

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصم دوريا

01- مضار الجوار غير المألوفة

02- بطلان إجراءات الضبطية القضائية في التشريع

الجزائري

03- آليات قمع تبيض عائدات الجرائم المتعلقة

بالصفقات العمومية

04- مقتضيات عصرة الإدارة العامة كنموذج لمكافحة

الفساد و تحقيق الحكم الراشد في الجزائر

05- مخاطر الاعتماد المستندي في ظل التطورات

الراهنة

06- الطبيعة القانونية لوضعية الهيمنة داخل تجمع

الشركات

07- تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود

المشروع

08- جزاء الإدارة المخلة بمبدأ التفيد والمسؤولية

المرتبة عليه (دراسة مقارنة)

09- شروط نفقة الزوجة و مدى استحقاقها بالنظر الى

مسألة الجبس

عدد
10

مدير النشر

أ.قارة وليد

رئيس التحرير

د نبيلة بن يوسف

ن.رئيس التحرير

د محمد فيصل ساسي



ISSN 2392-5175

مجلة الندوة للدراسات القانونية - EL NADWA JOURNAL OF STUDIES

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

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

N°
10

Directeur

De La Publication

Kara Ouahid

Redacteur En Chef

Nabila Ben Youcef

Vice , Redacteur En Chef

Mohamed Faycal Sassi

10-Droit d'auteur : La notion d'œuvre protégée- Étude comparative de la conception islamiste et modern »



ISSN 2392-5175

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 التقييم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالإضافة 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 كمثيلاهما 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. صديقي سامية – أ. مقراني ريمة – أ. شيباني نضيرة – أ. بن زعيم مريم

أ. بلحشر نوال – أ. سايح كنزة – أ. ثوابتي ايمان ريمة سرور – أ. عماروش سميرة – سويح دنيا زاد

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

التقييم الدولي : ISSN2392-5175



محلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد العاشر(10) – أكتوبر /نوفمبر 2016

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 - استاذ 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 . إرنيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . نجاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدايمارك 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 . بجوية 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 . السبي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة محمد خير- الجزائر
- د . عثمانية 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 - اعضاء هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور - الجزائر
- ا . ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحدائة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .

* تقدم 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 آخر 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 ترتيباً أبجدياً، 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 سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

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

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

المجلة



فهرس البحوث و الدراسات

01- مضار الجوار غير المؤلفه

د. عبد الله خيرى مرتضى - كلية البريمي الجامعية بسلطنة عمان وجامعة نيالا بالسودان ص004

02- بطلان إجراءات الضبطية القضائية في التشريع الجزائري

أ. بوصلعة ثورية - جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان - الجزائر ص023

03- آليات قمع تبييض عائدات الجرائم المتعلقة بالصّفقات العمومية

أ. جاوي حورية و د. ميلوة زين - جامعة سيدي بلعباس- الجزائر ص040

04- مقتضيات عصرنة الادارة العامة كنموذج لمكافحة الفساد و تحقيق الحكم الراشد في الجزائر

أ. حملة سمي - جامعة البليدة 2 - الجزائر ص057

05- مخاطر الاعتماد المستندي في ظل التطورات الراهنة

أ, أيت مسعود/ بن شعبان حكيمة و د, خنيش يوسف - جامعة تيزي وزو - الجزائر ص085

06- الطبيعة القانونية لوضعية الهيمنة داخل تجمع الشركات

أ. جوبير ليلي - جامعة أبي بكر بلقايد-الجزائر ص101

07- تحديد مضمون العقد بين حرية الارادة و قيود المشرع

أ. معداوي نجية - جامعة البليدة 2 - الجزائر ص113

08- جزاء الإدارة المخلة بمبدأ التنفيذ والمسؤولية المترتبة عليه (دراسة مقارنة)

أ. نسيمه عطار و أ. هزيرل جلول - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-الج ص126

09- شروط نفقة الزوجة و مدى استحقاقها بالنظر الى مسألة العجس

أ. كرومي أمينة - جامعة ابي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر ص151

10-Droit d'auteur : La notion d'œuvre protégée

« Étude comparative de la conception islamiste et modern »

IRIQAT Mohammed Maître de conférences, à l'Université de Jérusalem

(Alquds)- Jérusalem Est-Palestine

p166

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 الرحمن الرحيم

شرف عظيم تكليفي بتقديم افتتاحية هذا العدد العاشر من مجلة الندوة للدراسات القانونية، المجلة التي تعتبر قبلة علمية متميزة لكل باحث في ما يرتبط بالقانون والمواضيع ذات الصلة به، و بكل موضوعية ودون تحيز يمكن القول أن هذه المجلة قد صنعت لها اسم بارزا ضمن المجالات العلمية على المستوى الوطني وحتى العربي، المكانة التي يمكن إرجاعها لجهود القائمين عليها وسهرهم لإخراجها في أحسن صورة.

ويعود كذلك تميز مجلة الندوة للدراسات القانونية لريادتها وسبقها في مجال لم يغامر فيه الكثير وهو مجال النشر الإلكتروني المتخصص في الجزائر، فهي اليوم من بين المجالات الإلكترونية القانونية المحكمة القليلة إن لم نقل الوحيدة من نوعها في هذا المجال، نقلت به الباحث القانوني الجزائري خصوصا والعربي عموما من فكر النشر التقليدي إلى منظور النشر الإلكتروني.

وكعادتها مجلة الندوة للدراسات القانونية تضم في عددها العاشر مواضيع متميزة من القانون العام والقانون الخاص، مقدمة للقارئ مختارات جادة من دراسات ركز فيها أصحابها على حل إشكالات قانونية بمنطلق التحليل والتوضيح، مبتعدين بذلك عن كل دراسة سطحية ناقصة لا تعطي البحوث قيمة وفائدة، فإدارة المجلة تحرص دائما على نشر المتميز والجدي من البحوث القانونية .

ختاما نشد على أيدي العاملين على ترسيخ قيم النشر العلمي الإلكتروني و فتح ابواب النقاش العلمي بين كل الفئات العاملة في المجال القانوني و من كل الأمصار و نطلب من الله عز و جل ديمومة و استمررا المجلة المتميزة التي شهدت ولادتها ذات يوم ، و أن تتبوأ مكانة

علمية حيث ترتقي كمنارة للعلم والمعرفة، كما أتقدم أصالة عن نفسي ونيابة عن القائمين على مجلة الندوة للدراسات القانونية بكل الشكر والعرفان لما قدموه من أعمال بحثية متميزة.

الدكتور / ساسي محمد فيصل

جامعة سعيدة - الجزائر

مضار الجوار غير المألوفة

د. مرتضى عبد الله خيرى

استاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية بسلطنة عمان

وجامعة نيالا الحكومية بالسودان

kheirilaw@hotmail.com

ملخص

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة الي عدد من الآراء فمنهم من أسسها على الخطأ الشخصي بتجاوز التزام قانوني مبعثه الجوار ومنهم من أسسها على التعسف وآخرون قالوا بانها من قبيل مسؤولية حارس الأشياء كما أسسها البعض على فكرة تحمل التبعة والواقع أنها ترجع الي قيود الملكية الخاصة بعلاقات الجوار فهي مسؤولية يملئها التضامن الاجتماعي بين الجيران وسوف نتناول موضوع الاضرار غير المألوفة في قانون المعاملات المدنية العماني والذي اعتبر الأضرار بالغير ضررا غير مألوف مجرد تطبيق من تطبيقات الاستعمال غير مشروع للحق.

Abstract

Scholars differed in determining the basis of the responsibility about the harms of the unfamiliar neighborhood to a number of opinions. Some of them based on the personal fault bypass a legal commitment neighborly motivated, and some of them based on arbitrariness, and others said that it is the liability of guard of things as some based on the idea of carrying consequences. Indeed, it is due to private ownership restrictions by neighborly relations, so, it is a responsibility dictated by social solidarity between neighbors, and we will address the subject of harms of the unfamiliar neighborhood in the Omani civil transactions Act, which considered harms to others as a unfamiliar harm, it is just an application from illegally use applications to the right

تمهيدالتعريف بحق الملكية:

أولاً: الملكية

الملكية لغة " ملك المرأة تزوجها والمملوك العبد و ملكه الشيء تملكاً جعله ملكاً له"¹ وقد عرف المشرع العماني الملكية في المادة (798) من القانون المدني العماني بأنها " سلطة المالك في ان يستعمل الشيء المملوك له وان يستغله وان يتصرف فيه بجميع التصرفات الجائزة شرعاً".
ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذا التعريف:

1. جاء في التعريف أن عناصر الملكية هي التصرف والاستعمال والاستغلال فهذا القول ينطوي على كثير من التعميم ويحتاج إلى تحديد فقد يخلط بين عناصر حق الملكية والسلطات التي يخولها القانون للمالك على الشيء محل الملكية.
2. أبرز تعريف المشرع العماني ماهية حق الملكية من حيث كونه سلطة المالك فالحق العيني عموماً هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين.
3. أبرز التعريف ان حق الملكية مقصور على صاحبه وهو ما يعبر عنه بان الملكية حق استثنائي بمعنى ان المالك يختص وحده بمزايا وثمار ومنافع الشيء محل الحق².
4. بالرغم ان المشرع خول المالك السلطات الثلاث مجتمعة الا انه اشار الي ان المالك يمارس هذه السلطات في حدود التصرفات الجائزة شرعاً وهو تزيد لا مبرر له ولا يضيف جديداً .

ثانياً: خصائص حق الملكية:

1. حق الملكية حق عيني: والحق العيني وفقاً لنص المادة (62) من القانون المدني العماني هو "سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين" ويعد حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً، والحقوق العينية الأصلية قد وردت في القانون المدني العماني على سبيل الحصر³.

1 محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص632.

2 الملك التام هو الملك الذي يجتمع فيه للمالك ملكية الرقبة والمنفعة في ذات الوقت، فيكون للمالك السلطات الثلاث (الاستعمال - الاستغلال التصرف) أما الملك الناقص فهو الملك الذي ينصب على الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها.

3 المادة (62) من القانون المدني العماني.

2. حق الملكية حق مطلق: وما نعنيه بصفة الإطلاق أن صاحب هذا الحق يمارس حقه دون حاجة إلى تدخل أحد، فحق الملكية يمكن الاحتجاج به قبل الكافة، ذلك أن صفة الإطلاق بهذا المعنى لم تعد تنسجم مع التطورات الاجتماعية الحديثة¹.
3. حق الملكية حق دائم: أن الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة لشخص المالك لأن حق الملكية يبقى ما دام محله باقياً ولا يزول هذا الحق إلا بزوال محله لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة وقد تنتقل ملكية الشيء بالوفاة إلى ورثة المالك، تبعاً لذلك فإن حق الملكية حق لا يسقط بعدم الاستعمال ولا يسقط بالتقادم، كما أن توقيت حق الملكية بمدة معينة غير جائز لأن التوقيت يتناقض مع طبيعة حق الملكية².
4. حق الملكية حق مانع فلمالك الشيء وحده أن يستأثر بجميع مزاياه فهو حق مقصور على المالك دون غيره ويترتب على ذلك انه لا يتصور قانوناً ان يوجد حق ملكية تام وكامل على ذات الشيء لشخصين في وقت واحد فالمقصود بالمنع هو منع الغير من مشاركة المالك سلطات حقه دون رضاه³ بالرغم من ذلك فثمة حالات وردت على سبيل الاستثناء بنصوص خاصة يجوز فيها للغير ان يجبر المالك على مشاركته في بعض سلطاته تحقيقاً لاعتبارات مختلفة قدرها المشرع مثال لذلك حق صاحب العقار الذي لا يتصل بالطريق العام او كان وصوله اليه يتم بنفقه باهظة او مشقة كبيرة و هذا ما نصت عليه المادة 983 مدني عماني⁴.
5. حق الملكية حق جامع: فهو من أقوى وأوسع الحقوق العينية لأنه يخول صاحبه السلطات الثلاث (استعمال، استغلال، تصرف) ويترتب على ذلك نتيجتان:
- النتيجة الأولى: أن المالك لا يطلب منه إلا أن يثبت حق ملكيته بكافة طرق الإثبات، وتبعاً لذلك فمن يدعي أن له حقاً في ملك الغير أن يثبت ذلك، كما لو كان له حق منفعة أو حق رهن.

1 د. ميرغني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، حق الملكية، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1977، ص52.

2 د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة طبع. ص52.

3 د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، 1978. ص131.

4 د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، المطبعة العالية بمصر، الطبعة الثانية، 1951 والتأمينات، بلا مكان طبع، 1951 ص84.

النتيجة الثانية: هنالك بعض الحقوق التي تنفر عن حق الملكية تتسم بسمة التوقيت كحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ولا بد من ارتداد هذه السلطات إليه بانقضاء هذه الحقوق.

المبحث الأول : التحديد القانوني للمضار غير المألوفة

تعددت الآراء القانونية والفقهية في تحديد (الأضرار غير المألوفة) في اتجاهات شتى، فمنها ما ذهبت إلى أن الضرر غير المألوف هو خروج عن حدود الحق (حق الملكية) لأن المالك مقيد بعدم الغلو في استعمال هذا الحق، والخروج عن حدود الحق حسب هذا الاتجاه هو خطأ لأنه انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فيكون عمله غير مشروع في ذاته لأنه جاوز حدود مضمون الحق كالمشرع المصري¹ أو مخالفة القيود التي رسمها القانون كإقامة بناء بغير مراعاة المسافة القانونية ولو بحسن نية ودون حاجة لإثبات ضرر²، وأخذت آراء أخرى مسلكاً آخر فعبرت عن هذه الأضرار بأنها تحدث نتيجة الاستعمال المشروع للحق ودون صدور خطأ من الجار أو انحراف عن السلوك المعتاد كالمشرع الكويتي وذهب اتجاه في تحديد هذه المضار أن الضرر في المألوف استعمال الحق على نحو يضر بالغير كالمشرع السوداني³ سواء كانت نية الإضرار القصد الوحيد أم اقترن بقصد ثانوي فلو أن الملك زرع أشجاراً كثيفة عالية في أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى لو عادت على الأرض بالنفع فتستشف نية الإضرار لديه ما دام أن النفع لم يكن مقصوداً في ذاته بل جاء تحققه عارضاً إذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الأضرار بالجار⁴، واتجهت آراء أخرى بان جعلت المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة واحدة من تطبيقات الاستعمال غير المشروع للحق كالمشرع العماني وفي الواقع أن المسألة موضوعية عند التطبيق، فالقاضي يستنتج من مختلف الوقائع وبالاستعانة بأهل الخبرة ما يعد ضرراً مألوفاً وغير مألوف، وما لا يعد كذلك، والعلة واضحة لأن التسامح بين الجيران معروف في مجتمعاتنا قبل الإسلام وبعده، وهو شرط مهم وضروري من شروط الحياة الاجتماعية والضرر الفاحش غير المألوف هو ما يمنع الجار من الانتفاع بالمنافع الرئيسة للملكه ، وذهب آخرون إلى أن

1 د. حسن كيرة، المدخل إلى دراسة القانون، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص76، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص39.

2 المستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ج1، ص153، د. عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، بيروت، 2000، المجلد الأول ج8، ص78، ج1، ص694، هامش1.

3 د. حمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ج1، ص275/ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية/ حق الملكية، ج1، 1960-1961، ص86.

4 د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص56.

هذه الظروف غير كافية لتقدير الضرر وكونه فاحشاً وغير مألوف أو عدم كونه كذلك، وإنما لابد من النظر إلى حالة الأضرار الشخصية (المرض العصبي أو النفسي أو حالة الشخص وما جبل عليه الجار من حس مرهف). وفرق البعض بين (المضار الجسمية والعصبية العادية وغير العادية) لتحديد ظروف الشخص ومدى تأثير هذه المضار عليه فتعد أضراراً فاحشة بالنسبة للشخص غير السليم وإضراراً غير فاحشة للشخص السليم¹ وفي اعتقادنا أن مصطلح المضار غير المألوفة أوسع نطاقاً وتعبيراً من الضرر الفاحش أو الضرر غير المشروع أو الضرر الناتج عن عدم التبصر أو الناتج عن تجاوز حدود حسن النية وغيرها من المصطلحات، لأنه مصطلح يجمع بين (الضرر النفسي (التوتر، القلق، عدم الاستقرار) والضرر العقلي والضرر في الحواس البشرية فضلاً عن الضرر الصحي).

كما أن فكرة الجوار لا يمكن إخضاعها لمقياس ثابت ومحدد فهي فكرة ذات مقياس متغير معيارها غير ثابت، لأن الأشخاص والأشياء تتغير بتغير الظروف المحيطة فأصبح التجاور الجغرافي متأثراً بالحروب والكوارث الطبيعية، فهذا التعبير يتسع كما سمحت أو تغيرت الظروف وما تعد مضاراً غير مألوفة اليوم قد تصبح غي ذلك غداً، أما مضار الجوار المألوفة فهي ما لا يمكن تجنبها بين الجيران ولا بد من استيعابها وتحملها، ولا يلزم الجار فيها إلا بالتعويض أحياناً، فالضحيج والرواشح والأبجرة الناتجة عن مصنع كائن في منطقة صناعية يكون ضرراً مألوفاً أما لو أقيم هذا المصنع في منقطة سكنية فإن الضرر يتحول إلى يغر مألوف.

المبحث الثاني: الضابط في تحديد المضار غير المألوفة

إن الضابط أو المعيار في تحديد المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتسع لما قد يستحدثه التقدم الصناعي والعلمي في المستقبل بحيث يجاوز الحد الاعتيادي والمتعارف عليه نتيجة لاختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقارٍ لآخر، إضافة إلى الأعراف السائدة وظرف الزمان والمكان، والغرض المخصصة له، كان له الأثر البالغ في تحديد ما يعد ضرراً مألوفاً من عدمه وهو ما أقرته التشريعات المدنية² وأكدته التطبيقات القضائية المختلفة وقد قضت المحاكم الأردنية بأنه "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد الضرر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له" عملاً بالمادة (1027) من القانون المدني، وعلى المحكمة

1 نقص فرنسي 29/مايو/1937.

2 علي سبيل المثال المادة 1027 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمادة 2/1144 (قيود الجوار) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985. وغيرها.

أن تثبت من العرف الجاري في المدينة الموجود بها العقار موضوع الدعوى إذا كان الضرر الموصوف بتقرير الكشف ضرراً مألوفاً بالمعنى في المادة (1027) من عدمه¹.

وتطبيقاً لذلك فإن تقدير الضرر يختلف باختلاف طبيعة العقارات، فهناك من العقارات ما تستوعب طبيعتها تلك الأضرار فيعد ضرراً مألوفاً، وهناك عقارات أخرى لا تستوعب طبيعتها تلك الأضرار فتعد أضراراً مألوفة (كالعقارات السكنية) فلو كانت طبيعة العقار مصنعاً أو معملاً أو مصبغة تتعدد فيها الآلات والأيدي العاملة وتشتد فيها الضوضاء، فيعد حينئذٍ الضرر الناتج عن هذه الآلات والضوضاء ضرراً مألوفاً بالنسبة لهذا النوع من العقارات، لكنه غير مألوف بالنسبة إلى مستشفى أو مكان للسكن أو مدرسة².

فقد قضى في مصر بأن "الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف نصاً من نصوص القانون واللوائح وذلك متى كان الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجاري على قطعة من أملاكها أفلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص للسكن كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصحاب أملاكهم من أضرار"³ وقضى أيضاً بمسؤولية صاحب المسرح عن الأضرار التي تلحق الجيران نتيجة الضجة الليلية التي تحدث عند انصراف المتفرجين ومسؤولية صاحب بيت للدعارة عما يحدث من مناظر مؤذية لمشاعر الجيران أو عما يسببه وجود هذا البيت من نقص في قيمة العقارات السكنية المجاورة ومسؤولية صاحب مدرسة عما يحدث من ضرر كبير للفندق المجاور نتيجة سحب التلاميذ، وبمسؤولية إدارة سكة الحديد عن الأضرار التي تحدث نتيجة انتشار الدخان أو تطاير الشرارات النارية من قاطراتها⁴.

كما أن الأعراف والعادات ذات تأثير على تقدير كون المضار مألوفة من عدمه، فما تعارف واعتاد الناس عليه من ضجة وأصوات ودخان تعد مضاراً مألوفة لهم خاصة في المناطق الشعبية والمزدحمة، أما إذا لم يتعارف الناس على مثل هذه المضار كما في المناطق الهادئة فيمكن القول بأنها مضار غير مألوفة بالنسبة لهم، وعلى الجار تحمل ما تعارف الناس عليه إذ أنه التزام تفرضه قواعد الجوار والأخلاق كذلك فإن هذه المضار قد تكون مألوفة في وقت أو مكان، وغير مألوفة في وقت أو مكان آخر، فما يعد ضرراً مألوفاً في الريف قد يعد غير مألوف في المدن، بالرغم من العدد السكاني الهائل وكثرة العقارات، وما يعد ضرراً مألوفاً

1 د. السنهوري، الوسيط، 697/8، أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص 67.

2 نقض فرنسي في 29/مايو/1937.

3 د. صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالي، 1961.

د. أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 11، العدد 1، ص 120-129.

4 د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في شرح القانون المدني، ص 89.

في أوقات الأزمات والحروب قد يعد غير مألوف في الأوقات الاعتيادية والطبيعية، ثم أن الغرض الذي خصص له العقار يدخل في تحديد ضابط أو معيار الضرر غير المألوف فقد يكون مألوفاً تحت تأثير ظروف معينة وغير مألوف تحت تأثير ظروف أخرى تمنع مثلاً صاحب العقار من استعمال عقاره على نحو تحقيق الهدف منه أو من غرض استغلاله بالنظر لمصلحة العقارات المجاورة¹.

فالعقار المعد كمستشفى للعلاج يتأثر استغلاله بالضوضاء المتصاعدة من ملك الجار حتى لو عدّ هذا الضرر مألوفاً في تلك المنطقة أو لطبيعة الأعراف فيها، إلا أنه بالنسبة لهذه المستشفى يعد ضرراً غير مألوف يجب إزالته أو التعويض عنه " تبعاً لذلك نقول هل أن للظروف الشخصية تأثير على تحديد المضار وكونها مألوفة وعدم كونها كذلك بحيث يجب مراعاة كون العقار معد للعلاج يتأثر قاطنيه (المرضي فيه) بأي ضوضاء متأنية من ملك الجار أو يتأثر من ابتلى بمرض عصبي بحيث يؤذيه ما لا يؤذي الشخص السليم العادي حتى لو عدت هذه المضار مألوفة في تلك المنطقة؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأن جانباً من الفقه الفرنسي يرى بأن الاعتداد بالظروف الشخصية في تقدير مألوفية المضار من عدمها هو اعتداد لا مبرر له وإنما لا بد من الرجوع إلى الاعتبارات الموضوعية لتقديرها، وحيث أن الأخذ بظروف كل شخص سيؤدي إلى توسيع دائرة المضار غير المألوفة على حساب الأعراف والتقاليد وما يعد من مضار مألوفة لاختلاف مزاج الشخص ونفسيته ووضعه الاجتماعي وهذا ما اخذ به المشرع العماني .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الاعتداد بهذه الظروف هنا هو اعتداد مبرر، فالأصل أن هذه الظروف الشخصية لا وزن لها في هذا الشأن إلا أن الحال هو أنها ظروف موضوعية متعلقة بالعقار ذاته نتيجة إعداد استغلال عادي معين لا لأجل ظروف شخصية استثنائية خاصة بمالك العقار² ويرى جانب ثالث إلى عدم الأخذ والاعتداد بهذه الظروف الشخصية قانوناً، أي أن هناك اعتبارات قانونية توجب عدم الأخذ بها، إلا أن الخلق والمروءة والتسامح يفرض الأخذ بها أحياناً³ وفي الحقيقة أن الضابط في تقدير عدم مألوفية هذه المضار هو ضابط موضوعي عند التطبيق، فلا بد للقاضي أن يوازن بين المصالح ويأخذ بنظر الاعتبار المعايير المطروحة (طبيعة العقار - الغرض المخصص له - الأعراف - ظرف المكان والزمان - الظروف الشخصية أن استوجب الأمر وفقاً لمعيار الشخص المعتاد وما يتحملة من مضار وما لا يتحملة) وبالإستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال ليستنتج ما يعد ضرراً مألوفاً وما لا يعد كذلك، يستنتج مما سبق عرضه

1 د. عبد المنعم البدرائي، شرح القانون المدني المصري، الحقوق العينية الأصلية، ط2، ص88، د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص137.

2 د. أنور سلطان، مصادر الالتزام مرجع سابق، ص71. د. أحمد محمد إبراهيم، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء، القاهرة، 1964، ص8.

3 د. عبد المنعم البدرائي، الحقوق العينية الأصلية، ط 2، دار الكتاب العربي 1956

أن ضابط المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتمشى مع كل حالة على حدة فيتكيف مع الظروف المختلفة والحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات الحياة تحقيقاً لمبدأ التعاون، وحسن الجوار، وتقليلاً للمنازعات التي يمكن أن تحدث في المستقبل بين الجيران.

المبحث الثالث: الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

اختلف الفقه القانوني في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، بين الخطأ وبين التعسف في استعمال الحق) وبين الاستعمال الغير مشروع للحق.

الأساس الأول:

ذهب فريق¹ إلى أن أساس المسؤولية هو تعسف المالك أو غلوه في استعمال حقه، فيسأل عن هذا التعسف أو الغلو أو إساءة استعمال حقه ويعوض عن هذا الضرر ويعد المالك متعسفاً في استعماله لحقه إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير وهذا مانصت عليه المادة (807) من مشروع القانون المدني المصري الحالي² فلا يبغي تحقيق أي منفعة خاصة وإنما يرمي الأضرار بغيره وسواء كان هذا القصد الوحيد أم اقترن به قصد ثانوي وهو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في الأضرار بالغير وهذا المعيار هو معيار ذاتي قوامه (نية الأضرار بالغير) لدى صاحب الحق ولا يغير من هذا الوصف التعسفي لهذا الاستعمال ما قد يحققه فيما يعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق أصلاً وإذا كان إثبات قصد الأضرار بالغير أمراً عسيراً فإن القضاء كثيراً ما يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة أو تفاهتها لدى صاحب الحق على نحو يضر بغيره قرينه على توفر نية الأضرار فالمالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عالٍ لا يتبغي من وراء ذلك أي منفعة شخصية له وإنما قصد بها إبداء الجار فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه³.

أما إذا أقام هذه المدخنة لنفع يقصده ولكنه وضعها في مكان يلحق الضرر بالجار، وكان من الممكن أن يتجنب هذا الضرر لو أنه أقامها في مكان آخر فإنه لا يكون متعسفاً بل أنه قد انحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد، وبالتالي فإننا هنا حلقة مغلقة تدور وترجع إلى معيار الخطأ ويعد صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه كذلك إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها قليلة الأهمية إلى ما يصيب الجار من

1 د. عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 23

2 د. حسن كيرة، الموجز في مصادر الالتزام، ص 140، د. احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 219.

3 تقابلها المادة 2/818 مدني مصري.

ضر بسببها وهذا ما قضت به المادة (30) كويتي وفي الحقيقة أن صاحب الحق أما أن يكون غير مبالٍ بما يصيب الناس من ضرر لقاء منفعة قليلة يستحصلها لنفسه أو أن يتحاييل بأن يجبئ نية الأضرار تحت ستار مصلحة محدودة الأهمية يسعى لها وهو في كلتا الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وأساء استعمال حقه أو تعسف فيه فيتحمل المسؤولية فالمالك الذي يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته ولكن إذا كان الهدم دون عذر قوي فإن مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك في هدم الحائط ومن ثم يعد هدم الحائط تعسفاً في استعمال حق الملكية، يستوجب قيام المسؤولية¹، والمعيار هنا معيار موضوعي لا شخصي قوامه (التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق) وهو أمر يقدره قاضي الموضوع حسب الظروف ويعد صاحب الحق متعسفاً في استعماله كذلك إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة (أو غير مشروعة)² فلا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع له بل يجب أن تكون مشروعة لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من أغراض ومصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق لتحقيق صالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون³، فمن يطلب إخلاء منزله من المستأجر بحجة حاجته للسكن بعد محاولات زيادة الأجرة زيادة فوق ما يسمح به القانون وإخفاقه في ذلك يعد متعسفاً في استعمال حقه، ومن يتخذ داره ملتقى للمشبهين أو منزلاً للدعارة يعد متعسفاً في استعمال حقه⁴.

أخيراً فإن المعيار هنا هو معيار موضوعي مرن (معيار الشخص المعتاد) فليس من السلوك المألوف لأي شخص عادي أن يسعى تحت ستار (أنه يستعمل حقه) إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في رقابة استعمال الحقوق ومع كل ما تقدم فإن نظرية التعسف لا يمكن الاعتداد بها كأساس لقيام المسؤولية عن لمضار غير المألوفة، إذا لا تندرج هذه المضار (كما زعم البعض) تحت هذه الصور المطروحة فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون أن يتعمد الإضرار به، ودون أن يهدف إلى تحقيق مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك فتخرج عن نطاق التعسف في استعمال الحق وفي الحقيقة أنه ليس هنالك ما يمنع المشرع من أن يطبق هذه المعايير السابقة للتعسف أو أي معيار آخر في نص خاص يورده في المجال المناسب لتطبيقه متى تحققت حالة أو صورة من صور التعسف.

1 د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مرجع سابق ص 80.

2 توفيق حسن فرج: الحقوق العينية الأصلية-المكتبة القانونية- ص 224 .

3 د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية-دار الفكر العربي- ط 1991- ص 138

4 د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- منشورات الحلبي الحقوقية- ط 2002- ص 551

الأساس الثاني:

إقامة المسؤولية على أساس الخطأ تقوم هذه الفكرة على مساءلة مرتكب الخطأ عن تعويض هذا الضرر الذي يصيب الجار ولو كان يسيراً¹، ومن المعلوم أن الخطأ هو إخلال بالتزام فرضه القانون أو هو انحراف عن السلوك المعتاد، فأى استعمال لحق الملكية يجاوز فيه الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكون خطأ تقصيرياً يوجب المسؤولية فإذا أدار المالك أو صاحب الحق محلاً مقلقاً للراحة أو مضرراً بالصحة في منطقة لا تدار فيها هذه المخلات أو دون مراعاة الشروط القانونية الواجبة (كمحلات الحدادة أو السمكرة...) فإنه يكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه إلا أن المالك أو صاحب الحق قد لا يرتكب خطأ في استعماله لحقه أو ملكه ومع ذلك ينحرف في هذا الاستعمال عن الحد المألوف ويضر بجاره ويكون مسؤولاً عن تعويض هذا الجار عن الضرر ولو كان ضئيلاً كمن يشعل النار في ملكه بموجب حرفته إلا أن خطر الحريق تعدى إلى ملك جاره فتنبعث الشرارة إليه ويكون سبباً في إحداث حريق عنده²، أو كمن يقيم في منزله حفلات راقصة في حي سكني هادئ تحكمه عادات وتقاليد تستنكر ذلك التصرف فإنه يكون قد انحرف عن السلوك المعتاد والمألوف فيسأل تجاه جاره عن تعويض الضرر الذي لحقه في إقلاق راحته ومخالفة العادات والتقاليد. ومن المعلوم أن تعويض الضرر في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يكون كاملاً ولو لم يصدر خطأ من المالك بتصرفه، ولو لم ينحرف عن السلوك المعتاد، ثم أنه لا تعويض عن الضرر إلا إذا كان غير مألوفاً، وبذلك نبتعد عن الخطأ كأساس لهذه المسؤولية.

الأساس الثالث:

في القانون العماني اعتبر الاضرار بالغير ضرراً غير مالوف مجرد تطبيق من تطبيقات الاستعمال غير مشروع للحق ونص في المادة (95) من قانون المعاملات المدنية لسنة 2013م على انه: "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ويكون استعمال الحق غير مشروع في عدة حالات....."، كما نص في المادة 803 من نفس القانون على "إذا احدث المالك في استعماله لملكه ضرراً لغيره كان للمضرور ازالة الضرر مع حقه في التعويض ان كان له مقتضى"، فالملاحظ ان تنظيم المشرع لما يسمى اضرار الجوار غير المألوفة جاء مضطرباً بل متردداً فهو يتكلم من ناحية عن المالك بوجه عام الذي يحث في استعماله لملكه ضرراً لغيره وليس فقط الجار كما يتكلم عموماً عن الضرر ماوفا كان ام غير مالوف و اخيراً من الشراح من رتب المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب ومنهم الفقيه³ فعلى الجار المثري أن يرد لجاره المفتقر أقل القيمتين (مقدار الإثراء ومقدار الافتقار) واخرون قالوا بأنها

1 جيار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، 1984، ص 410.

2 د. السنهوري، الوسيط، 705/8، محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 322.

3 د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية في القانون اللبناني والمصري، المصدر السابق، ص 66-67

من قبيل مسؤولية حارس الاشياء كما اسسها البعض على فكرة تحمل التبعة وفي الحقيقة أن لكل هذه الاتجاهات والمعايير أسانيداً وحججها إلا أنه يمكن القول في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية في مضار الجوار غير المألوفة أن النص القانوني هو الأساس الذي يفرض مثل هذا الالتزام وفي حالة غياب النص القانوني فإن قاضي الموضوع يستند في اجتهاده إلى هذه المبادئ العليا (العدالة ، الانصاف ، قواعد الأخلاق ، مبادئ حسن النية والالتزام بالتعاون... الخ) في فرض هذا الالتزام وقيام المسؤولية تبعاً للظروف المحيطة.

المبحث الرابع: شروط قيام المسؤولية

بما ان المادة 59 معاملات مدنية قد نصت على ان من يتجاوز في استعماله لحقه العرف والعادة يكون قد اساء في استعمال حقه أي استعماله استعمالاً غير مشروع ومعيار تجاوز العرف والعادة هو النظر الي نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه فان ترتب على هذا الاستعمال ضرراً غير مالوف، أي ضرر يتجاوز العرف والعادة كان صاحب الحق مسئولاً عن تعويض هذا الضرر بصرف النظر عما اذا كان قد ارتكب تعدياً ام لا بل يسأل بمجرد تحقق الضرر غير المألوف ولو كان قد اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر فالضرر غير المألوف هو اذت معيار تجاوز صاحب الحق في استعماله لحق ما جرى عليه العرف و العادة اما ماجرى عليه العرف والعادة فهو ضرر مالوف يجب على الجار او الغير عموماً تحمله وبذلك ترتبط المسؤولية عن اضرار الجوار غير المألوفة وجوداً وعدمها بالضرر غير المألوف الذي تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة ويتميز هذا المعيار بالخصائص التالية¹:

1/ معيار مرن

ويعني ذلك انه لا يتقيد بحد معين او رقم محدد يجب ان يبلغه الضرر حتى يقال بانه ضرر غير مالوف وفيما يعتبر ضرراً مالوفاً في حالة قد يعتبر غير مالوف في حالة اخرى فالعبرة في الضرر غير المألوف بزمان وقوعه ومكانه أي لم يعتد الافراد عليه في مكان وزمان معين فالعبرة عند تقدير الضرر غير المألوف ليست بصفة الضرر ذاته وانما بكونه مالوفاً أي اعتاد الناس تحمله وفقاً للظروف العادية التي تحيط بالمنطقة الكائن بها العقارات المجاورة ، ام غير مالوف لم تجر العادة على تحمله وهي مسألة مرتبطة بتطور نمط سلوك الافراد من وقت لآخر وتأكيد مرونة معيار الضرر غير المألوف على القاضي مراعاة الظروف التي تحيط باستعمال الجار لحقه عند تقديره للضرر غير المألوف وهي²:

1 قرار رقم 830/ص/1968 في 14/5/1968.

2 د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، 1939، ص104، على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط3، 1947، ص80.

(أ) العرف

وهو يعني تأثير ظروف الزمان والمكان على تقدير الضرر غير المألوف فيما يعتبر ضررا مألوفاً في المناطق الريفية بحسب العرف والعادة قد يعتبر غير مألوف في المدينة والعكس صحيح.

(ب) طبيعة العقارات

طبيعة العقار فقد يكون ارضاً زراعية او ارض فضاء كما قد يكون مبنى او غراس ، وما يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة للارض الزراعية مثلاً قد لا يعتبر كذلك بالنسبة للارض الفضاء مثلاً.

(ج) موقع كل عقار بالنسبة للآخر

فمن يسكن بجوار مدرسة او مسرح مثلاً يتحمل من الاضرار ما لا يتحمله من يسكن بجوار شقق سكنية اخرى فالعقار الذي يجاور مطار مثلاً يتحمل من الاضرار مالا يتحمله غيره من العقار الموجود في مناطق سكنية.

(د) الغرض الذي خصص له العقار

العقارات قد تكون من طبيعة واحدة لكنها تخصص لاغراض مختلفة فالمقاهي والمسارح تستلزم بحكم طبيعة النشاط الذي تمارسه حركة وضجيجا لا وجود له في حالة تخصيص العقار كمستشفى او دار نقاهة مثلاً، فكل ما يتعلق بالعقار من حيث موقعه وطبيعته والغرض الذي خصص له لا يعتبر من الظروف الشخصية ومن ثم يجب الاعتداد بها.

2/ معيار موضوعي

ويعني ذلك انه ينظر في تحديد الضرر غير المألوف الى الاعتبارات الموضوعية فقط ومن ثم لا يعتمد بالظروف الشخصية لصاحب الحق على العقار كحالته الصحية او النفسية او طبيعة العمل الذي يمارسه فالعبرة اذن ليست بالاستعداد الشخصي لصاحب الحق على العقار وانما بحالة شخص من واسط الناس ليس اكثرهم تاثراً وهو ما يسمى بالشخص المعتاد، فاذا اثبت ان هذا الشخص المعتاد لا يتحمل الضرر كان غير مألوف اما اذا كان يتحمله كان مألوفاً.

المبحث الخامس: الجزاء على تحقيق المسؤولية

تدور المسؤولية عن المضار غير المألوفة حول الضرر وجوداً وعدمياً متى تجاوز الحد المألوف بحيث يوجب التعويض وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فإن جبر الضرر يقدر بمقدار الضرر وهو تطبيق لقاعدة (الضرر يزال) و(لا ضرر ولا ضرار) وقد تستلزم إزالة الضرر منع الاستعمال وقد لا تستلزم ذلك¹. هذا بالنسبة للضرر الذي يستمر في المستقبل، أما ما أصاب الجار فعلاً من ضرر بسبب الاستعمال الاعتيادي فلا ضمان على المالك يسببه لأنه لا يضمن وهو يستعمل ملكه وإن سبب ضرراً للغير إلا إذا تعدى أو تعدت أحداث الضرر، لكن لو طلب منه المتضرر دفع الضرر ولم يفعل فيعد مسؤولاً منذ ذلك الحين وطبقاً للقواعد العامة فإن المتضرر في نطاق المضار غير المألوفة إما أن يحكم به بالتنفيذ العيني أو كما عبر عنه البعض بالتعويض العيني أو يحكم بالتعويض النقدي.

ويذهب الدكتور حسن الذنون إلى التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، فالأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام والثاني بعد وقوعه فالتعويض جزاء بين التنفيذ العيني (غير الكلي أو غير الكافي) والتعويض النقدي أو التعويض عن التأخير أحياناً ممكناً² وعلى مسبب الضرر هنا إزالة ما وقع من إضرار وفي حالة امتناعه عن ذلك ولم يكن ضرورياً أن ينفذ بنفسه جاز للجار المتضرر أن يستأذن المحكمة في إزالة هذه الأضرار على نفقة المدين (سبب الضرر) متى كان ذلك ممكناً وبدون إذن في حالة الاستعجال على نفقة المدين³.

ويجوز فرض غرامات تهديدية عن كل يوم أو وحدة زمنية لا يقوم فيها إزالة الضرر أو الأعمال المفروضة في قرار الحكم⁴ وتكون إزالة الضرر يمنع حدوثه أو انقاصه إلى أقل حد مستطاع كهدم الحائط الذي أضرّ بالجار ضرراً غير مألوف أو سد المنافذ المؤدية للضرر أو للأبخرة السامة عن المناطق السكنية أو تعديل طريقة الاستغلال في المصنع (من حيث الزمان مثلاً يمنع التشغيل ليلاً أو من حيث المكان بتغيير موضع الضرر)⁵

1 د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية/الضرر، بغداد، 1991، ص 278.

2 د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، الاموال والحقوق، حق الملكية بوجه عام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005، ف 278، ص 349

3 د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح احكام حق الملكية، دون ذكر الناشر ومكان الطبع، 1997، ص 504. د. احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة منها، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004، ص 27.

4 د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، الطبعة الثانية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص 54.

5 د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 65

أو بناء فاصل يمنع النظر أو الإشراف على الجار أو تضليل الزجاج مثلاً كذلك وقف الأعمال التي تؤدي إلى اطلاق الراحة كاتخاذ قرار بإيقاف محركات تكييف الهواء متى تجاوزت الحد المعقول وغير ذلك من الأعمال¹، وأثر هذا الحكم يكون للحاضر والمستقبل، أما ما حدث من ضرر في الماضي فيعوض عنه المتضرر تعويضاً نقدياً، أما لو كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين أو أن إزالة الضرر عيناً تتكبده نفقات باهظة لا يقدر عليها المدين، فيكتفي بالتعويض النقدي وهذا مانصت عليه المادة 171 مدني عماني ، إذ أن قاضي الموضوع يوازن بين المصالح، فلا يمكن مثلاً الحكم بهدم مصنع منتج لتجنب الجار الضرر غير المؤلف وإنما يكتفي بالتعويض النقدي مع اتخاذ التدابير الممكنة والمستطاعة لتقليل حدوث الأضرار، وما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية عن (تعويض المدعى عن الأضرار التي أصابته نتيجة الأصوات المستمرة والحرارة المتصاعدة من أجهزة التكييف الخارجية التابعة لمؤسسة فيها)².

وإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه فلا بد لاستحقاق التعويض أعذاره أي إنذاره بأنه متأخر في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار ما لم ينص القانون على غير ذلك وإذا استمر الضرر فترة زمنية يجوز الحكم بالتعويض عن كل وحدة زمنية يستمر فيها (كل يوم أو أسبوع...) ³ ، وتقدير التعويض يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الذي يمارس دوراً موضوعياً ويقدر ذلك وفقاً لظروف كل قضية أو دعوى على حدة ويشمل التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني إذ تنص المادة 982 مدني عماني على أنه: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع" ، والمراد بالضرر هنا هو الخسارة أما الكسب الفائت فهو جراء حرمانه من منافع الأعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع منها ⁴ ، كمن ينوي بيع عقاره وبسبب كثرة محلات الحدادة والغسل والتشحيم المجاورة لعقاره أو القهاوي التي يتجمع فيها عدد من الناس عدل الكثير عن شرائه وقلت قيمة هذا العقار بالنسبة لأمثاله في منطقة أخرى هذا عن الضرر المادي أما الضرر الأدبي فإن لاجتهاد المحاكم الفرنسية دوراً كبيراً في الحكم بالتعويض عنه، وإذا كان هذا الضرر الأدبي مستمراً فقد يحكم بإزالة موقع الضرر غير المؤلف ⁵ ومثاله الضرر المنافي للأخلاق والحشمة وخذش الحياء، كخروج أشخاص من النوادي الليلية وما يعترتهم من تصرفات

1 قضاء المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات، في 14/6/2009، موقع الخليج، حوادث وقضايا.

2 د. فايز احمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص57.

3 د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، 1982، ص78

4 د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، دراسة مقارنة مع احكام الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية الوضعية عامة والعربية منها خاصة ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، دون ذكر مكان الطبع ، 1960-1961 ، ص89

5 د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1982.

بتأثير شرب الخمر وما يصدر عنهم من أقوال مخلة بالآداب في أماكن سكنية، والمناظر غير المألوفة التي تضرر عادات أو تقاليد أو أخلاق السكان هذا وأن دعوى الضرر تسمع حال حصوله وما دام أنه مستمر الوقوع.

ومن المعلوم أن واقعة الضرر الذي يلحق بالجار هي واقعة يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات (الشهود - القرائن...) وعلى الجار المتضرر (الدائن) عبء إثبات هذا الضرر لأنه المدعي به (البينة على من أدعى)¹ وترتفع دعوى التعويض عن هذه المضار على الجار المتسبب (المدين بالتعويض) أو على نائبه (وكيله أو وليه أو وصيه أو القيم عليه) فإذا حكم بالتعويض النقدي فيتحدد هذا التعويض بمقدار من النقود (ما يعادل الخسارة اللاحقة والريح الفائت ولا يجوز الحكم بقدر يتجاوز هذين العنصرين) (نسبة الضرر)² ، وقد اجازت بعض التشريعات ومن ضمنها القانون السوداني للمالك المهتد بالضرر من جراء اعمال قام بها جاره أن يطلب اتخاذ تدابير احتياطية عاجلة لاتقاء الضرر أو تقليل آثاره في المستقبل على أن يستند الجار (المهتد بالضرر) في طلبه هذا إلى أسباب جدية ومعقولة لا مجرد توهم أو اعتقاد لاحتمال حصول الضرر والغرض من هذه الإجراءات تقليل دائرة المنازعات التي من المحتمل أن تحصل في المستقبل وتأكيداً لمبدأ التعاون بين الجيران.

أثر الرخصة الإدارية:

قد يحصل صاحب المحل المقلق للراحة أوالمضر بالصحة على رخصة إدارية بإدارة محله، لكن هذه الرخصة لا تمنع الجار من الرجوع عليه بمضار الجوار غير المألوفة، ويطلب إزالة الضرر أو التعويض عنه وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2/803 "ولا يحول الترخيص الإداري للمالك دون استعمال المضور لحقه في إزالة الضرر" وورد هذا الحكم أيضاً في المادة (1144) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م وغيرها من المواد في التشريعات الأخرى ، و المراد من الترخيص الإداري هو ضمان توفر شروط خاصة لمباشرة أنواع معينة من الاستغلال ولا يقصد به إباحة الضرر الفاحش أو غير المألوف الذي يلحق بالجار، حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في أحد قراراتها: "بأن للجار طلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف ولو صدر ترخيص من الجهات المختصة، فقد أقام المدعيان دعوى ضد إحدى المؤسسات المرخص لها طلبا فيها انتداب خبير للانتقال إلى مقرها في مدينة بالإمارات الشمالية لمعاينة المبنى والمعدات والهوائي وموتورات التكييف لتحديد موقعها وبيان الأضرار التي لحقت بما وأشارت إلى أن المدعى عليها أقامت مبنى بجوار سكنها ووضعت موتير وأجهزة تكييف خارجية وهذه الموتير تعمل بصورة دائمية وتحدث ضجيجاً شديداً ومستمرًا كما ركبت هوائياً يصدر إشعاعات مضرّة، ثم

1 د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج 2، ط 2 ، المطبعة العالمية ، 1951.

2 د. غني حسون طه ، حق الملكية ، مطبوعات ، جامعة الكويت ، بدون سنة طبع .

عدل المدعيان طلبهما إلى التعويض النقدي"¹ ، وقضت محكمة التمييز الفرنسية² بمسؤولية المالك الذي قام بأعمال مضرّة بالجوار حتى لو كانت هذه الأعمال مرخص بها من لإدارة حيث أن المتضرر مقيم بقرب مصنع للزيت وثبت من تقرير الخبراء أن الغبار الكائن في واجهة منزل المدعي يحتوي على بذور من شأنها مهما كانت كميتها ضئيلة أن تحدث انفعالاً عند المدعين الذين أصابهم الإزعاج مباشرة.

أما الأسبقية في الاستثمار أو التملك فقد اختلف الرأي فيما إذا كان من الجائز للجوار الذي استجد على المالك أن يرجع عليه بمضار الجوار غير المؤلف من عدمه فذهب فريق إلى أنه ليس للجوار المستجد أن يرجع على المالك أو صاحب الحق القديم بهذه المضار أو يشكو منها ولو كانت غير مؤلوفة لأنه جار طارئ عالم بما في هذا الجوار من مضار فيكون قد ارتضى ضمناً وهكذا الرأي يؤدي إلى اضطراب المالك اللاحق من اختيار نوع الاستغلال الذي سلكه من سبقه وإلا كان عليه أن يتحمل أضراره دون الحق في الرجوع عليه وهذا ما أكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري .

وذهب فريق آخر بأن المالك القديم أو صاحب الحق في العقار الذي يكون مصدراً للضرر غير المؤلف لجيرانه مهما كان هؤلاء المالك المستجدين ومهما كان هو من المالك القدامى فلا يكتسب مجرد قدمه حقاً في أن يعفى من التعويض عما يحدث من ضرر غير مؤلف للجيران فتقوم المسؤولية ولو كان حلول الجوار لاحقاً لوجوده ولا أثر كذلك لعلم الجار بمضار جيرانه ويقضي للأخير بالتعويض³ وهذا ما اخذ به المشرع العماني وقرر صراحة انه " اذا كان لاحد ملك يتصرف فيه تصرفاً مشروعاً فاحدث غيره بجواره بناء تضرر من الوضع القديم فليس للمحدث ان يدعي التضرر من ذلك وعليه ان يدفع الضرر عن نفسه"، وهو ذات الحكم الذي جرى عليه الفقه الاسلامي.

1 د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبه ، مصر ، 1965

2 د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية في القانون اللبناني والمصري ، المرجع لسابق ، ص 89

3 عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مرجع سابق، ص 148

الخاتمة

في ختام هذا الدراسة فان هناك التزامات تترتب على الجار في علاقته بجيرانه مصدرها حسن الجوار وأساسها الأخلاق إلا أن القانون قد يرقى بها إلى مصاف الالتزامات القانونية، فيضع لها حدود، وتقيده ببعض الشروط، وتوصلنا الي بعض المقترحات ولكن في نفس الوقت هنالك نتائج مترتبة عليه ومن النتائج:

- 1/ تنظيم المشرع العماني لما يسمى باضرار الجوار غير المألوفه جاء مضطربا بعض الشيء ومترددا فهو يتكلم من ناحية المالك بوجه عام كما انه يتكلم عن الضرر عموما لملكه ضررا لغيره وليس فقط الجار.
- 2/ المشرع العماني اعتبر المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفه مجرد تطبيق من تطبيقات الاستعمال غير المشروع للحق.
- 3/ المشرع العماني لم يستعمل مصطلح الجار الا بطريق غير مباشر .
- 4/ المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفه تخرج عن الاحكام العامة للمسئولية التقصيرية فيما يتعلق بقواعد التعويض

ومن التوصيات والمقترحات ما يلي:

- 1- تعديل نص المادة 803 مدني عماني والتي تتحدث عن المالك عموما وذلك لان القانون المدني العماني لم يستعمل مصطلح الجار الا بصورة غير مباشرة .
- 2- فيما يخص التعويض، يجب ان تكون احكامه وفقا للقواعد العامة للتعويض في القانون المدني.
- 3- فيما يخص اثر الترخيص الاداري ، كان من الطبيعي ان تنص المادة 2/803 على انه " ولا يحول الترخيص الاداري الصادر للمالك دون استعمال المضرور لحقه في الازالة او التعويض".

