

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عمار ثليجي الاغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مجلة الفكر القانوني والسياسي

مجلة دورية دولية محكمة

تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الاغواط



عدد تجريبي



Revue de La Pensée Juridique et Politique

Ministère de l'enseignement supérieur
et de la recherche scientifique
Université Amar Telidji Laghouat
Faculté de Droit
et de Sciences Politiques



Revue périodique internationale arbitrée
Revue de La Pensée Juridique et Politique



Numéro expérimental

إقتراحات إدارة وهيئة التحرير، الهيئة الإستشارية واللجنة العلمية للمجلة

المدير الشرفي للمجلة: رئيس الجامعة: الأستاذ الدكتور بن برطال جمال

مدير المجلة: الدكتور خضراوي الهادي

رئيس هيئة التحرير: الدكتور بن صالح محمد الحاج عيسى

مسؤول النشر: الأستاذ بوزيدي التجاني

اللجنة العلمية للمجلة:

داخل الوطن

الدكتور يحيى عبد الحميد ----- جامعة مستغانم	الدكتور خضراوي الهادي ----- جامعة الأغواط
الدكتور لزهو عبد العزيز ----- جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور رزق الله العربي بن مهدي ----- جامعة الأغواط
الدكتور دمانة محمد ----- جامعة الأغواط	الدكتور بلعبيات مراد ----- جامعة الأغواط
الدكتور بطيمى حسين ----- جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور بن عليّة حميد ----- جامعة الجلفة
الدكتور أمّ عمر بركاني ----- جامعة بجاية	الدكتور براك الطاهر ----- جامعة الأغواط
الدكتورة عكاكة فاطمة الزهراء ----- جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور كتو محمد الشريف ----- جامعة تيزي وزو
الدكتورة خليفي مريم ----- جامعة بشار	الدكتور زازة خضر ----- جامعة الأغواط
الدكتور لحاق عيسى ----- جامعة الأغواط	الدكتور النحوي سليمان ----- جامعة الأغواط
الدكتور بوعيشة بوغفالة ----- جامعة الأغواط	الدكتور عبد الحليم بوقرين ----- جامعة الأغواط
الدكتور سالي موسى ----- جامعة الأغواط	الدكتور زديك الطاهر ----- جامعة الأغواط
الدكتور التاج عطاء الله ----- جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور بدران مراد ----- جامعة تلمسان
الدكتورة العمراوي مارية ----- جامعة الجلفة	الدكتورة غريبي فاطمة الزهراء ----- جامعة الأغواط
الدكتور بن جلّول مصطفى ----- جامعة الأغواط	الدكتور عبد المنعم بن أحمد ----- جامعة الجلفة
الدكتور مراد قريبيز ----- جامعة الأغواط	الدكتور راجي خضر ----- جامعة الأغواط
الدكتور مسعودي محمد لمين ----- جامعة الأغواط	الدكتور دح عبد المالك ----- جامعة الأغواط
الدكتور عايلى رضوان ----- جامعة الشلف	الدكتورة عيمور راضية ----- جامعة الأغواط
الدكتور بن قسمية العربي ----- جامعة الأغواط	الدكتور بوسعدية رؤوف ----- جامعة سطيف 2
الدكتور سعد العقون ----- جامعة الجلفة	الدكتور خضر بن عطية ----- جامعة الأغواط
الدكتورة عائشة عمران ----- جامعة الأغواط	الدكتور بقشيش علي ----- جامعة الأغواط
الدكتورة فوق أم الخير ----- جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور خلف فاروق ----- جامعة الوادي
الدكتورة كيسي زهرة ----- المركز الجامعي بتامنغست	الدكتور ديدوني بلقاسم ----- جامعة الأغواط
الدكتور بن عيسى أحمد ----- جامعة سعيدة	الدكتور بن حملة سامي ----- جامعة قسنطينة
الدكتور عبيدي محمد ----- جامعة الأغواط	الدكتورة شمسة بوشنافة ----- جامعة الأغواط
الدكتور سعودي السعيد ----- جامعة الأغواط	الدكتورة يوسفى مباركة ----- جامعة الأغواط
الدكتور عبيدي محمد ----- جامعة الأغواط	الدكتور لحاق عيسى ----- جامعة الأغواط
الدكتور ذيب محمد ----- جامعة الأغواط	الدكتور بن منصور عبد الكريم ----- المركز الجامعي بتندوف
الدكتور غريبي عطاء الله ----- جامعة الأغواط	الدكتور مسعودي عبد الله ----- جامعة الأغواط
	الدكتور غثالي رابح ----- جامعة غرداية
	الدكتور بوشنافة جمال ----- جامعة المديّة
	الدكتور زويبري بن قويدر ----- جامعة الأغواط

خارج الوطن

-Raphaël ROMI, Professeur agrégé de droit public, Université de Nantes.

- Laurent ECK, Maître de conférences en droit public, UNIVERSITE JEAN MOULIN LYON 3

- Patrick Chaumette, Professeur agrégé de droit public, Université de Nantes.

الهيئة الاستشارية

(1) أ. بن الزوير عمر (2) أ.خليفة رباح (3) أ. قاوى إبراهيم (4) أ. شويرب جلالى (5) أ. شرماط سالم (6) أ. حماد مختار (7) أ. حبيطة لخضر (8) أ. قرزو بغداد (9) أ. بن خضر مسعودة. (10) أ. جعيرن عيسى (11) أ. بن عرفة محمد النذير (12) أ. ذويب العيد (13) أ. بركات بهية (14) أ. زغودي عمر (15) أ. النوعي أحمد (16) أ. مولاي مرزوق (17) أ. أولاد العيد الطاهر (18) أ. شريف ورنيجي (19) أ. طهاري حنان (20) أ.عبد الغفور بوصيلة (21) أ. غريبي عطاء الله (22) بالغوينى عبد الحمد (23) أ. سويدي منال (24) أ. طويسات عائشة (25) أ. ميلودي محمد (26) أ. غفافية ياسين (27) أ.ملوكي سفيان (28) أ. قرطي العياشى (29) أ. ملياني عبد الرحمان (30) أ. محي الدين بياضي (31) أ. ملياني عبد الوهاب (32) أ.معمر بن عيسى (33) أ. الحاج عيسى بن عمر (34) أ. العيد دحماني (35) أ. عثمانى علي (36) أ. يعاج محمد (37) أ. مخلوف تريح (38) أ.خليفة محمد (39) أ. بوديسة مصطفى .

السكرتيريا والتنسيق والتنفيذ

ميلودي بلقاسم (متصرف إداري)/ غريبي مصطفى (ملحق رئيسي للإدارة)/ تخائلة مسعودة(متصرف إداري)

القواعد العامة للنشر في "مجلة الفكر القانوني والسياسي"

"مجلة الفكر القانوني والسياسي"، مجلة دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية، الإدارية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، كل ستة أشهر (ماي، نوفمبر من كل سنة)، مع إمكانية نشر أعداد خاصة دون اعتبار للمدة القانونية للإصدار.

1- تقبل البحوث ذات الصلة بالعلوم القانونية، الإدارية والسياسية باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية على حد السواء.

2- يشترط في المقال أن لا يكون قد سبق نشره أو تم تقديمه للنشر في جهات أخرى، أو مشاركاً به ضمن ملتقى.

3- أن لا يكون البحث جزء من كتاب، أو فصلاً من رسالة أو أطروحة جامعية.

4- يتعين أن لا تزيد عدد صفحات البحث عن 30 صفحة، و أن لا تقل عن 10 صفحات بما في ذلك المراجع والهوامش والملاحق إن وجدت مع إرفاقه بملخص لا يتجاوز نصف صفحة باللغة العربية مع الكلمات المفتاحية، وآخر باللغة الإنجليزية مع الكلمات المفتاحية.

5- يرفق المقال بسيرة ذاتية للناشر خاصة ما تعلق بالدرجة العلمية والجهة التي يعمل فيها.

6- تقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والعلمية للمقال وتحكيمه.

7- تصبح البحوث والمقالات ملكاً للمجلة، ولا يحق للباحث أن يطالب بإعادتها أو إعادة نشرها إلا بعد الموافقة من طرف إدارة المجلة.

8- يخضع ترتيب البحوث والمقالات لإعتبارات فنية فقط دون سواها.

9- يراعى في المقال اعتماد الأصول العلمية والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.

10- نوع وحجم الخط في المتن والهوامش:

✓ نوع وحجم الخط في المتن: (الخط باللغة العربية Traditional Arabic) حجم : 16

(الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 14

✓ نوع وحجم الخط في الهامش: (الخط باللغة العربية Traditional Arabic) حجم : 12

(الخط باللغة الأجنبية Times New Roman) حجم : 10

11- الصفحة من الحجم A4

12- حواف الصفحة (أعلى 2 سم) . (أسفل 2 سم) . (اليمين 3 سم) . (اليسار 2 سم)

13- الهوامش تكون في أسفل الصفحة وليس في آخر المقال بالطريقة الإلكترونية، الإحالة تكون بدون وضع الأقواس مثل (1) في المتن أو في الهامش، تكون على شكل: مثال- في المتن: مجلة 1 / في الهامش: 1- د. في بداية كل صفحة جديدة.

14- يجب ذكر قائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

15- لا تعبر بالضرورة البحوث والمقالات التي تنشر لأصحابها عن وجهة رأي المجلة أو الجامعة، ويتحمل أصحابها مواقفهم، ولا تتحمل المجلة أي إخلال لأحد الباحثين بالأمانة العلمية ويخضع ذلك إلى النصوص القانونية المتعلقة بالملكية الفكرية.

16- يقدم المقال في شكل ثلاث نسخ ورقية وأخرى في شكل قرص مضغوط مباشرة إلى مدير هيئة التحرير، أو يتم إرسال المقال إلكترونياً إلى البريد الخاص بالمجلة، عبر البريد الإلكتروني: rpjp.laghout@gmail.com

ملاحظة

ننبه على أن أي مقال يخالف شروط النشر لا يؤخذ بعين الاعتبار، وهيئة المجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.

- 1- نحو حماية جنائية للمستهلك الإلكتروني.....ص 08
د/ بوقرين عبد الحليم. أ/ صادقي أمباركي.
- 2- الواقعية في العلاقات الدولية (دراسة نظرية).....ص 22
أ/ خليفني رابح.
- 3- المنازعات المتعلقة برخصة البناء.....ص 30
أ/ عكوش حنان. أ/ بوعكاز يسرى.
- 4- حقوق المؤلف على المصنفات الرقمية في شبكة الإنترنت.....ص 43
نسراقي محمد الزين.
- 5- النظام القانوني لتأمين القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري.....ص 57
أ/ معنصري مريم.
- 6- الشخصية المعنوية للوقف وطرق استغلاله في التشريع الجزائري.....ص 84
أ.د/ رزق الله العربي بن مهدي. غزال نصيرة.
- 7- قراءة لمدى خضوع السلطة التقديرية للإدارة للرقابة القضائية.....ص 96
أ/ لطفاوي محمد عبد الباسط. أ/ خضرون عطاء الله.
- 8- دور العقار في التنمية وترقية الاستثمار.....ص 120
أ/ تيشوش فاطمة الزهراء. أ/ سعادة فاطمة الزهراء.
- 9- دراسة تأصيلية لمبدأ الاشراف القضائي على الانتخابات.....ص 137
أ/ بلبكري مريم. أ/ كريم النفس نور الوجود.
- 10- السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال.....ص 152
د/ خضراوي الهادي. أ/ لكحل عائشة.
- 11- اللامعيارية وجرائم المراهقين.....ص 171
د/ برايك الطاهر. أ/ بوجرادة نزيهة.
- 12- الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية.....ص 194
د/ خضراوي الهادي. بلحطاب بن حرز الله.
- 13- الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية الاجتماعية.....ص 210
بن يطو محمد.
- 14- التنازل على أملاك الدولة والتركات الشاغرة في التشريع الجزائري.....ص 221
سعودي علي.
- 15- سلطات القاض الإداري في ضمان تنفيذ أحكامه المتعلقة بحماية البيئة.....ص 234
أ/ بلي بولنوار. أ/ خطوي مسعود.
- 16- واقع استثمار الملك الوقفي العقاري عن طريق الايجار العادي في الجزائر.....ص 243
د/ زوبيري بن قويدر. أؤذينة أمحمد

نحو حماية جنائية للمستهلك الإلكتروني

د/ بوقرين عبد الحليم

أ/صادقي أمبارك

جامعة عمار ثليجي الأغواط

الملخص

أمام تطور التجارة الإلكترونية باستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة (الهاتف/الفاكس،التلكس...الإنترنت)، أصبح المستهلك الإلكتروني واقعا يجب الاعتراف له بحقه في حماية قانونية جزائية ضد مخاطر إستعمال هذه الوسائل. من بين كل القوانين والتنظيمات الصادرة بالجزائر التي تعنى بالمستهلك، هل حظي المستهلك الإلكتروني بالحماية القانونية الكافية؟

Le résumé:

Devant l'évolution du commerce électronique en utilisant les moyens électroniques moderne (téléphone,fax...internet) ,le consommateur est devenue une réalité et il faut d'avouera son droit de la protection juridique pénale contre ces risques a l'occasion d'utilisation de ces moyens.

Parmi toutes les lois et les règlements promulgués en Algérie concernant le consommateur,est ce que le consommateur électronique a une protection juridique suffisante ?

المقدمة:

في عصرنا الحالي أصبحت التكنولوجيا ضرورية في حياتنا اليومية وصار إستعمال الوسائل الإلكترونية أمر لا مناص منه، الشيء الذي أدى إلى انتشار المعاملات الإلكترونية لسرعتها وعلى رأسها تبادل السلع والخدمات وهذا في إطار ما يطلق عليه اليوم بالتجارة الإلكترونية والتي يتم إبرامها عن طريق ما يعرف بالعقود الإلكترونية ليصبح لدينا ما يعرف بالمستهلك الإلكتروني الذي لا يتميز عن المستهلك التقليدي إلا من حيث وسيلة التعاقد كونها إلكترونية.

غير أن الأمر لا يخلو من مخاطر بسبب إنتشار الجرائم الإلكترونية ، حيث أن المستهلك الإلكتروني قد يقع ضحيتها، والسؤال المطروح:هل المستهلك الإلكتروني في الجزائر وصل إلى درجة الأمان في ظل التشريعات الحالية وخاصة الجزائية منها ؟ وإن لم يكن كذلك فما هو المطلوب إذن من المشرع الجزائري لبلوغ هذه الغاية ؟

من أجل مناقشة هذه الإشكالية عالجانها وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: نحو حماية جنائية لرضا المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: محاولة تطويع جرائم الإلتزام بالإعلام.

المطلب الثاني: محاولة تطويع جريمة الإشهار التضليلي.

المبحث الثاني: نحو حماية جنائية لأموال المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: محاولة تطويع جريمة النصب.

المطلب الثاني: محاولة تطويع جريمة السرقة.

المبحث الأول: نحو حماية جنائية لرضى المستهلك الإلكتروني:

إن رضا المستهلك هو الخطوة الأولى التي تؤدي إلى التعاقد من عدمه بتجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة فمرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة فيصلية، حيث يتوجب على المستهلك الإحاطة بكافة المعلومات على ما سيقدم عليه والتعاقد بشأنه لأهميته وأيضاً لخطورته حسب نوع السلع أو الخدمة التي سيقدم على إقتنائها كما أنه يصيب إرادة المستهلك الإلكتروني لاحتمال أن يصاب بغلط أو يتعرض لتدليس أو إكراه.

في تدخلنا هذا فإننا نسعى لتسليط الضوء على مدى حماية حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام جنائياً، هذا الحق الذي ينشأ كالتزام وواجب على عاتق المتدخل في (مطلب أول) ثم نتعرض إلى أي مدى ساهم المشرع الجزائي في محاربة الإشهار التضليلي لارتباطه بحق الإعلام من جهة وباعتباره أيضاً قد يضر بمصلحة المستهلك الإلكتروني (مطلب ثان).

المطلب الأول: محاولة تطويع جرائم الإلتزام بالإعلام:

في عالم الإنترنت يعتبر الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بإعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية فيما يخص العقد عن طريق وسائط إلكترونية بكل شفافية وأمانة¹، والسؤال الذي هل يطرح هنا: في غياب نص خاص بالإلتزام بالإعلام عبر شبكة الإنترنت، كيف يمكن تطبيق النصوص المتعلقة بالإلتزام بالإعلام الواردة في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش؟

بالرجوع إلى المواد 17 و18 من قانون حماية المستهلك 03/09، وكذا المواد 4 و5 و6 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجد أن المشرع ألزم على المتدخل (المنتج، البائع...) إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك، والشيء نفسه موجود بالمرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق

1- تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق ما بين الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد والإلتزام بالإعلام بعد التعاقد، فالأول ينشأ بمناسبة كل عقد وتكون الغاية منه حسن نية تنفيذ العقد ومنها يجد أساسه، أما الثاني فنجد أساسه في العقد ذاته فهو إلتزام عقدي هدفه تنفيذ العقد . وعلى هذا الأساس فإن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني إلتزام سابق على التعاقد حيث يلتزم فيه البائع الإلكتروني بإعلام وتبصير المستهلك بالمعلومات الشاملة عن كل ما يتعلق بعملية البيع عبر شبكة الأنترنت، أو أي وسيلة إلكترونية أخرى حتى يكون المستهلك على اطلاع تام بالعملية ويتخذ القرار الصائب، لذلك يعتبر هذا الإلتزام ضروري في مجال التجارة الإلكترونية نظراً للصعوبات التقنية التي تواجه المستهلك الإلكتروني حتى لا يقع في غلط أو خداع... ينظر، عبد الله ذيب عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2009، ص 48-49.

شروط وكيفيات إعلام المستهلك¹ والمتمثل بضرورة إعلام المستهلك بكل المعلومات الجوهرية من خصائص أو صفات السلعة وكذا طريقة الإستعمال والتنبيه إلى مخاطر المنتج والتمن وشروط البيع وكذلك بضرورة الوسم وكيفياته، غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية نتساءل عن مدى كفاية الوسم باعتبار أن السلعة بعيدة عن المستهلك الإلكتروني؟

لقد فتح المشرع المجال لإستعمال وسائل أخرى في الإعلام بموجب المادة 05 من قانون 02/04 السالف الذكر التي نصت على « يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة؛ يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة..... يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن.. »، لكن هذه المادة كما يتضح تتعلق في الأساس بالإعلام عن السعر وشروط البيع فقط.

يتضح أنه يقع على عاتق المحترف إلزام إيجابي يتمثل في تقديم كل المعلومات اللازمة عن المنتج أو السلعة للمستهلك الإلكتروني وإلزام سلبي يتمثل في عدم إيقاع المستهلك في غلط بخصوص خصائص المنتج وكيفية استعماله، مما يجعل المحترف ملزم بتقديم معلومات ومعلومات صحيحة وليست أية معلومات وبكل تقنيات الإتصال المذكورة المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 السالف الذكر².

إن عرض السلع في مجال التجارة الإلكترونية تختلف عما هو موجود في التجارة الكلاسيكية فهذه الأخيرة يتمتع فيها المستهلك بحرية معاينة المنتج وحتى تجريبه لذلك يكون الوسم وسيلة فعالة للإعلام في مجال التجارة الكلاسيكية، أما في مجال التجارة الإلكترونية حيث تكون السلع معروضة على شكل صور أو فيديوهات فإنه يصعب في كثير من الأحيان على المستهلك الإلكتروني قراءة الوسم وبالتالي معرفة خصائص المنتج المعروض للبيع عبر شبكة الانترنت. إن طبيعة التعامل في مجال التجارة الإلكترونية تفرض على البائع ألا يكتفي بالإعلام عن المعلومات المتعلقة بالمنتج فقط، وإنما يجب أن يتعدى ذلك إلى كيفية إتمام عملية البيع ومراحلها وإجراءاتها وكذا جميع المعلومات المتعلقة بالبائع والمزود وطرق الدفع باعتبار أن المستهلك الإلكتروني متعاقد عن بعد.

لقد تفتنت التشريعات إلى خصوصية المستهلك الإلكتروني ومنها المشرع وهذا ما نجده في المادة 111 من قانون الإستهلاك أنه يتوجب على البائع إعلام المستهلك بخصائص السلعة أو الخدمة وثنها والشروط الخاصة بعقد البيع وكذا تحديد المسؤولية العقدية³.

وعلى هذا الأساس فإن النصوص المتعلقة بإعلام المستهلك في القانون رقم 03/09 تبدو قاصرة عن مواجهة جميع الأفعال المخلة بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية، هذا على الرغم من مساندة

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، جريدة رسمية رقم 58.

² - المرسوم التنفيذي رقم 378/13 جريدة رسمية رقم 58.

³ - وقد نصت على ذلك أيضا المادة 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000، كما جاء في المادة 111 من قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993 على أن المزود الذي يعرض متوجاته عبر الإنترنت يتوجب عليه أن يحدد الخصائص العامة الضرورية للمنتج أو الخدمة وعلى الخصوص الخصائص الكيفية والكمية والمدة التي ستعرض فيها.. ينظر، عبد الله ذيب عبد الله، المرجع السابق، ص 69.

النصوص الواردة في القانون 02/04 السالف الذكر، لذلك بات من الضروري الإسراع إلى تعديل المادتين 17 و18 بما يتناسب مع طبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية، أو إحداث نص جديد ولما لا..؟ من أجل التأقلم مع المعطيات الجديدة لمعالجة هذا النوع من المسائل حماية للمركز الضعيف في مثل هذه العلاقة العقدية وهو المستهلك الإلكتروني مادام القانون الهدف منه هو حماية الحقوق.

المطلب الثاني: محاولة تطويع جريمة الإشهار التضييلي:

إن الإشهار التضييلي يشمل جريمتين يعاقب عليهما قانون العقوبات وكذا قانون حماية المستهلك لهذا نظم المشرع جرائم الغش والخداع بموجب المواد من 429 إلى 434 من قانون العقوبات وكذا المواد 68 و69 و70 قانون حماية المستهلك رقم 03/09 لكن يتبادر إلى الذهن سؤال مهم هنا إلى أي مدى يمكن تطويع هذه النصوص لتشمل الغش والخداع في مجال التجارة الإلكترونية ؟

تسمى جريمة الخداع في مجال التجارة الإلكترونية في بعض التشريعات بـ "جريمة استغلال ضعف المستهلك" وكما هو معروف في الشريعة العامة - القانون المدني - فإن الإستهلال في القانون المدني هو استغلال أحد المتعاقدين لآخر به طيش بّين أو هوى جامح بطريقة تدفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات غير متعادلة مع العوض المقابل¹. لكن الأمر مختلف قليلا في مجال التجارة الإلكترونية ذلك أن الطيش البّين أو الهوى الجامح لا يشترط وجودهما لدى المستهلك ، ولكنه طرف ضعيف دائما في العقد على أساس منطقي وهو عدم خبرته وقلة معلوماته في إبرام العقود. غير أن هذه الجريمة كأى جريمة لا تقوم إلا إذا توفر القصد الجنائي لدى المتهم وهو العلم والإرادة، بحيث يجب أن يكون الجاني عالما بضعف وجهل المستهلك وحالته ومع ذلك يقدم على استغلاله...، وبهذا تقوم جريمة إستغلال ضعف المستهلك الإلكتروني.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري لا نجد النص على جريمة إستغلال ضعف المستهلك لا في قانون العقوبات ولا في قانون حماية المستهلك، الشيء الذي يقودنا إلى محاولة تطبيق جريمة الخداع المنصوص عليها في قانون العقوبات على هذه الجريمة.

وعليه يعرف الخداع على أنه القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته وعلى هذا الأساس فإن الخداع يقع على المتعاقد (معيار ذاتي) وليس على السلعة (معيار موضوعي)، وبالرجوع إلى المادة 68 من قانون حماية المستهلك نجد أن هذه الجريمة تتحقق عن طريق تغليط المستهلك بشأن كمية المنتوجات المسلمة أو نوعيتها أو قابليتها للإستعمال أو تاريخ ومدة صلاحيتها أو النتائج المنتظرة منها أو حتى طرق الاستعمال والاحتياطات اللازمة

¹ - جاء في المادة 90 من القانون المدني أنه إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في نسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بيننا أو هوى جامح، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، إلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن".

لذلك، وفي حقيقة الأمر كل هذه الأفعال يمكن أن تقع في مجال التجارة الإلكترونية أين يعتمد البائع الإلكتروني إلى محاولة تغليط المستهلك بشأن العناصر الذي ذكرناها سابقا، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تطبيق النصوص المتعلقة بالخداع على الخداع الإلكتروني، خاصة وأن المشرع لم يحدد الوسيلة التي يتم بها الخداع وإنما نصت المادة 68 السالفة الذكر أنه يعاقب على الخداع أو محاولة الخداع بأي وسيلة فاتها المجال لكل أنواع الوسائل مهما ظهرت فيما بعد ، ليشمل النص أيضا وسيلة الأنترنت.

إن الخداع في مجال التجارة الإلكترونية لا يقتصر فقط على العناصر التي سبق الإشارة إليها بل يتعداه إلى عناصر أخرى ذات أهمية بالغة في إتمام المعاملة التجارية ونقصد هنا الأمور الفنية، خاصة طريقة الدفع ووسائل الدفع وطريقة التسليم وجهة التسليم... كل هذه التصرفات لا يشملها نص المادة 68 السالف الذكر¹، ولذلك يكون من الضروري إحداث نص جديد يجرم الخداع الإلكتروني بدل من ترك الأمر للإجتهد، خاصة وأن التسوق عبر الوسائل الإلكترونية أصبح واقعا يزداد إنتشارا كل يوم.

إن الكلام عن جريمة الخداع يقودنا بالتبعية إلى جريمة مشابهة كثيرا وهي جريمة الغش ففي غياب نص صريح يعاقب على الغش الإلكتروني نطرح تسائلا : إلى أي مدى يمكن تطبيق النصوص المتعلقة بالغش الواردة في قانون العقوبات وقانون حماية المستهلك إذا وقع في ميدان التجارة الإلكترونية ؟

يعرف الغش على أنه التلاعب أو المعالجة غير المشروعة التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التخريب في تركيبة المادة، وعلى هذا الأساس فإن الغش يقع على المنتج (معياري موضوعي) وليس على المستهلك (معياري ذاتي) وبالرجوع إلى نص 431 من قانون العقوبات والمادة 70 من قانون حماية المستهلك نجد أن جريمة الغش تقوم بالزيادة أو نقصان في تركيبة منتج موجه للاستهلاك أو للاستعمال البشري أو الحيواني بما يخالف التنظيمات والقوانين المعمول بها، أو عرض هذه المنتجات أو بيعها.

وإن كان يسهل التعرف على الغش في الحالات ذات الطبيعة المادية منه، فإنه يتعذر ذلك في مجال التجارة الإلكترونية التي لا تتوفر في كثير من الأحيان على تلك الطبيعة المادية، وبالرغم من ذلك فإن جميع الحالات التي ذكرتها المواد السالفة الذكر يمكن أن تتم عبر شبكة الإنترنت، ويتحقق ذلك عند استلام المستهلك لمنتجات مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات أو غير آمنة أو فاسدة.

وفي مجال البرامج الإلكترونية فإن الغش أيضا وارد، فقد يشتري المستهلك برنامجاً معيناً وعند إرساله من طرف البائع يكتشف المستهلك أن البرنامج معيب أو غير صالح أو منتهي الصلاحية، فالأمر لا يتوقف عند المنتجات العادية بل يتعداه إلى المنتجات الإلكترونية والمنتجات المشابهة، مثل الكتب والمجلات والصور والفيديوهات والألعاب وغيرها التي تصلح أيضا أن تكون محل معاملات تجارية إلكترونية.

¹ - ويرى البعض أن الخداع الذي يقع بواسطة الإنترنت لا يغدو ان يكون جريمة إعلان مظلل أو مخادع.. ويرد البعض الآخر أن الفرق ما بين جريمة الإعلان المظلل والخداع يكمن في أن هذا الأخير عادة ما يقع أثناء التعاقد أما الإعلان المظلل فيكون سابقا للتعاقد، ومع ذلك فإن نص المادة 68 من قانون حماية المستهلك واضح في هذه المسألة حيث اعتبر أن الخداع الواقع بواسطة الإعلانات ظرف من ظروف التشديد.

وفي الأخير وإن سلمنا بإمكانية تطويع النصوص المتعلقة بجريمة الغش لتشمل صور الغش في مجال التجارة الإلكترونية فإننا نرى أنه من الأفضل إحداث نص جديد يحدد أركان هذه الجريمة وصورها ونطاقها.

المبحث الثاني: نحو حماية جنائية لأموال المستهلك الإلكتروني:

تكتسي الأموال مكانة كبيرة في حياة الإنسان وهذا ما يلاحظ في الحماية الجنائية التي توفرها كل التشريعات لحمايتها وفي التشريع الجزائري وفي قانون العقوبات خصص فصلا خاصا بعنوان الجنايات والجناح ضد الأموال وتحديد المواد 350 وما بعدها وستتناول ما يتعرض له المستهلك الإلكتروني من جريمة النصب في مطلب أول وجريمة السرقة في مطلب ثان.

المطلب الأول: محاولة تطويع جريمة النصب:

نص المشرع على جريمة النصب في المادة 372 من قانون العقوبات حيث جاء فيها «كل من توصل إلى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالفات أو إبراء من إلتزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، أو الشروع فيه إما بإستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع أي شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج...»

- إذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو سندات مالية سواء الشركات، أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى عشر سنوات والغرامة إلى 400.000 دج¹...».

يتبين من إستقراء النص أن جريمة النصب تقوم على ركنين: ركن مادي وركن معنوي:

أولاً: الركن المادي: إستعمال وسيلة من وسائل التدليس²:

أ - إستعمال إدعاءات كاذبة:

عندما يقوم الجاني بإنتحال إسم كاذب أو شخصية كاذبة ووقع المجني عليه جراء وراء ذلك و إنصاع إلى أوامر المحتال قامت جريمة النصب³، ويشترط البعض أن يكون للإسم المنتحل تأثير خاص على المجني عليه ولا يمنع قيام الجريمة إذا كان عن طريق تغيير أو تحريف بسيط للإسم الحقيقي، إذ يكفي لثبوت الجريمة أن يقوم الجاني بتغيير

¹ - تقابلها المادة 336 من قانون العقوبات المصري.. والمادة 343 من قانون العقوبات الفرنسي.

² - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص 352، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة الخامسة عشر 2014-2015، ص 351.

³ - حيث تتم جريمة النصب في هذه الحالة بإنتحال الجاني إسم غيره.. فيتخذ لنفسه إسم أو لقب سواء كان للغير أو كان خيالاً لا وجود له، وسواء كذب في الإسم كله أو في بعضه فقد يغير لقبه ويبقى على إسمه أو يغير الإثنين معا في تعامله مع الغير، وبهذا ينخدع فيه المجني عليه في صدق مزاعمه ويدخل الإطمئنان في نفسه، وتحت تأثير تلك الشخصية المفتعلة يسلم له ماله وفي هذه الحالة من الصعب اكتشاف حقيقته.

اللقب أو الإسم، أما بالنسبة للصفات الكاذبة فتتحقق عندما ينسب الجاني إلى نفسه صفة¹ تجعله محلاً لإحترام وثقه المجني عليه، كإدعائه بأنه صاحب مركز معين سواء أكان المركز مركزاً علمياً أو اجتماعياً أو إقتصادياً أو دينياً أو أن الجاني يدعي بأنه إطار أو موظف سامي لدى الدولة².

ب- استعمال مناورات إحتيالية:

وهي طرق تتجاوز مجرد الكذب وأن يكون هذا الأخير مصحوباً بأفعال مادية أي وقائع خارجية من شأنها الإيحاء بغرض التأثير على المجني عليه لحمله على التصديق وتجعله يثق في الجاني، مما يدفعه لتسليم ما يراد منه تسليمه طوعية وإختياراً، وعليه فإن أساس الطرق الإحتيالية هو الكذب الذي ترافقه أفعال خارجية لتأكيد صحته لدى المجني عليه...

وخلاصة القول أن المشرع في جريمة لم يكتف بالكذب وحده بل يجب أن تصاحبه أفعال محددة قانوناً وهي:

- استعمال سلطة خيالية :

وذلك بأن المحتال يستعمل كذبا سلطة مدنية أو إقتصادية أو سياسية أو دينية معينة، كأن يدعي بأنه يستطيع أن يستصدر يحصل على قرار أو عقد معين من مسؤول أو جهة إدارية ما، أو يدعي قدرته على شفاء الأمراض مثلا ...

- استعمال إعتدال مالي خيالي:

وقد يلجأ المحتال إلى عرض أوراق أو وثائق تفيد أن لديه إعتدال مالي كبير لدى أحد البنوك أو المؤسسات المالية أو أنه مدين لشخص بمبلغ ما...، بطريقة تؤثر على المجني عليه فيضع فيه ثقته ويسلم له المال أو المطلوب منه.

- إحداث الأمل بالفوز أو ما شابه :

في هذه الحالة يقوم الجاني بإيهام المجني عليه والذي يكون متلهفاً لتحقيق نتيجة معينة، فيوهمه أنه قادر على تحقيق تلك النتيجة، ويشترط أن يرافق هذا الإدعاء صدور أفعال معينة كإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث يتمنى المجني عليه أن يقع، أو أية واقعة أخرى يريد أن تقع أو يخشى وقوعها، فيأتي المحتال ويوهمه أنه بمقدوره أن يفعل ذلك وحصوله على ما يريد³.

¹ - وقد اختلف الفقهاء حول مفهوم الصفة التي تعد عنصراً في وقوع جريمة النصب إلى فريقين.. فرأى يذهب إلى القول بأن الصفة الكاذبة يقصد بها إدعاء شخص مؤهلات أو وظيفة أو مهنة ليست له وقد أنتقد هذا الرأي كونه لا يشمل على كل الحالات، أما الفريق الثاني يرى أن الصفة الكاذبة هي إنتحال وصف تنبع منه الثقة ويعطي معنى الإئتمان ويؤكد القدرة على الدفع...، وأنتقد هذا الرأي كونه يدخل في الصفة حالات أخرى لا تدخل في مفهوم الصفة الكاذبة في القانون الجنائي كالادعاء بالدائنية أو الملكية فهي لا تدخل في الصفة الكاذبة بمفهوم القانون الجنائي المكونة لجريمة النصب ...

² - أو يدعي أنه صاحب مهنة معينة كإدعائه أنه طبيب أو مهندس أو محامي أو يدعي نسباً معيناً...، والقاعدة في إنتحال إسم كاذب أو صفة كاذبة أنه يغني بذاته عن ضرورة الإستعانة بطرق إحتيالية من أفعال ومظاهر أخرى تؤيد إدعائه.

³ - ولا يشترط في هذه الطرق الإحتيالية أن تتم بأسلوب دون آخر، فيمكن أن يستعين المحتال بوسائل محددة أو شكل معين دون آخر، فقد يعتمد إلى الإستعانة بشخص لتأكيد مزاعمه أو يتخذ مكتباً أو عملاً وهمياً لخداع ضحيته أو الظهور بمظهر معين يحمل المجني عليه على إعطائه الثقة، وبكلمة موجزة هو كالأعداد أو ترتيب لوقائع ومظاهر خارجية لخداع المجني عليه، وعلى ذلك يمكن تعريف الطرق

ب- الإستيلاء على أموال أو منقولات أو سندات الغير:

إن الغرض من إستعمال الإدعاءات والطرق الإحتيالية التي سبقت الإشارة هو الإستيلاء على أموال الغير من منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو مخالصات... إلخ ويعنى ذلك أن يستولي المحتال الجاني على مال للمجني عليه... وهو ما يستفاد من نص المادة 372 وبمفهوم المخالفة فالنصب لا يرد على عقار الذي له أحكام خاصة به ، غير أن المال محل الإستيلاء من المنطقي أن يكون ذا قيمة مادية وبالتالي تفتقر ذمة المجني عليه المالية، والنص صريح في ذلك لقوله : "لسلب كل ثروة الغير أو بعضها" فإذا لم يحصل انتقاص للثروة أي ضرر للمجني عليه فلا نصب هنا ¹.

ثانيا: الركن المعنوي : القصد الجنائي:

إن جريمة النصب كجريمة عمدية فإنه توافر **القصد الجنائي العام** فيها أي إنصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع العلم بأركانها، وعليه يجب أن يكون الجاني عالما بأنه يكذب وأنه يقوم بدعم كذبه بمظاهر مادية لتزييف الحقيقة، فإذا كان هو نفسه لا يعلم حقيقة أنه لا يكذب بل يعتقد أن ادعاءاته صحيحة ينتفي القصد الجنائي لديه وبالتالي لا تقوم جريمة النصب في حقه، بالإضافة إلى القصد الجنائي العام يجب أن تتوفر لدى الجاني **قصد جنائي خاص** ويتمثل في نيته الحصول على الأموال أو المنقولات وتملكها، والسؤال هنا هل يمكن تطويع النصوص المشار إليها في قانون العقوبات لتشمل النصب الواقع في مجل التجارة الالكترونية؟

تتخذ صور النصب في عالم التجارة الإلكترونية عدة صور نورد منها مايلي:

- عرض مواقع خادعة يتم بواسطتها الاستيلاء على بيانات الهوية وأرقام بطاقات الائتمان، ويحدث ذلك أثناء تسوق المجني عليه عبر مواقع الإنترنت نظراً لصعوبة التأكد من مصداقية هذه المواقع.

- الإعلانات المزيفة خاصة ما تعلق منها ببيع أسهم الشركات والقيام بتحويل قيمتها عند أحد المصارف، ويكمن الإحتيال في الإعلان المزيف عن الوضع المالي للشركة بغرض رفع قيمة أسهمها والتأثير في سوق المال، ثم القيام ببيع هذه الأسهم.

- النصب عن طريق إنتحال شخصية ما، حيث يقوم الجاني بواسطة هذه الصفة أو الإسم المزيف بالحصول على منافع إقتصادية كحيازة مال أو تحويله أو استخدامه بموجب وثائق تخص الغير، أو التلاعب في البيانات المدخلة والمخزنة

الإحتيالية بأنها "كل كذب مصحوب بوقائع خارجية أو أفعال مادية يكون من شأنها توليد الإعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا الكذب بما يدفعه إلى تسليم ما يراد منه تسليمه طواعية وإختياراً".

¹ - ثم لا بد من قيام رابطة السببية بين فعل المجني والإستيلاء على المنقولات والأموال المذكورة أعلاه، بحيث يجب أن يكون تسليم المال أو المنقولات نتيجة للطرق الإحتيالية التي إتبعها المحتال في خداع المجني عليه لكي تقوم جريمة النصب، أما إذا تم التسليم من قبل المجني عليه دون أن يكون للطرق الإحتيالية تأثير عليه فلا علاقة سببية، ولا تقوم جريمة النصب ومثاله أن يدرك صاحب المال طرق الجاني الإحتيالية، ومع ذلك فقد سلمه المال فهنا لا مجال للقول بالإحتيال طالما أن المجني عليه قد إكتشف حقيقة الأمر.

بالحاسب الآلي عن طريق شخص يستخدمه بإسمه أو بإسم شركائه في سبيل إستخراج شيكات أو فواتير غير مستحقة...¹.

إن عالم التجارة الإلكترونية يعد أسلوباً فنياً يسهل فيه قيام جريمة النصب، إذ يمكن عبر شبكة الإنترنت ومواقع التجارة الإلكترونية إتخاذ أسماء كاذبة أو صفات غير صحيحة أو إحداث الأمل في الفوز بشيء معين، أو إقامة مشروع وهمي أو واقعة مزورة وكل هذه الأفعال مكونة لجريمة النصب.

ولكن هل يمكن التسليم بوجود النصب الإلكتروني؟

ذكرنا سابقاً أن النشاط الإجرامي في جريمة النصب هو الإستيلاء على الحيازة الكاملة لمال مملوك للغير عن طريق إستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو طرق إحتيالية وارد على سبيل الحصر، والإشكالية لا تثار عند إستعمال أحد الأشخاص لهذه الطرق من أجل الحصول دعامة مادية تحمل معلومات أو معطيات، لأن مثل هذه الأفعال تقع تحت وصف جريمة النصب التقليدية كون المنقول هنا مادي، الإشكالية تثار عندما يكون محل النصب معلومات أو برامج وأموال تجارة إلكترونية غير مثبتة في شكل مادي...، ثم هل أن النقل بالقول أو الصورة يعادل التسليم في جريمة النصب؟

للإجابة على الإشكال نناقش ثلاث مسائل :

المسألة الأولى: إشكالية طبيعة المجني عليه في عملية الإحتيال الإلكتروني:

إذا كان النصب التقليدي يقتضي أن يَنْصُب شخص على شخص آخر فهل يمكن التسليم بالنصب شخص على الحاسب الآلي؟

للإجابة على هذا السؤال إنقسم بشأنها الفقه إلى ثلاث آراء:

- **الرأي الأول:** يذهب إلى رفض إمكانية وقوع فعل الإحتيال على الحاسب وإيقاعه في غلط، على إعتبار أن جريمة النصب لا تقع إلا على الأشخاص الطبيعية..، إذ لا يعقل الإحتيال على جهاز الحاسب الآلي²، ولهذا يؤكد هذا الإتجاه أن جريمة النصب لا تقوم إلا إذا قام الجاني بالإحتيال على شخص طبيعي وأن يكون هذا الشخص مكلفاً بمراقبة البيانات³،

- **الرأي الثاني:** يرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن وقوع الإحتيال والخداع على نظام الحاسب الآلي، بقصد سلب الأموال⁴، على إعتبار أن هذا الفعل تتوفر فيه الأساليب الإحتيالية كالكذب والتزوير والظهور بصفات وأسماء كاذبة..أو

¹- ينظر، محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 606.

²- ينظر، فتوح الشاذلي، عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 168.

³- وقد تبنت هذا الإتجاه تشريعات كثيرة مثل ألمانيا، إيطاليا، مصر... ينظر، محمد عبيد الكعبي، المرجع السابق، ص 602.

⁴- ويتبنى هذا الإتجاه الدول الأنجلوسكسونية كبريطانيا وأستراليا وكندا.. وهو إتجاه يوسع من نطاق تطبيق النصوص المتعلقة بالنصب ليشمل النصب المعلوماتي، ينظر، محمد عبيد الكعبي، المرجع السابق، ص 603، ينظر أيضاً... أيضاً فتوح الشاذلي، المرجع السابق ص

تقديم مستندات كاذبة¹، ويستند هذا الاتجاه إلى أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية الذي قضى بتطبيق عقوبة النصب على شخص دخل بسيارته إلى أماكن إنتظار السيارات وبدلاً من وضع النقود المحددة في عداد أماكن الإنتظار وضع قطعة معدنية شبيهة بالقطعة النقدية، وحصل بذلك على رخصة الوقوف..، وقد أسست المحكمة حكمها على أن وضع القطعة المعدنية في مكان النقود هو من قبيل الطرق الاحتمالية مع أن الذي وقع عليه النصب هو آلة وليس شخص طبيعي².

الرأي الثالث: ويتوسط الرأيين السابقين ورغم أنه يسلم بوجود مثل هذه الجريمة لكن بشروط تتمثل في: الاستيلاء على مال الغير، واستخدام الحاسب الآلي، والتدخل مباشرة في المعطيات عن طريق إدخال معلومات وهمية أو تعديل أو إنشاء برامج صورية، ثم لا بد من توافر العلاقة السببية بين الاستيلاء، وهذه الطرق الاحتمالية³، لكن ماهو موقف المشرع الجزائي من كل هذه الآراء؟

بالرجوع إلى نص المادة 372 من قانون العقوبات فإن المشرع إفتتحها بعبارة " كل من توصل إلى إستلام.." فاتحا المجال لكل الوسائل ليستغرق النص الجرائم الإلكترونية كلها وهذه تحسب للمشرع.

المطلب الثاني: محاولة تطويع جريمة السرقة :

نصت المادة 350 من قانون العقوبات « كل من إختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً ويعاقب من بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج...»؛ من خلال إستقراء المادة المذكورة نجد أن جريمة السرقة تتكون من ركنين، ركن مادي يتمثل في فعل الإختلاس رغم أن المشرع لم يعرفه لكن الفقه والقضاء إجهتدا فيه من أجل تحديد مفهومه⁴ وقد عرف على أنه " أخذ مال الغير دون رضاه " كما يشترط لقيام الإختلاس أن ينقل الجاني المال إلى حيازته والظهور عليه بمظهر المالك، وبمفهوم المخالفة فإن إخراج الشيء من حيازة صاحبه دون إدخاله في حيازة آخر لا يعد سرقة و يشترط في المال أن يكون مالا ومن طبيعة

¹ - وفي واقعة معروفة أدان القضاء الإنجليزي متهماً كان يعمل في أحد البنوك في الكويت، لقيامه بتحويل أموال عن طريق الحاسوب من حسابات بعض الزبائن لحسابه الخاص، وتمت إدانته بتهمة الحصول على أموال بطريق النصب، ينظر، محمد عبيد الكعبي، المرجع السابق، ص 603.

² - ينظر، فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص 173.

³ - إذ يتعين أن يكون الإستيلاء على الأموال نتيجة عن الأفعال الاحتمالية التي قام بها الجاني، وذلك بإستخدام الكمبيوتر بوصفه أداة في إرتكاب الجريمة، وليس هناك صعوبة حسب رأيهم في إكتشاف الطرق الاحتمالية، ومن بين ذلك آثار الإستخدام التعسفي لبطاقة الإئتمان، إذا إستعملت كداة في هذه الجريمة ... ينظر، محمد عبيد الكعبي، المرجع السابق، ص 605.

⁴ - وقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً تقضي فيه بأن الإختلاس هو أخذ مال بدون رضا صاحبه ومنذ ذلك الحين تم التفرقة ما بين السرقة والنصب وخيانة الأمانة..، ينظر، عاشور نصر الدين، جريمة السرقة في ظل تعديل قانون العقوبات 2006، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05، ص 226.

مادية والشيء المادي هو كل ما يشغل حيزاً ملموساً في الفراغ الكوني¹ أو هو كل ما له كيان ذاتي مستقل في العالم الخارجي² وأخيراً أن يكون ذا المال مملوكاً للغير؛

أما الركن المعنوي فيتمثل في العلم والإرادة أي أن الجاني يعلم أنه يختلس مالاً ليس ملكاً وهذا هو القصد الجنائي العام أما القصد الجنائي الخاص فيتمثل في نية تملك الشيء المسروق، وبالتالي حرمان ملكه منه نهائياً..، أما إذا كان سلب الشيء بصفة عارضة وبقصد الحيازة المؤقتة فلا يعد ذلك سرقة³.

ولكن هل يمكن تطويع نصوص السرقة الواردة في القواعد العامة لتشمل الاختلاس الواقع على المعلومات والبرامج المعروفة في مجال التجارة الإلكترونية وهل تصلح هذه البرامج أن تكون محلاً لجريمة للسرقة؟

في البداية يجب أن نسلم أن المعلومات أو البرامج مسجلة على دعامة مادية فلا إشكالية تثار بهذا الخصوص باعتبارها شيء ملموس ومنقول، ولكن الإشكال يقوم عندما تكون هذه الدعامة مسجلة عليها بيانات إلكترونية⁴، فكيف يمكن تصور السرقة في مجال التجارة الإلكترونية؟

إن من صور السرقة الإلكترونية نجد أسلوب النسخ غير المشروع للبيانات المخزنة إلكترونياً والتي يمكن تكييفها على أساس جريمة ماسة بحق المؤلف، كما قد يتصور تحقق السرقة الإلكترونية عن طريق الالتقاط الإلكتروني للبيانات المعالجة أو المنقولة إلكترونياً، فالإشعاعات الكهرومغناطيسية الصادرة عن الحاسبات الآلية وتوابعها يمكن إلتقاطها وترجمتها إلى بيانات مرئية على شاشة تلفاز وبالتالي إمكانية إستعمالها، فما مدى خضوع هذه الأفعال لجريمة السرقة؟ وما مدى إنطباق أركان السرقة العادية على السرقة الإلكترونية؟

عندما نلاحظ المادة 350 من قانون العقوبات السالفة الذكر التي تنص على أنه "كل من إختلس شيئاً ليس مملوكاً له يعد سارقاً...."، لكن في مجال الاختلاس الإلكتروني فإن مسألة إخراج المال من يد المجني عليه قد لا تكون واردة فقد

¹ - ويجب أن يكون المال منقولاً والعلة من ذلك أن فعل الأخذ يعني تغير موضوع الشيء، بإعتباره الوسيلة إلى إخراجها من تحقق السرقة الإلكترونية بإحدى الطرق التقنية أو الفنية فقد يعتمد الجاني إلى أسلوب يسمى الإلتقاط الذهني للمعلومات، وذلك عن طريق الإختزان أو الحفظ المقصود سواء تم هذا الحفظ في ذاكرة الإنسان بواسطة النظر وقراءة محتوى المعلومات أو بواسطة سمعها، ويرى البعض أنه مع التحفظ بشأن حيازة المجني عليه وتحقيق الإعتداء الذي تفرضه السرقة ولا يتصور ذلك إلا بالنسبة للمنقول.

² - فإذا كان الشيء غير مادي أي معنوي فإنه لا يصلح أن يكون محلاً للسرقة كالحقوق والآراء والأفكار والشعر والنثر، لأنها أشياء معنوية لا تدرك بالحوس غير أنه إذا أفرغت في محرر كعقد أو كتاب، فإن هذه المحررات تصبح مالاً مادياً يصلح لأن يكون محلاً للسرقة.. وبناءً عليه تقع السرقة على العقود التي تدون فيها الحقوق أو الكتب التي تدون فيها الأفكار..، أما الحقوق والأفكار في حد ذاتها لا تحميها نصوص السرقة وإنما تحميها نصوص خاصة كقانون حماية حقوق المؤلف... .

³ - ينظر، عاشور نصر الدين، المرجع السابق، ص 232.

⁴ - ينظر إلى : Lamy, Droit de l'informatique et les réseaux, 2001, p 1835 Michel Vivant, .

يقوم الجاني بأخذ المعلومات أو البرامج مع ترك القرص أو المستند في جهاز المعنى، ومن هنا لا يتحقق حرمان المجني عليه من الشيء المسروق إذ لا يزال بحوزته¹.

ونكون بصدد وجه آخر أكثر تعقيدا وهي إشكالية الالتقاط المعلومات وذلك مثلا بمناسبة تجوّل الأشخاص عبر الشبكة العنكبوتية أو التسوق عبر مواقع التجارة الإلكترونية، حيث يمكنهم أن يلتقطوا المعلومات المعروضة على شاشة الحاسب الآلي عن طريق المشاهدة أو السماع، وهو ما يعرف الالتقاط المعلوماتي الذي يعرف على أنه " الاستحواذ البصري على البيانات بمعنى حيازتها والتقاطها ذهنياً أو بصرياً من الشاشة"، وكذلك إشكالية الالتقاط غير المشروع للموجات الكهرومغناطيسية فهل تعتبر البيانات بين الحواسيب أو أجهزة أخرى عن طريق الموجات قصيرة المدى والتي تنبعث منها إشعاعات وموجات تُترجم فيما بعد إلى معطيات، هل أن إلتقاطها يعتبر فعل مكون لجريمة السرقة ؟ لقد إنقسم الفقه حولها إلى رأيين بين أنه إذا ما كان تحريك هذه الموجات بفعل الجاني فيعد ذلك إختلاساً مكون لجريمة السرقة وبين إذا كان تحريك هذه الموجات بفعل صاحبها وهنا لا يعد إلتقاطها فعل إختلاس مكون لجريمة السرقة. إن من الصور المثيرة أيضا للجدل هي إشكالية النسخ غير المشروع للمعلومات فهل يعتبر هذا الفعل إختلاسا مكونا لجريمة السرقة ؟

لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بوقوع جريمة السرقة في حق العامل الذي قام بنسخ بعض الصور لخطط وتصاميم المنتجات التي تنتجها المؤسسة التي يعمل لديها، وقد قام هذا العامل بإنشاء مؤسسة موازية تنتج نفس المنتج بعد استقالته من عمله، فأدانتها المحكمة الابتدائية، وفي الاستئناف تم تأييد الحكم ورفضت محكمة النقض نقض الحكم لتوافر جريمة السرقة في حق العامل².

إن الجدل لم يرق حول الركن المادي في جريمة السرقة الإلكترونية فحسب كما سبق شرحه بل كان أيضا للجدل يثار بخصوص القصد الجنائي الخاص تحديدا ، وهذا ما أدى ببعض إلى أن يرى أن القصد الجنائي الخاص الذي يجب توافره في جريمة السرقة المعلوماتية يستوجب توفر الشروط التالية في مجال التجارة الإلكترونية يتمثل في نية تملك المنفعة من المعلومة وفق شروط ثلاث:

- إتجاه نية الجاني للحصول على تلك المعلومة وهو يعلم أن صاحبها غير راض عن ذلك.
- أن يترك المعلومات أو البرامج الأصلية في حيازة صاحبها.
- أن يتصرف في المعلومات التي إختلسها تصرف المالك لها.

ولكن ما موقع المادة 350 المذكورة آنفا من السرقة الإلكترونية؟

¹ - ويذهب البعض إلى أن مجرد الاطلاع على المعلومات المسجلة بالحاسوب لا يعد جريمة سرقة قياساً على أن مجرد لاطلاع على الملفات الورقية مع عدم أخذها لا يشكل جريمة سرقة، وقضي في إنجلترا بعدم توافر جريمة السرقة في حق الطالب الذي إطلع على أسئلة الامتحان دون أن يستولي على الأوراق...

² - ويحاول البعض التفرقة ما بين المعلومات والبيانات المعالجة آليا، فالمعلومات لها طبيعة غير مادية، أما البيانات فلها كيان مادي محسوس ويتمثل في نبضات إلكترونية أو إشارات مغمطة ويمكن تخزينها على وسائط و أوعية ونقلها وإعادة إنتاجها فهي ليست شيئا معنويا، كالحقوق والأفكار...

لقد ذكرت المادة المذكورة أنه كل من إختلس شيئاً... مما يجعل البعض يرى أن الشيء قد يكون مادياً كما يمكن أن يكون معنوياً وهو ما يجعل هذا النص صالحاً للتطبيق على الأموال المعنوية كالمعلومات والبرامج على حد رأي البعض¹، ولكن يرى البعض أن "الشيء" عادة ما ينصرف للتعبير عن ما هو مادي ملموس وليس معنوي غير ملموس، المعلومات والبرامج، ويرون أن المشرع عند وضعه لنص السرقة لم يضع في حسبانته سرقة الأموال الإلكترونية ولذلك بات من الضروري تجريم السرقة الواقعة في بيئة الأعمال الإلكترونية بنصوص خاصة أو تعديل الموجودة بما يتناسب مع التطورات الحاصلة.

الخاتمة:

في الأخير نرى من دراستنا هذه عدم كفاية النصوص الحالية لحماية المستهلك الإلكتروني باعتباره أضعف مركزاً في التعاقد، حيث أنه لا توجد حماية كافية بالنظر لتعدد التجارة الإلكترونية وشموليتها عالمياً مع انتشار الجريمة الإلكترونية واحتمال تعرض المستهلك الإلكتروني لكل أنواع الجرائم من إشهار تضليلي ونصب وسرقة، لذا بات لزاماً على المشرع أن يتحرك وذلك بإحداث ثورة في القوانين ذات الصلة، وخاصة منها تجريم هذه الجرائم في قانون العقوبات والتشديد عليها مثلما هو الأمر عليه في الدول الأخرى وإدراج مواد جديدة وتعديل المواد الحالية بما يتماشى والتطور الحاصل؛ إننا ندعو المشرع بضرورة التحرك لحماية المستهلك الإلكتروني الذي يبقى الحلقة الأضعف الموجهة للحماية في ظل التطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية وتشعبها وعالميتها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية

- 1- د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014- 2015
- 2 - محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،
- 3- عاشور نصر الدين، جريمة السرقة في ظل تعديل قانون العقوبات 2006، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05
- 4- فتوح الشاذلي، عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2003.
- 5- عبد الله ذيب عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2009.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- Michel Vivant, Droit de l'informatique et les réseaux, Lamy 2001, p 1835.

¹ - حيث يرون أن الأشياء المعنوية كالمعلومات والبرامج هي أشياء قابلة للتملك والحيازة والنقل لهذا فهي تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة.

قائمة النصوص الرسمية:

أولاً: النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27.
- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 2009/03/08.

ثانياً: النصوص التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 2013/11/09 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك الجريدة الرسمية، العدد 58، المؤرخة في 2013/11/18.

الواقعية في العلاقات الدولية

(دراسة نظرية)

Realism in International Relations Theoretical Study

أ/ خليف رايح

جامعة عمار ثليجي الأغواط

ملخص:

تمثل الواقعية أهم نظريات العلاقات الدولية خاصة وأن تحليلاتها لا تزال قائمة لغاية اليوم، أين ألقت الضوء على الظاهرة الدولية انطلاقاً من مبدأ ما هو كائن، أي دراسة الوضع القائم بعيداً عن بناء فكري قيمي أخلاقي كتفسير نظري لتطور الأحداث الدولية، لتعتبر بذلك مرحلة انعطاف فكري جديد لما سبق، فساهمت بواسطة دراسة وتحليل الأسباب والعوامل الكامنة وراء ذلك، أين اتخذت من الدولة وحدة تحليل لها، لفهم طبيعة التفاعلات الحاصلة داخل النظام الدولي، مستندة في ذلك على مفهومي المصلحة القومية والقوة كثنائية معيارية لمسار التفاعل الحاصل وكأهم متغيرين لإدارة العلاقات الدولية، مما قد يدفع بالدول للدخول في تحالفات تعزيزاً لبقاء مصلحتها القومية وزيادة في قوتها لفرض إرادتها.

Abstract :

Realism is considered one of the most in the field of important theories international relation since its analyses are still evident and reliable nowadays. Realism highlights the international phenomenon considering what (is in reality) : studies the different situations, situating itself well far from ethical contruction to give clarifications to the development of international that's it is considered a turning point in modern theory. It looks at the State as a unit in order to understand the interactions within the international system, emphasizing the national interest and power as a binary and also as two important variables to manage the international relations. In doing so, nations are constantly urged to take part in alliances so as to maintain their interest and increase their power.

خطوات الدراسة:

- مدخل عام.
- الأسس الفكرية.

- مسلمات التحليل الواقعي.

- مبادئ الواقعية السياسية.

- العوامل الموضوعية للواقعية السياسية.

مدخل عام:

حملت الواقعية كنظرية تلك القواعد والمبادئ الفلسفية التي ساهمت في تحليل الظاهرة الدولية وبناء تصورات لمسار النظام الدولي بعد الحرب العالمية الثانية، لتعتبر بذلك انعطاف فكري جديد في تفسير وتحديد العلاقات الدولية، كرد على الطرح المثالي لعدم مجارات نقاشاته للأحداث الحاصلة آنذاك، أين اعتمد على مقارنة قيمية قائمة على الأخلاق والقانون والتنظيم الدوليين والطبيعة البشرية الخيرة.

جاء هذا الفكر من قبل النخبة السياسية أولاً كتبرير للتوجهات الجديدة للولايات المتحدة الأمريكية للخروج من سياسة العزلة القارية التي شهدتها في الفترة السابقة إلى ما يعرف بالانفتاح على العالم برئاسة هاري ترومان Harry S. Truman ، حيث بدأ سياسة خارجية عالمية بالتعاون بين الولايات المتحدة مع حلفائها الأوروبيين وقام بإنشاء الناتو NATO، القائمة على أساس المصلحة القومية و تعزيز مبدأ القوة في إدارة العلاقات الدولية وبناء عالم يسوده الأمن والاستقرار؛ وهنا أثبتت النظرية المثالية عدم ملاءمتها مع الواقع الدولي الجديد، أين تأكد فشل أطروحاتها بقيام الحرب العالمية الثانية؛ ولم تفلح دعوتها للأخلاق والقيم ولا الإشادة بالصفة البشرية الخيرة أن تحول دون حدوث ذلك الدمار، كما لم يستطع القانون والتنظيم الدوليين أن يحفظا للعالم ذلك السلم والأمن. وثانياً كتبرير سياسي وإيديولوجي لفكرة الهيمنة والسيطرة الذي صيغ بأهداف علمية وأكاديمية.

كل هذا أدى إلى تلاشي النظرة المثالية آنذاك وبروز طرح جديد يدرس ظاهرة العلاقات الدولية على أساس (ما هو كائن لا على ما يجب أن يكون).

1. الأسس الفكرية: The Bases of the Idea

إن للفكر الواقعي أسس ومصطلحات وكذلك مفاهيم يعود الفضل فيها إلى أمثال هانس مورغانثو Hans Morgenthau وكتابه السياسة بين الأمم سنة 1948 Politics among nations الذي بلور فيه مجمل أفكاره، خاصة تأكيده بأن تفسير ما يحدث لمجريات العلاقات الدولية هو: (صراع من أجل السلطان والسلام¹). وبالرغم من أن ظهور الطرح الواقعي ليس ببعيد إلا أن جذوره الفكرية والفلسفية قديمة تمتد إلى فترات زمنية سابقة:

¹ - أ.د. عمار بن سلطان، مداخل نظرية لتحليل العلاقات الدولية، الجزائر، طاكسيج. كوم، 2009، ص 181.

بدأت بقصة ثوسيديد Thucydide (400/471 ق م) الذي يروي النقاش - الحاد - بين أثينيين أقوياء وممثلين عن جزيرة ميلوس Milos - جزيرة يونانية صغيرة - أثناء الحروب البيلوبونيسية The Pelopenian Wars ، حيث بيّن هذا السرد أهمية القوة أين يمكن اعتباره أحد النصوص المؤسسة والمهمة والملخصة للفكر الواقعي¹

وتجدر الإشارة إلى الكاتب الهندي كوتيليا Kautilya (296/312 ق م) الذي أعطى مفاهيم حول السلوك الدولي؛ إذ حملت أفكاره عن كيفية البحث لإيجاد الطرق والوسائل الكفيلة لتقوية الدولة داخليا وخارجيا سواء بالسعي نحو توسيع أراضيها أو العمل على تدمير خصومها، أو أنها تلجأ لإقامة تحالفات مع غيرها التي تنصب كلها في دعوة التي رفعها من أجل تقوية الدولة بشكل يجعلها تتقوى على غيرها وجعل المصلحة فوق كل شيء (ثنائية القوة والمصلحة القومية).

أما في العصر في الحديث نجد أن نيقولا ماكيافيلي Niccolò Di Bernardo Dei Machiavelli (1527/1489) الذي وضع أمن الدولة في قلب اهتماماته² وعلى أساسه بلور مجموعة من الأفكار في كتابه الأمير The Prince تتعلق بالسياسة والحكم والدولة، فأرجع أمور تسييرها إلى الطبيعة الشريرة للإنسان، وعلى الحاكم أن يتبنى في إدارة شؤون إمارته مقاييس غير أخلاقية.

توماس هوبز Hobbes Thomas في كتابه الطاغوت الذي طوّر فكرة (الدولة الطبيعية) وهي حرب الكل ضد الكل³. كما يرى أن القوة عامل حاسم في السلوك الإنساني⁴؛ فالإنسان بذلك يسعى دون هوادة نحو امتلاك المزيد من القوة، ولا يتوقف عن هذا السعي إلا عند موته.

ونشير في الأخير وعلى اعتبار أن القوة دافع غريزي كامن في الطبيعة الإنسانية فكل هؤلاء المفكرين يجمعون على أهمية متغير القوة لإدارة العلاقات الدولية، وإن كانوا يختلفون في طريقة توظيفه⁵.

2. مسلمات التحليل الواقعي: Real analysis

- تعتبر الدول أهم الفواعل في السياسة الدولية، و عليه فإن التركيز عليها كوحدة التحليل يساعد على فهم طبيعة التفاعلات الحاصلة داخل النظام الدولي، وليس على غيرها من الفواعل التي ظهرت فيما بعد.

² Amélie blom, Frédéric Charillon, théories et concepts des relations internationales, hachette superieur, 2001, p13.

³ Ibid, p 13.

⁴ Ibid, p 13.

⁴ - أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 181.
⁵ - خلف الله عمر، التحديات البيئية وفعالية الاستجابات السياسية في إفريقيا، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية تخصص: دراسات إفريقية، جامعة الجزائر 3 كلية العلوم السياسية والإعلام قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية ص 14.

- يشير باروخ سبينوزا Baruch Spinoza إلى أن رجال الدولة هم من ساعدوا في فهم وشرح السياسة أكثر مما ساهم به رجال النظرية، نتيجة لاهتمامهم بالأمر العملية وبالممارسة.¹
- لا يمكن تحديد وربط السياسة بالأخلاق، وبالتالي تحرير العمل السياسي من المبادئ الأخلاقية التي تعمل على عرقلة.
- يشكك الواقعيون على العموم أهمية الأخلاق للسياسة الدولية. وهذا يمكن أن يقودهم إلى الادعاء بأنه لا مكان لها للأخلاق في العلاقات الدولية، وأن هناك توترا بين مطالب الأخلاق ومتطلبات العمل السياسي الناجح، أو أن الدول لها أخلاقها الخاصة التي تختلف عن الأخلاق العرفية، وإن وجدت فعلاً لا تستخدم إلا من أجل تبرير سلوك الدول².
- السياسة هي نتاج تحليل وفهم التاريخ والواقع والتعرف على الظواهر التي لها خاصية الاستمرار (كالهروب والسلام) مثل: لا تقبل فكرة السلام الدائم كما لا تقبل فكرة التناسق في المصالح.
- حيث يرى مورغانثو Hans Morgenthau أن فكرة المصالح لا تفترض وجود عالم مسالم، كما لا تفترض حتمية الحرب، لكنها تقوم على افتراض وجود صراع مستمر، وتهديد بالحرب.³
- وبالاعتماد على التاريخ كمخبر كما جاء في الطرح الواقعي اعتبار أن هذه الأمور غير موجودة في التاريخ البشري، ولإثبات صحة أو خطأ الفكرة يستوجب الرجوع إلى التاريخ الذي عن طريقه تعمم الظاهرة المراد دراستها.
- أن الطبيعة البشرية مفطورة على الشر وليس على حب الخير والفضيلة، وأن ميلهم لامتلاك القوة تستند للخطيئة القائمة على العنف مستبدلين بخطيئة آدم وعمموها على البشر.
- ونشير إلى أحد أقطاب الفكر الواقعي وهو قسيس إذ يقول: (أن الإنسان ملطخ بالخطيئة الأولى، فلهذا هو مهياً للشر)⁴
- المصلحة هي جوهر العلاقات الدولية نتيجة لغياب سلطة عليا تفرض احترام القانون الدولي مما يؤدي إلى القول بأن الفوضى تعم النظام الدولي.
- فكما يقول فريدريك شومان Frederick Schumann ، أحد دعاة المنهاج الواقعي في تحليل العلاقات الدولية، أن النظام الدولي يتكون في صميمه من دول مستقلة ذات سيادة لا تعترف بوجود سلطة أعلى منها، وهي

¹ - د. نصيف يوسف حتى، النظرية في العلاقات الدولية، بيروت، دار الكتاب العربي، 1985، ص24

² W. Julian Korab-Karpowicz , Political Realism in International Relations, First published Mon Jul 26, 2010; substantive revision Tue Apr 2, 2013

<https://plato.stanford.edu/entries/realism-intl-relations/#ThuImpPow>, 8:50 2017/05/08

³ - أ.د إسماعيل صبري مقلد، نظريات السياسة الدولية، "دراسة تحليلية مقارنة"، ط1، الكويت، دار ذات السلاسل، 1987، ص 52.

⁴ - أ.د عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 180.

تعمل على تأمين مصالحها القومية بوسيلتي القتال والتفاوض، ويأتي هدف الحفاظ على الذات self-Preservation كهدف نهائي وأعلى لا يخضع لأي تحفظ ولا يقبل المساومة عليه¹.

- بقدر ما يتصور الواقعيون أن العالم يعيش حالة من الفوضى بين الدول، فيعتبرون نتيجة لذلك أن الأمن هي مسألة أساسية. ولتحقيق ذلك تحاول الدول زيادة قوتها والانخراط في موازنة السلطة بهدف ردع المعتدين المحتملين. وشن الحروب لمنع الدول المتنافسة من أن تصبح أقوى عسكرياً².

3. مبادئ الواقعية السياسية: Principles of political realism

إن الركائز العقلانية والواقعية هي التي دعمت تصور مورغاننتو للخروج بأفكار ومبادئ أكدت استقلال علم السياسة ومن بعده علم العلاقات الدولية عن باقي العلوم الاجتماعية الأخرى.

المبدأ الأول: المعايير النظرية والمنهجية للواقعية السياسية:

1. السياسة تحكمها مجموعة من القوانين مثل أي مجتمع وبالتالي وجوب العمل على فهمها من أجل تطويرها.
2. ضرورة التمييز بين الحقيقة والرأي: فالحقيقة هي كل ما هو صحيح موضوعياً وعقلانياً بخلاف الرأي الذي يستند إلى أفكار خيالية ورغبات إنسانية لا تعرف الحدود، ومن ثم لا يمكن الاسترشاد بها في صناعة القرارات السياسية أو الحكم عليها.
3. في عالم الواقع لا بد التأكد من نجاح أي سياسة خارجية، وذلك بمراجعة ما تم انجازه مقارنة بتلك الأهداف المرجوة باستخلاص النتائج المرئية لأعمال السياسة، مع السعي لمعرفة الواقع الذي جرت فيه العملية السياسية وإخضاع ذلك لكل تصور عقلي مفترض، كون الساسة يفكرون ويتصرفون في حدود المصلحة القومية لهم.

المبدأ الثاني: المصلحة جوهر علم السياسة والعلاقات الدولية:

كون أن المصلحة هي المفهوم الجوهرى للتصور الواقعي، وعليه وجب فهمها لأنها تشكل الموضوع الرئيسي الذي تدار من خلاله جميع التفاعلات في العلاقات السياسية الدولية³، بالإضافة إلى أنها تمكن الباحث من التمييز بين ما هو سياسي وما هو غير ذلك.

بل يذهب أنصار المدرسة الواقعية إلى أن المبادئ المعنوية أو الأخلاقية، بل وحتى القواعد القانونية الدولية، جميعاً يصعب تحقيقها أو تطبيقها على السلوك السياسي الخارجي للدولة فهي تسعى إلى تحقيق مصالحها⁴.

¹- أ.د. إسماعيل صبري مقلد، المرجع السابق، ص 50.

²- W. Julian Korab-Karpowicz , Op.cit.p

³- أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 183

⁴- أ.د. عبد القادر محمد فهمي، النظريات الجزنكية والكلية في العلاقات الدولية، عمان، دار الشروق للنشر، 2010، ص 85.

وهذا ما يفيدنا لاستخلاص نظري الذي يمكننا من فهم السياسة الداخلية والخارجية للدول¹، ولهذا فالمصلحة هي التي تجعل السياسة الخارجية تظهر كحلقة متصلة وعقلانية ومفهومة ومتسقة مع نفسها.

وعليه كان تعريف ستيفن والت Stephen Walt للواقعية تفسيراً مبسطاً لما سبق ذكره إذ يقول أنها - الواقعية -: تصور الشؤون الدولية باعتبارها صراع من أجل النفوذ بين دولاً لا تعنيها سوى مصالحها، وهي متشائمة بشكل عام إزاء إمكانية إزالة الصراعات والحروب..²

المبدأ الثالث: المصلحة هي جوهر العملية السياسية: إذ ترى الواقعية السياسية أن:

1. المصلحة هي جوهر ولب جميع العمليات السياسية بمفهومها الثابت وليست متغيرة³ (الصراع من أجل البقاء) وهي محور العلاقات التعاونية والصراعية بين الأفراد والجماعات ومن ثم الدول.

وفي جانب تفسيري آخر تجدر الإشارة إلى أن النظرية المثالية - عكس التصور الواقعي - تتبنى تصورات قيمية تحد من التطلعات السياسية للمركب الصناعي العسكري نحو الخارج.

2. سيطرة المصالح المادية والمعنوية على تفكير وسلوك الأفراد، واستمرارها مرهون بوحدها وعدم وجود تناقض وتضارب ما بين تلك المصالح.

3. المصلحة عند مورغانو مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمفهوم القوة التي تنطوي على أي شكل من أشكال السيطرة الشاملة على كافة العلاقات الاجتماعية.

4. اجتمع مفكرو النظرية الواقعية وبدرجات متفاوتة على أن أفضل وصف للسياسة الدولية هي الغابة (jungle) التي تسودها حالة الحرب، فهؤلاء .. يعتقدون أن هناك دوماً احتمالية لوقوع حرب بين الدول المكونة للنظام الدولي. هذه الحالة من عدم الاستقرار في النظام الدولي والخوف من الحرب ترجع دائماً من الطبيعة الشريرة، أو خصائص الدولة، أو بنية النظام الدولي، أو إلى العوامل الثلاث مجتمعة⁴.

بديهية أخرى من التفكير الواقعي هو سعي الدول لتحقيق مشاريعهم في محاولة منها لزيادة قوتها؛ رغم الاستخدام الكثير لهذا المصطلح في أدبيات العلاقات الدولية. ومع ذلك فإنه لا يزال غير واضح المعالم، هل يشار فيه المعنى للدول التي لديها تأثير كبير على السياسة العالمية، بمعنى (القوى الكبرى)⁵. على العكس من المدرسة المثالية التي تجاهلت عنصر القوة وفعاليتها في رسم الأحداث تكون الدول هي المتحكمة والقائدة لهذا النظام.

¹ - أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 183.

² - د. عامر مصباح، معجم مفاهيم "العلوم السياسية والعلوم الدولية"، الجزائر، دار شاوش، 2005، ص 162.

³ - أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - د. علي بن الحسين القحطاني، النظرية الواقعية وتطورها في العلاقات الدولية، جامعة الاسكندرية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، العدد 02، المجلد 48، جويلية 2011، ص 312.

⁵ - Pierre de Senarclens, Yohan Ariffin, La **Politique Internationale, Théories et Enjeux Contemporains**, 6^e édition, Armand colin éditeur, 2010, p 22.

5. كما أن الواقعية السياسية تميز بين المصالح العليا للدولة والمصالح الثانوية لها، فالأولى ثابتة ودائمة وغير قابلة للمساومة أو التنازل وتأتي في أعلى درجة أولويات السياسة الخارجية، ولهذا وجب حمايتها؛ أما الثانية فهي غير ثابتة متغيرة وفق الظروف والحاجة قابلة للمساومة أو التنازل عنها إذا ما اقتضت المصالح العليا ذلك¹.

6. يشكل الهدف الأسمى للدول في ظل طبيعة هذا النظام هو الحفاظ على بقائها وحماية أمنها القومي، فتكون العلاقات بين هذه الدول مبني على ما تملكه من قوة.

فالقوة التي تعنيها تحليلات النظرية الواقعية، ليست مجرد القوة العسكرية أو وسائل الإكراه المادي بمعناها الضيق، ولكنها القوة القومية Natinal Power بمفهومها الشامل بمختلف عناصرها ومكوناتها المادية وغير المادية ومنها على سبيل المثال لا الحصر: السكان، الموارد الطبيعية، الموقع الاستراتيجي، مستوى التطور التكنولوجي، الجهاز الإنتاجي، نظام الحكم ومؤسساته، الزعامة السياسية والإيديولوجية، الدبلوماسية، الدعاية، الرأي العام، مستوى التسليح..²

المبدأ الرابع: الفصل ما بين المبادئ الأخلاقية ومتطلبات العمل السياسية:

وذلك لارتباط الأخلاق السياسية لما حقق من نتائج وما أنجز فعلا، ولا يجب الخلط بين القيم الفردية وقيم الدولة، كي لا تتقيد الدولة بتلك المبادئ الأخلاقية؛ هذا المبدأ الذي أنشاء مبدأ آخر وهو الفصل بين السياسة والدين كون هذا التصور قائم على التمييز بين الحقيقة والعبادة إذ أن الربط بينهما من شأنه أن يحطم الأمم والحضارات³.

4. العوامل الموضوعية للمدرسة الواقعية⁴: Objective Factors of the Realism

- إجماعهم على الدور الفعال للقوة في العلاقات الدولية وضرورة التسليح بها.
- يجعلون من القوة وسيلة وليست غاية لتحقيق المصلحة الوطنية.
- ضرورة الفصل التام بين الأخلاق والسياسة.
- لجوء الدول إلى التكتلات والتحالفات، (أين عبرت عنها بمفهوم توازن القوى) عند فشلها للوصول لتحقيق المصلحة الوطنية.

¹ - أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 185.

² - د. صبري مقلد، المرجع السابق، ص 49.

³ - أ.د. عمار بن سلطان، المرجع السابق، ص 186.

⁴ - Stéphane Paquin, Dany Deschênes, introduction aux relations internationales, théoriers, pratiques et enjeux, chénelière édition inc, 2009. p06.

المراجع

أولاً: باللغة العربية

الكتب:

1- د. إسماعيل صبري مقلد، نظريات السياسة الدولية، "دراسة تحليلية مقارنة"، ط01، الكويت، دار ذات السلاسل، 1987.

2- د. عامر مصباح، معجم مفاهيم العلوم السياسية والعلوم الدولية، الجزائر، دار شاوش، 2005.

3- أ.د. عبد القادر محمد فهمي، النظريات الجزئية والكلية في العلاقات الدولية، عمان، دار الشروق للنشر، 2010.

4- - أ.د. عمار بن سلطان، مداخل نظرية لتحليل العلاقات الدولية، الجزائر، طاكسيج. كوم، 2009.

5- د. نصيف يوسف حتي، النظرية في العلاقات الدولية، بيروت، دار الكتاب العربي، 1985.

المجلات:

1. د. علي بن الحسين القحطاني، النظرية الواقعية وتطورها في العلاقات الدولية، جامعة الإسكندرية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، العدد 02، المجلد 48، جويلية 2011.

الرسائل:

1. خلف الله عمر، التحديات البيئية وفعالية الاستجابات السياسية في إفريقيا، مذكرة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية تخصص: دراسات إفريقية، جامعة الجزائر3 كلية العلوم السياسية

والإعلام قسم العلوم السياسية و العلاقات الدولية.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1. Amélie blom et Frédéric Charillon, théories et concepts des relations internationales, hachette supérieur, 2001.

2. Pierre de Senarclens et Yohan Ariffin, La Politique Internationale, Théories et Enjeux Contemporains, 6^e édition, Armand colin éditeur, 2010.

3. Stéphane Paquin et Dany Deschênes, introduction aux relations internationales, théoriers, pratiques et enjeux, chenelière édition inc, 2009.

المواقع الإلكترونية:

¹- W. Julian Korab-Karpowicz , Political Realism in International Relations, First published Mon Jul 26, 2010; substantive revision Tue Apr 2, 2013.

<https://plato.stanford.edu/entries/realism-intl-relations/#ThuImpPow>, 2017/05/08 8:50

المنازعات المتعلقة برخصة البناء

عكوش حنان

بوعكاز يسرى

جامعة عمار ثليجي - الأغواط-

الملخص :

تنوع منازعات التعمير بين ثلاث قضاة ،بداية بالقاضي الإداري المختص عادة بنظر مشروعية القرارات والتراخيص عن طريق دعوى تجاوز السلطة (الإلغاء) أو توقيع مسؤولية السلطة العمومية .

كما يختص القاضي الجنائي بتوقيع العقوبات عند القيام بأعمال البناء دون ترخيص ،أو مخالفة قواعد التعمير وتوجيهاته. واخيرا يختص القاضي المدني بجبر الأضرار التي تتسبب فيها الغير الناتجة عن مخالفة قواعد التعمير

Le contentieux de l'urbanisme est partagé entre trois juges. Le juge administratif est classiquement compétent pour connaître de la légalité des actes et autorisations par la voie du recours pour excès de pouvoir, ou pour mettre en jeu la responsabilité de la puissance publique.

Le juge pénal est pour sa part compétent pour sanctionner les utilisateurs du sol qui réalisent leur projet sans autorisation ou méconnaissance des prescriptions d'urbanisme.

Enfin, le juge civil peut être également appelé à intervenir pour contraindre les particuliers à réparer les préjudices qu'ils ont pu causer aux tiers en transgressant les règles d'urbanisme.

مقدمة :

تتخذ منازعات التعمير في النظام القانوني والقضائي الجزائري صورا وأشكالا كثيرة لعل أهمها منازعات رخصة البناء ومنازعات الهدم، لما لها من انتشار واسع على مستوى الجهات القضائية. وتعود أهمية هذا النوع من المنازعات تحديدا كون أن النزاع من جهة ينصب على عقار، والعقار يحتل مكانة مرموقة لدى الأفراد ،لذا نجد أن المشرع الجزائري قد وضع قواعد عامة لمنح رخصة البناء و ذلك طبقا لقانون التهيئة و التعمير و النصوص التنظيمية المطبقة له و التي

تخضع لها جميع البناءات سواء كانت داخل المناطق المحمية أو خارجها ، إذ أنه حدد الشروط التي يجب توفرها في كل طالب لرخصة بناء وكذا الشروط الخاصة بالعقار محل البناء ، كما حدد كفايات إيداع الطلب والبت فيه و الإجراءات الخاصة بذلك.

وعليه طرحنا الإشكالية التالية : كيف نظم المشرع الجزائري رخصة البناء وماهي المنازعات المتعلقة بها؟

المبحث الأول : مفهوم رخصة البناء :

الأصل أنه للمالك الحرية في استعمال ملكيته العقارية و إستغلالها و التصرف فيها وكذا ممارسة جميع الأنشطة العمرانية التي يراها تحقق مصلحته الخاصة و من باب أولى الحق في البناء.

إلا أنه وبالمقابل فإن هذه الحرية مقيدة بأن لا تتعارض مع الصالح العام و النظام العام العمراني وأسسها التي تقتضي وضع الضوابط و الميكانيزمات وإحكام الرقابة لا سيما على عمليات البناء و التشييد وهذا لضمان صلاحيتها في حد ذاتها وحتى تقوم وفقا لأسس و القواعد الهندسية و المعمارية و القانونية المطلوبة و على هذا الأساس كان لا بد من تنظيم حركة البناء من خلال التوفيق بين الحق في البناء و المصلحة الخاصة كحق مضمون و النظام العام العمراني الذي يقتضي المحافظة على الصحة العامة و السكنية العامة والأمن العام وكذا ضرورة مراعاة التنسيق العام في البناء و كذا المظهر الجمالي للمدينة.

المطلب الأول : تعريف رخصة البناء :

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون 90-29¹ المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 رخصة البناء و إنما إكتفى بذكر على أنها ترخيص تسلمه السلطة المختصة بذلك ، كما حدد أعمال البناء الخاضعة إليها مما يتحتم علينا الرجوع إلى الفقه من أجل وضع تعريف دقيق لها فوجدنا أنه هناك من يعرفها على أنها :

« عبارة عن قرار إداري تصدره جهة مختصة بتنظيم المباني تأذن فيه بإجراء معين يتعلق بالمبنى الذي يصدر بشأنه »².

وبالبعض الآخر عرفها على أنها « عبارة عن إذن أو ترخيص إداري لإنجاز أي بناء جديد مهما كان نوعه بما فيه الجدران الإحاطة أداء أو أي تعديل في البناية يتعلق بالمظهر الخارجي ».

¹ قانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير الجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة بتاريخ 02/12/1990 .

² د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون توجيه و تنظيم أعمال البناء ، دار الطبع ، 1996 ، ص15.

وهناك من عرفها بأنها: « الوثيقة الرسمية التي تثبت حق أي شخص طبيعي أو معنوي في إقامة بناء جديد مهما كانت أهميته حتى ولو كان عبارة عن جدار ساند أو جدار حاجز على الساحة أو الطريق العمومي أو تغطية أو توسيع بناء قائم »¹.

و هناك من عرفها بأنها : « قرار إداري ترخص بموجبه السلطة الإدارية المختصة بالبناء بعد أن تتحقق من احترام قواعد التعمير المطبقة بالمنطقة المعنية ».

و مهما تعددت التعريفات الفقهية ، فإنه يمكن تعريف رخصة البناء بأنها تصرف إداري صادر عن جهات إدارية مختصة غايته الأصلية أن تثبت الإدارة و تتيقن من أن مشروع أو أشغال البناء و التشييد موضوع طلب الرخصة لا تخالف الأحكام القانونية و التنظيمية المتعلقة بالتهيئة و التعمير و باستعمال الأرض و ما تقتضيه من صرامة و حزم في ذلك ، طبقا للنص المادة 50 من قانون 90-29 و المراسيم المطبقة له.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لرخصة البناء :

إن رخصة البناء عبارة عن تصرف قانوني صادر عن جهة إدارية منحها القانون سلطة الإصدار طبقا لشروط وإجراءات ، وتصدر رخصة البناء بالإرادة المنفردة ولا تحجب عنها هذه الخاصية حتى ولو كانت تتم بطلب من المعني وسعي منه . وترتب رخصة البناء أثرا قانونيا في حق المعني المستفيد من الرخصة من القيام بأشغال البناء في العقار محل الرخصة.

