



# مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية محكمة سداسية

تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

الجزائر

# مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

## مجلة علمية سداسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج

### مدير النشر الشرفي:

أ.د، بويترة عبد الحق - رئيس جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج.

### مدير المجلة:

أ.د، فرشة كمال - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

### رئيس التحرير:

د، لخضر رفاف - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

### نائب رئيس التحرير:

أ، رفيق زاوي - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

### مستشار التحرير:

أ، عياش حمزة - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

### أمانة التحرير:

أ، عجيري عبد الوهاب - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

أ، عاشور ميلود - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

## اللجنة العلمية للمجلة:

أ.د اقلولي محمد	جامعة تيزي وزو، الجزائر
أ.د طالبي حليلة	جامعة عنابة، الجزائر
أ.د سرور محمد	جامعة البويرة، الجزائر
أ.د ضيف الله عقيلة	جامعة الجزائر 03، الجزائر
د. بن مرزوق عنتر	جامعة المسيلة، الجزائر
د. الكرم محمد	جامعة الجلفة، الجزائر
د.دخان نور الدين	جامعة المسيلة، الجزائر
د. آيت منصور كمال	جامعة بجاية، الجزائر
د. إقروفة زبيدة	جامعة بجاية، الجزائر
أ.د زوايمية رشيد	جامعة بجاية، الجزائر
د. شرون حسينة	جامعة بسكرة، الجزائر
د. سامية يتوجي	جامعة بسكرة، الجزائر
د. فرحاوي عبد العزيز	جامعة سطيف -2، الجزائر
أ.د بلمامي عمر	جامعة سطيف -2، الجزائر
د. جدي الصادق	جامعة سطيف -2، الجزائر
أ.د. فرشة كمال	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. دوار جميلة	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
أ.د. هدفي العيد	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. ميهوب يزيد	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. حسين بن داود	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. خضري محمد	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. ماني عبد الحق	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
د. البشير بن يحي	جامعة برج بوعريبيج، الجزائر
أ.د محمد نعمان سعيد النحال	الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين
أ.د جابر سعيد عوض	جامعة القاهرة، مصر
أ.د عماد خليل ابراهيم	جامعة الموصل العراق

## مقاييس وشروط النشر

- ترسل المقالات المقترحة لهيئة أمانة التحرير لترتيبها وتصنيفها.
- تعرض المقالات على اللجنة العلمية لتحكيمها.
- تحرر المقالات باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية ويتعين على أصحابها مراعاة أبعديات المقال الأكاديمي.
- يذكر صاحب المقال اسمه ولقبه ورتبته العلمية وصفته ومؤهلاته المهنية.
- يجب ألا يكون المقال قد سبق نشره أو قدم إلى مجلة أخرى.
- ترتب المراجع في نهاية المقال حسب الطرق المنهجية المتعارف عليها ووفقا للتسلسل العلمي المنهجي " كل صفحة غير مسترسل " (Not de bas de page à recommencer chaque page)
- ترفق المقالات بملخصين لا يتجاوز **15** سطرا، واحد بلغة المقال والثاني باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية حسب لغة المقال مع ذكر الكلمات المفتاحية.
- لا تقل المقالات عن **10** صفحات ولا تتجاوز المقالات **30** صفحة.
- تكتب المقالات على ورقة **21** سم × **29** سم والهوامش **02** يمين ويسار و**2.5** أعلى وأسفل الصفحة ومقاس الكتابة بصيغة خط: **Traditional Arabic** حجم **18** بالنسبة للمتن و**14** بالنسبة للهوامش وبصيغة **Times New Roman** بالنسبة للغات الأجنبية حجم **14** بالنسبة للمتن و**12** بالنسبة للهوامش.
- تكتب العناوين بخط سميك في أول السطر، وتترك مسافة **1** في أول كل فقرة جديدة.
- يكتب في رأس الصفحة (**En-tête**) اسم ولقب المؤلف ثم ترك مسافة ثم عنوان المقال.
- التهميش وقائمة المراجع:
- **أولا- توثيق القوانين** ترتب حسب قوتها ثم من الحديث إلى الأقدم كما يلي: (الدستور، الإتفاقيات، القوانين العضوية، القوانين العادية، الأوامر، المراسيم، التعليمات، ...)

## ثانيا- توثيق الكتب

يتم كتابة المراجع في التهميش وترتيبها في قائمة المصادر والمراجع حسب الأحرف الهجائية للقب الكاتب مع إهمال (أل) التعريف في الترتيب.

- المؤلف، العنوان، دار النشر، الطبعة - إن وجدت-، المدينة والبلد، السنة، الصفحة (ص).  
تسحب هذه القاعدة على الكتب والتقارير التي تصدرها الهيئات والمنظمات الرسمية والجمعيات.

**ثالثا: المذكرات والأطروحات العلمية:** المؤلف، العنوان، نوع البحث، الكلية والجامعة، تاريخ المناقشة، الصفحة (ص).

## رابعا - توثيق الدوريات والمجلات

- المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المؤسسة المصدرة للمجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).

- أشغال الملتقيات: إسم ولقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة.

## خامسا- توثيق المواقع الالكترونية:

اللقب، الإسم، عنوان المقال، تاريخ النشر، الموقع المختصر عبر <https://bitly.com> تاريخ التصفح.

## ملاحظة:

- إذا كان مرجع مذكور سابقا نكتب: المؤلف، مرجع سابق، ص. أو: المرجع نفسه، ص... في حالة تتابع المرجع دون فاصل بينهما.

- العلامات آخر الكلمة كالنقطة والفاصلة وغيرها تكون ملاصقة لها، وكذلك حرف الواو أول الكلمة، مثال: (مجلة البيان؛... ومجلة الحقوق)

➤ ترسل أو تودع المقالات بأمانة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريريج مطبوعة في نسخة ورقية أو على البريد الإلكتروني للمجلة واحدة بصيغة (WORD) والثانية بصيغة (PDF) المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.

➤ تملك المجلة حقوق نشر المقالات المقبولة ولا يجوز نشرها لدى أية جهات أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي منها.

لا تنشر المقالات التي لا تتوافق على مقاييس البحث العلمي أو مقاييس المجلة المذكورة. وتحرص المجلة على عدم نشر الأبحاث التي تتعارض مع القيم والمبادئ المعمول بها في الجزائر، أو ما يتعارض تصريحاً أو تلميحاً مع فلسفة الجامعة الجزائرية، أو أخلاقيات النشر العلمي؛ مع ما يجدر التنبيه إليه من أنّ مضامين الأبحاث وأفكارها المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تتحمل المجلة مسؤولية المضامين الفكرية المنشورة فيها، وأنّ لهيئة التحرير الحق في إجراء أية تعديلات شكلية بما يتناسب وتعليمات المجلة ذات الصلة، وأن المجلة لا تتقاضى أية رسوم مالية مقابل تحكيم أبحاثكم ونشرها.

ولمزيد من المعلومات التفصيلية حول تعليمات النشر: شكلا ومضموناً، يرجى الإتصال بهيئة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسييه برج بوعريريج العناصر، أو الاتصال على الهاتف: **00213.660.49.78.50** أو على الفاير / واتساپ: **00213.35.81.68.85**

المقالات المنشورة لا تعبر بالضرورة على رأي المجلة



## الفهرس

الصفحة	عنوان المقال	الرقم
03	اللجنة العلمية للمجلة	01
04	مقاييس وشروط النشر	02
07	فهرس العدد	03
11	وسائل نفاذ القرار الاداري الالكتروني د/ عمر عبد الحفيظ أحمد عمر كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - جمهورية مصر العربية	04
36	نظام الإفراج المشروط بين قانون العقوبات وقانون القضاء العسكري في الجزائر <b>The title of the intervention: The conditional release system between the penal code and the military justice law in Algeria</b> د/ عائشة عبد الحميد جامعة الشادلي بن جديد، الطارف - الجزائر	05
64	السياسة العامة قراءة في المفهوم د/ حاجي عبد الحليم كلية الحقوق، برج بوعرييج - الجزائر -	06
98	إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة د/ مصطفى العربي باشا كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية. جامعة وهران - أحمد بن بلة 1-	07

111	<p><b>La protection juridique de l'environnement dans le cadre de</b></p> <p><b>Développement durable a la lumière de la législation algérienne</b></p> <p>الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء التشريع الجزائري</p> <p><b>Meriem BELKESSAM</b></p> <p>Fculté de droit, bba – Algerie-</p>	08
124	<p>الفحص الطبي قبل الزواج بين الفقه والقانون الجزائري</p> <p><b>Examen médical pré-nuptial</b></p> <p><b>Entre la jurisprudence et la loi algérienne</b></p> <p>د/ مسعودان فتيحة</p> <p>د/ محمودي سميرة</p> <p>كلية الحقوق، جامعة برج بوعريريج</p>	09
151	<p>المبادئ الأساسية للأخلاقيات والآداب الجامعية</p> <p><b>Basic principles of university ethics and ethics</b></p> <p>د/ نعيمة عبدلي</p> <p>جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية – الجزائر-</p>	10



167	<p>الحماية القانونية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري</p> <p><b>The legal protection for the intellectual property in the electronic trade environment within the Algerian legislation</b></p> <p>د/ بن صابر فتيحة</p> <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية</p> <p>جامعة مصطفى إسمبولي معسكر - الجزائر -</p>	11
185	<p>الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته</p> <p><b>National Commission for the Prevention and Control of Corruption</b></p> <p>أ/ رابح رواحية</p> <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة، الجزائر</p>	12
207	<p>تفويضات الهيئات التابعة للجماعات الإقليمية</p> <p><b>Mandates of regional community bodies</b></p> <p>د/ رضا بوشقورة</p> <p>جامعة العربي التبسي، تبسة - الجزائر -</p> <p>ط.د/ تقي دغبوج</p> <p>جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس - الجزائر -</p>	13

226	<p>تطهير العقار الفلاحي وفق المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018</p> <p>ط. د / نوردين مسلي</p> <p>جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس - الجزائر-</p>	14
246	<p>الحصة بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفقا للقانون التجاري الجزائري</p> <p><b>The share to work in the limited liability company in the Algerian Commercial Law</b></p> <p>ط.د/ مزوز صورية، جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس -</p>	15
266	<p>رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية (دراسة تحليلية مقارنة)</p> <p>د. ياسر مبارك رابح مصطفى، د. توفيق قريب الله نمر</p> <p>كلية القانون، جامعة البحر الأحمر -السودان-.</p>	16

## وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

د/ عمر عبد الحفيظ أحمد عمر

كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية- جمهورية مصر العربية

### ملخص:

تناولت هذه الدراسة وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني من خلال بيان ماهية نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، كما تناولت الدراسة مفهوم النشر الإلكتروني باعتباره وسيلة من وسائل النفاذ الإلكتروني وبينت مزاياه، كما أبرزت الدراسة الأساس القانوني للنشر الإلكتروني، ثم انتقلت الدراسة لبيان فكرة الإعلان الإلكتروني باعتباره الوسيلة الثانية من وسائل النفاذ الإلكتروني وذلك من خلال بيان مفهومه والتطبيق العملي له، كما بينت الدراسة كذلك الأساس القانوني للإعلان الإلكتروني للقرار الإداري، ثم إنتقلت الدراسة لبيان فكرة العلم اليقيني للقرار الإداري الإلكتروني باعتباره الوسيلة الأخيرة من وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، وذلك من خلال بيان مفهومه وتطبيقاته العملية وكذلك أبرزت الدراسة الأساس القانوني له، ثم أختتمت الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات، أهمها، وضع قانون شامل للمعاملات الإدارية الإلكترونية.

**الكلمات المفتاحية:** نفاذ- القرار الإداري الإلكتروني- النشر- الإعلان- العلم اليقيني.

### Abstract:

This study dealt with the means of enforcing the electronic administrative decision by showing what is the enforcement of the electronic administrative decision. The study also dealt with the concept of electronic publishing as a means of electronic access and showed its advantages. The study also highlighted the legal basis for electronic publishing, then the study moved to clarify the idea of electronic advertising as the second method. One of the means of electronic access by

explaining its concept and its practical application, as the study also showed the legal basis for electronic advertising for the administrative decision, then the study moved to clarify the idea of certain science of the electronic administrative decision as it is the last means of the enforcement of the electronic administrative decision, by explaining its concept and applications The process and the study highlighted the legal basis for it. Then the study concluded with a set of findings and recommendations, the most important of which is the development of a comprehensive law for electronic administrative transactions.

**Key words:** Enforcement - electronic administrative decision - publishing - advertising - certain science

### مقدمة:

مع تطور ثورة المعلومات وتقدم وسائل الاتصالات الحديثة، كان من الضروري أن تساير الإدارة العامة هذا التطور وخصوصاً في مجال القانون الإداري الذي يحكم غالب نشاطاتها، والذي من سماته الأساسية المرونة و التطور لاستيعاب المستجدات التي يكشف عنها العلم، ويستلزمها الواقع من أجل الحصول على جودة في الأداء المقدم للجمهور، من خلال إنجاز الخدمة المطلوبة بسرعة وسهولة من خلال ما يسمى حالياً بالإدارة الإلكترونية.

ونتيجة لذلك، لم يعد هذا التطور بعيداً عن وسائل النشاط الإداري التقليدية، وهو ما أدى إلى ظهور القرار الإداري الإلكتروني، والعقد الإداري الإلكتروني، وأصبح أيضاً يتصل ببعض نظريات القانون الإداري. حيث تعد نظرية القرار الإداري الموضوع الأهم من المواضيع التي يتناولها القانون الإداري، فهو لسان حال الإدارة والمترجم الحقيقي لإرادتها صراحة وضمناً، ومحور العملية الإدارية التي تطورت بشكل مضطرب بتطور واتساع النشاط الإداري.

وتعد عملية النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري من أهم موضوعات القرار الإداري في صورته الحديثة، فعملية النفاذ شهدت تطوراً متماشياً مع تطور القرار الإداري، هذا التطور أمتد بالضرورة لوسائل نفاذ القرار

الإداري ، وذلك أن نفاذ القرار الإداري لا يمكن أن يتحقق بمعزل عن وسائله، لذلك فإن إنتقال النفاذ إلي واقعه الجديد لا يعدو في حقيقته أن يكون مجرد إنتقال لوسائله، وتمثل وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني في النشر الإلكتروني والإعلان الإلكتروني والعلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني.

### أولاً: أهمية الدراسة:

يتمثل الهدف الرئيسي من هذه الدراسة في بيان أهمية وسائل النفاذ الإلكتروني لتطوير القرار الإداري بصفة خاصة، والقانون الإداري بصفة عامة، مما يؤدي إلي قبول هذا التطور لا رفضه تماشياً مع حقيقة قواعد وأحكام القانون الإداري التي لا تعرف الجمود والتوقف عند حد معين، وبقدرتها على ملاحقة تطورات العمل الإداري حتى لا نكون أمام فراغ قانوني وغياب للتنظيم المفترض وجوده.

### ثانياً: أهداف الدراسة:

- 1- بيان ماهية نفاذ القرار الإداري الإلكتروني.
- 2- بيان ماهية النشر الإلكتروني، وإبراز الأساس القانوني له.
- 3- بيان ماهية إعلان القرار الإداري الإلكتروني، وإبراز الأساس القانوني.
- 4- بيان ماهية العلم اليقيني للقرار الإداري الإلكتروني، وإبراز الأساس القانوني له.

### ثالثاً: إشكالية الدراسة:

تتمثل الإشكالية الرئيسية في هذه الدراسة في محاولة معرفة مدى تطور وسائل النفاذ للقرار الإداري لتتماشى مع التكنولوجيا الحديثة التي تستخدمها الإدارة العامة في إصدارها للقرارات الإدارية ونفاذها، وبالتالي فإن السؤال الذي تطرحه هذه الدراسة هو، ما مدى تطور وتطوع وسائل نفاذ القرار الإداري لتتماشى مع الثورة التكنولوجية التي انتهجتها الإدارة العامة في أعمالها وقراراتها؟

## رابعاً: منهجية الدراسة:

سنتناول هذه الدراسة من خلال اتباع المنهج الوصفي التحليلي .

## خامساً: خطة الدراسة:

مبحث تمهيدي: ماهية نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

المبحث الأول: نشر القرار الإداري الإلكتروني

المبحث الثاني: إعلان القرار الإداري الإلكتروني

المبحث الثالث: العلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني

## مبحث تمهيدي: ماهية نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

إن تطبيق الإدارة الإلكترونية يستدعي إعادة النظر في المفهوم التقليدي للقرار الإداري، وكيفية التعبير عن إرادة الإدارة دون تطلب التعبير عنها من شخص طبيعي، لأن الموظف العام أصبح يعتمد على الحاسب الألي حتى في إصدار القرار الإداري، وهذا يعني إمكان صدور القرار الإداري بطريقة إلكترونية، وتضمنه لجميع مقومات القرار الإداري التقليدي، علاوة على صلاحياته لأن يكون محلاً للطعن بالإلغاء، أي إلغاء القرار الإداري الإلكتروني.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> نبراس محمد حاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2018، ص 101.

ويعد القرار الإداري من أهم الوسائل القانونية التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها، إذ يعد من أهم التصرفات القانونية للإدارة الذي يمتاز بالمرونة والتطور، بما يسمح له باستيعاب كافة التطورات المتعلقة بجوانب الحياة المختلفة، الأمر الذي يحتم على الإدارة مواكبتها وتطويرها لخدمة أعمالها.<sup>1</sup>

ويعرف القرار الإداري الإلكتروني على أنه " إستخدام الجهات المسؤولة لأنظمة المعلومات لإعتماد بديل واحد من البدائل المطروحة".<sup>2</sup>

وتم تعريفه أيضاً على أنه "هو تلقى الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني وإفصاحها عن رغبتها المأمولة بإصدار القرار الإداري والتوقيع عليه الكترونياً، وإعلام صاحب الشأن بذلك في موقعه الإلكتروني، وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني يكون جائزاً وممكننا قانوناً ابتغاء المصلحة العامة".<sup>3</sup>

وعرف أيضاً بأنه "إفصاح السلطة الإدارية العامة عن إرادتها المنفردة الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة النافذة عبر وسائل إلكترونية بقصد ترتيب آثار قانونية متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً"<sup>4</sup>، وبهذا الصدد لا يختلف القرار الإداري الإلكتروني عن القرار الإداري التقليدي إلا من ناحية وسيلة التعبير عن الإرادة فقط.

<sup>1</sup> صهيب أحمد عيد المناصير، أثر وسائل الاتصال الحديثة على التصرفات القانونية للإدارة في المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، مارس 2021، ص 158.

<sup>2</sup> يوسف عبد الرحمان الجبوري، سمية عباس مجيد الربيعي، أمل محمود علي العبيدي، إدارة الازمات وإلكترونية إتخاذ القرار، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد الأول، 2011، ص 5.

<sup>3</sup> اشرف محمد خليل حمامة، القرار الإداري الإلكتروني، مجلة الفكر الشرطي، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2016، المجلد 25، العدد رقم 99، ص 64.

<sup>4</sup> صالح عبد عايد صالح، أهمية دور الحكومة الإلكترونية (الإدارة المحلية) في عملية صناعة القرار الإداري مستقبلاً، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015، ص 222.

أما نفاذ القرار الإداري الإلكتروني فيعود ظهوره إلى أمرين، الأول: يتمثل في سعي الإدارات العامة نحو تبني نظام الإدارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

والثاني: يتمثل في نقل هذه الإدارات لإمтиازاتها وأساليب عملها للواقع الجديد، لاسيما القرار الإداري، والذي يعد أهم هذه الأساليب وأكثرها شيوعاً وفعالية في العمل الإداري.<sup>2</sup>

ويمكن تعريف نفاذ القرار الإداري الإلكتروني بأنه "دخول القرار الإداري حيز التنفيذ من تاريخ صدوره من السلطة المختصة مستوفياً لشروطه منتجا لأثاره القانونية، ولا يمكن الإحتجاج بهذا القرار الإداري أمام الأفراد إلا بعد علمهم به بإحدى وسائل العلم التي تتمثل بالنشر بالنسبة للقرار الإداري التنظيمي، والعلم الشخصي بالنسبة للقرار الإداري الفردي"<sup>3</sup>.

ويظهر دور الإدارة الإلكترونية في نفاذ القرار الإداري من خلال النشر أو التبليغ الإلكتروني في الصحف الإلكترونية بدلاً من النشر التقليدي في الصحف الرسمية بالنسبة إلى القرار الإداري التنظيمي، أما بالنسبة للقرار الفردي فيكون نافذاً إلكترونياً من خلال العلم اليقيني لصاحب الشأن بالقرار الإداري على موقعه الإلكتروني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> موسي عبد الناصر، محمد قريشي، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي - دراسة حالية بكلية العلوم والتكنولوجيا - جامعة بسكرة، الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، عام 2011، ص 89.

<sup>2</sup> أحمد إسماعيل، أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، عام 2004، ص 8.

<sup>3</sup> عدنان مصطفى البار، القرار الإداري الإلكتروني، مقال نشر بتاريخ 2020/2/22 متاح على الرابط التالي (آخر زيارة في 1 إبريل 2021)

<https://bit.ly/3egLzF1>

<sup>4</sup> زينب عباس محسن، الإدارة الإلكترونية وأثرها في القرار الإداري، مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، المجلد 16، العدد 1، لسنة 2014، ص 312.



ويلاحظ أن هناك عدة صعوبات تقنية تتعلق بالتبليغ الإلكتروني تتمثل أساساً في مدى يقينية وصول القرار الإداري إلى المخاطب به، ومدى حجية وسائل التبليغ الإلكتروني، والتي من بينها أنه قد تصل الرسالة الإلكترونية المتضمنة القرار الإداري وتكون مبهمه وغير مفهومة لتضمنين جهاز الحاسوب أنظمة حماية مشفرة لا تمكن من قراءة الرسالة، كما يمكن أن يتعرض النظام الإتصالي إلى القرصنة أو الفيروسات، ويمكن أن يرفض المستقبل الآلي استقبالها لعدم وجود حيز كاف للتخزين، أو تصل الرسالة إلى المستقبل الآلي وتكون غير قابلة للاستخراج لتعرضها للفيروسات والبرامج الضارة.<sup>1</sup>

### - الفرق بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه:

يعتبر القرار الإداري نافذاً بصدوره صحيحاً من السلطة المختصة، أما تنفيذ القرار الإداري من جهة الإدارة نفسها أو من جهة الأفراد أنفسهم.

أما دور الإدارة الإلكترونية في تنفيذ القرار الإداري، فيظهر من خلال تحويل الإجراءات الإدارية التقليدية إلى إجراءات إلكترونية حيث تقوم أجهزة الحاسوب بالاستجابة لتنفيذ الأوامر كلياً أو جزئياً بحسب الطلب دون تدخل الموظفين الإداريين، هذا بناءً على البيانات والمعلومات المدخلة مسبقاً للحاسوب.<sup>2</sup>

### المبحث الأول: نشر القرار الإداري الإلكتروني

إن الحديث عن نفاذ القرار الإداري الإلكتروني يتوجب علينا إعداده باستخدام وسائل الاتصال الحديثة من خلال النماذج الإلكترونية التي تقوم الإدارة بتجهيزها وإعدادها بشكل مسبق ليتم إصداره على شكل مستند إلكتروني، وبالتالي يصبح القرار مستجمعا لأركانه مسبباً مديلاً بتوقيع الإدارة صاحبة السلطة

<sup>1</sup> نوفان العقيل العجارمة وناصر عبد الحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 40، ملحق 1، سنة 2013، ص 1028.

<sup>2</sup> زينب عباس محسن، مرجع سابق، ص 312.

بإصداره، للخروج إلى حيز الوجود بشكل إلكتروني بحيث يصل علمه إلى جمهور المخاطبين، عبر وسائل الاتصال الحديثة.<sup>1</sup>

## المطلب الأول: ماهية النشر الإلكتروني

### أولاً: مفهوم النشر الإلكتروني:

تقوم فكرة النشر الإلكتروني على لجوء الإدارة إلى الواقع الإلكتروني بوسائله المختلفة لإيصال العلم بمضمون قرارها إلى أصحاب الشأن دون صدور القرار في شكل المستند الورقي ودون خروج القرار المنشور إلى الملأ في هذا الشكل أيضاً، إذ أن وجود القرار ونشره يكون بالاستناد على مستندات قائمة على دعائم الكترونية.<sup>2</sup>

فيمكن للإدارة أن تلجأ إلى الموقع الإلكتروني المخصص لها ولنشر قرارها، إذ لا يكاد أن يخلو الهيكل التنظيمي لإدارات الدولة من وجود مواقع إلكترونية خاصة بها، بما يسمح لها بنشر قرارها عليها بشكل سهل وسريع، وتتيح هذه الخاصية ميزات نجملها بسرعة وصول القرار الإداري والعلم به وسرعة انتشاره ليشمل أكبر عدد من الجمهور أو المخاطبين به، كما يمكن النشر الإلكتروني نشر القرارات الإدارية على الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية وفي هذه الحالة لا يتوجب إبلاغ المخاطبين بمضمون القرار بشكل شخصي ويصبح نافذاً لقواعد نشره في تلك الجريدة، وهذا ما ينسحب على عملية النشر الإلكتروني في الجريدة الرسمية عبر موقعها الإلكتروني. لكن هذا الأمر يتطلب وجود نظام قانوني يجيز استخدام تلك الوسائل التي

<sup>1</sup> صهيب أحمد عيد المناصير، مرجع سابق، ص 161.

<sup>2</sup> داود عبد الرازق الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص 249، 250.

تنظم طريقة إنفاذه إلكترونياً لمواجهة الصعوبات العملية التي حتماً ستواجه هذه المسألة نظراً لحدوثها وعدم تصدي الفقه والقضاء لها بشكل مسبق.<sup>1</sup>

وقد تم تعريف النشر الإلكتروني بأنه "عملية إجرائية ذات طابع برمجي تهدف لنقل العلم بالقرار الإداري إلى الجميع عبر الوسائل التي يوفرها الواقع الإلكتروني".<sup>2</sup>

### ثانياً: مزايا النشر الإلكتروني:

يستمد النشر الإلكتروني للقرار الإداري مزاياه من النشر الإلكتروني بشكل عام، لذلك فإن اعتماد الإدارة عليه يؤدي إلى خفض النفقات العامة وتوفير المال العام، مقارنة بنفقات النشر الورقي الذي يحتاج لنفقات باهظة للطباعة والتوزيع،<sup>3</sup> كما أن النشر الإلكتروني يتميز بدقته وبنائه على مجموعة إجراءات إلكترونية يتم تنفيذها بشكل منتظم عملياً وزمنياً ولا يمكن للإهمال أن يتسلل إليها، أضف لذلك تمتعه بالسرعة الكبيرة في توصيل العلم بمضمون القرارات الإدارية إلى جميع المخاطبون بها أيّاً كان تواجدهم، سواء داخل الوطن أو خارجه،<sup>4</sup> لأن الصفحات الإلكترونية لا تتقيد في عرض محتواها بحدود زمنية أو مكانية.

كما أن توصيل العلم بهذه الطريقة محصن من العقبات المادية التي نلمسها أحياناً بالنسبة للنشر الورقي، لا سيما في الأوقات الإستثنائية التي تمر بها البلدان أو في حالة فقدان السيطرة الأمنية على جزء من إقليم الدولة.

<sup>1</sup> صهيب أحمد عيد المناصير ، مرجع سابق، ص 161.

<sup>2</sup> محمد سليمان نايف شبير، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري "دراسة تطبيقية مقارنة"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2015م، ص 452.

<sup>3</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حوكمة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام 2011م، ص 274.

<sup>4</sup> Brian Fizgerlad, Rami Olwan, copyright and Innovation in the Digital Age: The United Arab Emirates (UAE). Abu Dhabi, May, 2009.p.p149,150.

كذلك فإن إتاحة القوانين والقرارات على الانترنت يؤدي إلى سهولة الرجوع إليها في أي وقت، بحيث تكون في متناول الجميع، حيث لا يحتاج ذلك الأمر إلا وجود الحاسوب والاتصال بالانترنت، كذلك فإن البحث في هذه القوانين والقرارات يكون سهلاً وسريعاً، إذ لا يتخطى الأمر مجرد إدخال كلمة أو عبارة في داخل الموقع الإلكتروني وإعطاء الأمر البرمجي للبحث عنها، ويتم تنفيذ ذلك في ثوان معدودة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الأساس القانوني للنشر الإلكتروني

لا شك أن القرار الإداري مثله مثل أي عمل إداري لحقه التطور التكنولوجي الذي تحقق في ميدان العمل الإداري، مما أدى إلى تطور معظم جوانبه ووقائعه المرتبطة به ونتيجة لذلك برز النشر الإلكتروني قائماً على مجموعة من الخطوات البرمجية التي تتولاها جهة الإدارة ومرتبطة بفكرة المستند الإلكتروني، ويؤدي تطور هذا النشر إلى إمكانية القيام بنقل العلم بمضمون القرار الإداري من خلال مجموعة من الوسائل الإلكترونية المتاحة لدى الإدارة والأفراد معاً، بحيث لا يتم الاعتماد على المستند الورقي والإجراءات التقليدية المتبعة في هذا الشأن.<sup>2</sup>

وإذا كان النشر الإلكتروني كغيره من وسائل النفاذ الأخرى يستفيد من قوانين المعاملات الإلكترونية فيما يتعلق بتقرير مشروعية الإجراءات المكونة له، فإن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو الأساس القانوني للجوء إليه كبديل عن النشر الورقي.

فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن الأساس القانوني يجب أن يكون حصراً مبنياً على تدخل تشريعي من خلال قيام المشرع بالاعتراف بالوسائل الإلكترونية وبدورها في تحقيق واقعة النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري

<sup>1</sup> خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 275.

<sup>2</sup> نوفان العقيل العجارمة وناصر عبد الحليم السلامة، مرجع سابق، ص 1027.

وصولاً للاعتراف بالنشر والإعلان الإلكتروني للقرار الإداري وكذلك صلاحية الواقع الجديد لإرساء فكرة العلم اليقيني بهذه القرارات، حتى تجدد جميعها مكاناً لها في العمل الإداري دون إثارة عدم مشروعيتها.<sup>1</sup>

وذهب رأى آخر إلى أنه لا بد من اللجوء إلى النظام القانوني القائم والبحث فيه عما يؤسس لنظرية النشر الإلكتروني للقرار الإداري، ومن ثم يجب اللجوء إلى القضاء في ظل الوضع الحالي لحسم الأمور في هذا الشأن والاجتهاد في بيان مدى مشروعية الأمر من عدمه.<sup>2</sup>

والباحث هنا وإن كان يبدي إعجابه وتقديره للرأى الأول لمحاولته تطوير الفكرة الخاصة بالنشر، إلا أنه يؤيد الرأى الثاني فيما ذهب إليه، فهو الرأى الذي يحقق المصلحة ويؤتي ثماره من الناحية العملية، ويضيف الباحث فرضية وجود النشر الإلكتروني بجوار النشر الورقي حتى إقرار قانون خاص بحصرية النشر الإلكتروني للقرار الإداري.

### المبحث الثاني: إعلان القرار الإداري الإلكتروني

يقصد بالإعلان تبليغ الأفراد بالقرار عن طريق جهة الإدارة مباشرة وذلك بالوسائل المختلفة التي تراها مناسبة، ويعتبر الإعلان الوسيلة الأساسية للعلم بالقرارات الإدارية الفردية، فهي تخاطب فرداً معيناً أو أفراداً معينين بالذات وبالتالي يكون من السهل على الإدارة أن تقوم بإبلاغ ذوي الشأن بها، وأمام الإلتجاه للتحويل نحو الإدارة الإلكترونية فإن ذلك يستتبع حتماً إعادة النظر في أساليب التبليغ التقليدية واللجوء إلى التبليغ الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بذوي الشأن.

وستتناول في هذا المبحث ماهية إعلان القرار الإداري الإلكتروني، وكذلك الأساس القانوني له، وذلك من خلال المطالبين التاليين.

<sup>1</sup> أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة القانونية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2013، ص 102 وما بعدها.

<sup>2</sup> محمد سليمان نايف شيبير، مرجع سابق، ص 507، 508.

## المطلب الأول: ماهية إعلان القرار الإداري الإلكتروني

### أولاً: مفهوم الإعلان الإلكتروني:

مع بروز النشاط الإعلاني عبر الانترنت وإتساع نطاقه، لجأت الإدارة كغيرها من الأفراد والمؤسسات للاستفادة منه، حيث أدى التطور التكنولوجي إلى إمكانية قيامها بالإعلان عن أعمالها المتعددة بالإستناد إلى إجراءات ذات طابع تقني، دون استخدام للاوراق كما كان عليه الحال من قبل؛ خصوصاً في ظل المزاي التي لازمت هذا التطور وجعلت الإعلان أكثر دقة وانتظاماً، وسرعته الفائقة بالمقارنة مع نظيره التقليدي، فضلاً عن اتساع مداه بحيث يصبح حاضراً في كل مكان دون التقييد بأي حدود في هذا المقام.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري لا يختلف في غايته عن نظيره الورقي، وتمثل هذه الغاية في نقل العلم بمضمون القرار الإداري إلى الافراد بواسطة إجراء التبليغ أو الإخطار الشخصي به.<sup>2</sup>

وكل ما في الأمر أنه يتحقق من خلال الإعتماد على إجراءات ووسائل ذات طابع تقني لا نلمسها في الأحوال العادية للإعلان، ويرتبط بوجود القرار في صورة المستند الإلكتروني، ويقوم على آلية إنتقاله بين أطرافه من خلال عملية برمجية ينفذها الحاسوب أو الهاتف المحمول بناءً على الأوامر الصادرة لهما، لذلك يعد كلاهما إعلان مع إختلاف طريقة إجراءاته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، الجزء الثاني، إمتيازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2002، ص209، 2010.

<sup>2</sup> داود عبد الرازق الباز، مرجع سابق، ص248.

<sup>3</sup> ناصر عبد الحميد السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الاردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام 2009م، ص376، 377.

ويمكن تعريف الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري على أنه "عملية برمجية تتولاها جهة الإدارة لأجل إرسال القرار الإداري عبر الوسائل المتاحة بما يؤدي إلى تسلمه وحيازته في صورة المستند الإلكتروني من جانب المخاطب به"<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فإن الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري يعكس عملية برمجية تقوم على إتخاذ سلسلة من الإجراءات التي يتم تنفيذها في نطاق الواقع الإلكتروني، وتستهدف إنجاز ثلاث خطوات رئيسية تتمثل في إرسال القرار الإداري، ومن ثم استلامه، ووصوله إلى صاحب الشأن في شكل المستند الإلكتروني لا الورقي، وهو ما يعني حيازته فعلياً للقرار والوقوف على مضمونه بصورة جيدة.

### ثانياً: التطبيق العملي للإعلان الإلكتروني:

يتميز الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري من الناحية العملية بوجود واقعتين متكاملتين تؤديان إلى تحققه؛ وهما واقعة إرسال القرار الإداري من قبل جهة الإدارة، وواقعة استقباله أو استلامه من قبل المخاطب به، وهو ما يعني أن طرفا القرار هما أيضاً طرفا الإعلان، ولكل منهما مركزه الفني والقانوني بحسب قوانين المعاملات الإلكترونية، حيث تعتبر جهة الإدارة في مركز المرسل بينما يعتبر الأفراد في مركز المرسل إليه.

وبالرجوع إلى الموقع الرسمي للحكومة المصرية يتبين لنا إتجاه الإدارات العامة في مصر إلى قبول تلقي طلبات الأفراد بصورة الكترونية، حيث يحوى هذا الموقع على مجموعة كبيرة من الخدمات المراد تقديمها للجمهور، بشرط تقديمهم طلباً خاصاً بذلك، وتتوزع هذه الخدمات ما بين إدارية وقضائية، وبالنسبة للخدمات الإدارية؛ فهي تتصل بالطلبات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والسياحة والآثار، والمياه والكهرباء، والمرور، والتعليم، والتموين، والصحة وغيرها.

<sup>1</sup> محمد سليمان نايف شيبير، مرجع سابق، ص 576.

ومثل هذا التحول في العلاقة بين الإدارة والأفراد ينبىء عن إمكانية اللجوء إلى الرد على هذه الطلبات بصورة الكترونية، مما يدل على تطبيق عملية الإعلان الإلكتروني للقرارات الصادرة بشأنها، ومما لاشك فيه فإن اعتماد هذه الإدارات على البريد الإلكتروني سيكون بطريقة كبيرة، باعتباره الوسيلة الرئيسية في التواصل بينها وبين مقدمي الطلبات، ويلزم لنجاح ذلك قيام مقدم الطلب بتزويد جهة الإدارة بعنوان بريده الإلكتروني، حتى تستطيع الرد عليه، وإعلانه بقرارها من خلاله.<sup>1</sup> كما يلتزم مقدم الطلب بإرفاق كافة المستندات والوثائق اللازمة لتدعيم طلبه.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الأساس القانوني للإعلان الإلكتروني

في سبيل إبراز الأساس القانوني للإعلان الإلكتروني للقرار الإداري لابد من التأكيد في البداية على أن هذا الإعلان جاء في ظل التطور الذي أصاب القرار الإداري بصورة عامة ونفاذه بصورة خاصة.<sup>3</sup> وأن الإجراءات ذاتها التي تعتمد عليه الإدارة في اتخاذ قرارها بصورته الجديدة تعتمد عليها أيضاً في تحقيق إعلانه. ومن حيث الأصل فإن المشرع قد يلزم الإدارة باتباع طريقة معينة في الإعلان، ومع ذلك فإن الشائع في هذا المقام هو ترك الحرية للإدارة في اختيار الطريقة التي تراها مناسبة في إعلان القرار الإداري، لذلك يعد الإعلان أكثر تحراً من قيود المشرع التي نلمسها في النشر، والمبدأ السائد هنا أن الإعلان يعتبر صحيحاً

<sup>1</sup> أمل لطفي حسن جاب الله، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> علاء محي الدين مصطفى، القرار الإداري الإلكتروني كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، الفترة 19، 20 مايو 2009، ص 123 وما بعدها.

<sup>3</sup> حمدي سليمان القبيلات، التوقيع كشكلية في القرار الإداري الإلكتروني، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد 34 (ملحق)، عام 2007، ص 681، 682.



بغض النظر عن شكله أو الإجراء الذي تم بمقتضاه، طالما أنه في النهاية أدى إلى نقل القرار بتفاصيله ومحتوياته إلى علم صاحب الشأن.<sup>1</sup>

وفي سبيل الوصول للأساس القانوني للإعلان الإلكتروني، يذهب بعض الفقه إلى ضرورة قيام المشرع بالاعتراف به رسمياً من خلال تنظيمه بشكل صريح بواسطة نظام قانوني حديث يتولى تنظيم كافة جوانب التطور الذي أصاب وسائل النفاذ بعد الاعتماد على الواقع الجديد بإجراءاته الفنية في نقل العلم بمضمون القرار.<sup>2</sup>

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى رفض قبول فكرة الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري وذلك نظراً للمخاطر التي تلازمها بالنسبة للشخص المخاطب بالقرار، وأساس ذلك أن هذه الوسائل وإن كانت تؤدي إلى نقل القرار من وإلى أطرافه، إلا أنها لا تعني قطعاً العلم به، فهي وإن كانت قرينة على إجراء النقل إلا أنها ليست كذلك في ثبوت قيام العلم بشكل حقيقي وفعال، ومثال ذلك الفاكس فقد لا يتمكن صاحب القرار من استلامه ويتسلمه غيره.<sup>3</sup>

والباحث يذهب إلى رأي ذاتي مختلف عن الرأيين السابقين، حيث يرى أنه لا مانع من قبول واعتماد فكرة الإعلان الإلكتروني في ظل التشريعات الحالية، إلى حين اعتماد تشريع خاص بالإعلان الإلكتروني، وذلك نظراً لمرونة قواعد القانون الإداري وتميزها بقابليتها للتطويع مع الوقائع التي تستجد. فلا يجب الانتظار حتى يتم تنظيم الأمر تشريعياً، كما لا يجب رفض الفكرة بمجرد احتمال عدم الوصول للإعلان، فذلك الأمر

<sup>1</sup> حسام مرسى، أصول القانون الإداري - التنظيم الإداري، الضبط الإداري، العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2012، ص 542، 543.

<sup>2</sup> داود عبد الرازق الباز، مرجع سابق، ص 249، 250.

<sup>3</sup> محمد السيد عبد المجيد البيدق، نفاذ القرارات الإدارية وسريتها في حق الافراد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 2002م، ص 115.

متصور حتى في الوسائل التقليدية للإعلان. ومن الممكن التغلب على احتمالية عدم وصول الإعلان لصاحب الشأن بمزيد من الضوابط، مثل وجود وسائل احتياطية أخرى لوصول الإعلان لصاحب الشأن.

### المبحث الثالث: العلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني

يعتبر العلم اليقيني بالقرار الإداري الوسيلة الثالثة من وسائل النفاذ، حيث يقف بجانب النشر والإعلان للتأكيد على توافر العلم بمضمون القرارات الإدارية الصادرة في مواجهة المخاطبون بها وبدء سريانها وترتيب آثارها القانونية بالنسبة إليهم.<sup>1</sup>

فقد أضافه القضاء الإداري إلى وسيلتي النشر والإعلان، ومقتضى ذلك أنه إذا علم صاحب الشأن بفحوى القرار علماً يقينياً نافياً للجهالة، لا ضمناً ولا إفتراضياً، قام هذا العلم مقام النشر والإعلان، وفي إطار القرار الإداري الإلكتروني، تتم مخاطبة بإستخدام التكنولوجيا الحديثة، الأمر الذي يؤدي إلى الحد من نظرية العلم اليقيني بصورتها التقليدية، لأن مثل هذه الوسائل لا مجال فيها للإجتهد من حيث كون المطلوب تبليغه بالقرار الإداري قد علم به علماً يقينياً لا إفتراضياً ولا ضمناً بهذا القرار، فالأصل أن القرار الإداري الإلكتروني يركز على وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القرار الإداري المطلوب لإعلام صاحب الشأن، ويتم ذلك عبر البريد الإلكتروني والذي له رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه.

### المطلب الأول: ماهية العلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني

#### أولاً: مفهوم العلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني:

يشير الفقه في الدراسات الحديثة المتعلقة بأثر التطور التكنولوجي في مجال القانون الإداري إلى أن هذا التطور من الممكن أن يرسى أبعاداً جديدة في نظرية العلم اليقيني بحيث يصبح مرتبطاً بدلائل وقرائن فنية

<sup>1</sup> محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، تنظيم السلطة الإدارية- التنظيم القانوني للوظيفة العامة، نظرية العمل الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام 2009م، ص685.

تدلل على قيامه ووجوده كما هو متبع في الأحوال العادية، ويعرف ذلك بالعلم اليقيني الإلكتروني، وإن كان بعض هذا الفقه يرى أن حالات قيام هذا العلم تعد أقل بالنسبة لما هو عليه في الوضع التقليدي.<sup>1</sup>

فمن جانب أول هناك من يرى أن تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية من شأنه التأثير على جميع وسائل النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري بما في ذلك العلم اليقيني بحيث لا يقتصر الأمر على النشر والإعلان، ويرى أن هذا العلم بصورته الجديدة يتحقق في الحالة التي تقوم فيها الإدارة بإخطار صاحب الشأن بالقرار الصادر بواسطة رسائل البريد الإلكتروني.<sup>2</sup>

ومن جانب ثان نجد من يرى أن تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية وما يستتبعه من لجوء الإدارة إلى النشر والإعلان بالوسائل الإلكترونية سيؤدي إلى تضيق نطاق حالات قيام العلم اليقيني بالمقارنة مع الأحوال العادية، وتكمن علة ذلك في أن وجود النشر والإعلان بهذه الصورة سيؤدي إلى سهولة وقوف الأفراد على مضمون القرار الإداري أيا كان تنظيمياً أم فردياً، نظراً لما يتميز به الحاسوب من إجراءات منتظمة تؤدي لإتمام هذه الوسائل بصورة مثلى، وفي ظل دقة الوسائل المستخدمة التي لا اجتهاد فيها.<sup>3</sup>

ومن جانب ثالث نجد آخرون يشيرون بصورة غير مباشرة إلى أن تطور العمل الإداري وعملية إصدار القرارات الإدارية في ظل تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية ولجوء الإدارة للواقع الإلكتروني يكشف عن إمكانية قيام نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري في إطار هذا الواقع، ويبرز موقف هؤلاء من خلال ما أوروده بشأن التظلم الإلكتروني الذي يدل على وجوده على علم صاحبه بالقرار الإداري علماً يقينياً ومن ثم يستفاد الأخير من قرائن لها طابعها الفني والبرمجي ومثالها التظلم الإلكتروني. ووفقاً لذلك فإن الإدارة إذا ما أرسلت قرارها إلى صاحب الشأن عبر بريده الإلكتروني، وقام هذا الشخص بتسلم الرسالة الواردة إلى بريده ومن ثم تظلم

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 139، أمل لطفي حسن جاب الله، مرجع سابق، ص 104، 105.

<sup>2</sup> داود عبد الرازق الباز، مرجع سابق، ص 249، 250.

<sup>3</sup> نوفان العقيل العجارمة وناصر عبد الحليم السلامات، مرجع سابق، 1029.

من القرار بواسطة إرسال طلب لجهة الإدارة من خلال البريد الإلكتروني أيضاً، فكل ذلك يؤدي إلى ميلاد الدليل القاطع بعلمه اليقيني بالقرار الإداري وثبوت الإعلان الإلكتروني على أكمل وجه وأن الإعلان قد وقع صحيحاً في هذه الحالة.<sup>1</sup>

ونخلص من ذلك إلى قيام العلم اليقيني الإلكتروني من خلال قرائن جديدة متفقة مع الواقع الإلكتروني ، مع مراعاة تمايز وسيلة العلم اليقيني كوسيلة نفاذ مستقلة عن النشر والإعلان.

وعلى ذلك تم تعريف العلم اليقيني الإلكتروني بأنه "علم الأفراد المؤكد بالقرار غير المنشور أو المعلن بناءً على ما هو مستفاد من بعض الإجراءات الإلكترونية القائمة".<sup>2</sup>

### ثانياً: التطبيق العملي للعلم اليقيني الإلكتروني:

يتميز العلم اليقيني باتساع نطاقه وشموليته لأي واقعة أو قرينة تدل قطعاً على علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري الذي صدر بحقه<sup>3</sup>، دون أن تقوم الإدارة بنشره أو إعلانه<sup>4</sup>، لأن الهدف من ذلك قد تحقق بوجود العلم اليقيني<sup>5</sup>، لذلك تتميز تطبيقات هذا العلم بتعدددها، ويتولى القضاء الكشف عنها وفقاً لظروف النزاع دون أن يتقيد بوسيلة معينة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 139.

<sup>2</sup> محمد سليمان نايف شيبير، مرجع سابق، ص 634.

<sup>3</sup> محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2004م، ص 309.

<sup>4</sup> محمود أبو السعود حبيب، القضاء الإداري، مجلس الدولة، قضاء التأديب، قضاء الإلغاء، مطبعة الإيمان، مصر، بدون سنة نشر، ص 462.

<sup>5</sup> محمود سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 309.

<sup>6</sup> خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري مع التركيز على محكمة العدل العليا، دراسة مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 1، عام 2007، ص 156.

ولقد أورد الفقه مجموعة من التطبيقات العملية التي تدلل على قيام العلم اليقيني بمضمون القرار الإداري بالنسبة لمن صدر إليه هذا القرار، ولقد جاءت هذه التطبيقات في ضوء ما قرره القضاء أثناء نظره للمنازعات الإدارية، ومن هذه التطبيقات إقرار الطاعن بعلمه بالقرار أثناء تواصله مع جهة الإدارة بالطرق الإلكترونية المتاحة، ومن ذلك قبول المحكمة الإدارية لمدينة نانت الفرنسية في أواخر عام 2001م، فقد قبلت أول طعن قدم إليها بواسطة البريد الإلكتروني للمحكمة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الأساس القانوني للعلم اليقيني للقرار الإداري الإلكتروني

تبرز أهمية إرساء الأساس القانوني للعلم اليقيني الإلكتروني بالنظر إلى النتائج العملية والهامة المترتبة على وجوده والمتمثلة في قيام علم الأفراد بالقرارات الصادرة في مواجهتهم ونفاذها على هذا النحو ومن ثم احتساب ميعاد الطعن بالإلغاء، الأمر الذي يظهر خطورة ذلك على حقوق ومراكز الأفراد في حال إنقضت هذه المواعيد. وأمام ذلك فإن إدعاء الإدارة بقيام العلم اليقيني الإلكتروني لابد أن يستند على مسوغات قانونية تجعل من إدعائها هذا منتجاً لأثاره القانونية ومقبولاً أمام القضاء وهو ما يبرز بدوره أهمية البحث في أساس هذا العلم من الناحية القانونية.

ولأن العلم اليقيني يأتي على خلاف الأصل في نفاذ القرار الإداري وفقاً لما رسمه المشرع بوسيلتي النشر والإعلان، ويعفي الإدارة من جزاء عدم قيامها بذلك كونه يجسد غاية هذه الوسائل ويحققها بالرغم من عدم وجودها<sup>2</sup>، فقد كان القضاء الإداري حريصاً على وضع الشروط والضوابط التي تكفل قيامه على أفضل صورة<sup>3</sup>، بما يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية وعدم تعطيل سريان القرارات الإدارية من جانب، وبما

<sup>1</sup> موسي شحادة، الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، عام 2010م، ص 557، 558.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 19.

<sup>3</sup> محمد عبد العال السناري، نفاذ القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام 1981م، ص 94، 95.

لا يشكل مساساً بحقوق الأفراد في ذات الوقت من جانب آخر، لذلك يمكن القول أن القضاء أرسى هذا العلم في ظل التوفيق بين مصلحتي الإدارة والأفراد معاً.<sup>1</sup>

وبالتأكيد فإن هذه الشروط يمتد نطاق ولايتها إلى العلم اليقيني بصورته الجديدة، وبما أن جوهر نظرية العلم اليقيني يتمثل في معرفة الأفراد بالقرار الإداري دون أن يصل إلى أيديهم نص القرار ذاته<sup>2</sup>، فيمكن الاعتماد على ذلك الأمر لتقرير مشروعيته في صورته المتطورة، مادامت الإجراءات الإلكترونية قادرة على تحقيق علم الأفراد بالقرار الصادر في شأنهم دون انتظار وصول نص القرار إليهم، وعلى ذلك تصلح مثل غيرها من القرائن التقليدية في التدليل على وجود هذا العلم وقيامه في مواجهة الأفراد، وعلى هذا الأساس تنضم هذه الإجراءات الحديثة إلى القرائن والدلائل التقليدية المتعلقة بقيام العلم اليقيني ولا يوجد ما يمنع ذلك .

#### الخاتمة:

خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نجملها على النحو التالي:

#### أولاً: النتائج:

خلصت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

- 1- تعود فكرة ظهور نفاذ القرار الإداري الإلكتروني إلى أمرين، الأول: يتمثل في سعي الإدارات العامة نحو تبني نظام الإدارة الإلكترونية، الثاني: يتمثل في نقل هذه الإدارات لإمтиازاتها وأساليب عملها للواقع الجديد، لاسيما القرار الإداري، والذي يعد أهم هذه الأساليب.

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام 2009، ص 379.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، مرجع سابق، ص 23.

- 2- يحقق النشر الإلكتروني للقرار الإداري عدة مزايا مثل، أنه يؤدي إلى خفض النفقات العامة وتوفير المال العام، كما أنه يتميز بدقته، كما يتميز بالسرعة الكبيرة في توصيل العلم بمضمون القرارات الإدارية إلى جميع المخاطبون بها أياً كان تواجدهم.
- 3- يتميز الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري من الناحية العملية بوجود واقعتين متكاملتين تؤديان إلى تحقيقه؛ وهما واقعة إرسال القرار الإداري من قبل جهة الإدارة، وواقعة استقباله أو استلامه من قبل المخاطب به، وهو ما يعني أن طرفا القرار هما أيضاً طرفا الإعلان.
- 4- تبرز أهمية إرساء الأساس القانوني للعلم اليقيني الإلكتروني بالنظر إلى النتائج العملية والهامة المترتبة على وجوده والمتمثلة في قيام علم الأفراد بالقرارات الصادرة في مواجهتهم ونفاذها على هذا النحو ومن ثم احتساب ميعاد الطعن بالإلغاء.

### ثانياً: التوصيات:

- خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات نوجهها للمشرعين في الدول العربية بصفة عامة، ومصر بصفة خاصة، وذلك على النحو التالي:
- 1- نوصي بوضع قانون خاص وشامل بكل المعاملات الإدارية الإلكترونية.
- 2- نوصي بوضع قانون للجريدة الرسمية الإلكترونية وذلك لنشر القرارات والقوانين.
- 3- نوصي بوضع نصوص خاصة ترسي وتنظم وسائل النفاذ الإلكترونية سواء النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني الإلكتروني للقرار الإداري.
- 4- نوصي بضرورة اعتماد السلطة القضائية على نظام إلكتروني متكامل من خلال تزويد قاعات المحاكم بالوسائل الإلكترونية اللازمة للوصول لتطبيق النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري وتفعيل وسائله وتطويرها.

## قائمة المراجع:

## أولاً: الكتب:

- 1- أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة القانونية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2013.
- 2- حسام مرسي، أصول القانون الإداري- التنظيم الإداري، الضبط الإداري، العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2012.
- 3- خالد ممدوح ابراهيم، حوكمة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2011م.
- 4- داود عبد الرازق الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
- 5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام 2009.
- 6- عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، الجزء الثاني، إمتيازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2002.
- 7- محمد فوزي نويجي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 8- محمود أبو السعود حبيب، القضاء الإداري، مجلس الدولة، قضاء التأديب، قضاء الإلغاء، مطبعة الإيمان، مصر، بدون سنة نشر.
- 9- محمود سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، عام 2004م.



- 10- محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، تنظيم السلطة الإدارية- التنظيم القانوني للوظيفة العامة، نظرية العمل الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام 2009م.
- 11- نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2018.

### ثانياً: الرسائل والأطروحات العلمية:

- 1- محمد السيد عبد المجيد البيدق، نفاذ القرارات الادارية وسريتها في حق الافراد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 2002م.
- 2- محمد سليمان نايف شيبير، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري "دراسة تطبيقية مقارنة"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2015م.
- 3- محمد عبد العال السناري، نفاذ القرارات الادارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام 1981م.
- 4- ناصر عبد الحميد السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الاردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام 2009م.

### ثالثاً: المقالات والمدخلات

- 1- أحمد إسماعيل، أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، عام 2004.
- 2- اشرف محمد خليل حمامدة، القرار الإداري الإلكتروني، مجلة الفكر الشرطي، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 25، العدد رقم 99، سنة 2016.
- 3- زينب عباس محسن، الإدارة الإلكترونية وأثرها في القرار الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 16، العدد 1، لسنة 2014.

- 4- حمدى سليمان القبيلات، التوقيع كشكلية في القرار الإداري الإلكتروني، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34 (ملحق)، عام 2007.
- 5- خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري مع التركيز على محكمة العدل العليا، دراسة مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 1، عام 2007.
- 6- صالح عبد عايد صالح، أهمية دور الحكومة الإلكترونية (الإدارة المحلية) في عملية صناعة القرار الإداري مستقبلا، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015.
- 7- صهيب أحمد عيد المناصير، أثر وسائل الاتصال الحديثة على التصرفات القانونية للإدارة في المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، مارس 2021.
- 8- علاء محي الدين مصطفى، القرار الإداري الإلكتروني كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابو ظبي، الفترة 19، 20 مايو 2009.
- 9- موسي شحادة، الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، عام 2010م.
- 10- موسي عبد الناصر، محمد قريشي، مساهمة الإدارة الإلكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي - دراسة حالية بكلية العلوم والتكنولوجيا - جامعة بسكرة، الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، عام 2011.

11- نوفان العقيل العجارمة وناصر عبد الحلیم السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 40، ملحق 1، سنة 2013.

12- يوسف عبد الرحمان الجبوري، سمیة عباس مجید الربيعي، أمل محمود علي العبيدي، إدارة الازمات وإلكترونية إتخاذ القرار، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد الأول، سنة 2011.

#### رابعاً: المواقع الإلكترونية:

1- عدنان مصطفى البار، القرار الإداري الإلكتروني، مقال نشر بتاريخ 2020/2/22، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة في 1 إبريل 2021)

<https://bit.ly/3egLzF1>

#### خامساً: المراجع الأجنبية:

- 1- Brian Fizgerlad, Rami Olwan, copyright and Innovation in the Digital Age: The United Arab Emirates (UAE). Abu Dhabi, May, 2009.

## نظام الإفراج المشروط بين قانون العقوبات وقانون القضاء العسكري في الجزائر

### The title of the intervention: The conditional release system between the penal code and the military justice law in Algeria

د / عائشة عبد الحميد

جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف - الجزائر

#### الملخص:

إن التجريم والعقاب هما أساس النظام القانوني الجنائي بأسره ، فإذا كان التجريم يهدف إلى تحديد الأفعال المنهي عنها أو الواجب إتقانها، فإن العقاب هو الشق الجزائي المقدر والملائم للتوقيع على كل من يقوم بانتهاك أو مخالفة الأوامر المحظورة قانونا، لذا يعد التجريم والعقاب هما عماد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

فالأصل في التشريعات الجنائية هو العقاب من خلال العقوبات السالبة للحرية والاستثناء هو إعادة إدماج المحبوسين في الحياة العادية من خلال عقوبة خدمة النفع العام وكذا الإفراج المشروط. يقصد بإعادة إدماج المحبوسين ، إبعاد الجاني عن الإجرام ومحيطه ، ولما كان الحبس هو الجماعة الرسمية المتعددة الاختصاصات في هذا المجال، فإن تواجد هذا الأخير ضمنها من شأنه أن يعمق فجوة الإجرام، ويكون هذا الإدماج من خلال آليتين رئيسيتين هما: آلية نظام الإفراج المشروط وكذا آلية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

قرر المشرع الجزائري قانون خاص بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين وهو القانون رقم 05-104 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم بموجب القانون 18-01، المؤرخ في

<sup>1</sup> - القانون رقم 05-04، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر. عدد 12، 2005.

30 جانفي 2018، فقد أضاف فيه المشروع فصل رابع بعنوان: "الوضع تحت الرقابة الإلكترونية"، ضمن المواد من 150 إلى 150 مكرر 16 منه .

ففي ضوء الفكر العقابي الحديث أصبح القانون والعدالة يهيمنان على مرحلة تطبيق العقوبات ذلك أن المحاكمة الجزائية لا تنتهي بمجرد صدور الحكم بسجن المتهم إذ تعتبر العقوبة منذ لحظة صدور على المجرم مرحلة جديدة بالنسبة للمحكوم عليه وبالنسبة للمجتمع، فقد تكون هذه المرحلة ابتداء حياة أفضل وإما ابتداء حياة أشد انحرافا في المستقبل، ولمواجهة هذا الإشكال وهذه المرحلة من حياة الشخص المذنب المحكوم عليه، وفي سبيل تأمين علاج أفضل للمحكوم عليه وتحصنه بمؤهلات شخصية ومهنية تشكل درعا واقيا له في المستقبل تحول دون عودته للانحراف مجددا، فقد سعت التشريعات العقابية الحديثة ومنها التشريع العقابي الجزائري إلى إيجاد بدائل للعقوبة وأساليب معاملة حديثة بهدف إعادة تأهيل المحكوم عليه وتعديل طباعه حتى يتكيف من جديد مع المجتمع.

**الكلمات المفتاحية:** الإفراج المشروط - قانون السجون - قانون القضاء العسكري - القانون الجزائري - السياسة العقابية.

### Abstract:

Criminalization and punishment are the basis of the entire criminal legal system, so if the criminalization aims to determine the acts that are prohibited or must be performed, then the punishment is the appropriate and appropriate part of the penalty for anyone who violates or violates the orders that are legally prohibited, so criminalization and punishment are the pillar of the principle Legitimacy of crimes and penalties.

The basic principle in criminal legislation is punishment through penalties depriving freedom and the exception is the reintegration of detainees into normal life through the punishment of public utility service as well as conditional release.

The reintegration of the detainees means the removal of the perpetrator from the crime and his surroundings, and since imprisonment is the official multi-disciplinary

group in this field, the presence of the latter within it would deepen the crime gap, and this integration will be through two main mechanisms: the conditional release system mechanism and also the mechanism The application of the labor penalty for public benefit.

The Algerian legislature has decided a law on the organization of prisons and the social reintegration of prisoners, which is Law No. 05-04 of February 06, 2005, amended and supplemented by Law 18-01 of January 30, 2018, in which the legislator added a fourth chapter entitled: "Situation under electronic surveillance" Within Articles 150 to 150 bis 16 thereof.

In light of modern punitive thought, law and justice have come to dominate the stage of applying penalties, because the criminal trial does not end with the issuance of the sentence of imprisonment for the accused, as the punishment from the moment of issuance of the criminal is considered a new stage for the convicted person and for society, this stage may be the beginning of a better life or the beginning of life More deviating in the future, and to face this problem and this stage in the life of the convicted guilty person, and in order to secure better treatment for the convicted person and fortify him with personal and professional qualifications that constitute a protective shield for him in the future that prevents him from returning to delinquency again, modern penal legislation, including the Algerian penal legislation, has sought Finding alternatives to punishment and modern methods of treatment with the aim of rehabilitating the convicted person and modifying his character so that he is adapted again to society.

**key words:** Parole - Prisons Law - Military Justice Law - Algerian Law - Punitive Policy.

مقدمة:

حيث يعتبر العقاب هو الجزاء الذي يقرره القانون لمكافحة الجريمة وإعادة تأهيل وإصلاح الجناة، وإعادة إدماجهم في المجتمع من خلال اتجاه السياسة الجنائية الحديثة في مجال السياسة العقابية للحد من الجريمة وإعطاء فرصة لإصلاح المحبوس.

ففي ظل تبني المشرع الجزائري لنظام الإصلاح العقابي سواء داخل المؤسسات العقابية أو خارجها وهذا تجسيدا لتطبيق القانون رقم 04-05 لعام 2005، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوس.

إذا كان الحبس عقوبة سالبة للحرية النموذج الأمثل للعقاب في التشريعات الجنائية الحالية، إلا أن هذا لا يعني تحقيق أغراض العقاب في السياسة الجنائية الحديثة والمتمثل في إصلاح المجرم وإعادة تأهيله كأهم سبل مكافحة الإجرام والعودة إليه.

تعد الجزائر من بين الدول التي سنت شرائع وقوانين خاصة بالسجن والسجناء ، تطبيقا للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي أقرتها الأمم المتحدة ، وتطبيقا للميثاق العالمي لحقوق الإنسان، حيث يعود أو تنظيم يتعلق بالسجون وإعادة التربية في الجزائر إلى سنة 1972، والذي تضمنه نص الأمر رقم 02-72 المؤرخ في 16 فيفري 1972.

حيث تلعب السجون والمؤسسات العقابية في الجزائر دورا هاما في عملية الإصلاح والإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

حيث تعد عملية إدماج المحبوسين وتأهيلهم من الأهداف التي يسعى إليها المشرع وبهذا لتفادي عودتهم إلى ارتكاب الجريمة من خلال آلية الإفراج المشروط، وكذا آلية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كنظام جديدة في ظل القانون رقم 18-01.<sup>1</sup>

نتناول الموضوع بالمنهج التحليلي، والمنهج المقارن، حيث يستلزم الموضوع مقارنة بين الإفراج المشروط ضمن نظام القانون العقابي الجزائري وقانون القضاء العسكري، والتساؤل الجوهرية الذي يطرح في هذا السياق، هل نجحت الجزائر من خلال سياستها العقابية، في تطبيق الإفراج المشروط ضمن منظومتها العقابية، مقارنة بقانون القضاء العسكري، وما هي الأحكام الخاصة بهذا الأخير؟

<sup>1</sup> - القانون رقم 18-01، المؤرخ في 30 يناير 2018، يتم القانون رقم 04-05، المؤرخ في 06 فيفري 2005، والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر عدد 2018/05.

نتناول الموضوع من خلال نقطتين أساسيتين:

- أولا: نظام الإفراج المشروط في القانون الجزائري.
- ثانيا: الإفراج المشروط في قانون القضاء العسكري.

### أولا- نظام الإفراج المشروط في القانون الجزائري:

إن نظام الإفراج المشروط من أهم أنظمة إعادة إدماج المحبوس اجتماعيا إذ بواسطته يتمكن من العودة إلى أسرته ليقتضي ما تبقى من عقوبته خارج أسوار المؤسسة العقابية. ومصدر هذا الإجراء أو النظام هو القانون 04/05 ضمن المواد من 134 إلى 150 منه. ومعنى الإفراج المشروط هو إطلاق سراح المحبوس ضمن شروط تحددها الجهة المختصة بذلك ليوقع عليها ويتعهد باحترامها وعدم الإخلال بها، وهو بذلك يعتبر في حالة إفراج مقيدة قانونا.

### 1- الإفراج المشروط العادي:

بتصفح المواد المشار إليها أعلاه يتضح جليا بأن الإفراج المشروط يتضمن أكثر من نوع والذي يمكن تقسيمه على النحو التالي:

- الأول: الإفراج المشروط (العادي).
- الثاني: الإفراج المشروط (الصحي).
- الثالث: الإفراج المشروط الاستثنائي).

أما عن النوع الأول أي الإفراج المشروط والذي أسمىته بالعادي تميزا له عن باقي الأنواع، فهو الإفراج عن المحبوس بتوافر مجموعة من الشروط القانونية وإليها الشروط الموضوعية، وهي شروط قبلية، كما عليه أن يتعهد باحترام مجموعة من الشروط أيضا، وهي الشروط البعدية.

### أ- شروط الاستفادة من نظام الإفراج المشروط (عموما):



يتعين على الراغب في الاستفادة من هذا الإجراء أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط القانونية والموضوعية على النحو التالي:

### - بخصوص الشروط القانونية:

لقد حددت المادة 134 من القانون 04/05<sup>1</sup> شروط الاستفادة من نظام الإفراج المشروط لأي نوع كان مما سبق الإشارة إليه كما يلي:

- 1- حسن السيرة والسلوك والمقصود بذلك ألا يأتي المحبوس المرشح للاستفادة من هذا الإجراء أي شيء مما يخالف نظام المؤسسة العقابية، وأن يتمتع بالخلق الحسن مع الكافة دون استثناء.
- 2- إظهار ضمانات جدية للاستفادة، والمقصود بذلك أن يشارك المحبوس في أي تكوين مهني أو حرفي أو تعليم، يتوج في النهاية بشهادة تسمح له بالاندماج مرة أخرى في مجتمعه ممت يثبت أولاً وأخيراً أن المعني أصبح أهلاً لتحمل مسؤوليته خارج أسوار المؤسسة، وبالتالي إمكانية إفادته بالإفراج المشروط دونما حرج.
- 3- أن يقضي فترة الحبس المحددة كفترة اختبار<sup>2</sup>، على أن فترة الاختبار هذه تختلف من محبوس لآخر حسب الأحوال مما يجعلنا نفضلها على النحو التالي:

### 1- بالنسبة للمحبوس المبتدئ:

فوفقاً للفقرة الثانية من المادة 134 أعلاه، فإن فترة الاختبار يجب ألا تقل عن النصف أي نصف العقوبة المقررة حكماً، وحتى يتضح الأمر نورد المثال التالي:

<sup>1</sup> - القانون رقم 04-05، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر عدد 12 لسنة 2005.

<sup>2</sup> - سائح شنفوفة، قاضي تطبيق العقوبات، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 116.

- محبوس مبتدئ الإجرام، محكوم عليه ب (04) سنوات حبسا أو سحنا الأمر سيان إذ لا فرق بين المحكوم عليه في جناية أو جنحة، أو حتى مخالفة فإن فترة الاختبار المطلوبة قانونا هي عامان (02) على اعتبار نصف العقوبة.

### 1- بالنسبة للمحبوس المعتاد:

بالرجوع إلى المادة أعلاه في فقرتها الثالثة، نجد أن فترة الاختبار هي (3/2) ثلثا العقوبة المحكوم بها عليه، بغض النظر عن كونها جنحة أم جناية أو حتى مخالفة.

### 2- بالنسبة للمحبوس المحكوم عليه بالسجن المؤبد:

لقد حددت المادة (134) الفقرة الرابعة من القانون 04/05 فترة الاختبار بالنسبة للمحكوم عليهم بالسجن المؤبد ب (15) سنة.

يستفاد من ذلك أن المحكوم عليه بالسجن المؤبد بإمكانه أن يقدم طلب الاستفادة من نظام الإفراج المشروع أمام الجهة المختصة حسبما سيأتي بيانه لاحقا.

مع الإشارة إلى أن الفترة المستفاد منها في إطار العفو الرئاسي تعتبر كعقوبة مقضاة بغض النظر عن مدة الحبس أو صنف المحبوس (مبتدئا - معتادا - عقوبة طويلة - قصيرة - ذكرا - أنثى - مواطن - أجنبي)، هذا ما ذهبت إليه الفقرة (5) من المادة السابق ذكرها.

### - بخصوص الشروط الموضوعية:

كما العادة، نقول بأن الشروط الموضوعية ليست مقننة، إنما هي مستوحاة من واقع حال المحبوس، وهي ملاحظات تثار بشأن المحبوس وتدون ضمن بطاقة السيرة والسلوك الخاصة به، ليلجأ إليها عند الحاجة من ضمنها عدم احترام زملاء الإقامة وموظفي المؤسسة العقابية، عدم الاستجابة لأوامر المسؤولين استعمال العنف مع الزملاء ... الخ

## أ- صلاحية قاضي تطبيق العقوبات بخصوص الإفراج المشروط:<sup>1</sup>

لقد حددت المادة (141) من قانون تنظيم السجون مدة (24) شهرا كحد أقصى لصلاحية قاضي تطبيق العقوبات، وهو مجال صلاحياته بمعنى:

أن قاضي تطبيق العقوبات ملزم بالبت في طلبات المحبوسين الرامية إلى الاستفادة من نظام الإفراج المشروط التي تساوي أو تقل مدتها عن المدة أعلاه فقط.

وبالمفهوم المخالف للنص فإن قاضي تطبيق العقوبات لا يمكن له الفصل في ما عدا ذلك من الطلبات، أي تلك التي تتجاوز مدة الحبس المتبقي فيها لأكثر من ذلك أي 24 شهرا لأنها تعتبر في حكم الخروج عن الصلاحية القانونية في هذا المجال.

## أ- الوثائق الأساسية لتشكيل ملف الإفراج المشروط:

لقد حدد المنشور الوزاري المتعلق بكيفية البت في ملفات الإفراج المشروط الصادر في 2005/06/05 الوثائق الضرورية لتشكيل ملف الإفراج المشروط على النحو التالي:

### 1- الطلب أو الاقتراح:

لمقصود بالطلب هو ذلك الذي يجره المحبوس أو وليه أو محاميه حسب الأحوال، فيما الاقتراح هو الذي يتقدم بها إما مدير المؤسسة أو قاضي تطبيق العقوبات أمام اللجنة بغرض الإفراج عن المحبوس طبقا لما يقرره القانون.

### 2- الوضعية الجزائرية:

الوضعية الجزائرية هي مطبوع يتواجد على مستوى المؤسسة تحتوي على كل البيانات الخاصة بالمحبوس، ابتداء من هويته مروراً بالجرم المرتكب وما إذا كان قد حوكم أم لا يزال وتاريخ دخوله الحبس وتاريخ خروجه وما إذا كان قد استفاد من العفو أم لا، وهكذا.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 05-180، المؤرخ في 17 ماي 2005، يتضمن تشكيل لجنة تطبيق العقوبات وكيفية سيرها، ج.ر. عدد 34 لسنة 2005.

**3- صحيفة السوابق القضائية رقم (02):**

الصحيفة هذه الغرض منها معرفة ما إذا كان المعني مبتدئا أم معتادا للإجرام.

**4- نسخة من الحكم والقرار:**

الغرض من تقديم هذه الأحكام والقرارات معرفة الأعباء الملقاة على عاتق المحبوس من غرامة ومصاريف قضائية وتعويضات مادية.

**5- شهادة عدم الطعن أو شهادة عدم الاستئناف:**

هذه الشهادة الغرض منها معرفة ما إذا كان المعني محكوما عليه نهائيا أم لا، لأنه لوم لم يكن محكوما عليه نهائيا فإنه لن يستفيد من الإفراج المشروط.

**6- ملخص وقائع الجريمة: وذلك لمعرفة الجرم المرتكب وظروفه.**

7- قسيمة دفع المصاريف القضائية والغرامات حسب الحالة: وهذه تفيد تبرئة المعني مما قد يكون في ذمته تجاه خزينة الدولة.

**8- وصل دفع التعويضات المدنية المحكوم بها على المعني أو ما يثبت تنازل الطرف المدني عنها:**

وهذه الغرض منها معرفة ما إذا كان المحبوس قد نفذ ما حكم به عليه ضمن الحكم الجزائي، وبالتالي إبراء ذمته تجاه الضحية أو الطرف المدني حسب الأحوال.

9- تقرير مدير المؤسسة العقابية عن وضعية المحبوس وسيرته وسلوكه مدة حبسه وكذا الأعمال المنجزة والشهادات المحصل عليها خلال هذه المدة.

وهذا بغرض الاطلاع على ما قام به المحبوس داخل المؤسسة من مختلف الأنشطة كتقديم خدمات للمؤسسة - المساهمة في تدريس المحبوسين أو تكوينهم - المشاركة في الدراسة والامتحانات على مختلف أنواعها، وهكذا.

وفضلا عما سبق فإن الواقع فرض تقديم بعض من الوثائق هي من الأهمية منها:

- شهادة إقامة المحبوس، وهذه الهدف منها معرفة مكان تواجده بعد الإفراج عنه لتسهيل مسألة متابعته ومراقبته واستدعائه عند الحاجة.<sup>1</sup>

### ب- الجهة المعنية بتشكيل ملفات الإفراج المشروط:<sup>2</sup>

إن الجهة المختصة بتشكيل ملفات إعادة الإدماج بما في ذلك ملفات الإفراج المشروط، هي مصلحة إعادة الإدماج، وهذه الأخيرة تعمل في هذا المجال تحت إشراف قاضي تطبيق العقوبات، إثر ذلك يتم تحديد جلسات نظر هذه الملفات من قبل هذا الأخير.

### ت- كيفية عمل لجنة تطبيق العقوبات:

قبل اتخاذ إجراء في هذا الخصوص يتعين القيام بما يلي:

- 1- جدولة الجلسة، هذه الجدولة يقوم بها قاضي تطبيق العقوبات على مستوى المؤسسة العقابية المعنية، ويبلغ الأعضاء المعنيين بالجلسة للحضور بتاريخ انعقادها.
- 2- حينها تتم دراسة كافة الملفات المطروحة أو المجدولة بما في ذلك ملفات الإفراج المشروط.
- 3- يتداول أعضاء اللجنة في الملفات المعروضة، ومتى تأكد لها توافر مجمل الشروط أصدر قاضي تطبيق العقوبات ما يسمى (مقررة الإفراج المشروط).

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 05-180، المؤرخ في 17 ماي 2005، يتضمن تشكيل لجنة تطبيق العقوبات وكيفيات سيرها، ج.ر. عدد 34 لسنة 2005.

<sup>2</sup> - فيما يخص طلب الإفراج المشروط هو عبارة عن الوثائق الأساسية، تم حصرها بموجب التعليم رقم 945/2005، المؤرخة في 03 ماي 2005 الصادرة عن المدير العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج.

