد هناك بعض التعريفات التي سنعمد على ذكرها:

حيث عرف الأستاذ معلال فؤاد التصاميم بأنها "مخترعات تتعلق بالميدان الإلكتروني وتقوم على إدماج عدد كبير من الوظائف الكهربائية في مكون صغير عن طريق ترتيب ثلاثي أبعاد العناصر أحدهما على الأقل نشط ولبعض أو كل وصلات دائرة البرمجة"[1].

[1]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، طبعة ثانية، 2001 ، ص .208

و عرفها « **CHavanne et j.j Burst** » بأن " طبوغرافيا ، ليست سوى تصميما لمجموعة من الدوائر المدرجة في المساحة الصغيرة المخصصة لشبه الموصل المتضمنة للدوائر المدمجة"[1].

الفرع الثالث: المقصود بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من الناحية التقنية.

تعرف التصاميم على أنها "مجموعة من الأسلاك التي تتجمع في وحدة صغيرة أو في مؤلفات تندمج فيها"[2].

وتعرف الدائرة المتكاملة بأنها "عبارة عن دائرة إلكترونية مصغرة ومكونة من شرائح السيلكون،تبلغ مساحتها عدد المليمترات وتحتوي على الآلاف من المكونات الإلكترونية الدقيقةً"[3]، وتسمى(**integrated circuits) أو(IC).**

كما تعرف بأنها "عبارة عن بلورة صغيرة شبه موصِّلة تسمى ((رقاقة)) تحتوي على مكونات كهربائية كالترانزستورات والنبائط الثنائية (**diodes**) والمقاومات (**resistors**) والمكثفات (**capacitors**)،ويتم توصيل هذه المكونات المتنوعة ببعضها داخل الرقاقة لتشكل دائرة إلكترونية، توضع الرقاقة على مغلفة [أو حافظة] (**package**) معدنية أو بلاستيكية،وتكون التوصيلات ملحومة إلى أطراف((أرجل)) خارجية لتكوين الدائرة المتكاملة"[4].

المطلب الثاني: ظهور تشريعات حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

سابقا كان التصميم الشكلي يحمى إما بموجب قانون براءة الإختراع أو قانون الرسوم والنماذج الصناعية أو قانون العلامات التجارية، كما أن هناك بعض الدول من حمته بموجب قانون المؤلف، ولكن نتيجة التطور الذي عرفه المجال التكنولوجي وحاجة الصناعة لهذا النوع من التكنولوجيا و لأغراض تجارية ووجود إختلافات بينه وبين عناصر الملكية الفكرية دفع إلى وضع نظام قانوني خاص بحماية التصاميم

---

2 – محمد محبوبي، محمد محبوبي، النظام القانوني لحماية المبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي و الاتفاقيات، الدولية،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة حسن الثاني عين الشق الدار البيضاء المغرب،2003-2004، ، ص 72.

1- نعيم مغبغب، براءة الاختراع،الملكية الصناعية والتجارية،دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،طبعة ثانوية،2009 ، ص 101.

2-Georges Mtzcer et Jean –paul vabre , pratique des circuits intégrés numériques, édition marketing, année 1998, p.15

3- منصور العبادي، الإلكترونيات ،**http://www.google.dz/search?hl** يوم25-04-2012،ساعة16:30.

الشكلية للدوائر المتكاملة ،لهذا سنتعرض لظهور تشريعات حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة للدول المتقدمة(أولا) والتشريع الجزائري(ثانيا).

الفرع الأول :تشريعات الدول المتقدمة الخاصة بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة .

شهد المجال الصناعي لدى الدول المتقدمة تطورا في صناعة الدوائر المتكاملة،الناتج عن عملية مركبة يعتمد تطويرها على مخزون من المعرفة القائمة والناتجة عن البحث العلمي،ما جعل إستثمار صناعة الدوائر المتكاملة معرض للمنافسة غير المشروعة ما أدى إلى ضرورة البحث عن نظام قانوني حمائي لها[1]،وتعد الولايات المتحدة الأمريكية السباقة إلى ذلك بهدف دعم إقتصادها وتلتها في ذلك الدول الصناعية بما فيها فرنسا،وعليه سنتطرق إلى تشريع الولايات المتحدة الأمريكية(أولا) والقانون الفرنسي الخاص بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة(ثانيا).

أولا:قانون الولايات المتحدة الأمريكية الخاص بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

نظرا لإشتداد المنافسة ما بين الولايات المتحدة الأمريكية واليابان فيما يتعلق بصناعة التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة الذي أثر على إقتصاد الولايات المتحدة الأمريكية ما أدى إلى إستياء أصحاب هذه الإبتكارات بسبب ضياع حقوقهم من جهة وزيادة نسبة الخسائر من جهة أخرى،الأمر الذي دفع بأصحاب الشركات إلى مطالبة الدولة بضرورة حمايتها للحد من المنافسة غير المشروعة لليابان،لذا تدخل المشرع وحماها بموجب قانون الرسوم والنماذج الصناعية بعدها حاول إخضاعها لقواعد قانون المؤلف الذي يبتعد عن الخصائص التقنية للتصاميم من جهة ومن جهة أخرى عدم تناسق العقوبة المفروضة على المعتدي مما شجع على تزايد إنتشار القرصنة[2].

ما حتم ضرورة وضع نظام قانوني خاص وكان ذلك في يونيو 1984 حيث تبنت قانون حماية "أشباه الموصلات" الذي إتجه نحوى منع إعادة إنتاج هذه الحقوق بطرق غير مشروعة، والذي دخل

[1]- كارلوس م كوريا ، تفوق الملكية الفكرية ، المنظمة العالمية و الدول النامية، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق، دار المريخ ، 2000، ص 156.

[2]– والمقصود بالقرصنة استخدام نظم الملكية الفكرية لإضفاء المشروعية على الملكية الاستئثارية للتحكم في الموارد و المنتجات و طرق إنتاجها.

فاندانا شيفا، حقوق الملكية، حماية أم نهب، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق، دار المريخ للنشر، 2005، ص 79.

حيز التنفيذ في8 نوفمبر1984 ليكون أول قانون خاص بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة في العالم[1].

ثانيا: القانون الفرنسي الخاص بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

لقد عمل المشرع الفرنسي وبالاعتماد على المجلس الأعلى للملكية الصناعية والمعهد الوطني للملكية الصناعية على إصدار مشروع قانوني لحماية الدوائر المتكاملة،حيث قامت لجنة القوانين بالجمعية الوطنية في أبريل1987 بالنشر العمومي لمقترحات القانون المتعلق بالدوائر المتكاملة المقدم من قبل « jean Foyer » والذي توج في نهاية الأمر بصدور قانون رقم 87-890 المؤرخ بتاريخ 4 نوفمبر 1987 والمتعلق بتصاميم الشكلية للدوائر المندمجة[3]،وقد تم تطبيقه بموجب المرسوم رقم 89 - 716 المؤرخ بتاريخ 2 نوفمبر1989،وفي سنة 1992 تم إدماجه في قانون رقم 92 – 597 المتعلق بالملكية الفكرية، وجاء هذا القانون لإبراز رغبة المشرع الفرنسي في جمع كل التشريعات سواء المتعلقة منها بحقوق الملكية المؤلف من جهة والقوانين المتعلقة بالملكية الصناعية من جهة أخرى.

وقسمت هذه المدونة إلى ثلاثة فصول :الملكية الأدبية والفنية في الفصل الأول والملكية الصناعية في الفصل الثاني أما الفصل الثالث فيتعلق بتمديد تطبيق هذه المدونة إلى بعض البلدان التابعة للسيادة الفرنسية،والفصل الرابع من هذا القانون المتعلق بالملكية الصناعية يضم التنظيم الإداري والمهني للمعهد الوطني للملكية الصناعية أما الكتاب الخامس منه يتعلق بالرسوم والنماذج في حين يتعلق الكتاب السادس بحماية المخترعات والمعارف التقنية و الكتاب السابع فيتعلق بالعلامات الصناعية والتجارية والخدمة على بعض الشارات المميزة.

و من أهم التعديلات الرئيسية الواردة على قانون الملكية الفكرية الفكرية فتتجلى في قانون 94-102بتاريخ 5 فيفري 1994 الذي يهدف إلى دعم الجانب الزجري المتعلق بالتقليد ثم القانون رقم96-

---

[1]- نعيم مغبغب، المرجع السابق،ص99.

1- André Bertrand, La propriété intellectuelle, Livre II, margue et brevets dessin et modèles, délamas 1995, pp 282 – 283.

2- محمد محبوبي، المرجع السابق، ص 53.

1106 بتاريخ 1996 الذي جاء من أجل جعل التشريع الفرنسي ملائما مع إتفاقية المنظمة العالمية للتجارة التي تنظم جانبا متعلقا بحقوق الملكية الفكرية[1].

الفرع الثاني: التشريع الجزائري الخاص بحماية تصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

تلعب المنظمة العالمية للتجارة دورا أساسيا في حركة الإقتصاد العالمي،وهي تفرض شروط للإنظمام إليها ما أدى بالكثير من الدول إلى إصلاح إقتصادها لإرساء إقتصاد السوق،وتعد الجزائر من بين هذه الدول التي قامت بإصلاحات إقتصادية بما تتوافق مع ما تتطلبه المنظمة العالمية للتجارة وذلك بغية إنعاش الإقتصاد الوطني وتطويره وتحفيز وتشجيع الإستثمار إضافة إلى محاولتها مسايرة التجارة الدولية[2].

وبما أن المنظمة العالمية للتجارة تهتم بالدرجة الأولى بالتجارة وما يساعد على تطويرها،فكان على الجزائر إجراء تعديلات تشريعية بنص قوانين جديدة لم تكن موجودة وتعديل قوانين أخرى بما يتوافق مع إتفاقية المنظمة العالمية للتجارة وبالخصوص إتفاقية الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية.

ولتحقيق ذلك تبنى المشرع الجزائري قانون خاص بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة بموجب الأمر03-08 مبينا كيفية تنفيذه بموجب المرسوم التنفيذي05-276[3] المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-345.

3- محمد محبوبي، المرجع السابق، ص41.

1- ناصر دادي عدون، منثاوي محمد، انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، الأهداف و العراقيل، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، عدد 03 ،ورقلة، ،2004، ص 65 – 78.

2- المرسوم التنفيذي رقم 05-276 مؤرخ في 2 أوت 2005 المتعلق بتحديد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسجيلها، ج.ر 2005، عدد54،ص9 المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 08-345 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 05- 276الذي يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسجيلها، ج.ر2008، عدد 63،ص13.

المبحث الثاني:مضمون التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

إن التأثير البالغ للتصاميم الشكلية على المجال التكنولوجي جعلها محل إهتمام الدول لما لها من أهمية بالغة على الحياة الإقتصادية والإجتماعية ويرجع ذلك إلى الميزات التي تتمتع بها والتي مكنتها من إحتلال مكانة هامة في المجال القانوني والإجتماعي إضافة إلى المجال الإقتصادي،وبالرغم من تصنيفها ضمن عناصر الملكية الصناعية إلا أنها تختلف عنهم في نقاط عدة،لهذا سنتطرق تمييزها عما يشبهها من عناصر الملكية الصناعية(المطلب الأول) وتحديد طبيعتها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة عما يشبهها.

تصنف حقوق الملكية الصناعية إلى نوعين من الحقوق، حقوق ترد على المبتكرات النفعية فنجد التصاميم الشكلية وبراءات الإختراع والرسوم والنمادج الصناعية و حقوق تردعلى العلامات الفارقة،و كل هذه الحقوق تلتقي في عدة نقاط و تفترق في نقاط أخرى.وعليه سنميز بين التصاميم الشكلية وبراءات الإختراع(الفرع الأول) والرسوم والنمادج الصناعية(الفرع الثاني)والعلامات الفارقة(الفرع الثالث).

الفرع الأول: التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وبراءة الاختراع.

تصنف التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وبراءة الاختراع ضمن المبتكرات الجديدة ذات القيمة النفعية التي تتناول المنتجات من الناحية الموضوعية،وتخول صاحبها دون غيره إمكانية استغلال ابتكاره الجديد و تمتعه بحق احتكار الإنتاج إضافة إلى مساهمته في تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية[1].

كما تعتبر حقوق معنوية ترد على أشياء غير مادية وهي بهذا تمنح للمبتكر فائدتين، فائدة معنوية تكون بالإعتراف الرسمي للمبتكر بأنه صاحب الفكرة الإبتكارية في الإختراع وأول من توصل إليه وفائدة مادية تمنع على الغير الإستفادة من الإبتكار سواء بتصنيعه أو تسويقه دون إتفاق مالك الإبتكار[2].

---

[1]- محمد محبوبي ، المرجع السابق، ص 77، 83؛ فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية،الملكية الأدبية و الفنية و الصناعية ،المرجع السابق، ص 283.

[2]- علي نديم الجمعي، الملكية التجارية و الصناعية، المؤسسة الجامعية للدراسات، طبعة الأولى، 2010، ص 217؛ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 5.

كما تظهر أهمية التصميم الشكلي للدائرة المتكاملة و براءة الإختراع في المساهمة في تقدم الفن الصناعي للدول المهتمة بهاذين المجالين. إضافة إلى تأثيرها على التجارة الداخلية والخارجية وترتيبها لعلاقات إقتصادية ووضع حدود للمنافسة المشروعة[1].وفيما يتعلق بحق إستغلالها فهو حق مؤقت ومحدد بمدة قانونية ومطلق من حيث استئثار وإحتكار الإبتكار في مواجهة الغير[2].

وبالنسبة للوظيفة التي تقوم بها التصاميم الشكلية و براءة الاختراع فتتجلى في منح الحماية القانونية لمنتج جديد أو لطرق ووسائل صناعية مستحدثة بغض النظر عن مصدر الإنتاج[3].

ورغم تشابه التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و براءة الاختراع في محاور إلا أنها تختلف عن بعضها البعض.

فإذا كان موضوع الإبداع في التصميم الشكلي يقتصر على التصميم ذاته باعتباره عبارة عن مخطط يوضح العناصر والمكونات و تحديد العلاقة فيما بينهم لإنشاء دائرة متكاملة فإن موضوع براءة الإختراع يختلف من مجال لآخر فقد يكون الإختراع متعلق بالمجال الصناعي أو الزراعي... الخ[4].

وفيما يتعلق بمدة حماية التصاميم الشكلية فإنها تختلف عن المدة المقررة لبراءة الاختراع ، ففي الأولى حددها المشرع الجزائري ضمن نص المادة السابعة من الأمر 03-08 بـ 10 سنوات يبدأ سريانها ابتداءا من تاريخ إيداع طلب التسجيل أو من تاريخ أول استغلال تجاري له.

بينما نجد الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع في المادة 09 قد حدد مدة الحماية بعشرين سنة ابتداءا من تاريخ إيداع طلب الحصول على البراءة، كما منح حماية مؤقتة وخاصة للاختراعات التي تعرض في معرض رسمي أو معترف به رسميا[5].

---

[1]- السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية و جوائز الدولة في العلوم و العلوم التكنولوجية المتقدمة و الفنون و الآداب للمبدعين و المتفوقين، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 15.

[2]- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 14؛ محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق، ص 35.

[3]- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري،حقوق الملكية الفكرية،ابن خلدون للنشر، 2006، ص 55.

[4]- سميحة القليوبي ، المرجع السابق، ص 128.

[5]- المادة 24 من الأمر 03-07 .

ومن أهم الأسباب التي جعلت الدول تهتم بوضع نظام قانوني خاص بالتصاميم عدم تطابق شروط التصميم الشكلي مع الشروط الواجب توافرها للحصول على براءة الإخترع،خاصة ما يتعلق بشرط الجدة الذي يعتبر أقل صرامة في التصاميم الشكلية مقارنة مع شرط الجدة الواجب توافره في براءة الإختراع،إضافة إلى عدم توافر التصميم في كثير من الأحيان على شرط النشاط الإختراعي وإنما توافره على المجهود الفكري الذي هو أقل درجة من النشاط الإختراعي[1].

الفرع الثاني: التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و الرسوم و النماذج الصناعية:

تعتبر التصاميم الشكلية للدوائر والمتكاملة والرسوم و النماذج الصناعية حقوق تمنح لصاحبها الحق في استغلالها واحتكار إنتاجها، وبالتالي احتكار السوق فيما يتعلق بإنتاج وبيع المنتجات أو باستغلال طريقة صناعية جديدة و يكون ذلك لمدة زمنية محددة قانونا[2]،و هذه الحقوق تنشأ في محيط البحث العلمي و الفني وتستغل في البيئة الصناعية والتجارية.

ورغم اعتبار التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة والرسوم والنماذج من قبيل المبتكرات الجديدة ورغم أوجه الشبه إلا أنه يختلفان في مواضيع تتمثل في:

- إذا كانت التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من المبتكرات الجديدة ذات القيمة النفعية التي يؤدي استغلالها إلى تلبية حاجات التقدم الصناعي بتوفير الحماية لها ولمبتكرها،فإن الرسوم والنماذج الصناعية تصنف ضمن المبتكرات الجديدة ذات القيمة الجمالية التي لا تؤدي حمايتها إلى إعاقة النمو الاقتصادي لارتباطها بالمجال الفني وكونها تؤدي دور بعدي لمرحلة الإنتاج و المتمثل في مرحلة التداول[3].

- تتميز التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة بطابع تقني[4] في حين تعتبر الرسوم والنماذج الصناعية ابتكارات ذات طابع فني ما يجعلها منشآت شكلية ذات طابع تزييني.

---

[1]- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق ، ص 36 ؛ صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص 41.

[2]- علي نديم الجمعي، المرجع السابق، ص 210.

[3]- محمود مختار أحمد بريري،الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة،دار الفكر العربي،ص12.

[4]- يجد البعض التصاميم الشكلية تتصف بأوصاف و محل يضعها في نطاق الملكية الأدبية و الفنية عند الحديث عن حماية المصنفات الرقمية.

- عنصر الجدة في التصاميم الشكلية يرد على التخطيط المعتمد لإنتاج الدائرة المتكاملة والقائم على تحديد الموقع الطبيعي لكل عنصر فيها ن،ما يجعل شرط الجدة ينحصر في الجانب الموضوعي للمنتجات التي ينتج عنها استئثار صاحب الابتكار برخصه صناعة منتجات جديدة أو استعمال طريقة صناعية مستحدثة.