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة

1. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

ثانياً: المراجع القانونية

1. د. أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية. ط1، سنة 2005م
2. د. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، 1984م.
3. د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، ط2، 1956م.
4. د. السنهوري، الوسيط، الوسيط في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، 2001م.
5. د. حمد محمد إبراهيم، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء، القاهرة، 1964.
6. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، 1991م.
7. د. حسن كبيرة، المدخل إلى دراسة القانون، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م.
8. د. الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م.
9. د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
10. د. غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات، جامعة الكويت، بدون سنة طبع.
11. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، ج 2، ط 2، المطبعة العالمية، 1951م.
12. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، 1965م.
13. د. ميرغني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، حق الملكية، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1977م.
14. د. حسن كبيرة، أصول القانون المدني : الحقوق - العينية الأصلية - احكام حق الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
15. د. حمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
16. د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، ج1، دار وائل للطباعة والنشر.
17. د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، 1939.
18. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، 1965.
19. د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، 1982،

20. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

21. المستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ج 1.
. ثالثا: الرسائل والبحوث

1. د. أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 11، العدد 1.

رابعا: التشريعات والقوانين:

- 1/ قانون المعاملات المدنية العماني لسنة 2013م.
- 2/ قانون المعاملات المدنية الاماراتي لسنة 1985م.
- 3/ القانون المدني المصري لسنة 1948م.
- 4/ القانون المدني الكويتي لسنة 1980م.
- 5/ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م

بطلان إجراءات الضبطية القضائية في التشريع الجزائري**الاستادة - بوصلعة ثورية****كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر****rodolfh78@hotmail.fr****الملخص**

أعالج في هذا المقال موضوع بطلان الإجراءات التي يقوم بها رجال الضبطية القضائية، هذا الجهاز الذي حرص المشرع الجزائري خاصة في السنوات الأخيرة على منحه العناية و الإهتمام اللازمين و ذلك من خلال توجيه رجال الضبطية القضائية و مراقبة أعمالهم من حيث مشروعيتها و جديتها و مدى تطابقها و الإجراءات القانونية و مدى تعرضها للبطلان.

كل هذا يعد ضمانا لتحقيق التوازن بين أعمال رجال الضبطية القضائية و بين احترام الحريات و الحقوق الفردية خلال تأدية مهامهم.

و من أجل ذلك سأتناول في المطلب الأول من المقال إلى المذاهب النظرية للبطلان التي تنقسم إلى البطلان القانوني و البطلان الذاتي و ما موقف التشريع الفرنسي و الجزائري منهما.

و في المطلب الثاني سأتطرق إلى أهم أنواع البطلان و هما البطلان المطلق و النسبي.

و في الأخير و كنتيجة لبطلان أحد الإجراءات خصصت المطلب الثالث للآثار الناجمة عنه سواء بالنسبة للأطراف أو للإجراء بحد ذاته.

لأختم المقال بموقف المشرع الجزائري و مدى اهتمامه بمسألة بطلان الإجراءات المتخذة من قبل هذا الجهاز.

Résumé**Nullité des procédures de la police judiciaire dans la Législation Algérienne**

Le thème traité dans cet " article", est la « Nullité des procédures » entreprises par les agents de la police judiciaire.

Le législateur Algérien a donné de l'importance particulière à cet organisme en lui accordant l'attention et l'intérêt nécessaire qui se doivent et qu'il mérite ; qui se traduit par l'orientation et le contrôle de leur activité (travaux) du point de vue de la légitimité et de la progression, ainsi que son application vis-à-vis des procédures juridiques (légal) et son élan à la nullité.

Tout ce qui précède est considéré comme garantie afin de réaliser un équilibre entre les missions des agents de la police judiciaire et le respect des libertés et des droits individuels au moment des missions d'interventions (accomplissements de leurs missions) ;

A cet effet, j'aborderai dans le premier chapitre de cet article, les principes de la théorie de la nullité qui se divise à la nullité légale et l'auto-nullité, ainsi que la position du législateur français et algérien .

Au niveau du second chapitre, j'entamerai les types les plus importants de la nullité qui sont :

- 1- Nullité absolue
- 2- Nullité relative

En conclusion, et par déduction à la nullité de l'une des procédures... ; J'ai consacré en troisième chapitre sur les retombés qui en résulte, concernant les parties et / ou concernant la procédure en elle-même.

Je close cet article par la position du législateur algérien et son intérêt qu'il accorde à la question de la Nullité des procédures utilisés par cet par cet organisme.

مقدمة:

حتى تكون الإجراءات الجزائية صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية لا بدّ من توافر شروطها الموضوعية و الشكلية ، و في حالة ما إذا شابها عيب فإنه حتما سيختلّ المسار الحقيقي للهدف و الغرض الذي من أجله تم إتخاذ هذا الإجراء ، و لضبط تنظيم تنفيذ هذه القواعد الإجرائية و كيفية تحقيق غايتها تم وضع رقابة على هذه الإجراءات الجزائية و القائمين بها، و عن طريقها منح المشرّع هذه الوسيلة للقضاء لحماية المشروعية الإجرائية، والتأكد من أن جهاز البحث ملتزم بعمله بالقواعد القانونية المقررة لحماية حقوق الأفراد و منع العمل الإجرائي المخالف للقانون من ترتيب آثاره و ذلك من خلال تقرير بطلانه⁽¹⁾. لم يعترف التشريع الوضعي بصراحة البطلان، لكن الجانب الفقهي كان كفيلا بذلك حيث تعددت المفاهيم و وجهات النظر في شأنه حيث جاء في تعريفه له :

" أنه من الجزاءات الذي تنفرد به القواعد الإجرائية و هو جزاء إجرائي لا يوقع على مرتكب المخالفة بل يوقع على الإجراء المخالف ذاته".

و في تعريف آخر:

"هو جزاء مقرّر في قانون الإجراءات الجزائية لعدم مراعاة أحكامه التي وضعها ليكون في مراعاتها الوصول إلى الحقيقة تحقيقا لمصلحة العقاب مع كفالة ضمانات تلتزمها السلطات حيال الخصوم من مراعاة للحريات الأساسية و مصلحة الخصوم"⁽²⁾.

ومن خلال هذه المفاهيم يتبين لنا الأهمية التي يشكّلها البطلان بالنسبة لسير الدعوى العمومية فهو وسيلة فعّالة و لازمة لتحقيق سلامة العدالة.⁽³⁾

فهو يعتبر حجر الزاوية في قانون الإجراءات، فإستيعاب القواعد العامة للبطلان و العمل على إحترامها يؤدي حتما للإنضباط و الحرص على العمل بتنفيذ الإجراء الجزائي بوجه سليم بصفقتها تصرفات و أعمال قضائية تباشر ضمن معايير و ضوابط محددة، لأن الإجراء الصحيح الذي لا يشوبه أي عيب و تم فيه إحترام كل الشروط الشكلية و الموضوعية المتعلقة به يجعله محميّا بعيد من أي دفع بالبطلان.

(1) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي (دراسة مقارنة)، طبعة 2، مصر، المكتبة القانونية، 1997. ص: 931.

(2) - د. مدحت محمد الحسيني، البطلان في المواد الجنائية. دار الكتاب الحديث. 1993، ص: 17.

(3) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي (المرجع السابق)، ص: 932.

- د. سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراءات، بيروت، 1999، ص: 1.

المطلب الأول: المذاهب النظرية للبطلان

ظهرت عدّة مذاهب فقهية عاجلت مسألة البطلان إلا أن التشريعات في تقريرها لبطلان العمل الإجرائي لجأت إلى إتباع إحدى النظريتين و هما نظرية البطلان القانوني و البطلان الذاتي⁽⁴⁾ و هناك نظرية ثالثة تدعى بالشكلية (**Nullité Textuelle**) إلا أنّها لم تلقى الإهتمام التشريعي الكافي للإعتماد عليها في تنظيم البطلان الإجرائي و هي تعتبر أن كل ما يخالف قاعدة يرتّب البطلان فهي تضع كل القواعد الإجرائية في نفس درجة الأهمية بدون الحاجة لنص قانوني لحالات البطلان⁽¹⁾.

الفرع الأول: نظرية البطلان القانوني Nullité Textuelle

حيث تعتمد هذه النظرية على وضع و حصر حالات البطلان كجزاء للإخلال بقواعد قانون الإجراءات في نصوص صريحة من طرف المشرع مانعا بذلك الخروج عن هذه الأحكام و الحالات⁽²⁾، و يصبح القاضي في هذه الحالة مقيدا بهذه القواعد الإجرائية و الحالات المحددة فيها، حيث لا يمكنه تقرير بطلان إجراء لم يقرّر بطلانه المشرع، كما ليس له الإمتناع عن تقرير بطلان لإجراء كان قد أقرّ بطلانه المشرع، و بهذا فإن تحديد حالات البطلان من شأنه القضاء على السلطة التقديرية للقاضي و ينزع منه كل صلاحية في دراسة مدى صحة الإجراء و قابليته ليكون محلا للبطلان، مما أدى إلى ظهور إنتقادات عديدة و معارضة في تبني هذه النظرية نظرا لعيوبها المتعددة فهي إلى جانب تقييد سلطة تقدير القضاء، فإنه من المستحيل و الصّعب حصر حالات البطلان، كما أنه ليس بإمكان المشرع التنبؤ بكل هذه الحالات⁽³⁾. و من نتائج هذه الإنتقادات ظهور نظرية جديدة هي نظرية البطلان الذاتي.

الفرع الثاني: نظرية البطلان الذاتي Nullité Substantielle

ترجع نشأتها إلى الفقه و القضاء الفرنسي و جاءت نتيجة لما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون التحقيقات الجنائية القديم الذي تعرض فيه إلى بعض الحالات القليلة فقط التي يتم فيها تقرير البطلان بشأنها، و نظرا للحاجة الملحة و لتحقيق العدالة كان من الضروري الأخذ بهذه النظرية و ذلك لتقرير البطلان لحالات و قواعد أخرى.

(4) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: 932.

(1) - دليلة مغني، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة التحري و الإستدلال. مذكرة ماجستير فرع جنائي. كلية الحقوق. بن عكنون. الجزائر. 2001-2002. ص: 188.

- د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي. منشأة المعارف الإسكندرية. ص: 33.

(2) - د. محمود نجيب حسين، شرح قانون الإجراءات الجزائية. طبعة 2. القاهرة، دار النهضة العربية. 1988، ص: 339.

(3) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: 939.

- د. مدحت محمد الحسيني، (المرجع السابق)، ص: 17.

تعتمد هذه النظرية على عدم حصر الحالات المقرر فيها البطلان في نصوص قانونية بل يكون ذلك فقط على سبيل المثال، و على عكس النظرية الأولى فهي تعيد للقاضي سلطته التقديرية في تقييم العمل الإجرائي حيث أجازت له بإستخلاص غرض المشرّع من وراء تقريره، و أن يرى إذا ما كان يتعلق بالإجراء بقاعدة جوهرية تستلزم البطلان أم أنها غير كذلك لا تستدعي بطلان ذلك الإجراء.

و قد أتت هذه النظرية بنتائج ايجابية عادت على العمل الإجرائي، فما يميزها عن البطلان القانوني أنها تتميز بالمرونة حيث يقاس البطلان على أهمية القاعدة الإجرائية و جسامته المخالفة و مدى تعلّقها بالنظام العام أو بحقوق الخصوم.

كما أنها أعادت الثقة بالقضاء و بسلطته التقديرية، و هذا كله جاء لضمان تحقيق مصلحة حسن سير العدالة، فبتطبيق هذه النظرية تم تفادي تعطيل سير الدعوى الجنائية و فرار المجرمين.

إلا أن تعدد محاسن هذه النظرية لا يعني خلوّها من العيوب حيث يأخذ عنها وجود صعوبة لدى الفقه في التمييز بين الإجراءات الجوهرية و غيرها.

و من التشريعات الآخذة بهذا المذهب التشريع المصري في المادة 331 قانون الإجراءات الجزائية و التي تنص:

" يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القاعدة المتعلقة بأي جزاء جوهري" ⁽¹⁾. وفي هذه الحالة يلعب القضاء دورا مهماً في تحديد الحالات الواجبة للبطلان معتمداً في ذلك على أهمية القاعدة الإجرائية، فإذا كانت جوهرية تتعلق بالنظام العام أو بحقوق الخصوم فالإجراء المشوب بعيب هو معرّض للبطلان حتماً، أما إذا كان العيب قد شاب إجراء تنظيمي هدفه فقط حسن السير الإداري يتعلق بالوظيفة لا يلحقه البطلان.

و من الإجراءات الجوهرية كتلك المتعلقة بشروط الصّفة و الإختصاص ⁽²⁾ و عدم مراعاة شروط إجراء التفتيش و القبض و شروط توقّف حالات التلبّس و الإجراءات المتعلقة بالإنايات القضائية و شروط إصدارها، كما ينشأ البطلان في حالة عدم مشروعية موضوع الإجراء الجنائي كالحصول على إقرار بإستعمال وسائل الإكراه، و أيضاً عن تخلف سبب إجراءات و أوامر التحقيق.

الفرع الثالث: الموقف الفرنسي و الجزائري في نظرية البطلان

كلا التشريعان أخذتا بنظريتنا القانون و الذاتية لتقرير البطلان، حيث جاء النص على البطلان القانوني صراحة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المواد 48، 65، 157 ق إ ج ج، و في القانون الفرنسي في المادة 170 ق إ ج، أمّا بالنسبة للبطلان الذاتي فقد جاء وروده في المادة 159 ق إ ج الجزائري حيث

(1) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: 942، 959.

(2) - د. سليمان عبد المنعم (المرجع السابق)، ص: 152.

إكتفى فيها المشرع الجزائري بتقرير المبدأ العام الواجب أخذه بعين الإعتبار عند الحكم بالبطلان و هو عدم مراعاة الإجراءات الجوهرية المترتبة عليها الإخلال بالنظام العام و حقوق الخصوم⁽³⁾ و في المادة 172 من ق إ ج الفرنسي.

و الملاحظ في الأمر و طبقا لمضمون المادة 157 ق إ ج الجزائري فإن ميدان البطلان جاء محّدا و بشكل واضح في قانون الإجراءات حيث جاءت النصوص المتعلقة بإجراءات البطلان في القسم 10 من الفصل الأول للباب الثالث و الخاص ببطلان إجراءات التحقيق دون مرحلة الضبطية القضائية، فهل معنى ذلك أن الإجراءات الضبطية القضائية لم تبلغ أهمية إجراءات التحقيق القضائي إلى درجة إخراجها كلياً عن هذا القسم، أم أن إتخاذ المشرع مثل هذا التصرف راجع لإكتفائه فقط بفرض الرقابة على أعمال الضبطية القضائية (المادة 12 ق إ ج الجزائري) و جعل أعضائها تحت إدارة النيابة التي من خلالها يتم مراقبة و توجيه إجراءات التي يقوم بمباشرتها رجال الضبطية القضائية دون تعرّضها للدفع بالبطلان، حيث يقوم وكيل الجمهورية بمراجعة كل الأعمال و الإجراءات التي يقوم بتنفيذها رجال الضبطية القضائية قبل إرسال ملف الدّعى إلى الجهات القضائية المختصة.

كما أن رقابة غرفة الإتهام على هذه الأعمال يعتبر ضمانا للحقوق و الحريات، و من خلال تقريرها يكون المشرع قد سوى بينها و بين أعمال التحقيق القضائي من حيث الجهة المختصة برقابتها⁽⁴⁾.

أولاً: حالات البطلان نص عليها القانون

ما يهّمنا هو الحالات المتعلقة ببطلان إجراءات الضبطية القضائية، و التي جاء ورودها قليلا في قانون الإجراءات الجزائري ، حيث نص المشرع ببطلان إجراء التفتيش المجرى بمعرفة ضابط الشرطة القضائية و ذلك في المادة 48 و التي تنص :

" يجب مراعاة الإجراءات التي إستوجبتها المادتان 45 و 47 و يترتب على مخالفتها البطلان".

و بموجب هذه المادة فعلى القائم بإجراء التفتيش إحترام الشروط المنصوص عليها في المواد 45 و 47 ق إ ج الجزائري و المتعلقة بحضور إجراء التفتيش من صاحب البيت أو ممثل عنه و أن يكون محل الإجراء يشتهه في وجوده دلائل على إرتكاب الجريمة، و واجب كتمان السر المهني و الإلتزام بالوقت القانوني لتنفيذ الإجراء، و عدم الإخلال به إلا في الأحوال المبينة في القانون.

و في حالة ما إذا قام ضابط الشرطة القضائية بمخالفة هذه الأحكام يصبح ذلك الإجراء و بموجب القانون باطل لا ينتج أثرا و لا يمكن الإستناد إليه كدليل في الإدانة، بالإضافة إلى أن إجراء التفتيش لا

(3) - أستر بن رقية " عيوب العمل الإجرائي و الجزاءات الإجرائية " مذكرة نهاية ترّص (مجلس قضاء جلفة) المعهد الوطني للقضاء، الأبيار. دفعة 1992/1990، ص: 10، 11.

(4) - مدني بوعروج " نظرية بطلان إجراءات التحقيق في قانون الإجراءات الجزائرية " مذكرة نهاية الترتّص التطبيقي على مستوى المجالس القضائية. المعهد الوطني للقضاء. الأبيار - دفعة 90-92. ص: 13.

يمكن إجراءه إلا بمعرفة ضابط لشرطة القضائية و ليس للأعوان القيام و الإستقلالية به و إلا أصبح الإجراء باطل، إلا إذا كان ذلك في إطار معاونة ضابط الشرطة القضائية في تحرياته و تحت إشراف و رقابة هذا الأخير.

و مما يمكن ملاحظته في المواد المتعلقة بإجراءات الضبطية القضائية هو وجود بعض التناقضات في هذه المواد، فالمادة 64 ق إ ج المتعلقة بمرحلة التحقيق الأولي للضبط القضائي و التي تنص بعدم جواز إجراء تفتيش منزل إلا بحصول على رضا مكتوب من صاحبه، وفي نفس الوقت تحيل إلى أحكام المواد 44 و 47 التي تشترط هي الأخرى قبل إجراء تفتيش بمنزل الحصول على إذن قضائي لذلك و ضمن الوقت القانوني المحدد.

بينما لم يحيل المشرع إلى المادة 64 في نص المادة 48 فهل بإحالة المادة 64 لأحكام المواد 44 و 47 هو يشمل بذلك نص المادة 48 لأحكام المادة 64، فإن كان كذلك فالأمر سيزيد تعقيدا، لأنه إذا لم يتم مراعاة المواد 44 و 47 في تطبيق المادة 64 يؤدي إلى بطلان إجراء التفتيش و هذا يعني أن حصول ضابط الشرطة القضائية على الرضا المشروط بالمادة 64 لا قيمة له بدون وجود إذن قضائي و لتفادي ذلك عليه الحصول على الرضا و الإذن معا، فهل يعقل أن يكون هذا الإجراء منطقي؟، علما أن الرضا هو أصلا يصحح الإجراء الباطل فلا بطلان بوجود الرضا إذا كان يتعلق بمصلحة الخصوم فلصاحب الشأن التنازل عنه.

لذلك يرى الفقه من واجب تعديل هذه المواد و جعلها تتلاءم أكثر فيما بينها و رفع التناقض عنها حتى يسهل تطبيقها.

أما في التشريع الفرنسي فقد نص في المادة 59/2 ق إ ج على تعرض الإجراءات المتعلقة بالتفتيش بمعرفة ضباط الشرطة القضائية للبطلان و ذلك في حالة مخالفة أحكام المواد 56، 56-1، 57 من ق إ ج، و المواد 76، 95 منه⁽¹⁾.

و تعتبر المادة 48 من ق إ ج الجزائري النص الوحيد الصريح الخاص ببطلان إجراءات الضبطية القضائية.

ثانياً: حالات بطلان الإجراءات الجوهرية (النظرية الذاتية)

و هذه الحالات لم يأتي نص صريح في القانون يقرر بطلانها و تركها لسلطة تقدير القضاء، فهو وحده له تقرير ما إذا كان الإجراء المشوب بعيب معرّض للبطلان أو لا.

(1) - د. جيلالي بغدادي، التحقيق (دراسة مقارنة). طبعة 1، ديوان الوطني للأشغال التربوية. 1999. ص: 247.
- د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية. طبعة 1، مصر. ص: 478.
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية. طبعة 11، مطبعة جامعة القاهرة. 1979، ص: 257.

و القضاء الجزائري يعتمد في تحديده لذلك على معيار المصلحة و أهمية الإجراء، فإذا كان الإجراء جوهرى فيتم تقرير بطلانه، أما في حالة العكس فلا يتعرض للبطلان مثل الإجراءات المنصوص عليها على سبيل المثال و على وجه الإرشاد و التنظيم و هي قواعد ذات طابع إداري لا ينال من صحتها⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري نجده في عدة مواد يلزم على رجال الضبطية القضائية التقيّد ببعض الواجبات و الإجراءات، إلا أنه لا يرتّب على مخالفتها بطلانا بل يكفي فقط بقيام مسؤوليتهم الشخصية التي يترتب عليها عقوبات تأديبية و هذا ما نجده في الإجراءات الواجب إحترامها خلال إجراء التوقيف للنظر في المادة 51 ق إ ج، حيث لا يقرر بطلانا إذا ما جاوز ضابط الشرطة القضائية مدة التوقيف أو أغفل عن إبلاغ وكيل الجمهورية به.

و إكتفى فقط بتقرير عقوبات في حالة مخالفة هذه الأحكام، أما المادة 51 مكرر التي تم إضافتها بموجب قانون رقم 01 - 08 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات و المادة 51 مكرر 1، و اللتان تستوجبان إخطار الموقوف بحقوقه و تأمين إتّصاله بعائلته و إجراء الفحص الطبي، أما المادة 52 فجاءت لإلزام ضابط الشرطة القضائية بتضمين محضر التوقيف بكل الإجراءات التي تم إتخاذها خلال ذلك الإجراء.

ففي كل هذه المواد إستعمل فيها المشرع صياغة الإلزام إلا أنه لم يعرّض مخالفة أحد هذه الواجبات و الإجراءات إلى البطلان، و السبب الذي دعى المشرع إلى عدم تقرير بطلان في حالة مخالفة أحكام هذه المواد كون يعتبرها تتعلق بالجانب الوظيفي لضابط الشرطة القضائية هذا من جهة، و من جهة أخرى حتى لا يتم إستغلال النص بالبطلان هذه الإجراءات من طرف المجرمين بالتمسك بالدفع بالبطلان ضد أي إجراء يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية، علما أن هذا لا يمنع من إثارة مسؤولية هؤلاء الشخصية عن مخالفتهم لشروط تنفيذ الإجراء الجنائي أمام الجهات المختصة بذلك، و قد جاء تقسيم القواعد الجوهرية إلى قواعد خاصة بالنظام العام و أخرى بالخصوم :

القواعد الجوهرية الخاصة بحماية النظام العام:

هذه القواعد في حالة مخالفتها يكون جزاء ذلك الإجراء البطلان المطلق دائما، و يعني المشرع من النظام العام كل ما هو مخالف للقواعد الدستورية الحامية للحقوق و الحريات الفردية و قواعد التنظيم القضائي و الإختصاص و في طرق الطعن. و يرى بعض الفقه أنه يقصد بالنظام العام هو كل القواعد التي ترمي إلى ضمان حسن إدارة العدالة و حماية المصلحة العليا و العامة للمجتمع و ضمان الحريات⁽¹⁾.

القواعد الجوهرية لحماية الأطراف أو الخصوم:

(2) - د. جيلالي بغدادى، (المرجع السابق)، ص: 249.

(1) - دليلة مغني، (المرجع السابق)، ص: 196.

- د. جيلالي بغدادى، (المرجع السابق)، ص: 250.

و هي بما يعرف بمحقوق الدفاع، فكل إجراء يخالف هذه القواعد يكون معرض للبطلان. و مثال ذلك تفويض إنابة عامة لأحد ضباط الشرطة القضائية أو بإجراء إستجواب أو مواجهة.

و هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي الذي يرتب البطلان على كل ما يخالف أحد الإجراءات القانونية المتعلقة بمحقوق الدفاع .

و إلى جانب ذلك فقد أدخل المشرع الفرنسي نظام جديد في شأن بطلان الإجراءات الجزائية و يشمل إجراءات التحقيق و أيضا إجراءات الضبطية القضائية و هو معيار تحديد البطلان على أساس الأضرار اللاحقة بأحد الخصوم المعنيين بالإجراء، حيث يخرج من دائرتها القواعد المتعلقة بالنظام العام، و يدعى بنظام "لا بطلان بغير ضرر" وقد جاءت به المادة 802 ق إ ج الفرنسي بقانون 06 أوت 1975 و بموجبها لا يجوز للجهات القضائية بما فيها محكمة النقض الحكم بالبطلان حتى و لو كان الإجراء المخالف المنصوص عليه بالقانون تحت طائلة البطلان أو يعدّ من الإجراءات الجوهرية، إذا كان ذلك الإجراء المعيب لم يلحق ضرر بالطرف الذي له حق التمسك بهذا البطلان.

و هذا المعيار لا نجد في التشريع الجزائري الذي إكتفى هذا الأخير فقط بما أخذه مسبقا عن القانون الفرنسي دون التأثير بتعدلاته اللاحقة التي جاءت وفقا للتغيرات الإجتماعية و الواقعية.

المطلب الثاني: أنواع البطلان

إختلفت و تعددت أنواعه وفق معايير مختلفة⁽²⁾، و الرأي الغالب في مصر و فرنسا أن معيار التفرقة هو المصلحة، فإذا كانت المصلحة ترمي إلى حماية المجتمع فهذا يعني من النظام العام و مخالفتها يؤدي للبطلان المطلق، أما إذا كانت المصلحة ترمي لحماية مصالح الأفراد الخاصة فمخالفتها يؤدي للبطلان النسبي، و يرى البعض في هذا المعيار أنه غير كافي و مناسب كون احتمال إجتماع هذه المصالح، و فضلوا أن يكون معيار التفرقة بين أنواع البطلان يكون مبني على أساس أهمية المصلحة المعتدى عليها و الضرر الناجم عن هذا الإعتداء سواء كان عاما أو خاصا.

و قد ميّز القانون المصري بصراحة بين البطلان النسبي و المطلق و ذلك في المادة 332 ق إ ج، أما في القانون الجزائري فلم يفرّق بصراحة بينهما.

و يعتبر البطلان المطلق و النسبي أهم الأنواع.

الفرع الأول: البطلان المطلق

و هو الجزء الذي يلحق إجراء لمخالفته قاعدة جوهرية تتعلق بالنظام العام و من خصائص هذا البطلان أنه يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت الدعوى الجنائية و من كل ذي مصلحة، و ما دام يمس

(2) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: 935.

بالنظام العام فللمحكمة القضاء فيه من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم، كما يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا، و لا يجوز التنازل عنه و لا يصحح الإجراء المشوب بالعيب عن طريق التنازل⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

هو جزاء يلحق إجراء جوهري لمخالفته قواعد ترمي إلى ضمان مصالح الخصوم ولا تتعلق بالنظام العام، و في هذه الحالة و بعكس البطلان المطلق، حيث يتعلّق الأمر بمصلحة الشخص المعني بالإجراء الباطل فلا يمكن تقرير البطلان إلا بطلب صاحب الشّأن الذي منحه المشرع حق التمسك بهذا البطلان، و هو قابل للتصحيح بمجرد رضا المعني به أي بالإجراء، و بهذا يسقط حق الدفع بالبطلان، و نفس الشيء بالنسبة لحق النيابة في الدفع إذا لم تتمسك به، و في حالة ما إذا تحقّق الغرض من إتخاذ الإجراء الباطل فبإتخاذ الإجراء اللاحق تمّ تصحيحه، كما أنه لا يجوز التمسك بالبطلان إلا من الشخص الذي قررت له القاعدة، و لا يجوز الدفع بالإجراء الباطل لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما لا يجوز للمحكمة القضاء في الإجراء الباطل من تلقاء نفسها⁽²⁾، و تتمثل القواعد المتعلقة بمصلحة الخصوم كإجراءات التفتيش، القبض، التوقيف، و غيرها...

المطلب الثالث: آثار البطلان

الفرع الأول: الأطراف التي يجوز لها التمسك بالبطلان و الدفع به

إذا ما تبين وجود عيب بإجراء جنائي جاز الدفع ببطلانه و يكون ذلك أمام النيابة العامة لإثباته، أو أمام محكمة الموضوع، و يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة، و له أن يتقدم به إلى الجهة القضائية التي تعلقو الجهة الصادر منها الإجراء المعيب، و يسقط حق التمسك بالدفع بالبطلان إذا كان صاحب المصلحة قد تسبب في بطلانه.

أما إذا كان الإجراء مقرر للمصلحة العامة فالدفع بالبطلان يبقى قائماً، أما الأشخاص الذين يمكنهم التمسك بالبطلان و الدفع به فقد حددهم المشرع الفرنسي في المادة 171 ق إ ج حيث أجاز فقط لقاضي التحقيق عرض الأمر على غرفة الإتهام بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية، و إبلاغ المتهم و المدعي المدني، كما أنه إذا قدر وكيل الجمهورية بوجود بطلان فيقوم بطلب من قاضي التحقيق الذي إتخذ الإجراء المعيب بعرضه على غرفة الإتهام و طلب إبطاله.

(1) - د. مدحت محمد حسيني، (المرجع السابق)، ص: 34.

(2) - د. موريس صادق، المشكلات العملية في الجرائم الجنائية. مصر، دار الكتب القانونية. 2000، ص: 18.

- مدحت محمد حسيني، (المرجع السابق)، ص: 36.

كما أجاز لغرفة الإتهام في المادة 172 ق إ ج فرنسي أن تدفع بالبطلان في غير أحوال المادة 171 و تقرير مدى بطلان الإجراء من تلقاء نفسها إذا ما تمّ إحالة القضية إليها من قاضي التحقيق (المادة 206 ق إ ج الفرنسي).

أما بالنسبة للمتهم فلم يحوّل له القانون التقدّم بنفسه مباشرة بدفعه أمام غرفة الإتهام بل عليه التوجه أولاً أمام قاضي التحقيق ليطلب هذا الأخير من غرفة الإتهام بالدفع بالبطلان⁽¹⁾.

و بعد تعديل قانون الإجراءات الفرنسي بقانون 04 أوت 1993 الذي جاء بتنظيم جديد خاص بإجراءات الدفع بالبطلان حيث أجاز للأطراف بالإضافة لكل من وكيل الجمهورية و قاضي التحقيق إخطار غرفة الإتهام بمحالات البطلان حيث لم تراعى فيها الجوهر (مادة 170 ق إ ج الفرنسي)، و بهذا منحهم فرصة الدفاع عن مصالحهم و حقوقهم و فرض رقابة على الإجراءات المتخذة حيالهم و الطعن فيها أمام غرفة الإتهام.

و هذا ما دعى إليه بعض رجال القانون المشرع الجزائري للإقتداء به في قانون الإجراءات الجزائية و تعديل المادة 158 منه، فقانون الإجراءات الجزائري لم يمنح لأطراف الدعوى هذا الحق، بل قصره فقط على قاضي التحقيق هو وحده له حق إخطار غرفة الإتهام بمحالات البطلان (مادة 1/158 ق إ ج جزائري)، و بالمقابل أجاز لهم التنازل عن هذا البطلان و يكون ذلك برضاهم و بحضور محاميهم، و أيضاً لهم التمسك به أمام قاضي التحقيق (المادة 2/157 ق إ ج جزائري).

و يرى في ذلك الأستاذ أحمد شافعي أنه " لا بد من حصر حق إخطار غرفة الإتهام لإلغاء إجراء باطل في النيابة و أطراف الدعوى الجنائية ويستثنى منها قاضي التحقيق".

كما أجازت المادة 191 ق إ ج الجزائري (تقابلها المادة 206 من القانون الفرنسي) لغرفة الإتهام تقرير البطلان من تلقاء نفسها عند معاينتها له بعد إحالة ملف القضية من قاضي التحقيق إليها، لكن لا يمكنها الفصل بالبطلان إذا تعلق الأمر بالنظر بإستئناف أوامر قاضي التحقيق.

و من خلال ذلك فإن غرفة الإتهام هي صاحبة سلطة تقرير بطلان الإجراء المعيب و لا يجوز لقاضي التحقيق إبطال الإجراء قد إتّخذ بنفسه إذا دفع به أحد الخصوم، و ذلك تقريراً لحماية حقوق الدفاع و المصلحة، و نفس الحكم بالنسبة لإجراءات ضباط الشرطة القضائية بموجب الإنابة. فالقضاء المصري لم يحوّل لقاضي التحقيق سلطة تقرير بطلان إجراء معيب صادر عن ضابط للشرطة القضائية بموجب تنفيذه الإنابة لأنه لا يملك سلطة إبطال إجراءاته و ذلك عملاً بالقاعدة العامة أن إجراءات التدب تخضع

(1) - د. إبراهيم حامد مرسى الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: من 973 إلى 975.

للقواعد التي تسري عليها، أما إذا كانت خارج أمر النّذب القضائي فيمكن لقاضي التحقيق إبطالها⁽¹⁾، أما الفقه و القضاء الفرنسي فقد منحنا هذه السلطة لقاضي التحقيق بموجب إنابة قضائية.

صلاحية محكمة الجنج والمخالفات في الفصل بالبطلان:

- إذا تم إحالة الدعوى عليها من غرفة الإتهام فليس لهذه المحكمة القضاء بإلغاء إجراءات التحقيق السابقة، لأن أمر الإحالة يصحّح حالات البطلان، طبقا للمادة 2/161 ق إ ج جزائري. (مادة 174 ق الفرنسي قبل التعديل).

- إذا تمّت الإحالة من قاضي التحقيق أو عن طريق الإستدعاء أو التكليف المباشر للحضور أمام المحكمة، فيمكن للأطراف إثارة حالات البطلان الخاصة بالتحقيق طبقا للفقرة 1 من المادة 161 ق إ ج جزائري بشرط أن يكون ذلك في بداية التقاضي و قبل الشروع بالفصل في الموضوع و إلا يتم رفضه شكلا وفقا للفقرة 3 من نفس المادة.

و على عكس الإجراء المتعلق بالنظام العام الذي يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا و في أي مرحلة كانت الدعوى، فعلى الخصوم للدفاع عن مصالحهم الخاصة عند التمسك بالبطلان أمام المجلس القضائي عليهم التمسك به أولا أمام المحكمة و نفس الشيء بالنسبة للمحكمة العليا. في تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الصادر في 1993/01/04 و الذي عدّل المادة 385 ق إ ج منع محكمة الجنج و المخالفات من تقرير بطلان إجراءات التحقيق إذا ما أحيل ملف القضية عليها بأمر صادر من قاضي التحقيق كونه أصبح هذا الأمر يصحّح ما سبقه. أمّا إذا تمّ إحالة الدعوى أمامها عن طريق الإستدعاء أو التكليف المباشر فلها حق تقرير بطلان الإجراءات المشبوبة بعب.

الفرع الثاني: آثار تقرير البطلان

أولا: بالنسبة للإجراء نفسه:

في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي القديم لم ينص بشأن ما يترتب عن البطلان من آثار، و تم القضاء في التفتيش الباطل أنه لا يعتدّ به كإجراء و يستبعد محضره من ملف الدعوى⁽²⁾. و بالتالي فإن الإجراء الباطل لا يعوّل عليه⁽³⁾ في الإدانة من حيث الأدلة المترتبة عنه.

(1) - مدني بوعروج، (المرجع السابق)، ص: 14.

(2) - د. ممدوح إبراهيم السبكي، حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق. القاهرة، دار النهضة العربية. 1998. ص: 526.

(3) - د. مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض و التفتيش و الدفوع و البطلان. دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية. 2000. ص: 83.

فالقاعدة أنه متى تقرّر البطلان زالت الآثار القانونية لذلك الإجراء و يصبح كأن لم يكون رفقة دليله⁽¹⁾ و هذا ما جاء في المادة 160 ق إ ج الجزائري (المادة 173 ق إ ج الفرنسي)⁽²⁾.

ثانيا: الإجراءات السابقة و اللاحقة للإجراء الباطل

بالنسبة للإجراءات السابقة للإجراء الباطل فلا إشكالية فيها حيث تبقى صحيحة ما دام لم يشوبها ذلك العيب.

أما الإجراءات اللاحقة للإجراء الباطل فهنا الأمر يختلف حيث نص قانون 1897/12/08 في المادة 12 من القانون الفرنسي القديم على بطلان الإجراء و ما ينجرّ عنه، و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي سابقا حيث قام بإبطال الإعترافات الناجمة عن التفتيش الباطل لكن بشرط أن يكون ذلك الإجراء الباطل هو أصل وجود الإجراء اللاحق له، و قد جاءت لتأكيد هذه القاعدة المادة 170 ق إ ج الفرنسي الجديد و التي نصت على البطلان الذي يلحق الإجراء المعيب و الإجراء الذي لحقه بصرف النظر عن توافر الرابطة بينهما.

كما إستقر الفقه و القضاء المصري على قاعدة كل " ما بني على باطل فهو باطل"، إلا أن هذا البطلان يكون فقط للإجراءات التالية لإجراء المعيب، حيث إستثنت التشريعات في حالة ما إذا كان الإجراء اللاحق مستقل عن الإجراء الباطل، حيث أجازت محكمة النقض المصرية الأخذ بإعتراف وحده رغم بطلان القبض أو التفتيش إذا كان مستقلا عنهما، كصدوره في وقت آخر و تبقى حجّية هذا الإجراء خاضعة لتقدير سلطة الحكم، هذه الأخيرة لها سلطة تقديرية بالنظر في مدى إرتباط الإجراء اللاحق بالبطل، و إذا كان من الممكن الأخذ به⁽³⁾.

و هذا ما جاء نصه في المادة 159 ق إ ج الجزائري و المتعلق فقط بالإجراء المخالف لقاعدة جوهرية. و بما أن غرفة الإتهام هي من تقرر بطلان الإجراء المعيب فهي المسؤولة في تحديد مدى إتساع هذا البطلان و إمتداده إلى باقي الإجراءات اللاحقة له، فلها أن توسّعه و لها أن تجعله قاصرا على الإجراء المعيب فقط⁽⁴⁾، وذلك بناء على أساس العلاقة التي تربط بين الإجراء الباطل و الإجراء اللاحق له، طبقا

(1) - د. إبراهيم حامد مرسي الطنطاوي، (المرجع السابق)، ص: 967.

- د. مدحت محمد حسيني، (المرجع السابق)، ص: 50.

- د. سليمان عبد المنعم (المرجع السابق)، ص: 97.

- د. سليمان بارش، بطلان الإجراء الجنائي. دار الجامعة الجديدة لنشر. الإسكندرية. 1999. ص: 53.

(2) - د. ممدوح إبراهيم السبكي، (المرجع السابق)، ص: 528، 529.

(3) - د. مصطفى مجدي هرجة، (المرجع السابق)، ص: 86.

(4) - د. إبراهيم ممدوح السبكي، (المرجع السابق)، ص: 526.

للمادة 159 في فقرتها 02 من ق إ ج الجزائري و المادة 2/172 من القانون الفرنسي و المادة 206 منه.

الفرع الثالث: مصير الإجراء الباطل

أولا : تصحيح الإجراء الباطل

طبقا للمواد 157,159,161 ق إ ج الجزائري فإن المشرع نص صراحة على جواز تصحيح الإجراء الباطل، و نفس الشيء بالنسبة للقانون الفرنسي في مادته 172 ق إ ج حيث يمكن تصحيح كل الإجراءات الجوهرية المشوبة بالبطلان.

و نص عليه القانون المصري في المادة 335 ق إ ج التي تجيز للقاضي من تلقاء نفسه إجراء التصحيح، و يكون هذا التصحيح بعد نشوء الحق في التمسك بالبطلان⁽¹⁾، كما أن هذا التصحيح ليس له أثر رجعي حيث يصبح ساري المفعول منتج لآثاره من تاريخ ذلك التصحيح، و قد يكون هذا التصحيح عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان بالرضاء بالإجراء الباطل، و إما بحضور المتهم جلسة المحكمة و كان تكليف بالحضور باطل فبحضوره صححه، و التنازل هنا قد يكون صريحا أو ضمينا.

ثانيا: إعادة الإجراء الباطل

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز إعادة إجراء الباطل على عكس المصري الذي أدرجه في المادة 336 ق إ ج و المشرع الفرنسي في المادة 206 ق إ ج، و يكون ذلك عن طريق إحلال إجراء صحيح محل الباطل بطريقة سليمة و قانونية و صحيحة.

ثالثا: سحب الإجراءات الملغاة و الباطلة من ملف الدعوى

طبقا للمادة 160 ق إ ج ج و بعد قرار القضاء بإلغاء الإجراء الباطل يتم سحب الأوراق و المستندات الباطلة من الملف و تودع بكتابة الضبط للمجلس القضائي و يمنع على القضاة و المحامون الإعتماد عليها تحت طائلة العقوبات التأديبية وفقا لما تقرره أنظمتهم القانونية⁽²⁾، و المشرع لم يرتب جزاء إذا لم يتم سحب هذه الأوراق من الملف، كما أن بقاءها به لا يرتب نقص ما دام لم يقوم القضاة بالإعتماد على هذه المستندات الباطلة في تكوين عقيدتهم و إصدار أحكامهم.

(1) - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية. طبعة 7، دار النهضة العربية. سنة 1993، ص: 403.

- د. سليمان عبد المنعم (المرجع السابق)، ص: 101.

(2) - د. جيلالي بغدادي، (المرجع السابق)، ص: 256.

خاتمة:

و ما يمكن إستخلاصه من بطلان الإجراء الجنائي أن المشرع الجزائري لم يلهي إهتماما كبيرا بإجراءات الضبط القضائي رغم ما تتميز به مرحلة الضبطية من أهمية بالنسبة لباقي المراحل اللاحقة لها، فهي تعتبر أساسا لتحريك الدعوى الجنائية و سببا لها.

فالمطلع على قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يلاحظ حتما التهميش الواضح لهذه المرحلة عكس مرحلة التحقيق القضائي و المحاكمة اللذان يشهدان عناية كبيرة من قبله بشأن القواعد الإجرائية المنظمة لهما.

و للأسف أن المشرع الجزائري لم يتدارك هذا النقص في التعديلات الأخيرة التي أحدثها على قانون الإجراءات، لكن نرجو أن يلي إهتماما أكثر بهذه المرحلة في التعديلات المستقبلية، علما أن التطورات التي تشهدها البلاد و دول العالم لا تمنحه فرصة الإختيار فهو مضطر إلى إعادة تنظيم هذه القوانين الإجرائية و بالأخص الجزائية و جعلها تتماشى و الأنظمة و المظاهر الدولية الجديدة التي أثرت و بشكل كبير على القوانين الوطنية.

قائمة المراجع:

- * د/إبراهيم حامد مرسي طنطاوي
1 - سلطات مأمور الضبط القضائي (دراسة مقارنة)، طبعة 2، مصر، المكتبة القانونية، 1997.
- * د/أحمد فتحي سرور
2- الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية.. طبعة 7، دار النهضة العربية، سنة 1993.
- * د/جيلالي بغداداي
3- التحقيق (دراسة مقارنة)، طبعة 1، الجزائر، ديوان الوطني للأشغال التربوية. 1999.
- * دليلة مغني
4- ضمانات المشتبه فيه في مرحلة التحري و الإستدلال، مذكرة ماجستير فرع جنائي. كلية الحقوق. بن عكنون. الجزائر. 2001-2002.
- * د/ سليمان بارش
5- بطلان الإجراء الجنائي. الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة لنشر. 1999.
- * د/ سليمان عبد المنعم
6- أصول الإجراءات الجزائية في التشريع و القضاء و الفقه، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. 1997.
- * د/عاطف النقيب
7- أصول المحاكمات الجزائية. طبعة 1، مصر.
- * د/عبد الحميد الشواربي
8- البطلان الجنائي. منشأة المعارف الإسكندرية.
- * د/مصطفى مجدي هرجه
9- المشكلات العملية في القبض و التفتيش و الدفع و البطلان. الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية. 2000.
- * د/ ممدوح إبراهيم السبكي
10 - حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق. القاهرة، دار النهضة العربية. 1998.
- * د/ موريس صادق
11- المشكلات العملية في الجرائم الجنائية. مصر، دار الكتب القانونية. 2000.
- * د/ محمود نجيب حسيني
12- شرح قانون الإجراءات الجزائية. طبعة 2. القاهرة، دار النهضة العربية. 1988.

* د/ محمود محمود مصطفى

13- شرح قانون الإجراءات الجزائية. طبعة 11، مطبعة جامعة القاهرة. 1979.

* د/ مدحت محمد الحسيني

14- البطلان في المواد الجنائية. دار الكتاب الحديث. 1993.

آليات قمع تبيض عائدات الجرائم المتعلقة بالصّفقات العمومية

الاستادة جاوي حورية

الدكتور ميلوى زين

كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس - الجزائر

houria-39@hotmail.fr

الملخص:

إنّ الصّفقات العمومية تمثل المكان الخصب لإنتشار الجرائم مثل المحاباة والرّشوة وبالتالي تكون هذه الجرائم مصدرا لجريمة تبيض الأموال، فمن أجل الحدّ من هذه الظاهرة لابد من تكثيف الجهود وتشديد الرقابة ومعاينة المجرمين قصد تحقيق أمن إقتصادي و إجتماعي و سياسي.

Résumé:

Les marchés publics représentent un endroit fertile pour la propagation des crimes tels que le favoritisme, la corruption Et donc ces crimes soient la source du crime de blanchiment d'argent , afin de réduire ce phénomène doit être l'intensification des efforts et le renforcement du contrôle et de punir les criminels afin de parvenir à la sécurité économique et sociale et politique.

مقدمة :

الفساد هو إلحاق الضرر بالغير قال الله تعالى: "وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا"¹ و دافيد جولد وجوس أماروا -ريس (d.jgouldj.a.amaro.reyes) أن الفساد الإداري هو "استخدام المصادر العامة من أجل تحقيق مكاسب شخصية "

ونظرا لاهمية الصّفقات العمومية فهي تعتبر مكانا خصبا يساعد على إنتشار الفساد وكثرة الجرائم التي تتعلق بنهب الأموال والبحث عن الرّبح السّريع والترّبح، الأمر الذي يبيّن لنا أنّ هناك علاقة بين جريمة تبييض الأموال و الجرائم المتعلقة بالصّفقات العمومية فهذه الأخيرة تعتبر مصدرا لجريمة تبييض الأموال. فجريمة تبييض الأموال تعتبر من الجرائم الإقتصادية الخطيرة الأمر الذي يستوجب تكثيف الجهود والبحث عن آليات مالية وتشريعية وتقنية لمكافحتها، وهذا ما دفعنا لطرح التساؤلات التالية:

ما مفهوم جريمة تبييض الاموال ؟ وما هي الآليات اللازمة لقمع تبييض عائدات الجرائم المتعلقة بالصّفقات العمومية؟ وما تأثير هذا القمع في عمليات مكافحة الفساد بشئى أنواعه؟

¹ الآية 33 من سورة المائدة

المبحث الاول : مفهوم جريمة تبييض الاموال.

تعتبر جريمة تبييض الأموال من الجرائم الخطيرة لأنها تتعلق بالأموال الغير مشروعة لذلك ارتأينا في هذا المبحث أن نتطرق إلى تعريفها وأركانها ومراحلها وخصائصها.

المطلب الأول: تعريف جريمة تبييض الاموال.

نحاول من خلال هذا المطلب تقديم تعريف لغوي واصطلاحي و تشريعي وفقهي وصولا إلى مفهوم دقيق واضح لجريمة تبييض الاموال.

1- التعريف اللغوي والإصطلاحي

أ- المعنى اللغوي : تبيض مصدر كلمة بَيَّض ، وبَيَّض الشيء أي جعله أبيض¹

فتبييض الأموال أي غسل وتنظيف هذه الأموال من الأوساخ.

ب- المعنى الإصطلاحي: المقصود بتبييض الأموال هو جعل الأموال القذرة الناتجة عن الجرائم والأعمال الغير مشروعة تكتسب طابع المشروعية فتتحول من أموال غير مشروعة إلى أموال مشروعة.

2- التعريف الفقهي :

لقد عرفها الأستاذ **James Beasley** بأنها "النشاطات غير المشروعة التي تهدف إلى إخفاء أو تمويه الأموال الناتجة عن الجريمة المنظمة"²

و عرّفها نبيه صالح بأنها : "عادة تدوير الأموال الغير المشروعة والناتجة عن الأنشطة الإجرامية ، وذلك بإخفاء المشروعية عليها ، ومن ثم قطع الصلة بين هذه الأموال و بين أصلها الغير مشروع"³

ومن خلال التعاريف السابقة لجريمة تبييض الأموال نقول أنّها تلك العملية المتعلقة بالأموال الغير مشروعة الناتجة عن الأنشطة الإجرامية والتي يراد بها تدوير هذه الأموال و منحها طابع الشرعية .

3- التعريف التشريعي :

لقد عرفها المشرع الجزائري في قانون العقوبات في المادة 389 مكرر⁴: "يعتبر تبييضا للأموال:

أ-تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية ، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي أتت منها هذه الممتلكات ، على الإفلات من الآثار القانونية لفعلة .

¹ قاموس المعاني

² نقلا عن خوجة جمال ، جريمة تبييض الأموال ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد

تلمسان 2007-2008 ص 12

³ نقلا عن خوجة جمال ،المرجع السابق ص13

⁴المادة 389 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم 2015

ب- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها ، مع علم الفاعل أنّها عائدات إجرامية .

ج- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها ، أنّها تشكّل عائدات إجرامية .

د- المشاركة في ارتكاب أيّ من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة ، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها ومحاوله ارتكابها و المساعدة والتحريض على ذلك و تسهيله و إسداء المشورة بشأنه .

ونجد أن المشرّع عرّفها أيضا في القانون 05-01 المتعلق بالوقاية و مكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب .¹

4- العقوبة الخاصة بجريمة تبييض الاموال:

نصّ المشرّع الجزائري على عقوبة تبييض الأموال في المادة 389 مكرر1 (معدلة) جاء فيها أنّ كل من قام بتبييض الأموال يعاقب بالحبس من خمس 5 سنوات إلى عشر 10 سنوات وبغرامة من 1.000.000 إلى 3.000.000 دج

كما شدّد العقوبة في حالات حيث نصّ في المادة 389 مكرر2 (معدلة) على أنّه يعاقب كل من يرتكب جريمة تبييض الأموال على سبيل الإعتياد أو باستعمال التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني أو في إطار جماعة إجرامية ، بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين سنة 20 و بغرامة من 4.000.000 دج إلى 8.000.000 دج .