ورغم أن رخصة البناء تخول صاحبها حق البناء ، إلا أنه لا يمكن إجبار المستفيد من الرخصة على القيام بالبناء ، وتلقى رخصة البناء على صاحبها جملة من الإلتزامات منها : إعلام رئيس المجلس الشعبي البلدي بتاريخ فتح ورشة البناء ووضع لافتة مرئية توضح مراجع البناء الممنوحة ونوع البناء ، وتاريخ افتتاح الورشة والتريخ المتوقع لانتهاء الأشغال وإسم صاحب المشروع وغيرها من البيانات . وأن يضع حاجز فاصل مرئي ليلا ونهارا . وفي حال عدم إستكمال البناء في المدة المحددة في رخصة البناء وجب تقديم طلب جديد لاستئناف الأشغال.²

فرخصة البناء لها دور رقابي لفرض مقاييس التخطيط العمراني المعد حسب قواعد الأمن والصحة وسلامة الأشخاص وممتلكاتهم ، فليست رخصة البناء إجراء روتينيا ، بل له جملة من المقاصد العامة التي لا يمكن إنكارها . وتساهم رخصة البناء من جهة أخرى في المحافظة على البيئة والنسيج العمراني بشكل عام .

¹ عبد الناصر توفيق العطار : تشريعات تنظيم المباني . مطبعة السعادة . 1977 . ص 08.

² د-عمار بوضياف :منازعات التعمير في القانون الجزائري -رخصة البناء والهدم - مقال منشور ، العدد الثالث ،يناير 2013 ،ص03.

المبحث الثاني : المنازعات المتعلقة برخصة البناء:

إن رخصة البناء بإعتبارها القرار الإداري الذي يتضمن الترخيص بالقيام بأعمال البناء والتشييد أو غيرها فإنها ستكون موضوعا لعدة نزاعات تطرح أمام القضاء مثل المنازعات المتعلقة برفض الإدارة تسليم رخصة البناء أو حالة تسليم الرخصة ثم العدول عنها إما بسحبها أو بصدور قرار إداري يتضمن توقيف الأشغال لسبب أو لآخر. و قد تكون موضوعا لنزاعات تنشأ بين الافراد فيما بينهم أثناء تنفيذ الأشغال المرخص بهما و ما قد تنتج عنها من أضرار قد تلحق بالغير، كما تكون كذلك محلا لمخالفات يعاقب عليها القانون باعتبارها جرائم تمس بالنظام العام العمراني و قواعد و أنظمة التهيئة و التعمير.

طالما عقد الإختصاص بمنح رخصة البناء لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مواضع وحالات ، وللوالي في حالات أخرى ، وللوزير المكلف بالتعمير في حالات ثالثة ، فإنه ينجم عن ذلك تغير اختلاف قواعد الإختصاص حسب طبيعة القرار المطعون فيه والجهة المختصة بإصداره.

فيؤول الإختصاص بالنظر في منازعات رخص البناء التي يصدرها كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي للمحكمة الإدارية باعتبارها الجهة القضائية ذات الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية طبقا للمادة (800) من قانون 09-08 ، ويؤول الإختصاص بالنظر في طلب إلغاء رخص البناء الصادرة عن وزير التعمير لمجلس الدولة طبقا لمقتضيات المادة (9) من القانون العضوي 01-98 المعدل والمتمم وكذلك المادة (901) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الأول: المنازعات التي تختص بها الجهات القضائية الإدارية:

إن جهات القضاء الإداري تكون مختصة في جميع المنازعات التي تثيرها رخصة البناء باعتبارها قرار إداري صادر عن جهة إدارية مختصة عندما يكون مشوبا بعيب تجاوز السلطة في مواجهة الأفراد و كذا مبدأ المشروعية و خضوع أعمال الإدارة للقانون و هذا من أجل إلغائه أو الحصول على تعويض مناسب كما في حالة رفض الإدارة تسليم رخصة البناء إما صراحة أو ضمنيا أو صدور قرار إداري يرخص بالبناء ثم تلجأ هذه الأخيرة إما إلى سحبه أو توقيف الأشغال بدون تعليل مبرر. و عليه يثور التساؤل حول أسس رفع هذه الدعاوى وحالاتها والإجراءات المتبعة فيها و كذا الجهات الإدارية المختصة والصلاحيات الممنوحة لها.¹

الفرع الأول: أسس دعوى الالغاء:

يمكن تأسيس دعوى الإلغاء على أساس الأوجه و العيوب التقليدية التالية:

أولا: عيب عدم الاختصاص : و يتمثل في حالة إعتداء جهة إدارية على صلاحيات جهة إدارية أخرى إما من حيث المكان أو الزمان أو الموضوع.

كما في حالة تسليم رخصة البناء من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي في حين أن الإختصاص يعود إلى الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير.

¹ د-كمال محمد الامين :الإختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، ص23.

ثانيا : عيب الشكل و الإجراءات : كما في حالة إهمال الإدارة لإجراء جوهري سابق على عملية اتخاذ القرار رخصة البناء كمخالفة إجراءات التحقيق من قبل مصلحة الدولة المكلفة بالسياحة بالنسبة للبناء في المناطق السياحية و مواقع التوسع السياحي و قد يظهر عيب الشكل كما في حالة إغفال الإدارة عن تسبيب قرار رفض أو تأجيل منح رخصة البناء المادة 62-قانون 90-29.

ثالثا : عيب مخالفة القانون : و هو يتمثل في تجاهل الإدارة القاعدة قانونية كما في حالة رفض الإدارة منح الرخصة بحجة أن تصاميم البناء لم يتم التأشير عليها من قبل مهندس معماري معتمد بالرغم من مشروع البناء متواجد في إقليم البلديات المصنفة مخالفة بذلك المادة 55 من القانون 90-29 .

رابعا: عيب الانحراف في استعمال السلطة : تؤسس الدعوى أيضا على أساسا الانحراف بالسلطة إذا كانت الجهة الإدارية المختصة تستهدف غرضا يختلف عن الغرض الحقيقي الذي من أجله أصدرت القرار كما في حالة رفض رئيس بلدية ما الترخيص بالبناء كون أن صاحب الطلب لم يقم بالجملة الانتخابية أو الدعاية له مستندا في ذلك إلى جهات أخرى.

خامسا : عيب إنعدام السبب: و يحدث في حالة إنعدام الحالة أو الواقعة المادية أو القانونية التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار قرار رخصة البناء كما في حالة رفض منح رخصة البناء على أساس أن مشروع البناء يقع في أماكن محمية ذات طابع تاريخي أو أثري المادة 69 من القانون 90-20 ثم يثبت إنعدام وجود هذه الأسباب القانونية.

الفرع الثاني: حالات رفع الدعوى أمام القضاء الإداري:

إن رخصة البناء باعتبارها قرار إداري تهدف الإدارة من خلال منحها أو رفض منحها تحقيق الرقابة القبلية المسبقة على أعمال التشييد بالبناء و ضمان النظام العام العمراني فيما يخص الجهة الإدارية و من ناحية أخرى فإنه للفرد الحق في الحصول عليها لكونها أحد أوجه حق الملكية ومتى كان طلبه مستوفيا لكافة الوثائق و المستندات المطلوبة و أن الأشغال المراد القيام بها مطابقة ومنسجمة مع القواعد العامة للتهيئة و التعمير لا سيما أدواتها فإن النزاعات من هذا المنظور بين طالب الرخصة و الإدارة ستكون كما يلي:¹

أولا : حالة رفض الإدارة تسليمهم رخصة البناء:

إنه من الثابت قانونا أن الإدارة لا يمكنها رفض تسليم رخصة البناء إلا للأسباب المستخلصة من أحكام القانون 90-29 و المراسيم التنفيذية المطبقة له . و كذا القوانين الخاصة المتعلقة بالمناطق المحمية [المادة 62 - من نفس قانون 90-29]. و في حالة الرفض تلزم الإدارة بتسبيب القرار تسبيبا قانونيا و أن يبلغ للمعني [المادة 62-2] كما أن الحق في البناء هو أحد أوجه ممارسته الحق في الملكية المادة 50 القانون 90-29.

إلا أن التساؤل الجوهري الذي يثور من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة حول الموقف القضاء الإداري في حالة رفض الإدارة تسليم رخصة البناء إما بصورة صريحة و معللة قرارها على أسباب أخرى غير الأسباب التي حصرها القانون أو تزيف للوقائع و إما بصورة ضمنية وهذا بعد التعديل الذي تضمنه القانون 90-29 و الذي يعتبر

¹ قواوة عبد الحكيم : رخصة البناء ومنازعاتها ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،تخصص قانون إداري ،2015، 2014، ص55.

سكوت الإدارة عن الرد بعد الميعاد القانون المضروب لها بمثابة رفض ضمني للطلب رخصة البناء و هو ما يخول للمعنى أما رفع تظلم سلمى او إقامة دعوى امام القضاء الإداري للمادة 63 من القانون 90-29 .

المبدأ: أن القاضي الإداري غير مؤهل لمنح رخصة البناء فهل يجوز له إلزام الإدارة بمنحها وقد تضاربت الآراء و المواقف في ذلك بين مؤيد و معارض.

الموقف الأول :عدم جواز توجيه أوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري الجزائري.

فهو لا يمكنه أن يحل محلها طبقا للمبدأ الفصل بين السلطات و ليست لديه الآليات القانونية الكفيلة بجعل الإدارة تخضع للقرار الإداري المتضمن إلزامها بمنح رخصة البناء كالغرامة التهديدية و في غياب قانون الإجراءات الإدارية ينص صراحة على ذلك و إنما يجوز له فقط إلغاء قرار الرضو يكون للمحكوم له إما التقدم بطلب جديد و وفقا للإجراءات الجديدة أو رفع دعوى القضاء الكامل من أجل الحصول على التعويض في حالة عدم صدور قرار إداري جديد بالقبول أو متابعة الموظف الإداري شخصيا أمام جهات القضاء الجزائي على أساس المادة 138 مكرر من قانون العقوبات¹ على أساس جريمة امتناع الموظف عن تنفيذ حكم قضائي و ذلك لأن الإدارة لا تستطيع أن تعرض جميع تصرفاتها على القضاء بدعوة حماية الأفراد أو المحافظة على ضماناتهم و إلا وصلنا إلى شل نشاط الإدارة و إصابة المجتمع بضرر بليغ.²

الموقف الثاني: جواز توجيه أوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري الجزائري:

إن الحق في البناء هو مرتبط بحق ملكية الأراضي المكرسة دستوريا و أحد أوجه استعمالها و أن القضاء الإداري ينظر في الطعون ضد القرارات الإدارية و ما دام أن قانون التعمير الجزائري قد حدد حالات رفض تسليم رخصة البناء على سبيل الحصر فإن تقدير هذه الحالات يدخل ضمن الاختصاص المقيد والضيق للإدارة و من ناحية ثانية فإن هذه الأخيرة خصم في مواجهة الأفراد و ما دامت ملزمة بتعليل قراراتها الصادرة بالرفض أو التأجيل فإن ذلك سيخضع حتما لرقابة القضاء الإداري طبقا للمبدأ المشروعية و حماية حقوق الأفراد وحياتهم الأساسية و هي المعادلة التي يهدف إلى تحقيقها قانون التهيئة و التعمير في نهاية المطاف و عليه فإنه يجوز توجيه أوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري الجزائري .

و قد ذهب قضاء مجلس الدولة الجزائري إلى القول بعدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة مبدئيا إلا أنه و بالنسبة لإلزام الإدارة بتسليم رخصة البناء فقد قرر في القرار رقم 007736 الصادر بتاريخ 11-03-2003 و المنشور بمجلة مجلس الدولة العدد 03-2003- ص 143 المبدأ الآتي :

« حيث أن المستأنف عليها أقامت دعوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي معسكر من أجل إصدار قرار يلزمه بتسليم رخصة بناء لتهيئة محل لممارسة نشاط صيدلية .

حيث أن المستأنف عليها تمسكت في المرحلة الابتدائية بأنها تحصلت على الرأي الموافق لمديرية التعمير غير أن رئيس البلدية رفض تسليم الرخصة بموجب مراسلة و أن الرفض جاء غير معلل و بالتالي مخالف للتشريع المعمول به.

¹ نصت المادة 138 مكرر : "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه ،يعاقب بالحبس من ستة أشهر (6) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

² أ -خلوفي رشيد :مجلة مجلس الدولة ،العدد 2 ،2002، ص 65.

حيث أن دعوى المستأنف عليها الأصلية - تسليم رخصة البناء - تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل ... حيث أن القاضي الإداري الذي رفعت أمامه دعوى القضاء الكامل لا يمكنه تقدير الواقع ما دام القرار الإداري بالتجميد لم يكن محل طعن بالإبطال ... و لم يطعن في قانونيته أمام قاضي إداري ... أنه يتعين رفض دعوى المستأنف عليها لكونها سابقة لأوانها».

و على كل فإن إلزام الإدارة بمنح رخصة البناء لا يمكن اعتباره حلوًا محلها كما كان الأمر في التشريع السابق و في جميع الحالات إذا تبين للقاضي الإداري أن الملف المقدم من قبل الطالب مطابق لما نصت عليه أدوات التعمير وأن هذا الأخير قد احترم جميع المواصفات المطلوبة لإنجاز البناء و لا يوجد أي مانع شرعي أو مادي لتبرير رفض الإدارة تسليمه إياها فيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يكيف الرفض على أنه تعدي ما دام أن الأمر يتعلق بالتمتع بحق الملكية و التي لا يمكن أن تقبل التعويض مهما كان معتبرا في جميع الحالات و يلزم الإدارة تسليم رخصة البناء و هذا بالإعتماد على خبرة فنية جديّة تكون موافية و لاسيما من حيث الشروط التقنية و مدى قابلية الأرض للبناء عليها و كذا بتعليل قانون دقيق و تسبب يكون في المستوى من أجل اتخاذ هذا الإجراء.

كما تجدر الإشارة إلى أن سكوت الإدارة عن الرد على الطلب خلال الأجل المحدد لها قانونا ثم صدور قرار بالرفض بعد انتهاء هذه المدة اعتبره القضاء الجزائري تجاوز للسلطة ويستوجب إلغاء هذا القرار¹.
ثانيا: حالة صدور قرار بالقبول ثم اعتماد الإدارة إلى سحبه:

الأصل أن رخصة البناء تنتهي بنهاية المدة المحددة لنفاذها طبقا للنص المادة 57 مرسوم 91-176² إذ تنص: «تعد رخصة البناء ملغاة إذا لا يستكمل البناء في الأجل المحدد في القرار المتضمن رخصة البناء». و بعد آجال الصلاحية المحددة لا بد من تقديم طلب جديد للحصول على رخصة جديدة تعد بدون دراسة شريطة أن لا تتطور أدوات التعمير بشكل مغاير ، إلا أنه قد تتدخل الإدارة لإنهاء رخصة البناء و إزالة آثارها القانونية بالنسبة للمستقبل والماضي معا و من ثمة فإن سحب رخصة البناء لا يمكن اجرائه إلا بتوافر شروط معينة وفقا للنظرية العامة لسحب القرارات الإدارية³.
ثالثا: حالة صدور قرار بالقبول ثم لجوء الإدارة إلى وقف تنفيذ الأشغال:

إن المادة 76 من قانون 90-29 قبل إلغائها تتعلق بوقف الأشغال المخالفة للقواعد التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال دون سواها من الحالات حيث تنص: "في حالة إنجاز أشغال البناء تنتهك بصفة خطيرة الأحكام القانونية و التنظيمية السارية المفعول في هذا المجال يمكن للسلطة الإدارية أن ترفع دعوى أمام القضاء المختص من أجل الأمر بوقف الأشغال طبقا لإجراءات القضاء الاستعجالي..."

و الواضح أن المشرع الجزائري آنذاك قد سلب من الإدارة صلاحية التنفيذ المباشر من امتيازات السلطة العامة بل أخضع كل عمليات وقف البناء إلى القضاء عن طريق دعوى استعجالية ترفعها الإدارة شأنها شأن الأفراد و قد تم

¹ قرار إداري صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا مؤرخ في 28-07-1990 مجلة القضائية 01 سنة 1992 ص 53.
² المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 والمحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك. الملغى بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.
³ عمار عوابدي - القانون الإداري . ديوان المطبوعات الجامعية . المؤسسة الوطنية للكتاب 1990. ص 520.

تعديل هذه الإجراءات بموجب المرسوم التشريعي 94-07¹ و الذي تضمن فقط تثبيت الأمر بوقف الأشغال من قبل قاضي الاستعجال و عليه فإنه فيما عدا حالة انتهاك الأحكام القانونية في مجال التهيئة و التعمير لا يمكن للجهات الإدارية أن تأمر بوقف الأشغال أو تأجيل تنفيذ الرخصة المسلمة بصفة قانونية ولهذا فقد قررت المحكمة العليا على أنه :«من المقرر قانوناً أنه عندما يتحصل على رخصة إدارية حتى و لو كانت ضمنية لا يحق للإدارة إعادة النظر فيها عنه طريق اتخاذ قرار ناطق بوقف التنفيذ و من ثمة فإن المقرر الأمر بتأجيل تنفيذ المقرر الأول يعود مشوباً بعيب تجاوز السلطة»¹.

كما يجوز للمعني حتى اللجوء إلى القضاء الإداري الإستعجالي من أجل وقف تنفيذ القرار المتضمن توقيف الأشغال : «يجوز لكل متضرر من قرار رئيس المجلس الشعبي أن يطلب من قاضي الإستعجال طلب وقف تنفيذه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه . و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لها حق مكسب تمثل في قرار تأسيسها و رخصة البناء التي تحصلت عليها فإن القرار الاستعجالي الأمر بوقف تنفيذ القرار الصادر من البلدية المتضمن توقيف أشغالها يكون قد طبق القانون التطبيق الصحيح».

الفرع الثاني : دعوى التعويض فيما يخص رخصة البناء:

تعتبر دعوى التعويض من الدعاوى الشخصية و على ذلك يجب على المدعي إثبات خطأ ينسب للإدارة و أنه قد مس بحق ذاتي له يحميه القانون و كذا العلاقة السببية و عليه فإنه يمكن تصور قيام المسؤولية الإدارية في هذا المجال في الحالات الآتية :

أولاً : رفض الجهة الإدارية المختصة منح رخصة البناء أو تأجيل منحها لأسباب غير شرعية بالرغم من صدور قرار إداري عن القضاء الإداري يلغي رفض تسليم الرخصة مخالفة بذلك قوة الشيء المقضي به .

ثانياً : إصدارها لقرار بقبول تسليم رخصة البناء ثم لجوئها إما إلى سحب هذا القرار بعد انقضاء الميعاد القانوني لذلك أو توقيف الأشغال بدون مبرر شرعي أو ميرر قانوناً طبقاً لاجتهاد المحكمة العليا .

ثالثاً : حالة التعدي من قبل الإدارة كحالة لجوء الإدارة إلى الهدم مباشرة دون اللجوء إلى القضاء أو الهدم الغير مبرر .

رابعاً : قيام المسؤولية الإدارية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة و هي حالة لا يمكن إسنادها إلى خطأ مرفقي أو مخاطر غير عادية إذ ينتج عن هذا الوضع تحميل شخصاً ما عبئاً أو ارتفاعاً مع استفادة العامة منه مما يشكل خرقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كما في حالة تضمن أدوات التعمير أن القطاع المحدد لا يمكن البناء عليه لأنه سيكون موضوع لإنجاز مشروع ذو منفعة وطنية طبقاً لنص المادة 13 من قانون 90-29 وعليه فهو قطاع غير قابل للتعمير [المادة 19 من نفس القانون] .

المطلب الثاني : المنازعات التي تختص بها الجهات القضاء المدني:

إن منازعات رخصة البناء التي يختص بها القاضي المدني هي تلك التي ينزع فيها الأشخاص الذين يحكمهم القانون الخاص أثناء تنفيذ الرخصة حول مدى احترام أحكام و بنود رخصة البناء عند الإنجاز كالتعدي على الأملاك المجاورة أو البناء بدون رخصة أصلاً بشرط أن تلحق هذه الأشغال ضرراً شخصياً ومباشراً للغير طبقاً لقواعد القانون

¹ المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

المدني و أن لا ينازع هؤلاء شرعية الرخصة أو في محتواها. وبالتالي فإن القاضي المدني يختص بنظر الدعاوى التي يرفعها الأفراد أصحاب الصفة والمصلحة بسبب الأضرار التي قد تصيبهم من جراء أعمال البناء والتعمير .

الفرع الأول :إختصاص قاضي الموضوع:

تؤسس الدعوى في هذا الإطار على وجود خرق لقواعد العمران و مخالفة لبنود الرخصة من قبل المرخص له بالبناء و تلحق ضرر شخصيا و مباشر بالغير في مفهوم القانون المدني. و بدون مناقشة مسألة شرعية الرخصة أو في محتواها. كفتح نافذة مواجهة للملكية الغير على مسافة لا تقل عن مترين¹ أو عدم إلزام المعني بقيود الارتفاع المقرر. و هذا طبقا للمادة 124 و 709 و ما يليها من القانون المدني و كذلك مخالفة القواعد العامة للتهيئة و التعمير المعمول بها.

و عليه و في هذا الصدد فإننا نفرق بين حالتين تطرحا على القاضي العادي:

أولا :حالة مخالفة المرخص له بالبناء لأحكام و بنود الرخصة:

إن إقامة البناء على خلاف أحكام و مقتضيات رخصة البناء و عندما يسبب أضرار للغير فإن يكون مخالفة لقواعد التهيئة و التعمير من ناحية ثانية لقواعد القانون المدني في باب المسؤولية المدنية الأمر الذي يترتب معه قيام المسؤولية المدنية للمرخص له بالبناء تجاه الغير .

إن الترخيص بالبناء يمنح تحت طائلة الحفاظ على حقوق الغير و عدم المساس بها. فإذا ثبت مخالفتها فإنه يمكن المطالبة باصلاح الضرر الناتج عن المساس بالحقوق الخاصة أمام القاضي المدني. وعلى أساس **المادة 124** من القانون المدني ،ليحكم هذا الأخير بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تماشيا مع أحكام رخصة البناء كما يجوز له الحكم بالتعويض المناسب عن الضرر الذي لحق بالغير إذا ما طلب منه الخصم ذلك .

ثانيا :حالة مخالفة أحكام رخصة البناء لقواعد التهيئة و التعمير :

عندما تكون أعمال البناء المرخص بها مصدر الضرر مطابقة لأحكام رخصة البناء و كانت هذه الأخيرة مخالفة لقواعد التهيئة و التعمير ، فإنه لا يمكن الحكم ضد صاحب بناية تمت وفق لبنود رخصة البناء باية إلزام إلا إذا تم إلغاء هذه الرخصة مسبقا أمام جهات القضاء الإداري ، و عليه يكون لغير المتضرر منها دعويان دعوى إبطال رخصة البناء أو إلغائها لتجاوز السلطة أمام القاضي الإداري ثم اللجوء إلى القاضي المدني لاصلاح الضرر الناتج عن المسؤولية المدنية للمرخص له بالبناء من جراء الأشغال التي انجزت وفقا لهذه الرخصة الملغاة .

و هو الأمر المعمول به في القضاء الجزائري وذلك تطبيق للنص **المادة 800** من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من خلال المعيار العضوي ، و هذا الاعتبار أن رخصة البناء هي قرار إداري مشروع صادر عن جهة إدارية مختصة و القاضي المدني غير مؤهل لإلغائها ، مما يستدعي الأمر التصريح بعدم الإختصاص النوعي .

¹ نصت المادة 709 من القانون المدني : " لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين ،وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجه له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة ،أو من النتؤ....".

الفرع الثاني :إختصاص قاضي الإستعجال :

يمكن رفع دعوى من قبل المتضرر من تنفيذ رخصة البناء لطلب وقف الأشغال أمام قاضي الإستعجال إلى حين الفصل في الموضوع ،طبقا لنص المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و في حالة البناء بدون رخصة أصلا ، فإنه لا يشترط رفع دعوى في الموضوع لقبول الدعوى بل إثبات أن البناء يتم بدون ترخيص إداري ، و هو أمر كاف للأمر بوقف الأشغال.

وكقاعدة عامة يختص القاضي الإداري الإستعجالي بنظر منازعات التعدي لما ينطوي على هذا الفعل من عنصر الإستعجال¹ ، وفقا لنص المادة (921) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث : المنازعات التي تختص بها جهات القضاء الجزائي :

إن انتهاك قواعد التهيئة و التعمير في مجال البناء يولد المسؤولية الجزائية للمخالفين باعتبارها جرائم يعاقب عليها بنص خاص ، كونها قواعد قانونية من النظام العام ومقتزنة بجزاء و لا يجوز الإتفاق على مخالفتها و لأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة تعلوا على المصالح الفردية .

و عليه فإن القاضي الجزائي يلعب دورا مهما و حاسما في مهمة الردع و قمع جرائم رخصة البناء و هذا من أجل احترام أكبر لقواعد التهيئة و التعمير .

و عليه فإنه يثور التساؤل حول طبيعة هذه المخالفات و تكييفها القانوني و الجزاءات العقابية المقررة لها و المسؤولين عنها و كذا المتابعات الجزائية أمام جهات القضاء الجزائي .

الفرع الأول : طبيعة المخالفات :

نصت المادة 77 من قانون 29-90 على أن : " يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 3000 دج و 300.000 دج عن تنفيذ أشغال أو استعمال أرض يتجاهل الإلتزامات التي يفرضها هذا القانون و التنظيمات المتخذة لتطبيقه أو الرخص التي تسلم وفقا لأحكامها ، و يمكن الحكم بالحبس لمدة شهر إلى ستة أشهر في حالة العود " .

إن المادة 77 أعلاه تعد الركن الشرعي لجرائم التهيئة و التعمير منها الجرائم المتعلقة برخصة البناء خاصة ، إلا أن هذا النص الجزائي قد جاء عاما و غير واضح و لم يحدد بدقة ما هي هذه الأفعال المجرمة ،ولتفادي هذا الغموض تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 94-07² في المادة 50 منه و التي حددت أنواع هذه المخالفات كما يلي :

1. تشييد بناية بدون رخصة بناء على أرض تابعة لأملاك وطنية عامة أو خاصة على أرض خاصة تابعة للغير على أرض خاصة.
2. تشييد بناية لا تطابق رخصة البناء بتجاوز معامل تشغل الأرضية.
3. عدم القيام بإجراءات التصريح و الإشهار .

أولا :الجرائم المتعلقة برخصة البناء جرائم مادية :

¹ د.كمال محمد الامين :الإختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء، المرجع السابق ،ص 84.

² المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

إن جريمة البناء بدون ترخيص تقع بقيام الشخص لأعمال أو منشآت بغير ترخيص أو مخالفة لاحكام الرخصة ، و تشكل هذه الجريمة من ثلاث عناصر أساسية :

• **العنصر المادي** : البناء و هو العنصر الإيجابي و يتخذ أحد الصور التي تفرضها المادة 52 من قانون 90-29.

• **عدم وجود رخصة البناء** : كحالة عدم طلب الرخصة من الجهات الإدارية أو رفض الإدارة تسليم الرخصة إما صراحة بموجب قرار الرفض ، أو ضمناً بسكوتها بعد فوات الأجل القانوني للرد.

• **أن يتم البناء في مجال تطبيق رخصة البناء** : فإنه لا يمكن قيام الجريمة في مواجهة الأعمال التي تختم بسرية الدفاع الوطني ، المادة 53 قانون 90-29 ، أو الأعمال الخاصة بالهياكل القاعدية الخاصة التي تكتسي طابع إستراتيجياً من الدرجة الأولى ، التابعة لبعض الدوائر الوزارية أو الهيئات أو المؤسسات .

• **ثانياً : الجرائم المتعلقة لرخصة البناء جرائم مستمرة :**

إن فعل الجريمة المتعلقة برخصة البناء يشكل جريمة مستمرة ذلك أن أعمال البناء قد تستغرق وقت طويلاً في وقوعها بسبب إمتدادها في الزمن و عليه يبدأ احتساب مدة تقادم الدعوى العمومية لحظة تمام المخالفة .

ثالثاً : الجرائم المتعلقة برخصة البناء جرائم عمدية :

سواء أكان نشاط المتهم عمدياً أم لا فإنه عندما يبدأ هذا الأخير في الأشغال بدون رخصة أو مخالفة لمقتضياتها فإن الجريمة تتحقق و ليس له الاحتجاج بحسن نيته من أجل عدم مسألته جزائياً و ليس للقاضي أن يأخذ بهذا الدفع.

الفرع الثاني : التكييف القانوني و الجزاءات المقررة :

تقسم الجرائم بصفة عامة بالنظر إلى جسامتها إلى جنيات و جنح و مخالفات و فيما يخص الجرائم المتعلقة برخصة البناء ، فمن خلال النصوص الجزائية الخاصة بالتهئية و التعمير سواء في أحكام القانون 90-29 و المرسوم التشريعي 94-07 أو بعد صدور النصوص العمرانية الجديدة و المتعلقة بالمناطق المحمية ، فإننا نميز بين حالتين :
أولهما : الأصل أن مخالفة قواعد التهئية و التعمير كالبناء و بدون ترخيص أو المخالف لأحكامها فإنها تكييفها على أنها جنح و تتراوح عقوبتها ما بين 30.000 دج و 300.000 دج كما يمكن الحبس لمدة شهر إلى 6 أشهر في حالة العود .

و هذا طبقاً لنص المادة 77 من القانون 90-29 و المرسوم التشريعي 94-07 و هذا في حالة ارتكاب المخالفات في المواقع المتعلقة بالأراضي العامة أو القابلة للتعمير المعرفة بمفهوم المادتان 20-21 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري و كذا المواد 19 و ما يليها والمواد 39 و ما يليها من قانون 90-29 و الذي يحدد قوامها طبقاً لأدوات التهئية و التعمير ومن الأراضي التي يقتضيها التشريع حسب طبيعتها القانونية.

ثانيهما : جنح مشددة و هذا في حالة ارتكاب المخالفات في المواقع الخاصة و المتعلقة بالمناطق المحمية و المعرفة طبقاً لنص المادة 22 من القانون 90-25 و المواد 43-49 من قانون 90-29 و التي صدرت من أجل حمايتها و تهيتها و ترقيتها و تسييرها قوانين خاصة بها .

الختامة :

في الأخير نخلص إلى أن موضوع منازعات رخصة البناء خاصة والمنازعات المتعلقة بتراخيص أعمال التعمير والبناء يولي إهتمام كل من القضاء العادي والقضاء الإداري وذلك لتشجيع لبناء دولة قانونية من خلال مراقبة قضائية فعالة تضمن حقوق وواجبات الأفراد في مجال التعمير والبناء ، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإن ذلك لا يسهل للمتقاضين اللجوء إلى طريق واحد يسلكه فإحالاته من محكمة إلى أخرى في كل مرة قد يصعب عليه من البداية معرفة المحكمة المختصة ، كذلك بتنوع وتغير القوانين التي تختص بالبناء ، وهو الأمر الذي نتطلع إليه نحو إصدار قانون موحد يجمع بين دفتيه الأحكام التشريعية والتنظيمية للمباني بعد دراستها دراسة وافية ، وهو ما سيساعد في تغيير حركة البناء والتعمير ومسايرة التطور العمراني من جهة ومن جهة أخرى نقص المنازعات المتعلقة بالبناء والتعمير .

قائمة المراجع :

-القوانين :

-قانون 90- 29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير الجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة بتاريخ 1990/12/02 .

-المراسيم :

- المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 والمحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك . الملغى بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها .

- المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

-المؤلفات :

د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون توجيه و تنظيم أعمال البناء ،دار الطبع ، 1996 .

عبد الناصر توفيق العطار : تشريعات تنظيم المباني . مطبعة السعادة . 1977 .

عمار عوابدي - القانون الإداري . ديوان المطبوعات الجامعية . المؤسسة الوطنية للكتاب 1990.

-المذكرات :

-د. كمال محمد الامين :الإختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام .

قواوة عبد الحكيم :رخصة البناء ومنازعاتها ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،تخصص قانون إداري ،2014،2015 .

-المقالات :

- د-عمار بوضياف :منازعات التعمير في القانون الجزائري -رخصة البناء والهدم - مقال منشور ، العدد الثالث ،يناير 2013 .

-المجلات :

-مجلة مجلس الدولة ،العدد 2 ،2002 .

حقوق المؤلف على المصنفات الرقمية في شبكة الأنترنت

نسراقي محمد الزين

طالب دكتوراه

جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس -

الملخص:

إذا كان النشر الإلكتروني للمصنفات قد حقق مزايا للمؤلفين، من تسهيل نشر مصنفاتهم وانخفاض تكلفة ذلك، ووصولها بسرعة إلى الجمهور في مختلف بقاع العالم مما يسهل عملية تسويقها، إلا أنه من ناحية أخرى قد يكون عائقا في وجه الإبداع الفكري نظرا لما يواجهه المؤلف من صعوبات بالغة بخصوص حماية حقه، بفعل المشكلات المترتبة عن مثل هذا النشر فضلا أن الأساليب التكنولوجية التي ابتدعها أصحاب الحقوق لحماية مصنفاتهم لم تصمد طويلا، إذ سرعان ما أفضى التقدم العلمي إلى ظهور تدابير تكنولوجية مضادة تبطل مفعول الأولى وتمكنهم من الحصول على هذه المصنفات دون أي مقابل لأصحاب الحقوق.

Abstract

If the electronic publishing of works has achieved benefits for authors to facilitate publication of their works and low cost, and reach quickly to the public in various parts of the world which facilitates the process of marketing, but it's on the other hand may be an obstacle to intellectual creativity due to face the author of the great difficulties about the protect his right, by the problems arising from such publication. as well as the technological methods invented by the rights holders to protect their works did not survive long, as soon led scientific progress to the emergence of technological measures anti negate the first and enables them to get these works without anything.

مقدمة

مع ظهور شبكة الأنترنت في العقود الأخيرة للقرن العشرين واتساع نطاق ثورة النشر الإلكتروني برزت المصنفات الرقمية الإبداعية كأحد مفرزات التكنولوجيا الحديثة، فهي لا تختلف في المحتوى والتسمية عن المصنفات التقليدية كالكتاب والقطعة الموسيقية واللوحة الزيتية، لكن تختلف فقط في الحامل، فبدل الحامل الورقي، أصبح الحامل رقميا ويتم التعامل معها بشكل رقمي

تشمل المصنفات الرقمية برامج الحاسوب وقواعد البيانات والبريد الإلكتروني وعناوين الأنترنت والوسائط المتعددة وأصبحت الملفات الرقمية من كتب ودوريات وموسوعات رقمية متاحة عبر الشبكة

حيث يواجه المؤلفون في البيئة الرقمية المتشابكة العديد من المشاكل بسبب سهولة الوصول إلى هذه المؤلفات و إستنساخها، في ظل تقاعس أو عدم مواكبة التشريعات التقليدية للسرعة التي تتطور بها التكنولوجيا الحديثة وعصر المعلوماتية وعدم قدرتها على التكيف مع الوضع الحالي ، حيث يرى عدد من الخبراء أن القوانين الحالية لحقوق المؤلف لم تعد قابلة للتطبيق في بيئة الانترنت

لذلك لا بد من التفكير في حلول قانونية تتماشى مع روح العصر التكنولوجي الجديد، من أجل حماية حقوق المؤلف في البيئة الرقمية.

الواقع أن خطورة الأنترنت على حق المؤلف تتأتى عادة من أن إدخال المعلومة على الشبكة يكون عن طريق ترقيمها وتفاعلها وهنا قد يحدث تحويراً أو تعديلاً في المصنف، فالتحول إلى شبكة المعلومة الرقمية لا يخلو في حد ذاته من مخاطر بالنسبة لحق المؤلف.

وتنظيم حق المؤلف بصفة عامة يقوم على التوفيق بين مصلحة المؤلف الذي يجب أن يحصل على المقابل المادي المجزي لإنتاجه الذهني وذلك لتشجيع وإثراء الإنتاج الأدبي والثقافي ومن جهة أخرى مصلحة مستخدمي المصنفات الذين لا يجب أن يتحملوا أعباء كبيرة للحصول على المعلومات.

من الوجهة القانونية، تعاملت النظم القانونية و القواعد التشريعية مع المصنفات الرقمية بوصفها تنتمي إلى بيئة الكومبيوتر والمعلوماتية، وهو إتجاه تعبر عنه دراسات فرع قانون الكمبيوتر في النظم المقارنة و لكي نبين مضمون حقوق المؤلف على المصنفات الرقمية في شبكة الأنترنت علينا ان نحدد أنواع المصنفات المشمولة بالحماية القانونية على شبكة الأنترنت الأمر الذي يؤدي بنا في مقالنا هذا الى طرح الإشكالية التالية:

ماهو نطاق الحماية القانونية لحقوق المؤلف على شبكة الأنترنت؟

ندرس في المبحث الأول: المصنفات المشمولة بالحماية القانونية على شبكة الأنترنت

المطلب الأول: برامج الحاسوب وقواعد البيانات والبريد الإلكتروني

المطلب الثاني: مواقع الأنترنت والوسائط المتعددة

ندرس في المبحث الثاني : محتوى حقوق المؤلف على مصنفاته الرقمية المنشورة في شبكة الأنترنت

المطلب الأول :الحقوق المعنوية للمؤلف على شبكة الأنترنت

المطلب الثاني :الحقوق المادية للمؤلف على شبكة الأنترنت

المبحث الأول:المصنفات المشمولة بالحماية القانونية على شبكة الأنترنت

تنص المادة الرابعة من معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو)¹ والمعتمدة في سنة 1996 على أنه "تتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية في معنى المادة الثانية من اتفاقية برن، وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسوب أياً كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها وتنص المادة الخامسة على أنه تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه أياً كان شكلها إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها.²

وهكذا فإن المصنفات المبتكرة يحميها القانون أياً كان الشكل الذي اتخذته وأياً كانت وسيلة توصيلها للغير حتى ولو كانت رقمية، فهي جميعاً تدخل في إطار مصنفات الحاسب الآلي وتمتد الحماية باعتبارها من المصنفات الأدبية.

شملت المصنفات الرقمية إبتداء من منتصف أوائل السبعينات و حتى وقتنا الحاضر البرمجيات و قواعد البيانات وهي مصنفات جاءت وليدة علوم الحوسبة مستقلة عن العلوم الاتصال و تبادل المعطيات و شبكات المعلومات والتي إرتبطت في الذهن العامة بشبكة الإنترنت كمعبر عنها و عن التفاعل و الدمج بين وسائل الحوسبة و الإتصال و قد ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات تثير الحاجة إلى الحماية القانونية ، و هي أسماء النطاقات (المواقع) على الشبكة Domain Names و عناوين البريد الإلكتروني و قواعد البيانات على الخط التي تضمها مواقع الإنترنت ، تحديدًا ما يتعلق بالدخول إليها و إسترجاع البيانات منها والتبادل المتعلق بمحتواها الحاصل على الخط ، و هو تطور لمفهوم قواعد البيانات السائدة قبل إنتشار الشبكات التي كان مفهومها أنها مخزنة داخل النظام أو تنقل على واسطة مادية تحتويها.

إذا المصنف الرقمي يشمل كافة المصنفات المتقدمة فبرنامج الكمبيوتر من حيث البناء و الأداء مصنف رقمي ، و قاعدة البيانات من حيث آلية ترتيبها و تبويبها و الأوامر التي تتحكم فيها تنتمي إلى البيئة الرقمية .

بالتالي فإن المصنف الرقمي هو كل مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات ، و ذلك وفق المفهوم المتطور للأداء التقني و وفق إتجاهات تطور التقنية في المستقبل القريب ، دون أن يؤثر ذلك على إنتماء المصنف بذاته إلى فرع

¹ معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (لسنة 1996) دخلت حيز التنفيذ سنة 2002

² انظر المادة 04 و 05 من معاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف السالف ذكرها

أو آخر من فروع الملكية الفكرية ، و قد برز هذا الرأي مع إزدیاد أهمية الوسائل الإلكترونية في نهاية القرن العشرين مجسدة في إستعمال الكمبيوتر والإنترنت¹ .

المطلب الأول: برامج الحاسوب وقواعد البيانات و البريد الإلكتروني

نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع نتطرق في الفرع الأول الى برامج الحاسوب وندرس في الفرع الثاني قواعد البيانات ونخصص الفرع الثالث لدراسة البريد الإلكتروني

الفرع الأول:برامج الحاسوب

صنف المشرع الجزائري برامج الحاسوب كمصنف ادبي يقع ضمن نطاق المصنفات الأصلية المحمية بقانون حقوق المؤلف² وذلك عملا بنص المادة 04 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي تنص على انه "تعتبر على الخصوص كمصنفات ادبية او فنية محمية ما يأتي :

أ-المصنفات الأدبية المكتوبة:وبرامج الحاسوب.....³

وتعرف برامج الحاسوب على انها مجموعة التعليمات المعبر عنها بأي لغة أو رمز و المتخذة أي شكل من الأشكال التي يمكن إستخدامها بطريق مباشر أو غير مباشر في حاسوب لأداء وظيفة أو الوصول إلى نتيجة سواء كانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شكل آخر تتحول إليه بواسطة الحاسوب، فهي إذن الكيان المعنوي لنظام الكمبيوتر و دونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة

و الوسائل ، و تصنف من ناحية الدراسات القانونية إلى برمجيات المصدر و برمجيات الآلة والخوارزميات و لغات البرمجة و برامج الترجمة .

يتم حمايتها في الإتجاه التشريعي الغالب بإعتبارها أعمالا أدبية بموجب تشريعات حق المؤلف في المادة العاشرة الفقرة الأولى من إتفاقية برن و المواد 11 و 12 من إتفاقية التريبس.⁴

¹ . عبد الله عبد الكريم عبد الله ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، 2008 ، ص 15 .

² . د عجة الجبالي ، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الأولى 2015 ص 115 .

³ . انظر المادة 04 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري المؤرخ في 19 يوليو 2003 .

⁴ . أنظر المواد 4 و 5 من اتفاقية تريبس لمعالجة الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الموقعة في مراكش بالمملكة المغربية في 1994/04/15 ودخلت حيز التنفيذ في 1995/01/01 .

الفرع الثاني: قواعد البيانات

ساهمت الثورة الرقمية في ظهور منتوجات فكرية جديدة من بينها قواعد البيانات والتي لها اهمية خاصة بالنسبة الى عالم الأعمال وتشكل بالنسبة اليه كبنك معلومات

وتعرف قواعد البيانات على انها تجميع وترتيب منسق ومنهجي للمعلومات او المواد على نحو مبتكر وأصيل كما تعرف ايضا على انها مصنفات رقمية مبتكرة واصيلة تتخذ شكل ترتيب منسق ومنظم لجملة من المعلومات ذات الصلة بنشاط معين¹

و مناط حمايتها بوجه عام هو الابتكار كما عبرت عنه المادة 10 فقرة 02 من إتفاقية الترييس والمادة 5 من إتفاقية الويبو لسنة 1996 , و الإعتراف لقواعد البيانات بالحماية جاء وليد جهد واسع لمنظمة الويبو و لمجلس أوربا الذي وضع عام 1996 قواعد إرشادية و قراراً يقضي بالنص على حماية قواعد البيانات ضمن قوانين حق المؤلف².

الفرع الثالث: البريد الإلكتروني

يعتبر البريد الإلكتروني المسمى اصطلاحا بالإيميل " Email " وسيلة اتصال رقمية احدثت ثورة في علم الإتصالات حتى ان عدد الإيميلات المفتوحة تتجاوز المليار مستعمل وقد اهتم الفقهاء بهذه التقنية نتيجة شيوع استعمالها بين الناس ويعرف البريد الإلكتروني على انه "عبارة عن خدمة تقدم لأي مستعمل على شبكة الأنترنت بطريقة مجانية يسمح للمستخدمين باستخدام علبة الكترونية بارسال اي رسالة او ملف لأي مستخدم اخر للأنترنت ويتم الإرسال الى اسم صاحب البريد مضافا اليه رمز @ واسم الشبكة التي يتعامل معها مثلا " yahoo " ³.

المطلب الثاني: مواقع الأنترنت و الوسائط المتعددة

نتناول هذا المطلب في فرعين نتطرق في الفرع الأول الى مواقع الأنترنت وندرس في الفرع الثاني الوسائط المتعددة.

الفرع الأول: مواقع الأنترنت

ارتبط ظهور أسماء النطاق وعناوين الأنترنت بظهور الأنترنت وقد اصطلح على تسميتها باللغة الإنجليزية " Domains name " وباللغة الفرنسية " Les nomes des domaines " واتفق الفقهاء على تعريفها على انها " عنوان فريد ومميز يتكون من احرف ابجدية لاتينية او ارقام والتي يمكن بواسطتها الدخول الى موقع ما على شبكة

¹ . د عجة الجيلالي ، المرجع السابق ص 120 الى 123.

² . انظر المادة 10 فقرة 02 من إتفاقية الترييس والمادة 5 من إتفاقية الويبو لسنة 1996

³ . يونس عرب ، قانون الكمبيوتر منشورات اتحاد المصارف العربية سنة 2001 صفحة 23.

الأنترنت وكأمثلة من ذلك موقع الويبو المتمثل في <http://www.wipo.int> ويتألف هذا الموقع من الأجزاء التالية :

www- والذي يقصد به الواب الواسع العالمي بالإنجليزية world wide web

wipo- الذي هو عبارة مختصرة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية world intellectual property organization

INT- ونقصد به ان الموقع هو موقع منظمة غير ربحية واسماء النطاق قد تكون عامة مثل اسم النطاق المتعلق بالشركات تسمى COM والمتعلقة بالمنظمات تسمى ORG والمتعلقة بالمنظمات الحكومية GOV والمتعلقة بالمؤسسات الجامعية والتربوية Edu والمتعلقة بالمؤسسات العسكرية mil وهناك اسماء النطاق المحلية او الوطنية مثل المخصصة لكل دولة من دول العالم مثلا الجزائر dz وبالنسبة لفرنسا fr وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية us.¹

هو في الحقيقة عنوان الأنترنت ، و حتى الآن لا توجد ثمة تشريعات شاملة ناظمة لمسائل أسماء النطاقات و ما أثارته من إشكالات قانونية ، خاصة عندما يكون الإسم مطابقا أو مقاربا أو مشابها لإسم تجاري أو علامة تجارية .

مع إستثناء القواعد التشريعية التنظيمية للخدمات التقنية على الخط و معايير تقديمها و قواعد حماية المستخدم من مخاطر المحتوى الضار التي سنتها العديد من الدول الغربية ، تعمل الشركات العالمية في حقل تسجيل المواقع على إضافة خدمات استضافتها و تصميمها .

الفرع الثاني: الوسائط المتعددة :

يقصد بالوسائط المتعددة وسائل تمثيل المعلومات بإستخدام أكثر من نوع واحد من الوسائط مثل الصور و الصوت والحركة والمؤثرات .

و تتم حماية هذه المصنفات بموجب القواعد العامة لحماية المصنفات الأدبية ، بإعتبارها تتميز بتدخل برنامج الكمبيوتر محل الحماية أو لأنها بمفردها محل حماية بإعتبار هذه المفردات مصنفات أدبية أصلاً مثل المواد المكتوبة و المواد السمعية و المرئية و الآداءات و غيرها .

¹ . د عجة الجبالي ،المرجع السابق ص125 الى 128.

أما بالنسبة للنشر الإلكتروني و محتوى المواقع ، فإن ما ينشر على الموقع هو بالأساس محل حماية بواحد أو أكثر من تشريعات الحماية في حقل الملكية الفكرية ، و إن كان يثار إشكال حول قواعد الحماية الخاصة بعناصر و شكل تصميم الموقع و المواد المكتوبة التي لا تجد طريقا للنشر إلا على الإنترنت¹

المبحث الثاني: محتوى حقوق المؤلف على مصنفاته الرقمية المنشورة في شبكة الأنترنت

يستفيد المؤلف من حقوق مختلفة على مصنفاته - المنشورة على الشبكة العنكبوتية - البعض منها ذو طابع معنوي والبعض الآخر ذو طابع مادي، وهكذا لقد تبني المشرع الجزائري أسوة منه بموقف المشرع الفرنسي، نظرية ثنائية حق المؤلف (conception dualiste du droit d'auteur) أي اعتراف بأنه يحتوي على نوعين من الصلاحيات² إذ نص على أنه "يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه"³

المطلب الأول: الحقوق المعنوية للمؤلف على شبكة الأنترنت

من المقرر في الفقه والقانون، أن لحقوق المؤلف جانبا معنويا أو أدبيا يشكل في الواقع الجانب الأرحح والعنصر البارز في هذه الحقوق، بل إن هذه الأخيرة حين تنشأ إنما تنشأ مستندة في بدايتها إلى هذا العنصر وحده حتى إذا ما باشر أصحابها استغلالها حينها فقط يبدأ الجانب المادي من حقوقهم في الظهور إلى جنب سابقة⁴.
التشريع الجزائري نص في المادة 1/21 من الأمر رقم 05/03 على تمتع المؤلف أولا بالحقوق المعنوية ثم ذكرت تمتعه بالحقوق المادية وتتمثل الحقوق المعنوية للمؤلف على مصنفاته الرقمية في شبكة الأنترنت في :

01) حق المؤلف في الكشف عن المصنف الرقمي على شبكة الأنترنت

يعد إنفراد المؤلف بالحق في الكشف عن مصنفه مبدءا مسلما به عالميا إذ هو الوحيد الذي بوسعه فعلا أن يقدر قيمة عمله، إذا ما كان راضيا به فله أن يقرر نشره، بطرحه على الجمهور بالقدر الذي يتيح لهذا الأخير أن يطلع عليه، ليحكم له أو عليه كما أنه يعد من أهم امتيازات الحق المعنوي، و هو مقرر للمؤلف طيلة حياته و يمارس خلفه بعد وفاته.⁵

¹ . يونس عرب ، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات و المصنفات الرقمية
موقع: http://www.arablawn.org/Download/Information_Protection_Article.doc

² . د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الحقوق الفكرية) بدون طبعة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر 2006 ، ص 463.

³ . انظر المادة 01/21 من الامر رقم 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

⁴ . أ. عبد الرحمان خليفي، الحماية الجزئية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بدون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، ص 48.

⁵ . سعودي سعيد، محتوى حق المؤلف في الامر رقم 05/03 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007/2006 ص 47 و ما بعدها.

بموجب هذا الحق يكون للمؤلف سلطة تقرير نشر مصنفه من عدمها، و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف هذا الحق، وإنما اكتفى بالنص عليه في المادة 1/22 من الأمر رقم 05/03 كما يلي: « يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار....».

كما نصت المادة 2/22 من الأمر رقم 05/03 على مايلي «يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة».¹

(02) حق المؤلف في نسبة مصنفه الرقمي إليه على شبكة الأنترنت:

حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه أو ما يعرف بحق الأبوة le droit de paternité اعترفت به معظم القوانين و الاتفاقيات الدولية وهو حق لصيق بالمؤلف الذي قام بتأليف هذا المصنف عن نتاجه الذهني فمن أبسط حقوقه أن ينسب هذا المصنف إليه، وذلك بوضع اسمه واسم عائلته على المصنف و كتابة مؤهلاته، و يتم وضع هذه المعلومات في مكان بارز إذا نلاحظ عادة أنها تكون على الصفحة الأولى من المصنف، بل أن بعض المؤلفين يضعون نبذة عن حياتهم إلى جانب وجود صورتهم الشخصية في الأعلى.² متى قرر المؤلف الكشف عن مصنفه، كان حق الأبوة أول حق يلي ذلك وهو أن يظهر المصنف على شبكة الأنترنت مقرونا باسم المؤلف.³

الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه تناولته المادة 23 من الأمر رقم 05/03 كما يلي: « يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المؤلف، و كذا على دعائم المصنف الملائمة. كما يمكنه اشتراط ذكره اسمه العائلي أو المستعار فيما يخص جميع أشكال الإبلاغ العابرة للمصنف إذا كانت الأعراف وأخلاقيات المهنة تسمح بذلك»

الأكيد أن الحق في الأبوة الذي يتمتع به المؤلف على مصنفه ينتقل إلى خلفائه بعد وفاته، وهو ما أكدته المادة 01/26 من الأمر رقم 05/03 بقولها «تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و 25 من هذا الأمر، من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسندت له هذه الحقوق بمقتضى وصية» و ما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية برن نصت بصفة واضحة على حق الأبوة في المادة السادسة مكرر فقرة 01 «بغض النظر عن الحقوق المالية، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه»⁴

¹ . الأمر 05/03 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.

² - يوسف أحمد النوافلة (قاضي)، الحماية القانونية لحق المؤلف، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2004 ص 28 و 29.

³ - سعودي سعيد، المرجع السابق، ص 64.

⁴ -أنظر المادة 06 مكرر من إتفاقية برن لحماية الملكية الادبية و الفنية 1886 المعدلة والمتممة.

(03) حق المؤلف في احترام سلامة مصنفه الرقمي على شبكة الأنترنت :

تنص المادة 25 من الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه « يحق للمؤلف اشتراط احترام سلامة مصنفه والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو تشويهه أو إفساده إذا كان ذلك من شأنه المساس بشخصيته كمؤلف أو بشرفه أو بمصالحه المشروعة»¹ المشرع الجزائري اكتفى في المادة 25 على إقرار حق المؤلف في سلامة مصنفه و أن يعترض على كل من يدخل على المصنف تشويه أو تعديل أو تغيير من شأنه المساس بسمعته ومصالحه المشروعة وشرفه و بالتالي هذا الحق يفرض على الغير احترام المصنف الرقمي المنشور على شبكة الأنترنت شكلا و موضوعا.

(04) حق المؤلف في تعديل و سحب مصنفه الرقمي:

يخول المشرع للمؤلف سلطة كبيرة في تعديل مصنفه لارتباط هذا المصنف بسمعة صاحبه الفنية أو الأدبية أو العلمية، و من ثمة يجوز له أن يجري التعديلات اللازمة التي تواكب التطور الفكري أو الفني المستحدث، و في مجال القانون الخاص من الطبيعي أن يكون لمن له ممارسة سلطة على شيء ما، أن يكون له الحق في إيقاف ممارستها، فمن الطبيعي إذن أن يكون لصاحب المصنف سلطة سحب مصنفه من التداول -على شبكة الأنترنت - نظرا لكون المصنف شديد الصلة بمؤلفه، و متى تراءى للمؤلف ضرورة إدخال التعديلات أو التحسينات على مصنفه فيجوز له ذلك، و نظرا لان هناك أطراف أخرى لها حقوق متعلقة بهذا المصنف فلا بد من مراعاة هذا الجانب بتعويض المنتفع بهذا المصنف إذا أدى تعديل المصنف أو سحبه من التداول إلى الإضرار به.²

و تنص المادة 24 من الأمر رقم 05/03 على أن « يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف للجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور بممارسة حقه في السحب» غير أنه لا يمكن للمؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها عمله بمستفيدي الحقوق المتنازل عنها.

و بالرجوع إلى نصي المادتين 24 و 26 من الأمر 05/03 يتبين لنا أن حق التوبة وحق السحب حق شخصي للمؤلف وحده ولا ينتقل للورثة أو خلفه بعد وفاته .

المطلب الثاني: الحقوق المادية للمؤلف

ينشأ حق الاستغلال المالي بمجرد ظهور المصنف إلى الوجود، أي حال كونه له مظهر مادي، والمصنف هو إنتاج فكري وليد العقل البشري وبهذا يكون غير مادي، لكنه من حق المؤلف أن ينتفع منه ماديا إذا قرر وضعه في متناول الجمهور على شبكة الأنترنت، والحق المالي هو حق عيني يمنح المؤلف سلطة مباشرة على مصنفه وذلك بالتصرف فيه

¹ - أنظر الأمر رقم 05/03 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.

² - د. محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1983، ص 159 و 160.

بكافة التصرفات المعترف بها قانوناً إلا أنه حق لا يكتسب بطرق اكتساب الملكية المعروفة فهو يكتسب بالإبداع الفكري¹ والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الحق المادي وإنما نص في المادة 27 من الأمر 05/03 على أنه "يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه"²

إلى جانب الحقوق المعنوية هناك حقوق مادية للمؤلف فهو يستفيد منها طوال حياته إذ تسمح له باستغلال إبداعه وتنتقل إلى ورثته من بعده لمدة خمسين سنة وتمثل الحقوق المادية الجانب الاقتصادي لحق المؤلف، وتظهر الحقوق المادية في حق الاستنساخ وحق إبلاغ المصنف للجمهور³.

01) حق استنساخ المصنف الرقمي:

إن استنساخ المصنف على شبكة الأنترنت هو إمكانية استغلال المصنف في شكله الأصلي أو المعدل بفضل تثبيته المادي على أي دعامة أو بكل وسيلة تسمح بإبلاغه وبالحصول على نسخة أو أكثر من كامل المصنف أو جزء منه ونطاق الحق في الاستنساخ واسع جداً سواء بالنسبة للمصنف المستنسخ أو لأسلوب الاستنساخ. أما بالنسبة للمصنف الرقمي المستنسخ من شبكة الأنترنت يمكن أن يكون مخطوط (محفظة أدبية موسيقية أو رسم أو صورة ، كما يمكن أن يكون تمثيل مصنف أو تسجيل أو مصنف سمعي بصري أما بالنسبة لأسلوب الاستنساخ يمكن أن يأخذ عدة أشكال طبع أو رسم أو حفر أو فيلم مصغر)⁴.

وحق الاستنساخ ظهر التعبير عنه لأول مرة في العالم الناطق باللغة الانجليزية تحت مصطلح ال: COPYRIGHT ومعناه الحرفي الحق على النسخ ، وحق الاستنساخ هو ذلك الحق الذي يباشره المؤلف وورثته في استغلال المصنف ماليا ، ولا يجوز لغيرهم مباشرته دون إذن صريح من المؤلف أو ذويه⁵ وإذا رجعنا إلى الأمر رقم 05/03 لا نجد يعرف حق الاستنساخ ، وإنما اكتفى في الفقرة الثانية من المادة 27 منه بعبارة " استنساخ المصنف بأية وسيلة كانت "⁶.

¹ - د.نوري خاطر، قراءة في قانون حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلد 12، عدد 1، سنة 1998، ص 380.

² - انظر المادة 27 من الأمر 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

³ - أ. عمارة مسعودة ، الوضعية الحالية لحق المؤلف بين التشريع الجزائري والإتفاقيات الدولية (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية)كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 2003، ص 93.

⁴ - د. محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص 132.

⁵ - أ. سعودي سعيد، نفس المرجع، ص، 105 و 106.

⁶ - أنظر الأمر رقم 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وهو بذلك لم يخالف اتفاقية برن ، بل تبني طرحها ، فهي الأخرى لم تعرف حق الاستنساخ ، وإنما وسعت من دائرة هذا الأخير ، وتركت المجال مفتوحاً أمام المؤلف في التمتع بحقه الاستثنائي في التصريح بعمل نسخ من مصنفه بأية طريقة كانت وبأي شكل كان¹.

(02) حق المؤلف في إبلاغ المصنف الرقمي للجمهور على شبكة الأنترنت :

أكد المشرع الجزائري على تمتع المؤلف بحق إبلاغ مصنفه للجمهور، كامتياز مالي مهم في المادة 27 من الأمر رقم 05/03 ، لكنه في الوقت ذاته لم يعرف هذا الحق إنما اكتفى المشرع بتحديد طرق الإبلاغ للجمهور².

و حق إبلاغ المصنف إلى الجمهور يعني إيصال المصنف إلى الجمهور مباشرة ، بواسطة التمثيل أو الأداء العلني، و بصفته ذو طابع استثنائي فإنه يشكل حقاً للمؤلف وحده، لا يجوز لأحد غيره مباشرته ، بغير إذن كتابي منه ، نظير مقابل يتقاضاه من هذا الغير، وقد يكون دون مقابل³.

يمنح هذا الحق للمؤلف لعرض إنتاجه الفكري على الجمهور ، ولقد عبر المشرع عن هذا الحق باستعمال عبارة "الحق في الإبلاغ " "Le droit de communication" هكذا وبصريح النص يتم الإبلاغ عن المصنف " والمؤلف له كامل الحرية في طريقة إبلاغ الجمهور بمصنفه الرقمي عن طريق شبكة الأنترنت⁴.

وما تجدر الإشارة إليه ان معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف هي اتفاق خاص في إطار اتفاقية برن وتتناول حماية المصنفات وحقوق مؤلفيها في البيئة الرقمية وكل طرف متعاقد (حتى وإن لم يكن ملتزماً باتفاقية برن) يجب أن يمثل للأحكام الموضوعية الواردة في وثيقة 1971 (باريس) لاتفاقية برن بشأن حماية المصنفات الأدبية والفنية (لسنة 1886) وبالإضافة إلى ذلك، تذكر معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف موضوعين يتعين حمايتهما بموجب حق المؤلف وهما: "1" برامج الحاسوب، أي كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها، "2" ومجموعات البيانات أو المواد الأخرى ("قواعد البيانات")، أي كان شكلها، إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها (ولا تدخل في نطاق المعاهدة أية قاعدة للبيانات لا تعد بمثابة ابتكار من ذلك القبيل).

فيما يتعلق بالحقوق الممنوحة للمؤلفين، وفضلاً عن الحقوق المنصوص عليها في اتفاقية برن، تمنح هذه المعاهدة أيضاً ثلاثة حقوق للمؤلفين وهي: "1" حق التوزيع، "2" وحق التأجير، "3" توسيع حق نقل المصنف إلى الجمهور، وكل

¹ - انظر الفقرة الأولى من المادة 09 من إتفاقية برن لحماية الملكية الادبية و الفنية 1986/09/09 المعدلة والمتممة.

² -انظر المادة 27 من الأمر 05/03 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة .

³ - د.رضوان متولي وهدان ، حماية الحق المالي للمؤلف ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2001، ص 51.

⁴ - أ. سعودي سعيد ، المرجع السابق ، ص 119 و ما بعدها .

حق من تلك الحقوق استثنائي شرط مراعاة بعض التقييدات والاستثناءات. يرد فيما يلي ذكر بعض من التقييدات أو الاستثناءات المذكورة في المعاهدة:

حق التوزيع هو الحق في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ المصنف للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى.

و **حق التأجير** هو الحق في التصريح بالتأجير التجاري للنسخة الأصلية أو غيرها من النسخ لثلاثة أنواع من المصنفات هي: "1" برامج الحاسوب (إلا إذا لم يكن البرنامج في حد ذاته هو موضوع التأجير الأساسي)، "2" والمصنفات السينمائية (في الحالات التي يكون فيها التأجير التجاري قد أدى إلى انتشار نسخ المصنف بما يلحق ضرراً مادياً بالحق الاستثنائي في الاستنساخ فقط)، "3" والمصنفات المسجلة في تسجيلات صوتية حسب تحديدها في القانون الوطني للأطراف المتعاقدة (إلا بالنسبة إلى البلدان التي تطبق نظاماً قائماً على منح المؤلفين مكافأة عادلة مقابل التأجير منذ 15 أبريل 1994).

و **حق نقل المصنف إلى الجمهور** هو الحق في التصريح بأي نقل للمصنف إلى الجمهور بأية طريقة سلكية أو لا سلكية، بما في ذلك "إتاحة المصنفات للجمهور بما يمكن أفراداً من الجمهور من الاطلاع على تلك المصنفات من مكان وفي وقت يختارهما الواحد منهم بنفسه". وتشمل العبارة المستشهد بها، على وجه الخصوص، الاتصالات عبر الإنترنت بناء على الطلب وبشكل متفاعل¹

الخاتمة

بعد هذا العرض لا يسعنا في الخاتمة إلا أن نتطرق لمسألة مدى ملاءمة القواعد العامة في حماية حق المؤلف للمستجدات الحديثة والتي تمثلت بوجه خاص في الإنترنت فعادة عندما يأتي لنا العلم بجديد، سرعان ما تتعالى الصيحات بضرورة إصدار تشريعات خاصة لمواجهة المستجدات لتفادي الفراغ القانوني الذي يترتب على ظهور المستجدات.

تأثرت الملكية الفكرية بشكل كبير بالتطور التكنولوجي نتيجة ظهور بيئة رقمية ومصنفات رقمية إلى حيز الوجود مما أثار العديد من المشاكل والصعوبات التقنية والقانونية، ترتبت عنها النتائج التالية:

- كل ما ينشر في الفضاء الإلكتروني هو عبارة عن مصنفات رقمية ، ولا يجوز استغلالها بأي شكل من الأشكال إلا بترخيص من مالكه

¹ . معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (لسنة 1996) دخلت حيز التنفيذ سنة 2002

-لا تزال بعض الدول والدول العربية على وجه الخصوص تعمل بقوانين لحماية الملكية الفكرية تجاوزها الزمن، أو بقوانين غامضة تجدد صعوبة في تطبيقها. حيث تعجز التشريعات التقليدية عن حماية

المصنفات الرقمية أمام التطورات التكنولوجية المتسارعة التي يشهدها العالم؛ وهو ما انعكس سلباً على تنمية الصناعة في قطاع حقوق المؤلف

-عدم وجود جزاءات قانونية ملزمة ورادعة لمواجهة المخالفات المرتكبة ضد حقوق المؤلفين والمبدعين، إذ يقف المعتدين بمنأى عن تطبيق التشريعات التقليدية عليهم

-قلة الوعي بالزامية حماية حقوق المؤلف بوجه عام، وحماتها في ظل البيئة الرقمية بوجه خاص

وعليه تعتبر مسألة حماية حقوق المؤلف في البيئة الرقمية من أهم التحديات التي تواجهها الدول ، تتطلب إيجاد حلول لها قابلة للتنفيذ عبر مجموعة من التوصيات

-إنشاء تشريعات جديدة لحماية المصنفات الرقمية، باعتبار التشريع هو أحد مكونات إنفاذ حقوق الملكية الفكرية .

-استحداث شرطة وأعاون قضائيين في الفضاء الرقمي لضبط وتطبيق التشريعات المتعلقة بحماية حقوق المؤلف في البيئة الرقمية وتشجيع دور الجهات الأمنية ومصالح الجمارك في الحجز على المصنفات المزورة من ألعاب الحاسوب والبرامج الالكترونية

-تجريم النسخ الالكتروني في شبكة الانترنت والتزام الجدية في تطبيق العقوبات الرادعة

-تشجيع الإبداع الفكري وتعزيز المكانة الثقافية من خلال التنسيق بين مختلف الدول إيجاد أنظمة دولية موحدة تتولى اتخاذ تدابير تكنولوجية لمنع التحايل على حقوق المؤلف عبر شبكة الأنترنت

-تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي من خلال إنشاء محكمة خاصة تتولى الفصل في منازعات حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له عبر شبكة الانترنت

-تطوير المجتمع إلى مجتمع معرفي يعتمد على صناعة المعلومات وحماتها، من خلال نشر الوعي بحقوق المؤلف وأهميتها

قائمة المراجع:

¹ 0 - إتفاقية برن لحماية الملكية الادبية و الفنية1886 المعدلة والمتممة.

² 0 معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (لسنة 1996) دخلت حيز التنفيذ سنة 2002

- ⁰³ اتفاقية تريبس لمعالجة الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الموقعة في مراكش بالمملكة المغربية في 15/04/1994 ودخلت حيز التنفيذ في 01/01/1995 .
- ⁰⁴ الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري المؤرخ في 19 يوليو 2003 .
- ⁰⁵ د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الحقوق الفكرية) بدون طبعة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر. 2006.
- ⁰⁶ د. عجة الجيلالي ، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الأولى 2015 .
- ⁰⁷ عبد الله عبد الكريم عبد الله ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، 2008.
- ⁰⁸ أ. عبد الرحمن خليفي ، الحماية الجزئية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بدون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية.
- ⁰⁹ - يوسف أحمد النوافلة (قاضي)، الحماية القانونية لحق المؤلف، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2004.
- ¹⁰ - أ. عمارة مسعودة ، الوضعية الحالية لحق المؤلف بين التشريع الجزائري والإتفاقيات الدولية (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية) كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2003.
- ¹¹ . سعودي سعيد، محتوى حق المؤلف في الامر رقم 05/03 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006/2007.
- 12 - د. محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1983
- ¹³ - د. نوري خاطر، قراءة في قانون حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلد 12، عدد 1، سنة 1998 .
- ¹⁴ - د. رضوان متولي وهدان ، حماية الحق المالي للمؤلف ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2001.
- ¹⁵ - د. محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007.
- ¹⁶ . يونس عرب ، قانون الكمبيوتر منشورات اتحاد المصارف العربية سنة 2001 .
- ¹⁷ . يونس عرب ، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات و المصنفات الرقمية

موقع:

http://www.arablawn.org/Download/Information_Protection_Article.doc

النظام القانوني لتأمين القرض الإستهلاكي في التشريع الجزائري

معنصري مريم

طالبة دكتوراه تخصص قانون أعمال

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

ملخص

يعد تأمين القرض الإستهلاكي تغطيه جديده تقترحها شركات التأمين وتفرضها البنوك كونه ضمان مكمل لها ومعزز لوظيفتها يلجا إليه الدائن من أجل تغطية عدة أخطار بمناسبة إستفادته من القرض الإستهلاكي أهمها عجز المدين وعدم قدرته على السداد الأقساط المستحقة في الجال المحددة قانونا وعقد تأمين القرض الإستهلاكي كغيره من العقود يخضع لقواعد قانونية تتولي تنظيمه حتى ينشأ صحيحا منتجا لآثاره وتتمثل هذه الأخيرة في إلتزامات طرفي العقد والإخلال بها يؤدي إلى وقوع جزاءات مختلفة

Abstract

The consumer loan's insurance is a new cover proposed by the insurance companies and imposed by the banks since it represents a complementary guarantee and enhanced its function for the creditor to cover many risks through his benefit from the consumer loan, such as the inability of the creditor to pay the debts in time legally limited. This kind of contract which is the consumer loan's insurance contract is governed by legal articles for more formality, and this contract is made between the commitments of the two sides and breaking this agreement may cause different sanctions and penalties.

إن إزدياد حاجات الإنسان اليومية والزامية اقتنائه لسلع ومنتجات إستهلاكية ذات طابع شخصي وصعوبة تغطية هذه الأخيرة تجعله يلجأ إلى الإقتراض بإعتبارها وسيلة القانونية يلجأ إليها الأفراد لتلبية حاجياتهم كما تعد من اهم النشاطات المالية التي تقوم بها البنوك ونقصد بالقرض هنا القرض الاستهلاكي الذي يساعد على اقتناء الحاجات المستهلك اليومية من خلال تقديم خدمات و مواد الاستهلاكية يعجز الإدخار الشخصي على تغطيتها ومع تزايد وطأة أخطار هذا النوع من القروض باعتباره جزء من اجزاء القرض تعددت أوجه الحماية والتغطية من الضمانات التقليدية و الأساليب الوقائية إلا ان التجارب السابقة اثبتت قصورها واحتاجها لظهور ضمان مكمل لها ومعزز لوظيفتها أدى إلى ظهور مايسمى بالتأمين القرض الاستهلاكي ضمان جديد تقترحه شركات التأمين وتفرضه البنوك ضمنا لاسترداد حقوقها باعتباره آلية من الآليات التي تلجأ إليها البنوك من اجل الحفاظ على مصالحها و ضمان استرداد القروض التي منحتها من خطر إعسار زبائنها أو في حالة وفاتهم بحيث ان هذه العملية تقنية مستقلة بذاتها وأكثر فعالية هذا ما جعل البنوك تلجأ إليها بصفة تلقائية حيث بات من الصعب التخلي عنه باعتباره ضمان مكمل لها ومعزز لوظيفتها في ظل تزايد وطأة أخطار القروض

وعقد تأمين القرض الاستهلاكي كغيره من العقود يخضع لتنظيم قانوني يتولى تنظيمه حتى ييشأ صحيحا منتجا لآثاره

- ومن هنا فإن الإشكالية التي تطرحها هذه الورقة البحثية تتمثل في :

كيف نظم المشرع الجزائري تأمين عقد القرض الاستهلاكي؟

وللإجابة على ما سبق إعتمدنا الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم تأمين القرض الاستهلاكي

المبحث الثاني: الآثار القانونية لعقد تأمين العقد تأمين القرض الاستهلاكي.

المبحث الأول: مفهوم تأمين القرض الاستهلاكي :

يعتبر تأمين القرض الاستهلاكي ضمانا وأمان للأشخاص القانونية ضد المخاطر التي لا يمكن توقعها أو معرفتها درجة خطورتها ولا الأضرار المترتبة عنها وهو نوعا خاصا من أنواع التأمينات إذ يتضمن مجموعة من الخصائص تجعله متميزا عن غيره من العقود و بالرغم من كون تأمين القرض يدخل في اطار قطاع التأمينات الا انه يتميز عن الفروع الاخرى للتأمين الكلاسيكي

هذا ماسنحاول التطرق اليه من خلال تحديد مفهوم تأمين القرض الاستهلاكي (المطلب الأول) وكذا تحديد خصائصه وأهم العناصر التي يقوم عليها هذا الأخير .

المطلب الأول: تعريف تأمين القرض الإستهلاكي

قبل التطرق إلى مفهوم تأمين القرض الاستهلاكي إرتأينا تعريف بعض مفاهيم اولا منها التأمين. القرض الاستهلاكي ثم بعض ذلك سنتطرق الى تعريف تأمين القرض الاستهلاكي

الفرع الأول: تعريف التأمين

عرفه العديد من الفقهاء لذا سنذكر اهم التعريفات الفقهية:

عرف الفقيه الفرنسي بلانيول planiol التأمين على انه " عقد بمقتضاه يتحصل المؤمن له على تعهد من المؤمن بأن يقدم له مبلغ من المال في حالة وقوع خطر معين مقابل قسط او اشتراك مسبق"

وعرفه الفقيه سوميان Sumien بانه عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بالتبادل مع شخص اخر يسمى المؤمن له بأن يقدم لهذا الاخير الخسارة المحتملة نتيجة حدوث الخطر معين مقابل مبلغ معين من المال يدفعه المستأمن الى المؤمن ليضيفه الى رصيد الاشتراك المخصص لتعويض الاخطار¹

ويعرف التأمين حسب الفقيه جيارر² أنه عملية تستند إلى عقد احتمالي من عقود الضرر ملزم للجانبين يتضمن لشخص معين مهدد بوقوع خطر معين المقابل الكامل للضرر الفعلي الذي يسبب هذا الخطر له²

وحسب Besson التأمين هو عملية بمقتضاها يتعهد طرف يسمى المؤمن تجاه طرف آخر يسمى المؤمن له مقابل قسط يدفعه هذا الأخير له بأن يعوضه عن الخسارة التي ألحقت به في حالة تحقق الخطر¹

¹ - معراج جديدي ,مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري, الطبعة الخامسة, ديوان المطبوعات جامعية, جزائر, 2007 ص10.
² - د.إبراهيم أبو النجا, " الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين والتأمين الجديد- الجزء الأول-" دار النشر ديوان المطبوعات الجامعية سنة1989 ص45.

عرفه الأستاذ السنهوري الذي يؤيد التعريف الذي جاء به الفقيه الفرنسي هيمار حيث عرفه بأنه " عقد بموجبه يجعل احد المتعاقدين وهو المؤمن له في نظير مقابل يدفعه على تعهد بمبلغ يدفعه له او للغير اذا تحقق خطر معين للمتعاقد الاخر وهو المؤمن الذي يدخل في عهده مجموعه من الاخطار يجري المقاصة بينهما طبقا لقوانين الاحصاء.²

ثانيا التعريف القانوني

أما المشرع الجزائري فيعرف التأمين في المادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي إشتط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن، وقد تضمن الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006³ و نجد ان المادة 02 منه تبنت نفس المفهوم مع الاشارة الى ما أضافه القانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006⁴ من أحكام جديدة تتعلق بتنظيم العقد والتأمين بشكل عام⁵.

ومن خلال ماسبق إرتأينا تعريف تأمين القرض الاستهلاكي بأنه عقد تأمين يقوم من خلاله المؤمن بتغطية خطر وفاة المدين

(زبون - بنك) أو عجز هذا الأخير عن الدفع مقابل قسط يتعهد بدفعه المؤمن له ويعتبر عقد تأمين القرض الاستهلاكي نوعا خاصا من أنواع التأمينات.

مما سبق نستنتج ان عقد تأمين يتكون من ثلاث اشخاص الاول يسمى المؤمن له وهو الشخص المعرض للخطر هذا الاخير الذي يختلف بحسب الظروف والاحوال فيقوم بتأمين نفسه من هذا الخطر بتعاقد مع شركة التأمين والتي تسمى المؤمن وذلك مقابل مبلغ مالي يدفعه في شكل سقط او ايراد دوري على ان يقوم شركة التأمين بتعويضه في حالة تحقق الخطر سواء له او لشخص اخر يعينه هو وهو المسمى المستفيد

والجدير بالذكر أن عقد التأمين هو من عقود الإذعان (أهم خاصية تميز عقد التأمين)، لأن المؤمن له يقتصر على قبول الشروط التي تقوم شركات التأمين بإعدادها مسبقا في شكل نماذج مختلفة حسب نوع وطبيعة كل عملية.

¹ - أ، أقاسم نوال دور نشاط التأمين في التنمية الاقتصادية دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير - كلية العلوم الاقتصادية بجامعة خروبة، 2001، ص 39-38.

² - عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الثاني، عقود الغر وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت 1998 ص 109.

³ جريدة رسمية عدد 15 بتاريخ 12 مارس 2006 ص 03.

⁴ نفس التعريف الذي جاء به القانون المدني المصري في مادة 747 والقانون السوري المادة 713 والقانون المدني الليبي المادة 747 .

⁵ راجع القانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم للامر 95-07 ج، ر عدد 15 الصادرة في 12-03-2006 ص 03.

رغم أن المشرع الجزائري حرص على قواعد خاصة وأخرى عامة لتوفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف المؤمن له وخاصة مانصت عنه المواد 110 و112 من القانون المدني وهي ضمانات حمايته من تعسف الشركات الإقتصادية من بينها شركات التأمين.

الفرع الثاني خصائص عقد تأمين القرض الإستهلاكي

إن عقد تأمين كما سبق ذكر هو عقد ينظم علاقة قانونية بين طرفين وهو المؤمن له والمؤمن على ان يؤدي الطرف الاول مبلغا ماليا للثاني يسمى مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه تظير مبلغ مالي يدفعه المؤمن له¹

أولا عقد اذعان : (contra D adhesion)

عقد الإذعان هو العقد الذي يقبل فيه احد الأطراف بالشروط التي يقدمها الطرف الاخر دون إمكانية مناقشتها وذلك خلافا لعقود المساومة التي تتاح فيها الفرصة للطرفين لمناقشة جميع الشروط التي يتضمنها العقد .

حيث تستغل فيه شركة التأمين بوضع شروط العقد ويقتصر المؤمن له على قبول هذه الشروط دون مناقشتها بحيث لا توم له الحرية اللازمة لمناقشتها سلفا من قبل شركة التأمين²

وهو الأمر الذي نجده في تأمين القرض الاستهلاكي إذ أنه بالرغم من وجود اتفاقية بين كل من شركة التأمين وبنك الا ان هذا لا ينفي ان هذه العقود معدة مسبقا في شكل نماذج معينة من طرف شركات التأمين ولا يمكن التفاوض في ماتتضمنه من شروط خاصة بهذا النوع من العقود.

ثانيا عقد معاوضة وملزم للجانبين **contrat a titre onereux et synallagmatique**

إن عقد تأمين القرض الإستهلاكي هو عقد معاوضة ذلك لأن كلا من الطرفين يأخذ مقابلا أو عوضا لما يقدمه هذا ومانصت عليه المادة 58 من ق.م.ج فيلتزم المؤمن بضمان الخطر المحتمل وتعويضه في حالة تحققه في مقابل التزام المؤمن له بدفع اقساط مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر المؤمن ضده والمحدد في العقد وفي حالة عدم تحقق الخطر المؤمن منه تصبح الأقساط التي دفعها المؤمن له مقابلة لتحمل المؤمن للمخاطر التي أخذها على عاتقه ومقابلة لما يوفره من ضمانات وحماية للمؤمن له

وعليه فإن كل طرف في عقد التأمين يتحصل على منفعة فمنفعة المؤمن له تتمثل في الأمان من خوف المخاطر في حين يضمن البنك تسديد ضربه الممنوح من خطر عدم التسديد من خلال الأقساط المدفوعة من طرف المؤمن له وبذلك يكون قد حصل هو آخر على منعه الا وهي ضمان سداد دينه.

¹ عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم عقد التأمين حقيقته ومشروعيته دراسة مقارنة الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية 2003 ص52

² ابراهيم ابو النجا التأمين في القانون الجزائري الجزء الاول الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1992 ص30

وفي نفس السياق تجدر الإشارة انه لا يجوز التأمين على أكثر من قيمة القرض الممنوح كما لا يجوز التأمين على قيمة القرض لدى عدة مؤمنين بمبالغ تفوق قيمة القرض حتى لا يكون التأمين وسيلة للإثراء أو لجني المال في حالة تحقق الخطر المؤمن له.

كما يعتبر عقد تأمين القرض الإستهلاكي عقد ملزم للجانبين ذلك لأن هذا العقد ينشأ إلتزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين فيلتزم كل منهما بالإلتزامات إتجاه الطرف الآخر والمنصوص عليها في شروط الخاصة للعقد وجوهر العقد يكمن في المقابل القائم بين الإلتزامين وهذا مانص عليه المشرع الجزائري صراحة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في مادة 55 ق م ج " يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل التعاقدان التزام بعضهما البعض¹

ثالثا عقد تأمين القرض الإستهلاكي من العقود الزمنية

وهو العقد الذي يكون فيه الزمن عنصر جوهري لتنفيذ التزامات الاطراف حيث ان عنصر الزمن من العناصر الاساسية لعقد التأمين على فترات متعددة او دورية حسب ماهو منصوص عليه في العقد ويختلف من هذا الجانب على العقود الفورية التي يتم تنفيذها في وقت واحد وفي هذا الشأن نلاحظ ان تنفيذ التزامات عقد التأمين لا يتم دفعة واحدة فالالتزامات المؤمن له بدفع القسط تستمر من بداية سريان العقد الى غاية وقوع الخطر او الى غاية انتهاء مدة التأمين مع الاشارة الى ان عقد التأمين على القرض الاستهلاكي مدة التأمين هي نفسها مدة القرض والتي عادة مدة خمس سنوات بالنسبة للقروض الموجهة لإقتناء السيارات ومن سنة الى ثلاث حسب الاتفاق بالنسبة للقروض المخصصة لإقتناء الأثاث المنزلي وبالمقابل يكون المؤمن ملزما بتقديم التغطية طيلة مدة العقد وبالتالي إتصاف عقد تأمين القرض الاستهلاكي بهذه الصفة يجعله من العقود المستمرة في التنفيذ.²

الفرع الثالث قواعد المنظومة القانونية في مجال التأمين القرض الإستهلاكي

- أولا الضمانات القانونية في مجال التأمين

ولقد خصص المشرع الجزائري قواعد أخرى تقضي بحماية المؤمن له ومن بينها الجزاء بالبطلان للشروط التي يتضمنها العقد وتظهر أنها تعسفية وهذا مانصت عنه المادة 622 من القانون المدني " يكون باطلا مايرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

¹ احمد شرف الدين احكام التأمين . دراسة في القانون والقضاء المقارنين, الطبعة الثالثة, مطبعة نادي القضاة 1991ص75
² حميدة جميلة, الوجيز في عقد التأمين, دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات, الطبعة الاولى دار الخلدونية2012ص20

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية.

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

وكذا المادة **625** بقولها: " يكون باطلا كل إتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد".

كما تنص المادة **213** من قانون التأمينات حماية للمؤمن لهم إذا تبين أن تسيير شركة تأمين ما يعرض مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين للخطر, يمكن للجنة الإشراف على التأمينات أن تقوم بتقليص نشاطها في فرع أو عدة فروع للتأمين, أو تعيين متصرف مؤقت يحل محل هيئات تسيير الشركة¹.

وفي حالة عجز شركات التأمين كل أو جزء من الديون لدى المؤمن لهم يؤسس لدى الوزارة المكلفة بالمالية صندوق يسمى بصندوق ضمان المؤمن لهم².

والتأمين في القرض الإستهلاكي يعد كضمانة للبنك المقرض عن طريق تأمين القرض من مخاطر عدم تسديده أو العجز أو الإعسار أو الموت وغيرها من الأخطار التي تؤدي إلى تعثر تسديد القرض وبالتالي عدم إمكانية إسترداده من البنك.

وتعد هذه الضمانة مقارنة مع الضمانات التي سبقتها حديثة التعامل بالسوق الجزائرية, نظرا لبروز خطر عدم التسديد كخطر أساسي لتعثر القروض وأساسه القانوني يعود للمرسوم التنفيذي رقم **02-293** مؤرخ **10 سبتمبر 2002** يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم **95-338** المؤرخ في **30 أكتوبر 1995** المتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها³.

¹أنظر المرسوم التنفيذي رقم 08-113 المؤرخ في 09 أفريل 2008 الذي يوضح مهام لجنة الإشراف على التأمينات الجريدة الرسمية العدد 20 بتاريخ 13 أفريل 2008 ص 04.

² وقد تنظي وتشكل هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-111 المؤرخ في 07 أفريل 2009 يحدد كفاءات تنظيم صندوق ضمان المؤمن لهم وسيره وكذا شروطه المالية الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 08 أفريل 2009 ص 07.

³ الجريدة الرسمية عدد 61 بتاريخ 11 سبتمبر 2002 ص 10.