أما الرسوم و النماذج الصناعية فرغم أنها تتضمن ابتكارا جديدا إلا أن عنصر الجدة لا يرد على موضوع المنتجات أو طريقة إنتاجها صناعيا ،إنما عنصر الجدة يرد على الشكل الذي تصب فيه المنتجات أي أنه يقتصر على الشكل الخارجي للمنتجات[1].

- إن صاحب التصميم الشكلي يدين لمن سبقوه بابتكاره باعتباره حلقة ضمن سلسلة من الابتكارات السابقة له، في حين تعتبر الرسوم والنماذج الصناعية عمل لصيق بصاحبه ببروز الطابع الشخصي لمبتكره واقترابه من الميدان الفني[2].

الفرع الثالث: التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و العلامات الفارقة.

إذا كانت التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من المبتكرات الجديدة ذات القيمة النفعية التي تتناول المنتجات من الناحية الموضوعية، فإن العلامة الفارقة هي تلك التي تمكن صاحبها من حق احتكار استعمال علامة تميز منتجاته أو احتكار استعمال علامة تميز متجره أو تميز بلد الإنتاج.

فالعلامة التي تميز المنتجات عن ما يشبهها في السوق قد تكون العلامة التجارية أوالصناعية[3] أو الخدمة ورغم التفرقة القانونية بين هذه العلامات إلا أنها تخضع لنفس القواعد والأحكام فالشخص الواحد يمكنه إستعمال علامة واحدة تحقق الغرضين لبيع سلعته[4].

وقد عرفت العلامة ضمن الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات في نص المادة الثانية فقرة الأولى على أنه : " يقصد بالعلامة الرموز القابلة للتمثيل الخطي،لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف

يونس عرب ، المحددات العامة للملكية الفكرية الأدبية و الصناعية ،**http:/www.Google/search/?h**، اليوم 2012/01/14، ساعة 10.00 صباحا.

[1]- عطية عبد الحليم صقر ، وقف الجانب المالي من الحقوق الذهنية لحقوق الملكية الفكرية ، المؤتمر الثاني للأوقاف في 13-15 شوال 1427 ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، ص 25؛سميحة القليوبي ، المرجع السابق، ص 635.

[2]- محمد محبوبي ، المرجع السابق ، ص 85 ؛ محمود مختار أحمد بريري ، المرجع السابق ص 12.

[3]- حيث جمع المشرع بين العلامة التجارية و علامة المصنع تحت عبارة " علامة السلعة".
فرحة زراوي، المرجع السابق ، ص 201.

[4]- محمد محبوبي ، المرجع السابق، ص 77.

والأرقام والرسومات أوالصور والأشكال المميزة للسلع أوتوضيبها و الألوان بمفردها، أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع أو خدمات غيره".

أما العلامة التي تميز المحل التجاري فيطلق عليها الاسم التجاري و تعد من بين الوسائل التي تميزه عن غيره من المحلات التجارية المماثلة له أو المشابهة له،كما أنها وسيلة لجلب الزبائن[1]،وبالرجوع إلى الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات نجد أن المشرع الجزائري قد عرف الاسم التجاري في المادة 02 فقرة الخامسة على أنه: " التسمية أو العنوان الذي يعرف المؤسسة" [2].

و فيما يتعلق بالعلامة التي توضع لبيان مصدر المنتجات فهي تسمية المنشأ التي أصبحت تحظى بأهمية متزايدة في المجال الاقتصادي بفضل الدور الذي تلعبه في ضمان جودة ونوعية البضاعة المعروضة للبيع[3]،وتعني تسمية المنشأ الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمى،ومن شانه أن يعين منتجا ناشئا فيه،وتكون جودة هذا المنتج أو ميزاته منسوبة حصرا أو أساسا لبيئة جغرافية تشتمل على العوامل الطبيعية والبشرية[4]،وقد ركز هذا التعريف على إبراز ميدان تطبيق تسميات المنشأ حيث بين العلاقة اللصيقة بين المنتجات والأرض[5].

ورغم أن العلامة الفارقة تستعمل لغرض حماية وتوسيع نشاط المؤسسات التجارية وعلاقتها مع الزبائن،ولا يمكن تصور منتجات دون علامات تنطبق عليها،فهي شارات مرتبطة أساسا بالمؤسسة ويجب المحافظة عليها بقدر ما تكون المؤسسة موجودة[6] فهي ليست شبيهة بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة إلا أنها تلتقي في عدة محاور تجتمع بينها عدة أوجه تشابه لكن و في نفس الوقت تختلف عن بعضها البعض.

- أوجه الشبه بين التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و العلامات الفارقة.

---

[1]-عز الدين مرزا ناصر عبد الله العباسي ، الاسم التجاري ، دار حامد للنشر عمان ، طبعة أولى، 2003، ص 26.

[2]-حيث اختلف الفقهاء في وضع تعريف جامع للاسم التجاري بما يتوافق مع التطور السريع الذي ساد المعاملات التجارية. نفس المرجع، ص 25.

[3]- فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق ، ص 348.

[4]- محمد محبوبي المرجع السابق، ص 78.

[5]- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق ، ص 348.

4- محمد محبوبي، المرجع السابق، ص 79.

ففيما يتعلق بأهم المحاور التي تشترك فيها التصاميم الشكلية مع العلامات الفارقة هي أن كل من التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة والعلامات الفارقة تعتبر حقوقا معنوية ترد على أشياء غير مادية،ولا تدخل ضمن التقسيم التقليدي للحقوق المالية[1].

كما أن هذه الحقوق مترتبة عن المنافسة بحيث كل مبتكر يسعى للتفوق على غيره لجلب أكبر عدد من الزبائن و تحقيق أكبر قدر من الأرباح، ويتحقق هذا بتنظيم المنافسة التجارية والحد من المنافسة غير المشروعة لتوفير الحماية للمخترع والاعتراف له بحق احتكار استغلال الاختراع لمدة محددة قانونا وحماية منتجاته من التقليد[2] حيث تخضع هذه الحقوق لمجموعة من الشروط المحددة قانونا لحمايتها من أي اعتداء قد يضر بمصلحة مالكها وحقه في جني ثمار جهده.

أما أوجه الإختلاف، فإن الحق المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة هو حق مؤقت ويرجع ذلك إلى أن الحق في استغلالها يتطلب منح صاحبها فترة محددة لجني ثمار جهده كحافز لتشجيعه على البحث العلمي، و هذه المدة تنقضي بمرور عشر سنوات من تاريخ إيداع طلب الحماية أو من أول تاريخ للإستغلال التجاري. أما الحق في العلامة الفارقة فهو حق مؤقت لكن لا تتنافى طبيعته مع استمراره في الزمن، ومعنى ذلك أن مالك العلامة الفارقة له الحق في الاحتفاظ بها إلى الأبد بشرط المواظبة على تجديد التسجيل لدى الجهة المختصة وذلك مراعاة لمصلحة المالك ورغبته في الإستمرار بإتصاله بالزبائن عن طريق العلامة[3].

ويعد المساس بحقوق مالك التصميم الشكلي دون إذنه اعتداء على حقوقه وقد أوقع المشرع عقوبة على ذلك لضمان احتكار مالك التصميم لحق الاستغلال، وبهذا تعد الحماية مقيدة بمدة محددة يمنع فيها على الغير الاستفادة من التصميم الشكلي إلا بموافقة من مالكها.و فيما يتعلق بالعلامة الفارقة فإن استغلالها في أي صنف آخر من المنتوجات التي لا تنتمي إلى الصنف الذي وجدت من أجله العلامة

5- نفس المرجع ، ص 81.

6- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، العلامات و الأسماء التجارية ،دار الفكر الجامعي، 2000، ص 11؛ فاضلي إدريس،المدخل إلى الملكية الفكرية،الملكية الأدبية والفنية والصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون،2007، ص 184.

1- عز الدين مرزا ناصر عبد الله العباسي، المرجع السابق، ص 130.

الفارقة لا يعد اعتداءا عليها ما يجعل الحماية مطلقة وذلك بسبب شهرتها ومنفعتها الاقتصادية، وتقتصر هذه الحالة على العلامة المشهورة والتي تم تعريفها في المادة 6 مكرر 2 من اتفاقية باريس.

وتثبت ملكية التصميم الشكلي للدائرة المتكاملة بمجرد تسجيلها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها في حالة توفر للغير دليل على أسبقية استغلالها. أما العلامة الفارقة فملكيتها تثبت بإحدى الكيفيتين إما بتسجيل العلامة الفارقة ويكون ذلك باستفاء الإجراءات الإدارية أو بالاستعمال، و في هذه الحالة يتوجب على المعني بالأمر إثبات أنه قام بتصرفات أو أعمال تثبت إرادته في امتلاك سمة ما[1].

وفيما يتعلق بالتصرف في التصميم الشكلي فقد يكون مستقلا عن المحل التجاري أومصاحبا له، بحيث يشترط في الحالة الثانية إما أن يكون التصميم الشكلي عنصر جوهري في إنشاء المحل التجاري ولا يتصور قيامه بدون توافرها أو قد يرد إتفاق التصرف في التصميم الشكلي ضمن بنود عقد التصرف في المحل التجاري، وفي هذه الحالة يعتبر التصميم الشكلي للدائرة المتكاملة عنصر ثانوي فيه. أما العلامة الفارقة فلا يتصور التصرف فيها مستقلة عن المحل التجاري إلا في حالات استثنائية ويتم نقل ملكيتها أو الحجز عليها أو رهنها بمجرد التصرف في المحل التجاري بإحدى التصرفات المذكورة[2].

المطلب الثاني:طبيعة التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

إن حداثة الموضوع والطبيعة التقنية جعلته يتميز بسمات كغيره من عناصر الملكية الصناعية التي ساهمت في زيادة الإهتمام به سواء في المجال القانوني أو المجال الإقتصادي ،وعليه سنتناول الطبيعة القانونية(الفرع الأول) والإقتصادية(الفرع الثاني) والإجتماعية(الفرع الثالث).

2- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 239.

1- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، المرجع السابق، ص 30.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

يثير الحديث عن الطبيعة القانونية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة اختلاف في الآراء الصادرة من قبل الفقه الذي ينظر من زوايا مختلفة لتحديد هذا الحق ومعرفة صنفه للوقوف على ماهيته،وفي هذا الصدد تختلف حقوق التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من حيث طبيعتها القانونية عن الحقوق العينية كما تختلف عن الحقوق الشخصية[1] مما دفع بالفقه الحديث إلى إضافة نوع ثالث إلى التقسيم التقليدي للحقوق،أدرج تحته حقوق التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وأصطلح على تسميته بالحقوق المعنوية[2].

ويمكن أن نلحظ أن للحق المعنوي شقين[3]: شق أدبي يتركز في حق الشخص في إنتساب أفكاره إليه وأن يكون له وحده الحق في إذاعها للناس والحق في تعديلها، ويرتبط هذا الحق بالحقوق شخصية التي يمنع التصرف فيها أو الحجر عليها مع عدم قابليتها للتقويم[4]،أما الشق الثاني فيتمثل في الجانب المالي الناتج عن استفادة الشخص من ثمار جهده بمنحه الحق في استغلالها،ويعتبر حقا ماليا لأنه يقوم بالمال ومن ثم يمكن التصرف فيه والتعامل عليه.

ويعتبر الحق المعنوي أحد أهم الجوانب الهامة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة،بحيث ينصب على حماية شخصية المبتكر كمبدع لتصميمه وحماية التصميم في حد ذاته وبهذا ينطوي على وجهين أحدهما إحترام شخصية المبدع باعتباره مبدعا وحماية التصميم باعتباره قيمة ذاتية[5]،هذا ما جعل حقوق التصاميم

---

[1]- و قد رأى أحد الفقهاء أن هذه الحقوق تتمتع ببعض خصائص الحقوق العينية و بعض خصائص الحقوق الشخصية في آن واحد و أطلق عليه تسمية الحقوق المختلطة.
صادق محمد جبران، الملكية الفكرية و دورها في التطور و النمو ، مجلة الواحة، عدد 59 ، خليج العربي، 2010 ، ص 70.

[2]- محمد محبوبي ، المرجع السابق ، ص 73؛ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 6.

[3]- عامر محمود الكسواني، المرجع السابق ، ص 42.

[4]- عبد الكريم محسن أبودلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر التوزيع عمان، طبعة الأولى ، 2004، ص 30؛ سميحة القليوبي ، المرجع السابق، ص 5 – 6.

[5]- و يمكن تلخيص الحقوق المعنوية في:
- حق استغلال التصميم .
- حق المطالبة بان ينسب إليه العمل كمبتكر، و بأن يذكر اسمه.
- حق منع أي تعديل أو تطوير و تغيير في العمل قد يسيء إلى شرفه أو سمعته أو شهرته أو مكانته العلمية.
- التراجع عن عقود التنازل أو التصرف بالحقوق المادية حتى بعد استغلالها، إذا كان ذلك التراجع ضروريا للمحافظة على شخصيته و سمعته شرط تعويض الغير عن الضرر الناتج عن هذا التراجع.
عبد الله عبد الكريم عبد الله، حماية حقوق الملكية الفكرية للباحثين في الاقتصاد الإسلامي ،

الشكلية للدوائر المتكاملة تتميز بطبيعة خاصة[1] عن الحقوق العينية والحقوق الشخصية[2]، بحيث إذا كانت الحقوق العينية تخول لصاحبها حق الإستعمال والإستغلال والتصرف[3] فإن حقوق التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لا تشمل سوى على حق الاستغلال والتصرف دون عنصر الاستعمال لأن قيمة التصاميم الشكلية تتجلى بوضوح في حالة عرضها على المستهلك والاستفادة منها، ويكون ذلك إما باستغلالها أو التصرف فيها دون الاحتفاظ بها، كما هو الحال في الأشياء المادية إذ أن إستعمال الشخص لشيئ مادي إنما هو عنصر من عناصرحق الملكية العادية،فإذا كان للمبدع مثلا أن يستعمل التصميم الشكلي الذي إبتكره فإن إستعماله للتصميم الناتج عن حق ملكية هذا الشيئ المادي وليس نتيجة منحه الحماية،و تبعا لذلك فإن الحق في التصميم الشكلي المحمي يختلف عن حق الملكية العادية لأن التصميم الشكلي المحمي لا يترتب عليه حق إستعمال مثل الإستعمال المترتب على حق الملكية.

ومن جهة أخرى يصعب إعتبار التصميم الشكلي حق شخصي بإعتباره يقوم على التزام المدين بأداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين ،بينما لا أثر لمثل هذا الالتزام في التصميم الشكلي[4].

---

http:// www.pislamiconter.kair.edu.sa 7 ilcon arabic20% popersa 23- abdullah.pdf %، اليوم2011/12/14 ، ساعة 16.30مساءا.

[1]– حيث ورد في ديباجة اتفاقية تريبس أن " حقوق الملكية الفكرية حقوق خاصة، تعطي لصاحبها كيانا قانونيا يمنع الغير من استغلال هذه المبتكرات إلا بعد الحصول على ترخيص و دفع مقابل".

مارتن هور ، الملكية الفكرية، التنوع البيولوجي و التنمية المستدامة ، حل لمسائل الصعبة ، دار المريخ للنشر، 2004، ص 83.

[2]– حيث اعتبرت من التقسيمات الرئيسية للحقوق المالية المتعلقة بالذمة، بحيث عرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء محدد بالذات تمكنه من أي تقيد من هذا الشيء، في حين حدد معنى الحق الشخصي بأنه علاقة أو رابطة قانونية بين شخصين يحق لأحدهما بمقتضاها أن يلزم الآخر بأن يؤدي له عملا أو يمتنع لصاحبه عن أداء عمل.

إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة ثانية ، 1991، ص 209.

[3]– و يقصد بالاستعمال القيام بكافة الأعمال اللازمة للاستفادة من الشيء بصورة مباشرة دون أن يمس بجوهره.

اما التصرف فيقصد به استخدام الشيء بطريقة تستنفذ بها بطريقة كلية أو جزئية. .

محمد إبراهيم موسى ، براءات الاختراع في مجال الأدوية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2006، ص 227.

[4]– محمد محبوبي ، المرجع السابق، ص 74؛ محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 25 – 27.

الفرع الثاني:الطبيعة الاقتصادية لتصاميم الدوائر المتكاملة.

تعتبر التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة نقطة تحول للتنمية الاقتصادية متى أستغلت إستغلالا حكيما من قبل مبتكرها الذي يملك وحده حق إستغلالها بصفة مطلقة دون غيره،ويترتب على هذا الإحتكار حمايته من منافسة[1] الغير له حتى يتمكن من جلب أكبر عدد من الزبائن والعملاء وتحقيق أكبر قدر من الربح[2]. ولا تظهر قيمة التصاميم الشكلية إلا إذا أدمجت في مشروع اقتصادي، فالتصاميم الشكلية لا تستغل ماليا ولا يستفاد منها إلا إذا أقيم مشروع تجاري أو صناعي لإستغلالها أوبيعت لمشروع قائم فعلا لأن التزام المبتكر يتمثل في تنفيذ التصميم صناعيا[3]،فإستعمال تصميم شكلي في تقنية الصوت أو الصورة أوتقوية الإرسال التلفزيوني، فمزايا هذه التصاميم لا تظهر إلا إذا إستثمرت في مشروع تجاري وإقتصادي.

الفرع الثالث: الطبيعة الاجتماعية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

إنه لمن العدالة الاجتماعية أن ينال المبتكر ثمرة إنتاجه سواء بحقه في إحتكار إستغلاله أوحصوله على ما يقابل ذلك من مكافأة على مجهوداته لتشجيعه وتشجيع الغير على الإبتكار[4]،إذ أن تشجيع إستغلال التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة يؤدي إلى تغير في المستوى الاجتماعي ويظهر ذلك من ارتفاع مستوى المعرفة وكسب الوسائل التقنية[5]،ولهذا إهتمت الكثير من الدول ومنها الجزائر بتنظيم تشريعات خاصة لحمايتها وحماية مبتكرها باعتبار هذه القوانين الوسيلة الوحيدة لإقرار هذه الحقوق وحماية الجمهور المستهلكين، كما أنها تساعد على إنتقال الشعوب من حالة التخلف إلى حالة الرخاء[6] التي تساهم في التقدم والرقي الصناعي وتحقيق التنمية، فإقرار هذا الحق يؤدي إلى حفظ النظام العام في المجتمع وهوما

---

[1]- حيث نظم المشرع الجزائري المنافسة بين المنتجين تنظيما قانونيا للحد من المنافسة غير المشروعة بموجب الأمر 03 – 03 المؤرخ في 19 حويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر 2003، عدد 43 .

