



دراسات قانونية



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

العدد الثامن عشر- أوت- 2013م- شوال 1434هـ

الدواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه

أ.لمر سهام

المحافظ العقاري ودوره في حماية الملكية العقارية

أ.ميساوي حنان

تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية

أ.زوبة سميرة

طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية

أ.نوي عبد النور

دور المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية

أ.لعرج سمير

شرط عدم المنافسة بين حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة وحرية العمل

أ.أيت إفتان نادية

تحديد لحظة الموت دينيا وطبيا وقانونيا

أ.هني أمال زوليخة



مدير التحرير

أ. سمير إدريس

رئيس التحرير

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadji68@gmail.com

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

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0553.19.20.70

البريد الإلكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الإلكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردمك: 1112-8003

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا: 021.68.86.48

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فاندراسات
قانونية

العدد الثامن عشر

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 ويُبَلِّغ 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 يُبلِّغ 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 البليدة)
مقرا	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 به حلال (أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان - فرنسا)
عضوا	د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البليدة)
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 - البليدة)
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 الثامن عشر - أوت. 2013م - شوال 1434هـ

محتويات

الصفحة	بمقال	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	الافتتاحية.
9	أ / المر سهام أستاذة مساعدة قسم أ كلية الحقوق/ جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان	الدواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه
29	أ/ميساوي حنان أستاذة مساعدة قسم أ، قسم العلوم القانونية والإدارية، الملحقة الجامعية مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، ولاية تلمسان، الجزائر.	المحافظ العقاري ودوره في حماية الملكية العقارية
45	أ/زوية سميرة أستاذة مساعدة قسم - أ - كلية الحقوق - جامعة بومرداس	تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية

65	أ/ نوي عبد النور كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خميس مليانة	طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية
77	د/ لعرج سمير أستاذ محاضر "ب" بكلية الحقوق، جامعة بومرداس	دور المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية
101	أ/ أيت إفتان نادية أستاذة مساعدة " قسم أ " كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة بومرداس	شرط عدم المنافسة بين حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة وحرية العمل
163	أ/هني أمال زوليخة كلية الحقوق- بن عكنون- جامعة الجزائر(1)	تحديد لحظة الموت دينيا وطبيا وقانونيا

افتاحية العدر

أ.د. فوزي أوصديق

عميد سابق في كلية الحقوق

ها نحن في الموعد، ومع عدد جديد من "دراسات قانونية" نفتحه ببحث للأستاذة **المرسهم** من جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان- والذي عنونته بـ **"الدواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه"**. حددت الباحثة في بحثها هذا ماهية الدواء باعتباره منتجا خطيرا لارتباطه بالصحة البشرية والحيوانية، وهو ما أدى إلى ضبط مفهومه من الناحية التشريعية في كثير من التشريعات منها التشريع الفرنسي والجزائري بحيث تجلت خصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه، من ناحية الإعلام وضمان العيوب الخفية وكذا السلامة.

أما الأستاذة **ميساوي حنان**، من جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، وفي بحثها المتعلق بـ **"المحافظ العقاري ودوره في حماية الملكية العقارية"** فحددت مهنة المحافظ العقاري وطبيعة مهامه، كذلك بينت الطبيعة الخاصة التي يمتاز بها المحافظ إلى جانب أنه موظف عام، كما قامت بإبرازه حقوقه وواجباته ودوره في حماية الملكية العقارية.

والأستاذة **زوية سميرة** من جامعة بومرداس فتطرق لموضوع **"تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية"** حيث أبرزت حظر المشروع للشروط التعسفية في العقود بين المحترف والمستهلك، وحددت الأساسية للعقود النموذجية المبرمة مع المستهلك، ثم بينت الجزاءات المقررة في حالة تضمين العقد شروط تعسفية.

وعاد بنا الأستاذ **نوي عبد النور** من جامعة خميس مليانة إلى قانون الأسرة بحيث يتعلق بـ **"طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية"** أين بين مفهوم الصلح ودليل مشروعيته وإجراءاته، ثم أبرز الطبيعة القانونية للصلح ومدى إعتبار هذا الأخير رجعة أو عقدا جديدا.



وفي موضوع ذو أهمية، أبحر بنا الدكتور **لعرج سمير** من جامعة بومرداس، في "دور المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية" أين عرفنا بهذه المنظمات وخصائصها وبين الآليات الوقائية والتوعوية التي تستعملها لمكافحة الجرائم المالية، وكذلك الآليات العلاجية الحمائية.

ومن خلال بحث الأستاذ **آيت إفتان نادية**، وهي كذلك من جامعة بومرداس، الجامعة التي كان لها الحظ الأوفر في هذا العدد من خلال أبحاث أساتذتها الباحثين، والمعنون بـ "شرط عدم المنافسة بين حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة وحرية العمل" وهي بحث مطول نسبيا، حددت الباحثة من خلاله طرق منافسة العامل لصاحب العمل، وبينت شروط صحة الإتفاق بعدم المنافسة ثم في الأخير أبرزت الآثار المترتبة عن الإتفاق على عدم المنافسة.

آخر بحث في عددنا هذا، هو للأستاذ **هني آمال زوليخة** من جامعة الجزائر 1 والمعنون بـ "تحديد لحظة الموت دينيا وطبيا وقانونيا" ومن خلال عنوانه يتبين أن هناك تباين بين علماء الدين والطب والقانون حول هذه المسألة.

وهو ما أرادت الباحثة إبرازه من خلال تناول كل تخصيص على حدى، حيث بينت معيار الموت الإكلينيكي والدماغي والجسدي والخلوي وذلك بالنسبة للجانب الطبي، وموقف الفقه القانوني والقوانين المقاربة من لحظة الموت. بالنسبة للجانب القانوني، ثم عرجت على الفقه الديني وموقف المجالس الإسلامية من هذه الواقعة.

هذه مجموع الأبحاث التي تضمنها العدد الثامن عشر من "دراسات قانونية"، نرجوا أن يستفيد منها كل باحث ودارس ومطلع.

الدواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه

أ / المر سهام
أستاذة مساعدة قسم أ
كلية الحقوق/جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-

ملخص:

إنّ دراسة موضوع الدّواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه، تثار بشأنها العديد من التساؤلات، من حيث ماهية الدّواء باعتباره منتجاً خطيراً على قدر كبير من الأهمية لارتباطه الوثيق بالصّحة البشرية والحيوانية، وعليه تدخلت جلاً التشريعات لضبط مفهومه. وهذا ما قام به كلّ من المشرعين الفرنسي والجزائري حيث إنّه وبالتحديد مفهوم الدّواء وخصائصه، تجلّت خصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه، من التزام بالإعلام إلى التزام بضمان العيوب الخفيّة في الدّواء وإزالتها إلى التزام بالسلامة وذلك بضرورة علم الصّيدلي، سواء كان منتجاً أم بائعاً، بعيوب الدّواء وإزالتها حتى يحقّق الدّواء الأمان المشروع الذي ينتظره المريض، إلى التزام بالمطابقة، والذي تبناه المشرعان الفرنسي والجزائري بمقتضى نصوص خاصّة في مجال الدّواء.



Le médicament et spécificité des obligations

qui s'imposent dans ce domaine

L'étude du thème du médicament et la spécificité des obligations qui s'imposent dans ce domaine, soulève plusieurs questionnements quant à l'essence même du médicament considéré comme produit dangereux et d'une importance capitale. Cette importance vient du lien étroit entre le médicament et la santé, tant humaine qu'animale.

Ainsi, la majorité des législations, y compris française et algérienne, sont intervenues afin de bien cerner la notion du médicament. En déterminant le concept du médicament ainsi que ses caractéristiques, on pourrait définir l'ensemble des obligations qui s'y rattachent, de l'obligation d'informer à l'obligation de garantir des vices cachés et leur suppression passant par l'obligation de sécurité ou le pharmacien qu'il soit producteur ou vendeur doit être conscient des vices du médicament et les supprimer pour que le médicament puisse réaliser la sécurité légitime à laquelle aspire le patient. On n'omet pas non plus l'obligation de la conformité qui fut adoptée par les législateurs français et algérien dans des textes particuliers relatifs au domaine des médicaments.

مقدمة:

لقد أصبحت صناعة الدواء من أهمّ الصناعات وأكثرها شيوعا وانتشارا في جُلّ دول العالم، حيث أضحى للدواء أهمية كبيرة في حياة الإنسان والسبب يعود إلى صلته الوثيقة بالصحة البشرية، إذ نجد الإنسان قادرا على الاستغناء عن الكثير من المنتجات الاستهلاكية، فيما نجده عاجزا عن الاستغناء عن دواء يكفي حاجته في العلاج، وذلك بغضّ النظر عن مستوى دخله أو مكانته وفتته الاجتماعية.

ونظرا إلى هذه الأهمية المتزايدة بتزايد الأمراض وتقسيها، عمدت كافة الدّول إلى تنظيم هذا المجال بموجب قوانين صارمة قواعدا أمرّة، بهدف ضبط وتنظيم تداول المنتج الدّوائي من مرحلة الإنتاج إلى التوزيع، وأخيرا الاستهلاك والاستعمال.

ونظرا إلى زيادة المخاطر الجسمية المحيطة باستهلاك المادة الدّوائية، باعتبارها من المنتجات الخطرة، إن لم تكن من أشدّ أنواع المنتجات خطورة على الإطلاق ظهرت ضرورة إحاطة هذا التطور العلمي في مجال الدّواء بتطور آخر في المجال التشريعي، بهدف حماية مستهلك الدواء.



وكالعادة فالتشريع والقضاء الفرنسي سبّاق للمبادرة لمواكبة المستجدات لتوافقه بعدها تشريعات أخرى، منها التشريع الجزائري. وعليه فإن دراسة موضوع الدواء وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه تثار بشأنه عدة تساؤلات تتمحور فيما يلي:

ما هو المقصود بالدواء في كل من التشريع الفرنسي والجزائري؟ وفيه تكمن خصائصه؟ وإذا كان الدواء منتجا خطيرا، فهل الالتزامات المفروضة في نطاقه على نفس درجة الالتزامات المنصوص عليها وفقا للقواعد العامة؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم دراستنا هذه إلى ماهية الدواء كمبحث أول، وخصوصية الالتزامات المفروضة في نطاقه كمبحث ثان.

المبحث الأول: ماهية الدواء:

فالدواء وبالنظر إلى خطورته وكذلك أهميته الحيوية على صحة الإنسان عمدت كافة التشريعات إلى وضع تعريف دقيق له، منها التشريع الفرنسي من خلال قانون الصّحة العامة⁽¹⁾ ليسايره بعدها المشرع الجزائري في وضع تعريف للدواء من خلال القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،⁽²⁾ محاولا إدراك ما توصل إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال، إذن وبتحديد

⁽¹⁾ لقد صدر أول قانون للصحة العامة في فرنسا بتاريخ 11 سبتمبر سنة 1941 وقد أدخلت على هذا القانون مجموعة من التعديلات منها الأمر الصادر في 04 فيفري 1959 والذي جاء بتشريعات للدواء م 511 كذلك الاحتكار في المادة L512. وكذلك الأمر الصادر في 23 سبتمبر 1967 والذي أدخل مانع الحمل في مفهوم الدواء، ثم تلاه تعديل سنة 2000 بموجب الأمر رقم 548/2000 الصادر في 10 يونيو سنة 2000 حيث أن المادة 511 أصبحت تحمل العدد 1/5111 بعد التعديل وغيرها من النصوص القانونية التي باتت تحمل أرقاما أخرى، إلى غاية صدور التعديل الصادر بموجب القانون رقم 2007 - 248 المؤرخ في 26 فبراير 2007، ليليه تعديل آخر بموجب القانون رقم 2009 - 879 الصادر في 21 - 07 - 2009.

Hervé Dion, droit pharmaceutique (officine, industrie, pharmacies vétérinaire et des établissements de santé), Gualino lextenso édition -paris 2008, p.37.

⁽²⁾ الصادر بموجب القانون رقم 85 - 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08 - 13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل 20 يوليو سنة 2008 ج.ع. 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.



مفهوم الدواء سيتسنى لنا تقييد المواد التي تدخل في نطاق الدواء، وهذا ما سيمكننا بالضرورة من ضبط خصائص وشروط المنتج الدوائي، إذن: سنتناول في:

المطلب الأول تعريف الدواء، أما المطلب الثاني فنخصصه لخصائص الدواء.

المطلب الأول: تعريف الدواء:

إنّ الدواء ليس كغيره من المنتجات، فهو يصنّف ضمن المنتجات الاستهلاكية الخطرة، نظرا إلى كونه منتجا يتطلب معرفة علمية كبيرة وتقنية عالية في التركيب، بناء على تجارب مسبقة ودراسات معمّقة، حيث إنّ اقتناه لا يكون إلا بوصفة من طبيب، وتسليم وتسويق من صيدلي. إذن ما المقصود بالدواء في كلّ من التشريع الفرنسي والجزائري؟

الفرع الأول: في التشريع الفرنسي:

لقد عرّف المشرّع الفرنسي الدواء لأول مرة بموجب المادة 01 من قانون 3890 المؤرّخ في 11 سبتمبر 1941 والمتعلق بممارسة مهنة الصيدلية⁽¹⁾ لتليه مجموعة من التعريفات إزاء تعديلات متتالية لقانون الصحة العامة الفرنسي كان آخرها الذي تضمّنه قانون رقم: 2007 - 248 المؤرّخ في 26 فبراير 2007 حيث عرّفته المادة 5111، L⁽²⁾ بأنه: كل مادة أو مركب يقدم باعتباره يحتوي على خواص علاجية أو وقائية في مواجهة الأمراض التي تصيب الإنسان أو

⁽¹⁾ Le médicament sont réservé aux pharmacies (...): 1. la préparation des médicaments destiné à l'usage de la médecine humaine c'est -à-dire de toute drogue substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives à l'égard des maladies humaines et conditionnée en vue de la vente au poids médicales...".

⁽²⁾ "on entend par médicament tout substance ou composition présenter comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance on composition pouvant être utilisé chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologique en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique.

Sont notamment considérés comme des médicaments les produits diététique. qui referment dans leur composition des substances chimiques ou biologique ne constituent pas elles- mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés de repas d'épreuve, les produit utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments.

Lorsque, eu égard à l'ensemble de ces caractéristiques, un produit susceptible de répondre à la fois à la définition de médicament prévue au premier Alenia et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire on national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament. "



الحيوان، وكذلك كل مادة أو مركب يقدم للإنسان أو الحيوان بغرض الفحص الطبي، أو الذي يمكن استخدامه لتصحيح أو تعديل الوظائف العضوية والفيزيولوجية.

كما يدخل في مفهوم الدواء منتجات إنقاص الوزن أو التخسيس، طالما تحتوي في مكوناتها على مواد كيميائية أو بيولوجية، فهي لا تشكل غذاء في حد ذاتها ولكنها تتوافر على خواص علاجية لأمراض السمنة أو خواص التمثيل الغذائي.

كما يدخل في مفهوم الدواء كل منتج يدخل في نطاق الفقرة الأولى، وكذلك كل الفئات الأخرى من المنتجات استنادا إلى القانون الاتحادي أو الوطني وفي حالة الشك يعتبر بمثابة دواء.

ومن هذا التعريف يظهر بأنّ المشرع قد نصّ على القاعدة العامّة في تعريفه للدواء، وألحق بها نصوصا خاصة تحدّد الأمثلة والاشتراطات لما يعتبر مندرجا في مفهوم الدواء⁽¹⁾، كما يلاحظ من خلال التعريف خاصة الفقرة الأخيرة من المادة L 5111.1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، أنّ المشرع قد أخذ بمفهوم الدواء في قانون الاتحاد الأوروبي حتى يخضع المنتج الذي يدخل الأراضي الفرنسية للقواعد الخاصة بالدواء، حتى وإن لم يعتبر دواء استنادا إلى قانونه، شريطة كونه دواء في قانون الاتحاد الأوروبي وهذا بقصد توفير أقصى الحماية لمستهلك الدواء، سواء تواجد في فرنسا أم في دولة من دول الاتحاد الأوروبي.

كما أضاف المشرع الفرنسي تعريفا آخر للدواء الخاص بالإنسان في قانون الصحة العامة، بموجب المادة L.5121. والتي عدلت مؤخرا بموجب القانون رقم 2009 - 879 الصادر في 21 /07 /2009 في مادته الثالثة ليميّزه بذلك عن الدواء الخاص بالحيوان وأنواعه التي نصت عليها المادة 1- 5141 .L.

حيث يلاحظ من المادة السالفة الذكر، بأنّ المشرع الفرنسي قد عرف الدواء بحسب التركيب « le médicament par composition » والدواء بحسب الوظيفة Médicament par fonction وكذلك الدواء بحسب التقديم Médicament par présentation، ليخالف بذلك ما

(1) محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضر منتجاته المبيبة، دراسته مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص15.



ذهب إليه التوجه الأوربي⁽¹⁾ في تعريفه للدواء، والذي اعتمد فيه على تصوّرين فقط وهما الدواء بحسب التقديم، والدواء بحسب الوظيفة.

الفرع الثاني: في التشريع الجزائري:

لقد اعتبر المشرع الجزائري الدواء من المواد الصّيدلانية، وهذا بمقتضى المادة 169 من قانون الصّحة وترقيتها، والتي نصّت على ما يلي: "يقصد بالمواد الصّيدلانية في مفهوم هذا القانون:

-الأدوية،

-الكواشف البيولوجية،

-... الخ"⁽²⁾

كما قضت المادة 170 من نفس القانون بأنّه: "يقصد بالدواء في مفهوم هذا القانون:

كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكلّ المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان، قصد القيام بتشخيص طبيّ أو استعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها..."

حيث يلاحظ من خلال الفقرة الأولى من المادة 170 من قانون الصّحة العامة وترقيتها أنّ المشرع الجزائري قد ساير المشرّع الفرنسي في تعريفه للدواء، حيث جاء النص مطابقا للفقرة الأولى من المادة 5111 من قانون الصّحة العامة الفرنسي المعدّل سنة 2000، وليس وفقا لتعديل سنة 2007.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا عاما للدواء الخاص بكلّ من الإنسان والحيوان، بينما كان يجدر به أن يفصل في التعريف وذكر الأنواع بين ما هو خاص بالإنسان

(1) LE texte communautaire: selon l'article 1^{er} de la directive du 31 mars 2004: il faut entendre par médicament »: toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives au présentes à l'égard des maladies...ou composition pouvant être utilisé chez l'homme ...ou de modifier des fonctions physiologiques... » Voir/Hervé Dion/op/cit/p.38.

(2) المادة- 169 من قانون الصحة وترقيتها الصادر بموجب القانون رقم 85- 05 المؤرخ في 16 فبراير تقابلها المادة 03 من قانون رقم 08- 13 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المعدل والمتمم للقانون السالف الذكر.



وما هو خاص بالحيوان، ودليل ذلك ما جاء في المادة 170 من قانون الصحة العامة وترقيتها والتي قضت بما يلي:

"يقصد بالدواء في مفهوم هذا القانون:

كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية، أو الحيوانية وكلّ المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو الحيوان قصد القيام بتشخيص طبيّ أو استعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها،

- كل مستحضر وصفى يحضّر فوراً في صيدليته تنفيذاً لوصفه طبيّة؛

- كل مستحضر استشفائي محضّر بناء على وصفه طبية وحسب بيانات دستور الأدوية بسبب غياب اختصاص صيدلاني أو دواء جنيس، متوفر أو ملائم في صيدلية مؤسسة صحيّة موجّهة لوصفه لمريض أو عدّة مرضى،

- كل مستحضر صيدلاني لدواء محضّر في الصيدليّة حسب بيانات دستور الأدوية أو السّجل الوطني للأدوية والموجه لتقديمه مباشرة للمريض،

- كلّ مادة صيدلانية مقسّمة معرّفة بكونها كلّ عقار بسيط أو كلّ منتج كيميائي أو كلّ مستحضر ثابت وارد في دستور الأدوية والمحضّر من قبل مؤسسة صيدلانية والتي تضمن تقسيمه بنفس الصّفة التي تقوم بها الصيدلية أو الصيدلية الاستشفائية؛

- كلّ اختصاص صيدلاني يحضّر مسبقاً ويقدم وفق توضيب خاص ويتميّز بتسمية خاصة؛

- كلّ دواء جنيس⁽¹⁾ يتوفر على نفس التركيبة النوعية والكمية من المبدأ (المبادئ) الفاعل (الفاعلة) ونفس الشكل الصيدلاني دون دواعي استعمال جديدة والمتعارض مع المنتج المرجعي نظراً إلى تكافئه البيولوجي المثبت بدراسات ملائمة للتوفّر البيولوجي؛

- كلّ كاشف الحساسية وهو كلّ منتج موجّه لتحديد أو إحداث تعديل خاص ومكتسب للرّد المناعي على عامل مثير للحساسية؛

(1) ولقد سبق تعريفها تحت تسمية المنتج الصيدلاني النوعي Medicament Générique بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 284 المؤرخ في 1992/07/06 والمتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ع. 53 لسنة 1992.



- كل لقاح أو سمّين أو مصل وهو كل عامل موجّه للاستعمال لدى الإنسان قصد إحداث مناعة فاعلة أو سلبية أو قصد تشخيص حالة المناعة؛
- كل منتج صيدلاني إشعاعي جاهز للاستعمال لدى الإنسان والذي يحتوي على نوكلويد إشعاعي أو عدة نوكليدات إشعاعية؛
- كل منتج ثابت مشتق من الدم؛
- كل مركز لتصفية الكلى أو محاليل التصفية الصّفاية؛
- الغازات الطبيّة".

كما اعتبر المشرع الجزائري مواد أخرى مماثلة للأدوية كمستحضرات التجميل ومنتجات التغذية الحميوية والجسيمات المعدلة وراثياً⁽¹⁾.

حيث يظهر من المادة 170 من قانون الصّحة العامة وترقيتها، أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في تعريفه للدواء معتمدا على ثلاثة معايير وهي معيار التركيب ومعيار الوظيفة ومعيار التقديم أو العرض.

المطلب الثاني: خصائص الدواء:

فبايراد المشرع الفرنسي وكذا الجزائري تعريفاً للدواء، والذي هو مفتاح لقانون الصيدلية والصّحة، بات بالإمكان فصل هذا المنتج المعقد والخطير، والقائم على المعرفة العلميّة الجذ متطورة، عن غيره من المواد الصيدلانية.

إذن ما هي الخصائص المميّزة للدواء عن غيره من المواد الصيدلانية؟ حيث إذا توافرت إحداها اعتبر المنتج دواء؟

الفرع الأول: الدواء عبارة عن مادة أو مركّب Médicament par composition:

يظهر من خلال الفقرة الأولى من المادة 5111 من قانون الصّحة العامة الفرنسي وكذلك الفقرة 01 من المادة 170 من قانون الصّحة وترقيتها الجزائري، أنّ الدواء هو عبارة عن مادة أو مركّب، إذن ما المقصود بكلمة مادّة أو مركّب؟

⁽¹⁾ أنظر المادة 171 من قانون الصحة وترقيتها..



لقد اعتمد الفقه الفرنسي في تحديده للمقصود من كلمة مادة substance على التوجيهات الصادرة عن المجلس الاقتصادي الأوروبي في 26 يناير 1965 حيث يشتمل مضمونها على كل مادة حيّة أو غير حيّة مشتقة من جسم الإنسان أو الحيوان أو من النباتات أو من المواد الكيماوية والتي لها دور علاجي أو وقائي من الأمراض البشرية والحيوانية.⁽¹⁾

فمثلا المنتجات الخاصة بالتجميل أو التخسيس وإنقاص الوزن، حيث لا تتدرج هذه المنتجات من الوهلة الأولى ضمن مفهوم الدواء، ولكن إذا تضمنت هذه المنتجات تركيبات معينة في داخلها، انطبق عليها وصف الدواء.⁽²⁾

وبالتالي فالمادة هي ذلك العنصر البسيط المستمد من الكائنات الحية أو غير الحية، في حين إنّ المركّب composition هو عبارة عن مجموعة المواد التي تمتزج وتتفاعل فيما بينها لتخرج في شكل منتج دوائي.⁽³⁾

الفرع الثاني: الدواء بحسب التقديم: Le médicament par présentation

حيث يدخل في مفهوم الدواء بحسب التقديم كل مادة أو مركّب، يقدم أو يعرض لكونه له أثر علاجي أو وقائي من مرض ما، سواء تعلق بالإنسان أم بالحيوان وحتى يعتبر منتج ما دواءً حسب معيار التقديم أو العرض يجب توافر شرطين هما:

الشرط الأول: أن يتكون المنتج من مادة.

الشرط الثاني: أن يكون الهدف من العرض والتقديم هو العلاج أو الوقاية من الأمراض.⁽⁴⁾

(1) أنظر، محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص15، 16.

(2) أنظر: رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن إنتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص29..

(3) فلقد استقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1943 على أنها تعني العناصر أو المواد المختلفة التي تختلط وتتفاعل فيما بينها بغرض العلاج أو الوقاية من الأمراض، قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 29 نوفمبر 1943.

مشار إليه في: محمد سامي عبد الصادق، المرجع نفسه، ص16.

(4) Jean Lorenzi, les responsabilités du pharmacien, Litec, paris, p. 107- 108.



الفرع الثالث: الدواء بحسب الوظيفة Medicament par fonction:

والدواء بحسب الوظيفة هو كل منتج يقدم للإنسان أو الحيوان بغرض التشخيص الطبي أو تقوية أو تصحيح أو تعديل وظائفه العضوية⁽¹⁾، والفيزيولوجية من أجل ممارسة ومباشرة عمل علاجي ومناعي، وميطابولوجيكي، حيث إن هذه المنتجات تعطى للإنسان أو الحيوان المعافى من الناحية الصحية، بغرض التأثير على الوظائف العضوية، ومنعها من أداء وظيفتها كحبوب منع الحمل، حيث إن الحمل لا يعتبر مرضاً.⁽²⁾

المبحث الثاني: خصوصية الالتزامات المفروضة في مجال الدواء:

فالدواء باعتباره منتجاً ليس كبقية المنتجات، يتطلب تدخل الطبيب لتحرير الوصفة والصيدلي لتسليمه، وعليه يجب أن يخضع لتنظيم خاص مضبوط ومقيد، حيث إن سلامة المنتج ونوعيته ونجاعته وفعاليتها مراقبة ومضبوطة بضرورة الحصول على ترخيص لطرح الدواء للتداول.⁽³⁾ AMM⁽⁴⁾

وهذا ما جعل الالتزامات المفروضة في نطاق الدواء تتسم بالخصوصية.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام:

يتمتع الدواء كمنتج بنوع من الخصوصية المستمدة من حاجة الإنسان إليه التي لا تتوقف، وعليه فإذا كان الالتزام بالإعلام إحدى الركائز الأساسية لحماية المستهلك، فإن أهميته تتضاعف في مجال المنتجات الصيدلانية، وخاصة الدواء، ذلك أن المعلومات المتعلقة بالمنتج الدوائي هي عنصر جوهري لضمان فعالية المنتج وسلامة مستهلك الدواء، والواقع أن المنتج الدوائي يحتوي على نوعين من البطاقات الإعلامية، أولها الملصق الخارجي وثانيها النشرة الدوائية (الوصفة الدوائية).

(1) أنظر: رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 29.

(2) أنظر، محمد وحيد محمد محمد علي، المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 1994، ص 50.

(3) Gisèle Mor, Maggy greard, la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victims, éditions ESKA, 2001, p.07.

(4) Autorisation de mise sur le marché.



وقد أكدت المادة 1543 من قانون الصحة العامة الفرنسي على ضرورة قيام منتج الدواء بإعلام المستهلك بكافة المعلومات عن الدواء الذي يتناوله أو يستخدمه.

حيث إن منتج الدواء عليه واجب الإعلام ليس فقط قبل الصيدلي، ولكن كذلك عليه واجب الإعلام تجاه المستهلك، حيث إن ضمان احترام هذا الالتزام مشروط بسلامة العقد المبرم مع الصيدلي بوصفه مهنيًا.⁽¹⁾

فالالتزام بالإعلام كذلك يفرض على عاتق الطبيب الذي يلتزم بإعطاء المعلومات الدقيقة. حيث ذهب القضاء الفرنسي من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07 أكتوبر 1998 بإلزام الطبيب بضرورة إعلام المريض بكافة الأخطار الاستثنائية التي يمكن أن تحدث.⁽²⁾

كما نصت المادة 194 من قانون الصحة وترقيتها الجزائري، على الإعلام الطبي والعلمي والإشهار حيث جاء فيها: "الإعلام الطبي والعلمي بشأن المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري إلزامي، يجب أن يكون الإعلام دقيقا وقابلا للتحقق منه ومطابقا لأحدث معطيات البحث الطبي والعلمي حين نشره.

يقوم المنتجون وكلّ متعامل آخر متخصص في الترقية الطبية بالإعلام الطبي والعلمي..."

كما قضت المادة 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، وقمع الغش⁽³⁾ بما يلي: "يجب على كلّ متدخل أن يعلم المستهلك بكلّ المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

وإذا كان هذا النص عاما بالنسبة إلى الدواء بوصفه منتجا خطيرا، فإن ما ورد في المادة 194 من قانون الصحة وترقيتها هو ما يعتبر خاصا باعتباره قد أضيف على الالتزام بالإعلام في

⁽¹⁾ Valérie Siranyan, François Locher, le devoir d'information et de conseil de pharmacien officine: de l'exigence déontologique à l'obligation légale, science direct, Médecine & droit. juillet- Aout 2007. N°85.p130.

⁽²⁾ "Pétend due de cette obligation qui ne dispense plus de médecin de cacher au malade de la risques exceptionne, V. cass. Civ, 1er, 7oct, 1998, JCP, 1998.

مشار إليه في: شحاته غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء دراسته مقارنة دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص.15.

⁽³⁾ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ع. 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.



مجال الدواء الخصوصية من حيث إلزاميته، وخضوعه لمعيار الدقة، والقابلية للتحقق منه، وضرورة مسابرتة ومطابقتة للمعطيات العلميّة والأبحاث المستجدة في مجال البحث العلمي الصيدلاني والطبي، وعليه فإنّ نطاق الالتزام بالإعلام قد تخطى نطاق المعلومات الضرورية التي نصّت عليها القواعد العامّة، ليشمل الالتزام بتقديم النصح والإرشاد والتبصير بالنسبة إلى الصيدلي الذي يلقي على عاتقه واجبين:

الواجب الأول: يتمثل في الالتزام بالنصح والإرشاد عن الخصائص الأساسية للدواء، من طريقة استعماله، وكذلك عدد الجرعات، وكمية الجرعة في المرة الواحدة، ومواعيد تناول الدواء، فضلا عن طريقة التناول.

أما الواجب الثاني: فهو القيام بتحذير المريض وتبصيره بكافة المخاطر المحتملة للدواء وآثاره الجانبية المتوقعة، وإحاطته علما بكلّ التفاصيل حتى يكون على بينة من أمره.

وحتى يحقق الالتزام بالإعلام أهدافه، يجب أن تكون بيانات الالتزام مكتوبة، وأن تكون مفهومة وواضحة، وأن يكون تنفيذ الالتزام وافيا يلفت انتباه المستهلك أو المستعمل إلى كلّ أوجه المخاطر، وأن يكون الإعلام لصيقا بالمنتج الدوائي، حيث تقع عين المستهلك عليه، كلما أراد استعمال المنتج الدوائي.

المطلب الثاني: الالتزام بضمان العيوب الخفية:

يقع على منتج الدواء وكذلك الصيدلي التزام بضمان العيوب الخفية الموجودة بالدواء، والتي تكون ناتجة في الغالب الأعم عن وجود عيب في تصنيع الدواء أو عيب في طريقة تصميمه وتغليفه أو لوجود خلل ناتج عن عدم كفاية التعليمات والتحذيرات.⁽¹⁾

ولقد عرفّ المشرع الفرنسي العيب بمقتضى المادة 1386 - 04 من القانون المدني⁽²⁾ بأنه: "يعتبر المنتج معيبا إذا لم تتوافر فيه وسائل السلامة أو الأمان المنتظر شرعا"⁽³⁾

(1) أنظر محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها وخصوصية أحكامها)، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2012، ص71.

(2) القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل والمتمم.

(3) Art. 1386- 4/ «un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il m'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».



كما نصت المادة 1641 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع، والتي تجعله غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد له، أو التي تحدّ من هذا الاستعمال، بحيث لو علم المشتري بهذه العيوب لامتنع عن الشراء أو لتوجه إلى شراء المبيع بثمن أقل".⁽¹⁾

وإذا كان هذا النص خاصا بالعيوب الخفية في المبيع، غير أنه واستنادا إلى نص المادة 1386 - 4 من القانون المدني الفرنسي والخاص بقواعد المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة⁽²⁾، نكون في إطار عيب في المنتج، متى كان من شأن هذا العيب أن يعرّض أمن وسلامة مستهلك الدواء للخطر، حيث يصبح الدواء ضارا وخطرا على كلّ من يستعمله أو يتناوله، وبالتالي فإن نقص الأمان والسلامة يتمّ وفق معيار موضوعي وليس معيار شخصي.⁽³⁾

كما نص المشرع الجزائري على الالتزام بضمان العيوب الخفية في المادة 379 من القانون المدني⁽⁴⁾ والتي جاء فيها ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به..".

واستنادا إلى القواعد المنصوص عليها في القانون المدني، يجب توافر شروط معينة لتحقيق الالتزام بضمان العيوب الخفية.

أولها: أن يكون هناك عيب بالدواء، وثانيها: أن يكون هذا العيب قد ألحق ضررا بشخص المستهلك ترتب عليه تدهور حالة المريض، وثالثها: أن يكون العيب خفيا غير ظاهر، ورابعها: أن يكون العيب موجودا وقت انعقاد العقد. وهنا يثور التساؤل حول كيفية استخدام

⁽¹⁾ art 1641: le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, on n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les a dit connus

⁽²⁾ القانون رقم 98 - 389 الصادر في 19 ماي 1998 والدمج في القانون المدني الفرنسي والمتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة..

⁽³⁾ أنظر: محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص44،45.

⁽⁴⁾ الصادر بموجب الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.



الدواء وكيفية حفظه، حيث يستطيع الصيدلي أن يتبث أن الضرر الذي لحق بمستهلك الدواء، ليس راجعا إلى وجود عيب خفي في الدواء، بل كان نتيجة سوء حفظ الدواء، أو عدم مراعاة احتياطات الاستعمال كضرورة وضع الدواء في مكان معتدل الحرارة بدل وضعه في مكان مرتفع أو منخفض الحرارة، لأن هذا يؤثر على الخاصيات العلاجية للدواء.

كما قد يطرح الإشكال حالة التضاد في الأثر الناتج عن المزج بين منتجين دوائيين مختلفين، ومدى اعتباره عيبا خفيا يستوجب الضمان، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 08 أفريل 1986، على اعتبار أن العيب الخفي يجب أن يكون بالضرورة متصلا بالشيء نفسه، ولا يمكن أن ينتج العيب الخفي من اجتماع نوعين مختلفين من الأدوية.⁽¹⁾

ويتوجب على مستهلك الدواء الذي أصابه ضرر جراء تناول الدواء المعيب، أن يقوم بإثبات علم الصيدلي البائع بوجود العيب وقت البيع، وهنا قد ميز الفقه بين البائع الصيدلي حسن النية وسيء النية، ففي حال سوء النية يلتزم الصيدلي بتعويض المستهلك عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع، وفي حالة حسن النية لا يعوّضه إلا الضرر المباشر المتوقع.

غير أن الصيدلي سواء كان بائعا أم منتجا بوصفه محترفا ومهنيا، استنادا إلى قانون الصحة العامة الفرنسي وقانون الصحة وترقيتها الجزائري، وغيرها من القوانين الخاصة، فإنه تقوم قرينة قانونية قاطعة على علمه بالعيب المؤثر في الدواء.

غير أنه يمكن القول بأن دعوى ضمان العيوب الخفية تظل قاصرة في مواجهة حوادث الأدوية، إذ يبقى تطبيق ضمان العيوب الخفية في مجال الدواء غير ملائم لأن الآثار الضارة للدواء تستغرق وقتا طويلا كي تظهر بشكل جلي، في حين تتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بمدّة أقصر مقارنة مع السبل الأخرى المتاحة أمام مستهلك الدواء المعيب وهي مكنة تتيحها له القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ربّما على وجه أفضل من ذلك.⁽²⁾

⁽¹⁾ « Le vice caché étant nécessairement inhérent la chose elle-même ne peut résulter de l'association de deux médicaments »

Cass. Civ. & cr, 8avril 1986, j.c.p 1987, éd g.II 20271

مقتبس عن: شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص20، 21.

⁽²⁾ أنظر محمد محمد القطب مسعد، المرجع السابق، ص75، 76.



المطلب الثالث: الالتزام بالسلامة:

يعتبر الحق في السلامة أهم الحقوق الأساسية، حيث حرصت جل التشريعات على جعله هدفا أساسيا، خاصة بعد المناشآت الرامية إلى حماية المستهلك من مخاطر العوامة والأسواق المفتوحة.

وفي مجال الدواء يفرض الالتزام بالسلامة على الصيدلي المنتج التزاما مفاده ألا يصيب الدواء المستهلك المريض بألم جديد لا علاقة له بالمرض، كما يوجب هذا الالتزام في مجال الصناعات الدوائية ضرورة متابعة التطورات الحديثة في مجال علم الأدوية، حيث لا يقتصر الأمر على ضرورة مطابقة المنتج الدوائي للمعرفة العلمية وقت طرح المنتج للتداول، وإنما يجب على منتج الدواء مراقبة وتتبع كل ما يكشف عنه العلم من مخاطر حتى يمكن إدراكها وتلافي آثارها الضارة.

كما يقع على عاتق الصيدلي البائع التزام بضمان السلامة، وذلك بضرورة تسليم منتج مطابق للمستحضر المدون في الوصفة الطبية.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 22 جانفي 1971 أن البائع والمنتج ملتزمان بضمان السلامة، لا سيما المنتجات المتعلقة بجسم الإنسان وراحته.⁽¹⁾ كما تأكد ذلك من خلال حكم آخر، وهو الحكم الصادر في 03 مارس سنة 1998 حيث قضت فيه بأن المنتج أو الصانع يلتزم بتسليم منتج خال من كل عيب يمكن أن يخلق أو يسبب بطبيعته أي خطر علي الأشخاص أو الأموال والممتلكات، بما يعني أن كل منتج دوائي يجب أن يقدم الأمان المنتظر منه قانونا.⁽²⁾

ويجب التنويه إلى أن الالتزام بضمان السلامة، وإن كان من صنع القضاء إلا أنه أصبح الآن التزاما قانونيا، بمقتضى القانون 98-389 الفرنسي الصادر في 19 ماي 1998، حيث

⁽¹⁾Cass. Civ. 1^{er} ch 22 janv 1992.

مشار إليه في: شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص22.

⁽²⁾مشار إليه في: رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص210، 211.



أكدت المادة 1386 - 10 من القانون المدني الفرنسي على أن: المنتج يبقى مسؤولاً ولا يعفيه من مسؤوليته اتباعه لأصول مهنته أو المعارف المهنية والعلمية المتبعة في صناعته.⁽¹⁾

كما أخذ المشرع الجزائري بالالتزام بالسلامة بموجب المادة 09 من القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي نصت على ما يلي: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه⁽²⁾ ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

وما يستفاد من النص السالف الذكر أن المشرع الجزائري قد أسس التزاماً عاماً بالسلامة على عاتق المهني والمنتج حيث أوجب عليه أن يضمن في المنتجات قواعد السلامة التي من شأنها أن توفر للمستهلك ضمانات خاصة ضد المخاطر المترتبة على استهلاك أو استعمال المنتجات، منها الدواء باعتباره منتجا أكثر تعقيدا وأشد ضرراً بصحة وسلامة المستهلك.

المطلب الرابع: الالتزام بالمطابقة:

مما لا شك فيه بأن الالتزام بالمطابقة لا يقتصر فقط على المرحلة الخاصة بإنتاج الدواء، بل يمتد إلى مرحلة تسليم الدواء، حيث يتعين على الصيدلي البائع تسليم دواء مطابق لذلك المدون في الوصفة الطبية.

فأمّا بالنسبة إلى الالتزام بالمطابقة الملقى على عاتق منتج الدواء، فقد نصت المادة 7/1115 من قانون الصحة العامة الفرنسي، بإلزام الصيدلي منتج الدواء بضرورة الالتزام بإنتاج وتجهيز وتقديم مستحضرات مطابقة للصيغة الصيدلانية التي على أساسها حصل على الترخيص، وأن تكون مطابقة لكل المواصفات التي يجب الالتزام بها، وضرورة إخضاعها للرقابة اللازمة.⁽³⁾

⁽¹⁾ Art 1386 -10 « le producteur peut être responsable du défant alors meme que le produit été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il à fait l'objet d'une autorisation administrative ».

⁽²⁾ المشرع الجزائري استعمل مصطلح الأمن للدلالة على السلامة بمعنى صحة الميتهلك و/ أو سلامته.

⁽³⁾ Art 1115/7: « les pharmaciens fabricants doivent pouvoir justifier a tout moment, que tous les produits que ils utilisent, préparent et délivrent sont conformes aux caractéristiques aux quelles ils doivent répondre et qu'il a été procédé aux contrôles nécessaires »



كما أكدّ المشرّع الجزائري على هذا الالتزام قبل المنتج الصيدلي في إطار المادة 193 مكرّر من قانون الصّحة وترقيتها بقوله: تخضع المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري إلى مراقبة النوعية والمطابقة، وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وعليه يقع على عاتق منتج الدوّاء التزام بالمطابقة وهذا ما أكّدته المادة 193 مكرّر 01 "لا يمكن تسويق أي مادة صيدلانية جاهزة للاستعمال وكذا المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري، ما لم يتم مسبقا مراقبتها والتصديق على مطابقتها لعناصر ملف التسجيل أو المصادقة".

كما أعطى المشرع الجزائري تعريفا للمطابقة في إطار الفقرة 18 من المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش بأنها: "المطابقة استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحيّة والبيئيّة والسّلامة والأمن الخاصّة به".

