



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد الثالث عشر

نوفمبر 2011

التنمية السياسية وأزمة الوضع الدستوري في الوطن العربي

بومدين طاشمة

مدى تطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته حسب القانون 90/31 المتعلق بالجمعيات

فريجة محمد هشام

القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

عبد العزيز خنفوسي

عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11

طيب عائشة

المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض

دمانة محمد

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات

مرزوق محمد وعمارة فتيحة

الالتزام بالإفشاء وقت التعاقد في عقد التأمين

نويري سعاد

مسؤولية الطفل الجزائرية في الشريعة الإسلامية والتقنيين جزائري والليبي

جدي الصادق

تسوية المنازعات بين أسماء المواقع على الانترنت والعلامات التجارية المشهورة

بوشعبة أيمن

رئيس التحرير :

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj@hotmail.fr

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الإلكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الإلكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 7988.1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع

05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

باسم الرحمن الرحيم

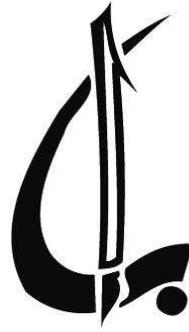
قانون دراسات

العدد الثالث عشر

13

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة لمنظمة

المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- ① الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
- ② تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
- ③ لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
- ④ يكون البحث مرفوقاً بالمراجع.
- ⑤ يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
- ⑥ يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق 29.7/21 (A4).
- ⑦ يكون البحث جديداً لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
- ⑧ يكون البحث ملخصاً يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
- ⑨ لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
- ⑩ يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.

مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

| | |
|-------|---|
| رئيسا | أ.د. فوزي أوصديق (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البلدية) |
| مقرر | أ. العربي بلحاج (أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس) |
| عضوا | أ.د. تونسي بن عامر . (عميد كلية الحقوق / الجزائر) |
| عضوا | أ.د. محمد حمد العسلي (مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بليبيا.) |
| عضوا | أ.د. موسى دويك (مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني – فلسطين) |
| عضوا | أ.د. سيدي ولد الخباز (رئيس جامعة نواكشوط) |
| عضوا | أ.د. بطاهر بو حلال (أستاذ بجامعة ليون ، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان – فرنسا) |
| عضوا | د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البلدية) |
| عضوا | د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البلدية) |
| عضوا | د. عبد الهادي بن زيطة (جامعة أدرار) |
| عضوا | د. عجة الجيلالي (جامعة الشلف) |
| عضوا | د. فزو محمد آكلي (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب – البلدية) |
| عضوا | د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق/جامعة الجزائر) |
| عضوا | د. سعيد بويزدي (جامعة تيزي وزو) |



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر
العدد الثالث عشر - نوفمبر 2011م ذو الحجة 1432هـ

محتويات

| الصفحة | بقلم | الموضوع |
|--------|--|---|
| 7 | د. فوزي أوصديق | الافتتاحية. |
| 11 | د/ بومدين طاشمة أستاذ محاضر "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد . تلمسان | التنمية السياسية وأزمة الوضع الدستوري في الوطن العربي |
| 19 | أ/ فريجه محمد هشام كلية الحقوق - جامعة المسيلة- الجزائر | مدى تطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته حسب القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات |
| 31 | أ/ عبد العزيز خنفوسي أستاذ مساعد قسم -أ- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور "مولاي الطاهر" بسعيدة | القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري |

| | | |
|-------------------|--|--|
| <p>59</p> | <p>أ/ طيب عائشة أستاذة مساعدة - أ - كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب بالبيدة-</p> | <p>عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11 - 04</p> |
| <p>93</p> | <p>أ/ دمانة محمد أستاذ مساعد (أ) قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرياح ورقلة</p> | <p>المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض</p> |
| <p>103</p> | <p>أ / مرزوق محمد . أستاذ جامعي بكلية الحقوق والعلوم السياسية . أ / عمارة فتيحة أستاذة جامعية بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة - الجزائر-</p> | <p>الضمانات الدستورية للحقوق والحريات - دراسة مقارنة فرنسا والجزائر</p> |
| <p>121</p> | <p>أ/ نويري سعاد ماجستير قانون الأعمال</p> | <p>الإلزام بالإفشاء وقت التعاقد في عقد التأمين دراسة مقارنة</p> |
| <p>143</p> | <p>أ/ جدي الصادق استاذ مساعد جامعة فرحات عباس سطيف.</p> | <p>مسؤولية الطفل الجزائرية في الشريعة الإسلامية والتقنينين الجزائري والليبي</p> |
| <p>165</p> | <p>أ/ بوشعبة أمين جامعة سعد دحلب - البيدة</p> | <p>تسوية المنازعات بين أسماء المواقع على الانترنت والعلامات التجارية المشهورة</p> |

افتتاحية العدد

د. فوزي أوصديق

عميد سابق في كلية الحقوق

العدد الذي بين أيديكم، من دراسات قانونية، يحاول كما عودكم معالجة، مواضيع قانونية حساسة تعالج المراحل الأنية، وبالأخص والجزائر تمر بمرحلة الإصلاحات، فكان من الضروري أن نستهل البحوث، بدارسة للأستاذ بومدين طاشمة عن جامعة أبو بكر بلقايد (تلمسان) حول موضوع التنمية السياسية، وأزمة الوضع الدستوري في الوطن العربي، من خلال تشريح خصوصية الأنظمة السياسية القائمة، ومن خلالها إعطاء بدائل قانونية سياسية لإعادة بناء وهيكل النظام العربي، فالدراسة مختصرة، ومركزة وشاملة.

أما الموضوع الموالي، لا يقل أهمية في أي بناء ديمقراطي، وهو للأستاذ فريجة محمد هشام من جامعة مسيلة، حول مدى تطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته، حسب القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات، من خلال إعطاء النطاق النظري والفلسفي للعمل الجمعي، ومحاولة في مرحلة ثانية استقراء القانون المتعلق بالجمعيات، سواء من حيث التأسيس أو التنظيم، أو الأهداف.

كما حول صاحب البحث رصد العوائق الداخلية منها والخارجية، واستخلاص بعض الدروس لإنشاء نظام جمعي فعال.

أما الدراسة الثالثة وهي للأستاذ عبد العزيز خنفوسي من جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة بعنوان "القواعد التي توجب أعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" فيحاول من خلال هذه الورقة البحثية أن يستعرض أحد أهم الموضوعات في التحكيم الدولي،

وذلك من خلال الوقوف على القواعد التي تلزم تطبيق التحكيم التجاري الدولي وفقاً للقانون الجزائري.

ولا يتأكد ذلك إلا بالتكلم عن إجراءات التحكيم التي توجب قيام نزاع بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم، وعليه فإن أول إجراء يجب البدء به، هو التحدث عن تشكيل المحكمة التحكيمية أو اختيار المحكمين، ويكون ذلك بالتطرق إلى الكيفيات المتعددة للاختيار المحكمين في ظل كل من التحكيم الإتفاقي والتحكيم المتخصص.

وبعد معرفة تشكيل المحكمة التحكيمية، يتحول الباحث إلى التفصيل في الإجراءات المتبعة، والمراحل التي تمر بها إلى غاية صدور الحكم التحكيمي.

أما البحث الرابع، وهو للأستاذ طيب عائشة من جامعة سعد دحلب -البليدة- فيتناول موضوع عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04/11 إذا البحث الأول المقدم يحاول الإجابة عن إشكالية ملحة وهو: ما هي الخصوصية التي يتميز بها التنظيم التشريعي لعقد البيع على التصميم في ظل القانون رقم 04/11، وقد تم تفصيل الموضوع إلى مبحثين الأول مخصص لتحديد مفهوم عقد البيع على التصاميم أما الثاني نبحث فيه مجالات وخصوصية عقد البيع على التصاميم، وهذا القانون وغيره، هو محاولة لإيجاد حلول سريعة وفعالة لأزمة السكان التي تمر بها الجزائر.

أما البحث الموالي، وهو للأستاذ دمانة محمد، من جامعة قاصدي مرباح، ورقلة حول المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض، بحيث لم يعد الشكل الضروري لجبر الضرر في العصر الحديث فالمرجع، والأطراف والقضاء يعرفون اليوم جبر الضرر عن طريق صور أخرى للتعويض لا تبلغ التعويض الكامل، ولا تجد معيارها وحسب في مدى الضرر الذي لحق بالمضرور، ولكن في اعتبارات أخرى اجتماعية متعلقة بالعدالة وهو ما يحاول الباحث استقرائه، كما أن بعض التشريعات الحديثة أخذت تتجه إلى عدالة التعويض وليس بالضرورة أن يكون كاملاً والبعض منها قد هجرت مبدأ التعويض الكامل بالنصوص الصريحة، كما هو الحال في قانون الإلتزامات السويسري، حيث أجاز إنقراض التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً أو موارد المدين محدودة وعليه قام الباحث بدراسة المعايير التشريعية ثم في مرحلة أخرى عوامل التخفيف من التعويض القضائي.



أما البحث الموالي، والخاص بالضمانات الدستورية للحقوق والحريات - دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا - ، وهو بحث مشترك بين الأستاذ مرزوق محمد وعمارة فتيحة من جامعة سعيدة، يحاول استقراء الإشكالية المتمثلة في كون أن معظم النظم القانونية إنما وجدت لحماية الحقوق والحريات، ورغم وجود آليات عدة لحمايتها داخليا ودوليا إلا أن هذه الآليات في حد ذاتها تحتاج إلى حماية وهو ما تم معالجته من كلا الأستاذين مستعرضين أهم الضمانات الوطنية المقررة لحماية الحقوق والحريات وما مدى تأثير الظروف الإستثنائية على هذه الضمانات.

أما دراسة الأستاذة نويرة سعاد، فهي في أحد مجالات القانون الخاص، وذلك حول الإلزام بالإفشاء وقت التعاقد في عقد التأمين، دراسة مقارنة، وهو موضوع حساس وشائك، نظرا أحيانا لعدم اعتماده على القواعد العامة المتعارف عليها. وهو موضوع شامل وجدير أن يفتح الفضول للعديد من الباحثين.

أما بحث الأستاذ جدي الصادق من جامعة فرحات عباس بسطيف، فيعالج موضوع مسؤولية الطفل الجزائرية في الشريعة الإسلامية والتقنينين الجزائري والليبي، وهو عبارة عن دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والليبي، يحدد فيه الباحث مفهوم الطفل ومعيار الطفولة وكيفية تحديد سن الرشد والبلوغ ومدى انعدام مسؤولية الطفل الجزائرية، ثم ينهي الدراسة بتوصيات تعالج بعض الاشكالات في القانون الجزائري.

وأخر بحث في عددنا هذا فللأستاذ بوشعبة أمين من جامعة سعد دحلب البليدة والموسوم بتسوية المنازعات بين أسماء المواقع على الأنترنت والعلامات التجارية المشهورة. وهو دراسة متكاملة لفكرة الملكية الصناعية وعلاقتها باقتصاد المعلومات القائم على المعرفة والذي أدى الى بروز العديد من التغيرات القانونية في كثير من التشريعات وبالأخص موضوع النظام القانوني للعلامات التجارية .

إذا العدد متنوع، ويتناول العديد من مجالات القانون، ويحاول أن يستقرء المشرع الجزائري ونتمنى التوفيق للجميع، والشكر موصول للأستاذة عن مشاركتهم ويحثهم.

التنمية السياسية وأزمة الوضع الدستوري في الوطن العربي

د. بومدين طاشمة

أستاذ محاضر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان -

المقدمة:

الدستور هو القانون الأعلى الذي يحدد القواعد الأساسية لشكل الدولة ونظام الحكم فيها، وينظم السلطات العامة من حيث التكوين والإختصاص، والعلاقة بين هذه السلطات وحدود كل سلطة، والواجبات والحقوق الأساسية للأفراد والجماعات، ويضع الضمانات لها تجاه السلطة.

إذا لم يكن للدولة دستور فمعنى ذلك أن السلطة القائمة بالحكم هي التي تقرر هذا الذي تود الأنظمة الديمقراطية تقريره للدستور. السلطة التي تكون غير مقيدة بدستور ومؤسسات هي سلطة مطلقة تملك إهدار حقوق الإنسان وحرياته⁽¹⁾.

والدستور ليس فقط مجموعة من القواعد القانونية المدونة في وثيقة مكتوبة تتعلق بنظام الحكم في الدولة، بل هو أيضا عملية صياغة قانونية لفكرة سياسية إستطاعت في صراعها مع الأفكار الأخرى أن تؤكد انتصارها بوصولها إلى السلطة وفرض اتجاهها وفلسفتها كقواعد قانونية ملزمة. من هنا، فإن الدساتير، حين تبني النظام القانوني لسلطة الدولة، تؤكد كذلك سيطرة القوة السياسية، كما ترسي الأسس اللازمة لكفالة عنصر الشرعية لهذه القوة. وفي ضوء ذلك يمكننا القول بفكرة الحياد السياسي للدساتير. والمقصود بذلك أن الدساتير تقوم بدور في تنظيم وظيفة الحكم، أي كان النظام السياسي القائم، سواء أكان ديمقراطيا أو غير ديمقراطي. فكلما صعدت إلى السلطة قوة سياسية جديدة حملت معها

⁽¹⁾ المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1948/02/10.



فلسفة سياسية جديدة. ولا يكون الدستور في هذه الحالة إلا صياغة قانونية لها ولكل ما تقضي به في شأن نظام الحكم وسلطة الدولة وحقوق الأفراد وحررياتهم العامة⁽¹⁾.

إذا كان الدستور هو أبو القوانين، فإن أي محاولة لإضعافه وإضعاف الحكم الدستوري إنما هي في جوهرها ذريعة لتفويض حكم القانون وسيادة الأمة. وهو ما يؤدي إلى ضياع العدل وفتح المجال للحكم المطلق.

إزاء كل ذلك، فإن الواقع العربي شهد في السنوات الأخيرة مراجعة فكرية واسعة لموضوع الدستور، مترافقة مع الدعوات للإصلاح وتحقيق المزيد من الإجراءات الضامنة لحقوق المشاركة السياسية والعدالة الإجتماعية، وأخذت تلك المراجعات سبلا متعددة للوصول إلى أهدافها، إبتداء من صياغة الدساتير إلى عرضها على الشعب لمناقشتها والاستفتاء عليها.

واستنادا إلى الخبرة الدستورية العربية، على حادثة عهدنا نسيا بالمقارنة مع الخبرة الدستورية الأوروبية، فإن الإشكال الذي يطرح: هل تعديل بعض النصوص الدستورية يعد اقتضاء لمصالح وطنية واستحقاقات يملئها عامل التغيير والتطور والتنمية السياسية، أم أن تعديله ما هو إلا آلية للتكيف واستمرارية النخب الحاكمة في السلطة، ما دام أن جوهر التغيير لم يمس طبيعة السلطة وأسلوب ممارسة الحكم؟

أولا: خصوصية البنية الدستورية وطبيعة النظام السياسي العربي:

إن التمعن في الحياة السياسية للمجتمعات العربية والنظر إليها كما هي على أرض الواقع، يكشف لنا جملة من الخصوصيات التي قد تعد كمظاهر لظاهرة التخلف السياسي ومشكلاته في هذه المجتمعات، من بين الخصوصيات ذات التأثير العميق على مسار العمل التنموي والترسيخ الديمقراطي في هذه المجتمعات ما يلي:

1. عدم رشادة ووضوح القواعد القانونية و الدستورية المنظمة لشؤون الحكم والإدارة: لما كان الدستور يعتبر القاعدة القانونية المنظمة لشؤون الحكم والإدارة، فإن في البلدان العربية ليس سوى مجموعة من النصوص والأحكام المنقولة عن دساتير المجتمعات الغربية، والمعبرة بذلك عن تجارب تاريخية وسياسية لا تتسق في كثير من الأحيان مع ظروف وأوضاع

(1) طعيمة الجرف، نظرية الدولة، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة، 1973، ص 409.



المجتمعات التي نقلت إليها⁽¹⁾. ومن ثم كثيرا ما تم إيقاف العمل به، أو استبدل بغيره، هذا فضلا عما يحدث من خروج على أحكامه عند تعامل أجهزة الدولة مع المواطنين. فالسمة العامة لوضعية القوانين والدساتير في البلدان العربية هي المباعضة بين النصوص الرسمية والواقع العملي، على الرغم من أن هذه الدساتير تظهر في معظم هذه المجتمعات حالة من التوازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، إلا أن واقع الحال يوضح سيطرة السلطة التنفيذية التي هي في الأساس سلطة الحاكم أو رئيس الدولة وامتداداته على السلطة التشريعية، والمفروض بها أن تمثل سلطة الشعب⁽²⁾. على أن الجانب الأكثر أهمية في هذا المجال هو صياغة نصوص القوانين بما يجعلها قابلة لنوع من التطبيق المتكيف مع الأوضاع المتغيرة، وذلك عن طريق إحتفاظ المشرع بهامش من الحركة يسمح بالمانورة عند الحاجة⁽³⁾.

أيضا الإستناد إلى وثائق دستورية مكتوبة، ومؤسسات وبناءات سياسية حديثة، لم تكن في أغلب الأحوال إلا واجهات سياسية شكلية، لا تعكس الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي للمجتمعات العربية.

وفي نفس المنحى تشير الدكتورة "ثناء فؤاد عبد الله" إلى أن الأنظمة العربية الرسمية في مجملها لم تصل إلى مفهوم الدولة القانونية، وإلى فلسفة الديمقراطية كأسلوب لسلطة الحكم في قيادة الدولة والمجتمع، فالأقطار العربية تحكم إما بنظم حكم عشائرية أو عائلية، أو بنظم فردية، أو بنظم حكم حزبية وحيدة ماسكة بالسلطة وهيئات دستورية أو

⁽¹⁾ فالاشتراكية والرأسمالية على السواء هما من الإيديولوجيات السياسية الشائعة الانتشار في الدول العربية، إما أنهما منقولتان حرفيا أو بشكل محرف عن الفكر الماركسي والليبرالي الكلاسيكي، أو عبارة عن مزيج من الأفكار الماركسية والرأسمالية المترابطة على نحو توفيقى، ولا تعبر عن اتجاه محدد واضح المعالم والأبعاد، ولذا صارت في التطبيق العملي أقرب ما تكون من رأسمالية الدولة التي تقوم على سيطرة البيروقراطية الحكومية التسلطية، وما يحكم سلوكها من ضوابط إدارية وقانونية تعيق عملية التنمية السياسية الشاملة.

لمزيد من التفاصيل أنظر:

- برتراند بادي، **الدولة المستوردة: تفريب النظام السياسي**، ترجمة لطيف فرج، القاهرة: دار العالم الثالث، 1996، ص 117.

⁽²⁾ خميس حزام والي، **إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية مع إشارة إلى تجربة الجزائر**، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2003، ص 54.

⁽³⁾ من الأمثلة عن ذلك تعليق الدستور الجزائري لسنة 1963 إثر الإنقلاب العسكري في 19 جوان 1965، والفراغ الدستوري لدستور 1989 بعد (استقالة) رئيس الجمهورية "الشاذلي بن جديد".



قانونية شكلية، لأنها غير منتخبة إنتخاباً حراً وحقيقياً⁽¹⁾، وبالتالي فإنها لا تمثل الإرادة الشعبية، كما أن هذه النظم لا تمتلك الصفة الشرعية لأنها غير منتخبة شعبياً في الأساس.

وفي سياق دراسة العلاقة بين السلطات، تعبر الدساتير العربية عن خلل في إدارة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لمصلحة الأخيرة مع تركيز خاص على دور رئيس الدولة في إدارة العملية السياسية. فنجد مثلاً أن رئيس الدولة في النظام الجزائري وفقاً لدستور 1996 يهيمن على السلطة التشريعية وذلك على الرغم من إقراره بمسؤولية الوزراء أمام البرلمان (المجلس الشعبي الوطني)⁽²⁾ وليس أمام السلطة التنفيذية. فنجد على سبيل المثال أن الدستور المعدل يعطي لرئيس الجمهورية الحق في التشريع بأوامر، في ظل شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي انعقاده العاديتين، أو في حالة الإستثناء، بينما أن الدستور الذي أرخ لبداءة التحول الديمقراطي في الجزائر لم يكن يثبت تلك الرخصة لرئيس الدولة إلا في حالة الإستثناء فقط⁽³⁾.

وما يسري على العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، يسري وبالقدر ذاته على العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية، التي تتميز بهيمنة الأولى على الثانية. فرغم النص على استقلال القضاء في جميع الدساتير العربية، إلا أن رئيس الدولة عادة ما يتدخل في أعمال السلطة القضائية، ومرة أخرى فإن النظم الجمهورية لا تختلف عن النظم الملكية في هذا الخصوص. فمن أشكال التدخل الشائعة في كلا النوعين من النظم، قيام رئيس الدولة بتعيين القضاة. ينص على ذلك دستور عمان بتسليمه بحق السلطان في تعيين كبار القضاة، وينص دستور الجزائر على ترؤس رئيس الدولة للمجلس الأعلى للقضاء الذي يتولى تعيين القضاة ونقلهم ومتابعة تدرجهم الوظيفي⁽⁴⁾.

وفي ما يخص حقوق المواطنين وحررياتهم السياسية، يلاحظ على تنظيم سائر الدساتير العربية لها أنه يتم أحياناً بطريقة تعسفية. فنجد فيما يتصل بحرية الرأي والتعبير مثلاً أن

(1) ثناء فؤاد عبد الله، آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1997، ص 78.

(2) يلاحظ أنه بمقتضى الدستور المعدل، أصبح البرلمان يتكون من غرفتين، المجلس الشعبي الوطني وهو منتخب بالانتخاب العام المباشر والسري ومدته خمس سنوات، ومجلس الأمة الذي ينتخب ثلثاً أعضائه بالانتخاب السري غير المباشر من بين أعضاء المجالس البلدية والولائية، ويعين رئيس الجمهورية الثلث الأخير من الشخصيات العامة في الدولة، ومدته ست سنوات على أن يتم تجديد تشكيل نصف أعضائه كل ثلاث سنوات.

(3) نص دستور 1996، ص 26، ونشرة المنظمة العربية لحقوق الإنسان، العددان 104، 105، أكتوبر-نوفمبر 1996، ص 10.

(4) نشرة المنظمة العربية لحقوق الإنسان، المصدر نفسه، ص 7، ونص دستور 1996، ص 29.



الدساتير العربية تتخذ عدة مواقف مختلفة. فهناك دساتير تكفل هاتين الحريتين معا لكنها تقصرهما على الالتزام بأيدولوجية الدولة كما هو الحال مع دستور العراق. وهناك مجموعة أخرى من الدساتير لا تتضمن أي إشارة للحريتين معا كما هو الحال مع دستور قطر.

وفي التحليل الأخير، وبالإضافة إلى ما تم ذكره، يمكن القول أن هناك عارضين أساسيين يعطلان أعمال الحقوق والحريات العامة في الوطن العربي: العارض الأول هو الأعمال القانوني أو الفعلي لقوانين الطوارئ. والعارض الثاني هو محدودية المواثيق والاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان التي تتضمن إليها الدول العربية.

فبالنسبة لقوانين الطوارئ، فإن هناك دولاً تعلن العمل بها رسمياً مثل سوريا منذ 1963، ومصر منذ 1981، والجزائر منذ 1992. وهناك دول تزاوّل العمل بها فعلياً من دون إعلان التزامها بذلك مثل البحرين. ولا تختلف الممارسات في الحالتين بكل ما تتطوي عليه من توسيع قاعدة الإشتباه، وتشكيل المحاكم الاستثنائية مع عدم توفر ضمانات العدالة لمحاكماتها، وتقييد حريات الرأي والتعبير. وترد إحدى جهات النظر على المنطق الداعي إلى العمل بقانون الطوارئ على أساس هشاشة الوضع الأمني والخوف من شيوع عدم الاستقرار وتقويض أركان الدولة، بالقول إن في ترسانة القوانين الاستثنائية والعقوبات المغلظة في القوانين الجنائية ما يتكفل بتحقيق الهدف من فرض حالة الطوارئ سواء بشكل رسمي أو بشكل غير رسمي.

وانتهاءً بمحدودية الاتفاقيات المتصلة بحقوق الإنسان التي تتضمن إليها الدول العربية، فيلاحظ على سبيل المثال أنه رغم انقضاء أكثر من ثلاثة عقود على إصدار العهدين الدوليين لحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهما العهذان اللذان يمثلان قاعدة الالتزام الدولي بحقوق الإنسان، إلا أن هناك نحو ثلث الدول العربية (بلدان مجلس التعاون الخليجي ما عدى الكويت، وموريتانيا، وجيبوتي) ما زال يرفض الإنضمام إليهما. كما لا يتجاوز عدد المنضمين إلى البروتوكول الاختياري الملحق بهما، والذي يؤسس آلية لتلقي الشكاوى من انتهاكات حقوق الإنسان، ثلاث دول فقط هي (الجزائر، ليبيا، والصومال).

وعلى صعيد آخر، ورغم تواضع حجم الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها الدول العربية، فإنها عادة ما تفرغ انضمامها بجملة من التحفظات التي تفرغ الاتفاقية المعنية (كإتفاقية مناهضة التعذيب) من مضمونها أو تكاد⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المنظمة العربية لحقوق الإنسان، المصدر نفسه، ص 13.10.



2. عدم استكمال عملية البناء المؤسسي للدولة: يلاحظ أنه في العديد من الحالات تبدو الدولة في البلدان العربية وكأنها لم تستكمل بعد إمتلاك مقومات الدولة بمعناها الحديث، فبناؤها المؤسسي لم يستكمل بعد، كما أن مفهومها كدولة لم يستقر بعد في الوعي الجمعي، إضافة إلى ضعف امتلاكها لإستقلالية ذاتية عن شخص الحاكم الذي يمارس سلطة الدولة. ويترتب على هذا الأمر تداعيات كثيرة أبرزها أن الدولة تتحول إلى أداة في يد نخبة حاكمة تستند في ممارستها للسلطة إلى أساس عائلي، قبلي أو ديني أو ديمقراطي شكلي. وفي معظم الحالات يعتبر القمع وليس الشرعية الدستورية هو الضمانة الرئيسية لتأمين النظم الحاكمة وضمان استمرارها في السلطة.

3. ضعف وهشاشة الدولة على الرغم من تضخم أجهزتها ومؤسساتها الدستورية: من المؤكد أن مؤسسات الدولة العربية قد تضخمت بصورة كبيرة خلال العقود الخمسة الماضية، ما ترتب عليه تمدد دور الدولة في الاقتصاد والمجتمع. ولكن على الرغم من ذلك فإن الدولة في العديد من الحالات ليست دولة قوية، بل هي ضعيفة وهشة، سواء فيما يتعلق بقدرتها على خلق علاقة صحية مع مجتمعتها، وإيجاد إجماع عام بين مواطنيها حول القضايا العامة والكبرى، أو بقدرتها على تبني وتنفيذ الخطط والسياسات الملائمة لمواجهة المشكلات والتحديات المجتمعية، فضلا عن ضعفها في تأكيد معاني الإستقلال الوطني، وتقليص قيود التبعية للعالم الخارجي⁽¹⁾. وهكذا تبدو المفارقة كبيرة بين تضخم أجهزة الدولة من ناحية، وضعف أدائها وهشاشتها البنوية من ناحية أخرى، وهو ما إنعكس في تواضع معدل إنجازاتها بصفة عامة.

ثانيا: الإصلاحات الدستورية كمدخل لإرساء أسس دولة المؤسسات وسيادة القانون:

يشكل المدخل الدستوري والقانوني عنصرا أساسيا في عملية التنمية السياسية وإصلاح الدولة. فالدستور والقانون هما المرجعية لمختلف العمليات والتفاعلات السياسية وغير السياسية. وثمة عناصر عدة يتضمنها المدخل الدستوري لعملية التنمية السياسية وإصلاح الدولة، منها ما يلي:

أ/ إزالة أية أوجه للتناقض أو التعارض بين الدستور من ناحية، والقوانين من ناحية أخرى، فالملاحظ أن دساتير البلدان العربية تتضمن في معظمها الكثير من المبادئ العامة الجيدة، وبخاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان. إلا أن القوانين المنظمة لتطبيق تلك المبادئ وممارستها

⁽¹⁾ حسنين توفيق إبراهيم، النظم السياسية العربية الاتجاهات الحديثة في دراستها، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2005، ص 59.



تتضمن الكثير من القيود والضوابط التي غالباً ما تفرغ المبادئ الدستورية من مضامينها الحقيقية. ويمكن فهم ذلك في إطار سعي النظم الحاكمة إلى استخدام القانون أداة لترسيخ سلطاتها وإحكام قبضتها على المجتمع، بل إن الدول التي اتخذت خطوات جزئية على طريق العمل التتموي الديمقراطي، مثل الجزائر ومصر وتونس وغيرها، قد حرصت على إحاطة تلك الخطوات بجملة من القيود والضوابط القانونية التي يصعب معها إنجاز تحول ديمقراطي حقيقي وجاد. وهكذا فإن إزالة التعارض والتناقض بين الدساتير من ناحية، والقوانين من ناحية أخرى، يمثل عنصراً مهماً في عملية الإصلاح السياسي والقانوني.

ب/- إلغاء حالة الطوارئ المعمول بها في العديد من الدول العربية، وإلغاء القوانين والتشريعات الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات. وهذا لا يعني بحال من الأحوال التهاون فيما يتعلق بالقضايا والاعتبارات الأمنية، على أساس أن توفير الأمن للمواطنين هو من الوظائف الرئيسية للدولة. ولكن توفير الأمن في إطار القوانين العادية أو قوانين إستثنائية شيء، واتخاذ الأمن ذريعة للتوسع في إصدار القوانين الاستثنائية التي تتضمن قيوداً على حقوق المواطنين وحرياتهم شيء آخر. والمشكلة أن النظم العربية تتبنى النهج الثاني. وفي ضوء ذلك، إن أي شكل من أشكال المعارضة لسياسات السلطة حتى ولو كان سلمياً، يصبح في نظرها يمثل خطراً على أمن الدولة والمجتمع، ولذا فإن عملية الإصلاح لا بد من أن تقوم على أساس التخلي عن مثل هذه الممارسات بصورة نهائية.

ج/- تطوير عملية صنع القوانين والتشريعات (السياسة التشريعية)، فالملاحظ في بلدان عربية عديدة أن مستوى هذه السياسة يعتبر بصفة عامة متدنياً من حيث صياغة القوانين وإعدادها كعملية فنية، ومناقشتها وإقرارها كعملية قانونية وسياسية، وهو ما يترتب عليه أن كثيراً من القوانين تتم صياغتها وإصدارها على عجل دون دون إيفائها حقها من البحث والنقاش، ما يجعلها مشوبة بالعديد من العيوب الشكلية والمضمونية ويعرضها إلى كثرة التعديل، مما يؤثر سلباً في الاستقرار القانوني والتشريعي. كما أن تدني السياسة التشريعية يجعل القوانين مليئةً بالثغرات التي تفتح أبواب التحايل عليها والعبث بها.

د/- العمل بمبدأ سيادة القانون، وهو يعني تطبيق القانون على الجميع دون تمييز واستثناء لسبب أو لآخر. بمعنى أن سيادة القانون تعني المساواة أمام القانون، وهذا أمر مفترق في العديد من الدول العربية بدرجات متفاوتة، حيث توجد فئات وجماعات تعتبر نفسها فوق القانون وتتصرف على هذا الأساس، ما يشكل إخلالاً بسيادة القانون من ناحية، ويلحق الضرر بهيئته من ناحية



أخرى. وفي بعض الحالات تبدو أجهزة الدولة رخوة وغير حاسمة في تطبيق القانون. بل إنه في العديد من الحالات يلاحظ أن بعض أجهزة الدولة ذاتها تنتهك القانون وتمتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها في إطاره أو تتحايل بأشكال مختلفة على هذا الأمر. وعليه، فإن تحقيق مبدأ سيادة القانون، والتزام الدولة وأجهزتها بتقديم القدوة في مجال إحترام الدستور والقانون، يعتبران من العناصر الأساسية لعملية الإصلاح القانوني وترشيد الحكم.

هـ./ إن الهياكل القانونية والتشريعية في الدول العربية عديدة تراكمت عبر فترات ممتدة من الزمن، ما أوجد نوعاً من التضارب والتداخل بين بعض القوانين من ناحية، وأصاب الهيكل التشريعي بالترهل والتضخم من ناحية أخرى. ولذلك فإن مراجعة تلك الهياكل التشريعية وتصفيها أصبح أمراً ضرورياً، فالمطلوب هو عدد أقل من القوانين، وفعالية أكثر في تطبيقها مع تأكيد مبدأ سيادة القانون.

الخاتمة:

وأخيراً، إن المفهوم العام والفلسفي لوضع وتحديد استراتيجية بديلة في عملية بناء المؤسسات الدستورية والتي تعد مكملة لاستراتيجية التنمية السياسية الشاملة، هو ذلك الذي يرمي أساساً إلى خدمة الإنسان وتحقيق رفاهه وازدهاره. أي أن يكون الهدف الأول والنهائي للإصلاحات الدستورية هو تحقيق رغبات الجماهير، لأن الإصلاح الشامل والأصيل لا يكون معزولاً عن الإطار الاجتماعي والسياسي والحضاري للمجتمع الذي يتم فيه الإصلاح نفسه. وبالتالي فإن فعالية وجدوى هذا الإصلاح تكمن فيما مدى حرصه على تلبية رغبات الجماهير. لذلك فإن نجاحها رهن بتوافر الدفعة السياسية اللازمة، وكذلك المقومات المجتمعية الكلية التي تدعم وتؤازر تنمية نظم إدارة الجهاز السياسي والاقتصادي والاجتماعي ككل. فنجاحها يتطلب تبني القيادة السياسية لهدف التغيير والتطوير تغييراً وتصحيحاً في توازنات القوى بين المؤسسات والسلطات في المجتمع.

كنتيجة لكل ذلك، فإن الإصلاح الشامل لا يتصور أن يسفر عن نجاح حقيقي دون أن يكون جزءاً من استراتيجية تنموية شاملة. وتتضافر في داخلها جهود التنمية السياسية مع جهود التنمية الإدارية والاجتماعية والاقتصادية.

مدى تطبيق أهداف النشاط الجموعي وديمقراطيته حسب القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات

أ/ فريجه محمد هشام

كلية الحقوق - جامعة المسيلة - الجزائر

مقدمة:

لقد كرس الدستور الجزائري مبدأ المشاركة من أجل الدفاع عن حقوق الإنسان عن طريق الجمعيات وذلك من خلال نص (المادة 33) من الدستور الجزائري لعام 2008 والتي تنص على أن: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون". وعليه يمكن أن تؤسس الجمعيات من أجل حماية الحريات الفردية والجماعية وحقوق الأفراد وحل هذا الأخير لمشاكله عبر هذه الآلية - إن أمكن - .

ومن خلال ذلك توافدت العديد من الآليات والهيئات والمنظمات التي بإمكانها أن تقوم بهذا العمل والذي يناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية وتحقيق العدالة الاجتماعية، ومن بينها المجتمع المدني مثلاً وما يحتويه من منظمات ونقابات وجمعيات بكل طابعها وأشكالها المختلفة، وهذا ما أشاد به القانون الأساسي للجمعيات رقم 31/90 الصادر عام 1990 أيضاً هذه الأخيرة - الجمعيات - وبالرغم ما أرسته من قوانين وآليات، هدفها الدفاع عن الأفراد وحقوقهم بكل طبقاته وفئاته، بقي هناك قصورا يتخللها وممارسات غير ديمقراطية تحول دون التنظيم التسييري والإداري لتطبيق الأهداف المنشودة منها، فما هي مجمل الأهداف المنشأة من أجلها الجمعيات، وما هي هذه الممارسات الغير ديمقراطية التي تعرقل تسييرها وتعيق عملها؟

المبحث الأول: مفهوم الجمعية ومبادئ العمل الجموعي:

يتناول هذا المبحث كل من مفهوم الجمعية من الناحية القانونية، الناحية الاجتماعية وكذا الناحية النفسية من جهة، وأيضاً مبادئ العمل الجموعي من جهة أخرى.



المطلب الأول: مفهوم الجمعية:

تعتبر الجمعية من الناحية القانونية تعاقداً بين شخصين في إطار تجمع أدبي أو سياسي أو اقتصادي، تتألف من أعضاء لعرض فكرة مشتركة. ويعرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات على أنها: "اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي ولغرض غير مريح".

كما تعرف الجمعية من الناحية الاجتماعية على أنها جماعة من الأفراد انبثقت عنهم رغبة للقيام بنشاط معين كان موجوداً من قبل أو غير موجود لفائدتهم أو لفائدة مجتمعهم في إطار من التعاون والتطوع وممارسة الأنشطة والعلاقات التي تقوم بها الجمعية تربوياً وثقافياً وفنياً واجتماعياً ورياضياً، وهذا يؤدي إلى خلق ديناميكية ونشاط بين مجموعة من الأفراد، فوجود تنظيم يعني وجود أفراد تربطهم علاقات ويقومون بأنشطة تحقق الأهداف المسطرة في القانون الأساسي للجمعية، وهو الذي يضمن الاستمرار والاستقرار خلال مدة صلاحية المكتب المسير. ثم الفعالية التي تشير إلى القدرة على التنظيم والهيكلية وتحقيق الأهداف. فالعمل الجمعي عمل هادف وأهدافه محدودة، لا يمكن تغييرها إلا بمقتضى شروط معينة⁽¹⁾، وتساعد الفرد على أن يعيش مع الجماعة ويتعاطف معها ويشارك في جميع الأنشطة من أجل الحصول على المنفعة وتحقيق المصلحة العامة.

أما من الناحية النفسية الحاجة هي كل ما يتطلبه الإنسان لسد ما هو ضروري لتلبية رغباته أو لتوفير ما هو مفيد لتطوره ونموه. فالإحساس النفسي بوجود فراغ أو ضرورة القيام بنشاط هو الحافز الذي يبلور التفكير في موضوع ما أو نشاط معين ومن الملاحظ أن حاجات الشباب لا تقتصر على أحوالهم الجسمية والنفسية التي يشعر بها الفرد، بل هناك دوافع للسلوك، تحفز على العمل المتواصل ولإشباع وإرضاء هذه الحاجة، المتمثلة في الاستقلال الاقتصادي أو ممارسة عمل لتحقيق الذات اجتماعياً أو ثقافياً. وبذلك تكون الجمعية في هذا الإطار مجموعة من الأعضاء المتجانسين والمتقاربين من حيث الميول والغايات تدفعهم الرغبة في تنمية الهوايات مثلاً أو إشباع حاجات نفسية يرغب كل منهم في تحقيقها إما فرداً أو جماعة

⁽¹⁾ حيث تنص المادة 17 من القانون 31/90 المتعلق بالجمعيات على أنه: "يجب على الجمعيات أن تعلم السلطة العمومية المختصة المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون بكل التعديلات التي تدخل على قانونها الأساسي، وجميع التغييرات التي تطرأ على هيئاتها القيادية خلال ثلاثين (30) يوماً الموالية للقرارات التي تتخذ في هذا الشأن.



فيستجيب بذلك لحاجات في نفسه مما يجعله يربط علاقات مع الآخر لخلق نشاط من أجل الحصول على منفعة خاصة أو منفعة عامة.

المطلب الثاني: مبادئ العمل الجماعي:

إن من بين مبادئ العمل الجماعي هي الأسس الثلاثة التي يمكننا استخراجها وهي التي تؤطر الممارسة الجماعية وتميزها عن باقي الممارسات التربوية الأخرى وهي:

أ- مبدأ الاختيار.

ب- مبدأ التطوع.

ج- مبدأ المشاركة.

الفرع الأول: مبدأ الاختيار:

لا وجود لعمل جماعي دون وجود حرية في الاختيار، وهي فعل ذاتي يمارسه الفرد من أول لحظة يلج فضاء الجمعية سواء أتاها عن محض إرادته أو بإيعاز من الأولياء أو الأصدقاء أو من الدعاية ووسائل الاتصال أو من باب الفضول.

ففي كل الحالات يكون حرا في أن يستمر إن هو وجد ما يرغب فيه أو ما يلبي له حاجاته، وإما ينسحب أو ينقطع عن التردد على الجمعية وعلى أنشطتها ومسألة الحرية في الاختيار لا تتعلق فقط بلحظة الانضمام إلى الجمعية، بل هي سارية المفعول في كل أنواع وأشكال الممارسة الجماعية، لأنها تتطور في حالتها الفردية عند الانضمام لتصير مبدءا عاما يهم علاقة الفرد/العضو مع باقي الأفراد/الأعضاء المكونين للجمعية ومع باقي منتوجها السلوكي ومنتوجها الأدبي والتشيطي، وهو أمر ذو أهمية في ارتباط العضو بجمعيته، إذن الحرية هنا ليست شعارا جافا بل هي ممارسة وتربية وسلوك.

الفرع الثاني: مبدأ التطوع:

إنه المبدأ الذي يميز العمل الجماعي عن باقي الأصناف التربوية الأخرى إنطلاقا من مبدأ الحرية في الإختيار تأتي عملية التطوع الموسوم بها العمل الجماعي بشكل يجعل الفرد/العضو ينخرط في الممارسة الجماعية بكل تلقائية. والتطوع سلوك ينبع من ذات الفرد ومن ثقافته وحضارته ويترجم في الممارسة الجماعية من خلال أنشطتها العادية أو الإشاعية والخدماتية



وكذلك من خلال طبيعة تسيير وتديبر شؤونها. فالكل متطوع داخل الجمعية، فالمقابل المنتظر هو أن يرى كل متطوع جمعيته تحقق أهدافها ومشاريعها ويكون لها وجود متميز داخل المجتمع، الشيء الذي يقوي حس وحب الانتماء إليها.

الفرع الثالث: مبدأ المشاركة:

إن الإلتزام هنا لا يعني أي تضارب مع مبدأ الحرية الذي انطلقنا منه بل هو مؤطر لكل ممارسة جموعية تكوينية لأنه مبني على وجود وعي مسبق بطبيعة المهام المطلوب إنجازها، وهذا الوعي نابع من طبيعة ثقافة الجمعية ومن طبيعة فلسفة تعاملها الداخلي والخارجي، فليست هي أوامر فوقية تنزل للقاعدة للقيام بها وإنجازها دون حوار أو مناقشة، لأن القصة في العمل الجموعي ما هي إلا مجموعة أفراد القاعدة تنتخب دوريا لتسيير شؤون الجمعية وهي مرتبطة بمجموعة من الأجهزة التي تسيروترقب سير الجمعية بمعنى أن الأفراد في الرأي أو فرض نوع من المعاملات أو الأنشطة لا يمكن أن يحصل إلا إذا كانت الجمعية لا تشتغل طبقا للسلوك الديمقراطي الجموعي.

ثم إن فعل المشاركة يأخذ أبعادا كثيرة ومتنوعة يتعدى الفعل الآتي لممارسة الأنشطة لأنه يتصل بتحريك ذات الفرد/العضو وإخراجها من سلبيتها إلى مساهمتها في الفعل الجماعي انطلاقا من الممارسة الجموعية العادية أو الاستثنائية والإشعاعية والخدماتية إلى المشاركة الفعلية في الحركية المجتمعية المساهمة في الفعل المدني العام وخاصة بالنسبة للشباب حيث يتمرسون على المشاركة المدنية التي تجعلهم أكثر إيجابية وتضعهم على سكة تحمل المسؤولية وعلى إثبات نضجهم الاجتماعي.

المبحث الثاني: تأسيس الجمعيات وتنظيمها وعملها حسب القانون رقم 31/90

المتعلق بالجمعيات:

تعد الجمعيات أهم وسيلة من وسائل المجتمع المدني، ويتمتع بناء على ذلك عملها في إطار التشريع الوطني بإعانات وتسهيلات مختلفة، فللجمعيات اليوم وضع قانوني وقاعدة ونشاط يسمح لها بالاندماج في حركة الجمعيات الدولية، حيث أنه وحسب قانون الجمعيات الجديد يجوز تأسيس الجمعيات بمجرد بيان يقدمه المؤسسون إلى الولاية إذا كانت محلية الطابع أو إلى وزير الداخلية إذا كانت ذات طابع وطني.



المطلب الأول: تأسيس الجمعيات حسب القانون رقم (31/90) المتعلق بالجمعيات:

كما جاء في نص (المادة 02) من قانون 31/90⁽¹⁾ المتعلق بالجمعيات: "تمثل الجمعية إتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية ولغرض غير مريح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص". ومنه فكل جمعية تهدف إلى أحد الأنشطة السابق ذكرها يجوز لها أن تؤسس وتقوم وذلك بعد تقديم بيان إلى الولاية أو إلى وزير الداخلية حسب الحالات المقررة قانونا.

وكما جاء في نص (المادة 04) من الفصل الأول في الباب الثاني الذي تكلم عن تأسيس الجمعيات وتنظيمها وعملها من القانون الأساسي رقم 31/90 المتعلق بالجمعيات أنه يمكن لجميع الأشخاص الراشدين متى توافرت فيهم الشروط المسطرة وشروط المادة 05 من نفس القانون أن يؤسسوا أو يديروا أو يسيروا جمعية ومن مجمل المواد التي تم النص عنها في المادتين السابقتين الذكر:

- أن تكون جنسيتهم جزائرية.
- أن يكونوا متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية.
- أن لا يكونوا قد سبق لهم سلوك مخالف لمصالح كفاح التحرير الوطني.
- أن لا يكون هدف تأسيسها يخالف النظام التأسيسي القائم أو النظام العام أو الآداب العامة أو القوانين والتنظيمات المعمول بها. وذلك حسبما جاء في نص المادة 01/05 من القانون الأساسي للجمعيات.⁽²⁾

المطلب الثاني: تكوين الجمعيات وتنظيم عملها حسب القانون رقم (31/90):

أما فيما يخص تكوين الجمعيات، فتتكون الجمعية من أعضائها العاديين والجمعية العامة التأسيسية، وكما جاء في نص (المادة 06) من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات:

⁽¹⁾ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 1686 المؤرخة في 04 ديسمبر 1990، الجزائر، المطبعة الرسمية 1990، نص القانون 31/90 المتعلق بالجمعيات.

⁽²⁾ أنظر الجريدة الرسمية، العدد 53، المادة 05.



"تتكون الجمعية بحرية وإرادة أعضائها المؤسسين إثر جمعية عامة تأسيسية تجمع 15 عضوا مؤسساً على الأقل وتصادق على القانون الأساسي وتعين مسؤولي هيئاتها القيادية" ومنه نفهم من هذه المادة، أنه كل الجمعيات تنشأ بحرية وبالإرادة الكاملة لمنشئها والتي أقرتها المادة بوجوب توافر ولو 15 عضوا فقط مما سهل وبسط عمل نشوء الجمعيات، وأدى بها إلى الكثرة والتزايد وخاصة خلال الأربع سنوات بين سنة 1989 - 1992.⁽¹⁾

وتقوم الجمعية وتؤسس قانونا وذلك بعد المرور بإجراءات، وذلك لمراقبة مدى تطابق أهدافها وما هو مقرر، وعدم مخالفتها للقوانين والنظام والأداب العامة حيث يبادر أعضاء الهيئة أو أعضاء الجمعية القياديون بإيداع بيان أو تصريح لدى السلطات المحلية أي الوالي إذا كان مجالها إقليمياً، أو لدى السلطات المركزية وهو وزير الداخلية إذا كانت للجمعيات الصبغة الوطنية أو مشتركة بين عدة ولايات، حيث عند الموافقة يتم تسليم وصل تسجيل تصريح التأسيس خلال مدة لا تتفوق 60 يوماً وفي حالة الرفض، أي رفض السلطة العمومية لملف التأسيس وذلك لمخالفته لأحكام قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات، فعليها أن تخطر الغرفة الإدارية المختصة إقليمياً وذلك خلال 8 أيام على الأكثر قبل انقضاء مدة 60 يوم ويجب على الغرفة الإدارية أن تبت في ذلك خلال 30 يوم الموالية للإخطار.

وفي حالة ميلاد الجمعية وذلك خلال القيام بأعمالها وبرامجها على أحسن وجه، وجب أن تمول مادياً ومالياً، حيث نصت المادة 26 من الفصل الرابع من قانون الجمعيات على أنه: "تتكون موارد الجمعيات كما يأتي:

- اشتراكات أعضائها.
- العائدات المرتبطة بأنشطتها.
- الهبات والوصايا.
- الإعانات المحتملة التي قد تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية".

وكل ذلك من أجل النهوض لما ارتأى إليه المجتمع المدني من أهداف لخدمة الديمقراطية داخل المجتمع الواحد.

⁽¹⁾ الأستاذ مرسى مشري، التحولات السياسية وإشكالية التنمية في الجزائر واقع وتحديات (المجتمع المدني في الجزائر، دراسة في آلية تفعيله) مقال منشور على موقع www.google.com، 20 أوت 2008، الجزائر، ص 11.



المبحث الثالث: الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها الجمعيات حسب قانونها الأساسي رقم (31/90):

إنه وحسب ما أقرته (المادة 02) من القانون الأساسي للجمعيات أنه تنشأ الجمعيات وتسخر من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص، ومنه فيمكن أن نفهم بأن غالبية إن لم نقل كل الجمعيات جاءت لتتحدى بترقية المجال المهني وتحسين ظروف العمل والنشاط المهني للعمال والعمل في بيئة نظيفة ونقية تحفظ له كرامته وفي المجال الاجتماعي هو وأسرته، وتتحدى أيضا بترقية الأنشطة العلمية والنهوض بمختلف العلوم والمهارات العلمية والدراسات التكنولوجية الدينية وذلك ليس بجديد، حيث نرى وهي من أقدم الجمعيات ومن قبل استقلال الجزائر توجد "جمعية العلماء المسلمين"، هدفها علمي ثقافي إنساني بحث. وتوجد جمعيات أنشأت من أجل ترقية النشاط الرياضي وذلك من خلال تحسين الأداء الرياضي وشغل العديد من الشباب، ومن أجل الاستفادة بقدرات ومهارات وطاقت الأجيال والشباب ذكورا منهم وإناثا، ولها عدة أهداف أخرى جلية ومنها مثلا أنها تقضي على البطالة للعديد من الشباب وأفراد العمل والمجتمع، وذلك من خلال تعليمهم مهارات وإبداعات وقدرات يستطيع التغلب بها على قساوة الحياة.

وترجع معظم أسباب وأهداف إنشاء الجمعيات إلى أهداف حرفية وأهداف ثقافية وعلمية حيث أنشأت ما يفوق 505 جمعية ثقافية وعلمية وأسباب تتعلق بالطفولة والشبيبة وأخرى هدفها الإهتمام بالغير تقدر بأكثر من 40 جمعية كجمعيات التضامن وجمعيات الإحسان والجمعيات الخيرية وجمعيات تتكفل بالمرأة وهناك جمعيات أخرى تهتم ببعض الأقليات من المجتمع من أجل حمايتها والدفاع عن حقوقها كالمعوقين والمكفوفين والصم والبكم.⁽¹⁾

ولا ينتهي هدف الجمعيات هنا فقط بل يمتد أيضا إلى أنها تلعب دور الوسيط الذي يحاول تقريب وجهات النظر بين الدولة والمجتمع، وتسعى إلى تهذيب علاقة المجتمع بالدولة والحيلولة دون تدهورها وتحولها إلى عنف يمارسه أحد الطرفين ضد الآخر.

وأما آخر ما توصلنا إليه من أهداف يمكن أن تنشأ من أجلها الجمعيات هو أنها يمكن أن تكون وسيلة توظفها الدولة من أجل التدخل وإدارة بعض مجالات الحياة التي تعجز الدولة

⁽¹⁾ الأستاذ شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2005، ص 217.



التدخل فيها بصفة مباشرة إما لكثرة انشغالات الحكومة واعتماد نظام اللامركزية في تسيير شؤون المجتمع أو لأن ميكانيزمات اقتصاد السوق تمنع ذلك.⁽¹⁾

المبحث الرابع: العوائق التي تقف أمام تطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته:

يتناول هذا المبحث كل من العوائق الداخلية المعرقلة لتطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني بعض الممارسات الخارجية التي تحول دون تطبيق الديمقراطية داخل الجمعيات.

المطلب الأول: عوائق داخلية تعرقل تطبيق أهداف النشاط الجمعي وديمقراطيته:

رغم مركزية العمل الجمعي في عملية التنمية المحلية إلا أن المهتم بعمل الكثير من الجمعيات يلاحظ أن النشاط الجمعي في الجزائر يعاني من عوائق عديدة نذكر منها:

الفرع الأول: عدم احترام الرسالة الحقيقية للعمل الجمعي وأهدافها:

وهو تغييب الأداء الوظيفي للجمعية من طرف القائمين بها وعدم احترام الرسالة والهدف المنشأة من أجله والمنشود منها ومن ذلك يتضح معناه عدم التماسي وتطبيق الفقرة 2 من نص (المادة 02) من القانون الأساسي للجمعيات رقم 31/90 والتي تنص على أن الأشخاص القائمين بالجمعية يجب أن: " يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة أو غير محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص". ومنه عدم تطبيق برنامج الجمعية يعيق سيرها وديمقراطية حماية الهدف المنشأة من أجله.