[2]- فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية،الملكية الأدبية والفنية والصناعية ،المرجع السابق ، ص 183.

[3]- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 14.

[4]- محمد محبوبي ، المرجع السابق، ص 75.

[5]-حيث كانت الدوائر الإلكترونية تصنع من مكونات منفصلة يمكن التلاعب بها باليد، فهذه الدوائر المتكاملة لا تستهلك الكثير من الطاقة و كانت عرضة للفشل و كان نشاطها محصورا في السرعة على الرغم من أنها مازالت شائعة في تطبيقات بسيطة وكان ذلك قبل اختراع الدائرة المتكاملة في 1959.

Cf, Metzceer et jean Paul vabie, op.cit, p. 14.

[6]- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 13؛ فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية،الملكية الأدبية و الفنية والصناعية ،المرجع السابق، ص 183.

تسعى إليه الدول بإعتبار أن حماية التصميم الشكلي لا توفر الحماية للمبدع وحده وإنما تحمي المستهلك من إستهلاك البضائع المقلدة.

خاتمة

بالرغم من أن المشرع الجزائري حاول تبني المبادئ العامة للتصاميم الشكلية التي تساهم في فهم طبيعته وتسهل وضع قواعد حمائية تناسب وهذه الطبيعة إلا ان المشرع لم يستعمل مصطلحات قانونية في تعريفه ،وإنما تمسك بمصطلحات تقنية صعبت فهم هذا النوع من التكنولوجيا ما قد تحتم على رجال القانون ودارسيه اللجوء إلى المختصين في هذا المجال لفهم وظيفته ويتضح ذلك من خلال:

- انعدام نص صريح يعتبر التصميم الشكلي من العناصر المعنوية للمحل التجاري، باعتبار التصميم الشكلي من الحقوق المعنوية والتي اعترف بها المشرع الجزائري، ومن أهم المستجدات التكنولوجية التي أثرت على المجال التكنولوجي وخاصة المجال الإلكتروني الذي يحتاج إلى استثمار واسع.

ونظرا لطبيعة التقنية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة،وصعوبة فهم خصائصه بسهولة من جهة،ومن جهة أخرى عدم إختصاص المشرع لوضع مفاهيم دقيقة له والتي تعود لإختصاص الفقه الذي يتوجب عليه وضع مفاهيم دقيقة وذلك من خلال الإستعانة بأصحاب الإختصاص في المجال التقني.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

1. الأمر 03 – 03 المؤرخ في 19 حويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر 2003، عدد 43 .
2. المرسوم التنفيذي رقم 05-276 مؤرخ في 2 أوت 2005 المتعلق بتحديد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسجيلها، ج.ر 2005، عدد54،ص9 المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 08-345 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 05- 276الذي يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسجيلها، ج.ر2008، عدد 63،ص13.

الكتب باللغة العربية:

1- إبراهيم موسى،براءة الاختراع في مجال الأدوية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006 .

2- السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية و جوائز الدولة في العلوم و العلوم التكنولوجية المتقدمة و الفنون و الآداب للمبدعين و المتفوقين، دار المطبوعات الجامعية، 2004.

3- إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة ثانية ، 1991.

4- سميحة القليوبي،الملكية الصناعية،دار النهضة العربية،القاهرة،طبعة السادسة،2006 .

5- عبد الكريم محسن أبودلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر التوزيع عمان، طبعة الأولى ، 2004.

6- عز الدين مرزا ناصر عبد الله العباسي ، الاسم التجاري ، دار حامد للنشر عمان ، طبعة أولى، 2003.

7- علي نديم الجمعي، الملكية التجارية و الصناعية، المؤسسة الجامعية للدراسات، طبعة الأولى، 2010.

8- فاضلي إدريس،المدخل إلى الملكية الفكرية،الملكية الأدبية والفنية والصناعية،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون،2007 .

9- فاندانا شيفا، حقوق الملكية، حماية أم نهب، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق، دار المريخ للنشر، 2005.

10- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، طبعة ثانية، 2001.

11- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري،حقوق الملكية الفكرية،ابن خلدون للنشر، 2006.

12- مارتن هور ، الملكية الفكرية، التنوع البيولوجي و التنمية المستدامة ، حل لمسائل الصعبة ، دار المريخ للنشر، 2004.

13- محمود مختار أحمد بريري،الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار الفكر العربي.

14- محمد إبراهيم موسى ، براءات الاختراع في مجال الأدوية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2006.

15- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، العلامات و الأسماء التجارية ،دار الفكر الجامعي، 2000.

16- نعيم مغبغب،براءة الاختراع،الملكية الصناعية والتجارية،دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،طبعة ثانوية،2009 .

الكتب بالفرنسية:

17- André Bertrand, La propriété intellectuelle, Livre II, margue et brevets dessin et modèles, délamas 1995.

18- Georges Mtzcer et Jean –paul vabre , pratique des circuits intégrés numériques, édition marketing, année 1998.

المذكرات:

19- محمد محبوبي، النظام القانوني لحماية المبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي و الاتفاقيات، الدولية،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة حسن الثاني عين الشق الدار البيضاء المغرب،2003-2004.

المقالات:

20- صادق محمد جبران، الملكية الفكرية و دورها في التطور و النمو ، مجلة الواحة، عدد 59 ، خليج العربي، 2010.

21- عبد الله عبد الكريم عبد الله، حماية حقوق الملكية الفكرية للباحثين في الاقتصاد الإسلامي، **http:// www.pislamiconter.kair.edu.sa 7 ilcon arabic20% popersa % abdullah.pdf**، اليوم2011/12/14 ، ساعة 16.30مساءا.

22- عطية عبد الحليم صقر ، وقف الجانب المالي من الحقوق الذهنية لحقوق الملكية الفكرية،المؤتمر الثاني للأوقاف في 13-15 شوال 1427 ، جامعة أم القرى،مكة المكرمة .

23- منصور العبادي، الإلكترونيات ، **http://www.google.dz/search?hl**يوم25-04-2012،ساعة16:30.

24- ناصر دادي عدون، منثاوي محمد، انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، الأهداف و العراقيل، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، عدد 03 ،ورقلة، 2004.

25- يونس عرب ، المحددات العامة للملكية الفكرية الأدبية و الصناعية، http:/**www.Google/search/?h**، اليوم 2012/01/14، ساعة 10.00 صباحا.

دور الإمتيازات الضريبة في دعم القدرة التنافسية للشركات والمؤسسات الإقتصادية كآلية محفزة لتشجيع الإستثمار في الجزائر (مقاربة قانونية)

Le rôle des avantages fiscaux dans le soutien de la compétitivité des Entreprises et des institutions économiques En tant que mécanisme de la promotion des investissements en Algérie (Approche juridique)

الباحث/ بن غالم بومدين
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة تلمسان – الجزائر
benghalemboumediene@gmail.com

الملخص:

تواجه الشركات والمؤسسات الإقتصادية اليوم تحديات كبيرة وذلك بتواجدها في بيئة تتميز بالتحولات وشدة المنافسة، وفي عالم متغير باتت فعاليته مرهونة لحد كبير بالقدرة التنافسية لهاته الشركات والمؤسسات، خصوصا في ظل وجود هاته الأخيرة في محيط تنافسي هذا ما أدى إلى ضرورة وجود أفضاليات أو دعائم تساير هذه التطورات، لذا يتوجب على الدول مراجعة سياستها الإقتصادية وصياغتها في شكل يساير هاته التطورات. ولعل من بين السياسات التي على الدول مراجعتها نجد السياسة الضريبية بحيث يجب صياغتها بشكل يساعد المؤسسات على البقاء والنمو.

من خلال هذه الدراسة نبين تأثير إحدى السياسات التي تلجأ إليها أغلبية الدول ألا وهي سياسة الإمتيازات الضريبية، حيث تظهر مختلف التأثيرات التي تحدثها الهياكل الضريبية على تنافسية الشركات والمؤسسات الإقتصادية بالإعتماد على بعض المرشرات الضريبة المهمة التي يجب على الشركات والمؤسسات الإقتصادية دراستها وتحليلها عند وضع خططها وسياستها، كما تقدم هذه الدراسة دور هذه السياسات في تحسين المؤشرات التنافسية لهذه الأخيرة.

الكلمات المفتاحية:

الضريبة، الإمتيازات الضريبة، التنافسية، الميزة التنافسية، التنافسية الجبائية.

Résumé :

Les Société et les entreprises économiques affront aujourd'hui des défis majeurs par les fait d'exister dans un environnement concurrentiel et en mutation permanente. Son efficacité reste par conséquent, otage de sa capacité concurrentiel. pour ce fait, les payes doivent réviser leur politiques économiques et les adapter aux différentes évaluations.

La politique fiscale fait partie actrice de cette adaptation pour assurer la pérennité aux sociétés et les entreprises économiques. L'objet de cette étude c'est voir la politique des avantages fiscaux et les différents effets des structures fiscales sur la compétitivité des sociétés et les entreprises économiques en se basant sur quelques indices fiscaux, l'étude montre aussi le rôle de cette politique dans l'amélioration des indices de compétitivité pour ces dernières.

Mots clés :

Impôt, les avantages fiscaux, compétitivité, avantage concurrentiel, compétitivité fiscale.

مقـــــدمة:

إن السياسة الضريبية تبحث عن الفاعلية الإقتصادية، من هذا المنطلق وجب أن تتماشى أهداف السياسة الضريبية مع الواقع الإقتصادي لكل دولة، هذا ما نلمسه في الجزائر من خلال الإصلاح الضريبي الذي قامت به الدولة مع بداية التسعينات، من خلال جملة الإمتيازات الضريبية الواردة في قوانين المالية أو قوانين الإستثمار حتى الأن، حيث عملت الجزائر جاهدة لإساء نظام ضريبي فعال، وتوفير مناخ إستثماري مناسب إضافة إلى خلق جو من المنافسة بين الشركات والمؤسسات الإقتصادية.

جاء الإصلاح الضريبي ليحمل تحت طياته العديد من الإصلاحات في الضرائب والرسوم وجاءت القوانين الإستثمارية والمراسيم التطبيقية لتعمل على وضع أهداف عديدة يرجى بلوغها منها ترقية الصادرات والعمل على جلب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية والتقليل من البطالة.

ولهذا ومن خلال هذه الدراسة سنقوم بدراسة وتحليل مختلف أنواع الضرائب التي تخضع لها الشركات والمؤسسات الإقتصادية والإمتيازات الممنوحة لها في ظل القوانين الجزائرية محاولة من المشرع لخلق مناخ مناسب قادر على إستقطاب الإستثمار الخاص الوطني والأجانبي، لذلك إرتأينا من خلال محتوى الموضوع الإجابة عن الإشكالية التي تطرح نفسها ألا وهي: ماهي أنواع الضرائب والرسوم المطبقة على الشركات والمؤسسات الإقتصادية العاملة في الجزائر (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك دراسة وتحديد الإمتيازات الضريبية المتعلقة بتطوير ودعم الإستثمار المعمول بها (المبحث الثاني) ، وللإجابة على كل هذه التساؤلات عمدنا إلى تقسيم دراستنا بإتباع الخطة التالية:

المبحث الأول : أنواع الضرائب والرسوم المطبقة على الشركات والمؤسسات الإقتصادية العاملة في الجزائر

المبدأ العام المعمول به بوجه عام من طرف المشرع عند قيامه بفرض الضرائب أو تحديد النظام الضريبي دراسة وتحليل مختلف العوامل التي من شأنها أن تتأثر بالفرض الضريبي سواء كانت على المستوى الكلي (الإقتصاد) أو المستوى الجزئي (الشركة أو المؤسسة أو الفرد)، وفي ظل مايشهده الإقتصاد العالمي من منافسة شديدة وحادة في إستقطاب الإستثمارات والأموال تلجأ الدول بما فيها الحكومة الجزائرية لمنح الإمتياز الضريبي والذي هو مجموعة من الإجراءات والتدابير التحفيزية التي تخص بها الدولة مجموعة من الشركات والمؤسسات الإقتصادية أو ما يعرف بالأعوان الإقتصاديين، وهذا بغية تحقيق أهداف ترجوها من خلال السياسة العامة للدولة، فهي تعتبر بمثابة أموال تخلت عنها الدولة في المدى القصير لتحصل على إيراداتها في المدى الطويل من خلال توسيع الأوعية الضريبية وزيادتها. لذا وجب على واضع هاته السياسات العامة الإقتصادية، مراعات ودراسة كل العوامل والمعايير والأسس سياسية كانت أو إقتصادية أو إجتماعية..أو غيرها عند منح هذه الإمتيازات والعمل على تقيمها من فترة إلى أخرى، والحكومة الجزائرية لم تشد عن القاعدة وهذا ماسوف نوضحه من خلال سياستها في فرض الضرائب والرسوم على الشركات والمؤسسات الإقتصادية العاملة فيها من خلال مايلي:

المطلب الأول: الضرائب التي تدفعها المؤسسة والشركات بصفتها تاجر

بمجرد إكتساب المؤسسات والشركات صفة التاجر تكون خاضعة لجملة من الضرائب والرسوم[1]، التي فرضها المشرع الجزائري عليها في إيطار خطة شاملة وعامة للنهوض بالإقتصاد وتطويره في مختلف المجالات وهذا على النحو الذي سوف نبينه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الضريبة على أرباح الشركات

تنص المادة 135 من قانون الضرائب المباشرة (ق.ض.م) على أنه:"تؤسس ضريبة سنوية على مجمل الأرباح والمداخيل التي تحققها الشركات وغيرها من الأشخاص المعنوية المشار إليهم في المادة 136 وتسمى هاته الضريبة الضريبة على أرباح الشركات"، وتحسب هذه الضريبة بتطبيق معدل سنوي ثابت بعد أن يتم التصريح باللأرباح لدى إدارة الضرائب ومن ثمة يمكن إيجاز خصائص هذه الضريبة فيما يلي: أولا إنها ضريبة

[1] نستثني من هذه الدراسة كل من الضريبة على الدخل الإجمالي (IRG) لأنه من اجل الإستفادة من الإمتيازات الضريبة يجب أن تكون المؤسسة خاضعة وجوبا أو إختياريا للضريبة على أرباح(IBS) ، و نستثني أيضا الدفع الجزافي (VF) لأنه قد تم إلغاءه بموجب قانون المالية لسنة 2006.

وحيدة أي أنها تفرض على الأشخاص المعنوية، وثانيا إنها عامة وذلك بجمع كل الأرباح والمداخيل دون مراعاة طبيعتها، ثم ثالثا تتميز بأنها ضريبة سنوية أي تفرض في كل سنة مرة على إجمالي الأرباح وأنها ضريبة نسبية بمعنى أنها تفرض على إجمالي الأرباح وتخضع لمعدل واحد، بالإضافة إلى أنها ضريبة تصريحية أي أن المكلف يقوم بتقديم ميزانيته الجبائية قبل الفاتح من أفريل من كل سنة تلي سنة تحقق الربح.

أولا/ مجال تطبيق الضريبة على أرباح الشركات:

تتميز هذه الضريبة بكونها تفرض على الأرباح المحققة في الجزائر، سواء كانت هذه الأرباح خاصة بالشركات الوطنية أوالأجنبية أو بالشركات العمومية أو الخاصة، يأخذ مجال تطبيق هذه الضريبة الصفة الإجبارية والإختيارية ويتضح ذلك كما يلي[1]:

أ/ الشركات الخاضعة وجوبا للضريبة على أرباح الشركات: والمتمثلة في شركات الأموال وينطوي تحتها شركات الأسهم، الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات التوصية بالأسهم، المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، الشركات المدنية المتكونة على شكل أسهم.

ب/ الشركات الخاضعة إختياريا للضريبة على أرباح الشركات: وهي الشركات التي تكون خاضعة في الأصل للضريبة على الدخل الإجمالي، إلا أن المشرع الضريبي سمح لها بالخضوع للضريبة على أرباح الشركات بشرط تقديم طلب الإختيار مرفق بالتصريح المنصوص عليه في القانون لدى مفتشية الضرائب المعنية، وهذا الإختيار نهائي ولا يمكن الرجوع فيه مدى حياة الشركة وهذه الشركات تتمثل أساسا في: شركات الأشخاص وينطوي تحتها كل من شركات التضامن، شركات التوصية البسيطة وجمعيات المساهمين.

ثانيا/ الإعفاءات الضريبية على أرباح الشركات :

هناك جملة من الإعفاءات الخاصة بهذه الضريبة منها ما هو دائم ومنها ماهو مؤقت وتتحدد في الأتي[2]:

- ✓ إعفاء ممدة 03 سنوات إبتداءا من تاريخ النشاط بالنسبة للأنشطة ذات الأولوية المحددة في إيطار المخططات التنموية السنوية كما يمكن أن ترفع مدة الإعفاء إلى 05 سنوات بالنسبة للأنشطة المعلن عن أولويتها في منطقة يجب ترقيتها.
- ✓ إعفاء دائم بالنسبة للهيئات والفرق التي تمارس نشاطا مسرحيا.
- ✓ إعفاء لمدة 10 سنوات بالنسبة للمؤسسات السياحية الوطنية بإستثناء وكالات السفر.

[1] **د.ناصر مراد:** الإصلاح الضريبي في الجزائر للفترة 1992-2003، منشورات بغدادي، الجزلئر،ص72.

[2] المادة 138 من قانون الضرائب المباشرة.

ثالثا/ تحديد وعاء الضريبة على أرباح الشركات:

يتحدد هذا الوعاء إنطلاقا من النتيجة الإجمالية المحققة في دورة السنة بالإضافة إلى إدماج تكاليف غير قابلة للخصم وخصم عناصر أخرى وهذا من أجل الوصول إلى النتيجة الجبائية التي تقتطع منها الضريبة، وتتحدد النتيجة الجبائية وفقا للعلاقة التالية[1]: (النتيجة الجبائية = النتيجة الإجمالية للدورة – التخفيظات + الإستردادات) وتتحدد النتيجة الإجمالية للدورة بالفرق الناتج بين[2]:

- ✓ النتائج المحققة من طرف المؤسسة (مبيعات عائدات إستثنائية).
- ✓ ناقص الأعباء المحتملة في إيطار ممارسة النشاط (تكاليف عامة، تكاليف مالية، إهتلاكات، مؤونات ضرائب ورسوم مهنية...إلخ).
- ✓ خسائر السنوات السابقة حتى غاية السنة الخامسة بموجب المادة 147 من ق.ض.م.
- ✓ المصاريف التي لا تراعي شروط الخصم أو التي تتجاوز الحد المسموح به من طرف إدارة الضرائب وهذا بموجب المادتين 168 و169 من ق.ض.م.
- ✓ الرصيد الجبائي بموجب المادتين 87 مكرر و147 من ق.ض.م.