حيث تنص المادة 02 منه على أن تصنف عمليات التأمين في فروع منها: تأمين القروض التي تضم: عدم القدرة العامة على الوفاء بالدين- البيع بالتقسيط وحتى الكفالة كما وتحدد قرارات الإعتماد لشركات التأمين التي تسمح لها بممارستها¹.

ويتواجد حاليا عدة مؤسسات للتأمين بالجزائر التي تقوم بهذا التأمين ومنها: الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين CAAR- الشركة الجزائرية للتأمين SAA- الشركة الجزائرية للتأمين الشامل CAAT- الشركة المركزية لإعادة التأمين CCR وغيرها من الشركات المتخصصة

- ثانيا عناصر عقد التأمين

عقد التأمين يقوم على ثلاث عناصر أساسية وهي: الخطر، القسط، مبلغ التأمين² فالخطر من بين أبرز عناصر العقد

الفقرة الأولى: العنصر الأول الخطر

الغرض من عقد التأمين، هو تأمين شخص من خطر يهدده أو من حادث يحتمل وقوعه فلذلك كان الخطر هو العنصر الأساسي الذي يقوم عليه عقد التأمين فإذا زاد الخطر بطل عقد التأمين ولهذا الأخيرة عدة تعاريف في مجال التأمين " فهو حادث مستقبلي محتمل الوقوع، لا دخل لإرادة أحد الأطراف في حدوثه وأن يكون محله مشروعا وأهم المخاطر التي قد يتعرض لها البنك من جراء منح القرض الإستهلاكي ماييلي:

- مخاطرة عدم التسديد **risque de nonremboursement**

يتمثل خطر عدم التسديد في عدم قدرة المستقرض على الوفاء بدينه وبالتالي يواجه البنك ضياع جزئي أو كلي للمبلغ المقترض، ويعود حدوث هذه المخاطرة المتعلقة بالعميل وتتجسد فيما يلي

- عدم القدرة على تسديد أي عدم ملاءة العميل ماليا: ويقصد بها عدم امكانيته بالقيام على تسديد ماعليه من مستحقات في المواعيد المحددة³

¹ أنظر القرار المؤرخ في 14 يوليو 2011 الذي يعدل القرار المؤرخ في 06 أبريل 1998 متضمن إعتماد الشركة الجزائرية للتأمينات الجريدة الرسمية عدد 56 بتاريخ 16 أكتوبر 2011 ص 24 حيث يمنح القرار الإعتماد لهذه الشركة قصد ممارسة عمليات التأمين الآتية منها: 14 - القروض، 15 - الكفالة.

² د. جديدي معراج "مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999 ص 39 وما بعدها

³ رشيدة مفلاح، قروض الإستهلاك وتطبيقاتها في البنوك التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في علوم تسيير تخصص مالية، غير منشرة جامعة ورقلة، سنة 2001 ص 16 ومايليها

- عدم رغبة العميل في التسديد أي عدم نزاهته: هذا الخطر يصعب تحديده لأنه متعلق بشخصية العميل نفسه, فهو ناتج عن رغبة العميل في عدم سداد ماعليه من مستحقات تجاه البنك رغم كونه قادر على السداد, قد يتيسر الأمر في حالة ما إذا سبق للعميل التعامل مع البنك أو أحد فروع أو مع بنك آخر, حيث يستطيع معرفة تعاملاته بالنسبة لقروض سابقة ومدى إلتزامه بالتسديد في المواعيد من خلال الكشوفات البنكية, وقد يتعسر عليه الأمر غذا تعامل البنك مع هذا العميل لأول مرة¹

- مخاطرة السيولة *risque de liquidite*

إضافة الى الخطر السابق قد يتعرض البنك إلى مخاطر أخرى وتتمثل في مخاطر السيولة أي وقوع البنك في أزمة سيولة وذلك عندما لا يتمكن من تسديد الوفاء بالتزاماته المستحقة.

وهذه المخاطر تنجم عن عدم التوافق الزمني بين آجال إستحقاق القروض الممنوحة وآجال إستحقاق الودائع لدى البنك, وبالتالي يواجه البنك مسألة الحصول على النقدية بتكلفة معقولة سواء من بيع الأصول أو الحصول على ودائع جديدة.

- ثالثا تسيير خطر البنك

يسعى البنك جاهدا للتقليل من حدة الأخطار التي يتحمل وقوعها نتيجة منحه قروض للإستهلاك لزبائنه وذلك عن طريق إقامة دراسة معمقة للطلبات التي تنتظر منه تمويلا وكذا تحليل بدقة الوضعية المالية لطالب القرض كخطوى أولى للحد من المخاطرة.

إن دراسة الوثائق تكمن في تحليل سلوك المستقرض وبالتالي أخذ فكرة حول عوائده ومداخله المستقبلية وعلى هذا الأساس يتمكن من تقدير إمكانية زيونه على الوفاء بالتزاماته في الآجال المحددة

وعليه فإن تسيير المخاطر تستوجب مراقبة المستقرض أثناء مختلف المراحل (العلاقة) التي تربطه بالبنك سواء عند فتح الإعتماد خلال مدة وكذا عند تجديده

وحتى يتمكن البنك من مراقبة سلوك المستقرضين والتحكم في إستدانتهم يستعين بمركز الأخطار لمراقبة المخاطرة والحماية من بعض المدينيين حيث يكمن دور هذا المركز في وضعه تحت تصرف البنك جميع المعلومات المتعلقة بالمستفيدين من القرض والمتمثلة في قيمة القرض المقدم له, مدته, قيمته, المبالغ المسددة والقيمة المتبقية من قيمة أصل القرض, وبهذا

¹ رشيدة مفلح المرجع السابق ص 17

يتمكن البنك من معرفة ماغذا كان طالب القرض قد إستفاد من قروض الإستهلاك وبالتالي يمكن الحد من المخاطر التي يمكن الوقوعها وذلك عن طريق رفضه تقديم القرض للشخص المدين والذي يقع على عاتقه مديونية مفرطة ,عجزا أو تأخرا عن تسديدها بالإضافة إلى ماسبق ذكره يقوم البنك بطلب الضمانات الكافية من زبونه قبل تقديمه القرض¹.

العنصر الثاني: القسط

يعتبر القسط هو المقابل الذي يلتزم المؤمن له بدفعه من اجل تغطية الخطر الذي يأخذه المؤمن على عاتقه والقسط عنصر جوهري في عقد التأمين وذلك لما له من أهمية و يعتبر القسط في نظر المشرع بمثابة ثمن الخطر أو تعبير عن الخطر بقيمة مالية,ويخضع تحديد القسط إلى عوامل مختلفة فيتوقف بالدرجة الأولى على النسبية مع الخطر المؤمن, ومع عناصر تختلف باختلاف الخطر ومنه يتكون القسط مما يلي:

- **القسط الصافي:** هو مقابل الخطر الذي يغطيه ويتوقف قيمته على درجة احتمال وقوعه ومدى جسامته مايقع من خسارة.

- **علاوة القسط:** يسعى المؤمن دائما إلى تحقيق الربح,ولذلك فإن علاوات القسط تحتوي على نفقات إكتتاب العقود ونفقات الإدارة والضرائب, بالإضافة ألى هامش الربح لأن المؤمن في حد ذاته يعتبر تاجرا².

العنصر الثالث مبلغ التأمين:

هو ذلك المبلغ من المال الذي يلتزم المؤمن بأدائه عند تحقق الخطر للمؤمن له أو المستفيد او الغير,وهو يمثل في الواقع مقابل الإلتزام المؤمن له بدفع القسط ويرتبط به إرتباطا كليا بالزيادة والنقصان وكلما زاد القسط إرتفع مبلغ التأمين³.

وفي نفس السياق يصنف تأمين القرض بأنه تأمين على الأشياء وهذا الاخير يتضمن طائفة من التأمينات تتعلق بمخاطر مختلفة تصيب المؤمن له في أمواله وممتلكاته.

ثالثا المؤسسات المراقبة لعمليات التأمين في الجزائر

تمارس الدولة الرقابة لنشاط التأمين بهدف حماية مصالح المؤمن له بالسهر على شرعية عمليات التأمين وعلى يسار شركات التأمين وفق المادة 209 من قانون التأمينات¹.

¹ - عيسى توفيق.بكاي محمد, القروض الإستهلاكية كما تطبقها البنوك التجارية,مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس علوم تسيير تخصص مالية ورقلة 1999,ص43.

² - محاضرة للجمعية العلمية- نادي الدراسات القانونية- كلية العلوم الإقتصادية جامعة خروبة الجزائر- حول مفهوم طبيعة التأمين, بدون سنة ص13ومابعد.

³ - أنظر د, جديدي معراج, المرجع السابق, ص 50.

أ- المجلس الوطني للتأمينات CNA:

أنشأ هذا المجلس بموجب المادة 274 من قانون التأمينات.

وتم تنظيمه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-339 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 وهو تابع لوزارة المالية ويسعى إلى ترقية وتطوير نشاط التأمين ليصبح ركيزة الإقتصاد الوطني مستقبلا ويمكن تلخيص أهدافه فيما يلي:

- التوازن مابين حقوق والتزامات طرفي العقد.

- السهر على مردودية الأموال المجمعة والسير الحسن لمختلف شركات التأمين.

- المساهمة في إعداد النصوص التنظيمية وتحسين شروط مهام شركات التأمين.

- إنشاء مراكز للبحث يقوم بدراسات إستراتيجية من أجل تطوير نظام التأمين.

وتجدر الإشارة أن المجلس الوطني للتأمينات من خلال الإحصائيات لعام 2010 أشار إلى إنخفاض في تأمين القروض بنسبة

30.8% خلال السداسي الثاني من نفس العام، وذلك بسبب تراجع التأمين على قروض الإستهلاك والقرض العقاري في الوقت الذي شهدت فيه باقي التأمينات الأخرى إرتفاعا إيجابيا.

وفي ذات السياق فإن الناتج الإجمالي لقطاع التأمينات من فرع السيارات (حرائق، حوادث وأخطار مختلفة) يمثل حوالي 84% فيما تبقى فروع التأمينات الفلاحية والقرض لوحدها ضعيفة بنسبة 0.9% و 0,4% .

وللإشارة فإن قطاع التأمينات الجزائري قد حقق رقم أعمال قدر ب 21,6 مليار دينار جزائري خلال 2009، فيما بلغت نسبة الزيادة خلال سنة 2010 نسبة 11,1%.

ثانيا الإتحاد الجزائري للتأمين وإعادة التأمين UAR

أنشأ في 22 فيفري 1994، وله صفة الجمعية المهنية، ويختلف عن المجلس الوطني للتأمين كونه يهتم بمشاكل المؤمنین، حيث لا تشمل عضويته إلا شركات التأمين أما المجلس الوطني للتأمين فيهتم بمشاكل السوق بصفة عامة، وهذا مايفسر إختلاف طبيعة المتدخلين فيهم، حيث نجد في الإتحاد الجزائري للتأمين وإعادة التأمين ممثلين عن وزارة المالية ووزارات أخرى، شركات التأمين، المؤمن لهم.... إلخ، ومن أهداف الإتحاد مايلي:

¹ - أ.أقسام نوال، المرجع السابق، ص 152.

- ترقية نوعية الخدمات المقدمة من شركات التأمين.

- ترقية ممارسة المهنة بالتعاون مع الأجهزة والمؤسسات المعنية.

- الحفاظ على أدبيات ممارسة المهنة والحفاظ على مصالح المؤمنين المالية¹.

المطلب الثاني أحكام عقد تأمين القرض الاستهلاكي

عقد تأمين القرض الاستهلاكي كغيره من العقود يخضع للقواعد العامة التي تحكمه فحتى يقوم هذا العقد صحيحاً منتجاً لأثاره لابد من توافر أركانه العامة التي يشتركها مع باقي العقود الأخرى وأخرى يفرضها القانون (الفرع الأول) فإذا توفرت توفرت أركان إبرام العقد قام العقد منتجاً لجملة من الإلتزامات تترتب على عاتق كل من طرفي العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول أركان عقد تأمين القرض الإستهلاكي

لقيام عقد التأمين يستوجب الأمر توافر الأركان الموضوعية كغيره من العقود والأخرى إلى جانب الشروط الشكلية التي يفرضها القانون حتى يقوم هذا الأخير صحيحاً منتجاً لأثاره القانونية.

أولاً الرضا

تنص المادة 59ق.م.ج "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"²

وعليه فإن الرضا هو الركن الأساسي للعقد وهو يفيد تلاقي إرادة المؤمن له من جهة وإرادة المؤمن من جهة أخرى بطريقة الإيجاب والقبول من أجل إبرام العقد ويتحدد بمقتضاه التزامات كل من المؤمن والمؤمن له³

وفيما يخص الرضا في عقد التأمين على القرض يكون عادة بين شركة التأمين والمقترض الذي يؤمن على القرض الذي يطلبه من البنك، ويمر الرضا بمراحل حتى يتم تلاقي الإيجاب والقبول بين الطرفين، وهذا نتيجة لطبيعة عقد التأمين حيث يحتاج المقترض المؤمن له إلى فترة من الزمن ليطلع على شروط التأمين المعروضة عليه، كما تحتاج شركة التأمين إلى فترة تمكنها من دراسة جميع البيانات بالملف المقدمة من المقترض.

¹ - الجريدة الرسمية عدد 65 بتاريخ 31 أكتوبر 1995.

² - أنظر القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2005 .

³ - غازي خالد بو عرابي، أحكام التأمين، الطبعة الأولى دار وائل للنشر الاردن 2010 ص 26 ومايليها

وينبغي أن يكون الرضا خال من عيوبه بما فيها من غلط وتدليس وإكراه والإستغلال حتى يكون هذا الرضا صحيحا منتجا لآثاره القانونية.

ثانيا الحل

الحل هو الركن الثاني في العقد نص عليه المشرع الجزائري في مواد 92-95 ق م ج ويعرف بانه " الشيء الذي يلتزم المدين القيام به سواء كان القيام بعمل او الامتناع عن عمل او إعطاء شيء¹

ويقصد بالحل في عقد تأمين هو الخطر الذي يخشى منه المؤمن له من وقوعه في المستقبل, وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري "إن عناصر التأمين الثلاثة : يعتبر القسط هو محل التزام المؤمن له ويعتبر مبلغ التأمين هو محل إلتزام المؤمن.

اما الخطر وهو أهم هذه العناصر فهو محل إلتزام كل من المؤمن له والمؤمن, فالمؤمن له يلتزم بدفع أقساط التأمين ليؤمن على نفسه من المخاطر, والمؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين لتأمين المؤمن له من الخطر, فالخطر إذن هو من وراء القسط ومبلغ التأمين هو القياس الذي يقاس به كل منهما"²

ثالثا السبب

المادة 621 من القانون المدني: «تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة، تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين»

و هو الباعث من وراء إبرام العقد اي الهدف البعيد اما سبب الالتزام فهو الباعث على إبرام العقد³ و لكن ما يهمننا في هذا المجال هو معرفة السبب الحقيقي في عقد تأمين القرض الاستهلاك فإن السبب في عقد التأمين هو المصلحة اي المصلحة المراد التأمين عليها من وقوع المخاطر، و ذلك هو السبب المباشر الذي يدفع بالمتعاقدين الى إبرام عقد التأمين و نلاحظ فعلا ان المصلحة ترافق كافة صور التأمين فمصلحة المؤمن له اذن تكمن في المحافظة على امكانية استرداد مبلغ القرض و هي بالتالي مصلحة ذات قيمة اقتصادية.⁴

من جانب اخر يشترط في المصلحة ان تكون مشروعة اي انها لا تكون مخالفة للقوانين و النظام العام و اداب العامة و تؤدي هذه المخالفة سواء تعلقت بالقانون و النظام العام و الآداب الى بطلان التأمين و قد ورد بشأن ذلك احكام

¹ - حميدة جميله , الوجيز في عقد التأمين دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات, الطبعة الأولى دار الخلدونية 2012 ص 59-56

² - د. عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الثاني عقود الغرر وعقد التأمين " دار إحياء التراث العربي القاهرة ص 1086

³ - عبد الرزاق دربال, الوجيز في النظرية العامة للالتزام, دار العلوم للنشر و التوزيع, عناية, دون سنة, ص 41-42.

⁴ - حميدة جميله مرجع سابق ص 76

عامة في القانون المدني و احكام خاصة بقانون التأمين و في هذا الصدد نصت المادة 97 من ق.م على انه اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام أو الآداب العامة كان العقد باطلا.¹

الفرع الثاني الشروط الشكلية.

قد يشترط ان يستوفي العقد بعض الشكليات حتى يمكن ان تتبع اثاره القانونية و خاصة بالنسبة للعقود الزمنية، و تختلف الشكليات من تقنين لآخر .ولمعرفة شكلية عقد التأمين و بالاخص عقد تأمين القرض الاستهلاكي سنتطرق لعنصرين مهمين شكل العقد و الثاني اثبات العقد.

أولا شكل العقد.

ويقصد به افرغ عقود التأمين في نماذج معدة مسبقا و مطبوعة من قبل شركات التأمين و متضمنة الشروط العامة المألوفة عند التعاقد يضاف اليها شروط اخرى خاصة تتعلق بطبيعة التأمين و نوع المخاطر، كما يتضمن العقد من جانب ثان معلومات تتعلق بالمؤمن له،

إن المشرع في معظم دول العالم يشترط أن يستوفي العقد على بعض الشكليات حتى ينتج آثاره القانونية فالمشرع الجزائري يشترط لإبرام هذا العقد أن يكون مكتوبا، ولم يحدد بان تكون الكتابة في شكل محرر عرقي او في شكل محرر رسمي، ولم يحدد الصياغة التي يحرق بها القعد وإنما ترك الامر لإتفاق الأطراف.

وقد جرى العمل على أن تفرغ هذه العقود في نماذج مسبقة ومطبوعة من قبل شركات التأمين ومتضمنة الشروط العامة المألوفة لكل نوع من أنواع التأمين.

بالإضافة إلى الكتابة يشترط المشرع الجزائري بأن يتضمن عقد التأمين إجباريا زيادة على توقيع الأطراف المتعاقدة البيانات التالية:

- إسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما- الشيء أو الشخص المؤمن عليه- طبيعة المخاطر المضمونة-تاريخ الإكتتاب- تاريخ سريان العقد ومدته- مبلغ الضمان- مبلغ الإشتراك أو تأمين القسط.

وهذه البيانات ليست على سبيل الحصر، فيجوز للأطراف ذكر بيانات أخرى في عقد التأمين كطريقة وميعاد دفع مبلغ التأمين " التعويض"، وطرق تقدير الأضرار وكيفية الإدلاء والتصريح بالبيانات المطلوبة خلال مدة سريان العقد وغيرها¹.

¹ - انظر الامر رقم96- 27 سابق الذكر

يتخذ عقد التأمين إحدى النماذج الثلاثة التالية: وثيقة التأمين وهو الأكثر شيوعا وإستعمالا, ملحق وثيقة التأمين الذي يكون في حالة التعديلات أو إلغاء بعض الشروط والإلتزامات², ومذكرة التغطية المؤقتة للمخاطر المتوقع حدوثها³.

وتجدر الإشارة أن الكتابة التي إشتطها المشرع الجزائري في عقد التأمين مطلوبة لإثبات العقد و ليس لإنعقاده حيث لا يمكن إثبات عقد تأمين بوسائل أخرى غير وعليه فإن امر غير ممكن بالنسبة لعقد تأمين القرض الاستهلاكي فهو يثبت بالكتابة فقط.

المبحث الثاني الآثار القانونية الناشئة عن عقد تأمين القرض الاستهلاكي.

عقد التأمين هو عقد ملزم للجانبين يرتب إلتزامات على كاهل كل من طرفي العقد وهي جملة من الآثار القانونية تنشأ لقيام عقد التأمين صحيحا المنصوص عليها في المادة 15 عليها في الشروط العامة في الامر 06-04 المتعلق بالتأمينات.

و بالتالي كان موضوع مبحثنا هذا هو التطرق الى اهم الآثار القانونية المتولدة عن هذا العقد من التزامات المؤمن الى التزامات المؤمن له و كذا ما يترتب عن الاخلال بهذه الإلتزامات

و قد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين المطلب الاول و يتناول التزامات المؤمن له اما المطلب الثاني فيتطرق الى التزامات المؤمن مع الإشارة في كل من المطلبين الى الجزاءات القانونية المتولدة في حالة عدم الامتثال لهذه الإلتزامات.

المطلب الأول: إلتزامات المؤمن له

- دفع قسط التأمين, الإلتزام بالإدلاء بالبيانات الخاصة بالخطر ويكون هذا التصريح ضمن إستثمارات مطبوعة أسئلة محددة يجيب المؤمن له عليها بكل وضوح وصراحة.

ويترتب على عدم دفع القسط في الآجال المتفق عليها جزاء, ويطبق في هذا الشأن القواعد العامة أي يحق لشركة التأمين في هذه الحالة إما المطالبة بتنفيذ العقد, أو فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ بعد الإعذار⁴.

¹ المادة 07 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات الصادر بالجريدة الرسمية عدد 13 بتاريخ 08 مارس 1995 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006 ص 3.

² المادة 9 من قانون التأمينات الجزائري المعدل والمتمم.

³ جديدي معراج, المرجع السابق ص 65

⁴ وقد نصت على هذه الإلتزامات المادة 15 من قانون التأمينات الجزائري

ويتم الفسخ إما بموجب حكم قضائي، أو أن يتم إدراج الفسخ التلقائي في بنود العقد إذا لم يوفي أحد الطرفين إلتزاماته التعاقدية.

إضافة إلى هذا قد تتضمن وثيقة التأمين بعض الإلتزامات الإضافية التي يفرضها المؤمن على المؤمن له، و ذلك بهدف الحفاظ على مصالحه و يكون من شأن إغفالها سقوط حقه في طلب التعويض و هذه الإلتزامات نجدها غالبا في الشروط الخاصة في وثائق التأمين.

و نحاول في هذا الصدد دراسة الإلتزام الأول و المتمثل في دفع القسط بعد تلك الإلتزامات التبعية، و السبب في ذلك ان دفع القسط هو اهم التزام من التزامات المؤمن له فهو الذي يضفي صفة المعاوضة على العقد.

الفرع الاول: الإلتزام بدفع القسط. Paient de prime

نقوم اولاً بتعريف القسط و كيفية تحديده ثم ننتقل الى اثار هذا الإلتزام و لقد خصصناه بدراسة منفصلة كونه اول و اهم التزامات المؤمن له و يكون المشرع اعتنى به بالنص عليه في القواعد العامة التي تحكم التأمين كما نصت عليه كل من الشروط العامة و الخاصة المتعلقة بهذا العقد.

أولاً مفهوم القسط

يقصد بالقسط هو المبلغ المالي الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه

كما يعرف بأنه المبلغ الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن في مقابل ان يتحمل المؤمن تبعة الخطر المؤمن منه¹

قسط التأمين هو المبلغ الذي يدفعه المؤمن له في سبيل الحصول على مبلغ التأمين اذ تحقق الخطر و الاصل في القسط انه يحسب على اساس الخطر فإذا تغير الخطر تغير معه القسط وفقاً لمبدأ نسبية القسط مع الخطر و هم ما يعرف في مادة التأمينات بتفاقم الخطر و زواله.

قد تختلف طريقة دفع قسط التأمين باختلاف العقد المبرم فقد يكون دورياً (شهر، سنة، فعل) و قد يكون دفعة واحدة.

و بالرجوع الى المادة 619 من ق.م و التي عرفت عقد التأمين و هي المادة التي أكدتها المادة الثانية من الامر 95-

207² و لم تخالفها فكلتا المادتين أوردت عبارة قسط أو أية دفعة مالية أخرى فتبين لنا أن المشرع يقصد بالتقيد مبلغاً

نقدياً و لا يقوم مقام الدفعة النقدية القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل فالوفاء به يكون نقداً و يجوز أن يتم

¹ - محمد حسن قاسم القانون المدني، العقود المسماة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007 ص569-580

الوفاء بواسطة سند تجاري كالشيك و لكن في مثل هذه الحالة لا يعتبر الوفاء قد تم إلا إذا سلم المؤمن القيمة الثابتة في السنة و هو يستلمها نقدا.

ثانيا: الوفاء بالقسط.

إن المدين بالقسط هو موقع وثيقة التأمين مهما كانت مرتبته و هو الملزم بدفعها مع الإشارة إلى انه على خلاف كل أنواع التأمينات الأخرى فإنه في الواقع العملي زبون البنك هو من يقوم بدفع القسط للبنك هذا الأخير الذي يقوم بجمع كل الأقساط المتحصل عليها خلال شهر و يقوم بارسالها للمؤمن اما مكان الوفاء بالقسط يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المؤمن له ما لم يوجد اتفاق مخالف و هذا حسب القواعد العامة و بالرجوع الى المادة 282 ق.م حيث نصت فقرتها الثانية فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الفاء أو في مكان الذي يوجد فيه مركز المؤسسة اذا كان فعلها بهذه المؤسسة.

و مكان الوفاء هو الموطن المذكور في وثيقة التأمين أو الموطن الأخير الذي صرح به و ان وقع تغيير وجدت العادة على ان يكون دفع القسط في موطن شركة التأمين فالمؤمن له يحمله اليها و في هذا خلافا لمبدأ الذي يقول ان الدين يطلب و لا يحمل و على اي حال يجوز للطرفين الاتفاق على اي مكان اخر يتم فيه الدفع.

و بما أن عقد تأمين القرض الاستهلاكي العقود يختلف عن العقود الكلاسيكية الأخرى للتأمين فإنه توجد إتفاقية بين كل من شركة التأمين و بنك معين هذه الاتفاقية تقضي بتأمين كل القروض المبرمة على مستوى هذا البنك لدى شركة التأمين المحدد في الاتفاقية و بالتالي يتم فتح حساب خاص بالشركة لدى هذا البنك و من ثم يقوم البنك بإيداع مبلغ الأقساط المتحصل عليها في حساب شركة التأمين.¹

ثالثا: آثار الإخلال بالتزام بدفع القسط.

يترتب على الإخلال بالتزام دفع القسط المنصوص عليه في المادة 15 من قانون التأمينات اما وقف الضمان الممنوح بموجب العقد و اما فسخ العقد، و هذا حسب المادة 16 من نفس الأمر لكن قبل ترتيب هذا الجزاء قرر المشرع بعض الإجراءات لصالح المدين بهذا الالتزام و المؤمن له و لصالح بقاء سريان مفعول العقد.

و لهذا نتطرق أولا لهذه الإجراءات ثم نتناول جزاء الإخلال بالتزام دفع القسط.

¹ - جديدي معراج , المرجع السابق , ص 66 .

1-التذكير و الإعذار بدفع القسط: بالرجوع الى المادة 16 من الامر 95-07 و المادة 15 من الشروط العامة لعقد تأمين القرض الاستهلاكي و المادة 09 من الشروط الخاصة لهذا العقد نجد ان المشرع فرض على المؤمن اجراءات يجب اتخاذها ازاء المؤمن له اذا لم يقع بدفع القسط و تتمثل في تذكيره قبل كل شيء بدفع القسط قبل حلول اجل الدفع.

و على المؤمن له دفع القسط خلال خمسى عشر يوما من تاريخ الاستحقاق و في حالة عدم الدفع يقوم بإنذاره برسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالإستلام بوجوب دفع القسط خلال ثلاثين يوما الموالية لأنقضاء الأجل المحدد و يتبين من عبارة الوجوب أن الإجراء ضروري و منه تبطل كل الاجراءات اللاحقة له.

ويلاحظ مما سبق أنا هذا الإجراء وجد أساسا لصالح المؤمن له فهو تذكير له بعدم قيامه بالتزامه من جهة و تذكير له بما يترتب عن عدم القيام به من جهة أخرى كما أن هذا الإعذار يثبت المؤمن طلب دينه من مدينه و كما سبق الذكر بأن القسط يوفى في موطن المؤمن له فعلى المؤمن أن يوجه الإعذار أو الإنذار كما سماه المشرع الجزائري إلى موطن المؤمن له، و هو الموطن المذكور في وثيقة التأمين.

و هذا الإعذار يكفي أن يكون عن طريق عن طريق رسالة مضمونة و لا يحتاج لأن يوجه عن طريق محظر أو عن طريق إجراء مماثل، لأن مثل هذه الطرق تطيل في الاجراءات و تزيد من المصروفات و هي أعباء لا ضرورة منها لأن الهدف من الإنذار هو أولا تذكير المؤمن له بما عليه و ثانيا ضبط حساب مواعيد الإجراءات اللاحقة و لهذا كانت الرسالة المضمونة الوصول تفي بهذا الغرض و من البديهي أن يذكر في الإعذار مقدار القسط المستحق تاريخ إستحقاقه و أن يثبت المؤمن له بأن هذا الرسالة هي إعذار أو إنذار كما سماه المشرع أنها ليست مجرد مطالبة بسيطة بدفع القسط و أن يذكره بالنتائج المترتبة عن هذا الإعذار¹

و بهذا الإجراء يصبح القسط واجب الأداء في موطن المؤمن بدلا من موطن المؤمن له و تبدأ بعده حساب مواعيد الإجراءات اللاحقة و الملاحظ فيما يخص حساب المواعيد أو من تاريخ رجوع وصل الاستلام لكن بالرجوع إلى القواعد العامة للإجراءات فإن الأجل الممنوح للمؤمن له يبدأ من تاريخ إستلامه الإنذار و ليس من تاريخ إرساله و هذا يستقيم و المنطق القانوني السليم هذا ما نصت المادتين 15 من الشروط العامة و المادة 09 من الشروط الخاصة على انه «المؤمن له يلتزم بالتصريح بالاستحقاق الغير مدفوع خلال 60 يوما لإمكانية حصوله على التعويض المستحق و هذا الاختيار لا ينطبق إلا بعد تنفيذ ضغط حقيقي على الزبون خاصة بإرسال إنذار خلال 30 يوما أو أكثر من تاريخ الإستحقاق الغير المدفوع و على الزبون دفع إستحقاقه خلال 15 يوما و في حالة عدم جدوى هذه الإجراءات يلتزم

¹ - انظر المادة 119 من القانون المدني الجزائري

المؤمن له بإرسال ملف كامل للمؤمن و بالتالي فقد عاجلت هذه المواد إجراءات خاصة بالزبون قبل إتباع شركة التأمين الإجراءات المنصوص عليها أعلاه اتجاه المؤمن له»

ب- جزاء الإخلال بدفع القسط:

جزاء الإخلال بدفع بهذا الالتزام يتراوح بين اختياريين وفق ضمان العقد أو فسخه فمتى نوقف الضمان و متى نفسخ العقد؟

1- وقف الضمان: نصت فقرة 3 من م 22 من الشروط العامة لعقد تأمين القرض استهلاكي التقصير في دفع القسط خلال 10 أيام من تاريخ استلام ملحق خروج الأقساط avenant de resartie يؤدي الى إيقاف الضمانات خلال 30 يوما بعدا انذار المؤمن له.¹

و إيقاف العقد المنصوص عليه أعلاه يؤدي إلى السقوط النهائي للحق في التعويض على مجمل العمليات المتعلقة بالأقساط المدفوعة كذلك على مجمل العمليات المدروسة أو المعالجة خلال هذا الايقاف.²

و بالرجوع الى نص الفقرة أعلاه نستنتج أنه إن لم يدفع القسط الأجل المحدد في وثيقة التأمين إنذاره، المؤمن برسالة مضمونة الوصول للقيام بالتزاماته و بإنقضاء هذه المدة يعتبر المؤمن له قد أخل بالتزاماته و يترتب في هذه الحالة وقف الضمان تلقائيا دون إشعار آخر و هو أول جزاء يطبق على المؤمن له بسبب إخلاله بالتزام دفع القسط فبعد إرسال الإنذار الثاني و إنقضاء مدة 30 يوما المنصوص عليها أعلاه في هذه الحالة يتوقف سريان العقد مباشرة و دون حاجة إلى إجراء آخر و معنى هذا أن المؤمن يدفع في مقابل عدم التزام المؤمن له بعدم إلتزامه بضمان الخطر فإذا تحقق هذا الأخير في مدة وقف الضمان لا يسأل عنه و إنتفى حق المؤمن له في التعويض كما وضحت نفس المادة بأن سريان العقد يعود مباشرة بعد دفع القسط المطلوب كما وضحت في الفقرة الخامسة أن المؤمن له يبقى ملزما بدفع القسط المطابق لفترة الضمان و نستنتج هنا أن المؤمن له ملزم بدفع القسط قبل وقف الضمان و بعده أما في الفقرة التي علق فيها الضمان فهو ملزم بالقسط و هذا ما تؤكدته الفقرة 06 من المادة 16 بنصها «مع مراعاة احكام المادة 51 عن الأمر تستأنف آثار عقد التأمين غير المفسوخ بالنسبة للمستقبل ابتداء من الساعة الثانية عشر من اليوم الموالي لدفع القسط المتأخر في هذه الحالة فقط»

¹ - ابراهيم ابو النجا , المرجع السابق ص 210-215.

² - معراج حديدي المرجع السابق ص 74.

وفي نفس السياق نستخلص بأن المشرع الجزائري قد خالف كل من المشرع الفرنسي و المصري فيما يخص التزام المؤمن له بالقسط في فترة وقف الضمان حيث أنهما يقرران عدم توقف سريان العقد بالنسبة للمؤمن له بالقسط في عن مدة الوقف و لا يتحلل من إلتزامه إلا إذا فسخ العقد و من ثم يكون إلتزام المؤمن بالضمان موقوفا دون أن يوقف إلتزام المؤمن له بدفع مقابل التأمين و في هذا النوع من العقوبة المدنية توقع على المؤمن له جزاء إخلاله بإلتزامه و إذا دفع المؤمن له القسط المتأخر عاد العقد للسريان و يعود منتجا لآثاره و هذا قياسا على التأمينات البرية و نصت المادة 17 من الأمر المتعلق بالتأمينات فلا تسري آثار الضمان إلا على الساعة الصفر من اليوم الموالي لدفع القسط إلا إذا وجد إتفاق يخالف ذلك.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول حالة وجود أقساط فورية و يأمر المؤمن له بدفع قسط من الأقساط و ا ولم يذكر وقف المؤمن الضمان و وكذا حالة فسخ العقد و حل أجل القسط الموالي فلا يضع اجابة حول بقاء أو عدم بقاء الضمان معلق بحلول أجل القسط الجديد و لا توجد إجابة في حالة ما اذا لم يدفع المؤمن له القسط الجديد كذلك الأمر الذي يطرح تساؤل حول ما هي الإجراءات التي يتخذها المؤمن في هذه الحالة الخاصة و ان الفسخ جوازي بالنسبة له؟ وللإجابة علىه لا بد من التطرق إلى

2-فسخ العقد: تنص المادة 16 السابقة الذكر في فقرتها الخامسة «للمؤمن حق في الفسخ العقد بعد عشرة ايام من ايقاف الضمانات و يجب تبليغ الفسخ المؤمن له بواسطة رسائل مضمونة الوصول مع الإشعار بالإستلام و في حالة الفسخ يبقى المؤمن له مطالب بدفع القسط المطابق لفترة الضمان»

في حالة وقف الضمان جاز للمؤمن أن يفسخ العقد بعد 10 أيام من إيقاف الضمانات إذا الامر جوازي بالنسبة إليه فله أن يختار هذا الجزاء و له كذلك أن يبقى سريان إيقاف الضمان كما أن الجواز الذي نصت عليه المادة يمكن أن يفهم منه أيضا انه بعد إنتهاء مدة 10 أيام يمكن للمؤمن أن يفسخ العقد في أي وقت قبل أكتفاء العقد أو قبل حلول أجل القسط الموالي¹

فإذا إختار المؤمن الفسخ فإن العقد ينقضي بهذا الفسخ و لا يعود إلى السريان حتى لو إقترح المؤمن له دفع الاقساط المتأخرة و هذا الفسخ لا يعني المؤمن له من دفع القسط أو الاقساط المتبقية و المطابقة للفترة التي سري فيه الضمان.²

¹ - حميدة جميلة، المرجع السابق ص 90-91

² - إبراهيم أبو النجار، التأمين في ق الجزائري الجزء الأول الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، سنة 1992، ص 215.

و إذا إختار المؤمن هذا الطريق عليه أن يعلم المؤمن له برسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالتزام و يقع الفسخ من تاريخ إرسالها لا من تاريخ وصولها كما أن للمؤمن أن يختار التنفيذ العيني و يستهل دعوى دفع القسط و هذه الدعوى جائزة في حالة فسخ العقد لأن المؤمن له يبقى ملتزما بالأقساط غير المدفوعة و جائزة في حالة إبقاء المؤمن العقد ساريا و منتجا لآثاره , وأن يطلب في كل الأحوال مبلغ القسط أو الأقساط غير المدفوعة بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب فسخ العقد و المطالبة بالمصاريف.

و نشير إلى أن وقف الضمان يشكل مصلحة واضحة للمؤمن حيث يظل محتفظا بحقه في القسط بينما لا يلتزم بضمان الخطر فمن مصلحته إطالة فترته دون أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني أو الفسخ لذا يرى الفقه الغالب أن العقد يظل موقوفا إلى أن يحل القسط الجديد في حالة الاقساط الدورية و عندئذ ينتهي الوقف ويعود العقد إلى السريان و ينقضي حق المؤمن في طلب الفسخ و لا يكون أمامه سوى لمطالبة بالتقسيط المتأخر مع التعويض.¹

الفرع الثاني: الإلتزامات التبعية.

لقد سبقت الإشارة إلى الإلتزام بدفع القسط نظرا لأهميته مقارنة مع بقية الإلتزامات الأخرى ذلك لكون المؤمن قبل بحثه في الخطر و تحققه من الضمانات يهيمه أن يكون قد حصل على مبلغ القسط و هذا هو المنطق الذي إنتهجه المشرع عند تعريفه لعقد التأمين فقد ركز على القسط دون بقية الإلتزامات² التي سيقوم بدراستها فيما يلي.

أولا: التقديم الشهري. Declaration mensuelle des credi

إذا كان على كل شخص مقدم على إبرام عقد ما ان يتحرى حول ما سيلتزم به و ما سيناله مقابل إلتزامه فإنه من العسير على المؤمن أن يتحرى بنفسه عن طبيعة الخطر الذي يتعهد بضمانه و لذلك يفرض القانون على المؤمن له أن يقدم للمؤمن بيانات صحيحة عن الخطر المضمون حتى يتمكن المؤمن من تكوين فكرة واضحة عن هذا الأخير ليحدد إلتزاماته و حقوقه إتجاه المؤمن له و إذا كان المؤمن يستطيع بوسائله الخاصة أن يقف على بعض هذه البيانات و إن يلم ببعض هذه الظروف فإنه لا يمكنه ان يقف جميعا بغير مساعدة المؤمن له .

و عليه يكون هذا الخير ملتزما بتقديم جميع هذه البيانات و تقرير جميع هذه الظروف حتى يتمكن المؤمن من تقدير جسامه الخطر فيرى إن كان في إستطاعته أن يضمه وكذا إن كان في مقدوره تغطيته فيرى ما مقدار القسط الذي يطالب به المؤمن له.

¹ أنظر الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات.

² - المادة 619 ق مدني و المادة 02 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات.

و نجد عادة أن كل شخص يرغب في التأمين على خطر ما، سواء تعلق الأمر بالتأمينات البرية أو البحرية أو الجوية، يتعين عليه أولاً تقديم طلب التأمين للمؤمن أو قد يكون ذلك باقتراح من¹ هذا الأخير يكون عن طريق مطبوعة يعدها المؤمن متبعا لهذا الغرض و تحتوي على عدد من الاسئلة يقوم المؤمن له بالإجابة عليها و على ضوء هذه الإجابة يستطيع المؤمن أن يقبل أو يرفض عملية الخطر المطلوب التأمين عنها ، كذلك يجب على المؤمن له أن يقدم كل البيانات المتعلقة بالخطر و ظروفه و هذا حتى لو لم تتضمنها الأسئلة الموجهة إليه شفاهة أو كتابة و هذا ما اشارت اليه المادة 15 من نفس الأمر و التي تخص إلتزامات المؤمن له في التأمينات البرية و نجد مثال هذا التدقيق في مجال التأمين على الإستهلاكية بصفة خاصة حيث توجد هناك وثيقة خاصة تسمى questionnaire de sante² هذه الوثيقة تتضمن مجموعة من الاسئلة المتعلقة بصحة الزبون ثم تقدمها من طرف البنك إلى الزبون طالب القرض و هذه الأخيرة ترسل فيما بعد إلى المؤمن و التي تسمح له بتقدير الخطر تقديرا صحيحا بالإعتماد على هذه الوثيقة.

يلتزم المؤمن له بالتصريح للمؤمن خلال 15 من كل شهر على الأكثر بحالة مفصلة ضمن وثيقة تسمى "état de déclaration des credit"³ تحمل الاسم، المدة، مبلغ القرض لكل مستفيد خلال الشهر السابق.

كقاعدة لهذا التقرير المؤمن يرسل إلى المؤمن ملحق خاص بالأقساط يسمى "un avenant de ressoti des prime"⁴ و يلتزم المؤمن له خلال 10 أيام من اجل تسوية مبلغ الأقساط.

و زيادة على هذه الإلتزامات هناك إلتزامات أخرى ثانوية معهود عليها في القواعد العامة بموجب م 15 من الأمر 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 و المتعلق بالتأمين و هي إلتزامات تابعة للتصريح الشهري و يمكن تلخيصها في: التصريح عند إكتتاب العقد بجميع البيانات و الظروف المعروفة لديه ضمن إستمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها إذ أنه قد يكون هناك بعض البيانات التي تؤدي بالمؤمن إلى عدم قبول تغطية الخطر و يجب أن تكون البيانات التي يقدمها المؤمن له من شأنها مساعدة المؤمن على تقدير الخطر الذي سيضعه على عاتقه تقديرا دقيقا و لا يعد بهذه البيانات إلا اذا كانت جوهرية و تعتبر جوهرية إذا تعلقت بالخطر المؤمن منه و كانت تؤثر في تحديده و تحديد سعر القسط المناسب لتغطيته ما البيانات الأخرى التي ترتبط بالخطر و ليس من شأنها التأثير في تقديره فلا يلتزم المؤمن له بالإدلاء بها.

¹ - المادة 08 من الشروط العامة و المادة 04 من الشروط الخاصة المتعلقة بعقد تأمين القرض الاستهلاكي، 04-06 سابق الذكر.

و قد جرت عادة شركات التأمين الى تقسيم البيانات الجوهرية الى نوعين موضوعية و شخصية فالبيانات الموضوعية هي التي تتعلق بموضوع الخطر المؤمن ضده و تناول الصفقات الجوهرية للخطر و ما يحيط به من ظروف و ملاسبات يكون من شأنها تكييفه تكييفاً دقيقاً و يتوقف على هذه البيانات تقدير مبلغ القسط الذي يلتزم المؤمن له بدفعه ففي التأمين على القروض الإستهلاكية فالمؤمن له لا بد له من ذكر مبلغ القرض مدته كما يحدد بدقة نوع القرض (قرض لشراء سيارة، قرض منزلي).

أما البيانات الشخصية فهي التي تتعلق بشخص المقترض اسم المقترض سنه و هذا العامل مهم جداً فهناك سن محدودة تكون عليها زيادة في القسط نظراً لزيادة الحجم الخطر اضافة الى مهنته و نوعها ما يوضح له الرؤية على القدرة هذا العميل على الوفاء بدينه¹.

ومما سبق نستنتج أن البيانات الموضوعية تساهم في تقدير الخطر و تحديد مبلغ قسط التأمين و بالمقابل نجد ان البيانات الشخصية يتوقف عليها قرار المؤمن بقبول أو عدم قبول إبرام عقد التأمين.

التصريح بالبيانات أثناء سريان العقد

و يعتبر هذا الإلتزام إمتداد للإلتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر وقت التعاقد و هو يتصل كذلك بالإلتزام بعدم زيادة المخاطر المضمونة و الذي سيلحق شرحه فالمؤمن ما كان ليقبل التعاقد إذا كانت هذه الظروف موجودة وقت إبرام العقد أو كان يقبل التعاقد وفق الشروط السابقة و يجب على المؤمن له إخطاره بهذه الظروف سواء كانت فعله أو خارجه عن إبرامه ليتسنى للمؤمن أن يقوم بمناصفة القسط مع الخطر في ظروفه الجديدة إعمالاً لمبدأ تناسب القسط مع الخطر أما فيما يخص جزاء الإخلال بهذا الإلتزام فهو نفسه المقرر في حالة الإخلال بالإلتزام بتقديم البيانات الصحيحة عند التعاقد.

التصريح بتفاقم الخطر أو تغييره إذا كان خارجاً عن إرادة المؤمن له أو يفعل إزائه و في كلتا الحالتين التصريح يكون برسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام و مثال تفاقم الخطر في هذا النوع من التأمينات كحاجة الزبون أو عميل البنك عرض خطير مما يزيد في احتمال وفاته أو منازعات في عمله قد تهدد بطرده و بالتالي زوال الدخل.

و من هنا استحالة دفع الإستحقاقات التبليغ عن كل حادث ينجر عن الضمان إذ أن المصرف في حالة تجاوز ثلاث إستحقاقات غير مدفوعة و عدم تصريحه بها تعرضه إلى فقدان الضمان نهائياً و يكون مصحوباً بوثائق لازمة و يكون

¹ - القرار المؤرخ في 14 يوليو 2011 الذي يعدل القرار المؤرخ في 06 أبريل 1998 متضمن اعتماد الشركة الجزائرية للتأمينات, السابق الذكر

ذلك بإرسال ملف كامل للمؤمن عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام¹، والإلتزام بتبليغ المؤمن في حالة نزاع على الدين مع الزبون و ذلك خلال مدة 20 يوما على الأكثر.

ب- جزاء الإخلال بالالتزام بالتصريح

و قد أقر جزاء في حالة تحفظ المؤمن له كذلك في حالة التصريح الكاذب بالتأمينات و التي تنص على كل كتمان أو تصريح كاذب معتمد من المؤمن له قد تحليل المؤمن في تقدير الخطر ينجر عنه ابطال العقد مع مراعاة لاحكام المنصوص عليها في الفب قانون التأمينات الجزائري .

ثانيا: حق المراقبة. Droit de control

يمنح المؤمن له الى المؤمن ما يسمى بحق المراقبة فيما يتعلق بصحة تصريحاته و اجراء المراجعة و خاصة تزويده بالوثائق المحاسبية.

أ-الجزاء المترتبة عن حقوق المراقبة

في حالة رضا المؤمن له المراقبة المنصوص عليها في المادة 10 اعلاه من الشروط العامة تنص م 22 في فقرتها الرابعة على انه يمكن للمؤمن بعد إنذار المؤمن برسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام إيقاف الضمان مدة 30 يوما و يسقط حق المؤمن له في التعويض على مجموع العمليات خلال مدة الإيقاف الى غاية وقت التقصير².

الفرع الثالث: الإلتزام بالمحافظة على مصالح المؤمن

إن ما يميز عقد التأمين بصفة عامة و التأمين على القرض بصفة خاصة كونه من عقود حسن النية و هذه الصفة تظهر جلية عند تنفيذ هذا العقد فتنفيذه يجب أن يكون بطريقة تتفق مع موجهه حسن النية و ما تقتضي به الأمانة و الثقة في المعاملات و هذا ما يجعل إلتزام المؤمن له إلتزام الشخص الحريص الذي يحافظ على مصالح الطرف المتعاقد معه و هو المؤمن له فضلا على المحافظة على كيان العقد و حسن تنفيذه الذي لا يكون إلا إذا قام كل من الطرفين بتنفيذ إلتزامهما فعلى المؤمن له و بحسن نية أن يحافظ على مصالح المؤمن و هذا الإلتزام لا يمكن حصره في نقطة واحدة فقط بل يتفرع الى عدة التزامات فرعية (قبل وقوع الخطر بعد تحقق الخطر...).

¹ - الفقرة الاولى من المادة 15 من قانون التأمين الجزائري.

² - انظر الامر 95-07 المتعلق بالتأمينات سابق الذكر.

المطلب الثاني: إلتزامات المؤمن

إذا تحقق الخطر المؤمن منه إلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الذي أصابه حسب الكيفيات المنصوص عليها في وثيقة التأمين و حسب المبلغ المتفق عليه.

فقد نصت المادة 12 من قانون التأمينات الجزائري على إلتزامات المؤمن وهي

الفرع الأول: تعويض الخسائر و الأضرار.

تعويض الخسائر والأضرار الناتجة عن الحالات الطارئة, أو عن خطأ غير معتمد من المؤمن له أو التي يحدثها الغير.

ذلك لأن التعويض هو اثر من اثار الالتزام فإنه يشمل على الدائن و المدين فالدائن بالتعويض هو مالك الاشياء المؤمن عليها و المذكور اسمه في وثيقة التأمين و بالتالي يكون هو المعرف في حالة تحقيق الخطر المؤمن منه بينما يكون المؤمن المدين الاصلي بالتعويض و يلتزم بتسوية الكارثة و دفع التعويض بمفرده فإذا حصلت خسارة الشيء المؤمن عليه جاز للمؤمن له أن يطالب المؤمن بتعويض الضرر الناتج عن ذلك في حدود مبلغ التأمين المتفق عليه في الوثيقة و يتحدد هذا الاخير حسب درجة الخسارة اللاحقة بالمؤمن له فقد يحصل العجز أو الوفاة بعد مدة قصيرة من سريان العقد هنا تكون خسارة المصرف كبيرة و قد تحصل قبل نهاية مدة القرض بفترة قليلة و منا لا يلتزم المؤمن الا في حدود الحصص المتبقية على ان لا يتجاوز مبلغ التأمين المتحصل عليه قيمة القرض الممنوح من طرف البنك و هنا تكمن اهمية تحديد مبلغ القرض في وثيقة التأمين الذي يعتبر دليلا كافيا في مواجهة المؤمن له و كخلاصة بما تقدم يتم التعويض حسب ما لحق من خسارة و بالرجوع اساسا على جدول خاص يسمى Tableau d'amortissement هذا الجدول يحدد بدقة مبلغ كل استحقاق و كذا التاريخ المحدد لكل منها كما يحدد الاستحقاق المدفوعة و الغير مدفوعة.

الفرع الثاني: تقديم الخدمة المحددة في العقد.

نصت نفس المادة على الالتزام الثاني الذي يلتزم به المؤمن اتجاه المؤمن له و اثناء سريان العقد بتقديم الخدمة المحددة في العقد حسب الحالة عند تحقق الخطر المضمون أو عند حلول اجل العقد و يلتزم المؤمن بأداء مبلغ التأمين الذي يكون رأسمال أو إيرادات دورية أو تعويض وذلك في الآجال المتفق عليها حسب طبيعة ونوع التأمين و لا يلتزم المؤمن بما يفوق ذلك و يدخل في مدلول هذا الالتزام مجموعة من الإلتزامات الثانوية¹ و المتمثلة اساسا في:

¹ أقاسم نوال, المرجع السابق, ص152

يحل المؤمن في محل المؤمن له في الحقوق و الدعاوى الى غاية تحصيل التعويض مع التزام المؤمن له بإرسال له إيصال أو مخالفة اثناء وقت تسوية التعويض

و تتمثل الحلول في تأمين القرض الاستهلاكي في حالة اعلان الإعسار من المؤمن يقوم بتعويض البنك و يتحصل على كافة الحقوق من اجل الرجوع على ممتلكات الزبون من اجل استيفاء كافة التعويضات. غير أن هذا المبدأ لا ينطبق في حالة الوفاة اي ان المؤمن يقوم بتعويض البنك دون إمكانية الرجوع لا على ممتلكات الزبون أو على الورثة.

و في حالة ما إذا تسبب المؤمن له في إستحالة قيام المؤمن برفع دعوى رجوع ضد الغير المسؤول يمكن إعفاء المؤمن من الضمان أو جزء منه إتجاه المؤمن له تناولت هذه المادة الجزاءات الناتجة عن الحلول المتمثلة في إعفاء المؤمن من الضمان الكلي أو جزئيا حسب درجة الضرر اللاحق به من جزاء تقصير المؤمن له¹

خاتمة

نستخلص مما سبق أن مجال التأمين على القروض الإستهلاكية مايزال يعتمد على القواعد العامة وبعض المواد المتفرقة والتي يمكن تطبيقها على المستهلك المؤمن له, ولكن يبقى هذا الأخير بدون حماية قانونية واضحة ومحددة للفراغ القانوني في مجال القروض الإستهلاكية, مما يسمح لشركات التأمين بأن تتلاعب بمصير وأموال المستهلك كما يحلو لها لذا وجب على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص وسن قوانين مباشرة تخص التأمين على القروض الإستهلاكية وقواعد الحماية من المخاطر التي يقع فيها نتيجة تعسف شركات التأمين وهيمنتها في وضع الشروط وسن العقود دوب رقيب قانوني.

قائمة المراجع

1- المراجع العربية

- 1- إبراهيم أبو النجار, "الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين والتأمين الجديد- الجزء الأول"- دار النشر ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1989.
- 2- إبراهيم أبو النجار, التأمين في ق الجزائري الجزء الأول الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد, ديوان المطبوعات الجامعية, ج 1, الطبعة 2, سنة 1992, ص 215.
- 3 - أحمد شرف الدين احكام التأمين . دراسة في القانون والقضاء المقارنين, الطبعة الثالثة, مطبعة نادي القضاة 1991.
- 4- أ. أقاسم نوال, دور نشاط التأمين في التنمية الإقتصادية دراسة حالة الجزائر, مذكرة ماجستير - كلية العلوم الإقتصادية بجامعة خروبة, 2001.

¹ - أنظر د, جديدي معراج, المرجع السابق ص 74.

- 5 حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات، الطبعة الأولى دار الخلدونية 2012.
- 6 محاضرة للجمعية العلمية- نادي الدراسات القانونية- كلية العلوم الإقتصادية جامعة خروبة الجزائر- حول مفهوم طبيعة التأمين، بدون سنة نشر.
- 7 محمد حسن قاسم القانون المدني، العقود المسماة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2007.
- 8 جديدي معراج "مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999 ص 39 ومابعدھا.
- 9 معراج جديدي، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، جزائر، 2007 .
- 10 عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الثاني، عقود الغر وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت 1998.
- 11 د. عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الثاني عقود الغرر وعقد التأمين" دار إحياء التراث العربي القاهرة .
- 12 عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، دون سنة نشر.
- 13 عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم عقد التأمين حقيقته ومشروعيته دراسة مقارنة الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية 2003.
- 14 عيسى توفيق بكاي محمد، القروض الإستهلاكية كما تطبقها البنوك التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس علوم تسيير تخصص مالية ورقلة 1999.
- 15 غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، الطبعة الأولى دار وائل للنشر الأردن 2010 .
- 16 رشيدة مفلح، قروض الإستهلاك وتطبيقاتها في البنوك التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في علوم تسيير تخصص مالية، غير منشرة جامعة ورقلة، سنة 2001 .

2- المصادر القوانين

- القانون 06- 04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم للامر 95- 07 ج، ر عدد 15 الصادرة في 12-03- 2006 .
- الجريدة الرسمية عدد 61 بتاريخ 11 سبتمبر 2002 .
- جريدة رسمية عدد 15 بتاريخ 12 مارس 2006 ص 03.

الشخصية المعنوية للوقف وطرق استغلاله في التشريع الجزائري

الباحثة:
غزالي نصيرة
باحثة دكتوراه
جامعة عمار ثليجي الاغواط

الاستاذ الدكتور:
رزق الله العربي بن مهدي
استاذ التعليم العالي
جامعة عمار ثليجي الاغواط

الملخص :

يعتبر الوقف من الاعمال الخيرية والتضامنية بين أفراد المجتمع الإسلامي ويساهم في ترقية الاستثمار ورقي الاقتصاد الوطني من خلال مداخيله الخاصة، ولقد نص المشرع الجزائري على ضرورة العمل على إنمائه، واستغلاله وتعظيم ريعه، فاعترف له بالشخصية المعنوية لكن وفق معايير قانونية خاصة لاعتبار الملك الوقفي تحكمه احكام الشريعة الاسلامية مما يرتب اثار قانونية تحكمه لكن وفقا لطبيعته القانونية.

Résumé:

Le Wakf est parmi les actions de bienfaisance et solidarité entre les membres de la société musulmane et il contribue à la promotion de l'investissement et la promotion de l'économie nationale par ses revenus propres. Le législateur algérien a proclamé la nécessité de le développer , de l'exploiter et d'étendre ses revenus tout en lui reconnaissant la personnalité morale, mais selon des normes juridiques spéciales vu que le bien de el Wakf est régie par les dispositions de la loi islamique, qui a donné lieu à des effets juridiques régies selon sa nature juridique.

مقدمة:

لقد مر الملك الوقفي في الجزائر بعدة مراحل شأنه في ذلك شأن الاملاك العقارية الاخرى، ففي عهد الأتراك تميزت الأملاك الوقفية بميزة خاصة لارتباطها بالجانب العقائدي الاسلامي، لكن مع دخول الاستعمار الفرنسي إلى الجزائر سارع المستعمر إلى الاستيلاء على الممتلكات العقارية التي يمتلكها الجزائريون حتى تقدمها إلى رعاياها القادمين من فرنسا والتي من بينها الأملاك الوقفية.

وبعد الاستقلال تم ضمها ضمن الأملاك الشاغرة التي تركها المعمرين حين خروجهم من البلاد، في هذه المرحلة لم يكن للأملاك الوقفية وجود الا ما كان ظاهرا، وبعد ظهور سياسة التأميمات في السبعينات أدمجت الاملاك الوقفية ضمن الأملاك المؤتممة بالرغم من وجود قانون يحميها فقد تم تقديمها للخواص ضمن سياسة الأرض لمن يخدمها في إطار قانون الثورة الزراعية كما أدمجت ضمن الاحتياطات العقارية للبلدية، ودامت الأملاك الوقفية على هذا الحال تسلب وتقدم باسم القانون إلى غاية التسعينات والتي تعرف بمرحلة الاصلاحات، والتي بموجبها تم اصدار مجموعة من النصوص القانونية والمراسيم التنفيذية، فصدر قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل والمتمم الذي تم بموجبه استرجعت

العقارات الوقفية التي كانت ضمن الاحتياطات العقارية للبلدية واليت نص عليها صراحة، وصدر القانون رقم 30/90 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الاملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 14/08 الذي صنف الاملاك الوقفية بانها املاك مستقلة بذاتها مما سهل المجال للمشروع حتى يصدر قانون خاص بالأملاك الوقفية رقم 10/91.

ومن هذا المنطلق وبما أن الأملاك الوقفية انفردت بقانون خاص يحميها سوف نعالج استغلال الاملاك الوقفية في الجزائر من خلال طرح الاشكالية التالية: ما هي الآليات القانونية لاستغلال الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري؟

المبحث الأول: الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف

لم يكن مصطلح الشخصية المعنوية معروف في القديم بل كان مكانه مصطلح الذمة المالية، وقد اختلفوا فقهاء الشريعة الإسلامية في تمتع الوقف بالشخصية المعنوية، فكل مذهب من تلك المذاهب كان يعرف الذمة المالية للوقف حسب ما يراه، أما في التشريعات القانونية ولا سيما التشريع الجزائري فقد تدخلت بجملة من النصوص القانونية للاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف واعتباره مؤسسة قائمة بذاتها، لذا سوف نحاول في هذا المبحث دراسة الأساس الشرعي والفقهية للشخصية المعنوية للوقف، والأساس التشريعي للشخصية المعنوية للوقف.

المطلب الأول : الأساس الشرعي والفقهية للشخصية المعنوية للوقف

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبهم الأربعة بالاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف بمعناها القانوني المعاصر وإنما تناولوا لفظ الذمة المالية الذي يعني العهد والكفالة¹، لذا سوف نحاول دراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف في هذا المطلب.

الفرع الأول : رأي الأحناف

ينفي الأحناف وجود ذمة مالية للوقف مع منع الاستدانة عليه، وفي حال وجود ذمة مالية فهي مرتبطة بالناظر، وتبريرهم لذلك هو: " لا يجوز ان يوهب له وهو وكيل على المستحقين لا على الوقف"، فجعلوا ديونه تثبت في ذمة متوليه أو تركته حيث يمكن الرجوع على الوقف من طرف متولي الوقف أو ورثته، وانتقد هذا الرأي في حالة عزل أو موت الناظر وعين آخر في مكانه مما يدل على ارتباط الحقوق بالوقف وليس بالناظر، واشترط الأحناف إذن القاضي وأن الحق معلق على ذمة متوليه أو ناظره الذي يحق له الرجوع على الوقف بما أنفقته فإذا اشترى شيئاً للوقف بالدين كان المدين هو الوقف ويدفع ثمن الدين من غلة وثمار الوقف لا من ذمة الناظر، إذن فان هذه الأقوال تؤكد وجود ذمة مالية للوقف.

انتقد رأي الأحناف من خلال نفي الذمة المالية للوقف لأنهم يعتبرونها مناط إنسان لكن في رأيهم انه في حالة وفاة أو عزل ناظر الوقف تم تعيين آخر مكانه فان الوقف يصبح هو المدين لا الناظر وهذا ما يدل على أن الحقوق مرتبطة بالوقف لا بالناظر لذا فان هذا الرأي كان هش وظهرت آراء أخرى مكانه.

¹ بن مشرّن خير الدين : **إدارة الوقف في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012، ص21.

الفرع الثاني: رأي الشافعية والحنابلة

ان انصار رأي الشافعية والحنابلة لم يتفقوا على الذمة المالية للوقف بطريقة مباشرة لكنهم يصرحون بالاستدانة على الوقف طبقا لشروط ويربطون الاستدانة على الوقف بالولاية العامة للقضاء فهي في نظرهم تشبه أموال القاصر فلا يمكن التصرف فيها إلا بإذن من القاضي، ومن خلال هذا فان الوقف له شخصية معنوية، ويرى الشافعية بان الاستدانة يجب أن تكون وفق شروط وفي حدود معينة .

الفرع الثالث: رأي المالكية

يعترف فقهاء المالكية بالذمة المالية للوقف، والوقف في نظرهم أهل للتملك حكما فكانوا يعتبرونه شخصية حكومية، وهم يوجبون الزكاة على الوقف وللناظر على الوقف أن يبيع ثمار الوقف ويشتري ما يحتاجه من معدات، ويكون الشراء ملكا للوقف لا للمستحقين، فقد أجازوا أن يكون الوقف بائعا أو مشتريا، فإذا أُجِرَ الوقف وتأخر المستأجر في أداء الأجرة يكون المستأجر مدين لجهة الوقف وليس للناظر ولا لجهة المستحقين وإذا اشترى الناظر شيء للوقف ولم يدفع ثمنه فيصبح الوقف مدين، وإذا استبدل الناظر طُلب تسديد الثمن ممن يخلفه¹.

المطلب الثاني : الأساس التشريعي للشخصية المعنوية للوقف في القانون الجزائري

يعتبر الوقف مؤسسة قائمة بذاتها ومستقل كل الاستقلال على الواقف والموقوف عليهم، وتكمن الشخصية المعنوية للوقف من خلال قيام الدولة بكل مؤسساتها وما تملكه من سيادة في احترام إرادة الواقف وتنفيذها².
لذا فان المشرع الجزائري قد تدخل بجملة من النصوص القانونية معترفا بالشخصية المعنوية للوقف بغية حمايتها نظرا لما شهدته من اعتداءات متكررة من الأشخاص الطبيعية او المعنوية سواء كانت عامة أو خاصة، فاعترف في نص المادة 64 من الدستور³ بالأمولاك الوقفية، والمادة 23 من القانون 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري⁴ الذي ألغى قانون الثورة الزراعية الذي له الأثر السلبي على الوقف من خلال عملية تأميم الأراضي الوقفية، محددًا ومصنفا الأملاك إلى أملاك وطنية، أملاك الخواص، والأملاك الوقفية، وبعد ذلك اصدر المشرع القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف⁵ ليعترف في المادة 05 منه بالشخصية المعنوية للوقف وانه ليس ملكا للأشخاص المعنوية والطبيعية ويتمتع

¹ نفس المرجع، ص21.

² خالد رمول : *الإطار القانوني و التنظيمي لأموال الوقف في الجزائر*، (دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر، 2006، ص50.

³ قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

⁴ قانون رقم 25/90 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد49، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990، المعدل والمتمم بالأمر 26/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، الجريدة الرسمية عدد55، الصادرة بتاريخ 27 سبتمبر 1995.

⁵ قانون رقم 10/91 مؤرخ في 12شوال عام 1411 الموافق 27 افريل سنة 1991، المتضمن قانون الاوقاف ،الجريدة الرسمية عدد21،الصادرة في 23 شوال عام 1411الموافق 08 مايو 1991.

بسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها، كما اعترف المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني في مادته 49 بان الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية¹.

ومن خلال اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للوقف فانه بالضرورة ينتج عن ذلك آثار وهذا ما سنعالجه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف وطرق استغلاله

حسب ما نصت عليه المادة 50 من القانون المدني فانه ينتج عن الاعتراف بالشخصية المعنوية: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

1- يكون لها خصوصا :

2- ذمة مالية،

3- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون،

4- موطن و هو المكان الذي وجد فيه مركز إدارته،

5- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر،

6- نائب يعبر عن إرادتها،

7- حق التقاضي ."

ومن هذه العناصر يثبت للوقف كهيئة قائمة بذاتها لاستقلال مالي، واستقلال إداري يميز مؤسسة الوقف عن باقي الهيئات الأخرى.

المطلب الأول: الاستقلال المالي والإداري للوقف

بما أن المشرع اعترف بالشخصية المعنوية للوقف بموجب المادة 49 من القانون المدني فانه بالضرورة ينتج حسب المادة 50 من نفس القانون عناصر مكونة للشخص الاعتباري.

الفرع الأول: الاستقلال المالي

من أهم نتائج انعقاد الوقف تمتعه بالاستقلالية المالية وبالتالي بالشخصية المعنوية وخروج المال الموقوف من ذمة الواقف وعدم انتقاله لذمة الموقوف عليه ولا لناظر الوقف، بل اعتبروا الوقف مؤسسة قائمة بذاتها، فتصبح الأموال الموقوفة مع ما تدره من ريع أو فوائد في نظام مالي خاص يحدد كيفية المحافظة عليها وصيانتها واستغلالها مما يفيد ان للوقف ذمة مالية مستقلة²، لان القاعدة العامة ان جميع أموال المدين ضامنة لكل ديونه وإذا طبقناه على الوقف ضاع مبدأ التأييد وعدم القابلية للتصرف، والأمثلة على الذمة المالية الوقف ما ذكره ابن رشد وهو استدان الحكام من غلة الوقف، وقد اقر الفقهاء انه يجوز لناظر البيع أو الكراء لحساب الوقف والاستدانة لمصلحته بشرط رضا القاضي وإذنه

¹ القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، المتعلق بالقانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31.

² فنطازي خير الدين: نظام الاوقاف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006/2007، ص75.

لان ذمة الوقف¹ هي الضامنة لديونه، لكن ليس بالمعنى العام لأنه إذا طبقنا هذه القاعدة ضاع الوقف، وبالتالي المساس بمبدأ التأييد وعدم التصرف فيه لكن يكون إلا في المنافع والثمار².

الفرع الثاني: الاستقلال الإداري

يرصد الواقف وقفه لتحقيق غرض محدد كخدمة الموقوف عليه وعودة الربح عليهم فيحقق الوقف بإبرام العقد مع نائب الوقف (ناظر الوقف)، ومن خلال حفظ بنود الاتفاقية حول نسبة الربح من الغلة وبهذا تظهر الأهلية ضمن حدود العقد المتفق عليه³، وبما أن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية التي مكنته من الحصول على ممثل شرعي حتى يقوم هذا الأخير بإدارة شؤونه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 381/98 والمتعلق بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك⁴.

إن وجود هذه الإدارة منبثق من وجود سلطة إدارية متمثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي يرأسها وزير الشؤون الدينية يعين من طرف رئيس الجمهورية بعد استشارة الوزير الأول بموجب مرسوم رئاسي⁵، وتنتهي مهامه بنفس الأشكال وهو مكلف بإدارة الأوقاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية⁶ التي تعمل تحت إشراف الدولة، وهذه الإدارة هي نتيجة حتمية لتحول إدارة الأوقاف من اللامركزية الإدارية. والملاحظ انه لا يمكننا التكلم عن الاستقلال الإداري للوقف دون التطرق إلى طرق تسيير الوقف والمتمثلة في :

أولاً: التسيير الغير مباشر للوقف

1- الأجهزة المركزية: لقد تم تنظيم الإدارة المركزية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 427/05 المؤرخ في 2005/11/07 والذي تضمن كلا من:

أ . مديرية الأوقاف: توجد على مستوى وزارة الشؤون الدينية والتي أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 146/2000⁸ ويتضمن مديريتين فرعيتين:

1- المديرية الفرعية للبحث والمنازعات.

2- المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية.

¹ بن مشرّن خير الدين: مرجع سابق، ص25.

² المادة 18 من القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف.

³ بن مشرّن خير الدين: مرجع سابق، ص25.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 381/98 مؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق أول ديسمبر سنة 1998، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية عدد90.

⁵ بن مشرّن خير الدين: المرجع السابق، ص 115.

⁶ مرسوم تنفيذي رقم 99/89 مؤرخ في 27 جوان 1989 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية عدد 26 الصادرة في 1989.

⁷ مرسوم تنفيذي رقم 427/05 الجريدة الرسمية عدد77والذي بموجبه تم تعديل المرسوم التنفيذي رقم146/2000 المؤرخ في 2000/06/28 المتضمن تنظيم لإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية عدد38، الصادرة سنة 2000.

⁸ المرسوم التنفيذي رقم رقم146/2000 السالف الذكر .

ب . لجنة الأوقاف: نشأت هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 381/98¹ وتشكل من إطارات المديرية المركزية وإطارات أخرى، ويوجد مقر هذه اللجنة في الإدارة المركزية وفقا لما جاء في نص المادة 9 من القانون 10/91، كما حدد المرسوم التنفيذي رقم 381/98 مهام لجنة الأوقاف وقد فصل القرار الوزاري في مهامها والمتمثلة في:

— دراسة حالات تسوية الأملاك الوقفية عند الاقتضاء.

— اعتماد الوثائق النموذجية .

— تدرس حالات تعيين وعزل نظار الأوقاف واعتمادهم وإستخلافهم.

— تحدد أولويات الإنفاق العادي و الاستعجالي.

2- **على المستوى المحلي:** إن الأموال الموقوفة تحتاج إلى من يرعاها ويحافظ عليها ويحسن تسييرها ويستغلها استغلال مفيد، لهذا تسهر نظارة الشؤون الدينية في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به في المادة 10 من المرسوم التنفيذي 381/98 ولقد وزع المشرع الجزائري وفقا للقوانين والمراسيم مهمة التصرف بين الولاية ولجنة الأوقاف ومديرية الشؤون الدينية ووكيل الأوقاف والناظر.

وتعد مديرية الشؤون الدينية والأوقاف أعلى هيئة في الولاية تسهر على تسيير الأملاك وتعمل تحت وصاية السلطة المركزية، وقد استحدثت هذه المديرية بموجب المرسوم التنفيذي 83/91 في نص المادة 2 منه ،أما بالنسبة لوكيل الأوقاف والذي نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98، وهو يقوم بمتابعة أعمال نظار الأملاك الوقفية والملك الوقفي.

ثانيا: التسيير المباشر للوقف

بموجب نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 381/98 يتم التسيير المباشر للملك الوقفي من طرف ناظر الأملاك الوقفية الذي يعمل تحت سلطة ومراقبة وكيل الأوقاف، وهو المسؤول الحقيقي والفعلي على الأموال الوقفية وفقا للمادة 33 من القانون 10/91 على أن يتولى إدارة الأملاك الوقفية والتي توجد تحت تصرفه مباشرة، ويتم تعيينه ناظر من طرف وزير الشؤون الدينية بموجب قرار وهذا بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف.

وتتمثل مهمة ناظر الأوقاف في الأعمال حددتها القانون على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر² فتمثل في:

— السهر على سلامة الملك الوقفي وصيانه وترميمه.

— البحث عن الأملاك الوقفية وتوثيقها إداريا.

— المحرص على إنجاز المشاريع اللازمة وكل أعمال الاستصلاح والتشجير.

إن ما يلاحظ في هذا القانون إن الناظر ما هو إلا تسمية على ورق لان في الأصل وكيل الأوقاف هو الذي يسيّر الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، لكن هذا لا يمنع من وجود هيئة رقابية تقوم بمراقبة أعماله والمتمثلة في مفتشية الأوقاف.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 381/98 السالف الذكر.

² - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 السالف الذكر.

المطلب الثاني : الحماية القانونية للوقف

نظرا للطبيعة الدينية والتعبدية للوقف واحتلاله مكانة مهمة في مجتمعنا الإسلامي تكاد تعلق فيها عن الأملاك العامة فان المشرع الجزائري اصدر نصوص قانونية بغية حمايته للمساهمة في تطوير الملك الوقفي وزيادة نسبة المتبرعين¹، فنصت المادة 64 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن: " الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها" ومن النص يتبين صراحة المشرع على حماية الملك الوقفي، ضف الى ذلك النصوص القانونية الخاصة التي أقرت حماية الملك الوقفي من خلال :

- **عدم قابلية الأملاك الوقفية للتصرف فيها:** لتمتعه بالشخصية المعنوية وباستقلالية مالية، فيخرج الملك الوقفي من الملكية الخاصة فيترتب عليه عدم إمكانية التصرف فيه، وهو ما ذهب إليه الإجماع الفقهي ببطان أي تصرف يمس أصل الوقف وهذا ما أكدته المادة 23 من قانون الأوقاف التي تنص على " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها"

- **عدم قابلية الأملاك الوقفية للحجز:** وهو عنصر مقترن بعنصر عدم القابلية للتصرف وهو ما لا يتوفر في الأملاك الوقفية وإذا طبقنا هذا المبدأ ضاع الوقف أي مبدأ تأييد الوقف.

- **لا تكتسب الأملاك الوقفية بالتقادم:** فالقانون المدني نص على إجراءات اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب واستثنى منها الأملاك الوطنية التي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب، غير انه وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء اقرروا بان الأوقاف من حقوق الله تعالى والتي لا تسقط بالحيازة ولو طالت عليها المدة، كما ان دعوى ديون الوقف لا تسقط بالتقادم وهو ما يراه جمهور الفقهاء لذلك وجب القول بضرورة النص على عدم إمكانية تملك الملك الوقفي بالتقادم.

- **الإلزامية توثيق وشهر الملك الوقفي:** رغم القول بان الوقف من عقود التبرع التي يقصد من ورائه التقرب إلى الله لكن المشرع الجزائري ورغبة في حماية أوسع للملك الوقفي ألزم الواقف بان يقيد الوقف عند موثق وألزمه بضرورة تسجيله لدى الهيئة المختصة بالسجل العقاري والتي تمنحه إثبات بذلك كما تخطر وترسل بيانا بذلك للسلطة المكلفة بالأوقاف².

- **إمكانية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات:** مما يعطيه حماية أكثر ويعطي للهيئة المسؤولية على الأوقاف فرصة في إثبات الأملاك الوقفية بكل ما تملكه من إثباتات ولم يحصر المشرع الجزائري عملية الإثبات في الشكل الرسمي فأكد " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية ..."

- **الوقف غير قابل لنزع ملكيته لأجل المنفعة العامة ولا للتخصيص:** فلا ينزع الوقف بذريعة المنفعة العمومية ولكن المادة 24 من قانون الأوقاف أوردت استثناء في حالة واحدة وهي حالة توسيع طريق عام ففي هذه الحالة تتغير طبيعة الملك الوقفي إلى طابع الملك العام.

- **عدم قابلية تغيير الوقف العام:** بمعنى لا يتغير طابعه الوقفي رغم ما يمكن أن يطاله من تغيير مادي فانه يبقى دائما وقفا وهو ما أكدته المادة 25 من قانون الأوقاف.

¹ المادة 45 من القانون 10/91 المذكور أعلاه.

² المادة 41 من نفس القانون.

المطلب الثالث: استغلال الأراضي الوقفية العامة العقارية

تدخل المشرع الجزائري بجملة من النصوص القانونية التي تسعى إلى حماية واستغلال وتنمية الاموال الوقفية لتدر منافع على الموقوف عليهم، فوضع وأساليب وطرق لاستغلال واستثمار الملك الوقفي وفق لطبيعة الملك الوقفي.

الفرع الاول: استغلال الأراضي الوقفية العامة الزراعية أو المشجرة

يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية إذا كانت زراعية أو مشجرة بأحد العقود التالية:

1- **عقد المزارعة:** يقصد بالمزارعة إعطاء الأرض للمزارع لاستغلالها مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد¹.

وعلى هذا الأساس يقوم القائمين على الوقف (الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف) على تقديم أرضا زراعية غير مستغلة لجهة أخرى تقوم باستثمارها عن طريق زراعتها بإنفاق ما يلزم على البذور والمعدات وأجور العمال، على أن يتم اقتسام الناتج بين الهيئة المكلفة بالأوقاف والجهة التي قامت بتمويل الاستثمار الفلاحي بنسبة يتم الاتفاق عليها مسبقا.

2- **عقد المساقاة:** يسمى هذا العقد مساقاة لأن صاحب الأشجار يستعمل رجلا في نخيل أو كروم ليقوم بسقيها وإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم مما تغله، ولقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر¹ من القانون 07/01 على أن عقد المساقاة هو إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره.

وعلى هذا الأساس يقوم الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف بتقديم أرض فلاحية تكون مغروسة بأشجار مثمرة إلى جهة أخرى تقوم باستثمارها عن طريق سقيها والاعتناء بها مع اقتسام الناتج من الربيع بنسبة معينة يتم الاتفاق عليها.

وينعقد عقد المساقاة بإيجاب وقبول من قبل طرفي العقد بأهلية ورضى سليم خالي من العيوب، محله أرض زراعية مشجرة موقوفة كالزيتون والتفاح والنخيل والرمان وما أشبه ذلك ويكون العقد لازما بمجرد التعاقد وليس بالشروع في العمل وهي من العقود الموروثة التي لا تنتهي بموت المتعاقدين.

ونظرا لكون هذه الطريقة حققت نتائج مرضية، فقد عملت الوزارة على استغلال الأنواع الأخرى للوقف وإيجارها،

الفرع الثاني: استغلال الأراضي الوقفية العامة العاطلة أو البور

وهي الأراضي التي لم تعد صالحة للزراعة ويحتاج إنمائها أموالا كبيرة، فتدخل المشرع الجزائري لإيجاد أسلوبا لاستغلالها وتنميتها بنص المادة 26 مكرر² من القانون رقم 07/01 بأنه يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة المعطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، ومع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد.

الفرع الثالث: استغلال الأراضي الوقفية العامة المبنية أو القابلة للبناء وطرق تنميتها

¹ المادة 26 مكرر¹ من القانون رقم 07/01 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001، الجريدة الرسمية عدد 29 ، الصادرة بتاريخ 23 مايو سنة 2001، المعدل والمنتم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.

نقصد بهذا النوع من الأملاك الوقفية ذات الطابع العمراني سواء منها المبنية أو القابلة للبناء والتعمير، بالإضافة إلى بعض الأوقاف المبنية المعرضة للإندثار والخراب، لذا أوجد المشرع الجزائري عدة أساليب لتنميتها.

1- استغلال وتنمية الأراضي الوقفية العامة المبنية أو القابلة للبناء: تمكن المشرع الجزائري من إيجاد

أساليب لإصلاح وتنمية واستغلاله الأملاك الوقفية نظرا لعدم وجود مال لدى مؤسسة الأوقاف¹، وتتمثل في ما يلي:

(أ) **عقد المرصد:** يعتبر عقد المرصد من عقود الإيجار الطويلة التي تقع على الملك الوقفي فيحق للمستأجر البناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، إلا أن البناء المنجز يرجع وفقا يعود للموقوف عليهم بانتهاء المدة المحددة في العقد².

يعتبر عقد المرصد نوعا من عقود الإيجار ذو الطبيعة الخاصة والتميزة فيحق للمنتفع استغلال إيرادات البناء الذي أقامه بمال استثماره منه فقط، وذلك مقابل أجرة سنوية يدفعها للجهة الموقوف عليها بانتظام، ولا يمكن إبرام عقد المرصد الا وفق ما يلي:

— **لم يوجد مال حاصل من الوقف:** فإذا وجد مال حاصل من الوقف فلا يمكن تأجيله بطريق المرصد ويثبت ذلك من قبل السلطة الوصية بعد الخبرة والمعاينة، بأن هناك مصلحة للوقف في تأجيله بطريق المرصد.

— **عدم وجود من يستأجره بأجرة معجلة:** وهذا الشرط يعتبر ضروريا حيث أنه إذا وجد من يستأجره بأجرة معجلة تعمر بها عين الوقف الخبرة كان ذلك أولى من إيجاره بعقد المرصد.

فالمرصد يشترط لترتيبه أن يكون الوقف أرضا قابلة للبناء وذلك بإلزام صاحب الأرض بالبناء فوقها مقابل إستغلال إيرادات البناء، على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية فهم يقررون عقد المرصد على العقارات الوقفية بصفة عامة وذلك تحقيقا لمصلحة الوقف.

(ب) **عقد المقاولة:** هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ويكون الثمن حاضرا كليا أو مجزئا على أقساط حسب الاتفاق المبرم بينهما، ويجوز للموقوف عليه أو للسلطة القائمة على الوقف أو الناظر التحلل من عقد المقاولة المبرم ووقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام العقد على أن يتم تعويض الما قول عن جميع ما أنفقه من المصاريف وما أنجزه من أعمال وما فاتته من كسب ولحقه من خسارة بمقتضى عقد المقاولة³.

الفرع الرابع: استغلال وتنمية الأراضي الوقفية العامة المعرضة للانذار أو الخراب

حفاظا على ديمومة الأملاك الوقفية وفقا للغرض الذي خصصت له وهو التصديق بمنفعتها للفقراء والمحتاجين، أقر المشرع الجزائري إمكانية استغلال وتنمية العقارات الوقفية المبنية المعرضة للانذار والخراب بالشكل الذي يجعلها صالحة⁴ أنه يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والانذار بعقد الترميم أو التعمير كما يلي:

¹ المادة 26 مكرر 5 من القانون رقم 07/01.

² المادة 25 من قانون 10/91 والمادة 26 مكرر 5 من نفس القانون.

³ المادة 26 مكرر 6 من قانون 07/01 والمادة 549 من القانون المدني.

⁴ المادة 26 مكرر 07 من القانون رقم 07/01.

1- **عقد الترميم** : عقد الترميم يقصد به إعادة بناء وتصليح البنايات الموقوفة التي في طريقها للخراب والاندثار، وتطبيقا لقواعد التهيئة والتعمير فإن الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات فإنها بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المختصة المحلية، وهذا ما أكدته نص المادة 26 مكرر 07 من القانون 07/01 على أن عقد الترميم من العقود التي تستغل وتنمى وتستثمر بها الأراضي الوقفية المبنية المعرضة للاندثار والخراب وقصد ترميمها، ويدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا.

2- **عقد التعمير**: يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير وأن تعين حقوقه في البناء والاتفاقات التي تخضع لها الأرض المعينة¹ وهذه الأخيرة لا تسلم إلا على الأراضي الغير مبنية. لا يمنح عقد الترميم والتعمير صاحبه أي حق على ما قام به من ترميم وتعمير، إلا حقا شخصيا فيمكنه المطالبة بما صرفه في إصلاح الوقف، فإذا فسخ العقد يلتزم الناظر بأن يدفع مبلغا مساويا لما زاد في ثمن العقار الموقوف التي قام بإصلاحها.

و يرتب عقد الترميم أو التعمير على عاتق المستأجر التزامات يجب الالتزام بها هي:

— يلتزم المستأجر بدفع مبلغ يساوي قيمة الترميم أو التعمير أو ما يقاربه وذلك لأجل إصلاح العين الموقوفة التي يشترط فيها أن تكون خرابا أو في طريق الاندثار وتعين قيمته حسب طبيعة عقار الوقف ودرجة تخربه واندثاره، وتحدد هذه القيمة بالتراضي بعد استطلاع رأي خبير عقاري ويلتزم المستأجر بدفع ذلك المبلغ إلى الناظر الذي يقوم بإصلاح الوقف العام من ذلك المبلغ.

— التزام المستأجر بدفع مبلغ الإيجار ويكون إيجارا شهريا كما في الحكر، على أن يخصم منه قيمة الترميم والتعمير الذي قدمه المستأجر أي أن يقبض قيمة ما قدمه مقدما، كما أن الأجرة تكون في هذا النوع من العقود ثابتة لا تتغير عكس الحكر.

وينتهي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك الإصلاح وقد ينتهي بتسديد الدين الذي على الوقف العام من قبل الناظر.

الخاتمة:

نستخلص في الاخير ان الملك الوقفي وبصفة خاصة الملك الوقفي العام قد احاطه المشرع الجزائري بمجموعة من النصوص القانونية قصد حمايته من خلال الاعتراف له بالشخصية المعنوية وبالتالي ترتيب نتائج قانونية لهذه الشخصية واعتبار الوقف مؤسسة قائمة بذاتها تديرها هيئات ادارية تسهر على حمايتها وتنميتها لتجنب تعرضها للنهب والاستغلال السيئ الذي يؤدي الى تعطيل القيام بوظائفها التي خصصت لأجله، وفي التعديل الاخير لقانون الاوقاف قد نص على مجموعة من العقود التي تساهم بشكل كبير في انماء واستثمار الملك الوقفي لحمايته من خطر الاندثار،

¹ المادة 51 من القانون 29/90 المعدل والمتمم.