الفرع الثاني: نقص احترافية العاملين في العمل الجمعي وقلة الوسائل:

إن نقص احترافية العاملين وشح الموارد وقلة الوسائل ونقص الأطر وانحصاره في فئات معينة، وقلة انتشار الجمعيات في المناطق الريفية وغيرها أدى بها إلى نقص وعدم وفرة مردودها من ناحية إجمال أهدافها من كل جوانب الفئات وطبقات المجتمع.⁽²⁾

⁽¹⁾ الأستاذ مرسي مشري، مرجع سابق، ص 06.

⁽²⁾ الدكتور صالح زياني، مداخلة بعنوان: تفعيل العمل الجمعي لمكافحة الفساد وإرساء الديمقراطية المشاركاتيه في الجزائر، جامعة باتنة، منشور على موقع: www.google.com، ص 05.



الفرع الثالث: غياب الوعي بحقيقة العمل الجماعي وانتهازية بعض الأشخاص:

إن سهولة الشروط القانونية لتأسيس الجمعيات فسح المجال لبعض التجاوزات ممن لا يملكون صلة بالعمل الجماعي، ولا الوعي بالمشاركة الاجتماعية، وذلك بهدف الاستفادة من هذه الشروط للحصول على فقرات وأموال بطرق مختلفة، وبمجرد نفاذ هذه الإمكانيات يشل عمل هذه الجمعيات وتحل. وهذا ما يطرح إشكالية ارتباط الجمعية بمؤسسات حيث تذهب بذهاب الشخص مما يؤكد هشاشة قاعدتها الاجتماعية.

الفرع الرابع: عدم التداول التمثيلي عرقلة لديمقراطية الجمعيات:

إن عدم التداول على تمثيل الجمعيات بكل مختلف أنواعها واستحداث الأطر بها، من قياداتها، بشباب له القدرة على النهوض بأهداف تلك الجمعية، وتحقيق برامجها من مهارات جديدة وطموحات، هي من صميم أهداف الأجيال الناشئة والشباب، لتحقيق ما ينوي المجتمع المدني أن يفعله، ومنه فإن عدم التداول على تمثيل الجمعيات يؤدي بها إلى التقهقر والزوال لأن طول زمن حياة تلك الجمعية يكون بالتداول على قياداتها واختلاف أفكارها ووحدة الرأي بها، ومنه فمن خلال التداول على الجمعيات يؤدي بتجزرها وصمودها وحماية حقوق الأفراد وصونها من خلال ديمقراطية السير والنظام داخلها.

فكل هذه العوائق تعرقل تطبيق والدفاع عن الديمقراطية وحقوق الإنسان رغم أنها مؤثرات وعراقيل داخلية ورغم كونها ووجودها كجمعية إلا أنها ليست أيضا في منأى عن ممارسات خارجية لا ديمقراطية، تعرقل سيرها وتضييق الخناق عنها، ففيما تتمثل مجمل هذه الممارسات؟

المطلب الثاني: ممارسات خارجية تحول دون تطبيق الديمقراطية داخل الجمعيات:

هناك من الممارسات التي تنشأ جراء ميلاد جمعية ما يجعلها في تسييرها لبرامجها وأهدافها بعيدة كل البعد والأهداف المنشودة منها.

الفرع الأول: ضغط السلطات يعرقل ديمقراطية الجمعيات:

وهذه الحالة هي تقييم لعلاقة الهيمنة التي تكبل عمل الجمعيات والمجتمع المدني في سياق الأنظمة التسلطية في العالم العربي حيث أن موقف الدولة إزاء مؤسسات المجتمع المدني يتسم إما بالتردد أو عدم الثقة، فالدولة تسن قانونا بالجمعيات والتنظيمات المدنية ربما اعترافا منها



بقيمة إحياء هذه المؤسسات، ولكنها في الوقت نفسه تضع من القيود القانونية والإدارية ما يجعل لها اليد الطويلة في مراقبة هذه الجمعيات أو المؤسسات أو حلها، أو تحديد مجال حرياتنا وعليه تبقى في حالة وجودها، مجرد منحة من المؤسسة العليا، أي الدولة، وهو الأمر الذي يعني أنه من حق المانح منح وسحب عطايها وقتما شاء.

الفرع الثاني: العراقل البيروقراطية:

إضافة إلى ما سبق هناك عراقيل تمت ملاحظتها على مستوى الجهات الرسمية المعنية بالتسجيل والاعتماد، حيث علق على ذلك رئيس جمعية المكفوفين بقوله: "العراقل البيروقراطية وعوائق الإدارة وإكراهاتها تقتل الجمعية في مرحلتها الجنينية أحيانا يقطع الواحد منا آلاف الكيلومترات إلى الجهة المعنية بالأمر دون أن يستقبل، وأحيانا ينتظر لساعات طويلة دون الحصول على الموعد". فكل هذه الممارسات الغير ديمقراطية من شأنها أن تضعف روح المبادرة نحو تأسيس الجمعيات.⁽¹⁾

الفرع الثالث: الظروف السياسية الصعبة:

إن الظروف السياسية الصعبة التي مرت بها البلاد وعدم الاستقرار الأمني أدى إلى تهديد العمل الجمعي، وحال دون مواصلة نشاط الجمعيات في مختلف مناطق الوطن، ويعد عاملاً مهماً في تراجع الحركة الجموعية، وخوف الأفراد من المشاركة أو المبادرة لتأسيس الجمعيات، حيث أنه بالمقابل أعطى دفعة قوية نحو انبعاث الحركة الجموعية في الجزائر فظهرت منظمات ضحايا الإرهاب كتوجه جديد، ومجال عمل مستحدث، لنشاط منظمات المجتمع المدني ونشاط الجمعيات بالجزائر.

الفرع الرابع: كيفية إنشاء الجمعيات سبب في عرقلتها:

يضع الإطار القانوني الذي يحكم النشاط الجمعي في الجزائر العديد من القيود التي تؤثر على فعالية هذا النشاط، وعلى رأسها التصريح المسبق بتشكيل الجمعيات، وإثقال كاهلها بالمصاريف عند تكوينها للمفها الإداري، إضافة لتعدد الجهات الوصية على العمل الجمعي، وتعد هذه القيود السابقة حجر عثرة أمام بروز العديد من الجمعيات التي كثيرا ما تفشل وتموت قبل أن يتم اعتمادها.

⁽¹⁾ الأستاذ مرسى مشري، مرجع سابق، ص 14.



الفرع الخامس: التبعية المالية تمس ديمقراطية تسيير الجمعيات:

إن نقص المالية والموارد تعد من بين المشكلات التي تعاني منها البنية التحتية للجمعيات، وعلى رأسها ضعف الميزانية التي تخصصها الدولة لهذا القطاع، فإذا أخذنا في الاعتبار ضعف القطاع الخاص المنتج في الجزائر، والذي يمكن أن يساهم في تمويل العمل الجمعي، فإنه يمكن عندئذ تصور حجم المعانات التي يواجهها نشاط الجمعيات، فكما هو معروف، تعد الموارد التي تمتلكها المؤسسات والجمعيات من أهم متطلبات قيامه بأدواره المختلفة وإدارة علاقته بالهيئات الرسمية للدولة بما يضمن استقلاله في التعاطي معها، فبقدر ما تعتمد مؤسسات المجتمع المدني وغيرها من الجمعيات على إعانات الدولة كما جاء في نص (المادة 26) من القانون الأساسي للجمعيات،⁽¹⁾ بقدر ما يؤثر ذلك سلبا على استقلال نشاطها، ونشير هنا إلى أن العديد من الدراسات السوسولوجية والسياسية الحالية تربط قوة تشكيلات الجمعيات بمدى وجود قاعدة مادية أو سند مادي لها.

ويعد شح الموارد المالية من أبرز وأعقد التحديات التي تواجه العمل الجمعي على المستوى المحلي في الجزائر، إن الاختلالات الاقتصادية التي يعاني منها الوطن يعد عامل من بين العوامل التي عطلت بناء مؤسسات جموعية نشيطة وحررة بحكم اعتماد العديد من هذه المؤسسات على إعانات الدولة المالية والمادية لا سيما في ظل عدم مجازفة الرأسمال الخاص في دعم الحركة الجموعية، وعليه يمكن القول، أنه في ظل ما تقوم به الدولة مع الجمعيات يكون من الصعب فعلا عليها أن تضطلع بمهامها على أكمل وجه، والذي يبرز لها تحديا بارزا ويعتبر في نفس الوقت مفضليا وهو المتعلق بسعي العديد من الأطراف والمؤسسات وعلى رأسها السلطة القائمة، إحتواء جمعيات بكل أنواعها أو من خلال تتبع الدعم الذي تحصل عليه بعض الجمعيات خلال الفترات الانتخابية بحكم توليها مهمة الدعاية الانتخابية والسياسية لأحزاب وشخصيات سياسية معينة،

(1) المادة 26: " تتكون موارد الجمعيات مما يأتي:

- اشتراكات أعضائها.
 - العائدات المرتبطة بأنشطتها.
 - الهبات والوصايا.
 - الإعانات المحتملة التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية.
- (نص المادة 26 من قانون رقم 31/90 الصادر في 1990/12/04 المتعلق بالجمعيات).



وهو الأمر الذي ينعكس سلبا فيما يتعلق باحتفاظ الجمعية بشخصيتها والقيام بمهامها ومساعها في الدفاع عن الديمقراطية وحقوق الإنسان.

الخاتمة:

من خلال ما تعرضنا له من أهداف أنشأت من أجلها الجمعيات، وقواعد سير عملها على ضوء قانون 31/90 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 لاحظنا أن من أعمالها الدفاع عن الأفراد وحقوقهم والدفع بإنماء الديمقراطية قدما، أساس عمل الجمعيات - إن صح التعبير - هذه الأخيرة إكتستها بعض الأساليب والأعمال الغير ديمقراطية لعدم احترام الأهداف التي من أجلها أسست، كنقص احترافية العاملين بالجمعيات، وبعض الضغوطات التي تعرقل ديمقراطية سيرها، وذلك من خلال العراقيل والعوائق وكيفيات إنشائها والتي تقف حجر عثرة، أو من خلال ميزانية الجمعيات الضعيفة ومواردها التي تكاد تنعدم.

كل هذه وتلك، جعلت الجمعيات ليست بمنأى وبعيد عن ممارسات لا أخلاقية وتصرفات غير ديمقراطية في تسييرها وإدارتها، وأصبحت هي في حد ذاتها تحتاج إلى متنفس، بعدما كانت من أولى أهدافها السعي من أجل الدفاع عن الديمقراطية وحقوق الإنسان.

ومنه ولأجل ذلك وجب توفير نوع من الاستقلالية المالية والإدارية من جهة وتنشئة سياسية وديمقراطية للأفراد والمواطنين من جهة أخرى، والتي تقوم على أساس الحوار والتشاور من خلال المدارس والأسر والمجتمع للرفي بهذه المؤسسات والهيكل الديمقراطية.

المراجع:

- 1/ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 1686 المؤرخة في 04 ديسمبر 1990، العدد 53، نص القانون 31/90 المتعلق بالجمعيات، الجزائر، المطبعة الرسمية، 1990.
- 2/ الأستاذ مرسي مشري، التحولات السياسية وإشكالية التنمية في الجزائر واقع وتحديات (المجتمع المدني في الجزائر، دراسة في آلية تفعيله) مقال منشور على موقع www.google.com، 20 أوت 2008، الجزائر.
- 3/ الأستاذ شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2005.
- 4/ الدكتور صالح زياني، مداخلة بعنوان: تفعيل العمل الجموعي لمكافحة الفساد وإرساء الديمقراطية المشاركاته في الجزائر، جامعة باتنة، منشور على موقع www.google.com.

القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

عبد العزيز خنفوسي

أستاذ مساعد قسم —أ—

أستاذ جامعي دائم

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور "مولاي الطاهر" بسعيدة

مقدمة:

لقد ارتبط التحكيم بالمواضيع التجارية ارتباطا وثيقا نظرا لأهميته المتزايدة كأداة لتسوية النزاعات؛ حيث فرضته المعاملات التجارية المتشابهة، فأصبح بالتالي يشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي؛ حيث أصبح معتمداً عند أغلب الدول في قوانينها الداخلية بل أنشئت له هيئات ومنظمات متخصصة فيه وحدت أحكامه فأصبح التحكيم في مجال التجارة الدولية نظاما عالميا وإذ كان في الحقيقة موجودا لدى الأقاليم البدائية يمارس بعبادات وطقوس مختلفة⁽¹⁾.

ونظرا لهذه الأهمية؛ ولارتباطه بالتجارة الدولية، ولازدهاره بازدهارها لكون هذه الأخيرة المجال الخصب لانتمائه وتطوير قواعده، ولكونه أصبح ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة. جاءت الضرورة الملحة للاهتمام به أكثر من طرف الفقه والقضاء خاصة في تعريفه وضبط قواعده كنظام قضائي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية؛ حيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة بهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة وتبيين نوع المنازعات التي يختص بها من جهة أخرى؛ فعرف بأنه: "نظام قضاء عادي يحيل النظر في النزاعات بين

⁽¹⁾ أنظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص: 67 وما بعدها.



الأطراف إلى أشخاص عاديين بدلا من إعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة وهذا بالاختيار الإداري للأطراف المتنازعة⁽²⁾.

ومن التعريفات التي جاء بها الفقه للتحكيم التجاري الدولي كونه: "هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبلي ويتمثل في العزوف عن اللجوء للقضاء المختص بشأه وطرحه أمام فرد أو لأفراد وهم المحكمون أنيطت لهم مهمة النظر والفصل فيه، وذلك بناء على اتفاق قائم بين المتنازعين"⁽¹⁾.

كما عرف كذلك بأنه: "وسيلة للفصل في المنازعات حيث يتفق الخصوم على عرض تلك المنازعات على أشخاص يختارونهم ويحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية والإجراءات التي تتبع"⁽²⁾.

ومن هنا يظهر بأن التحكيم عمل قضائي يجري خارج الجهات القضائية لكن دون الفصل المطلق بينهما نظرا لحاجة التحكيم إلى تدخل القضاء خاصة في مجال التنفيذ ومن هنا يختلف التحكيم عن بعض المفاهيم الأخرى كالخبرة، الصلح، الوكالة والتوقيف⁽³⁾.

ومنه يمكن القول بأن بدء إجراءات التحكيم يفترض نشوء نزاع بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم اتفقت مسبقا أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى نوع من التحكيم، وبعد إخطار أحد الطرفين الطرف الآخر بنيته في تحريك مراحل التحكيم يبدأ أول إجراء والمتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية أو اختيار المحكمين، وعليه سوف نتطرق في المحور الأول إلى الكيفيات المختلفة لاختيار المحكمين في التحكيم الاتفاقي (AD-Hoc) ثم إلى التحكيم المتخصص أي إلى الهيئات التحكيمية الدولية (Institutionnel) حيث نتطرق في كل مرة إلى موقف القانون الاتفاقي الدولي، وكذا قضاء التحكيم التجاري الدولي والقضاء المقارن وأخيرا موقف المشرع الجزائري من تنظيمه لهذه الإجراءات.

⁽²⁾ voir: Bedjaoui Mohamed, l'évolution des conceptions et de la pratique algérien en matière d'arbitrage international (nécessité ou fatalité) revue mutation N° 03, Alger, 1994, P: 60.

⁽¹⁾ أنظر: كمال إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 72.

⁽²⁾ أنظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص: 01.

⁽³⁾ voir: Mantalacha Mohamed, l'arbitrage commercial en droit algérien, 2^{ème} édition, opu, Alger, 1986, P: 27- 31.



بعد ذلك وعند تشكيل المحكمة التحكيمية حسب الأشكال، وحسب نظام التحكيم المختار من الأطراف تتحول إلى تحليل الإجراءات المتبعة أمام هذه الهيئة التحكيمية، أي المراحل التي تمر بها المنازعة إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، وانتهاء دور المحكمة، ويكون ذلك في المحور الثاني حيث نبين كل النقاط الأساسية على ضوء القانون التجاري الدولي والقضاء المقارن، وكذا موقف المشرع الجزائري من ذلك.

المحور الأول: القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية:

إن تكوين الهيئة التحكيمية يتخذ عدة أشكال حسب ما يتفق عليه أطراف النزاع وفقا للاتفاق القائم بينهما، وبالرجوع إلى نظام التحكيم التجاري الدولي نجد عدة أشكال تتخذها الهيئة وإن شاعت التركيبة الكلاسيكية المعروفة، وهي التشكيل الثلاثي عن طريق اختيار كل طرف محكمه في مدة معينة على أن يختار المحكمان محكما ثالثا⁽¹⁾، إلا أن هناك أشكالا أخرى تتخذها الهيئة التحكيمية، ويستوي في ذلك التحكيم المتفق عليه (اتفاقي أو نظامي) كما تختلف كيفية أو طرق هذا التعيين.

ومهما يكن فإن الأصل أن يتم الاختيار دون صعوبة وفقا لإرادة الأطراف ودون تدخل من جهة أخرى، لكن قد تعترض هذا الإجراء بعض الصعوبات تحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية سواء بسبب تقاعس أو سوء نية أحد أطراف النزاع، أو بحسن النية، فيتم الاستنجا بجهة أخرى تم النص عليها في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم توكل لها مهمة استكمال هذا الإجراء، وهذا تدعيما لمصادقية إجراء التحكيم، وحماية لمصالح الأطراف خاصة الطرف حسن النية.

أولا: اتخاذ الهيئة التحكيمية شكل المحكم الفرد:

تعد هيئة التحكيم المشكلة من فرد واحد من بين التشكيلات الهامة في القانون المقارن إذ يمكن لأطراف النزاع الاكتفاء بمحكم لتسويته، وقد عرف عدة تطبيقات خاصة في التحكيم الإتفاقي، لذلك نبين في البداية موقف بعض القوانين المقارنة منه وكذا الاتفاقيات

(1) أنظر: أمال أحمد الفريزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي، الإيطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص: 20-25.



الدولية ثم موقف المشرع الجزائري من هذا الشكل، ثم محاسن ومساوئ هذا الشكل حيث نتعرض للمبررات الداعية إلى الأخذ به عند البعض وعدم الأخذ به عند البعض الآخر.

01- موقف بعض القوانين المقارنة من هذا الشكل: اعتمد المشرع الفرنسي هذا الشكل

في قانون الإجراءات المدنية حيث نصت المادة 1453 من ق.إ.م.ف على أنه:

"le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre..."

كما قد يفهم من نص المادة 1496 و1497 بأن الهيئة التحكيمية تأخذ شكل المحكم الفرد عندما أدرج في المادتين لفظ "l'Arbitre Tranche" وكذلك "l'Arbitre Statue".

ويشترط في الأخذ بهذا الشكل عادة قبول الطرفين لهذا الحكم، وهذا وفقا لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، حيث يتم اشتراط كذلك بعض الشروط مثل شرط تخصص هذا المحكم في القانون، أو القضاء أو في تجارة معينة أو اشتراط انتمائه أو عدم انتمائه لدولة معينة أو إقامته في موطن معين أو ينتمي لهيئة معينة... الخ.

ومن تطبيقات هذا الشكل النزاع الذي قام بين شركتين فرنسيتين وشركة بلجيكية، حيث تم اختيار محكم فرد من سويسرا ودار موضوع النزاع حول القانون الواجب التطبيق، وبالرغم من أهمية القضية اكتفى الأطراف بمحكم فرد⁽¹⁾.

كما أخذ القانون المصري بشكل المحكم الفرد، وقد نصت المادة 15 منه على ما يلي: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا".

يظهر بأن المشرع المصري قد اقتدى بالتشريعات الأخرى في الأخذ بالمحكم الفرد، وهذا إما بالاتفاق على تشكيل محكمة تحكيمية خاصة حيث يتم تحديد مهام هذا المحكم في اتفاق التحكيم أو الإحالة إلى نظام تحكيم معين.

⁽¹⁾voir: Derains Yves, observations sur l'affaire N° 4434 année .1983, journal de droit international N° 04, Paris, 1983, P: 893 et S.



وعلى المستوى الاتفاقي الدولي نصت بعض الاتفاقيات على المحكم الفرد من ذلك المادة 01/37/أ من اتفاقية إنشاء المركز (CIRDI) التي نصت على أنه: "تتكون المحكمة من محكم واحد أو عدد فردي من الحكام الذين يعينون باتفاق الطرفين". كما نصت المادة 02/ب من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: "هيئة التحكيم تعني محكما فردا أو فريقا من المحكمين".

كما نصت على هذا التشكيل المادة 03/11/ب من نفس الاتفاقية. ونصت كذلك المادة 03/02 من نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية (CCI) على حرية الأطراف في اختيار التشكيل المناسب سواء كان محكما فردا أو متعددا.

من هنا يظهر بأن الأخذ بشكل المحكم الفرد هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، حيث يستوي أن يكون ذلك في التحكيم الاتفاقي أو النظامي⁽¹⁾.

أما في الجزائر ولحدثة نظام التحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع الجزائري يكون قد تأثر بالاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية المقارنة عندما أكد على إمكانية تشكيل المحكمة التحكيمية من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع حدا أقصى للعدد.

وفي هذا الصدد نصت المادة 1015 من ق. إ. م و. إ. د الجديد على ما يلي: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المستندة إليهم.

إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

أما المادة 1017 من نفس القانون فتنص على ما يلي: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

إذا يمكن للطرفين المتنازعين تعيين محكم فرد سواء بوضع إجراءات التحكيم أو بالإحالة على نظام معين مثل الغرفة التجارية الدولية (CCI)، وفي هذه الحالة مثلا تقوم الغرفة

⁽¹⁾ أنظر: أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1998، ص: 25.



بتأكيد هذا التعين نزولا عند إرادة الطرفين، ما عدا حالة تقاعس أحد الطرفين في موافقته على المحكم فهنا تتدخل الغرفة التجارية لتعيين المحكم احتراماً لإرادة الطرف الحسن النية وكذلك للمواعيد المحددة لذلك الإجراء.

02- دوافع الأخذ أو عدم الأخذ بهذا الشكل: من الإيجابيات التي يوصف بها التشكيل

الفردى للهيئة التحكيمية نذكر ما يلي:

إن الاتفاق على تعيين محكم فرد يكون أسرع وأسهل في تشكيل الهيئة التحكيمية⁽²⁾، كما أن المحكم الفرد باعتباره الشخص الذي يقع على عاتقه النظر في النزاع ينبغي أن يتحلّى بالجدية والإسراع في إيجاد الحلول رغم ثقل المسؤولية، وذلك عكس التشكيل الثلاثي الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد المواعيد نظراً لتباعد موطن كل محكم عن الآخر في الغالب، مما ينجم عنه تماطل في الإجراءات وكذلك تطويل مدة النزاع⁽¹⁾.

وتأكيداً على جدية التحكيم والسرعة اللازمين في إعماله، نصت الاتفاقية المبرمة بين السعودية وشركة جيتي سنة 1949 على إمكانية النظر في النزاع بمحكم واحد إذا تقاعس الطرف الثاني في تعيين محكمه، ولو أن في هذه الحالة يصبح أحد الطرفين حكماً وخصماً في آن واحد، وهذا أمر شاذ ونادر الوقوع⁽²⁾.

ومن الإيجابيات كذلك نجد الاقتصاد في النفقات إذ نجد أن أتعاب المحكم الفرد تكون أقل من أتعاب التشكيل المتعدد للهيئة التحكيمية، لكن بالنظر إلى مصالح التجارة الدولية وقيمة النزاع فإن تحديد أتعاب المحكم قد تساوي أو تفوق أتعاب المحكمين، وذلك نظراً لأهمية النزاع الذي ينظر فيه، وعليه فإن مسألة الاقتصاد في النفقات وكلفة النزاع مسألة نسبية.

رغم هذه الإيجابيات إلا أنه من النادر اللجوء إلى التشكيل الفردي للمحكمة التحكيمية إذ في الغالب سواء في التحكيم الاتفاقي أو بالإحالة إلى هيئة معينة نجد المتنازعين يختارون التشكيل الثلاثي نظراً للسلبيات التي يحتويها المحكم الفرد.

⁽²⁾voir: Cohen Daniel, arbitrage et société, librairie générale de droit et juris prudence (LGDJ), Paris, 1993, P-P: 276- 280.

⁽¹⁾voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, opu, Alger, 1991, P: 73.

⁽²⁾ أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب الجامعة، القاهرة، 1990، ص: 66.



مقابل الإيجابيات المذكورة سابقا هناك سلبيات لا يخلو منها تشكيل المحكمة من محكم فرد من بينها:

- عدم الإلمام بموضوع النزاع كما ينبغي، إذ بسبب النسيان أو عدم الإحاطة بجزئيات النزاع يؤدي إلى عدم الإنصاف في الحكم لأن المحكم الفرد لا يجد من يساعده أو يذكره لذلك يفضل تشكيل المحكمة من مجموعة من المحكمين حتى يكون الإلمام وفهم النزاع أكثر ضمانا⁽³⁾.

لهذا وحتى لا يكون الحكم جزئيا، فإنه ينبغي أن يوضع تحت تصرف المحكم الفرد خبراء ومختصون يرضاهم الطرفان لتقديم المعونة حتى تكون نتيجة الحكم مرضية، بالإضافة إلى صعوبة إيجاد شخص محكم يرضاه الطرفين خاصة في النزاعات بين المؤسسات، فعلى سبيل المثال نجد المؤسسات الجزائرية يصعب عليها معرفة المحكمين الأجانب وتعيينهم، كما يصعب قبول المحكم الفرد الذي يختاره طرف أجنبي في نزاع مع شركة أو مؤسسة جزائرية نظرا لإمكانية عدم توفر النية في قبول هذا المحكم الفرد.

- إن تعقيد النزاعات في مجال التجارة الدولية يؤدي إلى صعوبة حسم النزاع من طرف المحكم الفرد، وبالتالي يؤدي إلى قصور النتائج مهما كانت، ومن ثم تحديد المسؤولية بالتضامن بين عدد من المحكمين يكون أكثر ضمانا في رعاية حقوق الأطراف ومصالحها.

- إن اختيار المحكم الفرد للنظر في النزاع قد يشكل خطورة على مصالح المؤسسات الوطنية بسبب انحياز المحكم إلى الطرف الأجنبي، ومن السوابق المؤثرة سلبا على دول العالم الثالث بصفة عامة نجد قضية تكساكو كلاساتيك ضد الحكومة الليبية عندما تم اختيار محكم فرد وهو الأستاذ "Dupry" الذي تم تعيينه من طرف الشركتين لكونه يخدم مصالحهما أكثر من مصالح دولة ليبيا.

وفي تقديرنا أنه وإن كان تعيين المحكم الفرد للنظر في النزاع يخضع لإرادة الأطراف، إلا أن مسألة الحياد واستقلالية هذا المحكم تبقى نسبية، وعليه يكون من الأفضل بالنسبة للجزائر أن تختار التشكيل الثلاثي لأنه فيه تكون الحظوظ أكثر لحماية مصالح المؤسسات

⁽³⁾ voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2^{ème} édition, librairie générale de droit et de juris prudence, Paris, 1994, P: 165.



الجزائرية، كما يكون الحظ في تدخل القضاء الوطني في إجراء بعض التعيينات كلما دعت الضرورة لذلك أكثر وفرة.

ثانيا: التشكيل التعددي للمحكمة التحكيمية:

يظهر أن التشكيل الثلاثي أكثر انتشارا من غيره، وهذا ما سوف نوضحه على النحو التالي:

01- التشكيل الثنائي للمحكمة التحكيمية: تخضع المعاملات التجارية وفي بعض العقود الخاصة إلى محكمين اثنين مع اللجوء لاحقا إلى محكم آخر إذا لم يصل المحكمان إلى تسوية النزاع، وهنا يكون هدف المتعاقدين هو إضفاء الصيغة الودية على النزاع والتحكيم، إلا أنه في الغالب لا يكون هذا التحكيم جديا بسبب تمسك كل طرف لمصالح الجهة التي عينته ولذلك فإن اللجوء إلى التشكيل الثلاثي بوجود محكم مرجح يعطي أكثر جدية⁽¹⁾.

وغالبا ما يستبعد هذا التشكيل المحكمين الذين لهم صفة القضاة، إذ يتم الرجوع غالبا إلى أشخاص عاديين لهم خبرة في صياغة معينة أو تجارة معينة، وهذا ما يسمى بـ: "l'Arbitrage de Qualité" ولو أن أغلب القوانين في مختلف الدول تشترط في الهيئة التحكيمية أن تتكون من عدد فردي "Impair" وهذا تحت طائلة البطلان، وعليه الأشخاص المعتمد عليهم ليسوا بالضرورة ذوي خبرة في القانون أو في التحكيم بل ذوي خبرة تقنية في صناعات معينة مثل النزاعات المتعلقة بتجارة مادة السكر التي تشترط في المحكم أن تكون له خبرة في هذه الصناعة كأن يكون عاملا متخصصا في مصنع السكر⁽¹⁾.

02- التشكيل الثلاثي للمحكمة التحكيمية: إن هذا التشكيل هو الأكثر انتشارا سواء في القوانين المقارنة أو الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة، إذ مقتضاه أن يقوم كل طرف بتعيين محكما يرضاه على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث رئيسي يشترط فيه أن يكون من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف أو المحكمين، وقد أكد القانون الفرنسي على هذا التشكيل في المادة 1453 و1454 من ق.إ.م.ف.

⁽¹⁾voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, op-cit, P: 166

⁽¹⁾voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, op-cit, P: 43, 44 et 162.



كما أن المادة 1493 من نفس القانون جاءت عامة لتؤكد بأن تعيين المحكم أو المحكمين مصدره اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، وهذا في حالة خضوع التحكيم للقانون الفرنسي سواء كان التعيين باتفاق الأطراف أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين، كما يمكن إعطاء سلطة التعيين للغير⁽²⁾.

ونص القانون المصري الجديد الصادر سنة 1994 على هذا التشكيل في المادة 15 التي جاء فيها: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلاً".

ولا يشترط في محكم كل طرف أن يكون من جنسيته، إذ يمكن أن يكون المحكم من جنسية أجنبية عن جنسية الطرف الذي عينه، فالجنسية تشترط غالباً في المحكم المرجح. فقد تبين أن الهيئة التحكيمية التي نظرت في قضية شركة أرامكو والدولة السعودية تكونت من محكم مصري وهو الدكتور "حلمي بهجت بدوي" عن الطرف السعودي، وبعد وفاته استبدل بالسيد "محمود حسين" وهو سفير مصر سابق، أما عن الطرف أرامكو فقد عين كذلك الدكتور "سابا حبشي"، وقد اختار المحكمان السيد "جورج سوزن هول" وهو محكم سويسري.

أما في القانون الجزائري نجد أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع المشرع حداً أقصى للعدد. أما اشتراط العدد الفردي حينما تكون التشكيلة جماعية، فذلك لأن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن الحصول على الأغلبية دون أن يكون العدد فردياً. ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المستندة إليهم.

وإذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم. ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين، وفي حالة النزاع حول الرد، ولم يكن نظام التحكيم يتضمن

(2) أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص: 61.



كيفية تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل، وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول، نجدتها كلها تأخذ بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية، حيث يوجد الاختلاف بينها بصدد المواعيد وكذا الجهة التي يمكن أن تتدخل لإجراء التعيينات اللازمة، إلا أنه توجد الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والتي تخضع النزاعات ككل إلى محكمة الاستثمار العربي في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية حيث تتكون محكمة الاستثمار العربي من خمسة قضاة على الأقل، وعدد من الأعضاء الاحتياطيين ينتمي كل عضو إلى جنسية دولة عربية معينة (المادة 28).

وعلى مستوى القانون الدولي فإن الاتفاقيات الدولية قد سبق لها وأن أخذت بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية، فالمادة 2/10 من القانون النموذجي لسنة 1985 تنص على أنه: "...فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة".

كما تنص المادة 137 ب من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية النزاعات المبرمة بواشنطن سنة 1965 على أنه: "وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين، يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين".

الثالث: الجهات المخول لها التدخل لتعيين المحكمين:

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين أعضاء الهيئة التحكيمية تجسيدا لإرادتها، وكذا تنفيذها لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المبرم بينها خاصة عندما يتعلق الأمر بالتشكيل الكلاسيكي المعروف، وهو التشكيل الثلاثي، لكن قد يتقاعس أحد الأطراف في تعيين محكمه، أو قد يقع الاختلاف في تعيين المحكم المرجح، فما هي الحلول القانونية التي اعتمدها القوانين المقارنة وكذا تطبيقاتها العقدية والاتفاقيات الدولية؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

يكاد يكون إجماع على دور القضاء وكذا الهيئات الدولية في التقليل من الصعوبات الحائلة دون تشكيل الهيئة التحكيمية.



1- سلطات القضاء في تعيين المحكمين: عند اتفاق الأطراف على قيام كل واحد بتعيين محكمه في مدة معينة، فإن امتناع أو تقاعس أحد الأطراف عن القيام بذلك لا يعني فشل إجراء التحكيم، بل نزولا عند إرادة الأطراف وحماية للطرف حسن النية وحفاظا على مصداقية هذا الإجراء تعمد القوانين إلى إخطار الجهات القضائية خاصة عند سكوت الأطراف على ذلك للقيام بهذه التعيينات خصوصا عندما تستنفذ المدة المحددة في اتفاق التحكيم أو في العقد الأصلي للقيام بذلك⁽¹⁾.

أ- دور القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار: قد تتدخل الدولة المضيفة لإجراء التعيينات اللازمة، وهذا من طرف قضائها الوطني إذ تنص المادة 1041 ف 02 من ق.إ.م.وإ.د الجزائري الجديد على أنه: "... في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

إن إدراج دور القضاء الوطني في إجراء بعض التعيينات طبقا لمواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، وكذا المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 لهو أمر إيجابي من شأنه حماية مصالح الطرف الجزائري. إذ أن إعطاء سلطة التعيين لرئيس محكمة الجزائر أو المحكمة المحددة في اتفاق التحكيم أو أي محكمة أخرى من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري، كما يستبعد تدخل أي قضاء أجنبي في ذلك.

أما في حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، فإنه حسب نص المادة 1042 من ق.إ.م.وإ.د الجزائري الجديد يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

⁽¹⁾ تبدأ المدة ابتداء من تاريخ الإخطار الكتابي الموجه من أحد الأطراف للطرف الآخر حول موضوع النزاع ودعوة هذا الأخير إلى المثول أمام الهيئة التحكيمية بعد تسمية محكمة، إذ تتراوح المدة عادة بين خمسة عشر (15) وثلاثة (03) أشهر حسب الاتفاق.



ويظهر تدعيم المشرع الجزائري لدور القضاء الوطني سكوت النصوص القانونية عن مدى إمكانية الطعن في الأمر الصادر بصدد تعيين المحكمين أو المحكم الرئيس، حيث يتمتع القاضي بحرية كبيرة في اختيار المحكمين ما عدا في حالة ما إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون طبقا لنص المادة 1056 ف 02 من ق.إ.م.و.د الجزائري الجديد.

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مسألة تعيين المحكمين في التحكيم الاتفاقي لا تطرح ما دام الأطراف يربطهم اتفاق التحكيم الذي من المفروض أن تحدد في محتواه أسماء المحكمين، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا مستندا إلى نص المادة 1012 ف 02 من ق.إ.م.و.د الجزائري الجديد: "... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

كما أنه في حالة ما إذا اختارت الأطراف المتعاقدة شرط التحكيم، عليها أن تحترم الآتي تحت طائلة البطلان:

- أن يرد الشرط بالكتابة في صلب الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها (ف 01 من م 1008 ق.إ.م.و.د الجزائري).

- أن يتضمن شرط التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم (ف 02 من م 1008 ق.إ.م.و.د الجزائري).

وفي القانون وردت نفس الإجراءات، فالقانون المصري الجديد نص على دور محكمة استئناف القاهرة على إجراء التعيينات اللازمة عندما يكون التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو خارجها، غير أنه يجوز اتفاق الأطراف على إعطاء الاختصاص لمحكمة استئناف أخرى في مصر (المادة 09).

أما بصدد التخلف عن إجراء التعيينات في المدة المحددة فقد نصت المادة 17 على الأصل وهو دور طرفي التحكيم في عملية اختيار المحكمين، وفي غياب ذلك يمكن تدخل الجهة



القضائية المحددة في المادة 09 سواء في حالة تعيين المحكم الفرد أو اختيار هيئة تحكيمية تأخذ التشكيل الثلاثي أو أكثر⁽¹⁾.

ويظهر أن كل من المشرع الجزائري والمصري قد ساير الحكم الوارد في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة بصدد عدم قابلية الأمر أو القرار الصادر من الجهات القضائية والخاص بإجراء التعيينات اللازمة لأي طعن وهذا في نص المادة 05/11 التي تنص على أنه: "أي قرار في مسألة موكولة بموجب الفقرة 03 و04 من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06 يكون قرارا نهائيا غير قابل للطعن..."⁽²⁾.

وعلى نفس المنهج ذهب المشرع الفرنسي إلى إعطاء اختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الفرنسي إذ نجد أن المادة 02/1493 تعطي الاختصاص لرئيس محكمة باريس للقيام بالتعيينات حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1457 بشرط أن يتم التحكيم في فرنسا وبتطبيق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ب- دور القضاء الأجنبي في إجراء التعيينات: في التطبيقات العقدية في بعض الدول يتم الاستعانة بجهة قضائية أجنبية لإجراء التعيينات اللازمة مثل ما تنص عليه المادة 02/24 من عقد مقاوله العراق وشركة إيران 1967 على أنه: "إذ تخلف أحد الطرفين في تعيين المحكم فلأي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان (سويسرا) أو عند غيابه من أعلى حاكم رتبة في المحكمة المذكورة تعيين هذا المحكم".

وفي الجزائر أشارت بعض العقود التي أبرمتها شركة سوناطراك مع الشركات الأجنبية في ظل العداء لنظام التحكيم الدولي إلى دور القضاء الوطني أو القضاء الأجنبي في القيام بتعيين المحكم الثالث عند تعذر تعيينه باتفاق الأطراف، أو من طرف المحكمين المعينان ومثال ذلك: الاتفاقية بين الجزائر وإيطاليا بتاريخ 1963/07/03 التي بموجبها تم إنشاء شركة مختلطة خاصة بالمرحوقات حيث نصت المادة 15 من الاتفاقية على تسوية النزاعات عن طريق

⁽¹⁾ أنظر: سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، مطبعة أطلس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص: 111 وما بعدها.

⁽²⁾ إن نظام التحكيم لدى القانون النموذجي هو الوحيد في إطار التحكيم المؤسساتي الذي يحيل إلى دور القضاء الوطني للدول المتعاقدة أو المنظمة لهذا القانون لإجراء التعيينات في تشكيل الهيئة التحكيمية وفقا للمادة 06 مما يجعل هذا النظام ينفرد بهذه الخصوصية في إطار التحكيم لدى الهيئات المتخصصة.



التحكيم، حيث يعين كل طرف محكما على أن يعين المحكمان محكما ثالثا رئيسا، وفي حالة التوصل إلى ذلك يمكن للطرف المعني بالتعجيل بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة العليا بالجزائر الذي يعين رئيسا للهيئة التحكيمية من بين أعضاء محكمة التحكيم الدائمة التي يوجد مقرها بلاهاي "هولاندا" شرط أن لا يحمل جنسية أحد المتعاقدين، كما يمكن كذلك لرئيس المحكمة العليا تعيين محكم الطرف المتقاعس من بين أعضاء المحكمة التحكيمية الدائمة مع مراعاة شرط الجنسية، وفي حالة عدم قيام رئيس المحكمة بالتعيينات المذكورة سابقا يعود الاختصاص في ذلك إما لرئيس المحكمة الفيدرالية السويسرية أو رئيس المحكمة العليا السويدية أو رئيس المحكمة العليا بالدنمارك حسب هذا الترتيب⁽¹⁾.

2- دور بعض الهيئات الدولية في تعيين المحكمين: رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد قد تعرض فقط لدور القضاء الوطني الجزائري في إجراء بعض التعيينات، واستبعد تدخل القضاء الأجنبي لإجراء هذه التعيينات إلا أنه قد يتفق الأطراف على سلطة تعيين المحكمين بما فيه رئيس الهيئة التحكيمية إلى هيئات دولية، أو أشخاص دوليين وهذا ما يظهر في اتفاقات التحكيم أو شرط التحكيم وكذلك في العقود أو الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات.

أ- دور المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI): قد يرد في بعض العقود الإحالة إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار سواء لإجراء التحكيم ككل، أو للقيام بالتعيينات اللازمة سواء بالنسبة للمحكمين أو المحكم الرئيسي، وهذا يظهر من المادة 01/06 ب- ج من الاتفاقية التي تعطي اختصاص تنظيم التحكيم ووضع قواعده للمجلس الإداري، حيث تؤكد بعد ذلك دور المركز في إجراء التعيينات اللازمة وفقا للمادة 38 من الاتفاقية، إذ في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين بما فيهم الرئيس وفقا للمادة 37 وفي مدة 90 يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل إلى السكرتير العام،

⁽¹⁾ voir: Bouzana Belkacem, le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, opu, édition publisud, Paris, 1985, P: 401-402.



يقوم الرئيس بتلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد مراعاة شرط الجنسية طبقاً للمادة 39 من الاتفاقية⁽¹⁾.

ب- دور الغرفة التجارية الدولية بباريس: يمكن الاستعانة بهذه الهيئة المتخصصة لإجراء التعيينات اللازمة نظراً لمكانة هذه الهيئة دولياً ولخبرتها في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، فقد تلجأ إلى تعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس الأطراف في القيام بهذا الإجراء طبقاً للمادة 4/3/2 من النظام القديم المقابلة للمادة 418 من النظام الجديد ومن التطبيقات العقدية لذلك نجد العقد المبرم بين مصر وشركة "بان أمريكان" سنة 1964 حيث نصت المادة 142 ب منه على: "... وإذا لم يقر الطرف الثاني بتعيين محكم له كما ذكرنا آنفاً، فإن للطرف الأول الحق في أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية طالبا تعيين محكم ثاني...".

ويمكن القول بأن دور الغرفة التجارية ذو شقين، حيث أنه في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اختيار المحكمين وكان التحكيم يجري على مستوى هذه الغرفة فما على هذه الأخيرة سوى تأكيد هذا الاختيار، أما في حالة الخلاف بين الأطراف تقوم الغرفة بإجراء هذا التعيين حسب الحالة.

ج- دور الغرفة التجارية بأستوكهولم: كما أدرجت بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر دور الغرفة التجارية بأستوكهولم لإجراءات التعيينات بالنسبة للمحكمين الأعضاء أو الرئيس، نجد أن الرجوع إلى هذه الهيئة أقوى من الرجوع إلى الغرفة التجارية الدولية بباريس (CCI) وهذا يتجلى واضحاً في الاتفاقيات التالية:

فالاتفاقية الجزائرية الأردنية تحيل على رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بأستوكهولم إذ تنص المادة 02/07/02 ج على أنه: "... وفي حالة عدم احترام الأجل المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بأستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة".

⁽¹⁾ أنظر: جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص. 39، ص. 40.



وقد نصت المادة 03/08/03/ج على نفس الإجراءات في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، وكذا المادة 03/09/ب من الاتفاقية الجزائرية المالية، والمادة 02/07/ب من الاتفاقية الجزائرية المصرية.

د- دور الأمين العام للأمم المتحدة: أشارت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية إلى دور الأمين العام للأمم المتحدة لإجراء التعيينات اللازمة استثناء وهي الوحيدة من بين الاتفاقيات المذكورة والتي أخذت بهذا الاختبار، إذ تنص المادة 02/08/ج على أنه: "إن لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة أشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي دون سواها... محكمة تحكيمية أنشأت لهذا الغرض طبقاً لأحكام المادة 09 من هذا الاتفاق".

نلاحظ إحالة المادة 02/08/ج إلى إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية بصدد النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الدولتين المتعاقدين، وهذا يجد مجاله في القانون الدولي العام بينما النزاعات الناجمة عن التجارة الخارجية فتخضع للقانون الدولي الخاص عندما يكون المستثمر شخصاً طبيعياً أو معنوياً طرفاً في النزاع، أما المادة 04/09 من الاتفاق فتتصد بالتعيينات اللازمة على دور الأمين للأمم المتحدة بقولها: وفي حالة ما إذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فإنه وفي غياب كل اتفاق قابل للتطبيق تقوم إحدى الدولتين المتعاقدين باستدعاء الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة أو الأمين العام المساعد مع مراعاة شرط الجنسية".

هـ- دور الجامعة العربية في إجراء التعيينات اللازمة: نصت المادة 03/02 من الملحق الخاص بالتوفيق والتحكيم الوارد في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على دور الأمين العام لجامعة الدول العربية في تعيين المحكمين إذ تنص في هذا الصدد على أنه:

"إذا لم يعين الطرف الآخر محكماً أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجح خلال الآجال المقررة لذلك تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم حكم مرجح، ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية".



أما الاتفاقية الجزائرية السورية فتحيل النظر في النزاع المتعلق بالاستثمار إلى نظام التوفيق أو التحكيم أو إلى محكمة الاستثمار العربية وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية الموحدة السالفة الذكر حيث تتخذ مقرها في المقر الدائم لجامعة الدول العربية.

المحور الثاني: الإجراءات المتبعة أمام الهيئة التحكيمية:

عندما يخطر أحد أطراف النزاع الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع يكون الطرفان قد بدأ إجراءات التحكيم⁽¹⁾، ومواصلة في إعمال إدارة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينهما تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تجسيد إرادتها تطبيقا لهذا الاتفاق، وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور الحكم التحكيمي وتسوية النزاع، فما هي الإجراءات، وكيف نظمتها القوانين الوطنية المقارنة، وكذا القوانين الاتفاقية؟ وما هو موقف كل من الفقه والقضاء من ذلك؟

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق:

بعد تشكيل الهيئة التحكيمية، وقبلها نظر النزاع يقع على الهيئة التحكيمية واجب تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهنا ينبغي البحث عن القانون الذي تطبقه على المسائل المتعلقة بالإجراءات، ثم بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

1- تحديد القانون المطبق على مسائل الإجراءات: تتفق أغلب القوانين الداخلية للدول على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات أو الإحالة على قانون أو نظام معين، ولهذا سوف نبين الأصل وهو دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ثم في غياب قانون الإرادة نبين الضوابط الأخرى المعتمدة وهذا كله على ضوء القوانين الداخلية وكذا الاتفاقيات أو القانون الدولي.

أ- خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف: يعتبر خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، إذ يستوي أن يكون في ذلك التحكيم الاتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع

(1) أنظر: عبد الهادي عباس جهاد هواش، التحكيم - التحكيم الاختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1982، ص: 423.



إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، كأن تحال على قانون معين بصريح النص، وذلك مثل المادة 01/1494 من ق.إ.م.ف التي تكرر مبدأ سلطان الإرادة، أي أنها تعطي للأطراف الثلاثة خيارات وهي وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان، أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين، حيث يتم إعمال الإجراءات الموجودة فيه، وأخيرا حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني⁽¹⁾.

وأما المشرع المصري فيظهر بأن المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية قد كرست مبدأ سلطة وإرادة طرفي النزاع في تحديد إجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة، وهذا هو الأصل الذي تسير عليه قوانين الدول حيث يتجسد دور الأطراف هنا إما بوضع القواعد الإجرائية المادية مباشرة، أو بالإحالة على نظام تحكيم متخصص، واستثناء أو احتياطيا تقوم الهيئة التحكيمية لتحديد القانون أو الإجراءات التي تتبعها حسب ما تراه مناسبا.

من خلال ما سبق، يمكن أن نساءل عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة؟ جاء في المادة 1043 من ق.إ.م.و.د الجزائري الجديد أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد سار على منهج المشرع الفرنسي في تكريس مبدأ سلطان الإرادة، ويتجلى ذلك من خلال أن تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة يتم أساسا من قبل الأطراف أنفسهم، وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات. وتضبط الإجراءات في صلب اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم.

كما يمكن أن تتضمن الاتفاقية الإحالة إلى نص إجرائي معين، بحيث يتم إخضاع الإجراءات الواجب إتباعها إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

(1)Voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, opu, Alger, P: 94.



فإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.

ويجد مبدأ سلطان الإرادة تطبيقا واسعا في الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، إذ تنص المادة 01/08 من النظام القديم للغرفة التجارية الدولية على أنه: "إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام".

ب- دور الهيئة التحكيمية في اختيار القانون المطبق على الإجراءات: جاء هذا الحل استثناء واحتياطيا في حالة غياب دور إرادة الأطراف أو عدم الإشارة إلى ذلك سواء بوضع الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى قانون معين، أو بالإحالة على قانون أو نظام تحكيمي معين وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتقاديا لأي فراغ قانوني، حيث نصت أغلب القوانين الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة سواء بالإحالة على قانون وطني معين، أو على نظام تحكيمي معين.

فنجد أن القانونان الفرنسي في المادة 02/1494 من ق.إ.م.ف، والقانون المصري في المادة 25 من القانون الجديد لسنة 1994 قد وفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص في اتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق، وذلك بإعطاء نفس الحرية للمحكّمين في تحديد هذا القانون سواء بتحديد قانون وطني لدولة أحد الأطراف ومن الغير، أو بالإحالة على نظام تحكيمي معين أو تطبيق المبادئ العامة للقانون. وأما المشرع الجزائري فقد سائر نفس الاتجاه في ف 02 من المادة 1043 من ق.إ.م.و.إ.د الجزائري الجديد بقولها: "... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"، والمادة 1050 من نفس القانون بقولها: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".



كما نصت العقود الدولية في مجال الاستثمارات على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القواعد الإجرائية في النزاع، وذلك سواء من طرف المحكم الفرد أو المحكم الثالث⁽¹⁾ أو حتى الإحالة على نظام (CIRDI)، وهذا وفقا للمادة 43 و44 منه.

02- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن تحديد القانون المطبق على الإجراءات، وليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد أي يحكم الإجراءات والموضوع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم مسائل الإجراءات، واختيار القانون المطبق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الدولية، إذ على أساسه يتم التأكد من مدى صحة بنود العقد، وفي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى هذا القانون الموضوعي لتكملة ذلك.

فكيف عالجت القوانين الوضعية المقارنة مسألة القانون المطبق على موضوع النزاع؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

أ- خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة: قد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم، أو في شرط التحكيم على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون موضوعي معين مع مراعاة القواعد الآمرة، وقد قررت غالبية التشريعات المقارنة إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لاختيار هذا القانون⁽¹⁾.

وبالتالي تكون القوانين الوضعية المقارنة في مجال التحكيم التجاري الدولي قد كرسّت إرادة الخصوم في تحديد هذا الاختيار، فالمادة 01/1496 من ق.إ.م.ف فرضت مسبقا على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع فما على المحكمين إلا تطبيقه، أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون أي "les Règles de Droit" ولذلك يمكن للأطراف أن يخضعوا النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، وبالتالي تعبير قواعد القانون يعطي الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد التي قد تكون

⁽¹⁾ أنظر: عبد الهادي عباس جهاد هواش، المرجع السابق، ص: 430.

⁽¹⁾ أنظر: كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص: 141.



وطنية أو دولية ما لم تكن مخالفة لقواعد النظام العام بالمفهوم الدولي⁽²⁾، كما قد يكون القانون المحدد هو القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

أما المشرع المصري فقد أعطى الأولوية للأطراف لتحديد القانون المطبق على النزاع وعند اختيار قانون موضوعي معين، فإنه يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون، وهذا حسب إرادة الأطراف فالمادة 01/39 من القانون المصري الجديد تنص على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة أجنبية اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

أمام تأكيد المشرعين الفرنسي والمصري لدور الأطراف في تحديد القانون الموضوعي بالمفهوم الواسع أي القواعد القانونية، فإنه لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري؟

نصت المادة 1050 من ق.إ.م.وإ.د الجزائري الجديد على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."، وبالتالي يظهر بأن المشرع أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على النزاع مع مراعاة النظام العام الدولي وأدرج المشرع الجزائري مصطلح "قواعد القانون" التي تفيد التفسير الواسع أي احتمال أن يكون قانوناً وطنياً معيناً بما فيه قواعد تنازع القوانين وقد يكون اختيار الأطراف منصفاً على المبادئ العامة للقانون أو حتى العادات التجارية الدولية⁽¹⁾.

ب- دور المحكمين في البحث عن القانون الواجب التطبيق: في غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم في اختيار القانون المطبق يتمتع المحكمين بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون، حيث تأكدت هذه السلطة في القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى تدعيم هذه السلطة من طرف الفقه والقضاء. فبالنسبة لتأكيد القوانين على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق نصت المادة 02/1496 من ق.إ.م.ف على أنه:

⁽²⁾ أنظر: عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد) - رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص: 132 وما بعدها.

⁽¹⁾ voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit, P: 101. 102.