وقرّر المشرّع أيضا عقوبة على المحاولة حيث بيّن ذلك في المادة 389 مكرر3 .²

كما تحدّث المشرّع عن المصادرة في المادة 389 مكرّر: تحكّم الجهة القضائية المختصة بمصادرة الأملاك موضوع الجريمة المنصوص عليها في هذا القسم ، بما فيها العائدات و الفوائد الأخرى الناتجة عن ذلك ، في أي يد كانت ، إلا إذا أثبت مالكها أنّه يحوّزها بموجب سند شرعي ، وأنّه لم يكن يعلم بمصدرها الغير مشروع.

يمكن للجهة القضائية المختصة الحكم بمصادرة الأموال محل الجريمة عندما يبقى مرتكب أو مرتكبو التبييض مجهولين ، إذا إندمجت عائدات جنائية أو جنحة مع الأموال المتحصل عليها بطريقة شرعية ، فإن مصادرة الأموال لا يمكن أن تكون إلا بمقدار هذه العائدات .

¹ انظر المادة 2 من القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 ، المتعلق بالوقاية و مكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ، الجريدة الرسمية ، العدد 11

² انظر المادة 389 مكرر3 من قانون العقوبات 2015

كما تنطق الجهة القضائية المختصة بالحكم بمصادرة الوسائل والمعدات المستعملة في ارتكاب جريمة التبييض .

وإذا تعذر تقديم أو حجز الممتلكات محل المصادرة ، تقضي الجهة القضائية المختصة بعقوبة مالية تساوي قيمة هذه الممتلكات .

يجب أن يتضمن الحكم أو القرار القاضي بالمصادرة تعيين الممتلكات المعنية و تعريفها وكذا تحديد مكانها.

كما نجد المشرع الجزائري تحدث عن العقوبات التكميلية وذكر ذلك في المادة 389 مكرر5: " يطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لإرتكابه الجرائم المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر1 و 389 مكرر2 عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون." والعقوبات التكميلية تتمثل في :

الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية و العائلية التي بينها المشرع في المادة 9 مكرر1¹، تحديد الإقامة ، المنع من الإقامة ، المصادرة الجزئية للأموال ، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة ، الإقصاء من الصّفقات العمومية ، الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع ، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر ، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

كما نصّ المشرع على العقوبة للشخص المعنوي الذي يرتكب الجريمة المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر1 و 389 مكرر2 بالعقوبات الآتية:

أ- مصادرة الممتلكات و العائدات التي تم تبييضها .

ب- مصادرة الوسائل و المعدّات التي استعملت في ارتكاب الجريمة .

أما إذا تعذر تقديم او حجز الممتلكات محل المصادرة ، تحكم الجهة القضائية المختصة بعقوبة مالية تساوي قيمة هذه الممتلكات .

كذلك يمكن للجهة القضائية أن تقضي بالإضافة إلى ذلك بإحدى العقوبتين الآتيتين ،

أ- المنع من مزاوله نشاط مهني أو إجتماعي لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

ب - بجل الشخص المعنوي.

كما أن هذه الجريمة منصوص ومعاقب عليها في المادة 42 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.²

¹ انظر المادة 9 مكرر1 من قانون العقوبات 2015

² انظر المادة 42 من القانون 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الثاني: أركان ومراحل جريمة تبييض الأموال .

جريمة تبييض الأموال تقوم على ثلاث أركان تتمثل في الركن المادي والمعنوي والشّرعي وتمرّ بثلاث مراحل و هذا ما سنوضّحه من خلال هذا المطلب.

1-أركان جريمة تبييض الاموال

جريمة تبييض الأموال كغيرها من الجرائم التي لا يمكن قيامها إلا بوجود أركانها والمتمثلة في

أ- الركن المادي :

من المسلّم به أنه لا جريمة بدون ركن مادي ،لأنه المظهر الخارجي لها و به تتحقق الجريمة ،فالركن المادي يتمثل في السلوك الإجرامي و هو إستخدام وتحويل أموال مصدرها غير مشروع أو أنّها مُتحصّل عليها من أفعال إجرامية أصلية .

كما يتمثل أيضا في فعل الإخفاء والذي يتسع ليشمل أيّ شكل لحيازة الأشياء .

ب- الركن المعنوي :

يتمثل هذا الركن في العلم بمصدرالأموال غير المشروعة في هذه الجريمة التي هي جريمة عمدية لا تتوافر إلا بإنصراف إرادة الشّخص إلى إرتكابها ، كما يتعين توافر علم الجاني لكون الأموال أو العائدات التي يحصل تحويلها أو حيازتها أو إخفائها هي من مصدر¹ غير مشروع ويترتب على ذلك أنّ هذا الركن يتوافر متى علم الشّخص بمصدر الأموال غير المشروعة .

ج- الركن الشّرعي :

يتمثل الركن الشّرعي في هذه الجريمة في النصوص القانونية التي تجرّم فعل تبييض الأموال و تضع له العقاب ويرتكز هذا الركن على مايلي :

-خضوع الفعل لنص التجريم .

- عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة.

والمشّرع جرّم فعل تبييض الأموال في القانون 05-01 المتعلق بالوقاية و مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب . وفي المادة 42 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته06-01. وأيضا تمّ تجريمه بموجب المادة 389 من قانون العقوبات كما وضّح المشّرع كل ما يتعلق بها من أركان وعقوبات كما بيّنا ذلك سابقا .

¹ عمرو عيسى الفقي ، مكافحة غسل الاموال في الدول العربية ، المكتب الجامعي الحديث ،ط2005،1

2 - مراحل جريمة تبييض الأموال:

أ- مرحلة الأيداع: وتسمى أيضا بمرحلة الإحلال و التوظيف، وهي المرحلة التي يحاول فيها المجرم التخلص من الأموال القذرة بأساليب مختلفة إما بإيداعها في أحد البنوك أو عن طريق تحويل هذه النقود إلى عملات أجنبية، أو عن طريق الشراء للعقارات والسيارات حتى يسهل بيعها والتصرف فيها. وهذه المرحلة تسمى بالقاعدة لأن المراحل اللاحقة تبنى عليها، كما أنّ هذه المرحلة تتطلب السرعة والدقة والحذر في نفس الوقت، وهي تعدّ من أصعب المراحل؛ لأنّ التعرف على من قام بعملية الإيداع لهذه الأموال ليس بالأمر الصّعب وبالتالي إمكانية التعرف عليه و على علاقته بالمصدر.

ب- مرحلة التمويه اوالتغطية :

تسمى أيضا بمرحلة التعتيم أو الفصل وتبدأ هذه المرحلة بعد نجاح المرحلة السابقة ، حيث تبدأ الخطوة المالية والتي تتمثل في الفصل بين هذه الأموال القذرة التي يراد تبييضها عن مصدرها الغير مشروع .

وفي هذه المرحلة يقوم المبيّض بخطوة الفصل أو التفريق بين الأموال المراد غسلها عن مصدرها غير الشرعي عن طريق مجموعة معقدة من العمليات المصرفية والتحويلات المالية التي يتحقق بواسطتها إخفاء العائدات الغير مشروعة وتمويه طبيعتها وقطع صلتها بمصدرها والأمر الجوهري في هذه المرحلة هو تكرار تحويل تلك الأموال من بنك لآخر أو حتى من بلد لآخر والمهدف منها هو جعل تتبع مصدر تلك الأموال الغير مشروعة أمراً صعباً، ومن بين الوسائل المستعملة في هذه المرحلة أيضا ما يسمى بالملاذات المصرفية الآمنة حيث يتم إيداع الأموال في بنوك تتبنى قواعد صارمة من سرية الإيداعات في بلاد أخرى وتسهل قوانينها.

ج- مرحلة الإدماج

تعتبر هذه المرحلة هي الختامية في عملية تبييض الأموال القذرة ويترتب عليها إضفاء طابع الشرعية على هذه الأموال ، حيث يقوم المبيّض بدمج الأموال الغير مشروعة في الدورة الإقتصادية وجعلها تبدو بمظهر قانوني الأمر الذي يصعب عملية إكتشافها بعد أن تكون قد خضعت لعدة مستويات من التدوير الأمر الذي يسهل عملية إعادة إستثمارها بشكل مشروع وتصبح عملية القبض على المجرمين المبيّضين صعبة للغاية .

المطلب الثالث: خصائص جريمة تبييض الاموال.

تتميز جريمة تبييض الاموال بمجموعة من الخصائص تتمثل في :

- هي جريمة إقتصادية خطيرة تهدف إلى إضفاء الشرعية القانونية على أموال غير مشروعة .
- أنها تعتبر من الجرائم التبعية أي لا تقوم إلا بوجود أموال قدرة ناتجة عن جرائم أخرى سابقة لها.
- هي جريمة تتعلق بالأموال الغير مشروعة الناتجة عن مختلف الجرائم .
- تعتبر من الجرائم المنظمة وتعتمد على إجراءات وعمليات دقيقة ومعقدة.
- أنها تمر بمراحل متتالية ومرتبطة (مرحلة الإيداع و التمويه والدّمج)
- تتعلق خاصة بالمصارف والبنوك.
- تعتبر من الجرائم الدولية حيث أنها تمس مختلف دول العالم وهي من الجرائم التي تداولت مؤخرًا في كافة المحافل الدولية.
- نظرا لخطورتها وانتشارها فهي تتطلب جهودا دولية وأخرى وطنية لمكافحةها.
- لا يمكن قمعها إلا بقمع الجرائم السابقة والمكونة لها .

المبحث الثاني: الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وعلاقتها بمكافحة جريمة تبييض الاموال.

الصفقات العمومية هي عقود إدارية مكتوبة يتم إبرامها وفق الطرق التي تحددها النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وهذه الطرق يقصد بها إتباع وإحترام المبادئ التي تمكن الإدارة من تحقيق أحسن إنجاز سواء من الناحية الفنية أو المالية ابتغاء للمصلحة العامة وحفاظا على المال العام. والمشرع الجزائري عرفها في المادة الرابعة من قانون الصفقات العمومية 13-03¹. كما أنّ تعلقها بالمال العام الأمر الذي يجعلها عرضة لعمليات النهب وارتكاب الجرائم .

المطلب الاول: الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

نظرا لاهمية الصفقات العمومية وتعلقها بالاموال العامة هذا ما يجعلها المكان الخصب لميلاد الجرائم التي تتعلق بالاموال وقد نص عليها المشرع في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وربط المشرع هذه الجرائم بالموظف العمومي وعرفه في المادة 2 من القانون 06-01²

و سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ونبرزها فيما يلي :

1- جريمة منح إمتيازات غير مبررة:

الإمتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات هي الإمتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني أي تلك المتحصل عليها من دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع و التنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية³ ولهذا الجريمة صورتين:

المحاباة

استغلال نفوذ أعوان الدولة من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة.

كما أن المشرع نصّ على جريمة منح إمتيازات غير مبررة في المادة 26 من القانون 06-01 وهي تمسّ:

¹ نظر المادة الرابعة من القانون 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 (ج.ر. 02).

² القانون 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

³ بن بشير وسيلة ، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام

بجامعة مولود معمري بنيتزي وزو 2013 ص 11

1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الاحكام التشريعية و التنظيمية.

2- كل تاجر أو صناعي حربي أو مقاول من القطاع الخاص ، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية ، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية ، أو المؤسسات أو الهيآت العمومية الخاضعة للقانون العام او المؤسسات العمومية الإقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

قصد تحقيق ما يلي :

1- إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير .

أن يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات او آجال التسليم أو التمويل.

و قرر المشرع العقوبة لمرتكبي هذه الجريمة عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج

2- الرشوة

الرشوة يقصد بها المتاجرة بالوظيفة واستغلالها من أجل الحصول على المقابل وذلك بأداء عمل أو الإمتناع عنه أو الإخلال بواجباته، فالرشوة هي ذلك العمل الغير مشروع الذي يعطل الكثير من الحقوق العامة والخاصة وينشر الظلم، قال الله تعالى : " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ "¹ كما أن رسول قال في حديث شريف أن الله لعن الراشي والمرتشي .

عرفها الجرجاني بقوله " أنها ما يعطى لإبطال حق ، و إحقاق باطل "²

فجرمة الرشوة في إطار الصفقات العمومية هي متاجرة الموظف العمومي الذي تكون له علاقة مباشرة أو حتى غير مباشرة بالصفقة أو العقد أو الإتفاقية أو الملحق وذلك من خلال قيامه بعمل يتعلق بوظيفته أو الإمتناع عنه.

¹ الآية 188 من سورة البقرة

² التعريفات للجرجاني علي بن محمد بن علي (ت 816 هـ) ط1 ، دار الكتاب العربي بيروت 1405 هـ ص 12 كتاب الرءاء مع الشين

إذن يمكن القول ان الرشوة تتمثل في الاتجار بالوظيفة و إنحراف الموظف في أداء أعمال وظيفته عن الغرض المستهدف أو المنشود.

كما ان المشرع نص على هذه الجريمة في المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد وهي تتعلق بكل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه او لغيره ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، أجرة أو منفعة مهما كان نوعها.

واشترط المشرع المناسبة وهي تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية.

وعقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية طبقا للمادة 27 من القانون 06-01 تتمثل في الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة و غرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج

وما نلاحظه أنّ المشرع شدد عقوبة الرشوة سواء فيما يتعلق بالحبس والغرامة مقارنة بالجريمة المذكورة سابقا و هي جريمة منح إمتيازات غير مبررة وهذا ما يبين شدة خطورة الرشوة و تأثيرها الشديد على عمليات إبرام الصفقات العمومية وضرب مبادئها الثلاث و الإخلال بها تلك المتمثلة في مبدأ المنافسة والمساواة وحتى الإعلان.

3- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

هي جريمة تتعلق بكل موظف عمومي ياخذ او يتلقى إما مباشرة و إما بعقد صوري و إما عن طريق شخص آخر ، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت إرتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية او جزئية ، أو بمن يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما و يأخذ منه فوائد أيّا كانت.

تتمثل عقوبة هذه الجريمة طبقا لنص المادة 35 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و غرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج

4- جريمة الإثراء الغير مشروع :

يقصد بالإثراء الغير مشروع هو ذلك الغنى أو الثراء الناتج عن مصدر غير مشروع ويعجز الموظف العمومي عن تبريره.

ولقد تم تجريمها من قبل المشرع الجزائري حديثا بموجب قانون الوقاية ومكافحة الفساد 06-01 في المادة 37 كما أن هذه الجريمة تقتضي توافر العناصر الآتية:

أ- أن يكون الجاني أي مرتكبها موظفا عموميا.

ب- حصول الزيادة المعتمدة التي طرأت في ذمته المالية ومقارنتها بمدخله المشروعة (الراتب).

ج- عجز الموظف العمومي عن تقديم تبرير معقول لهذه الزيادة المعتمدة.

جاءت هذه الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 37 من قانون مكافحة الفساد تكريسا لقاعدة: من أين لك هذا؟¹

العقوبة المقرر لهذه الجريمة وفقا لنص المادة 37 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج من خصائص جريمة الإثراء الغير مشروع أنها جريمة مستمرة تقوم إما بزيادة الممتلكات الغير مشروعة أو استغلال هذه الممتلكات بطريقة مباشرة او غير مباشرة.

المطلب الثاني: آليات قمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

1- على مستوى الإدارة (إبرام الصفقات العمومية):

لقد نصّ المشرع الجزائري على مكافحة الفساد في القسم السادس من القانون 13-03² الخاص بالصفقات العمومية هذا ما يدل على ضرورة إبرام الصفقات العمومية في جو تسود النزاهة والشفافية ومن اجل تحقيق ذلك يجب ما يلي :

1- الحرص على تجسيد مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.

2- إختيار الموظف الفعّال و الحرص على تكوينه الجيد ووضعهم في المكان المناسب.

3- معرفة مصدر أموال الموظف وبيان أهمية إجراء التصريح بالممتلكات.

¹ أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، (ج.2) ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر ط12، 2012، ص 104

² انظر القسم السادس من قانون الصفقات العمومية 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 (ج.ر. 02).

4- تحسين الوضع المادي للموظفين حيث أن العامل الأساسي في الفساد هو تلك الأجور المتدنية التي لا تتناسب مع ظروف المعيشة، وعليه لا بد من زيادة رواتب الموظفين بشكل مستمر و تحسين مستواهم المعيشي و توفير متطلبات العيش الكريم وقطع مبررات الفساد الإداري.

5- حسن إختيار المتعامل المتعاقد وتكريس مبادئ الصفقات العمومية الثلاث في عملية إنقائه بعيدا عن الإمتيازات الغير مبررة والرشوة وغيرها من الجرائم التي تتعلق خاصة بالموظف المخل بواجباته.

6- كثرة الجولات التفتيشية المفاجئة التي يكون هدفها الكشف عن التجاوزات الحاصلة في الوقت المناسب

7- تفعيل دور الرقابة وتدعيمها بالإطارات المؤهلة و المدربة .

8- تشديد الرقابة بمختلف أنواعها الداخلية والخارجية ورقابة الوصاية وإبراز أثرها ودورها في مكافحة مختلف التجاوزات المتعلقة بنهب المال العام وسوء تسييره.

9- تطبيق مبدأ من أين لك هذا ؟ بحيث يتم محاسبة كافة المرتشئين، المجرمين الفاسدين و تطهير الإدارة منهم.

10- نشر الوعي في صفوف الموظفين وبيان خطورة آفة جرائم الفساد وضرورة الإبتعاد عن إرتكابها وإبراز أهمية الاخلاق في الأداء الوظيفي الممتاز.

11- فرض عقوبات صارمة على كل من يقوم بالإخلال بالنزاهة في إطار الصفقات العمومية تصل إلى حد الإقصاء من المشاركة فيها هذا بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين.

12- ضرب مرتكبي الجرائم في النفع العائد عليهم وذلك بمتابعتهم قضائيا وتجريدهم من العائدات الغير مشروعة التي تحصلو عليها عن طريق الرشوة و غيرها من الجرائم التي تمس بنزاهة وشفافية عمليات إبرام الصفقات العمومية.

2- على مستوى البنوك:

نظرا للعلاقة المتواجدة بين البنوك و ابرام الصفقات العمومية والعلاقة بين المتعاملين المتعاقدين والإدارة كان لا بد من التطرق إلى دور البنوك في مكافحة تبييض عائدات الجرائم بمختلف أنواعها خاصة تلك التي تتعلق بالصفقات العمومية.

أ- ضرورة التعرف على هوية المتعامل من قبل البنك : تنص المادة 07فقرة 1 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب على انه : "يجب على البنوك والمؤسسات المالية

المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها بل فتح حساب أو دفتر أو حفظ السندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى¹

1- تحديد الهوية الحقيقية للعميل.

2- تحديد مصدر أموال العميل أو مصادر تمويل عملياته المصرفية.

3- مراقبة النشاط المصرفي للعميل وتحديد العمليات المصرفية المألوفة التي يقوم بها العميل مع البنك.

4- ضرورة حفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلي والدولي

5- متابعة سلوكيات العمليات المصرفية المثيرة للشكوك.

6- ضرورة الإستعلام حول مصدرالأموال فيتعين على البنك أن يحرص على الفحص الدقيق للعمليات.

ب- **رقابة اللجنة المصرفية:** والتي تقوم بمراقبة مدى إحترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها و تنظر في مدى قانونية أعمال البنوك كما يمكن إرسال مفتشي بنك الجزائر - بنك الدولة- وهو بنك البنوك عملا بالمادة 11 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب على انه: " يرسل مفتشي بنك الجزائر المفوضين من قبل اللجنة المصرفية في إطار المراقبة في عين المكان لدى البنوك والمؤسسات المالية وفروعها و المساهمات أو في إطار مراقبة الوثائق ، بصفة إستعجالية ، تقريرا سريا إلى الهيئة المتخصصة بمجرد إكتشافهم لعملية تكتسي المميزات المذكورة في المادة 10

بمجرد التقصير في أداء أو تنفيذ أحد الإلتزامات المنصوص عليها في المواد 10 و 11 من القانون 05-01 يتخذ إجراء تاديبيا ضد البنوك عملا بالمادة 12 بأنه " تباشر اللجنة المصرفية فيما يخصها إجراء تاديبيا طبقا للقانون ضد البنك أو المؤسسة المالية التي تثبت عجزا في إجراءاتها الداخلية الخاصة بالرقابة ..."

إذن من خلال ما سبق ذكره فيما يتعلق بدور البنوك يتضح لنا أن البنوك بإمكانها الكشف عن عمليات تبييض الاموال خاصة في مراحلها الاولى أي مرحلة الإيداع ومرحلة التعتيم بحيث تتم عمليات عديدة ومتكررة لتحويل الأموال وبالتالي بواسطة موظف كفؤ وعمل جادّ يمكن منع مثل هذه العمليات الإجرامية.

¹ القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005، المتعلق بالوقاية و مكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ، الجريدة

المطلب الثالث: دور قمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في عملية مكافحة جريمة تبييض الاموال:

تعمل الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على توفير الأموال الغير المشروعة التي تكون مصدرا لظهور ما يسمى بجريمة تبييض الاموال لهذا فإنّ أيّ قمع لمثل هذه الجرائم يؤثر بشكل إيجابي على الحدّ من ظاهرة تبييض الأموال الغير مشروعة وبالتالي قمع الفساد.

يمكن القول أن الصفقات العمومية تعتبر مجالا خصبا لوجود الجرائم بمختلف أنواعها خاصة تلك التي تتعلق بالفساد الإداري والمالي ، حيث أن المجرم دائما يختار المكان المناسب لإرتكاب جرائمه مستعملا كل الوسائل في الحصول على هدفه و مبتغاه خاصة إذا تعلق الامر بالمال والربح السريع والثراء .

وبعد حصوله على هذه الأموال الغير مشروعة ينتقل إلى المرحلة الموالية وهو العمل على تبييض هذه العائدات الإجرامية ودمجها وتحويلها من أموال غير مشروعة إلى أموال مشروعة حتى يتم الإستمتاع بها دون أي خوف وهذا لا يتم إلا من خلال ما يسمى بتبييض الأموال .

إذن إن مكافحة هذه الجرائم تعتبر الخطوة الأهم في الحدّ ، التقليل ومكافحة جريمة تبييض الأموال وبالتالي مكافحة الفساد بشتى أنواعه .

فقمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية يحقق لنا ما يلي :

- 1- التنفيذ الجيد للصفقات العمومية وتحسين اداء الإدارة و المتعاملين المتعاقدين .
- 2- الحفاظ على المال العام و قمع تبديده وتحسين تسييره .
- 3- التأثير الإيجابي على الإقتصاد الوطني و حتى الجانب الإجتماعي وبالتالي يتحقق الإستقرار والامن.
- 4- الحفاظ على المصلحة والمنفعة العامة .
- 5- تحقيق ما يسمى سياسة دزء المخاطر والتجاوزات وتكريس المشروعية والسّلام .
- 6- التقليل من الجرائم وبالتالي قمع وجود عمليات لتبييض الأموال ومكافحة الفساد .

خاتمة:

في الختام وبعد دراستنا للموضوع تبين لنا أن جريمة تبييض الأموال هي من الجرائم الإقتصادية الخطيرة، وهي تعد من الجرائم التبعية التي تتعلق بجرائم سابقة لها .

فمثلا نجد أن الصّنفقات العمومية تمثل المجال الخصب لتكاثر الجرائم نظرا لتعلقها بالأموال العامة و تتمثل هذه الجرائم في جريمة الرشوة، جريمة منح إمتيازات غير مبرّرة وجريمة الإثراء الغير مشروع وغيرها من الجرائم التي ينتج عنها أموالا غير مشروعة بحيث يحتاج مرتكبو هذه الجرائم إلى تبييضاً وتحويلها إلى أموال مشروعة مستعملين في ذلك وسائل متعددة ومتنوعة، متبعين خطوات ومراحل دقيقة و متتالية وصولا إلى هدفهم وهو دمج هذه الأموال الغير مشروعة واستعمالها في مشاريع أخرى بحيث تبدو وكأنها تأتت من مصدر مشروع .

فتبييض عائدات الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية هي عملية خطيرة ومعقدة تحتاج إلى تضافر الجهود القانونية والتنظيمية والتقنية من أجل كشفها وقمعها ومنعها وهذا في إطار مكافحة الفساد .

وبعد دراستنا للموضوع تبين لنا ما يلي :

- أن الصّنفقات العمومية تمثل المجال الخصب لتكاثر الجرائم نظرا لتعلقها بالمال العام و اخطرها جريمة الرشوة ومنح الإمتيازات الغير مبررة و الإثراء الغير مشروع ...

- أنّ قمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية يعني الحد من ظاهرة تبييض الاموال خاصة انها تعدّ من الجرائم الإقتصادية الخطيرة.

- المشرع الجزائري قرر عقوبات تتمثل في الحبس والغرامة وأيضا العقوبات التكميلية ومصادرة العائدات الإجرامية.

قائمة المصادر والمراجع:المصادر

- 1- القرآن الكريم :
- الآية 33 من سورة المائدة.
- الآية 188 من سورة البقرة.
- 2- معجم المعاني.
- 3- التعريفات للرجحاني علي بن محمد بن علي، ط 1، دار الكتاب العربي-بيروت 1405 هـ

المراجع

- 1- قانون العقوبات المعدل والمتمم 2015.
- 2- قانون 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية ومكافحة تبييض الاموال وتمويل الإرهاب، الجريدة الرسمية العدد 11.
- 3- قانون 06-01 المؤرخ في فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
- 4- قانون الصفقات العمومية 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 (ج.ر. 02).
- 5- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2012، 12.
- 6- عمرو عيسى الفقي، مكافحة غسيل الاموال في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، ط 2005، 1.
- 7- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2013.
- 8- خوجة جمال، جريمة تبييض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008.

مقتضيات عصرنة الادارة العامة كنموذج لمكافحة الفساد
و تحقيق الحكم الراشد في الجزائر
الاستاد- حملة سمير
كلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة البليدة 2- الجزائر

الملخص

تقتضي عصرنة الجهاز الاداري في الجزائر من وجهة نظر مكافحة الفساد ، الانتقال الى المعايير العامة التي تفرض الحماية اللازمة للإدارات العمومية و المجسدة قانونا ، وفي سبيل ذلك وجب حماية الوظائف العامة على الصعيد الوظيفي حماية ادارية و جنائية وفقا لإجراءات محددة قانونا ، وكذا تجسيد النظام المركزي والحد من المركزية الادارية المفرطة المهيمنة على صناعة القرار الاداري على مستوى السلطات المركزية ، كما أن عوامة الجهاز الاداري من خلال الانتقال الى الادارة الالكترونية و التي يراها الكثيرون أحد عوامل النهوض بالحكم الراشد في الجزائر و الانتقال النوعي من الادارة التقليدية الى الادارة الحديثة ، و بالتالي فإن عصرنة الادارة العامة كنموذج لمكافحة الفساد والنهوض بالحكم الراشد في الجزائر لا يخضع الى مقتضيات محددة و إنما هي على سبيل المثال لان الادارة العامة تسيير وفق الاحتياجات و المتطلبات العامة .

Abstract

Require modernization of the administrative system in Algeria from the viewpoint of the fight against corruption, the transition to the general criteria which impose legally necessary protection of public administrations and embodied, and in the way it must protect public jobs on the career level administrative and criminal protection in accordance with law for specific procedures, as well as the embodiment of the central system and reduce administrative central excessive dominant on the administrative decision making on the level of the central authorities, and the globalization of the administrative system through the transition to electronic management and seen by many as one of the promotion of governance in Algeria and qualitative transition from traditional management to modern management factors, and therefore the modernization of public administration as a model for anti-corruption and the promotion of governance in Algeria is not subject to the specific requirements and it is for the way because of public administration functioning in accordance to the needs and general requirements.

مقدمة

لقد عملت الدولة الجزائرية على عصنة الإدارة العامة ترشيدا للحكم ، عن طريق إصلاح بيروقراطية الإدارة الجزائرية الراهنة من خلال البحث عن الوسائل الناجحة والكفيلة لمعالجتها من جهة ، ووضع استراتيجية إدارية بديلة ، هدفها بناء التنمية السياسية والإدارية الشاملة والمستدامة والمتوازنة من جهة ثانية¹ ، وأمام هذه التحولات الكبرى على الصعيد الإداري التي ميّزت خاصة السنوات الأخيرة ، و أمام حجم التحدّيات والرهانات الجديدة ، وجدت الإدارة العمومية نفسها مدعوة ليس فقط لمتابعة جهودها في مجال التنمية وتطوير التجهيزات الأساسية ، بل للقيام بمهام أخرى ذات أهمية خاصة كتهيئة الظروف الملائمة لأجل تشجيع القطاع الخاص وإقامة علاقات جديدة مع شركاء وفاعلين آخرين .

وفي هذا السياق فإن ترشيد الإدارة يقتضي نقلها من المفهوم التقليدي ، أي من مجرد عملية لإنجاز الأعمال عن طريق الآخرين ، إلى اعتبارها عملية التحكم في الموارد المتاحة في المجتمع وذلك قصد تقديم مستوى معيشي معين ، وهذا يعني أن الحكم الراشد أعطى أهمية كبيرة للإدارة² بهدف حماية الشرعية الدستورية والقانونية للنشاط العام في الدولة أي احترام أسس ومبادئ وأحكام دولة القانون ومبدأ الشرعية القانونية في أعمال المؤسسات الدستورية والهيئات والمرافق الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والقضائية³ .

وتأسيسا على ذلك فقد بدأت الإدارة الجزائرية ، وسعيا منها إلى تعزيز نزاهة الحكم عملت على الالتزام بتدريب الموظّفين سواء في المقرّات أو في الميدان ، و التعريف بتشريعات ومعاهدات وصكوك مكافحة الفساد ، وإقامة صلات مع المنظمات والشبكات والخبراء الرائدتين في مجال مكافحة الفساد ، ضمن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لدعم وتطوير المؤسسات الحكومية⁴ ، وهو ما نصّت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 60 بقولها " تقوم كل دولة طرف بالقدر اللازم باستحداث أو تطوير أو تحسين برامج تدريب خاصة لموظّفيها المسؤولين عن منع الفساد ومكافحته " .

¹ - بومدين طاشمة ، التنمية الإدارية مدخل بديل للإصلاح و التمكين للتنمية السياسية في الجزائر مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، العدد الأول السداسي الأول ، 2009 ، ص 49

² - بن عبد العزيز خيرة ، دور الحكم الراشد في مكافحة الفساد الإداري وتحقيق متطلبات الترشيد الإداري ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، عدد 08 نوفمبر 2012 ، ص 332 .

³ - رسالة مجلس الأمة ، وثيقة برلمانية ، مسؤولية النظام الرقابي الوطني في حماية المصلحة العامة من مخاطر الفساد ، مجلة الفكر البرلماني ، صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 15 ، نوفمبر 2007 ، ص 10 .

⁴ - جيمس غوستاف سبيث ، مكافحة الفساد لتحسين إدارة الحكم ، التقرير الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، شعبة التطوير الإداري وإدارة الحكم نيويورك ، بتاريخ 13 نوفمبر 1998 ، ص 21 ، 22 .

فعصرنة الإدارة العامة تقتضي قبل كل شيء وجود أخلاقيات ليس فقط في جعل الوظيفة العامة أكثر استقامة واستجابة للتطوير ، بل وفي كونها جوهر المواجهة الحقيقية للفساد التي لا تقتصر فقط على اللوائح والنظم والإجراءات ، وإنما بصفة خاصة في النفوس والاتجاهات والضمائر¹ .

وقد ظهرت في دول كثيرة جهود لتحسين وعصرنة الإدارة بما يضمن مكافحة الفساد وتقديم الخدمات للمواطن ذات جودة عالية ، فقد أنشأت البرتغال ما يسمى وثائق النوعية للخدمات العامة التي تشمل بوضوح التزامات الإدارة بتقديم الخدمات للمواطن ، وفي أيرلندا أصبحت خدمة المواطن في صلب أحدث حركة إصلاح حكومي كما يظهر من عنوانها " وضع حكومة أفضل " ، ويذكر أن هدف هذه الحركة أن تنظر إلى الشعب على أنهم زبائن وعملاء و مواطنون في الدولة ، كما ذهبت جهود الإصلاح في الأرجنتين إلى أبعد من الإصلاح المالي في الدولة ، حيث تم إنشاء مكاتب التوقف الواحد ، الذي بموجبه يستطيع المواطن إنجاز كل ما يحتاجه من مكان واحد ، لبدء عمل جديد أو لتوسيع عمل قديم ، وبالتالي تنزيل أكثر من 50% من مدة الانتظار في الإدارات العامة² .

وعلى ذلك يمكن القول أن عصرنة الإدارة العامة وفقا لبعض التجارب الدولية المختصرة ، كفيلة بمحاربة الفساد وتحقيق الرّشادة المنشودة ، لكن هل النموذج الخاص بالجزائر، والمتعلق أساسا بمكافحة الفساد في القطاع العام ضمن فعاليات إقامة الحكم الرشيد أثبتت فعاليته وجدّيته في سبيل تحقيق ذلك ؟ . وبالتالي سنحاول دراسة هذا الإشكال وفقا للمنهج التحليلي و الوصفي في المباحث الثلاثة الآتية كمنهج على سبيل المثال لا الحصر كما يأتي بيانه :

¹ - جردير ليلي ، التنمية الإدارية كمدخل لتجسيد الحكم الرشيد - حالة الجزائر - مذكرة ماجستير ، تخصص الديمقراطية والرشادة ، كلية الحقوق جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2010 ، 2011 ، ص 149 .

² - جوزيف إس ناي ، جون دي دوناهيو ، الحكم في عالم يتجه نحو العولمة ، (ترجمة محمد الشريف الطرح) ، دار العبيكان للنشر ، الطبعة الأولى ، الرياض ، 2002 ، ص 338 .

المبحث الأول : حماية الوظائف العامة من مخاطر الفساد كمطلب بناء الحكم الراشد

في الجزائر

إن الوظيفة الإدارية باعتبارها ركيزة من ركائز تطوير المجتمع ، وتنميته ، وانطلاقا من أهمية وحتمية حماية هذه الوظيفة من مخاطر الفساد وجب على البرلمان إضفاء الصفة غير المشروعة على كل الأفعال والسلوكيات الفاسدة التي من شأنها الإضرار بالمصلحة العامة، والقيم الجوهرية في المجتمع، و الإهدار بسلامة أهدافها المختلفة والمتنوعة في الدولة¹، و كانطلاقة فعّالة في مجال مكافحة الفساد ، و البيروقراطية الإدارية عملت الدولة على إصدار عدّة تعليمات تقضي بتخفيف الأعباء على المواطنين من خلال إلغاء بعض الأوراق المكونة للملف الإداري ، وتخفيف الإجراءات الإدارية²، وفي رأينا أن مثل هذه الإجراءات تعد ضمانا للمتعامل مع الإدارة ، و للإدارة في حدّ ذاتها من مظاهر الفساد بشتى أنواعه، فكثرة الوثائق في الملفات الإدارية وتعقيد الإجراءات يخلق الفساد، وتصبح للوظيفة العامة أهمية في ممارسة الفساد، كالرشاوى، والاختلاس، وتبييض الأموال، واستعمال النفوذ والسلطة وغيرها، وهو ما ثبت ميدانيا في الجزائر التي تعتبر من بين الدول التي تتعامل بالوثائق بكثرة، وهو ما عملت المادة 11 من القانون 01/06 على إصلاحه، والتي تنص على أنه " لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية يتعين على المؤسسات والإدارات الهيئات العمومية أن تلتزم أساسا :

أ- باعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها وكيفية اتّخاذ القرارات فيها .

ب- تبسيط الإجراءات الإدارية.

ج- نشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية .

د- الرد على عرائض وشكاوى المواطنين .

هـ- تسبب قراراتها عندما تصدر لفي غير صالح المواطن وتبیین طرق الطعن المعمول بها " .

ولعل أبرز ما يثيره قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في حماية الوظائف العامة من الفساد الاعتماد على ضرورة احترام الشروط الوقائية الخاصة بعملية التوظيف ، طبقا للمادة 03 من القانون 01/06 السالفة الذكر، وعلى العموم فإن مثل هذه الإجراءات تسند إلى المؤسسات والمرافق والهيئات العامة في

¹ - خالف عقيلة ، الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد ، مجلة الفكر البرلماني صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 13 جوان 2006 ، ص 65 .

² - قاسم ميلود ، علاقة الإدارة والمواطن في الجزائر بين الأزمة ومحاولات الإصلاح ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، العدد 05 ، جوان 2011 ، ص 79 .

الدولة مركزيا ولا مركزيا¹، حيث تهدف بذلك إلى ضبط مستويات الحكم الراشد في الإدارات والمتعلقة أساسا بالتسيير الراشد والضامن للموارد المادية والبشرية للدولة عبر إشراك كل المؤسسات والفعاليات المجتمعية في عملية صنع السياسة العامة للدولة، و الرقابة على صيرورة الأعمال الحكومية الموجهة لعموم المجتمع المستهدف بها، عبر تجسيد المعايير المنتجة للفعالية والكفاءة²، كما أن العمل على تدوير الموظفين و المسؤولين بشكل مستمر يضمن عدم السماح ببناء بؤر الفساد الإداري على هيئة عصابات منظمّة تستفيد من الوظائف العامة التي يكون من الصعب بعد استفحالها القضاء عليها ، فبقاء المسؤول الإداري فترة طويلة في موقعه يتسبب في تفشي الفساد ويقود إلى بناء شبكات فساد إداري تكون بمثابة سرطان في جسد الدولة³.

ولعل أهم مكرّسات حماية الوظائف العامة من مخاطر الفساد في إطار الحكم الراشد يستدعي التأكيد على فاعلية الإدارة

الجيدة، وخاصة الإدارة المالية التي تردع كل المعاملات والممارسات الفاسدة، و تكشفها وذلك عن طريق:

- أ- توفير معلومات صحيحة للجهات المختصة بمكافحة الفساد.
- ب- فرض نظام إداري ومحاسبي محدد ومنضبط للمعاملات المالية .
- ج- تشجيع تطوير قواعد إدارية داخلية تشمل إجراءات مالية تساعد على اكتشاف الممارسات الفاسدة ، مما يستدعي إجراء تحقيقات فورية .
- د- تقوية السيطرة الإدارية في ما يتعلق برقابة السلطة العامة على الإيرادات والنفقات العامة
- هـ- تسهيل عملية التدقيق والرقابة الخارجية المستقلة⁴.

كما أن حماية الوظيفة العامة من مخاطر الفساد تستدعي توفير الصلاحية بتولي الوظائف العامة عن طريق البحث في المؤهلات والشهادات العلمية التي يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتولى الوظائف العامة¹.

¹ - وثيقة برلمانية ، بعنوان دور البرلمان في الوقاية من الفساد ، مجلة الفكر البرلماني ، صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 11 ، جانفي 2006، ص 225 .

² - وليد خلاف ، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي ، مذكرة ماجستير ، تخصص الديمقراطية والرشادة ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009 ، 2010 ، ص 61 .

³ - عبد الله غالم ، بن الضيف محمد عدنان ، تفعيل دور الحوكمة كآلية للحد من الفساد المالي والإداري في الوطن العربي مع الإشارة لتجارب دولية ، مداخلة مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 06 ، 07 ماي 2012 ، ص 14 .

⁴ - احمد أبو ديّة عبد الرحمن أبو عرفة وآخرون ، نظام النزاهة العربي في مكافحة الفساد ، المركز اللبناني للدراسات ، (دون طبعة) ، لبنان ، 2005 ، ص 122 من الموقع www.lcps-lebanon.org ، تاريخ الزيارة 14/06/2013 .

لقد عملت الجزائر على حماية الوظائف العامة من خلال العمل على تحسين أداء القطاع العام فيما يخص مكافحة الفساد ، وذلك من خلال الإصلاحات المعتمدة في هذا المجال ، عن طريق التركيز على الأداء في النفقات العامة الذي يتطلب بدوره آليات لتحسين تدفق المعلومات ونوعية الحوار والنقاش داخل الإدارة ، وإصلاح الوظائف العامة وجعلها أكثر مساءلة ، عبر تقييم النتائج أكثر من العمل البيروقراطي ، وعبر ضمان التطبيق السليم للسياسات وخدمة المواطنين بإنصاف وكفاءة والسيطرة على الفساد بتقليص فرص الغش وزيادة فعالية العقوبات والإجراءات الردعية وغرس قيم النزاهة والأمانة .

والملاحظ أن استقلالية الهيئات التنظيمية تجنّب الوقوع في أطماع القطاع الخاص ، أو المسؤولين الحكوميين التي تكون لهم طموحات سياسية ، وهي تعتبر غرس أخلاقيات الخدمة العامة والحفاظ على الموارد العامة ، لتحسين مستوى التزام الوظيفة العامة بالأداء وخفض تكاليف عقوبات ومراقبة المساءلة الرسمية ، عبر تبني إجراءات تعاونية لبناء الثقة والاحترام المتبادل بين الموظفين وموظفي الهيئات العامة² .

ومن هذا المنطلق فإن حماية الوظائف العامة من مخاطر الفساد تقتضي وجود نوعين من الحماية، الحماية الإدارية والحماية الجزائية وهي كما يلي :

المطلب الأول : الحماية الإدارية

لقد نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على الحماية الإدارية³ في مادته السابعة على أنه " من أجل دعم مكافحة الفساد ، تعمل الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها ، لا سيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية والعهد الانتخابية " ⁴ .

¹ - صلاح الدين فهمي محمود ، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، (دون طبعة) ، الرياض ، 1994 ، ص 105 ، 106 .

² - وليد خلاف ، المرجع السابق ، ص 138 .

³ - إن الحماية الإدارية للوظائف العامة تقتضي وجود مدونات لأخلاقيات المهن ، والتي تعتبر ضماناً من الفساد بكافة أشكاله ، بحيث تدعم الشفافية و النزاهة على مستوى الإدارات ، وتمكن من الأداء السليم للوظائف والمدونات كثيرة منها المدونة العامة لقواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين الموقع بتاريخ 17/12/1979 ، مدونة أخلاقيات الوظيفة العمومية ، مدونة أخلاقيات مهنة القضاء ، مدونة أخلاقيات الشرطة ، مدونة أخلاقيات مهنة التربية ، التكوين والتعليم ، مدونة أخلاقيات المهنة الجبركية ، مدونة أخلاقيات مهنة الضرائب ،

انظر موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الرشوة ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، (دون طبعة) عين مليلة -الجزائر - ، 2010 ، ص 281

⁴ - القانون 01/06 السابق الذكر .

وتقتضي الحماية الإدارية للوظائف العامة داخل الدولة من مخاطر الفساد ، السعي نحو التأطير الجيد و الصحيح لمختلف التنظيمات و الأعمال و الخدمات التي يجب على الموظف التقييد بها ، فالهدف من وضع المدونات هي حماية الوظائف العامة من مخاطر الفساد والرشوة وتعزيز نزاهة الإدارات العامة¹ ، فمدونات أخلاقيات المهن والأعمال تمثل واجبات الوظيفة وآدابها التي يجب احترامها من طرف الموظفین ، إذ تضبط هذه المدونات عملية قيام الموظف بأداء واجباته الوظيفية بأمانة ونزاهة وموضوعية والعمل باستمرار على تحقيق أهداف الجهة التي يعمل بها ، و أن تكون ممارساته في حدود الصلاحيات المخولة له ، وأن يؤدي عمله بحسن نية متجرداً من سوء القصد أو الإهمال أو مخالفة القانون أو الإضرار بالمصلحة العامة لتحقيق مصلحة خاصة ومنه سنحاول أن نركز على دراسة مدوّنتين فقط وهما ، مدونة أخلاقيات مهنة القضاء ، ومدونة أخلاقيات المهنة الجمركية².

الفرع الأول : مدونة أخلاقيات مهنة القضاء

إن من واجب القاضي نحو المجتمع أن يحسن الاضطلاع بأمانة وقديسية رسالة القضاء ، التي تلقى على عاتقه ، وهي أضخم الأعباء والمسؤوليات ، و أن يتحلّى بصفات الاستقامة والنزاهة والتجرد والحياد والاستقلال ، والتفرغ الكامل لأدائها والالتزام بالقواعد والسلوكيات التي تهدف إلى تحقيق العدل وسيادة القانون ، وقد نص القانون الأساسي للقضاء في مادته الـ 64 على أن توضع مدونات لأخلاقيات مهنة القضاء حتى يدرك القاضي ويلتزم التزاماً صريحاً بالاستقلالية والحياد والنزاهة بما في ذلك واجب تطبيق القانون وواجب العلم به والنطق به في الآجال المعقولة مسبباً حكمه تسيباً كافياً والالتزام بمقتضيات الشرعية ، خاصة ما تعلّق منها بحماية حقوق الأفراد و المجتمع ملتزماً بواجب التحفظ و أن لا يخون الثقة والاحترام لوظيفة القضاء في غير ضعف إزاء زملائه القضاة وإزاء المتقاضين وأعاون القضاء ورؤسائه ومرؤوسيه³ ، وذلك في ظل التزام الدولة بالعمل على دعم وضمان استقلال القضاء وتوفير الظروف والوسائل المادية والمعنوية التي تمكنه من أداء رسالته بكل حرّية و استقلال في إطار الالتزام بالمبادئ القانونية وأخلاقيات المهنة الشريفة لأجل تأكيد سيادة القانون وحماية المجتمع والسهر على احترام الكرامة الإنسانية

¹ - وهو ما نصت عليه المواد من 26 الى غاية 54 من القانون 06/ 03 المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية .

² - سامية بعيسي ، بزني ميلود ، دور ثقافة التطوير الذاتي للموظفين في تطويق الفساد الإداري - مدخل التحلي بأخلاقيات العمل - ، مداخلة مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 06 ، 07 ماي 2012 ، ص 07 .

³ - موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر ، منشورات المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، (دون طبعة) ، الجزائر ، 2009 .

ص 205 ، 206 .

والحقوق والحريات الأساسية للأشخاص والحفاظ على ممتلكاتهم ، وهو ما جاءت به هذه المدونة التي نشرت في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 17 بتاريخ 2007/03/14 .

الفرع الثاني : مدونة أخلاقيات المهنة والسلوك الخاصة بموظفي الجمارك

لقد أشار المرسوم التنفيذي رقم 239/89 المتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على عمال الجمارك المعدل والمتمم على أن موظفو سلك الجمارك ملزمون بالتصريح بممتلكاتهم ، كما يمنع عليهم منعا باتا قبول الهدايا والهبات مهما كانت طبيعتها ولهم في ذلك إعلام السلطة السلمية عن كل فعل رشوة أو محاولة ارتشاء قد يتعرضون لها¹ ، وقد أشارت مدونة أخلاقيات المهنة والسلوك الخاصة بموظفي الجمارك على انه، يجب على موظفي إدارة الجمارك بالنظر إلى طبيعة مهمتهم أن يتحلوا بالنزاهة والإخلاص والإنصاف ، حتى يفوزوا بثقة الجمهور ويحافظوا عليها فإنهم من المهم أن يتقيدوا بكل الصرامة والدقة في علاقاتهم مع المواطنين ومع الأوساط التجارية أو مع غيرهم من أعوان الدولة بالقواعد المحددة في هذه المدونة ، المنبثقة من تصريح " أروشا " ومن مدونة أخلاقيات المهنة والسلوك الخاصة بالمنظمة العالمية للجمارك ومن النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول² .

من خلال عرضنا الموجز لهذه المدونتين ، كنموذجين فقط نلاحظ أنهما يتعلقان بحماية وظائف حيوية في الدولة (القضاء، الجمارك)، وهما من القطاعات الحيوية جدا والتي يعيش فيها الفساد ويعكسان صورة الحكم الراشد في الدولة، وتبقى مثل هذه المدونات غير كافية في مكافحة الفساد والحد منه ، والواقع يبيننا بذلك إذ تبقى هذه الوظائف تحتل المراتب الأولى من حيث الفساد، وبالتالي تبرز الحماية الجنائية لمختلف الوظائف الإدارية من مخاطر الخروج على أحكام مبدأ الشرعية ودولة القانون .

¹ - تنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 239/89 ، المؤرخ في 21 جمادى الاولى 1410 ، الموافق لـ 19 ديسمبر 1989 ، جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخة في 22 جمادى الاولى ، الموافق لـ 20 ديسمبر 1989 ، المتضمن القانون الاساسي الخاص المطبق على عمال الجمارك المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 94 / 220 ، المؤرخ في 14 صفر 1415 ، الموافق لـ 23 يوليو 1994 ، جريدة رسمية عدد 48 ، مؤرخة في 18 صفر 1415 ، الموافق لـ 27 يوليو 1994 ، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 145/2000 ، مؤرخ في 25 ربيع الاول 1421 ، الموافق لـ 28 يونيو 2000 ، جريدة رسمية عدد 38 ، مؤرخة في 29 ربيع الاول 1421 ، الموافق لـ 02 يونيو 2000 ، على انه (يلزم موظفو سلك الجمارك بالتصريح بممتلكاتهم في اطار التشريع والتنظيم الجاري العمل بهما) ، وتنص المادة 23 من نفس المرسوم ، على انه (يتعين على موظفي سلك الجمارك احترام قواعد اخلاقيات المهنة . يمنع عليهم منعا باتا قبول بصورة مباشرة او غير مباشرة هبات نقدا او عينا او اي امتياز آخر ، من شخص طبيعي او معنوي يقيم علاقات مهنية مع ادارة الجمارك . يتعين على موظفي سلك الجمارك اعلام فوراً سلطاتهم السلمية عن كل فعل رشوة مرتبط بالخدمة يعلمونه او اية محاولة ارتشاء يتعرضون لها) .

² - موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الرشوة ، المرجع السابق ، ص 283 و 288 .

المطلب الثاني : حماية الوظيفة العامة من مخاطر الفساد بواسطة آلية تجريم الفساد

يعمل المشرع الجزائري في القوانين العقابية على تجريم كافة أنواع الاعتداء العمدي على الأموال ، سواء كانت مملوكة للدولة أم للأفراد ، إلا أن الأموال العامة تتمتع بقدر أكبر من الحماية إذ يمكن ملاحظة ذلك من خلال تجريم المشرع للاعتداء العمدي أو غير العمدي الذي يقع على الأموال العامة أو خلال تشدده في عقاب الاعتداء الواقع على هذه الأموال بحكم إدارتها وظيفيا عن طريق مرافق عامة وإدارات متخصصة¹ .

بما أن الفساد ظاهرة ذات آثار مدمرة ، يستوجب حتمية تجريم مختلف أشكال المخاطر المحدقة والناجمة عنه بنصوص قانونية رادعة صادرة عن البرلمان² ، سواء كانت مستقلة كقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، أو لها علاقة مع قوانين أخرى كقانون مكافحة التهريب ، والقانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما وغيرها من القوانين :

الفرع الأول : في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

من خلال الجرائم التي جاء بها قانون مكافحة الفساد يمكن تصنيفها إلى ثلاث مجموعات رئيسية هي :
المجموعة الأولى : تضم تجريم الرشوة ، وهي رشوة الموظّفين العموميين والوطنيين والأجانب والرشوة في القطاع الخاص ، والرشوة في الصفات العمومية .