وفي نفس السياق فرض المشرع الجزائري على كل متدخل التزاما بمطابقة المنتجات بموجب المادة 11 و12 من نفس القانون، باعتبار أن منتج الدوّاء يعتبر مت دخلا فإنه يقع على عاتقه التزام بمطابقة المنتجات الصيدلانية محلّ التسويق والمعروضة للاستهلاك والاقتناء للأدوية والمواد الصيدلانية المصادق عليها والمستعملة في الطب البشري والواردة في المدونات الوطنية الخاصّة بها أو الأدوية التي كانت محلّ ترخيص مؤقت.⁽¹⁾

كما ينعقد الالتزام بالمطابقة في مرحلة تسليم الدوّاء للصيدلي البائع حيث يتوجب عليه تسليم دواء مطابق للدوّاء المدوّن في الوصفة الطّبيّة من حيث القوّة الكيميائيّة والصيغة الصيدلانية.⁽²⁾

كما يلتزم الصيدلي البائع بضمان مطابقة الأدوية التي يقوم بتحضيرها للقياسات الفنية والعلمية بالنظر إلى كونه منتجًا، عندما يتعلق الأمر بمستحضر استشفائي أو المستحضرات الصيدلانية.⁽³⁾

الخاتمة:

بعدما ركّزنا في هذه الدراسة على ماهية الدوّاء وخصوصية الالتزامات المفروضة في مجاله، يظهر بأنّ الدوّاء بات بحق مشكلة ملحّة بدرجة كبيرة، نظرا إلى أبعاده وآثاره

⁽¹⁾ أنظر المادة 174 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁽²⁾ André Demichel, le droit pharmaceutique, édition du papyrus, paris, 1986, p74

⁽³⁾ ورد تعريفها في إطار المادة 170 من قانون الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08 - 13.



الخطيرة، لاتصاله الوثيق بصحة الإنسان، وسلامة المستهلك، حيث بات أكثر من ذلك خطرا على الأمن والصحة الوطنية، خاصة بعد تفشي الأمراض وانتشارها بأشكال فظيعة، ترتب عليها كثرة الأدوية بأبعادها الجانبية التي باتت تفرض تدخل المشرع لتقييدها وضبطها والتشديد في المسؤولية المترتبة عليها، حيث لا يكون ذلك إلا بموجب نصوص قانونية خاصة رادعة وآمرة، وهذا ما فعله كلٌّ من المشرع الفرنسي وكذا الجزائري بوضع قانون يسمى قانون الصّحة العامة، ليواكبه القضاء في مجال التطبيق خاصة القضاء الفرنسي الذي كان له الدور الأمثل والفعال في خلق قواعد تبناها التشريع، لنتنظر علي أمل أن يكتسب القضاء الجزائري هذه الميزة في المبادرة وخلق القواعد، بل نكتفي بأمل التطبيق الصحيح لنصوص قانون الصحة وترقيتها وغيرها من النصوص المرتبطة به، ليكون مرجعا لنا نحدد من خلاله موقف القضاء الجزائري، وليس القضاء وحده بل يجب توعية المتضرر في المطالبة بحقه جراء ما أصابه من دواء كان يرتجي منه الشفاء.

وعليه فإن الدواء بوصفه منتجا خطيرا، فإن الالتزامات المفروضة في نطاقه تتسم بالخصوصية، من التزام بالإعلام إلى التزام بضمان العيوب الخفية، الذي بات قاصرا على كفالة حماية خاصة لمستهلك الدواء، إلى ضرورة الأخذ بالالتزام بالسلامة وتجسيده في مجال المنتجات الدوائية الصحية نظرا إلى إقراره بمسؤولية المنتج عن كل الأضرار والمخاطر من باب التزامه بالعلم بعيوب الشيء المبيع وإزالتها حتى يتحقق في المنتج الدوائي الأمان المشروع الذي ينتظره مستهلك الدواء، إلى الالتزام بالمطابقة التي تبنته جلّ التشريعات بمقتضى نصوص خاصة في مجال الدواء، كلّ هذا وغيره يجب أن يتأتى في ظل سياسة تشريعية متوازنة تهدف إلى حماية حقوق مستهلك الدواء من ناحية وحقوق القائمين على إنتاج وتداول هذه المادة الخطرة من جهة أخرى، خاصة بعد تبني نظام اقتصاد السوق.

قائمة المراجع والمصادر:

أ- المؤلفات والكتب:

باللغة العربية:

- رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن إنتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005.



- شحاته غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء دراسته مقارنة دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.

-محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسته مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.

باللغة الفرنسية:

-Hervé Dion, droit pharmaceutique (officine, industrie, pharmacies vétérinaire et des établissements de santé), Gualino lextenso édition -paris 2008.

-Jean Lorenzi, les responsabilités du pharmacien, Litec, paris

-Giséle Mor, Maggy greard, la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victims, editions ESKA, 2001

-Valérie Siranyan, François Locher, le devoir d'information et de conseil de pharmacien dofficine: de l'exigence déontologique à l'obligation légale, science direct, Médecine & droit. juillet- Aout 2007.N°85.

-André Demichel , le droit pharmaceutique , édition du papyrus, paris, 1986.

الرسائل الدكتوراه:

-محمد وحيد محمد محمد علي، المسؤولية المدنية للصيدي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 1994.

-محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها وخصوصية أحكامها)، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2012.

III-النصوص القانونية:

في التشريع الجزائري:

-الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.



-القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08- 13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل 20 يوليو سنة 2008 ج.ع. 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.

-القانون رقم 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ع. 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

-المرسوم التنفيذي رقم 92- 284 المؤرخ في 06/07/1992 والمتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ع. 53 لسنة 1992.

في التشريع الفرنسي:

-القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل والمتمم.

-القانون رقم 98 - 389 الصادر في 19 ماي 1998 والمدمج في القانون المدني الفرنسي والمتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

-قانون الصحة العامة الفرنسي المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 1941 المعدل والمتمم.

المحافظ العقاري

ودوره في حماية الملكية العقارية

أ/ميساوي حنان

أستاذة مساعدة قسم أ،

قسم العلوم القانونية والإدارية، الملحقة الجامعية مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، ولاية تلمسان، الجزائر.

مقدمة:

تعتبر الملكية العقارية إحدى الركائز الأساسية للنظام الاقتصادي في كل مجتمع، لذا تسهر كل دولة على وضع الآليات اللازمة لتنظيمها وضبط كفاءات استعمالها وحمايتها من كل تعدد قد يعترئها.

فالنظام القانوني للملكية العقارية تأثر ولا يزال يتأثر بالتحولات السياسية والتاريخية، خاصة تلك التي عرفتها الجزائر، سواء أثناء الحقبة الاستعمارية أم بعدها، وما شابها من تلاعبات في مجال العقار، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى التدخل بعدة نصوص قانونية لتسويتها وحمايتها وبعث الثقة والائتمان في المعاملات العقارية.

وفي سبيل ذلك عمل على خلق آليات علاجية، وأخرى وقائية تتسم بالصفة الإدارية، لتحديد العقارات غير المسوَّحة وتسجيلها ومنح سندات رسمية مكتوبة تثبت ملكيات أصحابها، حتى يتسنى للدولة مراقبة الملكية العقارية وكل المعاملات الواردة عليها خاصة مع تبنيها لنظام الشهر العيني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر مسألة تحديد الملكية العقارية وإثباتها حماية لها، مهما كان نوعها سواء ملكية وطنية أم ملكية خاصة وحتى ملكية وقفية.

من بين الأجهزة الإدارية التي رصدت لذلك، المحافظة العقارية والتي تؤدي دورا مهما ومكملا لإدارة المسح العقاري، قصد تظهير الملكية العقارية وتوفير السندات القانونية التي تثبتها.

المحافظة العقارية يسيرها محافظ عقاري، يعتبر مسؤولا عن حماية الملكية العقارية وإثباتها. فما هي الشروط الواجب توفرها في المترشح لمهنة المحافظ العقاري؟ وهل يتمتع بكل



الحقوق والواجبات التي تمكنه من القيام بمهامه على أكمل وجه؟ وما هي الصلاحيات المخولة له قصد حماية الملكية العقارية سواء الوطنية أم الخاصة؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة، ارتأينا أن نقسم البحث إلى: مبحث أول نعرف من خلاله بمهنة المحافظ العقاري ومبحث ثان نبين فيه دور المحافظ العقاري في حماية الملكية العقارية والتي آثرنا فيها التطرق إلى الملكيتين الوطنية والخاصة، نظرا إلى أهميتهما وكثرة الاعتداء عليهما.

المبحث الأول: مهنة المحافظ العقاري:

تنص المادة الأولى من المرسوم رقم 76- 63 المتعلق بالسجل العقاري⁽¹⁾ على أنه "تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية يسيروها محافظ عقاري".

من خلال هذا النص يتضح أن مهمة تسيير المحافظة العقارية أُسندت إلى المحافظ العقاري. غير أن مهام المحافظ العقاري نجدتها في أغلب الدول كألمانيا، سويسرا خولت إلى أحد القضاة، وبالتالي لا تتسم بالطابع الإداري، وهذا يدفعنا إلى البحث حول طبيعة مهام المحافظ العقاري في الجزائر، هل هي ذات طابع قضائي؟ أم إداري؟

المطلب الأول: طبيعة مهام المحافظ العقاري:

على خلاف الدول التي تعهد عملية الشهر العقاري إلى أحد القضاة، فإن الجزائر تعهدتها إلى موظف عام، سائرة في ذلك على نفس مسار محافظ الرهون في فرنسا، وبالتالي يخضع للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (فرع أول)، إضافة إلى الطبيعة الخاصة لمهامه (فرع ثان).

الفرع الأول: خضوع المحافظ العقاري للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية:

أنشئت المحافظة العقارية بموجب المادة 20 من الأمر 75- 74 المؤرخ في نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽²⁾، والتي تنص على ما يلي: "تحدث محافظات عقارية يسيروها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام

⁽¹⁾ مرسوم رقم 76- 63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، صادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976.

⁽²⁾ جريدة رسمية رقم 92، صادرة بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1975.



الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري، وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر".

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للمحافظة العقارية، إنما اقتصر على تحديد دورها بصفة عامة من خلال المادة الثانية من المرسوم رقم 76- 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، النَّاصَة على ما يلي: "الدور الرئيسي للمحافظات العقارية المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، هو التحديد والعمل على معرفة طرق الملكية والحقوق العينية الأخرى على عقارات، عن طريق الإشهار العقاري".

فالمحافظة العقارية، هي عبارة عن هيئة إدارية عمومية حسب مفهوم المادة الثانية من الأمر رقم 06- 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽¹⁾. تُحدث هذه الهيئة بموجب قانون يعترف لها بالشخصية المعنوية، وتعمل تحت وصاية وزارة المالية، و ليست وزارة العدل كما هو الشأن في ألمانيا أو وزارة الفلاحة بالمغرب⁽²⁾، وما يؤكد ذلك نص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 95- 54⁽³⁾ التي تحدد مهام وزير المالية في هذا المجال، بالسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية والإجراءات اللازمة لمسك السجل العقاري وضبطه باستمرار، وإعداد سجل مسح الأراضي وحفظه، كما يبادر بأي نص يتعلق بالأموال الوطنية وسجل مسح الأراضي والإشهار العقاري.

ومادامت المادة الأولى من المرسوم رقم 76- 63 المذكورة سابقا نصت على أن "المحافظة العقارية يسيرها محافظ عقاري"، ونصت أيضا على ذلك المادة الحادية عشرة من الأمر رقم 75- 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي⁽⁴⁾ كما يلي: "يقوم الموظف المكلف بمسك السجل العقاري على أساس وثائق مسح الأراضي المعدة، والقرارات وشهادات الملكية المقدمة من طرف المعنيين بتحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى...".

⁽¹⁾ أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽²⁾ انظر. محمد بن احمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، سنة 2009، ص 22.

⁽³⁾ مرسوم تنفيذي رقم 95- 54 مؤرخ في 15 فيفري سنة 1995، يحدد صلاحيات وزير المالية، جريدة رسمية رقم 15، صادرة بتاريخ 19 مارس سنة 1995.

⁽⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم 92- 116 مؤرخ في 14 مارس 1992 يحد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأموال الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها، جريدة رسمية رقم 21، صادرة بتاريخ 18 مارس 1992.



وما دامت المادتان الثانية والرابعة من الأمر رقم 06 - 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية تعتبران أنّ الموظف العام هو الذي يمارس نشاطه في مؤسسة أو إدارة عمومية، وأنه كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري.

وبالتالي يمكننا تعريف المحافظ العقاري على أنه، موظف عام يعمل على تسيير هيئة إدارية عمومية تسمى المحافظة العقارية، وتربطه بها علاقة قانونية لأتحية، ويخضع تبعاً لذلك لوزارة المالية، أنيطت به مهمة مسك السجل العقاري ومجموعة البطاقات العقارية وتسليم الدفاتر العقارية....

فالمحافظ العقاري باعتباره موظفاً، يفترض أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية أصلاً، طالما أن المرسوم التنفيذي رقم 92 - 116 الذي يحدد قائمة وشروط القبول والتعيين في المناصب العليا للمصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري⁽¹⁾ اشترط في المترشح لوظيفة المحافظ العقاري باعتبارها وظيفة عليا في هذه المصالح، أن يكون قد مارس مهنة مفتش رئيسي أو متصرف إداري مرسوم في مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري لمدة خمس سنوات على الأقل، أو أن يكون من بين المفتشين المثبتين والحائزين على أقدمية خمس سنوات في مصالح أملاك الدولة أو الحفظ العقاري.

ويجب أن تكون لديه القدرة على تحمل المسؤولية نظراً إلى خطورة وحساسية هذا المنصب.

كما أورد المرسوم رقم 76 - 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في مادته الخامسة شرطاً آخر، فبعد نجاح المترشح وقبل توليه مهام المحافظ العقاري لأبد من تسجيل عمله بقلم كتاب المجلس القضائي المختص إقليمياً، ثم تأدية اليمين أمام نفس المجلس القضائي، وبهذا يمكنه تولي المهام المناطة به سواء كموظف عام أم كموظف ذي طبيعة خاصة كما سنرى في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الطبيعة الخاصة لمهنة المحافظ العقاري:

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد أسند مهمة الشهر العقاري إلى موظف عام، تحكمه قواعد القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ويخضع لوزارة المالية، إلا أنه من خلال استقراء النصوص المحددة لمهام المحافظ العقاري نجده قد أناط به مهام تخرج عن تلك المهام المخولة للموظف العام العادي، فهي مهام تقترب من تلك المخولة للقاضي على الرغم من اعتباره موظفاً عاماً من حيث الأصل وليس قاضياً.

⁽¹⁾ جريدة رسمية رقم 21، صادرة بتاريخ 18 مارس 1992.



وفي سبيل ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أناط بالمحافظ العقاري مهمة رقابة وفحص كل الوثائق الرسمية الخاضعة لعملية الشهر العقاري. ولا تقتصر هذه الرقابة على التحقق من هوية الأطراف أصحاب الحقوق وأهليتهم ضمانا لدقة البطاقات العقارية⁽¹⁾، بل تتعداها إلى رقابة مدى مشروعية العقود الواردة على العقارات شكلا ومضمونا، وكذا عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، أعطيت له بعض الصلاحيات في مجال الحسابات، جعلت دوره يقترب من دور المحاسب، وذلك كونه مكلفا بتحصيل نسبة من الرسوم الناتجة عن التصرفات القانونية التي يقوم بها لصالح الخزينة العمومية⁽³⁾.

إذا كانت وظيفة المحافظ العقاري تختلف عن باقي الوظائف من ناحية الصلاحيات، فإنها تتميز عنها أيضا بخروجها عن القواعد المعروفة في الوظيفة العمومية، ولا سيما في عدم صلاحية تطبيق قاعدة "من يملك الكل يملك الجزء" في علاقته مع رئيسه فلا يمكن لهذا الأخير أن يحل محله لإشهار سند معين إذا رفض المحافظ العقاري إتمام عملية الشهر وعلّة ذلك كون اختصاصات المحافظ العقاري مرجعها قانون الشهر العقاري وبالتالي لا يكون لأي شخص أن يتدخل في اختصاصه إلا إذا وجد نص صريح يسمح بذلك.

وعلى الرغم من الخصائص التي تميز وظيفة المحافظ العقاري عن باقي الوظائف إلا أنه يتمتع بحقوق، وتلقى على عاتقه واجبات كسائر الموظفين.

المطلب الثاني: حقوق وواجبات المحافظ العقاري:

يحظى المحافظ العقاري مثله مثل أي موظف بعدة أنواع من الحماية القانونية سواء في حياته الإدارية وحتى الشخصية كي يتمكن من القيام بالمهام الموكلة إليه على أحسن وجه،

(1) المادة 22 من أمر رقم 75 - 74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري والتي تنص على ما يلي "يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار".

(2) المادة 105 من مرسوم رقم 76 - 63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري. والتي تنص على ما يلي "يحقق المحافظ بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة، بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح".

(3) انظر. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008، ص 64.



وتظهر هذه الحماية سواء في حقوق المحافظ العقاري (فرع أول) أم في الواجبات الملزم بالقيام بها تحت طائلة العقوبات التأديبية.

الفرع الأول: حقوق المحافظ العقاري:

وتكمن الحماية التي خصه بها المشرع في تلك الحقوق التي رصد لها من خلال النصوص المتعلقة بالتوظيف العمومي، والتي بالعودة إليها نجد أن المشرع قدم للمحافظ العقاري ضمانات تمكنه من ممارسة الحريات العامة مع بعض الضوابط التي تراعي التوازن بين الحرية التي يتمتع بها المحافظ العقاري كموظف عام، وبين السلطة الإدارية التي يجسدها. فبالعودة إلى قانون التوظيف العمومي لسنة 2006⁽¹⁾ نجد أن المشرع ضمن للموظف العام حرية الرأي وألزمه بممارستها في حدود احترام واجب التحفظ⁽²⁾. كما مكنه من ممارسة الحق النقابي والانتماء إلى الجمعيات، كما منع أي تمييز بين الموظفين على أساس آرائهم أو جنسهم أو أصلهم أو بسبب ظروفهم الشخصية أو الاجتماعية⁽³⁾.

كما له الحق في الحماية الاجتماعية والتقاعد وكذا الاستفادة من الخدمات الاجتماعية⁽⁴⁾. ويحق له أيضا تأدية مهامه في أحسن الظروف والتي تضمن له الكرامة والصحة والسلامة البدنية والمعنوية، كما له تحسين مستواه المهني عن طريق التكوين، وهو ما يؤثر في عملية التقييم التي على أساسها تتم ترقيته إما في الدرجة أم في الرتبة⁽⁵⁾.

(1) أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

(2) المادة 26 من أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

(3) المواد 27، 28، 35 من أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

(4) المواد 33، 34، 216 من أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

(5) المادة 97 من أمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.



ويتمتع المحافظ العقاري أيضا بحق الرخص الإدارية والعطل⁽¹⁾. إضافة إلى ذلك أضافى المشرع في المادة 30 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ضمانة أكبر تمكن الموظف من أداء مهامه بأمان، إذ أوجب على الدولة حماية الموظف من أي تهديد أو إهانة أو شتم أو قذف أو اعتداء قد يتعرض له بمناسبة أداء مهامه أو أثنائها، وألزمها بضمان تعويض لفائدته عن الضرر الذي يلحق به، ولها أن تحل محله للمطالبة بالتعويض من مرتكب الأفعال المذكورة.

فإذا كانت النصوص المتعلقة بالوظيفة العمومي رصدت لحماية المحافظ العقاري عدة مواد تضمن حقوقه، فإنها أيضا عملت على تحديد واجباته لتعزيز حمايته حتى لا تفرض عليه واجبات أخرى غير منصوص عليها في النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم وظيفته.

الفرع الثاني: واجبات المحافظ العقاري:

المحافظ العقاري شأنه شأن أي موظف مرتبط بالإدارة التي يمارس فيها مهامه والتي تفرض عليه التزامات مهنية، ومن جهة أخرى مرتبط بالحياة العامة باعتباره مواطنا، وعلى الرغم من ذلك تتأثر حياته الشخصية ببعض الالتزامات التي لها علاقة بوظيفته وبالتالي عليه احترامها.

فيالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالوظيفة العمومي عامة، والمنظمة لوظيفة المحافظ العقاري خاصة، نجدها تتضمن عدة واجبات تتعلق بالحياة المهنية للمحافظ العقاري، فهو ملزم باحترام سلطة الدولة وأن يعمل على احترامها⁽²⁾، وأن يسعى في أدائه لمهامه إلى احترام مبدأ الشرعية، والعمل على تحقيق التوازن بين حقوق المتعاملين مع الإدارة وحقوق الإدارة نفسها، وكذا الحرص على الحفاظ على مكانتها وذلك بأداء المهام المنوطة به بدقة وإخلاص، كما يجب عليه التفرغ لمهامه الوظيفية وأدائها بنزاهة وحياد⁽³⁾.

والمحافظ العقاري ملزم بطاعة رؤسائه وتنفيذ توجيهاتهم بمقتضى ما تفرضه السلطة السلمية، وذلك في الحدود المسطرة قانونا.

⁽¹⁾ المادتان 194، 206 من أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽²⁾ المادة 40 من أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽³⁾ المادة 41 من أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.



كما أنه ملزم بكتمان الأسرار التي يطلع عليها بمناسبة تأدية وظائفه ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة العامة⁽¹⁾، ويرتبط بهذا الواجب، ضرورة حماية المحافظ العقاري للوثائق الإدارية التي يتلقاها بموجب أدائه لمهامه ويمنع عليه إخفاء أو تحويل أو إتلاف الملفات والمستندات أو الوثائق الإدارية التي بحوزته وذلك تحت طائلة توقيع عقوبات تأديبية في حالة قيامه بذلك.

ترتبط واجبات المحافظ العقاري المهنية إلى حد كبير بحياته الشخصية، ولا سيما التزام الموظف العام السر المهني والذي لا يلتزم به فقط داخل مكان العمل وإنما يمتد إلى حياته اليومية، إضافة إلى ذلك فهو ملزم بالابتعاد عن كل ما يسيء إلى وظيفته بالدرجة الأولى وشخصه أيضا، وفي سبيل ذلك يحظر عليه قبول الهدايا والمنح مقابل المهام التي يقوم بها.

وبهدف الالتزام بمبدأ الحياد وضمان استقلالية وتفرض المحافظ العقاري لمهامه، يمنع عليه القيام بأي نشاط يدر عليه ربحا إلا في الحالات المنصوص عليها⁽²⁾. كما يجب عليه تجنب كل فعل يتنافى مع طبيعة مهامه وأن يتحلى بسلوك لائق ومحترم سواء أثناء تأدية مهامه أم خارجها⁽³⁾.

يلتزم المحافظ العقاري بهذه الواجبات لأداء المهام المنوطة به على أكمل وجه، ولا سيما تلك المتعلقة بحماية الملكية العقارية بأنواعها، وأي إخلال بهته الواجبات يعرضه للمسؤولية، وفيما يلي سنبين دوره في حماية هذا النوع من الملكية.

المبحث الثاني: دور المحافظ العقاري في حماية الملكية العقارية:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للملكية العقارية، بل أعطى تعريفا عاما لحق الملكية بإبراز السلطات التي يمنحها هذا الحق من استعمال واستغلال وتصرف⁽⁴⁾. وصنف الأملاك العقارية إلى

⁽¹⁾ المادة 48 من أمر رقم 06 - 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽²⁾ المواد 41، 43، 45 من أمر رقم 06 - 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽³⁾ المادة 42 من أمر رقم 06 - 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.

⁽⁴⁾ المادة 674 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا حرمة القوانين والأنظمة".



ثلاثة أصناف: الأملاك الوطنية، الأملاك الخاصة والأملاك الوقفية⁽¹⁾، وما يهمنها هو إبراز دور المحافظ العقاري في حماية الأملاك الوطنية والأملاك الخاصة. وهذا ما سنتطرق إليه تباعا.

المطلب الأول: دور المحافظ العقاري في حماية الأملاك الوطنية:

تنقسم الأملاك الوطنية إلى قسمين:

الأملاك الوطنية العمومية، وهي تلك الأملاك التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها⁽²⁾، والتي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور إما مباشرة، وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفاً مطلقاً أو أساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق⁽³⁾.

أما الأملاك الوطنية الخاصة، فقد أعطاهها المشرع تعريفاً سلبياً باعتبارها تلك الأملاك غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية، والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية⁽⁴⁾.

وتختلف الأملاك الوطنية العمومية عن الخاصة سواء من حيث طرق الاكتساب أم التسيير، وتتفان في خضوعهما لنظام حمائي مهم، ولا سيما الأملاك الوطنية العمومية التي أخضعها المشرع لقواعد متميزة لضمان المحافظة عليها وحمايتها من أي خطر قد يهددها.

أهم قاعدة تحمي الأملاك الوطنية العمومية هي قاعدة عدم جواز التصرف فيها، والمقصود بالتصرف هنا، كل إجراء ناقل للملكية والذي يؤدي إلى إخراج المال من الملكية العامة إلى ملكية الخواص، إذا تم التصرف فيه على هذا النحو يكون التصرف باطلاً. وتنتج

⁽¹⁾ المادة 23 من قانون رقم 90- 25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 49 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

⁽²⁾ المادة 25 من قانون رقم 90- 25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 49 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

⁽³⁾ المادة 03 المعدلة من قانون رقم 90- 30 مؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52، صادرة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990.

⁽⁴⁾ المادة 12 المعدلة من قانون رقم 90- 30 مؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52، صادرة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990.



عن هذه القاعدة قاعدتان وهما قاعدة عدم جواز الاكتساب بالتقادم وقاعدة عدم جواز الحجز على الأملاك الوطنية العمومية⁽¹⁾.

أما الأملاك الوطنية الخاصة، فقد نص المشرع على جواز التصرف فيها، ولم يبين خضوعها أو عدمه لقاعدتي عدم جواز الاكتساب بالتقادم وعدم جواز الحجز عليها، وبقي الأمر للاجتهاد إلى أن تضمنها صراحة نص المادة الرابعة من القانون رقم 08-14 المعدل والمتمم لقانون الأملاك الوطنية لسنة 1990⁽²⁾ والتي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: "الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم ولا للحجز...".

إضافة إلى ذلك تخضع الأملاك الوطنية لحماية جزائية، تظهر من خلال تجريم أي نوع من أنواع التعدي والمساس بهذه الأملاك، وترتيب جزاءات نتيجة ذلك. كما فتح المجال أمام القضاء لحمايتها، فضلا عن الحماية الإدارية التي أناط بها جهات إدارية مختلفة تسهر على حمايتها، لاسيما المحافظة العقارية التي أحدثت بموجب المادة العشرين من الأمر رقم 75-74⁽³⁾، والتي كلفت بعدة مهام، تأسيس السجل العقاري، مسك مجموعة البطاقات العقارية، تسليم الدفاتر العقارية وشهر المحررات الرسمية الخاضعة للشهر العقاري. هذه الصلاحيات وسعت بموجب المادة الثالثة من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽⁴⁾، وكذلك نص المادة السادسة عشرة من المرسوم التنفيذي رقم 91-65⁽⁵⁾ والتي حددت صلاحياتها في تأسيس السجل العقاري ومسكه، القيام بإجراء الشهر المطلوب وإعطائه للعقود التي تتوفر فيها الشروط شكلا ومضمونا التي تقتضيها القوانين والتنظيمات المعمول بها، حفظ العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بعمليات الشهر العقاري، تبليغ المعلومات

⁽¹⁾ المادة 03 المعدلة من قانون رقم 90-30 لمؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52، صادرة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990.

⁽²⁾ قانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 90-30 المؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 44 صادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2008.

⁽³⁾ أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 92، صادرة بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1975.

⁽⁴⁾ مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، صادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976.

⁽⁵⁾ مرسوم تنفيذي رقم 91-65 مؤرخ 02 مارس سنة 1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري، جريدة رسمية رقم 10، صادرة بتاريخ 06 مارس 1991.



التي تشتمل عليها محفوظاتها للجمهور، تحصيل الحقوق والرسوم المتعلقة بالشهر العقاري وتسليم المعلومات.

فالمحافظ العقاري باعتباره المسؤول عن تسيير المحافظة العقارية⁽¹⁾ يحظى بصلاحيات واسعة تهدف إلى حماية الأملاك الوطنية، لا سيما الأملاك الوطنية الخاصة، وتظهر هذه الصلاحيات خاصة في عملية الشهر العقاري والذي يعرف على أنه "نظام قانوني له مجموعة قواعد وإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات الواردة على العقارات"⁽²⁾. وبهذا يعمل نظام الشهر العقاري على الإعلان عن كل التصرفات القانونية الواقعة على العقار وإعلام الغير بها لخلق الثقة في التعامل، ويتجلى أبرز دور للمحافظ العقاري في حماية الأملاك الوطنية في إعطائه صلاحية رفض إجراء الشهر العقاري إذا كانت العقود موضوع الشهر مخالفة للتشريع والتنظيم الساريين، وقد أكدت على ذلك المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 1998 والتي تلزم المحافظات العقارية برفض إجراء الشهر العقاري في الحالة المذكورة سابقا والتبليغ عن هذه التجاوزات لوضع حد لكل ادعاء بحيازة الأملاك الوطنية من المعاملات المشبوهة التي قد تطالها.

كما أن الأملاك الوطنية العقارية ولا سيما الخاصة منها تخضع لعملية الشهر العقاري. فكل تصرف واقع على عقار من الأملاك الوطنية لا وجود له إلا من تاريخ إشهاره بالمحافظة العقارية، ووردت عدة نصوص قانونية في هذا الشأن، نذكر منها المادة 109 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم والتي تنص على ما يلي: "لا يمكن التصرف في الأملاك العقارية إلا طبقا لهذا القانون مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القوانين الأخرى وحسب الإجراءات المطبقة تبعا لطبيعة هذه الأملاك" وبالتالي تخضع التصرفات الواردة على الأملاك العقارية الخاصة التابعة للأشخاص الإقليمية كالمتنازل، الإيجار والتبادل، للشهر العقاري وهذا في حد ذاته ضمانا للأملاك الوطنية حتى لا يعتدى عليها.

⁽¹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 92- 116 مؤرخ في 14 مارس 1992 يحد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها، جريدة رسمية رقم 21، صادرة بتاريخ 18 مارس 1992.

⁽²⁾ انظر. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2007، ص 118.

ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، سنة 2009، ص 96.



وتنص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 454 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كميّيات ذلك⁽¹⁾ "يثبت عقد التبادل الذي يسجل ويشهر في المحافظة العقارية، تحويل الملكية فعلا، وتتجر عنه الآثار القانونية المرتبطة به، ويمنح الملك الذي تحصل عليه الدولة عن طريق التبادل، صفة الأملاك الخاصة بالدولة".

كما تشمل عملية الشهر العقاري كل التصرفات الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة العقارية حتى ولو لم تكن ناقلة للملكية فمثلا نصت المادة الخامسة من القانون رقم 10- 03 الذي يحدد شروط وكميّيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة⁽²⁾ على أن الامتياز الذي تمنح بموجبه الدولة المستثمر حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأملاك السطحية المتصلة بها، يتم إشهاره بالمحافظة العقارية. كما نجد أن المادة الثامنة من نفس النص أعضت إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهار العقاري لعقد الامتياز من جميع المصاريف.

واعتبرت المادة العاشرة منه، شهر عقد الامتياز شرطا لتسجيل المستثمرة الفلاحية في بطاقة المستثمرات الفلاحية.

نظرا إلى الدور الذي يلعبه المحافظ العقاري في مجال حماية الأملاك الوطنية والحرص على عدم التعدي عليها من خلال تقديم عقود غير قانونية، أعطى له المشرع صلاحية تفحص العقود والتي قد تؤدي إلى تعارض الاختصاص مع مهام الموثق وبالتالي إذا تبين له عدم شرعيتها فله عدم إتمام شهرها وفي هذا حماية للأملاك الوطنية إذا كان هناك تعدد عليها من جهة وأملاك الخواص من جهة أخرى.

المطلب الثاني: دور المحافظ العقاري في حماية الملكية العقارية الخاصة:

يسهر المحافظ العقاري على إتمام عملية الشهر العقاري، في سبيل ذلك يتأكد من الإيداع القانوني للوثائق الخاصة بالشهر، والذي يتم لدى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة بالمحافظة العقارية، من طرف إحدى الجهات المختصة كالموثقين، السلطات الإدارية وكتاب الضبط

⁽¹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 91- 454 مؤرخ في 23 نوفمبر 1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كميّيات ذلك، جريدة رسمية رقم 60 صادرة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 1991.

⁽²⁾ قانون رقم 10- 03 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يحدد شروط وكميّيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 18 غشت سنة 2010.



وهي ملزمة بإيداع صورتين رسميتين للعقد أو القرار محل الشهر لدى المحافظ العقاري قصد التأشير عليها والاحتفاظ بنسخة منها لدى المحافظة العقارية.

أما إذا تبين للمحافظ العقاري أن الإيداع كان مستوفيا لجميع الشروط، يُتم عملية الشهر خلال مهلة 15 يوم من تاريخ الإيداع.

إلا أن الصلاحيات المخولة للمحافظ العقاري لا تتف عند هذا الحد، فقد يحدث أن يقبل إيداع الوثائق إلا أنه يرفض إجراء عملية الشهر العقاري، وذلك لإعطائه صلاحية فحص شرعية المحررات محل الشهر وذلك بموجب المادة 105 من المرسوم 76- 63 التي تنص على ما يلي: "يحق للمحافظ العقاري بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو منافيا للأخلاق أو مخالفا للنظام العام بكل وضوح".

كذلك يقوم بمراقبة دقيقة للمحرر الذي تم إيداعه وفحصه بدقة وذلك بمقارنة البيانات الواردة في المحرر مع تلك الموجودة في السجل العقاري⁽¹⁾.

فإذا تحققت إحدى الحالات المذكورة يقوم المحافظ العقاري بتبليغ المعنى بالأمر خلال 15 يوما من تاريخ الإيداع، بغية تسوية الوضع بتصحيح أو استكمال النقص، غير أنه في هذه المرحلة يُوشر على البطاقة العقارية بعبارة "إجراء قيد الانتظار" فإذا قام المعني بتصحيح العيب الذي يشوب الوثائق يقوم المحافظ العقاري بإتمام الإجراء والذي يعود إلى تاريخ الإيداع أما إذا لم تصحح خلال المدة المطلوبة فيقوم بإصدار قرار رفض إجراء الشهر العقاري⁽²⁾.

وبهدف حماية حق الملكية العقارية من الاعتداء عليها أجاز المشرع للمحافظ العقاري تصحيح الأخطاء التي قد ترد في السجل العقاري والمحررات حتى بعد شهرها دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، إذا كانت الأخطاء منسوبة إلى المحافظ العقاري، فتصحيحها يكون إما بمبادرة من المحافظ نفسه والذي عليه تبليغ حائز الدفتر العقاري لإيداعه بالمحافظة قصد التصحيح، وإما أن يكون بمبادرة من صاحب الدفتر العقاري نفسه⁽³⁾.

(1) المادة 90 مرسوم رقم 76- 63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، صادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976

(2) انظر. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2006، ص 214.

(3) المادة 101 من مرسوم رقم 76- 63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، صادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976.



أما إذا كان الخطأ اكتشف من الأطراف فإن تصحيح الأخطاء يكون بإيداع وثيقة جديدة تسمى العقد التصحيحي والذي يحرره محرر الوثيقة التي وقع فيها الخطأ والمعلومات الصحيحة، ففي هذه المرحلة له أن يراقب صحة المحررات محل الشهر ومدى خضوعها لقاعدة الرسمية بإفراغها بالشكل الرسمي، كما يتحقق من توافر مبدأ الأثر النسبي في المحرر الذي يرمي إلى حماية حق الملكية العقارية من التصرف فيه من الغير، فإذا ما تم إيداع السندات العقارية وتبين للمحافظ العقاري خلال فحصها أن الإيداع غير قانوني إما لخلل يتعلق بهوية الأطراف أو أهليتهم أو نقص الوثائق أو البيانات المتعلقة بالعقار أو عدم صحتها⁽¹⁾، فله أن يرفض الإيداع على أن يبلغ قرار الرفض إلى المعني خلال 15 يوما، حتى يتسنى له الطعن في قرار الرفض أمام الجهة القضائية المختصة خلال الآجال المحددة قانونا⁽²⁾.

خاتمة:

يشكل المحافظ العقاري أهم السلطات المكلفة بحماية الأملاك العقارية، ويظهر ذلك من خلال طبيعة مهامه والصلاحيات الموكلة إليه بموجب النصوص التشريعية.

تبعاً لذلك نجد أن المشرع الجزائري أناط مهمة الحفظ العقاري - على خلاف عدة دول - بهيئة إدارية وليست قضائية، أطلق عليها اسم "محافظة عقارية"، يسيرها موظف عام يخضع لأحكام القانون الأساسي للوظيفة العمومية، والذي رتب مسؤوليته التأديبية على الإخلال بأحكامه، غير أن طبيعة مهام المحافظ العقاري وأهميتها في حماية الملكية العقارية، دفعت إلى إعطائه صلاحيات لا يتمتع بها قانوناً إلا القاضي.

كما أن السماح بإعادة النظر في الحقوق المقيدة في السجل العقاري عن طريق القضاء حتى بعد تسليم الدفاتر العقارية للمعنيين، من شأنه الإضعاف من القوة الثبوتية للبيانات المدونة بالسجل، كما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية وضعف الائتمان العقاري.

وحتى يستقر النظام العقاري، وبالتالي لحماية الملكية العقارية لا بد من إتمام عمليات المسح بوضع الآليات اللازمة وذلك على مستوى كامل التراب الوطني، لوضع حد لكل ادعاء بملكيتها والاعتداء عليها.

(1) انظر. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2008، ص 122 وما بعدها.

(2) حالات رفض الإيداع تضمنتها المادة 100 المرسوم رقم 76- 63 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، الصادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976.



قائمة المراجع:

أ - النصوص التشريعية:

- أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975.
- أمر رقم 75 - 74 مؤرخ في نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 92، صادرة بتاريخ 18 نوفمبر سنة 1975.
- قانون رقم 90 - 25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 49 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.
- قانون رقم 90 - 30 مؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 52، صادرة بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990.
- أمر رقم 06 - 03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو سنة 2006.
- قانون رقم 08 - 14 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2008 يعدل ويتم القانون رقم 90 - 30 المؤرخ في الفاتح ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 44 صادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2008.
- قانون رقم 10 - 03 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، جريدة رسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 18 غشت سنة 2010.
- مرسوم رقم 76 - 63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30، صادرة بتاريخ 13 أبريل سنة 1976.
- مرسوم تنفيذي رقم 91 - 65 مؤرخ 02 مارس سنة 1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري، جريدة رسمية رقم 10، صادرة بتاريخ 06 مارس 1991.
- مرسوم تنفيذي رقم 91 - 454 مؤرخ في 23 نوفمبر 1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامات التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك، جريدة رسمية رقم 60 صادرة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 1991.



- مرسوم تنفيذي رقم 92- 116 مؤرخ في 14 مارس 1992 يحد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها، جريدة رسمية رقم 21، صادرة بتاريخ 18 مارس 1992.
- مرسوم تنفيذي رقم 95- 54 مؤرخ في 15 فيفري سنة 1995، يحدد صلاحيات وزير المالية، جريدة رسمية رقم 15، صادرة بتاريخ 19 مارس سنة 1995.

ب- المؤلفات:

- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2007.
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2006.
- ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، سنة 2009.
- محمد بن احمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، سنة 2009.
- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2008.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.

تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية

أ/زوبة سميرة

أستاذة مساعدة قسم أ-

كلية الحقوق - جامعة بومرداس -

كل من أنظمة القانون اللاتيني والقانون الأنجلو سكسوني، تعترف بمبادئ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقود، وعليه يقع على المشرع والقضاء الالتزام بعدم التدخل في الرابطة العقدية حتى وإن اتسمت تلك العقود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر⁽¹⁾.

وإذا طبقت المبادئ العامة التقليدية للعقد فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا على الطرف الضعيف (المستهلك)، نظرا إلى كون هذا الأخير لا يكون في وضع يمكنه من المساومة الحقيقية مع المحترف⁽²⁾. فإذا كان تطبيق النظرية التقليدية يبدو أكثر قبولا للعقود التي يتم إبرامها في ضوء تساوي أطراف العقد أو بدون إذعان من أحدهما للآخر، فإن تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة، حينما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التوازن بين المتعاقدين، خصوصا في عقود الإذعان التي ينصاع فيها المستهلك لما يمليه عليه الطرف الآخر من شروط. فتطابق وتوافق إرادات المتعاقدين أصبحت تتعلق بموضوع واحد ألا وهو انعقاد العقد ذاته، أما عن الشروط الواردة فيه فإن الإرادات لا تتوافق ولا تتطابق بشأنها لأننا نكون بصدد إرادة

⁽¹⁾ بالاستناد إلى النظرية التقليدية نجد أنه في كل العقود بما في ذلك عقود الإذعان طالما وافق الشخص على إبرام العقد. فإن ذلك يعني قبوله بكافة الشروط الواردة فيه، وفي ظل هذه النظرية أيضا فقد منعت مبادئ الحرية التعاقدية وما يرتبط بها من فرض رقابة على حقيقة رضا المستهلك بالشروط الواردة فيه. أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك: دراسة في القانون المدني والمقارن**، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص34.

⁽²⁾ Les clauses abusives sévissent, toutes dans des contrats d'adhésion et si, ces contrats pré rédigés sont aujourd'hui nécessaires, ils présentent incontestablement des dangers pour l'adhérent.

Ces clauses nombreuses et diverses lèsent le consommateur d'une façon manifeste et il convient de rechercher quels moyens, quelles règles de droit pourrait invoquer le consommateur pour éviter les effets néfastes de telles stipulation, voir : Davo, (H), « **clauses abusives** », Revue juriste-concurrence-consommation, fascicule 820, 1991, p3.



واحدة، وهي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة لا غير، لذا استدعت الضرورة حماية الطرف الضعيف (المستهلك).⁽¹⁾

لذا نتساءل عن الكيفية التي تدخل بها المشرع لإغاثة المستهلك عند تعاقد مع طرف قوي من خلال العقد النموذجي المعد من طرف المحترف؟

المبحث الأول: التدخل التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية:

كانت الحماية في البداية موضع اهتمام وعناية الدول المتقدمة، ثم تبعتها بعد ذلك باقي الدول وذلك راجع إلى أهميتها وضرورتها. فعدم التوازن بين المحترفين من ناحية، والمستهلكين من ناحية أخرى أدى إلى البحث عن الوسائل التي اختلفت باختلاف الأزمنة والأمكنة. فكل دولة استخدمت الوسائل التي رأت بأنها كفيلة بحماية المستهلك من خلال استبعاد الشروط التعسفية من العقود النموذجية⁽²⁾، ولأن مبدأ الحرية في التعاقد يعاني من اعتداءات تنخر صلبه وتحد من تطبيقه⁽³⁾. نتيجة تزايد العمل بالشروط التعسفية، لم يجد المشرع إلا التدخل للحدّ ومنع الشروط التي يراها تعسفية هذا من جهة (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى تدخل في بعض المواضع ليضع ما يتعين أن

⁽¹⁾ Il convient aussi de ne pas laisser la matière contractuelle devenir un terroir d'injustice, en y laissant perdurer des droits et obligations trop déséquilibrés, même si ces derniers ne devaient nullement traduire la déloyauté de ceux auxquelles ils profitent. Voir : WALTER (J.B), « **la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties** », Revue de la recherche juridique, presse universitaire d'AIX-MARSEILLE, N1,2011, p344.