"... à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas des usages du commerce".

فهذه الفقرة تعطي للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف، وهذا طبقاً لقواعد القانون التي تراها مناسبة، فتعبير: "conformément à celle" تعني قواعد القانون، لكن يبقى دور المحكمين محدد بالمقارنة بدور الأطراف وفقاً لما سبق بيانه، وهذا يستشف من تعبير "appropriées" بمعنى يجب أن يبحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع، وتضيف في آخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع آخذين بعين الاعتبار العادات التجارية لكن دون أن تكون لهذه العادات سوى الصفة التكميلية، وليس معناه أن تحل محل النصوص القانونية أي القانون الذي يخضع له النزاع⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد أكد هو كذلك على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إذ تنص المادة 03/39 من القانون رقم 09 لسنة 1997 على أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

أما المشرع الجزائري فقد كان قريباً من موقف المشرع الفرنسي، عندما نص في المادة 1050 ف 02 من ق.إ.م.و.د.ج الجديد على: "... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

من خلال ما سبق يمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي والمصري أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وهذا في غياب قانون إرادة الأطراف، ومن ثم يمكن إعمال عدة خيارات من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية "Lex mercatoria"، وكذا العادات والأعراف التجارية إلى الأخذ بأي قانون

⁽²⁾ voir: Emmanuel Gaillard, trente ans de lex mercatoria pour une application sélective des principes généraux du droit, journal du droit international N° 01, Paris, 1995, P: 05 et S.



لدولة ما يكون أكثر ملائمة للنزاع، وسواء كان قانون موضوعي مثل ما ذهب إليه المشرع المصري أو قواعد التنازع مثل ما بيناه بالنسبة للمشرع الفرنسي، وذلك لأن تطبيق مفهوم قواعد القانون "Règle de Droit" يشمل كذلك قواعد تنازع القوانين لأي دولة.

ثانياً: الإجراءات الأساسية المتبعة أمام الهيئة التحكيمية:

إذا اتفقت الأطراف في اتفاق التحكيم على الإجراءات المتبعة في حل النزاع، فعلى الهيئة التحكيمية العمل بذلك، وفي حالة غياب النص على مراحل التحكيم أي إجراءات الخصومة أمامها تقوم هي بنفسها بتحديد الإجراءات، ويكون هذا في التحكيم النظامي فإن الأطراف بخضوعهم تلقائياً للإجراءات التي تحددها تلك الهيئات المتخصصة إلا إذا نصت صراحة على إتباع إجراءات أخرى.

فبعد إخطار كل الأطراف باللجوء إلى التحكيم واختيار المحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق إجرائياً وموضوعياً، تستمر الهيئة التحكيمية في النظر في جزئيات النزاع مما يستدعي استكمال مراحلها في شكل إجراءات، فما هي هذه الإجراءات؟

1- الإجراءات المتبعة أثناء النظر في النزاع: يجب أن تتأكد الهيئة التحكيمية من اختصاصها للنظر في النزاع وهذا وفقاً للمادة 1044 من ق.إ.م. وإ.د.ج الجديد التي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".



فقد يعارض أحد الأطراف اختصاص الهيئة أو الشك فيه لذلك تنظر الهيئة في مدى اختصاصها قبل أن تدخل في مناقشة موضوع النزاع⁽¹⁾، وبعد ذلك تواصل الهيئة التحكيمية الإجراءات التالية:

أ- تقديم الأدلة: تقوم الهيئة التحكيمية بنفسها بتقديم الأدلة حيث نصت المادة 1047 من ق.إ.م.و.د. الجزائري الجديد على أنه: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

خولت هذه المادة للهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في تقديم أو البحث عن الأدلة المرتبطة بالنزاع، ونشير في البداية إلى أن هذه الحرية مستمدة من القانون السويسري، حيث أخذ المشرع الجزائري هذا النص حرفياً من المادة 01/180 من القانون الدولي الخاص السويسري المحدد لتطبيقه على النزاع⁽²⁾، حيث قد يقدم الدليل كتابة أو باللجوء إلى الخبرة حسب نوع النزاع، أو حتى سماع الشهود مع الإشارة إلى أن المادة 1047 جاءت تكملة لنص 1043 التي تتحدث عن تحديد الإجراءات المتبعة في اتفاق التحكيم.

وفي فرنسا يمكن إخضاع مسألة الإثبات سواء من حيث من يقع عليه عبء ذلك، أو من حيث طرق الإثبات وكذا القوة الإثباتية بالنسبة للكتابة وغيرها من الطرق إلى القانون المطبق على الموضوع أو قانون مكان الإجراء أو قانون القاضي.

أما المشرع المصري فقد جعل تقديم الأدلة على عاتق الأطراف إذ تنص المادة 33 من القانون المصري الجديد على أنه: "تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وحجته وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك... ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين".

ومهما كانت إجراءات الإثبات ورغم اختلاف القوانين في النظر إلى الكيفيات المتعلقة بها، فإنه يمكن للمحكمين سماع الشهود أو معاينة الأماكن أو سماع تقارير الخبراء

⁽¹⁾ اختصاص المحكمة التحكيمية في النظر في اختصاصها معترف به في الاتفاقيات الدولية مثل المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

⁽²⁾ voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit, , P: 85 à 90 et 113.



واستجواب الخصوم، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من نظام (CNUDCI)، وكذلك المادة 03/16 و03/24 و04/27 و01/29⁽¹⁾.

ب- اتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية: من الإجراءات الأساسية أمام الهيئة التحكيمية إمكانية اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، وهذا حسب طبيعة النزاع حيث نصت المادة 1046 ف. 01 من ق. إ. م. وإ. د. ج الجديد على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك".

كما تخضع عملية اتخاذ هذه الإجراءات لإمكانية تقديم ضمانات مناسبة، وهذا بطلب من الهيئة وفقا للمادة 1046 ف. 03 من نفس القانون التي تنص على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

تظهر أهمية هذا الإجراء في حالة النزاعات التي يكون موضوعها مصالح تجارية لا تقبل التعطيل سواء بسبب طبيعة إنتاجها (قابلة للهلاك أو المرتبطة بمدة معينة)، إلا أنه ليس للمحكمين إرغام الطرف المعني بهذا الإجراء، ولذلك يتم الاستعانة بقضاء الدولة الذي يطبق في هذا الشأن قانونه.

ويلاحظ بأن الطرف المعني لا يمكن له اللجوء مباشرة إلى القضاء الوطني لطلب هذه الإجراءات، بل ينبغي طلبها من الهيئة التحكيمية التي تكون مختصة أصلا، أما دور القضاء فهو احتياطي يرجع إليه المحكمين عند رفض الامتثال لهذه الإجراءات.

أما في فرنسا فلم يبين قانون التحكيم التجاري الدولي إذا كان اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من اختصاص المحكم أو القضاء، وعليه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نجد اتخاذ هذه الإجراءات من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يعارض ذلك شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، وبالتالي فالرجوع إلى هذا القضاء يكون من المحكمين أو من الأطراف مباشرة بشرط توفر حالة الاستعجال بالنسبة للإجراءات

(1) أنظر: سامية راشد، المرجع السابق، ص. 136. 137.



التحفظية، حتى ولو كان ذلك خلال إجراءات التحكيم، وكذلك شرط عدم اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب.

أما المشرع المصري فلم يبين في القانون الجديد لسنة 1994 المعدل سنة 1997 ما إذا كانت الإجراءات التحفظية والوقائية ترجع إلى اختصاص القضاء المحلي، فالأصل أنه يمكن للمحكّمين اتخاذ ما يرونه مناسباً من إجراءات مؤقتة أو تحفظية متى طلب أحد الأطراف، وكان الإجراء متعلقاً بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم مثل المحافظة على السلع أو بيعها، أما المادة 09 من القانون المصري فقد أعطت لحكمة استئناف القاهرة اختصاص النظر في بعض المسائل، إلا إذا اتفق الطرفان على اختصاص جهة أخرى⁽¹⁾.

2- استكمال الإجراءات وصدور الحكم التحكيمي: بعد استكمال كل الإجراءات

سواء وفقاً لما اتفق عليه الأطراف، أو وفقاً لنظام تحكيمي معين ينتهي النزاع بعد أن تقوم هيئة التحكيم بالمداولة وإصدار الحكم.

ومن آثار صدور الحكم التحكيمي انتهاء مهمة الهيئة التحكيمية حيث لا يمكن للهيئة النظر مرة أخرى في النزاع الذي أصدرت بشأنه هذا الحكم، إلا إذا سمح نظام التحكيم بإمكانية تفسير الحكم التحكيمي كما هو الحال في المادة 01/35 من نظام (CNUDCI)، أو تصحيح الأخطاء المادية مثل ما نصت عليه المادة 1475 ق.إ.م.ف بشأن التحكيم الداخلي، وكذلك ما نصت عليه المادة 50 من النظام (CIRDI). وهذا بالإضافة إلى حالة بطلان الحكم التحكيمي وفقاً لنظام التحكيم (CIRDI) طبقاً للمادة 02/52⁽²⁾.

أما بالنسبة للجزائر يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية إلى مدى توفر مجموعة شروط هي:

- إذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية بأن هذه الأحكام موجودة، وذلك كأن يقدم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها ويتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل، وفي هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس.

(1) أنظر: سامية راشد، المرجع السابق، ص- ص: 140 - 144.

(2) voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit., P: 90, 91 et 123, 124.



- إذا كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

خاتمة:

إن اتجاه الجزائر نحو التحكيم التجاري الدولي أملت الضرورة العالمية المتميزة بعولمة شاملة للآليات الاقتصادية حتى أدوات ووسائل تسوية النزاعات.

وإذا كان الانضمام إلى اتفاقية نيويورك سنة 1988، وإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 بالإضافة إلى الترسانة الكبيرة من التعديلات في القوانين الوطنية، وكذلك صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 المؤرخ في 23 أفريل سنة 2008، وإبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بتشجيع الاستثمارات والانضمام إلى اتفاقيات متعددة الأطراف التي تمثل المرأة الجديدة للنظام القانوني الجزائري الجديد الذي أعطى الأولوية للتحكيم التجاري الدولي على حساب القضاء والقانون الوطنيين، إلا أن هذا التحول لا يخلو من النقائص والسلبيات التي نوردها في الملاحظات التالية:

1. عدم دقة المشرع الجزائري في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، إذ لم يوفق في الكثير من المناسبات، وذلك لأنه يأخذ تارة بالقوانين الأجنبية حرفيا وتارة أخرى ببعض الأحكام الواردة في الاتفاقيات الدولية خاصة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي دون مراعاة المعنى.

2. وجود فراغات قانونية في النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي أدت إلى القول بقصورها في الاستجابة لكل الإشكاليات التي يمكن أن تطرح أمام المحكم أو المتقاضى.

3. تبني المشرع الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي في شكل فسيفساء قانوني إذ مزج بين القانون الفرنسي والسويسري بشكل كبير، ثم بالقوانين الأخرى بدرجة متفاوتة كالقانون المصري، بالإضافة إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف كاتفاقية نيويورك لسنة 1958، وواشنطن لسنة 1965، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1927 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.



وأمام هذه السلبيات وغيرها نورد بعض الاقتراحات كما يلي:

1. يجب إعادة النظر في كل النصوص القانونية شكلا ومضمونا.
2. وضع مصطلحات قانونية دقيقة تؤدي المعنى بكل وضوح لتجنب كثرة التأويلات وتضاربها.
3. إضافة بعض المواد التي تخص الإجراءات خاصة إجراءات رد المحكمين والإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية كما فعل المشرع المصري.
4. مصير نجاح التحكيم التجاري الدولي في الجزائر مرهون بتدفق الأموال من الخارج واستثمارها في الجزائر.

عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11

أ/طبيب عائشة

أستاذة مساعدة -أ-

كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب بالبلدية-

مقدمة:

إن عجز الدولة عن تلبية الطلبات المتزايدة سنويا في مجال السكن، دفع إلى ضرورة إيجاد حلول فعلية وسريعة، تتمثل أهمها في فتح مجال البناء لكل شخص طبيعي، أو معنوي خاص أو عام، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي يعتبر تقدما واضحا في مجال النشاط العقاري، وإطار قانوني عملي وموضوعي لتنظيم الترقية العقارية، إذ جعلها تصرفا تجاريا مفتوحا لكل شخص طبيعي أو معنوي أطلق عليه اسم المرقى العقاري.

ولم يكتف المشرع الجزائري بموجب هذا المرسوم بتوسيع نطاق الترقية العقارية من حيث الأشخاص فقط، بل وسع نطاقها الموضوعي من حيث التقنيات القانونية التي تربط بين المرقى العقاري والمشتري في هذا الإطار، إذ لم تعد العلاقة مقتصرة على البيع فقط، بل شملت عدة تقنيات، منها عقد الترقية العقارية، عقد الإيجار، وعقد البيع بناء على التصاميم، الذي يعد أهم تقنيات الترقية العقارية.

كما عرفت الترقية العقارية في الجزائر توسعا هاما منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93- 03، الذي فتح الترقية العقارية لكل المجالات مهما كان شكلها، التجاري، أو السكني أو المهني أو الصناعي.

ونظرا لصدور المرسوم التشريعي رقم 93- 03 في ظل ظروف استثنائية خاصة، أصبحت أحكامه غير مسايرة للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية السائدة في الفترة الراهنة، الأمر الذي أدى إلى إلغاء المرسوم التشريعي رقم 93- 03 بموجب القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الذي انتهج المشرع الجزائري من خلاله سياسة جديدة تتفق مع التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.



وهذا ما ظهر من خلال الآليات القانونية التي تضمنها القانون رقم 11 - 04، والخاصة بمقتني العقار على التصاميم، الذي كان يطلق عليه في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 بالمشتري، وكذا طريقة بيع الأملاك العقارية في إطار الترقية العقارية التي تتم إما عن طريق عقد حفظ الحق، الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه، أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، أو عن طريق عقد البيع على التصاميم، وإن كان العقد الأخير قد تم تنظيمه في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 03، إلا أن عقد حفظ الحق لم ينظم إلا في ظل القانون رقم 86 - 07، ولكن ليس بالطريقة التفصيلية التي تناولها القانون رقم 11 - 04.

وبما أن المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 نظم عقد البيع على التصاميم كتقنية في الترقية العقارية، ما الذي استحدثه القانون رقم 11 - 04 فيما يخص هذا العقد؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الإشكالية التالية: ما الخصوصية التي تميز بها التنظيم التشريعي لعقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11 - 04؟ وللدرد على هذه الإشكالية، ارتأينا تفصيل الموضوع من خلال مبحثين، نخصص المبحث الأول لتحديد مفهوم عقد البيع على التصاميم، أما المبحث الثاني نبحث فيه مجالات خصوصية عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11 - 04.

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم:

يعد عقد البيع بناء على التصاميم من أهم تقنيات الترقية العقارية، لذلك نظمه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وذلك من خلال الفصل الثاني من هذا المرسوم المعنون ب"علاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري".

ونظرا لخصوصية هذا العقد اشترط المشرع تحريره في عقد نموذجي، تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 94 - 58 المؤرخ في 07 مارس 1994 والمتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية.

وبما أن المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 صدر في مرحلة انتقالية، أصبحت أحكامه لا تتماشى مع الظروف الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية الراهنة، الأمر الذي أدى إلى إلغاءه



بموجب القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

وحتى يمكننا معرفة المقصود بعقد البيع بناء على التصاميم، وعلاقته بالترقية العقارية في إطار القانون رقم 11- 04، سنحاول التطرق من خلال هذا المبحث إلى مطلبين على الشكل التالي:

-المطلب الأول: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وتمييزه عن غيره من العقود

-المطلب الثاني: طرفا عقد البيع على التصاميم

المطلب الأول: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وتمييزه عن غيره من العقود

الفرع الأول: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وخصائصه

أولاً: تعريف عقد البيع على التصاميم:

يعد عقد البيع بناء على التصاميم من العقود المسماة حديثة النشأة في التشريع الجزائري، إذ لم يتم تنظيمه إلا بصدور المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، وإن كانت بعض بوادره ظهرت من خلال عقد حفظ لحجز العقار المراد شراؤه وهو لا يزال في طور الإنجاز المنظم بمقتضى القانون رقم 86- 07 المؤرخ في 04/03/1986 الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 93- 03، والذي ألغى بدوره بمقتضى القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الذي عرف عقد البيع بناء على التصاميم لأول مرة من خلال نص المادة 28 منه بقولها: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكسر تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

ما يلاحظ على هذا النص هو أنه عرف عقد البيع على التصاميم من حيث آثاره، واعتبره عقداً منشأً للالتزام بنقل الملكية، وذلك بعد اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لترتيب هذا الأثر.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرف عقد البيع بناء على التصاميم بصدور المرسوم رقم 54- 1123 المؤرخ في 10/11/1954⁽¹⁾، وتلته بعد ذلك عدة نصوص قانونية نظمت أحكام

(1) Frank Bezou: acheter un logement sur plan, vente en l'état futur d'achèvement et vente à terme, responsabilité des constructeurs et assurances obligatoires, éditions du puits fleuri, France, p 12.



هذا العقد، كان آخرها القانون رقم 78- 12 المؤرخ في 04/01/1978 المعدل والمتمم للقانون المدني، وقانون البناء والسكن، وذلك من خلال الفقرة الأولى للمادة 1601 من القانون المدني الفرنسي والمادة 216 من قانون البناء والسكن.

واصطلح على تسمية عقد البيع بناء على التصاميم في القانون المدني الفرنسي بـ: "vente d'immeuble à construire"، أي بيع العقار في طور الإنشاء، أما طبقاً لأحكام قانون البناء والسكن الفرنسي فقد اصطلح على تسميته بـ: "vente en l'état futur d'achèvement" أي بيع في حالة الإنجاز المستقبلي.

ثانياً: خصائص عقد البيع على التصاميم:

من خلال تعريف نص المادة 28 من القانون 11- 04 يمكن أن نستخلص خصائص عقد البيع على التصاميم التي تجعله يشترك فيها مع عقد البيع طبقاً للقواعد العامة، وفي نفس الوقت ينفرد عنه بخصائص تميزه عنه وعن العقود الأخرى، وتتمثل هذه الخصائص في الآتي:

1- عقد ملزم للجانبين: إذ كل طرف يلتزم اتجاه الطرف الثاني بالتزامات معينة، فالمتقني يلتزم بدفع الثمن في حين يلتزم المرقى العقاري بنقل ملكية المبيع وتسليمه وفقاً للمعايير الفنية المتفق عليها، بالإضافة إلى جملة من الضمانات القانونية الخاصة بعقد البيع بناء على التصاميم والمتمثلة في ضمان حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز.

2- عقد معاوضة: إذ يأخذ فيه كل طرف مقابل ما يقدمه للطرف الثاني، إذ يلتزم المرقى العقاري بنقل ملكية العقار ويلتزم المتقني بتقديم الثمن⁽¹⁾.

3- عقد زمني أم فوري: يعد عقد البيع، وفقاً للقواعد العامة عقداً فورياً تنفذ فيه الالتزامات بمجرد انعقاد العقد، أما عقد البيع بناء على التصاميم يعد الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه، إذ يستلزم على البائع (المرقى العقاري) إتمام إنجاز المشروع خلال الأجل المحدد في العقد، كما أن الثمن المحدد وقت انعقاد العقد يمكن مراجعته بعد فترة زمنية، وبذلك يعد الزمن عنصراً جوهرياً في تحديد ثمن العقار، لكن هل هذا يضيفي الصفة الزمنية على عقد البيع بناء على التصاميم؟

(1) المادة 58 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 101 لسنة 1975.



استنادا إلى خصائص العقد الفوري نجد أنه يتميز بميزتين، الأولى أنه يتطلب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه في الحال، ومن ناحية أخرى يتم تحديد مقدار التزامات الطرفين دون أي تدخل لعنصر الزمن.

أما بالنسبة للعقد الزمني فهو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا بحيث تكون التزامات المتعاقدين مرتبطة دائما بعنصر الزمن⁽¹⁾.

ومن التعريفين السابقين نستخلص أن أهمية التمييز بين العقد الفوري والزمني تكمن فيما يلي:

- العقود الزمنية قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 من ق.م.ج، مع إمكانية تطبيقها في العقود الفورية المتراخية التنفيذ التي تتطلب فاصل زمني بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه⁽²⁾.

• العقود الزمنية تستلزم زمنا لتنفيذها في حين لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين.

- يرتب الفسخ في العقود الفورية أثرا رجعيا في حين يترتب في العقود الزمنية بأثر فوري⁽³⁾.
بناء على هذه الخصائص يمكننا تحديد طبيعة عقد البيع بناء على التصاميم إن كان من العقود الفورية أو العقود الزمنية.

بالنسبة للخاصية الأولى: يخضع الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم للمراجعة إذا طرأت ظروف استثنائية، وهذه الخاصية تطبق في العقود الزمنية والعقود الفورية إذا كانت متراخية التنفيذ، وعقد البيع بناء على التصاميم من العقود التي تحتاج مدة لتنفيذها، وهذا ما يحقق الخاصية الثانية.

أما بالنسبة للخاصية الثالثة المتعلقة بالفسخ فإن نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 منحت حق فسخ العقد لكلا المتعاقدين في حال عدم تنفيذ المتعاقد الثاني لالتزاماته التعاقدية الذي يترتب عليه حق استرداد المبالغ المدفوعة من طرف المشتري واسترداد

(1) د. علي فيلال: الالتزامات - النظرية العامة للعقد - طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر 2008، ص 69.

(2) نفس المرجع، ص 377.

(3) نفس المرجع، ص 70.



العقار محل الإنجاز من طرف المتعامل في الترقية العقارية، مما يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت التعاقد، بمعنى أن للفسخ في عقد البيع بناء على التصاميم أثر رجعي مما يضيف صفة العقد الفوري على عقد البيع بناء على التصاميم.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن عقد البيع بناء على التصاميم يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، بمعنى أن الزمن يعد عنصرا جوهريا في عقد البيع بناء على التصاميم وهذا ما يحقق أهم خاصية في العقود الزمنية، كما يمكن مراجعة عقد البيع بناء على التصاميم في حالة وقوع أي حادث استثنائي، وهي خاصية يتميز بها كل من العقد الفوري والزمني، على حد سواء، أما فيما يخص الفسخ الذي له أثر رجعي هذا يحقق خاصية العقود الفورية.

لذا نلاحظ بأن عقد البيع بناء على التصاميم يجمع بين خصائص العقد الفوري والعقد الزمني، الأمر الذي أدى بالفقه المصري إلى اعتبار عقد البيع تحت الإنشاء، المقابل لعقد البيع بناء على التصاميم في التشريع الجزائري، من العقود الفورية، على أساس عدم وجود تقابل في الالتزامات من حيث التنفيذ لأن تنفيذ المشتري لجزء من الالتزامات بدفع أحد الأقساط لا يقابله تنفيذ جزء من التزامات البائع لأنه لا يقوم بتسليم العقار المتفق عليه إلا بعد الانتهاء الكلي من عملية الإنجاز⁽¹⁾.

وفي نظري هذا الرأي هو الصائب لأن توفر خاصية الزمن التي تعد أهم خاصية فيه لا يعني أنه عقد زمني لأن أزمة السكن دفعت بالمشروع إلى إيجاد حل لهذه الأزمة، تمثل في وضع صيغة جديدة للبيع يساهم فيها المشتري في عملية الإنجاز عن طريق دفع الثمن على أقساط خلال مرحلة الإنجاز، الأمر الذي أدى بانفراد هذا العقد بخصوصية تميزه عن عقد البيع المقرر وفقا للقواعد العامة، ضف إلى ذلك أن العقد الزمني يتطلب تقابل الالتزامات من حيث الوجود والتنفيذ أما في عقد البيع بناء على التصاميم فإن المشتري (المقتني) يبقى ملتزما بدفع الثمن على دفعات طيلة مرحلة الإنجاز، في حين لا يلتزم المرفق العقاري بتسليم البناية إلا بعد انتهاء الإنجاز، وهذا يعني عدم وجود تقابل في تنفيذ الالتزامات.

• **عقد شكلي:** يعد عقد البيع بناء على التصاميم من العقود الشكلية لأن محله بيع عقار، الذي يستلزم توفر أربعة أركان لانعقاده وهي الرضا، المحل، السبب، والرسمية، وإلا عد العقد

(1) د/ محمد المرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي، الناشر السيد عبد الله وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1987، ص 110.



باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، التي اشترطت ضرورة إضفاء الصفة الرسمية على كل عقد يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها.

ويترتب عن مخالفة هذا الإجراء البطلان المطلق⁽¹⁾، لذا يتم إفراغ التصرف المتضمن البيع بناء على التصاميم في عقد نموذجي لدى الموثق.

الفرع الثاني: تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له من خلال الخصائص السابقة الذكر، يمكن أن نقوم بتمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له نظرا للتداخل الموجود بينهما.

ومن أهم العقود المشابهة له عقد المقاوله من خلال تشابه التزامات البائع (المركبي العقاري مع التزامات المقاول)، ويتداخل مع الوعد بالبيع الملزم للجانبين، ويتدخل مع البيع بالإيجار.

ولتحديد مدى إمكانية فصل عقد البيع بناء على التصاميم عن هذه العقود، سنحاول تحديد المقصود بكل عقد حتى يتسنى لنا القيام بعملية المقارنة.

1- تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد الملزم للجانبين: الوعد الملزم للجانبين هو عقد كامل لا مجرد إيجاب ولكنه عقد ابتدائي لا عقد نهائي، يتفق الطرفان من خلاله على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، ويتبع هذا العقد الابتدائي بيع نهائي يبرم في الميعاد المتفق عليه في العقد الابتدائي⁽²⁾.

أما عقد البيع بناء على التصاميم فهو عقد نهائي يلتزم بموجبه المركبي العقاري (البائع) بإنجاز بناية ستوجد في المستقبل مقابل ثمن نقدي يلتزم المقتني (المشتري) بدفعه على شكل أقساط، مع التزام المركبي العقاري بنقل ملكية المبيع.

(1) المادة 324 مكرر 01 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 81.



بناء على هذين التعريفين يمكن التمييز بين عقد البيع بناء على التصاميم والوعد الملزم للجانبين من خلال الجوانب التالية:

أ- عقد البيع بناء على التصاميم عقد بات ونهائي، ينشئ حقوقا عينية بمجرد انعقاده، في حين نجد أن الوعد الملزم للجانبين هو عقد ابتدائي لا ينشئ سوى حقوقا شخصية، إذ يبقى للبائع حق ملكية الشيء المبيع وحيازته.

ب- عقد البيع بناء على التصاميم يرتب الالتزام بنقل الملكية، والالتزام بالضمان، والالتزام بدفع الثمن الذي يتم في شكل دفعات، بمجرد انعقاد العقد مع مراعاة إجراءات الشهر العقاري، باستثناء الالتزام بالتسليم الذي لا يتم إلا بعد إتمام الإنجاز، في حين نجد أن الوعد الملزم للجانبين يبقى كل الالتزامات موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي⁽¹⁾.

ج- الوعد بالبيع الملزم للجانبين يمكن تعديل بنوده من طرف المتعاقدين عند إبرام عقد البيع النهائي باتفاق الطرفين⁽²⁾، في حين نجد أن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد نموذجي تحدد كل بنوده وقت التعاقد.

لذا لا يمكن تعديل هذه البنود سواء تعلق الأمر بالبنود القانونية أو الاتفاقية، إلا فيما يخص الثمن التقديري القابل للمراجعة، وهذا التعديل يكون منصوصا عنه في العقد ذاته، وما استثناه المشرع الجزائري بموجب المادة 106 من ق. م. ج.

2- تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد المقاولة: يقصد بعقد المقاولة طبقا لنص المادة 549 من ق م بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص خصائص عقد المقاولة التي تتمثل في الآتي:

أ- عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين، إذ يتعهد بموجبه المقاول بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا، وفي المقابل يتعهد رب العمل بدفع أجر ذلك العمل.

ب- عقد المقاولة عقد معاوضة، كلا الطرفين يأخذ مقابل ما يعطيه.

(1) نفس المرجع، ص 83.

(2) د. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 49.



ج- عقد المقاولة عقد رضائي: لأن المشرع الجزائري لم يشترط شكلا لانعقاده، ويتم بمجرد تطابق إرادة المفاوض وصاحب العمل⁽¹⁾.

من خصائص عقد المقاولة وخصائص عقد البيع بناء على التصاميم السابقة الذكر، نلاحظ بأنه لا وجود لأي تقارب بين العقدين للأسباب التالية:

- لأن عقد المقاولة هو من العقود الواردة على العمل في حين نجد أن عقد البيع بناء على التصاميم هو من العقود الناقلة للملكية.

- المرقعي العقاري منحه المشرع طبقا لنص المادة 19 من القانون رقم 11- 04 صفة التاجر، ويعد بائعا لا مقاولا.

3- تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع بالإيجار: عرف الدكتور محمد حسنين البيع بالإيجار بأنه: "هو العقد الذي يرد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا، وبيع حين يتم الوفاء بالثمن...."⁽²⁾.

وعرفته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97- 35 المؤرخ في 14 جانفي 1997، المتعلق بالبيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، بنصها: "هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري، باعتباره المالك المؤجر، أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك حسب شروط هذا المرسوم"⁽³⁾.

ونظرا لاعتبار البيع بالإيجار آلية من آليات دفع وتيرة النشاط العقاري نظم المشرع أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 105 المؤرخ في 23/04/2001 الذي عرف البيع بالإيجار من خلال المادة 02 منه على أنه: "...هو الصيغة التي تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب"⁽⁴⁾.

(1) المادة 561 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 15.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 97- 35 المؤرخ في 14 جانفي 1997، المتعلق بالبيع والإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1997.

(4) المرسوم التنفيذي 01- 105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2001.



وبتفحص أحكام هذا المرسوم خاصة المادة 02/12 التي تسمح بفسخ العقد في حالة الامتناع عن دفع الأقساط لمدة 06 أشهر مع إمكانية الطرد من السكن نلاحظ بأن البيع بالإيجار يخضع لأحكام عقد الإيجار.

وبتحليل نص المادة 19 من نفس المرسوم نلاحظ بأن المشرع نص على أن انتقال الملكية لا يتم إلا بتسديد المبلغ الكامل لسعر البيع، وبذلك يخضع البيع بالإيجار لأحكام عقد البيع.

ولازدواجية الأحكام المطبقة بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد الإيجار، نستنتج بان عقد البيع بالإيجار هو عقد ذو طبيعة خاصة لا يعقد بيع ولا بعقد إيجار، ويختلف عن عقد البيع بناء على التصاميم كون هذا الأخير يقع على البيع فقط، في حين نجد عقد البيع بالإيجار ذو طبيعة مزدوجة بيع وإيجار.

4- تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية: أجاز المشرع الجزائري

التعامل في الأشياء المستقبلية، بما فيها البيع بموجب نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ومحققاً غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

من خلال هذا النص نستخلص بأن المشرع الجزائري جاء بقاعدة عامة مفادها جواز التعامل في الأشياء المستقبلية شريطة أن تكون محققة الوجود، إلا ما استثناه فيما يخص التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة لما ينطوي على المضاربة على حياة الأشخاص⁽¹⁾.

وبالتفسير الحرفي لنص المادة 92 يعد بيع العقار بناء على التصاميم بيع لشيء مستقبلي، إلا أننا بتحليلنا للعقار محل عقد البيع بناء على التصاميم وجدنا أنه يتكون من عنصرين وهما القطعة الأرضية التي سيشيد فوقها البناية، والعنصر الثاني يتمثل في البناية المشيدة فوق القطعة الأرضية.

وبما أن هذه الأخيرة تكون موجودة وقت التعاقد وتنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد، فلا يمكن أن نعتبرها بيعاً لشيء مستقبلي، أما بالنسبة للبناية المراد تشييدها فهي التي ستوجد في المستقبل، وبالتالي يمكن أن نعتبره بيعاً لشيء مستقبلي.

(1) د. علي فيلالي، المرجع السابق، من 226 إلى 229.



المطلب الثاني: طرفا عقد البيع بناء على التصاميم:

لا ينعقد عقد البيع بناء على التصاميم إلا بتطابق إرادتي طرفيه على المسائل الجوهرية، وهي طبيعة العقد والمبيع والثمن.

والطرفان الأساسيان لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم هما المرقى العقاري والمقتني أو المكتتب. سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق لكل طرف على حدى، حتى يمكننا التطرق للشروط التي تؤهله بأن يكون طرفا في عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك بتخصيص الفرع الأول للمرقى العقاري، على أن نتطرق في الفرع الثاني للمقتني.

الفرع الأول: المرقى العقاري:

أولا: تعريف المرقى العقاري:

عرف المشرع الجزائري المرقى العقاري في المادة 03 من القانون رقم 11 - 04 بما يلي: "بعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تاهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب احد هذه التدخلات أو تهيئة و تاهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها"⁽¹⁾.

يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري عرف المرقى العقاري من خلال النشاطات التي يقوم بها وحددها في المبادرة بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم، أو إعادة تاهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة و تاهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها.

وبهذا المفهوم يختلف المرقى العقاري عن المقاول الذي عرفته نفس المادة بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية".

من هذا التعريف يتبين بأن الفرق بين المقاول والمرقى العقاري يكمن في أن الأول تسند له مهمة التنفيذ المادي، أما الثاني فإنه ينجز لا يشيد بنفسه أشغال البناء.

(1) المادة 03 من القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2011.



ويعد المرقي العقاري الشخص الوحيد الذي خصه المشرع بأهلية القيام بهذا النوع من البيوع، لذا استلزم المشرع الجزائري ضرورة أن تتوفر فيه شروط تتمثل في التالي:

1- ملكية الوعاء العقاري: شرط ملكية الوعاء العقاري أساسي حتى يتمكن من نقل ملكيته فيما بعد للمقتني⁽¹⁾.

2- القيد في السجل التجاري⁽²⁾

3- يجب أن يكون المرقي العقاري حاصلًا على اعتماد ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين: ⁽³⁾ هذا الاعتماد لا يمكن التنازل عنه أو تحويله لأي شخص، وكل تغيير في الشكل و التسمية وعنوان الشركة خلال نشاط المرقي العقاري وكذا تغيير المسير يؤدي إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون، ⁽⁴⁾ كما يتطلب منح الاعتماد للمرقي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ويعد هذا التسجيل ترخيصاً لممارسة مهنة المرقي العقاري، لذلك ألزم المشرع الجزائري على هذا الأخير ضرورة اتباع الإجراءات الإدارية والجبائية للحصول عليه⁽⁵⁾.

ولتنظيم مهنة المرقي العقاري التي لم تعد متاحة لأي شخص أقر القانون رقم 11 - 04 إنشاء مجلس أعلى لمهنة المرقي العقاري، يكلف بما يلي:

- اقتراح كل التدابير التي من شأنها تدعيم ممارسة نشاط الترقية العقارية.
- السهر على احترام قواعد أخلاقيات ممارسة مهنة المرقي العقاري.
- إبداء الرأي في كل مسألة تتعلق بالمهنة بمبادرة منه أو بطلب من السلطات العمومية⁽⁶⁾.

(1) المادة 30 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) المادة 1/4 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(3) المادة 2/4 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(4) المادة 22 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(5) المادة 23 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(6) المادة 24 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.



ونظرا للخطورة التي ينطوي عليها نشاط المرقى العقاري، فقد منع المشرع الجزائري بعض الأشخاص من اكتساب صفة المرقى العقاري، وهم الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب المخالفات التالية:

- التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة، أو التجارية أو البنكية.
 - السرقة وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة، والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.
 - النصب وإصدار شيك بدون رصيد.
 - رشوة موظفين عموميين.
 - شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي.
 - الجح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية.
- كما منع من مزاوله هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبيا وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات⁽¹⁾.

من خلال أحكام القانون رقم 11 - 04 المنظمة لمهنة المرقى العقاري، يكون المشرع الجزائري قد تبادى مشاكل النصب والاحتيال التي كان يقوم بها بعض المرقين قبل صدور هذا القانون.

ثانيا: أنواع المرقى العقاري:

طبقا لنص المادة 03 من القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فإن المرقى العقاري قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا، وقد يكون شخصا عاما وقد يكون شخصا خاصا.

بناء على ذلك يمكن تحديد أنواع المرقين العقاريين في نوعين وهما المرقى العقاري العمومي والمرقى العقاري الخاص.

1- المرقى العقاري العمومي: المرقى العقاري العمومي هو كل شخص عمومي تابع للدولة ويعمل لحسابها، أي خاضع في تصرفاته للقانون العام⁽²⁾.

(1) المادة 20 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) ربيع نصيرة: تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بين عكنون، الجزائر، 2006/2005، ص 13.



وتتمثل الهيئات العمومية التي تتولى عملية الترقية العقارية في ما يلي:

- ديوان الترقية والتسيير العقاري O.p.g.i: أنشأت دواوين الترقية والتسيير العقاري بموجب المرسوم التشريعي رقم 76- 43 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن إنشاء مكاتب للترقية والتسيير العقاري للولاية، وطبقا للمرسوم التنفيذي رقم 91- 147 المؤرخ في 12/05/1991 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية العقارية طبقا لنص المادة الثانية منه على أنها مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، أي ألحق بها صفة التاجر⁽¹⁾.

وأكد هذه الطبيعة المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1991 المتعلق بالنشاط العقاري الذي اعتبر المتعاملون في الترقية العقارية تجارا، تنطبق عليها أحكام القانون التجاري⁽²⁾ و أشارت إليها المادة 04 من القانون رقم 11- 04 التي رخصت للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية فقط.

وتقوم دواوين الترقية والتسيير العقاري بجميع نشاطات الترقية بما في ذلك عمليات البيع بناء على التصاميم.

- مؤسسة ترقية السكن العائلي e.p.l.f (الديوان الوطني للترقية العقارية): تعتبر مؤسسة عمومية اقتصادية ذات أسهم أي ممثلة في شكل شركة مساهمة تخضع للقانون التجاري، وتقوم بعملتي الإنجاز والبيع، التي استبدلت بالديوان الوطني للترقية العقارية، وهو مؤسسة ذات طابع إداري وتجاري يعمل على بناء السكنات الترقية و عملية بيعها، واستحدثت مكاتب جهوية تابعة للديوان من شأنها أن تسمح بتوسيع نشاطه على المستوى الوطني، وتضمن نجاعته ومساهمة أكبر ضمن البرنامج الخماسي القادم، خاصة وأن مهمته الرئيسية أصبحت تتمحور حول المهمة التجارية⁽³⁾.

(1) المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 147 المؤرخ في 14/05/1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كفاءات تنظيمها، جريدة رسمية عدد 25.

(2) المادة 2/3 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 1993.

(3) عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2010/2009، ص 10.



- الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين: نظرا لاحتكار البلديات لسوق العقارية الحضرية، فقد أنشأت وكالات محلية عقارية بموجب قانون 86- 04 المؤرخ في 07/01/1986 للحد من هذا الاحتكار، وبصدور قانون 90- 25 المتعلق بالنشاط العقاري تم إعادة النظر في دور الوكالات وطرق تسييرها. إذ نصت المادة 86 من هذا القانون على ما يلي: "تحول ملكية القطع الأرضية العادية التي اقتتيت في إطار الأمر رقم 74- 26 المؤرخ في 20/02/1974 إلى هيئات عمومية مختصة تتولى تسييرها حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"⁽¹⁾.

وبعدها صدر المرسوم التنفيذي رقم 90- 405 المؤرخ في 22/12/1990 والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03- 408 المؤرخ في 05/11/03 الذي حدد شروط إنشاء وإدارة هيئات التسيير والتنظيم العقاري المسماة الوكالة الولائية للتسيير الحضريين، المسماة بعد التعديل بالوكالة الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المنصوص عليهما بمقتضى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03- 408 المؤرخ في 05/11/2003.

وعرف المرسوم التنفيذي رقم 90- 405 المؤرخ في 22/12/1990 الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين بأنها: "مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تنشأ من طرف المجالس الشعبية الولائية، ويديرها مجلس إدارة يرأسه الوالي أو ممثله ويسيرها معا وبالتالي أصبح لزاما على الجماعات المحلية أن تحول الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المنشأة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 90- 405 المؤرخ في 22/12/1990 إلى وكالة ولائية للتسيير والتنظيم العقاري"⁽²⁾.

وتتمثل المهمة الأساسية للوكالة في حيازة جميع العقارات والحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية وتقوم بنقل ملكية هذه العقارات والحقوق العقارية..⁽³⁾

(1) د. إسماعيل شامة: النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية تحليلية، طبعة 2003، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 134.

(2) الوكالات العقارية في نظر القانون رقم 90- 25، مقال للأستاذ بولحية علي و أ. سعدي عبد الحليم مجلة الحمامة عدد 02 لسنة 2007، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر، ص 126.

(3) المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المحدد لتقواعد إحداث وكالات ولائية للتسيير والتنظيم العقاري، جريدة رسمية عدد 56.



إلا أنه يمكن للجماعات المحلية طبقاً للمادة 73- 02 من قانون التوجيه العقاري القيام ببيع الأراضي لصالح الأشخاص العموميون، وبهذه الصفة فإنهم مؤهلين للتصرف مباشرة دون الاستعانة بالوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، ويضل كل عقد تنازل تقوم به البلدية لصالح الخواص باطلاً وعدم الأثر⁽¹⁾.

وبما أن الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الجماعات المحلية، فإنها تكلف بمهمتين أساسيتين، الأولى بصفتها شخص معنوي يتمتع بالذمة المالية المستقلة يمكنه حيازة العقارات والحقوق العقارية لحسابه الخاص، وكذا التنازل عليها، والمهمة الثانية المكلفة بها بصفتها مسير للمحافظة العقارية لحساب الجماعة المحلية المالكة وفي هذا الشأن تقوم بما يلي:

- حيازة جميع العقارات أو الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية، بالنقل لفائدة الغير من أشخاص القانون الخاص ملكية العقارات أو الحقوق العقارية التي هي بحوزتها.
 - تنفيذ جميع العمليات المتعلقة بالتنظيم العقاري طبقاً للتنظيم الجار به العمل.
 - مساعدة أجهزة الجماعة المحلية في تحضير وسائل التعمير والتهيئة وإعدادها وتنفيذها.
 - ترقية الأراضي المفزعة والمناطق ذات الأنشطة المختلفة، تطبيقاً لوسائل التعمير والتهيئة المقررة⁽²⁾.
- وبما أن الوكالات العقارية تعد مؤسسات عمومية ذات طابع تجاري وصناعي فإن أي نزاع تكون فيه من اختصاص القضاء التجاري أو المدني.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 130998 المؤرخ في 30/04/1995 بقولها: "من المقرر قانوناً بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 405 المؤرخ في 22/12/1990 الخاص بتنظيم وتسيير الوكالات العقارية المحلية أن هذه الأخيرة هي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقاً للأمر 75- 35 . وعليه فإن القاضي الإداري غير مختص للبحث في النزاع الذي تكون فيه مثل هذه المؤسسات طرفاً فيه.

(1) أ. بولحية علي وأ. سعدي عبد الحليم، المرجع السابق، ص 127.

(2) د. إسماعيل شامة، المرجع السابق، ص 136.



مما يستوجب إلغاء الأمر لاستعجالي موضوع الطعن الحالي والتصريح برفض العريضة الأصلية⁽¹⁾.

- الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط cneq banque: هو مؤسسة مالية يقوم بأداء دورين، أحدهما تمويلي وذلك بإعطاء قروض بفائدة مقابل تقديم ضمان رهني، والدور الثاني هو بيع سكنات ترقية بصفته مرقي عقاري⁽²⁾.

2- المرقى العقاري الخاص: حاول المشرع الجزائري بموجب التعديلات الأخيرة لقوانين الترقية العقارية تنمية الاستثمار في المجال العقاري وإنشاء سوق عقاري.

لذا فتح المجال أمام الخواص للدخول في مجال الترقية العقارية التي لم تعد حكرا على مؤسسات الدولة، والمرقى العقاري الخاص بدوره قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا في إحدى الصور التالية:

الصورة الأولى: قد يكون المرقى العقاري الخاص شخص واحد في إطار مؤسسة ذات الشخص الوحيد eurl، عرفها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9-11-1996 في المادة 13 المعدلة والمتممة للمادة 564 من ق.ت التي جاء فيها ما يلي: "إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدا كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد المحدود⁽³⁾.

الصورة الثانية: قد يكون في شكل أشخاص متعددة في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة sarl، وهي شركات حسب الشكل، ويجب أن لا يزيد فيها عدد الشركاء عن 20 شريكا، ولا يسأل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديونها إلا بقدر الحصة المقدمة في رأسمال الشركة، وتحديد مسؤولية كل شريك في الشركة هو الذي يميز الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن شركة التضامن⁽⁴⁾.

(1) المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1995، ص 183.

(2) ربيع نصيرة، المرجع السابق، ص 31.

(3) المادة 13 من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المتضمن القانون التجاري جريدة رسمية عدد 77.

(4) أ. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري- الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية-، بدون طبعة، دار المعرفة الجزائر، 1990، ص 318.



الصورة الثالثة: وقد يكون المرقى العقاري الخاص في شكل شركة مساهمة spa، وهي من شركات الأموال وتهدف لتجميع الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية وتجارية، وعرفت المادة 592 من ق.ت.ج بأنها: "الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم".

الفرع الثاني: المقتني بصفته المستفيد من العقار محل الإنجاز:

وهو المتعاقد الثاني في عقد البيع بناء على التصاميم، ويشترط فيه ما يشترط في المشتري وفقا للقواعد العامة.

ولينعقد عقد البيع بناء على التصاميم برضا صحيح يشترط في المقتني أن يكون شخصا مؤهلا قانونيا لإبرام هذا العقد، وذلك بضرورة توفر الأهلية القانونية اللازمة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم، وهي بلوغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة، وأن يكون غير محجور عليه لجنون أو سفه. وبما أن عقد البيع بناء على التصاميم يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإن المقتني إذا كان ناقص الأهلية فإن تصرفه يكون قابلا للإبطال يتوقف على إجازة الولي أو الوصي⁽¹⁾.

وحتى يعد رضاه صحيحا يشترط أيضا أن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة كالغلط أو التدريس أو الإكراه.

المبحث الثاني: مجالات خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04

إن أهم ما خص به عقد البيع بناء على التصاميم، هو كونه تقنية من تقنيات الترقية العقارية، حيث ارتبط ظهور هذا العقد بظهور الترقية العقارية في الجزائر، وبالإضافة إلى ذلك يتميز هذا العقد من حيث محله باعتباره عقارا لم ينجز بعد.

ونظرا لارتباط هذا العقد بالترقية العقارية وللطبيعة الخاصة لمحله، تترتب عليه آثارا تعد مجالا من مجالات الخصوصية، إذ تترتب عنه عدة ضمانات خاصة غير الضمانات المرتبطة بعقد البيع العادي.

(1) المادة 40 من الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.



بناء على ذلك يمكن حصر مجالات خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون رقم 11- 04، من حيث ارتباطه بالترقية العقارية، ومن حيث الطبيعة الخاصة لمحلله، ومن حيث الآثار المترتبة عنه في الآتي:

المطلب الأول: خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث ارتباطه بالترقية العقارية:

نظم عقد البيع بناء على التصاميم بموجب القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، واعتبره ككيفية لبيع الأملاك العقارية في إطار الترقية العقارية، ضمن الفصل الثالث الخاص ببيع الأملاك العقارية والالتزام بالضمان. ولتوضيح نتيجة هذا الارتباط يجدر بنا في البداية أن نحدد تعريف الترقية العقارية، ثم النتائج المترتبة عن هذا الارتباط.

1- تعريف الترقية العقارية: لم تنظم الترقية العقارية في الجزائر إلا منذ صدور القانون رقم 86- 07 المؤرخ في 04 مارس 1986، أما الفترة الممتدة من 1962 إلى غاية 1986 لم تعرف أي تنظيم للترقية العقارية، إذ صدرت العديد من النصوص القانونية في هذه الفترة تميزت بإعطاء حق القيام بعمليات البناء والتشييد للدولة من أجل تلبية الطلب المتزايد على السكن، وبذلك احتكرت الدولة ميدان السكن عن طريق المؤسسات العمومية مثل دواوين الترقية العقارية (O.P.G.I) ومؤسسة ترقية السكن العائلي (E.P.L.F).

لكن احتكار الدولة لقطاع السكن وعدم فتح مجال الاستثمار فيه، لم يحل أزمة السكن بل أدى إلى تصاعدها، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري للتدخل عن طريق إصدار القانون رقم 86- 07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، والذي اعتبر أول قانون نظم نشاط الترقية العقارية، وتميزت الترقية العقارية في ظل هذا القانون بإعطاء الأولوية للبيع فقط، كما أنه أعطى الأولوية للمحلات ذات الطابع السكني على حساب المحلات ذات الطابع المهني والتجاري، لكون الترقية العقارية قد تقرررت من أجل القضاء على أزمة السكن⁽¹⁾.

ونظرا للتحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي شاهدها نهاية الثمانينيات وبداية التسعينيات، أدت إلى ضرورة إيجاد إطار قانوني جديد للترقية العقارية يتماشى مع هذا

(1) عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 10



التطور، ككل بصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

وتولى هذا المرسوم تنظيم الترقية العقارية على أساس المنافسة الحرة بين القطاعين العام والخاص، وجعل العملية تشمل البيع والإيجار على حد سواء، كما وسع نطاق الترقية العقارية من حيث البنائيات التي تخضع لها، إذ وسعها من بناء المحلات ذات الطابع السكني إلى المحلات المهنية والصناعية والتجارية، طبقا للمادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

وعرفت المادة الثانية من هذا المرسوم الترقية العقارية بما يلي: "يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.....".

من هذا النص يتبين بأن أعمال الترقية العقارية لا تقتصر على عملية إنجاز الأملاك العقارية بل تتعداها إلى عملية تجديد العقارات، ويدعى كل شخص يمارس نشاط من النشاطات المحددة بموجب نص المادة 02 السابق ذكرها سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا متعاملا في الترقية العقاري⁽¹⁾.

وبصدر القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ألغى المرسوم التشريعي رقم 93-03، وعرف الترقية العقارية في الثالثة منه بأنها: "مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".

2- النتائج المترتبة عن ارتباط عقد البيع بناء على التصاميم بالترقية العقارية:

أ- توفر صفة المرقى العقاري في البائع: إن أطراف عقد البيع بناء على التصاميم هما المرقى العقاري و المقتني، ومن خلال القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يتبين بأن البائع في هذا العقد لا يمكن أن يكون شخصا آخر، لا تتوفر فيه صفة المرقى العقاري، ومنه لا يمكن أن يكون المقاول ولا المهندس المعماري بائعا، إذ أن مهمتهما تقتصر على وضع التصاميم والإشراف على تنفيذ المشروع⁽²⁾.

(1) ربيع نصيرة، المرجع السابق، ص 9.

(2) نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، ص 39.



ب- اعتبار البيع على التصاميم عملا تجاريا.

المطلب الثاني: خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث الطبيعة الخاصة لمحلّه:

يشمل نطاق عقد البيع بناء على التصاميم إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المعدة للسكن أو لإيواء نشاط حربيّ أو صناعي أو تجاري.

أما بالنسبة للعقار محل عقد البيع بناء على التصاميم يقصد به المباني فقط دون المنشآت الأخرى والأرض التي يقام عليها البناء، لأن المباني هي التي تتماشى مع الغرض الذي يخصص له العقار في هذا البيع باعتباره تقنية من تقنيات الترقية العقارية التي يشمل موضوعها حسب المادة 14 من القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحال ذات الاستعمال السكني والاستعمال التجاري والصناعي والحربيّ.

وأكدت هذا المفهوم المادة 28 من ذات القانون باستعمالها مصطلح البناية بمناسبة تعريفها لعقد البيع على التصاميم، حيث جاء فيها: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء.....".

ويقصد بعبارة بناية أو جزء من بناية الواردة في نص المادة 28، هي مجموعة من الشقق، أو المحال التي تشكل وحدة واحدة غالبا ما تكون في شكل عمارة أو مجمع، أو جزء من بناية فيطلق على الشقة الواحدة أو المحل الواحد أو الطابق الواحد⁽¹⁾.

المطلب الثالث: خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث آثاره:

يتميز عقد البيع بناء على التصاميم بخصوصية من حيث آثاره، إذ ألزم المشرع الجزائري المتعاقدين في الترقية العقارية بالتزامات مختلفة تماما عن الالتزامات الواردة في عقد البيع العادي، وحماية لمقتني العقار بناء على التصاميم فقد أقر القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 عدة ضمانات.

(1) ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز - دراسة تحليلية ومقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي - ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2008، ص 62.