المجموعة الثانية : تضم تجريم الجرائم المالية وما في حكمها ، وهي اختلاس الممتلكات من قبل موظف عمومي أو استعمالها على نحو غير شرعي ، الغدر ، إساءة استعمال الوظيفة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، الإثراء غير المشروع ، تبييض الأموال .

المجموعة الثالثة : وهذه المجموعة تخص تجريم جرائم النفوذ وهي الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، الإعفاء أو التخفيض غير القانوني في الضريبة أو الرسم، استغلال النفوذ، تعارض المصالح، عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالممتلكات³ .

¹ - نوفل عبد الله صفو الدليمي ، الحماية الجزائرية للمال العام ، (دراسة مقارنة) ، دار هومة للنشر ، (دون طبعة)، الجزائر ، 2005 ، ص 191 .

² - خالف عقيلة ، المرجع السابق ، ص 65 .

³ - حمليل صالح ، تحديد مفهوم جرائم الفساد في القانون الجزائري ومقارنتها بالاتفاقيات الدولية ، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، يومي 02 و 03 ديسمبر 2003 ، ص 02 .

ومن هنا نلاحظ أن هذا القانون في مجمله قانون تجريم ووقاية في نفس الوقت ، ففي الشق المتعلق بالتجريم فقد اهتم بالمجالات التي تؤثر على الوظيفة العامة وكذا الادارة وهذا من خلال تصنيف الجرائم على أساس الجسامة خاصة. ويهدف هذا القانون من خلال تجريم هذه الأفعال إلى حماية أمن الدولة وسلامة المجتمع بصفة عامة وفاعلية ودور الوظيفة بصفة خاصة¹.

الفرع الثاني : النصوص التكميلية لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته

كما سبق وأشرنا أن نطاق تجريم المخاطر والأفعال التي تضر بالوظيفة العامة ، إنما تركز أيضا بموجب قوانين خاصة ذات الصلة بموضوع الاعتداء على الوظائف العامة فهناك ترسانة من النصوص الخاصة نوجزها فيما يلي:

- أ- القانون 90/10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض
- ب- الامر 11/03 مؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض
- ج- الامر 22/95 المؤرخ في 26/08/1995 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية
- د- قانون 07/79 المؤرخ في 21/07/1979 المتضمن قانون الجمارك المعدل
- هـ- القانون 01/05 المؤرخ في 06/02/2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب ومكافحته ، وغيرها من القوانين ذات الصلة².

المطلب الثالث : حماية الوظيفة العامة بواسطة آلية تطبيق إجراءات المتابعة القضائية لجرائم

الفساد

وهي تلك الشكليات القضائية في الدعوى العمومية التي تنشأ عند ارتكاب جريمة من جرائم الفساد وتحرك من طرف السلطات القانونية والقضائية :

الفرع الأول : دور السلطات القانونية المختصة في تطبيق إجراءات متابعة جرائم الفساد

فالسلطات القانونية تتمثل في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، تتولى عدة مهام في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته ومن الإجراءات التي تلجأ إليها الهيئة للكشف عن أعمال الفساد ما نصت عليه المواد 20، 21، 22 من القانون 01/06، فمن حق الهيئة المتخصصة تقديم طلبات لأي شخص طبيعي أو معنوي للاطلاع على الوثائق والمعلومات التي رآها مفيدة في تحرياتها للكشف عن أعمال الفساد وبالتالي يقع على عاتق الإدارات

¹ - خالف عقيلة ، المرجع نفسه ، ص 76

² - موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الفساد ، المرجع السابق ، ص 223

والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص الالتزام بما تقدمه الهيئة من طلبات¹، وعندما تتوصل الهيئة المتخصصة في تحرياتها إلى وقائع ذات وصف جزائي تحول الملف إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، وعلى هذا الأساس فإن الهيئة تتمتع بسلطات ذات صلة بالسلطات القضائية، من جهة أخرى يمكن تصور ممارسة هذه الاختصاصات من طرف البرلمان في إطار اختصاصاتها أن تنشئ في أي وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة.

الفرع الثاني : دور السلطات القضائية المختصة في تطبيق إجراءات متابعة جرائم الفساد

من المعلوم أن المدعي في الدعوى العمومية هو الهيئة الاجتماعية أو المجتمع صاحب الحق في العقاب ، ولما كان من المستحيل على المجتمع في مجموعه أن يحرك ويباشر الادعاء في الدعوى العمومية حول هذا الأمر إلى النيابة العامة ، فهي ملزمة ومقيّدة بمتابعة إجراءات تحريك الدعوى العمومية ، غير أنه إذا كان الأمر يتعلق مثلا بفرض غرامات مالية أو تحصيل حقوق أو رسوم جمركية فإن الإدارة الجمركية هي التي تمارس الدعوى الجبائية لتطبيق العقوبات الجبائية وتكون النيابة العامة في هذه الحالة طرفا يمارس الدعوى الجبائية بالتبعية للدعوى العمومية وهو ما نصّت عليه المادة 259 من القانون 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 المعدل والمتمم .

كما تنص المادة 110 من الدستور 1996 على أنه " لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب أو عضو مجلس الأمة بسبب جنائية أو جنحة إلا بتنازل صريح منه أو بإذن حسب الحالة من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه " .

ويبدو واضحا بأن تطبيق إجراءات المتابعة القضائية لجرائم الفساد تتميز بالخصوصية والتي تبررها خطورة تلك الجرائم وكذا الصفة المتميزة لمرتكبيها ، كما هو الحال مثلا بالنسبة للحالات المنصوص عليها في المادة 572 من قانون الإجراءات الجزائية ، والتي تنص على أنه " إذا كان عضو من أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو رئيس أحد المجالس القضائية أو النائب العام لدى المجلس القضائي قابلا للائحة بارتكاب جنائية أو جنحة أثناء مباشرة مهامه أو بمناسبتها ، يحيل وكيل الجمهورية الذي يخطر بالقضية الملف عندئذ بالطريق السلمي على النائب العام لدى المحكمة العليا فترفعه هذه بدورها إلى الرئيس الأول لهذه المحكمة إذا ارتأت أن هناك ما يقتضي المتابعة وتعين هذه الأخيرة أحد أعضاء المحكمة العليا ليجري التحقيق " .

وتطبيقا لهذه الخصوصية فيناط التحري و الاستدلال إلى جانب ضباط الشرطة القضائية بمفهوم المادتين 15 و 19 من قانون الإجراءات الجزائية لأعوان الإدارات والمصالح العمومية حيث وبموجب قوانين خاصة يمكن أن تمنح لهم سلطات الضبط القضائي في عملية التحري والاستدلال عن جرائم الفساد طبقا للمادة

¹ - خالف عقيلة ، المرجع السابق ، ص 78

27 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه " يباشر الموظفون و أعوان الإدارات والمصالح العمومية بعض سلطات الضبط القضائي التي تناط بهم بموجب قوانين خاصة وفق الأوضاع وفي الحدود المبينة بتلك القوانين . ويكونون خاضعين في مباشرة مهام الضبط القضائي الموكله إليهم طبقا لأحكام المادة الثالثة عشر من هذا القانون " ¹ .

المبحث الثاني : تعميق اللامركزية في مكافحة الفساد وبناء الحكم الراشد في الجزائر

حتى تشيع ثقافة الحكم الراشد في الدولة الجزائرية ، وجب بالمقام الأول مكافحة الفساد في الإدارات العمومية المحلية التي تعتبر مسؤولة عن إدارة شؤون المجتمع المحلي على مستوى الإقليم (بلدية - ولاية) ، والتي تستند إليها شرعية الحكومة والإدارة المحلية على نفس المبادئ التي تستند عليها الإدارة الوطنية ، مما يعطيها حق التصرف نيابة عن باقي الشعب لحماية مصالحهم فاعتماد أسلوب اللامركزية ينمي الحكم الرشيد من خلال تقريب المواطن من الإدارة ، الأمر الذي يتيح لها فرصة أفضل لفهم الأوضاع القائمة ومن ثمة مكافحة الفساد ² ، عن طريق القضاء على البيروقراطية ، وعدالة توزيع الثروة والتداول على السلطة ومكافحة الفساد ³ ، ومساهمة الوحدات الإدارية في إعداد خطط التنمية والاستفادة من الإمكانيات الاقتصادية المحلية وتوجيهها نحو المشروعات الإنتاجية والخدماتية ⁴ ، وتنشيط أداء الإدارة لتكون فعالة وقادرة على اتخاذ القرارات المناسبة بحسب طبيعة وظروف كل منطقة ، وهو ما أصبح يستوجب إعطاء دور أكبر لهاته المؤسسات وخاصة البلديات ⁵ ، من خلال تزويدها بسلطات ومسؤوليات هامة خصوصا تلك الواقعة في مناطق ريفية بعيدة ، بما يؤهلها لتصبح قادرة على تخطيط وتنفيذ البرامج والسياسات العامة المحلية بفاعلية وكفاءة ، وتحسين الأداء المحلي وتطوير خدمات البنية التحتية التي تؤسس في النهاية لهدف التنمية المحلية المستدامة ، وهو ما يؤكده البنك الدولي الذي يضع ثلاث اعتبارات هي :

¹ - خالف عقيلة ، المرجع السابق ، ص 79 ، 81 .

² - التقرير الاسترشادي حول أدوات تشخيص الفساد الاداري والمالي في العراق ، برنامج المجتمع المدني العراقي ، بغداد ، 2008/03/28 ، ص 22 .

³ - العيشاوي عبد العزيز ، الحكم الراشد ومكافحة الفساد ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، عدد 02 ، 2008 ، ص 201 .

⁴ - جردير ليلي ، المرجع السابق ، ص 72 .

⁵ - عمر شريف ، عمر شريف ، التدقيق وتحديات الفساد المالي في المؤسسة ، مداخلة مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة يومي 06 ، 07 ماي 2012 ، ص

أ- مدى إدراك الحكومات لانشغالات السكّان المحليين وحاجاتهم .
 ب- مدى اتخاذ القرارات المحليّة بشكل مقصود وهادف يلبي مطالب السكان ويشجع قيم المساءلة وتحقيق الكفاءة المالية ، خصوصا إذا كان تمويل الخدمات وإنفاذها يتم بشكل لا مركزي .
 ج- مدى السماح بحرية أكبر في عملية صنع واتخاذ القرار بأشكال تتجاوز البيروقراطية¹ أي هرمية القرارات.

وموقع الإدارة المحلية و اقترابها من المواطن و احتكاك هذا الأخير بها يفرض عليها فتح سبل مشاركة المواطنين في العملية التنموية ، وفي صنع القرارات وممارسة الرقابة الشعبية ، و أن تكون أكثر احتكاكا بمنظمات المجتمع المدني، وتستجيب لانشغالاته، كما تفرض عليها معايير الحكم الراشد المحلي أن تكون أكثر شفافية في التعامل مع الجمهور، بإمدادهم بالمعلومات اللازمة² وهو ما يؤكد تطبيق نظام حكم وإدارة جيّد يقوم على اللامركزية والديمقراطية ، والتأكيد على أهمية النظام القانوني الذي يحقق العدالة ويكفل مساواة الأفراد أمام القانون³ .

وعلى هذا الأساس فإن اقتراب الإدارة المحلية من المواطن ميزة لا تتوافر لقطاع آخر من قطاعات الدولة ، مما يجعلها أقدر على إدراك طبيعة الظروف والحاجات المحلية ومن ثمة تعتبر الإدارة المحلية بمثابة قناة تنقل مشكلات المجتمع وحاجاته من جانب وتعيد إلى هذا المجتمع حل هذه المشكلات و أساليب اللجوء للحاجات من جانب آخر⁴ .

المطلب الأول : دور اللامركزية في مكافحة الفساد

ففي إطار اتّساع نشاط الدولة ، تبرز اللامركزية كآلية تهدف إلى زيادة دعم مكافحة الفساد في البلديات والولايات ، ويبرز دورها فيما يلي :

أ- تنص المادة 12 من قانون البلدية على أنه " قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري المذكور في المادة 11 يسهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثّهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم " ⁵ ، فطبعا

¹ - وليد خلاف ، المرجع السابق ، ص 133 ، 134 .

² - عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، دار جسر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2012 ، ص 138 .

³ - بن عبد العزيز خيرة ، المرجع السابق ، ص 331 .

⁴ - علي أنور العسكري ، الفساد في الإدارة المحلية ، مكتبة بستان المعرفة للنشر والتوزيع ، (دون طبعة) الإسكندرية ، 2008 ، ص 14 .

⁵ - القانون رقم 10/11 ، المؤرخ في 20 رجب 1432 ، الموافق لـ 22 يونيو 2011 ، المتضمن قانون البلدية جريدة رسمية عدد 37 ، مؤرّخة في 01 شعبان 1432 ، الموافق لـ 03 يوليو 2011 .

لهذا النص فإن التنمية المحلية وتوفير وتطوير خدمات البنية التحتية المحققة للرضا الجماهيري ، على أساس من الديمقراطية تنبثق أساسا من الاستراتيجية المحلية العامة داخل الدولة في التوجه نحو بلورة السياسة العامة مع ضرورة الوقاية من الفساد¹ .

ب- تحقق اللامركزية إثر العلاقة التي تربطها بالقطاع الخاص قيم النزاهة والشفافية وعدم التورط في الفساد، بحيث تعمل على حث القطاع الخاص وتحميله مسؤولية الكشف عن مواطن الفساد .

ج- سهولة رصد الفساد على كل مستويات الإدارة المحلية ، فالبلدية تستطيع حصر ممارسات الفساد نتيجة صغر الإقليم ، ومن ثمة اتخاذ تدابير ردعه بحيث تكون العملية بسرعة ودقة² .

د- تعمل المجالس المحلية المنتخبة على الاضطلاع بصلاحيات تقريرية ورقابية في إطار اختصاصاتها ، وفي نطاق رقعتها الجغرافية ،

والذي يجعلها معنية بالدرجة الأولى في مكافحة الفساد وتحقيق متطلبات وحاجات الأهالي³ ، ونحن نوافق هذه النقطة بدليل أن هدف المواطن من العمليات الانتخابية التي تخص المجالس المحلية هو الكشف عن مواطن الفساد حتى تتحقق التنمية وتتم خدمة المواطن على أتم وجه .

هـ- تعمل اللامركزية على تحقيق فاعلية الوظيفة الإدارية وتحقيق الكفاية الإدارية والحد من البيروقراطية في الإدارة الحكومية ، إضافة إلى تحقيق سهولة القيام بعمليات الإصلاح الاقتصادي والإداري ، وتخفيف ضغط النفقات على الإدارات المركزية ، وتحقيق العدالة في التوزيع وهي في حقيقة الأمر مكمّات لمكافحة الفساد داخل الإدارة العامة⁴ .

و- إن اللامركزية تؤكد على الالتزام بمبادئ الشفافية في أداء المجالس المحلية المنتخبة بسبب قربها من أعضائها وموظفيها والخدمات التي يقدمها إلى المواطنين ، ونظرا لاتصال المواطن اليومي المباشر بالخدمات المقدمة ، وبالموظفين أو حتى بأعضاء المجلس نفسه ، فهذه العلاقة شفّافة ، و اي محاولة لإخفاء الشفافية وإثارة بؤادر الفساد في المجالس أو خارجها تكون مرفوضة من قبل الجمهور⁵ .

¹ - وليد خلاف ، المرجع السابق ، ص 171 .

² - تقرير مركز المشروعات الدولية الخاصة ، اللامركزية ومحاصرة الفساد في المحليات وتأثيره على المشروعات الصغيرة و المتوسطة ، ص 37 من الموقع www.cipe-arabia.org ، تاريخ الزيارة 2013/04/18 .

³ - علي أنور العسكري ، المرجع السابق ، ص 17 .

⁴ - جردير ليلي ، المرجع السابق ، ص 72 .

⁵ - احمد أبو دية ، عبد الرحمن أبو عرفة و آخرون ، المرجع السابق ، ص 122 .

ك- إن الاهتمام بدور اللامركزية في مكافحة الفساد يتحدد من منطلق أن هناك من مؤشرات ما يؤكد توطن الفساد في محليا ، وعلى ذلك فإن اتجاه السياسة العامة للدولة تستقى من اتجاهات الرأي العام المحلي ، في ظل اتساع النشاط الإداري للدولة الذي يهدف إلى التنمية المحلية¹ .

المطلب الثاني : دور اللامركزية في تحقيق الحكم الراشد انطلاقا من مكافحة الفساد

وانطلاقا من دور اللامركزية الفعّال في مكافحة الفساد ، وفي ظل تصوّرات بناء الحكم الراشد الوطني فإن اللامركزية وانطلاقا من مكافحة الفساد تسعى إلى تحقيق حكم عادل وشفّاف مبني على أسس الديمقراطية التشاركية والعدل والمساواة وذلك عن طريق :

أ- تساعد اللامركزية بما توفره من فرص للتدريب والمشاركة أن تكون مدخلا لإرساء قيم الديمقراطية وحقوق الإنسان وعلى رأسها الحق في المشاركة السياسية وصولا إلى مستوى أفضل من مستويات الحكم الراشد² .

ب- تحقيق دعائم التنمية الشاملة والمستدامة انطلاقا من مؤشر الشفافية فيما يخص قواعد وآليات تسيير الأجهزة المحلية والمرفقية ، فوفقا لهذا المؤشر الذي يعتبر من أهم مبادئ الحكم الراشد الذي يعمل على تحريك قنوات الرقابة ، وتمكين المواطن من معرفة القرارات الإدارية المتخذة ، وهو ما يسهل رصد أخطاء الإدارة المحلية ، ويساهم بذلك في مكافحة الفساد ونشر القيم الفاضلة³

ج- لعل اللامركزية تقتضي توزيع الوظائف بين السلطة المركزية والإدارة المحلية ، وهي من مؤشرات الحكم الراشد خاصة إذا اقتزنت بمكافحة الفساد داخل الوحدة المحلية ، والتي تمكّن الاستجابة لطلبات المواطنين، و الاهتمام بانشغالهم وكفل مجال المشاركة في صنع القرار المحلي طبقا للمادة الـ 02 من القانون 06/06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة⁴

د- تعمل اللامركزية على بناء الشفافية من خلال عدم تمركز القرارات في مواقع معينة وذلك عن طريق الابتعاد عن تعقيد الإجراءات الروتينية التي غالبا ما تؤدي إلى الفساد داخل الجهاز الإداري⁵

¹ - على أنور العسكري ، المرجع نفسه ، ص 40 ، 41.

² - تقرير مركز المشروعات الدولية الخاصة ، اللامركزية ومحاصرة الفساد في المحليات وتأثيره على المشروعات الصغيرة والمتوسطة ، المرجع نفسه ، ص 27 .

³ - عمار بوضياف ، شرح قانون الولاية ، دار جسر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2012 ، ص 187 ، 188 .

⁴ - عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص 143 .

⁵ - سامي بعيسي ، برني ميلود ، المرجع السابق ، ص 06 .

هـ - كما تعمل اللامركزية على تفعيل مبدأ الشفافية كأصل عام ومبدأ السرية كاستثناء محدود المعالم والنطاق خاصة بعد المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والذي من شأنه أن يؤسس لنظام معلومات واضح ومعلن ، وهذا الأمر يولد لا شك علاقة متينة بين المواطن و الإدارة¹.

و- إن مكافحة الفساد تقتضي تعزيز سلطة قنوات المشاركة الشعبية كقاعدة للامركزية في المجالس الشعبية المنتخبة على مستوى البلديات والولايات ، وهذا له أثر عميق في تحقيق أسس الحكم الراشد خاصة من ناحية تقريب الإدارة من المواطن ، ليس فقط من حيث المساهمة الشعبية في تسيير الإدارة ، أو من حيث تسهيل الاتصال بين المواطن والإدارة ولكن أيضا الآن المجموعات المحلية أصبحت لها صلاحيات واسعة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، إذ أصبحت لها علاقة وطيدة بمسألة الحد من سيطرة سلطة المكاتب في التجمعات المستضعفة ، وبما له من تحقيق التنمية الشاملة².

ز- كما أن متطلبات الحكم الراشد التي تسعى اللامركزية إلى تحقيقها من خلال عمليات مكافحة الفساد في المجتمعات المحلية ، يشير إلى ضرورة صياغة مبادرات التنمية المحلية بحيث توفر الشراكة بين الجهات المعنية باستثمار نتائج هذه المبادرات كمختلف اتحادات وجمعيات الحرفيين المحلية ، والمعلمين والإداريين ، بمكافحة الفساد في مهده³.

ك- كما أن اللامركزية كنموذج للحكم الراشد ، تعمل على مكافحة ابرز مظاهر الفساد من خلال ترشيد إدارة الموارد والمشاريع المالية المحلية ، عن طريق ترشيد الإنفاق المحلي عبر اقتراح تعليمات واضحة وبرمجة دورات تعليمية وتدريبية لمسؤولي البلديات حول إدارة الاستثمارات المحلية ووضع برامج تدريب الإدارات المحلية على السلوك المالي المسؤول⁴.

ل- تعمل اللامركزية على إسناد المسؤوليات التي تعد ضمن مهام السلطات المركزية إلى ممثلي المجموعات المحلية ، وذلك لإدخال حركية متطورة للعمل بها ، وتشمل اللامركزية جانبا أساسيا يتمثل في اختيار الأولويات والأعمال المحلية ، بمعنى أنها تسمح بتقوم فعلي للإمكانيات المحلية والتغطية الجيدة للحاجيات الأساسية ، غير أن الإصلاحات يجب أن تمتد إلى ميادين حساسة مثل العدالة والتربية والصحة⁵.

¹ - عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، المرجع نفسه ، ص 161 .

² - بومدين طاشمة ، التوسع البيروقراطي الحلقة المنسية في عملية التنمية في الوطن العربي مجلة دراسات اقتصادية ، صادرة عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر ، عدد 19 ، جويلية 2011 ، ص 37 .

³ - سليم الحص ، وآخرون ، المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة للإصلاح السياسي والاقتصادي في الأقطار العربية ، منشورات المنظمة العربية لمكافحة الفساد الدار العربية للعلوم للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2006 ، ص 140 .

⁴ - وليد خلاف ، المرجع السابق ، ص 137 .

⁵ - إسماعيل الشطي ، وآخرون ، الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2004 ، ص 876 .

م- إن اللامركزية تفرض وجود الحكم المحلي الرشيد ، حيث تقوم العلاقة التفاعلية بين الدولة والسوق والمجتمع ، والتي تتطلب إدارة محلية كفؤة وحكومة مؤهلة تقنيا لتنظيم العلاقة بين هذه الأقطاب الثلاثة المنتجة لفعالية الخدمات المؤسسية ، وتحسين معايير الإنتاج ، لتطوير سوق العمل والمحققة للرضا المتزايد للسكان ، والاستفادة من النمو وشرعية الوظائف الحكومية ، وتمثل برامج الإصلاح في مجال مكافحة الفساد جوهر الحكم الرشيد¹ ، ولعل أبرز نقطة يمكن إثارتها هي أن مكافحة الفساد تقتضي الانتقال به إلى الواقع المحلي ، مما يعني دور الجهود على صعيد السياسات الوطنية والدولية² .

المبحث الثالث : تجسيد فكرة الحكومة الالكترونية لمكافحة الفساد ضمن مقتضيات

الحكم الرشيد .

إن تجسيد فكرة الحكومة الالكترونية في الجزائر من أجل مكافحة الفساد و تحقيق الحكم الرشيد ، ينبع من أهمية وارتباط الادارات والمرافق العمومية به ارتباطا وثيقا و لا يمكن التنازل عن فكرة أولوية تجسيدها في مكافحة الفساد ، وكذا ارتباط الحكومة الالكترونية بمكافحة الفساد وتحسين الحكم وذلك وفقا للمعايير الادارية ذات الخدمات العمومية .

المطلب الأول : أولوية تجسيد الحكومة الإلكترونية في مكافحة الفساد في الجزائر

بالنظر الى التطور الحاصل في الادارات العمومية الجزائرية ، ومدى استجابتها لتحقيق الخدمات العمومية للجمهور من جهة أولى فإنها من جهة ثانية تسعى الى مكافحة الفساد بالقدر الذي تتطلبه المرافق العمومية تحقيقا للحكم الرشيد في الجزائر من خلال:

الفرع الأول : فكرة الحكومة الإلكترونية كآلية لمكافحة الفساد

من أجل القضاء على الفساد وعصرنة جهاز الإدارة العامة ، في إطار متطلبات الحكم الرشيد طُبقت استخدامات الحكومة الالكترونية وقد حَققت بعض الدول إنجازات عدّة في هذا المجال نذكر منها جهاز بلدية سيول المفتوحة في كوريا الجنوبية ، الذي يمثل نموذجا لمكافحة الفساد من خلال جعل عمليات أخذ القرارات والأعمال الفردية للموظّفين المدنيين أكثر شفّافة³ ، وزيادة استخدام تقنية المعلومات في الجهاز الحكومي ليست حكرا على الدول المتقدّمة فقط ، وهي جزء أساسي من عملية الإصلاح الحكومي في معظم الدول المتقدمة والنامية ، فبوركينافاسو مثلا لديها نظام إلكتروني معلوماتي ، يتيح للحكومة متابعة كل

¹ - وليد خلاف ، المرجع السابق ، ص 129 .

² - سليم الحص و آخرون ، المرجع السابق ، ص 140 .

³ - فاديا قاسم بيبسون ، الرشوة وتبييض الأموال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى بيروت ، 2008 . ص 150 .

مرحلة من مراحل عمليات النفقات ، من الالتزام حتى الدفع وهذه مساعدة كبيرة في محاربة الفساد التي تعتبر جزءا من الإصلاح الإداري¹ . فمن جهة أولى رغم أهمية التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال، فإنها لم تدرج ضمن معايير قياس نوعية الخدمات التي تقدمها المرافق العامة ، وذلك يبقى على هامشية استخدام المعلوماتية في الإدارات الإفريقية ، وفي هذا المجال يحث تقرير اللجنة الاقتصادية من أجل إفريقيا على ترقية الحكومات الافتراضية ، واستخدام الطرق الحديثة في الاتصال ، لرفع درجة الشفافية والفعالية في تسيير الشؤون العامة² .

الفرع الثاني : أهمية الحكومة الإلكترونية في الجزائر

إن استخدام أساليب الحكومة الإلكترونية يقلل من احتكاك المواطن بالموظف العام وما قد ينجم عنه من إجراءات بتسهيل الإجراءات مقابل مبالغ مالية معينة (رشواى)³ وهو ما يفسر التطور الكبير الذي شهدته وسائل الإعلام والاتصال ، ودورها في مكافحة الفساد فوجود الرقمنة صار العالم قرية صغيرة ، وبات من السهل الولوج لأي معلومة أي كان نوعها ، وفي زمن قياسي⁴ بحيث تهدف أصلا إلى :

- أ- تحسين الخدمات والدقة والإتقان فيها .
- ب- تحقيق أفضل اتصال بين مختلف الإدارات .
- ج- اختصار الوقت ، وإصدار القرارات السليمة ذات الشفافية والموضوعية ، لتوفير المعلومات الدقيقة والصحيحة المنتقاة .
- د- تقليص المصروفات الإدارية الناتجة عن هدر الوقت واستنزاف الطاقات البشرية .
- هـ- السرعة في البحث واستخراج المطلوب⁵ .

من خلال هذه الأهداف فإن الحكومة الإلكترونية تسعى إلى القضاء على مختلف أشكال الفساد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، وذلك في إطار متطلبات الحكم الرشيد ، من خلال توفير المعلومات بشكل سريع ، عن طريق الكمبيوتر ومواقع الانترنت مما يقضي على مظاهر الفساد بشكل فعال خاصة عندما تقدم إلى المواطنين معلومات دقيقة ، وهذا من شأنه أن يوفر درجة كبيرة من الشفافية والمحاسبة وتبسيط الإجراءات وفي متناول الجميع⁶ .

¹ - جوزيف إس ناي ، جون دي دوناھيو ، المرجع السابق ، ص 343 .

² - سليم بركات ، المرجع السابق ، ص 61 .

³ - عبد الله غالم ، بن الضيف محمد عدنان ، المرجع السابق ، ص 14 .

⁴ - عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص 161 ، 162 .

⁵ - عبد القادر جبريل فرج جبريل ، الفساد الإداري عائق الإدارة والتنمية والديمقراطية ، مذكرة ماجستير ، تخصص إدارة الأعمال ، الأكاديمية البريطانية للتعليم العالي ، 2010 ، ص 96 .

⁶ - فاديا قاسم بيضون ، المرجع السابق، ص 150 .

المطلب الثاني : ارتباط الحكومة الالكترونية بمكافحة الفساد وتحسين الحكم في الجزائر

لعل الحكومة الالكترونية من الاساسيات العامة في مكافحة الفساد في النظريات الحديثة والتي تبنتها في الكثير من الأحيان المنظمات الحكومية وغير الحكومية عبر الكثير من المراحل ، انطلاقا من المصادقة على اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد وبداية ظهور الاتجاهات المنادية بتأسيس الحكم الراشد خاصة في الدول النامية وما واجهته هذه التجارب من انعكاسات ومحددات كما هو واقع في الجزائر ، وهو ما سندرسه في العناصر التالية :

الفرع الأول : تفعيل الحكومة الالكترونية في مكافحة الفساد و تحسين الحكم في الجزائر

ما يفسر ارتباط الحكومة الإلكترونية بالدور المهم والمتنامي في مكافحة الفساد عن طريق استخدام التكنولوجيا الحديثة للمعلومات من أجل تيسير وفاعلية العمل الإداري ، أو الخدمات الإلكترونية ، والقضاء على المشكلات الإدارية العتيقة الناجمة عن استخدام الورق وما نجم عنها من بيروقراطية وتعاملات بالرشوة واختلاسات أثرت سلبا على أداء الخدمات للجمهور ، وإعادة تنظيم الإدارات الحكومية ، وتطوير البنية التحتية المحلية بشكل يؤدي إلى انجاز التعاملات بيسر وسهولة وذات جودة عالية في العلاقات الداخلية والخارجية ¹ ، وهو ما توفره شبكة المعلومات المحلية (أنترانت) الذي يجمع كل مؤسسات وأجهزة الدولة ويربط بينها ، بحيث يتم تداوله والولوج إليه عن طريق الحاسب الآلي الموصل بالجهاز الرئيسي الذي يدير هذا النظام وتقدم نظام معلوماتي حول أنشطة الدولة ومواطنيها و الوافدين إليها ، ويسمح بالبحث فيه من خلال أية معلومة أو إجراء يخص مؤسسة أو إدارة في الدولة ومثال ذلك عندما يتقدم مواطن بطلب للحصول على قرض يطلب منه إحضار نموذج خاص بعدم الحصول على قرض سابق مصادقا عليه من كل المصارف العاملة بالمنطقة التي يقطن فيها ، وبما أن المصارف والبنوك كثيرة خاصة في بعض الولايات الكبرى ، فإن العملية تكون صعبة و أحيانا تأخذ وقت كبير وقد تتدخل الرشوة والنفوذ وغيرها مقابل تقديم مثل هذه الخدمات ، لذلك فإن نموذج الحكومة الالكترونية يسمح بالحصول على المعلومة في أقصر وقت مع حصانة العملية من كل مظاهر الفساد وبكل شفافية ووضوح ² .

ولعل أبرز ما يؤكد أهمية الإدارة الالكترونية في مواجهة الفساد وتحقيق الحكم الراشد نجد المجال الجبائي من خلال تفعيل نظام المعلومات الجبائي ، إذ لا يمكن تنفيذ مختلف برامج الرقابة الجبائية دون الاستناد إلى نظام المعلومات الجبائي ، الذي يعتبر العمود الفقري لمصالحتي الوعاء والتحصيل ، ذلك أن وظيفتها تبدأ بجمع البيانات و إدارتها ومراقبتها وحمايتها ، ولهذا الغرض تم إنشاء مديرية مستقلة بالمديرية

¹ - جردير ليلي ، المرجع السابق ، ص 75 ، 76 .

² - عبد القادر جبريل فرج جبريل ، المرجع السابق ، ص 97 .

العامّة للضرائب تسمى مديرية البحث عن المعلومات الجبائية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 364/07 المؤرخ في 2007/11/28 . وعلى ذلك يعتبر الرفع من أداء هذا النظام ليتمكن طالب المعلومات من تحقيق الأهداف المسطرة عن طريق ربط المصالح الضريبية المركزية والمحلية بنظام الإعلام الآلي ، الذي يتيح تتبع مسار المعلومة الجبائية على المستوى الوطني¹ .

وعلى ذلك فإن الحكومة الإلكترونية تساهم في تحقيق عدّة مزايا خاصة في مجال تسهيل كشف ومكافحة الفساد عن طريق زيادة شفافية العمال والموظفين والقرارات الصادرة عن الإدارات العمومية التي تنسم بدقة البيانات، وزيادة صوابها، وإيجابية النتائج² وعصرنة الإجراءات وتبسيطها، والانتقال من التطوير الداخلي للاستعمال الإلكتروني، التي تربط المصالح الحكومية فيما بينها، وبذلك يتم الانتقال إلى ثقافة المعاملات الإلكترونية التي تربط المصالح الحكومية فيما بينها والسلطات العمومية بالمواطنين ، مما يستجيب إلى السماح بالوصول إلى المعلومة عن طريق الوسائل الحديثة، مما يؤدي في كافة الأحوال إلى تقليص الإجراءات البيروقراطية ، والتي غالبا ما تؤدي إلى جرائم الفساد كما سبق وأشرنا كالتصريحات الجبائية³ ، إذ أن فتح قنوات التعاون والاتصال بين إدارة الضرائب ومختلف الشركات تساعد على التحول إلى النظم الإلكترونية ويصبح للدولة الدور الفاعل في هذا التحول الذي يتيح تحقيق الشفافية والوضوح من خلال تتبع المؤسسات والأفراد فيما يخص التطوير والتحويلات في مكافحة الفساد⁴ .

إن نجاح وتطبيق الإدارة الإلكترونية في الجزائر أصبح أمرا ممكنا وضروريا لتطوير الخدمة المقدّمة للمواطن ، كالقيام بالعمليات الكبرى على مستوى البنوك ومراكز البريد ومختلف المؤسسات المالية ، باستعمال التكنولوجيات الحديثة من أجل دفع حركية إنجاز المهام الموكلة لمؤسسات الخدمة العامة ، وتحقيقا لمتطلبات الحكم الراشد التي تقتضي توفير النوعية في عالم التسيير الإداري وتقريب المواطن و المؤسسات بالإدارة والهيئات الرسمية⁵ .

¹ -ولهي بوعلام ، نحو إطار مقترح لتفعيل آليات الرقابة الجبائية للحد من آثار الأزمة - حالة الجزائر - مداخلة مقدّمة إلى الملتقى العلمي الدولي حول اللازمة المالية و الاقتصادية الدولية و الحوكمة العالمية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة فرحات عباس، سطيف يومي 20 ، 21 أكتوبر 2009 السابق، ص 17

² - جردير ليلي ، المرجع السابق ، ص 78 .

³ - سليم بركات ، الحكم الراشد من منظور الآلية الإفريقية للتقييم من طرف النظراء ، مذكرة ماجستير ، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة بن خدة بن يوسف الجزائر ، 2007/2008 ، ص 62 .

⁴ - ولهي بوعلام ، المرجع السابق ، ص 18 .

⁵ - عاشور عبد الكريم ، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة 2010 ، ص 170 .

الفرع الثاني : محددات تطبيق مقتضيات الحكومة الالكترونية في مكافحة الفساد والنهوض بالحكم الرشيد في الجزائر

تركز بعض الاتجاهات في الجزائر والمنوطة بها عمليات الإصلاح ومكافحة الفساد على أن نجاح الحكومة الالكترونية كتجسيد لمكافحة الفساد وبناء المجتمع الرشيد ، مرهون بمحددات قد تعوق تقدمه و أن تجاوز هذه المحددات لها بالغ الأثر في نجاح سياسة مكافحة الفساد ، ويمكن إجمالها في ما يلي :

أ- إن الحكومة الالكترونية لا تقدم حلا كاملا في مكافحة الفساد خصوصا عندما يتعرف الموظفون الفاسدون على طرق التحايل عليها ، لذلك يجب إيجاد دراسات تحليلية للمعلومات الواردة على الأنترنت ، وخطط استرشادية في الدوائر المجهزة بالكمبيوتر إلى حد ما والتي تجمعها روابط مشتركة كثيرة مع الشعب ولها تاريخ مشهود بالفساد¹ .

ب- إن الحديث عن إصلاح وتحديث الإدارة العامة كنموذج لمكافحة الفساد وتحقيق متطلبات الحكامة الرشيدة في الجزائر ، لا يزال من المبكر جدا تقييم هذه التجربة التي لا تزال قيد التطبيق الأولي² ، وحتى تكون هذه التجربة ذات فعالية يجب تضمينها بخطوات أخرى تتبعها ، عن طريق الإعلانات والتعليم ، لإقناع المواطنين بهذا النموذج للقضاء على الفساد ، بالإضافة إلى وجود وسطاء من أجل تحليل المعلومات ، وضمان تحقيق هذه التجربة أقصى درجات مكافحة الفساد³ .

ج- إن ضعف مؤشر البنية التحتية للتحويل نحو الإدارة الإلكترونية وتدهور واقع استخدام تكنولوجيا المعلومات ، يؤثر بشكل كبير على تطوير مبادرة الخدمة الالكترونية .

د- إن ضعف مجتمع المعلومات المتمثل في الأمية التكنولوجية، ساهم سلبا على تكوين مجتمع قادر على مواكبة التحويل الإلكتروني، إضافة إلى معاناة قطاع الإعلام والاتصال المستمر.

هـ- من جهة أخرى تثار مشكلة التوقيع الإلكتروني ، إذ يعترض بلوغ مراحل التوقيع الرقمي أحد الجوانب الحرجة إلى حد ما، خاصة و أنه لإعطاء قيمة ثبوتية للتوقيع الإلكتروني يجب أن تكون الوثيقة الالكترونية غير قابلة لإعادة الاستخدام ، وغير قابلة للتغيير، إذ أن التوقيع يصبح ممكن عن طريق تحويله إلى جانب التشفير ، الذي تختلف عن التوقيع بخط اليد، لأنه غير مرئي، ولكن يقابله سلسلة من الأرقام التناظرية .

و- أضف إلى كل ذلك غياب التشريع الإلكتروني، إذ أن غياب الإطار القانوني المنظم للمعلومات يضع مرحلة التحويل الإلكتروني أمام العديد من الإشكالات التي تتعلق بتداول المعلومات، إذ لحد الآن تفتقر

¹ - فاديا قاسم ببيزون ، المرجع السابق ، ص 150 .

² - جردير ليلي ، المرجع نفسه ، 142 .

³ - فاديا قاسم ببيزون ، المرجع نفسه ، ص 151 ، 153 .

الإدارة العامة إلى نص قانوني يعالج مواضيع مرتبطة بحفظ المعلومات ، وطريقة التعامل معها عن طريق التكنولوجيا الحديثة .

إن مشروع الحكومة الإلكترونية المراد دخوله حيز الخدمة في الجزائر قبل هذه السنة (2013) مرهون بوجود المواطن الإلكتروني الذي مجزته جهاز كمبيوتر، والأكثر من ذلك أن الفوارق الاجتماعية تحد من بلوغ مستوى الحكومة الإلكترونية، وتعميق تطبيقها¹.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة توصلنا الى أن عصنة الجهاز الاداري كنموذج لمكافحة الفساد والنهوض بالحكم الراشد من الأهميات المتنامية في الدول العربية عامة والجزائر خاصة ، ذلك أن حماية الوظائف العامة سواء اداريا او جزائيا يكسب المرفق العام مصداقية المستفيدين من خدماته ، والذي غالبا ما يحقق التوازن المرفقي على صعيد ما يطلبه الجمهور ، وما يقدمه المرفق الاداري ، كما أن اللامركزية الادارية في الكثير من الأحيان أثبتت فعالية مكافحة الفساد خاصة من خلال تقريب المواطن من الإدارة و هي من أبرز سمات الحكم الراشد ، بحيث تبدأ عملية اصلاح علاقة الادارة بالمواطن خلال تقربه منه عن طريق تركيز مختلف القرارات في يد الهيئات المحلية ، ولعل ابرز الانتقالات النوعية في مجال مكافحة الفساد و تنمية مبادئ الحكم الراشد في الجزائر الاعتماد على وسائل الحكومة الالكترونية وهي النموذج الافضل في الدول العربية في مجال عصنة الجهاز الاداري بصفة عامة، ووضع التكنولوجيا الحديثة موضع التطبيق في الادارات العمومية .

ان مقتضيات عصنة الجهاز الاداري العام من النماذج البارزة في مكافحة الفساد والنهوض بالحكم الراشد الا ان الدول العربية عامة والجزائر خاصة لا زالت بعيدة عن التأصيل الفني والتقني لمثل هذه المقتضيات نتيجة البيروقراطية الادارية النامية في الادارات العمومية وهو ما أدى في الكثير من الأحيان الى صعوبة السير في عصنة الجهاز الاداري وكذا ضعف الوازع الثقافي و القانوني في الكثير من الدول منها ، اضافة الى ان عصنة القطاعات الادارية العامة في الجزائر خضع الى العديد من الاعتبارات منها التوجه نحو القطاعات ذات الأولوية والتي اخذت الحيز الكبير من مجال العصنة مثل قطاع العدالة والضرائب و المالية وغيرها .

ولتجاوز هذا العجز وجب العمل على وضع مخططات عامة تشمل مختلف القطاعات على اختلاف اهميتها مع وجوب الاستفادة من السلبات المعترضة في التجارب السابقة ، وكذا توظيف التجارب الدولية

¹ - عاشور عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 159 إلى 167 .

المتقدمة في هذا المجال ، بالإضافة الى اعادة النظر في القوانين الخاصة بمكافحة الفساد لا سيما منها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

بالتالي نخلص الى نتيجة عامة ومفادها ان مقتضيات عصرنه الادارة العامة انطلاقا من مكافحة الفساد وتحسين الحكم في الجزائر ، لا يستوي ضمن التطبيقات المغلقة ، و إنما وجب تعميمها وتحسينها دوريا مع المتطلبات العامة ، و اشراك مختلف شرائح الجمهور في صياغة أساليبها لأن المواطن هو المرحلة الاولى في هذه العملية ، و لا يجب تنمية هذه المقتضيات الا وفقا للاحتياجات العامة ، ومحاولة توظيف بعض المقتضيات الأخرى التي تنم في نفس السياق من ذلك انشاء مكاتب للخدمة النوعية وتعميم مكاتب الشباك الموحد على مختلف الادارات العامة وخلق نوع من الرقابة الشعبية على تسييرها وعملها .

قائمة المراجعأزلا : النصوص الدستورية

1-المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 المتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/ 02 المؤرخ في 27 محرم 1423 الموافق لـ 10 أبريل 2002 المتضمن التعديل الدستوري ، جريدة رسمية عدد 25 مؤرخة في 14 أبريل 2002 والمعدل بموجب القانون 19/08 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق لـ 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري جريدة رسمية عدد 63 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008 .

ثانيا : النصوص القانونيةالقوانين العضوية

1-القانون العضوي رقم 11/04 ، المؤرخ في 11 رجب 1425 ، الموافق لـ 6 سبتمبر 2004 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 57 ، مؤرخة في 23 رجب 1425 ، الموافق لـ 8 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الاساسي للقضاء .

القوانين العادية

- 1- القانون رقم 06 / 01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 20 فبراير 2006 ، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.
- 2- القانون رقم 06/ 06، المؤرخ في 21 محرم 1427 ، الموافق لـ 20 فبراير 2006 ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 15 ، مؤرخة في 12 صفر 1427 الموافق لـ 12 مارس 2006 ، المتضمن القانون التوجيهي للمدينة.
- 3- القانون رقم 10/11 ، المؤرخ في 20 رجب 1432 ، الموافق لـ 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية ، جريدة رسمية عدد 37 ، مؤرخة في 01 شعبان 1432 ، الموافق لـ 03 يوليو 2011 .
- 4- القانون 04/ 09 المؤرخ في 14 شعبان 1430 ، الموافق لـ 05 اوت 2009 ، جريدة رسمية عدد 47 ، مؤرخة في 25 شعبان 1430 ، الموافق لـ 16 اوت 2009 ، المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال .
- 5-الأمر رقم 03/ 06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1927 ، الموافق لـ 15 يوليو 2006 ، جريدة رسمية عدد 46 ، مؤرخة في 16 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم 239/89 ، المؤرخ في 21 جمادى الاولى 1410 ، الموافق لـ 19 ديسمبر 1989 ، جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخة في 22 جمادى الاولى ، الموافق لـ 20 ديسمبر 1989 ، المتضمن القانون الاساسي الخاص المطبق على عمال الجمارك المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 94 / 220 ، المؤرخ في 14 صفر 1415 ، الموافق لـ 23 يوليو 1994 جريدة رسمية عدد 48 ، مؤرخة في 18 صفر 1415 ، الموافق لـ 27 يوليو 1994 ، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 145/2000 ، مؤرخ في 25 ربيع الاول 1421 ، الموافق لـ 28 يونيو 2000 جريدة رسمية عدد 38 ، مؤرخة في 29 ربيع الاول 1421 ، الموافق لـ 02 يونيو 2000

ثالثا : المؤلفات العامة

- 1- إسماعيل الشطي ، وآخرون ، الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2004.
- 2- جوزيف إس ناي ، جون دي دوناهيو ، الحكم في عالم يتجه نحو العولمة ، (ترجمة محمد الشريف الطرح) ، دار العبيكان للنشر ، الطبعة الأولى ، الرياض ، 2002
- 3- سليم الحص ، وآخرون ، المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة للإصلاح السياسي والاقتصادي في الأقطار العربية ، منشورات المنظمة العربية لمكافحة الفساد ، الدار العربية للعلوم للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2006
- 4- صلاح الدين فهمي محمود ، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، (دون طبعة) ، الرياض ، 1994.
- 5- علي أنور العسكري ، الفساد في الإدارة المحلية ، مكتبة بستان المعرفة للنشر والتوزيع ، (دون طبعة) ، الإسكندرية ، 2008.
- 6- عمار بوضياف ، شرح قانون البلدية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر 2012.
- 7- عمار بوضياف ، شرح قانون الولاية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر 2012.
- 8- فاديا قاسم بيضون ، الرشوة وتبييض الأموال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2008.
- 9- موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر ، منشورات المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، (دون طبعة) ، الجزائر ، 2009.

10- موسى بودهان ، النظام القانوني لمكافحة الرشوة ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، (دون طبعة) عين مليلة ، الجزائر - ، 2010

11- نوفل عبد الله صفو الدليمي ، الحماية الجزائية للمال العام، (دراسة مقارنة)، دار هومة للنشر، (دون طبعة)، الجزائر، 2005.

رابعا : الرسائل الجامعية

1- جردير ليلي ، التنمية الإدارية كمدخل لتجسيد الحكم الرشيد - حالة الجزائر- مذكرة ماجستير تخصص الديمقراطية والرشادة كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2010 ، 2011.

2- سليم بركات ، الحكم الرشيد من منظور الآلية الإفريقية للتقييم من طرف النظراء ، مذكرة ماجستير ، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة بن خدة بن يوسف الجزائر ، 2008/2007.

3- عاشور عبد الكريم ، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة 2010.

4- عبد القادر جبريل فرج جبريل ، الفساد الإداري عائق الإدارة والتنمية والديمقراطية ، مذكرة ماجستير ، تخصص إدارة الأعمال ، الأكاديمية البريطانية للتعليم العالي ، 2010.

5- وليد خلاف ، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي ، مذكرة ماجستير ، تخصص الديمقراطية والرشادة ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009 ، 2010.

خامسا : المقالات

1- العيشاوي عبد العزيز ، الحكم الرشيد ومكافحة الفساد ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، عدد 02 ، 2008

2- بومدين طاشمة ، التنمية الإدارية مدخل بديل للإصلاح و التمكين للتنمية السياسية في الجزائر مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، العدد الأول السداسي الأول ، 2009.

3- بومدين طاشمة ، التوسع البيروقراطي الحلقة المنسية في عملية التنمية في الوطن العربي مجلة دراسات اقتصادية ، صادرة عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية دار الخلدونية للنشر ، عدد 19 ، جويلية 2011 .

4- بن عبد العزيز خيرة ، دور الحكم الرشيد في مكافحة الفساد الإداري وتحقيق متطلبات الترشيد الإداري ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، عدد 08 نوفمبر 2011.

خالف عقيلة ، الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد ، مجلة الفكر البرلماني صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 13 جوان 2006.

5- قاسم ميلود ، علاقة الإدارة والمواطن في الجزائر بين الأزمة ومحاولات الإصلاح ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، العدد 05 ، جوان 2011 .

6- وثيقة برلمانية ، مسؤولية النظام الرقابي الوطني في حماية المصلحة العامة من مخاطر الفساد ، مجلة الفكر البرلماني ، صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 15 ، نوفمبر 2007.

7- وثيقة برلمانية ، بعنوان دور البرلمان في الوقاية من الفساد ، مجلة الفكر البرلماني ، صادرة عن مجلس الأمة ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، عدد 11 ، جانفي 2006.

سادسا : المداخلات و الملتقيات

1- حمليل صالح ، تحديد مفهوم جرائم الفساد في القانون الجزائري ومقارنتها بالاتفاقيات الدولية مداخلته مقدمة إلى الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، يومي 02 ، 03 ديسمبر 2003 .

2- سامية بعيبي ، برني ميلود ، دور ثقافة التطوير الذاتي للموظفين في تطويق الفساد الإداري - مدخل التحلي بأخلاقيات العمل - ، مداخلته مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 06 ، 07 ماي 2012.

3- عبد الله غالم ، بن الضيف محمد عدنان ، تفعيل دور الحوكمة كآلية للحد من الفساد المالي والإداري في الوطن العربي مع الإشارة لتجارب دولية ، مداخلته مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 06 ، 07 ماي 2012.

4- عمر شريف ، التدقيق وتحديات الفساد المالي في المؤسسة ، مداخلته مقدّمة إلى الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة يومي 06 ، 07 ماي 2012.

5- وهي بوعلام ، نحو إطار مقترح لتفعيل آليات الرقابة الجبائية للحد من آثار الأزمة - حالة الجزائر - ، مداخلته مقدّمة إلى الملتقى العلمي الدولي حول اللازمة المالية و الاقتصادية الدولية و الحوكمة العالمية ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة فرحات عباس ، سطيف يومي 20 ، 21 أكتوبر 2009 .