⁽²⁾ La république fédérale allemande, ou de nombreuses chambres de commerce et d'industrie ou des métiers ont établi des commissions d'arbitrage dans lesquelles les consommateurs sont représentés. Chargées de donner suite aux plaintes émanant des consommateurs, ces commissions ont une réelle efficacité puisqu'elles permettent un règlement rapide des litiges sans frais et généralement de manière positive pour les consommateurs.

Le konsumentverk suédois négocie également avec les professionnels, producteurs et distributeurs afin d'obtenir d'eux des concessions favorables aux consommateurs il définit ensuite « des principes directeurs » de conduite ...constituent des références d'un grand poids plus moral que juridique.

Au Royaume-Uni, la loi de 1973 sur les pratiques commerciales...l'adoption de code de bonne conduite dont ses services négocient les termes avec les associations professionnelles. En 1984 ces codes étaient au nombre de 21. Voir : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), « **Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe** », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990, L.G.D.J, p34-p36.

⁽³⁾ Dans une société consacrant pour partie un modèle de l'auto régulation par ses acteurs et préservant la liberté individuelle en vue de garantir la diversité des objectifs ainsi poursuivi... dans une période de renonciation par l'autorité étatique à l'exercice de son pouvoir normatif, le contrat est donc le moyen de construire une éthique dans les relations d'affaires. Voir : BARBIERI (J), « **Pour une théorie spéciale des relations contractuelles** », Revue des CONTRTS, L.G.D.J, 2006/2, p1306.

يشتمل عليه العقد للحفاظ على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة حتى لا يظف طرف على طرف نتيجة عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية التفاوضية⁽¹⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حظر المشرع للشروط التعسفية في العقود بين المحترف والمستهلك:

إن تلاقي إرادة شخص أو أكثر يجعل من العقد قانونا كافيا لحكم العلاقة التي تربط بينهم. فالعقد في ظل النظرية التقليدية هو القانون الأسمى، وهو أساس الإلزام في العلاقات بين أفراد المجتمع، لكن إذا تعسف الطرف القوي أو ضمن العقد بنودا مجحفة ضد مصلحة الطرف الضعيف وجار أحد الأطراف على الآخر. أدى ذلك إلى اختلال في التوازن العقدي وزيادة استغلال الأقوياء لحاجة الضعفاء، كل ذلك تم تحت ستار الحرية التعاقدية.

وانطوى ذلك على إخلال بالمصالح التي يسعى المشرع إلى ترسيخها في المجتمع، مما أدى إلى تدخل المشرع⁽²⁾ لمنع العمل بتلك الشروط.

الفرع الأول: في التشريع المقارن:

اختلفت قوانين الدول في الأسلوب المعتمد لحظر العمل بالشروط التعسفية فمنها ما اعتمدت الأسلوب التشريعي ومنها ما اعتمدت الأسلوب التنظيمي، وأخرى جمعت بين

⁽¹⁾ TROCHU (D), & TERMORIN (Y), & BERCHON (P), « La protection des consommateurs contre les clauses abusives », revue droit et pratique du commerce international, N1, 1989, p50.

Ce n'est donc pas, à proprement parler, l'économie du contrat qui fait l'objet de cette réglementation, la tâche est plus étroitement et plus malaisément peut-être, de corriger les excès du libéralisme il s'agit en quelque sorte d'apurer le contexte de la transaction.

⁽²⁾ لقد كتب الفقيه Jossierand في هذا المجال أن التدخل من قبل الدولة بأي شكل وخصوصا من خلال التشريع يضعف من قوة العقد، يعتقد هذا الكاتب أن العقد هو أفضل وسيلة لحكم العلاقات بين الأفراد وأن التدخل بتنظيم العقود تشريعيا يجب أن يبقى في أضيق نطاق. أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 117. ويرى:

CALAIS-AULOY(J), « Les clauses abusives en droit français », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990-les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J,p115 . Le législateur est intervenu pour tempérer les effets pervers du principe de l'autonomie de la volonté. Protéger le « consommateur » ou « l'adhérent » en interdisant les clauses jugées « abusives » ou « inéquitables » imposées par le « professionnel » ou le « stipulant » sans remettre en cause la pratique des contrats d'adhésion et des conditions générales de contrat, techniques que l'on juge parfaitement adaptées à la multiplication et à la standardisation des échanges.



الأسلوبين معا وكلها تجتمع في نقطة واحدة ألا وهي تدخل المشرع بالمعنى الواسع (نصوص تشريعية ونصوص تنظيمية).

فسلك المشرع الألماني الأسلوب التشريعي كأصل عام حيث وضع قائمتين لتحديد الشروط التعسفية: الأولى سوداء وتضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تحقق أي ميزة مفترطة⁽¹⁾. أما الأسلوب التنظيمي فقد أخذ به المشرع الفرنسي منذ 78 في قانون 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام المستهلك، حيث سمحت المادة 35 منه للحكومة بتحريم، أو تحديد، أو تنظيم الشروط التعسفية، وأصدر مرسوم في 24 مارس 1978، بحيث جاء تطبيقا لنص المادة 35 السالفة الذكر ونص فيه على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية. ومرسوم آخر صدر في 18 مارس 2009 صدر تطبيقا لنص المادة 132 - 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وانتهج المشرع الفرنسي في مرسوم 2009 نفس الأسلوب الألماني لاعتماده قائمتين، قائمة سوداء تضم 12 شرطا تعسفيا⁽²⁾ لا يحتاج المستهلك إلى إثباتها، وقائمة رمادية تضم 10 شروط تعسفية. وهنا هل يقع على المستهلك عبء الإثبات بحيث يثبت أن الشرط يتميز بالتعسف؟ أم أن المحترف هو الذي يقع عليه عبء الإثبات بأن الشرط محل النزاع لا يتصف بالتعسف؟ في هذه الحالة ورعاية لمصلحة المستهلك، فإن الشروط الواردة في القائمة الرمادية يفترض فيها

⁽¹⁾ Le dispositif de listes réglementaires est avantageux pour le professionnel qui peut désormais mieux « mesurer le risque contractuel » qu'il encourt lorsqu'il insère dans un contrat l'une des clauses répertoriées le dispositif n'est évidemment pas sans faille, le professionnel peut avoir intérêt à prendre un risque, en rédigeant de façon subtile ses conventions de telle sorte que l'abus ne soit pas flagrant. Voir: BROUILLAUD (N-S), « **Droit de la consommation** », Recueil DALLOZ, N13, 2010, p793.

⁽²⁾ La création de la liste noire par le décret du 18 mars 2009 pouvait laisser entrevoir un effacement du rôle du juge. La présomption irréfragable d'abus attachée aux clauses noires écarte en effet toute appréciation judiciaire du déséquilibre significatif. Celle-ci n'a vocation à jouer désormais que lorsque la clause litigieuse est grise, le professionnel devant alors tenter d'apporter la preuve contraire de l'abus. Elle également à s'appliquer dans l'hypothèse d'une clause non répertoriée. La source judiciaire de l'éradication des clauses abusives était donc susceptible. D'un assèchement, bien que relatif, du fait de l'édition du décret. Voir: SAUPHANOR-BROUILLAUD (N), « **Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation** », Revue LAMY droit civil, N74, 2010, p8.



التعسف ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تتصف بالتعسف بحيث لم تتسبب في حدوث اختلال بين حقوق والتزامات الطرفين.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نص المادتين (المادة 35 من قانون 1978 والمادة 132 - 2 من قانون الاستهلاك الفرنسي) يمكن أن يستفاد لكي يكون الشرط تعسفيا بصورة ملزمة يجب أن يكون منصوصا عليه في مرسوم صادر من السلطة التنظيمية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

دور لجنة الشروط التعسفية:

تقوم لجنة الشروط التعسفية بمراجعة العقود النموذجية التي يتعامل بها المحترفون في تعاقدتهم مع المستهلكين، وتقوم بإصدار توصيات فعمل اللجنة ذو طابع استشاري.

Elle recommande la suppression ou la modification des clauses qui paraissent abusives

بحيث لا تتمتع بأي سلطة قضائية وهي ليست سلطة تشريعية، فتوصياتها تقتصر إلى أي قوة ملزمة⁽²⁾. ويقوم الوزير المنوط له حماية المستهلك بنشر إعلان يتضمن الشروط التي اعتبرتها اللجنة بأنها تعسفية، ومن شأن هذا الإعلان أن يمارس ضغطا معنويا غير مباشر يؤدي إلى فرض التزام أدبي على مجموع المهنيين، قد يترتب عليه إحجامهم عن فرض هذه الشروط في عقودهم مستقبلا. إلا أن بعض الفقه أنكر للقانون الذي أنشأ لجنة مواجهة الشروط التعسفية تقديم أي حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد فمن الناحية العملية نجد القضاء الفرنسي في قراره الصادر عن الغرفة المدنية الأولى - محكمة النقض - بتاريخ 1 فيفري 2005 اعتبر أن الشرط الوارد في العقد المبرم - بين المستهلك والمحترف - الذي يقضي بضرورة التسوية الودية كمرحلة أولية قبل اللجوء

⁽¹⁾ شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04 - 02 المحدد للقواعد المطبقة على

الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 2، 2009، ص 171. أنظر كذلك:

.....il atteste un renforcement, quoique moins intense, de la protection l'abus étant désormais présumé, le consommateur est dispensé d'en rapporter la preuve, mais le professionnel pourra apporter la preuve contraire, si bien que la mise hors la loi de la clause n'est pas incontournable. Voir : FENOUILLET (D), « **Clauses abusives** », Revue des contrats, N4, 2009, p1424.

⁽²⁾ إن لجنة الشروط التعسفية أنشئت بموجب قانون 10 جانفي 1978 وتنظم أحكامها اليوم المواد 132 - 2 إلى

132 - 6، وهي لجنة موضوعة لدى الوزير المكلف بالاستهلاك وتتكون من 13 عضو، 4 ممثلين للمحترفين، و 4 ممثلين للمستهلكين، و 3 قضاة منهم رئيس اللجنة وشخصين مؤهلين في قانون العقود. أنظر: شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 147.



إلى القضاء، اعتبره بأنه شرط مشروع، ولا يتصف بالتعسف. وهو نفس قرار محكمة النقض فيما يخص نفس الشرط بتاريخ 14 فيفري 2003.

في حين اعتبرته لجنة الشروط التعسفية في إحدى توصياتها - التي لا تتميز بالإلزامية - بأن الشرط الذي يلزم المستهلك باللجوء إلى التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء بأنه شرط تعسفي⁽¹⁾. فالتوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية بشأن الشروط التي تعتبرها تعسفية ليس بالضرورة أن يعتمدها القضاء في قراراتهم. بحيث يمكن لهم مخالفتها إذا رأوا بأن الشرط لا يسبب أي إجحاف في حق المستهلك.

في فرنسا، سيتراجع في المستقبل نظرا إلى كثرة التشريعات والتنظيمات سواء على المستوى الأوروبي أم الوطني، بالإضافة إلى توسيع إمكانية تدخل القاضي، ونشاط جمعيات حماية المستهلك.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

نجد المشرع الجزائري قد اعتمد الأسلوب التشريعي والتنظيمي معا لمواجهة الشروط التعسفية.

بحيث نجده قد نص في المادة 29 من قانون 04 - 02 المتعلق بالممارسات التجارية⁽²⁾ على الشروط التعسفية التعاقدية التي وردت على سبيل المثال. وجاء نصها كالآتي: "تعتبر بنودا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين إنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

⁽¹⁾ s'il n'ya pas, en l'espèce, comme l'a juge la cour de cassation, de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, c'est par ce que le consommateur n'est pas privé définitivement de son droit fondamental à un recours juridictionnel. Voir : GHESTIN (J), « Droit des obligations », la semaine juridique, N22, 2005, p1009.

⁽²⁾ قانون 04 - 02 مؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10 - 06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46.



- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
 - 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
 - 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،
 - 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.
- والملاحظ أن هناك بعضا من الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من قانون 04- 02 قد أعيد ذكرها في المرسوم التنفيذي 06- 306 في نص المادة 5 منه.
- ونص المشرع في المادة 30 من نفس القانون "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

فوجد المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 قد حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ونصت المادة الخامسة من هذا المرسوم على 12 شرطا اعتبرتها تعسفية⁽¹⁾. وفي نفس اتجاه المشرع الفرنسي سار المشرع الجزائري، فقد نص على لجنة البنود التعسفية وهي ذات طابع استشاري. مهامها البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين. والبحث عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم

(1) تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56. على أنه: تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلي العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه".



بإعداد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ويمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين⁽¹⁾.

أما عن الأعضاء الذين تتكون منهم اللجنة فعلى خلاف القانون الفرنسي الذي ينص على فئة القضاة كأعضاء في اللجنة، فإن المشرع الجزائري لم يدرجهم في التشكيلة. ولقد نصت المادة 8 من مرسوم 06-306⁽²⁾:

تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئسا.
- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، عضو من مجلس المنافسة، متعاملين اقتصاديين، عضوين من الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.

وتم تقليص عدد الأعضاء المكونين للجنة مواجهة الشروط التعسفية، بحيث تم تعديل المادة 8 من المرسوم 06-306 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44⁽³⁾.

تنص المادة 8 على: تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.

(1) المادة 7 من المرسوم 06-306، مرجع سابق.

(2) المادة 8 من المرسوم 06-306، مرجع سابق.

(3) المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 44-08 مؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306-06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر عدد 07.



- ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود..."

ولم يحدد المشرع من يتولى رئاسة اللجنة على عكس المادة القديمة (المادة 8 من المرسوم 306-06) أين كان ممثل وزارة التجارة هو الرئيس. بالإضافة إلى كون ممثلي جمعيات حماية المستهلكين لم يعد يشترط فيهم أن يكونوا من جمعية ذات طابع وطني. فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع قد تدارك واقع جمعيات حماية المستهلك فلم تبلغ المستوى الذي يؤهلها بأن تكون ذات طابع وطني - الناحية الواقعية - وهو ما كان منصوصا عليه في المرسوم 06-306 المادة القديمة أين اشترط ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني.

لقد انتقد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية. كما يؤخذ على الأسلوب السابق أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر، أو لأن القاضي لم تعط له سلطة التدخل في حالة ما إذا ذكرت الشروط على سبيل المثال. كما عيب على هذا الأسلوب أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على إتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت إلى آخر، بعدما يتبين قصورها وفقا لمستجدات الواقع الاقتصادي⁽¹⁾. لهذا كان من الضروري اللجوء إلى وسيلة أخرى، وهو ما سنراه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تحديد الشروط الأساسية للعقود النموذجية المبرمة مع المستهلك

إن تحديد مضمون العقد بنصوص أمرة تعتبر من وسائل التسلط التي يتمتع بها المشرع.

والتحديد المسبق لشروط العقد من شأنه ليس فقط التخلص من الشروط التعسفية، وإنما إنشاء العقد في مجمله. ويبقى هذا العقد معدا من طرف واحد، لكن بدلا من أن يكون

⁽¹⁾ إلا أنه ورغم عيوبه السابقة، فإنه يوصف هذا الأسلوب بأنه يحقق ميزة الأمن القانوني للمحترفين. أنظر:

بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا

ومصر، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 99.



المحترف هو المعد للعقد، أصبح من إعداد الجهة العامة التي تقوم بإصدار نصوص آمرة⁽¹⁾. مثل هذا الحل في نظر بعض الفقه يمثل إجراء ضد الممارسات التعاقدية. وفي نفس الوقت سيواجه أحكام النظرية العامة للعقد.

ولا يمكن للمشرع أن يحتكر كل العملية التعاقدية⁽²⁾، فله أن يقرر المحتوى الجزئي للعقد وهذه الطريقة غير كافية لحماية الطرف الضعيف (المستهلك) فهي حماية ثانوية (Protection subsidiaire).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان التعسف فقط هو المحظور فيمكن إذا للمتعاقدين تحديد شروط العقد بكل حرية، لكن عليهم إعداده بكل عناية.

إن الهدف من الأحكام المستحدثة هو حماية المستهلك إلا أنها ستحد من الحرية التعاقدية لأجل الحد من تعسف المحترفين.

وبالرجوع إلى نص المادة 30 من قانون 04 - 02 نجدها قد نصت على إمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وهو ما قام به المشرع من خلال إصداره لمرسوم تنفيذي رقم 06 - 306 حيث نجده قد نص في المادة 2 منه على العناصر الأساسية التي يجب أن تتضمنها العقود المبرمة مع المستهلك، "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق

⁽¹⁾ CALAIS-AULOY(J) & STEINMETZ(F), **Droit de la consommation**, 6^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2003, pp219-220. Le contrat se rapproche par là de l'acte que certaines auteurs de droit publics appellent-acte condition -l'accord de volonté ne détermine pas lui-même les obligations qu'il engendre, il se borne à déclencher l'application d'un statut légale ou réglementaire. On ne rencontre cependant aucun contrat de droit privé qui soit totalement devenu un acte-condition. les textes impératifs laissent toujours une marge de liberté contractuelle. Voir aussi : PIEZO (J.P), « **Le formalisme des contrats de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme** », les journées du droit de la consommation, INC, 1989. P66.

Il ne suffit pas de prévoir des mentions obligatoires, il faut encore faire en sorte qu'elles soient suffisamment efficaces et respectées l'efficacité de la réglementation dépend de la forme donnée aux mentions obligatoires et des sanctions prévues en cas de violation des règles.

⁽²⁾ La volonté contractuelle est aujourd'hui suspectée dans certaines relations la protection du salarié Puis celle du consommateur présumés inférieurs, font douter de la force de leur consentement. Un ordre public contractuel substitue à la volonté supposé faible et influençable. Voir : AYNES(L), « **Clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité en europe :droit français** »,in acte du colloque des 13 et 14 décembre 1990,L.G.D.J, p13.



بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

يعتبر هذا النص قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، بما أن المشرع وظف كلمة يجب وهذا ما يجعل ذكر العناصر الأساسية إجباريا بالنسبة إلى العون الاقتصادي في العقود التي يبرمها مع المستهلك. كما أن المشرع هنا ربط العناصر الأساسية للعقود بالحقوق الجوهرية للمستهلك أي الغاية من إدراج هذه العناصر هي حماية المستهلك، مما يؤدي إلى إدخال هذه القاعدة في النظام العام للحماية. كما نص المشرع على أن هذه العناصر الأساسية يتم إدراجها في العقد، مما يعني أن العقد يكون مكتوبا. وينجز العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك على شكل طلبية، أو فاتورة... أو أي وثيقة مهما كان شكلها، أو سند يتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة والخاصة المقررة سلفا. هكذا أدت حماية المتعاقد الضعيف إلى ظهور الشكلية من جديد خاصة في مجال الاستهلاك، وأيضا في حالات أخرى أين يوجد فيها عدم التوازن العقدي.⁽¹⁾

ولقد جاءت المادة الثالثة من نفس المرسوم⁽²⁾ مفصلة لنص المادة الثانية السابقة الذكر.

إن حاجات الحياة المعاصرة تجعل من التدخل التشريعي في عملية إبرام العقود وفي تحديد مضمونه وآثاره أمرا ضروريا مما سيؤدي إلى خلق وتنظيم، وتوجيه النظام العام الاقتصادي للمجتمعات على حساب المبادئ الأساسية التي تحكم العقد.

لقد أصبح من الضروري في ظل عدم التوازن بين طرفي العلاقة البحث عن نقطة توازن في العلاقات التعاقدية، بشروط تكون أمرة لكنها قد لا تكون كلها في مصلحة المستهلك. وعلى الرغم من ذلك فإنها ستطبق عليه ولا يمكنه أن يحتج بعدم علمه بها، أو أنه لم يقبلها.⁽¹⁾

⁽¹⁾ بلقاسم فتيحة، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص80

⁽²⁾ نص المادة الثالثة من المرسوم 306 - 06، مرجع سابق: تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه أساسا بما يأتي: خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، - الأسعار والتعريفات، - كفاءات الدفع، - شروط التسليم وأجله، - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، - كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، - شروط تعديل البنود التعاقدية، - شروط تسوية النزاعات، - إجراءات فسخ العقد



ونجد دولا اعتمدت حلولاً أخرى، بحيث فرضت على المحترفين وجوب الحصول على رخصة مسبقة لاستعمال الشروط العامة المنصوص عليها في العقود النموذجية، كـ مجال التأمين، القرض... ومن هذه الدول نجد السويد، ألمانيا، فرنسا، إسبانيا، البرتغال. وقد تبين من خلال الممارسة العملية لهذه التقنية في تلك الدول فعاليتها، ودول أخرى أوجبت إرسال نماذج تلك العقود إلى الجهات المختصة قبل وضعها في السوق⁽²⁾. وحوّل المشرع الفرنسي أعوان المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش مراقبة شروط العقد، وفي حالة ما إذا تضمن العقد شروطاً تعسفية بإمكان العون أن يوجه أوامر إلى المحترف لكي يكف عن إدراج الشروط التعسفية. في حين كانت الإدارة فيما سبق تطلب من الجهة القضائية سواء كانت مدنية (القضاء العادي)، أم إدارية لحذف الشروط التعسفية، أو غير المشروعة وفي حالة عدم تنفيذ المحترف للأمر يلزم عليه دفع غرامة⁽³⁾.

المبحث الثاني: الجزاءات المقررة في حالة تضمين العقد شروط تعسفية:

اعتمدت معظم الدول التي كرست الحماية للمستهلك جزاء للشروط التعسفية، تباين بين الجزاء المدني (المطلب الأول)، والجزاء الجنائي (المطلب الثاني) ودول أخرى جمعت بين الجزاءين.

المطلب الأول: الجزاء المدني:

اعتبر المشرع الفرنسي الجزاء على إدراج الشرط التعسفي في العقد بالمخالفة لنصوصه واعتباره كأنه غير مكتوب - أي باطل - فيبطل الشرط ويبقى التصرف قائماً. ذلك أن الحكم ببطلان التصرف سيؤدي إلى نتائج خطيرة تمس سلامة واستقرار التعامل في المجتمع، وتزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد انبنت على الثقة وحسن النية. لذا يحرص المشرع على أن يحدد بوضوح أسباب وحالات البطلان، ليكون ذلك بمثابة إجراء وقائي يحد

⁽¹⁾ car nul n'est censé ignorer la loi...c'est la une différence notable avec les clauses contractuelles. Qui sans effet si elles n'ont pas été acceptées. Voir : CALAIS-AULOY(J) & STEINMETZ(F), op-cit, p220.

⁽²⁾ Le remplacer par une simple obligation de communication des conditions générales a l'autorité compétente. Voir : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), op-cit, p49.

⁽³⁾ les agents de la DGCCRF disposent désormais d'un pouvoir d'injonction aux fins de faire supprimer par les professionnels toute clause contractuelle illicite, alors que leurs pouvoirs se limitant avant à la cessation d'un agissement illicite ce dispositif vient donc compléter celui issu de l'article R141-4 du code de la consommation.....voir : SAUPHANOR- BROUILLD (N), op.cit, p7.



من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال⁽¹⁾. فالمرجع في مواجهة الشروط التعسفية لم يتناول بطلان التصرف ما إذا كان البطلان بطلانا مطلقا أم بطلانا نسبيا، والآثار تختلف باختلاف نوع البطلان. فيتوقف على نوع البطلان نتائج منها أنه إذا كان البطلان مطلقا فإنه يكون بوسع كل شخص له مصلحة طلب بطلان التصرف، بينما يكون بوسع المستهلك فقط أن يطلب إبطال العقد في حالة ما إذا كان البطلان نسبيا⁽²⁾.

لقد اختلف رأي الفقهاء حول طبيعة الجزاء المقرر في حالة تضمين العقد شرطا تعسفيا.

فيرى البعض أن المشرع لم يبين ما إذا كان البطلان هنا بطلانا مطلقا أم نسبيا، فيجب أن نميز بين ما إذا كانت القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك بشأن الشروط التعسفية متعلقة بالنظام العام التوجيهي *L'ordre public de direction* أو النظام العام الحمائي *l'ordre public de protection*. فإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية

⁽¹⁾ La clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé.....la cour de cassation rappelant fréquemment qu'elle est « censée n'avoir jamais existé le point révélant une différence avec la clause nulle dont l'existence, en revanche, n'est pas niée. Réputer la clause non écrite correspond à une fiction qui a pour effet qu'aucun consentement n'a pu être émis à son sujet.

Enfin, réputer une clause non écrite a pour effet son effacement rétroactif du contrat. Mais le dernier reste en principe appliqué, s'il peut subsister sans la ou les clauses abusives réputées non écrites. Voir : HAMDI (A.CH), « Des clauses abusives, des parties et du juge », mémoire de DEA de droit privé, faculté de droit et de science politique, AIX-MARSEILLE, 1994-1995, p141.

⁽²⁾ إن العقد القابل للإبطال ينشئ نوعا من المراكز القلقة، المعلقة على إرادة احد العاقدين، إما أن يجيزه فيستقر وجوده، وإما أن يطلب إبطاله فتمحى آثاره مستتدة إلى تاريخ إبرامه. وما لم يحصل إبطال العقد أو تصحيحه، يظل هذا المركز القلق مستمرا حتى تتقادم دعوى الإبطال، وحيثئذ يعتبر العقد صحيحا منذ لحظة إنشائه، ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل.

وليس من شك في أن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسة التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع. من اجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمانينية في التعامل بإتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية. أنظر: محمد جبر الألفي، « عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال »، مجلة الحقوق، العدد الأول، ص12.

relevant de l'ordre public de protection, les règles relatives aux clauses abusives devraient donc être sanctionnées d'une nullité relative. pourtant, en Espagne, la loi du 16juillet1984 sur la protection des consommateurs dispose que sont nulles de plein droit les clauses qu'elles qualifie expressément d'abusives ou qui sont contraire aux exigence de la bonne foi et d'un juste équilibre contractuel. Voir :GHESTIN(J)&MARCHESSAUX(I),contrat d'adhésion... op.cit,p55.



ذات طابع توجيحي فإن البطلان سيكون مطلقا ، وإذا كانت ذا طابع حمائي فإن البطلان سيكون نسبيا لمصلحة المستهلك فقط. لكن القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك ذات طابع حمائي ولا تبرر سوى دعوى البطلان النسبي، حيث مباشرة الدعوى يجب أن تكون قاصرة على ذلك الطرف الذي أراد المشرع حمايته.

لكن البعض الآخر، يرى أن البطلان هنا هو بطلان مطلق فيرون أن البطلان المطلق هو فقط الذي يضمن فعالية الجزاء، فلو تركنا الأمر للمستهلكين لوحدهم فمن شأن هذا أن يجعل الدعاوى قليلة في هذا الصدد، وذلك بسبب الجهل (عدم العلم) من قبل غالبية المستهلكين وترددهم في رفع الدعوى.

إن حماية المستهلك تقتضي مراعاة مصلحته في الحصول على السلعة أو الخدمة التي من أجلها قد تعاقد مع المحترف، ولتحقيق تلك المصلحة كان لا بد من تقرير البطلان الجزئي للعقد⁽¹⁾، أي بطلان الشرط دون بطلان العقد. وهذا البطلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك، فإذا أراد أن يبقى على العقد بدون شروطه التعسفية فله ذلك.⁽²⁾

مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلى بطلان العقد، وهي حالات محددة:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه،
- إذا كانت كل شروط العقد محل اعتبار ومؤثرة،
- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه.

⁽¹⁾ L'article 132-1 du code de la consommation énonce dans son alinéa 6 que « le contrat restera applicable dans toutes ces dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans les dites clauses » la solution est conforme à l'intérêt du consommateur. Qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives. Voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op.cit, p210.

⁽²⁾ ...on notera cependant que les nouvelles orientations de l'ordre public économique conduisent plus souvent désormais à une « correction » du contrat et à sa réfaction qu'à une annulation pure et simple. Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), « **Ordre public et bonnes mœurs** », répertoire civil, DALLOZ, 2004, p19



ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة بإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله⁽¹⁾.

إن بطلان الشرط يعتبر الحل الأنسب للمستهلك بدلا من بطلان العقد بأكمله⁽²⁾، لكن يجب عدم المغالاة في هذا الحل فمعظم المستهلكين لا يعلمون بأن الشرط إذا كان تعسفيا اعتبر كأنه غير مكتوب، فبمجرد أن العقد مطبوع فإنهم يعتقدون بأنه شرط واجب التنفيذ بمجرد إمضائهم للعقد. لهذا السبب نجد الشروط التعسفية في المجال العملي تطبق وكأنها صحيحة.

-comme si elles étaient valables- إذا أردنا أن تكون حماية فعالة للمستهلك يجب أن لا يعتبر الشرط كأنه غير مكتوب بل يجب أن لا يدرج في العقد أصلا.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يدرج في قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على الجزاء المدني في حالة تضمين العقد شرطا تعسفيا وقد يقول قائل إن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني خاصة نص المادة 110 ق.م.ج. "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

إلا أن هذا التفسير يتعارض مع إيراد المادة 29 من قانون 04-02 والتي تتضمن شروطا تعسفية، بحيث لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية. بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من ق.م.ج. بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشرط التعسفي. فضلا عن أن سلطة القاضي وفقا لعبارات

⁽¹⁾ GHESTIN(J)& MARCHESSAUX (I),op.cit, p60. autoriser le professionnel à lier le sort du contrat à celui d'une clause abusive revient à lui permettre de subordonner souvent, en fait l'obtention des biens ou des services qui il offre à l'acceptation de telles clauses. La protection perd alors toute efficacité pour le consommateur qui hésitera longtemps avant d'agir en justice surtout si le professionnel dispose d'un monopole pour les produits qu'il fournit les prestations de service qu'il exécute, la protection sera donc plus forte si l'autre partie ne peut demander l'annulation totale du contrat.

⁽²⁾ Il convient d'observer que la nullité, si elle reste la sanction classique de la violation de l'ordre public, n'en constitue pas la sanction exclusive, les inconvénients tenant à sa rigueur ont conduit le législateur et le juge à chercher d'autres voies permettant de maintenir l'acte juridique tout en le purgeant de son vice ainsi, dans les libéralités, les clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites.

Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), op.cit, p32.



المادة 110 في تعديل الشروط التعسفية أو الإغناء منها هي سلطة جوازية، وليست وجوبية، فيجوز لقاضي الموضوع أن لا يستعمل الرخصة المخوَّلة من المشرِّع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان. كذلك قد يقول قائل آخر بوجود تطبيق نظرية انتقاص العقد في هذه الحالة. ويردُّ على ذلك أن بعض الفقه انتقد النظرية السابقة على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد، وبالتالي للعقد ذاته. كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان.

من هنا يبدو النظام المنصوص عليه في قانون 04- 02 غير متلائم مع النظام الذي تقترحه القواعد العامة. وأن النقصان الذي شابهه من حيث عدم إشارته إلى الجزاء المدني، يرجع إلى سهو واضعيه وهو نقص ينبغي استكمالها. وذلك بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة. خاصة وأن المشرع الجزائري قد نص في قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ على إمكانية بطلان الشرط دون بطلان العقد، عندما تناول مسألة ضمان المنتجات في نص المادة 13 منه "... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".

المطلب الثاني: الجزاء الجنائي:

تفضل بعض التشريعات الجزاء الجنائي للشروط التعسفية على الجزاء المدني، كما فعل المشرِّع الجزائري، وبعضها الآخر يقر الجزاءين معا إدراكا منه أن الجزاء الجنائي يكون له تأثير على (*réfractaire*) المحترف.

من خلال الجزاء الجنائي قد يتم التوصل إلى حذف الشروط التعسفية⁽²⁾، لكن كثيرا ما طرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال العقدي. فهناك من يرى في

(1) قانون 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15.

(2) Une bonne sanction est une sanction dissuasive. C'est pour cette raison que la commission de refonte du droit de la consommation avait envisagé l'instauration de sanctions pénales en proposant des peines de police auxquelles pouvaient s'ajouter différentes peines complémentaires, dont l'affichage et la publicité du jugement aux frais du condamné. Mais la commission souhaitait cependant que lorsque le juge répressif constatait une infraction, il adressât d'abord une injonction au professionnel pour que ce dernier cesse l'infraction et répare le préjudice des victimes. Voir : HAMDI (A-CH), op.cit, p144.voir aussi : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX (I), op-cit, p58. Certaines droits, cependant, ont choisi d'y ajouter les sanctions pénales, afin de renforcer l'effet Préventif de la sanction civile et de réprimer la violation de règles jugées essentiel....la menace d'une sanction pénale parfois susceptible de faire véritablement pression sur le professionnel. □



هذا الحل - أي توقيع جزاء جزائي - يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص، فهو بمثابة إدخال جسم غريب بحيث لا يمكن التفاعل معه.

فالعقد يعبر عن التوازن بين القوى الاقتصادية المتنافسة، لم يوجد لكي يكون عرضة لوسائل القمع.

إن المشرع الجزائري قد كرس الجزاء الجنائي⁽¹⁾ في حالة ما إذا ورد شرط تعسفي في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك وذلك في نص المادة 38 من قانون 04 - 02 المتعلق بالممارسات التجارية:

"تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دج إلى 50.000 إلى خمسة ملايين 5000.000 د ج".

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد أغفل النص على الجزاء المدني، فبالرغم من النص على الممارسات التعاقدية (والتي مجالها القانون الخاص القانون المدني) إلا أنه لم يورد الجزاء المدني. في الواقع أن الجزاء الجنائي مهم للردع لكن هذا لا يعني الاستغناء عن الجزاء المدني، فهو الأصل لأن المعاملة تتم في شكل عقد يضاف إليه الجزاء الجنائي. قد يكون سبب نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي فقط لأن موضوع الممارسات التعاقدية التعسفية ورد في إطار قانون الممارسات المنافية للتجارة أين نجد الجزاء عن المخالفات المرتكبة من الأعدان الاقتصاديين يكون جنائيا، ولم يفرد الممارسات التعاقدية بالجزاء المدني وما يؤكد توجه المشرع هو صدور المرسوم التنفيذي 06 - 306 الذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04 - 02 بحيث نص على مصطلح العقوبات في حالة ما إذا تضمن العقد شروطا تعسفية.

⁽¹⁾ DORANDEU (N)& GOMY(M)& ROBINNE (S)& VALETTE - ERCOLE (U), Droit de la consommation, Ellipses, paris, 2008, p91.

Pour assurer le succès de la réglementation des clauses abusives, le législateur et la jurisprudence se sont toujours tournés vers des mesures coercitives. Action en cessation, en suppression, astreintes, annulation, etc. Malgré les succès de ses sanctions, les abus n'ont pas cessé. L'opportunité d'une nouvelle forme de sanction, tournée vers des mesures incitatives, mériterait d'être envisagée en complément des mesures actuelles. La création d'un « label juridique » délivré par la commission des clauses abusives à des modèles de contrats qui respecteraient l'équilibre des droits et obligations des parties, à des modèles de contrats susceptibles d'encourager les consommateurs à s'engager, pourrait encourager des professionnel à œuvrer dans l'intérêts de tous.



خاتمة:

لتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة بإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله.

وتبقى مسألة مهمة - لم يتناولها التوجيه الأوروبي لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية، وكذلك المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك، وحتى المشرع الجزائري في القواعد العامة - متعلقة بميعاد رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي، فإذا كان من شأن بطلان الشرط التعسفي بطلان التصرف، فإنه سيؤدي إلى إنشاء نوع من المراكز القلقة المعلقة على إرادة المستهلك. وما من شك فإن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسية التعاقدية، أو استقرار التعامل في المجتمع. لأجل ذلك على المشرع الجزائري في حال تدخل تشريعي لاحق أن ينص على الميعاد الذي يجب فيه رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي- أو المطالبة بتعديله-، لإشاعة الطمأنينة في التعامل والحفاظ على مصالح المتعاقدين. بالإضافة إلى تقرير الجزاء المدني المتمثل في بطلان الشرط التعسفي دون العقد.

قائمة المراجع:

أولاً: بالعربية:

1- الكتب:

- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومه، الجزائر، 2007.
- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك: دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.



2- المقالات:

- بلقاسم فتيحة، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009.
- شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04- 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 2، 2009.
- محمد جبر الألفي، «عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال»، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول،

3- النصوص القانونية:

- قانون 04- 02 مؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10- 06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46.
- قانون 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15.
- مرسوم تنفيذي رقم 06- 306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56.
- مرسوم تنفيذي رقم 08- 44 مؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306- 06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر عدد 07.

ثانيا: بالفرنسية:

1- OUVRAGES :

- CALAIS - AULOY (J) & STEINMETZ (F), **Droit de la consommation**, 6ème édition, DALLOZ, Paris, 2003.
- DORANDEU (N) & GOMY (M) & ROBINNE (S) & VALETTE - ERCOLE (U), **Droit de la consommation**, Ellipses, paris, 2008



2-MEMOIRE :

-HAMDI (A.CH), « **Des clauses abusives, des parties et du juge** », mémoire de DEA de droit privé, faculté de droit et de science politique ,AIX-MARSEILLE ,1994-1995

3-ARTICLES :

-AYNES(L), « **Clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité en Europe :droit français** »,in acte du colloque des 13 et 14 décembre 1990,L.G.D.J

-BARBIERI (J), « **Pour une théorie spéciale des relations contractuelles** », Revue des CONTRTS, L.G.D.J, 2006/2.

-BROUILLAUD (N-S), « **Droit de la consommation** », Recueil DALLOZ, N13, 2010.

-CALAIS-AULOY(J), « **Les clauses abusives en droit français** », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990-les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J,1991.

-FENOUILLET (D), « **Clauses abusives** », Revue des contrats, N4, 2009.

-GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), « **Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe** »,in acte de la table ronde du 12 décembre 1990,L.G.D.J,1991.

-GHESTIN (J), « **Droit des obligations** », la semaine juridique, N22, 2005.

.-HAUSER (J)& LEMOULAND (J), « **Ordre public et bonnes mœurs** », répertoire civil, DALLOZ, 2004.

-PIEZO (J.P), « **Le formalisme des contrats de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme** », les journées du droit de la consommation, INC, 1989.

-SAUPHANOR- BROUILLAUD (N), « **Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation** », Revue LAMY droit civil, N74, 2010.

-TROCHU (D), & TERMORIN (Y),& BERCHON (P), « **La protection des consommateurs contre les clauses abusives** », revue droit et pratique du commerce international, N1, 1989.

-WALTER (J.B), « **la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties** »,Revue de la recherche juridique, presse universitaire d'AIX-MARSEILLE ,N1,2011.

طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية

أ/ نوي عبد النور
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة خميس مليانة

مقدمة:

لقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالقواعد الموضوعية اهتماما بالغاً على حساب القواعد الإجرائية، بل إنهم لم يميزوا بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي، على عكس فقهاء القانون والمشرعين الذين أولوا هذه الأخيرة عناية فائقة لا تقل شأنًا عن العناية بالقواعد الموضوعية، وهذا الاهتمام - ضعفاً وشدة - لا يعيبه فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار أن هذه القواعد ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمجتمع، فكلما كان هذا الأخير بسيطاً كانت الحاجة إلى القواعد الإجرائية قليلة، ولعل هذه البساطة هي التي طبعت المجتمع الإسلامي في بداياته مقارنة بما وصلت إليه المجتمعات اليوم من تطور وتشعب سبل الحياة، وبالتالي ضرورة إيجاد قواعد إجرائية تسير هذا التطور والتشعب.

والمجتمع الجزائري على خصوصيته لم يشذ عن هذه القاعدة، فهو مجتمع قد تأثر كغيره بالتطورات التي مرت بها كافة المجتمعات بما يتمخض عن ذلك من طرح مسائل قانونية جديدة تستلزم تدخل المشرع، فعمد هذا الأخير إلى تقرير قوانين تتضمن المعالجة الموضوعية لها على غرار القانون المدني والتجاري والإداري والجنائي وغيرها، ومن ثم سن قوانين أخرى تتولى التنظيم الإجرائي لذات المسائل مثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية.

وعن المسائل المتعلقة بالأسرة فقد تجاذبتها القواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة والذي استوحى المشرع نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية على تعدد مذاهبها واختلاف فقهاءها، وكذا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين هذه وتلك يثور التساؤل حول تلاؤم هذه القواعد وتناغمها خاصة في المجال العملي والحال أن القاضي هو الذي يضطلع بتطبيقها، ومن ثم فإن تعارض هذه الأخيرة أو غموضها يصعب



مهمته ويدفعه إلى استجلاء نوايا المشرع عن طريق ولوج باب التفسير بما يحتمله ذلك من الوقوع في الخطأ.

ويعد الصلح في قضايا الطلاق أنموذجا للقواعد الإجرائية التي يمكن الحديث عنها في هذا المجال، حيث نص عليه المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة ضمن المواد المنظمة للطلاق والواردة في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، وتناوله ضمن المواد من 439 إلى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفرع المعنون بالصلح من القسم الثالث المتعلق بإجراءات الطلاق، وبشأنه نطرح الإشكال التالي:

إلى أي مدى تتلاءم الأحكام الإجرائية الخاصة بالصلح وتطبيقاتها القضائية مع الأحكام الموضوعية التي تضمنها قانون الأسرة والمستوحاة من أحكام الشريعة الإسلامية؟

وارتأينا أن نتناول دراسة هذه الإشكالية وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الصلح:

المطلب الأول: مفهومه ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: إجراءاته

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للصلح:

المطلب الأول: الطابع الصلحي للجلسة

المطلب الثاني: مدى اعتبار الصلح رجعة أو عقدا جديدا

المبحث الأول: ماهية الصلح:

للوصول إلى ضبط ماهية الصلح نتطرق إلى ضبط مفهومه عن طريق الولوج إلى تعريفه لغة وشرعا وقانونا ثم التطرق إلى القواعد التي تحكم إجراءات سيره.

المطلب الأول: مفهوم الصلح ودليل مشروعيته:

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية واكتفى فقط بالنص على إلزاميته قبل الفصل في دعاوى الطلاق وبين إجراءاته، وعلى هذا



نستأنس بالتعريفات اللغوية وما قدمه الفقه الشرعي والقانوني في هذا المجال، فعن التعريف اللغوي جاء في مادة ص.ل.ح. صلح الصلح ضد القضاء، أصلحه ضد أفسده. وإليه: أحسن.⁽¹⁾

والصلح صلاحا وصلوفا وصلاحية أزال عنه الفساد وصالحة، صلاحا ومصالحة وافقه خلاف خاصمه والصلح السلم.⁽²⁾

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوه بأنه "عقد بين متخاصمين يتوصل به إلى حل الخلاف بينهما"⁽³⁾، كما عرفوه على أنه عقد يُنهي الخصومة بين المتخاصمين"⁽⁴⁾، وعرفوه كذلك على أنه "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين"⁽⁵⁾، كما عرفوه كذلك على أنه "عقد يرفع النزاع بالتراضي"⁽⁶⁾.