- غير أنه في حالة اختلاف أعضاء اللجنة على الإفراج عن المحبوس ، فإن إجراءات التصويت تتم بينهم، وفي حالة التساوي يرحح صوت الرئيس والذي هو قاضي تطبيق العقوبات إن إيجابيا أم سلبيا.
- 4- يتولى أمين لجنة تطبيق العقوبات تبليغ النائب العام بالمقررات التي أصدرها قاضي تطبيق العقوبات فور توقيعها.
- 5- وبعد مضي مدة الطعن القانونية الممنوحة للنائب العام والتي هي (08) تتضح الرؤية بخصوص تلك الملفات على النحو التالي:
- \* قد يطعن النائب العام في المقررات التي أصدرها قاضي تطبيق العقوبات جملة أمام لجنة تكييف العقوبات، حينها لن يتمكن أي محبوس من مغادرة المؤسسة، على اعتبار أن الطعن ذو أثر موقف، ومن ثم يصبح الانتظار سيد الموقف بالنسبة للجميع.
- مع الإشارة إلى أن لجنة تكييف العقوبات يتعين عليها البت في الطعن المقدم أمامها خلال مدة (45) يوما من تاريخ الطعن، على أن عدم البت خلال المدة المذكورة يعتبر رفضا للطعن ، أي تصبح مقررة الإفراج المشروط في حل من طعن النائب العام، ومن ثم توقع مقررة الإفراج المعنية والسماح للمحبوس بالمغادرة حيث يجب.
- \* قد يطعن في بعض الملفات في حين يصرف النظر عن الباقي في هذه الحالة:
- أ- يبقى المحبوس المطعون في مقرره في حالة انتظار إلى غاية البت في الطعن المقدم من قبل النائب العام من طرف لجنة تكييف العقوبات حسبما تقدم.
- ب- توقع مقررات الإفراج المشروط فيما يتعلق بالملفات التي تم صرف النظر عنها من قبل النائب العام، لتطبق في جانبه الإجراءات الموالي ذكرها للبند (3) أدناه.
- \* قد لا يطعن في أي ملف، وفي هذه الحالة يوقع قاضي تطبيق العقوبات مقررات وكذا رخص الإفراج المشروط.

- إثرها يغادر المحبوس المفرج عنه بشرط إلى حيث يقيم دونما أي عائق يذكر فقط يتعين عليه الالتزام بما يلي:<sup>1</sup>

- الالتزام بالشروط المدونة في المقررة وكذا رخصة الإفراج.
- التوجه إلى مكتب قاضي تطبيق العقوبات حيث يقيم.
- التوجه إلى مكتب قاضي تطبيق العقوبات حيث يقيم المحبوس إذا كان هذا الأخير يقيم خارج دائرة اختصاص قاضي تطبيق العقوبات الذي منحه الإفراج المشروط.

- الآثار المترتبة عن الاستفادة من نظام الإفراج المشروط:

هنا يتعين التمييز بين احتمالين اثنين على النحو التالي:

- احتمال الاستفادة الفعلية من الإفراج المشروط:

يترتب عن الاستفادة من الإفراج المشروط ما يلي:

- 1- يتوجه المحبوس حيث يريد حرا طليقا.
- 2- احترام الشروط المدونة ضمن المقررة وكذا رخصة الإفراج المشروط.
- 3- الالتزام بالحضور الدوري أمام قاضي تطبيق العقوبات في الوقت الذي يحدده هذا الأخير.
- 4- عدم مغادرة مكان تواجده إلا بعد إخطار قاضي تطبيق العقوبات، وبطلب مكتوب ومسبب على أن يحدد فيه المكان والزمان والمهمة.
- 5- في حالة إخلاله بأي شرط مما ذكر في مقررة الإفراج، كأن يمتنع عن المثول أمام قاضي تطبيق العقوبات دون مبرر أو سابق إعلان، أو يأتي جريمة لاحقة. تلغي هذه الأخيرة ويعاد المعني إلى المؤسسة حيث كان.

<sup>1</sup> - فريد محمد أحمد، موقف المشرع الجزائري من نظام الإفراج المشروط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06، 2012، ص12.

6- تعتبر المدة التي قضاها المحبوس أثناء الإفراج عليه كأنها عقوبة مقضية، أما ما تبقى منها فيتعين عليه استكمالها وفقا لوضعته الجزائية الجديدة.

### ● احتمال رفض طلب الاستفادة من الإفراج المشروط:

في حالة ما إذا ما تم رفض طلب الإفراج المشروط لأي سبب كان لا يمكن للمحبوس أن يعيد طلب دراسة ملفه إلا بعد مضي (03) أشهر من تاريخ الرفض والمقصود بالرفض هنا حالتين:

- 1- كون الملف تم رفضه أساسا من قبل لجنة تطبيق العقوبات.
- 2- كون الملف تم قبوله من طرف لجنة تطبيق العقوبات، غير أن النيابة طعنت فيه وتم قبول طعنها، وبالتالي رفض على مستوى لجنة تكييف العقوبات.

ففي هاتين الحالتين لا يمكن إعادة طرح الملف لدراسته إلا بعد مضي المدة القانونية المذكورة آنفا.<sup>1</sup>

### 1- الإفراج المشروط لأسباب صحية:

لقد أولى المشرع عناية خاصة بالمحبوسين عموما والمرضى منهم خصوصا وذلك ما يتجلى من خلال القسم الثاني من القانون رقم 04/05 حيث تناول وبشكل لا يدع أي مجال للشك مسألة الرعاية الصحية للمحبوس.

ذلك أنه حدد له المواد من 57 إلى 65 تتناول في مجملها كل الرعاية الصحية والطبية دون منازع، وذلك أمر طبيعي لأنه لا يعقل بأي حال أن يلقي بإنسان ما في مكان ما دون تفقده أو مراعاة حاجياته، لاسيما إذا كان وضعه على شاكلة المحبوس، ولما كان هذا الأمر يتعلق بالمحبوس الصحيح فمن باب أولى أن يراعى المريض منهم بصفة أكثر جدية وهو ما ذهب إليه المشرع في باب الإفراج المشروط حيث قرر أن المحبوس المريض بدوره له الحق في الاستفادة من نظام الإفراج المشروط.

فها هي المواد 148-149-150 من القانون أعلاه تعطي هذا الحق للمحبوس على النحو التالي:

<sup>1</sup> - بياح إبراهيم، الإفراج المشروط كآلية لإعادة إدماج المحبوسين في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، مارس 2018، ص 174.



من خلال دراسة المواد المشار إليها أعلاه يتضح أن المحبوس المريض من حقه الاستفادة من الإفراج المشروط، وبشروط أقل حدة من تلك المفروضة على المحبوس العادي.

المادة 148 منه تعفي المحبوس المريض من شرط أداء فترة الاختبار فقررت أنه ودون مراعاة لأحكام المادة 134 السابق دراستها، فإنه يمكن للمحبوس المحكوم عليه نهائيا والمصاب بمرض خطير أو إعاقة دائمة والتي من شأنها أن تؤثر سلبا وبصفة مستمرة ومتزايدة على حالته الصحية البدنية والنفسية، أن يستفيد من الإفراج المشروط لأسباب صحية بقرار من وزير العدل حافظ الأختام.

والملاحظ هنا أن المشرع أعطى هذه الصاحية لوزير العدل وهو ما يؤكد اهتمام المشرع بهذه الشريحة من المحبوسين.

#### أ- شروط الاستفادة من الإفراج المشروط لأسباب صحية:

لم يترك المشرع باب الاستفادة من هذا الإجراء مفتوحا على مصراعيه، بحيث يمكن لأي كان الادعاء بأي مرض يراه لنفسه، بل قيده بشروط بحيث لن يستفيد منه إلا من كان أهلا له وهذه الشروط هي:<sup>1</sup>

- 1- أن يكون المحبوس المريض محكوما عليه نهائيا.
- 2- أن يكون مصابا بمرض خطير أو إعاقة دائمة تتنافى مع بقائه في الحبس.
- 3- أن يكون هذا المرض أو الإعاقة يؤثر سلبا وبصفة دائمة ومستمرة على حالته الصحية البدنية منها والنفسية.
- 4- أن يكون هذا العجز أو الداء ثابتا يقينيا بما لا يدع مجال لأي شك، والحقيقة أن هذا العنصر الأخير هو الفيصل في الموضوع، مما يجعل السعي لإثباته من أولى الأوليات.

ولذلك نجد بأن الشغل الشاغل في بداية الأمر لدى قاضي تطبيق العقوبات المعني هو السعي إلى إثبات ذلك الداء أو العجز من طرف المصالح المختصة.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الإفراج المشروط في القانون، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 42.

## ب- الإجراءات الخاصة بالاستفادة من الإفراج الصحي:

في البداية أشير إلى أن هذا النوع من الإفراج أي الإفراج الصحي لا يختلف عن الإفراج العادي إلا

في:

1- مسألة التقرير الطبي المثبت للمرض أو الإعاقة التي يعاني منها المحبوس.

2- مسألة عدم مراعاة فترة الاختبار.

أما ما عداه من الشروط فيجب توافرها جملة، وتفاديا للتكرار الذي لا أراه مفيدا هنا، أرجو من

القارئ الكريم العودة إلى الأحكام الخاصة بالإفراج المشروط العادي في هذا الخصوص.

3- عدم مغادرة مكان تواجده إلا بعد إخطار قاضي تطبيق العقوبات، وبطلب مكتوب ومسبب على

أن يحدد فيه المكان والزمان والمهمة.

4- في حالة إخلاله بأي شرط مما ذكر في مقررة الإفراج، كأن يمتنع عن المثول أمام قاضي تطبيق

العقوبات دون مبرر أو سابق إعلان أو أن يتفقد قاضي تطبيق العقوبات فلم يجده أو يأتي جريمة

لاحقة، فإن من شأن ذلك أن يتسبب في حرمانه من مواصلة الاستفادة من الإفراج المشروط،

وبالتالي تلغى هذه الأخيرة ويعاد المعني إلى المؤسسة حيث كان.

5- ومتى ألغيت الاستفادة من الإفراج المشروط فإن المدة التي قضاها أثناء الإفراج عليه تعتبر كأنها عقوبة

مقضية.

أما ما تبقى منها فيتعين عليه استكمالها وفقا لوضعيته الجزائية الجديدة.

احتمال رفض طلب الاستفادة من الإفراج المشروط لأسباب صحية.

في حالة رفض طلب الاستفادة من الإفراج المشروط لأي سبب كان، فإنه لا يمكن للمحبوس أن يعيد

طلب دراسة ملفه إلا بعد مضي (03) أشهر من تاريخ الرفض.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق بوضياف، رسالة سابقة، ص 43.

**2- الإفراج المشروط الاستثنائي:**

هذا النوع من الإفراج المشروط ذو طبيعة خاصة من حيث سبب الاستفادة منه، ولذلك أطلقت عليه تسمية (الإفراج الاستثنائي).

ومصدر هذا النوع من الإفراج هو المادة 135 من القانون 04/05 أعلاه المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

**أ- شروط الاستفادة من هذا النوع من الإفراج المشروط:**

لقد حددت المادة 135 أعلاه شرطا واحدا ووحيدا للاستفادة من الإفراج المشروط الاستثنائي هو:

- أن يقوم المحبوس بإبلاغ السلطات المختصة عن حادث خطير محتمل وقوعه مستقبلا، والذي يمكن أن يمس بأمن المؤسسة العقابية.

- أو يقدم معلومات للتعرف على مدبريه أو بصفة عامة يكشف عن مجرمين والإيقاع بهم وإيقافهم.

يستنتج مما ذكر أعلاه بأن المحبوس الذي يمكن أن يستفيد من هذا الإجراء يتعين عليه أن يكون العين الساهرة عن أمن المؤسسة ، ويتحسس خطوات المجرمين المحتملين مستقبلا، ويستوي أن يكون هذا التدبير داخلي أو خارجي، كأن يكون هناك تنسيق بين أفراد ما بغرض زعزعة استقرار المؤسسة من الداخل عبر بث الفوضى والنيل من سلامة نزلاء المؤسسة عموما، ومنه ضرب استقرار جهاز الدولة في هذا الخصوص.

**ب- الاستثناء الوارد في هذا الإجراء:**

لقد استثنى المشرع المحبوس الذي يقوم بإبلاغ السلطات المعنية بما هو محتمل وقوعه من أعمال شغب قد تمس سلامة المؤسسة، من شرط قضاء فترة الاختبار التي يتعين على أي محبوس قضاءها داخل المؤسسة لمعرفة توجهاته وسلوكه ، وذلك ما ذهبت إليه المادة 134 من القانون 04/05 المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

**ت- الجهة المعنية بالفصل في هذا النوع من الإفراج:**

وفقا لأحكام المادة 148 من القانون 04/05 فإن الجهة المختصة بإصدار مقرر الاستفادة من الإفراج المشروط لأسباب صحية هي لجنة تكييف العقوبات التي يرأسها وزير العدل حافظ الأختام، إذ هو المختص بتوقيع هذه المقررة.<sup>1</sup>

### ث- الآثار المترتبة عن الاستفادة من الإفراج لأسباب صحية:

هنا يتعين التمييز بين احتمالين على النحو التالي:

- 1- يتوجه المحبوس حيث يريد حرا طليقا.
- 2- احترام الشروط المدونة ضمن المقررة وكذا رخصة الإفراج المشروط.
- 3- الالتزام بالحضور الدوري أمام قاضي تطبيق العقوبات حيث يقيم المستفيد في الوقت الذي يحدده هذا الأخير.

على أن المحبوس المستفيد من هذا النوع من الإفراج ، قد لا تطبق عليه الإجراءات الخاصة بذلك المستفيد من الإفراج المشروط العادي ، وذلك بالنظر إلى حالته الصحية فقد يقعه المرض بالمستشفى أو البيت ، ولا يتمكن من المثول أمام قاضي تطبيق العقوبات فما العمل والحال هذه؟.

- إن المنطق السليم يقتضي من قاضي تطبيق العقوبات مراعاة هكذا ظروف، بل عليه أن يتابع حالته أيا كان تواجد بيتا أم مستشفى، متى كان طريح الفراش.

أما إن كان غير ذلك أي بإمكان المحبوس أن يمدد موعد مثوله، فبدل الحضور أمامه كل 15 أو 30 يوما يمدد ذلك إلى 45 يوما أو أكثر من ذلك أو أقل، إذ لا مانع قانوني في هذا الخصوص.

- أ- إذا كانت هذه التعويضات ضخمة.
- ب- إذا كان الحكم يتضمن أكثر من محكوم عليه، وقضى بدفع التعويضات تضامنا وكان البعض منهم فقيرا أو فارا أو رافضا أصلا لدفع التعويضات.

<sup>1</sup> - نص المادة 141، من القانون رقم 05-04.

فمثل هذا الاحتمال متوفر بكثرة، وكثيرا ما كانت لجنة تكييف العقوبات تقرر رفض الطلب للأسباب المشار إليها.

وهنا أجد نفسي مضطرا لطرح هذا الانشغال، لأنه مطروح بحدة، فأقول:

- ماذا لو تم تعديل هذه الجزئية من القانون 04/05 وذلك تماشيا مع الأهداف المتوخاة من إصدار هذا التشريع، والذي يهدف من جملة ما يهدف إلى إعادة إدماج المحبوس اجتماعيا وإذ أعتقد أن الإفراج الصحي يعتبر من صميم إعادة الإدماج.

فالإبقاء على المحبوس المريض لاسيما الميؤوس من شفائه، بل والعاجز حتى عن توفير شيء مما يستحقه من الدواء، داخل الحبس بسبب عدم دفعه للتعويضات أو حتى الغرامة لا يتماشى وسياسة الدولة في هذا الخصوص، ولماذا لم يفكر المشرع في سبيل آخر يحل محل هذا الرفض، أليس كذلك؟<sup>1</sup>

- أنا لا أبرر فعلة الفاعل، ولا أشجع نهائيا الإفراج عن مجرم انتهك قوانين الدولة بأي حجة كانت، إنما أريد أن ألقت النظر إلى أن (موت المحبوس) في الحبس رغم السعي الحثيث إلى تشكيل ملف الإفراج الصحي للمعني على مسمع ومرأى الجميع، وقيام أهله بالمساهمة في ذلك بإحضار المستندات التي تخصهم، وإعطائهم والمحبوس أمل الإفراج عنه عند اجتماع لجنة تكييف العقوبات، يبلغ الجميع في النهاية أنه لا أمل يذكر، فيه ما يقال ويسجل تجاه مؤسسات الدولة لاسيما العدالة منها.

ومن ثم وبإجراء مقارنة موضوعية بين (موت المحبوس داخل الحبس) و(الإفراج عنه) فإن الإجراء الأخير أولى بكثير.

أما الإفراج المشروط في قانون القضاء العسكري الجزائري فقد نصت عليه المادة 229<sup>2</sup>، حيث يعود حق منح الإفراج المشروط في القضاء العسكري إلى وزير الدفاع الوطني بناء على اقتراح رئيس المؤسسة التي يقضي فيها المعني عقوبته، وهذا بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية العسكري وقائد الناحية العسكرية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - عب الرزاق بوضياف، رسالة سابقة، ص 47.

<sup>2</sup> - القانون رقم 95-04، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين.

ويوضع العسكريون حيز الإفراج المشروط عنهم تحت تصرف وزير الدفاع الوطني لإكمال مدة الخدمة الملزمين بها للدولة ويوضعون كلياً تحت السلطة العسكرية.<sup>2</sup>

### ثانياً- الإفراج المشروط في قانون القضاء العسكري:

يقصد بالجريمة العسكرية تلك الأفعال التي تقع من شخص يخضع للقانون العسكري كالعسكريين، إخلالاً بأحكامه، أو من شأنها أن تمس بنظامه، فتخل به أو تخل بالواجبات العسكرية التي تقرها تلك القوانين، وعليه ينظر للجريمة العسكرية من خلال من يرتكب الفعل الإجرام.<sup>3</sup>

ولقد نص المشرع الجزائري هؤلاء بقانون خاص بهم وآخر مهم من دائرة القواعد العامة للقانون العقابي، بل وأخضعهم لعقوبات تكون مختلفة لعقوبات القانون العام، وقد تشبهها أحياناً، نظراً لخصوصية هذا القانون، بالإضافة إلى أنه قد انتهج نفس المنهج الذي سار عليه قانون العقوبات العام بتقسيمه للجرائم إلى جنح وجنايات ومخالفات.<sup>4</sup>

ولكن ماذا عن آلية الإفراج المشروط كيف عالجها المشرع الجزائري من وجهة نظر قانون القضاء العسكري.

### 1- شروط منح الإفراج المشروط:

ورد النص على الإفراج المشروط في قانون القضاء العسكري الجزائري رقم 18-14، في مادة واحدة وهي نص المادة 229 منه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - قانون القضاء العسكري الجزائري، رقم 18-14.

<sup>2</sup> - صلاح الدين جبار، القضاء العسكري في التشريع الجزائري المقارن، دار الخلدونية، ط1، 2010، ص 226.

<sup>3</sup> - عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار FNAG، الجزائر، 2015، ص 231.

<sup>4</sup> - صلاح الدين جبار، اختصاص القضاء العسكري، (الحلقة الأولى) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، 2010، ص 205.

<sup>5</sup> - القانون رقم 18-14، المؤرخ في 29 يوليو سنة 2018، المتضمن قانون القضاء العسكري الجزائري، ج ر عدد 47.

فقضت المادة المذكورة بأن تطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالإفراج المشروط على كل شخص محكوم عليه من قبل المحاكم العسكرية، وعلى العسكريين والمتماثلين العسكريين، المحكوم عليهم ممن قبل المحاكم العادية، مع مراعاة بعض التحفظات.

فالإفراج المشروط يختلف عن وقف تنفيذ الحكم، حيث من الحكم لا ينفذ أصلا.

كما يختلف عن وقف تنفيذ العقوبة الذي تحكم به المحكمة عند نطقها بالحكم، فلا ينفذ ولكنه يبقى مؤجلا إلى غاية انتهاء المدة المحكوم بها، أو سقوط العقوبة بالتقادم.

بينما الإفراج المشروط تكون العقوبة قد بدأ تنفيذها داخل المؤسسة العقابية لفترة من الوقت، ثم يأتي أمر الإفراج ليوقف تنفيذ ما تبقى من العقوبة، فيفرج عن المحكوم عليه بشروط محددة في قرار الإفراج.<sup>1</sup>

#### أ- الجهة التي تمنح الإفراج المشروط العسكري:

تنص المادة 229 فقرة 02، من قانون القضاء العسكري، فإنه يعود الحق بمنح الإفراج المشروط لوزير الدفاع الوطني، بناء على اقتراح النائب العام العسكري، بعد أخذ رأي مدير المؤسسة العقابية التي يقضي فيها المحكوم عليه عقوبته تجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف بين نص المادة 299 من قانون القضاء العسكري رقم 18-14 الجديد، وقانون القضاء العسكري القديم<sup>2</sup>، أي الأمر رقم 71-28، فقد كان الإفراج المشروط يستفيد منه العسكريون بالإضافة إلى شروط الفقرة 2 من المادة السابق ذكرها، فلا بد من أخذ رأي قائد الناحية العسكرية، ولكن المشرع الجزائري استغنى عن هذا الشرط.

ويمكن لوزير الدفاع الوطني الرجوع عن الإفراج المشروط بناء على اقتراح النائب العام العسكري في حالة تعرض المحكوم عليه لعقوبة شديدة أو إدانة جديدة قبل أن يقضي عقوبته نهائيا.

<sup>1</sup> - صلاح الدين جبار، القضاء العسكري في التشريع الجزائري والقانون المقارن، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2010، ص 266.

<sup>2</sup> - نبيل صقر، فراح محمد الصالح، التشريعات العسكرية، نسا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 99.

حينئذ يرسل المحكوم عليه إلى مؤسسة عقابية (سجن عسكري)<sup>1</sup> لإكمال جميع مدة العقوبة الأولى غير المنفذة حين الإفراج، مع العقوبة الصادرة بحقه إذا اقتضى الأمر.

### ب- الشروط الخاصة الواردة في نص المادة 229 من قانون القضاء العسكري:

- يوضع العسكريون الذين يكونون قيد الإفراج المشروط تحت تصرف وزير الدفاع الوطني لاستكمال مدة الخدمة الملزمين بها للدولة.

- يمكن لوزير الدفاع الرجوع عن قرار الإفراج المشروط بناء على اقتراح النائب العام العسكري.

- تخفض مدة الخدمة العسكرية التي أداها المحكوم عليه في القطعة قبل الرجوع عن الإفراج المشروط من مدة الخدمة العسكرية الباقية عليه.

- بالنسبة للمحكوم عليهم الذين لم يصدر بحقهم قرار الرجوع عن الإفراج المشروط إلى غاية تاريخ تحررهم من الخدمة العسكرية، تحتسب المدة التي قضوها في الخدمة العسكرية ضمن مدة العقوبة الصادرة بحقهم.<sup>2</sup>

- إن الخدمة العسكرية التي أداها المحكوم عليه في الوحدة المعنية بموجب قرار الإفراج وقبل أمر إلغائه، تخفض له من مدة الخدمة العسكرية الباقية عليه.

### 2- إجراءات التنفيذ المتعلقة بقرار الإفراج المشروط:

جاء المرسوم رقم 04-73، المؤرخ في 5 جانفي 1973، يتعلق بإجراء التنفيذ المتعلقة بقرارات

الإفراج المشروط، وقد وضع شروطا تتعلق بمنح الإفراج المشروط للمسجون العسكري:

### أ- الشروط العامة المتعلقة بالمسجون العسكري:

<sup>1</sup> - قانون تنظيم السجون العسكرية، المرسوم رقم 03-73، المؤرخ في 5 جانفي 1973، ج ر عدد 5.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 229 من قانون القضاء العسكري.



يصدر المقرر المتضمن منح المسجون الإفراج المشروط طبقا للمادة 229 من الأمر رقم 71-28، المؤرخ في 22 أبريل 1971 على الشكل الآتي:

- يصدر في شكل قرار صادر من وزير الدفاع الوطني بناء على اقتراح مدير السجن العسكري وبعد أخذ رأي وكيل الدولة العسكري وقائد الناحية العسكرية.
- يتضمن قرار الإفراج المشروط: اسم المعني والسجن العسكري ومكان الإفراج وتاريخ العمل بتدابير الحضور والمراقبة.
- يوقف وكيل الدولة العسكري تنفيذ قرار الإفراج المشروط عندما يقوم العسكري بسلوك مخالف للوائح والتنظيمات في مدة الإفراج المشروط، ويرسل في هذه الحالة على وجه الاستعجال تقريرا لوزير الدفاع الوطني عن هذه الحالة.
- يقوم مدير السجن العسكري بتبليغ المحكوم عليه بقرار الإفراج المشروط للسجن العسكري المقرر لصالحه مباشرة بمجرد استلام نسخة القرار.
- يتم إطلاق سراح السجين يعد قيد ذلك في سجل المساجين مع بيان مراجعة القرار.
- تحرير محضر بالإفراج المشروط للمسجون ويوقع عليه كاتب ضبط السجن العسكري للمكان الواقع فيه الإفراج.

ويتضمن المحضر الذي يرفق الملف الشخصي للمعني ويتضمن المعلومات التالية:

- تاريخ تحرير المحضر.
- اسم ولقب وصفة كاتب الضبط الذي تم الإفراج تحت مسؤوليته.
- اسم ولقب السجين.
- ذكر ما يؤيد التحقق من شخصيته حضوريا.
- مراجع قرار الإفراج المشروط الصادر وذكر الشروط الرئيسية المدرجة فيه.

- تاريخ انتهاء العقوبة المانعة للحرية.
  - إطلاق السجين.
  - تاريخ وساعة إطلاق السجين.<sup>1</sup>
- يوضع محضر الإفراج المشروط في نسختين، الأولى تتم إلى وكيل الدولة العسكري والثانية إلى وزير الدفاع الوطني.
- يرسل كاتب ضبط السجن العسكري، إخبار بالإفراج المشروط إلى مصالح صحيفة السوابق القضائية طبقاً لأحكام المادة 626 من قانون الإجراءات الجزائية.<sup>2</sup>
- لا يحق لمن يستفيد من الإفراج المشروط العسكري ترك محل إقامته المحدد في قرار الإفراج، ما لم يحصل على إذن مسبق من وكيل الدولة العسكري.
- إذا توفي المسجون الصادر في حقه قرار الإفراج المشروط أو كان هارباً، تحال نسخة القرار إلى وزير الدفاع لإبطال المقرر.
- إذا بقي المسجون العسكري طليقاً بعد قرار الرجوع عن الإفراج المشروط، يأمر وكيل الدولة العسكري تنفيذ هذه القرار بإرسال نسخة منه إلى النيابة العامة لمكان الإقامة أو الجهة التي حددت للمحكوم عليه.
- يتعين على مدير السجن العسكري، بعد سجن المحكوم عليه، إعلام وزير الدفاع الوطني.
- أما إذا كان المسجون العسكري الصادر في حقه قرار الفسخ هارباً، يصدر وكيل الدولة العسكري أمر بالقبض عليه.

<sup>1</sup> - زياني عبد الله، الإفراج المشروط في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد 4، جوان، 2019، ص 144.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

## ب- الشروط الخاصة بالمدينين والشبهيين بالمدينين الصادر بحقهم قرار الإفراج المشروط من المحاكم العسكرية:

- يجب أن يتضمن قرار الإفراج المشروط الخاص بالمدينين المكان الذي يجب أن يعين فيه المعني محل إقامته.
- لا يمنح السجين المدني الإفراج المشروط، إلا إذا وافق على الشروط والتدابير الخاصة المدرجة في القرار المتضمن الإفراج المشروط.
- بالنسبة للسجين المدني يجب أن تمنح له رخصة الإفراج المشروط تسليما شخصيا.
- إذا كان السجين مدنيا، تدرج نسخة إضافية لمحضر الإفراج المشروط في متن رخصة الإفراج ذاتها.
- بالنسبة للسجين المدني، تسلم له حين الإفراج عنه رخصة بالإفراج المشروط التي تتضمن جميع العناصر اللازمة للتحقق من هويته ووضعه العقابي ومحل إقامته.<sup>1</sup>

### خاتمة:

لقد شهد النظام العقابي تحولا ملحوظا في مجال الإصلاح العقابي منذ نهاية مرحلة الألفين إلى يومنا هذا ، فقد تم إنشاء المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة التربية وهذا بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 98-202 المؤرخ في 02 جوان 1998 والمتضمن إحداث المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة التربية وتنظيمها وقد حددت مهامها بإصلاح قطاع المؤسسات العقابية وكان هدفها المساهمة في إنجاح السياسة العقابية لإصلاح النظام العقابي الجزائري، وقد تم بصفة تفصيلية تحديد طريقة الإصلاح العقابي في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 393-04 المؤرخ في 04 ديسمبر 2004 المتضمن تنظيم المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج وفي نفس السياق وبالتوازي تم إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة في

<sup>1</sup> - المرسوم رقم 73-4، المؤرخ في 5 جانفي 1973، والمتضمن بإجراءات التنفيذ المتعلقة بالإفراج المشروط.

أكتوبر 1999 وقد تمثلت مهمتها الرئيسية في عملية تنفيذ إصلاح شامل للعدالة بما فيه النظام العقابي الجزائري ، شملت إعادة تكييف المنظومة القانونية والتنظيمية وكذا إصلاح النظام العقابي السائد وقد توجت الجهود المبذولة في مجال الإصلاح بإصدار قانون 04-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين وهذا خلفا للأمر السابق رقم 02/72 الصادر في 10/02/1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين.

وعليه فقد تبنى المشرع الجزائري في القانون الجديد رقم 05-04 إعادة تأهيل المحبوسين اجتماعيا وقد حدد هذا القانون الآليات والمبادئ لتحقيق أهداف السياسة العقابية وجدير بالذكر أن التسمية تغيرت من قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين إلى إعادة الإدماج الاجتماعي، فالقانون الجديد ركز على فكرة إعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، وبهذا يشكل هذا القانون بكونه ضمانا أساسية لحقوق المحبوسين وأعطاهم حقوق لم تكن واردة من قبل في الأمر 02/72 الصادر في 10/02/1972 وهذا التطور الذي طرأ على القانون الجديد يدل على وجود سياسة عقابية جديدة في الجزائر ... فالقانون الجديد يعتبر قانونا متكاملا ومحكما على المستوى النظري وقد أدرج رؤية عصرية لمسألة إعادة تربية المحبوسين وإدماجهم في المجتمع.

من أجل تحسين ظروف المحبوس أو النزيل سطرت عدة برامج منها:

- توسيع طاقات الاستيعاب عن طريق فتح مؤسسات جديدة وتوسيع مؤسسات موجودة منذ الفترة الاستعمارية ففي إطار تحديث المؤسسات العقابية وجعلها تتلاءم مع المقاييس الحديثة والتي يبلغ عددها 133 مؤسسة عقابية عبر أنحاء التراب الوطني فقد تم إنجاز 13 مؤسسة عقابية عبر عديد ولايات الهضاب العليا وجنوب البلاد خلال عام 2011 هذا العام وهذه المؤسسات العقابية تتسع في مجموعها لـ 19 ألف مكان صمم وفق أشكال هندسية معمارية جد متقدمة قصد ضمان ظروف حبس جد آمنة وتحفظ كرامة السجين.

- في إطار تكوين وتشجيع تنفيذ برامج الإصلاح العقابي الذي تنتهجه الجهات المختصة بعملية إعادة التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليهم فقد استفاد حوالي 1500 من العقوبة البديلة لعقوبة السجن في سنة 2009 .

- وفيما يتعلق بتطبيق مختلف أنظمة إعادة الإدماج الاجتماعي فقد استفاد 1904 محبوس من نظام الإفراج المشروط و 1452 آخر من الحرية النصفية فيما منح 2558 من إجازة الخروج والتي تمنح عادة لذوي السلوك الحسن.

مما تقدم يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

1- إن نظام الإفراج المشروط كآلية تلزم فيه شروط لتحقيقه وهذه الشروط هي شروط قانونية.

2- إن الشخص المكلف بالإفراج المشروط هو قاضي تنفيذ العقوبات داخل المؤسسة العقابية.

ونتوصل إلى الاقتراحات التالية:

1- خرج المشرع الجزائري في قانون القضاء العسكري عن الشروط المألوفة في القواعد العامة الخاصة بالإفراج المشروط ليفرد له شروط خاصة به.

2- إن قانون القضاء العسكري هو قانون خاص واستثنائي يطبق على أشخاص بدواتهم وصفاتهم، وبالتالي فإجراء الإفراج المشروط يطبق بشروط خاصة.

**قائمة المصادر والمراجع:**

**أولا- القوانين:**

1- قانون القضاء العسكري الجزائري، رقم 14-18.

2- قانون تنظيم السجون العسكرية، المرسوم رقم 03-73، المؤرخ في 5 جانفي 1973، ج ر عدد

5.

3- القانون رقم 04-95، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين.

4- القانون رقم 01-18، المؤرخ في 30 يناير 2018، يتم القانون رقم 04-05، المؤرخ في 06 فيفري 2005، والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر. عدد 05، 2018.

5- القانون رقم 04-05، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر. عدد 12، 2005.

6- القانون رقم 14-18، المؤرخ في 29 يوليو سنة 2018، المتضمن قانون القضاء العسكري الجزائري، ج.ر. عدد 47.

7- الأمر رقم 156-66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

8- المرسوم رقم 4-73، المؤرخ في 5 جانفي 1973، والمتضمن بإجراءات التنفيذ المتعلقة بالإفراج المشروط.

9- المرسوم التنفيذي رقم 180-05، المؤرخ في 17 ماي 2005، يتضمن تشكيل لجنة تطبيق العقوبات وكيفية سيرها، ج.ر. عدد 34، 2005.

#### ثانيا- الكتب:

- 1- سائح شنقوفة، قاضي تطبيق العقوبات، دار الهدى، الجزائر، 2018.
- 2- صلاح الدين جبار، القضاء العسكري في التشريع الجزائري المقارن، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2010.

- 3- صلاح الدين جبار، القضاء العسكري في التشريع الجزائري والقانون المقارن، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2010.
- 4- عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الإفراج المشروط في القانون، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 5- عبد الله أوهائية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار FNAG، الجزائر، 2015.
- 6- نبيل صقر، فراح محمد الصالح، التشريعات العسكرية، نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

### ثالثا- المقالات والمدخلات:

- 1- بياح إبراهيم، الإفراج المشروط كآلية لإعادة إدماج المحبوسين في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، مارس 2018.
- 2- زباني عبد الله، الإفراج المشروط في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد 4، جوان، 2019.
- 3- فريد محمد أحمد، موقف المشرع الجزائري من نظام الإفراج المشروط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06، 2012.
- 4- صلاح الدين جبار، اختصاص القضاء العسكري، (الحلقة الأولى)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، 2010.

## السياسة العامة قراءة في المفهوم

د/ حاجي عبد الحليم

كلية الحقوق، برج بوعريريج - الجزائر -

ملخص:

في أواخر خمسينيات القرن العشرين وأوائل الستينيات ومع بروز الثورة السلوكية وازدهارها، ظهر مفهوم السياسة العامة الذي عدّ منذ ظهوره أحد المفاهيم الكبرى واكتسح مجال علم السياسة، مشيراً بذلك إلى التحول الجوهرية من دراسة "السلطة" أو "السلطة الشرعية" أو النظام السياسي"، إلى دراسة القضايا والشؤون المجتمعية العامة ومجالاتها، التي تتمثل بالحاجات والمطالب والقضايا والمشكلات.

لقد بشر مفهوم السياسة العامة بإمكانيات هائلة، إذ بدأ واعداً يتجاوز كثيراً من المشكلات المثارة في علم السياسة، لاسيما وإن محور مواضعه "عملية اتخاذ القرار"، وتلك المتعلقة بكيفية تأثير مختلف الفواعل في النظام السياسي وطبيعة تفاعلهم معه وهكذا ظهرت دراسات جديدة تركز على (النقائص الداخلية، التهديدات الخارجية) حاول المعنيون من علماء السياسة والإدارة العامة والاجتماع أن يربطوا مفهوم السياسة العامة بها.

**الكلمات المفتاحية:** السياسة العامة الاستخراجية، السياسة العامة التنظيمية، السياسة العامة التوزيعية.

### Abstract:

In the fifties on the twentieth century and early sixties with the emergence, and prosperity of the behavioral revolution the concept of the general policy appeared, which has been considered since its emergence as one of the major concepts, and swept the field of political science this indicates the fundamental transformation from studying the



authority or the legitimate authority or the political system, to study issues and general societal affairs adz their field which are represented by needs and demands issues and problems.

The concept of public policy heralded tremendous potential as seemed exceed many problems, raised in political science especially the focus of his subjects decision-making process, and those related to how different actors affect thus new studies focused on, (internal deficiencies, and external threats),he tried concerned scholars politics, public administration and meeting, to link the concept of public policy with it.

#### مقدمة:

مقاربة موضوع السياسات العامة يحتاج كمحاولة تفسيرية إلى تفكيك المصطلح ثم القيام ببنائه من جديد فلا يفهم الإطار النظري السياسات العامة إلا إذا عرفنا ماذا تعني كلمة "السياسات العامة" أولاً، ثم ما هي مراحل "السياسة العامة" ثانياً، ذلك إن السياسات العامة تأخذ بشكل عام معاني كثيرة كون كلمة السياسات العامة، كلمة واسعة وغير محددة ويزداد الأمر فيهما تعقيداً كلما قمنا بتوصيفهما، ولاسيما مع التطورات التي يشهدها العالم والتي حولت الكثير من المفاهيم باتجاهات كُيِّفت بالأساس لخدمة مرامي واستراتيجيات أطراف معينة، موضوع السياسة العامة، ليس الغرض منه إجراء رصد تاريخي حسب، وحصص مفاهيمي وتوظيف تاريخ سيرهما، وحركتهما، وتفاعل مركبتهما، وتغير مفاهيمهما، بل معرفة التحركات والتحويلات وتطورات، ومساراتهم الجديدة بكل ما تكتنفها من تعقيدات، وما بينهما من تباينات ثقافية واقتصادية وسياسية.

السياسة العامة من المفاهيم التي لا تعرف الجمود، بل هي في حركية واستمرارية، وتحدد نفسها باستمرار، تأخذ معانيهما من تطور مدلولاتها، ولو استمرت هي نفس الكلمة التي تستعمل في الموضوع، والإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع تتمثل في: ما هي العوامل التي تساعد في فهم وتفسير واعطاء مدلول للسياسة العامة؟ وللإلمام بمختلف الجوانب النظرية لهذا الموضوع تم تقسيم هذا الورقة إلى محورين كآتي:

### المحور الأول: ماهية السياسة العامة

### المحور الثاني: مراحل السياسة العامة

### المحور الأول: ماهية السياسة العامة

السياسة العامة بما هي نتاج جهد فكري مكثف، جزء من الفكر السياسي وجزء من الحكم وفنه، ولكنها ذات خصوصية تعبر عن مرحلة النضج في الفكر السياسي، وانتقلت هذه الأخيرة من طابع فلسفي تهيمن عليه الأساطير والتأملات الميتافيزيقية البعيدة عن مقتضيات المنطق العلمي والواقع العملي، إلى حقل علمي دراسي، قائم على فكر ممنهج يستمد من الواقع ويحاول أن يكون قريباً منه قادراً على تفسيره وفهمه، وتتبع تحولاته، بالشكل الذي تعبر فيه السياسة العامة عن مقومات ذات العلاقة بالإنسان، والمجتمع، والتنظيم، والحكومة، ومن هنا فإن فهم السياسة العامة لن يكون مُمكناً دون مقارنته بغيره من المفاهيم....؟

## أولاً: نشأة مفهوم السياسة العامة وتطوره

حظي مفهوم السياسة العامة على الرغم من حداثة ظهوره باهتمام الفكر السياسي منذ القدم، من حيث الإشارة إلى بعض أبعاده ومقوماته، فهو اهتمام يعود كما عبّر (الموند - Allmand) إلى تلك المرحلة التي بدأ فيها الإنسان الكتابة عن السياسة، ومن ثم فقد بدأ الاهتمام بقضايا المجتمع وكيفية التعامل معها في كتابات الفكر.

وتعد كتب هيردوت وتوسيدوس وبعض الكتابات الموجزة المنسوبة إلى زينوفون، وبخاصة الدراسات المعيارية والتجريبية التي وضعها أفلاطون وأرسطو، واجتهادات نيكولا ميكافيلي وكتابه الأمير، وهارنتغتون ومنتسكيو وكتابه روح القوانين من الأصول المباشرة لعلم السياسة، ويقدم لنا التاريخ الثقافي للصين والهند والإسلام أمثلة مُثالة.

ومع تطور علم الاجتماع خلال القرن التاسع عشر بدأ علم السياسة يتبلور عقب استقلاله عن الفلسفة الأخلاقية، واتخذ شكل علوم متخصصة، ومن ثم غدا فرعاً من فروع العلوم الاجتماعية، وبذلك أصبح ينظر لسياسة العامة على إنها تمثل جزء من النشاط الاجتماعي من جهة، وإن هذه السياسة وجه للقانون والعلاقات المتفاعلة بين المؤسسات عن طريق مجموعة من القواعد من جهة ثانية<sup>(1)</sup>، فهي تُفسّر الظاهرة السياسية.

(1) إبراهيم أبراش، النظرية السياسية بين التجريد والممارسة (تداخل النظرية السياسية والخطاب السياسي في العقل العربي)، الجندي لنشر والتوزيع، القدس، ط2، 2012، ص13.

فقد أولى (أرثر بيلي) النشاط الحكومي أهمية تفوق التوجه السلوكي في الدراسات السياسية، كما نظر (شرلزماريام) إلى عملية تحليل الواقع السياسي، إنطلاقاً من مُسلّمة : إن الحكم عملية يمكن من خلالها استخدام أدوات جديدة لفهم الجوانب السياسية كالإحصاء، وكان (ريكاردسون) وهو عالم بيولوجي، أول من أشار إلى إمكانية إجراء قياسات، وذلك في مؤلفيه الذين نشرها بعد وفاته، وهما "إحصائيات المنازعات الدامية" و"الأسلحة وانعدام الأمن"<sup>(2)</sup>، وقد لجأ ريكاردسون إلى قياسات تقوم على المعلومات المخزنة التي جمعتها الحكومة، ويُبيّن (كارل دويتش) بين فئات سبع من المعلومات الإحصائية مثل المعلومات المتعلقة بالرأي العام، التي تفيد في دراسة مدى اهتمام الأفراد بالقضايا والمشاكل ورد فعلهم إزاءها.

واعتبر (هارولد لازويل - HARLODS.LASSWELL) إن هناك اتجاهًا واضحاً في العلوم الاجتماعية يتجاوز الحدود التخصصية لتلك العلوم المختلفة، وأوضح إن لهذا الاتجاه وجهان، ففي الوجه الأول هناك اهتمام وتركيز على احتياجات عملية صنع السياسات من المعلومات، وهو يركز على عملية صنع السياسات وتنفيذها، أما الوجه الثاني والذي يهتم بتطوير محتوى المعلومات وتفسيرها لصانعي السياسات، فإنه يقع خارج نطاق العلوم السياسية.<sup>(3)</sup>

وقد انتشر المفهوم انتشاراً واسعاً منذ ظهوره وحتى مطلع السبعينيات إذ ظهرت العديد من الدراسات لسياسة العامة، التي استندت إلى إجراءات منهجية صارمة والتي سعت من خلالها إلى اختبار المصادقية وتوضيح

<sup>(2)</sup> الاتجاهات الرئيسية للبحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، ت: جماعة من الأساتذة المتخصصين في العلوم الاجتماعية، مطبعة جامعة دمشق، 1986، بدون طبعة، اليونسكو - المجلد "1"، ص 414.

<sup>(3)</sup> إبراهيم أبراش، مرجع سابق الذكر، ص 14.

المفهوم الذي طرحه لازويل، بالاستعانة بتراث مشترك من المفاهيم ليس خاصا به، هذه الأدوات المفاهيمية يمكن أن تتخذ شكلا محددًا<sup>(4)</sup> كما في نظرية الألعاب مثلاً.

أما في بداية التسعينيات من القرن العشرين زاد الاهتمام بمخرجات النظام السياسي نتيجة الفشل في إدراك الواقع المتسارع والمعقد، خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، وأول من تنبه إلى أهمية الدراسات السياسية الدوائر العسكرية لاسيما في ما يخص الأمن القومي: (الكساد، الحرب العالمية الثانية، المنافسة الأمنية مع الاتحاد السوفياتي، حرب فيتنام)، هي والقوات الجوية الأمريكية التي كانت الأكثر اهتماماً بالموضوع وعبرها برزت مؤسسة راند التي أسسها نيلسون أحد أبرز المحللين السياسيين في وزارة الدفاع الأمريكية، وأصبح اسمها علماً لحركة فكرية، وهكذا انطلق تأسيس مراكز ومعاهد ومخبر في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، وقد اتسمت المدرسة الأمريكية في بدايتها بالتركيز على قطاعات معينة سيما العسكرية منها، ثم شملت الدراسات السياسية والعلاقات الدولية وخاصة السياسة العامة التي ارتبطت بالمراكز العلمية والمعرفية التي تعني برصد الظواهر الإنسانية في أبعادها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، واهتمت بالفكر القائم على الخطية في الإدارة<sup>(5)</sup> وكذا بالمؤسسات وبنيتها وأدوارها وممارساتها بالإضافة إلى السلوك السياسي والمؤثرات الاجتماعية وهذه المراكز مع مرور الوقت أصبحت لصيقة بمؤسسة الرئاسة ودواوين الحكم والمؤسسات التنفيذية ومتواصلة مع المراكز الأمنية والاستخباراتية.

ومع تعقد المشاكل أكثر ولاسيما مع تأثير الإعلام الجديد والفوري والآني والمتسارع في نقله المباشر للأحداث، توالى الأبحاث وتطورت وبرزت دراسات عدة تركز على تذبذب القضايا وتداخل الأحداث سيما

<sup>(4)</sup> الاتجاهات الرئيسية للبحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، مرجع سابق الذكر، ص 88.

<sup>(5)</sup> أسماء بن قادة، أفكار خارج المزاج، دار القصبه للنشر، الجزائر، 2013، ط 1، ص 38

تلك المشاكل المركبة التي تتعدد فيها الفواعل والخلفيات والتراكمات<sup>(6)</sup> وقد تضم **أضداداً** متطرفة في ظاهرها مثل الديني والمدني، المحلي والعالمي، الاقتصادي والسياسي وإذا تطورت أكثر تدخل فيها أطراف متعددة من النظام السياسي مثل الجيش والأمن ثم عناصر البيئة الخارجية من قوي إقليمية أو عالمية ومؤسسات دولية.

وقد أدى كل هذا إلى توجيه الاهتمام نحو دراسة السياسة العامة في فهم المورفولوجيا الاجتماعية للمجتمع، لتقديم أفضل الأساليب والطرق والتقنيات للتعامل مع القضايا وفي ظل هذه التغيرات المتتالية والمتشابكة والمتسارعة وانتقل علم السياسة العامة من الوصف (لازويل) إلى التفسير (منهج حل المشكلات) ثم إلى المقارنة بين مختلف الدول لفهم القضايا المتصلة بالواقع، وهذه التطورات والنشاطات أدت إلى تطور علم السياسة العامة كما هو الآن.

### 1/ تعريف السياسة العامة:

**بدأ** تأكيد أهمية السياسة العامة في الكتابات الكلاسيكية في الفكر السياسي، وقد كان مفهوم السياسة العامة الذي تعود صياغته الأولى إلى عالم السياسة الأمريكية (لازويل) تطوراً كبيراً في التحليل السياسي، إذ أثار الانتباه نحوى استخدام أدوات البحث العلمي لدراستها ولم يلبث أن انتشر هذا المفهوم انتشاراً كبيراً غير إن هذا لا يعني إنه هناك اتفاقاً بشأن تعرفه قد استقر بعد، ذلك إن هذا المصطلح ذات أوجه ومعاني عدّة ليس ما بين المجتمعات وبعضها البعض حسب، بل داخل المجتمع الواحد لأنه يعبر عن أوضاع اجتماعية هي في حالة تحول أفقي وعمودي ويمكن التطرق إلى هذا التعريف وذلك من خلال وجهة نظر ثلاثة أطراف مختلفة وهي:

(6) المرجع نفسه، ص 48.

**الطرف الأول (من منظور القوة):** لقد حدد لازويل السياسة العامة بأنها "من يجوز على ماذا؟ متى؟ وكيف؟ من خلال نشاطات تتعلق بتوزيع الموارد، المكاسب والقيم والمزايا المادية والمعنوية، وتقاسم الوظائف والمكانة الاجتماعية، بفعل ممارسة القوة أو النفوذ والتأثير بين أفراد المجتمع من قبل المستحوزين على مصادر القوة"<sup>(7)</sup> وقد أعاد (مارك ليندنبريك) وزميله (بنيامين كروسي) صياغة التعريف بأنه يشير تحديداً إلى "العملية النظامية التي تحظى بمميزات ديناميكية متحركة، للمبادلة والمساومة وللتعبير عن من يجوز على ماذا؟ ومتى؟ وكيف؟ كما تعبر عن ماذا أريد؟ ومن يملكه؟ وكيف يمكن الحصول عليه؟"<sup>(8)</sup> إن هذا الطرف يعكس ما يعتقد به بشأن السياسة العامة بأنها ارتداد لوجهة نظر الأقلية الحاكمة التي تملك وتسيطر ولها القوة والقدرة والنفوذ.

**الطرف الثاني (من منظور أداء النظام):** سعى هذا الطرف إلى تجاوز القصور الذي يبدو على منظور القوة عند استخدامه لدراسة السياسة العامة فهو غير محدد، إذ يفضي إلى تجاهل العلاقات والنشاطات التي تتضمنها السياسة العامة، فقد ذهب (دافيد أستون) إلى تعريفها "بأنها توزيع القيم في المجتمع بطريقة سلطوية آمرة، من خلال القرارات والأنشطة الإلزامية الموزعة لتلك القيم، في إطار عملية تفاعلية بين المداخلات والمخرجات والتغذية العكسية"، ويعرفها جبريال الموند) بأنها "محصلة عملية منتظمة عن تفاعلات (مطالب + دعم + مخرجات...) للتعبير عن أداء النظام السياسي في قدرته الاستخراجية والتنظيمية والتوزيعية والرمزية والاستجابة

<sup>(7)</sup> إيتسام قرقاج، دور الفواعل غير الرسمية في صنع السياسات العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2010، ص 17.

<sup>(8)</sup> أحمد طيب، دور المعلومات في رسم السياسات العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007/2006، ص 19.

الدولية من خلال القرارات والسياسات المتخذة"<sup>(9)</sup>، ثم وسع من نطاقه ليشمل "تعبيرات عن النوايا التي يتم سنها أو إقرارها من قبل السلطة التنفيذية والتشريعية التي تقوم أيضا بتخصيص الموارد وتحديد الجهات المسؤولة عن تطبيق إنجاز هذه الأهداف" وأوضحت (باربارة مكلينان) بأنها تلك "النشاطات والتوجهات، الناجمة عن العمليات الحكومية، استجابة للمطالب الموجهة من قبل النظام الاجتماعي إلى النظام السياسي"<sup>(10)</sup>، هذا الطرف نظر للسياسة العامة بوصفها محصلة تفاعل بين النظام السياسي والبيئة الداخلية والخارجية، وانتقد هذا المنحى في التعريف من زاوية الميل إلى الاختزال فقد هوجم لكونه غير محدد إذ حاول طمس الحدود بين الفواعل الرسمية وغير الرسمية مع تجاهله لمجريات العملية السياسية بشكلها الدقيق داخل النظام السياسي كما بين (بريسمان) و(وايلدافكسكي) بشكل تخطيطي في دراسة أمريكية بعنوان التنفيذ "كيف تحطمت التوقعات الكبرى في واشنطن في أوكلاند حتى بوجود تسعة وتسعون بالمائة من الاتفاق فإن احتمال التنفيذ يكون أقل من خمسين بالمائة".<sup>(11)</sup>

**الطرف الثالث (من منظور الحكومة):** انطلاقاً من الانتقادات التي وجهت لطرف القوة وطرف أداء النظام، اتخذ هذا الطرف منحى مغاير قائم على النظرة الحكومية لسياسة العامة، **حيث** **إذ** أكد (توماس داي-Thomas Dye) على إن السياسة العامة في مضمونها تشير إلى تقدير أو اختيار حكومي للفعل أو عدم الفعل، إذ هي توضيح لماهية أفكار الحكومة، وعملية لضبط الصراع بين المجتمع وأعضاء التنظيم، وهي عملية تضبط السلوك وبيروقراطيات التنظيم وتوزيع المنافع وتحصيل الضرائب وغير ذلك"<sup>(12)</sup> "وأوضح (كارل

<sup>(9)</sup> إبتسام قرقاج، مرجع سابق الذكر، ص 20 .

<sup>(10)</sup> المرجع نفسه، ص 21.

<sup>(11)</sup> ستيفن دي تانسي، علم السياسة الأسس، ت: رشا جمال، الشبكة العربية الأبحاث والنشر، ط 2، 2013، ص 359.

<sup>(12)</sup> عامر الكبيسي، صنع السياسات العامة، دار المسيرة، ط 1، عمان، 1999، ص 15.



فردريك - (G.Friedrick)، بأنها "برنامج عمل مقترح لشخص أو جماعة أو حكومة في نطاق بيئة محددة لتوضيح الفرص المستهدفة والمحددات المراد تجاوزها سعياً للوصول إلى هدف أو لتحقيق غرض مقصود"<sup>(13)</sup> أما (جيمس أندرس - J.Anderson) فقد عرفها بأنها "برنامج عمل هادف يعقبه أداء فردي أو جماعي في التصدي لمشكلة أو لمواجهة قضية أو موضوع"<sup>14</sup> و يعرفها (جاي بيترز) أسلوب محدد من الأفعال التي يتخذها المجتمع بشكل جماعي أو يتخذها ممثلو ذلك المجتمع، وتنصب على مشكلة معينة تهم المجتمع وتعكس مصلحة ذلك المجتمع أو جزء منه.

وقد اتجهت الدراسات العربية إلى المنحى نفسه فقد عرفها خيرى عبد القوي بأنها: " العمليات والإجراءات السياسية وغير السياسية التي تتخذها الحكومة بقصد الوصول إلى اتفاق على تعريف المشكلة، والتعرف على بدائل حلها وأسس المفاضلة بينها، تمهيداً لاختيار البديل الذي يقترح إقراره في شكل سياسة عامة ملزمة تنطوي على حل مرضي للمشكلة"<sup>15</sup> ويذكر أحمد سعيان إن مفهوم السياسة العامة هو " تعبير عن الرغبة الحكومية بالعمل، أو الامتناع عن العمل، وهي مجموعة مبنية و متماسكة من القرارات والإنجازات يمكن غزوها لسلطة عامة محلية، وطنية أو فوق وطنية، فتضم بذلك أربع عناصر " الهدف، اختيار الأفعال التي تحققه، إعلان الفاعلين لهذه السياسة، تنفيذ هذه السياسة "<sup>16</sup>.

<sup>(13)</sup> المرجع نفسه، ص 15.

<sup>(14)</sup> تامر كامل محمد الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة، دار مجدلاوي، ط1، عمان، 2004، ص 28.

<sup>(15)</sup> - أحمد سعيان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان، بيروت، 2004، ص 213.

<sup>(16)</sup> William lasser, American politics: the Enduring constitution. 2 Ed, Bosron: Houghton Mifflin Company, 1999, p.451

## ثانياً: أنواع السياسة العامة

الحكومة في ممارسة مهامها تقوم بتصرفات تتضمن سياسة عامة متخذة تتضمن تحريك الموارد المالية والبشرية إضافة إلى تخصيص وتوزيع الأموال والسلع والخدمات مع فرض الرقابة والتوجيه مع اختيار وصناعة الرموز السياسية والدينية والاجتماعية ضمن المجتمع، تسنّ بضوابط إجرائية وإدارية ونامية تكون ممنهجة ولو جزئياً، يترتب عنها نتائج وأثار فهي بذلك تترجم الممارسة العملية للعلاقة بين الحاكم والمحكومين أي بين الصانع والمتلقي لها وهي تنحصر في الأنواع الآتية:

**1- السياسة الإستخراجية:** ويقصد بها مجموعة الإجراءات التي تنتهجها الحكومة للحصول على الموارد المالية لتغطية النفقات العامة<sup>(17)</sup> فهي وسيلة غايتها الحصول على الموارد من خلال التوسع في استغلال العنصر البشري مع فرض الضرائب والرفع منها تدريجياً، وتنمية القروض من السوق المالية وتوفير الشروط الضرورية لتحقيق أقصى فعالية من البيئة الداخلية أو الخارجية، ودول العالم على اختلاف أنظمتها السياسية وتباين توجهاتها تشترك جميعاً في إصدار سياسة محققة لهذا الغرض الاستخراجي<sup>(18)</sup> وتهدف إلى تحقيق الأغراض الآتية :

- استمرارية تدفق الموارد المالية لإدارة الشأن العام.
- حماية الاقتصاد الوطني.
- معالجة العجز في ميزان المدفوعات.

(17) فهمي خليفة الفهدوي ، السياسات العامة -منظور كلي في البنية والتحليل، المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، مصر، 2001 ، ص 75.

(18) المرجع نفسه، ص75.

- توجيه الاقتصاد نحو القطاعات المرغوب في تنميتها.
  - ضمان حماية الصناعة والفلاحة.
- إن الغرض من السياسة العامة الاستخراجية هو أن تضع تحت تصرف الدولة نقداً يعدّ عماداً للتبادل والائتمان، كما تضع تحت تصرف الحكومة ميزانية تجمع بين مواردها ونفقاتها،<sup>(19)</sup> ولها أشكال كثيرة متعددة ومتنوعة ولعل أهمها ما يأتي:
- **العمل للنفع العام:** وهو قيام المحكوم عليه بعمل يعود بالفائدة على المجتمع تكفيراً عن الخطأ المرتكب من طرفه ودون مقابل، وتختلف تسميته حسب البلدان التي تأخذ به فمثلاً بريطانيا التسمية المعمول بها هي الخدمة للمنفعة العامة، أما في كندا وهولندا فتأخذ اسم "الأعمال المشتركة".
  - **الضرائب:** وهي فريضة مالية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة أو إحدى الهيئات العامة المحلية بصورة نهائية مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة، دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة.<sup>(20)</sup>
  - **المساهمات المالية:** ونقصد بها كل الإعانات والقروض والمنح والهبات والمساعدات التي تحصل عليها الدولة، من أطراف داخلية أو خارجية وتساهم في تحسين ميزان المدفوعات.
  - **التجنيد الإلزامي:** هو فرض الدولة الخدمة العسكرية الإلزامية على مواطنيها لتحقيق تعبئة عسكرية شاملة **سواءً في السلم أم في الحرب** ويعوضون أي نقص في أعداد المقاتلين وقت الحرب، إذ يلجأ الجيش إلى استدعاء المجندين عند الحاجة.

<sup>(19)</sup> جاك دوندير، الدولة، ت: سموحي فوق العادة، الفكر الجامعي للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت لبنان، 1980، ط1، ص 43.

<sup>(20)</sup> محمد عباس محمزي، اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومة، الجزائر، ط2، 2008، ص 14.

**2- السياسة العامة التوزيعية:** وهي السياسة العامة التي تتعلق بتوزيع وتخصيص الأموال والسلع والحاجيات والقيم، وتوفير الفرص للأفراد والجماعات داخل المجتمع،<sup>(21)</sup> مثلما في حالة توزيع الضروريات من سلع وخدمات وقواعد على السواد الأعظم من الشعب، فكثيراً من هذه الخدمات والقيم تجزأ إلى أجزاء صغيرة، فيحصل عليها الفرد تلقائياً بمجرد اقتنائه أيّاً من هذه الخدمات والقيم، ويحدث ذلك بتقسيم العمل إلى وحدات متخصصة ووفقاً لإجراءات محددة، وممارسات مقننة عبر نظام للسلطة الإدارية وقنوات اتصال مفتوحة، هذا التوزيع ينشئ أوضاعاً تساعد بدورها على مزيد من حفظ حياتهم وتأمين رفاهيتهم وتتضمن ما يأتي:

- قيام صانع القرار بتخصيص أموال، سلع، خدمات وامتيازات للمواطنين.
- الإصلاح الاقتصادي ( الزراعي والصناعي ...).
- إعادة هيكلة الإدارة العامة والخدمة والإنتاجية.
- تدعيم المنتجين المحليين.
- الحرب على الفقر والعناية الصحية.

**3- السياسة التنظيمية:** وهي السياسة العامة التي تشمل مجموعة الضوابط التي تفرضها السلطة العامة على نشاط الفرد أو الأفراد خدمة لمقتضيات النظام العام، أي مراقبة نشاط الأفراد وتوجيهه على نحو يكفل المحافظة على النظام العام، فهي على ذلك إجراء وقائي قائم في كل الدول على خلاف طبيعة نظامها السياسي وتركيبية أفرادها، فكل دولة تسعى بصورة أو أخرى إلى المحافظة على نظامها العام لبعث الاستقرار فيها، وتفرض العقوبة الأزمة عند حصول الانتهاكات والتجاوزات.<sup>(22)</sup>

<sup>(21)</sup> فهمي خليفة الفهدوي، مرجع سابق الذكر، ص 94.

<sup>(22)</sup> عامر الكبيسي، مرجع سابق الذكر، ص 15.

إن مجال السياسة العامة التنظيمية مجال واسع له مظاهر كثيرة ومتنوعة تمس كل القطاعات ولا يستطيع الأفراد الاستغناء عنها، فهناك ضبط وتنظيم يتعلق بالجوانب الأمنية والعسكرية، وهناك ضبط يتعلق بممارسة الأنشطة السياسية من تأسيس الأحزاب والجمعيات، وعقد التجمعات والاجتماعات إقامة المؤتمرات والتظاهرات وتنظيم الملتقيات، وضبط كل ما يتعلق بالشؤون الاقتصادية، كالاستثمار، المحروقات، المناجم، وضبط يتعلق بممارسة الأنشطة التجارية كالتصدير والاستيراد وعملية البيع والشراء وتنظيم الأسواق وضبط يتعلق بالشؤون الدينية وممارسة العبادة، وضبط يتعلق بالمجال الفلاحي والمجال العقاري والمجال الصحي ومجال التوظيف ومجال الصيد وغيرها من صور الضبط الكثيرة.

ويتولى مهام الضبط وتنظيم السلطة الإدارية ممثلة في رئيس الجمهورية والوزراء والولاة ورؤساء المجالس الشعبية البلدية والمديريات التنفيذية على مستوى الولاية كمديرية التجارة ومديرية الصحة ومديرية المناجم ومديرية الشؤون الدينية وغيرها من الأجهزة الإدارية.

هذا المجال الواسع لسياسة العامة التنظيمية يؤدي إلى تعدد قوانين الضبط والتنظيم بين نص دستوري وقانوني ونص تنظيمي.

**4- السياسة العامة الرمزية:** وهي السياسة العامة التي تهتم بما يجمع بين أفراد الدولة والتي على أساسها يتميزون عن غيرهم بشيء ما سواء كان القومية أو لون البشرة، أو طراز الملابس، أو المكان الذي يعيشون فيه، أم اللغة، أم التفاخر بما يمتازون به من إقدام وبطولة، كما تشمل إنشاء المتاحف وتقرير الإجازات في الأعياد الوطنية.<sup>(23)</sup>

<sup>(23)</sup> احمد دسوقي محمد إسماعيل، أصول تحليل السياسات العامة، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، جامعة القاهرة، 2009، ص43.

هذه السياسة العامة الرمزية المبنية على فكرة الترابط بين أفراد المجتمع تحظى باهتمام صانع القرار الذي يضيف عليها لمسات قانونية، يهتم بها الإعلام ويغطي تفاصيلها لتشكيل مواقفه واتجاهاته الفكرية التي تؤثر في سلوكه وممارسته اليومية وترسم شخصيتهم لتجعلهم قادرين على مواجهة الحياة وتهدف هذه السياسات العامة إلى تحقيق ما يأتي:

- تزويد الجماهير بالقيم السياسية المحبذة.
- تساهم في رفع من درجة الحس الوطني.
- الاعتزاز والفخر بالهوية المجتمعية.
- الولاء للوطن.

إن السياسة العامة الرمزية لا تتطلب توزيع موارد كاملاً تستلزم جزءاً من جهود العملية التشريعية في إصدارها، لكنها تعبر عن حاجة قيمة ومعنوية<sup>(24)</sup> وتطرح قيمتها بالمشاعر والإحساس التي تعود كثيراً من الأحيان، وكأنها واقع يتحرك على قدمين وتحدث انفعالات لدى الكثير من المواطنين وتتمثل في الآتي:

- تنظيم الملتقيات والندوات حول أعلام الأمة.
- العطل الرسمية مدفوعة الأجر.
- الأفراح الوطنية والوقوف للنشيد الوطني.
- تعظيم علم الدولة والوقوف للرئيس و احترام القائد.

ثالثاً: خصائص السياسة العامة

<sup>(24)</sup> فهمي خليفة الفهدوي، مرجع سابق الذكر، ص 77.

يشير مصطلح السياسة العامة إلى إن هناك مجموعة من الخصائص التي من المفروض أن تتوفر بشكل أساسي في السياسة العامة، وهذا حتى يتحقق الغرض من تطبيق هذا المفهوم والمتمثلة فيما يلي يأتي:

**1/الإرضاء:** السياسة العامة تتخذ بالتوافق وتشاور بين كافة الفواعل ( والتي تشمل مناقشة الأهداف، والقيم)، وقد تعبر عن وجهات نظرهم جميعاً من خلال البحث عن حل مرض يمكن العثور عليه.

إن صنع السياسة العامة هو نتيجة مباراة بين فاعلين يؤثرون على بعضهم البعض ويمتلكون مجموعة من المهارات والقدرات، يكون الناتج السياسي نتيجة المساومة والتفاوض بين القوى الاجتماعية التي لا تكون متماثلة إلى حد بعيد مع رغبة أي فاعل، بغية تحقيق أكبر المكاسب والمنافع لصالح فئة دون أخرى.<sup>25</sup>

**2/الشرعية:** السياسة العامة ذات سلطة شرعية، لأن إقرار سياسة من قبل صانعها يتطلب إصدار قانون بشأنها أو مرسوم يكون ملزماً، إذ يكون فيه الخطاب موجه إلى الأفراد على سبيل الوجوب الذي يمكن حملهم على طاعته جبراً عند الضرورة بتوقيع الجزاءات على المخالف إن لم يمتثلوا إليه جبراً.

**3/الشمولية:** والمقصود من ذلك إن السياسة العامة لا تكون موجهة إلى شخص بذاته ولا إلى واقعة بعينها، وإنما هي موجهة الأشخاص بصفاتهم وتتناول وقائع القضايا بشروطها.

**4/تحسين السلوك:** عملية صنع السياسة العامة عملية ديناميكية وطويلة، مستمرة إذ يتم انتقاء قضايا معينة الاهتمام بها، يمكن التعامل معها بطرق مختلفة خلال عملية اتخاذ القرار، ومن ثم قد يضمن مناقشات حول قضايا أخرى بمرور الوقت.

(<sup>25</sup>) - تامر كامل محمد الخزرجي، مرجع سابق الذكر، ص32.

الكثير من القرارات المتعلقة بالسياسة العامة والتي جرى النظر فيها لا يتم إدراجها في جدول الأعمال أو بحثها من جديد، وإنما يكتفي صانع القرار بإدخال تعديلات جزئية (صيانة السياسة العامة، تعديل إجراءات التشغيل) على ما هو مطبق فعلاً من سياسات وبرامج<sup>(26)</sup> وليس إنتاج حل جديد من ورقة فارغة<sup>(27)</sup> أي تحسين السلوك السياسي للقرار السياسي، كما أنها تمتاز بالتجديد من خلال القدرة على استيعاب المتغيرات الآنية والظرية التي تحدث كالأزمات والكوارث.

### المحور الثاني: مراحل السياسة العامة

السياسة العامة بما أنها علم له طرائق ويشمل مجموعة من العناصر، وعملية صنعه عملية غاية في الأهمية وتمتاز بالدقة، والقضايا المعاصرة أكثر تعقيداً من إمكان حلها حلاً مرضياً بالوسائل التقليدية وبصورة أدق، يبدو إن القضايا المنتشرة أكثر تعقيداً من أن تتناول بطريقة سطحية دون مرورها بمراحل.

### أولاً: صنع السياسة العامة

إن صنع السياسة العامة تمثل عملية منهجية للوصول إلى أنجع الحلول المتاحة للمشكلات والقضايا التي تواجه المجتمعات والدول، كما تمثل جهداً متواصلاً في تفصيل الخيارات وإقرار القرارات والتعبير عن التجارب والممارسات القائمة، وعليه فإن عملية صنع السياسة العامة مرتبطة بتطور النشاط الحكومي وبالمدى الذي تقوم الدولة بصنع قرارات والمدى الممكن والمرغوب فيه بالنسبة إلى الفرد لتأثير في السياسات والأحداث

<sup>(26)</sup> جمعة، سلوى شعراوي، تحليل السياسات العامة في الوطن العربي، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، القاهرة، 2002، ص112.

<sup>(27)</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص353.



السياسية، وسنركز على معرفة هذه المرحلة بمحمل أبعادها ومكوناتها والدعائم التي تعتمد عليها في تشخيص المشكلات وحلولها وفي اختيار آلية صنع القرار فضلاً عن استعراض أهم النماذج التي تساهم في حلها.

**1/ مشكلات السياسة العامة وحلولها:** إن سلطة صنع القرار في دول العالم تكمن في مجموعة محددة من الناس من ذوي الخبرة والمكانة المتميزة، فهي تهيمن على السياسة والإعلام والحياة الاقتصادية والأكاديمية وتتألف الطبقة السياسية في فرنسا من خريجي المدارس الكبرى مثل المدرسة الوطنية للإدارة والمدرسة العليا للعلوم السياسية، والمدرسة العليا متعددة التقنيات وكذلك الأمر بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية، التي تتكون فيها الطبقة السياسية من خريجي أكبر الجامعات وخاصة علماء السياسة وفي بريطانيا من خريجي جامعة أوكسفورد وكامبريدج.

إن ما يراه هؤلاء الأفراد مشاكل ملحة ليست بالضرورة هي المشاكل نفسها التي يراها الناس، حتى التفاصيل تثير الاختلاف فأصغر جزئية يمكن أن تتطفل باستمرار على المشكلة التي تفوقها أهمية فتدفعها في اتجاه أو آخر أي أن حدث طفيف، يمكن أن يقحم نفسه في إحداث أكبر فتكون النتائج كوارث أو دعاوى الانتخابات أو لإعادة الانتخابات.<sup>(28)</sup>

هذا الاختلاف في فهم المشكلة وتصورها يثير الجدل أيضا حول طريقة حلها، ذلك إن الحل يبني على تعرف المشكلة وإدراك أسبابها ومعرفة طبيعتها وكيف حدثت، كما يُنظر إليها من خلال منظور أيديولوجي ومن الطبيعي أن يكون الاختلاف حول الحل هو ما يثير النقاش، نظراً لتداخل المصالح وتباين الأهداف أو الأفكار،

<sup>(28)</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 354.

وتبعاً لذلك فإنه لا يوجد حل سحري واحد ومنفرد لها كما لا يوجد حل صحيح، وإنما الاختيار السليم للقرار الجيد وهو الذي لا اختلاف عليه ومتفق حياله في ضوء التحليلات.

**2- اختيار آليات صنع القرار:** مشاكل السياسة العامة هي مواقف يحيط بها الغموض مما يثير الشكوك ويبحث الحيرة وهي حالة عدم الاتفاق أو الاتساق أو التوازن بين ما هو كائن وما يجب أن يكون وهي أيضاً حاجات غير مشبعة تثير عدم الرضا والقبول، إشباع هذه الحاجات والمطالب لن يتم إلى بتحديد المشكلة.

يقع تحديد المشكلة من قبل مجموعة ما قد تكون من صناع القرار أو من غيرهم من المختصين في مجال السياسة العامة أو حتى من المواطنين والناشطين في المجتمع المدني، وقد يترك خيار الحل إما إلى آلية السوق أو بشكل غير رسمي إلى العائلات والشبكات الاجتماعية ومن وجهة علماء السياسة فإن قرار الحل عبر صنع القرار هو غالباً متبع في مواضيع ثنائية بسيطة تتمثل في: (29)

أ- من اليمين:

- الحرية الفردية = سيادة المستهلك = جيد.

- ضد صنع الدولة للقرار = البيروقراطية = سيئ.

ب- من اليسار:

- الرأسمالية = الاستغلال = سيئ.

- ضد دولة الرفاه = الديمقراطية = جيد.

(29) ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 338.

أما في حالات أخرى فقد تتخذ آلية واحدة تكون هي الأنسب إلى إدراك المشكلة وتفكيكها وحلها وبأنها أكثر براغماتية، حيث يكون من المناسب البث فيها لعملية صنع قرار فعالا وتمثل هذه الآليات في:

1/ آلية السوق: إن صانع القرار السياسي في محاولته لتوفير الحاجات والقيم لفئة محددة من أفراد المجتمع أو المجتمع ككل يسعى إلى تعزيز السعادة الأكبر عدد<sup>(30)</sup> ومن البديهي - أو يجب أن يكون بديهي إن الأفراد وحدهم يستطيعون إصدار أحكام تقييمية على سعادتهم الخاصة.

إن جوهر السعادة أن يحقق الأفراد حاجاتهم المادية ويشبعون المعنوية عن طريق تحقيق مصالحهم الخاصة بعيدا عن خيارات الدولة المبالغ فيها وغير القادرة على تحقيق مستوى من الكفاءة والمعلومات لتلبية احتياجات الأفراد المستهلكون، الحاجات تشبع والقيم تدرك من خلال اتخاذ قرارات من قبل الأفراد من خلال آلية السوق التي نظمت نفسها ذاتيا تبعا لقوانين حتمية.

علماء واقتصاديون السوق يتحدثون عن قوة وقدرة التنظيم الذاتي لسوق من سحر وكفاءة على توفير الحاجات وإرضاء الجميع إنها اليد الخفية، التي قال عنها آدم سميث إنها تحرك المجتمع نحو مصالحه أو ما أطلق عليه عالم الاقتصاد النمساوي فريدريش فون هايك اسم "النظام التلقائي" أي العملية تضمن أفعال الأفراد الساعين إلى تحقيق مصالحهم الخاصة واستمرار تدفق المعروضات في المجال التجاري (التجارة هي توفير الحاجات، ووسائلها هما البيع والشراء)، وإنتاج معظم ما يحتاجه الناس من موارد دونما حاجة إلى ضبط من القمة إلى القاعدة أو تخطيط مركزي، أي دون الحاجة إلى تدخل صانع القرار السياسي.

<sup>(30)</sup> المرجع نفسه، ص 339.

إن ترك حل مشكلة الحاجات إلى آلية السوق هو خيار واقعي عقلاني، حيث كتب فوكوياما إن النظرية الاقتصادية السائدة المبنية على الاختيار العقلاني إلى آلية السوق هي " صحيحة بنسبة 80 في المائة." (31)

فهذه الآلية تمكن الأفراد من حل مشاكلهم عن طريق تخصيص الموارد بطريقة تزيد من سعادة الجميع ويكونون أحرار في كيفية إنفاق أموالهم وإشباع حاجاتهم.

**2- المجتمع المدني:** مشاكل السياسة العامة متنوعة ومتعددة وبعض هذه المشاكل يتم اتخاذ قرار حلها عن طريق التعاون الإنساني القائم على فكرة كوننا نعمل ما يفعله الآخرون لا شيء إلا أننا نأمل الحصول على شيء ما لأنفسنا.