سابعاً : التقارير الوطنية والدولية

- 1- احمد أبو دية ، عبد الرحمن أبو عرفة وآخرون ، نظام النزاهة العربي في مكافحة الفساد المركز اللبناني للدراسات ، (دون طبعة) ، لبنان ، 2005 ، من الموقع www.lcps-lebanon.org ، التقرير الاسترشادي حول أدوات تشخيص الفساد الاداري والمالي في العراق ، برنامج المجتمع المدني العراقي ، بغداد ، 2008/03/28 .
- 2- جيمس غوستاف سبيث ، مكافحة الفساد لتحسين إدارة الحكم ، التقرير الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، شعبة التطوير الإداري وإدارة الحكم نيويورك ، بتاريخ 13 نوفمبر 1998 تقرير مركز المشروعات الدولية الخاصة ، اللامركزية ومحاصرة الفساد في المحليات وتأثيره على المشروعات الصغيرة والمتوسطة ، من الموقع www.cipe-arabia.org

مخاطر الاعتماد المستندي في ظل التطورات الراهنة

الأستاذة المساعدة , أيت مسعود/ بن شعبان حكيمة

الاستاد المحاضر . الدكتور خنيش يوسف

جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر

الملخص:

الاعتماد المستندي يعتبر التقنية الأكثر استعمالا في تمويل عمليات التجارة الخارجية، نظرا لما له من خصائص تضمن حقوق الأطراف المتعاقدة الاعتمادات المستندية وسيلة ابتكرها المجتمع الدولي للتقليل من مخاطر عدم تنفيذ عقود البيع الدولية أو سوء تنفيذها، فعادة ما تتم هذه العقود بين أشخاص تنعدم بينهم الثقة، فقد وجدت هذه التقنية لتضمن لكل من البائع و المشتري ما يهدف إليه من حماية و لدفع المخاطر التي قد يتعرض لها كل منهما، تعتبر الاعتمادات المستندية أهم العمليات المصرفية و تقوم بدور فعال و حيوي في مجال التجارة الخارجية، لكن ذلك لا ينفي وجود مخاطر سواء على المصدر أو المستفيد أو حتى البنك.

ذلك لأن الاعتماد المستندي يقوم على مبدأ استقلالية العلاقات الناشئة عنه، فطبقا لهذا المبدأ لا يجوز للبنك التمسك بأية دفعات متعلقة بعقد البيع الدولي الذي فتح الاعتماد من أجله، لأن خطاب الاعتماد الصادر من البنك بموجب فتح الاعتماد المستندي يولد حقا مباشرا لمصلحة المستفيد تجاه البنك مصدر الاعتماد أو البنك المؤكد دون أن يكون لهذه الأخيرة حق الاعتراض بأية دفعات كانت من أجل تبرير تصرفها كأن تقوم بصرف قيمة المعاملة لصالح المصدر بمجرد علمها بوصول البضاعة المطلوبة للمستورد دون انتظارها لفحص هذا الأخير للبضاعة من أجل التأكد من نوعيتها و كميتها.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد المستندي - التجارة الخارجية - المخاطر - التصدير

Résumé:

Le crédit documentaire est considéré comme une technique de paiement la plus utilisée dans le domaine de commerce international par rapport à ses caractéristiques qui le rend plus conforme pour les opérations du commerce international, cependant il présente des inconvénients à ses parties qui sont le donneur d'ordre, le bénéficiaire, la banque intermédiaire, ces inconvénients se matérialise généralement par les risques pour chacune des parties.

Le crédit documentaire est le contrat par lequel la Banque intervient sur la base de l'ordre de l'acheteur d'effectuer l'égard de marchandises importées et donc la mise en œuvre de l'engagement de l'acheteur découlant du contrat de vente, où il ya eu des crédits documentaires un degré élevé de sécurité et de suretés pour les parties au contrat de vente international , privé, et que chaque partie au contrat de vente souvent que ne connaissait pas l'autre, ce qui rend la confiance dans les relations commerciales inexistantes entre eux .donc la seule garantie à payer le prix des marchandises réside dans l'utilisation du crédit documentaire.

Mot clé : crédit documentaire- banque- exportation- risque.

مقدمة:

تتطلب التجارة الخارجية إرسال البضاعة من البائع إلى المشتري و الدفع من المشتري إلى البائع، فالبايع يرغب بتصدير بضاعته و الحصول على قيمتها، بالتالي هو بحاجة لوسيلة تضمن له تسديد قيمة هذه البضاعة، وبالمقابل يرغب المشتري في استيراد هذه البضاعة لكنه بحاجة أيضا لوسيلة تضمن له وفاء البائع لالتزاماته بشكل صحيح بمجرد أن يلتزم هو بدفع الثمن هذا من جهة، ومن جهة أخرى التجارة الخارجية تعني أن طرفي عقد البيع من المشتري (المستورد) و البائع (المصدر) متباعدين، و لا يعرف أحدهما الآخر ولا يعلم كل منهما حقيقة المركز المالي للطرف الآخر، بالتالي لا بد من وجود وسيلة تضمن للبائع حصوله على حقه كاملا في ثمن البضاعة و للمشتري حقه في استلام هذه البضاعة، فكانت فكرة استخدام تقنية الاعتماد المستندي، كوسيلة مضمونة تحقق مطالب طرفي عقد البيع.

"الاعتماد المستندي عبارة عن عقد يبرم بين المستورد الأمر والبنك الذي يلتزم بإصداره، تنفيذا لعقد البيع الدولي، ويجزر البنك بمقتضاه خطاب الاعتماد الذي يتضمن تعهد لصالح المصدر المستفيد من الاعتماد بأن يدفع له ثمن المبيعات مقابل تقديم السندات المطلوبة من الأمر والمطابقة لشروط العقد، خلال الآجال المتفق عليها.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن خلال دراسة مختلف القوانين الجزائرية التي تناولت الاعتماد المستندي عبر مختلف مراحل تطور استخدام هذه التقنية في التجارة الخارجية الجزائرية، أنه لم يعطي أي تعريف لهذه التقنية بل أشار فقط لإجبارية التمويل باستخدام تقنية الاعتماد المستندي دون ذكر التفاصيل، وما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه لم يتعرض في نصوصه التشريعية ولا التنظيمية لتعريف آلية الاعتماد المستندي، رغم اشتراطه إجبارية دفع ثمن كل الواردات بهذه التقنية من خلال نص المادة "69" الواردة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁽¹⁾

فكرة تبني المشرع الجزائري لهذه التقنية منذ 2009 و باقي التشريعات الداخلية لبعض الدول تؤكد أهمية الاعتماد المستندي في تمويل وضمان مخاطر التجارة الخارجية لما له من إجراءات و احتياطات حيث لا يتم تسليم الوثائق الممثلة للبضاعة للمستورد من بنكه ما لم يتم التأكد من تحويل قيمتها لبنك المصدر لكن رغم كل ذلك لم يسلم أطراف عقد الاعتماد المستندي من مخاطره، ما يدفعنا للتساؤل: فيما تكمن مخاطر الاعتماد المستندي؟

¹ - الأمر رقم 01-09 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر عدد 44، سنة 2009.

المطلب الأول: مخاطر الاعتماد المستندي التي تواجه المستورد (الآمر بفتح الاعتماد):

يواجهه المشتري عدة مخاطر نتيجة استخدامه للاعتماد المستندي لدفع مقابل وارداته، منها ما ينتج عن تلاعب المصدر وتحايله وعدم احترامه لعقد البيع الذي يربطه بالآمر، يكون ذلك بوصول البضاعة مخالفة لشروط عقد الأساس، منها ما ينتج عن تهاون البنك في تنفيذ التزاماته المتعلقة بعقد فتح الاعتماد المستندي، فقد يتحمل المستورد الأمر خطر عدم تقييد البنك بتعليماته أثناء طلبه فتح الاعتماد، إلى جانب ذلك يمكنه تحمل نتائج إهمال و تقصير البنك.

أولاً- وصول البضاعة مخالفة لشروط عقد الأساس:

يتجسد أساس العلاقة بين المستفيد والآمر في عقد البيع المبرم بينهما أي ما بين البائع والمشتري (عقد الأساس) وهو الذي يحدد مضمون التزام كلا الطرفين وكذا الجزاء المترتب في حالة المخالفة، كما هو معروف في القواعد العامة "العقد شريعة المتعاقدين"¹ والذي بموجبه -عقد البيع- ابرم عقد الاعتماد المستندي، و فيه يتم تحديد مواصفات البضاعة محل البيع من النوعية، الكمية، الخصائص والحجم... الخ.

حيث أنه من المفروض أن تكون مواصفات البضاعة التي يرسلها المصدر مطابقة لما هو متفق عليه في عقد البيع، من حيث النوعية و الكمية و الحجم، لكن غالباً ما يتم إرسال بضاعة غير تلك المتفق عليها، مع الإشارة إلى أنه يمكن أن يحدث تغير طفيف في الحجم و الكمية أثناء النقل و ذلك للظروف الجوية التي تغير من خصائص البضاعة، لكن ليس هذا التغير هو المقصود بوصول البضاعة مخالفة لما تم الاتفاق عليه، بل أن تكون البضاعة المرسله أصلاً ليست هي المتفق عليها، كأن يبرم عقد بيع على القمح الصلب، ويتم إرسال نفس الكمية لكن من القمح اللين، أو يتم إرسال قمح من نفس النوعية المزعوم إرسالها مع اختلاف في الكمية.

فمن بين أهم المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشتري في الاعتماد المستندي هو أن تصل البضاعة إلى ميناء الوصول أو مكان الاستلام مخالفة لما اتفق عليه بين المشتري والبائع بموجب عقد الأساس. إذ أن وظيفة البنك فاتح الاعتماد هو التأكد من مطابقة المستندات وليس التأكد من البضاعة نفسها، إلا إذا اشترط ذلك في عقد فتح الاعتماد والمطابقة تتم بين المستندات المطلوبة في عقد الاعتماد وتلك المقدمة من المستفيد وليس فحص مطابقة البضاعة للمستندات التي تمثلها،

¹ - انظر نص المادة 106 من الأمر رقم 75-58 الذي يتضمن التقنين المدني الجزائري، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، سنة 2007.

هذه المخاطر يمكن مواجهتها فقط بموجب أحكام القواعد العامة والمطبقة على عقد البيع، حيث لا يمكن تحميل البنك مسؤولية عن غش واحتيال المستفيد⁽¹⁾ ويبقى الحق للمشتري في هذه الحالة بالرجوع على البائع بموجب عقد البيع المبرم بينهما، على أساس المسؤولية العقدية والتي قد تستلزم إقامة الدعاوى أمام القضاء، وما يثيره ذلك من تنازع القوانين لاختلاف الأنظمة القانونية المطبقة في دولة المستورد عن تلك المعمول بها في بلد المصدر، خاصة إذا علمنا بأن البائع يقيم في دولة تختلف عن الدولة التي يقيم بها المشتري، وفي الأحوال التي تكون فيها قدرات المشتري محدودة، فإن حقه قد يتعرض للضياع نتيجة عدم قدرته في الرجوع على البائع بسبب عدم مطابقة البضائع المستلمة من للمشتري لبنود عقد البيع، أما القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية فلم تنص على أي إجراء في هذه الحالة.

هذا بالنسبة لأهم خطر يمكن أن يتعرض له المستورد من قبل المصدر، بسبب استخدامه لوسيلة الاعتماد المستندي، إلى جانب تلك التي يتعرض لها من البنك.

ثانيا- خطر عدم تقييد البنك بتعليمات الأمر:

يمكن أن يتعرض الأمر، لمخاطر أخرى ناتجة عن تقنية الاعتماد المستندي، في علاقته مع البنك، حيث نجد تجاوز هذا الأخير لحدود صلاحياته المبينة في عقد فتح الاعتماد المستندي لأن أساس العلاقة التي تربط بينهما هو عقد فتح الاعتماد المستندي والذي يرتب التزامات متقابلة على كلا طرفيه ومعظم الالتزامات تعد تعليمات من المشتري الأمر لبنكه ويشترط في التعليمات التي يصدرها العميل أن تكون واضحة ومحددة ومفصلة، خاصة إذا علمنا بأن الهدف من الاعتماد يتمثل في الوفاء بالثمن، ولا يمتد ذلك لمراقبة عقد البيع، لذا يجب أن تكون شروطه ومصطلحاته مطابقة لعقد البيع لذا سنحاول التعرض لحدود صلاحيات البنك ثم جزاء مخالفة البنك لها.

أ. حدود صلاحيات البنك في مواجهة المشتري:

تكمن مهمة البنك بمناسبة فتحه للاعتماد المستندي في أن يصدر اعتمادا لصالح المستفيد (البائع) ضمن الشروط المتفق عليها مع المشتري (الأمر)، سواء من حيث مدة صلاحية الاعتماد المتفق عليها، أو على الأقل خلال مدة أقصر من المدة المقررة في عقد البيع ليسلم البضائع للمشتري. كما يجب على البنك أن يلتزم بطبيعة الاعتماد ونوعه المتفق عليه، وقد أشارت المادة

¹ - طبقا لنص المادة 113 من التقنين المدني الجزائري و التي تنص على: "لا يرتب العقد التزامات في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، الأمر 75-58، مرجع سابق.

(2) من الأعراف الموحدة في نشرتها¹ 600 إلى أن الاعتماد يمثل تعهداً من البنك المصدر بالوفاء للمستفيد مقابل تقديمه مستندات مطابقة، كما أشارت كذلك المادة (3) من الأعراف ذاتها بأن الاعتماد هو غير قابل للنقض بالرغم من عدم وجود دلالة على ذلك. وهو أمر يتعارض مع ما ورد في نشرة 500 السابقة للأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، والتي أشارت في نص المادة(6) منها إلى أنه:

أ/ يكون الاعتماد إما (1) قابلاً للنقض، أو (2) غير قابلاً للنقض.

ب/ و عليه يجب أن يبين الاعتماد بوضوح ما إذا كان قابلاً للنقض أو غير قابل للنقض.

ج/ وفي حالة عدم بيان ذلك، يُعدُّ الاعتماد غير قابلاً للنقض⁽²⁾.

بالإضافة لوجوب إصدار الاعتماد بالعملة التي طلبها الأمر، أما إذا لم ينص على نوع العملة، يجب أن تكون بنفس العملة المحددة لثمن البيع والواردة في عقد البيع كما يجب على البنك أن يلتزم بتعليمات الأمر الخاصة بتعزيز الاعتماد من بنك آخر إذا اشترط ذلك، والتزام البنك بتعليمات الأمر لا بد أن يكون حرفياً دون أي تلاعب.

تجدر الإشارة هنا إلى أن البنك يمكنه تجاهل بعض بنود عقد الاعتماد المستندي، ذلك طبقاً لنص المادة 13 فقرة ج من النشرة 500 من القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية : "إذا تضمن الاعتماد شروطاً من غير أن يبين المستند/ المستندات الواجب تقديمها وفقاً لهذه الشروط، سوف تعتبر المصارف كأنه لم يتم ذكر هذه الشروط"³ ، ما عدا ذلك لا يمكن للبنك تجاوز صلاحياته، أو تجاهل بنود العقد.

ب- حكم تجاوز البنك لصلاحياته:

كما سبق الذكر، العلاقة ما بين الأمر والبنك يحكمها عقد الاعتماد المستندي، فإن تجاوز البنك لحدود صلاحياته بأن فتح اعتماداً لصالح المستفيد بشروط أفضل، ففي هذه الحالة يلزم البنك في مواجهة المستفيد بشروط الاعتماد المبلغة إليه بخطاب الاعتماد، وفي هذه الحالة لا يستطيع البنك الرجوع على العميل بما يترتب على هذا التجاوز من مصاريف وزيادة في النفقات، العلاقة ما بين الأمر والبنك قد تكيف على أنها وكالة أو حوالة، كما قد تكيف على أنها كفالة أو

¹ - ملحق القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندي، نشرة رقم 600، الصادرة في 2007 عن غرفة التجارة الدولية، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، 2007، ص 29.

² - طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 286.

³ - المرجع نفسه، ص 294.

بيع أو اشتراط لمصلحة الغير ففي حالة تجاوز البنك لتعليمات الأمر يمكن لهذا الأخير متابعة البنك على أساس أحد هذه الأنظمة القانونية، هذا بالنظر إلى القواعد العامة. من جهة أخرى نجد الأصول والأعراف الموحدة رقم 600 قد حددت طبيعة العلاقة القانونية ما بين البنك المبلغ والعميل في المادة: (37) منها، إذ عدت أن البنك الذي يلجأ لخدمات بنك آخر بهدف تنفيذ تعليمات طالب الإصدار، فإنه يقوم بذلك لحساب وعلى مسؤولية طالب الإصدار،

كما أن هذا المصرف سواء أكان مصدراً أم مبلغاً، فإنه لا يتحمل أية مسؤولية أو التزام إذا لم يتم تنفيذ التعليمات التي أرسلها لبنك آخر، حتى لو تم اختيار هذا المصرف الأخير من قبل المصرف المصدر أو المبلغ⁽¹⁾، وبالتالي فإن المسؤولية هنا تقع على البنك الذي يتعامل مع المستفيد مباشرة في حالة التجاوز، وليس على البنك المغطي أو المعزز الذي أشارت له المادة 13² من النشرة رقم 600، وإنما تقع المسؤولية على البنك المنفذ، فإذا ما تجاوز هذا البنك المنفذ لصلاحياته فيكون حسب أحكام المادة 37/أ، ب من النشرة رقم 600 هو المسؤول في مواجهة العميل.

ما يؤخذ على هذه المادة أنه من المفروض أن تجعل المسؤولية على البنك المصدر، والذي بدوره يعود على المتجاوز خاصة إذا كان البنك المصدر هو من قام باختيار البنك المغطي أو المعزز أو المنفذ، ويجب أن يتحمل نتيجة التجاوز، أما العميل فعلاقته يفترض أن تكون مع البنك المصدر فقط.

ثالثاً- إهمال وتقصير البنك في تنفيذ الاعتماد المستندي:

فور إصدار خطاب الاعتماد، يتوجب على البنك تبليغه للمستفيد ولا يلتزم البنك في مواجهة المستفيد إلا من لحظة وصول خطاب الاعتماد له، ويجب أن يتضمن خطاب الاعتماد كذلك العناصر الأساسية التي توضح العلاقة ما بين البنك والمستفيد، وهي مدة صلاحية الاعتماد وقيمه وكيفية تنفيذه واسم المستفيد والمستندات الواجب تقديمها وكيفية تقديمها.

وقد أشارت النشرة (600) إلى كيفية تبليغ الاعتمادات والتعديلات الواردة عليها من خلال نص المادة (9) منها، ورأت إمكانية التبليغ بواسطة مصرف مبلغ غير معزز دون أن يصدر أي تعهد من هذا المصرف بالوفاء أو التداول، وعند التبليغ بفتح الاعتماد أو التعديل، يعد المصرف الذي قام بمهمة التبليغ مقتنعاً بصحة الاعتماد أو التعديل من الناحية الظاهرية، ويجب أن يتضمن هذا التبليغ

¹ - انظر المادة 37 الفقرة أ، ب، من نشرة الأصول والأعراف الموحدة رقم 600، مرجع سابق، ص 79.

² - المادة 13 من النشرة نفسها.

بشكل واضح ودقيق شروط الاعتماد أو التعديل وزمانهما، كما يمكن للمصرف استخدام خدمات مصرف آخر يسمى المبلغ الثاني لتبليغ الاعتماد وتعديلاته.

تقصير البنك في تنفيذه العقد يكمن في:

أ أن لا يقوم البنك بفتح الاعتماد أصلاً:

ويعد ذلك امتناعاً عن تنفيذ الاعتماد، مما ينشأ حق للآمر بالرجوع على البنك للمطالبة بالتعويض عن الضرر خاصة إذا فوت على المستورد فرصة الربح، لكن ذلك الأمر قد يطول أمام القضاء مما لا يخدم مصلحة المستورد لتمييز الأعمال التجارية بالسرعة.

ب- أن يقوم البنك بفتح الاعتماد ولكن يتأخر في إخطاره المستفيد:

يتفق الأمر مع البائع على تاريخ فتح الاعتماد وكذا تاريخ تبليغ المستفيد بالاعتماد، وأهمية التبليغ تكمن في أن البنك لا يلزم في مواجهة المستفيد إلا من اللحظة التي يصل فيها الإخطار إليه، البنك لا يسأل في مواجهة المستفيد إذا كانت شروط الاعتماد المبلغة إليه مخالفة للشروط التي تعهد الأمر بها في عقد البيع.⁽¹⁾

ج- أن تكون الشروط المقررة في خطاب الاعتماد أقل من شروط عقد البيع:

عقد الاعتماد يتم فتحه وفقاً للعقد الأصلي (عقد البيع) وبالتالي يجب أن تكون شروطه ملائمة لبنود عقد البيع، لذلك يحرص الأمر في تعليماته الواردة في طلب فتح الاعتماد على أن يتم فتحه في حدود العقد الأصلي، لكن قد يحدث وأن لا يلتزم البنك بذلك ويفتح اعتماد بمبلغ أقل من ثمن المبيع أو بمدة أقل من التي تم الاتفاق عليها مما يتسبب في أضرار للآمر والمستفيد معا وحتى وإذا طالب المتضرر تعويضاً عن ذلك فقد يطول الأمر أمام المحاكم وهذا لا يخدم مصلحة أطراف عقد البيع.

د- فتح الاعتماد المستندي بشروط أكثر سخاءً للمستفيد:

قد يتصرف البنك من تلقاء نفسه تجاه المستفيد ويفتح اعتماد لصالحه غير الذي تم الاتفاق عليه مع الأمر، أي أن يفتح الاعتماد لكن بشروط أكثر سخاءً من التي نص عليها عقد فتح

¹ - مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين الخشروم، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي، دراسة تحليلية لنشرة (600)، مجلة المنارة، مجلد رقم 15، العدد 2، 2009، ص 168.

الاعتماد⁽¹⁾، وذلك كأن يقوم البنك بفتح اعتماد بمدة أطول من المتفق عليها مع الأمر، مما يتسبب في تأخر وصول البضاعة أو تأخر في تسليمها للمشتري، يمكن أيضا أن يفتح البنك اعتماد بقيمة أكبر من المبلغ الذي طلب الأمر فتح الاعتماد به، أو عدم مطالبة البنك للمستفيد بكل المستندات الواجب تسليمها، هذا كله يدخل في سوء تنفيذ العقد المبرم بين الأمر والبنك وهو ما يشكل خطرا للمستورد، و لسوء الحظ فإن القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية لا تقدم أية حماية بهذا الخصوص، يبقى فقط أمام الأمر متابعة البنك على هذه المخالفات طبقا للقواعد العامة المعروفة في القانون المدني، بالرغم من أنه لن يتم جبر الضرر بل ينحصر طلبه في التعويض مقابل تفويت فرصة الربح.

هذا بالنسبة لأهم المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستورد الأمر، بمناسبة استخدامه لتقنية الاعتماد المستندي من أجل دفع مقابل البضاعة التي استوردها، لكن مخاطر الاعتماد المستندي لا تنحصر على المستورد بل تشمل حتى المصدر المستفيد من الاعتماد.

¹ - مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين الخشروم، "المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي"، دراسة تحليلية لنشرة (600)، مجلة المنارة، مجلد رقم 15، العدد2، 2009، ص 164.

المطلب الثاني: مخاطر الاعتماد المستندي في مواجهة المصدر (المستفيد من الاعتماد):

يتعرض البائع المستفيد لجملة من المخاطر عند استعمال تقنية الاعتماد المستندي في حصوله على مستحقاته سواء في علاقته مع المشتري وذلك بأن يشحن البضاعة قبل الحصول على الثمن (أولاً)، كما قد تضيع المستندات منه قبل تقديمها للبنك (ثانياً)، من أجل الحصول على مقابل البضاعة المشحونة وأخيراً من مخاطر الاعتماد أن المستفيد يتحمل أخطار البنك الوسيط (ثالثاً).

أولاً - شحن البضاعة قبل الحصول على الثمن:

يقوم الاعتماد المستندي على مبدأ أساسي الذي يعد ضماناً للبائع في الحصول على مقابل البضاعة المباعة ودفع ثمنها عن طريق الاعتماد المستندي والذي يتمثل في مبدأ الاستقلالية في علاقات الاعتماد، فالعلاقة بين المستفيد والبنك مستقلة عن كل من العلاقة بين الأمر والبنك وعن علاقة البائع نفسه بالمشتري التي يحكمها عقد البيع، فلا يتضرر مثلاً البائع من جراء فسخ العقد بين الأمر والبنك بعد حصوله على خطاب الاعتماد وحتى ولو أبطل عقد البيع ما بينه وبين المشتري لأن البنك بموجب خطاب الاعتماد الذي يصدره يصبح ملزماً تجاه المستفيد بدفع قيمة الاعتماد لصالحه حيث أنه بعد النشرة 600 للقواعد والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية أصبحت كل الاعتمادات غير قابلة للإلغاء والمادة 4 واعتبرت أن الاعتماد بطبيعته يعد عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي يمكن أن يستند إليها حيث نصت الفقرة "أ" منها على: "الاعتماد المستندي بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها..."⁽¹⁾، لكن رغم ذلك يبقى المستفيد دوماً في خطر بسبب شحنه للبضاعة دون استلام الثمن فعلاً إلى غاية فحص المستندات من طرف البنك والتدقيق فيها ومطابقتها لشروط فتح الاعتماد.

ثانياً - ضياع المستندات من المستفيد:

أخطر ما يمكن أن يتعرض له المستفيد هو أن تضيع منه المستندات الممثلة للبضاعة المشحونة والتي بموجبها يحصل البائع على مقابل البضاعة، مع العلم أن التزام البنك بالدفع يكون خلال مدة صلاحية الاعتماد وينتهي بانتهائها ففي حالة تخلف المستفيد عن تنفيذ التزامه بتقديم كل المستندات المطلوبة في الآجال المحددة، امتنع البنك عن تنفيذ الاعتماد فلا يقبل البنك بأي مستند بعد تاريخ

¹ - ملحق القواعد والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص 29.

نهاية صلاحية الاعتماد، حيث نصت المادة 43 من النشرة 500 على: "إضافة إلى النص على تاريخ انتهاء الصلاحية لتقديم المستندات، يجب أن ينص كذلك كل اعتماد يتطلب تقديم مستند/ مستندات نقل على فترة محددة بعد تاريخ الشحن يجب أن يتم خلالها تقديم المستندات وفقاً لشروط الاعتماد و إذا لم ينص الاعتماد على مثل هذه الفترة، لن تقبل المصارف المستندات المقدمة إليها بعد 21 يوماً من تاريخ الشحن. و في أي حال، يجب تقديم المستندات في موعد لا يتجاوز انتهاء صلاحية الاعتماد"⁽¹⁾

إذا ضاعت المستندات أو جزءاً منها في الطريق، يمكن للمستفيد في هذه الحالة تقديم مستندات بديلة، وفي الأحوال التي يتم فيها تقديم هذه المستندات البديلة خارج مدة صلاحية الاعتماد، فإن للبنك أن يرفضها وأن يتمتع عن تنفيذ التزامه، وذلك ما سيعرض البائع لخسارة أو أضرار معتبرة من جراء تأخر الدفع، إلا أن البائع لا يفقد حقه في الرجوع على المشتري بموجب العقد الأصلي (عقد البيع) وتجدد الإشارة هنا إلى أنه حتى في حالة تقديم المستندات من المستفيد للبنك في الآجال المحددة فإنه يمكن لهذا الأخير أن يرفضها، بحجة عدم مطابقتها بعد فحصها و على البنك عند رفضه للمستندات إن كانت ناقصة، أن يبين سبب هذا الرفض ليتمكن المستفيد من تصحيحها قبل انتهاء مدة الاعتماد.

ثالثاً- تحمل المسؤولية عن أخطاء البنك الوسيط:

كما سبق الذكر فإن التزام البنك المنفذ للاعتماد محدد بمدة صلاحية هذا الاعتماد وقد يقوم المستفيد بتنفيذ التزامه وتسليمه المستندات المطلوبة في وقتها المحدد إلى البنك الوسيط لكن هذا الأخير قد يتماطل في تسليمها للبنك المنفذ للاعتماد، فالعبرة بوصول المستندات في وقتها للبنك المصدر للاعتماد وتسليمها فقط للبنك الوسيط دون أن يقوم هذا الأخير بتسليمها إلى البنك مصدر الاعتماد لا يعفي المستفيد من المسؤولية وبالتالي يعتبر مخلاً بالتزامه في مواجهة المشتري الأمر بفتح الاعتماد وهذا من شأنه أن يحدث ضرر بالغ للمستفيد لأنه لا يمكنه مطالبة البنك بالتنفيذ أي مطالبة مبلغ الاعتماد كونه مخلاً بالتزامه بتسليم المستندات وبذلك يخسر المستفيد حقه في ثمن المبيع خاصة إذا كان قد شحن البضاعة لمصلحة المشتري ولا يمكنه سوى مطالبة البنك الذي تهاون في تنفيذ التزامه وتسليم المستندات التي قدمها له البائع للبنك مصدر الاعتماد بالتعويض برفع دعوى قضائية ضده على أساس المسؤولية التقصيرية طبقاً لنص المادة 124 من التقنين المدني الجزائري و التي تنص على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم

¹ ملحق الأصول و القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية، طالب حسن موسى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 323.

من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁽¹⁾ و هذه الإجراءات حتما ستطول و تستغرق وقتا طويلا أمام العدالة و هو المر الذي لا يخدم مصلحة المستفيد المصدر، هذا بالنسبة لأهم المخاطر التي يتعرض لها المستفيد من الاعتماد المستندي (المصدر).

إلى جانب الأمر بفتح الاعتماد المستندي و المستفيد منه، نجد أنه حتى البنك يمكنه أن يتعرض لمخاطر تقنية الاعتماد المستندي، خاصة في حالة التعامل لأول مرة مع المستورد أو المصدر ما يعني عدم المعرفة الجيدة لسمعة هؤلاء و وضعيتهم المالية أيضا.

المطلب الثالث: المخاطر التي يتعرض لها البنك:

إلى جانب المخاطر التي يتعرض لها كل من الأمر والمستفيد فإن البنك كغيره من أطراف الاعتماد يتعرض لمخاطر الاعتماد المستندي، وذلك يعود أساسا لنقص المعلومات التي لدى البنك عن العميل (أولا) كما قد يكمن الخطر في المستندات المقدمة من المستفيد وتحمل البنك للمسؤولية في حالة عدم تطابقها مع تلك المطلوبة في عقد فتح الاعتماد (ثانيا).

أولا-عدم دقة البيانات والمعلومات المجمعة من قبل البنك:

الأمر الذي يتقدم للبنك بطلب فتح الاعتماد قد يكون عميل لدى البنك كما قد يكون سبق لهما التعامل من قبل وفي هذه الحالة لا يكون أي إشكال لكون البنك على دراية بالوضعية المالية للآمر، لكن مخاطر البنك تنشأ في حالة ما إذا كان العميل غير معروف لدى البنك وبالتالي نقص المعلومات الكافية عنه.

وكذلك الأمر حين تقوم بهذه العمليات على المكشوف، أي من دون أن يقوم الأمر من قبل بتغطية العملية مما يدفع البنوك لاتخاذ العديد من الاحتياطات اللازمة لتمويل العملية واتخاذ التدابير الوقائية والسابقة على فتح الاعتماد المستندي، وذلك بالبحث عن الوضعية المالية للآمر.

إجراء الدراسات حول ملاءة العميل:

تعتبر الاعتمادات المستندية من العمليات المصرفية التي تنطوي على درجة كبيرة من الخطورة، مما يستدعي أن تقوم البنك بالاحتياطات، للتقليل إلى أكبر حد ممكن من المخاطر وذلك بجمع المعلومات الكافية عن المستورد نفسه الذي يطلب فتح اعتماد وسمعته وكذا عن وضعيته المالية بإجراء دراسات معمقة خاصة بعد إدخال بنك الجزائر لنظام المعلومات.

¹ - المادة 124 من التقنين المدني الجزائري، مرجع سابق.

المعلومات والبيانات المتعلقة بالعميل:

ومن أهم المخاطر التي تتعرض لها البنوك بهذا الخصوص هو عدم دقة البيانات والمعلومات المالية التي جمعتها إدارات الاعتمادات المستندية وكذا المعلومات المتعلقة بالأمر بفتح الاعتماد المستندي. حيث تقوم إدارة العمليات الخارجية بجمع المعلومات الكافية عن المستورد قبل إصدار قرار بفتح الاعتماد، لأنه بإصدار الخطاب يصبح البنك ملتزماً تجاه المستفيد الذي لا يعلم عنه شيئاً هذه الإدارات بتنظيم عملية الاعتماد المستندي تنظيمياً إدارياً وفيها يضم ضوابط داخلية تمنع حدوث الأخطاء أو تقلل منها، كما قد تقوم بإحداث إدارة للعمليات الخارجية، تتفرع منها أقسام تتعلق بالاعتمادات المستندية وقد تقوم بتصنيفها تصنيفاً فنياً، بحيث يكون هناك شعبة لفتح الاعتماد، وأخرى لمتابعته، وثالثة للتعديل ورابعة للتسديد وإدارة المحاسبة، مما يسهل على البنك بدراسة الطلب المقدم من فاتح الاعتماد من جميع الجوانب للتأكد من عدم وجود ريبة حوله، من أجل التقليل من المخاطر التي تحيط بعملية الاعتماد المستندي من جانب كما أنها من جانب آخر تهدف للحصول على درجة كبيرة من المهنية المتخصصة بحيث تحصل على كفاءة وسمعة جيدة في إدارة الاعتمادات المستندية مما يؤهلها للحصول على ثقة العملاء⁽¹⁾.

فالخطورة كما قلنا تكمن في المركز المالي للمشتري الأمر بفتح الاعتماد، إذ على البنوك من خلال إداراتها المستندية التأكد من قوة المشتري المالية ومتانتها، وسمعته التجارية في الأسواق، وهي في سبيل تحقيق ذلك قد تجري دراسات مستفيضة عن وضعه المالي، وقد تكلف الأمر بفتح الاعتماد بتقديم أدلة بالأموال التي يملكها سواء أكانت نقدية أم عينية، كما يمكن لهذه الإدارات في بعض البنوك الاتصال مع بنوك أخرى سبق وأن تعامل معها المشتري الأمر بفتح الاعتماد للتأكد من الثقة التجارية والمالية التي يتمتع بها، وعادة ما يتم الاستجابة من قبل البنوك الأخرى لهذا الطلب على أساس المعاملة بالمثل، ويشترط على هذه البنوك عند إعطائها هذه المعلومات عدم الكشف عن الأسرار التجارية الخاصة بالأمر بفتح الاعتماد.

نطاق الدراسة التي يجريها البنك:

لا تقتصر الدراسة التي يجريها البنك على الوضع المالي للعميل (الأمر بفتح الاعتماد)، وإنما قد تمتد إلى البائع؛ لأن حق البنك قد يقتصر فيما بعد على الرجوع على هذا البائع، خاصة في الأحوال التي لا يقبل فيها المشتري البضاعة والمستندات التي تمثلها إذا ما تبين تزويرها أو تزيفها، الأمر الذي يترتب عليه رجوع البنك على البائع بثمن البضاعة، خاصة إذا كان المشتري بوضع مالي لا يسمح له بإعادة تمويل البنك إذا ثبت حق البنك بالرجوع على البائع بالمبلغ الذي دفعه له.

¹ - مؤيد أحمد عبيدات وعبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص 168.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة المركز المالي للعميل والبايع، خاصة في الأحوال التي يتم فيها فتح الاعتماد من قبل البنك دون أن يكون مغطياً. والمعلومات التي قد يتم جمعها من قبل إدارات الاعتمادات المستندية عن طبيعة البضاعة ونوعها قد تكون غير دقيقة، الأمر الذي سيعرض البنك لمخاطرة كبيرة في تغطية هذه البضاعة، خاصة إذا علمنا أن نوع البضاعة يحتل ثقلاً خاصاً في التحليل الائتماني للاعتماد المستندي، لكونها تعد الضمانة الأساسية والفعلية لقيام البنك بمخاطرته الائتمانية؛ إذ أن زيادة التأمين النقدي للبضاعة ونسبته تزداد كلما كانت البضاعة قابلة للتلف بسرعة.

ثانياً- مخاطر تتعلق بالمستندات:

النوع الثاني من المخاطر التي يتعرض لها البنك تتعلق بالمستندات المقدمة له من المستفيد، والمخاطر الناتجة عن المستندات تكمن في عدم دقة شكلها أو عدم كفايتها أو صحتها أو تزويرها أو عدم توافر شروطها العامة أو الخاصة المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد، ولتفادي هذه المخاطر على البنك أخذ الحيطة والحذر عند استلام المستندات والقيام بمطابقتها فإذا ما وجد تعارض بين هذه المستندات فيجب عليه رفضها كما يتوجب عليه إخطار المستفيد بعدم وجود هذا التطابق، ويشترط حسب نص المادة: **16** فقرة **د¹** من الأصول والأعراف الموحدة أن لا يتجاوز ذلك وقت إغلاق اليوم المصرفي الخامس الذي يلي يوم التقديم، وقد حددت هذه الأصول في نشرتها رقم 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في مادتها **14/ب** المدة التي يجب أن يتم خلالها الإشعار بخمسة أيام تبدأ حسب ما عبرت عنه هذه المادة خلال خمسة أيام عمل مصرفية تلي يوم التقديم لهذه المستندات، كما اشترطت هذه القواعد أن يقوم البنك ببيان جميع المخالفات التي بني عليها رفضه للمستندات بسبب عدم مطابقتها.

و الخطر يكمن أيضاً في أن البنك في الأحوال التي يقوم بفحص هذه المستندات، وعدم ملاحظته لوجود الاختلافات بين هذه المستندات، أو بينها وبين شروط الاعتماد المستندي فإنه أمر سيترتب عليه قيامه بالدفع للمستفيد، بالرغم من عدم قيام هذا الأخير بالالتزام بشروط الاعتماد المستندي، الأمر الذي سيترتب عليه رفض المشتري الوفاء للبنك لعدم التزام هذا الأخير بشروط الاعتماد. والبنك يتوجب عليه عدم الاكتفاء بالفحص الشكلي للمستندات المقدمة من قبل المستفيد وعدم التزام البنك بشروط الاعتماد بقبوله مستندات غير مطابقة مع شروط الاعتماد، فإنه ستتحقق بوجوده مسؤوليته، كقبوله لسند شحن بضاعة من نوع معين مع أن عقد الاعتماد

¹ - ملحق القواعد و الصول الموحدة للاعتمادات المستندية، النشرة 600، مرجع سابق، ص 47.

المستندي يلزم البنك بضرورة قبول سند شحن لبضاعة من نوع آخر، فذلك من شأنه أن يعرض البنك للمسؤولية في مواجهة الأمر بفتح الاعتماد لعدم التزامه بشروط الاعتماد وعدم بذله العناية المطلوبة للتأكد من مطابقة المستندات مع بعضها بعضاً، أو مع شروط الاعتماد، الأمر الذي سينعكس سلباً على قيامه بالدفع وعدم تلقيه مقابلاً لما يدفع.

كل هذه المخاطر دفعت بالمتعاملين في مجال التجارة الدولية للبحث عن سبل أخرى للتمويل، بإيجاد وسيلة أكثر ضماناً واتخاذها كتقنية لتمويل التجارة الدولية من أجل ضمان حقوق كل طرف فيها، ولتفادي التحايل والغش وبالتالي تجنب النزاعات بين الأطراف بشأن ذلك. على الرغم من المزايا التي تكتسي عملية الاعتماد المستندي إلا أنها قد تعترضها مخاطر وذلك لارتباطها بعملية الغش أو النصب على المستوى الدولي أو أية صعوبات خاصة بعمليات النقل والشحن وأيضاً ورود البضائع ناقصة مما يؤثر على حجم التدفقات النقدية السابق التخطيط لها، وهذا يؤثر بالتالي على قدرة المستورد على سداد مستحقات البنك. بالنظر لكل هذه المخاطر المتعددة التي تحول بتقنية الاعتماد المستندي، ولأهمية عمليات التجارة الخارجية وحاجتها لوسيلة تمويل توفر أكبر قدر من الضمان، وارتفاع تكلفة الاعتماد المستندي مقارنة مع باقي وسائل التمويل الأخرى كل ذلك يدفعنا للبحث عن تقنية تمويل دولية أخرى يمكنها توفير تلك الحماية بأقل تكلفة .

خاتمة :

من خلال ما سبق يمكن القول أن المعروف عن الاعتماد المستندي أنه يلعب دور فعال في توطيد العلاقات بين أطراف عقد البيع الدولي و إرساء بوادر الثقة و الأمان بينهما، خاصة و إن كان التعامل لأول مرة بينهما نظرا للبعد المكاني بين المصدر و المستورد، و المخاطر التي تنجم عن استعمال هذه التقنية ليس من شأنها التقليل من أهمية الاعتماد المستندي لأنها مخاطر يمكن التحكم فيها مقارنة بالمخاطر التي يتعرض لها المتعاملين الاقتصاديين باعتمادهم على وسائل تمويل أخرى غير الاعتماد المستندي

قائمة المراجع:

- 1-الأمر رقم 01-09 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر عدد 44، سنة 2009.
- 2-الأمر 58-75 الذي يتضمن التقنين المدني الجزائري، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، سنة 2007.
- 3-ملحق القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندي، نشرة رقم 600، الصادرة في 2007 عن غرفة التجارة الدولية، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، 2007.
- 4-طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 5-نشرة الأصول والأعراف الموحدة رقم 600 الصادرة في 2007 و المعدلة لنشرة 500 الصادرة في 1993.
- 6-مؤيد أحمد عبيدات و عبد الله حسين الخشروم، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي، دراسة تحليلية لنشرة (600)، مجلة المنارة، مجلد رقم 15، العدد 2، 2009.
- 7-مؤيد أحمد عبيدات و عبد الله حسين الخشروم، "المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي"، دراسة تحليلية لنشرة (600)، مجلة المنارة، مجلد رقم 15، العدد 2، 2009.
- 8-ملحق الأصول و القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية، طالب حسن موسى، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 9-ملحق القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية، النشرة 600.

الطبيعة القانونية لوضعية الهيمنة داخل تجمع الشركات

الاستادة - جوبير ليلي

باحثة دكتوراه تخصص قانون جنائي للأعمال

كلية الحقوق - جامعة تلمسان - الجزائر

الملخص:

الطبيعة القانونية والإقتصادية لتجمع الشركات تطرح العديد من التساؤلات والإنشغالات خاصة إذا ما تعلق الأمر بمجال المنافسة الحرة في السوق، والتي قد تكون عرضة لبعض الإنتهاكات اللامشروعة من طرف كبرى الشركات التي تسعى إلى السيطرة على السوق من خلال إنشاء تكتلات إقتصادية عن طريق الإندماج والتجمع، الأمر الذي يطرح مشكلة إثبات هذه التصرفات اللاقانونية وكذا صعوبة إسنادها إلى الشركة الأم التي تعد المستفيد الأول من إنشاء تجمع للشركات من خلال توجيه نشاطات الشركات التابعة لتحقيق أهدافها ومصالحها تحت ستار تحقيق مصلحة المجموعة.

الكلمات المفتاحية: تجمع الشركات، المنافسة، الإحتكار، وضعية الهيمنة.

Résumé:

Les groupes de sociétés soient avant tout un phénomène économique dans un cadre juridique joue un rôle direct et important dans la vie économique. cette situation pose plusieurs questions sur le domaine de la concurrence, lorsqu'une société commet des pratiques anticoncurrentielles, la responsabilité de la mère, et du groupe, peut être retenue pour les pratiques d'une filiale si cette filiale ne dispose pas d'une autonomie.

Mot clés : les groupes de sociétés , concurrence ,monopole , position dominante.

مقدمة

تعد المنافسة ركنا أساسيا من أركان إقتصاد السوق وعنصرا فعالا من عناصر استمرارية النظام الإقتصادي الحر بما تعكسه من منافع لكافة أطراف السوق سواء المستهلكين الذين يحصلون على السلع والخدمات بأسعار أقل وجودة أعلى، أو بالنسبة للمنتجين من خلال ما توفره المنافسة من حافز لإستمرارية التطوير والإبتكار بما يساعدهم على التوسع في السوق رأسيا أو أفقيا، أو بما توفره للمجتمع ككل من استخدام أمثل للموارد المتاحة، بيد أن الواقع العملي، قد أثبت صعوبة تحقق المنافسة الكاملة، بل قد تؤدي المنافسة الحرة إلى الإحتكار في بعض الأحيان، فقد يتفوق مشروع معين على منافسيه بما يمنحه وضعاً إحتكاريا في السوق التنافسية، كما قد يكون الإحتكار أمرا لا مفر منه كما في حالة الإحتكار القانوني¹، ومن ثم فإن غياب قواعد واضحة لضبط الممارسات الإحتكارية الضارة بالمنافسة وبالمستهلكين وبالإقتصاد الوطني بشكل عام، تشكل فوضى التحكم في السوق وإنفلات الأسعار.²

وعليه فإن الطبيعة القانونية لتجمع الشركات القائمة على أساس المساهمة الفعلية للشركة الأم في رؤوس أموال الشركات التابعة والتعاون بين الشركات أعضاء المجموعة لا تتم عن إحتكار معلن أو ظاهر، غير أن الواقع العملي والإقتصادي يثبت أن الشركة الأم ومجموعة الشركات التابعة يمكنها أن تقضي بسهولة على المنافسة بين المشروعات التي تقوم بنشاط مماثل - خاصة على المستوى الدولي - وكتيجة حتمية لظاهرة التركيز والتجمع بين المشروعات، إذ أن تجمع الشركات والتكتل بين المشروعات أصبح من سمات العصر الحديث، بحيث تجد المشروعات المتوسطة والصغيرة نفسها مضطرة إلى قبول أحد الأمرين، إما الإشتراك في مجموعة الشركات التابعة لشركة أم وإما الحكم على نفسها بالفناء نتيجة وجودها في ظروف منافسة غير متكافئة، لذلك ينظر الإقتصاديون إلى الشركة الأم على أنها نوع من أنواع الإحتكارية الذي يقوم بين عدد من المشروعات المتفقة من الناحية المالية، فالشركة الأم في نظرهم ليست سوى إحدى صور الترس.³

¹ - من صور الإحتكار القانوني مثلا نذكر ما تكفله القوانين من حماية لبراءات الإختراع لمدة محدودة من الزمن - كحالة إبتكار صناعي جديد - سواء لصاحب البراءة أو لمن رخص له إستغلالها، ومما لا شك فيه أن للسرية دورا في ضمان المبتكر إحتكاره التكنولوجي خلال مدة إحتكاره القانوني ومن ثم تظل ممارسات المبتكر مشروعة إلا إذا كان هناك تعسف في إستخدام وضعه المسيطر فتكون بصدد الإحتكار التعسفي وهو تصرف يعاقب عليه القانون.

² - أحمد محمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات الضارة بالمنافسة (دراسة مقارنة في ضوء القانون المصري والتشريعات الأمريكية المقابلة)، بحث مقدم في الملتقى العربي الأول تحت شعار "حماية المنافسة ومنع الإحتكار في ضوء التحولات بالمنطقة العربية"، الجامعة البريطانية بالقاهرة، مصر، الفترة الممتدة من 20 إلى 2011/12/22.

³ - محمود سمير الشرفاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 66، العدد 362، مصر، 1975، ص 145.

ولذا كان لزاما على الدول وضع نصوص قانونية منظمة له منعا لأي نوع من الهيمنة الاقتصادية أو الإحتكار، وكذا ممارسة الرقابة إذ تحتل قواعد مراقبة التجمعات الاقتصادية مكانة هامة في مختلف قوانين المنافسة، إذ لا يميزها فقط الجانب الكمي مقارنة بباقي المواضيع بل أيضا حداتها، وقد إعتد القانون الجزائري كباقي قوانين المنافسة في تحديد التجمعات الاقتصادية محل المراقبة على نوعين من الشروط مع بروز بعض الاختلافات في التعامل معها، حيث تتضمن المادتين 15 و 16 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة¹ الشكل المتطلب في التجمع²، والذي يمكن أن يتحقق إما عن طريق إندماج مؤسستين أو أكثر كانت مستقلة من قبل، التحكم في المراقبة أو إنشاء مؤسسة مستقلة، ومن شأن هذا التجمع وفقا لنص المادة 17 من نفس الأمر المساس بالمنافسة³ لاسيما بتعزيز وضعيه هيمنة مؤسسة على سوق ما.

ومن هذا المنطلق فإنه كان لزاما البحث عن الآثار القانونية التي قد تنجم عن تعزيز وضعيه الهيمنة داخل تجمع الشركات، بإعتباره في الواقع العملي كيانا إقتصادي موحدا يضم مجموعة شركات وعلى رأسها الشركة الأم، وهذا في ظل منطوق قانوني يقضي بالإستقلالية القانونية لكل شركة عضو في التجمع. وعليه فما المقصود بوضعيه الهيمنة في قانون المنافسة؟ وما المعايير القانونية للإستغلال التعسفي لهذه الوضعيه من طرف شركات التجمع؟

للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها قمنا بالتطرق إلى مفهوم وضعيه الهيمنة داخل تجمع الشركات وما مدى تأثيرها على المنافسة الحرة (المطلب الأول) لنقوم بعدها بالبحث عن مدى اعتبار وضعيه هيمنة تجمع الشركات داخل السوق وضعاً إحتكاريا لا بد من التصدي له (المطلب الثاني) وأخيرا البحث عن من تسند إليه المخالفات المضرة بالمنافسة والمرتكبة من طرف شركات المجموعة (المطلب الثالث).

¹ - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003، ص 28.

² - الملاحظ أن المشرع الجزائري قد إستعمل مصطلحا جديد لتجمع الشركات وهو مصطلح التجميعات الاقتصادية، إذ نص في المادة 15 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه " يتم التجميع في هذا الأمر إذا :

1 - إندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل ،

2 - حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل ، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، عن طريق اخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى،

3 - أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة.

³ - آيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري : إشكالية التوفيق بين المصالح، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني : <http://dr.sassane.over-blog.com/article-117710903.html> بتاريخ 2013/05/11 ، تاريخ زيارة الموقع 2015/05/11.