سواء تلك العقود المتعلقة بالملك الوقفي الفلاحي او الملك الوقفي المبني، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد انتهج سياسة تنموية لإنقاذ الملك الوقفي والنهوض به لتحقيق اهدافه ودوره المهم في ترقية الاستثمار ورفي الاقتصاد الوطني.

قائمة المراجع:

i. الكتب :

- 1- أحمد محمد سراج : أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.
- 2- عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف و سبل استثمارها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- 3- خالد رمول : الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، (دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 4- موسى بو دهان: النظام القانوني للأملاك الوقفية، نصوص تشريعية وأخرى تنظيمية مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2011.

ii. المذكرات والرسائل الجامعية:

- 1- خير الدين فنطازي: نظام الأوقاف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، القانون العقاري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006/2007.
- 2- خير الدين بن مشرنن: إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012.
- 3- عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل إجازة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج اخضر، باتنة السنة الجامعية: 2005/2006

iii. النصوص القانونية :

أ) الدستور:

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016 بموجب القانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

(ب) النصوص القانونية :

- 1- القانون 29/90 مؤرخ في أول ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم.
- 2- القانون رقم 10/91 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991، المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة في 23 شوال عام 1411 الموافق 08 مايو 1991.
- 3- القانون رقم 07/01 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001، الجريدة الرسمية عدد 29 ، الصادرة بتاريخ 23 مايو سنة 2001، المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.
- 4- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، المتعلق بالقانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31.

(ت) المراسيم التنظيمية :

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 99.89 المؤرخ في 27 جوان 1989 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية عدد 26 الصادرة في 1989
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق أول ديسمبر سنة 1998، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها و وظيفات ذلك، الجريدة الرسمية عدد 90.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 146/2000، المتعلق بتنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 38، الصادرة في 25 ربيع الأول عام 1421 الموافق 28 يونيو سنة 2000، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 427/05 الجريدة الرسمية عدد 77.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 200/2000، المتضمن تحديد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية وعملها، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة في 24 ربيع الثاني 1421 الموافق 24 فبراير سنة 2000.

قراءة لمدى خضوع السلطة التقديرية للإدارة للرقابة القضائية

لطفاوي محمد عبد الباسط
استاذ مساعد بكلية الحقوق
جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان
خضرون عطاالله
استاذ مؤقت
جامعة عمار ثليجي الاغواط

الملخص

باللغة العربية :

الرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة تقتضي فحص مشروعية القرار و في بعض الحالات مدى ملاءمة القرار الإداري ، حيث ابتدع القضاء الإداري بمقتضى الرقابة على الملاءمة نظرية الغلط البين في التقدير ومبدأ التناسب ومبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.

باللغة الفرنسية :

Le contrôle juridictionnel exercé sur l'action administrative, consiste en contrôle de la légalité et celui de l'opportunité, En effectuant le contrôle d'opportunité, la jurisprudence administrative a inventé la théorie de l'erreur manifeste, et celle du contrôle de proportionnalité, et ainsi que la théorie du bilan coûts-avantages.

تمهيد

يقصد بالرقابة القضائية إسناد الرقابة على أعمال الإدارة التقديرية إلى السلطة القضائية، باعتبارها سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية فتقوم المحاكم المختصة ببحث مشروعية و ملاءمة العمل الإداري بناء على طعن صاحب المصلحة ، فإذا ما تبين مخالفة أو عدم ملاءمة عمل الإدارة للقانون فإن المحكمة

المختصة تقوم بإلغائه بالإضافة إلى التعويض عن الضرر الذي ترتب عليه إذا طلب ذوي الشأن ذلك من المحكمة.

فقد ينتهي القرار بإلغائه عندما يكون معيّنًا بأحد عيوب عدم المشروعية التي تتمثل في عيب الشكل ، عيب الاختصاص ، عيب مخالفة القانون ، عيب السبب و عيب الانحراف بالسلطة(1).

وعليه فدعوى تجاوز السلطة تعتبر الطريق الأساسي للطعن بإلغاء القرارات الإدارية ، وتعد أهم وسيلة للمطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ، وعلى هذا الأساس فهي ضمانات قضائية مهمة لحماية وصيانة مبدأ المشروعية من ناحية ، ولصيانة وحماية حقوق الأفراد ومصالحهم ضد تعسف وشطط الإدارة من ناحية أخرى .

فليس كل ما يصدر عن السلطة الإدارية من قرارات إدارية تصلح لأن تكون محلا لدعوى الإلغاء، حيث يتعين لكي يطلق هذا الوصف على تصرف الإدارة أن يصدر هذا التصرف في نشاط إداري، حيث لا يكفي أن يكون قرارا إداريا من الناحية الشكلية فقط والتي تأكدت بصدوره عن سلطة إدارية وإنما يتعين أن يكون كذلك وفقا لمضمونه وفحواه (2)، كما أن القرارات الإدارية تحكمها قرينة تدل على سلامتها هي قرينة سلامة القرارات الإدارية ، غير أن هذه القرينة ليست مطلقة بل تقبل إثبات العكس، وتتمتع نتيجة ذلك بنوع من الاستمرارية إلا إذا جددت أحداث معينة تضعها موضع التساؤل(3).

إن السلطة التقديرية للإدارة ترتبط بفكرة الملاءمة، فالقانون عندما يخول الإدارة سلطة تقديرية فإنه يتيح لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وفي هذه الحالة مبدئيا لا تخضع لرقابة القضاء ، فلا يدخل في نطاق الرقابة القضائية كقاعدة عامة رقابة ملاءمة إصدار العمل الإداري ، لأن القاضي الإداري في الأصل هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة، دون أن يمتد بقضائه إلى الملاءمات ، لأن ذلك من أخص وظائف الإدارة و إطلاقاتها(4).

إلا أنه قد يحدث عملا أن يتدخل القاضي الإداري ويبحث في ملاءمة بعض عناصر القرار الإداري والتي كانت في الأصل متروكة لتقدير جهة الإدارة. وقد قيل في تبرير ذلك أن القاضي الإداري له أن يوسع من دائرة مبدأ المشروعية على حساب دائرة الملاءمة المتروكة لجهة الإدارة، فينقل بعض المسائل التي يرى من الأفضل أن تخضع لرقابته من نطاق الملاءمة إلى نطاق المشروعية ، وبالتالي يضيف حالات

جديدة للاختصاص المقيد للإدارة، وذلك لأن للقضاء الإداري أن ينشئ قواعد قانونية عامة تضاف للنصوص المكتوبة بمقتضى ما يملكه من سلطة إنشاء مبادئ القانون الإداري بوصفه قضاءاً إنشائياً وليس مجرد قضاء تطبيقي.

من ثم فإن القضاء الإداري مبدئياً لا يلغى القرار الإداري لعدم ملاءمته *Inopportunité* ولكنه قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها لاختصاصها التقديري، ذلك أن المشرع أو القضاء، كثيراً ما يضع شروطاً وضوابط لأعمال سلطة التقدير وفوق ذلك قد يخضع القضاء للملاءمة ذاتها لرقابته إذا ما كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية(5).

المبحث الأول: الرقابة القضائية التقليدية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية

في حقيقة الأمر المشرع الفرنسي هو أول من أعطى حق اللجوء للقضاء الإداري للطعن بإلغاء القرارات الإدارية(6) المخالفة للقانون، حيث تؤكد مختلف الأنظمة القانونية التي تأخذ بالإزدواجية القضائية على إختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بالنظر في دعاوى الإلغاء لتجاوز السلطة الخاصة بقرارات السلطة الإدارية التقليدية وغيرها من السلطات الإدارية الأخرى بما فيها سلطات الضبط المستقلة(7).

وفي هذا الشأن يتعين على جهة الإدارة حتى وهي تمارس سلطتها التقديرية أن تحترم جميع أوجه المشروعية، فيجب أن يكون قرارها موافقاً للقانون بمعناه الواسع وأياً كان مصدره، ويدخل في ذلك المبادئ القضائية التي ينشئها القضاء الإداري ليضيق بها من نطاق السلطة التقديرية للإدارية لصالح الاختصاص المقيد(8).

من حيث المبدأ يراقب القاضي المشروعية لا الملاءمة، حيث يرى بعض الفقهاء أن القاضي يراقب المشروعية الخارجية للعمل الإداري والمشروعية الداخلية.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة

يتعين على الإدارة حال ممارستها لسلطتها التقديرية أن تحترم جميع أوجه المشروعية، فيجب أن يكون قرارها وفقاً للقانون بمعناه الواسع، والمشروعية الخارجية هي التي تتعلق بالأركان الخارجية أو الشكلية

للتصرف الإداري، فتشمل ركن الاختصاص و قواعد الشكل و الإجراءات و عيب الانحراف بالسلطة التي يجب إتباعها في إعداد القرار و إصداره.

الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص

يقوم القانون العام الحديث ، على فكرة الاختصاص، و تحديد اختصاصات معينة لرجل الإدارة، هو نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب، و إنما يستتبع أيضا ضرورة توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة.

إن الإختصاص بإصدار القرارات الإدارية هو ولاية إصدار تلك القرارات المخولة بموجب القانون أو قواعده العامة لشخص ما أو لجهة إدارية معينة بإصدارها تعبيرا عن إرادة الإدارة، والأصل أن عيب عدم الاختصاص يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المشوب به و يضحى معدوما إذا ما شابه عدم الاختصاص الجسيم، الذي يخلع عنه وصف القرار الإداري ويصبح مجرد اعتداء مادي لا يكسب حصانة، كما في حالة اعتداء السلطة التنفيذية بقرار تصدره على اختصاص سلطة عامة أخرى متجاهلة مبدأ الفصل بين السلطات(9).

و لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص أو التنازل عن اختصاص ممنوح لها بموجب القانون إلى جهة أخرى ، أو أن تضيف إلى اختصاصاتها صلاحيات غير منصوص عليها في القانون ، ذلك لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة وإنما شرعت تحقيقاً للصالح العام (10).

الفرع الثاني : عيب الشكل و الإجراءات

يكون القرار الإداري مشوبا بعيب الشكل متى صدر على خلاف الأشكال والإجراءات التي حددها القانون لإصداره، والتي قصد المشرع حين استوجبه تحقيق المصلحة العامة، ولأن الشكل في القرار الإداري ليس هدفا في ذاته، وحتى لا يؤدي إغراق الإدارة بالشكليات وهي بصدد إصدار القرارات الإدارية إلى صرفها عن تحقيق الأهداف المبتغاة من تلك القرارات الأمر الذي يغفل يدها عن استخدام تلك القرارات بوصفها وسيلة فعالة لتسيير النشاط الإداري، فإن القرار الإداري لا يبطل لمجرد تجاهله لأي شكل أو إجراء، حيث يتعين لتقرير هذا الإبطال أن يكون الشكل جوهريا بطبيعته بمعنى أن يؤدي

تجاهله إلى تفويت الغاية من إصدار القرار الإداري، أو يكون القانون قد إعتبره جوهريا وأوجب لذلك إتباعه(11).

وفي هذا يقول الدكتور سامي جمال الدين " المقصود بعنصر الشكل المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على أنظمة الضبط الإداري والإجراءات التي تتبعها في إصدارها، وعليه فإن صدور هذه الأنظمة دون التزام الإدارة الضبطية المختصة بالشكليات المقررة قانونا أو دون إتباع للإجراءات المقررة قانونا أو مخالفة لها، فإنه يصيبها عيب الشكل وتجعلها قابلة للإلغاء لعدم المشروعية"(12).

الفرع الثالث : عيب الانحراف بالسلطة

ويقصد بهذا العيب أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به، فهو عيب موضوعي، يشارك في هذه الخصيصة عيب مخالفة القانون(13) ، فان تعارض نية الإدارة مع الغاية المحددة سلفاً من القرار الإداري، يجعل القرار الإداري مشوباً بعيب عدم المشروعية ، والذي يتجسد بالانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة، فالإدارة استخدمت سلطاتها لغاية أخرى غير الغاية التي تم على أساسها منحها هذه السلطة(14).

حيث يقع القرار الإداري مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة متى تنكر مصدره للمصلحة العامة في إصداره لهذا القرار بقصد تحقيق غاية منبئة الصلة بها كالمحاباة أو الانتقام أو تحقيق مصالح ذاتية أو سياسية(15). فرجل الإدارة عندما يواجه بواقعة معينة ويرى أنها تصلح مبررا لتدخله، فإنه يعن النظر، ويزن على ضوء ما لديه من إعتبارات، النتائج التي يمكن أن تنجم عن تدخله، فإذا ما وضح لديه الهدف الواجب تحقيقه، تدخل وأصدر قراره، كما أن الهدف من استعمال سلطات البوليس(16) هو تحقيق النظام بمدلولاته الثلاثة الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة(17). فيجب أن يكون مصدره مقتنعا بأن القرار يحقق الغاية المحددة سواء كانت غاية عامة (المصلحة العامة) أو غاية مخصصة(18) .

وما يمكن قوله هو أن عيب الانحراف هو عيب متعلق بأهداف الإدارة إذا ما كانت سلطاتها تقديرية ، فإذا ما كنا بصدد اختصاص مقيد. فإن العيوب التي تلازمه هي عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون، ولا يثار عيب الانحراف في هذه الحالة لأنه يفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، أن الأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذا دقيقا.

وعلى العكس من ذلك، نكون أمام عيب الانحراف إذا ما كنا بصدد اختصاص تقديري ، يترك لرجل الإدارة بعض الحرية في التدخل أو الامتناع، وفي اختيار وقت التدخل، وتقدير خطورة وأهمية بعض الوقائع وما يناسبها من وسائل، فحينئذ لا يمكن محاسبة رجل الإدارة على كيفية إستعمال حقه في التقدير(19) إلا في نطاق الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها (20)

ولا شك أن السلطة التقديرية هي المجال الأصيل لعيب الانحراف بالسلطة ، إذ حينما يعترف المشرع بقدر من الحرية في تقدير مناسبة إصدار القرار واختيار وقت التدخل، و في تقدير أهمية بعض الوقائع، فإنه يمكن أن تنحرف الإدارة عن تحقيق الصالح العام، و يكون قرارها حينئذ مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة ، بحيث لا يظهر هذا العيب في حالة الاختصاص المقيد للإدارة وهذا حسب جانب من الفقه.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على العناصر الداخلية للسلطة التقديرية

يتعين على الإدارة حال ممارستها لسلطتها التقديرية أن تحترم أوجه المشروعية الداخلية ، حيث يقتضي بحث هذه الجوانب من موضوع بحثنا هذا التعرض إلى عيب السبب في الفرع الأول ، ثم عيب المحل في الفرع الثاني .

الفرع الأول : عيب السبب

يقصد بالسبب(21)، الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار هذا القرار أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها(22) ، وفي مجال قرارات الضبط يقصد بالسبب في لوائح الضبط الإداري مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تدفع سلطة الضبط المختصة بإصدارها إلى القيام بهذا الإصدار.

وتتمتع القرارات الإدارية بقرينة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وعليه فإذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي إستندت إليها في قرارها الإداري فإن عبء الإثبات على المدعي يصبح ثقيلاً، لأن المدعي لا يملك المستندات أو الوثائق التي تحتفظ بها الإدارة عادة.

وعيب السبب هو عدم المشروعية الذي يشوب القرار الإداري في سببه بأن يكون غير موجود ماديا أو قانونيا، أو غير متلائم مع القرار الذي أُسند إليه ، حيث يذهب غالبية الفقه , Bonnard , Rivero , de Laubadere إلى اعتبار عيب السبب عيب مستقل بذاته ووجه مستقل من أوجه إلغاء القرار الإداري(23).

فالقاضي الإداري يراقب إذن وجود الوقائع وتكييفها من الناحية القانونية، بل إنه ذهب إلى حد بسط رقابته على مدى ملاءمة أو تناسب السبب مع القرار الذي بني عليه.

الفرع الثاني : عيب مخالفة القانون

يقصد بمحل القرار الإداري ذلك الأثر القانوني الناتج عنه سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء مركز قانوني جديد أو في تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء هذا المركز.

و هو الأثر الذي قصدت الإدارة تحقيقه بإصدارها للقرار ويختلف هذا الأثر بحسب ما إذا كان القرار تنظيميا أو فرديا. فآثر القرار التنظيمي يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركزا قانونيا عاما، وعلى العكس من ذلك فإن أثر القرار الإداري الفردي يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركزا قانونيا ذاتيا،

أما عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يصيب محل القرار الإداري ويدمغه بعدم المشروعية، فقد يكون صورة من صور تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها تجاه الأفراد وقد يكون التعسف في استعمال السلطات الإدارية وسيلة من وسائل الفساد الإداري من خلال حجب الإدارة لحقوق المواطنين عنهم أو تعطيل مصالحهم المشروعة كوسيلة ضغط للنفاذ إلى الكسب غير المشروع، فضلا عن عدم وجود ثقافة قانونية عامة تُعرف المواطن بحقوقه وتمكنه من المطالبة بها والدفاع عنها على أساس راسخ (24).

إن رقابة القضاء فيما يتعلق "بمخالفة القواعد القانونية" إنما هي رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام. هذا الأثر القانوني يجب أن يكون ممكنا وجائزا، وقائما على سبب قانوني يبرره، هذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته (25).

و عيب المحل يمكن أن يتخذ صورا عديدة منها، الإمتناع العمدي عن تنفيذ القانون أو الامتناع عن تنفيذ القانون نتيجة الجهل بصدوره أو بأحكامه أو الخطأ في تفسير القانون ويكون ذلك بإعطائه معنى

غير ذلك الذي قصده المشرع، أو الخطأ في تطبيق القانون، ويكون ذلك بمباشرة الإدارة للسلطة التي خولها لها القانون في غير الحالات التي نص عليها، أو دون توافر الشروط اللازمة لمباشرتها، كأن يوقع رئيس إداري عقوبة تأديبية على أحد العاملين بإدارته دون أن يكون هذا الأخير قد ارتكب ما يجيز للرئيس الإداري توقيع الجزاء التأديبي عليه.

وعليه نستطيع القول أن عيب مخالفة القانون هو أحد الحدود الداخلية التي ترد و تحد من استعمال السلطة التقديرية، بمعنى أنه يقع التزام على عاتق الإدارة عند مباشرة سلطتها التقديرية بأن لا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية، و أن لا تخطأ في تفسيره و إلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون، و بهذا فإن عيب مخالفة القانون لا يقتصر على السلطة المقيدة فقط دون السلطة التقديرية.

وبناء على ماسبق فإن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هي رقابة مشروعية أصلاً و ليست رقابة ملاءمة، فالقاضي الإداري في بداية تصديه لفكرة السلطة التقديرية، كان يتجنب كل رقابة تخص أو تتعلق بالجانب التقديري للإدارة، لأنه كان يرى أن ذلك يتناقض و مبدأ الفصل بين السلطات و فكرة السلطة الرئاسية.

المبحث الثاني : تطور واتساع نطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية اتجاهان فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يمتنع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطتها التقديرية , فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز له أن يمارس سطوته على الإدارة فيجعل من نفسه رئيساً لها. في حين يذهب الجانب الآخر إلى جواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تدرج تحت مبدأ المشروعية تلتزم الإدارة باتباعها و إلا تعرضت أعمالها للبطلان والرأي الأكثر قبولاً في هذا المجال يذهب على أن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بنباً أو انحرافاً بالسلطة, وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة.

والرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة تقتضي التوازن بين عدم التضيق على الإدارة في ممارستها لسلطاتها التقديرية وبين حماية الحرية الفردية وبعبارة أخرى التوفيق بين الرغبة في أعمال السلطات العامة والتمكين للحريات الفردية وحمايتها من تعسف السلطات العامة.

حيث أنه بالرغم مما تتمتع به الإدارة من حرية في تقدير ملاءمة القرار الإداري إلا أن القضاء يفرض عليها في رقابته لها التزاماً قانونياً بأن تصدر أفضل القرارات ملاءمة، ولكن يثار تساؤل عن مضمون هذا الالتزام القانوني في ملاءمة القرارات الإدارية.

إن المشرع حين لا يفرض على الإدارة حلاً معيناً ويترك لها سلطة تقديرية في إصدار قرارها واختيار وقت إصداره وتحديد مضمونه، فإن المشرع يقدر أن الموقف يقتضي أن تمنح الإدارة فرصة لدراسة الظروف المحيطة بإصدارها للقرار حتى تختار من بين الحلول الممكنة أفضلها، فالتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية مضمون بأن تبذل الإدارة أقصى جهدها في دراسة ظروف كل حالة للوصول إلى أفضل قرار بشأنها فإذا اتضح أن الإدارة لم تقم بدراسة ظروف كل حالة وأن هنالك غلطاً واضحاً في التقدير فإنها تكون قد أخلت بالتزامها القانوني مما يعيب القرار الإداري.

ولقد مرت الرقابة القضائية على القرارات الإدارية بصفة عامة بمراحل متعددة ظهرت خلالها أوجه الطعن المعروفة الآن، ومع ذلك يلاحظ أن قاضي الإلغاء لم يكن يتعرض لفحص الوقائع المتنازع عليها عند نظر الدعوى إلا في تاريخ حديث نسبياً يرجع إلى أوائل هذا القرن، أما قبل ذلك فقد كان يكتفي برقابته على الجانب القانوني للنزاع. (26)

حيث أن الفصل بين سلطة المحكمة وبين سلطة الإدارة قد نشأ لحماية الأفراد لكي لا تكون الإدارة حكماً وطرفاً في نفس الدعوى، فضلاً عن أن ممارسة القاضي سلطات إدارية واسعة - الأمر الذي تفرضه رقابة الملاءمة - سيفقده بالتدرج ملكة التجرد والصفاء في تطبيق القانون، وهما العاملين اللذان يميزان وجدان القاضي.

وهناك جانب من الفقه ذهب إلى رفض التسليم المطلق بأن القاضي يراقب ملائمة العمل الإداري وإن فعل ذلك فإن هذا يتم عن طريق توسيع دائرة المشروعية حيث ذهب الأستاذ الدكتور يحيى الجمل إلى رفض فكرة أن القاضي يراقب ملاءمة العمل الإداري وحجته في ذلك أن القضاء إن فعل فإنه يعني

زوال السلطة التقديرية، ومن ناحية أخرى فإن القاضي إذا أعطى نفسه حق مراقبة ملائمة العمل الإداري، فإن هذا يعني أنه قد أحل نفسه محل الإدارة أو أنه جعل من نفسه سلطة إدارية عليا وهو ليس كذلك بيقين (27).

المطلب الأول : الرقابة على ملائمة القرار الإداري

الفرع الأول : مفهوم الرقابة على ملائمة القرار الإداري

فيما سبق تعرضنا لما يمكن أن نسميه بالقيود المألوفة أو الطبيعية للسلطة التقديرية، ولكن في بعض الحالات الاستثنائية وبالذات في ميدان ممارسة الإدارة لسلطة الضبط الإداري، عمل القضاء الإداري على تعدي الحدود التقليدية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة، وقرر أن يوسع من نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل في تقدير ملائمة إصدار هذه القرارات وهو الأمر الذي يبدو غريبا لأول وهلة، لأن تقدير الملاءمة هو في الأصل من جوهر السلطة التقديرية للإدارة، ولكن القضاء الإداري يهدف من خلال ذلك ضمان حريات الأفراد التي تمسها بطريقة مباشرة لاسيما سلطات الضبط الإداري.

والجدير بالذكر أن سلطة القضاء في الرقابة على الملاءمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة، فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملاءمة قراراتها، فهي وحدها الأقدر مثلاً على وزن خطورة الجرائم المنسوبة للعاملين وما قد يبدو للقضاء هينا ، قد تراه الإدارة لسبب أو لآخر خطيراً لأنه يمثل ظاهرة معينة، فهذا الأمر على حسب جانب من الفقه من الملاءمات التي يجب أن تترك إلى للإدارة (28). لكن بالنظر مثلاً لخطورة قرارات الضبط على الحريات الأساسية للأفراد، فإن القضاء يبسط رقابته على الملاءمة (29).

هناك جانباً من الفقه، يرى أن الرقابة تقتضي في كثير من الأحيان، أن يحل القاضي تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، وأنه يصعب لذلك القول بأن القاضي عند قيامه بالتكييف في هذه الحالات يظل داخل إطار رقابة الشرعية (30).

يقصد بملاءمة تصرف معين، تلك الفكرة المادية أو العملية التي ينظر فيها إلى مدى توافق هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، بالنظر لما يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان، و الظروف المحيطة.

ورقابة الملاءمة هي الرقابة التي تتضمن التحقق من وجود الوقائع التي استندت إليها القرارات الإدارية ، وصحة تكييفها القانوني ، فضلا عن مدى التناسب بين محل القرار والأسباب التي استند إليها القرار(31)، فلقد قررت الملاءمة أصلا لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع والقرار الذي صدر بناء عليها.

وتعني رقابة الملاءمة تقدير القاضي الإداري للتناسب بين خطورة القرار الإداري والأسباب الدافعة لإصداره، وتمثل تلك الصورة من صور الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري قمة ما وصلت إليه الرقابة القضائية في هذا الشأن، حيث أصبح بوسع القاضي بموجبها إسباغ رقابته على مضمون القرار الذي اتخذته الإدارة دون أن يعد ذلك تدخلا منه في أعمال الإدارة. ولأن الرقابة على ملاءمة إصدار القرارات الإدارية هي استثناء من الأصل العام حيث يعد قيدها على سلطة الإدارة التقديرية، فإن رقابة القاضي لعنصر الملاءمة يكون عندما يقدر القاضي أن الإدارة قد تجاوزت الحدود القصوى لسلطتها التقديرية ويظهر ذلك في مجال عدم تناسب الجزاء مع المخالفة وكذلك القرارات المتصلة بالحريات العامة لما تتسم به تلك القرارات من طبيعة ذات خطورة خاصة.

الفرع الثاني : مضمون الرقابة على ملائمة القرار الإداري

ومبدئيا فإن تقدير الملاءمة لا يدخل في مهمة القاضي العادية، إذ أن القاضي لم يقع عليه الاختيار بالنظر إلى كفاءته الإدارية، فهو غير مسئول، كما أنه لا يعد رئيسا إداريا، ومهما وضع أمامه من أبحاث ومعلومات حول موضوع النزاع، فإنه لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه ملاءمة القرار، أو أن يحيط بكافة الظروف التي صدر فيها القرار لأنه عادة ما يكون بعيدا عن هذه الظروف، وتنحصر معلوماته في حدود ملف الدعوى التي ينظرها. (32) كما ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القاضي الإداري لا يراقب مدى ملاءمة الأعمال الإدارية لأنه للإدارة ملء الحرية في تقدير ملاءمة قراراتها شريطة ألا تقع في إنحراف السلطة والخطأ الساطع في التقدير.

أما المقصود بعنصر تقدير مدى ملاءمة وأهمية وخطورة الوقائع المادية أو القانونية فهو ضرورة قيام السلطة الإدارية المختصة أو رجل السلطة الإدارية المختص بتقدير مدى أهمية وخطورة الوقائع القائمة والثابتة ومدى ملاءمتها لاتخاذ قرار إداري معين بذاته ومناسب وملائم في مواجهة هذه الوقائع.

إن رقابة الملاءمة تقتضي كقاعدة عامة المرور عبر مراحل، تتلخص في الرقابة على الوجود المادي للوقائع، ثم بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح لهذه الأخيرة، وأخيرا الرقابة على أهمية وخطورة الأسباب. وعليه فإن القاضي الإداري وفقا لهذه المراحل، يتأكد من الوجود الفعلي للواقعة- مادية أو قانونية- التي تشكل سببا للقرار الإداري، وهل أن الإدارة كيفت فعلا التكييف الصحيح لهذه الأخيرة، أي هل أن الوقائع المستند عليها مثلا في قرارات الضبط تشكل تهديدا للنظام العام، وأخيرا أهمية وخطورة السبب الذي يبرر حقيقة القرار الضبطي.

وإذا كان مجال الضبط الإداري يمثل الميدان الحقيقي لرقابة القاضي الإداري على عنصر الملائمة، فإن القضاء الإداري - الحديث - يشهد تطبيقاً واسعاً لهذه الرقابة في مجال السلطة التأديبية، فإذا كان للسلطات التأديبية سلطة تقديرية في فرض الجزاء المناسب على ارتكاب الخطأ التأديبي، إلا أن ذلك مشروط بعدم المغالاة في تقدير خطورة الذنب ومقدار العقوبة فالمحكمة في إعمالها لرقابة الملائمة تقف عند الحدود الفاصلة بين عمل القضاء وعمل الإدارة، فتخرج سلطة التقدير المقررة للإدارة من نطاق المشروعية الممنوع على القضاء التدخل فيه، إلى نطاق المشروعية فتخضعها لرقابتها.

إن القضاء الإداري في إعماله لرقابته ومدها إلى رقابة الملاءمة قد مضى إلى مجالات متعددة وأبرزها مجالان كما ذكرنا، المجال التأديبي فالمسلم به أن سلطة التأديب من حقها إذا ثبتت الجريمة التأديبية في حق الموظف، أن تختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التأديبية المقررة. ولكن القضاء الإداري قد بدأ ببسط رقابته على مدى ملاءمة العقوبات التي توقعها الإدارة على الموظف في حالة ثبوت الجريمة التأديبية قبله. ومن أوائل أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكمه الصادر في 09 يونيو سنة 1978 في قضية Le bon وفي 26 يوليو من ذات العام في قضية Vinolay وفي الحكمين قرر مجلس الدولة في صدد تبرير حكم الإلغاء "عدم التناسب بالغ الوضوح بين خطورة الأخطاء المنسوبة للموظف والعقوبة الموقعة عليه(33)" وللدلالة على هذا الخطأ يستعمل مجلس الدولة الفرنسي اصطلاحات غير محددة مثل خطأ واضح Erreur Maniclaire أو "تقدير وهمي بشكل واضح" Appréciation Manifestement Erronée ، ومجال رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ، كان حكم المجلس الصادر في 28 مايو سنة 1971 في قضية Ville Nouvelle حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية جديدة، تقوم على الموازنة بين "النفقات والمزايا" - Bilan Couts-

Avantages صاغها المجلس على النحو التالي "أنه لا يمكن اعتبار عملية محققة للنفع العام المبرر لنزع الملكية، إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأموال الخاصة من جرائها وتكلفتها ومضارها الاجتماعية المحتملة لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجم عنها".

كذلك بالنسبة لقرارات الضبط فلا يكفي لإقرار مشروعيتها المقيد لحرية عامة أن يكون هذا القرار قائما على سبب موجود ومتفق مع القانون، بل يجب أن يكون سبب هذا القرار متناسبا مع محله، وإلا عد هذا القرار غير مشروع.

المطلب الثاني : أساليب الرقابة القضائية الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة

إبتدع القضاء الإداري بعض الطرق و الأساليب للحد من سلطات الإدارة التقديرية، وإعادتها إلى مجالها الطبيعي. فظهرت الرقابة على الغلط البين في التقدير، و ذلك لمواجهة الحالات التي أخرجها القضاء من نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع. كما ظهرت الرقابة على التناسب بين سبب القرار و محله، و بذلك تدخلت هذه الرقابة في الجانب التقديري، الذي كان متروكا للإدارة، و بهذا أصبحت الملاءمة إحدى جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالإضافة للمشروعية. و نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار، حيث أنها تتفق مع النظريات السابقة في أنها رقابة ملاءمة، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركز إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها الغلط البين، أو رقابة التناسب.

الفرع الأول : مبدأ الغلط البين في التقدير

يعرف الفقه عيب الغلط البين بأنه : " العيب الذي يشوب تكييف الإدارة و تقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري و يبدو بينا و جسيما على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، و تتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع و يكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب".

فطبقا لهذه النظرية اتسع مفهوم الحد الأدنى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ليضيف إلى عناصر رقابة الحد الأدنى Contrôle Minimum عنصر جديدا، هو وجود غلط بين في التقدير، بما يعني أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تمثل أقصى صور التطور في الرقابة على الوقائع، حيث أن القاضي

في رقابته على الغلط البين لا يحكم على التقدير ذاته، و لكن على الغلط الذي شاب هذا التقدير، عندما يكون الغلط البين ظاهرا و بينا (Manifeste)، يمكن كشفه بحسن الإدراك، أي عندما يكون الغلط ظاهرا يكشف حقيقة التفسير الذي تجريه الإدارة في نطاق السلطات التي تتمتع بها(34).

و قد أبرز الفقيه Braibant في قوله "تتضمن السلطة التقديرية الحق في الوقوع في الغلط، ولكن ليس من حقها ارتكاب غلط بين، أي واضح و جسيم في نفس الوقت، ولتلافي هذه المضار الجديدة الناشئة عن هذا الغلط عمم مجلس الدولة الفرنسي رقابة الغلط البين. و قد ذهب الأستاذ شانتى Chanta " إلى أن قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملاءمة، حيث تنصب الرقابة على ملاءمة هذا التقدير، و من ثم يمكن أن يسند الخطأ البين إلى مبدأ التناسب."

وعليه فإن الغلط البين لا يتعلق بالوجود المادي للوقائع أو عدم ووجودها، فالغلط البين ينصرف أساسا إلى تقدير الإدارة و تكييفها للوقائع و حده دون غيره.

ونتيجة لهذا التطور القضائي، أصبح الخطأ الظاهر في التقدير يستخدم في أحكام القضاء الإداري إلى جانب الخطأ في الوقائع والخطأ في القانون وتجاوز السلطة، حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي في الغالب التعبير الآتي "إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير أعمالها في حالة تمتُّعها بالسلطة التقديرية، فإن القرارات التي تتَّخذها يجب ألاَّ يوشبها انعدام للوجود المادي للوقائع، أو خطأ في القانون، أو خطأ ظاهر في التقدير، أو انحراف في السلطة.

الفرع الثاني: الرقابة على تناسب القرار الإداري

الأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها و صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، و عدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية و خطورة السبب و تقدير مدى التناسب بينه و بين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري و مضمونه، لأن القاضي الإداري بهذا التصدي، يكون قد خرج على مقتضى وظيفته و تدخل في صميم العمل الإداري، و من ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة.

و الميدان الرئيسي لمبدأ التناسب في القضاء الإداري يتمثل في ميدان توقيع الجزاءات في القرارات التأديبية لمواجهة إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطاتها التأديبية و التفاوت الصارخ بينها في تقدير الجزاءات المناسبة، إذ فرض القضاء الإداري رقابته على مدى الملاءمة في هذه القرارات، بحيث أن ثبوت المفارقة الصارخة بين درجة المخالفة الإدارية و بين نوع الجزاء و مقداره و عدم تناسبهما، يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي(35).

ومن المتفق عليه لدى غالبية الفقه أن الرقابة على التناسب في تقدير الجزاء، هي رقابة على السبب في صورتها القصوى التي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية، ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ(36).

يستطيع القضاء إذا إبطال العقوبة المشكو منها حال "وجود تباين أو عدم تناسب بين عقوبة شديدة من الدرجة الثانية مثلاً وغلطة طفيفة ارتكبتها الموظف، دون أن تؤدي مراقبة القاضي إلى فرض تناسب دقيق بين العقوبة المنزلة والغلطة المرتكبة". نلاحظ هنا الإلتباس الواقع جراء عدم التمييز بين رقابة الخطأ الساطع ورقابة عدم التناسب. في أي حال هذا القرار يدلّل أن القضاء عزّز رقابته لأنه بدأ يراقب عدم التناسب(37).

يقتضي هذا المبدأ وجوب مراعاة الملائمة بين درجة خطورة المخالفة ونوع الجزاء المفروض ومقداره، ويتحقق هذا المبدأ من خلال قيام السلطة التأديبية بإختيار الجزاء المناسب للذنب المرتكب بعيداً عن الغلو والتعسف، أو التهاون والإسراف في اللين والشفقة.

فمثلاً يراقب القاضي الإداري تقدير السلطة الضبطية الإدارية لدرجة جسامة الوقائع التي أدت إلى عمل الضبط المطعون فيه الصادر بموجب أنظمة الضبط الإداري، أي مدى اتفاق وتناسب موضوع هذا العمل الذي اختارته تلك السلطات مع أهمية الوقائع المتخذ على أساسها، والقاضي الإداري هنا يتحقق فيما إذا كان يوجد تناسب بين عنصري السبب والمحل في عمل الضبط، وبعبارة أخرى يراقب ملاءمة القرار الإداري أو الإجراء الذي اتخذته سلطة الضبط الإدارية(38).

إن مبدأ التناسب طبق في فرنسا كمبدأ عام للقانون على خلاف بعض الدول، حيث لم يتأكّد ذلك من قِبَل الفقه والقضاء الفرنسي بصورة صريحة على الرغم من أن تعبير التناسب قد ورد في العديد

من المجالات في قرارات مجلس الدولة الفرنسي ومرافعات مفوضي الحكومة .وكما يرى السيد (Braibain) فإن القاضي قد طبق مبدأ التناسب دون أن ينطق به ، ويستدلّ على ذلك من أحكام مجلس الدولة في مجال الضبط الإداري، ففي قضية (Benjamin) ألغى قرار رئيس البلدية بمنع عقد اجتماع بحجة احتمالية الإخلال بالنظام العام؛ لأن عقد الاجتماع لا يشكّل درجة من الخطورة دون منعه لا تستطيع الإدارة المحافظة على النظام العام، بمعنى أن إجراء منع الاجتماع لا يتناسب مع الغاية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وهي حماية النظام العام، بل إن هناك إجراءات أخرى أقل شدة تستطيع الإدارة اتخاذها للمحافظة على النظام العام، وفي الوقت نفسه تسمح للأفراد بممارسة حريتهم في الاجتماع، وكذلك الحال في حكم (Ville de Dieppe) فقد أكد المجلس مشروعية قرار رئيس البلدية بمنع مرور الشاحنات في إحدى الطرق يوم السبت بعد الظهر نظرًا لأن الأضرار الناتجة عن تطبيق هذا القرار لا تتجاوز تطبيقها ولا في أهميتها تلك التي يستطيع رئيس البلدية فرضها بصورة مشروعة من أجل حماية المصلحة العامة، فمجلس الدولة الفرنسي لم يستخدم كلمة تتناسب ولكنه استند إليها.

وفي مجال العقوبات التأديبية طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية بعد أن كان يرفض فرض رقابته على القرارات التأديبية التي تصدر عن الإدارة؛ على اعتبار أن تحديد العقوبة التي يستحقها الموظف المخالف يعود للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة ولا معقب عليها في ذلك، وليس للقاضي أن يقدر خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفة المرتكبة، إلا أنه تراجع عن رأيه في عام 1978 وأخضع القرارات التأديبية لرقابته، حيث رفض طلب إلغاء العقوبة التأديبية لعدم ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير .وفي حكم آخر ألغى القرار المتضمن توقيع عقوبة تأديبية على موظف نظرًا لما إذا كانت العقوبة التأديبية تتناسب مع الذنب أو الجريمة التي ارتكبتها الموظف.

الفرع الثالث : مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار

نزع الملكية للمنفعة العامة عمل تقني تلجأ الإدارة إليه عند احتياجها في أدائها لوظيفتها إلى أموال الأفراد إذ أن نزع الملكية تشابه مع الغصب في أنها تتعلق بالملكية العقارية، إلا أنهما يختلفان في أن نزع الملكية وسيلة وعمل مشروع، محددة وفقا للقانون، بينما الغصب عمل غير مشروع، يكون عندما تتم نزع الملكية خلافا لما ورد في القانون(39).

أشرنا فيما سبق إلى أن التطورات القضائية التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي ، أدت إلى ابتداع وابتكار أدوات فنية وقانونية جديدة يتوصل عن طريقها إلى تحقيق رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية فيما تتمتع به من حرية ، ومن بين تلك الأدوات والوسائل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، التي أرساها بقراره الصادر بهيئة جمعية عمومية في قضية Ville Nouvelle Est بتاريخ 1971/05/28 (40)، وإذ يترتب على تطبيق هذه النظرية حصول نتائج تتماثل بل تتداخل مع نتائج تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر ، فضلا عن أنهما يعملان في نفس المجال ، وهو الاختلال الواضح والتفاوت الصارخ في تقديرات الإدارة .

فقد كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة لا تتعدى حدود ما إذا كان من شأن عملية النزع تحقيق المنفعة العامة أم لا ، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقيق شرط المنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة ، أي أنه ينظر إلى نزع الملكية للمنفعة العامة في ذاتها ، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة ، أو بمصالح عامة أخرى ، أو بتكاليف المشروع وأعبائه المالية ، وذلك لتعلق هذه الأمور بالملاءمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة، وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية ، حيث تقتصر فقط على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار المنفعة العامة ، والتكييف القانوني لهذه الوقائع(41)

وفي مواجهة التقدم العلمي المتزايد ، وتعدد المسائل العلمية والفنية ، خاصة في المجالات الاقتصادية ، وما تترتب على ذلك من اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة في تلك المجالات ، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من احتمالات تعسف الإدارة وتحكمها في هذه المسائل ، لا سيما إذا اتصل الأمر بالأموال الخاصة والملكية العقارية(42) ، وكان أن برزت وظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

وعلى ضوء ذلك ، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إجراء عملية موازنة بين المنافع والمضار ، أو المزايا والخسائر ، التي قد تترتب على القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، إذ توضع كل من المنافع والمضار التي أتخذ قرار المنفعة العامة على ضوءها في الميزان ، بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء الناجمة عنه مفرطة مقارنة لما يحققه من مزايا ومنافع .

ويعتبر الحكم الصادر عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 مايو 1971 في قضية المدينة الجديدة شرق (43) (Ville Nouvelle Est) بداية الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد طعنت جمعية الدفاع على هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة ، وتمسكت بالطعن المتعلق بالإجراءات والموضوع ، بأن هدم حوالي مائة منزل كان يمكن تفاديته بتغيير مسار طريق المشروع ، وهذا يعتبر ثمنا باهظا للعملية المزمعة ، لا يتناسب مع المنفعة المراد تحقيقها ، مما يتعين معه إلغاء القرار المطعون فيه . مما دفع مجلس الدولة الفرنسي منعقدا بهيئة جمعية عمومية بحث كافة الجوانب المتعلقة بموضوع النزاع وقام بالموازنة بين المنافع والمزايا التي ستترتب على المشروع من ناحية وبين المضار والتكاليف التي ستنتج عنه من ناحية أخرى (هدم مجموعة منازل والأضرار الاجتماعية المحتملة) وخلص من خلال هذه الموازنة إلى ترجيح كفة المنافع والمزايا على كفة المضار والتكاليف ، وقرر أنه بمراعاة أهمية المشروع في مجموعه ، فليس من طبيعة ظرف تضمن تنفيذ العملية هدم حوالي مائة منزل أن ينفي عنها صفة المنفعة العامة .

وبهذا الحكم صاغ مجلس الدولة نظريته الجديدة الموازنة بين المنافع والمضار ، وأصبح من المستقر في قضائه بهذا الخصوص أنه ⁽¹⁾ لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما ، إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة والتكلفة المالية والمضار المحتملة على المستوى الاجتماعي ، أو المساس بالمصالح العامة الأخرى ، ليست باهظة بالنسبة إلى المصلحة أو المنفعة التي تحققها، فإن الحكم قد وضع هذا الواجب موضع التطبيق العملي ، ببيان عناصر الموازنة والكيفية التي تتم بها وذلك في المجال الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة ، لا سيما فيما يتعلق بتقرير وتحديد فكرة المنفعة العامة .

وهكذا يمكن القول بأن مضمون نظرية الموازنة ، ينصرف إلى التقييم الذي يجريه القضاء الإداري للمنافع والمضار المترتبة على القرار ، من خلال الموازنة بينهما في كفتين، بحيث إذا تبين أن كفة المنافع هي الراجحة على كفة المضار ، كان القرار مشروعاً، وإذا أضح أن كفة المضار هي الراجحة ، كان القرار غير مشروع .

وعلى ضوء ذلك فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تستهدف تحقيق رقابة قضائية دقيقة وعميقة على تقديرات السلطة الإدارية عندما تترخص في الاختيار بين عدة بدائل وحلول ، أو حينما تكتفي قواعد المشروعية الإدارية بتحديد الغرض من القرار ، بحيث يعود للقاضي الإداري تقييم كيفية إجراء

السلطة الإدارية لتلك التقديرات بمراعاة كافة الجوانب المحيطة بذلك ، من خلال وضع المنافع والمضار المترتبة على القرار الإداري في كفتي ميزان وصولاً إلى أيهما الأولى بالترجيح بحسب الظروف والاعتبارات الملازمة لكل حالة على حدة.

أي تقييم كافة العناصر الايجابية والسلبية للقرار من جميع النواحي والموازنة بينها لترجيح كل منها بمقداره ، والضابط في كل ذلك هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار.

وعلى الرغم مما حققته رقابة الموازنة من مزايا ، أقلها كبح جماح التقديرات التحكيمية غير المدروسة للإدارة في مجالات نزع الملكية وما شاكلها ، مما يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد ، فإنها قد تعرضت للنقد من عدة نواحي ، أهمها أن من شأن قضاء الموازنة أن يحل القاضي الإداري محل الإدارة في تقديراتها واختياراتها ، مما يخرجها عن دوره كقاضي مشروعية ليصبح رئيساً إدارياً أعلى ، بما يتضمنه ذلك من إخلال بمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء ، فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من إعطاء فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي ، بما يعني إمكانية اختلاف الحلول القضائية تبعاً لكل قضية ، وربما حسب تشكيل هيئة المحكمة ، إضافة إلى الصعوبات الفنية التي تحيط بالموازنة ، إذ كيف يتسنى مقارنة الأشياء غير المثلية ، كأن تتم المقارنة بين إنشاء جزء من طريق سريع ، مع هدم جزء من مستشفى.

و تؤكد هذه النظرية مدى اتساع رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة، فهي و إن اتفقت مع نظرية الغلط البين في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركز إليها القاضي في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين.

و هو ما يعني أن الاختلاف بين النظريتين هو اختلاف في مدى الرقابة ، و ليس اختلافاً في الطبيعة، و لأن القاضي لا يلغي تصرف الإدارة ، إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب - و بشكل واضح - مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، و هذا هو جوهر نظرية الغلط البين.

قائمة المراجع

- ¹ - أحمد إسماعيل - أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 20 - العدد الأول - 2004 - كلية الحقوق - جامعة دمشق - ص 8-9.
- ² - عبد العزيز خليفة- ركن الخطأ في المنازعات الإدارية مسئولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية- دار الكتاب الحديث- 2008- ص 211.
- ³ - أحمد إسماعيل - أثر تغير الظروف القانونية والواقعية في القرارات الإدارية - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 20 - العدد الأول - 2004 - كلية الحقوق - جامعة دمشق - ص 8.
- ⁴ - سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة- بدون دار و مكان النشر-1995، ص 701.
- ⁵ - سليمان محمد الطماوى- محمود عاطف البنا- النظرية العامة للقرارات الإدارية- دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - القاهرة - 2008- ص 76-77.
- ⁶ - ليست كل القرارات الإدارية تصلح لأن تكون محلاً لدعوى الإلغاء حيث يتعين لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري أن يكون هذا القرار صادراً عن سلطة إدارية وأن تكون تلك السلطة وطنية، إضافة إلى ضرورة أن تكون مستندة في إصدارها للقرار لما تتمتع به من سلطة تقديرية، أي يجب حتى يكون القرار الإداري محلاً لدعوى الإلغاء أن يصدر عن إحدى الهيئات العامة التي تدخل ضمن التنظيم الإداري للدولة، والتي تتمتع بصفة الشخص المعنوي العام، وأن تكون سلطة إصدار القرار وطنية احتراماً لمبدأ السيادة والذي يتعارض معه خضوع تصرف قانوني لدولة ما لرقابة دولة أخرى، فإنه لا يجوز أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء قرار أصدرته هيئة أجنبية، حيث أن مجلس الدولة لا يعدو أن يكون قاضياً وطنياً، إصدار الإدارة للقرار واستعمالاً لسلطتها التقديرية، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء هو الذي يكون تعبيراً عن الإرادة المنفردة للإدارة، بمعنى أن تكون الإدارة متمتعة حال إصدارها له بسلطة تقديرية يكون لها بمقتضاها إصدار القرار أو الإحجام عن ذلك إضافة لما يكون لها من حق اختيار وقت هذا الإصدار، و صدور القرار نهائياً في نشاط إداري لا يكفي حتى يكون القرار الإداري محلاً للطعن بالإلغاء أن تصدره سلطة إدارية وطنية استناداً إلى سلطتها التقديرية، بل يتعين إضافة لما تقدم أن يكون هذا القرار قد صدر نهائياً في نشاط إداري.
- ⁷ - نايل نبيل - اختصاص القاضي الإداري بمنازعات سلطات الضبط المستقلة - دراسة نظرية - مذكرة ماجستير - تخصص قانون عام - امعة مولود معمري - تيزي وزو - 2013 - ص 24.
- ⁸ - محمد عبده إمام- القضاء الإداري - مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة - دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية - 2007 - ص 57.
- ⁹ - عبد العزيز خليفة- مرجع سابق- ص 172.
- ¹⁰ - صاحب محسن العاملي - موقف القضاء الإداري في العراق من عيب الاختصاص في القرار الإداري - جامعة واسط - كلية القانون - مجلة كلية التربية / واسط - العدد الحادي عشر .
- ¹¹ - عبد العزيز خليفة- مرجع سابق - ص 129-130.
- ¹² - عصام الدبس - القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة - مرجع سابق-ص 350-351.
- ¹³ - سليمان محمد الطماوى-القضاء الإداري-نفس المرجع- ص 728.
- ¹⁴ - R. Chapus, Droit Administrative Général, op. cit, P. 1209.
- ¹⁵ - عبد العزيز خليفة- ركن الخطأ في المنازعات الإدارية مسئولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية- مرجع سابق- ص 181.
- ¹⁶ - الغاية من أنظمة الضبط الإداري هي الهدف أو الغرض النهائي الذي تبتغيه الإدارة، وتحديد الغاية من إصدار أنظمة الضبط الإداري يتم إما بالنص عليها قانونياً، وفي حال عدم وجود هذا النص فإن المبادئ القانونية العامة هي التي تحددتها، وإما أن يحدد المشرع غاية خاصة واحدة في أنظمة الضبط الإداري الخاص، وفي كلتا الحالتين فإن الغاية تتمثل في غرض وحيد هو حفظ النظام العام أو إعادته، وبذلك فإن سلطات الضبط الإداري إذا مارست نشاطها من أجل تحقيق غاية غير غاية حفظ النظام العام كان نشاطها غير مشروع للانحراف

بالسلطة. الفرض في هذا الوجه من أوجه عدم المشروعية أن النظام الضبطي المطعون فيه قد سلم من العيوب الأخرى، واحتمى بمظهر العمل الإداري الصحيح، ومن العيب في مقاصد - مصدر هذا النظام - الخفية وأغراضه الحقيقية التي من أجلها أصدر هذا النظام الضبطي. فمشروعية المظهر والمضمون الموضوعي الذي صدر به النظام الضبطي لا يستبعد بذاته عيب الانحراف حتما، مما يستوجب على القاضي الإداري المنوط به تقدير شرعية الغاية التدقيق والتمحيص حيث يتوجه أولا إلى بحث موضوعي في القواعد القانونية للتعرف على فكرة النظام العام - المادة والمنعوية - أو أحد عناصرها، حسبما يتطلبها المشرع غرضا مخصصا لنظام الضبط الإداري المطعون فيه، لا سيما أن من الضبط الخاص أنواع تستهدف عنصرا فحسب من النظام العام، كالضبط الصحي وضبط المرور وشرطة الآداب، ثم يتجه ثانيا إلى البحث عن مقاصد مصدر النظام الضبطي من أجل التوصل إلى الغرض الحقيقي والفعل الذي سخر سلطته في إصدار الضبط من أجل تحقيقه، ويطابق القاضي بين البحثين توصلا إلى الحكم، ففكرة الانحراف تتعلق برغبة نفسية في مصدر النظام الضبطي يتوسل بعمله للوصول إليها، ويفترض أن تكون هذه الرغبة متفقة مع الغرض الذي أراده القانون لهذا العمل، أي مطابقة بين وجهة النظر الذاتية ووجهة النظر القانونية، فإذا حادث وجهة النظر الذاتية عن وجهة النظر القانونية وجد الانحراف. وبهذا الجانب الشخصي يختلف الانحراف بالسلطة عن أوجه المخالفة الموضوعية للقاعدة القانونية لأنه يتحتم على القاضي الإداري أن يبحث عن بواعث ومقاصد مصدر نظام الضبط الإداري ليستوضح وجود الانحراف بالفعل أم لا، فهو بحث دقيق وأحيانا صعب جدا، والحكمة من رقابة المشروعية على عنصر الغاية على أنظمة الضبط الإداري والقرارات الإدارية والإجراءات الصادرة بموجبها، أن السلطات القائمة على أنظمة الضبط الإداري - كما أن هيئات الضبط الإداري عموما - تتمتع بسلطات واسعة عند ممارستها النشاط الضبطي، ويترب على ذلك أنه لا يجب أن تمارس هذه السلطات إلا عند الوقاية من أي تهديد قد يتعرض له النظام العام وإعادته إلى وضعه الطبيعي إن أصابه خلل مفاجئ، لأن فكرة النظام العام هي التي تحدد غاية الضبط الإداري، وبالتالي غاية هذه الأنظمة، يترب على ذلك أن أنظمة الضبط الإداري ينبغي أن ترد على أحد عناصر النظام العام، وبذلك لا تكون هذه الأنظمة مشروعة إلا إذا استهدفت الحفاظ على النظام العام وإعادته، واستندت في عملها الضبطي إلى ضروراته، وإلا تعرضت للإلغاء عن طريق دعوى تجاوز السلطة. إن رقابة مشروعية عنصر الغاية في أنظمة الضبط الإداري، تتمثل في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارية وليس عنصر الاختصاص، إذ يعني الاصطلاح الأخير "مجموعة الصلاحيات المخولة للسلطة الضبطية الإدارية" أو "مجموع ما خولت تلك السلطة في القيام به من أعمال"، في حين إن اصطلاح السلطة يعني "مباشرة الاختصاص وتطبيقه"، أي ترجمته إلى عمل محدد، ويستلزم التنويه هنا إلى أن جانبا من الفقه يستخدم اصطلاح "السلطة التقديرية" و "الاختصاص التقديري" كمترادفين لهما مدلول أو معنى واحد، وهما ليسا كذلك، حيث إن اصطلاح "الاختصاص التقديري" ينصرف إلى دور المشرع بصدد تحديد الاختصاص للسلطة الضبطية، فهي إما أن تكون مقيدة أو تقديرية، في حين أن اصطلاح "السلطة التقديرية" يشير أساسا إلى دور السلطة الضبطية في مباشرة اختصاصاتها، التي حددها لها المشرع سلفا، إذ قد تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية، أو أن تكون في شأنها ذات سلطة مقيدة، والاصطلاحان بينهما ترابط وثيق، حيث لن يكون لسلطة الضبط الإداري سلطة تقديرية ما لم يكن المشرع قد خولها اختصاصا تقديري، أو قيد اختصاصها فتكون سلطتها مقيدة¹.

17 - حسين عثمان محمد عثمان - مرجع سابق - ص 508-509

18 - علي خطار شطناوي - الرقابة القضائية على قناعة مصدر القرار الإداري - مجلة جامعة دمشق - المجلد الثامن عشر - العدد الأول -

2002 - كلية الحقوق - الجامعة الأردنية - ص 320

19 - وهذا ما أبرزه مجلس الدولة المصري باستمرار، ومن أحكامه القديمة في هذا الخصوص حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 26 نوفمبر سنة 1952، وقد جاء فيه " فإذا كانت سلطة الإدارة التقديرية مطلقة أي غير مقيدة بأي حد أو قيد قانوني بل كان الأمر متروكا لمحض ترخها واختيارها، كان قرارها غير خاضع لرقابة هذه المحكمة إلا حيث يكون ثمة إنحراف بالسلطة. أما إذا كانت سلطتها محددة مثلا بنسبة معينة للترقية بالأقدمية المطلقة، ومقيدة في الوقت ذاته بعدم جواز التخطي إلا لمبرر يصدر من سلطة معينة في شكل مخصوص وبعد إتباع إجراءات مرسومة، كان قرار الترقية خاضعا لرقابة هذه المحكمة من حيث مطابقته أو غير مطابقته للقانون"

20 - سليمان محمد الطماوى - القضاء الإداري - مرجع سابق - ص 728

21 - لا يكفي لصحة القرار الإداري أن يستند إلى سبب أوجدته حالة قانونية أو واقعية دفعت الإدارة إلى التدخل بإصدارها هذا القرار، بل يجب أن يتوافر في هذا السبب شروط ثلاث تتمثل في ضرورة قيامه حتى تاريخ إصدار القرار، إضافة إلى ضرورة أن يكون مشروعا ومحددا. الشرط الأول: قيام السبب حتى تاريخ إصدار القرار مادام سبب القرار هو مبرر مشروعيته فلا يكفي وجود هذا السبب لتبرير

القرار، فإذا زال قبل هذا التاريخ عد القرار الإداري مفقودا لسبب إصداره، الأمر الذي يستوجب إلغائه. ويجد هذا الشرط مبرره في أن تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقدير مشروعيته. وتطبيقا لذلك فإن تقدم الموظف باستقالته لا يعد سببا لإصدار قرار إنهاء خدمته، ما دام قد عدل عنها قبل صدور القرار. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا تأكيدا لهذا الشرط إلى أن "... رقابة القضاء الإداري على القرارات الإدارية النهائية تقتصر على مراقبة السبب الذي استندت إليه جهة الإدارة عند إصدارها للقرار ... والبحث عن مشروعية القرار يدور حول الملابسات التي أحاطت به وقت صدوره، فإن كان تبرير القرار يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، كان القرار سليما وقائما على سبب صحيح. الشرط الثاني: مشروعية السبب لا يكفي لصحة القرار الإداري أن يصدر استنادا إلى سبب قائم في تاريخ صدوره بل يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً أي مطابقاً للقانون. وهذا الشرط يشكل استثناء على الأصل العام الذي بموجبيه يكون بوسع الإدارة اختيار أسباب قراراتها، حيث يورد على تلك القاعدة قيدها، مفاده أن المشرع إذا حدد للإدارة سببا لإصدار بعض القرارات فإن عليها الالتزام به حال إصدارها لتلك القرارات، فإن خالفته وأصدرت القرار استنادا إلى سبب أجنبي عنها كان قرارها في هذا الشأن باطلا لقيامه على سبب غير مشروع. فإذا لم يحدد المشرع للإدارة سببا لإصدار قرار ما، فإن السبب الذي اختارته الإدارة لإصدار هذا القرار يتعين أن يكون متفقا مع أحكام الدستور والقانون بمعناه الواسع، على نحو ما سوف نتناوله تفصيلا عند دراستنا لركن المحل في القرار الإداري. وتأسيسا على ما تقدم فقد ألغت المحكمة الإدارية العليا قرار الإدارة برفض تعيين أحد المرشحين في وظيفة مساعد نيابة إدارية، حيث جعل القرار من المركز الاجتماعي المتواضع لوالد المرشح سببا لرفض التعيين، حيث انتهت المحكمة إلى أن هذا القرار يشكل إخلالا بالحكم الدستوري الذي قضى بالمساواة في الحقوق العامة، ومن بينها حق تولي الوظائف العامة. والعبرة في تقدير مدى مشروعية السبب الذي بني عليه القرار الإداري تكون بالنظر للسبب الحقيقي الذي صدر هذا القرار مستندا إليه. الشرط الثالث: تحديد السبب إذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى سبب عام أو مجهول عد قرارها معيبا في سببه. ولا شك في أن إعمال هذا الشرط لا يكون إلا بالنسبة للقرارات التي يشترط المشرع على الإدارة ذكر أسباب إصدارها، بالإضافة إلى القرارات التي تصدرها مسببة دون أن يلزمها المشرع بذلك. وتأكيدا لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "كلما ألزم المشرع صراحة جهة الإدارة بتسبيب قراراتها وجب ذكر الأسباب التي بني عليها القرار واضحة جلية". مأخوذ عن الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة- القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة - دار الفكر الجامعي - 2007-ص 127-128.

²² - عمار بوضياف- الوسيط في قضاء الإلغاء- دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر - فرنسا - تونس - مصر- مرجع سابق - ص. 321.

²³ - مقتبس عن : Jean Rivero , Droit

Administratif , Paris , 1985 , P 236.

²⁴ - عمار بوضياف- الوسيط في قضاء الإلغاء- دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر - فرنسا - تونس - مصر- مرجع سابق- ص. 319.

²⁵ - فارس حامد عبد الكريم - أسباب الطعن بالقرار الإداري (دعوى إلغاء القرار الإداري) - مذكرة ماجستير قانون/بغداد - ص 14.

²⁶ - ويشير بعض الفقه إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/06/29 كمثال لهذه الحالة. وتتلخص وقائع القضية في أن المشرع الفرنسي أصدر قانونا يميز لأطباء الأسنان غير الحاصلين على دبلوم من المعاهد الفرنسية والمقيمين في الألبان واللوين قبل سنة 1918 مباشرة المهنة في أي مكان من فرنسا شريطة أن يكونوا متجنسين بالجنسية الفرنسية، فأراد أحد أطباء الأسنان الذي يحمل الجنسية الفرنسية بالميلاد أن يستفيد من تطبيق هذا القانون لتوافر شروطه بالنسبة له، إلا أن الإدارة رفضت طلبه على أساس أن القانون ينطبق فقط على المتجنسين بالجنسية الفرنسية دون الفرنسيين الأصليين، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بإلغاء القرار حيث أن الإدارة فسرت القانون تفسيراً خاطئاً، فليس من المعقول أن يكون المشرع قد قصد تفضيل الأجنبي المتجنس بالجنسية الفرنسية على الفرنسي الأصلي. ، نقلا عن " حسين عثمان محمد عثمان- قانون القضاء الإداري- الطبعة الأولى- منشورات الحلبي الحقوقية - 2006- ص. 507.

²⁷ - صلاح يوسف عبد العليم- أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة- دار الفكر الجامعي- الاسكندرية- 2008- ص 76-75.

28 - سليمان محمد الطماوى-القضاء الإداري-الكتاب الثالث- قضاء التأديب- دراسة مقارنة - دار الفكر العربي- القاهرة -

1995 - ص 663

29 - قضية: النقابة ج. للصناعة الصيدلانية ضد: وزير العمل ومن معه - رقم القرار: 19704 - تاريخ القرار: 2005/02/15 -
الطعن في قرار وزاري مشترك يتضمن تحديد قائمة المنتجات الصيدلانية القابلة للتعويض. المبدأ: لا يجوز للقضاء الإداري مناقشة رأي اللجنة التقنية للتعويض حول اختيار الدواء الواجب إدراجه في قائمة الأدوية القابلة للتعويض ما دام لم يشبه خطأ قانوني أو تجاوز للسلطة. وعليه: في الشكل: حيث أن الطعن بالإبطال الحالي مقبول لوروده في الأجل القانوني. عن عدم توفر الصفة لدى رئيس النقابة الجزائرية للصناعة الصيدلانية. حيث أن العارض يطلب ضم القضية الحالية إلى القضايا الأخرى إلا أن هذا الطلب مرفوض لاختلاف محل هذه الدعاوي. حيث أن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات يتمسك بأن النقابة الجزائرية للصناعة الصيدلانية لا تتوفر على الصفة بدعوى أن طلبها يهتم له مخبر خاص بينما يتمثل دور النقابة في الدفاع عن مصالح مهنية واجتماعية لكافة أعضائها. حيث وبالفعل أن الدواء "كربو فلوريد بدون سكر" الذي لم يدرج ضمن قائمة المنتجات الصيدلانية القابلة للتعويض لدى صندوق الضمان الاجتماعي ينتجه مخبر جزائري "لاد فارما" وأن هذا المخبر "لاد فارما" هو عضو في النقابة الجزائرية للصناعة الصيدلانية. حيث أنه أثناء اجتماع النقابة المنعقد يوم 2003/06/28 كلف الأعضاء الهيئة النقابية برفع دعوى باسمهم أمام الوزراء المعنيين وأمام مجلس الدولة، ومنه فإن النقابة الصفة للتقاضي أمام العدالة باسم أعضائها. في الموضوع: حيث أن العارض يلتزم بإبطال المقرر الوزاري الذي اتخذته وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات ووزير العمل والضمان الاجتماعي بتاريخ 2003/05/06 والمتضمن قائمة المنتجات الصيدلانية القابلة للتعويض من طرف الضمان الاجتماعي بدعوى أن هذا المقرر لم يدرج ضمن قائمة الأدوية القابلة للتعويض دواء "كربو فلوريد بدون سكر" الذي ينتجه المخبر الجزائري "لاد فارما". حيث أنه يتوجب على اللجنة التقنية للتعويض المؤسسة بموجب المقرر الوزاري المشترك المؤرخ في 1996/02/24 اقترح قائمة المنتجات الصيدلانية الواجب تعويضها وكذا ينبغي عليها إبداء رأي تقني واقترح عدم تعويض المنتجات الصيدلانية واقترح السعر للتعويض. حيث أن رأي اللجنة التقنية للتعويض بشأن معايير انتقاء واختيار الدواء الواجب إدراجه في قائمة الأدوية القابلة للتعويض هو رأي لا يجوز للقاضي الإداري مناقشة عندما لا يأتي مشوبا بخطأ قانوني ولا تجاوز للسلطة وأن هذا الرأي يخضع لمصلحة تقنية لا يجوز للقاضي مراقبتها بتعين رفض الطعن بالإبطال الحالي لعدم تأسيسه. لهذه الأسباب: يقضي مجلس الدولة: علنيا، حضوريا ونهائيا. في الشكل: قبول الطعن - لا مجال للضم. في الموضوع: رفض الطعن، إلزام العارض بالمصاريف القضائية. بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر فيفري من سنة ألفين وخمسة من قبل الغرفة الثالثة بمجلس الدولة - سايس جمال - الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري - قرارات المحكمة العليا - قرارات مجلس الدولة - الجزء الثالث - الطبعة الأولى - - 2013 - ص 1415-1416

30 - محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1991، ص 7.

31 - محمد حسين عبد العال-نفس المرجع - ص 72

32 - كما ذهب جانب من الفقه إلى تبني النظرية القائلة بأن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة ، ومن الأسباب التي دعت بعض الفقهاء إلى الحديث عن هذه الرقابة التسلسلية للقاضي (أي كرئيس الإداري) للقاضي على الإدارة- أن القاضي الإداري لا يكتفي بإيجاد حلول قانونية بحته للمشاكل التي تعرض عليه، أي لا يقف دوره عند إنزال حكم القانون فقط، أو عند حد الرقابة على المشروعية فحسب، بل يتغلغل كرجل الإدارة في مجال الملاءمة - أن الطابع الرئاسي للرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الإداري يجد أساسه في قانون السلطة العامة الذي خلق القضاء الإداري، فالقاضي الإداري عندما يحكم بتعويض الأفراد تحدوه في ذلك اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام، فهو يتصرف في هذا المجال حسب وجدانه كما يفعل رئيس الإدارة وليس كقاض حسب القانون. - وهناك سبب آخر يشير إليه أنصار هذه النظرية، وهو أن قواعد حسن الإدارة أو السلوك الإداري الذي يفرضه القاضي على الإدارة بضرورة احترامها، ليست إلا تنظيما للسلطة التقديرية، وهو نظام داخلي أوجده القاضي كرئيس إداري داخل مجال الحرية التي يتركها القانون لرجل الإدارة. - ويدلل جاني من الفقه على صحة النظرية أيضا موضحا أن القاضي- في بعض الأحيان- يتبع الإدارة في مخالفة مبدأ المشروعية بسبب خطر داخلي أو خارجي على الدولة، فهو يدافع عن الإدارة ويترك حينئذ دوره كقاض "شخص لا يبالي" ويتصرف كرئيس إدارة يضحى بالشرعية، أمام اعتبارات ملاءمة طارئة ، وأبرز مثال على هذا الموقف ما يلاحظ في نظرية الظروف الاستثنائية. - ويستند هؤلاء إلا الرقابة

على تدابير الضبط الإداري، التي تفسر من وجهة نظرهم الطابع التسلسلي للرقابة التي يباشرها القاضي الإداري ، فالقاضي من خلال رقابته على تلك التدابير يسن داخل القانون لائحة أكثر إعدادا، ويفرضها على الإدارة تماما كما تقوم بذلك أي سلطة رئاسية عندما توجه الإدارة في ممارسة سلطتها الإدارية – " نقلا عن الدكتور صلاح يوسف عبد العليم- أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة- دار الفكر الجامعي- الاسكندرية- 2008- ص 80-81.

³³ - ويعلق المستشار Braibant على هذا التطور الجديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بقوله: "إن هذه الرقابة القضائية التي بدأ يمارسها مجلس الدولة على الإدارة العاملة، هدفها أن تفرض قدرا أقل من المنطق، وحسن التقدير، على رجال الإدارة، فإذا كان في وسعهم أن يختاروا، فليس معنى ذلك أن يفعلوا ما يشاءون"

Même lorsqu'elles ont le pouvoir de faire ce qu'elles veulent, pas être autorisées à faire n'importe quoi elles ne doivent - نقلا عن سليمان محمد الطماوي- محمود عاطف البنا- مرجع سابق-ص 85.

³⁴ - Martine Lombard, Droit Administratif- 3 édition- Editions DALLOZ - paris-1999. P 280 .

³⁵ - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص 294.

³⁶ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق -ص174

³⁷ - جورج سعد- مرجع سابق - ص 483.

³⁸ - عصام الدبس - القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة- دراسة مقارنة - مرجع سابق -ص.361

³⁹ - فائزة جروني - طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري - رسالة ,دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام - جامعة محمد خيضر بسكرة - 2010-2011 - ص 297.

⁴¹ - Martine Lombard, OP.Cit., P 281

⁴¹ - رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، مرجع سابق ، ص 308 .

⁴² - سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 667 .

⁴³ - وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة قررت إنشاء تجمع عمراني جديد شرق مدينة ليل بشمال فرنسا ، يستوعب حوالي 25 ألف من السكان ، للإسهام في حل أزمة السكن ، وتوافق ذلك مع رغبة التعليم الجامعي في إقامة مجمع جامعي خارج المدينة يستقبل أكثر من 30 ألف طالب ، وتضمن المشروع الذي احتاج إلى 500 هكتار وقدرت تكاليفه بمليار فرنك فرنسي ، نزع ملكية وهدم 250 منزلا ، منها حوالي مائة منزل تم إنشاؤها حديثا ، وأمام الاحتجاجات القوية التي أثّرت حول هدم تلك المنازل عدلت الإدارة مشروعها ، بحيث اقتصر الهدم على 88 منزلا ، واستبعدت مقترحا كانت قد قدمته جمعية الدفاع عن حقوق أصحاب المنازل ويستهدف إنقاذ 80 منزلا آخر من الهدم - على أساس نقل محور الطريق الشمال الجنوب الوارد في المشروع ، وإذ تقرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار وزير التعمير والإسكان الصادر في 1968.04.13 .

دور العقار في التنمية و ترقية الاستثمار

الأستاذة تيشوش فاطمة الزهراء

الأستاذة سعادة فاطمة الزهرة

أستاذة متعاقدة بجامعة عمار ثليجي

أستاذة متعاقدة بجامعة عمار ثليجي

الأغواط

الأغواط

الملخص :

إن من أهم مرتكزات التنمية الاقتصادية في أي دولة هي تشجيع المشاريع الاستثمارية التي من شأنها النهوض بالاقتصاد الوطني و تطوير القطاعات التي لم تستطع الدولة وحدها تغطيتها ، وفي سبيل ذلك تعتمد الدولة على عدة أساليب و آليات في سياستها الاستثمارية لجلب رؤوس الاموال المحلية و الأجنبية ، ومن بين هذه الأساليب توفير العقار الصناعي الذي يعتبر من أهم العقبات التي تواجه المستثمر في غالب الأحيان ، لهذا تولى المشرع الجزائري بتأطير وتنظيم العقار الصناعي من أجل تلبية الحاجيات العقارية لكل المستثمرين خاصة بعدما أصبح مبدأ حرية الاستثمار و التجارة مبدأ دستوري .

فالجزائر كغيرها من الدول تعاني من أزمة لحقت بالعقار بسبب أن نصوصه تجاوزها الزمن أو لوجود غموض يعتريها أو بسبب ضعف هياكله و الاستغلال الغير عقلاني له ، وخاصة تلك المتعلقة بالأملاك الوطنية ، ومن هنا ظهرت فكرة عقود الامتياز العقاري كإحدى الطرق لتنظيمه .

الكلمات المفتاحية :

العقار، الاستثمار ،العقار الصناعي ،حرية التجارة و الصناعة، السوق العقارية

Abstract:

One of the most important pillars of economic development in any country is the promotion of investment projects that will promote the national economy and the development of sectors that can not be covered by the state alone, and for this state depends on several methods and mechanisms in its investment policy to bring domestic and foreign capital and among These methods provide industrial property, which is one of the most important obstacles facing the investor in most cases, so the Algerian legislator took over the regulation of industrial real estate in order to meet the real estate needs of all investors, especially after the principle of freedom of investment and trade constitutional principle.

Algeria, like other countries, suffers from a crisis that has been plagued by real estate because its texts are outdated, ambiguous, or because of its

weak structure and irrational exploitation, especially those related to national property.

Key words:

The realty, Investment, Industrial property, Free trade and industry, Real estate market,

مقدمة :

إن من أهم مرتكزات التنمية الاقتصادية في أي دولة هي تشجيع المشاريع الاستثمارية التي من شأنها النهوض بالاقتصاد الوطني خاصة في ظل المبدأ الدستوري مبدأ حرية الاستثمار و التجارة الذي نصت عليه المادة 43 من دستور " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها ، وتمارس في إطار القانون ، تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال ، و تشجيع على إزدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية " ، فالتنمية الاقتصادية و تطوير القطاعات و ازدهار المؤسسات مرهون بمدى استقرار وجذب الاستثمارات خاصة الأجنبية منها هذا من جهة، و إلزامية توفير الأوعية العقارية المخصصة لهذه المشاريع الاستثمارية من جهة ثانية ، فتوفير الوعاء العقاري يعتبر من العوامل المحفزة لجذب الاستثمار خاصة مع تزايد حرية التجارة و تحرك رؤوس الأموال عالميا في إطار العولمة الاقتصادية التي أظهرت مدى تأثير العقار الصناعي في صنع قرارات الاستثمار .

وعلى هذا الأساس فالدولة الجزائرية ضمن سياستها الاستثمارية اتبعت هذا الأسلوب من الحوافز في سبيل إنعاش الاستثمارات وخلق عدد كبير من المؤسسات الفعالة ، و لضمان نجاح هذه الحوافز و فعاليتها لا بد من توفير مناخ ملائم للاستثمار بدء بتوفير السبل القانونية و الإجراءات للحصول على الوعاء العقاري و إصدار قوانين من أجل تطوير الاستثمار و ترقيته حتى لا يشكل عبئا على المستثمرين و إنشاء آليات مؤسسية ترافق المستثمر و تمنحه الأمان وهذا ما عملت عليه الجزائر من إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري ، وبهذا فالجزائر تسعى جاهدة السير قُدماً نحو إحداث تنمية اقتصادية بإرادة جادة عبر إتباع سياسة تشجيع الاستثمار ، ووفقا لما سبق نطرح الاشكالية التالية : ما هي العلاقة التي تربط العقار الصناعي بالاستثمار ؟ وما مدى نجاعته ؟

نحاول في هذه الورقة البحثية الاجابة على الاشكالية وفقا للمنهج الوصفي الاستقرائي ، وذلك ضمن مبحثين ، نتناول فيهما الاطار المفاهيمي للعقار و الاستثمار ضمن المبحث الأول ثم نخرج على دور أجهزة الاستثمار في تسيير العقار الصناعي في المبحث الثاني .

المبحث الأول : الاطار المفاهيمي للعقار و الاستثمار

إن لكل شيء بيان لحقيقته و ذاته التي تميزه عما سواه ، وفي هذا المبحث نسعى لإبراز و تبيان المفاهيم الأولية والضرورية للعقار و الاستثمار معا.

المطلب الأول: التصور العام للعقار

من المتفق عليه أن الأموال و الأشياء تقسم من حيث طبيعتها ، الى عقارات و منقولات و يترتب على هذا التقسيم عدة آثار قانونية ، منها انتقال الملكية و تحديد المحكمة المختصة كذلك اختلاف في طرق الاثبات الى غير ذلك .

1-تعريف العقار:

1-1 العقار لغة :

و المقصود به الضيعة، أما جمعها فضياع ، والنخل والأرض ونحو ذلك، يقال ماله دار و لا عقار¹ ، قيل في المصباح المنير العقار كل ملك ثابت له أصل كالدار ، ولقد ورد لفظ العقار في السنة المطهرة في عدة مواضع وبعده معان، منها ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب عن الفرائض والسنن و الديات ، وجاء فيه : (أما بعد فقد رجعت رسولكم وأعطيتهم من الغنائم خمس الله، و ما كتب الله على المؤمنين العشر في العقار، وما سقت السماء أو كان سيخا أو بعلا ففيه العشر إذا بلغ خمسة أو سق) و الظاهر من لفظ الحديث أن المقصود بالعقار هنا الثمار...²

1-2 التعريف الإصطلاحي :

هو الملك الثابت المستقر في مكانه له أصل غير قابل للنقل الى مكان آخر بدون تلف، عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من قانون المدني الجزائري بأنه: « كل شيء مستقر بحيز وثابت فيه ولا يمكن نقله منه بدون تلف فهو عقار كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول».

كما يمكن تعريف العقار بأنه مجموعة أراضي سواء كانت زراعية أو بورا أو صحراوية جبلية أو مبنية، ونعني بهذا سطح الأرض أو جوفها من مقالع ومعادن و المتصلة بها كالنبات... فالعقار اذن هو الشيء الثابت غير القابل لنقله من مكانه إلى مكان آخر دون تلف وهذا خلافا

¹ أحمد بن عبد العزيز، نوازل العقار (دراسة فقهية...)، دار الميمان للنشر و التوزيع- بنك البلاد، رياض، الطبعة الأولى، 2011، ص. (35، 37).

² نفس المرجع .

للمنقول ، إستنادا للتعريف الأول والذي أعطانا مدلولاً شاملاً للعقار من حيث الثبات و الإستقرار أما الثاني فغلب على الطابع الوصفي ، كما نجد التعريف الأول يخدم الثاني.¹

2-أنواع العقار:

2-1 العقارات بطبيعتها :

هي كل شيء مستقراً بحيزه ثابتاً فيه غير متنقل فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني ، أي الأشياء التي تتصل بالأرض إتصالاً قراً، وتشمل العقارات بطبيعتها جميع أنواع الأراضي الفلاحية و الصناعية .

وقد عرفت المادة الرابعة من القانون 90-25 المتعلقة بالتوجيه العقاري الأراضي الفلاحية أنها: « كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنوياً أو خلال عدة سنوات إنتاجاً يستهلكه البشر أو الحيوان ،أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله، أما العقار الصناعي فهي أراضي تم تخصيصها لإنجاز مشروع استثمار صناعي، إنتاجي، خدماتي»².

2-2 العقار بحسب موضوعه:

استناداً للمادة 684 من القانون المدني الجزائري نجد أن الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية و الإنتفاع و الإستعمال والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الإمتياز تعد عقاراً لأن موضوعها عقار أما إذا كان موضوعها منقولاً فهي منقول.

2-3 العقار بالتخصيص:

منقول بطبيعته منحت له صفة العقار لاستغلاله وتخصيصه من مالكه لخدمة عقاره، بحسب المادة 683 من القانون المدني الجزائري³، ومثال ذلك الأجهزة المخصصة للمهن الحرة مثل الأثاث الذي يعد

¹ - موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بـداود، 2009 ، ص 15 .

² - محمد حجاري، إشكالية العقار الصناعي و الفلاحي وتأثيرهما على الإستثمار، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، جامعة غرداية، عدد السادس عشر ، 2012، ص. (316، 317).

³ - فريدة مزياي، دور العقار في التنمية المحلية، دفا تر السياسة و القانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، عدد السادس، 2012 ، ص 50 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، سنة 1985 ، ص 207 .

لغرض مهني مثل المكاتب و الأجهزة المخصصة للاستعمال لغرض مهني مثل أثاث الفنادق و الآلات المخصصة لخدمة الأرض.¹

3- خصائص العقار:

نجد أن العقار يتميز بخصائص تميزه عن المنقول الذي تكفي حيازته لاكتساب ملكيته ضمن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وهذه الخصائص تتمثل في :

✓ العقار هو حيز ثابت لا يمكن نقله دون تلف فهو ملتصق بالأرض، و العقار يكون ملكا للأفراد أو أملاك عامة تابعة للدولة.²

✓ إنتقال الملكية العقارية يكون بموجب عقد رسمي إستناد للمادة 324 من قانون المدني الجزائري على إعتبارها دليل إثبات قطعي ، لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، فالرسمية شرط أولي لإثبات ملكية العقارات الخاصة - أي إنتقال الملكية العقارية بين الأفراد-³، و ما يستتبعه من إجراءات، أو بقرار إداري فيما يتعلق بالأملاك الخاصة بالدولة بالنسبة للأملاك العقارية المخصصة بصفة إستثنائية للاستثمار شرط شهرها في المحافظة العقارية.

✓ نجد أن القاعدة العامة في الأموال المنقولة بسيطة بالنظر إلى أن سند ملكيتها ، كما تتسم أن الملكية فيها واحدة ، بخلاف الأملاك العقارية الخاصة أو العامة، التي تتسم و تتميز بتعدد السلطات في يد مالك واحد أو عدة ملاك ،من حق الإنتفاع أو الإستعمال أو الإستغلال بالإضافة إلى الحق الأساسي حق الملكية، فصاحب هذا الأخير لا يعني ملكيته للحقوق الأخرى ، كما أن السلطات التي قد تمارس على العقار قد تكون لأشخاص آخرين متعددين قد يميزون على حقوق عينية تبعية تابعة للحق الأصلي ، وتعد طرق إكتساب الأملاك العقارية الخاصة للدولة مختلفة عن الأملاك الخاصة للأفراد، إلا أن الأملاك التابعة للدولة لا تكتسب بالتقادم، أو الشفعة أو بممارسة الحجز عليها عند إستفاء ديون ، حل أجل الوفاء بها عكس الأموال المنقولة ، فعملية إنتقالها و إستعمالها وفق إجراءات بسيطة ، أما الأملاك العقارية، فالعقار مهما كان نوعه صناعي أو فلاحي أو

¹ - بلوفي عبد الحليم، ترشيد نظام الجباية العقارية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علوم تسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2011-2012، ص 33 .

² - موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص 35 .

³ - رحمانية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014 ، ص. (37، 38) .

سياحي يكون تسييره بصفة مباشرة من الدولة أو غير مباشرة من الدولة من قبل القطاع الخاص، إلا أن حق الملكية التامة لا يكون لهذا الأخير لأنه لا يملك سوى حق الإستغلال و الإنتفاع بالعقار ولمدة محددة أكيد بالنسبة للعقارات التابعة للدولة¹.

المطلب الثاني : مفهوم العقار الصناعي

يعرف العقار الصناعي بأنه مجموعة من المساحات العقارية من أراضي وما تصل بها ، المخصصة لإستقبال المشاريع الصناعية و الخدماتية² ، وهو جزء من العقار الاقتصادي ، لم ينص المشرع الجزائري على تعريف خاص بالعقار الصناعي و أن كانت مسألة التعريف عادة ما تترك للفقهاء .

إن أول منطلق للعقار الصناعي كان في ظل القانون رقم 45/73 المؤرخ في 18/02/1973 المتعلق بإنشاء لجنة استشارية لإنشاء المناطق الصناعية ، ولم يورد المشرع الجزائري أي تعريف لها وهي مناطق خارج المناطق السكنية مخصصة لنشاطات الصناعية و، كذلك الأمر بالنسبة لمنطقة النشاطات التي يقيم المشرع بوضع تعريف محدد لها وإنما هي مناطق معدة لاستقبال النشاطات ذات الطابع المحلي ، ويتواجد بالجزائر 72 منطقة صناعية تغطي مساحة إجمالية تقدر بأكثر من 12000 هكتار ، كما تتوفر على 450 منطقة نشاطات، تتربع على مساحة تفوق 17000 هكتار³. و تبعت هذا القانون عدة مراسيم تنفيذية ثم تم تنظيمها كذلك في إطار قانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، و في قانون رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار انشئ ما يسمى بالمناطق الخاصة ، و منحت لها امتيازات و تحفيزات قانونية و جبائية ، ونظم المشرع العقار الصناعي في هذه المناطق بشكليين هما المناطق المطلوب ترقيةها Z.A.P و مناطق التوسع الاقتصادي Z.E.E ، فالأولى تتطلب عناية خاصة لتنميتها وانعاش النشاطات الاقتصادية ودفع بترقية القطاعات الاقتصادية بها ، أما الثانية فهي مناطق تحتوي على فضاءات جيواقتصادية كما أنها تمتلك تجانس اقتصادي اجتماعي و لها هياكل قاعدية تكون كفيلة بتسهيل إقامة الأنشطة الاقتصادية و التوسع فيها ، و أحال المشرع في تنظيم وتحديد هذه المناطق الى المرسوم التنفيذي رقم 321/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتضمن تطبيق المادة 24 من قانون 12/93 ، ثم سن المشرع الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار و القانون 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية و سيرها و خصوصيتها و

¹ - موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص (09، 10).