هذا النمط التعاوني لصنع قرار يعدّ أكثر إثارة من المساومة لإفادة الفردية التي ترتبط عادة بالسوق، والناس لا يسعون من أجل راحتهم الشخصية أو أقرب الأقربين إليهم فقط، بل يشمل الأقرباء الأبعد، وحتى أناساً لا تربطهم بالجماعة صلات رحم مما يعزز ترابط أفراد الجماعة<sup>(32)</sup> وتتجدد الأواصر المحبة والإخاء عن طريق توفير الحاجات التي تطلب، يتم إشباعها بواسطة تقديم المساعدات والإعانات والهدايا والتي تعدّ حقاً وواجباً من قبل أعضاء الجماعة.

(31) ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 343.

(32) توي أ هف، فجر العلم الحديث، ت: محمد عصفور، عالم المعرفة، الكويت، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، ط2، ص 94.

إن هذه الجماعات الممتدة من الأقرباء الذين يتبادلون المساعدات ويتعاونون مع بعضهم ومع غيرهم من الجماعات الأخرى تكرر نفسها على جميع المستويات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وتشمل المؤسسات الاتحادية العمالية والنقابات المهنية والمنظمات غير الحكومية والمنظمات التي لا تسعى للربح والجمعيات الخيرية والدينية والثقافية والنوادي.

إن الجمعيات التطوعية لا تشير في أعمالها إلى السوق أو القطاع الحكومي في الاقتصاد وقراراتها لها شرعية أكبر من شرعية قرارات الدولة لقدرتها على تحقيق السعادة لأعضائها والمتفاعلين من خدماتها ومعظم المنظمات التطوعية لها علاقة بالدولة، إما من خلال التعاون معها لتقديم خدمات للفئات المحتاجة، أو من خلال الضغط لتحقيق مصالح أفرادها قصد إشباعها وتضطلع مختلف هذه المنظمات بمجموعة من الأدوار والمسؤوليات لتوفير الحاجات عن طريق العمل المباشر أو التمويل أو تقديم خدمات عامة.<sup>(33)</sup>

**ج- براداييم صنع السياسة العامة:** إن الاعتقاد القائل إنه من المناسب ترك حل المشكلات للمبادرة الفردية أو الجماعية أو إلى السوق صحيح إلى حد معين هذا الحد لا يمكن أن يتجاوز أجهزة الدولة التي تعالج مواقف أو حالات تحرك الحاجات والشعور، بعدم الرضا لدي المواطنين الراغبين في تدخلها لتقديم العون والمساعدة وإزالة ما يعانون منه.

لحل المشاكل تقوم مؤسسات الدولة بدراستها وتفكيكها وتقتراح حلولاً سياسية وتنفيذها في نمط أكثر عقلانية وأخر أقل عقلانية لمصلحة الصالح العام.

<sup>(33)</sup> مجلة البحوث السياسية والإدارية ، ص144.وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، عدد 3 ، 2013

الحلول السياسية المقترحة حظيت باهتمام الكثير من علماء السياسة وغيرهم، فحاولوا وضع نماذج لتفسير المشاكل وتوضيحها انطلاقاً من رؤية كل واحد منهم لتلك العملية، ويمكن الاقتصار على أهم النماذج المساعدة لعملية صنع السياسة العامة على توضيح هذه المسألة وهي كالآتي:

**1- نموذج ليندبوم (Lindbom 1959):** يفترض هذا النموذج أن صانع القرار السياسي فاعل عقلائي يتخذ القرارات السياسية الفعلية وفقاً للمراحل التالية الآتية<sup>(34)</sup>:

- تحديد القيم وترتيبها.
- تحديد الأهداف المتوافقة مع ذلك.
- التعرف إلى جميع الخيارات أو الوسائل التي تعمل على تحقيق هذه الأهداف.
- حساب كل ما يترتب على هذه الخيارات ومقارنتها.
- انتقاء خيار أو مجموعة من الخيارات التي يمكن أن تعظم القيم المرتبة بشكل أعلى.

**2- نماذج أليسون (Allison 1987):** يطرح أليسون ثلاثة نماذج يمكن استخدامها لتفسير عملية صنع السياسة العامة وهي:

أ- نموذج الفاعل العقلائي الكلاسيكي: يفترض إن قرارات الدولة تتشكل في إطار أهدافها وإن تصرفات صانع القرار تفسر من خلال اعتبارهم أناس عقلايين ومنطقيين، لديهم عقلية الانجاز، يبحثون عن المشاريع المضمونة، يخططون سياستهم التي يستهدفون تحقيقها.<sup>(35)</sup>

<sup>(34)</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 348.

<sup>(35)</sup> محمد شلبي، المنهجية في التحليل السياسي، دار هومة، الجزائر، ط4، 2002، 164.

ب- نموذج العملية التنظيمية لصنع القرار: قائم على فكرة إن الإدارة في المنظمات تستمر في التعامل مع حالات نموذجية من خلال الطرق المحددة من دون ربطها بالأهداف التنظيمية الشاملة، وعند مخالفة القواعد تستخدم التغيرات التدريجية ولفنادي الآثار السيئة لعدم اليقين تركز على المشاكل قصيرة الأجل بدلاً من التخطيط على المدى الطويل.

ج- نموذج السياسات البيروقراطية الحكومية:<sup>(36)</sup> هو نموذج للمساومة السياسية فالقرارات السياسية غالباً ما تكون محصلة سياسية بين فاعلين يحتلون المناصب، يكون الناتج السياسي ناتج الفواعل التي تكون متماثلة إلى حد بعيد عن رغبة أي فاعل.

3- النموذج التعاقدية: يؤكد هذا النموذج أن عملية صنع السياسة العامة غالباً ما تمر بالمراحل التالية وهي:<sup>(37)</sup>

- تحديد وتعيين المشكلة.

- دراسة واختيار الحلول المعقولة.

- بدأ تنفيذ البرامج.

- التقويم.

- إنهاء العمل بالبرنامج.

<sup>36</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص352.

<sup>37</sup> ضميري عزيزة، الفواعل السياسية ودورها في صنع السياسة العامة في الجزائر، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007/2008، ص64.

4- نموذج هوغوود وغان (hogwood and Gunn 1984): هو نموذج متطور من عملية صنع السياسة العامة مقارنة بالنموذج العقلاني، يوضح ما يحدث وما لا يحدث في كل حالة بعينها، والقرار يتخذ بناء على ما يحدث في كل حالة، ويعتبر صنع السياسة العامة عملية مستمرة ويركز على القضايا السياسية لإعداد جدول الأعمال، هذا النموذج يتضمن النقاط التالية<sup>(38)</sup> :

- القرار أن يقرر ( إعداد جدول الأعمال أو بحث القضية ).
- البحث في كيفية اتخاذ القرار.
- تعريف القضية.
- التنبؤ.
- تحديد الأهداف والأولويات.
- تحليل الخيارات.
- تنفيذ السياسات والرصد والتحكم.
- التقييم والاستعراض.
- صيانة السياسة أو تعاقبها أو إنهاؤها.

ثانيا: تطبيق السياسة العامة

<sup>(38)</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 343.



الحاجات غير المشبعة، والقيم الغير مدركة، تدفع الناس لتحرك والعمل وتغدو ذات منحى سياسي إلى جانب كونها متضمنة للبعد العام، وتتطلب تدخلاً رسمياً حكومياً كما تستلزم سياسة عامة بصددتها، محور اهتمام صانع القرار السياسي، وتصبح بنداً من بنود الأجندة الرسمية للحكومة.

كل مشكلة تلقى اهتماماً أكبر تدرج في جدول الأعمال (أجندة) تناقش وتفكك ويتم تحديد جوانبها الهامة والجهات التي لها دور فيها والدور الذي يتوقع من صانع القرار، أن يمارسه والموقف منها وي طرح حلها وبعد ذلك يفترض أن تكون المشكلة هي التنفيذ الفعال والكفاء للسياسة على المستوى الوطني والمحلي.

يقصد بتنفيذ السياسة العامة مجموع العمليات الأزمة لجعل السياسة العامة مثلاً حياً للفعل والأداء، وتحويلها من حالتها الإعلانية كقرار إلى حالتها الميدانية كعمل تنفيذي،<sup>(39)</sup> كما يمكن تعريف عملية تنفيذ السياسات على أنها، عملية ترجمة السياسات العامة على أرض الواقع باستخدام كافة الموارد المتاحة.

إن مجال السياسة العامة لها أوجه كثيرة ومتنوعة تمس قطاعات مختلفة، ولا غنى للأفراد عنها فهناك سياسة عامة تتعلق بالأمن الصناعي، وهناك سياسة تتعلق بآثار وحماية المواقع التاريخية وهناك سياسة تتعلق بالحدائق والميادين والشوارع العامة والملاعب والقاعات الكبرى وسياسة تتعلق بممارسة بعض الأنشطة التجارية وغيرها من السياسات العامة.<sup>(40)</sup>

ويتولى تنفيذ السياسة العامة الإدارة ومؤسساتها بالإضافة إلى الدور المحوري لها في تفسير القوانين، ووضع اللوائح وإصدار التعليمات والمنشورات والنصوص التنظيمية لتنفيذها، فيتدخل رئيس الحكومة والوزراء

<sup>(39)</sup> فهمي خليفة الفهداوي، مرجع سابق ذكره، ص 309.

<sup>(40)</sup> ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 173 .

والولاية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية والمديريات التنفيذية على مستوى الولاية، وغيرها من الأجهزة الإدارية لتمارس كل جهة إجراءات التنفيذ في إطار الحدّ المرسوم لكل جهة، كما تشارك مجموعة أخرى في عملية تنفيذ السياسة العامة بقوة كل في مجال اهتمامه سواءً أكانت معنية أصلاً بالتنفيذ أم لها تأثير مباشر أم غير مباشر في عملية التنفيذ ونجد في هذا المضمار.

1- البرلمانيون يمارسون نفوذاً من نوع خاص على تنفيذ السياسة العامة فهم يؤثرون على التنفيذ الإداري ويضغطون على الإدارة بطرق عديدة من خلال مراجعة اللوائح والعمل الإجرائي، والمصادقة على الإعتمادات المالية السنوية.<sup>(41)</sup>

2- المحاكم تقوم بإجراء التحقيقات والاستماع إلى الشهود وتعمل على الكشف عن التلاعبات والانحرافات والتجاوزات الحاصلة في الإدارة وتطبيق اللوائح القانونية، وهذه الأدوار تؤثر على عملية تنفيذ السياسة العامة وعلى الأداء الإداري، كما أنها تفسر الأحكام والنصوص القانونية والضوابط وقد تراجع القرارات الإدارية في حالة التناقض، فالمحاكم إما تتجاوز أو تعرقل أو تبطل بعض السياسات الإدارية والقرارات التنفيذية التي يمكن وضعها تحت العناوين الثلاثة "التدخل المستند إلى القانون"، و"العدالة الطبيعية"، و"السلطات الاستثنائية".

<sup>(41)</sup> جان بيار كوت وجان بيار مونيي، من أجل علم اجتماع سياسي، الجزء الأول، ت: محمد هناد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986، ص50.

3- مجموعات الضغط والناخبون هم الواجهة الاجتماعية التي تشكل طاقة وقوة لا يستهان بها، وهم أقوى جهة تؤثر في عملية التنفيذ، فلهم من القوة والقدرة ما يمكنهم من دفع صانع القرار إلى اتخاذ سياسات تتفق مع مصالحهم.<sup>(42)</sup>

إن عملية تنفيذ السياسة العامة تشجع أصحاب المصالح والناخبين على التدخل في القرارات الإدارية التي تخدم مصالحهم من جهة، وتدعم أهداف صانع القرار من جهة أخرى، فالدعم الذي تحصل عليه من الناخبين وأصحاب المصالح يشكل مصدر لنجاح ويؤثر على عملية التنفيذ والنشاط ومخرجاتها تكون محط اهتمام.

4- وسائل الإعلام فالتنفيذ في بعض مراحله يعتمد على علم الإعلام وعلى المسائل التي يطرحها صانعو الرأي العام، إلى جانب التلفزيون والإذاعة والصحافة من خلال بث التقارير ونشر المعلومات وتوجيه الرأي العام عن طريق الانتقاء أو التلوين أو التكرار لقضايا ما، هذه العمليات الإعلامية تؤثر في تنفيذ أي نوع من أنواع السياسة العامة سواء بالإيجاب أو بالسلب.

5- الوسطاء هم أشخاص تناط بهم مسؤوليات معينة من طرف المسؤولين التنفيذيين لغرض تنفيذ سياسة عامة ما، وهما على نوعان رسميون يعملون ضمن الصفة الرسمية وآخرون من القطاع الخاص والمجتمع المدني من خلال التعاقد مع الجهات الرسمية لتنفيذ سياسات عامة غرضها على سبيل المثال تقديم خدمات معينة من صحة ونقل وشحن.

<sup>(42)</sup> وليد الشرتوني، المجتمع السياسي الحديث، مكتبة سامي برياري إخوان، بيروت لبنان، 1982، ص 49.

إن احتمال التنفيذ المثالي في الواقع العملي ضئيل وبعيدا عن أن يكون حياديا وفي حالات كثيرة تكون له آثار غير منتظرة أو منحرفة، مما يحدث فروقات بين الأهداف المسطرة وبين مضمون السياسة و تطبيقها في الزمان و المكان المحدد في السياسة في حد ذاتها.

نجاح عملية تنفيذ السياسة العامة هو رهينة بمدى كفاءة كل الذين يتحملون مسؤولية في الإدارة وقدرتهم على الوقوف على القرار لضمان تطبيقه وإنجاز محتواه على الوجه الأكمل.

### ثالثا: تقييم السياسة العامة

إن صنع وتنفيذ مثالي للسياسة العامة في الواقع العملي احتمال حدوثه ضئيل حينما لا تواكبه عملية تقويم السياسات ذات الصلة بأهدافها، ذلك أن التقييم يشكل مطلباً في إثبات الجدوى، كما يقلص الفجوة بين وصف السياسة وعملياتها ويقصد بتقييم السياسة العامة تلك العملية التي تجمع جميع الإجراءات التي تتضمنها عملية تقدير آثار السياسة الحكومية، ويؤكد البعض أن عملية التقييم لا تقتصر على آثار السياسات العامة، وإنما تعطي كافة مراحل عملية السياسات، فضلا عن تقدير العوائد،<sup>(43)</sup> وتتم عملية التقويم من خلال النظر في القضايا والمشكلات الهامة أثناء عملية صنع السياسة العامة، أيضا من خلال عملية تنفيذها وفي إطار المخرجات الواجب إيجادها.

إن التقويم عملية اختصاصية ذات علمي وتطبيقي تهدف إلى فحص البرامج والمشروعات والعمليات التنفيذية المرتبطة بالسياسة العامة ودراسة نتائجها، وما يترتب عنها من العوائد والفوائد.

<sup>(43)</sup> احمد دسوقي محمد إسماعيل، مرجع سابق ذكره، ص 58.

يمكن أن يركز تقييم عمليات صنع القرار على مستوى السياسة العامة على قضايا إما إجرائية أو موضوعية ،  
وكما يأتي:

**1/ الناحية الإجرائية:** إن جوهر معيار تقويم السياسة العامة من الناحية الإجرائية قائم على مجموعة من المعايير التقييمية التي يتم تطبيقها أو لا، وذلك من خلال معرفة الأبعاد التالية:

- هل القرارات تتوافق مع المعايير التقييمية لئتم تطبيقها أم لا<sup>(44)</sup>؟
- هل أتخذ القرار بطريقة ديمقراطية؟
- هل صانع القرار درس جميع البدائل وقدر كلا منها؟
- هل أهداف السياسة العامة موضوعة بشكل واضح؟
- هل الأهداف دقيقة بما يكفي لتكون قابلة للقياس؟
- هل السياسة العامة صممت على المدى القصير أم على المدى البعيد<sup>(45)</sup>؟

**2/ الناحية الموضوعية:** إن التقويم الموضوعي للسياسة العامة يقدم مقاييس يمكن بواسطتها قياس أداء الصانع والمنفذ، ونجيب عن السؤال الأكثر أهمية فيما يتعلق بمدى اقتراب البرامج من تحقيق أهداف السياسة العامة التي جرى وضعها، بمعنى هل كانت النتيجة صحيحة مقابل المعايير المناسبة من حيث النتائج والمعايير التي يمكن تبنيتها في عملية التقويم عديدة ومتنوعة أخلاقية واقتصادية، وهل حققت أهداف صانعي القرار وهل عزز القرار العدالة

<sup>(44)</sup> ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص366.

<sup>(45)</sup> فهمي هويدي، مرجع سابق الذكر، ص105.

(46) وقد قدم (إدوارد سوشمان) معايير خمسة في تقويم نجاح أو فشل البرامج وهي الجهد، الانجاز، الكفاءة، الكفاءة، العملية، كما أن (سبارو) طرح معايير مماثلة في عملية تقويم السياسة العامة واشتملت على الفعالية والكفاءة والمسؤولية و الملائمة.

**معايير التقويم:** إن إدراك قيم صانع القرار ومعرفة أهدافه المحددة عملية تساعد على اختيار معايير تقويم السياسة العامة، وهي ذات صلة بأهداف وضع السياسات والتي من الممكن أن تثير أقل جدلاً.

وتتجسد في مجموعة من المعايير الإدارية المتلازمة بما يضمن استيعابها كلياً لعملية تقويم برامج السياسة العامة، وتمثل في مفاهيم ثلاثة تشكل علاقة هرمية أساسها الواسع الفعالية فهي المفهوم الأشمل، فيما يكون الاقتصاد مفهوم أوسع وتكون الفعالية على رأس الهرم باعتبارها الأكثر محدودية:

- الكفاءة: ويقصد بها إنجاز المهام بطريقة سليمة.
- الفعالية: ويقصد بها القيام بالعمل المطلوب.
- المقتضى الاقتصادي: ويقصد به أن تكون المداخيل أكبر من التكاليف.

**الخاتمة:**

ومما سبق نقول إن كل طرف يقدم تعريف لسياسة العامة ويستخلص خصائصها من وجهة نظره، له تأثير فيما يعرفه، ويقرر وما يعتقدده وفقاً لشخصيته، وإذا ابتغى بعض المعاصرين من أصحاب نظريات ما بعد الحداثة

(46) ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 367.

أن يمتدوا بهذه الفكرة إلى أقصاها، فقد بلغوا حد الافتراض باستحالة تمييز تعريف واحد، مانع جامع لسياسة العامة يكون الأكثر دقة، إن بكل تعريف قدرا من المشروعية مثلما لغيره.

### الهوامش:

1. إبراهيم أبراش، النظرية السياسية بين التجريد والممارسة (تداخل النظرية السياسية والخطاب السياسي في العقل العربي)، الجندي لنشر والتوزيع، القدس، ط2، 2012، ص13.
2. الاتجاهات الرئيسية للبحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، ت: جماعة من الأساتذة المتخصصين في العلوم الاجتماعية، مطبعة جامعة دمشق، 1986، بدون طبعة، اليونسكو - المجلد "1"، ص414.
3. إبراهيم أبراش، مرجع سابق الذكر، ص14.
4. الاتجاهات الرئيسية للبحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، مرجع سابق الذكر، ص88.
5. أسماء بن قادة، أفكار خارج المزاج، دار القصة للنشر، الجزائر، 2013، ط1، ص38.
6. المرجع نفسه، ص48.
7. إبتسام قرقاج، دور الفواعل غير الرسمية في صنع السياسات العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2010، ص17.
8. (1) أحمد طيلىب، دور المعلومات في رسم السياسات العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007/2006، ص19.
9. إبتسام قرقاج، مرجع سابق الذكر، ص20.
10. المرجع نفسه، ص21.
11. ستيفن دي تانسي، علم السياسة الأسس، ت: رشا جمال، الشبكة العربية الأبحاث والنشر، ط2، 2013، ص359.
12. عامر الكبيسي، صنع السياسات العامة، دار المسيرة، ط1، عمان، 1999، ص15.
13. المرجع نفسه، ص15.
14. تامر كامل محمد الخزرجي، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة، دار مجدلاوي، ط1، عمان، 2004، ص28.
15. أحمد سعيغان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان، بيروت، 2004، ص213.
16. (1) William lasser, American politics: the Enduring constitution. 2 Ed, Bosron: Houghton Mifflin Company, 1999, p.451

17. فهمي خليفة الفهدوي ، السياسات العامة –منظور كلي في البنية والتحليل، الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، مصر، 2001 ، ص 75.
18. المرجع نفسه، ص75.
19. جاك دوندير، الدولة، ت: سموحي فوق العادة ، الفكر الجامعي للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت لبنان، 1980 ، ط1، ص 43.
20. محمد عباس محرز، اقتصاديات الجباية والضرائب ، دار هومة ، الجزائر، ط2 ، 2008، ص14.
21. فهمي خليفة الفهدوي، مرجع سابق الذكر، ص94.
22. عامر الكبيسي، مرجع سابق الذكر، ص 15.
23. احمد دسوقي محمد إسماعيل، أصول تحليل السياسات العامة، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، جامعة القاهرة، 2009، ص43.
24. فهمي خليفة الفهدوي، مرجع سابق الذكر، ص77.
25. تامر كامل محمد الخرزجي، مرجع سابق الذكر، ص32.
26. جمعة، سلوى شعراوي، تحليل السياسات العامة في الوطن العربي، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، القاهرة، 2002، ص112.
27. ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص353.
28. ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص354.
29. ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص338.
30. المرجع نفسه، ص339.
31. ستيفن دي تانسي ، مرجع سابق الذكر، ص343.
32. توبي أ هف، فجر العلم الحديث، ت: محمد عصفور، عالم المعرفة، الكويت، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، ط2، ص 94.
33. مجلة البحوث السياسية والإدارية، ص144. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،جامعة زيان عاشور ، الخلفة ، عدد 3 ، 2013، ص348.
34. ستيفن دي تانسي ، مرجع سابق الذكر، ص348.
35. محمد شلبي، المنهجية في التحليل السياسي، دار هومة ، الجزائر، ط4، 2002، ص164.
36. ستيفن دي تانسي ، مرجع سابق الذكر، ص352.
37. ضميري عزيزة، الفواعل السياسية ودورها في صنع السياسة العامة في الجزائر، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007/2008، ص64.
38. ستيفن دي تانسي ، مرجع سابق الذكر، ص343.



39. فهمي خليفة الفهداوي، مرجع سابق ذكره، ص 309.
40. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 173 .
41. جان بيار كوت وجان بيار مونيبي، من أجل علم اجتماع سياسي، الجزء الأول، ت: محمد هناد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986، ص 50 .
42. وليد الشرتوني، المجتمع السياسي الحديث، مكتبة سامي برباري إخوان، بيروت لبنان، 1982، ص 49.
43. احمد دسوقي محمد إسماعيل، مرجع سابق ذكره، ص 58.
44. ستيفن دي تانسي، مرجع سابق الذكر، ص 366.
45. فهمي هويدي، مرجع سابق الذكر، ص 105.
46. ستيفن دي تانسي، مرجع ساب

## إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة

د/ مصطفى العربي باشا

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية. جامعة وهران-أحمد بن بلة 1-

## ملخص:

تناول هذا البحث مسألة بالغة الأهمية كونها متعلقة بالأسرة ألا وهي: بيان إسهام الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في حماية الأسرة؛ حيث تضمن ذكر نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية، وكان المثال في ذلك حول متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي، ثم أردفته بذكر نماذج في تغيير الاجتهادات القضائية بسبب المصلحة، وكان المثال في ذلك حول ترتيب الحواضن والتفريق بين الزوجين للعب، ثم أنهيته بذكر نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الوطنية، وكان ضرب المثال فيه حول نفقة العدة، وانتهاء مدة الحضانة وكذا الاشتراط في عقد الزواج، كما تحللت هذه الجزئيات الإشارة إلى ما جاء في في شأنها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ثم ختمت بخاتمة تضمنتها أهم النتائج المتوصل إليها.

**الكلمات المفتاحية:** الاجتهاد القضائي. المحكمة العليا. القرار. الفقه. قانون الأسرة.

**Abstract**

The present study revolves around a very important matter related to family. It is the contribution of the jurisprudence of the Supreme Court in protecting the family. It cites some applied models in avoiding the conflict between judicial solutions. This idea was illustrated by the joy of divorce and the compensation for arbitrary divorce, followed by some models in changing jurisprudence due to interest. The example was the arrangement of the incubation and the separation of couples for defect. The concluding idea was about citing some applied models in the violation of the national reference with the example of the expense of El-Idda, as well as the expired period of the nursery, in addition to the requirement in the marriage contract. In these sub-parts, we referred to what was mentioned in Islam and the Algerian law family. At the end of the whole process, the final findings were discussed.

**Key words:** the jurisprudence, the High Court, the decision, El-Fiqh, family law.

**مقدمة:**

إنَّ البحث في قضايا الأسرة يعدُّ من المواضيع الجديدة بالطرح والتساؤل، كون بعض مسائلها تتأثر بالمتغيرات الحاصلة في الواقع المعيش، تبعا لتجدد الظروف والأحوال لاسيما في عصرنا الحالي. لقد سعت ولا زالت تسعى كثير من الدول العربية والإسلامية ومنها الجزائر إلى حماية الأسرة من خلال سنِّ التشريعات والدفع بأجهزتها إلى القيام بهذا الدور، ومن أبرز تلك الأجهزة التي تتحمل العبء الأكبر في ذلك جهاز القضاء وعلى رأسه المحكمة العليا، والتي أنيط بها القيام بدور الرقابة في مدى تطبيق القوانين ومنها تلك المتعلقة بالأسرة، وذلك قصد حلحلة المشاكل، وتذليل العقبات، والاستجابة لتطلعات ومتطلبات الأسرة، ومن هنا يمكن طرح هذا التساؤل: هل قامت المحكمة العليا بهذا الدور المنوط بها؟.

قصد الإجابة عن هذا التساؤل المطروح كان لنا هذا البحث وعلى وفق الخطة التالية.

**المبحث الأول:** نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية وتغيير الاجتهادات القضائية.

**المبحث الثاني:** نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الشرعية.

خاتمة.

**المبحث الأول:** نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية وتغيير الاجتهادات القضائية.

إنَّ الواقع العملي يجعل الكثير من الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية مختلفة بشأن قضايا متشابهة ومما لا شك فيه أن المحكمة العليا تتحمل جزءا من المسؤولية في اختلاف الحلول التي تقدمها الجهات القضائية، كونها أحيانا تكون متذبذبة في قراراتها واجتهاداتها، ومهما قيل في هذا الشأن- تذبذب القرارات- فإن المهمة الأساسية المنوطة بها توحيد الاجتهاد القضائي ودرة التعارض بين الحلول القضائية، وكثير هي النماذج التطبيقية الدالة على أن المحكمة العليا قامت بهذا الدور الأخير.

**المطلب الأول:** متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على استحقاق المطلقة للمتعة جبرا لوحشتها بعد الطلاق في مواد القانونية، لكن تضمنت مواد-المادة 222- الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، مما يعني الأخذ بقول أحد المذاهب الفقهية، وبخاصة المذهب المالكي كونه المعتمد والمرجعية في الجزائر.

ومن الناحية العملية فقد أقرت المحكمة العليا في قراراتها منح الزوجة المطلقة متعة الطلاق صراحة، وأن تقديرها يندرج ضمن سلطة القاضي التقديرية، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 18/06/1991 قوله: «من المستقر قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل»<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر لها صادر بعد التعديل بتاريخ 11/04/2007 أيدت فيه المحكمة العليا قرار المجلس القضائي، والقاضي بإقرار مقدار المتعة صراحة بقولها: «فك الرابطة الزوجية بين الزوجين وعلى الطاعن أن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ 30.000 دج نفقة عدة و 50.000 دج متعة طلاق و 2000 دج نفقة ابتداء من 18/01/2003 إلى غاية النطق بالحكم»<sup>2</sup>.

إن الملاحظ على هذا القرار أن كلا من المجلس القضائي والمحكمة العليا قد منحا المطلقة متعة الطلاق صراحة وقدرت ب 50.000 دج، وكذا نفقة العدة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يتضمن مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

لكن الملفت في هذا القرار أن مقدار هذا التعويض مؤسس ومبني صراحة على المادة 52 من ق.أ والتي تنص على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، فهل هذا يعني اعتبار متعة الطلاق هي الوجه الثاني للتعويض عن الطلاق التعسفي؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول: بأن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا فيها نوع من التضارب ظاهرا، ففي القرارات السابقة صرحت بمقدار المتعة دونما الإشارة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، وفي قرارات أخرى أشارت إلى مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي دونما الإشارة إلى مقدار المتعة، ومن هذه القرارات القرار الصادر بتاريخ 14/10/2010 قوله: «القضاء من جديد بتطبيق المستأنفة(ت.ك) من(م.ه) للضرر، وإلزام المستأنف عليه بأدائه المستأنفة تعويضا قدره 60.000 دج، ونفقة عدة قدرها 10.000 دج، وإسناد حضانة الابن إلى الأم على نفقة أبيه بمبلغ 2000 دج»<sup>3</sup>.

1-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75099، العدد 01/1999، ص 65.

2-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 11/04/2007، ملف رقم 390091، العدد 01/2008، ص 245.

3-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 14/10/2010، ملف رقم 581222، العدد 01/2011، ص 249.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2010/09/19 قوله: «وتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ 90.000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة، ومبلغ 3000 دج شهريا نفقة إهمال، ومبلغ 5000 دج بدل إيجار يسري من تاريخ صدور الحكم»<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2008/01/16 قوله: «وإلزام المطلق بأن يدفع لمطلقته مبلغ 90.000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 15000 دج نفقة عدة، ومبلغ 2500 دج نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع الدعوى»<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2013/02/14 قوله: «وإلزام المستأنف عليه بدفعه للمستأنفة مبلغ 70000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي»<sup>3</sup>. وكثير من هذه القرارات التي أشارت إلى التعويض دونما الإشارة لمقدار المتعة.

إن هذا التضارب بين ذكر مقدار المتعة أحيانا دون ذكر مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي، وذكر مقدار التعويض دون ذكر مقدار المتعة عائد في تقديرنا إلى سببين رئيسيين هما:

—عدم وجود النص القانوني الخاص بمتعة الطلاق.

—اعتبار المشرع التعويض عن الطلاق التعسفي هو الوجه الثاني لمتعة الطلاق، وهذا هو الذي نميل إليه؛ لأن القرار السابق الذي أشار لمقدار متعة الطلاق مؤسس على المادة 52 من قانون الأسرة، والتي يشير إلى الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا تبين للقاضي ذلك.

وعلى ضوء هذا الاعتبار—الثاني—فإن الاجتهاد القضائي يريد أن يسلك بذلك مسلكا وسطا في هذه المسألة دارئا للتعارض بين المسألتين محققا بذلك مصلحة الطرفين معا، وذلك من خلال الحكم بالتعويض للمطلقة جبرا لخاظرها المنكسر جراء الطلاق، ومن جهة أخرى عدم إرهاب كاهل الزوج بمطالبته بتعويضين معا في آن واحد هما: متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي.

1-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، العدد 2010/02، ص 269.

2-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/16، ملف رقم 417622، العدد 2009/01، ص 303.

3-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2013/02/14، ملف رقم 728882، العدد 2014/01، ص 305.

## المطلب الثاني: ترتيب الحواضن

قد يستقر الاجتهاد القضائي في مسألة معينة على مبدأ قضائي، واستقرار الاجتهاد هو نتيجة حتمية لاستقرار موجبات الأحكام، وعند تغير الموجبات التي تتضمنها الأحكام القضائية تتغير معها الأحكام القضائية، لأنها من الناحية التطبيقية تُعد من تعليل الأحكام وحقيقة هذا التغير والعدول ليس معناه تبدل التشريع أو تغيير الأحكام بالأهواء، وإنما يحصل هذا التغير نتيجة لتغير علل الأحكام، وسواء أكان بالمصلحة أو العرف أو غيرهما من الموجبات. فالكثير من نصوص قانون الأسرة الجزائري جعلت المصلحة عِللاً لها- كمواد الحضانة والترخيص بالزواج دون السن القانوني وغيرهما-، وفيما يلي ذكر لتغير بعض الاجتهادات القضائية بناء على المصلحة.

نصت المادة 64 على المستحقين للحضانة قولها: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

كمقارنة بسيطة بين ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة يتضح أن المشرع الجزائري قد خالف ترتيب الحواضن على النحو الموجود في الفقه الإسلامي عدا مرتبة الأم.

إن الإتيان بهذا الترتيب يطرح التساؤل هل هذا الترتيب يعد مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية؟. بالرجوع إلى ما ورد في المذاهب الفقهية فإن ترتيب الحواضن بعد الأم ليس محل اتفاق بينهم، وأن مبناه مراعاة مصلحة المحضون.

يقول القفال الشاشي: «وجملة الأقوال تدور على النظر للصغار وتقديم الأرفق بهم في حضانتهم، وهذا موافق للعقول، وإن اختلفت أقوال العلماء في التفصيل فإن كلامهم إنما قصد وجهها واحدا»<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا من خلال القرارات الصادرة عنها نجد أنها تدعو صراحة أو ضمناً -على أقل تقدير- إلى أن هذا الترتيب للحواضن لا يعتبر أمراً وجوبياً لا بد من التقيد به وعدم المحيد عنه، فمتى وجدت مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى غيره فُضي وحُكم بذلك، ويدخل ذلك ضمن سلطة القاضي التقديرية، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر

1- محاسن الشريعة، القفال الشاشي، دار الكتب العلمية، ط 1 (1428/2007) ص 388.

بتاريخ 2011/03/10 قولها: «تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع»<sup>1</sup>.  
وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 2009/05/13 قولها: «مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة»<sup>2</sup>.  
وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2009/09/16 حيث اعتبرت المحكمة العليا الحضانة من آثار الطلاق والوفاة بالرغم من أن قضاة الموضوع اعتبروها من آثار الطلاق فقط قولها: «تطبق المادة 64 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة (أمر 02-05) على حالة الطلاق والوفاة»<sup>3</sup>، وهذا ما جعل الالتزام بهذا المبدأ سببا في عدم احترام ترتيب الحواضن الوارد في نص المادة 64.  
انطلاقا من القرارات السالفة الذكر للمحكمة العليا-وغيرها- واجتهاداتها نجدها تدعو إلى تغيير الاجتهاد في مسألة ترتيب الحواضن بناء على المصلحة وعدم التقييد بالنص، فقد يكون التقييد به-  
المادة 64- سببا في تفويت مصلحة المحضون.

ومما يقوي ساعد الاجتهاد القضائي في تغيير الحكم في هذه المسألة-ترتيب الحواضن-، عدم وجود نص شرعي قطعي الدلالة فيها. قال ابن عثيمين في شرحه على زاد المستقنع تعليقا على خلاف الفقهاء في مسألة الترتيب بعد الأم فيقول: «ولهذا اختلف العلماء في الترتيب في الحضانة على أقوال متعددة، ولكنها كلها ليس لها أصل يعتمد عليه»<sup>4</sup>.

### المطلب الثالث: التفريق بين الزوجين للعب

لقد تطرق المشرع الجزائري للتفريق بسبب العيب في المادة 2/53 قولها: «يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج».  
فالمتأمل في نص المادة يجد أن المشرع لم يحدد نوع العيوب الموجبة للتفريق، بل ولم يضرب لها مثالا ولم يحدد طبيعتها.

1-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 613469، العدد 2012/01، ص 285.

2-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/05/13، ملف رقم 497457، العدد 2009/01، ص 297.

3-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/09/16، ملف رقم 511644، العدد 2010/01، ص 228.

4-الشرح المتمتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ط1 (1427). ج 13، ص 535.

لقد أحسن المشرع صنعا عندما «لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشترطا فقط تأثيرها على الحياة الزوجية تأثيرا بالغاً»<sup>1</sup>، ولا يمكن الصبر عليها إلا بتحمل الضرر. فإذا وجد بالزوج عيب واكتشفت الزوجة ذلك، وحال هذا العيب دون تحقيق العلاقة الجنسية بين الزوجين كالخصاء أو العنة أو الجب والعقم، أو كل ما من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالجذام والبرص والصرع وغير ذلك كان من حقها طلب التفريق دفعا للضرر عن نفسها<sup>2</sup>.

لقد فتح المشرع الجزائري الباب واسعا أمام قضاة الموضوع، قصد إعمال سلطتهم التقديرية في معرفة أنواع العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وذلك من خلال الاستعانة بالخبرة الطبية. وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده قد اعتبر العقم سببا يوجب طلب التفريق، وهذا ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية مؤكدة ما ذهب إليه قضاة الموضوع في القرار الصادر بتاريخ 2014/01/13 قولها: «حيث أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويجوز للزوجة الحق في المطالبة»<sup>3</sup>.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقول جمهور الفقهاء القائلين بالتفريق للعيب، إلا أنه خالفهم في عدم حصر العيوب، وجعل من كل عيب لا يحقق أهداف الزواج مناطا للتفريق.

### المبحث الثاني: نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الشرعية

إن من أعظم حسنات قانون الأسرة الجزائري تقييده للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص القانوني عليه طبقا لنص المادة 222، وما دامت الجزائر من الدول التي انتشر فيها المذهب المالكي، بل وصار مرجعية شرعية لها، نجد أن المشرع لقانون الأسرة قد حاد في كثير من مواده عن هذه المرجعية إلى مرجعية أخرى، كالأخذ بالمذهب الحنفي أو الحنبلي تارة وتارة الجمع بين مذهبين في مسألة واحدة تعددت فروعها، وعليه فهل هذا الخروج والعدول عن المذهب المالكي إلى أقوال في مذاهب أخرى في بعض المسائل قد وجد فيهم الحلول المناسبة للقضايا المطروحة؟.

بناء على ما تقدم سنعرض بعض النماذج التطبيقية التي أظهرت مخالفة المرجعية المالكية.

1- شرح قانون الأسرة المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1 (2008/1429) ص194.

2- الزواج والطلاق، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط3 (1996). ص261.

3- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/01/13، ملف رقم 596191، العدد 2011/02، ص272.



## المطلب الأول: نفقة العدة

لقد تناول المشرع الجزائري نفقة العدة في نص المادة 61 من ق.أ قولها: «لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها النفقة في عدة الطلاق».

ما يتضح لنا من هذا النص أن المشرع منح لكل مطلقة، أو متوفى عنها زوجها الحق في النفقة طيلة مدة العدة دونما تفریق بين كون الطلاق رجعي أو بائن، كما أنه ليس للزوج أو غيره أن يخرجها من السكن العائلي إلا في حالة الفاحشة المبينة، وبهذا يكون «المشرع قد أخذ في مسألة المطلقة البائن بمذهب الحنفية»<sup>1</sup>، أما فيما يتعلق بسكنى المتوفى عنها زوجها فقد أخذ بالمذهب المالكي، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد جمع بين مذهبين في مسألة واحدة.

إن أخذ المشرع الجزائري بمذهب الأحناف في هذه المسألة-نفقة المعتدة من طلاق بائن-، وخروجه عن المذهب المالكي مبني على أساس رعاية مصلحة المعتدة، ذلك أنها خلال هذه المدة تكون ممنوعة شرعا من الارتباط بالغير حفظا للنسب من الاختلاط والاشتباه، ولا ريب أن هذا مقصد عظيم جاءت الشريعة الإسلامية لحفظه من ناحية الوجود والعدم.

كما أن استحقاق نفقة العدة مرهون بمكوث المعتدة في السكن العائلي؛ أي يسقط متى خالفت المعتدة ذلك.

ولقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/04/11 على استحقاق المعتدة النفقة بقولها: «نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج»<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بتحديد مقدارها، فإن ذلك يدخل في إطار سلطة القاضي التقديرية، حيث يراعي حالة وظروف كل من الزوجين، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في القرار السابق قولها: «لكن حيث إن العبرة في صحة الحكم هي بصدوره موافقا للقانون، ومادام أن المجلس اعتبر أن المبلغين المحكوم

1- أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، دار البصائر، (دت) ص 343.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2007/04/11، ملف رقم 390091، العدد 2008/01، ص 245.

بهما للمطعون ضدها غير مقدرين وفقا لما استقر عليه رأي الغرفة، فإن هذا كاف ما دام تقدير التعويض ونفقة العدة يدخلان في إطار السلطة التقديرية لقضاة الموضوع<sup>1</sup>.

ومن تقديرات نفقة العدة ما ذكر في القرار الصادر بتاريخ 2010/09/16 قوله: «وتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ 90.000 تعويضا عن الطلاق التعسفي ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة ومبلغ 3000 دج شهريا نفقة إهمال، ومبلغ 5000 دج بدل إيجار يسري ابتداء من تاريخ صدور الحكم»<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة وتمديدها

من البديهي والمسلم به أن للحضانة مدة معينة تؤول وتنهي عندها، ومن الطبيعي أن تختلف مدتها باختلاف الجنس، نظرا لتباين تركيبتهما النفسية والعقلية والجسدية، وعلى هذا الاعتبار حدد المشرع الجزائري فترة انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، حيث نصت المادة 65 من قانون الأسرة على ذلك بقولها: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج<sup>3</sup>، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أُمًا لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون». وبهذا يكون المشرع قد تبني الأخذ بالمذهب المالكي<sup>4</sup> فيما يتعلق بالذكر وخالفه في حق الأنثى.

أما فيما يتعلق بتمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون فقد «سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الطفل من أشد المسائل إثارة من جانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء من جهة، والمصلحين الاجتماعيين من جهة أخرى»<sup>5</sup>.

ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها هذا الموضوع، فقد رأى المشرع إمكانية تمديد سن الحضانة إلى (16) سنة، وخص بذلك الذكر دون الأنثى، وذلك «بحجة أن مدة حضانة الفتاة، حسب رأينا طويلة

1-القرار السابق، ص 247.

2-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، العدد 2010/02، ص 269.

3-أي 19 سنة طبقا لنص المادة 07 قولها: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...».

4-المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، (دط). ج 1، ص 941.

5-مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، حميدو زكية، جامعة تلمسان، السنة الدراسية (2004/2005)، ص 62.

مقارنة مع مدة حضانة الفتى، إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن العاشرة<sup>1</sup>، وبهذا يكون المشرع قد خالف المذهب المالكي في مسألة تمديد الحضانة إلى سن(16).

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية نجد أن المحكمة العليا قضت بهذا التمديد المخالف لرأي المالكية في مدة انتهاء حضانة الذكر في قرارها الصادر بتاريخ 2011/02/10 قولها: «حيث أن الصفة تبقى قائمة للحضنة في إقامة الدعاوى الخاصة بشؤون المحضون، ما دامت الحضانة سارية لم يوضع لها حد بحكم قضائي، لأن الحضانة بالنسبة للذكر فضلا على أنها قابلة للتمديد إلى 16 سنة، فإن الحكم بانتهائها يراعى فيه مصلحة المحضون»<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: الاشتراط في عقد الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من ق.أ والتي جاء فيها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

من خلال نص هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري قرر كقاعدة عامة الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط، وأن العقد شريعة المتعاقدين، و هذه الشروط تعد عوامل مساعدة على استقرار الأسرة، حيث أجاز للزوجين اشتراط ما شاء من الشروط أثناء إبرام العقد، أو بعد ذلك في عقد رسمي لاحق منفصل عن عقد الزواج، و في ذلك تأكيد على ضرورة الالتزام والوفاء بهذه الشروط، لكن شريطة ألا تتصادم مع نصوص هذا القانون.

ومما يمكن ملاحظته وإضافته إلى ما سبق قوله، نجد أن المشرع الجزائري لم يجعل حق الاشتراط مقتصرًا أو حكرا لطرف دون آخر، بل جعله حقا يتمتع به كل من الرجل والمرأة على حد سواء، وبذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالاشتراط، إلا أننا نلمس في تقديرنا تغليب جانب المرأة على الرجل كونها الحلقة الأضعف في هذا العقد، وبرهان ذلك ما ضربه من أمثلة للشروط التي يمكن اشتراطها، بل والتركيز عليها بعبارة "لا سيّما"، وهي شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، وكل هذا من أجل حماية حقوق المرأة وضمانا لها من تعسف الزوج في تقديره.

1- المرجع نفسه.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم 599850، العدد 2012/01، ص 283.

ومما يمكن للمرأة إضافته كذلك من الشروط أثناء إبرام العقد أو في عقد لا حق منفصل كإتمام دراستها واشتراط مسكن منفرد عن أهل الزوج، أو أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عند حقوق الضرر بها<sup>1</sup>، وغير ذلك من الشروط التي يمكن التوسع فيها بحسب البيئات والأزمنة، ما لم تتصادم مع ما نص عليه المشرع في هذا القانون.

وفي حالة عدم الالتزام والوفاء بالشروط فقد أجاز المشرع للزوجة طلب التطلق من القضاء طبقا لنص المادة 53 الفقرة 09 قولها: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق<sup>2</sup> «بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج».

إلا أن هذا ليس على إطلاقه إذ يملك القاضي سلطة تقديرية في الشرط الذي لم يوف به الزوج<sup>2</sup>. وبعد بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة الاشتراط وإطلاقه لسלטان الإرادة للزوجين في الاشتراط، فإنه لم يتقيد بما جاء في المذهب المالكي<sup>3</sup>، بل إن موقفه هذا يتماشى مع مذهب الحنابلة<sup>4</sup> من ناحية حرية الاشتراط ومن ناحية عدم الوفاء به.

### خاتمة

من خلال تناولنا لهذه النماذج التطبيقية للاجتهادات القضائية في بعض مسائل الأسرة، تبين لنا أن الاجتهاد القضائي الأسري ومن ورائه قانون الأسرة يسعى لإيجاد الحلول المناسب لعديد المسائل الأسرية، ويُلْمَس هذا الأخير من خلال تغيير الاجتهاد في المسألة، والخروج عن المرجعية الوطنية-المذهب المالكي- إلى

1- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط4 (2013)، ص75.

2- التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، شامي أحمد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية (2009)، ص213.

3- يرى المالكية أن الأصل في الشروط المنع، فلا يجوز تقييد العقد بأي شرط من الشروط، إلا إذا قام الدليل على جوازه. المقدمات، ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، ط1 (1988/1408)، ص482. مواهب الخليل، الخطاب، دار الكتب العلمية، ط1 (1995/1416)، ص373.

4- القواعد النورانية، ابن تيمية، ت: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن جزي، ط1 (1422)، ص261.

آراء فقهية أخرى سعيًا منه البحث عن الحلول والبدائل قصد الاستجابة للمتطلبات الأسرية، ومسايرة المستجدات، وفي نهاية هذا البحث تم الخلوص إلى النتائج الآتية.

- سعي الاجتهاد القضائي البحث عن الحلول والبدائل قصد الاستجابة لمتطلبات الأسرة.

- تذبذب الاجتهاد القضائي في كثير من المسائل، وهذا ما يحول دون توحيده.

- عدم الالتزام بالمرجعية والتقيد شضبها إذا كان الحل أو البديل موجودا في غيرها من المذاهب.

### - قائمة المصادر والمراجع.

- 1- أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، دار البصائر، (دت).
- 2- الزواج والطلاق في قانون الأسرة، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط3(1996).
- 3- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1(2008/1429).
- 4- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ط1(1427).
- 5- محاسن الشريعة، القفال الشاشي، دار الكتب العلمية، ط1(1428/2007).
- 6- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط4(2013).
- 7- القواعد النورانية، ابن تيمية، ت: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن جزي، ط1(1422).
- 8- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، (دط).

### - الرسائل الجامعية.

- 1- مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، حميدو زكية، جامعة تلمسان، السنة الدراسية (2005/2004).

### - المجالات القضائية.

- 1- مجلة المحكمة العليا، العدد01(1999).
- 2- مجلة المحكمة العليا، العدد01(2008).
- 3- مجلة المحكمة العليا، العدد01(2009).
- 4- مجلة المحكمة العليا، العدد02.01(2010).
- 5- مجلة المحكمة العليا، العدد02.01(2011).
- 6- مجلة المحكمة العليا، العدد01(2012).

7-مجلة المحكمة العليا، العدد02(2014).

### -القوانين.

- 1-قانون رقم84-11مؤرخ في09رمضان عام 1404الموافق ل 09 يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005(ج ر مؤرخة في 27 فبراير 2005).

## La protection juridique de l'environnement dans le cadre de Développement durable a la lumière de la législation algérienne

الحماية القانونية للبيئة في إطار

التنمية المستدامة على ضوء التشريع الجزائري

Meriem BELKESSAM

Fculté de droit, bba – Algerie-

### Résumé:

Le concept de développement durable a émergé depuis la fin des années quatre-vingt du XXe siècle, en raison de la négligence du développement des aspects environnementaux, ce qui a entraîné souvent une concurrence dans le domaine des marchés économiques et l'expansion dans des projets de développement au détriment de l'environnement aux choses graves, parfois dévastatrices.

importants pour parvenir à un développement durable demeure une nécessité urgente qui doit accompagner cette évolution et protéger l'environnement de manière équilibrée, pour la protection des ressources naturelles et la survie de la vie sur terre. Un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire à leurs besoins.

**Mots-clés:** Environne, Développement durable, environnement et développement durable, Dimensions.

## الملخص:

ظهر مفهوم التنمية المستدامة منذ نهاية ثمانينات القرن العشرين، نتيجة إهمال التنمية للجوانب البيئية، إذا كثيرا ما أدى التنافس في مجال الأسواق الاقتصادية والتوسع في المشاريع التنموية على حساب البيئة إلى أمور خطيرة كانت في بعض الأحيان مدمرة.

فإذا كانت التنمية بمختلف أشكالها من المسائل الاستراتيجية المهمة لتحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي للدول والمجتمعات وتقدمها، فإن التنمية المستدامة تبقى من الضرورات الملحة التي يجب أن ترافق هذه التنمية وتحمي البيئة بطريقة متوازنة، حماية للثروات الطبيعية وبقاء للحياة على وجه الأرض. التنمية التي تلي احتياجات الحاضر دون المساس بقدرة الأجيال المقبلة على احتياجاتها.

**الكلمات المفتاحية:** البيئة، التنمية المستدامة، العلاقة بين البيئة والتنمية المستدامة، الأبعاد.

**Introduction:**

Il est indéniable aujourd'hui que le droit est le moteur des politiques environnementales. Il facilite l'adoption de la mise en œuvre de ce dernier. Mais la protection juridique ne suffit pas à elle seule à indiquer la dégradation de l'environnement aussi faut-il le reconnaître.

Après l'indépendance jusqu'à nos jours, l'Algérie passe par de nombreuses étapes pour arriver à ce qui est le cas aujourd'hui dans le domaine de la protection de



l'environnement, soit par leur constitution, ou par leur législation, ou par les traités internationaux ratifiés par l'Algérie.

La protection de l'environnement est l'une des options affichées dans la stratégie du développement dans notre pays, comme toute procédure de fonctionnement nécessaire à l'inauguration de tout un ensemble des textes juridiques relatives à la protection de l'environnement, de ce fait on a préféré d'énoncer le cadre juridique de la protection de l'environnement en Algérie depuis l'indépendance à ce jour.

Et pour mieux cerner le sujet, on répond à la problématique suivante:

### **Comment est protégé notre environnement dans la législation algérienne ?**

Nous essayerons d'y répondre en citant le cadre juridique de la protection de l'environnement, et pour bien éclaircir nous allons ici exploiter deux voles qui sont la protection de l'environnement dans les différentes constitutions, les conventions ratifiées par l'Etat Algérien, et dans les défirent textes réglementaire relatifs à cette protection.

Section 01: la constitution

Section 02: les conventions ratifiées par l'Etat Algérien

Section 03: législation et réglementations relative à la protection de l'environnement.

#### **Section 01: la constitution**

Depuis l'indépendance l'Algérie a connu quatre constitutions à ce jour.

1. **La constitution de 1963**<sup>1</sup>: n'a pas mentionné la question de l'environnement dans ces articles, et la situation restée opaque jusqu'à la charte de 1976 ou il y a eu une petite indication sur la protection de l'environnement ou ils ont insisté sur la protection de l'environnement et la protection de la santé publique ainsi qu'elle impose aux collectivités locales, aux institutions économiques et socioculturelles dans de jouer un rôle primordial dans le développement et la mise en œuvre de la politique de protection de l'environnement . Cette dernière doit être une préoccupation de tous les citoyens et elle ne doit pas être comprise comme étant une responsabilité de l'Etat uniquement.<sup>2</sup>

Et dans le même contexte, la charte de 1986 a ajouté dans le cinquième chapitre spécialisé a l'aménagement urbain et la promotion des infrastructures tout en indiquant que cette charte signale la nécessité de la protection de l'environnement.<sup>3</sup>

2. **La constitution de 1976**: la constitution de 1976 a chargé l'Assemblée populaire nationale pour déterminer les règles générales de la protection de l'environnement dans le domaine de la législation. Cela en légiférant de grandes prérogatives dans les domaines de l'aménagement d'environnement et de territoire, la protection de la faune et la flore, et la préservation de patrimoine culturelle et historique ainsi que l'ordre générale de l'eau et des forêts.<sup>4</sup>

3. **La constitution de 1989**: après ça révision et les changements idéologique, on n'a pas constaté un changement concret au niveau des ambitions de conseil constitutionnel dans la constitution citée précédemment. On trouve qu'il a donné

---

<sup>1</sup> La constitution du 10 septembre 1963, journal officiel n 64 du 10 septembre 1963.

<sup>2</sup> L'ordonnance n 76-57 du 05 juillet 1976 portant la publication de la charte nationale du 1976, journal officiel n 61 du 30 juillet 1976, p 966.

<sup>3</sup> Décret présidentiel n 86-22 du 09 février 1986 portant la publication de la charte nationale des 1986 journaux officiel n 07 du 16 février 1986, p 250.

<sup>4</sup> Article 151 paragraphes du 22 au 25 de l'ordonnance 76-97 du 22 novembre 1976 portant la publication de la constitution de la république Algérienne et populaire du 1976 journal officiel n 94 du 24 novembre 1976.

toutes les prérogatives à l'assemblée populaire nationale pour déterminer les règles générale de l'environnement et le cadre de la vie y compris la protection de la faune et la flore ainsi que la préservation le patrimoine culturel et l'ordre générale de l'eau et des forets.<sup>1</sup>

4. **La constitution de 1996**: la constitution de 1996 et dans son préambule on trouve l'expression suivante: « un peuple immunisé par ces valeurs spirituelles perpétuée et la conservation de ces traditions en solidarité et justice, culturel et économique aujourd'hui et demain ». le fondateur de la constitution a considéré les règles générale concernant l'environnement , le cadre de vie, l'aménagement urbain et toutes les règles relatives à la protection de la faune et de la flore, la protection de patrimoine historique et culturel et le maintien de l'ordre public des forets et des terres pâturages, et le système générale des mines et des hydrocarbures comme un champ réservé à la législation.<sup>2</sup>

### **Section 02: les conventions ratifiées par l'Etat Algérien**

L'accumulation des problèmes et des dégâts causé à l'environnement par les diverses activités humaines, qui dépassent les frontières des pays, exige des expériences et le savoir-faire de tous les pays de monde, qu'elles soient avancé ou pas en matière de la protection de l'environnement, d'intervenir pour faire face à ces problèmes que l'environnement a subis, avec tous les moyens qu'il faut, comme les coopérations et les conventions internationales, et ces dernières jouent un rôle très important dans la sensibilisation et la pratique des pays dans le domaine de la protection de l'environnement.

---

<sup>1</sup> Article 151 paragraphes du 22 au 25, de l'ordonnance 76-97 du 22 novembre 1976 portant la publication de la constitution de la république Algérienne et populaire du 1976 journal officiel n 94 du 24 novembre 1976.

<sup>2</sup> Articles 122 de la constitution du 1996, décret présidentiel 96-438 du 07 décembre 1996 portant la publication de révision de la constitution journal officiel n 76 du 08 décembre 1996.

L'Algérie comme plusieurs pays au monde avait ratifié plusieurs conventions depuis l'indépendance a ce jour.

Et on va essayer dans ce que suit de donner un aperçu sur quelques conventions conclues et ratifiées par l'Algérie en mettant l'accent sur les objectifs et finalités de chaque convention.

- la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, ratifiée par l'Algérie en 11 décembre 1982 et cette convention est venue dans le but de préserver les espaces naturels contre tous changement négatifs qui peuvent d'atteindre, et conserver les ressources naturelles dans les pays d'Afrique.<sup>1</sup>

- la convention cadre des nations unies sur le changement climatique, cette convention porte sur les modifications de l'environnement qui affectent l'équilibre de l'écosystème naturel et le fonctionnement des systèmes socio-économiques et la santé de l'homme. L'Algérie a ratifié cette convention le 10 Avril 1993.<sup>2</sup>

- la convention sur la protection de la diversité biologique qui est tenue à Rio de Janeiro le 05 juin 1992, a été ratifiée par l'Etat Algérien le 06 juin 1995.<sup>3</sup>

- la convention des nations unies pour la lutte contre la désertification qui s'est tenue le 17 juin 1994 à Paris a été ratifiée par l'Etat Algérien le 22 Janvier 1996.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Décret n 82-440 du 11 décembre 1982 portant ratification de la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles signées à Alger le 15 septembre 1968, journal officiel n 51, du 11 décembre 1982, page 1685.

<sup>2</sup> Décret présidentiel n 93-99 du 10 Avril 1993 portant ratification de la convention cadre des nations unies sur les changements climatiques adoptée par l'Assemblée générale des nations unies le 09 Mai 1992 journal officiel n 23 du 18 Avril 1993 p 04.

<sup>3</sup> Décret présidentiel n 95-163 du 07 moharrem 1416 correspondant au 06 juin 1995 portant ratification de la convention sur la diversité biologique signée à Rio de Janeiro le 05 juin 1992 journal officiel n 31 du 07 juin 1995.

Nous rappelons que l'Algérie a ratifié aussi la convention relatives aux zones humides<sup>2</sup>, la convention des nations-unies sur le droit de la mer<sup>3</sup>...etc.

### **Section 03: législation et réglementations relative à la protection de l'environnement**

L'Algérie commençait à s'intéresser à la dégradation de l'environnement depuis les années 80, la loi n 83-03 de 05 février 1983 relative à la protection de l'environnement repose sur des principes essentiels de protection de l'environnement, notamment la protection contre les différentes nuisances et pollutions et sur l'intégration de la protection de l'environnement dans la planification nationale.

Deux décennies après la promulgation de la loi de 1983, le constat est négatif et aucune amélioration notable n'a été enregistrée en matière de la protection de l'environnement, comme, il ressort des travaux préparatoires de la loi relative à la protection de l'environnement promulguée en 2003 que l'Algérie ne possède pas un stratégie à la fois nationale et globale, en matière de protection de l'environnement, de nature à garantir une gestion efficace des ressources naturelles et leur protection contre toutes les formes de pollutions dues facteurs économiques, naturels et humains.

---

<sup>1</sup> Ordonnance n 96-04 du chaabane 1416 correspondant au 10 janvier 1996 portant approbation de la convention des nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touché par la sécheresse et/ou la désertification en particulier en Afrique adoptée à paris le 17 juin 1994 journal officiel n 003 du janvier 1996 page 12.

<sup>2</sup> Décret n 82-439 du 11 décembre 1982 portant adhésion de l'Algérie a la convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine signée a ramzar « Iran » le 02 février 1971 journal officiel n 51 du 11 décembre 1982 page 1683.

<sup>3</sup> Ordonnance n 96-05 du 19 chaabane 1416 correspondant au 10 janvier 1996 portant approbation de la convention des nations –unies sur le droit de la mer journal officiel n 03 du 14 janvier 1996 page 13.

Dans ce sens nous allons limiter notre travail aux quelques lois de troisième génération tout en citant quelques principes de lois relatives à la protection de l'environnement.

### **La loi n 83-03 relative à la protection de l'environnement:**

C'est la première loi inaugurée en Algérie depuis l'Indépendance, elle a pour objet la mise en œuvre d'une politique nationale de protection de l'environnement comportant selon les quatre premiers articles sur:

- La protection et la destruction et la valorisation des ressources naturelles.<sup>1</sup>
- la prévention et lutte contre toute forme de pollution et de nuisance,
- L'amélioration du cadre et de la qualité de la vie.

Suite à ces objectifs, la loi n 83-03 ajoute quelques principes généraux à savoir:

- la planification nationale prend en compte le facteur de protection de l'environnement qui est une exigence fondamentale de la politique nationale de développement économique et social.<sup>2</sup>
- le développement national implique l'équilibre nécessaire entre les impératifs de la croissance économique et ceux de la protection de l'environnement et de la préservation du cadre de vie de la population.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Article 01 de la loi n 83-03 relative à la protection de l'environnement.

<sup>2</sup> Article 02 de la loi n 83-03 relative à la protection de l'environnement.

<sup>3</sup> Article 03 de la loi n 83-03 relative à la protection de l'environnement.

- dans le cadre de l'aménagement du territoire, l'Etat détermine les conditions d'insertion des projets dans l'environnement et définit la prescription technique et réglementaires relatives au maintien des équilibres naturels.<sup>1</sup>

Cette loi constitue le texte le plus important. Elle consacre pour la première fois le principe de la prise en charge de l'impact de l'environnement sur le processus de développement.

Ce texte juridique législatif affirme la volonté des pouvoirs publics d'intégrer la protection de l'environnement dans la planification nationale et de veiller à l'équilibre entre le développement économique et social et la protection de l'environnement.

En plus des dispositions à caractère général qui portent sur la protection de la nature, de la faune, de la flore et de la protection de la santé des populations, la loi consacre plusieurs chapitres à la protection contre les pollutions et nuisances.

Après ce texte pilote, plusieurs d'autres ont été promulgués, nous citons:<sup>2</sup>

-La loi n 84-12 relative au code forestier,

-La loi n 85-05 du 16/02/1985 relative à la protection de la promotion de la santé modifiée et complétée,

-La loi n 87-03 relative à l'aménagement du territoire, la loi 87-17 du 01/08/1987 relative à la protection phytosanitaire,

---

<sup>1</sup> Article 04 de la loi n 83-03 relative à la protection de l'environnement.

<sup>2</sup> Hinda bacha nasrouche approche écologique une ville saine pour un développement durable

-La loi 90-08 du 07/04/1990 relative à la commune, la loi 90-09 du 07/04/1990 relative à la wilaya, la loi 90-29 du 01/12/1990 relative à l'aménagement et à l'urbanisme,

-Loi n 01-10 du 03/07/2001 relative aux mines, la loi n 01-12 du 19/07/2001 portant loi de finance complémentaire pour 2001, la loi n 01-19 du 12/12/2001 relative à la gestion, au contrôle et à l'élimination des déchets, la loi n 01-20 du 12/12/2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire,

-Loi n 02-02 du 05/02/2002 relative à la protection et valorisation du littoral, loi n 02-08 du 08/05/2002 relative aux conditions de création des villes nouvelles et de leur aménagement.

-La loi 03-10 du 19/07/2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable.... Etc.

Cette évolution dans les textes reflète l'évolution dans la compréhension des concepts liés à la protection de l'environnement. Ces lois constituent une vraie toile de fond qui pourrait servir comme cadre pour un plan national de développement durable.

### **La loi n 03-10 du 19 juillet relative a la protection de l'environnement dans le cadre de développement durable:**

Cette loi a pour objet la mise en œuvre d'une politique nationale de protection de l'environnement dans le cadre du développement durable.

Elle fixe les principes fondamentaux et les règles de gestion de l'environnement: la protection, la restructuration et la valorisation des ressources naturelles, la restauration des milieux endommagés, la prévention et la lutte contre



toute forme de pollution et nuisance, l'amélioration du cadre et de la qualité de la vie, la promotion de l'utilisation rationnelle des ressources naturelles disponibles.

Elle est formée par 114 articles répartis en 08 titres.

La loi institue les prescriptions de protection de la diversité biologique, de l'air et de l'atmosphère, de l'eau et des milieux aquatiques, de la terre et du sous-sol, des milieux désertiques de la mer et du cadre de vie. Elle institue aussi les prescriptions de protection contre les nuisances.

Cette loi se base sur les principes du nouveau droit de l'environnement adopté au niveau international, notamment:

- le principe de préservation de la diversité biologique ;
- le principe de non dégradation des ressources naturelles ;
- le principe d'action préventive et de correction par priorité de la source ;
- le principe de précaution ; le principe de du pollueur-payeur.

Cette loi considère aussi un ensemble d'instruments destinés a la gestion de l'environnement qui sont:

- une organisation de l'information environnementale.
- une définition des normes environnementale.
- une planification des actions environnementales menues par l'Etat.
- un système d'évaluation des incidences environnementales des projets de développement.

- une définition des régimes juridiques particulières et des organes de contrôle.<sup>1</sup>

Le législateur algérien a opté pour une formule à double usage pour promulguer les lois relatives à la protection de l'environnement, d'une part on détermine les mesures protectrices qui luttent contre l'atteinte à l'environnement et d'autre part on détermine les sanctions pénales prises à l'encontre des contrevenants.<sup>2</sup>

### **La conclusion:**

La protection de l'environnement est considérée comme un instrument mis en place par la sociétés pour interdire, orienté, ou conseiller les comportements des administrations, des opérateurs économiques et des citoyens en vue de la protection des différents éléments de l'environnement.

Le développement accélère des technologies moderne a eu des effets dévastateurs sur les différents écosystèmes ce qui constitue une menace pour l'équilibre même de la planète.

L'importance de la protection de l'environnement a l'échelle planétaire et le caractère novateur des textes adopté dans cette perspective démontrent la volonté de la communauté internationale de lutte contre la pollution et les nuisances et de préserver l'environnement dans l'intérêt des générations présentes et future.

En terme de proposition, il s'avère impératif de:

- renforcer de la coopération internationale.

---

<sup>1</sup> Article 05 de loi n 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre de développement durable.

- créés de nouvelles mesures pour combler les lacunes du droit de l'environnement actuel.

- projets de cour pénale internationale de l'environnement, de crime contre les générations futures ou de crime contre la nature.

## الفحص الطبي قبل الزواج بين الفقه والقانون الجزائري

### Examen médical pré-nuptial

### Entre la jurisprudence et la loi algérienne

د/ مسعودان فتيحة

د/ محمودي سميرة

كلية الحقوق، جامعة برج بوعريبرج

#### الملخص

اهتم الفقه والقانون الجزائري كغيره من القوانين بموضوع الفحص الطبي قبل الزواج، فالغالب في الفقه مشروعية الفحص الطبي وجوازه، إذ أنه إجراء تمهيدي وقائي يهدف للتنبؤ بالحالة الصحية للمقبلين على الزواج، وليس شرط أو ركن في عقد الزواج، أما القانون الجزائري فعلى عكس ما عليه أغلب أهل الفقه، أخذ بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، فجعل منه شرط من شروط عقد الزواج، وذلك في المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، وفي مواد المرسوم التنفيذي رقم 06 - 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11.

**الكلمات الدالة:** الكشف الطبي، الكشف الجيني، الإرشاد الجيني.

#### Résumé

La jurisprudence et la loi se sont intéressées comme les autres lois au sujet de l'examen médical, dans la plupart des cas dans la jurisprudence la légitimité de l'examen médical est contingence, car c'est une procédure préliminaire préventive qui vise à prédire l'état de santé des futures époux. C'est que ça ne constitue pas une condition mais fait partie du contrat de mariage, et c'est pour cela que la loi algérienne contrairement à ce que pense la majorité des jurisconsultes, a rendu l'examen médical pré-nuptial obligatoire, puisqu'il constitue l'une des condition du mariage, et ce dans l'article 7 bis de la loi n°06 - 2006 fixant les conditions et les modalités de l'application des dispositifs de l'article 7 dis de la loi n° 84 - 11.

**Mot clés :** examen médical, examen génétique, orientation génétique.

## مقدمة

للزواج أهمية عظيمة في حياة الفرد وفي حياة الشعب والأمم، وقد دلّ الإسلام على عظم شأن الزواج في مواضيع كثيرة من الكتاب والسنة، والزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي كل المخلوقات لقوله تعالى " وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"<sup>1</sup>، وفي قول آخر: " سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ"<sup>2</sup>.

والزواج آية من آيات الله في خلقه لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً..."<sup>3</sup>، وهو السبيل لاكتمال الخصائص عند الرجال والنساء، والسبيل الأمثل للعفاف والإحصان، وسبيلا لتكثير الأمة وحفظها من الزوال لقوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً"<sup>4</sup>، "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةٍ"<sup>5</sup>.

والزواج قاعدة كبرى من قواعد المنهج الإلهي للحياة البشرية وأصلا كبيرا من أصول العقيدة التي ينبثق منها النظام الإسلامي، ذلك أن الزواج في الإسلام، إخلاص، حب، مودة، سكن، طمأنينة، وفاء، رحمة، وهذا مستمد من توجيهات القرآن الكريم والأحاديث النبوية حيث النصوص الكثيرة والأمر بالزواج والمعيلة لشأنه.

فإذا كان الأمر كذلك فلا بد من الوسائل المعينة على ذلك، كحسن اختيار الشريك، كفاءة وديننا وخلقا وعافية، وما يهم هو عافية المقبلين على الزواج، ولا يتحقق ذلك إلا بتكريس نمط للتأكد من سلامة وعافية الطرفين ضمناً لسلامتهما وسلامة الذرية والمجتمع، ويكون ذلك بالفحص الطبي قبل الزواج، ما دفع بأهل الفقه (الإسلامي، الطبي، الوضعي)، والقوانين الغربية والعربية، ومنها القانون الجزائري الذي نحن بصدد البحث فيه، بالاهتمام بمثل هذا الموضوع، ما دفعنا لطرح الإشكالية الآتية: ما موقف الفقه والقانون الجزائري من الفحص الطبي قبل الزواج؟، وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا الموضوع إلى ثلاثة

<sup>1</sup> - الذاريات، الآية 49.

<sup>2</sup> - يس، الآية 36.

<sup>3</sup> - الروم، الآية 21.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 1.

<sup>5</sup> - النحل، الآية 72.

مباحث، المبحث الأول بعنوان مفهوم الفحص الطبي بين الفقه والقانون الجزائري، والمبحث الثاني بعنوان الأمراض التي يكشف عنها الفحص الطبي في الفقه والقانون الجزائري، والمبحث الثالث بعنوان الفحوصات الطبية المطلوبة قبل الزواج في الفقه والقانون الجزائري.

### المبحث الأول: مفهوم الفحص الطبي بين الفقه والقانون الجزائري

سندرس في هذا الفصل مفهوم الفحص الطبي في الفقه ( المبحث الأول)، مفهوم الفحص الطبي في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم الفحص الطبي في الفقه

نتناول في هذا المبحث تعريف الفحص الطبي في الفقه (الفرع الأول)، حكم ودليل مشروعية الفحص الطبي في الفقه ( الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي في الفقه

ندرس في هذا الفرع تعريف الفحص الطبي لغة (الفرع الأول)، تعريف الفحص الطبي اصطلاحاً (الفرع الثاني).

#### أولاً: تعريف الفحص الطبي لغة

الفحص لغة: من فَحَصَ فَحْصاً و مَفْحَصاً عن الشيء: بحث، ومنه فحص التلميذ إذا اختبر علمه وكُنه دراسته وتحصيله، افْتَحَصَ و تَفَحَّصَ عن الشيء: بحث عنه، ومنه فَحَصَ كل منا عن عيب صاحبه وسِرِّهِن، الفَحْصُ: مصدر وهو الكشف والبسط والحُفْر<sup>1</sup>، والفَحْصُ: شدة الطلب، فَحَصَ عنه فَحْصاً بَحْثً وكذلك تقول فَحَصْتُ عن فلان وَفَحَصْتُ عن أمره لأعلم كُنْهَ حَالِهِ<sup>2</sup>.

والطبي منه الطبيب: العالم بالطب، وجمع القلة: أطِبَّةٌ، والكثير أطِبَاءٌ، والمتطبَّب: الذي يتعاطى علم الطب، والطَّبُّ والطَّبُّ لغتان في الطَّبِّ<sup>3</sup>، والطَّبُّ، مُثَلَّثَةٌ الطاءِ: عِلاجُ الجِسْمِ والنَّفْسِ<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، ج.4، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960، ص364، 365.

<sup>2</sup> - ابن منصور الإفريقي، لسان العرب، ج.8، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوى والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الأمرية، د.س.ن، ص.330.

<sup>3</sup> - أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية مرتبا ترتيبا ألف بائيا وفق أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.690.

## ثانيا: تعريف الفحص الطبي اصطلاحا

عُرِفَ الفحص الطبي بعدة تعاريف متقاربة نذكر منها: "هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة، والوصول إلى تشخيص المرض"<sup>2</sup>، "الفحص الجيني هو أن يصدر ولي الأمر، أو من يمثله أمرا بالإلزام بالكشف الطبي عن أمراض معينة في حالات خاصة أو لعموم الناس"<sup>3</sup>، "المراد بالفحص الطبي هو القيام بالكشف على الجسم بكل الوسائل المتاحة (من الأشعة، والكشف المخبري والفحص الجيني ونحوهما) لمعرفة ما به من مرض"<sup>4</sup>، "الفحص الطبي هو إجراء تحليل مخبري للدم للرجل والمرأة المقبلين على الزواج للكشف عن أمراض الدم الوراثية"<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه

سندرس في هذا الفرع حكم الفحص الطبي في الفقه (أولا)، دليل مشروعية الفحص الطبي في الفقه (ثانيا).

## أولا: حكم الفحص الطبي

نتيجة البحث والتحليل تم التوصل الى النتيجة الآتية: إن الفحص الطبي عند أغلب هل الفقه ليس أمرا واجبا على مقبلي الزواج، كما أنه ليس بركن أو بشرط لانعقاد الزواج؛ وإنما هو أمر جائز مباح مندوب إليه، وفي آخره ضروري.

<sup>1</sup> - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط، مرتب ترتيبا ألف بائيا وفق أوائل الحروف، د.ط.، دار الحديث، القاهرة، 2008ص.989.

<sup>2</sup> - أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية ، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، ط.1، دار النفائس، بيروت، 2000، ص.763.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجلد1، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.130.

<sup>4</sup> - علي محي الدين القرة داغي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، العدد السابع، 2005، دبلن - أيرلند، ص.277.

<sup>5</sup> - محسن بن علي فارس الحازمي، الإرشاد الوراثي الوقائي أهميته النوعية والأمراض التي يجري فيها الاختبار الوقائي، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجلد1، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.191.

فقال الأستاذ "حسن محمد المرزوقي": "الفحص أمراً مشروعاً، خصوصاً أن المحافظة على الأسرة وسلامتها من الواجبات، وكذلك من المعلوم أن في عصرنا الحاضر، مع كثرة الأوبئة والأمراض وتفشي العلل التي لم تعرف من قبل واتساع البلاد واختلاط الأسر وتباعدها وعدم إمكانية معرفة الأسر وأفرادها برمتها، فإننا بحاجة إلى الفحص"<sup>1</sup>، وهناك من قال أن الفحص الطبي أمر مندوب أمثال الدكتور "أحمد محمد كنعان"، فقال: "وبناء على ما تقدم نرى أن الفحص الطبي قبل الزواج مندوب إليه، لأنه نوع من تخيير الزوج أو الزوجة، ولأنه يمكن أن يكشف عن الأمراض وعلل يكمن الوقاية منها والحد من انتشارها، إلى جانب فوائد أخرى كثيرة، وقد أصبح الفحص الطبي اليوم وسيلة سهلة موثوقة للكشف عن الكثير من الأمراض والعيوب والتشوهات..."<sup>2</sup>.

وقيل في توصيات ندوة الوراثة والجينوم البشري من منظور إسلامي أنه جائز؛ فجاء فيها ما يلي: "يجوز إجراء الفحص الجيني قبل الزواج، مع اشتراط الوسيلة المباحة الآمنة لما فيه من تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وحماية الأسرة من الأمراض الوراثية، ولولي الأمر الإلزام به لمصلحة معتبرة عامة"<sup>3</sup>.