رابعا/ معادلات الضريبة على أرباح الشركات:

ويمكن تلخيصها كليا في الجدول الأتي:

الجدول(1-1): معدلات الضريبية على أرباح الشركات

الأصناف	الربح أو الدخل الخاضع للإقتطاع الضريبي	لمعدل المطبق
المعدل العام	الربح الجبائي	% 25
	الربح الجبائي المعاد إستثماره	% 12.50
المعدلات الخاصة (معدلات الإقتطاع من المصدر)	مداخيل الديون والودائع والكفالات	% 10
	الإرادات المتأتية من سندات الصندوق غير الإسمية	% 40
	الإرادات المحصلة في عقد إدارة الأعمال	% 20
	– مداخيل المؤسسات الأجنبية التي ليس لديها منشأت دائمة في الجزائر في إيطار صفقات متعلقة بتقديم الخدمات. – المبالغ المدفوعة مقابل خدمات من أي نوع كانت مقدمة أو مسلمة بالجزائر. – العائدات الممنوحة لمخترعين متواجدين بالخارج، مقابل إما منح رخصة	% 24

[1]- **Tayeb zitoun « comptabilité des société »,Berti édition, Alger, 2003, p19.**
[2] **Ministère des finances DGI « les systèmes fiscale algérien » Alger print, alger, 2003, p05**

	إستغلال براءات إختراعهم أو بيع أو التنازل عن علامات صنع أو صيغ.	
	مداخيل المؤسسات الأجنبية العاملة في قطاع النقل البحري عندما تخضع في بلدانهم المؤسسات الجزائرية العاملة في مجال النقل البحري للضريبة، يتم تطبيق قاعدة المعاملة بالمثل، عندما تقوم هذه الدول بتطبيق معدل يزيد أو يقل عن النسبة المطبقة بالجزائر	% 25

المصدر: تم إعداد الجدول بالإستناد إلى نص المادة 150 من قانون الضرائب المباشرة والمادة 02 من الأمر (04-06)

المؤرخ في 15 جويلية المتضمن قانون المالية التكملي لسنة 2006 الجريدة الرسمية العدد 47. الجزائر.

خامسا/ تسديد الضريبة على أرباح الشركات :

يتم تسديد قيمة الضريبة على أرباح الشركات المستحقة عبر ثلاث تسبيقات يتم حسابها إنطلاقا من قيمة الضريبة الماضية، والجدول التالي يوضح كيفية حساب التسبيقات ومواعيد دفعها مع الإشارة أن الشركات حديثة النشأة تسبيقاتها محددة ب05% من رأس مالها :

الجدول(1-2): تسبيقات الضريبية على أرباح الشركات

التسبيقات	قيمة التسبيق	فترة تقديم التسبيق
التسبيق الأول	ضريبة السنة الماضية × 30%	من 15 فيفري إلى 15 مارس
التسبيق الثاني	ضريبة السنة الماضية × 30%	من 15 ماي إلى 15 جوان
التسبيق الثالث	ضريبة السنة الماضية × 30%	من 15 أكتوبر إلى 15 نوفمبر

المصدر: تم إعداد الجدول بالإستناد إلى المادة 356 من قانون الضرائب المباشرة

الفرع الثاني : الرسم على النشاط المهني

وهو ضريبة مباشرة تستحق دوريا بصدد رقم الأعمال الذي يحققه في الجزائر الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يمارسون نشاطا مهنيا بصفة دائمة وهذا مهما كانت نتيجة الشركة أو المؤسسة.

أولا/ مجال التطبيق والوعاء الخاضع للرسم على النشاط المهني:

ويمكن إيجازه بالتفصيل من خلال الجدول الأتي:

الجدول(1-3): مجال التطبيق والوعاء الخاضع للرسم على النشاط المهني

مجال التطبيق	الأساس الخاضع للضريبة (وعاء الضريبة)
الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الممارسون لنشاط تخضع عائداته: - للضريبة على الدخل الإجمالي فئة الأرباح الصناعية والتجارية. - للضريبة على الأرباح الشركات.	بالنسبة للخاضعين للرسم على القيمة المضافة: - رقم الأعمال بدون الرسم على القيمة المضافة بالنسبة لغير الخاضعين للرسم على القيمة المضافة. - رقم الأعمال بما في ذلك الرسم على القيمة المضافة ولتحديد الأساس الخاضع للضريبة يجب الأخذ في الحسبان التخفيضات المقدرة ب: 30% و50% و75% المنصوص عليها في القانون لصالح بعض العمليات(6).
الأشخاص الطبيعيون الخاضعون للضريبة على الدخل الإجمالي فئة الأرباح الغير صناعية بإستثناء مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة الحاصلين على أغلبية الأسهم.	الإيرادات المهنية بدون الرسم على القيمة المضافة

المصدر: **Les systéme fiscales algerien.op cit.p 07**

ثانيا/ الإعفاءات من الرسم على النشاط المهني:

نص المشرع الضريبي على مجموعة من الإعفاءات نذكر منها[1]:

- ✓ رقم الأعمال الذي لا يتجاوز مبلغ ثمانين ألف دينار (80.000 دج) إذا تعلق الأمر بمكلفين بالضريبة يتمثل نشاطهم الرئيسي في بيع السلع والأدوات والأشياء والأدوات المأخوذة أو المستهلكة في عين المكان، أو خمسين ألف دينار (50.000 دج) إذا تعلق الأمر بالمكلفين بالضريبة في مجال تقديم الخدمات والإستفادة من المزايا ويتعين على الأشخاص الطبيعين أن يمارسوا أنشطتهم بأنفسهم دون مساعدة أي شخص أخر.
- ✓ مبلغ عمليات البيع الخاصة بالمواد ذات الإستهلاك الواسع المدعمة من قبل ميزانية الدولة أو التي تستفيد من التعويض.
- ✓ مبلغ عمليات البيع أو النقل أو السمسرة المتعلقة بالمواد والسلع الموجهة مباشرة للتصدير بما في ذلك كافة عمليات المعالجة قصد إنتاج المواد البترولية الموجهة مباشرة للتصدير.

[1] لمزيد من التفاصيل حول هذه التخفيضات و العمليات الخاضعة لها يمكن الرجوع إلى المادة 219 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المتماثلة

- ✓ إعفاء لمدة ثلاث (03) سنوات إعتبارا من تاريخ بداية الإستغلال بالنسبة للأنشطة الممارسة من قبل الشباب المستثمر المستفيد من دعم الصندوق الوطني لدعم الشباب وقد تمتد إلى ستة (06) سنوات في المناطق الواجب ترقيتها.

ثالثا/ معدل الرسم على النشاط المهني:

يحدد الرسم على النشاط المهني ب: 02 % وهو يفرض على رقم الأعمال المحقق وحصيلته حسب الجدول الأتي:

الجدول(1- 4): توزيع حصيلة الرسم على النشاط المهني

الرسم على النشاط المهني	المعدلات			
	حصة الولاية	حصة البلدية	الصندوق المشترك للجماعات المحلية	المجموع
المعدل المهني	% 0.59	% 1.30	% 0.11	% 02

المصدر: المادة 222 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المتماثلة.

المطلب الثاني: الضرائب التي تدفعها الشركات والمؤسسة الإقتصادية بصفتها مالكة

يقصد بالضرائب التي تدفعها الشركات والمؤسسات الإقتصادية بصفتها مالكة مجموعة من الرسوم المفروضة عليها والتي تلبي غرض معين إرتأه المشرع في سياسة الدولة العامة الإقتصادية والذي سوف نعالجه من خلال الفروع التالية على النحو التالي:

الفرع الأول: الرسم العقاري

وهو ضريبة مباشرة سنوية تفرض على جميع العقارات سواء كانت ملكيات مبنية أو غير مبنية التي هي بحوزة الشركة أو المؤسسة الإقتصادية الموجودة فوق التراب الوطني بإستثناء تلك المعفية من الضرائب صراحة.

أولا/ مجال تطبيق الرسم:

1. بالنسبة للملكيات المبنية:

- ✓ المنشأت المخصصة لإيواء الأشخاص والمواد أو تخزين المنتوجات.
- ✓ المنشأت التجارية الكائنة في محيط المطارات والموانئ والمحطات السكك الحديدية والمحطات البربة.
- ✓ أرضيات البنايات بجميع أنواعها والقطع الأرضية التي تشكل ملحقات للشركة أو المؤسسة ولا يمكن الإستغناء عنها.
- ✓ الأراضي الغير مزروعة المستخدمة لأغراض تجارية أو صناعية.

2. بالنسبة للملكيات غير المبنية[1]:

- ✓ الأراضي الكائنة في القطاعات العمرانية والقابلة للتعمير.
- ✓ المحاجر ومواقع إستخراج الرمل والمناجم في الهواء الطلق.
- ✓ مناجم الملح والسبخات والأراضي الفلاحية.

ثانيا/ الإعفاءات من الرسم العقاري:

1. بالنسبة للملكيات المبنية:

هناك جملة من الإعفاءات منها ما هو دائم ومنها ما هو مؤقت والتي سوف نذكر منها[2]:

إعفاء دائم : بالنسبة للملكيات المبنية إذا توفرت على شرطين وهما أن تكون مخصصة للمصلحة العامة أو ذات منفعة عامة وأن لا تكون مصدر للدخل ومثال ذلك البنايات المخصصة للقيام بالشعائر الدينية والتجهيزات والمستثمرات الفلاحية لا سيما منها الحظائر والمرابط والمطامر.

- **إعفاء بصفة مؤقتة:** بالنسبة للبنايات الجديدة وإعادة البنايات وإضافة البنايات وهذا لمدة سبع (07) سنوات إعتبارا من أول جانفي من السنة الموالية لسنة إنجازها أو شغلها، البنايات وإضافة البنايات المستعملة في الأنشطة الممارسة من قبل الشباب المستثمر المستفيد من إعانة الصندوق الوطني لدعم الشباب وهذا لمدة ثلاث (03) سنوات إعتبارا من تاريخ إنجازها، وترفع مدة الإنجاز إلى ستة (06) سنوات في المناطق التي يجب ترقيتها، بالإضافة للسكن الإجتماعي التابع للقطاع العام والمخصص للكراء.

2. بالنسبة للملكيات غير المبنية:

تعفى من الرسم العقاري المطبق على الملكيات غير المبنية[3]، الأملاك التابعة للدولة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية العلمية أو التعلمية أو الإسعافية عندما تكون مخصصة لنشاط ذو منفعة عامة وغير مدرة للأرباح ولا يطبق هذا الإعفاء على الأملاك التابعة لهيئات الدولة والولايات والبلديات التي تكتسي طابع صناعيا أو تجاريا. بالإضافة إلى كل من الأراضي التي تشغلها السكك الحديدية وأملاك الوقف العمومية المشكلة من الملكيات غير المبنية والأراضي والقطع الأرضية الخاضعة للرسم العقاري المطبق على الملكيات المبنية.

[1] أنظر المادة 261 /4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المتماثلة
[2] أنظر المادتان 251 و 252 من قانون الضرائب المباشرة
[3] أنظر المادتان 261ف 4 من قانون الضرائب المباشرة

ثالثا/ تحديد وعاء الرسم العقاري:

1. **بالنسبة للملكيات المبنية:** يتحدد من حاصل القيمة الإيجارية الجبائية المعبر عنها بالمتر المربع المبنية في المساحة الخاضعة للضريبة مع تطبيق تخفيض بنسبة 02 % سنويا مراعاة لقدم البنايات، لكن دون أن يتجاوز هذا التخفيض حدا أقصى قدره 40 %، وبالنسبة للمصانع هذا المعدل محدد ب 50 %.
2. **بالنسبة للملكيات غير المبنية:** ويتحدد من حاصل القيمة الإيجارية الجبائية للملكيات غير المبنية المعبر عنها بالمتر المربع أو الهكتار الواحد في المساحة الخاضعة للضريبة[1].

رابعا / تحديد وعاء الرسم العقاري:

يستخلص من نص المادة 261 من قانون الضرائب المباشرة والذي يمكن أن نختصره على النحو التالي:

الجدول (1- 5): معدلات الرسم العقاري

طبيعة الملكية	الأساس الخاضع للرسم		المعدل
الملكيات المبنية	الملكيات المبنية بشكل تام		% 03
	الملكيات المبنية ذات الإستعمال السكني التي يملكها أشخاص طبيعيون والواقعة في المناطق المحددة عن طريق التنظيم وغير مشغولة بصفة شخصية أو عائلية، أو عن طريق الكراء أو الإيجار.		% 10
	الملكيات التي تشكل ملحقات للملكيات المبنية	المساحة ≤ 500 م^2	% 05
		500 م^2 < المسلحة ≤ 1000 م^2	% 07
		المساحة > 1000 م^2	% 10
الملكيات الغير المبنية	الأراضي الغير عمرانية		% 05
	الأراضي العمرانية	المساحة ≤ 500 م^2	% 05
		500 م^2 < المسلحة ≤ 1000 م^2	% 07
		المساحة > 1000 م^2	% 10
		الأراضي الفلاحية	% 03

المصدر: تم إعداد الجدول بناء على المادة 261 من قانون الضرائب المباشرة .

[1] **Le système fiscal algérien, op, cit, p 09.**

الفرع الثاني : الرسم التطهيري

يعتبر الرسم التطهيري ملحق بالرسم العقاري، فهو مرتبط بإستفادة أصحاب الملكيات المبنية من رفع القمامة يوميا وكذا من شبكة تصريف المياه و وجود مصالح مختصة للقيام بهذه الأعمال، وبالتالي هذا الرسم أساسا يتكون من رسم على رفع القمامات وأخر على تصريف المياه ويدفع لصالح البلديات التي لها مصالح خاصة برفع الفضلات والقمامة، وتدفعه الشركة أو المؤسسة الإقتصادية على الملكيات المبنية بصفتها مالكة للعقار أو مستأجرة كما يمكنها أن تطالب المالك المؤجر بدفع قيمة الرسم بصفة تضامنية.

1. **الإعفاءات:** تعفى من دفع الرسم الملكيات الغير مستفيدة من خدمات رفع القمامة المنزلية.
2. **مبلغ الرسم:** يحدد على النحو الأتي[1]:

- ✓ ما بين 500 دج إلى 1000 دج على كل محل ذو إستعمال سكني.
- ✓ ما بين 1000 دج إلى 10000 دج على كل محل ذو إستعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابهه.
- ✓ ما بين 5000 دج إلى 20000 دج على كل أرض مهيئة للتخيم والمقطورات.
- ✓ ما بين 10000 دج إلى 100000 دج على كل محل ذو إستعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابهه ينتج كمية من النفايات تفوق الأصناف المذكورة أعلاه.

تحدد التعريفات في كل سنة في كل بلدية بقرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي وبعد أخذ رأي السلطة الوصية، أما بالنسبة للبلديات التي تمارس عملية الفرز، فيتم تعويض كل منزل في حدود 15 % من مبلغ الرسم المطبق على رفع القمامة المنزلية.

الفرع الثالث: حقوق التسجيل

تعتبر الشركة و المؤسسة الإقتصادية شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة عن الشركاء، تتكون هذه الذمة من حصص عادية وفي بعض الأحيان من حصص لقاء عوض وبالتالي فإنها تخضع لمختلف حقوق التسجيل، وهذا نتيجة لقيامها بمختلف العمليات المندرجة ضمن مجال نشاطها، ويمكن بيان مجال تطبيق الضريبة والأساس الخاضع والنسب المطبقة من خلال الجدول الأتي[2]:

[1] أنظر المادتان 263 من قانون الضرائب المباشرة

[2] **Le système fiscal algérien, op.cit, p19.**

الجدول : (1-6): حقوق التسجيل

مجال التطبيق		الأساس الخاضع للرسم	النسب المطبقة
التحويلات لكامل الملكية (بيع عقار أو منقول)		الثمن الوارد في العقد أو القيمة التجارية الحقيقية للمال	05 %
التنازل عن أجزاء حق الملكية (الإنتفاع وملكية الرقبة)		التنازل عن أجزاء حق الملكية الإنتفاع وملكية الرقبة بالثمن المعبر عنه مع إضافة جميع الأعباء أو على أساس القيمة التجارية الحقيقية	05 % مع تطبيق الجدول المنصوص عليه في المادة53 ف2 من قانون التسجيل
نقل الإنتفاع للأموال العقارية	إيجارات لمدة محددة	الثمن الكلي للإيجار مضاف إليه نقل جميع الأعباء	02 %
	إيجارات لمدة غير محددة	الرأسمال المشكل من 20 مرة قيمة ثمن والأعباء السنوية	05 %
الهبات		قيمة المال الموهوب	05 %
القسمة		مبلغ الأصول الصافية المقسمة (الأصول الإجمالية للديون والأعباء)	1.5 %
مبادلة الأصول العقارية		قيمة أحد الأملاك المتبادلة	2.5 %
عقود الشركة	الحصص العادية	القيمة الصافية للحصص	0.5 %
	الحصص بعوض	الثمن المعبر عنه مع إضافة جميع الأعباء أو القيمة التجارية الحقيقية	يحدد حق نقل الملكية حسب طبيعة عقود المال
	العقود المتضمنة تنازل عن الأسهم وحصص الشركة	قيمة حصص الشركاء	2.5 %

المصدر: ***Les systéme fiscales algerien.op cit.p 19***

المطلب الثالث : الضرائب التي تحصلها الشركة أو المؤسسات الإقتصادية بصفتها مكلف قانوني

تقوم الشركات والمؤسسات الإقتصادية هنا وفي هذه الحالة بتحصيل مختلف الضرائب بإعتبارها مكلف قانوني لا مكلف حقيقي، فهي تعتبر وسيطا بين الدولة والمستهلك الحقيقي بحيث تصرح وتدفع الضريبة لخزينة الدولة وفي هذه الحالة تلعب دور أساسي ألا وهو جمع الضريبة وهذا ما سوف نوضحه على النحو الأتي:

الفرع الأول : الرسم على القيمة المضافة

وهو ضريبة غير مباشرة على الإستهلاك للسلع والخدمات تجمع من طرف الشركة أو المؤسسة الإقتصادية لفائدة الخزينة العمومية ليتحملها المستهلك النهائي وتفرض هذه الضريبة على القيمة المضافة المنشأة خلال كل مرحلة من مراحل العمليات الإقتصادية والتجارية وتحدد القيمة المضافة بالفرق بين الإنتاج الإجمالي والإستهلاكات الوسيطة للسلع والخدمات[1]، وبمعنى أخر هناك حالات تقوم فيها الشركة أو المؤسسة الإقتصادية ببعض العمليات الخاضعة للرسم على القيمة المضافة، وتتحمل الرسم بدون أن تسترجعه، وتكون الشركة أو المؤسسة هنا بمثابة المستهلك النهائي، ومثال ذلك الرسم الوارد في فاتورة الكهرباء أو في فاتورة المياه...إلخ، ويتميز هذا الرسم على القيمة المضافة بالخصائص التالية[2]:

- أنه ضريبة حقيقية: تخص إستعمال المداخيل أي المصاريف أو الإستهلاك النهائي للسلع والخدمات.
- أنه ضريبة غير مباشرة: تدفع للخزينة ليس بصفة مباشرة من طرف المستهلك النهائي، الذي يعتبر المدين الحقيقي ولكن من طرف الشركة أو المؤسسة الإقتصادية التي هي المكلف القانوني الذي يضمن إنتاج وتوزيع السلع والخدمات.
- أنه ضريبة نسبية: تحصل بنسبة قيمة المنتوجات وليس بالإستناد إلى النوعية المادية للمنتوج (الحجم أو الكمية).
- أنه ضريبة مؤسسة حسب ألية عمل الدفعات المجزئة: ويخص القيمة المضافة الممنوحة للمنتوج.
- أنه ضريبة تتوقف على ألية الحسوم: وفي هذا الصدد يجب على المدين أن يخصم مبلغ الرسم الذي تحمله جراء جميع المشتريات من الرسم المستحق في المبيعات أو تقديم الخدمات، ودفع الباقي إلى الخزينة العمومية.
- أنه ضريبة محايدة: يعتبر الرسم على القيمة المضافة محايدا بالنسبة للمدينين الشرعيين، بما أنه متحمل من طرف المستهلك النهائي.