² - تاتولت فاطمة ، المعالجة القانونية للعقار الصناعي في ضوء التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة

الجزائر 1 ، السنة الدراسية 2014 ، 2015 ، ص 6 .

³ - أنظر الموقع الإلكتروني : <http://www.aniref.dz>

الذين نظموا حدود إستغلال العقار الصناعي¹ و أخيرا قانون 09/16 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار .

المطلب الثالث: التصور العام للاستثمار

ان مصطلح الاستثمار ظهر أولا كمفهوم اقتصادي ، ولهذا يغلب عليه الجانب الاقتصادي ، ولكن هذا لا ينفي الجانب القانوني منه ، و في هذا ما سوف نتطرق اليه

1 . تعريف الاستثمار :

- **الإستثمار لغة :** من ثمر، والثمر لغة هو زيادة والنماء، فيستثمر معناه ينمي ويزيد، والنماء في صورته النهائية النقدية أو المالية أو التجارية أو في شكل عقارات أو منقولات.
- **الاستثمار اصطلاحا :** يقصد به توظيف الفوائض النقدية من أجل خلق طاقة انتاجية و التوسع الكمي أو النوعي و الحصول على عوائد مادية أو معنوية، كما عرفته المادة 02 من 09/16 المؤرخ في 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار : « يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

- إقتناء أصول تدرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة و توسيع قدرات الإنتاج، و/أو إعادة التأهيل.

- المساهمات في رأسمال الشركة ."

مقومات الاستثمار : تتحدد في ثلاث نقاط جوهرية في كل مشروع استثماري وهي:

- التكاليف اللازمة لإنشاء المشروع الاستثماري من رأسمال العيني و المالي
- مدة حياة المشروع و قد تكون طويلة الأمد كما قد تكون قصيرة الامد
- القيمة الصافية أو الإيرادات المستقبلية للمشروع الاستثماري أو العائد المتوقع الحصول عليه
- المخاطرة، فالمستثمر يقوم بالمخاطرة بأمواله في سبيل تحقيق عائد مالي اكبر
- التدفقات النقدية المتولدة على الاستثمار .²

● **أنواع الاستثمار :** هناك عدة تصنيفات للاستثمارات حسب الوسائل وحسب المدة وحسب دوافعه الى غير ذلك من التصنيفات ، ولكن نحن سوف نقتصر على أهم تلك

¹ - بوجردة مخلوف ، العقار الصناعي ، دار هومة ، الجزائر ، ط3 ، سنة 2009 ، الجزائر ، ص 10 .

² - مقال بعنوان Notion et caractéristiques d'un investissement يوم 03 جانفي 2014 عبر الموقع التالي : <http://www.pme-gestion.fr>

الاصناف وهي حسب الاطار الجغرافي ، وهنا نميز بين الاستثمار المحلي و الاستثمار الاجنبي .

فالاستثمار المحلي هو كل استثمار من طرف الأشخاص الطبيعية أو المعنوية العامة أو الخاصة ، شرط أن يكون الاستثمار على النطاق المحلي فقط .

أما الاستثمار الأجنبي فهو كل توظيف لرؤوس الأموال في الأسواق الأجنبية ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة يعرفه الدكتور فريد النجار بأنه السماح للمستثمرين من خارج الدولة بتملك أصول ثابتة و متغيرة ، بغرض التوظيف الإقتصادي في المشروعات المختلفة ، لتحقيق عدد من الأهداف الاقتصادية المختلفة¹ .

المبحث الثاني : دور أجهزة الاستثمار في تسيير العقار الصناعي

لقد أنشئت الدولة عدة أجهزة مكلفة بالاستثمار ، و من بين مهامها تسيير العقار الصناعي الذي يعتبر عامل انتاج استراتيجي للاستثمار ، ومن هذه الأجهزة المجلس الوطني للاستثمار ، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، الوكالة الوطنية للوساطة و التنظيم العقاري وهناك عدة مؤسسات أخرى مثل الوكالة الوطنية لتطوير السياحة ، و لجان المساعدة المحلية لترقية الاستثمار و التنظيم العقاري ، ولكن سوف نقتصر على الثلاثة فقط.

المطلب الأول : المجلس الوطني للاستثمار: "C.N.I"

تنص المادة 18 من الأمر 01-03 والمعدلة بالأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 على ما يلي: « ينشأ لدى وزير المكلف بترقية الاستثمارات المجلس الوطني للاستثمار يدعى في صلب النص "المجلس" ويوضع تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة ويكلف المجلس بالمسائل المتصلة باستراتيجية الاستثمارات وسياسة دعم الاستثمارات ... »²، يفهم من خلال هذا النص أن المجلس يكون تابعا لوزير المكلف بترقية الاستثمارات ويبقى تحت إشراف ومراقبة الحكومة.

و ينص المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 16 رمضان عام 1427 الموافق 9 أكتوبر 2006 يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تشكيلته وتنظيمه وسيره على تشكيل المجلس من خلال المادة 4 منه على أن: « يتشكل المجلس من أعضاء الآتي ذكرهم : الوزير المكلف بالجماعات

¹ - عبد الاله عديباطر ، مقال بعنوان مناخ الاستثمار ، مجلة نادي قضاة التحكيم الدولي الالكترونية ، تم تحميلها عبر الرابط التالي

<http://jcia2014.blogspot.com>

² - قانون رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار لسنة 2001 المعدل و المتمم بالأمر 06/ 08 المؤرخ سنة 2006 .

المحلية، الوزير المكلف بالمالية، الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، الوزير المكلف بالتجارة، الوزير المكلف بالطاقة والمناجم، الوزير المكلف بالصناعة، الوزير المكلف بالسياحة، الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الوزير المكلف بتهيئة الإقليم والبيئة».

أما عن نظام سير عمله فقد نصت المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي السالف ذكره على ما يلي: « يجتمع المجلس ثلاثة (3) أشهر على أقل ويمكن استدعاؤه عند الحاجة بناء على طلب من رئيسه أو بطلب أحد أعضائه»، وتنص المادة 6 من نفس المرسوم على أنه: «تتوج أعمال المجلس بقرارات وآراء وتوصيات». فإن القرارات والتوصيات لا توجه مباشرة إلى المستثمر، ولكنها توجه لسلطات المكلفة بتطبيق النصوص التشريعية حول ترقية الاستثمار.

ويقوم هذا المجلس بالمهام التالية:

- اقتراح الاستراتيجية والأوليات لتنمية الاستثمارات.

- يفصل في المزايا الممنوحة في مجال الاستثمار.

إضافة إلى ذلك يقترح على الحكومة كل القرارات والإجراءات الضرورية لتطبيق إجراءات دعم وتشجيع الاستثمار¹، ومن مهامه كذلك يحدد المناطق القابلة للاستفادة من الاستثناء المنصوص عليه في المرسوم 15 يوليو 2006.²

المطلب الثاني : الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار "A.N.D.I"

نصت المادة 6 من نص الأمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المعدل بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 على أن تنشأ وكالة وطنية لتسيير الإستثمار وتدعى في صلب النص "الوكالة".³ فهي عبارة عن شباك موحد لا مركزي تضم كل هيئات ذات العلاقة بالاستثمار وإصدار تراخيص ، فهي تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي⁴ ، وقد تم إنشاء هياكل غير مركزية على المستوى المحلي للوكالة لتتقاسم الرأي مع الفاعلين المحليين في التنمية الجهوية. ويتمثل ذلك في توفير

¹ - دليل الإستثمار في الجزائر ، KPMG ، ص(61-62).

² - موقع مديرية الولاية للصناعة والمناجم بسكرة: <http://www.dipmepi-biskra.com>

³ - قانون الإستثمار، الأمانة العامة للحكومة، 2007، الجزائر، ص9

⁴ - أنظر المادة 21 من الأمر 01-03.

وسائل بشرية و مادية من أجل تسهيل و تبسيط عمل الاستثمار ، وتتعاون الوكالة مع نظرائها الأوروبيين و العرب و الآسيويين ¹.

أما عن صلاحيات الوكالة فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 16 رمضان عام 1427 الموافق 9 أكتوبر 2006 يتعلق بصلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار تنظيمها وسيرها على تنظيم والتسيير الوكالة من خلال المادة 3 منه والتي تم تعديلها بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم المرسوم التنفيذي رقم 17/100 المؤرخ في 2017/03/05 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06/356 على أن: " تكلف الوكالة بما يأتي :

- جمع و معالجة و نشر المعلومة المرتبطة بالمؤسسة و الاستثمار لفائدة المستثمرين
- مساعدة و مرافقة المستثمرين في كل مراحل المشروع بما فيها ما بعد الانجاز
- تسجيل الاستثمارات و متابعة تقدم المشاريع و إعداد إحصائيات الانجاز و تحليلها
- تسهيل بالتعاون مع الإدارات المعنية الترتيبات للمستثمرين ، و تبسيط إجراءات و شكيلات إنشاء المؤسسات و شروط إستغلالها و إنجاز المشاريع و تساهم بهذا الصدد في تحسين مناخ الاستثمار في كل جوانبه
- ترقية الشراكة و الفرص الجزائرية للاستثمار عبر الاقليم الوطني وفي الخارج
- تسيير المزايا طبقا لأحكام المواد 26 و 35 و 36 من قانون رقم 09/16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 3 غشت سنة 2016 و المذكور أعلاه و المتعلقة بحفاظة المشاريع المصرح بها قبل تاريخ نشر هذا القانون "

و بإستقراء هذا النص و مقارنته بالمادة قبل التعديل ، فإن المشرع قد الغى الفقرة 5 من المادة 3 التي تنص على صلاحية الوكالة في تسيير العقار الصناعي بإدارة الأراضي الاقتصادية ، فتقوم بإعلام المستثمرين بتوفر الأراضي و كذلك تسيير الحفاظة العقارية ، وذلك لأن هذه المهمة موكولة في الأصل الى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري .

أما صلاحيات الوكالة التي أبقت عليها في التعديل هي القيام بمهمة الإعلام ، بحيث توفر المعلومات اللازمة و قواعد البيانات.

¹ - موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار <http://www.andi.dz>

إضافة إلى التسهيل عبر الشباك الوحيد اللامركزي GUD الذي يرمي لتبسيط الإجراءات و القواعد لإنشاء مؤسسة، و يوجد في هذا الشباك ممثل عن ANDI الذي يقوم بمساعدة المستثمرين ، بتزويدهم بجميع المعلومات الضرورية و مراقبة الملفات و المراسلات للمصالح المختصة .

كما تعمل الوكالة على ترقية الاستثمار عبر القيام بالتنسيق بين المستثمرين الأجانب ، و متعاملين الجزائريين و في إطار ذلك أنشأت ANDI جائزة الشراكة من أجل أي مشغل يرغب في الاستثمار في الجزائر أو اقتراح شراكة.

إضافة إلى التنسيق بين المستثمرين فهي ترافقهم وتقوم بمهمة المتابعة و التكفل ، ومن ضمن ذلك تقوم بتوفير خدمة خاصة بالمستثمرين الغير مقيمين و مساعدتهم على إكمال كل الإجراءات المطلوبة ، وفي إطار عملية المتابعة تقوم بتطوير خدمة المراقبة و الاستماع ، و الإحصاء، وتقديم حوصلة عن مدى تقدم المشاريع بشكل وثيق مع المستثمرين في جميع المراحل ، مع ضمان الإمتثال للالتزامات التي تعهدت بها بموجب الإتفاقيات مع المستثمرين مع السهر على إحترام الالتزامات التي قام بها المستثمرون خلال مرحلة الإعفاء الضريبي¹.

المطلب الثالث : الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري

تم انشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في سنة 2007 بموجب المرسوم التنفيذي 07/119 المؤرخ في 25/04/2007 ، المعدل والمتمم المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 126/12 بتاريخ 19/03/2012 المحدد لقانونها الأساسي وفقا لنص المادة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي أعلاه فالوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية ، و الاستقلال المالي لها طبيعة مزدوجة بحيث تخضع للقواعد المطبقة على الادارة في تعاملها مع الدولة ، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير ، تم وضعها تحت وصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمارات ولها هياكل محلية في الولايات ، أما مقرها الرئيسي فيتواجد في الجزائر العاصمة على غرار الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار .

أما بخصوص صلاحيتها فقد نصت المادة 3 : يمكن للوكالة أن تتولى مهمة التسيير والترقية والوساطة والضبط العقاري للأموال الخاصة للدولة الموجودة في المناطق الصناعية ومناطق النشاطات أو في كل فضاء مخصص للنشاط الاقتصادي" ونصت المادة 5 منه "يمكن الوكالة أن تتولى

¹ - موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار <http://www.andi.dz>

أيضا مهمة وساطة عقارية لحساب كل المالكين " أما المادة 9 فقد نصت على " 9 : للوكالة صفة المرقى العقاري وهي مؤهلة بهذه الصفة للقيام بما يأتي :

- تهينة الأوعية العقارية لإنجاز مناطق صناعية ومناطق النشاطات وكل فضاء آخر مخصص للنشاط الاقتصادي.
- إنجاز بنايات ذات طابع صناعي وتجاري وحرثي ومكاتب. وهي مؤهلة أيضا للقيام بصفة مباشرة أو غير مباشرة بتسيير المناطق والفضاءات المذكورة أعلاه.

فتسيير وضبط و ترقية العقار الصناعي يعتبر إختصاص أصيل للوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري ، ومن استقراء المواد المذكورة سابقا نصنف المهام الأساسية للوكالة فيما يخص العقار الصناعي تتمثل فيما يلي :

أ - تسيير الحافظة العقارية بموجب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 12/126 ، و كذلك المادة 08 و 13 من المرسوم التنفيذي 153/09 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتيازات على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة المحلة و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و سيرها

وتحتوي الحافظة العقارية على الاصول العقارية المتبقية *Actifs résiduels* و الفائضة *Actifs excédentaires*، ويقصد بالأولى حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 153/09 كل الاملاك العقارية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة القائمة و غير مستقلة المنحلة ، فهي جميع العقارات الصناعية التي لم يتم التنازل عنها في إطار تصفية المؤسسات العمومية المحلية و المؤسسات العمومية الصناعية و التجارية المنحلة ¹، أما الأصول العقارية الفائضة فقد نصت المادة 3 من نفس المرسوم على أنها كل الأملاك العقارية التي هي في حيازة المؤسسات العمومية الاقتصادية بصورة فائضة أي غير لازمة موضوعيا لنشاطها فتقوم الدولة بإسترجاعها لأن المؤسسة ليست في حاجة لها وهي :

- الأملاك العقارية غير المستغلة أو التي لم يتم تخصيصها لوجهة ما
- الأملاك العقارية التي لا يتطابق استعمالها مع الغرض و الهدف الاجتماعي للمؤسسة
- الأملاك العقارية المستقلة أو القابلة للفصل من مجمعات عقارية أوسع ، ملك للمؤسسات العمومية أو ملك للدولة وغير اللازمة لنشاطاتها فائضة عنها .
- الأملاك العقارية التي تغير طابعها القانوني بحكم قواعد التعمير، والتي أصبحت لا تدخل في إطار النشاط الرئيسي للمؤسسة العمومية.

¹ - بوجدة مخلوف ، المرجع السابق ، ص 41

- الأملاك العقارية المعروضة في السوق بإرادة و مبادرة من المؤسسة العمومية.
- الأملاك العقارية المتواجدة داخل المناطق الصناعية التي اعيد ادماجها ضمن الاملاك الخاصة للدولة¹.

ب- تهيئة الأوعية العقارية من أجل انجاز المناطق الصناعية و مناطق النشاطات وفقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 126/12 و تسييرها وفقا لمقتضيات المادة 13 من المرسوم التنفيذي 153/09 .

ج- تقوم بدور الوسيط العقاري لحساب المالكين ، حيث توفق بين المالكين للعقار الاقتصادي و المستثمرين الذين يسعون الى الحصول على الوعاء العقاري من أجل مشاريعهم ، وفي سبيل ذلك قامت الوكالة بوضع بنك للمعلومات يتضمن العروض العقارية على المستوى الوطني ، إضافة إلى إعداد و نشر جداول أسعار الأوعية العقارية.²

د- تقوم الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري بصفقتها وسيلة لضبط العقار موضوعة بين أيدي السلطات العمومية يتمثل دورها ، خاصة في اقتراح حلول للحد من الضغط الدائم على العقار، وفي سبيل ذلك تقوم باستحداث فضاءات جديدة مخصصة لاحتضان المشاريع الاستثمارية، مدعومة بصلاحياتها، فالوكالة تقوم بتطوير مهنة المسير للمواقع الصناعية من أجل التوصل إلى ترقية و تهيئة مناطق صناعية جديدة ، من "الجيل الجديد " وهذا ما ينسجم تماما مع أهداف مخططات التنمية الاقتصادية ، و يأخذ بعين الاعتبار الخطوط التوجيهية الأربعة للمخطط الوطني لتهيئة الإقليم في افاق 2030، والتي تتمثل في :

- استدامة الإقليم،
 - إعادة توازن الأقاليم،
 - جاذبية و تنافسية الأقاليم،
 - الإنصاف الاجتماعي و الإقليمي³.
- هـ- **الترقية العقارية** : طبقا للمادة 9 المذكورة أعلاه فإن الوكالة لها صفة المرقى العقارية وينصرف هذا المصطلح في القطاع العقاري إلى ذلك المحترف في عمليات بيع البنايات و المساحات و تأجيرها⁴ ،

¹ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 153/09 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتيازات على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة المحلة و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و سيرها الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخ في 2009/05/06 ، ص 17 .

² - موقع الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري <http://www.aniref.dz>

³ - نفس المرجع .

⁴ - مقال منشور بعنوان Promoteur immobilier على موقع <http://droit-finances.Net> ، جوان 2014.

وعليه فالوكالة لديها الحق في اكتساب الأصول و الأملاك العقارية المبنية و غير مبنية وتقوم بمتابعة البناءات و الأراضي و المساحات قصد بيعها أو منحها بالامتياز بعد تميمها و تجزئتها و تهيئتها لصالح المستثمرين ومن أجل ذلك تقوم بتنسيق جميع العمليات التي تدخل في هذا الإطار من التهيئة و التجزئة و تقدير التكلفة و تعبئة التمويل.¹

الخاتمة :

يلعب العقار الصناعي دورا مهما في تحقيق التنمية الاقتصادية ، و الرفع من حجم الاستثمارات كما يمكن أن يكون له فعالية كبيرة إذا تم دراسته في إطار تخطيط حقيقي ، لسياسة الاستثمارية و بتنسيق و مساهمة جميع الحوافز المالية و الجبائية و الجمركية و كل العوامل المحفزة للاستثمار ، مع متابعة مستمرة لتنفيذ المشروعات الاستثمارية من طرف الأجهزة التي أوكلت لهم مهام متابعة و ترقية و تطوير الاستثمار .

وعند إمعان النظر في الأحكام القانونية للعقار الصناعي ، نلاحظ بأنها مشتتة بين عدة قوانين و مراسيم تنفيذية ، ولكن هذا لا ينفي الجهود و الاصلاحات المبذولة التي قامت بها الجزائر ولا تزال من أجل جذب الاستثمار ، من خلال توفير العقار الصناعي للمستثمرين .

وهنا تبرز العلاقة الطردية بين الاستثمار و العقار الصناعي وهي علاقة منطقية لأي متغيرين ، فكلما كان هناك تنظيم و إطار قانوني محكم للأوعية العقارية ، مما يعني أن هناك أمن عقاري وهذا يمنح المستثمرين الثقة في القيام بالمشاريع الاستثمارية في الجزائر ، وبالتالي زيادة في حجم الاستثمارات و تطوير للقطاعات و توسيع للأنشطة الاقتصادية ، وقد قدرت عدد المشاريع المحلية حسب احصائيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لسنة 2015 حوالي 59563 مشروع مقابل عدد المشاريع الأجنبية 676 مشروع ، وبمقارنة هذه الإحصائيات بالإمكانات المادية و الموارد الطبيعية الضخمة و المتنوعة و مساحة الجزائر وما تزخر به من المناطق المختلفة و المتعددة نجد أنها لم تستغل الاوعية العقارية بالشكل المناسب .

المصادر :

القوانين و المراسيم :

1. الدستور الجزائري المعدل .

2. القانون المدني .

¹ - معيني لعزيز ، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري أي فعالية في توفير العقار الموجه للاستثمار في الجزائر ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14 ، العدد 2 ، سنة 2016 ، ص 134 .

3. قانون الاستثمار الأمانة العامة للحكومة، 2007، الجزائر .
4. الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار لسنة 2001 المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المؤرخ سنة 2006.
5. قانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية العدد 46 .
6. المرسوم تنفيذي رقم 17-100 مؤرخ في 5 مارس سنة 2017 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006 و المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيورها الجريدة الرسمية العدد 16 .
7. المرسوم تنفيذي رقم 355 - 06 مؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيوره ، الجريدة الرسمية العدد 64 .
8. المرسوم تنفيذي رقم 356 - 06 مؤرخ في 9 أكتوبر سنة 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها ، الجريدة الرسمية العدد 64 .
9. المرسوم التنفيذي رقم 119/07 المؤرخ في 23/04/2007 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري وتحديد قانونها الأساسي الجريدة الرسمية العدد 27.
10. المرسوم التنفيذي رقم 126/12 المؤرخ في 19/03/2012 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 119/07 المؤرخ في 23/04/2007 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري وتحديد قانونها الأساسي الجريدة الرسمية العدد 17.
11. المرسوم تنفيذي رقم 153/09 مؤرخ في 2 مايو سنة 2009 المحدد لشروط وكيفية منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها الجريدة الرسمية العدد 27

الكتب :

1. أحمد بن عبد العزيز، نوازل العقار (دراسة فقهية...)، دار الميمان للنشر و التوزيع- بنك البلاد، الطبعة الأولى، 2011، السعودية .
2. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1985 ، الجزائر
3. بوجردة مخلوف ، العقار الصناعي ، دار هومة ، الجزائر ، ط3 ، سنة 2009 ، الجزائر.
4. دليل الإستثمار في الجزائر ، KPMG.

الملتقيات و المقالات :

أولاً: الملتقيات

1. فريدة مزياني، دور الجماعات المحلية في مجال الإستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الملتقى دولي الخامس، دور و مكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية، الإجتهد القضائي، العدد السادس، 2009، الجزائر.

ثانياً: المقالات :

1. محمد حجاري، إشكالية العقار الصناعي و الفلاحي وتأثيرهما على الإستثمار، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، جامعة غرداية، عدد السادس عشر، 2012.
2. فريدة مزياني، دور العقار في التنمية المحلية، دفاثر السياسة و القانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، عدد السادس، 2012.
3. معيفي لعزيز ، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري أي فعالية في توفير العقار الموجه للإستثمار في الجزائر ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14 ، العدد 2 ، سنة 2016.

الرسائل و المذكرات الماجستير

أولاً: رسائل الدكتوراه

1. بلوفي عبد الحليم، ترشيد نظام الجباية العقارية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علوم تسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2011/2012.
2. رحمانية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية 2014.

ثانياً: مذكرات الماجستير

1. موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بـداود، 2009.
2. تاتولت فاطمة ، المعالجة القانونية للعقار الصناعي في ضوء التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الدراسية 2014 ، 2015 .

موقع الانترنت :

1. عبد الاله عديباطر ، مقال بعنوان مناخ الاستثمار / مجلة نادي قضاة التحكيم الدولي الالكترونية ، تم تحميلها عبر الرابط التالي: <http://jcia2014.blogspot.com>
2. مقال منشور بعنوان Promoteur immobilier على موقع <http://droit-finances.Net> ، جوان 2014
3. مقال بعنوان Notion et caractéristiques d'un investissement يوم 03 جانفي 2014 عبر الموقع التالي: <http://www.pme-gestion.fr>
4. موقع مديرية الولاية للصناعة والمناجم بسكرة: <http://www.dipmepi-biskra.com>
5. موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار: <http://www.andi.dz>
6. موقع الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري: <http://www.aniref.dz>

دراسة تاصيلية لمبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات

بلبكري مريم

كريم النفس نور الوجود

جامعة عمار ثليجي الأغواط

ملخص:

لقيام أي نظام ديمقراطي حقيقي يقتضى أن تعمل الدولة على ضمان قاعدة حرية اختيار الشعب لممثليه عن طريق انتخابات نزيهة ودورية ، تجرى على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع ، ولا يتحقق هذا المبدأ إلا بقيام الدولة بوضع الآليات الكفيلة لتحقيقه ، ومن هذه الآليات التي جاء بها المشرع الجزائري في ظل المتغيرات الدولية و الإقليمية ، و في ظل الإصلاحات السياسية التي شهدتها الجزائر.

Résumé :

Pour constituer un système démocratique, il faut que l'État s'efforce à garantir la liberté des citoyens de choisir leurs représentants par des élections transparentes et périodiques, réalisée sur la base d'un scrutin secret ouvert à tous. Ce principe ne peut être atteint que par l'engagement de l'Etat à mettre en place des mécanismes fiables. Parmi ces mécanismes mis par le législateur algérien tenant compte des changements survenus aux niveaux régional et international et aussi tenant compte des réformes politiques en Algérie.

مقدمة :

تعتبر الانتخابات إحدى الآليات الناجعة لتحقيق الديمقراطية وتكريس دولة القانون وهذا من خلال إمكانية مشاركة المواطنين في اختيار ممثليهم، إسهامهم بصورة واضحة في تسير السياسة العامة

لدولة كون الانتخابات مرادف للحرية والتعددية ، و يفترض بأنها الطريقة الأساسية لمشاركة المواطنين في اتخاذ القرار¹.

لهذا فإن الرقابة القضائية على العملية الانتخابية تعد أحد الآليات الضرورية لضمان نزاهتها لذا نجد أن الدول الحديثة تتسابق لتطبيق الانتخابات بوابل من القيود التي من شأنها إن تضمن شفافيتها وحيادها إلى جانب الرقابة السياسية التي يمارسها الأحزاب والإعلام وجل المجتمع المدني إضافة إلى الرقابة الإدارية .

و إذا ما قمنا بإسقاط هذا المبدأ على الأعمال التي تقوم بها الإدارة الانتخابية نجد أن هذا الإشراف لا يمكن أن يكون يوم الانتخاب فقط بل لابد إن يساير العملية الانتخابية من بداية التحضير لها إلى يوم الإعلان عن النتائج نفي كل الأحوال أعمال الإدارة الانتخابية يمتد غير كل هذه المراحل وإشراف القضاء على مراقبة مرحلة دون الأخرى يغيب الدور الأساسي الذي وجد من اجله لذا وجب إن يتمشى العمل الرقابي للقضاء مع أعمال الإدارة الانتخابية زمنيا وماليا .

ولعل هذا المبدأ يجعل حياد الإدارة إيجابيا ومساعد على عدم تسييسها وجعلها تسهر فقط على تطبيق قوانين الجمهورية ، واعتباره ضمانا إضافية لحق المواطن في علاقته مع الإدارة في مبدأ المساواة دون تفرقة إيديولوجية فمعاملة الإدارة يجب أن تحقق الفاعلية بالحياد².

ولقيام أي نظام ديمقراطي حقيقي يقتضي أن تعمل كل دولة على ضمان قاعدة حرية الشعب في اختيار ممثليه عن طريق انتخابات نزيهة و دورية ، تجرى على أساس الاقتراع السري وعلى قدر من المساواة بين الجميع ، ولا يتحقق هذا المبدأ إلا بقيام الدولة بوضع الآليات الكفيلة لتحقيقه، ومن هذه الآليات التي أخذ بها المشرع الجزائري في ظل المتغيرات الدولية والإقليمية، وفي ظل الإصلاحات السياسية التي تشهدها الجزائر مبدأ الإشراف القضائي بإحداث الهيئة العليا للانتخابات بهدف تعميق المسار الديمقراطي³.

¹ - نسيب أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية - الجزء 2 - اسلوب الممارسة الحكم في الدولة العاصرة ، طبعة جديدة و منقحة ومعدلة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002، ص 46 .

² - محفوظ لعشب ، التجربة الدستورية في الجزائر ، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية IMAG ، الجزائر ، 2001، ص 23

³ - أحمد ببنني ، الاشراف القضائي على الانتخابات النيابية في ظل الاصلاحات السياسية في الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون (تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية ورقلة)، العدد الثامن ، جانفي 2003، ص 211 .

وهذا المبدأ الرقابي جاء لتكملة مجموعة من الآليات الرقابية ، منها رقابة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات والتي تعد لجنة سياسية ، إضافة إلى عمل اللجان الدولية ورقابة الإعلام وكل المتفطنين من المجتمع المدني ، فكل هذه الوسائل جندتها المشرع الجزائري فقط لسهر على نزاهة الانتخابات التي فقد المواطن ثقته بنتائجها.

كأن مشرع متيقن من أن الإدارة ستطبق لا محال السياسة العامة للحكومة والانسياق وراء هيمنة الحزب الحاكم ، ذلك بانتشار فكرة التزوير في الأصوات والتي تعد من أكثر الأعمال التي تعرض الديمقراطية للخطر و اهتزاز الثقة المتبادلة بين الناخب والحكومة¹ ، وهذا يعود في الأساس إلى الاستغلال الواضح للإدارة في خدمة الحزب الحاكم أو الموالين للسلطة

من خلال ما سبق يمكن طرح التساؤل الآتي ماهو مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات ، كيف يمكنه أن يكون حماية فعليه للعملية الانتخابية ؟

لذا سنقوم بتقسيم هذا العمل إلى مبحثين نتناول دراسة مفهوم مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات في مبحث الأول و تقدير هذا المبدأ في مبحث ثان .

المبحث الأول : مفهوم مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات.

جاء مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات حماية الحياد ونزاهة الانتخابات ، وكون أن العملية الانتخابية تتكون من ثلاث أطراف هي المرشح والناخب والهيئة المكلفة قانونا بالإعداد للانتخابات وتنظيم وتسييرها وهي الإدارة² و فيجب تحقيق عدم تحيز الإدارة لمرشح دون الآخر أو لحزب دون الآخر.

كل من المتدخلين في العملية الانتخابية يؤثر فيها سلبا و إيجابا ، فالمنتخبين يمكن أن يؤثروا سلبا على الانتخابات بالانتخاب الخاطئ الذي يؤدي إلى إلغاء صوته مما يجعل الانتخابات لا تدل صدقا على آراء كل المنتخبين بحيث يعدو وكأنهم لم ينتخبوا أساسا .

¹ - نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، مصر، 2004، ص 315

² بركات أحمد، الانتخابات والتمثيل البرلماني في الجزائر، بحث حول معوقات واهم وسائل التفعيل (1997-2007)، مجلة دفاتر السياسة والقانون (مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ورقلة) ، عدد خاص 2011، ص 292.

أما المرشحين وهم المتهم الأكبر في إفساد العمل الانتخابية فيقومون بكل ما من شأنه أن يحملهم للفوز و بكل الطرق المشروعة وغير المشروعة ، والإدارة فتحيزها وغشها وسكوتها عن كثر من الأفعال الخاطئة يمس كثيرا بمجرى الانتخابات .

وقبل الولوج في جوهر هذا المبدأ يجدر بنا البحث في معناه اللغوي والاصطلاحي لنستطيع تمييزه جيدا إضافة إلى ذلك يجب أن نعرف نشأة هذا المبدأ و تطوره و أركانه الذي لا يقوم إلا بقيامها .

المطلب الأول : تعريف مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات .

إن القانون كيف الانتخاب على انه حق وواجب إلا انه يعد حق أكثر من كونه واجب والحق واجب الحماية في ضل التنافس غير الشريف على السلطة الذي تعرفه جل البلدان على غرار الجزائر التي تعرف يوما بعد يوم إصلاحات سياسية وثقافية واجتماعية إلا أنها مازالت تعد بعيدة عن تطلعات الشعب الجزائري الذي كان و لا زال يفتقد إلى الكثير من حقوقه في ممارسة الديمقراطية .

ويلعب القضاء دورا هاما في مراقبة العملية الانتخابية والإشراف على سيرورتها ولعله أحسن جهة يمكن لها أن تضمن لناخبين أعلاء صوتهم بحيث تتمتع هذه الجهة بما لا يتمتع به الأحزاب السياسية ولا الإدارة ولا وغيرهم آلا وهو الاستقلالية والحياد.

وانطلاقا من كون العملية الانتخابية تتكون من مجموعة من الإجراءات والتحقيق والشفافية والنزاهة لا بد أن تكون في إطار تشريعي وتنظيمي بعيد عن المؤثرات السياسية والخاضع لرقابة شاملة ومحكمة تضمن ذلك الحياد.

ومما لا شك فيه فإن الصلة بين احترام إرادة الشعب و تحقيق انتخابات نزيهة هي صلة وطيدة إذ لا تستمد سلطة الحكم في أي دولة إلا من إرادة الشعب على نحو ما تعتبر عنها انتخابات حرة ونزيهة¹ لذا نجد أن مبدأ الإشراف القضائي على الانتخاب كمبدأ عام جاء ليحكم الانتخابات بشكل عام من تحيز كل أطرافها سواء المرشحين أو الإدارة.

الفرع الأول : الإشراف لغة

¹ - احمد شنيب و فائزة الحكيم، انتخابات حرة ونزيهة، الدار الدولية للإستثمارات الثقافية مصر، 2000، ص 10

من (شرف يشرف إشرافاً) فيقال شرف المكان أي ارتفع وشرف الرجل بمعنى علت منزلته ويقال اشرف على الشيء أي أطلع عليه من فوق فتولاه وتعهدته، ويقال أيضاً أشرف على الشيء بمعنى أنه اقترب منه وسيطرة عليه وهنا نعرف مما سبق أن مفهوم الإشراف أنه الاقتراب والسيطرة على الشيء فمدلوله اللغوي ينصب على الاقترب والتولي والسيطرة كما يتضمن معنى العلو و الارتفاع وعليه فإن الإشراف القضائي يتمثل في منح السلطة القضائية مهمة السهر وعلى حسن سير العملية الانتخابية والإشراف عليها في محمل مراحلها وإجراءاتها، وهذا بوضع حدود لتدخل الإدارة في تسير العملية الانتخابية بطوق من الحياد و النزاهة.

الفرع الثاني : الإشراف اصطلاحاً حيث أخذ الإشراف

القضائي مدلوله الاصطلاحي كثيراً من معناه اللغوي فالمقصود بالإشراف القضائي على العملية الانتخابية هو السيطرة الكاملة للقضاء على هذه العملية القانونية بكافة مراحلها شاملاً بذلك كافة إجراءات عملية الاقتراح ابتداء بمراحلها التمهيدية التي تمثل نقطة البدء فيها القيد في الجداول الانتخابية (إعداد القوائم الانتخابية)، وحتى مرحلتها النهائية للاقتراع والفصل في الطعون المقدمة فيها¹.

بذلك يتبين أن مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات بمعناه الواسع يراد به أن نضع جميع مراحل العملية الانتخابية بدءاً من القيد في الجداول الانتخابية وصولاً إلى عملية الإعلان عن النتائج وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء والمختصين إلى أنه يجب لضمان ونزاهة العملية الانتخابية أن تخضع تلك العملية لإشراف قضائي كامل .

يكون هذا الإشراف ممتد بداية من إعداد القوائم الانتخابية وتقسيم الدوائر الانتخابية وحتى الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات مروراً بالحملة الانتخابية والتصويت والفرز مع وضع كل الأمور المتعلقة بتلك العملية حقيقة بيد القضاء حتى يضمن الناخب و المرشح نزاهة الانتخابات .

فالإشراف القضائي يجب أن يكون سيطرة القضاء التامة على الانتخابات، وإن هذه السيطرة لا تحقق ولا تنتج ثمارها إلا إذا كانت تامة وشاملة ومنبثقة من نزاهة واستقلالية قضائية، ومتكاملة مع العمل الرقابي الذي تقوم به باقي الجهات الرقابية على الانتخابات .

¹ -احمد بركات، المرجع السابق، ص 291.

من جهة أخرى نجد انه هناك من نادى بتطبيق مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات لكن بمفهومه الضيق والفني ،والذي مؤداه قصر عملية الإشراف على كل من مرحلتي التصويت والفرز وإعلان النتائج دون ما عداهما من سائر الإجراءات العملية الانتخابية¹ .

من كل ما سبق نصل إلى أن معنى الإشراف القضائي على الانتخابات هو وضع الانتخابات تحت سيطرة القضاء باعتباره جهة تشرف على سير العملية الانتخابية إما أن يكون ذلك الإشراف شاملا كاملا على مراحل تلك العملية الانتخابية أو على أهم المراحل دون الأخرى إلا إن هذا الأخير لا يقلل من قيمة إشراف القضاء على الانتخابات فقط بل يفقد الانتخابات نزاهتها وشفافيتها.

فمراقبة مرحلة دون الأخرى يجعل هناك مجال لشك و التلاعب في المراحل الأخرى كما يجعل من إشراف القضاء على الانتخابات مجرد غطاء تحمي به الأطراف المستفيدة من الغش نفسه ،بحيث وجود الهيئة القضائية كمشرفة على العملية الانتخابية يبعث الطمأنينة في نفوس المنتخبين وحملهم للانتخاب، وفي نفوس خصومهم من المرشحين وجعلهم لا يشككون في نزاهة الانتخابات ،مع انه في واقع الأمر وفي حالة عدم الإشراف التام يكون هذا المبدأ ليس درعا واقيا للانتخابات بل درعا واقيا لهؤلاء المتلاعبين بنتائجها والإرادة الحقيقة للمواطنين .

المطلب الثاني: نشأة وتطور مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات.

إن مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات ليس وليد العدم بل نشأ وتطور عبر الأزمنة، ليصل إلى مفهومه الحالي وكل دولة أخذت بشكلها الخاص ، بحيث نشأ هذا المبدأ في كنف الثورة الفرنسية حيث تخلصت فرنسا من الحكم الملكي المطلق القائم على نظرية الحكم الإلهي، لتقيم مكانها مبادئ سيادة الأمة والحقوق و الحريات الدستورية .

تلك المبادئ التي جعلت الحكام مجرد رؤساء للدول تمارس في مواجهتهم السلطة البرلمانية المعبرة على آراء الشعوب وتطلعاتهم، وكان ذلك أمر حتمي ولازم -في الواقع- لتعويض هذه الفجوة الهائلة في فرنسا بين رقيها الثقافي و الفكري وما كانت عليه مؤسساتها السياسية من تخلف مشين¹ .

¹ - عبد الله شحاتة الشقاني ، الإشراف القضائي على الاقتراع العام ،الكتب القانونية منشأة المعارف ، الاسكندرية ،مصر ،2005، ص29

و أصبحت الانتخابات في فرنسا تدار تحت رعاية لجان انتخابية يتم تشكيلها بقرار إداري يصدره المحافظ، ويقوم كل عمدة بتوزيع اللجان على البلديات.

بعد ذلك يقوم المجلس الدستوري باختيار مندوبين من بين رجال القضاء بقسميه العادي و الإداري، وذلك بعد الاتفاق مع الوزراء من أجل تولى مهمة الإشراف اعتباراً من عملية التصويت ثم الفرز الأصوات وإلى أن يتم إعلان النتائج².

وقد تبلور الإشراف القضائي بمفهومه الأولي أساساً في دستور فرنسا لسنة 1958 م والذي نص على إشراف هيئة معينة من المجلس الدستوري على صحة العملية الانتخابية، كما نصت المادة 85 من دستور الفرنسي لسنة 1958 م (يشرف المجلس الدستوري على سلامة إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية، وهو يفحص الطعون ويعلن نتائج الاقتراع).

تطور هذا المبدأ وزالت كثيراً من الشوائب على مفهومه بصور قانون 1988 الذي أنشأ لجاناً لتنظيم العملية الانتخابية وإجراء الفرز و إحصاء الأصوات مع توفير كافة الضمانات المقررة لناخب والمرشحين وتتكون هذه اللجان من قاضي من القضاء العادي، ومن الممكن أن تضم عضويتها مندوبين يختارون من ناخبي المقاطعة³.

تطور كثيراً مبدأ الإشراف القضائي بعد ذلك في فرنسا وأصبح لا يعنى بفترة الحملة الانتخابية فقط بل امتد إلى مرحلة التصويت، وأصبح يراقب المجلس الدستوري الفرنسي وبصفته قاضي كل المراحل التي تمر بها العملية الانتخابية.

وما يؤكد نجاح هذا المبدأ في فرنسا بجلاء، قرار المجلس الدستوري الصادر في 24 يناير سنة 1928 م والذي ألغيت بموجبه الانتخابات التشريعية التي أجريت في مارس 12 مارس 1928 م بكورسيكا، والتي أخفت فيها بعض صناديق الانتخابات و قوائم من أصواتهم بالمراسلة⁴.

¹ -مصطفى محمود عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دراسة وضعية والشرعية مقارنة، الكتاب الاول، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 1984، 330.

² - عفيفي كمال عفيفي، الإشراف القضائي على المجالس النيابية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 4.

³ - عبد الله شحاتة الشقاني، مرجع سابق، ص 44.

⁴ - صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 107.

أما في العالم العربي فجمهورية مصر العربية ، عرفت تطبيقاً صريحاً لهذا المبدأ في سنة 1981 م حيث نص الدستور المصري سنة 1981 على في المادة 88 (يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب ، ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة القضائية)¹ ، ومعنى هذا النص إن المؤسس الدستوري المصري قد اقر بهذا المبدأ صراحة لفتح المجال أمام التشريع لتفصيل في كيفية العمل بهذا المبدأ .

إلا أن هذا المبدأ و في تلك المرحلة بقي حبيس نصه الدستوري ولم يتم بإعمال بهذا المبدأ سوى بصفة صورية و غير فعالة ، وعاشت البلد تعاني لزمن طويل بسبب هذا النص بالشعور بعدم الارتياح إلى سلامة العملية الانتخابية ، عدم صدق تعبيرها عن إرادة الأمة.²

بعد هذه الحقبة التي اكتنفها الغموض جاءت مرحلة أخرى خرج منها مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات من نصه الدستوري الى التشريع الذي من المفروض أن توكل له مهمة التفصيل في نص الدستوري ، حيث و بموجب تعديل المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية لسنة 2000 م بحيث ورد في الباب الثالث منه المعنون بتنظيم الاستفتاء والانتخاب وفقاً لما نصت عليه 24 مكرر على تشكل في كل لجنة من لجان الإشراف القضائي من رئيس وعدد من أعضاء الهيئات، يتناسب مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية .

ويصدر بتشكيل وتوزيع لجان الإشراف القضائي وأمنائها بقرار من وزير العدل بالتنسيق مع وزير الداخلية ويحدد هذا القرار من ينوب رئيس اللجنة عند غيابه أو وجود عذر ما يمنعه من العمل .

لكن سرعان ما أعلن القضاء عدم دستورية المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية وصدر قرار من رئيس الجمهورية رقم 167 لسنة 2000 ، والذي نظم هذا الإشراف عمل و كل ما يتعلق بمبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات ومراحل هذا الإشراف ، و القرار 167 والذي يعد تحولاً ديمقراطياً أحاط بكافة مراحل العملية الانتخابية .

¹ - عبد الله شحاتة الشقاني، مرجع سابق ص 51 .

² - مصطفى محمود عفيفي ، نظامنا الانتخابي في ميزان، مكتبة سعيد رأفت ، مصر ، 1984 ، ص 252 .

المطلب الثالث : أركان مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات

يقوم مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات على عدة شروط كي نقول أن هذا المبدأ ثابت الوجود مكتمل الأركان وغياب أحد أركانه يحدث خللا في إمكانية تحقيق الغاية المرجودة منه، فلا بد من وجودها مجتمعة لضمان نزاهة الانتخابات .

أولاً: الشكل هو انه يجب أن ينص القانون صراحة بوجود هذا المبدأ ويكون ذلك أما في الدستور أو القانون المنظم للانتخابات فلا يمكن اعتبار أن الإشراف القضائي على الانتخابات موجود إلا إذا ما أقر القضاء بسلطة على الانتخابات وإشرافه على نزاهتها وحيادها.

ثانيا : الاختصاص وهو إسناد مهمة إشراف القضائي و مسؤولياته للقضاة المتمتعين بالحصانة القضائية والاستقلال القانوني التام وعدم الخضوع لغير سلطان ضمائرهم .

ثالثا : العمومية وهي الإشراف يكون على كل العمليات الانتخابية التي تقام في الدولة سواء كانت انتخابات رئاسية أو تشريعية.

رابعا : الغاية وهي أن يهدف الإشراف القضائي إلى المصلحة العامة ،أي أن يكون من الحتمي تنزيه عملية الإشراف القضائي عن أي مقاصد أو أهداف مصلحية ذاتية أو شخصية تعيد إلى الأذهان مثالب وعيوب التمثيل النيابي في ديمقراطية ما قبل تطبيق نظام تعدد الأحزاب أو ما كان يعرف بنظام الحزب الواحد¹.

هذا ما يمكن أن يحمله مبدأ الإشراف القضائي في طياته ليحقق النزاهة والشفافية الموجودة منه أن يصبغها على العمل الانتخابية على أساس أن تطبيق هذا المبدأ من شأنه إن يحقق ذلك وسوف نتطرق لاحقا إلى تعامل المشرع الجزائري مع هذا المبدأ.

المبحث الثاني : تقدير مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات .

يكثر الكلام عند اقتراب كل موعد انتخابي عن الغش والتزوير ،حتى أصبح المواطنين يتنبئون الفائز فيها حتى قبل إجرائها أساسا، هذا ما دفع ومازال يدفع الكثير منهم الى العزوف عن الانتخاب لا

¹ - عبد الله شحاتة الشقاني ،مرجع السابق،ص 32.

بل أصبحت الأحزاب تدعو إلى مقاطعة الانتخاب ، حالة الرفض هذه ليست وليدة العدم بل أن النتائج الكاذبة المغلطة التي عرفتها الاستحقاقات السابقة جعلت أطراف العمل الانتخابي ناخبين ومنتخبين يفقدون الثقة فيها.

دفع كل هذا المشرع الجزائري ومع كل الآليات التي تراقب العملية الانتخابية إلى وضع هذه الأخيرة في جهة يعترف لها الجميع بالاستقلالية والحياد والنزاهة وهي القضاء فالسلطة القضائية هي السلطة الوحيدة التي يكن لها أن تكفل ما يهدف إليه العمل الانتخابي وما يصبو له كل طرف من أطراف العملية فيكفل لناخب وصول صوته لشخص الذي يريده أو الحزب الذي صوت عليه ، ويكفل للمنتخب تحصيل جميع أصواته دون غش أو تدليس وكذا يكفل للإدارة هدفها الأساسي في تحقيق تنظيم العمل الانتخابي تنظيما محكم، وهي التي طالما أثبتت تحيزها ومحاباتها لمرشح دن الباقي في كل موعد انتخابي ، وذلك بكل الطرق من تلاعب في القوائم الانتخابية وسكوت عن خروقات لمبادئ الحملة الانتخابية وتسخير لأملاك الدولة لخدمة حملة انتخابية لمرشح معين ومن تزوير وحجب للأصوات.

وبذلك فإن الإشراف القضائي يلعب دور أساسي في مراقبة سير العملية الانتخابية وذلك من خلال تقليص دور الإدارة في هذه العملية ، على أساس ان السلطة القضائية هي تلك الهيئة المختصة بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها¹ ، وهي تلك السلطة التي من المفروض لا يختلف عاقلان على استقلالها وحيادها .

المطلب الأول : أسباب الأخذ بمبدأ الإشراف القضائي في الجزائر .

أطراف العملية الانتخابية كل حسب هدفه يحتاج إلى سلطة تحقق له الحماية القانونية وذلك بإعلاء صوت الحق وتغليب يد القانون لا يد الإدارة ، ويمكن القول انه تم إقرار مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات في كثير من دول العالم ، ومنها الجزائر راجع لتضافر العديد من الأسباب والدافع منها ما فرضه الواقع الحالي :

- التوجه الديمقراطي المتزايد للدول وتبني الجزائر سياسة إصلاحية مست الكثير من المجالات السياسية منها تطهير الانتخابات .

¹ - مفتاح عبد الجليل ، آليات الرقابة المتبادلة بين السلطات وانعكاساتها في ظل التعددية السياسية في الجزائر ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2007/2008 ، ص 163 .

- تنامي الوعي السياسي لدى الشعوب .
 - تزايد الفساد الإداري والمحابة في العمل الانتخابي ، حتى وصوله إلى حد لا يمكن السكوت عنه.
 - تفادي موجة الغضب والعصيان التي يشهدها العالم العربي في الوقت الراهن وسقوط بعض الأنظمة العربية.
- هذه الأسباب وأسباب كثيرة أخرى في الوقت الراهن دفعت الى القرار مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات .
- وهناك أيضا أسباب أخرى ذاتية موجودة في السلطة القضائية نفسها و ميزات تخصها دون غيرها وتؤهلها لهذا العمل الإشرافي هي :

- عدم قدرة الأحزاب السياسية على تحقيق الرقابة جادة وصارمة على الانتخابات .
- عدم إمكانية ترك العمل الانتخابي في يد الإدارة دون رقيب جدي .
- القاضي وحده من يستطيع أن يحقق التوازن بين رغبة الشعوب وطموح المرشح.
- حياد القضاة ونزاهتهم واستقلاليتهم التي يستمدونها من المبادئ الأساسية للقضاء.

إذن هذه الأسباب وأسباب أخرى دفعت الجزائر على تبني هذا المبدأ ، وتحقيقا لنظام الحكم الديمقراطي الذي هو النظام الناجع والشرعي الذي يسمح للمحكومين بالإسهام والمشاركة في اختيار أعضاء السلطة العامة واتخاذ القرارات السياسية¹ ، لذا فقد أصبح من الضروري حماية هذا الاختيار وإذا ما أردنا أن نأخذ بان المبادئ التي يقوم عليها العمل القضائي أو بعبارة أخرى التي تقوم عليها السلطة القضائية هي التي تؤهل هذه السلطة للإشراف على الانتخابات دون غيرها من وسائل الرقابة على أساس أن الرقابة الخارجية التي تمارس من طرف الملاحظين الدوليين لدول الأجنبية والمنظمات الدولية تمس بشكل أو بآخر بسيادة الدولة وسلطتها إضافة إلى فشل الإدارة في مراقبة نفسها وعدم قدرة اللجنة السياسية لمراقبة الانتخابات بسط رقابتها وممارسة هذا العمل الرقابي يجد ،علينا أن نبحت في تلك المبادئ وما هي أبعادها وتداعياتها على العمل الرقابي للسلطة القضائية .

¹ - سكفالي ريم ، دور اللجان الوطنية في مراقبة الانتخابات انطلاقا من 1997 ومبدأ حياد الإدارة ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير حقوق ،جامعة الجزائر، 2004-2005 ص 2

المطلب الثاني :المبادئ التي يقوم عليها القضاء كأهم دافع لإقرار مبدأ الإشراف القضائي

يقوم عمل السلطة القضائية على عدة مبادئ لهذا تم إقرار مبدأ الإشراف على الانتخابات لا بل كانت جوهر الأخذ به فلولا أن القضاء سلطة مستقلة غير تابعة لأي حزب أو تيار أو خلفية سياسية وأنها جهة محايدة ونزيهة لما أوكل لها مهمة الإشراف على العملية الانتخابية .

إن مبدأ حيادة القضاء يعتبر عنصرا مكملا لاستقلاله ، حرصت كل المواثيق الدولية على تأكيده وتعتبر حيادة القضاء من المبادئ الدستورية العامة، حيث عليها الدستور صراحة ، فهذا المبدأ يمكن استخلاصه من مبدأ استقلال القضاء على اعتبار أن هذا الاستقلال جاء ضمانا لقيام القضاء بدوره في حماية الحريات ،فإن لم يتم بهذه الحماية قضاء محايد فلا معنى لاستقلاله وأي قيمة تكون لهذا الاستقلال إذا كان صاحبه خاضعا للهوى الشخصي أو أسيرا لمصالحه الشخصية أو كان عبدا مأمورا.

وعليه إن استقلالية القضاء تعنى انه لا يمكن أن يأخذ القاضي أوامره إلا من القانون فلا يطبق غيره والجزائر لم تعرف استقلال حقيقي للقضاء إلا بصدر دستور 1989 المعدل والمتمم حيث تجسدت فكرة استقلال القضاء و ذلك عن طريق سمو القضاء من وصفه بالوظيفة إلى وصفه بالسلطة القضائية مستقلة تسهر على حماية الحقوق الفردية والجماعية ، وعلى إحقاق العدل بين الناس وأداء الخدمات القضائية والإدارية للمواطن بوجه عام ،ترتب على ذلك تبني تفكير جديد للعدالة في خدمة المواطن باعتبارها أهم سلطة تسهر على إحقاق الحق وضمان الحريات والحقوق، وتحقيق المساواة أمام القانون وكذا الحفاظ على التوازن الاجتماعي وهذا ما تم تكريسه في التعديل الدستوري لسنة 1996¹ فيفترض فيه النزاهة في التعامل مع كل أطراف العملية الانتخابية دون تحيز أو محاباة ففي الأخير هو ليس مستفيد من فوز أي حزب أو تيار فيفترض في القاضي الحياد والنزاهة مادام عمله يقوم على مبادئ تقوم عليها السلطة القضائية و يعترف لها الدستور بها .

يستند استقلال السلطة القضائية على مبدأ أساسي، هو مبدأ الفصل بين السلطات ، إذ أن أي سعي إلى تجميع السلطات في يد واحدة أو هيئة واحدة يعد إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات و يؤدي بالضرورة إلى المساس باستقلالية السلطة القضائية.

¹- شيخي شفيق،انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر،م ذكره لنيل درجة الماجستير في القانون العام ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2010/2011 ص 7 .

البعض يرى أن هذه المبادئ التي نرى فيها السبب والدافع الأساسي على الأخذ بمبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات ليست إلا حبيسة النصوص القانونية وإنما القضاء يخضع بشكل أو بآخر لسلطة التنفيذية .

ذلك من خلال أن رئيس الجمهورية الذي هو على أعلى هرم السلطة التنفيذية نجده هو رئيس المجلس الأعلى للقضاء وذلك بنص المادة 173 من الدستور والتي تنص (يتألف رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء)، إضافة إلى نص المادة 174 من الدستور التي تنص (يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقاً لشروط التي يحددها القانون ، تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي والسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء وعلى رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا) .

ومن هنا نجد أن رئيس الجمهورية يعين القضاة طبقاً للمادة 92 فقرة 02 من الدستور وينقلهم وله أن ينهي مهامهم ، فهم بشكل أو بآخر لهم تبعية للسلطة التنفيذية مهما كانت هذه التبعية غير مباشرة .

كما أن تبعية القضاة المباشرة لوزارة العدل ولوزير العدل حافظ الأختام وتوجيهه للعمل القضائي وهذا ما يؤثر سلباً على قضاة الحكم ولا يمكن تصور قضاة مستقلين في غياب الإرادة السياسية خاصة في بلدان العالم الثالث ، حيث ما زالت السلطة السياسية هي الممثل الوحيد الذي يؤدي دور المحرك في المجتمع والساحة السياسية¹ .

منه لا بد أن ينطلق القضاء في ممارسة إشرافه من باعث المصلحة العامة والعليا للمجتمع بكافة طوائفه وانتماءاتهم دون تفرقة أو تمييز حرصاً على سلامة ومشروعية العملية الانتخابية وخلوها من كافة مظاهر النقص والقصور² ، لكي يعتد بها كأفضل وسيلة لحماية العمل الانتخابي وتؤدي السلطة القضائية ذلك الهدف المرجو منها في حماية هذا الأخير من مظاهر التحيز والغش والتزوير .

ووجود رقابة قضائية على العملية الانتخابية من شأنه أيضاً أن ينقص من تلك الطعون والدعاوى الانتخابية التي تعج بها المحاكم والتي غالباً ما يثبت فيها تقصير الإدارة الانتخابية ويلزمها بالتعويض وما لذلك من زيادة الأعباء على الخزينة العامة للدولة والإشراف هذا له أن يضفي طابع من النزاهة على الانتخابات .

¹ - شبيخي شفيق ، مرجع سابق ، 118 .

² - عبد الله شحاتة الشقاني ، مرجع سابق ، ص 32 .

خاتمة :

ممارسة الديمقراطية لها مسلك وحيد الكفيل بإيصال صوت المحكوم للحاكم ألا وهو الانتخاب إلا أنه لا يكون الانتخاب معبر عن إرادة الشعوب إلا إذا كان حر ونزيه وهذا لا يكون إلا بإدارة حازمة وحيادية وغير مزورة ،لذا اعتنى المشرع الجزائري بحماية حق الانتخاب ، هذا بهدف تمكين الناخبين من ممارسة حقهم الانتخابي واختيار ممثليهم بكل شفافية وتجسيدا لمبدأ حياد الإدارة في العملية الانتخابية ومبدأ المساواة بين جميع المرشحين منح المشرع سلطة الإشراف على الانتخابات إلى القضاء .

ولانتخابات حرة ونزيهة وجب إقرار مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات بحيث أن القضاء هو السلطة المخولة أساسا لسهر على مدى تطبيق القانون إضافتها إلى أن القضاء يعد الجهة الوحيدة في الدولة التي يعترف لها الدستور بالحياد والاستقلالية فأشرف القضاء التام على جميع مراحل الانتخاب يعد كضمان جاد و حقيقي يكفل الحماية للعمل الانتخابي الذي تعد الإدارة المسؤول الأساسي في سيرورته و المتهم الأول عند تزويره ، إذن لابد من القول إن الإدارة الانتخابية ملزمة بالحياد نفسه الذي أقر مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات لحمايته لذا لابد من اعتباران الإشراف جاء لضمان حياد الإدارة .

ومما سبق ذكره حول الإشراف القضائي على الانتخابات وإن كان في الظاهر مبدأ مجدي و فعال إلا أن تطبيقه في الجزائر مازال منقوص وهذا راجع إلى حداته وعدم تعميمه على جل مراحل العملية الانتخابية والأهم من ذلك هو بقاء السلطة القضائية في استقلالية مبهمة وغير واضحة المعالم .

قائمة المراجع

- 1- أحمد بنيني ، الاشراف القضائي على الانتخابات النيابية في ظل الاصلاحات السياسية في الجزائر،مجلة دفاثر السياسة والقانون (تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية ورقلة)،العدد الثامن،جانفي 2013.
- 2- احمد شنيب و فايزة الحكيم ،انتخابات حرة ونزيهة،الدار الدولية للاستثمارات الثقافية مصر،2000.

- 3- بركات أحمد، الانتخابات والتمثيل البرلماني في الجزائر، بحث حول معوقات واهم وسائل التفعيل (1997-2007)، مجلة دفا تر السياسة والقانون (مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ورقلة) ،عدد خاص 2011
- 4- سكفالي ريم ، دور اللجان الوطنية في مراقبة الانتخابات انطلاقا من 1997 ومبدأ حياد الادارة ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير حقوق ،جامعة الجزائر، 2004-2005 .
- 5- شيخي شفيق،انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر ،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2010/2011 .
- 6- صلاح الدين فوزي ،المجلس الدستوري الفرنسي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1992.
- 7- عبد الله شحاتة الشقاني ، الاشراف القضائي على الاقتراع العام ،الكتب القانونية منشأة المعارف ، الاسكندرية ،مصر ،2005 .
- 8- عفيفي كمال عفيفي ،الإشراف القضائي على المجالس النيابية ،منشأة المعارف ،الإسكندرية،2002.
- 9- محفوظ لعشب ، التجربة الدستورية في الجزائر ، المطبعة الحديثة للفنون المطبعة IMAG، الجزائر ،2001.
- 10- مفتاح عبد الجليل ،آليات الرقابة المتبادلة بين السلطات وانعكاساتها في ظل التعددية السياسية في الجزائر ،رسالة دكتوراه في الحقوق،جامعة محمد خيضر،بسكرة 2007/2008،
- 11- مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ،دراسة وضعية والشرعية مقارنة،الكتاب الاول ، الطبعة الثانية ،مطبعة جامعة طنطا،مصر،1984.
- 12- مصطفى محمود عفيفي ، نظامنا الانتخابي في ميزان،مكتبة سعيد رأفت ،مصر ،1984
- 13- نسيب أرزقي ،أصول القانون الدستوري والنظم السياسية -الجزء 2 -اسلوب الممارسة الحكم في الدولة العاصرة ،طبعة جديدة و منقحة ومعدلة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2002
- 14- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى،مصر،2004.

السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال

خضراوي الهادي

لكحل عائشة

جامعة عمار ثليجي

ملخص الدراسة:

تبييض الأموال نشاط إجرامي تعاوني بين خبراء المال والمصارف والخبراء التقنيين، وكذلك اقتصاديي الاستثمار المالي، هذا من جهة ومن جهة أخرى بالتعاون كذلك مع غير الخبراء من المجرمين، فلهذا تتطلب هذه الجريمة دراية ومعرفة عميقة لمركبيها، لذلك يجب التعاون والعمل حتى يتجاوز الحدود الجغرافية من أجل مكافحتها، باعتبارها جريمة منظمة عابرة للحدود تقتربها منظمات إجرامية متخصصة يصعب مكافحتها دون تحديد التدابير اللازمة لإمكانية الكشف عنها.

وعلى هذا الأساس حرصت غالبية الدول، ومنها الجزائر على التعاون مع الجهود الدولية، وعمدت إلى تبني الإجراءات الكفيلة بتعزيز قدرتها على مكافحة عمليات تبييض الأموال والحد من احتمال انتشارها، وذلك بما يتماشى مع المعايير الدولية.

وانطلاقاً من هذا فإنه بعد مصادقة الجزائر وتحتفظ بموجب المرسوم رقم 41/95 المؤرخ في 1995/01/28 على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المنعقدة بفيينا بتاريخ 1988/12/20، والتي دخلت حيز التنفيذ في 1990/11/11، وتنفيذاً لالتزاماتها الدولية، ونتيجة لما عاشته الجزائر من ركود اقتصادي وسياسي في فترة التسعينيات، الذي سهل من تنامي الفساد السياسي والإداري والرشوة وتجارة المخدرات، وكذلك جرائم التهرب الضريبي، أصبح لزاماً على المشرع الجزائري تجريم ظاهرة تبييض الأموال، والبحث عن الآليات اللازمة لمكافحتها.

الكلمات الدالة: السياسة الجنائية للمشرع الجزائري، تبييض الأموال، مفهومها، آليات مكافحتها.

منهجية الدراسة:

المنهج التحليلي لأن الاطلاع على القوانين يقتضي منا تحليلها وتمحيصها بالشكل الذي يجعلنا نتبين مدى كفاية وفعالية السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال.

مشكلة الدراسة:

وتتمثل في البحث عن مفهوم هذه الجريمة بمختلف صور ارتكابها والتي من خلالها وعلى أساسها جرّم المشرع الجزائري ظاهرة تبييض الأموال ثم الآليات القانونية التي خولها المشرع الجزائري لمكافحتها ومدى فعاليتها ونجاعتها في الحد منها.

أهمية الدراسة:

وتكمن في تسليط الضوء على موضوع في غاية الأهمية وهذا نظرا لاستفحال جريمة تبييض الأموال وهذه الدراسة هي محاولة للحد منها.

أهداف الدراسة:

- تبين الخطورة الإجرامية لتبييض الأموال وآثارها السلبية.
 - توضيح مراحل تجريم تبييض الأموال من طرف المشرع الجزائري والأسس التي اعتمدها في تجريمها.
 - البحث عن آليات مكافحة جريمة تبييض الأموال والحد منها.
- وهذا من خلال تقسيمنا لهذه الدراسة من خلال مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: مفهوم جريمة تبييض الأموال

المبحث الثاني: الآليات القانونية لمكافحة جريمة تبييض الأموال.

المبحث الأول: مفهوم جريمة تبييض الأموال

وستتناول في هذا المبحث مفهوم جريمة تبييض الأموال بتعريفها وفقا للقانون الجزائري مع العلم أنه يوجد عدة تعاريف لهذه الجريمة ولكننا اخترنا هذا التعريف باعتبار موضوعنا ينصب حول السياسية الجنائية للمشرع الجزائري في مجال هذه الجريمة، ثم نتطرق للأركان والصور المكونة لها.

المطلب الأول: تعريف جريمة تبييض الأموال في القانون الجزائري:

عرفت المادة 2 من القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005¹، تبييض الأموال على أنه كل تحويل للممتلكات أو نقلها أو إخفاء أو تمويه المصدر الحقيقي لها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الفاعل القائم بذلك وقت تلقيها أنها تشكل عائدات إجرامية، وفي هذا الإطار تعد المشاركة في ارتكاب أي فعل مما ذكر أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابه و المساعدة عليها، يستنتج من ذلك أن الركن المادي لهذه الجريمة تقوم على إتيان احد العناصر السالف ذكرها (تحويل أو نقل أو إخفاء أو تمويه المصدر الحقيقي لها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها) أما الركن المعنوي إنما يتجسد في علم الجاني بان هذه الأموال أو الممتلكات إنما هي عائدات إجرامية ومع ذاك يأتي على إخفاء أو تمويه مصدرها.

وبالنظر إلى نص المادة 4 من القانون 01/05² فإن محل جريمة تبييض الأموال يظهر من خلال استخدام المشرع الجزائري لمصطلح الممتلكات للدلالة على محل جريمة تبييض الأموال بحيث توسع في مفهوم "المال" بهدف ردع الجرم الأصلي وحرمان المجرم من التمتع بعوائدها.

فالممتلكات الناتجة عن نشاط إجرامي يقصد بها أي نوع من الأموال سواء كانت الأموال المادية أو غير المادية لا سيما المنقولة أو غير منقولة والوثائق والصكوك القانونية بما في ذلك شكلها الالكتروني أو الرقمي وشيكات السفر والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد،

1- المادة 02 من القانون 01/05 المؤرخ في 06/02/2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض وتمويل الإرهاب ومكافحتها والمعدل والمتمم بموجب القانون 06/15.

2- المادة 04 من القانون 01/05، السابق الذكر.

أو أي حق متعلق بالجريمة يمكن تقويمه ويقبل النقل للغير على وجه الاستقلال، وعموما فإن أية جريمة تضر بأمن المجتمع تكون عوائدها محلا لعمليات تبييض الأموال.

المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة تبييض الأموال

ويتمثل في صور السلوك الإجرامي المكون لهذا الركن المادي لجريمة تبييض الأموال

الفرع الأول: تحويل الممتلكات أو نقلها

جمع المشرع تحويل الممتلكات ونقلها في نص واحد وإن اختلف النشاطان في المعنى، واشترط المشرع في النشاطين أن يكون لكل منهما غرض، فبالنسبة لتحويل الممتلكات فيتمثل في تحويل شكل الممتلكات المتحصلة من الجريمة الأصلية وأية جريمة كانت حتى ولو ارتكبت بالخارج، سمحت لمرتكبيها بالحصول على الأموال حسب ما ينص عليه القانون.

وأساليب التحويل متعددة ومتنوعة، فقد يتم بشراء عقارات أو مصوغات أو لوحات زيتية بالنقود المسروقة أو المتأتية من الجريمة الأولية، أو بتحويل تلك النقود إلى عملة أجنبية إذا كان الصرف حرا، أو بشراء العملة الصعبة في السوق الموازية وقد يتم ذلك أيضا بالطرق المصرفية.

أما بالنسبة إلى نقل الممتلكات فيقصد به انتقال الممتلكات من مكان إلى آخر كما تحمل عبارة "نقل الممتلكات" معنى تهريب الممتلكات من بلد إلى آخر.¹

وهنا يظهر أن المشرع قد اشترط أن يكون الغرض من تحويل أو نقل الممتلكات العائدة من الجريمة إما إخفاء المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تم الحصول منها على الممتلكات على الإفلات من الآثار القانونية لجريمته.

¹ - نبيل صقر، تبييض الأموال في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2008، ص 63.

الفرع الثاني: إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها

ويقصد بالإخفاء كل فعل يؤدي إلى منع كشف الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها ولا تهم الطريقة المستعملة في سبيل ذلك، فقد يتم الإخفاء عن طريق وسائل مشروعة كافتناء الممتلكات المتحصل عليها من خلال ارتكاب جريمة أو اكتسابها عن طريق الهبة أو استلامها على سبيل الوديعة.

كما يعني الإخفاء حيازة ممتلكات والتستر على مصدرها أو مكانها أو حركتها.

أما التمويه فيقصد به اصطناع مظهر المشروعية للممتلكات غير مشروعة كإدخال أموال متحصل عليها من جريمة في نتائج شركة قانونية ضمن أرباحها فتظهر وكأنها أرباح مشروعة ناتجة عن نشاط مشروع.¹

وبوجه عام يتمثل التمويه في إدماج محصول الجريمة في تداول المال الشرعي أو إزالة أثر المصدر غير المشروع لحصول الجريمة.

وتستهدف هذه الصورة بالخصوص الموثق والمصرفي ووكلاء الأعمال باعتبارهما يقومان بالعمليات القانونية وتحويل الممتلكات والأموال بين الأشخاص.

الفرع الثالث: اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها

يقصد بالاكتساب الحصول على الممتلكات مهما كانت الطريقة فقد يكون الاكتساب عن طريق الشراء أو الهبة أو المبادلة أو عن طريق الإرث.

وأما الحيازة فيقصد بها السيطرة الفعلية على الممتلكات وتحقق السيطرة الفعلية بواسطة مباشرة أعمال مادية مما يقوم به المالك عادة.

وأما الاستخدام فيقصد به استعمال الممتلكات والتصرف فيها.

¹ - بوحيدي حميد (قاض برتبة رئيس مجلس قضائي ومدير فرعي بوزارة العدل)، جرائم تبييض الأموال والآثار الاقتصادية المترتبة عنها ودور التشريع في الحد منها، ص ص 08، 09.

وهذه الحالات تنطبق بالأخص على البنوك والمؤسسات المالية أين توضع الودائع والمبالغ المالية غير المشروعة سواء كان الإيداع في شكل رصيد أي فتح حساب أو في شكل أمانة أي تأجير.¹

المطلب الثالث: الركن المعنوي

ويتمثل في معرفة الجاني بأن تلك الأموال ناتجة عن جريمة ورغم ذلك تتجه إرادته إلى إضفاء الشرعية على العائدات الاجرامية وبالإضافة إلى القصد العام تقتضي جريمة تبييض الأموال قصدا خاصا يتمثل في الغاية من تحويل الممتلكات أو نقلها وصورة ذلك تظهر في إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تم الحصول من خلالها على هذه الممتلكات بالهروب من قبضة العدالة.²

المبحث الثاني: الآليات القانونية لمكافحة جريمة تبييض الأموال

وضع المشرع الجزائري آليات قانونية تتصدى لجريمة تبييض الأموال منها ما هو وقائي ومنها ما هو عقابي.

المطلب الأول: السياسة الوقائية

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الاجراءات الوقائية بهدف الكشف المبكر على الجريمة وتمثل هذه الاجراءات في مجموعة من التدابير تضمنتها أحكام القانون 01/05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/15 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب، وهي كالآتي:

الفرع الأول: فرض رقابة البنوك والمؤسسات المالية على زبائنها ومتعاملاتها

إن أول ما ألزم به المشرع هذه الهيئات هو فرض الدفع من قبل زبائنها ومتعاملاتها عن طريق القنوات البنكية والمالية عند وصول المبالغ المتعامل بها إلى حد معين 50.000 دج محددة بالمرسوم التنفيذي 442/05 المؤرخ في 2005/11/14.

¹ - بوحدي حميد، المرجع السابق، ص 10.

² - رضا علي بابا، مداخلة بعنوان "جريمة تبييض الأموال وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري"، ص 04.

كما ألزم المشرع الجزائري البنوك والمؤسسات المالية بالقيام بالإجراءات اللازمة للتأكد من هويات الزبائن وعناوينهم قبل فتح حساب، أو دفتر، أو حفظ سندات، أو قيم، أو ايصالات، أو تأجير صندوق، أو ربط أية علاقة عمل أخرى¹، وكذلك التحري عن الاستعلام حول العمليات المشبوهة، والالتزام بمراقبتها، ويكون ذلك عن طريق الملف المطلوب تقديمه للقيام بالعمليات المصرفية، وهذا بهدف التعرف على الزبائن من أجل رصد أنشطتهم وكذا معرفة مصدر الأموال التي تنقل عبر البنوك والمؤسسات المالية.

ومن أجل تفعيل هذه التدابير الوقائية أصدر المدير العام لبنك الجزائر تعليمة تنظيمية بتاريخ 2005 /12/15 تحمل رقم 05/05 تضمنت أسلوب تفعيل عملية التأكد من الزبائن والعمليات المصرفية الداخلية والخارجية، حيث ألزم البنوك بجمع المعلومات الخاصة بالبنوك الأجنبية التي تتعامل معها، وأن تبين علاقتها معها بشرط أن تكون معتمدة في بلدانها وتلتزم بالتعاون في مواجهة تبييض الأموال.

بالإضافة على ذلك ألزم المشرع الجزائري البنوك والمؤسسات المالية بالاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وكذلك المتعلقة بالعمليات التي أجراها الزبائن مدة خمس سنوات من يوم غلق الحسابات أو وقف التعامل المصرفي وجعلها في متناول السلطات.²

الفرع الثاني: الالتزام بإخطار بالشبهة

هو إجراء يجبر بعض الهيئات على الإخطار في حالة الشبهة، ويكون الإخطار لخلية معالجة المعلومات المالية CTRF المنشأة لدى وزير المالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 27/02 المؤرخ في 2002/04/07 وهي تتولى تحليل ومعالجة المعلومات التي ترد إليها وتجمع المعلومات التي تسمح باكتشاف مصدر الأموال والعمليات المصرفية محل الإخطار وترسل الملف إلى وكيل الجمهورية المختص.

فخول المشرع الجزائري بموجب المادة 20 التي حددت الهيئات التي تقوم بهذا الإخطار وهي تلك الهيئات المذكورة في المادة 19 الا أنه بعد تعديل هذا النص بموجب المادة 9 من القانون 06/15 الذي جاء غامضا اذ نص على أنه: "...يتعين على الخاضعين ابلاغ الهيئة المتخصصة..." دون تحديد من

¹ - المادة 07 من القانون 01/05، السابق الذكر.

² - المادة 14 من القانون 01/05 السابق الذكر.

هم هؤلاء الخاضعين، كما حدد موضوع الاخطار بحيث جاء أكثر شمولية مما كان عليه فنصت المادة السابقة على ذكر مجموعة من الجرائم، حيث يتم الاخطار بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة لاسيما الجريمة المنظمة أو المتاجرة بالمخدرات والمؤثرات العقلية أو التي تكون موجهة لتمويل الارهاب، فاستدرك المشرع ذلك فشمّل عملية الاخطار كل الأموال التي يشتبه فيها أنها متحصل عليها من جريمة أو يبدو أنها موجهة لتبييض الأموال أو لتمويل الارهاب.¹

الفرع الثالث: مكافحة خلية معالجة الاستعلام المالي لجريمة تبييض الأموال

وهي مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يتم تعيين رئيس مجلس الخلية وأعضاؤها بموجب مرسوم رئاسي لعهددة مدتها 04 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وهي تتكون من 06 أعضاء بما فيهم الرئيس، ولقد أنشئت هذه الهيئة بموجب المرسوم التنفيذي 27/02 المؤرخ في 7 فيفري 2002 السابق الذكر، إلا أم تنصيبها الفعلي كان فقط سنة 2004.

فنصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 27/02 على المهام المسندة إلى هذه الخلية والمتمثلة فيما يلي:

- تسلم تصريحات الاشتباه المتعلقة بكل عمليات تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب، والتي ترسلها إليها الهيئات والأشخاص الذين يعينهم القانون ومعالجتها بكل الوسائل والطرق المناسبة عن طريق جمع كل المعلومات والبيانات التي تسمح باكتشاف مصدر الأموال أو الطبيعة الحقيقية للعمليات موضوع الإخطار.
- إرسال الملف لوكيل الجمهورية المختص طبقا للقانون، في كل مرة يحتمل فيها أن تكون الوقائع المصرح بها مرتبطة بجريمة تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب، وهذا بإجماع أعضاء الخلية الستة مع سحب الإخطار بالشبهة من الملف المرسل لوكيل الجمهورية لكي لا يعرف من أخطر الخلية، وفي حالة اعتراض عضو من الخلية على إرسال الملف لوكيل الجمهورية فإنه يتم حفظ الملف ولا يتم إرساله.

¹ - المادة 09 من القانون 06/15 المؤرخ في 15/02/2015 والمعدل للقانون 01/05 المؤرخ في 06/02/2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

- اقتراح النصوص التشريعية والتنظيمية والتي يكون موضوعها مكافحة تبييض الأموال.
- الاعتراض بصفة تحفظية ولمدة أقصاها 72 ساعة على تنفيذ أي عملية مصرفية لأي شخص طبيعي أو معنوي تقع عليه شبهة قوية لتبييض الأموال، كما يمكن تمديد هذه المدة بناء على أمر قضائي.
- توهل الخلية المستقلة لمعالجة الاستعلام المالي لطلب كل وثيقة أو معلومة ضرورية لإنجاز المهام المسندة من الهيئات والأشخاص الذين يعينهم القانون، والاستعانة بأي شخص تراه الخلية مؤهلا لمساعدتها في إنجاز مهامها، وكذلك تبادل المعلومات التي بحوزتها مع هيئات أجنبية مخولة بمهام مماثلة شريطة المعاملة بالمثل.
- حجز كل الأموال غير المشروعة المتحصلة من جريمة تبييض الأموال قصد مصادرتها دون الإخلال بحقوق الغير بحسن نية.

المطلب الثاني: السياسة العقابية

بعد مصادقة الجزائر على اتفاقية فيينا عام 1995، واتفاقية باليرمو عام 2002، ونتيجة لهذه المصادقة كان لزاما على الجزائر من جانب وفاءها على ما تضمنته من أحكام _ ما عدا ما تحفظت عليه _ وتم تكريس ذلك ضمن التشريع الداخلي بالتعديل الذي ورد على قانون العقوبات عام 2004 بموجب نص المادة 11 من القانون رقم 15/04 الذي أضاف إلى الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث، القسم السادس مكرر عنوانه "تبييض الأموال" ويشمل المواد من 389 مكرر إلى 389 مكرر¹.

وبموجب هذا التعديل حدد المشرع الجزائري أفعال تبييض الأموال وتشدد في فرض العقوبات عليها بما يتلائم وخطورة هذه الجريمة لذا لم يشترط المشرع اجراءات خاصة للمتابعة في جرائم تبييض الأموال إذ تكون تلقائية في جميع الحالات ولم يشترط المشرع تقديم شكوى، ويمكن أن تتم المتابعة بناء على التقارير التي توجهها خلية معالجة الاستعلام المالي-باعتبارها جهة متخصصة في التحقيق حول العمليات المالية المشبوهة - إلى وكيل الجمهورية.

¹ - تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 133.

ولكن المشرع الجزائري وضع استثناء في القانون رقم 01/05 وهو في المادة الخامسة ويتعلق بالمتابعة في جرائم تبييض الأموال اذ تنص على أنه لا يمكن اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية إلا إذا كانت الأفعال الأصلية المرتكبة في الخارج تكتسي طابعا إجراميا في قانون البلد الذي ارتكبت فيه وفي القانون الجزائري.¹

كما نص على جزاءات شملت الأشخاص والهيئات المالية التي قد تخل بأحد التزاماتها مثل عدم تحرير الإخطار بالشبهة، ومعاينة مسيرو وأعوان البنوك والمؤسسات المالية الذين يخالفون عمدا وبصفة متكررة تدابير الوقاية من تبييض الأموال، هذا وطبقا لمسؤولية الشخص المعنوي الجزائية، فإن النص قد حدد له عقوبة تتناسب مع كيانه بفرض عقوبة الغرامة المالية عليه.

أما بخصوص الجزاءات المقررة لجرائم تبييض الأموال فقد فرّق المشرع بين جريمة تبييض الأموال البسيطة وجريمة تبييض الأموال المقترنة بظروف مشددة، كما نص قانون العقوبات على عقوبات سالبة للحرية كالحبس وعقوبات مالية كالغرامة والمصادرة وعقوبات تكميلية.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

وصنفها المشرع الجزائري كالآتي:

أولا: عقوبة جريمة تبييض الأموال البسيطة

تضمنت المادة 389 مكرر 1 من قانون العقوبات على انه: "يعاقب كل من قام بتبييض الأموال بالحبس من خمسة 5 سنوات إلى عشرة 10 سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 3.000.000 دج"²

1- الحبس: فالعقوبة الأصلية السالبة للحرية عن جريمة تبييض الأموال البسيطة من خمس سنوات إلى عشرة سنوات حيث حددت المادة الحد الأدنى والأقصى للعقوبة وبالتالي تركت تقدير العقوبة للقاضي.

¹ - المادة 05 من القانون 01/05، السابق الذكر.

² - المادة 389 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري.

2- **الغرامة:** بالإضافة إلى الحبس قضت المادة بعقوبة الغرامة المالية والتي تتراوح بين مليون وثلاثة ملايين دينار جزائري ونفس الشيء، فان تقدير الغرامة يكون خاضعا لسلطة القاضي.

ثانيا: عقوبة جريمة تبييض الأموال المقترنة بظرف مشدد

تنص المادة 389 مكرر2 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب كل من يرتكب جريمة تبييض الأموال على سبيل الاعتداء لاستعمال التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني أو في إطار جماعة إجرامية، بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة من 4.000.000 دج إلى 8.000.000 دج"

فإذا اقترنت جريمة تبييض الأموال بظرف مشدد من الظروف التالية:

- 1- إذا كان الجاني معتاد على ارتكاب جريمة تبييض الأموال،
- 2- إذا ارتكب الجاني الجريمة في إطار جماعة إجرامية فان عقوبة الحبس تكون من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة من 4.000.000 دج إلى 8.000.000 دج.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/22 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والذي ينص على جريمة تبييض الأموال كنوع من أنواع جرائم الفساد (المادة 42 منه) وأورد في مادته 48 الظروف المشددة في حالة إذا كان الجاني قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا أو عضوا في الهيئة أو ضابطا أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة الضبط بأن يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة.

ويعني ذلك أنه إذا ارتكب أحد الأشخاص المذكورين أعلاه جريمة تبييض الأموال البسيطة فان عقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وغرامة من مليون إلى ثلاثة ملايين دينار، أما إذا ارتكبت جريمة تبييض الأموال على سبيل الاعتداء لاستعمال التسهيلات التي تمنحها إياه مهنته أو في

إطار جماعة إجرامية منظمة فان عقوبته هي الحبس من 10 إلى 20 سنة والغرامة من 4.000.000 دج إلى 8.000.000 دج¹

ثالثا: المصادرة

يعتمد التشريع الحديث في مكافحة جريمة تبييض الأموال على البحث عن حلول تحد من الأضرار المترتبة عن الجريمة وبما أن الأموال محل جريمة تبييض الأموال هي التي ترتب أضرارا بالمصالح المحمية أي النظام الاقتصادي فان المصادرة هي الوسيلة الأنسب للحد من الضرر المترتب عنها الا أنها ليست الوسيلة الأنسب في الحد من الجريمة باعتبارها من الجرائم المترتبة عن جريمة سابقة، وعليه تعرف المصادرة على أنها التجريد والحرمان الدائم من الأموال (العائدات)، أو المتحصلات (الفوائد) أو الوسط (الوسائل) والمعدات المستعملة) وبذلك تعتبر المصادرة من أهم الجزاءات التي ينص عليها قانون العقوبات وهذا للقضاء على الغرض الحقيقي من وراء تبييض الأموال وهو الحصول على عائدات كبيرة غير مشروعة ويعود الفضل في ذلك بطبيعة الحال إلى اتفاقية فيينا التي صادقت عليها الجزائر، هذه الأخيرة التي ركزت على عقوبة المصادرة نظرا لأهميتها السالف ذكرها.

ولقد أورد المشرع الجزائري في المادة 389 مكرر4 من قانون العقوبات أحكاما خاصة بعقوبة المصادرة التي تقوم بها الجهة القضائية المختصة وهي:

1- مصادرة الأموال موضوع جريمة تبييض الأموال (العائدات والفوائد) تكون في أي يد كانت، إلا إذا اثبت مالكها أنه يحوزها بموجب سند شرعي أو أنه لم يكن يعلم بمصدرها الإجرامي وهذا ما اتجهت إليه القاعدة العامة في المصادرة المنصوص عليها في المادة 5/15 من قانون العقوبات عندما نصت على حفظ حقوق الغير حسن النية.