أولاً: الخصوصية من حيث الالتزامات:

ينفرد عقد البيع بناء على التصاميم بخصوصية من حيث الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين، فمن ناحية المرقى العقاري فإن الخصوصية تتجلى من حيث التزامه بنقل الملكية الذي يعد أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه، والذي يختص بميزة وروده على البناية أو القطعة الأرضية التي تشيد فوقها البناية معاً، إضافة إلى ذلك فإنه يشترط لتنفيذه أن يسلم المرقى العقاري شهادة المطابقة.

وينفرد الالتزام بنقل الملكية أيضاً بانتقال ملكية العقار حتى قبل إتمام الإنجاز، أما عن خصوصية التزام المشتري فإنها تتمثل في دفع الثمن الذي يتم في شكل دفعات مجزأة أثناء عملية التشييد.

1- الخصوصية من حيث التزام المرقى العقاري بنقل الملكية: إن أهم أثر يترتب على عقد البيع مهما كان محله عقار أو منقول هو نقل الملكية، بمعنى أن البائع يصبح ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا يستوجب عليه أن يقوم بكل ما هو ضروري لنقل الملكية ولا تكفي الحيابة المادية⁽¹⁾.

وفي بيع العقار عموماً، يشترط المشرع الجزائري لصحة العقد ضرورة تحريره في شكل رسمي وإلا يعد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽²⁾، مع إخضاع هذا العقد لإجراء التسجيل والشهر العقاري لترتيب الأثر العيني لعقد البيع المتمثل في نقل الملكية⁽³⁾.

وعقد البيع على التصاميم كأى عقد ناقل للملكية عقارية لكونه يتضمن تحويل حقوق الأرض التي يقام عليها البناء وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري⁽⁴⁾، تسري عليه أحكام نقل الملكية العقارية الواردة في القانون المدني والقوانين الخاصة، وكذا الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 11 - 04، التي تقتضي إتباع إجراءات الرسمية والتسجيل والشهر لنقل ملكية العقار على التصاميم، وهذا ما تضمنته المادة 34 من القانون رقم 11 -

(1) المادة 361 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(2) المادة 324 مكرر 1 من الأمر رقم 75 - 58.

(3) المادة 15 من الأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92.

(4) المادة 28 من القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية.



04 التي نصت على ما يلي: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء".

وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد تفادى المشكل الذي كانت تطرحه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 94- 58 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، التي اعتبرت ملكية العقار على التصاميم تنتقل بمجرد تحرير العقد، وهذا ما طرح مشكل كبير في ظل المرسوم التشريعي رقم 93- 03 لتعارضه مع قواعد انتقال الملكية العقارية.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 28 من القانون رقم 11- 04 التي عرفت عقد البيع على التصاميم بما يلي: " عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"، نلاحظ بأنها خلقت مشكل، لأنها عرفت عقد البيع على التصاميم على أنه العقد الذي يكرس تحويل ملكية البنائيات وحقوق الأرض من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب (المشتري) حسب تقدم الأشغال مقابل دفع هذا الأخير مبلغا ماليا كلما تقدم الإنجاز. هذا القول قد يكون أمر منطقي ومعقول بالنسبة لدفع الثمن، لكن بالنسبة لنقل الملكية الأمر يستدعي التوضيح، ما إذا كان المشرع الجزائري قد قصد من خلال نص المادة أن نقل الملكية يتم على مراحل وهو ما يبدو من التفسير اللفظي للنص، وهذا ما يتنافى مع إجراءات نقل الملكية العقارية التي تستدعي توثيق العقد بتحريره لدى موثق، ثم تسجيله لدى مصلحة الضرائب، وبعدها يشهر على مستوى المحافظة العقارية لتنتقل الملكية بهذا الإجراء دفعة واحدة دون تجزئة، أو أن نية المشرع اتجهت لدفع الثمن على أجزاء حسب تقدم الأشغال، وفي كافة الأحوال لا بد من التوضيح.

وفي انتظار النصوص التنظيمية لهذا القانون، خاصة التي ستضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، نتمنى أن توضح كيفية نقل ملكية العقار على التصاميم بدقة أكثر خاصة وأن الأمر يتعلق ببناية ستوجد في المستقبل.

2- الخصوصية من حيث التزام المقتني بدفع الثمن: يشكل الثمن في عقد البيع العادي وعقد البيع على التصاميم أحد الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق المشتري، إلا أن عقد البيع على التصاميم اختلف في تقديره للثمن وطريقة دفعه عن عقد البيع العادي، كما تميز



العقدين من حيث الثمن كون أنه يكون باتا في عقد البيع العادي وفقا للقواعد العامة في حين يمكن مراجعة الثمن في عقد البيع على التصاميم.

أوجب القانون رقم 11 - 04 أن يذكر في عقد البيع على التصاميم تشكيلة سعر البيع و آجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، و إلا عد هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا⁽¹⁾، كما ألزم دفع الثمن في عقد البيع على التصاميم في شكل دفعات حسب تقدم أشغال الإنجاز التي سيتم تحديدها عن طريق النصوص التنظيمية⁽²⁾ مع قابلية الثمن للمراجعة إن اقتضى الأمر ذلك، والتي تركز عادة على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، وحدد سعر المراجعة بعشرين بالمائة (20٪). كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية، وبذلك يكون المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون رقم 11 - 04 قد تصادى المشكل الذي طرحه المرسوم التشريعي رقم 93 - 03، المتمثل في عدم تحديد نسبة المراجعة والتي خضع تقديرها لإرادة المرقى العقاري الذي استغل الأمر في تحديد نسبة المراجعة دون أية مراقبة، الأمر الذي سبب عجز العديد من المشتريين من إتمام الدفعات المتبقية.

ثانيا: الخصوصية من حيث الضمانات:

يتميز عقد البيع بناء على التصاميم بضمانات خاصة إلى جانب الضمانات المقررة في عقد البيع العادي، المتمثلة في ضمان العيوب الخفية، و ضمان التعرض والاستحقاق بصورتيه التعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير.

ويرجع سبب هذه الخصوصية إلى أن الضمانات المقررة في القواعد العامة لا تكف لتحقيق الحماية التي يستهدفها عقد البيع بناء على التصاميم بالنسبة للمقنتي، لما تطوي عليه عملية البناء والتشييد من خطورة، لذا كان لزاما على المشرع الجزائري أن يستحدث ضمانات كفيلة بتقرير الحماية اللازمة لدرء هذه المخاطر، و من أهمها إلزام المرقى العقاري باكتتاب ضمان الترقية العقارية، و ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و الضمان العشري.

1- اكتتاب ضمان الترقية العقارية: نظم هذا الضمان في الفصل الرابع من القانون رقم 11 - 04، من المادة 54 إلى غاية المادة 59 منه. و أهم ما جاء في هذا القانون هو إلزام كل مرقى عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقين، باكتتاب تأمين لدى صندوق

(1) المادة 37 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) المادة 1/38 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.



الضمان والكفالة المتبادلة، وإلزامهم بالانخراط في هذا الصندوق⁽¹⁾، أما في ظل المرسوم التشريعي رقم 93- 03 لم يكن يلزم المرقيين العقاريين بالانخراط واكتفى بإلزامهم باكتتاب التأمين فقط من خلال المادة 11 منه.

كما تميز القانون رقم 11- 04 عن المرسوم التشريعي رقم 93- 03 من حيث مهام الصندوق، إذ اقتصرته مهمته في ظل المرسوم التشريعي رقم 93- 03 على تعويض المشتري عن الدفعات التي قدموها في شكل تسبيقات، أما القانون رقم 11- 04 فقد وسع مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى الآتي:

- تسديد الدفعات التي قدمها المكتتبون في شكل تسبيقات.

- إتمام الأشغال، مما يضمن للمشتري الحصول على مسكنه في النهاية، وبهذا تبادى المشرع الجزائري المشكل الذي طرحه المرسوم التشريعي رقم 93- 03، الذي منح مهمة إكمال المشروع لجماعة المالكين الذين قد لا تربطهم أي علاقة بمجال البناء، كما أن هذه المهمة تقضي على مشكل التنفيذ على المشروع الذي كان يواجهه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، الذي كان يتعرض له بعد تعويض المشتري عن التسبيقات التي دفعوها وحلوله محلهم في الرجوع على المرقيين العقاريين بالتنفيذ على المشروع، الذي عادة ما يكون في بداية انطلاقه مما يصعب التنفيذ عليه.

- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية⁽²⁾.

من خلال هذه المهام الموكلة لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، يحل هذا الأخير محل المقتنين في حال سحب الاعتماد من المرقي العقاري بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية، أو لأي سبب آخر، قصد متابعة عمليات إتمام إنجاز البنائات، عن طريق تفويض مهمة إكمال المشروع لمرقي آخر يحل مكان المرقي الأصلي، ويمنع كل مقتن من مواصلة إتمام إنجاز البناء بدلا من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد⁽³⁾، كما منح لصندوق الضمان في حالة إفلاس المرقي العقاري والتصفية القضائية حق الاستفادة من حق امتياز من

(1) المادة 55 من القانون رقم 11- 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) المادة 54 من القانون رقم 11- 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(3) المادة 57 من القانون رقم 11- 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.



الدرجة الأولى، في حدود ديون هؤلاء المقتنين، والأموال المدفوعة للمرقي العقاري موضوع التصفية القضائية أو المفلس، عن طريق الحلول محل المقتنين⁽¹⁾.

من خلال توسيع مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، كرس المشرع الجزائري ضمانا حقيقية لكل مقتني في إطار الترقية العقارية، خاصة بعد أن أصبحت أول دفعة يقدمها المقتني تودع لدى الصندوق.

2- **ضمان العيوب:** ألزم المرقى العقاري بضمان عيوب البناء الخفية عن طريق تقرير المسؤولية العشرية، وضمان العيوب الظاهرة وهذا ما يشكل خصوصية عقد البيع على التصاميم بانفراده بهذين الضمانين غير المعروفان في عقد البيع المقرر في القواعد العامة.

أ- **المسؤولية العشرية:** لم يكتف المشرع الجزائري بالقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع العادي، بل وضع نظاما خاصا لمسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في البيع على التصاميم، حيث أخضع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري المنصوص عنها في المادة 554 من القانون المدني الخاصة بعقد المعاولة، بموجب نص المادة 26 من القانون رقم 11 - 04 التي جاء فيها ما يلي: "... غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

وجاء في نص المادة 46 من نفس القانون: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

من خلال هذين النصين يتبين أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري بالمسؤولية العشرية بالتضامن مع كل شخص يرتبط معه بعقد كمكاتب الدراسات والمقاولين، وكل متدخل في مجال البناء عن كل تهم كلي أو جزئي يلحق بالبناية، سواء كان ذلك نتيجة عيب بالبناء أو راجع للنوعية الرديئة لأرضية الأساس التي تتخذ كشرط لتحقيق المسؤولية العشرية⁽²⁾.

(1) المادة 58 من القانون رقم 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) المادة 1/46 من القانون رقم 11 - 04.



ومن أهم مبررات إلزام المرقى العقاري بالمسؤولية العشرية كونه ليس بأعيا عاديًا لعقار ينحصر التزامه في نقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري، بل إنه بحكم تعامله في ميدان الترقية العقارية واكتسابه صفة المرقى العقاري فهو يتولى القيام بواجب العناية الرئيسية في عملية البناء والإشراف عليها، وعليه فأى تقصير أو إهمال يؤدي إلى تشييد بناء سيئ يستوجب المسؤولية العشرية⁽¹⁾.

ب- ضمان عيوب البناء (ضمان العيوب الظاهرة): إن القانون رقم 11 - 04 لم ينص عنها صراحة كضمان خاص بمقتني العقار على التصاميم، واكتفى بالإشارة في نص المادة 44 من هذا القانون إلى إحالة تحديد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء في العقد النموذجي لعقد البيع بناء على التصاميم، لكن بما أن نص المادة 44 من القانون رقم 11 - 04 ورد ضمن الفرع الثالث من هذا القانون المتضمن التزامات المرقى العقاري، فهذا يعني أن ضمان هذه العيوب يعد إحدى الضمانات المقررة للمقتني.

وقد استحدث المشرع الجزائري هذا النوع من الضمان في بيع العقار على التصاميم في نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03، الذي أطلق عليه العيوب الظاهرة، وكذا القانون رقم 86 - 07 المتعلق بالترقية العقارية. وكان من الأجدر لو أن المشرع الجزائري احتفظ بنفس المصطلح في القانون رقم 11 - 04، لأن الكلام عن عيوب البناء يحتوي العيوب الخفية والظاهرة.

ويقصد بعيوب البناء، عيوب المواد المستخدمة في البناء - العيوب العادية - وعيوب الصنع أو العيوب التي تشوب عملية البناء ذاتها، سواء كانت هذه العيوب خطيرة أو لا⁽²⁾، والعيوب الظاهر بهذا المفهوم يختلف عن عدم مطابقة المبيع للمواصفات، إذ يمثل العيب الظاهر خلا جليا واضحا للعيان، أما خلل عدم المطابقة فقد يستغرق اكتشافه بعض الوقت⁽³⁾.

ولم ينظم العيب الظاهر كضمان بصورة دقيقة إلا في ظل القانون رقم 86 - 04 المتعلق بالترقية العقارية، أما المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 والقانون رقم 11 - 04 فقد اكتفى

(1) نوي عقيلة، المرجع السابق، ص 144.

(2) حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني، د. أحمد إبراهيم الحيازي، مجلة الحقوق، العدد 4 لسنة 2009، ص 290.

(3) نفس المرجع، ص 291.



المشروع من خلاله بتنظيمه كأحد الالتزامات التي تقع على عاتق المرقى العقاري دون أن يحدد نطاقه والمدة التي يتم خلالها إجراء الإصلاحات الضرورية لهذه العيوب، والتي نأمل أن يتم تداركها من خلال النصوص التنظيمية التي ستصدر قريبا، لتفادي الغموض الذي تميز به المرسوم التشريعي رقم 93 - 03.

3- **ضمان الأضرار:** يضمن المرقى العقاري الأضرار التي تلحق بالبناء بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.

أ- **ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز:** يلزم المرقى العقاري بإنجاز البناية المتفق عليها لا في الوقت المحدد وحسب الشروط المتفق عليها والمواصفات التقنية المطلوبة حسب قانون التعمير، بل لا بد أن يتم البناء المتفق عليه ويسلمه للمقتني تام الإنجاز وصالح للاستعمال حسب الغرض المخصص له، لذا ألزم المشروع المرقى العقاري بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بموجب نص المادة 26 من القانون رقم 11 - 04 بقولها: "...غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

وتم تنظيم هذا الضمان في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 في المادة 14 التي أطلقت عليه تسمية ضمان حسن الإنجاز، وما يلاحظ على نص المادة 26 من القانون رقم 11 - 04 والمادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 هو أنهما تضمنا المدة الخاصة بالضمان فقط، في حين بقيت أحكام عديدة أخرى دون بيان، فلم يتضمن النص اللحظة التي يبدأ منها سريان مدة الضمان ولا موضوع الضمان، التي كنا نأمل أن يوضحها القانون رقم 11 - 04 إلا أن الحال بقي على ما كان سائدا في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 03.

وعرف هذا الضمان بموجب المادة 1792 - 6 من القانون المدني الفرنسي بأنه: "الضمان الذي بموجبه يكون المقاول ملزما خلال سنة كاملة من يوم التسلم بإصلاح كل خلل يشير إليه رب العمل في محضر التسلم والاستلام"⁽¹⁾.

وباستقراءنا لنص المادة 26 من القانون رقم 11 - 04، نجد أن الملتزم بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هو المرقى العقاري، أما المشروع الفرنسي فقد ألزم المقاول بهذا الضمان، والحكمة من إلزام المشروع الجزائري للمرقى دون المقاول هو التسهيل على المقتني

(1) نوي عقيلة، المرجع السابق، ص 162.



الاستفادة من هذا الضمان، كون أن عقد البيع على التصاميم يربطه بالمرقي لا المقاول، ويستفيد من هذا الضمان المقتني والمالكون المتوالون على البناية⁽¹⁾.

أما موضوع هذا الضمان لم يحدده القانون 11- 04 كما سبقت الإشارة إلى ذلك سابقا، لذلك سنعتمد في تحديده على أحكام القانون المدني الفرنسي، الذي حدده في كل خلل أو نقص في التشييد مهما كان بسيطا ما دام أنه وجد نتيجة عدم الإنجاز الحسن للبناية، شريطة أن يظهر خلال سنة من يوم تسلم العقار⁽²⁾.

ب - ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية: استكمل القانون رقم 11- 04 الضمانات المقررة لحماية مقتني العقار على التصاميم بضمن حسن سير عناصر تجهيزات البناية لتحقيق الحماية القانونية لكل مقتني لهذا العقار، حيث جاء في المادة 44 من القانون رقم 11- 04: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه".

ويختلف هذا الضمان عن الضمانات الأخرى كونه يقتصر فقط على عناصر التجهيز الموجودة بالبناء، في حين ارتبطت الضمانات السابقة بالبناء ذاته.

وباستقراءنا لنص المادة 44 السابقة الذكر نلاحظ بأن المشرع لم يحدد لا مدة الضمان التي أحال إلى تحديدها إلى العقد النموذجي لعقد البيع بناء على التصاميم، كما أنه أغفل أيضا تحديد موضوع الضمان، الأمر الذي يدفعنا لتحديد مفهومه حسب أحكام القانون الفرنسي، الذي حدد أسباب إعمال هذا الضمان لعدم صلاحية عنصر التجهيز لأداء وظيفته بالكفاءة المطلوبة، وليس بالضرورة أن يؤدي سوء التشغيل وعدم الكفاءة إلى تهديد متانته وسلامة هذا العنصر، إذ تكفي عدم الكفاءة حتى ولو بقي العنصر صلبا ومتماسكا وغير مهدد بالتلف أو الهلاك، وحددت المادة 3/1792 من القانون المدني الفرنسي مدة هذا الضمان بستين، إلا إذا اتفق الأطراف على مدة أخرى⁽³⁾.

(1) المادة 3/49 من القانون رقم 11- 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) نوي عقلية، المرجع السابق، ص 165.

(3) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 145.



ويستفيد من هذا الضمان في التشريع الجزائري كل مقتني لعقار على التصاميم وكل المالكون المتوالون على البناية⁽¹⁾، أما الملزم بهذا الضمان فهو المرقى العقاري.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة، نجد أن القانون رقم 11-04 قد أعاد تنظيم عقد البيع على التصاميم لكن بصورة أدق مما كان عليها في المرسوم التشريعي رقم 93-03، الأمر الذي يجعله يتميز عن عقد البيع على التصاميم الذي طبق في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03، من عدة نواحي يمكن أن نحصرها في الآتي:

- 1- نظم مهنة المرقى العقاري الذي يعد طرفا في عقد البيع على التصاميم، بحيث لم تعد مهنة مفتوحة لكل الأشخاص كما كان عليه الأمر في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03.
- 2- أزال اللبس الذي طرحه المرسوم التشريعي رقم 93-03 بخصوص محل عقد البيع على التصاميم، إذ لم ينص صراحة على أنه يشمل البناية والقطعة الأرضية التي تقام عليها البناية، في حين حددت المادة 28 من القانون رقم 11-04 أن محل عقد البيع على التصاميم يشمل البناية والقطعة الأرضية التي تقام عليها معا.
- 3- فيما يخص مشكل انتقال الملكية الذي طرحته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58، المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم التي اعتبرت أن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، عولج في القانون رقم 11-04 بموجب المادة 34 منه التي اشترطت تحرير عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي، مع ضرورة خضوعه لإجراء التسجيل والشهر.
- 4- كما تميز القانون رقم 11-04 عن المرسوم التشريعي رقم 93-03 في تنظيمه لعقد البيع على التصاميم، من حيث تحديده لنسبة مراجعة الثمن ب 20٪، بينما كانت تخضع هذه النسبة لإرادة المرقى العقاري.

- 5- أما من حيث الضمانات فإن أهم ما ميز القانون رقم 11-04 عن المرسوم التشريعي رقم 93-03، هو تنظيمه لاكتتاب ضمان الترقية العقارية أكثر إذا أصبح انضمام المرقى العقاري لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلزاميا، بينما كان يشترط في ظل المرسوم

(1) المادة 49 من القانون رقم 11-04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.



التشريعي رقم 93- 03 باكتتاب تأمين لدى الصندوق فقط، كما وسع نشاط الصندوق من التعويض فقط لهدف آخر وهو إتمام المشروع.

أما بقية الضمانات الأخرى كضمان حسن سير عناصر التجهيز، وضمان حسن الإنجاز فقد بقيت على الحال التي كانت عليها في ظل المرسوم التشريعي رقم 93- 03، على أمل أن تنظم أكثر في النصوص التنظيمية التي أشار إليها القانون رقم 11- 04.

وما نصل إليه في الأخير هو أن القانون رقم 11- 04 يعد خطوة هامة في مجال الترقية العقارية، شريطة أن توضح كل المسائل الغامضة التي طرحها المرسوم التشريعي رقم 93- 03، وطرحنا أيضا في القانون رقم 11- 04، وإلا ما أهمية إلغاء المرسوم التشريعي واستبداله بهذا القانون؟

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

- د. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
- د. علي فيلالي: الالتزامات- النظرية العامة للعقد- طبعة منقحة ومعدلة، موقف للنشر، الجزائر 2008.
- الناشر السيد عبد الله وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1987.
- أ. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري- الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية- ، بدون طبعة، دار المعرفة الجزائر.
- د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.



- د/ محمد المرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي، الناشر السيد عبد الله وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1987.
- د. إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية تحليلية، طبعة 2003، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

2- القوانين:

- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- الأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92.
- القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 6 مارس 2011.
- المرسوم التنفيذي رقم 97 - 35 المؤرخ في 14 جانفي 1997، المتعلق بالبيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1997.
- المرسوم التنفيذي 01 - 105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 94 - 58 المتعلق بنموذج عقد بيع العقار بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 147 المؤرخ في 14/05/1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفية تنظيمها، جريدة رسمية عدد 25.
- المرسوم التنفيذي رقم 90 - 405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المحدد لقواعد إحداث وكالات ولأئية للتسيير والتنظيم العقاري، جريدة رسمية عدد 56.
- المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 1993.



3- الرسائل الجامعية:

- عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2010/2009.
- ربيع نصيرة، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص إدارة و مالية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر.
- ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز - دراسة تحليلية ومقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي - ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2008.

4- المقالات:

- د. زيروتي الطيب، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم التشريعي رقم 93- 03، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 02، كلية الحقوق، الجزائر.
- د. أحمد إبراهيم الحيازي، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني، مجلة الحقوق، العدد 4 لسنة 2009.
- الأستاذ بولحية علي و أ. سعدي عبد الحليم الوكالات العقارية في نظر القانون رقم 90- 25، مجلة المحاماة، عدد 02 لسنة 2007، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- ¹ - Frank Bezou: acheter un logement sur plan, vente en l'état futur d'achèvement et vente à terme, responsabilité des constructeurs et assurances obligatoires , éditions du puits fleuri, France.



المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض

أ/ دمانة محمد

أستاذ مساعد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

مقدمة:

إن التعويض الكامل لم يعد الشكل الضروري لجبر الضرر في العصر الحديث، فالمشرع والأطراف والقضاء يعرفون اليوم جبرا للضرر عن طريق صور أخرى للتعويض لا تبلغ التعويض الكامل، ولا تجد معيارها وحسب في مدى الضرر الذي لحق بالمضرور، ولكن في اعتبارات أخرى اجتماعية متعلقة بالعدالة.

لذا نجد بعض التشريعات الحديثة قد أخذت تتجه إلى عدالة التعويض وليس بالضرورة أن يكون كاملا، والبعض منها قد هجرت مبدأ التعويض الكامل بنصوص صريحة، كما هو الحال في قانون الالتزامات والسويسي، حيث أجاز إنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيرا أو موارد المدين محدودة.

لمعالجة هذا الموضوع ندرس المعايير التشريعية لعدالة التعويض القضائي، ثم ندرس عوامل التخفيف من التعويض القضائي.

أولا: المعايير التشريعية لعدالة التعويض القضائي.

سنعرض في هذا المطلب للحالات المستثناة من مبدأ التعويض الكامل والتي نص المشرع فيها على ذلك أما بشكل صريح أو ضمني.

أ - حالة قصر التعويض على الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية: قرر المشرع قاعدة هامة في نطاق المسؤولية العقدية، وهي قصر مسؤولية المدين العقدية في حالة الخطأ اليسير على تعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.



ونصت على هذه الحالة، المادة (185) من القانون المدني الجزائري (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض فلا يلزم المتعاقد إلا ما كان في العقد ما لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً) أشرنا سابقاً إلى معيار التوقع هو معيار موضوعي، ونعرض هنا للآراء الفقهية في تفسير التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحسب في حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

ذهب جانب من الفقه إلى حسن نية المدين أو عدم جسامته الخطأ، وعدم الرغبة في الأتقال على المدين حسن النية، وإلى توزيع الخسائر بين الدائن والمدين، ويفسر جانب آخر هذه الحالة بطبيعة المسؤولية العقدية ذاتها التي تقوم على التوقع، فكل من المتعاقدين لا يتعاقد إلا على أساس ما يتوقعه من مزايا من وراء العقد، ومن ما يتوقعه من نتائج قد تقع من الإخفاق في التنفيذ، ويفسر جانب ثالث ذلك بالإرادة التعاقدية للطرفين الضمنية أو المفترضة، والغالب بان تبرير هذه القاعدة يستند إلى فكرة عدالة التعويض، فالدائن الذي يرتبط مع مدينه بالعقد إنما يسعى وراء التنفيذ العيني لا وراء التعويض لما سيجنيه من تنفيذ العقد من منافع دفعته إلى التعاقد، كما أن المدين لم يتعهد بالالتزام غلاماً لنا توسمه في نفسه من القدرة على تنفيذ ما تعهد به والرغبة في التنفيذ لتحقيق المصلحة التي يرمي إليها من وراء التعاقد، ولتجنب الحكم عليه بالتعويض⁽²⁾.

ب- حالة الدفاع الشرعي: نصت المادة (128) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (من أحدث أضراراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، على أن لا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة). فتجاوز حدود الدفاع الشرعي، (متى توافرت شروطه)، من شأنه التخفيف من مسؤولية محدث الضرر بإلزامه تراعي فيه مقتضيات العدالة.

⁽¹⁾ محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، ص: 320.

⁽²⁾ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المنشورات الحقوقية صادر 1995، ج6، ط2.



وقد فسر هذا التخفيف في مدى التعويض بفكرة الخطأ المشترك، إذ التجاوز ذاته يعد خطأ من جانب المسؤول، ولكن يقابله خطأ من جانب المعتدي المضرور، ولكن هذا التفسير منتقد من ناحية استغراق احد الخطأين للأخر. والتفسير الأصح هو عدالة التعويض⁽³⁾.

ج- حالة الضرورة: نصت المادة (130) من القانون المدني الجزائري على ما يلي "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا اكبر، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا). في هذه الحالة قد لا ينسب لمحدث الضرر خطأ ما، ومع ذلك فان القانون يلزمه بالتعويض مناسبا، أي بما يقل عن التعويض الكامل.

ثانيا: المعايير الذاتية لعدالة التعويض القضائي:

إن القضاء بما يكمله من سلطة تقديرية شبه مطلقة في تقدير التعويض يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل، دون التقييد بمبدأ التعويض الكامل، وذلك عن طريق مراعاة الظروف الملازمة، بما تتضمنه من الاعتداد بثورة الطرفين وعدم جسامه الخطأ.

● مراعاة الظروف الملازمة:

الظروف الملازمة التي، تؤثر في تقدير التعويض في مفهوم المادة (182) والمادة (107) فقرة أخيرة (... مراعى في ذلك الظروف الملازمة) يقصد بها الظروف التي تلبس المضرور لا الظروف التي تلبس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض، لان التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر التعويض على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسدية والصحية، فمن كان مريضا بالسكرو ويصاب بجرح كانت خطورة هذا الجرح اشد بكثير من خطورة جرح السليم، كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية فمن يعول زوجة وأطفال يكون ضرره اشد بكثير من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفس⁽⁴⁾.

(3) محمد إبراهيم دقوسي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 311.

(4) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ص:912.



وقد جاء في اجتهاد محكمة النقض ما يلي: (مقدار التعويض يتعلق بحالة كل مصاب لجهة الأمور الذاتية والعضوية والاجتماعية والموضوعية ولا يتعلق بمبدأ قانوني معين يستقر عليه اجتهاد محكمة النقض)⁽⁵⁾.

أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول وجسامة الخطأ الذي صدر منه فيرى الأستاذ السنهوري بأنها لا تدخل في الحساب، ولكن على خلاف في الرأي، وسنشير إليها في الفقرتين التاليتين.

● الاعتراف بثروة الطرفين:

على الرغم من أن المبدأ التقليدي يقضي بان وظيفة التعويض هي جبر الضرر وليس عقاب المسؤول، وبالتالي فلا يعني أن يكون المسؤول أو المضرور ثريا أو فقيرا، أو أن يؤدي التعويض إلى انهيار المسؤول، أو يكون غير ذي اثر عليه، أو يكون قليل القيمة بالنسبة إلى ثراء المضرور، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن القضاة يعدون بثروة طرفي المسؤولية عند تقدير التعويض باعتبار أن هذه مسألة تحكيمية تخضع لتقديرهم، جاء بهذا المعنى الاجتهاد المذكور في الفقرة السابقة، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الضرر الأدبي حيث لا يتقيد القاضي بمعايير مادية، وحيث لا يتعلق الأمر بضرر مالي يقبل التقييم⁽⁶⁾.

ويبدو أن التأثير بمدى ثروة المضرور والمسؤول عند تقدير التعويض يلقي سندا تشريعيًا في المادة (171) من القانون المدني السوري، المأخوذة عن المادة (170) من القانون المصري، التي تقول (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين 222 و223) مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة ودون أن يتقيد بأي حد، (...). لقد مر هذا النص بعدة مراحل في صياغته، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري بصدد هذه المادة ما يلي: (...، وينبغي أن يعتمد في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف، (...)⁽⁷⁾.

(5) محمد إبراهيم دقوسي، مرجع سابق، ص 312.

(6) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 1098.

(7) محمد إبراهيم دقوسي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 319.



يتضح من النص السابق بان الظروف الملازمة هي جسامه الخطأ والى جانبها وبشكل مستقل عنها كل ظرف مشدد أو مخفف، والظروف المشددة أو المخففة إذا لم تكن جسامه الخطأ فلا يتصور إلا أن تكون مدى ثروة المسؤول أو المضرور .

● الاعتراف بعدم جسامه الخطأ:

إلى جانب الاعتراف بثروة الطرفين فان القضاء يأخذ في الاعتبار بساطة الخطأ كعامل من عوامل التخفيف والاعتدال في التعويض، فقد جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية ما يلي (قدير التعويض بمقدار الضرر الذي أحدثه الخطأ سواء أكان الضرر مادياً أو أدبياً متوقفاً أو غير متوقع ويشمل الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاتته، والظروف الملازمة تعني مراعاة جسامه الخطأ في تقدير التعويض)⁽⁸⁾.

على الرغم من أن الفقه التقليدي ينكر على القضاء هذا المسلك لما يرى في تخفيف التعويض بسبب عدم جسامه الخطأ من تكريم للمسؤول على حساب المضرور الذي يحوم من جزء من التعويض لسبب لا يد له فيه، ولكن الفقه سيلم بهذا المسلك خاصة في مجال تعويض الضرر الأدبي .

ويرى الأستاذ السنهوري بان الأصل أن لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض، فمهما كان الخطأ يسيراً فان التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فان التعويض يجب أن لا يزيد عن هذا الضرر المباشر⁽⁹⁾.

وقال الدكتور سليمان مرقس، إن قضاء المحاكم في ظل التقنين الملقى، قد جرى على أن يقدر التعويض بقدر الضرر فحسب، وانه لا يصح أن يقام في تقديره وزن لأي عنصر آخر، غير انه يلاحظ أن كثير من الأحكام كانت تتأثر عند تقدير التعويض بدرجة خطأ المسؤول دون أن تذكر ذلك صراحة، والبعض يصحح بذلك وبأنه يجب في تقدير التعويض مراعاة مركز المسؤول .

⁽⁸⁾ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1096، الهامش 1

⁽⁹⁾ الدكتور سليمان مرقس، الوالي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء السادس، الطبعة الثانية،

المنشورات الحقوقية صادر، ببيروت لبنان، 1992، ص : 175.



ثالثا: القيود والاعتبارات التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض:

عندما يقوم القاضي بتقدير التعويض بموجب سلطته التقديرية، فإن هناك بعض القيود والاعتبارات التي يجب عليه أن يراعيها عند تقديره للتعويض، وإلا كان الحكم الصادر بالموضوع معيبا وعرضة للنقض.

لذلك خصصنا هذا الفصل لدراسة هذه القيود والاعتبارات من خلال مبحثين: نعرض في الأول القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض، وفي المبحث الثاني ندرس الاعتبارات التي يجب مراعاتها في تقدير التعويض.

1: القيود التي ترد على سلطة القاضي: أن سلطة القاضي في تقدير التعويض ليست سلطة مطلقة، بل إنها سلطة مقيدة، ويمكن أن نستدل على ذلك من خلال بعض القيود التي يجب عليه أن يراعيها عند إصدار حكمه بالتعويض نعرضها فيما يلي:

1- طلبات الخصوم: لما كان القاضي ملزما بالبت في كل طلب أو دفع قدم بصورة صحيحة فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيما في الحكم فيما لو قضي بما لم يدع به الخصوم، أو قضي بأكثر مما طلبوه ويعد ذلك مبررا للطعن بالحكم بالنقض. (إذا اغفل الحكم الفصل في احد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه).

ولعل التبرير المنطقي لضرورة تقيد المحكمة بطلبات الخصوم يجد أساسه في أن الخصم عندما طالب في عريضة دعواه بما يريد من خصمه وحدد مطالبه، دفع الرسوم بحدود ما طلبه، فمقداره المدفوع يحدد وفقا لما يطلبه الخصم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن ما يطلبه الخصم هو تعبير عن إرادته وعلى القاضي أن يحترم تلك الإرادة .

فوظيفة القضاء محددة بالفصل فيما يعرض عليه من طلبات فلا يملك ولاية التدخل في أمور لم تعرض عليه، ولا يملك أيضا الإجابة عن أمور لم يسأل فيها خارج نطاق القضايا المعروضة عليه، لذا لو قررت المحكمة بشيء لم يطلبه الخصم فإن ذلك يعد مبررا للطعن به، لأن الفصل في الحكم سبق الطلب، فما لم يطلبه الخصم بعريضة دعواه لا يعتبر جزء منها، والحكم يعد تجاوزا على معنى الدعوى والخصومة⁽¹⁰⁾.

(10) حسن حنتوش رشيد الحسنوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية ص163.



على انه في ذات الوقت يمكن للمدعي أو وكيله أثناء سير الدعوى أن يعدل في طلباته ويطلب الزيادة بمقدار التعويض المطلوب، إما بسبب ارتفاع الأسعار، أو أي طارئ قد جد يسوغ الزيادة في التعويض المطلوب، كما أن له أن يقدم هذا الطلب ولو كانت الدعوى إمام الاستئناف، وبذلك يجوز للمضروور المطالبة بزيادة التعويض أثناء نظر الدعوى في الاستئناف إذا ارتفعت الأسعار أو زاد سعر النقد ولا يعتبر ذلك من الطلبات الجديدة).

فصحيح انه على القاضي أن يتقيد بطلبات الخصوم، ولكن بنفس الوقت يحق للجهة المدعية أن تطلب الزيادة في مقدار التعويض المطالب به، طبعاً بعد دفع رسم هذا الطلب، وعلى المحكمة بذلك إجابتها بذلك الطلب إذا كان هناك مبرر سيوغه .

يتبين من كل ما تقدم لنا بان طلبات الخصوم تعد قيديا يرد على سلطة القاضي في تقدير التعويض، فيجب على القاضي أن يتقيد بما يقدم له في عريضة الدعوى أو في الطلبات العارضة اللاحقة لعريضة الدعوى، ولا يجوز له أن يتجاوز ذلك وإلا كان حكمه عرضة للنقض .

2- التحديد القانوني للتعويض: إذا كان الأصل أن القانون لا يتدخل في تقدير التعويض إلا في بعض الحالات، ومنها الإخلال بتنفيذ التزام محله أداء مبلغ من النقود، فيتولى القانون نفسه تقدير التعويض، إلا أن الحالة المقصودة فيما يتعلق بالتحديد القانوني للتعويض، هي ليست حالة إخلال المدين بتنفيذ التزام محله أداء مبلغ من النقود، بل حالات أخرى ترد في نصوص متفرقة، سنعرض لهذه النصوص في مسؤولية الناقل في القانون البحري، وفي القانون الجوي.

● تحديد مسؤولية الناقل البحري:

نصت المادة (805) من القانون البحري الجزائري معدلة بالقانون 98- 05: إذا لم يصرح الشاحن أو بمثله بطبيعة وقيمة البضائع قبل شحنها على السفينة ولم يدون هذا التصريح في وثيقة الشحن أو أية وثيقة نقل أخرى مماثلة فلا يعد الناقل مسؤولاً عن الخسائر أو الأضرار التي تصيب البضائع أو التي تتعلق بها بمبلغ يزيد عن 10.000 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن لأخرى أو 30 وحدة حسابية عن كل كيلو غرام يصاب بخسائر أو أضرار من الوزن الاجمالي للبضائع للحد الأدنى المطبق وبمقدار يعادل مرتين ونصف من أجرة النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة التي لم تسلم في الوقت المتفق عليه أو الوقت المعقول المطلوب من الناقل الحريص أن يسلم فيه البضائع ولكن لا تزيد عن مجموع النقل المستحق



بموجب عقد النقل البحري في حالة استخدام حاوية أو أية أداة أخرى لتجميع البضائع فإن العبارة في الحساب أي المبلغين اكبر في تحديد المسؤولية هي عدد الطرود المدونة في وثيقة الشحن أو أي وثيقة أخرى تثبت عقد النقل البحري .

والأصل هو أن تعتبر مسؤولية مالك السفينة مطلقة تبعا للقواعد العامة⁽¹¹⁾، إلا أن مبدأ تحديد مسؤوليته من أبرز مبادئ القانون البحري، وتأخذ به معظم التشريعات البحرية في العالم، كما انه منظم باتفاقيات دولية .

لذلك سنعالج من خلال عرض لأحكام النصوص المتعلقة بموضوع تحديد مسؤولية مالك السفينة الواردة في، قانون التجارة البحري الجزائري المعدل قانون 98- 05، وفي معاهدة بروكسل الأولى لعام 1924، التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64- 72

—معاهدة بروكسل لعام 1957:

اتخذت المعاهدة من حمولة السفينة⁽¹²⁾ الصافية أساسا لتحديد مسؤولية المالك وفرقت بين الإضرار البدنية والأضرار المادية التي تصيب البضائع .

أ- إذا لم تترتب على الحادث إلا أضرار مادية فقط فإن المسؤولية تتحدد بمبلغ 1000 فرنك عن كل طن من حمولة السفينة .

ب- أما إذا لم ينشأ عن الحادث إلا إضرار بدنية فإن المسؤولية تتحدد 3100 فرنك عن كل طن من حمولة السفينة

ج- وفي حالة نشوء أضرار مادية وبدنية عن الحادث الواحد فإن الحد الأدنى للمسؤولية هو 3100 فرنك أيضا عن كل طن من حمولة السفينة، على أن يخصص للأضرار البدنية أولا مبلغ 1200 فرنك، فإذا لم يكف هذا المبلغ، اشترك الدائنون بهذه الأضرار بما تبقى لهم مع الدائنين بالأضرار المادية بمبلغ 1000 فرنك⁽¹³⁾ .

(11) الياس حداد، القانون التجاري (بري، بحري، جوي)، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق 1998، ص 407 - 408.

(12) الياس حداد مرجع سابق، ص: 417.

(13) الياس حداد مرجع سابق، ص 536 - 547.



وإذا تعرضت السفينة لحوادث متلاحقة، فإن على المالك أن يدفع المبلغ المقطوع المحدد أعلاه عن كل حادث على حده.

أما بالنسبة للسفن الصغيرة التي تقل حمولتها عن 300 طن فإنها تعامل على أساس أن حمولتها مساوية لهذا المقدار أي 300طن.

على أن يكون الفرنك المقصود بالمعاهدة هو الفرنك الذهبي الذي يشتمل على 25.5 ميليغراما من الذهب عيار 1000/900 من الذهب .

- تحديد مسؤولية الناقل الجوي:

في اتفاقية وارسوا لسنة 1929 المعدلة باتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي انضمت إليها الجزائر بموجب القانون 98-06 المتعلق بالطيران المدني فهذه الاتفاقية هي جزء من القانون الوطني

- فاتفاقية وارسوا الدولية للطيران المدني لعام 1929.

إن اتفاقية وارسوا لعام 1929 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي، عدلت ببروتوكول لاهاي لعام 1955. ثم وضعت لها اتفاقية معدلة في جوادا لآخارا بالمكسيك عام 1961.

اتفاقية وارسوا قد حددت مسؤولية الناقل الجوي بالمادة (22) المعدلة بالمادة (11) من بروتوكول لاهاي على الشكل التالي :

أ- **حالة نقل الأشخاص** : حددت مسؤولية الناقل بمبلغ 250.000 فرنك ذهب قبل كل مسافر عن الأضرار الجسدية التي تصيبه بما فيها الوفاة، وإذا كان قانون المحكمة المعروض عليها النزاع يجبر التعويض على صورة مرتب فيجب ألا يزيد هذا المرتب عن المبلغ المذكور، ومع ذلك يجوز للناقل والمسافر بموجب اتفاق خاص أن يحددا المسؤولية بمبلغ أكبر.

ب- **في حالة نقل الأمتعة المسجلة والبضائع** : حددت مسؤولية الناقل بمبلغ 250 فرنكا ذهبيا عن كل كيلوا غرام، ما لم يتقدم المرسل، عند تسليم الطرد إلى الناقل، بتصريح خاص يبين فيه قيمة الطرد الحقيقية

ويدفع مقابل ذلك التكاليف الإضافية، فعندئذ يكون على الناقل أن يدفع التعويض في حدود المبلغ الذي ذكره المرسل في تصريحه، ما لم يقيم الدليل على أن هذا المبلغ يجاوز القيمة الحقيقية للطرد عند التسليم.



ج - أما فيما يتعلق بالأمتعة غير المسجلة والتي يحتفظ بها المسافر معه، فقد حددت مسؤولية الناقل عنها بمبلغ إجمالي قدره 5000 فرنك ذهب لكل مسافر.

ونشير هنا إلى أن الاتفاقية رتبت مسؤولية على الناقل بدون تحديد في حالات معينة، وذلك خشية أن يؤدي تحديد مسؤولية الناقل الجوي إلى تشجيعه على الإهمال وتعمد الخطأ، ولا مجال لذكر هذه الحالات هنا لخروجها عن الموضوع.

خاتمة:

الأصل أن هناك تعويض على قدر الضرر لكن ممكن أن يتدخل المشرع بنصوص صريحة لبعض المسؤوليات التطبيقية كمسؤولية الناقل (البري. البحري. الجوي) يتدخل المشرع لتحديد هذه المسؤولية وتحديد مبلغ التعويض والهدف من وراء ذلك لاستمرار المالك أو الناقل في تطوير البنية الاقتصادية للدولة وجعله يستمر في نشاطه ويتجنب افتقار ذمته المالية.

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات

دراسة مقارنة (فرنسا والجزائر)

أ . مرزوق محمد- أستاذ جامعي
أ عمارة فتيحة- أستاذة جامعية
بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سعيدة - الجزائر-

مقدمة:

إن موضوع الحقوق والحريات يعتبر من أكثر المواضيع أهمية في القانون، وقد برزت أهميته أكثر بتطور الحياة في مختلف المجالات وعلى إثره نادت إعلانات دولية كثيرة ودساتير الدول بالحقوق والحريات العامة ودعت إلى كفالة حمايتها من خلال مبدأ المساواة، هذا المبدأ الذي يعتبر اصل الحقوق الأخرى.

ولما كان القانون وليد المجتمع، يتطور وينمو بتطوره ونموه، فإن هذه الحقوق والحريات تتطور مجالاتها وتتغير أبعاد العلاقة بين أطرافها سواء تمثلت في الدولة أو الأفراد، لهذا فإن الحقوق والحريات لا يمكن لها أن تقوم إلا في ظل دولة قانونية تكفل هذه الحقوق وتحترمها وتحميها.

ولقد سعى القانون الدولي إلى الاعتراف بهذه الحقوق والحريات والإقرار بوجودها حتى يكون لها بعد عالمي، لكن دون تنظيم أي ضمانات⁽¹⁾ تكفل التمتع بها أو وضعها موضع التنفيذ، وهذا نظرا لقصور القانون الدولي في الجانب الإلزامي لقواعده، وعدم وجود سلطة عليا تلو الدول يمكنها أن تفرض على من يتجاوز قواعد القانون الدولي جزاء.

وعلى خلاف ذلك فإن الدول اعترفت بهذه الحقوق وتضمنت في اعترافها إقرارا بضمانات لهذه الحقوق والحريات العامة وتنظيم آليات تكفل إنفاذها، من بينها الحماية الدستورية للحقوق والحريات التي لا تقف عند حد النص عليها في الدستور، وإنما تتعداها إلى التنظيم

⁽¹⁾ يعرف الضمان لغة بأنه الكفالة والالتزام وضمن الشيء (بكسر الميم) أي كفل به، والمضمن هو ما لا يتم معناه إلا بالذي يليه - راجع المعجم الوجيز، ص 383. و مختار الصحاح، ص 384.



ورقابة دستورية تضمن التزام المشرع بهذه النصوص، وتوقع جزاء على من يخالفها. وهذا بناء على أن العنصر الجوهري في القاعدة القانونية الداخلية (الوطنية) هو تمتعها بوصف الإلزام، ذلك الإلزام الذي يتعين أن تكفله سلطة عامة تملك التدخل بالقوة إذا لزم الأمر، ورغم وجود تلك الضمانات الهامة ضمن النظام القانوني الداخلي للدول إلا أنه قد تقع ظروف استثنائية مؤقتة قد يكونوا لها تأثير على الضمانات الدستورية المقررة لحماية وكفالة الحقوق والحريات العامة داخل الدولة .

مما تقدم ذكره، كان لزاما علينا أن نتعرف على هذه الضمانات الدستورية التي اقرها المشرع الدستوري لحماية حقوق الإنسان والمواطن، من خلال هذا المقال، وتبيان ما مدى تأثير هذه الضمانات بالظروف الاستثنائية التي نصت عليها الدساتير ومكنت السلطة التنفيذية من سلطات تتخذ لمواجهة الظرف الاستثنائي والتي قد تصل إلى حد تعطيل التمتع بالحقوق والحريات ليحل محله المنع والتقييد، وهذا من خلال دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي.

وقد عالجت الموضوع⁽¹⁾ في ثلاث مباحث جاء فيها كالآتي:

المبحث الأول: ضمانات التنصيص على الحقوق والحريات العامة في الدستور

المبحث الثاني: ضمانات اختصاص السلطة التشريعية في تنظيم الحقوق والحريات العامة

المبحث الثالث: ضمانات الرقابة على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية

المبحث الأول: ضمانات التنصيص على الحقوق والحريات العامة في الدستور:

تتضمن معظم الدساتير الحديثة أحكاما تخص الحقوق والحريات الأساسية للمواطن التي يتعين على الحكام احترامها وتشكل هذه الأحكام جوهر الفلسفة السياسية للنظام.

بعض الدساتير تتضمن هذه الأحكام في الديباجة أو ضمن إعلان للحقوق أو في كليهما معا، مع إمكانية تخصيص فصل خاص لها.

⁽¹⁾ هذا المقال تمت معالجته اعتمادا على ما قدمه لنا الأستاذ الفاضل الدكتور نصر الدين بن طيفور خلال السنة النظرية لمرحلة الماجستير وكذا اعتمدت على رسالته

- نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، 2002 - 2003.



لقد ظهرت إعلانات الحقوق لأول مرة في الدساتير المكتوبة عند نهاية القرن 18، ومن أولى هذه الإعلانات، إعلان الحقوق الصادر في أمريكا عام 1780. ومن أشهرها إعلان الحقوق للإنسان والمواطن عام 1789 الذي تم إدراجه في مقدمة الدستور الفرنسي الأول لعام 1791.

ولكن هل إن مجرد وجود هذه النصوص في صلب الدستور يعد بحد ذاته ضماناً للحقوق والحريات؟

المطلب الأول: مبدأ سمو الدستور:

في الدول الديمقراطية التي تقوم على السيادة الشعبية واحترام الحقوق وحريات الأفراد، يجب أن تخضع الدولة وسلطاتها وهيئاتها وحكامها لسيادة القانون، تماماً مثلما يخضع له الأفراد وهيئاتها الخاصة، ولن يتحقق هذا إلا بوجود دستور وخضوعها له من حيث تكوين السلطات العامة والالتزام بمباشرة الاختصاصات التي نص عليها وعدم الخروج عليه، و أن يبين هذه الحقوق والحريات العامة.

إن سيادة الدستور مبدأ مسلم به في الأنظمة الديمقراطية سواء كانت ملكية أو جمهورية. وعلّة ذلك، أن الدستور يضع القواعد والمبادئ العليا، التي تنظم سلطات الدولة وتضمن حريات الأفراد، ومن ثم يجب أن تعلق أحكام الدستور على قرارات السلطة التنفيذية وليس هذا فقط بل يجب أن تعلق أحكام الدستور أيضاً على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية، لأنه مهما كانت هذه السلطة ممثلة الشعب أو الأمة وتعبّر بالتالي عن إرادة المواطنين الذين انتخبوا أعضاء البرلمان، إلا أن هذه السلطة التشريعية تبقى مجرد سلطة منشأه تجد أساس وجودها وصلاحياتها في نصوص الدستور الأعلى الذي أسسها⁽¹⁾، حيث أن البرلمان كسلطة تشريعية تضع القوانين العادية، يستمد سلطته وشرعيته واختصاصه من الدستور، وكذلك السلطة التنفيذية التي تصدر المراسيم واللوائح والإجراءات الفردية، تستمد اختصاصها وشرعيتها من الدستور، وأيضاً السلطة القضائية وأساس شرعية الأحكام التي تصدرها مصدرها نصوص الدستور.

المطلب الثاني: القيمة الدستورية للحقوق والحريات:

نصت معظم الدساتير الحديثة على جملة من الحقوق المكرسة لحرية التفكير والتعبير والتنقل والمساواة بين المواطنين. وحول طبيعتها اعتبر البعض إن هذه الإعلانات تعبر عن مبدأ

(1) - مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية،

مصر، سنة 1999، ص 170

- عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، 1997، ص 403



فلسفي أكثر مما تعبر عن قواعد قانونية، وبالتالي ليس لتلك الإعلانات قوة قانونية. بينما يرى البعض الآخر عن حق أن لإعلانات الحقوق القيمة القانونية كنص قانوني وتكتسي أيضا نفس مرتبة القواعد الدستورية، والدليل على ذلك الضمانات التي تحيط بالحقوق والحريات الواردة في الإعلانات من خلال الآليات التي يضعها المشرع لحماية الحقوق والحريات الدستورية ومن خلال الدور الأساسي الذي تلعبه المجالس الدستورية في مجال حماية الحريات. من نتائج سمو الدستور من الناحية الموضوعية تتمثل في أن القيمة الدستورية لا ترتبط فقط بوثيقة الدستور المكتوب، أي أن هذه الصفة ليست قاصرة على قواعده وحدها، بل تتسحب تلك القيمة الدستورية أيضا على عدد من القواعد التي قد لا يتضمنها صلب الدستور المكتوب مثل الحقوق والحريات العامة، كما هو الحال في دستور 1958 الفرنسي حيث لا تقع الحقوق والحريات داخل نصوصه إلا ما ندر مثل مبدأ المساواة إنما جاء مكانها في إعلان حقوق الإنسان لعام 1789 ومقدمة دستور 1946 اللذان أحالت إليهما ديباجة دستور 1958. ومن ثم بناء مبدأ سمو الموضوعي للدستور، تكتسب قواعد الحقوق والحريات في هذه الحالة المشار إليها القيمة الدستورية - رغم ورودها خارج صلب الدستور - لأنها موضوعا دستوريا هاما بطبيعته⁽¹⁾.

وفي الجزائر وضع دستور 1996 عددا من الحريات التي نص عليها إلا أنه لم يكتب أو يشير إلى أن الحقوق التي لم تذكر في القانون هي مصادرة أيضا بالقيمة الدستورية، تنص المواد (31) إلى (68) على عدد كبير من حقوق المواطنين على الدولة وواجباتهم تجاهها. وبرزت هذه الحقوق والواجبات: حق المعتقد والرأي والتعبير والاجتماع والخصوصية، ولا تفتيش أو توقيف إلا بأمر قضائي وافترض البراءة حتى تثبت الإدانة، الحق في محاكمة عادلة وفي التعويض العادل في حال إساءة تطبيق أحكام العدالة، والحق في التأسيس الأحزاب السياسية، وحق التصويت والترشح في الانتخابات، والحق في الملكية الخاصة والتعليم والعمل والانتظام في النقابات، والأحزاب في حدود القانون جميعها مكفولة دستوريا، ويفترض بالمواطنين احترام القانون ورموز الثورة الجزائرية.

