





مجلة البيان للدراسات والقانونية والسياسية

مجلة سداسية مفتوحة المصدر تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريـريـج – الجزائر

EL BIBANE Journal for Legal and Political Studies

A hexagonal open access journal, issued by the faculty of law and politic sciences
Mohamed El bachir El ibrahimi University – Bordj Bou Arréridj, Algeria

PISSN: 2477-9970

EISSN: 2822-1540

رقم الإيداع القانوني Numéro du dépôt légal

جوان 2016

المجلد 08 العدد 01/ جوان 2023

Volume 08 Issue 01 /join 2023

For correspondence للمراسلة

السيد رئيس تحرير مجلة البيان للدراسات والقانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريـريـج.
العنوان: بلدية العناصر، برج بوعريـريـج 34000، الجزائر

Mr. The chief Editor of *EL BIBANE Journal for Legal and Political Studies*,

Faculty of law and politic sciences

Mohamed El Bachir El Ibrahimi University – Bordj Bou Arréridj, Algeria

Tel/Fax: (+213) 035.81.68.85

E-Mail: revue_droit@univ-bba.dz

Web: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/796

هيئة إدارة المجلة

Administration of the journal

المدير الشرفي: البروفيسور. بوضرساية بوعزة

Honorary Director: Pr. boudarsaya bouazza

رئيس التحرير: البروفيسور. فرشة كمال

Chief Editor: Pr. Fercha Kamel

الأمانة Secretariat

أ. عاشور ميلود ACHOUR Miloud

أ. عجيري عبد الوهاب ADJIRI Abdelouahab

أ. دغبوج تقي الدين DAGHBOUDJ Taki eddine

أ. عشاش حمزة ACHACHE Hamza

أ. قيرة سعاد GIRA Souad

تقديم المقالات يكون حصرا

عبر البوابة الجزائرية للمجلات العلمية "ASJP"

**The articles are submitted exclusively
via the Algerian Scientific Journal Platform "ASJP"**

www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/796

ASJP
Algerian Scientific Journal Platform

هيئة التحرير Editorial Team

رئيس التحرير: Editor in Chief

البروفيسور. فرشة كمال - Pr. FERCHA Kamel

هيئة التحرير Reviewer

- | | |
|--|--|
| أ.د. حسينة شرون - جامعة بسكرة (الجزائر) | د. عقابي أمال - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. حمزة خضري - جامعة المسيلة (الجزائر) | أ.د. سامية يتوجي - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر) |
| د. حميداني سليم - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) | د. يدك محمد طلعت - وزارة العدل – (جمهورية مصر العربية) |
| د. زبيدة إقروفة - كلية الحقوق جامعة بجاية (الجزائر) | د. عقابي أمال - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. سماح فارة - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) | د. بن مرزوق عنتر - جامعة المسيلة (الجزائر) |
| د. شاوش حميد - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) | د. أمينة سلام - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر) |
| د. صالح بن أحمد السمحان - جامعة حفر الباطن (السعودية) | د. الكرم محمد - جامعة زيان عاشور، الجلفة (الجزائر) |
| د. صديقي سامية - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. بودوح ماجدة شاهيناز - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر) |
| د. صليحة بوجادي - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. بوججر حسام - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. ضمير عبد الرزاق محمود - جامعة الموصل (العراق) | د. بوخميس سهيلة - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. ماني عبد الحق - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. براهيم حنان - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر) |
| د. عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد شلي (السعودية) | د. دوان فاطمة - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر) |
| د. فطناسي عبد الرحمان - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) | د. دوار جميلة - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) |
| د. لعوارم وهيبه - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. خالدتي فتحة - كلية الحقوق جامعة البويرة (الجزائر) |
| د. خضري محمد - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. فرحاي عبد العزيز - كلية الحقوق جامعة سطيف (الجزائر) |
| د. دعاء محمد إبراهيم بدران - جامعة تبوك (السعودية) | د. فنيديس أحمد - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. محمد ميسر فتحي - جامعة الموصل (العراق) | د. حرشاو مفتاح - كلية الحقوق جامعة سطيف (الجزائر) |
| د. محمود عبد الجواد عبد الهادي - جامعة تبوك (السعودية) | د. خشايمية لزهري - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي - جامعة بني سويف (مصر) | د. فارة سماح - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) |
| د. نوبري سامية كلية الحقوق - جامعة قالمة (الجزائر) | د. أحمد أحمد صالح الطويلي - جامعة نجران (السعودية) |
| د. ياسين علل - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر) | د. أشرف مسعد أحمد محمد - جامعة القاهرة (مصر) |
| د. أمينة لطروش - جامعة مستغانم (الجزائر) | د. الحديدي عماد خليل إبراهيم - جامعة الموصل (العراق) |
| د. ريم رفيعة لعور - جامعة مستغانم (الجزائر) | د. الصادق جدي - كلية الحقوق جامعة سطيف (الجزائر) |
| د. دكدوك هدي - كلية الحقوق جامعة برج بوعرييج (الجزائر) | د. الطيب بته - جامعة تيسمسيلت (الجزائر) |
| د. وهبة عبد الرزاق، قسم القانون - كلية جدة العالمية - (السعودية) | د. طيب عمور محمد - كلية الحقوق جامعة الشلف (الجزائر) |

الهيئة العلمية الاستشارية Associate Editor

- | | |
|---|--|
| <p>د. ديبشي عقيلة - جامعة باريس 8، (فرنسا)</p> <p>د. دقسي محمد - الجامعة الأردنية ومركز ربوع الأقصى للدراسات والتدريب (الأردن)</p> <p>د. سادات محمد - جامعة الشارقة (الامارات العربية)</p> <p>أ.د. سامية العايب - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر)</p> <p>أ.د. سامية يتوجي - كلية الحقوق جامعة بسكرة (الجزائر)</p> <p>د. سليمان بن ناصر محمد العجاي - جامعة القصيم (السعودية)</p> <p>د. شادي عدنان الشديفات - جامعة الشارقة (الامارات العربية)</p> <p>د. ضمير عبد الرزاق محمود - جامعة الموصل (العراق)</p> <p>د. عبد الحق ماني - كلية الحقوق جامعة برج بوعريريج (الجزائر)</p> <p>د. ع. الحميد الدسيطي ع. الحميد شلي - كلية الدراسات القضائية والأنظمة - أم القرى (السعودية)</p> <p>د. عبد السلام مصطفى محمود - جامعة أم القرى كلية العلوم الاقتصادية والمالية الإسلامية (السعودية)</p> <p>د. عبد القادر محمد الداه - جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا)</p> <p>د. عبد الله طرابزون - جامعة إسطنبول (تركيا)</p> <p>د. عجيل عبد الكريم كاضم - جامعة ذي قار (العراق)</p> <p>د. علي فتاك - جامعة ابن خلدون تيارت (الجزائر)</p> <p>د. عوده خالد كاظم عوده - كلية القانون - جامعة ذي قار (العراق)</p> <p>د. عياش حمزة - كلية الحقوق جامعة برج بوعريريج (الجزائر)</p> <p>د. عيسى معيزة - جامعة زيان عاشور الجلفة (الجزائر)</p> <p>د. قواسمية أسماء - جامعة سوق أهراس (الجزائر)</p> <p>د. كنوش محمد - جامعة تراقيا أدرنة (تركيا)</p> <p>د. دعاء محمد إبراهيم بدران - جامعة تبوك (السعودية)</p> <p>د. محمد الأحمد شواخ - جامعة دار العلوم الرياض (السعودية)</p> <p>د. محمد عز الدين مصطفى حمدان - جامعة فلسطين</p> | <p>د. يوسف ناصر - الجامعة الإسلامية العالمية (ماليزيا)</p> <p>د. رامز مهدي محمود عاشور - كلية القانون جامعة غزة (فلسطين)</p> <p>د. أشرف صليح - كلية الآداب والعلوم الانسانية جامعة ابن رشد (هولندا)</p> <p>د. حسين بن داود - كلية الحقوق جامعة برج بوعريريج (الجزائر)</p> <p>أ.د. بن سوسف إبراهيم - مرصد الفضاء والمجتمع (كندا)</p> <p>د. بوخميس سهيلة كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر)</p> <p>أ.د. بوحرو حبيب - جامعة الكويت (الكويت)</p> <p>د. بولحية شهيرة - المركز الجامعي بريك (الجزائر)</p> <p>د. شابي قمورة سامية - جامعة ستراسبورغ (فرنسا)</p> <p>د. دوار جميلة - كلية الحقوق جامعة برج بوعريريج (الجزائر)</p> <p>د. فخري سعيد المولى هند - جامعة الموصل (العراق)</p> <p>د. حاج بوزيان أ - جامعة ابن باديس مستغانم (الجزائر)</p> <p>د. مجيد كامل حمزة - جامعة بغداد (العراق)</p> <p>د. كوركوسوز محمد رفيق - كلية الحقوق جامعة اسطنبول (تركيا)</p> <p>د. لحسانة أحسن جامعة سيف (سنغافورة)</p> <p>د. ملحم ماجد - جامعة القدس المفتوحة (فلسطين)</p> <p>د. إدوارد نشأت ناشد - معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات (مصر)</p> <p>د. نورزاد نهلة - جامعة باكو سلافيتش (أذربيجان)</p> <p>د. أوشان حنان - جامعة خنشلة (الجزائر)</p> <p>د. رحموني محمد - جامعة أحمد دراية أدرار (الجزائر)</p> <p>د. صالح زباني - جامعة الحاج لخضر 1 باتنة (الجزائر)</p> <p>د. صدام فيصل كوكز المحمدي - جامعة الفلوجة (العراق)</p> <p>د. أحمد أحمد صالح الطويلي - جامعة نجران (السعودية)</p> <p>د. أزهار صبر كاظم - جامعة واسط الكوت (العراق)</p> <p>أ.د. أسامة غربي - جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)</p> |
|---|--|

د. أشرف مسعد أحمد محمد - جامعتي القاهرة وحلوان (مصر)

أ.د. آيت منصور كمال - جامعة بجاية (الجزائر)

د. البخيت مصطفى - كلية القانون جامعة بغداد (العراق)

د. الحديدي عماد خليل إبراهيم - كلية العلوم السياسية جامعة

الموصل (العراق)

د. الصادق جدي - جامعة سطيف (الجزائر)

د. الصالحي بان - كلية القانون جامعة بغداد (العراق)

د. العلواني خالد عواد حمادي كلية المعارف الجامعة (العراق)

د. امينة لطروش - جامعة مستغانم (الجزائر)

د. بعلوشة شريف - جامعة غزة (فلسطين)

د. جابر سعيد حسن محمد أبو زيد - جامعة جازان (السعودية)

د. جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير جامعة دمياط (مصر)

د. جيهان فقيه - الجامعة اللبنانية (لبنان)

د. حسنية أحمد - جامعة ظفار (سلطنة عُمان)

أ.د. حسينة شرون - جامعة محمد خيضر، بسكرة (الجزائر)

د. خطاب إكرامي - جامعة شقراء (السعودية)

أ.د. خنوسي كريمة - جامعة خميس مليانة (الجزائر)

د. خيرى مرتضى عبد الله - جامعة الشرقية (سلطنة عمان)

د. امحمدي بوزينة أمينة - جامعة حسيبة بن بوعلي شلف (الجزائر)

د. هشام عبد السيد الصافي - جامعة حلوان (مصر)

د. أيدين تاميزار - جامعة مرمره (تركيا)

د. رفاف لخضر - كلية الحقوق جامعة برج بوعريرج (الجزائر)

د. محمد ميسر فتحي - جامعة الموصل (العراق)

د. محمد صبري صالح - جامعة دهوك اقليم كردستان (العراق)

د. محمود عبد الجواد عبد الهادي - جامعة تبوك (السعودية)

د. مداني ليلي - جامعة امحمد بوقرة، بومرداس (الجزائر)

أ.د. مراد بن صغير - جامعة الشارقة (الامارات العربية المتحدة)

د. مصبح عمر - جامعة السلطان قابوس (سلطنة عمان)

د. همام القوصي - جامعة حلب (سوريا)

د. وليد كاظم حسين - جامعة واسط، الكوت (العراق)

د. وهبة عبد الرزاق - قسم القانون، كلية جدة العالمية (السعودية)

د. وهيبة لعوارم - كلية الحقوق، جامعة برج بوعريرج (الجزائر)

د. يدك محمد طلعت - وزارة العدل (جمهورية مصر العربية)

د. مصطفى أحمد أبو الخير - جامعة عمر المختار البيضاء (ليبيا)

د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي - جامعة بنى سويف (مصر)

د. ميلود بن عبد العزيز - جامعة الحاج لخضر ، باتنة 1 (الجزائر)

د. نبيل العبيدي - كلية القانون، جامعة الكتاب (العراق)

د. نذير شوقي - جامعة غرداية (الجزائر)

د. نزار حمدي إبراهيم قشطه، جامعة الشرقية (سلطنة عمان)

د. نعمان صالح - جامعة الملك خالد، أبها (السعودية)

د. نويرة سامية - كلية الحقوق جامعة قالمة (الجزائر)

د. هاني عبد الحكيم إسماعيل صالح - جامعة طيبة (المملكة العربية

السعودية) وجامعة المنصورة (مصر)

- 1- أن يتعلق البحث المراد نشره بأحد مجالات الدراسات والبحوث الإنسانية.
 - 2- أن يكون البحث أصيلاً أو مبتكراً لم يسبق نشره في كتاب أو مجلة أو ملتقى، وأن لا يكون جزءاً من رسالة أو مذكرة جامعية تمت مناقشتها.
 - 3- أن يتصف البحث بالموضوعية وإتباع المنهج العلمي في إعداد البحوث العلمية من حيث التوثيق والإسناد والتخريج.
 - 4- يكتب في الصفحة الأولى للبحث عنوان البحث واسم المؤلف ولقبه العلمي والجهة التي ينتمي لها.
 - 5- تقدم نسخة إلكترونية مقاس 21×29.7 سم (A4) بفراغات مضاعفة بين الأسطر مع ترك هوامش بمقدار 2.5 سم من الجوانب الأربعة، على أن يكون مقاس ونوع الخط Sakkal Mjallah 16 على مسافة واحدة بين الأسطر للبحوث باللغة العربية، و أن يكون مقاس الخط ونوع الخط Times New Roman 14 للغة الإنجليزية والفرنسية.
 - 6- يتضمن البحث أو المقال ملخصاً وافياً ودقيقاً يكتب بلغة المقال واللغة الإنجليزية وجوياً.
 - 7- يحق لإدارة المجلة تحسين الصياغة أو إحداث تغييرات على البحث، بما يتوافق والمنهجية العلمية لكتابة البحث وشروط النشر في المجلة.
 - 8- تخطر إدارة المجلة مقدم البحث بوصول بحثه.
 - 9- يرسل البحث المودع للنشر بسرية تامة إلى محكمين مختصين في مجال البحث، ويتم إخطار المؤلف بملاحظات المحكمين ومقترحاتهم ليأخذ بها.
 - 10- تلتزم إدارة المجلة بإشعار مقدم البحث بقبول بحثه أو رفضه فور إتمام إجراءات التقويم.
- كما يجب أن يحترم المؤلف الضوابط الآتية ذكرها في إعداد النص المقدم للنشر:
- 1- المقدمة ويجب أن تكون دالة على موضوع البحث، والهدف منه، ومنسجمة مع ما يرد في البحث من معلومات وأفكار وحقائق علمية، كما تشير باختصار إلى مشكلة البحث، وأهميته.
 - 2- العرض ويجب أن يتضمن التفاصيل الأساسية لمنهجية البحث، والأدوات والطرق التي تخدم الهدف، وترتب المعلومات حسب أولويتها.
 - 3- النتائج والتوصيات يجب أن تكون واضحة موجزة، مع تبيان دلالتها دون تكرار.
 - 4- الخاتمة وتتضمن تلخيصاً موجزاً للموضوع، وما توصل إليه المؤلف من نتائج، مع ذكر التوصيات والمقترحات.
 - 5- إدراج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون باللونين الأبيض والأسود، وترقيمها ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها والملاحظات والتوضيح أسفلها.
 - 6- إدراج الجداول في النص، ترقم تسلسلياً، وتكتب أسماؤها أعلاه، وأما الملاحظات التوضيحية فتكتب أسفل الجدول.
 - 7- لا توضع الهوامش أسفل الصفحة، بل في آخر المقال (تتميش مسترسل آخر المقال) (Not de fin suivante) بطريقة آلية، كما أن المجلة لا تنشر أدوات البحث والقياس، وتقوم بحذفها عند الطباعة.
 - 8- إلزامية وضع المقال في القالب والذي يتم تحميله من موقع المجلة على البوابة الوطنية للمجلات العلمية.

الصفحة	Author name Tittle of the article and the institution	عنوان المقال اسم المؤلف والمؤسسة	الرقم
02		هيئة إدارة المجلة	01
03		هيئة التحرير	02
06		متطلبات إيداع الأبحاث للنشر والتحكيم	04
07		فهرس المحتويات	05
09		الافتتاحية	06
10		خصوصية اتفاق التحكيم في مجال الاستثمارات الأجنبية محمودي سميرة - كلية الحقوق - جامعة برج بوعريش، الجزائر	07
27		واقع النشاط الترقوي التجاري على ضوء المرسوم التنفيذي 15/281 د. بن موسى صفاء - جامعة الوادي، الجزائر ط.د غرايسة نصيرة - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر	08
42		العرض التجاري الالكتروني على ضوء القانون 05/18، أي فعالية؟ د.أ. دوار جميلة - كلية الحقوق - جامعة برج بوعريش (الجزائر)	09
62		خصوصية التوقيع الالكتروني كآلية لإثبات المحررات الالكترونية قسم القانون - كلية الحلة الجامعة، بابل (العراق)	10
74		مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عاشور ميلود - كلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريش (الجزائر) لعربي باشا مصطفى - كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية جامعة وهران 1، الجزائر	11

89	براءة الاختراع بين اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية التريبس د. بن دريس سمية - كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الشلف- الجزائر	12
108	أَرْكَانُ الْمَسْئُولِيَّةِ الْعَقْدِيَّةِ وَشُرُوطُ قِيَامِهَا - دِرَاسَةٌ تَأْصِيلِيَّةٌ - خالد ضو، جامعة الجزائر-1- (الجزائر) فاطمة معروف، جامعة الوادي (الجزائر)	13

افتتاحية العدد

بعون الله وتوفيقه تم إصدار العدد الأول من المجلد الثامن (العدد التسلسلي 15) من مجلتنا: " مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية" عن كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعرييج-، عبر البوابة الوطنية للمجلات العلمية.

إن مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية تفتح الآفاق الواسعة للباحثين والأساتذة وطلبة الدكتوراه لنشر أبحاثهم ومقالاتهم في ميادين تخصصها، ساعية من خلال ذلك إلى الإسهام في خدمة المكتبة الجزائرية والعربية والدولية عموما، وإثرائها بمواضيع حديث تخدم البحث العلمي في مجال الدراسات السياسية والقانونية.

ولم تبلغ مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية هذا المبلغ إلا بفضل الله أولا وجهد ثلة من الأساتذة والأكاديميين المجددين في هيئة التحرير والهيئة العلمية الاستشارية والسكرتارية، ونحن اليوم أكثر عزما على الوصول بهذا الصرح العلمي إلى الاحترافية.

رئيس تحرير المجلة

البروفسور كمال فرشة

خصوصية اتفاق التحكيم في مجال الاستثمارات الأجنبية *Agreement on arbitration in foreign investment contracts*

* محمودي سميرة

كلية الحقوق

جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريش.

الجزائر

Sammedi89@hotmail.fr

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/01/16

تاريخ الاستلام: 2023 / 01 / 13

ملخص:

يعد التحكيم من الوسائل المهمة التي يلجأ إليها المتعاقدون في كافة العقود لاسيما عقود الاستثمارات الأجنبية لحل المنازعات، بحيث أنه يمثل القضاء الطبيعي في هذا المجال، ولإتمام عملية التحكيم وتحقيق الغرض منها وهو سرعة الفصل في المنازعات الاستثمارية، وجب على الأطراف الاتفاق على التحكيم بصوره تجعله مستوفياً لجميع الشروط القانونية، ومن ثم وجب تعيين المحكمين، وذلك ضمن الشروط التي تؤهلهم للفصل في موضوع النزاع الاستثماري، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حصول نزاع أثناء القيام بعملية التحكيم.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم; الاستثمار الاجنبي; منازعات الاستثمار; عقود الاستثمار; التحكيم التجاري الدولي; العملية التحكيمية; صور اتفاق التحكيم.

Abstract:

Arbitration is one of the important means that contractors resort to in all contracts, especially in foreign investment contracts, to resolve disputes, to the extent that we can say that arbitration has become the natural judiciary in this field. The parties must agree on arbitration in a way that makes it compliant with all legal conditions. If they terminate that, the arbitrators must be appointed, within the conditions that qualify them to adjudicate the issue of the investment dispute, and to determine the applicable law in the event of a dispute occurring during the arbitration process.

Keywords: Arbitration agreement, foreign investment, investment disputes, investment contracts; international commercial arbitration; the arbitral process; types arbitration agreement.
commitment sources.

درجت الدول التي يقتصر الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاضمة لرؤوس الاموال التي تستلزمها خططها التنموية، على انتهاج سياسات من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وذلك بتوفير وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه اوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية.

ولاشك ان شرط التحكيم الذي يرمي الى تسوية المنازعات التي تثور أو التي يمكن ان تثور بمناسبة تنفيذ عقود الاستثمار، يحتل مكاناً هاماً وبارزاً في مجال هذه الضمانات، إذ ان الاستثمارات الأجنبية تمثل عصباً رئيسياً لأقتصاديات الدول وخصوصاً النامية منها، ومن ثم كان من الطبيعي ان يكون توفير الامكانيات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات محل اهتمام هذه الدول وهدفاً أساسياً تدور حوله جل سياساتها، على اعتبار أنه القناة الرئيسية التي يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية، لذلك تقرر الدول الضمانات التي تشجع المستثمرين في الاستثمار داخل أقاليمها لكونها ترتبط بحركة تداول رؤوس الأموال واستغلالها داخليا وخارجيا.

وقد تأكدت اهمية اللجوء الى التحكيم ايضاً بعد صدور قوانين الاستثمار في كثير من الدول النامية ومن بينها الجزائر. فقد حرصت هذه الدول على تضمين هذه القوانين مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الاجانب، إلا ان هذه المزايا او تلك الضمانات التي ينص عليها قانون الدولة المضيفة تصبح نظرية محضة، ومجرد وعود من جانب الدولة وآمال من جانب المستثمر، في غياب وسيلة فعالة كالتحكيم.

إذ أن الرغبة في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لا تشكل نهاية المطاف او الهدف الوحيد، فهي ليست الا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية للبلاد، وهذه الاخيرة يجب ان تحظى باهتمام لا يقل عن سابقتها. وأخذاً بهذه الاعتبارات، فإن وضع التحكيم وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية يجب ان لا يقتصر فحسب على تشجيع الاستثمار الخاص الأجنبي وانما يجب ان يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقتضي الاخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار.

بذلك يعد التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الاستثمار الأجنبي والتجارة الدولية اللجوء اليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم، إذ يتمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم نظراً لخصوصية عقود الاستثمار من حيث الأطراف فعلى الرغم من أن الدولة المضيفة للاستثمار مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تؤدي إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، بالإضافة إلى الإخلال بالحياد الذي يجب أن

تتمتع به السلطة القضائية الوطنية التي يمكن أن يعرض النزاع عليها في حالة نشأته ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم بسبب تخوفه من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، إذ تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى عن النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

لكل ذلك، ولأهمية التحكيم بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبي، باعتباره في الوقت الحاضر البديل الناجح للنظام القضائي في حسم منازعات الاستثمار، نتساءل عن مدى خصوصية اتفاق التحكيم في مجال الاستثمارات الأجنبية؟ لاسيما في ظل عدم وجود قانون خاص يعالج التحكيم بوصفه وسيلة لحل منازعات الاستثمار، على الرغم من أهميته في هذه العقود.

في الحقيقة، فإن مميزات التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، بحيث أنه يقلل من مخاوف المستثمرين من الاقتراب من قضاء الدولة المضيفة وما يترتب على ذلك من ضمان حيادية القرار المتخذ لحسم النزاع وعدم ترجيح مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار على المستثمر الأجنبي، ومن جانب آخر ما يتميز به من سرية، الأمر الذي يؤدي إلى تجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط الاقتصادي، هذا فضلاً عن السرعة في البت في النزاع مما يؤدي إلى توفير الوقت وغير ذلك من المميزات التي دفعتنا لدراسة والبحث في هذا الموضوع.

سنتبع في دراستنا لموضوع البحث منهج الدراسة المقارنة والتحليل، والتي سنركز فيها على القانون الجزائري مع بعض القوانين العربية والاجنبية. وكذلك سنعالج موضوع البحث من خلال الاتفاقيات الدولية المختصة بمجال التحكيم في الاستثمار الأجنبي، كاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام¹ 1965 ، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام² 1974، وكذلك الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام³ 1958، من خلال تقسيم الدراسة إلى المحورين التاليين.

المحور الاول: مفهوم اتفاق التحكيم في مجال الاستثمارات الاجنبية

يعد الاتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، فيعتبر اتفاق التحكيم انطلاقة في عملية التحكيم. وتثور مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يبدأ وفي عملية التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه، على اعتبار أن ولايته منوطة بهذا الاتفاق.

وقد نظم المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية احكام اتفاق التحكيم، في الباب الثاني منه واشترط أن يكون اتفاق التحكيم بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما، لكننا نتساءل عن المقصود بهذا الاتفاق وما هي الشروط التي يستلزمها وهو ما سنتطرق إليه في نقطتين أساسيتين.

أولاً: المقصود باتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الاجنبي:

يعد الاتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، فهي مرحلة تسبق مرحلة الإجراءات التي ينبغي إتباعها في هذه العملية.

إن توضيح المقصود باتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية، يوجب علينا تقسيم هذا المطلب إلى نقطتين ، سنخصص أولاهما لتبيان تعريف اتفاق التحكيم في هذه العقود، في حين نخصص الثانية لتحديد صوره.

1/ تعريف اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم يمثل بلا شك نقطة الانطلاق في عملية التحكيم، يقصد به اتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة⁴، ويتضمن اتفاق التحكيم في جوهره أطراف التحكيم والمحكم وهو الشخص أو الأشخاص المختارون للفصل في النزاع (هيئة التحكيم) والمحكوم فيه أي موضوع النزاع.

ويعرفه آخر بأنه: «اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به⁵، وعرف بأنه: «أسلوب لفض المنازعات ملزمة لأطرافه ويبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع⁶». وعرفت المحكمة الدستورية المصرية العليا التحكيم بكونه: «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدّدانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية».

وعرف المشرع المصري التحكيم في المادة الرابعة من القانون رقم 27 لسنة 1994 بأنه: «ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق طرفين، منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم تكن كذلك.

كما تناول القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال)، اتفاق التحكيم التجاري الدولي حيث نص في المادة 7 منه علي أن اتفاق التحكيم هو " اتفاق بين الطرفين علي أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

بذلك فإن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.⁷ حيث تشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف اتفاق التحكيم الا من خلال صوره كما سنبين لاحقا. ويلاحظ على التعاريف اعلاه أنها قد اتسمت بالعمومية في بيان المقصود باتفاق التحكيم من دون حصره أو تحديده فيما يخص عقود الاستثمارات الأجنبية، خاصةً وان اغلب القوانين المتعلقة بالاستثمار قد اقتصر في تحديد مفهوم التحكيم فيما خص النزاعات الناشئة عن الاستثمار من خلال نصها على جواز اللجوء اليه لحلها، دون الولوج في تفاصيل هذا الأمر تاركاً ذلك للمبادئ العامة التي تحكمه مع الأخذ بالاعتبار خصوصية هذه العقود.

2./ صور اتفاق التحكيم

يأخذ الاتفاق على التحكيم إحدى الصورتين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، فكل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم يعتبر اتفاقاً على التحكيم، فشرط التحكيم "la clause compromissoire" هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم، ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية. وبالتالي فإن شرط التحكيم إنما يقصد منه تنازل المتعاقدين مسبقاً، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم والتزامها بعرض الخلاف على المحكمين.⁸

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁹ على أن "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

أما مشارطة التحكيم le compromis هي الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم. ولقد أجاز المشرع صراحة في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، والمميز لمشارطة التحكيم هي أنها تتم بعد نشأة النزاع فنشأة النزاع مفترض ضروري لصحة

مشاركة التحكيم، وبذلك فإن اتفاق التحكيم طبقاً للقانون الجزائري يتخذ إما صورة شرط التحكيم والذي يكون في عقد متصل لتي قد تنشأ بين الطرفين المتعاقدين، ويثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة بشأن النزاعات التي تستند إليها، أو في صورة مشاركة التحكيم.

نخلص مما سبق إلى أن التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم ARBITRE أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم "clause compromissoire"، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى عندئذ بمشاركة التحكيم، والواقع أن الفقه قدم العديد من التعريفات التي لا تخرج في معناها عن المعنى السابق.

ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم هو عقد ولید إرادة الخصوم، وهو من العقود المسماة، ومن ثم يخضع للقواعد العامة في العقد من حيث شروط انعقاده وآثاره وتفسيره¹⁰، حيث يشترط في طرفي التحكيم توافر الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم وهي أهلية التصرف بالحقوق موضوع النزاع، كما يشترط في اتفاق التحكيم مجموعة من الشروط الشكلية، أهمها في ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وعدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، سواء كان هذا الاتفاق سابقاً لوقوع النزاع أم لاحقاً عليه، مستقلاً كان في عقد منفصل أم تابعاً كشرط في عقد أو معاهدة، حيث سوف نبين الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاده.

1/ الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض لأركان الاتفاق تبعاً:

أ/ ركن التراضي في اتفاق التحكيم:

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختياراً حراً كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشاركة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية¹¹.

وباعتبار عقد التحكيم من عقود المعاوضة، نظراً لأنه يرتب حقوقاً والتزامات متبادلة، ومن ثم فإن الأهلية المطلوبة في إبرامه هي أهلية الأداء الكاملة، وعليه لا يصح اتفاق التحكيم إلا ممن له القدرة على التصرف في حقه، فلا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً - أو ممن يمثله - أم شخصاً اعتبارياً.

وفيما يتعلق بأهلية أو بقدرة أو بصلاحية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات تحكيم أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم، حيث تنص المادة (2060) مدني من القانون الفرنسي على حظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام، ولم يستثنى سوى المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فأتاح لها إمكانية الاتفاق على التحكيم بشرط صدور مرسوم يسمح لها بذلك، أما إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية فقد ورد استثناء على الحظر ومؤدى هذا الاستثناء السماح للأشخاص بإدراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية إذا تعلق الأمر بمشروعات قومية.¹²

في حين ذهب المشرع الجزائري إلى منع الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، إلا في حالة العلاقات الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية طبقاً لنص المادة 1006 من ق. إ. م. إ. الفقرة الأخيرة. شريطة تطبيق أحكام نص المادة 976 ق إ م إ. د. التي تقضي إذا كان التحكيم متعلقاً بالدولة فيكون بمبادرة من الوزير المختص أو الوزراء المعنيين؛ أما إذا تعلق بالولاية فيكون بمبادرة الوالي، ونفس الأمر لرئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للبلدية.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري أجاز للسلطات العامة ذات الطابع الإداري اللجوء للتحكيم شريطة أن تكون في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية، ويضاف لهذين الشرطين مصادقة الوزير المختص أو الوزراء إذا كانت تتعلق بالدولة، أما الولاية والبلدية فتكون من اختصاص الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي تبعاً.

ب/ ركن محل التحكيم - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم -

لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم توافر الرضى من أجل حل النزاع عن طريق التحكيم واستبعاد للقضاء، بل يجب أن يتوافر ركن آخر وهو أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز فيها التحكيم وإلا كان باطلاً، فقد نصت المادة 1006 من القانون الجزائري في فقرتها الأولى أنه: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها»؛ ونصت المادة 461 من القانون المدني (ج.ر عدد 21، 2008) على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية».

وترتيباً على ذلك يمنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة بطلان الزواج أو إثبات النسب أو الإقرار بالبذرة ... الخ، كما لا يجوز التحكيم في جريمة قتل أو سرقة أو تبديد أو جريمة شيك بدون رصيد... الخ. ويمتد الحظر لكل ما يتعلق أو يمس النظام العام¹³، كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة أو عقد مقامرة، أو قرض بفوائد ربوية أو بشأن التفاوض والتحكيم بشأن تحديد أسعار السلع تخضع للتسعير الجبري للدولة... الخ.

ولكن إذا منع التحكيم في كل ما سبق فإن التحكيم جائز في خصوص الحقوق المالية التي قد ترتبط مثلاً بالزواج أو الطلاق أو التعويضات الناشئة عن ارتكاب جريمة.¹⁴

واتجه رأي¹⁵، إلى أن تحديد ما يقبل التسوية بالتحكيم ومما لا يقبل يتوقف على طبيعة النزاع بشأن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لا يجوز فيها التحكيم إعمالاً لنصوص التحكيم. أما مسألة الاختصاص القضائي فهي لا تصح مناقشتها إلا عند المطالبة بتنفيذ حكم التحكيم، ولكنها لا تصلح سنداً لتحديد صحة أو بطلان اتفاق التحكيم.

ج/ ركن السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، وهذا سبب مشروع دائماً، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها¹⁶، وبالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

2/ الشروط الشكلية: شرط الكتابة في قوانين الدول متفق مع كل من المادة (2/7) من القانون النموذجي والمادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذه، إلا أن القانون المذكور، واتفاقية نيويورك لم يبيناً فيما إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم هي شرط انعقاد أم شرط إثبات، وتم ترك ذلك للقوانين الوطنية، وعلى وجه الخصوص للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

فقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 1008 ق إ م إ في فقرتها الأولى أنه: «يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها»؛ ونص المشرع الجزائري في نص المادة 1012 على أنه: «يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمن، أو كيفية تعيينهم. وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة»؛ وقد بينت المادة 1040 من ق إ م إ

ذلك أكثر حيث قالت أنه: «يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة».

حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة و إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي يكفي التوقيع على العقد، و ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد. كما تتحقق الكتابة وفقاً لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة، و لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم¹⁷ ويعتبر شرط التحكيم متحققاً، إذا تم النص عليه في العقد الأصلي إلى الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع أو عقد تشييد. ولكن يلزم أن تتضمن الإحالة إلى ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي حيث أن الإحالة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم. وعادة يتضمن شرط التحكيم الإشارة إلى سريان التحكيم وفقاً لقانون معين مع تحديد عدد المحكمين وكيفية اختيارهم.

المحور الثاني: آثار اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي:

من أهم الآثار التي تنتج عن اتفاق التحكيم أيّاً كانت صورته سواء أكان في صورة شرط وارد في العقد الأصلي أم صورة اتفاق تحكيم مستقل اثران جوهريان أحدهما إيجابي ويتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع أو المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهم على التحكيم وتولييه المحكمين سلطة الفصل في هذه المنازعات، والآخر سلبي ويتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع هذا القضاء من الفصل فيها.

ولما كانت الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً في اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبية، فإن هناك تساؤلاً يمكن أن يثار حول مدى قدرتها على التمسك بحصانتها القضائية على الرغم من اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم، وعليه في ضوء ذلك سنقسم هذا المحور إلى ثلاثة نقاط أساسية سنتناول في الأولى اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع، وفي الثانية سنتكلم عن عدم اختصاص القضاء الوطني وأخيراً في الثالثة سنبين أثر اتفاق التحكيم على التمسك بالحصانة التنفيذية والقضائية للدولة المضيفة للاستثمار على التوالي.

أولاً: الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم: اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع:

يترتب على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية التزام الأطراف بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلاً من اللجوء إلى المحكمة

القضائية المختصة اصلاً بالنظر في النزاع، ومن ثم ينعقد الاختصاص للمحكّمين بالفصل في النزاع موضوع هذا الاتفاق.

ويملك المحكمون بموجب هذا الاثر الايجابي تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع الذي يتحدد بالاتفاق عليه، وكذلك تقرير ما إذا كان اتفاق التحكيم الذي يستمدون منه سلطتهم صحيحاً أم لا فيما إذا أثار أحد الخصوم مسألة عدم صحة أو انعدام هذا الاتفاق أو كان موضوع الاتفاق مخالفاً للنظام العام، وهو ما يطلق عليه "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" الذي يعد عنصراً لا يتجزأ عن هذا الاثر. ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص "أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه والنظر في المنازعات المتعلقة به فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا"¹⁸.

ويبرر هذا المبدأ استناداً الى أن من أهم أسباب اللجوء الى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات الأجنبية هو سرعة الإجراءات، ومن ثم سرعة البت في النزاع، فلو أعطينا الصلاحية في البت والدفع بعدم الاختصاص للقضاء لأدى ذلك في كثير من الاحيان الى سلب التحكيم هذه الميزة الأساسية فيه مما يفقد معه أحد أهم أسباب اللجوء إليه خاصة عندما قد يرغب أحد أطراف النزاع بإطالته لسبب أو لآخر، إذ ما عليه في هذه الحالة الا أن يتقدم بطلب للمحكمة المختصة يثير فيها الدفع بعدم الاختصاص لهيأة التحكيم ومما يترتب عليه من وقف إجراءات التحكيم من وقت لآخر ومن ثم تعطيل الفصل في النزاع لوقت لا تعرف نهايته.