---

[1] د.ناصر مراد: فاعلية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2003، ص40

[2] **Ministère des finances « Guide pratique de la TVA » Alger 2004,p12.**

أولا/ مجال تطبيق الرسم على القيمة المضافة:

تكتسي العمليات الخاضعة للرسم على القيمة المضافة الطابع الوجوبي والطابع الإختياري على النحو التالي:

1. العمليات الخاضعة للضريبة وجوبا :

يكون الرسم على القيمة المضافة مستحقا وجوبا على[1]:

- العمليات المتعلقة بنشاط صناعي أو تجاري أو حرفي المنجزة من طرف الخاضعين للرسم.
- العمليات التي تنجزها البنوك وشركات التأمين.
- العمليات المحققة عند ممارسة مهنة حرة.
- العمليات المتعلقة بالأشغال العقارية.
- عمليات البيع المنجزة حسب شروط البيع بالجملة.
- عمليات البيع التي تقوم بها المساحات الكبرى ونشاطات التجارة المتعددة وكذا تجارة التجزئة، بإستثناء العمليات التي يقوم بها المكلفون بالضريبة الخاضعن للنظام الجزافي.
- عمليات الإيجار وأداء الخدمات، أعمال الدراسات والبحث.
- الحفلات الفنية والألعاب والتسليمات بمختلف أنواعها التي ينظمها أي شخص من الأشخاص.
- عمليات الإستيراد.

2. العمليات الخاضعة للضريبة إختياريا :

يمكن للأشخاص الطبيعيين أو الإعتبارين الذين يقع نشاطهم خارج مجال تطبيق الرسم على القيمة المضافة، أن يختاروا الخضوع لهذا الرسم بناءا على طلب منهم، بشرط أن تكون العمليات التي يقومون بها موجهة إلى[2]:

- التصدير أو إلى الشركات البترولية.
- المكلفين بالرسم الآخرين بموجب نص قانوني خاص.
- للمؤسسات التي تستفيد من نظام المشتريات بالإعفاء.

أما المجل الإقليمي للرسم على القيمة المضافة فيتمثل في إنجاز العمليات الخاضعة في الجزائر، وفي هذا الصدد يجب التمييز بين شكلين:

أواهما بالنسبة للمبيعات والمعيار الذي يأخذ به في فرض الرسم هو مكان التسليم بالجزائر، أما ثانيهما فهو بالنسبة لتأدية الخدمات ويأخذ فرض الرسم فيه بمعيار مكان إستعمال أو إستغلال الخدمة.

[1] أنظر المادة 02 من قانون الرسم على القيمة المضافة
[2] أنظر المادة 03 من قانون الرسم على القيمة المضافة

ثانيا/ الإعفاءات من الرسم على القيمة المضافة :

تقسم العمليات المعفاة من الرسم على القيمة المضافة إلى:

1. **العمليات المعفاة والتي تتم في الداخل:** حيث نصت المادة 08 من قانون الرسم على القيمة المضافة على عدة إعفاءات بالنسبة للعمليات التي تتم في الداخل نذكر منها العمليات التي يقوم بها الأشخاص الذين يقل رقم أعمالهم الإجمالي عن مبلغ (100.000 دج) أو يساويه بالنسبة لمؤدي الخدمات، وعن مبلغ (130.000 دج) بالنسبة لباقي الخاضعين للضريبة كالعمليات التي تتم بين وحدات أو مجلات المؤسسة الواحدة، أو عمليات البيع المتعلقة بالمنتوجات و مسالخ الذبح، ولكن فيما يخص البيع الأول بعد عمليات الذبح فقط،كما تعفى أيضا جميع المنتجات، والمواد الغذائية، والأعمال والخدمات من الرسم على القيمة المضافة والمحددة في المادة 09 من قانون الرسم على القيمة المضافة.
2. **العمليات المعفاة عند الإستيراد:** هناك جملة من الإعفاءات من الرسم على القيمة المضافة والتي تخص عمليات الإستيراد نذكر منها[1]:
   - المنتجات المعفى بيعها في الداخل من الرسم على القيمة المضافة.
   - البضائع الموضوعة تحت أحد الأنظمة الجمركية التالية : الإستيداع، القبول المؤقت، العبور، المناقلة والإيداع.
   - الذهب للإستعمال النقدي والنقود الذهبية.
   - البضائع المستوردة في إطار المقايضة.
3. **العمليات المعفاة عند التصدير:** بإستثناء عمليات التصدير والتي تتعلق بالتحف الفنية، الأحجار الكريمة، والمعادن النفيسة، فإن جميع عمليات البيع والصنع التي تتعلق بالبضائع المصدرة معفية من الرسم على القيمة المضافة إذا توفرت فيها الشروط التالية[2]:
   - أن يقيد البائع و/أو الصانع الإرساليات في المحاسبة وبصفة منتظمة، جميع المعلومات الخاصة بعلامة البضائع، تاريخ تسجيلها، قيمتها ووجهتها...وغيرها من المعلومات الضرورية المتعلقة بالمحاسبة.
   - تقييد علامات البضائع وأرقامها في الوثائق (كتذكرة النقل، ورقة البيع بالجملة... إلخ).
   - أن لا يكون التصدير مخالفا للقوانين والتنظيمات.
4. **نظام الشراء بالإعفاء** : وهو تقنية تعطي الحق للشركة أو المؤسسة الإقتصادية في الإقتناء بالإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، فيما يخص كل المعدات، السلع والخدمات، المخصصة إما لتصدير أو

[1] أنظر المادتين 10و11 من قانون الرسم على القيمة المضافة.
[2] أنظر المادة 13 من قانون الرسم على القيمة المضافة

إنتاج مواد معفاة قانونيا وبصفة قطعية من الرسم على القيمة المضافة، وللإستفادة من هذا النظام يجب توفر الشروط التالية[1]:

- أن تكون المؤسسة خاضعة للنظام الحقيقي.
- مسك المؤسسة المستفيدة لدفاتر محاسبية بشكل قانوني.
- تقديم نسخ من سجلات الضرائب، تثبت الوفاء بكل الضرائب والرسوم المستحقة أو أجال الدفع التي منحتها الإدارة الجبائية عند تاريخ إيداع طلب الإعتماد.
- إيداع في نهاية السنة المالية وفي15 جانفي على الأكثر، لدى مفتشية الضرائب التابعة لها كشفا مفصلا يبين نوع وقيمة المخزونات المشتراة بالإعفاء من الرسم.

ثالثا/ المسائل الفنية للرسم على القيمة المضافة:

نتعرض بالدراسة لهذه المسائل الفنية على الترتيب التالي لما يتميز به الموضوع من خاصية تقنية وتفاصيل كثيرة من خلال العناصر التالية:

1. الحدث المنشئ للرسم على القيمة المضافة

وهو الحدث الذي يولد دين الملزم بالضريبة تجاه الخزينة العمومية، ويختلف هذا الحدث حسب نوع العمليات المحققة:

أ . العمليات المحققة في الداخل: ويكون هذا الإستحقاق بالنسبة إلى:

- المبيعات والعمليات المماثلة: ويتكون الحدث المنشئ للرسم من التسليم القانوني أو المادي للبضاعة.
- بالنسبة للأشغال العقارية: ويتكون الحدث المنشئ للرسم من القبض الكلي أو الجزئي للثمن.
- بالنسبة للمؤسسات الأجنبية: والتي تمارس نشاطها في الجزائر، فإن الحدث المنشئ للرسم يتكون من القبض الكلي أو الجزئي للثمن، غير أنه عند إنتهاء الأشغال يتكون الحدث المنشئ للرسم من الإستلام النهائي للمؤسسة المنجزة وهذا بمقدار الرسم الذي يبقى مستحق.
- بالنسبة للتسليمات للذات: وهنا يجب التفريقة بين صنفين هما، أولا فيما يتعلق بالمنقولات الخاضعة للضريبة فإن الحدث المنشئ للرسم يتكون من التسليم بإعتباره الإستخدام الأول للمالك أو بداية الإستعمال الأول، أما الصنف الثاني فيتعلق بالأملاك العقارية الخاضعة للضريبة، فإن الحدث المنشئ للرسم يتكون من الإستعمال الأول لهذه الأملاك.
- بالنسبة لتقديم الخدمات: يتكون الحدث المنشئ للرسم من القبض الكلي أو الجزئي للثمن.

[1] **Guide pratique de la TVA, op.cit, p-p.37-40.**

ب. العمليات المحققة عند الإستيراد: يتكون الحدث المنشئ للمنتجات الخاضعة للرسم من جمركة السلع، والمدين بهذا الرسم هو المصرح لدى الجمارك.

ج. العمليات المحققة عند التصدير: يتكون الحدث المنشئ للمنتجات الخاضعة للرسم بمجرد تقديم هذه المنتجات للجمارك، والمدين بهذا الرسم هو المصرح لدى الجمارك.

2. وعاء الرسم على القيمة المضافة

يتمثل وعاء الرسم على القيمة المضافة من رقم الأعمال الخاضع للرسم، ويشمل هذا الأخير ثمن البضائع أو الأشغال أو الخدمات بما في ذلك كل المصاريف والحقوق والرسوم بإستثناء الرسم على القيمة المضافة ذاتها[1] أي رقم الأعمال خارج الرسم، إلا أنه يمكن أن يخصم من أساس الفرض الضريبي للرسم على القيمة المضافة في حالة فوترتهم للزبون[2]:

- ✓ التخفيضات والحسومات المالية وحسوم القبض.
- ✓ حقوق الطبع الجبائية.
- ✓ مبالغ الأغلفة المسترجعة.
- ✓ المدفوعات المترتبة عن النقل الذي قام به المدين نفسه لتسليم البضائع الخاضعة للرسم.

3. معدلات الرسم على القيمة المضافة

يحسب الرسم على القيمة المضافة بتطبيق معدل يحدد بواسطة القانون، وهذا على أساس وعاء الضريبة والمتمثل في رقم الأعمال، والملاحظ أن معدلات الرسم على القيمة المضافة عرفت تعديلات إبتداءا من سنة 1992 وهذا عبر قوانين المالية للسنتين 1995 و1997، وأصبحت بصدور قانون المالية لسنة 2001 تتشكل من معدلين :

أ. المعدل العادي: ويقدر بنسبة (19%) ويطبق على العمليات، الخدمات والمنتجات غير الخاضعة للمعدل المنخفض[3].

ب.المعدل المنخفض: ويقدر بنسبة (07 %) ويطبق على المنتجات والخدمات التي تمثل فائدة خاصة حسب المخطط الإقتصادي، الإجتماعي والثقافي[4].

[1] **Le système fiscal algérien, op.cit, p13.**
[2] ***Le système fiscal algérien, op.cit, p 20.***
[3] أنظر المادة 21 من قانون الرسم على القيمة المضافة
[4] أنظر المادة 22 من قانون الرسم على القيمة المضافة

4. عمليات الخصم المرتبطة بالرسم على القيمة المضافة.

تنص المادة 29 من قانون الرسم على القيمة المضافة على أنه " يكون الرسم على القيمة المضافة المذكور في الفواتير، أو البيانات أو وثائق الإستيراد، والمثقل للعناصر المكونة لسعر عملية خاضعة للضريبة، قابلا للخصم من الرسم الواجب تطبيقه على هذه العملية".

وعليه فإنه يمكن لأي شخص خاضع للرسم على القيمة المضافة أن يستفيد من حق خصم الرسم على القيمة المضافة للإسترجاع على المشتريات من الرسم المستحق على المبيعات، وهذا إذا توفرت الشروط التالية[1] :

- ✓ يجب أن تتم العملية من طرف شخص خاضع للرسم على القيمة المضافة.
- ✓ يجب أن يكون الرسم القابل للإسترجاع مسجل في فاتورة الشراء.
- ✓ يجب إحترام المواعيد الزمنية لإسترجاع الرسم.
- ✓ لا يكون الخصم مقبولا إلا إذا إستعملت المواد، أو المنتجات أو الأشياء أو الخدمات في عملية خاضعة للرسم فعلا، بعد تحويلها أو بدون ذلك.

5. تسديد الرسم على القيمة المضافة

يأخذ تسديد الرسم المذكور أنفا حالتين هما:

أ. **النظام العام**: وفقا لهذا النظام يمكن تمييز بين شكلين للتصريح وهما[2]:

– التصريح الشهري : يتعين على كل مكلف بالضريبة يقوم بعمليات خاضعة للرسم على القيمة المضافة أن يرسل قبل العشرين (20) يوم الأولى من كل شهر إلى قابض الضرائب المختلفة التابع إليه إقليميا، كشف (صنف ج رقم 50) يبين فيه مبلغ العمليات الخاضعة للضريبة، وفي نفس الوقت تسديد الضريبة المستحقة.

– التصريح الثلاثي : يمكن للمكلفين الخاضعين للرسم على القيمة المضافة إيداع بيان عن رقم أعمالهم،كل ثلاثة (03) أشهر شريطة أن يقدموا طلبا صريحا إلى رئيس مفتشية الضرائب المختص، وأن يقل المبلغ المتوسط للرسوم على الأعمال الذين كانوا مدنين به خلال السنة المنصرمة 2500 دج عن الشهر الواحد.

ب. **نظام الإقتطاع من المصدر**: يقتطع الرسم على القيمة المضافة من المصدر على العمليات المحققة من طرف الأشخاص الطبعيين أو المعنويين الذين لا يملكون إقامة دائمة في الجزائر أو من طرف الأشخاص أو الشركات أو الهيئات أو الجمعيات التي تدفع المبالغ الخاصة بالضريبة المستحقة عن هذه العمليات،

[1] د.ناصر مراد: فاعلية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص97.

[2] **Guide pratique de la TVA, op.cit, p-p.57-58.**

ليدفعوها إلى قابض الضرائب المختص إقليميا خلال العشرين (20) يوما الموالية لشهر الذي تمت فيه الإقتطاعات.

ج. نظام الأقساط المؤقتة: يمكن للمكلفين بالضريبة الذين يتوفرون على إقامة دائمة في الجزائر، ويمارسون نشاطهم منذ ستة (06) أشهر على الأقل، وبناءا على طلب منهم قبل شهر فيفري أن يطلبوا رخصة دفع الضريبة حسب أقساط مسبقة من مفتشية الضرائب التابعة لهم لمدة سنة كاملة، ويتم تسديد الرسم شهريا على أساس (1/12) من رقم الأعمال المحقق في السنة الماضية على أن تتم تسوية قبل العشرين (20) من أفريل من السنة الموالية[1].

الفرع الثاني : حقوق الطابع :

والمقصود هنا هو حقوق الطابع التي تتحملها المؤسسة لقاء بعض العمليات التي تقوم بها ومثال ذلك في حالة التسديد نقدا أو بالنسبة لقسيمة السيارات...وغيرها.

الجدول (1-7) : حقوق الطابع

تصنيف حقوق الطابع	المبـــالغ	
الطبع الحجمي	ورق عادي	40 دج
	ورق سجل	60 دج
	نصف ورقة عادية	20 دج
طابع المخالصات	السندات بمختلف أنواعها	دينار (01 دج) عن كل قسط من (100 دج) أو جزء من القسط من (100 دج) دون أن يقل المبلغ عن 05 دج أو يفوق 2500 دج
	الوثائق التي هي بمثابة إيصال	
	الإيصالات التي تثبت إيداعا نقديا تم لدى مؤسسة أو شخص طبيعي	20 دج
طابع الأوراق التجارية (السفتجة، سند لأمر، أوراق غير قابلة للتداول)		0.25 دج عن كل 100 دج أو جزء من 100 دج
طابع السجل التجاري		4000
قسيمة السيارات		تحدد التعريفة حسب نوع السيارة وسنة وضعها للسير

[1] **Guide pratique de la TVA, op.cit, p 59.**

المصدر : ***Les systémé fiscales algérie.op- cit.p 19***

المبحث الثاني : الإمتيازات الضريبة المتعلقة بتطوير الإستثمار

إن سياسة الإمتياز الضريبي تساهم في تدعيم مؤشر تكلفة الصنع من خلال تخفيض العبئ الضريبي على مدخلات الإنتاج لتشجيع الإستثمار والإنتاج، وتخفيف أعباء الرسوم الجمركية على المواد الأولية اللازمة للصناعة، كل هذه الأمور من شأنها تخفيض تكلفة الصنع وبالتالي زيادة القدرة التنافسية في الأسواق الداخلية والخارجية عند قيام الشركات والمؤسسات الإقتصادية بعملية التصدير[1] الذي يجب أن تدعمه الدولة من خلال إعفاء الصادرات من كل الضرائب والرسوم وتذليل العقبات الإدارية[2]، وهذا ما سوف نتطرق إليه بالبحث من خلال العناصر التالية:

المطلب الأول : إجراءات الحصول على الإمتيازات الضريبية

هناك مجموعة من الخطوات والشروط التي وضعها المشرع من أجل إستفادة أي شركة أو مؤسسة إقتصادية من مختلف الإمتيازات الممنوحة وتختلف هذه الخطوات والشروط بإختلاف شكل المؤسسة ومكان تواجدها.