ما يمكن استخلاصه من جملة هذه التعاريف هو الطبيعة العقدية للصلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى ذلك فهم يحددون أطرافه ويسمى كل واحد منهما مصالحا، وتتم بينهما صيغة العقد عن طريق الإيجاب والقبول بكل لفظ ينبئ عن المصالحة، ويكون محل العقد هو الحقوق المتنازع فيها وتسمى مصالحا عنه، ويسمى ما يؤديه أحدهما للآخر قطعا للنزاع بدل الصلح⁽⁷⁾، وإذا كان الصلح بحضور القاضي فعليه أن يحرص عليه إذا لم يتبين له الحق أو إذا كان بين المتخاصمين قرابة فقد كتب عمر - رضي الله عنه - إلى معاوية "أن احرص على الصلح بين الناس ما لم يستين لك القضاء"، كما قال: "ردوا الخصوم إذا كانت بينهم قرابة فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن"⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ أنظر: الأستاذ طه أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، الجزء الثاني، مصر، عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، دون سنة نشر ص 839.

⁽²⁾ أنظر: فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطلاب، لبنان، منشورات المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة، 1956، ص 410.

⁽³⁾ أنظر: أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976، ص 347.

⁽⁴⁾ أنظر: السيد سابق، فقه السنة، الجزء 3، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص 305.

⁽⁵⁾ أنظر: د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، لبنان، دار النفاثس، الطبعة الرابعة، 1989، ص 593.

⁽⁶⁾ د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه الحسن البصري، لبنان، دار النفاثس، الطبعة الأولى، 1980، ص 746.

⁽⁷⁾ أنظر: السيد سابق، مرجع سابق، ص 305، 306.

⁽⁸⁾ أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 727.



والصلح حسب فقهاء الشريعة ثلاثة أنواع:

- صلح بين المسلمين وأهل الحرب⁽¹⁾.
- صلح بين متخاصمين على مال⁽²⁾.
- صلح بين متخاصمين على غير مال ، كالصلح بين الزوجين وغيرهما عندما يقع بينهما الخلاف على غير المال ويتصالحا⁽³⁾.

هذا ، ويستمد فقهاء الشريعة الإسلامية مشروعية الصلح من القرآن والسنة والإجماع.

فمن القرآن توجد عدة آيات تحدثت عن الصلح نورد منها ما يلي:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾⁽⁴⁾.

وقوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾⁽⁵⁾

ومن السنة قوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"⁽⁶⁾

ومن الأثر ما جاء عن سيدنا عمر رضي الله عنه عند تأكيده على الحديث السابق في رسالته إلى أبي موسى الأشعري وقوله كذلك: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن"⁽⁷⁾

ومن الإجماع فقد اتفق فقهاء المسلمين على مشروعية الصلح بين الخصوم من أجل أن يحل الوفاق محل الشقاق ولكي يقضي على البغضاء بين المتنازعين⁽⁸⁾.

(1) أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 593.

(2) أنظر: أبو بكر جابر الجزائري منهج المسلم، مرجع سابق، ص 347.

(3) أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 593.

(4) سورة الحجرات الآية 09

(5) سورة النساء الآية 34.

(6) السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 305.

(7) أنظر السيد سابق، المرجع السابق، ص 305.

(8) أنظر السيد سابق، مرجع سابق، ص 305.



وحكم الصلح أنه جائز⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.

هذا عن تعريف الصلح لغة وشرعا ، أما بالنسبة إلى شرّاح قانون الأسرة الجزائري فلم يتصدوا لتعريفه إلا نادرا ، ومن ذلك نذكر التعريف الذي أورده الأستاذ عمر زردة والذي جاء فيه: "أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه الطلاق".

ونعيب على هذا التعريف أنه قصر الصلح على حالة الطلاق بإرادة الزوج في حين إن نص المادة 49 من قانون الأسرة جاء عاما مما يفهم معه أن الصلح يتوجب في جميع حالات الطلاق بما فيها الطلاق بإرادة الزوج، وعلى ذلك نميل إلى تعريف الصلح بأنه: "إجراء قضائي وجوبي يستهدف من ورائه القاضي إقناع الزوجين أو أحد منهما بالتراجع عن الطلاق والتوصل إلى اتفاق بينهما" ونرى أن مزايا هذا التعريف هي:

- 1- التأكيد على إلزامية الصلح كإجراء قضائي يتعين على القاضي القيام به قبل الفصل في دعوى الطلاق وهذا ما يؤكد عليه نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 2- أنه يجعل الصلح من مهام القاضي الذي يشرف عليه شخصا ، وهذا يميزه عن التحكيم الذي يتم إسناده إلى أشخاص آخرين.
- 3- أنه يؤكد على أن عمل القاضي في الصلح لا يعدو عن كونه مجرد محاولة وبالتالي فهو ملزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة. وهذا ما يؤكد نص المادة 3/443 من قانون الأسرة.
- 4- أن هذا التعريف يجعل الصلح يستغرق جميع قضايا الطلاق بما فيها حالة الطلاق بإرادة الزوج المتفردة.

هذا وتبدو أهمية الصلح في مثل هذه القضايا في الحفاظ على التماسك الأسري وتبعا لها الحفاظ على استقرار المجتمع، ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يحسم الطبيعة الوجوبية والإلزامية للصلح في نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 2008 ، بعدما كان الأمر محل خلاف بين الدارسين وكذا الاجتهاد القضائي بخصوص هذه المسألة بين من كان يرى وجوب إجرائه قبل الفصل في دعاوى الطلاق وبين من كان لا يوجب إجراءه

(1) أبو بكر الجزائري، مرجع سابق، ص 347



خصوصا إذا تعلق الأمر بحالات الطلاق العرفي⁽¹⁾ وهو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة أو يكون باتفاق الزوجين خارج أروقة المحاكم.

حيث نصت على ما يلي: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، وعلى هذا يتوجب على القاضي بالنسبة إلى دعاوى الطلاق وقبل الفصل في الموضوع، عقد جلسة أو عدة جلسات صلح، وهذا أمر يتعلق بالنظام العام كون أن الإلزامية جاء النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تتعلق أحكامه عموما بالنظام العام، وعلى ذلك فإن إغفال هذا الإجراء من شأنه تعريض الحكم للنقض.

المطلب الثاني: إجراءاته:

لانعقاد جلسة الصلح لا بد من أن تكون هناك دعوى طلاق مرفوعة أمام المحكمة، لتبدأ إجراءات الصلح التي بينها المشرع في المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي:

1-تحديد تاريخ الجلسة: عادة ما يقوم القاضي بتحديد تاريخها في أول جلسة يعقدها للنظر في القضية، بل وقبل أن يتسلم العريضة الجوابية من طرف المدعى عليه في الدعوى، وحسن فعل القضاة بذلك لأن الصلح قبل تبادل العرائض يكون أحسن، فهذه الأخيرة عادة ما تتضمن ما يوقع في نفوس الزوجين الضغائن والعداوة، وعلى كل حال يجب أن لا يتجاوز تاريخ تحديد الجلسة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

2-تبليغ الزوجين بتاريخ الجلسة: من الناحية العملية يتم إعلام الزوجين بالتاريخ لدى حضورهما لأول جلسة للنظر في دعوى الطلاق من طرف القاضي شفاهة، وعادة ما يطلب منهما الانتظار إلى غاية رفع تلك الجلسة ليقوم باستقبالهما فيما بعد بغية عقد جلسة الصلح أو تحديد تاريخ لاحق بذلك.

⁽¹⁾ أنظر بشأن اختلاف الاجتهاد القضائي: - قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1991/6/18 قضية رقم 75141 - المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1993، ص65 إلى 67. أنظر كذلك قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1996/07/09 قضية رقم 138949، المجلة القضائية عدد 2 سنة 1996 ص77. أنظر كذلك قرار المحكمة غ.أ.ش الصادر في 1998/07/21 قضية رقم 200198، مجلة نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 56، ص40/41. أنظر كذلك قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1999/02/16 قضية رقم 216850 المجلة القضائية العدد خاص سنة 2001 ص100.



3- عقد جلسة الصلح: وتعد في التاريخ المحدد لها، ويجب أن تكون سرية، وهنا نكون

أمام احتمالين:

أ- **حالة حضور الأطراف:** يتولى القاضي الاستماع إلى كل زوج على انفراد في مكتبه، ثم الاستماع إليهما معا، دون أن يمنع ذلك من إشراك أحد أفراد العائلة في هذه الجلسة بناء على طلب أحد الزوجين، ويحاول القاضي خلال الجلسة إصلاح ذات البين، وهو ملزم بذلك قانوناً⁽¹⁾، وعليه أن يبذل في كل مرة مزيداً من الجهد مع تكرار الجلسات⁽²⁾، ويمارس دوره الإصلاحي عن طريق طرح المبادرة التي يمكن أن تؤدي إلى تهدئة النفوس، وأن يثبت حسن نية طرف ما في العودة إلى مواصلة الحياة الزوجية أو بإلزام الطرف المخل بالتزاماته بالقيام بما يلزم من واجبات خاصة تلك التي كانت سبباً في تعكير صفو الحياة الزوجية⁽³⁾، وقد تسفر هذه الجلسة عن إحدى النتيجتين:

- **تحقق الصلح:** إذا نجح القاضي في ذلك يثبت الصلح في محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشرافه، ويوقع من قبلهما والزوجين، ويودع لدى أمانة الضبط، ويعد هذا المحضر بمثابة سند تنفيذي تطبيقاً لنص المادة 3/343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بانقضاء الخصومة والدعوى بالصلح.

- **عدم تحقق الصلح:** إذا أخفق القاضي في مهمته أمكن له منح الزوجين مهلة تفكير أخرى في محاولة صلح جديدة أو تعيين حكّمين لمحاولة الصلح خارج الجلسة، فإن نجحاً في ذلك أثبت الصلح في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وإذا لم ينجحاً أو اعترض عملهما إشكالات أطلعاً القاضي بذلك الذي يجوز له إنهاء مهامهما إذا تبنت له صعوبة تنفيذها، ويعيد القضية إلى الجلسة وفي هذه الحالة يفصل القاضي في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه.

ب- **حالة عدم حضور الأطراف:** إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا كان التخلف عن الحضور بدون عذر يحرر القاضي محضراً بذلك ويشعر في مناقشة موضوع الدعوى.

⁽¹⁾ أنظر: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011، ص 165.

⁽²⁾ أنظر: أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مصر، دار الكتب القانونية، طبعة 2008، ص 58.

⁽³⁾ أنظر: سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى، طبعة 2011، ص 613.



المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للصلح:

تتضارب آراء شرّاح القانون الجزائري بخصوص الطبيعة القانونية لجلسة الصلح بين من يحتفظ لها بالطابع الصلحي فقط، وبين من يزيد على هذا الطابع فيكفيها تارة رجعة وتارة أخرى عقد زواج جديد.

المطلب الأول: الطابع الصلحي لجلسة الصلح:

يقصد بالطابع الصلحي لجلسة الصلح بقاء هذه الأخيرة في الإطار المنوط بها أصلاً والمتعلق بالتوفيق بين الزوجين طالما لم تنفك الرابطة الزوجية، وعلى ضوء الإجراءات السالف ذكرها فالمقصود هنا هو الفترة الممتدة ما بين رفع دعوى الطلاق والفصل فيها على أساس أنها الفترة التي تعقد فيها جلسة الصلح بقصد تلاقي الحكم بالطلاق، وهو بالفعل ما يتناسب حسب رأينا مع ما رعى إليه المشرع من وراء سنه نص المادة 49 من قانون الأسرة عندما قضى بعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي، وعدم اعترافه بالتالي بالطلاق الذي يتم خارج دائرة المحكمة سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أم بالتراضي، متبنياً في ذلك الرأي الذي ذهب إليه البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية، وبعض الصحابة والتابعين، وعلى رأسهم أمير المؤمنين علي بن أبي طالب وعمران بن حصين رضي الله عنهما والإمام محمد الباقر والإمام جعفر الصادق، وكذلك عطاء وابن جريج وابن سرين⁽¹⁾ وابن حزم الظاهري وابن تيمية وابن القيم رحمهم الله⁽²⁾، حيث يرى هؤلاء ضرورة الإشهاد بالبينة على الطلاق، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم"⁽³⁾، وهذا خلافاً لرأي جمهور الفقهاء الذين يعترفون بالطلاق العرّي الذي يتم من غير إشهاد على أساس أن الطلاق هو حق للرجل يستعمله في أي وقت شاء وأن التعبير عنه لا يجب أن يقتصر بشهادة الشهود.⁽⁴⁾

ووجه المقاربة بين رأي بعض الفقه في هذه المسألة وما ذهب إليه المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة أن القاضي عند فصله في دعوى الطلاق وكاتب الضبط يلعبان دور شاهدي العدل، وهذا لا يمس بالقواعد الموضوعية التي قررتها الشريعة الإسلامية في الطلاق، فإذا كان الإشهاد على الطلاق مقرراً بنص الآية الكريمة فإن تنظيمه وتحديد الجهة التي تقوم به

⁽¹⁾ انظر: السيد سابق، الجزء 2، المرجع السابق، ص 220

⁽²⁾ أنظر: عمر زردة، المرجع السابق، ص 32

⁽³⁾ سورة الطلاق الآية 2

⁽⁴⁾ أنظر: السيد سابق، الجزء 2، المرجع السابق، ص 220



بعد من المسائل المرسلّة التي يحقّ لولي الأمر أن يتدخل بتتظيمها وتقييمها دون أن يؤثر ذلك على حق الزوج في إيقاعه⁽¹⁾، وهو ما قصده المشرع في مستهل نص المادة 48 من قانون الأسرة بعبارة "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، وبالعودة إلى جلسة الصلح نجد أن إسقاط هذا الرأي يتوافق مع الطابع الصلحي لها بحيث يقوم القاضي بإجرائها قبل إصدار الحكم بالطلاق، وتبقى على ذلك محافظة على الأصل فيها، والقول بغير هذا قد يخرجها من هذا الطابع.

وجدير بالذكر أن تفسير نية المشرّع على هذا النحو يعالج مختلف الظواهر السلبية التي انتشرت في الجزائر بخصوص الطلاق والمتمثلة في ارتفاع نسبه نتيجة إيقاعه لأنفسه الأسباب وتعريض الأسرة ومن خلالها المجتمع للتفكك والانحلال، فاعتماد هذا التفسير من شأنه التضيق من مجال إيقاع الطلاق، كونه أبغض الحلال.

المطلب الثاني: مدى اعتبار الصلحة رجعة أو عقداً جديداً:

تنص المادة 50 من قانون الأسرة على ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد".

بتحليل عبارات النص نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر جلسة الصلح مراجعة لا تحتاج إلى عقد جديد، والمراجعة هي الرجعة والتي تعرف على أنها إعادة الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً للعصمة بلا تجديد عقد، أو هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقهما⁽²⁾، والمشرع الجزائري في هذا النص يكون قد تراجع عن موقفه الذي تبناه في نص المادة 49 بجعل الطلاق لا يثبت إلا بصدور حكم يقضي بذلك، واعترف بالطلاق العرفي الذي يقع خارج المحكمة واعتبر عقد جلسة الصلح أثناء عدة الزوجة مراجعة لا تحتاج إلى عقد جديد من جهة، ومن جهة أخرى يكون قد غير من طبيعة الصلح واعتبره رجعة بما يحتمله هذا التكييف من وجود مرادفات الطلاق والعدة والرجعة أثناء العدة.

ووقوع المشرّع في هذا التناقض والاضطراب يلقي بظلاله على عمل القاضي على اعتبار أن هذا الأخير ووفقاً لهذا التفسير قد يعتبر الصلح رجعة وعليه بالتالي التأكد ما إذا كان تاريخ جلسة الصلح واقع خلال فترة العدة وهذه الحالة لا تثير إشكالا، إلا أن الإشكال يقع في حالة

(1) أنظر: عمر زردة، المرجع السابق، ص 32، ص 33

(2) أنظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، لبنان مؤسسة المعارف، الطبعة الأولى، 2002، ص 87



رفع الدعوى أمام القضاء بعد انقضاء عدة المطلقة عرفيا واستطاعة القاضي التوصل إلى الصلح بين المتخاصمين، ففي هذه الحالة وبناء على هذا الرأي عليه أن يعتبر ذلك الصلح عقدا جديدا، وبالتالي يتأكد من توافر أركانه وشروطه، إلا أنه وفي هذه الحالة سيصطدم كذلك بما قرره المشرع في نص المادة 50 عندما أقر وجوب إبرام هذا العقد في حالة كان الحكم بالطلاق قد صدر، وهو ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة، فيجد القاضي بالتالي نفسه في موقف حرج لأنه سيضطر إلى إبرام عقد جديد خلال الصلح بالرغم من عدم وجود حكم يقضي بالطلاق، ويكون عمله بهذا وإن خالف نص المادة 50 إلا أنه وافق الحكم الشرعي في ذلك بشأن وجوب إبرام عقد جديد في حالة أراد الزوجان الرجوع بعد انقضاء عدة الطلاق العرفي، كما يطرح هذا النص إشكالا بخصوص قضايا الطلاق المتعلقة بالمرأة الحامل ذلك أن نص المادة 60 من قانون الأسرة يقضي بأن عدة هذه الأخيرة في طلاق هي وضع حملها وأقصاها 10 أشهر، والسؤال كيف يستطيع القاضي أن يلائم بين نص هذه المادة ونص المادة 50 من نفس القانون والمادة 343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أنها تحدد أقصى مدة الصلح بثلاثة أشهر، وبالتالي يجد القاضي نفسه أمام احتمالين:

♦ **الاحتمال الأول:** أن يكون الصلح خلال مدة الحمل، معنى ذلك أنه تم خلال العدة، وفي هذه الحالة يعد رجعة.

♦ **الاحتمال الثاني:** أن يكون الصلح بعد وضع الحمل معنى ذلك أنه تم بعد انتهاء العدة، وبالتالي يحتاج إلى عقد جديد بالرغم من أنه لا يوجد حكم طلاق صادر من المحكمة كما قضت بذلك المادة 50 من قانون الأسرة، وعلى القاضي هنا التأكد من توافر أركان الزواج خلال الصلح ليتلاءم ومقتضيات الشرع.

غير أن الأمر يبقى مفتوحا على احتمال آخر يتعلق بعدم نجاح جلسة الصلح وصدور حكم يثبت الطلاق وكانت الحامل لا تزال في عدتها فسيرورة جلسة الصلح بهذه الطريقة تطبيقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة تحرم الزوجين من الرجعة وتلزمهما بإبرام عقد جديد في حين إنه من الناحية الشرعية هما غير ملزمين بذلك طالما أن العدة لم تنته.

وهذه الإشكالات هي التي دفعت شرّاح القانون الجزائري⁽¹⁾ إلى اقتراح تعديل نص المادة 50 على النحو التالي: "من راجع زوجته أثناء الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء

(1) أنظر: درشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى،



العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة" وهذا حتى ينسجم النص القانوني مع مقتضيات الأحكام الشرعية.

ونرى أن تفسير نية المشرع وفقا لما هو منصوص عليه في نص المادة 49 باشتراط إيقاع الطلاق أمام المحكمة وعدم اعترافه بالطلاق العريفي من شأنه أن يجنبنا جميع هذه المشاكل العملية، وهذا سبب إضافي يضاف إلى جملة الأسباب السالفة الذكر والتي تدعونا إلى تبني هذا الطرح، وفي هذا السياق نقترح تعديل نص المادة 50 بالطريقة التي تقضي على دلالات التناقض بينها وبين نصي المادتين 48 و49 من نفس القانون وبالشكل الذي يبقي جلسة الصلح في الطابع الصلحي لها الذي يتلاءم مع جدواها، ونقترح أن يكون التعديل بطرح عبارة "محاولة الصلح" من نص المادة بحيث تصبح على النحو التالي: "من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق خلال فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد انقضاء العدة يحتاج إلى عقد جديد"، وهذا التعديل يخرج النص من تنظيم الصلح إلى تنظيم الطلاق والرجوع.

الختام:

وفي الختام نقول إن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما اشترط عقد جلسة الصلح قبل الفصل في القضايا الرامية إلى الطلاق وفك الرابطة الزوجية، ذلك أنه حقق بهذا الاشتراط مقصدين على قدر من الأهمية، فمن جانب يكون قد نحا منحى فقهاء الشريعة الإسلامية في تبني هذا الاتجاه وهو ما يؤكد مرة أخرى تأثير قانون الأسرة بهذه الشريعة السمحة، ومن جانب آخر يكون قد قرر الأداة والوسيلة التي يمكن بها تضييق مجال حالات الطلاق، خصوصا وأن المجتمع الجزائري يعاني من ارتفاع نسبه، غير أن المشرع قد وقع في تناقض هدد اتساق نصوص هذا القانون، عندما اعتبر الصلح تارة صلحا وتارة أخرى رجعة أو عقدا جديدا، ويكون بذلك قد خرج عن الأسس الشرعية التي تبقي جلسة الصلح في هذا الإطار، وعرض عمل القضاء إلى عدة مشاكل عملية.

ويبقى اعتماد تفسير نية المشرع بعدم الاعتراف بالطلاق العريفي استنادا إلى نص المادة 49 الحل الملائم والأنسب إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التعديل المقترح لنص المادة 50، ذلك أنه يقضي على التناقض بين نصوص قانون الأسرة، ويضيق من نسب حالات الطلاق دون أن يكون في ذلك مساس بأحكام الشريعة الإسلامية التي أيد جملة من فقهاءها هذا الرأي، وإن كان الإفتاء في الجزائر والدول العربية يميل إلى اعتناق الرأي الذي يقول بوقوع الطلاق العريفي بدون إشهاد.



قائمة المراجع:

القران الكريم:

1- الكتب:

- أ. طه أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، الجزء الثاني، مصر، عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.
- فؤاد إفزام البستاني، منجد الطلاب، لبنان، منشورات المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة، 1956.
- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976.
- السيد سابق، فقه السنة، الجزء 3، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981.
- د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، لبنان، دار النفائس، الطبعة الرابعة، 1989.
- د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه الحسن البصري، لبنان، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1980.
- د. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، لبنان مؤسسه المعارف، الطبعة الأولى، 2002.
- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى طبعة 2011.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011.
- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مصر، دار الكتب القانونية، طبعة 2008.

2- المجلات:

- المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1993.
- المجلة القضائية عدد 2 سنة 1996.
- مجلة نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية العدد 56.
- المجلة القضائية العدد الخاص سنة 2001.

3- القوانين:

- قانون الأسرة.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

دور المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية

د/ لعرج سمير
أستاذ محاضر "ب" بكلية الحقوق، جامعة بومرداس

إذا كانت الدول والمنظمات الدولية الحكومية تسعى جاهدة من أجل التوعية والتحسيس بخطورة الجرائم المالية وضرورة فرض الرقابة على مصادر وحركة رؤوس الأموال داخل الدول وخارجها، وكذا معرفة مختلف الوسائل المعتمدة في مكافحة هذه الجرائم، فإنه إلى جانب الجهود الحكومية، فإن هناك جهوداً أخرى في هذا المجال، ولكن ليس من طرف الجهات الحكومية، بل من طرف جهات خاصة تتكون من أفراد عاديين، وضعوا نصب أعينهم النضال من أجل الحد من أهم وأخطر الجرائم وهي الجرائم المالية، التي لا تمس الدول فقط بل تمس الأفراد أيضاً سواء بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، فاتحدوا في شكل منظم وأسسوا ما يسمى بالمنظمات غير الحكومية.

قامت هذه المنظمات في الماضي، ولا تزال تقوم حالياً بدور مهم جداً في مكافحة الجرائم المالية وفضح مرتكبيها، وذلك من خلال مختلف الآليات التي ابتكرتها في هذا المجال، فما هي هذه الآليات؟

ولكن بادئ ذي بدء علينا أن نعرف ما هي المنظمات غير الحكومية، وما هي الخصائص التي تتمتع بها؟

تعريف المنظمات غير الحكومية:

يشير مصطلح المنظمات غير الحكومية إلى مجموعة من المنظمات تقع بين الحكومة والقطاع الخاص، وهي نادراً ما تحمل اسم "منظمة" بل أسماء مختلفة مثل: اتحاد، وكالة، هيئة، مجلس،



نقابة، جمعية. . الخ⁽¹⁾. وهناك من يطلق عليها اسم "القطاع الثالث" و"القوى التي لا تهدف إلى تحقيق الربح" وكذا "المنظمات التطوعية" و"الجمعيات الأهلية"⁽²⁾ و"جماعات الضغط"⁽³⁾.

ونظرا لكون نشاط هذه المنظمات يغطي كل مجالات الحياة سواء داخل الدول أم خارجها، بحيث نجدها تنشط في المجال الاقتصادي، الاجتماعي، الثقافي، البيئي، الصحي، التعليمي، الزراعي، الرياضي، الترفيهي. . الخ، لذلك أجمع الباحثون على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لها. ومع ذلك فقد كانت هناك العديد من المحاولات لتعريفها، وذلك على المستويين الداخلي والخارجي:

أ - تعريف المنظمات غير الحكومية على المستوى الداخلي: ينظر إلى هذه المنظمات على المستوى الداخلي على أساس أنها جمعيات تخضع للقانون الداخلي للدولة التي نشأت فيها، وقد تم تعريفها على أنها: "تلك التجمعات المنظمة غير الهادفة إلى تحقيق الربح، والتي تعمل في مجالات الرعاية الاجتماعية، وتجسد هذه التجمعات في الغالب فكرة التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وخاصة بالنسبة إلى الفئات الضعيفة والمحرومة"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمود خلف، "مدخل إلى علم العلاقات الدولية"، دار زهران للنشر، الأردن، ط 3، 1997، ص 287.

⁽²⁾ يطلق في فرنسا على المنظمات غير الحكومية اسم "منظمات التضامن الدولية Organisations de solidarité internationale (OSI)"، وكذا "جمعيات التضامن الدولية (ASI) Associations de solidarité internationale"، أنظر في هذا:

Philippe RYFMAN, « Organisations internationales et organisations non gouvernementales: partenaires, concurrentes ou adversaires », Cahiers français, Janvier- Février, 2001, N°= 302, p2 .

⁽³⁾ يطلق الأستاذ محمد سامي عبد الحميد على هذه المنظمات مصطلح "جماعات الضغط ذات الطابع الإنساني"، ويعطي أمثلة على بعض هذه الجماعات منها: منظمة السلام الأخضر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر وغيرها. للمزيد من الاطلاع راجع:

محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 343 وما يليها.

محمد أبو ضيف باشا خليل، "جماعات الضغط وتأثيرها على القرارات الإدارية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، من ص 13 إلى 27.

⁽⁴⁾ بركات كريم، "مساهمة المجتمع المدني في حماية حقوق الإنسان"، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق - بودواو - جامعة بومرداس، 2005، ص 54



كما تعرف على أساس أنها كيانات خاصة غير منشأة عن طريق حكومة أو اتفاق حكومي، ويتمتع أعضاؤها بحقوق تصويت مستقلة⁽¹⁾.

ويعرفها الأستاذ صالح أحمد عزب بأنها: "المؤسسات والتنظيمات الأهلية ذات الطابع الشعبي الجماهيري غير الرسمي التي تظهر داخل مجتمعات الدول بأشكال وأنماط مختلفة، نتيجة لعوامل تاريخية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية وروحية"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عرف هذه المنظمات أو الجمعيات في إطار القانون 12-06 الصادر بتاريخ 2012/01/12 بأنها: "تجمع لأشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة. ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لا سيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني"⁽³⁾.

ب. تعريف المنظمات غير الحكومية على المستوى الدولي: عرف الفقيه دومينيك كارو *Dominique Carreau* المنظمات غير الحكومية بأنها: "المنظمات الخاصة التي لا تستهدف من نشاطها تحقيق الربح، وتعمل وفقا لقوانين دولة ما، ولكن يمارس البعض منها تأثيرا دوليا لا يمكن إنكاره"⁽⁴⁾.

أما الأستاذ مارسال مارل *Marcel merle*، فيعرف المنظمات غير الحكومية بأنها "كل تجمع أو جمعية أو رابطة تتشكل من أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة وعلى نحو قابل للاستمرار بغرض تحقيق أهداف معينة، ليس من بينها هدف تحقيق الربح أو الكسب"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ وائل أحمد محمد علام، "المركز الدولي للمنظمات غير الحكومية في الأمم المتحدة"، كلية حقوق بنها، جامعة الرقازيق، 2005، ص 5

⁽²⁾ صالح أحمد عزب، "دليل عمل المنظمات غير الحكومية المعنية بمحو الأمية وتعليم الكبار"، يصدر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 1991، ص 6.

⁽³⁾ أنظر المادة 02 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات والذي صدر بتاريخ 21 صفر 1433 الموافق لـ 2012/01/12، العدد 02.

⁽⁴⁾ أنظر: Dominique Carreau, « Droit international », Edi: PEDONE, Paris, 6^{ème} édition, N°= 1, 1999, P 415

⁽⁵⁾ أنظر: Marcel Merle, « Sociologie des relations internationales », Edi: Dalloz, Paris, 3^{ème} édition, 1983, P 362



خصائص المنظمات غير الحكومية:

تعتبر المنظمات غير الحكومية كيانات متميزة سواء الوطنية منها أم الدولية، ويبدو هذا التمييز جليا من خلال الخصائص التي تتميز بها، والتي تتمثل في:

أ - المبادرة الخاصة في إنشاء المنظمات غير الحكومية: تنشأ المنظمات غير الحكومية أساسا عن طريق اتفاق خاص بين الأفراد وباستقلالية تامة عن أية سلطة حكومية⁽¹⁾، سواء كانت دولة أم منظمة حكومية⁽²⁾. وتعتبر هذه الخاصية الضمانة الأساسية لحياد واستقلالية هذه المنظمات عن الدول والمنظمات الحكومية⁽³⁾. غير أن الدولة تراقب تصرفات هذه المنظمات في سبيل تحقيق الأمن والنظام العام، دون أن تتدخل في شؤونها وأنشطتها إلا في حدود القانون⁽⁴⁾.

ب - الطابع التطوعي للمنظمات غير الحكومية: تعتبر هذه الخاصية أيضا من أهم خصائص المنظمات غير الحكومية، إذ إن نشاط هذه المنظمات يقوم على الاقتناع الشخصي والأخلاقي ويرتكز على الطابع التطوعي للأفراد والمنخرطين فيها، من أجل تحقيق الأهداف المرجوة، دون السعي إلى تحقيق الربح أو الكسب، فأعمال هذه المنظمات لا تخرج عن الإطار التطوعي الإنساني⁽⁵⁾، بحيث عادة ما تعلن

⁽¹⁾ ولكن توجد استثناءات لهذه الخاصية، ذلك أن عددا من المنظمات غير الحكومية تأسست بمبادرة من هيئات حكومية، سواء كانت دولا أو منظمات حكومية، فمثلا تم إنشاء بعض الجمعيات أو الاتحادات العلمية الدولية بدعم وتوجيه من منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو). كما توجد منظمات غير حكومية تشكلت بتحريض من السلطات الحكومية للدول المتواجدة فيها، فمثلا المنظمة الأمريكية المسماة "مؤسسة تنمية إفريقيا ADF" أسست من طرف الكونغرس الأمريكي، وتمول من طرفه، وهي مطالبة بالإعلان عن طريقة صرفها لتلك الأموال في إفريقيا، ومع ذلك تعتبر منظمة غير حكومية

⁽²⁾ أنظر: عياد مليكة، دور ومكانة المنظمات غير الحكومية في العلاقات الدولية، رسالة ماجستير في العلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2004، ص 53

⁽³⁾ أنظر: 11 p 11، «Droit des organisations internationales»، Ed: DALLOZ, 1995, Daniel Dormoy

⁽⁴⁾ أحمد سويلم العمري، "الأمم المتحدة والهيئات غير الحكومية"، مجلة السياسة الدولية، السنة 4، العدد 12، أبريل 1968، ص 106.

⁽⁵⁾ بركات كريم، مرجع سابق، ص 124



أن ما يحرك أعضائها والمتطوعين فيها هو حب مساعدة الغير فقط، وجزاؤهم هو ذلك الرضا المعنوي الذي يشعرون به نتيجة لمساعدة الآخرين⁽¹⁾.

ج - الطابع التضامني للمنظمات غير الحكومية: إضافة إلى طابعها التطوعي، تتميز المنظمات غير الحكومية بطابعها التضامني، بحيث يجمع أعضاؤها روح التعاون والتآزر، سواء كانوا يحملون جنسية واحدة، كما هو الشأن بالنسبة إلى المنظمات غير الحكومية الوطنية، أم يحملون جنسيات متعددة، كما هو الشأن بالنسبة إلى المنظمات غير الحكومية الدولية⁽²⁾، وذلك بغية تحقيق أهداف مشتركة عجزوا عن تحقيقها بصفة منفردة أو عن طريق حكومات دولهم. كما يظهر الطابع التضامني لهذه المنظمات من خلال تبني قضايا أو شعارات معينة من طرف إحدى المنظمات وبعدها تجد تضامنا ودعمًا كبيرين لها من طرف المنظمات غير الحكومية الأخرى⁽³⁾.

د - طابع الاستمرارية والتنظيم: تتميز المنظمات غير الحكومية بطابع الاستمرارية في العمل، مما يجعلها دائمة الحضور والنشاط على المستوى الداخلي والدولي. وصفة الاستمرارية هاته هي التي تميزها عن مجرد التجمع المؤقت للأفراد، فالمنظمات غير الحكومية تنشأ لتحقيق أهداف عامة مشتركة بين أعضائها، وعمومية تلك الأهداف وتجريدها هو الذي يضفي عليها طابع الاستمرارية. ويترتب على ذلك أنه مادامت الأهداف المشتركة التي أنشئت من أجلها تلك المنظمات تتميز بالاستمرارية، فلا يُتصور أن تكون الأداة المستخدمة في أعمال تلك الأهداف ذات طبيعة

(1) إلا أن الطابع التطوعي لهذه المنظمات لا يمنعها من ممارسة بعض الأنشطة التي تحقق من خلالها مداخيل وأرباح، ولكن شريطة أن يكون الهدف من ذلك هو تمويل أنشطتها وتحقيق أهدافها، وليس توزيع تلك الأرباح على أعضائها. ولهذا نجد بعض المنظمات غير الحكومية كمنظمة العفو الدولية تبيع بعض المنتجات الخاصة بها من كتب، ومنشورات وبعض الأشياء الرمزية التي يوجد عليها اسم وشعار المنظمة. ونفس الشيء تقوم به منظمة "مراقبة حقوق الإنسان *Human rights watch*" التي تقوم ببعض الأنشطة التجارية من أجل تحقيق مداخيل تمول بها أنشطتها، إذ تملك هذه المنظمة متاجر لبيع قمصان وقبعات تحمل اسم ورمز المنظمة، كما تملك متجرا الكترونيا لبيع هذه الأغراض.

(2) أحمد سويلم العمري، مرجع سابق، ص 106

(3) مثل قضية إلغاء عقوبة الإعدام التي نادى بها منظمة العفو الدولية والتي لاقت تجاوبا كبيرا لها من طرف المنظمات غير الحكومية الأخرى، وكذلك حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة وغيرها من الأفكار.



مؤقتة. وعلى العكس من ذلك فإن التجمعات المؤقتة للأفراد (كالمؤتمرات واللقاءات والتجمعات) فإنها تعقد لبحث موضوع معين ثم تنفض بعد الانتهاء من مناقشته⁽¹⁾.

ويساعد المنظمات غير الحكومية على الاستمرار ما تتميز به من تنظيم في هياكلها، بحيث تعتمد على هياكل تنظيمية بسيطة، تتفق وطبيعة عملها الذي لا يستهدف الربح.

هـ - الاستقلالية عن الجهات الحكومية: تتمتع المنظمات غير الحكومية بميزة العمل بصورة مستقلة عن الحكومات وأجهزتها، وبالتالي فهي ليست خاضعة للسياسات الحكومية أو الطموحات السياسية أو التجارية أو العسكرية للدول، فهي تتمتع بكامل الحرية في تبني أو عدم تبني السياسات أو التوجهات التي تأتيها من حكومات الدول التي نشأت فيها، أو من المنظمات الحكومية. وهذه الميزة تسمح لها بالحركة والنشاط بصورة مرنة أكثر بكثير من المنظمات الحكومية⁽²⁾. كما تسمح لها باختيار مواقفها واتخاذ قراراتها بكل حرية.

و - القدرة على التكيف، الابتكار والمبادرة: كثيرا ما تواجه المنظمات غير الحكومية العراقيل والصعوبات أثناء قيامها بمهامها، خاصة في الدول التي تنظر إليها على أنها شكل جديد من أشكال الاستعمار أو التدخل في الشؤون الداخلية، ولكن نظرا لما تتميز به هذه المنظمات من مرونة و قدرة على الحركة والتطور والتجديد، فإنها تتكيف مع هذه الأوضاع الجديدة الصعبة، وتبتكر الحلول للمشاكل التي تواجهها، بل الأكثر من ذلك أنها كثيرا ما تبادر بالتدخل في أماكن وحالات لا تستطيع حتى الدول والمنظمات الحكومية التدخل فيها لاعتبارات سياسية أو دبلوماسية أو أمنية.

⁽¹⁾ ينبغي عدم الخلط بين الاستمرارية والدوام، إذ أن المنظمات غير الحكومية شأنها شأن كل المنظمات وكل الكيانات القانونية الأخرى، فهي تولد وتحيى ثم تنفى، فالمقصود إذن باستمرارية المنظمات غير الحكومية هو أن تتوافر فيها عناصر البقاء، حتى ولو طرأ بعد ذلك على وجودها طارئ أدى إلى فئتها أو زوالها.

⁽²⁾ أنظر: Claude-Albert Colliard et Louis Dubouis, « *Institutions internationales* », Edi: DALLOZ, 10^{ème} Edi, 1995, p 80



ز. لا تعاني من الثقل البيروقراطي: نظرا للبنية الداخلية المرنة التي تتمتع بها⁽¹⁾، فإنها تعمل بإيقاع سريع، بعيدا عن الثقل والإجراءات البيروقراطية التي تعاني منها نظيراتها الحكومية، بحيث تستطيع المنظمات غير الحكومية أن ترصد حركة المتغيرات التي تحدث في المجتمع، سواء الداخلي أم الدولي، وتقوم بالتصدي لها بصورة سريعة، وذلك من خلال مصادر المعلومات التي تحصل عليها بفضل شبكاتها وفروعها الوطنية والدولية، إضافة إلى استفادتها من المعلومات خارج الإطار الرسمي، من خلال الدبلوماسيين والموظفين الدوليين على هامش التجمعات والمحافل الدولية⁽²⁾.

ح. انخفاض التكاليف: نظرا لاعتماد المنظمات غير الحكومية على هياكل تنظيمية بسيطة، ورغبتها في تقليص مصاريفها غير العملية، فهذا يجعلها أكثر اقتصادا وأقل كلفة مقارنة مع مثيلاتها الحكومية. فالمنظمات غير الحكومية لا تتكفل بمصاريف إدارات كبيرة أو مقر ضخم، كما أن أجور الموظفين لديها عادة ما يكون متواضعا، وأما المتطوعون فلا تُضْمَنُ لهم إلا التكاليف المتعلقة بالأعمال والتقلات التي يقومون بها لصالح منظماتهم.

ط. القدرة على التأثير: تملك المنظمات غير الحكومية القدرة على التأثير، سواء في الرأي العام (الوطني والدولي) أم في الحكومات والمنظمات الحكومية.

فبالنسبة إلى الرأي العام تستطيع المنظمات غير الحكومية التأثير فيه وتحريكه وحتى توجيهه من خلال قدرتها الكبيرة على نشر أفكارها ومبادئها وأهدافها، وذلك عن طريق مجموعة من الآليات والوسائل التي تلجأ إلى استعمالها داخل الدول التي تمارس فيها نشاطها.

أما بالنسبة إلى الحكومات والمنظمات الحكومية، تستطيع المنظمات غير الحكومية، بما لديها من وظائف فضولية ومكانة لا يمكن الاستغناء عنها، أن تتفاوض مع الحكومات

⁽¹⁾ تتألف المنظمات غير الحكومية . عموما . من جهازين رئيسيين هما: أ- جمعية عمومية: تضم جميع أعضاء المنظمة، وتتولى إقرار السياسة العامة التي تنتهجها المنظمة في عملها. ب - هيئة إدارية أو مجلس إدارة: يتكون من عدد قليل من الأعضاء يقومون بمهام الإدارة وتنفيذ برامج العمل. كما يمكن للمنظمات غير الحكومية أن توظف أشخاصا للعمل لديها (موظفين عاديين، خبراء، فنيين، مختصين... الخ)، سواء كانوا من رعايا الدولة التي يوجد فيها المقر الرئيسي للمنظمة غير الحكومية أو من رعايا دول أخرى. للمزيد من الاطلاع، راجع:

رمزي نسيم حسونة، " دور المنظمات غير الحكومية في العلاقات الدولية "، بحث قانوني مقدم لنيل درجة دبلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2004، ص 15

⁽²⁾ أنظر: Yves Beigbeder, « Le rôle international des organisations non gouvernementales », Edi: BRUYLANT, BRUXELLES, 1992, p 20



وأن تمارس ضغطا على الحكومات وعلى المنظمات الحكومية. فالمنظمات غير الحكومية تنتقد أحيانا السياسات الحكومية وتطالب بالتغييرات وبالخدمات الجديدة، كما تطالب بتغييرات في نشاط وسياسات المنظمات الحكومية.

هذا وكما قلنا في بداية المداخلة إن المنظمات غير الحكومية تنشط في مجالات عديدة ومتنوعة، من بينها المجال الاقتصادي والمالي. وقد لاحظت المنظمات غير الحكومية أن هناك ظاهرة سلبية يجب مكافحتها بكل الوسائل والطرق، وتتمثل في الجرائم المالية التي يرتكبها سواء الأفراد العاديون أم المسؤولون.

وقد ظهرت عدة منظمات غير حكومية مختصة في هذا المجال، وذلك على جميع الأصعدة:

- فعلى الصعيد الداخلي:

إذا أخذنا بعض الدول على سبيل المثال لا الحصر كالجائر فقد ظهرت في داخلها عدة منظمات غير حكومية تهدف إلى محاربة الفساد بصفة عامة والذي يدخل ضمنه الفساد أو الجرائم المالية، من بين هذه المنظمات نذكر⁽¹⁾:

- الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد: وهي فرع من منظمة شفافية دولية⁽²⁾.

- خلية محاربة الفساد وحماية المال العام: وهي خلية تابعة للرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان. مهمة هذه الخلية هي رصد مؤشرات الرشوة بناء على ملفات قضائية وشكاوى المواطنين.