وعلى العموم، فأن ابرز ما يهدف اليه هذا المبدأ هو منع فشل التحكيم بوضع الاتفاق التحكيمي موضع طعن، ومن ثم قطع الطريق على المناورات الهادفة الى تعطيل التحكيم¹⁹.

هذا ويستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الاتفاقيات الدولية التي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه بنصوص صريحة تؤكد هذا المبدأ، من بينها المشرع الجزائري وذلك بنص المادة 1044 من ق.إ.م.إ. التي تنص على أنه: «تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع». وقد أعطى المشرع لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المثار أمامها إذا كانت مرتبطة بموضوع النزاع وتفصل في الدفع بعدم اختصاصها.

وأخذ بهذا المبدأ قانون المرافعات الفرنسي النافذ في م(1466) والتي تنص على " إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في اساس ونطاق سلطته القضائية فإن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته". وبالاتجاه نفسه سار المشرع المصري إذ نصت م(22) ف(1) من قانون التحكيم المصري

النافذ على " تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع".

ثانياً: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم: عدم اختصاص القضاء الوطني

من الآثار المهمة التي تترتب على اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله الى ولاية المحكمين ويحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء أكان في صورة شرط أم مشاركة تحكيم، ويعد هذا الأثر أمراً بديهياً، فمن أجل ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم فإنه من الضروري أن يقابل الأثر الإيجابي المتمثل في اختصاص هيئة التحكيم أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي أتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم.²⁰

ويتربط على ذلك منع القضاء في الدولة المضيفة للاستثمار من النظر في المنازعة محل التحكيم وهذا الالتزام السلبي يقع على عاتق كل من طرفي الاتفاق فيمتنع عليهم اللجوء الى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بخصوص منازعة متفق بعرضها على التحكيم فيكون للمدعى عليه ان يمنع المحكمة من نظر النزاع بموجب دفع يتضمن الاعتراف بالتحكيم لوجود اتفاق مسبق بشأن اللجوء اليه.²¹

والأثر السلبي المتمثل في عدم اختصاص القاضي الوطني في النظر بالمنازعة التي يحكمها اتفاق التحكيم، يحدث سواء كانت الخصومة التحكيمية قائمة، بمعنى قد اتصلت هيئة التحكيم بالنزاع، ويجب أن يقدم الدفع من أحد الأطراف النزاع، وكذلك الأمر في حالة عدم اتصال هيئة التحكيم بالنزاع شريطة أن يطلبه أحد الأطراف، وهذا لكي لا يتحلل أحد الأطراف من اتفاق التحكيم. وهذا ما أشارت إليه المادة 1045 ق. إ. م. إ. الجزائري التي تنص على أنه: «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن يثار من أحد الأطراف».

أما فيما يخص المشرع المصري فقد الزم القضاء بالحكم بعدم قبول الدعوى وبذلك يعتبر أكثر دقة من نظيره الفرنسي والجزائري الذي قرر أن يحكم القاضي بعدم اختصاص لأن اتفاق التحكيم عنده لا ينزع اختصاص القاضي وإنما يحجبه في نظر النزاع، كما أن القانون الفرنسي قد خول القاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص و التصدي للموضوع، إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب اختيارهم أو خلو المشاركة من تحديد موضوع النزاع²²، أما المشرع الجزائري فالزم القضاء بعدم الاختصاص في حالة اتصال هيئة التحكيم بالنزاع، وفي حالة عدم الاتصال شريطة وجود اتفاق تحكيم ويجب إثارته من أحد الخصوم.

كما نصت معظم التشريعات الوطنية على قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات الاستثمارية التي أتفق بشأنها على اللجوء الى التحكيم ، فقد نصت عليها الاتفاقيات الدولية كذلك ، إذ أخذت بها اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سنة 1958 في م(2) ف(3) منها والتي تنص على ان " على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد في هذه المادة ان تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم " .

واخذت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 بذلك، إذ نصت م(6) ف(3) منها على أن "في الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد بدأت قبل أي لجوء الى محكمة قضائية فأن على المحاكم القضائية للدول المتعاقدة المعروض عليها في وقت لاحق طلب ينصب على النزاع نفسه وبين الأطراف نفسها او طلب بتقرير إثبات عدم وجود، أو بطلان، أو إنقضاء اتفاق التحكيم، إيقاف الفصل في اختصاص المحكم الى حين صدور حكم التحكيم مالم تكن هناك بواعث خطيرة" .

ثالثاً: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية والقضائية للدولة المضيفة للاستثمار

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي التي مفادها عدم جواز إخضاع المنازعات التي تكون فيها دولة ما، أو تابعيها من اشخاص القانون العام طرفاً لغير قضاء هذه الدولة، وهذا يعني في المقابل عدم اختصاص أي قضاء آخر سواء أكان قضاءً رسمياً في دولة أجنبية أم قضاءً تحكيمياً بنظر مثل هذه النزاعات²³ .

ومن هنا تبرز خطورة الحصانة القضائية في عقود الاستثمارات الأجنبية إذ كيف يعد الاتفاق التحكيمي أحد الضمانات التي عول عليها المستثمر الأجنبي في تعاقدته مع الدولة المضيفة، أو من يمثلها في الوقت الذي تستطيع فيه الأخيرة التمسك بحصانتها القضائية. وعليه يعد ذلك اختلافاً بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة²⁴ وإذ ان التمسك بالحصانة القضائية في الغرض مؤداه عودة المنازعة مرة أخرى لاختصاص المحاكم الوطنية التي أراد المستثمر الأجنبي بالاتفاق على اللجوء للتحكيم الافلات من سيطرتها، الأمر الذي حدى بأغلب الدول تقرير مبدأ الحصانة القضائية المقيدة والتي تعني قصر الحصانة القضائية على بعض الأنشطة التي تمارسها الدولة واستبعادها من نطاق الأنشطة التجارية؛ وذلك بموجب قاعدة قانونية مقتضاها ان لجوء الاشخاص الاعتبارية العامة ،أو الدول لأسلوب التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن حصانتها القضائية.²⁵

وعليه فلا يجوز للدولة المضيفة للاستثمار التي تتفق على اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحكم او هيئة

التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن بعضاً من القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد تعرضت لمسألة اثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة (1965) والتي تهدف الى اقامة نوع من التوازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدولة الطرف في النزاع، إذ أنها بغية تحقيقه قد نصت على ان اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم لدى المركز الدولي لا يمكن العدول عنه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين حسب م(25) ف(1) منها. كما ان رضا الأطراف باللجوء الى التحكيم في اطار هذه الاتفاقية يعد بمثابة تنازل عن اللجوء الى اي طريق آخر لتسوية المنازعات حسب م(46) منها.

ويتربط على ذلك استحالة الاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم المشكلة في اطار المركز الدولي بالاستناد الى الحصانة القضائية، فالدولة التي تقبل بمحض ارادتها ان تكون طرفاً في خصومة تحكيم لدى المركز الدولي لا يمكنها بدون مخالفة التزامها بإخضاع النزاع لدى المركز الدولي ان تحتمي خلف حصانتها القضائية للمنازعة في اختصاص هيئة التحكيم، ففي اطار هذه الاتفاقية رضا الدولة بالتحكيم يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية في هذه الدولة.

كما عالجت موضوع الحصانة القضائية الاتفاقية الأوروبية للحصانة القضائية الصادرة في مايو سنة 1972 التي دخلت حيز التنفيذ في 1976، كما نصت على هذا المبدأ تشريعات بعض الدول كالقانون الانكليزي للحصانة عام 1978، إذ نصت م(2) ف(1) من الاتفاقية الأوروبية للحصانة القضائية (E.I.C) على أن "إذا وافقت دولة متعاقدة كتابةً على اخضاع منازعة ما نشأت، أو يمكن ان تنشأ عن علاقة تجارية، أو مدنية للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها التمسك بالحصانة أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على اقليمها وبموجب قانونها، أو إذا نظرت أمام محاكمها مسألة تتعلق بـ:

أولاً/ صحة، أو تفسير اتفاق تحكيم.

ثانياً/ الإجراءات التحكيمية.

ثالثاً/ إبطال حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن مالم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك."

اما فيما يتعلق بالحصانة التنفيذية، فهي عدم تأثر العقد التحكيمي في مجال الاستثمار بما تصدره الدولة من تشريعات تؤثر على عدالة الحكم التحكيمي الاستثماري، وتعد قضية Societe de Travaux de Marseille V. Republic populaire du Grands Bangladesh من القضايا التي كان من ورائها تم تأكيد هذا الموضوع، حيث تدور وقائع هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (EPIDC)؛ وهي شركة مملوكة بالكامل للحكومة الباكستانية بأبرام عقد في عام 1965 مع شركة SGIM

الفرنسية، لمد خط انابيب الغاز في باكستان الشرقية (التي صارت منذ عام 1971 جمهورية بنغلادش الشعبية) وقد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني، كما تضمن شرطاً تحكيمياً بمقتضاه يتعين فض المنازعات التي قد تنشأ بسبب هذا العقد، أو بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية بباريس على ان يتم التحكيم في جنيف بسويسرا، وفي عام 1968 وعلى أثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ إثنا عشر مليون فرنك فرنسي، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمة في 7 مايو 1972، وبعد يومين فقط اصدر رئيس جمهورية بنغلادش مرسوماً، بأثر رجعي يترد الى 26 مارس 1971، بتأسيس هيئة التنمية البنغالية (BIDC) لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للأولى كل الاصول المملوكة للثانية؛ وكذلك ديونها وتتحمل مسئولياتها "ما لم تر حكومة بنغلادش توجه آخر".

المهم ان هذا المرسوم ينص على أن كل إجراءات التحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم ستعد لاغية ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي اليه هذه الإجراءات أي أثر أو الزام أو نفاذ في مواجهة سواء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية، أو البنغالية، وأن أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية من تاريخ 26 مارس 1971، وان أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم التي شرع في إجراءات التحكيم وفقاً له يعد لاغياً ومعدوم الأثر. ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها الغاضبة المحمومة لهذه القضية، فعلى اثر تحديد هيئة التحكيم لجلسة استماع في 20 نوفمبر 1972 للنظر في طلب الجانب الفرنسي الخاص بإحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية باعتبار الأولى خلفاً للثانية، اصدر رئيس الدولة مرسوماً آخر يقضي بان حلول الأولى محل الثانية قاصر على الديون والمسؤولية في المسائل غير المتنازع فيها. ثم أصدر في 15 نوفمبر 1972 مرسوماً ثالثاً يقضي بحل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية اصولها للحكومة البنغالية، وقد منح هذا المرسوم الحكومة سلطة الوفاء، على سبيل التفضل بأي مطالب تتعلق بمسؤولية الهيئة التي حلها التي تراها الحكومة عادلة.²⁶

وعلى الرغم من ذلك، وبناءً على ما ارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية، فقد أصدرت في 31 مايو حكماً يقضي بالمسؤولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية.

هذه القضية التي وصفت و-بحق- أنها (مرعبة) لأنها تجسد مدى تأثر اتفاقات التحكيم بالتغيرات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار والتي تؤثر على مناخ الثقة الذي يعول عليه المستثمر، وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها الاخير تجاه دول العالم الثالث.

خاتمة:

" لم يزل التحكيم مطلوباً ليستغني به الناس عن المحاكم قصداً في النفقة والوقت ورغبة عن شطط الخصومة و اللدد فيها"²⁷. من هذا المنطلق، يمكن القول أن التحكيم يمثل أسلوباً حاسماً لفض منازعة إما قبل وقوعها أو بعد وقوعها، وإذا كان التحكيم مرده بداية إرادة الأطراف شأنه في ذلك شأن الوساطة، فإن الاتفاق عليه مفاده جعل القول الفصل في يد هيئة التحكيم، فلا يكون لأي من الطرفين العدول عنه أو التحلل منه. فيتميز بذلك التحكيم بأن الحكم الصادر فيه يستند إلى معيار موضوعي مرده إلى القانون واجب التطبيق وليس إلى إرادة الأطراف، فيجتهد كل خصم في إقناع هيئة التحكيم بعدالة قضيته وسلامة حججه وقوة أسانيدته، ولا شأن له بخصمه، فلا يقدم دفاعه إلى خصمه بل إلى هيئة التحكيم.

في ختام دراستنا لموضوع البحث الموسوم بـ (اتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية) فإن أهم ما توصلنا إليه من نتائج هو أن مسألة حل المنازعات في عقود الاستثمارات الأجنبية من المسائل المهمة التي يقف عندها المستثمر الأجنبي ويعتني بتحديددها في جميع مراحل التعاقد وذلك لتخوفه من محاولة الدولة المضيفة للاستثمار وخصوصاً الدول النامية منها بالدفع بحصانتها القضائية ؛ لذلك فإن المستثمر الأجنبي وعلى الرغم من أنه في أغلب الأحيان يتمتع بمركز اقتصادي قوي يفوق الدولة المضيفة للاستثمار التي غالباً ما تكون من الدول النامية ، إلا أنه يتحسب لهذه المسألة لذلك فيلجأ إلى التحكيم بوصفه وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ واستبعاد القضاء الوطني هذا فضلاً عن محاولة فرض شرط الثبات التشريعي الذي بموجبه يحد من سلطان الدولة المضيفة للاستثمار في استخدام حصانتها القضائية ومنعها من إصدار أي تشريعات من شأنها أن تضعف المركز القانوني أو الاقتصادي للمستثمر الأجنبي في مشروعة الاستثماري .

كما لاحظنا أن التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية هو تحكيم ذو طبيعته مستقلة ، إذ أنه قضاء ولكنه اتفاقي والقرارات التي تصدر عنه قرارات لها قوة ملزمة، ولكنها ذات طبيعة خاصة صادرة من أشخاص عاديين، وباعتبار هذه الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار نقترح على المشرع الجزائري أن يشرع قانوناً خاصاً ينظم التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية وذلك نظراً لأهمية هذه الوسيلة في حل المنازعات في هذه العقود وكثرة اللجوء إليها في الوقت الحاضر، بحيث أن المستثمرين يعتبرون التحكيم في هذه العقود ضماناً تحميهم من التغييرات التشريعية في الدولة المضيفة للاستثمار.

وفي حالة عدم تشريع قانون خاص يعالج كيفية حل المنازعات الاستثمارية عن طريق التحكيم، نقترح أن يخصص على الأقل باباً ضمن قانون الاستثمار يعالج فيه هذا الموضوع وذلك بسبب أهميته

باعتباره أحد الضمانات التي يلجأ اليه المستثمر الأجنبي ويشجعه على الاستثمار في الدول الأخرى ، وأن يتضمن هذا القانون تعريفاً محدداً للتحكيم في الاستثمار الأجنبي وبيان طبيعته بصورة صريحة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ/الكتب:

- 1- أحمد، أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- 2- محسن، شفيق، التحكيم التجاري الدولي -دراسة في قانون التجارة الدولية-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 3- أحمد، أبو الوفا، (1988)، التحكيم الاختياري والاجباري. ط5. الإسكندرية، منشأة المعارف.
- 4- سامية، راشد، (1984)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة-اتفاق التحكيم-، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 5- صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 5- نبيل، إسماعيل عمر، (2005)، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر.
- 6- معوض، عبد التواب، (1991)، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- 7- إبراهيم، أحمد إبراهيم، (2005)، التحكيم الدولي الخاص، ط4، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 8- ناريمان، عبد القادر، (1996)، اتفاق التحكيم، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 9- عليوش، قريوع، (2005)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 10- عبد الرزاق، السنهوري، (1964)، الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه عام-، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية.

- 11- سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 11- سميحة، القليوبي، (2013)، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 12- سميحة، القليوبي، (2009)، التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية.
- 13- عكاشة، عبد العال، (2003)، المفترضات والشروط الذاتية في المحكم. ط1. دمشق: المكتبة القانونية.
- 14- حفيظة، السيد الحداد (2007). الموجز في النظرية العامة للتحكيم. د. ط. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

ب/المقالات:

- علي، مصطفى ملحم. (2015). تنفيذ الحكم التحكيمي. مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 06.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Joseph.D. Becker. public policy and Arbitration The unruly horse and the arbitrability of claims in America.

2-Mostefa. Trari Tani.(2007).Droit Algérien de l'arbitrage commercial international.1ère édition.Alger.Barti Editons.

الهوامش:

- ¹ - مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج. عدد 66، الصادر في 1995.
- ² - الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/306 مؤرخ في 07 أكتوبر 1995 ج.ر.ج. عدد 59.
- ³ - اتفاقية مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها بتحفظ صادقت عليها الجزائر بالمرسوم رئاسي رقم 88/233 مؤرخ في 05 نوفمبر لعام 1988 ج.ر.ج. عدد 48.
- ⁴ - سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 226.
- ⁵ - هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 36.
- ⁶ - صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 19.
- ⁷ - محسن، شفيق.(1997). التحكيم التجاري الدولي-دراسة في قانون التجارة الدولية.-القاهرة: دار النهضة العربية، 52.
- ⁸ - ناريمان، عبد القادر.(1996). اتفاق التحكيم. ط 1. القاهرة: دار النهضة العربية، 12، 1996.
- ⁹ - ج.ر.ج. عدد 21، الصادر في 2008.
- ¹⁰ - نبيل، إسماعيل عمر. التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 25.
- ¹¹ - عليوش، قريوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ص 23.
- ¹² - Art 2060 du code civil français.
- ¹³ - عبد الرزاق، السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه عام- ج 1. القاهرة: دار النهضة العربية، 1964، ص 554.
- ¹⁴ - سميحة، القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري. القاهرة: دار النهضة العربية، 2013، ص 64.
- ¹⁵ - سامية، راشد. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة-اتفاق التحكيم-. القاهرة: دار النهضة العربية، 1984، 414.
- ¹⁶ - معوض، عبد التواب.(1991). المستحدث في التحكيم التجاري الدولي. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1991، 31.
- ¹⁷ - سميحة، القليوبي، مرجع سابق، ص 64.
- ¹⁸ -Mostefa. Trari Tani.Droit Algérien de l'arbitrage commercial international.1ère édition.Alger.Barti Editons, 2007, 122.
- ¹⁹ -Joseph.D. Becker. public policy and Arbitration The unruly horse and the arbitrability of claims in America, 65.
- ²⁰ -عكاشة، عبد العال، المفترضات والشروط الذاتية في المحكم. ط 1. دمشق: المكتبة القانونية، ص 22.
- ²¹ - حفيظة، السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم. د.ط. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 41.
- ²² - سميحة، القليوبي، التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية، 2009، ص 25.
- ²³ - صادق محمد جبران، مرجع سابق، ص 55.
- ²⁴ - محسن، شفيق، مرجع سابق، ص 74.
- ²⁵ - حفيظة، السيد الحداد، مرجع سابق، ص 77.
- ²⁶ - هشام خالد، مرجع سابق، ص 63.
- ²⁷ -علي، مصطفى ملحم. تنفيذ الحكم التحكيمي، مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 06، 2015، ص 217.

واقع النشاط الترقوي التجاري على ضوء المرسوم التنفيذي 15-281

Title of the article ' The reality of ommercial activity under Executive Decree No. 15-281

ط.د غرايسة نصيرة

د. بن موسى صفاء*

جامعة قاصدي مرباح ورقلة. الجزائر

جامعة الوادي. الجزائر

gahnacira12@gmail.combenmoussa-safa@univ-eloued.dz

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/05/23

تاريخ الاستلام: 2023 /06 /05

ملخص:

لقد سعى المشرع الجزائري إلى تنظيم وضبط أحكام الترقية العقارية التجارية بما يتوافق والتوجهات العامة للدولة، إذ أن هذا النشاط لا يحظى بالاستفادة من الدعم المالي المقدم من قبل الدولة على عكس النشاط الترقوي ذات الطابع الاجتماعي، لذا نجد المشرع استثناه من مجال تطبيق أحكام القانون (11-04) المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث خصه بمجموعة من النصوص القانونية الخاصة والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى توضيح كفاءات الحصول على الوعاء العقاري من قبل المرققين العقاريين في سبيل إنجاز محلات تجارية.

الكلمات المفتاحية: النشاط الترقوي التجاري، المرقق العقاري، الإمتياز، التنازل، الوعاء

العقاري.

Abstract:

The Algerian legislature has sought to regulate commercial property promotion provisions in accordance with the general orientations of the State, as this activity does not benefit from financial support provided by the State in contrast to social activity. We have invested in the application of the provisions of the Act (11-04), which set forth the rules governing the activity of real estate promotion, and which set forth a set of special legal texts aimed primarily at clarifying the applications of real estate developers for the purpose of completing a shop.

Keywords: Commercial activity, real estate promotion, franchise, concession, real estate. **Keywords:** execution of the commitment; contractual fault; contractual liability; commitment sources.

* المؤلف المرسل: بن موسى صفاء

1. مقدمة:

أدت الحاجة الاجتماعية الملحة للسكن إلى تدخل الدولة بكافة الطرق والوسائل للقضاء على هذه الأزمة من خلال وضع برامج تخطيطية لتنفيذ سياسة محكمة في تنظيم قطاع الإسكان وتجسيد هذا المفهوم في مصطلح الترقية العقارية، وقد شهدت هذه الأخيرة عدة تطورات من خلال مختلف المنظومات القانونية وصولاً إلى القانون (04-11) الذي نظم مهنة المرقى العقاري¹.

وعليه إتخذت هذه المهنة الطابع الإجتماعي والتجاري على حد السواء، وهذه الأخيرة قد تقام على الأراضي المملوكة للمرقى أو على الأملاك الوطنية الخاصة الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، إلا أن القانون رقم (04-11) المذكور أعلاه إستبعد القطع الأرضية الموجهة للترقية التجارية من مجال تطبيق هذا القانون ونص على منحها بصيغة إمتياز قابل للتحويل إلى تنازل على أن يحدد ذلك عن طريق التنظيم، وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم (281-15)² المتعلق بهذا التحويل والذي يطبق فقط على المشاريع المنجزة منذ نشر هذا المرسوم.

وإنطلاقاً من ذلك إرتأينا البحث في موضوع النشاط الترقوي التجاري في ظل المرسوم التنفيذي رقم (281-15)، والذي تكمن أهميته في كونه يساهم في تنشيط الإقتصاد الوطني وكذا القضاء على المضاربة العقارية والحفاظ على الوعاء العقاري التابع للدولة الذي يتم التنازل عليه بعد الإنجاز الفعلي للمشروع التجاري.

أما عن أسباب إختيارنا لهذا الموضوع فقد تعددت بين دوافع شخصية وأخرى موضوعية، تتلخص الدوافع الشخصية في رغبتنا في البحث والإطلاع على واقع النشاط الترقوي العقاري التجاري في الجزائر، أما بخصوص الدوافع الموضوعية فتتمثل في لفت الإنتباه إلى قطاع الترقية العقارية التجارية نظراً لقيمه الإقتصادية ومعرفة التنظيم الذي يخضع له هذا المجال، وإبراز أي غموض أو عدم إنسجام في أحكامه ومدى إنعكاس ذلك على الإستثمار.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع إرتأينا معالجته من خلال طرح الإشكالية التالية: ماهي الاحكام الخاصة بالنشاط الترقوي التجاري في الجزائر؟

ولقد إقتضت معالجة الإشكالية أن يكون المنهج المتبع جامعاً بين المنهج الوصفي الملائم لتحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة وبيان شروطها وآثارها، والمنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والتنظيمية لهذا الموضوع.

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر قسمنا الدراسة إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول الترقية العقارية التجارية.

أما المبحث الثاني فخصصناه للإمتياز الخاص بالترقية العقارية التجارية، والذي سنوضح من خلاله عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في إطار النشاط الترقوي التجاري.

المبحث الأول: خصوصية الترقية العقارية التجارية

مجال الترقية العقارية واحد في التشريع الجزائري يستند بالدرجة الأولى الى المعيار الاجتماعي لتغطية أزمة السكن فكان القانون رقم (04-11) الذي ينظم الترقية العقارية يولي إهتماماً كبيراً بنشاط الترقية ذو الطابع السكني، إلا أن ذلك لا يمنع من السماح بنشاطات أخرى تجارية في نفس الإطار، لكن الإعتراف بذلك بشكل مستقل وواضح تأجل لغاية سنة 2015 أين صدر المرسوم التنفيذي رقم (15-281) الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل الى تنازل على الاراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية التجارية، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لخصوصية الترقية العقارية التجارية بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: المعيار الاجتماعي لتعريف الترقية العقارية

كان قانون الترقية العقارية ذو طابع اجتماعي في بادئ الامر، وظهرت الغاية التجارية حديثاً لذلك يختلف مفهومها بين الطابعين من حيث طبيعة النشاط، ومن حيث أطراف العقد في حد ذاته.

الفرع الأول: من حيث طبيعة النشاط

بالرجوع للقانون المنظم الترقية العقارية (04-11) نجد أن المشرع الجزائري اعتمد في الفصل الأول تعاريف عامة في موضوع الترقية العقارية غير أنه أعطى تعريف للترقية العقارية عن طريق تعداد نشاطاتها، لأن نشاط الترقية العقارية هو المطلوب تنظيمه بالدرجة الأولى، وهذا ما أوضحته المادتين الأولى والثانية من نفس القانون، أما المقصود بالترقية العقارية بعيداً عن نشاطها من منظور المشرع هي: "مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية"³.

فالتوجه السياسي العام في الدولة في مجال السكن هو توجه اجتماعي بالدرجة الأولى لتغطية الاحتياج العام للمواطنين على نطاق واسع، وتتجسد هذه النية في من خلال هذا التعريف وتساهم بذلك في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة.

كما يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات إستعمال سكني أو مهني وعرضياً يمكن أن يكون محلات ذات إستعمال حرفي أو تجاري⁴.

ومشاريع الترقية العقارية يتبين أنها في القانون (04-11) موجهة بالأساس للسكن، ويفصح عن هذه النية عندما أجاز القانون أن تكون المشاريع الخاصة بالترقية العقارية خاصة بتلبية حاجات خاصة، حيث يستفاد من ذلك أنها موجهة لتغطية العجز في مجال السكن⁵.

ومن خلال ما تقدم فهنا نكون أمام نتيجة مفادها :

- أن نشاط الترقية العقارية بالنسبة للمرقى العقاري عام أو خاص هي نشاطات تجارية مهما كان الغرض منها.

- المشاريع الموجهة للبيع أو الإيجار المهني أو لتلبية حاجات خاصة تعتبر مدنية بالنسبة للمستفيد⁶.

الفرع الثاني: من حيث أطراف العقد

يظهر التعدد في أطراف العقد فيما يتعلق بالنشاط الترقوي التجاري وهذا من خلال ما سنأتي على بيانه في التالي:

أولاً: المرقى العقاري

يعد المرقى العقاري طرفاً أصيلاً في عقد الترقية العقارية وهو كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها⁷، حيث يدور عقد الترقية بين طرفين المتعامل في الترقية العقارية والمكتب⁸، وكان أكثر تحديداً في بادئ الأمر يقتصر على المتعامل العمومي والمكتب المدني فقط فلم يكن موسع للمتعاملين الخواص والمقتنين أو المكتتبين التجاري فكانت الترقية العقارية في بدايتها ذات طبيعة مدنية⁹.

وعليه يظهر إحتكار الدولة قديماً في مجال الترقية العقارية فكان ملكاً للقطاع العام المجسد في الجماعات المحلية، وكذا المؤسسات والهيئات العمومية التي يخول لها ذلك قانونها الأساسي، وهي كالآتي:

1- الجماعات المحلية

البلدية لها دور كبير في الاشراف على ميدان الترقية العقارية قديماً بجانب المجلس الشعبي الولائي، ثم تولت الوكالات العقارية هذا الدور.

2- دواوير الترقية والتسيير العقاري

تعتبر مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالاستقلال المالي وبالشخصية المعنوية وتخضع للقانون التجاري

3- المؤسسة الوطنية للترقية العقارية E.N.P

مؤسسة عمومية إقتصادية أنشأت من طرف شركة تسيير مساهمات الدولة، توفر سكن لذوي الدخل المتوسط الذين لا ينطبق عليهم السكن الإجتماعي

والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره: "تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، مستقلة مادياً ومعنوياً مكلفة بإنجاز عمليات السكن عن طريق تطويره وترقيته وتأطير المشاريع السكنية"¹⁰.

ثانياً: المستفيد

لم يقدم القانون تعريف للمستفيد في مادة التعريفات ولكن يستفاد من استقراء المواد على أن المستفيد من عقود الترقية العقارية هو المستهلك للمشاريع العقارية المعدة للاستعمال السكني بالدرجة الأولى وعرضياً للاستعمال التجاري وهم على صنفين؛ إما مقتني أو مكتتب وذلك تبعاً لنوع العقد المبرم سواء كان نهائياً أو على التصاميم¹¹.

فأما المقتني فهو من يبرم عقد بيع عقار مبني بموجب عقد رسمي يحول بموجبه المرقى العقاري له، بمقابل تسديد سعره، لتحويل الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة له¹².

أما الصنف الثاني أطلق عليه القانون إسم المكتتب، وهو المستفيد من عقد بيع على تصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، بموجب عقد رسمي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاةً مع تقدم الاشغال وفي مقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز¹³.

المطلب الثاني : نحو فتح سوق الترقية العقارية

التطور التاريخي لقانون الترقية العقارية في الجزائر يبين أنه خطى خطوات لا بأس بها بالانتقال من مرحلة الإستهلاك نحوى مرحلة التدوير والمضاربة في ميدان العقار فأصبح الجانب التجاري يظهر بقوة سواء من ناحية المتعامل في الترقية العقارية أو من ناحية المشاريع الموجهة لها وطبيعة النشاط وهذا ما سيتم تسليط الضوء عليه في هذا المطلب.

الفرع الأول : تغير مركز المتعامل في الترقية العقارية التجارية

من الثابت أن المتعامل في الترقية العقارية تاجراً، إذاً العنصر المتغير هنا في عقد الترقية العقارية التجارية المحل والطرف الثاني أي المستفيد، فتم التوسع في الأغراض الموجهة لمشاريع الترقية وتبعاً لهذا المتغير اتسعت الفئة المستهدفة فلم تعد تقتصر على مستهلكي السكن المدنيين بل أصبح التجار يدخلون في عقد مع المرقى لأجل إقتناء أو إيجار محل تجاري لاستعماله لأغراض تجارية¹⁴، فتبنى المشرع سياسة الإنفتاح فلم تعد الدولة لوحدها من تحتكر سوق العقار فكان للخواص الحق في ذلك وولوج مجال الترقية العقارية.

ولقد ظهر المتعامل الخاص لأول مرة في الجزائر بصدر الأمر رقم (92/76) المتعلق بتنظيم التعاون العقاري وهذا في صورة تعاونيات عقارية¹⁵، وبصدر القانون (07/86) المتعلق بالترقية العقارية وجد في ظله المكتب للقيام بإنجاز عمليات الترقية العقارية سواء كان شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص، كما يتمثل في الخواص القائمون بالبناء الذاتي سواء كانوا فرادى أو منتظمين في تعاونيات عقارية¹⁶.

الفرع الثاني: قاعدة التعدد في عقود الترقية العقارية التجارية

بالإضافة إلى العلاقة الأصلية بين المرقى العقاري كما تمت دراسته سواء كان عام أو خاص والطرف الثاني وهو المستفيد الذي يكون في عقد الترقية العقارية التجارية تاجرًا لأنه يستعمل محلات تجارية معدة للإستعمال التجاري، هنالك علاقة أخرى هي علاقة المرقى بالدولة التي يرتبط معها بعقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل لأن هذا العقد له تأثير على عقد المرقى بالمستفيد وكل من الدولة والمستفيد يلزمان المرقى القاسم المشترك بينهما بإنجاز المشروع وإتمام التزاماته فهذه العلاقة الثلاثية من تكمل عقد الترقية العقارية التجارية، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الإمتياز الخاص بالترقية العقارية التجارية

إن الدولة بإعتبارها شخص معنوي لا يمكنها إستغلال أملاكها الخاصة إلا عن طريق منحها في إطار الإمتياز للمستثمرين أو المرقين العقاريين من أجل استغلالها وتنفيذ مشاريعهم، ولكن هذا المنح لا يكون إلا وفقًا لإجراءات حددها القانون وهذا نظرًا للآثار التي يرتبها هذا العقد، ولهذا سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مفهوم عقد الإمتياز وإجراءاته، والآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل

إن تنوع وتعدد عقود الإمتياز واختلاف نظامها القانوني يترتب عليه صعوبة في تحديد مفهومها، إلا أننا سنحاول من خلال ما يلي التطرق لمفهوم عقد الإمتياز الخاص بالترقية العقارية التجارية.

الفرع الأول: المقصود بعقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل

لقد وردت العديد من التعريفات الفقهية المتعلقة بعقد الإمتياز، جاءت كلها مرتبطة بعقد الإمتياز التقليدي المتعلق بإدارة المرافق العامة، وبالتالي فإنه يصعب إيجاد تعريف فقهي متعلق بعقد الإمتياز الخاص بالترقية العقارية التجارية، وعليه يمكن تعريف عقد الإمتياز بأنه: "عقد تمنح بموجبه الدولة (مانحة الإمتياز) لشخص طبيعي أو معنوي (صاحب الإمتياز) حق إستغلال ملك من أملاكها الخاصة، لمدة محددة مقابل دفع إتاوة إيجارية، وتحت رقابتها"¹⁷.

وبناءً على ما تقدم نلاحظ أن هذا التعريف لا ينطبق بشكل تام على عقد الإمتياز الخاص بالترقية العقارية التجارية لأنه في حقيقة الأمر هذا العقد يتمتع بخصوصية، وبالرجوع للمادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (15-281) المذكور أعلاه نجد أن هذا المرسوم جاء تطبيقاً لأحكام المادة الثانية الفقرة الأخير من الأمر رقم (04/08) الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم¹⁸.

غير أنه بالرجوع للأمر رقم (04/08) الذي أحالتنا إليه المادة الأولى أعلاه نجد أن المشرع لم يعرفه، إلا أنه أورد له تعريفاً في نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الإمتياز بالتراضي التابع للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية الملحق بالمرسوم التنفيذي (152/09)¹⁹، حيث جاء فيه: "منح الإمتياز هو الإتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الإنتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأمالكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري".

وبناءً على ما تقدم ومن خلال إستقراء دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي (152/09) يعرف عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في مجال النشاط الترقوي العقاري بأنه ذلك العقد الذي تخول بموجبه الدولة الإنتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأمالكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد استخدامها لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري قابل للتحويل إلى تنازل وفق شروط وكيفيات محددة قانوناً²⁰.

الفرع الثاني: شروط التنازل عن عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في إطار الترقية العقارية التجارية

إن الدولة لا تمنح حق الإمتياز إلا إذا توافرت شروط محددة قانوناً، هاته الشروط منها ما هو متعلق بالقطعة الأرضية محل الإمتياز، ومنها ما هو متعلق بأسلوب المنح، بالإضافة إلى شروط أخرى خاصة بالمستثمر صاحب حق الإمتياز، وهذا ما سنوضحه من خلال الآتي بيانه.

أولاً: الشروط المتعلقة بالقطعة الأرضية محل الإمتياز

تطبيقاً لأحكام الأمر (04/08) المعدل والمتمم، فإن الإمتياز يطبق على مجمل الأراضي التابعة للأمالك الوطنية الخاصة القابلة لإستقبال المشاريع الإستثمارية بمختلف أنواعها، إلا أنه إستثنى من مجال تطبيقه بعض الأصناف من بينها القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية التي تخضع لصيغة منح إمتياز قابل للتحويل إلى تنازل عند الإنجاز الفعلي للمشروع²¹، وتطبيقاً لذلك جاء المرسوم

التنفيذي (281/15)، حيث أنه: "الأراضي التي يمكن أن تكون موضوع إمتياز قابل للتحويل إلى تنازل في إطار هذا المرسوم يجب أن تكون:

- تابعة للأملاك الخاصة للدولة
- غير مخصصة أو ليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها.
- واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير، كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير.

ثانيا: الشروط المتعلقة بصاحب حق الإمتياز

يستوي في ذلك أن يكون الشخص طالب حق الإمتياز شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو الخاص، وله صفة المرقى العقاري²² في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما²³.

المطلب الأول: أحكام منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل

يتم منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في إطار النشاط الترقوي العقاري وفقا للإجراءات التالية:

الفرع الأول: إجراءات منح عقد الإمتياز الترقية التجاري

أولا: تقديم طلب

يتم تقديم طلب منح الإمتياز من قبل المرقى العقاري المعني يتم وضعه لدى أمانة²⁴ اللجنة الولائية التقنية المكلفة بالبت في طلبات منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، حيث تتكون هذه اللجنة من:

- الوالي أو ممثله رئيسا.
- المدير المكلف بأملاك الدولة.
- المدير المكلف بالتهيئة والتعمير والهندسة المعمارية والبناء.
- المدير المكلف بالاستثمار.