المطلب الأول: وضعية الهيمنة داخل تجمع الشركات

لعبت سلطات المنافسة دورا كبيرا في إبراز مفهوم وضعية الهيمنة الذي أفرزته الحياة الاقتصادية الحديثة حيث عرف هذا المفهوم تطورا اقترن بتطور تشريعات المنافسة الحديثة فالمرشح الفرنسي أشار إلى مفهوم وضعية الهيمنة ضمن الأمر الصادر في 1945/06/30 المتعلق بمنع التعسف في وضعية الهيمنة، وكذلك القانون 1963/07/02، ثم الأمر الصادر في 1986/12/01 في مادته 08 التي تم إدراجها في المادة 02/420 من قانون 2001، كما أن سلطة المنافسة الأوروبية خلصت في إجتهادها إلى وضع تعريف لوضعية الهيمنة في 1978/02/14 وهو التعريف الذي تضمنته إتفاقية الإتحاد الأوروبي في مادتها 86 وكذلك المادة 02 من التنظيم الأوروبي رقم 4064/89 الذي تم استبداله سنة 2004 بالتنظيم 2004/139.¹

الفرع الأول: تعريف وضعية الهيمنة

المشرع الجزائري قد جاء بتعريف وضعية الهيمنة بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة في الفقرة ج من المادة 03 على أنها الوضعية التي تتمكن مؤسسة ما من خلالها الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني² من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مومنيها.³

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الأوروبي في إعتماده إلى تعريف وضعية الهيمنة، غير أن هذا التعريف لم يتطرق لمفهوم وضعية الهيمنة الجماعية **position dominante collective** التي تمثل الوجه الجديد لوضعية الهيمنة وأحد أهم صورها، عندما تتشكل هذه الأخيرة بواسطة عدة مؤسسات أو شركات تنتمي إلى نفس التجمع بحيث تخضع هذه المشروعات لرقابة نفس الشركة دون أن تتمتع باستقلالية فعلية في السوق المعنية.⁴

والجدير بالملاحظة أن هذا التعريف يركز على القدرة الإقتصادية التي يتمتع بها المشروع المهيمن بحيث يستطيع بواسطة هذه القدرة التخلص من منافسة المشاريع الأخرى ليصبح كالمشروع المحتكر، لأنه على الرغم من وجود المنافسة إلا أنها منافسة مصطنعة، لا تستطيع إرغام المشروع المهيمن على اتباع الشروط

¹ - بن حملة سامي، مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة، مجلة الفقه والقانون، العدد 07، المغرب، 2014، ص 118.

² - يقصد بالسوق حسب نص المادة 03 من الأمر رقم 03/03 كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها والإستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية.

³ - المادة 03 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 03/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003، ص 26.

⁴ - بن حملة سامي، المرجع السابق، ص 119.

والممارسات فيما لو لم تكن له وضعية الهيمنة على السوق، إذن ما يميز المشروع المهيمن هو قدرته الإقتصادية أو كما يعبر عنها بالإستقلالية الشاملة للسلوك، ولقد أحسن الفقيه **Vogel** بوصفه هذه القدرة على أنما ذات مظهرين، أحدهما سلبي يمكن المشروع من التأثير على باقي المتدخلين في السوق، والآخر إيجابي يمنح المشروع المهيمن إمكانية التأثير على المشاريع المتواجدة في السوق.¹

وتندرج وضعية الهيمنة ضمن اختصاص مجلس المنافسة الذي يقدر هذه الوضعية ويرخص لها فضلا عن حالات التعسف التي ينتج عنها والتي أدرجها المشرع الجزائري ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة، لذا يظهر من الأهمية بما كان معرفة المعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة حتى يتسنى لمجلس المنافسة الذي يعتبر صاحب الإختصاص في هذا المجال من تقدير ومراقبة إنشائها والترخيص لها حتى لا تؤدي هذه الأخيرة إلى المساس بالمنافسة.² وتجمع الشركات بإعتباره يشكل حالة من حالات التجميع الإقتصادي ومن شأنه تعزيز وضعية الهيمنة في السوق فإن المشرع الجزائري يعتبره من الممارسات المقيدة للمنافسة لذا أخضعه للرقابة من قبل مجلس المنافسة طبقا لنص المادة 17 من الأمر 03/03 بشرط أن يكون التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنحجرة في سوق معينة وكذا من شأنه المساس بالمنافسة. غير أنه بالرجوع إلى الأمر 03/03 لا نجد أي إشارة للمعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة، خلافا للأمر 06/95 الملغى الذي أشار إلى هذه المعايير في الفقرة الأخيرة من المادة 08 منه، والتي أحالت إلى التنظيم الصادر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 الصادر في 2000/10/14³ والذي تم إغاؤه بموجب أحكام المادة 73 من الأمر 03/03، حيث نصت المادة 02 منه على هذه المقاييس والمتمثلة فيما يلي :

- معيار حصة السوق التي تستحوذ عليها المؤسسة المهيمنة والتي يتم مقارنتها بمحصر باقي المنافسين الموجودين في نفس السوق.
- الإمتيازات القانونية⁴ أو التقنية⁵ التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة.
- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية¹ التي تربط المؤسسة المهيمنة بباقي المتعاملين.

¹ - صاري نوال، الحرب على إنتزاع العملاء (حالة المشروع المهيمن)، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، العدد رقم 04، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص 108.

² - بن حملة سامي، المرجع السابق، ص 122.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 2000/10/14 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الإقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج ر عدد 61، 2000.

⁴ - مثال ذلك حيازة المشروع لبراءة إختراع أو حصوله على إمتياز استغلال نشاط ما بصفة إحتكارية.

⁵ - مثال ذلك التقدم التكنولوجي، الإشهار ووسائل التسويق.

- الإمتيازات المتعلقة بالقرب الجغرافي² والتي تستفيد منها المؤسسة المهيمنة. ولكن بالرغم من من إلغاء هذا المرسوم التنفيذي فإن ذلك لا يعن استبعاد تطبيق هذه المعايير من قبل مجلس المنافسة الذي يعتمد عليها لتقدير وضعية الهيمنة، لاسيما معيار حصة السوق الذي يعتبر المعيار الأساسي لتقدير هذه الوضعية.³ وعليه فإن وضعية الهيمنة لا تشكل خطرا على المنافسة إلا في القدر الذي يستغل فيه المشروع الحائز عليها وضعيته للقيام بممارسات ما كان ليقوم بها لو لم تكن له وضعية الهيمنة وهو ما يعرف بالإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة.⁴

الفرع الثاني : مفهوم الإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة

المشروع الجزائري كنظيره الفرنسي لم يعط تعريفا للإستغلال التعسفي وإنما إكتفى بتعداد الحالات التي يعد فيها المشروع الإقتصادي متعسفا في إستخدام وضعية الهيمنة في سوق ما بموجب أحكام المادة 07 من الأمر 03/03 وهي كالاتي:

- 1 - الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
 - 2 - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الإستثمارات أو التطور التقني،
 - 3 - إقتسام الأسواق أو مصادر التموين ،
 - 4 - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار أو لإنخفاضها،
 - 5 - تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات إتجاه الشركاء التجاريين، مما يجرمهم من منافع المنافسة،
 - 6 - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواءا بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.⁵
- ولوضع مفهوم للتعسف سنستعين بالفقه والقضاء الفرنسيين، اللذين يميزان بين صورتين للتعسف:

تعسف في السلوك وتعسف في الهيكل. ويندرج ضمن التعسف في السلوك، التصرفات المخالفة للقانون في حد ذاتها. والتي تجرد مصدر منعها من خلال أنها تلحق الضرر بطبيعتها ببقية المشاريع المنافسة وخير مثال عن هذه الممارسات، تلك القائمة

¹ - كعلاقة المشروع بالبنوك أو إنتمائه لتجمع شركات و علاقته مع الموزعين.

² - يقصد به تمركز المشروع بمنطقة أهلة بالسكان و ذات مستوى معيشي مرتفع أو قربه من منافذ التوزيع.

³ - بن حملة سامي، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - صاري نوال، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - المادة 07 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 03/07/2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003، ص 27.

التي أوردتها المشرع الجزائري في المادة 07 من الأمر 03/03، كرفض البيع، البيع المتلازم أو التمييزي... إلى غير ذلك من السلوكات التي تجسد في حد ذاتها التعسف في وضعية الهيمنة.¹

أما التعسف في الهيكل وعلى عكس التعسف في السلوك، فيضم تصرفات مشروعة بطبيعتها، ويتم إدخالها ضمن تكييف التعسف، لأنها كانت من فعل مشروع يحتل وضعية الهيمنة في السوق. وبإعمال هذا المفهوم، ستخلق بعض الممارسات المشروعة بالإستغلال التعسفي، إذا كانت لها آثار على المنافسة، بإقصاء المتنافسين الحاليين أو الإحتماليين. ومن أمثلة ذلك عقود التوزيع الحصرية وحسوم الوفاء وأخذ المساهمات بالأغلبية في مشاريع منافسة، ويكمن المبرر الذي يدعو لمعاقبة المشروع المهيمن عن هذه الممارسات بالرغم من مشروعيتها في الوقوف أمام المناورات التي تلجأ إليها هذه المشاريع بحيث يظهر أنها مشروعة لكنها تخفي في الحقيقة أهدافا تسعى من ورائها إلى الحد من المنافسة، وهو ما عبر عنه الفقيه Guyon بقوله : إذا كان اكتساب وضعية الهيمنة على السوق أمرا قانونيا، تعزيزها أو الحفاظ عليها ليس كذلك.²

الفرع الرابع : وضعية الهيمنة الجماعية

وضعية الهيمنة الجماعية تنشأ بواسطة عدة مؤسسات لا تتمتع بالإستقلالية الإقتصادية وهي تختلف عن الإتفاقات المدبرة أو إتفاقات الإتحاد التي تبرم بين شركتين أو أكثر بغرض إبعاد المنافسة بينهما والإنتقال من حالة منافسة إلى حالة إتحاد وهذا ما يؤدي إلى إعدام المنافسة خلافا لوضعية الهيمنة التي لا تنعدم فيها بالرغم من إنتفاء المنافسة الفعلية، بحيث تبقى المنافسة موجودة ولكن بدرجة أقل على اعتبار أن المؤسسة المهيمنة تملك وضعية إقتصادية مفضلة وقدرة تنافسية عالية تجعلها تتفوق على باقي منافسيها. ومنه وبالرغم من وجود وضعية الهيمنة الجماعية فإن هذه الصورة تبقى تتميز عن الإتفاقات المدبرة أو إتفاقات الإتحاد على أساس أن وجود عدة مؤسسات أو حتى تجمع للشركات لا ينف حالة الهيمنة كون أن المشروعات أو الشركات المكونة لتجمع الشركات تخضع لنفس الشركة أو المشروع الإقتصادي المهيمن على السوق إلى جانب عدم تمتع الشركات المكونة للتجمع بالإستقلالية التنافسية التي تظهر كعنصر أساسي في إتفاق الإتحاد، لذلك ميز جانب من الفقه بين مفهوم تجمع المشروعات الإقتصادية **groupe des entreprises** وبين مفهوم تجمع الشركات **groupe des sociétés** الذي يشكل مشروعا واحدا بحيث يظهر هذا الأخير كوحدة إقتصادية في السوق من وجهة نظر قانون المنافسة.³

¹ - صاري نوال، المرجع السابق، ص 111

² - صاري نوال، المرجع السابق، ص 111.

³ - بن حملة سامي، المرجع السابق، ص 121.

المطلب الثاني : المركز المحكّر لتجمع الشركات

الإحتكار يقوم على تحكّم تجمع الشركات في منتج أو سلعة أو خدمة معينة، بدءاً من مرحلة الإنتاج إلى مرحلة تسعير المنتج أو الخدمة، وذلك بهدف الحد من حرية التجارة وبالتالي جذب أكبر عدد ممكن من الزبائن، أو رفع الأسعار لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، هذا وتعدد الأنشطة التي يمكن ممارسة الإحتكار من خلالها، فهو قد يكون في السعر أو في النوعية أو في إستغلال الظروف المالية أو الإجتماعية للدولة أو لفئة محددة من المستهلكين. وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل الأمريكية ادعت في العام 1998 على شركة (مايكروسوفت) متهمّة إياها بإجراء عقود واتفاقات مع شركات أخرى تضمنت ربط البرامج التي تصنعها هذه الشركات مع برنامج **windows** خاصة بشركة (مايكروسوفت)، كما منعت هذه الشركات من التعامل مع أية شركة منافسة للشركة المدعى عليها، والتي قامت بإغراق الأسواق بإنتاجها ما أجبر الشركات كافة على شراء برنامج **windows**، ليس لأنه الأفضل بل لأنه أصبح المقياس، وقد جاء في الإدعاء أن تصرفات شركة (مايكروسوفت) قد أدت إلى ضعف المنافسة في أسواق تضم التشغيل والتعامل مع الأنترنت، وقد ضيقت الخيارات المتاحة أمام المستهلكين في أمريكا والعالم. وفي سنة 2000 صدر الحكم في الدعوى قاضياً بتقسيم شركة (مايكروسوفت) إلى شركتين منفصلتين، تختص الأولى بتطوير وبيع أنظمة تشغيل أجهزة الكمبيوتر، في حين تدير الأخرى ما تبقى من أعمال الشركة الأم في مجال البرمجيات والأنترنت وقد إعتبر المراقبون وأجهزة الإعلام الأمريكية أن قرار المحكمة يعتبر قرار تاريخياً كونه أهم قرار من نوعه في تاريخ القضايا التي تناولها، وأنه وضع حداً لعمليّة الشركات الكبرى وللإحتكار الذي تمارسه.¹

المطلب الثالث : إسناد مخالفات قانون المنافسة

تساؤل رئيسي ينصب على معرفة من تسند إليه المخالفة التي تعد ممارسة أو إتفاقاً يمثل إساءة لإستخدام وضع مسيطر في السوق التنافسية، والإجابة عن هذا التساؤل لها أهميتها الخاصة من حيث تحديد أطراف الخصومة وعلاقة ذلك بالإجراءات، ومن حيث تحديد الأساس الذي يمكن الإستناد إليه في تقرير المسؤولية عن المخالفات المرتكبة حال ثبوتها. ويثور هذا التساؤل بصفة خاصة بصدد الممارسات أو الإتفاقات الإحتكارية الصادرة عن مشروعات تمارس أنشطتها في مجموعة شركات ولقد استقر مجلس المنافسة الفرنسي على أنه إذا كانت هناك ممارسات إحتكارية ضارة بالمنافسة تباشر من قبل شركة تابعة، فإن هذه الممارسات

¹ - سمير عالية وهيثم سمير عالية، القانون الجزائي للأعمال (ماهيته - نظرية جريمة الأعمال الجرائم المالية والتجارية - دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2012، ص 345 و ما يليها.

تنسب لهذه الشركة مادام أنها مستقلة في قرارها عن الشركة الأم، وقد أبان المجلس ضرورة مراعاة مسألة تمتع الشركة التابعة بشخصية قانونية منفصلة لا تكفي - بذاتها - لإبعاد إمكانية إسناد السلوك المخالف الصادر من الشركة التابعة إلى الشركة الأم، وإنما يشترط أن يثبت أن الشركة التابعة لا تملك تحديد سلوكها بطريقة مستقلة في السوق، وإنما هي تطبق تعليمات - خاصة في المسائل الهامة - صادرة لها من الشركة الأم.

وهذا الإتجاه هو ما سارت عليه محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، مستندة في ذلك على نص المادتين 85 و86 من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة، واللتين تقيمان مسؤولية الشركة الأم عن أعمال شركاتها التابعة على أساس مركزية السيطرة. ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها بأن شركة (كونت نيال كان) الأمريكية والتي تعد أكبر منتج في العالم لمواد التغليف، قامت في سنة 1969 بشراء 85% من أسهم شركة S.W.L الألمانية العاملة في مجال مواد التغليف، ومن بعدها سيطرت على شركة (متال بوكس) القابضة، والتي كان لها عدة شركات تابعة لها تعمل في نفس المجال، وقد عدت المحكمة أن حيازة شركة (كونت نيال كان) الأمريكية لمعظم الأسهم في هذه الشركات يعطيها وصف المسيطر الوحيد على السوق، وتظهر معالم هذه السيطرة فيما يلي:

1 - كانت شركة (كونت نيال كان) هي المصنع الوحيد للآلات المستعملة في إنتاج المواد التي تستعمل في التغليف.

2 - كانت هذه الشركة الأم مسيطرة على الترخيص في الدول التي تعمل فيها شركاتها التابعة.

3 - كانت هي الحائزة لعلامات الإنتاج والمعرفة الفنية للتصنيع.

4 - كانت هذه الشركة الأم تتمتع بقوة إقتصادية وتكنولوجية مكنتها من جعل الشركات التابعة التي تمارس نشاطها في الدول العاملة فيها تدور في فلكها.

لذلك حكمت محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في 1971/12/09 بمسؤولية شركة (كونت نيال كان) على اعتبار أن سيطرتها على الشركات التابعة العاملة في الدول الأوروبية في مجال تصنيع مواد التغليف، بهذه الطريقة يشكل إستثمارا تعسفيا في إستعمال الوضع المسيطر، وقد تواترت أحكام هذه المحكمة بعد ذلك في هذا الإتجاه.¹

كما أنه في حالة المشاركة في إتفاق ما ضار بالمنافسة، فيلزم من تنسب هذه الأفعال للشركة الأم أم للشركة التابعة؟ وللإجابة عن هذا السؤال لمعرفة من من الشركات - الشركة الأم أم الشركة التابعة - يجب أن تنسب إليها الممارسات المتعلقة بالمشاركة في إتفاق ما ضار بالمنافسة، حسب المجلس المذكور فإنه يعد

¹ - محمد مدحت غسان، الشركات متعددة الجنسيات وسيادة الدولة (قانونية - اقتصادية - سياسية)، الطبعة الأولى، دار الرابحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 152.

مسؤولا الكيان المذكور في الإتفاق، عدا الحالات التي توجد فيها أدلة إثبات محددة تكشف عن ضلوع الشركة الأم في مشاركة الشركة التابعة في الإتفاق كمشاركة عضو مجلس إدارة للشركة الأم في الإجتماعات التي ناقشت الإتفاق، إذ يعد ذلك كافيا لتبرير القرار الذي يقضي بتورط الشركة الأم في الإتفاق.¹

الخاتمة

إن الإستغلال المفرط لوضعية الهيمنة داخل سوق ما والذي قد يؤدي إلى وضعية إحتكارية تنجم عنها ممارسات مخلة بالمنافسة الحرة، لا بد من مقاومتها والتصدي لها من خلال منظومة قانونية ناجعة تعالج مختلف الجوانب والإشكالات القانونية التي يطرحها الواقع الإقتصادي المبني على التركزات الإقتصادية بين مختلف الشركات وعلى رأسها تجمع الشركات إن على المستوى الوطني أو حتى الدولي. فتحديد المسؤوليات القانونية - سواء المدنية أو الجزائية - يجعل الأمر سهلا في توقيع العقوبات وتحصيل الغرامات المحكوم بها دونما تنصل من المسؤولية خاصة بالنسبة للشركة الأم التي تعد المخ المحرك لتجمع الشركات.

¹ - حسين عبده الماحي ، حظر إساءة استخدام الوضع المسيطر (منع الإحتكار التعسفي) ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر، بدون سنة نشر ، ص 224 وما يليها.

قائمة المراجع

المؤلفات

- 1 - سمير عالية وهيثم سمير عالية، القانون الجزائري للأعمال (ماهيته - نظرية جريمة الأعمال الجرائم المالية والتجارية - دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2012.
- 2 - محمد مدحت غسان، الشركات متعددة الجنسيات وسيادة الدولة (قانونية - اقتصادية- سياسية)، الطبعة الأولى، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

المقالات والبحوث العلمية

- 1- أحمد محمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات الضارة بالمنافسة (دراسة مقارنة في ضوء القانون المصري والتشريعات الأمريكية المقابلة) ، بحث مقدم في الملتقى العربي الأول تحت شعار "حماية المنافسة ومنع الإحتكار في ضوء التحولات بالمنطقة العربية" ، الجامعة البريطانية بالقاهرة ، مصر، الفترة الممتدة من 20 إلى 22/12/2011.
- 2 - آيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الإقتصادية في القانون الجزائري : إشكالية التوفيق بين المصالح، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني : <http://dr.sassane.over-blog.com/article-11771093.html> بتاريخ 2013/05/11 ، تاريخ زيارة الموقع 2015/05/11.
- 3 - بن حملة سامي، مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة، مجلة الفقه والقانون، العدد 07، المغرب، 2014.
- 4 - حسين عبده الماحي ، حظر إساءة استخدام الوضع المسيطر (منع الإحتكار التعسفي) ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر، بدون سنة نشر.
- 5 - صاري نوال، الحرب على إنتزاع العملاء (حالة المشروع المهيمن)، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد رقم 04 ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2006.
- 6 - محمود سمير الشرفاوي ، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة مصر المعاصرة ، المجلد 66 ، العدد 362 ، مصر ، 1975.

النصوص القانونية:

- 1 - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، 2003.
- 2 - المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 2000/10/14 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الإقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج ر عدد 61، 2000.

تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود المشرع

الاستاذة معداوي نجية

استاذة بكلية الحقوق - جامعة لونيبي علي - البليدة 2- الجزائر

bladialger@outlook.fr

ملخص

ان تدخل المشرع ما هو الاتماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين ، ولا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الإرادة التعاقدية ، بل موضوعية هذه الإرادة ، والتي لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد ، بل تمتد الى ما بعد الانعقاد وصولا الى انتهاء العقد ، وكل ذلك سيعمل على تحقيق العدالة القانونية ، وتحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة ، والعقد شريعة المتعاقدين ، وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع ، مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة وإنما يجب القول بموضوعية الإرادة . وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الإشراف على التعاقد ، تكون الغاية الرئيسية منه ، هو تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد.

Abstract

The intervention of the legislator is just in line with the contractual idea which is based on a balanced contract between the contractors, it does not mean that the deterioration or relapse contractual will, but achieving legal justice, and achieve a balance between all of the principle of authority will, pacta sunt servanda, and the trend towards restrictions imposed by the legislature, which indicates that the contract will no longer absolute but must be said objectively will. In accordance with the requirements of social need to give a great legislator and prominent role in overseeing the contract, the main objective of it, is to achieve justice and balance between the different interests of individuals.

مقدمة

لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة وشيوعاً أكثر مما ناله مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فقد كانت له قدسية خاصة عند أنصار مبدأ سلطان الإرادة، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكاناً مرموقاً في المؤلفات القانونية المدنية. إلا أنه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيراً من أهميته، وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد، مراعاةً منه للتوازن الذي كثيراً ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، وبذلك نتفق مع جانب من الفقه¹ بأن "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

وإزاء تحقيق الهدف المتوخى وهو العدل والتكافؤ بين المتعاقدين، أخذت النصوص الآمرة تحل مكان النصوص المفسرة والمكملة. حتى بدأ المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين.

ومع ذلك وحتى في الأحوال التي لا تكون الإرادة منسئة لكافة الآثار القانونية للعقد، فإن الحرية العقدية لا تختفي، لأنها ما زالت موجودة في اتجاه الإرادة إلى خلق حالة قانونية جديدة، وهي إبراز العقد إلى الوجود ومن ثم تدخل المشرع في تنظيم هذا العقد. فكيف يمكن ان تلعب الارادة دورا في تحديد مضمون العقد وكيف يكون تدخل المشرع مقيدا لحرية الاطراف من حيث مضمون العقد. علما ان تأثير او تدخل المشرع قد يأخذ صورتين بارزتين : تدخل مباشر وصريح عندما يصدر نصوصاً أمرية يحتم على المتعاقدين مراعاتها. او تدخل غير مباشر, عندما يخول المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين . ان الاجابة على هذا السؤال تقتضي تقسيم هذه الدراسة إلى النقطتين الآتيتين:

أولاً - دور الإرادة في تحديد مضمون العقد.

ثانياً - تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد.

¹ د.محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية لمرحلة السابقة، على التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، 1998م، ص727.

أولاً - دور الإرادة في تحديد مضمون العقد.

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها ، لذا سنتعرض في هذا الفرع إلى بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد ، ثم نتطرق إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتباره من أهم الاتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها.

1 - بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد:

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون ، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء¹ ، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها.

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للأطرفين ، الاتفاق على فسخ العقد طبقاً للمادة 120 ق.م.ج ، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد ، ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحاً كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يبق أحدهما بتنفيذ التزاماته وقد يرد الاتفاق في صورة " اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه " ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين ، وإنما لا بد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن ، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته ويأتي في عبارة أشد وهو اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم ، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعدار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررراً لا منشئاً له².

كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي

¹ - محمد صبري السعدي ص 45.

² - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 385.

يجوز للأطراف القيام بما عند إنشاء عقودهم ، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 ق.م.ج الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه ، و يسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد ، كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 ق.م.ج.

و يلاحظ أيضا بالرجوع إلى القواعد العامة أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين بدلات الإيجار حسب المادة 471 / 1 من القانون المدني و أكد ذلك من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996¹. و التي تنص على أنه " :تحرر نسب الإيجارات المطبقة على المحلات ذات الاستعمال غير السكني وتحدد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني والقانون التجاري المذكورين أعلاه"، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقا لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين ، وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري.

كما يمكن أيضا للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه ، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعاً وحديّة من الضمان القانوني .

ب- الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية اتفاقاً يجعل المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وقد يتفقا على التخفيف فيها مما يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه وتقصيره² ، وفي هذا المجال توجد عدة اتفاقات تخص المسؤولية العقدية كالتأمين على المسؤولية ، وهذا لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية ، وإنما مجاله عقد التأمين ، كما أن هناك اتفاقات أخرى تتم بعد وقوع الضرر ويراد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر كتحديد مقدار التعويض أو النزول عنه، وهذه الاتفاقات تعتبر من قبيل عقود الصلح³ ، ولكن ما

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996 المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها. ج. ر. عدد 4.

² - راجع ، بوعزة ديدن ، " شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية " ، مجلة مخبر القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، عدد 1 ديسمبر 2004 ، ص 6.

³ - نبيل إبراهيم سعد ، " النظرية العامة للالتزام " ، بدون طبعة ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 305 .

يهيمن هنا هي الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر وهي غالبا ما ترد في العقد عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجدها تنص على أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة" ... ، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولا في م واجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي، ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز ، ويمكن اعتباره نوعا من التأمين ضد خطر القوة القاهرة . والحادث الفجائي ، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد¹

كما أنّ الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما وُجد في الظروف التي وُجد فيها المدين ، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أن التعويض لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم طبقا للمادة 02/182 ق.م.ج ، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة التزام المدين ، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع إضافة إلى اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية ، فإنه يمكن لها أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه أو التخفيف منها طبقا للفقرة الثانية من المادة 178 من ق.م.ج ، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

¹ - راجع محمد حسنين ، " الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)" ، بدون طبعة ، مؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1983 ، ص 178 .

ثانياً - تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد.

يأخذ تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد صورتين بارزتين وهما : تدخل مباشر وصريح عندما يصدر نصوصاً أمرية يحتم على المتعاقدين مراعاتها. او تدخل غير مباشر, عندما يخول المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين.

1 - تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد.

سنتناول في هذه النقطة، القيود التي يفرضها المشرع مباشرةً، أي بمعنى القيود التي يوردها المشرع بنص قانوني أمر ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد. ونشير في هذا المجال بأن هذه التقييدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد.

ففي (الحالة الأولى) يعد المتعاقد وكأنه مقيداً تقييداً كاملاً في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لما كانت تعانيه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي. حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي¹، كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية² وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي.

ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه³.

أما في (الحالة الثانية) فسيقيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد. مثال ذلك، هو القيد الذي يرد على حرية المتعاقدين في إنهاء عقده. فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، فإن فعلاً، تعين إنقاص المدة إلى الحد الجائز⁴.

¹ - كمثال على التقييدات القانونية الواردة على عقد العمل ما ورد في نص المادة (806) فقرة (2) من القانون المدني الأردني، إذ جاء فيها "ولا يجوز أن تتجاوز مدة عقد العمل خمس سنوات، فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى خمس".

² - د.فتحي عبد الرحيم عبد الله، "العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام"، القاهرة، 1979م، ص60.

³ - عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، "العقد في ظل النظام الاشتراكي"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1981م، ص67.

⁴ - د.محمد وحيد الدين سوار، "الاتجاهات العامة في القانون المدني"، المكتبة القانونية، عمان، 2001م، ص18.

وهذا ما يفهم من نص المادة (104) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها بأنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً".

وقد جاءت المادة (468) من القانون المدني الجزائري بتطبيق لهذه القاعدة إذ "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بالإدارة أن يعقد إجازة تزيد مدتها على ثلاث سنوات. ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تخفض المدة إلى 3 سنوات".

أما التطبيق الآخر فهو إبطال شرط عدم المسؤولية في النقل البري. ومن القيود الأخرى التي يفرضها المشرع مباشرةً على الإرادة التعاقدية، هو القيد الذي يحدد مقدار الأجرة في بعض العقود.

كما أصدر المشرع في كثير من الدول، قوانين خاصة تعطي الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجيز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار¹.

كما كرس المشرع المبدأ في القانون (90-11) و المتضمن قانون العمل أن الأصل في عقد العمل أنه غير محدد المدة، إلا ما تعلق منه بما تقضي به المادة 12، و طالما أن إبرام عقود محددة المدة من أجل أعمال تتميز بالطابع الدائم لا تتفق و المبدأ المذكور، فإن إرتباط العامل بعقد محدد المدة لتنفيذ أعمال ذات طابع دائم ما عدا حالة إستخلاف عامل تغيب مؤقتاً، عن عمله يعد مخالفاً لما نص عليه القانون (90-11) طبقاً للمادة 14 منه. والتي تقضي بأنه "يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محددة خلافاً لما تنص عليه أحكام هذا القانون عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون".

أي يجب أن يكون العقد مبرماً من أجل الحالات المنصوص عليها بالمادة 12 و هي حالات تتعلق بأعمال لا تتسم بالطابع الدائم، معناه أن يتعلق بأشغال أو خدمات غير متجددة، أو أشغال دورية ذات طابع متقطع أو أسباب موسمية أو لتزايد العمل، أو أشغال ذات مدة محددة، و يستثنى من ذلك حالة وحيدة و هي حالة إستخلاف عامل مثبت إذ يكون فيها العمل ذو طابع دائم و يجوز فيها إبرام عقد عمل محدد المدة.

¹ - يقصد بالامتداد القانوني للإيجار: هو سريان عقد الإيجار الأصلي الذي انتهت مدته بشروطه نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا تكون بصدد إيجار جديد يلزم لانعقاده مثلاً توافر الأهلية عند إبرامه، بل يظل العقد السابق سارياً ولو فقد أحد المتعاقدين أهليته عند امتداد الإيجار.

ينظر - د. مصطفى مجدي هرجة، "إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين في ضوء الفقه والقضاء"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1984م، ص 82.

وخلاصة لما سبق ذكره في هذا المطلب هو وإن كان للمتعاقدين الاتفاق على مضمون العقد وتحديد شروطه، إلا أن هذه الحرية قد تنقيد في توجيه الإيرادات إلى تحقيق غاية اجتماعية نبيلة للمشرع، وهي تحقيق التوازن والعدل القانوني لكلا الطرفين. وإن كثرة تدخل المشرع بنصوص أمرة توضح لنا بأن الإرادة التعاقدية ليست مطلقة في فضاء شاسع بل مطلقة في فضاء القانون. وهو ما يؤكد لنا بوجوب القول بموضوعية الإرادة التعاقدية بدلاً من سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

ب- تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد.

ويكون هذا التدخل عندما يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد.¹

فالقاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان، هذه هي بصورة عامة الصورة التي انتهت إليها مبدأ سلطان الإرادة.²

ومثالاً على الحالة الأولى (وهي التوسع في مضمون العقد) ما وصل إليه القضاء من مرحلة أكثر إيجابية، وذلك بفرضه على أحد المتعاقدين التزاماً بضمان سلامة المتعاقد الآخر، خصوصاً في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزماً حتى دون اتفاق مسبق بضمان سلامة المسافر، وهذا يعني أن القضاء يضيف إلى العقد التزاماً لم يكن محل اتفاق المتعاقدين أو حتى لم يفكر به.

وقد اختلف الفقهاء في تعيين السند القانوني الذي يعتمد عليه القضاء عند فرضه الالتزام بالسلامة على أحد أطراف العقد، فرأى جانب من الفقهاء أن هذا الالتزام مصدره الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين بينما ذهب جانب آخر من الفقه³ بالقول أن الرجوع وبشكل دائم إلى إرادة العاقدين سواء إرادة حقيقية أو محتملة، لتحديد مضمون العقد شيئاً من التحكم وهذا غير صحيح، وإنما الأقرب إلى الواقع، هو الاستناد في الاعتراف بالالتزام بالسلامة إلى نص المادة (107) فقرة (2) من القانون المدني الجزائري - والتي تقابل نص المادة (148) فقرة (2) من القانون المدني المصري والمادة (1135) من القانون المدني الفرنسي، وهذا الاتجاه هو ما يمكن الاتفاق معه.

ففي المادة (107) فقرة (2) من القانون المدني الجزائري متسع لاحتواء هذا الالتزام، فقد نصت المادة سالفة الذكر على ما يلي "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". فمن السهل القول أن الالتزام بالسلامة هو

¹ عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص 71.

² د. عبد المجيد الحكيم، "الموجز في شرح القانون المدني"، ط 2، مصادر الالتزام، بغداد، 1963م، ص 36.

³ عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، المصدر السابق، ص 76.

من مستلزمات عقد النقل. وبمقتضى هذا النص يستطيع القاضي أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقتضي العرف أو العدالة بإضافة إليه.

أما من الأمثلة على الحالة الثانية (وهي الانتقاص مما اتفق عليه العقدان) هو فيما يخص الشرط الجزائي. ففي بعض الأحيان يخضع المشرع بعض شروط العقد لرقابة القضاء خشية من تعسف المتعاقدين. فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أجاز للمتعاقدين مثلاً الاتفاق على التعويض ألتفافي في المادة (184) من القانون المدني الجزائري، إلا أنه لم يترك ذلك لمحض إرادة المتعاقدين، بل ربط بين استحقاق التعويض ألتفافي ومقدار الضرر، فلا يكون التعويض ألتفافي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

كما تولى القضاء مهمة تقويم بعض السلبيات التي تنجم عن فقدان التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في عقود الإذعان، وانفراد أحد أطراف العقد في وضع صيغته وإملاء شروطه، وأعلن أنه ما دام صاحب الاحتكار، وهو الأقوى اقتصادياً قد وضع العقد بعد دراسة دقيقة لكافة بنوده وشروطه أأخذاً بنظر الاعتبار كافة الظروف والملابسات، فليس له بعد ذلك التمسك بتفسير الشروط الغامضة لمصلحته.

ففي عقد الإذعان تنعدم إرادة المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه، حتى أن هناك شكاً في مدى توافر هذا الجانب أيضاً، إذ أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة¹.

ولهذا أوجه القضاء إلى تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن. وقد حدد المشرع الجزائري في المادة (111) فقرة (2) و المادة (112) الطريق للقضاء لتفسير العبارات الغامضة عندما قرر بأنه "لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن، ولو كان دائماً"².

كما حول المشرع، القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان، بل وحتى إعفاء الطرف المدعن منها. وهذا ما عبرت عنه المادة (110) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹ د. محمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص 751.

² - وذات الحكم قرره المشرع المصري في المادة (151) من القانون المدني المصري.

بمعنى على القضاء أن يوازن ما بين مبدأ سلطان الإرادة وما بين أن تكون هذه الإرادة حرة وغير خاضعة لعوامل النفوذ الاقتصادي والاستغلال الأحادي من قبل أحد الأطراف. أي إجبار أطراف العقد على الالتزام بموضوعية الإرادة التعاقدية.

فموضوعية الإرادة التعاقدية لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد فقط، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وإلى انتهاء العقد. وهذا ما أكده القضاء، حيث جاء في حيثيات قرار إحدى الأحكام التي أصدرها القضاء البلجيكي "بأن كثرة الاتفاقات التي تحتوي على بنود موضوعية سلفاً من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة، إلى البحث عن الوسائل التي بها يوقفون بين أوضاع المتعاقدين. ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقاً أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتهما في حدود اختصاصها. وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاة لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، والقوة الملزمة للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى، ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أم تلك التي شجعت عدم التعادل بين طرفي العقد".

ومن التطبيقات الأخرى التي يتوضح فيها تدخل القاضي في تعديل أثار العقد، هي نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت هذه النظرية خروجاً على مذهب الإرادة "واستثناءً عن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن هذه النظرية تهدف إلى تعديل مضمون العقد على غير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، برد الالتزام الذي جعله الحادث الطارئ مرهقاً إلى الحد المعقول"¹.

وقد رفض المشرع الفرنسي في قانون نابليون الاعتراف للقاضي بهذه الصلاحية نظراً لما كان يبيده من احترام كبير لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤكد على وجوب تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً، ولا عبرة بما يلحق المدين من خسارة تصيبه لا من خطئه، بل من تغيير الظروف، فهذه أمور تخصه وحده، ولا شأن للدائن بها، وعلى الرغم من ذلك، فإن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً في مجلس الدولة، على عكس القضاء المدني كان يأخذ مسألة تغيير الظروف بعين الاعتبار، ويندفع لتعديل العقد بما يتلائم والظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين.

أما في الجزائر فقد حول المشرع الجزائري، القاضي صلاحية تعديل العقد وفق ما تقتضيه العدالة في المادة (107) فقرة (3) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التزام المتعاقدين، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز (للمحكمة) بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹ - د. عبد الرحمن عياد، "أساس الالتزام العقدي"، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972م. ص 366.

بمعنى أن القاضي سيعمل على إعادة التوازن الاقتصادي في حالة اختلاله، وكل ذلك يصب في سبيل تحقيق العدالة القانونية وتحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع بتدخله بصورة غير مباشرة للضرورات الاجتماعية. مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة، وإنما يجب القول بموضوعية الإرادة التعاقدية.

الخاتمة

إذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع. فعلى الرغم من أن الإرادة قد لعبت دوراً بارزاً ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، ولكن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية أمرية. وقد تم طرح الموضوع محل البحث بطريقة حاول الباحث أن تكون واضحة محاولاً التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وكما يأتي :

1. ضرورة التمييز ما بين سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية. حيث سيعتبر المبدأ الأول هو الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية الكفاية انعقاد العقد.
2. إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، ما هو إلا تمشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر. ولا يعني ذلك تدهور العقد واضمحلال أهميته، بل يعود السبب في ذلك إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني. فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.
3. يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.
4. هنالك بعض العقود التي تبرم بناءً على الإلزام القانوني، والتي يمكن تسميتها بـ ((العقود الإلزامية)) والتي لا يلعب فيها الرضا دوراً كبيراً في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإنما يطبق طرفي العقد نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون.

5. أما فيما يخص الأثر الذي يتركه الإلزام القانوني (في العقود الإلزامية) على رضا المتعاقد، وبالتحديد فيما يتعلق بمدى اعتبار التصرف القانوني عقداً فهنا نقول بأنه لو نظرنا للأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من العسير جداً اعتبار التصرفات الصادرة من المتعاقد عقوداً رضائية على النحو المعروف، نظراً لانتفاء الرضاء، فالمتعاقد قد يعتبر مكرهاً على الإقدام بإبرام العقد أما إذا نظرنا إلى الأمر وفق التصورات الحديثة للعقد ووفق المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع مراعيًا تحقيق العدل والمصلحة العامة. فعند ذلك يختلف الأمر. ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم يتوجب التسليم بوجود عقد، إذ أن العلاقة بين الأطراف تبقى محتفظة بطبيعتها التعاقدية. فالقول بتدهور العقد شيء والقول بتقييد الحرية التعاقدية شيء آخر.

6. مع إقرارنا بأهمية مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) نستطيع القول بأن ازدياد تدخل المشرع المتزايد في تحديد مضمون العقد بعد بروز الحاجة الاجتماعية إلى ذلك التدخل في بعض العقود لإعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين، ومن ثم تقييد كلا المتعاقدين بموضوعية الإرادة التعاقدية. أصبح من الضروري القول بأن "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

7. إن القيود التي تفرض على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد، إما تفرض مباشرة من قبل المشرع ويكون ذلك عندما يصدر نصوصاً أمرية يحتم على المتعاقدين مراعاتها (مثل تنظيم عقد العمل أو الامتداد القانوني لعقد الإيجار) وإما تفرض بصورة غير مباشرة، ويكون ذلك عندما يخول المشرع، القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد (مثل الالتزام بضمان السلامة وعقود الإذعان).

قائمة المراجعأولاً: الكتب القانونية و البحوث:

- * بوعزة ديدن، "شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية"، مجلة مخر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 1 ديسمبر 2004.
- * عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، "العقد في ظل النظام الاشتراكي"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1981م.
- * عبد الرحمن عياد، "أساس الالتزام العقدي"، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972م.
- * فتحي عبد الرحيم عبد الله، "العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام"، القاهرة، 1979م.
- * محمد حسنين، "الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)"، بدون طبعة، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- * محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية لمرحلة السابقة، على التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، 1998م.
- * نبيل إبراهيم سعد، "النظرية العامة للالتزام"، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- * محمد وحيد الدين سوار، "الاتجاهات العامة في القانون المدني"، المكتبة القانونية، عمان، 2001م.
- * عبد المجيد الحكيم، "الموجز في شرح القانون المدني"، ط2، مصادر الالتزام، بغداد، 1963م.
- * محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، 1998م.
- * مصطفى مجدي هرجة، "إيجار الأماكن المفروشة والمنشآت الطبية ومكاتب المحامين وانتهاء عقود الإيجار لغير المصريين"، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1984م.

ثانياً: النصوص القانونية:

* الامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني. المعدل و المتمم.

* المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996 المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبيق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها. ج. ر. عدد 4.

جزاء الإدارة المخلة بمبدأ التنفيذ والمسؤولية المترتبة عليه (دراسة مقارنة)

الأستاذة نسيمة عطار

الأستاذ هزيل جلول

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابو بكر بلقايد - الجزائر

attarnassima@live.fr

الملخص

ان التنفيذ الجبري لايجد مجاله ضد الادارة في حالة امتناعها عن التنفيذ، ولما كان الأمر كذلك كان من الضروري البحث عن وسائل بديلة لضمان حرمة وهيبة القرارات القضائية الادارية. إن هذه الوسائل يمكن اجمالها في طائفتين اثنتين هما: -الوسائل غير القضائية: ونجدها خصوصا في النظام الفرنسي والتي تتمثل في طلب المساعدة على التنفيذ من مجلس الدولة، وفي طلب تدخل وسيط الجمهورية. -الوسائل القضائية: وتتمثل في الاوامر القضائية، والغرامة التهديدية، والفوائد التأخيرية هذا وتجدر الاشارة الى امكانية توقيع جزاءات على الادارة الممتنعة، كالغاء قرارها الاداري المخالف لحجية الشيء المقضي به. **الكلمات المفتاحية:** حجية الشيء المقضي به، الامتناع عن التنفيذ، الاشكال في التنفيذ، وسيط الجمهورية، الاوامر القضائية، الغرامة التهديدية.

Le résumé

L' exécution forcée ne peut avoir un champ d application contre l administration publique en cas

d'inexécution des jugement administratifs néanmoins pour ce faire il a fallut trouver d autre moyen pour garantir l' exécution.

Ces moyen sont classes en deux catégories: les moyen non juridictionnels et les moyens juridictionnels.

-moyens non juridictionnels comprenant: la demande d aide d'exécution du conseil d'etat et la demande d'intervention du médiateur de la république.

-moyens juridictionnels comprenant: les injonction, les astreints et les intérêts moratoires. L'administration peut être sanctionnée en annulant son acte

administratif qui ne respecte pas l'autorité de la chose jugée et de mettre cause sa responsabilité civile.

Les mots clés: l'autorité de la chose jugée, le refus d'exécution, problème d'exécution, l'aide d'exécution.

المقدمة

إذا كانت السلطات العامة ملزمة بمساندة، وتقديم يد المساعدة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الأفراد وغيرهم من أشخاص القانون الخاص، فإنها هي الأخرى ملزمة بتنفيذ الأحكام من تلقاء نفسها متى كانت صادرة في غير صالحها.

حيث أن مرجع هذا الالتزام يتمثل في نص المادة 145 من الدستور الجزائري التي تنص على مايلي: "على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء".

وطبقا لهذا فإن القرار القضائي الإداري يعد من بين أهم السندات التنفيذية، شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية عامة، لأنها تمثل كلمة القانون في النزاع المطروح على القضاء. وعليه فإن تنكر الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية أو تعطيلها يعد مخالفة للقوانين وخروجاً عن مبدأ الشرعية، ذلك أن الامتناع عن التنفيذ هو مخالفة للقانون أولاً، وأحكام القضاء ثانياً، باعتبار أن القضاء هو مرآة للقانون.

ومن خلال كل ما سبق يثور التساؤل حول مدى فاعلية مبدأ الزامية التنفيذ وما تعتره من استثناءات؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيف يتم حمل الإدارة على التنفيذ في حالة تعنتها ضد القرارات القضائية الصادرة ضدها؟ وما هي المسؤولية المترتبة عنها؟

للإجابة على هذه التساؤلات اعتمدت في تحليلي على المنهج المقارن بين النظامين الفرنسي والجزائري وأحياناً أخرى المصري، إضافة إلى الاعتماد على المنهج التاريخي والوصفي في إعطاء بعض التعريفات.

وتبعاً لهذا يقسم بحثي إلى عنوانين هما:

أساليب حمل الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية

المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ القرار القضائي

المبحث الأول: أساليب حمل الإدارة على تنفيذ القرار القضائي:**المطلب الأول: الطرق غير القضائية في إكراه الإدارة على التنفيذ:****الفرع الأول: طلب المساعدة على التنفيذ:**

حماية لمصالح الأفراد تبنى المشرع الفرنسي، نظاما خاصا في حل إشكالات تنفيذ القرارات القضائية بغير المخاصمة القضائية. حيث أنشأ بموجب المرسوم رقم 63-1766¹ قسما خاصا داخل مجلس الدولة الفرنسي، يختص بحل أي إشكال يعترى تنفيذ القرار القضائي الإداري. وطبقا للمادة 05 منه يختص هذا القسم بتسوية الصعوبات التي تتعرض لتنفيذ الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة والهيئات القضائية الإدارية الأخرى²

وما يميز هذا القسم هو أن رغم تشكيته القضائية، فهو ليس مخلولا على معاقبة الإدارة لرفضها للتنفيذ. وإنما دوره هو مساعدتها على التنفيذ، فوظيفته استشارية محضة.

ويجوز للجميع أيا كانت صفته التقدم إلى هذا القسم سواء الإدارة أو المجلس أو الأفراد، وسواء كان القرار القضائي الإداري صادرا بناء على دعوى تجاوز السلطة، أو بناء على دعوى التعويض³ حيث تنص المادة 59 من هذا المرسوم والتي أدمجت في المادة 93 فقرة ثانية من قانون القضاء الإداري، فإنه يمكن للمدعي صاحب المصلحة في التنفيذ، بعد مضي ثلاثة أشهر من تبليغه للقرار القضائي الإداري أن يعلم قسم التقرير والدراسات بالمشاكل التي تواجهه في التنفيذ. وتعتبر مدة ثلاثة أشهر مدة كافية لاستبيان نية الإدارة، بغض النظر عن المشاكل التي تواجه الإدارة في التنفيذ، ومنح صاحب القرار القضائي حق طلب المساعدة في التنفيذ.

أما أحكام القضاء الاستعجالي فإنه يخول لصاحب الشأن، حق التقدم لطلب المساعدة إلى القسم مباشرة، دون انتظار انقضاء مدة 3 أشهر ونفس الأمر بالنسبة للرفض الصريح بعدم التنفيذ من طرف الإدارة⁴ وفي المقابل فإن الإدارة هي الأخرى يمكنها اللجوء إلى قسم التقدير والدراسات بواسطة الوزير المشرف على قطاع نشاط الإدارة لطلب كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى التي هي طرفا فيها.

¹ -Décret n63-766 du 30 juillet 1963, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n 45-1708 du juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement de conseil d'ETAT. Cf www.legifrance.gouv.fr

² - عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.107.

³ - إبراهيم أو فائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير الإدارة والمالية العامة، جامعة الجزائر، 1986، ص.202.

⁴ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.108.

وهنا بإمكان رئيس قسم التقرير والدراسات أن يعين مقررا تحت سلطته، لمتابعة تنفيذ القرارات القضائية الادارية، وتوجيه الإدارة المعنية توجيهها صحيحا لتنفيذ القرار القضائي الإداري، الصادر ضدها بالكيفية التي يتطلبها لتحقيق مضمونه المبتغى¹.

وما تجدر الإشارة أنه في حالة عدم جدوى هذه المساعدة في تنفيذ القرار القضائي، يشير قسم التقرير والدراسات في تقرير سنوي يقدمه في نهاية كل سنة إلى الحكومة، وكما يخطر رئيس قسم المنازعات بمجلس الدولة، وفي هذه الحالة يفتح باب الإجراءات القضائية ضد الإدارة.

ومن المؤسف له أن مجلس الدولة الجزائري لا يتضمن قسما مشابها، لما هو موجود على مستوى نظيره الفرنسي².

الفرع الثاني: تدخل وسيط الجمهورية:

أنشأ المشرع الفرنسي هذا المنصب بموجب القانون رقم 73-06 الصادر بتاريخ 03 جانفي 1973. (7) والوسيط لتعريفه هو موظف سام يعين لمدة ستة سنوات، غير قابلة للتجديد وبموجب مرسوم رئاسي. يتخذ في مجلس الوزراء ولا يمكن عزله خلال هذه المدة أو إنهاء مهامه، إلا عندما يتعذر عليه القيام بواجباته الوظيفية. على أن يترك أمر تقدير ذلك إلى لجنة مكونة من نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس المحاسبة. وهذا بعد إخطارها من طرف رئيس الجمهورية على أن القرار المتخذ في هذا الصدد يجب أن يتخذ بالإجماع³.

وهو يعتبر بذلك إحدى الهيئات الإدارية المستقلة، فهو لا يخضع أثناء أداء وظيفته لأية تعليمات من أية جهة ادارية كانت، ولا يمكن القبض عليه أو ملاحقته أو توقيفه أو حجزه بسبب أعماله أو الآراء التي يدلي بها⁴ ويتلقى وسيط الجمهورية كل شكاوى الأشخاص الخاصة سواء كانت معنوية أو طبيعية ضد الإدارات الحكومية والعامه، بحيث يتمتع بسلطة أمر الإدارة بالتنفيذ خلال فترة زمنية يحددها.

وفي حالة عدم احترام الإدارة لأوامره، يدرج ذلك في تقرير خاص يقدمه لرئيس الجمهورية وللبرلمان، كما يسعى لنشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية⁵

¹- ابراهيم أوفائدة، المرجع السابق، ص. 205.

²- زين العابدين بلماحي، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة تلمسان، 2008، ص. 71.

³- La loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur. Cf. www.legifrance.gouv.fr.
08) Charles Debbasch, jean claude Ricci, op, cit, p19 ; andré legran ; op ; cit, p3.

⁴- زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص. 71.