وفي المغرب هناك بعض المنظمات غير الحكومية التي تنشط في مكافحة الجرائم المالية مثل:

- الجمعية المغربية لمحاربة الرشوة.

- الهيئة الوطنية لحماية المال العام.

أما على الصعيد المغاربي: هناك الشبكة المغاربية لمحاربة الفساد وحماية الممتلكات العمومية

على الصعيد العربي: هناك المنظمة العربية لمكافحة الفساد، وكذا المنظمة العربية

للشفافية والنزاهة.

⁽¹⁾ بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعقبة في وجه التنمية المحلية في الجزائر، مقال إلكتروني،

⁽²⁾ هذا الفرع غير معترف به لدى السلطات الجزائرية.



وأما على الصعيد الدولي: فهناك بدون منازع منظمة شفافية دولية، التي تصدر كل سنة مؤشر الرشوة في جميع بلدان العالم.

هذه المنظمات وغيرها تعتمد في سبيل مكافحتها للجرائم المالية على مجموعة من الآليات، يمكن تقسيمها إلى قسمين: آليات وقائية توعوية، وآليات علاجية حمائية، فما هي هذه الآليات؟

أولاً/ الآليات الوقائية التوعوية التي تهتملها المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية:

تعتمد المنظمات غير الحكومية على مجموعة من الآليات التي تساعدها في الوقاية من الجرائم المالية والتوعية بخطورتها على الفرد والمجتمع، وتتمثل هذه الآليات في⁽¹⁾:

1- إقامة التجمعات التحسيسية:

تعتبر هذه التجمعات من أهم الآليات التي تعتمد عليها المنظمات غير الحكومية في عملية توعية الأفراد بحقوقهم وحررياتهم وطرق الدفاع عنها وحمايتها، كما تعد هذه التجمعات والملتقيات فرصة مناسبة لهذه المنظمات من أجل طرح انشغالاتها وآرائها بخصوص قضايا حقوق الإنسان على الرأي العام الدولي والداخلي. وتعتمد المنظمات غير الحكومية في تنظيمها لهذه التجمعات والملتقيات على حرية الاجتماع التي تتمتع بها باعتبارها شخصاً معنوياً داخل الدول يتمتع بالشخصية القانونية الاعتبارية.

وتأخذ هذه التجمعات أشكالاً متعددة، فقد تكون في شكل مؤتمرات أو ندوات أو ملتقيات أو اجتماعات أو حلقات دراسية ونقاشية أو مؤامد مستديرة... إلخ. وتهدف المنظمات غير الحكومية من وراء هذه التجمعات والملتقيات إلى بلورة مواقف مشتركة بين الفعاليات المشاركة، وغالباً ما تكون محلاً لاهتمام وسائل الإعلام بمختلف أنواعها⁽²⁾.

⁽¹⁾ للمزيد من الاطلاع على بعض هذه الآليات، أنظر: المنظمة العربية لمكافحة الفساد: الوسائل، على الموقع الإلكتروني للمنظمة والذي هو: www.arabanticorruption.org

⁽²⁾ عصام الدين حسن، الأداء الإعلامي لمنظمات حقوق الإنسان: الضوابط والمعوقات، ورقة عمل مقدمة لمركز الدراسات "آمان"، أكتوبر 2007، على الموقع الإلكتروني للمركز وهو: www.amanjordan.org، ص 2.



ومن أمثلة التجمعات التي قامت بها المنظمات غير الحكومية في مجال التوعية بخطورة الجرائم المالية نذكر ما يلي:

- الندوة التي عقدتها الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان بتاريخ 2013/03/01، والتي دعا من خلالها رئيس الرابطة مصطفى بوشاشي إلى إلزامية التصريح بالملكيات لجميع المسؤولين، معتبرا أن هذه الخطوة ستجعل مكافحة الفساد المالي فعالة وقابلة للتجسيد. كما أكد رئيس الرابطة خلال هذه الندوة على إنشاء خلية لحماية المال العام ومكافحة الفساد، وهي تضم قانونيين ونقابيين⁽¹⁾.

- ملتقى عقدهته الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد في الفترة من 15 إلى 18 ماي 2011، والذي كان يتمحور حول ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مؤسسات الدولة وسبل مكافحته. قيام خلية محاربة الفساد وحماية المال العام ببيوم تحسيسية للمواطنين من أجل تفعيل دور المجتمع المدني في محاربة الجرائم المالية.

- ندوة من تنظيم المنظمة العربية لمكافحة الفساد حول الرقابة المالية في الدول العربية. ورشة عمل من تنظيم المنظمة العربية لمكافحة الفساد حول آليات الرقابة المالية في مصر وكيفية تطويرها لصالح الدولة والمجتمع. ندوة من تنظيم نفس المنظمة موضوعها الإصلاح الاقتصادي والمالي في الأقطار العربية.

2- القيام بالدراسات والأبحاث:

من بين الآليات التي تعتمد عليها المنظمات غير الحكومية في مجال التوعية والوقاية من الجرائم المالية قيامها بالعديد من الدراسات والأبحاث ذات الصلة. وتعتبر هذه الدراسات والأبحاث إنجازا كبيرا يضيف الكثير إلى فكر ومناهج الوقاية من الجرائم المالية. بعض هذه الدراسات تعتبر حصيلة لما قامت به هذه المنظمات من مؤتمرات وتجمعات وندوات وحلقات دراسية، وبعضها يعتبر حصيلة للنشاط الميداني لأعضائها من خلال الزيارات والمشاركات التي يقومون بها في مختلف دول العالم، والبعض الآخر يعتبر نتاج ما قامت به المكتبات ومراكز الدراسات التابعة للمنظمات غير الحكومية.

⁽¹⁾ بوغرة عبد الحكيم، تنصيب خلية مكافحة الفساد وحماية المال العام، مقال في جريدة الشعب



ومن أمثلة الدراسات والأبحاث التي قامت بها هذه المنظمات نذكر:

- قيام خلية محاربة الفساد وحماية المال العام التابعة للرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان بدراسة حول مدى انخراط المواطنين في مواجهة الفساد المالي.

- قيام منظمة شفافية دولية ببحث في ماي 2013 حول الفساد المالي في قطاع الصحة في الجزائر. وحسب هذا البحث فإن قطاع الصحة يعتبر في صدارة القطاعات الأكثر استفحالا لمظاهر الفساد والرشوة في الجزائر.

- قيام الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد في نوفمبر 2013 بدراسة حول استفحال ظاهرة الرشوة في الجزائر، وقد حذرت الجمعية من خلال هذه الدراسة من الأبعاد الخطيرة التي أخذتها الرشوة، بحيث إنها أوقفت النمو الاقتصادي، وعمقت الفوارق الاجتماعية، وشجعت على ظهور الجريمة المنظمة.

3- إصدار الكتب والدوريات والنشرات:

لا تقف مهمة المنظمات غير الحكومية عند القيام بالدراسات والأبحاث المتعلقة بحقوق الإنسان، بل تتعدى ذلك إلى نشرها وتوزيعها على أكبر نطاق ممكن. وحتى يتسنى لها القيام بذلك تلجأ هذه المنظمات إلى إصدار العديد من الوثائق، تتنوع بين كتب ودوريات ومجلات ونشرات (شهرية أو نصف شهرية) ودراسات وغيرها⁽¹⁾.

وتكتسي هذه الإصدارات أهمية بالغة في تنمية الوعي والإدراك لدى الأفراد بخطورة الجرائم المالية، وقد أدركت المنظمات غير الحكومية هذه الحقيقة، لذلك نجدها تهتم كثيرا بهذه الآلية، فعلى سبيل المثال لا الحصر أصدرت المنظمة العربية لمكافحة الفساد مجموعة من الإصدارات تمحورت حول ما يلي⁽²⁾:

- نشرة بعنوان " شركاء في النزاهة: نحو مجتمع عربي أكثر شفافية ونموا وتطورا".

- كتاب تحت عنوان "الديمقراطية وإشكالية العلاقة بين أنماط الفساد والجريمة المنظمة".

⁽¹⁾ إيمان محمد حسن، "تقسيم أداء جمعيات الدفاع عن حقوق الإنسان في مصر (1983-2003)", رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2005، ص 131 وما يليها.

⁽²⁾ للمزيد من الاطلاع أنظر الموقع الإلكتروني للمنظمة العربية لمكافحة الفساد وهو: www.arabanticorruption.org



. وثيقة بعنوان "مكافحة الفساد... الإشكاليات المعوقات والفجوات".

. وثيقة بعنوان "وسائل تفعيل الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد".

. وثيقة بعنوان "الحكم الصالح شرط لمكافحة الفساد".

4- تنظيم حملات التوعية:

تعتبر حملات التوعية التي تنظمها المنظمات غير الحكومية من أجل تحسيس الأفراد بخطورة الجرائم المالية وسبل مكافحتها من أنجع الوسائل وأحسنها، وتتطوي الحملة على اختيار قضية أو موضوع للنشاط المكثف بأشكاله المختلفة على مدى فترة زمنية محددة من أجل إنجاز أهداف قابلة للتحقيق من وجهة نظر المنظمات غير الحكومية المتبناة لهذه الحملة. وتقوم هذه المنظمات خلال تنظيمها لحملة ما بدعوة وسائل الإعلام المختلفة إلى تغطية كل جوانب الحملة، وبالتالي ضمان وجود إقبال جماهيري كبير عليها، مما يساعد على إنجازها وتحقيق الأهداف المرجوة منها.

وتختلف النشاطات والأعمال التي تقوم بها المنظمات غير الحكومية أثناء تنظيمها للحملة، فنجدها تكتب شعارات كبيرة ورسوما في الأوراق وقطع القماش تعبر فيها عن رأيها وموقفها من المسألة موضوع الحملة، كما تقوم بتنظيم معارض للصور الفوتوغرافية وصور فيديو وأفلام وثائقية لها علاقة بالحملة، وكذا القيام بإعداد منشورات ووثائق توزع على كل المواطنين سواء المشاركين في الحملة أم غير المشاركين.

5 - مشاركة المنظمات غير الحكومية في إعداد وصياغة النصوص والمواثيق الخاصة بمكافحة الجرائم المالية:

تعتبر مشاركة المنظمات غير الحكومية في إعداد وصياغة النصوص والمواثيق الخاصة بمكافحة الجرائم المالية من أهم وسائل التوعية والوقاية، وذلك نظرا لكون هذه المنظمات أقرب كيان إلى الأفراد، بحيث إنها نشأت منهم وفي وسطهم وتحتك مباشرة بهم، وبالتالي فهي أحسن معبر عن حاجيات وتطلعات هؤلاء الأفراد. ولا تكتفي هذه المنظمات بمجرد الإعداد والصياغة، بل نجدها تقوم بنشاطات توعوية بشأن النصوص التي هي بصدد إعدادها وصياغتها بالتعاون مع المنظمات الحكومية، وذلك من خلال شرح وتوضيح أهميتها ومضمونها، حتى تحضر الرأي العام مسبقا لتقبلها والدفاع عنها والضغط على الحكومات للمصادقة عليها.



ومن أمثلة القوانين الداخلية التي شاركت المنظمات غير الحكومية في إعدادها هناك مسودة قانون حق الحصول على المعلومات في العراق⁽¹⁾.

ولا تكتفي هذه المنظمات بالمشاركة في إعداد وصياغة النصوص القانونية الداخلية، بل نجدها تؤدي دورا مهما في إعداد وصياغة الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، كما أنها تراقب سريانها ومدى التزام الدول باحترامها، ففي الكثير من الأحيان نجد أن إبرام معاهدات دولية مهمة يرجع الفضل فيه - بالدرجة الأولى - إلى المنظمات غير الحكومية، حيث يحضر ممثلو هذه المنظمات جلسات إعداد وصياغة الوثائق الدولية، ويشاركون في اختيار الصياغة الدقيقة والفعالة، وذلك بما يبدونه من آراء سديدة في هذا المجال. ولا يقتصر دور المنظمات غير الحكومية على هذا المجال فحسب، بل تبذل جهودا كبيرة في سبيل إقناع الدول بالتصديق على الوثائق والاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان التي شاركت في إعدادها وصياغتها وعلى متابعة تطبيقها، حتى وصفت هذه المنظمات بأنها حامية المعاهدات الدولية⁽²⁾.

ومن أمثلة الاتفاقيات الدولية التي شاركت في إعدادها المنظمات غير الحكومية هناك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽³⁾.

6 - التدريب والتوعية:

عرف نشاط المنظمات غير الحكومية تطورا ملحوظا، وذلك باتجاهه نحو التخصص، حيث ظهرت العديد من المنظمات التي تخصصت في مجالات محددة، من بينها التخصص في مجال التدريب والتوعية⁽⁴⁾.

ويعتبر التدريب والتوعية بخطورة الجرائم المالية من أهم النشاطات التي تقوم بها هذه المنظمات، وفي سبيل قيامها بهذه المهمة، تضع المنظمات غير الحكومية البرامج التدريبية،

⁽¹⁾ للمزيد من الاطلاع، أنظر موجز الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد. www.nazaha.iq

⁽²⁾ في هذا الإطار يقول الأستاذ Gaëlle BRETON-LE GOFF ما يلي:

« Les ONG jouent un rôle important en matière de mise en œuvre et de suivi des conventions. Les rapports qu'elles produisent, les guides pédagogiques et l'aide très concrète qu'elles apportent aux Etats dans la mise en œuvre des conventions en font les gardiennes des traités internationaux » .

انظر: Gaëlle BRETON-LE GOFF « L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux », Edi: Yvon BLAIS, Bruxelles, 2001 p 18

⁽³⁾ للمزيد من الاطلاع، أنظر موجز الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد. www.nazaha.iq

⁽⁴⁾ عصام الدين حسن، مرجع سابق، ص 6.



تفتح ورشات تدريب وتوفر كل المستلزمات المادية والتقنية الخاصة بهذه العملية. وتلجأ هذه المنظمات في تدريبها للأفراد إلى الاستعانة بمتخصصين في هذا المجال كالقضاة ورجال الشرطة والمحامين وغيرهم. وقد تستهدف هذه المنظمات في تدريبها كافة الأفراد من مختلف المستويات داخل المجتمع، كما قد تستهدف فئات محددة كالقائمين على تنفيذ أحكام القانون أو المحامين أو المدرسين أو الطلبة أو حتى العاملين في المنظمات غير الحكومية.

ومن أمثلة الدورات التدريبية التي قامت بها المنظمات غير الحكومية يمكن ذكر:

- قيام الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان بدورة تكوينية في مجال مكافحة الفساد بمختلف أشكاله لصالح الصحفيين⁽¹⁾.

- قيام المنظمة العربية لمكافحة الفساد بالتنسيق مع نقابة المحامين المصرية بدورة تدريبية لفائدة المحامين في مصر، وذلك من أجل معرفة كيفية التصدي وتتبع الجرائم المالية.

7- استعمال وسائل الإعلام المختلفة:

تعتبر وسائل الإعلام بمختلف أنواعها من بين أهم الأدوات التي تستعملها المنظمات غير الحكومية في عملية الوقاية والتوعية بمخاطر الجرائم المالية. وتستعمل المنظمات هذه الوسائل انطلاقاً من حرية التعبير والرأي والنشر التي تتمتع بها والتي كفلتها أغلب المواثيق الدولية والإقليمية وكذا التشريعات الداخلية.

وترجع أهمية هذه الوسائل إلى كون جميع الدول - تقريباً - تتوفر عليها وتوفرها لمواطنيها بدرجات متفاوتة، كما أن لهذه الوسائل تأثيراً كبيراً على الأفراد، فوسائل الإعلام تعد الوسيلة المثلى التي من خلالها يمكن للمنظمات غير الحكومية توعية وتحسيس الرأي العام بكافة المستجدات المتعلقة بحقوقه وحرياته، بالإضافة إلى كونها الطريقة الأنسب لمخاطبة الأفراد والوصول إليهم حتى في الأماكن النائية والمعزولة.

ولا يقتصر استعمال وسائل الإعلام من طرف المنظمات غير الحكومية على الوسائل التقليدية (من تلفزيون وإذاعة وصحف)، بل يتعداه إلى الوسائل الإعلامية الحديثة وفي مقدمتها شبكة الإنترنت، والتي أصبحت تشكل مجالاً إعلامياً جديداً بالنسبة إلى المنظمات غير الحكومية، وخاصة في نشاطها التوعوي والتحسيبي، فقد أنشأت الكثير من هذه

⁽¹⁾ خيرة لعروسي، بوشاشي يشدد على التحقق من وثائق المواطنين قبل رفع شكاوى للعدالة، مقال في جريدة



المنظمات مواقع إلكترونية خاصة بها على شبكة الإنترنت، والتي تستطيع من خلالها مخاطبة الأفراد والشعوب بكل سهولة ويسر في كل أنحاء العالم.

وإدراكا لأهمية ونجاعة وسائل الإعلام التقليدية والحديثة في نشر الوعي والإدراك بحقوق الإنسان، نجد أن معظم المنظمات غير الحكومية سواء الداخلية أم الأجنبية، تدعو هذه الوسائل إلى تغطية نشاطاتها، فعندما ترغب هذه المنظمات في إقامة تجمعات وملتقيات تحسيسية أو في تنظيم حملات توعوية - التي سبق الإشارة إليها - فإنها تدعو وسائل الإعلام المختلفة إلى تغطية هذه النشاطات الترفوية، وبالتالي الوصول إلى أكبر عدد من المواطنين وتحسيسهم بالقضايا المتعلقة بهم.

8- زيارة المنظمات غير الحكومية للهيئات والمؤسسات الحيوية داخل الدول:

تقوم المنظمات غير الحكومية، في سبيل إشاعة التوعية بالجرائم المالية وسبل مكافحتها، بزيارة مختلف المؤسسات والمرافق الحيوية داخل الدول مثل زيارة المؤسسات التعليمية والثقافية والإعلامية والمهنية وغيرها. وتقوم المنظمات غير الحكومية هناك بمجموعة من النشاطات التوعوية.

9- تعاون المنظمات غير الحكومية مع المنظمات الحكومية:

كثيرا ما تشارك المنظمات غير الحكومية في نشاطات المنظمات الحكومية، بهدف توعية المسؤولين بخطورة الجرائم المالية وضرورة مكافحتها، وتحقيقه الوضع الداخلي. كما تتعاون المنظمات غير الحكومية مع المنظمات الحكومية من خلال تبادل الخبرات فيما بينها، فمثلا تنظم الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد (وهي منظمة حكومية) في الفترة من 29 إلى 30 مارس 2010 دورة تدريبية لصالح المنظمات غير الحكومية في مجال مكافحة الفساد المالي⁽¹⁾. وانعقد مؤتمر دولي من تنظيم منظمة شفافية دولية ومنظمة "برلمانيون ضد الفساد" (منظمة حكومية) حول مصير الأموال التي نهبها حكام أسقطتهم ثورات الربيع العربي⁽²⁾.

⁽¹⁾ موجز الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد، العدد 17، فيفري 2010، ص 02.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص 11.



ثانيا/ الآليات العلاجية الحمائية التي تستعملها المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية:

في حالة ما إذا فشلت المرحلة الأولى وهي الوقاية من الجرائم المالية، وبالتالي تم ارتكاب إحدى هذه الجرائم، فإن المنظمات غير الحكومية سوف تضطر إلى معالجة الوضع وحماية الأموال محل الجريمة، وذلك من خلال مجموعة من الآليات التي تستعملها لهذا الغرض، وتتمثل هذه الآليات في:

1 - آلية رصد وتتبع الجرائم المالية:

يعتبر رصد وتتبع الجرائم المالية أول وسيلة تستعملها المنظمات غير الحكومية في مكافحتها للجرائم المالية، وهي عملية ليست سهلة، إذ كثيرا ما يحيط الجناة اقترافيهم لهذه الجرائم بسرية تامة. غير أن المنظمات غير الحكومية لم تقف مكتوفة الأيدي، بل أوجدت وسائل فعالة لرصد وتتبع الجرائم المالية، وتتمثل هذه الوسائل في:

أ. تلقي الشكاوى: تستقبل المنظمات غير الحكومية كل أنواع الشكاوى التي يدعي أصحابها أنهم ضحايا جرائم مالية كالرشوة أو أنهم شهود على بعض تلك الجرائم، وهذه الشكاوى قد يكون مصدرها المواطنون العاديون وأما الموظفون الذين يكتشفون مثل هذه الجرائم في إطار الوظائف التي يشغلونها، كما قد يكون مصدرها المسؤولون الكبار في الدولة الذين يفجرون بعض الفضائح المالية ذات العيار الثقيل، وذلك لاعتبارات معينة كتصفية الحسابات فيما بينهم.

ب. إقامة المنظمات غير الحكومية لعلاقات وطيدة مع وسائل الإعلام: كثيرا ما تقيم المنظمات غير الحكومية علاقات متينة مع الموظفين في وسائل الإعلام من صحف وإذاعة وتلفزيون وغيرها، وذلك من أجل رصد الجرائم المالية التي تصل أسماع وسائل الإعلام،

ج. تبادل المعلومات مع المنظمات الأخرى: من بين الوسائل التي تستعملها المنظمات غير الحكومية في عملية رصد وتتبع الجرائم المالية هي تبادل المعلومات مع مختلف المنظمات الدولية والإقليمية المهتمة بهذا المجال، وذلك سواء كانت هذه المنظمات حكومية أم غير حكومية.

فبالنسبة إلى المنظمات غير الحكومية فإنها غالبا ما تتعاون فيما بينها من خلال تبادل المعلومات حول ارتكاب الجرائم المالية. ومن أجل تسهيل هذا التبادل أنشأت هذه المنظمات شبكات لتبادل المعلومات فيما بينها. كما قامت بالتكامل في شكل تحالفات، مثل التحالف الدولي لمنظمات المجتمع المدني، والذي ضم أكثر من 350 منظمة مجتمع مدني في العالم.



أما بالنسبة إلى المنظمات الدولية الحكومية وخاصة الأمم المتحدة، فكثيرا ما تتبادل المعلومات مع المنظمات غير الحكومية.

د - إنشاء المنظمات غير الحكومية الدولية لفروع لها داخل الدول: تعتمد المنظمات غير الحكومية ذات التوجه الدولي في رصدها لمختلف الجرائم المالية التي تقع داخل الدول على الفروع التي تنشئها داخل تلك الدول⁽¹⁾، وتعتبر منظمة شفافية دولية من أهم المنظمات غير الحكومية التي أنشأت فروعها داخل مختلف دول العالم⁽²⁾ بما فيها الدول الإفريقية منها: الجزائر، تونس، المغرب، مصر، ليبيا، العراق، الأردن، الكويت وغيرها.

والملاحظ أن فروع المنظمات غير الحكومية تلاقى صعوبات كبيرة جدا أثناء نشاطها داخل الدول، بحيث كثيرا ما يخضع أعضاؤها للرقابة والاعتقال وحتى القتل، فمثلا قامت السلطات الأنغولية بسجن أحد مناضلي فرع شفافية دولية وتم تعذيبه، بسبب تقارير عن تزواج السلطة بالثروة وإكراه القصر على العمل في مناجم الماس⁽³⁾. وفي الجزائر منعت السلطات الجزائرية فرع شفافية وهو الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد من المشاركة في المؤتمر الخامس للدول الأطراف في الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد الذي كان سينعقد في بنما في الفترة من 25 - 29 نوفمبر 2013، وذلك بسبب عدم اعتراف السلطات الجزائرية بهذا الفرع.

(1) هناك عدة إيجابيات من إنشاء فروع لتلك المنظمات داخل الدول منها:

- سهولة رصد وتتبع انتهاكات حقوق الإنسان داخل الدول المتواجد بها تلك الفروع، لأنها تكون قريبة من مصادر الأحداث وعلى صلة مع مختلف تنظيمات المجتمع المدني من جمعيات ونقابات و نواد وغيرها.

- دقة المعلومات التي ترسلها الفروع إلى المنظمة الأم، مقارنة بالمعلومات التي تصل إلى هذه الأخيرة من مصادر أخرى بعيدة عن الحدث

- إمكانية تكليف المنظمة غير الحكومية للفروع التابعة لها من أجل القيام بالتحقيقات الميدانية التي تهمها، في حالة ما إذا رفضت السلطات الحكومية داخل الدول الإفريقية منح رخص للمنظمة للقيام بتلك التحقيقات.

- سرعة التحرك ونجاعته لصالح ضحايا الانتهاكات، مقارنة بالمنظمات غير الحكومية التي لا تملك فروعها لها داخل الدول الإفريقية. - سهولة اتصال فروع المنظمة غير الحكومية بالسلطات الحكومية داخل الدول الإفريقية مقارنة بالمنظمة الأم التي يكون مقرها بالخارج، وبالتالي ليست لها علاقات وطيدة مع تلك السلطات.

(2) بالنسبة لمنظمة العفو الدولية فإن فروعها عام 2007 تنتشر في أكثر من 150 دولة في مختلف أنحاء العالم.

أنظر: منظمة العفو الدولية، تقرير المنظمة لعام 2007: حقائق وأرقام، www.amnesty.org

(3) خالد شمت، منظمة شفافية دولية تحظى بعقدين من محاربة الفساد، مقال إلكتروني على موقع المنظمة وهو:

www.transparency.org



2- آلية التدخل لدى السلطات الداخلية للدول:

تستعمل المنظمات غير الحكومية في سبيل ذلك عدة وسائل، تضع بها الدول أمام الأمر الواقع، وتتمثل هذه الوسائل في:

أ - إبلاغ السلطات القضائية بالجرائم المالية التي تصل إلى علمها: بحيث تقوم المنظمات غير الحكومية بإبلاغ وكيل الجمهورية أو النائب العام المختص بكل الجرائم المالية التي تتضمنها الشكاوى التي تصل إليها. ولعل السبب في حلول هذه المنظمات محل أصحاب الشكاوى عند تبليغ الجهات المختصة هو الخوف من الملاحقات والمتابعات التي يتعرضون لها، مما دفع بالكثير من المنظمات غير الحكومية إلى المطالبة بسن القوانين التي تحمي المبلغين عن قضايا الفساد المالي.

ب . توجيه خطابات ورسائل إلى المسؤولين: تقوم بعض المنظمات غير الحكومية بالتدخل لدى السلطات الداخلية من خلال توجيهها لخطابات ورسائل مباشرة إلى المسؤولين. وتكمن الفائدة من هذا الأسلوب في أن التهاطل الكبير للخطابات والرسائل على المسؤولين من مختلف المنظمات غير الحكومية سواء الدولية أم الوطنية ومن مختلف الأماكن، قد يدفع بهؤلاء المسؤولين إلى إعادة النظر في مواقفهم من بعض القضايا والمواضيع، فمثلا وجهت الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد رسالة إلى الوزير الأول عبد المالك سلال عندما زار مؤخرا ولايتي خنشلة وأم البواقي، دعت من خلالها إلى الاطلاع على حجم الفساد في تلك الولاياتين⁽¹⁾. كما قامت نفس الجمعية بإرسال رسالة ثانية إلى الوزير الأول تتضمن الفضائح المالية الخطيرة التي تشهدتها التعاضدية العامة للحماية المدنية⁽²⁾.

ج . تقديم المساعدات القانونية لضحايا الجرائم المالية: تقوم بعض المنظمات غير الحكومية بتقديم استشارات ومساعدات قانونية للأشخاص المعنويين والطبيعيين ضحايا الجرائم المالية، وذلك إما بإرشادهم إلى مختلف الإجراءات القانونية الواجب اتباعها لاسترجاع أموالهم، أو عن طريق تعيين محامين تتكفل تلك المنظمات بأتعابهم.

⁽¹⁾ محمد شراق، الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد ترأسل سلال: إرهاب إداري ونهب أموال وبريكولاج تنموي بالولايات، مقال منشور بجريدة الخبر بتاريخ 2013/11/18، www.elkhabar.com

⁽²⁾ ع. تومي، الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد تكشف عن فضائح مالية خطيرة بالتعاضدية العامة للحماية المدنية، مقال منشور في جريدة الأحداث بتاريخ 2013/09/22



د - نشر التقارير التي تفضح المسؤولين عن الجرائم المالية: يعتبر نشر التقارير التي تفضح المسؤولين عن الجرائم المالية من أنجع الوسائل وأكثرها فعالية، إذ كثيرا ما تلجأ المنظمات غير الحكومية إلى وسائل الإعلام من أجل فضح مرتكبي الجرائم المالية⁽¹⁾، مما يجعل هؤلاء في حرج شديد إزاء المعلومات والحقائق المنشورة، وخاصة إذا كانوا من كبار المسؤولين في الدولة، وهذا يشكل ضغطا كبيرا على هذه الأخيرة سواء على المستوى الداخلي أم الخارجي.

وللإشارة فإن عملية النشر تزداد نجاعتها وقوة تأثيرها وضغطها عندما يتم نشرها على أوسع نطاق ممكن، وقد تستعمل المنظمات غير الحكومية لتحقيق ذلك وسائل النشر التقليدية والمتمثلة في طبع التقارير بأعداد كبيرة جدا وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من الدول والمنظمات والهيئات المهتمة بحماية حقوق الإنسان، كما قد تستعمل وسائل النشر الحديثة، والمتمثلة خاصة في شبكة الإنترنت، إذ أصبحت أغلب المنظمات غير الحكومية تنشر تقاريرها عبر مواقع الإنترنت، مما يزيد من عدد المطلعين عليها، وخاصة أن هذه المواقع كثيرا ما تفلت من الرقابة الحكومية عليها⁽²⁾. وتأكيذا على ذلك يقول الأستاذ Riva Kurt في دراسة له حول المنظمات غير الحكومية ما يلي: " تلعب التكنولوجيات الجديدة دورا مهما في نشاط المنظمات غير الحكومية... ويعتبر الإعلام الآلي والرسائل الإلكترونية والإنترنت من أهم الأدوات التي تستعملها هذه المنظمات في نشر المعلومات"⁽³⁾.

كما تلجأ المنظمات غير الحكومية إلى أسلوب آخر لفضح المسؤولين عن الجرائم المالية، وهو تقديم تقارير موازية لتقارير الدول، بحيث كثيرا ما تفتنم هذه المنظمات فرصة تقديم الدول لتقاريرها للمنظمات الدولية، فتقوم هي الأخرى بتقديم تقارير معاكسة تماما، مما يؤدي إلى فضح تلك الدول ويضعها في حالة إحراج حقيقية أمام المنظمات الدولية. وهذا ما

⁽¹⁾ في هذا الإطار يقول رئيس الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان أن خلية حماية المال العام ستفضح السلطات القضائية في وسائل الإعلام الوطنية والدولية في حالة عدم التحقيق في الجرائم المالية التي أحالتها الخلية عليها.

أنظر: خيرة لعروسي، رفع حالة الطوارئ أمر شكلي ولا توجد إرادة سياسية لإطلاق الحريات، مقال في جريدة الخبر بتاريخ 2011/03/03، www.elkhabar.com

⁽²⁾ بركات كريم، مرجع سابق، ص 69.

⁽³⁾ مشار إليه في كتاب: Gaëlle BRETON-LE GOFF, op. cit, p 17



فعلته الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد التي قدمت تقريرا موازيا لتقرير الجزائر، وذلك بمناسبة اجتماع في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد⁽¹⁾.

غير أنه يجب على المنظمات غير الحكومية أن تتصرف بحسن نية وبموضوعية، عندما تقوم بإعداد ونشر تقاريرها، بحيث يجب ألا ينطوي تصرفها على اعتبارات سياسية أو مصلحة، كما ينبغي أن تستند المعلومات التي تنشرها على مصادر أكيدة⁽²⁾.

هـ- تتبع الأموال المنهوبة واستردادها: من بين الآليات العلاجية التي تستعملها المنظمات غير الحكومية هي آلية تتبع الأموال التي تم نهبها وتحويلها إلى حسابات خاصة في بنوك أجنبية، وهذا من أجل إرجاعها إلى المصدر أي الدولة الضحية. وقد ظهرت هذه الآلية بصورة أوضح في غضون الثورات العربية في تونس، ليبيا ومصر. فلقد قالت مديرة منظمة شفافية دولية "هوغيت لايل" إن المنظمة لديها آلية خاصة لتتبع الأموال المنهوبة في العالم العربي. وأوضحت أن هذه الآلية تتم من خلال وزراء مالية قمة العشرين المكلفين بإجراء تحريات حول هذه الأموال وتجميدها، من أجل إعادتها إلى الدول التي نهب منها⁽³⁾. كما قال رئيس جمعية شفافية كويتية إن جمعيات الشفافية في كل من ليبيا وتونس قد قطعت خطوات قانونية كبيرة في سبيل استرداد الأموال التي نهبها النظامان السابقان في البلدين⁽⁴⁾.

الخاتمة:

في خاتمة هذا المقال يحق لنا أن نتساءل ما مدى نجاعة الآليات التي استعملتها المنظمات غير الحكومية داخل الدول العربية عامة وفي الجزائر على وجه الخصوص؟ أحسن إجابة عن هذا التساؤل تكون بالرجوع إلى الواقع، وفي هذا الإطار إذا ألقينا نظرة سريعة على تقرير إحدى المنظمات غير الحكومية الدولية وهي منظمة شفافية دولية التي تهتم بملف الفساد بصفة عامة والفساد المالي على وجه الخصوص، فإننا نلاحظ ما يلي:

(1) للإطلاع بأكثر تفصيل على مضمون تقرير الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد الموازي، أنظر مقال في: جريدة الفجر، جيلالي حجاج يربط انتشار الفساد بغياب إرادة سياسية لمكافحته، مقال مؤرخ في 2013/11/24.

(2) سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، 2003، ص 200.

(3) الجزيرة، الاضطرابات تمنع تسليم مصر أموالها المنهوبة، www.aldjazeera.net

(4) خالد شمت، مرجع سابق.



تعتبر الصومال والسودان الدولتين الأكثر فسادا في العالم، بحيث تصدرتا قائمة مؤشر الفساد في العالم لعام 2012، وذلك باحتلالهما المرتبة 174 و 173 على التوالي، تبعتهما العراق في المرتبة 169 عالميا، ثم ليبيا في المرتبة 160. وجاءت الجزائر في المرتبة 105 عالميا ثم المغرب في المرتبة 88. وتشاركت كل من السعودية والكويت المرتبة 66 عالميا. أما الدول العربية الأقل فسادا فهي الإمارات العربية وقطر اللتان جاءتا في المرتبة 27 عالميا.

وعليه نلاحظ من خلال هذه الأرقام أن ظاهرة الفساد عموما والفساد المالي على وجه الخصوص مستفحلة جدا في معظم الدول العربية، وهذا يجعلنا نصل إلى نتيجة هي أن الآليات التي تستعملها المنظمات غير الحكومية في مكافحة الجرائم المالية لم تأت أكلها بعد، وهذا راجع إلى عدة أسباب منها:

- قلة عدد المنظمات غير الحكومية المهتمة بالتوعية والتحسيس بخطورة الجرائم المالية وسبل مكافحتها.

- معاناة المنظمات غير الحكومية من مشاكل داخل الدول العربية عموما وفي الجزائر خصوصا، بحيث تنظر السلطات إلى هذه المنظمات نظرة سلبية وتضع لها العراقيل في نشاطها، وذلك بعدم الاعتراف بها أحيانا (مثل الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد) أو تهميشها وعدم أخذ رأيها في القضايا التي تهم المواطن.

- قلة الوعي لدى المواطنين في مختلف الدول العربية، بما فيها الجزائر، بأهمية المشاركة في الحياة العامة للمجتمع وفي التهيكل في شكل جمعيات ونقابات واتحادات من أجل حماية حقوقهم ومكافحة الآفات التي تضر بهم مثل آفة الجرائم المالية.

- الثغرات التي تعاني منها القوانين في بعض الدول العربية، مثل قانون مكافحة الفساد في الجزائر رقم 06-01 لعام 2006 والذي لا يحمي المبلغين عن الجرائم المالية ولا يجبر المسؤولين على التصريح بممتلكاتهم.

- عدم وجود إرادة سياسية حقيقية في منح المنظمات غير الحكومية المكانة التي تستحقها كشريك ووسيط بين السلطة والمواطنين.

ومن أجل الخروج من هذه الوضعية فإننا نقترح ما يلي:

- يجب على المنظمات غير الحكومية الموجودة حاليا أن تضاعف جهودها من أجل التوعية بأهمية العمل التطوعي وأهمية التكتل في شكل جمعيات ومنظمات مهيكلة.



- يجب على السلطات الداخلية في الدول العربية أن تعدل القوانين الحالية أو تسن قوانين جديدة تتعلق بمكافحة الجرائم المالية، وأن تهتم بحماية المبلغين عن الفساد المالي، وكذا إجبار المسؤولين على التصريح بممتلكاتهم قبل وبعد توليهم لمناصبهم.

- ضرورة إقامة علاقة تحاور وتعاون بين المنظمات غير الحكومية والسلطات الداخلية، وبالتالي تغيير النظرة السلبية من طرف السلطات لهذه المنظمات.

المراجع:

أولاً/ باللغة العربية:

- محمود خلف، "مدخل إلى علم العلاقات الدولية"، دار زهران للنشر، الأردن، ط 3، 1997
- محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005
- محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005
- محمد أبو ضيف باشا خليل، "جماعات الضغط وتأثيرها على القرارات الإدارية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008
- وائل أحمد محمد علام، "المركز الدولي للمنظمات غير الحكومية في الأمم المتحدة"، كلية حقوق بنها، جامعة الزقازيق، 2005
- سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، 2003، ص 200.
- صالح أحمد عزب، "دليل عمل المنظمات غير الحكومية المعنية بمحو الأمية وتعليم الكبار"، يصدر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 199.
- أحمد سويلم العمري، "الأمم المتحدة والهيئات غير الحكومية"، مجلة السياسة الدولية، السنة 4، العدد 12، أفريل 1968.
- إيمان محمد حسن، "تقييم أداء جمعيات الدفاع عن حقوق الإنسان في مصر (1983-2003)"، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2005.



- بركات كريم، "مساهمة المجتمع المدني في حماية حقوق الإنسان"، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق - بودواو - جامعة بومرداس، 2005
- عياد مليكة، دور ومكانة المنظمات غير الحكومية في العلاقات الدولية، رسالة ماجستير في العلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2004
- رمزي نسيم حسونة، "دور المنظمات غير الحكومية في العلاقات الدولية"، بحث قانوني مقدم لنيل درجة دبلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2004
- بلال خروفي، الفساد في المجالس المنتخبة كعقبة في وجه التنمية المحلية في الجزائر، مقال إلكتروني
- عصام الدين حسن، الأداء الإعلامي لمنظمات حقوق الإنسان: الضوابط والمعوقات، ورقة عمل مقدمة لمركز الدراسات "أمان"، أكتوبر 2007، على الموقع الإلكتروني للمركز وهو: [www. amanjordan. org](http://www.amanjordan.org)
- خالد شمت، منظمة شفافية دولية تحثي بمقدين من محاربة الفساد، www.transparency.org
- المنظمة العربية لمكافحة الفساد: الوسائل، www.arabanticorruption.org
- منظمة العفو الدولية، تقرير المنظمة لعام 2007: حقائق وأرقام، www.amnesty.org
- موجز الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد، العدد 17، فيفري 2010
- موجز الشبكة العربية لتعزيز النزاهة ومكافحة الفساد، www.nazaha.iq
- بوغرارة عبد الحكيم، تنصيب خلية مكافحة الفساد وحماية المال العام، مقال في جريدة الشعب
- خيرة لعروسي، بوشاشي يشدد على التحقق من وثائق المواطنين قبل رفع شكاوى للعدالة، مقال في جريدة الخبر بتاريخ 2011/03/17، www.elkhabar.com
- خيرة لعروسي، رفع حالة الطوارئ أمر شكلي ولا توجد إرادة سياسية لإطلاق الحريات، مقال في جريدة الخبر بتاريخ 2011/03/03، www.elkhabar.com
- محمد شراق، الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد ترسل سلال: إرهاب إداري ونهب أموال وبريكولاج تموي بالولايات، مقال منشور بجريدة الخبر بتاريخ 2013/11/18، www.elkhabar.com



- ع. تومي، الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد تكشف عن فضائح مالية خطيرة بالتعاقدية العامة للحماية المدنية، مقال منشور في جريدة الأحداث بتاريخ 2013/09/22
- القانون رقم 12 - 06 المتعلق بالجمعيات والذي نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 21 صفر 1433 الموافق لـ 2012/01/12، العدد 02.

ثانيا / باللغة الفرنسية:

- Philippe RYFMAN, « **Organisations internationales et organisations non gouvernementales: partenaires, concurrentes ou adversaires ?** », Cahiers français, Janvier- Février, 2001, N°= 302
- Dominique Carreau, « **Droit international** », Edi: PEDONE, Paris, 6^{ème} edition, N°= 1, 1999
- Marcel Merle, « **Sociologie des relations internationales** », Edi: Dalloz, Paris, 3^{ème} edition, 1983
- Daniel Dormoy, « **Droit des organisations internationales** », Edi: DALLOZ, 1995
- Claude-Albert Colliard et Louis Dubouis, « **Institutions internationales** », Edi: DALLOZ, 10^{ème} Edi, 1995
- Yves Beigbeder, « **Le rôle international des organisations non gouvernementales** », Edi: BRUYLANT, BRUXELLES, 1992
- Gaëlle BRETON-LE GOFF « **L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux** », Edi: Yvon BLAIS, Bruxelles, 2001



وبما أن المتعاقدين ملزمون باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود⁽¹⁾. فإن تطبيق مبدأ حسن النية في مجال عقود العمل يبدو أولى وأهم، نظرا للعلاقات الشخصية التي تنشأ بين العامل وصاحب العمل. بحيث لا بد أن يكون فيها العامل محل ثقة صاحب العمل، مما يوجب عليه أن يقوم بكل ما يفرضه عليه مبدأ حسن النية من التزامات تجاه صاحب العمل. ومن أهم الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود هو التزام العامل بالمحافظة على أسرار العمل التي اطلع عليها بحكم عمله وعدم استغلاله لمنع من منافسة صاحب العمل. ذلك أن تسرب هذه الأسرار إلى الغير أو استغلالها شخصيا من طرف العامل من شأنه أن يلحق ضررا بمصلحة المؤسسة.

وفي هذا الإطار يجب أن نميز بين شرط عدم المنافسة وبين الالتزام بالإخلاص الذي يمنع العامل هو الآخر من ممارسة نشاط مماثل للنشاط الذي يمارسه صاحب العمل أثناء مدة سريان عقده. ويغض النظر إذا كان العقد معلقا لسبب من أسباب تعليق علاقة العمل أو كان العامل في فترة العطلة السنوية. حيث يبقى العامل ملتزما بذلك طوال فترة تنفيذه للعقد وأيضا بعد انقضائه. ذلك أن قواعد حسن النية في العلاقة التي يجب أن تسود بين العامل وصاحب العمل تقتضي من العامل الالتزام بالإخلاص بعدم منافسة صاحب العمل أثناء مدة العمل لديه. فهذا الالتزام مقرر وفق القواعد العامة دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في عقد العمل.