ويمكن لهذه اللجنة أن تستعين بأي شخص يمكن أن يساعدها في أشغالها، وهذا تطبيقا لأحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم (281/15) السالف الذكر.

ويجب أن يتضمن هذا العقد طبقا لنص المادة (04) من المرسوم التنفيذي رقم (281/15) السالف الذكر ما يلي:

- مخطط تمويل يبين مبلغ التمويل الخاص بالمرقي العقاري والمبلغ الخاص بالقروض والتقديمات المحتمل تجنيدها في سبيل إنجاز المشروع.
- بطاقة تقنية تتضمن على الخصوص وصف مفصل للمساكن والمحلات الأخرى وبرنامج إنجازها والمساحة الضرورية لإنجاز المشروع، وكذا مدة إنجازها... إلخ.
- الإحتياجات الناتجة عن الغاز، الماء، الكهرباء... إلخ.
- نسخة من شهادة تسجيل المرقي العقاري في السجل الوطني للمرقين العقاريين، وطذا حصيلة وجدول الحسابات لنتائج السنوات الثلاثة الأخيرة.
- تصريح يبين مؤهلات المرقي العقاري في مجال دراسة أو إنجاز المشاريع العقارية.
- شهادة صادرة عن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية²⁵ تبين إحتتمالات التعهدات الجارية للمرقي العقاري فيما يتعلق بالبيع على التصاميم.

ثانياً: إعداد العقد

بعد البت في الطلب يتم تكريس عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل بعقد إداري تعدده مصالح أملاك الدولة مرفق بدفتر شروط يطابق النموذج المرفق بالمرسوم رقم (281/15)²⁶.

الفرع الثاني: آثار منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل

عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل شأنه شأن باقي العقود إذا توافرت فيه الشروط المحددة قانوناً ينتج عنه مجموعة من الآثار القانونية، ومن أهم آثار هذا العقد تحويله إلى تنازل، لكن الإشكال يكمن في عقود الإمتياز المنجزة قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم (281-15)، وهذا سنحاول توضيحه من خلال هذا العنصر.

أولاً: تحويل الإمتياز إلى تنازل

تطبيقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم (281/15) فإنه يتم تحويل عقد الإمتياز إلى تنازل بناء على طلب يتم تقديمه من قبل المرقي العقاري بعد الإنجاز الفعلي للمشروع طبقاً لدفتر الشروط، وكذا شهادة المطابقة للبنىات المنجزة المسلمة من قبل المصالح المختصة وبعد موافقة اللجنة التقنية الموضحة سابقاً. ويتم تقديم هذا الطلب في أجل سنتين من تاريخ الإنجاز الفعلي للمشروع، حيث يتم التنازل على أساس القيمة التجارية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة مع خصم الإتاوة المسددة بعنوان منح الإمتياز، على أن يتم البت في هذا الطلب في أجل لا يتعدى شهر واحد من تاريخ استلامه طبقاً للمادة (02/09) من ذات المرسوم.

وما يلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع لم يحدد الأثر الناتج عن تأخر اللجنة في البت في الطلب المحدد بشهر واحد، إلا أنه وعلى خلاف ذلك نجد أنه رتب أثر في حال ما إذا لم يقدم المرقى العقاري طلبه خلال السنتين الموالتين لإنجاز المشروع، حيث نصت المادة (11) من ذات المرسوم على أنه في هذه الحالة يتم التنازل عن القطعة الأرضية محل الإمتياز دون خصم الإتاوة المسددة، وأضافت المادة (12) في حالة القوة القاهرة التي حالت دون إنجاز المشروع، ففي هذه الحالة يحق للمرقى العقاري الإستفادة من مدة إضافية تساوي المدة التي تعذر عليه فيها الوفاء بالتزاماته.

وعليه في حال عدم توفر شروط القوة القاهرة كما سبق التوضيح فإن المرقى العقاري يعتبر مخلا بالتزاماته ويترب على ذلك سقوط الحق في التحويل وفسخ العقد عن طريق القضاء المختص بناء على طلب من مدير الأملاك الدولة المختص إقليميا، كما يمكن أن يسقط هذا الحق أيضا في حال التخلي عن المشروع، وفي هذه الحالة لا يستفيد المرقى العقاري من التعويض عن البناء المنجز إلا إذا كان هذا البناء غير قابل للهدم ومنجز وفقا لدفتر الشروط ورخصة البناء.²⁷

ثانيا: إشكالية المشاريع المنجزة قبل صدور المرسوم التنفيذي (281-15)

لقد نص المشرع على كفاءات التكفل بهذه العقود بموجب المادة (15) من المرسوم التنفيذي رقم (281-15) وذلك من خلاص النص على إصدار قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية ووزير السكن، وتم بالفعل إصدار هذا القرار في 29 يونيو 2016.²⁸

ولقد تم معالجة الوضعيات المذكورة في القرار الوزاري أعلاه عن طريق التعليم رقم (1261) الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية²⁹، وذلك من خلال التمييز حالتين وهما:

1- بالنسبة للإمتياز غير قابل للتنازل المكرس بموجب عقد إداري مشهر

إذا أنهى المرقى العقاري الأشغال وتحصل على شهادة المطابقة بتاريخ صدور القرار الوزاري أعلاه ولم يتم التنازل للمستفيدين بعد فإنه يتعين عليه تقديم طلب تحويل الإمتياز إلى تنازل، وفي هذه الحالة يستفيد تلقائيا من خصم الإتاوة على أساس القيمة المحددة أثناء منح الإمتياز، أما إذا تم التنازل فعلا للمستفيدين عن ملكية البناية والحق العيني العقاري المتعلق بها من تاريخ نشر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 يونيو 2016 السابق ذكره، فإن الإمتياز يحول إلى تنازل لفائدة المستفيدين بموجب قرار إداري تعده مديرية أملاك الدولة حسب الحصة من مساحة البنايات التي يمتلكونها وعلى أساس القيمة التجارية للأرض التي حددتها مصالح أملاك الدولة عند منح الإمتياز مع خصم الإتاوة التي دفعها المرقى العقاري سابقا.³⁰

أما بالنسبة للمشاريع التي لم تنجز بعد بتاريخ صدور القرار الوزاري المشترك المحدد أعلاه فإنه وحسب المادة الخامسة (05) منه يتوجب على مديرية أملاك الدولة تحرير عقد إمتياز تعديلي للعقد الأصلي مع منح مهلة سنتين (02) إضافيتين للمرقي العقاري من أجل إتمام المشروع تدرج في العقد التعديلي.

2- بالنسبة للإمتياز غير قابل للتنازل المكرس بموجب قرار ولائي

نميز بين حالتين، إذا كان القرار مكرس بعقد إداري غير مشهر بتاريخ نشر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 يونيو 2016، فتعالج وضعيته وفقا للمادة (06) منه، والتي تقضي بإعداد عقد إمتياز قابل للتحويل إلى تنازل يشهر ويسلم للمرقي العقاري دون تعديل القرار الأصلي، أما إذا لم يكرس القرار بموجب عقد بعد ففي هذه الحالة يتم تطبيق المادة (07) من ذات القرار، حيث تقوم مصالح أملاك الدولة دون اللجوء إلى تعديل قرار الوالي بإعداد وتسليم العقد الإداري المتضمن الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في أجل ثلاثين (30) يوما إبتداء من تاريخ نشر هذا القرار³¹.

وفي كلتا الحالتين يستفيد المرقى العقاري من المزايا المذكورة في المادة (10) من المرسوم التنفيذي رقم (15-281)، وكما تطبق عليهما المادة (11) من ذات المرسوم.

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يمكن القول بأن الدولة الجزائرية سعت جاهدة للنهوض بالقطاع الإقتصادي من خلال دعم النشاط الترقوي التجاري، وهذا من خلال تجسيد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل كآلية لإستغلال الأملاك الوطنية الخاصة بموجب المرسوم التنفيذي رقم (15-281)، حيث جعل المشرع الإستفادة من هذا الإمتياز وفق شروط وإجراءات محكمة تم من خلالها مراعاة آجال التحويل لضمان السير الحسن لعملية التنازل، ومن جهة أخرى إلزام المرقى العقاري بالوفاء بالتزاماته وإلا تعرض لفسخ عقد الإمتياز بمبادرة من الإدارة المانحة بصفتها صاحبة سلطة.

وبناءً على ما تقدم توصلنا إلى أن عقد الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل في إطار النشاط الترقوي التجاري يتمتع بميزة تحويله إلى تنازل بمجرد الإنجاز الفعلي للمشروع والحصول على المطابقة في الآجال المحددة قانونا، كما أنه يمتاز بخصوصية عدم التنازل عنه أو إيجاره مع الإبقاء على إمكانية رهنه وهذا ما يخالف ما جاء به القانون رقم (04-11) السالف الذكر.

وكملاحظة أخيرة في هذه الورقة البحثية نطرح إشكالية لفتح مجال البحث من بعدنا فيما يتعلق بانتقال الملكية في إطار الإمتياز القابل لتحويل إلى تنازل قبل إنتهاء الإنجاز، حيث تطرح المادة (13) من المرسوم التنفيذي (15-281) عدة إشكالات فيما يخص إنتقال ملكية البناء للمقتني في حالة بناء على

التصاميم حيث تنص هذه المادة في الفقرة الثانية منها، على أنه في حالة البيع على التصاميم فإنه لا يمكن للمرقي إعداد وتسليم المستفيدين محاضر الحياة قبل إنجاز عملية تحويل الإمتياز إلى تنازل التي يتم تكريسها قانوناً بعقد إداري مشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً.

ويؤكد المشرع أنه يتم تحويل الإمتياز إلى تنازل لفائدة المرقى وبالتالي فالحقوق العينية المرتبطة بالإمتياز على القطعة الأرضية الممنوحة للمستفيدين في عقود البيع على التصاميم تحول بصفة تلقائية إلى حق ملكية لفائدة الملاك المشتركين وذلك فور شهر عقد تحويل الإمتياز إلى تنازل بالمحافظة العقارية . السؤال الذي يطرح نفسه هنا كيف يمكن للمرقى العقاري إشهار عقد بيع على التصاميم عند تحريره على إعتبار أنه مستفيد وليس مالك؟ وعلى إعتبار أن عقد بيع على التصاميم هو نقل للملكية دون الإستغلال فكيف يمكن للمرقى نقل ملكية شيء لا يملكه طبقاً لقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه؟

وحتى لو سلمنا جدلاً بأن حق الإمتياز ينتقل للمقتني في إطار البيع على التصاميم فلا يصدق تحليلنا، بما أن المشرع فصل في هذه النقطة بمنع إنتقال حق الإمتياز أو التصرف فيه طبقاً لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود الخاصة بمنح الإمتياز القابل لتحويل الى تنازل.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1- القوانين:

- القانون رقم (92/76) المؤرخ في 23/10/1976، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 09/02/1977.
- القانون رقم (04-11) المؤرخ في 17/02/2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.

2- الأوامر:

- الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 01/09/2008، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 03/09/2008، المعدل والمتمم.
- 3- النصوص التنظيمية (مراسيم):
- المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 03/03/1993.
- المرسوم التنفيذي رقم (09/152) المؤرخ في 02/05/2009، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 06/05/2009.

— المرسوم التنفيذي رقم (281/15) المؤرخ في 2015/10/26، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 58، المؤرخة في 2015/11/04.

4- القرارات الوزارية:

— قرار وزاري مشترك مؤرخ في 29 يونيو سنة 2016، يحدد شروط وكيفيات التكفل بالإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم (281-15) المؤرخ في 2015/10/26، الجريدة الرسمية، العدد 62، المؤرخة في 2016/10/23.

5- التعليمات:

— التعليمات رقم (1261) المؤرخة في 02/06 /2017، الصادرة عن مديرية العامة للأمالك الوطنية ، المتعلقة بكيفية تسوية الأوعية العقارية المخصصة لإنجاز المشاريع الترقية التجارية في إطار الأمر رقم (04/08) المعدل والمتمم.

ثانيا: المراجع

1- الكتب:

— بلكعبيات مراد، العقار الصناعي في الجزائر مع أحدث القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة بن سالم، الجزائر، 2017.

2- المقالات:

— بالعقون محمد الصالح، الجوانب الإجرائية لمنح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي الخاصة للدولة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 04، الصادرة عن جامعة مسيلة، الجزائر، 2019/01/12.

3- الرسائل الجامعية:

— عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، 2010.

4- الملتقيات:

— بن محمد محمد، دور إدارة أملاك الدولة في الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية "الواقع والآفاق"، يومي 27- 28 فيفري 2012، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.

الهوامش:

- ¹ القانون رقم (04/11) المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 2011/03/06.
- ² المرسوم التنفيذي رقم (281/15) المؤرخ في 2015/10/26، يحدد شروط وكيفية منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 58، المؤرخة في 2015/11/04.
- ³ يراجع في ذلك المادة (03) من القانون رقم (04/11).
- ⁴ يراجع في ذلك المادة (14) من نفس القانون.
- ⁵ بن محمد محمد، دور إدارة أملاك الدولة في الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية "الواقع والآفاق"، يومي 27-28 فيفري 2012، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 5.
- ⁶ تنص المادة (01) من القانون رقم (04/11) السالف الذكر "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية.....".
- ⁷ يراجع في ذلك المادة (03/13) من نفس القانون.
- ⁸ أطلق المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 1993/03/03، على المرقى العقاري لفظ "المتعامل في الترقية العقارية"، لذا نلاحظ أن المشرع بإستعماله كلمة "promoteur" في النص الفرنسي والتي تعني "مرقي"، أي أن لهما نفس المعنى ويمكن إستعمال اللفظين دون تمييز للدلالة على الأشخاص القائمون بعمليات عقارية.
- ⁹ أعطى المشرع في ظل القانون رقم (07/86) المؤرخ في 1986/03/04، المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخة في 1986/03/05، الصبغة المدنية لكل العمليات المنجزة من خلاله، حيث كان يمنع على التجار إنجازها لهذا كان تنظيمها وفق أحكام القانون المدني، كما أن القانون رقم (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري عزز إضفاء الصفة المدنية بالنص على نشاط تلبية الحاجات الخاصة للمتعاملين في الترقية أو المتدخلين، يراجع في ذلك المادة (14) من القانون رقم (07/86) والمادة (03) من المرسوم التشريعي رقم (03/93).
- ¹⁰ عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، 2010، ص ص 28، 29، 30.
- ¹¹ تنص المادة 25 من القانون من القانون رقم (04/11) على ما يلي "يجب أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري لعقار مبني أو بناية؟ أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي....".
- ¹² يراجع في ذلك المادة (26) من نفس القانون.
- ¹³ يراجع في ذلك (28) من نفس القانون.
- ¹⁴ نص القانون رقم (04/11) على أن المحلات المعدة للاستعمال التجاري تكون عرضيا ويصرح في المرسوم الخاص بالامتياز القابل لتحويل إلى تنازل صراحة أن هذا الامتياز يخول للترقية العقارية التجارية حصرا فيكون بذلك المشرع ينظم هذا النوع من الترقية العقارية بصفة مستقلة فلا يشترط إرفاقها بالبنائات المعدة للإستعمال السكني حصرا.
- ¹⁵ القانون رقم (92/76) المؤرخ في 1976/10/23، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 1977/02/09.
- ¹⁶ عربي باي يزيد، مرجع سابق، ص 30.
- ¹⁷ بلكعبيات مراد، العقار الصناعي في الجزائر مع أحدث القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة بن سالم، الجزائر، 2017، ص 29.
- ¹⁸ الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 2008/09/01، يحدد شروط وكيفية منح الإمتياز للأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 2008/09/03، المعدل والمتمم.
- ¹⁹ المرسوم التنفيذي رقم (152/09) المؤرخ في 2009/05/02، الذي يحدد شروط وكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2009/05/06.

²⁰ يراجع في ذلك ديباجة دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم (281/15) السالف الذكر.

²¹ يراجع في ذلك المادة (02) من الأمر رقم (04/08) المعدل والمتمم السالف الذكر.

²² عرف المشرع الجزائري المرقى العقاري من خلال المادة (03) من القانون (04/11) السالف الذكر بنصها: "يعد مرقيا عقاريا، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكله أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

²³ يراجع في ذلك المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم (281/15).

²⁴ يتولى أمانة اللجنة الولائية لمنح هذا الإمتياز المدير الولائي المكلف بالتعمير والهندسة المعمارية والبناء، وهذا طبقا لنص المادة (04) من المرسوم التنفيذي رقم (281/15).

²⁵ للإشارة يعتبر صندوق الضمان ضمن وسائل الضمان التي يتميز بها نشاط الترقية العقارية، حيث يلتزم المرقى العقاري بالانتساب لهذا الصندوق طبقا للمادة (55) من القانون رقم (04/11).

²⁶ يراجع في ذلك المادة (06) من المرسوم التنفيذي رقم (281/15).

²⁷ يراجع في ذلك المادة (12) من نفس المرسوم.

²⁸ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 29 يونيو سنة 2016، يحدد شروط وكيفية التكفل بالإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم (281-15) المؤرخ في 2015/10/26، الجريدة الرسمية، العدد 62، المؤرخة في 2016/10/23.

²⁹ التعليم رقم (1261) المؤرخة في 02/06/2017، الصادرة عن مديرية العامة للأمالك الوطنية، المتعلقة بكيفية تسوية الأوعية العقارية المخصصة لإنجاز المشاريع الترقية التجارية في إطار الأمر رقم (04/08) المعدل والمتمم.

³⁰ بالعقون محمد الصالح، الجوانب الإجرائية لمنح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي الخاصة للدولة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 04، الصادرة عن جامعة مسيلة، الجزائر، 2019/01/12، ص 284.

³¹ يراجع في ذلك المادتين (6، 7) من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 يونيو 2016.

العرض التجاري الالكتروني على ضوء القانون 05-18، أي فعالية؟ The electronic commercial offer in the light of Law 18-05, what is the effectiveness ?

أ.د. دوار جميلة *

كلية الحقوق والعلوم السياسية

—جامعة برج بوعريج—

lyndadouar@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/05/26

تاريخ الاستلام: 2023 /05 /13

ملخص:

شهدت السنوات الأخيرة تطورا كبيرا في مجال الاتصال وتكنولوجيا المعلومات، نتج عنها نوع جديد من التجارة عبر شبكة الإنترنت وهي التجارة الإلكترونية، لذلك كان من الواجب على المشرع الجزائري إيجاد إطار قانوني ينظم التعاملات التي تتم من خلالها، ويعتبر القانون المدني من أول القوانين الذي تضمن في تعديله مصطلح إلكتروني، من خلال قبوله للسندات الإلكترونية في الإثبات إلى جانب القانون التجاري، ومنه ومن أجل مستقبل واعد للتجارة الإلكترونية في الجزائر، كان لا بد من تطوير المنظومة القانونية بما يتوافق ومتطلبات العصر، من خلال سن القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي تضمن عدة أحكام لضمان وأمن التجارة الإلكترونية، على وجه الخصوص على تكوين العقد خاصة تنظيم الأحكام القانونية للعرض التجاري الإلكتروني السابق للتعاقد، باعتباره أهم التزام مفروض في هذه المرحلة، يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك حول ظروف التعاقد.

الكلمات المفتاحية: المورد الالكتروني، العرض التجاري، المستهلك الالكتروني، العقد الالكتروني.

Abstract:

Recent years have witnessed a major development in the field of communication and information technology, which resulted in a new type of trade via the Internet, which is e-commerce, so it was the duty of the Algerian legislator to find a legal framework that regulates the transactions through which the civil law is considered one of the first laws that included in Amending an electronic term, by accepting electronic bonds in proof in addition to the commercial law, and from it and for a promising future for e-commerce in Algeria, it was not necessary to develop the legal system in a manner consistent with the requirements of the times, through the enactment of law No. 18-05 related to e-commerce Which included several provisions for ensuring e-commerce security and security, in particular, to form the contract, especially the regulation of the legal provisions of the previous electronic commercial presentation of the contract, as it is the most important commitment imposed at this stage, aiming to enlighten the will of the consumer about the conditions of contracting.

Keywords: electronic resource, commercial offer, electronic consumer, electronic contract.

* - المؤلف المرسل: أ.د. دوار جميلة

1. مقدّمة:

يتميز العصر الحالي بتطور النشاط التبادلي في شتى الميادين نتيجة تطور العلاقات بين الأفراد والدول في أشكال قانونية منها العامة والخاصة، للنهوض بالنمو الاقتصادي وهو الميدان الأكثر أهمية لأنه يعتبر المحرك الأساسي لتغيير العالم المعاصر الذي ينبني على التطور الفكري والعلمي لكونهما حجر أساس لعملية تقدم أي مجتمع.

ولتجسيد ذلك ظهرت موجة تكنولوجية هائلة من المعلومات والتي عملت على أحداث إفرازات كبيرة في مختلف مجالات الحياة العصرية التي يشهدها العالم وكل ذلك تحت ظل ادخال العولمة، الشيء الذي أدى بالحاجة إلى ظهور نوع جديد من المعاملات التجارية أكثر ديناميكية بالاعتماد على استخدام وسائل الكترونية حديثة أكثر ملائمة في اطار التعاقد عن بعد، أو ما يسمى التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت. والجدير بالذكر ان التعاقد عن بعد أو ما يسمى بالتعاقد الإلكتروني لا يختلف عن التعاقد التقليدي من حيث أركان الانعقاد من محل وسبب والرضا، وكذا شروط صحته إلا أنهما يختلفان من حيث وسيلة الابرام والتي تتم عبر الهاتف او التكلس او الكمبيوتر، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة والتي تعد بديل ناجح لقدرتها على مسايرة النشاطات التجارية والاقتصادية المعاصرة الحالية.

اذ يعتبر العقد الإلكتروني هو المحور الأساسي لتحريك التجارة الإلكترونية، فعقد التجارة الإلكترونية يتم ابرامه بوسيلة الكترونية عن بعد بين طرفين المهني والمستهلك، ومن ثم ظهر مفهوم التجارة الإلكترونية التي تعرف على أنها: " كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية وذلك حتى اتمام العقد كما يمكن تعريفها بالرجوع لنص المادة 6 من القانون رقم التجارة الإلكترونية الجزائري على النحو التالي: " التجارة الإلكترونية هي النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد للمستهلك الإلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

ونظرا لكون المستهلك الإلكتروني هو العنصر الفاعل والأساسي في المجال التجاري من خلال إمكانية الدخول الى السوق الافتراضي جراء ما توفره شبكة الأنترنت من تسهيلات متمثلة في تقديم خدمات

واشباع رغباته وحاجياته من سلع وبضائع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، وهذا ما جعلها تشكل قوة فعالة في السرعة والجهد، من جهة.

وبالرغم من الخصائص والمزايا المتعددة المتاحة للمستهلكين التي تتسم بها عقود التجارة الإلكترونية إلا أن المستهلك الإلكتروني معرض للعديد من الأضرار والمخاطر التي تجعل منه يقع ضحية المهني أو مقدم الخدمة بصفته الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية نتيجة استخدام طرق غير سوية من غش و حيل من أجل دفعه على التعاقد وكذا نتيجة الإقبال القوي على اقتناء السلع والخدمات المعروضة دون دراية كافية بالمعلومات والبيانات الجوهرية حولها والنقص في الخبرة لكونه الحلقة الأضعف في تلك العلاقة التعاقدية من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس، ولمواجهة تلك المخاطر ظهرت الحاجة إلى "حماية المستهلك" مما أدى بسعي العديد من التشريعات بالتدخل بحماية جزائية بتطبيق عقوبات على المهني وكذا حماية مدنية طبقا للقواعد العامة من القانون المدني و القواعد الخاصة من خلال تكريس مجموعة من الحقوق والضمانات التي تعمل على تأمين حماية المستهلك الإلكتروني في ظل التطور التكنولوجي الحديث.

عليه تعتبر المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ذات أهمية قصوى بالنسبة لمن ينوي التعاقد عبر الانترنت، كذلك تم إقرار مبدأ الالتزام بالإعلام لمواجهة حالة النقص التقني للمتعاقد وصولاً إلى التوفيق بين المتعاقدين مع حماية الطرف الضعيف باعتباره لا يرى السلعة التي يتعاقد عليها أو قد لا تكون لديه الخبرة في التعاقد الإلكتروني و يقع تحت ضغط الدعاية و الإعلان التي قد ينخدع بها، ومن هنا ينشأ التزام أولي بالعرض التجاري الإلكتروني السابق على مرحلة المعاملة التجارية الإلكترونية.

لذا حرص المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية على التنصيص على مثل هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المورد الإلكتروني قبل المعاملة التجارية الإلكترونية، ولهذا ارتأينا طرح الإشكال التالي: ما مدى نجاعة العرض التجاري الإلكتروني في إرساء الحماية القانونية الكافية

للمستهلك في ظل القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية؟

جاءت هذه الدراسة للبحث في العرض التجاري الإلكتروني السابق للتعاقد، باعتباره أهم التزام مفروض في هذه المرحلة، يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك حول ظروف التعاقد، فكانت الإشكالية المثارة حول كيفية تنظيم المشرع للعرض التجاري الإلكتروني من خلال قانون التجارة الإلكترونية المستحدث 05-18، ومدى اعتباره ضمانا فعالة لحماية المستهلك خاصة في المعاملات الإلكترونية والمنتجات الذكية، وللإجابة على ذلك اعتمدت على المنهج الوصفي والتحليلي، فقسمت الدراسة إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لمفهوم العرض التجاري الإلكتروني، في حين تضمن المبحث الثاني دراسة الجزاء المقرر في حالة إخلال المورد بالالتزام بالعرض التجاري الإلكتروني، فخلصت الدراسة إلى نتيجة تتمثل في تكريس المشرع الجزائري لهذا الالتزام باعتباره ضمانا أساسية في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: مفهوم بالعرض التجاري الإلكتروني

يمكن العرض التجاري من اطلاع المستهلك الإلكتروني على مختلف المنتجات خاصة الذكية منها عبر شبكة الانترنت، مما يسمح له الاختيار بين أحدث السلع و الخدمات واقتناء ما يتوافق مع متطلباته الاستهلاكية، الأمر الذي يساهم في تحقيق مساعي المورد الإلكتروني في صرف منتوجاته، ويبين أهمية الاعتماد على العرض التجاري الإلكتروني.

المطلب الأول: تعريف العرض التجاري الإلكتروني

نتطرق في هذا المبحث إلى التعريف الفقهي للعرض التجاري الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتناول التعريف التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعرض التجاري الإلكتروني

يعتبر العرض التجاري الإلكتروني بمثابة التزام بالإعلام السابق عن التعاقد و يعرف على أنه: "الزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصيته، وبياناته التجارية، وبكافة البيانات الجوهرية

المتعلقة بالعقد، والتي بناء عليها يتخذ المستهلك خطوة على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة
مستنيرةⁱ

فيعتبر العرض التجاري الإلكتروني بمثابة التزام بإعلام سابق عن التعاقد، وتتمثل الغاية منه تقديم معلومات وبيانات للمستهلك قبل إبرام العقد من أجل تنوير وتبصير إرادته على المنتج الذكي أو الخدمة محل التعاقد قبل الإقدام على اقتنائه، نظرا لطبيعة البيئة الافتراضية التي لا تسمح بالفحص المادي للمنتج، مما يجعل هذه المعلومات المقدمة من قبل المورد الإلكتروني مهمة جدا بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعرض التجاري الإلكتروني في ظل القانون 05-18

نص المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 05-18² في المادة 10 على أنه: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني".

ونصت المادة 11 من القانون 05-18 على أنه " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية.....".

باستقراء المادتين نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا العرض التجاري الإلكتروني، بل اكتفى بتعداد شروطه، وكذا خصوصياته الواجبة التوفر فيه على سبيل المثال لا الحصر، وحسن بذلك فعلا المشرع الجزائري لأنه كما هو معروف التعريف هو من اختصاص الفقه.

المطلب الثاني: مقومات العرض التجاري الإلكتروني في القانون 05-18.

نتناول في هذا المطلب شروط العرض التجاري الإلكتروني المنصوص عليها في القانون 05-18 (الفرع الأول) ثم نتناول خصوصياته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط العرض التجاري الإلكتروني

نصت المادة 11 من القانون 05-18 على أنه " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية....."

استقراء لنص المادة يتضح أن المشرع استوجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، وهذا ما سنفصل فيه:

أولاً: أن يتضمن العرض التجاري الإلكتروني عبارات واضحة الدلالة وسهلة القراءة

يجب على المحترف أن يدرج عبارات بسيطة وواضحة الدلالة لا تحتل أكثر من معنى في إطار التزامه بإعلام المستهلك، ويتعد عن العبارات التي تؤدي إلى اللبس والغموض، والابتعاد عن الألفاظ الفنية المعقدة التي يعجز غير المختصين عن فهم دلالتها واستيعاب معانيها، مع مراعاة المؤهلات الشخصية للمستهلك³.

ثانياً: أن يتضمن العرض التجاري الإلكتروني معلومات صحيحة ودقيقة

يجب أن يتمخض الالتزام بالإعلام عن عبارات واضحة الدلالة وسهلة القراءة، حيث تتضمن معلومات صحيحة ودقيقة مطابقة ومعبرة عن خصائص المنتج بما يتماشى مع الغاية من تقرير الالتزام بالإعلام، الذي يرمي إلى تنوير وتبصير المستهلك قبل اقتنائه للمنتج والابتعاد عن الغش والتضليل والاحتيال⁴.

ثالثاً: استعمال المورد الوسائل الإلكترونية في العرض التجاري الإلكتروني:

يتم العرض التجاري الإلكتروني عبر الانترنت بطريق مرئية من خلال الوسائل الإلكترونية التي تسمح بترجمة المعطيات المادية للمنتج وكل البيانات المتعلقة به على شكل رقمي يمكن تبادله عن بعد بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، فغالبا ما يتم العرض عن طريق صور، فيديوهات وغيرها⁵.

رابعاً: النطاق الزمني للالتزام بالعرض التجاري الإلكتروني

يعتبر الالتزام بالعرض التجاري الإلكتروني التزاما سابقا لإبرام العقد حسب نص المادة 10 من القانون 05-18 التي نصت على أنه: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبقة بعرض تجاري الكتروني....".

يهدف العرض التجاري الإلكتروني إذن إلى تنوير و تبصير إرادة المستهلك، فيتم تنفيذه في وقت سابق للتعاقد، وقد يكون في فترة وجيزة، كما يمكن أن يمتد لفترة معينة ترتبط بإمكانية التفاوض، غير أنه لا يجب أن تمتد الفترة بين تقديم هذا الالتزام و إبرام العقد طويلة جدا لدرجة إمكانية أن يطرأ تعديل العناصر الأساسية للتعاقد⁶.

الفرع الثاني: خصوصيات العرض التجاري الإلكتروني

من أهم المعلومات الواجب تقديمها للمستهلك الإلكتروني تلك المتعلقة بتحديد هوية المورد الإلكتروني وكذلك المعلومات المتعلقة ببيان الخصائص الأساسية للمنتج الذي، إذ أن كلا من طرفي العقد الإلكتروني في مكان بعيد عن الآخر، فضلا عن أن السلع المعروضة على شبكة الانترنت لا يستطيع المستهلك معاينتها على طبيعتها و التأكد من سلامتها و ملائمتها لاحتياجاته الشخصية.

وتبعاً لذلك نصت المادة 11 على أنه: "..... و يجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل

الحصر المعلومات الآتية

- رقم التعريف الجبائي، و العناوين المادية و الإلكترونية، و رقم هاتف المورد الإلكتروني،
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة و خصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كفاءات و مصاريف و آجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- شروط الضمان التجاري و خدمة ما بعد البيع،

- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقاً،
- كفاءات و إجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند لاقتضاء،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية،
- مدة صلاحية العرض عند الاقتضاء،
- شروط و آجال العدول عند الاقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم و سعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة و كفاءات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،
- طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه،
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

أولاً: تحديد هوية المورد الإلكتروني

1- التزام المورد الإلكتروني بمعلومات تمكن من الاتصال به خارج الانترنيت

ينشأ التعاقد عن بعد بين المورد الإلكتروني والمستهلك على شبكة الانترنيت وينفذ دون التقاء طرفيه جسدياً وجهاً لوجه، وإن كان ذلك يوفر مبدئياً على المستهلك مشقة الانتقال، إلا أنه عدم معرفة شخصية المورد الذي يتعامل معه قد يثير قلق المستهلك الإلكتروني وتحد من إقباله على التعاقد، لذا يعد من الأهمية بمكان تحديد هوية المورد الإلكتروني الذي يقبل على التعاقد معه حتى يتوفر عنصراً الأمان والثقة للمستهلك، ويكون على بينة من أمره وهو ما جعل الكثير من القوانين تحرص على إلزام المورد الإلكتروني بتقديم البيانات الخاصة به للمستهلك الإلكتروني⁷.

تتمثل المعلومات التي تمكن المستهلك بالاتصال بالمورد الإلكتروني خارج الانترنت في الاسم الكامل، ورقم الهاتف، وعنوان الشركة⁸، حيث نص المشرع في المادة 11 من القانون 05-18 على أنه:

" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني في العرض التجاري الإلكتروني... المعلومات التالية:

- رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.

- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

أشار المشرع الجزائري إلى التزام المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بشخصه، وهذه المعلومات مهمة جدا في تحديد الهوية الحقيقية للمورد الإلكتروني بما يكفل استبعاد الهوية الافتراضية التي قد يلجأ بعض الأشخاص إلى التستر من ورائها والتنصل من مسؤوليتهم حيال الغش والخداع والنصب والاحتيال على المستهلك الإلكتروني.

2- التزام المورد الإلكتروني بمعلومات تمكن من الاتصال به عبر الانترنت

يلجأ بعض الموردين الإلكترونيين إلى مزاوله نشاطهم المهني بصفة حصرية عبر الانترنت مما يجب وضع عنوان الموقع الإلكتروني الذي يعرض من خلاله منتوجاته على المستهلكين، كاسم الموقع الإلكتروني للمورد وبريده الإلكتروني قصد تمكين المستهلك الإلكتروني من التواصل معه.

فيجب على المورد الإلكتروني وضع موقعه وبريده الإلكترونيين على جميع أوراقه، معاملاته، مراسلاته، المستندات، والمحركات التي تصدر عنه سواء الورقية أو الإلكترونية، وكذلك ينبغي كتابته بشكل واضح على المنتوجات بشكل يمكن المستهلك من الإطلاع عليه، مما يسمح لهذا الأخير بمراسلة المورد صاحب المنتج الذي تم اقتناؤه عبر الانترنت.

3- تقديم معلومات تمكن من تحديد نشاط المورد الإلكتروني

يتطلب العرض التجاري الإلكتروني ضرورة تقديم المورد الإلكتروني التسمية التجارية والعلامة المسجلة، مع رقم القيد في السجل التجاري مع ضرورة تحديد رقم وتاريخ الرخصة واسم وعنوان السلطة التي سلمتها بالنسبة للنشاطات المقننة⁹.

ثانيا: إلزام المورد الإلكتروني بعرض ووصف المنتج أو الخدمة

يلتزم المورد الإلكتروني بعرض المعلومات التي تحدد الصفات الأساسية للمنتج أو الخدمة، حيث فرضت المادة 11 من القانون 05-18 على المورد الإلكتروني بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة المستهلك للاختيار بين السلع والخدمات المعروضة التي يرغب في التعاقد حولها، ذلك أن المستهلك الإلكتروني لا يتصل اتصالا ماديا بالسلع التي يرغب في الحصول عليها، وإنما قد يكتفي المورد بعرض صور للسلعة على الموقع الإلكتروني، وهذه الصور لا تمكن بطبيعة الحال المستهلك برؤية السلعة بصفة فعلية إلا بعد استلامها، ومن ثم يلعب العرض التجاري الإلكتروني دورا كبيرا في تحديد الخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة بدقة و بدون غموض.

لم يحدد المشرع في القانون 05-18 الصفات الأساسية التي يجب على المورد الاقتداء بها إلا أننا بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 13-378¹⁰ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك بتقديم الخصائص الأساسية للمنتج، طبقا لأحكام نصوص العديد من المواد من المرسوم ذاته، أين خصص الفصل الثالث منه لأحكام المواد الغذائية، الذي يتضمن عشرة (10) أقسام تعرض فيها للأحكام العامة للالتزام بتقديم المواد الغذائية، البيانات الإلزامية للوسم، تسمية بيع المادة الغذائية، الكمية الصافية، المكونات، تعريف الحصة وتاريخ الصنع، التاريخ الأدنى للصلاحيّة والتاريخ الأقصى للاستهلاك، طريقة الاستعمال، ويستثنى من التزام تقديم هذه البيانات عبر الانترنت تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتجات.

أما الفصل الرابع من المرسوم تضم الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك في المواد غير الغذائية، وخصص الفصل الخامس للأحكام النهائية المتممة لشروط وكيفيات إعلام المستهلك أين أكدت

المادة 58 منه على ضرورة تقديم تسمية المنتج، الكمية الصافية المعبر عنها بوحدة النظام المتري الدولي، المنشأ أو مكان المصدر إن كان المنتج مستوردا، الشروط الخاصة بالحفظ أو الاستعمال، ضرورة النص على الاحتياطات المتخذة في مجال الأمن، مكونات المنتج وشروط التخزين وغيرها من المعلومات الضرورية.