ولا يجوز الإجبار على إجراء الفحص الطبي، لما فيه من إلزام بحق لم يأت به الشرع، ولما فيه من حرج على الراغبين في الزواج، إلا إذا أُلزم ولي الأمر به لمصلحة معتبرة عامة فإن طاعته في ذلك واجبة"<sup>4</sup>. وهو ما قال به "ناصر عبد الله الميمان": "استناداً للفوائد المترتبة على هذه الوسيلة، وبناء على ما فيها من دفع للضرر قبل وقوعه، ولتحقيقها للمقاصد الشرعية في الأحكام من صيانة النفس والنسل، فإن عمل هذا الفحص جائز، مع اشتراط الوسيلة المباحة الآمنة، والقول بوجوبه مطلقاً بعيداً لأن فيه إيجاب حق

<sup>1</sup> - حسن محمد المرزوقي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور إسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد2، 2002، ص.857.

<sup>2</sup> - أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد2، 2002، ص.864.

<sup>3</sup> - قرارات وتوصيات الدورة الحادية والعشرون لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الرياض، المملكة العربية السعودية، قرار رقم: 203(21/9) بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري (المجين)، 2013، ص.271.

<sup>4</sup> - توصيات ندوة الوراثة والجينوم البشري من منظور إسلامي، للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.313.



لم يأت الشرع به ولم يدل عليه وفيه حرج على المكلفين نفسيا وماليا، ويترتب على القول بوجوبه مطلقا مفاسد<sup>1</sup>.

وهناك من يرى أنه مهم وضروري أمثال "أحمد بن عبد العزيز الحداد": فقال الفحص الطبي قبل الزواج مهم لدرء خطر المرض الوراثي، وهذا يعني ضرورة أن تجري استشارة طبية لفحص الأمراض الوراثية بين الراغبين في النكاح قبل الإقدام عليه، سواءً أكان ذلك مع الأبعاد أم الأقارب، حتى يعرف الراغبان في الزواج حالهما فإما أن يكفا عن إمضاء الزواج، وسيغنى الله كلا من سعته وإما أن يقدم على بصيرة فلعلهما يحتاطا لأمرهما لتقليل الأخطار<sup>2</sup>.

وهناك من يراه أنه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أمثال الأستاذ: "محمد شبي" إذ قال "إن الفحص الطبي لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج، ولأن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى، ويمكن تنظيمه بحيث لا يترتب عليه ضرر"<sup>3</sup> ونشير إلى أنه بالكشف بوجود مرض لا يعني الامتناع الإجباري على الزواج فحسب، فمثلما قال "محمد علي البار": وتنادي الهيئات الطبية والمنظمات الحكومية في كثير من البلدان بإجراء فحص قبل الزواج للراغبين فيه لمعرفة الحاملين لجين معين في مجموعة عرقية معينة أو في بلد معين، فإذا كان مثلاً المقبلان على الزواج يحملان الجين نفسه فإن عليهما أن يعيدا النظر في رغبتهما هذه، وإذا كان الارتباط النفسي قويا فإن هناك بدائل عديدة منها: الفحص للجين أثناء الحمل، فالبدائل إذا رغبا في الزواج تكمن في أنه ينبغي على الطبيب أن يوضح لهما أنّ هناك بدائل كثيرة ممكنة إذا رغب في الزواج وهي عدم الإنجاب والاكْتفاء بتربية واحد أو أكثر من الأيتام واللقطاء،

<sup>1</sup> ناصر بن عبد الله الميمان، نظرة فقهية للإرشاد الجيني، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.277.

<sup>2</sup> أحمد بن عبد العزيز الحداد، زواج الأقارب بين الفقه والطب، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، مج.2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص.864.

<sup>3</sup> محمد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، مجلة الحكمة، العدد السادس، لندن، 1416، ص.201، ص.91، نقلا عن: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2000، ص.91.

وفي الغرب يتم التبنى رسمياً وهو نظام معترف به هناك، إذا رغبا في الإنجاب يجب عليهما القيام بفحص نتيجة الحمل في المراحل التالية<sup>1</sup>.

وأن الفحص الجيني ليس إجبارياً فقال محمد وهبة الزحيلي " لا يكون الإرشاد الجيني إجبارياً، ولا ينبغي أن تفضي نتائجه إلى إجراء إجباري ينبغي، فلا يجوز إجبار أي شخص لإجراء الاختبار الوراثي<sup>2</sup>، لكن هناك من قال أنه يكون إجبارياً في الحالات التالية إذا انتشر الوباء في مجتمع معين أو مجموعة عرقية معينة، إذا أُلزم به ولي الأمر فإن طاعته واجبة<sup>3</sup>.

والفحص الطبي قبل الزواج يفضل أن يكون مثلما قال البعض قبل العقد مباشرة أي زمن الخطبة<sup>4</sup>. وفي مقابل الاتجاه الفقهي الذي قال بمشروعية وجواز الفحص الطبي قبل الزواج، يرى فضيلة الشيخ ابن باز رحمه الله، في إحدى الفتاوى، أنه لا حاجة لهذا الكشف، حيث نصح المتقدمين على الزواج بإحسان الظن بالله، فالله سبحانه وتعالى يقول: " أنا عند حسن ظني عبدي بي"، ولأن الكشف يعطي نتائج غير سليمة<sup>5</sup>.

### ثانياً: دليل مشروعية الفحص الطبي في الفقه

استدل الفقه على مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج من الكتاب والسنة، وهذا ما سنراه في هذا الفرع.

#### 1: دليل مشروعية الفحص الطبي من القرآن الكريم

استدل أهل الفقه بمشروعية الفحص الطبي من الكتاب من قوله تعالى: " وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ"<sup>6</sup>، وهذه الآية لا تخص بالذات موضوع الفحص الطبي قبل الزواج، وإنما تخص الإنفاق في سبيل الله، حيث جاء في تفسير الآية ما يلي: أن المراد بهذه الآية هو الجهاد بالمال

<sup>1</sup> - محمد علي البار، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية (نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية)، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد4، 2002، ص. 4، 1534، 1535.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج.9، دمشق، دار الفكر، 2010، ص. 839، 840.

<sup>3</sup> - ناصر بن عبد الله الميمان، نظرة فقهية للإرشاد الجيني، المرجع السابق، ص. 277.

<sup>4</sup> - ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17 العدد الأول، 2001، ص. 286.

<sup>5</sup> - جريدة المسلمون العدد 597، 12 يوليو 1996، ص. 11، نقلاً عن: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2000، ص. 92.

<sup>6</sup> - سورة البقرة، الآية 195.

بالإنفاق لكن دون الإلقاء أو الإفضاء بالنفس إلى التهلكة من كثرة الإنفاق أي الإسراف بالإنفاق، لغاية تضييع الزوجة والأولاد فيقول لا أجد شيئاً<sup>1</sup>، ولكن في المقابل هناك من قال أنّ عدم الإنفاق في سبيل الله هو الذي يؤدي إلى التهلكة<sup>2</sup>، فاستدلوا أنّ كل ما يؤدي إلى التهلكة يجب تجنبه والتحرز منه، حيث قال الأستاذ "جمال الدين عطية": "إنّ الله تعالى نهي أن يورد إنسان نفسه مورد التهلكة في الدنيا والأخيرة"<sup>3</sup>، وقالت الأستاذة الفاضلة أن التهلكة تكون بتعاطي الأسباب المؤدية إليها في الدنيا والخسران في الآخرة، وهو نهي شامل لكل موارد التهلكة، ولا يختص بصورة منها، حيث ثبت أنّ من الأمراض ما هو معد، ومنها ما هو متوارث فإنّ تجنب أسباب العدوى ووراثية المرض يكون مأموراً به ومنهيا عن عدمه<sup>4</sup>.

ومن قوله تعالى أيضاً: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا خُذُوا حِذْرَكُمْ فَانفِرُوا ثَبَاتٍ أَوْ انفِرُوا جَمِيعًا"<sup>5</sup>، فجاء في تفسير هذه الآية، أن وصاه بالحذر لثلاثين نال العدو أمله، ويدرك فرصته، فالآية أمر من الله تعالى بأخذ العدة والسلاح الذي ينفذ في مواجهة العدو وغزوه وحره<sup>6</sup>، ولكن أهل الفقه قالوا بعموم الآية على كل ما هو هالك، ولا يقتصر فقط على حالة محاربة العدو.

## 2: دليل مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج من السنة

إنّ الفحص الطبي الأولي قبل الزواج؛ نَبّه إليه الرسول صلى الله عليه وسلم بصورة بسيطة سهلة غير معقدة، من ذلك ما هو قولاً وتوجيهاً: إذ نجد عن سهل بن سعد رضي الله عنه: أنّ امرأة جاءت رسول الله ص فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، جِئْتُ لِأَهَبَ لَكَ نَفْسِي، فَنَظَرَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ص فَصَعَّدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا

<sup>1</sup> - محمد علي طه الدرّة، تفسير القرآن الكريم وإعرابه وبيانه، ج1، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2009، ص.453.

<sup>2</sup> - محمد عزّة دروزة، التفسير الحديث، تفسير السور حسب النزول، ج.6، ط.3، دار الغرب الإسلامي، الحلبي، القاهرة، 2000، ص.330.

<sup>3</sup> - جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.ط، 2001، ص.142.

<sup>4</sup> - محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014، 2015، ص.46.

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية 71.

<sup>6</sup> - مأمون حموش، التفسير المأمون على منهج التنزيل الصحيح المسنون، ج.2، ط.1، دمشق، سوريا، 2007، ص.281.

وَصَوَّبَهُ، ثُمَّ طَاطَأَ رَأْسَهُ، فَلَمَّا رَأَتْ الْمَرْأَةَ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ فِيهَا شَيْئًا جَلَسَتْ<sup>1</sup>، وفي حديث آخر أن رجل أراد أن يتزوج امرأة، فقال له النبي ص: "أنظر إليها؛ فإن في أعين نساء الأنصار شيئاً"<sup>2</sup>.  
 ونجد أيضا عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"<sup>3</sup>، وقول رسول الله ص "تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ"<sup>4</sup>، وقول رسول الله ص "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ"<sup>5</sup>، ويحدث أن الرسول ص قال "لَا يُورِدُ مُمْرَضٌ عَلَى مُصْحٍ"<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم الفحص الطبي في قانون الجزائري

سنتناول في هذا المبحث تعريف الفحص الطبي في القانون الجزائري، وفي الفرع الثاني حكم ودليل مشروعية الفحص الطبي في القانون الجزائري.

### الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي في القانون الجزائري

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك من خلال قانون الأسرة وذلك في المادة 7 مكرر من القانون<sup>7</sup>، والمرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام

- <sup>1</sup> - ابن إبراهيم الجعفي البخاري، صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم مع حاشية السهارة نفوري وحاشية السندي، البشري، كراتشي، باكستان، 2016، ص. 2329.
- <sup>2</sup> - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن، المعروف بالسنن الكبرى، ج. 6، ط. 1، دار التأصيل، القاهرة، 2012، ح. رقم 5540، كتاب الزواج، إذا استشار الرجل رجلا في المرأة هل يخرجه، ص. 183.
- <sup>3</sup> - محمد بن عيسى الترمذي أبو عيسى، جامع الترمذي مع شمائل الترمذي، ص. 165.
- <sup>4</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج. 2، ط. 1، ح رقم 2050، كتاب الزواج، باب من تزوج الولود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص. 86.
- <sup>5</sup> - أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، 1999، ح. رقم 1968 كتاب النكاح، باب الأَكْفَاءِ، ص. 213.
- <sup>6</sup> - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ط. 1، ح. رقم 2221، كتاب السلام الطَّبِّ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوء ولا غول، ولا يورد ممرض على مصح، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003، ص. 30.
- <sup>7</sup> - أمر رقم 05 - 02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 84 - 11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 15، مؤرخة في يوم الأحد 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

المادة 7 مكرر من الأمر 05 - 02 والمتضمن قانون الأسرة<sup>1</sup>، والأمر رقم 76 - 79 يتضمن قانون الصحة العمومية (الملغى)<sup>2</sup>، لكن لم يعطي تعريفاً للفحص الطبي، وهذا لا يعتبر قصوراً منه، علماً أنّ التعريفات من اختصاص الفقه (القانوني أو الشرعي).

### الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعية الفحص الطبي في القانون الجزائري

سندرس في هذا الفرع حكم الفحص الطبي في قانون الجزائري (الفرع الأول)، دليل مشروعية الفحص الطبي في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

#### أولاً: حكم الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري

المشرع الجزائري أعطى للفحص الطبي حكم الوجوب والإلزام، على عكس الفقه الذي جعل منه أمراً جوازياً ومشروعاً يخضع لإرادة الأطراف، إلاّ في بعض الحالات الاستثنائية، وهو ما يظهر خلال المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي نصها: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكميات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"<sup>3</sup>.

هذا معناه أن المشرع الجزائري قد اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت من باب اتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة والوقائية للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 06 - 154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدّد شروط وكميات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 31 مؤرخة في 16 ربيع الثاني 1427 الموافق 14 مايو 2006.

<sup>2</sup> - أمر رقم 76 - 79 مؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر سنة 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر. عدد 101 مؤرخة في 27 ذو الحجة عام 1396 الموافق 19 ديسمبر 1976.

<sup>3</sup> - أمر رقم 05 - 02، المرجع السابق.

أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين أو على الأطفال عند الإنجاب<sup>1</sup>، بعد أن كان هذا الشرط لا وجود له في ظل قانون الأسرة قبل تعديله وتمتمته، ويكون المشرع الجزائري باشتراطه للشهادة الطبية السابقة للزواج قد التحق بموكب التشريعات العربية والدول الأجنبية التي سبقته في هذا المجال، بعد أن تأكد من الآثار الإيجابية التي يربتها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع<sup>2</sup>.

كما أنه هناك من قال أنّ هذه الشهادة الطبية لا تخص العذرية بالنسبة للمرأة، لأن العذرية أو البكارة غير مشترطة في الزواج، ولكنها تخص الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج<sup>3</sup>.

وما يبين أيضا أنّ المشرع الجزائري أخذ بالزامية الفحص الطبي قبل الزواج: ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 يحدّد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11: " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن (3) أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق في

بهذا المرسوم"<sup>4</sup>.

والمادة 6 من المرسوم نفسه " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

وأكثر من ذلك فالمشرع ألزم في المادة 1/7 من المرسوم السالف الذكر، كل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، بحوث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص. 195.

<sup>2</sup> - بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة العليا، 2006، ص. 60.

<sup>3</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، ط. 3، دار هومة، الجزائر، 2015، ص. 35.

<sup>4</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 06 - 154، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه.

والفحص الطبي هو شرط من شروط إبرام عقد الزواج، لكن سلامة الزوجين من الأمراض ليس بشرط، حيث لا يجوز للموثق وضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين بعني خلافا لإرادة طرفي عقد الزواج<sup>1</sup>.

### ثانيا: دليل مشروعية الفحص الطبي في القانون الجزائري

الدليل على أنّ المشرع الجزائري كرس مشروعية الفحص الطبي، هو المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن (3) أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق في بهذا المرسوم"<sup>2</sup>، والمرسوم التنفيذي رقم 06-154 السابق الذكر، الذي حدّد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، خصوصا المادة 2 منه والتي نصها " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن (3) أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق في بهذا المرسوم"، والمادة 6 من نفس المرسوم والتي نصها: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

والمادة 1/7 من المرسوم نفسه والتي نصها: " يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج"<sup>3</sup>.

نشير فقط أنّ المشرع الجزائري قد تعرض لذكر الفحص الطبي قبل الزواج، قبل تعرضه له في قانون الأسرة لسنة 2005، وذلك في قانون الصحة العمومية لسنة 1976 (الملغى)، وذلك في المادة 115 والتي نصها: " تحدد بموجب مرسوم، كيفيات الفحص الطبي السابق للزواج وذلك لأجل حماية صحة العائلة"<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> - المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - الأمر 05 - 02 المرجع السابق.

<sup>3</sup> - راجع المرسوم التنفيذي 06 - 154، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - أمر رقم 76 - 79، يتضمن قانون الصحة العمومية، المرجع السابق.

إذ يتضح من هذا النص أنّ المشرع الجزائري اشترط الفحص الطبي قبل الزواج لحماية الأسرة من الأمراض السارية، ولكن لم يصدر أي مرسوم بعد صدور هذا النص يحدد كيفية إجراء الفحص السابق للزواج، ومن ثم فإن المادة لم تحدد أي تطبيق لها في المجال العلمي<sup>1</sup>.

وعند إلغاء الأمر الصادر عام 1976م المتضمن قانون الصحة، وصدور القانون الحالي المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جاءت نصوص خالية من أي نص يفيد تقديم شهادة الفحص الطبي<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: الأمراض التي يكشف عنها الفحص الطبي في الفقه والقانون الجزائري

نتناول في هذا الفصل الأمراض التي يكشف عنها الفحص الطبي في الفقه (المطلب الأول)، الأمراض التي يكشف عنها الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الأمراض التي يكشف عنها الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه

من خلال التطلع على ما كتبه أهل الفقه عن الفحص الطبي؛ تمكنا من جمع الأمراض التي قد يشملها الفحص الطبي وهي على سبيل المثال نذكر منها:

#### الفرع الأول: تشوهات الجهاز التناسلي

تشوهات الجهاز التناسلي في أحد الزوجين، مما يحول دون قيام علاقة جنسية صحيحة بينهما كالادارة أو انتفاخ الخصية عند الرجل، العفلة أو الورم الذي ينبت في قُبَل المرأة، الرتق، الانسداد، الفتق، الخنثة...<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: الأمراض التي تولد النفور وعدم الإحساس بالسكينة بين الزوجين

كالجنون الجذام أو البرص، وتدخل ضمنها العيوب المشتركة بين الزوجين، العيوب الخاصة بالزوج، العيوب الخاصة بالزوجة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عضيات صفوان محمد رضا علي، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة قانونية تطبيقية، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، ص.83.

<sup>2</sup> - مبروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في قانون الأسرة الجزائري، ص.75، نقلا عن عضيات صفوان محمد رضا علي، المرجع السابق، ص.83.

<sup>3</sup> - أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.764، 765.

<sup>4</sup> - حسن محمد المرزوقي، المرجع السابق، ص.84، 858، 859.



### الفرع الثالث: الأمراض المعدية

حيث هناك أمراض معدية وأمراض غير معدية، فالأمراض المعدية مثل السل، الجدري، والتهاب الكبد الوبائي، ومرض نقص المناعة المكتسب ونحوها، وأمراض غير معدية مثل أمراض السكر والقلب ونحوهما<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: الأمراض الوراثية

وهي الأمراض التي تنتج عن خلل في الصبغيات، الموجودة في نواة كل خلية عددا أو تركيبا، أو التي تنتج عن عيب في احد المورثات<sup>2</sup>، والأمراض الوراثية ليست تلك التي سبق ظهورها في الأسرة، بل لها أسباب عديدة منها الاختلاف في الكروموزومات عددا أو تركيبا، ومنها العيوب في أحد الجينات سواء أدى إلى مرض وراثي متنح أم سائد أم مرتبط بالجنس أم من طفرة في أحد الجينات<sup>3</sup>.

### الفرع الخامس: الأمراض المزمنة

فالفحص الطبي يهدف للتحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة بعد الزواج، مثل السرطانات وغيرها مما له دور في إرباك استقرار الحياة الزوجية المؤلمة<sup>4</sup>.

### الفرع السادس: تنافر الزمر الدموية

مثل تنافر العامل الريسوسي بين الزوجين مما يهدد حياة الأولاد بالخطر لأنه يمكن أن يسبب انحلال دم الوليد إذا لم تتخذ بشأنه الإسعافات اللازمة العاجلة عقب الولادة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - علي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص.278.

<sup>2</sup> - سامية التمتاي، الوراثة البشرية الحاضر والمستقبل، ص.55، وإياد احمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع، ط. دار الفتح للدراسات والنشر، عمان الأردن، 1432هـ، ص.77، نقلا عن عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، المرجع السابق، ص.131.

<sup>3</sup> - عبد الستار أبوغدة، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، بحث مقدم لبحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013، ص.151.

<sup>4</sup> - أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2000، ص.85.

<sup>5</sup> - أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.764، 765.

## المطلب الثاني: الأمراض التي ينصب عليها الفحص الطبي في القانون الجزائري

تعرض المشرع الجزائري لبعض الأمراض التي ينصب عليها الفحص الطبي قبل الزواج، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

### الفرع الأول: السوابق الوراثية والعائلية

من الأمراض التي ينصب عليها الفحص الطبي حسب القانون الجزائري، نجد السوابق الوراثية والعائلية، وذلك لهدف الكشف عن بعض العيوب، أو بهدف معرفة إمكانية إصابة الشخص بها، وهو ما نصت عليه المادة 1/4 من المرسوم التنفيذي 154/06: " يمكن أن ينصبّ الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/ أو القابلة للإصابة ببعض الأمراض.

ما يلاحظ على المادة أنّ فحص السوابق الوراثية والعائلية، لم ترد على سبيل الإلزام، بل هي على سبيل الاختيار، حيث استعمل المشرع كلمة "يمكن"، ما يفيد الجواز والخيار دون الإلزام والإجبار.

### الفرع الثاني: فحوصات أخرى

إنّ الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري لا ينصب على فحص السوابق الوراثية والعائلية، بل زيادة على ذلك يمكن أن ينصب الفحص على فحوصات أخرى، وهو ما نصت عليه المادة 2/4 من المرسوم التنفيذي 154/06: "وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/ أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

ما يلاحظ على المادة أنّها اكتفت بذكر عبارة "فحوصات أخرى"، فلم تعطي أي مثال عنها، ما عدا ما سبقها في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، ما يوحي أن الأمراض التي تجرى عليها الفحوصات الطبية لم تذكر على سبيل الحصر، بل ذكرت على سبيل المثال، ما يجعل من مجالها واسعا يخضع لإرادة الأطراف، ولتوجيه الأطباء، إذ يمكن للطبيب القائم بالفحص أن يقترح على المتفحص إجراء فحوصات أخرى بغرض الكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية، بعد إعلامه بمخاطر العدوى منه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 2/4 من المرسوم التنفيذي 06 - 154، المرجع السابق.

وما يبين أيضا أنّ الأمراض التي ينصب عليها الفحص الطبي وفقا لقانون الأسرة الجزائري مذكورة على سبيل الحصر، لا المثال، ما نصت عليه المادة 1/7 مكرر من ق.أ.ج.: يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

### المبحث الثالث: الفحوصات الطبية المطلوبة قبل الزواج في الفقه والقانون الجزائري

سنتناول في هذا الفصل الفحوصات الطبية المطلوبة في الفقه (المطلب الأول)، والفحوصات الطبية المطلوبة قبل الزواج في القانون الجزائري (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الفحوصات الطبية المطلوبة قبل الزواج في الفقه

من الفحوصات الطبية قبل الزواج نذكر ما يأتي:

##### الفرع الأول: فحص سريري

للكشف عن التشوهات الخلقية، ولاسيما تشوهات الجهاز التناسلي التي تؤثر على العلاقة الجنسية بين الزوجين، كما يمكن بالكشف السريري الكشف عن بعض حالات العقم أيضا<sup>1</sup>.

##### الفرع الثاني: فحوص مخبرية

للكشف عن الأمراض المعدية (الزهري، الإيدز، الالتهاب الكبدي الوبائي بأنواعه التي تتوفر لها فحوص حتى الآن)، الأمراض الوراثية ( وخاصة فقر الدم المنجلي، متلازمة التلاسيميا، انحلال الدم بنقص خميرة، الناعور، أو الهيموفيليا)، الأمراض المزمنة (السكري، الفشل الكلوي، السرطان...)، تنافر الزمر الدموية وبخاصة العامل الريسوسي، فحص السائل المنوي للكشف عن بعض حالات العقم عند الرجال<sup>2</sup>.

##### الفرع الثالث: فحوص أخرى

يرى أهل الطب ضرورة إدراجها مستقبلا هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن لكل مجتمع من المجتمعات البشرية مشكلات صحية محلية أو أمراض متوطنة، ولهذا يمكن تكييف برنامج الفحص قبل الزواج بما يتلاءم مع الأمراض الشائعة في كل مجتمع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص. 869.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 869.

<sup>3</sup> - أحمد محمد كنعان، المرجع نفسه، ص. 869.

## المطلب الثاني: الفحوصات الطبية قبل الزواج في القانون الجزائري

تطرق المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي من المرسوم التنفيذي 154/06 إلى

بعض الفحوصات الطبية التي ينصب عليها الفحص الطبي، هذا ما نذكره في هذا المبحث.

### الفرع الأول: فحص عيادي شامل

من الفحوصات التي تقام على مقبلي الزواج تحت لواء الفحص الطبي قبل الزواج، وفقا

لقانون الأسرة الجزائري نجد الفحص العيادي الشامل، ويكون ذلك إلزاميا، إذ لا يجوز للطبيب أن يسلم

الشهادة الطبية، دون إجراء ذلك الفحص، وهو ما نصت عليه المادة 1، 2/3 من المرسوم التنفيذي

154/06 فجاءت كالتالي: " لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2، إلا

بناء على نتائج:

-فحص عيادي شامل<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تحليل فصيلة الدم

الفحص الطبي وفقا للقانون الجزائري لا ينصب فقط على فحص عيادي شامل بل ينصب أيضا

ولزوما على تحليل فصيلة الدم، حيث أنه لا يمكن للطبيب تقديم الشهادة الطبية، قبل القيام أو دون القيام

بتحليل فصيلة الدم المقبل على الزواج وهو ما نصت عليه المادة 1، 3/3 من المرسوم التنفيذي 154/06

"لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2، إلا بناء على نتائج:

-تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus)<sup>2</sup>.

حيث قال في هذا الصدد الأستاذ " الصابوني": " إني أقترح أن يضيف الشرع إلى هذه الشهادة)

الشهادة الطبية) تقريرا يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين فقد أثبت الطب الحديث بما توصل إليه

المختبر من دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل

تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن للطب

حاليا أن ينبئ عنها نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي 06 - 154، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص. 237، نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق،

ص. 91، 92.

### المطلب الثالث: فوائد ومساوئ الفحص الطبي قبل الزواج ومساوئه

ونتناول فيه ما يلي:

#### الفرع الأول: فوائد الفحص الطبي

الكشف المبكر عن العديد من الأمراض الوراثية، ومن ثم التمكن من منعها قبل وقوعها، أو المسارعة لعلاجها أو التخفيف من آثارها قبل انتشارها وتوسع وقتها<sup>1</sup>، والوقاية من أمراض الدم الوراثية وعلى الأخص مرض الثلاسيميا<sup>2</sup>.

معرفة مدى قدرة الخاطب والمخطوبة من إتمام الزواج، بالكشف عما في أحدهما أو كليهما من عقم، أو عجز جنسي كامل أو ناقص، والكشف عن الأمراض النفسية المؤثرة في العلاقة بين الطرفين، والكشف عن أمراض لا تمنع ولكن تؤثر في الحمل والولادة، ذلك من أجل اللجوء إلى الخيارات الأخرى إذا تبين مرض احدهما أو كلاهما، وكالبحث عن شريك آخر.

المحافظة على صحة النسل، و المحافظة على الزواج نفسه، وتحقيق الاطمئنان والسكنى من خلال معرفة الطرفين لخلوهما من الأمراض، الحد من انتشار الأمراض المعدية<sup>3</sup>.

الكشف عن الأمراض والعاهات الخفية ونصح الأزواج فإن النصائح الطبية للأزواج والزوجات تمكنهم من اجتناب كثير من الأسباب المزعجة والمنفرة لكل منهم وهذا ما يجعلهم يكونون حياتهم الزوجية على أساس صحيح وسليم.

الكشف عن زمرة الدم لمعرفة إمكان الحمل. الكشف من قبل الطبيبة لمعرفة سلامة الأعضاء المخطوبة وللوقوف عن كذب لمعرفة سلامة ونوع غشاء البكرة ضمانا لاستمرار الحياة الزوجية دون شك أو تهمّة.

إن الفحص الطبي الدقيق يظهر الأمراض الخفية الخطيرة كالزهري أو فطريات أو طفيليات للجهاز التناسلي<sup>4</sup>، إن الفحص الطبي قد يكشف بعض الأمراض الخبيثة التي تنتقل وراثيا والتي يجب عند العلم بها

<sup>1</sup> - عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، المرجع السابق، ص.133.

<sup>2</sup> - عضيبات صفوان محمد رضا علي، المرجع السابق، ص.56.

<sup>3</sup> - علي محي الدين القرّة داغي، المرجع السابق، ص.280،281.

<sup>4</sup> - حسن محمد المرزوقي، المرجع السابق، ص.857.

عدم الإقدام على الزواج لما فيها من تسبب لإيذاء الغير وتعذيبه ثم قتله وذلك كمرض الإيدز والكبد الوبائي والسل وغيرها من الأمراض الخبيثة<sup>1</sup>.

تحاشي العدوى ونقل الأمراض المعدية أو الوراثية للأصحاء، لاسيما عند الإقدام على الزواج، قبل الاستشفاء من تلك الأمراض التي يسهل انتقالها للسلالة(الأسباب الوراثية الوقائية)<sup>2</sup>.  
تثقيف الخاطبين صحيا بالنواحي التي تؤدي إلى سعادة الزوجين وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق، وإزالة شكوكهما غير المبررة، ودحض الأفكار والمعتقدات الخاطئة التي قد تلتبسهما، فكم من حالة زواج فشلت بسبب أسس غير علمية ولا منطقية<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مساوئ الفحص الطبي قبل الزواج

قد يؤدي هذا الفحص إلى الإحباط الاجتماعي، فمثلا لو أثبتت الفحوصات أن هناك احتمالا لإصابة المرأة بالعقم، أو بسرطان الثدي، واطلع الآخرون على ذلك، فذلك يسبب لها ضررا نفسيا واجتماعيا، وفي هذا قضاء على مستقبلها، خاصة أن الأمور الطبية تخطئ وتصيب. يجعل هذا الفحص حياة بعض الناس قلقة مكتئبة ويائسة إذا ما تم إخبار الشخص بأنه سيصاب بمرض عضال لا شفاء له.  
تبقى نتائج التحليل احتمالية في العديد من الأمراض وهي ليست دليلا صادقا لاكتشاف الأمراض المستقبلية، فتحرم هذه الفحوصات البعض من فرصة الارتباط بزواج نتيجة فحوصات قد لا تكون أكيدة، ثم قل ما يخلو الإنسان من أمراض خاصة إذا علمنا أن الأمراض الوراثية التي صنفت تبلغ أكثر من (3000 مرض وراثي)، أن التسرع في إعطاء المشورة الصحية في الفحص يسبب من المشاكل بقدر ما يجلها، وقد يساء للأشخاص المقدمين على الفحص، بإفشاء معلومات الفحص واستخدامها استخداما ضارا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن عبد العزيز الحداد، المرجع السابق، ص. 989.

<sup>2</sup> - عبد الستار أبو غرة، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، بحث مقدم في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثامن، ج. 3، 1994، ص. 169.

<sup>3</sup> - محمد المختار شبرو، المرجع السابق، ص. 34.

<sup>4</sup> - عارف، عارف علي، الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، العدد الخامس، الجامعة الإسلامية بماليزيا، 1999، ص. 130، 133، وهارسيني، زولت وآخرون، التنبؤ الوراثي، ترجمة: مصطفى إبراهيم فهمي، سلسلة عالم المعرفة، العدد 130، الكويت 1988، ص. 259، 286، نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، الزواج العربي، ص. 87، 86.

إيهام الناس إن إجراء الفحص الطبي سيقبهم من الأمراض الوراثية: وهذا أمر غير صحيح لأن الفحص الطبي الوراثي لا يبحث سوى عن مرض واحد أو اثنين منتشرين في مجتمع معين، فإذا قيل للراغبين في الزواج كلاكما سليم، ولا يحمل الجين الوراثي للثلاسيميا، أو أن أحدهما فقط يحمل الجين وبالتالي فإن الذرية لن تصاب بهذا المرض، فإن هذا القول قد يوهم هؤلاء الأشخاص بأنهم سينجبون ذرية سليمة من الأمراض الوراثية والعيوب الخلقية ثم يفاجئون عند الإنجاب بوجود ذرية مصابة بأحد العيوب الخلقية والأمراض الوراثية الأخرى، إذ انه من المستحيل أن يقول أحد أن الفحص الطبي قبل الزواج أو حتى فحص الأجنة للأمراض الوراثية سيؤدي إلى ذرية سليمة 100%، وهذا لا يقوله إنسان عاقل فضلا أن يقوله طبيب.

إيهام الناس أن زواج الأقارب هو السبب المباشر لهذه الأمراض الوراثية المنتشرة في مجتمعاتنا، وهو أمر غير صحيح على إطلاقه، فنسبة الأمراض الوراثية والعيوب الخلقية التي تكتشف عند الولادة في المجتمعات التي ينذر فيها زواج الأقارب لا تقل عن 2%، وتزداد إلى 5% يتم فحص الأطفال في السن الخامسة. إن جعل الحكومات الفحوصات إجبارية إلزامية فإن المشاكل ستزداد حدة كما أن إيجاد شهادة بالسلامة من العيوب الصحية والوراثية أمر غير سليم في أوطاننا

ربما هذه الفحوصات زادت من إحجام الشباب وعزوفهم عن الزواج، فالكثير عازفون عن الزواج بسبب كلفته فما بال زيادة تكاليف الفحص الطبي قبل الزواج وتأثيرات ذلك الفحص وخاصة عند ظهور صفة وراثية غير مرغوب فيها في أحد الخاطبين فإن ذلك قد يشكل عائقا كبيرا في الزواج مثل هذا الشخص.

من يتحمل كلفة الفحوصات الطبية قبل الزواج وهل ينبغي أن نجعل ذلك على عاتق الراغبين في الزواج أم أن الدولة والمجتمع ينبغي أن تساهم على الأقل في التخفيف من هذه الكلفة. أهمية السرية التامة وعدم كشف نتائج الفحوصات إلا لصاحبها، وهذا الأمر قد لا يمكن التحكم فيه تحكما تاما فتحدث تسريبات لهذه الأسرار ويضار أصحابها<sup>1</sup>، فقال الأستاذ "أحمد رجائي الجندي": التحليل الجيني يعتبر من اخص خصوصيات الفرد لأنه سر الأسرار ولا يمكن لأحد أن يطلع عليه، فعليه كم هائل من الأسرار الشخصية لصاحبه فيحكي الماضي وبه الحاضر والمستقبل ويمكن أن يدخل المستقبل إلى

<sup>1</sup> - محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 1554 - 1564.

بمجرد توقعات وتحليل (DNA) تتحول هذه المعلومات المطلسة إلى كتاب مفتوح يعطي صورة لقارئه عن حالة صاحبه خاصة من الناحية الجسدية وما يمكن أن يصيبه، بجانب النواحي النفسية والعقلية، وتعتبر هذه المعلومات حساسة جدا للشخص نفسه<sup>1</sup>.

إن الكشف عن بعض الأمراض الوراثية للفرد يترتب عليه آثار كبيرة على حياته الخاصة، منها الامتناع عن الزواج منه رجلا كان أو امرأة، فيؤثر على زواجه، وعلى كثير من أموره الخاصة، مما يترتب عليه إضرارا به دون ذنب اقترفه، بل قد لا يصبح مريضا مع أنه حامل الفيروس، فليس كل حامل للمرض مريض، ولا كل مرض متوقع يتحتم وقوعه<sup>2</sup>.

الفحوصات الطبية الجينية لا تستطيع إعطاء إجابات مرضية لكل شخص ممن يحتمل إصابتهم بمرض جيني معين، ففي بعض الأسر التي تكررت بين أفرادها الإصابة بمرض معين، فقد لا يعود هذا المرض إلى أسباب وراثية بل يكون لتأثيرات بيئية مشتركة<sup>3</sup>، لكن هناك من أرجع عيوب الفحص الجيني إلى الفحص الخاطئ أو الإجراءات المتخذة وليس راجع إلى الفحص الطبي ذاته<sup>4</sup>.

#### الخاتمة

نصل في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج التي نتبعها بتوصيات تهدف إلى العمل على تطوير هذه المسألة بما يساهم في جعلها تحقق الهدف من وجودها كما يلي:

أن الفقه اهتم بموضوع الفحص الطبي فأغلب أهل الفقه على جوازه، وأن أهل الفقه رغم قولهم بمشروعية الفحص الطبي، إلا أنهم لم يرقوا بالفحص الطبي لدرجة أن يكون شرطا من شروط عقد الزواج، كما أنّ سلامة المقبلين على الزواج من الأمراض ليس أيضا بشرط من شروط عقد الزواج، بل هو مجرد

<sup>1</sup> - أحمد رجائي الجندي، الجينوم البشري من النظرية للتطبيق رؤية إسلامية، بحث مقدم لمجمع الفه الإسلامي الدولي، الدورة العشرون، ص.28.

<sup>2</sup> - علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص136 - 141.

<sup>3</sup> - إبراهيم بن محمد العبيدي، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج، ط.1، إصدارات مؤسسة خالد الخيرية، الرياض المملكة العربية السعودية، 2005، ص.40.

<sup>4</sup> - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، ط.1، كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2007، ص.95.



إجراء ضروري غير إلزامي سواء في اللجوء إليه أو في نتائجه، فله دور وقائي بنتائجه يستطيع المريض أن يأخذ احتياطات حتى لا تنتقل العدوى إلى الطرف الآخر أو الذرية، ما يتوقى بالفحص الطبي مشكلة التفريق للعيب، إذ بالفحص الجيني يمكن معرفة وجود العيب من عدمه.

المشروع الجزائري اهتم بموضوع الفحص الطبي وذلك في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، وفي مواد المرسوم التنفيذي 06 - 154، لكن المشروع على خلاف الفقه، اعتبر الفحص الطبي قبل الزواج شرط من شروط إبرام عقد الزواج، إذ أنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يبرم عقد الزواج، إذا لم يحضرا طرفي عقد الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في القوانين السابقة الذكر.

ينبغي تهيئة خدمات الفحص الطبي قبل الزواج في نطاق واسع، وتزويدها بالأكفاء من المختصين مع نشر الوعي وتثقيف الجمهور بشتى الوسائل لتعم الفائدة، كما ينبغي توسيع مساحة المعرفة بالفحص الطبي في المعاهد الطبية والصحية والمدارس.

لا يكون الفحص الطبي إجباريا، ولا ينبغي أن تقضي نتائجه إلى إجراء إجباري، فيخضع لرغبة طرفي عقد الزواج، لكن يجب تثقيف الجمهور عن أهمية الفحص الطبي قبل الزواج ونشر الوعي عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والندوات والمؤتمرات، كما يجب أن تناشد السلطات الصحية بزيادة أعداد وحدات الوراثة البشرية لتوفير الطبيب المتخصص في تقديم الإرشاد الجيني وتعميم نطاق الخدمات الصحية المقدمة للحامل في مجال الوراثة التشخيصية والعلاجية بهدف تحسين الصحة الإنجابية.

توسيع دائرة الفحوص المطلوبة قبل الزواج لما ينطوي عليه توسيع هذه الدائرة من فوائد كثيرة للزوجين وللمجتمع، والذي يدعونا لتوسيع هذه الدائرة أن الاكتشافات الطبية الحديثة راحت تكشف لنا يوما بعد يوم عن أمراض جديدة لم تكن معروفة.

### قائمة المراجع والمصادر

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1. إبراهيم بن محمد العبيدي، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج،

ط.1، إصدارات مؤسسة خالد الخيرية، الرياض المملكة العربية السعودية، 2005.

2. ابن إبراهيم الجعفي البخاري، صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم مع حاشية السهارنفوري وحاشية السندي، البشري، كراتشي، باكستان، 2016.
3. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ط.1، ح.رقم 2221، كتاب السلام الطّب، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوء ولا غول، ولا يورد ممرض على مصح، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003.
4. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج.2، ط.1، ح رقم 2050، كتاب الزواج، باب من تزوج الولود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
5. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن، المعروف بالسنن الكبرى، ج.6، ط.1، دار التأصيل، القاهرة، 2012، ح. رقم 5540، كتاب الزواج، إذا استشار الرجل رجلا في المرأة هل يخبره.
6. أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، 1999، ح. رقم 1968 كتاب النكاح، باب الأَكْفَاء.
7. أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، ط.1، دار النفائس، بيروت، 2000.
8. بلحاج العربي، بحوث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص.195.
9. بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة العليا، 2006.
10. جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.ط، 2001، ص.142.
11. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشيبورخ، أحكام الهندسة الوراثية، ط.1، كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2007.

12. حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، ط.3، دار هومة، الجزائر، 2015.
13. مأمون حموش، التفسير المأمون على منهج التنزيل الصحيح المسنون، ج.2، ط.1، دمشق، سوريا، 2007.
14. محمد عزة دروزة، التفسير الحديث، تفسير السور حسب النزول، ج.6، ط.3، دار الغرب الإسلامي الحلبي، القاهرة، 2000.
15. محمد علي طه الدرة، تفسير القرآن الكريم وإعراجه وبيانه، ج.1، ط.1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2009.
16. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج.9، دمشق، دار الفكر، 2010.

### ثالثا: الرسائل والأطروحات الجامعية

1. عضيات صفوان محمد رضا علي، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة قانونية تطبيقية، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، جامعة اليرموك، إربد، الأردن.
2. محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014، 2015.

### رابعا: المقالات والمدخلات العلمية

1. أحمد بن عبد العزيز الحداد، زواج الأقارب بين الفقه والطب، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، مج.2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.
2. أحمد رجائي الجندي، الجينوم البشري من النظرية للتطبيق رؤية إسلامية، بحث مقدم لمجمع الفه الإسلامي الدولي، الدورة العشرون.
3. أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد2، 2002.

4. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2000.
5. حسن محمد المرزوقي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور إسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد2، 2002.
6. عارف، عارف علي، الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، العدد الخامس، الجامعة الإسلامية بماليزيا، 1999، ص.130، 133، وهارسينا، زولت وآخرون، التنبؤ الوراثي، ترجمة: مصطفى إبراهيم فهمي، سلسلة عالم المعرفة، العدد130، الكويتن 1988، ص.259، 286، نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، الزواج العربي.
7. عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجلد1، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
8. عبد الستار أبو غرة، الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، بحث مقدم لبحوث وتوصيات الندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
9. عبد الستار أبو غرة، المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، بحث مقدم في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثامن، ج.3، 1994.
10. علي محي الدين القرّة داغي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، العدد السابع، 2005، دبلن – أيرلند.
11. محسن بن علي فارس الحازمي، الإرشاد الوراثي الوقائي أهميته النوعية والأمراض التي يجري فيها الاختبار الوقائي، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، مجلد1، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.

12. محمد علي البار، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية ( نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية)، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد4، 2002، مجلد4.
13. ناصر بن عبد الله الميمان، نظرة فقهية للإرشاد الجيني، بحث مقدم للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
14. ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد17 العدد الأول، 2001.

#### خامسا: المعاجم اللغوية

1. ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج.8، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوى والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الأمرية، د.س.ن.
2. أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية مرتبا ترتيبا ألف بائيا وفق أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 2009.
3. أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، ج.4، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960.
4. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط، مرتب ترتيبا ألف بائيا وفق أوائل الحروف، د.ط.، دار الحديث، القاهرة، 2008.

#### سادسا: القرارات والتوصيات

1. قرارات وتوصيات الدورة الحادية والعشرون لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الرياض، المملكة العربية السعودية، قرار رقم: 203(21/9) بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري (المجين)، 2013.
2. توصيات ندوة الوراثة والجينوم البشري من منظور إسلامي، للندوة العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي، ، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.

## سابعاً: النصوص القانونية

1. أمر رقم 76 – 79 مؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر سنة 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر. عدد 101 مؤرخة في 27 ذو الحجة عام 1396 الموافق 19 ديسمبر 1976.
2. أمر رقم 05 – 02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 84 – 11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 15، مؤرخة في يوم الأحد 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.
3. مرسوم تنفيذي رقم 06 – 154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 31 مؤرخة في 16 ربيع الثاني 1427 الموافق 14 مايو 2006.

## المبادئ الأساسية للأخلاقيات والآداب الجامعية

## Basic principles of university ethics and ethics

د/ نعيمة عبدلي

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر-

## ملخص

يؤدي التعليم الجامعي دورا هاما في تطوير المجتمع وتنميته وذلك من خلال إسهام مؤسساته في إنتاج كفاءات علمية مدربة على العمل في كافة المجالات والتخصصات المختلفة، وتعد الجامعة من أهم هذه المؤسسات حيث يناط بها مجموعة من الأهداف.

إن ميثاق الأخلاق والآداب الجامعية يؤكد من جديد على المبادئ العامة المستمدة من المعايير العالمية، بالإضافة إلى القيم الخاصة بمجتمعنا، والتي يجب أن تكون المحرك لعملية التعليم، ولتحقيق الأخلاقيات والآداب الجامعية، لذا يجب أن يكون بمثابة أداة للتعبئة ومرجعا، إذ يشير إلى المبادئ الأساسية للحياة الجامعية، ولأهم القوانين واللوائح التي سوف تنتج عنه.

**الكلمات المفتاحية:** الآداب الجامعية، أخلاقيات، ميثاق الأخلاق، الأستاذ الجامعي.

**Abstract :**

University education plays an important role in the development and development of society through the contribution of its institutions in the production of scientific competencies trained to work in all fields and different disciplines, and the university is one of the most important of these institutions where it is entrusted with a set of objectives.

The Charter of University Ethics and Ethics reaffirms the general principles derived from global standards, as well as the values of our society, which must be the engine of the education process and the achievement of university ethics and ethics,

and therefore must serve as a tool for mobilization and reference, referring to the fundamental principles of university life and the most important laws and regulations that will result from it.

Keywords: University Literature, Ethics, Code of Ethics, University Professor.

### مقدمة

يعتبر البحث العلمي أحد أهم الوظائف الرئيسة لمؤسسات التعليم العالي حيث أنه ينتج معرفة تخدم كافة قطاعات المجتمع سياسية واجتماعية واقتصادية وخدمية كما انه يتناول مشكلات المجتمع مقترحا حلول لها، هذا علاوة على المعرفة التي ينتجها البحث العلمي متمثلة في نظريات وقوانين يبنى عليه التطور العلمي والتقدم التكنولوجي والثورة المعرفية.<sup>(1)</sup>

يعيش عالم اليوم عصرا معرفيا هائلا يطلق عليه العصر الرقمي الذي يتسم بعدة سمات أحدثت - ومازالت - نمو معرفيا هائلا تسبب في خلل هنا وهناك (خلل قيمي-اقتصادي-اجتماعي..) والبحث العلمي لاشك متأثر بالعصر الرقمي وخصائصه مما يفرض التمسك بأخلاقيات البحث العلمي ومبادئه خاصة في مجتمع يلقي بالا واهتماما للجانب القيمي الأخلاقي بحكم طبيعة المجتمع العربي وتدينه.<sup>(2)</sup>

أخلاقيات مهنة التدريس من أهم السلوكيات المؤثرة على المعلم، لأنها تشكل لديه رقبيا داخليا وتزوده بأطر مرجعية ذاتية يسترشد بها في عمله ويقوم أداءه وعلاقاته مع الآخرين تقويما ذاتيا يساعده على اتخاذ القرارات الحكيمة<sup>(3)</sup>.

تحكم عضو هيئة التدريس الجامعي ( معيد.....أستاذ) أخلاقيات، فيما يكلف به أو يجريه من بحوث علمية تختم عليه الالتزام الأخلاقي في البحث العلمي، إلا أنه نلاحظ في الآونة الأخيرة نوع ما من الخلل الأخلاق لدى البعض، وقديما لم نكن نسمع عن انحرافات كما يحدث في السنوات الأخيرة حيث تطالعنا الصحف والرقابة الإدارية بقضايا تمس الأخلاق الجامعية وان كان هذا الأمر لم يرقى الى حد الظاهرة

<sup>1</sup> - سلوى بنت عبد الأمير بن سلطان، أخلاقيات مهنة التعليم، مجلة الفكر والمعرفة، عدد 12، 2017، ص12.

<sup>2</sup> - وليد بشيشي، سليم مجلح، "أخلاقيات مهنة التدريس وأثرها على جودة مخرجات التعليم العالي حسب وجهة نظر هيئة التدريسية دراسة تطبيقية باستخدام التحليل العاملي التوكيدي وتحليل المسار"، ملتقى وطني حول آداب وأخلاقيات مهنة التدريس الجامعي والبحث العلمي، معهد علوم وتقنيات النشاطات البدنية والرياضية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المنعقد يومي 03 و04 نوفمبر 2018، ص 15.

<sup>3</sup> - توفيق مرعي، أحمد بلقيس، أخلاقيات مهنة التعليم، ط1، مسقط، 1986، ص95.



الا أنه يمثل مشكلة أو قضية تحتاج البحث والدراسة في هذا المجال بهدف اصلاحه من خلال تقويم مسيرة مهنة التعليم الجامعي عامة والسلوك الأخلاق في البحث العلمي خاصة<sup>(4)</sup>، وهذا يبعث على القول بأهمية هذه الدراسة التي تهدف الى طرح أخلاقيات المهنة في البحث العلمي بين الواقع والمأمول وذلك من خلال طرح التالي : - مهنة التعليم الجامعي أخلاقيات المهنة- بعض مظاهر الانحراف والخلل - أخلاقيات مأمولة في البحث العلمي.

### الفرع الأول: مفاهيم حول أخلاقيات مهنة التعليم

تعد مهنة التدريس من المهن المهمة، والأساسية في حياة المجتمع كله، فعليها يتوقف تقدمه أو تخلفه، لأن المعلم هو حجر الزاوية في العملية التعليمية، وبعض لا يدرك أهمية الدور الفعال للعملية التعليمية في تكوين شخصية الفرد داخل المجتمع، وعليه فأن الأستاذ يقع على عاتقه عبء كبير، ومسؤولية واسعة<sup>(5)</sup>، تجاه طالب ومجتمعه، وتجاه العملية التعليمية، فهو المسئول عن تكوين شخصية المتعلم وتنميته علميا واجتماعيا وخلقيا، ومسئول عن الاسهام الفعال في تقدم مجتمعه في مجال تخصصه، وهو أمام هذه المسؤوليات الجسيمة يحتاج إلى أن يدرك بدقة أخلاقيات مهنة التدريس ويعمل على فعيلها كي تساعده على أداء تلك المسؤوليات المختلفة على الوجه المطلوب.

ومن هنا يمكن القول أن الذي يقحم نفسه في ميدان التعليم بدون إعداد يعد غريبا على مهنة التدريس، غير مفيد لنفسه، ولا لأمتة، وليس هذا فحسب، بل يعد مسئولا ومحاسب على تخلف المجتمع، وعدم جدوى العملية التعليمية في النهوض بالمجتمع لأنه كان دخل مجال لم يكون مؤهلا له، فهو ضامن لكل ما حدث من أخطاء، وما يترتب عليها من آثار سلبية على التعليم والمنهج والمجتمع<sup>(6)</sup>.

واخلاقيات المهنة هي مجموعة المبادئ التي تمثل القيم الأخلاقية التي تعد بمثابة مقاييس مثالية للسلوك المهني، ومجموعة قواعد تمثلا لصفات السلوكية التي يتعين على الأستاذ الجامعي التحلي بها

<sup>4</sup> -زدير خمار، محمد الصالح بوطوطون، "أخلاقيات مهنة الأستاذ الجامعي وعلاقتها بدافعية الانجاز لدى الطالب، مجلة العلوم الانسانية، عدد 8، 2017، ص 164.

<sup>5</sup> - منى سالم أحمد العوجزي، أخلاقيات مهنة الأستاذ الجامعي وأثرها في تكون شخصية الطلاب ورفع معدل تحصيلهم العلمي، مجلة الجامعة، مجلد 03، عدد 21، 2019، ص 125.

<sup>6</sup> - وليد بشيشي، سليم مجلخ، المرجع السابق، ص 08.

عند ممارسته لمهنته لم يعد دور الاستاذ مجرد تلقين للمادة العلمية، بل يتطلب منه أن يقوم بأدوار شتى تؤثر في شخصية الطلاب وفي الرفع من مستوى تحصيلهم العلمي.

### أولاً: مفهوم الأخلاق والمهنة

قبل التطرق إلى مفهوم أخلاقيات المهنة يجدر بنا الإشارة إلى كلا من مفهوم الأخلاق وكذا المهنة حتى نتضح عندنا الروائية.

#### 1-تعريف الأخلاق:

##### أ-لغة:

تعرف الأخلاق لغة على لسان العرب الخلق بضم اللام وسكونها هو الدين والطبع والسجية وحقيقته صورة الانسان الباطنية وهي نفسه أو صيفته ومعانها المختصة بمنزلة الخلق لصورته الظاهرة وأوصافها ومعانيها ولها أوصاف حسنة أو قبيحة<sup>(7)</sup>.

##### ب-اصطلاحاً:

تعرف الأخلاق من حقل معرفي لآخر، فقد عرفوا الأخلاق بأنها مجموعة من الآراء والأفكار والعادات التي تعمل على احترام الحقوق المتبادلة والواجبات المشتركة بين الافراد في حياتهم كأعضاء في المجتمع، أي أنها مجموعة القواعد التي تضبط معاملاتنا مع الآخرين، ويرى بعض علماء الاجتماع أن الأخلاق شكل من أشكال الوعي الاجتماعي يستهدف في جوهره ضبط سلوك الفرد، لذلك يربط علماء هذا الاتجاه الأخلاق بالمجتمع<sup>(8)</sup>.

في حين يركز علماء النفس على الفرد دون النظر إلى العلاقات الاجتماعية فأخلاق عندهم صفة نفسية أو داخلية. أي أنها غلبة ميل من الميول على غيره بصورة مستمرة<sup>(9)</sup>.

وعلى أية حال فإن بعض الباحثين يروا أن الأخلاق معيارية، فهي مجموعة من القواعد والمبادئ المجردة التي يخضع لها الفرد في تصرفاته ويحتكم إليها في تقييم سلوكه وسلوك الآخرين، وتلك القواعد

<sup>7</sup> - الزعبي إبراهيم محمد، معتقدات أعضاء هيئة التدريس والطلبة، مجلة العلوم التربوية، المجلد 40، عدد04، 2013، ص17.

<sup>8</sup> - منى سالم أحمد العوجزي، المرجع السابق، ص 163.

<sup>9</sup> -Duquet (D), L'éthique dans la recherche universitaire: une réalité à gérer, Conseil supérieur de l'Éducation, Québec, 1993, p 121.

والمبادئ مستمدة من تصور فلسفي شامل، يركز على العقل أو الدين، وعليه فإنه يمكن تعريف الأخلاق بأنها مجموعة من القيم والمعايير التي تحدد السلوك الصحيح والخاطئ للفرد<sup>(10)</sup>.

## 2- تعريف المهنة

### أ - في اللغة:

المهنة، والمهنة، والمهنة، والمهنة، كالهذق بالخدمة، والعمل نحو وأمتنه: استعماله للمهنة، والمراد بها: العمل الذي يمارسه الشخص لكسب رزقه، وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة<sup>(11)</sup>.

### ب- في الاصطلاح :

المهنة هي عبارة عن وظيفة يشغلها الفرد، في أي مجال غير المجالات اليدوية، سواء في الزراعة، أو في الصناعة، أو في التجارة، وغيرها...

كما تعرف بأنها: " العمل الذي يقوم به الفرد بإخلاص وتفريغ، مع اعتقاد في مكانه الصحيح في الخطة العامة للحياة. ومع اقتناع بأنه العمل المخصص للفرد الذي يقوم به"، والمهنة هي: ذلك الذي يتفريغ له الإنسان على أنه واجبه الشخصي وفرصته للخدمة العامة، ولتحقيق ذاته<sup>(12)</sup>.

ومن وجهة نظر الباحثين فإن الوظيفة المقصود منها نوعية العمل الخاص الذي يقوم به الإنسان وقد يُعد له مهنيًا ويتفريغ له علمياً، وترتبط به جملة من الحقوق والواجبات، ويؤجر عليه ويتعيش منه، فالوظيفة في إطلاقها العام : مرادفة لكلمة المهنة وفي معناها الخاص قد تكون الوظيفة مرتبة من مراتب المهنة، أو تخصصاً نوعياً من تخصصاتها أو درجة من درجات سلمها الوظيفي<sup>(13)</sup>.

فالعمل الوظيفي الذي يقوم به الأستاذ عمل محدد، يختلف في طبيعة متطلباته، وما

<sup>10</sup> - الغالي طاهر، العامري صالح، المسؤولية الاجتماعية وأخلاقيات الأعمال، دار وائل، 2005، ص15. أنظر أيضاً:

Winch( C), Gingell( G), Key concept the philosophy of education Rout hedge, London, 1999, p122.

<sup>11</sup> - الزعي إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 25.

<sup>12</sup> - هجيرة بلبشير، قوارية بلبشير، رمة برمضان، آداب وأخلاقيات مهنة التدريس بين واقع الممارسة والزامية التطبيق، مجلة الحوار الفكري، مجلد 14، عدد 02، 2017، ص 40.

<sup>13</sup> -Marie-Françoise Fave-Bonnet, Ethique et évaluation des étudiants à l'université, Reserach Gate, Paris, 2016, p40.

يصحبه من وضع أدبي، ومركز مهني عن أعمال أخرى داخلية في إطار هيئة العاملين في الحقل التعليمي وعليه، يمكن الخروج بملخص أن التدريس مهنة ورسالة وفن له أصوله وقواعده ووسائله وأدواته المختلفة<sup>(14)</sup>.

### 3- تعريف أخلاقيات مهنة التدريس:

تعددت تعريفات الباحثين لأخلاقيات المهنة فهناك من عرفها بأنها "مجموعة من القواعد والأصول المتعارف عليها عند أصحاب المهنة الواحدة تستلزم سلوكاً معيناً يقوم على الالتزام بالمهنة وعدم الإخلال بأعرافها"، وقد عرفها باحثين آخرون بأنها: "مجموعة المبادئ والأسس التي يجب على المهني التمسك بها والعمل بموجبها؛ ليكون ناجحاً في تعامله مع الناس، ومهنته، ما دام قادراً على اكتساب ثقة زبائنه وزملائه ورؤسائه".<sup>(15)</sup>

تشير التعريفات السابقة إلى مفهوم المسؤولية، وبتطويع هذا المفهوم على أخلاقيات المهنة فإن الأخيرة تعني أن ثمة مسؤولية تكون ملقاة على عاتق الأفراد العاملين في المهنة الواحدة، وتكون هذه المسؤولية موضوعية أو ذاتية، وتلك المسؤولية الموضوعية تعني مسؤولية العامل أو الموظف إزاء التزامه بمتطلبات العمل بما يحقق أهدافه، وتجسيد رسالة المؤسسة التي يعمل فيها، أي أن معايير المسؤولية الموضوعية خارجية، أما المسؤولية الذاتية فتتعلق بالولاء والانتماء والإخلاص والالتزام بالقواعد الأخلاقية السائدة في عمله، أي تتصل بمسؤولية الفرد إزاء ضميره وقيمه والمعايير الأخلاقية المرتبطة بالعمل، أي أن معايير المسؤولية الذاتية داخلية، ويمكننا القول: أن المسؤولية الموضوعية والذاتية هما مسؤوليتان متداخلتان وتشكلان معاً مفهوم أخلاقيات المهنة<sup>(16)</sup>.

وعليه يمكن تعريف أخلاقيات مهنة الأستاذ الجامعي بأنها: "مجموعة المبادئ والأسس والمثل التي يجب أن يلتزم بها العضو المشارك في العملية التعليمية، والتي تحكم سلوكه أثناء تأدية مهنته". أي تلك المبادئ التي تقع على عاتق الأستاذ وتمثل مسؤوليته تجاه طلابه والعملية التعليمية بكاملها<sup>(17)</sup>.

<sup>14</sup> - الزعيبي إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 23.

<sup>15</sup> - Fortin Pierre, La morale, L'éthique, L'éthicologie, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy, 1995, p224.

<sup>16</sup> - منى سالم أحمد العوجزي، المرجع السابق، ص 140.

<sup>17</sup> - نفس المرجع السابق، ص 141.

وقد حدد بعض الباحثين أنواع المسؤولية، وهي:

أ-المسؤولية الأخلاقية: وتتعلق بالأفعال التي يكون فيها المرء مسؤولاً أمام ضميره ومعاييرها الخاصة.

ب-المسؤولية المدنية: وتتعلق بالأفعال الظاهرة، وتحدد هذه المسؤولية وفقاً للقوانين الوضعية الإنسانية دون النظر للقانون الأخلاقي.

ج-المسؤولية الاجتماعية: وتتعلق بالمجتمعات التي ينسب إليها الأفراد، وتهدف هذه المسؤولية إلى الانصياع للسلطة المجتمعية بما يحقق الصالح العام.<sup>(18)</sup>

وخلص (KRIENTER) بها الاهتمام من لا بد عامة أخلاقية مبادئ عدة هناك أن إلى عند القيام بأي مهنة مهما كان نوعها، وهي: احترام الحياة البشرية، والاستقلالية، والصدق، والعدالة والمساواة والاهتمام بالصالح العام.<sup>(19)</sup>

**ويمكننا القول:** إن الأخلاقيات المهنية للأستاذ تشير في مضمونها إلى مجموعة من القيم المتعلقة بالوظيفة، سواء أكانت قيم اجتماعية، أم اقتصادية، أم دينية، أم جمالية؛ لأن الوظيفة في أصلها ظاهرة اجتماعية يمكن ملاحظتها ووصفها وتحليل عناصرها، وستحدث بإيجاز عن المصادر التي يستمد منها الأستاذ أخلاقيات المهنة :

أ-المصدر الديني: فهو أهم مصدر لأخلاقيات الأفراد بشكل عام، ففي المجتمع - كمجتمع إسلامي - يتحتم على الأستاذ النهي عن الكثير من التصرفات التي ينهي عنها الدين، ويتطلب هذا الأمر أن يراقب الأستاذ " المرئي " نفسه ذاتياً، وذلك بخلاف باقي أنواع الرقابة، كالرقابة الاجتماعية، أو الإدارية إلى غير ذلك.

ب-المصدر السياسي: من الطبيعي أن يتأثر سلوك الأستاذ بخصائص وطبيعة البيئة السياسية في المحيط الذي يزاول مهنته فيه، حيث ينعكس الجو السياسي السائد عليه، فإذا كان جواً ديمقراطياً فإن إرادته سوف تحترم؛ لأن الصالح العام غاية سياسية، أما إذا كانت السلطة السياسية وفق نظام الحكم الفردي، فإن هذا الاستبداد سيحدد نفاقاً اجتماعياً<sup>(20)</sup>.

<sup>18</sup> - Fortin Pierre, op.cit, p227.

<sup>19</sup> - Marie-Françoise Fave-Bonnet, op.cit, p50.

<sup>20</sup> - عادل مصطفى سلطان، محمد رمضان شعيب، أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد 27، 2013، ص 50.

ج- المصدر الاجتماعي: لا شك أن الهيئات التدريسية مجتمع صغير داخل مجتمع كبير، وللأخير قيم وعادات، أي أن نظامه الأخلاقي سيؤثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة في الأستاذ المعلم المرابي، فإنهم جاءوا من هذا المجتمع بكل إيجابيه وسلبياته.

د- المصدر الاقتصادي: يعيش الاستاذ في حياة تتحكم فيها الأنشطة الاقتصادية التي تخضع للقيم المادية، ومن المعروف أن الأخلاق تزدهر في ظل استقرار سياسي واقتصادي واجتماعي ومؤسسي، وعليه، فإن تدهور الأوضاع الاقتصادية من شأنها أن تجعل الأساتذة يتبنون جملة من المبادئ التي تتعارض مع أخلاقيات المهنة، ولكنها تستجيب للأوضاع الاقتصادية السيئة، كالغش والرشوة إلى غير ذلك<sup>(21)</sup>.

و- المصدر الإداري: لا جدال في أن القيادة الإدارية الجيدة في الهيئة التدريسية، سواء كانت مدرسة أو معهد أو كلية أو جامعة، تسهم إلى حد كبير في إرساء قيم أخلاقية مهنية إذا كانت ديمقراطية، حيث تجسد مبدأ الحوار والمساواة وتضمن الحقوق لأصحابها، وتشجع على الالتزام بالواجبات وأدائها بأمانة متناهية.

### ثانياً- أهداف أخلاقيات مهنة التعليم الجامعي

- توجيه سلوك العاملين في حقل التعليم
- تنظيم العلاقة بين أفراد المهنة أنفسهم، وبينهم وبين من يتعاملون معهم.
- تحديد مسؤولية الأفراد وحقوقهم وواجباتهم تجاه العمل.
- مساءلتهم عن القصور، وحمايتهم.
- تحديد معايير الكفاءة في تقديم العمل.
- تحديد إطار مهني عام لمتطلبات المهنة وتنمية روح الالتزام والولاء المهني لديهم<sup>(22)</sup>.

يستمد التعليم أخلاقياته من عقيدة المجتمع السامية وقيمها ومبادئها، ويتوجب على القائمين بها أداء حق الانتماء إليها عبر الاخلاص في العمل والتحلي بالمرورة والضمير المهني والتضحية والحلم والصبر

<sup>21</sup>-Conseil de la recherche en science naturelle et en génie, L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, janvier 1994, p05.

<sup>22</sup>- بولقواس زرفة، مناصرة ميمونة، أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي بين الترسخ الذاتي والنظامي، مجلة التغيير الاجتماعي، عدد 01، ص 239.

والتواضع والصدق مع الذات والافتناع والرضا، والحرص على صيانة النفس من أي خطأ قد يقلل من شأنه في الميدان التعليمي، واستمرار العطاء والبحث العلمي.<sup>(23)</sup>

لذا يمكن القول بأنه من الواجب التحلي بهذه الأخلاقيات، إذ يتحدد مقدار انتماء الاستاذ لمهنته بموجب درجة التزامه بقواعد تلك المهنة ومراعاة الأحوال والمواقف، وأن يكون تمثله لتلك الأخلاقيات نابع أساسا من قناعة الشخصية وضميره الحي، ليأتي فيما بعد الحديث عن الجانب القانوني والردعي.

### الفرع الثاني - أهم ملامح ميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية

يتواجد على مستوى كل المؤسسات الجامعية الجزائرية ميثاق أخلاقيات الأستاذ الجامعي الذي يكرس مجموعة من القيم الأخلاقية والأدبيات التي يجب أن يتصف بها الأستاذ الجامعي سواء في أداء عمله أو في إنجاز أبحاثه ضمن ما تتطلبه مهنة التدريس من قيم أخلاقية راقية باعتبارها مهنة تحمل رسالة إلى المجتمع<sup>(24)</sup>.

أخذت الأخلاق منذ الأزل مكانة متميزة وصولا إلى العقود الأخيرة، واعتبرت بمثابة مدخل مهم لمحاربة كل أشكال الانحراف وكذا الفساد بمختلف أنواع، وفي هذا الخصوص حظيت الوثيقة المتضمنة لهذه المبادئ الأخلاقية والأدبية بمسميات عدة، على غرار أخلاقيات المهنة، أخلاقيات العمل، أخلاقيات الوظيفة وغيرها. وكلها كانت تدل على نفس المعنى، لكن ربما مكن الاختلاف في خصوصية كل مهنة وضرورة اشتغالها على قيم أخلاقية تتماشى مع طبيعتها.

ففي الجزائر يعبر عنه بميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية، والذي يضم مبادئ عامة مستمدة من المقاييس العالمية، وعلى قيم خاصة بالمجتمع الجزائري. ويعتبر أداة تعبئة وأداة مرجعية لتسطير المعالم الكبرى التي توجه للحياة الجامعية كما يمثل أرضية تستلم منها القوانين الضابطة للآداب والسلوك وأشكال التنظيم المكرسة لها<sup>(25)</sup>.

### أولا-المبادئ الأساسية لميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية:

<sup>23</sup> - بلال بن عرعور، ليندة عمارة، مواصفات الباحث والبحث العلمي ملتقى وطني حول آداب حول أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي والبحث العلمي، مجلة الباحث للعلوم الرياضية والاجتماعية، عدد03، 2016، ص 379.

<sup>24</sup> - هجيرة بلشير، قوارية بلشير، ريمة برمضان، المرجع السابق، ص45.

<sup>25</sup> - ميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بن عكنون، الجزائر، أفريل 2010.

- لا تختلف القيم المعتمدة في الجامعات الجزائرية عن تلك السائدة في باقي الجامعات على المستوى العربي أو العالمي، وتتلخص فيما يلي:
- 1- **النزاهة والإخلاص** : بمعنى رفض الفساد بجميع أشكاله ولا بد أن يبدأ هذا السعي بالذات قبل أن يشمل الغير.
  - 2- **الحرية الأكاديمية**: فهي تضمن في كنف احترام الغير والتحلي بالضمير المهني والتعبير عن الآراء النقدية بدون رقابة أو إكراه.
  - 3- **المسؤولية والكفاءة**: على المؤسسة الجامعية ان تضمن التوازن الجيد بين ضرورة فعالية دور الإدارة وتشجيع مساهمة الأسرة الجامعية بإشراكها في سيرورة اتخاذ القرار، مع التأكيد على أن المسائل العلمية تبقى من صلاحية الأساتذة الباحثين دون سواهم. (26)
  - 4- **الاحترام المتبادل**: يرتكز احترام الغير على احترام الذات، فينبغي أن يعامل أفراد الأسرة الجامعية بعضهم البعض باحترام وانصاف، بصرف النظر عن المستوى الهرمي لكل واحد منهم.
  - 5- **وجوب التقيد بالحقيقة العلمية والموضوعية والفكر النقدي**: إن وجوب التقيد بالحقيقة العلمية يفترض الكفاءة، والملاحظة النقدية للأحداث والتجريب، ومقارنة وجهات النظر والصرامة الفكرية، لذا يجب أن يقوم البحث العلمي على الأمانة الأكاديمية.
  - 6- **الإنصاف**: تمثل الموضوعية وعدم التحيز شرطين أساسيين لعملية التقييم والترقية والتوظيف والتعيين.
  - 7- **احترام الحرم الجامعي**: تساهم جميع الفئات بسلوكياتها في اعلان شأن الحريات الجامعية حتى تضمن خصوصيتها وحصانتها، وتمتنع عن المحاباة وتجنب كل نشاط سياسي متحزب في رحاب الفضاءات الجامعية. (27)

<sup>26</sup> - عبد الله فرحي، أخلاقيات المهنة في الجامعة، محاضرة مقدمة في افتتاح السنة الجامعية 2016-2017، جامعة بسكرة، سبتمبر 2016، ص 09.

<sup>27</sup> - عادل مصطفى سلطان، محمد رمضان شعيب، المرجع السابق، ص 53.



ما يلاحظ على هذه المبادئ أنها تغطي مختلف جوانب الحياة العلمية والعملية للأستاذ الجامعي، وهي ذات أهمية كبيرة بالنسبة لمحاربة مختلف الممارسات اللامسؤولة داخل الجامعة على غرار السرقة العلمية، إذا ما أحكم الالتزام بها.

### ثانياً- حقوق والتزامات الأستاذ الباحث في التعليم العالي:

يعد السلوك السليم والتصرف الحصيف من السمات الشخصية الطيبة التي ينبغي أن يتمتع بها كل إنسان، وجددير بمن يتولى تربية وتدريب النشء أن يتميز بسلوك اجتماعي راق وسلوك وظيفي أكثر تميزاً، وسلوك خال من كل الشوائب والعيوب فينبغي على الأستاذ أن يكون قدوة في مجتمعه ونموذجاً لطلبته لاسيما وأن سلوكه وتصرفه اجتماعياً ووظيفياً هو محط أنظار من يحيط به من الناس أو من العاملين بصحبته ولأسباب مبررات معروفة تعود لمكانة الأستاذ الجامعي العلمية ومركزه الاجتماعي، لذا فله مجموعة من الحقوق والواجبات<sup>(28)</sup>.

### 1- حقوق الاستاذ الباحث في التعليم العالي:

يتمتع الأستاذ الباحث بمجموعة من الحقوق تتمثل في:

- يجب أن يكون حق التقييم للأنشطة التدريسية والبحثية على أساس معايير التقدير الأكاديمية.

- ييداغوجية وعلمية تسمح له بالتفرغ لمهامه ونشاطاته العلمية.

- حق الاستفادة من تكوين مستمر وتجديد دوري للمعلومات.

- حق التوظيف على أساس التأهيل الجامعي والخبرة المشترطة لا غير.

- يجب أن يكون حق التدريس للأستاذ في مأمن من كل التدخلات<sup>(29)</sup>.

- ضرورة حق توفير ظروف وشروط عمل ملائمة من وسائل ييداغوجية وعلمية تسمح له بالتفرغ لمهامه ونشاطاته العلمية.<sup>(30)</sup>

### 2- واجبات الاستاذ الباحث في التعليم العالي:

<sup>28</sup> - نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>29</sup> - حراوية سارة، ميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية، نشر في جزائر نيوز يوم 17 ماي 2010، ص 05.

<sup>30</sup> - Winch (C), Gingell (G), op.cit, p130.

- مقابل تمتع الأستاذ الباحث بمجموعة من الحقوق له مجموعة من الواجبات التي يجب عليه القيام بها دون تعنت في ذلك، وهي كما يأتي:
- القبول بالمجاهمة الشريفة لوجهات النظر على اختلافها.
  - الانصاف وعدم التحيز في التقييم المهن والأكاديمي لزملائه.
  - تقييم الطلبة تقييما موضوعيا.
  - التدريس بعيدا على الاستمالة المذهبية وكل أشكال الدعاية.
  - صيانة حرته في العمل بوصفه جامعا<sup>(31)</sup>.
  - التسيير الامين لكل الاعتمادات المالية الموكلة اليه في اطار الجامعة.
  - التحلي بالضمير المهني أثناء القيام بمهامه.
  - تأسيس البحث على رغبة صادقة في المعرفة مع احترام مبدأ الحجة والموضوعية في الاستدلال.
  - تقديم عرض واضح للأهداف البيداغوجية لمقرره الدراسي واحترام قواعد التدرج البيداغوجي.
  - الامتناع عن كل أشكال التمييز على أساس الجنس، أو الجنسية، أو الوضع الاجتماعي، أو الانتماء الديني أو الاعاقة والمرض.
  - احترام سرية المداولات والمناقشات التي تدور في الهيئات التي يشارك فيها.
  - الاطلاع على المستجدات التحيين المتواصل للمعارف وطرق التدريس التقييم الذاتي تحمل المسؤولية<sup>(32)</sup>.
  - الاستعداد للاضطلاع بالمهام المرتبطة بوظيفته.
  - الامتناع عن تسخير الجامعة لقضاء أغراض شخصية.
  - تكريس مبدأ الشفافية وحق الطعن.
  - عدم التعسف في استعمال السلطة التي تمنحها اياه مهنته.
  - احترام اعمال البحث الخاصة بزملائه وذكر أسماء المؤلفين<sup>(33)</sup>.

<sup>31</sup> - آمال نون، ميثاق أخلاقيات الأستاذ الجامعي: نحو محاربة جريمة السرقة العلمية في الجزائر رؤية تحليلية، كتاب أعمال الملتقى العلمي حول الأمانة العلمية، سلسلة كتاب أعمال- المؤتمرات، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر العاصمة، يوم 11 / 07 / 2017، ص150.

<sup>32</sup> - نفس المرجع السابق، ص155، وكذا: إبراهيم بدر الخالدي، المسؤولية الأخلاقية والاجتماعية لمنظمات الأعمال المعاصرة، دار الاعلام، 2010، ص 103.

<sup>33</sup> - هجيرة بلبشير، قوارية بلبشير، ريمة برمضان، المرجع السابق، ص51.