الفرع الأول: شروط الإستفادة من الامتيازات الضريبة

تعد الإمتيازات الضريبة حاجة إقتصادية ملحة في ظل المنافسة التي تشهدها الأسواق الدولية والصراع الدائر بين الدول لإستقطاب روؤس الأموال من خلال منح العديد من التفضيلات والإمتيازات للمستثمرين، مما دفع المشرع الجزائري إلى سلوك نفس النهج وتنظيمها عن طريق مجموعة من الشروط التي يلي شرحها فيمايلي:

1- **شروط تتعلق بشكل الإستثمارات:** يحدد الأمر الرئاسي رقم 01-03 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار، النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في إطار النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذالك الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتيازات أو الرخص ويقصد بالإستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يلي[3]:

---

[1] جمال قنبريه: رؤية في الإصلاح الضريبي، جامعة العلوم الإقتصادية، دمشق،ص02 .تاريخ التحميل 04.04.2017 **(http://www.mafhoum.com/syr/articles_01/kunbarieh/konbarieh.htm)**

[2] د. حامد عبد المجيد دراز: النظم الضربيبية، الدار الجامعية، مصر، طبعة 1999، ص109

[3] أنظر المادة 02 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار الجريدة الرسمية العدد 16

- ✓ إقتناء أصول تندرج في إيطار إستحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل.
- ✓ المساهمة في رأسمال الشركة أو المؤسسة الإقتصادية في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

2-شروط تتعلق بالطبيعة القانونية للمستثمر: من أجل الإستفادة من الإمتيازات الضريبية يجب على الشركات والمؤسسات الإقتصادية أن تكتسب الشخصية المعنوية وأن تكون منظمة في شكل شركات أموال أو شركات أشخاص تخضع إجباريا أو إختياريا إلى الضريبة على أرباح الشركات[1].

3-شروط شكلية وإدارية: من أجل الإستفادة من الإمتيازات الضريبية المنصوص عليها في القانون رقم 16-09 يجب على الشركات والمؤسسات الإقتصادية التي تتوفر فيها الشروط أن تتقدم بطلب للإستفادة من هاته الإمتيازات في نفس وقت التصريح بالإستثمار إلى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (**ANDI**) وللوكالة أجل أقصاه ثلاثون(30) يوم إبتداءا من تاريخ إيداع طلب المزايا من أجل:

- ✓ تزويد المستثمر بكل الوثائق الإدارية الضرورية لإنجاز الإستثمار.
- ✓ تبليغ المستثمر بقرار منحه المزايا المطلوبة أو رفض منحه إياها.

وفي حالة عدم الرد من قبل الوكالة أو الإعتراض على قرارها، يمكن أن يقدم المستثمر طعنا لدى السلطة الوصية على الوكالة التي يتاح لها أجل خمسة عشر (15) يوم للرد عليه، كما يمكن أن يكون قرار الوكالة موضوع طعن أمام القضاء وهذا ما لم يتناوله القانون الجديد حيث لم يشر إلى موضوع إمكانية الطعن في قرارات الوكالة أمام القضاء الإداري ما يشكل فراغ يجب تداركه مستقبلا، مع الإشارة أنه سابقا وفي ظل الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 أوت 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار فإنه كان للوكالة إبتداءا من تاريخ إيداع طلب الإستفادة من المزايا مدة أقصاها[2]:

- ✓ إثنان وسبعون (72) ساعة لتسليم المقرر المتعلق بالمزايا الخاصة بالإنجاز.
- ✓ عشر (10) أيام لتسبيب المقرر المتعلق بالمزايا الخاصة بالإستغلال.

وهي نفس الأحكام التي مازالت مطبقة بخصوص الطلبات المقدمة من قبل الوكالة في ما يخص الأجال الممنوحة لها في تسليم أو تسبيب المقررات الخاصة بالإستفادة أو الإستغلال، وهو ما يشكل خلل في المنظومة التشريعية الحاكمة لهذه المسألة الإدارية والترتيبات التنظيمية.

الفرع الثاني: الهيئات المكلفة بمنح الإمتيازات الضريبة

[1] **Ministère des finances-DGI-« Guide fiscal des investisseurs »,alger,2004,p11.**

[2] .أنظر المادة 05 من الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 206 المعدل و المتمم للأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية 47، الجزائر

إن الهيئات التي خصها المشرع الجزائري بمنح هذه الإمتيازات الإقتصادية للشركات والمؤسسات الإقتصادية العاملة في الإقليم الوطني تتمثل فيما يلي:

1- الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI):

بمقتضى الأمر الرئاسي رقم 01-03 الموافق 20 أوت 2001 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-09 تم إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار(**ANDI**) خلفا لوكالة ومتابعة الإستثمارات (**ANPSI**) بموجب نص المادة 26 منه وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري في خدمة المستثمرين الوطنيين والأجانب[1] وتتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي تكلف بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية وهي تتولى المهام التالية[2]:

- ✓ ضمان ترقية الإستثمارات وتطويها ومتابعتها وجمع ومعالجة المعلومات المرتبطة بالإستثمارات ونشرها لفائدة المستثمرين.
- ✓ إستقبال المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وإعلامهم ومساعدتهم ومرافقتهم في كل مراحل المشروع.
- ✓ تسهيل القام بالإجراءات والشكليات التأسيسية للشركات والمؤسسات الإقتصادية وتجسيد المشاريع بواسطة خدمات الشباك الوحيد اللامركزية.
- ✓ منح المزايا المرتبطة بالإستثمار في إطار الترتيب المعمول به وتسجيلها ومتابعة تقدمها وإعداد الإحصاءات الخاصة بها وتحليلها، بالإضافة إلى ترقية الشراكة والفرص الجزائرية للإستثمار عبر الإقليم الوطني وفي الخارج .
- ✓ تسير صندوق دعم الإستثمار.
- ✓ التأكد من إحترام الإلتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاء.

2- الشبابيك الوحيدة اللامركزية:

من أجل التخلص من المتاعب البيروقراطية وتسهيل الإجراءات الإدارية أمام المستثمرين المحليين والأجانب تم إنشاء الشبابيك الوحيدة اللامركزية على المستوى الوطني تشمل الإدارات والهيئات العمومية المعنية وممثلين محليين للوكالة، ولقد أنشأت من أجل تأمين سهولة العمليات الإستثمارية حسب نص المادة 07

[1] .د.منصور الزين: واقع وأفاق الإستثمار في الجزائر، مجاة إقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية جامعة وهران ماي 2010 ص134

[2] أنظر المادة 03 من المرسوم 17-100 المؤرخ في 05 مارس2017 والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و تنظيمها

من المرسوم التنفيذي 17-100 السالف الذكر التي عدلت أحكام المواد 21 إلى 28 من المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والجدول التالي يبين الهيئات والإدارات الموجودة داخل كل شباك وحيد والخدمات التي تقدمها:

الجدول (2-1): الهيئات الإدارية الموجودة داخل كل شباك وحيد مركزي

الشبابيك	الهيئات	الخدمات
الإستقبال للتوجيه	الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار	إعلام، توجيه، تسليم ملف، إيداع التصريحات، منح الإمتيازات
السجل التجاري	المركز الوطني للسجل التجاري	تسليم شهادة عدم أسبقية التسمية والإيصال المؤقت للسجل التجاري
الجمارك	مديرية الجمارك	الإعلام حول التنظيم الجمركي
الضرائب	مديرية الضرائب	مساعدة المستثمر في حدود الإجراءات لتجاوز الصعوبات الجبائية لتنفيذ قرار منح الإمتيازات
العقار و البيئة	الهيئة المكلفة بالعقار ولجنة التنشيط المحلي لترقية الإستثمار	الإعلام على الإمكانيات العقارية وتسليم قرار حجز العقار
التعمير	مديرية التعمير	مساعدة المستثمر للحصول على رخصة البناء والتصريحات الأخرى حول البناء
وزارة العمل	مدرية الشغل	تسليم رخص العمل للأجانب والإعلام حول القوانين والتشريعات الخاصة بالعمل
حصيلة الضرائب	مديرية الضرائب	تحصيل الحقوق المتعلقة بأعمال الإنجاز أو تعديل الشركات والمؤسسات ومحاضر مداولة هياكل التسير والإدارة
حصيلة الخزينة	مديرية الخزانة	تحصيل الحقوق المتعلقة بعائدات الخزينة غير المتحصل عليها من طرف حصيلة الضرائب المتعلقة بإنشاء الشركات والمؤسسات الإقتصادية
المندوبية التنفذية للبلدية	المندوبية التنفذية للبلدية	المصادقة على جميع الوثائق اللازمة المتعلقة بتكوين ملف الإستثمار

المصدر : ***Agence nationale de developpement de l'investissement(ANDI)***

« texte régissant le développement de l'investissement en algérie » .alger ,2016.

ويخضع إلتماس خدمات الشباك الوحيد لإدارة المستثمرين بإنشاء إيداع تصريح الإستثمار وطلب المزايا، ويكون ممثلوا الوزارات والهيئات في الشباك الوحيد مؤهلين قانونا ومخولين لتقديم الخدمات الإدارية مباشرة على مستوى هذا الشباك كما توفر الوكالة وبناءا على تفويض من الإدارات المعنية الوثائق المطلوبة قانونا من أجل إنجاز الإستثمار وذلك إبتداء من تاريخ الإيداع القانوني لتصريح الإستثمار وطلب الإمتياز.

3- المجلس الوطني اللاستثمار(CNI):

وهو جهاز إستراتجي لدعم وتطوير الإستثمار يشرف عليه رئيس الحكومة ويقوم هذا الجهاز بالمهام التالية[1]:

- ✓ يقترح إستراتجية تطوير الإستثمار وأولويتها.
- ✓ يقترح تدابير تحفيزية للإستثمار مسايرة للتطورات الملحوظة.
- ✓ يفصل في المزايا التي تمنح في إيطار الإستثمار.
- ✓ يفصل على ضوء أهداف تهيئة الإقليم فيما يخص المناطق التي يمكن أن تستفيد من النظام الإستثنائي.
- ✓ يقترح على الحكومة كل القرارات والتدابير الضرورية لتنفيذ ترتيب دعم الإستثمار.
- ✓ يحث ويشجع على إستحداث مؤسسات وأدوات مالية ملائمة لتمويل الإستثمارات وتطويرها.
- ✓ يعالج كل مسألة أخرى ترتبط بتنفيذ هذا الأمر.

المطلب الثاني : أنظمة منح الإمتيازات الضريبية والضمانات الممنوحة

منح المشرع من خلال القانون رقم 16-09 المتعلق بتطوير الإستثمار والمراسيم التطبيقية له عدة مزايا جبائية وشبه جبائية، وكذا ضمانات هامة في إيطار السياسة الوطنية المتخذة من قبل الحكومة لتشجيع وتطوير الإستثمار، والتي نوضحها على التوالي:

الفرع الأول: أنظمة منح الإمتيازات الضريبة

يمكن أن تستفيد الإستثمارات المذكورة أعلاه من المزايا التي يمنحها هذا القانون ضمن نظامين حسب موقع وأهمية الإستثمارات وهما[2]النظام العام والنظام الإستثائي:

أ. النظام العام : زيادة على الحوافز الضريبة والجمركية والشبه الضريبة المنصوص عليها في القانون العام يمكن أن تستفيد الإستثمارات بعنوان إنجازها من المزايا التالية:

تطبيق النسبة المنخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص التجهيزات المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الإستثمار، والإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة

[1] أنظر المادة 18 و19 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار والمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 17-100 المؤرخ في 05 مارس2017

[2] أنظر المادة 12 و13من القانون رقم 16-09

في إنجاز الإستثمار، والإستفادة من الإعفاء من دفع رسم نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الإستثمار المعني.

ب. النظام الإستثنائي: تستفيد من المزايا الخاصة الإستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة وكذا الإستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني لا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتدخر الطاقة وتفضي إلى التنمية المستدامة، وتستفيد الإستثمارات المنجزة في هذه المناطق من المزايا الأتية:

أولا: بعنوان إنجازها:

- ✓ الإعفاء من حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الإستثمار.
- ✓ تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل (**DE**) بنسبة منخفضة قدرها إثنان بالألف (02 ‰) فيما يخص العقود التأسيسية والزيادات في رأس المال.
- ✓ تكفل الدولة جزئيا أو كليا بالمصاريف بعد تقيمها من الوكالة فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشأت الأساسية الضرورية لإنجاز الإستثمار.
- ✓ الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة (**TVA**) فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الإستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية وذلك عندما تكون هذه السلع والخدمات موجهة لإنجاز عمليات تخضع للضريبة على القيمة المضافة.
- ✓ تطبيق النسبة المنخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في عملية إنجاز الإستثمار.

ثانيا: بعد معاينة إنطلاق الأشغال :

- ✓ الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من النشاط الفعلي من الضريبة على أرباح الشركات (**IBS**) ومن الضريبة على الدخل الإجمالي على الإرباح الموزعة (**IRG/A**) ومن الدفع الجزافي (**VF**) ومن الرسم على النشاط المهني(**TAP**).
- ✓ الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات إبتداء من تاريخ الإقتناء من الرسم العقاري (**TF**) على الملكيات التي تدخل في إطار الإستثمار.
- ✓ منح مزايا إضافية لفائدة النشاطات ذات الإمتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل والتي من شأنها أن تحسن أو تسهل الإستثمار.

- ✓ منح المزايا الإستثنائية لفائدة الإستثمارات ذات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني التي تم النص عليها في المواد 17إلى20 من القسم الرابع من القانون 16-09 السالف الذكر والمتعلق بترقية الإستثمار.

الفرع الثاني: الضمانات الممنوحة للمستثمرين

زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية السابق ذكرها منح المشرع الجزائري للمستثمرين ضمانات قانونية أخرى متعددة تتمثل في:

- ✓ يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب مثل ما يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالإستثمار.مع مراعاة أحكام الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية.
- ✓ كما لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار القانون 16-09، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة.
- ✓ لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف.
- ✓ يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حال وجود إتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى إتفاق بناء على تحكيم خاص.
- ✓ تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الإستثمارات المنجزة إنطلاقا من حصص في رأسمال في شكل حصص نقدية مستوردة عن طريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بإنتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، ويتضمن هذ التحويل المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الإستثمارات ذات المصدر الأجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية.

خـــــاتمة:

من خلال هذه الدراسة وتبيان واقع الضرائب والرسوم التي تدفعها الشركات والمؤسسات الإقتصادية والإمتيازات الممنوحة لها يمكن القول أن الإصلاحات التي قامت بها الدولة الجزائرية جاءت من أجل ترشيد جباية الشركات والمؤسسات الإقتصادية وهذا ما نلمسه من خلال الخيارات المتاحة للشركات والمؤسسات الإقتصادية بالخضوع أو عدم الخضوع لبعض الضرائب والأنظمة بالإضافة إلى التعديلات التي عمد إليها المشرع مثل تخفيض نسبة الضريبة على أرباح الشركات من 30 % إلى 25 % وإلغاء الدفع الجزافي، إلا أن الملاحظ على هذا النظام أنه يشوبه بعض الغموض والفوضى وعدم الإستقرار وهذا ناتج عن عدم ثبات التشريعات الضريبية وتغييرها من سنة إلى أخرى في قوانين المالية مما يترتب عليه نفور وهروب المستثمرين خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أن رأس المال جبان ويحبذ المناطق الأكثر أمنا وإستقرارا.

أما فيما يخص سياسة الإمتيازات الضريبة فالملاحظ أن الجزائر ليست بحاجة إلى وجود تشريعات كثيرة من الناحية الكمية بقدر ما هي في حاجة إلى نصوص قانونية جيدة من ناحية الكيف وعلى قدر عالي من الفاعلية الإقتصادية والتجارية مع وجود جهاز تنفيذي ورقابي كفئ، مما يضفي نوع من المصداقية على السياسة العامة المنتهجة من قبل الحكومة.

وفي الختام يمكن القول أن هذه الدراسة لم تتناول إلا بعض النقاط التي إعتبرناها هامة ولم تفصل في نقاط أخرى التي بدورها يمكن أن تشكل أفاق لبحوث ودراسات كتقييم السياسة الضريبية في الجزائر، وتأثير السياسة الضريبية على تنافسية الشركات والمؤسسات الإقتصادية، وأثر التدقيق الجبائي على وجود التسيير في الشركات والمؤسسات الإقتصادية..إلخ.

وعلى ضوء دراستنا للموضوع أيضا نقدم بعض الإقتراحات للمساهمة في تعديل بعض القواعد والنصوص القانونية المعتمدة حاليا والتي أثبتت من خلال الواقع قصورها وعدم فعليتها في خلق أو جذب قيمة مضافة للإستثمار ومنها على سبيل المثال والتي على المشرع أن يعيد النظر فيها القواعد والمعايير الإقتصادية التي يتم من خلالها منح الإمتيازات الضريبية مثل رقم الأعمال، كتلة الأجور، المساهمة في عملية التصدير ..إلخ، وعدم إعتماده على الشكل القانوني ومكان تواجد المؤسسة، كذلك عليه إشراك الشركات والمؤسسات الإقتصادية أثناء تحديد الضرائب أو الرفع من معدلاتها بإعتبارها مركز إنتاج القيمة المضافة، وإعادة النظر في المادة 169 من قانون الضرائب المباشرة والتي تتعلق بالتكاليف غير القابلة للخصم والعمل على جعل القوانين الضريبية وقوانين الإستثمار تتسم بالوضوح والشفافية والثبات.