ثالثا: شمول العرض التجاري على العناصر الجوهرية للعقد الاستهلاكي الإلكتروني

تضمن المادة 11 من القانون 05-18 أن يزود المورد الإلكتروني خلال عرضه التجاري العناصر الجوهرية للعقد الاستهلاكي، حيث يتوجب عليه أن يبين في شاشة العرض كفاءات ومصاريف وآجال التسليم، الشروط العامة للبيع لاسيما البنود العامة المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، شروط الضمان التجاري و خدمة ما بعد البيع، طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا، كفاءات وإجراءات الدفع، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، وصف كامل لمراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، مدة صلاحية العرض، شروط و آجال العدول، طريقة تأكيد الطلبية، موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية عند الاقتضاء، طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه وغيرها..

المبحث الثاني: مسؤولية المورد الإلكتروني في حالة الإخلال بالالتزام بالعرض التجاري

قبل صدور القانون 05-18 كان من الصعب تحديد الجزاء المترتب على مخالفة مثل هذا الالتزام وبالتالي الرجوع للقواعد العامة، لكن بعد صدور قانون التجارة الإلكترونية الجزائري 05-18 نصت المادة 14 من ذات القانون على أنه: " في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به." يهدف المستهلك الإلكتروني من خلال اقتنائه للمنتج عن بعد إلى تلبية احتياجاته، غير أنه غالبا ما يقع ضحية تضليل و استغلال، أو غش و خداع من قبل المورد الإلكتروني، الأمر الذي استدعى تدخل

المشرع من خلال تقرير قواعد وقائية كالحق في إبطال العقد أو العدول (المطلب الأول)، و الحق في التعويض إن أصابه ضرر جراء إخلال المورد بالتزامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق المستهلك الإلكتروني في إبطال العقد

أدى كثرة المنتوجات و خاصة الذكية منها كما ونوعا في ظل ارتفاع موجة الترويجات المحيطة بالمستهلك في كل مكان وزمان وبالأخص الحديثة منها إلى خلق هوة بينه وبين المتدخل ليجد نفسه يدخل في معاملات لا تخدم رغباته ومصالحه المشروعة خاصة في مجال العقود الإلكترونية، إذ أن المستهلك الإلكتروني يكتفي برؤية الصور المعروضة على شاشة الحاسوب دون أن يكون فكرة كاملة عن المنتج ليكتشف فيما بعد أنه تسرع في إبرام العقد الإلكتروني، فلا مجال إذن للرجوع إلى الوراء، لذا أقر القانون للمستهلك الإلكتروني الحق في العدول¹¹ عن العقد، وهو حق مطلق للمستهلك الإلكتروني أساسا، يحمل في طياته مفاهيم خاصة تختلف عما هو معروف في القواعد العامة.

الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول

لقد ورد هذا الحق في نص المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7/97، إذ جاء فيها: «يجوز للمشتري في كل عمليات البيع إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم البضاعة، وذلك دون أي جزاءات باستثناء نفقات الإحالة». كما يمكن تعريفه على أنه: "حق المستهلك في الرجوع عن العقد المبرم عن بعد من خلال إرجاع السلعة أو رفض الخدمة، في غضون مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أسباب ذلك، مع إلزام المني برقيمتها مع تحمل المستهلك مصاريف الرد"¹².

الفرع الثاني: آثار حق العدول

يترتب على ممارسة المستهلك الإلكتروني لحقه في العدول التزام المورد بإعادة المبالغ التي قبضها، والتزام المستهلك برد السلعة مع تحمله مصاريف الرد في حالة ما إذا مارس حقه في العدول بعد التسليم،

مع بطلان كل عقد تابع له، إذ يترتب على العدول اعتبار العقد كأن لم يكن مثل البطلان تماما، ومن ثم فهو أثر طبيعي للعدول¹³.

بالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية 05-18 نجده أنه أشار إلى حق المستهلك الإلكتروني في العدول ولكن بطريقة عرضية لم يخصص له فصلا أو عنوانا خاصا به ضمن القانون، وبالرجوع إلى المادة 23 من ذات القانون، نجده قد أقر حق المستهلك في استبدال السلعة أو إرجاع الثمن في حالة عدم مطابقتها للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا، فيجب على المستهلك الإلكتروني إعادة السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني، ويلتزم هذا الأخير إما بتسليم جديد مطابق للطلبية، أو إصلاح العيب، أو إعادة المبالغ المدفوعة دون الإخلال بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض عن الأضرار التي قد تلحقه، فالمرجع الجزائري لما يقرر حق المستهلك في العدول بمعناه القانوني، لكن أجاز له أن يمارس حقه في رد السلعة واسترجاع الثمن، في حالة وجود عيب في المنتج، دون أن يتحمل أعباء إضافية.

وبالرجوع للقانون 09-18¹⁴ المعدل و المتمم للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، في المادة 19¹⁵ منه نجده قد أقر حق العدول للمستهلك، أما عن شروطه وكيفية ممارسته أحوالها القانون التنظيم الذي لم يصدر بعد و بالتالي كل من القانونين قد أشارا لحق العدول بطريقة عرضية فقط.

المطلب الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في التعويض

لا يكفي طلب إبطال العقد و إلزام المورد الإلكتروني برد الثمن في حالة عدول المستهلك، وإنما يجب فرض عليه جزاء عند الإخلال بشروط العرض التجاري الإلكتروني المنصوص عليها في المادة 10 من القانون 05-18، أين نص المشرع من ذات القانون من خلال المادة 14 أنه في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 التي تحدد شروط العرض التجاري الإلكتروني، أنه يمكن للمستهلك طلب إبطال العقد و التعويض عن الضرر الذي لحق به.

الفرع الأول: الضرر كأساس لتعويض المستهلك الإلكتروني

عرفت فكرة الخطأ تراجعاً في الأخذ بها كأساس للمسؤولية المدنية نظراً لعدم استيعابها لمختلف المخاطر التي تلحق بالمستهلك، و أصبح بذلك الضرر كأساس لتعويض المستهلك الإلكتروني كنتيجة للتوجه نحو المسؤولية الموضوعية¹⁶.

فيعرف الضرر على أنه "الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه"¹⁷.

فيعتبر الضرر ركن أساسي في المسؤولية المدنية، إذ يتم على أساسه تقدير التعويض للمستهلك الإلكتروني عن مختلف الأضرار التي تصيبه سواء في العالم المادي، أين يتعرض للأذى جزاء استهلاك المنتج الذي قام باقتنائه عبر الانترنت فيمائل ضرره في هذه الحالة ضرر المستهلك التقليدي، مما يستوجب تقديم تعويض وفقاً للمواد¹⁸ 131، 132، 133 من القانون المدني، أو قد يكون الضرر الذي لحق بالمستهلك الإلكتروني في العالم الافتراضي الذي يرتبط باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية في اقتناء المنتج، كإصابة أجهزة المستهلك الإلكتروني بالفيروسات أو التعرض للقرصنة الرقمية والاستيلاء على أموال المستهلك، أو إفشاء المعلومات الشخصية الخاصة به.

و الضرر يمكن أن يكون مادياً أو معنوياً، و يستوجب شروط معينة لكي يتم التعويض عنه وفقاً للقواعد العامة¹⁹.

الفرع الثاني: رفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض

يمكن المستهلك الإلكتروني مطالبة التعويض عن الأضرار التي يتعرض لها جراء استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية في الاستهلاك عبر الانترنت، ومسائلة المورد الإلكتروني من خلال رفع دعوى مدنية تستوجب لصحتها توفر الشروط الشكلية و الموضوعية للدعوى المنصوص عليها في المواد²⁰ 13 و 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في المواد من 37 إلى 40 من نفس القانون.

إلا أن طبيعة البيئة الإلكترونية لا تتوافق مع المبادئ العامة للتقاضي، أين يمكن أن يكون المورد شخصا أجنبيا، أو شخصا لا يعرف موطنه في العالم المادي مما يصعب تحقيق طلب المستهلك الإلكتروني في التعويض.

يتم تقدير التعويض وفقا للأحكام العامة الواردة في المواد²¹ 182 و 182 مكرر من القانون المدني، أين نص المشرع على أن تعويض الأضرار المادية و المعنوية يعود للسلطة التقديرية للقاضي إذا لم يتم تحديده مسبقا في العقد، ويشمل ما لحق المستهلك الإلكتروني من خسارة و ما فاته من كسب. لكن يصعب تحقق التعويض نظرا لصعوبة التحقق من المعطيات القائمة في لبيئة الرقمية و التي قد يعتمد المورد الإلكتروني تعديلها بشكل ينفي كل أثر من شأنه إثبات مسؤوليته.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة تبين لنا حرص المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية 05-18 على توفير حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني من خلال تبنيه متطلبات ملزمة للمورد الإلكتروني تتمثل في العرض التجاري الإلكتروني السابق على كل معاملة تجارية الكترونية خاصة المتضمنة منها المنتجات الذكية و ما يقتضيه من ضمانات مهمة، لذا كانت الضرورة أن يكون التزام المورد الإلكتروني بالعرض التجاري الالكتروني مشددا بما يتلاءم مع طبيعة و أهمية وسيلة التعاقد، وهي شبكة الانترنت التي يتم التعاقد من خلالها عن بعد، مما يقتضي المزيد من الضمانات للمستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف في العلاقة مقارنة مع المورد الإلكتروني.

ومن خلال دراستنا هذه توصلنا إلى نتائج أهمها:

- محاولة المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية المستحدث 05-18 مواكبة التشريعات المقارنة من خلال إلزام المورد الإلكتروني بقيامه بعرض تجاري الكتروني سابق على كل معاملة تجارية الكترونية محاولة منه الاقتداء بجل التشريعات المقارنة التي سبقت وأن كرس هذا الالتزام كالتشريع الفرنسي و قانون التوجيه الأوروبي و كذا بعض التشريعات العربية كالتشريع التونسي.

- وفق المشرع الجزائري إلى حد ما في مجال توفير المعطيات الأساسية التي يحتاجها المستهلك الإلكتروني قصد تنوير و تبصير إرادته على التعاقد من عدمها و هي خطوة إيجابية من نوعها، إلا أنه يمكن أن يتعرض إلى تضليل فيما يخص صحة المعلومات من عدمها المتعلقة بهوية المورد الإلكتروني.
- فيما يخص الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني في حالة إخلال المورد الإلكتروني بعرضه التجاري الإلكتروني، نجد أن المشرع بدل أن يخطو خطوة إلى الأمام تراجع إلى الوراء، نظرا لعدم تنظيمه أحكام العدول المقرر للمستهلك الإلكتروني، بل اكتفى فقط بالإشارة إليه بطريقة عرضية على عكس التشريعات المقارنة التي نظمتها بالتفصيل ضمن قوانينها المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.
- نفس الشيء بالنسبة لأحكام التعويض لم يفصل فيه مما يرجعنا إلى تطبيق القواعد العامة بشأنه، بالرغم من أن طبيعة البيئة الإلكترونية لا تتوافق مع المبادئ العامة للتقاضي، أين يمكن أن يكون المورد شخصا أجنبيا، أو شخصا لا يعرف موطنه في العالم المادي مما يصعب تحقيق طلب المستهلك الإلكتروني في التعويض.
- وعلى إثر هذه النقائص توجب على المشرع:
- تدارك النقائص خاصة منها المتعلقة بكيفية التأمين على خطورة عدم صحة المعلومات المتعلقة بهوية المورد الإلكتروني و توفير ضمانات أكثر للمستهلك الإلكتروني بشأنها.
- تنظيم حق العدول كونه يعد الضمانة الأساسية للمستهلك الإلكتروني في حالة إخلال المورد الإلكتروني في التزامه بالعرض التجاري الإلكتروني، وإدراج أحكامه ضمن قانون التجارة الإلكترونية.
- إعطاء حماية أكثر للمستهلك الإلكتروني فيما يخص حقه في المطالبة بالتعويض و الأخذ بعين الاعتبار مخاطر طبيعة البيئة الإلكترونية التي لا تتوافق مع الأحكام العامة.

- ¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 280.
- ² - قانون 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 الصادر ب 16 ماي 2018.
- ³ - سعداوي سليم، عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 26.
- ⁴ - بيومي حجازي عبد الفتاح، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 40.
- ⁵ - اكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 359، 360.
- ⁶ - بيومي حجازي عبد الفتاح، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 40.
- ⁷ - ونجد في مقدمة هذه القوانين القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن اليونسسترال، الذي ينص في المادة الأولى في الفصل الأول على وجوب إدخال البيانات الكاملة للمورد الإلكتروني التي تساعد على تحديد هويته، و قد ذكرت على الشكل التالي:
- اسم الشركة،- عنوان الشركة،- رقم السجل التجاري ورقم القيد المهني- ضريبة القيمة المضافة وأي ارقام ضريبية أخرى، - رقم الهاتف و الفاكس، وعنوان البريد الإلكتروني أو الموقع على الشبكة
- ⁸ - كما وضع قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 التزاما مشددا على عاتق المهني بتحديد هويته في الوقت المناسب و قبل إبرام العقد، وقد جاء ذلك في نص المادة 4-111-L، وهو النص الجديد المعدل للمرسوم رقم 301/2016 المؤرخ في 14 مارس 2016 الذي =يلزم المورد الإلكتروني الكشف على البيانات الآتية: " اسم بائع السلعة أو مقدم الخدمة، رقم هاتفه و عنوانه، و إذا تعلق الأمر بشخص معنوي: مركز أعماله، واسم المنشأة المسؤولة على العرض إذا كان العنوان مختلفا".
- ⁹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 328.
- ¹⁰ - المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك بتقديم الخصائص الأساسية للمنتوج،، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.
- ¹¹ - يلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 14، أبريل 2017، ص 516.
- ¹² - يلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد، المرجع السابق، ص 516.
- ¹³ - مهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 297.
- ¹⁴ - قانون رقم 09-18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر عدد 35 مؤرخة في 13 يونيو 2018.

- ¹⁵ - تنص الفقرة 2 و 3 المادة 19 من القانون 09-18 على أنه: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب.
- للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية.
- تحدد شروط وكيفية ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم.
- ¹⁶ - دحماني فريدة، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 62.
- ¹⁷ - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 75.
- ¹⁸ - تنص المادة 131 ق م ج على أنه: "يقدر القاضي م التعويض طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرراً مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".
- ¹⁹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، ص 332، 334.
- ²⁰ - تنص المادة 13 ق م ج على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.
- يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه.
- كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".
- ²¹ - تنص المادة 182 ق م ج على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، القاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به.....".

قائمة المصادر المراجع:

المصادر:

النصوص التشريعية:

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.
- قانون 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 الصادر ب 16 ماي 2018.
- قانون رقم 09-18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر عدد 35 مؤرخة في 13 يونيو 2018.

المراسيم التنفيذية:

- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

الكتب:

- بيومي حجازي عبد الفتاح ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
- سعداوي سليم، عقود التجارة الالكترونية - دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- عبد الفضل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991.
- محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.

أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير:

- أكسوم عيلا م رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
- دحماني فريدة، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

المجلات:

- يلس آسيا، حق المستهلك الالكتروني في العدول عن العقد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 14، أبريل 2017.

خصوصية التوقيع الالكتروني كآلية لإثبات المحررات الالكترونية

Privacy of the electronic signature as a mechanism to prove electronic documents

محمودي سميرة¹

كلية الحقوق جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر
مخبر عدم فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية
sammadi89@hotmail.Fr

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/05/19

تاريخ الاستلام: 2023 / 05 / 13

ملخص:

الملفات المطروحة أمام القضاء مستقبلا يتوقع أن تتضمن أدلة إثبات كتابية ورقية وإلكترونية، وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه في موقف لم يعهده من قبل، فنتساءل عن كيفية تعامله مع مثل هذا النزاع وتحديد المحرر الأكثر مصداقية. وإذا كان المشرع والقضاء والفقه قد فصلوا في حجية المحرر التقليدي، وكرسوا وسائل حمايته، فإنهم لم يصلوا بعد إلى رأي مستقر حول حجية المحررات الالكترونية، فالإشكال يدور حول القيمة القانونية لهاته المحررات أمام القضاء، ومصداقيتها في الإثبات، وفي إطار دعم موثوقية هاته التقنية، ما الذي وفره العلم وكرسه المشرع في هذا الشأن؟

الكلمات المفتاحية: التوقيع الالكتروني؛ التصديق الالكتروني؛ المحررات الالكترونية؛ الإثبات؛ التوثيق.

Abstract:

The files before the judiciary in the future are expected to include written, paper and electronic evidence. In this case, the judge finds himself in a position he has not been acquainted with before, so we ask how he will deal with such a dispute and determine the most credible editor. The traditional editor, and dedicated means of protecting it, they have not yet reached a stable opinion about the authenticity of electronic documents. The problem revolves around the legal value of these documents before the judiciary, and their credibility in proof, and in the context of supporting the reliability of this technology, what has science provided and the legislator devoted in this regard?

Keywords: electronic signature, electronic certification, electronic documents, proof, authentication.

¹ المؤلف المرسل: سميرة محمودي

مقدمة:

عُرفت تقنية التوقيع التقليدي منذ أمد أنها الضامنة في وفاء الأطراف بالتزاماتهم، فثار الإشكال حول كيفية تحقيق نفس النتيجة حيال المعاملات والصفقات التي تبرم عبر الانترنت، فابتكر العلم تقنية التوقيع الالكتروني، والتي هي بعيدة في تعريفها عن التقليدي منه محققة لنفس أهدافه. وظهر التوقيع الالكتروني كوسيلة جديدة في إثبات الالتزامات والحقوق الناشئة بمقتضى المحررات الالكترونية، فقد أصبح من الضرورة إدخال ما يسمى بالمحررات الإلكترونية في النظام القانوني للدولة والاعتراف بها كوسيلة لإبرام التصرفات القانونية والاستناد لها كأدلة إثبات، ومن بينها قبول المحررات الإلكترونية كأدلة كتابية في الإثبات وحجيتها القانونية.

وأمام هذه القفزة النوعية للثورة المعلوماتية في العالم سارعت كثير من الدول غربية منها أو عربية لتبني المسألة. ولم يتخلف المشرع الجزائري عن نظرائه من المشرعين، فعمد إلى إدخال التوقيع والتصديق الالكتروني كتقنية جديدة، ونص عليهما في المواد 323 مكرر، 323 مكرر¹ والمادة 327 من القانون المدني بعدما شمله التعديل بموجب القانون رقم 10/05 المتمم والمعدل للقانون المدني والصادر بتاريخ 20/06/2005¹، وعند هذا الحد لم يتوقف المشرع، شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات العربية التي أسهبت في الحديث عن هاته التقنية وأصدرت فيها قوانينا خاصة، بحيث أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 04-15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني²، ومن بعدها قانون التجارة الالكترونية رقم 05-18³. حيث نتساءل في هذا الصدد عن مدى الاعتداد بالتوقيع الالكتروني كألية لإثبات المحررات الالكترونية في ظل مقتضيات الرقمنة؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال توضيح أن المحرر الإلكتروني يجب أن تتوفر فيه جملة شروط فيما يتعلق بالتوقيع، ويجب أن يتم استخدام هذا النوع من التكنولوجيا في ظروف توفر الأمان والثقة في المعلومة الإلكترونية، وهذا كله حتى تعطى لها الحجية الكاملة في الإثبات وحرصنا على بيان هذه النقطة بمقارنة ما جاء به المشرع الجزائري بالنصوص الواردة مع القوانين المقارنة وذلك من خلال التحليل والمناقشة، حيث ارتأينا تقسيم الدراسة إلى محورين كما يلي:

المحور الأول: ماهية التوقيع الالكتروني

المحور الثاني: التوقيع الالكتروني كدليل اثبات

المحور الأول: ماهية التوقيع الالكتروني

وسنتطرق للحديث في هذا المحور لمفهوم التوقيع الإلكتروني (أولا)، ثم نتحدث عن صور التوقيع الالكتروني (ثانيا) كما يلي على التوالي:

أولاً: مفهوم التوقيع الإلكتروني

يتمثل التوقيع في علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه أو ببصمته، أو بأي وسيلة أخرى على مستند للإقرار والالتزام بمضمونه⁴. وقد كان المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني قبل تعديله، يحصر التوقيع على الإمضاء فقط، غير أنه وبصدور القانون رقم 10/05، أضاف أشكالاً جديدة لدعم موثوقية المحرر، إلى جانب التوقيع، بحديثه عن البصمة⁵.

والإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، ويشمل الاسم كاملاً أو مختصراً، كما يشمل كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه، والموافقة على ما ورد فيه والالتزام بمضمونه، فهذا التوقيع بمفهومه التقليدي، فماذا عن التوقيع الإلكتروني؟

سنحاول تبين مفهومه عند الفقهاء وفي التشريعات المقارنة:

فقد تناول قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني، مفهومه في المادة الثانية (02) منه على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"

أما القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2000/06/30، فقد عرفه أنه عبارة عن "أصوات أو إشارات أو رموز، أو أي إجراء آخر يتصل منطقياً بنظام معالجة المعلومات إلكترونياً، ويقترن بتعاقد أو مستند أو محرر، ويستخدمه الشخص قاصداً التوقيع على المحرر"

أما التعليمات الأوروبية المؤرخة في 1999/12/13، فقد عرفت في مادتها الثانية التوقيع الإلكتروني أنه عبارة عن "معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى، وتستخدم كوسيلة لإقرارها"

في حين سكت المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي عن تعريف التوقيع الإلكتروني، فعرفه المرسوم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 2001/03/30 على أنه "مجموعة من البيانات تصدر عن شخص نتيجة للالتزام بالشروط الواردة في الفقرة الثانية من المادة 1316 من القانون المدني"

أما المشرع الجزائري، فقد سكت عنه في ظل تعديل القانون المدني، واكتفى في الفقرة الثانية من المادة 327 بالنص على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر⁶". أما في ظل القانون رقم 04-15 المتعلق بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين، وبموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية منه، فقد عرفت التوقيع الإلكتروني على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

غير أن مفهوم التوقيع الإلكتروني، لم تحدده التشريعات بدقة بقدر ما حدده الفقهاء وأهل الخبرة في هذا المجال، فجاءت تعريفاتهم كما يلي:

فمنهم من عرفه أنه ملف رقمي صغير (شهادة رقمية) تصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة، ومُعترف بها من الحكومة، وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات المهمة الأخرى مثل رقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها. وهناك من عرفه أنه مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف الإلكترونية تدل على شخصية الموقع دون غيره.⁷

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء بخصوص التوقيع الإلكتروني على أنه " إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونياً"⁸.

ثانياً: أنواع التواقيع الإلكترونية

وقد حصر خبراء هذه التقنية أنواع التواقيع الإلكترونية في ثلاثة أصناف وهي:

1: التوقيع اليدوي: la signature numérique

يتم هذا التوقيع بواسطة الموقع نفسه الذي ينقل المستند الموقع منه يدوياً إلى جهاز الماسح الضوئي (scanner)، فيقوم بقراءة وتصوير ونقل التوقيع كمجموعة رسوم بيانية تحفظ داخل جهاز الكمبيوتر، فيتحول إلى توقيع إلكتروني، يمكن إضافته إلى الوثيقة المراد توقيعها، وتم تطوير هذا النوع من التوقيع باستخدام قلم إلكتروني حساسي يمكنه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي، وذلك عن طريق استخدام برنامج خاص بذلك، يقوم بالتقاط التوقيع، والتحقق من صحته، وقبوله إذا كان صحيحاً، ورفضه إذا كان غير ذلك.⁹

ورغم قدرة هذه التقنية على تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني، إلا أنه قد يؤدي إلى زعزعة الثقة لاستطاعة الشخص المستقبل الاحتفاظ بهذا التوقيع ووضعه على مستندات أخرى، وذلك بنفس الطريقة التي وضع بها هذا التوقيع.

2: التوقيع البيومتري: la signature biométrique

يعتمد هذا التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان¹⁰ كالבصمة بواسطة الإصبع أو شبكة العين أو نبذة الصوت أو الحمض النووي الجيني، وغيرها من الخصائص الذاتية للإنسان، وتتم هذه العملية عبر استعمال كمبيوتر وكاميرا وجهاز لقراءة البصمة. فبتاريخ 2000/08/14 أدخلت شركة (litronic) نظام توقيع يعتمد على الخصائص البيولوجية للإنسان، فعندما يقوم شخص بتوقيع مستند إلكتروني، يتم التحقق من هويته عبر تلك الخصائص¹¹.

لكن هذه الآلية تعترضها عدة عقبات، لاحتمال تغير بعض خصائص الإنسان بفعل الظروف، كتآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بفعل بعض المهن اليدوية، أو تأثير التوتر على نبرة الصوت، وتشابه أشكال أوجه التوائم، لهذا فإن هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية نادر عبر شبكات الانترنت.

3: التوقيع الرقمي: la signature digital

وهو عبارة عن تشفير رقمي يعتمد على خوارزميات أو معادلات حسابية رياضية لضمان سرية المعلومات والاتصالات بطريقة آمنة، عبر تحويله إلى شكل غير مفهوم إلا من صاحب العلاقة، حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستعمال مفتاح معين لتشفير الرسالة الإلكترونية، ثم يعتمد مستقبل تلك الرسالة إلى فك التشفير بالمفتاح الآخر للحصول على المعلومات المرسله، فإذا ظهرت الرسالة بعد فك التشفير بصورة واضحة ومقروءة كان توقيع المرسل صحيحا.

وهذه المفاتيح تعتمد في الأساس على تحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة الرياضية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام، فبإضافة التوقيع إلى المحرر عن طريق الأرقام يستطيع الشخص قراءة المحرر والتصرف فيه، ولا يستطيع الغير التصرف فيه إلا عن طريق هذه الأرقام¹² ويصادق عليها من سلطة مختصة تصدر شهادة مصادقة للتوقيعات الإلكترونية، فالمفتاح الخاص يستعمل من صاحب التوقيع أما العام فيستعمل من الجميع، ويعتبر هذا التوقيع التقنية الأكثر شيوعا في الاستعمال بين الناس. وهذا النوع من التوقيعات، لا يمكن التعامل بموجبه إلا عن طريق وسيط والمتمثل في سلطات المصادقة.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك توقيع آخر يتم بواسطة الرمز السري، وذلك بإدخال بطاقة ممغنطة في آلة مناسبة، ثم إدخال الرقم السري والضغط على زر الموافقة لإتمام العملية المطلوبة، وهو التوقيع الأكثر شيوعا في الاستعمال في أجهزة الصرف الآلي لدى المصارف للحصول على كشف حساب أو سحب مبالغ نقدية أو تحويلات مالية إلى حساب آخر.

المحور الثاني: التوقيع الإلكتروني كدليل اثبات

إن أهم ميزة يتصف بها التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي، أنه ليس ناشئا بمحض إرادة الموقع، وبمعنى آخر أن التوقيع التقليدي هو من إنشاء صاحبه، فله الحرية في اختيار أي رمز يدل على اسمه أو لقبه خاص به، في حين أن التوقيع الإلكتروني لا يعتبر كذلك إلا إذا حصل عليه من السلطات المعنية، ووفقا للإجراءات المحددة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تحدث عن التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 10/05 كوسيلة جديدة للإثبات، ولم يعقب ذلك بتنظيمات ولوائح تبين شكل هذا التوقيع، وكيفية منحه، الى ان جاء القانون رقم 04-15 ليبين هذه الجزئيات المتعلقة بإجراءات منح واستعمال التوقيع الإلكتروني.

ولذا وأمام النص الجزائري المنظم لعملية التوقيع الإلكتروني، فسنتناول إجراءاته مع التشريعات المقارنة، والتي وإن اختلفت فيما بينها في بعض الجزئيات، فإنها تتفق في الخطوط العريضة لكيفية العمل بهذه التقنية، بحيث نبدأ بكيفية الحصول عليه، وكذا الجهات المانحة له (أولاً)، ثم شروط صحته حتى يتم الاعتداد به كدليل اثبات (ثانياً).

أولاً: إجراءات الحصول على التوقيع الإلكتروني

يمكن حصر هذه الإجراءات في الخطوات التالية:

1- للمعني والذي يريد التعامل عبر الوسائط الإلكترونية أن يتقدم إلى أحد الهيئات المتخصصة¹³ في إصدار هذه الشهادات وذلك مقابل مبلغ معين من المال سنوياً، وتتم مراجعة الأوراق والمستندات ومطابقة الهوية بواسطة بطاقة التعريف أو رخصة السياقة أو جواز السفر، سواء تم الحضور الشخصي أمام هذه الهيئات، أو يكفي إرسال الأوراق بالفاكس أو البريد.

2- يتم إصدار شهادة ومعها المفتاح العام والخاص للمستخدم الجديد.

3- عندما ترسل الرسالة الإلكترونية، يقوم المعني بتشفير الرسالة باستخدام المفتاح العام التابع للمستقبل أو المفتاح الخاص به، وفي كلتا الحالتين يرفق توقيعه الإلكتروني داخل الرسالة.

4- يرسل البرنامج الخاص بالمستقبل بإرسال نسخة من التوقيع الإلكتروني إلى الهيئة التي أصدرت الشهادة للتأكد من صحة التوقيع.

5- تقوم أجهزة الكمبيوتر المتخصصة في الهيئة بمراجعة قاعدة البيانات الخاصة بها، ويتم التعرف على صحة التوقيع وتعاد النتيجة والمعلومات الخاصة بالشهادة إلى الأجهزة الخاصة بالهيئة مرة أخرى.

6- يتم إرسال المعلومات والنتيجة إلى المستقبل ليتأكد من صحة وسلامة الرسالة.

7- يقوم المستقبل بقراءة الرسالة وذلك باستخدام مفتاحه الخاص إذا كان التشفير¹⁴ قد تم على أساس مفتاحه الخاص أو بواسطة المفتاح العام.

ونلاحظ في إجراءات العمل بتقنية التوقيع الإلكتروني، أن هناك وسيط دائماً، سواء في الحصول على التوقيع الإلكتروني، أو في التعامل بمقتضاه، ألا وهي سلطات المصادقة. وهي عبارة عن أشخاص طبيعية أو اعتبارية ترخص لها السلطات المختصة باعتماد التوقيع الإلكتروني¹⁵ وسواء كانت هيئات عامة أو خاصة، فهي هيئات مستقلة وحيادية، وقد أجاز قانون اليونسترال النموذجي لسنة 2001 لسلطات المصادقة تقديم خدمات أخرى ذات صلة بالتواقيع الإلكترونية.

فمثلاً في جمهورية مصر العربية نص قانون التوقيع الإلكتروني على إنشاء هيئة لها الشخصية الاعتبارية العامة، يطلق عليها اسم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ونصت على تبعية هذه الهيئة

لوزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، على أن يكون مقرها بالجيزة، وفروعها في جميع أنحاء الجمهورية¹⁶. وهناك من دارجي القانون، من منح صفة الموثق لهذه السلطات، بما معناه حضورها في المعاملة الإلكترونية، يضفي عليها الصفة الرسمية¹⁷.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبموجب القانون المتعلق بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين، فقد بين تطبيقات تقنية التوقيع الإلكتروني، وينشئ سلطات المصادقة للشهادات، والمصادقة على صحة التوقيعات¹⁸.

شهادة التصديق الإلكتروني:

هي الشهادة التي تصدرها جهات التصديق الإلكتروني المرخص لها بالعمل، ومضمونها الإقرار أن التوقيع الإلكتروني توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره، ويستوفي الشروط والضوابط والمعايير الفنية والتقنية المنصوص عليها في القانون.

وقد عرفها قانون اليونسترال في المادة الثانية منه أنها تمثل رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع.

وعن القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، فعرفها "أنها الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها، والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".

في حين عرفها التشريع الجزائري لسنة 2015، في نص المادة 02 الفقرة 7 منه على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

ويمكن حصر التزامات سلطات المصادقة في:

- الحماية والسلامة للتوقيع الإلكتروني، والتأكد من صحته.
 - إعلام المتعاملين معها بطريقة استعمال خدماتها وكيفية إنشاء التواقيع الإلكترونية وتقديم النصائح.
 - الالتزام بالسرية لحماية الحياة الخاصة من خلال حماية المعلومات التي حصلت عليها حول شخصية طالب الشهادة.
 - ضمان صحة المعلومات وضمان كفايتها، وتأريخها، وتبويبها... الخ.
- وهناك العديد من سلطات المصادقة على التواقيع الإلكترونية والمعترف بها على الصعيد الدولي منها: M .TRUST, WEB TRUST, ARINIC, TRADE VPI.

ثانيا: شروط صحة التوقيع الإلكتروني

إن الأهمية التي يكتسبها التوقيع الإلكتروني في مجال تدعيم الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني تفوق بكثير تلك التي يتمتع بها التوقيع الخطي، ذلك أن هذا الأخير أهميته تظهر بالنسبة للمحرر العرفي أكثر، في حين أن التوقيع الإلكتروني يدعم الثقة ويوثق الورقة العرفية والرسمية على حد سواء، وذلك بسبب غياب الموظف العام على الأقل حاليا لأن القوانين المنظمة لعمل الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة كالموثق تجهل بعد التصديق في الشكل الإلكتروني. مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر للتوثيق، بحيث أصبحت جهات المصادقة التي تنشئها الدولة تتولى عملية منح توقيع إلكتروني يتوافر على جملة شروط تضمن صحته. وتقوم بعد ذلك بمنح شهادة مصادقة على صحة التوقيع المستعمل في التعبير عن إرادة الموقع في إبرام التصرف القانوني.

وقبل التطرق لهذه الشروط بنوع من التفصيل بداءة نقول أن الإحالة التي نص عليها المشرع بموجب المادة 02/327 المستحدثة على الشروط الواردة بالمادة 323 مكررا 1، فيما يتعلق بصحة التوقيع الإلكتروني هي إحالة غير صائبة في نظرنا، ذلك أن هذا الأخير أكثر تعقيدا وخصوصية من الكتابة التي يتضمنها المحرر الإلكتروني لكونه وسيلة التعبير عن إرادة إبرام التصرف، مما يجعل مسألة قبوله كدليل كتابي كامل تستلزم شروط أخرى إضافة إلى تلك المتطلبة في الكتابة منها ما هو مستنبط من التوقيع العادي و منها ما نصت عليه المادة 323 مكررا 1 ومنها ما هو تقني ومنها ما يتعلق بجانب المعلومة الإلكترونية وفيما يلي نحاول بيان هذه الشروط¹⁹:

1: أن يكون متميزا ومرتبطا بشخص صاحبه

يعتبر التوقيع التقليدي علامة شخصية و مميزة لصاحبه، فكذلك التوقيع الإلكتروني هو علامة مميزة وخاصة بشخص واحد دون غيره، لارتباطه بمفتاح عام وخاص متعلق بذلك التوقيع دون غيره، فالجهات المعتمدة لمنح التوقيعات الإلكترونية تمنح توقيعاً إلى شخص الطالب ويكون متمتعاً بخصائص رقمية أو بيولوجية تتصل بالموقع كقزحية العين أو نبضة الصوت وغيرها.

2: أن يكون كافيا لتحديد هوية صاحبه

يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني كافيا لتحديد هوية الموقع على الرسالة الإلكترونية، وذلك من خلال الرجوع إلى الهيئات المتخصصة بالتصديق، فكما رأينا سابقا أنه عند طلب توقيع إلكتروني تقوم الهيئة المعتمدة بمراجعة الأوراق والوثائق ومطابقة الهوية بواسطة جواز سفر أو رخصة قيادة، وفي بعض الحالات يطلب من الشخص الحضور شخصيا للمقر. وعند استخدام الشخص لتوقيعه في عملية ما يتم التأكد من صحته لدى هذه الجهة التي تراجع أجهزتها قاعدة البيانات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني المعني.

والمثال على ذلك التوقيع بالرقم السري في بطاقات الصرف الآلي، الذي بمجرد إدخاله في جهاز الصرف يتعرف عليه ويدخل الشخص الموقع لحسابه، وعملية تحديد هوية مبرم التصرف القانوني أمر مهم خاصة

في مجال الوفاء بالالتزامات العقدية ليتم تحديد أهلية صاحب التوقيع فلا يمكن تصور منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعاً إلكترونياً، كما يجب تحديد من يتحمل المسؤولية عند الإخلال بالالتزامات المتفق عليها²⁰.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض القوانين²¹ التي وضعت قرينة قانونية تعتبر فيها التوقيع الإلكتروني الموثق بشهادة المصادقة صادر عن الشخص المنسوب إليه ومحدد لشخصيته ودال على موافقته على مضمون المحرر الإلكتروني الموقع عليه وذلك إلى غاية إثبات العكس.

3: سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع

يجب على صاحب التوقيع الإلكتروني أن يكون حريصاً على تأمينه و حمايته، بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة فك رموزه أو شفرته، وذلك باعتماد بصمة إلكترونية أو استعمال نظام تشفير، وهو ما يقابله في التوقيع التقليدي البصمة البيولوجية وعُقد التوقيع الخطي والختم الخاص بالموقع²².