تعد السرقة العلمية من الأخطاء الجسيمة الغير مبررة التي يمكن أن تؤدي الى الطرد، وفقا للقرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.<sup>(34)</sup>

### ثالثا- حقوق والتزامات الطالب:

#### 1- حقوق الطالب:

- الحق في الامن والنظافة والوقاية الصحية في الجامعة وفي الاقامات الجامعية.
- الحق في التقييم المنصف والعادل والغير متحيز.
- الحق في اختيار الممثلين في اللجان البيداغوجية دون ضغط.
- الحق في حرية التعبير والرأي في ظل احترام القوانين المعمول بها.
- حق تسلم العلامة مرفقة بالتصحيح النموذجي وسلم التنقيط وحق الطعن.
- حق الاحترام والكرامة من قبل الاسرة الجامعية<sup>(35)</sup>.

#### 2- واجبات الطالب:

- احترام نتائج المداولات.
- عدم اللجوء الى الغش وسرقة أعمال غيره.
- احترام التنظيم المعمول به واحترام كرامة وسلامة أعضاء الاسرة.
- على الطالب أن يلتزم بالحس المدني وحسن الخلق في سلوكه.
- الحفاظ على الاماكن المخصصة للدراسة والوسائل الموضوعية تحت تصرفه واحترام الامن والنظافة.
- على الطالب أن يقدم معلومات سليمة في التسجيل وأن يفي بالتزاماته الإدارية.
- احترام حق أعضاء الاسرة الجامعية في حرية التعبير الجامعي<sup>(36)</sup>.

#### رابعا- حقوق والتزامات الإدارة:

<sup>34</sup> - وقد صدر تعديل له في 2020: قرار رقم 1082 مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2020 يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.

<sup>35</sup> - Winch( C), Gingell(G), op.cit, p137.

<sup>36</sup> - Duquet (D), op.cit, p 130.

## 1- حقوق الموظفين الإداريين والتقنيين:

- حق التكوين المتواصل والتحسين الدائم لمؤهلاتهم.
- حق المعاملة التي تضمن الاحترام والتقدير والإنصاف<sup>(37)</sup>.
- حق عدم التعرض لأيّة مضايقات ولا تمييز في عملهم.

## 2- واجبات الموظفين الإداريين والتقنيين:

- حسن الأداء.
- الاحترام.
- السرية: المحافظة على السر المهني، تطبيقاً لما تنص عليه المادة ... من قانون الوظيفة العمومية.
- النزاهة<sup>(38)</sup>.

## خاتمة

الأخلاق ضرورة من ضرورات الحياة المتحضرة، ومتطلباً أساسياً لتنظيم المجتمع واستقراره، وغياها يعني غلبة شريعة الغاب حيث " القوة هي الحق " وليس " الحق هو القوة " والجامعة على وجه الخصوص كمؤسسة ذات دور تعليمي وتنويري وتربوي مسؤولة عن نشر الأخلاق ليس فقط في ممارساتها وإنما أيضاً في سياساتها وفي كل ما تدعو إليه. الجامعة مسؤولة عن الالتزام الخلقي في الأداء، ومسؤولة أيضاً عن تنمية الالتزام الخلقي بين الطلاب.

ويكون من المفيد للغاية أن يكون للكلية أو أي مؤسسة أكاديمية مجموعة المعايير الأخلاقية التي تلتزم بها وتلتزم بها هيئة التدريس بها في ميثاق مكتوب يتضمن تلك المعايير ويكون مرجعاً ومرشداً لهم جميعاً وأساساً لتقييم سلوكهم أو لمحاسبتهم.

إن الجامعات الجزائرية تحوي جميعها موثيقاً لأخلاقيات الأستاذ الجامعي كما أن وزارة التعليم العالي حددت بدقة المهام الموكلة لمجلس الآداب وأخلاقيات المهنة الجامعية المزمع إنشاؤها، بالإضافة إلى ذلك تحوي جميع الجامعات مجالس علمية ومجالس متخصصة في أنواع عديدة المفروض أنها طرف قوي في معادلة محاربة السرقة العلمية، والنهوض بجودة التعليم العالي.

<sup>37</sup> - حسين حريم، السلوك التنظيمي: سلوك الأفراد والجماعات في منظمات الأعمال، الطبعة الرابعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2013، ص 290.

<sup>38</sup> - فؤاد العمر، دور القيم والأخلاق في تعزيز ثقة المساهمين والعملاء والمستثمرين، 2009، ص 10.

لكن ما لوحظ، أن وجود ميثاق أخلاقي لا يكفي لمحاربة هذه الجريمة طالما أن تطبيقه وتفعيله على أرض الواقع غير موجود وإنما هو صوري أكثر منه حقيقي مع بعض الاستثناءات المطبقة في بعض الجامعات، التي أفرزت عن نتائج إيجابية في مجال السرقة العلمية. ودفعت بالجهات الوصية نحو تقديم مبادرات وحلول للقضاء على هذه الجريمة خاصة وأنها جريمة لها تداعيات خطيرة على الاقتصاد الوطني وعلى مستقبل العلم.

### قائمة المراجع:

#### أولاً- باللغة العربية:

#### 1- الكتب

- الغالي طاهر، العامري صالح، المسؤولية الاجتماعية وأخلاقيات الأعمال، دار وائل، 2005.
- إبراهيم بدر الخالدي، المسؤولية الأخلاقية والاجتماعية لمنظمات الأعمال المعاصرة، دار الاعلام، 2010.
- توفيق مرعي، أحمد بلقيس، أخلاقيات مهنة التعليم، ط1، مسقط، 1986.
- حسين حريم، السلوك التنظيمي: سلوك الأفراد والجماعات في منظمات الأعمال، الطبعة الرابعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2013.

#### 2- المقالات والمدخلات

##### أ- المقالات

- العوجزي منى سالم أحمد ، أخلاقيات مهنة الأستاذ الجامعي وأثرها في تكون شخصية الطلاب ورفع معدل تحصيلهم العلمي، مجلة الجامعة، مجلد03، عدد21، 2019.
- الزعبي إبراهيم محمد، معتقدات أعضاء هيئة التدريس والطلبة، مجلة العلوم التربوية، المجلد 40، عدد04، 2013.
- بولقواس زرفة، مناصرة ميمونة، أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي بين الترسخ الذاتي والنظامي، مجلة التغير الاجتماعي، عدد01.
- حراوية سارة، ميثاق الأخلاقيات والآداب الجامعية، نشر في جزائر نيوز يوم 17ماي 2010.
- عادل مصطفى سلطان، محمد رمضان شعيب، أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد27، 2013.
- سلوى بنت عبد الأمير بن سلطان، أخلاقيات مهنة التعليم، مجلة الفكر والمعرفة، عدد 12، 2017.
- عبد الله فرحي، أخلاقيات المهنة في الجامعة، محاضرة مقدمة في افتتاح السنة الجامعية 2016-2017، جامعة بسكرة، سبتمبر 2016.
- بلال بن عرعور، ليندة عمارة، مواصفات الباحث والباحث العلمي ملتقى وطني حول آداب حول أخلاقيات مهنة التدريس الجامعي والبحث العلمي، مجلة الباحث للعلوم الرياضية والاجتماعية، عدد03، 2016.
- زدير خممار، محمد الصالح بوطوطون، "أخلاقيات مهنة الأستاذ الجامعي وعلاقتها بدافعية الانجاز لدى الطالب، مجلة العلوم الانسانية، عدد 8، 2017.
- هجيرة بلشير، قوارية بلشير، ريمة برمضان، آداب وأخلاقيات مهنة التدريس بين واقع الممارسة وإلزامية التطبيق، مجلة الحوار الفكري، مجلد14، عدد 02، 2017.

## ب- المداخلات

- وليد بشيشي، سليم مجلخ، "أخلاقيات مهنة التدريس وأثرها على جودة مخرجات التعليم العالي حسب وجهة نظر هيئة التدريسية دراسة تطبيقية باستخدام التحليل العملي التوكيدي وتحليل المسار"، ملتقى وطني حول آداب وأخلاقيات مهنة التدريس الجامعي والبحث العلمي، معهد علوم وتقنيات النشاطات البدنية والرياضية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المنعقد يومي 03 و04 نوفمبر 2018.
- آمال ينون، ميثاق أخلاقيات الأستاذ الجامعي: نحو محاربة جريمة السرقة العلمية في الجزائر رؤية تحليلية، كتاب أعمال الملتقى العلمي حول الأمانة العلمية، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر العاصمة، يوم 11 / 07 / 2017.
- فؤاد العمر، دور القيم والأخلاق في تعزيز ثقة المساهمين والعملاء والمستثمرين، 2009 .

## ثانيا- باللغة الفرنسية

- Duquet (D), L'éthique dans la recherche universitaire: une réalité à gérer, Conseil supérieur de l'Éducation, Québec, 1993.
- Conseil de la recherche en science naturelle et en génie, L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, janvier 1994.
- Fortin Pierre, La morale, L'éthique, L'éthicologie, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy, 1995.
- Marie-Françoise Fave-Bonnet, Ethique et évaluation des étudiants à l'université, Reserach Gate, Paris, 2016.
- Winch( C), Gingell( G), Key concept the philosophy of education Rout hedge, London, 1999.

## الحماية القانونية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري

### The legal protection for the intellectual property in the electronic trade environment within the Algerian legislation

د/ بن صابر فتيحة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مصطفى إسمبولي معسكر - الجزائر

#### ملخص:

أدى التطور التكنولوجي وظهور التجارة الالكترونية معاً إلى استحداث صور جديدة للملكية الفكرية، بحيث تطورت من مصنفات تقليدية مكتوبة ومطبوعة إلى مصنفات رقمية في شكل الكتروني متاحة على الشبكة العنكبوتية العالمية، إما كلياً ومجاناً أو جزئياً ومحمية بنظام آلي في سبيل الاطلاع عليها أو الترويج والإعلان عن بيعها كالكتب الالكترونية وبرامج الحاسوب، وهذا ما سهل عملية الحصول عليها وانتهاكها عن طريق القرصنة أو الاختراق، ويُعرف بوصفه تعدياً على حقوق الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية وما آثار إهتمام الخبراء ورجال القانون حول سبل حمايتها من التعدي.

والمشروع الجزائري أولى حماية جنائية ومدنية لها بحيث أعطى الجرائم الواردة عليها وصف جنحة

التقليد ومن ثم تترتب عليها عقوبات صارمة فضلاً عن تعويضات مدنية

**الكلمات المفتاحية:** الملكية الفكرية، جريمة التقليد، النشر الالكتروني، الجريمة الالكترونية.

#### Abstract:

The technological development, with the emergence of the electronic trade, hassled to the introduction of new ways of the intellectual property; the traditional written and printed works have been transformed into digital ones available on the internet, either totally or partially free, and some of them are automatically protected to be retrieved, sold, or thriven like: the electronic books or computer applications, All these items are easy to be hacked electronically, so the intellectual property is

violated in the light of the electronic trade. This has raised the experts and magistrates' interest for protecting them.

The Algerian legislator has given a criminal and civil protection, and he describes the crime, related to this field, as counterfeiting misdemeanour followed with severe penalties, besides civil compensations.

**Key words:** the intellectual property, the crime of counterfeiting, the electronic publishing, the electronic trade.

### مقدمة:

بعد ظهور عصر العولمة والتقدم التكنولوجي والتوجه نحو الرقمنة حصل تغير جذري على مستوى مجالات عدّة، اقتصاد، عدالة، تعليم... وأصبحت معظمها تعتمد على المجال الالكتروني، ومن بين القطاعات التي تأثرت بهذه التغيرات التجارة التي تطورت من الشكل التقليدي إلى الشكل الالكتروني، وبفعل ظهور الشبكة الدولية العنكبوتية للإنترنت أصبح الترويج للتجارة وتسويقها وحتى التبادل فيها عن طريق الإنترنت أكثر مرونة مما كانت عليه.

كما مس التطور التكنولوجي مجال المعلومات التي لم تعد قاصرة على الكتاب الورقية فحسب، بل تعددت إلى أنواع متطورة كالكتاب الرقمي ومواقع بيع للكتب الالكترونية أو لبرامج الكمبيوتر عبر الإنترنت وفي مجال التجارة الالكترونية، وعلى قدر ما كان هذا التطور إيجابياً سواءً من حيث تسهيل التجارة بالنسبة **لصاحب** الملكية الفكرية من جهة أم في حصول المستهلك عليها من جهة ثانية، مما أدى الى زيادة مخاطر الجرائم الواردة عليها في شكل متطور، وظهر العديد من صور التقليد المصنفات الأدبية والفنية عن طريق القرصنة أو الاختراق وغيرها من الجرائم المعلوماتية.

وهذا ما جعل معظم الدول تعدّل قوانينها وتشدد العقوبة على مرتكبي جرائم على أعمال الملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي وضع حماية قانونية على هذه الحقوق من أجل حماية حقوق الملكية الفكرية من الاعتداءات بأي وسيلة كانت.



**أهمية الدراسة:** وتكمن أهمية موضوع الدراسة في العديد من المواضيع الراهنة نظرا لانتشار تسويق الملكية الفكرية عبر التجارة الإلكترونية وخاصة في ظل جائحة كورونا، ووجود عدة إشكالات وغموض حول حمايتها، لذا كان الهدف من الدراسة هو تسليط الضوء حول الطبيعة القانونية للملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية والحماية المقررة لها من قبل المشرع الجزائري.

**إشكالية الدراسة :** تنطلق من محاولة الإجابة على الأسئلة الآتية:

**هل توجد حماية قانونية للأعمال الفكرية الواردة في بيئة التجارة القانونية في التشريع الجزائري؟ وما نوع هذه الحماية وما نوع التشريع الخاص بحمايتها؟**

**هيكلية الدراسة:** وللإجابة على هذه الإشكالية وتحليل جزئيات البحث قمنا بتقسيم الموضوع إلى مبحثين في الأول دراسة الحماية الجزائية للحقوق الملكية الفكرية الواردة في بيئة التجارة الإلكترونية، وفي المبحث الثاني قمنا بدراسة الحماية المدنية للحقوق الملكية الفكرية الواردة في بيئة التجارة الإلكترونية، متبعين المنهج التحليلي في الدراسة.

**المبحث الأول: الحماية الجنائية للملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري**  
نظم المشرع الجزائري حماية جنائية على الجرائم الواردة على الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية، بحيث قرر تدابير عقابية قمعية على كل من يعتدي على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، ونظمها في الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وكيف الجريمة المرتكبة بوصف جنحة التقليد، ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى الجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية العقوبات المقررة لها في المطلبين الآتين:

**المطلب الأول: أعمال الملكية الفكرية المعروضة في إطار التجارة الإلكترونية والجرائم الواردة عليها**

توجد العديد من الأعمال التي تعرض على الانترنت في إطار التجارة الإلكترونية والتسويق الإلكتروني،

بحيث الاعتداء عليها يعد اعتداء على الملكية الفكرية المحمية قانونا وجريمة يحميها القانون، ومن هذا المنطلق سنتطرق أولا إلى ذكر بعض الأعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية ثم إلى الجرائم الواردة عليها فيما يلي:

### أولا: نماذج أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية

مع ظهور شبكة الانترنت وبروز التجارة الإلكترونية اتجه العديد من تسويق منتجاتهم المادية أو الفكرية الإلكترونية بما فيهم المؤلفين وأصحاب البرامج وغيرها من الأعمال، ومن بين أكثر الأعمال شيوعا في مجال التجارة الإلكترونية نذكر:

#### 1. المصنفات الرقمية:

يقصد بالمصنفات الرقمية بأنها المصنف الإبداعي العقلي الذي ينتمي إلى تقنية المعلومات، والذي يتم التعامل معه بشكل رقمي، ومن بينها:<sup>1</sup>

❖ **برامج الحساب الآلي:** وهي مجموعة من التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة تسمح بتنفيذ مهمة معينة، وتنقسم إلى برامج تشغيل تؤدي وظيفة تشغيل الحساب وبرامج تطبيقية لمعالجة المشاكل الخاصة لمستخدمي الحاسوب مثل تطبيق تنظيم عمل إحدى الشركات.

❖ **قواعد البيانات:** وهي عبارة عن بيانات ومعطيات تم تجميعها وترتيبها في شكل رقمي عن طريق بذل جهد فكري ومادي وتشمل النصوص والصور والأصوات المحفوظة رقميا.

#### 2. عقد النشر الإلكتروني:

يعدّ النشر الإلكتروني آلية حديثة لاستغلال المصنفات الأدبية والفنية، ويعرف حسب فقهاء القانون بأنها استخدام التقنيات الحديثة في كافة عمليات توليف وترقيم المصنفات، وإتاحتها أو بثها من خلال الوسائط الإلكترونية لاسيما الشبكة الانترنت أو أي تقنية أخرى مستجدة بصورة مباشرة أو غير مباشرة للجمهور وبعد إذن المؤلف أو صاحب الحق

<sup>1</sup> - بقنيش عثمان، مصطفى هنشور وسيمة، حماية الملكية الفكرية عبر الانترنت في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 01، العدد 02، ص 362-363.

ويعرف بأنه توزيع المعلومات عبر شبكة حاسوبية أو تحميل المعلومات على أحد الوسائط الإلكترونية المشغلة من طرف الحاسوب" <sup>1</sup>

وعرف المشرع الجزائري بمقتضى المادة 84 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه: "العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر وذلك في شكل طباعة خطية أو سمعية أو سمعية بصرية." <sup>2</sup>

ويعدّ عقد النشر الإلكتروني من بين عقود التجارة الإلكترونية حسب ما نصت عليه الاتفاقية الدولية للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1969. <sup>3</sup>

### ثانيا: الجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية

توصف الجرائم الواردة على اعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية بأنها اعتداء على الحق الأدبي للمؤلف، ومن بين المؤلفات التي يتم الاعتداء عليها في إطار التجارة الإلكترونية نجد البرامج والمصنفات الأدبية، ويكون ارتكاب الجريمة عليها في الشكل الآتي: <sup>4</sup>

#### 1) الكشف غير المشروع عن البرامج:

يكون الكشف المشروع للبرامج عن طريق كشفها للعلن دون إذن من مالكها عن طريق كسر حماية البرنامج باختراقه والحصول على الشفرة السرية للبرنامج، أو عن طريق قرصنة الرقم التسلسلي للنسخة من البرمجية.

<sup>1</sup> - عجة الجليلي، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2015، ص 248

<sup>2</sup> - الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، الجريدة الرسمية العدد 44.

<sup>3</sup> - عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 249.

<sup>4</sup> - نايت أعمار علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014/2015، ص 80-81.

## 2) التعديل في مشروع البرنامج دون إذن المؤلف والمساس بسلامته

أحيانا قد يكون التعدي على حقوق المؤلف عن طريق التعديل في البرنامج والمساس بسلامته، سواء عن طريق تغيير في الإجراءات البرنامج أو الحذف أو الإضافة في البرنامج من شخص آخر دون إذن مالكه.

## 3) استنساخ البرنامج دون إذن المؤلف

يعدّ اعتداء على حقوق المؤلف إذا تم استنساخ البرنامج دون إذن صاحبه ويكون في شكل نسخ عدد أكثر مما هو متفق عليه مع المؤلف، أو بطريقة الاقتباس أو التشويه عن طريق حذف أجزاء من البرنامج، أو عن طريق النسخ باسم المؤلف الحقيقي أو باسم شخص آخر إما اسم الجاني أو اسم مستعار.

ويسمح عملية النسخ عن طريق نسخ نسخة واحدة في حالتين وهما: الأولى بغرض استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من اجله ووفقا للشروط التي كانت قائمة عند اكتسابه، أما الثانية فتكون في حالة النسخ لتعويض نسخة مشروعة الحياة من البرامج وذلك بغرض التوفيق أو خشية ضياعه، أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: التكييف القانوني للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية والعقوبات المقررة لها

كيف المشرع الجزائري الأفعال المجرمة الماسة بحقوق المؤلف على أنها جنحة، ووصف الاعتداء على انه تقليد ومن هنا نصح أمام "جنحة تقليد" التي نص عليها في الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف، وكما جرم المشرع الجزائري هذه الأفعال قرر عقوبات جزائية على كل من يرتكبها، سنتطرق إليها فيما يلي:

### أولا: التكييف القانوني للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في بيئة التجارة الإلكترونية

وصف المشرع الجزائري الجرائم الواردة على حقوق الملكية الفكرية بأنها جنحة تقليد حسب نص المادة 151 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف حيث نصت على انه " يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال الآتية:

<sup>1</sup> - المادة 52-53 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

- الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة المصنف أو أداء الفنان أو العازف.
- استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة.
- استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء.
- بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء.
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء"

ووفقا للمادة المذكورة أعلاه ولأنواع الأعمال الملكية الفكرية في ظل التجارة الإلكترونية نجد أنها تحمل نفس الوصف وهو جنحة التقليد ومن هذا المنطلق سنعطي لمحة تعريف الجنحة وشروطها وأركانها فيما يلي:

### 1. تعريف جنحة التقليد:

لم يعرف المشرع الجزائري جنحة التقليد في معنى واضح وإنما حدد الأفعال المجرمة لها والتي تم ذكرها أعلاه، بينما الفقه أعطى عدّة تعاريف للجريمة نذكر منها:

عرفها الفقيه عبد الرازق السنهوري بأنها كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق الآتيف في مصنفات الغير واجبة الحماية.<sup>1</sup>

وتعرف بأنها كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق المؤلف في المصنفات الواجب حمايتها أي كانت طريقة الاعتداء أو صورته<sup>2</sup>

كما تعرف كذلك بأنها اعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة عن طريق القيام بنشر واستغلال المصنف أو عرضه أو بيعه دون إذن المؤلف.<sup>3</sup>

### 2. أركان جريمة التقليد:

لها ركنان مادي ومعنوي

<sup>1</sup> - عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المالي الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، الحقوقية، 1986.

<sup>2</sup> - بن حليلة ليلي، جنحة التقليد في التشريع الجزائري والتشريع الأردني، مجلة آفاق للعلوم، العدد 08، جوان 2017، ص 121.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 122.

➤ **الركن المادي لجريمة التقليد:** يتمثل الركن المادي لجريمة التقليد في أي نشاط مادي يقوم به الجاني لاستغلال المصنف المحمية بطريقة غير مشروعة، بحيث لا تعد جريمة إذا انقضت آجال حماية المصنفات كأن تؤول إلى الملك العام أو أصبحت مرخصة لاستعمال العام.<sup>1</sup>

### ➤ **الركن المعنوي:**

الركن المعنوي في جريمة التقليد هو القصد الجنائي بعناصر أي توفر عنصري العلم والإرادة، بحيث يجب أن يكون الجاني على علم بأن المصنفات أو البرامج محمية وتتجه إرادته إلى التقليد بمختلف صورته سواء عن طريق النسخ أو التعديل.

وهذا العنصر هو ما يعدّ تحدي بالنسبة للحماية الملكية الفكرية في بيئة التجارة الإلكترونية بحيث يصعب إثبات عنصري العلم والإرادة في الجاني.

ثانيا: العقوبات الجنائية المقررة للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية

فرض المشرع الجزائري عقوبة واحدة على كافة صور الاعتداء محل جنحة التقليد، ونظمها بمقتضى المواد من 153 إلى 160 من قانون حقوق المؤلف وتمثل هذه العقوبات في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية كما يلي:

### **(1) العقوبات الأصلية:**

نصت المادة 151 على العقوبات الأصلية للجنحة التقليد وهي الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار جزائري (1.000.000 دج) سواء حصل النشر في الجزائر أو في الخارج.

<sup>1</sup> - نادية زواني، الاعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 126.

**2) العقوبات التكميلية:**

نصت المادتين 157 و158 من الأمر 03-05 على العقوبات التكميلية للجنة التقليد وهي غلق المؤسسة والمصادرة ونشر حكم الإدانة.

❖ **المصادرة:** تقرر الجهة القضائية المختصة في الحكم في جنحة التقليد بمصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو إقسطات الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير الشرعي لمصنف أو أداء محمي. ومصادرة وإتلاف كل عتاد أنشئ خصيصا لمباشرة النشاط غير المشروع وكل النسخ المقلدة.<sup>1</sup>

❖ **غلق المؤسسة:** يمكن للجهة القضائية المختصة غلق المؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه لمدة مؤقتة لا تتجاوز 06 أشهر، أو تقرر الغلق النهائي عند الاقتضاء.<sup>2</sup>

❖ **نشر حكم الإدانة:** يمكن نشر أحكام الإدانة بأمر من الجهة المختصة أو بطلب من الطرف المدني كاملة أو بشكل مجزأ في الصحف التي تعينها، وتعليق هذه الأحكام في الأماكن التي تحددها ومن ضمن ذلك باب مسكن المحكوم عليه وكل مؤسسة أو قاعة حفلات يملكها.<sup>3</sup>

وكما نظم المشرع الجزائري حماية الجزائية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الإلكترونية فإنه نظم حماية مدنية لحقوق المؤلف من أجل حماية أصوله وطلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن التعدي الذي طال أملاكه، وستنطرق إلى هذا النوع من الحماية في المبحث الآتي.

**المبحث الثاني: الحماية المدنية لحقوق الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية**

تقتضي طبيعة الحقوق الذهنية أو المعنوية غير الملموسة أن يتخذ الفقه حيالها موقفا خاصا، ولما كانت تلك الحقوق كذلك كان من الطبيعي ألا يهدأ بال مالكةا ما لم يشعر بتوافر حماية فعالة لحقوقه، ما

<sup>1</sup> - المادة 157 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

<sup>2</sup> - فقرة 02 من المادة 156 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف الذكر.

<sup>3</sup> - المادة 158 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

دام لا يستطيع حيازتها بين يديه أو الحبس عليها أو غير ذلك من التصرفات التي ترد على المنقولات المحسوسة، لذلك تبدو الحماية القانونية للحقوق الذهنية ذات أهمية قصوى.

تمثل الحماية المدنية التي أقرها التشريع للمصنفات شكلا مهما من أشكال الحماية القانونية التي تتمتع بها، وتبدو أهميتها أكثر حينما نعلم أنّها تنصب على موضوعين مهمين من مواضيع الحماية يتعلق الأول بالتنفيذ العيني، والثاني بالتعويض.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: الحجز التحفظي

يجوز للمؤلف مقاضاة من قام بنسخ، نشر، تعديل أو ترجمة للمصنف دون الحصول على ترخيص بذلك من مؤلفه، ويحق له أيضا طلب مجموعة من الإجراءات التحفظية بمقتضى القانون، فالغرض من هذه الإجراءات هو وقف الضرر الحاصل للمؤلف، فهي إجراءات من شأنها أن تحافظ على دليل الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون وتؤدي في حالة صحة الإجراءات التحفظي إلى حسم النزاع فيما بعد لمصلحة طالب الإجراءات.<sup>2</sup>

من هنا سوف نتطرق إلى تعريف الحجز التحفظي وكذا إجراءاته.

### الفرع الأول: تعريف الحجز التحفظي للمصنفات

أوردت تعريفات عدة للحجز التحفظي على المصنفات المقلدة نذكر من بينها أنه "إجراء تحفظي يمكن بواسطته لمؤلف المصنف المحمي أو ذوي الحقوق المطالبة بالحصول على حجز الوثائق والنسخ الناتجة من الاستنساخ غير المشروع أو التقليد وذلك في غياب ترخيص قضائي مسبق"

<sup>1</sup> - بن زيطة عبد الهادي، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 61-62

<sup>2</sup> - نجوى أبو هيب، "الحقوق المجاورة لحق المؤلف في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد"، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 45.



كما يعرف الحجز التحفظي للمصنفات بأنه: " إيقاف لأية عملية ترمي إلى الاستنساخ غير المشروع للمصنفات والأداءات الفنية"<sup>1</sup>.

وتكمن أهمية الحجز التحفظي في وضع أموال المدين الموصوفة بأنها منقولة تحت يد القضاء حتى لا يتصرف فيها، وب الآتي يمنع الدائن من استحصال حقوقه منها، والمقصود بالضرورة هنا هو سوء نية المدين في اللجوء إلى التحايل وتحويل أمواله بأية طريقة كانت.

من ذلك يعدّ الحجز على المصنفات المقلّدة من الوسائل العامة التي تكفل حماية حق المؤلف على مصنفه، إذ أن الحجز على النسخ المقلّدة للمصنف الذي يتم الاعتداء عليه يحقق فوائد أهمها نشر المصنف ومنع تداوله بين الجمهور، مما يؤدي إلى وقف الاعتداء على المؤلف من تاريخ تنفيذ الحجز على النسخ المقلّدة وحفظ النسخ المحجوزة من التلف.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: إجراءات الحجز التحفظي للمصنفات

يلجأ المؤلف إلى الحجز لوقف الاعتداء على مصنّفه ويتم تنظيم هذا الإجراء بقواعد قانونية يتضمنها قانون حق المؤلف، ويطلب المؤلف المعتدي على حقّه من المحكمة المختصة إصدار أمر بوقف نشر المصنّف محل الاعتداء، ووضعه تحت يد القضاء عن طريق الحجز عليه، ذلك بهدف وقف الاعتداء على المصنّف المحمي ومنع المعتدي من التصرف بنسخ المصنف الذي تم تقليده أو تداوله بين الجمهور، لما يترتب على مثل هذا التصرف والتداول غير المشروع من أضرار مادية أو أدبية للمؤلف.

يتم التنفيذ على المصنّف المقلّد والأدوات التي استعملت في إنتاجه في حالة الحكم بتعويض الضرر الذي أصاب المؤلف من بيع هذه المواد، واستحصال مبلغ الضرر من ثمنها.

لذلك نصت المادتين 145 و146 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية<sup>3</sup> 2003 على

اختصاصات ضابط الشرطة القضائية والأعوان المحليين في مجال حماية حقوق المؤلف بالشكل الآتي:

<sup>1</sup> - عكاشة محي الدين، محاضرات في الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 48.

<sup>2</sup> - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

المادة 145 من الأمر رقم 03-05 نصت على أن: "يتولى ضابط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة معاينة جرائم المساس بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة".

كما أشارت المادة 1/146 من الأمر نفسه إلى أنه: "فضلا عن ضباط الشرطة القضائية يؤهل الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة للقيام بصفة تحفظية بحجز نسخ دعائم المصنّفات أو الأداءات المقلّدة، شريطة وضعها تحت حراسة الديوان" من خلال ما تقدم نجد أن إثبات الاعتداء على الحقوق المحمية بالنسبة لغالبية المصنّفات يتم بواسطة محاضر ضباط ورجال الشرطة القضائية، أو محاضر الضبط التي يقدمها مندوبو منظمات المؤلفين الذين يكون لهم الحق في التدخل في حالة الاعتداء على حق المؤلف وفق الشروط والإجراءات التي يحددها القانون، أثبتت التجارب العلمية أن مثل هؤلاء المندوبين يقومون بالدور المنسوب إليهم على أحسن وجه مما يساهم في فعالية إجراءات الحجز على النسخ المقلّدة.

تكون إجراءات الحجز دائما أمام الجهة القضائية المختصة وهي المحاكم التي يوجد بها العتاد، النسخ المقلّدة، دعائم المصنّفات المقلّدة، أماكن البيع، أماكن التوزيع وأماكن الاستنساخ، فتكون تلك المحكمة هي المختصة بالحجز والإجراءات التحفظية الأخرى.

عدت المادة 144 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر بأنه: "يمكن لمالك الحقوق المتضررة أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه، أو يضع حدا لهذا المساس المعين والتعويض عن الأضرار التي لحقته".<sup>1</sup>

جعل المشرع الإجراءات التحفظية تسبق الفصل في الدعوى وتسمح للمؤلف أو مساعدته وتعطيه سلطات واسعة في إثبات الاعتداء الواقع على مؤلفه، مما يسد الباب على الشخص المعتدي من التهرب أو

<sup>1</sup> - الأمر رقم 05/03، المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

إخفاء معالم جريمته إلى حين الفصل في الدعوى، وهو إجراء فعال لحماية حق المؤلف بكل أنواعه يهدف إلى استبعاد التحايل وطرق الغش والكسب غير الشرعي.<sup>1</sup>

إن الحديث عن عملية الحجز التحفظي في مواد البرمجيات أدى إلى ظهور إشكاليات عملية تتمثل في صعوبة توقيع الحجز على البرمجيات، خاصة إذا كانت عملية التقليد الجارية بشأنها لم تخرج إلى الشكل الملموس، وبقيت مجسدة في إطار الحاسوب الذي ثبتت فيه.

### المطلب الثاني: دعوى تعويض الضرر

تعد الدعوى المدنية التي يرفعها المتضرر سبيلا طبيعيا لتعويضه، وبالنسبة لحقوق المؤلف يمكن لصاحب الحق التقدم أمام القضاء والمطالبة بتعويض من جراء ما لحق حقوقه المالية من أذى، وعليه فالتعويض يشكل رد اعتبار لهذه الذمة المالية بتعويضها وجبرها، خاصة إذا علمنا أن الضرر لا يستقر في الجانب المادي فقط بل يستغرق الجانب المعنوي والأدبي للمؤلف من سمعة واعتبار أو شرف.<sup>2</sup>

يقوم التعويض من الضرر وفقا للقواعد العامة مما لحق المؤلف من خسائر مالية وما فاتته من كسب، في حين يقوم التعويض الأدبي أساسا على ترضية المؤلف المتضرر كلما ترتب اعتداء مس شخصيته وسمعته فهو إذن يخفف من وقع الضرر الأدبي، ولكن لا يزيله نهائيا.

ولقيام دعوى تعويض الضرر يجب توفر أركان المسؤولية التقصيرية وهي ك الآتي:

#### أولاً: الخطأ

يعد الخطأ ركن المسؤولية التقصيرية الأول، وهو في الوقت نفسه أساسها، وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ التقصيري حسب النظريات الواردة في هذا الشأن. غير أن المستقر عليه فقها وقضاء أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي.

<sup>1</sup> - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 66 - 67.

<sup>2</sup> - بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 68، 69.

يتمثل الخطأ مثلا في عملية تقليد البرمجيات في هذا السلوك الذي يعد انحرافا عن مسار الرجل المعتاد، النسخ غير المشروع أو توزيع البرامج، فهي سلوكا تعد مساسا بالحقوق المالية والمعنوية للمؤلف وتسبب له الأضرار، وهذه الأخيرة تستوجب التعويض بالدعوى المدنية وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.<sup>1</sup>

### ثانيا: الضرر

هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروع له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقين بسلامة جسمه، ماله، عاطفته، أو حرته شرفه أو غير ذلك. ولما كان المساس بالحق المالي للمؤلف في الحقوق الذهنية يشكل ضررا ماديا، فإنه من المتصور جدا حدوث ضرر مادي ومعنوي كذلك للمؤلف أو المبرمج نتيجة المساس غير المشروع بحقوق ملكيته الفكرية بالنسبة للجانب المادي في حق المؤلف والذي يتضرر كثيرا نتيجة الجرائم المادية بالبرمجيات، كالتقرص والتقليد، فإن المؤلف يطمح من وراء تسويق برمجياته إلى نشر الفائدة بقدر ما يرغب في تحصيل مداخيل تكافئ نسبيا عمله الفكري الذي تتعاضد قيمته الفكرية المعنوية الحقيقية عن سعره في السوق. الواقع يبين لنا أن برمجيات الشركات العالمية تباع النسخ المقلدة منها بسعر ربما أقل بـ 90% من سعرها الحقيقي، مما يسبب ضررا حقيقيا للشركات المنتجة.

### ثالثا: العلاقة السببية

لا يكفي في قيام المسؤولية المدنية حصول ضرر لشخص ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية. ونصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 63ص، 1995.

<sup>2</sup> - أمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني 2005، عدد 44، صادر 2005/06/26.

تكتسي مسألة تحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أهمية بالغة في وقتنا الحاضر نظرا لتشعب وتعدد وسائل الاتصال، التي تؤثر بدورها في طرق التقليد والقرصنة الفكرية، وأصبح من الممكن جدا القيام بعمليات تقليد جماعية باشتراك أشخاص منفصلين جغرافيا، وانطلاقا من ذلك يبدو، من الصعوبة بمكان تحديد الخطأ، ثم إثبات الضرر إلى تحقيق رابطة سببية بينهما.<sup>1</sup>

وفقا لأرجح الآراء، فإن المترتب على الحق الأدبي للمؤلف يكون مفترضا، إذ من غير المعقول أن يطلب من هذا المؤلف إثبات الضرر الذي لحقه.<sup>2</sup>

نظرا لقيام أركان المسؤولية التقصيرية فيجوز للمؤلف أو لمالك الحقوق ممارسة الدعوى المدنية، بطلب تعويض الضرر الناتج عن الاستغلال غير المرخص به للمصنف الفكري أو للأداء الفني

كما أكدت المادة 143 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأحقية المؤلف أو المالك رفع دعوى تعويض الضرر للقواعد العامة في المسؤولية المدنية الواردة في المادة 124 من القانون المدني.

وأضافت المادة 144 أنه: يمكن لمالك الحقوق المتضرر أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه أو تضع حدا لهذا المساس المعائن والتعويض عن الأضرار التي لحقت، ويتم تقدير التعويضات حسب أحكام القانون المدني مع مراعاة المكاسب الناجمة عن المساس بهذه الحقوق.<sup>3</sup>

### الخاتمة:

لقد ظهر اهتمام دولي بضرورة حماية حقوق الملكية في إطار التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال الاتفاق على قواعد عامة تسري على كافة الأصعدة بما يحقق حماية أوسع نطاقا لهذه الحقوق على المستوى الدولي،

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 418.

<sup>3</sup> - أنظر المواد 143-144 من الأمر رقم 03-05، المرجع السابق.

وعليه فقد سعت الاتفاقيات والمنظمات الدولية منها اتفاقية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ومعاهدة برن التي كان لها دور في تعزيز وتحميد هذه الحماية وترجمتها واقعيًا، فتضافرت الجهود الدولية لإيجاد تنظيم قانوني أكثر شمولًا يكفل حماية هذه الحقوق ويتأقلم مع مختلف التطورات التي يعرفها العالم. فتبنت هذه الفكرة العديد من هذه الاتفاقيات والمنظمات الدولية، وبذلك ظهر الاهتمام الدولي بحماية الملكية الفكرية وعلى الخصوص تلك الناشئة عن ثورة المعلوماتية، ومن هنا أصبحت تجارة المعلومات تشكّل الجانب الأكبر من جوانب التجارة الدولية، ولهذا لا يمكن نجاح التجارة الإلكترونية بدون دعم وحماية حقوق الملكية الفكرية.

وأكدت التشريعات على ضرورة منح الفرد حق الحماية لما ابتكره وتمكينه من التصرف به وتمنع غيره من التصرف في هذا الابتكار إلا بإذن منه، إذ أصبحت المعلومات تتحكم في ميزان القوة فمن يملكها يكون الأقوى، لذلك أصبح أمن المعلومات مطلباً جماعياً، منظمات شركات وأفراد، لاسيما أن الجريمة عرفت تطوراً كبيراً أدى إلى انتهاك حرمة المعلومات، وتعرض أمنها للخطر.

لهذا حاولت معظم تشريعات الدول وضع قوانين للحد من التعدي على الملكية الفكرية في مجال الانترنت، وذلك عن طريق وضعهم لعقوبات لهذا التعدي الذي تعددت وتنوعت صوره، فلم يقتصر الأمر في مجال الحاسب الآلي على الشبكة التقليدية التي تضمنتها أغلب منازعات الملكية الفكرية وهي حماية صاحب الفكرة المبتكرة، بل تجاوز ذلك إلى تقليد وقرصنة هذه الأفكار.

وعليه، فإن أهم المبادئ الأساسية التي يجب على المشرع مراعاتها هو عدم الحجز التشريعي على التجارة الإلكترونية كونها يغلب عليها التطور والتغير، وكذا مراعاة الأعراف والعادات التجارية والطابع العالمي للتجارة الإلكترونية مع التأييد في سن التشريع والتدخل عند الضرورة، إذ أنه يلزم التدخل التشريعي في مجال التجارة الإلكترونية متدرجا وحذرا حتى لا يؤثر سلبا على النشاط.

ويمكن أن نحكم على أن التشريعات السارية حالياً في الجزائر تُوفر بنية تشريعية للتجارة الإلكترونية، يلزم في المدى الطويل إيجاد الحلول التشريعية اللازمة سواء باستحداث نصوص قانونية جديدة أو بتحويل نصوص قانونية قائمة لتغطية الفجوة التشريعية القائمة.

### قائمة المصادر والمراجع:

#### أولاً: توثيق القوانين:

1- الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني 2005، عدد 44، صادر بتاريخ 2005/06/26.

2- الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، الجريدة الرسمية، العدد 44.

#### ثانياً: توثيق الكتب:

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 63 ص، 1995.

2- بن زيطة عبد الهادي، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

3- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المالي الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، الحقوقية، 1986.

4- عجة الجيلالي، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015.

5- نجوى أبو هيبية، "الحقوق المجاورة لحق المؤلف في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد"، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، 2002.

#### ثالثاً: المذكرات والأطروحات العلمية

1- نادية زواني، الاعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002.

2- نايت أعمر علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014/2015.

#### رابعاً: المقالات والمدخلات

- 1- بقنيش عثمان، مصطفى هنشور وسيمة، حماية الملكية الفكرية عبر الانترنت في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد 01، العدد 02، ص 362-363.
- 2- بن حليلة ليلي، جنحة التقليد في التشريع الجزائري والتشريع الأردني، مجلة آفاق للعلوم، الجزائر، العدد 08، جوان 2017، ص 121.

### خامسا: المحاضرات

- 1- عكاشة محي الدين، محاضرات في الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001،

### خامسا: توثيق المواقع الإلكترونية

- 1- هند علوي، حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية، (تاريخ النشر) مارس 2007، 12-06-2021،  
20.33 س، [journal.cybrarians.info/index.php?option=com](http://journal.cybrarians.info/index.php?option=com)



## الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

## National Commission for the Prevention and Control of Corruption

أ/ رابع روابحية

كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة، الجزائر

الملخص:

إن قدم ظاهرة الفساد والتي عرفتها البشرية منذ الأزل لم تفيد بأي شكل من الأشكال في إيجاد التدابير أو الآليات اللازمة للوقاية من هذه الظاهرة ومكافحتها نظرا للتطور الرهيب والمتسارع الذي يميزها عن الظواهر، وهذا نتيجة لعدم القدرة عن حصر مصدرها من جهة، ونتيجة لارتباطها باتساع نشاط الدولة وتطوره وتعظم المنظومة القانونية المختلفة من جهة أخرى، حيث أن ظاهرة الفساد ما هي إلا نتاج للصعوبة الهائلة التي تواجهها الدولة في رقابة نفقاتها ونشاطاتها الضخمة التي حتمها توسع تدخلها في شتى المجالات أولا وما هي إلا إفرزات لما يعترى المنظومة القانونية من ثغرات وعدم التناسق بين مكوناتها والذي حتمته كثرتها ثانيا. حتى وصل الأمر إلى حد العجز الشبه كامل للمشرعين عن إيجاد أي وسيلة للوقاية من هذه الظاهرة نظرا لكونها كانت في كل مرة تستفيد من طول مدة إصدار التشريعات الموجهة لمكافحتها من جهة، فبينما تكون التشريعات غارقة في إيجاد حل للثغرة القانونية المكتشفة في منظومة قانونية ما أو في إيجاد آلية أخرى تدعم بها أجهزة رقابتها لتكافح بها فساد في مجال ما اليوم يكون الفساد قد تجاوز هذه الثغرة إلى أخرى أو مجال آخر.

**الكلمات المفتاحية:** الفساد؛ السياسة الجزائية؛ الوقاية، الرقابة؛ الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد؛

الرقابة اللاحقة.

**Abstract:**

The phenomenon of **corruption**, which humanity has known since ancient times, has not in any way helped to find the necessary measures or mechanisms to prevent and combat this phenomenon in view of the terrible and rapid development that distinguishes it from phenomena. And the development of the legal system on the other hand, since the phenomenon of corruption is only a result of the enormous difficulty faced by the State in the control of its expenses and activities huge, which necessitated the expansion of its intervention in various fields first and what are only secretions of the legal system loopholes and lack of consistency between the components which

necessitated a second plentiful. This has reached the extent of the almost complete deficit of legislators in finding any means to prevent this phenomenon, since it has always benefited from the length often issuance of legislation aimed at combating it. On the one hand, legislation is submerged in finding a solution to the legal gap discovered in a legal system To find another mechanism to support its oversight bodies to combat corruption in the field of what is today, corruption has exceeded this gap to another or another area.

**Keywords:** Corruption, Penal Policy, Prevention, Control, National Anti-Corruption Authority, Subsequent Control.

### مقدمة:

إن ظاهرة الفساد استفادت من ضيق نظرة المشرعين لآليات الوقاية منها ومكافحتها من جهة أخرى خاصة في ظل مفاهيم السياسة الجنائية التقليدية والتي اعتمدت على الاستقرار كمبدأ يحكم آليتها مما أنتج آليات ساكنة غير متطورة ذاتيا. كل هذا أثر سلبا على الوقاية من الفساد ومكافحته الأمر الذي حتم إيجاد آليات تتميز بالمرونة والتكامل وتتطور ذاتيا، هذه المميزات والتي من الصعب تجسيدها في تدبير وإنما الأسهل أن تجسد في هيكل فظهرت لنا هياكل متخصصة في مكافحة الفساد على اختلاف مسمياتها هذه هياكل والتي كان لها نصيب في التشريع الجزائري والذي جسد في استحداث المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والتي ستكون محل دراستنا في هذا المقال انطلاقا من الإشكالية التالية: في ما يتمثل النظام القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته؟ وما هو دورها في مكافحة الفساد؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتخذ التقسيم الآتي والذي سنخصص فيه الفرع الأول لدراسة النظام القانوني لهذه الهيئة أما الفرع الثاني فسوف نخصصه لدراسة مهام واستقلالية الهيئة في الوقاية من الفساد ومكافحته.

### الفرع الأول: النظام القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تماشيا مع مقتضيات وأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 128/04 المؤرخ في 19 افريل 2004 وتطبيقا والتزاما

بأحكام المادة (6) من الاتفاقية سالفة الذكر<sup>1</sup> استحدثت المشرع الجزائري الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة (17) من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

**أولاً: الطبيعة القانونية للهيئة:** إن التكييف القانوني الذي يمنح لأي هيكل بمناسبة استحداثه يعد من الأساسيات والمقومات التي يقوم عليها هذا الهيكل بغض النظر عن نوع الوظيفة التي ستسند إليه نظراً لما يرتبه هذا التكييف القانوني من آثار تحكم الهيكل وسلطاته واستقلالته، وبالرجوع إلى المادة (18) من القانون 01/06 التي تنص على أن " الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى رئيس الجمهورية... " <sup>2</sup>، وهو نفس ما نصت عليه المادة (2) من المرسوم الرئاسي 413/06 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها<sup>3</sup>، وهو ما أكدته المادة 202 من القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري والتي نصت الأولى على " تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وهي سلطة<sup>4</sup> إدارية مستقلة<sup>5</sup>... " <sup>1</sup>، إذا فالمشرع كيف الهيئة

<sup>1</sup> المادة 6: " تكفل كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات حسب الاقتضاء تتولى منع الفساد مع منح هذه الهيئة أو الهيئات ما يلزم من الاستقلالية لتمكينها من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة وبمناى عن أي تأثير لا مسوغ له وينبغي توفير ما يلزم من موارد مادية وموظفين متخصصين وكذلك ما قد يحتاج إليه هؤلاء الموظفون من تدريب للاضطلاع بوظائفهم " من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26، لسنة 2004.

<sup>2</sup> المادة 18 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 50 لسنة 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2011، ص 7.

<sup>3</sup> المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالمرسم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012، ص 17.

<sup>4</sup> يلاحظ تذبذب المشرع في استعمال الألفاظ التي استخدمها في النصوص القانونية سالفة الذكر على مختلف درجاتها حيث يعبر مرة بمصطلح الهيئة ومرة بمصطلح السلطة.

<sup>5</sup> يعود ظهور السلطات الإدارية المستقلة إلى الدول الأنجلو سكسونية والتي تطورت في القانون الفرنسي إلى أن ظهرت في الجزائر في 3 أبريل 1990 وذلك بمناسبة صدور القانون رقم 07/90 الذي أنشأ المجلس الأعلى للإعلام كأول سلطة إدارية مستقلة ثم

الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على أنها سلطة إدارية مستقلة علما أن فكرة السلطة الإدارية المستقلة تعتبر شكلا حديثا من أشكال ممارسة السلطة العامة، نظرا لما تحوزه من سلطات حقيقية واستقلالية في أداء وظائفها لعدم خضوعها للرقابة الرئاسية أو الوصائية.<sup>2</sup>

**ثانيا: تشكيل الهيئة وهيكلتها:** على الرغم من أن إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تم بموجب القانون 01/06 إلا أن تشكيلتها وهيكلتها لم يوردها المشرع في هذا القانون وإنما ترك اختصاص البت فيها للنص التنظيمي وهو ما تم بمقتضى المرسوم الرئاسي 413/06 والذي جاء علي بيان تشكيلة الهيئة وتعيينها بالإضافة إلى التطرق إلى هيكلتها.

**1\_ تشكيل الهيئة والتعيين فيها:** نصت على ذلك المادة (5) من المرسوم الرئاسي رقم 413/06<sup>3</sup>، هذا التعديل الذي يطرح علامة استفهام بشأن المقصود من استبدال عبارة "تشكيل الهيئة من رئيس و6 أعضاء" بـ "تضم الهيئة مجلس يقظة وتقييم يتشكل من رئيس و6 أعضاء"، هذا الاستفهام والذي في رأينا لا توجد له أي إجابة قانونية منطقية سوى المساس بالمركز النوعي والسلطوي لرئيس الهيئة والانتقال بالهيئة من السلطة الفردية إلى السلطة الجماعية والتي جسدت عن طريق مجلس اليقظة والتقييم.

توالى ظهور هذا النوع من السلطات كمجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية وصولا إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

<sup>1</sup>المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2016، ص 35.

<sup>2</sup>أعراب أحمد "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010، ص 1 و10.

<sup>3</sup>المادة 5: "تشكل الهيئة من الرئيس و(6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة (1) واحدة.

وتنهي مهامهم حسب الأشكال نفسها. "من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق، هذه المادة التي أصبحت بعد تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012 تنص على أنه "تضم الهيئة مجلس يقظة وتقييم يتشكل من رئيس وستة (6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

إضافة إلى أن هذا التعديل أفرز إشكالا نوعا ما في تحديد رئيس الهيئة فبعدما كانت المادة (5) القديمة تذكر التشكيلة بداية بذكر رئيس الهيئة ومرورا بالأعضاء فإن المادة (5) الجديدة لم تعد تأتي على ذكر رئيس الهيئة وإنما ذكر رئيس مجلس اليقظة والتقييم.<sup>1</sup> فهل يمكن اعتبار رئيس مجلس اليقظة والتقييم هو نفسه رئيس الهيئة استنادا للمادة (10) من المرسوم الرئاسي 413/06؟<sup>2</sup>

أما التعيين لأعضاء الهيئة فيتم بمرسوم رئاسي من رئيس الجمهورية الذي يملك سلطة التعيين وهنا يطرح التساؤل حول المعايير الواجب على رئيس الجمهورية مراعاتها حين ممارسة سلطته في تعيين أعضاء الهيئة.

هذه المعايير لم يأتي القانون 01/06 إلا على ذكر واحدة منها فقط والتي لم يذكرها بمناسبة الحديث عن شروط التعيين خصوصا وإنما بمناسبة النص على التدابير التي تضمن استقلالية الهيئة في المادة (19) من القانون سالف الذكر التي جاء فيه " تضمن استقلالية الهيئة بوجه خاص عن طريق اتخاذ التدابير الآتية:

- **التكوين المناسب والعالي المستوى لمستخدميها:** هذه المادة وإن كانت تضمنت أحد شروط التعيين ولو بطريقة غير مباشرة، إلا أنها لم توضح المعايير التي يقوم عليها التكوين المناسب والعالي المستوى من جهة، ولا كيفية مراعاته حين التعيين من جهة أخرى، كما أن استعمالها لمصطلح "مستخدميها" جاء غير محدد، فهل المقصود منه الطاقم البشري للهيئة ككل، أو طاقمها الإداري فقط والمتمثل في الموظفين والأعوان العموميين العاملين بالهيئة دون رئيس الهيئة وأعضائها خاصة وأن التنظيم يستعمل لفظ العضو في كل مناسبة للتعبير عن تشكيلة الهيئة.<sup>3</sup>

**2- هياكل الهيئة:** إن حجم المهام التي أوكل بها المشرع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقوم بها أعضاء الهيئة فقط مما استدعى ضرورة استحداث تنظيم إداري وبشري يعمل إلى جانب تشكيلة الهيئة ويتولى مساعدتها على القيام بالمهام المسندة إليها. هذا ما تكفل به النص التنظيمي المتمثل في المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم

<sup>1</sup> المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، بعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012، ص 17.

<sup>2</sup> المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق.

<sup>3</sup> المادة 19 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق.

بالمرسوم الرئاسي 64/12 والذي جاء على التنظيم الذي يجب أن تتضمنه الهيئة في المادة (6) التي نصت على أنه " تزود الهيئة لأداء مهامها بالهيكل الآتية:<sup>1</sup>

-أمانة عامة: هذه الأمانة التي يرأسها أمين عام تحت سلطة رئيس الهيئة ويساعده في أداء مهامه نائب مدير مكلف بالمستخدمين والوسائل ونائب مدير مكلف بالميزانية والمحاسبة حيث تنظم المديرين سالفتي الذكر في مكاتب<sup>2</sup> هذه المكاتب التي جاء عليها بالذكر تطبيقاً لأحكام المادة (8) من المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 مارس 2013 المحدد للتنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والذي نص في المادة (2) منه على أنه " يضم التنظيم الداخلي للهيئة تحت سلطة الرئيس: وتتكون من:

1- المديرية الفرعية للمستخدمين والوسائل المنظمة من: مكتب المستخدمين والتكوين، ومكتب الوسائل

2- المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة المنظمة من: مكتب الميزانية، ومكتب المحاسبة<sup>3</sup>

قسم مكلف بالوثائق والتحليل والتحسيس.

قسم مكلف بمعالجة التصريح بالامتلاكات.<sup>4</sup>

قسم التنسيق والتعاون الدولي.<sup>5</sup>

إلا أن المادة 14 من المرسوم الرئاسي 64/12 وبمناسبة حديثها عن تصنيف الوظائف التي يشغلها كل من الأمين العام ومدير دراسات ورئيس دراسات ونائب المدير ذكرت معهم رئيس القسم مما يعني أن من يتولون رئاسة الأقسام هم أيضا موظفون شأنهم شأن الأمين العام والموظفين الآخرين

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>2</sup> باديس بوسعيد، مأسسة مكافحة الفساد في الجزائر 1999-2012، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 110.

<sup>3</sup> المادة 2 من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 21 مارس 2013 يحدد التنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتها.

\* هذا القسم الذي حل محل مديرية الوقاية والتحسيس التي كان ينص عليها المرسوم الرئاسي 413/06 في المادة (6) منه قبل تعديله سنة 2012 بالمرسوم الرئاسي 64/12، أما القسم المكلف بمعالجة التصريح بالامتلاكات فقد كان يسمى سابقا في ظل المرسوم 413/06 بمديرية التحليل والتحقيقات.

\* لم تكن المادة (6) من المرسوم الرئاسي 413/06 تنص على هذا القسم وإنما هو قسم استحدثه التعديل الذي أدخل على المرسوم سابق الذكر بمقتضى المرسوم 64/12.

مما يؤدي بنا إلى استبعاد فرضية أن يكون رؤساء الأقسام من أعضاء الهيئة إلا أن هذا التأكيد لا ينفى وجود فراغ قانوني في النص التنظيمي هذا الفراغ الذي يثير التساؤل حول أسباب سكوت أو تجنب التنظيم النص على من يتولى رئاسة القسم صراحة.<sup>1</sup>

**3-كيفية سير الهيئة إداريا:** إن الحديث عن كيفية سير الهيئة يقتضي منا أولا التطرق إلى خاصية تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية<sup>2</sup>، وذلك بالنظر لما ترتبه هذه الشخصية من آثار على سير الهيئة سواء في جانب الحقوق أو في جانب المسؤوليات.

- اعترف المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالتمتع بالشخصية المعنوية صراحة وذلك في المادة (18) من القانون 01/06 هذا الاعتراف الذي تم التأكيد على الإلتزام به على لسان المادة (2) من المرسوم الرئاسي 413/06،<sup>3</sup> إلا أن المادة (202) من الدستور والتي ضمت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلى المؤسسات الدستورية وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 لم تأتي في نصها على ذكر تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية رغم اعترافها لها بالاستقلالية المالية والإدارية.<sup>4</sup>

- الآثار المترتبة على تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية: إن تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية له عدة نتائج هامة، تتمثل أساسا في تمتعها بذمة مالية مستقلة إضافة إلى حصولها على أهلية التقاضي وكذلك أهلية إبرام التعاقدات

<sup>1</sup> المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>2</sup> إنه وباستثناء مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية، ولجنة الإشراف على التأمينات فإن كل السلطات المستقلة في الجزائر تحوز على الشخصية المعنوية.

<sup>3</sup> نصت المادة 18 من القانون 01/06 على أن " الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية..." وهو نفس النص الذي جاء على لسان المادة 2 من المرسوم الرئاسي 413/06.

<sup>4</sup> نصت المادة 202 من الدستور على أنه " تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع توضع لدى رئيس الجمهورية.

تمتع الهيئة بالاستقلالية الإدارية والمالية.

استقلال هذه الهيئة مضمون على الخصوص من خلال أداء أعضائها وموظفيها اليمين، ومن خلال الحماية التي تكفل لهم من شتى أنواع الضغوط أو الترهيب أو التهديد أو الإهانة أو الشتم أو التهجم أيا كانت طبيعته، التي قد يتعرضون لها خلال ممارسة مهامهم."

حسب ما تقتضيه الحاجة.<sup>1</sup>

ـ أهلية الهيئة في التقاضي: تكفل هذه الأهلية للهيئة حق اللجوء إلى القضاء وذلك بصفتها مدعيا أو مدعى عليها حسب الحالة<sup>2</sup> هذا الحق الذي مصدره المادة (9) من المرسوم الرئاسي 64/12 والتي نصت في فقرتها التاسعة على أنه " يكلف رئيس الهيئة بما يأتي .... تمثيل الهيئة أمام القضاء وفي كل أعمال الحياة المدنية..."<sup>3</sup>

ـ أهلية الهيئة في التعاقد: طالما أن أحد مهام الهيئة هو التعاون مع هيئات مكافحة الفساد سواء على الصعيد الوطني أو الدولي وذلك حسب المادة (20) من القانون 01<sup>4</sup>/06 وطالما أن أحد مهام الموكله لرئيس الهيئة بنص المادة (9) من المرسوم الرئاسي 64/12 هي تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية.<sup>5</sup>

ـ تمتع الهيئة بذمة مالية مستقلة: يقصد بالاستقلالية المالية تمتع الهيئة بذمة مالية أي أن تحوز على ميزانية مستقلة تملك في ظلها الاستقلالية التامة في تنفيذ ووضع سياساتها المالية بالإضافة إلى الحرية في تسييرها<sup>6</sup>

ـ مسؤولية الهيئة: إن الإقرار للهيئة بالشخصية المعنوية يحمل معه التصريح بواجبها في تحمل تبعية تصرفاتها مما يسمح للأشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين بمتابعتها أو حتى مطالبتها بالتعويض عما تسببت به من ضرر لهم.

<sup>1</sup> زوزو زوليخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 186-187.

<sup>2</sup> عثمانى فاطمة التصريح بالامتلاك كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 42.

<sup>3</sup> المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>4</sup> نصت المادة 20 من القانون 01/06 في فقرتها التاسعة على أنه " تكلف الهيئة لاسيما بالمهام الآتية... السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي...".

<sup>5</sup> نصت المادة 9 من المرسوم الرئاسي 64/12 في فقرتها الحادية عشر على أنه " يكلف رئيس الهيئة بما يأتي.... تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية...".

<sup>6</sup> تياب نادية آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 198.



وفي حالة إثبات مسؤوليتها يقع على عاتقها دفع التعويضات،<sup>1</sup> حتى وإن كانت قيمة هذه التعويضات تفوق قدرتها المالية فإن الدولة تتكفل بذلك طالما أنها ملزمة بتكملة ميزانية الهيئة لدفع التعويض.<sup>2</sup>

**التسيير الإداري للهيئة:** يتولى مهام التسيير الإداري للهيئة رئيس الهيئة وذلك بمساعدة أمينها العام وهذا حسب ما جاء بالمرسوم الرئاسي 64/12 والذي نص في المادة (9) منه والذي حدد المهام الإدارية التي تدخل في إطار صلاحيات رئيس الهيئة والتي تتمثل في: إعداد برنامج عمل الهيئة والسهر على تطبيق برنامج عمل الهيئة والنظام الداخلي، تمثيل الهيئة أمام القضاء وفي كل أعمال الحياة المدنية، ممارسة السلطة السلمية على جميع المستخدمين.<sup>3</sup>

ويساعده في ذلك مدير دراسات والذي تعتبر مهامه مرتبطة برئيس الهيئة حيث يضطلع بتحضير نشاطات الرئيس وتنظيمها وذلك في مجال: الاتصالات مع المؤسسات العمومية، والعلاقات مع الأجهزة الإعلامية والحركة الجمعوية.<sup>4</sup>

أما الأمين العام للهيئة فيتولى تحت سلطة الرئيس المهام التالية: ضمان التسيير المالي والإداري للهيئة، وتنشيط عمل هيكل الهيئة وتنسيقها وتقييمها، السهر على تنفيذ برنامج الهيئة، تنسيق الأشغال المتعلقة بإعداد مشروع التقرير السنوي وحصائل نشاطات الهيئة بالاتصال مع رؤساء الأقسام.

ويساعده في ذلك: نائب مدير مكلف بالمستخدمين، ونائب مدير مكلف بالميزانية والمحاسبة.<sup>5</sup> يعين كل من الأمين العام للهيئة ومدير الدراسات المساعد لرئيس الهيئة ونائبا المدير بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من رئيس الهيئة وكذلك الحال بالنسبة إلى رؤساء الأقسام ورؤساء الدراسات

<sup>1</sup> ديب نذيرة استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 75-76.

<sup>2</sup> عثمانى فاطمة، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>4</sup> المادة 9 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>5</sup> من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق، المادة 7

وهذا حسب المادة (14) المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي 64/12<sup>1</sup> نظرا لكون المادة السالفة الذكر قبل التعديل لم تكن تمنح رئيس الهيئة حق الاقتراح بالنسبة لهؤلاء حيث اكتفت فقط بالنص على طريقة تعيينهم.<sup>2</sup>

— تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات: أتاح المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أن تطلب من الإدارات والهيئات والمؤسسات العامة أو الخاصة أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أي وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أعمال الفساد،<sup>3</sup> وهذا ما يعتبر نوعا من الاستقلالية في مباشرة مهامها من خلال الاطلاع على المعلومات الشخصية وعموما أية معلومات ذات طابع سري وهذا بعد أداء اليمين من طرف أعضائها.<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: مهام الهيئة واستقلاليتها في الوقاية من الفساد ومكافحته:

إن إنشاء هيئة وطنية لمكافحة الفساد كهيكل فقط، لا يكفي لمواجهة الفساد بل إن حتى منحها كل ما يلزم من مقومات بشرية ومادية كذلك، لا يمنحها الكفاءة والفاعلية المرجوة. وإنما ما يجسد فاعليتها حقيقة هي صلاحية المهام المسندة إليها كعامل أول واستقلاليته في ممارسة هذه المهام كعامل ثان، فكلما كانت المهام المنوطة بهذه الهيئة تدخل في صلب عملية الوقاية من الفساد ومكافحته وكلما كانت على درجة كبيرة من الحرية والاستقلالية كلما كانت هذه الهيئة ذات فاعلية في عمالها ضالعة في مجالها، لذلك فإن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تكن فقط بالإلحاح على ضرورة على الدول الأطراف بإنشاء هيئات لمكافحة الفساد ومنحها ما يلزم من موارد بشرية ومادية بل تعدت ذلك بتشديدها على ضرورة منح هذه الهيئات القدر اللازم من الاستقلالية في

<sup>1</sup> تنص المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12 على أن "وظائف الأمين العام ورئيس قسم ومدير دراسات ورئيس دراسات ونائب المدير ووظائف عليا في الدول.

ويتم التعيين في هذه الوظائف بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس الهيئة...."

<sup>2</sup> كانت المادة 14 في ظل المرسوم الرئاسي 413/06 قبل تعديلها بموجب المرسوم 64/12 تنص على أن "يعين المديران بموجب مرسوم رئاسي.

يحدد تصنيف أعضاء الهيئة والمديرين بموجب نص خاص."

هذه المادة التي لم تتناول تشكيلة الأقسام بالإضافة إلى الأمين العام، كما لم تتناول تصنيف هؤلاء من حيث نوعية وظائفهم.

<sup>3</sup> زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص 186.

<sup>4</sup> خروفي بلال الحوكمة المحلية ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 115.

ممارسة أعمالها وضرورة تكليفها بسياسات ومهام تكفل المكافحة الفعالة للفساد من طرف هذه الدول،<sup>1</sup> وبالرجوع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي استحدثتها المشرع بموجب المادة (17) من القانون 01/06 نجده أسند لهذه الهيئة الكثير من المهام المتنوعة في مجال مكافحة الفساد والوقاية منه والتي ضمنها في المادة (20) من نفس القانون السالف الذكر.

**أولاً: مهام الهيئة في الوقاية من الفساد ومكافحته:** هذه المهام والتي حددها القانون 01/06 في المادة (20) في الآتي:

— اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

— تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد، لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة،<sup>2</sup> واقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.

— إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة على الفساد.

— جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لاسيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية، عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها.

— التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية للوقاية من الفساد ومكافحته، والنظر في مدى فعاليتها.

— تلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتها 1 و3.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مرجع سابق.

\* إن عدم قصر المشرع مهام الهيئة الوطنية في الوقاية من الفساد ومكافحته على القطاع العام فقط بل كذلك القطاع الخاص والذي ذكر بأنه قد يكون محلاً لتوجهات من الهيئة أو محلاً لأي تدابير تدخل في إطار الوقاية من الفساد ومكافحته يجعل الهيئة جهة مشتركة لمكافحة الفساد بين القطاع العام والخاص على حد سواء.

\_\_ الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.

\_\_ ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته، التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين.

\_\_ السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات، وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي.

**1- التقسيم التنظيمي لمهام الهيئة:** إن المادة (20) من القانون 01/06 حين نصها على المهام الموكلة للهيئة في مجال مكافحة الفساد أوردت هذه المهام في كليات ليأتي بعدها المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم بتجزئة هذه المهام إلى جزئيات وذلك بمناسبة بيان المهام التي يتكفل بها رئيس الهيئة وكل قسم من أقسام الهيئة والتي هي كالتالي:

- قسم الوثائق والتحليل والتحسيس يكلف بالقيام بكل الدراسات والتحقيقات والتحليل الاقتصادية أو الاجتماعية وذلك على الخصوص بهدف تحديد نماذج الفساد وطرائقه من أجل تنوير السياسة الشاملة للوقاية من الفساد ومكافحته، ودراسة الجوانب التي قد تشجع على ممارسة الفساد واقتراح التوصيات الكفيلة بالقضاء عليها، من خلال التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وكذا على مستوى الإجراءات والممارسات الإدارية، على ضوء تنفيذها، إضافة إلى دراسة وتصميم واقتراح الإجراءات المتصلة بحفظ البيانات اللازمة لنشاطات الهيئة ومهامها والوصول إليها وتوزيعها، بما في ذلك بالاعتماد على استخدام تكنولوجيات الاتصال والإعلام الحديثة.<sup>2</sup>

دراسة المعايير والمقاييس العالمية المعمول بها في التحليل والاتصال والمتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته بغرض اعتمادها وتكييفها وتوزيعها، واقتراح وتنشيط البرامج والأعمال التحسيسية

\* إن ذكر المشرع عبارة " وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتها 1 و 3 " في نهاية حديثه عن تكليف الهيئة بمهمة تلقي التصريح بالملكيات ما هو إلا تذكير وتأكيد على عدم صلاحية الهيئة في تلقي تصريحات الممتلكات الخاصة برئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس المجلس الدستوري وأعضائه ومحافظ بنك الجزائر والسفراء والقناصل والولاة والقضاة وأن صلاحياتها تقتصر فقط على تلقي التصريح بالملكيات الخاص برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة بالإضافة إلى الموظفين المذكورين في القرار المؤرخ في 2 أفريل 2007 المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 16 جانفي 2017.

<sup>2</sup> المادة 12 من الرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

بالتنسيق مع الهياكل الأخرى في الهيئة، ترقية إدخال قواعد أخلاقيات المهنة والشفافية وتعميمها على مستوى الهيئات العمومية والخاصة، بالتشاور مع المؤسسات المعنية.

قسم معالجة التصريحات بالمتلكات يكلف بتلقي التصريحات بالمتلكات للأعوان العموميين كما هو وارد في المادة (6) من القانون 01/06 مع مراعاة الاستثناءات الواردة فيها، واقتراح شروط وكيفيات إجراءات تجميع ومركزة وتحويل التصريحات بالمتلكات طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وبالتشاور مع المؤسسات والإدارات المعنية.

القيام بمعالجة التصريحات بالمتلكات وتصنيفها وحفظها.<sup>1</sup>

جمع واستغلال العناصر التي يمكن أن تؤدي إلى المتابعات القضائية والسهر على إعطائها الوجهة المناسبة طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، إعداد تقارير دورية لنشاطاته<sup>2</sup>

قسم التنسيق والتعاون الدولي<sup>3</sup> يكلف بتحديد واقتراح وتنفيذ الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالعلاقات الواجب إقامتها مع المؤسسات العمومية والهيئات الوطنية الأخرى طبقاً للمادة (21) من القانون 01/06 ولاسيما بغرض: جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن حالات التساهل مع الفساد،<sup>4</sup> القيام أو العمل على القيام بتقييم أنظمة الرقابة الداخلية وعملها الموجودة بغرض تحديد

<sup>1</sup> المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

<sup>2</sup> هذا القسم أيضاً تم تغيير تسميته بموجب التعديل الذي جاء به المرسوم الرئاسي 64/12 وذلك من مديرية التحليل والتحقيقات إلى قسم معالجة التصريح بالمتلكات مما جرده من مهمة التحقيقات وقصر مهمته على الجمع والاستغلال للمعلومات الواردة إليه فبعد أن كان له الحق في التحري عن الوقائع الخاصة بالفساد بالاستعانة بالهيئات المختصة أصبح الآن يجمع فقط هذا ما أدى به إلى التحول من وضعية الجمع والباحث والمبادر إلى وضعية المتلقي فقط مما أضعف دوره مقارنة بما كان سابقاً.

<sup>3</sup> أستحدث هذا القسم بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 64/12 وحددت مهامه بمقتضى المادة 13 مكرر هذا القسم الذي يكشف عن عدم التناسق بين الوظائف المكلف بها وتسميته التي أطلقها عليه التنظيم حيث أن وظائفه وإن كانت في بعضها ذات علاقة بالتعاون الدولي إلا أنها في البعض الآخر لا علاقة لها بوظيفة التنسيق وهذا ما يطرح التساؤل حول أسباب هذه الحالة من اللاتناسق التي تكتسي هذا القسم إلا أن الثابت في جميع الحالات أن أي تناقض ولو كان بسيطاً له آثاره.

<sup>4</sup> كان من الأولى أن تنص المادة 13 مكرر من المرسوم الرئاسي 64/12 على جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن أفعال الفساد وليس جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن حالات التساهل مع أفعال الفساد لأن الكشف عن أفعال الفساد سيؤدي كنتيجة حتمية إلى كشف أفعال التساهل أما الكشف عن حالات التساهل لا يؤدي إلى اكتشاف ما ارتكب من أفعال فساد.

مدى هشاشتها بالنسبة لممارسات الفساد، تجميع ومركزة وتحليل الإحصائيات المتعلقة بأفعال الفساد وممارسته.

تطبيق الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالتعاون مع مؤسسات ومنظمات المجتمع المدني والهيئات الوطنية والدولية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك قصد ضمان تبادل للمعلومات منتظم ومفيد في توحيد مقاييس الطرق المعتمدة في الوقاية من الفساد ومكافحته وتطوير الخبرة الوطنية في هذا الميدان.

— أما رئيس الهيئة فيكلف بتمثيل الهيئة لدى السلطات والهيئات الوطنية والدولية، تنفيذ التدابير التي تدخل في إطار السياسة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.<sup>1</sup>

إعداد وتنفيذ برامج تكوين الإطارات الدولة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته.  
تحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل.

## 2- مآل أعمال الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: إن كل مهام الهيئة من

دراسات وأعمال ميدانية وجمع للمعلومات لا يمكن أن يخرج مآلها 3 جهات:

● **رئيس الجمهورية:** هذا ما نصت عليه المادة (24) من القانون 01/06 وأكدت عليه المادة (203) من الدستور.

إلا أن المواد التي نصت على هذا الالتزام والذي يعد بمثابة تقييد لحرية الهيئة في القيام بنشاطها وذلك نتيجة ما يجسده هذا الالتزام من إضفاء لنوع من الرقابة اللاحقة للسلطة التنفيذية على النشاطات السنوية للهيئة<sup>2</sup> لم تعين أي جهة أخرى يرفع لها التقرير بخلاف رئيس الجمهورية لذلك كان من الأولى أن توجه على الأقل نسخة من التقرير إلى السلطة التشريعية بوصفها جهة تشريع للقوانين وجهة رقابة على أعمال السلطة التنفيذية.<sup>3</sup>

كما لم تنص أيضا على مصير التقرير السنوي الذي تعده الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بعد عرضه على السلطة التنفيذية خاصة في ظل غياب الإشهار أو النشر للتقرير المرفوع

\* إن التنفيذ لسياسة الوقاية من الفساد والتي كلف بها النص التنظيمي رئيس الهيئة يلزمها آليات تنفيذ هذه الآليات التي لم يتناولها لا المشرع ولا التنظيم فكل الآليات التي منحت للرئيس أو للهيئة ككل لا تتعدى سلطة التوجيه أو المساعدة والتنفيذ يقتضي وجود آلية إلزام هذا ما لا تحوزه الهيئة في مواجهة أي طرف.

<sup>2</sup> باديس بوسعيد، المرجع السابق، ص 116.

<sup>3</sup> أنظر المواد 112 و113 و114 و136 من الدستور

إلى رئيس الجمهورية في الجريدة الرسمية أو في وسائل الإعلام وذلك على خلاف المشرع الفرنسي والذي أكد على ضرورة نشر تقرير الهيئة المختصة في الجريدة الرسمية.<sup>1</sup>

● **السلطة القضائية:** والتي تكون الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في مواجهتها ملزمة بتحويل الملف الذي يتضمن وقائع ذات وصف جزائي ليس إلى النيابة العامة وإنما إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يتولى تحويله إلى النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، هذه الطريقة المتبعة في تحويل الملف من الهيئة إلى الجهات القضائية المختصة تجسد وزير العدل في هيئة قناة عبور أو همزة وصل بين الهيئة والجهة القضائية إلا أن حقيقة الأمر أن وزير العدل يجسد هيئة رقابة للسلطة التنفيذية على أعمال الهيئة في الطريق الثاني والذي من الممكن أن تتخذه أعمال الهيئة.