إن تمتع الحقوق والحريات العامة بالصفة الدستورية يجعلها محمية بموجب مبدأ سمو الدستور، هذا الأخير لا ينتج أثره القانوني ما لم تنظم وسائل تكفل احترامه، أي بتنظيم

⁽¹⁾ على العكس من ذلك قد يتضمن الدستور المكتوب عددا من القواعد التي لا تتضمن موضوعات دستورية بطبيعتها لعدم تعلقها بنظام الحكم والسلطات العامة والحريات العامة، مثل بعض القواعد المالية أو الجنائية أو الإدارية، لذلك لا يلحق تلك القواعد الوصف والسمو الدستوري الموضوعي أي لا تتصف بالصفة الدستورية.



الرقابة على دستورية القوانين. ولا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق للدستور السمو الشكلي بجانب السمو الموضوعي. ويقصد بالسمو الشكلي خضوع تعديل النصوص الدستورية لإجراءات خاصة تختلف عن تلك المتعلقة بتعديل القوانين العادية، وهذه الإجراءات تكون أشد صعوبة وأكثر تعقيداً من تلك المتبعة في تعديل القانون العادي. وهو ما سار عليه الدستور الفرنسي حيث أقر بإمكانية تعديل الدستور وفق إجراءات حددتها المادة 89 من دستور 1958. وسارت الجزائر في نفس الاتجاه وذلك بتضمين الدستور إجراءات تعديله، استناداً إلى المواد (174، 175) من الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري. وبعد تصديق البرلمان بمجلسيه على التعديل المقترح ويعرض على الاستفتاء الشعبي خلال 50 يوماً من تاريخ التصديق. أما الطريق الثاني البديل فيتمثل في موافقة المجلس الدستوري على التعديل المقترح ومن ثم تصديق ثلاثة أرباع مجلسي البرلمان عليه قبل أن يصدره رئيس الجمهورية. ولا يجوز أن يمس أي تعديل دستوري النظام الجمهوري لدولة الجزائر، أو نظام التعددية الحزبية، أو دين الدولة أو لغتها الرسمية⁽¹⁾، أو الحقوق والحريات الأساسية وهذا ما حددته المادة 178⁽²⁾، التي تعتبر ضماناً هامة للحقوق والحريات في مواجهة كافة السلطات حتى تلك المخول لها حق تعديل الدستور.

المطلب الثالث: أثر الظروف الاستثنائية على الدستور:

قد يعترض استقرار الدولة ظروفًا استثنائية. وحماية لهذا الكيان تم التصييص على هذه الظروف وتنظيمها دستوريا تتجلى هذه الحالات في حالات الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية وأخيرا حالة الحرب.

(1) على الرغم من تناول الدستور مجموعة من ما يمكن تسميته بالمحرمات بإجراءات التعديل إلا أن التعديل الدستوري الجزائري في 10 افريل 2002 ادمج اللغة الأمازيغية كلغة وطنية في المادة 3 مكرر، فان هذا التعديل جاء حفاظا على وحدتها السياسية.

(2) المادة 178 : لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس:

- الطابع الجمهوري للدولة،
- النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية،
- الإسلام باعتباره دين الدولة،
- العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية
- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،
- سلامة التراب الوطني ووحدته،
- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية.



الظروف الاستثنائية نعني بها حالات واقعية غير عادية⁽¹⁾، التي تحتاج إلى سرعة التدخل لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهتها، هذه الظروف تتنوع كثير مثل الحروب، الانقلابية، العصيان، المظاهرات... والتي يكون الإنسان يد في وقوعها أو تلك التي تنشأ بفعل الطبيعة كالزلازل، الفيضانات البراكين، الأعاصير..

ويجمع الفقه على ضرورة توافر الشروط⁽²⁾ المولية حتى يمكن اللجوء إلى نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها:

- 1 - وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة.
- 2 - استحالة مواجهة هذا التهديد بالطرق العادية و عن طريق المؤسسات الدستورية المختصة - كالبرلمان ..

ولقد تبنت الدساتير محل الدراسة فكرة تقنين السلطات الاستثنائية في الدستور، فتضمنت أحكاماً تعطي لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية، سوف نتناول هذه السلطات وفق ما جاء به الدستور الحالي لكل من فرنسا والجزائر.

السؤال الذي نطرحه هو هل لتلك الظروف تأثير على الدستور أي هل يمكن تعديله دون اللجوء إلى الإجراءات المختصة له في الحالة العادية وهل يمكن أن يصل إلى حد عدم العمل بالدستور؟ فعالة الضرورة تميز للدولة أو لإحدى هيئاتها، وغالباً ما تكون الهيئة التنفيذية (رئيس الدولة أو الحكومة)، أن تعلق كل أو بعض نصوص الدستور.

يذهب معظم الفقهاء إلى أن تصرفات السلطة التنفيذية المخالفة لإحكام الدستور سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية تكون غير مشروعة، لان الظروف الاستثنائية وان كانت توسع من سلطات السلطة التنفيذية إلا أنها يجب أن تظل تلك التوسعة في نطاق و باحترام أحكام الدستور فكما قيل فان مبدأ المشروعية لا يوقف أبداً " le régime de légalité n'a jamais été suspendu chez nous"⁽³⁾ فسيادة أحكام الدستور يجب أن تراعى سواء في الظروف العادية أو غير العادية⁽⁴⁾

⁽¹⁾ مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، الطبعة التاسعة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996، الإسكندرية، - ص: 437

⁽²⁾ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة و ضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2003، ص: 13

⁽³⁾ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^{ème} édition, 1927, T.3, page 980

⁽⁴⁾ Carré de Malberg, *contribution a la théorie générale de l'état*, page 610



بالنسبة لحالتي الطوارئ و الحصار، نجد مصدرهما في فرنسا حيث وضعت قوانين ملائمة لكل حالة. فبالنسبة لحالة الحصار و هي السابقة من حيث تنظيمها بموجب قانون 09 أوت 1849⁽¹⁾، و الذي نص على أن تنتقل سلطة المحافظة على النظام العام من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية و هو الذي يميزها عن حالة الطوارئ التي نظمها قانون 03 أفريل 1955⁽²⁾ أين تتوسع صلاحيات السلطة المدنية فقط. أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد نص في دستور 1989 المادة 86 " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار. لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن و استشارة المجلس الشعبي الوطني، و رئيس الحكومة، و رئيس المجلس الدستوري، و يتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. و لا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني" و قد أبقى دستور 1996 في المادة 91 على نفس الأحكام السالفة الذكر، إلا أنه جاء بحكم جديد صاغته المادة 92 كما يلي " يحدد تنظيم حالة الطوارئ و حالة الحصار بموجب قانون عضوي" يستشف من هذه المواد أن التطور الدستوري في الجزائر قلص من سلطات رئيس الجمهورية فبعدما كانت سلطة مطلقة في دستور 1976 قيدها دستور 89 بتحديد مدة معينة و استشارات مسبقة لهيئات محددة و موافقة البرلمان عند التمديد، و أضاف دستور 1996 على أن تنظيم الحالتين يكون من قبل البرلمان بموجب قانون عضوي⁽³⁾. لتتخسر سلطة رئيس الجمهورية في هذا الخصوص، فقط في إعلان حالتي الطوارئ و الحصار و تحديد مدة معينة لسريان الحالتين. إذا نخلص إلى أن كلا من الدستوريين الفرنسي والجزائري قد نصا على أن يتم تنظيم هاتين الحالتين بموجب قانون عضوي وبالرجوع إلى نص المادة 123 من الدستور الجزائري في فقرتها الأخيرة تنص على أنه " يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره" وعليه لا يمكن أن يتضمن نصا مخالفا للدستور كأن يحرم ممارسة حرية من الحريات مثلا.

بالنسبة للحالة الاستثنائية، منحت المادة 16 من دستور 1958 في فرنسا رئيس الجمهورية سلطات استثنائية واسعة حيث جاء بها انه عندما تصبح مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم حال وينشأ عن ذلك انقطاع في سير السلطات العامة الدستورية المنتظم، يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي

(1) عدل عدة مرات خاصة في 1878 و 1916

(2) عدل في 7 أوت 1955 و 15 أفريل 1960

(3) هذا القانون العضوي لم يصدر إلى يومنا هذا (2011)



تتطلبها هذه الظروف بعد التشاور بصفة رسمية مع الوزير الأول ورئيس البرلمان وكذلك المجلس الدستوري، وعليه أن يخبر الأمة بذلك بواسطة رسالة. وهذه الإجراءات يجب أن يراعى أن الغرض منها هو تمكين السلطات العامة الدستورية من مباشرة مهامها في اقرب وقت، ويستشار المجلس الدستوري في هذه الإجراءات وينعقد البرلمان بقوة القانون. ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية.

يلاحظ أن الدستور قد قيد سلطة رئيس الجمهورية في ممارسة سلطاته الاستثنائية بضرورة استشارة المجلس الدستوري بشأن التدابير التي ينوي اتخاذها وهذه الاستشارة وجوبية في إجراءها وسابقة على اتخاذ الإجراءات وليست لاحقة لها وان كانت نتيجة الاستشارة ليست ملزمة لرئيس الجمهورية وان يتم نشر رأي المجلس الدستوري كما على الرئيس أن يمتنع خلال تطبيق المادة 16 من الدستور من حل الجمعية الوطنية أو تعديل الدستور.⁽¹⁾

وفي الجزائر، نصت المادة 93 من دستور 1996 "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. ويجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.

نلاحظ أن المشرع الدستوري أوجب شروط بغية تقييد سلطات رئيس الجمهورية تفاديا لما قد ينجر انعكاسا بفعل ما يتمتع به من سلطات واسعة وكذا إمكانية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، وذلك بان اقر وجوب اخذ رأي المجلس الدستوري، رغم أن هذه الاستشارة إلزامية من حيث طلبها دستوريا إلا أن الأخذ بنتيجتها يبقى اختياريًا.

(1) أحمد المواجي، المشروعية الاستثنائية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004، ص 84



وعن إمكانية تعديل أو وقف العمل بالدستور جزئيا أو كليا فقد نصت المادة 124 من الدستور الجزائري على أن لرئيس الجمهورية حق التشريع بأوامر في حالتين:

- حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان

- حالة إقراره للحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 93

إذ للرئيس التدخل في المجال التشريعي بموجب أوامر من أجل مواجهة فترات الأزمة في غيبة البرلمان المادة 147 من الدستور المصري وتقابلها المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

وحتى تتضح لنا إلى أي مدى تصل سلطة الرئيس بموجب الأوامر ووجب تحديد نطاقها والطبيعة القانونية لهذه الأوامر.

فأما عن نطاقها فهي تنحصر في سن القوانين دون تجاوزها إلى الوظائف الأخرى كالتصويت على المعاهدات وعملية تعديل الدستور بل حتى بالنسبة لسن القوانين يستثنى من ذلك القوانين العضوية وذلك لسببين:

- المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة وهو ما لا يشترط عند موافقة البرلمان على الأوامر.

- الرقابة الدستورية السابقة الإجبارية وهو ما ليس مفروضا بالنسبة للأوامر.

ما يمكننا استخلاصه ووفقا لما ذهب إليه الأستاذ بن طيفور بأنه يمكن لرئيس الجمهورية تعديل الدستور بواسطة الأوامر التشريعية⁽¹⁾ بعد اخذ رأي المجلس الدستوري إلا أن هذا التعديل بالإمكان أن يتم على ألا يمس المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس أيضا التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية⁽²⁾.

ولا تفوتنا الإشارة أن الأوامر التي تتخذ تحت عنوان الحالة الاستثنائية لا تعرض على البرلمان بعد إصدارها خلافا للأوامر المتخذة في غيبة البرلمان حيث تفرض على هذا الأخير وتعد لاغية إذا لم يوافق عليها.

(1) راجع نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 105

(2) المادة 176 : إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان.



ضف إلى ذلك نص المادة لم يتضمن أي قيود على سلطات رئيس الجمهورية في هذه الحالة بخصوص مدة إعمالها و الإجراءات التي تتخذ في ظلها و مداها.

ماعد تقييده ببعض الاستشارات مع بعض المؤسسات الدستورية عند إعلانها، و النص من جهة أخرى على أن قرار إنهاء هذه الحالة يتم بنفس إجراءات الإعلان⁽¹⁾.

وبالنسبة لحالة الحرب، بالرجوع إلى المواد الدستورية التي تضمنتها الدساتير الجزائرية في متنها لاسيما ما تضمنه دستور 1996 بداية من نص المادة 95 إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملأمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.

يجتمع البرلمان وجوبا.

ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك

والمادة 96 التي تنص على " يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات..."

نجد أن المشرع الدستوري الجزائري اعترف لرئيس الجمهورية الحق في إعلان التعبئة العامة وحالة الحرب باعتبارهما من حالات الظروف الغير العادية التي قد تعيشها الدولة فعليا.

كما أن في حالة الحرب يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات وسلطات واسعة حيث يوقف العمل بالدستور مدة سريانها وتحويل جميع السلطات لرئيس الجمهورية من اجل اتخاذ كل الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها للمحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية، وكذا باعتبار انه في حالة الحرب تحول وظائف السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية فانه حتما ستمس الحريات العامة وتصاب عن طريق تعطيلها كحرية الاجتماع، حرية الصحافة، وحرية تكوين الجمعيات...، إلى غير ذلك من الإجراءات التي تضيق الخناق على الأشخاص وتحد من الحريات العامة.

المبحث الثاني: ضمانات الاختصاص التشريعي بتنظيم الحقوق والحريات العامة:

⁽¹⁾ مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النجاح للكتاب، الجزائر، سنة 2005، ص: 391



إن تنظيم أي مسألة من المسائل القانونية قد تختص به السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، من بين هذه المسائل ما يتعلق بتنظيم الحقوق والحريات العامة فلن يؤول حق تنظيمها؟

المطلب الأول: السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات العامة:

عهدت معظم الدساتير الدول للسلطة التشريعية مسألة تنظيم الحقوق والحريات وذلك للاعتبارات الآتية:

إن الوجود الواقعي للحريات وكفالة ممارستها يتحدد في نطاق التشريعات العادية، فالمرشح هو الذي يقوم بتنظيم الحريات العامة، وهذا التنظيم الذي يتولاه المرشح هو الذي يقدم للحرية إمكان الوجود الواقعي ومن خلاله تصح الحرية موجودة وقائمة.

واستناداً إلى هذا نجد بعض فقهاء القانون يذهبون إلى القول إن الحريات لا توجد إلا حينما يوجد التشريع المنظم لها، وهذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي اسمان بقوله: «انه لا يكفي أصلاً أن يكفل الدستور ممارسة حرية ما لكي توجد هذه الحرية بل لابد أن يوجد تنظيم لها بواسطة التشريع، ومادام هذا التشريع لم يصدر فإن النص الدستوري لا يمثل سوى وعد دستوري غير قابل للتطبيق».

والواقع إن أهمية التنظيم التشريعي في مجال الحريات العامة تعزى إلى جملة من الاعتبارات العملية جعلت من التشريع خير وسيلة لحماية الحرية، وتتمثل هذه الاعتبارات في ناحية أولى فيما تمر به عملية إصدار القانون من مراحل متعددة وما يحوط بها من إجراءات شكلية وما يصاحبها من مناقشات واسعة.

كما تمثل من ناحية أخرى فيما يتصف به التشريع من عمومية تضي عليه طابعا غير ذاتي ينتفي معها كل احتمال للتعسف ما دام التشريع لا يواجه حالات معينة بذاتها ولا أفراداً معينين بذواتهم وإنما يقرر قواعد موضوعية توضع مقدماً، وتطبق على الحالات والأشخاص كافة الذين تتوافر فيهم شروط تطبيقها. وتتأكد أهمية هذه الضمانة بصورة جلية إذا أخذنا في الاعتبار أن تطبيق القواعد التشريعية وخصوصاً في المسائل الجنائية لا يكون إلا بأثر فوري على الوقائع اللاحقة لتاريخ صدوره.

المطلب الثاني: مبدأ تدرج القوانين:

يعتبر مبدأ تدرج القوانين ركن هام في بناء الدولة القانونية. ذلك أنه لا يمكن تصور النظام القانوني للدولة القانونية بدون هذا التدرج الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية



على بعض، وتبعية بعضها للبعض الآخر.. فالقواعد القانونية ليست في مرتبة متساوية من حيث القوة والقيمة، ففي قمتها القواعد الدستورية، ثم تتلوها التشريعات العادية، ثم اللوائح الصادرة من السلطات الإدارية.. وهكذا يستمر هذا التدرج حتى يصل إلى القاعدة الفردية، أي القرار الفردي الصادر من سلطة إدارية دنيا .

وهذا التدرج يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، شكلاً وموضوعاً، فأما خضوعها شكلاً فيصدرها من السلطة التي حددتها القاعدة الأعلى وبتابع الإجراءات التي بينها، وأما خضوعها موضوعاً فذلك بأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى .

وهذا التدرج بين القواعد القانونية يؤدي إلى وجوب تقيد القاعدة القانونية الدنيا بالقاعدة العليا، إذ لا يصح أن تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها في مرتبة التدرج، حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة .

وفقاً لمبدأ تدرج القوانين ينبغي أن لا تكون التنظيمات واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، مخالفاً في أحكامها لتشريع يعلوه درجة وإلا فقدت شرعيتها.

ولقد سبقت الإشارة أن مبدأ سمو الدستور يقتضي إلغاء كل نص مخالف في مضمونه لقواعد الدستور سواء صيغ في شكل معاهدة أو قانون أو نص تنظيمي. ويجد هذا التدرج في هرم النصوص القانونية أساسه انه اقر ضمانا لحقوق الأفراد وإلا فما الفائدة أن تعترف القاعدة الدستورية بحق أو حرية، لتسلب فيما بعد بموجب قاعدة من التشريع العادي أو الفرعي. لذا وجب إلغاؤها لمخالفتها الدستور. وتطبيقاً لنفس الفكرة ينبغي إلغاء كل تنظيم أو لائحة لا يلائم القانون الصادر عن السلطة التشريعية في مضمونه وصلب قواعده، وهذا ما اصطلح على تسميته في الفقه بشرعية اللوائح. ومبدأ تدرج القوانين يضيء على الدولة وصف الدولة القانونية، وذلك بتمييزها عن الدولة البوليسية التي لا تتقيد السلطة الإدارية فيها بقيود فهي تملك اتخاذ ما تراه من إجراءات وتدابير في مواجهة الأفراد دون أن تري نفسها ملزمة بالخضوع للقانون وفي تقرير مبدأ المشروعية كفالة المحافظة على حريات الأفراد المحكومين وحمايتهم في مواجهة الدولة التي تتمتع السلطة العامة فيها بقوة قهرية، قد تحرف إذا لم تخضع للقوانين فتهدر حقوق الأفراد وتقضي على حرياتهم العامة.

المطلب الثالث: أثر الظروف الاستثنائية على التشريع:



في الحقيقة أن قيام الظروف الاستثنائية لا يمكن أن تحكمه قواعد المشروعية العادية سواء في نصوص الدستور أو في نصوص القانون. لأن هذا بالطبع يخرج عن نية وقصد المشرع الدستوري والمشرع العادي. فمضمون القواعد الدستورية والعادية في الظروف العادية يجب أن يختلف عنها في الظروف الاستثنائية. فسلطات الدولة لا بد أن تتسع، وتضطر الدولة بلا شك إلى تقييد الحريات واتخاذ إجراءات قد يكون منها وقف العمل ببعض القوانين العادية بل ببعض نصوص الدستور التي تطبق في الأحوال العادية.

حول الدستور لرئيس الجمهورية حق في التشريع بأوامر في ظل الحالة الاستثنائية وذلك بموجب المادة 124 من الدستور الجزائري في فقرتها الأخيرة والتي جاء فيها " يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء."

إذا يحق لرئيس الجمهورية أن يشرع بموجب أوامر خلال الحالة الاستثنائية وهو ما جعلنا نتساءل عن نطاق ذلك الاختصاص وهو ما أجاب عنه الدكتور بن طيفور من خلال تفحصه لأراء الفقهاء الفرنسيين والدستور الفرنسي وكذا الدستور الجزائري، وقد خلص إلى أنه تفاديا للتصادم والتعارض بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في ظل الظرف الاستثنائي الذي يستدعي الاستعجال يتوجب إعطاء الحق لرئيس الجمهورية في تعديل وإلغاء ما يسنه البرلمان والعكس لا، إذ لا يحق للبرلمان القيام بالعمل ذاته اتجاه ما يسنه رئيس الجمهورية. فالمؤسس الدستوري الفرنسي في المادة 16 منه والتي صيغت بطريقة تسمح للرئيس باتخاذ إجراءات على أن يكون الغرض منها هو ضمان عودة السلطات العامة في أقرب وقت ممكن للقيام بمهامها.⁽¹⁾ فاللجوء إلى التشريع بأوامر من قبل رئيس الجمهورية أي ممارسة الوظيفة التشريعية من سلطة غير مختصة بها دستوريا في الأصل أستوجبه وقوع الظروف الاستثنائية التي لا يمكن معها طلب انعقاد البرلمان - دورة غير عادية - على وجه السرعة لمواجهة تلك الظروف. ولكن هل اختصاص رئيس الجمهورية مطلق في هذا الخصوص؟ بمعنى أن رئيس الجمهورية يستطيع أن يحل محل البرلمان في جميع اختصاصاته أم لا؟

الحقيقة أن هذا الاختصاص ينحصر فقط في سن القوانين دون أن يتجاوزها إلى المهام الأخرى للبرلمان، كالتصويت على المعاهدات و عملية تعديل الدستور.

(1) للتوضيح أكثر راجع - نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 109 - 116



وحتى بالنسبة لسن القوانين نعلم أن البرلمان يصدر نوعين من القوانين، قوانين عضوية في مجالات محددة و التي اشترط المشرع الدستوري أغلبية خاصة⁽¹⁾ فالمادة 123 توجب لتم المصادفة على القانون العضوي حصول الأغلبية المطلقة أي نصف زائد واحد من عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني و ليس فقط الحاضرين، وهذا ما لا يشترط عند موافقة البرلمان على الأوامر، صنف إلى هذه المادة تلزم عرض القانون العضوي للرقابة الدستورية السابقة للصدور في حين الأوامر لا تخضع إلى رقابة المجلس الدستوري الإجبارية.

ويوجد هذين القيدتين فإنه يستخلص بأن رئيس الجمهورية في حالة غيبة البرلمان لا يمكنه إصدار قوانين عضوية بموجب أوامر بل تنحصر سلطته فقط فيما يصدره البرلمان من قوانين عادية - النوع الثاني من القوانين في الظروف الطبيعية والتي حدد الدستور مجالاتها.

نخلص إلى انه في ظل الحالة الاستثنائية لم يعد لضمانة الاختصاص التشريعي للبرلمان في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة لن يعود لها أي وجود عندما يصبح رئيس الجمهورية مشرعا خلال هذا الظرف.

المبحث الثالث: ضمانات الرقابة على أعمال السلطين التشريعية والتنفيذية:

إن سمو الدستور وهو أعلى مرتبة من سائر القوانين والأنظمة كما انه الناظم لنشاط سائر السلطات يستوجب أن تتقيد بأحكامه كافة السلطات وخاصة تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة، وان تكون جميع القواعد القانونية غير متعارضة مع النصوص الدستورية فكيف السبيل إلى ضمان احترام سمو الدستور؟

المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين:

من الواضح أن هذا التفوق و قدسية الدستور، يفقدان معناها إذا أمكن للسلطة التشريعية أن تخالف أحكامه بدون رادع، لا بد إذا من وجود رقابة من جهة مختصة.

تبنت كل من فرنسا والجزائر الرقابة السياسية حيث تتولاها لجنة أو هيئة ينشؤها دستور الدولة بنص صريح، ويكون اختيار أعضائها من جانب سلطات سياسية وتكون رقابتها

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، - ص: 452



سابقة على صدور القانون⁽¹⁾، هذه الهيئة سميت في كلا الدستورين الفرنسي والجزائري بالمجلس الدستوري.

إن الاختصاص الرئيسي أو الأكثر أهمية للمجلس الدستوري هو رقابته على دستورية القوانين، وهي رقابة سابقة على إصدار القانون ولكن بعد إقرارها من مجلسي البرلمان، فهي ليست رقابة لاحقة على إصدار القانون وتطبيقه.

وتنظم رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين المادة⁽²⁾ 62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والتي كفلت عدم إصدار أو تطبيق أي نص قانوني تقرر عدم دستوريته من قبل المجلس الدستوري. ورغم ذلك نجد أنه قد يفلت نصا قانونيا من هذه الحماية وذلك لسببين ذكرهم الدكتور نصر الدين بن طيفور⁽³⁾:

أولهما أن رقابة المجلس على القوانين هي رقابة سابقة على صدورها وعليه فإن مرور نص قانوني دون مراقبة أمر وارد وغير مستبعد.

ثانيهما المتضررون من تطبيق النص القانوني المخالف للدستور هم الأفراد عادة، وهؤلاء ليس لهم الحق لا في إخطار المجلس الدستوري ولا الدفع بعدم الدستورية.

وفي الجزائر أسندت الرقابة على دستورية القوانين إلى المجلس الدستوري حيث نصت المادة 165 على أنه يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية.

⁽¹⁾ هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، سنة 2001، ص 14

Article 62⁽²⁾

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles

⁽³⁾ نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 74



يبيدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخطّره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان.

كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة.

يتضح من نص المادة أن المؤسس الدستوري الجزائري اخذ بالرقابة السابقة واللاحقة، وبأخذه الرقابة اللاحقة يكون قد كفل للحقوق والحريات ضمانات هامة لا يتيحها الدستور الفرنسي رغم أن الدستور الجزائري قد قصره حق الإخطار على رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة المادة 166 من الدستور.⁽¹⁾ ولم يوضح إمكانية اللجوء إليه من المواطنين أو مؤسسات مختصة معين إنما اهتم بذكر أنها تعطي بخصوص قانون ما قبل أن يصبح قابل للنفاد (رقابة سابقة) أو بقرار في الحالة العكسية (رقابة لاحقة).

المطلب الثاني: الرقابة القضائية:

لا يكفي وجود النصوص الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة، وإنما يجب أن تتقيد السلطان التشريعية والتنفيذية في كل تصرفاتها بالنصوص الدستورية أولا وبالتشريعية ثانيا، وهذا ما يطلق عليه مبدأ سيادة القانون أو مبدأ المشروعية. غير أن خضوع السلطة للقانون والدستور لا يكون خضوعا حقيقيا ما لم يقترن بوجود رقابة قضائية تكون مهمتها إلغاء أو عدم تطبيق القوانين المخالفة للدستور وإلغاء القرارات المخالفة للقانون. لذلك تعد الرقابة القضائية من أقوى الضمانات التي تقدمها النظم المعاصرة لحماية الحقوق والحريات وتحقيق مبدأ سيادة القانون.

مما لا شك فيه أن مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو العلامة المميزة للدولة القانونية وهو الضمانة الأساسية للحقوق والحريات العامة، يفترض هذا المبدأ أن تلتزم الإدارة في تصرفاتها جميع الحدود المرسومة لها في مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة.⁽²⁾

تشمل القواعد القانونية في الدولة الحديثة مجموعة القواعد المكتوبة وغير المكتوبة (الدستور - القانون العادي - المرسوم التشريعي - اللائحة - القرار الإداري - العرف والمبادئ القانونية العامة)

⁽¹⁾ راجع نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 77 و 78

⁽²⁾ سامي جمال الدين: القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ب ت



يترتب على مبدأ الشرعية سيادة حكم القانون وسيطرته وخضوع الحكام والمحكومين له على السواء وذلك تجسيدا لمبدأ دستوري (سيادة القانون مبدأ أساسي في المجتمع والدولة) على السلطة التنفيذية آن تمارس مهامها المختلفة بما يتفق مع مبدأ الشرعية أي تعمل ضمن نطاق القوانين وتتقيد بأحكامها وان لا تشرع لنفسها أنظمة وقوانين جائرة وتعسفية وإلا تعرض تصرفها للطعن بعدم الشرعية وإمكانية الحكم بالإلغاء والتعويض وسأركز على قضاء الإلغاء. والقاضي الإداري هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون وتحقيق سيادة القانون بمعناها الواسع الذي يتجاوز مجرد احترام القانون ، بل يمتد إلى مضمون القانون ذاته من حيث وجوب حمايته لحقوق الإنسان ، فإذا عجز القانون عن توفير هذه الحماية لم يعد جديراً بان تكون له السيادة.

تسهل السلطة التنفيذية على حماية النظام العام بما لها من سلطة ضبطية⁽¹⁾ ، وهي بهذا قد تسرف في استعمال سلطاتها بمخالفة القانون والدستور وقد يمس هذا الانحراف الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور والمنظمة بموجب القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، ولحماية المجال التشريعي ضد تعدي الحكومة بما لها من سلطة لأئحية على المجالات المختصة للقانون خاصة في ما يتعلق بالحقوق والحريات العامة.

من المهم تقرير خضوع قرارات الإدارة وتصرفاتها كافة لرقابة القضاء ضماناً لاحترام حريات الأفراد بصرف النظر عن كون هذا القضاء عادياً أم إدارياً⁽²⁾ ، لكن القضاء الإداري يتمتع بخصوصية تجعله أكثر كفاءة في هذا المجال ، حيث ويساهم القضاء الإداري بهذه المهمة بحكم استقلاله وتخصسه ولأنه اقدر على التعامل مع السلطة العامة ممثلة بالإدارة خاصة بعد تشعب وتنوع وظائفها وازدياد احتكاكها بالأفراد. لهذا تبنت فرنسا والجزائر نظام ازدواجية القضاء أي وجود قضاء إداري مختص في رقابة مشروعية أعمال السلطة التنفيذية ومدى مطابقتها لنصوص القانون.

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، جامعة عين الشمس، مصر، الطبعة السادسة، سنة 1991

⁽²⁾ احمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني دراسة مقارنة (مصر- فرنسا-

انجلترا) دار النهضة العربية، مصر ، 2003 ، ص 362



ففي فرنسا يختص القضاء الإداري الفرنسي بنظر القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، ولا يخرج من هذا النطاق سوى الأوامر التي اعترف لها الدستور بقوة القانون كتلك المنصوص عليها في المادة 92.⁽¹⁾

وفي الجزائر، إذا كان قد عهد للمجلس الدستوري أمر مراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات فإن السؤال يطرح لمن يعود حق إلغاء اللوائح في حالة مخالفتها لنص قانوني يعلوها وفقا لمبدأ تدرج القوانين؟

يمارس مهمة الرقابة على مطابقة اللوائح للقانون السلطة القضائية وهذا أمر دأبت على إتباعه غالبية النظم المعاصرة من بينها الجزائر التي لجأت إلى تخصيص قضاء إداري مستقل عهد له سلطة ممارسة الرقابة على اللوائح وإلغائها بدعوى الإلغاء إذا كان فيها مخالفة لتشريع عادي، حيث نصت المادة 152: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم."

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة."

فالقضاء يمثل الحارس الطبيعي لحقوق وحريات الأفراد، إذ لا يكفي مجرد إعلان مبادئ الحريات وتنظيمها دستوريا وتشريعيا، وإنما يتعين فضلا عن ذلك أن يملك أصحابها الوسائل الكفيلة باحترامها، وخير وسيلة تضمن احترام حقوق وحريات الأفراد هو القضاء، حيث يمكن إلغاء القرارات الإدارية التي تكون مخالفة للقانون أو تعسفا في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة).

أو قيام مسؤولية الإدارة عن الإضرار فتلتزم بالتعويض (دعوى التعويض) وفي هذا ضمان للحقوق والحريات الفردية وتجسيد لمبدأ المشروعية.

(1) نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 80

الإلزام بالإفشاء وقت التعاقد في عقد التأمين دراسة مقارنة

أ/ نويري سعاد

أستاذ مساعد

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تبسة

مقدمة:

الأصل أن المتعاقد - أي متعاقد - لا يلتزم وفقا للقواعد العامة، بأن يحيط المتعاقد الآخر علما بالظروف المتعلقة بموضوع العقد، ولا أن يبصره بكل ما يتصل به فالمفروض أن مصلحة الطرفين متعارضة وأن كلا منهما يدافع عن مصلحته الخاصة، وعليه - إذا أراد - أن يتحرى بنفسه عن كل ما يتصل بموضوع العقد ولذلك فالقواعد العامة لا تلزم طالب التأمين بأن يحيط المؤمن علما بكل ما يتعلق بالخطر المراد التأمين ضده.

بل توجب على كل طرف أن يتحرى بنفسه عن البيانات التي يهيمه العلم بها، وتعفي المتعاقد الآخر - الذي لم يرتكب غشا أو تدليسا - من واجب تقديم هذه البيانات، فهو ليس مجبرا على الإفشاء.

فالمؤمن يستطيع - بوسائله الخاصة - أن يحصل على ما يريد معرفته من ظروف تتعلق بالخطر كمكان الشيء المؤمن عليه، والمواد التي صنع منها وطبيعة الأماكن المجاورة، ونوع الاستعمال المعد له والموقع والمحتويات.

بيد أن هناك من المعلومات التي لا يستطيع المؤمن الحصول عليها، ما لم يعاونه طالب التأمين في هذا الشأن، وتزويده بما يريد معرفته من معلومات فالمؤمن لا يستطيع بدون مساعدة المؤمن له، أن يعرف مثلا ما إذا كان الشيء المؤمن عليه - المنزل - قد تعرض من قبل لحوادث سرقة أم لا، أو ما إذا كانت هناك عقود تأمين أخرى لضمان نفس الخطر، أو



ما إذا كان طالب التأمين قد سبق له وأن طلب التأمين على نفس الشيء ورُفِضَ طلبه، وغير ذلك من البيانات الهامة.

ومن هنا يبدو أن للمؤمن له دورا هاما في إظهار حقيقة الخطر المراد التأمين منه وأمام أهمية الدور الذي يقوم به طالب التأمين في هذا المجال، فهو ملزم بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم وكامل على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، فهو ملزم بأن يفضي للمؤمن بدقة - وقت إبرام العقد - بكل الظروف المعلومة له، والتي من شأنها أن تساعد المؤمن على تقدير طبيعة ونوعية الخطر الذي يلتزم بضمانه.

ولأنّ إلزام المؤمن له بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، لا يمكن القول أنه التزام ناتج عن عقد التأمين، فالفرض أن العقد لم يبرم بعد، وأننا مازلنا في المرحلة السابقة على التعاقد، كما لا يمكن اعتباره شرط من شروط العقد، ما دامت شركات التأمين قد جرت على إدراجه في وثيقة التأمين، لأنه التزام لمرحلة سابقة على التعاقد، في حين أن مثل هذا الشرط لا ينتج أثره ولا يصبح ملزما إلا بعد إبرام عقد التأمين.

فما هو الأساس القانوني للإلزام بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، أولا وما هو نطاقه، ثانيا، وما هي البيانات التي يلزم المؤمن له الإدلاء بها، ثالثا.

وسوف نعالج هذه المسائل تباعا:

أولاً: أساس الإلزام بالإفشاء وقت التعاقد:

إنّ الإلزام بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بموضوع التعاقد، هو التزام قبل تعاقدي وبالتالي لا يجد أساسه ومصدره في عقد التأمين وإرادة الأطراف، لذا تعددت اقتراحات الفقه حول الأساس القانوني لالتزام طالب التأمين بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، وإذا كان البعض قد اتجه إلى فكرة العيوب الخفية⁽¹⁾، وفكرة الالتزام السابق على التعاقد، وفكرة الغش في

⁽¹⁾ G.CORNU, de la garantie des vices à la garantie des risques, note sous cass. Com. 25. Nov.1963. rev. Trim. Dr.civ.1964, p.575.

v.aussi.cass.2^e ch civ, 15 mai 2008.

راجع: د/ محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص50 وما بعدها؛



المفاوضات السابقة على التعاقد، والبعض الآخر رأى في نظريتي الضمان⁽¹⁾ والأوضاع الظاهرة أساسا لهذا الالتزام⁽²⁾.

إلا أنّ غالبية الفقه ترى أن هذا الالتزام يستمد شرعيته من الأسس التالية:

أ- **مبدأ حسن النية:** يكتسب مبدأ حسن النية أهمية خاصة في مجال التأمين⁽³⁾، فهو يغتف العلاقة التأمينية في كل مراحلها؛ عند إبرام العقد وأثناء سريانه⁽⁴⁾، وعند تحقق الخطر المؤمن منه، فهو يمثل عقد التأمين نموذجاً مثاليا لعقود منتهى حسن النية⁽⁵⁾، التي تقوم على الثقة المشروعة المتبادلة بين أطرافها، بحيث يلتزم كل طرف ببذل وتقديم كافة المعلومات

(1) وأيضا: د/ حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع - دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي -، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010 ص: 81 وما بعدها؛ ومن الفقه الفرنسي:

- B. GROSS, la notion de l'obligation de garantie dans le droit des contrats, L.G.D.J 1964,N°218, p.208.

(2) تشير إلى ان هناك آراء متعددة في الموضوع، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن مصدر إلتزام المؤمن له هو الطبيعة الإحتمالية لعقد التأمين، ويرى آخرون أن مصدره شرط صحة التراضي، ولا يمكن الإشارة إلى كل هذه الإتجاهات بل نشير إلى أهمها، وهي التي نالت إهتماما كبيرا من الفقه والقضاء، راجع في تفاصيل هذه الآراء، د/ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 71 وما بعدها.

(3) إلى جانب كونها قاعدة خلقية، مازالت حاضرة في نظرية العقد، ومن أبرز ملامحها، الإعترا ف بحسن النية كقاعدة عامة تحكم كل المعاملات المالية في القانون المدني(المادة 107 منه).

(4) راجع لمزيد من التفصيل: أ. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد 1994.

(5) وذلك بالمعنى الضيق وليس بالمعنى العام الواسع لحسن النية الذي يهدف إلى تفسير العقد بشكل معين بحيث لا يلتزم المؤمن إلا بضمأن المخاطر المحددة صراحة في عقد التأمين، وهذا المعنى العام لا ينفرد به عقد التأمين وإنما نعتبر سائر عقود من عقود حسن النية والعبرة في تفسيرها بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

- راجع حول ذلك - د/ نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع تطبيق الإلتزام قبل التعاقد على عقد التأمين، دون دار نشر، 2008، ص 214 وما بعدها؛

- وأيضا: د/ نوري حمد خاطر، د/ عدنان إبراهيم سرحان، الأسس القانوني لإلتزام المؤمن له تقديم المعلومات، دراسة نقدية في قانون التأمين الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مقال في مجلة الحقوق، السنة الحادية والثلاثون، عدد 01 مارس 2007، ص: 259.



الجوهريّة التي يهّم الطرف الآخر العلم بها بصدق وأمانة وعدم كتمانها عنه ، ليبنى عليها فكرته عن العقد⁽¹⁾ ، فحسن النية يوجب على المؤمن والمؤمن له أن يتعاملا بمنتهى الأمانة والإخلاص ابتداءً ، من بداية المفاوضات الرامية إلى إبرام العقد بينهما ، وانتهاءً بإبرام عقد التأمين بصفة نهائية⁽²⁾ ، أو عدم إبرامه.

ولهذا فإنّ بعض الفقه يطلق على هذا الالتزام اسم الالتزام بالأمانة أو واجب الأمانة⁽³⁾ **obligation ou devoir de loyauté** فمبدأ حسن النية يوجب على الطرفين الحرص على تبادل المعلومات بصورة واضحة ، وافية ، وصحيحة ، مما يدعّم الثقة بينهما. يتولى المؤمن إخطار المؤمن له وإحاطته علماً بكل القواعد والشروط التي تنظّم العلاقة التأمينية بينهما ، الأخطار المستبعدة ، وحالات السقوط ، وأسباب الوقف.... ، ويبادر المؤمن له بدوره بالتقرير الصحيح والكامل لكل ما هو ضروري للمؤمن ، لمعرفة طبيعة الخطر المؤمن منه ونطاقه ، بما يسمح له بتقدير القسط المناسب مع مقدار الضمان الذي يتعهد به.

⁽¹⁾ راجع من الفقه الفرنسي:

- **M. OLIVIER** , la fausse déclaration ,Gaz. Pal numéro spécial 8et9 Juin 1994 p 12 :

-**P.SARGOS** , L obligation de loyauté de l assureur et de l assuré R.G.D.A, 1997 , p 988

-**CH.DUBREUIL** , le contrat d'assurance , in la bonne foi , journée louisianaises,tome XI 111 ,litec paris 1992,p279

ومن الفقه العربي:

- **د/ خالد جمال أحمد حسن** ، الوسيط في عقد التأمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص244.

- **د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد** ، أحكام عقد التأمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص : 84.

- **د /محمد عبد الظاهر حسين** ، العقود المسماة ، عقد الإيجار وعقد التأمين ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2008 ، ص:250.

⁽²⁾ أنظر **د/ حسن حسين البراوي** ، التزام المؤمن بالأمانة في مرحلة إبرام العقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006 ، ص: 43 وما بعدها.

⁽³⁾ راجع حول واجب الأمانة في العقود بصفة عامة :

- **Y.PICOD** , le devoir de loyauté dans l exécution du contrat L.G.D.J, 1989 , préface **G.Couturier**



وقد انتقد بعض الفقه⁽¹⁾ هذا الأساس باعتباره غير منتج ومفيد لتأسيس التزام المؤمن له بتقديم البيانات اللازمة عن الخطر المؤمن منه ، طالما أنّ هذا الأخير سيسأل عن عدم إدلائه ببعض البيانات، لإعتقاده أنّها معلومات غير مؤثرة في حقيقة الخطر المؤمن منه، حتى ولو كان ذلك بحسن نية، لأنّه كان بالإمكان أن يكون مبدأ حسن النية هنا حائلاً دون مساءلة المؤمن له في هذا الفرض، وليس أساساً لمساءلته.

الحقيقة أنّ المشرع أخذ في الحسبان البواعث الكامنة وراء إخلال المؤمن له بالتزاماته، فحرص على تنويع الجزاءات التي توقع عليه حسب سوء أو حسن نيته، غير أنه أفرد لمبدأ حسن النية مكاناً هاماً عند تحديده لجزاء كتمان المؤمن له وكذبه، أخذاً في إعتباره أنّ المؤمن لا يمتلك الوسائل التي تمكنه من المراقبة الدائمة والفحص المستمر لأحوال المؤمن له⁽²⁾.

"الأمر الذي يبرر عدم إلزام المؤمن بفحص البيانات المقدمة عن الخطر وتمحيصها للتأكد من صدقها"⁽³⁾، كما يبرر تقرير جزاءات رادعة في حالة صدور الكتمان أو الكذب بسوء نية. لهذا فإنّ إلتزام تقديم المعلومات يجد مصدره في حسن النية⁽⁴⁾، الذي يلزم كل طرف في التأمين بالتقيد به ومنهم المؤمن له، الذي عليه أن يقدم معلومات صحيحة عن الخطر أثناء التعاقد، ويجب عليه هنا أن يتعهد بأعلى درجات حسن النية لأنه هو وحده يحدد عناصر

(1) د/ محمد مرسي زهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 172.

(2) ما لم يُخَوَّل سلطات إستثنائية، وهذه الأخيرة من شأنها المساس بالحريات الشخصية.

(3) د/ ثروت عبد الحميد، شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد 02، يوليو 2003، ص: 312.

(4) أنظر من الفقه العربي الذي يميل إلى هذا الأساس:

د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إلتزام المؤمن بالتعويض ومدى رجوعه على المؤمن له وعلى الغير المسؤول عن الضرر، مطبوعات جامعة الكويت 1995، فقرة 127 ص: 126، حيث يقول: "إن معيار حسن النية هو الأنسب في حالة عدم تقديم المؤمن له المعلومات الكافية، أو أنه قدم معلومات غير صحيحة دون قصد سيء...". د/ نزيه المهدي، عقد التأمين مع تطبيق الإلتزام قبل التعاقد على عقد التأمين، دون دار نشر، 2008، ص: 193، حيث يذهب إلى أنه: "يجمع الفقه الحديث سواء في مصر أم في فرنسا يترتب على عقد التأمين بوصفه من عقود حسن النية... إلزام المستأمن بالإدلاء وقت إبرام العقد بجميع البيانات المتعلقة بتحديد الخطر المؤمن منه، وجسامته وأوصافه وسائر البيانات اللازمة لتتوير رضا المؤمن، وإعطاءه فكرة حقيقية عن الخطر المؤمن منه، ونسبة احتمال تحققه وقيمة الأضرار التي ترتب عليه...".



الخطر بموجب المعلومات التي يقدمها، فإذا أخلّ بذلك يكون قد هدم المبدأ الذي يبنى عليه عقد التأمين.

ويقول في هذا الصدد إتجاه في الفقه مؤيدا هذا الأساس، أن مبدأ حسن النية يعتبر شرطا ضروريا في المفاوضات العقدية، وفي إنعقاد العقد، وفي نفاذه، فلماذا لا نعتبره أساسا لالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، وبخاصة أن حسن النية في عقد التأمين معترف به من المشرع صراحة في إنعقاد العقد وفي نفاذه⁽¹⁾.

وبدورنا، نؤكد على ما لهذا المبدأ من أهمية خاصة لعقد التأمين، رغم سريانه على كل العقود في المعاملات المالية، بل وكل العلاقات القانونية، العقدية وغير العقدية، فهو يعد مصدرا مباشرا بالنسبة لالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات المتعلقة بالخطر محل عقد التأمين، الأمر الذي يبرر هذا الدور المميز لهذا المبدأ على بقية العقود والعلاقات القانونية التي يتسم فيها بالعمومية.

أ - **وجوب التعاون بين الأفراد:** لما كانت النظرة التقليدية للعقد تقوم على فكرة تناقض المصالح بين طرفيه، بحيث توجب على كل طرف أن يتحرى بنفسه عن البيانات التي يهيم العلم بها، وتعفي الطرف الآخر من واجب تقديم هذه البيانات، إلا أن نظرة تعارض المصالح بين طرفي العقد تراجعت الآن، وحلّ محلها فكرة جديدة مضمونها وجوب التعاون بين الطرفين⁽²⁾، بحيث يلتزم كل منهما بتقديم ما لديه من بيانات أو معلومات يهيم الطرف الآخر العلم بها، هذا التعاون يجد مجالا خصبا للتطبيق في عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن وهو

⁽¹⁾ راجع في هذا الرأي:

- C. DUBREUIL ; le contrat d'assurance, in la bonne foi, journée louisianaises, TOME. XL, 111, 1992, Litec, Paris ; 1992, p. 116, répertoire de droit civil, ENCYCLOPEDIE DALLOZ, t. 1, 32^{ème} année, RECU, assurance terrestre, par. LUC. MAYAUX, prec N° 329.336, p. 54.55, et N° 352, p. 57 et s.

⁽²⁾ أنظر في دراسة الصور المختلفة للالتزام بالتعاون في العقد بصفة عامة:

- ANOUK BORIES, l'obligation d'information de l'assuré véctoire de la méfiance sur la carpération, R.G.D.A, 2009, N°3, p. 974 et s.

- Y.PICOD. op. cit



مهني محترف ، بأن يرشد المؤمن له لأكثر الوثائق تحقيقا لمصلحته أي أقلها تكلفة وأكثر ضمانا للخطر⁽¹⁾.

والتطبيق التقليدي لفكرة التعاون يتمثل في التزام المؤمن له بإحاطة المؤمن علما بظروف الخطر ، فالمؤمن يضع ثقته في المؤمن له ويعول على أمانته وحسن تعاونه لذا وجب عليه أن يتحلى في جميع أعماله بروح التعاون ، هذه وبالرغبة في تحقيق المصالح التي يهدف إليها التأمين⁽²⁾ ، وبناء على ذلك يؤسس البعض الالتزام بالإفشاء بالبيانات الملقى على عاتق الأطراف ، على أساس وجود واجب بالتعاون مفروض عليهما عند إبرام عقد التأمين⁽³⁾. ولم يسلم بدوره هذا الأساس من النقد.

فيرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ ، أنّ التأمين تسيطر عليه روح التعاون فيما بين المؤمن والمؤمن لهم ليس صحيحا ، فمصالحهم متعارضة من حيث القسط ، حيث يسعى المؤمن ليكون مرتفعا تحقيقا للربح ، بينما يعمل المؤمن له على أن يكونا منخفضا ، وكذلك بالنسبة لمبلغ التأمين ، حيث تقتضي مصلحة المؤمن له أن يكون مرتفعا ، وعلى العكس فإنّ مصلحة المؤمن تقتضي خفض هذا المبلغ.

الحقيقة هذا النقد مردود عليه ، لأن طرفا العقد عند إقدامهما على التعاقد يكون ذلك كأصل عام ، بناءً على رغبة من الطرفين ، هذه الرغبة على التعاقد تقتضى التعاون والمشاركة مع مراعاة جانب النزاهة وحسن النية الواجب توافره في تلك المرحلة ، ومن مقتضيات هذا التعاون أن يبيّن كل طرف للآخر الشروط التي تعد لازمة لإتمام العقد النهائي ، وأن يدلي كل طرف ما لديه من معلومات أو بيانات تتعلق بالموضوع المزمع إبرامه⁽⁵⁾ ،

⁽¹⁾ أنظر في دراسة حماية المؤمن له بحسبانه مستهلكا ، والتزام المؤمن بإعلامه وتبصيره

-Y. LAMBERT-FAIVER. op. cit. p 93 etc

وكذلك : د/ جابر محبوب علي ، د/ خالد الهندياني ، المرجع السابق ، ص 267 .

⁽²⁾ أنظر: د/ عبد النعم البدراوي ، التأمين ، 1981 ، رقم 216 ، ص 304 .

⁽³⁾ PH. Malaurie et L.Aynes , contrats spéciaux , 11eme éd par PY . Gautier , CU jas , 1998 , n° 316.

⁽⁴⁾ د/ محمد المرسي زهرة ، أحكام عقد التأمين ، دارا للنهضة العربية القاهرة ، 2006 ، ص: 172

⁽⁵⁾ أنظر: د/ نجوى أبو هيب ، الكتمان التديليسي ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2003 ، ص: 25.



وفي سبيل ذلك أيضا يلزم كل طرف بأن لا يخفي أو يكتتم أي بيانات لا يعلمها الطرف الآخر، حتى يأتي الرضا سليما لا يشوبه أي عيب⁽¹⁾.

ج- عدم توفير القواعد العامة للقانون المدني الحماية الكافية للمؤمن ضد سكوت

المؤمن له: وذلك عن إبلاغه عن بعض الظروف التي تؤثر في قراره النهائي عن الخطر المراد التأمين منه⁽²⁾، فهذه القواعد لا تكفل له الحماية إلا إذا كان الغلط الذي وقع فيه جوهريا، وإلا إذا كان التدليس دافعا، في حين تقتصر عن حمايته من الخطأ غير الجوهري، والتدليس غير الدافع إذا اقتصر أثره على جعل المؤمن يقبل التعاقد بشروط في غير صالحه⁽³⁾. وانتقد هذا الأساس أيضا، لكون إلتزام المؤمن له بتقديم بيانات من شأنها أن "تؤثر" في تقدير المؤمن للخطر المراد التأمين منه - فهو ملزم بتقديم بيانات مؤثرة -، أما التي لا تتغير من طبيعة الخطر، أو تنتقص من تقدير المؤمن له، لا يلزم المؤمن له بتقديمها.

ومن هنا فالبيانات المؤثرة - وفق رأي بعض الفقه - هي بذاتها البيانات الجوهرية، وعليه إذا لم يفض طالب التأمين بأي بيان جوهري أو مؤثر سيؤدي إلى تقدير المؤمن للخطر تقديرا خاطئا وبالتالي وقوعه في غلط جوهري يسمح له بإبطال عقد التأمين⁽⁴⁾، أما عدم الإفشاء ببيانات غير مؤثرة أو غير جوهرية فلن يغير من تقدير المؤمن للخطر المؤمن له، وبالتالي لا يكون في حاجة لحمايته من إخفاء هذه البيانات فتقديره للخطأ لن يتغير سواء علم بها أو لم يعلم بها⁽⁵⁾، ونحن بدورنا مع الإتجاه الغالب في الفقه في أن القواعد العامة في عيوب الرضا، لا لا تقدم أساسا كافيا لهذا الإلتزام.

د- أساس الإلزام بالإفشاء بالبيانات قبل التعاقد هو القانون: نصّ المشرع الجزائري على

هذا الإلتزام، حيث أجبر المؤمن له على الإفشاء للمؤمن بدقة - وقت إبرام العقد - بكل

(1) راجع، حول إعتبار الإلتزام بتقديم المعلومات شرط صحة في التراضي، د/ نوري حمد خاطر، د/ عدنان إبراهيم سرحان، المقال السابق، ص: 267 وما بعدها.