4 : ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطاً وثيقاً

معنى ذلك ضرورة تكامل البيانات المتعلقة به، بحيث يكون أي تغيير يلحق رسالة البيانات أو المحرر الإلكتروني بعد توقيعها قابلاً للكشف بحيث أن تعديل أحدهما يؤدي إلى تعديل الآخر ولا يمكن بالتالي فك الشفرة.

5: التوثيق

هو مجموعة من الإجراءات التي يتم تحديدها من قبل الأطراف بهدف التحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من قبل شخص معين، وذلك باستخدام مختلف الوسائل بما فيها وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير وأي وسيلة تحقق أمان التوقيع²³.

إن إصدار أي محرر إلكتروني مهما كان لا بد من القيام بتوثيقه لدى جهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة²⁴، تتولى – كما سبق بيانه- إعطاء شهادات مصادقة وذلك بعد تأكدها من مطابقة التوقيع الإلكتروني وصحته، وبمنح هذه الشهادة يصبح للتوقيع الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير من تاريخ ثبوت تاريخ التوثيق.

بعد إتمام إجراءات التوثيق يتم منح صاحب المحرر الإلكتروني رمز التعريف الشخصي الخاص بهذا المحرر من طرف نفس الهيئة الموثقة، ويستفاد من هذا الرمز إمكانية تمييز المحرر عن غيره، ويتم استخدامه من قبل الشخص المرسل إليه.

خاتمة:

لقد أفلح المشرع الجزائري باصداره قانون خاص بالتوقيعات ال إلكترونية بين من خلاله بشكل مفصل شروط صحة التوقيع ال إلكتروني، تحديد أنواعه وبيان حجية كل نوع، إضافة إلى تحديد الشروط الدنيا في المنظومة المستعملة في إنشاء التواقيع ال إلكترونية وكيفية استخدامها والأجهزة المستخدمة في ذلك بتنظيم مسألة التشفير.

وكخلاصة عامة ننهي إلى القول بمجموعة من النتائج مفادها إلى أن التوقيع الإلكتروني:

- غير مقتصر على التوقيع الخطي فقط، وإنما يشمل البصمة، وفي قراءة للمادة 327 من القانون المدني المعدل نجد أنها أدخلت لصحة المحرر العرفي البصمة إلى جانب التوقيع، وفي هذه الحالة فالتوقيع الإلكتروني بالبصمة يدخل في باب التوقيع لا البصمة باعتبار أن البصمة الإلكترونية هي نوع من التواقيع الإلكترونية.

- لا يتم التوقيع عبر وسيط مادي وإنما إلكتروني.

- لزوم تدخل طرف ثالث ليقوم بدور الوسيط بين أطراف المعاملة، والذي يضفي الثقة والرسمية على المعاملة الإلكترونية والمتمثلة في سلطات المصادقة.

- إنشاء أو اعتماد هيئة متخصصة في المجال المعلوماتي توكل لها مهمة منح التواقيع الإلكترونية والتزويد بخدمات التصديق وتنظيم كيفية قبول شهادات تصديق هيئات أجنبية معتمدة لدى دولها لتنشيط التجارة والمبادلات.

- تجريم الأفعال الواقعة على المحرر ال إلكتروني أو التوقيع ال إلكتروني سواء تعلق الأمر به في حد ذاته أو بالشهادة الموثقة له.

لكن الملاحظ على المستوى العملي غياب كلي للمنازعات الناجمة عن إبرام التصرفات في الشكل الإلكتروني، ونظرا لعدم شيوع مثل هذه التعاملات في مجتمعنا بسبب عدة اعتبارات لكن الأمر لن يبقى هكذا، لاسيما في ظل الاتجاه نحو رقمنة مجال التجارة وصدور قانون خاص بالتجارة الإلكترونية لمسايرة التطور الحاصل خاصة مع فتح السوق الوطنية على الاستثمار الأجنبي. وما يتطلب ذلك من ضرورة تحيين نظرية الالتزامات لاستيعاب إبرام العقود الإلكترونية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ قائمة المصادر:

- القوانين:

- 1- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 جوان 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 2005، يتضمن القانون المدني، الصادر في 20 جوان 2005.

- 2- قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج.ر.ج. عدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.
- 3- قانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر.ج. عدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.

ثانيا/قائمة المراجع باللغة العربية:

- الكتب:

- 1- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006.
- 2- محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2005 .
- 3- مولود قارة، محاضرة عن التوقيع والتوثيق للإلكترونيين الإطار القانوني، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2009.
- 4- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981.
- 5- نادر شافي، التوقيع الإلكتروني، الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، دار الفكر الجامعي، 2003.

ثالث/ باللغة الاجنبية:

-SanTiago Cavanillas Mugica, Vincent Gautrais , Didier Gobert, Rosa Julia Barcelo, Etienne Montero, Yeves Pouillet, Anne Salaim, Quentin Van Daele, commerce électronique(le temps des certitudes) delta, 2001.

الهوامش:

- ¹ - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 جوان 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 2005، يتضمن القانون المدني، الصادر في 20 جوان 2005.
- ² - قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج.ر.ج. عدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.
- ³ - قانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر.ج. عدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.
- ⁴ - يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981، صفحة 130.
- ⁵ - وقد اكتفى المشرع الجزائري بالبصمة على غير نظيره المصري، والذي يضيف قانونه وسيلة أخرى إلى جانب التوقيع والبصمة ألا وهي الختم.

- ⁶ - عرفه القانون البحريني في المادة الأولى منه على أنه معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته. كما عرفه قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 على أنه: توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة.
- ⁷ - منير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، نفس المرجع السابق، صفحة 194 و 195.
- ⁸ - وهذا ما ذهب إليه أيضاً الفقه الفرنسي في تعريف التوقيع الإلكتروني على أنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من يصدر عنه هذه الإجراءات وقبول مضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه.
- ⁹ - محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2005، صفحة 239.
- ¹⁰ - SanTiago Cavanillas Mugica, Vincent Gautrais, Didier Gobert, Rosa Julia Barcelo, Etienne Montero, Yeves Pouillet, Anne Salaim, Quentin Van Daele, commerce électronique(le temps des certitudes) delta, 2001, page 59 (**la science biométrique s'intéresse aux caractéristiques physiques uniques des personnes, susceptibles de les identifier dans leur individualité**).
- ¹¹ - نادر شافي، التوقيع الإلكتروني، الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه.
- ¹² - تبني الآلة المستخدمة في ذلك على مجموعة من المبادئ الرياضية، ومن بينها المبدأ المسمى الدالة أحادية الاتجاه، وتشفير المفتاح المعلن، وهاذين المبدأين يمثلان مفهومين رياضيين متقدمين للغاية، محمد عبيد الكعبي، نفس المرجع السابق، صفحة 241.
- ¹³ - أشهر هيئة في هذا المجال verisign and digital signature trust
- ¹⁴ - التشفير هو فرع من الرياضيات التطبيقية المختصة بتحويل الرسائل إلى أشكال تبدو وكأنها لا يمكن فهمها وإعادتها مرة أخرى، كما كانت عن طريق مفتاح عام ومفتاح خاص، وتسمى الأجهزة وبرامج الحاسب الآلي التي تستخدمها نظام التشفير اللاتماثل وسيكون محل دراسة في الفصل الثاني.
- ¹⁵ - من المفروض أن تكون هناك جهتين: الأولى لها سلطة إصدار شهادات ومراقبة المفتاح الخاص والثانية تودع لديها مفاتيح الشفرات، والتي يمكن طلب منها المفتاح الخاص في حالة التلف كما جاء به الأستاذ محمد بودالي، جامعة سيدي بلعباس.
- ¹⁶ - محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006، صفحة 51.
- ¹⁷ - مولود قارة، محاضرة عن التوقيع والتوثيق الإلكترونيين الإطار القانوني، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.
- ¹⁸ - نص المادة 14 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق الذكر.
- ¹⁹ - المادة (6) فقرة 3 من قانون اليونيسترال للتوقيعات نصت على أنه " يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقاً به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 01 إذا: أ - كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر.
- ب - كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.
- ج - كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع و كان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلاً للاكتشاف.
- ²⁰ - لورنس محمد عبيدات - المرجع السابق- ص 130.
- ²¹ - نصت على ذلك على سبيل المثال: المادة (32/أ/2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني و المادة (142 مكرر 5) من مشروع تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني . و المادة (02) من المرسوم رقم 272/2001 بشأن تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني .
- ²² - ما يلاحظ من خلال الخبرات التقنية في مجال دعاوى التزوير أن من نقاط المقارنة التي يتم على أساسها التحقق من صحة التوقيع و نسبته إلى صاحبه هي العُقد الخطية التي يتضمنها التوقيع.
- ²³ - د. لورنس محمد عبيدات - المرجع السابق- ص 132.
- ²⁴ - تختلف هذه الجهة بحسب قانون كل دولة مثلاً: في الأردن مجلس الوزراء ، تونس الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية ، مصر هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا و أسند قانون دبي التوثيق إلى رئيس الحكومة.

مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي Schools of interpretation of texts in Islamic jurisprudence and positive law

لعربي باشا مصطفى

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
جامعة وهران 1، الجزائر
mustaphalarbipacha@gmail.com

عاشور ميلود

كلية الحقوق والعلوم السياسية
برج بوعربرج، الجزائر
miloud.achour@univ-bba.dz

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/06/02

تاريخ الاستلام: 2023 / 05 / 26

ملخص:

إن تسارع الأحداث وكثرة النوازل والمستجدات في حياة الناس، استلزم إيجاد إجابة لها في كل من التشريعين الفقهي والقانوني، وإن العقول البشرية مهما بذلت من اجتهادات فإنها تبقى قاصرة على الإيفاء مهما بذلت من نظروا واستقراء، وأمام كل هذا فإن النص الشرعي والقانوني يحتمل وجوها عدة تحتاج إلى تفسير؛ والتفسير مختلف أنواعه تبعاً لمن يتصدر للتفسير، لذا تباينت اتجاهات المفسرين وأفرزت مدارس مختلفة كبرى، وانطلاقاً مما سبق ذكره كانت لنا هذه الدراسة المقارنة والتي تناولنا فيها مفهوم التفسير وأنواعه ومدارسه الفقهية والقانونية، وخطورة التعامل مع نصوص الشريعة الإسلامية كونها وحي يوحى.

الكلمات المفتاحية: تفسير؛ الفقه؛ الشريعة؛ القانون؛ النصوص؛ مدارس.

Abstract:

The acceleration of events and the abundance of calamities and developments in people's lives necessitated finding an answer to them in both jurisprudential and legal legislation, and that human minds, no matter how much they exerted jurisprudence, remain limited to fulfilling whatever they exerted from consideration and extrapolation, and in front of all this, the legal and legal text bears several faces that need to be Explanation; Interpretation is of different types depending on who leads the interpretation, so the directions of the interpreters differed and different major schools emerged, and based on what was mentioned above, we had this comparative study, in which we dealt with the concept of interpretation, its types, and its jurisprudential and legal schools. From the following results: The danger of dealing with the texts of Islamic law being a revelation. The jurisprudential and judicial interpretation is not binding. The spirit and purposes of Islamic law must be observed. Islamic jurists have taken the lead in this field. The jurists of Islamic law are more accurate in dealing with the texts, and yet their opinions remain subject to reference. The Algerian legislator chose the free school (the scientific school).

Keywords: interpretation, jurisprudence, Sharia, law, texts, schools.

* المؤلف المرسل: عاشور ميلود

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا مباركا فيه، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن نبينا محمدا عبده ورسوله. اللهم صل وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تمسك بسنته، واهتدى بهديه.

أما بعد: إنَّ الدراسات المقارنة أضحت اليوم من أبرز القضايا المطروحة على الساحة، لا سيما إذا تعلق بعلم من العلوم الإنسانية كمجال للمقارنة بين الشريعة والقانون، وتظهر أهمية الموضوع-تفسير النصوص- في كونه يحاول أن يبرز دور أصول الفقه خاصة للمتخصصين في مجال القانون، لأن أغلب كتب المدخل إلى العلوم القانونية أو أصول القانون أو المبادئ العامة للقانون تعالج العناصر المتشابهة نفسها بين العلمين فيما تعلق بالتفسير.

وهذا ما يدعونا لطرح الإشكالية التالية: ماهي أبرز مدارس التفسير في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟ وما هي المدرسة التي اعتمدها المشرع الجزائري؟

ولدراسة هذا الموضوع اعتمدنا في دراستنا على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي.

ولقد هدفت إلى هذه الدراسة إلى إظهار قواعد تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية، والمبادئ التي يعتمد عليها في تفسير نصوص القانون، وإبراز دور علم أصول الفقه في فهم أي نص سماوي أو وضعي.

وأما في ما تعلق بالدراسات السابقة لهذا الموضوع فإنه مبعوث ومبسوط في كتب أصول الفقه الإسلامي وكذا كتب القانون، إلا أن هذه الدراسة التي قمنا بها حاولنا من خلالها اختصار هذا الموضوع ليسهل على الباحث والقارئ معرفة ماهية هذا الموضوع، وكذا محاولة إحداث دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذا المجال، ولقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة كما يلي.

-المبحث الأول: تعريف تفسير النصوص.

-المبحث الثاني: أهمية تفسير النصوص وأنواعه.

-المبحث الثالث: مدارس تفسير النصوص.

-المبحث الأول: تعريف تفسير النصوص

وس يتم التطرق إلى بيان معنى تفسير كمركب إفرادي وإضافي.

-المطلب الأول: تعريف تفسير النصوص كمركب إفرادي.

وسنعرض فيه تعريف كل من مصطلح التفسير والنصوص

الفرع الأول- تعريف التفسير لغة واصطلاحاً.

سنتطرق إلى بيان معنى التفسير من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية عند علماء الشريعة الإسلامية وأهل القانون.

أولاً- لغة: من الفعل الثلاثي فَسَّرَ، من الفُسْر: وهو البيان، ومنه قوله تعالى: **﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾** الفرقان³³، والفُسْرُ كشف المغطى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل، واستفسرته عن كذا: أي سألته أن يُفسره لي¹.

ثانياً- اصطلاحاً: عند علماء الشريعة وأهل القانون**1- عند علماء الشريعة الإسلامية.**

يطلق التفسير ليدل على أحد علوم الشريعة الإسلامية المتعلقة بالقرآن الكريم. قال الزرقاني: **«علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالاته على مراد الله تعالى بقدر الطاقة البشرية»**². أي على المفسر المؤهل أن يبذل في ذلك الوسع والجهد قصد استخراج الأحكام الشرعية حتى يتمكن المكلف من معرفة ما يجوز فعله وما لا يجوز، لذا عرف الزركشي التفسير بقوله: **«علم يعرف به فهم كتاب الله تعالى المنزل على نبيه، وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحكمه»**³.

وهذا لا يعني أنَّ السنة النبوية الشريفة التي تعد المصدر الثاني للتشريع الإسلامي لا تحتاج إلى تفسير وبيان، بل يشملها كذلك.

أما علماء أصول الفقه الإسلامي فقد تناولوا التفسير تحت عنوان البيان وأنواعه⁴.

2- عند أهل القانون.

وجدت عدة تعاريف للتفسير عند أهل القانون منها: **«بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه، واستنتاج الحكم الذي تنص عليه قصد تطبيقه تطبيقاً صحيحاً»**⁵. وعرفه البعض بقولهم: **«هو العملية الذهنية القاصدة إلى تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها عن طريق توضيح نص غامض، أو إكمال نص مقتضب، أو التوفيق بين الأجزاء المناقضة للنص الواحد»**⁶.

والمتمأل في تعريف التفسير عند علماء الشريعة وأهل القانون يجد أن كلا منها يريد الكشف و البيان والتوضيح للنص.

الفرع الثاني- تعريف النصوص لغة واصطلاحا

أولا- لغة: النصوص جمع نص، والنص رفع الشيء. يقال نص الحديث ينصه نصا إذا رفعه. وكل ما أظهر فقد نص ووضّع على المنصة أي: في غاية الظهور والشهرة، والمنصة: ما تظهر عليه العروس لتُرى⁷.

ثانيا- اصطلاحا: عند علماء الشريعة وأهل القانون

1- النص عند علماء الشريعة

المراد بالنص في الاصطلاح الشرعي العام: نص الكتاب والسنة النبوية. يقال هذا ثابت بالنص أي بالكتاب والسنة⁸.

أما علماء أصول الفقه الإسلامي فقد تناولوا النص تحت عنوان الدلالات⁹، عند تطرقهم لدراسة الألفاظ من حيث الظهور والخفاء.

2- النص في عرف القانونيين

ترد كلمة النصوص كثيرا في كتب القانون، وفي المواد القانونية، وفي الأحكام والقرارات القضائية، ذلك أن القوانين كلها تأتي على شكل نصوص. وبهذا فالنصوص¹⁰ هي قوالب لغوية تقدم بها القواعد القانونية التي يريدتها المشرع¹⁰.

ومن أمثلة ورود كلمة نص في القانون ما جاء في المادة الأولى من ق.م قولها: ¹¹يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية...¹¹.

ومن أمثلته في القرارات القضائية. ¹²المبدأ: لا وجود لنص قانوني يلزم القاضي بإرجاء الفصل في دعوى الطلاق...¹².

بعد أن أوردنا التعريف اللغوي والاصطلاحي لكل من لفظتي التفسير والنصوص كمركب إفرادي، لابد من تعريفهما كمركب إضافي في الشريعة والقانون.

-المطلب الثاني: تعريف تفسير النصوص كمركب إضافي.

الفرع الأول: تفسير النصوص في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية

عرفها أديب الصالح بقوله: ⁽¹³⁾ «بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام، للعمل بالنص على وضع يفهم من النص»⁽¹³⁾.

أولاً: شرح التعريف

(البيان): الإظهار والكشف.

(معاني الألفاظ): أي معرفة ما تدل عليه ألفاظ النصوص من الأحكام:

-من حيث الوضوح: إلى ظاهر نص ومفسر ومحكم، أو من حيث الإيهام إلى مجمل ومتشابه ومشكل فيقوم العالم الأصولي إلى تفسيرها وإزالة غموضها.

-من حيث تعدد وجوه الألفاظ ومعانيها: إلى منطوق أو مفهوم أو إشارة أو دلالة اقتضاء.

-من حيث إدراك معاني الألفاظ حالة العموم والاشتراك: إلى عام ومشترك وخاص ومطلق ومقيد أمر ونهي.

-(للعمل بالنص): أي تنزيل النص والعمل به من طرف المكلف.

-(على وضع يفهم من النص): أي تفسير النص يكون في ضمن دائرة النص الموجود في حدود الأصول اللغوية والشرعية، وكذا معرفة أسباب النزول وتاريخه⁽¹⁴⁾.

ثانياً: تفسير النصوص في اصطلاح أهل القانون

تعددت اتجاهات أهل القانون في تعريف تفسير النصوص، ومرجع الخلاف اختلافهم في مجال التفسير، فمنهم من يقصر التفسير إلى بيان معنى النص المهم، فلا مجال إلى تفسيره عند وضوحه.

وذهب اتجاه آخر أن التفسير يكون لجميع النصوص المهمة والواضحة، كما أن منهم من يقتصر التفسير على توضيح معاني النصوص، ومنهم من يتوسع في معنى التفسير فيكمله حالة النقص والتوفيق بين نصوصه حالة التعارض⁽¹⁵⁾، لذا تباينت تعاريفهم وهذا بعض منها.

-الاتجاه الأول: «إزالة الغموض الذي يتضمنه النص وتوضيحه»⁽¹⁶⁾.

-الاتجاه الثاني: «توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتكميل ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة». ومن تعاريفهم أيضاً: «ويكون التفسير بتوضيح ما غمض من نصوص التشريع، والتوفيق بين نصوصه المتعارضة، وتكميل ما نقص من أحكامه»⁽¹⁷⁾.

وعلى ضوء ما تقدم فإن تعاريف هذا الاتجاه لا تقتصر على بيان معنى النص بل تشمل أموراً زائدة، ومن ذلك التوفيق وإكمال النقص.

يضاف إلى ما سبق فإن مفهوم التفسير عند هذا الاتجاه القانوني أوسع من المعنى اللغوي للتفسير.

-المبحث الثاني: أهمية تفسير النصوص وأنواع التفسير.

وسنتناول فيه الأهمية والأنواع

-المطلب الأول: أهمية تفسير النصوص وأهدافها.

الفرع الأول: أهمية تفسير النصوص.

إن تفسير النصوص على درجة كبيرة من الأهمية، فهو لا يقل شأنًا عن أهمية الاجتهاد، بل هو جزء لا يتجزأ منه، ويمكن إبراز هذه الأهمية في النقاط التالية:

أولاً- إندراجها ضمن عموم الأدلة الدالة على فضل الاجتهاد: إن الأدلة التي بينت فضل الاجتهاد لم تميز بين الاجتهاد في دائرة النص أو الاجتهاد خارجه، وهو استنباط الحكم فيما لا نص فيه. فَعَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ-رضي الله عنه- أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ ⁽¹⁸⁾ «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»¹⁸.

ثانياً- إن تطبيق نصوص القرآن والسنة وكذا النصوص القانونية متوقف على الاجتهاد في تفسير النص: سواء أكان هذا الاجتهاد في فهم النص أم في تطبيقه، وبدون التفسير لا يمكن بحال العمل بهما¹⁹، كما لا يمكن العمل بالنص القانوني دون تفسيره وبخاصة إذا كان غامضاً أو ناقصاً.

ثالثاً- إن اتباع قواعد التفسير طريق لتحقيق العدل: العدل قيمة من القيم الإسلامية التي دعا إلى تحقيقها في المجتمع، ولا يمكن الوصول إلى تحقيق هذه الشعيرة⁽²⁰⁾ إلا من خلال ضبط عملية الاجتهاد في فهم النص حتى تبعده عن الارتجالية والعشوائية، وتخلصه من شائبة الرأي الذي لا يؤيده دليل⁽²¹⁾.

رابعاً- المساواة بين المتماثلين: تعين قواعد تفسير النصوص على المساواة بين المتماثلين في الأثر والغاية، وإن اختلفا في الاسم، ومن ذلك إعمال قاعدة دلالة النص، حيث يكون الشيء مشمولاً بمنطوق النص وإن كان غير داخل بمنطوقه، ومثل ذلك تحريم شتم الوالدين وضربهما من دلاله قوله تعالى: ⁽²²⁾ «فَلَا تَقُلْ لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا»²³. فإن الحكم المفهوم من اللفظ محل السكوت موافق لحكم المنطوق²⁰.

الفرع الثاني: أهداف معرفة قواعد تفسير النصوص بالنسبة لطالب الشريعة والقانون

يمكن إبراز أهداف معرفة باحث الشريعة والقانون لقواعد التفسير في النقاط التالية:

- إن معرفة قواعد التفسير سواء عند علماء الشريعة وأهل القانون ينمي الملكة الفقهية والقانونية لدى الطالب الباحث، وذلك من خلال التعرف على قواعد التفسير عند هؤلاء.
- إن معرفة وحاجة الباحثين في المجال الشرعي إلى معرفة هذه القواعد، لا تقل شأنًا عن حاجة الباحثين في المجال القانوني إلى معرفتها، حتى تكون طريقًا لهم لفهم القانون وتفسير مواده.
- إن معرفة قواعد تفسير النصوص تجعل الباحث يدرك طرق استنباط الأحكام عند علماء الشريعة وأهل القانون

المطلب الثاني: أنواع تفسير النصوص.

ينقسم التفسير الوضعي بحسب الجهة التي تتولاه إلى ثلاثة أقسام: فإن كان من قبل متخصص في مجال القانون ويقوم بشرحه مادة مادة فهذا يسمى بالتفسير الفقهي، وإن كان من قبل الجهة التي أصدرت التشريع فهذا يسمى بالتفسير التشريعي، وإن من قبل المحكمة حالة تطبيقها القانون على حادثة معينة يسمى بالتفسير القضائي، وللتفسير أسباب متعددة منها نقص التشريع وغموضه أو التعارض بين نصوصه وفيما يلي بيان لأنواع التفسير.

-الفرع الأول: التفسير التشريعي

هو التفسير الذي يضعه المشرع لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق، فهو بذلك يصدر من المشرع نفسه، وسبب هذا التفسير اختلاف المحاكم في فهم مواد المشرع من النص، فتتضارب أحكامهم حالة إصدارها، فيتدخل المشرع لوضع حد لهذا الاختلاف بإصدار قانون يوضح قصده ومراده من النص، ويتميز هذا النوع من التفسير بالخصائص الآتية:

أولاً- من حيث المصدر: يصدر هذا التفسير عن الجهة التي أصدرت التشريع، أو جهة خول لها التفسير.

ثانياً- من حيث الإلزام: فهم ملزم للجهات القضائية، وكذا كافة الجهات المكلفة بتطبيق القانون وتنفيذه.

-الفرع الثاني: التفسير القضائي.

هو مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها، لأن المحكمة عندما تنظر في واقعة معينة من أجل إصدار حكم تقوم بعملية تفسير النص القانوني الذي تطبقه في هذه الواقعة، ومن أبرز خصائص هذا التفسير ما يلي:

أولاً- من حيث المصدر: فهو صادر عن المحاكم أثناء نظرها في الواقعة المطروحة أمامها.
ثانياً- من حيث الإلزام: لا يعتبر هذا التفسير ملزماً لا للقاضي ولا لغيره ولا جهة أخرى فسرت القانون.

ثالثاً- من حيث الغائية: يعتبر هذا التفسير وسيلة لا غاية، فهو يساعد للفصل في تلك الواقعة.
الفرع الثالث: التفسير الفقهي.

هو مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح، وسواء أكانوا أشخاصاً قانونيين كالقضاة والمحامين أو أساتذة وباحثين في مجال القانون، ويتميز هذا النوع من التفسير بالخصائص التالية.

أولاً- من حيث المصدر: فيكون من ذوي الاختصاص في مجال القانون.
ثانياً- من حيث الإلزام: لا يعتبر ملزماً لمن فسّره ولا للقضاة ولا لجهة أخرى فسرت القانون.
ثالثاً- من حيث الغائية: فهو غاية لا وسيلة، حيث يقوم الفقيه بتحليل النصوص القانونية والكشف عن قصد المشرع من النص²¹.

-المبحث الثالث: مدارس تفسير النصوص.

سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان أهم مدارس التفسير الشرعية والقانونية.

-المطلب الأول: مدارس تفسير النصوص الشرعية.

لقد صنّف علماء الأصول بعد عهد أئمة المذاهب الفقهية كتباً جليّة وعظيمة في أصول الفقه، وفي طريقة بحثه على طريقتين أو اتجاهين هما: مدرسة المتكلمين-الشافعية- ومدرسة الفقهاء-الحنفية-²²، ومنشأ الخلاف بين المدرستين هو كيفية بناء القاعدة الأصولية، هل تكون سابقة على الفروع والمسائل أم أنّ الفروع والمسائل تسبقها؟.

الفرع الأول: مدرسة المتكلمين(أو مدرسة الجمهور ويتبعها غالباً علماء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية).

تنطلق هذه المدرسة من مبدأ أن القاعدة الأصولية هي الأصل، وأنها الأسى والأسبق وأساساً للاجتهاد ثم تخرّج عليها الفروع الفقهية، وبهذا تكون الأصول هي الحاكمة على الفروع من غير نظر إلى مذهب بعينه.

يعد الشافعي(204هـ) إمام هذه المدرسة كونه وضع أصوله قبل فقهه، فنسبت المدرسة إليه، كما سميت بطريقة المتكلمين كون المشتغلين بعلم الكلام كتبوا على وفق نهجهم كالمعتزلة والأشاعرة والذي

وجدوه يتماشي وميولهم العقلية، ولقد كثر أنصار هذه المدرسة حتى شملت جميع المذاهب الفقهية عدا الحنفية.

ويمكن اختصار خصائص هذه المدرسة فيما يلي:

-الاعتماد على الاستدلال العقلي المجرد.

-عدم التعصب لمذهب فقهي معين.

-الإقلال من ذكر الفروع الفقهية إلا لمجرد التمثيل.

ولقد ألقت كتب كثيرة على هذه الطريقة يخطئها العد، لكن هناك أمهات لا بد من ذكرها وأهمها:

-العمدة للقاضي عبد الجبار المعتزلي(415هـ).

-المعتمد لأبي الحسن البصري المعتزلي(463هـ).

-البرهان للجويني(478هـ).

-المستصفى للغزالي(505هـ).

-المحصول للرازي(606هـ).

وفي مقابل هذه المدرسة وجدت مدرسة فقهية أخرى خالفت في المنهج المدرسة سالفه الذكر، ألا وهي مدرسة الفقهاء.

الفرع الثاني- مدرسة الفقهاء(مدرسة الحنفية).

إنَّ اهتمام الأحناف بالفقه وعنايتهم به جعلهم يسلكون مسلكا مغايرا لمسلك المتكلمين-والإمام تنسب المدرسة-، إذ لم يضعوا الأصول ابتداء، وإنما استنبطوا القاعدة الأصولية على ضوء الفروع الفقهية، حتى أنَّ القاعدة الأصولية إذا ترتب عليها مخالفة فرعي فقهي شكلوها بالطريقة التي تجعلها منسجمة مع المطلب الفقهي.

وأصل ولادة هذه المدرسة عائد إلى أبي حنيفة وصاحبيه²³ وغيرهما من أئمة المذهب والذين لم تؤثر عليهم أصول مدونة للاستنباط، فكانوا يعالجون المسائل التي تعرض عليهم كما يفعل الفقهاء في زمانهم من غير رجوع إلى ضوابط أصولية مدونة ومحددة.

ومن أبرز ما اتسمت به هذه المدرسة من الخصائص ما يأتي:

-ربط الأصول بالفروع تمهيدا للاستخلاص الأصول من الفروع.

-المنزج بين الفقه والأصول.

-ضبط جزئيات المذهب الذي خرجت عليه.

ومن أهم كتبهم.

-أصول الجصاص(370هـ).

-تقويم الأدلة الدبوسي(430هـ).

-أصول البزدوي(730هـ).

-المنار للنسفي(710هـ).

بناء على ما سبق ذكره فإن هناك تمايزا بين المدرستين ولكل مدرسة خصائصها، فالمتكلمون يعرضون قواعد مجردة عن الفروع، والفقهاء يعرضونها مستوحاة من الفروع، ومهما قيل عن هذا الاختلاف في استنباط الأحكام فإن المآل واحد هو عدم ترك الوقائع والأحداث دون حكم شرعي.

الفرع الثالث: لقد ظهر بعد المدرستين السابقتين مدرسة ثالثة ألا وهي مدرسة الشاطبي التي تركز على رعاية مصالح العباد، وتنظر إلى المصالح في رتبها الثلاث-الضروريات، الحاجيات، التحسينيات- لهذا كان العلم بمقاصد الشريعة الإسلامية غاية في الأهمية، وهذا الأمر أغفله علماء الأصول ولم يتكلموا عنه إلا باقتضاب واختصار في باب القياس والمصالح المرسلة²⁴.

وبعد أن تم استعراض المدارس الشرعية في تفسير النصوص سيأتي بيان لأهم مدارس القانون الوضعي.

-المطلب الثاني: مدارس تفسير النصوص القانونية.

اختلفت مدارس تفسير النصوص القانونية بحسب نظرتها لمصادر القانون وأساسه إلى أكثر من مدرسة، وإليك فيما يلي هذه المدارس وما يقابله من المدارس الشرعية.

الفرع الأول: المدرسة التقليدية(مدرسة الشرح على المتن).

ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن 19، وكان الباعث الأساس على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وصدور القانون المدني الفرنسي "المعروف بقانون نابليون" بشكل خاص، والذي كان يعتبر بمثابة كتاب مقدس، وصار هذا الاعتقاد كافيا لإجبار المحاكم وفقهاء القانون على التقيد بنصوص القانون بصورة مطلقة، فكلما طرأ جديد بادر أصحاب الاختصاص إلى هذه النصوص لإيجاد الحل لها.

بناء على ما تقدم ذكره ظهرت هذه المدرسة التي أطلق عليها بمدرسة التقيد بالنص(الشرح على المتن)، لأن أنصارها كانوا يقومون بشرح نصوص التشريع مادة مادة(المتن).

ومن أبرز أنصار هذه المدرسة ديغور وبارتان و فاليت وديملوب ، ومن أقوالهم المشهورة قول الأخير: "إنَّ شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء". وتعتمد هذه المدرسة في تفسيرها للنصوص على المبادئ الآتية.

-التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وعلى القاضي التقيد بما جاء فيه.

-إذا كانت النصوص التشريعية لا يمكنها أن تتضمن كافة الجزئيات فلا مناص من اللجوء إلى تفسيرها، وينحصر هذا التفسير في معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع نفس القانون لا وقت تطبيقه.

لقد بقي هذا المنهج سائرا ومعوّلا عليه في المحاكم حتى نهاية القرن 19، إلا أنّه وجهت إليه سهام النقد كونها أسرفت في التمسك وغلّت في التمسك بحرفية النص فأصبغ بطابع الجمود رغم أن الحياة حبلت بالمستجدات والمتغيرات، كما أن القانون كسائر العلوم مبناه التطور والتعديل.

وإذا ما أريد المقارنة بين هذه المدرسة القانونية وما يقابلها من المدارس الشرعية فهي أقرب إلى مدرسة أهل الظاهر الذين التزموا حرفية النص وعدم التعليل، ولئن كان علماء أهل الظاهر مسوغهم وهو تقديس نصوص الوحي المنزل من رب العالمين وهي نقطة تتقاطع فيها جميع المذاهب الإسلامية، فأبي عذر لهؤلاء الذين يقصدون نصوصا من إنتاج بشري تقادم عليها الزمن.

الفرع الثاني: المدرسة العصرية.

وتضم هذه المدرسة مدرستان مشهورتان ولكل منهما نهج خاص بها.

أولا- المدرسة التاريخية (المنهج التاريخي أو الاجتماعي).

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا على يد الفقيه -سافيني- وهي تقوم على فكرة أساسها أنّ القاعدة القانونية هي نتاج مستمر ومتواصل تعبر عن حاجات الوسط الاجتماعي الذي ولدت فيه وعلى ضوء الظروف التي اقتضت وجودها، ووفقا لنظرية هذه المدرسة يستطيع القاضي أن ينظر أثناء تفسيره للنص القانوني إلى المعاني الكامنة فيه قصد المسيرة والتطور ليتمكن من تطوير القاعدة القانونية دونما الحاجة إلى التعديل المستمر للنص القانوني، ومن أبرز أنصار هذه المدرسة -سالي-. إن المزايا التي تحسب لهذه المدرسة تلافي عيب المدرسة التقليدية، حيث يصير النص القانوني أكثر مرونة وحيوية وتطورا وتلاؤما لمتطلبات وحاجيات المجتمع.

بالرغم من هذا إلا أن هذه المدرسة لم تسلم من النقد، كونها اعتبرت النصوص القانونية حالة صدورها تعتبر منفصلة عن إرادة المشرع مما يعسر وضع قواعد ثابتة للتفسير يُتقيد بها، كما أنها تفتح الباب مُشرعا أمام القضاء للتلاعب بالأحكام متسترا تحت عباءة التفسير.

إنّ المنهج الذي سلكته هذه المدرسة لا يوجد ما يقابله من المدارس الشرعية، إذ لا يوجد منهج شرعي يسوغ لصاحبه تجاوز النص أو تعطيله، فمن القواعد المعرفة في الاجتهاد "لا اجتهاد مع النص". ثانيا- المدرسة العلمية (منهج البحث العلمي الحر).

ظهر هذا المنهج على يد الفقيه-فرانسوا جيني-، ويحاول هذا المنهج التوفيق بين

المدرسة التقليدية والمدرسة من خلال الاستناد إلى مبادئ البحث العلمي الحر، وبمعنى آخر يجب تطبيق نص القانون كما هو عليه أصلاً، فإن وجد فيه نقص أو عيب تعيّن إصلاحه وسد النقص فيه عن طريق البحث العلمي، ووسيلته في ذلك نفس الوسائل المعتمدة عند المشرع في سن التشريعات، وعليه يكون للقاضي جانب ودور في التشريع لكن في حدود ضيقة، ويعتبر فقه هذه المدرسة هو الفقه السائد لما يتميز به من المنطق السليم.

ومنهج هذه المدرسة في صورته المجملة شبيه بالمنهج الذي سار عليه جمهور علماء المسلمين، لأن العمل على وفقه عمل بروح التشريع القائم على قاعدة جلب المصالح ودفع المضار.

ثالثاً: مذهب القانون الجزائي في تفسير القانون.

انطلاقاً من المادة الأولى من ق.م قولها: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

إنّ المشرع الجزائي لم يحصر مصادر التشريع في مصدر واحد بل أحال إلى مصادر أخرى، وعليه فلا مجال للبحث عن الإرادة المفترضة للمشرع²⁵.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث يمكن القول بأن هذا التنوع في الطرح من قبل المدارس الشرعية من حيث النظر إلى دلالات الألفاظ، والاهتمام بمقاصد الشارع الحكيم دليل على عبقرية علماء الإسلام في التنظير. ولقد كان لهذه التأصيلات الأثر البالغ في تباين التفريعات الفقهية المخرجة عليها أو المتفرعة منها، وبسبب هذا الاختلاف نشأت المذاهب الفقهية، والأمر نفسه كان لدى رجال القانون الوضعي في تعدد المدارس عندهم، إلا أن مدارس التفسير الشرعية سبقت غيرها من المدارس بقرون من الزمن، حيث ظهرت أوائل القرن الهجري-أوائل القرن الثامن ميلادي-، أما المدارس الوضعية فظهرت مع أوائل القرن التاسع عشر ميلادي، ولا شك أن المتأخر يقتبس من نور من سبقة ويرسم أبرز خطوطه ومعالمه على ضوئه.

ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث مايلي:

-خطورة التعامل مع نصوص الشريعة الإسلامية كونها وحي يوحى.

-التفسير الفقهي والقضائي غير ملزم.

-لا بد من مراعاة روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

-لقد كان لفقهاء الشريعة الإسلامية قصب السبق في هذا المجال.

-إن فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر دقة في التعامل مع النصوص، ومع ذلك تبقى أراؤهم قابلة للإيراد عليها.
-لقد اختار المشرع الجزائري المدرسة الحرة (المدرسة العلمية).

الهوامش

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ترجمة: عبد الله علي الكبير و محمد أحمد حسب الله ومحمد الشاذلي، دار المعارف، 1119، ج 38، ص 3412. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط 8، 2005، ص 456. الجوهري، الصحاح من اللغة، ترجمة: محمد محمد تامر، دار الحديث، ج 2، 2009، ص 885.
- 2- الزرقاني، مناهل العرفان في علوم القرآن، ترجمة: فواز أحمد زمرلي، دار الكتاب العربي، ط 1، 1995، ج 2، ص 06.
- 3- الزركشي، البرهان في علوم القرآن، ت: عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة، ط 1 (1440)، ج 1، ص 105.
- 4- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط 1، 1986، ج 1، ص 199.
- 5- محمد ساهر عاشور مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة السورية الافتراضية، 2018، ص 92.
- 6- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية الحقوق- جامعة الكويت 2010، ص 03.
- 7- ابن منظور، لسان العرب، ج 28، ص 4434. الصحاح، ج 2، ص 1142. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام هارون، طبعة المجمع العربي الإسلامي 1979، ج 5، ص 356.
- 8- عمر بن عبد العزيز بن عثمان النقص من النص حقيقته وحكمه وأثر ذلك في الاحتجاج بالسنة الأحادية، الجامعة الإسلامية- المدينة المنورة-، ص 14.
- 9- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط 1، ج 1، 1986، ص 197.
- 10- عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي الأردني-دراسة أصولية مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2005، ص 63.
- 11- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 12- مجلة المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2013/09/12، ملف رقم 0857934، العدد 02، 2013، ص 297.
- 13- أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، ط 4، ج 1، 1993، ص 59.
- 14- المرجع نفسه، ص 61.
- 15- محمد صبري، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة، ط 1، ص ص 26/25.
- 16- نجا مهاب، المدخل إلى القانون، دار الشمال للطباعة، بيروت لبنان، ط 1، 1990، ص 153.
- 17- أديب الصالح، مرجع سابق، ص 69.

- 18- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل، ت: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، ج4، 2002، ص1814، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، حديث رقم 7352.
- 19- عبد المهدي أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص73.
- 20- المرجع نفسه، ص73.
- 21- أديب الصالح تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ص110 وما بعدها. عبد المهدي أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص126 وما بعدها. نجا مهاب، مرجع سابق، ص92 وما بعدها. محمد محمودي، تفسير النصوص القانونية في القضاء الدستوري الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، العدد5، 2019، ص64 وما بعدها.
- 22- هذا التقسيم هو الغالب والمشتهر.
- 23- صاحباً أبو حنيفة هما: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي و محمد بن الحسن الشيباني.
- 24- أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص19 وما بعدها. مصطفى سعيد الخن، أبحاث حول أصول الفقه، دار الكلم الطيب، ط1، 2000، ص285 وما بعدها. مصطفى شلبي، أصول الفقه، الدار الجامعية (د س ن)، ص51 وما بعدها. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الفكر الأصولي-دراسة تحليلية نقدية-، دار الشروق، ط1، 1983، ص446 وما بعدها. الزحيلي، مرجع سابق، ص199. أديب الصالح، مرجع سابق، ص197 وما بعدها. بلخير طاهري، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد16، 2012، ص296 وما بعدها.
- 25- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس-مصر-، 1936، ص10 وما بعدها. أديب الصالح، مرجع سابق، ص116 وما بعدها. الحبيب الدقاق، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص55 وما بعدها. بلخير طاهري، مرجع سابق، ص301 وما بعدها. عبد المهدي أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص74 وما بعدها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً – القوانين:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- مجلة المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2013/09/12، ملف رقم 0857934، العدد 02/2013، ص297.

ثانياً – المعاجم وكتب التفسير:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ت: عبد الله علي الكبير و محمد أحمد حسب الله و محمد الشاذلي، دار المعارف، دون طبعة (1119).
- 2- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8 (2005).
- 3- الجوهري، الصحاح من اللغة، ت: محمد محمد تامر، دار الحديث (2009).
- 4- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، ت: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، ط1 (2002).

ثالثاً- الكتب:

- 1- أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، دمشق، لبنان، ط4، 1993.
- 2- الزرقاني، مناهل العرفان، في علوم القرآن، ت: فواز أحمد زمرلي، دار الكتاب العربي، لبنان، ط1، 1995.
- 3- الزركشي البرهان، في علوم القرآن، مؤسسة عيسى البابي الحلبي وشركاه، بيروت لبنان، ط3 (د س ن).
- 4- محمد ساهر عاشور. مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة السورية الافتراضية (د س ن).
- 5- محمد صبري، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة، ط1 (د س ن).
- 6- مشاعل عبد العزيز الهاجري، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كلية الحقوق- جامعة الكويت، 2010.
- 7- نجا مهاب، المدخل إلى القانون، دار الشمال للطباعة، طرابلس، لبنان، ط1، 1990.
- 8- عمر بن عبد العزيز بن عثمان، النقص من النص حقيقته وحكمه وأثر ذلك في الاحتجاج بالسنة الأحادية، الجامعة الإسلامية-المدينة المنورة-السعودية، 1988.
- 9- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس-مصر-، 1936.
- 10- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق سوريا، ط1، 1986.

ثالثاً: المذكرات والأطروحات العلمية:

- 1- عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي الأردني-دراسة أصولية مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2005.

- المقالات:

- 1-محمد محمودي، تفسير النصوص القانونية في القضاء الدستوري الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، العدد 5، 2019.
- 2-بلخير طاهري، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 16، 2012.

براءة الاختراع بين اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية التريبس

The patent between the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the TRIPS Agreement

بن دريس سمية*

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الشلف- الجزائر

مخبر قانون العمل والتشغيل-كلية الحقوق جامعة

مستغانم

Soumia.bendriss@univ-mosta.dz

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/06/02

تاريخ الاستلام: 2023 / 05 / 26

ملخص:

تم في هذا الموضوع البحث عن مدى توفر كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية تريبس لأحكام تعنى ببراءة الاختراع، وتم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي قصد تحليل نصوص اتفاقية باريس وتريبس ومحاولة استخلاص المبادئ الموضوعية والاجرائية للاتفاقية، ومنه خلص الموضوع لتحديد نطاق التنظيم في كل من الاتفاقيتين واستظهار المبادئ التي اقترهما والمتمثلة في كل من مبدأ الدول الاولى بالرعايا، مبدأ الأسبقية الدولية، مبدأ الحماية بين حدها الأعلى والأدنى، وأحكام الاحالة للاتفاقيات، بالإضافة لتحديد نطاق تطبيق الاتفاقيتين من حيث المكان والزمان والأشخاص.

وقد خلص الموضوع كذلك لتأكيد المساعي الدولية في مواكبة التطور التكنولوجي والتقني المحمي بموجب براءة الاختراع ومنه العمل على توحيد الجهود الدولية لحماية حقوق مالكي براءة

* المؤلف المرسل: بن دريس سمية

الاختراع على الصعيد الدولي وكذا مراعات خصوصية الدول النامية وحاجتها لهذه الاختراعات.

الكلمات المفتاحية: براءة الاختراع؛ اتفاقية باريس؛ اتفاقية تريبس؛ الاحكام الاتفاقية الخاصة.

Abstract:

In this topic, the research was conducted on the availability of each of the Paris Agreement for the Protection of Industrial Property and the TRIPS Agreement for provisions concerned with patents, and the descriptive analytical approach was relied upon in order to analyze the texts of the Paris and TRIPS Agreements and try to extract the substantive and procedural principles of the agreement, and from it the topic was concluded to determine the scope of regulation in each of The two agreements and memorizing the principles that they endorsed, which are represented in each of the principle of the first countries of nationals, the principle of international precedence, the principle of protection between its upper and lower limits, and the provisions of the assignment of agreements, in addition to defining the scope of application of the two agreements in terms of place, time and persons. The technological and technical development protected by the patent, including working to unify international efforts to protect the rights of patent owners at the international level, as well as taking into account the privacy of developing countries and their need for these inventions.

Keywords: patent; the Paris Agreement; TRIPS Agreement; Special agreement provisions.

يتجسد الاختراع من خلال عمليات الاكتشاف والابتكار الجديد القابل للاستغلال الصناعي والتسويق التجاري الذي يساهم في تقدم الانسان والدول وتجاوز العراقيل اليومية البسيطة وحتى الاقتصادية والتنموية الكبيرة. إلا إن استمرار الابتكار والاختراع منوط بمدى توافر الحماية القانونية الوطنية والدولية لهذا الإنتاج الفكري المميز والذي يستغرق عادة من صاحبه الكثير من الجهد والوقت والامكانيات المادية المعتبرة قصد التوصل لعناصر تعمل على تطوير التكنولوجيا وحل المشكلات التقنية.

ومنه أصبح الاختراع محور اهتمام الباحثين والاقتصاديين والقانونيين الذين عملوا على توسيع نطاق تنظيم براءة الاختراع وحمايتها على الصعيدين الوطني والدولي، حيث امتد هذا الاهتمام ليشمل تدخل المجتمع الدولي ومواقفه للتطورات العلمية والابتكارية والفكرية الصناعية والاقتصادية التي تحققها براءة الاختراع، خاصة في ظل تجاوزها للحدود الجغرافية وتحملها بصفة عالمية والانتشار الدولي.

فنظرا لزيادة الوعي بتأثير براءة الاختراع على القوى الدولية ظهرت الاتفاقيات الدولية التي تسعى لتنظيم احكام براءة الاختراع بما يتماشى ومبادئ التعاون الدولي وضمان حقوق مالكي براءات الاختراع في معاملاتهم الدولية، ومن أهم هذه الاتفاقيات نجد كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية ترييس.

من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف نظمت كل من اتفاقية باريس واتفاقية ترييس براءة الاختراع؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي قصد تحليل النصوص الاتفاقية المنظمة لبراءة الاختراع وكذا المنهج الوصفي الذي يخدم هذا الطرح التحليلي.

وقد تم تقسيم هذا الموضوع لمحورين أساسيين هما:

المحور الأول: أحكام براءة الاختراع وفق أحكام اتفاقية باريس.

المحور الثاني: أحكام براءة الاختراع وفق اتفاقية ترييس.

2. المحور الأول: أحكام براءة الاختراع وفق أحكام اتفاقية باريس:

تم في الربع الأخير من القرن التاسع عشر التوقيع على أول اتفاقية في مجال الملكية الصناعية وهي اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية سنة 1883 والتي أعلنت قيام اتحاد بين الدول الموقعة عليها يُعرف حتى اليوم باتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية¹، إشارة إلى المدينة التي تم فيها التوقيع على الاتفاقية. ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 07 جوان 1884، وقد استكملت هذه الاتفاقية ببروتوكول تفسيري في مدريد سنة 1891، وعدلت ببروكسل في 14 ديسمبر 1900، ثم واشنطن في 02

جوان 1911، ثم لاهاي في 06 نوفمبر 1925، ثم لندن في 02 جوان 1934، ثم لشبونة في 31 أكتوبر 1958 و ثم ستوكهولم في 14 جويلية 1967 وتم تنفيذها في 02 أكتوبر 1979.

وقد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب الأمر رقم 66-48 المؤرخ في 25 فيفري 1966، ثم صادقت عليه بموجب الأمر رقم 75-02، المؤرخ في 09 جانفي 1975.²

ويعتبر الهدف من الاتفاقية هو إضفاء أكبر قدر من الحماية على حقوق المخترعين والمبدعين إذا تجاوزت إقليم الدولة التي منحت المخترع حمايتها حيث يتم طلب الانتماء إلى اتفاقية باريس عن طريق إشعار موجب للمدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الذي يتولى أخطار جميع دول الاتحاد.³

1.2 الفرع الأول: خصوصية أحكام اتفاقية باريس لبراءة الاختراع.

يفرض تحقيق حماية قانونية فعالة للمخترع الذي حصل على حماية لاختراعه في الدولة التي أصدرت البراءة أن يقوم بالعمل على تمديد الحماية لخارج الدول المانحة، وفي سبيل ذلك اتجهت الدول للاتفاق على قواعد قانونية اتحادية تهدف إلى تحقيق وحدة تشريعية في دول الاتحاد، دون أن تقتصر هذه القواعد على الإحالة إلى التشريعات الوطنية وتشتمل القواعد التي تضمنتها اتفاقية باريس على نوعين من الأحكام:

أولاً: الأحكام الموضوعية: (الأحكام ذات التنفيذ التلقائي):

مقتضى هذه الأحكام يُمكن لرعايا الدول الاتحادية التمسك بتطبيق بهذه الأحكام في إقليم أي دولة منظمة إلى هذا الاتحاد دون الحاجة إلى تدخل المشرع الوطني، وتتمثل هذه الأحكام في المبادئ التي تضمنتها الاتفاقية والتي هي أساس الحماية الدولية لبراءة الاختراع. فالمبادئ الأساسية التي يجب على الدول الأعضاء أن تلتزم بها هي⁴.

- مبدأ المعاملة الوطنية لرعايا دول الاتحاد.

- مبدأ الأسبقية الاتحادية (حق الأسبقية).

- مبدأ استغلال البراءات.

1- مبدأ المعاملة الوطنية لرعايا دول الاتحاد:

وفقاً للمادة الثانية من اتفاقية باريس يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع الدول الأخرى للاتحاد، فيما يتعلق بحماية الملكية الصناعية بالمزايا الممنوحة أو التي تمنحها في المستقبل قوانين تلك الدول لمواطنيها وذلك مع عدم الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية وبذلك يكون لهؤلاء المواطنين الحق في الحماية من كل مساس بحقوقهم بشرط إتباع الشروط والأوضاع المفروضة على المواطنين و يتضح من ذلك أن رعايا كل دولة من دول الاتحاد يعاملون معاملة المواطنين داخل إقليم أي دولة من الدول المشتركة في الاتفاقية.⁵

ويعتبر في حكم رعايا دول الاتحاد رعايا الدول الغير منظمة للاتحاد المقيمين في إحدى دول الاتحاد أو الذين لهم فيها منشأة صناعية أو تجارية فعلية. فيتمتع هؤلاء الرعايا أيضا بنفس الحقوق متى تأكدت صفة الجدية والاستقرار في نشاطهم التجاري أو الصناعي⁶.

وبما أن الجزائر تعد عضو في اتفاقية باريس فالقانون يجيز لذوي الشأن أن يطالبوا بتطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية الخاصة بالملكية الصناعية للاتحادية، إذا كانت أكثر رعاية لمصالحهم من القانون الجزائري الخاص بحماية الاختراعات.

2/ مبدأ حق الأسبقية (أو الأولوية):

لقد ورد هذا الحق في الفقرة الأولى من المادة 04 من اتفاقية باريس التي حددت أن كل من أودع طلبا للحصول على براءة الاختراع أو تسجيلها هي عضو في هذا الاتحاد يتمتع أو من يخلفه فيما يخص الإيداع في الدول الأخرى بحق الأولوية خلال المواعيد المحددة فيما بعد.

كما تضيف الفقرة 03 و04 من ذات المادة من اتفاقية باريس على أنه:

- تكون المواعيد الدولية المنوه عنها أعلاه، اثنا عشر شهرا لبراءة الاختراع.
- تحسب هذه المواعيد ابتداء من تاريخ إيداع الطلب ولا يدخل يوم الإيداع في حساب المدة⁷.
- أي لصاحب براءة الاختراع اجل (12) شهر لتقديم نفس طلب الإيداع في أي دولة أخرى عضو في الاتحاد ويعتبر هذا الطلب كأنه قُدم بتاريخ الإيداع الأول، وبهذا يكون لهذه الإيداعات الأحقية التي تمت ضمن المدة المذكورة حق بالأسبقية على أي إيداع حاصل لنفس عنصر الملكية الصناعية بعد تاريخ الإيداع الأول ويكون من شأنه أن يؤثر على الإيداع الثاني مثل أن يكون الاختراع قد أعلن عنه⁸.
- فيكون مالك براءة الاختراع الذي يرغب في حماية اختراعه في عدة دول أن يقوم بإيداع طلب دولي واحد في شكل موحد دوليا، ويكون لهذا الإيداع ذات الآثار القانونية التي تترتب على إيداع عدة طلبات في الدول المبينة في الطلب ويمنحه هذا الطلب الأسبقية على غيره إذا ما تقدم بعده طلب اختراع مماثل في دول الاتحاد⁹.

3- مبدأ استقلال البراءة:

لقد نصت المادة 04 مكرر ثانيا في فقرتها الأولى من الاتفاقية الاتحادية تحت عنوان استقلال البراءات التي يتم الحصول عليها في دول مختلفة عن نفس الاختراع¹⁰: "تكون البراءات التي يطالبها رعايا دول الاتحاد في مختلف هذه الدول مستقلة عن البراءات التي يتم الحصول عليها عن نفس الاختراع في دول أخرى سواء كانت هذه الدول أعضاء أم غير أعضاء في الاتحاد".

فالبراءة الممنوحة في عدة بلدان من دول الاتحاد بشأن نفس الاختراع تعامل كل منها معاملة مستقلة¹¹، وهذا لا تعني إلزام دولة أو دول أخرى بالموافقة على إصدارها، وإنما لا يجوز رفض براءة الاختراع أو إلغائها أو شطبها بحجة أن بلد آخر من هذا الاتحاد قد قام بهذا الإجراء ولا يجوز رفض البراءة أو تجريدها من قيمتها القانونية في دولة من الاتحاد بسبب أن بضاعة أو المنتجات التي صدرت بها البراءة تخضع لقيود فرضتها القوانين الوطنية.

وينطبق نفس الحكم إذا كانت الدول المانحة لهذه البراءة دول منظمة للاتحاد أم لا فيأخذ هذا الحكم بصورة مطلقة وهو ما تأكده الفقرة 2 من المادة 04 مكرر ثانيا لنفس المادة التي ورد فيها:...

- يأخذ الحكم السابق صورة مطلقة وفي ذلك على وجه النصوص أن تكون البراءات التي تطلب خلال مدة الأولوية المستقلة من حيث أسباب البطلان والسقوط ومن حيث مدة الدوام العادية، لهذه البراءات".

فالبراءات الصادرة خلال مدة الأسبقية لرعايا دول الاتحادات تكون مستقلة بعضها عن بعض وتخضع لقواعد البلد الذي صدرت فيه وتطبيقا لذلك تخضع لقواعد القانون المحلي لمدة الحماية وأوجه البطلان وسقوط الحق وسائر الشروط الموضوعية¹².

فإذا حصل جزائري على براءة الاختراع وفقا للقانون الجزائري وتقدم بطلب الحصول على براءة الاختراع خلال مدة الأولوية والأسبقية الاتحادية، فإن كل من البراءتين تحييا حياتهما المستقلة في ضوء القانون الخاص بالبلدين بمعنى أن مدة براءة الاختراع تنتهي وفقا للقانون الجزائري قبل انتهاء مدة البراءة المسلمة وفقا للقانون الفرنسي مثلا.

وإذا فرضنا أن براءة اختراع مسلمة في دول اتحادية قد حكم ببطلانها لفقدانها شرط الجودة أو النشاط الابتكاري، ولم يتم تقرير بطلانها في دول أخرى بالنظر إلى إمكاناتها البشرية والفنية التي لا تؤهلها لذلك لاكتشاف بطلان شرط الجودة أو النشاط الابتكاري، فتبقى هذه البراءة صحيحة طبقا لمبدأ استقلال البراءات في هذه الدول مع تقرير بها لأنها في الدول الأخرى¹³.

ثانيا الاستثناءات على حقوق مالك البراءة وفق أحكام اتفاقية باريس.
وتتعلق هذه الحالات بكل من:

- استعمال المنتجات موضوع البراءة على ظهر السفن التابعة للدول الأخرى الأعضاء في الاتحاد عند دخولها بصفة مؤقتة أو عرضية في مياهها بشرط أن يكون هذا الاستعمال قاصرا على احتياجات السفينة.

- استعمال المنتجات موضوع البراءة في صنع أو تشغيل المركبات الجوية أو البرية التابعة للدول الأخرى الأعضاء في الاتحاد، أو في إنتاج قطع غيارها عند دخولها بصفة مؤقتة أو عرضية في الدولة المذكورة¹⁴.
ومن جانب آخر خصت الاتفاقية حماية مؤقتة ومثال ذلك كفالة حماية مؤقتة للاختراعات أثناء عرضها في المعارض الوطنية والدولية الرسمية¹⁵.

وهذا ما تأكده نص المادة 11 فقرة أولى من الاتفاقية الاتحادية تحت عنوان، الحماية المؤقتة للاختراعات في بعض المعارض الدولية التي تنص على ما يلي: "تمنح الدول - دول الاتحاد - طبقا لتشريعها الأصلي حماية مؤقتة للاختراعات التي يمكن أن تكون موضوعا للبراءة،..... وكذلك بالنسبة للمنتوجات التي تعرض في المعارض الدولية والرسمية أو المعترف بها رسميا والتي تقام على إقليم أي دولة منها".

حيث لا يترتب على عرض براءة الاختراع فقدانها لشرط الجودة كشرط موضوعي لحماية الاختراع¹⁶، بل تفرض حماية مؤقتة وخاصة بهذه الحالة.

ومن هذه الأحكام أيضا ترك تحديد الصور فيها صاحب البراءة متعسفا في استعمال الحق الاحتكاري للاستغلال¹⁷.

2.2 نطاق تطبيق أحكام اتفاقية باريس.

بعد التعرف على الأحكام الموضوعية والخاصة باتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية فيما تعلق ببراءة الاختراع، لا بد من تحديد مجال تطبيق هذه الاتفاقية من حيث الأشخاص والمكان. أولا: نطاق تطبيق أحكام اتفاقية باريس الاتحادية من حيث الأشخاص:

أكدت المادة 02 تحت عنوان المعاملة الوطنية لرعايا الاتحاد من اتفاقية باريس على أن الأشخاص الذين يستفيدون من نظام الحماية الذي أقرته الاتفاقية الاتحادية هم الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية إحدى الدول الأعضاء في اتفاقية باريس حيث جاء فيها: "1- يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى بالنسبة لحماية الملكية الصناعية بالمزايا التي تمنحها حاليا أو التي تمنحها مستقبلا قوانين تلك الدول للمواطنين وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية، ومن ثم يكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم بشرط اتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين..." وقد أكدت ذات المادة على أنه لا يُشترط في رعايا الدول أن تكون لهم منشأة في الدولة التي يطلبون فيها الحماية.

وتضيف المادة 03 من ذات الاتفاقية تحت عنوان معاملة فئات معينة من الأشخاص معاملة رعايا دول الاتحاد، أنه يستفيد الأشخاص الذين يقيمون في دولة عضوة في هذه الاتفاقية والأشخاص الذين يملكون مؤسسة صناعية أو تجارية في إحدى الدول الأعضاء بنظام الحماية الذي أقرته الاتفاقية¹⁸، حيث نصت المادة على: "يعامل نفس رعايا دول الاتحاد رعايا الدول غير الأعضاء في الاتحاد المقيمين في إحدى دول الاتحاد أو اللذين لهم عليها منشآت صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة"

فالأشخاص الذين يتمتعون بجنسية الدولة الاتحادية يطلق عليهم الرعايا المباشرين، أما الأشخاص المقيمين، أو من يحوزون منشأة تجارية أو صناعية في دولة اتحادية يسمون بالرعايا المشاهين. أ- الرعايا المباشرين: كل شخص طبيعي أو معنوي الحاملين لجنسية إحدى دول الاتحاد ويستفيدون من المزايا الحماية التي تمنحها الدولة الاتحادية لمواطنيها، أي أن يتحقق شرط الجنسية للتمتع بالمزايا السالفة الذكر دون اشتراط الإقامة ولا وجود منشأة¹⁹.

ب- الرعايا المشاهين: وهم رعايا غير دول الاتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية إلا أنهم يتمتعون بنفس المزايا لأنهم يحوزون محل إقامة أو منشأة صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة.

فضوابط الاستفادة من مزايا الحماية المقررة في اتفاقية باريس هما ضابط الإقامة وأيضا وجود منشأة حقيقية جدية وغير صورية

ثانياً: نطاق تطبيق الاتفاقية الاتحادية من حيث المكان والزمان:

تشكل الدول الأعضاء في الاتفاقية الإقليم الوحيد لتطبيق أحكام الاتفاقية من حيث المكان أي تسري القوة الملزمة للاتفاقية على كافة الأطراف وأقاليم الدول الأطراف فيها، وكل دولة تتوفر على قوانين لحماية الملكية الصناعية يمكنها الانضمام إلى الاتفاقيات كما يمكن لها الخروج منها وهو ما تؤكد المادة 26 من الاتفاقية الاتحادية تحت عنوان الانسحاب التي تنص على ما يلي: "

-تضل هذه الاتفاقية نافذة لمدة غير محدودة.

-لكل دولة أن تنسحب.

-من هذه الاتفاقية بإخطار.

يوجه إلى المدير العام ويشكل هذا الانسحاب أيضاً انسحاب من جميع الوثائق السابقة....".

ويبدأ سريان الاتفاقية الاتحادية من حيث الزمان منذ لحظة انضمام الدول إليها أو التصديق عليها، وبالتالي يبدأ سريان القانون الاتحادي طبقاً للتشريع الداخلي للدولة.

وفي حالة الانسحاب لا يكون هذا الأخير نافذاً إلا بعد سنة من تاريخ تسلم المدير العام للإخطار بالانسحاب تظل الاتفاقية سارية المفعول على إقليم الدولة لمدة سنة كاملة²⁰.

وفيما يخص سريان قواعد الاتفاقية الاتحادية في الدول بمجرد مصادقتها عليها فإن الأحكام والقواعد الاتفاقية تصدر القانون الداخلي من حيث التطبيق، والتي تختلف من دولة إلى أخرى، فقد تكون بعض أحكام الاتفاقية تتكرر في القانون الداخلي مما لا يثير أي إشكال، كما قد تطبق بعد أحكام الاتحادية حتى لو كان القانون الوطني ينص على خلاف ذلك²¹.

وعلى الرغم من ذلك يبقى لمالك براءة الاختراع التمسك بتطبيق أحكام حماية أفضل لحقوقه كأن تضمن أحكام الاتفاقية حماية أفضل للاختراع أو العكس إذا كان القانون الداخلي يمنح حماية أفضل في مجال براءة الاختراع وجب تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الداخلي²².

فقد نصت المادة 19 من الاتفاقية الاتحادية على ما يلي: "من المتفق عليه أن تحفظ دول الاتحاد لنصها بالحق في أن تعقد فيما بينها عدة معاهدات خاصة بالملكية الصناعية بشرط ألا تخالف هذه المعاهدات أحكام الاتفاقية".

فيجوز للدول الأعضاء في اتحاد باريس أن تعقد اتفاقيات خاصة فيما بينها على ألا تتضمن تعارض بين مبادئ ومبادئ ونصوص اتفاقية باريس، والحكمة من ذلك زيادة التعاون بين الدول الأعضاء نحو توفير حماية أكثر وتحقيق الوحدة التشريعية²³.

ثالثاً: النظام القانوني للمنافسة غير المشروعة ضمن أحكام اتفاقية باريس:

لقد أكدت اتفاقية باريس بشكل مباشر على ضرورة احترام مالك براءة الاختراع لقواعد المنافسة أثناء قيامه بالإنتاج والتصنيع والتسويق، حيث تنص المادة الأولى في فقرتها الثانية من اتفاقية باريس على أنه " تشمل حماية الملكية الصناعية براءة الاختراع ونماذج المنفعة.....وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة".

كما تنص المادة 10 مكرر ثانياً تحت عنوان المنافسة غير المشروعة على أنه:

1- تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة.

2- يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية والتجارية.

3- يكون محظورا بصفة خاصة ما يلي:

أ/ كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت من منشأة أحد أو المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري .

ب/ الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي والتجاري.

ج- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميتها".

فهذا النص يعد الأساس التشريعي لنظام المنافسة غير المشروعة ومصدر للنصوص القانونية المنظمة للمنافسة غير المشروعة. وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 09 و1 مكرر أولا من اتفاقية باريس نظاما حظر الاستيراد وأوجبت مصادرة المنتوجات التي تحمل بيانات الإنتاج على نحو غير صحيح²⁴.

3. المحور الثاني: أحكام براءة الاختراع وفق اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة المتعلقة بالملكية الفكرية تريبس:

قد حرص المجتمع الدولي على كفالة حماية الملكية الفكرية بتقرير نظام يجمع بين الدول الصناعية المتقدمة و الدول النامية، و تم ذلك من خلال الاتفاقيات العامة لتجارة (GATT)²⁵ و التي مرت بجولات عديدة كانت آخرها جولة الاوروغواي التي استمرت من عام 1986 الى 1993 و ق تم التوقيع على مجموعة من الاتفاقيات التي تستهدف تحرير التجارة و ذلك في مدينة مراكش بالمملكة المغربية، وكذلك التوقيع على اتفاقية جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) و تحتوي اتفاقية تريبس على (77) مادة موزعة على 7 أبواب :

الباب الأول: يبحث في الأحكام العامة والمبادئ الأساسية .

الباب الثاني: يبحث عن المعايير الخاصة بتوفير القوى الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها.

الباب الثالث: يبحث في وسائل إنقاذ حقوق الملكية الفكرية عن طريق تجديد الالتزامات العامة والإجراءات الفعالة.

الباب الرابع: يبحث في اكتساب حقوق الملكية واستمرارها وما يتصل بها من الإجراءات التي تأثر في حقوق أطراف العلاقة.

الباب الخامس: يبحث في طرق منع المنازعات وتسويتها وذلك عن طريق وجوب نشر جميع القوانين والقرارات النهائية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية.

الباب السادس: يبحث في مراحل بدء تطبيق الاتفاقية.

الباب السابع: يبحث في الترتيبات الخاصة بمجلس تريبس والأحكام النهائية²⁶.

توسعت اتفاقية تريبس كثيرا في موضوع براءة الاختراع دون وضع تعريف لها واكتفت بتحديد شروط الحول عليها حيث نصت في المادة في المادة 01/27 بأن: " براءة الاختراع يتم الحصول عليها وفق شروط وهي:

أن تكون المنتجات أو العمليات الصناعية في كافة مجالات التكنولوجيا.

أن تنطوي على خطوة إبداعية.

أن تكون قابلة للاستخدام في الصناعة".

وبموجب هذه الاتفاقية تمنح البراءة إذا توافرت هذه الشروط ويصبح لصاحبها الحق بالتمتع بحقوق ملكيتها، دون التمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجة محليا²⁷. ولم يتم استثناء المواد الكيماوية والأدوية والمواد الغذائية، لأنها مجالات مهيمنة من قبل الدول المتقدمة.

وتتميز اتفاقية تريبس بمجموعة من الخصائص نذكر منها:

- تعد جزءا لا يتجزأ من اتفاقية المنظمة العالمية التي تتميز بالشمولية والإلزام وعلنية القيود بها.
- تعد جزءا من اتفاقية wipo وتخضع للمبادئ العامة الحاكمة لها وتهتم بتطبيق مبدأ النفاذ إلى الأسواق وتحرير التجارة وهذه الأحكام تكمل بعضها البعض .
- أن اتفاق تريبس يحيل إلى بعض الاتفاقيات السابقة عليه.
- الحماية وفق اتفاقية تريبس ليست آلية التنفيذ أو ذاتية.
- تسمح اتفاقية تريبس للدول الأعضاء بخلق نظم جديدة للحماية غير تلك الواردة فيها وذلك كما ورد في المادة 25 بالنسبة لإلزامها الدول الأعضاء بحماية السلالات الجديدة من خلال براءة الاختراع.

1.3 المبادئ الأساسية لاتفاقية تريبس.

تقوم اتفاقية تريبس على مجموعة من المبادئ وهي كل من:

1- مبدأ المعاملة الوطنية:

هذا المبدأ تنص عليه المادة الثالثة من هذه الاتفاقية، ومؤداه أن تمنح كل دولة عضو في الاتفاقية للأجانب المنتمين إلى أي دولة أخرى من الدول الأعضاء، معاملة لا تقل عن تلك التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية (أدبية وصناعية) من حيث المستفيدين من الحماية وكيفية الاستفادة من نطاقها، مدتها ونفاذها.

وبخصوص هذا المبدأ الذي يتأسس عنصرين مهمين وهما عنصر عدم التمييز وعنصر المعاملة بالمثل قصد تحقيق الشفافية الذي سعت لتحقيقه باقي الاتفاقيات الدولية.

2- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية:

نص المادة الرابعة من اتفاقية تريبس على أن يتوجب على الدول الأعضاء أن تمنح للمواطنين المنتمين إلى أي دولة عضو في الاتفاقية بدون شروط أية مزايا أو حصانات أو معاملات تفصيلية تمنحها للمنتمين إلى أي دولة أخرى بخصوص حماية حقوق الملكية الفكرية²⁸.

وهذا المبدأ مكمل لمبدأ المعاملة الوطنية الذي يهدف إلى القضاء على التفاوت في منح درجات الحماية بين الدول الأعضاء.

3- مبدأ الحماية بين حدها الأدنى والأعلى:

تميزت اتفاقية تريبس عن كافة الاتفاقيات المبرمة من قبل في مجال الملكية الفكرية فهي لا تنظم فرعاً واحداً من فروع الملكية الفكرية بل تنظم غالبية فروعها وقد فرضت الاتفاقية حد أدنى من الحماية فتلتزم الدول الأعضاء بالاستجابة لمقتضيات هذه الحدود الدنيا للحماية.

فاتفاقية تريبس وضعت معايير لحماية حقوق الملكية الفكرية تفوق من حيث المستوى معايير الحماية التي قررتها الاتفاقيات المبرمة من قبل في مجالات الملكية الفكرية الرئيسية، بل سارت في سبيل تدعيمها وترسيخها.²⁹

4- الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الملكية الصناعية:

تتميز اتفاقية تريبس عن غيرها من الاتفاقيات من حيث أحكام الإحالة، لأنها ألزمت الدول الأعضاء على احترام الاتفاقيات الدولية التي أبرمت من قبل في مجال حماية الملكية الفكرية الأدبية والصناعية، وتطبيق ما جاء فيها، فالدول الأعضاء في اتفاقية تريبس تلتزم بنصوص تلك الاتفاقيات استناداً إلى مجرد انضمامهم إلى اتفاقية تريبس التي تفرض عليهم هذا الأمر.

5- التحفظات :

يحظر على الأعضاء إبداء أي تحفظات بشأن أي حكم من أحكام اتفاقية تريبس دون موافقة سائر البلدان الأعضاء³⁰، ولا تضمن أي معاهدة من المعاهدات التي تديرها المنظمة العالمية للملكية الفكرية حكماً من ذلك القبيل، بل إنما تستبعد عموماً أي تحفظ، وفي الحالات النادرة التي تسمح فيها بالتحفظ، فإنها تحدد تمام تجديد الأحكام التي يجوز التحفظ عليها وشروطها ذلك التحفظ.

2.3 نطاق حماية براءة الاختراع وفقاً لاتفاقية تريبس.

لقد ورد تنظيم الأحكام الخاصة ببراءة الاختراع في القسم الخامس من اتفاقية تريبس وذلك في 08 مواد من المادة 27 إلى المادة 34 وأهم ما جاء به مضمون هذه المواد.

أولاً: توسيع نطاق الحماية براءة الاختراع في كافة مجالات التكنولوجيا:

توسعا لما جاءت به الاتفاقيات التي صدرت قبل هذه الاتفاقية وأهمها اتفاقية باريس التي ورد فيها تحديد الاختراعات التي يمكن أن تشملها الحماية من خلال تحديد نطاق الملكية الصناعية بوجه عام والتي نصت على أن تأخذ الملكية الصناعية بأوسع معانيها بما يتناسب مع التطور الصناعي في ذلك الوقت³¹، وعليه جاء في نص المادة 27 من اتفاقية تريبس تحت عنوان المواد القابلة للحصول على براءة الاختراع، لتعبر عن هذا التوسع حيث أتاح إمكانية الحصول على براءة الاختراع لأي مجال سواء كانت منتجات أو عمليات وطرق صناعية، في كافة ميادين التكنولوجيا، ولم تولي الاتفاقية أهمية في هذا الصدد لمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجات محلية.