لذا فإن تقييد الهيئة في تعاملها مع السلطة القضائية بالنسبة لعملية تحويل الملفات ذات الطابع الجزائي بوزير العدل حافظ الأختام ما هو إلا إخضاع للهيئة لرقابة السلطة التنفيذية التي يمثلها الوزير سالف الذكر في السلك القضائي، وكذلك ما هو إلا حد من فاعليتها.<sup>2</sup>

● **الهيئات والمؤسسات العمومية والخاصة:** بينما كانت تنص المادة (20) من القانون 01/06 السالف الذكر على أن الهيئة لها سلطة تقديم التوجيهات التي تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة واقتراح التدابير ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد أصبحت في ظل المادة (18) من المرسوم الرئاسي 64/12 لا تملك في مواجهتهم سوى إصدار توصيات أو آراء أو تقارير أو دراسات ترسلها للهيئات المعنية وهذا ما يؤكد عدم تمتع الهيئة لأي آلية لتنفيذ سياسة الوقاية من الفساد في مواجهة حتى المؤسسات العمومية والخاصة.<sup>3</sup>

**ثانياً: استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:** إن تكييف المشرع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على أنها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يوحي برغبته في منح هذه الهيئة أقصى حد ممكن من الاستقلالية في أداء مهامها

<sup>1</sup> حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، (أطروحة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 497.

<sup>2</sup> المادة 22 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق.

<sup>3</sup> المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

هذه الاستقلالية التي يثبت وجودها من عدمه عن طريق توافر عدة مؤشرات وآليات تكون كافلة وضامنة للاستقلالية الحقيقية أو مجسدة لاستقلالية صورية لا أساس لها على أرض الواقع فكثيرا ما يعطي المشرع مؤشرات تظهر الاستقلالية في ظاهرها لكنه وبالمقابل يحيطها بإجراءات وقيود تقضي عليها في الباطن، لذلك فإن الفصل في وجود استقلالية من عدمها يستلزم التدقيق في بعض الجوانب المتعلقة بالهيئة.

1- **تحديد تشكيلة وهيكلية الهيئة:** إن عدم معالجة المشرع لمسألة تشكيلة الهيئة وهيكلتها في النص المنشأ وتركه المجال للسلطة التنفيذية لتولي هذه المسألة عن طريق التنظيم يعد أول خطوة للمساس باستقلالية الهيئة نظرا لأن تحديد تشكيلة الهيئة وهيكلتها والشروط الواجب توفرها في أعضائها وموظفيها من طرف المشرع في نفس القانون يعد من الضمانات الأساسية التي تضمن استقلالية أعضائها وبالتالي استقلاليته.<sup>1</sup>

2- **تعيين أعضاء الهيئة:** قبل التطرق إلى سلطة التعيين بالنسبة لأعضاء الهيئة فإنه تجدر الإشارة إلى أن لا التشريع ولا التنظيم ورد فيهما تحديد دقيق للمعايير التي يخضع لها الأعضاء المعينين غير النص على معيار من المفروض أنه من الشروط العامة لشغل أي وظيفة كمعيار لتعيين الأعضاء واعتباره شرطا خاصا من طرف النص التشريعي،<sup>2</sup> وكذلك النص على شروط غير واضحة وواسعة المعنى واعتبارها أساسا للتعيين في الهيئة من طرف النص التنظيمي،<sup>3</sup> لا هو مؤدى إلى فراغ قانوني وثغرة ليست بالهينة في أكثر الآليات الضامنة لاستقلالية الهيئة وعدم تبعيتها من جهة والكافلة لشروط الشفافية وفقا لما هو معمول به من جهة أخرى،<sup>4</sup> ونظرا لكون هذه الطريقة من التعيين لا تدعم الاستقلالية والفاعلية للهيئة بسبب غياب التمثيل الشعبي في التعيين أي التمثيل من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لاختيار الأعضاء، لذلك فإن تحقيق الاستقلالية المطلوبة لا يكون

<sup>1</sup> خالد الشعراوي الإطار التشريعي لمكافحة الفساد دراسة مقارنة لتشريعات بعض الدول، مركز العقد الاجتماعي، 2011، ص 31.

<sup>2</sup> أنظر المادة 19 من القانون رقم 01/06 في فقرتها الثالثة.

<sup>3</sup> راجع المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 في فقرتها الثانية.

<sup>4</sup> راجع المادة 3 من القانون 01/06 في فقرتها الأولى.



إلا عن طريق تغيير طريقة التعيين أولا وترك منصب الرئيس خاضعا لعملية الانتخاب من طرف الأعضاء ثانيا.<sup>1</sup>

3- **تبعية الهيئة لرئيس الجمهورية:** هذه التبعية والتي جسدها النص التشريعي من خلال المادة (18) من القانون 01/06 سالف الذكر، وأكدها المرسوم الرئاسي 413/06 ومن بعده الدستور في المادة (202) منه، طالما لم يفصل المشرع في نوع هذه التبعية ومعالها فإنها تعد مظهرا من مظاهر المساس باستقلالية الهيئة.

خاصة في ظل وجود تناقض في النص القانوني ففس النص الذي صرح للهيئة بالاستقلالية أي عدم خضوعها لأي رقابة وصائية أو سلطة رئاسية مما يؤدي إلى منع السلطة التنفيذية عنها هو نفس النص الذي صرح بتبعيتها لرئيس الجمهورية.<sup>2</sup>

هذا التناقض الذي جاء نتيجة الضغوطات الممارسة على الجزائر من طرف الأمم المتحدة والمنظمة العالمية للتجارة قصد منح الهيئة الاستقلالية من جهة ورغبة السلطة في إبقاء هذه الهيئات المستقلة عامة والهيئة على وجه الخصوص تحت وصايتها وهذا نابع من عدم توفر الإرادة السياسية لمكافحة الفساد.<sup>3</sup>

4- **تجديد عهدة أعضاء الهيئة:** نصت المادة (5) من المرسوم الرئاسي 64/12 على أن عهدة الأعضاء والمحددة بخمس (5) سنوات تكون قايية للتجديد مرة (1) واحدة إلا أن المادة مثلما لم تحدد معايير واضحة للتعين بداية فإنها كذلك لم تحدد دواعي التجديد، وهذا في حقيقة الأمر يحد من استقلالية الهيئة من خلال كون التجديد قد يساهم سلبا عليها خاصة في حالة تأسيس التجديد للعهد على معايير غير شفافة وغير نزيهة كالمساومات،<sup>4</sup> نظرا لأن الأصل العام في الهيئات المكيفة على أنها سلطات إدارية مستقلة وضمانا لاستقلاليتها وجوب أن تكون العهد غير قابلة للتجديد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ديب نذيرة، المرجع السابق، ص ص 47-48.

<sup>2</sup> خروفي بلال، المرجع السابق، ص 81.

<sup>3</sup> إعراب أحمد، المرجع السابق، ص 9.

<sup>4</sup> عميرو خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 77.

<sup>5</sup> وليد بوجملين سلطات الضبط الاقتصادية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 75.

5- إنهاء مهام الرئيس والأعضاء: نصت المادة (5) من المرسوم الرئاسي 64/12 على أن إنهاء مهام الرئيس والأعضاء للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته يتم وفق الأشكال التي تم بها التعيين مما يستفاد منه:

أن هذا الإنهاء لا يكون بمناسبة نهاية العهدة وإنما في شكل عزل.  
أن لا القانون ولا التنظيم ضبط ممارسة هذه السلطة من قبل رئيس الجمهورية.  
وتبعاً لذلك تكون استقلالية الهيئة محدودة جداً وذلك من زاويتين:  
أولهما: تولي رئيس الجمهورية لهذا الحق مما يؤكد تبعية أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته للسلطة التنفيذية.

ثانيهما: تكمن في عدم ذكر الأسباب والظروف الجدية والحقيقية والتي من شأنها إنهاء العهدة قبل المدة المحددة قانونياً بخمس (5) سنوات.<sup>1</sup>

6- نسبية الاستقلال المالي: على الرغم من نص المادة (18) من القانون 01/06 على تمتع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالاستقلال المالي وعلى الرغم من تأكيد المادة (202) من الدستور لهذه الخاصية إلا وهذا ما لا يعد مطلقاً تكريساً للاستقلالية المالية للهيئة وذلك نتيجة التأثيرات التي تمارسها الدولة عن طريق تمويلها لها،<sup>2</sup> حيث أن الاعتماد على ميزانية الدولة يؤدي إلى تبعية الهيئة إلى السلطة التنفيذية، بحكم أن الدولة حين تقديمها هذه الإعانات فإنها تمارس نوعاً من الرقابة عليها وحتى إمكانية التناقص في تقديم الإعانات واردة خاصة عند عدم استجابة الهيئة لضغوطات الجهاز التنفيذي.<sup>3</sup>

وبالرجوع للحديث عن ممارسة الدولة نوعاً من الرقابة على الهيئة فإن هذا قد أقره بالفعل المرسوم الرئاسي 413/06 والذي نص في المادة (24) منه على خضوع الهيئة للرقابة المالية والتي يمارسها عليها مراقب مالي يعينه الوزير المكلف بالمالية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> شيخ ناجية (المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، الملتقى الأول حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 23 و24 ماي 2007، ص 103.

<sup>2</sup> عثمانى فاطمة، المرجع السابق، ص 50.

<sup>3</sup> أعراب أحمد، المرجع السابق، ص 10.

<sup>4</sup> المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق.

7- فقدان الهيئة لسلطة حقيقية: رغم ظاهرية استفادة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من تكييف قانوني صريح على أنها سلطة إدارية مستقلة وتطبيقا لذلك فهي لا تخضع لأي رقابة وصائية أو رئاسية،<sup>1</sup> كما أنها تتمتع بسلطة إصدار قرارات يعود اختصاصها الأصلي للسلطة التنفيذية لأن إنشاء مثل هذه السلطات الهدف منه ليس التسيير وإنما الضبط.<sup>2</sup> إلا أنه بالرجوع إلى أحكام ونصوص القانون 01/06 وكذلك أحكام المرسوم الرئاسي 64/12 لا نجد لها أي مظهر من مظاهر السلطة والتي من المفروض أن تتمتع بها مثل هذه الهيئات والمكيفة على أنها سلطات إدارية مستقلة، فالمرشح لم يمنح للهيئة أي مهمة تتجاوز الجانب الاستشاري حتى بالنسبة لتحويل الملفات ذات الوصف الجزائي فقد قيدها بوزير العدل ومنعها من الاتصال مباشرة بالنيابة العامة رغم أنه منحها سلطة الاتصال بها لغرض الاستعانة بها لجمع الأدلة والتحري في الوقائع ذات العلاقة بالفساد وأكثر من ذلك هو أن حتى وصول الملف المحول إلى الجهات القضائية المختصة لا يعد تحريك للدعوى العمومية بل تبليغا فقط ليبقى تقدير التحريك من عدمه للنائب العام المختص.<sup>3</sup>

#### الخاتمة:

على الرغم من أن المشرع قطع شوطا كبيرا في بلورة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من الناحية للقانونية لتكون بذلك أداة فعالة للوقوف في وجه الفساد ومكافحته إلا أنه مازالت تنتظره أشواطا أكبر للوصول بها إلى الفاعلية المتوخاة من إنشائها خصوصا في ظل النقائص الكبيرة التي تكشف عنها نصوصها القانونية من عدم وجود للاستقلالية الكافية والصلاحيات اللازمة والسلطة الحقيقية، هذا كله مضافا إليه ما سيكشف عنه ويفرز الواقع العملي من نقائص أخرى، لذلك فإن الحديث عن الدور الذي تلعبه الهيئة في مواجهة الفساد والنتائج المحققة منها في حربها عليه مازال مبكرا جدا في إطار الوضعية الحالية للهيئة فبداية الخوض في موضوع الدور مقرون ببداية المشرع الخوض في موضوع النقائص.

<sup>1</sup> موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012، ص 127.

<sup>2</sup> باديس بوسعيد، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> أنظر المواد 20، 22 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق

من خلال العرض السابق نخلص إلى نتائج عدة أهمها:

\_\_ أن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد تحتاج دعم فعلي لاستقلاليتها ليس فقط كم هائل من النصوص التشريعية والتنظيمية في غياب التطبيق.

\_\_ على المشرع الفصل في دور الهيئة لأن إعطائها مهام إدارية وأخرى قضائية يحول للقارئ أن لها دور قضائي في حين نجدها صندوق وصل بين الجهات القضائية ومعلومات حول الفساد لا تقل أهمية عن تلك التي قد يتحصل عنها العامة.

\_\_ كثرة أعضاء الهيئة مع كثرة المهام المسندة لهم بموجب النص لكن عمليا لا نرى لها أي دور وما يؤكد ذلك هو استحداثها في 2006 وتعيين أعضائها في 2010 ليأتي في 2016 تنصيب الفعلي لهؤلاء الأعضاء.

### التوصيات:

\_\_ لا بد من الاهتمام الفعلي بمسألة الاستقلالية لدعم نزاهة وشفافية عمل هذه الهيئة.  
\_\_ دعم الرقابة على عمل الهيئة واعطائها مهام قضائية تتناسب مع تشكيلها وأيضا لتحقيق الهدف من وجودها.

\_\_ كما أن استقلال السلطة القضائية هو الضمان الحقيقي والفعلي لتمكين القضاء من النهوض بواجباته في إصدار أحكامه في مواجهة كل مرتكبي جرائم الفساد المحالين إلى القضاء، وفي هذه الحالة يصدر القضاء أحكاما وفقا للقانون وما تقتضيه مبادئ العدالة دون التأثير عليه من أية جهة أخرى.

### قائمة المراجع والمصادر:

#### القوانين:

- 1\_ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 50 لسنة 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2011
- 2\_ المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26، لسنة 2004.

- 3\_المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالمرسم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012.
- 4\_المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2016.
- 5\_المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012.
- 6\_المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 نوفمبر 2010 المتعلق بتعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 69، لسنة 2010.
- 7\_تعليمة رئاسية رقم 3 مؤرخة في 13 ديسمبر 2009 متعلقة بتفعيل مكافحة الفساد.
- 8\_القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 21 مارس 2013 يحدد التنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتها.

### الأطروحات والرسائل:

- 1\_ باديس بوسعيد، مؤسسة مكافحة الفساد في الجزائر 1999-2012، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
- 2\_ تياب نادية آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 3\_ حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، (أطروحة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.
- 4\_ خروفي بلال الحوكمة المحلية ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.
- 5\_ ديب نذيرة استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 6\_ زوزو زوليخة جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.
- 7\_ عثمانى فاطمة التصريح بالملكيات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

8\_ عميرو خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.

9\_ موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012.

### الكتب:

1\_ خالد الشعراوي الإطار التشريعي لمكافحة الفساد دراسة مقارنة لتشريعات بعض الدول، مركز العقد الاجتماعي، 2011.

2\_ وليد بوجملين سلطات الضبط الاقتصادية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011.

### المداخلات:

1\_ أعراب أحمد "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010.

2\_ شيخ ناجية (المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، الملتقى الأول حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 23 و 24 ماي 2007.

## تفويضات الهيئات التابعة للجماعات الإقليمية

## Mandates of regional community bodies

د/ رضا بوشاقورة

جامعة العربي التبسي، تبسة - الجزائر-

ط.د/ تقي دغبوش

جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس - الجزائر-

## ملخص:

ميز القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية بين الهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية فالهيئة العمومية هي إما إدارية أو صناعية وتجارية وتتميز هذه الأخيرة عن نظيرتها الإدارية كونها تستطيع تمويل أعباءها الاستغلالية كلياً أو جزئياً عن طريق بيع إنتاج تجاري ينجز طبقاً لتعريفه معدة مسبقاً ولدتر شروط عامة يحدد الأعباء والتقييدات العائدة على عاتق الهيئة وكذا الحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وعند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، وعلى هذا النحو فان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري شخص من أشخاص القانون العام موكل إليها تسيير مرفق عمومي تكون تاجرة في علاقاتها مع الغير وعلى خلاف ذلك تخضع الهيئة العمومية الإدارية لنفس القواعد المطبقة على الإدارة والى مبدأ التخصص، فيطبق عليها النظام المالي والمحاسبي المطبق على الإدارة وهو ما يجعل من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري النموذج الأنسب للتفويضات على عكس ما سار عليه تنظيم التفويضات في التجربة الجزائرية.

## الكلمات المفتاحية: تفويضات؛ مؤسسة عمومية إدارية؛ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

**abstract:**

The directive law for public institutions distinguishes between public bodies and public economic institutions. The public authority is either administrative, or industrial and commercial, and the latter is distinguished from its administrative counterpart in that it can finance its exploitative burdens in whole or in part by selling commercial production carried out according to a pre-prepared tariff and a general conditions book that specifies the burdens and restrictions. The authority, as well as the rights and powers associated with it, and, when necessary, the rights and duties of users. In this way, a public institution of an industrial and commercial nature is a person of public law entrusted with the management of a public utility that is commercial in its relations with others. Otherwise, the administrative public body is subject to the same rules applicable to management and to the principle of specialization, so the financial and accounting system applied to management is applied to it. This makes the public institution of an industrial and commercial nature the most appropriate model for delegations, in contrast to the practice of organizing delegations in the Algerian experience.

**Keywords:** delegations; administrative public institution; public institution of an industrial and commercial nature.

**مقدمة**

الأصل أن يرد التفويض على مرفق من طبيعة صناعية وتجارية والاستثناء أن يكون محل التفويض مرفقا إداريا، ففي الوقت الذي يؤكد فيه الفقه<sup>1</sup> على التناسب بين تقنية التفويض والمرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري<sup>2</sup>، وذلك بالنظر لما تحققه من مرونة في التسيير وسهولة في التكيف مع الأنشطة الاقتصادية،

<sup>1</sup> - ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017، ص 25 وما بعدها.

<sup>2</sup> - « Les contrats de délégations de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, la charge d'assurer en tout en partie l'exécution d'un service



خالف التنظيم المطبق على تفويض المرفق العام في التجربة الجزائرية ذلك، فالمرافق ذات الطابع الربحي والتي وضعها النظام القانوني الجزائري في عهدة المؤسسات العمومية من نفس الطبيعة (م.ع.ص.ت) لم يفرد لها النص التطبيقي المنظم لتفويض المرفق العام بأحكام تخصها في هذا المجال وعلى العكس من ذلك فقد خص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعة الإقليمية، بتلك الأحكام التي أوردتها ذكرا وإجراء من خلال النص على كفاءات رقابتها<sup>1</sup>.

إن تلك الصياغة العامة في عبارة " كل شخص عام مسؤول عن مرفق عام " لا تستثني المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من دائرة السلطات المفوضة ولكن عدم النص عليها صراحة وعدم تحديد إجراءات ورقابة خاصة بها يثير الإشكال بخصوصها، على النحو التالي:

ما مدى الارتباط بين الأهداف الاقتصادية لعقود التفويض والطبيعة القانونية للهيئات المحلية

المفوضة ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية نقسم بحثنا الى مطلبين نخصص الأول منهما لتوضيح التلاؤم بين عقد التفويض والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فيما يكون الثاني لدراسة تطبيقات التفويض من طرف المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

**المطلب الأول: تفويضات المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري**

بالرجوع لنص المادة 207 في صياغتها " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن

مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره "

public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial » -R.Chapus, le droit administratif général, tome 1, 15 e, Montchrestien, Paris,1996, p516

\* - وإن كانت تخضع في رقابتها للجان الجماعات الإقليمية التي تتبعها، وهو ما يطعن في استقلاليتها، ويكسر الوصاية المفرطة.

نجد أن هذا الحكم يدخل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في نطاق التطبيق بوصفها شخص معنوي عام، يخضع للقانون العام مسؤول عن مرفق عام بإمكانه تفويض تسيير المرفق المسؤول عنه إلى مفوض له، فلماذا إذا لم يتناولها في التنظيم بصريح النص في المرسوم التنفيذي للتفويضات؟ كما أن النص التطبيقي والمتمثل في المرسوم التنفيذي 18-199 جاء على إطلاقه، دون تحديد لطبيعة هذا المرفق مما يستبعد فرضية أن التفويض يكون بناء على طبيعته، لا بناء على طبيعة الهيئة المسؤولة عنه.

إن ملائمة المرافق ذات الطابع التجاري لتقنية التفويض، في حقيقته فكرة جذورها ضاربة في الفقه المقارن لاسيما الفرنسي منه، باعتباره دائما من أصحاب السبق في إشراك الخواص في إدارة الشأن العام دون إنكار التجارب السابقة عنه كالنظام الانجليزي مثلا، إلا أن ذلك التقارب في التوجه القانوني يفرض دائما العودة للفقه الفرنسي لا لشيء سوى لاستخلاص الآثار والنتائج من التجربة المماثلة في الأحكام القانونية، دون إغفال المعطيات الخاصة لمحيط الجماعة الإقليمية الجزائرية، وفي البحث في حقيقة هذه الملائمة بين المرافق ذات الهدف الربحي وتقنية التفويض نسوق مثلا ما عبر عنه العميد هوريو<sup>1</sup> والذي جاء فيه:

"Par suite d'une sorte de politique administrative, il y a toute de services publics qui ne peuvent être exécuter que par le système de la concession. Ce sont les services publics que l'on considéré comme des entreprises économiques"

وهو طرح جاء به أيضا الفقيه R.Chapus عندما اعتبر أن التفويض يرد بالدرجة الأولى على المرفق

العمومي ذي الطابع التجاري والصناعي، كما يمكن أن يكون على المرافق العمومية الإدارية:

« Les contrats de délégations de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, la charge d'assurer en tout en partie l'exécution d'un service public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial »<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية 2009، ص 229.

<sup>2</sup> - R.Chapus, le droit administratif général, tome 1, 15 e, Montchrestien, Paris, 1996, p516.

يوضح هذا التعريف تناول التفويض على انه قد يقع أيضا على المرافق الإدارية في عبارة *qui peut être aussi*، وهي دلالة على أن الأصل في تقنية التفويض هو المرفق العمومي التجاري والصناعي وما المرفق العمومي الإداري إلا استثناء عن ذلك.

امتدت فكرة التأكيد على ملائمة المرافق ذات الطبيعة التجارية لتقنية التفويض إلى الفقه الحديث فتبناها الأستاذ <sup>1</sup> Auby حينما اعتبر قطاع المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل المجال الخصب والأمثل لتقنية التفويض، وقد امتد تأييد هذه الفكرة إلى اعتبار أن تفويض المرفق قرينة على انه ذو طابع صناعي وتجاري.

فالمرافق ذات الطبيعة الصناعية والتجارية تشكل الجزء الأكبر لمحل التفويض، على اعتبار أن تلك الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العمومية من قبل المستفيدين من خدماتها، كما يمكن أن يكون محل التفويض مرافق عمومية ذات طابع إداري.

جاذبية المرافق الاقتصادية لتقنية التفويض، هو طرح سانده أيضا بعض الباحثين الجزائريين في المجال، فمنهم من أشار إلى: "أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري توفر صيغة أكثر مرونة التسيير نظرا لتكيفها بسهولة مع الأنشطة الاقتصادية، أما القواعد التقليدية التي تحكم المؤسسة الإدارية فهي قاسية وجد صارمة، وتؤدي إلى البيروقراطية، مما يجعل استعمالها في نشاطات السوق امرأ مستحيلا ولا يمكنها تحمل منافسة المؤسسات الخاصة التي تعتبر الربح محركها الوحيد"<sup>2</sup>، كما جزم البعض منهم بأن "الأسباب

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 230.

<sup>2</sup> - رابح مهداوي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية المحلية لتسيير المقابر والجناز، لولاية الجزائر، مذكرة ماجستير، حقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 18.

الحقيقية التي استدعت اللجوء إلى أسلوب التفويض هو تحسين أداء المرافق العامة سواء على المستوى الوطني أو المحلي، وبالخصوص المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري"<sup>1</sup>.

بالرجوع لمختلف التعريفات في عديد الأنظمة المقارنة، نجد ترجيح فرضية نجاعة التفويض الوارد على المرفق الصناعي والتجاري، فعلى سبيل المثال يعرف الأستاذ أحمد بوعشيق على أنه: "عقد إداري تعهد السلطة المفوضة للمفوض له، داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض باستغلاله وتسيير المرفق العام الصناعي والتجاري المحلي لمدة محددة تنتهي بانقضاء مدة العقد"<sup>2</sup>.

ويضيف الأستاذ: "يعتبر التسيير المفوض طريقة حديثة في إدارة وتسيير المرافق العامة الاقتصادية ولاسيما المرافق العامة المحلية"<sup>3</sup>.

وهو ما جسده مثلا المشرع التونسي بصريح النص<sup>4</sup>:

"للجماعة المحلية بمداولة من مجالسها أن تقرر استغلال مرافق عامة ذات صبغة اقتصادية صناعية وتجارية بواسطة عقود تفويض مرافق عامة محلية، يمكن بمقتضاها جماعة محلية بصفتها مانحة التفويض، شخصا عموميا أو خاصا بصفته صاحب التفويض التصرف في مرفق عمومي لا يكتسي صبغة إدارية يعود لها بالنظر على أن يكون المقابل المالي مرتبطا بالأساس بنتائج التصرف في المرفق العام موضوع التفويض وان يتحمل صاحب التفويض المخاطر المالية للنشاط المرفقي".

<sup>1</sup> - ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017، ص 26.

<sup>2</sup> - أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الثامنة 2004، ص 200.

<sup>3</sup> - احمد بوعشيق، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - الفصل 85 من القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بالجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 مؤرخ في 15 ماي 2018.

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية في نصوص سابقة وحتى في النص الحالي "247/15 حينما جمع بين الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية"، لم يتعامل مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بنفس الكيفية بخصوص إمكانية خضوع هذا النوع من الهيئات لأحكامه:

فجعل من خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية بموجب الباب الأول من المرسوم الرئاسي 247/15 متوقف على شرط التمويل الكلي أو الجزئي الدائم أو المؤقت، للعملية المنجزة من طرف الدولة وذلك بناء على المادة السادسة منه، والتي نصت على ما يلي:

"لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية مولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية".

بينما لم يرد أي حكم خاص بشأن هذا النوع من المؤسسات فيما تعلق بالتفويض، إذ لا يمكن استثنائها من نطاق التفويض لا بصفتها سلطة مفوضة ولا باعتبارها مفوض له وهو ما نجد دلالاته في المادة من 207 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاء فيها:

"يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له....

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية". فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وعلى وجه الخصوص التابعة للجماعات الإقليمية مشمولة بأحكام هذه المادة، باعتبار خضوعها للقانون العام<sup>1</sup> من جهة وكذا

\* - إن خضوع هذه الهيئات لقواعد القانون الخاص في معاملاتها مع الغير، لا يستثنيها من أحكام هذه المادة، كما أن عبارة المسؤول عن مرفق عام تجعل منها في صميم نطاق تطبيق التفويضات.

باعتبار أن تصرفها يكون لحساب الجماعة الإقليمية التابعة لها<sup>1</sup>، من جهة أخرى وهو ما يمكنها من مركز المفوض.

كما أن أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18 أعطت إمكانية لهذا النوع من الهيئات ذات الطابع الصناعي والتجاري، بدخول المجال التنافسي في مركز المفوض له وهو ما تعبر عنه المادة الرابعة من هذا المرسوم التنفيذي في صياغتها:

"يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة"، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له" بموجب اتفاقية تفويض".

إن المبرر الذي يجعل الجماعة الإقليمية تعتمد إلى إنشاء هيئات عمومية من طبيعة صناعية وتجارية هو تسيير المصالح العمومية<sup>2</sup> المتكفل بها من طرف الجماعة الإقليمية وهي مهام لا علاقة لها بالمهام السيادية مما يخرجها من دائرة المرافق غير القابلة للتفويض تحت هذا المبرر.

وعلى اعتبار انه إذا كانت طبيعة المؤسسة المحلية، تمثل متغيرا، فان الثابت في معادلة التفويض هو عمومية الخدمة، ولا يجد الباحث مبررا لاستثناء المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري بوصفها هيئة مرفقية تقدم خدمات عامة، من أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18، ذلك أن المؤسسة قد تأخذ بما هو أنسب للتسيير احد الشكلين إلا أن محل التسيير (المرفق العمومي) يظل ثابتا و هو ما تؤكدته المادة الخامسة من المرسوم 200/83 في نصها على أن:

<sup>1</sup> - تنص المادة السادسة من المرسوم 83-200 على أن: " تتمثل مهمة المؤسسة في تنفيذ الأهداف المسندة إلى المرفق العام الذي تتولى تسييره " راجع المرسوم 83 - 200، الصادر في 19 مارس 1983 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 12 لسنة 1983.

\* - المصالح العمومية المنصوص عليها في المواد 149 من قانون البلدية 10-11 و 141 من قانون الولاية 07-12 والتي لم يرد ذكرها حصرا.

"تهدف المؤسسة إلى تسيير مرفق عام ذي طابع إداري أو صناعي وتجاري فهي حسب الحالة إدارية أو اقتصادية".

### المطلب الثاني: تفويضات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري

يدار المرفق في حالة المؤسسة العمومية الإدارية عن طريق منظمة عامة، فطريقة الهيئة العمومية في هذه الحالة تمتاز عن طرق الإدارة الأخرى، بشكل يحقق نوعا من اللامركزية يطلق عليها الفقهاء اصطلاح اللامركزية المرفقية ويعرفها بعض منهم على أنها: "الهيئة العمومية التابعة للدولة والتي تدار بالأسلوب اللامركزي" هو تعريف وان كان يؤدي الغرض إلا انه ينطبق على المؤسسات العمومية المنشأة من طرف الجماعات الإقليمية، كما يعرفها الأستاذ عمار عوابدي<sup>1</sup> على أنها "منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي والإداري وترتبط بالسلطة المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة والوصايا وهي تدار بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها".

ويعطي الأستاذ محمد الصغير بعلي تعريفا موجزا ودقيقا للمؤسسة العمومية بشكل عام<sup>2</sup>: "مرفق عام مشخص قانونا".

### أولا: عوائق تفويضات المؤسسة العمومية الإدارية:

عمليا اقر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية التفويض مع تحفظ أن لا تكون الخدمة بحكم طبيعتها أو بإرادة المشرع من المهام التي لا يمكن تأمينها إلا من طرف الجماعة الإقليمية ذاتها، من جهة أخرى يعرف المرفق الإداري بالمرفق الذي لا يمكن إدارته إلا من طرف الجماعة العمومية نفسها.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 30.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2001، ص 24.

ضمن نفس السياق وفي رد وزاري بتاريخ 02 ديسمبر 1996 جاء في رد الوزير المكلف بالوظيفة العمومية " إن مرفق الاتصالات التابع للجماعة الإقليمية يمثل مهمة من اختصاصات الجماعة الإقليمية، وهو نفس التوجه الذي أقرته المحكمة الإدارية لباريس حينما اعتبرت أن توزيع المعلومة البلدية تشكل مرفقا عموميا بلديا<sup>1</sup>.

إن الطبيعة الإدارية أو الصناعية والتجارية للمرفق تحدد بدرجة أساسية تبعا لطبيعة النشاط وكميات تمويله وعمله وبصورة عامة فإن تطبيق هذه المعايير يضي على المرفق المحلي للاتصال الطبيعة الإدارية وفي المقابل يمكننا مثلا اعتبار إصدار نشرة بلدية والتي مصدر تمويلها بصفة أساسية هو العائدات الناتجة عن الإشهار، من طبيعة صناعية وتجارية، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للجماعة الإقليمية أن تعهد عن طريق اتفاقية تفويض تنفيذ الخدمة لمسير خارجي عن الجماعة، في قرار لمجلس الدولة بخصوص منازعة بين بلدية ومتعاقد معها، قدر أنها لا تأخذ طابع تفويض المرفق العمومي للاتفاقيات التي لا يكون فيها المقابل الذي يتحصل عليه المتعامل المتعاقد إما ناتجا عن ما يدفعه المرتفقين وإما بأي طريقة أخرى يكون فيها هذا المقابل مرتبطا بصفة جوهرية بنتائج الاستغلال، وفي باقي الحالات يجب النظر إلى هذه العقود كصفقة خاضعة لأحكام قانون الصفقات<sup>2</sup>.

إن الرد الوزاري المذكور أعلاه لا يمثل مرجعا ففي قرار جاء مناقضا له صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية لباريس بتاريخ 11 أكتوبر 1994، حكم القاضي الإداري بان العقد الذي تعهد البلدية بموجبه إصدار نشرتها الإعلامية مقابل العائدات الناتجة عن الإشهار هو صفقة عمومية!

<sup>1</sup> -TA Paris,07juin1995, Voir sur ; <https://www.legifrance.gouv.fr/>

<sup>2</sup> -JOAN,07 avril.1997, question 45689, note, note Mireille Berbari et autre, p25.



## أ- عائق التخصص:

إن خضوع الهيئة لمبدأ التخصص المنصوص عليه في القانون 200/83 يقصد به أن كل هيئة منوط بها القيام بأعمال محددة في نص إنشائها، وهي ملزمة بالتقيد بهذه الأعمال وأن لا تجيد عنها، بممارسة نشاط غير مذكور في نص الإنشاء<sup>1</sup> ويستخلص الفقهاء<sup>2</sup> من أعمال هذا المبدأ نتائج تتمثل في عدم قبول الهبات والوصايا لتحقيق غايات لا تدخل في اختصاصات الهيئة، وعدم مشروعية أي نشاط تقوم به الهيئة خارج تخصصها مع ترتب المسؤولية الناتجة عن الأضرار الناجمة عنه.

فهي تسعى فقط لتحقيق الأغراض المحددة والخدمات المعينة بالذات وذلك وفقا لنص إنشائها وبذلك تتعدد الأنظمة التي تحكم الهيئات العمومية وهذا باختلاف نوع الهيئة.

عند إنشاء هيئة عمومية يجب أن تحدد مهامها و النشاط الذي تمارسه، ولا يمكن أن تخصص ميزانيتها في نشاطات خارج هذا التخصص، وعلى الهيئة التقيد بالتخصصات الواردة في نص الإنشاء، إلا انه وفي إطار الأسباب والدوافع الاقتصادية، وبالنظر أيضا إلى الرغبة في التفتح على المجال التنافسي، فقد لوحظ أن العديد من الهيئات العمومية تسعى إلى ممارسة التعدد في النشاطات، والى ممارسة التحرر من مبدأ التخصص وهو الأمر الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى إصدار قرار حول التوسع الذي يمس مبدأ الحرية ففي قرار للمجلس مؤرخ في 07 جويلية 1994، ذكر المجلس أولا "انه ليس للهيئة العمومية تخصصا عاما ويشمل أكثر من المهام المنوطة بها، ولكن هذا المبدأ لا يفرض بحد ذاته أن هيئة عمومية وبالخصوص من طبيعة صناعية وتجارية أن تمارس نشاطات اقتصادية..."<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، جسر للنشر، 2017، ص 351.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبوعات عين شمس، 1983، ص 34.

<sup>3</sup> - CE du 07 octobre 1994, relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur: www.Revue generaleudroit.eu.

« Ce principe ne s'oppose pas par lui même a ce qu'un établissement public s'il a un caractère industriel et commercial se livre a d'autre activités économiques....»

يمس هذا الرأي في ظاهره بالمبدأ الذي كان سببا في إحداث الهيئات المرفقية باختلاف نظمها القانونية و لكنه وضع شروطا تجعل من هذا الرأي يعد تحررا نسبيا من مبدأ التخصص وفي إطار ضوابط تبقي على المبدأ دون أن تجعل منه عائقا وهو ما يتجلى بوضوح في ما ذهب إليه المجلس في نفس القرار عندما وضع شروطا لممارسة هذا التوسع في الاختصاص:

« a condition dont posées a cette diversification, les activités en cause doivent être techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principal, elle doivent également êtres a la fois d'intérêt général et directement utile a l'établissement, notamment par son adaptation a l'évolution technique...»

إن اجتهاد القضاة الفرنسي<sup>1</sup> استقر على نسبة التحرر من مبدأ التخصص في حدود الشروط

التالية:

1- أن تكون النشاطات محل التوسع امتدادا طبيعيا لنشاط الهيئة، المنصوص عليه في قانونها

الأساسي.

2- أن تكون هذه النشاطات تهدف إلى المصلحة العامة.

3- أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات

التقنية.

انه ولمعرفة الطبيعة القانونية للهيئة العمومية، عما إذا كانت تجارية وصناعية أو غير ذلك، يجب الرجوع

إلى نص إنشائها، فهو الذي يضمن عليها هذا الطابع أو ذاك ولكن هذا المعيار أيضا ليس دائما بهذا

<sup>1</sup> - CE du 07 octobre 1994, relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur: www.Revue generaleudroit.eu.

الوضوح لان الواقع الإداري يعكس وجود هيئات بوجهين (double visage)، وأمثلة ذلك في المنظومة الفرنسية<sup>1</sup>:

-غرف الصناعة والتجارة " CCI"، مهمتها تسيير مرفق عمومي، لأنها تتكفل بالدفاع عن الصناع والتجار، و إعلامهم وتكوينهم، وهي بهذا الشكل تخضع للقانون العام، ولكن هذه الغرف تتكفل بمرفق صناعي وتجاري عندما تستغله ضمن أحكام القانون الخاص عندما يستغل الموارد الغائية (ressources forestières)، ولكن هذا الديوان هو في الأصل مرفق عمومي من طبيعة إدارية عندما يسهر على حماية الغابات من حوادث الحرائق.

-الديوان الوطني للغابات " ONF"، نشاطه من طبيعة صناعية وتجارية.

-الموانئ المستقلة «les ports autonomes»، وهي هيئات عمومية تسيير مرافق صناعية وتجارية، عندما تقوم بتنصيب منشآت الموانئ، ونقل البضائع من وإلى الموانئ ولكنها تؤمن مرفقا عاما إداريا حينما تسهر على صيانة الموانئ وضبط المنشآت.

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للهيئة العمومية لازالت تواجه صعوبات، فضلا عن الإشكال الذي يطرحه التوسع في المهام الممارس من قبل الهيئات المرفقية والذي يخضع للشروط الموضوعية من قبل الاجتهاد القضائي، والمبينة أعلاه، فكيف إذا تعامل التشريع والتنظيم الجزائري مع هذه المسألة ؟

تخضع المؤسسة العمومية الإدارية في ممارستها لنشاطها للأحكام القانونية العامة والتي يأتي على رأسها القانون 88-01، فجاء النص على مبدأ التخصص في المادة 43 منه على النحو التالي:

المادة 43: "تخضع الهيئات العمومية الإدارية للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص

<sup>1</sup> -Voir la raiponce de Ministère de l'intérieur, de l'outre Mer et des collectivités territoriales question écrite n 09135« Gestion de service public communaux », publiée dans le JO Senat ; 24-09-2009, page 2257.sur www.Senat.fr

تتمتع هذه الهيئات بنفس النظام المالي والمحاسبي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها".

إن خضوع المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري للتخصص مبدأ عززه النص القانوني مما يجعل احتمال ممارستها لأنشطة خارج هذا التخصص يدخل في دائرة الأعمال غير المشروعة، ولما كان الأمر كذلك فإنه من باب أولى عدم تصور أن تكون لها إمكانية تفويض أنشطة تخرج عن هذا تخصصها.

### ب- عائق الرقابة:

يبقى استقلال المؤسسة من الناحية الواقعية نسبيا يختلف من مؤسسة إلى أخرى فالمؤسسة العمومية الإدارية والتي تتألف إيراداتها بصفة أساسية من الإعانات التي يقدمها السلطة المركزية والجهة المنشأة يعتبر استقلالها قانونيا أكثر منه فعليا<sup>1</sup>.

ومهما كانت درجة الاستقلال الإداري والمالي للمؤسسة العمومية فإنها تظل جزءا لا يتجزأ من السلطة المنشأة لها، ترتبط معها برابطة التبعية وتخضع لرقابتها المتمثلة فيما درج الفقه على تسميته بالوصاية الإدارية أو الرقابة الإدارية عن تفويض المرافق الإدارية:

عمليا اقر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية التفويض مع تحفظ أن لا تكون الخدمة بحكم طبيعتها أو بإرادة المشرع من المهام التي لا يمكن تأمينها إلا من طرف الجماعة الإقليمية ذاتها، من جهة أخرى يعرف المرفق الإداري بالمرفق الذي لا يمكن إدارته إلا من طرف الجماعة العمومية نفسها.

### ج- تنافسية المؤسسة العمومية الإدارية:

<sup>1</sup> - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 446.

يفرض البحث في الضوابط التي تحكم هذا النوع من الهيئات العمومية في المجال التنافسي التمييز بين خضوعها لقواعد المنافسة كسلطة متعاقدة، والذي هو أمر مفصول فيه بصريح النص، وبين مركزها في المحيط التنافسي، أو بعبارة أخرى التمييز بين كون المؤسسة العمومية سلطة مفوضة فتكون بذلك خاضعة لقواعد المنافسة وبين هذه المؤسسة كمتنافس، هذا الأخير يحتاج إلى مراعاة خصوصية المؤسسة العمومية الإدارية في النظام القانوني الجزائري أولاً، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال تعميم تلك القرارات التي بينها مجلس الدولة الفرنسي على معطيات منظومته القانونية لتشمل المؤسسة العمومية الجزائرية

فما خلص إليه مثلاً بعض الباحثين<sup>1</sup> كنتيجة مفادها إمكانية ممارسة المؤسسات العمومية الإدارية للأنشطة التجارية، استناداً لما اقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار سابق له، لا يمكن اعتماده كمبدأ بل لا يمكن إسقاطه بصورة مباشرة، على مقتضيات المؤسسة العمومية الإدارية في المنظومة القانونية الجزائرية ولتوضيح ذلك: جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي<sup>2</sup> "أن عدم وجود أي نص أو مبدأ قانوني يمنع الشخص العام من التقدم كعارض للتعاقد في إطار صفقة عمومية لاسيما وان هذه المؤسسات خاضعة للأحكام الجبائية".

دون مناقشة فرضية الخروج عن مبدأ التخصص، فالحكم بإمكانية ممارسة المؤسسة العمومية الإدارية للأعمال التجارية المبني على انعدام المانع القانوني من تعاقدها كمتنافس في إطار صفقة، أمر لا يستقيم، كما لا يمكن اعتبار هذا القرار مرجعاً في تجربتنا لأن هذا بالنسبة للتجربة الجزائرية مفصول فيه بموجب النص ولا مجال للاجتهاد فيه:

<sup>1</sup> - عبد القادر شايب الراس، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017، ص 40.

<sup>2</sup> - قرار مؤرخ في 08 نوفمبر 2000، بخصوص نزاع رفعته شركة J-L-Bernard c، ضد مقاطعة Dijonnaise التي منحت صفقة دراسات للمؤسسة العمومية الإدارية "المعهد الوطني الجيوغرافي"، تم إحالة الملف لمجلس الدولة الفرنسي للبت في مدى إمكانية تقديم المؤسسة العمومية الإدارية لعروض في الصفقات العمومية، القرار متاح على الموقع:

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

"لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها".

وحتى وان كان لا يوجد هناك مانع من تعاقد المؤسسة العمومية الإدارية في مجال التفويضات بصفتها مفوضا له فان هذه المسألة تعتبر من قبيل المجازفة في السوق التنافسية التي تفتقر المؤسسة العمومية الإدارية لأجدياتها، ماديا وبشريا، فضلا عن الموانع التي يفرضها قانون المنافسة في حالة تقدمها للتعاقد بصفتها مفوضا له والتي نوجزها فيما يلي:

تلتزم الدولة بعدم القيام بدعم مؤسساتها العمومية على حساب مؤسسات أخرى، حيث من شأن هذه الممارسات الإخلال بالمنافسة الحرة والنزهة بين المتعاملين الاقتصاديين داخل السوق<sup>1</sup>.

إن المؤسسات العمومية التابعة للجماعة الإقليمية والراغبة في النشاط في ميدان التفويض يجب أن تتمتع بقدر من الاستقلالية يمكنها من مجارة مقتضيات السوق وفرضية التبعية لسلطة الوصاية تحول دون ذلك.

#### الخاتمة:

كخلاصة لملائمة التفويض المرخص به للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، فإنه بالنظر لتلك المعايير المبني عليها أشكال التفويض فإنها تمثل مؤشرات لنشاط من طبيعة ربحية، فرقم الأعمال والمنحة الإنتاجية والمخاطر التجارية والمخاطر الصناعية لا يمكن تصورها في مجال الأنشطة الإدارية والتبعية لا يمكن ربطها بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، يبقى الاحتمال أن التنظيم يمهّد للاعتماد على ما رسخه

<sup>1</sup> - شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017، ص 64.

الاجتهاد الفرنسي من نسبة في التحرر من مبدأ التخصص لهذا النوع من المؤسسات<sup>1</sup> وان كان الأمر كذلك لنا في ذلك تجربة ونتيجة<sup>2</sup>.

نصت أحكام القانون 87-20 المتضمن قانون المالية لسنة 1988 على ممارسة النشاطات الثانوية من قبل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري زيادة على مهمتها الرئيسية وفي هذا الإطار تم تحديد شروط القيام بهذه النشاطات بواسطة نص تطبيقي صادر سنة 1992<sup>3</sup>، ثم بالنص الصادر سنة 1998 وتم تدعيم هذا التوجه<sup>4</sup>، ولكن أول تقرير منشور لمجلس المحاسبة الجزائري جاء فيه ما يؤكد الانحراف عن الإطار التنظيمي المطبق والغموض في طريقة معالجة المنتوجات المنجزة من طرف المؤسسات والموجهة للبيع، ومن خلال فحص المجلس لفئة معينة من هذه المؤسسات الإدارية فيما تعلق بممارستها لأنشطة ثانوية وقف تقريره على أن الحصص العائدة إلى ميزانيات المؤسسات المعنية وبعد طرح الأعباء لم تتجاوز نسبة 0.08% من مبلغ الإعانات الممنوحة لها من طرف الدولة<sup>5</sup>.

\* - 1 أن تكون هذه النشاطات تهدف إلى المصلحة العامة.

2 أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات التقنية

3 أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات التقنية.

\* - التجربة كانت بخصوص عدة مؤسسات والنتائج اقتضت على ما ورد في التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي 92-05 المؤرخ في 04 جانفي 1992 الذي يحدد كفاءات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها، ج ر عدد 02 لسنة 1992، ملغى.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي 98-412 المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، يحدد كفاءات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها.

<sup>5</sup> - للاطلاع: التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنة 2019، منشور على الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 2019، ص 56 وما بعدها.

## قائمة المراجع:

## المصادر:

- 1- القانون 01/88 المؤرخ في 2 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل و المتمم، ج ر عدد 50 لسنة 1988.
- 2- قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 مؤرخة في 03 يوليو 2011.
- 3- قانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 مؤرخة في 29 فبراير 2012.
- 4- القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بالجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 مؤرخ في 15 ماي 2018.
- 5- المرسوم 200/83، الصادر في 19 مارس 1983 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 12 لسنة 1983.
- 6- المرسوم التنفيذي 92-05 المؤرخ في 04 جانفي 1992 الذي يحدد كفاءات توزيع المداخل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها، ج ر عدد 02 لسنة 1992، ملغى.
- 7- المرسوم التنفيذي 98-412 المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، يحدد كفاءات توزيع المداخل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها.
- 8- التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنة 2019، منشور على الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 2019، ص 56.
- 9- قرار مؤرخ في 08 نوفمبر 2000، بخصوص نزاع رفعته شركة J-L-Bernard c، ضد مقاطعة Dijonnaise التي منحت صفقة دراسات للمؤسسة العمومية الإدارية "المعهد الوطني الجيوغرافي"، تم إحالة الملف لمجلس الدولة الفرنسي للبت في مدى إمكانية تقديم المؤسسة العمومية الإدارية لعروض في الصفقات العمومية، القرار متاح على الموقع: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

## الكتب:

- 1- أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصر، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الثامنة 2004، ص 200.
- 2- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (النشاط الإداري، التنظيم الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2001.
- 3- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 4- عمار عوابدي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- 5- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبوعات عين شمس، مصر، 1983.
- 6- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2009.

## مذكرات التخرج:



- 1- رابح مهداوي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية المحلية لتسيير المقابر والجنائز، لولاية الجزائر، مذكرة ماجستير، حقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2010-2011.
- 2- شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017.
- 3- عبد القادر شايب الراس، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017.

### المقالات

- 1- أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2002.
- 2- ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017.

### محاضرات

- 1- احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

### مراجع باللغة الأجنبية

- 1- R.Chapus, le droit administratif général, tome 1 , 15 e, Montchrestien, Paris,1996.
- 2-TA Paris,07juin1995, Voir sur ; <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- 3-JOAN,07 avril.1997, question 45689, note, note Mireille Berbari et autre.
- 4-CE du 07 octobre 1994,relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur: [https://www.Revue\\_generaledudroit.eu.fr](https://www.Revue_generaledudroit.eu.fr)
- 5- la raiponce de Ministère de l'intérieur, de l'outre Mer et des collectivités territoriales question écrite n 09135« **Gestion de service public communaux** », publiée dans le JO Senat ; 24-09-2009, page 2257.sur [www.Senat.fr](http://www.Senat.fr)

## تطهير العقار الفلاحي وفق المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018

ط. د/ نوردين مسلي

جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس - الجزائر-

### الملخص:

تكمن أهمية هذه الورقة البحثية إلى تكريس دور الدولة في تطهير العقار الفلاحي من خلال ترسيم هذا المحور بصفة شرعية ودائمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى تشجيع الاستثمار على الأراضي الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك، حسب نظام منح هذه الأراضي سواء تعلق الأمر بجائزة الملكية العقارية الفلاحية أو الامتياز.

وعليه يهدف هذا المقال ليس فقط إلى التذكير بالمنظومة التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الإخلال بالتزام استغلال الأراضي، وإنما تحديد التدابير التي يجب أن يسمح باسترجاع الأراضي غير المستغلة وكذا إجراءات الحصول على العقار الفلاحي والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتموا أعمال الاستصلاح، أما في ما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات تتعين المباشرة في مرحلة أو بعمليات الإحصاء غير جميع الولايات.

**الكلمات المفتاحية:** تطهير العقار الفلاحي؛ تأمين المستغلين؛ استغلال الأراضي الفلاحية.

**Summary:**

The importance of this publication lies in the dedication of the role of the state in purifying the agricultural real estate through the delineation of this axis in a legitimate and permanent manner, on the one hand, and on the other encouraging investment on the lands granted and expanding the productive base by gaining new lands suitable for agriculture.

The purpose of this publication is not only to mention the legislative and regulatory system in force in the area of violation of the obligation to exploit the land, but especially to determine the measures that should allow the recovery of unused land as well as an action To obtain the agricultural property and expedite the clearing of the deferred files under Law No. 10-03, which defines the terms and conditions of exploiting the agricultural lands belonging to the private property of the State and the handing over of the title deeds to the exploiters within the framework of the ownership of the agricultural real estate for those who have completed the reclamation works. Direct in-phase or non-census operations all states.

**key words:** disinfection of farmland; insurance of exploiters; Exploitation of agricultural land.

**مقدمة**

مما لاشك فيه أن البحث في إشكالية العقار الفلاحي وتطهيره من بين المسائل التي استهلكت الكثير من جهد السلطات المتعاقبة على حكم الدولة الجزائرية بغض النظر على النظام القانوني المطبق على العقار الفلاحي بكل أصنافه ووسائل إثباته واكتسابه، فإن الوجهة المخصصة لها الأرض لها أهميتها وتؤثر في طبيعة النصوص المطبقة عليها، وتنظم أحكام هذه النصوص حسب المكانة التي تحتلها وجهة الأرض والوظيفة التي أوكلت لها في المجتمع لتطبيق السياسات التنموية المنتهجة، إن مسألة العقار الفلاحي وتطهيره مرده في الواقع إلى سببين هما:

ارتباط الأرض بمعركة التحرير الأمر الذي أضفى عليها قداسة من حيث كونها مروية بدم الشهداء من جهة، واعتبارها رمز السيادة من جهة أخرى.

ارتباط الأرض الإنتاج والإنتاجية حيث شكلت في منظور السلطة الأداة التي تراهن عليها لتحقيق الاكتفاء الذاتي، ومن خلاله الاستقلال الاقتصادي بعد نجاحها في تحقيق الاستقلال السياسي

بيد أن هذين الارتباطين اصطدما بإشكالية عدم وجود نظام قانوني موحد لتطهير العقار الفلاحي، حيث ورثت الدولة الجزائرية أنظمة متناقضة لتسيير وتنظيم هذا العقار، وهذا التناقض هو الذي تسبب لاحقا في بروز ما يسمى بأزمة العقار الفلاحي، إذ ونظرا لأهمية العقار الفلاحي فقد جاء هذا المنشور إلى تكريس دور الدولة في تطهير العقار الفلاحي من خلال ترسيم هذا المحور بصفة شرعية ودائمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى تشجيع الاستثمار على الأرض الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك، حسب نظام منح هذه الأراضي سواء تعلق الأمر بحيازة الملكية العقارية الفلاحية والامتياز، وعليه يهدف هذا المنشور ليس فقط إلى التذكير بالمنظومة التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الإخلال بالتزام استغلال الأراضي وإنما بالأخص إلى تحديد التدابير التي يجب أن تسمح باسترجاع الأراضي غير المستغلة وكذا إجراءات الحصول على العقار الفلاحي والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتموا أعمال الاستصلاح وكذلك فيما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات. ولعل أهم المسائل التي جاء بها هذا المنشور الوزاري، هي إعادة الاعتبار للملكية الخاصة وذلك برفع القيود على المعاملات العقارية وإرجاع الأراضي إلى ملاكها الأصليين كما انه ادخل منظورا جديدا في كيفية تدخل الدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية في المجال العقاري عن طريق خلق ميكانيزمات تسمح لها بتحقيق بعض الأهداف الاقتصادية والاجتماعية على حساب الملكية الخاصة للأفراد.

ويبقى الغموض بشأن العلاقة بين المالك الذي هو الدولة، والفلاح الذي أصيغت عليه السلطة ألقاب إيديولوجية كالعامل، المستفيد، المستصلح، والمتنفع وهي ألقاب تبقى حبيسة الرؤية الأيديولوجية والتي لا تسمح لها بالانفلات من قيودها.

والإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمثل في: ما هو دور هذا المنشور الوزاري في تطهير العقار الفلاحي وهل جاء لمواصلة العمل بالتشريع المعمول به من قبل أم أن هناك إضافة جديدة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم دراستنا كالتالي: المبحث الأول وتناولنا فيه تأمين المستغلين، أما المبحث الثاني فخصصناه لإجبارية استغلال الأراضي الفلاحية.

### المبحث الأول: تأمين المستغلين

ينتظر من كافة المتدخلين، على جميع المستويات، تكريس الجهود حول هذا المحور قصد ترسيم، بصفة دائمة وشرعية، العلاقة بين المستغل والأرض التي يستغلها ضمن منظور تشجيع الاستثمار على الأراضي الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك.

حسب نظام منح هذه الأراضي، سواء تعلق الأمر بجائزة الملكية العقارية الفلاحية أو الامتياز، يجب اتخاذ كل التدابير الملائمة طبقا للتنظيم المعمول به في هذا المجال قصد:

تسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية الذين أتموا أعمال الاستصلاح والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون رقم 10/03 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010

أما في ما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات يتعين المباشرة، في مرحلة أولى، بعمليات الإحصاء عبر جميع الولايات.

**المطلب الأول: المستفيدين في إطار القانون رقم 18/83 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية**

اضطرت السلطة أمام تناقص وعاء العقار الفلاحي إلى تشجيع عمليات الاستصلاح والتي شهدت ركود نسبي رغم التدابير التشجيعية النصوص عليها في القانون المذكور أعلاه وقصد إنعاش الاستصلاح<sup>1</sup>.

تبنى هذا الإجراء أكثر من ضرورة بدا بإعادة تفعيل اللجان التقنية للدوائر بغية الإسراع في وتيرة إعداد الوثائق الإدارية ومعاينات إنجاز أعمال الاستصلاح<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق صدر القانون رقم 18/38 بتاريخ 13 أوت 1983 يحدد كيفية حيازة ملكية الأراضي الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

ولتملك الأراضي عن طريق الاستصلاح، لابد من توافر شروط محددة وإتباع بعض الإجراءات نص عليها القانون.

يتبين من قانون الاستصلاح والمرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 10 ديسمبر 1983 الذي يحدد كيفية تطبيق القانون المذكور سابقا، أن هناك شروطا تتعلق بالأراضي القابلة للاستصلاح وكيفية تعيينها واستغلالها، وشروطا خاصة بالمستصلح ذاته، حتى لا يقع خلط بين هذا القانون وقانون المستثمرات الفلاحية.

### الفرع الأول: الأراضي القابلة للاستصلاح:

أن عملية الاستصلاح تنصب على الأراضي التابعة للأموال الوطنية الواقعة في المناطق الصحراوية والسهبية عند توافر المياه، وكذلك الأراضي غير المخصصة طبقا لقانون 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر

<sup>1</sup> المنشور الوزاري المشترك رقم 750 / أو المؤرخ في 18 جويلية 2018 بين وزارة الداخلية ووزارة الفلاحة ووزارة المالية.

<sup>2</sup> عجة الجبلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى حوصصة الملك العام، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 273.

1987 والتي يمكن استخدامها بعد الاستصلاح، ويستثنى من ذلك الأراضي الغابية<sup>3</sup> الأراضي الموجودة ضمن المحيط المعماري، الأراضي الواقعة في المناطق المحمية<sup>4</sup> الأراضي التابعة للقطاع الخاص المعترف بها، الأراضي المخصصة لمشاريع الاستثمار العمومي بكافة أنواعه والأراضي التابعة للقطاع العسكري.

على العموم فإن الأراضي القابلة للاستصلاح هي تلك الأراضي التابعة للأمولاك الوطنية والباقية بعد استبعاد الأراضي المنتجة، وقد تكون هذه الأراضي معزولة، أي خارج المحيط أو ضمن تجمعات زراعية موجودة فعلا أو احتمالا. ويتم حصر هذه الأراضي إما بمبادرة من الجماعات المحلية أو من طرف المترشح بعد اخذ رأي المصالح التقنية التابعة للفلاحة، الري وأمولاك الدولة، بعد ذلك يتوج العمل بقرار ولائي ينشر على مستوى البلديات حتى يتسنى للمواطنين تقديم احتجاجاتهم إن وجدت، لان هذا التحديد قد يقع على أراضي مملوكة للغير<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالمستصلح:

يقدم المترشح لاستصلاح الأرض طلبا مكتوبا إلى رئيس الدائرة التي توجد فيه قطعة الأرض المراد استصلاحها، وتسجل الطلبات مصحوبة بملف حسب الترتيب الزمني في دفترين يفتحان لهذا الغرض مقابل تسليم وصل إبداع ويخصص احد الدفترين للترشحيات الخاصة، بالقطع الأرضية الواقعة في المساحات المعنية.

ويشمل ملف الترشح على ما يأتي :

- طلب المترشح

- تحديد موقع القطعة أو القطع الأرضية المرغوب فيها ومساحتها التقريبية.

<sup>3</sup> بن برقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001 ص 31-32.

<sup>4</sup> المادة 13 من قانون التوجيه العقاري.

<sup>5</sup> المادة 22 من قانون التوجيه العقاري.

- برنامج عملية الاستصلاح المزمع القيام.

- مبلغ الاستثمار المخصص لها.

- مخطط مختصر في حالة قطع تقع خارج المساحات المعنية كلما كان ذلك ممكنا.

تسلم الملفات قصد دراستها للجنة التقنية التابعة للدائرة ويقتصر فيها على الممثلين المحليين لمصالح الفلاحة والري وإدارة أملاك الدولة<sup>6</sup>.

وفي هذا الخصوص يتم إعداد عقود ملكية بوضع برنامج تطهير حسب كل بلدية وتحديد أجال الأنجاز ومتابعتها.

أما بالنسبة لمستغلي الأراضي دون سندات تمت معالجة هذا الانشغال ضمن التعليمات الوزارية المشتركة رقم 162 المؤرخة في 13 فبراير سنة 2013 رغم النقائص، كما أن تسوية مرهونة بتوفر الشروط التالية:

- استغلال فعلي ومبرر

- عدم وجود منازعات خاصة أو نزاعات بين المستغلين

- استصلاح سابق لشهر يونيو 2011

وهنا نميز بين حالتين :

**الحالة الأولى:** إذا كانت المعاينة ايجابية مباشرة إجراء حيازة الملكية العقارية الفلاحية طبقا للتشريع

والتنظيم المعمول بهما.

<sup>6</sup> بن برقية يوسف، مرجع سابق، ص 32.



**الحالة الثانية:** إذا كانت المعاينة سلبية تعتبر الأرض غير مستغلة ويجب أن تكون موضوع استرجاع فوري قصد تخصيصها في إطار ترقية الاستثمار الفلاحي طبقا للتنظيم<sup>7</sup>.

### المطلب الثاني: المستفيدين من الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة في إطار الامتياز

إنّ قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، صدر في ظل دستور 1976 و تطبيقا للقانون 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأمالك الوطنية الذي كان ساري المفعول آنذاك وقبل إلغائه بالقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية. ويعتبر هذا القانون إعادة نظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة التي نظمها قانون الثورة الزراعية والتّصوص المتعلقة بالتّسيير الدّاتي\* للمزارع<sup>8</sup> حيث جعلها تستغلّ على شكل مستثمرات فلاحية جماعية كقاعدة عامة و الاستغلال الفردي كاستثناء طبقا لنص المادة 09 من قانون 19/87 والتي جاء فيها: " تستغلّ الأراضي جمعيا و على الشّيوخ حسب حصص متساوية بين كل عضو من أعضاء الجماعات المشتركة بصفة حرة، ويمكن استثنائيا استغلال الأراضي بصفة فردية حسب الحالات وضمن الشروط المحددة بموجب هجا القانون. . . " وبهدف المحافظة على الأراضي الشاسعة والخضبة والمختصة في الإنتاج، ويتم منح هذه الأراضي من طرف الدولة<sup>9</sup>.

### الفرع الأول: المستفيدين في إطار القانون رقم 19/87

<sup>7</sup> ليلي زروقي، التقنيات العقارية ( العقار الفلاحي)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001، ص 121 - 122.

\* معنى التّسيير الدّاتي: أنّ الأرض ووسائل الإنتاج الفلاحي من الأموال المنقولة والعقارية الملحقة بأمالك الدولة، تسير من طرف مجموعة من العمّال طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 المعدل والمتمم بالأمر رقم 42/75 والمؤرخ في 1975/05/17 والخاص بالتّسيير الدّاتي في الفلاحة، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 1975.

<sup>8</sup> ليلي زروقي، استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد السابع، الجزائر، 2002، ص 27.

<sup>9</sup> بن رقية بن يوسف، الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية الجماعية في ظل قانون 19/87، الاجتهاد القضائي لغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم وثائق المحكمة العليا، الجزائر، 2004، ص 64.

يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استغلال الأراضي الفلاحية المحددة بموجب المادة 19 من القانون 84-16 المؤرخ في 30 يونيو سنة 1984 المذكور أعلاه وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم. ويستهدف هذا القانون على الخصوص مايلي:

\_ ضمان استغلال الأراضي الفلاحية استغلالا أمثل.

\_ رفع الإنتاج والإنتاجية بهدف تلبية الحاجات الغذائية للسكان احتياجات الاقتصاد الوطني.

\_ تمكين المنتجين من ممارسة مسؤوليتهم في استغلال الأراضي.

\_ ضمان الاستقلالية الفعلية للمستثمرات الفلاحية.

\_ إقامة صلة خاصة بين دخل المنتجين وحاصل الإنتاج<sup>10</sup>.

وعليه فقد أكد هذا المنشور على إلزامية تحويل حق الانتفاع إلى حق امتياز من طرف اللجان الولائية والإسراع في معالجة 9000 ملف المحصاة على المستوى الوطني بمساحة تقدر بـ 100 ألف هكتار<sup>11</sup>.

### الفرع الثاني: المستفيدين في إطار الاستصلاح عن طريق الامتياز:

يجب على كل مترشح للحصول على امتياز الأراضي في إطار هذا المرسوم أن يعد ويقدم للهيئة المؤهلة ملفا يحتوي على ما يأتي:

- طلب يحدد موقع الأراضي ومساحتها.

- استمارة دفتر الشروط مستكمل المعلومات حسب المطلوب قانونا.

<sup>10</sup> حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص72.

<sup>11</sup> راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، مرجع سابق.

- ملف تقني اقتصادي يتكون من: تفاصيل برامج الاستصلاح كشف وصفي وتقديره لأشغال الاستصلاح خطة إنجاز الاستصلاح مخطط التمويل الذي يبرز على الخصوص حصة مساهمة المترشح الشخصية وكذلك مبلغ القروض المالية التي يحتمل أن يحصل عليها وفي حالة عدم تكوين الملف التقني والاقتصادي المذكور أعلاه، يجب على المترشحين للحصول على امتياز الأراضي، أن يكتبوا التزاما يتعهدون فيه بقبولهم برنامج الاستصلاح المعد مسبقا من قبل مدير المشروع، تحرر إدارة الأملاك الوطنية مقرا يتضمن الترخيص بالامتياز بعد قبول طلب الامتياز من طرف اللجنة التي يحدد تشكيلها وعملها بقرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري والمالية<sup>12</sup>.

### الفرع الثالث: فيما يخص الاستغلال بدون سندات

يتعلق الأمر بمستغلي الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ولكن ليس بجوزتهم سندات الاستغلال بالرغم من تواجدهم في الأماكن منذ عدة سنوات وحتى لعدة عشرين. كما يعتبر أيضا الأشخاص بدون سندات أولئك الذين بجوزتهم قرارات منح فردي في إطار الثورة الزراعية. بالنسبة لهذه الفئات من المستغلين، يتعين في مرحلة أولى الشروع في إحصاء شامل لمجموع الحالات باللجوء إلى لجنة التي تفضلون بتنصيبها والتي ستشكل على وجه خاص من ممثلي مديرية المصالح الفلاحية والديوان الوطني للأراضي الفلاحية وأملاك الدولة مسح الأراضي والجماعات المحلية المعنية. وسيتم تحديد إجراءات التكفل بتسوية هذه الفئة من المستغلين بالنظر للوضعيات التي تم إحصاؤها وذلك حالة بحالة. وفي كل الحالات، يشكل حضور المعنيين في عين المكان والاستغلال الفعلي للأراضي وتسخير استثمارات هامة من قبل المعنيين شروطا مسبقة للتسوية<sup>13</sup> حسب الوثيقة المعلوماتية للمستغلين للأراضي الفلاحية بدون سندات.

### المبحث الثاني: إجبارية استغلال الأراضي الفلاحية

إن مبدأ الدولة حسب هذا المنشور جاء ليكرس استغلال الأراضي الفلاحية أو ذات طابع فلاحي سواء كانت ملكية خاصة وتابعة للأملاك الخاصة للدولة ومهما كان شكل الاستغلال (حيازة الملكية العقارية الفلاحية \_ امتياز) وبالتالي يتعلق الأمر بالتذكير بالنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال

<sup>12</sup> ليلي زروقي، التقنيات العقارية، المرجع السابق، ص 56-57.

<sup>13</sup> راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، المرجع السابق.

الإخلال بالتزامات استغلال الأراضي لا سيما المادة 20 من القانون 16/08 المؤرخ في 3 غشت 2008 والمتضمنة التوجيه الفلاحي التي تنص انه يكون الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية إلزاميا على كل مستثمر فلاحي شخصا طبيعيا أو معنويا وهكذا وجب التسريع في الإجراءات المتعلقة بالاستغلال الإجباري للأراضي حسب مايلي<sup>14</sup>:

### المطلب الأول: بالنسبة للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة

نص القانون رقم 03/10 والمراسيم المطبقة له على الشروط التي يجب أن تحترم في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة وما يترتب على عدم احترامها. ومن أهم هذه الشروط أن هذا القانون يفرض على المستثمرين أصحاب الامتياز إدارة واستغلال مستثمراهم بصفة مباشرة وشخصية علما أن المستثمرة الفلاحية سواء كانت فردية او مشكلة من اصحاب امتياز معددين، وبعد انتهاء الشكليات المطلوبة، تكتسب صفة الشخص المعنوي المتميز عن أعضائه. كما أن المستثمرين أصحاب الامتياز ملزمين بحماية الأراضي الفلاحية والأمالك السطحية الملحقة بها والمحافظة على وجهتها الفلاحية، ويجب عليهم دفع الإتاوة التي يحدد وعائها سنويا بموجب قانون المالية. وبصفة عامة يلتزم المستثمرين اصحاب الامتياز باحترام القيود المفروضة عليهم بموجب أحكام المرسوم رقم 326/10 المؤرخ في 23-12-2011 المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة وأهمها:

- منع التأجير من الباطن للأراضي والأمالك السطحية.

- استغلال صاحب الامتياز للأراضي الممنوحة له.

- عدم تغيير الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأمالك السطحية الممنوحة.

- عدم في الأراضي إلا بموجب رخصة من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

<sup>14</sup> ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء أحر التعديلات واحداث الأحكام، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 134-13.

ويترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الامتياز، بالامتيازات المذكورة أعلاه وبعد إثبات المخالفة بمحضر معاينة يعد محضر قضائي، إعداره من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حتى يكف عن المخالفة ويتمثل لأحكام القانون المتعلق بالامتياز الفلاحي<sup>15</sup>.

### الفرع الأول: الأراضي الممنوحة في إطار نظام حيازة الملكية العقارية والفلاحية

في حالة غياب أعمال استصلاح لفترة خمس (5) سنوات (باستثناء القوة القاهرة) يقوم الوالي بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخطار القاضي المختص من اجل ادعاء الشرط الفاسخ إلا انه إذا أمر القاضي بإبطال العملية وبالتالي إلغاء المنح يحتفظ المعني بملكية التجهيزات والمعدات التي جلبها معه. إلى جانب ذلك يمكن أن يخص رفع الشرط الفاسخ فقط الجزء المستصلح فعلا في هذه الحالة يتم استرجاع باقي القطعة الأرضية ويعاد منحها طبقا للإجراء المعمول به.

وبالرجوع لأحكام هذا القانون والمرسوم التطبيقي نلاحظ أن الأراضي القابلة للاستصلاح يتم حصرها أي تحديدها إما بمبادرة من المجموعات المحلية المعنية بالنسبة للأراضي الواقعة في التجمعات الزراعية الموجودة فعلا أو احتمالا وحوها وتحدد المساحة ويجب استشار المصالح التقنية المعنية، كما يمكن أن تحدد هذه المساحات بمبادرة من المستصلح بالنسبة للأراضي الواقعة خارج المحيط وإذا أكدنا على هذه المسائل فإنها مهمة لمعرفة كيف يمكن تطبيقها بالنسبة للمستفيد من حق التمتع الدائم نلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن أهم شيء في اكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح هو إحياء ارض بور أي برنامج الاستصلاح الذي يشمل إعداد التربة وتهيئة المياه وأنجاز المباني الضرورية لتحقيق برنامج الاستصلاح هي التي تبرر منح الملكية بالدينار الرمزي، لان الأراضي موضوع التمليك هي أراضي صحراوية غير مستغلة ويتطلب

<sup>15</sup> كحيل حكيم، تحويل حقل الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 03/10 مؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، طبعة ثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 14-15.

استغلالها انجاز برنامج استصلاح مكلف، حتى أن المشرع نص على إمكانية منح قروض للمستصلح وإعفاءات من الرسوم، ورغم أن المشرع نص على ضرورة انجاز برنامج استصلاح أقصاه 5 سنوات

### الفرع الثاني: حالة الأراضي الممنوحة في إطار الامتياز (القانون رقم 10/03)

نظم المشرع حالة خاصة في منح الامتياز من خلال القانون رقم 10/03 المؤرخ بسنة 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة إذ نجد إن إدارة الأملاك الوطنية تمنح امتياز للأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة، وكذا الأملاك السطحية لديها إلى أشخاص آخريين زيادة على أعضاء المستثمرة الفلاحية وهذا وفق شروط وإجراءات محددة نص عليها هذا القانون والمرسوم التنفيذي له رقم 326/10 فهذه الحالة لا نتطرق إليها لأنها غير معنية بتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز وما يلاحظ بخصوص أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية، إن هناك اختلاف في مصادر حقوقهم رغم انتمائهم إلى مستثمرة فلاحية واحدة والسبب لفي ذلك يرجع إلى الخصائص التي تميز بها حق الانتفاع الدائم الممنوح لهم، فهو حق عيني عقاري قابل لتنازل الانتقال وبهذا يمكن القول بان المستفيدين من حق الامتياز بصفة عامة هم: أصحاب المحررات المشهورة، وتشمل أصحاب العقود الإدارية، أصحاب العقود التوثيقية المحررة من طرف الموثق بمناسبة التنازل عن حق الانتفاع الدائم، وكذا أصحاب الشهادات التوثيقية التي بحوزة ورثة المستفيد بمناسبة انتقال حق الانتفاع الدائم إليهم.

بالإضافة إلى أصحاب المحررات المشهورة نجد المشرع قد أعطى حق الاستفادة من عقد امتياز إلى أصحاب القرارات الولائية بقوة القانون.

### المطلب الثاني: بالنسبة لإنشاء المحيطات الجديدة والمصادقة عليها ودراساتها

يجب احترام الشروط أدناه

- تكيف إجباريا المحيطات الجديدة التي من المحتمل إنشاؤها في المناطق الرعوية مع طابع هذه الأخيرة.

-توفير شروط القبول الاجتماعي ووفرة المورد المائي.

-وقف كل عملية منح الأراضي خارج المحيطات المنشأة طبقا لإحكام المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2017.

-الاعتماد على الدراسة التقنية والاجتماعية والاقتصادية كشرط أساسي لمنح أية ارض.

### الفرع الأول: بالنسبة لتفعيل مردود المحيطات القديمة

تجدر الإشارة إلى أن إمكانات عقارية استفادت من أعمال هيكلية (توصيل الكهرباء- فتح المسالك- تنقيب عن المياه) أنجزتها العامة للامتيازات الفلاحية تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 483-97 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 الذي يحدد كفاءات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، وأعبائه وشروطه، المعدل والمتمم، غير أنها توجد حاليا في حالة إهمال جزئي أو كلي. في هذا الإطار يجدر التذكير بأهمية واستعجاله السير على استغلال هذه المحيطات أو منحها طبقا للتنظيم المعمول به لجعلها منتجة حتى تصبح الوسائل المسخرة من طرف الدولة ذات مردودية.

يظهر جزء المحيطات المنجز من قبل مديري المصالح الفلاحية للولايات ثلاث حالات

### الحالة التي تم تنصيب أصحاب الامتياز

يرسل مدير المصالح الفلاحية قائمة أصحاب الامتياز المنصبين، بعد مصادفة الوالي إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية التي يستدعي أصحاب الامتياز لإتمام الملف وتوقيع دفتر الشروط يرسل الملف بعد إتمامه من الطرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إلى إدارة أملاك الدولة لإعداد عقود الامتياز.

### حالة المحيطات التي تم الانتهاء من تهيئتها وغياب أصحاب الامتياز

تخصص هذه المحيطات للمستثمرين ويتم منحها طبقا للإجراء المنصوص عليه في المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر 2017 والمذكور أعلاه

### حالة المحيطات غير المهينة كليا

تخصص هذه المحيطات للمستثمرين ويتم منحها طبقا للإجراء المنصوص عليه في المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر 2017 والمذكور أعلاه غير انه وبالنسبة لهذه الحالة فان إعادة المحيطات المعنية لحالتها السابقة تكون على عاتق المستثمرين المقبولين فضلا عن ذلك فان برنامج التطهير المباشر فيه منذ شهر غشت سنة 2017 يجب أن يتابع بمواظبة، حيث أنه يجب إرسال وضعيات إلى الوزير المكلف بالفلاحة بصفة منظمة من اجل ضبط وضعية نهائية متصلة بهذه الفئة العقارية. في هذا الإطار تختلف التدابير الواجب اتخاذها حسب كون:

-المستثمر ليس بحوزته عقد الامتياز، وهي الحالات التي أعطيت فيها التعليمات بتأجيل إعداد الوثيقة.