على المشرع أيضا إيجاد صيغة جديدة فيما يخص الإجراءات الضريبة التقنية التي أثبتت فعليتها سواء للمؤسسة أو الدولة وعليه كذلك تخفيف العبئ الضريبي على الشركات والمؤسسات الإقتصادية، وهذا بعدم إخضاع جميع القطاعات الإقتصادية إلى المعدل واحد فيما يخص بعض الضرائب وإعتماده على المعدلات التميزية فيما يخص بعض القطاعات الإقتصادية وأخيرا على المشرع أن لايقيد المؤسسة في ما يخص الأرباح وفائض القيمة المعاد إستثمارها، وترك الحرية للمؤسسة في إستثمارها في مجالات أخرى مثل التدريب، والتكوين،...وغيرها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يجب التأكيد على إلزامية وجود رؤية سياسية واضحة ومستقرة تجعل من المستثمر الراغب في الإستثمار أمن على نفسه وأمواله، ولا يتحقق ذلك إلا بمصداقية الهيئات السياسية في البلاد وشرعيتها، وإستقلالية السلطات القضائية مما ينعدم معه أو يقل عامل المخاطرة وهو ما يدفع إلى خلق الأمن والإستقرار السياسي والتشريعي العامل الأبرز والأساسي في معادلة خلق وجلب الإستثمار.

قائمة المراجع :

النصوص القانونية :

- الأمر 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 206 المعدل و المتمم للأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية 47، الجزائر
- المرسوم 17-100 المؤرخ في 05 مارس2017 والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و تنظيمها
- القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار والمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 17-100 المؤرخ في 05 مارس2017
- قانون الرسم على القيمة المضافة
- قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المتماثلة

-Ministère des finances DGI « les systèmes fiscale algérien » Alger print, alger, 2003

-Ministère des finances « Guide pratique de la TVA » Alger 2004

الكتب :

- د.ناصر مراد: الإصلاح الضريبي في الجزائر للفترة 1992-2003، منشورات بغدادي، الجزائر

حامد عبد المجيد دراز: النظم الضريبية، الدار الجامعية، مصر، طبعة 1999

- د.منصور الزين: واقع وأفاق الإستثمار في الجزائر، مجاة إقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية جامعة وهران ماي 2010

-Tayeb zitoun « comptabilité des société »,Berti édition, Alger, 2003

المقالات :

- جمال قنبريه: رؤية في الإصلاح الضريبي، جامعة العلوم الإقتصادية، دمشق،ص02 .تاريخ التحميل 04.04.2017

(http://www.mafhoum.com/syr/articles_01/kunbarieh/konbarieh.htm)

التحكيم في الشريعة الاسلامية و نظام التحكيم السعودي

أ. رهام عواد

كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ، المملكة السعودية

Reham_awwad@hotmail.co.uk

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداهم إلى يوم الدين.

كل منا يعلم بأن الإنسان كفرد لا يستطيع العيش إلا في مجتمع ولا يخفى على كائن من كان أن عيشه في مجتمع يدخله في معاملات (تصرفات قانونية) وهذه التصرفات ينتج عنها حقوق والتزامات وهذه الالتزامات نفسها هي حقوق للغير، لذا كان لابد من وجود جهة يلجأ إليها لحماية هذه الحقوق أو استردادها حين ضياعها وهو ما يسمى بالدعوى وقد ورد في تعريف الدعوى نظاماً بأنها (سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته)[1]

وإن كان هذا التعريف ورد خاصاً بالدعوى إلا أنه وبلا شك يبين مهام القضاء واختصاصه إذ أنه من أعظم مهامه هو حماية الحق إن لم يكن كلها ، ولكن ظهر بجانب القضاء المعني بحماية الحق قضاء خاص موازٍ له وأعني بكلمة خاص أي أن الخصوم هم الذين يختارون قضاتهم للفصل في موضوع النزاع ، وهو ما يسمى بالتحكيم وله نفس الولاية القضائية من حيث الحفاظ على الحقوق وحمايتها وسريتها وتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عنه ، وإن كان لا يحق له الفصل في كل النزاعات مثل القضاء ، إلا أنه مع ذلك أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ، وغدت ظاهرة اتساع اللجوء إليه في الوقت الحاضر من الموضوعات الهامة التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي ، وعلى مستوى معظم الدول على اختلاف نظمها واختلاف أوضاعها الاقتصادية والسياسية ، وكذلك على المستوى الإقليمي والعالمي وأصبح الكثير من دول العالم يهتم بموضوع التحكيم ، وتوليه عنايتها بالقضاء لما له أثر إيجابي كونه يخفف كثيراً من

[1] أورد هذا التعريف عن الفقه القديم الدكتور أبو الوفاء في كتابه المرافعات المدنية والتجارية ص(112).

أعباء الدولة في تعيين القضاة والسرعة في إنجاز القضايا التي تُحال أو يبُت فيها عن طريقه، وهو ما أدى لاتساع نطاقه ليشمل مجموعة كبيرة من مجالات الحياة الاقتصادية.

بالتالي فإننا سنتناول موضوع البحث في التعرف على ماهية التحكيم.

الفصل التمهيدي
مفهوم التحكيم

تمهيد وتقسيم:

الحديث عن القابلية أو بالأحرى عن تحديد النزاعات ذات القابلية للتحكيم أي التي يجوز أن يفصل فيها عن طريق التحكيم يجب أن يبدأ بمعرفة التحكيم لغة واصطلاحا وكذلك بمفهوم التحكيم أي ماهيته وأنواعه، وبما أن الغرض المنشود من هذا البحث ليس هو الحديث عن تعريف التحكيم أو عن ماهية التحكيم فإنني أختصر الكلام فيهما بالقدر اللازم لما يتطلبه البحث في مبحثين أساسين هما:

المبحث الأول: ماهية التحكيم وأنواعه

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم ومزاياه

المبحث الأول

ماهية التحكيم وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

يتطلب الحديث عن ماهية التحكيم أن نعرف معنى الماهية بشكل عام ومن ثم معرفة ماهية التحكيم، بالنسبة لمعنى ماهية الشيء كما ورد في قاموس المعجم والوسيط هي كنهه وحقيقته وطبيعته وصفاته الجوهرية، وأقصد بماهية التحكيم تعريفه لغة واصطلاحا وأنواعه، لذا فإنني أتناول ذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

المطلب الأول

تعريف التحكيم

نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح على النحو التالي:

الفرع الأول: التحكيم في اللغة

التحكيم في اللغة يعني التفويض يقال حاكمه إلى الحاكم، وحكمت الرجل بمعنى فوضت إليه.[1]

والتحكيم مصدر يحكم -بتشديد الكاف- أي جعله حكماً، والحكم بضم الحاء وسكون الكاف، هو القضاء وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل.

التحكيم مصدر "حكم بتشديد الكاف مع الفتح، حكمتُ فلاناً في مالي تحكيماً أي فوضت إليه الحكم[2], والتحكيم مصدر معناه تفويض الأمر إلى الغير[3] .

وقال الأصمعي: أن أصل الحكومة هو رد الرجل عن الظلم.

ومن معاني التحكيم ومشتقاته: الدعوة إلى الفصل في الخصومة، تقول حاكمته إلى الحاكم، أي دعوته إلى حكمه، وحاكمته إلى الله سبحانه وتعالى دعوته إلى حكمه سبحانه،[1] ومنه قوله تعالى: ﴿**أَن يَتَحَاكَمُوا**

---

[1]) الرازي، زين الدين محمد أبي بكر، مختار الصحاح، دار البصائر، ص148

[2]) ابن منظور، محمد بن محمد بن المكرم، لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، القاهرة-مصر، ص950

[3]) السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر موزعون وناشرون، الأردن، ، ط1، 2007، ص8

إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)[2]، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: (وإليك حاكمت)[3]، أي رفعت أمري وخصومتي إليك، فلا حكم إلا إليك.

الفرع الثاني
التحكيم اصطلاحاً

عرف الفقهاء التحكيم بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما".[4]

كذلك عرف التحكيم بأنه: ‘‘قيام فرد طبيعي أو أكثر يتم اختياره من قبل أطراف الخصومة للفصل في الخصومة القائمة بينهم بدلاً عن القاضي النظامي".[5]

وعرف أهل القانون التحكيم بأنه: "الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص".

كما عرف التحكيم بأنه: "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد، عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليها اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء"[6].

وعرف المنظم السعودي اتفاق التحكيم في المادة على الأولى من نظام التحكيم السعودي، على أنه : "اتفاق بين طرفيين أو أكثر على أن يحيلا التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ

---

[1]) نفس المرجع السابق، ص8

[2]) سورة النساء: آية (60)

[3]) البخاري: صحيح البخاري، 61/2

[4]) الدر المختار- حاشية الدر المختار ج5 ص 428

5) انظر، غادة انس كيلاني، انس كيلاني، هاني القرشي، الكامل في التحكيم، دار الأنور للطباعة، دمشق,2007,ص11

[6]) سامي، مرجع سابق، ص13

بينهما في علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، ام صورة مشارطة تحكيم مستقلة"[1].

اما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد نصت في المادة الثانية الفقرة الثانية على "أن يكون اتفاق التحكيم مقصوداً به شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم، الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".[2]

فالتحكيم نظام يوجد في العديد من قوانين وتشريعات الدول الداخلية[3]،وغيرها من المواثيق الدولية من معاهدات وقرارات صادرة عن منظمات دولية. كذلك في أنظمة ولوائح هيئة التحكيم الموجودة في أنحاء العالم[4].

المطلب الثاني
أنواع التحكيم

أتناول في هذا المطلب دراسة لأنواع التحكيم في الفروع التالية:

الفرع الأول
التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري

أولاً: التحكيم الاختياري

نكون بصدد تحكيم اختياري في حالة إذا اتفق أطراف النزاع على حل النزاع الناشئ بينهما أو نزاع سينشأ مستقبلاً بينهما بواسطة هيئة تحكيم والتي تفصل في النزاع بحكم إلزامي ونافذ في مواجهة الأطراف.[1] بالتالي العبرة في التحكيم الاختياري هي إرادة الأطراف[2].

---

[1]) المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي.

[2]) مادة (2/2) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958.

[3]) ورد تعريف التحكيم في العديد من التشريعات المختلفة فنجد ان المشرع الفرنسي عرفه بأنه: "هو إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم"، كذلك عرفت المحكمة الدستورية المصرية العليا التحكيم بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نابياً عن شبهة الممالاة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"

[4]) ابراهيم، ابراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2005، ص40

يعد هذا النوع من أنواع التحكيم طريق استثنائي لحل النزاعات الناشئة بين الأطراف بالخروج عن طرق التقاضي المعتادة أمام المحاكم وسلبها الاختصاص، وتقتصر هيئة التحكيم بنظر النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين.[3]

فالتحكيم الاختياري يعد الطريق البديل للقضاء فلا يجتمعان، حيث أن فحواه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل محل التحكيم، استثناء من أصل خضوعها لولايتها، ورغم أن أساس التحكيم الاختياري هو الإرادة الحرة للطرفين، إلا أن الواقع العملي يشهد أحياناً تحكيماً اختيارياً يضطر أحد الطرفين إلى قبوله.[4]

وتطبيقاً على ما سبق فإننا نستعرض الحكم رقم 3444382 وتاريخ 1424/02/23هـ، الصادر في الدعوى رقم 32228746.[5]

ملخص الوقائع

أدعى وكيل جامعة أهلية ضد شركة مقاولات أجنبية، بأنه تم التعاقد بين موكله والشركة المدعى عليها على إنشاء وتنفيذ الجامعة على مرحلتين، بين كل مرحلة وقيمتها ووقت استلامها، ذكر المدعي وكالة أن الشركة المدعى عليها فشلت في تنفيذ الأعمال في المواعيد المحددة بالعقد وذكر أن المدعى عليها استلمت من قيمة المرحلة الأولى ما نسبته 88% وأن نسبة الأعمال المنفذة 80% واستلمت من قيمة المرحلة الثانية ما نسبته 56%، وأن نسبة الأعمال المنفذة لم تتجاوز ال47% ، وطلب المدعي وكالة إلزام الشركة المدعى عليها بدفع كافة المبالغ اللازمة لاستكمال أعمال المشروع، بالإضافة إلى أتعاب استشاري المشروع، فضلاً عن الخسائر التي لحقت بالمدعي نتيجة فوات المنفعة من عدم استغلال المباني، بالإضافة إلى قيمة الضمانات التي تم تسليمها، إجمالي المبلغ المدعى به (69,600,419 ريال)، دفع المدعى وكالة بعدم اختصاص المحكمة الولائي؛ لأن من شروط العقد عند الاختلاف اللجوء إلى التحكيم بعد تعذر الصلح، أجاب المدعي وكالة

---

1) أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2012، ص48

2) والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى، 2014، ص41

3) عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة السابعة،2016، ص12

4) والي، مرجع سابق، ص41

5) مجموعة الأحكام القضائية، لعام 1434هـ ،مجلد 28، ص100

عن هذا الدفع وأصر المدعى عليه وكالة بتمسكه بحقه في التحكيم؛ بناء على المادتين (11، 25) من نظام التحكيم.

الحيثيات

بناء على ما سبق من الدعوى والإجابة و بعد تأمل ما ذكره الطرفان وحيث أنه تربطهما علاقة تعاقدية بموجب العقد المرفق وجاء في المادة (9-14) من الشروط العامة للعقد أنه تتم محاولة حل الخلاف بطريق التسوية والصلح قبل اللجوء إلى التحكيم ونصت المادة (9-15) على التحكيم وجاء في الفقرة (أ) من هذه المادة: (يتم التحكيم في الدعاوى والخلافات والمسائل الأخرى التي تنشأ بين الأطراف فيما يتعلق بالاتفاقية أو أي اخلال بها وبعد الاستياء لحلول الوساطة المشار إليها، يتم حلها عن طريق التحكيم تحت قواعد محكمة النزاعات الدولية التابعة لغرف التجارة الدولية..إلخ) وقد فصلت طريقة التحكيم في أربع فقرات، واستناداً للمادة (11) من نظام التحكيم الصادر عام 1433هـ التي تنص أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وحيث نصت المادة (25) من نظام التحكيم أن "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم ، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو هيئة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها أحكام الشريعة الاسلامية.

منطوق الحكم

لذلك كله فقد صرفت النظر عن هذه القضية لعدم الاختصاص، وبذلك حكمت وأفهمت المدعي وكالة بأن لموكله تطبيق المادة (9-15) المتعلقة بالتحكيم والتي فصلت الإجراءات المتبعة في ذلك، وبعرض ذلك على المدعي وكالة قرر عدم القناعة وطلب محكمة الاستئناف واستعد بتقديم اللائحة الاعتراضية.

تم تصديق الحكم من محكمة الاستئناف بموجب القرار رقم 34368736 وتاريخ 1434/11/24هـ.

ونرى في القضية أعلاه، أن وجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين حصر الاختصاص لنظر النزاع فقط لهيئة التحكيم وسلب الاختصاص من المحاكم ذات الاختصاص، وذلك بناء على المادتين (11) و (25) من نظام التحكيم السعودي.

وبذلك يتأكد لنا ما تم ذكره أعلاه، حيث أن الطرفين اتجهت إرادتهما إلى وضع شرط التحكيم في العقد المبرم بينهم (تحكيم اختياري)، بالتالي أصبح إلزاماً عليهم اللجوء إلى التحكيم وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وأصبح محظوراً عليهم اللجوء للقضاء بموجب شرط التحكيم.

ثانياً: التحكيم الإجباري

تربط بعض الأطراف علاقات وروابط قانونية معينة توجب عليهم الالتجاء جبراً إلى التحكيم فنكون في هذه الحالة بصدد تحكيم إجباري[1]، وهذا النوع يطلق عليه في بعض الدول بالتحكيم الإجباري وفي بعض الدول الأخرى يسمى التحكيم القضائي أو التحكيم الإلزامي[2].

يفرض هذا النوع من التحكيم قسراً على الأطراف بموجب نصوص آمرة بالنسبة لمنازعات محددة مراعاة لظروفها الخاصة، إلا فيما يناسب طبيعته الخاصة فيما لم يرد بشأنه نص خاص[3]، ويستوجب على الأطراف سلوك هذا الطريق ولا دخل لإرادتهم في ذلك[4] بعكس التحكيم الاختياري التي تعد إرادة الأطراف أساسه.

الفرع الثاني

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يعرف التنظيم القانوني من نوعين من التحكيم يختلفان من حيث سلطة المحكم، وهي كالتالي:

أولاً: التحكيم بالقانون

الأصل أن يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون، ويمارس المحكم في ذلك دور وسلطة القاضي[5]، فيجب على المحكم الالتزام بمراعاة تطبيق القانون على النزاع المعروض أمامه[6]، وهذا ما

---

[1]) والي، مرجع السابق، ص41

[2]) عبد الصادق، مرجع سابق، ص14

[3]) عبد الصادق، مرجع سابق، ص 14

[4]) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص70

[5]) أبو أحمد، مرجع سابق، ص44

[6]) أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص17

يسمى بالتحكيم بالقانون[1]، وكما يتصور تطبيق قانون واحد على جميع مراحل التحكيم، فمن الممكن تطبيق قانون مختلف في كل مرحلة من مراحله حسب إرادة المحتكمين[2]، وتحقيقاً لهذا الأصل يقوم كل من أطراف النزاع بتقديم ادعاءاتهم امام هيئة التحكيم، وتكون مهمة هيئة التحكيم في الفصل في الخلاف الناشئ بين الطرفين والتحقق من صحة الادعاءات التي يقدمها أطراف النزاع وتطبيق النظام عليها[3]، وهذا الأصل يقوم على عدة اعتبارات منها:

- يعد التزام المحكم بالقانون ضمانة للخصوم، وكذلك للمحكم من هوى نفسه[4].
- أن التحكيم طريقاً فرعياً لحسم المنازعات، ومقيد بالقانون الموضوعي والاجرائي لتحقيق حماية الحقوق والمراكز القانونية محل النزاع[5].

وفي حالة اخلال هيئة التحكيم بذلك تكون مسؤولة أمام المحتكمين، وذلك الحكم يفرض عليهم ويكون له قوة ملزمة شأنه شأن الأحكام التي تصدر من القضاء العادي[6]، وينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يمكن للمحكم إجراء الصلح بين المحتكمين، إلا في حال فوضه المحتكمين بذلك صراحة[7].

ثانياً: التحكيم بالصلح

التحكيم بالصلح هو الذي يعفى في المحكم من التقيد بقواعد القانون[8]، وهو التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد

---

[1]) في القانون الإيطالي تعدد أنواع التحكيم كالتالي: 1-تحكيم وفقاً للقانون، وفيه يلتزم المحكم بقواعد القانون الموضوعي وباتباع قواعد الإجراءات،2- تحكيم وفقاً للعدالة، وفيه يلتزم المحكم بقواعد الإجراءات ولكن لا يلتزم بالقانون الموضوعي فله أن يحكم وفقاً لقواعد العدالة، 3-تحكيم حر، وفيه يعفى المحكم من النوعين من القواعد.