(2) د/ جابر محجوب علي، د/ خالد الهندياني، أحكام التأمين في القانون الكويتي مع المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، كلية الحقوق جامعة الكويت، 1999، ص: 170

(3) د/ أحمد شرف الدين، أحكام التأمين القانون والقضاء، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص: 235

(4) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص: 173

(5) د/ محمد المرسي زهرة، نفس الموضوع.



الظروف المعلومة له والتي من شأنها أن تساعد المؤمن على تقدير طبيعة ونوعية الخطر الذي يلتزم بضمانه، وذلك بموجب نص المادة 15 من قانون التأمينات التي تنص على أنه " يلزم المؤمن له : 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها ، ..."

وهكذا فقد أضفى المشرع الجزائري، بهذا النص، طابعا قانونيا على هذا الالتزام الذي يجد مصدره مباشرة في النص التشريعي، وحسم بذلك خلافا قائما في الفقه المصري الذي يتساءل في غيبة نص تشريعي مماثل لنص المادة 15 قانون التأمينات على الأساس القانوني لالتزام المؤمن له بالإفضاء عن بيانات الخطر.

وإن كان الرأي الراجح فقها لم يكتف بالتصميم التشريعي بالإلزام بالإفضاء، بل جعل المبدأ الذي إستمدت منه هذه القاعدة هو شيء من كل هذه المبادئ السابقة، إذ لا مانع من تضافرها معا.

وأيا كان الأساس النظري التأصيلي الذي يقوم عليه هذا الإلزام، فإنه يظل مؤسسا قانونا على المقتضيات التشريعية التي عنيت بمسألة أساسية وهي شروط هذا الإلزام (نطاقه).

ثانيا: نطاق الإلزام بالإفضاء أثناء التعاقد:

يتحدد نطاق الالتزام بالإفضاء بتحديد البيانات التي تكون محلا له، وهذه تتحدد ببيان الشروط الواجب توافرها في بيان ما، حتى يجبر المؤمن له على الإفضاء به، فالالتزام بالإفضاء يرد على البيانات التي تستجمع هذه الشروط، التي تستخلص من نص المادة 15 قانون التأمينات وهي:

- أن تكون البيانات مؤثرة في الخطر.

- أن تكون معلومة للمؤمن له.

- أن تكون مجهولة للمؤمن.

1- **إلزام المؤمن له بالإفضاء بالبيانات المؤثرة في الخطر:** إن الغرض من إلزام المؤمن له بالإفضاء ببيانات الخطر إلى المؤمن، هو تمكين هذا الأخير من تكوين فكرة صحيحة عن الخطر المراد التأمين منه، هذه الفكرة تسمح له باتخاذ قراره في أمرين: الأول يتعلق بقبول



تغطية الخطر من عدمه، والثاني، يتصل بتحديد القسط الذي يطلبه نظير تغطية هذا الخطر⁽¹⁾. فالمؤمن له هو المصدر الوحيد الذي يعتمد عليه المؤمن في تقدير الخطر، إذ ليس بوسعي المؤمن مهما أوتي من الخبرة الواسعة الإحاطة بدقائق الخطر والإلمام بكافة جوانبه، لذا وعلى ضوء هذا الغرض يتحدّد التزام المؤمن له بالإفشاء بكافة البيانات والظروف التي من شأنها أن تؤثر على الخطر، أي من شأنها أن تؤثر على قرارات المؤمن السابقة - قبول التأمين والقرار المتعلق بتحديد مقدار القسط -⁽²⁾.

أمّا البيانات التي تتعلق بالخطر أصلاً، أو تتعلق به، لكن ليس من شأنها أن تؤثر في تقدير المؤمن للخطر، فلا يلتزم طالب التأمين بالإدلاء بها ولا يوقع عليه أي جزاء⁽³⁾.

أما تلك البيانات الأخرى التي لا تتعلق بالخطر وليس من شأنها أن تؤثر في تقدير المؤمن له، فلا يلتزم المؤمن له بالإدلاء بها، وهو ما يبرر الخروج على القواعد العامة والتأثير على إرادة أحد الأطراف، من خلال إلزامه بالإفشاء. وتنقسم هذه البيانات إلى نوعين، بيانات موضوعية وأخرى شخصية.

أ- البيانات الموضوعية: فهي البيانات المتعلقة بمحل التأمين، أي موضوع الخطر المؤمن منه والتي تتناول الصفات الجوهرية للخطر، وما يحيط به من ظروف وملابسات يكون من شأنها تحديده تحديداً دقيقاً⁽⁴⁾، وهي تختلف بحسب نوع التأمين.

⁽¹⁾ أ. موريس منصور، التأمين الإلزامي من المسؤولية عن حوادث السيارات، نظرية وتطبيق، دون دار نشر، 1967، ص: 63.

⁽²⁾ يرى جانب من الفقه أن إلزام تقديم المعلومات شرط مطلوب عند التعاقد، ويظهر أثره عند نفاذ العقد، وعدم تقديمه للمؤمن يعد عيباً في التراضي يستوجب المسؤولية العقدية للمؤمن له، أنظر د/ نوري حمد خاطر، د/عدنان إبراهيم سرحان، المقال السابق، ص: 268.

⁽³⁾ M.PICARD et A.BESSON, op.cit, p. 128 N° 72.

وراجع من الفقه العربي :

- د/السنهوري، المرجع السابق، رقم 614، ص: 1249.

- د/محمد عبد الظاهر حسين، ص: 301.

⁽⁴⁾ ANOUK.BORIES, op.cit, p.974.

د/نزيه المهدي، عقد التأمين، طبعة 2008، ص: 89، 90.



ففي تأمين الأشياء⁽¹⁾، يدخل فيها الظروف المتعلقة بتكوين الشيء وموقعه وقيمه، ففي التأمين على منزل ضد الحريق، يجب أن يتم تحديد المادة التي بني منها المنزل (الطوب أو الخشب) وموقعه والظروف المحيطة به أو الأنشطة الاقتصادية أو الزراعية أو التجارية التي يساهم فيها الشيء محل التأمين (سكني أو مهني، أو حرفي)، وحالة الشيء ومدى قربه من مصادر الخطر (مثل محطات تزويد الوقود)، أو مصانع المواد المفرقة والمادة المصنوع منها الشيء⁽²⁾.

وفي التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات يدخل في هذه البيانات نوع السيارة المؤمن عليها، وقوتها، وسنة صنعها، وتاريخ شرائها والأغراض التي تستعمل فيها (خاصة أم لنقل الركاب أم لنقل البضائع) وفي التأمين على الحياة، يجب تحديد جنس وسن المؤمن على حياته وحالته الصحية الحالية والسابقة، والأمراض التي سبق أن أصيب بها حتى لو كان قد شفي منها. وتأمين الإصابات، يجب تحديد مهنة المؤمن له وما يزاوله من نشاط قد يعرضه للإصابة⁽³⁾.

أ - **البيانات الشخصية:** وهي تلك البيانات التي تتعلق بشخص المؤمن له، والتي وإن لم يكن لها تأثير في تحديد سعر القسط مثل البيانات الموضوعية، إلا أن لها أهمية أكبر من

د/ جابر مجبوب علي، المرجع السابق، ص: 271؛ د/ خالد أحمد حسن، الوسيط في عقد التأمين، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص: 257؛ د/ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص: 302؛ د/ جلال محمد إبراهيم، التأمين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص: 552.

⁽¹⁾ راجع: في التأمين على الأشياء بالتفصيل، د/ فايز أحمد عبد الرحمان، التأمين على الأشياء، دار النهضة العربية، مصر 2003.

⁽²⁾ من التطبيقات القضائية الفرنسية حكم محكمة النقض حول مسؤولية المتعاقد (طالب التأمين عن الإلقاء ببيانات كاذبة في طلب التأمين إذا ثبت أنه قرر فيه أن (ديسكوتيك) المملوك له والمطلوب التأمين عليه مصنوع من الطوب بينما هو مصنوع من مواد أخرى بما فيها الخشب.

CASS.CIV. 17-5-1982, GAZ.PAL, 1982.PAN .302.

مشار إليه في مرجع د/ محمد عبد الظاهر حسين، ص: 302 هامش (3)؛ د/ محمد عطا الله مصري شرعان، الالتزام بإعلان الخطر، دراسة تحليلية لالتزام المؤمن له في عقد التأمين البري بإعلان الخطر المؤمن منه وجزاء الإخلال به، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 1979، ص: 30.

⁽³⁾ انظر في ذلك إلى: د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص: 176؛ د/ جابر مجبوب علي، المرجع السابق، ص: 271؛ د/ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 553.



ذلك لأنه يتوقف عليها موافقة المؤمن على إبرام عقد التأمين ذاته أو عدم موافقته على ذلك⁽¹⁾، ومن هذه البيانات، الإعلان عن أخلاق طالب التأمين ومدى يساره ومقدار ما يبذله من عناية في مجال التأمين، وفيما إذا كان قد سبق الحكم عليه بشهر الإفلاس أو بالتصفية القضائية، وصحيفة سوابقه، ونوع الجرائم التي ارتكبها.

وبيان عقود التأمين التي سبق له إبرامها مع مؤمن آخر، وهل تحقق فيها الخطر أم لا، وهل تقدم لإحدى شركات التأمين بطلب التأمين فرفضت طلبه، وأسباب الرفض إلى غير ذلك من الظروف الشخصية التي تعطي للمؤمن فكرة صحيحة لاتخاذ قراره بقبول التأمين أو عدمه، وتلعب هذه البيانات أهمية سواء في تأمين الأشخاص - وإن كانت الأهمية أكبر في هذا النوع لأن شخص المؤمن له محل اعتبار-، أم في تأمين الأشياء أو المسؤولية، وذلك لأنه يجب أن يطمئن المؤمن إلى شخصية المؤمن له والظروف المتعلقة به أيا كان نوع التأمين.

ويثور التساؤل لمعرفة المعيار الذي ينبغي التعويل عليه في تقدير مدى تأثير جوهرية البيانات أو الظروف المتعلقة بالخطر المراد تأمينه، هل نعتد على معيار المؤمن المعتاد، فننظر إلى تقييم مؤمن معتاد، يكون في نفس ظروف هذا المؤمن، الذي يتضرر من إخلال طالب التأمين بالتزامه بالإفشاء قبل التعاقد، أم أننا ننظر إلى مدى جوهرية المعلومات وتأثيرها على تقدير المؤمن من وجهة نظر مؤمن له معتاد، أي في نفس ظروف هذا المؤمن له، فعول من ثم على معيار المؤمن له المعتاد؟

يرى البعض أن معيار البيان المؤثر والجوهري، إنما هو أمر يتم تقديره من وجهة نظر المؤمن، ومن ثم لا يعتد في هذا بالتقدير الشخصي للمؤمن له⁽²⁾ (فلا يقبل من هذا الأخير مثلا، عدم قيامه بإعلان مهنته إلى المؤمن بدعوى جهله بأنه يضع تعريفات مختلفة للأقساط

⁽¹⁾ انظر د/نزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص: 91 وما بعدها.

⁽²⁾ M.PICARD et A.BESSON, les assurances terrestres , T1 le contrat d'assurance , 5^{ème} éd, L.G.D.J.1982, p 128 ; N. JACOB, les assurances 2^{ème} édition, DALLOZ, 1979, p.103 N° 122 ;

- G.BRIERE DE L'ISLE, droit des assurances, Thémis, 1973, p.73.



حسب المهنة"⁽¹⁾، فإذا معيار البيان الجوهري - عند أصحاب هذا الرأي - "يكون بما يتأثر به المؤمن الحريص المجرب في تقديره إذا عرف البيان عند إبرام العقد"⁽²⁾.

ويرى البعض الآخر، أن في اتخاذ معيار المؤمن المعتاد، لتقدير مدى تأثير جوهرية البيانات والمعلومات المرتبطة بالخطر، عنت بالمؤمن له على أساس أن المؤمنين عادة ما يكونوا أمام عدد كبير من البيانات التي لا يستطيع أكثر المؤمن لهم حرصا اكتشاف أنها مهمة ومؤثرة (جوهريّة) أم لا، وبالتالي يكون من غير المقبول، أن نفرض عليهم الالتزام بالإفضاء ببيانات منظور إلى أهميتها من زاوية المؤمن، لذلك يقترح أصحاب هذا الرأي التعويل على معيار المؤمن له المعتاد⁽³⁾.

أما من وجهة نظرنا، فنعتقد أنّ الرأي الأول أجدر بالتأكيد، لأنه ينسجم والحكمة التي من أجلها أجبر المشرع طالب التأمين على هذا الإفضاء قبل التعاقد، حيث قصد من هذا الإلتزام تبصير المؤمن وتنويره بكل ما يملكه المؤمن له من معلومات وظروف ترتبط بالخطر المراد تأمينه، ويحظى بتأثير كبير في بناء رأيه وتكوين قراره بصدد العقد المزمع إبرامه. سواء من حيث قبوله أو عدم قبوله له، أو من حيث شروطه التي يرتضيها، وبالتالي كان طبيعيا والقصد من هذا الإلتزام مراعاة مصلحة المؤمن باعتباره الطرف الذي أودع ثقته كلها في شخص المؤمن له منتظرا منه أن يزوده بما هو جوهري بالنسبة له من معلومات، لا يستطيع إدراكها مهما بلغ حرصه في التحري وعمقه في البحث، أن يكون المعيار المعول عليه هو المؤمن المعتاد، وليس في ذلك عنت بالمؤمن له لأننا لا نعول على معيار شخصي، يعتمد على شخص المؤمن نفسه، إنّما نعلم على معيار موضوعي ألا وهو معيار المؤمن المعتاد⁽⁴⁾، وخاصة أن المؤمن له حسن النية الذي يكتم عن المؤمن معلومات، ويجهل أنها جوهرية ومؤثرة بالنسبة للمؤمن لا يتعرض لجزاء البطلان، وإنما يكون الجزاء بما يتناسب وحسن نيته.

(1) د/جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 551.

(2) د/خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص: 255.

(3) د/برهام محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشريعة مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص: 120.121.

(4) د/خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص: 256.



أمّا حول تقدير مدى جوهرية المعلومات أو الظروف المتعلقة بالخطر المراد تأمينه أو عدم جوهريتها، هل هو من مسائل الواقع التي يملك القضاء بصدها السلطة المطلقة في التقدير⁽¹⁾، أم على العكس تعد مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض⁽²⁾ وفي هذا الاختلاف تؤيد الرأي الأول لتعلق الأمر بتكليف واقعة وهو ما لا يدخل في رقابة المحكمة العليا.

2- **لزام المؤمن له بالإفشاء بالبيانات المعلومة له:** لا يكفي أن تكون البيانات مؤثرة في الخطر، حتى يلتزم المؤمن له بالإفشاء بها، بل يلزم فوق ذلك، أن يكون هذا الظرف معلوما للمؤمن له، وهو شرط يبدو - في نظر الفقه - بديهياً إذ لا تكليف بمستحيل⁽³⁾ ومن ثمّ فلا محل لمساءلة المؤمن له عن الكتمان، لأنّ الأصل أنّ الكتمان أو السكوت Réticence، لا يعد تدليسا لكنه قد يصبح كذلك، متى كان الكتمان في موضع يقتضي البيان، أي السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تتعلق بذات موضوع التعاقد، وتهم أحد أطراف التعاقد، وهو في ذلك الوقت جهلها لا يعلم بها، فهنا يعتبر الكتمان غش والغش يفسد كل شيء⁽⁴⁾، بخلاف السكوت عمدا عن بيان حقيقة في موضع لا يقتضي بيانها، فلا يعتبر ذلك تدليسا، لأنّ على كل متعاقد أن يتحرى الحقيقة بنفسه، فالموقف السلبي هذا الأصل - ما لم يلزم القانون أو العرف الشخص ببيانه - ألا يرتب عليه القانون أثرا ما. وهو ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث الأصل فيها أنّه لا ينسب لساكت قول.

فليس من العدل في شيء، بل "من العنت والتعسف أن نلزم طالب التأمين بتقديم بيانات لا يعلم عنها شيئا"⁽⁵⁾ وهي الحكمة التي، من أجلها أخضع المشرع هذا الالتزام إلى حكم خاص بعقد التأمين⁽⁶⁾، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة للغلط في القانون المدني⁽⁷⁾، وهو الالتزام بالإفشاء بما يعلم للمؤمن، وهو إلزام له ذاتية وخصوصية بحيث يتعلق فقط بعقد التأمين.

⁽¹⁾ G.B.DE L'SLE, Op.cit. p.71.

⁽²⁾ د/أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص: 301.

⁽³⁾ انظر: د/جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 273؛ د/محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص: 178.

⁽⁴⁾ أنظر: د/ نجوى أبو هيبية، المرجع السابق، ص: 43 وما بعدها.

⁽⁵⁾ CH.DUBREUIL, op.cit, p. 280.

⁽⁶⁾ انظر نص المادة 15 قانون التأمينات.

⁽⁷⁾ المواد 81 - 82 - 85 من القانون المدني.



كما أنّ المعلومات التي يقوم بكتمتانها، أو عدم تقديمها المؤمن له في عقد التأمين، تتجاوز من حيث مفهومها ونطاقها، المعلومات أو البيانات المتصلة بالصفة الجوهرية للمحل، أو البيان الدافع إلى التعاقد في القواعد العامة للغلط، ليشمل كل معلومة أو بيان يشير أيّ رد فعل لدى المؤمن باعتباره الدائن بالالتزام بالإفشاء قبل التعاقد.

ويثور التساؤل حول ماهية العلم المطلوب من جانب المؤمن له، هل هو العلم الفعلي، أم أنه يكفي مجرد إمكانية العلم والمعرفة؟ بعبارة أخرى، هل يلتزم المؤمن له أيضاً بالإدلاء بالبيانات التي وإن كان يجهلها، إلاّ أنّه كان في استطاعته العلم بها، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها ؟ تباينت مواقف الفقه في هذا الشأن:

ضرورة العلم الفعلي: ذهب بعض الفقه إلى تطلّب العلم اليقيني بالبيانات والظروف، حتى يقوم الالتزام بالإفشاء بها على عاتق المؤمن له⁽¹⁾، لأنه لو اكتفينا بالعلم المفترض كميّار لالتزام المؤمن له بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، لما ظهر الفارق بين جزاء الغلط في القواعد العامة والجزاء الخاصة بعقد التأمين⁽²⁾، ولانتهت الغاية من إقرار هذا الالتزام.

(1) د/ مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص: 203؛ د/ جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص: 273؛ د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص: 230؛ د/ سهير منتصر، المرجع السابق، ص: 57، 58.
- أ. لحبيب خضر، تفاقم الخطر في التأمين البري، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص: 110.
راجع حول ضرورة توافر علم المدين بالبيانات والمعلومات قول الفقيه - MURIEL - :

(un contractant ne peut être condamné pour manquement à une obligation d'information que s'il connaissait ou devait connaître l'importance de l'information recelée pour son contractant.)

- MURIEL FABRE- MAGNAN, de l'obligation d'information dans les contrats, préface. J.GHESTIN, L.G.D.J.1992, p. 188,n° 242.

Voir aussi, Y. BOYER, op. cit. p. 351, n° 250.

(2) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص: 178؛ د/ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، فقرة 341، ص: 557؛ د/ سهير منتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص: 52.



إمكان العلم: اكتفى بعض الفقه⁽¹⁾ بالعلم المفترض، وعدم اشتراط العلم الفعلي من جانب المؤمن له، بحيث يكفي إمكانية علمه بالمعلومات الجوهرية التي تتصل بموضوع الخطر المراد تأمينه طبقا لمعيار الرجل المعتاد.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه من أن القضاء لم يلزم المؤمن له فحسب بالإفشاء للمؤمن بكافة البيانات المعروفة له، بل بكل ما كان يجب عليه معرفته كذلك⁽²⁾. فقد ألقى على عاتق المدين بهذا الإلتزام - المؤمن له- إلتزاما تبعا بالإستعلام والتحرّي عن كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه من أجل الإفشاء بها⁽³⁾، وذلك حتى يأتي رضا المتعاقد بإبرام العقد- والمقصود هنا المؤمن- وأوصاف محله، وسائر المعلومات التي تلعب دورا حاسما في تكوين رضائه، سليما حراً خاليا من أي عيب⁽⁴⁾.

غير أن فئة أخرى من الفقه عزفت عن ذلك الإتجاه ونحت منحى مغايرا، إذ يرى هؤلاء:

وهو الرأي الذي نرجحه، وذلك حرصا على مصالح المؤمن له، الذي يتعرض لجزاءات خاصة تتميز بنوع من "القسوة" إن هو أخلّ بالتزامه، فقسوة الجزاءات تبرّر التشدّد في تطبيقها، وتبرر الذاتية الخاصة لعقد التأمين، حيث اشتراط علم المؤمن له بالظروف علما حقيقيا لا مفترضا هو الذي يميّز جزء الإخلال بالالتزام بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، من جزء الغلط الجوهرية في القواعد العامة للقانون المدني، حيث أثر عدم تقديم المعلومات على العقد، فإذا كانت متعلقة بإنعقاد العقد كان العقد باطلا، ويعدّ هذا جزءا متشددا مقارنة بالقواعد العامة لعيوب الإرادة، إذا تعلق بالمعلومات الضرورية أثناء التعاقد إذ تقضي القواعد العامة لصحة الرضا بإبطال العقد، في حين تقرر أحكام التأمين بطلان العقد

⁽¹⁾ د/ نوري حمد خاطر، د/ عدنان ابراهيم سرحان، المقال السابق، ص: 268؛ وراجع من الفقه الفرنسي:

- M.PICARD et A.BESSON, L'assurance terrestre TOME 1 le contrat d'assurance L.G.D.J 1982, p.127.

⁽³⁾ وهو ما يؤكده الأستاذ "Boyer" في عبارته التالية:

"la jurisprudence n'exige pas simplement que le débiteur révèle ce qu'il connait aussi ce qu'il aurait du connaitre".

-Y.BOYER, l'obligation de renseignement dans la formation du contrat, préface de Y.LOBIN,press.u.d'aix- marseille 1987,p.352,n° 251.

⁽³⁾ د/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص: 246.

⁽⁴⁾ د/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص: 251.



بحكم القانون، كما أن الإكتفاء بإمكانية العلم أو ما عبر عنه البعض بما " لا يتسنى للمؤمن العلم به إلا عن طريق المؤمن له بنفسه"⁽¹⁾.

فيه تجاوز لأحد القواعد المنظمة لعقد التأمين، حيث ألزم المشرع المؤمن له بالإفشاء ولم يلزمه بالاستعلام والتحري، فالمؤمن له ملزم بالإفشاء والإعلام وهو مقرر بنص خاص، أما الالتزام بالاستعلام فهو التزام عام بالتعاون في إبرام وتنفيذ العقود، ولا أساس لقلب هذا الالتزام من إلزام بالإفشاء إلى إلزام بالاستعلام.

ووجب أن نفرق هنا بين إعفاء المؤمن له من الإفشاء بكل ظرف لا يعلمه، أي أن يكون مجهولاً له، وبين كونه حسن النية⁽²⁾، فحسن النية لا يعني أن يكون المؤمن له جاهلاً بالواقعة، بل يعني أنه كان عالماً بها ولكنه لم يقدمها للمؤمن اعتقاداً منه بعدم أهميتها، دون توافر قصد الغش أو الإضرار بالمؤمن⁽³⁾، وهو لا يعفي من واجب الإفشاء، أمّا الجهل بالظرف يعني عدم العلم به ويعفي من واجب الإفشاء، ويقع عبء إثبات علم المؤمن له بالظرف الذي لم يتم الإفشاء به على المؤمن⁽⁴⁾، وتؤدي هذه النتيجة إلى أن تجد شركة التأمين نفسها في وضع صعب على صعيد الإثبات، لأن وسائل هذا الإثبات تبدو في صدد الجهل بالبيان صعبة المنال، ففي كثير من الحالات يتطلب إثبات جهل المؤمن له بواقعة معينة إقامة الدليل على حقيقة أمور نفسية داخلية يتعذر إدراكها، ويتعذر في شأنها الوصول إلى قدر من اليقين الكافي⁽⁵⁾. لذلك فإن المؤمن يركن إلى تقدير قاضي الموضوع الذي ينتهي من فحص وقائع النزاع إلى حكم بأن المؤمن له كان يعلم أو على العكس كان يجهل بيانا بذاته، ولأن العلم أو الجهل مسألة متعلقة بواقعة مادية، فإن ما يقدم لإثباته يدخل في نطاق حرية الإثبات، حيث يجوز الاستعانة بالشهود والقرائن، غير أن هذه الملاحظة لا تخفف من صعوبة الإثبات، لأن

(1) أ.حبيب خضر، المرجع السابق، ص: 110؛

(2) يرى بعض الفقه أنه يجب التمييز بين الإهمال في البحث عن المعلومات وبين الجهل بها، فإذا كان المؤمن له يقظاً حتى النهاية في حرصه على تقديم المعلومات كافة فلا مسؤولية عليه، ويجب أن يبقى سقف المعلومات التي يجب أن يقدمها منحصراً في المعلومات المهمة؛ د/ نوري حمد خاطر، د/ عدنان سرحان، المقال السابق، ص:

(3) - M. PICARD et A. BESSON, op.cit., p.128.

(4) د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص: 304.

(5) انظر: د/ سهير منتصر، المرجع السابق، ص: 53.



الشهود والقرائن لا بدّ أن ترد على واقعة النزاع على نحو واقعي، وليس على نحو مجرد⁽¹⁾، بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يقرر النتيجة التي يتوصل إليها لمجرد أن الرجل العادي لو وجد في ذات ظروف المؤمن له كان لا بدّ عالماً - أو جاهلاً - بالبيانات موضوع النزاع، فلا بدّ للقاضي إذن أن يعتمد على القرائن الفعلية والواقعية.

3- الإلزام بالإفشاء بالبيانات التي جهلها المؤمن: لا محل لإجبار المؤمن له بالإفشاء عن

ظروف تكون معلومة للمؤمن، لأنّ علم المؤمن بهذه الظروف معناه أن يكون قد أخذها في اعتباره لدى تقدير قبول التأمين وتحديد القسط⁽²⁾. فعلم المؤمن يحقق الغاية من هذا الإلزام بالإفشاء الذي لا يستند - في وجود العلم - إلى سبب يبرره، ولذلك لا محل للإجبار بالإفشاء، إذا كانت الواقعة ذات شهرة عامة والتي يعلمها المؤمن أو ينبغي أن يعلمها⁽³⁾، وسكت المؤمن له عن ذكر هذه الملابسة لأنها معلومة للكافة، وللسبب ذاته إذا قام المؤمن بالتحري عن الخطر عن طريق مندوبيه، كقيامه، بمعاينة البضائع أو فحص المؤمن له، فلا يستطيع بعد ذلك أن يحتج على هذا الأخير بعدم الإفشاء ببيان كان باستطاعته، من خلال التحري الذي قام به، أن يتوصل إليه⁽⁴⁾، كما لا يكلف المؤمن له أيضاً بالإفشاء ببيانات موجودة سلفاً في سجلات المؤمن، باعتبار المؤمن له قد سبق وأبرم وثيقة لدى نفس المؤمن، وما ورد في نفس الوثيقة يعد معلوماً لديه ولا يلزم به المؤمن له.

ولبداهة قيام هذا الشرط، فضّل المشرع التفاوضي عنه، فلم يتم التعرض له صراحة ضمن المادة 15 من قانون التأمينات، إذ لا يعقل أن يؤاخذ المؤمن له لعدم تصريحه للمؤمن بظرف ما

(1) راجع: د/سهير منتصر، المرجع السابق، ص: 54.

(2) د/جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص: 274.

(3) د/جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 563؛ د/عبد الودود يحي، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص: 150.

(4) د/جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 563؛ د/عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص: 150.



حال أنّ المؤمن على علم به، فلا يستقيم في تلك الوضعية الحديث عن إخلال مغل من قبل المؤمن له، ذلك أن الواقعة الموضوعية التي يفترض توافرها لقيام هذا الإلتزام لم تتحقق⁽¹⁾.

فالمؤمن لا يجهل البيانات والظروف، ولا ينال من ذلك حتى حرص المؤمن له على إخفاء تلك المعطيات عن المؤمن، فلا مجال للقول بمؤاخذة الشخص لعدم الإفضاء لغيره بما يعلمه فعلا.

وقد تفتنت بعض التشريعات المقارنة لهذه المسألة، ذ فأولتها اهتماما مباشرا، إذ أكد القانون البلجيكي على وجوب أن يتولى المؤمن له الإفضاء بالظروف التي يعلمها، وأضاف "غير انه لا يلزم بان يصرح للمؤمن بالظروف التي يعلمها بعد أو التي كان عليه معقوليا أن يعلمها"⁽²⁾، وينتهج القانون الكندي نفس النهج تقريبا إذ اقتضى بأنه: "ليس من الوجوبي التصريح بالظروف التي يعلمها المؤمن أو يفترض فيه ان يعلمها اعتبارا لشيوعها، مالم يتعلق الأمر بالإجابة على سؤال مطروح"⁽³⁾.

وعن أوجه تحقق علم المؤمن، المعني من الإلزام بالإفضاء، فيكون ذلك إمّا بصفة شخصية مباشرة أو عبر أحد ممثليه.

- أمّا عن تحقق علم المؤمن بصفة شخصية فيمكن أن يتم إما بموجب تصريح سابق صادر عن المؤمن له أو نتيجة سعي من المؤمن أو بموجب صيرورة الظرف معروفا وشائعا لدى الجميع. بالنسبة لعلم المؤمن الناتج عن تصريح سابق من قبل المؤمن له، فيمكن تصور هذه الوضعية في صورة ما إذا قام المؤمن له في إطار عقد تامين سابق، مع نفس المؤمن، بالإفضاء له ببيانات

⁽¹⁾ أنظر: محمد شرعان، الإلتزام باعلان الخطر، دراسة تحليلية للإلتزام المؤمن له في عقد التامين البري باعلان الخطر المؤمن منه وجزاء الاخلال به، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 1979 ص: 48

⁽²⁾ أنظر:

- ART.5.al.1.L.B.A, "... Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devait raisonnablement connaître "

⁽³⁾ أنظر :

- ART.2486, AL.2,C.C.C " Il n'est pas obligatoire de déclarer les circonstances que l'assureur connaît ou et présume connaître en raison de leur notoriété, sauf en réponse aux questions posées "



وظروف خطر ينوي تأمينه ثم عدل ليقدر خلال تلك الفترة - ما بين الإفشاء وبين التحقق الفعلي من البيانات وظروف الخطر - من إبرام عقد تأمين، فلا يستوجب من المؤمن له معاودة الإفشاء، مرة ثانية بنفس الظروف والبيانات لأن علة وجوب الإفشاء، هي جهل المؤمن للبيانات والظروف الملزم الإفشاء بها، فطالما أنّ هذا الجهل منعدم فلا مدعاة للإفشاء بمعلوم.

وقد يحصل علم المؤمن من ناحية أخرى، فيكون نتاجا لسعي من طرفه يعفي المؤمن له من هذا الإلزام.

وقد تقوم قرينة على علم المؤمن بالبيانات وظروف الخطر، انطلاقا من شيوع المعلومة المتعلقة به، فإذا كانت الوقائع معلومة للكافة فان من المفترض في المؤمن معرفتها كبقية الناس⁽¹⁾.

ويطرح التساؤل في هذا الصدد، أنه إذا كان علم المؤمن بالظرف يكفي لإعفاء المؤمن له من واجب الإدلاء به، فهل علم الوسطاء يكفي أيضا لإنتاج نفس الأثر؟

تختلف الإجابة على هذا التساؤل حسب التكييف القانوني للعلاقة التي تربط المندوب بالمؤمن في كل عقد على حدى، وهل يعتبر المندوب وكيلا أي نائبا قانونيا عن المؤمن في إبرام عقد التأمين، أم لم يصل دوره إلى هذا الحد وإنما هو مجرد تابع للمؤمن فحسب؟

الحالة الأولى: إذا ثبت أن المؤمن قد منح مندوبه كافة السلطات الكاملة التي يمنحها الأصيل لنائبه القانوني ومن أهم هذه السلطات بالنسبة لعقد التأمين حق المندوب في التوقيع على وثيقة التأمين، ففي هذه الحالة يعتبر المندوب وكيلا عن المؤمن ويكون له سلطة تمثله⁽²⁾، ولذلك يقوم علم المندوب في هذه الحالة بالبيانات وظروف الخطر مقام علم المؤمن نفسه، ولا يستطيع المؤمن له أن يتمسك بهذا العلم في مواجهة المؤمن ليتجنب توقيع الجزاءات عليه⁽³⁾.

الحالة الثانية: أما إذا لم يكن لمندوب المؤمن حق التوقيع على وثيقة التأمين - وهذا هو الغالب عملا - فإنه لا يعتبر وكيلا عنه، وإنما مجرد تابع ينحصر دوره في تلقي طلبات

(1) أنظر د/ عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص: 211.

(2) د/ نزيه صادق المهدي، عقد التأمين "مع بيان أهم المستجدات التأمينية"، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2007، ص: 147.

(3) أنظر:



التأمين ونقلها إلى المؤمن الذي يقوم بنفسه بالتوقيع على الوثيقة بواسطة مدير الشركة، ففي هذه الحالة لا يكون للمندوب صفة النيابة على المؤمن ولذلك لا يقوم علم المندوب مقام علم المؤمن، ولا يستطيع المؤمن له أن يتمسك في مواجهة المؤمن بعمله، إلا بالنسبة للبيانات الواردة في طلب التأمين أو في وثيقة التأمين.

ولكن من ناحية أخرى يلاحظ في هذه الحالة الثانية أن المندوب وإن لم يكن وكيلًا عن المؤمن، فإنه يعتبر تابعًا له، ولذلك يكون المؤمن مسؤولًا عن أعمال هذا المندوب في حدود مسؤولية المتبوع عن الأخطاء الصادرة من تابعيه، أي يستطيع أن يثبت وجود خطأ شخصي صادر من المندوب نفسه بالنسبة للبيانات التي كان يعلمها هذا المندوب ثم أخطأ في عدم نقلها إلى المؤمن، فيتوصل المؤمن له عن طريق ذلك إلى الاحتجاج في مواجهة المؤمن بهذا الخطأ الصادر من المندوب، طبقًا لنظرية مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه⁽¹⁾، ويتوقى المؤمن له بذلك توقيع الجزاءات عليه⁽²⁾ وتطبيقًا لذلك فقد حكم القضاء بأنه يتعين نسبة الخطأ إلى المندوب حتى يحتج في مواجهة الشركة بعلمه.

ويعتبر خطأ من المندوب، تسأل عنه الشركة إذا كان المندوب قد تولى كتابة بيانات الخطر المؤمن منه بنفسه، ثم أغفل ذكر أحد البيانات أو الظروف التي أدلى بها المؤمن له، أو يكون المندوب هو الذي أشار للمؤمن له بعدم ضرورة الإجابة على بعض الأسئلة الموجودة في طلب التأمين⁽³⁾، أو يكون المندوب قد قام بكتابة بعض البيانات في وثيقة التأمين المسلمة إلى المؤمن له على خلاف البيانات الموجودة في الوثيقة التي يحتفظ بها المؤمن⁽⁴⁾.

أمّا السمسار فهو وكيلًا عن المؤمن له ومسؤولًا تجاهه⁽⁵⁾، ومن ثمّ فلا يقوم علمه مقام علم المؤمن، إلا إذا أمكن أن يستشف من خلال الظروف أنه كان وكيلًا عن المؤمن⁽¹⁾.

(1) المادة 138 من القانون المدني.

(2) M. PICARD et A. BESSON, op. cit., pp. 370.372.

(3) CASS. CIV. 3 mars 1931, R. G. A. T., 19931.549.

(4) CASS. CIV. 6 janv 1936, R. G. A. T., 1936.58

(5) راجع المادة 285 من قانون التأمينات حيث تنص: "...ويعد سمسار التأمين وكيلًا للمؤمن له ومسؤولًا تجاهه".



أما المشرع الجزائري فلم يحسم هذه المسألة بصفة دقيقة⁽²⁾، مما يعني ضرورة وجوب الرجوع للأحكام الخاصة بعقد الوكالة لحكم العلاقة بين المؤمن ونائبه.

خلاصة:

ونخلص إلى أن التأمين من أكثر المجالات حساسية للكتمان أو الكذب أو سوء النية، لأنها تتنافى مع ما يبحث عنه الطرفان من أمان وثقة.

لذلك لم يشذ المشرع الجزائري على التوجه الغالب⁽³⁾، الذي يقر هذا الحق للمؤمن، بإلزام المؤمن له بالإفشاء، حيث وضع على عاتق هذا الأخير التزاما مضمونه تبصير المؤمن وإعطاءه فكرة كاملة وصادقة عن حقيقة الخطر المؤمن منه وبكل الظروف المتعلقة به وذلك وقت التعاقد - خروجاً على القواعد العامة - قصد مراعاة مصلحة المؤمن باعتباره الطرف الذي أودع ثقته في شخص المؤمن له منتظراً منه أن يزوده بما لا يستطيع إدراكه من معلومات مهما بلغ حرصه في التحري وعمقه في البحث. لذلك وجد هذا الإلتزام مصدره في النص القانوني إلى جانب إعتبارت حسن النية والتعاون والأمانة

وراجع حول التزامات السمسار تجاه طالب التأمين، د/مدحت محمد محمود عبد العال، المسؤولية المدنية لوسيط التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص: 29 وما بعدها.

⁽¹⁾ د/أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص: 305.

وراجع حول اكتساب السمسار صفة الوكيل عن الشركة، د/مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص: 81.

⁽²⁾ كما فعل المشرع التونسي بالفصل 77 من مجلة (قانون) التأمينات بقوله: "وتخضع العلاقات بين نواب التأمين ومنتجي التأمين على الحياة ومؤسسات التأمين لأحكام مجلة الإلتزامات والعقود خاصة المتعلقة بالوكالة بأجر"

⁽³⁾ بإستثناء قلة نادرة من الأنظمة القانونية التي لم تقرر الإلزام بالإفشاء كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي: راجع

P. CATALA, la déclaration du risque en droit français et anglais, comparé, R.G.A.T.1967, p:147.

مسؤولية الطفل الجزائرية في الشريعة الإسلامية والتقنين الجزائري واليبي

أ/جدي الصادق

أستاذ مساعد مكلف بالدروس

كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس - سطيف -

مقدمة:

من المسلم به أن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع، التي يتعرع في أحضانها طفل المستقبل للمجتمع ومن ثمة كان لزاما على هذا الأخير توفير الوقاية والحماية اللأزميتين لأبنائه لتجنبيهم مسلك الجنوح والانحراف، وإلا اكتوى بناهم بدل الاهتداء بنورهم.

ومن بين الوسائل الضامنة لهذه الحماية، وجوب تحديد مسؤولية الحدث الجزائرية في القانون على أن يكون ذلك بحسب تدرجه في السن .

وهذا ما جعل هذا النوع من المسؤولية ينال اهتماما وطنيا ودوليا، تبلور في العديد من التشريعات العقابية والمبادئ والوثائق المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وليس في هذا غرابة لأن معاملة الصغار من الناحية العقابية، تختلف عن الراشدين، مما يجعل هذه الفئة تنفرد بالخضوع لأحكام خاصة في المسؤولية الجزائرية لعدة اعتبارات أهمها:

- أن فئة الأطفال مازالت طرية وفي بداية مشوارها التكويني، فهي قابلة للتشكيل والإصلاح بسرعة.

- أن المنحرفين من الأطفال في الغالب هم ضحايا لآفات وسلوكيات اجتماعية ليسوا مشاركين في نسجها أو إفرازها.

- إن قساوة العقوبة تحول دون سبيل التقويم والإصلاح وإعادة الإدماج.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في هذا المذمار منذ عهدها الأول، إذ وضعت معالم مميزة بين مسؤولية الأطفال والكبار، فيصل التفرقة فيها هو العقل والإدراك، وهي نفس



المعايير التي توقف عندها الفقه والقضاء والقوانين الوضعية مع بعض الاختلافات حول أمارات بدايتها واكتمالها، ودرجة المسؤولية المقررة لها.

أهمية البحث:

تعود أهمية البحث في كونه يعالج أهم يد موجهة يمكن أن يمسك منها المجتمع، فإذا وجدت العناية والضمانة اللائقة، استقامت وصلح المجتمع باستقامتها، ولن تتوافر هذه العناية إلا إذا كانت القواعد السائدة أو التي يتلقاها الأطفال غير مخالفة للسلوكيات الأخلاقية والقيم الاجتماعية التي ينعقد بشأنها إجماع العقلاء.

وما يدعم هذه الأهمية أن الفقه الإسلامي أعطى نموذجا فريدا في رعاية الأطفال وأوضح أن مسؤوليتهم في الغالب تتحدد على ضوء ما تلقاه الصبي في مهده الأسري ومجتمعه، قال رسول الله ﷺ: "يولد الطفل على الفطرة وأبواه يهودانه، أو ينصرانه أو يمجسانه"، وهذا ابن خلدون يقول: "المرء ابن بيئته".

ثم أن سياسة التشريع الجنائي سواء على المستوى الوطني أو الدولي تتعامل بكيفية خاصة وحذرة كلما تعلق الأمر بالأحداث، بعدما تبين لها أن هذه المعاملة سبب من أسباب الوقاية وسبيل إصلاح، وعامل من عوامل القضاء على الجريمة.

ولهذه الأهمية سنعالج موضوع البحث ببيان انعدام ومسؤولية الحدث الجزائرية في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري والليبي حسب الخطة التالية:

مبحث تمهيدي: تعريف الطفولة:

المبحث الأول: انعدام مسؤولية الطفل الجزائرية في الفقه الإسلامي والتقنين الجزائري والليبي.

المبحث الثاني: مسؤولية الحدث الجزائرية في الفقه الإسلامي، والتقنين الجزائري والليبي.

المبحث التمهيدي: تعريف الطفولة:

لفظ الطفل يحمل عدة إطلاقات منها: الصبي، القاصر، صغير السن، النشء، والولد، الغلام، الحدث.

في ظل هذه الألفاظ المختلفة المبني، المتقاربة المعنى، يتعين علينا قبل معالجة انعدام مسؤولية الطفل وقيامها في الفقه الإسلامي والتقنين: الجزائري والليبي أن نعرف مفهوم الطفل ونقف على معيار حدود الطفولة، وذلك بتقسيم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين:



- المطلب الأول تعريف الطفل في الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الجزائري والليبي
- المطلب الثاني: معيار الطفولة.

المطلب الأول : تعريف الطفل في الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي الجزائري والليبي:

إنّ الشريعة الإسلامية التي أولت عناية فريدة للإنسان وكرّمته لم يغب عنها إعطاء مفاهيم واضحة وأحكاما لكل مرحلة يمر بها هذا المخلوق، وهو ما تكفل بتبَيّانه الفقه الإسلامي وما وقف عنده الفقه الوضعي ونتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الطفل في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف الطفل في الفقه الوضعي والقانون.

الفرع الأول: تعريف الطفل في الفقه الإسلامي.

تعرف الطفولة في الفقه الإسلامي مرحلتين، مرحلة يكون فيها الطفل غير مميز، فالإنسان في هذا الفقه جنين مادام في بطن أمه، فإذا انفصل عن بطن أمه انفصالا تاما وحيًا، سمي صبيا أو صبية ويستمر بهذا الوصف في مرحلته الأولى إلى غاية 7 سنوات ولا يتصور منه قبلها تمييز ولكن إذا تجاوز هذه السن فقد يكون مميزا، وإذا نال الصبي حضا من التمييز انتقل إلى المرحلة الثانية من صباه ويطلق عليه الصبي المميز، وهو في هذا الفقه من يعرف مقتضيات العقود بالإجمالي ليعرف أن البيع يقتضي خروج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، وأن الشراء يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري في نظير مال يدفعه، ولذلك يقول الفقهاء: أن من أمارات التمييز أن يعرف أن البيع سالب وأن الشراء موجب، بمعنى أن الشراء يدخل في ملكه شيئا وأن البيع يخرج من ملكه شيئا، ويستمر بهذه الحال إلى غاية البلوغ، ودخول مرحلة الشباب ثم الكهولة ثم الشيخوخة إلى آخر أيام حياته⁽¹⁾.

وأول تقدير للبلوغ عند الأطفال يعرف بظهور العلامات الطبيعية على مستوى أعضاء التناسل.

يرى الإمام السيوطي أن سن البلوغ يعرف بمظاهر الرجولة أو الأنوثة، وهي النبات والثبات⁽²⁾.

يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَأَسَمْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْعُوا إِلَيْهِمْ ءَأْمْرَهُمْ﴾

وهذه الآية فيها ما يفيد أن النكاح علامة ترك الصِّبا وانتهاء مرحلته، وإن لم تظهر الأمارات الدالة على تجاوز مرحلة الصِّبا، فإن تقدير البلوغ يكون بالسن، وهو عند الإمام مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما، إذا لم تظهر على الطفل العلامات الطبيعية، يكون



بتمام سن الثامنة عشر للفتى، والسابعة عشر للفتاة عند أبي حنيفة، وعند جمهور الفقهاء يقدر بخمس عشرة سنة، سواء كان الطفل ذكرا أو أنثى⁽³⁾.

والخلاصة، في الفقه الإسلامي، يكون صبيا غير مميز من لم يبلغ سن السابعة، وصبيا مميزا من تجاوزها، ولم تظهر عليه علامات البلوغ الطبيعية، أو لم يستكمل مدة السن التقديرية.

الفرع الثاني: تعريف الطفل في الفقه الوضعي والقانون.

أولا : تعريف الطفل في الفقه الوضعي والمواثيق الدولية

أورد الفقه الوضعي عدة تعريفات للطفل منها : أنه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد الجنائي⁽⁴⁾، " أنه إنسان في طور النمو"⁽⁵⁾، وعرفته المادة الأولى من إتفاقية حقوق الإنسان بأنه: " كل إنسان لم يجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه."⁽⁶⁾

كما عرفته قواعد الأمم المتحدة النموذجية الخاصة بإدارة الأحداث المعروفة باسم: " قواعد بكين " بأنه الشخص صغير السن، تجوز مساءلته بموجب النظم القانونية عن جرم بطريق تختلف عن مساءلة البالغ⁽⁷⁾.

ثانيا: تعريف الطفل في القانونين الجزائري والليبي:

لقد شاع استعمال لفظ الحدث في التقنينات الوضعية وقد حاولت البعض منها وضع تعريف للطفل⁽⁷⁾، والبعض الآخر تركه للفقه والقضاء.

أمّا المشرع الجزائري فقد أورد في العديد من نصوص قانون العقوبات عدة ألفاظ للطفل منها: القاصر⁽⁸⁾، الولد⁽⁹⁾، الطفل⁽¹⁰⁾، كما استعمل لفظ الحدث⁽¹¹⁾ في قانون الإجراءات الجزائية، ويبدو من سياق هذه النصوص القانونية أن مدلول هذه الألفاظ واحد، ووضع تعريفا للقاصر بأنه: " كل من لم يكمل الثامنة عشر"⁽¹²⁾

أمّا المشرع الليبي، فقد عرفه بأنه: " من لم يبلغ سن الرشد وهو مميز وغير مميز "⁽¹³⁾ ويستفاد من هذه التعريفات المذكورة ما يلي:

- أنّها لم تحدد بداية لسن الطفولة اعتقادا منها أن حياة الإنسان في هذه المرحلة تقدر من لحظة استهلاله صارخا من بطن أمه.

- أن المشرع قد أوجد قرينة قانونية على أن كل من لم يبلغ الثامنة عشر كحد أقصى، يعد طفلا غير مميز أو مميز، فهل هذا يعني أنها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس؟ وأنه لا



يجوز لمن جاوز هذه السن إثبات انعدام تمييزه أو أنه مميز فقط؟ والجواب أنه لا يمكن الجزم بهذا طالما أنه لكل قاعدة استثناء.

- أن المشرع قد غالى كثيرا في تحديد سن الطفولة بما دون الثامنة عشر، وكأنه لم يراع عوامل البيئة والتربية والتعليم والوسط الاجتماعي الذي يعيشه طفل اليوم، وهو وسط يساعد كثيرا على نمو الطفل من الناحية الجسمية والعقلية، ويمكن من اكتمال ملكة التمييز لديه قبل بلوغ هذه السن بكثير⁽¹⁴⁾، وما يزكي هذا النظر أن نسبة كبيرة من الجرائم ترتكب من قبل الأطفال بإحكام وبواسطتهم، فمحتري في الإجرام كثيرا ما يستغلونهم في ارتكاب جرائم الفساد والإرهاب والاتجار بالمخدرات وتسويقها، ولقد نصت قواعد بكين على عدم تحديد السن على نحو مفرد الانخفاض، مع الأخذ بالإعتبار حقائق النضج العاطفي والفكري⁽¹⁵⁾، وهذا ما يفيد مراجعة تحديد سن الطفل على نحو غير مبالغ فيه، ولعل هذا ما حدا بالمشرع الجزائري مؤخرا إلى خفض سن الطفل عديم التمييز في القانون المدني من ستة عشر سنة إلى ثلاثة عشر سنة وهو ما نصت عليه المادة 42 بقولها: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."

المطلب الثاني: معيار الطفولة.

لمساءلة الجاني بصورة عامة والحدث بصورة خاصة فإنه لا بد من معرفة المعيار المقرر قانونا لمساءلته في النقاط الآتية:

أولا: وقت اعتبار سن الرشد الجزائري:

لقد ثار التساؤل حول الوقت الذي يمكن اعتماده كوحدة حسابية لمعرفة سن الفاعل، هل هو حدث أم بالغ؟ فهل يقدر ذلك بتاريخ رفع الدعوى أم بتاريخ الحكم عليه؟ أم بتاريخ اقترافه للواقعة المتابع بها ؟

والجواب أن حساب سن الحدث يكون من يوم ارتكاب الواقعة المنسوبة إليه وهو التاريخ الذي يعد فيصلا بين سن الحداثة والبلوغ، وعلى ضوءه تتحدد المساءلة الواجبة. جاء في المادة 443 من ق إ ج : " تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائري بسن المجرم يوم ارتكاب الجريمة ". ويتم حساب سن الحدث بالتقويم الميلادي وهو المعمول به في القانونين الجزائري والليبي، جاء في المادة 03 من القانون المدني الجزائري: " تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم



ينص القانون على خلاف ذلك" ونصت المادة 13 من ق.ع. الليبي على أنه: " إذا رتب القانون الجنائي أثرا قانونيا على زمن، يحسب ذلك الزمن بالتقويم الميلادي ولا يدخل يوم البدء في حسابان المدة ".

ويلاحظ أن سلطة تحديد السن تخضع لقاضي الموضوع على اعتبار أنها من المسائل الموضوعية.

ثانيا: وسائل إثبات سن الرشد الجزائري في الشريعة والقانون:

1- وسائل إثبات سن الرشد الجزائري في القانون: يثبت سن الرشد الجزائري في التشريعين الجزائري والليبي بأية وثيقة رسمية تحمل هوية كاملة، والمقصود بالوثيقة الرسمية، شهادة ميلاده الأصلية أو المأخوذة من دفتره العائلي أو بطاقة تعريفه أو رخصة سياقته أو جواز سفره أو جواز سفر وليه، أو بطاقة حالته الشخصية أو البطاقة العائلية .

وفي حالة غياب الوثيقة الثبوتية فإنه يجوز للقاضي أن يقدر سن الحدث بنفسه، وله أن يستعين في ذلك بأهل الدراية والخبرة حتى يتمكن من اتخاذ التدبير الملائم للحدث، ويثور التساؤل في هذه المسألة عند ظهور وثيقة لإثبات سن الرشد الجزائري بعد تقديره من قبل القاضي بما له من سلطة تقديرية أو من قبل الخبير الطبي بما له من خبرة فنية، وتكون متعارضة تماما للتقدير المحدد من قبلهما، فما هو الحل؟

والجواب أنه إذا ظهرت وثيقة إثبات الهوية عند مباشرة الإجراءات أو أثناء المحاكمة وقبل صدور حكم نهائي في الدعوى فإنه للمحكمة أن تطرح جانبا سواء تقديرها الشخصي أو الخبرة الفنية وتعمل بالبيانات الواردة في الوثيقة المستظهر بها بعد التأكد من صحتها بمختلف الوسائل القانونية، أما إذا تم الاستظهار بوثيقة الثبوتية بعد صدور حكم نهائي في موضوع الدعوى، فإن مشرّعنا لم يعالج هذه المسألة مثلما فعل المشرع الليبي الذي أوجب بموجب المادة 329 قانون الإجراءات الجنائية الليبي إعادة النظر في الحكم النهائي من جديد .

2- إثبات سن البلوغ في الفقه الإسلامي: يثبت سن البلوغ الجزائري في الفقه الإسلامي بمظاهر الرجولة أو الأنوثة، كالنبات أو الثبات أي بتبيان الشعر في العانة أو الحلم وبلوغ الفتاة حد تحمل التبعات في الأقوال، وفي الأفعال، وإذا لم تظهر أمارات الرشد الطبيعية الدالة على مجاوزة حد الصبا، فإن بلوغ الفتى يحتسب ببلوغه سن الثامنة عشر حسب المذهب المالكي، وبعض المذاهب الأخرى تقرره بالخامسة عشر .