-المستثمر بحوزته عقد الامتياز، في هذه الحالة يتم اعداره من طرف المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعني من اجل معالجة الوضعية بمرور الأجل المحدد. يتم إخطار إدارة أملاك الدولة قصد القيام بإجراءات الفسخ الإداري لعقد الامتياز.

**الفرع الثاني: الأراضي الممنوحة في إطار الاستفادة من العقار من اجل ترقية الاستثمار بالاستصلاح عن طريق الامتياز**

تطبيقا لأحكام المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2017 والمتعلق بالاستفادة من العقار في إطار ترقية الاستثمار عن طريق استصلاح الأراضي ودفتر الشروط الملحق. أعطيت تعليمات للمديرين الولائيين للديوان الوطني للأراضي الفلاحية لمباشرة. ضد المستفيدين الذين



اخذوا بالتزاماتهم وبعد اعدارهم من اجل استغلال الأراضي الممنوحة، إجراء فسخ عقد الامتياز أو إلغاء مقرر التأهيل حسب الحالة أما إذا كانت الأراضي ذات ملكية خاصة، هنا يتم إثبات عدم الاستغلال الفعلي للأراضي في هذا الإطار من طرف هيئة خاصة تنشأ لهذا الغرض تطبيقاً للأحكام التنظيمية المعمول بها لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 83/12 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 والخاص بإجراء إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

لذا بات من الضروري إعادة تفعيل الهيئة الخاصة أو إنشائها عند الاقتضاء من أجل مباشرة في اقرب الآجال الممكنة الإجراءات التشريعية والتنظيمية المقررة في هذا الشأن

### الفرع الثالث: بالنسبة للأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة غير المخصصة:

من اجل استغلال امثل للأراضي الفلاحية والمحافظة على طابعها الفلاحي. أصبح من المستعجل الإسراع في معالجة المسألة المرتبطة بتنفيذ أحكام القرار رقم 1344 المؤرخ في 11 نوفمبر سنة 2012 المعدل والمتمم، بإحصاء كل الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة المتاحة أو التي لم تكن موضوع تخصيص قصد منحها في اقرب الآجال تصبح الأراضي متاحة نتيجة عدم التخصيص أو إسقاط حقوق المستغلين أو بسبب فسخ عقود الامتياز.

ونظرا لأهمية هذه العمليات، أصبح من الضروري وضع نظام خاص للمتابعة والتقييم بشرك مجموع الهياكل المعنية قصد ضمان تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما بهدف تدعيم وتأمين المستغلين والإسراع في معالجة الملفات العالقة على مستوى اللجان الولائية من أجل إعداد عقود الامتياز ومرافقة المستثمرين الحقيقيين والسهر على إطلاق مشاريعهم<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، مرجع سابق.

## الخاتمة :

ومما سبق ومن خلال هذا المنشور فقد أقرت الحكومة بتأخر عملية تحويل حق الانتفاع الخاص بالأراضي الفلاحية، إلى حق للامتياز، بسبب الملفات المؤجلة التي لم تستطع اللجان الولائية المختصة الفصل فيها، ونفس الملاحظة أباها الجهاز التنفيذي بخصوص عملية استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز، وقدرت أن الحصيلة "تبقى غير مرضية" ولقد حدد هذا المنشور إجراءات تطهير العقار الفلاحي عبر الاستغلال الفعلي والأمثل للأراضي الفلاحية في إطار استعمال الموارد الطبيعية المتاحة، وتأمين ملاك ومستغلي الأراضي الفلاحة وربط المستغلين بالأرض أما فيما يخص استغلال الأراضي من دون سندات، تبين عدم التكفل بوضعية عدد هام من المستغلين، وعليه أمر المنشور الوزاري المشترك بإعادة تفعيل اللجان التقنية للدوائر المكلفة بمعاينة أشغال استصلاح الأراضي مع توفر شروط محددة هي الاستغلال الفعلي للأرض وعدم وجود منازعات خاصة أو نزاعات بين المستغلين، واستصلاح سابق لشهر جوان 2011، وفي حالة ما إذا كانت المعاينة ايجابية فيتم مباشرة إجراء حيازة الملكية العقارية الفلاحية.

وأشار البحث إلى حالة المستفيدين من الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة في إطار الامتياز، ويتعلق الأمر بحالتين: الأولى تخص المستفيدين في إطار القانون رقم 19.87 وذكر رغم الآجال المحددة، لوحظ تأخر في غلق عملية تحويل حق الانتفاع إلى حق الامتياز في بعض الولايات، بسبب الملفات المؤجلة التي لم تستطع اللجنة الولائية الفصل فيها، وطالب المنشور بالإسراع في معالجة 9 آلاف ملف محصى على المستوى الوطني بمساحة تقارب 100 ألف هكتار على أن تعرف العملية تقدما قبل نهاية سنة 2018. وبالنسبة للمستفيدين في إطار الاستصلاح عن طريق الامتياز، فأكد المنشور كذلك أن الحصيلة التي تم إعدادها تبقى غير مرضية لاسيما في مجال إطلاق مشاريع من دون تمييز لفئة المستفيدين الشباب أو المستثمرين، وبالنسبة لمستغلي الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة، طلب من ولاية الجمهورية القيام بإحصاء شامل لمجموع الحالات باللجوء إلى لجان سيتم تنصيبها تتكون من ممثلي مديري المصالح الفلاحية

والديوان الوطني للأراضي الفلاحية وأملاك الدولة ومسح الأراضي والجماعات المحلية، مع اشتراط حضور المعني بالأرض والاستغلال الفعلي لها مع تسخيرها لاستثمارات هامة.

كما وضع المنشور الوزاري المشترك، آليات أخرى لسحب الأراضي الفلاحية غير المستغلة، وذكر في حالة غياب أعمال استصلاح لفترة خمس سنوات، باستثناء القوة القاهرة، يقوم الوالي بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخطار القاضي المختص من اجل ادعاء الشرط الفاسخ، وإلى جانب ذلك، يمكن أن يخص رفع الشرط الفاسخ في الجزء المستصلح فعلا في هذه الحالة يتم استرجاع باقي القطعة الأرضية ويعاد منحها. ونبه المنشور كذلك إلى عملية "تامين المستغلين" للأراضي الفلاحية، عبر تسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الذين أتموا أعمال الاستصلاح والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة، رغم كل هذا إلا أن هناك نقائص حالت دون تحقيق الأهداف وهي:

- عدم إصدار جل النصوص التشريعية والتنظيمية التي نصت عليها أحكام قانون التوجيه العقاري، ولا سيما تلك المتعلقة بتجميع الأراضي الفلاحية وممارسة حق الشفعة واستغلال الأراضي السهبية والحلفائية.

- تأخير عمليات مسح الأراضي وعدم تأسيس الفهرس العقاري البلدي الذي نص عليه قانون التوجيه العقاري.

- عدم تصنيف الأراضي الفلاحية حسب جودتها وخصوبتها مما يجعل الحماية القانونية المنصوص عليها شكلية.

- انعدام توفر وسائل قانونية وتقنية لضمان الشفافية في المعاملات العقارية وتشجيع الاستثمار في المجال الزراعي سيما تنظيم العقود المتعلقة باستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للخواص بواسطة الغير مما يجعل التعامل فيها يتم خارج أي إطار قانوني.

—غياب الفعالية في الرقابة الإدارية وعدم تطبيق العقوبات على المخالفين جعل الاعتداء على الأراضي الفلاحية أي كان صنفها القانوني ورغم توفر الحماية القانونية كثير الوقوع وفي بعض الأحيان يقع بتواطؤ من المكلفين بالحماية.

ومن خلال هذه الراسة توصلنا للاقتراحات الآتية:

. إلزامية إشراك كل الفاعلين المكلفين بتنفيذ السياسة العقارية المطبقة في المجال الزراعي وسيما الديوان الوطني للأراضي الفلاحية واللجنة المكلفة بمراقبة عدم استغلال الأراضي الفلاحية.  
. توفير الوسائل المادية والبشرية الضرورية لهذه الهياكل

## قائمة المراجع والمصادر

### القوانين

- 1- الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 المعدل والمتمم بالأمر رقم 42/75 والمؤرخ في 1975/05/17 والخاص بالتسيير الذاتي في الفلاحة، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 1975.
- 2- القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في اطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتموا أعمال الاستصلاح، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010.
- 3- القانون رقم 18/83، المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية، مؤرخ 13 أوت 1983.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 83/12 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 والخاص بإجراء إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.
- 5- المرسوم رقم 724/83، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 18/83، المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية المؤرخ في 10 ديسمبر 1983.
- 6- المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018 بين الداخلية والفلاحة والمالية
- 7- التعليمات الوزارية المشتركة رقم 162 المؤرخة في 13 فبراير سنة 2013.

### الكتب

- 1- بن برقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001.
- 2- حمدي باشا عم، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 3- عجة الجبلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى حوصصة الملك العام، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 4- كحيل حكيمة، تحويل حقل الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 10\_03 مؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، طبعة ثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 5- ليلي زروقي التقنيات العقارية (العقار الفلاحي)، الجزء الأول، الطبعة الثانية الديوان الوطني للإشغال التربوية 2001.
- 6- ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وحدث الأحكام، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

## المقالات

- 1- ليلي زروقي، استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد السابع، 2002.
- 2- بن رقية بن يوسف، الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية الجماعية في ظل قانون 19/87، الاجتهاد القضائي لغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم وثائق المحكمة العليا، الجزائر، 2004.

## الحصة بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفقا للقانون التجاري الجزائري

### The share to work in the limited liability company in the Algerian Commercial Law

ط.د/ مزوز صورية، جامعة الجيلالي لياس - سيدي بلعباس -

#### ملخص

جسدت معظم القوانين المرنة التشريعية ضمن قواعد الشركات التجارية التي تقوم على الاعتبار المالي، ما انتهجه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري حيث أجاز ضمن نص المادة 567 مكرر منه تقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة شرط أن لا تدخل في تكوين رأسمالها كبدائية نحو التوجه للمرونة في مواد شركات الأموال، إلا أن هذا التوجه الجديد يثير بعض الإشكالات القانونية نظرا لطبيعة الحصة بالعم وخصائص شركات الأموال التي يعد رأسمالها الضمان الوحيد لحقوق الدائنين. ما أدى إلى طرح تساؤلات حول التطور القانوني الذي عرفته الحصة الصناعية في شركة ذات المسؤولية المحدودة؟ وفيما تتمثل الإشكالات التي تثيرها؟.

الكلمات المفتاحية: الحصة بالعمل؛ الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ حقوق الدائنين.

#### Abstract

The adoption of legislative flexibility within the law of commercial companies rules which was embodied on financial consideration which was adopted by the Algerian legislator within Article 567 bis of Law No. 15-20 of 30/12/2015 amending and supplementing Order 75-59 of 26/09/1975 and including Commercial Law where the provision of the share to work in the limited liability company is authorized unless it does not involve into the composition of its capital as a start towards flexibility in the material of the funding companies.

However, this new trend is characterized by having some legal problems because of the nature of the work and the characteristics of the funding companies, which the partners' liability is limited to the extent of their share in the company making its capital the only guarantee of the creditors rights, This prompts questions about the legal system to work in a limited liability company? what are the issues raised by the limited liability company?

**Key words:** the share to work; the limited liability company; the funding companies; the creditors right.

## مقدمة

يتميز المجتمع الإنساني بعدم الاستقرار نظرا لتجدد احتياجاته وتنوعها، ما تشهده الحياة الاقتصادية في العصر الحالي من مؤشرات التطور الاقتصادي، حيث أصبحت جل النشاطات الاقتصادية والتجارية في شكل شراكة بين أشخاص طبيعية أو حتى في شكل تجمعات لعجز الفرد الواحد من تأسيس المشروعات الضخمة، ما ترتب عليه لجوء أغلب رجال الأعمال المبتدئين إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة لتناسبها مع المشاريع الصغيرة والمتوسطة، ما دفع بالجهود الفقهية والتشريعية حتى القضائية إلى تنظيم الشركة في جميع مراحل حياتها من أجل استغلال دورها في التنمية الاقتصادية للدول، لذا من المستقر عليه أن الوجود القانوني للشركة يتطلب توافر الأركان الموضوعية العامة اللازمة لصحة الشركة كعقد، إلى جانب الأركان الموضوعية الخاصة التي تُميز عقد الشركة عن غيره من العقود كتعدد الشركاء وتقديم الحصص، بالإضافة إلى اقتسام الأرباح والخسائر، نية المشاركة، فضلا على ذلك يجب أن ينصب العقد في شكل رسمي بتسجيله وشهره.

كما أن المال باعتباره المحرك الرئيسي للمشاريع الاقتصادية والتجارية جعل من تقديم الحصص مبدأ قانوني أورده المادة 416 من القانون المدني كركن من أركان انعقاد الشركة من جهة، فضلا على كونه ركن أساسي لتجميع رأسمال كافي للشركة من أجل مباشرة غرضها من جهة أخرى؛ وبما أن الحصة بالعمل هي من بين هذه الحصص، فالمفروض قبول تقديمها في الشركات التجارية؛ إلا أن تقييد شركات الأموال لقبول هذا النوع من الحصص بصفة عامة، التي هي حتى في شركات التوصية البسيطة محظور تقديمها من طرف الشريك الموصي؛ لأنه مسئول في حدود حصته؛ أضحى في ظل الإصلاحات الاقتصادية الحديثة مغايراً حيث أصبحت تسمح بقبول تقديمها في شركات ذات المسؤولية المحدودة كاستثناء عن شركات التي تكون مسؤولية الشركاء محدودة، خاصة أنها الشركة الأكثر انتشارا في الجزائر؛ فالغاية من إدراجها كبديل اقتصادي ساهم في توجيه البحث إلى الحصة

بالعمل في ظل الحرية التعاقدية المحددة لرأسمال الشركة، بهدف الوقوف على الإصلاحات الاقتصادية التي اعتمدها السياسة الجزائرية كخطوة أولى في قانون الشركات التجارية، معتمدين في ذلك على توضيح الإشكالات المحتمل نشوئها بغية إيجاد الحلول بشأنها من أجل متابعة المرونة في قانون الشركات خاصة أنه مجال خصص للنمو بالاقتصاد الوطني؛ لذا نطرح التساؤل حول التطور القانوني للحصة بالعمل في شركة ذات المسؤولية المحدودة؟ وما موقف المشرع الجزائري من الإشكالات التي تثيرها؟.

للإجابة عن الإشكال المطروح تم إتباع المنهج التحليلي والوصفي وفقا للخطة الآتية:

1- خصوصية الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

2- إشكالات قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

## 1- خصوصية الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة من الشركات الحديثة التكوين، حيث تصنف من بين أكثر الشركات انتشارا بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء، فضلا على سهولة تأسيسها وتبنيها للمشروعات المتوسطة والصغيرة، كما لها طبيعة مختلطة تجمع مميزات شركات الأشخاص وشركات الأموال<sup>1</sup>؛ أين يتوافق فيها الاعتبار المالي والشخصي<sup>2</sup>، فقد تم تبنيها من طرف المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 75-95 المؤرخ في 19/09/1975 ثلاث أنواع من الشركات التجارية من بينها الشركة ذات المسؤولية المحدودة الشركات ذات المسؤولية المحدودة، من ثم إلى الإشكالات التي تثيرها بالحصة بالعمل.

<sup>1</sup> - جورج روبر وميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وتسليم حداد، المطول في القانون التجاري - الشركات التجاري-، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 25-26.

<sup>2</sup> - زايدى خالد، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000./2001



**1-1- مراحل قبول الحصة بالعمل**

لقد سبق القول بأن الحصة بالعمل أثارت العديد ثم سمح بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996<sup>3</sup>/09/09 بإنشائها من طرف شخص وحيد تحت تسمية "المؤسسة ذات الشخص الواحد و ذات المسؤولية المحدودة"<sup>4</sup>.

كما عرفت هذه الشركة تعديلات جذرية بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المتضمن القانون التجاري، ومن بينها قبول "الحصة بالعمل" حيث يعتبر هذا التعديل خطوة من المشرع الجزائري نحو المرونة في مجال الشركات التجارية ليوكب به للتشريعات المقارنة، لذا تستلزم الدراسة التطرق إلى مراحل قبول الحصة بعمل.

من الإشكاليات حول قبولها في الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي؛ التي تتميز بالمسؤولية المحدودة للشركاء، حيث يكون رأس مالها هو الضمان الوحيد لحقوق الدائنين بما أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها هذه الخصائص<sup>5</sup>، اتجهت بعض التشريعات المقارنة<sup>6</sup> إلى جواز تقديم الحصة بالعمل فيها، الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري ولو كان متأخرا في ذلك مقارنة بهم، لذا تقتضي الدراسة توضيح موقفه القانوني قبل صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري و بعده.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/09/09 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، ج.ر العدد 77 المؤرخة في 1996/12/11.

<sup>4</sup> - ليلي بلحاسل منزلة، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة -دراسة مقارنة-، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص 01.

<sup>5</sup> - عرفت الشركة ذات المسؤولية المحدودة جدل فقهي حول تصنيفها ما بين شركات الأشخاص وشركات الأموال فكانت ثلاث اتجاهات؛ الأول يصفها ضمن شركات الأشخاص، أما الثاني فاعتبرها ضمن شركات الأموال، في حين توسط الاتجاه الثالث الرأيين واعتبروها شركة ذات طبيعة مختلطة، خاصة وأن تصنيفها مرتبط بمدى قبول حصة بعمل من عدمه؛ راجع معتوق فريد، مرجع سابق، ص 12.

<sup>6</sup> - التشريع الفرنسي من خلال القانون 15 ماي 2001 في المادة 7/223 بصفة صريحة ودون قيود التي كانت واردة في قانون 1982/07/10، راجع:

PAUL LE CANNU et BRUNO Dondero ,Droit des sociétés ,Livres 2,3ème édition ,Édition MONTCHRESTIEN, PARIS ,2010,p 146.

## 1-1-1 موقف المشرع الجزائري من الحصة بالعمل قبل صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري

نظم المشرع الشركة ذات المسؤولية المحدودة و المؤسسة ذات الشخص الوحيد في المواد القانونية من 564 إلى 591 من الفصل الثاني من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09/12/1996 والمتضمن القانون التجاري، حيث حددت المادة 564 من القانون التجاري البنية القانونية للشركة سواء بشريك وحيد أو بتعدد الشركاء: "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص<sup>1</sup>، في نفس السياق حددت المادة 590 من نفس القانون الحد الأقصى لعدد الشركاء الذي لا يجب أن يتجاوز 20 شريك و إلا يتم تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة<sup>2</sup>، إن الحكمة التي ابتغاها المشرع من وراء ذلك المحافظة على خصائص شركات الأشخاص التي تقوم بناء على الثقة المتبادلة بين الشركاء<sup>3</sup>، أما بخصوص الجانب المالي للشركة كان المشرع يشترط لتأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة و/أو مؤسسة ذات الشخص الوحيد حد أدنى من رأس المال الذي يجب يتوافره حيث لا يجوز أن يكون أقل من 100.000 دج، مقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية مبلغها 1000 دج<sup>4</sup>، لقد كان موقف المشرع الجزائري صريح من خلال تأسيس رأسمال عن طريق تقديم الحصص النقدية والعينية فقط، مع الحظر المباشر للحصة بالعمل عند الاكتتاب بالحصص حسب ما جاء في نص المادة 567: "يجب أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء وأن تدفع قيمتها كاملة سواء كانت الحصص العينية أو النقدية، فلا يجوز أن تمثل الحصص بتقديم عمل..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 564 من القانون التجاري.

<sup>2</sup> - المادة 590 من القانون التجاري (قبل تعديله): "لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركة في الشركة ذات لمسؤولية المحدودة عشرين شريكا. وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة...".

<sup>3</sup> - محتوقي فريد، أحكام الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص 130.

<sup>4</sup> - المادة 566 من القانون التجاري (قبل تعديله).

<sup>5</sup> - المادة 567 من القانون التجاري.

وعليه كان موقف المشرع الجزائري حاسم؛ حيث له وجهين الأول حرمان الشريك من تقديم حصة بعمل بصفة صريحة، أما الوجه الثاني أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة في الغالب هي شركة أموال لأن تقديم الحصة بالعمل جائزة في شركات الأشخاص عموما، إذن يمكن أن يسري نفس حكم الحظر على شركة المساهمة لقيامهما على الاعتبار المالي<sup>1</sup>.

بالرغم من المرونة التي بدأت تعرفها مواد قانون الشركات بالأخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، غير أن حظر الحصة بالعمل في شركات الأموال بصفة عامة لا يزال مكرّس من الناحية القانونية؛ سواء من حيث مساهمتها في تكوين الشركة أو من حيث مساهمتها في تجميع رأس المال، لعل ذلك راجع إلى عدم انسجام طبيعة الحصة بالعمل مع ميزات هذا الصنف من الشركات، ما سيتم تفصيله في العنصر الموالي.

### 1-1-2 أسباب استبعاد الحصة بالعمل في شركات الأموال

إن الغاية من الشراكة إما تحقيق أرباح أو بلوغ هدف اقتصادي معين، لذا يكون تحقيقه بواسطة المال الذي يتم تجميعه عن طريق تقديم الحصص، غير أنه تثير المواقف التشريعية تساؤلات حول أسباب تقييد تقديم الحصة بالعمل بنصوص قانونية خاصة سواء في تكوين عقد الشركة وكذا عند تجميع رأسمالها لاسيما في شركات الأموال، لما فيه خروج عن الأصل العام الذي يقرّ بإمكانية تقديمها في الشركات بصفة عامة.

### 1-1-2-1 السبب المتعلق بالضمان العام للديون في شركات الأموال

يعتبر رأسمال شركات الأموال الضمان الوحيد للدائنين بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء عن ديون الشركة المقدرة بقيمة حصصهم فيها<sup>2</sup>، فهو الفرق الجوهرى الذي يميزها عن شركات الأشخاص؛ حيث تكون مسؤوليتهم غير محددة، لتمتد إلى ذممهم المالية الخاصة، بناءً عليه تباينت الآراء الفقهية حول أسس استبعادها؛ والتي في معظمها ترجع إلى خصوصية حصة العمل كونها لا تصلح أن تكون ضمانا للدائنين لأنه لا يمكن

<sup>1</sup> - محتوقى فريد، مرجع سابق، ص ص 135-136.

<sup>2</sup> - SAMI FRIKHA, Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales ,publié le 11/09/2011 à 14:50, vu le 08/03/2018 à 19:30 par le site: [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html)

التنفيذ عليها<sup>1</sup>، وفي ذات الوقت لأنها لا تسمح الطبيعة المستمرة والمتعاقبة للحصة في تحقيق الاكتتاب الكامل والفوري مقارنة مع الحصة النقدية والعينية<sup>2</sup>، ما جعله سببا آخر لاستبعادها عند جمع رأسمال هذا النوع من الشركات<sup>3</sup>.

إضافة على ذلك إن تقييم الحصة بالعمل لا يعني أنه يتم تقديرها نقدا، بل تقدير نسبة أرباح الشخص الذي ساهم بتقديم عمله، بناءً على ما يعود به من فائدة على الشركة<sup>4</sup>؛ مما سبق نخلص إلى أنه لا يمكن دمج الحصة بالعمل في رأسمال شركة ذات اعتبار مالي حتى لو كانت مسموح بتقديمها، ما جسده المشرع الجزائري صراحة فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ضمن نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري المعدل و المتمم بقوله: "يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته و ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة و لا يدخل في تأسيس رأس المال"<sup>5</sup>، لذا الشريك في شركات الأموال عليه أن يقدم الحصة التي تساهم في تكوين رأسمالها التي تصلح أن تكون ضمانا للغير<sup>6</sup>.

فإن كان رأسمال أداة ضمان للدائنين، فهو كذلك وسيلة لتمويل المشروع الاقتصادي خاصة ضمن هذا النوع من الشركات التي تقوم على الاعتبارات المالية، ما يجعل الحصة بالعمل لا تساهم في بلوغ الغاية من هذه الشركات خاصة شركة المساهمة التي تخص المشاريع الضخمة التي تحتاج لموارد مالية متناسبة مع نشاطها، ما يحيلنا إلى البحث في كيفية تقويم الحصة بالعمل.

<sup>1</sup> - فتات فوزي، فتات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصة والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص92.

<sup>2</sup> - YVES GUYON, Droit des affaires ,tome1,6ème édition ,Edition ECONOMICA ,paris,1990, p103.

<sup>3</sup> - YVES CHAPUT, Droit des sociétés, 1er édition ,Editons PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE,PARIS,1993,p80 .

<sup>4</sup> - SAMIFRIKH, Op.cit, parle site [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html)

<sup>5</sup> - المادة 567 مكرر من القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر 75-95 المؤرخ في 09/26/197.

<sup>6</sup> - YVES GUYON, Op.cit, p104.

## 1-1-2-2 السبب المتعلق بتسديد قيمة الحصة وتقويمها

يتم تقديم الحصص عن طريق الاكتتاب الكامل والتسديد الفوري للحصص العينية وقت إبرام العقد، وعن طريق التسديد المتتابع مرة أو عدة مرات لمدة خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري سواء بنسبة الخمس على الأقل في شركة ذات المسؤولية المحدودة حسب ما جاء به تعديل المادة 567 / ف2 من القانون التجاري المعدل و المتمم: "و. يجب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس (1/5) مبلغ الرأسمال التأسيسي..." أو الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل في شركة المساهمة حسب ما جاء في المادة 596 من نفس القانون: "يجب أن يكتب رأسمال بكامله و تكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة الربع (1/4) على الأقل من قيمتها الاسمية..."<sup>1</sup>، إذن تعد هذه النصوص القانونية أسباب حظر الحصة بالعمل لعدم إمكانية الوفاء الفوري والكامل بها؛ فالشريك صاحب الحصة بالعمل خدماته هي عبارة عن أعمال مستقبلية<sup>2</sup>، وتكون عند مباشرة الشركة نشاطها، فلا يمكن أن يتأسس رأس المال على قيم مستقبلية في شركات الأموال<sup>3</sup>.

علاوة على ذلك أن موقف المشرع كان صريح حيث في المواد السابقة الذكر خص الاكتتاب، من ثم تسديد الحصص العينية والنقدية فقط؛ كما أنه يجب أن يتضمن عقد الشركة قيمة كل حصة، فإن تعذر ذلك فإن القواعد العامة المنظمة لعقد الشركة تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة حسب المادة 419 من القانون المدني: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك"<sup>4</sup>.

كما أن تعديل القانون التجاري الخاص بالشركة ذات المسؤولية المحدودة عند قبول الحصة بالعمل نظم إشكال تقييمها وأخضعه للحرية التعاقدية بموجب المادة 567 مكرر "يمكن إن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية

<sup>1</sup> - المادة 596 من القانون التجاري.

<sup>2</sup> - RIPERT GEORGE et ROBLLOT RENE ,Traité droit commerciale,13ème Edition, EDITON L.G.D.J, Paris, 1989, p130-131.

<sup>3</sup> - فوزي فتات، مرجع سابق، ص93.

<sup>4</sup> - المادة 419 من القانون المدني.

المحدودة تقديم عمل، تحدد كفاءات تقدير قيمته؛ ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة..."، وبالرغم من ذلك يبقى مصطلح تقييم الحصة بالعمل غامض ويثير بعض الصعوبات؛ خاصة أن تقييمها يخضع لإرادة الأطراف التي قد لا تعتمد في تقييمها على المعايير الفنية التي يكتسبها مندوب الحصص، كما أن تقييم الحصة بالعمل يتداخل مع المساس بحق المساواة في اقتسام الأرباح والخسائر<sup>1</sup>؛ لاسيما في حال الاختلاف حول تقدير قيمتها، لأن الحل القانوني هو ترجيح الأحكام العامة التي تفرض أن تكون حصص الشركاء متساوية القيمة، ما قد يضر بباقي الشركاء.

ومن جهة أخرى استبعد بعض الفقهاء قبول الحصة بالعمل لما تشكله من تعدي على "مبدأ المساواة بين الشركاء" نظرا لإخلالها بشرط اقتسام الأرباح والخسائر "الغرم بالغنم"<sup>2</sup>، خاصة إذا منيت الشركة بخسائر، ما يطرح تساؤل حول كيفية مشاركة صاحب الحصة بالعمل في الخسائر؟ معللين موقفهم على أساس أن مقدم الحصة لا يساهم في الخسائر لأنه يسترد حقه في ممارسة ذات العمل في شركة أخرى، أي يتحلل من التعهدات وكل الالتزامات التي كانت تربطه بالشركة<sup>3</sup>، في المقابل فسر البعض الآخر من الفقه أن الشريك صاحب الحصة بالعمل يساهم في الخسائر بطريقة غير مباشرة عن طريق حرمانه من الربح المقابل للمجهود الذي بذله<sup>4</sup>، وأن شرط جواز الإعفاء من الخسارة هو شرط ظاهري لأن الشريك الذي لا يتقاضى أجرا عن عمله، يكون قد تحمل في الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل<sup>5</sup>.

إذن الشريك مقدم الحصة بالعمل يساهم في الخسائر لكن بما يتماشى وطبيعة الحصة بالعمل، ذلك بفقدان أجر عمله، في حين يتجه البعض الآخر إلى تفسير تحمل صاحب الحصة بالعمل الخسائر عن طريق تحمله لديون الشركة، غير أن هذا الخلط بين الفكرتين توضحه الناحية العملية حيث أن الائتمان ضروري لنشاط التجاري للشركات؛ فقد أصبحت في العقود الأخيرة الديون تعتبر كمصدر كبير للتمويل الاقتصادي؛ فهي

<sup>1</sup> - فتات فوزي، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup> - كمال مصطفى طه، أصول القانون التجاري، مصر، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 1997، ص 214-216.

<sup>3</sup> - فتات فوزي، مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 94-95.

<sup>5</sup> - مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 218.

تشتري وتباع، ليتم تبادلها في الأسواق المالية، إذن الشركة برغم مديونيتها قد تحقق أرباح، بالتالي لا يعني تحمل صاحب الحصة بالعمل الخسائر أن يتحمل ديون الشركة<sup>1</sup>.

لقد سارت القواعد القانونية التي تركز مشاركة صاحب الحصة بالعمل في تحمل الخسائر الشركة؛ بحيث أنه تحدد نسب أرباحه ضمن القانون الأساسي للشركة حسب ما ورد في نص المادة 567 من القانون التجاري فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة "تحدد كفاءات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة"، الذي يعد نفس النصيب في الخسارة حسب القواعد العامة الواردة في المادة 425/ف1 من القانون المدني، كما نظم المشرع من خلاله كذلك مسألة تقدير نصيب صاحب الحصة بالعمل خلال المادتين 425/ف2 التي تنص على وجوب تقدير نصيب صاحب الحصة بعمل في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل<sup>2</sup>، مع جواز الاتفاق على إعفاء الذي يقدم الحصة بالعمل من المساهمة في الخسائر شرط أن لا يكون قد قررت له أجره ثم عمله وفقا لما جاءت به المادة 426/ف2 من نفس القانون<sup>3</sup>؛ أي تجسيدا لفكرة أن خسارته تكمن في ضياع جهده بلا مقابل من جهة، أو قد يتحمل بقدر قيمة الفائدة التي يعود بها عمله على الشركة.

علاوة على ما سبق تثير الحصة بالعمل بخصوص انحلال الشركة وتصفيتهما إهدار لحق صاحبها في استرجاع حصته بعد استفاء الديون حسب ما جاءت به المادة 447 في فقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني؛ بحيث تقسم أموال الشركة بين سائر الشركاء كل بحسب قيمة الحصة التي قدمها في رأسمال الشركة كما هي مبيّنة في العقد أو ما يعادل قيمة الحصة وقت تسليمها ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر مساهمته على مجرد حق الانتفاع و ذلك بعد استفاء الدائنين ديونهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Fabien Kenderian, La contribution aux pertes sociales, Revue des sociétés, DALLOZ, Paris 2002, p 617.

<sup>2</sup> - نص المادة 425 / ف2 من القانون المدني: "وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه".

<sup>3</sup> - نص المادة 425 / ف2 من القانون المدني: "وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه".

<sup>4</sup> - نص المادة 447 من القانون المدني.

إن طبيعة الحصة بالعمل وإجماع الفقه على رفضها في الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي حيث مسؤولية الشريك بقدر حصته في رأسمال الشركة، لم يمنع المشرع الجزائري من إقرارها ضمن هذا النوع من الشركات لكن حصرها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقط مواكبا بذلك التشريعات المقارنة تماشيا مع الإصلاحات التي من شأنها تدعيم المبادرات الاقتصادية. وهو محور الدراسة في العنصر الموالي.

### 1-1-2 موقف المشرع الجزائري بعد صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري

راجع المشرع الجزائري موقفه حول قبول الحصة بالعمل دون أن يجعلها تدخل في تكوين رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري من خلال نص المادة 567 مكرر: "يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كفاءات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة"<sup>1</sup>، نفس الحكم الوارد في القانون الفرنسي 2001/05/15 المتعلق بالتنظيم الاقتصادي الجديد خلال نص المادة 223-7<sup>2</sup> بعد ما كان يمنع إطلاقا تقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في سنة 1925 من ثم سمح بها مع بعض القيود القانونية الواردة ضمن القانون رقم 82-596 الصادر 1982/07/10 المتعلق باشتراك الحرفيين و التجار العاملين في الشركات العائلية<sup>3</sup> التي تم إلغاؤها بموجب قانون 2001-420 المؤرخ في 2001/05/15<sup>4</sup>.

بالرغم من تميز الشركة ذات المسؤولية المحدودة بخصائص شركات الأموال، إلا أن المشرع لم يرخص تقديم الحصة بالعمل ضمن شركة المساهمة التي تعد النموذج الأمثل لها<sup>5</sup>، ما جعل الباحثين يبررون الحظر بناءً على إجراءات تأسيسها المتعلقة بالمساهمات المكتتب بها، التي تتم خلال مواعيد قانونية من أجل تجميع رأس مال الشركة دون الحد الأدنى المقدر قانونا، لكن حتى منطقية تبرير عدم قبول الحصة بالعمل في شركة المساهمة كونها

<sup>1</sup> - المادة 567 مكرر من القانون التجاري.

<sup>2</sup> - PAUL LE CANNU et BRUNO DONDERO, Op.cit, p145.

<sup>3</sup> - محتوحي فريد، مرجع سابق، ص 137.

<sup>4</sup> - ANNE CHARVERIAT et ALAIN COURET, Droit des affaires -sociétés commerciales, Edition FRANCIS LEFEBVRE ,Paris, 2003,p304.

<sup>5</sup> - فوزي فتات، مرجع سابق، ص 97.



تحتضن المشاريع الضخمة، بالتالي حاجتها لأموال ضخمة لتسييرها لا يمنع من المرونة بخصوص قبول الحصة بالعمل في باقي شركات الأموال<sup>1</sup>، لاسيما في ظل التوجه الحديث الذي تم تجسيده من طرف المشرع الفرنسي خلال إصدار القانون 2009/01/01 حيث أجاز تقديم الحصة بالعمل في شركة التوصية بالأسهم SAS بموجب المادة 227-01 الذي يعد خطوة جريئة<sup>2</sup>.

لكن المرونة التي اتبعتها المشرع الجزائري عند سماحه بتقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية خصوصا مع الأخذ بعين الاعتبار عدم دخولها في تأسيس رأس مالها، جاءت تلبيةً لبلوغ غايات متعددة أهمها تسهيل وتبسيط إجراءات إنشائها كونها الأكثر انتشارا في الجزائر، فضلا على أنها تناسب المدخرين الصغار، وذلك لتوفير مناخ ملائم للاستثمار بما يتماشى وحركية المنظومة الاقتصادية العالمية<sup>3</sup>. بالتالي مواكبة العولمة الاقتصادية من خلال خلق التنافسية التي تهدف إلى فتح المجال للمبادرات الاقتصادية لمحاولة الوصول إلى التكامل الاقتصادي وتطبيق سياسة التحرير الاقتصادي عن طريق تشجيع الاقتصاد من خلال إنعاش العمل والصناعة في الشركات من أجل تحفيز الاستثمار كذلك؛ أي بتحسين مؤشر مناخ الأعمال في الجزائر في ظل نظام الحرية الاقتصادية من ناحية زيادة الناتج المحلي الإجمالي والرفع من القيمة المضافة وغيرها من مؤشرات مناخ الأعمال<sup>4</sup>، كما تفسر التسهيلات الخاصة بإنشاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة للدور الذي أصبحت تلعبه هذه الأخيرة بكونها توجه استراتيجي نحو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد والقضاء على الاقتصاد

<sup>1</sup> -Denis Roger SOH FOGNO et Charles TALLA , L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA - Réflexion sur un vide juridique-, article a été publié aux Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang, T. 13, 2009, p 10; Vu par le site: [www.ohada.com/content/newsletters/2436/Article-SOH-FOGNO](http://www.ohada.com/content/newsletters/2436/Article-SOH-FOGNO)

<sup>2</sup> -PAUL LE CANNU et BRUNO Dondero, Op.cit, p146.

<sup>3</sup> -التقرير التكميلي عن مشروع القانون الذي يعدل ويتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ت.ت/ 01 /38 /2015 سبتمبر 2015، الفترة التشريعية السابعة، دورة الخريف 2015 ، لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات.

<sup>4</sup> - بالرغم سعي المشرع الجزائري من تحسين مناخ الأعمال في الجزائر إلا أنها احتلت في تصنيف البنك الدولي السنوي حول ممارسة أنشطة الأعمال "دوينغ بيزنس 2018" المرتبة 166 من بين 190 اقتصاد عالمي. ويعتمد تصنيف البنك الدولي على مؤشرات مختلفة منها بدء النشاط التجاري، واستخراج تراخيص البناء، وتسجيل الملكية، ودفع الضرائب، والتجارة عبر الحدود، وغيرها من المعايير.

الموازي<sup>1</sup>، أما الوجه الثاني لغايته اتجه نحو الحد من بطالة المتخرجين الجامعيين وتوجيه معارفهم الفنية واستغلالها في التنمية الاقتصادية للبلاد من خلال إتاحة لهم الاشتراك في شركات الخاصة بالمشاريع المتوسطة والصغيرة بمجرد تقديم معارفهم الفنية ما يساهم في تحسين ظروف المعيشية عن طريق خلق مناصب الشغل<sup>2</sup>.

إن تحقيق الغاية المرجوة من التعديل الخاص بقبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري - المعدّل و المتمم - أخذى منحى آخر ساهم في طرح إشكالات قانونية ناتجة عن القصور القانوني المنظم لها.

## 2- إشكالات قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لقد منح إقرار المشرع الجزائري للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تسهيلات أكثر باعتبارها الشركة الأنسب للمشروعات المتوسطة والصغيرة، فهو بذلك يشجع النشاط التجاري والاقتصادي من جهة، ويفتح مجال العمل للشباب الأكفاء والمتخرجين من الجامعات الذين يعانون من البطالة من جهة أخرى، فضلا على ذلك ما تتميز به الشركة من جوانب ايجابية بخصوص الجانب المالي لها وغيره، إلا أنه لم ينظم المشرع بشكل دقيق قبول الحصة بالعمل حيث اكتفى فقط بنص المادة 567 مكرر من القانون التجاري، حيث أحال مسألة تقديرها وتحديد نسب الأرباح إلى إرادة الشركاء تغليباً منه للطابع الشخصي للشركة<sup>3</sup>، على خلاف ما تعرفه الحصص النقدية والعينية من تنظيم؛ خاصة الحصة العينية التي تخضع إلى مبدأ التقييم من طرف خبراء معتمدين من قبل القضاء مستخدمين في ذلك معايير فنية<sup>4</sup>، أما في حال الزيادة في قيمتها الحقيقية بقصد الغش

<sup>1</sup> - محمد قوجيل ويوسف قريشي، سياسات دعم المقاولاتية في الجزائر، مجلة الأداء للمؤسسات الجزائرية، جامعة مرياح قاصدي -ورقلة-، العدد السابع، 2015، ص166.

<sup>2</sup> -SAMI FRIKHA, Op.cit; Vu par le site [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11)

<sup>3</sup> - المادة 567 مكرر من القانون التجاري.

<sup>4</sup> - محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص10.

يترتب عنها جزاءات جزائية<sup>1</sup>، من هذا المنطلق فإن قصور النظام القانوني للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ترتب عنه ظهور بعض الثغرات حول إمكانية تأسيس شركة برأسمال رمزي مع أنه الضمان الوحيد، فضلا على التداخل بين مهام الشريك إذا قدم الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، كما يثير الحق في التصويت للشريك مقدم الحصة بالعمل تناقضات حول قيمتها القانونية في قرارات الجمعية العامة المتخذة، ما سيتم التطرق إليه من خلال العناصر الآتية.

## 2-1 الاكتفاء بتقديم الحصة بالعمل في ظل الحرية التعاقدية

يثير قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو مؤسسة الشخص الواحد خطر حول الضمان الوحيد في المرحلة الأولى للشركة؛ وهو "رأسمال الشركة" خاصة و أن صدور القانون 15-20 المتضمن القانون التجاري جاء بسياق جديد يتمثل في إلغاء الحد الأدنى لرأسمال الشركة، حيث يحدّد هذا الأخير بكل حرية بين الأطراف حسب ما ورد في نص المادة 566/ف1 "يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة الذي يقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية"<sup>2</sup>، ما يعني أنه قد تؤسس الشركة بمجرد تقديم حصة بعمل ورأسمال رمزي قد تكون قيمته دينار جزائري، ما يثير التساؤل حول إمكانية تأسيس شركة دون رأس مال، لكن بما أن القانون لا يمنع ذلك؛ كع أن الواقع العملي، بل حتى المنطق لا يؤيده حيث يستحيل تصور مشروع اقتصادي دون رأسمال كافٍ له كقاعدة عامة.

## 2-2 الإشكالات المتعلقة بالحقوق المالية و الإدارية

إن قانون الشركات التجارية يتعامل مع حق المساهم فيما يخص الأرباح بأنه حق مالي<sup>3</sup>. بناء على ذلك يتحصل صاحب الحصة بالعمل بوصفه شريك على حقوق مالية تتمثل في حصص ذات قيمة اسمية يترتب عليها حقوق إدارية، غير أن استقراء النصوص القانونية تثير فكرة المساس بمبدأ المساواة بين الشركاء، فالأصل في

<sup>1</sup> - المواد 586 و 800/ف1 من القانون التجاري تتعلق بالحصة العينية والجزاء المترتب عن تزيف قيمتها الحقيقية، إضافة إلى المواد 564 إلى غاية 588 من نفس القانون التي تنظم بصفة عامة الحصص النقدية والعينية والحقوق المالية الخاصة بهما.

<sup>2</sup> - المادة 566 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site

[www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html).

مقدم الحصة بالعمل أنه يتمتع بنفس حقوق باقي الشركاء، لكن عدم تعديل النصوص المنظمة لحق التصويت بشأن القرارات المتعلقة بحياة الشركة تطرح إشكال بخصوص القيمة القانونية لحق التصويت في قرارات الجمعية العامة؛ حيث أنه بموجب نص المادة 581 / 1 من القانون التجاري يتحصل كل من يقدم حصة إلى الشركة على عدد من الأصوات تتناسب مع المساهمات التي يقدمها، لكن ما يهم بهذا الخصوص مدى تأثير هذا الحق في قرارات الجمعية العامة في ظل اشتراط النصوص القانونية المنظمة لحق التصويت أن المداولات والقرارات تؤخذ بتصويت واحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة حسب ما ورد في نص المادة 582 / 1 من نفس القانون، كما لا يجوز تعديل القانون الأساسي إلا بموافقة أغلبية الشركاء الذين يمثلون ثلاثة أرباع رأسمال الشركة بموجب نص المادة 586 من نفس القانون، فصلاحيات اتخاذ القرارات تمنح للشركاء الذين يمثلون نصيب في رأسمال الشركة، بما أن قيمة الحصة بالعمل لا تدمج ضمن رأسمال<sup>1</sup>؛ يعني أن تصويته لا يؤثر على قرار الأغلبية المشار إليها سابقا، ما يجعل الاعتراف بالمشروع بحقه في التصويت حق ظاهري فقط، لذا يستلزم تفعيل حق تصويت صاحب الحصة بالعمل على سبيل المثال عن طريق تحديد شروط التصويت في الجمعية العامة مع الأخذ بعين الاعتبار وجود الحصة بالعمل ضمن النظام الأساسي؛ حيث يحددون عدد الأصوات المخولة لصاحب الحصة بالعمل وللأغلبية أثناء ممارسة حق التصويت، لكن القيام بذلك لا يحل مسألة صمت القوانين<sup>2</sup>.

لذا لعل الحل قد يجد سنده عند التمعن في نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري: "...تحدد كفاءات تقدير قيمته و ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة"<sup>3</sup>؛ يستشف من النص أنه لا يخص فقط تقييم الحصة بالعمل المقدمة من أجل تحديد نسبته في الأرباح ولكن أيضا لحساب الحصة في حق التصويت<sup>4</sup>. كما أن الحصة بالعمل لا تعتبر ضمانا لدائني الشركة لعدم إمكانية التنفيذ عليها وحجزها<sup>5</sup>، ما

<sup>1</sup> - انظر المواد 581 و 582 و 586 من القانون التجاري.

<sup>2</sup>-SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html).

<sup>3</sup> - المادة 567 مكرر من القانون التجاري المعدل والمتمم.

<sup>4</sup>-SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html).

<sup>5</sup> - لقمش محمد أمين ، لقمش محمد أمين، أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص 55.

يمس بصورة غير مباشرة بالحق في المساواة بين الشركاء حيث للمقدم الحصة نفس امتيازات باقي الشركاء كأصل عام؛ حيث تثبت له مجموعة من الحقوق الإدارية كالحق في الإدارة والرقابة والحق في التصويت على القرارات المتعلقة بالشركة وبجياتها، لكن لا يساهم في ضمان ديونها كباقي الشركاء.

## 2-3 الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة

تعد المؤسسة ذات الشخص الوحيد نوع من الشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>1</sup> وفقا للحكم المكرس بموجب نص المادة 564 ضمن الفقرة الثالثة من القانون التجاري: "يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة لجمعية الشركاء بمقتضى هذا الفصل"<sup>2</sup>، بالتالي قانونا لا يوجد ما يمنع تقديم الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الواحد لأنه تسري عليها نفس الأحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ بمعنى أنه قد يكتفي الشريك الوحيد بتقديم حصة بالعمل و دينار رمزي في تأسيس مؤسسته.

إن تأسيس المؤسسة ذات الشخص الواحد يكون إما بطريق مباشر؛ فيتم بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد أو بطريق غير مباشر لما تجتمع حصص الشركة في يد شخص وحيد سواء بشرائها أم نتيجة وفاة الشريك الثاني الذي يكون دون وارث في الشركة ذات شخصين، أو لأي سبب آخر<sup>3</sup>، أما التأسيس المباشر للمؤسسة ذات الشخص الوحيد هو ما قد يكون محل الإشكال، حيث قد يكتفي مؤسسها عند إنشائها بتقديم حصة بالعمل ودينار رمزي يمثل رأسمالها، تماشيا مع ما جاءت به أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيما يتعلق برأسمالها لأنهما تحكمهما نفس الضوابط القانونية<sup>4</sup>، ليظهر الإشكال جليا عند تقديمه للحصة بالعمل في التداخل بين الأعمال الفنية التي تمثل الحصة بالعمل وبين صلاحياته ووظائف الإشراف والتسيير التي يقوم بها

<sup>1</sup> - ليلي بلحاسل منزلة، مرجع سابق، ص 02.

<sup>2</sup> - المادة 564 / 3 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - إلياس ناصيف، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 28؛ حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مركزا لدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 475-497.

<sup>4</sup> - المادتين 546 و 566 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

كشريك وحيد؛ لذا يتوجب التمييز بينهما؛ ثم أن الإشكال يطرح بشأن تقييم الحصة بالعمل في هذه المؤسسة حول كيف يتم تقييمها من طرف مقدمها من دون رقابة على القيمة الحقيقية لها<sup>1</sup>.

أقر المشرع الجزائري صراحة الحصة بالعمل في شركة ذات المسؤولية المحدودة لكن كان حذر؛ حيث استثناه من تكوين رأسمال الشركة بموجب نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري، فقد كان موقفه مواكبا للنظام الاقتصادي الحر بشأن تنظيم أحكامها حيث ترك عبء تقييمها وتحديد أنصبة الربح و الخسائر لإرادة المتعاقدين، فضلا على القواعد العامة الواردة في القانون المدني الخاصة بالشركات بوجه عام، التي تعد المرجع الأساسي لتنظيمها.

و يمكن القول أن الدراسة تتلخص في النتائج الموالية:

- 1-الأصل أن المشرع اعترف بالحصة بالعمل في تكوين جميع الشركات بموجب المادة 416 من القانون المدني "...بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد...".
- 2- قيدت النصوص القانونية المنظمة لشركات الأموال في القانون التجاري الأصل العام؛ حيث استثنت تقديم الحصة بالعمل، بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء؛ وباعتبار رأس مال الشركة هو الضمان الوحيد لحقوق دائئها، فضلا على المسؤولية المحدودة للشركاء بقدر الحصة المقدمة في رأسمال.
- 3- و أكد المشرع الجزائري التشريعات المقارنة كالشريع الفرنسي من خلال إدراج بعض المرونة في قواعد قانون شركات الأموال ذلك بقبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لكنه تحفظ فيما يخص الشركة التوصية بالأسهم والشركة المساهمة.
- 4- ساهم صدور القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 في قبول تقديم حصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة دون أن يدخل ضمن تكوين رأس مالها، حرصا منه على الضمان

<sup>1</sup>-SAMI FRIKHA, Op.cit; Vu par le site: [www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative\\_11.html](http://www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html).

الوحيد لكنه فتح المجال لجواز تكوين شركة برأسمال قيمته دينار جزائري حسب نص المادة 567/ ف 1 منه.

5- التوجه التشريعي الجديد أعطى للحصة بعمل غايات هادفة وبالرغم من قبولها بشكل حذر إلا أنها تثير بعض الإشكالات بسبب قصور نظامها القانوني، الذي كان في نص وحيد من القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري؛ بالأخص فيما يتعلق بالحرية التعاقدية لرأسمال الشركة، وفيما يتعلق بالحقوق الإدارية لاسيما الحق في التصويت؛ في الأخير ما تثيره من تداخل بين عمل الشريك الوحيد كمدير في المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة وبين تقديمه للحصة بالعمل.

انطلاقا من هذه الدراسة ومجموع النتائج المتوصل إليها نقدم بعض المقترحات قابلة للنقاش من أجل الإثراء للإمام بكافة جوانب هذا الموضوع الثري:

1- إن قبول المشرع الجزائري للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وتغليب الطابع التعاقدية على كفاءات تقييمها بنص قانوني واحد في ظل رأسمال مرن أثار بعض الإشكالات القانونية التي تستلزم من المشرع الالتفات إليها؛ سواء من ناحية قبولها في المؤسسة ذات الشخص الواحد نظرا للأحكام المشتركة بينها، أما من ناحية إحاطة الحصة بالعمل بضوابط قانونية من شأنها تفعيل دور مقدمها في قرارات الجمعية العامة خاصة حقه في التصويت؛ لذا يترتب عليه تعديل النصوص القانونية 582 و 586 من القانون التجاري لتناسب على النحو الذي يسمح لصاحب الحصة بالعمل ولأغلبية الشركاء الذين يمثلون رأسمال الشركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بحياة الشركة.

2- إضفاء المرونة على الشركة التوصية البسيطة بقبول الحصة بالعمل مع الإبقاء على الدور المنحصر في الأعمال التسيير الداخلية للشريك الموصي، ما يستلزم إعادة النظر في نص المادة 536 مكرر 1 من القانون التجاري؛ بل الأبعد من ذلك مواكبة المواقف التشريعية الحديثة التي تنادي بقبول الحصة بالعمل في شركات الأموال مع دمجها في رأسمال الشركة مع اشتراط تعديل التزامات مقدم الحصة وترتيب جزاءات ردعية عن مخالفتها إضافة على ذلك تنظيم كيفية تقييم الحصة بالعمل بمثل ما تعرفه الحصة العينية من حرص بشأن تحديد قيمتها.

### 3- الفصل في الجدل الثائر بخصوص مشاركة مقدم الحصة بالعمل في خسائر الشركة عن طريق قيامه بنشاط لدعم الخسائر في حدود قيمة نصيبه في الأرباح.

#### قائمة المصادر والمراجع

##### الكتب:

- إلياس ناصيف، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مركزا لدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016.
- جورج روبر وميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وتسليم حداد، المطول في القانون التجاري -الشركات التجاري-، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- فتات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون التجاري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- ليلي بلحاسل منزلة، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة -دراسة مقارنة-، الجزائر، ابن خلدون للنشر والتوزيع، دون سنة طبع.
- محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية، لبنان، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، 2009.
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مصر، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 1997.
- GOZIEN Maurice et VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence (2004), Droit des sociétés, 17ème édition, Paris ,EDITION LITEC.
- LE CANNU Paul et BRUNO Dondero, (2010), Droit des sociétés, Livre 2, 3ème édition, Paris, EDITION MONTCHRESTIEN.
- RIPERT GEORGE et ROBLOT RENE (1989), Traité droit commerciale, 13ème édition, Paris, EDITON L.G.D.J.
- YVES GUYON,(1990), Droit des affaires, Tome1,Paris, édition ECONOMICA
- ANNE CHARVERIAT et ALAIN COURET,(2003), Droit des affaires -sociétés commerciales, Paris, Edition FRANCIS LEFEBVRE

##### الأطروحات:

- زايدي خالد، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.



- محتوي فريد، أحكام الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008.
- لقمش محمد أمين، أحكام التنازل عن الحصص و انتقالها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008.

### المقالات:

- محمد قوجيل ويوسف قريشي، سياسات دعم المقاولاتية في الجزائر، مجلة الأداء للمؤسسات الجزائرية، جامعة مباح قاصدي -ورقلة-، العدد السابع، 2015.

- Fabien Kenderian ,(2002) ,La contribution aux pertes sociales, Revue des sociétés ,DALLOZ .

### مواقع الانترنت:

- Denis Roger SOH FOGNO et Charles TALLA, 2009, L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA - Réflexion sur un vide juridique-, article a été publié aux Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang, p10, vu le 08/12/2018 par lesite:[www.ohada.com](http://www.ohada.com)
- SAMI FRIKHA, publié le 11/09/2011 à 14:50, Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales, vu le 08/03/2018 à 19:30 par le site

[www://samifrikha.blogspot.com](http://www://samifrikha.blogspot.com)

## رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية (دراسة تحليلية مقارنة)

د. ياسر مبارك رابح مصطفى، د. توفيق قريب الله نمر

كلية القانون، جامعة البحر الأحمر - السودان.

### مقدمة

تناولت الدراسة موضوع خصوصية الرهن البحري في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م وهي دراسة تحليلية مقارنة بين قانون النقل البحري السوداني وبين الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالرهن البحرية وبعض التشريعات البحرية لبعض الدول العربية والأجنبية مع بيان أوجه الاختلاف والتطابق، والرهن البحري هو الامتياز الذي يترتب علي السفينة ضماناً للوفاء بدين متفق عليه، والرهن البحري وسيلة ائتمان هامة يلجأ إليها مالك السفينة للحصول علي المال اللازم لزيادة نشاطه البحري، وعقد الرهن البحري ليس من العقود الرضائية وإنما هو عقد شكلي لا يتم إلا بورقة رسمية، هدفت الدراسة إلي معرفة الرهن البحرية والحالات الخاصة للرهن البحري والعناصر المستبعدة منه وآثاره بالنسبة لأطرافه وللغير ووسائل انقضائه، واتبع الباحثان في كتابة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وتوصل الباحثان إلي عدد من النتائج والتوصيات، ومن النتائج أن الرهن البحري عقد يجمع بين الدائن المرتهن وهو مالك السفينة في كثير من الحالات وبين المدين الراهن، ويشترط لانعقاده توافر الأركان الموضوعية العامة للعقد (الرضا، المحل والسبب) كما أوجبت القوانين البحرية أن ينشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة، ومن التوصيات إضافة نص صريح في قانون النقل البحري لسنة 2010م يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعين تجديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخرى مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهن البحرية أو القروض البحرية لا تعقد عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة.

## Abstract

The study deals with the privacy of maritime mortgage in Sudanese Maritime Transport Law for the year 2010. It is a comparative analytical study for the Sudanese Maritime Transport Law and the international conventions related to maritime mortgages and some maritime legislations of Arab and foreign countries, to state the differences and similarities, Maritime mortgages are the privilege of a ship to guarantee the fulfillment of an agreed debt, it is an important means of credit used by the ship-owner to obtain the necessary fund to increase his activity. Maritime mortgaged contract is not a consensual contract, it is a formal contract that is made only by official paper. The study aims at knowing maritime mortgages and the special cases of them and the items that excluded from them and its effects on the parties, others, and on the ways of its expiry. The study follows a descriptive analytical and comparative approach, and come to a result that maritime mortgage is a contract that combines the bonded creditor, who is the owner of the ship with the mortgagee, it needs that the general objective substantive elements of the contract (consent, place and reason). It also required to be established by an official document issued only by the ship's owner. The study recommends that an explicit provision should be added to maritime transport law of 2010, that will include renewal five-year mortgage term,. The renewal is valid for another similar period starting from the date of renewal. The proposed duration justifies that maritime mortgages or loans are not usually held for a long term, because of the rapid decrease in the ship's value.

## مقدمة

زيادة النشاط البحري جعلت تجهز السفينة في حاجة ماسة للائتمان البحري للحصول علي المال اللازم، والسفينة بوصفها مالا منقولاً لم يكن في الإمكان رهنها رهنًا رسمياً، ذلك أن هذا النوع من الرهون لا يمكن وروده إلا علي عقار، كما أن رهنها رهنًا حيازياً يخرجها من حيازة مالکها لم يكن يتفق أصالة مع الهدف الجوهرى الذى يسعى إليه الراهن من الحصول علي المال اللازم لاستغلالها، وترتب علي عدم إمكان رهن السفينة رهنًا رسمياً أن المجهز البحري وثروته الرئيسة تتكون أساساً من السفن، ولم يكن في مقدوره الحصول علي ائتمان بحري؛ فكان عدم إمكان تقرير رهن رسمي علي السفينة مدعاة لوضع المجهز في منزلق

قانوني حرج إذا ما أراد طلب الائتمان، ولا يخفي أثر ذلك من زعزعة الثقة في الائتمان البحري، والإبطاء في تقدم صناعة الملاحة البحرية وأدائها لمهامها علي المستويين الوطني، ومن الأسباب التي كانت تحول دون تقرير الرهن البحري علي السفينة رهناً رسمياً تعطل حق التتبع الذي يخوله الرهن الرسمي للدائن المرتهن في المنقول وذلك تطبيقاً لقاعدة أن الحيازة في المنقول تعتبر سند ملكيته، ويضاف إلي ذلك أن الرهن الرسمي يستلزم شهره كي يكون نافذ المفعول في مواجهة الغير، ولا تخضع المنقولات بصفة عامة للشهر بسبب كثرتها وتمثلها وسرعة انتقالها من مكان إلي آخر، كما نجد أن المنقولات عادةً إلا زهيدة القيمة لا تتناسب وإجراءات الرهن الرسمي المعقدة والنفقات اللازمة لانعقاده، بيد أن هذه الأسباب أصبحت منتفية تماماً حين يتعلق الأمر بالسفينة لانعدام تواجدها، فالسفينة لا يمكن اعتبارها منقولاً من المنقولات العادية نظراً لما تتمتع به من مركز قانوني فريد من نوعه بين سائر المنقولات فالسفينة لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول كسند ملكية السفينة، كما أن القانون يوجب تسجيلها وشهر التصرفات التي ترد عليها فيه لما لها من ذاتية خاصة ويضاف إلي ذلك أن السفينة تمثل قيمة اقتصادية هامة، فليس هنالك عائق قانوني يمنع من إجازة رهن السفينة رهناً رسمياً أسوةً في ذلك بالعقارات. أخذ المشرع السوداني بأحكام معاهدة بروكسل لسنة 1926م والأخرى لسنة 1967م، وكذلك ما جاء باتفاقية جنيف 1993م الخاصة بحقوق الامتياز والرهن البحرية، ونص علي أحكام الرهن البحري في المواد من (35) إلي (43) منه، ونعرض في دراستنا للرهن البحري لإنشاء الرهن وتسجيله وآثاره وانقضائه مستعرضين التشريعات البحرية لبعض الدول.

### أهمية الدراسة

1/ تسليط الضوء علي الرهن البحرية وفقاً لما جاء به قانون النقل البحري السوداني 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات العربية (المصرية والإماراتية والبحرينية) وبيان أوجه الاختلاف والتطابق.

2/ الرهن البحري يمثل وسيلة هامة للائتمان البحري باعتبار أن مجهز السفينة يلجأ إليه لتوفير الأموال اللازمة للاستغلال البحري وأثره الايجابي في القطاع الاقتصادي.

3/ معرفة الحقوق العينية التبعية علي السفينة.

## أهداف الدراسة

بيان الحالات الخاصة للرهن كرهن السفينة المملوكة علي الشيوخ وإجازة رهن السفينة في طور البناء رغم عدم اكتمال بنائها، وكذا توضيح العناصر المستبعدة من الرهن البحري، وتحديد ما هي آثار الرهن البحري بالنسبة لأطرافه وللغير ووسائل انقضائه.

## مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة علي التساؤلات التالية:

ما مدي خصوصية الرهون البحرية؟

وهل هذه الخصوصية من شأنها أن تعزز الائتمان البحري؟

وهل السفينة وحدها تشكل محلاً للرهن البحري؟

وهل الرهون البحرية كفيلة بحماية الدائن المرتهن الذي يضطر إلي انتظار استيفاء أصحاب الامتيازات

من الدرجة الأولى لحقوقهم؟

وهل استطاع المشرع السوداني في قانون النقل البحري 2010م تضمين كل ما يتعلق بالرهون

البحرية؟

## منهج الدراسة

اتبعتنا في كتابة هذه الدراسة المنهج الوصفي والمنهج المقارن

## هيكل الدراسة

يقوم هيكل هذا البحث علي مقدمة ومبحثين، وجاء المبحث الأول بعنوان مفهوم الرهن البحري وانعقاده، والذي اشتمل علي ماهية الرهن البحري وانعقاده وتسجيله، ثم جاء المبحث الثاني بعنوان آثار الرهن البحري، واشتمل علي بيان آثار الرهن البحري بالنسبة للمتعاقدين وللغير وكيفية انقضائه، وأخيراً جاءت الخاتمة متضمنة النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول: مفهوم الرهن البحري وانعقاده

### أولاً: ماهية الرهن البحري

الرهن في اللغة: رهن الشيء يرهنه رهوناً ثبت ودام فهو رهن، ويتعدى بالألف فيقال أراهنته إذا جعلته ثابتاً، وإذا وجدته كذلك أيضاً، ورهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به فهو مرهون، والأصل وجوده بالدين، فكل أمر يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتهنة، كما أن الإنسان رهين عمله، والمرتهن الذي يأخذ الرهن، والجمع رهون ورهان<sup>1</sup>. يعتبر الرهن من جملة التأمينات العينية التي أقرها المشرع وذلك حماية للدائن المرتهن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه، والرهن هو حق عيني يقع علي عقار أو منقول، وجاء تعريف الرهن في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في المادة (727) بأنه ( الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن علي عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم علي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون). فالرهن عقد تابع يستلزم وجوده التزام أصلي يضمنه ويدور معه وجوداً وعدمياً، فالرهن فرع وهو يتبع الأصل ولا يتبعه الأصل فقد ينقضي الرهن أو يبطل دون أن يتأثر الالتزام الأصلي<sup>2</sup>.

الرهن البحري هو الامتياز الذي يترتب علي السفينة ضماناً للوفاء بدين متفق عليه، بمعنى أنه عبء أو حق امتياز لمصلحة الدائن (المرتهن) ينشأ بواسطة شخص ما قد يكون مالك السفينة أو غيره المدين الراهن أو الراهن علي ما في ملكه (السفينة) لضمان مبلغ من المال أو ما يقوم بمال، والغاية الأساسية للرهن حماية الدائن وضمان الدين وفقاً للشروط والطرق القانونية التي حددها القانون<sup>3</sup>، وقد عرّف القانون الانجليزي نظام الرهن البحري منذ زمن غير قصير بمقتضاه يتقرر للدائن حق رهن علي السفينة دون انتقال حيازتها إليه، غير أن هذه الحيازة تنتقل إلي الدائن المرتهن حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالدين عند حلول الأجل، ولكي يترتب الرهن هذا الأثر كان يجب تقييده في سجل السفن<sup>4</sup>، وجدت ثلاث اتفاقيات دولية

1. المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي، المطبعة الأميرية بالقاهرة، 1921، ص 242

2. محمد كامل أمين، شرح القانون البحري، ج2، مطبعة مصطفى الحلبي 1945م، ص 687

3. إسماعيل عثمان ابو شو، النظام القانوني للسفينة وما يرد عليها في القانون البحري السوداني، الخرطوم 2013م، ص 169

4. HILL (CHRISTOPHER) at Maritime Law, London, Pitman, 1981, P.554

تتعلق بالرهون والامتيازات البحرية أولها أبرمت ببروكسل بتاريخ الحادي عشر من أبريل للعام 1926م تتضمن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالرهون والامتيازات البحرية، والهدف من هذه الاتفاقية تقليص قائمة الديون الممتازة التي كانت طويلة ورد الاعتبار إلى الرهن البحري وقامت بتقسيم الامتيازات إلى فئتين، الأولى وتسمى امتيازات الدرجة الأولى أو الامتيازات الدولية وهي تتقدم علي الرهون البحرية وهي محددة علي سبيل الحصر في خمس امتيازات، والاتفاقية الثانية تسمى بامتيازات الدرجة الثانية أو الامتيازات الداخلية ويتولي تحديدها المشرع الوطني، بشرط أن تأتي في المرتبة بعد الرهن البحري، ورغم التقدم الذي أحرزته هذه المعاهدة إلا أنها كانت محل الكثير من الانتقادات الشيء الذي أدى إلى إبرام اتفاقية ثانية أبرمت كذلك في بروكسل بتاريخ السابع والعشرون من مايو للعام 1967م والتي اهتمت بتقليل عدد الديون الممتازة إلا أنها لم تحض إلا بتصديق عدد قليل من الدول الأمر الذي جعلها لم تدخل حيز التنفيذ، وأمام عدد الإقبال الكافي علي الاتفاقيتين السابقتين تقرر في المنظمة البحرية الدولية ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية؛ تم إبرام معاهدة جديدة في جنيف بتاريخ السابع من مايو للعام 1993م تتعلق بالامتيازات والرهون البحرية<sup>1</sup>.

تناول قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م الرهن البحري بصورة جيدة في الفصل الثامن منه المواد (35 – 43)، وأخذت كذلك العديد من الدول بنظام الرهن البحري في تشريعاتها مثال ذلك قانون الشحن البحري التجاري الانجليزي لسنة 1894م والذي عدل بقانون عام 1988م<sup>2</sup>، والقانون الفرنسي لسنة 1874م المعدل بقانون سنة 1885م، قانون التجارة البحرية الجديد المصري لسنة 1990م والقانون البحري الإماراتي 1981م وقانون التجارة البحري الأردني 1972م والقانون البحري الكويتي 1980م. والقانون البحري البحريني لسنة 1982م.

### ثانياً: انعقاد الرهن البحري

ينشأ الرهن البحري بموجب عقد رسمي بين طرفيه وهما الدائن المرتهن، وهو الشخص أو الجهة التي تلتزم بتوفير المال المراد اقتراضه بضمان شيء هو (السفينة) والراهن وهو الشخص المالك أو الأشخاص

1. عبدالقادر حسين العطير الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولى 2009م . ص 116

2. James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law –V2 BY David Joseph ,Oxford , London UK, 2016,P152

المالكون للشيء محل الضمان (السفينة) أو جزء منها أو عدة سفن مملوكة له بشرط تعيينها بذاتها، فقد نصت المادة (1/35) من قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م بأن عقد الرهن البحري (يجب أن يكون الرهن البحري بعقد مكتوب، ويقع على السفينة أو جزء منها أو عدة سفن معينة بذاتها، بضمن مبلغ معين.)، ولهذا يجب أن يصدر الرهن من مالك السفينة<sup>1</sup>، وتجدد الإشارة هنا أنه ليس بالضرورة أن يكون الراهن مديناً بالدين المضمون بالرهن، ولهذا يجب التفريق بين المدين الراهن والراهن فقط<sup>2</sup>. وعلي أي حال فالرهن البحري لا يعدو كونه ائتمانياً اتفاقياً، وفي هذا يختلف عن الامتياز البحري الذي يفرضه القانون علي المدين البحري فرضاً، بينما يستطيع الدائن المرتهن للسفينة اكتساب هذه الصفة لأي سبب من أسباب المديونية، فالرهن البحري لا يترتب علي السفينة (وملحقاتها) إلا بموجب عقد بين الراهن من ناحية والدائن المرتهن من ناحية أخرى<sup>3</sup>، ويشترط لانعقاد هذا العقد توافر أركاناً موضوعية تطلبها المشرع لتمام انعقاد هذا العقد انعقاداً صحيحاً، وشروطاً أخرى شكلية استلزمت نصوص القانون وجوب استكمالها في هذا الشأن، وتتشابه أركان الرهن البحري علي السفينة إلي حد كبير مع أركان الرهن التأميني (الرسمي) في القانون المدني، فإن أي حكم لم يرد بشأنه نص في القانون البحري يرجع فيه الي القواعد العامة التي تحكمه في القانون المدني وذلك وفقاً للمادة (738) من قانون المعاملات المدنية 1984م.

1/الشروط الشكلية لانعقاد الرهن البحري هي الكتابة، فالكتابة هي ركن يجب توافره في جميع الحقوق العينية المترتبة علي السفينة، فيجب أن يكون الرهن البحري بعقد رسمي مكتوب، وهذا ما نصت عليه المادة (1/35) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (يجب أن يكون الرهن البحري بعقد مكتوب، ويقع علي السفينة أو جزء منها أو عدة سفن معينة بذاتها، بضمن مبلغ معين.)، وعقد الرهن البحري يجب أن يكون بالكتابة وهي ليست شرط للإثبات بل شرط لانعقاد إذ يترتب علي مخالفتها بطلان العقد

1. توجب المادة (1/729) من قانون المعاملات المدنية 1984م ان يكون الراهن مالكا للعقار، واذا كان الراهن غير مالك للسفينة المرهونة فان عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بسند موثق (المادة 730) من نفس القانون.  
2. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . دار الجامعة الجديد للنشر . الإسكندرية 2001م . ص 163  
3. علي جمال الدين . القانون البحري . مشارطات السفن . طبعة 1986م . القاهرة . ص 128



وسواء كانت الكتابة بورقة رسمية أم بورقة عرفية، وتحتم رسمية<sup>1</sup> عقد الرهن ضرورة وجوب تخصص السفينة المرهونة والدين المرهون، ويتبلور تخصيص السفينة بتعيين عناصرها الذاتية (كالاسم والموطن والحمولة وميناء التسجيل والجنسية.. الخ)، وضرورة هذا التعيين تبرز من أهمية قيدها للاحتجاج بها علي الغير<sup>2</sup>. يتبع القانون الانجليزي نموذجاً في الرهن البحري يعرف بسند الرهن (mortgage deed) يحتوي علي تفاصيل معينة، فإذا ما أراد أطراف العقد إضافة تفاصيل أخرى فإنه يمكنهم ذلك بكتابتها في سند فرعي (collateral deed) علي أن يشار في السند الرئيسي إلي هذا السند الفرعي<sup>3</sup>.

2/ الشروط الموضوعية لانعقاد الرهن البحري، من البديهي ضرورة أن تتوافر في عقد الرهن البحري الأركان الموضوعية العامة كالرضا والمحل والسبب، وكذا ملكية المدين الراهن للسفينة وأهليته القانونية للتصرف فيها. والقواعد القانونية واجبة التطبيق في هذا الشأن هي ذات القواعد القانونية العامة المقررة في قانون المعاملات المدنية 1984م، غير أن الطبيعة الخاصة لعقد الرهن البحري تتطلب هنا دراسة الأركان الموضوعية الخاصة بالرهن البحري وهي محل الرهن البحري (السفينة) والعناصر المستبعدة من الرهن البحري وهي أجرة النقل وتعويض الأضرار وكذلك مبالغ التأمين.

أ/ السفينة محل الرهن: تعتبر السفينة الأداة الرئيسة التي تتم بواسطتها الملاحة البحرية، وهي تخضع في تنظيمها القانوني إلي القانون الدولي للبحار والقانون البحري في الوقت نفسه<sup>4</sup>، وقد تناولت المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية تحديد مفهومها، فعرفتتها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لسنة 2008م في المادة الأولى، الفقرة (25) التي خصصت للتعريف ومؤداها أن (السفينة تعني أي مركب يستعمل في نقل البضائع بحراً)

1. انظر سابقة بنك الاعتماد والتجارة /ضد/ الباخرة ميرامار وملاكها شركة بيروتي للنقل البحري. م/أ/س م/1993/79م. غير منشورة.

انظر محمد علي خليفة. أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية. المكتب العربي. الإسكندرية 2003م. ص 637

2. أميرة صدقي. الموجز في القانون البحري. دار النهضة العربية. القاهرة. 1999م. ص 183

3. James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law ,opcit,P161

4. محمد الحاج حمود. القانون الدولي للبحار. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. الإصدار الأولي 2008م. ص 64

**1/ مفهوم السفينة:** تعريف السفينة لغةً فقد جاء لفظ السفينة صراحةً في قوله تعالى (أَمَّا السَّفِينَةُ

فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا)<sup>1</sup>.

وجاء تعريف السفينة في قانون النقل البحري لسنة 2010م في المادة الخامسة بأنها (يقصد بها كل منشأة ذاتية الدفع صالحة للملاحة تعمل أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية سواء استخدمت لأغراض تجارية أو غير تجارية أو في نقل الركاب وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها، جزءاً منها وتأخذ حكمها)، القانون البحري المصري لسنة 1990م فقد نص في المادة الثالثة منه بان (السفينة هي كل منشأة تعمل عادةً أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلي الريح)<sup>2</sup>، ونصت المادة الثالثة من قانون التجارة البحري الأردني لسنة 1972م بان (كل مركب صالح للملاحة أياً كان محمولة وتسميته سواءً كانت هذه الملاحة تستهدف الريح أم لم تكن تعتبر جزءاً من السفينة جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها وتعتبر السفن أموالاً منقولة تخضع للقواعد الحقوقية العامة مع الاحتفاظ بالقواعد المنصوص عليها في هذا القانون) وأيضا السفينة يمكن القول بأنها كل منشأة تقوم أو تخصص للقيام بالملاحة البحرية علي وجه الاعتياد<sup>3</sup>، يلاحظ أن التشريع السوداني والمصري والإماراتي اتفقوا في تعريفهم للسفينة في كونها منشأة تعمل عادةً أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية بغض النظر عن تجاريتها، بينما وصفها المشرع الأردني بأنها مركب، وبالرغم من الفرق الواضح بين مدلول كلمة سفينة ومركب يمكننا القول أنه ليس هنالك فرق حقيقي بين جميع هذه المواد إذ تستخدم كل هذه التعبيرات في مناسبات مختلفة ويراد بها في كل تلك المناسبات تعريف السفينة.