2- تتم مصادرة الأموال محل الجريمة في جميع الأحوال حتى ولو كان الجاني أو الجناة مجهولين.

3- المصادرة الجزئية للأموال المتحصل عليها بطريقة شرعية مع عائدات الجريمة، إذا ما اندمجت هذه الأموال المشروعة مع عائدات جنائية أو جنحة، ونص المصادرة هذا لجزء من الأموال المشروعة في حالة اختلاطها بعائدات إجرامية هو نص مأخوذ من نص المادة 6/5 / ب من اتفاقية

¹ - ارجع إلى القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/22 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار الغير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية (اتفاقية فيينا 1988).

4- القضاء بعقوبة مالية تساوي قيمة الممتلكات الواجب مصادرتها والتي تعذر تقديمها أو حجزها أمام الجهة القضائية المختصة وتكون في حالة الإدانة عن جريمة تبييض الأموال التي يفلح الجاني فيها بتهريب أمواله بأي طريق من الطرق يصعب معه استرجاعها أو معرفة مكانها.

5- دقة منطوق المصادرة حيث أوجبت الفقرة الأخيرة من المادة 389 مكرر 4 أن يتضمن حكم أو قرار المصادرة تعيين الممتلكات وتعريفها وتحديد مكانها.¹

رابعا: تجريد الأموال

نص المشرع الجزائري هذا الاجراء بموجب أحكام المادة 4 المعدلة بالقانون رقم 06/15 المؤرخ في 15 فبراير 2015 مع أنه لم ينص عليه من قبل حيث عرفته على أنه: "فرض حظر مؤقت على تحويل الأموال أو استبدالها أو التصرف فيها أو نقلها أو تولي عهدة الأموال أو السيطرة عليها مؤقتا بناء على قرار قضائي أو اداري، ويتخذ هذا الاجراء عن طريق طلب من الهيئة المتخصصة أو الشرطة القضائية أو من السلطات المختصة"²

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

وردت العقوبات التكميلية ضمن أحكام المادة 9 من قانون العقوبات وهي: تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، الحرمان من مباشرة بعض الحقوق، المصادرة الجزئية للأموال، حل الشخص الاعتباري، نشر الحكم وكذلك عقوبة المنع من الإقامة على الإقليم الوطني بصفة نهائية أو لمدة 10 سنوات على الأكثر بالنسبة للأجنبي المحكوم عليه في جريمة التبييض (المادة 389 مكرر 6).

¹ - المادة 389 مكرر 4 من قانون العقوبات الجزائري.

² - المادة 04 من القانون 01/05، السابق الذكر والمعدلة بموجب القانون 06/15.

أولاً: عقوبة الشخص الاعتباري

نص المشرع الجزائري على مسؤوليته الجزائية وعقوبته في المواد 18 مكرر و18 مكرر 1 من قانون العقوبات وقد نصت المادة 389 مكرر 7 عن عقوبة الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة تبييض الأموال والعقوبة التي تطبق على الشخص المعنوي في الجنائية والجنحة هي:

- 1- الغرامة من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المحددة للشخص الطبيعي
- 2- واحد أو أكثر من العقوبات الآتية:
 - حل الشخص المعنوي،
 - غلق المؤسسة أو فرع لها لمدة 5 سنوات على الأكثر،
 - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة 5 سنوات على الأكثر،
 - المنع من مزاولة نشاط أو أكثر مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر بشكل نهائي أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
 - مصادرة الشيء المستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها،
 - نشر وتعليق حكم الإدانة،
 - الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات خصوصاً على النشاط الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة أو بمناسبتها.

الفرع الثالث: الإعفاء من العقوبة وتخفيفها

نص قانون مكافحة الفساد في المادة 49 منه على أنه يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات كل من ارتكب أو شارك في جريمة تبييض الأموال وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبها، وأنه باستثناء الحالة السالف ذكرها تخفض العقوبة إلى النصف بالنسبة لكل شخص ارتكب أو

شارك في تبييض الأموال بعد مباشرة إجراءات المتابعة أو ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.¹

المبحث الثالث: تعاون الجزائر دوليا في مكافحة تبييض الأموال ومعوقاته

يفترض في كل دولة التعاون الدولي من أجل مكافحة الجرائم العابرة للحدود ومنها جريمة تبييض الأموال إلا أن مكافحة تبييض الأموال قد تعترضها معوقات وبالتالي لا تتحقق مكافحتها.

المطلب الثالث: التعاون الدولي

بما أن جريمة تبييض الأموال تعد جريمة عابرة للوطنية أي أنها تتسم بتوسيع وامتداد ركنها المادي على اعتبار أنها جريمة مستمرة، الشيء الذي أوجب التفكير في آليات التعاون الدولي وتطويره، ولهذا الغرض بالذات تضمن القانون رقم 01/05 المؤرخ في 6 فبراير 2005، والذي سبق ذكره جملة من المبادئ والقواعد ذات الصلة والتي يمكن إيرادها فيما يأتي:

- للهيئة المتخصصة "هيئة الاستعلام المالي" إطلاع هيئات الدول الأخرى التي لها نفس المهمة على المعلومات المتوفرة لديها حول العمليات التي يبدو أنها تهدف إلى تبييض الأموال وذلك مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، على أن يتم التعاون وتبادل المعلومات في إطار احترام الاتفاقيات الدولية والأحكام القانونية المطبقة في مجال حماية الحياة الخاصة مع مراعاة أن تكون هذه الهيئة الأجنبية خاضعة لنفس واجبات السر المهني مثل الهيئة المتخصصة في الجزائر.

- لبنك الجزائر واللجنة المصرفية تبليغ المعلومات إلى الهيئات المكلفة بمراقبة البنوك والمؤسسات المالية في الدول الأخرى مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل بشرط أن تكون هذه الهيئات خاضعة للسر المهني بنفس الضمانات المحددة في الجزائر.

- تكريس التعاون القضائي بين الجهات القضائية الجزائرية والأجنبية وذلك مع مراعاة المعاملة بالمثل وفي إطار احترام الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المطبقة في هذا المجال والمصادق

¹ - ارجع إلى المادة 49 من القانون رقم 01/06، السابق الذكر.

عليها من طرف الجزائر، ويتمثل التعاون القضائي الدولي في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال في: طلبات التحقيق، الإنابات القضائية الدولية، البحث عن الأشخاص المطلوبين وتسليمهم، وكذلك حجز العائدات المتحصلة من تبييض الأموال قصد مصادرتها.¹

المبحث الثالث: معوقات مكافحة جريمة تبييض الأموال

تعرض مكافحة تبييض الأموال عدة معوقات سواء تشريعية أو اجتماعية أو اقتصادية تتمثل في:

- صعوبة التصدي أو متابعة المجرمين الذين ارتكبوا جرائم اقتصادية ومالية بعد خروج المجرم من التراب الوطني، وبالرغم من انخراط الجزائر في الجهود الدولية لمكافحة تبييض الأموال والجرائم بشكل عام وتوقيعها للعديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية سواء ثنائية أو متعددة الأطراف إلا أنها تبقى عاجزة عن متابعة الجزائريين الفارين إلى الخارج بعد قيامهم باختلاس مبالغ ضخمة من الخزينة، مع العلم بأن كبار المجرمين الفارين من القضاء الجزائري يلجؤون إلى العواصم الغربية التي تعد ملاذا آمنا وقبلة للهاربين، وقد فشلت الدبلوماسية الجزائرية في اقناع تلك الدول بضرورة تسليم الجزائريين الفارين من الأحكام القضائية الغيابية المسطرة عليهم، وفي هذا الشأن وفي ملتقى التعاون القضائي الدولي اعتبر ممثل الشرطة الدولية (الأنتربول) في تدخله أن استرجاع الأشخاص المطلوبين الصادرة في حقهم أوامر توقيف دولية، قضية تخضع أحيانا للتشريعات الداخلية لكل دولة، وهو ما يجعل المهمة في بعض الأحيان صعبة وتتطلب وقتا، مستبعدا في ذلك تقصير الشرطة الدولية في مساعدة السلطات الجزائرية في القبض على الفارين من عدالتها.
- فساد بعض أجهزة الرقابة المنوط بها مكافحة الجريمة والتصدي للنشاطات غير المشروعة ففي كثير من الأحيان يتم اكتشاف تورط أشخاص من قطاع الأمن والجمارك في عمليات مخالفة للقانون وخاصة على مستوى الحدود، إما بتسهيل سبل انتهاك القانون والحصول على مقابل لذلك أو بالمشاركة فعليا في الجريمة وتقاسم عائداتها، كما أن قطاع العدالة هو الآخر يشهد فساد بعض القضاة عن طريق استغلال مهنتهم للحصول على رشاوى وعمولات مقابل تخفيفهم للحكم أو إبطاله كليا.

¹ - بوحدي حميد، المرجع السابق، ص ص 13، 14.

- النقائص الموجودة في أجهزة الرقابة والتي تحد من فعاليتها، حيث تتعلق هذه النقائص خصوصا بنوع القانون المطبق والغموض في المهمات الملقاة على عاتق هذه الأجهزة.¹
- عدم تعامل وتعاون المحامين والموثقين والمتعاملين الشرعيين في سوق الذهب مع خلية معالجة الاستعلام المالي، على اعتبار أن هؤلاء ينشطون في مهن تمكنهم من جمع معطيات تفيد التحريات والتحقيقات، وتساعد على كشف كل مشتبه به، ويعد تعاون هؤلاء أمرا يخالف قوانين مكافحة تبييض الأموال، والتي تدعو هؤلاء إلى تزويد خلية معالجة الاستعلام المالي بكل المعطيات التي تطلبها والخاصة بمكافحة عمليات تبييض الأموال.
- الاستعمال الكبير للنقود الورقية والمعدنية لإجراء مختلف المعاملات وارتفاع نسبة التسرب النقدي خارج النظام المصرفي الجزائري مما يصعب من إمكانية تتبع حركة الأموال وبالتالي يسهل عمليات تبييض الأموال.
- غياب الأرقام والإحصائيات الدقيقة حول ظاهرة تبييض الأموال خاصة ومصادرها بصفة عامة، مما يحد من قدرة الدولة على وضع الاستراتيجية اللازمة لمكافحة هذه الجريمة، فضلا عن تقييم فعالية الإجراءات المتخذة في هذا الصدد.²

الخاتمة:

في الختام توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى أن جريمة تبييض الأموال هي جريمة تهدف إلى محو آثار جريمة أخرى سبقتها، فهي تعد من الجرائم الخطيرة، لما تفرزه من آثار سلبية وخيمة على الجانب الاقتصادي والاجتماعي وحتى السياسي، فمن أجل العمل على مكافحتها والحد منها يجب تكثيف الدول لجهودها في تبادل المعلومات، والخبرات وفي البحث عن آليات مالية وتشريعية وتقنية قصد التحكم أكثر في هذه الظاهرة والتقليل من خطورتها ومصادرة أموالها القذرة وكذلك الحد من آثارها

¹ - بن عيسى بن علي، جهود وآليات مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في الجزائر، مذكرة ماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2010/2009، ص 153.

² - بن عيسى بن علي، المرجع السابق، ص 154.

توصلنا إلى مجموعة من التوصيات التي قد تكون حتى من سبل معالجة معوقات مكافحة هذه الجريمة

وهي كالآتي:

- تفعيل التعاون والتنسيق الدولي وتبادل المعلومات فيما يتعلق بمكافحة جريمة تبييض الأموال وذلك بتكثيف الجهود من خلال تجانس الإجراءات والقوانين التي تحقق لمختلف الدول مزايا تعقب الجريمة والمجرمين ومصادرة أموالهم خاصة في مجال تسليم المجرمين.
- تشديد الجزاءات المطبقة على مرتكبي جريمة تبييض الأموال أكثر وأكثر وفرض عقوبات مالية كذلك، وجعلها من الجرائم الغير قابلة للتقادم.
- تنظيم مؤتمرات وندوات دولية من أجل تبادل الخبرات في مجال مكافحة تبييض الأموال ورفع مستوى كفاءة القائمين على هذه المهمة.
- فرض رقابة صارمة على عمليات الصرف الأجنبي بهدف توفير معلومات عن حركات رؤوس الأموال بشكل يمكن به اكتشاف عمليات تبييض الأموال دون الإخلال بمبدأ التحرير الاقتصادي.
- وضع برامج تنموية فعالة تحد من البطالة والفقر خاصة لدى فئة الشباب من أجل تفادي التفكير في الإجرام ومنه تبييض الأموال.
- تفعيل دور خلية الاستعلام المالي في مكافحة تبييض الأموال.
- إنشاء أجهزة دولية متخصصة في مكافحة تبييض الأموال على غرار الشرطة الدولية "الانتربول".
- إبرام اتفاقيات دولية حول تسليم المجرمين بتبييض الأموال والفارين من بلدانهم بعد اقترافهم لهذه الجريمة وتجريدتهم من الأموال المتأتية منها.
- تشديد الرقابة على حركات الأموال وخاصة بمواكبة تطور الوسائل التكنولوجية.

قائمة المراجع:

أولا: القوانين

- 1- القانون 01/05 المؤرخ في 2005/02/06 والمتعلق بالوقاية من تبييض وتمويل الإرهاب ومكافحتهما والمعدل والمتمم بموجب القانون 06/15.
- 2- القانون 06/15 المؤرخ في 2015/02/15 والمعدل للقانون 01/05 المؤرخ في 2005/02/06 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحته.
- 3- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/22 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته
- 4- الأمر 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري والمعدل والمتمم.

ثانيا: المؤلفات

- 1- نبيل صقر، تبييض الأموال في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2008.
- 2- بوحمدي حميد (قاض برتبة رئيس مجلس قضائي ومدير فرعي بوزارة العدل)، مطبوعة بعنوان "جرائم تبييض الأموال والآثار الاقتصادية المترتبة عنها ودور التشريع في الحد منها".

ثالثا: أطروحات ومذكرات التخرج

- 1- بن عيسى بن عليّة، جهود وآليات مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في الجزائر، مذكرة ماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2010/2009.
- 2- تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.

رابعا: المقالات والمداخلات

- 1- رضا علي بابا، مداخلات بعنوان "جريمة تبييض الأموال وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري"

اللامعيارية وجرائم المراهقين

د/ الطاهر برايك
أستاذ محاضر - أ -
جامعة عمار ثليجي الاغواط

بوجراة نزيهة
طالبة دكتوراه
جامعة عمار ثليجي الاغواط

ملخص المداخلة:

المتصفح للجرائد اليومية و القنوات الإعلامية يشده الشكل المتنامي للجريمة، والملفت إن المراهقين والشباب غالبا ما يكونون هم أبطال الجرائم المرتكبة، فتفشي الإجرام في وسط هذه الفئة خاصة بعد انضمام الجنس الطيف إلى ساحة الإجرام أصبحت ظاهرة عنوانها مشكلة فراغ اتحدت مع متغيرات أخرى على غرار سوء التربية و المشاكل الاجتماعية مما يدفع بشريحة المراهقين و الشباب إلى توظيف طاقتها في الإجرام خاصة التي لها صلة بالمخدرات ورغم أن المشرع الجزائري شدد العقوبة للحد من استفحال الجريمة وسط هذه الفئة، لكن النتيجة كانت بخروجه من السجن يكون قد ارتكب الخبرة والكفاءة لارتكاب نوع آخر من الجرائم، وبالتالي فتنامي هذه الظاهرة في وسط المراهقين يترجم أزمة الاتصال القائمة على مستوى الأسرة الجزائرية باعتبارها النواة الأولى للطفل حتى يصل إلى سن الرشد مروراً بالسن الأصعب المراهقة، وفي ظل تنامي الظاهرة لا يوجد بالمقابل مواجهة توازي حجم المشكلة.

Résume :

Navigateur pour les canaux quotidienne de journaux et médias constate la forme de criminalité de plus en plus, et se qui est attirant que les adolescents et jeunes souvent sont les héros, qu'ils soient des crimes, une criminalité rampante au milieu de cette catégorie, surtout après l'adhésion du spectre sexe au phénomène carré intitulé espace problème de criminalité ont fusionné avec d'autres variables comme le faible niveau d'éducation et les problèmes sociaux en poussant la lame et la capacité de recrutement de jeunes, en particulier la criminalité liée aux drogues, bien que les Algériens punition du législateur pour enrayer la criminalité rampante au milieu de cette catégorie, mais Le résultat fut sa sortie de prison a commis expérience et compétence pour commettre un autre type de crimes, et ainsi augmente le phénomène dans la communication de

crise adolescent se traduit par des familles algériennes comme noyau pour un enfant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge adulte à l'âge le plus difficile de l'adolescence, les bases de la progression de ce phénomène il cependant face parallèle dans la mesure du problème. ainsi les formes discutés est capable de contenir la crise de la valeur et de la criminalité dans la société algérienne de mécanisme de contrôle social ?

مقدمة:

لقد طغت الجريمة في المجتمع الجزائري وأخذت أبعادا خطيرة وأصبحت من اعقد المشكلات الاجتماعية التي تواجه جميع أقطار العالم المعاصر لأنها تعرض مستقبل أجياله الصاعدة إلى أن خطر كبير أن يجعلها طاقات معطلة نتيجة الجرائم التي يرتكبوها ، وبما أن المراهقين أصبحوا أبطال هذه الجرائم المرتكبة وباعتبارهم عماد المستقبل فإن لجنوحهم ضرر على أنفسهم وعلى مجتمعهم وأصبح يظهر جليا أنه من خلال الملاحظة والبحث أن المجتمع الجزائري من خلال ظاهرة التنامي الخطيرة للجريمة في وسط فئة الأحداث والمراهقين ، يعيش أزمة قيمية حقيقية أو ما يسمى بحالة اللامعيارية من خلال ارتكابهم الجرائم غير مسبقة بحكم خصوصية الدين والعادات والقيم وهذا يثبت عدم التفاعل الاجتماعي لهذه الفئة الجانحة وعدم امتثالهم لمعايير وقيم الجماعة الاجتماعية وهنا تكمن أهمية الضبط الاجتماعي لاحتواء ظاهرة الجريمة عامة و عند فئة المراهقين خاصة وتحقيق التوازن والاستقرار في المجتمع ، إذا لا يوجد مجتمع متوازن مستقر دون أن تكون له ضوابط لتحقيق ذلك لأن لكل مجتمع قيمه السائدة ومورثاته الثقافية ، ومن هنا يمكن طرح الإشكال الذي سنحاول من خلاله تحليل بحثنا هذا:

هل آلية الضبط الاجتماعي كفيلة لاحتواء أزمة القيمية والجريمة والحد من اللامعيارية؟

المبحث الأول : ماهية اللامعيارية والضبط الاجتماعي والحدث والجريمة

قبل الخوض في أسباب وعوامل تفشي الجريمة في المجتمع الجزائري وعند فئة المراهقين خاصة وما يعيشونه من أزمة قيمية وحالة اللامعيارية ، سنتعرض إلى مفهوم اللامعيارية والضبط الاجتماعي وكذا مفهوم المراهقة والجريمة لدى المشرع الجزائري.

المطلب الأول : مفهوم اللامعيارية والضبط الاجتماعي

الفرع الأول : مفهوم اللامعيارية

اللامعيارية عرفها قاموس المعاني¹ قاموس عربي أنها : "فقدان التنظيم التطبيقي أو القانوني".

- وهي كلمة يونانية تعني "بلا قانون" تعني فقدان المعايير وغياب أي اتفاق جوهري أو إجماع بشأنها في المجتمع الحديث الذي تتآكل فيه القيم والتقاليد.²

- اللامعيارية : كلمة مشتقة من اللاتينية "Anomie" وترجمة للكلمة الفرنسية أو الانجليزية "أنومي" التي تستخدم في الهجاء الفرنسي في كلتا اللغتين وتعني : انعدام القانون وانعدام الخطة أو انعدام الثقة أو الشك.

وقد أوردت بعض القواميس الكلمة على الشكل "Anomie" تعني حالة من الاضطراب أو اختلال النظام أو الشك أو عدم اليقين أو الحياة بدون قانون.

وإذا استعملها المتخصصون في العلوم الاجتماعية فإنهم يشيرون إلى خاصية تتعلق بالبنية الاجتماعية ، فهي تعبير عن انهيار المعايير الاجتماعية التي تحكم السلوك ، كما تعبر عن ضعف التماسك الاجتماعي كما يرى بعض الباحثين أن اللامعيارية تعني انعدام القاعدة أو انعدام أو ضعف المعيار والمعيار شرط ضروري لتنسيق قيم المجتمع وبيان علاقتها ببعضها.³

الفرع الأول : نظرية اللامعيارية عند دوركايم

تعتبر من بين النظريات الاجتماعية المفسرة لانحراف الأحداث ويعتبر "اميل دوركايم" من أهم علماء الاجتماع الذين وظفوا هذا أول مرة في كتابه "تقسيم العمل في المجتمع" الصادر عام 1993⁴ بحيث يرى دوركايم أن "الجريمة عبارة عن ظاهرة اجتماعية عادية ولا معنى للإجرام إلا ضمن المجتمع أو الثقافة أو تنتج عنها وتنشأ فيها" ⁵ أي ظاهرة الجريمة تتصل ببناء المجتمع وتركيبه وتكون جزء من وظائفه

¹ - المعاني لكل معنى WWW.almaany.com تاريخ الدخول: 2016/03/23 على الساعة 12:22 .

² - الدكتور عبد الوهاب المسيري www.almessiri.com

³ - رشاد الفقيه ، الغش في الامتحانات كمظهر من مظاهر انتشار اللامعيارية في المجتمع ، منتدى نظريات ومفاهيم وفروع علم الاجتماع www.forum.ok.eg.com

⁴ - رشاد الفقيه ، المرجع السابق .

⁵ - أ/ نصيرة خلايفية ، التفاعل بين الانحراف ووسائل التنشئة الاجتماعية ، مجلة مشكلات وقضايا المجتمع ، ص 164 .

وتفاعلاته، ويشير "دوركاييم" إلى أن الظروف الاجتماعية قد تكون محبطة لبعض الناس لدرجة أنها تسوقهم إلى مسالك انحرافية وتفسير دوركاييم لللامعيارية على أنها حالة من عدم الإشباع تنجم عن إحساس بالتعارض بين الآمال ومستويات الطموح والوسائل المتاحة لتحقيق هذه المستويات من ناحية أخرى¹، كما يرى "دوركاييم" أن الشخص السوي هو الشخص الأخلاقي الذي يدمج العناصر المعيارية ويتمصها، فطاعته من القواعد المعيارية نابعة في آن واحد من الرهبة والرغبة، يحس الفرد بالسعادة وراحة الضمير لما يطيع المعايير الاجتماعية فالنظام الانومي يقابله النظام الأخلاقي فالأول متفكك والثاني منضبط "والدين الإسلامي أكثر تأثر وفعالية من أي وسيلة أخرى بتعاليمه ونواحيه يعتبر من أقوى عوامل تحقيق التوائم والتلائم في السلوك الاجتماعي".²

ويتضح مما سبق أن "دوركاييم" ألغى دور الفرد في المجتمع وجعله مستسلما كلياً في تصرفاته للمجتمع وكأن هذا الأخير يسير شخصية الفرد.

الفرع الثاني : نظرية اللامعيارية عند ميرتون :

ركز "ميرتون" حول البناء الاجتماعي و اللامعيارية بحيث كان يهدف إلى تبين كيف يمارس البناء الاجتماعي ضغوطاً محددة على أشخاص معينين في المجتمع لممارسة سلوك امتثالي دالاً من ممارستهم لسلوك امتثالي فالانحراف الإجرامي من وجهة نظر "ميرتون" هي استجابة نمطية من جانب الطبقة الدنيا نحو فقدان معايير المجتمع الشامل، وكثيراً من الأفعال الإجرامية كالسرقة والابتزاز و التهريب تستهدف الحصول على الثروة أو القوة بوسائل غير مشروعة.³ وبالتالي فنذرة الفرص المشروعة تدفع الشخص في الطبقة الدنيا إلى استخدام وسائل غير مشروعة للحصول على مبتغاه.

لكن هذه النظرية لا تعكس الواقع الاجتماعي حقاً فالإخوة في عائلة واحدة من نفس الطبقة قد ينحرف واحد والآخر لا ينحرف رغم تعرضهم لنفس الضغوط ، كما نجد في وقتنا الحالي أن الإجرام لم يعد مقتصر على الطبقة الدنيا فحسب ولكن حتى طبقة الغنية هناك من أفرادها من يرتكب جرائم السرقة والابتزاز والتهريب والاستهلاك والمتاجرة بالمخدرات خاصة "الكوكايين".

المطلب الثاني : مفهوم الضبط الاجتماعي

¹ - سامية محمد جابر ، سوسيولوجيا الانحراف ، الإسكندرية – دار المعارف الجامعية ، 2004 ، ص 509.

² - أ/ نصيرة خلايفية ، المرجع السابق ، ص 176.

³ - سامية محمد جابر ، مرجع سابق ، ص 503.

يهتم علم النفس الاجتماعي بدراسة الفرد داخل الجماعات ومن بين أهم المواضيع التي تناولها موضوع الضبط الاجتماعي الذي تشكل مع وجود المجتمعات البشرية وكان دائما ملازما للفرد في المجتمع ، فالفرد لم يكن حرا في أعماله وأفعاله بل هو دائما محاط بقيود وقواعد تحدد أحكامه توجهها ومن هنا سنتعرض إلى تعريف الضبط الاجتماعي وأنواعه.

الفرع الأول : تعريف الضبط الاجتماعي

أولا : التعريف اللغوي : الضبط لزوم الشيء وحبسه وضبطه، يضبط الشيء حفظه بالحزم ورجل ضابط أي قوي، شديد، وفي الاستخدام العربي الشائع يعني الضبط بالنظام إذا نسب إلى الربط و شيء مضبوط شيء محكم دقيق.¹

ثانيا : التعريف الاصطلاحي : اختلف العلماء في تعريف الضبط الاجتماعي نظرا لتوجهاتهم النظرية لكن تم تعريفه بعدة تعريفات، والتعريف المستخلص منها هو أن الضبط الاجتماعي هو تلك الإجراءات و الوسائل التي يستعملها المجتمع بهدف تهذيب السلوك ووضعه تحت قواعد وأسس تتماشى وفقها، كما تمنع هذه الإجراءات والوسائل الفرد من الانحراف على كل ما هو سائد في المجتمع.²

الفرع الثاني : نظريات الضبط الاجتماعي

أ- نظرية تطور وسائل الضبط الاجتماعي : يرى أصحاب هذه النظرية أنه كلما تطورت المجتمعات ضعفت الغرائز التي تكون بداخل النفس البشرية من المشاركة والقابلية للمجتمع والإحساس بالعدالة وردة الفعل الفردي وبالتالي تظهر سيطرة المصلحة الذاتية و تضطر المجتمعات إلى وضع ضوابط مصطنعة تحكم العلاقات بين الأفراد ، ومن هنا نلاحظ أنه كلما زاد حجم السكان كلما وجدت الحاجة إلى ضبط اجتماعي وتطورة وسائله.

ب- نظرية الضوابط التلقائية: تنصب هذه النظرية على الفكرة الأساسية المتعلقة بالعادات الشعبية التي تعتبر الصفة الرئيسية للواقع الاجتماعي والتي تعمل على ضبط التفاعل الاجتماعي.

¹- صلاح الدين شروخ : علم الاجتماع التربوي ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 99.
²- صلاح الدين شروخ ، المرجع السابق ، ص 100.

ت- نظرية الضبط الذاتي: يرى أنصارها أن الضبط الاجتماعي هو الخلق الذاتي للمجتمع فهو ضبط يقوم به المجتمع بضبط الأفراد فيه.

ث- نظرية البنائية الوظيفية : أنصارها يعتبرون مؤسسات الضبط الاجتماعي تعمل على تحقيق التوازن والاستقرار في المجتمع.

الفرع الثالث : أنواع الضبط الاجتماعي : وهي عديدة ومختلفة باختلاف المجتمعات أهمها ¹.

1- الضبط الداخلي والخارجي :

*الضبط الداخلي هو الذي ينبع من داخل الإنسان كالقيم والعادات والتقاليد والمعايير الأخلاقية والاتجاهات، فهو الضمير الموجود بداخل الفرد وكونه المجتمع فيه.

*الضبط الخارجي فهو القوانين والتشريعات التي تضعها المجتمعات، وتتولى الجهات الرسمية للدولة تطبيق هذه القوانين واللوائح وتعرض من يخالفها للعقاب وأهم المؤسسات التي تستخدم هذه الضوابط الحكومة والضمان الاجتماعي.

2- الضبط الاجتماعي الرسمي والغير رسمي :

* الضبط الغير الرسمي يتمثل في نقل الأخبار والقبيل والقال والاستنكار والتهكم وإطلاق الشائعات وهذا النوع نجده في الجماعات الأولية كالأصدقاء.

* أما الضبط الرسمي هو الموجود في النظام التربوي والأسري والاقتصادي... الخ.

3- الضبط الاجتماعي الإيجابي والسلبي :

* الضبط الإيجابي يعتمد على دافعية الفرد الإيجابية نحو الامتثال والمسيرة مثل المدح والثناء والرضا والتقدير وكل ما يظهر الفرد على الالتزام.

* الضبط السلبي هو ما تتخذه الجماعة من أساليب سلبية كالإلزام والنواهي والتهديدات والعقوبات الجزائية التي تجعل الفرد حريصا على عدم مخالفة نظم وقيم المجتمع.

¹ - منتديات الشروق أونلاين ، الضبط الاجتماعي www.echouroukonline.com تصفح يوم 2016/03/26 على الساعة 12:12.

الفرع الرابع : أدوات الضبط الاجتماعي: وهي الطرق والممارسات التي تتحكم في سلوك الأفراد وتعمل كقوى تجبرهم على الخضوع للمعايير الاجتماعية ولكل مجتمع أدوات ضبط تنظم حياة أفراد ، وأهم الأدوات على العموم هي:¹

1- **الدين :** يعتبر من أهم وأقوى الوسائل الاجتماعية الفاعلة في ضبط وتحديد سلوك الأفراد والجماعات، فهو كفيل بإيجاد التوافق والتماسك والاستمرار للجماعة إذ أنه يجعل الضمير يتصرف كميكانيزم داخلي للضبط الاجتماعي لاحتوائه على قوى محافظة تتمتع بنوع من الثبات يؤدي إلى استقرار المجتمع وتماسكه ، فالدين مؤسسة هامة في المجتمع يقوم بعدة وظائف على مستوى الفرد والمجتمع ، كنزويد الإنسان بحدوء النفس وسلامة العقل والإحساس بالأمن.

2- **القانون :** وهو الآلة الرادعة للتجاوزات والاعتداءات على أفراد المجتمع ويعد الوسيلة الناجحة للضبط الاجتماعي لأنه يعبر من خلال بنوده عن الأحكام الرادعة وفرض العقوبة على الخارجين على حدود المجتمع. **العرف :** يشمل المعتقدات التي تسري بين الناس، وهم يشعرون أن هذه المعتقدات ملزمة لهم وتضغط عليهم، ومن هنا يستمد العرف قوته من قوة المعتقدات السائدة في فكر الجماعة وقيمها ، والتي لا يستطيع الأفراد الخروج عليها إلا في حدود ضيقة .

3- **الأسرة :** هي البيئة الأولى التي يصطدم بها الفرد والتي يتشرب منها قيمه ومعاييره ومفاهيمه الخلقية وأنماطه السلوكية ، وبالتالي تعتبر الضابط الاجتماعي الأول من خلال أنماط التوازن المسطر في الأسرة .

4- **التربية و التعليم (المدرسة) :** هي وسيلة يلجأ إليها المجتمع لزرع أنماط الثقافة في الفرد وهي ظاهرة إلزامية وضرورية وحيوية للجماعة فهي تركز على عمليات التفاعل الاجتماعي بين الفرد ومحيطه الثقافي بمكوناته المختلفة من أفراد وجماعات وأنماط سلوكية وأنظمة اجتماعية

¹ - موقع V6.elmstba.com بحث عن أدوات واساليب الضبط الاجتماعي ، تم التصفح يوم 2016/03/26 على الساعة 12:40 .

المطلب الثالث : مفهوم المراهقة والجريمة

تعتبر المراهقة من أهم المراحل التي يمر بها الإنسان في حياته لما لها من اثر على حياته كلها مستقبلا فهي من أهم واخطر المراحل شأننا في حياة الأبناء بعد مرحلة الطفولة، وقد سماها بعض العلماء بمرحلة "الولادة الثانية" لأن الفرد يمر فيها بمراحل نمائية متعددة ولهذا سنتطرق إلى مفهومها ، أنواعها ، وخصائصها وكذا مفهوم الجريمة.

الفرع الأول : مفهوم المراهقة

أ- تعريف المراهقة :

1- لغة : هي الاقتراب من الحلم يقال راهق إذا غشي أو لحق أو دنى، فراهق كقارب وشارك ، فالمرهق هو الفتى الذي يدنو من الحلم ومن اكتمال الرشد وكلمة مراهقة Adolescence مشتقة من الفعل اللاتيني Adolescere وتعني الاقتراب من النضج وهي الفترة التي تقع ما بين نهاية مرحلة الطفولة المتأخرة وبداية مرحلة الرشد.¹

2- اصطلاحا : هي مرحلة التعليم الإعدادي والثانوي وانتهاء مرحلة الطفولة وبدئ مرحلة النضج والشباب، فينمو فيها الفرد نموا جسميا وعقليا وانفعاليا واجتماعيا عرفها الفيلسوف "فريد " أنها " فترة تبدأ من البلوغ وتنتهي عند نضوج الأعضاء الجنسية بالمفهوم النفسي ".² لكن هناك فرق بين البلوغ والمراهقة لأن البلوغ هو التغير الفسيولوجي في جسم المراهق وبلوغه القدرة على الانسال أما المراهقة فهي مرحلة نمو عمرية انتقالية من مرحلة إلى مرحلة أخرى.

3- المفهوم القانوني للمراهقة : المراهق في القانون يعرف باسم " الحدث " وبالتالي عرفته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 بأنه " الحدث هو الشخص الذي لم يبلغ 18 سنة من عمره " ، وفي الجزائر نلاحظ بأن المشرع جعل سن الرشد الجزائري بـ 18 سنة وسن الرشد المدني 19 سنة ، فالحدث " هو الذي لم يبلغ سن الرشد المقررة قانونا 18 سنة بالنسبة لسن الرشد الجزائري طبقا لنص المادة 442 من قانون

¹ - احمد شمس الدين ، قاموس مختار الصحاح .

² - الزبير بن عون ، مقال بعنوان : المراهقة ماهيتها ، مظاهرها، خصائصها ومشاكلها ، منشور في موقع الركن الأخضر ، يوم 02 فيفري 2012 ، www.grenc.com

الإجراءات الجزائية الجزائري.¹ و19 سنة بالنسبة لسن الرشد المدني طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.²

أما القانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل اعتبر في المادة 02 منه: "الطفل كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة- ويفيد مصطلح " حدث " نفس المعنى"، ومن هنا نلاحظ أن القانون اعتبر الحدث الذي لم يبلغ سن 18 كاملة طفلا.³

ب- مراحل المراهقة وسماقتها:

I- مراحلها :

- 1- مرحلة المراهقة الأولى (11-14 سنة) تتميز بتغيرات بيولوجية سريعة.
 - 2- مرحلة المراهقة الوسطى (14-18 سنة) تتميز باكتمال التغيرات البيولوجية .
 - 3- مرحلة المراهقة المتأخرة (18-21 سنة) أين يصبح الشاب أو الفتاة إنسانا راشدا بالمظهر والتصرفات.
- ويتضح من هذا التقسيم أن مرحلة المراهقة تمتد لتشمل أكثر من 10 اعوام من عمر الفرد.⁴

II- سماتها ومظاهرها :

1- سمات المراهقة :

- الشعور بالمسؤولية الاجتماعية.
- الميل إلى مساعدة الآخرين وتقديم العون لهم .
- الاهتمام بالجنس الآخر ويدوا ذلك على شكل ميول واهتمامات في تكوين صداقات وإقامة علاقات مع أفراد.

¹ - قانون رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

² - القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - القانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل ، الجريدة الرسمية ، العدد 39 ، المؤرخة في 19 جويلية 2015 ص 05.

⁴ - موقع ويكيبيديا www.Wikipedia.com المراهقة .

- اختيار الأصدقاء من بين الأفراد الذين يميل المراهق لهم .
- الميل إلى الزعامة .

2- مظاهر المراهقة¹:

- الاهتمام بتفحص الذات وتحليلها.
- الميل للمظاهر الطبيعية وقضاء أكثر الوقت خارج البيت .
- التمرد على التقليد وحب التجديد .

الفرع الثاني: مفهوم الجريمة

مصطلح الجريمة يتموقع ضمن ثلاثة حقول متجاورة ألا وهي القانون وعلم الاجتماع وعلم النفس وسوف نختص في بحثنا هذا لتعريفها في الحقل القانوني :

التعريف القانوني للجريمة : تعددت التعريفات القانونية للجريمة لكن لا وجود لفروق جوهرية بينها وبالتالي يمكن تعريفها وفقا لمعناها القانوني بأنها "الفعل الذي يحرمه القانون ويقرر له جزاء جنائيا"، وعرفها رجل القانون "بول تابان" على أنها مجموع المخالفات المرتكبة والمشتهر بها والمتابع عليها، ولا يعتبر الفرد مجرما إلا من اعترفت له المحكمة بذلك، فالجريمة فعل إرادي يخالف القانون بدون عذر يعاقب عليه.²

وبالتالي فالتعريف القانوني للجريمة يقوم على عنصرين أساسيين هما:

- **القاعدة القانونية:** كل فعل يخرق قاعدة قانونية يعتبر جريمة تستوجب العقاب.
- **المحكمة :** لا يعتبر الفرد مجرما إلا إذا اعترفت له المحكمة بذلك .

¹- موقع happyfamily.yoo7.com المراهقة .
²- عماد بن تروش : العوامل المؤثرة في ظاهرة الجريمة بالمجتمع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، العدد 13 ، 2011 ، ص 126.

المبحث الثاني: الضبط الاجتماعي و علاقته بجرائم المراهقين:

إذا أراد المجتمع الاستمرار في وجوده الاجتماعي لابد أن يمتلك شروط و ضوابط خاصة لضبط و توجيه افراده نحو الالتزام بمعايير أو قيمه التي وضعها و حدها كآلية ضبطية تربطهم بأهدافه من أجل جعلهم متمثلين في سلوكهم و تفكيرهم وهذا لا يتم إلا عن طريق ضوابط داخلية التي تمثل جزء من ضمائر الأفراد ليس بسبب الخوف من العقوبة الخارجية إذا وقع انحراف عن المعايير والقيم التي نشأ عليها في أسرته باعتبارها النواة الأولى، لكن يرجع ذلك إلى ضغوط خارجية استجاب لها فجعلته ينحرف عن الضوابط الداخلية¹. ومن هنا تكمن خطورة جنوح المراهقين التي تتصف بخطورة مزدوجة على كيان المجتمع فيصبح المراهق (الحدث) طاقة معطلة لا تفيد المجتمع في شيء بل تسبب له ضررا مؤكدا، ومن جهة أخرى ما ينتج عن ارتكابهم مختلف الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال من آثار وخيمة عليهم وعلى المجتمع في آن واحد.

ومن هنا نسلط الضوء عن أسباب تفشي ظاهرة الإجرام لدى فئة المراهقين في المجتمع الجزائري من خلال أزمة القيمية والجريمة وكذا العوامل المؤدية للإجرام ونخلص لفوائد الضبط الاجتماعي واحتوائه للأزمة.

المطلب الأول : أزمة اللامعيارية والجريمة في المجتمع الجزائري

إن مختلف وسائل الإعلام والمؤسسات الأمنية المهتمة بعالم الجريمة في المجتمع الجزائري تجمع في تقاريرها على أن الجريمة أخذت منحى خطير خاصة بتفشي جرائم غير مسبقة تتنافى وخصوصية المجتمع الجزائري وتعاليم دينه الحنيف (الإسلام)، حيث أصبحت جرائم الأطفال وخاصة منهم الأحداث متنوعة ومتفرعة إلى أخطر أنواع الجرائم التي لم تكن من ذي قبل مسجلة لدى هذه الفئة على غرار القتل العمدى ، والجرائم الأخلاقية ، إلى حد هتك العرض والشرف بين فئاته إلى جانب السرقات والمخدرات وتخريب أملاك الغير في المدارس والملاعب ، وجرائم التعدي على الأصول و... الخ ، ما ينذر بالخطر المتربص بهذه الفئة بسبب جنوحهم في قضايا خطيرة التي من شأنها التأثير على سلوكياتهم ونفسياتهم وربما انغماسهم في دهاليز الإجرام.

¹ - معن خليل العمر ، الضبط الاجتماعي ، دار الشروق ، ط1 ، الأردن ، ص 48.

إن مثل هذه الجرائم تدل على وجود أزمة القيمية و اللامعيارية في المجتمع الجزائري وصلت إلى حالة من الضعف والانهيار والترهل، أين انفلت من زمام الأمور إمكانية التحكم في سلوك الفرد خاصة المراهق (الحدث) وضبطه وفقا للقيم والمعايير الاجتماعية وبالتالي فالمجتمع الجزائري فعلا يعاني " من اللامعيارية" والتي تعتبر —كما سبق وان ذكرنا— حالة تغيب فيها القيم وتنعدم فيها القواعد المسؤولة عن توجيه سلوك الفرد وتنظيم نشاطه وتهذيب غرائزه في إطار نظام اجتماعي قائم ، فأزمة اللامعيارية المنتشرة في المجتمع تجعل من الضوابط الاجتماعية المنظمة لسلوك الأفراد ضعيفة ، وبالتالي يتحرر الفرد من كل الضوابط وتبعاً لذلك تنتشر السلوكيات الإجرامية على نطاق واسع وبشكل غير مسبوق باللجوء إلى الوسائل الغير مشروعة في سبيل إشباع الحاجات والرغبات ،ومن هنا أصبحنا نسمع بسلوكيات إجرامية لا أخلاقية تسيء للمنظومة القيمية في الجزائر أبداً لها مراهقين وشباب في مقتبل العمر، وفي رأي الباحثين أن المؤسسات التنشئة الاجتماعية دور كبير في هذا الانهيار باعتبارها المشرف الأول على عملية دمج القيم والمعايير الاجتماعية بشخصية الفرد ، لأن هذا الأخير عندما ينشأ على التماثل القيمي المعياري يصبح متماثلاً ومنضبطاً ذاتياً واجتماعياً ومن المؤسسات الاجتماعية التي تشرف و تؤطر التنشئة الاجتماعية لدينا مثلاً : الأسرة ، المدرسة ، المسجد ، العرف ، الحي ، وسائل الإعلام، الشارع... الخ.

لكن قد يحدث وان يتعلم الحدث أثناء عملية التنشئة من خلال هذه المؤسسات قيماً ومفاهيم خاطئة فنجد مثلاً الكثير من الأسر الجزائرية تغض الطرف عن بعض السلوكيات العدوانية لأبنائها ولا تتعامل بحزم مع حالات العنف (الضرب والجرح والسرقه) التي يقترفها أبنائها بل تلجأ إلى سياسة اللامبالاة واللاعقاب في التعامل مع الحالات الانحراف البسيطة والتي تصبح مع مرور الوقت سلوك إجرامي خطير .

كما أن المشرع الجزائري يتعامل مع الحدث المنحرف أو الطفل القاصر بلطف في عملية تحديد المسؤولية الجنائية، حيث لا يتم معاقبة الحدث إلى غاية بلوغه سن 13 سنة لتعامل المشرع معه بنوع من الحرص نظراً لنوعية الجرائم التي ارتكبها والتي يصنفها المشرع الجزائري في خانة قضايا القصر التي ينظر إليها حسب السن وكذلك حسب خطورة ونوعية الجريمة ، كما أن الجرائم المرتكبة من طرف الأحداث أو القصر الذين تجاوزوا سن 13 سنة ولم يبلغوا سن 18 سنة تسلط عليهم عقوبات

مخففة كالتوبيخ ، التنبيه أو وضعهم في مؤسسة خاصة بالأحداث ، أو تسلط عليهم عقوبة مع وقف التنفيذ طبقا لنص المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري¹ "لا يوقع على القاصر الذي لم يكتمل 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التربية".

المطلب الثاني:عوامل الإجرام أو الجنوح لدى الأحداث (المراهقين) في المجتمع الجزائري

إن جنوح الأحداث في العالم كله يشكل ظاهرة اجتماعية خطيرة، وتمثل حقا تهديدا متناميا لأمن المجتمع واستقراره لخططه التنموية وبنائه الأسري بصفة خاصة فيتمثل هذا الانحراف من مظاهر السلوك الغير متوافق مع السلوك الاجتماعي السوي.

تعريف جنوح الأحداث : يعرف جنوح الأحداث بضم الجيم الميل للإثم واصل ذلك الجناح الذي هو الإثم وهو إقدام الحدث على ارتكاب جريمة السرقة أو الإيذاء أو القتل وهو يعتبر انحرافا حادا ويسمى الحدث الذي يرتكب هذه الأفعال بالحدث الجانح يجب تقديمه للمحاكمة وإيداعه في مؤسسة إصلاحية.²

وبالتالي فالانحراف و الجنوح ليس اختيارا للفرد ليكون كذلك، فلا يوجد إنسان على ارض الوجود يتمنى أو يختار لنفسه أن يكون منبوذا أو مهمشا أو منحرفا بل ينتج ذلك تحت تأثير وتراكم ظروف وعوامل متعددة بعضها داخلي ذاتي وبعضها الآخر موضوعي وخارجي ،ولا يمكن في أي حال من الأحوال إرجاعها إلى عامل أو اثنين وفي المجتمع الجزائري هناك عدة عوامل تؤدي إلى ظاهرة جنوح الأحداث أهمها :

الفرع الأول : العوامل الاجتماعية والأسرية:وهي مجموعة من الظروف المحيطة بالحدث والمتمثلة في مجموعة العلاقات التي تنشأ بينه وبين فئات معينة من الناس تربطهم علاقة به لفترة من الزمن.

- **الأسرة:** تعد أقوى العوامل المساهمة في تموين وتقوية شخصية الإنسان وتؤثر في توجيه سلوك الأبناء وتوجيههم وتأديبهم وإعدادهم فإذا كانت الأسرة غير مستقرة وغير سليمة في تكوينها فإنها تؤثر على الحدث سلبا، وتعد عاملا قويا ومؤثرا لجنوحه فانسحاب الأسرة من مسؤولية رعاية أبنائها وجعلهم

¹- القانون رقم 156/66 المؤرخ في 1966/08/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

²- موقع الوليد : ظاهرة جنوح الأحداث ، الأسباب - العلاج ، www.qwled.com .

تحت رعاية الشارع والبرامج التلفزيونية وغياب ثقافة الحوار وضعف آليات الاتصال داخلها خاصة مع التطور التكنولوجي وكثرة انشغال أفراد الأسرة كخروج الوالدين للعمل خاصة الأم ، تجعل الأسرة مشتتة في البيت الواحد مع اعتماد الوالدين أساليب العنف والقهر في التربية حتى أصبحت الأسلوب الأمثل والمتوارث من الأجداد للآباء والإبناء للأبناء فتشكلت لدى الحدث أو المراهق نموذج سلوكي يعمل على تقمصه واتخاذ كميّار للرجولة والفحولة.

- **التفكك الأسري :** إن التصدع الأسري وانفصال الزوجين عن بعضهما البعض وإعادة زواج أحدهما أو كلاهما فيجد الحدث أو الطفل نفسه في وضعية ما، لا يشعر فيها بعاطفة حقيقية لأي طرف منهما وهذا ما يخلقه من صدمات وما لها من أثر سيء على نفسية الحدث وشعوره بالتهميش وكونه غير مرغوب فيه وقد يكون ذلك سببا لإتباع السلوك المنحرف قصد الخروج عن هذه الأجواء.¹

- **سوء الأخلاق في الأسرة :** إن سوء الأخلاق داخل الأسرة وانعدام القيم الروحية والمثل العليا فيها تصبح فيها الجريمة وسوء الخلق أمر عادي فإذا أدرك الحدث أن أباه سارق أو قاتل أو تاجر مخدرات أو سكير مثلا أو أن أمه خليعة أو بائعة هوى فتتحطم فيه المقومات الأساسية وتضعف فيه القوى الرادعة فينتج بدوره وبأفكاره نحو الرذيلة وعدم احترام القانون ويعمل على إتباع أفعال والديه ، كما أن الأسرة المتعددة الأفراد تعد عاملا من عوامل الانحراف والجنوح خاصة إذا كان وضعها الاقتصادي والمادي مزري، فيشعر الحدث فيها بالتهميش والإحباط واليأس وخيبة الأمل نتيجة تصرفات الوالدين وعنفهم المادي وإهمالهم المعنوي وهذا كثيرا ما يؤدي للحدث بالانحراف وإتباع السلوكيات السيئة لمعاناته من الحرمان العاطفي والرعاية والحنان والعطف والتربية الحسنة وهي من الضروريات النفسية الأساسية التي يجب أن تتوفر في الأسرة لينشأ فيها الحدث نشأة صالحة نقية من مخاطر الجنوح والشذوذ الاجتماعي .

- **الوراثة:** كما أن الأبحاث الحديثة التي دارت ضمن نطاق علم الوبائيات في الطب النفسي وعلم النفس الطبي وعلم النفس المرضي وعلم سلوك الإجرام وعلم النفس الاجتماعي وغيرها أكدت على

¹ - منتديات الجلفة : جنوح الأحداث www.djelfa.info

دور العوامل الوراثية في انحرافات السلوك لدى الأحداث بصورة استعدادات كاملة جاهزة للظهور عندما تتوافر المناخيات المحرصة السلبية من تربية وسيكولوجية وبيئية.¹

- المدرسة : فهي تأتي بعد الأسرة من حيث الأهمية في التربية والتنشئة فالحدث يتأثر في الغالب بالجو الاجتماعي المعاش في المدرسة ولهذا تعتبر عاملا عظيم الأثر في تكوين شخصية الفرد وتكوينه العلمي والتربوي السليم، وفي تقرير اتجاهاته في حياته المقبلة وعلاقاته بالمجتمع ، المدرسة مصرح مكشوف يتم من خلاله رصد ومتابعة سلوكيات الحدث خاصة وان مجتمع المدرسة يعد أكبر وأكثر تعقيدا من مجتمع الأسرة وبالتالي تكون أول حقل تجريبي للحدث يمارس فيه سلوكه بعيدا عن رقابة أسرته، فالمدرسة من خلال مناهجها تؤثر في حياة الحدث على اعتبار أنها تعبير عن المجتمع المدروس والمنظم ووسيلته الناجحة لنقل تراثه الحضاري إلى أطفاله بصورة نظامية نافعة، ففشل المدرسة من أداء مهمتها يكون لدى الأطفال شعورا بالكراهية للمجتمع ككل بأفراده ومؤسساته ونظمه وقوانينه وقيمه، وقد لاحظنا في الآونة الأخيرة جرائم مرعبة من طرف الأحداث في المؤسسات التربوية خاصة المتوسطات والثانويات والمعارك بين التلاميذ بالأسلحة البيضاء التي قد تؤدي للوفاة في اغلب الأحيان.

- التردد على أوساط المنحرفين : هناك مثل فرنسي يقول "قلي من صديقك أقول لك من تكون"، ومن هنا نلاحظ أن الاختلاط مع المنحرفين هو عامل مهم يؤثر على الأحداث ويجرهم إلى الانحراف وقد أثبتت العديد من الدراسات ذلك فمثلا يتم تقليد السلوك الحسن يقلد السلوك السيئ من خلال الاحتكاك بهذه الفئة سواء في الأسرة من إخوة، أخوات، أقارب أو في المدرسة من المعلم أصدقاء أو في الحي... الخ. ويكون هذا العامل أكثر خطورة لأن الحدث يجد نفسه في جاهزية للتلقي منهم كل أنواع العادات الانحرافية.

- البيئة السكنية (الأحياء الهامشية والجديدة): إن للأحياء الهامشية والفوضوية والقصدية التي تكون غالبا محيطة بالمدن الكبرى وما فيها من تكديس سكاني والازدحام وغياب لشروط الصحة وكثرة الطبقة الاجتماعية الدنيا من فقراء وحرفيين بسطاء، لهم علاقة وطيدة بمشكلة الجنوح والإجرام وقد وجد علماء الاجتماع في دراساتهم أن التوزيع السكاني في المدن الكبرى له اثر كبير على ظاهرة

¹ - عبد النور خبابة ، مقال حتى لا ينحرف أبناؤنا ، موقع ، www.tiknicom.yoo7.com

الجنوح وأن هذه المناطق الأكثر توليدا لهم، وهذا يعد عاملا مهما في استفحال الجريمة في المجتمع الجزائري بكل أنواعها خاصة بانتشار عصابات الأحياء وهذا راجع إلى التغيير البيئي والترحيل العشوائي لسكان الأحياء القصدية من جهات مختلفة وإعادة إسكانهم في أحياء جديدة، فيحاول المنحرفين و المسبوقين قضائيا إلى خلق عصابات لمحاولة تزعم هذه الأحياء، وهذه الظاهرة اخدت منعرجا خطيرا خلال هذه السنوات الأخيرة، وبينت مختلف الدراسات أن ظاهرة عصابات الأحياء جديدة على المجتمع الجزائري تعود أسبابها إلى التركيبة البشرية للسكان المنتشرين أين تقع معظم مشاكلهم وشجاراتهم بين الشباب وأحداث بطلين ومنحرفين وغير متعلمين ومن ذوي السلوك العدواني الذين يصعب التحاور معهم من طرف مصالح الأمن أو عقلاء الأحياء من الطرفين، القصدية القادمين من أحياء مختلفة أو بين السكان المرحلين الجدد إلى الأحياء السكنية وسكان البيوت القصدية المجاورة، مثل أحياء عين المالحنة بعين النعجة ووادي الشبل ببئر توتة والدويرة ومعالمه في زرايدة بالجزائر العاصمة.¹ وأكدت الدراسات أن كل الصدمات المسجلة بهذه الأحياء حسب مصادر أمنية تندلع لأسباب تافهة وبسيطة، كما يرى الأستاذ بهلولي محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة أن المجتمع هو سبب الإجرام مشيرا إلى أن الحلول الظرفية المفبركة هي التي تؤسس للجريمة من خلال إعادة الإسكان العشوائية .

الفرع الثاني : العوامل الاقتصادية:

الفقر و البطالة: كثيرا من الجرائم المستجدة في المجتمع الجزائري سببها الفقر وهو العلامة المميزة للظروف الاقتصادية المتردية والمتسببة غالبا في السلوك الإجرامي، وكذا البطالة عندما يجد الشاب أن كل ما حصل عليه من شهادات وتعليم لم يخلق أمامه فرصا للعمل ولم يخلصه من حياة أسرية واجتماعية راكدة ومملة، فيجد نفسه غارق في حالات ذهنية تقوده إلى الانحراف تحت ضغط مشاعر الإحباط واليأس فالحدث لا يولد لصا وإنما الفقر والبطالة تجعله كذلك وسط اتساع رقعة الإحساس بالإهمال واللامساواة الاجتماعية والاقتصادية، فالانحراف الذي يعاني منه الشاب في المجتمع الجزائري حاليا يعود أساسا إلى البطالة فالفراغ يدفع إلى التفكير في "الحرق" أو الهجرة الغير شرعية وتعاطي المخدرات والعنف بأشكاله والسرقة محاولا الاستزاق بطرق أخلاقية أو غير أخلاقية والمتاجرة في كل شيء مسموح أو غير مسموح

¹ - عبد النور خبابة : الأحياء المتخلفة وأثرها في انحراف الأحداث ، مذكرة لنيل شهادة الليسانس ، معهد علم الاجتماع ، جامعة قسنطينة ، 2001 ، ص 90.

به وتدبير كل شيء للحصول على الثروة مهما كانت عواقبها كالاختطاف، السرقة، النصب، والاحتيال والتزوير... الخ.

الفرع الثالث : العوامل الثقافية والإعلامية وتكنولوجيات الاتصال

- العوامل الثقافية : اختلال ميزان القيم والمعايير الاجتماعية للمجتمع الجزائري أدى إلى استفحال الجنوح لدى الأحداث حيث أن تمجيد القوة والعنف والخشونة واعتبارها فحولة، واعتبار التعقل والليونة ضعفا وجبنا مع اعتبار ضعف قيمة الحوار والتواضع ضعف ولغة المتفلسفين وسيطرت لغة الصراع والغلبة وغياب ثقافة التسامح والتعاون والتكامل وكذلك سيطرة القيم المادية على القيم الروحية والإنسانية وغيابها أين سيطر على الشباب والحدث الجزائري حب الربح وامتلاك الثروة بكل الوسائل وغياب المرجعية الدينية في المجتمع بغياب دور الإمام في التوجيه والتوعية والحث على سلوك الطريق المستقيم والابتعاد عن طريق الجريمة من خلال احتكاكه بالشباب في المساجد والحي والجمعيات... الخ.

- البرامج التلفزيونية والإعلامية : كما تؤثر هذه البرامج في قيم الحدث باتجاهاته نحو المجتمع، وأكدت الدراسات أن محتويات الأفلام والبرامج الموجهة للأطفال مشبعة بمشاهد العنف والإجرام والانتقام ولغة العضلات والقتل ببرودة المشاعر، وبالتالي تؤثر على النشء لأن الأطفال يقلدون أبطال الشاشة .

- الألعاب الإلكترونية : كما أن لهذه الألعاب أيضا أثر على سلوك الأحداث فهي تغذي فيهم روح العنف والإجرام وتمجده وتدرجه على القتال واستعمال السلاح وحرب العصابات، علما أن البرامج الحديثة تصور مشاهد شبه حقيقية تنمي لديهم الميل إلى السلوك العدواني والاستعداد للإجرام والقتل وتزرع فيهم القابلية للانخراط في العصابات والمنظمات الإجرامية والإرهابية¹ ، كما لا ننسى العشرية السوداء التي مرت بها الجزائر والتي ولدت طاقات نائمة من العنف وحب الانتقام خاصة لدى الأطفال والأحداث الذين تعرضوا للعنف وشاهدوا والديهم أو أقربائهم يقتلون أمامهم.

¹ - خالد عبد السلام: مقال "عوامل الانحراف الاجتماعي لدى الشباب الجزائري و استراتيجيات التكفل و العلاج"، مجلة دراسات نفسية وتربوية، العدد 13، ديسمبر 2014، ص 125-126-127.

- وسائل الإعلام و الاتصال الحديثة (الانترنت) : سوء التوظيف لهذه الوسائل جعلت الكثير من الأحداث كالعبيد لها منظوين على أنفسهم فاقدين للإحساس بالآخرين فتضعف لديهم مشاعر الحنان والعطف وفي نفس الوقت يصبحون طعما سهل الاستقطاب والتجنيد والاستغلال من طرف الشواذ والمجرمين ، وحسب التقارير بمديرية الأمن الوطني بخصوص استعمال الانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي من قبل الأحداث والأخطار المنجرة عنها، تؤكد أن قضايا المساس بالأشخاص أخذت حيزا كبيرا أين تم كشف أن اغلب المتورطين في قضايا مواقع التواصل الاجتماعي مع أصحاب المواقع الخروضة إبطالها أطفال ومراهقين.

الفرع الرابع: العوامل السياسية والسيادية: إن ضعف سيادة سلطة القانون وهيبة الدولة وتراخي مؤسساتها في فرض هيبتها وسلطة القانون في جميع المجالات جعل من الشباب والمراهقين لا يبالون بأي سلطة وأصبحوا يتمادون في ارتكاب كل أشكال الجريمة دون خوف ولا رادع خاصة بعد احترافية الكثير منهم في قراءة وفهم قانون العقوبات ووجود العفو المناسباتية، جعلهم لا يكتفون في العودة إلى ارتكاب جرائم أخرى حيث أكدت تقارير مديرية الأمن الوطني حسب جريدة النهار¹ : أن عدد المسبوقين قضائيا في قضايا مختلفة تعلق بالدرجة الأولى خلال السنتين 2010-2011 أكثر من 40 ألف مسبوق من بينهم في سنة 2011 قرابة 21841 شخص ضمنهم 121 قاصر.

إضافة إلى غياب العدالة الاجتماعية وسيادة ثقافة الكيل بمكيالين والمحسوبية في التعامل مع قضايا الشباب فنمى لديهم الشعور بالتهميش والإحباط واليأس من كل شيء له علاقة بالمجتمع ومؤسساته.

ومن هنا نخلص إلى أن هناك تكامل بين عدة عوامل في المجتمع الجزائري تساعد وتنمي روح الإجرام والانحراف لدى المراهقين والأحداث في المجتمع وهذا راجع إلى تفكك البناء المعياري وغياب القاعدة والقانون مما يعرض الأفراد للخروج عن المعايير السوية لأن طبيعة الإنسان تطمح دائما للتجديد وحاجياته تطغى إمكانياته المحدودة ولتحقيق هذه الحاجيات قد يلجأ إلى القيام بسلوكيات منحرفة تخرج عن ضوابط المجتمع ، كما يبين هذا أيضا ضعف مؤسسات الضبط الاجتماعي في الجزائر التي أصبحت عاجزة نوعا ما أمام تنامي هذه الظاهرة.

¹ - جريدة النهار اليومي : العدد 107479 مارس 2012.

المطلب الثالث : أهمية الضبط الاجتماعي ودوره في احتواء أزمة الإجرام لدى المراهقين

يعتبر المفكر العربي عبد الرحمان بن خلدون أول من نوه إلى الضبط الاجتماعي كفكر في مقدمته حيث يرى أن الإنسان مدني بطبعه إلا أن ميوله العدواني يتطلب بالطبع قيام أداء لضبط سلوكه وشدد على أهمية الضبط في تنظيم العلاقات الاجتماعية ودفع عدوان الأفراد عن بعضهم البعض وضمان حياة اجتماعية آمنة ومستقرة¹

وإذا حللنا فكرة المفكر ابن خلدون حول مسألة الضبط الاجتماعي نستخلص أن أي خلل يعتري آليات الضبط (الأسرة، المدرسة، العرف، الدولة، المجتمع... الخ) في أي مجتمع ستكون له آثاره السلبية على أمن وسلامة أفراد هذا الأخير ذاته، وهذا ما يعيشه المجتمع الجزائري ولهذا يجب على مؤسسات الضبط الاجتماعي الاضطلاع بمسؤولياتها في مجال محاصرة أوكار الجريمة والمجرمين والتعامل بحزم وجدية مع الحالات الإجرامية حتى تتمكن هذه المؤسسات من احتواء الأزمة وفرض سلطة وهيبة القانون من جهة واسترجاع ثقة المجتمع في أدائها من جهة أخرى.

الفرع الأول: أهداف الضبط الاجتماعي: من بين أهداف الضبط الاجتماعي محاولة الوقاية من الجريمة في المجتمع والتخفيف منها من خلال إتباع إستراتيجية محددة وواضحة المعالم تعتمد على عدة مقومات ووسائل نذكر منها:

1- **القيم الفكرية وسلامة التوجه :** وهي المبادئ المستمدة من التراث الاجتماعي للمجتمع الجزائري التي يحرص على إرسائها في نفوس أفرادها والحفاظ على هذه القيم يجب العمل على :

- حسن التنشئة الدينية مع تكامل الأجهزة المختلفة وانسجام أدوارها.
- إسهام الأسرة والحدث في حماية أنفسهم والمجتمع من الجريمة.

2- **كفاءة أجهزة العدالة :** من خلال تحديث أجهزة العدالة وآلياتها التنفيذية مثل المؤسسات العقابية وإحلال المنهج العلمي في عملها .

¹ - أحمد الخشاب : الضبط الاجتماعي (أسسه النظرية وتطبيقاته العملية) ، القاهرة ، ص 45.

3- **فعالية القوانين العقابية :** يجب أن تكون للقوانين فعالية وأن تكون رادعة تقوم بالتوازن المنشود بين كافة المصالح الأساسية في المجتمع.

4- **وسائل اجتماعية بيئية :** تهدف إلى تخفيض درجة التهيء الإجرامي كحسب التخطيط العمراني للمدن والتنمية الاقتصادية للقضاء على مشكل البطالة ونشر التعليم وحسن التوجه الإعلامي والتنمية السياسية.

الفرع الثاني : فعالية الضبط الاجتماعي وأهميته لاحتواء الأزمة: إذا أراد المجتمع الاستمرار في وجوده الاجتماعي يجب عليه امتلاك ضوابط لتوجيه أفرادة نحو الالتزام بمعايير تربطهم ببعض وتجعلهم متماثلين في سلوكهم وتفكيرهم ولا يتم ذلك إلا عن طريق ضوابط تصبح جزءا من سلوكيات الفرد الإرادية أي جزء من شخصيته الاجتماعية ومن هنا تكن أهمية الضبط الاجتماعي ليكون له دور في احتواء أزمة الإجرام لدى المراهقين ، فلهذا الأخير أهمية بالغة في تحقيق التوازن والاستقرار في المجتمع وتكمن أهميته في :

- تنظيم معاملات وعلاقات الأفراد بعضهم البعض .
- وسيلة لتدعيم النظام والقضاء على الفوضى والجنوح في المجتمع
- فرض الرقابة اللازمة والسيطرة على الأفراد عن طريق التنشئة الاجتماعية وتربية الأفراد على تقبل ما يفرضه عليهم التنظيم الاجتماعي من قيود وضوابط.¹
- مراقبة من يحاول العبث بالقوانين والقيم والعادات والأعراف والدين والأخلاق التي وضعها المجتمع.
- التحكم عن طريق الضبط في توزيع الصراع والظلم بين فئات المجتمع.
- علاج الانحرافات الاجتماعية وإعادة الاستقرار والتوازن إلى مكونات البناء الاجتماعي.²

¹ - سامية محمد جابر : مرجع سابق ، ص 50.

² - خالد عبد السلام : المرجع السابق ، ص 130.

الختاتمة :

إن معدلات الإجرام التي وصلت إليها فئة الشباب والمراهقين في الآونة الأخيرة في المجتمع الجزائري تدعونا إلى إجراء حوار جاد وجرئ حول الأسباب والعوامل الكامنة وراء تنامي هذه الآفة والتي تدعو إلى إيجاد حلول جدية لمعالجتها من خلال توعية مؤسسات التنشئة الاجتماعية لأهمية الدور الذي تلعبه في إنتاج أجيال قادرة على المساهمة في تنمية المجتمع ولتحقيق ذلك يجب مشاركة جميع الأطراف المعنية بمسألة الضبط الاجتماعي وأمن واستقرار المجتمع إلى حوار ضريح وبناء حول السبل والاستراتيجيات الكفيلة بمعالجة الظاهرة الإجرامية للمراهقين في الجزائر ومن التوصيات التي اخلص هي :

- تكوين إستراتيجية إعلامية تتكفل بطرح المشكل بتخصيص الحصص الإذاعية والتلفزيونية خاصة تتوجه للمراهقين ينشطها مختصين اجتماعيين ، نفسانيين ، حقوقيين ...الخ لمحاولة إحياء ضمائرهم النائمة.
- برامج توعية وتوجيهية للأسر والشباب لتعزيزهم بالقيم الدينية والوطنية وروح الانتماء لمجتمعهم ورفع روح المسؤولية لديهم.
- تأسيس شراكة بين مخابر البحث الجامعية ومختلف المؤسسات الأمنية ومؤسسات المجتمع المدني للدراسة والبحث واقتراح الحلول اللازمة والظواهر السلبية في المجتمع.

قائمة المراجع :

- I- المصادر: أحمد شمس الدين، قاموس مختار الصحاح.
- II- الكتب:
 - 1- أحمد الخشاب: الضبط الاجتماعي أسسه النظرية وتطبيقاته العملية، القاهرة.
 - 2- سامية محمد جابر : سوسيولوجيا الانحراف ، الإسكندرية ، دار المعارف الجامعية ، 2004.
 - 3- صلاح الدين شروخ : علم الاجتماع التربوي ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004.

4- معن خليل العمر : الضبط الاجتماعي ، دار الشروق ، ط 1 ، الأردن.

III- القوانين:

1- القانون رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

2- قانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري.

3- قانون رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل و المتمم المتضمن قانون العقوبات الجزائري العقوبات.

4- قانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق حماية الطفل.

IV- المجلات:

1- نصيرة خلايفية : التفاعل بين الانحراف ووسائل التنشئة الاجتماعية ، مجلة مشكلات وقضايا .

2- عماد بن تروش : العوامل المؤثرة في ظاهرة الجريمة في المجتمع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، العدد 13 ، 2011.

3- الزبير بن عون : المراهقة ماهيتها ، مظاهرها ، خصائصها ومشاكلها ، المجلة الالكترونية ، الركن الأخضر ، منشورة يوم الأحد 02 فيفري 2012.

V- المذكرات :

1- عبد النور خبابة : الأحياء المتخلفة وآثارها في انحراف الأحداث ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس ، معهد علم الاجتماع ، جامعة قسنطينة ، 2001.

IV- المنتديات :

1- منتدى نظريات ومفاهيم فروع علم الاجتماع ، رشاد الفقيه : الغش في الامتحانات كمظهر من مظاهر انتشار اللامعيارية في المجتمع www.forum.ok.eg.com .

2- منتدى الشروق اونلاين : الصبب الاجتماعي www.echouroukonline.com

3- منتديات الجلفة جنوح الأحداث www.djelfa.info

VI- المواقع الالكترونية :

- (1) المعاني لكل رسم معنى WWW.almaany.com
- (2) الدكتور عبد الوهاب المسيري : www.elmessiri.com
- (3) عبد النور خبابة : حتى لا ينحرف أبنائنا www.tiknicom.yoo7.com
- (4) موقعي المسطبة : أساليب وأدوات الضبط الاجتماعي Vb.elmstba.com
- (5) موقع ويكيبيديا : المراهقة www.Wikipedia.com
- (6) موقع العائلة السعيدة : المراهقة www.happyfamily.yoo7.com
- (7) موقع الوليد: ظاهرة جنوح الأحداث، الأسباب، والعلاج www.qwled.com .

IIIIV - الجرائد اليومية :

- 1- جريدة النهار اليومي : العدد 107479 مارس 2012.

الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

خضراوي الهادي

أستاذ محاضر (أ)

بلحطاب بن حرز الله

طالب دكتوراه

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

مقدمة:

إن الإدارة العامة و ما تمتاز به سلطات في الدولة الحديثة أي دولة القانون لا دولة السلطان، ليست فوق القانون، بل هي على غرار الأفراد تخضع لهذا القانون و تطبق قواعده ، فيما تقوم به من نشاط وذلك عملاً بمبدأ الشرعية الإدارية.

و لا قيمة لمبدأ الشرعية، ما لم يقترن بمبدأ آخر وهو ضرورة احترام أحكام القضاء، و تنفيذها، فما الفائدة في ممارسة القضاء لرقابته على أعمال الإدارة إذا كان مصير الأحكام التي يصدرها هو البقاء حرفاً ميتاً أو كما يقال ولد ميتاً.

و إن الفائدة الحقيقية من إقامة أي دعوى و استصدار حكم، تتوقف على ما يتبع الحكم من نتيجة عملية، فالمطالبة بالحق و إن كانت لا تخلو من الأهمية إلا أنّ الأهم منها هو تحويل هذا الحق إلى واقع، وقد قيل أ الحكم القضائي يكسب مرتين، مرة أمام المحكمة و أخرى عند تنفيذه.

لكن قد يعترض تنفيذ هذه الأحكام ، خاصة القضائية الإدارية ، تعنت من جانب الإدارة أو رفضها لتنفيذها جملة و تفصيلاً، فما هو الحل إذن.

لقد أوجدت التشريعات الحديثة عدة وسائل و طرق ، تهدف إلى حمل و إجبار هاته الإدارة المتعنتة أو الراضية لتنفيذ الأحكام، منها: توجيه القاضي الإداري لأوامر للإدارة، العقوبة الجزائية، ودعاوى الإلغاء والتعويض، الغرامة التهديدية (محل الدراسة) ...

و الإشكالية التي تطرح أمامنا هي :

ماهية الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية، نقترح الخطوة التالية :

المبحث الأول : ماهية الغرامة التهديدية

المبحث الثاني : الغرامة التهديدية في التشريعين الفرنسي و الجزائري

المبحث الأول : ماهية الغرامة التهديدية

و تتناولها من خلال تعريفها، و تناول العناصر التي تتركز عليها، و تبيان خصائصها كالتالي:

المطلب الأول : مفهوم الغرامة التهديدية و خصائصها

وضعت عدة تعاريف للغرامة التهديدية، خاصة في القوانين الخاصة لا سيما القانون المدني، ويتم نقلها أو تعديلها إلى القانون الإداري، الذي يتسم بالحدثة و المرونة، و خاصة في القوانين الخاصة لا سيما القانون المدني، ويتم نقلها أو تعديلها إلى القانون الإداري، الذي يتسم بالحدثة و المرونة، و اخترنا من بين هذه التعريفات:

الفرع الأول - تعريف الغرامة التهديدية : عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري تحت عنوان التهديد المالي في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني، و تلتخص في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخلّ بالتزامه، و ذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام.¹

الفرع الثاني - خصائص الغرامة التهديدية: نستخلص عدة خصائص للغرامة التهديدية، نذكر منها :

أولاً/ تقدير الغرامة التهديدية: تقدر عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزاماته، أو عن كل مرة يخلّ فيها بالتزامه، فكلما طال وقت التأخر في التنفيذ، كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها.

ثانياً/ التحكيمية: الغرامة التهديدية هي وسيلة لاختصاص و حمل المدين على تنفيذ الحكم الصادر ضده، فسلطة القاضي هنا هي تقدير مدى الخضوع و الحمل على التنفيذ ، فيضع مبلغاً مالياً يتناسب مع هذا التقدير، ويكون من شأنه أن يؤدي في النهاية بالمدين إلى الرضوخ و تنفيذ الحكم القضائي.

¹- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الإلتزام)،

دار النهضة العربية ، القاهرة، 1968، ص807

ثالثاً/ الغرامة مؤقتة و تهديدية: حيث أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون نهائياً واجب التنفيذ، بل يبقى الحكم معلقاً (مشروطاً) على رأس المدين، و مهدداً له ليحمله على تنفيذ الحكم الصادر ضده، ويجوز للقاضي أن يزيد الغرامة التهديدية مع الحكم بالتعويض إذا رآه غير كافي، كما يجوز له أن ينقص منها (الغرامة التهديدية) أو أن يلغيها عند تحويلها إلى تعويض نهائي.¹

رابعاً/ عد التلقائية : أي لا يقضي بها القاضي الإداري من تلقاء نفسه، بل يجب أن يطالب بها المدعي لتنفيذ الحكم لصالحه.²

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها للغرامة التهديدية

يشترط في الإلتجاء إلى وسيلة التهديد المالي، كسبيل لتنفيذ الحكم عدة شروط منها:

الفرع الأول - وجود إلتزام يمتنع المدين عن تنفيذه : و يشترط هنا إمكانية تنفيذه، فلا بد أولاً من وجود الإلتزام، يقع على عاتق المدين و هو الحكم القضائي الواجب التنفيذ، فإذا لم يوجد فلا محل للغرامة التهديدية ولا يجوز الإلتجاء إليها³، لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه أي تنفيذه.

ثم هناك شرط آخر، وهو امتناع المدين عن تنفيذ هذا الحكم القضائي وعدم امتثاله لأوامر المحكمة، أما إذا امتثل فلا حكم عليه بالغرامة التهديدية.

و كذلك إذا حكم عليه بالغرامة و بادر إلى التنفيذ في الآجال المحددة لذلك، فلا يسري عليه أيضاً هذا الحكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ.

الفرع الثاني - اقتضاء تدخل المدين الشخصي: حيث يشترط هنا تدخل المدين شخصياً وهو ضروري لتنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً، و مثال ذلك : سحب القرار الإداري لا يكون إلا من طرف الإدارة مصدرة هذا القرار أي صاحبة الاختصاص الأصيل، طبقاً لظرية توازي الأشكال، فسحب القرارات الإدارية هو إنهاء الآثار القانونية لهذه القرارات بأثر رجعي بالنسبة للماضي و المستقبل، و كأنها لم توجد إطلاقاً، و عملية السحب هي حق أصلي مقرر للسلطات الإدارية لممارسة إلتزاماتها في مراقبة أعمالها و خاصة عملية تصحيح أخطائها بسبب عيب عدم المشروعية.

¹- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع السابق ، ص808

²-فاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه ، مداخلة في الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، جامعة قالم، ص2.

³-ناصر لبّاد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدّد للنشر و التوزيع، سطيف ، الطبعة الأولى، 2011، ص196.

الفرع الثالث - مطالبة الدائن بالغرامة التهديدية: الرأي الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بها، فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية، غير أنّ هناك رأياً آخر يذهب إلى جواز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية، في حال توفر شروطها، ومهما يكن من أمر، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى.¹

المطلب الثالث : تمييز الغرامة التهديدية عما يشابهها

هناك عدة مفاهيم تكاد تلتبس بالغرامة التهديدية، لذلك ارتأينا تبيان بعضها :

الفرع الأول - الغرامة التهديدية و التعويض:

كما هو معروف فإن التعويض هو جزاء الإخلال بالتزام (أياً كان مصدره) ، وهو يقرر لجبر الضرر، ومن جملة تعاريف التعويض، أخذنا هذا التعريف: " التعويض هو الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، و الذي يتخذ شكل نقدي أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن".²

و هناك من اعتبر الغرامة التهديدية هي تعويض، إلا أن المستقر عليه حالياً أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً، لعدة اختلافات منها أن : الغرامة التهديدية هي وسيلة ضغط على المدين لإرغامه على تنفيذ حكم قضائي بما في ذلك الحكم بالتعويض، كما أنهما يختلفان في مصدر كل منهما ، فالغرامة التهديدية مصدرها القضاء، بينما التعويض مصدره تصرف قانوني أو واقعة مادية.

و أيضاً في حال امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، يمكن للمحكوم له رفع دعوى تعويض أمام القضاء الإداري للمطالبة بجبر الأضرار المترتبة عن ذلك.

وفي هذا السياق يستنتج من المادة 982 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 08-09 التي تنص: " تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر"، فجاءت صريحة عن استقلال الغرامة التهديدية عن التعويض و هما شيان منفصلان، حيث منحت امكانية اللجوء إلى رفع دعوى تعويض جراء عدم تنفيذ القرارات الإدارية. و لا مانع من إضافة مبلغ الغرامة التهديدية مع التعويض النهائي من طرف القاضي في نهاية المطاف.

¹- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع السابق ، ص812

²-لعربي كريمة ، التعويض في المسؤولية المدنية ، مذكرة ماستر ، جامعة البويرة ، 2013، ص8.

الفرع الثاني - الغرامة التهديدية و الشرط الجزائي:

إن فكرة الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) فكرة قديمة وجدت في القانون الروماني، حيث كان يعتبرون المدين الذي لا ينفذ التزاماته مجرمًا، ثم انتقلت هاته الفكرة إلى القوانين المتأثرة به، ومنها القانون الفرنسي الذي اعتنقها منوها عنها في المادة (1152) من القانون المدني الفرنسي، أن العقد المتضمن نصاً يقضي بأن من ينكث في تنفيذه، يتوجب عليه دفع مبلغ ما، كبذل للضرر.

ثم انتقلت إلى التشريعات العربية و منها التشريع الجزائري، وقد عرفه الأستاذ زهدي يكن بأنه: "الشرط الجزائي هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد، و يقدرانه بنفسهما، عند القيام بالتنفيذ أو عند الحصول على التأخير في الوفاء".¹

و من ثمة، و طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدان، فالشرط الجزائي لا بد من وضعه كبند أو كمادة عند إبرام العقد، و يتم الرجوع إليه عند إخلال أحد الأطراف بالالتزام الواقع على عاتقه كعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، بعكس الغرامة التهديدية التي ترد بعد صدور الحكم القضائي لتدفع المدين على تنفيذه، وهي ليست شرطاً موجوداً في العقد.

الفرع الثالث - الغرامة التهديدية و العقوبة:

إنّ العقوبة أو العقاب في أصله هو إيذاء يُلحق بالجاني زجراً له، و تحذيراً لمن يريدون أن يسلكوا سبيله في الإعتداء على الغير، و قد عرّفه بعض الباحثين بقولهم: "العقاب هو الألم الذي يقرره قانون العقوبات أو القانون الجنائي، و الذي تنطق به السلطة العامة بسبب المخالفة أو الجنوح ضد المخالف أو الجانح، أو الذي يجب على أحدهما أو الآخر أن يتحمّله بشخصه لحساب المصلحة العامة".²

و العقوبة هي الجزاء للجريمة سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، كما تتنوع بحسبها فتكون بسلب الحرية بالسجن أو الحبس أو بالغرامات المالية أو بتدابير الأمن، أما الغرامة التهديدية و إن كانت مبلغاً مالياً يقدره القاضي و هدفها إرغام المدين على تنفيذ الحكم القضائي، إلا ليست عقوبة بالمفهوم العام، حتى وإن يرى البعض أنّ لهما أوجه شبه كثيرة.

¹-طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2007، ص12

²-منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006، ص237

المبحث الثاني : الغرامة التهديدية في التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري

إن القضاء الفرنسي لم يأخذ بفكرة الغرامة التهديدية إلاّ بعد أخذ و رد، و نميز ذلك من خلال المرحلتين التاليتين، كمطلب أول، ثم نتناول التشريع الجزائري المتأثر بالتشريع الفرنسي في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: الغرامة التهديدية في التشريع الفرنسي

و نميّز من خلال المرحلتين (كما ذكرنا سالفاً)

الفرع الأول- عدم الاعتراف بالغرامة التهديدية قبل صدور القانون رقم: 539/80

في هذه المرحلة اختلف موقف القضاء الفرنسي حسب توجيه الغرامة التهديدية إلى الأفراد أو إلى المتعاقد مع الإدارة أو إلى الإدارة نفسها.

أولاً/ إذا كانت موجهة للأفراد فإنّ سلطة القاضي الإداري تتسع ولا يجد حرجاً في استخدام الغرامة التهديدية.

ثانياً/ إذا كانت موجهة ضد المتعاقد مع الإدارة ، فقد ميّز بين أمرين و هما:

1-إذا كانت الإدارة تمتلك وسائل الجبر اتجاه المتعاقد معها، لضمان تنفيذ العقد، فإن القاضي لا يستطيع توجيه أوامر مصحوبة بغرامة تهديدية إلى المتعاقد مع الإدارة.

2- أما إذا كانت الإدارة لا تمتلك وسائل الجبر اتجاه المتعاقد معها، والتي تمكنها من دفع المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنّ القاضي الإداري يستطيع توقيع الغرامة ضد المتعاقد لإلزامه بالقيام بعمل المطلوب منه أدائه.

ثالثاً/ أما إذا كانت موجهة ضد الإدارة ، فإنّ القاضي الإداري لم يعترف لنفسه بتوقيع الغرامة التهديدية ضدها، و هذا تطبيقاً لمبدأ الفصل ما بين السلطات الذي يحظر القاضي الإداري من التدخل في أعمال الإدارة باعتبارها الجهة المكلفة بالتنفيذ.¹

¹-فاضل إلهام، المرجع السابق، ص3

الفرع الثاني- الاعتراف بالغرامة التهديدية بعد صدور القانون رقم: 539/80

إنّ المشرع الفرنسي و حرصاً منه على ضمان تنفيذ القرارات القضائية الصادرة في المواد الإدارية ضد الإدارة، أصدر القانون رقم: 539/80 المؤرخ في: 1980/07/16 المتعلق بالغرامة التهديدية في المجال الإداري وتنفيذ القرارات القضائية من قبل أشخاص القانون العام ، حيث نصت المواد: من (2 إلى 6) على أنّ القاضي الإداري يستطيع لكفالة تنفيذ أحكامه أن يوقع الغرامات التهديدية ضد الأشخاص المعنوية للقانون العام.

و يرى البعض أن هذا القانون يعتبر أحد القوانين الإدارية الحديثة و الجريئة، بصورة كبيرة حيث أنه: أطاح بالمخطورات القديمة فيما يتعلق باستحالة ضمان قوة الشيء المقضي فيه، في المجال الإداري. كما أعطى المشرع للغرامة التهديدية بعض المميزات التي ليس لها مقابل في نطاق القانون الخاص من خلال:

1-تطبق الغرامة التهديدية على جميع حالات عدم تنفيذ الحكم القضائي الإداري سواء تعلق الأمر بالأحكام و القرارات القضائية ذات الطابع المالي و قرارات الإلغاء، على خلاف الأمر بالنسبة للقانون العادي أين يحكم بها ضد الأفراد إذا كان التنفيذ مرتبطاً بتدخل المدين شخصياً، أما إذا كان الإلتزام من الممكن تنفيذه بدون تدخل المدين كأن يكون موضوع الإلتزام تقديم تعويض مالي نقدي فإنه يستبعد تطبيق الغرامة التهديدية ضد المدين.

2-توقيع الغرامة التهديدية في المجال الإداري هو من اختصاص مجلس الدولة وحده، بحيث يستطيع توقيعها تلقائياً، إما بناءً على طلب المحكوم له، وهذا بخلاف الغرامة التهديدية المدنية التي تكون من اختصاص أية جهة قضائية سواء كانت ابتدائية (درجة أولى) أو إستئنافية (درجة ثانية).¹

والجدير بالذكر أنّه بصدور القانون في 1995/02/08، وسع المشرع الاختصاص بتوقيع الغرامة التهديدية إلى المحاكم الإدارية، بعدما كانت قاصرة على مجلس الدولة وحده.