[2]) لزهر بن سعيد، كرم محمد النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2010، ص27

[3]) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،1998، ص108

[4]) سلامة، مرجع سابق، ص65

[5]) نفس المرجع السابق، ص65-66

[6]) أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مرجع سابق، ص17

[7]) سعيد والنجار، مرجع سابق، ص27

[8]) أبو أحمد، مرجع سابق، ص45

القانونية[1]، ويجب الذكر أن التحكيم بالصلح لا يعني تفويض المحكم بالصلح بين الطرفين بحيث يقضي لكل طرف بجزء من ادعاءاته[2]، وقد نصت العديد من القوانين الوطنية المنظمة التحكيم على التحكيم بالصلح[3]. ويسمى التحكيم بالصلح وذلك لما له من وظيفة مزدوجة يؤديها المحكم، حيث أنه شخص أجنبي عن أطراف النزاع يتولى البت في النزاع بحكم ملزماً للطرفين، ومن ناحية أخرى يقوم بالفصل في النزاع بشكل يماثل للأساس الذي تقوم عليه فكرة الصلح[4]، وهو اسقاط الطلبات الغير عادلة من طلبات أطراف النزاع والتوصل إلى الحل الذي يراعي المصالح المشروعة لكل منهم[5].

وفي التحكيم بالصلح تتحرر هيئة التحكيم من التقييد بأحكام القانون وبالنصوص التشريعية، ولكن ذلك لا يعني البتة أن هيئة التحكيم بالصلح غير ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية[6]. فالمحكم فينبغي على المحكم أن يراعى أن سلطته في الخروج على القواعد القانونية تنحسر عن القواعد الآمرة تمس النظام العام الدولي للدولة التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه والتي لا يمكنه الخروج عليها أو التنازل عن حقوق مقررة للأطراف بمقتضاها[7]. وإنما يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يقوم بالفصل في النزاع وفقاً للعدالة والتحرر من القواعد القانونية الغير متعلقة بالنظام العام، وهو يصدر حكماً من الممكن أن يقضي فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته[8].

---

[1]) حداد، حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ج1، 2010، ص92

[2]) والي، مرجع سابق، ص55

[3]) مثال ذلك نص المادة (4/39) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" ، كما تنص المواد (1474) و (1479) من قانون المرافعات الفرنسي على آلية التحكيم بالصلح، كما تنص المواد 775 وما بعدها من أصول المحاكمات المدنية اللبناني على التحكيم المطلق وهو التحكيم بالصلح، كذلك نصت المعاهدات الدولية على هذا النوع من أنواع التحكيم حيث أن المادة (3/42) من معاهدة واشنطن أجازت لهيئات التحكيم المشكلة وفقاً لقواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف في حال اتفقوا أطراف النزاع على ذلك.

[4]) ان اعتبار التحكيم بالصلح على هذا النحو صورة من صور التحكيم هو أساساً مسلك التشريعات اللاتينية، أما القوانين الانجلوسكسونية فالأمر فيها مختلف بحيث أن التحكيم فيها يقوم بجميع الأحوال بدور يماثل الدور الذي تؤديه المحاكم الدنيا في أداء الوظيفة القضائية، بالتالي فإن المحكم في هذه القوانين يلتزم في كل الحالات ودائماً بأحكام القانون ويخضع في تطبيقه لرقابة القضاء الأعلى، مثله في ذلك مثل المحاكم الأدنى.

[5]) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص108

[6]) الحداد، مرجع سابق، ص 93

[7]) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص111

[8]) والي، مرجع سابق، ص55

الفرع الثالث

التحكيم الحر والتحكيم المؤسس

أولاً: التحكيم الحر

هو التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع محدد لحسم هذا النزاع. فيتم اختيار المحكمين عن طريق الأطراف وكذلك الأطراف هم من يقوموا بتحديد القواعد والإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمين.[1] فهم يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل أو بعد نشوء النزاع، ويحددون مكانه وزمانه ولغته[2]، ويعد التحكيم الحر تحكيم حر من أي قالب تحكيمي جاهز سلفاً فهو تحكيم خاص بحالة أطراف النزاع دون غيرهم.[3]

ويتميز هذا النوع من التحكيم باستقلالية الأطراف في وضع نظام لإجراءات التحكيم، فلا يوجد إشراف عليه من منظمة التحكيم[4]، ولكن يعاب عليه صعوبة تنبأ أطراف النزاع بالعقبات الي ستواجههم بالتالي عدم القدرة على أخذ الحيطة لها في اتفاق التحكيم[5].

وعادة ما يكون تحكيم الحالات الخاصة أكثر سرعة ومرونة وأقل تكلفة[6].

ثانياً: التحكيم المؤسس (التحكيم النظامي)

هو التحكيم الذي يكون تحت اشراف هيئة منظمة دولية أو وطنية[7] ،وقد تقوم المنظمة أو مركز التحكيم بتعيين المحكمين أو أحدهم وذلك بحسب اتفاق أطراف النزاع[8]. أي أن التحكيم يكون تحكيماً مؤسسياً

---

[1]) أبو أحمد، علاء الدين مصطفى، مرجع سابق، ص52

[2]) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص28

[3]) عبد الصادق، مرجع سابق، ص21

[4]) الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، 2010، ص90

[5]) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص28

[6]) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،1998، ص126

[7]) أبو أحمد، مرجع سابق، ص53

[8]) والي، مرجع سابق، ص56

متى ما كانت المنظمة المطروح لديها النزاع تحتفظ لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم[1]. وقد نصت العديد من التشريعات على هذا النوع من التحكيم[2].

حيث أنه يبعث على الثقة والاحترام في نفوس طرفي النزاع، لما يجدونه من تطبيق لوائح معينة مستقرة في مؤسسات التحكيم النظامي تنظم مختلف مراحل وجوانب عملية التحكيم[3]. وقد أصبح هذا النوع هو الغالب في منازعات التجارة الدولية؛ لما يحققه من مزايا للمحتكمين[4].ومن عيوب هذا النوع من التحكيم مقارنة بالتحكيم الحر، تكفلته الباهظة كذلك تطبيق القواعد المحددة من المؤسسة التحكيمية دون مراعاة اختيار القانون الأنسب أو الأقرب لطرفي النزاع، أو لموضوع النزاع[5].ومن أهم المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن، هي: المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة التحكيم الدولي في لندن، المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة[6].

---

[1]) الحداد، مرجع سابق، ص91

[2]) مثال على ذلك نص المادة (1/4) من قانون التحكيم المصري: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"

[3]) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص29

[4]) انظر: الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص27 وما بعدها

[5]) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص29

[6]) الحداد، مرجع سابق، ص91

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم ومزاياه

تمهيد وتقسيم:

يتميز التحكيم بالعديد من المزايا تدفع الأطراف المتنازعين، إلى تفضيل اللجوء إليه بدلاً من قضاء الدولة، ولكن بداية يجب النظر في مشروعية التحكيم من عدمه وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث خلال مطلبين أساسين:

المطلب الأول: مشروعية التحكيم

المطلب الثاني: مزايا التحكيم

المطلب الأول

مشروعية التحكيم

نتناول هذا المطلب للتعرف على مدى مشروعية التحكيم في الكتاب والسنة، من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

مشروعية التحكيم في القران الكريم

الشريعة هي جملة الأحكام المشروعة، فإن كان مصدرها السماء بأن تنزل بها الوحي سميت شريعة سماوية، وإن كانت تشريع بشري سميت بالتشريعات الوضعية.[1]

ومن هنا جعل الله سبحانه وتعالى الشرع الإلهي منهاجاً وحكماً للمسلمين لاستقامة حياتهم وكذلك حتى يسود العدل والأمن.

[1]) محمود، قدري محمد، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2014، ص57-58

قال الله تعالى: (**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**).[1]

وقال الله تعالى: (**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**).[2]

قال القرطبي: "إن هذه الآية دليل على لإثبات التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين"[3]

وفي هذه الآية تتجلى مشروعية التحكيم.

، وإذا لم يكن جائز التحكيم في الأمور الزوجية دل ذلك على جواز التحكيم على كافة الحقوق والدعاوى. [4]

أم الحاكم فهو الذي يتم تعيينه ممن له ولاية التعيين للفصل بين أطراف النزاع[5]، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم، يتولى الفصل في الخصومات باعتباره حاكماً ومحكماً.

قال الله تعالى:

فأدرك النبي عليه أفضل الصلاة والسلام، أن الله سبحانه وتعالى فوض إليه بيان الحكم باجتهاده، فاجتهد على ما نزل عليه من أحكام وما ألهمه الله من أسرار الشريعة، واجتهد الصحابة من بعده، وكان صلى الله عليه وسلم المحكم الأول للأمة الإسلامية، يحكم بما أنزل الله إليه من الآيات البينات، وقد أثبت سبحانه وتعالى صفة الحاكمية في الرسول الكريم بآية واضحة وصريحة قال فيها تعالى: (**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**).[6]

---

[1]) سورة النساء- الآية: 105.
[2]) سورة النساء- الآية: 35
[3]) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 179/5.
[4]) محمود، مرجع السابق، ص59
[5]) المرجع السابق، ص60
[6]) سورة النساء- الآية 65

وتتجلى مشروعية التحكيم في هذه الآية، حيث أن سبحانه أقسم على نفي صفة الإيمان عنهم إلا بالترافع إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، وطلب الحكم فيه أي أن يجعلوه محكماً فيما بينهم من نزاعات وخصومات، وما التحكيم إلا ذاك.[1]

الفرع الثاني

مشروعية التحكيم في السنة

اولاً: عن شريح عن أبيه هاني:

أنه لما وفد إلى النبي عليه الصلاة والسلام مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه النبي عليه السلام فقال: إن الله هو الحَكَم وإليه الحُكمُ، فلما تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضى كلا الطرفين: فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، ما أحسن هذا، فما الك من الولد؟ قال: شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: فأنت أبو شريح، ودعا له ولولده.[2]

فإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لأبي شريح على حكمه بين قومه بتراضيهم دلالة على مشروعية التحكيم وجوزاه.

ثانياً: تحكيم أبو بكر فيما وقع بين النبي (صلى الله عليه وسلم) وعائشة رضي الله عنها:

فعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان بيني وبين النبي (صلى الله عليه وسلم) كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بيني وبينك أباك: قلت: نعم.[3]

ثالثاً: تحكيم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لسعد في بني قريظة:

عن أبي سعيد الخدري أن قال: "نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي (صلى الله عليه وسلم) فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد، قال (صلى الله عليه وسلم): هؤلاء نزلوا على حكمك،

---

[1]) محمود، مرجع سابق، ص61

[2]) السرطاوي، محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الأردن، 2007م، ص24

[3]) محمود، مرجع سابق، ص69

فقال تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، قال:(صلى الله عليه وسلم): قضيت بحكم الله من فوق سبع سماوات"[1].

المطلب الثاني

مزايا التحكيم

يتميز التحكيم بمجموعة من المزايا تدفع الأفراد إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن قضاء الدولة. وتتمثل هذه المزايا في أن التحكيم يتسم بالسرعة والسرية، والحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص وأخيراً اختلاف العدالة التي يقدمها هذا القضاء عن العدالة التي تقدمها محاكم الدولة.

الفرع الأول

سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم

إن قضاء التحكيم يتميز ويتفوق عن القضاء العادي في عامل السرعة، حيث انه قادر على حسم النزاعات المعروضة أمامه في وقت أقل من القضاء العادي[2]. حيث أن هناك عدة أمور أدت إلى بطء إجراءات الحسم في الخلافات أمام القضاء العادي[3]، فالتحكيم له سمة الفصل السريع في النزاعات الداخلية والدولية، لذلك يحرص الأطراف عن تفادي عرض خلافاتهم على القضاء لما يعيبه من بطء الإجراءات وتأخر الفصل في النزاع وإطالة أمده[4].

وكذلك لأن المحكمين ليس على كاهلهم كم من القضايا، فيكونوا متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيستهل حسمها في وقت أقل مما يلزم القضاء العادي والمحاكم.[5]

ولأن القضاء العادي لا يحكم في قضية إلا إذا حان موعدها وبعد أن يتم التأجيل عدة مرات، مما يؤثر على الخصوم وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.[6]

---

[1]) البخاري: صحيح البخاري، 144/5.

[2]) الحداد، مرجع سابق، ص12

[3]) كيلاني، القرشي، مرجع سابق، ص57

[4]) الخالدي، إيناس، التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1، 2016، ص37

[5]) أحمد قمحة، عبد الفتاح السيد، التنفيذ علماً وعملاً، دار النهضة العربية، ط1، 1924م، ص 730

[6]) أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، 1918م، ص918

الفرع الثاني

سرية قضاء التحكيم والحرية التي يتمتع بها الأطراف

تعد العلانية في القضاء العادي من أهم الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، وبتطبيق العلانية لدى المحاكم الشرعية تصبح المحاكم مفتوحة للجميع لحضور الجلسات، وسماع الخصومات التي ينظرها القضاء، كذلك عدد القضاة التي يتم عرض القضية عليهم بحكم تعدد درجات التقاضي وعلى الموظفين بحكم وظيفتهم.[1]، كذلك تنص العديد من المواثيق الدولية على حق كل فرد في أن يحاكم محاكمة علنية وعادلة.[2]

إن ما يحققه التحكيم من خصوصية وسرية للأطراف سواء من تجار ومستثمرين ورجال أعمال بحيث لا يتمكن لأحد الاطلاع على النزاع سوى المحكمين الذين تم اختيارهم في القضية[3]، وميزة السرية التي تميز التحكيم وفقاً لما يذهب إليه البعض، أحد العناصر الجوهرية التي يتشكل منها النظام ولا يقوم بدونها، والسرية تدفع أطراف النزاع لاختياره كوسيلة حل للنزاعات بينهم.[4] ، وسرية قضاء التحكيم تظهر في صور عديدة لعل أخطرها التزام المحكم بعدم إفشاء كل ما يتعلق بالنزاع المنظور أمامه، كما أن الحرية التي يتمتع بها أطراف النزاع لا حدود لها في ظل قضاء التحكيم ، فلها أن تختار نوع التحكيم ، أن يكون تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح، كذلك تحيكماً حر أو تحكمياً مؤسسياً.

الفرع الثالث

الطبيعة المختلفة لقضاء التحكيم

من المزايا الأساسية للتحكيم ما يغلفه من تخصيص، فالتحكيم يعد قضاء متخصص، فهناك هيئات تحكيم متخصصة في فقط في فض المنازعات البحرية، وهيئات أخرى تختص في فض النزاعات المتصلة بالسلع والبضائع[5].

---

[1]) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص59

[2]) انظر، المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان.

[3]) الخالدي، مرجع سابق، ص38

[4]) الحداد، مرجع سابق، ص21

[5]) الحداد، مرجع سابق، ص29

كذلك إن التحكيم هو على درجة تقاضي واحدة بالإضافة إلى أن إجراءاته تتسم بالمرونة والسهولة للمتنازعين وذلك لمواكبة عجلة التطور[1].

وبالإضافة إلى عدم وجود جهة تقاضي واحدة للفصل في النزاعات التي تنشأ عن التعامل التجاري الدولي[2]، وعدم وجود قوانين موحدة تخضع لها المعاملات، كما أن التجار يترددون في عرض خصومتهم أمام المحاكم الوطنية، خشية تطبيق قواعد القانون الداخلي.[3]

[1]) الخالدي، مرجع سابق، ص38

[2]) سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص17

[3]) للمزيد انظر:

BERNARDO, M.Cremades, The impact of international arbitration on the development of busness law. The American Joural of Comparative Law. Vol.31 , Novmber, 3. Summer1993, P.526. et.s.

خاتمة

لقد تناولنا في هذا الفصل مفهوم التحكيم، من خلال دراسة ماهية التحكيم وأنواعه (مبحث أول)، ومشروعية التحكيم ومزاياه (مبحث ثاني)، وتوصلنا إلى عدة نتائج تتمثل فيما يلي:

- إن التحكيم نظام يوجد في العديد من قوانين وتشريعات الدول، كذلك الأنظمة والمواثيق العالمية.
- اختلاف تعريف التحكيم من قانون لآخر، لكن المتفق عليه عنصرين هما:
- أن انواع التحكيم تتمثل في: التحكيم الاختياري والاجباري، تحكيم بالصلح وبالقانون، تحكيم حر ومؤسس.
- فحوى التحكيم هو سلب الاختصاص من المحاكم المختصة، وعزلها عن نظر الدعوى.
- أن مشروعية التحكيم ثابتة في كتاب الله وسنة نبيه.
- مزايا التحكيم متمثلة في التالي: سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم، سرية قضاء التحكيم والحرية التي يتمتع بها الاطراف، الطبيعة المختلفة لقضاء التحكيم.

قائمة المصادر و المراجع :

المصادر

- القرآن الكريم

- الرازي، زين الدين محمد أبي بكر، مختار الصحاح، دار البصائر

- ابن منظور، محمد بن محمد بن المكرم، لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، القاهرة-مصر

-الدر المختار- حاشية الدر المختار ج5

الكتب :

- محمود، قدري محمد، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2014

- السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر موزعون وناشرون، الأردن، ، ط1، 2007

- غـادة انـس كـيلاني، انـس كـيلاني، هـاني القرشـي، الكامـل في التحكـيم، دار الأنـور للطباعـة، دمشق,2007

- أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2007

- لزهر بن سعيد، كرم محمد النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2010

- ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999

- سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015

- الخالدي، إيناس، التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1، 2016

- أحمد قمحة، عبد الفتاح السيد، التنفيذ علماً وعملاً، دار النهضة العربية، ط1، 1924م

- أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، 1918م

- السرطاوي، محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الأردن، 2007م

- الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، 2010

- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،1998

- أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2012

- والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى، 2014

- ابراهيم، ابراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2005

- عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة السابعة،2016

- BERNARDO, M.Cremades, The impact of international arbitration on the development of busness law. The American Joural of Comparative Law. Vol.31 , Novmber, 3. Summer1993

نصوص قانونية :

- الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان.

- اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958.

- مجموعة الأحكام القضائية، لعام 1434هـ ،مجلد 28

- نظام التحكيم السعودي.