التشريعات الدولية والوطنية بيّنت أن السفينة وحدها محل للرهن البحري ويتجلى ذلك من خلال نصوص مواد الاتفاقيات الدولية الثلاث المتعلقة بالرهن البحري والقوانين البحرية الوطنية، فعلي الصعيد

1. سورة الكهف . الآية 79

2. جاءت المادة (1/11) من القانون التجاري البحري الإماراتي لسنة 1981م بنفس المعنى، وكذلك المادة الاولي من القانون البحري البحريني لسنة 1982م

3. سميحة القليوبي . القانون البحري . القاهرة 1982م . ص 19

الدولي فقد قضت اتفاقية بروكسل لسنة 1926م بأن الرهون البحرية التي تنشأ أو تشهر وفقاً لقانون الدولة المتعاقدة التابعة لها السفينة تعتبر صحيحة ويجب احترامها في الدول المتعاقدة الأخرى مما يبيّن بأن محل الرهن البحري يمثل السفينة، ونصت اتفاقية بروكسل لسنة 1967م في المادة (1/10) بأنه (تكون لعقود الرهن والامتياز علي السفن البحرية حجية في الدول المتعاقدة بشرط أن تكون هذه الرهون والامتيازات قد انعقدت وسجلت طبقاً لقانون الدولة التي سجلت فيها السفينة) إن ذكر عبارة "الرهن علي السفن" يوحي بأن السفينة هي محل الرهن البحري<sup>1</sup>. أما بالنسبة لاتفاقية جنيف لسنة 1993م نصت في مادتها (1/10) "الرهن والحقوق العينية المنشئة علي سفن البحر هي معترف بها وتنفذ في الدول الأطراف"، والملاحظ على هذه الاتفاقيات الثلاث والمتعلقة بالرهن البحري ذكرت صراحةً مصطلح "السفينة" في معناها الظاهر مما يدل على أنها لوحدها محل الرهن البحري، وعليه فيما يعتبر سفينة في القانون البحري يشمل الرهن البحري.

وعلي الصعيد الوطني ومن خلال استقراء نصوص القانون البحري السوداني لسنة 2010م نلاحظ أن موضوع الرهن البحري أدرجه المشرع ضمن الفصل الثامن لبيّن أن الرهن البحري يقع علي السفينة، وهو الموقف الذي تبنته بعض التشريعات العربية فعلي سبيل المثال المشرع المصري عالج موضوع الرهن البحري في قانون 1990م المتعلق بقانون التجارة البحرية الجديد في المواد (41-58) ضمن الفصل الثاني المعنون بالحقوق العينية علي السفينة وهي إشارة صريحة من المشرع المصري يجعل الرهن البحري يرد علي السفينة، وفي هذا السياق نصت المادة (41) من هذا القانون "لا ينعقد رهن السفينة إلا بعقد رسمي"، أما في الكويت فإن قانونه البحري 1980م كان صريحاً في مادته (58) حيث نصت بأنه (يرد الرهن البحري علي السفينة وملحقاتها اللازمة لاستغلالها)<sup>2</sup>. أما بالنسبة لقانون التجارة البحرية الأردني فإن محل الرهن يرد علي السفينة وملحقاتها اللازمة لاستغلالها وهذا بصريح نص المادة (63) من القانون<sup>3</sup>.

1. مصطفى كمال طه. التوحيد الدولي للقانون البحري. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى 2007م. ص 268

2. يعقوب يوسف سرخوه. الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي. دراسة مقارنة. دار الكتب. ج1 ط2. 1988م. ص 160

3. عادل علي المقدادي. القانون البحري. دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009م. ص 56

باستقراء كل هذه المواد سواء التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهن البحرية أو القوانين البحرية العربية ومنها قانون النقل البحري السوداني أبرزت بأن محل الرهن البحري هو السفينة. ونجد أن موقف فقهاء القانون يرون أن الرهن البحري يرد علي السفينة فقط دون أن يشمل العمارات البحرية الأخرى<sup>1</sup>، فالرهن البحري يشمل السفينة حسب المعنى المحدد لها في نص المادة (5) من قانون النقل البحري السوداني 2010م بما في ذلك هيكلها وتوابعها، فلا يعد رهن بحري ذلك الرهن الذي يترتب علي المنشآت التي لم تكتمل وصف السفينة، وإذا كان الأمر كذلك فإن المنشآت البحرية حتى تكتسب وصف السفينة<sup>2</sup> وبالتالي تكون محلاً للرهن البحري يجب أن تستوفي الشرطين المذكورين في نص المادة (5) من قانون النقل البحري السوداني وهما القيام بالملاحة البحرية والتخصيص للقيام بالملاحة البحرية. فبالنسبة لشرط القيام بالملاحة البحرية إذ لا بد لإضفاء وصف السفينة علي المنشأة البحرية ان تقوم بالملاحة البحرية فهو شرط ضروري لذلك، فبذلك يفترض بدهاءً صلاحية السفينة للقيام بهذه الملاحة، أي أن تكون قادرة علي مواجهة أخطار البحر، وأن تتمتع بنوع من الاستقلالية لها وبجارتها وتجهيزاتها الخاصة<sup>3</sup>. وعلي النقيض من ذلك فقد اتجه الفقه الراجح في فرنسا ومصر والسودان إلي أن مفهوم السفينة يستلزم توافر حد أدني من الاستقلالية للسير في البحر ومواجهة أخطاره، ونتيجة لذلك يخرج عن مفهوم السفينة الجسور العائمة والأحواض، كما لا ينطبق وصف السفينة علي المنشأة التي تعمل داخل الميناء مثل الأرصفة المتحركة والمراكب المعدة لنقل البضائع من السفن إلي الأرض أو العكس<sup>4</sup>. وما دام أن السفينة هي التي يرد عليها الرهن البحري فإنه يجب استبعاد أيضاً باقي المنشأة العائمة الأخرى كمراكب الملاحة النهرية ولباقي المنشأة التي لا تخصص للملاحة البحرية علي وجه الاعتياد<sup>5</sup>.

1. عبدالحמיד الشواربي. قانون التجارة البحرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1995م. ص 46
2. بعض التشريعات الأجنبية قد أجازت رهن المراكب الداخلية رهناً تأمينياً أسوة في ذلك برهن السفن البحرية ومن أمثلة ذلك القانون الفرنسي لسنة 1917م. مصطفى كمال طه. أصول القانون البحري. الإسكندرية 2000م. دار المطبوعات الجامعية. ص 738
3. علي جمال الدين. القانون البحري. مرجع سابق. ص 231
4. عاطف محمد الفقي. قانون التجارة البحرية. دار النهضة العربية. 1998م. ص 40
5. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي. القانون البحري والجوي. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى 2005م. ص 44،45

والشرط الثاني التخصيص للقيام بالملاحة البحرية، وموجب هذا الشرط تكتسب المنشأة البحرية وصف السفينة إذا كلن تخصيصها أثناء بنائها للملاحة البحرية إذ ليس من الضروري أن تقوم المنشأة بالملاحة فعلاً؛ بل يكفي أن تكون مخصصة لمثل هذه الملاحة، وعلي هذا الأساس يمكن إسباغ وصف السفينة علي المنشأة البحرية وهي في المصنع من لحظة إتمام البناء بشرط ان تكون مخصصة للقيام بالملاحة البحرية<sup>1</sup>.

## 2/ رهن السفينة وهي في طور البناء: السفينة وهي في طور البناء وإن لا يصدق عليها تعريف

السفينة حسب المادة الخامسة من قانون النقل البحري 2010م السوداني؛ إلا أن المشرع أجاز رهنها وهو استثناء الغرض منه تيسير الائتمان البحري اللازم لإتمام عملية البناء، ولكن بشرط وحيد هو أن يسبق الرهن إقرار من مكتب التسجيل الذي يقع ضمن اختصاصه مكان بناء السفينة علي أن يتضمن هذا الإقرار عنوان هذا المحل وطول السفينة وأبعادها الأخرى وحمولتها بالتقريب<sup>2</sup>. والمشرع المصري في القانون البحري تقضي المادة (1/15) بجواز رهن السفينة وهي في دور الإنشاء، غير أنه لكي يكون الرهن صحيحاً في هذه الحالة يجب أن يكون صادراً من المالك، ويستوي في ذلك أكان مالكةا هو طالب البناء أو الباني، ولما كان غير الإمكان تسجيل السفينة في سجل السفن قبل تمام بنائها؛ فقد أوجب القانون أن يسبق الرهن إقراراً من المدين المرتهن يقدم إلي إدارة التفتيش البحري للميناء الواقع بدائرة محل إنشاء السفينة يبين فيه طول السفينة وأبعادها الأخرى علي وجه التقريب وكذلك حمولتها المحتملة ومكان الترسانة التي تني فيها<sup>3</sup>. وقد نصت اتفاقية بروكسل 1967م<sup>4</sup> في مادتها الأولى علي جواز رهن السفينة وهي في طور البناء، وكذلك معظم التشريعات البحرية منها علي سبيل المثال القانون البحري الفرنسي لسنة 1967 في مادته (45)، إلا أن القانون الإنجليزي لا يجيز رهن السفينة وهي في طور البناء رهنأ قانونياً وسبب ذلك أنها لا تكون خاضعة

1. مصطفى كمال طه . مبادئ القانون البحري . الطبعة الثالثة 1989م . ص 32

2. تقابل المواد (31/30) من القانون البحري البحريني لسنة 1982م

3. علي البارودي . حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . مقال منشور بمجلة الحقوق بجامعة الإسكندرية 1961م . العدد الثالث . ص

31

4. اتفاقية بروكسل لسنة 1967 الخاصة بشأن تسجيل الحقوق المتعلقة بالسفن تحت الإنشاء

للتسجيل، غير أنه يجوز رهنها رهنًا عادلاً وهو الرهن الذي لا يتم في الشكل الرسمي، وإنما بمقتضى اتفاق عربي ويكون تالياً في المرتبة ببعده الرهن القانوني<sup>1</sup>.

**3/ رهن جزء من السفينة:** فإذا ما تحطمت السفينة وأصبحت حطاماً فإنها تكون قد فقدت صفتها كسفينة وذلك لزوال صلاحيتها للملاحة، فإن الرهن الذي كان مقرراً عليها ينتقل إلى الحطام، وهذا ما أشارت إليه المادة (35)<sup>2</sup> من قانون النقل البحري السوداني 2010م، ويرى جانب من الفقه المصري أن هذا الحكم يقوم على أن الحطام قد حل بنص القانون حلاً عينياً محل السفينة وأن الحطام لم يعد سفينة بالمعنى القانوني للاصطلاح<sup>3</sup> إلا أنه وللحطام قيمة مالية كبيرة فإنه يبقى حق الدائن المرتهن على ثمن الحطام كنوع من الحلول العيني، بينما يرى جانب آخر<sup>4</sup> أن بقاء الرهن على السفينة إذا صارت حطاماً ما هو إلا تطبيق لمبدأ عدم تجزئة الرهن الذي مؤداه أن كل جزء من السفينة المرهونة ضامن لكل الدين، كما أن كل جزء من الدين مضمون بالسفينة كلها، ويرى الباحث عدم التسليم بهذا القول وذلك أن مبدأ عدم تجزئة الرهن يفترض بدهاء وقوع الرهن على كل أجزاء السفينة ولا يعتبر الحطام من أجزاء السفينة لأنها تفقد هذا الوصف متى صارت كذلك، ويسرى الرهن على التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار المادية التي لحقت بالسفينة والتي لم يتم إصلاحها وذلك وفق الجزء الأخير من المادة (2/35) بقولها (يسرى الرهن البحري المنصوص عليه في البند (1) على التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار المادية التي لحقت بالسفينة ولم يتم إصلاحها) وبالرغم من أن هذه المادة تقابل نص المادة (2/11) بحري إماراتي معناً ونصاً؛ إلا أن القانون المصري يري بحق خلاف ذلك، حيث يعتبر هذه التعويضات المستحقة عن الأضرار التي تلحق بالسفينة خارجة عن نطاق سريان الرهن البحري<sup>5</sup>، وقد فسّر الفقه المصري باعث المشرّع في ذلك هو أن مالك السفينة يستعين بهذه التعويضات لجبر الأضرار التي تلحق به ومن ثم يستطيع الوقوف مرة

1. أميرة صديقي. الموجز في القانون البحري. دار النهضة العربية بالقاهرة. 1999م. ص 54

2. تقابل المادة (1/43) بحري مصري، (1/100) بحري إماراتي

3. كمال حمدي. القانون البحري. مرجع سابق. ص 139

4. مصطفى كمال. القانون البحري. مرجع سابق. ص 107

5. انظر المادة (2/43) بحري مصري

أخري لمواصلة نشاطه البحري<sup>1</sup>. ويرى الباحث إضافة علي ما ذكر في نص هذه المادة انه في حالة حطام السفينة يمكن نقل الرهن أو إقامة الرهن علي أموال المدين الأخرى، كما يحق للدائن ان يطالب بحقوقه ومديونيته أمام شركات التأمين المؤمن لديها من قبل المدين. ويعود ذلك لزيادة ضمانات الدائن في حصوله علي حقوقه وأمواله المرتهنة، وربما لا يكفي حطام السفينة لسداد المديونية لذا ضرورة إلزام شركات التأمين بتغطيتها.

#### 4/ رهن السفينة المملوكة علي الشيوخ: تجدر الإشارة إلي أن المشرع السوداني في المادة (4/35)

من قانون النقل البحري 2010م نص علي رهن السفينة المملوكة علي الشيوخ ولكن بشرط فذكر أنه (لا يجوز رهن السفينة إلا بموافقة أغلبية الشركاء الذين يملكون وقت الرهن أكثر من نصف حقوق الملكية المشتركة للسفينة)، وحسناً فعل المشرع وتطرق إلي الشروط الواجب توافرها لرهن الحصة الشائعة فيما يخص الأغلبية مثل ما ذهبت إليه بعض التشريعات<sup>2</sup>، فإذا كانت السفينة مملوكة لعدة أشخاص علي الشيوخ فيكون رهنها من حق أغلبية الشركاء الذين يملكون أكثر من نصف قيمتها. ويمكن تعريف الشيوخ البحري بأنه (حالة قانونية يتملك فيها أكثر من شخص واحد سفينة واحدة دون أن يكون لأي منهم حصة مفرزة فيها أو ملكية مشتركة شائعة في عدة سفن)<sup>3</sup>، إذن فالسفينة لم تعد تابعة لشخص واحد وإنما أصبحت شائعة مملوكة لعدة أشخاص لأسباب قد تكون اختيارية حيث يكون سبب ملكية المشتاعين للسفينة هو الشراء، وقد تكون إجبارية إذا كانت ملكية السفينة قد آلت إليهم بطريق الهبة، الإرث أو الوصية. والجدير بالذكر أن الفقه قد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للشيوخ البحري، فجاناب يميل إلي اعتبار الشيوخ البحري شركة تجارية بحسبان أن الأمر يتعلق باستغلال تجاري وبأنه شركة من نوع خاص، والجانب الآخر يعتبره شيوخاً عادياً مثل ما هو عليه الأمر في القانون المدني<sup>4</sup>. ويرى الباحث أن الشيوخ البحري في نظر

1. محمود سمير الشراوي. القانون البحري. الطبعة الثانية 1967م. القاهرة. ص 132

2. المادة (98) بحري إماراتي. والمادة (42) بحري مصري. والمادة (28) من القانون البحري البحريني

3. مصطفى كمال طه. القانون البحري. مرجع سابق. ص 44

4. احمد عبدالمهادي. القانون البحري. الجزء الأول. القاهرة 1946م. ص 165

التشريع البحري السوداني ما هو إلا شيوخ عادي نظمه قانون النقل البحري لسنة 2010م بأحكام خاصة، ومن قم يتعين الرجوع إلي الأحكام العامة في قانون المعاملات المدنية 1984م بشأن الملكية الشائعة<sup>1</sup> في المواضع التي لم يرد بشأنها نص خاص في قانون النقل البحري.

ب/ العناصر المستبعدة من الرهن البحري: هذا وقد استبعد المشرع بعض العناصر من سريان الرهن البحري عليها وهي أجرة النقل والمكافآت والإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة وتعويضات التامين<sup>2</sup>.

1/ أجرة النقل: يقصد بأجرة النقل الإجمالية وهي المبلغ المستحق للمجهز دون خصم مصروفات الملاحه، وهي تشمل النولون الشحن وأجرة سفر الركاب كما أشارت لذلك المادة (28) من قانون النقل البحري 2010م<sup>3</sup> تعتبر الأجرة من الالتزامات الرئيسة الملقاة علي عاتق الشاحن في عقد النقل البحري إذ تنص المادة (1/106) من في قانون النقل البحري لسنة 2010م بأنه (يجب على الناقل أو من ينوب عنه إصدار سند الشحن بالبضائع التي تم شحنها في السفينة وتسليمه للشاحن أو لأي شخص يحدده ولا يمتنع عن ذلك إلا بسبب امتياز الأجرة أو ملحقاتها المقررة في هذا القانون)، وذلك باعتبار أن الأجرة من الثمار التي يكون للمدين الرهن أو الرهن حرية التصرف فيها، وقد حرص المشرع علي ذكرها هنا لأنها تختلف عما يجري بشأنها في الامتيازات البحرية، وهو أيضاً يتعارض ومنطق حيازة المالك للسفينة بعد رهنها وفقدان ربحها وناتج استغلالها، وكذلك يمكن الاشتراط صراحةً في سند الشحن وفاء المرسل إليه بالأجرة في ميناء الوصول وذلك متى تم الاتفاق علي ذلك. وأن علة استبعاد أجرة النقل من نطاق الرهن تتمثل في كون الرهن الذي يقع علي السفينة يبقي حيازتها في يد المدين الرهن رغم أنها منقول، وطالما الأمر كذلك فإنه من حق المدين الرهن الاستمرار في استغلال السفينة، وما دام أن الأجرة هي نتاج ذلك

1. انظر قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م المواد (532 – 537)

2. انظر نص المادة (29) من قانون النقل البحري 2010م السوداني

3. تقابلها المادة (2/32) بحري مصري، والمادة (1/7) بحري إماراتي



الاستغلال فمن غير المنطقي رهن أجرة النقل، إذ ليس من فائدة لحيازة المدين الراهن للسفينة إذا كان الرهن يشمل أجرة النقل<sup>1</sup>.

وعلي خلاف الرهن البحري والذي يعتبر الأجرة مستبعدة من نطاقه؛ فإن الامتياز البحري يترتب علي أجرة النقل الخاصة بالرحلة التي نشأ خلالها الدين وهو من نصت عليه صراحةً المادة الثانية الفقرة الأولى من اتفاقية بروكسل لسنة 1926م (تعتبر ممتازة علي السفينة وعلي أجرة الرحلة التي نشأ خلالها الحق الممتاز وعلي ملحقات الرحلة كل من... ) وعملاً بحكم المادة (30)<sup>2</sup> من قانون النقل البحري فإن حق الامتياز علي أجرة النقل يبقى قائماً ما دامت الأجرة مستحقة الدفع أو كانت تحت يد الريان أو مثله، ويعني ذلك أن الامتياز إنما يرد علي الحق في الأجرة لا علي مبلغ الأجرة، ذلك أن ممارسة حق الامتياز علي أجرة النقل غير ممكن عملاً إلا إذا كانت لا زالت مستحقة في ذمة الشاحن أو كانت تحت يد الريان أو وكيل المحجز (وكيل السفينة) لم يقبضها المحجز بعد، إذ يستطيع صاحب الحق الممتاز في هذه الأحوال ان يوقع الحجز علي الأجرة تحت يد حائزها (حجز ما للمدين لدي الغير ) أما إذا قبضها المحجز فإنها تفقد ذاتيتها بدخولها في ذمته وينقضي حق الامتياز عليها<sup>3</sup>. هذا وقد عدّدت المادة (28)<sup>4</sup> من قانون النقل البحري 2010م ما يعتبر من ملحقات السفينة والأجرة، وتعداد ملحقات السفينة وأجرة النقل وارد بالنص علي سبيل الحصر، فلا يجوز إضافة عنصر آخر إلي ذلك التعداد.

## 2/ المكافآت والإعانات والمساعدات هي التي تمنحها الدولة فذلك حرصاً من المشرع علي

ضمان استمرار المالك في نشاطه البحري وتمكينه من القدرة علي التنافس مع السفن والأساطيل التجارية الأجنبية، وذلك بتغليب المصلحة العامة المترتبة بهذا النص علي المصلحة الخاصة علي حقوق الدائنين المرتهنين، وقد استثنت هذه الإعانات والمساعدات من نطاق الرهن حتى يتحقق الغرض الذي تهدف إليه

1. إبراهيم مدحت حافظ . الحقوق العينية التبعية والحجز علي السفن طبقاً لقانون التجارة البحرية والمعاهدات النافذة في مصر . مجلة هيئة قضايا الدولة . العدد الثالث 1995م .. ص 166

2. تقابلها المادة (33) بحري مصري، والمادة (88) بحري إماراتي

3. عاطف محمد الفقي . قانون التجارة البحرية . دار الفكر الجامعي 2008م . ص 138

4. تقابل المادة (32) بحري مصري

الدولة من خلال هذه المعونات، وتتحد علة استبعاد هذه الإعانات مع ما قيل بشأن الأجرة إذ أن المالك حينما يرهن سفينته فإن هذا الرهن يبقي حيازتها لديه، وهذه الإعانات يستفيد منها المالك أثناء الاستغلال، وعلي ما يبدو أن هذا الحكم فيه تحقيق للمصلحة العامة وتفضيلها علي حقوق الدائنين المرتهنين التي هي مصلحة خاصة، وما ينبغي الإشارة إليه أن هذه الإعانات والمساعدات استثنيتا اتفاقية بروكسل لسنة 1926م في المادة (4) الفقرة السادسة والتي تقرأ (لا تعد من ملحقات السفينة والأجرة التعويضات المستحقة للمالك بمقتضى عقد التأمين أو المنح والمساعدات أو غيرها من الإعانات التي تمنحها الدولة) ، إذن فهذه المبالغ المتمثلة في المنح والإعانات لا يستفيد منها أي دائن مهما كان سند أفضليته لأنها ممنوحة لاعتبارات بعيدة عن الائتمان البحري لا يمتد إليها الضمان<sup>1</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة (29) من قانون النقل البحري بقولها (لا تعد من ملحقات ديون السفينة وأجرة النقل التعويضات المستحقة للمالك نظير عقود التأمين أو المساعدة التي تمنحها الدولة) ونري أن المشرّع أصاب في استبعاد هذه الإعانات أو المساعدات التي تمنحها الدولة لأن الهدف منها بعيد عن فكرة الائتمان البحري وأن الغاية تدعيم مالك السفينة وهو ما لا يتأتى إذا تسنى للدائنين اقتضاء حقوقهم الممتازة منها.

### 3/ تعويضات مبالغ التأمين نصت المادة (29) من قانون النقل البحري 2010م علي استبعاد

تعويض التأمين من محل الامتياز مبناه أنه ليس من عناصر الذمة أو الثروة البحرية وإنما هو مقابل أقساط التأمين التي يدفعها المالك، وبالرغم من أن عدم سريان الرهن البحري علي مبالغ التأمين يخالف الأصل المقرر في المادة (1/742) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1984م والمتعلق بانتقال الرهن، فإن خروج مبالغ التأمين من الرهن البحري يقصد منه إتاحة الفرص لمالك السفينة للاستعانة بها لجبر الأضرار التي لحقت به ومن ثم يتسنى له مواصلة الاستغلال البحري<sup>2</sup>، وبذلك يكون الدائن المرتهن مطمئناً علي استيفاء

1. هاني دويدار. الوجيز في القانون البحري. مرجع سابق. ص 179

2. حسين عبداللطيف حمدان. التأمينات العينية. دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن التأمين والامتياز. منشورات الحلبي الحقوقية 2007م. ص 102

ما يستحقه في حالة هلاك السفينة وتلفها دون مزاحمة الدائنين الممتازين له<sup>1</sup>، ويرى الباحث تضمين نص صريح في القانون علي استيفاء الدائن المرتهن علي السفينة حقه من مبلغ التأمين بشرط وجود اتفاق صريح بينهما وقبول شركات التأمين ذلك كتابةً، وذلك لأهمية مبلغ التأمين بالنسبة للدائن المرتهن في أن مبلغ التأمين يخرج من نطاق الامتيازات البحرية المادة(29) من القانون، وأن هذه الامتيازات البحرية تسبق قانوناً جميع أنواع الرهون البحرية، ولذلك أن الأولي هي من قبيل الضمانات القانونية أما الثانية فلا تتعدي كونها ضمانات اتفاقية.

**ثالثاً: تسجيل الرهن البحري:** من المبادئ المستقر عليها في القانون المدني أنه بمجرد أن ينشأ الرهن البحري مستوفياً لشروطه الموضوعية والشكلية يترتب آثاره فيما بين المتعاقدين، لكن لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بقيده. وإذا كانت السفينة تعد مالاً منقولاً إلا أن المشرع أخضعها لبعض الإجراءات التي تطبق علي العقار إذ أوجب تسجيل كل السفن السودانية لدي مسجل تسجيل السفن وألزم قيد كل الحقوق التي يمكن أن ترد علي السفينة بعد تسجيلها<sup>2</sup>. فتسجيل السفينة هو إجراء قانوني يلتزم بمقتضاه مالك السفينة بوضع السفينة تحت الإشراف الإداري لدولة معينة وتكون السفينة خاضعة للقوانين الصادرة من تلك الدولة، وفي المقابل تلتزم الدولة بالسماح لتلك السفينة برفع عالم الدولة وتمنحها بعض الامتيازات الأخرى التي لا تتاح للسفن الأخرى غير المسجلة في الدولة<sup>3</sup>.

**1/أهمية تسجيل الرهن البحري:** محل التسجيل في القانون البحري هو السفينة بوصفها الأداة الرئيسة للملاحة البحرية وأهم عناصر الثروة البحرية والتي يستخدمها المجهز للحصول علي الائتمان، فتسجيل السفينة له أهمية اقتصادية وقانونية، وتتجلي الأهمية القانونية لتسجيل السفن في وجوب التأشير في السجل الذي سجلت فيه بكافة التصرفات القانونية الواردة عليها كنقل ملكيتها ورهنها... وهذا ما يمكن الأفراد من الاطلاع علي هذه التصرفات، أما الأهمية الاقتصادية فتتمثل في الاعتماد علي سجل السفن

1. انظر أحكام الاتفاقية الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية المبرمة في بروكسل 1926م

2. المادة (12) من قانون النقل البحري 2010م

3. مصطفى عريبي. القانون البحري. كلية القانون بجامعة النيلين. الخرطوم. 2000م. ص 16

لمعرفة قوة الأسطول التجاري للدولة والذي تعتمد عليه لنقل صادراتها<sup>1</sup>. هذا من ناحية تسجيل السفينة محل الرهن، أما تسجيل الرهن البحري بنحده أمر ضروري، إذ أن أحد أهم الأسباب لابتكار نظام تسجيل الرهون هو حاجة ملاك السفن للحصول علي القروض والائتمانات بضمان تلك السفن، كما أن أي دائن مرتهن لا يقوم بتسجيل رهنه البحري فإنه لن يحصل علي أي من الفوائد المبينة في قانون النقل البحري وللخاصة بتحديد مرتبة استحقاق الرهن وحقي التقدم والتتبع، ولذلك يشترط للاحتجاج بالرهن البحري علي الغير أن يتم تسجيله، ومن أهم المميزات التي يوفرها تسجيل الرهن البحري هي حصول صاحبه علي مرتبة متقدمة عند ترتيب الديون الواردة علي السفينة، حيث أن ترتيب الرهون يحكم فقط وببساطة بتاريخ تسجيلها، وهذا ما ذهبت إليه المادة (2/38) من قانون النقل البحري بالنص (...تكون مرتبة الديون المضمونة برهن بحري وفقاً لتاريخ تسجيل عقد الرهن....). وأما إذا سجل عقدان لرهن بحري أو أكثر علي سفينة أو علي حصة شائعة؛ فان ترتيبها فيما بينها يكون حسب أسبقية تسجيل تلك العقود وان كانت مسجلة في يوم واحد وذلك وفق نص المادة (3/38) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (إذا تم تسجيل أكثر من عقد رهن على السفينة أو حصة فيها، يكون ترتيبها وفقاً لأسبقية التسجيل في سجل السفينة).

2/ إجراءات تسجيل الرهن البحري: تتم عملية تسجيل الرهن البحري وفق المادة (36) من قانون النقل البحري 2010م وفق الإجراء التالي:

أ/ يقدم الدائن المرتهن صورة رسمية من عقد الرهن البحري لمكتب التسجيل مرفقة بطلب<sup>2</sup> موقع منه يشتمل علي البيانات التالية:

- . الاسم الكامل لكل من الدائن والمدين ومحل إقامته ومهنته . تاريخ عقد الرهن البحري
- . مقدار الدين المبين في عقد الرهن . الشروط الخاصة بالوفاء بالدين
- . اسم السفينة المرهونة وأوصافها وتاريخ ورقم شهادة التسجيل أو إقرار ببناء السفينة

1. عاطف محمد الفقي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 70

2. راجع المادة (103) من القانون البحري الإماراتي . والمادة (46) من القانون البحري المصري.

. المحل المختار للدائن في دائرة مكتب التسجيل الذي تم فيه قيد الرهن

ب/ يقوم مكتب التسجيل بتسجيل البيانات المشار إليها سابقاً في الصفحة الخاصة بالسفينة في سجل السفن، ويسلم مقدم الطلب (الدائن المرتهن) صورة (أو قائمتان تسلم إحداها كما سبق واشرنا) من تلك البيانات المسجلة مع إثبات ذلك في شهادة التسجيل، ويجب التأشير علي الصورة أو النسخة الثانية حسب الظروف بما يفيد قيد تسجيل الرهن في السجل، وان يقوم مكتب المسجل الذي جري قيد الرهن فيه بإخطار كافة مكاتب التسجيل الأخرى في الدولة (إذا كان هنالك أكثر من مكتب تسجيل) بذلك القيد وهذا ما أشار إليه القانون الانجليزي<sup>1</sup>. ويرى الباحث إضافة كلمة (قائمتان) بدلاً عن (طلب) المنصوص عليها في المادة المشار إليها، وذلك ليتسني لاحقاً التأشير علي أحدهما هنا وتسليمها إلى مقدم الطلب (الدائن المرتهن) كإثبات له بتسجيل الرهن. والبيانات المشار إليها في النص لم ترد علي سبيل الحصر بل هي حد أدنى يمكن إضافة بيانات أخرى إليه إذا دعت الظروف إلى ذلك، ويبقى أن جميع البيانات التي أوجب النص توافرها في الطلب تسمح بتحديد العناصر الجوهرية لعقد الرهن من حيث أطرافه والدين المضمون والسفينة المرهونة<sup>2</sup>.

**3/ تجديد تسجيل الرهن البحري:** نصت المادة (49) من قانون التجارة البحرية المصري علي أنه (يحفظ قيد الرهن لمدة عشر سنوات من تاريخ إجرائه ويبطل أثر هذا القيد إذا لم يجدد قبل نهاية هذه المدة) فأثر تسجيل الرهن البحري قاصر علي مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ التسجيل، المشرع السوداني لم ينص علي مدة بقاء الرهن أو تجديده في قانون النقل البحري 2010م، وأري أن ذلك قصور واضح في التشريع، ويرى الباحث إضافة نص صريح في القانون يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعين تجديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخرى مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهن البحرية أو القروض البحرية لا تعقد

William Tetley. Marine cargo claims, edition, les edition yvon Blis 1., P3  
Inc, Montrial, 1988

2. هاني دويدار. الوجيز في القانون البحري. مرجع سابق. ص 232

عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة، ويترتب علي عدم تحديد تسجيل الرهن في الميعاد (أي قبل نهاية مدة الخمس سنوات) أن يبطل التسجيل، ويعني ذلك سقوطه دون حاجة إلى إجراء محوه، وزوال الآثار التي تترتب عليه، علي أن ذلك بطبيعة الحال لا يمنع الدائن المرتهن من إجراء قيد جديد للرهن تتحدد مرتبته من تاريخ حصوله<sup>1</sup>، واشتراط تحديد قيد الرهن محل نقد من جانب من الفقه<sup>2</sup> بحسبان أنه ينطوي علي تعارض من نظام الشهر العيني للسفينة حيث يمكن بمجرد الاطلاع علي الصفحة الخاصة بالسفينة المرهونة معرفة الحقوق والأعباء الواردة عليها.

#### 4/ شطب الرهن البحري: قيد الرهن إجراء شكلي استلزمه القانون للاحتجاج بالرهن في مواجهة

الغير وتمكينه من العلم بان السفينة ملكيتها غير خالصة وأنها مثقلة بحق عيني تبقي لصالح الدائن المرتهن، علي أن ثمة أحوال تجعل بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة بما يتعين معه إزالته ويحصل ذلك بشطب القيد ومحوه، وهذه الأحوال المتعددة منها ما يتعلق بالدين المضمون بالرهن، ومنها ما يتعلق بالرهن، ومنها ما يتعلق بالقيد ذاته، فالدين المضمون بالرهن قد يزول إذا كان باطلاً شكلاً أو موضوعاً أو قابلاً للبطلان وقضي ببطلانه، كذلك فهو قد ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء أو الإبراء أو التجديد أو المقاصة أو التقادم، وحيث يزول الدين أو ينقضي فإن الرهن الذي هو ضمان للدين ينقضي بدوره ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ومن ثم يجب شطب ذلك القيد، وقد يكون الين صحيحاً قائماً ولكن الرهن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال وقضي ببطلانه، ويعني ذلك أن الرهن البحري ينقضي مع بقاء الدين وإذا كان القيد إنما يتعلق برهن صحيح قائم فإن القيد في هذه الحالة يجب شطبه، وقد يكون كل من الدين والرهن صحيحاً وقائماً ولكن القيد نفسه قد يكون غير صحيح وفي هذه الحالة يجب الشطب<sup>3</sup>.

1. التجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للتسجيل القلم، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمرار للتسجيل القلم ومن

ثم يأخذ مرتبته وقت حصوله. انظر السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج10. 1970. بند 220

2. علي البارودي. مرجع سابق. بند 216

3. كمال حمدي. القانون البحري. مرجع سابق. ص 129

وشطب الرهن البحري قد يكون اختيارياً وقد يكون قضائياً، وقد عرضت المادة (39) من قانون النقل البحري السوداني 2010م لبيان كيفية شطب الرهن فنصت علي أنه (يشطب الرهن البحري من سجل السفينة، بناءً على اتفاق بين الدائن والمدين أو بحكم قضائي) ويبين من النص سالف الذكر أن شطب الرهن إما أن يكون بمقتضي حكم بطلان الدين أو بانقضائه أو بطلان الرهن، وإما أن يكون باتفاق طرفي الرهن علي شطب الرهن، ويرى الباحث أن المشرع السوداني أغفل بإضافة شرط بتقديم المدين إقراراً موقعاً من الدائن ومصداقاً علي توقيعه بموافقة علي الشطب وذلك لرفع الشك حول هذا الاتفاق.

كذلك أوردت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م وعلي ما سيرد البيان عند الحديث عن انقضاء الرهن أنه في حالة قيام السفينة بتطهيره من رهون فإنه يجوز له أن يطلب شطب الرهن دون إتباع أي إجراءات أخرى، ويكون الشطب بتأشير علي هامش القيد مع ذكر السند الذي اجري الشطب بمقتضاه. وإذا تبين ان سبب الشطب للرهن غير صحيح فان الأمر يقتضي رفع دعوي بإلغاء الشطب، فقد يحكم نهائياً بانقضاء الدين أو بانقضاء الرهن ويحصل شطب الرهن ثم ينقض الحكم أو يلغي من محكمة اعلي ويقضي بان الدين أو الرهن لم ينقضي أو يصدر حكم بإبطال الشطب لصدوره من غير ذي أهلية أو من شخص شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، أو لأنه اجري بناء علي مستند قضى بتزويره، ففي مثل هذه الأحوال لا بد من صدور حكم بإلغاء الشطب ويتعين التأشير علي هامش الشطب ذاته بإلغائه، وإذا ما الغي الشطب عاد للرهن مرتبته الأصلية ووجب تجديده خلال خمس سنوات من وقت إلغاء الشطب<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: آثار الرهن البحري

عقد الرهن البحري عقد من العقود الملزمة للجانبين يجمع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن ويرتب آثار بين طرفيه تتمثل في الحقوق والالتزامات الملقاة علي عاتقهما، ومن جهة أخرى يرتب حقوقاً خالصة للدائن المرتهن في مواجهة الغير.

1. عبدالرزاق السنهوري. الوسيط. مرجع سابق. ج 10. بند 230

أولاً: آثار الرهن البحري بالنسبة للمتعاقدین. يرتب الرهن الرسمي آثاراً بين طرفيه وهما الدائن المرتهن والمدین الراهن، فبالنسبة للمدين الراهن يقي محتفظاً بجيازة سفينته المرهونة بغير استمراره في استغلالها لكن في مقابل ذلك تفرض عليه التزامات الغاية منها حماية الدائن المرتهن فإن عقد الرهن ينشئ له حقوقاً لاستيفاء دينه لكن قد تقع عليه بعض القيود الغرض منها إعادة التوازن بينه وبين المدین الراهن.

1/ آثار الرهن البحري بالنسبة للمدين الراهن: تعتبر أكثر الحقوق المميزة التي تترتب عن عقد الرهن البحري هي بقاء حيازة السفينة المرهونة لدي المدین الراهن، وهو شيء يتناقض مع كون السفينة مال منقول وما تقتضيه إجراءات نقل المنقول، ولكن هل هنالك مبررات لذلك؟ ولما كان المدین الراهن يحتفظ بالسفينة المرهونة ويستغلها فان المشرع وحماية لمصلحة الدائن المرتهن فرض التزامات تقع علي عاتق المدین الراهن وتهدف بالدرجة الأولى إلى المحافظة علي محل الرهن وهو السفينة.

أ/ بقاء حيازة السفينة لدي المدین الراهن: لا يترتب علي رهن السفينة انتقال حيازتها الي الدائن المرتهن، بل تبقى الحيازة لدي المدین الراهن، ويعتبر أهم خاصية بشأن الرهن البحري وهذا خلافاً لرهن المنقولات، ويعزي ذلك أن انتقال حيازة السفينة إلي الدائن المرتهن فيه تعطيل لاستغلالها وهو الغرض الذي من أجله أنشئ الرهن البحري، إن بقاء حيازة السفينة في يد مالکها وهو المدین الراهن لا يؤدي إلي حرمانه من سلطات المالك إذ له الحق في استعمال السفينة واستغلالها والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات كنقل ملكيتها أو إعادة رهنها وفي كل ذلك بطبيعة الحال ازدهار للاستغلال البحري<sup>1</sup>، إلا أن المشرع السوداني اشترط أن تكون هذه التصرفات قبل أن يسارع الدائن المرتهن بتسجيل محضر حجز السفينة في سجل السفن وهذا ما نصت عليه المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (يتبع الرهن البحري السفينة أو أي جزء منها في أي يد كانت، ولا يجوز التصرف في السفينة المرهونة بعد تسجيل الرهن في سجل السفينة)<sup>2</sup>، أما في حالة التصرف في السفينة قبل تسجيل محضر حجز السفينة والذي يؤدي إلي انتقال كامل أو بعض ملكيتها إلي مالك جديد؛ فان هذا المالك الجديد يصبح هو الراهن (المدین) ويعرف

1. انظر المادة (740) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م

2. تقابل المادة (51) بحري مصري، والمادة (1/107) بحري إماراتي



قانوناً بالحائز، والذي يجب ان يخطر بدفع الدين من قبل الدائن المرتهن قبل المضي في إجراءات التنفيذ علي السفينة وهذا ما نصت عليه المادة ( 41 ) من قانون النقل البحري 2010م<sup>1</sup>، يكون المالك الجديد (الحائز) بالخيار في التصرف بين أربعة إجراءات وفقاً للقواعد العامة<sup>2</sup>، وقد تعرض قانون النقل البحري 2010م في المادة (1/42) إلي الكيفية التي يمكن للمالك الجديد تفادي إجراءات الحجز والبيع، وذلك بإبلاغ الدائنين المرتهنين في سجل السفن وفي عناوينهم المختارة من قبلهم بملخص عقد شراء السفينة مع بيان تاريخه واسم البائع واسم السفينة ونوعها وحمولتها والمصاريف وقائمة بالديون المقيّدة مع تواريخها ومقدارها وأسماء الدائنين وذلك قبل البدء في إجراءات الحجز أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإعلان الذي وصله من الدائن المرتهن منبهاً له بدفع الدين. وعلي المالك الجديد أن يعلن صراحةً استعدادده لدفع الديون المضمونة بالرهن سواءً كانت مستحقة الأداء أم غير مستحقة بشرط أن تكون في حدود ثمن السفينة المعلن، أو حسب المادة (2/42) ان يقوم بإيداع الثمن في خزانة المحكمة البحرية المختصة طالباً شطب الرهن دون اتخاذ أي إجراءات أخرى<sup>3</sup>. علماً بأن استعمال السفينة واستغلالها والتصرف فيها من طرف المدين الراهن ليس فيه ما يعطل حق الدائن المرتهن في التقدم والتتبع، فالسفينة لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول في سند الملكية، ويعزي ذلك ان مقتضيات المنقولات بالحيازة لا تتوافر في السفينة، كما أن المنقولات لا تتمتع بوسائل تعيين ذاتية، إلا أن السفينة لها عناصر ذاتية تجعلها متميزة عن غيرها من السفن الأخرى، ويضاف إلي ذلك ان القانون يوجب تسجيلها وشهر ما يرد عليها من تصرفات في سجلات خاصة وكل ذلك تنفي عن الحائز حسن النية<sup>4</sup>.

## ب/ المحافظة علي محل الرهن(السفينة): يعتبر بقاء حيازة السفينة المرهونة لدي المدين الراهن أهم

خصوصية تميز الرهن البحرية رغم الطبيعة المنقولة للسفينة، ويكون من هذا المدين الراهن الاستمرار في

1. تقابل المادة (1/54) بحري مصري، والمادة (19/111) بحري إماراتي

2. وهي (1) دفع الدين والحلول محل الدائن المرتهن.(2) تطهير السفينة من الرهن. (3) التخلي عن الشراء. (4) المضي في شراءها وتحمل إجراءات الحجز والبيع. انظر في ذلك المواد (755 و 2/756) من قانون المعاملات المدنية 1984م.

3. تقابل المادتين (54،55) بحري مصري. المادة (2/111) والمادة (311) بحري إماراتي

4. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي. القانون البحري والجوي. مرجع سابق. ص 52

استغلال سفينته لكن في مقابل ذلك تترتب عليه واجبات وخاصة الالتزام بسلامة الرهن، وقد عبّر الفقهاء عن المفهوم بالالتزام بسلامة الرهن، كل حسب طريقته، لكن مهما اختلفوا في العبارات إلا أن المعنى واحد؛ فمنهم من رأي أنه التزام المدين الراهن ببقاء محل الرهن بالحالة التي عليها وقت إنشاء الرهن، ومنهم من اعتبر بأنه التزام المدين الراهن بأن يضمن للراهن المرتهن الحصول علي المزايا التي يحولها له حق الرهن، وهناك من قال بأن يلتزم المدين الراهن ببقاء محل الرهن بالحالة التي تضمن الرهن فاعليته، أي كفايته لسداد الدين عند حلول الأجل<sup>1</sup>. وفي حالة تسبب المدين الراهن بخطئه في هلاك السفينة المرهونة فإن الدائن المرتهن له الحق بأن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً<sup>2</sup>.

**ج/ الحق في فك الرهن من الدائن المرتهن:** وذلك بدفع جميع الأموال المتبقية تحت الرهن، غير أن هذا الحق لا يمكن استخدامه إذا قام الدائن ببيع السفينة تحصيلاً لدينه، أما إذا رفض الدائن دون أسباب في السماح للمدين الراهن بفك الرهن واستمر في إجراءات بيع السفينة المرهونة فإنه يكون عرضةً للمساءلة القانونية ودفع الأضرار التي تلحق بالمدين الراهن<sup>3</sup>، وقد جاء في سابقة بنك الاعتماد والتجارة /ضد/ أنور حسين وآخرين أنه (في حالة الرهن التأميني لضمان سداد القرض تنتقل حقوق المرتهن إلى عائد البيع ويكون المرتهن متعسفاً إذا أعاق البيع وتخلف عن تقديم بديل آخر مثل سداد الديون الأفضل بينما حقه مؤمن بالرهن)<sup>4</sup>

**2/ آثار الرهن البحري بالنسبة للدائن المرتهن:** مما لا شك فيه أن كل دائن مرتهن يسعى عند حلول أجل الدين في الحصول عليه، فإذا ما وفي المدين ما عليه من التزامات فلا إشكال يثار، أما إذا حل أجل الوفاء وامتنع المدين أو عجز عن الوفاء بالدين فيكون من حق الدائن الحجز علي السفينة المرهونة وبيعها قضائياً، ومن هذا المنطلق يكون الدائن المرتهن في مركز أقوى الأمر الذي قد يدفعه إلى إجبار المدين

1. مصطفى كمال. القانون البحري. مرجع سابق. ص 159

2. عبد الحميد الشواربي. قانون التجارة البحرية. منشأة المعارف 1995م. ص 48

3. عبدالفتاح مراد. موسوعة القانون البحري. مركز الأهرام للترجمة والنشر. القاهرة. الطبعة الثانية. ص 106

4. الطعن بالنمرة م/ع/ط م/1993/426م. غير منشورة. انظر محمد علي خليفة. ص 643

الراهن علي تملك السفينة المرهونة أو استيفاء حقه دون إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون. عليه سنوضح حجز السفينة المرهونة والإجراءات والقيود التي ترد علي حق الدائن المرتهن.

أ/ **حجز السفينة المرهونة:** تندرج السفينة في الضمان العام للدائني مالكةا، فهي تعد عنصراً من العناصر الايجابية للذمة المالية لمالكها وحيث أن الأمر كذلك فإنه يجوز للدائنين توقيع الحجز عليها لاستيفاء الدين<sup>1</sup>. وعلي هذا الأساس فإن الرهن البحري يخول حقاً للدائن المرتهن في مواجهة المدين الراهن، يتمثل هذا الحق في الحجز علي السفينة وبيعها وذلك في حالة امتناع أو عجز المدين الراهن عن الوفاء بالدين ويعتبر حق الحجز من أكبر الآثار التي يربتها الرهن<sup>2</sup>. وعلي فإذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة فإن الدائن المرتهن له الحق في المسبق لكل من المستفيدين من الرهن والامتيازات البحرية، وقد أوضح المشرع في المادة (40) من قانون النقل البحري 2010م حالات حجز السفينة المرهونة في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة أو علي جزء منها أو في حالة الشروع<sup>3</sup>. فإذا كانت السفينة مرهونة بأكملها فإن للدائن المرتهن توقيع الحجز التنفيذي عليها توصلاً إلي صدور أمر من المحكمة ببيعها بالمزاد، أما في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي جزء من السفينة فقد نصت المادة (1/40) من قانون النقل البحري 2010م بأنه (إذا وقع الرهن علي جزء لا يزيد عن نصف السفينة، فيجوز للدائن أن يحجز علي الجزء المرهون وبيعه، وإذا كان الرهن واقعاً علي أكثر من نصف السفينة، فيجوز للمحكمة بناءً علي طلب الدائن بعد إجراء الحجز، أن تأمر ببيع السفينة بأكملها). ووفق أحكام هذا النص فإنه حيث يكون الرهن واقعاً علي جزء من السفينة هو النصف أو أقل من النصف فإن حق الدائن المرتهن يكون قاصراً علي حجز هذا الجزء وبيعه، وأنه إذا كان الرهن واقعاً علي أكثر من نصف السفينة فإنه يجب بجانب بقاء حق الدائن المرتهن في حجز هذا الجزء وبيعه يسكون له طلب بيع السفينة بأكملها. وشروط بيع السفينة بأكملها في هذا الفرض الأخير هي:

1. أن يكون الرهن واقعاً علي أكثر من نصف السفينة.

2. أن يقوم الدائن المرتهن بالحجز علي الجزء المرهون من السفينة.

1. محمد عبدالفتاح ترك. الحجز علي السفينة. دار الجامعة الجديدة 2005م. ص 5

2. انظر المادة (51) من قانون النقل البحري السوداني 2010م

3. انظر المادة (52) من قانون التجارة البحرية المصري الذي عدّد حالات حجز السفينة المرهونة في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة أو علي جزء منها أو في حالة الشروع

3. أن يطلب الدائن المرتهن من المحكمة بيع السفينة بأكملها اذ لا تملك المحكمة الأمر بالبيع من تلقاء نفسها.

4. أن يصدر حكم قضائي ببيع السفينة بأكملها، والأمر في هذا الصدد جوازي للمحكمة تقدره حسب ظروف الحال<sup>1</sup>.

ومرد الرخصة التي قررها المشرع والتي تجيز أن تأمر المحكمة ببيع السفينة بأكملها ترجيح مصلحة الراسي عليه المزاد علي مصلحة الراهن الذي لم يعد يملك إلا أقل من نصف السفينة، والغالب ان تكون مصلحة جميع ذوي الشأن في الترخيص بهذا البيع الشامل لأنه يجذب المشتري ويعلي من قيمة السفينة، حيث يهيب للمشتري ملكية مريحة لا ينقصها عناد شريك أو تعنت مشتاع<sup>2</sup>. وإذا بيعت السفينة بأكملها فان الدائن المرتهن لا يستوفي حقه إلا من ذلك الجزء من الثمن الذي يقابل الجزء المرهون من السفينة ويستأثر الراهن بباقي الثمن<sup>3</sup>، وفي حالة الشيوغ فإن المالك في الشيوغ رهن حصته في السفينة بموافقة المالكين لثلاثة أرباع الحصص علي الأقل، فقد نصت (2/40) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه (يجب علي الدائن المرتهن في الحالتين المنصوص عليهما في البند (1) (أ) و(ب) إخطار باقي الشركاء بالبيع، علي أن يتم الإخطار قبل البيع بخمسة عشر يوماً، لدفع الدين المستحق أو اتخاذ إجراءات التنفيذ) ويراعي المشرع بهذا الحكم أن بيع حصة أحد المشتاعين بالمزاد العلني قد يضر بمصالح المالكين الآخرين، ومن ثم فمن الخير التأني في بيعها لعل أحد المشتاعين، وهم بعد ذلك وشأنهم فيما أن يوافقوا بالدين ويخلصوا الحصة من الرهن؛ وإما أن يتخلوا عن زميلهم ويتركوا إجراءات البيع تمضي في طريقها المرسوم.

ومما هو مؤكد أن الدائن المرتهن في حالة امتناع المدين الراهن أو عجزه عن الوفاء يهمله الحجز التنفيذي وليس الحجز التحفظي، علي أساس أن هذا الأخير يقصد به توقيف أو تقييد إيجار سفينة بموجب أمر من محكمة مختصة ضمناً لمطالبة بحرية، ومن ثم فإن الحجز التحفظي له وظيفة تحفظية هدفه تقييد سلطة المدين علي مال معين حماية لحق الحاجز، علي خلاف الحجز التنفيذي الذي يرمي إلي إضافة إلي الوظيفة التحفظية مباشرة الوظيفة التنفيذية والغرض منه هو استيفاء الدائن الحاجز حقه من أموال المدين

1. نصت المادة الرابعة من اتفاقية جنيف 1999م المتعلقة بالحجز علي السفينة علي انه لا يجوز الحجز إلا بأمر يصدر من محكمة أو من أي سلطة مختصة لدي الدولة المتعاقدة التي يدخل الحجز في دائرتها.

2. كمال حمدي. القانون البحري. الطبعة الثالثة 2007م. منشأة المعارف بالإسكندرية. ص 136

3. هاني دويدار. القانون البحري. مرجع سابق. الجزء الأول. ص 241

محل الحجز أو من ثمنها بعد بيعها جبرياً. ولكن ليس هناك ما يمنع من القيام بالحجز التحفظي علي السفينة المرهونة طالما أنه إجراء قضائي مؤقت يتمثل أثره المباشر في الحفاظ علي مال أو علي حق المدين بوضعه تحت يد القضاء وتحقيقاً لمصلحة الدائن الحاجز حتى لا يقوم المدين بتهريبه أو أي تصرف من شأنه تهديد الضمان العام، والجدير بالذكر أنه لا يشترط في الحجز أن يبدأ تحفظياً حتى يصبح تنفيذياً كل ما الأمر أنه يلزم أن يجوز الدائن الحاجز علي سند تنفيذي، إذ قد يتبدى الحجز تنفيذياً إذا ما كان بيد الحاجز سند تنفيذي<sup>1</sup>

ب/ القيود الواردة علي حق الدائن المرتهن: والقيود علي التصرف في السفينة المرهونة تتحصل في:

1/ عدم جواز التصرف في السفينة المرهونة بعد قيد محضر الحجز في سجل السفن، وقد نصت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م علي ذلك، ورائد المشرع من تقرير هذا الحظر هو حماية الدائن المرتهن بالحد من حرية المدين الراهن في التصرف في السفينة المرهونة<sup>2</sup> من وقت قيد الحجز في سجل السفن، وهذا الحظر لا يتقرر بمجرد تسجيل الرهن ذاته أو توقيع الحجز.

2/ بطلان بيع السفينة المرهونة لأجنبي، نصت المادة (43) من قانون النقل البحري 2010م بأنه (يقع باطلاً البيع الاختياري للسفينة المرهونة ما لم يوافق الدائن المرتهن علي البيع كتابة)، لم ينص المشرع علي بيع السفينة المرهونة لأجنبي صراحةً بل أشار الي ضرورة موافقة الدائن المرتهن كتابة علي ذلك البيع، وإذ كانت العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً فإنه لا يكون ثمة محل لتقرير ذلك البطلان إذ تنازل الدائن المرتهن عن الرهن علي أنه يجب أن يكون ذلك التنازل في عقد البيع ذاته، يري الباحث أن المشرع السوداني قد أصاب في ذلك عكس المشرع المصري في المادة (1/12) من قانون التجارة البحرية الذي تضمن النص البيع الاختياري للسفينة المرهونة لأجنبي بدلاً من شرط موافقة الدائن المرتهن، ونري أن الحكمة من تقرير بطلان بيع السفينة المرهونة لأجنبي أو الحصول علي موافقة الدائن المرتهن علي البيع هو الخشية من أن يقصدها المشتري عن البلاد فيضيع ضمان الدائن المرتهن أو يتعذر عليه الإفادة منه، وقد يترتب علي ذلك

1. محمد عبدالفتاح ترك. الحجز علي السفينة. مرجع سابق. ص 56

2. والتصرف المحظور هو كل تصرف ناقل للملكية، فهو لا يقتصر علي البيع

البيع فقد لجنسية السفينة المرهونة فيتعرض الدائن المرتهن إلى تطبيق قانون أجنبي قد لا يعترف بحقه، كما أنه إذا تغير علم السفينة فإن نفاذ الرهون التي ترتبت قبل تغيير العلم يتطلب إثبات القيود الخاصة بهذه الرهون في سجلات الدولة التي يتبعها العلم الجديد حتى تحتفظ هذه الرهون بمرتبتها بالنسبة إلى الرهون التي ترتبت في ظل العلم الجديد،

**ثانياً: آثار الرهن البحري بالنسبة للغير:** إن قيد الرهن البحري من شأنه أن يجعل حق الرهن سارياً في حق الغير وذلك بغض النظر عن الآثار التي يرتبها هذا القيد فيما بين المتعاقدين أم لا، فيكون حينئذ للدائن المرتهن أن يتقدم علي باقي الدائنين العاديين كما يكون له سلطة تتبع السفينة في أي مكان:

**1/ حق التقدم أو الأفضلية:** ويعني حق التقدم ان يكون للدائن المرتهن في مواجهة دائني الراهن التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين الأولوية في استيفاء حقه من ناتج بيع السفينة المرهونة بالمزاد العلني، وان كان الدائن المرتهن يلي في المرتبة أصحاب حقوق الامتياز البحرية التي عدتها المادة (27) من قانون النقل البحري 2010م في كل فقراتها وسواء كان الحق الممتاز ناشئاً قبل قيد الرهن أو بعده فإن صاحبه يستوفيه قبل الدائن المرتهن، والامتياز جاء تعريفه في نص المادة (799) من قانون المعاملات المدنية 1984م بأنه (الامتياز حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه مراعاة لصفته ويتقرر بنص القانون) ومن هذا التعريف يتجلى الفرق بين الامتيازات والرهن عموماً ووجه الاختلاف بينهما يتمثل في كون الرهن ميزة تمنح للدائن لا للدائن بخلاف حقوق الامتياز التي تعتبر بمثابة ميزة يوليها القانون للديون بغض النظر عن الدائنين إذ أن القانون هو الذي يمنح الدين حق امتياز ويجعله متقدماً علي سائر الديون<sup>1</sup>. وقد نصت المادة (38) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه:

(1) يكون الرهن البحري من ديون الامتياز ويأتي في المرتبة الثانية بعد ديون الامتياز المنصوص عليها في المادة 27(1).

2/ تكون مرتبة الديون المضمونة برهن بحري وفقاً لتاريخ تسجيل عقد الرهن.

3/ إذا تم تسجيل أكثر من عقد رهن على السفينة أو حصة فيها، يكون ترتيبها وفقاً لأسبقية التسجيل في سجل السفينة<sup>2</sup>.

1. جلال وفاء محمددين . دروس في القانون البحري المصري الجديد . 1992م . دار النهضة العربية بالقاهرة . ص 16

2. تقابل المادة (50) من قانون التجارة البحرية المصرية

والنص السالف الذكر بعد تقريره يلي الامتياز في المرتبة يعرض لحالة تعدد الدائنين المرتهنين وترتيب الديون فيما بينها فيجعل العبرة بتاريخ القيد، فالرهن ذو القيد السابق مقدم علي الرهن ذو القيد اللاحق، وذلك الرهن الأخير مقدم علي الرهن ذو القيد التالي له، وهكذا، وإذا قيّدت جملة رهون في يوم واحد كانت علي قدم المساواة في المرتبة بغض النظر عن ساعة القيد، وقيد الرهن يرتب للدائن حق التقدم بالنسبة لأصل الدين وكذا مصاريف عقد الرهن وتحديد القيد وفوائد سنتين، كل ذلك في نفس مرتبة الدين (المادة 753 معاملات مدنية) وقد عمدت بعض الدول إلي إضافة هذا المعني في متن تقنينها البحري<sup>1</sup>.

## 2/ حق التتبع: نصت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه (يتبع الرهن البحري

السفينة أو أي جزء منها في أي يد كانت، ولا يجوز التصرف في السفينة المرهونة بعد تسجيل الرهن في سجل السفينة)<sup>2</sup>، وقر قانون النقل البحري لسنة 2010م في المادة (1/38) أن الرهن الرسمي يأتي في المرحلة الثانية بعد ديون الامتياز المنصوص عليها في المادة (1/27) من القانون، فحق التتبع للدائن المرتهن يباشره بغض النظر عن الشخص الذي آلت إليه الملكية بعد قيد الرهن طالما أن مشتري السفينة المرهونة من المفروض أن يكون عالماً بأن السفينة مثقلة رهن بعد اطلاعه علي سجلها. علاوة علي ذلك فإن الدائن المرتهن يحق له تتبع السفينة في أي أيد كانت<sup>3</sup>، كما أنه لا يمكن لحائز السفينة المرهونة التمسك بحسن النية اتجاه الدائن المرتهن إذ لا مجال لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في كل ما يتعلق بمركز السفينة<sup>4</sup>. وأن الحائز هو ذلك الشخص من يمارس حق التتبع في مواجهته، وأن حائز السفينة يعتبر كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية السفينة أو أي حق عيني آخر قابل للرهن ودن أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، علماً بأن مستأجر السفينة المرهونة لا يعتبر حائزاً لها إذ لا تنتقل إليه ملكيتها والدائن المرتهن لا يتبع السفينة وإنما ينفذ عليها في يد مالکها وهو المدين الراهن، كما

1. انظر المادة (3/105) بحري إماراتي

2. حق التتبع تقرره المادة (51) بحري مصري. والمادة (55) بحري فرنسي 1967م

3. وحمايةً لحق التتبع فقد قضت المادة (12) من اتفاقية بروكسل 1926م بصحة الرهن الواقعة علي السفينة في جميع البلدان الموقعة علي الاتفاقية بشرط ان يكون الرهن قد تم بشكل قانوني ومن ثم يجوز للدائنين المرتهنين ملاحقة المدين الراهن في بلده طالما كانت موقعة علي الاتفاقية.

4. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، مرجع سابق، ص 236

أن الوارث لا يعتبر حائزاً للسفينة المرهونة، في حين أن كل من الموهوب له أو الموصي له بالسفينة يعد . وقد انتقلت إليه ملكيتها . حائزاً لها<sup>1</sup>.

ويشترط في الحائز الذي يباشر الدائن المرتهن حق التتبع في مواجهته أن تكون ملكية السفينة المرهونة قد انتقلت إليه قبل قيد محضر الحجز في سجل السفن، ذلك أنه لا يجوز وعلي نحو ما تنص عليه المادة (37) من قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م التصرف في السفينة المرهونة بعد إجراء ذلك القيد، وهو حظر روعي فيه عدم إرهاب الدائن المرتهن بمواصلة التتبع بعد أن أصبح بيع السفينة جبراً وشيك الوقوع، وعلي الدائن المرتهن في حالة ما إذا انتقلت ملكية السفينة قبل قيد محضر الحجز في سجل السفن اتخاذ إجراءات التنفيذ علي السفينة ضد الحائز، ووسيلة الأخير لاتقاء تلك الإجراءات هو القيام بإجراءات تطهير السفينة من الرهن (التطهير الاختياري)<sup>2</sup> التي نصت عليها المادة (42) من قانون النقل البحري 2010م وهو ما يؤدي إلي انقضاء الرهن، وذلك بان يقوم قبل البدء بالإجراءات المشار إليها أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإخطار بدفع الثمن بالاتي:

1. أن يبلغ الدائنين المقيدون في سجل السفينة في محلهم المختار بملخص العقد.

2. أن يتضمن ملخص العقد تاريخه، اسم البائع، اسم السفينة، نوعها، حمولتها، ثمنها، المصاريف، قائمة بالديون المقيدة وتواريخها ومقدارها وأسماء الدائنين.

3. أن يصرح باستعداده لدفع الديون المضمونة بالرهون فوراً وفي حدود الثمن الموضح.

ثالثاً: انقضاء الرهن البحري: ينقضي الرهن البحري إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية.

1/ انقضاء الرهن بصفة تبعية: ينقضي الرهن بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون بالرهن، وأسباب

انقضاء الدين (الالتزام) علي نحو ما تعرفها القواعد العامة هي الوفاء والإبراء والمقاصة والتجديد والتقادم. ووفقاً لنص المادة (798) من قانون المعاملات المدنية 1984م فان الرهن يعود إذا عاد الدين لزوال السبب الذي انقضي به، وذلك دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة

1. القاعدة الشرعية القائلة بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين

المضمون بالرهن أي بعد زوال الرهن . كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 134

2. كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 152



بين انقضاء الدين وعودته، وصورة زوال السبب الذي انقضي به الدين ان يكون الوفاء باطلاً أو يكون الإبراء صادراً من غير ذي أهلية<sup>1</sup>.

**2/ انقضاء الرهن بصفة أصلية:** ويعني ذلك انقضاء الرهن وحده استقلالياً فينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين، وأسباب انقضاء الرهن بصفة أصلية هي:

**أ/ التنازل عن الرهن<sup>2</sup> مع بقاء الدين قائماً:** والتنازل عن الرهن أمر يغير التنازل عن الدين (أي الإبراء) ذلك أنه في الحالة الأخيرة فإن الدين ينقضي ويزول الرهن مع الدين، إنما في حالة التنازل عن الرهن فإن الرهن وحده هو الذي يزول أما الدين فيبقى.

**ب/ هلاك السفينة:** وينقضي الرهن البحري بهلاك السفينة محل الرهن، إلا أن المادة (2/35) من قانون النقل البحري 2010م نصت علي انتقال الرهن إلي حطام تلك السفينة، ويعني ذلك أن يكون للدائن ميزة التقدم علي باقي الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الحطام، وعملاً بأحكام المادة (742) من قانون المعاملات المدنية 1984 فان هلاك السفينة لا يؤدي إلي الإخلال بحق الدائن المرتهن في ان يقتضي حقه فوراً وقبل حلول الأجل أو يحصل علي تأمين كاف من المدين، سواء كان الهلاك ناشئاً بخطأ المدين أو عن سبب أجنبي<sup>3</sup>.

**ج/ التطهير:** وينقضي الرهن بتطهير السفينة، والتطهير قد يكون تلقائياً أي بقوة القانون وذلك في حالة البيع الجبري للسفينة، وقد يكون اختيارياً إذا قام به حائز السفينة.

**1/ التطهير التلقائي (القضائي)** ويتم ذلك نتيجة لإجراءات الحجز والتنفيذ التي يقوم بها الدائن المرتهن ضد مالك السفينة أو حائز السفينة المرهونة وعلي نحو ما تنص عليه المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م ، ويكون التطهير التلقائي في حالة البيع الجبري للسفينة، إذ يترتب علي حكم مرسى المزاد تطهير السفينة من كل الرهون، وتنتقل حقوق الدائنين الممتازين والدائنين المرتهنين إلي الثمن الذي بيعت به السفينة كل حسب مرتبته.

1. عبدالرزاق احمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء العاشر. ص 616

2. ذلك أن الرهن حق للدائن المرتهن وليس منى النظام العام فمن الجائز ان ينزل عنه الدائن المرتهن، وأهليته للنزول عن هذا الحق الذي يعرض الدين للخطر هي الأهلية في إبراء ذمة المدين. عبدالرزاق السنهوري. الوسيط. مرجع سابق. بند 378

3. عادل علي المقدادي. القانون البحري. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 1999. ص 55

2/ التطهير الاختياري فقد عرضت لأحكامه وإجراءاته المادة (1/42) من قانون النقل البحري السوداني 2010م، ووفق أحكام هذه المادة فإن علي الدائن المرتهن الذي اتخذ إجراءات التنفيذ علي السفينة إذا انتقلت ملكية السفينة كلها أو بعضها قبل قيد محضر الحجز؛ أن يعلن الحائز بمحضر الحجز تقرير عقد البيع ونشره في الجريدة الرسمية وفي احدي الصحف اليومية الواسعة الانتشار والإعلان علي باب مكتب المسجل، وإذا ما أراد المالك اتقاء إجراءات الحجز والبيع (أي تطهير السفينة من الرهن) وجب عليه قبل البدء في الإجراءات أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإخطار أن يعلن الدائنين المقيدين في سجل السفينة<sup>1</sup> في محلهم المختار بملخص العقد مع بيان تاريخه واسم السفينة ونوعها وحمولتها وثمنها والمصاريف وقائمة بالديون المقيدة مع تواريخها وأسماء الدائنين باستعداده لدفع الديون المضمونة بالرهن فوراً سواء كانت مستحقة أو غير مستحقة وذلك في حدود ثمن السفينة. والفقرة الثانية من هذه المادة توجب علي المالك أن يطهر السفينة من الرهن بإيداع الثمن خزانة المحكمة، وله في هذه الحالة أن يطلب شطب قيد الرهن دون إتباع إجراءات أخرى<sup>2</sup>.

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

1/ اهتمام المشرع الدولي بالقواعد الخاصة بحقوق الامتيازات والرهن البحرية ولا سيما وجود ثلاث اتفاقيات تتعلق بهذا الأمر وهي اتفاقية بروكسل 1926م والأخرى في 1967م بالإضافة لاتفاقية جنيف 1993م وقد أدخلت معظم الدول تلك الاتفاقيات في تشريعاتها ومن بينها السودان في قانون النقل البحري لسنة 2010م.

2/ استقرت كل النصوص التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهن البحرية أو القوانين البحرية العربية ومنها قانون النقل البحري السوداني أبرزت بأن محل الرهن البحري هو السفينة. والسفينة هي كل منشأة ذاتية الدفع صالحة للملاحة تعمل أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية سواء استخدمت لأغراض تجارية أو غير تجارية أو في نقل الركاب وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءاً منها وتأخذ حكمها.

1. وهو ما أشارت إليه المادة (55) بحري مصري. والمادة (112) بحري إماراتي.

2. كمال حمدي. القانون البحري. مرجع سابق. ص 138/139

3/ استبعد المشرع بعض العناصر من سريان الرهن البحري عليها وهي أجرة النقل والمكافآت والإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة وتعويضات التأمين لأن الهدف منها بعيد عن فكرة الائتمان البحري وأن الغاية تدعيم مالك السفينة وهو ما لا يتأتى إذا تسنى للدائنين اقتضاء حقوقهم الممتازة منها.

4/ تأتي أهمية تسجيل الرهن البحري في حصول الدائن المرتهن علي مرتبة متقدمة عند ترتيب الديون الواردة علي السفينة، وكذلك حاجة ملاك السفن للحصول علي القروض والائتمانات بضمان تلك السفن، كما يرتب الرهن البحري آثاره فيكون حينئذ للدائن المرتهن أن يتقدم علي باقي الدائنين العاديين كما يكون له سلطة تتبع السفينة في أيدي كانت.

5/ لم ينص المشرع السوداني في قانون النقل البحري 2010م علي بيع السفينة المرهونة لأجنبي صراحةً بل أشار إلي ضرورة موافقة الدائن المرتهن كتابة علي ذلك البيع، و قد أصاب في ذلك عكس المشرع المصري في المادة (1/12) من قانون التجارة البحرية الذي تضمن النص البيع الاختياري للسفينة المرهونة لأجنبي بدلاً من شرط موافقة الدائن المرتهن.

6/ ينقضي الرهن البحري للسفينة إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية، ومن ضمن أسباب انقضاء الرهن بصفة أصلية التطهير والذي قد يكون تطهيراً تلقائياً أي بقوة القانون وذلك في حالة البيع الجبري للسفينة وقد يكون تطهيراً اختيارياً وذلك إذا قام به المالك للسفينة.

### ثانياً: التوصيات

1/ تضمين نص صريح في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م ينص علي استيفاء الدائن المرتهن علي السفينة حقه من مبلغ التأمين بشرط وجود اتفاق صريح بينهما وقبول شركات التأمين ذلك كتابةً.

2/ إضافة نص صريح في قانون النقل البحري لسنة 2010م يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعين تحديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخرى مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهون البحرية أو القروض البحرية لا تعقد عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة.

3/ تعديل في نص المادة (36) من قانون النقل البحري لسنة 2010م لتقرأ كالاتي (يكون تسجيل الرهن البحري في سجل السفينة بتقديم صورة رسمية من عقد الرهن لمكتب تسجيل السفن ويرفق معها

قائمتان موقعتان من طالب التسجيل يشتمل على البيانات المقررة في اللوائح) وذلك ليتشني لاحقاً التأشير علي إحدي القائمتان وتسليم القائمة الأخرى إلي مقدم الطلب (الدائن المرتهن) كإثبات له بتسجيل الرهن. 4/ تعديل نص المادة (35) من قانون النقل البحري لسنة 2010م وذلك علي الرغم مما ذكر في الفقرة (2) لتقرأ ( في حالة حطام السفينة يمكن نقل الرهن أو إقامة الرهن علي أموال المدين الأخرى، ويجق للدائن أن يطالب بحقوقه ومديونيته أمام شركات التامين المؤمن لديها من قبل المدين)

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: القرآن الكريم

### ثانياً: كتب اللغة

1. المصباح المنير، 1921م. لأحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي. المطبعة الأميرية بالقاهرة.

### ثالثاً: المراجع باللغة العربية

1. احمد عبدالهادي. القانون البحري. الجزء الأول. القاهرة 1946م.
2. إسماعيل عثمان الحسين ابو شوك. النظام القانوني للسفينة وما يرد عليها في القانون البحري السوداني. الخرطوم 2013م.
3. أميرة صدقي. الموجز في القانون البحري. دار النهضة العربية. القاهرة. 1999م.
4. جلال وفاء محمددين. دروس في القانون البحري المصري الجديد. 1992م. دار النهضة العربية بالقاهرة
5. حسين عبداللطيف حمدان. التأمينات العينية. دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن التأميني والامتياز. منشورات الحلبي الحقوقية 2007م.
6. زكي زكي الشعراوي. القانون البحري. ج1. السفينة. دار النهضة العربية. مطبعة جامعة القاهرة 1898م
7. سميحة القليوبي. القانون البحري. القاهرة 1982م.
8. عبدالقادر حسين العطير الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى 2009م.
9. علي جمال الدين عوض. القانون البحري. دار النهضة العربية القاهرة. طبعة 1986م.
10. علي البارودي. مبادئ القانون البحري. 1975م. مطبعة مصر.
11. عبدالحميد الشواربي. قانون التجارة البحرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1995م.
12. عبدالرزاق احمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء العاشر. التأمينات الشخصية والعينية. دار إحياء التراث العربي 1975م.
13. عبدالفتاح مراد. موسوعة القانون البحري. مركز الأهرام للترجمة والنشر. القاهرة. الطبعة الثانية
14. عاطف محمد الفقي. قانون التجارة البحرية. دار النهضة العربية. 1998م.
15. عادل علي المقدادي. القانون البحري. دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009م.
16. كمال حمدي. القانون البحري. الطبعة الثالثة 2007م. منشأة المعارف بالإسكندرية.

17. مصطفى كمال طه . مبادئ القانون البحري . الطبعة الثالثة 1989م.
18. محمد الحاج حمود . القانون الدولي للبحار . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولى . 2008م
19. مصطفى كمال طه . التوحيد الدولي للقانون البحري . دار الفكر الجامعي . الطبعة الأولى 2007م
20. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي . القانون البحري والجوي . منشورات الحلبي الحقوقية . 2005م.
21. محمود سمير الشرقاوي . القانون البحري . الطبعة الثانية 1967م . القاهرة.
22. محمد عبدالفتاح ترك . الحجز علي السفينة . دار الجامعة الجديدة 2005م.
23. محمد كامل أمين . شرح القانون البحري . ج 2 . مطبعة مصطفى الحلبي 1945م
24. مصطفى عريبي . القانون البحري . كلية القانون بجامعة النيلين . الخرطوم . 2000م .
25. محمد علي خليفة . أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية . المكتب العربي الحديث . الإسكندرية 2003م . الطبعة 2 .
26. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . دار الجامعة الجديد للنشر . الإسكندرية
27. يعقوب يوسف سرخوه . الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي . دار الكتب . ج 1 . ط 2 . 1988م .

#### رابعاً: المراجع باللغة الانجليزية

1. HILL (CHRISTOPHER) , Maritime Law. Oxford, London , UK , 1981
2. James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law –V2 BY David Joseph ,Oxford , London UK, 2016
3. William Tetley. Marine cargo claims, 3edition, les edition yvon Blsis Inc, Montrial, 1988

#### خامساً: الرسائل والمقالات

1. علي البارودي . حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . مقال منشور بمجلة الحقوق بجامعة الإسكندرية . العدد الثالث . 1961م
2. إبراهيم مدحت حافظ . الحقوق العينية التبعية والحجز علي السفن طبقاً لقانون التجارة البحرية والمعاهدات النافذة في مصر . مجلة هيئة قضايا الدولة . العدد الثالث 1995م

#### سادساً: القوانين والاتفاقيات الدولية

1. قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م
2. قانون التجارة البحرية المصري 1990م
3. القانون البحري الإماراتي 1981م
4. القانون البحري الفرنسي لسنة 1874م المعدل بقانون 1885م
5. قانون الشحن التجاري الانجليزي لسنة 1894م المعدل بقانون 1988م
6. قانون التجارة البحري الأردني لسنة 1972م
7. القانون البحري البحريني لسنة 1982م
8. الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بحقوق الامتياز والرهون البحرية المبرمة ببروكسل 10/ابريل/1926م

9. الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بحقوق الامتياز والرهن البحرية المبرمة ببروكسل 27/مايو/1967م
10. اتفاقية جنيف الخاصة بالامتيازات والرهن البحرية المبرمة في جنيف 6/مايو/1993م
11. الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المتعلقة بالسفن تحت الإنشاء المبرمة ببروكسل 27/مايو/1967م