⁵- لمرجع نفسه، ص. 72.

المطلب الثاني: الطرق القضائية في إكراه الإدارة على التنفيذ:**الفرع الأول: الأوامر كوسيلة لتنفيذ القرار القضائي الإداري:**

إن المبدأ العام يتمثل في تكريس وتجسيد مبدأ الفصل بين السلطات، من خلال اعتبار أن الإدارة سلطة مستقلة عن القضاء، إلا أن هذا المبدأ عرف استثناء إذا تعلق الأمر بموضوع تنفيذ القرارات القضائية الإدارية.

ويتمثل هذا الاستثناء في إمكانية توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة الممتنعة عن التنفيذ. إلا أن هذه الأوامر الموجهة من القاضي إلى الإدارة، تشترط توفر حالات معينة إذا ما تحققت جاز تدخل القاضي وتوجيه أوامر للإدارة، ونشير إلى أن هذا الاستثناء قد عرف في كل من القضاء الفرنسي والقضاء الجزائري وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من المطلب الثالث.

الفرع الثاني: الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ القرار القضائي الإداري:

يستعمل مصطلح الغرامة التهديدية "...للدلالة على التهديدات المالية التي ينطق بها القضاء قصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقهم بموجب سندات تنفيذية، أحكام قضائية كانت أو عقوداً رسمية..."¹

كما أنه لا يمكن للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه، بل هي تقوم وتثبت على أساس الطلب، إلا إذا وجد نص قانوني يميز ذلك.

أما عن شروط تطبيق الغرامة التهديدية على الإدارة فيحدها جانب من الفقه فيما يلي:

- أن يتعلق الالتزام المنصب على الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فلا مجال لتطبيق الغرامة التهديدية إذا كان الالتزام يتعلق بدفع مبلغ من النقود إذ لا فائدة من الإكراه المالي في هذه الحالة.
- أن تخالف الإدارة ذلك الالتزام الواقع على عاتقها بشرط أن يكون مرتبطاً بها، أي لا يمكن لغيرها أن ينفذه.

- أن تثبت تلك المخالفة في محضر يجره القائم بالتنفيذ (المحضر القضائي).

- أن يختار المدعي الدائن بين طلب التعويض عن عدم التنفيذ، أو بين المطالبة بتسليط غرامة مالية، فإن اختار التعويض سقط حقه في المطالبة بالغرامة التهديدية، لأنه عبر عن إرادته في استبدال التنفيذ العيني بواسطة التنفيذ بمقابل²

¹ - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص. 86.

² - لحسن بن شبح آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 494-495.

الفرع الثالث: الدعوة التأديبية:

وهي عقوبة تأديبية تسلط على الموظف المسؤول عن التنفيذ، والتي مفادها إحالة الموظف الممتنع إلى المحكمة التأديبية المالية لامتناعه عن تسهيل حصول الدفع في الوقت المحدد¹. وكذلك متى أدى تعنته إلى تفاقم الوضع لغاية الحكم بالغرامة التهديدية.

المطلب الثالث: مدى تطبيق هذه الوسائل في كلا النظامين الفرنسي والجزائري

الفرع الأول: الوضع في فرنسا:

ما يخص الطرق غير القضائية قد سبق الإشارة إليها عند الحديث عن هذه الطرق. لذلك سيقصر البحث في الوضع في فرنسا على الطرق القضائية فقط.

1- الأوامر: للوقوف على موقف القضاء الفرنسي حول هذه النقطة يستلزم علينا الأمر ضرورة التفرقة بين مرحلتين من خلالهما نلمس التطور الحاصل في موقف القضاء الفرنسي وهما:

أ- الوضع في فرنسا قبل 1995:

إن موقف القضاء الإداري الفرنسي في هذه المرحلة، تميز بالحسم من خلال حظر القاضي من توجيه أوامر أو الحلول محل الإدارة.

وما يبرر هذا الوضع هي قراراته المتتالية والحاملة لنفس المعنى والتي من بينها: "...القاضي الإداري لا يملك أن يوجه أوامر للإدارة..." أو في قرار آخر "...لا يندرج ضمن سلطات القاضي الإداري توجيه أوامر لهيئة إدارية..." أو "...لا يملك القاضي الإداري صلاحية توجيه أوامر للإدارة أو لهيئة خاصة مكلفة بتنفيذ مرفق أو بتسيير..."².

وهذه القرارات كلها تعبيرا عن رفض تدخل القاضي في أي نزاع تكون الإدارة طرفا فيه. ونتيجة لهذا الرفض المستمر والمتنوع، استقرت أحكام القضاء الإداري على مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة وثم تكريسه في المبادئ المتعلقة بالنظام العام، حيث أن القاضي من تلقاء نفسه يحكم بعدم اختصاصه، بأية دعوى يكون موضوعها طلب توجيه امر إلى الإدارة، ولم يقتصر هذا الحظر على قاضي الموضوع بل امتد إلى قاضي الأمور المستعجلة أيضا³

¹ - حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2010، ص.42.

² - بنقصيل أكثر راجع زين العابدين بلماحي، ص.76.

³ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.118.

ب- الوضع في فرنسا بعد 1995:

بموجب القانون رقم 95-125 المؤرخ في 08 فيفري 1995 شرع للقاضي إمكانية توجيه أوامر للإدارة¹، وذلك في حالة رفضها لتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها. هذا وتجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري، ليس باستطاعته النطق بالأوامر إلا في حالتين هما:

(1) يكون ذلك عندما يتطلب القرار القضائي الإداري، بالضرورة من الشخص المعنوي العام أو من هيئة خاصة مكلفة بتسيير مرفق عام اتخاذ ذلك الإجراء. ويجدد لها عند الاقتضاء مهلة لتنفيذ.

(2) يكون ذلك عندما يتطلب القرار القضائي الإداري، بالضرورة من الشخص المعنوي العام أو من هيئة خاصة مكلفة بتسيير مرفق عام، إصدار قرار إداري جديد من أجل التنفيذ، فالقاضي وبناء على طلب المدعي أيضا أن يأمر الإدارة بإصدار ذلك القرار في مدة محددة².

2- الغرامة التهديدية:

بموجب القانون رقم 80-535 الصادر بتاريخ 16 جويلية 1980 تم السماح لمجلس الدولة بفرض الغرامة التهديدية على الإدارة³، واعتباره من مقتضيات تفعيل ما يصدره من أحكام، على نحو يستوجبه مبدأ خضوع الدولة للقانون، بما لا يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات⁴.

وقد أورد المشرع الفرنسي مجموعة من الشروط لأجل الحكم بالغرمة التهديدية، تمتثل في وجود حكم قضائي صادر عن إحدى جهات القضاء الإداري، حيث استبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق الغرامة التهديدية الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية.

كذلك من شروط الغرامة التهديدية أن يتطلب تنفيذ الحكم، اتخاذ إجراء أو قرار محدد، وقابلية الحكم للتنفيذ حيث أن مصدره لا تكليف بمستحيل. وطلب صاحب الشأن أي صاحب المصلحة. وحيث أن المصلحة هنا شأنها شأن المصلحة في دعوى الإلغاء، إذ يجب أن تكون شخصية ومباشرة وصاحب المصلحة ليس فقط من كان طرفا في الدعوى، وإنما كل شخص معني بشكل مباشر بمسألة تنفيذ الحكم. بحيث يكون من شأن تنفيذ هذا الحكم أن يعود عليه بمنفعة أو فائدة⁵.

وما يميز المشرع الفرنسي في هذه المرحلة هو تركيز الاختصاص للحكم بالغرمة التهديدية فقط بيد مجلس الدولة وحده، إلا أنه بموجب القانون رقم 125/1995 الصادر في 08 فيفري 1995 السابق

¹ - Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

² - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص.50.

³ - لمرجع نفسه، ص.50.

⁴ - حسيبة شرون، المرجع السابق، ص.40.

⁵ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.159.

الذكر ثم توسيع الاختصاص، ليشمل الاعتراف لمحاكم القضاء الإداري بمجلس الدولة ومحاكم الاستئناف والمحاكم الإدارية، بسلطة توجيه أوامر للإدارة بفرض الغرامة التهديدية.

وتحکم بموجب ذلك الهيئة القضائية المعينة بالغرامة، بناء على طلب المحكوم له أو من تلقاء نفسها، وهي تتمتع في ذلك بصلاحيحة واسعة، من حيث تحديد مبلغ الغرامة ومدتها¹

3- الدعوى التأديبية:

لقد تم النص عليها في قانون 16 جويلية 1980 وهي تعد ضمانا أخرى بجانب الأمر بالغرامة التهديدية، والتي مفاذاها إحالة الموظف المتمتع عن التنفيذ إلى المحكمة التأديبية المالية، حيث أن عقوباتها مالية تصل كحد أقصى إلى ما يعادل راتب الموظف المتمتع وقت وقوع المخالفة²

الفرع الثاني: الوضع في الجزائر:

فيما يخص الطرق غير القضائية وبالتحديد طلب المساعدة في التنفيذ، فإن الجزائر لا تعرف مثل هذا الإجراء في المادة الإدارية.

أما فيما يخص وسيط الجمهورية فقد عرفه النظام الجزائري³. إلا أنه لم يكتب له البقاء حيث تم تبني هذا المنصب بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-113 المؤرخ في 23 مارس 1996، المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 20 الصادر بتاريخ 31 مارس 1996 وألغى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-170 المؤرخ في 02 أوت 1999 المتضمن إلغاء مؤسسة وسيط الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 52 الصادرة بتاريخ 04 أوت 1999، إلا أن وظيفة منصب وسيط الجمهورية تختلف عما هي عليه في النظام الفرنسي. حيث اقتصرت وظيفته ومهمته على المتابعة والرقابة. حيث كانت تنص المادة الثالثة من مرسوم إحداث هذا المنصب على ما يلي :

يخول لوسيط الجمهورية صلاحية المتابعة والرقابة العامة، التي تسمح له بتقدير حسن علاقات الإدارة بالمواطنين. وفي هذا الإطار يمكن لأي شخص طبيعي استنفذ كل طرق الطعن، ويرى أنه وقع ضحيته غبن بسبب خلل في تسيير مرفق عمومي أن يخطر وسيط الجمهورية.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي قد أشار إلى دور الوساطة في الكتاب الخامس، تحت عنوان: "في الطرق البديلة لحل النزاعات".

ما يضفي عليها تصنيفها في خانة الطرق غير القضائية وبالرغم ما تقضي به المادة 1000 من نفس القانون أنه: "بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط ويقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم

¹ - حسينة شرون، المرجع السابق، ص.41.

² - المرجع السابق، ص.41.

³ - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص.73.

والوسيط....."وحددت أحكام الوساطة وشروطها من المادة 994 إلى غاية المادة 1005. وما تجدر الإشارة إليه هو أن صدور أمر تعيين الوسيط وإنهاء مهمته هو من مهام القاضي حسب المادة 1002. أما ما يخص الطرق القضائية فمن خلال استقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية، نلمس حصره لدوره القاضي الإداري الجزائري في إلغاء القرار الإداري وتفسيره ووقف تنفيذه والتعويض. وقد كرس القضاء الجزائري ومنذ مدة طويلة مبدأ حظر توجيه أمر إلى الإدارة، حيث كان القضاء يرفض الطلبات المتضمنة توجيه مثل هذه الأمور .

وقد حكم مجلس الدولة بتاريخ 2002/01/14 برفض طلب المدعية الذي يرمي إلى إلزام رئيس بلدية باب الزوار بتسليمها رخصة البناء من أجل تجسيد مشروعها السكني، وقد علل مجلس الدولة هذا الرفض بقوله: "وباعتبار أنه ثمة استقرار في أحكام الفقه القضائي الإداري مقتضاه أنه لا يمكن للقاضي الإداري في الحالات المماثلة أن يأمر أو يوجه أمرا إلى الإدارة من أجل القيام بعمل أو الامتناع عنه تطبيقا لقاعدة الفصل بين السلطات المكرس دستوريا"¹ وما يمكن أن يوجه كنفذ لهذا الموقف هو نص المادة 145 من الدستور الجزائري.

ومن ثم فإن احترام نص هذه المادة يضع على كاهل الإدارة، واجب التنفيذ الكامل للقرار القضائي الإداري الصادر ضدها، فهذا النص لوحده سب كاف لإعطاء القاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر من أجل فرض احترام قراراته القضائية، مهما كان الطرف الصادر ضده هذا القرار، حتى ولو كانت هي الإدارة نفسها².

إلا أن مبدأ حظر توجيه أوامر إلى الإدارة وردت عليه مجموعة من الاستثناءات تمثلت في إمكانية توجيه أوامر إلى الإدارة في حالة التعدي والاستيلاء وحالة الأوامر التحقيقية. حيث أن مبرر حالة التعدي والاستيلاء في توجيه أوامر إليها، هو أن الإدارة التي تتجاوز حدود صلاحيتها القانونية وتنتهك الحريات والحقوق الأساسية تفقد الاحترام المستحق لها، مما يبرر أن يحكم عليها القاضي وأن يأمرها بتقديم أي مستند لازم للفصل في الدعوى يعجز المدعي عن تقديمه.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ نجد إمكانية توجيه أمر الإدارة الممتنعة عن التنفيذ بموجب المواد 978 و979 من نفس القانون وهما:

تنص المادة 978: على أنه عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة، الفقرة الرابعة، ملف رقم 0038112، قرار بتاريخ: 2002/01/14 غير منشور.

² - ابراهيم أو فائدة، المرجع السابق، ص. 87.

³ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ: 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي بالتدابير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء.

أما الحالة الثانية نلمسها في المادة 979: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك بإصدار قرار اداري جديد في أجل محدد".

ولتفعيل سلطة القاضي الإداري في توجيه أمر إلى الإدارة يشترط توفر بعض الشروط هي:

1- ان يتطلب تنفيذ الحكم أو القرار اتخاذ تدبيراً عينياً، كرفع الحجز أو وقف عملية البناء أو إصدار قرار إداري جديد.

2- لزوم الأمر لتنفيذ الأمر أو القرار القضائي الذي نصت عليه المادتين 978 و 979 عندما يلزم الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص، وعليه يستوجب على القاضي استخدام سلطة الأمر، متى قدر أنه ضروري لتنفيذ ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات. والتي منها ما يتعلق بوقف تنفيذ القرارات الادارية.

3- قابلية الأمر أو القرار أو الحكم القضائي للتنفيذ، حيث لا مجال لاستخدام سلطة الأمر إذا كان الحكم غير قابلاً للتنفيذ، مثلاً بلوغ موظف المستفيد من حكم إلغاء، قرار فصله سن الإحالة على التقاعد¹.

أما ما يخص الغرامة التهديدية ولأجل الوقوف على موقف القضاء الاداري الجزائري فينبغي علينا الأمر التمييز بين موقف القضاء الاداري من جهة في ظل قانون الاجراءات المدنية.

وموقفه من جهة أخرى في وقتنا الحالي، وعليه وفي ظل القانون السابق كان مترددا ولم يتخذ موقفا واضحا موحدا، بل تميز بين المؤيد والرافض للغرامة التهديدية.

ومن بين القرارات المؤيدة للغرامة التهديدية، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 14 ماي 1995 (قضية بود خيل ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس). والذي جاء فيه: حيث أن المستأنف طلب من المندوبية التنفيذية لبلدية سيدي بلعباس تنفيذ القرار الصادر في 1993/6/6 عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، وأن هذه الأخيرة رفضت الإستجابة لطلبه. حيث أن مسؤولية البلدية قائمة بسبب هذا التعنت تجاه السيد بودخيل.... وأن قضاة أول درجة، كانوا محقين عندما

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 146.

قرروا بأن الضرر اللاحق بالسيد بودخيل يجب تعويضه بناء على غرامة تهديدية، لكن حيث أن المبلغ الممنوح 2000 دج عن كل يوم زهيد يجب رفعه إلى 8000 دج¹.

ومن القرارات الراضية للغرامة التهديدية هو قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 19 ماي 1999 (لقضية بلدية تيزي راشد ضد أيت أكلي) والذي تتلخص حيثياته فيما يلي: "... حيث أنه فيما يخص الغرامة التهديدية الذي حكم بها مجلس القضاء تيزي وزو، فإنها لا تستند إلى أي نص قانوني، ولا يمكن التصريح بها ضد الإدارة ... مما يتعين تأييد القرار المستأنف مبدئياً مع تعديله بالتصريح بالتصريح إضافة بأنه لا مجال لحكم بالغرامة التهديدية"²

كما أيدت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بحكمها الصادر بتاريخ 13/04/197 قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الأغواط بتاريخ 16/01/1993 تضمن دعوى المدعي الرامية إلى الحكم على بلدية الأغواط بأن تدفع له غرامة تهديدية يومية بمبلغ 1000 دج³.

وإن أساس رفض مجلس الدولة فرض الغرامة التهديدية على الإدارة هو انعدام النص القانوني، واستبعاد تطبيق المادتين 340 و 431 من قانون الإجراءات المدنية على المنازعات الإدارية رغم نصها على الغرامة التهديدية.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد تدارك الوضع، بتجسيد الأساس والسند القانوني للغرامة التهديدية في صلب القانون وهو ما نصت عليه المواد من 980 إلى 985.

حيث أجازت المادة 980 من القانون السالف الذكر للجهة القضائية أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريانها، إلا أنه لتفعيل الغرامة التهديدية، لا بد من المستفيد من هذه الغرامة أن يطلب من القاضي الإداري، توجيه أوامر مصحوبة بغرامة تهديدية معناه أنها تقوم على مبدأ الطلب.

كذلك ما يميز الغرامة التهديدية هو استقلاليتها عن تعويض الضرر، وهو ما قضت به المادة 982 من نفس القانون.

وللجهة القضائية السلطة التقديرية، في تخفيض الغرامة التهديدية التي قضت بها. بل وأكثر من ذلك أنها تلغيها عند الضرورة حسب المادة 984 من نفس القانون. ويجوز للقاضي أن يقرر عدم دفع، جزء من هذه الغرامة التهديدية للمدعي، إذا قدر أنها تجاوزت قيمة الضرر، ويأمر في هذه الحالة بدفعها إلى الخزينة العامة حسب المادة 985 من نفس القانون.

¹- بتفصيل أكثر أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 496.

²- قرار غير منشور أشار إليه، زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص. 94.

³- الغرفة الإدارية المحكمة العليا، ملف رقم 115284 قرار بتاريخ 13/04/1997 المجلة القضائية، عدد الأول، 1998.

من هذه المواد نميز بين نوعين من الغرامة التهديدية، النوع الأول نصت عليه المادة 980 من القانون سالف الذكر وهي غرامة سابقة على التنفيذ، أما النوع الثاني نصت عليه المادة 981 وهي غرامة لاحقة على صدور الحكم الأصلي.

ومن شروط توقيع الغرامة التهديدية:

- 1 - أن يقتضي تنفيذ القرار أو الحكم القضائي تدبيراً معيناً.
- 2 - كذلك ما يستفاد من نص المادتين 980 و 981 جواز الحكم بها تلقائياً من المحكمة دون الحاجة من التقدم بها من صاحب الشأن وهذا متى قدرت المحكمة أنها ضرورية لأجل حمل الإدارة على التنفيذ.
- 3- أن تكون الأحكام أو القرارات نهائية، صادرة عن المحاكم الإدارية طبقاً للمادة 987. إذ لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل استخدام سلطة الأمر إلا لضمان تنفيذ حكماً نهائياً، وطلب الغرامة التهديدية لا يتم إلا بعد رفض التنفيذ وانقضاء مهلة 03 أشهر تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي لحكم المحكمة الإدارية¹

وللإيضاح فإن الحكم النهائي هو الحكم الحائز على قوة الشيء المقضي به. ويكون كذلك متى لم يطعن فيه بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة. ذلك أنه إذا طعن فيه فإن الاختصاص بتنفيذ التدابير التنفيذية، يعود لمجلس الدولة حتى ولو كان مآل الطعن بالاستئناف هو الرفض".

4- تصفية الغرامة التهديدية:

ويتم هذا في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخر في التنفيذ وللجهة القضائية عند التصفية، تخفيضها أو حق إلغاؤها. مثلاً في حالة مباشرة الإدارة التنفيذ، وفي حالة استحالة التنفيذ العيني للحكم أو القرار القضائي.

وما تجدر الإشارة إليه هو إمكانية القضاء المختص تخصيص جزء من المبلغ المتحصل عن التصفية للخزينة العمومية، وهذا في حالة تجاوز مقداره قيمة الضرر الحاصل جراء عدم التنفيذ.

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 176.

المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ القرار القضائي:

المطلب الأول: المسؤولية الإدارية بسبب الإمتناع عن التنفيذ:

بالرجوع إلى المبدأ العام الذي هو إلزامية الإدارة بتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية، فإن إمتناعها يعد مخالفة صارخة للقانون تستوجب المساءلة و التعويض¹. وذلك لأنه لا يليق بحكومة بلد متحضر أن تمتنع عن تنفيذ الأحكام النهائية بغير وجه قانوني، لما يترتب على هذه المخالفة الخطيرة، من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون².

الفرع الأول: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ:

1) علاقة الخطأ الشخصي بعدم تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية:

لقد نصت أغلب التشريعات القانونية، أن الخطأ أو الإهمال الذي يرتكبه الموظف ويسند إليه، يضع على عاتقه مسؤولية التعويض عما سببه من ضرر للشخص المتضرر، وهذا نتيجة لخطئه، وهنا يعوض الموظف من ماله الخاص عن الضرر اللاحق إذا ارتبط هذا الخطأ بالموظف شخصياً في قيامه به³ وبإسقاط ما سبق أن قيل على الأخطاء الشخصية للموظف المتمتع عن التنفيذ، أو كف تقديم المساعدة والذي يترتب على تعنته هذا إحداث أضرار جسيمة، فعليه أن يتحمل أعباء هذا الإمتناع من جانبه على أساس الخرق الواضح للقاعدة القانونية التي تتطلب إحترام حجية الشيء المقضي به. بما يستوجب مساءلته، إلا أن التطور الحاصل في نظام المسؤولية يقر بأن الموظف الذي صدر منه سلوك الإمتناع أو رفض تقديم المساعدة هو سلوك مكون للخطأ الشخصي، ولكن وقوعه أثناء تأديته لوظيفته، أو بمناسبةها، يترتب عليه مساءلة الجهة الإدارية التابع لها الموظف مع امكانية الرجوع على الموظف.

ما يترتب على أن امتناع الموظف أو رفضه تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية قيام مسؤوليته الشخصية، كما في حالة رفضه تقديم المساعدة من أجل التنفيذ. ولكن يشترط لقيام مسؤوليته على أساس الخطأ الشخصي أن يتم بسوء نية⁴.

حيث يمكن تعريف الخطأ الشخصي في هذا المجال بأنه ما يرتكبه الموظف من إخلال بواجباته الوظيفية، وكذلك الخطأ الذي يرتكبه داخل نطاق وظيفته ويكون مشوباً بسوء النية⁵ وبقدر كبير من الجسامة⁶.

¹ - حسينة شرون، المرجع السابق، ص.196.

² - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص.104.

³ - عبد القادر عدو، المرجع السابق ص.230.

⁴ - حسينة شرون، المرجع السابق، ص.196.

⁵ - حسينة شرون، المرجع السابق، ص.196.

⁶ - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص.115.

وطبقا لهذا يمكن تقسيم المسؤولية الشخصية للموظف كالتالي :

أ) المسؤولية المدنية أو التقصيرية :

وهو إلتزام الموظف بتقديم تعويض مالي إلى من صدر لصالحه وذلك جبرا للضرر المادي والمعنوي الذي أصابه.

والذي يمكن إعتبره تهديد مالي يشعر به الموظف لتفادي إعاقه التنفيذ.

ب) المسؤولية التأديبية:

زيادة على المسؤولية المدنية تتقرر المسؤولية التأديبية، لأن مخالفة الموظف لحجية الشئى المقضي به تتنافى مع واجبات الوظيفة العامة . بل أكثر من هذا فإن تقرير المسؤولية الجنائية كما سنرى لاحقا توجب المسؤولية التأديبية.

أما في الجزائر، فعلى الرغم من أن القانون الأساسي للوظيفة العامة¹. لا يتضمن أية إشارة إلى تأديب الموظف الممتنع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، إلا أنه يمكن للإدارة أن تستند على هذه المخالفة لتطبيق العقوبة التأديبية، لما لها من سلطة تقديرية في تقدير الأخطاء التي يرتكبها الموظف، أثناء تأديته لوظيفته.

2) علاقة الخطأ المرفقي بعدم تنفيذ القرارات القضائية:

يعتبر الفقه والقضاء الفرنسيان، بصورة عامة أن القرارات التي تخالف حجية الشئى المقضي به، أو التي يترتب عليها عدم تنفيذ الأحكام ، مخالفة جسيمة تؤدي إلى مسؤولية الإدارة بناء على الخطأ المرفقي². وإن كان الإمتناع عن التنفيذ يشكل دائما خطأ يرتب مسؤولية الإدارة. فإن مخالفة الإدارة لحجية الشئى المقضي فيه، قد تأخذ صورا متعددة تتفق مع الأحوال المختلفة للخطأ المرفقي التي استخدمها فقهاء القانون العام، بحيث إما أن تبالغ الإدارة في التباطؤ، وإما أن تنفذه بشكل سيئ أو غير كامل ، وإما لا تنفذه على الإطلاق³.

أو قد يأخذ شكل بقاء نشاط المرفق العام، أو عمله أو مرده ما تعرفه الإدارة من تعقيدات بيروقراطية⁴.

¹- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية، رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006

²- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 237

³- حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 198

⁴- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 368.

الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة على أساس المساواة أمام الأعباء العامة:

1) علاقة الإمتناع عن التنفيذ بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة:

بعد تطرقنا للمبدأ في مسؤولية الإدارة و المتمثل في الخطأ الجسيم في حالة ما إذا امتنعت عن التنفيذ دون مبرر أو مسوغ قانوني¹. فلا بد علينا من التطرق للإستثناء والمتمثل في قيام مسؤولية الإدارة دون خطأ، وذلك في حالة ما أحاط بالتنفيذ ظروف خاصة يستحيل معها التنفيذ، أو أن يكون من شأن التنفيذ إثارة أو إخلال بالنظام العام "فإن إمتناعها مشرووع، فمن حقها بنص القانون طلب تأجيل التنفيذ إذا رأت فيه تهديدا للنظام العام. ولكن ضرورة مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة تفرض تعويض المحكوم لصالحه عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم التنفيذ تأسيسا على المسؤولية غير الخطئية"².
ومرد ذلك أن الإمتناع يقع لفائدة الجماعة العامة، في حين تتحمل الضحية ضرر الإمتناع، و في ذلك إخلال واضح بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة³.

ويعتبر قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير في قضية **couiteas**. هو الإنطلاقة في وضع مبدأ إقامة مسؤولية الإدارة، ولكن دون الحاجة لإثبات ركن الخطأ في حالة إمتناعها عن تنفيذ حكم قضائي.
ويكون بذلك قد بين أن الإدارة بإمتناعها عن تنفيذ الحكم لم ترتكب خطأ ما. لأنها وإن كانت قد أخلت بواجبها في تنفيذ الأحكام، إلا أنها فعلت ذلك لواجب أهم هو المحافظة على النظام العام وإستقراره⁴، وأقام مجلس الدولة الفرنسي قراره المتمثل في مسؤولية الإدارة دون خطأ على "أساس مبادئ وقواعد العدالة التي ترفض أن يضحي فرد واحد لصالح الجماعة إذا كان في الإمكان توزيع الأعباء العامة على الجميع، كما اعتبر القاضي أن الضرر الذي أصاب المدعي هو ضرر غير مألوف"⁵. وان إمتناع الإدارة عن التنفيذ هو أمر إستثنائي وبعد قرار **couitéas** توالى القرارات الإدارية والصادرة في نفس الموضوع (الإمتناع عن التنفيذ لسبب الإخلال بالنظام العام)، والتي أقر من خلالها مسؤولية الدولة عن اعتراضها على التنفيذ، من أجل المحافظة على النظام العام، على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، على ان تتوفر مجموعة من الشروط، والتي تتمثل أساسا في أن يكون للضرر صفة العيب العام، وأن يكون غير مألوف، وأن يكون هناك إخلال بمبدأ المساواة، يثير الحق في التعويض، إضافة إلى إنتهاء الأجل الذي تملكه الإدارة لتقدير الأوضاع، والذي عادة ما يكون شهرين⁶.

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 238.

² - مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات

³ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 227.

⁴ - حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 199.

⁵ - زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص. 108.

⁶ - نفس المرجع، ص. 110.

والمشرع الجزائري قد نهج نفس ما سار عليه نظيره الفرنسي من حيث تبني المسؤولية دون خطأ، على أساس الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية لتخوفها من حصول اضطرابات تمس النظام العام. ولكن المقصود بالنظام العام بالمفهوم الفرنسي هو النظام الذي له بعد ضيق "وهو النظام في الشارع أي وجود مظاهرات أو قطع للطريق أو الشغب"¹. فإن المشرع الجزائري أشار إلى النظام العام ذو البعد الاجتماعي. وهنا نشير إلى حكم الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 27 يناير 1982 (قضية مسنورة محمد) والذي أقر مجلس قضاء الجزائر مسؤولية وزارة العدل وولاية الجزائر على أساس الخطأ الجسيم، معتبرا أنه لا وجود لأي سبب من أسباب النظام العام التي تسمح بوقف التنفيذ²

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية بسبب الإمتناع عن التنفيذ:

لقد اتجه كل من القضاء المصري والجزائري إلى فرض رقابة القاضي الجزائري على عملية التنفيذ، و هذا من خلال إقرار المسؤولية الجنائية للموظف المخل بإلتزاماته لتنفيذ الحكم القضائي. عن طريق عرقلة التنفيذ سواء بسلوك سلبى أو إيجابى أو بإساءة استعمال السلطة لوقف تنفيذ الحكم³ حيث تعتبر المسؤولية الجنائية التي تثبت للموظف الممتنع عن التنفيذ، من أهم الضمانات التي تجبر الموظف العام والإدارة على التنفيذ، وذلك تبعا للنتائج المترتبة على ثبوتها من فقدان الحرية وعزل الموظف من وظيفته .

تبعا لهذا نقسم دراتنا في هذا الموضوع إلى المسؤولية الجنائية للموظف العام و المسؤولية الجنائية لإدارة.

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية للموظف العام:

تنص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات (53) "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف حكم قضائي أو إمتنع أو إعترض أو عرقل عمدا تنفيذه، يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات. و بغرامة من 20.001 دج إلى 100.000 دج."

ولثبوت المسؤولية الجنائية لا بد من توفير شرطين هما:

1-ثبوت صفة الموظف العام:

بصفة عامة يمكن تعريف الموظف العام ، بأن كل فرد مرتبط بالدولة أو أحد أشخاص القانون العام بعلاقة وظيفية تخول له سلطة تمكنه من عدم تنفيذ القرار القضائي الإداري⁴.

¹ نفس المرجع، ص 110.

² زين العابدين بلماحي، المرجع السابق، ص 112.

³ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 200.

⁴ أدرجت المادة في قانون العقوبات بموجب القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26/06/2001، جريدة رسمية رقم 34.

و إن قانون مكافحة الفساد¹، والذي هو نص خاص، عرف الموظف العمومي كالتالي: "هو شخص يشغل منصبا تشريعيا، أو تنفيذيا، أو إداريا، أو قضائيا، أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيناً أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

* كل شخص يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو أية وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

* كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو في حكمه للتشريع و التنظيم المعمول بهما..."

و قد عبر وزير العدل في مداخلة أمام المجلس الشعبي الوطني صراحة على هذا المفهوم بقوله: "وهنا بودي الإشارة إلى أن المقصود بمفهوم الموظف، ليس الموظف الإداري، وإنما كل من لديه سلطة"² إلا أن مسألة الموظف المختص قد تمتد إلى رئيسه. وهذا في الحالات التي يجوز فيها للرئيس الحل محل الرؤوس، أو في حالة التي يكون فيها الفعل المحرم نتيجة أوامر صدرت إلى الرؤوس من الرئيس³.

1- أركان الجريمة:

بعد الإشارة إلى الركن الشرعي في نص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات، نتطرق إلى الركن المادي والمعنوي.

أ) الركن المادي:

ويتحقق هذا الركن إما بالقيام بعمل إيجابي في استعمال الموظف لسلطته الوظيفية في وقف أو عرقلة أو تعطيل التنفيذ بأية صورة و، إما بإمتناع صراحة أو ضمنا عن التنفيذ⁴.

ب) الركن المعنوي:

المقصود به هو العلم والإدارة من طرف الموظف في عدم التنفيذ دون أي مبرر قانوني. حيث يتحقق عنصر العلم من خلال علم الموظف بأن سلوكه الإيجابي أو السلبي يفضي إلى إعاقة، أو تأخير، أو وقف أو عدم تنفيذ حكم قضائي واجب التنفيذ، أما عنصر الإرادة فيتحقق من خلال إنصراف إرادة الموظف إلى اتیان سلوك إجرامي، وبناء عليه لا تقوم الجريمة لتخلف ركنها المعنوي إذا تخلف أي عنصر من عنصري القصد الجنائي العام⁵. " أما إذا وجدت صعوبات قانونية أو مادية، تواجه الموظف في التنفيذ فإن هذا

¹- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية رقم 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

²- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 205.

³- حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 207.

⁴- زين العابدين بلملحي، المرجع السابق، ص. 120.

⁵- نفس المرجع، ص. 120.

يؤدي إلى نفي القصد الجنائي.¹ والتي منها الإستحالة الواقعية في التنفيذ، أو غموض القرار القضائي الإداري. وبالإضافة إلى العقوبة الأصلية نجد العقوبة التكميلية في المادة 138 مكرر من قانون العقوبات. و المتمثلة في الحرمان من ممارسة بعض الحقوق.

كما تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية الجنائية للموظف العام الممتنع عن التنفيذ تسقط إذا سارع بعد رفع الدعوى الجنائية إلى تنفيذ الحكم محل الإتهام. إذ يعتبر في هذه الحالة متأخرا في التنفيذ وليس ممتنعا عنه.²

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للإدارة الممتنعة:

أمام الإعتراف بالشخصية القانونية للأشخاص المعنوية، وتمتعها بالحقوق المدنية، يثور التساؤل حول إمكانية ثبوت المسؤولية الجنائية من عدمها.

"وما لا شك فيه أن ممثل الشخص المعنوي يعتبر مسؤولا مسؤولية جنائية عن الأفعال المجرمة المرتكبة باسم الشخص المعنوي"³.

فهل يمكن مساءلة الشخص القانوني بصفة متميزة عن ممثله القانوني.

وللإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه الجنائي إلى إتجاهين رئيسيين⁴

- الفريق الأول يرى أن المسؤولية الجنائية تقع على عاتق الشخص الطبيعي على أساس أنها وقعت منهم شخصيا. ويدعمون موقفهم بالحجج التالية:

* المسؤولية الجنائية تقوم على أساس الإدراك والإختيار وهو ما لا يوجد عند الشخص المعنوي.

* لا يمكن توقيع على الشخص المعنوي عقوبات بدنية كالحبس مثلا.

- أما الفريق الثاني فيرى بإمكانية ثبوت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وأسسوا موقفهم على ما يلي:

* أن الشخص المعنوي له إرادة مستقلة عن إرادة المكونين له.

* أما العقوبات فيمكن إستبدال عقوبة الإعدام بالحل، والعقوبات المالية و المصادرة.

غير أنه لمساءلة الشخص المعنوي جنائيا لا بد من توافر شرطين أساسيين:

- أن يكون العمل أو الإمتناع عن العمل المكون للجريمة واقعا من الممثل القانوني للشخص المعنوي من

جهة. ومن جهة أخرى أن تكون تلك الجريمة واقعة في حدود السلطة الممنوحة للممثل القانوني، طبقا للنظام

الأساسي للشخص المعنوي⁵. وهذا لا ينفي مسؤولية الممثل القانوني.

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 209.

² - حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 207.

³ - نفس المرجع، ص. 208.

⁴ - لتفصيل أكثر، راجع حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 208.

⁵ - نفس المرجع السابق، ص. 210.

أما المشرع الجزائري و الفرنسي فهما متفقان في عدم إمكانية ثبوت المسؤولية الجنائية الأشخاص المعنوية. وهذا ما قرره المادة 647 من قانون الإجراءات الجزائية ، من استبعاد كل إمكانية لتوقيع العقوبة الجنائية على الشخص المعنوي إلا بصفة إستثنائية.

المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن الإدارة الممتنعة عن التنفيذ:

تتنوع الجزاءات السلطة على الإدارة بصفة عامة بين الإلغاء و الجزاء الجنائي و غيره من الجزاءات الأخرى.

الفرع الأول: إلغاء القرار المخالف لحجية الشيء المقضي به:

بعد تطرقنا للمسؤولية المترتبة على الإدارة بمختلف أنواعها، نتيجة امتناعها عن التنفيذ. يستوجب علينا الأمر الوقوف على الجزاءات المختلفة و التي سوف تسلط على الإدارة. إن مخالفة الإدارة لحجية الشيء المقضي به، باتخاذها موقف ما يحول دون إمكانية استفادة المضرور من الحكم أو القرار القضائي. يعد مخالفة للقانون يسمح برفع دعوى للإلغاء القرار المخالف لحجية الشيء المقضي به.

"وعليه إذا امتنعت الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي بأي صورة من صور الإمتناع، فإن هذا يمنح للمحكوم له الحق في رفع دعوى جديدة بإلغاء قرار الإدارة في هذا الشأن. سواء أفضحت الإدارة عن موقفها في صورة قرار إيجابي، كرفض التنفيذ أو التنفيذ الناقص، أو في صورة قرار سلبي ينتج بطريقة ضمنية من إمتناع الإدارة عن التنفيذ في مدة معقولة"¹.

وعليه يجوز للمضرور المطالبة بإلغاء القرار، زيادة على طلب التعويض لما أصابه من ضرر، من جراء امتناع الإدارة عن التنفيذ.

1) الإختصاص بالفصل في دعوى إلغاء القرار المخالف لحجية الشيء المقضي به:

يؤول الإختصاص بطلب إلغاء القرارات الإدارية الراضية للقرار القضائي، الحائزة على حجية الشيء المقضي به إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الأصلي. وهذا راجع لكون الدعوى المرفوعة لإلغاء القرار الإداري، لها نفس طبيعة الدعوى المرفوعة لإلغاء القرار الأصلي المحكوم بإلغائه².

إستثناء في فرنسا فإن استمرار الإدارة في رفض تنفيذ القرار القضائي، يعد تعديا يعقد الإختصاص للنظر في دعوى الإلغاء للقضاء العادي.

¹- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 189.

²- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 190.

2) ميعاد رفع دعوى الإلغاء:

حددت المادتين 829 و 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الطعن بالإلغاء يكون أمام الغرف الإدارية و مجلس الدولة، خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار الإداري المطعون فيه أو نشره. "وفي حالة ما إذا قدم المعني بالأمر تظلماً للجهة الإدارية، وهو أمر جوازي، فإن سكوت هذه الأخيرة عن الرد خلال شهرين من تاريخ تبليغ التظلم يعد بمثابة قرار بالرفض، وللمعني بالأمر مهلة شهرين لرفع دعوى الإلغاء، تبدأ من تاريخ انتهاء الشهرين الأولين. وفي حالة رد الجهة الإدارية صراحة عن التظلم، خلال الأجل الممنوح لها، والمقدر بشهرين. فللمعني بالقرار مهلة شهرين تبدأ من تاريخ تبليغ التظلم، لرفع دعوى الإلغاء، وهذا بحسب المادتين 830 و 907 من نفس القانون.

على أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء في القرارات الصريحة الصادرة من طرف الإدارة، والرافضة للتنفيذ. تسري عليها المواعيد الخاصة بدعوى الإلغاء، إما من تاريخ نشر القرار أو تبليغه. وكذا الحال بالنسبة للقرارات الصادرة بالتنفيذ الناقص أو الخاطئ للقرار القضائي. وإن فوات ميعاد رفع دعوى الإلغاء يحمّن القرار الإداري.

أما القرارات الضمنية الصادرة من طرف الإدارة والرافضة للتنفيذ فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء غير مقيد بفترة محددة. بحيث يجوز الطعن فيها في أي وقت، فهذا النوع من القرارات الضمنية لها طبيعة القرارات المستمرة.

وأخيراً القرارات المنعقدة، وهي القرارات المخالفة لحجية الشيء المقضي به، من خلال استمرار الإدارة في تنفيذ القرار الملغى. حيث يوصف بأنه عمل من أعمال التعدي، يجوز الطعن فيه في أي وقت، بما أنه لا يكتسب أي حصانة ضد المواعيد.

أما ما يخص أساس دعوى الإلغاء فهو إما مخالفة القانون أو عيب الانحراف بالسلطة.

"فالمتفق عليه فقها وقضاء أن مخالفة الإدارة لحجية الشيء المقضي به، تعد مخالفة للقانون ومن ثم فإن القرار الصادر بالمخالفة للحكم القضائي، يعد مشوباً بعيب مخالفة القانون. حيث أن موضوع القرار غير مطابق للمشروعية"¹.

وإن تكييف مخالفة الإدارة لحجية الشيء المقضي به مخالفة للقانون مرده الدستور الذي يلزم الهيئات العمومية بالتنفيذ الجبري لأحكام القضاء.

أما الأساس الثاني لدعوى الإلغاء المتمثل في عيب الانحراف بالسلطة. فيمكن تصوره في حالة إدعاء الإدارة مثلاً بأن مخالفتها للقرار القضائي حجته النظام العام، بحيث تتخذ الإدارة ذريعة لتستتر عن غاية أخرى.

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 194.

مع الإشارة إلى أن الأساس الأول المتمثل في عيب مخالفة القانون، هو الأكثر تطبيقاً في هذا المجال. وهذا راجع لكون أن هذا العيب متعلق بالرقابة الموضوعية، بمعنى المطابقة بين القرار و شروطه القانونية. بخلاف عيب الانحراف بالسلطة الذي يتركز على إثبات سوء نية الموظف من خلال تذرعه بالنظام. أما ما يتعلق بسلطات القاضي الإداري في حال رفض الإدارة الخضوع للقرار القضائي. فتمثل في إلغاء قرارها الإداري، وفي حال تعنتها فللقاضي الإداري سلطة الأمر، وتوجيه الغرامة التهديدية، كضمان لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية. إذ لن يكون للإدارة من خيار إلا تنفيذ ما أمر به القاضي من تدابير تنفيذية.

الفرع الثاني: الجزاء الجنائي للموظف العمومي الممتنع عن التنفيذ:

من محاسن توقيع الجزاء الجنائي هو تفادي امتناع الموظف عن التنفيذ، لما ينطوي عليه هذا الجزاء من عقوبات ماسة بالحرية. فهذه الجزاءات هي بمثابة كبح لجموح الموظف في الامتناع عن التنفيذ، بحيث تجعله متردداً في إهدار حجية القرارات القضائية المقضية بها.

حيث صنف المادّة 05 من قانون العقوبات الجزائري، امتناع الموظف العمومي عن تنفيذ القرار القضائي في خانة الجنب. كما حددت المادّة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري مدة الحبس بين ستة أشهر وثلاث سنوات، واقتراها بغرامة مالية من 20001 دج إلى 100000 دج كعقوبتين أصليتين¹، كما أجاز الحكم بعقوبات تكميلية نصت عليها المادّة 139 من نفس القانون وهي المتمثلة في الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادّة 14 من قانون العقوبات، وذلك من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر. وتمثل هذه العقوبات التكميلية فيما يلي:

- 1) العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
 - 2) الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام.
 - 3) عدم الأهلية لأن يكون مساعداً أو محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو شاهداً أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.
 - 4) الحرمان من الحق في حمل السلاح أو في التدريس أو في إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً.
 - 5) عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيماً.
 - 6) سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.
- وتسري هذه العقوبات من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

¹ - النص الأصلي للمادّة 128 من قانون العقوبات يقضي بغرامة من 5.000 إلى 50.000 دج، وبموجب تعديل قانون رقم 06-23 لقانون العقوبات رفع من حد الغرامات في الجنب والمخالفات بموجب المادتين 467 و476

"كما أن للمحكمة في حالة إفادة الموظف بالظروف المخففة أن تخفض عقوبة الحبس إلى شهرين والغرامة المالية إلى 2000 دج. ولها أن تحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على أن لا تقل عن الحد الأدنى قانوناً للجريمة"¹

الفرع الثالث: الجزاء التأديبي للموظف العمومي الممتنع عن التنفيذ:

يتميز الجزاء التأديبي بطابعه الأدبي المالي، الذي يرقى فقط إلى المساس بالمركز الوظيفي دون المساس بحرية الموظف.

وهذا النوع من الجزاءات توقع على الموظف العمومي، نتيجة إخلاله بتلك الواجبات التي تفرضها عليه وظيفته، وما تجدر الإشارة إليه هو أن الجرائم التأديبية غير خاضعة لمبدأ الشرعية، فعدم وجود نص يجرم الفعل المرتكب في القانون الإداري، لا يعد سبباً يجعله مباحاً.

ويصنف امتناع الموظف أو عرقلته للتنفيذ أو التراخي في التنفيذ إخلالاً بواجباته الوظيفية وإهداراً لحجية الشيء المقضي به، بحيث ينطوي على هذا الفعل جريمة تأديبية حتى ولو كان هذا الامتناع أو التراخي من الحالات التي سبق الإشارة إليها.

كما أنه وفي غالب الأحيان تكون الأفعال التي يرتكبها الموظف بصفته جرائم جنائية هي جرائم تأديبية، لأنه يتنافى مع واجبات الوظيفة العامة أن يرتكب الموظف العمومي جريمة². وقد حددت المادة 163 من الأمر رقم 06-03 سابق الذكر درجة الأخطاء من حيث الجساماة والعقوبة التي تتلائم معها، وتبقى للإدارة السلطة التقديرية في تقدير الأخطاء التي يرتكبها الموظف أثناء تأدية وظيفته³.

إلا أنه هناك من يرى بأن امتناع الموظف عن التنفيذ، دون مبرر قانوني يعد خطأً جسيماً بالرجوع إلى المادة 145 من الدستور الجزائري، حيث أن امتناع الموظف عن تنفيذ الكم أو عرقلته أو وقف تنفيذه يعد إخلالاً بواجب دستوري. وأن العقوبة التي يستحقها الموظف هي حسب المادة 163 فقرة رابعة من الأمر رقم 06-03 هي إما التنزيل مباشرة إلى الدرجة السفلى أو التسريح.

الفرع الرابع: الجزاء المدني:

يعرف الجزاء المدني على أنه الواجب الملقى على عاتق الإدارة، للتعويض وجبر الضرر الذي تسبب فيه الامتناع عن التنفيذ من قبل الموظف العام نتيجة خطأ مرفقي. أو الامتناع المنسوب للإدارة نتيجة وجود مبرر قانوني، إعمالاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. وهو الموقف الراجح فقهاً وقضاءً على أن مخالفة

¹- حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 217.

²- المرجع نفسه، ص. 218.

³- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 218.

حجية الشيء المقضي به بعدم تنفيذه، تعد مخالفة جسيمة تؤدي إلى مسؤولية الإدارة بناء على الخطأ المرفقي.

أما إذا كيف الامتناع على أنه خطأ شخصي للمسؤول على التنفيذ، فتترتب عليه المسؤولية الشخصية للموظف. وهذا في حالة ما إذا كشف هذا الرفض عن سوء نية الموظف في الإضرار بالأفراد، فإنه بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية، فإن المحكمة التي قضت بإدانة المتهم، يتوجب عليها أن تفصل في طلب الحكم له بالتعويض عن الضرر الحاصل، وأساس اختصاص المحكمة الجزائية بالفصل في دعوى التعويض، وهو ما لا تتطلبه المحكمة المدنية. هو ارتباط الضرر الحاصل بالجريمة مباشرة، أي توافر السببية المباشرة بين الضرر المادي أو المعنوي والجريمة المرتكبة.

ويقع التعويض للمحكوم لصالحه في حالة امتناع الإدارة عن التنفيذ، سواء كانت المبررات التي تركز عليها الإدارة في امتناعها مبررات قانونية أو غير قانونية. ففي الأولى تؤسس كما سبق الإشارة على المسؤولية على أساس الخطأ، أما الثانية فتؤسس على أساس مسؤولية دون خطأ.

كما أن التعويض ليس له نظام خاص به، بل هو يرجع إلى المعطيات الخاصة بكل حالة. وكذلك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، طالما أنه يعتمد في ذلك على أساس معقول.

وإذا كان القضاء الإداري قد قرر في أغلب الحالات أن التعويض النقدي هو الأصل فإنه أجاز بعض الأنواع الأخرى من التعويض، كالتعويض العيني متى كان ذلك ممكناً.

الخاتمة

إن المساس بمبدأ إلزامية تنفيذ القرارات القضائية من طرف الإدارة، يضرب في الصميم حرمة وهيبة القضاء، ويزرع الشك حول فعالية وجدوى قضاء إداري يختص اساسا برقابة مدى مشروعية أعمال الإدارة العامة.

إن هذا الأمر يتعارض مع الآمال المعقودة على القاضي الإداري، ودوره في بناء صرح دولة القانون. فبدون تنفيذ القرارات القضائية الإدارية تصبح هذه الأخيرة عديمة الجدوى والفعالية، وبفقد المواطن ثقته في القضاء يدب الياس في النفوس، وينعدم الأمن والاستقرار.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- 1) حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2010
- 2) صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008
- (عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010
- 3) لحسن بن شريح آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007
- 4) مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999

ثانياً المذكرات:

- 1) إبراهيم أو فائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير الإدارة والمالية العامة، جامعة الجزائر، 1986
- 2) زين العابدين بلماحي، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة تلمسان، 2008

ثالثاً: القوانين

- 1) 55 قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية رقم 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.
- 2) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل: 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

رابعاً: الاوامر:

- 1) الأمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، رقم 46، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006

شروط نفقة الزوجة و مدى استحقاقها بالنظر الى مسألة الحبس

الأستاذة :كرومي آمنة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر

kerroumiamina@yahoo.ca**مقدمة:**

تعتبر الأسرة الأساس الذي تبنى عليه جميع المجتمعات، فمن خلال تجميعها يتكون هذا الأخير، و بالتالي فالأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، فصلاحها و فسادها يؤثر في المجتمع ككل. بهذا نجد أن النظام الإسلامي اعتنى بالأسرة و أولاهها عناية فائقة تستبان من خلاف الأحكام الكثيرة الموجودة في القرآن الكريم و السنة النبوية. فمن مجموع الالتزامات الواقعة على عاتق الزوجين تتكون لدينا ما يسمى بالأسرة، زمن أهم الالتزامات ما يطلق عليه: "بالنفقة"، هذه الأخيرة هي من أهم حقوق الزوجة. فنظام النفقات من النظم التي سنتها الشريعة الإسلامية، تحقيقا للتكافل الاجتماعي للأمة و ترسيخا لأواصر المحبة بين أفراد الأسرة الواحدة بصفة عامة و فيما بين الزوجين بصفة خاصة. و نظرا لاعتبار النفقة من أهم المواضيع التي لها علاقة وطيدة بالأسرة لا يمكن تصور استغناء الزوجة عن النفقة نظرا لكونها ضرورية لها. و بما أن الزوج قد يتخلى عن بعض الالتزامات الزوجية، وهو الأمر الذي يستوجب الإثم و العقاب، قد يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته. هذا الأمر أصبح يتاح معه للمرأة طلب الفرقة أو التفريق بسبب الإعسار بالنفقة، و هذا ما يؤيده المذهب المالكي. و نظرا للرغبة الملحة في نفسي على دراسة هذا النوع من المواضيع المتعلقة بالأسرة قررت اختيار هذا الموضوع، إضافة إلى قلة الدراسات في هذا النوع من المواضيع. و على اعتبار أن هذا النوع من المواضيع هو بحاجة إلى تحليل هو ما دفعني إلى اختيار المنهج التحليلي. و عليه سيتم معالجة الموضوع بالشكل الآتي:

المبحث الأول: شروط استحقاق نفقة الزوجة:

تعتبر النفقة واجبة للزوجة على زوجها لهذا سأحاول تبيان الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من النفقة و إلى أي مدى تكون الزوجة مستحقة لهذه النفقة.