ولما كان في هذا الحكم خطر على صاحب العمل خصوصا بعد انتهاء علاقة العمل، فقد تدخل المشرع في بعض الدول لتنظيم شرط عدم المنافسة. إلا أن صاحب العمل قد يرى أن الالتزام القانوني بالحفاظ على أسرار العمل وعدم جواز قيام العامل بنشاط مماثل لنشاط المؤسسة، لا يوفر له الحماية الكافية لمصالحه. فغالبا ما يرد شرط عدم المنافسة في عقد العمل في الحالات التي يخشى فيها صاحب العمل من منافسة العامل له بعد انتهاء علاقة العمل. وتظهر خطورة هذه المنافسة في حالة تمكن العامل بحكم عمله، من الاطلاع على أسرار الصناعة لدى صاحب العمل أو الاتصال بزيائته. لأنه ومما لا شك فيه أن استخدام

⁽¹⁾ وفي هذا تنص المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام". كما تنص المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية والإنصاف والعرف". وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 1/128 من القانون المدني المصري بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وهو نفس الحكم الذي جاء في المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي على أن العقود: "Elles doivent être exécutées de bonne foi".



العامل لتلك الأسرار يشكل منافسة لصاحب العمل قد تلحق به أضرار كبيرة، سواء كانت المنافسة عن طريق قيام العامل بنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل لحسابه الخاص، أم عن طريق العمل لدى صاحب عمل آخر يباشر نفس المهنة أو الصناعة. لذا أجاز قانون العمل المقارن الاتفاق مع العامل على ألا يناقسه بعد انتهاء عقد العمل بينهما.

هذا التخوف دفع بصاحب العمل وبدون تردد، إلى إدراج شرط عدم المنافسة في عقد العمل، أو في عقد لاحق، يتفق بموجبه صاحب العمل مع العامل على التزام هذا الأخير بعدم منافسته بعد انتهاء العقد. ولما كان مثل هذا الشرط أو الاتفاق يحقق مصلحة صاحب العمل، إلا أنه يعتبر قيديا خطيرا على الحرية الفردية للعامل في ممارسة نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل سواء لحسابه الخاص أم لدى صاحب عمل آخر. فيمكن أن يؤدي الشرط إلى تهديد العامل في مورد رزقه خصوصا إذا كان هذا الأخير لا يتقن إلا المهنة التي استخدمه من أجلها صاحب العمل. لذلك فليس من المقبول إطلاق حرية المتعاقدين في تقريره، خاصة إذا عرفنا أن العامل قد يضطر تحت ضغط الحاجة إلى قبول هذا الشرط أو الاتفاق. لهذا نجد أن القوانين قد تطلبت توافر شروط معينة في هذا القيد الخطير بما يكفل حماية للمصلحتين المتعارضتين، مصلحة صاحب العمل في محافظة العامل على أسرار العمل وعدم ممارسته لنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل وبين مصلحة العامل في استرجاع حريته بعد انقضاء عقده⁽¹⁾.

فالسؤال الذي يطرح نفسه ومن خلاله يتم معالجة هذا الموضوع يكمن في ما مدى صحة الشرط أو الاتفاق الذي يقضي بعدم منافسة العامل لصاحب العمل بصفة خاصة بعد انقضاء عقد العمل؟ وهل إن تدخل المشرع في بعض الدول لتنظيم شرط عدم المنافسة وإباحته هو بالقدر الذي يوائم بين حرية العامل والمصالح المشروعة لصاحب العمل؟

وإن سبب معالجة هذا الموضوع يرجع إلى خصوصية شرط عدم المنافسة الذي لا ينفذ إلا بعد انتهاء عقد العمل. حيث يقضي بمنع العامل من إفشاء الأسرار أو ممارسة نشاط مهني منافس لصاحب العمل ليس أثناء سريان علاقة العمل وإنما بعد انتهائها. الأمر الذي يجعل ذلك الشرط قيديا خطيرا على مصير العامل الاجتماعي والمهني. إذ يهدد العامل في مورد رزقه إذا كان لا يتقن إلا العمل الذي مارسه لدى صاحب العمل ووسيلة ضغط عليه للبقاء في خدمة

(1) د. شواخ محمد الأحمد، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، 2004، ص. 326.



المؤسسة المستخدمة، حيث يتمتع عليه الاستقلال بنشاط خاص به أو العمل في ذات المهنة لدى صاحب عمل آخر.

وأهمية هذا الموضوع تكمن أيضا في طرحه لمشكلة أساسية حول كيفية التوازن بين مصلحة صاحب العمل في عدم منافسة العامل له بعد انتهاء العقد حتى يحمي عملاء المؤسسة والاستثمار الذي أنجزته هذه الأخيرة في مجال تكوين العمال، وبين مصلحة العامل في استرجاع حريته في العمل كمظهر من مظاهر الحرية الفردية المكفولة قانونا، سواء بالعمل لدى الغير أم بممارسة نشاط لحسابه الخاص. حيث إنه في حالة عدم التوفيق بين المصلحتين سيؤدي حتما إلى المساس بنطاق الحرية التعاقدية في قانون العمل مما يعزز دور القاضي أكثر فأكثر للتدخل لمراقبة مدى توفر شروط صحة الاتفاق بعدم المنافسة. وعلى ذلك فإن هذه الدراسة تتطلب تقسيم الموضوع إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: طرق منافسة العامل لصاحب العمل:

لا يكفي أن يقوم العامل بأداء العمل المتفق عليه، بل يجب أن يلتزم في ذلك بما يقتضيه مبدأ حسن النية. وإذا كان مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد مبدأ عاما يسري على كافة العقود، إلا أن هذا المبدأ ذو أهمية خاصة في عقد العمل نظرا لما يتميز به من طابع شخصي طبقا لعلاقة التبعية التي تربط العامل بصاحب العمل. ذلك أن علاقة العمل القائمة بين العامل وصاحب العمل تتميز بنوع من الخصوصية عن غيرها من العلاقات القانونية والتعاقدية الأخرى. حيث تقوم علاقة العمل على الاعتبار الشخصي - خصوصا في جانب العامل - الأمر الذي يستدعي توافر الثقة المتبادلة والنية الحسنة والمخلصة في عدم إساءة أحدهما إلى الآخر. ونظرا لأن صاحب العمل قد راعى اعتبارات معينة في شخص العامل عندما تعاقد معه، ككفاءته وأمانته وإخلاصه وقدرته على أداء العمل، فالتزام العامل بتنفيذ العمل وبما هو معهود إليه، إنما هو التزام بالعمل لذلك تكون الثقة والخبرة محل اعتبار مهم⁽¹⁾. فسلطة صاحب العمل في الإشراف والتوجيه تستوجب أن يكون هناك تعاون من أجل مصلحة المؤسسة.

فبالرغم من أنه يبدو، ظاهريا، أن هناك تعارضا بين مصالح العامل وصاحب العمل فيما يخص المطالب والحقوق، إلا أن المصلحة بينهما مشتركة. فنجاح المؤسسة وتطورها لا بد من أن يعود بالنفع والفائدة على العامل. كما أن تدهور أوضاع المؤسسة وغلقها يعود بالضرر أصلا

⁽¹⁾ راشد راشد، شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

على العامل. ولهذا فإن تنفيذ الالتزامات طبقا للشروط الواردة بها ويحسن النية، والتعاون بين الطرفين ضروري لنجاح العمل وتنفيذ العقد لما فيه صالح العامل وصاحب العمل.

هذا ما دعا بعض الفقهاء إلى القول بأن هناك واجب الإخلاص والولاء الذي يتعين على العامل بمقتضاه، أن يمتنع عن كل ما يضر بمصالح صاحب العمل⁽¹⁾، وأن يقوم بكل ما من شأنه أن يحقق هذه المصالح ويحافظ عليها. كون صاحب العمل قد وضع كل ممتلكاته وبعض أسرار المهنية في تصرف العامل. الأمر الذي يجعل هذا الأخير على علم بكل أو بجزء من الوسائل وأساليب الإنتاج والصنع وطرق تسيير المؤسسة وإدارتها⁽²⁾. حيث تعد هذه المعلومات والتقنيات أساسية يعتمد عليها صاحب العمل لاستغلال نشاط مؤسسته والتي يمكن أن تتسرب إلى الغير، وبصفة خاصة إلى المنافسين، الشيء الذي من شأنه الإضرار بمصالحها.

ولعل من أبرز صور هذا الالتزام، أن يحافظ العامل على أسرار العمل التي اطلع عليها بحكم عمله، كطريقة الإنتاج ونوع المواد المستخدمة فيه ومقاديرها. وأن يحافظ على أسرار العمل التجارية كالأسعار التي تشتري بها المؤسسة ونسبة أرباحها والأسعار التي تبيع بها لزيائتها وأن يحافظ على الأسرار الأخرى كحسابات المؤسسة وسياسة الأجور فيها... إلخ.

إلا أن الالتزام العام بالاحتفاظ بأسرار العمل لا يوفر حماية فعالة لصاحب العمل، حيث يقوم العامل باستغلال السر المهني في عمل يتولاه لحسابه الخاص⁽³⁾ بعد انقضاء العقد. وبما أن استعمال العامل لهذه الأسرار يشكل منافسة خطيرة لصاحب العمل، لذلك يأتي الشرط الذي يدرج في عقد العمل ليمنع العامل من منافسة صاحب العمل بعد انتهاء العقد، حتى لا يستغل العامل الأسرار التي سبق وأن أطلع عليها بحكم عمله ومركزه. خاصة أن الالتزام القانوني بالمحافظة على أسرار العمل بعد انقضاء مدة العقد لا يمنعه من استخدام هذه الأسرار بنفسه ولحسابه الخاص، ذلك أن الحظر القانوني اقتصر على منع العامل من إفشاء الأسرار للغير فحسب، دون أن يمنعه من استخدامها بنفسه ولحسابه الخاص.

⁽¹⁾ راجع: د. يسي محمد يحي، قانون العمل المصري والسوداني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1985، ص. 179. وأنظر كذلك راشد راشد، المرجع السابق، ص. 177.

⁽²⁾ راجع في هذا الشأن: أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 172.

⁽³⁾ د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، وفقا لآخر التعديلات لسنة 2002 وقانون الضمان الاجتماعي رقم 19 لسنة 2001، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص. 260.



يترتب على ذلك أنه يمكن للعامل، بحكم عمله، أن يحصل على أسرار صاحب العمل، ويتصور أن يلجأ العامل بعد انتهاء العقد، إلى استخدام هذه الأسرار لصالح صاحب العمل الذي التحق بخدمته، وإما لاستغلالها لصالحه الشخصي منافسا بذلك صاحب العمل في مجال النشاط الذي يباشره.

وعليه سنتعرض لدراسة طرق منافسة العامل لصاحب العمل من خلال مطلبين، يتعلق الأول، بإفشاء العامل للأسرار المهنية أو استخدامها، ويتعلق الثاني، بممارسة العامل لنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل.

المطلب الأول: إفشاء العامل للأسرار المهنية أو استخدامها:

من أهم ما يتفرغ إذن عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود هو التزام العامل بالمحافظة على أسرار العمل. فلا يجوز له أن ينقل أسرار عمله إلى الغير. ونظرا لخصوصية ذلك الالتزام لتعلقه بمصالح عدة قد تختلف فيما بينها، وقد تتعارض في أحيان أخرى، فلا يستفاد هذا الالتزام فقط مما يمليه تنفيذ العقد بصفة عامة من التزام بمراعاة حسن النية، وإنما يستفاد أيضا مما ورد من نصوص في قانون العمل والقانون المدني⁽¹⁾. لذلك حرصت أغلبية التشريعات العمالية الحديثة على إلزام العمال بالمحافظة على الأسرار المهنية وعدم كشفها للغير لتقادي الإضرار بالمصالح المادية والمعنوية لصاحب العمل. وإضافة إلى ما قضت به المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام. "

ولقد جاءت الفقرة الثامنة من المادة السابعة من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90 أكثر وضوحا في بيان هذا الالتزام خاصة من حيث ماهية الأسرار. إذ نصت على إلزام العمال بـ: " أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيات وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية. " . وسنوضح مضمون هذا الالتزام والحكمة منه، ونعقبه بتحديد نطاقه من

(1) أنظر في ذلك: د. راشد راشد، المرجع السابق، ص. 178.



حيث ماهية الأسرار ومن حيث الأشخاص والزمن الذي يبقى فيه هذا الالتزام قائماً وهذا في نقطتين على النحو التالي:

أولاً: مضمون الالتزام بعدم إفشاء أسرار العمل والحكمة منه:

إن العامل حينما يتجه إلى صاحب العمل عارضا عليه خدماته، ملتمسا منه مساعدته في الحصول على عمل لديه، يكشف صاحب العمل له بعض أسرار المؤسسة ويحدد مصالحه. فإن معنى ذلك أن ثمة تبادلاً للرضا قد تم، وأن عقداً قد انعقد، ويعتبر العقد بذلك مصدراً للالتزامات متقابلة. فالالتزام بعدم إفشاء أسرار العمل يتقرر سواء نص عليه في عقد العمل صراحة، أم لم ينص، ذلك أن مضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل أيضاً على كل مستلزماته وفقاً للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام⁽¹⁾ تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. إلا أنه نظراً لأهمية هذا الالتزام فلم يكتف المشرع بنظرية العقد كأساس لالتزام العامل بالسر المهني، وإنما وضع أساساً آخر يستند إلى نصوص في القانون. إذ إن معظم القوانين الاجتماعية تنص على امتناع العامل عن الإضرار بصاحب العمل عن طريق إفشاء الأسرار⁽²⁾. وقد ورد هذا الالتزام في القانون الجزائري⁽³⁾ في المادة 7 في فقرتها 8 من قانون العمل الجزائري رقم 90-11، على أنه يجب على العمال: "أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيات وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية."

كما اهتم المشرع الأردني بتنظيم هذا الالتزام في المادة 814 / 5 من القانون المدني إذ تقضي بأنه يجب على العامل: "أن يحتفظ بأسرار صاحب الأعمال الصناعية والتجارية، ولو بعد انقضاء العقد وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف". كما أكدته أيضاً في المادة 19/ب من قانون العمل الأردني التي تقضي: "على العامل المحافظة على أسرار صاحب العمل الصناعية

⁽¹⁾ راجع في هذه النقطة د. سعد السعيد المصري، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد العمل (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 92.

⁽²⁾ إن القانون اللبناني لم ينص على هذا الإلتزام، ومع ذلك يجب الأخذ به لأن مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود مبدأ عام يقتضي التقيد به.

⁽³⁾ القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي للعامل، ج. ر. ج. ج. عدد 32 المؤرخة في 08/08/1978، والأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج. ر. ج. ج. عدد 39 المؤرخة في 16/05/1975.



والتجارية وأن لا يفشيها بأي صورة من الصور ولو بعد انقضاء عقد العمل وفقا لما يقتضيه الاتفاق أو العرف".

ولقد نص القانون المدني المصري هو الآخر على هذا الالتزام في المادة 685 التي جاء فيها على العامل: "أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد". كما نظمته المشرع المصري في قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003 في المادة 56/ط منه التي أوجبت على العامل: "أن يحافظ على أسرار العمل، فلا يفشي المعلومات المتعلقة بالعمل متى كانت سرية طبيعتها أو وفقا للتعليمات الكتابية الصادرة من صاحب العمل".

يفهم من خلال ذلك أنه يخضع لهذا الالتزام كل عامل يرتبط بعلاقة تبعية مع صاحب العمل، أيا كان نوع العمل الذي يقوم به، وأيا كان عدد العمال بالمؤسسة، وأيا كان السر الذي يطلع عليه العامل بحكم عمله. فمعظم هذه النصوص القانونية قد شملت مختلف جوانب أسرار العمل، وقد استعملت مصطلحات تشمل كل الأمور المتعلقة بالمعلومات المهنية التي يمكن أن تكتسبها المؤسسة المستخدمة. ونذكر على سبيل المثال المصطلح الذي اعتمده المشرع الجزائري في الفقرة الثامنة من المادة السابعة كالتالي: "... وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة..."، كما تقابلها المادة 56/ط من قانون العمل المصري الجديد رقم 12 لسنة 2003 على أنه يجب على العامل: "أن يحتفظ بأسرار العمل...". وانطلاقا من هذه النصوص نستخلص أن الالتزام ينصب على جميع الأسرار التي تتعلق بالحياة المهنية ومهما كانت طبيعة العمل المنوط بالعمل. بعكس ما جاء في المادة 685 من القانون المدني المصري على أنه يجب على العامل: "أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية..."⁽¹⁾.

فالتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار يمتد ليشمل كل ما يتعلق بالحياة المهنية داخل المؤسسة المستخدمة حفاظا على مصالحها وحسن سيرها، أيا كان نوعها طالما تتصل بالعمل في المؤسسة. سواء اتصلت بشؤونها الداخلية أم الخارجية⁽²⁾. كما هو الحال فيما يتعلق بظروف الإنتاج وطريقة العمل والمواد المستخدمة ومقاديرها ومراحل الإنتاج ومصادر المواد الخام وحسابات المؤسسة وأجور العمال فيها ومعاملات المحل والعملاء واتصالاته سواء كانت سرية طبيعتها أم وفقا لتعليمات صاحب العمل⁽³⁾.

(1) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام قانون العمل، د. د. ن. القاهرة، 1989، ص. 215.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، راجع: د. يسي محمد يحي، المرجع السابق، ص. 168.

(3) د. همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص. 285.

ويذهب الفقه إلى القول بأن الالتزام الواقع على عاتق العامل الخاص بالمحافظة على أسرار العمل لا يقتصر فقط على أسرار العمل الصناعية والتجارية فحسب وإنما يمتد إلى جميع أنواع العمل حتى بالنسبة لخدم المنازل. حيث يطلع الخادم على أسرار حياة مخدمه، مما يتعين معه أن لا يبلغ بها الخادم أحداً وإلا كان مخالفاً بالتزامه، ولأن ذلك الالتزام من تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد⁽¹⁾. والعلة من قصر الالتزام في القانون المدني المصري على عدم إفشاء أسرار العمل الصناعية والتجارية وحدها، ترجع إلى اعتبار أن إفشاء مثل هذه الأسرار يرتب أهمية بالغة في الحياة المهنية⁽²⁾. ويكون من أثرها زعزعة الثقة بالتاجر أو الصانع. فالسعر مثلاً يعتبر من الأسرار التجارية الأساسية والذي يدعم المنافسة بين التجار، فلا يجوز لعامل في محل تجاري أن يعلم المتعاملين معه بحقيقة الأسعار، ولا أن يخبرهم أن عميلاً آخر اشترى بسعر أدنى من السعر المعروف عليه. فإن نقل هذه المعلومات يعد إفشاء للسر المهني، إذ بعلمه هذا تنعدم الثقة في المحل وتقلل الإقبال عليه⁽³⁾. وكما لاحظنا أعلاه أن قانون العمل الجزائري وقانون العمل المصري قد عمما هذا الالتزام على جميع الأعمال التي جعلت من إفشاء العامل الأسرار الخاصة بالمؤسسة المستخدمة التي يعمل فيها سبباً من الأسباب التي تجيز لصاحب العمل أن يوقع على العامل جزاء تأديبياً. ذلك أن إخلال العامل بالتزام المحافظة على الأسرار المهنية يعتبر خطأً جسيماً يجيز التسريح من الخدمة بدون إعطاء مهلة العطلة وبدون علاوات طبقاً لما قرره المادة 73 من قانون العمل رقم 90 - 11⁽⁴⁾.

إذن يعد سرا من أسرار العمل، ما جرى العرف على اعتباره كذلك مثل طريقة الإنتاج أو حقيقة السعر أو التقنيات أو أساليب الإنتاج.. إلخ، مادامت هذه المعلومات قد وصلت إلى علم العامل بسبب عمله شريطة أن تكون تلك الأسرار مشروعة لا مخالفة للقوانين، ويكون في إفشائها زعزعة بالثقة في صاحب العمل ومؤسسته وإضرار بمصالحه. أما إذا كانت المعلومات

(1) د. محمد علي عمران، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، د. د. ن، القاهرة، 1985، ص. 131.

(2) في حين يرى الدكتور فتحي عبد الصبور في كتابه تحت عنوان: "الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، بدون ناشر، 1985"، أن العلة في حصر الالتزام بعدم إفشاء الأسرار الصناعية والتجارية بمقتضى المادة 685 من القانون المدني المصري إلا أن قانون عقد العمل الفردي الذي كان سارياً وقت صدور التقنين المدني المصري وهو القانون رقم 41 لسنة 1944 أي القانون القديم الملغى، كان يستثني من أحكامه عمال الزراعة، ص. 590.

(3) د. عبد الودود يحي، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1989، ص. 186.

(4) القانون 21 - 29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج. ر. ج. ج، عدد 68 المؤرخة في 25 ديسمبر 1991 المعدل والمتمم لقانون 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل.



شائعة فإن ذكر العامل لها لا يعد إفشاء لأسرار العمل، وأيضاً إذا كشفت هذه المعلومات نتيجة ارتكاب صاحب العمل جريمة، فلا يعتبر العامل قد أفشى سرا إذا أبلغ الجهات المختصة بها⁽¹⁾.

معنى ذلك أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار المهنية ليس مطلقاً في كل الحالات. إذ تقع على نطاق هذا الالتزام بعض الاستثناءات الخاصة ببعض الحالات، منها حالات التفتيش والرقابة والتحقيق. مما يستوجب الأمر على المؤسسات المستخدمة أن توفر كل الإمكانيات التي تسمح للجهات المختصة بالقيام بمهامهم. فعلى العامل أن يقدم كل المعلومات الضرورية التي تطلبها جهات الرقابة والتي تدخل ضمن مهامهم. ولكن يجب على العامل أن يحصل على إذن مسبق من طرف صاحب العمل. وهذا الإذن يعتبر الوسيلة الوحيدة للإثبات، التي تحرر العامل من هذا الالتزام في مثل هذه الحالات⁽²⁾. كما أن هذه الجهة هي الأخرى يقع عليها التزام بالمحافظة على الأسرار التي تطلع عليها أثناء قيامها بعمل التفتيش والرقابة والذي سيأتي الحديث عنه فيما بعد، عند دراسة نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار من حيث الأشخاص. فالعامل لا يحزر من إعطاء المعلومات الخاصة بملفات الخدمة وأوراقها ووثائقها ولا يرفع عنه الالتزام الوارد في الفقرة الثامنة من المادة السابعة من قانون علاقات العمل إلا بموافقة كتابية من السلطة السلمية، أو إذا فرضها القانون الجاري العمل به.

ثانياً: نطاق الالتزام بعدم إفشاء الأسرار:

1/ نطاق هذا الالتزام من حيث الأشخاص:

إن الالتزام بالمحافظة على الأسرار المهنية يقع - وهذا بديهي - على عاتق من يقوم بالعمل وهو العامل. والعامل إن يلتزم بذلك فإنه لا يجوز له أن ينقل هذه الأسرار إلى الغير. ولا يقتصر هذا الالتزام على فئة العمال فقط، بل إن التشريعات القانونية مضطرة بحكم التقدم العلمي المستمر، إلى توسيع دائرة هذا الالتزام إلى كافة الأشخاص أو الجهات التي لها علاقة بقطاع العمل والعمال بحكم عملهم. ومثال عن ذلك مفتشية العمل التي لها حق الرقابة على مدى تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بشروط العمل وبحماية العمال في ممارسة مهامهم من قبل كل مؤسسة مستخدمة. وبالتالي فإن من حق مفتشية العمل والشؤون الاجتماعية، الاطلاع على مختلف المعلومات المتعلقة بعلاقات العمل أو بظروف العمل. الأمر

⁽¹⁾ د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص. 219.

⁽²⁾ راجع في هذا الشأن: أحمية سليمان، المرجع السابق، ص. 174.



الذي دفع بالمشرع إلى وضع التزام المحافظة على الأسرار المهنية على عاتق مفتشية العمل. وهذا مهما كانت طبيعة المعلومات التي تقدم لهم والتي تتطلبها مهمتهم. حيث تنص المادة 19 من قانون مفتشية العمل⁽¹⁾ على أنه: " يتعين على مفتشي العمل تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، أن يتقيدوا بالسر المهني ولو بعد مغادرتهم مصالحهم، فيما يخص كل طرق الصنع أو جمع المعلومات الأخرى المتصلة بتسيير المؤسسات وإدارتها الخاضعة لرقابتهم، والتي يكونون قد اطلعوا عليها أثناء ممارستهم لوظائفهم". كما قضت المادة 18 من نفس القانون على إلزام مفتشي العمل بالمحافظة على الأسرار سواء تلك المتعلقة بملفات العمال أم المعلومات المرتبطة بتسيير العمل داخل المؤسسة أم تلك المتعلقة بالمنازعات التي ترفع إليهم نتيجة الخلاف الذي ينشأ بين العامل والمستخدم.

وتظهر أهمية الالتزام بالمحافظة على السر المهني عندما يقع على فئة العمال، لأن هذه الأخيرة لها علاقة مباشرة بقطاع العمل والعمال. وفي هذا الإطار نتساءل هل يجوز للعامل أن يستفيد من هذه الأسرار لمصلحته؟

إن التزام العامل بالاحتفاظ بأسرار العمل لا يحول دون استخدام هذه الأسرار التي اكتشفت أثناء العمل لمصلحته بعد انقضاء العقد. فالالتزام بالسرية طبقاً للنصوص القانونية إنما يقتصر فقط على عدم إفشاء هذه الأسرار للغير⁽²⁾. لذلك يرى البعض أنه يجب وضع تحفظين على ذلك يتمثلان في:

التحفظ الأول: يجب أن تكون استفادة العامل من هذه الأسرار استفادة لمصلحته الخاصة أي في نطاق مشروع يملكه شخصياً⁽³⁾. كأن يستفيد من طريقة الإنتاج التي اطلع عليها بحكم عمله. ومن ثم لا تتحقق الاستفادة تلك إذا قام العامل بتقديم هذه الأسرار لصاحب عمل آخر لقاء مقابل. إن الأمر في هذه الصورة يعد من قبيل المنافسة من جانب العامل لصاحب

⁽¹⁾ القانون رقم 90-03، المؤرخ في 6 فيفري 1990 المتعلق بمفتشية العمل، ج. ر. ج. عدد 6 المؤرخة في 07/02/1990، ص. 240.

⁽²⁾ أنظر: يسي محمد يحي، المرجع السابق، ص. 169.

⁽³⁾ ويجب عدم الخلط بين المعلومات السرية التي يطلع عليها العامل والمتعلقة بخصوصيات المؤسسة المستخدمة والخبرة التي يكتسبها بمناسبة ممارسته لعمله، فيحق للعامل أن يستغل خبرته سواء لحسابه أو لحساب غيره بعد ترك العمل.



العمل الأول وهذا محظور عليه أثناء سريان عقد العمل، وحتى بعد انتهاء عقد العمل إذ غالباً ما يضمن عقد العمل شرطاً يلزم العامل بعدم المنافسة⁽¹⁾.

التحفظ الثاني: لكي يستفيد العامل من أسرار العمل فإنه يشترط ألا تكون هذه الأسرار تتضمن اختراعاً أو اكتشافاً مسجلاً باسم صاحب العمل. حيث يكون لهذا الأخير لوحده الحق في استغلال كل ما يستتبعه من اختراعات. ويشترط أن يكون استنباط الاختراع قد تم أثناء العمل وأن تكون طبيعة الأعمال التي عهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الإبداع. كما يكون الاختراع من حق صاحب العمل إذا كان هذا الأخير اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يتوصل إليه العامل من اختراعات⁽²⁾. يفهم مما تقدم في هذه النقطة أن التزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل يقتصر فقط على عدم جواز نقلها إلى الغير دون أن يحظر عليه الاستفادة من هذه الأسرار لمصلحته الشخصية.

نستنتج من خلال ذلك أن الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل قاصر فقط على عدم إفشاء هذه الأسرار إلى الغير وبالتالي لا يمكن منع العامل من استخدامها لنفسه ولحسابه الخاص بعد انقضاء عقد العمل. يترتب على ذلك أن العامل لا يعتبر مخلاً بالتزامه لو استخدم تلك الأسرار لمصلحته الشخصية بعد انقضاء العقد⁽³⁾.

لهذا فإن الالتزام بالاحتفاظ بأسرار العمل لا يوفر حماية فعالة لصاحب العمل، حيث يمكن للعامل أن يستغل أسرار العمل في عمل يتولاه لحسابه الخاص بعد انقضاء العقد، باستثناء السر المتعلق بالاختراعات التي سجلت براءتها باسم صاحب العمل. فانهضار التزام العامل بالحفاظ على السري في نطاق الاحتفاظ به والكتمان بعدم إفشائه للغير، دون أن يمتد ذلك إلى منعه من الاستفادة به بعد انقضاء العقد، في عمل يقوم به لحسابه، يشكل منافسة خطيرة لصاحب العمل، ذلك أن إطلاع العامل على السر لضرورات العمل تم بقصد استخدامه لمصلحة صاحب العمل وحده.

(1) د. طلبة وهبة خطاب، الوسيط في شرح قانون العمل، الجزء الأول، عقد العمل الفردي، بدون ناشر وبدون مكان النشر، 1990/1989، ص. 450.

(2) تحيل تفاصيل هذا الموضوع إلى المطلب الثالث من هذا المبحث.

(3) راجع في ذلك د. شواخ محمد أحمد، المرجع السابق، ص 325 ود. أحمد حسن البرعي، الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء الثاني، شرح عقد العمل وفقاً لأحكام القانون 12 لسنة 2003، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص. 603.

2/ النطاق الزمني لالتزام العامل بالمحافظة على الأسرار:

إن التزام العامل بالمحافظة على الأسرار وعدم إفشائها إلى الغير مرهون بالطبع ببقاء تلك المعلومات التي وصلت إلى علمه لها صفة السرية⁽¹⁾. فإذا رفعت صفة السرية عنها وانتشرت بين الناس، فإن العامل لا يصبح ملزماً بعدم إفشائها⁽²⁾.

ولا يقتصر التزام العامل بعدم إفشاء الأسرار على المدة التي يستغرقها عقد العمل، بل يستمر سارياً حتى بعد انقضاء عقد العمل. ذلك أن الضرر يعود على صاحب العمل من إشاعة العامل للأسرار التي اطلع عليها بسبب العمل. سواء كان إفشاؤها أثناء سريان العقد أم بعد انتهاء علاقة العمل. حيث يكون صاحب العمل مهدداً بخطر إفشاء أسرار عمله، بصورة أخطر، إذا كان انتهاء العقد قد حدث عقب خلاف بينه وبين العامل الذي بادر إلى إفشاء أسرار العمل قصد الانتقام منه. بل قد يتحایل العامل لإنهاء عقد العمل، بعد إطلاعه على أسرار ذات أهمية بالغة، ليستفيد من إفشائها إلى الغير على فائدة أو على مقابل. الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تفادي مثل هذا الخطر عندما نص في قانون العمل المقارن على التزام العامل بالاحتفاظ بأسرار العمل حتى بعد انقضاء العقد⁽³⁾. حيث قضت المادة 56/ط من قانون العمل المصري الجديد رقم 12 لسنة 2003 على العامل: "أن يحافظ على أسرار العمل، فلا يفشي المعلومات المتعلقة بالعمل متى كانت سرية بطبيعتها أو وفقاً للتعليمات الكتابية الصادرة من صاحب العمل."⁽⁴⁾

ولقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 685 من القانون المدني المصري بقولها: "يجب على العامل أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد".

كما تنص المادة 651/د من القانون المدني السوري على أنه: "يجب على العامل أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد".

(1) د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص. 183.

(2) د. شواخ محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 324. وأنظر أيضاً د. حسين عبد اللطيف حمران، قانون العمل (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص. 374.

(3) د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص. 603 - 604.

(4) يقابلها نص المادة 58/بمن قانون العمل المصري الملغى.



فيظل التزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل إذن قائماً إلى أن تصبح هذه الأسرار شائعة ومعروفة بين الناس بحكم التقدم العلمي والتطور المستمر. ولا يعتبر هذا الالتزام نافذا أثناء عقد العمل فقط، بل يجب على العامل حتى بعد انقضاء عقد العمل المحافظة على ما توصل إلى معرفته من أسرار أثناء سريان عقد العمل⁽¹⁾. صحيح أن قانون العمل الجزائري جاء خالياً من أي نص على هذا الحكم أي النطاق الزمني، إلا أن العادة جرت على إلزام العامل أن يظل محتفظاً بأسرار العمل بعد انقضاء عمله. وإذا قلنا بغير ذلك⁽²⁾، معنى أن العامل يستطيع أن يقدم هذه الأسرار بعد انتهاء العقد لصاحب عمل آخر وهذا ما يتعارض مع التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل.

إلا أن المشرع الجزائري قد نص في القوانين النموذجية لبعض قطاعات النشاط على تمديد مفعول هذا الالتزام بالنسبة لبعض الفئات العمالية إلى فترة ما بعد انتهاء علاقة العمل، نظراً لقيمة المعلومات والأسرار التي قد يحتفظ بها العامل⁽³⁾. كأن تتعلق هذه الأسرار بميدان الأمن أو العدالة وخاصة مجال الطب، أو حتى فيما يخص أساليب صنع بعض المنتجات الصناعية أو المعلومات التقنية التي تكتسبها التكنولوجيات الحديثة. وأكثر من ذلك فإن بعض هذه القوانين تحظر على العمال الاستعمال أو الاستفادة من بعض المعلومات التي حصلوا عليها أثناء العمل بعد انتهاء علاقة العمل لمصلحتهم الشخصية خاصة في حالة إنشاء مشاريع اقتصادية.

واشترط استمرار التزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل حتى بعد انتهاء عقد العمل لا يعني بالضرورة أنه التزام يبقى إلى الأبد وإنما يظل قائماً إلى أن تصبح هذه الأسرار شائعة ومعروفة بين الناس بحكم التقدم العلمي والتطور المستمر. وبالتالي فإن استمرار هذا الالتزام مناطه استمرار سرية المعلومات المهنية المتعلقة بالعمل. وبعبارة أخرى فالمدى الزمني لالتزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل يتحدد نطاقه من بعد تنفيذ العقد، إلى أن تصبح هذه الأسرار شائعة بين الناس⁽⁴⁾. وبالتالي فإن التزام العامل بالمحافظة على الأسرار المهنية المتعلقة بالعمل بعد انتهاء العقد لا يبقى إلى الأبد، وإنما قد يطول أو قد يقصر مداه على حسب الأحوال.

(1) أنظر د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص. 451، ود. محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص. 452.

(2) والقول بغير ذلك أيضاً، يقصر النطاق الزمني لهذا الإلتزام على مدة سريان العقد، كما يسهل التحايل على هذا الخطر عن طريق إقدام العامل على سرعة إنهاء العقد أو فسخه لكي يستعمل الأسرار التي توصل إليها بحكم عمله ببيعها إلى منافس لصاحب العمل مثلاً.

(3) أحمية سليمان، المرجع السابق، ص. 174.

(4) د. عبد العزيز المرسي، شرح قانون العمل، د. د. ن، د. م. ن، 1992، ص. 331.



وإذا أخل العامل بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار أثناء سريان عقد العمل يكون العامل بذلك قد ارتكب خطأ جسيما، يحق لصاحب العمل أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. وذلك بتوقيع الجزاء التأديبي على العامل والمتمثل في فصله من الخدمة طبقا للمادة 73 من قانون علاقات العمل رقم 11/90 المتممة والمعدلة⁽¹⁾ والتي تنص على أنه يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة وقد حددت حالات الخطأ الجسيم على سبيل المثال، ومن بين هذه الحالات نذكر ما جاء في فقرتها الثانية حالة ما: " إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيات وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها وأجازها القانون".

كما يستطيع صاحب العمل أن يتابع العامل جنائيا وفقا لحكم المادة 302 من قانون العقوبات⁽²⁾ التي تنص على أن: "كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولا له ذلك، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20000. إلى 100000. د. ج.

وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000. إلى 100000. د. ج.

ويجب الحكم بالحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرتين السابقتين إذا تعلق الأسرار بصناعة أسلحة أو ذخائر حربية مملوكة للدولة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".

أما إذا كان الإخلال بهذا الالتزام بعد انقضاء العقد، كان ذلك الإخلال موجبا لمساءلة العامل عن التعويض عما يلحق صاحب العمل من أضرار بسبب إفشاء العامل أسرار العمل التي علم بها أثناء عمله وبسببه.

وهكذا يتضح لنا أن الالتزام بالسر المهني، يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على العامل مهما كان مستواه المهني أو الوظيفي. لأن هذا الالتزام يتفرع عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. وعلّة اشتراط ذلك يرجع إلى أنه لو أبيع للعامل إفشاء هذه الأسرار إلى الغير لتمكن من منافسة

(1) المتمم والمعدل بموجب قانون رقم 91- 29، المرجع السابق، ص. 2654.

(2) الأمر رقم 66- 156، المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. عدد 50 الصادرة في 08/06/1966.



صاحب العمل، الأمر الذي يؤدي إلى الإساءة إليه نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها المعلومات المهنية الخاصة بالمؤسسة ما دامت لها صفة السرية. فرغم أن انتهاك أسرار العمل يتحقق سواء بإفشائها إلى الغير، أم بالاستفادة بها لحسابه الخاص، باعتبار أن إطلاع العامل عليها كان بهدف استخدامها لمصلحة المؤسسة فقط. وأن هذا الالتزام لا يقتصر على مدة العقد بل يمتد حتى بعد انتهاء العقد، لأن صاحب العمل يكون مهدها أكثر إذا انتهى عقد العمل بسبب فسخ العقد أو تسريح العامل، إذ قد يسارع هذا الأخير في إفشاء هذه الأسرار إضرارا بصاحب العمل. لذلك فإن الالتزام بالاحتفاظ بأسرار العمل لا يوفر حماية فعالة لصاحب العمل، إذ يحق للعامل بعد ترك العمل أن يستعمل خبرته التي اكتسبها لحسابه أو لحساب غيره، مما يمكنه في بعض الحالات من منافسة صاحب العمل منافسة خطيرة. لذلك يلجأ أصحاب العمل غالبا إلى تضمين عقود العمل شرطا يقضي بعدم ممارسة العامل لنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل بعد انقضاء العقد. فما مدى مشروعية هذا الالتزام؟ هذا ما سنبحثه في المطلب القادم.

المطلب الثاني: ممارسة العامل لنفس نشاط صاحب العمل:

إن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل يتقرر بعد انتهاء العقد ولا يشمل مدة سريان العقد. لأن التزام العامل بذلك، أثناء سريان عقد العمل، لا يحتاج إلى النص عليه في القانون، لأنه يعد تطبيقا مباشرا لالتزام العامل بالتفرغ لعمله وأداء العمل المتفق عليه أثناء ساعات العمل المحددة طبقا للعقد. كما يرجع ذلك أيضا إلى التزام العامل بتخصيص كل جهده ووقته للمؤسسة التي يعمل بها⁽¹⁾. ورغم أن العامل، كأصل، له الحق في أن يحتفظ بحريته في استغلال الوقت الذي لا يكون فيه في خدمة صاحب العمل، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع العامل من انتهاز الفترة التي يعمل فيها لأداء عمل آخر يرتزق منه، ويحقق لنفسه دخلا إضافيا. فإذا اشتغل لحساب نفسه أو لحساب صاحب عمل آخر أثناء فترات الراحة، فلا يجوز له أن يمارس نشاطا منافسا يؤدي إلى الإضرار بصاحب العمل وبمصلحة المؤسسة، لأن ذلك يتعارض مع التزام العامل بالمحافظة على أسرار العمل، كما هو أيضا يتعارض مع مبدأ حسن النية الذي يفرضه العقد على طرفيه⁽²⁾.

إن التزام العامل بعدم ممارسة نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل بعد انتهاء العقد، مرتبط ارتباطا وثيقا بالتزامه بالمحافظة على أسرار العمل التي اطلع عليها بحكم عمله. فإذا تمكن العامل من معرفة عملاء المؤسسة أو اطلع على طريقة الإنتاج والمواد المستخدمة فيه والمعلومات

⁽¹⁾ أنظر د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص 262.

⁽²⁾ د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 61.



الخاصة بالمؤسسة، قد يشجعه على إنهاء عقده مع صاحب العمل، بغية الاستفادة بما اطلع عليه من أسرار في نشاط مستقل يقوم به منافسا لصاحب العمل أو بالعمل لدى مؤسسة منافسة. لذلك يخشى صاحب العمل من منافسة العامل له بعد انقضاء العقد مما ينشئ له مصلحة جديدة ومشروعة لإضافة شرط إلى عقد العمل، يمنع العامل من القيام بنشاط مماثل لنشاطه بعد انتهاء عقده، يستفيد فيه بما سبق وأن اطلع عليه من أسرار صاحب العمل.

وستتضح ماهية الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة من خلال دراسة مضمونه ونطاقه ومدى اعتباره قييدا على الحرية التعاقدية للعامل وذلك في نقطتين على النحو التالي:

أولاً: مضمون ونطاق الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة:

لا يعتبر الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة، في الواقع، سوى تطبيق للقواعد العامة التي توجب تنفيذ العقد بحسن النية⁽¹⁾. ولكنه يحدث في كثير من الأحيان ألا يكتفي صاحب العمل بهذا الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق العامل، فيلجأ إلى طريقة أخرى أكثر فاعلية تضمن له حماية أكبر. ذلك أن تسرب أسرار العمل إلى الغير وبصفة خاصة إلى المنافسين من شأنه الإضرار بمصالحه. حيث تؤدي المنافسة فعلا إلى إلحاق أضرار بمصالح صاحب العمل يستوجب الأمر منعها. وتظهر منافسة العامل لصاحب العمل في إحدى صورتين:

الصورة الأولى: قيام العامل بنفس العمل لحساب صاحب عمل آخر منافس للمؤسسة المستخدمة. ومثال عن ذلك، العامل الذي يقيم علاقات وثيقة مع مؤسسة منافسة بعد انتهاء عقد عمله وبدون موافقة صاحب العمل.

الصورة الثانية: تتمثل في قيام العامل بعد انتهاء العقد بمنافسة صاحب العمل عن طريق ممارسة عمل لحسابه الخاص⁽²⁾. ومثال على ذلك، العامل الذي ينشئ مؤسسة منافسة بعد انتهاء عقد عمله.

ولقد أدى التوسع في تفسير وتطبيق التزام المحافظة على الأسرار وتشدد أصحاب العمل في الشروط التي تضمن لهم حماية مصالحهم، إلى إلزام العمال بعدم العمل في مؤسسات تمارس نفس النشاط المهني أو الصناعي، لتحول دون نقل الأسرار والمعلومات ومؤهلاتهم إلى مثل هذه

(1) انظر في ذلك: د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص. 132.