حيث نص المادة على: "1- مع مراعاة أحكام الفقرتين 02 و03، تتاح إمكانية الحصول على براءات اختراع لأي اختراعات، سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية، في كافة ميادين التكنولوجيا، شريطة كونها جديدة وتنطوي على "خطوة إبداعية" وقابلة للاستخدام في الصناعة، ومع مراعاة أحكام الفقرة 04 من المادة 65، والفقرة 08 من المادة 70، والفقرة 03 من هذه المادة، تمنح براءات الاختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أم منتجة محليا".

وقد جاء في الفقرة 02 و03 من نفس المادة بعض الاستثناءات التي تفرقها أسس الحماية في مجال الملكية الصناعية بوجه عام وأبرزها³²:

1- يمكن للدول الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءة الاختراع الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجاريا في أراضيها لحماية النظام العام والأخلاق العامة.

2- استثناء طرق العلاج التشخيص والجراحة اللازمة لمعالجة البشر والحيوانات³³.

وأفضل مثال عن توسيع دائرة الإبراء هو إمكانية إبراء الاختراعات الدوائية فمعظم الدول النامية كانت تستبعد منح براءة اختراع عن الأدوية وذلك قبل تطبيق اتفاقية تريبس، وكان الهدف من ذلك منع الاحتكار لهذه السلعة الحيوية إلا أن اتفاقية تريبس أجازت إصدار براءة اختراع ليس فقط عن الطريقة الصناعية المستخدمة في إنتاج الدواء، كما هو المعمول به في الدول النامية، وإنما مدت إمكانية إصدار براءة الاختراع إلى المنتج الدوائي ذاته³⁴.

وقد حددت اتفاقية تريبس بشكل واضح الحقوق التي تتيحها براءة الاختراع وحدود الاستغلال وذلك من خلال نص المادة 28 تحت عنوان الحقوق الممنوحة حيث جاء فيها: 1- تعطى براءة الاختراع لصاحبها الحقوق التالية:

(أ) حين يكون موضوع البراءة منجيا ماديا، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من هذه الأفعال صنع أو استخدام أو عرض للبيع أو بيع أو استيراد ذلك المنتج لهذه الأغراض.

(ب) حين يكون موضوع البراءة عملية صناعية، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من الاستخدام الفعلي للطريقة، ومن هذه الأفعال: استخدام عرض للبيع أو بيع أو استيراد على الأقل المنتج الذي يتم الحصول عليه مباشرة بهذه الطريقة لهذه الأغراض.

ثانيا: توسيع مدة الاحتكار المقررة لبراءات الاختراع والحد من منح التراخيص الإجبارية:

ألزمت اتفاقية تريبس الدول الأعضاء بمنح الحماية لبراءات الاختراع لمدة لا تقل عن 20 سنة، تحسب من تاريخ تقديم طلب الحصول على البراءة لأي اختراع سواء كانت منتجات أم طرق صناعية، في شتى مجالات التكنولوجيا³⁵.

فالاتفاقيات الدولية السابقة لاتفاقية تريبس لم تتضمن هذه المسألة فقد نصت المادة 33 من اتفاقية تريبس تحت عنوان مدة الحماية على ما يلي: "لا يجوز أن تنتهي مدة الحماية قبل انقضاء مدة 20 سنة تحسب اعتبارا من تاريخ التقدم بطلب الأصول على البراءة".

وعلى ضوء المبادئ الأساسية التي تضمنتها الاتفاقية والمتعلقة بغرض تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية فان تفعيل نص المادة 33 يؤدي إلى التزام الدول الأعضاء بمضمون هذه المادة، وهذا النص يحاول القضاء على الخلاف القائم بين القوانين الوطنية في تحديد مدة الحماية وذلك من خلال توحيد هذه المدة. أما فيما يتعلق بمنح التراخيص الإجبارية فقد ألزمت هذه الاتفاقية الدول الأعضاء بالحد من منح التراخيص الإجبارية وذلك عن طريق فرض احترام قواعد معينة عند منح تراخيص لاستغلال الاختراعات بغير موافقة صاحب الحق، قد أسس هذا الخروج عن أحكام اتفاقية باريس وكذا معظم التشريعات الوطنية على أساس فكرة الحق الطبيعي، الذي اعتمدته كأساس لحماية براءات الاختراع الذي يملكه المخترع على اختراعه، والذي يؤدي إلى الاعتراف به أن يكون للمخترع مطلق الحرية في استغلال اختراعه وفي الكيفية التي يحدث فيها هذا الاستغلال وانه بالتالي لا يجوز - كقاعدة عامة - إجبار المخترع على القيام باستغلال اختراعه³⁶.

ومنه كرس نص المادة 31 من الاتفاقية لجملة من الشروط والحالات الجد خاصة التي يسمح بها حصرا اللجوء لنظام التراخيص الإجبارية. وبالتالي فقد عملة اتفاقية تريبس على تقييد سلطة الدولة العضو في منح التراخيص الإجبارية وهو ما يتجلى من خلال جملة من الشروط تنظمها الاتفاقية³⁷. إلا ان التعديل الأخير لأحكام اتفاقية تريبس لسنة 2017، قد مس بشكل مباشر حق الدول النامية في الحصول على الادوية المحمية ببراءة الاختراع، حيث كرست الدول جهودها لتعديل نص المادة 30 بداية من المؤتمر الدوري للمنظمة العالمية للتجارة المنعقد بالدوحة سنة 2001، حيث تم استثناء استحداث نص المادة 31 مكرر الذي خفف من إجراءات منح التراخيص الإجباري الدوائي والمنتجة الصيدلانية المبراة، كما وسع من حالات منحها.

ثالثا: أثر اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) في القانون الجزائري: إن صدور الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع و التعديلات التي جاء بها أهمها توسيع دائرة منح براءة الاختراع في مختلف مجالات التكنولوجيا و الصناعة كان نتيجة التزام الجزائر دوليا بالانضمام إلى اتفاقية تريبس وكان ذلك في اتفاق الشراكة بين الجزائر و الاتحاد الأوروبي³⁸ ، في المادة الأولى من الملحق السادس تحت عنوان الملكية الفكرية و الصناعية و التجارية حيث جاء فيها " قبل انقضاء السنة الرابعة اعتبارا من دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ تنظم الجزائر و المجموعات الأوروبية و / أو دولها الأعضاء إن لم يقوموا بذلك بعد، الاتفاقيات المتعددة الأطراف التالية وتضمن التطبيق الملثم والفعال للالتزامات المترتبة عن هذه الأخيرة....

-الاتفاق حول الملكية الفكرية التي تمس بالتجارة بمراكش 15 افريل 1994 "

فرغبتا لانضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة تقدمت بطلب الانضمام وعملت على توفير كل المقاييس وسعت جاهدة ذلك ليكون لها المركز القانوني الملثم كبقية الدول الجادة في إرساء قواعد التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وتحسبا لانضمامها للمنظمة العالمية لتجارة فقد ادخل المشرع الجزائري تعديلات هامة على القوانين ذات الصلة بأحكام الاتفاقية الخاصة بالملكية الفكرية والصناعية ذات الصلة بالجوانب التجارية التي كرسها المنظمة العالمية للتجارة³⁹. ومنه تم اصدار براءة الاختراع تم اصدار الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع الصادر بـ 2003/07/19 والذي يعد المرجع الرسمي لما له من أساس قانوني في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مجال براءة الاختراع، وكذا التعديلات الأساسية التي تتوافق مع أحكام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ويمكن إبراز هذه التعديلات في النقاط التالية:

فقد توسيع نطاق الحماية بواسطة البراءة إلى جميع مجالات التكنولوجيا سواء انصبت البراءة على المنتج النهائي أو انصبت على طريقة الصنع بما فيها مجال الغذائية والكيميائية الزراعية والغذائية أو انصبت البراءة على طريقة الصنع بما فيها مجال الصناعات الغذائية والدوائية والكيميائية الزراعية والغذائية⁴⁰.

إضافة إلى إعادة النظر في تحديد الحقوق الاستثنائية المخولة عن طريق البراءة، بحيث يكون لمالك البراءة الحق فيما إذا انصبت البراءة على المنتج النهائي، منع الغير ما لم يتم الحصول على موافقته لصنع أو استخدام أو عرض للبيع أو الاستيراد المنتج لهذه الأغراض.

خاتمة:

يعتبر موضوع الاحكام العامة لبراءة الاختراع من المواضيع المهمة التي كانت ولا تزال تشهد تطورا على الصعيد الدولي بصورة تتماشى والتطور التكنولوجي والتقني والاقتصادي لبراءة الاختراع، وقد تمت المحاولة في هذا الموضوع على التركيز على ابراز أهم الأحكام المنظمة لبراءة الاختراع في كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وكذا اتفاقية تريبس، فقد خلص هذا الموضوع لفكرة الحماية المكفولة لبراءة الاختراع في الكثير من جوانبها على المستوى الدولي ترسيخا لأهمية براءة الاختراع وهو ما يظهر من خلال الطابع التنظيمي والحماي مشدد الذي تفرضه هذه الاتفاقيات تشجيعا للابتكار والابداع التكنولوجي الذي اضحى عصب تقدم الأمم

في نهاية هذا الموضوع يمكن إدراج مجموعة من التوصيات نذكر منها:

- محاولة التوسع في النصوص الاتفاقية التي تسعى للإمام بمختلف أنواع واشكال براءات الاختراع نظرا لاتساع مجال الاختراعات والتطورات المستمرة في الحقل التكنولوجي والتقني.
- العمل على تنظيم حماية وقتية أو مستعجلة بقصد اتخاذ تدابير استعجالية تحمي حقوق مالك براءة الاختراع على الصعيدين الوطني والدولي اختصارا للوقت الطويل الذي تستغرقه عادة منازعات حماية براءة الاختراع.

إعادة النظر في إجراءات وحالات منح براءة الاختراع وأنظمة التراخيص لكي تتماشى بشكل أفضل مع اقتصاديات الدول النامية.

6. قائمة المصادر والمراجع:

أولاً – القوانين:

النصوص الاتفاقية:

1. اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 18 و دخلت حيز التنفيذ في 7 جوان 1984 ، والبروتوكول التفسيري الصادر لإستكمالها في مدريد سنة 1891، وتعديل بروكسل بتاريخ 14 ديسمبر 1900 ثم واشنطن 2 جوان 1934 ، ثم لشبونة 31 أكتوبر 1958 ثم ستوكهولم 14 جويلية 1967 تنفيها 2 أكتوبر 1979.
2. الملحق 1(ج)، اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، مراكش، المغرب 25 أفريل 1994.
3. اتفاق لوكسمبورغ، الموقع في: 15/12/1975 في إطار المجموعة الاقتصادية الأوروبية، والخاصة بإنشاء براءة اختراع أوروبية.

النصوص القانونية:

1. الأمر 07-03 الصادر بتاريخ 19 جوان، المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44، الصادرة بتاريخ 32 جوان 2003.
2. مرسوم رئاسي رقم 05-159 المتضمن التصديق على 'الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقعة في 22 افريل 2002 ، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1426 الموافق ل 27 افريل 2005، الجريدة الرسمية عدد 31.

ثانياً – توثيق الكتب:

1. الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية، تحاليل ووثائق، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2005.
2. حسين محمد، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
3. سميحة القليوبي، لتشريع في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر 1967.

4. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، براءة الاختراع، الرسوم الصناعية، النماذج الصناعية، العلامات التجارية، البيانات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010.
5. عبد الفتاح بيومي حجازي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
6. محمود مختار، احمد بربري ، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

ثالثاً: المذكرات والأطروحات العلمية=

1. اليمين عزوق، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، مذكرة نهاية التخرج للحصول على إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006/2009.
2. سامية قطارني، الحماية القانونية لبراءة الاختراع بين القانون الجزائري واتفاقية تريبس، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2012/2013.
3. -كهيبة بلقاسمي، استقلالية النظام القانوني للملكية الفكرية، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008.
4. موسى مرمون، ملكية براءة الاختراع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012/2013.
5. نادية زواني، الاستلاء على الحقوق الملكية الفكرية (التقليد والقرصنة)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2002/2003.

خامساً- توثيق المواقع الالكترونية:

1. السيد أحمد البدرأوي، الحماية الدولية للملكية الصناعية، من اتفاقية باريس لاتفاقية تريبس، ندوة الويبو الوطنية حول الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين وأعضاء غرفة التجارة، اليمن، 2008، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاطلاع: 2023-22.05

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ipr_saa_04/wipo_ipr_saa_04_4.pdf

- 1- انظر نص المادة الأولى، الفقرة الأولى من اتفاقية باريس للحماية الصناعية، الواردة تحت عنوان إنشاء الاتحاد نطاق الملكية الصناعية التي جاء فيها: "تشكل الدول التي تسري عليها الاتفاقية اتحاد الحماية الملكية الصناعية"
- 2- اليمين عزوق، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، مذكرة نهاية التخرج للحصول على إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006/2009، ص 53.
- 3- كهينة بلقاسمي، استقلالية النظام القانوني للملكية الفكرية، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص 69.
- 4- الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية، تحاليل ووثائق، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2005، ص 105.
- 5- عبد الفتاح بيومي حجازي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 534-5. انظر نص المادة الأولى، الفقرة الأولى من اتفاقية باريس للحماية الصناعية، الواردة تحت عنوان إنشاء الاتحاد نطاق الملكية الصناعية التي جاء فيها: "تشكل الدول التي تسري عليها الاتفاقية اتحاد الحماية الملكية الصناعية" - أنظر أيضا كهينة بلقاسمي، استقلالية النظام القانوني للملكية الفكرية، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص 69.
- 6- كهينة بلقاسمي، مرجع سابق، ص 69.
- 7- موسى مرمون، ملكية براءة الاختراع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012/2013، ص 206.
- 8- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، براءة الاختراع، الرسوم الصناعية، النماذج الصناعية، العلامات التجارية، البيانات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010 ص 172.
- 9- حسين محمد، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 207.
- 10- لقد تم إدخال هذا المبدأ إلى الاتفاقيات الاتحادية بموجب تعديل بروكسل 14 ديسمبر 1900.
- 11- سميحة القليوبي، لتشريع في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر 1967، ص 230.
- 12- نادية زواني، الاستلاء على الحقوق الملكية الفكرية (التقليد والقرصنة)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2002/2003، ص 134.
- 13- عبد الفتاح بيومي حجازي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 535.
- 14 - السيد أحمد البدراوي، الحماية الدولية للملكية الصناعية، من اتفاقية باريس لاتفاقية تربيس، ندوة الويبو الوطنية حول الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين وأعضاء غرفة التجارة، اليمن، 2008، منشور على الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاطلاع 2023-22.05: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ipr_saa_04/wipo_ipr_saa_04_4.pdf
- 15- محمد عبد الكريم عدلي، مرجع سابق، ص 58.
- 16- انظر نص المادة 24 من الامر 07-03-السالف الذكر-

- 17- محمود مختار، احمد بربري ، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 08.
- 18- اليمين عزوق، مرجع سابق، ص 54.
- 19- انظر الفقرة 02 من المادة 02 من الاتفاقية الاتحادية " 2- ومع ذلك يجوز أن يفرع على رعايا دولة الاتحاد أي شرط خاص في الإقامة أو بوجود منشأة التي تطالب فيها الحماية للتمتع بأي حق من حقوق الملكية الصناعية....".
- 20- انظر نص المادة 26 من الاتفاقية الاتحادية فقرة 03 و 04 ، التي جاء فيها :
- " 1- يكون الانسحاب نافذا بعد سنة من تاريخ تسليم المدير العام للإخطار.
- 2- لا يجوز لأي دولة ان تمارس حق الانسحاب المنصوص عليه في هذه المادة قبل 5 سنوات من التاريخ الذي أصبحت فيه عضوا في الاتحاد..."
- 21- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 181.
- 22- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 237.
- 23- نادية زواني، مرجع سابق، ص 134.
- 24- اليمين عزوق، الحماية القانونية لبراءة الاختراع، مذكرة نهاية التخرج للحصول على إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006/2009، ص 57.
- 25 - تعتبر الجات - GATT معاهدة دولية تنظم التجارة الدولية بين الدول التي كانت تقبل الإنضمام إليها والتي كانت 23 دولة عند التوقيع عليها عام 1947 ووصلت إلى 117 دولة في أوائل 1994، عند انتهاء العمل بسكرتارية الجات - GATT مع التوقيع على إنشاء منظمة التجارة العالمية-WTO- بمراكش بالمغرب.
- 26- الطيب زيروتي، ، القانون الدولي للملكية الفكرية، تحاليل ووثائق، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2005، ص-ص 60-65.
- 27- سميحة القليوبي المرجع السابق، ص 113.
- 28- الطيب زيروتي، مرجع سابق، ص 60
- 29- سامية قطارني، الحماية القانونية لبراءة الاختراع بين القانون الجزائري واتفاقية تريبس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2012/2013، ص 27.
- 30- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 60.
- 31- انظر المادة الأولى الفقرة 03 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي جاء فيها: " تأخذ الملكية الصناعية بأوسع معانيها.... وإنما تطبق على الصناعات الزراعية والاستخراجية وعلية جميع المنتجات المهنية....".
- 32- انظر نص المادة 27 من اتفاقية تريبس.
- 33- انظر نص المادة 7 و 08 من الأمر 03-07- السالف الذكر-
- 34- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص. 181.
- 35- انظر المادة 04 فقرة 05 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.
- 36- موسى مرمون، مرجع سابق، ص. 257.

37- انظر نص المادة 80 من اتفاقية تريبس.

38- مرسوم رئاسي رقم 159-05 المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقعة في 22 افريل 2002 ، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1426 الموافق ل 27 افريل 2005، الجريدة الرسمية عدد 31.

39- بين 2005 و2005 تم انعقاد جولات جديدة للمفاوضات في إطار مجموعة العمل، تعهدت الجزائر من خلالها على إعداد برنامج واسع للتحويلات القانونية والتنظيمية تمس حقوق الملكية الفكرية، وعرفت هذه المفاوضات توقف سنة 2010.

40- انظر المادة 3/8 من المرسوم التشريعي رقم 17/93- السالف الذكر.

أَرْكَانُ الْمَسْئُولِيَّةِ الْعَقْدِيَّةِ وَشُرُوطُ قِيَامِهَا - دِرَاسَةٌ تَأْصِيلِيَّةٌ -

The Elements of Contractual Liability and the Conditions for its Establishment - rooting study -

فاطمة معروف

جامعة الوادي (الجزائر)

خالد ضو*

جامعة الجزائر-1 (الجزائر)

مخبر الشريعة

Email: fatmamarouf91@gmail.comEmail: khaleddou88@gmail.com

تاريخ النشر: 2023/06/15

تاريخ القبول: 2023/06/09

تاريخ الاستلام: 2023 /06 /05

ملخص:

يدرس هذا البحث مبحثاً مهماً من مباحث نظرية الالتزام؛ يتعلق بالمسؤولية العقدية، ويهدف إلى تحديد العناصر الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية، وبيان تراوح هذه العناصر بين الركنية والشرطية عند فقهاء القانون؛ وتأصيل ذلك، كما يهدف إلى تحليل وتفصيل هذه العناصر، وبيان أسس كل منها وطريقة إثباته، مع الإشارة إلى أهمية العلاقة بينها وبين المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام، ومن أهم نتائج البحث أنّ المسؤولية العقدية تقوم بتوافر ثلاثة عناصر وهي، الخطأ العقدي، الضرر العقدي، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واختلف فقهاء القانون في تكييفها، فمنهم من اعتبر هذه العناصر أركاناً، ومنهم من اعتبرها شروطاً، ويُمكن إطلاق وصف الشروط عليها، لكن وسمها بالأركان يشير أكثر إلى مدى أهميتها، وهو ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء القانون المدني وشراحه وعلى رأسهم السنهوري.

الكلمات المفتاحية: تنفيذ الالتزام: الخطأ العقدي؛ المسؤولية العقدية؛ مصادر الالتزام.

Abstract:

This research studies an important topic of commitment theory, regarding contractual liability. It aims to identify the elements that must be available for the establishment of contractual liability, and to explain how these elements range between the pillars and the conditions according to the jurists of law, and rooting it. It also aims to analyze and detail these elements, and to statement of the foundations of each of these and the method of proving it. Noting the importance of the relationship between it and the liability arising from failure to implement the obligation. Among the most important results of the research is that contractual liability is based on the availability of three elements, the contractual fault, the contractual damage, and the causal relationship between the fault and the damage. Jurisprudents differed in its adaptation. Some of them considered these elements as pillars. Some of them considered it a condition. These elements can be described by "conditions". But naming it "the pillars" indicates more of its importance. This is what the majority of civil law jurists and commentators went to, led by Al-Sanhouri.

Keywords: execution of the commitment; contractual fault; contractual liability; commitment sources.

* - المؤلف المرسل: خالد ضو

1. مقدمة:

تسعى القوانين الوضعية بكل فروعها إلى ضبط المعاملات بين الناس وتأسيس أحكامها وتقرير زواج لمن يتعدى هذه الأسس والأحكام، لأن متعدديها حتما سيعتدون على حقوق الغير أو سيُخلون بالتزاماتهم، والأمران كلاهما محل حماية في القانون ولأجلهما وُضع وُسُنّت نصوصه، وهذا منهج وسبيل كافة التشريعات.

إن الكلام عن الحقوق والواجبات والاعتداء عليها قد يجعل البعض يتجه فكره نحو الجانب الجنائي فهو المرتبط بالعقاب أكثر، ولكن هذا لا يعني أن الجانب المدني مُستباح، بل هو محمي أيضا، وكل حق فيه مكفول، وكل التزام مطلوب التنفيذ، وقد فصل القانون المدني في مسائل الالتزام وتنفيذه والمسؤولية على عدم تنفيذه في نصوص كثيرة منه.

تعالج هذه القطعة البحثية جانبا من جوانب الالتزام وبالتحديد المسؤولية التي تترتب على من أهمل التزامه أو لم يقم به كما يجب، حيث يسعى البحث إلى تفصيل عناصرها، وبيان مدى العلاقة بينها، وانطلق البحث من ملامح بحثي مهم، أثرى به الباحثان خطة العمل، يتمثل في تأصيل وصف عناصر البحث وتعليله.

1-1. أهمية الموضوع:

تجلى أهمية هذا الموضوع في عدّة نقاط؛ منها:

- دراسته لموضوع من مواضيع الالتزام التي تعدّ من أهم فروع القانون المدني.
- تأصيله للموازنة بين ركنية العناصر وشرطيتها وتعليل ذلك.
- ربطه بين عدة فروع بحثية في آن واحد؛ مما يؤكد تراكمية البحث العلمي.
- اعتماده على منهج المقارنة والاستقراء وعدم الجمود على تكرار المعطيات.

2-1. إشكالية البحث:

ينطلق هذا البحث من الإشكال الآتي:

- ما العناصر الأساسية الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية؟

ويندرج تحت هذا الإشكال التساؤلات الفرعية الآتية:

- هل تعدّ هذه العناصر أركاناً أم شروطاً؟
- كيف يتم إثبات هذه العناصر؟
- ما مدى العلاقة بين توافر أركان المسؤولية وقيامها.

3-1. أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الآتي:

- تحديد العناصر الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية.
- بيان تراوح هذه العناصر بين الركنية والشرطية عند فقهاء القانون؛ وتأصيل ذلك.
- تحليل وتفصيل هذه العناصر، وبيان أسس كل منها وطريقة إثباته.
- الإشارة إلى أهمية العلاقة بينها وبين المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام.

4-1. خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة، ولتحقيق الأهداف المنشودة قُسم البحث في عنصرين، تتقدمُهما مُقدِّمةٌ، وتليهما خاتمة، وتفصيل خطته على النحو الآتي:

1. مقدمة: بها تمهيد مختصر، أهمية الموضوع، إشكاليته، أهدافه، خطة تقسيمه ومنهج دراسته.

2. عناصر قيام المسؤولية العقدية بين الركنية والشرطية.

1-2. مفهوم الركن والشرط والفرق بينهما

2-2. إسقاط الركنية والشرطية على عناصر المسؤولية العقدية

3. العناصر الأساسية لقيام المسؤولية العقدية.

1-3. الركن الأول: الخطأ العقدي

2-3. الركن الثاني: الضرر العقدي

3-3. الركن الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

4. الخاتمة: فيها أهم النتائج التي توصّل إليها البحث، وبعض اقتراحاته.

5-1. منهج البحث:

أُنْتُهِجَ في معالجة هذا البحث المنهجين الوصفي والمقارن؛ حيث تمّ في العنصر الأول وصف الركن والشرط وتفصيل مدلول كل منهما، ثم المقارنة بينهما، واعتمد العنصر الثاني بصورة أكبر على الوصف الذي ناسب استرسال فروع العنصر.

أُسْتُعِين في توظيف المنهجين الوصفي والمقارن بآليتي التحليل والاستقراء؛ حيث ينطلق كل عنصر من تحليل ما فيه من معطيات، ليصل في نهايته أو في العنصر الذي يليه إلى استقراء فكرة تجمع فروع، وتقرّر أصوله، وتبرّرها.

2. عناصر قيام المسؤولية العقدية بين الركنية والشرطية:

إن قيام المسؤولية العقدية يتأسس على جملة من العناصر التي يجب توافرها لقيامها، وكذلك الأمر بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، ومن خلال استقراء أقوال العلماء وفقهاء القانون في ماهية هذه العناصر وجدنا منهم من يعتبرها أركاناً، ومنهم من يعتبرها شروطاً. فقهاء القانون وشراحه والباحثون من خلفهم؛ يأخذ بعضهم على بعض الاصطلاحات؛ دون بيان لسبب الاصطلاح، فالذين اعتبروها أركاناً لم يذكروا سبب اعتبارها كذلك، ولا الذين اعتبروها شروطاً بيّنوا ذلك أيضاً، ولكننا سنعرض المذهبين ونبرّر اعتبار كل منهما.

1-2. مفهوم الركن والشرط والفرق بينهما:

إنّ التمييز بين أي مصطلحين يستوجب التعريف بهما أولاً، وذلك لأن التفريق يُبنى غالباً على أوجه التشابه وأوجه الاختلاف.

1-1-2. تعريف الركن:

نقدّم في هذا العنصر عدداً من التعريفات الانتقائية لمصطلح الركن.

أولاً- تعريفات أهل اللغة للركن اصطلاحاً:

درج بعض أهل اللغة على منهج جيد في بيان المعاني، حيث يشيرون إلى المعنى الاصطلاحي للفظ بعد تأصيله اللغوي، وقد عرّف بعضهم الركن من هذا الجانب، نذكر منهم:

- عرّفه الشريف الجرجاني (ت: 362هـ)؛ فقال: ركن الشيء هو ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم؛ إذ قوام الشيء بركنه؛ لا من القيام؛ وقيل: ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه.¹
- عرّفه أبو العباس الفيومي (ت: نحو 770هـ)؛ فقال: "أركان الشيء أجزاء ماهيته".²

ثانياً- تعريفات فقهاء الشريعة للركن:

وردت تعاريف عديدة للركن وإن كانت متقاربة في معانيها، وسنورد تعريفاً من كل مذهب؛ مرتبة وفق الترتيب الزمني للمذاهب:

- عرّفه ابن نجيم المصري الحنفي (ت: 970هـ)؛ فقال: "الركن، هو جزء الماهية".³
- عرّفه الدردير المالكي (ت: 1201هـ)؛ "الركن ما تتحقق به الماهية، ولو لم يكن جزءاً منها حقيقة".⁴
- عرّفه زكريا الأنصاري الشافعي (ت: 926هـ)؛ فقال: "أركان الشيء أجزاءه في الوجود، التي لا يحصل إلا بحصولها، داخله في حقيقته، محققة لهويته".⁵
- عرّفه ابن العثيمين الحنبلي (ت: 1421هـ)؛ فقال: "الأركان هي ما لا يتم تركيب الماهية إلا بها".⁶

ثالثا- تعريف فقهاء القانون للركن:

قدّمنا تعريفات فقهاء الشريعة ونوعنا فيها نظرا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون من جهة، ومن جهة أخرى لأنّ فقهاء القانون لم يتعرضوا لتعريف الركن بهذا التصريح والتفصيل كما تعرض له فقهاء الشريعة، ومع ذلك فإنّ منهم من أشار إلى مدلول الركن أو مؤداه، خلال كلامه عن الأركان.

من ذلك نذكر تعريف عبد القادر عدوّ عند كلامه عن أركان الجريمة، حيث أشار إلى أنّ الركن هو العنصر الذي يدخل في ماهية الشيء، ويُستفاد ذلك من تعبيره "... يدخل في الشيء عند تحليله إلى عناصر".⁷

2-1-2. تعريف الشرط:

نقدّم في هذا العنصر عددا من التعريفات الانتقائية لمصطلح الركن.

أولا- تعريفات أهل اللغة للركن اصطلاحًا:

الشرط في اللغة هو العلامة، ومنه أشرط الساعة؛ أي علاماتها، وقد أورد الشريف الجرجاني (ت: 362هـ) ثلاثة تعريفات للشرط؛ وهي⁸:

- الشرط تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني؛
- الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده؛
- الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.

كما عرّفه نشوان الحميري (ت: 573هـ)؛ فقال: واحد الشروط، وأصله مصدر، وحقيقته في عرف المتكلمين: ما لولاه لما صحّ المشروط.⁹

ثانيا- تعريفات فقهاء الشريعة للشرط:

عرّف الفقهاء والأصوليون في الشريعة الإسلامية مصطلح "الشرط" تعريفات متقاربة جدا، نختار منها تعريفين هما:

- عرّفه أبو المظفر السمعاني (ت: 489هـ)؛ فقال: "الشرط هو ما يختلف الحكم بوجوده وعدمه".¹⁰
- عرّفه فخر الدين الرازي (ت: 606هـ)؛ فقال: "الشرط هو الذي يقف عليه المؤثر في تأثيره لا في ذاته".¹¹
- عرّفه القرافي (ت: 684هـ)؛ فقال: "الشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته".¹²

ثالثا- تعريف فقهاء القانون للشرط:

إنه -وكما ذكرنا في تعريف الركن- قدّمنا تعريفات فقهاء الشريعة باعتبارها مصدرا من مصادر القانون، ولأنّ فقهاءها والأصوليين منهم استرسلوا في تعريف وتأصيل معنى الشرط ومدلوله، بينما فقهاء القانون وإن تعرضوا لتعريف الشرط بيد أنهم لم يعرفوه في هذا السياق؛ نقصد في سياق منافسته للركنية؛ بهذا التصريح والتفصيل كما تعرض له فقهاء الشريعة.

أشار عبد القادر عدوّ إلى مدلول الشرط المقارب للركن؛ عند كلامه عن الشروط المفترضة في قيام الجريمة، فورد في معنى كلامه بأنّ الشرط هو عنصر يلزم توافره ليتحقق الوصف المقصود أو المطلوب، ويُفهم ذلك؛ على سبيل القياس؛ من خلال تعريفه للشروط المفترضة لقيام الجريمة حيث قال: "الشرط المفترض هو عنصر يلزم توافره..."¹³، ويُفهم هذا أيضا من كلام محمود مصطفى عند تعريفه للشرط المفترض لقيام الجريمة أيضا؛ حيث قال: "الشرط المفترض هو العنصر الذي يفترض قيامه..."¹⁴.

3-1-2. التمييز بين الركن والشرط:

مؤكّد أن المصطلحين يختلفان في المعنى، لأنّ القاعدة اللغوية تقضي بأنّ كل اختلاف في اللفظ يتأسس عليه اختلاف في المدلول قطعا، وعليه فإنّ مدلول "الركن" ليس كمدلول "الشرط"، وقد تبين ذلك من خلال تعريف كل منهما.

لزيادة توضيح الفارق بينهما، ومن خلال استقراء معانيهما نجد بأنّ ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه، فقوام الشيء بركنه، بخلاف شرطه، فهو خارج عنه¹⁵، كما أنّ ركن الشيء جزء ماهيته، أمّا الشرط فهو ما تتوقف عليه صحة الركن.¹⁶

2-2. إسقاط الركنية والشرطية على عناصر المسؤولية العقدية:

إنّ ما ذكرناه من تأصيل لمعنى المصطلحين وبيان للفرق بينهما يُمثل بابا ننطلق منها في إسقاطنا، حيث وجدنا من يسمي عناصر المسؤولية أركاناً ووجدنا من يسميها شروطاً، ومؤكّد أن كلا من المذهبين إنما اعتبر التفصيل المذكور، فالذي جعلها أركاناً رآها جزءاً من ماهيتها، والذي جعلها شروطاً رآها خارجة عنها ولا تقوم إلا بها.

1-2-2. القائلون بأن عناصر المسؤولية أركان لها:

صدّرت أغلب كتب الالتزام هذا العنصر بعنوان "أركان المسؤولية العقدية"؛ بحيث اعتبروا عناصر الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية أركاناً لها، ولم يعلّل أحد من الذين رجعنا إليهم سبب إطلاقه لوصف "الركنية" لكن من خلال ما أوردنا في العنصر الأول من تفريق بين الركن والشرط يبدو أن هؤلاء

الفقهاء والشرّاح عدّوا هذه العناصر تابعة لماهية المسؤولية، أو رأوا بأنّ جعلها أركاناً أقوى دلالة وأكثر إسقاطاً لمصادر الالتزام عليها.

ومن الذين اعتبروا هذه العناصر أركاناً عميد القانون المدني وزعيم شرّاحه الدكتور عبد الرزاق بن أحمد السهموري المصري (ت: 1971م) كبير علماء القانون المدني في عصره، وواضع العديد من القوانين المدنية لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت، وصاحب الكتب الرصينة في هذا المجال خاصة، وفي غيره¹⁷، وقد تابعه الكثير من شراح القانون المدني في ذلك فجعلوا العناصر التي يجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية أركاناً لها.

2-2-2. القائلون بأن عناصر المسؤولية شروط لها:

ومن الذي قالوا بأن عناصر المسؤولية شروطاً لا أركاناً نجد علي علي سليمان؛ حيث قال في كتابه النظرية العامة للالتزام: "يشترط لقيام هذه المسؤولية العقدية ثلاثة شروط؛ وهي¹⁸ :

- أن يربط بين الدائن والمدين عقد صحيح؛
- أن ينشأ ضرر مباشر عن عدم تنفيذ التزام، أو عن الإخلال بتنفيذ التزام مترتب عن هذا العقد؛
- أن يكون من أصابه الضرر المباشر دائناً بالالتزام الذي لم يُنفذ أو الذي حدث الإخلال بتنفيذه، أو خلفاً له".

يتضح بأنّ الأستاذ هنا فعّل صفة الشرطية لهذه العناصر، وهو لم يذكر سبب توجّهه هذا، لكن من خلال ما ذكرنا في التفريق بين الركن والشرط يتبين أنه اعتبر هذه العناصر خارجة عن ماهية المسؤولية وإن كانت واجبة لقيامها؛ مما جعله يعدّها شروطاً.

2-2-3. المناقشة والترحيح:

بعد عرض المذهبين في تصنيف هذه العناصر تجدر الإشارة إلى أنّ المصطلحين كليهما يُعبّران عن المقصود بدقة، كما أن الاختلاف الفقهي يفتح آفاقاً جيدة للباحثين والشرّاح ويخرجهم من الجمود والنمطية ويدفعهم إلى البحث والتحري.

لو أردنا قياس عناصر المسؤولية العقدية وإن كانت مدنيّة على عناصر قيام الجريمة وإن كانت جنائية؛ فإننا سنجد أن عناصر هذه الأخيرة وقع في بعضها الخلاف في التصنيف أيضاً، حيث أجمع الفقه على أن الركن المادي والركن المعنوي (القصد) ركنان لأنهما من ماهية الفعل المجرم نفسه، لكن اختلفوا في تصنيف الركن الشرعي فمنهم من عدّه شرطاً إضافياً لا ركناً ومنهم من جعله مبدأً أساسياً، والركن الشرعي لقيام الجريمة كما هو معلوم هو النص الذي يجرم ذلك الفعل ويقرر عليه عقوبة، ومن خلال

تعريفه فهو خارج عن تركيب الجريمة لكنه شرط لاعتبارها، ونظرا لأهمية هذا الشرط وعدم إمكانية تجاوزه فقد قررته أغلب النظريات الجنائية ركنا لقيام الجريمة، واكتسب هذا الشرط ركنيته من أحد المبادئ الجنائية ألا وهو مبدأ الشرعية¹⁹؛ الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وكذلك الأمر بالنسبة للشروط المفترضة في الجريمة حيث جعلها البعض ركنا لقيام الجريمة ورفعوا تصنيفها وتسميتها من الاشتراط إلى الركنية؛ وذلك إحياءً بمدى أهميتها، وتنبيهاً إلى عدم إمكانية تجاوزها بأي حال، وقياساً على الركن الشرعي.²⁰

بالإضافة إلى ما ذكر فإن اعتبارات الفقهاء لمُدلول الركن تلعب دوراً أساسياً في تصنيفهم للعناصر، فممنهم من يعتبر بأن الركن هو جزء الشيء الذي لا يتحقق بدونه، وممنهم من يعتبر بأن الركن هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء، سواء أكان جزءاً داخلياً فيه أم خارجاً عنه²¹، وبناءً على اختلاف اعتباراتهم تختلف تصوراتهم للعنصر.