المطلب الأول: شروط وجوب النفقة الزوجة عند الجمهور و المالكية :

تعد نفقة الزوجة من الأمور التي لا تجب بمجرد العقد و إنما يلزم توافر شروط معينة زيادة على العقد لكي تستحق، كون أن الآثار المترتبة عن النكاح و لا تجب بمجرد العقد. لذلك قد اتفق جمهور الفقهاء عدا المالكية على شروط وجوب نفقة الزوجة فيما يلي سأبين شروط نفقة الزوجة عند الجمهور ، ثم عند المالكية موضحة بعد ذلك رأي قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: شروط وجوب نفقة الزوجة عند الجمهور:**1- صحة الزواج:**

يشترط لوجوب نفقة الزوجة أن يكون عقد القران أو النكاح صحيحا ، لأن سبب وجوب النفقة هو حق الحبس الثابت للزوج على زوجته سبب عقد النكاح الصحيح ، لأنه بالزواج الفاسد لا ثبوت لحق الحبس للزوج عليها أي لا تجب نفقتها ، وفي حالة إذا ما قضى حكم القاضي للزوجة بنفقة على زوجها على أساس عقد النكاح الموجود بينهما صحيح ثم ظهر فساد ، كان للزوج الرجوع على الزوجة بما حكم القاضي عليه من نفقة لها ووصلها ذلك منه ، أما في حالة ما إذا انفق عليها برضاها و بدون إجبار من القاضي ثم ثبت فساد العقد فلا يرجع عليها بما انفق في هذه الحالة¹ .

2- تسليم نفسها لزوجها تسليم حقيقي أو حكمي:

أي أن تتمكن المرأة نفسها لزوجها تمكينا تاما، إما أن تسلمه نفسها أو إظهار استعدادها لتسليم نفسها إذ لا تمتنع عند الطلب سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل بها ، وسواء دعت الزوجة إلى الدخول أم لم تدعوه سواء هي بنفسها أو بطريق وليها ن أما إذا منعت نفسها عليه برضاها أو منعها وليها أو سكتا بعد العقد ، ولم يطلب منها فلا نفقة لها.

د. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1997،

ج7، ص156-157

أما إذا كان الامتناع بحق فلها النفقة ، كالاتناع من اجل تسليم المهر المعجل أو الحال، أو من اجل تهيئة مسكن لائق. أما إذا كان الامتناع بغير حق أي غير مشروع ، فلا نفقة لها ، كما لو كانت قد استوفت كامل المهر المعجل و دعاها إلى الانتقال للبيت المشروع و امتنعت تعد ناشزا¹.

3- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة دون مسوغ شرعي :

أو بسبب ليس من جهته فان فات حقه بغير مسوغ شرعي كالنشوز، أو بسبب من جهته فالزوجة تستحق النفقة وهذا متفق عليه².

4- أن تكون الزوجة كبيرة يمكن وطئها: فان كانت صغيرة لا تحتمل الوطء ن فلا نفقة لها.

الفرع الثاني: شروط وجوب نفقة الزوجة عند الملكية :

اشتراط الملكية شروط قبل الدخول و بعد الدخول شروط أخرى .

أولاً : قبل الدخول :

1- التمكين من الدخول، كان تدعو زوجها بعد العقد إلى الدخول بها ن أو يدعوه وليها، فلا نفقة أن امتنعت بغير عذر شرعي كأن كان تمتنع أو عدم حصول الدعوى .

2- أن تكون مطيقة للوطء: فان كانت صغيرة لا تصلح لدخول بها فلا نفقة لها ، فان كانت بالغاً ودخل بها تجب النفقة ، وان كان بها مانع لا نفقة لها ، إلا أن يتلذذ بها عالماً بالعيب .

3- أن يكون الزوج بالغاً فلو كان صغيراً ولم يدخل فلا نفقة ، وان دخل فلها النفقة .

4- أن لا يكون أحد الزوجين مشرف على الموت عند الدعوة إلى الدخول ، فان كان كذلك فلا نفقة للزوجة لعدم القدرة على الاستمتاع ، أما ان دخل ولو حال الإشراف على الموت فلها النفقة³.

ثانياً: شروط وجوب نفقة الزوجة بعد الدخول :

1- أن يكون الزوج موسراً قادراً على النفقة ، فلو كان معسر فلا نفقة عليه مدة إعساره لقوله تعالى : " لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها " ⁴ .

2- ألا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس دون مسوغ شرعي ، فلو فوتت ذلك بالنشوز فلا نفقة لها .
فالمالكية كما هو ملاحظ أضافوا شرطين آخرين في غير المدخول بها زيادة على المتفق عليه بين المذاهب :- سلامة الزوج من المرض، - بلوغ سن الزواج⁵ .

¹: د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ج7، ص160.

²: د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر ،دمشق ، ط1984، 1، ج7، ص790.

³: جبران مسعود: رائد الطلاب، دار العلم للملايين ،بيروت ، ط9، 1986، ص94.

⁴: سورة الطلاق، الآية 07.

عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من ق.أ.ج، دار

الهدى، 2000، ص18.

المطلب الثاني: شروط وجوب نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

نجد أن م 74 من قانون الأسرة الجزائري تنص: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 80/89/78 من هذا القانون" ¹ ، وبهذا يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بما تم الاتفاق عليه بين الفقهاء مع العلم أن المدخول بها هنا أو التي دعت إليه لا يصح إلا أن تكون بالغاً ، إذا انه جاء في المادة 7 من نفس القانون تحديد اكتمال سن الزواج في حق الرجل و المرأة ب 19 سنة وللمرأة في هذا السن عادة ما تكون بالغة ².

غير أن الدكتور ألعوثي بن ملححة يرى أن الأصح هو وجوب النفقة للزوجة من يوم انعقاد الزواج كونها صارت محبوسة له من ذلك اليوم ³.

المبحث الثاني : مدى استحقاق الزوجة للنفقة بالنظر إلى مسألة الاحتباس :

الاحتباس للنفقة هو الاحتباس الذي يمكن معه استيفاء أحكام الزواج ، وذلك حتى يمكن أن يكون الاحتباس لمنفعة الزوج ، والمسائل المترتبة على ذلك يمكن إجمالها فيما يلي.

المطلب الأول: مسألة الزوجة المريضة و الصغيرة:الفرع الأول :مسألة الزوجة المريضة :

اتفق فقهاء الحنفية أن الزوجة إذا مرضت قبل الزفاف و لا يمكنها الانتقال فلا نفقة لها لأن الاحتباس غير ممكن ، و إذا كان يمكنها الانتقال فالنفقة واجبة إلا إذا طلبها و امتنعت ، فالمرض عارضو قابل للزوال و حق العشرة يوجب احتماله.

أما إذا زفت إليه سليمة فلها النفقة مادامت في بيت الزوجية ، ولو كان مرضها مزمن لان الاحتباس قد تم كاملا ، فالحقوق الدائمة لا تسقط بالأمر العارضة لان المرض قابل للزوال ⁴.

أما الشافعية يرون أن الزوجة تستحق النفقة على زوجها أيام مرضها ⁵ ، لقولهم في حالة تسلم الزوج لزوجته وهي مريضة لا يمكن وطئها أو تسلمت صحيحة و مرضت عنده ، فوجب عليه النفقة ، لأنه وجب التمكين منها للاستمتاع .

¹:أ.عبد المؤمن بلباقي:نفس المرجع،ص19.

م: 07 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص.."

³:د.العوثي بن ملححة:قانون الأسرة على ضوء الفقه و القانون ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ط1، 2005،ص20.

⁴: الإمام أبو زهرة :محاضرات في عقد الزواج و آثاره ،دار الفكر العربي،ط1،1971، ص 297-298.

⁵:م. أحمد نصر الجندي مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر ، ط 2004، ص 2395.

أما المالكية فيعتبرون أن السلامة من المرض شرط وجوب النفقة لغير المدخول بها التي دعت زوجها للدخول ن أما المدخول بها فتجب لها النفقة من غير شروط¹.

أما الحنابلة يرون انه إذا كانت الزوجة مريضة قبل الانتقال إلى بيت الزوجية و بذلت له تسليم نفسها تسليمًا كاملاً أو بذل هذا التسليم ولي الزوجة و كانت الزوجة ممن يوطأ ، ومثلها و تسلمها الزوج فعلا و جبت لها النفقة عليه حتى لو تعذر عليه وطؤها لمرضها .

وكذلك تجب النفقة إذا زفت إليه صحيحة ثم مرضت عنده، أما إذا امتنعت الزوجة من تسليم نفسها و الانتقال لبيت الزوجية وهي صحيحة ثم مرضت فلا نفقة لها عقوبة لمنعها لنفسها ، فحجة الحنابلة في إيجاب النفقة قوله عليه الصلاة و السلام : "وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" .

أما قانون الأسرة الجزائري لم ينص على مسألة الزوجة المريضة لكن بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا أي المجلس الأعلى سابقا في إحدى قراراته بأنه : " من المتفق عليه فقها و قضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف على تحديد اجل العلاج ، و يتوقف كذلك على ضرورة بقائها في بيت الزوجية ولو حكما ، و للقضاء بما يخالف ذلك ، استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطليق بطلب من الزوجة بسبب مرضها ، بدفع نفقة لها لمدة سنة² .

الفرع الثاني :مسألة الزوجة الصغيرة :

عند الحنفية نفقة الزوجة الصغيرة ثلاثة وجوه :

- صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة و لا في الاستئناس و هذه لا نفقة لها بالجماع في المذهب الحنفي ، لان النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام و هذا غير متصور في هذه الصغيرة.
- صغيرة يمكن الدخول بها ، وهذه حكمها حكم الكبيرة ، لان أحكام الزواج يمكن استيفائها منها .
- صغيرة يمكن الدخول بها ن و هذه حكمها حكم الكبيرة ن لان أحكام الزواج يمكن استيفائها منها .
- صغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة أو المؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها،وقد قال الأكثرون: لا نفقة لها ،لأن المقصود لا يمكن استيفائها منها ،وقال أبو يوسف مع بعض الفقهاء إن نقلها تجب له النفقة لا مكان الانتفاع بها في الخدمة و الاستئناس و إذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل وحده كان يكون صغيرا فان النفقة واجبة عليه ن لأنها قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها،فحق عليه أن ينفق عليها .

¹د.د. عبد الكريم زيدان :المرجع السابق، ص169.

²م ع :غ أ ش ملف رقم 39394 بتاريخ 1986/02/10 م ق ع 1 ، 1989 ، ص 111.

أما بقية المذاهب غير الحنفية لا نفقة للزوجة الصغيرة¹. أما الشافعية و الحنابلة سلكوا نفس طريق الحنفية، إذ تجب للزوجة النفقة لان المانع منه لا منها، وقال المالكية لا تجب لأن مجرد التمكين من قبلها لا اثر له مادام العجز الطبيعي متحققا في الزوج و الصغير غير المكلف و تكليف وليه لا دليل له².

المطلب الثاني: مسألة الامتناع المشروع عن الانتقال و الزوجة الناشز :

الفرع الاول : مسألة الامتناع المشروع عن الانتقال:

الزوجة في حالة امتناعها عن الانتقال بحق لها ، فالنفقة تكون واجبة لها ، كأن يكون المسكن الذي أعده لها تسكن فيه مع ضررتها ففي هذه الحالة المسكن لا يكون مشروعاً ، فوجودها مع ضررتها في مسكن واحد فيه ضرر لها .

أو امتناعها نتيجة المسكن الغير لائق وغير مستوف للمرافق الشرعية ، وبما انها مستعدة في دائرة ما يلزمها به من أحكام عقد الزواج فلاحتماس موجود حكماً .
غير أن الفقهاء عاجلوا هذه النقطة في مسالتين :

أولاً : امتناع الزوجة عن الاحتباس لعدم تقديم تعجيل الصداق :

رأيهم في ذلك انه قبل الدخول بها فلها النفقة لأن الامتناع لحق لها ، و لا يوجد ما يدل على إسقاطه لا نصاً و لا دلالة ، و إن كان بعد الدخول فقد اختلف أبو حنيفة و أصحابه و جمهور الفقهاء فرأي أبو حنيفة و بعض الفقهاء لها الامتناع لأنها لم تسقط حقها في المستقبل و إسقاط حقها في الامتناع في الماضي لا يدل على إسقاطه في المستقبل نو قال الصحابان و آخريين عن الفقهاء ليس لها الامتناع ، لأنها برضاها بالدخول مختارة فقد أسقطت حقها في الامتناع الأجل المعجل و الساقط لا يعود .

ثانياً: امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها:

يرى المتقدمون من الفقهاء أن للزوج أن يسافر بزوجه و ليس لها الامتناع عن السفر معه لقوله تعالى : "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، و لا تضاروهن..."³.

فأساس الحياة الزوجية أن المرأة تعيش حيث يعيش زوجها ، فأما المحققون من الفقهاء قالوا أن الأمر مفوض للقاضي فهو الذي يرى تقدير الظروف و الأحوال ، و أن يحكم في كل حالة بما يلائمها ، فإن رأي

بدران أبو العيين بدران:اللفه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ط 1971، ج1 ، ص 257 ، ولمزيد من التفصيل انظر د. عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص 171-172.¹

²: بدران أبو العيين بدران : نفس المرجع، ص 236-237.

³:سورة الطلاق ، الآية 06.

أن السفر فيه إضرار للزوجة لا يحكم عليها بالسفر و إن رأى انه ليس فيه إضرار و كان الزوج ملزماً بالسفر أي اضطرته ظروف عمله وهو مأمون عليها أجابه إلى طلبه و ألزم الزوجة الضرر معه¹.

اذ انه في الحالة الثانية إن امتنعت تكون قد امتنعت بغير حق شرعي فله إجبارها بحكم القضاء بالطاعة و ليس لها النفقة في مدة الامتناع وهذا ما تم عليه العمل في مصر².

غير أن الراجح عند الدكتور زيدان أن المفتي في مسائل الزواج له أن يفتي في كل مسألة على حدى و أن يرى حال الزوجين و ما يحقق المصلحة للطرفين ومنع الأذى و الضرر عن الزوجة فإفتاؤه بعدم جواز السفر الرجل بامرأته فامتنعت عن السفر معه و تسليم نفسها إليه في البلد المراد السفر إليه ، امتناعها عدّ مشروعاً و لها النفقة³.

في حين قانون الأسرة السوري يقول بإجبار الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترطت في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعا من السفر⁴.

في حين المحكمة العليا حالياً (المجلس الأعلى سابقاً) قد قضى ان الشرط الوارد في عقد الزواج الذي يقضيه العقد و لا ينافيه و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به و لا يؤثر في عقد الزواج ، فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية لما كان ثابتاً أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة يكونوا بقضائهم كذلك خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيد هو مخير فيه و متى كان ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه⁵.

الفرع الثاني : مسألة الزوجة الناشز :

النشوز لغة صدر في مختار الصحاح : و نشزت المرأة : استعصت على بعلها و أبغضته⁶. أما في الشرع : فهو في المغني لابن قدامة الحنبلي : " معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه لهو النكاح... " ⁷.

فالنشوز يتمثل فيما يلي :

¹: بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق ، ص 244.

²: أنظر أبو زهرة ، المرجع السابق ن ص 301.

³: د. عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص 160.

⁴: د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الوراق ، ط 9 ، 2001 ، ص 200.

: قرار بتاريخ 30/03/1971 ن.ق 1972 ع 2 ، ص 39 ، انظر د. ماروك نصر الدين قانون الأسرة بين النظرية و

⁵التطبيق قانون الأسرة 11/84 مع أحكام العليا مرفقا بالاتفاقيات الجامعية، الجزائر، 2004، 64.

⁶: محمد بن أبي عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 1979 ، 1 ، ص 660.

⁷: الإمام العلامة ابن قدامة الحنبلي : المغني ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1996 ، ج 11 ، ص 281.

أولاً : امتناع الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعي :

عند الملكية و الحنفية النشوز هو امتناع الزوجة عن الانتقال إلى مسكن الزوجية بغير سبب شرعي مع توفر شروط الانتقال¹.

أما قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق الى مسألة النشوز بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في فبراير المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري حيث أن م 37 قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 تنص في فقرتها الأولى: " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها "، مع العلم أن نص المادة عدل تماما بموجب نص المادة 10 من الأمر رقم 02/05 السابق الذكر.

غير أن الاجتهاد القضائي الجزائري استقر على عدم اعتبار الزوجة ناشزا إلا في حالة امتناعها استئناف الحياة الزوجية، وذلك بعد صدور حكم نهائي يلزمها بالرجوع إلى بيت الزوجية و ثبوت تبليغها به .

حيث قضت المحكمة العليا في احد القرارات بما يلي : "حيث انه وبعد الاطلاع على مجموع الأوراق الملف و خاصة الأحكام العديدة و المحاضر الثلاثة للتنفيذ تبين بوضوح أن الزوجة امتنعت عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام نهائية، فان موقفها هذا يعتبر نشوزا منها، و بالتالي فإن الزوجة الناشز تفقد حقوقها الزوجية من النفقات وغيرها"².

كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية شريطة توفير سكن لها عن أهل الزوج لا يعد نشوزا في نظر القضاء الجزائري حيث قرر القضاء الجزائري أنه : " متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة على الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم للقاضي برجوعها محل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ، مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ن ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عسا هان يلحقها من ضرر و حكم لها بمطالبتها من قضاة الموضوع ، فإنه لا مبرر لاعتبار الزوجة في حالة نشوز و لا تستحق النفقة المقررة لها مادام لا يثبت نشوزها أمام القضاة ، فإن نفقتها تظل مستمرة و مستحقة لها مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسا قانونيا و شرعيا و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³.

ابو زهرة:المرجع السابق،ص301،أنظر بلقاسم شتوان:نماذج من الزوجات المحرمات من النفقة،جامعة الأمير عبد القادر،2004،ع9،397.

م ع غ ا ملف رقم41718(غير منشور)بتاريخ05/03/1986أنظر بلحاج العربي،قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا

²لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط2 ، 2000 ، ص152

³م ع غ ا ش ملف رقم 33762 بتاريخ 09/07/1984 م ق ع 3 سنة 1986.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر حيث قررت انه : " من المستقر عله قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج الثابت -في قضية الحال- أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله مما يجعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن " ¹.

ثانيا : خروج المرأة من بيت زوجها بدون إذنه :

هذا النوع من الخروج يسقط حق الزوجة في النفقة لأنه نشوز فهو يعتبر خروج الزوجة عن طاعة زوجها بهذه الصورة متفق عليها في المذاهب الأربعة.

أما إذا كان الخروج لعذر مشروع فلها النفقة فهذا ما قال به الحنفية، فعند الدكتور عبد الكريم زيدان أن الضرورات تبيح المحظورات، وبذلك العذر الشرعي من قبيل الضرورة فعند الحنفية قولهم في تعريف الناشز بأنها الخارجة من بيت زوجها بغير حق ، ومفهوم ذلك أنها تكون ناشزا إذا خرجت بدون إذنه ولكن بعذر مشروع ، فخروجها بالعذر المشروع هو خروجها بحق و غن لم يكن بإذن زوجها. ونصت المادة 57 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في فقرتها الأولى: "لا نفقة للزوجة في الأحوال التالية :
1- إذا تركت بيت الزوجية من دون مبرر " ².

ثالثا: منع الزوج من الدخول إلى بيتها الذي كان يقيم فيه معها :

إذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن آخر و لم تترك له فرصة للبحث تسقط نفقتها لان منعها له من غير الطلب السابق و الإمهال خروج عن طاعته.

و إذا طلبت من زوجها أن ينقلها من بيتها الذي يقيم فيها إلى منزله أو منزل آخر يستأجره لها و مضت المدة الكافية للنقل إلى منزله، أو البحث عن منزل آخر و لم ينقلها و منعه من الدخول عليها في بيتها لم تكن ناشزا، ولا تسقط نفقتها، لأن لكل زوجة الحق في طلب نقلها من بيتها المملوك لها و في أن يعد الزوج مسكن لها ³.

وهذه الصورة من النشوز متفق عليها عند الحنفية و المالكية ، غير انه عند المالكية يدخل تحي إطار النشوز عدم تمكين الزوج من مجامعة زوجته إلا إذا كان الجماع يؤديها بسبب مرض فلا تسقط النفقة بشرط

¹م ع غ أ ش رقم 213669 بتاريخ 1999/02/06 إ ق ل غ أ ش ع خ س 2001 ، ص 219 .

²د.د. ماروك نصر الدين :المرجع السابق ، الملحق.

³د.د. بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق،ص240،و أنظر : د.بلقاسم شتوان: المقال السابق ،ص397-398.

معابنتها من امرأة ثقة (طبيبة)، أما عند الشافعية يدخل عندهم عدم تمكينه من وطئها و تطوعها بصوم نفل وكذلك ان دعاها للفراش فأبت تسقط نفقتها، وعدم المبيت معه في الفراش¹.

المطلب الثالث: مسألة الزوجة المحبوسة و المسافرة :

الفرع الأول :مسألة الزوجة المحبوسة:

إذا حبست الزوجة نفسها على زوجها تسقط نفقتها وهو ما اتفق عليه الفقهاء في المذاهب الأربعة لان فوات حق الاحتباس للزوج كان بسببها، أما إذا حبست نفسها ظلماً أو خطفت بواسطة رجل، فتسقط نفقتها أيضاً عند الحنفية و الحنابلة لفوات حق الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه، وقال المالكية أنه لا تسقط نفقتها بالحبس ظلماً و بخطفها من رجل لان فوات الاحتباس ليس من جهتها و لا دخل لها فيه². كما روي عن أبي يوسف أن المرأة المخطوفة لها النفقة لان المانع ليس من جهتها³.

الفرع الثاني : مسألة الزوجة المسافرة :

اتفق الفقهاء على أن سفر الزوجة مع غير زوجها لحج أو لعمرة قبل الدخول لا نفقة لها لفوات الاحتباس في بيت الزوج، و إذا سافرت وحدها دون محرم بعد الدخول لا نفقة لفوات الاحتباس بسبب من جهتها و لعصيانها بهذا السفر دون محرم .

أما إذا سافرت مع محرم لأداء فريضة الحج فلا يسقط حقها في النفقة ن ولو بغير إذنه عند المالكية و الحنابلة و أبي يوسف، لأنه سفر لأداء فريضة دينية، فيكون فوات الاحتباس بمسوغ شرعي، لكن النفقة الواجبة عند أبي يوسف و الحنابلة هي نفقة الإقامة لا السفر، و عند المالكية يجب لها على الأقل من نفقتي السفر و للإقامة .

وتسقط نفقتها ولو بإذن من زوجها عند جمهور الحنفية و الشافعية في الأظهر بمخالفتها الواجب عليها و انتفاء التمكين ن و فوات الاحتباس من جهتها ن سواء سافرت لحج الفريضة أم لعمل آخر كطلب العلم أو لحاجتها.

¹: د. بلقاسم شنتوان : المقال السابق ، ص 397-400-401.

²: د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق ، ص 571، أنظر: محمد العلوي العابدي الأحوال الشخصية و الميراث في الفقه المالكي

³: ط 1996، 1، ص 198.

³: دز بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق ، ص 240.

و إن سافرت لحج التقل سقطت نفقتها عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة و قال المالكية أن سافرت بإذن زوجها فلا يسقط حقها في النفقة، لأنها لا تعدها نشازاً، و إن سافرت دون إذنه سقط حقها في النفقة لأنها تعد ناشزاً¹.

أما الإمام ابن تيمية افترى بأنه لا نفقة للزوجة اذا سافرت من غير إذن الزوج ولو مع والدها².

المطلب الرابع: مسألة حبس الزوج أو مرضه والزوجة المحترفة :

الفرع الأول: مسألة حبس الزوج أو مرضه:

تستحق الزوجة النفقة بالاتفاق إذا حبس زوجها في جريمة اقترفها أو في دين لزوجته أو ظلماً أو مرض مرضاً مانعاً من الجماع لان فوات الاحتباس من جهته لا من جهة الزوجة³.

أما القضاء المصري قد قضى إن زوال الاحتباس من جهة الزوج لا يسقط نفقة الزوجة إذا كان زوال الاحتباس من جهة الزوج لا يسقط نفقة زوجته ، عنه لاعتبار الاحتباس موجوداً حكماً و إذا كان لزواله لسبب من جهتها فإن نفقتها تسقط عنه⁴.

كما قضى أنه : " لا تسقط نفقة الزوجة إذا فوت الزوج الاحتباس من جهته هو " ، إذا كان الزوج محبوساً ولو بدين عليه لزوجته ولو كان غير قادر على أدائه فلا تسقط نفقتها عنه إذا كان الزوج محبوساً ولو بدين عليه لزوجته ولو كان غير قادر على أدائه فلا تسقط نفقتها عنه لان الاحتباس الذي هو علة النفقة شرعاً قد فات من جهته هو " ⁵.

الفرع الثاني: مسألة الزوجة المحترفة :

من القضايا التي أثارت تساؤلات في المجتمع اليوم ، مسألة الزوجة المحترفة او عمل الزوجة التي كانت و لازالت محل جدل كبير فهناك من يؤيد و هناك من يعارض عمل المرأة . نجد إن موقف قانون الأسرة الجزائري لم يتخذ موقفاً واضحاً في هذه المسألة لكن بالرجوع إلى م 19 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري نجد أنها نصت على : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " .

¹: د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق ، ص 517.

²: الإمام ابن تيمية : الفتاوى الكبرى ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج 3 ، ص 360.

³: د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق ن ص 508.

⁴: قرار رقم 44/881 المنصورة م ش 164/17 أنظر أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 2469.

⁵: قرار رقم 44/881 المنصورة م ش 164/17 ، انظر : احمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 2469.

إذ جاء في عرض أسباب المشروع التمهيدي للتعديل : تعطي هذه المادة للزوجين إمكانية أن يشترطوا في عقد الزواج أو عقد لاحق لعقد الزواج ما يريانه ضروريا من شروط و يهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل المشاكل التي تقع بينهما بعد الزواج ، لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ، و باعتبار المذهب السائد في الجزائر المذهب المالكي بالرغم من انه ليس واجب التطبيق دائما، فإذا ما طرأ مشكل بين الزوجين يلجؤون إلى القضاء، فالقاضي إذا ما طبق ما هو معمول به في المذهب المالكي، هذا الأخير أشار إلى انه إذا اشترطت الزوجة حين العقد البقاء في عملها يعتبرون هذا الشرط صحيحا لكنه مكروه لا يلزم الوفاء به ولكن لا يستحب للزوج أن يمنع زوجته عن العمل فإن رفضت الاستجابة لطلبه كانت ناشزا سقط حقها في النفقة .

أما نص المادة 9/53 من الأمر السابق نجدها تعتبر من أسباب المطالبة الزوجة بالتطبيق مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج : فإذا اشترطت الزوجة البقاء في عملها حين العقد و منعها الزوج بعد ذلك لها حق التطبيق .

كما أن المادة 37 نصت: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية، و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما " . وقررت المحكمة العليا انه: " من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي . أن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون" ، و الوجه الأول للطعن الذي قدمته الطاعنة مأخوذ من خطأ القرار المطعون فيه في تطبيق القانون وفي بيان ذلك نقول أن القرار قضى بإلغاء النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف على أساس يسارها كطبيية في المستشفى مع أن هذا لا يعتبر مستندا لإسقاط حقها و ذلك من دون حاجة لمناقشة أوجه الطعن² .

¹: انظر جريدة الشروق اليومي الصادرة بتاريخ 09 أوت 2004 ، ص 6-7.

²: م ع غ أ ملف رقم 251660 بتاريخ 2000/11/21 م ق ع 1 س ، 2001، ص 284.

خاتمة:

باعتبار نفقة الزوجة من أهم المواضيع المتعلقة بالأسرة فقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى و المعاصرون بالكلام و بإسهاب في المسائل المتعلقة بهذا الموضوع .
و لقد تكلمت عنه معظم التشريعات العربية ن غير أن ما ميز قانون الأسرة الجزائري هو الفراغ و النقص في تنظيم عدة مسائل متعلقة بموضوع نفقة الزوجة إلا أن هذا لا يمنع من اشتماله على بعض المحاسن التي سنشملها فيما يلي :

-المشروع الجزائري في الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 لقانون الأسرة الصادر بموجب الأمر 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 دعم حق المرأة في النفقة فبعدما كان إصدار الأمر بالاستعجالي مخلوا لرئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة حسب المادة 1/183 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، فإن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة خولت إصدار الأمر بالاستعجالي المتعلق بنفقة الزوجة لقاضي الموضوع متى طرحت عليه الدعوى و طال الفصل فيها لأجل يحتمل معه إلحاق الضرر بالزوجة .

غير أن سلبيات قانون الأسرة الجزائري طغت على سلبياته نظرا لكثرتها :

-إدراج موضوع النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بالحلل عقد الزواج.

-إغفال المشروع بعد التعديل المادة 37 كاملة لتنظيم مسألة نشوز الزوجة .

- المشروع الجزائري لم يتخذ موقفا واضحا في نفقة الزوجة العاملة أو الموظفة .

فبالرغم من أن التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 19 منه منح للزوجة الحق في اشتراط بقائها في العمل في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ألا أن ذلك غير كافي لحل المسائل المطروحة على الساحة القضائية و المترتبة على عمل الزوجة ن خاصة و أن المادة 2/53 من التعديل الأخير لقانون الأسرة تعتبر من بين أسباب مطالبة الزوجة بالتطليق مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

-نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري انه ما لم يرد فيه نص في القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية فبالرغم من أن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي غير انه ليس واجب التطبيق دائما ، و كذلك نقص التمكين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية وهذا ما فسرتة بعض الاجتهادات القضائية الصادرة في مسألة نشوز الزوجة .

-إغفال قانون الأسرة الجزائري النص على ضرورة اتخاذ إجراءات وقائية قبل تقرير التطليق لعدم الإنفاق .

لذلك اطرح بعد الاقتراحات و المتمثلة في :

-ضرورة إعادة تنظيم موضوع النفقة من حيث المسائل التي تدخل في إطاره مع وجوب إدراجه في الباب المتعلق بالزواج و أقصد بذلك النفقة بصفة عامة و نفقة الزوجة بصفة خاصة ماعدا النفقة الناتجة عن الحلل الرابطة الزوجية .

- تخصيص مواد في قانون الأسرة تعالج موضوع النشوز و المسائل المتعلقة به و توضح حالاته .
- تخصيص مواد في قانون الأسرة الجزائري لمسألة الزوجة العامل و او الموظفة بشكل واضح كما فعلت بعض القوانين العربية .
- تخصيص مادة في قانون الأسرة تنص على ضرورة اتخاذ إجراءات وقائية قبل اللجوء إلى التطلاق لعدم الإنفاق ، كالتنفيذ في المال الظاهر للزوج ، و الإمهال لمدة معينة في حالة إعساره
- ونظرا لتفاقم المشاكل الاجتماعية ووجب وضع طلب التطلاق كآخر حل هذا كله من اجل حماية الرابطة المقدسة التي تجمع الطرفين و صيانة للأسرة من عبث المستهترين و عملا بشرعنا الإسلامي الحكيم.

قائمة المراجع :

1. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج 01 ، دار النهضة العربية ، بيروت ط 1971.
2. الإمام أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج و آثاره، ط 01، دار الفكر العربي، 1971 .
3. محمد بن أبي عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، ط 1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1979 .
4. د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1984.
5. جبران مسعود: رائد الطلاب، ط 9، دار العلم للملايين، بيروت، 1986 .
6. الإمام العلامة ابن قدامة الحنبلي: المغني، ج 11، دار الحديث، القاهرة، ط 1996، 1 .
7. د. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامي، ج 7، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997 .
8. عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من ق.أ.ج، دار الهدى، ط 2000.
9. بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2000.
10. د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الورق، ط 9 ، 2001.
11. م. أحمد نصر الجندي مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر ، ط 2004 .
12. بلقاسم شتوان : نماذج من الزوجات المحرمات من النفقة، جامعة الأمير عبد القادر، 2004، ع 9.
13. د. ماروك نصر الدين قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق "قانون الأسرة 11/84 مع أحكام العليا مرفقا بالاتفاقيات الجامعية، الجزائر، 2004 .
14. الإمام ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج 3 ، بدون سنة نشر.

**Droit d'auteur : La notion d'œuvre protégée
« Étude comparative de la conception islamiste et
modern »**

IRIQAT Mohammed

**Maître de conférences, à l'Université de Jérusalem (Alquds)-
Jérusalem Est-Palestine**

Introduction :

Le droit de la propriété littéraire et artistique est un terme qui désigne les droits conférés aux auteurs d'un large éventail d'œuvres quel que soit leur genre, leur mérite ou leur destination¹. Ce droit est constitué par l'ensemble des droits que la loi reconnaît à l'auteur sur sa création personnelle.

La propriété littéraire et artistique vise les créations artistiques, telles que les livres, la musique, les peintures et les sculptures, les films et les œuvres fondées sur la technologie telles que les programmes d'ordinateur et les bases de données électroniques².

Malgré les termes généraux de la loi, les créations intellectuelles ne sont pas cependant automatiquement protégées par le droit d'auteur. La protection ne profite qu'aux œuvres de l'esprit répondant à certains critères.

Pour être protégée par le droit d'auteur une création littéraire ou artistique doit être originale, c'est-à-dire témoigner de l'empreinte de la personnalité de l'auteur³.

Il consiste, d'une part, en un monopole d'exploitation accordé pour un temps à l'auteur et après sa mort à ses successeurs sur l'œuvre réalisée. Ces droits permettent à l'auteur (ou ses héritiers)

¹ Article 2 de convention de Berne dispose que : « Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences »

² Comprendre le droit d'auteur et les droits connexes, publication revu de l'OMPI N° 909 (F), 2009, p.4

³ TAFFOREAU Patrick, « droit de la propriété intellectuelle », préface de M. CARON Christophe, Gualino éditeur, 2004, p.59

d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre et de percevoir en cas d'autorisation une rémunération en contrepartie¹.

Lorsqu'on pose la question sur le droit de la propriété littéraire et artistique, c'est s'interroger directement sur les œuvres protégées.

Dans cette étude nous allons examiner la conception d'œuvre en droit Musulman (I), et la conception en droit Moderne (II).

I/ la conception islamiste

Autrefois, dans le monde arabe, le vol et la piraterie intellectuelle se propageaient en l'absence de lois règlementant ce type de propriété. Ces faits sont désignés par l'utilisation de plusieurs termes : usurpation, vol, plagiat ou larcin littéraire².

Peu à peu, l'islamisation des contrées, conquises par les Arabes, se réalise, et le Coran régit toutes les sanctions. Le Coran est la source principale de la jurisprudence Islamique. La notion « d'œuvre » évolue considérablement au cours des premiers siècles de l'Islam. Il nous faut donc rechercher dans le Coran les raisons de cette évolution. Le Coran a consacré la liberté de penser dans la première «Sourate d'Elalak», qui dispose que : «Lis, au nom de ton Seigneur qui a créé tout, il a créé l'homme d'un caillot de sang. Lis, car ton Seigneur est le très généreux, qui a instruit l'homme au moyen du calame (plume), et lui a enseigné ce qu'il ignorait»³, ainsi que la «Sourate Al Qalm» qui cite : «Noun. Par le calame et par ce qu'ils écrivent»⁴.

Dans le Coran, le terme signifiant «faire, former » est synonyme de celui qui veut dire «créer». Mais l'Islam considère que seul Dieu est créateur⁵. On ne peut donc pas concevoir une «création» humaine. L'œuvre ne peut donc pas être «création», mais seulement savoir-faire. Dans leur ensemble, les artistes musulmans ambitionnaient essentiellement d'égaliser leurs maîtres.

Le droit musulman, dont la source primordiale est le Coran, ne pouvait donc pas connaître une notion similaire à la notion actuelle «d'œuvre». Certains ont expliqué l'absence du droit d'auteur en

¹ BERNAULT Carine, «propriété littéraire et artistique », - Objet du droit d'auteur. - œuvres protégées. Règles générales, JurisClasseur Civil, 2005, Fasc. 1135

² ALSHRANI Houssin, «droit d'auteur dans la doctrine islamiste», 2004, Arabie Saoudite, 1^{er} édition, p.32

³ Le Coran, « sourate d'Elalak », verset du 1 au 5

⁴ Le Coran, « sourate Al Qalm », verset du 1 au 3

⁵ ISLIMAN Youssef, « le droit d'auteur entre la jurisprudence islamique et les lois modernes », 2008, Caire, p.33

droit musulman, en s'appuyant sur le fait que ce dernier ignore l'existence des biens incorporels.

Il est vrai qu'en droit musulman il n'y a aucune indication de ces biens dans la liste des biens, mais la question est de savoir si le défaut d'une telle indication est le signe d'une ignorance pure et simple de toutes les choses dites incorporelles. Le droit musulman n'ignore pas la question du démembrement de la propriété.

Quand il s'agit d'un immeuble, il y a l'usufruitier à côté du propriétaire de la terre. Par analogie, est-il possible de dire que le droit musulman a reconnu un genre de biens incorporels dans le cas de l'usufruit (Melk el manfaa = la propriété de l'usufruit des choses corporelles¹). D'autre part, les juristes musulmans n'ignorent pas non plus le droit de jouissance.

Ces exemples ne prétendent pas justifier l'existence de droits d'auteurs, mais démontrent que le droit musulman n'ignore pas complètement la notion des biens incorporels, bien qu'il n'ait pas utilisé cette appellation. On peut donc, en principe, imaginer une législation portant sur le droit d'auteur n'allant pas à l'encontre du droit musulman. On peut imaginer qu'un auteur puisse avoir certains droits sur son œuvre, tout en l'ayant cédée. On peut imaginer un usufruitier et un propriétaire pour un seul objet.

Nous croyons que cette conception est compatible avec l'idée moderne du droit d'auteur qui considère que la création d'une œuvre donne, au profit de son créateur, certains droits d'ordre patrimonial et d'ordre moral. Cette création ne lui confère pas, comme autrefois, un droit de propriété.

Cependant, la nouveauté de la notion de droit d'auteur est évidente. L'expression même «droit d'auteur» est très récente. Trouver ce terme dans la terminologie du droit musulman est donc impossible, mais il n'est pas impossible de trouver un fondement juridique parmi les principes généraux de ce droit, après avoir essayé de le trouver dans le principe du droit de jouissance.

Citons le verset du Coran «Dieu ordonne l'équité et la bienfaisance» et le Hadith au terme duquel «il n'est pas permis de nuire à quiconque». Il est clair que ces deux principes donnent une solution à tous les problèmes soulevés par le droit naturel, et donc par le droit d'auteur².

¹ MILLIOT Louise «l'introduction à l'étude du Droit musulman», Dalloz, 2001, p.606

² KHALIL Asameh, « le droit de la propriété intellectuelle en jurisprudence islamique », 1999, Soudan, 1er édition, p.54

Des divergences sont apparues entre les juristes musulmans quant à l'interprétation de la nature de cet intérêt. Il nous semble que cet intérêt doit être compris de façon très large pour qu'il englobe les intérêts moraux, car le Hadith est absolu «il n'est pas permis de nuire à quiconque».

Nous croyons que la protection des droits d'auteurs doit trouver sa source et son fondement ici ; il n'y a pas lieu de bouleverser les principes généraux du droit musulman pour incorporer au sein de celui-ci un droit dont l'objet est une chose incorporelle¹.

Par ailleurs, l'encouragement de l'Islam envers la science était l'une des causes principales de l'évolution de la scène intellectuelle et scientifique. L'encouragement de l'Islam envers la science était une nécessité, et pour cela on peut remarquer que le Califat a soutenu toutes les actions qui promouvaient la science. Le calife Al-Maamoune (le calife abbasside) a institué Beit Al-Hikma (maison de sagesse) à Bagdad en 830, en s'intéressant à la traduction et à la philosophie des grecs ; de plus il a organisé des réunions pour discuter et négocier les affaires scientifiques. Par exemple, nous pouvons citer le calife Haroun Rachid qui, après sa victoire à Ankara, a demandé la délivrance des manuscrits des grecs à la place d'armes et de navires².

Par ailleurs, en 891, il existait à Bagdad des bibliothèques aidant les étudiants dans la recherche scientifique, et dans chacune, il y avait un service de traduction et de reproduction. Il y avait également une bibliothèque au Caire constituée par le calife Al-Aziz, en 1013, qui contenait environ 18 000 œuvres³.

Enfin, l'autorité religieuse égyptienne d'Al-Azhar a décidé en 2003 que : «la citation de toutes sortes de livres ou magazines, ou d'une référence, est religieusement permise à condition que la source et l'auteur de cette citation soient précisés lors de l'écriture et de l'enregistrement. La loi islamique considère comme vol, l'acte de mettre son nom sur un livre ou sur un article de magazine en usurpant le travail du véritable auteur. Par contre le transfert des idées et leur développement sont de libre parcours»⁴.

¹ V.M.CHAKIR NASSER Heider, «le traité du droit civil commentaire du code civil Irakien», p.7 et SS

² ASHOUR Abed Alftah, « Le rôle de traduction dans l'enrichissement de la civilisation scientifique musulmane », Kuwait, 1986, p.45

³ SALAMA-CARR Myriam, «L'évaluation des traductions vers l'arabe chez les traducteurs du moyen âge», TTR : traduction, terminologie, rédaction, vol. 6, n° 1, 1993 p.15-25

⁴ ALNJAR Khaled, «La protection de la propriété intellectuelle en droit islamiste», Vol.32-8,2005, p.232

Par ailleurs, les termes «œuvres littéraires et artistiques» sont apparus, en monde musulman, au début de ce siècle. Etant toujours une province de l'Empire Ottoman, ce fut la première loi moderne conçue, dans un pays régi par le droit musulman, en matière de droit d'auteur. Le 8 mai 1910, l'Etat «Ottoman» avait promulgué une loi relative au droit d'auteur.

Le premier article de cette loi indique que : «les auteurs de productions littéraires et artistiques de tous genres, possèdent sur leurs œuvres un droit de propriété ; ce droit s'appelle le droit d'auteur»¹.

La loi Ottomane indiquait que le droit d'auteur est le droit de la propriété sur toutes les productions de l'esprit, tels que : les œuvres, les dessins, les tableaux, les œuvres des beaux-arts, les œuvres d'architectures, les cartes géographiques, le droit d'édition, le droit d'imprimerie, le droit de vente et le droit de traduction. Cette loi ne comportait cependant aucune disposition sur la protection des œuvres cinématographiques, et sur les œuvres audiovisuelles, ni concernant les œuvres de folklore national².

¹ ALBADI Younes, «l'expérience jordanienne dans le domaine de la propriété intellectuelle», vol. n°15-17, 10/11/2009, p.13

² ALTLHOUNI Mammoun, «le droit d'auteur jordanien», revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/4a, Amman, 2004, p.2

II/ La conception moderne

La notion d'œuvre de l'esprit occupe une place essentielle dans la construction du droit d'auteur. Abd El-Razzâq El-Sanhourî définit l'œuvre comme : «une création de l'esprit humain dans de diverses formes littéraire, artistique ou scientifique»¹.

Les termes «œuvres littéraires et artistiques» englobent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quels qu'en soit le mode ou la forme d'expression, tels que : les livres, les brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, les compositions musicales, avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques, les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.²

Il existe plusieurs types d'œuvres dans le domaine du droit de la propriété littéraire et artistique.

A- Œuvres de collaboration

Les œuvres de collaboration existent lorsque plusieurs auteurs participent à la création de l'œuvre. Il s'agit d'œuvres auxquelles ont participé plusieurs personnes. Le droit moral de chacun de ses collaborateurs nécessite l'unanimité pour décider de l'exploitation de l'œuvre. Toutefois, au stade de l'exploitation, le droit moral restant attaché à la personne, chaque collaborateur peut protester contre une atteinte du droit au respect, ou du droit au nom³

¹ ABD EL-RAZZAQ EL-SANHOURI, «le médiateur pour expliquer le droit civil, le droit de propriété», Beyrouth, p.325

² Convention de Berne, Article 2 alinéa 1, http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html

³ Article L.35 – a, le droit d'auteur jordanien dispose que : «Lorsque plusieurs personnes ont concouru à la création d'une œuvre de telle façon que leurs apports respectifs sont indissociables, elles sont considérées comme co-titulaires à parts égales, sauf accord contraire conclu entre elles. Aucun des co-titulaires ne peut exercer seul les droits d'auteur sans l'accord des autres co-titulaires. Chacun des co-titulaires peut s'adresser au tribunal pour s'opposer à toute violation du droit d'auteur». En droit Français, L'article L.113-2 du C.P.I. dispose que «Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques».

B- Œuvres collectives

La loi investit la personne à l'origine de la création du droit de divulguer l'œuvre sous son propre nom. Toutefois, si la participation de chacun des intervenants est individualisable, ceux-ci recouvrent le droit de l'exploiter séparément. Même si le droit moral est le premier des droits d'auteurs, en ce qu'il lui garantit le respect de son travail et de sa réputation, il ne lui permet pas pour autant d'en vivre; il revient au droit patrimonial de remplir cette fonction¹.

C- Œuvre composite

La protection juridique des œuvres ne se limite pas aux œuvres qui sont inédites, mais s'étend à des œuvres dérivées de travaux antérieurs. Est dite ainsi composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière². Par ailleurs, selon Ashwaq Abd Alrsoul, deux conditions concernant l'œuvre composite doivent être remplies. Premièrement, l'intégration de l'ancienne œuvre dans la nouvelle, et deuxièmement, que l'auteur de l'ancienne œuvre ne contribue pas à la nouvelle³.

D- Œuvre dérivée

Sont protégées comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, les adaptations, les arrangements de musiques et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique.

Les auteurs de traductions, d'adaptations, de transformations ou d'arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le Code du droit de la propriété intellectuelle, sans préjudices des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même pour les auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, telles que les bases de données, qui, par le choix

¹ Article L.35- c, de droit jordanien dispose que «L'œuvre collective est une œuvre à la création de laquelle un groupe a concouru, selon les instructions d'une personne physique ou morale qui se charge de la publier sous sa direction et en son nom. Les apports des co-auteurs s'inscrivent dans l'objectif poursuivi par ladite personne physique ou morale de telle façon qu'ils sont indissociables et indistincts. La personne physique ou morale qui a dirigé et organisé la création de l'œuvre est considérée comme son auteur; et elle a seule le droit d'exercer les droits d'auteur. En droit français l'article L.113-2 du C.P.I. français, « Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

² Article L. 113-2 du C.P.I. français.

³ ASHWAQ ABD alrsoul, «la protection juridique des œuvres et des auteurs : étude comparée», vol. N°213, 18/9/2010, p.5

ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles¹.

Conclusion :

Le droit de la propriété intellectuelle protège les droits des auteurs sur « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Il dresse une liste d'œuvres bénéficiant de cette protection notamment les œuvres littéraires, les créations musicales, graphiques et plastiques, mais aussi les logiciels, les créations de l'art appliqué. Les artistes-interprètes, les producteurs de vidéogrammes et de phonogrammes, et les entreprises de communication audiovisuelle ont également des droits voisins du droit d'auteur. Le monde musulman n'a pas reconnu la notion d'œuvre de l'esprit qu'à l'époque d'empire d'Ottoman en 1910. Puis chaque pays Musulmane a créé sa propre code de la propriété littéraire et artistique depuis l'effondrement de l'empire.

¹ ALBDRAWI Hassan, «la protection de droit d'auteur en Jordanie», revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/2,2004.

Références

TAFFOREAU Patrick, « droit de la propriété intellectuelle », préface de M. CARON Christophe, Gualino éditeur, 2004.

BERNAULT Carine, «propriété littéraire et artistique », - Objet du droit d'auteur. - œuvres protégées. Règles générales, JurisClasseur Civil, 2005.

ALSHRANI Houssin, «droit d'auteur dans la doctrine islamiste», 2004, Arabie Saoudite, 1er édition.

ISLIMAN Youssef, « le droit d'auteur entre la jurisprudence islamique et les lois modernes », 2008, Caire.

MILLIOT Louise «l'introduction à l'étude du Droit musulman», Dalloz, 2001.

KHALIL Asameh, « le droit de la propriété intellectuelle en jurisprudence islamique », 1999, Soudan, 1er édition.

V.M.CHAKIR NASSER Heider, «le traité du droit civil commentaire du code civil Irakien».

ASHOUR Abed Alftah, « Le rôle de traduction dans l'enrichissement de la civilisation scientifique musulmane », Kuwait, 1986.

SALAMA-CARR Myriam, «L'évaluation des traductions vers l'arabe chez les traducteurs du moyen âge», TTR : traduction, terminologie, rédaction, vol. 6, n° 1, 1993.

ALNJAR Khaled, «La protection de la propriété intellectuelle en droit islamiste», Vol.32-8,2005.

ALBADI Younes, «l'expérience jordanienne dans le domaine de la propriété intellectuelle», vol. n°15-17, 10/11/2009.

ALTLHOUNI Mammoun, «le droit d'auteur jordanien», revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/4a, Amman,2004.

ABD EL-RAZZAQ EL-SANHOURI,«le médiateur pour expliquer le droit civil, le droit de propriété»,Beyrouth.

ASHWAQ ABD alrsoul, «la protection juridique des œuvres et des auteurs : étude comparée», vol. N°213, 18/9/2010

ALBDRAWI Hassan, «la protection de droit d'auteur en Jordanie», revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/2,2004.