(2) لمزيد من الأمثلة حول هذه النقطة، راجع د. محمود محمد سالم، عقد العمل، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص. 230.



المؤسسات المنافسة لهم. ولتحقيق ذلك لجأ أصحاب العمل إلى طريقة سهلة وأكثر فاعلية للوصول إلى ما يريدونه، تتمثل فيما يسمى بشرط الاتفاق بعدم المنافسة أو الامتناع عن أداء عمل مماثل من شأنه منافسة المؤسسة المستخدمة، متجاهلين في ذلك أهم الحقوق التي أقرتها القوانين الأولى في مجال العمل والمتمثلة في مبدأ حرية العمل بالنسبة للعمال ومبدأ حرية الصناعة والتجارة بالنسبة لأصحاب العمل⁽¹⁾.

فإذا انتهى عقد العمل، استرد العامل كامل حريته، في أن يرتبط بالعمل، إما لحسابه أو لحساب صاحب عمل آخر. وليس هناك ما يمنع قانوناً، أن يقوم العامل بأداء نفس النشاط الذي كان يمارسه صاحب العمل، أو أن يعمل لدى صاحب عمل آخر، يمارس نشاطه في نفس المجال، طالما لم يرتكب العامل خطأ يسأل عنه قانوناً. ولأن العامل لا تربطه بصاحب العمل رابطة ما ولأن الدستور يكفل حرية العمل.

غير أن العامل، بحكم عمله، قد يستفيد من الأسرار التي اطلع عليها أثناء عمله، إما باستغلالها لصالحه الشخصي، منافساً لصاحب العمل في مجال النشاط الذي يباشره، أو أن يستخدمها لصالح صاحب عمل آخر، الذي التحق بخدمته. لذلك لا بد أن تقتيد حرية العامل في القيام بأي عمل يمكن أن ينافس به صاحب العمل بما تفرضه بعض القواعد الخاصة بحماية الأسرار الصناعية والتجارية⁽²⁾.

وأمام هذا الخطر، كان على المشرع أن يضع القواعد المنظمة لعلاقة صاحب العمل بالعامل بعد انتهاء العقد، بما يحفظ للعامل حريته في العمل، ويضمن في نفس الوقت مصالح صاحب العمل من المنافسة غير المشروعة.

ولقد نصت المادة 1/685 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو الاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، أو أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته".

كما قضت المادة 818 من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على أن لا يجوز للعامل أن ينافس صاحب العمل أو يشترك في عمل ينافسه بعد انتهاء العقد".

⁽¹⁾ وهما المبدآن اللذان نتجا عن الثورة الفرنسية سنة 1789، أنظر في ذلك: أحمية سليمان، المرجع السابق، ص. 175.

⁽²⁾ أنظر في هذا المعنى د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 63 ود. محمود محمد سالم، المرجع السابق، ص. 230.



وتنص المادة 1/406 من قانون المعاملات السوداني على أنه: "إذا قام العامل بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل أن ينافس المستخدم أو يشترك في عمل ينافسه بعد إنهاء العقد".

يتضح من ظاهر النصوص القانونية السابقة أن الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة يتقرر بالنسبة للعمال الذين يتمكنون من الاطلاع على أسرار المؤسسة بحكم عملهم. فهذا العمل هو الذي يخشى عليه من المنافسة، كما لو كان العامل ممن له اتصال بالعملاء أو بمصادر المواد أو السلع التي يتعامل فيها صاحب العمل. ويترتب على ما سبق، أنه إذا كان العمل الذي يباشره العامل لا يمكنه من الاطلاع على أسرار صاحب العمل ولا على الاتصال بعملاء المؤسسة، فإن العامل في هذه الحالة يعد بمنزلة الأجنبي في منافسة صاحب العمل. معنى ذلك أنه يجوز له المنافسة ومن ثم تعد مصلحة صاحب العمل غير جدية وغير مشروعة، وبالتالي يبطل شرط عدم المنافسة. ومن الأعمال التي لا تسمح للعامل بالاطلاع على أسرار صاحب العمل أو معرفة عملائه، إذا كان العمل المكلف به العامل هو تنظيف أرضية مصنع من المصانع أو كان عمله يقتصر على حراسة البضائع المودعة في مخزن المؤسسة أو كان العامل مجرد سائق للمؤسسة تقتصر مهامه فقط على نقل بضائعها إلى مكان تخزينها... إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تسمح للعامل بالاطلاع على الأسرار الصناعية والتجارية للمؤسسة ولا بمعرفة عملائها، فإذا ورد شرط بالعقد في هذه الحالة عد الشرط باطلا⁽¹⁾.

كما نستنتج أيضا من خلال تلك المواد المذكورة أعلاه، أن هذا الالتزام يقع بعد انتهاء العقد ولم يشمل فترة سريان العقد. لأن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء سريان العقد لا يحتاج إلى النص عليه في القانون، حيث يعد ذلك تطبيقا مباشرا لالتزام العامل بالتفرغ لعمله وعدم قيامه بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بصاحب العمل وبمصالحه. وهو ما يتعارض مع التزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل، كما هو أيضا متعارض مع مبدأ حسن النية الذي يفرضه العقد على طرفيه⁽²⁾.

أما التشريع الجزائري فقد تطرق إلى هذا الموضوع في قانون علاقات العمل الجزائري لسنة 1990 وذلك في الفقرة السابعة من المادة 07، حيث تخضع العمال للواجب بعدم المنافسة بقولها:

(1) د. حسن كير، أصول قانون العمل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص. 322.

(2) أنظر د. محمود محمد سالم، المرجع السابق، ص. 231 ود. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 262.



"أن لا تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة أو زبونة أو مقاوله من الباطن إلا إذا كان هناك اتفاق مع المستخدم، وأن لا تنافسه في مجال نشاطه".

يفهم من خلال هذا النص أنه محظور على العامل أن يمارس نشاطا مستقلا يقوم به منافسا لصاحب العمل أو بالعمل لدى مؤسسة منافسة بعد تزويدها بالأسرار المهنية والمعلومات التي تتطلبها النشاطات المشابهة لنشاط المؤسسة المستخدمة. فصاحب العمل له الحق الاحتجاج بالالتزام بعدم المنافسة ويثبت عدم مشروعية تصرف العامل الذي أدى إلى المساس بالمصلحة الجدية لصاحب العمل بما يمثله من اعتداء خطير على المصالح المشروعة للمؤسسة⁽¹⁾.

إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى فترة سريان التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، مما يعني أن هذا الالتزام يمتد إلى ما بعد انتهاء عقد العمل إن لم نقل بأن نية المشرع اتجهت إلى وضع هذا الحظر القانوني على عاتق العامل بعد انتهاء العقد. لأن شرط عدم المنافسة شرع كأصل لأجل حماية صاحب العمل من استغلال العامل للأسرار التي اطلع عليها بحكم عمله بعد انتهاء علاقة العمل مع المؤسسة المستخدمة. أي يهدف الالتزام إلى حظر العامل من إنشاء مشروع منافس ومنعه من الالتحاق بأصحاب أعمال آخرين في ذات عمله السابق. ذلك أن الخطورة تظهر بصفة كبيرة بعد انتهاء عقد العمل. لأنه لو اقتصر التزام العامل بعدم المنافسة على مدة سريان العقد فقط لا تسارع العمال في غالب الأحيان، بمجرد اطلاعهم على أسرار الصناعة لدى صاحب العمل، بترك عملهم في أول فرصة تتاح لهم لكي يعملوا بصفة مستقلة لحسابهم الخاص أو الالتحاق للعمل لدى صاحب عمل آخر منافس يحرضهم على ترك عملهم الأول ويغريهم بزيادة الأجر⁽²⁾. فالقول بعدم امتداد نطاق عدم المنافسة إلى ما بعد انقضاء العقد، يكون ميسورا على العامل تحررا من هذا الالتزام، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بغية منافسة صاحب العمل في نشاطه المهني. فبالرغم من أن العامل لا تربطه من الناحية القانونية أية رابطة بصاحب العمل، الأمر الذي يسمح له بإنشاء نشاط منافس لصاحب العمل أو الالتحاق بصاحب عمل آخر كعامل أو شريك في ذات عمله السابق، ذلك أن المادة 52 من الدستور الجزائري تكفل حرية العمل⁽³⁾. إلا أن مثل هذا الحكم يكون خطرا على مصالح أصحاب الأعمال خصوصا إذا كان عمل العامل قد سمح له بالاطلاع على أسرارهم. فلا شك

⁽¹⁾ راجع في هذا الشأن: د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 290.

⁽²⁾ لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة راجع في هذا الموضوع: د. عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص. 335.

⁽³⁾ الدستور الجزائري لسنة 1989، السالف الذكر.



أن ذلك يهدد مصلحة المؤسسة وتتفاقم خطورة هذه المنافسة بعد انتهاء العقد، خصوصا إذا كان العامل مديرا أو إطارا فنيا.

لذلك فقد أجازت بعض القوانين الاجتماعية العمالية لصاحب العمل، كما رأينا أعلاه، الاتفاق مع العامل على ألا ينافسه بعد انتهاء عقد العمل. أما بالنسبة لتطبيقات هذا الالتزام في القانون الجزائري بصفة عامة، فإنه لا يوجد أي نص قانوني أو تنظيمي يحكم هذه الحالة. فبالنسبة للقوانين السارية المفعول، نجد الفقرة السابعة من المادة 7 من قانون علاقات العمل لسنة 1990، المشار إليها آنفا، هي الوحيدة التي تقضي بعدم شرعية المنافسة المباشرة من طرف العامل. لكن هذه المادة جاءت بحكم عام من حيث فترة سريان الالتزام بعدم المنافسة دون تحديد. أما بالنسبة للقوانين السابقة والمغاة، فإن أحكامها هي الأخرى كانت تنظم هذا الالتزام في المدة التي تكون علاقة العمل قائمة. حيث كانت المادة 98 في فقرتها الثانية من القانون الأساسي العام للعامل رقم 12/78، تنص على أنه: "وفضلا عن أحكام الفقرة الأولى أعلاه، لا يمكن لعامل في القطاع الاشتراكي أن يشتغل لدى مؤسسة خاصة إلا بعد موافقة المؤسسة الخاصة التي تستخدمه".

لذلك يرى جانب من الفقه الجزائري بأن أحكام المادة 7/7 من قانون علاقات العمل الجزائري لم تتعرض إلى واجب الاتفاق بعدم المنافسة بعد انتهاء عقد العمل وإنما قضت بعدم شرعية المنافسة المباشرة أثناء قيام علاقة العمل. وهو نص لا يتعارض - حسب رأي الأستاذ أحمية سليمان⁽¹⁾ - مع حرية العمل بل إنه لا يمسه على الإطلاق. إذ إنه يهدف إلى حماية صاحب العمل من المنافسة التي قد يقوم بها الغير نتيجة تزويده بأسرار ومعلومات من قبل العمال الذين لهم مصلحة معه، والعاملين مع صاحب العمل الآخر. كأن يقوم العامل عن طريق زوجه، أو من يمثل مصالحه في الشركة المنافسة بمد هذه الأخيرة ببعض الأسرار الخاصة بصاحب العمل أو التأثير عليه بطرق ووسائل أخرى. حيث كيف مثل تلك التصرفات بأعمال غير مشروعة قانونيا وأخلاقيا تدخل في إطار الإثراء بلا سبب أو استغلال النفوذ أو خيانة الأمانة. كما يضيف الأستاذ أحمية سليمان بأنه لا يجوز لصاحب العمل إدراج شرط بعدم المنافسة في بنود عقد العمل إذا لم يوجد أي نص قانوني أو تنظيمي يسمح له بذلك. وإذا قيد صاحب العمل العامل بهذا الالتزام بشرط في عقد العمل، يعتبر ذلك الشرط باطلا وعديم الأثر لأنه يسيء إلى العامل باستتقاصه من حقوقه، وهذا مخالف لأحكام المادة 137 من قانون

⁽¹⁾ أنظر د. أحمية سليمان، ص. 177.176.



علاقات العمل رقم 11/90 التي تنص على أنه: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية". كما أنه بعد انقضاء العقد، فإن العامل لا تربطه بصاحب العمل أي رابطة، هذا ما يستفاد من المادة 122 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

أما بالنسبة للأستاذ راشد راشد فإنه يؤكد هو الآخر على أن شرط عدم المنافسة يقع على العامل كالتزام أثناء سريان عقد العمل ولا يمكن أن يمتد ذلك - في أي حال من الأحوال - إلى ما بعد انقضاء العقد. مدعما موقفه هذا بالحكم المنظم للالتزام بالمحافظة على الأسرار المهنية. حيث إنه لا يوجد حكم يخص هذا الواجب بعد انتهاء علاقة العمل. وبما أنه لم تتطرق النصوص التشريعية أو التنظيمية إلى ما يسمح لصاحب العمل بإدراج شرط عدم المنافسة بعد انتهاء العقد، فإنه لا يجوز له النص على هذا الشرط في عقد العمل بشكل يمنع العامل بعد إنهاء العقد من إنشاء مشروع منافس لصاحب العمل أو منعه من الالتحاق بصاحب عمل آخر في ذات عمله السابق⁽¹⁾.

وبخلاف ما ذهب إليه الأستاذان السالف ذكرهما، فإنني أرى بأنه لا بد أن نأخذ بعين الاعتبار في هذا الموضوع ما يحيط به من اعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية في بعض الأحيان. لكون شرط عدم المنافسة ذات طبيعة استثنائية، حيث يخالف مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ حرية العمل، آخذين بعين الاعتبار خصوصية قانون العمل باعتباره من النظام العام الاجتماعي. إذ إن كل ما يتعلق بعلاقة العمل يرتبط ارتباطا وثيقا بالمصلحة العامة للمجتمع. ومن الضروري إذن تحقيق التوازن بين ما يعود من نفع على صاحب العمل من هذا الشرط وبين مصلحة العامل في استرداد حريته وضمان مورد رزقه. ولتحقيق ذلك التوازن فلا يجوز مراعاة الاعتبارات الاجتماعية على حساب الاعتبارات الاقتصادية التي لا غنى عنها في نظام اقتصادي متوازن. فالتضحية بمصلحة المؤسسة ومستوى إنتاجها لصالح العمال سيؤدي حتما إلى فشل دور المشروعات الاقتصادية في الأخذ بسياسة اقتصاديات السوق - تنفيذها لمطالبات مرحلة التحول الاقتصادي - باعتبار أن سوق العمل يتأثر بالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدولة التي يوجد بها.

⁽¹⁾ راجع في هذا المعنى راشد راشد، المرجع السابق، ص. 179.

ونظرا لمرونة شرط عدم المنافسة ومن أجل تحقيق الغاية من إقراره، فإن المنطق يفرض أن يترك للقاضي السلطة التقديرية للنظر في مدى التزام الشرط للقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة، مستهديا في ذلك بظروف المؤسسة والعمال. ومن بين المسائل الأساسية التي تدخل في تقدير شرط عدم المنافسة، حركة التطور في أسلوب الإنتاج، المدة المعقولة لتجدد عنصر العملاء، مدة خدمة العمل لدى صاحب العمل، عدد المناصب الممكنة لتشغيل العامل... إلخ. وعلى ذلك يتحقق القاضي في مراقبته لصحة الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة أنه لا يتجاوز ما تقتضيه المصلحة المشروعة لصاحب العمل وأنه لا يستغرق حرية العامل في العمل أو يهدد مستقبله الاقتصادي بما يتنافى مع العدالة.

وبما أنه لا يوجد من الناحية النظرية والقانونية ما ينظم هذه الحالة بدقة، وباعتبار أن الأصل في الأشياء هو الإباحة، فإنه لا يوجد مانع من إدراج مثل هذا الشرط في عقد العمل. بمعنى أنه يجوز الاتفاق على التزام العامل، بعد انتهاء العقد بعدم منافسة صاحب العمل وعدم القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمؤسسة التي كان يعمل بها حتى لا يعوق التطور الاقتصادي، ذلك أن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد العمل يفرض على العامل عدم الإساءة إلى مصالح المؤسسة حتى بعد انتهاء علاقة العمل. لذلك فشرط عدم المنافسة يكون من حيث المبدأ مشروعاً ولا ينبغي إلغاؤه إذا تقيده في موضوعه بحماية المصالح المشروعة للمؤسسة والإمكانية المتروكة للعامل في إيجاد عمل والإجازة للعامل أن يتقاضى في مقابله تعويضا عما يترتب عليه من أضرار يتناسب مع مدى هذا الالتزام⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أنه حتى التشريع الفرنسي يخلو من تنظيم تشريعي للاتفاق بعدم المنافسة وغالبا ما تتضمن الاتفاقيات الجماعية تنظيما له، وبالتالي يتعين على العقود الفردية احترام ما جاء فيها. بحيث يقع باطلا كل شرط يخالف ما ورد بالعقد الجماعي ما لم يأت العقد الفردي بتنظيم أكثر فائدة للعامل مما ورد بالعقد الجماعي.

ثانيا: الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة قيد على الحرية التعاقدية للعامل:

يتقرر الالتزام بعدم المنافسة سواء بنص في عقد العمل، أم في عقد لاحق، أم تطبيقا للقواعد العامة، إن لم ينص عقد العمل على ذلك الالتزام. حيث إن مضمون العقد لا يقتصر

⁽¹⁾ لأن الإلتزام بعدم المنافسة بعد إنتهاء العقد مقرر لحماية مصالح صاحب العمل بخلاف إلتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء سريان العقد، إذ لا يجوز للعامل أن يتقاضى مقابلا، لأنه في هذه المرحلة يقوم بواجب يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد .



فقط على ما ورد فيه، بل يشمل أيضا كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، هذا ما يستفاد من نص المادة 1/107 و2 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"⁽¹⁾.

فإذا كان مبدأ حسن النية يسود كل العقود، فإنه يطبق بصفة خاصة على عقد العمل، باعتبار أنه يقوم على ثقة صاحب العمل في شخص العامل. حيث يقضي مبدأ حسن النية بإلزام العامل عدم إفشاء أسرار العمل وعدم منافسة صاحب العمل في نشاطه. وحظر انصراف نية العامل إلى إحداث أي ضرر بصاحب العمل، حتى ولو لم يدرك العامل مدى الضرر الذي يسببه لصاحب العمل، أو كان الضرر تافها وقصد به مجرد الوصول إلى هدف معين. وإذا لم يراع العامل هذا الالتزام بعد انتهاء عقد العمل، اعتبر مخلا بالتزاماته، ويكون ذلك الإخلال غير مشروع لما يمثله من أضرار بمصلحة المؤسسة.

وترتبا على ذلك، فيجب أن يكون اتفاق عدم المنافسة بالشروط والأوضاع التي تتناسب مع الغرض المراد تحقيقه من ذلك الشرط، ألا وهو ضرورة حماية المصلحة الجدية لصاحب العمل التي تبرر الحد من حرية العمل والتجارة. حيث إنه إذا انتقت مصلحة صاحب العمل المشروعة، كان من حق العامل أن يطلب بطلان شرط عدم المنافسة، تأسيسا على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. لأن اشتراط عدم المنافسة، في مثل هذه الحالة، لا يقصد به إلا الإضرار بالعامل⁽²⁾. معنى ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على تقييد حرية العامل فيما لا تقتضيه أو فيما يجاوز مصلحة صاحب العمل.

وعلى الرغم من أن شرط عدم المنافسة يجد مصدره في الاتفاق بين العامل وصاحب العمل الذي يقرر هذا الالتزام ويحدد مضمونه، إلا أنه يمثل قييدا على مبدأ حرية العمل. مما يجعله استثناء على الأصل العام الذي يقتضي حق العامل في العمل وممارسة أي مهنة وفق اختياره بعد انتهاء عقد العمل. حيث أصبحت حرية العمل، من أهم الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في العصر الحديث، والتي بموجبها يكون لكل شخص الحق في أن يختار من الأعمال ما يناسبه. فله حرية العمل وحرية اختيار العمل الذي يقوم به، وله كذلك حرية اختيار صاحب

⁽¹⁾ تقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1/128 من القانون المدني المصري .

⁽²⁾ أنظر د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 611 .



العمل الذي يعمل لديه. كما أن لصاحب العمل الحرية في أن يختار العامل الذي يعمل لديه، أو يعمل في مؤسسته⁽¹⁾.

وبما أن الاتفاق بين صاحب العمل والعامل يمنع هذا الأخير من أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته بعد انتهاء العقد، كأن يعمل لدى صاحب عمل آخر يقوم بمنافسة صاحب العمل الأول، مستعملا لما سبق وأن اطلع عليه من أسرار العمل⁽²⁾. فهذا الاتفاق وإن حقق مصلحة صاحب العمل، إلا أنه يمثل قييدا خطيرا على حرية العامل في ممارسة ما شاء من نشاط بعد انتهاء عقده. ذلك أن الأصل يقتضي إذا انتهى عقد العمل، استرد العامل كامل حريته، في أن يرتبط بالعمل، إما لحسابه أو لحساب صاحب عمل آخر. سواء كان النشاط مماثلا لنشاط صاحب العمل الأول أي في نفس المجال أم أن يعمل في نشاط مغاير تماما لا علاقة له بالعمل الذي كان يؤديه سابقا، تلك هي حرية العمل المكفولة قانونا للعامل⁽³⁾.

إلا أن شرط عدم المنافسة يبدو مقيدا لحرية العمل وحرية التجارة، كما أنه يهدد العامل في مورد رزقه على المستوى الفردي والعائلي، باعتبار أن العامل لا يتقن في غالب الأحيان إلا المهنة التي استخدمه من أجلها صاحب العمل. الأمر الذي يجعل هذا الشرط بعدم القيام بنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل وسيلة لقطع مورد رزقه. كما يعتبر وسيلة ضغط على العامل الذي يرغب في ترك عمله للاستقلال بنشاط خاص به أو العمل في ذات المهنة لدى صاحب عمل آخر، للبقاء في خدمة صاحب العمل الأول.

ومثل هذا الوضع يؤدي إلى الاعتداء على الحرية الشخصية للعامل وإلى مخالفة مبدأ عدم جواز تأييد العقود وإجبار على العمل⁽⁴⁾. غير أن مبدأ حرية العمل لم يبق مطلقا من كل قيد، بل تدخل المشرع في معظم دول العالم وفرض قيودا على إرادة العامل وأخرى على إرادة صاحب العمل. فلا بد من مراعاتها عند إبرام عقد العمل، حيث يفرض المشرع بعض الالتزامات الجوهرية على العامل ويرتب على مخالفاتها جزاءات تأديبية وأخرى مدنية. ومن بين هذه

(1) راجع في هذا المعنى د. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص 146 و147.

(2) د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 288 ود. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 217.

(3) أنظر د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 604.

(4) حيث تتنافى حرية العامل - وهي من أهم الحقوق الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني في العصر الحديث - مع الإلتزام مدى الحياة. لمزيد من التفاصيل راجع د. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موقف للنشر، الجزائر، 2008، ص 362.



الالتزامات التي تقع على العامل، المحافظة على أسرار العمل، أي عدم إفشائها، والالتزام بعدم ممارسة نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل بعد انتهاء العقد. وهذه الالتزامات التي لا تعدو أن تكون تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، قررتها الفقرة 8 من المادة 7 من قانون العمل الجزائري رقم 90-11 على أنه يجب على العمال: "أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيات وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية." والفقرة السابعة من نفس المادة بقولها: "أن لا تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة أو زبونة أو مقابلة من الباطن إلا إذا كان هناك اتفاق مع المستخدم، وأن لا تنافسه في مجال نشاطه".

كما نص القانون المدني المصري على هذه الالتزامات في المادة 1/685 على أنه: "إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو الاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن يناقض رب العمل، أو أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته.".

كما قضت المادة 818 من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على أن لا يجوز للعامل أن يناقض صاحب العمل أو يشترك في عمل ينافسه بعد انتهاء العقد".

وتنص المادة 1/406 من قانون المعاملات السوداني على أنه: "إذا قام العامل بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل أن يناقض المستخدم أو يشترك في عمل ينافسه بعد إنهاء العقد".

وعلى الرغم من أن الأصل هو حرية العامل في العمل بعد انتهاء العقد، وأن ما يرد عليها من قيد يمثل خطورة على مستقبل العامل في ممارسة ما شاء من نشاط، إلا أن العامل، بحكم عمله، يتمكن من الاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء صاحب العمل مما قد يدفعه إلى إنهاء عقده مع صاحب العمل بغية الاستفادة بما اطلع عليه من أسرار، في نشاط مماثل يقوم به منافسا لنشاط صاحب العمل. ولما كان اطلاع العامل على الأسرار التي اطلع عليها بحكم عمله يتضمن في حد ذاته منافسة خطيرة لصاحب العمل، فلو سمح القانون للعامل بأن يفشي هذه الأسرار إلى الغير أو استعمالها لحسابه الخاص، لأمكن من منافسة صاحب العمل. الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بمؤسسته وبمصالحه المشروعة. ولما يشكل هذا الوضع من خطر على أصحاب العمل، أجاز



المشروع في معظم الدول، لصاحب العمل، أن يضمن عقد العمل، شرطا بموجبه، يتمتع على العامل، بعد انتهاء عقد العمل، منافسة صاحب العمل⁽¹⁾.

ونظرا لعدم اهتمام القوانين والنظم في السابق بالالتزام الذي يقع على عاتق العامل في إطار علاقة العمل، خصوصا فيما يتعلق بالالتزام بعدم منافسة صاحب العمل، الذي يعتبر قييدا ثقيلًا على حرية العامل في العمل وفي استعمال مؤهلاته في الحياة المهنية، فقد بالغ أصحاب الأعمال في فرض هذه الشروط، مما أدى إلى إرهاق العمال. فتارت الخلافات حول القيود الواردة عليها، الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى التدخل للتخفيف من مسؤولية العامل الناشئة عن الشروط القاسية التي يتحملها، بما يجعل عدم السماح لأصحاب الأعمال أن يتعسفوا عند ممارستهم لسلطاتهم بالمساس بحقوق العمال، معتمدا في ذلك على مبدأ حرية العمل الذي كان يعتمد عليه أصحاب الأعمال أنفسهم.

ومن بين أهم النتائج التي تترتب على تدخل القضاء الفرنسي، نذكر الحكم الصادر في 04 مارس 1970 الذي أجاز اعتماد هذا الشرط في عقود العمل، على أن لا يمس بمبدأ حرية العمل من حيث المدى الزمني والمكاني، مع الأخذ بعين الاعتبار مؤهلات وخبرة العامل، وهو الحل الذي يستند إلى أحكام المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتكريس مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾.

وانطلاقا من هذا الحكم، أصبحت المحاكم الفرنسية تقيد شرط عدم المنافسة بضرورة ربطه بالبعد الزمني والمكاني مع الأخذ بعين الاعتبار مؤهلات وإمكانات العامل حتى لا تقتصر الحياة المهنية للعامل أو تخضع لصاحب عمل واحد طول حياته. وبالتالي اعتبار شرط عدم المنافسة الذي يقرره صاحب العمل شرطا غير مشروع إذا كان يؤدي إلى حرمان العامل من الانتفاع بقدراته ومؤهلاته المهنية. حيث إن شرط عدم المنافسة يقتصر على منع العامل من ممارسة نفس نشاط صاحب العمل دون غيرها من الأعمال⁽³⁾.

إن حرية العامل في العمل مضمونة، حتى بوجود شرط عدم المنافسة. ذلك أن القضاء عند مراقبته لصحة الشرط، يأخذ بعين الاعتبار الخبرة المهنية للعامل وما هي الإمكانيات المتروكة

(1) د. محمود محمد سالم، المرجع السابق، ص. 267.

(2) أنظر: MAZEAUD (A), Droit du travail, 11ème. éd, 1998, p. 234.

(3) راجع في هذا:

-G. LYON- CAEN, J. PELISSIER et SUPIOT: Droit du travail, Dalloz, 19ème. éd. 1998, p 252 .



له لإيجاد عمل آخر. وبالتالي فشرط عدم المنافسة لا يؤدي إلى بطلالة إجبارية للعامل، لأن القيد مقصور من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح المؤسسة المشروعة. فالمنع لا يكون طيلة حياة العامل، ولكن بالنظر إلى مهنة معينة، وإلى مدينة معينة.

وفي نطاق تعزيز حماية حرية العامل في العمل، يمكن الحكم بإبطال شرط عدم المنافسة، رغم نسبيته من حيث الزمان والمكان، إذا تبين بأن الهدف الذي تقرّر من أجله هو حرمان العامل من مزاولة نشاطه المهني. لذلك فإن القاضي مضطر بأن يبحث في كل مرة، حسب كل حالة على حدة، ما هي الإمكانيات المتروكة للعامل حتى يجد فرصة أخرى للعمل لضمان مستقبله من الناحية الاقتصادية. الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية في قراراتها الثلاثة الصادرة في 10 جويلية 2002، بأن شرط عدم المنافسة لا يكون صحيحا إلا إذا أخذ بعين الاعتبار خصوصية عمل العامل⁽¹⁾.

لذلك لم يبق الأمر مقصورا على أعمال القضاء وإنما أصبحت التشريعات العمالية الحديثة والتطبيقات والاتفاقيات الجماعية هي الأخرى تهتم بهذه المسائل حتى تضمن حقوق العمال وتحقق المصالح المشتركة للعمال وأصحاب الأعمال. وأمام خطورة آثار الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة على كلا المتعاقدين، دعا المشرع إلى إخضاع الالتزام بعدم المنافسة إلى شروط معينة لصحته، بما يكفل تحقيق التوازن بين المصلحتين المتعارضتين: مصلحة صاحب العمل في المحافظة على أسرار عمله ومنع منافسته ومصلحة العامل في استرداد حريته في العمل. أي وضع قواعد منظمة لعلاقة صاحب العمل مع العامل، بعد انتهاء العقد، بما يحفظ للعامل حريته في العمل حتى لا يصبح شرط عدم المنافسة قييدا مطلقا ومؤبدا مستقبلا، ويصون في نفس الوقت مصالح صاحب العمل، من المنافسة غير المشروعة، التي قد يلجأ إليها العامل الذي اطلع بحكم عمله على أسرار العمل، هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: شروط صحة الاتفاق بعدم المنافسة:

يهدف شرط الاتفاق بعدم المنافسة إذن إلى منع صاحب العمل العامل من ممارسة نشاط مهني مماثل، قد يكون منافسا له بعد انقضاء عقد العمل⁽²⁾. ولكن مثل هذا الشرط يعتبر مرهقا للعامل ويعد قييدا على حرية التعاقد. لذلك فليس من المقبول إطلاق حرية المتعاقدين في

⁽¹⁾ أنظر:

-G. LYON CAEN, La liberté du travail et le droit français du travail, in la liberté du travail de liege, congrès et colloque de l'université, vol. 53, université de liege, 1969, p. 21-22.

⁽²⁾ راجع في ذلك: د. عبد العزيز المرسى، المرجع السابق، ص. 333.



تقريره، خاصة إذا علمنا أن العامل قد يضطر تحت ضغط الحاجة إلى قبول مثل هذا الشرط أو الاتفاق. لهذا نجد أن القوانين قد تطلبت توافر شروط معينة لصحة الشرط بعدم المنافسة بما يكفل تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة صاحب العمل في المحافظة على سر أعماله وعدم معرفة عملائه من طرف منافسيه، ومصلحة العامل في استرداد حريته بعد انقضاء عقده حتى لا يصير قيذا مؤبدا ومطلقا على حرية العمل. فالواقع إذن أن شرط عدم المنافسة إنما يمس مصالح متعارضة.

حيث يستفاد من ذلك أن هناك معيارين لصحة شرط عدم المنافسة، هما: أن يكون لصاحب العمل مصلحة جديدة مشروعة من وجود شرط عدم المنافسة والإمكانية المتروكة للعامل في إيجاد عمل آخر مع مراعاة كفاءته المهنية. غير أنه لا يمكن أن يكون المنع من المنافسة مطلقا من حيث الزمان والمكان. فحتى يكون الشرط مشروعا لا بد أن يقيد في موضوعه ببعض القيود الزمنية والجغرافية التي يمثل نشاط العامل فيها منافسة فعلية بالنظر لطبيعة نشاطه ونطاقه المكاني والزمني.

ونظرا لما يترتب على هذا الشرط من إهدار وتقييد لحرية العمل أو حرية التجارة والصناعة، تدخل المشرع في بعض الدول⁽¹⁾ وأعطى عناية كبيرة لتنظيم مثل هذا الالتزام حيث تشدد في شروط صحة هذا الشرط. وسندرس فيما يلي شروط صحة التزام العامل بعدم

⁽¹⁾ ونذكر على سبيل المثال المادة 2/686 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوفر فيه ما يأتي: أ- أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد. ب- أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة. ج- ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبهر ذلك. كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه ما يبهر فسخ العامل للعقد."

كما تنص المادة 406 من قانون المعاملات السوداني على أنه:

1- إذا قام العامل بعمل يسمح له بالإطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل أن ينافس المستخدم أو يشترك في عمل ينافسه بعد إنهاء العقد.

2- لا يكون الإتفاق المنصوص عليه في البند 1 مقبولاً إلا إذا كان مقيداً بالزمان والمكان ونوع العمل بالقدر الضروري لحماية المصالح المشروعة للمستخدم.

3- إذا اتفق الطرفان على تضمين العامل في حالة الإخلال بالإمتناع عن المنافسة وكان تضميناً مبالغاً فيه بقصد إجباره على البقاء لدى المستخدم كان الشرط غير صحيح."



ممارسة عمل مماثل للعمل الذي يباشره صاحب العمل بعد انتهاء العقد أو يشترك في أي مشروع آخر يقوم بمنافسته، وهذا في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: وجود مصلحة جديدة ومشروعة لصاحب العمل من اشتراط عدم المنافسة:

ينبغي حتى يكون شرط الاتفاق بعدم المنافسة بعد انتهاء العقد مشروعاً، أن يكون لصاحب العمل مصلحة جديدة في اشتراطه. وتتحقق تلك المصلحة حين يكون العمل الموكول إلى العامل يسمح له بالاطلاع على أسرار صاحب العمل التي وقف عليها بحكم عمله ومركزه لدى المؤسسة المستخدمة، هذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 686 من القانون المدني المصري والمادة 1/818 من القانون المدني الأردني والمادة 406 من قانون المعاملات السوداني المشار إليها سابقاً.

فإذا كان العامل يستطيع بحكم عمله التعرف على عملاء صاحب العمل أو الاطلاع على أسرار المهنة، فإنه يخشى حينئذ من إقدام العامل على الاتصال بهؤلاء العملاء أو باستغلال أسرار العمل، وذلك بإنشاء مشروع جديد لحسابه الخاص بعد انقضاء العقد أو الاشتراك مع غيره في القيام بعمل يترتب عليه منافسة صاحب العمل في نشاطه⁽¹⁾. فيمكن لصاحب العمل لتفادي هذه المنافسة، الاتفاق مع العامل على أن يدرج في بنود العقد شرط عدم منافسته بعد انتهاء علاقة العمل⁽²⁾. وهذا يعني أن شرط الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان لدى صاحب العمل مصلحة جديدة وأكيدة يريد حمايتها.

وبناء على ذلك، إذا كان العمل الذي أسنده صاحب العمل إلى العامل لا يمكنه من الاطلاع على أسرار صاحب العمل أو الاتصال بعملاء المؤسسة، فهو بالنسبة للمؤسسة، كغيره من الأشخاص الأجانب عنها، الذين لا يعلمون من أسرارها شيئاً، ولا يتصور في هذه الحالة، أن يمنعوا من منافستها. فالعمال الذين لا يتصلون بالعملاء، ولا يقفون على أسرار الصناعة والتجارة، يستحيل بالنسبة لهم استخدام هذه الأسرار بعد انتهاء عقدهم لمنافسة صاحب

⁽¹⁾ وخاصة أن التزام العامل بالإحتفاظ بأسرار العمل - كما رأينا سابقاً - بعد انقضاء العقد لا يمنعه من استخدامها بنفسه ولحسابه الخاص.

⁽²⁾ د. أحمد شوقي عبد الرحمن، شرح قانون العمل والتأمينات الإجتماعية، الطبعة الثالثة، د. د. ن. د. م. ن، 1988، ص. 165 وما بعدها.



العمل⁽¹⁾. ومن ثم لا تتوفر المصلحة الجديدة لدى صاحب العمل لاشتراطه عدم المنافسة التي تعتبر شرطا ضروريا لصحته. الأمر الذي يبرر إبطال هذا الشرط لأنه جاء تقييدا لحرية العامل الأصلية في العمل دون مبرر جدي.

فإذا كان العمل الموكول إلى العامل يتمثل في تنظيف أرضية مصنع من المصانع ومسح دورة المياه فيه، فلا يجوز لصاحب العمل أن يشترط في عقد العمل مع هذا العامل عدم منافسته بعد انقضاء علاقة العمل. لأن أعمال النظافة في المصنع بصفة عامة لا تسمح للعامل بمعرفة أسرار النشاط الصناعي. فإذا أدرج صاحب العمل في بنود عقد العمل مثل هذا الشرط في هذه الحالة، كان ذلك الشرط باطلا وعديم الأثر. حيث يخرج الشرط - بهذه الصورة - عما شرع لأجله من حماية صاحب العمل من إفادة العامل مما اطلع عليه بحكم عمله من أسرار، إلى تقييد حريته في العمل ومنعه من الإفادة بخبرته وكفاءته فيما لا مساس فيه بأسرار صاحب العمل. بحيث يعتبر الشرط الذي لا تسنده مصلحة جديدة شرطا يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة⁽²⁾.

ويترتب على ذلك، ضرورة إثبات صاحب العمل لمصلحته الجديدة عند الاحتجاج بالشرط على العامل الذي ثبت في حقه تحقق إحدى الحالتين المنصوص عليهما في المادة 686 من القانون المدني المصري والمادة 1/818 من القانون المدني الأردني والمادة 406 من قانون المعاملات السوداني المشار إليها أعلاه: الأولى، أن يكون العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل والثانية، الاطلاع على سر أعماله.

في حين تردد القضاء الفرنسي حول مشروعية شرط عدم المنافسة بين ضرورة إثبات صاحب العمل لمصلحته الجديدة في اشتراطه، وبين افتراض هذه المشروعية كمبدأ. تاركاً على عاتق العامل عبء إثبات تخلف المصلحة الجديدة في اشتراطه، بهدف إبطاله للتخلص منه. وذلك بإثبات أن العمل المسند له من طرف صاحب العمل لا يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ولا معرفة عملاء لصاحب العمل ومن ثم يعد شرط عدم المنافسة غير مشروع⁽³⁾. إلا أن القضاء الفرنسي عاد واستقر على ضرورة إثبات وجود المصلحة الجديدة لصاحب العمل حتى يمكن

⁽¹⁾ أنظر د. أحمد حسن البرعي، الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء الثاني، شرح عقد العمل الفردي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 608.

⁽²⁾ أنظر في هذه النقطة، د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 291.

⁽³⁾ د. عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص. 337.



اعتبار شرط عدم المنافسة مشروعاً. حيث نفى القضاء الفرنسي المشروعية عن الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة لتخلف المصلحة الجديدة المشروعة في اشتراطه، في شأن عامل نظافة النوافذ. كما أن الاتفاقيات الجماعية تصرح بأن هدف الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة ينحصر في حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة⁽¹⁾.

ولا شك أن للقضاء دوراً في تقدير تحقق أو تخلف ما تثبت به المصلحة الجديدة لصاحب العمل في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالعمل وذلك استرشاداً بالوظيفة التي كان يشغلها العامل لدى المؤسسة المستخدمة.

يفهم من خلال ذلك أن حصر نطاق شرط عدم المنافسة في الحدود التي تتحقق فيها لصاحب العمل مصلحة جديدة ما هو إلا تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. فحبذا لو ورد هذا الحكم صراحة في قانون العمل الجزائري والقانون المقارن، حتى نقضي على كل خلاف حوله. فلولا اشتراط المصلحة الجديدة لكان من حق العامل أن يطلب بطلان شرط عدم المنافسة، تأسيساً على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. لأن اشتراط عدم المنافسة في مثل هذه الحالة التي ينتفي فيها كل مصلحة لصاحب العمل لا يقصد بها إلا الإضرار بالعامل.

المطلب الثاني: نسبية شرط عدم المنافسة من حيث الزمان والمكان:

يجب أن لا يكون شرط عدم منافسة العامل لصاحب العمل بعد انقضاء العقد مطلقاً، لما له من قيد على حرية العامل في العمل بعد انتهاء علاقة العمل. أي أن يكون الحظر من المنافسة مقصوراً من حيث الزمان والمكان على القدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة حتى لا يؤدي هذا المنع إلى إهدار حرية العامل إهداراً كاملاً وهو أمر مخالف للنظام العام⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في هذه النقطة:

- Christophe PETTITI, la clause de non concurrence en Droit du Travail et l'applicabilité directe du pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 décembre 1966, Droit fondamentaux, n° 7, Janvier 2008- décembre 2009, p. 2 .

⁽²⁾ راجع في هذا الشأن: د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص. 134.



لذلك سنتعرض أولاً: للمنع من حيث الزمان، ثم ثانياً: للمنع من حيث المكان في نقطتين مستقلتين على النحو التالي:

أولاً: المنع من حيث الزمان:

إذا كان المنع من المنافسة مطلقاً من حيث الزمان، كان ذلك تهديداً لمستقبل العامل، ولتفادي ذلك يتعين أن يكون هذا المنع محددًا بمدة زمنية معقولة. وهي المدة الضرورية واللازمة لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة. فلا يجوز أن يكون المنع لمدة مؤبدة أو لمدة حياة العامل. والعمل بذلك يهدد مستقبل العامل الاقتصادي وهو غير جائز. فلا يمكن أن تظل مصلحة صاحب العمل مشروعة أمام هذا التهديد⁽¹⁾. ذلك أن عملاء صاحب العمل يتغيرون بمرور الأيام، والأسرار التي كانت كذلك أثناء خدمة العامل لدى صاحب العمل، تتغير وتصبح شائعة مما يفقدها صفة السرية بعد فترة. فمن غير المنطق بعد ذلك، أن يخشى صاحب العمل من منافسة العامل له إذ تنتفي - في هذه الحالة - كل مصلحة مشروعة له في استمرار العمل بشرط عدم المنافسة.

ونظراً للأهمية البالغة التي يكتسبها القيد الزماني في وقتنا الحاضر، بسبب تنوع أساليب الإنتاج الفنية وتطورها بسرعة فائقة، إلى درجة لا يجوز معها تقييد حرية العامل بمدة زمنية تستغرق المدة الرئيسية لقدرته الإنتاجية بالنظر إلى سنه ونوع المهنة. لذلك نجد أن معظم التشريعات جعلت من هذا المنع معياراً مرناً يقدر بالنظر لظروف كل حالة على حدة. وتقدير ما إذا كانت مدة المنع معقولة أم لا، فهي مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع في ضوء الملبسات المحيطة بالعمل. فإنه يمكن أن تقييد حرية العامل من حيث الزمان لمدة سنتين أو خمس أو عشر سنوات حسب ما تقتضيه مصلحة صاحب العمل المشروعة بالنظر لظروف كل حالة على حدة⁽²⁾.