المبحث الأول: انعدام مسؤولية الطفل الجزائرية:

من المسلم به لدى الجميع أن الإنسان يكون عاجزا عند انفصاله عن بطن أمه، إذ أنه ضعيف التكوين، ولا شك أن هذا الضعف الطبيعي لبنيته الجسمية يشمل إرادته ومداركة العقلية. ومع نمائه المتطور ينمو التمييز والإدراك إلى أن يبلغ حد النمو العقلي الكامل فيقال عن الإنسان أنه عاقل مدرك.

فالنمو العقلي وحتى الجسمي لدى الكائن البشري لا يتحقق طفرة واحدة كما هو الشأن في طبيعة المخلوقات بل يتدرج تكوينه واكتماله من مرحلة إلى أخرى.

وعلى ضوء هذا السلم التدرجي فإن العقل قد يكون منعما أو ضعيفا أو كاملا وتبعاً لذلك تكون المسؤولية متدرجة.

وهو الأمر الذي راعاه الفقه الإسلامي وأطلق عليه طور ما قبل سن البلوغ وسماه فقهاء القانون الوضعي بانعدام المسؤولية الجزائرية.

وسنعالج في هذا المبحث بداية ونهاية انعدام المسؤولية الجزائرية في الشريعة الإسلامية والتشريعين الجزائري والليبي من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: انعدام المسؤولية الجزائرية للطفل.

المطلب الثاني: أساس انعدام مسؤولية الطفل.

المطلب الثالث: تدابير سن انعدام المسؤولية.

المطلب الأول: انعدام المسؤولية الجزائرية للحدث.

سبق وأن بيّنا أن العقل لدى الإنسان يندرج بحسب نموه وقد يكون منعما أو ضعيفا أو كاملا. بمعنى آخر فهو يتطور من مرحلة لأخرى حسب الإمكانيات والظروف السائدة، وهو ما سنعالجه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول: بداية مرحلة الطفولة.

الفرع الثاني: نهاية مرحلة الطفولة.

الفرع الأول: بداية مرحلة الطفولة:

تبدأ هذه المرحلة عند فقهاء الشريعة الإسلامية بمجرد الولادة ويسمى المولود صبياً غير مميز وقبل ذلك في بطن أمه يسمى جنيناً⁽¹⁶⁾.

واستقر الفقه الوضعي على أن طفولة الإنسان تبدأ بولادته حياً على أنهم اختلفوا في اللحظة التي تحسب منها مدة الحياة. فهل هي تبدأ من تاريخ نضج الجنين وتمتعته بحياة مستقلة عن أمه وتهيئته للوضع والانفصال عن بطن أمه، ولو لم يتم ذلك في موعده لبعض الوقت لسبب من أسباب عسر الولادة؟ أو أنها تقدر بمجرد ظهور بعضه جزئياً من سبيل أمه؟⁽¹⁷⁾، والراجح أنها تعد من لحظة انفصاله حياً عن بطن أمه انفصالاً تاماً⁽¹⁸⁾.

أمّا قانون العقوبات الجزائري بشأن بداية حياة الطفل فقد أوجب حماية الجنين وهو في بطن أمه بتحريم فعل الإجهاض بأية وسيلة كانت والمعاقبة عليه⁽¹⁹⁾ ما لم يكن ذلك لضرورة مشروعة⁽²⁰⁾، بل وشدد في عقوبة الحماية في حالة اقرار هذا الفعل من قبل المعتادين ومن لهم صلة بالطب والصيدلة⁽²¹⁾.

كما جرم قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة⁽²²⁾ وجعل جزاء ذلك الإعدام، مما يفيد أن حياة الإنسان لا تبدأ من لحظة خروجه من بطن أمه بل تبدأ في فترة الحمل.

وإذا كان القانون المدني الجزائري قد حدد بداية شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً فإن هذا التحديد لا يتماشى ومقصد الحماية الذي ينشده القانون الجنائي لاختلاف الحق المراد حمايته ولا يعد هذا من قبيل التعارض بين القانونين بل هو أمر مقبول.

أمّا المشرع الليبي فقد سوى بين حماية الجنين أثناء الولادة وقتل الطفل عند الولادة⁽²³⁾ مما يستشف منه أن لحظة الحياة تبدأ من فترة تأهب الجنين للانفصال عن رحم أمه⁽²⁴⁾.

والجدير بالملاحظة هنا أن الفقه الإسلامي قسم مرحلة انعدام المسؤولية الجزائية لدى الأطفال إلى طورين: الأول وهو طور ما قبل سن السابعة، ويعد الطفل فيه غير مميز، والثاني طور التمييز ويتواصل من تمام سن السابعة إلى غاية ثبوت البلوغ سواء بالعلامات الطبيعية المذكورة آنفاً أو ببلوغ سن الثامنة عشر عند المالكية والأحناف والخامسة عشر عند المذاهب الأخرى.

وهذا التقسيم يفيد بيقين أن الفقه الإسلامي لم يعرف المسؤولية الجنائية الناقصة وإن كان لا يلغي الحق في التأديب والتوجيه وما يؤكد هذا قوله عليه الصلاة والسلام: " رفع القلم



عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يشفى " والقلم هنا بمعنى الجزاء .

ويبدو أن قانون العقوبات الجزائري قبض قبضته من نهج الفقه الإسلامي ، حينما حدد سن المسؤولية الجزائرية بثمانية عشر سنة كاملة وهو في الغالب سن البلوغ الطبيعي الذي تبدأ معه المسؤولية العقابية للإنسان في الشريعة الإسلامية ، وخالفه حينما اعتبر مرحلة انعدام مسؤولية الطفل مرحلة واحدة تبدأ منذ بداية لحظة حياته وتنتهي في سن ما دون الثامنة عشر من عمره إذ لا يمكن توقيع العقوبة عليه إلا فيما يخص التربية والتهديب كما أنه اعترف بمسؤولية المميز الجنائية الناقصة والتي لم يعترف بها الفقه الإسلامي .

أما في قانون العقوبات الليبي فقد اعتبره هو الآخر مرحلة انعدام المسؤولية الجزائرية للطفل مهلة واحدة تبدأ من لحظة انفصاله إلى ما دون سن الرابعة عشر ولم يستثن تطبيق تدابير التهديب.

الفرع الثاني: نهاية مرحلة الطفولة:

تنتهي مرحلة الطفولة في الفقه الإسلامي بمجرد البلوغ، وقد استدل الفقه الإسلامي في هذه المرحلة بظهور علامات مادية معينة كالإنبات والاحتلام والفركة الأنفية لدى الفتيان والحيض وبروز الثديين والحبل لدى الفتيات وفي غياب هذه العلامات احتكموا إلى عامل السن، ولكنهم اختلفوا في تحديده، فالشافعية والحنابلة قدروها بخمسة عشر سنة، والمالكية بثمانية عشر عاما، وعند الأحناف يكون بلوغ الفتى بثمان عشرة سنة، وبلوغ الفتاة سبع عشرة سنة ، وبلوغ هذه السن لدى الفتى أو الفتاة يزول مانع انعدام المسؤولية الجزائرية .

أما المشرع الجزائري فقد قرر عدم مسؤولية الصغير الذي لم يبلغ سن الثامنة عشر، ولا يجوز للقاضي أن يتخذ في شأنه إلا تدابير الحماية والتربية⁽²⁵⁾، وهو ما سنعالجه في موضعه من هذا البحث .

المطلب الثاني: أساس انعدام مسؤولية الطفل الجزائرية:

أقر الفقه الإسلامي ومن بعده التشريعات الجنائية انعدام المسؤولية الجزائرية للطفل عديم التمييز مما قد يبدو منه من أفعال أو سلوكيات أو تصرفات جرّمها القانون .

فعدم التمييز لدى الولد يشكل قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على انعدام المسؤولية على الفعل المقترف من قبله قبل أن يخرج من سن الطفولة المعتمد شرعا أو قانونا، فما هو أساس انعدام هذه المسؤولية؟

وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أساس انعدام مسؤولية الحدث في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني: أساس انعدام مسؤولية الحدث في التشريعين الجزائري والليبي .

الفرع الأول: أساس انعدام مسؤولية الطفل في الفقه الإسلامي:

إن مناط المسؤولية الجزائية لدى الإنسان هو الإرادة والإدراك من أجل ذلك أرجع فقهاء الشريعة الإسلامية عدم مسؤولية الصبي غير المميز إلى كونه مفتقد الإرادة فلا يملك أي قدر من الإدراك والاختيار والتمييز، فهو لا يدرك المسائل المعروضة عليه أو التي يواجهها أو حتى التي تحيط به ويشاهدها في مجتمعه ولا يفقه حتى البديهيات أو المسلمات، فقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام " في هذا المعنى: " رفع القلم عن ثلاث: الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يعقل، والنائم حتى يستيقظ " والقلم هنا بمعنى العقوبة الجزائية، وعليه فالطفل ليس مكلفا لغياب التمييز لديه تماما، أو حتى في صورة وجوده وعدم اكتماله، ولا يقام عليه الحد أو القصاص إذا اقترف فعلا من الأفعال الموجبة للعقوبة .

وقد قال البخاري في حاشية فجر الإسلام: " إن الصغير في أحواله مثل المجنون، فيسقط عنه ما يسقط عن المجنون لأنه عديم التمييز... " .

فمناط المسؤولية الجزائية هو الإدراك الكامل والإرادة الحرة المختارة السليمة، فلا تقوم المسؤولية إلا إذا صدر الفعل المجرم على من يتمتع بهذه الصفات والمميزات المذكورة، وعليه فالتكليف في الفقه الإسلامي يكون على العاقل البالغ الرشيد، لا على مجرد التمييز فالصبي المميز وإن كانت له قدرة في الفهم يمتاز بها عن غير المميز إلا أنه لا يملك الإدراك الكامل والتام لحقيقة الأشياء مما يجعله في حكم ناقص الإدراك والتمييز، ومن في هذا المركز يهذب ولا يسأل جزائيا في الفقه الإسلامي الذي يعترف للطفولة بطورين : طور انعدام التمييز ويبدأ منذ الولادة إلى غاية سن السابعة، وطور التمييز يبدأ من تمام السابعة إلى سن البلوغ وهو سن الثامنة عشر .

وإذا كان الفقه الإسلامي قد أعفى الصبي من المسؤولية الجزائية، قال مالك في الصغير والكبير: "إذا قتل رجلا عمدا، على الكبير أن يقتل قصاصا، وعلى الصغير نصف الدية ولا قصاص عليه لرفع القلم عنه"⁽²⁶⁾، ويعتبر الحنفية عمر المميز خطأً ذلك أنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصدا صحيحا، فإذا لم يكن فعله مقصودا فهو خطأ⁽²⁷⁾.



وجاء عند الحنابلة: "وعمد الصبي والمجنون خطأ لا قصاص فيه"⁽²⁸⁾، وجاء في المغني: "ولا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه...و لأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل... ولأنه ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ"⁽²⁹⁾.

إلا أن الفقه الإسلامي وإن رفع العقوبة الجزائية عن الصبي فإنه لم يعفه من ضمان التعويض عن الأضرار التي يلحقها بالغير في النفس أو المال، وذلك في ماله حتى لا يضر هذا الغير بما يصدر عن الصبي من أفعال ضارة. قال فقهاء المالكية: "و ضمان الصبي ولو غير مميز ما أفسده أي أتلفه في ماله"⁽³⁰⁾ ويضيفون في ذات المصدر: "الضمان في باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف ولا التمييز".

ويساير بن حزم الظاهري جمهور الفقهاء في وجوب مساءلة عديم التمييز إذ يقول: "...فمن أخذ من مال أو صار إليه بغير ما ذكرنا، فإن كان عامداً أو غير مخاطب فلا إثم عليه، إلا أنهما سواء في وجوب رد ذلك لصاحبه أو في وجوب ضمان مثله"⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: أساس انعدام مسؤولية الحدث في التشريعين الجزائري والليبي:

تجمع القوانين الوضعية في قواعدها القانونية على أن العقل والإدراك هما مناط المسؤولية الجزائرية لدى الإنسان وتضع سنا معينة للرشد الجزائري، وبذلك يعتبر الفرد الذي لم يبلغ السن المحددة، لم تكتمل لديه القدرات العقلية والإدراكية التي تزوده بفهم ماهية الأشياء والحكم عليها واستخلاص نتائجها أو توقع ما يمكن أن تنتهي إليه، ومن ثمة يظل غير مسؤول على أفعاله بسبب عدم تمييزه وإدراكه.

وهذا ما أخذ به كل من المشرع الجزائري والليبي اللذين رفعوا على عديم التمييز المسؤولية الجزائرية، وأخضعاه فقط لتدابير التربية والحماية والتكوين، وقد قبضوا بذلك قبضة بما هو مستقر عليه في الفقه الإسلامي في هذا الشأن، وعليه يكون أساس انتفاء المسؤولية في القانونين هو انعدام التمييز.

و كنتيجة منطوقية لما أقره الفقه الإسلامي، والفقه والقضاء الوضعي، اتجهت التشريعات الحديثة إلى تقريرها في قوانينها بنصوص صريحة وإن كانت بصورة متفاوتة، فالمشرع الجزائري نص في المادة 125 ق م⁽³²⁾: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً".



وكذلك فعل القانون الليبي الذي أوجب مساءلة الطفل في ذمته.

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن عديم التمييز لا يسأل جزائياً، فهل يجوز تحريك الدعوى العمومية ضده عند اقترافه لفعل يجرمه القانون ؟

إن منطق العقل والقانون يقود بدهاءة إلى عدم مباشرة الدعوى العمومية ضد القاصر عديم التمييز طالما أنه لا يسأل جزائياً بالأصل، وبالرجوع إلى المادة 49 من قع نجد أنها تنص صراحة على أنه: "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية، ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ".

وظاهر النص يفيد جواز رفع الدعوى الجزائية على القاصر عديم التمييز ما لم يستكمل سن الثالثة عشر إلا أنه أعفاه من توقيع العقوبة وأن يخضع فقط لتدابير الحماية أو التربية التي تخصه أو سلوكه في مواد الجنايات أو الجنح، أما في مواد المخالفات فإنه لا يكون محلاً إلا للتوبيخ. ولعل مشرّعنا أراد من وراء جواز متابعة عديم التمييز، وهو قاصر، تسليط أعين القانون على الأفعال المجرمة المرتكبة من قبل هذه الفئة، واتخاذ التدابير الاحترازية بشأنها منذ البداية ولما لا، لفت أنظار المجتمع إليها بصورة غير مباشرة للاهتمام بها ومراقبتها في جميع الأحوال.

وقد خالف قانون العقوبات الليبي هذا النظر وانسجم مع المبدأ المنطقي فنص على أنه: "لا يجوز إقامة الدعوى الجنائية على الطفل الذي لم يبلغ السابعة عشر من عمره وقت ارتكاب الفعل".

وعليه لا يجوز للقاضي أن يوقع أي جزاء ولو كان تدبيراً وقائياً وإذا عرضت عليه دعوى جزائية من هذا النوع، فينبغي عليه الحكم بعدم سماعها أو التصريح بالبراءة⁽³³⁾.

المطلب الثاني: تدابير سن انعدام المسؤولية:

صحيح أن القاصر عديم التمييز لا يمكن أن يكون محلاً للمساءلة الجزائية حتى وإن جاز مواجهته بالدعوى العمومية، وصحيح أيضاً أن فكرة توقيع تدابير عليه لم تلق قبولا واسعاً من قبل الكثير من التشريعات، فهناك تشريعات تقرر تدابير وهناك تشريعات لم تقرر هذه التدابير⁽³⁴⁾، وهذا ما نتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التدابير المقررة في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: التدابير المقررة في قانون العقوبات الجزائري والليبي.



الفرع الأول: التدابير المقررة في الفقه الإسلامي:

سبق القول بأن الصبي في الفقه الإسلامي ترفع عنه المسؤولية الجزائية ما لم يحلم ولا يعفى من المسؤولية المدنية، إلا أنه يمكن تحذيره في مرحلة التمييز، والتحذير المقصود يكون في صورة التوجيه والتربية والتقويم والتهديب نحو الاستقامة بدلا من الانحراف، بتذكيره اجتناب السلوك السيئ والأذى، والتعود على فعل الخير وإتيان التصرف المرضي الذي يوافق القيم الاجتماعية السائدة.

ولم يحدد الفقه الإسلامي صور التحذير والتأديب التي يمكن توجيهها للصبي المميز، ولكنها في الغالب الأعم ترد أمره لوليه على النفس، وكثيرا ما يكون والده الذي له أن يقدر ويمارس التهذيب المناسب على ابنه، سواء بالنصح والإرشاد وتبليانه عواقب السلوك وما ينجم عنه من خطورة، أو باللوم أو بالضرب غير المبرح أو بمراقبته بإبعاده عن قرناء السوء وأماكن الفساد أو منعه من مزاوله بعض الأنشطة الهابطة وهي كلها تدابير تقويمية، الهدف منها إصلاح ذات بين الصبي .

الفرع الثاني: التدابير المقررة في التشريعين الجزائري والليبي:

1- تدابير مرحلة انعدام المسؤولية: أقر قانون العقوبات الجزائري تدابير وقائية لفائدة الطفل الذي تقل سنه عن ثلاثة عشر سنة بنص المادة 49 من ق ع التي جاء فيها: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية والتربية، ومع ذلك في مواد المخالفات لا يكون إلا محلا للتوبيخ " .

وظاهر النص يفيد أن الولد في مرحلة انعدام تمييزه إذا اقترف فعلا مجرما سواء كان جنائية أو جنحة أو مخالفة حسب التقسيم المعروف للجريمة، لا توقع عليه أية عقوبة مهما كانت طبيعتها ولكن النص لم ينص تحريك الدعوى الجزائية ضده والمقصود من ذلك عدم إهماله ورعايته بتدابير الحماية والتربية ورغم أن هذه الإجراءات هي من صميم صالح الطفل ولكن ما كان يجب أن تتخذ إجراءات الدعوى الجزائية في مواجهة عديمي التمييز لأنهم بالأصل في حاجة إلى الرعاية والتوجيه بعيدا عن الطابع الجنائي خاصة وأنه يمكن إفادتهم بالحماية الأسرية والاجتماعية ودون اللجوء لممارسة الدعوى الجزائية

أما قانون العقوبات الليبي الذي قسم هو الآخر الطفولة إلى مرحلتين: الأولى دون سن السابعة وهي فئة الصغار عديمي التمييز ولم يقرر بشأنها أي تدبير، والمرحلة الثانية فئة



الصغار المميزين وتمتد من سن السابعة إلى الرابعة عشر سنة وخصها بتدابير محددة في حالة ارتكاب المميز لجناية أو جنحة رغم أنه من جهة أخرى اضرد الأحداث المشردين قانونا لحمايتهم واتخاذ التدابير والإجراءات الإصلاحية بشأنهم .

ويبدو في هذه المسألة أن المشرع الجزائري كان أشمل معالجة لوضعية الطفل عديم التمييز إذ ليس من المعقول أن يرتكب الطفل فعلا من الأفعال المجرمة ويضلل أمره سائبا دون أن يكون هناك إطار قانوني تتدخل بموجبه الجهات المختصة للاضطلاع بالمسؤولية واتخاذ تدابير ملائمة اتجاه الصغير ولو كان عديم التمييز، إذ لا يعقل أن نحاول حماية الصغير المتشرد ونخصه بقانون معين دون أن نقر له وسائل تقومه في حالة إقدامه على فعل الجريمة.

المبحث الثاني: مسؤولية الطفل الجنائية:

إذا كان قانون العقوبات الجزائري قد أعطى فئة من لم يبلغوا سن الثالثة عشر من كل مسؤولية جزائية وقرر في شأنهم تدابير الحماية والتربية، فإنه لم يهمل وضعهم أيضا حين يستكملوا هذه السن، على تقدير أن الطفل يكون قد وصل إلى قدر من التمييز والإدراك يؤهله لتحمل قدر من المسؤولية الجزائية يتناسب وهذه المرحلة من عمره وهو بذلك يخالف أحكام الفقه الإسلامي التي لا تعترف بمسؤولية الطفل حتى يحلم، ومع ذلك لا يغيب عن أذهاننا أن هذا الفقه يجيز التعزير في سن التمييز والتعزير وجه من أوجه العقوبة، وسنعالج مسؤولية الطفل الجزائية في التشريع الجزائري والليبي .

المطلب الأول: مسؤولية الطفل في التشريع الجزائري والليبي:

لقد أقر المشرع الجزائري مسؤولية الطفل في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقسمها إلى مرحلتين، الأولى تشمل كل من لم يبلغ سن الثالثة عشر، والثانية تشمل كل من أكمل الثالثة عشر ولم يكمل الثامنة عشر، وخص تصرف كل مرحلة بمعاملة خاصة، فالأولى أوجب لعلاجها إلا تدابير الحماية والتربية، والثانية أجاز بشأنها توقيع العقوبات في حالة ارتكاب أفعال جرمية، ويجد تقرير المسؤولية الجزائية على الطفل تبريره في كونه أصبح يتمتع بقدر من العقل يجعله قادرا على التمييز بين الخير والشر بعد أن كان عديم تمييز فاقتدا لكل اختيار.

لذلك قرر المشرع مسؤوليته، ولما كانت مسؤولية ناقصة لأن قدراته العقلية والذهنية لم تتل النضج الكامل، وما زال طري العود والأمل في تقويمه، وإصلاحه أقوى من القسوة عليه .



من أجل هذا كله نص مشرّعنا في المادة 49 ق ع ف3 على أنه: "ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة".

فالنص لم يوقف تدابير الحماية والتربية على الفئة الأولى من الذين أتموا سن الثالثة عشر، بل وسّع من نطاقها لتشمل الفئة الثانية البالغين سن الثامنة عشر، أملا في التقويم والإصلاح، ولم يستثن توقيع عقوبات جزائية مخففة.

ويبدو أن التدرج واضح في توقيع التدابير الملائمة على الطفل في هذه المرحلة من عمره وهي مرحلة نقص التمييز، فالقاضي ملزم قانونا باختيار التدبير الفعال والناجح لتوقيعه على الحدث الذي يرتكب فعلا مجرما بنص القانون.

أما التشريع الليبي فلم يقرر المسؤولية الجنائية للطفل الذي لم يبلغ سن الرابعة عشر، حيث أسقط المسؤولية الجنائية عن المرحلة التي يمر بها الطفل من سن السابعة إلى غاية الرابعة عشر، إلا أنه أجاز للقاضي إذا كان الطفل مميزا وارتكب فعلا يعد جريمة أن يتخذ إجراءات وقائية تلائمه⁽³⁶⁾، وفي الفقه الإسلامي فإن الصغير الذي لم يبلغ الحلم لا يسأل جنائيا، حيث لا يقام عليه الحد لرفع العقوبة عليه وإن كان هذا لا يعفيه من التعزير المناسب كما ذكرنا سلفا.

المطلب الثاني: الجزاءات المقررة على فعل الطفل:

يقول الفقيه إهرنج: "إن القاعدة القانونية بدون جزاء نار لا تحرق ونور لا يضيء" والجزاء في القاعدة العقابية هو الأثر الذي يرتبه المشرع على مخالفة القاعدة القانونية الجنائية لتحقيق الحماية التي يريدها القانون وتتحقق الحماية القانونية بوسيلتين جزائيتين هما التدابير والعقوبة.

وقد تباينت مواقف المشرعين في مدى تبنيها للتدابير والعقوبة إلا أن جل التشريعات العقابية لا تخلو من التدابير والعقوبة بشأن مساءلة الأحداث في مرحلة نقص الأهلية فالبعض اختارت اتخاذ التدابير الملائمة، والبعض الآخر تبنت التدابير بصورة أساسية، والعقوبة المخففة في الأحوال التي يكون فيها لزوما لذلك.

وهذا ما تبناه مشرّعنا الجزائري والمشرع الليبي وهو ما سنتعرض له في حينه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التدابير.

الفرع الثاني: العقوبة.

الفرع الأول: التدابير:

تعددت التدابير التي تعالج انحرافات ناقصي الأهلية أو من بلغوا سن التمييز سنتناول أهمها:

- 1- **تدابير التسليم:** لقد أقر المشرع الجزائري تدابير التسليم حينما أشار إلى تدابير الحماية والتربية والتسليم كصورة من صور التربية، وأعطاه المرتبة الأولى في المادة 444 من ق إ ج، ومعناه أن الحدث الذي ارتكب فعلا مخالفا للقانون وتمت متابعتة به أمام قاضي الأحداث وثبتت مسؤوليته فيه فإن أول إجراء يمكن أن تختاره المحكمة هو تسليمه مؤقتا لأحد والديه.
- 2- **تدابير الإفراج والوضع تحت المراقبة:** يقصد بتدابير الإفراج والوضع تحت المراقبة أن تختار المحكمة للحدث الذي يرتكب فعلا في مواد الجنائيات أو الجنح وضعه في بيئة ملائمة تحت الملاحظة والتوجيه والرعاية وفقا للواجبات التي يحددها الحكم الصادر بشأنه، وقد أقره المشرع الجزائري والليبي للحدث ناقص الأهلية الذي لم يبلغ سن الرشد الجنائي وهو 18 سنة كاملة في التشريعين.

ويجب أن لا تقل مدة المراقبة المحكوم بها عن سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عند المشرع الليبي (م 135)، أما المشرع الجزائري فقد نص على أنه في جميع الأحوال يجب أن لا تتجاوز المدة المحكوم بها للوضع تحت المراقبة من التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد الجزائري (م 444 ق إ ج).

- 3- **تدابير التكوين المهني:** يعد تدبير التكوين المهني من أهم التدابير نجاعة في تقويم سلوك الأطفال ووضعهم في قاطرة المجتمع الآمنة، من أجل ذلك حدد القانون للمحكمة بأن تعهد بالحدث إلى المراكز المخصصة أو المنظمات أو المؤسسات العامة أو الخاصة من أجل تدريبه وإعداده وتزويده بحرفة أو مهنة تكون له معينا في حياته وتتنقذه من براثن البطالة والاتكال أو لمن له الولاية أو الوصاية عليه، فإن لم يكن له من هؤلاء أحد أو وجد ولكنه يفتقد لصلاحية القيام به ورعايته يسلم إلى شخص جدير بالثقة يتعهد بتربيته والسهر على حسن سلوكه فإن لم يكن يعهد به إلى مركز إيواء مؤتمن للإشراف على شؤونه (م 455 ق إ ج الجزائري).

ومن أجل إعطاء ضمانات أكثر لهذا التسليم نجد المشرع الليبي قد فرض غرامة مالية على من يسلم له الحدث متى تبين أن إهماله أو تقصيره في أداء الواجب المنوط به هو السبب في ارتكاب الحدث للفعل الجرمي (م 151 من ق ع الليبي).



أما المشرع الجزائري فقد خلا من المسألة في مثل هذه الأحوال وإن كان يحمل المسؤولية المدنية لمتولي رقابة الحدث كاملة فهو الملزم بالتعويض بل أنه قد يكون عرضة للتنفيذ عن طريق الإكراه البدني، في حالة الامتناع عن التنفيذ.

4- تدبير الإفراج والمراقبة: لعل المقصود بتدبير الإفراج والوضع تحت المراقبة هو وضع الحدث في بيئته الملائمة تحت الرعاية والتوجيه والإشراف، وهو تدبير أقره التشريعان الجزائري والليبي، فالأول جعله علاجا للحدث الذي استكمل الثالثة عشر من عمره إلى ما دون الثامنة عشر، والثاني إلى ما دون الرابعة عشر.

5- تدبير الوضع في مؤسسة طبية أو طبية تربوية: لقد أقر المشرع الجزائري وضع الحدث المتهم بإحدى المؤسسات الطبية أو الطبية التربوية إما لعاهة عقلية أو نفسية أو لتسمم ناجم عن تعاطي المشروبات الكحولية والإدمان عليها أو تناول المخدرات أو لكونه أصم أبكم أو انه في حاجة إلى عناية مركزة بحسب الحالة التي هو عليها، وتخضع المدة المحكوم بها للوضع من أجل الاستشفاء لتدبير القاضي على أن لا تتجاوز في كل الأحوال التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد المدني.

وهو نفس التدبير الذي أقره قانون العقوبات الليبي في ممتنه بنص المادة 149 منه لمدة لا تقل عن سنتين ما لم يكن الفعل المرتكب مخالفة أو جنحة خطيرة أو جريمة أخرى بما يقرر القانون العقاب عليها بغرامة أو عقوبة مقيدة للحرية لا يجاوز حدها الأقصى السنتين.

فمعلوم أن الحدث خلال هذه المدة يخضع للعلاج والفحص الدوري ومتى تبين شفاؤه أخلى سبيله.

الفرع الثاني: العقوبة المقررة للحدث:

أجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يحاكم الحدث الذي بلغت سنه 13 سنة ولم يبلغ 18 سنة وارتكب جناية، جزاؤها الإعدام أو السجن المؤبد، أو بعقوبة الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة أما إذا كان الجزاء عن الفعل هو السجن والحبس المؤقت فإن العقوبة الواجب تسليطها عليه تساوي نصف المدة الواجب الحكم بها إذا كان بالغا. أما في مواد المخالفات فتكون العقوبة إما التوبيخ أو غرامة مالية.

وفي قانون العقوبات الليبي يسأل الحدث الذي أتم الرابعة عشر مسؤولية كاملة بشرط أن تكون لديه قوة الشعور والإرادة إلا أن المشرع خفض العقوبة لمن لم يبلغ سن الثامنة عشر في حدود ثلثها.



وعليه فمن بلغ سن الثامنة عشر في القانون الجزائري والليبي يخضع للعقوبة كاملة دون تخفيض.

الخاتمة والتوصيات:

نخلص من هذا البحث إلى أن المسؤولية الجنائية للطفل تتدرج بحسب نموه العقلي والإرادي ولكل مرحلة ما يناسبها من إجراء وجزاء.

ومسألة التدرج في المسؤولية عرفت الشريعة الإسلامية منذ قرون حينما قررت عدم مسؤولية الطفل إذ كانت قد اعترفت بجواز تأديبه، وتقريرها مسؤولية البالغ وهذا البلوغ يثبت بظهور علامات طبيعية أو باستكمال سن الثامنة عشر .

أما عن موقف التشريعين الجزائري والليبي فقد حاولا الاستفادة ببعض من جوانب الشريعة الإسلامية وما توصل إليه الفقه والقضاء على النحو الآتي:

أولا بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري:

إنه حدد سن المسؤولية الجنائية ببلوغ الثامنة عشر عملا بالمذهب المالكي الذي قرر سن البلوغ بظهور العلامات الطبيعية عند الذكر والأنثى وفي حالة تأخر ظهورها يحدد سن البلوغ بالثامنة عشر وهو سن المسؤولية الجنائية الذي أخذ به المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادة 442 ق ج : " يكون بلوغ سن الرشد الجزائري في تمام الثامنة عشر " .

وإن اختلفت عن الشريعة في كونه لم يعترف بالبلوغ الطبيعي كقريئة على تمام سن المسؤولية الجزائرية.

كما أن مشرّعنا أعضى الحدث الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر من أية عقوبة واكتفى باتخاذ تدابير التربية والتهذيب، وهو موقف مطابق لرأي الفقه الإسلامي الذي يجيز التهذيب لمن لم يستكمل سن البلوغ، ولكنه خالفها في إقراره لما يعرف بالمسؤولية الناقصة وهي أن ناقص الأهلية يسأل جزائيا مسؤولية مخففة تتماشى بقدر تمييزه وإرادته وخطورته وإن كان الأصل هو اتخاذ التدابير والعقوبة التهذيبيية فقط .

ثانيا: بالنسبة لقانون العقوبات الليبي:

إنه حدد سن المسؤولية الجنائية ببلوغ الصغير سن الرابعة عشر وإن كان قد خفض من العقوبة لحد الثلث، ما لم يبلغ الحدث الثامنة عشر.



إن القانون الليبي قد قرر تدابير يتخذها القاضي لفائدة الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز . وأخيرا فإن القانونين الجزائري والليبي حاولا الاستفادة قدر الإمكان بما توصل إليه الفقه الإسلامي لذا نرى أنه كان على القانونين العمل بما توصل إليه هذا الفقه فيما يخص سن البلوغ من حيث الاستدلال عليه بظهور العلامات الطبيعية، وعند غيابها أو تأخر ظهورها نحتكم لبلوغ الحدث سن الثامنة عشر، وهي كلها في النهاية قرائن قابلة لإثبات العكس فقد يستكمل الحدث هذه السن ولا ينال حظا من الرشد ويمكن الاستعانة في هذه الأحوال بأهل الدراية والاختصاص، وبهذا يزول الالتباس .

ومن كل ما تقدم يمكن أن نوصي بما يلي:

- 1- يجب على مشرّعنا تخصيص قانون خاص للأحداث الجانحين أو المشتبه في تعرضهم للانحراف بحيث يسهل الرجوع إليه وإلى أحكامه في معالجة أوضاعهم بدل من تثارها في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وهو الأمر الذي ينسجم مع الدراسات الجنائية الحديثة بشأن معاملة الأطفال.
- 2- يجب عدم التوقف في تحديد سن الرشد الجزائري بتمام الثامنة عشر، بل يجب العمل بقرينة ظهور العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ مع إمكانية الاحتكام لرأي أهل الاختصاص وعليه نوصي للجهات المختصة بمراجعة هذا الموقف.
- 3- عدم متابعة الصغير عديم التمييز نهائيا إذا وقع منه فعل يجرمه القانون، إلا فيما يخص الجوانب المادية.
- 4- إعطاء الأولوية في توقيع التدابير إلى التدابير التهذيبية التقييمية ثم تليها التدابير المقيدة للحرية وأن تأتي التدابير السالبة للحرية في المرتبة الأخيرة على أن تراعى فيها خطورة الجريمة.
- 5- استحداث محاكم خاصة للأحداث مستقلة وبعيدة عن محاكمات الراشدين البالغين.
- 6- استحداث قضاء متخصص لفئة الأحداث.
- 7- استحداث ضبطية قضائية متخصصة في شؤون الأحداث ومتابعتها.

الهوامش

- 1- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، الجزء الثاني دار الطباعة، العامرة : 1357 هـ - ص 141



- 2- جلال الدين السيوطي: الأشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، طبعة عيسى الحلبي، مصر العربية .
- 3- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 240.
- 4- د/ فوزية عبد الستار، معاملة الأحداث، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981 ص 1 .
- 5- عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988 ص 9 .
- 6- اتفاقية حقوق الطفل، 1989 .
- 7- قواعد بكين.
- 8- عرف قانون الأحداث المصري رقم 31، 1971، الطفل في مادته الأولى بأنه: " من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف"، وعرفته المادة: 2 من قانون رعاية الأحداث: " بأنه كل ذكر أو أنثى دون الثامنة عشرة من العمر".
- 9- المادة: 326 قع: "كل من خطف أو أبعد قاصرا... وإذا تزوجت القاصرة..." والعبارة وارداة في عدة مواد منها 329، 333، 334، 335، 338، 342... الخ"
- 10- المادة: 330 ف 2: "الوالد من الذي يعرض صحة أولاده..." والمادة: 321: "... غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه..."
- 11- المادة: 327 قع وكل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته "...، والمادة: 321 من قع: "... كل من نقل عمدا طفلا "... " "... وإذا ثبت أن الطفل لم يولد ...".
- 12- المادة: 448 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية
- 13- انظر المادة: 326 من قانون العقوبات وما بعدها، والمادة 448 من قانون الإجراءات المدنية .
- 14- القانون الليبي رقم: 17 المتعلق بشأن تنظيم أحوال القصر. 1992.
- 15- يراجع في مذكرة لنا بعنوان، مسؤولية عديم الوعي مدنيا دراسة مقارنة، مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر سنة 1990، ص ..40



- 16- د/حمدي رجب عطية، المسؤولية الجزائية للطفل في التشريعين الليبي والمصري والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 461/462، السنة الثانية والتسعين، القاهرة، يناير، أبريل، 2001، ص.222 وما بعدها.
- 17- الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.141.
- 18- المادة 25 من القانون المدني.
- 19- انظر المادة 304 من قانون العقوبات.
- 20- انظر المادة 308 من قانون العقوبات.
- 21- انظر المواد 306/305 وما بعدها من قانون العقوبات.
- 22- انظر المواد 261/259 من قانون العقوبات.
- 23- انظر المادة 373 من قانون العقوبات الليبي.
- 24- حمدي رجب عطية، المرجع السابق، ص.231.
- 25- انظر المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري.
- 26- الشيخ الزرقاني، شرح الموطأ للإمام مالك، الجزء3، القاهرة، 1954، ص.33.
- 27- أبو بكر الرازي المشهور بالجصاص، أحكام القرآن، الجزء2، مصر، 1347 هـ، ص:173.
- 28- أبو النجا المقدسي، الاقتناع، ج1 و4، صححه وعلق عليه عبد اللطيف محمد الشيلي، الطبعة الأولى، الأزهر، مصر العربية.
- 29- ابن قدامي المقدسي، المغني، ج7، الطبعة2، 1947، ص.169.
- 30- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، باب الحجر، ج3، على النسخة الأصلية، مصر، ص.296.
- 31- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج8، طبعة الإمام، مصر العربية، ص.156.
- 32- أنظر المادة 125 من القانون المدني الجزائري.
- 33- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.409.
- 34- حمدي رجب عطية، المرجع السابق، ص.236.



- 35- القانون الليبي، المتعلق بالأحداث المشردين، الصادر بتاريخ 1955./10/5
- 36- المادة 80 من قانون العقوبات الليبي .
- 37- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.437.

تسوية المنازعات

بين أسماء المواقع على الأنترنت والعلامات التجارية المشهورة.

أ/ بوشعبة أمين

أستاذ بجامعة سعد دحلب بالبلدية

مقدمة:

أدى التطور الهائل الذي يشهده عالمنا الحاضر في مجال المعلوماتية إلى نشوء تعدييات جديدة على حقوق الغير والمجتمع والتي ترتبط بشكل وثيق بحقوق الملكية الفكرية⁽¹⁾. ومع انطلاق عصر الثورة المعلوماتية شهد العالم ثورة جديدة في عالم الاتصال ونقل المعلومات مما أتاح للأفراد والمؤسسات فرصة الولوج إلى بنوك وقواعد المعلومات على الصعيدين المحلي والدولي⁽²⁾ ومع ظهور وتوسع استعمال الأنترنت في أغلب دول العالم وظهور التجارة الالكترونية إذ أصبحت جل الشركات التجارية تستعمل علاماتها التجارية على الأنترنت سواء للدعاية أو التجارة أو تقديم الخدمات. ونظرا لأهمية العلامة التجارية وما تكتسبه من ثقة لدى المستهلكين ظهر نوع جديد من التقليد للعلامات التجارية خاصة المشهورة منها لا تعتمد على التقليد العادي وإنما نوع جديد ظهر مع ظهور الأنترنت فأصبح كثيرون يسجلون العلامات التجارية على الأنترنت في شكل اسم موقع أو عنوانه الالكتروني أو اسم الدومين أو اسم الحقل والتي أصلا لا يملكون عليها حقوقا ونتج عن ذلك نوع جديد من الاعتداء بواسطة الأنترنت يطلق عليه اسم قرصنة العلامات على الأنترنت، وبهذا أصبحت الشروط الموضوعية والشكلية للحماية غير كافية لمالكي العلامات التجارية خاصة المشهورة منها لحماية علاماتهم التجارية من هذه القرصنة وطرح النزاع على القضاء ونتج عنه منازعات بين مالكي العلامات التجارية المشهورة والعادية ومالكي أسماء مواقع الأنترنت حول من له الحق على تلك العلامات التجارية أو ذلك الموقع وكيف يمكن الوصول إلى حل النزاعات التي تثار في مثل هكذا حالات. ذلك ان الأمر يتعلق بحماية العلامات التجارية فإذا كان نظام الحماية ضعيفا فان ذلك سيؤدي حتما إلى التقليد والتعدي على حقوق الملكية الفكرية والتأثير على جذب الاستثمار في هذا المجال⁽³⁾.

المبحث الأول: الملامح العامة لحماية العلامات التجارية على شبكة الانترنت:

أدت القفزة الرقمية التي حدثت في العالم إلى إحداث اثر بالغ في كافة جوانب الحياة ويعتبر نمو استخدام الانترنت من أكثر العلامات المميزة لعصر العولمة الذي نعيش، سواء من حيث عدد رسائل البريد الالكتروني التي يتم تراسلها، أو عدد صفحات الويب المتاحة على الشبكة، أو عدد الأفراد المستخدمين للشبكة، أو الأنشطة التجارية الآخذة في النمو والمتصلة بالانترنت كالتجارة الالكترونية، أو حتى عدد الجرائم التي تتم عبر الانترنت⁽⁴⁾. وارتبط كل ذلك بظهور الكومبيوتر⁽⁵⁾.

تلك التطورات في شتى نواحي الحياة أفرزت مسائل قانونية جد هامة ومعقدة بحيث أصبحت القوانين الحالية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وقوانين الملكية الصناعية قاصرة عن التطبيق في بيئة الانترنت.

وتكمن الإشكالية في هذا الإطار في عدة مواضيع تتلخص في انه يجب ان تكون هناك ضوابط على حرية المستفيدين من الانترنت بطريقة يحافظ معها على حقوق الغير، إضافة إلى أن الطبيعة العالمية للانترنت تجعل من الصعب التحكم فيما يث من خلال القوانين التي غالبا ما تتسم بالطابع المحلي، ناهيك عن السهولة التي تساعد على استتساخ المواد وما يقابلها من صعوبة تواجه محاولات ضبط الإشكال المختلفة لعمليات القرصنة، ذلك انه ثمة صعوبات إجرائية وتقنية لا يمكن معها تطبيق قانون الحماية بالشكل التقليدي على حقوق العلامات التجارية على شبكة الانترنت مع وجود آراء كثيرة من الفقه تقول بان هذه القواعد التقليدية بالإمكان تطويعها كي تستوعب التطورات التكنولوجية على شبكة الانترنت⁽⁶⁾. وفي هذا السياق سوف نعرض الملامح العامة لحماية العلامات التجارية المشهورة والعادية على شبكة الانترنت من خلال تبيان الآثار القانونية لظهور الانترنت على العلامات التجارية والقانون الواجب التطبيق لحل المنازعات.

المطلب الأول: الآثار القانونية لظهور الانترنت على العلامات التجارية:

أفرزت تقنية المعلومات وتحديدًا شبكة الانترنت آثارا شاملة على الأطر القانونية والإدارية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدولة فيما بدا أنه تأثير على مختلف مناحي الحياة، فأمكن استغلال شبكة الانترنت في إبرام العقود المختلفة، وأتيح بفضل ربط أجهزة الكومبيوتر بشبكة الانترنت التعاقد الفوري بين الأشخاص وعبر الانترنت ما أثار إشكالات قانونية وإجرائية في ميدان الإثبات بكون النظم القانونية قد حددت الأدلة المقبولة وحددت قواعد الاحتجاج بها وسلامة الاستدلال منها ونتيجة لذلك ظهرت التجارة الالكترونية كنمط



جديد من أنماط التعامل التجاري اظهر تحديات قانونية تستلزم التنظيم بالنسبة لعقود الوكالات التجارية والتوزيع... وكان أوسع أثر لها في حقل التجارة الالكترونية والتعاقد الالكتروني وبذلك تكون شبكة الانترنت ذات اثر ايجابي بتسهيل عمليات التعاقد وذات أثر سلبي بأن تكون أداة الجريمة⁽⁷⁾.

وأثر ظهور الانترنت على تطور مفهوم الملكية الفكرية في ضوء التطور التقني فيما يتعلق بحماية حقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية، ولأن المعلومات ذات طبيعة معنوية، وبالرغم من اعتراف النظم القانونية منذ فترة طويلة بالحقوق المعنوية فان ما أنتجته التقنية من إبداعات لا تنتهي في حقل البرمجيات المستخدمة للتشغيل وتنفيذ التطبيقات والمهام، وما أفرزته أنشطة بناء قواعد المعلومات من إبداعات في حقل تبويبها واليات استرجاعها وتبادلها، والجهد الخلاق في ميدان تصميم المواقع على الانترنت، والقيمة العالية لاسم الموقع على الانترنت، وأهمية محتواه، والاتجاه نحو النشر الالكتروني للمعلومات، كل ذلك أدى إلى إيجاد اهتمام كبير في ميدان حماية مبدعي عصر التكنولوجيا فيما ينتجونه من برمجيات وقواعد معلومات لحمايتهم من مختلف أشكال التعدي الإجرامي على حقوقهم ووضع الإطار القانوني لعملهم فقد ظهر ما يعرف بجرائم المعلوماتية عبر الانترنت نتيجة استخدام المعلوماتية والتقنية الحديثة المتمثلة في الكمبيوتر والانترنت في أعمال وأنشطة إجرامية عادة ما ترتكب بهدف ان تحقق عوائد مالية ضخمة جراء أعمال غير مشروعة، وقد عبر خبراء المنظمة الأوروبية للتعاون الاقتصادي عن الجريمة المعلوماتية بأنها سلوك غير مشروع أو مناف للأخلاق...⁽⁸⁾.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق لحل المنازعات على شبكة الانترنت:

الانترنت هو شبكة متألّفة من العديد من الحاسبات الآلية المرتبطة ببعضها تلفونيا أو بواسطة الأقمار الصناعية أو الكيبل لتكون جزءا من شبكة المعلومات⁽⁹⁾. أنشئت من خلالها أسماء النطاقات التي ينظر إليها كأحد المسائل المتعين إخضاعها لنظام الأسماء والعلامات التجارية بسبب ما أثارته من منازعات جراء تشابهها بالعلامات والأسماء التجارية وتطابقها في حالات عديدة أو لقيامها بذات المهمة تقريبا في البيئة الرقمية⁽¹⁰⁾. واهم ما أثير هو القانون الواجب التطبيق على المنازعات على شبكة الانترنت فقوانين الملكية الصناعية وعلى الخصوص المنظمة للعلامات التجارية تختلف من دولة إلى أخرى، ومعظم الدول تحكمها معاهدات واتفاقيات دولية أهمها معاهدة باريس لسنة 1883 وتقدم هذه المعاهدات الحد الأدنى من الحماية في كل دولة من الدول المنظمة للمعاهدة كما تتيح حماية متبادلة مع مختلف الدول الأخرى.

وتتضح أهمية المعاهدات ليس فيما يتعلق بالمكان الذي شهد عملية ابتكار المادة وإنما في المكان الذي شهد عملية التقليد وهو ما يسمى عند فقه القانون الدولي الخاص بمحل الأداء المميز. أي تطبيق قانون الدولة التي تم فيها التقليد وفي هذا الإطار لم يكن التنازع بين القوانين مرتبطا بظهور الانترنت، فقد كان موجودا قبل ذلك، إلا ان الانترنت ساعدت على دفع هذا النوع من القضايا للأمام كما أدت إلى تزايد مساحات التنازع بين القوانين المتناقضة، والسؤال الأساسي الذي يجب ان يثار حاليا هو ما مدى قدرة النظم القانونية الحالية القائمة في جميع أنحاء العالم على السيطرة على الانترنت؟

تذهب آراء عديدة إلى عدم قدرة النظم القانونية الحالية على الاضطلاع بذلك، الأمر الذي يحتم ضرورة الاعتقاد بضرورة إيجاد اتجاهات وطرق جديدة وربما قانون موحد يطبق على جميع الدول يتمثل في المعاهدات الملزمة، وربما أصبحت اتفاقيات منظمة التجارة العالمية إطارا قانونيا موحدًا يطبق على الجميع بشكل موحد⁽¹¹⁾. فينشأ التنازع بين القوانين نتيجة اختلاف القوانين في الدولة التي يقيم فيها الشخص عن الدولة التي وقع فيها التعدي عن العلامة التجارية.

المبحث الثاني: المقصود بأسماء الدومين أو المواقع على الانترنت: Domain Names:

سارع رجال الأعمال وأصحاب الشركات الكبرى والصغرى منها على السواء إلى الاستفادة من الإمكانيات التي تتيحها شبكة الانترنت وذلك بتأسيس مواقع تجارية لهم في الفضاء الالكتروني، وذلك بغية التعريف بالأعمال التي يقومون بها، والخدمات التي يقدمونها فضلا عن تسهيل تواصل هذه الشركات على مدار الساعة مع عملائها وزبائنهم أينما وجدوا. ولم تكفي هذه الشركات بجعل مواقعها الالكترونية بمثابة واجهة لمحلها التجارية تعرض فيها مختلف البضائع والمنتجات وإنما أضفت عليها طابعا تفاعليا ايجابيا يتيح للعميل إجراء تعاقداته وإجراء طلبات الشراء الخاصة به فوراً من خلال تعبئة نموذج أو عقد موضوع سلفاً في الموقع الالكتروني من دون تكلف عناء ومشقة الاتصال المباشر مع هذه الشركات، وكخطوة أولى لممارسة أعمال التجارة الالكترونية وتأسيس هذا الموقع كان لابد من حجز وتسجيل أسماء مواقع يمكن تذكرها بسهولة وتتناسب مع أسماء هذه الشركات أو علاماتها التجارية وموضوع أسماء المواقع موضوع حديث في الغرب وهو من باب أولى موضوع احدث في الوطن العربي ومن الطبيعي ان نولي التعريف بأسماء المواقع أهمية اكبر من التعريف بالعلامات التجارية.



المطلب الأول: نظام أسماء المواقع Domain Name System DNS :

اسم الموقع هو عبارة عن عنوان فريد ومميز يتكون من عدد من الأحرف الأبجدية واللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول لموقع على الانترنت وعلى سبيل المثال موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية هو <http://www.wipo.int> وإذا قمنا بتجزئة موقع المنظمة فان [www](http://www.wipo.int) هي المستوى الثالث وهي اختصار للويب الواسع العالمي و [wipo](http://www.wipo.int) هو المستوى الثاني من اسم الموقع ويشير لمختصات اسم المنظمة العالمية للملكية الفكرية world intellectual property organisation أما الجزء العام الشائع فهو Int ويشير إلى ان الموقع هو موقع منظمة غير ربحية⁽¹²⁾.

واسم الموقع ضروري لتمييز الموقع عن غيره من المواقع الأخرى ، ولا يمكن للمستخدم الدخول للموقع إلا عن طريق هذا الاسم ، وقد عرفت محكمة الاستئناف بباريس العنوان الالكتروني - اسم الموقع - في حكم لها صادر في سنة 2000 انه عبارة عن مجرد عنوان افتراضي يحدد مواقع المشروعات على شبكة الانترنت⁽¹³⁾. فاسم الموقع له تعريف تقني لارتباطه بتقنية اتصال حديثة تتمثل في الانترنت ، فكل اسم يوافق عنوان رقمي للانترنت الذي يسمح بالتعرف على هوية الحاسوب الشخصي بصفة خاصة ، فيكفي كتابة اسم الموقع من اجل ربط الاتصال بالحاسوب المطلوب الاتصال به⁽¹⁴⁾.

وعليه فان هدف اسم الموقع هو السماح بالاتصال المباشر بالانترنت بين أجهزة الكمبيوتر فهو في النهاية عبارة عن واجهة المشروع أو خدمة أو هيئة أو شخص عادي يتم من خلالها عرض سلعة أو خدمة سواء بمقابل أو بالمجان⁽¹⁵⁾.

ونظام أسماء المواقع الالكترونية هو عبارة عن قاعدة بيانات منتشرة في حوالي 12 من جذور الخوادم root servers التي تحتوي على كافة برتوكولات انترنيت خاصة بالمستوى الثاني من مستويات أسماء المواقع العليا العامة مثل (com) و (net) و (org) ورموز الدول (eg) و (jo) و (ae) ويقوم نظام أسماء المواقع بتحويل الحروف الأبجدية اللاتينية www.wipo.int إلى أرقام 194,77,88,97 ولغة يمكن للحواسيب ان تفهما قبل ان يصل الشخص للموقع الذي يرغب بالوصول إليه ويطلق على هذه العملية عملية تحديد اسم الموقع الالكتروني⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني : أنواع أسماء المواقع والجهات التي تسجل لديها:

تنقسم أسماء المواقع إلى قسمين رئيسيين:

الفرع الأول: أسماء المواقع العليا المكونة من رموز الدول Country code Top Level Domains

:Domains ccTLDs

حيث يخصص لكل دولة من دول العالم رمز خاص بها يتكون من حرفين من اسم كل دولة فمثلا تنتهي أسماء مواقع الجزائر ب (dz) وأسماء مواقع المملكة المتحدة ب (uk) وأسماء مواقع فرنسا ب(fr) وأسماء مواقع أمريكا ب(us) وأسماء مواقع اليابان ب(jp) ويوجد في الوقت الحاضر حوالي 244 اسم موقع عال عام مكون من رموز الدول⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: أسماء المواقع العليا العامة gTLDs generic Top Level Domains :

وتختار هذه المواقع إما لطبيعة المنظمة أو نشاطها أو بصفة مستقلة أي بدون الأخذ في الاعتبار بلدها الأصلي ومنها aero مواقع صناعة الطيران و biz مواقع الأعمال و com للتجارة و للمواقع التعليمية gov للمواقع الحكومية ... وتختلف الجهات التي تسجل لديها أسماء المواقع بحسب نوع الموقع المطلوب تسجيله فبالنسبة لأسماء المواقع العليا المكونة من رموز الدول أو أسماء المواقع الوطنية فتختلف هذه الجهات بحسب الدولة التي يرغب بتسجيل اسم الموقع الوطني لديه فكل بلد يختار الهيئة أو المؤسسة العمومية أو الخاصة المؤهلة لتسيير اسم الموقع المحلي **ففي الجزائر** فان الهيئة المسؤولة على منح اسم الموقع على شكل (dz) هو مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني CERIST وذلك منذ سنة 1999، حيث قام هذا المركز بإنشاء مصلحة تابعة له nic.dz مسؤولة على استقبال كافة الطلبات المتعلقة بتسجيل اسم الموقع (dz)⁽¹⁸⁾.