3-تصفية الغرامة التهديدية، حيث نصت المادة (4) من القانون رقم: 539/80 القاضي الإداري يقوم بتصفية الغرامة التهديدية التي وقعها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التنفيذ المتأخر للحكم أي يحدد الجزء الذي يأخذه المتضرر كتعويض، و الجزء الذي يمنح لضرورة تجهيز و إعداد الهيئات المحلية.

¹-فاضل إلهام، المرجع السابق، ص4

4-أوجد المشرع الفرنسي مكانيزماً جديداً، يتمثل في إحالة الموظف (المتسبب في عدم تنفيذ الحكم القضائي الإداري) على المجلس التأديبي للميزانية والمالية، في حالة إذا تسبب بتصرفه في الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية بسبب عدم التنفيذ (الكلي أو الجزئي) أو التأخر في تنفيذ الحكم القضائي، أو الإمتناع عن إصدار الأمر بالدفع خلال المدة المحددة، فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية ذات الطابع المالي، و يعاقب بغرامة 5.000 فرنك فرنسي أو مجموع إجمالي راتبه السنوي، إذا كان يتجاوز 5.000 فرنك الذي صرف له من تاريخ قابلية الحكم للتنفيذ من طرفه.¹

المطلب الأول: الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري

و تناولها، كمرحلتين من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول-الغرامة التهديدية قبل صدور القانون رقم:(08-09)المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية:

نصّ المشرع الجزائري على الغرامة التهديدية في المادتين (340 و 471) من قانون الإجراءات المدنية رقم: (66-154)².

تنص المادة (340) منه: "إذا رفض المدين تنفيذ إلتزام بعمل أو خالف التزاماً بالامتناع عن عمل، يثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر، و يحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية، ما لم يكن قد قضى بالتهديدات من قبل".

و تنص المادة (471) منه أيضاً على أنه : "يجوز للجهات القضائية، و بناءً على طلب الخصوم أن تصدر أحكاماً بتهديدات مالية في حدود اختصاصاتها وعليها بعد ذلك مراجعتها و تصفية قيمتها. و يجوز لقاضي الأمور المستعجلة بناءً على طلب الخصوم أن يصدر أحكاماً بتهديدات مالية، وهذه التهديدات يجب مراجعتها و تصفيتها بمعرفة الجهة القضائية المختصة، ولا يجوز أن يتعدى مقدار التهديد المالي مقدار التعويض عن الضرر الفعلي الذي نشأ".

و الملاحظ أن أحكام الغرامة التهديدية جاء بالصيغة العامة و المطلقة بدون تخصيص جهات القضاء العادي فقط، مما يفيد تطبيقها على كل ممتنع عن التنفيذ سواء كان شخص من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون الخاص.

¹-فاضل إلهام، المرجع السابق، ص5

²-الأمر رقم: (66-154) المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم، (ج.ر عدد 47) لسنة 1966.

كما أن موقف القضاء الإداري الجزائري كان متأرجحاً بين الإجازة و المنع في تطبيق أحكام الغرامة التهديدية، وذلك من خلال المواقف المتباينة له:

أولاً/ موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية:

إنّ الدارس لقرارات مجلس الدولة و منذ نشأته في سنة 1998، يستنتج أن موقفه كان مستقر على مبدأ واحد و ثابت، ألا وهو: عدم جواز إصدار حكم قضائي ضد الإدارات يتضمن غرامة تهديدية تلزم الإدارة بدفعها في حال عدم تنفيذها لأحكام القضاء.

بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أقرّ أن الغرامة التهديدية ينطق بها كعقوبة، و يتجسد هذا الموقف في عدة قرارات، نذكر منها:

-القرار رقم 014989 المؤرخ في 2003/04/08، الغرفة الخامسة في قضية (ك-م) ضد وزارة التربية الوطنية:

حيث أنه و في الأخير، و بما أنّ الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة، فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات "لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"¹، وبالتالي يجب سنّها في قانون.

حيث لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد قانون يرخص صراحة بها، و أنّ القرار المستأنف بإرفاق قرار الطرد بغرامة تهديدية قد تجاهل هذا المبدأ، مما يستوجب بالنتيجة قبول طلب وقف التنفيذ...

-القرار رقم: 115284 بتاريخ 1997/04/13، في قضية (ب-م) ضد بلدية الأغواط

حيث أن رفض الامتثال لمقتضيات قرار الغرفة الإدارية للمجالس والمحكمة العليا الحائز قوة الشيء المقضي فيه والذي يصدر عن سلطة عمومية يعد من جهة تجاوزاً للسلطة و من جهة أخرى عنصراً منتجاً لمسؤولية السلطة العمومية و أنه طبقاً لمقتضيات المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية فإن المستأنف يمكنه رفع دعوى بهدف الحصول على التعويض إذا كان يرى أن المستأنف عليها رفضت القيام بالإلزام القضائي بالأداء الواقع على عاتقها ولكنه لا يمكنه في ظل التشريع الحالي والاجتهاد القضائي الحصول على حكم بغرامة تهديدية ضد المستأنف عليها".

¹-أنظر: المادة الأولى من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري. المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-01، المؤرخ في: 2009/02/25.

وهكذا تصدى مجلس الدولة بالإمتناع عن توقيع الغرامات التهديدية على الإدارية واعتبارها جريمة تخضع لمبدأ شرعية التجريم والعقاب.¹

و لقد انتقد هذا الموقف انتقاداً كبيراً من طرف الفقهاء الجزائريين، حيث قال الأستاذ غنّاي رمضان: أن مجلس الدولة أعطى للغرامة التهديدية مفهوماً غير مألوف عندما اعتبرها بمثابة عقوبة تخضع لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، في حين أنّها وسيلة من وسائل تنفيذ الأحكام القضائية.²

ثانياً/ موقف المحكمة العليا من الغرامة التهديدية:

إنّ المطلع على قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقاً)، بشأن إمكانية إصدار حكم أو قرار قضائي يتضمن توقيع غرامة تهديدية ضد الإدارات العمومية، يلاحظ تذبذباً في المواقف بين مؤيد ومعارض:

1-الموقف المؤيد : يتجلى الموقف المؤيد للمحكمة العليا لتسليط الغرامة التهديدية من خلال بعض القرارات الصادرة عن غرفتها الإدارية، ونذكر منها:

-القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ: 14/05/1995 السيد (ب-م) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لسيدي بلعباس، و الذي جاء فيه:

حيث أن المستأنف طالب المندوبية التنفيذية لبلدية سيدي بلعباس تنفيذ القرار الصادر في: 06/06/1993 من الغرفة الإدارية للمحكمة العليا و أن هذه الأخيرة رفضت الاستجابة لطلبه، أن مسؤولية البلدية قائمة بسبب هذا التعتت تجاه السيد (ب-م).

لكن حيث أنّ المبلغ الممنوح وهو: 2.000 دج عن كل يوم زهيد، يجب رفعه إلى مبلغ: 8.000 دج و أن قضاة أول درجة كانوا محققين، و بناءً على هذه العناصر عندما قرروا بأن الضرر اللاحق بالسيد (ب-م) يجب تعويضه بناء على غرامة تهديدية".³

¹-فاضل إلهام، المرجع السابق، ص6

²-رمضان غنّاي، موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على القرار الصادر في 08/04/2003)، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص145

³-بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية (دراسة مقارنة)، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012، ص321

ومن خلال هذا القرار، يتضح أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا لم تقف عند حدّ إمكانية فرض الغرامة التهديدية، بل تجاوزته إلى الرفع من قيمتها لما تبين لها أن المبلغ الممنوح زهيد.

-القرار الصادر-القرار الصادر في 1999/03/03، الذي ذهب إلى تأييد الحكم بالغرامة التهديدية وذلك في حالة فصله في الاستئناف المرفوع من قبل بلدية ميله، ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة في: 1995/07/01 والقاضي بتصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها ضد البلدية لأنّها لم تمثل للقرار القضائي الذي يلزمها بموقف أشغال البناء.

-و القرار الصادر في: 2002/06/12 تحت رقم: 19117، بين السيد (د-ب) و والي ولاية عين تموشنت الذي أيّد بموجبه حكماً صادراً عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران، قضى بتصفية الغرامة التهديدية مؤسساً قراره على أنّ:

حيث أن المستأنف قد امتنع عن تنفيذ كل القرارات الصادرة ضده وهذا ثابت من خلال محضر رسمي، ويكون بذلك يحق للمستأنف عليه الحصول على تعويض طبقاً للمادة (340) من قانون الإجراءات المدنية و يتعين تأييد القرار.

2-الموقف المعارض: يتضح من خلال عدة قرارات، نذكر منها القرار الصادر في: 1997/04/13 والحامل رقم: 115284 الذي جاء فيه بأنّ: " عن الوجه الوحيد المأخوذ من قص الأساس القانوني المشار في قبل المستأنف، حيث أنه لا سلطة للقاضي الإداري على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية في الحاليتين، في الحكم على الإدارة بغرامة لتنفيذ القرارات القضائية المنطوق بها ضدها.

و إنه طبقاً لمقتضيات المادة (340) من قانون الإجراءات المدنية، فإن المستأنف يمكنه رفع دعوى يهدف للحصول على تعويض إذا كان يرى أن المستأنف عليها (الإدارة) رفضت القيام بالالتزام القضائي بالآداء الواقع على عاتقها و لكنه لا يمكنه في التشريع الحالي و الاجتهاد الحصول على حكم بغرامة تهديدية ضد المستأنف عليها.¹

¹ - بن صالوة شفيقة، المرجع السابق ، ص324

الفرع الثاني-الغرامة التهديدية بعد صدور القانون رقم:(08-09) المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية¹:

بعد صدور القانون رقم: (08-09) و المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكريسه لآليات جديدة تضمن تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية التي عرفت عجزاً كبيراً في تنفيذها من خلال تمكين القاضي الإداري من توقيع الغرامة التهديدية على الأشخاص المعنوية العامة.

و بهذا فلقد حسم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الموقف بإزاحة الغموض و التردد والتناقض (تشريعاً وقضاءً وفقهاً) الذي كان يسود و يعتري موضوع توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة العامة نظراً لعدم تنفيذها للقرارات القضائية الإدارية².

و تناولها في الباب السادس المعنون : بتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية في المواد (من 978 إلى 989)

و الحقيقة أن ما يفسر تقنين الغرامة التهديدية، هو عزوف و رفض الإدارات العمومية عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري ذات الطابع التنفيذي و الانتشار الواسع لهذه الظاهرة.

أولاً/ الأحكام العامة للغرامة التهديدية :

حيث تنص المادة (980) من هذا القانون رقم (08-09) : "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين 978 و 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها.

و تنص المادة (978) منه على : "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهة القضائية الإدارية باتخاذ تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل التنفيذ عند الاقتضاء".

¹-د.بريار عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم:(08-09) ، منشورات بغداددي، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص389

²-د.محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية (طبقاً للقانون رقم 08-09)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص388.

و معناه أن إصدار حكم ما ضد جهة إدارية معينة بتنفيذ تدابير معينة مع تحديد أجل التنفيذ في نفس الحكم ومع جواز الأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريانها أي في نفس الحكم القضائي الإداري.

و تنص المادة 981: في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديداتها، و يجوز لها تحديد أجل للتنفيذ للغرامة التهديدية".

و من خلال المادة، نجد أن عند عدم تنفيذ الإدارة لحكم قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ فتقوم الجهة القضائية بتحديد التدابير التنفيذية مع جواز قيامها بتحديد آجال التنفيذ و كذا الغرامة التهديدية.

كما تنص المادة (982) على: " تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر"

أي أن الغرامة التهديدية ليست تعويضا (كما ذكرنا سابقاً)، و عند امتناع الإدارة أو رفضها لتنفيذ القرارات القضائية الإدارية، يمكن للمحكوم له، رفع دعوى تعويض للمطالبة بجزء الضرر المترتب على ذلك، إضافة إلى الغرامة التهديدية التي هي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري التي يستعملها القاضي الإداري في مواجهة تعنت الإدارة عن التنفيذ.

ثانياً/ بعض الأحكام المطبقة في الغرامة التهديدية :

1- تحديد الغرامة التهديدية: إنّ طلبها لا يتم إلا بعد رفض المحكوم عليه التنفيذ وإنقضاء أجل (3 أشهر) من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أو من تاريخ صدور قرار الرفض من الإدارة أي رفض التنفيذ.

القاعدة العامة بنص المادة (987) على: " لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي و طلب الغرامة التهديدية لتنفيذه عند الانقضاء، إلا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه، و انقضاء أجل (3 أشهر) من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم"

كذلك الحال عند رفض الإدارة التنفيذ، يطبق أجل (3 أشهر)، حيث نصت المادة (986) على: "في حال رفض التظلم الموجه للإدارة من أجل تنفيذ الحكم الصادر عن الجهة القضائية الإدارية، يبدأ سريان الأجل المحدد في المادة 987 بعد قرار الرفض".

كما قد يصدر الحكم القضائي حاملاً ميعاداً محدداً لتنفيذه، أو قد تصدره المحكمة دون تحديده ولكن تضرب له موعداً بعد ذلك، فلا يقدم طلب الغرامة التهديدية لتنفيذه إلا بعد نفاذ هذه المدة أي إعمالاً بمبدأ الخاص يقيد العام¹.

و الإستثناء: يكون في الأوامر الاستعجالية التي لا تقيد بأجل ثلاثة أشهر، حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على: " غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية، يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل".

و أصبح الإشكال يرفع أمام القضاء بوسيلة واحدة وهي عن طريق الدعوى الاستعجالية، وفقاً للمادة (631) التي تنص: "في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون يحدد المحضر القضائي محضراً في الإشكال، و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال"².

2- تصفية الغرامة التهديدية: يحث للقاضي عند تصفية الغرامة التهديدية أن يقوم بتخفيضها أو بإلغائها أو حتى بإعفاء المحكوم عليه من دفع جزء منها في حال ما إذا تجاوزت قيمة الضرر.

وهذا ما تناولته المواد (984 و 985) كآلاتي:

تنص المادة (984) على أنه: "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة"

و الضرورة هنا هي سلطة تقديرية للقاضي الإداري، يقدرها حسب كل حالة معروضة أمامه.

كما تنص المادة (985) على: "يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي، إذا تجاوزت قيمة الضرر و تأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية".

الخاتمة :

وكخاتمة لبحثنا هذا، وجدنا أن الغرامة التهديدية تعتبر كآلية في يد القاضي الإداري، يستعملها لحمل الإدارات العمومية التي تتعنت أو ترفض أو تمنع تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في الجزائر.

و نخلص بتقديم بعض التوصيات التي نأملها فيما يأتي:

¹- محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص180.

²- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ وفقاً للقانون رقم (08-09) للإجراءات المدنية والإدارية، دار هوم للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص123

- ضرورة تشخيص المتسبب الأصلي في عدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية داخل المؤسسات العمومية موظفاً كان أو مسؤولاً و توقيع العقوبة عليه شخصياً، بإجمالي مرتبه السنوي كما هو معمول به في التشريع الفرنسي.
- إدراج عدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في قانون الوظيفة العامة بتعيينه، ووضعها في الأخطاء من الدرجة الرابعة التي يقابلها عقوبة التسريح، و إنهاء العلاقة الوظيفية.
- عدم كفاية المواد (حوالي 10 مواد) في تخص أحكام الغرامة التهديدية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيجب تحيينه و ضرورة توضيح كل الإجراءات المتبعة في الغرامة التهديدية مع تبسيطها.
- تحديد مبلغ الغرامة التهديدية في صلب الحكم الفاصل في النزاع، لإرغام الإدارة العمومية في التنفيذ السريع للحكم القضائي وعدم تقاعسها من جهة، و من جهة أخرى لعدم تحميل المدعي عبء الرجوع مرة أخرى للقضاء والمطالبة بالحكم في الغرامة التهديدية والدوران في حلقة مفرغة.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- 1-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1968.

المراجع :

1-القوانين :

- 1-القانون رقم: (08-09) المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر:عدد21) لسنة 2008.
- 2-الأمر رقم: 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم (ج.ر:عدد47) لسنة 1966.
- 3-الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 08 يونيو المتضمن قانون العقوبات الجزائري. المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-01، المؤرخ في: 25/02/2009.(ج.ر: عدد 15) لسنة 2009

2- الكتب و المؤلفات :

4- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: (08-09) ، منشورات بغداددي، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009،

5- حمدي باشا عمر، إشكالات التنفيذ وفقا للقانون رقم (08-09) للإجراءات المدنية والإدارية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2012

6- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية (طبقا للقانون رقم 08-09)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009

7- ناصر لبّاد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدّد للنشر و التوزيع، سطيف ، الطبعة الأولى، 2011

8- بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية (دراسة مقارنة)، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012

9- محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001

10- منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام ، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006

3-المذكرات و الرسائل :

11- طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2007

12- لعربي كريمة ، التعويض في المسؤولية المدنية ، مذكرة ماستر ، جامعة البويرة ، 2013

4-المجلات:

13- رمضان غنّاي، موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على القرار الصادر في 2003/04/08)، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003

5-المداخلات و المقالات :

14- فاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه ، مداخلة في الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، جامعة قلمة.

الإستثمار الأجنبي و دوره في التنمية الإقتصادية

بن يطو محمد

طالب دكتوراه

أكلية الحقوق و العلوم السياسية

— جامعة عمار ثليجي — الأغواط

ملخص :

يعتبر الإستثمار الأجنبي من أهم الأنشطة الإقتصادية لأي دولة ، و لقد إهتم به رجال القانون و الإقتصاد محاولين إعطاءه تعريفا جامعاً مانعاً ، كما يعتبر الإستثمار هو المحدد في عملية التنمية الإقتصادية ، هذه التنمية التي تسعى معظم دول العالم الوصول إليها من خلال برامج و مخططات و سياسات متعددة ، تهدف كلها الى الرقي بإقتصاد الدولة و بلوغ التنمية الإقتصادية المنشودة ، هذه الأخيرة تعود بالنفع على الدولة و المجتمع ، إن البلدان النامية تحاول جذب الإستثمارات الأجنبية نظراً لأهميتها و آثارها الإيجابية في مختلف المجالات ، من جلب لرؤوس الأموال الى القضاء على البطالة ، و المساهمة في إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية و نقل للتكنولوجيا و صولاً إلى الإندماج في الإقتصاد العالمي .

Résumé:

L'investissement étranger est considéré comme l'élément primordial et le plus important dans le développement économique de tout état, il est pris en charge par les hommes de droit et les experts économiques pour donner une définition globale et exhaustive.

La plus part des payés mondiales ont été intéressées par l'investissement, et chercher à réaliser le développement économique souhaité à travers des programmes, des plans et des méthodes politiques multiples, tous visant à progresser l'économie de leur pays, et de réaliser le, celui-ci est bénéfique pour l'Etat et la société. les pays en développement tentent

d'attirer les investissements étrangers en raison de son importance et des effets positifs dans divers domaines, d'apporter du capital pour éliminer Le chômage, et de contribuer à la restructuration des institutions nationales et le transfert de technologie et l'accès à l'intégration dans l'économie mondiale.

مقدمة :

تبحث الدول من خلال بسطها لسياسات اقتصادية تصاحبها منظومة تشريعية من أجل النهوض باقتصادياتها و بلوغ أهداف عدة تتمثل في الرخاء المجتمعي و الاكتفاء الذاتي و مسايرة باقي المجتمعات ، إن المجتمع هذا له متطلبات عدة يجب على الدولة العمل على إشباعها ، و لا يمكن إشباعها إلا من خلال توفير البيئة الملائمة لجلب رؤوس الأموال و إعطاء ضمانات أكبر لتشجيع قدوم المستثمرين الأجانب بما يحملونه من مؤهلات قادرة على التنمية ، حيث أن الدول النامية عرفت أنه في ظل قلة مصادر التمويل ، و في ظل تصاعد المديونية الخارجية و نقص الخبرات و المؤهلات و تفاقم الأزمات الداخلية من بينها ظاهرة البطالة ، لابد لها البحث عن البدائل ، فما كان عليها سوى التخلي عن إيديولوجياتها السابقة و المناهضة للرأس المال الأجنبي و الاستثمار الأجنبي بصفة عامة كونه تخلي عن السيادة في معتقداتها السابقة ، لذلك سعت الى البحث عن السبل الكفيلة فاتجهت نحو الاستثمار الأجنبي عله يكون هو المنقذ لها و مخرجها مما تعاني منه من ركود اقتصادي .

و الإشكالية المطروحة هي :

هل للاستثمار الأجنبي دور في التنمية الاقتصادية ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في هذه المقالة على المنهج الوصفي التحليلي ، كما قسمنا خطة بحثنا إلى مبحثين ، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى البحث عن مختلف المفاهيم التي تخص الاستثمار الأجنبي و التنمية الاقتصادية ، أما المبحث الثاني فخصصناه للحديث عن دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية.

المبحث الأول: مفاهيم عامة حول الاستثمار الأجنبي و التنمية الاقتصادية

المطلب الأول : مفهوم الاستثمار الأجنبي

لم يكن الاستثمار معروفا قديما ، و بالذات على المستوى الدولي بالشكل أو المستوى المعروف في وقتنا الحاضر ، و لقد ازدهرت عمليات الاستثمار الدولي المباشر في الفترة من الخمسينات و حتى بداية السبعينات من القرن الماضي تحت تأثير إيديولوجيا التنمية السائدة آنذاك ، و باعتبار أن أغلب دول العالم باستثناء الصناعية منها فهي دول سائرة في طريق النمو في تلك الفترة .¹

كما يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر من أهم الأنشطة الاقتصادية التي اكتسبت قدرا كبيرا من الأهمية منذ ظهوره مما دفع الكثير من الاقتصاديين و الباحثين إلى محاولة إيجاد مفهوم دقيق و واضح له ، و الوصول إلى أهم مظاهره و أشكاله التي تفتح المجال أكثر للاستفادة منه ، الأمر الذي أكد على أهميته و الاهتمام به من قبلهم .² كما أنه لا يوجد مفهوم موحد للاستثمار نظرا لتعدد المصادر (تشريع وطني ، تشريع دولي ، معاهدات ثنائية و متعددة الأطراف) ، و الاختلاف في الغاية و الأهداف سواء بين الدول فيما بينها أو بين الدول و المستثمرين الأجانب ، كما ترجع الصعوبة في إيجاد تعريف محدد كون الاستثمار مصطلح اقتصادي قبل إن يحظى باهتمام القانون الدولي العام .³

و قد عرف الاستثمار الأجنبي المباشر عدة تعاريف من طرف هيئات دولية إلى جانب تعاريف قام بها اقتصاديين و آخرين باحثين ، و سنتطرق إلى إبراز بعض التعاريف .

تعريف صندوق النقد الدولي (FMI) : " يكون الاستثمار استثمارا أجنبيا مباشرا ، عندما يمتلك مستثمر حصة ثابتة في مؤسسة تمارس نشاطها في حدود اقتصاد آخر عبر اقتصاد الدولة التي ينتمي إليها المستثمر ، و هدف هذا الأخير الحصول على سلطة القرار في تسيير المؤسسة " .

¹ - حاتم فارس الطعان ، الإستثمار أهدافه و دوافعه ، كلية الإدارة و الإقتصاد - بغداد - 2006 ، ص 3
² - أحمد دببش ، إشكالية التنمية و الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر 3 ، 2010-2011 ، ص 242.
³ - عيبوط محند واعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للنشر و التوزيع - الجزائر - ، 2012 ، ص 120

تعريف منظمة التجارة العالمية و منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية : " أنه أي نشاط استثماري مستقر في بلد معين (بلد المنشأ) و الذي يتحصل أو يمتلك أصول في بلد آخر (البلد المضيف) و ذلك قصد تسيير هذه الاستثمارات " ¹

تعريف بعض فقهاء الاقتصاد : " هو قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد التكنولوجية و الخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدولة المضيضة "

تعريف الفقه القانوني : لم يتفق معظم الفقه على تعريف واحد للاستثمار ، و قد جاءت معظم التعريفات القانونية أقرب إلى التعريف الاقتصادي ، و سبب ذلك هو تشابك الجوانب الاقتصادية و السياسية و القانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف و أن الفقهاء يلتفون جميعا عند مفهوم معين للاستثمار الأجنبي و هو انتقال رؤوس الأموال و الخبرات الفنية و الإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة للمستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن ، و مصلحة القطر المضيف التي تتمثل في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثروة القومية لهذا البلد . ²

و يتحدد الاستثمار بكونه أجنيا بحسب جنسية المستثمر ، و عليه فإن المستثمر الأجنبي هو الذي لا يحمل جنسية الدولة التي يعمل على الاستثمار فيها . هذا من الوجهة القانونية لتعريف المستثمر الأجنبي ، أما بالنسبة لعلم الاقتصاد فالاستثمارات الأجنبية هي تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة أم كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني بما يكفل لها السيطرة على إدارة المشروع . ³

المطلب الثاني : مفهوم التنمية الاقتصادية

المطلب الثاني : مفهوم التنمية الاقتصادية

تبدأ غالبية مؤلفات التنمية الاقتصادية بالترقية بين مصطلحين و هما التنمية و النمو و يجتهد كل اقتصادي في إضافة مزيد من الفروق بينهما ، كما أنه يميل عدد من الكتاب إلى استخدام مصطلح

¹ - أزهار سعادو ، دور الإدارة في إستقطاب الإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2005-2006 ، ص 13
² - عزرين عبد الرزاق ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر " واقع و افاق " ، مذكرة ماستر في القانون ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014 ، ص 4
³ - محمد عبد العزيز عبد الله عبد ، الإستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الإقتصاد الإسلامي ، دار النفائس للنشر و التوزيع - الاردن - ، ط 1 ، 2005 ، ص 16.

التنمية الاقتصادية على الدول الأقل تقدماً أي المتخلفة ، و هم متفقون على أن مفهوم النمو الاقتصادي يعني النمو الكلي لكل من الدخل القومي و الناتج القومي ، كما يستخدم المفهوم للإشارة للدول المتقدمة ، أما مفهوم التنمية الاقتصادية فهو يتضمن إلى جانب النمو الكلي ، أجزاء مجموعة من التغيرات الهيكلية في بنى المجتمعات ، و هذا ما يراه البعض الآخر من الفقهاء الذين يرون بأنها الانتقال من حالة التخلف إلى حالة التقدم ، و يعرفها البعض بأنها العملية التي يتم بمقتضاها دخول الاقتصاد القومي مرحلة الانطلاق نحو النمو الذاتي ، و على العموم فإن التنمية الاقتصادية هي العملية التي من خلالها تتحقق زيادة في متوسط نصيب الفرد من الدخل الحقيقي على مدار الزمن ، و التي تحدث من خلال تغييرات في كل من هياكل الإنتاج و نوعية السلع و الخدمات المنتجة ، إضافة إلى إحداث تغيير في هيكل توزيع الدخل لصالح الفقراء.¹

المبحث الثاني : دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية

المطلب الأول : ارتباط التنمية بالاستثمار

يعتبر الاستثمار العامل الرئيسي الذي يتحكم في معدل النمو الاقتصادي من ناحية و في كميته و كيفية هذا النمو من ناحية أخرى ، أي أن معدل النمو المطلوب يتوقف على القدرة في جذب التدفقات النقدية المطلوبة ، و يتوقف كذلك على القدرة في توفير الحوافز و التسهيلات التي يكون لها تأثير نسبي على أصحاب رؤوس الأموال في اتخاذ القرارات بالاستثمار في أي بلد و بالتبعية التأثير في حجم الاستثمارات المطلوبة من المصادر الداخلية و الخارجية² ، كما يحتل الاستثمار أهمية كبرى في عملية النمو الاقتصادي ، حيث أن التراكم الرأس مالي و التقدم في فنون الإنتاج من أهم العوامل لتحقيق التقدم الاقتصادي ، و على العكس من ذلك نجد أن قلة حجم الاستثمارات كما و كيفاً و خصوصاً في تلك الدول التي لا تزال في طريق النمو.³

¹ - محمد عبد العزيز عجمية ، إيمان عطية ناصف ، التنمية الاقتصادية دراسات نظرية و تطبيقية ، دار المعرفة الجامعية - مصر - 2005 ، ص 42

² - حسين محمد مصلح محمد ، التطور التشريعي للإستثمار في مصر و أثره ، بدون دار نشر ، بدون طبعة ، ص 05
³ - خالد بن عبد الرحمن المشعل ، الجانب النظري لدالة الإستثمار في الاقتصاد الاسلامي ، سلسلة نشر الرسائل الجامعية ، العام السابع ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، ص 52

كما يأتي الاستثمار الأجنبي المباشر و معه عناصر تميزه و هي التكنولوجيا و خلق وظائف جديدة و معارف إدارية و تشجيع الدخول في سوق التصدير و هو شئ الدول النامية في حاجة إليه،¹

المطلب الثاني : الحق في التنمية و إشكالية الاستثمار الأجنبي

أولا : الحق في التنمية

إن الحق في التنمية مكرس ضمنيا في المادتين 55 و 73 من ميثاق الأمم المتحدة ، و التوصيات الأولى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تشكل أساس مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية و تم التأكيد على الحق في التنمية بموجب التوصية رقم 3201 (د.06) حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد (NOEI) و التوصية رقم 3281 (د.24) الخاصة بميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية ، كما كرست لجنة حقوق الإنسان في العام 1977 الحق في التنمية باعتباره من حقوق الإنسان و تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة لهذا المبدأ ، كما أن هذا الحق مكرس في ميثاق إفريقيا لحقوق الإنسان و الشعوب لعام 1981.²

ثانيا : إشكالية الاستثمار الأجنبي

يعتبر الاستثمار الأجنبي ظاهرة حديثة في الدول النامية ، إذ لم يكن مرغوب فيه باعتباره مجال حيوي يرتبط بصفة مباشرة بالملكية ، و قد كانت الدول مركزية التخطيط تنكر الحق في الملكية الخاصة ، و ترفض إمكانية الاستثمار الخاص سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، حتى أنهم كانوا يرو أنها ظاهرة استعمارية و تمس بالسيادة الوطنية ، و هذا ما حصل مع الجزائر التي لم تنق في الاستثمار الأجنبي إلا في التسعينات خاصة بعد الأزمة الاقتصادية و انهيار أسعار النفط ، و ترسخ المفهوم بأن التنمية الاقتصادية لا تتحقق إلا من خلال و بمساهمة الاستثمار الأجنبي.³ فقامت في الفترة الأخيرة بوضع تشريعات جديدة في مجال تسهيل الاستثمار ، كما تم وضع تشريعات جديدة تستهدف التنمية الجهوية و المناطقية في مختلف

¹ - الفاتح محمد عثمان مختار ، الاستثمار الاجنبي المباشر و دوره في تحقيق التنمية الاقتصادية في السودان ، مجلة أمّارباك ، تصدر عن الاكاديمية الامريكية العربية للعلوم و التكنولوجيا ، المجلد الرابع ، العدد 11 ، 2013 ، ص 19.

² - عيبوط محند واعلي ، مرجع سابق ، ص 165

³ - سمية كمال ، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - 2002-2003 ، ص 3

أرجاء البلاد ، و على سبيل المثال أقرت عام 2012 تشريعات تتيح امتيازات جديدة للاستثمار في ولايات الجنوب و المرتفعات الجبلية¹

المطلب الثالث : مجالات التنمية الاقتصادية

تحاول البلدان النامية عامة جذب الاستثمارات الأجنبية نظرا للآثار الايجابية المنتظرة منها في مختلف المجالات

أولا :المساهمة في إعادة الهيكلة

تعاني المؤسسات العمومية في معظم الدول النامية و من بينها الجزائر من مشاكل في التنظيم و التسيير لذلك فإن الشركات الأجنبية بمقدورها المساهمة في التسيير و التنظيم بفضل ما تمتلكه من خبرة فنية و تقنية ، مما يساعد على الفعالية الاقتصادية لهذه المؤسسات و بالتالي المساهمة في التنمية الاقتصادية للبلاد²

ثانيا : نقل التكنولوجيا

إن التطور التقني الناتج عن نقل التكنولوجيا يساعد على تحقيق السرعة في التنمية الاقتصادية و الاستثمارات الأجنبية يمكن أن تساهم في سد النقائص الموجودة في هذا المجال نظرا للتكنولوجيا المتطورة التي تستعملها في التنظيم و التسيير و الإنتاج ، لأن الاستثمار تصاحبه عادة تقنيات في الإنتاج و خبرة في التنظيم و التسيير التي تعتبر معايير للتطور التقني³ ، كما أنه ليس من السهل قياس أثر الاستثمار الأجنبي على تحويل التكنولوجيا ، لكن يبدو أن هناك مجالات و قطاعات ظاهرة للعيان ، فمثلا في الجزائر كأمودج نلاحظ تطورا ملموسا في مجال الإلكترونيك و مجال الاتصالات ، و نرى كذلك الوضوح في قطاع الخدمات و بالضبط في مؤسسة بريد الجزائر ، حيث عمدت هذه الأخيرة إلى تحسين نوعية الخدمات و تسريعها من خلال اتخاذ عدة إجراءات لإرضاء الزبون كالموزع الصوتي ، البطاقة المغناطيسية و خدمات وسترن يونيون للاستلام السريع للأموال.

¹ - تقرير الإستثمار السنوي الخامس ، التحولات الجديدة في خارطة الإستثمار العالمية و العربية الفرص و التحديات ،الإتحاد العام لغرف التجارة و الصناعة و الزراعة ، ملحق للنشرة الإقتصادية العربية ، العدد 5 ، يوليو 2014 ، ص 25.

² - عيوط محند واعلي ، مرجع سابق ، ص 162

³ - عيوط محند واعلي ، مرجع نفسه ، ص 162

و رغم المزايا إلا أن ذلك يتولد معه نوع من التبعية التكنولوجية فيصبح البلد المضيف غير قادر خلال مدة طويلة على استعمال أو صيانة أو ابتكار منتجات جديدة أو ما يتصل بها من طرق تنظيمية ، و يرجع حالة التبعية هذه إلى انعدام أو نقص الموظفين الأكفاء اللازمين لأعمال الإنتاج في المصانع¹.

ثالثا :التعاون من اجل التنمية الاقتصادية و الاجتماعية

تستفيد الدولة من الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية من خلال مساهمتها المالية خاصة في مجال المحروقات أين تستفيد الدولة من الضرائب المرتفعة لصالح الخزينة العامة².

رابعا : توازن ميزان المدفوعات

تختلف آثار الاستثمارات الأجنبية على المدفوعات باختلاف طبيعة الاستثمار ، بحيث إذا كانت موجهة لإنتاج السلع من اجل التصدير ، فان أثرها سيكون ايجابيا على ميزان المدفوعات لان التجارة الخارجية تسمح بالحصول على العملة الصعبة الضرورية لإيجاد حلول للعجز في ميزان المدفوعات خاصة في حالة ممارسة المستثمرين لسياسة التمويل الذاتي و تفادي إعادة تحويل الفوائد

إن رؤوس الأموال الأجنبية ضرورية لمواجهة النقص في الموارد المالية التي تعاني منها معظم البلدان النامية و ما يترتب عنه من صعوبات في ميزان المدفوعات ، بالمقابل فان خروج رؤوس الأموال من الدول المصدرة و دخولها في الأسواق الدولية قد يؤثر سلبا على ميزان المدفوعات³.

خامسا : الاندماج في الاقتصاد العالمي

إن الاستثمارات الأجنبية تقوم بدور هام في تعزيز التبادلات التجارية في مجال السلع و الخدمات كما تساهم في زيادة الصادرات و بالتالي المساهمة في خلق الشروط الملائمة لسياسة اقتصادية موجهة نحو الأسواق الخارجية و التقليل من الواردات و تحسين الأوضاع المالية للدولة المضيفة ، و كذا تسهيل

¹ - نعيمة أو عيل ، واقع الإستثمار الأجنبي المباشر في ظل التغيرات الاقتصادية في الجزائر 2005-2006 ، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر ، 2005-2006 ، ص 42

² - عيبوط محند واعلي ، مرجع سابق ، ص 164

³ - عيبوط محند واعلي ، المرجع نفسه ، ص 167

الدخول في الاقتصاد العالمي بفضل علاقاتها المتميزة مع البنوك الخارجية و أسواق رأس المال ، خاصة الدور الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسيات في الاقتصاد العالمي¹

سادسا : خلق فرص عمل

يلعب الإستثمار دورا هاما في خلق مناصب عمل ، كما أنه يساهم في تخفيض نسبة البطالة ، إلا أنه و بالمقابل مهما كانت السياسة التي تختارها الدولة تثير مشاكل الحد من البطالة على المدى القصير ، هذه المشاكل التي تزداد تفاقم نتيجة لدور المؤسسات الأجنبية ، و لقد أجبرت الأساليب المستعملة البحث عن توظيف عمال من ذوي الخبرات الفنية العالية و إنشاء برامج تدريبية لتكوين عمال آخرين جدد.2

خاتمة :

إن للاستثمار الأجنبي دورا هاما في عملية التنمية الاقتصادية ، فهو يساعد في جلب رؤوس الأموال التي تعاني من نقصها معظم الدول النامية ، كما أنه يساعد في جلب التكنولوجيا المتطورة التي تساعد في الرقي ، و هو ما ينعكس بالإيجاب على قيمة الصادرات و تقليص فاتورة الواردات ، و هو ما يدفع بالدولة بالاندماج في الاقتصاد العالمي ، كما أن للاستثمار الأجنبي دورا بارزا في القضاء و لو نسبيا على البطالة التي تبقى الهاجس الأكبر أمام الدول و حكوماتهم . إن التنمية الاقتصادية هي الهدف المنشود من خلال البحث عن استثمارات أجنبية فاعلة تهدف إلى دفع عجلة الاقتصاد ، و تسريع حركة الأموال و الخروج من الجمود و الانكماش الاقتصادي .

و من خلال ما توصنا إليه نقدم توصياتنا التالية:

- فتح المجال أكثر أمام الاستثمار الأجنبي مع زيادة في الاندماج الوطني ، و ذلك من أجل الاستفادة من التكنولوجيا و الخبرات .
- فتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي في المجال الفلاحي

¹ - عيبوط محند واعلي ، المرجع نفسه ، ص 168

² - نعيمة أو عيل ، مرجع سابق ، ص 142

- الاشتراط على المستثمرين الأجانب الكبار منهم تكوين أيادي عاملة محلية في اختصاصاتهم ، من أجل الاستفادة منهم مستقبلا و التخلص من التبعية المطلقة

قائمة المراجع :

- 1- عيوط محمد واعلي ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للنشر و التوزيع - الجزائر ، 2012 .
- 2- محمد عبد العزيز عجمية ، إيمان عطية ناصف ، التنمية الإقتصادية دراسات نظرية و تطبيقية ، دار المعرفة الجامعية - مصر - 2005 .
- 3- محمد عبد العزيز عبد الله عبد ، الإستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الإقتصاد الإسلامي ، دار النفائس للنشر و التوزيع - الاردن - ، ط 1 ، 2005.
- 4- حسين محمد مصلى محمد ، التطور التشريعي للإستثمار في مصر و اثره ، بدون دار نشر ، بدون طبعة .
- 5- حاتم فارس الطعان ، الإستثمار أهدافه و دوافعه ، كلية الإدارة و الإقتصاد - بغداد - 2006 .
- 6- خالد بن عبد الرحمان المشعل ، الجانب النظري لدالة الإستثمار في الاقتصاد الاسلامي ، سلسلة نشر الرسائل الجامعية ، العام السابع ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .
- 7- الفاتح محمد عثمان مختار ، الاستثمار الاجنبي المباشر و دوره في تحقيق التنمية الاقتصادية في السودان ، مجلة أماراباك ، تصدر عن الاكاديمية الامريكية العربية للعلوم و التكنولوجيا ، المجلد الرابع ، العدد 11 ، 2013.
- 8- تقرير الإستثمار السنوي الخامس ، التحولات الجديدة في خارطة الإستثمار العالمية و العربية الفرص و التحديات ،الإتحاد العام لغرف التجارة و الصناعة و الزراعة ، ملحق للنشرة الإقتصادية العربية ، العدد 5 ، يوليو 2014 .
- 9- أحمد ديبش ، إشكالية التنمية و الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، أطروحة دكتوراه في العلوم الإقتصادية ، جامعة الجزائر 3 ، 2010-2011.

- 10- أزهار سعادو ، دور الإدارة في إستقطاب الإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2005-2006
- 11- سمية كمال ، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - 2002-2003 .
- 12- نعيمة أوعيل ، واقع الإستثمار الأجنبي المباشر في ظل التغيرات الإقتصادية في الجزائر 2005-2006 ، مذكرة ماجستير في العلوم الإقتصادية ، جامعة الجزائر ، 2005-2006
- 13- عزرين عبد الرزاق ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر " واقع و افاق " ، مذكرة ماستر في القانون ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014.

التنازل على أملاك الدولة والتركات الشاغرة في التشريع الجزائري

سعودي علي

ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه

فرع دولة ومؤسسات عمومية

جامعة عمار ثليجي - الأغواط-

ملخص

أوضح المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 08 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 7 غشت 2003 يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004

و ما ينبغي معرفته عن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004

انه يتم التنازل عن الأملاك العقارية لفائدة شاغليها الشرعيين من الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري على أساس قيمتها التجارية ووفق لشروط محددة فيه كما اشترط المشرع شروط خاصة للتنازل على التركات الشاغرة.

Il a dit le décret n ° 03-269 en date du 08 Joumada II 1424 correspondant à Août 2003 définit les termes de 7 et celles relatives à la cession de biens immobiliers de l'Etat et les bureaux de la promotion immobilière et de gestion reçus ou mis en exploitation avant 01 Janvier 2004

Et ce que vous devez savoir au sujet de la cession de biens immobiliers de l'Etat et les bureaux de la promotion immobilière et de gestion reçus ou mis en exploitation avant 01 Janvier 2004

Il est renoncé à des biens immobiliers au profit des occupants légitimes des personnes physiques de nationalité algérienne ou des personnes morales de droit algérien sur la base de leur valeur commerciale et conformément aux conditions particulières dans lesquelles le législateur

prévoyait également des conditions particulières pour la renonciation à l'héritage vacant

المقدمة

تعتبر الأملاك الشاغرة التي لا مالك لها ملك للدولة طبقا لنص المادة 730 من القانون المدني والمادة 48 من المادة 90-30 كما تضمن الأمر رقم 66-102 المؤرخ في 1966/5/06 أيلولة الأملاك الشاغرة إلى الدولة على إدراج وضم جميع الأملاك الشاغرة لأموال الدولة فأضحت تحت تصرفها ولكن بشروط التي أقرها القانون وجاء القانون رقم 81-01 المؤرخ في 1981/02/07 المعدل والمتمم بالمرسوم 86-03 المؤرخ في 1986/04/04 التنازل على أملاك الدولة وجاء في المرسوم رقم 03-269 المؤرخ في 2003/8/7 كفيات وشروط التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري والموضوع حيز الاستغلال قبل 2004/01/01

الإشكالية: كيف نظم المشرع الجزائري عملية التنازل على أملاك الدولة؟

وما هي الإجراءات التي المتبعة في التركات الشاغرة؟

المبحث الأول: التنازل على أملاك الدولة

المطلب الأول: شروط الاستفادة من التنازل

أوضح المرسوم التنفيذي رقم 269/03 المؤرخ في 2003/8/7 الجريدة الرسمية رقم 48 شروط وكيفية التنازل على الأملاك .

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالأملاك العقارية.

أ- الشروط المتعلقة بالأملاك العقارية محل التنازل:

فقد نصت المادة 15 من الأمر 70/11 أن يكون السكن موضوع التنازل يدخل من أملاك الدولة ويعتمد في تحديدها المادة 02 من القانون 01/81 المعدل والمتمم وهي بالتالي:

1- المحلات السكنية من البنايات الجماعية والمساكن الفردية التي آلت للدولة بموجب الأمر 02/66 المؤرخ في 1966/05/06 وكذلك البنايات التي أعيد دمجها في أملاك الدولة بموجب الأمر رقم

11/70 المؤرخ في 1970/01/22 المتعلق بممتلكات مؤسسات الدولة (م 15 من الأمر 11/70).

- 2- // // لقطاع الكراء التابعة لمكاتب الترقية والتسيير العقاري أو المدججة في ثروتها.
 - 3- // // التابعة للجماعات المحلية والمحلات السياحية ذات الاستعمال السكني المنصوص عليها في م 88 من قن رقم 11/80 المؤرخ في 1980/12/31 المتضمن قن المالية 1981.
 - 4- // // التابعة للمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية بمختلف أنواعها.
 - 5- المحلات المهنية أو التجارية أو الحرفية التي تماثل صفتها القانونية صفة الأملاك المشار إليها في الفقرات 1-2-3-4 من قن 01/81 وكذل الحقوق التجارية المرتبطة بها
- ب- الشروط المتعلقة بالأملاك الغير قابلة للتنازل:**

وهي المباني المذكورة في المادة 3 من قن 01/81 المعدل والمتمم وهي كالتالي:

- 1- البنايات الجماعية المهددة بالانحيار الذي يستوجب قدمها المثبت قانونا هدمها من قبل المصالح الإدارية المختصة.
 - 2- البنايات والمحلات المعنية بإجراء المواصفة أو بعمليات للتجديد تتم تنفيذاً للمخططات العمرانية الرئيسية السارية في تاريخ التعبير عن إرادة الاكتساب
 - 3- المساكن والمحلات التابعة لمكاتب الترقية والتسيير العقاري المخصصة لحاجيات الدولة والجماعات المحلية
 - 4- البنايات والمحلات التجارية ذات الطابع السياحي المشار إليه في م 88 من قن المالية 1981، التي هي جزء من مجموعة سياحية أ، لها أهمية خاصة والتي تقدر قائمتها بموجب مرسوم.
 - 5- مساكن الخدمة التي هي جزء لا يتجزأ من البنايات التي تستعملها الدولة وجماعاتها الإقليمية والمؤسسات والأجهزة والهيئات العمومية وكذلك المساكن الضرورية لممارسة الوظائف والمساكن المرتبطة مباشرة باستغلال الوحدات الصناعية والمنجمية.
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالأشخاص المستفيدين من التنازل:**
- حصرها القانون على طائفة معينة من الأشخاص بتوافر جملة من الشروط
- يمكن أن يترشح لاكتساب الأملاك الدولة كل من:

أ- بالنسبة للمحلات السكنية

الأشخاص الطبيعيون ذوي الجنسية الجزائرية المتمتعين بصفة المستأجر الشرعي والمستوفون لالتزاماتهم الإيجارية عند تاريخ التنازل الذين يشغلون الأماكن بصفة دائمة وهو ما أكدته القرار رقم 89198 المؤرخ في 1992/12/06 مجلة 1994 العدد 02. وبعد إعداد قائمة الملفات والمقبولة ترسل في أجل أسبوع إلى مدير أملاك الدولة عن طريق جدول إرسال مقابل وصل إستيلاء.

وتتم دراسة الملفات تماشياً مع إستيلائها لبطاقات التقييم المرسلة من طرف مصالح المالية حيث تلتزم هذه الأخيرة لإرساله في مدة شهر واحد من تاريخ إيداع قوائم الأملاك المعنية ويضم التقييم محل العقارات في تصنيف الأملاك والشروط المالية سواءاً في حالة الدفع الفوري أو في حالة الدفع بالتقسيط وفي النهاية كل ملف يحضى بالموافقة يكون موضوع مقرر التنازل ويبلغ بالبريد الضمون ويكون المقرر في 3 نسخ ثم يتم إعداد عقود البيع التي تقرر طبق للنماذج التي ستعدها إدارة المالية.

ب- بالنسبة للمحلات ذات الاستعمال التجاري أو الحرفي أو المهني أو الشركات التجارية الخاضعة للقانون الخاص الجزائري والتي يحمل فيها كل الشركاء الجنسية الجزائرية والذين يثبتون أنهم المستأجرون الشرعيون وأنهم مستوفون لالتزاماتهم الإيجارية ويمارسون نشاطهم في هذه الأماكن.

- كما أن الاستفادة من التنازل يجب أن لا تتعدى بأي حال من الأحوال طبق للمادة 8 من

القانون 01/81 المعدل والمتمم

1- محل واحد للاستعمال السكني

2- // // // التجاري أو المهني أو الحرفي.

3- هذا كله من أجل تكوين مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع في الاستفادة من التنازل.

4- أما بالنسبة لأولاد الشاغل المتوفي الذين لم يبلغوا سن الرشد والذين تتوفر فيهم شروط التنازل

فيجوز لهم الترشح لاكتساب المحل القابل للتنازل على الشيوع بواسطة وليهم الذي يعمل

لحسابهم في إطار التشريع المعمول به في هذا المجال مع بقاء الشيوع إلزامياً إلى غاية بلوغ أصغر

ولد سن الرشد م 10 القن رقم 01/81 المعدلة والمتمة بالمادة 07 من القن رقم 03/86

المؤرخ في 1986/02/04

- بالنسبة للأشخاص المغتربين لهم حق الأولوية في الاستفادة بقطعة أرض مقابل أن يسدد ثمنها بالعملة الصعبة تطبيقاً للمرسوم 27/76 المؤرخ في 1996/02/07 الذي جاء تطبيقاً للأمر 26/74 المؤرخ 1974/02/20.

- كذلك الحائز على حق الإيجار التخلي عن حقوقه الإيجارية للغير طبقاً للقرار رقم 58945 المؤرخ 1989/11/18 من قانون 1991 حيث ينطبق مفهوم المستأجر الشرعي حتى على المتنازل إذا كان التنازل عن الإيجار صحيح قانوناً

المطلب الثاني: الأجهزة والهيئات المكلفة بالنظر في العملية التنازل.

أ- اللجنة البلدية: كانت تسمى في ظل قن رقم 01/81 بلجنة الدائرة ، ثم اتسبذلت تسميتها بلجنة ما بين البلديات بموجب م 09 من قن رقم 03/86 المؤرخ في 14 فبراير 1986. وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 269/03 المؤرخ في 2003/08/07 في المادة 11 منه على إنشاء لجنة الدائرة للفصل في طلبات الشراء في أجل 03 أشهر ابتداءً من تاريخ إيداع الطلب وتتكون هذه اللجنة من:

- رئيس الدائرة رئيساً.
 - ممثل المدير الولائي لأملاك الدولة
 - ممثل المدير الولائي المكلف بالسكن.
 - ممثل عن ديوان الترقية والتسيير العقاري.
- وتتوسع اللجنة إلى ممثل مدير الثقافة عندما يتضمن جدول الأعمال أملاك عقارية تقع داخل القطاعات المحمية.

تجتمع لجنة الدائرة حسب عدد ملفات الشراء الواردة إليها، مرة واحدة على الأقل في الشهر وترسل الملفات إلى مجموع الأعضاء على الأقل 48 ساعة قبل الاجتماع ويكرس هذا الأخير بمحاضر مختصرة ممضاة من طرف كل الأعضاء الحاضرون.

لا يمكن لها النطق بالقرارات إلا بحضور 3 أعضاء على الأقل بما فيهم رئيسها تؤخذ قراراتها بالأغلبية وفي حالة تعادل الأصوات فإن الفصل يكون بقرار رئيسها.

ترسل ملفات الاكتساب إلى هذه اللجنة التي تسلم وصل استلام مقابل ذلك وتقوم بإبداء رأيها في طلبات التنازل بعد فحص الملفات المعروضة.

ب- اللجنة الولائية:

طبق لنص م 15 من قن رقم 03 (269) تتكون اللجنة من:

- الوالي رئيساً
- المدير الولائي لأملاك الدولة
- المدير الولائي المكلف بالسكن.
- المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري

اختصاصات اللجنة:

وتختص في الطعون المحتمل تقديمها من طرف المترشحين للشراء في أجل شهر ابتداء من تاريخ إستيلاء التبليغ.

تجتمع حسب عدد الطعون الواردة إليها، ويتعين عليها البت وبتخصيص رد مبرر للعارض في أجل أقصاه شهر من تاريخ إستيلاءها للطعن.

تحتوي على أمانة مكلفة سيما باستلام الطعون ومسك سجل ممضي ومؤشر عليه حسب الترتيب الزمني.

يرسل ر. اللجنة الولائية للإعلام نسخ من الطعون المقدمة إلى ر.ل. الدائرة وكل أعضاء اللجنة تحرير محاضر اجتماعات ممضاة من طرف مجموع الأعضاء وكذلك النطق بالقرارات والتصويت نفسه مع لجنة الدائرة.

حيث أنه ليست لإدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية أي سلطة قانونية في أن تؤجل التنازل عن المساكن التي استفاد منها أصحابها بموجب قرار صادر عن لجنة الدائرة اللجنة الوطنية:

يترأسها وزير الداخلية و المجموعات المحلية على المستوى الوطني وأسندت لها المهام التالية:

- السهر على تطبيق التنظيم المعتمد في مجال عملية التنازل
- تتبع عمل اللجان وتقديم عرض للحكومة حول تطوير وسير العملية.

المطلب الثالث: المنازعات المتعلقة بالتنازل عن أملاك الدولة

المبدأ العام هو أن منازعات الدومين الخاص للدولة في الجزائر تخضع لاختصاص القاضي الإداري، مثلها مثل منازعات الدومين العام.

والاستثناء هو خضوعها للمحاكم العادية عند وجود تحويل قانوني - أي نص صريح في القانون - كما هو الحال في " تبادل الأملاك العقارية الخاصة "

سواء بين المصالح العمومية أو مع الخواص، إذ نصت المادة 96 من قانون الأملاك الوطنية على اختصاص المحاكم العادية (تخضع المنازعات المتعلقة بالتبادل للهيئات القضائية المختصة في مجال القانون العام)

غير أن الإشكال الذي طرح بحدّة في الحياة العملية كان بخصوص القانون رقم 81-01 المؤرخ في 81/02/07 المتضمن تنازل الدولة والمجموعات المحلية عن العقارات ذات الاستعمال السكني أو الحرفي أو التجاري لفائدة الخواص، حيث نصت المادة 35 منه على أنه: (يجوز للأفراد المترشحين لشراء الأملاك أن "يرفعوا طعنا نزاعيا" في حالة رفض تظلمهم إلى الهيئات القضائية التابعة للقانون العام وخلافا للمادة 35 هذه التي تجعل المنازعات المتعلقة بتنازل الدولة عن دومينها الخاص من اختصاص العادية، فإن اجتهاد المحكمة العليا استقر على تكريس اختصاص القضاء الإداري سواء في مجال منازعات عقود التنازل أو في مجال القرارات الصادرة عن اللجنة الولائية للتنازل مفسرة نص المادة 35 المشار إليها أعلاه على أن القاضي الإداري هو جهة القضاء العام بالنسبة للإدارة وفي حالات أخرى أعلنت المحكمة العليا عن اختصاص الجهات القضائية الإدارية مؤسسة موقفها على أن عقود التنازل المتعلقة بالدومين الخاص للدولة هي عقود إدارية "القرار رقم 84/541 المؤرخ في 1993/03/22 (غير منشور): حيث أن الأمر يتعلق بعقد -إيجار/بيع- الذي له طابع عقد إذعان إداري، ومن ثم فإن المنازعة المتعلقة به تخضع لاختصاص الجهة القضائية الإدارية " وبالرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي الذي هو مصدر تاريخي للقانون الإداري الجزائري، ويتضح أن المادة 35 من القانون رقم 81-01 هي فعلا من استثناءات الاختصاص، إذ في فرنسا يؤول الاختصاص للمحاكم العادية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالدومين الخاص للدولة، والاستثناء هو خضوع العقود الإدارية المتعلقة بالتنازل عن الدومين الخاص للقضاء الإداري حسب الاتجاه الحديث للاجتهاد.

ولعل عمومية نص المادة 35 هي التي أدت بالمحكمة العليا إلى الخروج عنها كلية، وقد أصابت فيما ذهبت إليه، لأنه لا يستساغ ولا يعقل أن يكون المقصود بالمادة (35) من قانون 81/02/07 هو تحويل الاختصاص بصفة مطلقة للمحاكم العادية، لأنه لو طبقنا نص المادة المذكورة حرفيا لأصبحت المحاكم العادية هي المختصة بإبطال قرارات التنازل وكذلك عقود البيع، وحينها يطرح

السؤال ما الجدوى من وجود جهات قضائية إدارية طالما أصبحت المحاكم العادية مختصة بنظر منازعات هي من صميم القانون الإداري (القرارات والعقود الإدارية).

لكن إذا كان قضاء المحكمة العليا قد أصاب عندما كرس اختصاص الجهات القضائية الإدارية خاصة في مسائل العقود والقرارات الإدارية المتعلقة بعملية التنازل عن الدومين الخاص — لأنها من صميم القانون الإداري وامتيازاته — فضلاً على أن موضوع هذه العقود يتضمن شروطاً

غير مألوفة في القانون الخاص فإنه لم يكن موفقاً عندما عمم اختصاص القاضي الإداري على باقي المنازعات الأخرى (غير العقود والقرارات) "حيث أكدت المحكمة العليا في القرار رقم 56/291 المؤرخ في 1988/07/16 على الولاية العامة للجهات القضائية الإدارية في المنازعات الناجمة عن تطبيق قانون 1981/02/07 : (حيث أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مستقر على أن الجهات القضائية الإدارية هي وحدها المختصة بالبت في المنازعات المتولدة عن تطبيق هذا القانون، وأن الغرفة الإدارية بالمجلس قد أخطأت بالتالي عندما صرحت بعدم اختصاص".

معتمداً على تصور مفاده أن " جهات القانون العام" بالنسبة للإدارة هي جهات القضاء الإداري. خلاصة القول أن يمكن تصور بعض مجالات اختصاص المحاكم العادية خارج منازعات القرارات والعقود المتعلقة بالتنازل عن أملاك الدولة والمجموعات المحلية في مجال المنازعات المتعلقة برسم الحدود أو المتعلقة بتحديد ما يعتبر من الأجزاء المشتركة وما يعتبر أجزاء خاصة... إلخ، إذ لا تظهر الإدارة في مثل هذه المسائل (خارج قرارات التنازل أو عقود البيع) كسلطة عامة، بل تبدو كأى شخص عادي يتصرف أو يقوم بتسيير أمواله الخاصة. وعلى الأرجح أن نية المشرع تكون قد اندرجت ضمن هذا الإطار في المادة 35 من قانون التنازل.

المبحث الثاني: التركات الشاغرة

عادة ما يتوفى الشخص ويترك منقولات وعقارات لكن بدون أن يترك وارث يمتلك هذه الأول وتكون التركة شاغرة كلياً أو جزئياً في ثلاث حالات

الحالة (أ): انعدام المالك أو جهله أو انعدام الوارث أو جعله أو إهمال

الحالة (ب): تخلص أحد الورثة عن حصته

الحالة (ج): أملاك المفقودين أو الغائبين

المطلب الأول: حالات الشغور والإجراءات المتبعة

تنص المادة 51 من قانون الأملاك الوطنية على أنه:

"إن لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثا بحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانون، أمام الهيئات القضائية المختصة، بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية، ويتم المحتملين أو الورثة، ويترتب على الحكم، بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد من 827 إلى 829 من القانون المدني. بعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح بانعدام الوارث يمكن للقاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط والأشكال المقررة في القانون والتصريح بتسليم أموال التركة كلها". بناء عليه يمكن إجمال إجراءات طلب أيلولة التركة إلى الدولة بسبب انعدام المالك أو الوارث إلى ثلاث إجراءات أساسية .

الفرع الأول: التحقيق والبحث عن الورثة:

تلتزم الإدارة قبل أن تطالب بالتركة أمام القضاء بإجراء تحقيق قصد البحث والتحري عن أملاك أو الورثة المحتملين عادة ما تتم إجراءات البحث والتحري عن طريق نشر إعلانات بشغور تركة فلان... 3 أعمدة الجرائد الوطنية.

الفرع الثاني: استصدار حكم انعدام الوارث ووضع التركة تحت الحراسة القضائية

بعد التحقيق والتحدي بطالب الوالي الجهة القضائية المختصة أن تصرح بانعدام الوارث ووضع التركة تحت الحراسة القضائية فيقدم عريضة ويطلب فيها خاصة:

- الترخيص لإدارة أملاك الدولة بإعداد الجدد والتسيير المؤقت للتركة وممارسة كل الحقوق والدعاوى المرتبطة بها
- تحديد الأجل الممنوح للوالي لطلب إعلان الشغور
- نشر النياحة لمستخرج الحكم المراد النطق به في الصحافة

الفرع الثالث: إعلان الشغور وتسليم التركة

ب\ ع انتهاء الأجل المتضمن في الحكم الذي صرح بانعدام الوارث يودع الوالي عريضة جديدة ويذكر بالوقائع والحكم القاضي بانعدام الوارث ويطلب إصدار حكم إعلان الشغور وتسليم التركة للدولة (إدارة

أَمْلاك الدولة) و في حالة صدور حكم لصالح الإدارة وبعد أن يصبح نهائيا تدمج التركة في الأملاك الخاصة بالدولة.

غير أن الدولة لن تتعزز ملكيتها نهائيا إلا بعد فوات مدة ثلاثة وثلاثين سنة المقررة في المادة 829 من القانون المدني

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن حقوق الدولة في مجال التركات الشاغرة بجل أن تخصم منها مصاريف التجهيز والدفن والديون الثابتة في ذمة المتوفي والوصية

المطلب الثاني: تسيير التركات الشاغرة

أن حكم التصريح بإنعدام الوارث يوكل لإدارة أملاك الدولة تسيير المؤقت للتركة بعد أن يصبح نهائيا باعتبارها حارس قضائيا ويهمن استكمال إجراءات الشهر التي تمكن ذوي الحقوق المحتملين من التدخل والخصومة ومعارضة الإجراءات المتبعة إلى ادماج التركة والأموال الخاصة بالدولة بعد حكم إعلان الشعور وتسليم التركة لأَمْلاك الدولة.

التي تكلف بتسييرها إلى غاية الآجال المقررة لتقادم الميراثية بعدها تدمج نهائيا وملكية الدولة الخاصة عملا بنص المادة 8 الفقرة 30 من المرسوم التنفيذي 65/91 مؤرخ في 02 مارس 1991 الذي ينظم المصالح الخارجية لأَمْلاك الدولة والحفظ العقاري

" تتولى مديرية أملاك الدولة في الولاية ما يأتي

تقوم بتسيير الممتلكات والتركات الشاغرة وعديمة الوارث غير أن تسيير إدارة أملاك الدولة تكون فقط في حدود السلطات المحولة إياها وفقاً للحكم القضائي النهائي، فيجب على إدارة أملاك الدولة أن تطالب عن طريق الوالي من الجهة القضائية المختصة الترخيص بها بالقيام لعمليات - شأن التركة - غير متضمنة في حكم التصريح بإنعدام الوارث كلما كان ذلك ضروريا

حسب العمل الإداري غير المكرس في النصوص كل تركة تكون موضوع تسجيل في سجل أو مجلد المحتويات، وذلك بعد الترخيص لإدارة أملاك الدولة قضاءً بالتسيير المؤقت للتركة وفق للحكم النهائي بإنعدام الوارث فيسجل في هذا المجلد اسم ولقب صاحب التركة مكان وتاريخ وفاته وتاريخ الأحكام التي رخصت للإدارة بالتسيير المؤقت كما يدون تعيين التركة والمداخيل التي أدرتها وكذلك المصاريف التي تطلبها.

المطلب الثالث: المنازعات المثارة بشأن التركات الشاغرة

طبقا لنصوص المواد 48،51،52،53 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، وكذا المواد 88،89،90،92 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، فضلا عن المادة 773 من القانون المدني، ففي كل هذه الحالات ترفع الدولة ممثلة في شخص الوالي أمام القاضي العادي دعوى للحصول على حكم يصرح بانعدام الوارث، ويتم ذلك بعد القيام بتحقيق من أجل البحث والتحري عن الملاك المحتملين أو الورثة.

ويترتب على الحكم التصريحي الذي يثبت شغور تركة الأملاك العقارية التي تركها المالك، تطبيق نظام الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الآجال وبعد انقضاء هذه الآجال عقب الحكم الذي يثبت انعدام الورثة، يصرح القاضي بالشغور وإلحاق هذه الأملاك بملكية الدولة. وتثبت إدارة الأملاك الوطنية تحويل ملكية العقار المعني للدولة، وتدججه في الأملاك الوطنية الخاصة للدولة. ولعل الحكمة من اشتراط المشرع رفع الدعوى من قبل الوالي أمام المحاكم العادي إلى اعتبار أن هذه الأملاك ذات طبيعة خاصة الحامي الطبيعي لها هو القاضي العادي.

الخاتمة

جاء المرسوم التنفيذي رقم 06-296 المؤرخ في 02 سبتمبر 2006 المتضمن كفاءات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية و التسيير العقاري و المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل الفاتح جانفي 2004 ليوضح كيفية التنازل على هذه الأملاك ورفع الغبن على المواطن وبالإضافة إلى ذلك و وفق المرسوم رقم 211-15 المؤرخ في 26 شوال عام 1436، الموافق لـ 11 أوت 2015 . الذي يقضي بتنازل الحكومة عن هذه السكنات وتمليكها لهم، في حين سيستفيد المستأجر من عملية جديدة تتمثل في الدفع بالتقسيط، مع الحصول على عقد الملكية، وقد حدد قرار وزاري مشترك بين وزارات المالية، الداخلية والسكن، السعر المخصص للتنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل الفاتح جانفي 2004، بسعر مرجعي متوسط محدد بـ 12 ألف دينار للمتر المربع، أين أكد القرار ذاته أنه بموجب تنفيذ القرار الوزاري لسنة 2004 توضح معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة أو دواوين الترقية والتسيير العقاري.

قائمة المراجع

الكتب:

حمدي باشا عمر، "دراسات قانونية مختلفة" دار هومة الجزائر، طبعة أربعة، 2006.

حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة لمجلس الدولة و المحكمة العليا"، دار هومة الجزائر، 2008.

حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة لمجلس الدولة و المحكمة العليا ومحكمة التنازع"، دار هومة الجزائر، 2010.

ليلي زروقي و حمدي باشا عمر، "المنازعات العقارية"، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة الطبعة العاشرة 2008 .

القوانين والمراسيم:

القانون المدني الجزائري

القانون رقم 01/81 في 1981/2/7 المتضمن تنازل الدولة والمجموعات المحلية عن العقارات ذات الاستعمال السكني أو الحرفي أو المهني لصالح الخواص. المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 86-03 المؤرخ في 1986/4/4.

القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية

المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 1991/11/23 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها.

المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 2003/8/7 الذي يحدد كيفية وشروط التنازل على الأملاك العقارية التابعة للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري

سلطات القاضي الإداري في ضمان تنفيذ أحكامه المتعلقة بحماية البيئة .

خطوي مسعود
جامعة الأغواط

الأستاذ بلي بولنوار
جامعة الأغواط

مقدمة:

ان الاضرار بالبيئة أو محاولة الشروع في ذلك يعتبر سبب جديا يبرر تدخل القاضي الاداري بموجب دعوة ادارية ينهيها بحكم او قرار قضائي يتضمن النطق بحماية البيئة.

إن مجرد نطق القاضي الإداري بإدانة الإدارة و الحكم على قراراتها بعدم المشروعية و من ثم الإلغاء أو الحكم عليها بالتعويض أو وقف تنفيذ أي قرار صادر عنها ماس بالبيئة لا يعتبر ضمانا كافية بحماية البيئة، ذلك أن الإدارة قد تتجاهل تجاهلا صارخا تنفيذ تلك الأحكام القضائية، و قد يكون هذا الامتناع صريحا أو ضمنيا و قد يتخذ شكل عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو حتى المتأخر للحكم القضائي المتعلق بحماية البيئة خارقة بذلك حجية الشيء المقضي به، و مهددة للبيئة بتعنتها مما يجعل تدارك الأمر بعد ذلك صعب، وإصلاح الضرر البيئي ضرب من المستحيل، و قد تتعذر بعدة أسباب المحافظة على النظام العام أو الصعوبات المالية او القانونية التي تواجهها كانهدام الاعتمادات المالية في قضايا التعويض عن الأضرار البيئية.

لذلك كان لا بد من توفير ضمانات فعالة لحماية البيئة بموجب احكام وقرارات القاضي الاداري في التصدي للإدارة المتعنتة والرافضة لتنفيذ أحكامه المتعلقة بحماية البيئة، فوجب هنا ابراز وبيان الآليات التي وفرها المشرع الجزائري للقاضي الإداري والتي من شأنها ان تكفل تنفيذ تلك الاحكام.

و عليه يمكن القول أن دور القاضي الإداري لا يتوقف عند النطق بالأحكام القضائية بل يتعداه لفرض تنفيذها على أرض الواقع خاصة في المجال البيئي و ذلك لتفعيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة حماية للبيئة و الإطار المعيشي مستعملا في ذلك سلطاته في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية بحماية البيئة (المبحث الأول)، أو إكراه الإدارة على تنفيذ الأحكام المذكورة عن طريق الغرامة التهديدية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر التنفيذية للإدارة لحماية البيئة .

لا بد من معرفة طبيعة هذه الأوامر التي يوجهها القاضي الإداري للإدارة (مطلب أول) ومدى ارتباطها بأحكامه القضائية التي يصدرها (مطلب ثاني)

المطلب الأول: طبيعة الأوامر التنفيذية

لقد تضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري مبدأ صلاحية القاضي الإداري في إستخدام سلطة الأمر في مواجهة الإدارة و ذلك في المواد 977- 978 - 980، إن ضمان الحريات العامة في مواجهة السلطات الإدارية لا يتوقف على مجرد صدور حكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، بل يمتد إلى غاية النظر في الغاية من الدعوى القضائية، أي تمكين المتقاضى من حقه عن طريق توجيه أوامر للإدارة لجعلها تسعى إلى إحترام القاعدة القانونية¹ .

وبالتالي فسلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة لتنفيذ الأحكام القانونية لحماية البيئة يعتبر من مستلزمات حماية البيئة من إجراء يبعد عنها إعتداء و شيك الوقوع، أو ينهي عنها إعتداء قائما، أو يصلح ضررا بيئيا قد وقع، وهي على هذا النحو تتوزع بين أوامر بالتزام الإدارة بعمل معين، و أخرى بالالتزام بالامتناع عن القيام بعمل ضار بالبيئة .

إن إستجابة المشرع الجزائري و تكريسه لمبدأ توجيه الأوامر للإدارة في مجال تنفيذ أحكام القضاء بما فيها تلك المتعلقة بالبيئة²، أمر عزز دور القاضي الإداري في ضمان إحترام احكامه، إضافة إلى تعزيز و توطيد الثقة في سلطته في توفير الحماية للبيئة، تتعدى مجرد صدور احكام الحماية الى ترتيب آثارها على الميدان و الواقع الفعلي، لأن حماية البيئة تتطلب الأفعال المكركة و ليس الأقوال .

فرع أول: الأوامر بالامتناع عن عمل :

و نعني بها تلك الاوامر التي يصدرها القاضي الإداري حاثا فيها الادارة بالامتناع عن إتخاذ أي إجراء يكون من شأنه الإضرار بالبيئة، حيث يترتب على الحكم بإلغاء القرار الإداري إعدام هذا القرار بأثر رجعي تمتد إلى تاريخ صدوره، و تلتزم الإدارة بإزالة اثر هذا القرار و إعادة تصحيح الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدوره، حيث نكون أمام التزام سلبى للإدارة و نعني به امتناع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء يكون بمثابة تنفيذ للقرار المحكوم بإلغائه، و ذلك بالامتناع عن تنفيذ القرار الملغى من جهة، و الامتناع عن إعادة إصداره من جهة ثانية، و يترتب عن ذلك وقف سريان القرار الملغى، و ذلك إعمالا لقاعدة الأثر الفوري للقرارات القضائية الإدارية الواجبة التنفيذ بمجرد العلم بها، و مخالفة ذلك يعد من

¹ -باية سكاكني ، دور القاضي الإداري بين المتقاضى و الإدارة ، دار هومة ، الطبعة 1،الجزائر ، 2006 ، ص 72 .

² - في هذه الحالة يوجه القاضي الإداري أمرا للإدارة لتتخذ سلوكا محدد في إطار منطوق حكم حماية البيئة الذي أصدره تاركا الحرية كاملة للإدارة للتصرف دون أن ينصرف الى إمكانية الحلول محلها إحتراما لمبدأ الفصل بين السلطات .

المخالفات الواضحة التي ترتكبها الإدارة، بالإضافة إلى حظر إصدار قرار جديد يشتمل على مضمون القرار الملغى أو يترتب عليه آثاره¹.

فرع ثاني: الأوامر بتأدية عمل :

مفاده توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة لتنفيذ أحكام حماية البيئة، حيث تكون الإدارة ملزمة حينها، بأداء أعمال من شأنها تعزيز حماية البيئة، كأن يأمرها القاضي بإزالة الآثار المترتبة عن القرار الملغى ، فقد يقتضي الأمر أن تلزم الإدارة بإصدار قرار جديد يحمي البيئة، كما انه يجب على الإدارة أن تقوم بإزالة الآثار المادية للقرار الملغى و هي تمثل الخطوة الايجابية الفعلية في سبيل تنفيذ حكم الإلغاء².

كما يمكن للقاضي الإداري أن يصدر أمرا من شأنه أن يساعد على تنفيذ الحكم المتعلق بحماية البيئة في حالة إذا ما رأى أن الإدارة تتماطل في التنفيذ أو أحجمت عن ذلك، ذلك أن وظيفة القاضي لا تقتضي فحسب النطق بحكم القانون، و إنما أيضا سلطة الأمر باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لكي يأخذ هذا الحكم طريقه إلى التطبيق العملي، و تلك سلطة مكمله لسلطته في الحكم³.

المطلب الثاني: ارتباط الأوامر القضائية بالحكم القضائي

ان الأوامر التي يصدرها القاضي الإداري والمتعلقة بحماية البيئة قد تكون في نفس الحكم القضائي الأصلي المتعلق بحماية البيئة (فرع أول) وقد يوجهها في حكم لاحق (فرع ثاني)

فرع أول: توجيه أوامر في نفس الحكم القضائي المتعلق بحماية البيئة:

تنص المادة 978 قانون الاجراءات المدنية و الادارية على ما يلي : " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام احد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي، بالتدبير المطلوب مع تحديد اجل للتنفيذ، عند الاقتضاء.

إن القاضي الإداري باستطاعته أن يلزم الإدارة بإصداره لها أوامر تنفيذية في نفس حكم الحماية الذي يصدره أي انه يصدر حكما بحماية البيئة متضمنا في ذات الوقت تدابير تنفيذه شرط أن يطلب منه ذلك، كما له السلطة التقديرية في تحديد اجل للتنفيذ عند الاقتضاء و ذلك في الحكم نفسه باعتبار عامل الزمن مهم في حماية البيئة أي أن من صلاحيات و سلطات القاضي الإداري أن يضمن حكمه بحماية البيئة أمرا يلزم الإدارة بالقيام بأي تدابير أو إجراءات تنفيذية محددة سواء بالسلب أو الإيجاب، كما يمكنه أن يحدد للإدارة الإطار الزمني الذي يجب أن ينفذ فيه ذلك الحكم و كل هذا مقترضا بطلب

¹ - حسينة شرون ، إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دار الجامعة الجديدة ، 2010 ، ص 34 .

² - حسينة شرون ، مرجع سابق ، ص 35 .

³ - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة 3 ، الإسكندرية ، 2012/2011 ، ص 26 .

المدعي مما يجعل إمكانية تنفيذ حكم الحماية كبيرة و العودة إلى القاضي الإداري في خصومة جديدة في ذات الغرض بعيدة .

فرع ثاني: توجيه أوامر لاحقة على الحكم الأصلي:

في حالة إذا لم يتم تنفيذ الحكم القضائي و كان هذا الحكم لم يتضمن تدابير تنفيذه يتم الرجوع ثانية إلى القاضي الإداري و يطلب منه ذلك فيصدر أوامر و تدابير تنفيذية لاحقة تبين كيفية تنفيذ الحكم الأصلي بالحماية كما يمكنه تحديد إطار زمني للتنفيذ¹.

كما يمكن للقاضي الإداري توجيه الأمر للإدارة في سبيل اتخاذ قرار جديد آخر غير الذي تمت مخصصته تتدارك فيه الإدارة وجه اللا مشروعية الذي عاب القرار الإداري الأول الماس بالبيئة و الذي ألغاه القاضي الإداري في حكمه الأول و هذا كله يتوقف على أن يكون الحكم الأصلي لم يتضمن تدابير تنفيذ معينة بسبب عدم طلبها من القاضي و تم طلبها في الحكم اللاحق و للقاضي أن يقرن أمره في هذه الحالة بإطار زمني محدد، مما يحول دون المماثلة الزمنية من الإدارة في إصدار القرار الجديد و الذي يتماشى و حماية البيئة².

المبحث الثاني: دور الغرامة التهديدية في ضمان تنفيذ أحكام حماية البيئة:

لا بد من معرفة الغرامة التهديدية متى تكون ضمان للحماية البيئية وذلك بتحديد طبيعتها القانونية (مطلب أول) وكيفية تصفيتها (مطلب ثاني)

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية

وجب معرفة مفهومها (فرع أول) و شروط تطبيقها (فرع ثاني)

الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية

إضافة إلى الأوامر التنفيذية التي يصدرها القاضي الإداري و التي يمكن أن تساهم في تنفيذ أحكام حماية البيئة و الذي هو بمثابة سبيل إجرائي، هناك سبيل ثاني لكفالة تنفيذ القاضي الإداري لأحكام الحماية عبارة عن سبيل مالي يتمثل في الغرامة التهديدية و التي كرسها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الإدارية³، و التي هي بمثابة وسيلة من وسائل الضغط على الإدارة قصد إكراهها على تنفيذ أحكام الحماية من جهة و كذا الأوامر التنفيذية من جهة ثانية و ذلك في اقرب وقت ممكن، و القضاء على ممانعة أو تحايل الإدارة في مجال التنفيذ مما يوفر حماية قضائية للبيئة.

¹ - تنص المادة 981 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على ما يلي : " في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي ، و لم تحدد تدابير التنفيذ ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك ، بتحديددها ، ويجوز تحديد أجل للتنفيذ"

² - تنص المادة 979 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على ما يلي : عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الاشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، لم يسبق أن امرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة ، تأمر الجهة القضائية الادارية المطلوب منها ذلك بإصدار قرار اداري جديد في اجل محدد"

³ - نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الادارية من المادة 980 إلى المادة 986 .

و هي على هذا النحو مبلغ من المال، يقضي به القاضي، و تلتزم الإدارة بدفعه عن كل يوم تتأخر فيه عن تنفيذ حكمه، و كالأصل العام لا بد أن يطلبها المحكوم له أو ذو مصلحة في تنفيذ الحكم، بان يقدم طلبا بها إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه، إذ لا يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه عملا بمبدأ حياد القاضي، و الذي من مقتضاه تقيده بطلبات الخصوم، فلا يقضي بأكثر أو بأقل أو بوجه عام بغير ما طلبوا¹.

و في صياغة عامة تنص المادة 980 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ، وفقا للمادتين 978 و 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها" و على هذا النحو نجد المادة تضمنت إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية من طرف القاضي الإداري على الإدارة في نفس الحكم المتضمن الحماية أو الحكم اللاحق المتضمن إصدار قرار إداري جديد مت لازما مع أوامر التنفيذ و لا يوجد أية مانع بذلك بصراحة النص كما يمكن أن تأمر الجهة القانونية الإدارية بالغرامة التهديدية محددة في ذات الغرض تاريخ سريان مفعولها. وفي كل الأحوال لا بد من أن تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر².

و للحكم بالغرامة التهديدية من طرف القاضي الإداري لا بد من توافر شروط معينة تدور في مجملها حول مسألتين: الحكم الإداري غير المنفذ و المتعلق بحماية البيئة و الثانية واقعة الإخلال بتنفيذه من طرف الإدارة.

الفرع الثاني: شروط تطبيقها

هناك شروط متعلقة بالحكم الإداري وهناك شروط متعلقة بواقعة الإخلال بتنفيذ الحكم الإداري

أولاً: الشروط المتعلقة بالحكم الإداري

هناك شروط يقتضي توافرها في الحكم الإداري حتى يمكن للقاضي الإداري أن يضمن تنفيذها بالتهديد المالي إضافة للأحكام المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التي هي عبارة عن أحكام مرتبطة بأوامر تنفيذية³، و إزاء هذا الوضع أصبح هناك نوعان من الشروط: شروط عامة تستوجب توافرها في جميع الأحكام وشروط خاصة بالأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية.

أ/ شروط الحكم الإداري العامة:

إن الحكم الذي يجبر على تنفيذه بالغرامة التهديدية لا بد أن يكون حكما إداريا قضائيا حقيقيا صادرا بالإلزام.

¹ - محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، مرجع سابق، ص 167.

² - تنص المادة 982 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: "تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر".

³ - هذا ما إقتضاه المادتين 980 - 981 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

1- وجوب أن يكون حكما قضائيا بالإنزام :

قوام هذا الشرط أمران : أولهما أن يكون حكما قضائيا بالمعنى الحقيقي لهذا الإصلاح، أما الآخر فمؤداه أن يكون حكما بالإنزام¹، فقضائية الحكم ... ليست مجرد وصف يبين عن طبيعة الجهة التي أصدرته، و ما إذا كانت لها ولاية الحكم من عدمه فحسب و إنما في أيضا صفة ملازمة له تكشف عن الأثر المترتب عليه موضوعا²، أما الأحكام التي لها طبيعة الإنزام التي يوجه فيها القاضي للإدارة أوامر بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عنه، و نظرا لأن التنفيذ في حقيقة معناه تأدية المحكوم ضده ما إفترضه الحكم عليه، سواء تمثل في عمل أو في الإمتناع عن آخر و لما كان الوحيد من الأحكام الذي يصدر حاملا هذا المعنى هو حكم الإنزام، فإنه يكون دون غيره القابل للتنفيذ طوعا أم كرها، ونظرا لأن الغرامة التهديدية هي وسيلة إجبار على تنفيذ ما يقبل التنفيذ من الأحكام بطبيعته فإنها إذن تكون سبيل التنفيذ الجبري لما كانت له من الأحكام الإدارية طبيعة الإنزام³.

و لما كانت الغرامة التهديدية وسيلة للإجبار على التنفيذ ما بطبيعته و رغبة من المشرع الجزائري فقد أشملها للأوامر الصادرة عن القاضي الإداري و التي هي مناسبة لموضوع حماية البيئة و هذا ما يستنتج من خلال تمعننا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية خاصة المواد : 978-979-980-981.

2- ضرورة أن يكون الحكم إداريا :

إن المشرع الجزائري يشير إلى ضرورة سريان هذا الإجراء على الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري على مختلف درجاتها⁴، فأفاد بذلك أن جميع ما يندرج تحت هذا الإصطلاح تكفل الغرامة تنفيذ ما يصدره من أحكام بما فيها أحكام حماية البيئة .

ب/ شروط الحكم الإداري الخاصة :

وجهة الخصوصية يتمثل في إرتباط الشرط بالأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية تضمن الغرامة التهديدية سرعة تنفيذها، سواء كانت الأوامر مقترنة بالأحكام أو لاحقة لها، لذلك لا بد من توافر عدة شروط لتفعيل نظام الغرامة التهديدية منها ما يرتبط بالأوامر ذاتها و منها ما يرتبط بالحكم نفسه .

1- الشروط المتعلقة بالأوامر التنفيذية :

كما سبق بيانه فالأوامر التنفيذية هي تلك التي يواجهها القاضي للإدارة تيسيرا لمهمة الإدارة في تنفيذ الأحكام الإدارية بأن تتخذا إجراء معينا أو تمتنع عنه في أي مجال و ما يهمنا هنا هو المجال البيئي، و القاضي يحكم بالغرامة التهديدية توقع حال إمتناع الإدارة عن التنفيذ، غير أنه لكي تكون للأوامر ذات الأثر، يلزم توافر ثلاث شروط :أولها أن يطلب ذو الشأن من القاضي توجيه أوامر للإدارة صراحة، و

¹ - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، مرجع سابق ، ص 57 .

² - محمد باهي أبو يونس ، نفس المرجع ، ص 57 .

³ - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، مرجع سابق ، ص 68-69 .

⁴ - حيث تنص المادة 980 قانون الاجراءات المدنية و الادارية : "يجوز للجهة القضائية الإدارية ...أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها .."

الآخر أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيه تنفيذ الحكم فعلا، و أخيرا أن يقدر القاضي أن تنفيذها يستلزم الحكم بغرامة تهديدية¹.

2- الشروط المرتبطة بالحكم المرتبط بأوامر تنفيذية :

عطفا على ما ذكرناه آنفا من شروط وجب توفرها في الحكم لكي تكفل الغرامة التهديدية بتنفيذها، هناك شروط إضافية تتطلب حين يرتبط بأوامر التنفيذ، فلا بد أن يكون التطبيق على ما يصدق عليه وصف الحكم مما يصدر عن تلك المحاكم، ومن جهة أخرى أن يكون الحكم من أحكام الإلزام يستوي في هذا الشأن أن يكون حكما موضوعيا، أي يفصل في موضوع النزاع... أم حكما مستعجلا².