تلخيصاً لما قيل وتأسيساً عليه نقول بأن هناك عناصر أساسية يجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية؛ ويمكن إطلاق وصف الشروط على هذه العناصر كما قال الأستاذ علي سليمان، لكن وسميها بالأركان يشير أكثر إلى مدى أهميتها، وهو ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء القانون المدني وشراحه وعلى رأسهم عميدهم السنهوري.

3. العناصر الأساسية لقيام المسؤولية العقدية (أركانها):

بعد تأصيل الفرق بين الشروط والأركان في العنصر السابق، نقدّم في هذا العنصر تفصيلاً لأركان المسؤولية العقدية، وقد اعتمدنا وصف "الأركان" لأنه أغلب الفقهاء والشراح والباحثين اعتمدوه.

3-1. الركن الأول لقيام المسؤولية العقدية (الخطأ العقدي):

الخطأ العقدي هو الركن الأول الذي يجب أن يتحقق لقيام المسؤولية العقدية، ونبحث في هذه التفاصيل الموجزة عن مفهومه وطرق إثباته وبعض متعلقاته.

3-1-1. تحديد المقصود بالخطأ العقدي ومعياره:

أولاً- تحديد المقصود بالخطأ العقدي:

أ/ الخطأ العقدي في اللغة:

الخطأ، والخطاء: ضد الصواب، وقد أخطأ²²، كما أنّ "أخطأ" و "تخطأ" بمعنى وكذلك "خطئ"، ولا يصح: "أخطيت"، والخطئ الذنب، وهو مصدر "خَطِئَ"، والاسم "الخطيئة" ويجوز تشديدها والجمع "الخطايا". والمخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخطأ من تعمد ما لا ينبغي.²³

العقدي نسبة إلى العقد؛ والذي يعدّ مصدر كل التزام.

ب/ الخطأ العقدي في الاصطلاح:

أورد الفقهاء وشراح القانون تعريفات عدة للخطأ العقدي؛ نكر منها:

- عرفه الزحيلي (ت: 2016م)؛ بأنه: "حالة ما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كالالتزام بالتسليم أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليه سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال".²⁴
- عرفه محمد فوزي فيض الله؛ بأنه: "مجازة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة".²⁵
- عرفه السنهوري؛ فقال: "أن لا يقوم المدين في العقد بتنفيذ التزامه سواء أكان ناشئا عن عمد أو عن إهمال".²⁶

ج/ الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي:

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ الالتزام بالعقود والوفاء بما جاء فيها في القرآن الكريم؛ في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، وقوله سبحانه أيضا: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المعارج:32].

اعتمد الفقهاء على هذا النصوص وما شاكلها كمبادئ أساسية في فقه المعاملات، واهتموا بما يحدثه العقد بين الأشخاص من التزام، وأجمعوا على أن أي تقصير أو إهمال أو عدم تنفيذ لهذه الالتزامات يكون صاحبه مسؤولا عنه.

د/ الخطأ العقدي في القانون المدني المقارن:

كان الفقيه "دوما"، وكذا الفقيه "بوتيه" وغيرهما من شراح القانون الفرنسي القديم استنادا إلى القانون الروماني، يقولون بما يسمى نظرية تدرج الخطأ، التي تقسم الخطأ بحسب درجة خطورته إلى ثلاثة أقسام أساسية: الخطأ الجسيم وهو الذي يتمثل في إهمال في معرض تنفيذ الالتزام، لا يرتكبه حتى أكثر الناس إهمالا، والخطأ اليسير وهو ما لا يقع من الشخص المتوسط العناية في الظروف التي أحاطت بالمدين، والخطأ التافه وهو ما لا يرتكبه شخص حازم حريص. فكان المدين لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، إذا كان العقد في مصلحة الدائن وحده، وكان يسأل عن خطئه اليسير إذا كان العقد في مصلحة الطرفين، ويسأل عن خطئه التافه إذا كان العقد في مصلحته وحده.²⁷

غير أن هذه النظرية لم تجد تأييدا في الفقه والتشريع في فرنسا، لعدم أهميتها من جهة، ولأنها قامت على تفسير خاطئ لنصوص وردت في قانون "جستنيان" من جهة أخرى، فقد انتقدها أغلب فقهاء القانون في فرنسا، كما هجرها القانون المدني الفرنسي في المادة 1147؛ والتي قضت صراحة على أن: "عدم تنفيذ المدين للالتزام أو تأخره فيه هو خطأ عقدي، بقطع النظر في السبب الذي أدى إلى عدم الوفاء".²⁸

هـ/ الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري على القاعدة العامة للمسؤولية العقدية، التي تجعل "المدين مسؤولاً بمجرد عدم الوفاء، ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء"، ومن ثم فإن هذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري، أما المادة 172 من القانون المدني الجزائري فهي تختص بتحديد مدى الالتزام ببذل عناية، وما يجب على المدين بذله من عناية مطلوبة في الوفاء به.

وعليه فإن الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، أو تأخره في هذا التنفيذ، ويستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال، أو فعل يكون سببه مجهولا، سواء أكان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا، أو متأخرا أو معيبا، ففي كل هذه الصور يتوافر الخطأ العقدي قانونا.³⁰

ثانيا- معيار الخطأ العقدي:

إن الخطأ العقدي هو انحراف ايجابي أو سلبي في سلوك المدين؛ مما يؤدي إلى مؤاخذته ومساءلته عن خطئه، ومعيار الانحراف هنا هو معيار الرجل العادي، أو ما يسمى بـ "رب الأسرة الحريص" المعني بأمور نفسه، وهذا المعيار يستفاد من نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري، وفكرة الشخص العادي هي فكرة مجردة، يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين، فإذا كان المدين تاجرا مثلا، فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد ارتكب خطأ بمسلك التاجر العادي، إذا ما وضع في نفس ظروفه.³¹

2-1-3. الخطأ العقدي في مسؤولية العاقد عن فعله الشخصي:

يفرق القانون المدني الجزائري في هذا الموضوع بين ثلاثة أنواع من الالتزامات؛ وهي:

أولا- الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية:

كالالتزام بنقل الملك والحقوق العينية الأخرى والالتزام بتسليم عين أو بإقامة مبنى والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق أو القيام بالتسليم أو بإقامة المبنى أو الامتناع عن العمل، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية، فإذا لم تتحقق بقي الالتزام غير منفذ.³²

فالالتزام بإقامة بناء يكفي عدم تحقق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين، أما إذا أراد المدين دفع المسؤولية العقدية عنه وجب أن يقدم الدليل على وجود سبب أجنبي أدى إلى عدم التنفيذ حسب المادة 176 من القانون المدني الجزائري.³³

ثانيا- الالتزام ببذل عناية:

إن المدين لا يقوم بتحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن، بل يكون مضمون أدائه للالتزام وسيلة للوصول إلى الهدف النهائي، ومثال ذلك أن لا يلتزم الطبيب بشفاء المريض بل يلتزم ببذل عناية، ويكون العلاج وسيلة لتحقيق هدف المريض وهو الشفاء ففي هذا النوع من الالتزام يجب على المدين أن يبذل مقدار معيناً من العناية التي يبذلها الشخص العادي، وقد تزيد أو تقل هذه العناية طبقاً لما يقرر، القانون أو الاتفاق ويكون المدين قد نفذ التزامه التعاقدي إذا بذل العناية المطلوبة منه حتى لو لم يتحقق الهدف أو الغاية من الالتزام.³⁴

كما أن مسؤولية الطبيب لا تقوم قانوناً إلا إذا أثبت المريض أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة إهمال أو تقصير في العلاج، كما أن القانون الجزائري يفرض هذه العناية على المستأجر (المادة 495 من القانون المدني) والمودع لديه (المادة 2/592) والمستعير (المادة 544) ... وغيرها، فلا يكفي من الدائن هنا إثبات عدم تنفيذ الالتزام، بل عليه إثبات الخطأ المتمثل في أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة وعلى المدين إذا أراد نفي مسؤوليته إقامة دليل على وجود سبب أجنبي³⁵، وذلك وفقاً للمادة 172 من القانون المدني الجزائري: "في الالتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".³⁶

جاء في المادة نفسها أيضاً: "وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم"³⁷، وقد طبقت المحكمة العليا ذلك في مسؤولية ناقل المسافرين حيث اعتبرت الناقل ملتزماً بنتيجة هي توصيل الراكب سالماً إلى الجهة المتفق على نقله إليها، بأن يضمن سلامة المسافر، ولا يجوز إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن هذا الضرر سببه قوة قاهرة أو خطأ المسافر، وأنه لم يكن يتوقعه، ولم يكن في استطاعته تفاديه.³⁸

2-1-3. الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء:

والإخلال بالالتزام عقدي يتصور وجوده في المسؤولية العقدية عن خطأ المدين الشخصي ولا لبس في ذلك، إلا أنه يمكن أن يتصور وجوده في مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، وعن فعل الأشياء التي تحت حراسته.³⁹

أولاً- الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية عن فعل الغير:

يتحقق الخطأ العقدي كما ذكرنا بمجرد عدم وفاء المدين بالتزامات ولا يؤثر في تحققه أن يكون عدم الوفاء راجع إلى فعل شخص آخر غير المدين سواء كان هذا الشخص تابعاً له أم كان بديلاً عنه أو نائباً عنه أو مساعداً في تنفيذ العقد، فإذا كان عدم الوفاء بالالتزام راجع إلى فعل أحد أتباع المدين أو إلى

فعل شخص آخر أحله المدين محله في تنفيذ الالتزام كالمقاول أو المستأجر من الباطن، أو كان يرجع إلى فعل نائب عن المدين كالوصي أو القيم أو الوكيل، أو إلى فعل شخص يساعد المدين ويعاونه في تنفيذ عقد بناء على طلبه، ففي كل هذه الأحوال تتحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير، ولا يعد فعل هذا الغير من قبيل السبب الأجنبي بالنسبة للمدين إلا إذا كان الغير أجنيا عن المدين حسب المادة 178 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.

وإذا تحققت مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير قبل دائه كان له أن يرجع بدوره على الغير إما بالمسؤولية العقدية إذا كلفه بتنفيذ العقد، وإما بالمسؤولية التقصيرية إذا كان الغير قد قام بتنفيذ العقد بتكليف من القانون.⁴⁰

ثانيا- الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية عن الأشياء:

إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ العقد كان هذا الخطأ عقديا كما ذكرنا سابقا، فإذا كان عدم تنفيذ العقد ليس راجعا إلى فعله الشخصي؛ بل إلى فعل شيء؛ أي إلى تدخل إيجابي من شيء أفلت من حراسته فإنّ المدين مسؤول عليه مسؤولية عقدية، ويتحقق ذلك في الافتراضات الآتية⁴¹:

أ/ تسليم المدين الشيء محل العقد للدائن: كأن يسلّم البائع الآلة المباعة للمشتري فتنفجر الآلة في يد المشتري فتصيبه بضرر في نفسه أو في ماله، فيصبح البائع مسؤولا بمقتضى التزامه العقدي من ضمان العيوب الخفية وليس عن سوء استعمال المشتري لها، ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المباعة كوجود عيب فيها، بل عن حالة إيجابية هي انفجار الآلة فيكون البائع مسؤولا مسؤولية عقدية لا عن فعله الشخصي بل عن فعل شيء.

ب/ يكون المدين مسؤولا عن رد الشيء محل العقد للدائن: كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة فيتدخل شيء آخر في حراسة المستأجر كمواد متفجرة يتسبب عنه حريق العين المؤجرة، فيكون المستأجر مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل الشيء وهي المواد المتفجرة.

ج/ يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئا فيؤدي هذا الشيء الدائن: ويكون المدين مسؤولا عن سلامة الدائن بمقتضى العقد مثل ذلك: عقد النقل ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة، قطار أو سيارة أو طائرة ... أو غيرها، فيصطدم القطار مثلا أو تنفجر السيارة أو تسقط الطائرة، فيصاب الراكب بضرر فهنا لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الناقل إذ هو ملزم بسلامته، فيكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل شيء.

ولم ترد في القانون المدني الجزائري قواعد خاصة بمسؤولية المدين العقدية عن فعل شيء في حراسته، ولما كان وجود الشيء في حراسة المدين، يجعل فعله منسوبا إليه فإن فعل الشيء في هذه الحالة يعتبر فعلا شخصيا للمدين، فيكون المدين مسؤولا عن فعل الشيء الذي في حراسته، ولكن أفلت زمامه

من يده، أما إذا وجد نص خاص في شأن المسؤولية عن فعل الشيء فيتعين الأخذ به كما هو الشأن فيما يتعلق بالمادة 483 من القانون المدني المعدلة وفقا لقانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 التي تقرر ضمان المؤجر للمستأجر العين المؤجرة بما يوجد فيها تحول دون الانتفاع بها، وكذا المادة 379 من القانون المدني تجعل البائع ملزما بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ولو لم يكن عالما به وهي مسؤولية عقدية.⁴²

4-1-3. إثبات الخطأ العقدي:

سبق القول أن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، يتحمل الدائن الذي يطالب التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء خطأ المدين عبء إثبات عدم تنفيذ هذا المدين لالتزامه أو التأخر فيه، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات عدم تحقق هذه النتيجة التي استهدفها، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات عدم بذل العناية، وإثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر منه في الحالة الثانية.⁴³

إن مسؤولية ناقل المسافرين وفقا للمادة 62 من القانون التجاري تلقى على عاتقه التزام بضمان سلامة المسافر وهو التزام بتحقيق غاية، فإذا أصيب المسافر بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل، تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر غير حاجة عن إثبات وقوع الخطأ في جانبه.⁴⁴

2-3. الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية (الضرر العقدي):

يعد الضرر أحد أركان المسؤولية العقدية بل إنه من أهم أركانها، ومعه تدور المسؤولية وجودا وعدما، وضعفا وشدة، فلا مسؤولية حيث لا ضرر، إذ أن حدوث الخطأ العقدي لا يكفي وحده لتحقيق المسؤولية العقدية، بل لا بدّ من أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق بالدائن.⁴⁵

1-2-3. تعريف الضرر:

أولا- تعريف الضرر لغة:

قال أهل اللغة: الضَّرُّ ضِدُّ النَّفْعِ، والضَّرُّ: الْهَزَالُ وَسُوءُ الْحَالِ، والضَّرَرُ: النَقْصَانُ، فيُقال: دخل عليه ضرر في ماله، قال تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَا لِحَبِيهِ﴾ [يُونُس:12]، وقال: ﴿كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرٍّ مِّنْهُ﴾ [يُونُس:12]. فكل ما كان من سُوءِ حَالٍ وفقر، في بدن فهو ضَرٌّ، وما كان ضِدًّا لِلنَّفْعِ فهو ضَرٌّ.⁴⁶

ثانيا- تعريف الضرر اصطلاحا:

أورد فقهاء القانون وشرّاحه تعريفات عدة للضرر؛ منها:

■ الضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته."

■ الضرر هو عبارة عن الأذى الذي يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للإنسان، سواء أنصب هذا الأذى على جسم المضرور أو ماله أو شرفه أو كرامته أو مركزه الاجتماعي".⁴⁷

والتعويض عن الضرر وفقا للمادة 176 من القانون المدني الجزائري يكون عن عدم تنفيذ الالتزام وقد يكون عن التأخر في تنفيذه.⁴⁸

ثالثا- موقف الشريعة الإسلامية من الضرر:

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».⁴⁹
 قيل: الضرر الاسم والضرار الفعل، ومعنى لا ضرر: لا يدخل على أحد ضررا لم يدخله على نفسه، ومعنى لا ضرار: لا يضار أحد بأحد، وقيل: الضرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة⁵⁰، وكل منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل، وفي النص تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم، وفيه حذف تقديره لا لحوق أو لا إلحاق أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعا؛ إلا لموجب خاص.⁵¹

2-2-3. أنواع الضرر وشروطه:

أولا- أنواع الضرر:

الضرر العقدي قد يكون ماديا أو أدبيا:

أ/ الضرر المادي: ويتمثل فيما يصيب الشخص من أذى في جسمه أو ماله.

ب/ الضرر الأدبي: ويتمثل فيما يصيب الشخص من أذى في العرض أو السمعة أو الاعتبار أو العاطفة.⁵²

ثانيا- شروط الضرر:

يشترط في الضرر أدبيا أو معنويا الشروط التالية:

أ/ أن يكون الضرر محققا: ويشترط فيه سواء كان ضررا أدبيا أو معنويا أن يكون ضررا محققا، والضرر يكون محققا إذا كان حالا وحاصلا، أي أنه وقع فعلا، كإصابة المسافر بخطأ الناقل أثناء الرحلة، والإصابة هنا تمثل الضرر الواقع فعلا، ومن ثم يستحق التعويض.

فإن الضرر الذي يكون محلا للتعويض، والذي تقوم بناء عليه المسؤولية المدنية، إنما هو ذلك الضرر المحقق، أي الذي وقع فعلا، وفقا للمادتين 131، 182 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 182 مكرر من القانون نفسه؛ المضافة بالقانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني.⁵³

ب/ أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا: أي أنه يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول حسب الفقرة الأولى من المادة 182 من القانون المدني الجزائري، ولا يقصد بالضرر المتوقع ذلك الضرر الذي توقعه المدين فعلا وقت إبرام العقد، بل الضرر الذي يتوقعه وقت تعاقد الرجل العادي، ويرجع في ذلك إلى تقديره إلى معيار

مجرد وليس معيار ذاتي، ومثال ذلك: ضياع حقيبة من الحقائب المشحونة عن طريق السكك الحديدية فالشركة هنا لا تسأل إلا عن القيمة المعقولة للحقيبة العادية أي "الضرر المتوقع" ولو كان داخل الحقيبة مجوهرات ثمينة هذا في حالة إذا لم يكشف العميل عن محتوياتها.

ومن هنا فإن المدين في الالتزامات العقدية، لا يسأل في القاعدة العامة إلا عن الضرر المباشر المتوقع عادة وقت العقد، تأسيسا على الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي لم تقصد الالتزام إلا بما أمكنها توقعه وقت التعاقد ومع ذلك إذا كان إخلاله بالتزامه يرجع إلى غشه أو خطئه الجسيم، يكون مسؤولا عن جميع الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع حسب الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

3-2-3. إثبات الضرر:

إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني، فإنه لا يطالب بالإثبات لأن عدم التنفيذ يؤدي إلى ثبوت الضرر حتما، أما إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بمقابل "التعويض" فعليه في هذه الحالة أن يقيم الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه.⁵⁴

3-2-4. التعويض عن الضرر:

القاعدة العامة في التعويض هي أن الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه المسؤولية العقدية، فالضرر غير مباشر لا يعرض عنه مطلقا سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، فالتعويض في المسؤوليتين يكون عن الضرر المباشر فقط.⁵⁵

وأما في المسؤولية العقدية فالتعويض يكون عن الضرر على التفصيل الآتي:

هناك ضرر مباشر وضرر غير مباشر، ضرر متوقع وضرر غير متوقع، ضرر حال ضرر مستقبل، وضرر موروث وآخر مرتد.

أولا- الضرر المباشر والضرر غير مباشر:

ورد النص على التعويض عن الضرر المباشر بالمادة 182 من القانون المدني الجزائري؛ الواردة في المسؤولية العقدية، والمعيار يصدق أيضا على المسؤولية التقصيرية، والتي تقضي باعتبار الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ثانيا- الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:

تنص الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

ثالثا- الضرر الحال والضرر المستقبلي⁵⁶:

أ/ الضرر الحال: هو الذي ثبت حدوثه فعلا على إثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققا، وهنا لا يثير تقدير التعويض عنه أية صعوبة فيقدر القاضي التعويض على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، مع مراعاة ما سوف يترتب على هذا الضرر من نتائج في المستقبل، سواء كانت مادية أم أدبية، بحيث يؤخذ في الاعتبار حرمان المضرور في المستقبل من بعض المزايا بسبب هذا الضرر.

ب/ الضرر المستقبلي: وهو الذي سوف يقع بعد وقوع الفعل الضار أي تحقق سببه عند وقوع الفعل الضار ولكن آثاره لم تتحقق إلا بعد ذلك، سواء كلها أو بعضها. ويضرب لذلك مثال عامل أصيب في فعل ضار بعاهة مستديمة أعجزته عن العمل، فيجب أن يعرض عما سوف يترتب عن هذه العاهة من حرمانه مما كان سوف يكتسبه من عمله مستقبلا، فالعاهة محققة، وهي السبب، والآثار التي لم تتحقق بعد مؤكدة الوقوع في المستقبل فيعوض عنها باعتبارها ضررا مستقبلا محقق الوقوع. أما الضرر المحتمل الوقوع في المستقبل، بحيث لا يعرف هل سوف يقع أو لا يقع، فهذا هو الضرر المحتمل ولا يعرض ولا يوجد سبب يؤكد أنه سوف يقع.

رابعا- الضرر الموروث والضرر المرتد:

المراد بالضرر الموروث الضرر الذي ينتقل من السلف إلى الخلف، ويراد بالضرر المرتد الضرر الذي يصيب الخلف شخصا بسبب الضرر الذي أصاب السلف، وهذا تفصيلهما⁵⁷.

أ/ الضرر الموروث: طالما ظل السلف المضرور حيا، فله وحده الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي وليس لورثته هذا الحق، إن كان القضاء الفرنسي أجاز للوالدين فقط ذلك إن كان قاصرا.

أما إذا مات المضرور، فإما أن يكون قد رفع الدعوى عما أصابه من ضرر مادي معنوي قبل موته ولم يصدر فيها حكم بعد، فيكون للورثة بصفتهم خلفا عاما أن يواصلوا السير في هذه الدعوى.

وأما أن يكون السلف قد مات فورا إثر الحادث المميت الذي أودى بحياته في الحال، بحيث لم يترك له الوقت الذي يتمكن فيه من رفع دعوى مطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر مادي، فلورثته الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثهم وتنتقل إليهم تركته مشتملة على هذا الحق، ويقسم عليهم حسب أنصبتهم في الميراث.

ب/ الضرر المرتد: يراد بالخلف الذي يصاب بضرر شخصي ترتب على ضرر أصاب السلف، ليس فقط الخلف العام المنصوص عليه بالمادة 108 في القانون المدني الجزائري بل ما هو أوسع من ذلك، فهو يتسع ليشمل كل من أصابه ضرر شخصي من جراء الحادث الذي أصاب السلف، سواء كان وارثا أو غير وارث وأصبح يكفي أن يثبت هذا الخلف أن السلف كان يقدم له إعانة، وقد كان الخلف بهذا المعنى يرفع دعواه

للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه من الغير، ولكن القضاء الفرنسي أعطى للخلف الحق في رفع الدعوى على أساس المسؤولية العقدية.

لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، كما يجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه⁵⁸، ويجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر^{59 60}.

3-3. الركن الثالث لقيام المسؤولية العقدية (العلاقة السببية بين الخطأ والضرر):

3-3-1. تحديد المقصود بالعلاقة السببية:

لا يكفي ليسأل المدين عن الإخلال بتنفيذ التزامه العقدي، أن يثبت الدائن خطأ في جانب المدين وضرراً لحق به، بل يجب أن يكون الضرر نتيجة لذلك الخطأ، أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ العقدي، ولذلك فلا يسأل مرتكب الفعل إلا عن الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لخطئه، أي الذي لم يكن بإمكانه أن يتوقاه، وأن يبذل في تجنبه جهداً معقولاً يقاس بمقياس الرجل العادي، إذا وجد في الظروف نفسها⁶¹.

وعُرفت العلاقة السببية بأنها: "تلك الصلة التي تربط الضرر بالخطأ، فتجعل الضرر نتيجة للخطأ، فإذا انعدمت هذه الرابطة انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها"⁶².

3-3-2. إثبات علاقة السببية:

يقع على الدائن عبء إثبات علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (أو الخطأ العقدي)، والضرر الذي لحقه، أما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين، فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر. وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه.

وفي هذا المعنى قرّرت المادة 176 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ..."⁶³.

3-3-3. نفي علاقة السببية:

لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية العقدية عنه، إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوكه، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. ويقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين، أدى إلى حدوث الضرر

الذي لحق بالدائن، والسبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا، قد يكون قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا، أو يكون فعل الدائن، أو يكون فعل الغير.

أولا- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

لا يفرق الفقهاء ولا القضاء، بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، كما أن المشرع الجزائري جرى على اعتبارهما مترادفين⁶⁴، فإذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر.

ويشترط في القوة القاهرة، أن تكون أمرا لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وأن يكون الأمر غير منسوب إلى المدين.

ومن أمثلة السبب الأجنبي: الحرب، الزلزال، الفيضان، المرض، وصدور قانون جديد.⁶⁵

ثانيا- فعل الدائن:

إذا كان فعل الدائن يجمع بين عدم إمكان توقعه، واستحالة دفعه، فإنه يعتبر سببا أجنبيا، كوقوع المسافر لمحاولته ركوب القطار في أثناء سيرها، أو ضياع الرسالة في أثناء نقلها نتيجة لسوء التعبئة، وذلك حسب نص المادة 177 من القانون المدني الجزائري: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".⁶⁶

وفي مقابل ذلك فإنه يعفي حارس الشيء من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أحدثه ذلك الشيء حدث بسبب لم يكن يتوقعه.

ثالثا- فعل الغير:

المراد بالغير هو الشخص الأجنبي عن العقد، الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه، وهو يعتبر سببا أجنبيا، ويترتب عليه نفي علاقة السببية، إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة.

ويترتب على السبب الأجنبي انتفاء مسؤولية المدين العقدية عن الإخلال بالالتزام الذي رتبه العقد في ذمته، ولا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنها.⁶⁷

وكما تنتفي العلاقة السببية بإثبات المدين أن خطأه لم يكن سببا في حدوث الضرر، وقد نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري صراحة بأنه ينقضي الالتزام، إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته.⁶⁸

4. الخاتمة:

بفضل الله وفتحه وتوفيقه تمّ هذا البحث، وفي ختامه نعرض جملة من النتائج، مع بعض الاقتراحات، وذلك في الآتي:

1-4. النتائج:

- 1- يتأسس قيام المسؤولية العقدية على جملة من العناصر التي يجب توافرها لذلك، واختلف فقهاء القانون وشرّاحه في تكييف هذه العناصر؛ فمنهم من اعتبرها أركاناً، ومنهم من اعتبرها شروطاً.
- 2- من خلال استقراء معنى الركن والشرط نجد بأنّ ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه، أما الشرط فهو خارج عنه، كما أنّ ركن الشيء جزء ماهيته، أمّا الشرط فهو ما تتوقف عليه صحة الركن.
- 3- عدّ أغلب فقهاء القانون والباحثين فيه العناصر الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية أركاناً لها؛ حيث اعتبروها تابعة لماهية المسؤولية، أو رأوا بأنّ جعلها أركاناً أقوى دلالة وأكثر إسقاطاً لمصادر الالتزام عليها، بينما فعّل بعضهم صفة الشرطية لهذه العناصر، لكونها خارجة عن ماهية المسؤولية وإن كانت واجبة لقيامها.
- 4- المصطلحان والوصفان كلاهما (الركن أو الشرط) يُعبّران عن المقصود بدقة، كما أنّ الاختلاف الفقهي يفتح أفقاً جيدة للباحثين والشرّاح ويخرجهم من الجمود ويدفعهم إلى البحث والتحري.
- 5- يُمكن إطلاق وصف الشروط على العناصر الأساسية التي يجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية، لكن وسمها بالأركان يشير أكثر إلى مدى أهميتها، وهو ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء القانون المدني وشرّاحه وعلى رأسهم السنهوري.
- 6- العناصر التي يجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية ثلاثة وهي بمثابة الأركان، أولها الخطأ العقدي، والثاني الضرر العقدي، فحدوث الخطأ لا يكفي وحده ليثير المسؤولية العقدية، والثالث العلاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ وهي الصلة التي تجعل الضرر نتيجة لذلك الخطأ.

2-4. الاقتراحات:

- 1- اعتبار جميع الآراء الفقهية عند التنظير لمسألة من المسائل القانونية؛ وعدم إظهار رأي وإخفاء آخر؛ وذلك لإمكانية صحّتهما معاً، إلا إذا ثبت رجحان المذكور أو خطأ الآخر.
- 2- الاعتماد على المبادئ الأساسية؛ تفعيلًا وقياساً؛ عند التنظير لأي مسألة مدنية كانت أم جنائية، وذلك لكون المبادئ تجمع عدة فروع وأحكام في قالب توجيهي واحد.
- 3- تفعيل شرّاح القانون للآراء والاجتهادات الشرعية كلما أمكن ذلك، لاعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع الوضعي، ولاتصافها بالمرونة والصلاحيّة المطلقة.

الهوامش والإحالات:

- ¹- الشريف الجرجاني، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1983م، ص112.
- ²- أبو العباس الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، (د.ط)، بيروت، (د.ت)، ج1، ص237-238.
- ³- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (وفي آخره: تكملة البحر الرائق للطوري الحنفي، وبحاشية منحة الخالق لابن عابدين)، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت)، ج1، ص306.
- ⁴- أبو العباس الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك) (الشرح الصغير للدردير ومعه حاشية الصاوي عليه)، دار المعارف، (د.ط)، (د.ت)، ج2، ص542.
- ⁵- زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص141.
- ⁶- محمد بن صالح العثيمين؛ الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422-1428هـ، ج12، ص36.
- ⁷- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القانون العام)، دار هومة، (د.ط)، الجزائر، 2010م، ص26.
- ⁸- الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص125.
- ⁹- نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين العمري وأخرون، دار الفكر المعاصر/ دار الفكر، ط1، بيروت/ دمشق، 1999م، ج6، ص3412.
- ¹⁰- أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1999م، ج2، ص277.
- ¹¹- فخر الدين الرازي، المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، 1997م، ج3، ص57.
- ¹²- القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1973م، ص82.
- ¹³- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص26.
- ¹⁴- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1983م، ص39.
- ¹⁵- الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص112.
- ¹⁶- أبو العباس الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص237-238.
- ¹⁷- يُنظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، بيروت، 2002م، ج3، ص350.
- ¹⁸- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، الجزائر، 2003م، ص119.
- ¹⁹- مبدأ من المبادئ الجنائية الأساسية، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون العقوبات.
- ²⁰- يُنظر: خالد ضو، آثار اعتبار الخالة المفترضة ركنا من أركان قيام الجريمة، مجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، المجلد الثامن، العدد الأول، 2023م، ص34-35.
- ²¹- يُنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الرابعة، دمشق، (د.ت)، ج6، ص4371.
- ²²- ابن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2000م، ج5، ص230.
- ²³- زين الدين الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية/ الدار النموذجية، ط5، بيروت/ صيدا، 1999م، ص92.
- ²⁴- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، دار الفكر/ دار الفكر المعاصر، ط9، دمشق/ بيروت، 2012م، ص203.

- ²⁵ - سهير محمد القضاة، سقوط المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2020م، ص 61-63.
- ²⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النهضة العربية، (د.ط)، القاهرة، 1966م، ص 253.
- ²⁷ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري (المصادر الإرادية) ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، الجزائر، 2015م، ج1، ص 665 - 666.
- ²⁸ - المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي.
- ²⁹ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني؛ المعدل والمتمم.
- ³⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 666، 670.
- ³¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 673.
- ³² - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، المرجع السابق، ص 253.
- ³³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 675.
- ³⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام -العقد والإرادة المنفردة-) دراسة مقارنة في القوانين الوضعية، دار الهدى للنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2006م، ج1، ص 313.
- ³⁵ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 677-679.
- ³⁶ - الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني الجزائري.
- ³⁷ - الفقرة الثانية من المادة 172 من القانون المدني الجزائري.
- ³⁸ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 677-679.
- ³⁹ - أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2011م، ص 29.
- ⁴⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 680.
- ⁴¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، دار منشأة المعارف للنشر والتوزيع، طبعة منقحة، مصر، 2004م، ج1، ص 548.
- ⁴² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 682.
- ⁴³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 314.
- ⁴⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 683.
- ⁴⁵ - سهير محمد القضاة، المرجع السابق، ص 70.
- ⁴⁶ - يُنظر: أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 2001م، ج11، ص 314.
- ⁴⁷ - المرجع نفسه، ص 71.
- ⁴⁸ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 687.
- ⁴⁹ - أخرجه ابن ماجة في سننه، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم: 2341، ج3، ص 432.
- ⁵⁰ - ابن عبد البر القرطبي، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2000م، ج7، ص 191.
- ⁵¹ - عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، ط1، مصر، 1356هـ، ج6، ص 431.

- ⁵² - أحمد مفلح خوالده، المرجع السابق، ص 32.
- ⁵³ - المادة 43 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ/ 20 يونيو 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م والمتضمن القانون المدني.
- ⁵⁴ - العربي بلحاج، السابق، ص 691-693.
- ⁵⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 317.
- ⁵⁶ - علي عليّ سليمان، المرجع السابق، ص 170-184.
- ⁵⁷ - علي عليّ سليمان، المرجع السابق، ص 186-188.
- ⁵⁸ - حسب الفقرة الأولى من المادة 184 من القانون المدني الجزائري.
- ⁵⁹ - حسب المادة 177 من القانون المدني الجزائري.
- ⁶⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 694.
- ⁶¹ - أحمد مفلح خوالده، المرجع السابق، ص 36.
- ⁶² - سبير محمد القضاة، المرجع السابق، ص 81.
- ⁶³ - المادة 176 من القانون المدني الجزائري.
- ⁶⁴ - حسب المادة 127 من القانون المدني الجزائري.
- ⁶⁵ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 695-697.
- ⁶⁶ - المادة 177 من القانون المدني الجزائري.
- ⁶⁷ - وفق ما نصّت عليه المادتان 127، 176 من القانون المدني الجزائري.
- ⁶⁸ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 698-699.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم.

ثانيا- القوانين:

- 1- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني؛ المعدل والمتمم.
- 2- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005م (يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م والمتضمن القانون المدني)، الجريدة الرسمية (عدد 44) الصادر بتاريخ: 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو 2005م.

ثالثا- الكتب والمقالات:

- 3- أحمد مفلح خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1432هـ/ 2011م.
- 4- الأزهرى؛ أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، 2001م.
- 5- خالد ضو، آثار اعتبار الخالة المفترضة ركنا من أركان قيام الجريمة، مجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، المجلد الثامن، العدد الأول، 2023م.

- 6- الزركلي؛ خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الدمشقي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، بيروت، 2002م.
- 7- زكريا الأنصاري؛ زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط)، (د.ت).
- 8- زين الدين الرازي؛ أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية/الدار النموذجية، الطبعة الخامسة، بيروت/صيدا، 1420هـ/1999م.
- 9- السمعاني؛ أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار المروزي التميمي الحنفي ثم الشافعي، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1999م.
- 10- سهير محمد القضاة، سقوط المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1441هـ/2020م.
- 11- ابن سيده المرسي؛ أبو الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1421هـ/2000م.
- 12- الشريف الجرجاني؛ علي بن محمد بن علي الزين، كتاب التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1403هـ/1983م.
- 13- الصاوي المالكي؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك) (الشرح الصغير للدردير ومعه حاشية الصاوي عليه)، دار المعارف، (د.ط)، (د.ت).
- 14- ابن عبد البر؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1421هـ/2000م.
- 15- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النهضة العربية، (د.ط)، القاهرة، 1966م.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، دار منشأة المعارف للنشر والتوزيع، طبعة منقحة، مصر، 2004م.
- 17- عبد الرؤوف المناوي؛ زين الدين محمد بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي القاهري، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى، مصر، 1356هـ.
- 18- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القانون العام)، دار هومة، (د.ط)، الجزائر، 2010م.
- 19- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري (المصادر الإرادية)، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، الجزائر، 2015م.
- 20- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003م.
- 21- فخر الدين الرازي؛ أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن التيمي، المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، بيروت، 1418هـ/1997م.

- 22- الفيومي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- 23- القرافي؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1973م.
- 24- ابن ماجة؛ أبو عبد الله محمد بن يزيد (ماجة) القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1430هـ/ 2009م.
- 25- محمد بن صالح بن محمد العثيمين؛ الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1422-1428هـ.
- 26- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام -العقد والإرادة المنفردة-) دراسة مقارنة في القوانين الوضعية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1426هـ/ 2006م.
- 27- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1983م.
- 28- ابن نجيم المصري؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين الطوري الحنفي القادري، وبحاشية منحة الخالق لابن عابدين)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، (د.ت).
- 29- نشوان بن سعيد الحميري اليمني؛ شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري، مطهر بن علي الإيراني، يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر/ دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت/ دمشق، 1420هـ/ 1999م.
- 30- وَهْبَةُ بن مصطفى الزُّحَيْلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الرابعة، دمشق، (د.ت).
- 31- وهبة بن مصطفى الزحيلي، نظرية الضمان (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، دار الفكر/ دار الفكر المعاصر، الطبعة التاسعة، دمشق/ بيروت، 1433هـ/ 2012م.