وبالنسبة لأسماء المواقع العليا العامة فتدخل الجهات المسؤولة عن التسجيل في اتفاقية تسجيل مع منظمة منح الأسماء والأرقام على الانترنت المعروفة باسم (الأيكان) ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) وتتيح هذه الاتفاقية لهذه الجهات القيام بإدارة نظام التسجيل ومخدم الأسماء وقد أصبح لأسماء المواقع قيمة مالية كبيرة فقد بيع اسم الموقع www.business.com لشركة Ecomapnies بمبلغ 7،5 مليون دولار في عام 1999 وسجل أول اسم موقع www.symbolics.com في سنة 1985 وقد بلغ عدد أسماء المواقع المسجلة منذ ذلك العام إلى تاريخ نوفمبر 2002 أكثر من 50 مليون اسم موقع⁽¹⁹⁾.



المطلب الثالث : التفريق بين أسماء المواقع والعلامات التجارية:

تعرف العلامة التجارية بأنها كل ما يأخذ شكلا مميزا من أسماء أو كلمات أو حروف أو أرقام أو رسوم أو رموز أو صور أو نقوش وتستخدم إما في تمييز بضاعة أو منتج أو خدمة وتختلف العلامة التجارية عن أسماء المواقع من عدة أوجه:

- فبالنسبة للعلامة التجارية يمكن تسجيل نفس العلامة التجارية من قبل أكثر من شخص لتمييز بضائع ومنتجات مختلفة شريطة ألا تكون مترابطة بينما لا يسمح بتسجيل اسم الموقع من قبل أكثر من شخص، فكل اسم موقع فريد بحد ذاته.

- تسجيل العلامات التجارية يكون مرتبطا ببضائع أو خدمات معينة بينما لا يكون تسجيل الموقع مرتبطا ببضائع أو خدمات معينة ولكن قد يكون مرتبطا بدولة معينة بالنسبة لأسماء المواقع الوطنية.

- الغرض من تسجيل العلامة هو تحاشي الخلط في ذهن الجمهور بين السلع والخدمات المماثلة أو المرتبطة معها والتي لا تميزها العلامة المسجلة وتعد من حقوق الملكية الصناعية، أما الغرض من التسجيل هو الإشارة لموقع معين ولا يعد من حقوق الملكية الصناعية.

- قبل ان تسجل العلامة التجارية لابد من إجراء بحث فيما إذا كانت العلامة مسجلة أم لا ويسمح بتقديم الاعتراضات ومنع الآخرين من تقليدها ويجرى البحث فيما إذا كان هناك اسم موقع متطابق مع اسم الموقع المسجل ولا يوجد أي نوع من الاعتراضات⁽²⁰⁾.

المطلب الرابع : الطبيعة القانونية لأسماء المواقع:

نقصد بالطبيعة القانونية لاسم الموقع هو هل يعد عنصرا من عناصر الملكية الصناعية أي هل هو علامة تجارية أم لا وهذا من اجل الوصول إلى نظام الحماية في حالة الاعتداء عليه أو في حالة تنازعه مع حق من حقوق الملكية الصناعية وبالأخص العلامة التجارية.

وفي هذا الموضوع هناك رأي يعتبر اسم الموقع ما هو إلا تقنية أي ليس بعلامة وهناك رأي يعتبر اسم الموقع هو نوع جديد من العلامات التجارية وقد أثرت هذه الآراء على الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

الفرع الأول: اسم الموقع يختلف عن العلامة التجارية:

ان اسم الموقع لا يمكن اعتباره علامة تجارية لان مجرد الحصول عليه أو تملكه لا يمنح حق معنوي او فكري عليه، فالإجراءات الخاصة بتملكه لا تمنح أي حقوق سابقة في مواجهة الغير. وينكر القضاء بدوره تكييف الحق الذي يمنحه اسم الموقع لصاحبه على انه حق ملكية، فهناك العديد من التطبيقات القضائية للقضاء الأمريكي أكد فيها ان العنوان الالكتروني أي اسم الموقع لا يعهد لصاحبه بحق الملكية.

كما ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى اعتبار اسم الموقع عبارة عن لافتة إعلانية، ففي حكم صدر عن محكمة تنتار بفرنسا صادر في سنة 2000 ذهبت المحكمة إلى ان العنوان الالكتروني يقوم بدور اللافتة الإعلانية للمشروعات ولكن على شبكة الانترنت، وبهذا فان هذا الرأي ومعه الأحكام القضائية تعتبر اسم الموقع ما هو إلا عنوان مثله مثل باقي العناوين العادية أو انه إلا عنوان الكتروني يربط الاتصال بالحاسوب، وعليه فانه لا يمكن حماية اسم الموقع باعتباره علامة تجارية كما انه لا يمكن تسجيله أو إيداعه لدى الجهة المكلفة بتسجيل العلامات⁽²¹⁾.

الفرع الثاني: اسم الموقع هو علامة تجارية:

وفقا لهذا الرأي فانه يمكن اعتبار اسم الموقع علامة تجارية عندما يقوم بمهمة الإشارة ذات الطابع المميز وذلك وفقا لتعريف قانون العلامات، وبالتالي فان اسم الموقع ليس فقط عنوان الكتروني يربط الاتصال بالحاسوب إذ يمكن ان يقوم بمهمة التمييز فالاجتهاد القضائي الألماني يعتبر أسماء المواقع التي تتشكل من علامة تجارية أو اسم تجاري تسميات تقوم بمهمة الإشارة المميزة للشركة⁽²²⁾.

فإذا كنا نقبل حماية علامة الخدمة الخاصة بتقديم خدمات الهاتف فما المانع من إصباغ الحماية على علامة الخدمة التي تشير إلى منتجات غير مادية وهي أسماء المواقع التي تقدم مثلا ألعاب الفيديو على شبكة الانترنت⁽²³⁾.

فاسم الموقع بمثابة العلامة التجارية في مجال التجارة الالكترونية فهو عنوان أو نطاق معين على شبكة الانترنت، يمكن من خلاله الوصول إلى ركن المؤسسة أو المجموعة الاقتصادية من اجل التسوق لديها بصدد سلع تنتجها أو خدمات تقدمها، يميز اسم الدومين المنتج أو الخدمة المعروضة على الشبكة عن غيره⁽²⁴⁾.



وفي هذا الاتجاه ذهبت بعض الأحكام القضائية ومن أهم هذه الأحكام الحكم الصادر عن القضاء الفرنسي في قضية ALTA VISTA. وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام شخص بحجز لفائده على الانترنت لدى الهيئة المكلفة بتسجيل أسماء المواقع باسم ALTA VISTA .FR ولم يتم بعد باستغلال الموقع وهذا الاسم مطابق لاسم الموقع ALTA VISTA وهو من بين المواقع الأكثر شهرة واستعمالا في العالم وهو ملك للشركة INTERNET Solution LTD التي تقوم باستغلاله في الكثير من الدول لكنها لا تملك العلامة ALTA VISTA في فرنسا ، فقامت برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي من أجل الحصول على أمر نقل اسم الموقع من الشخص الذي قام بحجزه إلى الشركة المدعية بسبب ان تسجيله لهذا الاسم كان يعرقل الشركة المدعية من فتح موقع الانترنت ALTA VISTA .FR على التراب الفرنسي فصدر الحكم في 28 جانفي 2000 في صالح المدعية أي الشركة وكان الحكم كما يلي " عند اختيار أو حجز اسم موقع مطابق لاسم موقع أو علامة مشهورة دوليا في عالم الانترنت فان الشخص مسجل الموقع يعتبر متعسفا وذلك بتسجيله لاسم الموقع وحجزه ، وهذا التصرف يكون مصدر تشويش تجاري على الشركة المالكة للعلامة ALTA VISTA والمشهورة والمستغلة في العديد من الدول منها في أوروبا والقارة الأمريكية " فبتحليل هذا الحكم فانه يشبه قانون العلامات الذي يحمي العلامات غير المسجلة التي تتمتع بشهرة عالية ، إذ يمكن التعرض للشخص الذي يسجل علامة مطابقة لعلامة مشهورة غير مسجلة⁽²⁵⁾.

وبهذا فان أسماء المواقع أصبحت تمثل قيمة اقتصادية هامة كان لها تأثيرها الواضح أمام المحاكم حيث أصبحت تنظر إلى أسماء الدومين كقيمة اقتصادية تخول صاحبها ميزة تنافسية لان سمعة الموقع ترتبط باسم الدومين ومن ثم فان الطابع التجاري لها لم يعد محل شك فاسم الموقع يمثل علامة تجارية⁽²⁶⁾.

وفي رأينا فان اسم الموقع يمكن ان يكون علامة تجارية إذا كان الهدف منه هو تقديم خدمة أو سلع عبر شبكة الانترنت ويحمى طبقا لقواعد الحماية المقررة للعلامات التجارية وفقا لقانون العلامات أما خارج هذا الهدف لا يمكن اعتباره علامة تجارية مثل أسماء المواقع الخاصة بالمؤسسات الداخلية للدول كالوزارات والمعاهد والمدارس.

المبحث الثالث:التداخل بين أسماء المواقع والعلامات التجارية المشهورة:

أدى ظهور أسماء المواقع إلى خلق نزاعات بين مالكي هذه الأخيرة والعلامات التجارية العادية منها والمشهورة أمام القضاء وتتمثل اغلب صور المنازعات بينهما بتسجيل أسماء مواقع

متطابقة أو متشابهة مع العلامات التجارية العادية والمشهورة، ويأخذ ذلك عدة صور سنتولى معالجتها باختصار وذلك كما يلي:

المطلب الأول: نزاع بين اسم موقع وعلامة تجارية مشهورة مطابقة له:

ويكون ذلك في حالة ما إذا قام شخص بتسجيل موقع يتشكل من اسم مطابق لعلامة تجارية مشهورة مملوكة للغير ويعد هذا النوع من أكثر الاعتداءات شيوعا خصوصا في فترة انتشار الانترنت عندما لم تكن الشركات مدركة لأهمية ان يكون لها وجود على الشبكة إذ سارع كثير من الأشخاص بتسجيل العلامات التجارية المشهورة العائدة للشركات التجارية الكبرى كأسماء مواقع، وطلبوا من هذه الشركات مبالغ كبيرة حتى يقوموا بالتنازل عن أسماء المواقع المحتوية على علاماتها التجارية، وقد كانت هذه الشركات ترضخ في البداية لهذه الطلبات عندما لم تكن الأمور واضحة بالنسبة لهذا النوع من الاعتداءات، إلا ان ظهور السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء المواقع (UDRP) قلل كثيرا من هذه الاعتداءات، فبفضل هذه السياسة استعادت هذه الشركات أسماء مواقعها التي تحتوي على علاماتها التجارية⁽²⁷⁾.

ونذكر في هذا النوع من النزاعات قضية طرحت أمام المحاكم الألمانية وهي قضية اسم الموقع KRUPP.de حيث ان المدعى عليه هو تاجر يحمل الاسم العائلي KRUPP قام بتسجيل اسم الموقع KRUPP.de إلا ان الشركة الحاملة للعلامة والتي تتمتع بالشهرة العالمية، قامت برفع دعوى ضد الشخص الذي سجل اسمه على الانترنت بحجة ان هذا الأخير قد قام بالاعتداء على حقوقها الخاصة بالعلامة⁽²⁸⁾.

ولبيان ذلك أكثر نشير إلى قضية Philip Morris Vr9.net رقم (D2003-0004) التي قام المسجل لاسم الموقع فيها بتسجيل العلامة التجارية المشهورة (Marlboro) التي تملكها الشركة المشتكية كاسم موقع [www. Marlboro.com](http://www.Marlboro.com) مما حدا بهذه الشركة ان تطلب من الجهة التي تقوم بحل منازعة أسماء المواقع (الويبوا) ان تحول اسم الموقع المسجل من قبل المشتكي في حقه لها وقد قضى الفريق المعين للنظر في هذه القضية بضرورة تحويل اسم الموقع للشركة المشتكية وذلك لتطابقه مع علامتها التجارية⁽²⁹⁾.

ومن الأمثلة التطبيقية الأخرى تسجيل اسم موقع www.walkman المتطابق مع العلامة التجارية المشهورة walkman وقد طلبت الشركة المشتكية تحويل واستعادة اسم الموقع المسجل وذلك لان زبائن الشركة سوف يعتقدون ان الموقع له علاقة ببضائع ومنتجات



الشركة وانه ليس للمسجل حق بالتسجيل وهو يهدف من تسجيله الاعتماد على شهرة العلامة التجارية walkman في جلب الزوار لموقعه، وبما ان الشركة المشتكية أثبتت ما يلزم إثباته وفق السياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع فان الفريق المعين في هذه القضية حكم بضرورة إعادة اسم الموقع المسجل للشركة المشتكية⁽³⁰⁾.

ومن الأمثلة التطبيقية الأخرى تسجيل اسم موقع www.adidas.com المتطابق مع العلامة التجارية adidas⁽³¹⁾ واسم الموقع www.toyota.com المتطابق مع العلامة التجارية toyota⁽³²⁾. اسم الموقع www.pentium.com المتطابق مع العلامة التجارية pentium واسم الموقع www.mariot.com المتطابق مع العلامة التجارية MARIOT واسم الموقع www.pepsicola.com المتطابق مع العلامة التجارية PEPSICOLA⁽³³⁾.

وقد يقوم احد المتطفلين بتسجيل العلامة التجارية العائدة للشركة كاسم موقع ويؤسس موقعاً يبيع فيه منتجات اقل جودة من المنتجات التي تباعها الشركة بالاعتماد على شهرة العلامة التجارية المملوكة للشركة ما يؤدي إلى خلق اللبس في زبائن صاحب العلامة ان قاموا بزيارة الموقع ويجعلهم يعتقدون أنها مرتبطة بصاحب العلامة ما يبرر أكثر ضرورة إيجاد النظام القانوني الفعال لإيجاد الحلول لمثل هكذا نزاعات.

المطلب الثاني: تسجيل اسم موقع مشابه لعلامة تجارية مشهورة:

وفيها يستخدم شخص ما بعض الحيلة في تسجيل اسم موقع شبيه أو مماثل إلى حد كبير مع العلامة التجارية المشهورة العائدة للشركة، وذلك عن طريق إدخال تعديل طفيف على إحدى حروف العلامة التجارية التي يسجلها كاسم موقع، أو إضافة كلمة للعلامة التجارية العائدة للشركة ويسجلها كاسم موقع.

ومن القضايا التي عرضت على مركز الويبو للتحكيم والوساطة والخاصة بهذا النوع من الاعتداءات القضية رقم (D2002-0567) التي رفعتها شركة (Microsof Corporation) ضد (seventh summit) الذي قام بتسجيل اسم الموقع www.hotmail.com المتماثل مع العلامة التجارية (Hotmail) التي تملكها الشركة وقد قضى المركز بنقل اسم الموقع للشركة المشتكية وكان التماثل في حذف النقطة بين www.hotmail.com و www.hotmail.com⁽³⁴⁾.

ومن هذه القضايا أيضاً القضية رقم (D2001-0362) المرفوعة أمام مركز الويبو للتحكيم والوساطة من نفس الشركة (Microsof Corporation) ضد المسجل لاسم الموقع Chrlri brown



وذلك لاستعادة اسم الموقع www.microsoft.com المتماثل لدرجة تشبه اللبس مع العلامة التجارية (Microsoft) وكان التماثل في هذه القضية بإضافة حرف o في كلمة Microsof⁽³⁵⁾.

وقد يكون الاعتداء بتسجيل العلامة التجارية العائدة للشركة كاسم موقع مع إضافة كلمة أو عبارة تسيء للشركة قبل الاسم أو بعده ، مثل (boycott.cocola.com) وهنا كلمة قاطع boycott لاسم الموقع تؤثر على مالك العلامة cocola ومن تطبيقاتها القضية رقم (D2001-1195) التي عرضت على مركز الويبو للتحكيم والتي قام فيها المسجل بتسجيل اسم الموقع www.philipssucks.com الذي يتكون من العلامة التجارية philips مع إضافة الكلمة النابية (such) وقد قرر الفريق المكلف بالنظر في القضية بإعادة اسم الموقع للشركة⁽³⁶⁾.

وإذا رفعت الشكوى إلى مركز التحكيم وتم التأكد من سوء نية الشاكي أو انه لا مبرر مقبول يميز للشاكي قبول طلبه بحرمان صاحب الموقع من موقعه لوجود التشابه أو التماثل بين اسم الموقع وعلامته التجارية يحكم فريق التحكيم برد الشكوى والطلب خاصة إذا علم الشاكي ان الشخص المسجل لاسم الموقع له الحق في تسجيله ولم يعتدي على علامته التجارية.

ومن التطبيقات العملية القضية رقم (D2001-0916) التي نظرها مركز الويبو للتحكيم والوساطة التي رفعتها شركة (Nestl SA) ضد شركة (Pro Fiducia Treuhand AG) لاستعادة اسم الموقع www.maggi.com الذي ادعت الشركة المشتكية انه مطابق لعلاماتها التجارية المسجلة المشهورة (MAGGI) ولكن الشركة المشتكي في حقها دافعت عن نفسها بان لها الحق في تسجيل اسم الموقع السابق ولم تعتد على العلامة التجارية العائدة للشركة المشتكية وذلك لان اسم الموقع مسجل باسم مديرها التنفيذي (Romeo Maggi) الذي سجل اسم الموقع باسم عائلته (Maggi) وقد أغفلت الشركة المشتكية ذكر أنها حاولت في عام 1995 الدخول مع الشركة المشتكي في حقها في مفاوضات للتنازل عن اسم الموقع لها وكانت تعرف أنها صاحبة الحق في التسجيل ومع ذلك أصرت على رفع القضية ، وقد وجد الفريق ان الشركة المسجلة لاسم الموقع تملك كل الحق في تسجيلها ولم تسجله بسوء نية ولم تحكم بالتالي بنقله للشركة المشتكية ورفضت الشكوى⁽³⁷⁾.

المطلب الثالث: تسجيل اسم موقع قبل تسجيل العلامة التجارية المشهورة:

في حالة ان كان تسجيل العلامة التجارية المشهورة سابقا لتسجيل اسم الموقع فان ذلك يشكل تعديا واضحا على الحق المعنوي لصاحب العلامة التجارية المشهورة ويوجد السهولة في إقناع جهة الحكم بالفصل لصالحه وقد صدرت عدة أحكام قضائية تدين اعتداء اسم الموقع



على علامة تجارية مسجلة سابقا على تسجيل اسم الموقع، ومن هذه الأحكام الحكم الصادر في قضية Galaries-lafayette وتتمثل وقائع هذه القضية في ان شركة Galaries-lafayette اكتشفت ان عنواننا الالكتروني وهو Galries-lafayette.com يتضمن تقليدا لعلاماتها تم تسجيله على الانترنت، واستتدت المحكمة في إدانتها للسطو على العلامة Galariesla-Gayette إلى نص المادة 2/713 من قانون الملكية الفرنسي والتي تجرم كل تزوير أو تقليد أو استعمال لعلامة من جانب شخص غير مالك لها⁽³⁸⁾.

أما إذا كان تسجيل الموقع سابق على تسجيل العلامة التجارية المشهورة فنذكر في هذا الصدد قضية Oceanant في هذه القضية كان النزاع بين عنوان الكتروني أي اسم موقع سجلته شركة وبين علامة تجارية مملوكة لشركة أخرى تم تسجيلها بعد تسجيل اسم الموقع، وكان التساؤل يفرض نفسه أمام المحكمة أي من الإشارتين يمكن ان يعلو على الآخر هل العنوان الالكتروني المسجل سابقا أم العلامة التجارية المسجلة لاحقا؟ ذهب القضاء إلى القول على ان اسم الموقع قابل لإنشاء حق في مواجهة علامة مودعة لاحقا⁽²⁾. بالإضافة إلى ان هذا الحكم يبين شكل أو صورة من صور النزاع فانه كذلك يمكن اعتباره ردا على الذين يرفضون اعتبار اسم الموقع علامة تجارية ويرجع سبب ظهور هذه النزاعات لعدة عوامل منها ما هو متعلق بالتسجيل ومنها ما هو متعلق بشهرة العلامة التجارية ومنها ما هو متعلق بالجانب المالي. **فالعامل الأول** قائم على مبدأ الأول من يسجل هو الأول من يملك فيحكم تسجيل أسماء المواقع مبدأ الأسبقية في التسجيل، ويقصد به انه يجوز لكل شخص ان يحصل على عنوان الكتروني متى قدم طلبه قبل غيره من المشروعات، فالعبرة في الحصول على هذا العنوان الالكتروني هي بسبق طلب التسجيل عن غيره من الطلبات⁽³⁹⁾. حيث انه لا يوجد أي إجراء شكلي مفروض على الشخص الذي يريد تسجيل اسم الموقع، فهو غير مجبر بتقديم أي دليل على ملكيته لاسم الموقع الذي اختاره وتقوم الهيئة المكلفة بتسجيله ببحث واحد وهو مدى توفر اسم الموقع أي هل ان اسم الموقع تم تسجيله مسبقا من طرف شخص آخر أم لا⁽⁴⁰⁾. حيث يتم منح العنوان الالكتروني مرة واحدة لمن يقدم طلبه أولا، وهذا على خلاف نظام تسجيل العلامات التجارية حيث يسمح بتسجيل نفس العلامة لمنتجات أخرى وجود علامة واحدة أي متشابهة لمنتجات غير متشابهة أو ليست من طبيعة واحدة⁽⁴¹⁾. **والعامل الثاني** راجع لشهرة العلامات التجارية بحكم سمعتها الطيبة والهامة⁽⁴²⁾. بدليل ان اغلب القضايا التي طرحت أمام القضاء أو هيئات التحكيم كانت بين علامات تجارية مشهورة وأشخاص قاموا بقرصنتها على الانترنت، هذا ويعتبر القضاء ان اختيار القرصان العلامة التجارية المشهورة لتسجيل عنوانه الالكتروني يعد مؤشر على وجود سوء نية ووجود



قرينة على علم المسجل بوجود علامة مشهورة تحمل نفس تسمية العنوان الإلكتروني⁽⁴³⁾. **والعامل الثالث** راجع لإمكانية بيع اسم الموقع بحكم قيمته الاقتصادية فيمكنه ان يكون محل صفقة تكون قيمتها جد مرتفعة وبالتالي سيكون محل تجارة مربحة ومثال ذلك الموقع Business/Com الذي بيع بمبلغ 7.5 مليون دولار⁽⁴⁴⁾. فقد أصبحت أسماء المواقع تمثل قيمة اقتصادية هامة، حيث تعد دعامة بالنسبة للمشروعات التي تستخدمها ومحور سمعتها التجارية وقوتها الجاذبة وقدرتها التسويقية. وأمام الدور الحيوي الذي تلعبه أسماء المواقع في التعريف على القائمين بالنشاط عبر الشبكة وتمييزهم فإنها أصبحت بصفة عامة ظاهرة للإثراء من خلال العائد الاقتصادي من جهة وقيمتها المالية القابلة للتداول في الأسواق⁽⁴⁵⁾.

المبحث الرابع: تسوية منازعات التداخل بين أسماء المواقع والعلامات المشهورة:

نتيجة الازدياد المستمر لتسجيل أسماء المواقع من قبل المسجلين الذين تدافع البعض منهم لتسجيل أسماء مواقع تتطابق أو تتشابه مع العلامات التجارية التي تعود لشركات مشهورة، فقد حرمت هذه الشركات الأخيرة من تسجيل علاماتها التجارية كأسماء مواقع وقد ازدادت الاعتداءات التي تقع على العلامات التجارية في الفضاء الإلكتروني والمنازعات الخاصة بأسماء المواقع.

ومن أسباب ظهور هذه النزاعات ان الشركات المسجلة لأسماء المواقع لا تقوم بالتحري فيما إذا كان الشخص يملك الحق بتسجيل اسم الموقع أم لا، أو ان اسم الموقع المسجل يعتدي على علامة أو اسم تجاري أو أي حق عائد لشخص آخر، وان التسجيل يتم بسرعة على الانترنت الأمر الذي يتطلب إيجاد حل لمنازعات أسماء المواقع.

فلا بد من اتخاذ الإجراءات القانونية من قبل صاحب العلامة التجارية ضد المسجل لاسم الموقع وفقا للسياسات التي تعتمدها الجهات المسؤولة عن تسجيل أسماء المواقع الوطنية وإما اللجوء أمام المحاكم الوطنية أو إتباع السياسة المنتهجة من قبل منظمة منح الأسماء والأرقام على الانترنت (الأيكان) وعليه سيكون تركيزنا في هذا المبحث على أهم الإجراءات العملية التي يمكن إتباعها لحل منازعات العلامات التجارية وأسماء المواقع.

المطلب الأول: حل المنازعات وفقا للسياسات التي تعتمدها الجهات المسؤولة عن تسجيل

أسماء المواقع الوطنية:

في حالة وجود منازعة حول العلامة التجارية واسم موقع وطني يلجأ صاحب العلامة التجارية المتضرر لحل منازعته وفقا للسياسات التي تضعها الجهات المسؤولة عن التسجيل، والتي قد لا تتبع السياسة الموحدة لحل منازعات أسماء مواقع الانترنت (UDRP) وقد طورت



بعض الجهات المسؤولة عن تسجيل أسماء المواقع الوطنية إجراءات خاصة لحل المنازعات، فمثلا طورت الجهة المسؤولة عن تسجيل أسماء المواقع الوطنية الانجليزية سياسة خاصة لحل منازعات أسماء المواقع، وهذا ما فعلته كذلك الجهة التي تتولى تسجيل أسماء المواقع في استراليا التي تتبع سياسة خاصة بها لحل منازعات أسماء المواقع والجهة المسجلة في الصين واليابان وكوريا وسنغافورة⁽⁴⁶⁾.

ولكن قد لا يكون هذا الإجراء العملي مناسباً في كل حالة إذا ان هناك جهات مسجلة لم تعتمد سياسة خاصة لحل المنازعات فلا يبقى من بديل لصاحب العلامة التجارية المتضرر سوى اللجوء للمحاكم الوطنية أو للسياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع إذا ما كانت الجهة المسجلة لاسم الموقع تعتمد هذه السياسة من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني: اللجوء إلى المحاكم الوطنية:

يقوم صاحب العلامة التجارية المسجلة كاسم موقع برفع دعوى أمام محكمة ذات اختصاص على المسجل لاسم الموقع من دون وجه حق ويكون ذلك بالنسبة لأسماء المواقع الوطنية. وتعد منازعات أسماء المواقع الوطنية من المنازعات الجديدة الصعبة وذلك لأسباب متعددة منها ان شروط تسجيل أسماء المواقع وإجراءات التسجيل تختلف اختلافاً بينا فيما بين الدول، كما ان القوانين التي يمكن الاعتماد عليها لحل منازعات أسماء المواقع تختلف كذلك من دولة إلى أخرى،

فهناك مواقف متباينة للدول فقد تبنت بعض الدول قوانين خاصة بحل المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء المواقع وعدلت قوانين العلامات التجارية وسنت لهذه الغاية قوانين جديدة لحماية العلامات التجارية في الفضاء الإلكتروني، أو عدلت قوانين المنافسة غير المشروعة، أو لم تعدل قوانينها واستطاعت محاكمها ان تستوعب المسائل الجديدة مستتدة في ذلك لقوانين العلامات التجارية التقليدية والمنافسة غير المشروعة أو لقضائها الوطني الذي اصدر أحكاماً تتناسب مع الطبيعة الخاصة لأسماء المواقع والمنازعات التي تحصل بينها وبين حقوق الملكية الفكرية في الفضاء الإلكتروني⁽⁴⁷⁾.

فاليابان عدلت قانون المنافسة غير المشروعة لعام 1993 في عام 2001 وكان احد أسباب التعديل منع قرصنة أسماء المواقع فقد اعتبر تسجيل علامة تجارية عائدة لشخص كاسم موقع بغرض الكسب غير المشروع أو إحداث الضرر لهذا الشخص من أفعال المنافسة غير المشروعة



كما استتدت المحاكم الإيطالية إلى قانون العلامات الإيطالية لحل نزاعات بين أسماء مواقع وعلامات تجارية كما استتدت المحاكم السويدية على مبدأ المناقصة غير الحسنة وألزمت الشخص المسجل لموقع لعلامة Volvo بتغيير اسم موقعه وفي قضية céréales التي طرحت أمام المحاكم الفرنسية وكانت بسبب ان الشركة المالكة لهذه العلامة رفض طلبها بتسجيل علامتها على شكل اسم موقع على الانترنت لان شخص آخر قام بتسجيله على الانترنت أمام الهيئة المكلفة بتسجيل أسماء المواقع على شكل céréale.fr. فصي هذه القضية أكدت المحكمة على تطبيق قانون العلامات على أسماء المواقع وهذا من اجل حل النزاعات بين العلامات واسم الموقع⁽⁴⁸⁾. وقد اعتمد القضاء على مبادئ قانون العلامات الذي يجرم التقليد فصي قضية S F R اعتبرت المحكمة الابتدائية لمدينة نونتر Nanterre الفرنسية سنة 1999 ان العنوان الإلكتروني S F R .com يمثل تقليدا للعلامة التجارية S F R التي تملكها شركة Radiotéléphone وأمرت بوقف استعمال العنوان⁽⁴⁹⁾ وفي الجزائر يشترط من مسجلي أسماء المواقع احترام La chart de nomage du .DZ والذي يتضمن لجنة مكلفة بتسوية المنازعات المتعلقة بتسجيل أسماء المواقع Commission de règlement de litige pour les noms de domaines sous.DZ

المطلب الثالث: حل النزاع وفقا للسياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء المواقع على الانترنتUDRP:

لا يمكن لأي جهة ان تقوم بحل منازعات أسماء مواقع الانترنت ما لم تكن معتمدة من قبل منظمة منح الأسماء والأرقام على الانترنت (الأيكان) التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو وهناك جهات معينة ومعتمدة لهذا الغرض سنتعرف عليها في الفرع الأول ويعتبر مركز الويبو للتحكيم الرائد في هذا المجال وهو ثمرة مجهودات {الويبو} لإيجاد سياسة أكثر فاعلية لحل منازعات أسماء المواقع وهو ما سنتناول تعريفه وتتبع إجراءات حل المنازعات على مستواه في الفرع الثاني .

الفرع الأول: الجهات والمراكز المعتمدة من قبل (الأيكان ICANN) لحل منازعات أسماء مواقع الانترنت:

لا يمكن لأي جهة ان تقوم بحل منازعات أسماء مواقع الانترنت ما لم تكن معتمدة من قبل منظمة منح الأسماء والأرقام على الانترنت (الأيكان) وهناك أربع جهات معينة ومعتمدة لهذا الغرض نجدها في موقع الأيكان ونذكرها كالتالي:

1- المركز الآسيوي لحل منازعات أسماء المواقع المعتمد من الأيكان بتاريخ 2001/12/03.



- 2- مركز الويبو للوساطة والتحكيم المعتمد من طرف الأيكان بتاريخ 1999./12/01
- 3- مركز (سي بي ار) لحل المنازعات المعتمد من طرف الأيكان بتاريخ 2000./05/22
- 4- مجمع التحكيم الوطني المعتمد من طرف الأيكان بتاريخ 1999./12/23.

إذ تبلغ نسبة تسوية منازعات أسماء المواقع من قبل مركز الويبو للتحكيم والوساطة أعلى نسبة 59.20% ثم يليها مجمع التحكيم الوطني 34.46% ثم يليها المركز الآسيوي 5.63% و(سي بي ار) 5.27% ومن الضروري الإشارة إلى ان المسجل لاسم الموقع يلتزم عند تسجيل اسم موقعه بالخضوع للسياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع وذلك بموجب اتفاقية تسجيل اسم الموقع التي يبرمها مع الشركة المسجلة والتي تحتوي على إحدى البنود التي تلزمه بذلك⁽⁵⁰⁾.

ووفقا للسياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع يجب على صاحب العلامة التجارية المتضرر حتى يستطيع ان يستعيد اسم الموقع الذي يتضمن علامته التجارية ان يثبت انه يملك علامة تجارية عادية مطابقة أو مشابهة أو علامة تجارية مشهورة تشكل نسخا أو تقليدا أو ترجمة أو نقلا حرفيا لها كلية أو في جزا أساسي منها بشكل يؤدي إلى اللبس⁽⁵¹⁾ مع اسم الموقع المسجل وانه ليس لدى المسجل لاسم الموقع حق أو مصلحة مشروعة باسم الموقع الذي سجله وان المسجل لاسم الموقع قام بتسجيل اسم موقعه بسوء نية .

وينبغي الإشارة إلى ان نذكر ان صاحب العلامة التجارية هو الذي يقوم باختيار إحدى الجهات المعتمدة من قبل (الأيكان) لحل منازعات أسماء المواقع وفقا لسياستها ونظامها الخاص وتتحصر طلبات المشتكي وفقا للسياسة إما بإلغاء اسم الموقع المسجل أو طلب تحويل اسم الموقع من المسجل إلى صاحب العلامة التجارية⁽⁵²⁾.

الفرع الثاني: توضيح مجهودات المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحل منازعات أسماء المواقع:

قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بأخذ المبادرة في حل النزاعات الخاصة بأسماء المواقع العامة وهذا نظرا للطابع الدولي لهذه المواقع، وخاصة ان تسيير هذه المواقع من مهام منظمة دولية تابعة للويبو تسمى (الأيكان) كما قامت بمجهودات فيما يخص النزاعات الخاصة بأسماء المواقع المحلية، كما قامت المنظمة بإنشاء مركز التحكيم والوساطة التابع لها مهمته التحكيم والوساطة في مثل هكذا نزاعات وقد قامت المنظمة بإصدار تقارير سواء تلك الخاصة بالمواقع العامة أو المواقع المحلية⁽⁵³⁾.

أولاً: تقرير الويبو الخاص بأسماء المواقع العامة:

قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بوضع سياسة خاصة لحل النزاعات عن طريق توحيد إجراءات حل النزاعات الخاصة بأسماء المواقع العامة، وهذه السياسة التي احتواها التقرير جاءت على شكل توصية قد تبناها اتحاد منح الأسماء والأرقام في الانترنت، كما اعتمدها مختلف الهيئات المكلفة بتسجيل أسماء المواقع العامة التابعة لهذا الاتحاد، فكل شخص ثبت له ان اسم موقع سبب له ضرر بالنسبة للعلامة التي يملكها يمكن له ان يرفع دعوى أمام هيئة من الهيئات المعتمدة من قبل الاتحاد لحل النزاع⁽⁵⁴⁾.

ووفقاً للتوصيات الرئيسية التي احتواها التقرير لكي تطبق هذه السياسة يجب ان يكون اسم موقع في نزاع مع علامة، ومالك العلامة هو الذي يطلب تطبيق سياسة توحيد إجراءات النزاعات الخاصة بأسماء المواقع ووفقاً للفقرة 171 من تقرير الويبو فإننا نكون أمام قرصنة الأسماء والتسجيل التعسفي لاسم الموقع إذا توافرت ثلاث شروط هي :

- 1- تطابق اسم موقع الانترنت أو مشابهته بدرجة تثير اللبس مع علامة تجارية.
- 2- ليست لمستخدم اسم الموقع حقوقاً على ذلك الاسم.
- 3- ان يكون اسم الموقع مسجلاً ومستخدماً بسوء نية.

ثانياً: تقرير الويبو الخاص بأسماء المواقع المحلية:

قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بإصدار توصيات عملية خاصة بأسماء المواقع المحلية من اجل وضع إجراءات وقواعد احتياطية لحل النزاعات الخاصة بالملكية الفكرية، فقد احتوت هذه التوصية على وجوب ان ينص عقد التسجيل في الانترنت تصريح من قبل طالب التسجيل ان اسم موقعه واستغلاله لا يمس بأي حق من حقوق الملكية الفكرية، والالتزام باللجوء إلى إجراءات حل النزاعات المعتمدة من قبل هيئة إدارة تسجيل أسماء المواقع المحلية⁽⁵⁵⁾. كما أشارت التوصية إلى الأساليب غير القضائية لحل النزاعات ومنها التحكيم والوساطة في حل النزاعات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية الخاصة بالانترنت، كما اعتبرت هذه الأساليب أكثر ملائمة لحل هذه النزاعات لان اسم الموقع يسمح لصاحبه بالتواجد في كافة أنحاء العالم، ونتيجة لذلك يكون النزاع متعدد الحلول القانونية والقضائية بما يسمح بصدور أحكام متناقضة في كل دولة يقع فيها النزاع فهنا تكمن أهمية



التحكيم في حله للنزاع وذلك بصدور قرار واحد لحل النزاع كما تتميز حل النزاعات عن طريق التحكيم بالسرعة والرمزية في الأتعاب⁽⁵⁶⁾.

الفرع الثالث: إجراءات حل منازعات أسماء المواقع من قبل مركز الوساطة والتحكيم التابع للويبو WIPO Arbitration and Mediation Center. WAMC:

يعد هذا المركز من بين الهيئات المعتمدة من قبل اتحاد منح الأسماء والأرقام على الانترنت الأيكان من اجل حل النزاعات بين مالكي العلامات ومالكي أسماء المواقع وبإصدار الويبو لتوصياتها الخاصة بأسماء المواقع المحلية يمكن لأي هيئة تسجيل أسماء المواقع المحلية اللجوء إلى هذا المركز من اجل حل النزاعات هذه الأخيرة التي لا تعتبر ملزمة بالنسبة لمالكي العلامات الذين لهم الخيار بين اللجوء إليها أو اللجوء إلى المحاكم الوطنية أما بالنسبة لمالك اسم الموقع فهي ملزمة له إذ يلتزم باللجوء إلى هذه السياسة في حالة ما يقوم مالك العلامة باختيارها، كما يمنح لكل الطرفين أي مالك العلامة التجارية ومالك اسم الموقع اللجوء إلى المحاكم الوطنية حتى بعد إيداع الدعوى أمام الهيئة التي تنظر في النزاع أي في كل مرحلة من مراحل نظر النزاع بين الطرفين⁽⁵⁷⁾.

أما فيما يخص اختصاص القاضي في حل النزاع على شكل اسم موقع عام والذي يسجل أمام هيئات دولية وليست محلية نجده من خلال قضية FRAMATOM حيث تلخص وقائع القضية في ان الشركة المالكة للعلامة FRAMATOM والمودعة بفرنسا منذ عام 1989 والمالكة لاسم الموقع FRAMATOM.FR بفرنسا أرادت ان تفتح اسم موقع على شكل COM وجدت ان علامتها مسجلة على شكل FRAMATOM.COM من قبل جمعية على الانترنت فرفضت الشركة مالكة العلامة دعوى أمام القضاء الفرنسي ضد هذه الجمعية طالبة استرجاع هذا الاسم على شكل الموقع العام، فدفعت الجمعية بعدم اختصاص القاضي الفرنسي على أساس ان الموقع تم تسجيله على شكل موقع عام أي خارج فرنسا وليس على شكل موقع محلي، فكان جواب القاضي عن هذا الدفع انه مختص على أساس ان العلامة مسجلة في فرنسا، وكذلك انه مختص على أساس ان التقليد واقع في فرنسا إذ يمكن الوصول إليه من فرنسا عن طريق الانترنت⁽⁵⁸⁾.

الخاتمة:

يتضح لنا جلياً أن مجال حقوق الملكية الصناعية واسع النطاق والتجدد، فالعلم دائم التحول شيئاً فشيئاً من اقتصاد الموجودات إلى اقتصاد المعلومات، والاقتصاد القائم على المعرفة وفيه يغدو رأس المال الفكري على درجة بالغة من الأهمية شأنه شأن رأس المال المادي، وربما يفوقه في حالات كثيرة، وكان لهذا أثر في التأثير على الأعمال بل وفي تحديد عناصر الملكية وعناصر موجودات المشاريع وميزانيتها المالية.

إن التحولات العميقة التي فرضتها مرحلة الدخول إلى اقتصاد السوق بوتيرة متسارعة وما صاحبها من عقد اتفاقيات دولية متعددة تمس على الخصوص بمختلف جوانب حركة رؤوس الأموال وتداول السلع والخدمات، أدت إلى بروز العديد من الثغرات القانونية في العديد من التشريعات المتعلقة بالملكية الصناعية ومنها على الخصوص تلك المتعلقة بموضوع النظام القانوني للعلامات التجارية. مما جعلها غير قادرة على مواكبة المستجدات على الساحة الاقتصادية والمالية.

فالدول المتقدمة صناعياً تبهت منذ ما يربو عن قرنين لأهمية الحماية القانونية للعلامة بمختلف أنواعها وأشكالها وأثرها في تشييط القدرات الابتكارية لدى أبنائها، ثم ضمان تطبيق ما يتم ابتكاره في مجال الصناعة، والأكثر من ذلك أنهم وسعوا من نطاق استعمال العلامة التجارية من خلال إعطاء أهمية للعمليات القانونية الواردة عليها كالبيع والرهن والترخيص والتنازل...

وقد شهدت القرون الماضية سابقاً بين هذه الدول وولاة أمورها من أجل تشجيع المبتكرين في كل ميدان واجتذاب الأجنبي منهم.

فلا سبيل أمام الدول النامية من وسيلة لمسايرة التطور المستمر في كل مجالات الحياة سوى الاستفادة من المبادئ والأسس التي يقوم عليها الاقتصاد الحر وفق المنهج الذي اتبعته الدول المتقدمة من خلال تشجيع وتنمية القدرات الفكرية والإبداعية في ميدان التسويق والإنتاج.

وكل دولة تسعى إلى تحقيق تقدمها الاقتصادي، وأكبر ركيزة يبني عليها الاقتصاد وخاصة في ظل العولمة هو تجديد وتطوير وسائل الإنتاج وآليات التسويق لإنعاش السوق الوطنية والتقليل من طغيان الأسواق الأجنبية أو غزوها إن أمكن، ونعتقد أن الاهتمام بالعلامات كآلية لتسهيل وتسريع وتيرة تداول السلع والخدمات يعطي حركية في ميدان الإنتاج والتوزيع الواسع النطاق.



إن تزايد منازعات الملكية الفكرية وخاصة في عنصر العلامات التجارية المشهورة تتجاوز الحدود في كثير من الحالات وتحتاج إلى خبراء متخصصين، مما يحتم ضرورة بناء إستراتيجية لتطوير هذا الميدان في الدول النامية.

فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عيب عليه التأخر في هذا المجال فالدراسة في ميدان العلامة التجارية المشهورة دلت أنه منذ الاستقلال كان الأمر 66- 57 المؤرخ في 1966 إلى غاية 19 يوليو 2003 هو الذي ينظمها. وكان الاعتماد على قواعد القانونية التي وضعت في عصر قلت فيه التقنيات غير كاف ليجعله صالحا للتطبيق في عصر العولمة لهذا منذ بداية التسعينات إلى غاية اليوم شهدت الجزائر موجة تشريعية في ميدان الملكية الفكرية عامة والعلامة التجارية على الخصوص، ومرد ذلك هو تلبية متطلبات العضوية في المنظمة العالمية للتجارة OMC وما يوجبه ذلك بالضرورة من تلبية متطلبات اتفاقية ترينس فيما جاءت به من جديد وما أحالت إليه من الموجود.

قائمة المراجع بالترتيب العددي:

- 1- د عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ط2008، ص 7.
- 2- الأستاذ القاضي وليد عاكوم، التحقيق في جرائم الكمبيوتر، دراسة قانونية مقدمة ضمن أعمال مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية. أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات. 2003.
- 3- د كنعان الأحمر، دور حق المؤلف في تشجيع الإبداع والاستثمار في المجالات الأدبية، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال الندوة الوطنية حول الملكية الفكرية، سوريا يونيو. 2003.
- 4- د عبد الفتاح حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط 1 سنة 2006، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص 7.
- 5- د محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، منشورات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 1995، ص 17.
- 6- د عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق ص 27.
- 7- د عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع نفسه ص 31 و 32.



- 8 - د محمد الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، ط2، ، القاهرة، 1997، ص. 7.
- 9 - د. جمال الصغير، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت، ط1، القاهرة، 2001، ص.4.
- 10 - د .نعيم مغيب، مخاطر المعلوماتية والانترنت، بيروت، 1998 ن ص.189.
- 11- د عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق ص37و.38.
- 12- الأستاذ رامي علوان محمد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، يناير 2005 ص 246 و247.
- 13- د شريف محمد غانم، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت وعلاقتها بالعنوان الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007، ص. 14.
- 14- Christiane Ferele _ CYBER droit _ 2 em édition_ DALLOZ _ paris _ 2000 page 51207- د محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية -دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2003 ص 242 و243.
- 16- حسب الموقع <http://www.root.servers.com> هناك 13 من جذور الخوادم (A+M) 10 منها موجودة في الولايات المتحدة الأمريكية وهي الخوادم (A.B.C.D.E.F.G.H.L.J) وواحد في ستوكهولم بالسويد وهو (D) وواحد في لندن وهو الخادم (K) والأخير في طوكيو باليابان وهو الخادم (M).
- 17- الأستاذ رامي علوان، المرجع السابق ص 250 الى 263. وانظر ايضا Andre Bertrand, the Ry pitte ,Internet et droit que sai je ? edition 1999. pari,p29.
- 18- انظر الموقع على الانترنت www.nic.dz.
- 19- الأستاذ رامي علوان، المرجع السابق ص 263 و264.
- 20- د شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 48 ووص. 60.
- 21-Zwipt andreas-le droit des marques et noms de domaine sur Internet -évolution de la jurisprudence -sours - cahiers et fiscaux de l exportation DN -0112000-p 1388.
- 22-le site www.droit.umonteral.ca.



23- د محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2003، ص 244

24-ERIK-FRANCHI-le droit des marque aux frontières du virtuel . année 2000-
www.lex-electronica.Org

25- د محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 251.

26- يسمى هؤلاء الأشخاص المضاربين أو المحتلين لأنهم يسجلون العلامات التجارية العائدة للشركات كأسماء مواقع ولا يقومون باستخدامها ولا يؤسسون مواقع لها ولكنهم يتوقعون ان يبيعوها أو يؤجروها للشركات التي قد تكون أحق منهم بتسجيلها. انظر أكثر الموقع www.domainhandbook.com

27-Zwipt andreas-0P .cit -p 1395.

28- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm12003/d2003-0004htm1.

29- انظر أكثر الموقع www.arb-forum.com/domains/decisions/96109.htm

30- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/2002/d0905;htm1.

31- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/2002/d0951;htm1.

32- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/2002/d0010;htm1.

33- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/d2002-0567;htm1.

34- انظر أكثر الموقع

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/d2002-0362;htm1.

35- انظر تفاصيل أكثر

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/d2001-1195;htm1.

36- انظر تفاصيل أكثر

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/htm1/d2001-0916;htm1.

37- د شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 114.



- 38- Christiane – Feral Op .cit p 222 .
- 39- د شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 76.
- 40- Christiane – Feral Op .cit p 211 .
- 41- انظر أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية، منشورات حلبي، لبنان، سنة 1999، ص 139.
- 42- د محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، سنة 1971، ص 302.
- 43- د شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 110.
- 44-Jean Christophe Galeux et Gerard Hass-les noms de domaine dans la pratique contractuelle, édition du juris-classeur-2annee N 1janvier 2000 ,p 12 .
- 45- د محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 251.
- 46- رامي محمد علوان.المرجع السابق ص.302
- 47- رامي محمد علوان.المرجع السابق ص303 الى 307.
- 48-Hirsch,Sylvain-confli entre marques e nom du domaine-lamy-Droit de l'informatique-N 104-date01 /06/1998 Page 02 .
- 49- د شريف محمد غانم المرجع السابق ، ص 118.
- 50- رامي محمد علوان.المرجع السابق ص309 الى.311
- 51- انظر التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بحماية العلامات شائعة الشهرة، (الويبو)، المرجع السابق ، ص 09.
- 52- رامي محمد علوان.المرجع السابق ص312 الى.318
- 53- انظر أكثر موقع (الأيكان) [www. ICANN.com](http://www.ICANN.com)
- 54-OMPI,la gestion des noms et adresses de l internet, rapport ,ompi,30Avril, 1999.
- 55-revu ompi-pratique recommandes concernant les CCTLD-aux fins de la prévention et du règlement des litiges de propriété intellectuelle-OMPI- Version1-20-juin 2001.



56-revu ompi,op cit p 4 a 6 .

57-Helarie coiration-la procédure de résolution des conflits entre marque et noms de domaine mis en place par L'ICANN-Mémoire de dess-paris2-ane 2000 /2001 P 23.

58-Alexander Nappey –DESS en droit- le contentieux judiciaire entre marques et noms du domaines-université Strasbourg-Août 1999.p 17,18.

قائمة المراجع المعتمدة:

أولاً: باللغة العربية:

- 1- د عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ط.2008
- 2- د محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، منشورات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 1995.
- 3- د محمد الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، ط2، القاهرة، 1997.
- 4- د. جمال الصغير، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت، ط1، القاهرة، 2001.
- 5- د .نعيم مغيب، مخاطر المعلوماتية والانترنت، بيروت، 1998.
- 6- د شريف محمد غانم، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت وعلاقتها بالعنوان الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007.
- 7- د محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية -دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2003.
- 8- د محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2003
- 9- أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية، منشورات حلبي، لبنان، سنة 1999
- 10- د محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، سنة 1971.

ثانياً: المطات الدراسات القانونية باللغة العربية.

- 1- الأستاذ القاضي وليد عاكوم، التحقيق في جرائم الكمبيوتر، دراسة قانونية مقدمة ضمن أعمال مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية. أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات. 2003.

- 2- د كنعان الأحمر، دور حق المؤلف في تشجيع الإبداع والاستثمار في المجالات الأدبية، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال الندوة الوطنية حول الملكية الفكرية، سوريا يونيو 2003.
- 3- الأستاذ رامي علوان محمد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، يناير 2005.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية:

1-Christiane Ferale _ CYBER droit _ 2 em édition_ DALLOZ _ paris _ 2000.

رابعا: الرسائل والمقالات والدوريات باللغة الفرنسية:

- 1-Helarie coi ration-la procédure de résolution des conflits entre marque et noms de domaine mis en place par L'ICANN-Mémoire de DESS-paris2-année 2000 /2001
- 2-Andre Bertrand,the Ry pitte ,Internet et droit que sai je ? édition 1999. pari.
- 3-Zwipt andreas-le droit des marques et noms de domaine sur Internet –évolution de la jurisprudence –sours – cahiers et fiscaux de l exportation DN -0112000.
- 4-ERIK-FRANCHI-le droit des marque aux frontières du virtuel . année 2000-
www.lex-electronica.Org.
- 5-Jean Christophe Galeux et Gerard Hass-les noms de domaine dans la pratique contractuelle, édition du juris-classeur-2année N 1janvier 2000 .
- 6-Hirsch,Sylvain-confli entre marques e nom du domaine-lamy-Droit de l'informatique-N 104-date01 /06/1998
- 7-Alexander Nappey –DESS en droit- le contentieux judiciaire entre marques et noms du domaines-université Strasbourg-Aout 1999.

خامسا:التقارير الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

- 1-OMPI ,la gestion des noms et adresses de l internet, rapport-ompi,30Avril ,1999
- 2-Revu Ompi-pratique recommandes concernant les CCTLD-aux fins de la prévention et du règlement des litiges de propriété intellectuelle-OMPI- Version1-20-juin 2001



مركز البصرة للبحوث والدراسات والفكرية والفلسفية

46، تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر.

ها : 00.213.21.28.97.78 - 00.213.0550.54.83.05 :فا 021.28.36.48

البريد الالكتروني: markaz_bassira@yahoo.fr / markazbassira2009@hotmail.fr

الموقع الالكتروني: www.albassira.net

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات إستراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز .

■ تصدر الدوريات فصلياً، أي أربع أعداد في السنة لكل دورية.

■ الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1000 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 14 دولار.

للمؤسسات في الجزائر: 1200 دج و خارج الوطن: 15 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية
ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية
تصدر أربع مرات في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....

العنوان.....

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> دراسات إستراتيجية | <input type="checkbox"/> دراسات أدبية |
| <input type="checkbox"/> دراسات قانونية | <input type="checkbox"/> دراسات إسلامية |
| <input type="checkbox"/> دراسات اجتماعية | <input type="checkbox"/> دراسات اقتصادية |
| | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية

Ccp : 7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية، يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