ثانيا: الشروط المتعلقة بواقعة الإخلال بتنفيذ الحكم الإداري :

لا يمكن الإلتجاء إلى الغرامة التهديدية إلا إذا كان هناك إلتزام فعلي يقع على الإدارة بتنفيذ حكم بمقدورها تنفيذه، أي أن يكون هناك إلتزام أصلي لم ينفذ، فالإدارة لا يمكن إجبارها على تنفيذ الحكم إذا كان تنفيذه مستحيلا تطبيقا للمبدأ القائل : " لا تكليف بمستحيل و لا إجبار الا على تأدية مقدور ". و لكي يحكم القاضي بالغرامة التهديدية مناط التنفيذ لا بد أن يتوافر أحد الشرطان أو كلاهما : أولهما الإمتناع الإرادي عن تنفيذ الحكم الإداري من طرف الإدارة، و ثانيها الإهمال في التنفيذ أو التنفيذ المعيب للحكم بحيث لا تنفذه على النحو المقتضى قانونا، فإذا تحقق شرط من الشرطان جاز للقاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية لتنفيذ أحكامه، سواء رأى أن الإدارة لم تنفذ كليا الحكم أم جزئيا أو تأخرت في التنفيذ .

و قد يتخذ إمتناع الإدارة على التنفيذ عدة صور، فقد يكون صراحة و يتجسد في صدور قرار صريح يحمل رفض تنفيذ الحكم و هي صورة نادرة ما تلجأ إليها الإدارة في عصيانها للأحكام القضائية، بحيث لا توجد قوة قاهرة أو حدث فجائي يمنعها من التنفيذ، أو لا يكون قد وقع حدث قانوني أو واقعي ما يستوجب الرفض صراحة، أو لا تكون الإدارة قد بدأت التنفيذ بعدما كانت متعنتة قبل الحكم بالتهديد المالي .

و قد يتخذ إمتناع الإدارة صورة ضمنية كتجاهلها الحكم بالسكوت أو الصمت أو تصدر قرارا مضادا لمنطوق الحكم، مما يستوجب مجابتهها بالغرامة التهديدية .

و في الحالة الثانية لا تمتنع الإدارة عن التنفيذ، و من هنا إذا كانت الإدارة في الحالة السابقة قد أخلت بإلتزامها بالتنفيذ، فإنها في تلك الحالة قد تقاعست عن أداء إلتزامها بالتنفيذ الحسن، أي التنفيذ الكامل المنجز³.

¹ - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، مرجع سابق ، ص 85 .

² - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، مرجع سابق ، ص 119 .

³ - محمد باهي أبو يونس ، الغرامة التهديدية ، مرجع سابق ، ص 158 .

فتقوم بتنفيذ الحكم جزئيا بصوره الثلاث كالتنفيذ الناقص للحكم، التنفيذ المشروط، أو التنفيذ المغاير لمقتضى الحكم، أو تقوم بالتنفيذ المتأخر للحكم في مدة غير مقبولة و لأسباب كذلك غير مقبولة، لأجل كل هذا إعمال نظام الغرامة التهديدية يعالج أية إختلالات في تنفيذ الأحكام القضائية بما فيها أحكام حماية البيئة التي تجدد مفعولها في التنفيذ الفعال و السريع بإعتبار عامل الزمن ذا اثر بالغ الخطورة في قضايا حماية البيئة .

المطلب الثاني: تصفية الغرامة التهديدية :

بتوافر الشروط السابقة ينشأ حق إتخاذ إجراءات الحكم بالغرامة للقضاء على تعنت الإدارة، و هنا يبرز دور القاضي الإداري في التدخل لحمل الإدارة على التنفيذ كرها بالحكم عليها بالغرامة التهديدية . و تعد وسيلة الضغط الحقيقية على الإدارة هي عملية تصفية الغرامة التهديدية، حيث لا شك في الأهمية البالغة لإجراء تصفية الغرامة التهديدية، بإعتبار أن تصفية الغرامة هي وسيلة الضغط الحقيقية على المدين أو المحكوم عليه، على أساس أن حدوثها يمثل الإجراء الذي يضاعف من فاعلية و قوة التهديد المالي في إحداث أثره من ناحية و يمثل في ذات الوقت جزاء ردعي على عدم التنفيذ أو التأخير فيه من ناحية أخرى¹ .

فإذا رأى القاضي الإداري أن الإدارة لم تقم بالتنفيذ كليا أو جزئيا للحكم أو تأخرت في القيام بتصفية الغرامة التهديدية التي أمر بها²، لضمان تنفيذ أحكام الحماية، و له كامل السلطة التقديرية في تخفيضها أو إلغائها عند الضرورة³، كما له أن يقرر عدم دفع جزء منها إلى المدعي و يأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية و هذا ما نصت عليه المادة 985 قانون الاجراءات المدنية و الادارية: " يجوز للهيئة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر، و تأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية .

الخلاصة

و تعززت أسلحة القاضي الإداري إلى ضمان تنفيذ أحكامه المتضمنة حماية البيئة بسلطات استثنائية إضافية بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 حيث بإمكانه توجيه أوامر تنفيذية و تسليط غرامات تهديدية على الإدارة المتعنتة، و الرفضة لتنفيذ حكم حماية البيئة، فكما أنه لا قيمة للقضاء بغير حكم عادل، كذلك لا فائدة من الحكم بغير تنفيذ سريع، لان عامل الزمن مهم جدا في مجال حماية البيئة.

¹ - بحيث محمد بحيث علي ، الغرامة التهديدية أمام القاضي المدني ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، 2008 ، ص 179 .

² - هذا ما نصت عليه المادة 983 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: " في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي ، أو في حالة التأخير في التنفيذ ، تقوم الجهة القضائية الادارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها "

³ - راجع نص المادة 984 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تنص : " يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة".

ان ضمان حماية البيئة في مواجهة السلطات الادارية امر لا يتوقف على مجرد النطق بالاحكام القضائية الصرفة بل يمتد الى غاية النظر في الهدف من رفع الدعوى أمام القاضي الاداري اي حماية البيئة عن طريق توجيه أوامر للإدارة لجعلها تسعى الى احترام تلك الاحكام والقرارات القضائية الحمائية او بموجب نظام التهديد المالي للإدارة عن طريق الغرامة التهديدية وهذا ما اقره المشرع الجزائري بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية المذكور اعلاه ولم يبق الآن سوى تطبيقه من طرف القاضي الاداري خاصة في الجوانب البيئية، فالقاضي بحكم انه يمثل احد سلطات الدولة فهو مدعو أكثر من غيره للتكفل بهذا الموضوع بموجب السلطات الممنوحة له خاصة سلطة ضمان تنفيذ احكامه ومدى وعي هذا الاخير بمدى خطورة الوضع واستعماله لهذه السلطة بفعالية كبيرة للمحافظة على مكونات البيئة وعناصرها والارتقاء بها كمصلحة وطنية حيوية ومنع المساس بها أو الاضرار بها من طرف الهيئات الادارية بحكم انه سلطة منوط بها تطبيق القانون ونقله من مجال التشريع الى مجال التطبيق والتنفيذ حماية للبيئة باعتبارها مصالح لا تحتمل الانتظار.

قائمة المراجع

الكتب:

1. باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي و الإدارة، دار هومة، الطبعة 1، الجزائر، 2006 .
2. حسينة شرون، إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، 2010 .
3. محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية، دار الجامعة الجديدة ،الطبعة 3، الإسكندرية، 2012/2011.
4. محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية .
5. بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القاضي المدني، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2008 .

النصوص القانونية:

6. الامر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل و المتمم بقانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 2008/04/23.
7. قانون 10/03 المؤرخ 2003/07/19، يتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 المؤرخة في 2003/07/20 .

واقع استثمار الملك الوقفي العقاري عن طريق الإيجار العادي في الجزائر

بن اودينة امحمد طالب دكتوراه - جامعة الاغواط -

د. زوبيري بن قويدر أستاذ محاضر أ - جامعة الاغواط -

مقدمة :

كان ولا يزال المال منذ القدم محل اهتمام الناس ومحور نشاطهم وسدا لحاجياتهم والأصل فيه أي المال أنه قابل للتداول والانتفاع والتصرف كالبيع والهبة إلى غير ذلك، غير أن هناك حالة استثنائية يخرج فيها المال عن هذه القاعدة ، أطلق عليها فقهاء الشريعة والقانون اسم الوقف أو الحبس بضم الحاء وسكون الباء ، الوقف هو إحدى الصيغ العريقة الضاربة جذورها في أعماق التاريخ فهو نظام قديم عرفتة النظم والشرائع ، ففي العصر الجاهلي قبل مجيء الإسلام عرفت بعض الحضارات القديمة ما يشبه الوقف كالقراينة الذين أوقفوا أموالهم من أراض ومبان على المعابد قريبة للآلهة التي تمارس فيها طقوسهم الدينية على غرار القراينة نجد الرومان هم كذلك أوقفوا أموالهم على أسرهم وعشائرتهم وكنائسهم وكان العرب قديما يفاخرون و يجعلون أوقافهم حكرا على الذكور ومن بين أوقافهم الأولى بناء الكعبة وحفرهم لبئر زمزم⁽¹⁾. بمجيء الإسلام شهد الوقف انتعاشة حقيقية أستمد وجوده وبريقه من تعاليم الإسلام ومبادئ الشريعة الغراء⁽²⁾، جاء الإسلام فأقره وأعترف بوجوده ونظمه ورغب في فعل الخير وعمل البر ، فهو إذن مؤسسة جليلة ذات طابع خيري ونفعي كونه قربة إلى الله عز وجل . أمّا فيما يخص تأصيله وحكم مشروعيته فقد دلّت عليه العديد من النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية وعمل به الصحابة والتابعين وأجمعوا على مشروعيته⁽³⁾ .

من القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽⁴⁾ ، وقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽⁵⁾ .

من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم في الوقف، عن أبي هريرة أنّ الرسول عليه الصلاة والسلام قال: « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له »⁽⁶⁾ والمقصود بالصدقة الجارية هو الوقف⁽¹⁾ .

1- بوراس عيسى بن محمد، توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، جمعية التراث ، الجزائر ، 2012 ، الطبعة الأولى، ص19.

2 - J.Luccioni , le Habous ou Wakf rites malikite et hanafite , Casablanca ,Maroc, 1942 .P16 .

3- حسن عبد الله الأمين، إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، 1994، الطبعة الثانية، ص 93 و ص 95

4- سورة البقرة، الآية 266 .

5- سورة الحج، الآية 77 .

6- أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد موته 85/11 مع شرح النووي، 1631.

لعب الوقف دور مهم في حياة المجتمع الإسلامي حيث ساهم الإسلام في ازدهاره وتنميته وقد قام بأدوار رائدة لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستهانة بها ، ومنذ ظهور مؤسسة الوقف وهي في تطور مستمر ولم يقتصر أدائها في المجال التعبدى

من إنشاء المساجد والزوايا ومدارس التحفيظ القرآني بل تعدى ذلك ليشمل جميع المجالات والشؤون الحياتية سواء الدينية والاجتماعية والاقتصادية وحتى العلمية، قدّم خدمات جليلة للمعوزين والضعفاء قام بكفالة اليتامى والمعدمين وإغاثة الملهوفين وتأمين المصالح العامة من تعليم وصحة وسكن أنشئ المكتبات وشيد المدارس لنشر العلم ورعاية العلماء وطلبة العلم ثم ذهب

إلى أبعد من ذلك ليشمل شق الطرق واستغلال الأراضي الزراعية وتأجير المحلات والمتأمل في تاريخ الأوقاف يجد أنها تشكل ثروة هائلة و موروثا حضاريا متجددا، و تعد الجزائر من البلدان التي تملك ثروة هائلة من الأملاك الوقفية لكن هذه الحظيرة الوقفية عرفت في سنوات سابقة تدهورا واندثارا بسبب العديد من العوامل نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر السياسة التي انتهجها المستعمر الفرنسي في نهب المقدرات الوقفية، هذا من جهة ومن جهة أخرى سياسة التأميم التي جاء بها الأمر 73/71 المتعلق بقانون الثورة الزراعية⁽²⁾، كما لا ننسى أن عددا كبيرا من العقود المتعلقة بالأوقاف غير مسجلة وغير موثقة مما أدى ذلك إلى ضياعها، هذا فضلا عن غياب نص تشريعي واضح يحدد الإطار القانوني والتنظيمي للأوقاف ، لكن مع ذلك الجزائر سعت جاهدة لرأب الصدع وإصلاح ما يمكن إصلاحه من خلال محاولة إيجاد الإطار التشريعي للوقف بما يتناسب وطبيعة كل مرحلة و تجسيدا لذلك تم صدرت ترسانة من النصوص القانونية في مقدمتها ما جاء به دستور 23 فبراير 1989⁽³⁾ ثم لحقه قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل والمتمم والذي يقضي باستصدار قانون خاص بالوقف⁽⁴⁾، وكتويج لهذا المسار صدر قانون خاص بالأوقاف تحت رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم⁽⁵⁾ الذي يعد باكورة عمل وجهد متواصل تبعه بعد

1- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992، الطبعة الخامسة، ص 307.

2- الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية ، 1971 ، العدد 97 ، الملغى بالقانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية 1990، العدد 49، المعدل و المتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/26، الجريدة الرسمية، 1995، العدد 55.

3 - أنظر نصّ في المادة 49 من دستور 1989 على أنّ: (الأموال الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها و يحمي القانون تخصيصها) .

4- المادة 23 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 1990/11/18، والمشار إليه سابقا.

5- قانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف الجريدة الرسمية 1991 ، العدد 21 ، المعدل والمتمم بالأمر 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 ، الجريدة الرسمية 2001 ، العدد 29 ، والمعدل بالأمر 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ، الجريدة الرسمية 2002 ، العدد 83 ،

ذلك المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك⁽¹⁾، ومع النمو الديموغرافي الملحوظ والتزايد المضطرد لاحتياجات الأفراد رأى المشرع الجزائري ضرورة إيجاد أنماط جديدة وصيغ من شأنها تفعيل دور الأعيان الوقفية وجعلها أكثر مرونة بعيدة عن الركود والجمود وهذا ما تجلّى بوضوح من خلال بروز مصطلح استثمار الأملاك الوقفية عن طريق الإيجار الخاص والذي جاء به قانون 07/01 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف 10/91 ثم تلاه قانون 10/02 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف ويشتمل هذا الإيجار الخاص في عقد المساقاة والمزارعة بالنسبة للأراضي الوقفية ذات الطابع الفلاحي وعقد الحكر لاستصلاح الأراضي الوقفية البور أمّا بالنسبة للأوقاف القابلة للبناء فاستغلالها من خلال عقد المقاوله وعقد المرصد وما يتعلق بالأوقاف المبينة المعرضة للخراب والاندثار فاستثمارها يكون عن طريق عقد الترميم (التعمير). ما يمكن أن نستشفه من خلال استقراء هذه العقود الاستثمارية للملك الوقفي التي جاءت بها هذه التشريعات بدءاً من قانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف على أنه يوجد نوعان من الاستثمار للأعيان الوقفية ، استثمار عن طريق الإيجار العادي واستثمار عن الإيجار الخاص .

الإشكالية المطروحة في هذه المداخلة :

ما هو واقع الاستثمار الملك الوقفي عن طريق الإيجار العادي في الجزائر ؟.

قسمنا هذا الموضوع إلى مبحثين المبحث الأول إبرام عقد الإيجار الوقفي ، المبحث الثاني سنسلط الضوء على أهم الآثار المترتبة عن عقد الإيجار الأعيان الوقفية و كيفيات انتهاء هذا النوع من الإيجار.

المبحث الأول: إبرام عقد إيجار الأملاك الوقفية

قبل الحديث عن مشتملات إبرام عقد إيجار الأملاك الوقفية لا بأس أن نشير إلى أنّ من ابرز مضامين إدارة واستثمار المال نجد الإيجار ، إذ يعتبر هذا الأخير أي الإيجار من أهم العقود الأكثر شيوعاً وتداولاً ، وكما يقول فقهاء القانون "إنّ أحسن أسلوب لإدارة المال هو الإيجار"⁽²⁾ يعدّ إيجار الأملاك الوقفية من بين الطرق التقليدية في عملية تثمير الأوقاف فتعريف الإيجار من الجانب الفقهي: (هو عقد على منفعة مقصودة مباحة بعوض معلوم)⁽³⁾، أمّا التعريف القانوني للإيجار فقد

1- المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها و كيفيات ذلك، الجريدة الرسمية 1998، العدد 90 .

1- فنتازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص 132 .

2- فنتازي خير الدين ، المرجع نفسه ، ص 132 .

عرّفته المادة 467 من الأمر 05-07 المؤرخ المعدّل والمتّم للقانون المدني⁽¹⁾ 58/75 على أنّ: (الإيجار عقد يملك المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محدد مقابل بدل إيجار معلوم) ، بالنسبة للإيجار في قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدّل والمتّم والمشار إليه سابقا فقد نصت المادة 42 منه: (تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية) وعليه سنتناول في هذا المبحث المتعلق بإبرام عقد إيجار الأملاك الوقفية كل من أركان عقد الإيجار الوارد عن الملك الوقفي وطرق تأجير الأعيان الوقفية بالإضافة إلى أحقية التأجير والاستئجار الخاص بالأملاك الوقفية ، كما نعرّج على أجرة الإيجار الوقفي ومدته .

المطلب الأول: أركان عقد الإيجار الوارد عن الملك الوقفي وطرق تأجير الأعيان الوقفية العقارية

باعتبار أن تأجير الأملاك الوقفية يخضع للأحكام العامة في القانون المدني وهذا ما نصّت عليه المادة 42 المشار إليها أعلاه من قانون 10/90 المتضمن قانون الأوقاف المعدّل والمتّم ، وقبل الحديث عن كيفيات وطرق تأجير الأعيان الوقفية العامة لا بأس أن نشير إلى أركان عقد الإيجار الواردة عن الملك الوقفي .

الفرع الأول: أركان عقد الإيجار الواردة عن الملك الوقفي

إنّ أهم أركان عقد الإيجار الواردة عن الملك الوقفي هي الرضا، المحل، السبب، الشكلية .
أولاً: الرضا : يتحقق التراضي في عقد الإيجار الوارد على الملك الوقفي كما هو الحال في سائر العقود الرضائية وذلك بارتباط الإيجاب بالقبول وتطابقه، ويشترط أن يحصل التراضي على العناصر الجوهرية في العقد وهي : طبيعة العقد ، طبيعة العين المؤجرة، الأجرة وكذلك مدة الانتفاع ، إضافة إلى التعبير الإرادي الذي يتم بالكتابة .

1- أهلية المستأجر للأملاك الوقفية: يخضع الإيجار الوارد على الملك الوقفي للقواعد العامة في الأهلية إذ يشترط في انعقاده واكتماله أهلية المستأجر وذلك بإتمام 19 سنة كاملة في القانون الجزائري وهذا ما نصّت عليه المادة 40 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّم : (...وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة) ، فإذا كان المستأجر عديم التمييز أي أقل من 13 سنة أو من في حكمه كالمعتوه والمجنون كان العقد

3- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية 1975 ، العدد 78 ، المعدل والمتّم بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 ، الجريدة الرسمية 2005 ، العدد 44 ، والقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ، الجريدة الرسمية 2007 ، العدد 31 .

باطلا بطلانا مطلق ، وأما إذا كان المستأجر مميزا وهو من أكمل 13 سنة كاملة ولم يبلغ سن الرشد فإنّ إيجاره قابل للإبطال لمصلحته ، وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة 11/84 المعدّل والمتّم والمشار إليه سابقا على أنّه : (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له أو باطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إيجاز الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء) ، رغم ذلك فإنّه إذا أبرم ناقص الأهلية الذي بلغ عمره 18 سنة إيجارا وكان قد أذن له في إدارة أمواله ، فإنّ إيجاره يقع صحيحا مرتبا لجميع آثاره القانونية شرط ألاّ تتجاوز ثلاث سنوات ذلك أن عقد الإيجار من أعمال الإدارة⁽¹⁾ .

وعليه مما سبق إذا كانت أعماله من الأعمال الإدارية وهذا هو الوضع العام ، فيجوز له ذلك بشرط ألاّ تتجاوز مدة الإيجار 3 سنوات وذلك حسب المادة 468 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّم التي تنص: (لا يجوز لمن لا يملك إلاّ حق القيام بأعمال الإدارة ان يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك . إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك نخفض المدة إلى ثلاث 3 سنوات) .

2- أهلية المؤجر : المؤجر للأعيان الوقفية العامة هو مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وذلك بموجب المرسوم التنفيذي 200/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها⁽²⁾ وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن موضوع أحقية تأجير واستئجار الأملاك الوقفية .

ثانيا: المحل : يأخذ المحل في عقد الإيجار الوارد على الملك الوقفي طابعا مزدوجا ، فهو بالنسبة للمؤجر منفعة العين المؤجرة⁽³⁾ ، وبالنسبة للمستأجر الأجرة التي يدفعها نظير انتفاعه العين المؤجرة وبمعنى أدق يقصد بالمحل هو تلك العملية القانونية المراد تحقيقها منه، وتتجسد هذه العملية في تمكين

المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل بدل الإيجار أو الأجرة⁽⁴⁾ ، بالتالي المحل يقوم على عنصرين هما : المنفعة والأجرة، ويضاف لهما عنصر ثالث والمتمثل في الشرط الزمني للانتفاع أو المدة التي يقاس بها مقدار المنفعة والأجرة باعتبار أن عقد الإيجار من عقود المدة⁽⁵⁾ .

-
- 1- شعوة هلال ، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني المشار إليه سابقا ، جسور لنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010، الطبعة الأولى ص 46 .
 - 2- المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 المؤرخ في 2000/06/26 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها ، الجريدة الرسمية 2000 ، العدد 47 .
 - 3- شاع القول عند الغالبية من الناس أن محل الإيجار هو العين المؤجرة .
 - 4- هذه المنفعة قد تكون نتيجة لانتفاعه بالمحلات الوقفية المعدة للسكن أو لاستغلال المحلات الوقفية المعدة للتجارة
 - 5- شعوة هلال ، مرجع سابق ، ص 49 .

1- المنفعة : موضوع عقد الإيجار الوارد على الملك الوقفي هو المنفعة حيث يتحقق تسليمها بتسليم محلها لأن محل عقد الإيجار السابق الذكر هو الحق الوارد على العين المؤجرة وليس على ذات العين وقد ترد على المنفعة شروط وتتمثل في ضرورة أن تكون المنفعة موجودة (ممكنة) أو قابلة للوجود وأن تكون معلومة علما كافيا ، كما يجب أن ترد المنفعة على شيء استعمالي ، وأن تكون قابلة للتعامل .

2- عنصر الأجرة أو بدل الإيجار : الأجرة أو بدل الإيجار هو المبلغ المالي الذي يلتزم المستأجر بدفعه في مقابل حصوله على المنفعة وتقضي المادة 2/467 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص: (...يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر) ، أي أنّ بدل الإيجار قد يكون نقدا أو بتقديم أي عمل آخر، كأن تؤجر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وقف لشخص وهذا الوقف عبارة عن أرض مقابل بدل الإيجار في نسبة معينة من المحصول ، ويجب أن تكون الأجرة موجودة أو على الأقل محققة الوجود في المستقبل ومعينة تعيينا نافيا للجهالة ، بالإضافة إلى وجوب أن تكون مشروعة لا مستحيلة ولا مخالفة للنظام العام والآداب العامة كما يجب أن تكون حقيقة و جدية ، حقيقة أي ما أظهره المتعاقدان (مديرية الشؤون الدينية و المستأجر) في العقد لا يستر اتفاقا آخر حوله⁽¹⁾ أمّا جدية بمعنى لا تكون الأجرة مقدارا نافيا يقترب من العدم ويشترط أن تكون الأجرة معلومة بمعنى أن تكون الأجرة متفق عليها بين الطرفين ومعلومة في العقد، فإذا كانت من النقود يكفي في تعيينها ذكر نوع المقدار وإذا كان بدل الإيجار تقديم عمل يجب تقويمه وتقديره في العقد .

3- المدة : تعد المدة من العناصر الجوهرية في عقد الإيجار لأنّه من العقود الزمنية التي تتخذ فيه التزامات وحقوق الطرفين تبعاً لمدة العقد ، ولهذا فقد نصت المادة 1/467 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنّه يجب أن تحدد مدة الإيجار ، أي يجب أن تكون مدة معلومة وبالتالي استبعد المشرع العقود غير المحددة والعقود الأبدية إذ على أساس هذه المدة يتعين مقدار المنفعة التي يستحقها المستأجر ، لم يحدد المشرع الجزائي في التعديل الجديد الحد الأقصى للمدة⁽²⁾ إلاّ أنّه يستفاد من نص المادة أنّه لا يجوز أن يبرم عقد الإيجار لمدة حياة المستأجر وإذا كان الشيء المأجور ملك لقاصر، فلا يجوز أن تزيد مدة الإيجار على 3 سنوات إذا قام بالإيجار وليه أو وصيه وهذا ما رأيناه سابقا في المادة 468 من الأمر 58/75 ، أمّا بخصوص بدء مدة الإيجار فإنها تسري من التاريخ المتفق عليه في العقد ، فإذا لم يحدد فممن تاريخ إبرام العقد، وكذلك يجوز اشتراط بدء الإيجار مستقبلا ، وللعلم أن القانون الجديد قد ألغى نظام التجديد الضمني لعقد الإيجار الذي

1- شعوة هلال ، مرجع نفسه ، ص 55 .

2- شعوة هلال ، مرجع سابق ، ص 71 .

كان يجيز أنّه عند انتهاء المدة ولم يقدّم المؤجر بإجراء التنبيه بالإخلاء ضمن المدة القانونية فإنّ العقد يتجدد ضمناً ولمدة غير محدودة ، وأقرّ المشرع الجزائري حكماً جديداً سهلاً من الناحية القانونية حيث بمجرد انتهاء مدة الإيجار ينتهي عقد الإيجار دون الحاجة إلى إجراء التنبيه بالإخلاء وهذا حسب المادة 469 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّمم التي تنص : (ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع) . والمادة 469 مكرر 1 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّمم على أنّه : (ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ...) ، غير أنّه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء المدة لأسباب جدية ومؤكدّة كارتفاع تكاليف الإيجار أو ظروف تتعلق بانتقاله إلى مكان آخر ففي هذه الحالة يجب على المستأجر أن يخطر المؤجر بمحرر غير قضائي يتضمن إشعار بإنهاء عقد الإيجار مدة شهرين قبل انتهاء عقد الإيجار ، وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 1 في الفقرة 2 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّمم : (... غير أنّه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني ويجب عليه إخطار

المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين) ، وقد يحدث أن يتوفى المستأجر قبل انتهاء مدة الإيجار، ففي هذه الحالة لا ينتهي عقد الإيجار بل يستمر العقد إلى حين انتهاء المدة المتفق عليها ، ومع ذلك يجوز للخلف العام الذين كانوا يعيشون مع سلفهم مدة 6 أشهر إنهاء العقد إذا أصبح مثقلاً عليهم من حيث التكاليف، إلّا أنّ هذه القاعدة ليست من النظام العام حيث يجوز للمؤجر أن يتفق مع المستأجر أثناء انعقاد العقد أنّه في حالة وفاته ينتهي العقد ولو قبل انتهاء المدة وهذا حسب ما نصت عليه المادة 469/ مكرر 2 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّمم التي تنص : (غير أنّه في حالة وفاة المستأجر ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته ، وفي هذه الحالة يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة (6) أشهر إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم ...) ويجب ممارسة حق انتهاء الإيجار خلال 6 أشهر من يوم وفاة المستأجر .

ثالثاً : السبب : تنص المادة 97 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتّمم على ما يلي: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو لآداب كان العقد باطلاً)

وعليه إذا كان السبب الحقيقي لإبرام عقد الوقف غير مشروع كتجارة وترويج للمخدرات والمسكرات أو كان مخالف للنظام العام والآداب العامة ، فإنّ العقد لا محالة يكون مصيره البطلان المطلق .

رابعاً : الكتابة : إذا كان عقد الإيجار في القانون القديم لم تشترط الكتابة لإبرامه حيث جعلها أمر نسبي فقد تكون مشروطة ببعض القوانين الخاصة بالإيجارات السكنية مثلاً ديوان الترقية والتسيير العقاري وكذلك إيجار الأراضي الفلاحية و الإيجارات المتعلقة بالنشاط العقاري ، ولكن هذا لا يمنع أن يكون عقد الإيجار كتابة من أجل إثباته⁽¹⁾ . وبالرجوع إلى نص المادة 467 مكرر من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم التي تنص: (ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً) ، نلاحظ أنه في ظل تعديل 2007 فإنه يشترط الكتابة في عقد الإيجار تحت طائلة البطلان ، وعليه فإن كتابة عقد الإيجار تعتبر شرط لصحة لانعقاده إضافة إلى الشروط التي ذكرناها سابقاً ، غير أن المشرع لم يبين طبيعة الكتابة إذا كانت رسمية⁽²⁾ أو غيرها ، وعليه يجب الرجوع للقواعد العامة التي تبين أحكام الكتابة لإثبات الالتزام وليس لانعقاده ، ويستخلص أن الكتابة تكون رسمية كقاعدة عامة ، ومفادها أن العقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة في حدود سلطاته وهذا ما نصت عليه المادة 324 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص على ما يلي: (العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه) كما نصت المادة 324 مكرر من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي : (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي

تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عناصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ...) ، ويجب أن توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الانقضاء ويؤشر الضابط العمومي (الموثق) على ذلك في آخر العقد و يعتبر العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره . وقد نتساءل هل يجوز إبرام عقد إيجار وارد على عقار وقفي في شكل عرفي ؟ .

1- لكن إذا تعدى عقد الإيجار 12 سنة وجب إخضاعه لإجراءات الشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي تشترط شهر عقود الإيجار الواردة على العقار التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة (12) . بالإضافة إلى نص المادة 09 من المرسوم التنفيذي 70/14 المؤرخ في 10 أبريل 2014 ، الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة ، الجريدة الرسمية 2014 ، العدد 09 ، و تنص هذه المادة على ما يلي : (تحول السلطة المكلفة بالأوقاف إعداد عقد الإيجار ، ويخضع عقد الإيجار لإجراءات الإشهار العقاري إذا كانت مدة الإيجار اثني عشر (12) سنة فما فوق) للإشارة قبل هذا المرسوم كان يرجع للقواعد العامة بالنسبة لقضية الإشهار .

² - شعوة هلال ، مرجع سابق ، ص 81 .

إن الكتابة العرفية يعتد بها في مواجهة الغير وهذا حسب المادة 328 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص : (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :

- من يوم تسجيله ،

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ،

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص ،

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء ،

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف ، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة) .

يشترط ألا ينكر أحدهم ما هو منسوب إليه، ويستخلص أنّ الكتابة تكون في الأصل رسمية ويجوز قبول الكتابة العرفية بشرط عدم مخالفتها للقواعد العامة .

وأخيرا فإثبات عقد الإيجار بالوصلات والقرائن التي كانت المحاكم تعتمد عليها في الإجراءات الشفهية أصبحت لا يعتد بها في ظل القانون الجديد، لأنّ الوصلات سيقصر دورها في إثبات المخالصة في بدل الإيجار وللإشارة أن شرط الكتابة في عقود الإيجار لا يسري إلا بالنسبة للتصرفات التي انعقدت بعد صدور القانون الجديد ، وبما أنّ مديرية الشؤون الدينية والأوقاف قد وضعت نموذجاً لعقد الإيجار الوقفي لا نتوقع أن يكون عرفياً أو شفاهة .

ويكون عقد الإيجار الوقفي وفق النموذج الذي تعتمد وزارة الشؤون الدينية والأوقاف وذلك طبقاً لنص المادة 04 من القرار الوزاري رقم 29 المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف والمحدد لمهامها وصلاحياتها⁽¹⁾ والموجود على مستوى مديريات الشؤون الدينية والأوقاف ، ولا يوجد فارق بين نماذج الإيجار الفلاحي والتجاري والسكني يتم فقط تغيير في نوع الإيجار والمدة بالنسبة للإيجار الفلاحي أمّا باقي المعطيات والمعلومات تبقى بدون تغيير، عند تحقق كل ذلك نكون بصدد عقد إيجار صحيح، ومع استقراء المواد (22 و إلى 30) المتعلقة بإيجار الوقف الواردة في المرسوم 381/98 السابق الذكر يتبيّن لنا جلياً أن المشرع الجزائري حدد طريقتين أو أسلوبين لتأجير الأملاك الوقفية وهما: الإيجار عن طريق المزداد العني والإيجار عن طريق التراضي .

1- القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21/02/1999، الصادر عن وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف وتحديد مهامها وصلاحياتها، المتمم بالقرار الوزاري رقم 200 المؤرخ في 11/11/2000، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 2003 .

الفرع الثاني: طرق تأجير الأعيان الوقفية العامة العقارية

هناك طريقتين من خلالهما يتم إيجار الأعيان الوقفية العامة ويتعلق الأمر بالإيجار عن طريق المزاد العلني والإيجار عن طريق التراضي .

أولا : إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد

يخضع إيجار الملك الوقفي للمزاد العلني كقاعدة العامة وذلك حسب ما نصت عليه المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98 المشار إليه سابقا والتي تنص على ما يلي : (يؤجر الملك الوقفي في إطار أحكام المادة 42 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 عن طريق المزاد العلني...) ، من خلال هذه المادة يتضح أنّ انعقاد إيجار الوقف يكون بطريقة المزاد العلني، للإشارة أنّه سواء كان هذا الملك أو المحل الوقفي عبارة عن بناء أو أرضا زراعية مشجرة ، ولا يستثنى منها إلا ما كانت طبيعته أو وضعيته القانونية تتعارض مع التأجير أو إذا اشترط الواقف الانتفاع به بغير طريقة التأجير ، ويحدد السعر الأدنى بإيجار المثل عن طريق الخبرة التي يراعى فيها ضرورة المعاينة للمال الموقوف المؤجر بحضور ممثل عن السلطة المكلفة بالأوقاف وبإجراء استطلاع رأي المصالح المختصة لاسيما مصالح أملاك الدولة بوصفها تملك مصلحة مختصة بالتقييمات العقارية، ومديرية الفلاحة وذلك بحسب طبيعة الملك الوقفي ، ويجري المزاد وفقا لنص المادة 23 من نفس المرسوم تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف وبمشاركة مجلس سبل الخيرات المنصوص عليه بالمادتين 08 و 12 من المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد⁽¹⁾ ويجري المزاد على أساس دفتر شروط نموذجي⁽²⁾، يحدده الوزير المكلف بالشؤون ، وطبقا لأحكام المادة 23 من المرسوم 381/98 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك المشار إليه سابقا على أنّه : (يجري المزاد العلني تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية وبمشاركة مجلس سبل الخيرات على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف ويعلن المزاد العلني في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل عشرون 20 يوما من تاريخ إجرائه) ، ويعلن في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل 20 يوما من تاريخ إجراء المزاد، للإشارة فقط تتم مراجعات طبيعية للأملاك الوقفية المؤجرة وحالتها عند تحديد السعر بسعر المثل، قد يكون سعر الإيجار معرضا للنقصان عن سعر المثل وهذا إذا كان الملك الوقفي مثقلا بدين أو لم يكون مرغوب فيه وقت إجراء المزاد ، لكن المشرع حماية للوقف حدد هذه الأجرة بـ 5/4 إيجار

1- المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المؤرخ في 1991/03/23 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد ، الجريدة الرسمية 1991 ، العدد 16 .

2- دفتر الشروط النموذجي هو دفتر تقييد فيه جميع الشروط بين المستثمر ومديرية الشؤون الدينية والأوقاف ، وتحدد فيه التزامات الطرفين.

المثل، هذا الأخير أي سعر المثل يجب الرجوع إليه متى توافرت الفرصة أي عند تجديد عقد الإيجار⁽¹⁾.

ثانيا: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق التراضي

أعتبر المشرع الجزائري إيجار الأملاك الوقفية بالتراضي طريقة استثنائية من خلال المادة 25 من المرسوم 381/98 التي تنص : (يمكن تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث فيه وسبل الخيرات بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استماع رأي لجنة الأوقاف المذكور في المادة 09 أعلاه)

يستشف من هذه المادة على إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث فيه ومختلف سبل الخيرات، ويكون هذا التراضي بعد ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، ويجري التراضي على أساس دفتر شروط نموذجي ويتم إيجار الأملاك الوقفية بين الهيئة المكلفة بالأوقاف والمستأجر، بالنسبة لممثل الهيئة على المستوى الولائي هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف والذي منحه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 200/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها والمشار إليها أعلاه، حيث ذكرت المادة صلاحيات مدير الشؤون الدينية والأوقاف لإبرام العقود كطرف مؤجر والمستأجر كطرف ثان، ونبغي تحديد مدة إيجار وذلك تطبيقا لنص المادة 27 من المرسوم 381/98 المشار إليه سابقا التي تنص: (لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة، تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه)، سواء كان الإيجار بالمزاد أو بالتراضي.

حسب المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري⁽²⁾ فقد نصّت المادة 21 منه على ما يلي: (تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحدد كتابيا بتاريخ مسمى) لكن المرسوم 03/93 السابق الذكر تم إلغائه بموجب القانون 04/11 المؤرخ في 17 أبريل 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية باستثناء المادة 27 منه⁽³⁾ ولكن نجد مديريات الشؤون الدينية والأوقاف لحد الساعة مازالت تعمل بالمرسوم 03/93 السابق الذكر وهذا ما نصّت عليه المادة 12 من عقد الإيجار الذي تعتمده وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي تنص على ما يلي: (عملا بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، يخضع هذا العقد لتسجيل

1- كناية محمد، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 160 و ص 161.

2- المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 03/01/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية 1993، العدد 14، الملغى بموجب القانون 04/11 المؤرخ في 17 أبريل 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية 2011، العدد 14

3- انظر المادة 80 من القانون 04/11 المؤرخ في 17 أبريل 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المشار إليه أعلاه.

المصالح المسيرة للأوقاف)، كما تعتمد وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على نموذج خاصا يفرغ فيه عقد الإيجار الوقفي من قبل لجنة الأوقاف المركزية طبقا لنص المادة 04 من القرار الوزاري رقم 29 المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف والمحدد لمهامها وصلاحياتها، ومن بين ما يتضمن هذا النموذج الأحكام ذات الارتباط الوثيق بعملية إيجار الملك الوقفي ؛ ويجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته.

لكن إذا نزلنا إلى الميدان العملي نلاحظ أنّ طريقة المزاد العلني في إيجار الأملاك الوقفية غير مطبقة في الغالب من قبل مديريات الشؤون الدينية والأوقاف، هذا رغم النصوص الموجودة أمّا الطريقة المعمول بها في عملية الإيجار نجد الإيجار بالتراضي، هذا ما يطرح علامات استفهام عن الأسباب الكامنة وراء الإحجام عن تطبيق المزاد العلني، قد يرجعه البعض إلى خصوصيات بعض المناطق الجغرافية المتواجدة فيها الأملاك الوقفية (تسير من طرف عروش) ، مما يفتح بابا للمحاباة والإيجارات بالدينار الرمزي كما هو معمول به اليوم إذ كيف يعقل وقف متواجد في مكان إستراتيجي وجد حيوي في سنة 2015 يؤجر بثمن زهيد يعود إلى سنوات سابقة ؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى المتأمل في ما ورد في المادة 26 مكرر 8 من قانون الأوقاف 07/01 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف 10/91 والتي تنص : (مع مراعاة أحكام المادة 2 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، تخضع

عقود إيجار المحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والقانون التجاري) ، بمعنى أنّ عقود إيجار المحلات الوقفية السكنية والتجارية تخضع لأحكام القانون المدني والقانون التجاري ، وبالتالي يظهر لنا أن المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك المشار إليه سابقا أنّه ملغى ضمنا⁽¹⁾ ، لكن تم بعثه من جديد من خلال المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10 فبري 2014 الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الفلاحية الوقفية المخصصة للفلاحة⁽²⁾.

المطلب الثاني: أحقية تأجير واستئجار الأملاك الوقفية

سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب الشخص المخول قانونا تأجير الأملاك الوقفية، ثم نعرّج في الفرع الثاني إلى من له أحقية الاستئجار.

1- بن رقية بن يوسف، محاضرات في إيجار الأملاك الوقفية العقارية، أقيمت على الطلبة القضاة الدفعة 12 ، المدرسة العليا للقضاء بدون السنة الجامعية ، ص 83.

2- تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 70/14 المؤرخ في 10 فبري 2014 الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة على ما يلي : (دون الإخلال بأحكام المواد من 22 إلى 24 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998).

الفرع الأول: من له أحقية التأجير

تطبيقا لنص المادة 33 من قانون 10/91 المتعلق بقانون الأوقاف المعدل والمستتم : (يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف وذلك حسب كفاءات تحدّد عن طريق التنظيم) ، من خلال هذه المادة نستشف أنّ ناظر الوقف هو من يتولى إدارة وتسيير الأملاك الوقفية وبالتالي هو صاحب الحق في تأجيرها لكن بالرجوع لنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور أعلاه التي تنص: (يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف...ناظرا للملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظرا للملك الوقفي الخاص...وذلك من بين : 2...- الموقوف عليهم...) . نجد أن مهام ناظر الوقف قد تسند إلى الموقوف عليهم غير أننا إذا رجعنا إلى المادة 03 من المرسوم التنفيذي 200/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف وعملها في الولاية، فإننا نجد أنّ مديرية الشؤون الدينية والأوقاف هي صاحبة الحق في تأجير الوقف، وبالتالي فإن نظارة الأملاك الوقفية تختلف باختلاف نوعها ما يجعل أحقية التأجير تختلف من جهة إلى أخرى لقيام الناظر بالولاية على الوقف يجب أن يستوفي الشروط التالية:

- أن يكون معين بقرار وزاري بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف .
- أن يكون مسلما، جزائريا، بالغاً، سليم العقل و البدن، عدلاً أميناً وذاكفاءة وقدرة على حسن التصرف وهذا حسب نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 السابق الذكر .
ولا يستلم الناظر بدل الإيجار من المستأجر مباشرة إذ يقوم هذا الأخير بإيداعها في حساب خاص بالأملاك الوقفية على مستوى كل ولاية مقابل وصل يقدمه لناظر الوقف وناظر الأوقاف بدوره يسلم للمستأجر وصلاً يثبت تسديد بدل الإيجار، إلا أن الواقع العملي يثبت عكس ذلك إذ أنّ وكيل الأوقاف بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف هو من يقوم بهذا العمل هذا بالنسبة للأوقاف العامة، أما بالنسبة الأوقاف الخاصة فإن الناظر يستلم بدل الإيجار من المستأجر مباشرة ويقوم بتوزيعه للموقوف عليهم .

يباشر ناظر الوقف عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف⁽¹⁾ ، وتنتهي مهامه بالإعفاء أو الإسقاط بموجب قرار من وزير المكلف بالشؤون الدينية⁽¹⁾ ، يتقاضى ناظر الوقف أجره نظير مجهوده في إدارة وتسيير

1- تنص المادة 13 من المرسوم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكفاءات ذلك على أنه

(): يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته ويتولى على الخصوص المهام التالية :

- السهر على العين الموقوفة ، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير ،

- المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات ،

- القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي ، أو الموقوف عليهم ،

- دفع الضرر عن الملك الوقفي ، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف ،

- السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء ،

شؤون الملك الوقفي وهذه الأجرة تكون سنوية أو شهرية تحدد من ريع الوقف كما يعتمد في تحديد المقابل الشهري أو السنوي على ما ورد في العقد فإذا لم يحدد يتولى الوزير تحديده (2) .

ولكن بالرجوع إلى الميدان العملي لا نرى أي أثر لناظر الأوقاف بل يوجد وكيل الأوقاف على مستوى مديريات الشؤون الدينية والأوقاف هو من يقوم بالمهام المنوطة بناظر الأوقاف ، وعليه ناظر الأوقاف شخص بقي حبيس المراسيم ولم يتعداها إلى الوجود الفعلي في الحياة العملية باستثناء ناظر الأوقاف في المذهب الإباضي .

الفرع الثاني : من له أحقية استئجار الأملاك الوقفية

يجوز إيجار الأملاك الوقفية لأي مستأجر كامل الأهلية ومتمتع بكامل قواه العقلية وعنصر أحقية استئجار الوارد عن الأملاك الوقفية تحدثنا عنه في ركن الرضا ، بذلك يعتبر المستأجر مدينا للوقف بالأجرة (3) وبالرجوع لقانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمّم والمرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك المشار إليه سابقا نجدهما لم يتطرقا لمسألة الأحقية في الاستئجار و إذا رجعنا لأحكام الشريعة الإسلامية في توضيح ذلك يتبين لنا ما يلي (4) :

- عدم جواز تأجير الناظر لعقار من عقارات الوقف لنفسه ولأحد من أصوله و فروعهم تحت سلطته الشرعية - عدم جواز تأجير الوقف لمن لا تقبل شهادته من الأصول أو الفروع حتى من الدراجة الرابعة .

- عدم جواز تأجير الوقف لأجنبي بأقل من أجرة المثل باستثناء حالة الضرورة كما لو استحق على الوقف دين أو إذا لم يستأجر الوقف إلا بأقل من بدل المثل .

- السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية و استصلاحها وزراعتها وفقا لأحكام المادة 45 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991 والمذكور أعلاه ،

- تحصيل عائدات الملك الوقفي ،

- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي ، وحمايته وخدمته المثبتة قانونا .

1- انظر المادة 21 من المرسوم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، المشار إليه سابقا.

2- انظر المادتين 18 و 19 من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها و كيفيات ذلك المشار إليه سابقا .

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية) ، المجلد السادس ، الجزء الثاني ، منشورات الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص 1413

4- بن مشرّن خير الدين ، مذكرة إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الإدارة المحلية، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2011-2012 ص 168 .

والجدير بالذكر أن شروط الواقف تعتبر بمثابة قانون ينظم شؤون الوقف ، وحتى تكون هذه الشروط منتجة وناجعة يجب أن تصدر من الواقف عند إنشاء الوقف وعدم مخالفتها لإحكام الشريعة الإسلامية وهذا تطبيقاً لأحكام المواد 05 ، 14 ، 16 ، 45 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم و المشار إليه سابقا .

المطلب الثالث: أجرة الإيجار الوقفي ومدته

تعتبر الأجرة والمدة من المسائل الجوهرية في إيجار الأعيان الوقفية ، وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى الأجرة، وفي الفرع الثاني إلى المدة .

الفرع الأول: الأجرة في عقد الإيجار الوقفي

سبق وأن تحدثنا عن الأجرة في ركن المحل وذلك عندما تطرقنا لعنصر الأجرة وهي المقابل الذي يدفعه المستأجر لقاء انتفاعه بالعين المؤجرة ، وإذا تخلفت الأجرة بطل عقد الإيجار ، تحدد الأجرة في الشريعة الإسلامية رضائنا على ألا يؤجر الناظر العين بأقل من ثمن المثل ولا بالغبن الفاحش وإذا أجرة الناظر الملك الوقفي بغبن فاحش فإنّ العقد لا يقع باطلا وإنما يطلب الناظر من المستأجر تكملة الأجرة إلى أجرة المثل وقت العقد⁽¹⁾ . بينما المشرع الجزائري أخضع تحديد الأجرة إلى المزداد العلني أو التراضي⁽²⁾ ، وقد يتحدد السعر الأدنى في عملية الإيجار بالمزداد العلني وفق أسلوبين هما أسلوب القيمة الإيجارية ، وأسلوب القيمة التجارية⁽³⁾ بالنسبة لأسلوب القيمة الإيجارية يتحدد السعر الأدنى من خلال القيمة التجارية والتي هي القيمة المتوسطة التي تمثل السعر العادي لإيجار عقار ما، أما أسلوب القيمة التجارية هي طريقة القصد منها استخراج مبلغ الإيجار من خلال تحليل السوق العقارية المحلية التي تعتمد على معدل القسمة بين القيم التجارية والقيم الإيجارية للأمولاك العقارية، مع الأخذ بعين الاعتبار العوامل المادية (الموقع، لمساحة، شبكة المياه الصالحة للشرب، شبكة الكهرباء...) والعوامل الاقتصادية (القرب من المدن و شبكات الطرق ...) أما المعمول بالنسبة للإيجار بالتراضي فيحدد باتفاق الطرفين هذا ما أكدته المادة 03 من نموذج إيجار السكنات الوقفية: (ثمن الإيجار: حدد ثمن الإيجار بـ... ويدفع في نهاية كل سنة إلى حساب الأوقاف المفتوح... يمكن مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية تاريخ سريان هذا العقد أو عند تجديده).

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الثامن ، دار الفكر ، سوريا ، 1989، ص 127 .

2- انظر نص المادة 22 والمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، المشار إليه سابقا .

3- مقران محمد ، التقييمات العقارية ، محاضرة قدمت لوكلاء الأوقاف ، الجزائر ، من 05 إلى 08 نوفمبر 2001 . لشرح الأسلوبين وبن مشرن خير الدين ، مرجع سابق ، ص 175 .

كنقد للواقع العملي نرى أن أموال الإيجار تحوّل مباشرة إلى الصندوق المركزي ولا تصب في الحساب الولائي للأوقاف الخاص بالنفقات، وبالتالي لا يستفيد الموقوف عليه من ريع هذا الوقف ولا يرجع عليه بالنفع، رغم أنه مؤخراً أصبحت تقتطع نسبة 25 % من مبالغ الإيجار والبقية التي تمثل نسبة 75 % تترك في الصندوق المركزي⁽¹⁾ وهذا حسب المقترة رقم 151 المؤرخة في 24 أبريل 2013 الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، هذا إذا نظرنا إلى طبيعة عقد الوقف ما إذا كان محدد الجهة أو غير محدد بالنسبة للحالة الأولى المتعلقة بالوقف المحدد الجهة نجد أن الجهة الوصية لا تفرق بين إن كان ريع هذا الوقف يعود مباشرة إلى الموقوف عليهم من خلال تطبيق إرادة الواقف أو غير ذلك، إذ نجد أنها تخالف النص القانوني المذكور في المادة 05 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم⁽²⁾ التي نصت على السهر على احترام إرادة الواقف وتنفيذها، وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الولايات يحترم فيها إرادة الواقف وعلى سبيل المثال الأملاك الوقفية التي أوقفت لمسجد أول نوفمبر بولاية باتنة ، هذه الأملاك تعتبر أملاك وقفية عامة تديرها مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية ، ونظر لاعتبارات المسجد فإنه يتم تحويل كل ريع الإيجار الوقفي لفائدة هذا المسجد⁽³⁾ .

الفرع الثاني: مدة إيجار الملك الوقفي

تناولنا أنفاً مدة الإيجار في الأحكام العامة لقانون المدني في ركن المحل ، والآن سنرى مدة إيجار الملك الوقفي ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة تقييد إيجار الملك الوقفي بزمن معين⁽⁴⁾ ، وقد سار المشرع الجزائري في نفس السياق من خلال المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور سابقاً ، وتحدد مدة عقد الإيجار الوقفي حسب طبيعة الملك وهذا ما أكدته المادة 27 الفقرة 02 من المرسوم 381/98 حيث تنص : (...تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه ...) أي قد يكون طبيعة الملك عقاراً أو منقولاً أو منفعة، وبالتالي إذا كان عقاراً تكون المدة طويلة مقارنة بالمنقول أو المنفعة⁽⁵⁾

الشريعة الإسلامية تميز بين ما إذا كانت العين من المباني أو من الأراضي ، و القول المعمول به ألا تزيد مدة الإيجار على سنة في الدار والأمكنة المعدة للسكن كذلك الأمر بالنسبة للحوانيت أما الأراضي فإيجارها يجب ألا تتجاوز مدتها 03 سنوات ، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في

1- تم استحداث الصندوق المركزي للأملاك الوقفية بموجب قرار وزاري مشترك مؤرخ في 1999/03/02 يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية ، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، جريدة رسمية 1999 ، العدد 32 .

2- تنص المادة 05 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم والمشار إليه سابقاً على ما يلي : (الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها) .

5- وهذا حسب اتصال سابق بالسيد بارود يوسف مدير الشؤون الدينية والأوقاف لولاية المسيلة ، بتاريخ 2015 /04/15 .

4- زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون سنة النشر ، الطبعة الأولى ، ص 156 و ص 157 .

5- بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق ، ص 179 .

إجارة الدار و الحانوت أو النقص في إجارة الأرض⁽¹⁾ ، أما النموذج الذي تعتمد وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في عقود الإيجار فمدة إيجار المحلات التجارية الوقفية هي 20 شهرا كحد أقصى ولا يجوز تجاوزها ، مثلها مثل السكنات الوقفية أما فيما يتعلق بالأراضي الفلاحية الوقفية فمدة إيجارها 03 سنوات وهذا ما أكدته توصية بسكرة⁽²⁾ المنبثقة عن اللقاء الذي جمع وكلاء الأوقاف بالوزارة الوصية بتاريخ 30 ديسمبر 2013 بمعهد تكوين الإطارات الدينية بسيدي عقبة بولاية بسكرة ، وينتهي الإيجار الوقفي بانتهاء مدته .

المبحث الثاني: آثار إيجار الأملاك الوقفية وانتهائها

يعتبر المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك والمشار إليه سابقا ، أهم المراسيم التي تضبط أحكام إيجار وإدارة الأملاك الوقفية ، أما الأمور التي لم يتطرق لها هذا المرسوم فتطبق عليها الأحكام العامة للقانون المدني مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا سنتناول في هذا المبحث آثار الإجارة العادية للملك الوقفي ضمن المطلب الأول والقواعد المتعلقة بحالات انتهاء هذا العقد في المطلب الثاني .

المطلب الأول: آثار إيجار الأملاك الوقفية

يقصد بالآثار عموما تلك الالتزامات التي يرتبها انعقاد الملك الوقفي على طرفي العقد ، ممثل الوقف الناظر أو السلطة الوصية باعتبار الوقف يشكل شخصية معنوية طبقا لأحكام المادة 05 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم والمادة 49 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني فيقع عليهما كل الالتزامات الواقعة على المؤجر هذا من جهة ومن جهة ثانية هناك طرف ثان هو المستأجر الذي تقع عليه هو الآخر التزامات نصّ عليها المشرع في القانون المدني الجزائري وفي النموذج المعتمد من وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

الفرع الأول: التزامات المؤجر للملك الوقفي

فقط للتوضيح بالنسبة للمؤجر هو مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وهذا حسب ما هو منصوص عليه في مقدمة العقد النموذجي للإيجار الأملاك الوقفية المعد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف: (عقد الإيجار بين مديرية الشؤون والأوقاف لولاية...المسماة فيما يأتي " المؤجر" يمثلها السيد....بصفته مديرا للشؤون الدينية والأوقاف) وليس ناظر الوقف كما علقنا على ذلك سابقا و تتمثل التزامات المؤجر فيما يلي :

1- عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق ، ص 1424 .

2- توصية بسكرة تحت رقم: 15 المؤرخة في 07 جانفي 2014 المنبثقة عن اللقاء الذي جمع وكلاء الأوقاف مع إطارات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف .

أولاً: تسليم المستأجر العين الموقوفة وملحقاتها

في البداية نتناول هذا الالتزام وفق الأحكام العامة الواردة في القانون المدني وذلك على النحو التالي: يلتزم المؤجر تسليم العين المؤجرة وملحقاتها فقد تناولته المادة 1/476 السابقة الذكر من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم ، ولا يجوز له تسليم شيء آخر حتى وإن كان أفضل إلا إذا وافق المستأجر عليها ويلتزم كذلك المؤجر بتسليم ملحقات العين المؤجرة بمعنى مستلزماتها ويتم تحديد هذه الملحقات في الاتفاق بين المتعاقدين مثلاً إذا كانت أرض زراعية موضوع عقد الإيجار فإنّ من ملحقاتها مصاريف المياه وحقوق الارتفاق أمّا إذا كان موضوع الإيجار سكن في عمارة فيجب على المؤجر أن يسلم الملحقات وهي الأجزاء المعدة للاستعمال السكني من باب رئيسي والسطح والسلم ، واشترط المشرع أنّ معاينة الأماكن تخضع لإجراء وجاهيا بمعنى حضور الطرفين المؤجر والمستأجر يفرغ في محضر أو بيان وصفي يفترض أن يمضي عليه الطرفين بحيث يلحق هذا المحضر بعقد الإيجار . وإذا تسلم العين المؤجرة دون هذا الإجراء فإنّ الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة سلفاً تفترض أنّ المؤجر سيسلم العين المؤجرة في حالة حسنة إلا أنّ هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها كما تنص المادة 477 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم على أنّه : (إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك) ، أي بمعنى في حالة تسليم العين المؤجرة من قبل المؤجر في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال ومختلفة عن الغرض المقصود من الشيء المؤجر حسب اتفاق أطراف العقد أو يختلف عن طبيعة الشيء فإنّه يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار (وذلك حسب السلطة التقديرية للقاضي) ويقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر فهي مسألة موضوعية للقاضي الناظر في النزاع المطروح أمامه حول عدم التزام المؤجر تسليم العين المؤجرة صالحة للاستعمال .

ثانياً: تعهد بصيانة الوقف طيلة مدة الإيجار وجعله صالح الانتفاع⁽¹⁾

تقضي المادة 1/479 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم على أنّه: (يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر...) ، أي أنّ المؤجر ملزم

1- تنص المادة 476 في فقرتها الأولى من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم والمشار إليه أعلاه على أن : (يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين ...)

بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي سلمت بها وأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر والترميمات الضرورية هي تلك الترميمات اللازمة لحفظ العين المؤجرة أو ضرورة للانتفاع بها، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يلتزم المؤجر بالترميمات التأجيلية التي هي خاصة بالمستأجر ويقصد بها الترميمات البسيطة ، فيكون من العدل أن يتحملها المستأجر مثل إصلاح النوافذ والأبواب والأقفال... الخ، وفي حالة وقوع نزاع بين طرفين حول الترميمات فإن قاضي الموضوع هو الذي يحدد ما إذا كان الإصلاح غير بسيط فيدخل في الترميمات الضرورية التي يتحملها المؤجر أو إصلاح بسيط فيدخل في الترميمات التأجيلية التي يتحملها المستأجر ، ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من مباشرة الترميمات الضرورية وهذا ما نصت عليه المادة 482 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم التي تنص: (لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة ...) ، كذلك يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة بالعين المؤجرة حسب الفقرة الأخيرة من المادة 479 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم التي تنص: (... يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة) ، غير أنه في حالة الضرورة والاستعجال يجوز للمستأجر أن يقوم بالترميمات الضرورية على حساب المؤجر وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 480 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني: (... إذا كانت الترميمات مستعجلة ، جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بها) ، أمّا ما يتعلق بالجزاء المقرر للالتزام بالصيانة فقد نصّت عليه المادة 480 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنّه : (في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد اعذاره بموجب محرر غير قضائي يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض ...) وعليه فإنّ الجزاء المقرر لالتزام المؤجر بالصيانة هو التنفيذ العيني طبقاً للقواعد العامة ، بحيث يجبر المؤجر على القيام بالترميم للعين المؤجرة وأمّا عن كيفية الوصول إلى التنفيذ العيني فإذا لم يقرر المدين تنفيذ التزامه جاز للدائن (المستأجر) أن يطلب ترخيصاً من القضاء بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين (المؤجر) إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وأمّا في حالة الاستعجال فيجوز للمستأجر أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ، وأمّا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكناً أو كان ممكناً ولم يطلبه المستأجر ، فإنّ من حق المستأجر طلب الحكم له بالتعويض بسبب الضرر الذي يصيبه من نقص الانتفاع في العين المؤجرة والصورة المثالية للتعويض هي إنقاص بدل الإيجار بقدر ما طرأ من نقص في المنفعة ولكن يجوز إضافة إلى إنقاص بدل الإيجار الحكم بتعويضات أخرى عمّا أصاب المستأجر من ضرر إذا كان المؤجر هو المتسبب بهذا الضرر وبالمقابل إذا كان خطأ نقص الانتفاع راجع إلى المستأجر فإنّ للمؤجر أن يرجع إلى المستأجر وأمّا إذا كان النقص راجع إلى سبب أجنبي فإنّ للمستأجر أن

يطلب إنقاص الأجرة دون تعويضه عن الأضرار وله أن يطلب فسخ عقد الإيجار وهذه المسألة تقديرية للقاضي في الاستجابة لهذا الطلب ، وتشترط المادة 480 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم أنّه يجب على المستأجر قبل رفع الأمر بإنقاص بدل الإيجار أو طلب الفسخ أن يقوم بإعذار المؤجر بمحرر غير قضائي كما ينذره بضرورة إجراء الترميمات التي طرأت على العين المؤجرة . بخصوص ما ورد في النموذج المعتمد من الوزارة الشؤون الدينية السابق الذكر فتقوم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف باعتبارها السلطة المكلفة بالأوقاف رعاية الأملاك الوقفية من خلال إسناد تسييرها لناظر الوقف تحت مراقبة وكيل الأوقاف فيلتزم بالمحافظة و الصيانة المال الموقوف وترميمه لكي يكون صالحا للانتفاع به و يترتب على الإخلال بذلك طلب فسخ أو إنقاص الثمن للمستأجر وهذا ما نصت عليه المادة 480 السابقة الذكر من القانون المدني المعدل والمتّم ، وقد أعفى المشرع ناظر الأوقاف من القيام ببعض الترميمات وجعلها على عاتق المستأجر كالتوصيلات الخاصة بالكهرباء و الماء وهذا عكس ما هو وارد في القانون المدني، وقد أشارت إلى ذلك المادة 04 من نموذج عقد الإيجار : (أنفق الطرفان ...على ما يلي : يتحمل المستأجر كامل أعباء الترميمات والإصلاحات الداخلية وتكون الإصلاحات والترميمات الخارجية مناصفة بين الطرفين).

ثالثا: الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالعين المؤجرة

جاءت به المادة 483 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم: (على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع ...).

وهذا ما نصت عليه المادة 08 من نموذج عقد الإيجار: (يلتزم المؤجر بما يلي: الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعا إرتياحيا).

رابعا : ضمان التعرض⁽¹⁾

التزامات المؤجر لا تتوقف عند تسليمه الملك الوقفي للمستأجر وقيامه ببعض الترميمات ، بل يجب أن يضمن المؤجر حق الانتفاع بالعين المؤجرة .

ويتضمن هذا الضمان نوعين من الالتزام:

1- الالتزام بضمان التعرض الشخصي: نقصد به تعرض المؤجر شخصا للمستأجر سواء كان هذا التعرض ماديا⁽¹⁾ أو قانونيا⁽²⁾ .

1- يقصد بالتعرض إتيان المؤجر أو غيره لعمل أو تصرف من شأنه أن يؤثر سلبا على حياة المستأجر للعين المؤجرة و انتفاعه بها كاملا وهادئا .مقتبس من كتاب الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني لشعوة هلال مرجع سابق ، ص 116 .

2- الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير: هو إدعاء الغير بأن له الحق على العين المؤجرة كأن يرفع الغير دعوى يطالب فيها المستأجر إخلاء العين المؤجرة، أو أن يستولي على العين مستندا على حق يدعيه فإذا حدث ذلك وكان أثناء مدة الإيجار يكون المؤجر ضامنا لهذا التعرض و يجب على المستأجر إخطار المؤجر بهذا التعرض وهذا ما نصت عليه المادة 484 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: (يتعين على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان ، وفي هذه الحالة يمكن المستأجر طلب إخراجها من الخصام ...).

خامسا: ضمان العيوب الخفية⁽³⁾

يلتزم المؤجر بضمان العيب الخفي الذي قد يطرأ بعد التسليم كاتفاق على وجود أجهزة تدفئة في العين ثم يتبين عدم وجودها ، وفي حالة ثبوت العيب الخفي للمستأجر أن يطلب إما التنفيذ العيني (إصلاح العيب) أو إنقاص الأجرة، أو كذلك فسخ عقد الإيجار وهذا ما نصت عليه المادة 489 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم : (إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر، فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه يجهل وجود العيب) .

الفرع الثاني: التزامات مستأجر الملك الوقفي

بالنظر إلى طبيعة وخصوصية الوقف فإنه يخضع للالتزامات العامة الواردة في أحكام العقد، كما يخضع لأحكام خاصة .

1 - التعرض المادي هو ذلك التعرض الذي يصدر من فاعله دون أن يستند فيه إلى أي حق يدعيه على العين المؤجرة كدخول العين المؤجرة دون إذن المستأجر أو قيامه بتعديل العين المؤجرة وهذا ما من شأنه تعطيل أو الإنقاص من انتفاع المستأجر بهذه العين ، و شعوة هلال مرجع سابق ص 118 .

2- هو الإدعاء الصادر من المؤجر الذي يتعارض مع حق المستأجر في الانتفاع بالعين ، كأن يؤجر العين لشخص آخر في نفس المدة أو لمدة متداخلة مع سريان عقد المستأجر ، أو كأن يملك المؤجر العين المؤجرة بعد أن كان غير مالك لها فيطلب من المستأجر أن يردّها على أساس أنه مالكتها ، و شعوة هلال مرجع سابق ، ص 117 .

3- قد يظهر في الملك الوقفي المؤجر عيب خفي يحرم المستأجر من الانتفاع ، لذلك كان من الطبيعي أن يضمن المستأجر العيوب الخفية وهذا ما نصت عليه المادة 488 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: (يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقضا محسوسا ، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ...) .

أولاً: الالتزامات العامة لمستأجر الملك الوقفي

نصت المادة 07 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي: (... شغل الأماكن طبقاً للغرض المتفق عليه في العقد وبعدم إجراء أي تحويل على المحلات والتجهيزات المؤجرة دون الموافقة الكتابية المسبقة والصريحة من المؤجر وعدم إحداث تغيير في طبيعة الملك الوقفي، سواء بالزيادة أو النقصان إلا بعد الموافقة الكتابية من المؤجر.

- دفع ثمن الإيجار في الموعد المتفق عليه .

- السماح بتنفيذ أشغال تحسين الأجزاء المشتركة أو الأجزاء الخاصة في الأماكن العقارية المؤجرة نفسها وكذلك الأشغال اللازمة لإبقاء المحلات على حالها و الأجهزة المؤجرة على حالها .

- التكفل بالصيانة العادية للأماكن المؤجرة و التجهيزات و التركيبات بها (...)

من خلال ما سبق يمكن ضبط أهم الالتزامات العامة للملك الوقفي وذلك على النحو التالي:

01- الالتزام باستعمال الملك الوقفي المؤجر وفق ما أعد له و الامتناع عن إحداث تغييرات فيه:

حسب المادة 491 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: (يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الإنفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له).

قد يكون استعمال العين المؤجرة حسب ما يكون مبينا في العقد صراحة كالمنزل يستعمل للسكن والأرض تستعمل للزراعة أو لتشييد عليها مصنع، فلا يجوز للمستأجر أن يستعمل العين المؤجرة في غير ما نص عليه العقد صراحة، أمّا إذا لم ينص العقد على استعمال العين المؤجرة فعلى المستأجر استعمال العين المؤجرة بحسب ما أعدت عليه ، أمّا بخصوص إحداث المستأجر لتغييرات في العين المؤجرة فقد نصت المادة 492 من الأمر 58/75 المضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي: (لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر) .

من ذلك كله لا يستطيع المستأجر استعمال الملك الوقفي كيف يشاء وفي الوقت الذي يشاء ، بل استعمال الوقف حسب ما تم الاتفاق عليه ، الجدير بالذكر أنه لا يتوقف استعمال الأملاك الوقفية وفق الغرض الذي أعد من أجله بل على المستأجر ألا يتركه دون استعمال ، خاصة إذا كان هذا الترك يسبب ضرراً بالملك الوقفي أو بالمؤجر ، كما لا يحق للمستأجر إجراء تغييرات تمس بالملك الوقفي كهدم حائط أو تقسيم العين الموقوفة ، وأي إخلال بذلك يخول للمؤجر أي السلطة المكلفة بالأوقاف أن تفسخ العقد لعدم تنفيذ التزاماته وهذا ما نصت عليه المادة 10 من نموذج عقد الإيجار الوقفي .

02- الالتزام بدفع بدل الإيجار:

وهذا ما نصت عليه المادة 498 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم على أنّه: (يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هنالك اتفاق وجب الوفاء ببذل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة ويكون دفع بدل الإيجار في موطن المستأجر ما لم يكن اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك) ، بذلك يعتبر هذا الالتزام من الأمور التي تقع على عاتق المستأجر ومن أهم الالتزامات التي يتحملها المستأجر⁽¹⁾ ، وعليه بموجب عقد إيجار الملك الوقفي يعتبر المستأجر مدين للملك الوقفي هذا ما نص عليه المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك والمشار إليه سابقا التي تنص : (يعتبر المستأجر مدينا للملك الوقفي...) وذلك بصفة شهرية منتظمة، وبدل الإيجار يكون قابلا للزيادة أو النقصان تماشيا مع أسعار السوق بناء على قرار من وزارة الشؤون الدينية .

03- المحافظة على العين المؤجرة:

يلتزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار بأن يبذل العناية في ذلك ما يبذله الرجل المعتاد وتشدّد مسؤولية المستأجر إذا احترقت العين المؤجرة لهذا لها أحكام خاصة .

مسؤولية المستأجر عن سلامة العين المؤجرة والتزامه بإجراء الترميمات الضرورية ويلتزم المستأجر بإجراء الترميمات الإيجارية المتعارف عليها فهي تدخل ضمن العناية الواجب بذلها في استعمال العين المؤجرة حيث تنص المادة 494 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم على أنّه: (يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك) ، وعليه ضرورة إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب التدخل في حالة التعدي على العين المؤجرة من طرف شخص آخر يدعي الملكية فعلى المستأجر إخطار المؤجر ، وبالرجوع لقوانين و المراسيم التي تضبط الأعيان الوقفية فإنّه لا يجوز التصرف في العين المؤجرة من طرف المستأجر سواء بالرهن أو التنازل أو البيع أو الهبة أو تغيير من طبيعتها كلياً أو جزئياً أو بشكل مؤقت حسب المادة 23 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتّم التي تنص: (لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها) ، كما يلتزم المستأجر بإجراء إصلاحات وترميمات لازمة لاستغلال العين الموقوفة، ويمتنع من إحداث أي تغييرات في الملك الوقفي إلاّ بعد الموافقة المكتوبة من طرف السلطة المكلفة بالوقف بموجب وصل مسجل ، كما يقع على عاتق المستأجر احترام القوانين والآداب العامة في النظافة والأمن وحسن

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 461 .

الجوار وعند مخالفة ذلك يفسخ العقد بقوة القانون، كما يفسخ العقد بقوة القانون إذا توفي المستأجر ويعاد تحريره للمدة المتبقية منه وجوبا لصالح ورثته⁽¹⁾، وعند انتهاء عقد الإيجار يرد المستأجر العين الموقوفة وفقا لمحضر الذي أستلم بناء عليه الملك الوقفي في بداية الأمر .

ثانيا: الالتزامات الخاصة لمستأجر الملك الوقفي

يمكن أن نستشف الالتزامات الخاصة لمستأجر الملك الوقفي من خلال ما ورد في النموذج المتضمن عقد الإيجار الأعيان الوقفية العامة المعتمد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، حيث تنص المادة 07 منه:

- الالتزام بتقديم طلب تجديد عقد الإيجار ابتداء من الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته .
- الالتزام بجميع الأعباء الواردة على العقار الوقفي باستثناء دفع الضرائب و الرسوم طبقا للمادة 44 من قانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم.
- كما يلتزم بتسديد تكاليف استغلال الملك الوقفي من كهرباء وغاز و ماء .
- تأمين الملك الوقفي ضد الأخطار المتوقعة .
- التزام المستأجر بعدم الإيجار من الباطن .

المطلب الثاني: انتهاء عقد الإيجار الملك الوقفي

يعتبر الإيجار الوقفي من عقود المحددة المدة وبالتالي الزمن فيه مهم ، قد ينتهي بانتهاء مدته المحددة وهذا هو السبب الرئيسي وقد ينتهي لأسباب أخرى سواء عامة جاء بها القانون المدني أو خاصة ذكرها المرسوم التنفيذي 381/98 السابق الذكر ، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب .

الفرع الأول: انتهاء الإيجار الوقفي بانقضاء مدته

ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته وفق للأحكام العامة وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 1 المشار إليها سابقا من الأمر 58/75 السابق الذكر : (ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء) .

الفرع الثاني : انتهاء عقد الإيجار لأسباب عامة

في الأصل أن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء مدته لكن هناك أسباب أخرى عامة تختلف باختلاف المصدر فقد ترجع إلى العين المؤجرة و قد ترجع إلى طرفي العقد من بين هذه الأسباب :

1- انظر المادة 29 من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك و المشار إليه سابقا التي تنص : (يفسخ عقد الإيجار قانونا إذا توفي المستأجر ، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونه)

- هلاك العين المؤجرة كلياً أثناء مدة الإيجار وهذا ما نصت عليه المادة 481 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص على ما يلي : (إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون ...).

- الفسخ الإتفاقي أو ما يطلق عليه الشرط الفاسخ الصريح حسب نص المادة 120 من القانون المدني 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمشار إليه أعلاه : (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي ...) أي يضع الطرفين في العقد بند يقضي بفسخ العقد تلقائياً في حال عدم تنفيذ الالتزامات بمعنى آخر عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزاماته مما يترتب عليه فسخ العقد و بحكم القانون .

- إذا تخلف ركن من أركانه (الرضا ، المحل ، السبب ، الإجراءات الشكلية) أو انعقد لسبب غير مشروع أو مخالف للقانون أو الآداب العامة .

الفرع الثالث : انتهاء عقد الإيجار بالمرسوم التنفيذي 381/98

من خلال المادة 29 المشار إليها سابقاً من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، تنص على أنه : (يفسخ عقد الإيجار قانوناً إذا توفي المستأجر ، ويعاد تحريره وجوباً لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونه) .

بمعنى أنّ وفاة المستأجر تؤدي إلى انقضاء عقد الإيجار ، وانتقال الإيجار إلى الورثة في المدة المتبقية لا يتم إلا بعد تحرير عقد إيجار جديد لصالحهم وهذا عكس ما ورد في الأحكام العامة في 469 مكرر2 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حيث تنص : (لا ينتقل الإيجار إلى الورثة ، غير أنّه في حالة وفاة المستأجر ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك يستمر العقد إلى انتهاء مدته...) يكمن الفرق بين المادتين السابقتين أن وفاة المستأجر في نص المادة 29 المذكورة أعلاه يحل محل عقد جديد لصالح الورثة للمدة المتبقية أمّا في المادة 469 مكرر2 حتى وإن توفي المستأجر فإن العقد يستمر إلى انتهائه .

الخاتمة

من خلال ما سبق يعدّ استثمار الأملاك الوقفية عن طريق الإيجار العادي من بين الطرق التقليدية في عملية تسمير الأوقاف ، لا يمكن إنكار الدور الذي يقوم به في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، ونظراً للقصور الذي أظهره فيما بعد كونه أصبح لا يتماشى مع متطلبات المرحلة ، أضفى المشرع على الوقف نوع من المرونة من خلال استثماره وتنميته وتخليصه من الجمود والركود

وذلك من خلال إيجاد عقود استثمارية للأموال الوقفية وهي ما تسمى بالإيجار الخاص التي سبق ذكرها في المقدمة رغم ما يشوب هذا النوع من صعوبات

النتائج المتوصل إليها :

- اعتماد معظم مديريات الشؤون الدينية والأوقاف في طريقة إبرام عقود الإيجار على طريقة التراضي سواء تعلق الأمر بالمحلات المعدة للسكن أو المحلات التجارية أو حتى الأراضي الفلاحية وفي القليل من الأحيان ما يعتمد على طريقة إبرام العقود عن طريق المزاد العلني رغم ما نصّ عليه المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأموال الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .

- تغييب دور الناظر في الواقع العملي ولم يبق له أثر إلا في النصوص والمراسيم، مما أدى ذلك إلى إرهاب كاهل وكيل الأوقاف الذي أصبح يقوم بدورين مهامه الأصلية ومهام الناظر.

- صب ريع الإيجار الأموال الوقفية في الصندوق المركزي للوقف وهذا فيه إجحاف بحقوق الموقوف عليهم و في نفس الوقت عدم احترام شرط الواقف ، رغم أنّه في الآونة الأخيرة تم استدراك الأمر بفرض قاعدة 25 % تسيير محليا واستغلالها يكون في دفع المصاريف القضائية وترميم الأعيان الوقفية الآيلة للسقوط أو المنهارة جزئيا والباقي للصندوق المركزي وذلك في كل ثلاثي من السنة ولكن هذا غير كاف في نظر الخبراء .

بعض الاقتراحات :

- استغلال الإعلام الهادف في توعية الجمهور وتعريفه بدور الوقف وقيمه التعبديّة و الاجتماعية .
- القيام بأبحاث معمقة لوضع آليات حديثة و وسائل قانونية لإدارة و استثمار الوقف في ظل احترام إرادة الواقف .

- تشجيع أصحاب رؤوس الأموال على الاهتمام بإقامة مؤسسات ومشاريع وقفية .
- تدعيم مهام وكلاء الأوقاف من خلال تكوينهم في ما يلي :
* تسيير وإدارة الأوقاف ، خاصة ما تعلق بتنمية الوقف وإيجاد صيغ استثمارية تسهم في تفعيل دور الوقف وغرضه .

* تمكين وكلاء الأوقاف من تعلّم اللغات حسب البعد التاريخي والامتداد الجغرافي الذي أنشئت فيه هذه الأوقاف (اللغة التركية ، اللغة الأمازيغية ...) وهذا ما يجعل الأعيان الوقفية تكتسب مناعة وحماية من الضياع .

- إعادة النظر في النصوص القانونية المتناقضة المنظمة للوقف لسد الثغرات التي قد تظهر هنا وهناك.

- حماية العقود المتعلقة بالأموال الوقفية من خلال تدعيم جانب الشكالية فيها وذلك للحفاظ على الوقف من الاندثار والتهميش .

- تسليط عقوبات على كل من تسول له نفسه العبث بالأموال الوقفية .

- احترام شرط الواقف هذا الأمر سيزيد في ثقة الواقفين ويدفع إلى إنشاء أوقاف جديدة من شأنها تلبية حاجيات المجتمع.

قائمة المراجع و المصادر :

- بوراس عيسى بن محمد، توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، جمعية التراث ، الجزائر 2012 الطبعة الأولى.

- حسن عبد الله الأمين ، إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، جدة ، 1994 ، الطبعة الثانية .

- زهدي يكن:

* الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، بدون بلد النشر ، 1388 .

* أحكام الوقف ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، بدون سنة النشر ، الطبعة الأولى .

- شعوة هلال ، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني ، جسر لنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010، الطبعة الاولى .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية) ، المجلد السادس ، الجزء الثاني ، منشورات الحقوقية ، بيروت ، 2000 .

- كنانة محمد ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 .

- وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الثامن ، دار الفكر ، سوريا ، 1989 .

- فنتازي خير الدين ، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007 .

- بن مشرن خير الدين ، مذكرة إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الإدارة المحلية ، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2011-2012 .

- مقران محمد ، التقييمات العقارية ، محاضرة قدمت لوكلاء الأوقاف ، الجزائر ، من 05 إلى 08 نوفمبر 2001

- بن رقية بن يوسف، محاضرات في إيجار الأملاك الوقفية العقارية، أقيمت على الطلبة القضاة الدفعة 12 المدرسة العليا للقضاء، بدون السنة الجامعية .

- دستور 1989 ، الجريدة الرسمية ، 1989 ، العدد 09 ، المعدل والمتمم بدستور 1996 المؤرخ في 1996/11/28 الجريدة الرسمية ، العدد 76 .

- القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف الجريدة الرسمية 1991 ، العدد 21 ،
المعدل والمتمم بالأمر 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 ، الجريدة الرسمية 2001 ، العدد 29 ، والمعدل
بالأمر 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ، الجريدة الرسمية 2002 ، العدد 83
- J.Luccioni , le Habous ou Wakf rites malikite et hanafite ,
Maroc, 1942 .P16 . universitaires, Alger, sans Casablanca
année d'édition, p 215.

- 1- نحو حماية جنائية للمستهلك الإلكتروني.....ص 08
د/ بوقرين عبد الحليم. أ/ صادقي أمباركي.
- 2- الواقعية في العلاقات الدولية (دراسة نظرية).....ص 22
أ/ خليف رابح.
- 3- المنازعات المتعلقة برخصة البناء.....ص 30
أ/ عكوش حنان. أ/ بوعكاز يسرى.
- 4- حقوق المؤلف على المصنفات الرقمية في شبكة الإنترنت.....ص 43
نسراقي محمد الزين.
- 5- النظام القانوني لتأمين القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري.....ص 57
أ/ معنصري مريم.
- 6- الشخصية المعنوية للوقف وطرق استغلاله في التشريع الجزائري.....ص 84
أ.د/ رزق الله العربي بن مهدي. غزال نصيرة.
- 7- قراءة لمدى خضوع السلطة التقديرية للإدارة للرقابة القضائية.....ص 96
أ/ لطفاوي محمد عبد الباسط. أ/ خضرون عطاء الله.
- 8- دور العقار في التنمية وترقية الاستثمار.....ص 120
أ/ تيشوش فاطمة الزهراء. أ/ سعادة فاطمة الزهراء.
- 9- دراسة تأصيلية لمبدأ الاشراف القضائي على الانتخابات.....ص 137
أ/ بلبكري مريم. أ/ كريم النفس نور الوجود.
- 10- السياسة الجنائية للمشروع الجزائري في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال.....ص 152
د/ خضراوي الهادي. أ/ لكحل عائشة.
- 11- اللامعيارية وجرائم المراهقين.....ص 171
د/ برايك الطاهر. أ/ بوجرادة نزيهة.
- 12- الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية.....ص 194
د/ خضراوي الهادي. بلحطاب بن حرز الله.
- 13- الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية الاجتماعية.....ص 210
بن يطو محمد.
- 14- التنازل على أملاك الدولة والتركات الشاغرة في التشريع الجزائري.....ص 221
سعودي علي.
- 15- سلطات القاض الإداري في ضمان تنفيذ أحكامه المتعلقة بحماية البيئة.....ص 234
أ/ بلي بولنوار. أ/ خطوي مسعود.
- 16- واقع استثمار الملك الوقفي العقاري عن طريق الايجار العادي في الجزائر.....ص 243
د/ زوبيري بن قويدر. أؤذينة أمحمد

نحو حماية جنائية للمستهلك الإلكتروني

د/ بوقرين عبد الحليم

أ/صادقي أمبارك

جامعة عمار ثليجي الأغواط

الملخص

أمام تطور التجارة الإلكترونية باستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة (الهاتف/الفاكس،التلكس...الإنترنت)، أصبح المستهلك الإلكتروني واقعا يجب الاعتراف له بحقه في حماية قانونية جزائية ضد مخاطر إستعمال هذه الوسائل. من بين كل القوانين والتنظيمات الصادرة بالجزائر التي تعنى بالمستهلك، هل حظي المستهلك الإلكتروني بالحماية القانونية الكافية؟

Le résumé:

Devant l'évolution du commerce électronique en utilisant les moyens électroniques moderne (téléphone,fax...internet) ,le consommateur est devenue une réalité et il faut d'avouera son droit de la protection juridique pénale contre ces risques a l'occasion d'utilisation de ces moyens.

Parmi toutes les lois et les règlements promulgués en Algérie concernant le consommateur,est ce que le consommateur électronique a une protection juridique suffisante ?

المقدمة:

في عصرنا الحالي أصبحت التكنولوجيا ضرورية في حياتنا اليومية وصار إستعمال الوسائل الإلكترونية أمر لا مناص منه، الشيء الذي أدى إلى انتشار المعاملات الإلكترونية لسرعتها وعلى رأسها تبادل السلع والخدمات وهذا في إطار ما يطلق عليه اليوم بالتجارة الإلكترونية والتي يتم إبرامها عن طريق ما يعرف بالعقود الإلكترونية ليصبح لدينا ما يعرف بالمستهلك الإلكتروني الذي لا يتميز عن المستهلك التقليدي إلا من حيث وسيلة التعاقد كونها إلكترونية.

غير أن الأمر لا يخلو من مخاطر بسبب إنتشار الجرائم الإلكترونية ، حيث أن المستهلك الإلكتروني قد يقع ضحيتها، والسؤال المطروح:هل المستهلك الإلكتروني في الجزائر وصل إلى درجة الأمان في ظل التشريعات الحالية وخاصة الجزائية منها ؟ وإن لم يكن كذلك فما هو المطلوب إذن من المشرع الجزائري لبلوغ هذه الغاية ؟

من أجل مناقشة هذه الإشكالية عالجانها وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: نحو حماية جنائية لرضا المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: محاولة تطويع جرائم الإلتزام بالإعلام.