(1) د. عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص. 338 ود. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 265.

(2) أغلب الإتفاقيات الجماعية بفرنسا تحدد الحد الأقصى لمدة الشرط الإتفاقي بعدم المنافسة بعشر سنوات في مجال الصناعات الكيماوية وفي محلات بيع الأغذية أو التموين بصفة عامة، مشار إليه لدى د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 292.



في حين نجد أن بعض التشريعات تستبعد سلطة القاضي التقديرية لتبنيها معياراً جامداً في تحديد الحد الأقصى للمدة الزمنية المعقولة لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة، أي المدة التي يجوز فيها لصاحب العمل منع العامل من مباشرة عمل مماثل لنشاطه بعد انقضاء عقد العمل. ففي بلجيكا حدد الحد الأقصى بسنة، وفي إيطاليا بثلاث سنوات بالنسبة للعامل العادي وخمس سنوات بالنسبة للعامل الفني، وفي ألمانيا الحد الأقصى هو سنتان⁽¹⁾. أما المشرع الليبي فقد نص في المادة 685/ج من القانون المدني على أنه يشترط لصحة الاتفاق أن يكون العقد مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة على أن لا يتجاوز هذا القيد خمس سنوات بالنسبة لمن تقلد منصب المدير وثلاث سنوات في الأحوال الأخرى وإذا اتفق على مدة أطول أنزلت إلى هذا الحد⁽²⁾.

يفهم من خلال ما تقدم أن المنع من حيث الزمان مرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة المصلحة في اشتراطه. إذ إن مصلحة صاحب العمل هي وحدها التي تبرر وجود مثل هذا الشرط من عدمه، وهي التي تحدد استمرار وجوده إلى فترة زمنية معينة حتى لا يتجاوز المنع ما تقتضيه تلك المصلحة. بحيث يعتبر المنع من حيث الزمان الذي لا يتقيد بالمصلحة الجدية لصاحب العمل منعاً يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ثانياً: المنع من حيث المكان:

إن شرط عدم المنافسة لا يمس فقط ب حياة العامل الشخصية، وإنما تمتد آثاره إلى عائلته. ذلك أن تنفيذ الشرط قد ينجر عنه التزام العامل بمغادرة مقر إقامته للعمل في مكان آخر، الشيء الذي يترتب عليه نتائج وخيمة على الحياة الاجتماعية والعائلية للعامل.

لذلك يقتصر المنع على دائرة المكان الذي يمارس فيه صاحب العمل نشاطه. بحيث يتعين أن يكون الحظر قاصراً على إقليم محدد أو رقعة جغرافية معينة، دون أن يمتد إلى كافة أنحاء الدولة في الداخل مثلاً أو في الخارج. معنى ذلك أنه لا يجوز لصاحب العمل، بمقتضى شرط عدم المنافسة، أن يمنع العامل من مباشرة ذات العمل، بعد انتهاء عقد العمل في كل إقليم الدولة. وإنما يجب أن يكون هذا المنع نسبياً، أي لا بد أن يقتصر على المكان الذي يمتد إليه نشاط صاحب

⁽¹⁾ مشار إليه لدى د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 70 ود. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 292.

⁽²⁾ أنظر د. عبد الغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية بنغازي، ليبيا، 1997، ص. 172.



العمل، لأن ذلك المكان هو الذي يخشى فيه صاحب العمل على مصالحه المشروعة⁽¹⁾. وبالتالي يعتبر منع العامل من مباشرة هذا النشاط خارج المكان الذي يمتد إليه نشاطه غير جائز، لأن مثل هذا المنع لا يحمي مصلحة مشروعة لصاحب العمل⁽²⁾. وعليه إذا كان المنع مطلقاً من حيث المكان أي ليس محددًا بمكان معين بذاته فإن الشرط يقع باطلاً⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك، فإن القضاء الفرنسي قد توسع في حدود الحظر المكاني، وقد وصفه بعض الفقهاء الفرنسيين، وفقاً لقضاء محكمة النقض الفرنسية، بأنه قيد شبه مطلق، حيث قضت بصحة الشرط بعدم مباشرة سمسار لمهنته خلال ثلاث سنوات في نطاق ثماني عشرة محافظة⁽⁴⁾. كما قضى بمشروعية القيد المكاني شبه المطلق بمناسبة منع العامل لمدة خمس سنوات من مباشرة نشاطه في كل إقليم يباشر فيه صاحب العمل نشاطه لتعلق الأمر بشركة متعددة الجنسيات⁽⁵⁾.

ويرجع سبب توسع القضاء الفرنسي في نطاق مشروعية المنع شبه المطلق من حيث المكان، إلى النظر لمصلحة صاحب العمل وما تقتضيه دون الأخذ بعين الاعتبار توازن ذلك مع مصلحة العامل وحرية في العمل بالقدر الكافي الذي يسمح له بإيجاد عمل يتناسب مع قدراته وكفاءاته المهنية.

إلا أنه في أغلب الأحيان يتم تقدير النطاق المكاني الوارد في الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة بمقتضى معيار مرن يحسب ما تقتضيه المصلحة المشروعة للمؤسسة. حيث تسمح هذه المرونة للقاضي بتقدير تلك المصلحة في كل حالة على حدة. إذ يأخذ بالاعتبار مدى اتساع نشاط المؤسسة. فقد يكون لصاحب العمل فروع في عدة مناطق، وقد يكون حصر النطاق المكاني في حالات أخرى لا يحقق الهدف من اشتراطه⁽⁶⁾. وعليه يجب حصر الحظر من حيث

(1) د. يسي محمد يحي، المرجع السابق، ص. 171 وأنظر كذلك عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص. 219.

(2) د. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص. 329.

(3) أنظر د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 265.

(4) أنظر: G. LYON CAEN, op. cit, p. 22-23.

-Christian BESSY, L'usage des clauses de non - concurrence dans les contrats de travail, revue d'économie industrielle, n°. 125, 1^{er} trimestre 2009, p. 19.

(5) د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 293.

(6) د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، د. د. ن، د. م. ن، 1983، ص. 209.



المنع المكاني في الحدود الجغرافية التي يمثل نشاط العامل فيها منافسة للمؤسسة بالنظر لطبيعة نشاطه ونطاقه المكاني من أجل الحفاظ على مصالح الطرفين.

ونتيجة لذلك يتجه القضاء في أغلب الدول إلى حصر نطاق تطبيق شرط عدم المنافسة من حيث المكان في أضيق نطاق ممكن عندما يمس ذلك التخصص المهني للعامل في كامل أوجهه. في حين يوسع القضاء من دائرة النطاق المكاني لشرط عدم المنافسة عندما لا يشمل المنع كل الأعمال التي يمكن أن يقوم بها العامل حسب تكوينه وتخصصه.

المطلب الثالث: حماية حرية العامل في العمل بعد انتهاء العقد:

إن الأصل هو حرية العامل في العمل بعد انتهاء العقد، وأن ما يرد عليها من قيد لا يكون مشروعاً إلا بتوفر مجموعة من الشروط. وبما أن شرط عدم المنافسة يعتبر قيدياً اتفاقياً على حرية العامل في العمل، فلم يترك المشرع في القانون المقارن إرادة الأطراف حرة في تقييد حرية العامل في العمل. بل اشترط لصحة الاتفاق على عدم المنافسة، أن يكون الحظر على نوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة بشكل لا يستغرق حرية العامل في العمل أو يهدد مستقبله من الناحية الاقتصادية. كما اشترط المشرع أن لا يقتصر ذلك الحظر في حالة مخالفته بشرط جزائي مبالغ فيه حتى لا يكون وسيلة ضغط على العامل لإجباره على البقاء.

وسندرس فيما يلي مضمون القيدتين في نقاط مستقلة على النحو التالي:

أولاً: أن يكون العمل موضوع الحظر محظراً دون أن يمتزق حرية العامل في العمل:

يعتبر نوع العمل من المسائل المهمة في شرط عدم المنافسة سواء من ناحية مصلحة صاحب العمل أم مصلحة العامل. لذلك يجب أن يقتصر المنع من المنافسة على الأعمال التي يباشرها صاحب العمل أو الأعمال المرتبطة بها، باعتبار ذلك سرا من أسرارها. حيث إن قيام العامل بهذه الأعمال هو الذي يدخل في مفهوم المنافسة، ذلك أنه يهدد مصالحته في التعامل مع عملائه أو في توزيع منتجاته⁽¹⁾. أما القيام بأعمال أخرى، فلا يمس المصالح المشروعة لصاحب العمل. حيث إن المتفق عليه أن مصلحة صاحب العمل لا تقتضي منع العامل من مزاولته كل عمل يستجيب لتكوينه المهني والفني بغير اقتصاره على النشاط الذي كان يباشره العامل لدى

(1) أنظر د. سيد رمضان محمود، المرجع السابق، ص. 266، ود. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص. 609.



صاحب العمل⁽¹⁾. فمصلحة العامل تقتضي أن لا يكون شرط المنع من حيث نوع العمل مطلقا، وإنما يجب أن يكون هذا المنع خاصا بعمل معين، وهو العمل أو النشاط الذي يزاوله صاحب العمل أو الأعمال المرتبطة بها، دون حرمان العامل من مزاولته كل الأنشطة الأخرى التي لا تمثل، إذا باشرها العامل، مساسا بمصالح صاحب العمل⁽²⁾.

هذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف إيكس- أون- بروفانس الفرنسية، حيث جاء في حيثيات بعض أحكامها: "إن هذا البند الخاص بعدم المنافسة مقيد من حيث الزمان ومن حيث المكان، ويعتبر مشروعاً لأنه يمثل مصلحة مشروعة لصاحب العمل بالنسبة للوظائف التي يمارسها العمال"⁽³⁾.

كما قضى بمشروعية منع موظف تسويق أوراق مالية لدى أحد البنوك من العمل لدى أي مؤسسة تقوم بأعمال بنكية أو مؤسسة تأمين⁽⁴⁾. كما اعتبر مشروعاً أيضاً منع عاملة تصفيف شعر من مباشرة مهنتها الأساسية بأي صفة كانت لمدة ثلاث سنوات في دائرة تبعد بعشرين كيلومتراً من مقر مؤسسة صاحب العمل السابق⁽⁵⁾.

ويبدو أن القضاء الفرنسي يضيء المشروعية على شرط عدم المنافسة في الحدود التي تمليها مصلحة صاحب العمل حتى ولو أدى ذلك إلى شبه استغراق حرية العامل في العمل. الأمر الذي يؤثر على مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً يتنافى مع العدالة.

ويرى الفقه المصري بأن القضاء الفرنسي لا يتطلب تقييد شرط المنع من حيث الزمان والمكان ونوع العمل جميعاً، بل يكفي بقيده في بعض المجالات دون البعض الآخر. حيث قضى بأن شرط المنع من المنافسة صحيح رغم إطلاقه من حيث الزمان واكتفاء بنسبته من حيث المكان ونوع

⁽¹⁾ https://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence, 24/06/2013, p. 2.

-Christian BESSY, op. cit, p. 19.

⁽²⁾ Jean Pierre LE CHROM, la liberté du travail en droit Français, Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples, WIKIPIDA, 8 septembre 2006, p. 4-6.

⁽³⁾ C. A. Aix-en-Provence, 26 Septembre 1994, Droit Social, 1999, P. 583.

مشار إليه لدى د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 73.

⁽⁴⁾ مشار إليه لدى د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 295.

- Soc. 21 Mai 1974, Bull. V. No. 313.

⁽⁵⁾ مشار إليه لدى د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 295.

- Soc. 20 Juill. 1970, Bull. V. No. 248.



العمل. كما في الحالة التي يكون فيها المنع طيلة حياة العامل، ولكن بالنظر إلى مهنة معينة وإلى مدينة معينة. أو اعتبار شرط المنع من المنافسة صحيحا رغم إطلاقه من حيث المكان طالما أنه محدد من حيث الزمان، ولا يتعلق إلا بعمل في تجارة أو صناعة معينة⁽¹⁾.

لذلك يرى بعض الفقه⁽²⁾، أن العامل ليس له الحق في أن يتفق مع صاحب العمل على تقييد حريته في العمل إلى الحد الذي يستغرقها ويؤثر على مستقبله من الناحية الاقتصادية. بسبب أن شرط عدم المنافسة يجرمه من استخدام مؤهلاته الفنية التي تحقق له كسب عيشه، لأن مثل هذا القيد شبه المطلق يعتبر مخالفا لمبادئ العدالة. الأمر الذي أدى إلى حرص معظم التشريعات على تقييد المنع المتعلق بشرط عدم المنافسة من حيث نوع العمل بالقدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة. ولا تكون مصلحة صاحب العمل مشروعة إذا كانت تقتضي تهديد المستقبل الاقتصادي للعامل⁽³⁾.

إلا أن القضاء الفرنسي تراجع نوعا ما عن موقفه الخاص بشرط المنع من ممارسة العامل لمهنته الأساسية لزمان شبه مطلق وفي دائرة مكانية شبه مطلقة. حيث قضى من جديد بمشروعية شرط عدم المنافسة فقط في الحالة التي يباشر فيها العامل مهنته الأساسية في مكان قريب من مكان مباشرة صاحب العمل لنشاطه. وبالتالي يعد الشرط غير مشروع في حالة التمسك به لمنع العامل من مباشرة العمل في حدود تخصصه ومؤهلاته الفنية في مكان بعيد عن المكان الذي يباشر فيه صاحب العمل نشاطه، بعيدا بما لا يمثل أي تهديدا لمصلحته⁽⁴⁾. فإذا تخاطها شرط المنع، بأن جاء مطلقا كما كان عليه موقف القضاء الفرنسي سابقا، كان الشرط باطلا.

وواقع أن قيد الزمان والمكان ونوع العمل كلها معايير لصحة شرط عدم المنافسة وبالتالي يجب استيفاء كل قيد على حدة لما تقتضيه مصلحة صاحب العمل المشروعة والتوازن

⁽¹⁾ لمزيد من التفاصيل أنظر د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 73 - 74 ود. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 296.

⁽²⁾ د. إسماعيل غانم، قانون العمل، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1961 - 1962، ص. 253، ود. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 296.

⁽³⁾ د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 74.

⁽⁴⁾ مشار إليه لدى د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 296.



مع حرية العامل ومصالحه الاقتصادية. ولا بد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية لكي يقيم مدى صحة الشرط على ضوء القيود المتعددة التي تحيط بشرعيته بالقدر الكافي لحماية مصالح المؤسسة حتى يترك للعامل إمكانية استخدام قدراته ومهاراته بطريقة تحقق له كسب عيشه. ويرجع أساس ذلك إلى أن حرية العمل هي الأصل وأن ما يرد عليها من قيود يظل استثناء لا يصح إلا باستيفائه الشروط المذكورة أعلاه. يجب إذن أن يكون هذا المنع خاصا بعمل معين، وهو العمل أو النشاط الذي يزاوله صاحب العمل أو الأعمال المرتبطة بها، دون غيره من الأعمال الأخرى التي لا تؤدي إلى المساس بالمصالح المشروعة للمؤسسة. ويجب أيضا أن يكون القيد محددًا من حيث الزمان والمكان بما يضمن تحقيق التوازن بين المصلحة الجدية لصاحب العمل وحرية العامل في العمل كمصدر وحيد لكسب عيشه.

ثانياً: أن لا يقترن الاتفاق بشرط جزائي مبالغ فيه:

قد يتضمن الاتفاق عدم المنافسة، شرطاً جزائياً، أي اتفاقاً يحدد مقدماً، قيمة التعويض الذي يلتزم العامل بأدائه إلى صاحب العمل في حالة إخلاله بالالتزام بعدم المنافسة. وهذا الاتفاق جائز وصحيح طبقاً للقواعد العامة. حيث تنص المادة 687 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلاً، وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته".

كما تدخل المشرع الأردني في المادة 819 من القانون المدني لوضع جزاء على الشرط الجزائي المبالغ فيه بقوله: "إذا اتفق الطرفان على تضمين العقد في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، تضميناً مبالغاً فيه بقصد إجباره على البقاء لدى صاحب العمل كان الشرط غير صحيح".

يشترط إذن لصحة الاتفاق بالإضافة إلى الشروط السابقة، ألا يقترن الاتفاق على عدم المنافسة بشرط جزائي مبالغ فيه خشية من استعمال هذا الشرط، كوسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة صاحب العمل لمدة أطول من المدة المتفق عليها، بالرغم من أن مصالحته تقتضي ترك منصب عمله لدى المؤسسة المستخدمة.

ولقد اعتبر المشرع المصري أن الشرط الجزائي يكون مبالغاً فيه إذا كان يتجاوز الغرض من تعويض صاحب العمل عما يصيبه من أضرار بسبب إخلال العامل بالتزامه بعدم المنافسة⁽¹⁾. وإذا

(1) أنظر د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص. 611، ود. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 266.



اقترن الاتفاق على عدم المنافسة بشرط جزائي مبالغ فيه، يجعله يضغط على العامل ويكرهه، بقصد إجباره على البقاء في خدمة صاحب العمل لأطول مدة ممكنة، اعتبره المشرع المصري والأردني شرطا باطلا. وبالإضافة إلى قساوة ذلك الجزاء فإن المشرع المصري لم يكتف ببطلان الشرط الجزائي وحده، بل تشدد فيه عندما قضى بامتداد البطلان إلى شرط عدم المنافسة. هذا بالرغم من أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تبعي، كان ينبغي أن لا يستتبعه بطلان الالتزام الأصلي بعدم المنافسة⁽¹⁾. في حين اكتفى القانون الأردني بإبطال الشرط الجزائي المبالغ فيه واعتباره غير صحيح تطبيقا لما تقتضيه القواعد العامة.

ويكون المشرع المصري بهذا النص، قد خرج عن القواعد العامة من ناحيتين: فهو من ناحية، جعل جزاء المبالغة في الشرط الجزائي، هو بطلان الاتفاق الأصلي على عدم المنافسة، على الرغم من أن القواعد العامة تقضي بقاء الاتفاق الأصلي صحيحا حتى وإذا تضمن ذلك الاتفاق شروطا باطلة. وقد توصل الفقهاء⁽²⁾ في هذا الصدد إلى القول إن المشرع المصري أراد الخروج عن القواعد العامة حماية للعامل باعتباره الطرف الضعيف في عقد العمل. ومن ناحية أخرى قرر المشرع المصري والأردني جزاء البطلان للالتزام التبعي في حالة المبالغة في الشرط الجزائي، في حين إن القواعد العامة تمنح القاضي سلطة تقديرية لتخفيض مبلغ التعويض بشكل يتناسب مع الضرر الذي يعود على صاحب العمل⁽³⁾.

وفي تقديري لجزاء البطلان في حالة المبالغة في الشرط الجزائي، أنه بالغ الخطورة لأنه يتضمن إهدارا للمصلحة الجدية لصاحب العمل، ذلك أن شرط عدم المنافسة تقرر في الأصل لحمايتها. فكان يكفي في حالة عدول العامل عن التنفيذ العيني للالتزام بعدم المنافسة، الحكم لصاحب العمل بتعويض عادل يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق به دون إبطال الشرط. حيث إن هذا الحكم لا يتضمن اعتداء على مبدأ حرية العامل، لأن إخلال العامل بالتزامه التعاقدية بعدم المنافسة يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية قبل صاحب العمل الذي له - رغم وجود شرط جزائي مبالغ فيه - أن يطالب العامل بالتنفيذ العيني بإزالة المخالفة ومنع استمرارها وتكرارها مستقبلا. كما هو الحال في طلب إغلاق العامل لمؤسسته المستقلة المنافسة لصاحب العمل، أو بطلب إنهاء علاقة عمله لدى صاحب عمل منافس. بالإضافة إلى

(1) د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 266.

(2) د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 88، ود. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص. 341.

(3) راجع في هذا د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 266 ود. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 267.



ذلك فإن لصاحب العمل مطالبة العامل بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء مخالفته لالتزامه بعدم المنافسة لجبر الضرر الذي لحق به. فالمنطق إذن يدفعنا إلى الأخذ بالقواعد العامة في هذا الشأن لأنه لا يوجد أي مبرر للخروج عنها. وهكذا نتجنب المنافسة التي تعتبر من الأمور الخطيرة التي تعرقل النشاط الاقتصادي والذي يمثل في نفس الوقت إهدارا للمصلحة الجدية والمشروعة لصاحب العمل.

ويرى جانب آخر في الفقه، أنه كان من الأحسن لو استبدل المشرع أسلوب ربط الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة بشرط جزائي مع مبدأ اشتراط منح العامل تعويضا ماليا لصحة الاتفاق على عدم المنافسة، مقابل التزامه بقيود عدم المنافسة. تأييدا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية، في أحكامها الحديثة، حيث اشترطت لصحة شرط عدم المنافسة التزام صاحب العمل بدفع تعويض عادل للعامل مقابل تقييد حريته في العمل بعد انقضاء الرابطة العقدية⁽¹⁾.

ثالثا: أن يقترن الاتفاق بشرط تعويض العامل مقابل قيد حريته في العمل:

في اتجاه جديد للقضاء الفرنسي، أضافت محكمة النقض الفرنسية بموجب قراراتها الثلاثة الصادرة بتاريخ 10 جويلية 2002، شرطا في شأن صحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة. حيث لا يكون ذلك الالتزام صحيحا إلا إذا اقترن بشرط منح العامل تعويضا عن عدم المنافسة كمقابل مالي لامتناعه عن العمل بعد انتهاء العقد. حيث إنه قبل هذا التاريخ، لم تكن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض تشترط لصحة شرط عدم المنافسة، أن يقترن هذا الأخير بالتزام صاحب العمل بدفع تعويض مالي للعامل مقابل امتناعه عن العمل بعد انتهاء العقد، رغم اشتراط ذلك في مختلف تشريعات دول أعضاء الاتحاد الأوروبي⁽²⁾.

وفي غياب أي تعويض مالي مقابل التزام العامل بعدم المنافسة بعد انتهاء عقد العمل يؤدي إلى المساس بمبدأ المساواة. ذلك أن العامل يمنع من ممارسة أحد الحقوق الأساسية ألا وهو الحق في حرية العمل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عدم منح تعويض مالي للعامل مقابل شرط عدم المنافسة يتعارض مع المبدأ الأساسي في

⁽¹⁾ مشار إليه لدى د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 88 P. J. C. 10 Juill. 2002, Cass Soc.

⁽²⁾ G. LYON CAEN, op. cit, p. 23 et COUTURIER(G.), Droit de travail, presses universitaires de France, 1993, p. 203 .



القواعد العامة التي تقتضي لصحة أي التزام أن يكون هناك سبب، بحيث يقابل التزام أحد المتعاقدين التزام المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

ولم يكتف القضاء الفرنسي بذلك الموقف فحسب وإنما أصدرت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض بتاريخ 2008/12/16، قراراً آخر، رأت فيه بأن المادة 1/6 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 1966/12/16، واجبة التطبيق وبصفة مباشرة في القانون الداخلي. حيث عارضت فكرة حرمان أو عدم استعادة العامل الخاضع لشرط عدم المنافسة من التعويض المالي بحجة أن تسريحه كان لارتكابه خطأ جسيماً⁽²⁾.

ويرجع سبب ذلك القرار إلى القضية التي طرحت على محكمة النقض، والتي تتخلص وقائهما كالتالي: حيث قام عامل منتج في شركة "أكسا فرانس بي" "Axa France Vie" بالاحتفاظ بالأموال المحصنة من الزبائن في حسابه الخاص قبل تسليمها لصاحب العمل. وعليه حكمت المحكمة بأن ذلك العمل لا يؤهله للاستمرار في العمل، مما يعني أن سلوكه يمثل خطأ جسيماً وسرح على أساس ذلك. ولم يستفد بالتالي من التعويض المالي مقابل شرط عدم المنافسة تطبيقاً للقانون المحلي. حيث تنص المادة 74 من القانون التجاري المحلي الواجبة التطبيق في عمالات الراين الأعلى والراين الأسفل ولام وزال، على أن حظر المنافسة لا يكون إلزامياً إلا عندما يلتزم صاحب العمل بأن يدفع للعامل المعني بالشرط، تعويضاً سنوياً لا يكون أقل من نصف مرتبه. كما تنص المادة 75 من نفس القانون على أن التعويض المذكور لا يكون إلزامياً في حالة التسريح لخطأ جسيم⁽³⁾. لذلك لم يقض القرار المذكور أعلاه بحق العامل المسرح في المقابل المالي كتعويض عن قيد حرته في العمل تطبيقاً لشرط عدم المنافسة.

وعندما وجدت محكمة النقض نفسها أمام نصين قانونيين داخليين متناقضين: اشتراط المقابل المالي لصحة شرط عدم المنافسة من جهة، وعدم الاستفادة منه في حالة التسريح لخطأ جسيم من ناحية ثانية، لجأت إلى أحكام المعاهدات الدولية المصادق عليها والتي أصبحت جزءاً من النظام القانوني الداخلي وتعلو القانون. وهكذا حلت إشكال هذه القضية استناداً لتطبيق المادة 1/6 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،

⁽¹⁾ https://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence, 24/06/2013, p. 6 .

-J. SAVATIER, Liberté du travail, Répertoire travail Dalloz, Janvier 2005, p. 2 .

⁽²⁾ G. LYON CAEN, op. cit ., p. 24 et -J. SAVATIER, op. cit, p. 2 .

⁽³⁾ Christophe PETTTTI, op. cit ., p. 4 et Christian BESSY, op. cit, p. 19 .



المذكور أعلاه، لرفض شرط عدم المنافسة والحكم بعدم صحته إذا كان لا يقابله تعويض مالي حتى في حالة تسريح العامل لارتكابه خطأ جسيماً⁽¹⁾.

إن قانون العمل الفرنسي لم ينظم شرط عدم المنافسة وبالتالي فهو لم ينظم إلزامية التعويض المالي للعامل في حالة ارتكابه خطأ جسيماً. في حين نجد أن الاتفاقيات الجماعية هي التي اهتمت أحياناً بتنظيم شرط عدم المنافسة بتحديد مدته، فمجاله الجغرافي والتعويض المالي فيه. وفي هذا الإطار نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الجماعية لمهندسي وإطارات صناعة الحديد والصلب "métallurgie" التي تنص على مقابل مالي يتراوح بين 50 و60% من الدخل الشهري المتوسط. وهذا ما نجده أيضاً في اتفاقيات جماعية أخرى مثل تلك الخاصة بالصناعة الكيماوية أو الخاصة بالصيدلية⁽²⁾. في حين لا تتطرق عقود العمل التي تتضمن شرط عدم المنافسة إلى المقابل أو التعويض المالي، ورغم ذلك فإن صاحب العمل يلتزم به ويحق بالتالي للعامل المطالبة به كمقابل لقيده بحريته في العمل.

إن القضاء الفرنسي، قبل سنة 2002، لم يشترط لصحة شرط عدم المنافسة تقديم صاحب العمل لمقابل أو تعويض مالي، لكن موقفه تغير منذ 2002/07/10، حيث وضعت محكمة النقض مبدأ المقابل المالي لصحة شرط عدم المنافسة، استناداً إلى أحكام المادة 1-1121.L من قانون العمل الفرنسي التي تنص على أنه: "لا يمكن لأحد أن يضع قيوداً لحقوق الأشخاص والحريات الفردية والجماعية مما لا يمكن أن تبرره طبيعة المهمة المراد إنجازها ومما لا يتناسب مع الهدف المراد تحقيقه"⁽³⁾.

وهكذا فإن محكمة النقض الفرنسية استندت إلى مبادئ حقوق الأشخاص والحريات الفردية لتشترط المقابل المالي في شرط عدم المنافسة. وانطلاقاً من ذلك، اعتبرت قرارات محكمة النقض المؤرخة في 10 جويلية 2002، انقلاباً وتغييراً جذرياً وأساسياً، حتى إن البعض وصفها بالتسونامي الذي ضرب شرط عدم المنافسة في قانون العمل.

⁽¹⁾ https://fr.wikipedia.org/wiki/clause_de_non-concurrence, 24/06/2013, p. 9. et J. SAVATIER, op. cit, p. 4.

⁽²⁾ G. LYON CAEN, op. cit., p. 27 et COUTURIER (G.), op. cit, p. 210.

⁽³⁾ راجع: ARTICLE L. 1121.1

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».



و النص على المقابل النقدي في عقد العمل أو في عقد لاحق يعتبر إذن من بين الشروط الأساسية لصحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة. حيث ينطبق ذلك حتى على عقود العمل التي أبرمت قبل صدور قرارات محكمة النقض الفرنسية المذكورة أعلاه، أي قبل تاريخ 10 جويلية 2002. وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا أراد صاحب العمل أن يتمسك بشرط عدم المنافسة، عليه أن يقترح على العامل تعديل عقد العمل بموجب اتفاق ملحق له، يتضمن مبلغ التعويض المالي الذي سيدفع للعامل لاحترامه لشرط عدم المنافسة، ويشترط موافقة العامل على ذلك⁽¹⁾. وفي حالة ما إذا نصت الاتفاقية الجماعية على مبلغ التعويض أكثر أهمية مقارنة بالمبلغ المذكور في عقد العمل، فالاتفاقية الجماعية هي التي ستنفذ في حق العامل. كما يشترط المقابل المالي في جميع الحالات مهما كان سبب إنهاء علاقة العمل، فلا يهم إن كان ذلك راجعا إلى تسريح تآديبي بسبب ارتكاب العامل لخطأ جسيم. حيث إن مبرر منح العامل المقابل المالي بعد انتهاء عقد العمل في حالة امتثاله لشرط عدم منافسة صاحب العمل هو لتعويضه عن المنع من ممارسة أي نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل، أي تعويضه عن القيد الذي يمس حريته في العمل⁽²⁾.

واعتبارا من ذلك التاريخ، أصبحت محكمة النقض تشترط لصحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة أن تتوفر فيه العناصر التالية مجتمعة، وهي: حماية مصالح المؤسسة المشروعة، ضمان حرية العامل في العمل، نسبية شرط عدم المنافسة من حيث الزمان والمكان، وأن يتضمن الشرط التزام صاحب العمل بأن يدفع للعامل تعويضا ماليا مقابل امتناع هذا الأخير عن العمل بعد انتهاء العقد.

وعند تخلف أي عنصر من العناصر المذكورة أعلاه، يعد شرط عدم المنافسة غير مشروع. ويجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند الحكم بمدى صحة شرط عدم المنافسة، بمبدأ التوازن بين المصلحة الصناعية والتجارية للمؤسسة وبين حرية العامل في التعاقد والعمل. كما يقتضي على القاضي أن يحدد فيما تتناسب القيود التي تمس بحرية العامل في ممارسته لنشاطه المهني بعد انتهاء العقد - طبقا لما نصت عليه المادة 2-1121 L. من قانون العمل الفرنسي - مع ضرورة حماية المصالح المشروعة للمؤسسة. إلا أنه تبين من الناحية العملية بأن المحاكم في حقيقة الأمر لا تلجأ إلى البحث عن تلك الضرورة إلا بصفة سطحية⁽³⁾.

⁽¹⁾ G. LYON CAEN, op. cit., p. 28 et COUTURIER (G.), op. cit, p. 210 .

⁽²⁾ Jean Pierre LE CHROM, p. 4-6 et Christian BESSY, op. cit, p. 23 .

⁽³⁾ Jean Pierre LE CHROM, op. cit. p. 9, J. SAVATIER, op. cit, p. 7 et G. LYON CAEN, op. cit., p. 28 .



وعلى ذلك يجب أن لا يكون التعويض مبلغا رمزيا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها المؤرخ في 15 نوفمبر 2006، أن التعويض الذي يمثل 10/1 من الأجر الخام، يعتبر تافها، مما أدى إلى إبطال شرط عدم المنافسة. كما لا يمكن أن يكون التعويض في شكل زيادة في الأجر يدفع أثناء تنفيذ عقد العمل، هذا ما يستفاد من قرار محكمة النقض التجارية المؤرخ في 7 مارس 2007. كما لا يأخذ الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل قرار محكمة النقض الاجتماعية الصادر في 04 جوان 2008) أو استقالته كسبب أو مبرر لامتناع صاحب العمل عن دفع المقابل المالي للعامل (قرار محكمة النقض الاجتماعية المؤرخ في 27 فيفري 2007).

وفي غالب الأحيان يقدر التعويض بنسبة 30% من المتوسط الشهري الخام لأجر العامل في الاثني عشر شهر الماضية (أو ستة، أو ثلاثة أشهر الماضية). حيث إن موقف محكمة النقض الفرنسية الحديث أتى ليعزز حماية مصلحة العامل الذي فرض عليه شرط عدم المنافسة. فلا بد أن يعبر المقابل المالي على تعويض حقيقي يتناسب مع وضع العامل الاقتصادي الذي امتنع عن العمل تنفيذا لشرط عدم المنافسة. وأن التعويض المالي مقرر للعامل فقط بعد انتهاء علاقة العمل، أي بعد مغادرته للمؤسسة وبعد انتهاء مهلة الإخطار. ولا يهتم في ذلك سبب أو طريقة إنهاء العقد. ذلك أن الهدف من تقرير المقابل المالي ما هو إلا لتعويض العامل عن الآثار السلبية التي تلحق به من الناحية الاجتماعية والاقتصادية. ويتحقق التعويض المالي بدفعه في شكل أقساط، سواء شهرية أم سنوية. ويأخذ المقابل المالي طابع الأجر ويشكل عنصرا من عناصر الأجر، حيث يخضع لاقطاعات الضمان الاجتماعي، كما يخضع للتحصيل الضريبي بعنوان الضريبة على دخل الشخص الطبيعي. وإن امتناع صاحب العمل عن تعويض العامل رغم امتثال هذا الأخير لالتزامه بشرط عدم المنافسة، يؤدي إلى إبطال ذلك الشرط⁽¹⁾.

يترتب على ذلك، أنه في غياب هذه القيود، يعد الشرط باطلا. والعامل هو الوحيد الذي يستطيع أن يتمسك ببطلان شرط عدم المنافسة أمام المحاكم. كما يحق له أن لا يحترم شرط عدم المنافسة برتمته. وفي حالة تنفيذ العامل للشرط رغم عدم صحته، يحق له أن يطالب صاحب العمل بالتعويض كمقابل لامتناعه عن العمل بعد انتهاء علاقة العمل تطبيقا لما قضت به محكمة النقض في جانفي 2006.

⁽¹⁾ wikipedia. org /wiki/op. cit, p. 3, Christophe PETTITI, op. cit., p. 2 et J. SAVATIER, op. cit, p. 2 .



وفي تقديرى لموقف محكمة النقض الفرنسية هذا، أرى بأنها بالغت كثيرا في حماية العامل على حساب المصلحة المشروعة للمؤسسة. لأن اشتراط مقابل مالي في شكل نسبة مئوية من الأجر يدفع بصفة دورية، كتعويض عن امتناع العامل من منافسة صاحب العمل بعد انتهاء العقد، يعد أمرا غير منطقي. حيث إن فرض هذا التعويض يعد وسيلة في يد العامل للتحويل على صاحب العمل، عن طريق إسراره لإنهاء عقد العمل، أو فسخه، حتى يستفيد من المقابل المالي، هذا حتى وإذا حصل على عمل آخر أي على مصدر رزق آخر يضاف إلى التعويض. وما يؤكد اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى تعزيز مصلحة العامل على حساب مصلحة المؤسسة، هو منح العامل لهذا التعويض مهما كان سبب إنهاء علاقة العمل، سواء كان بسبب صاحب العمل، أم بسبب العامل. معنى ذلك أنه حتى وإذا ارتكب العامل خطأ تأديبيا وأدى ذلك إلى تسريحه، يستفيد رغم مخالفته لأحكام قانون العمل، من المقابل المالي. ويبدو القضاء بموقفه هذا أنه يتجه إلى مكافأة العامل على سوء نيته في تنفيذ التزاماته التعاقدية. فكان من الأحسن لو حرصت محكمة النقض الفرنسية على إبطال المقابل المالي إذا لم تتحقق بعض الشروط لاستفادة العامل من التعويض مقابل امتناعه عن منافسة صاحب العمل بعد انتهاء العقد. يمكن أن تتمثل هذه الشروط في منع العامل من الاستفادة من التعويض إذا كان سبب إنهاء علاقة العمل ينسب إليه، ولا يهم في ذلك إذا كان عن طريق الاستقالة أو بسبب التسريح لارتكابه خطأ تأديبيا. حيث إن من العدل أن يراعى القضاء في ذلك الحدود التي يتحقق فيها التوازن في الالتزام الأصلي بعدم المنافسة بين ما تملبه مصلحة المؤسسة وبين مصلحة العامل الذي سارع إلى إنهاء علاقة العمل وكان سببا مباشرة تنفيذ أحكام شرط عدم المنافسة، حتى وإذا أدى ذلك الشرط إلى استغراق حرية العامل في العمل بصفة شبه مطلقة. فالإزام صاحب العمل بالمقابل المالي في هذه الحالة مبالغ فيه، وهو دليل على حرص القضاء من باب أولى على مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية حتى وإذا أدى ذلك إلى ترتيب آثار تتنافى مع مقتضيات العدالة.

كما أن موقف محكمة النقض الفرنسية يتضمن إهدارا للمصلحة الجدية المشروعة لصاحب العمل وللنية المشتركة للمتعاقدين، لفرضه المقابل المالي حتى بالنسبة للحالات العادية التي تنتهي فيها علاقة العمل، أي دون أن ينسب السبب في ذلك إلى صاحب العمل. وحتى إذا سلمنا في هذه الحالة بحق العامل في المقابل المالي، كان على القضاء أن يتشدد في صحة هذا الحق، وذلك بربط مقدار التعويض بمدى الضرر الذي يعود على العامل.

وبما أنه لا يوجد ما يمنع العامل من إيجاد عمل آخر، مستبعدين النشاط الذي يزاوله صاحب العمل أو الأعمال المرتبطة بها، دون غيرها من الأعمال، مع الأخذ بعين الاعتبار الخبرة المهنية للعامل، معنى ذلك أن هناك إمكانية متروكة للعامل لإيجاد عمل آخر، وبالتالي فشرط عدم المنافسة لا يؤدي إلى بطلان إجبارية للعامل. كما أن الحظر مقيد من حيث الزمان والمكان ونوع العمل بالقدر الضروري لحماية مصالح المؤسسة المشروعة. فالمنع لا يكون طيلة حياة العامل، ولكن بالنظر إلى مهنة معينة، وإلى مدينة معينة. الأمر الذي يجعل حق العامل في المقابل المالي، وسيلة ضغط في يد العامل، لدفع صاحب العمل لإنهاء عقد عمله، رغبة منه في الحصول على المقابل المادي كمورد لرزقه، وفي نفس الوقت يمكن له إيجاد عمل آخر وبالتالي حصوله على مدخول ثان.

انطلاقاً من كل ذلك، ينبغي توضيح إمكانية التمسك بالمقابل المالي من طرف العامل في الحالات التي ينتهي فيها عقد العمل بغير خطأ صاحب العمل، متى كان الإنهاء مشروعاً، وإلا تعرضت المصلحة الجدية المشروعة للمؤسسة للتهديد. خاصة أنه روعي في صحة شرط عدم المنافسة، عنصر النسبية لتفادي تهديد مصلحة العامل وضرورة تحقيق التوازن بين ما يعود من نفع على صاحب العمل من هذا الشرط ومصلحة العامل في إمكانية إيجاد عمل آخر، دون أن ننسى وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزام الاتفاقي. بمعنى أن التعويض لا بد أن يكون في نطاق ضيق جداً، بحيث لا يخرج عن وظيفته في جبر الضرر الذي لحق بالعامل دون أن يؤدي ذلك إلى إثرائه. لذلك يتعين ألا يسمح بالاستفادة من المقابل المالي إلا إذا بررت مصلحة أكيدة للعامل، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. الأمر الذي يقتضي نتيجة لذلك، منع دفع المقابل المالي بمجرد حصول العامل على عمل آخر بعد انتهاء العقد، حتى وإذا لم يستغرق شرط عدم المنافسة المدة الزمنية التي تقررت من أجله. ولا يجوز للعامل بعد ذلك أن يحتج بالمقابل المالي مستقبلاً مقابل وفائه بهذا الالتزام.

المبحث الثالث: أثر الاتفاق على عدم المنافسة:

إذا استوفى الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة الشروط المذكورة أعلاه، انعقد الاتفاق صحيحاً، ومن ثم يجب على العامل الالتزام به بعد انتهاء عقد العمل في حدود مضمون الاتفاق. أي بحسب ما إذا كان المنع يحظر على العامل مباشرة نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل، أو مساهمته في مشروع منافس لمشروع صاحب العمل بوصفه شريكاً أو عاملاً.



وإذا أخل العامل بشرط عدم المنافسة المفروض عليه من خلال الاتفاق، قامت مسؤوليته عن هذا الإخلال في مواجهة صاحب العمل. حيث يجمع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، على أن الخطأ الموجب للمسؤولية عن الإخلال بشرط عدم المنافسة يتوقف على اختراق حاجز السرية. ولا يعتبر انتهاك السرية خطأً، إلا إذا أبدى صاحب العمل كافة الاحتياطات اللازمة للمحافظة على هذه الحرية⁽¹⁾، حينئذ تجيز لهذا الأخير الرجوع عليه. ولا يمكن للعامل أن يتحلل من الالتزام الذي يفرضه على عاتقه اتفاق أو شرط عدم المنافسة، إلا في الحالتين اللتين نصت عليهما الفقرة الأخيرة من المادة 686 من القانون المدني المصري والفقرة الثالثة من المادة 652 من القانون المدني السوري والمتمثلتين فيما يلي:

- **الحالة الأولى:** إذا فسخ صاحب العمل العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل أي خطأ يبرر ذلك.

- **الحالة الثانية:** إذا وقع من صاحب العمل ما يبرر إنهاء العامل لعقد العمل.

ففي هذه الحالات، لا يجوز لصاحب العمل أن يتمسك باتفاق أو بشرط عدم المنافسة، رغم توفر شروط صحته. ذلك أن العامل الذي لم يرتكب أي خطأ ورغم ذلك أنهى صاحب العمل عقده، يجب من باب العدل أن يتخلص من الالتزام الذي يفرضه عليه اتفاق عدم المنافسة. كما أن آثار شرط عدم المنافسة يمكن أن تمتد إلى الغير، حيث إنه إذا قام العامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر، وكان هذا الأخير يعلم باتفاق العامل مع صاحب العمل الأول على عدم المنافسة، ورغم هذا الاتفاق تعاقد معه، ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العمل الأول الاستفادة من شرط عدم المنافسة الرجوع على صاحب العمل الثاني لتحقيق الخطأ في جانبه باستخدامه للعامل رغم علمه بوجود شرط عدم المنافسة. انطلاقاً من كل ذلك، فإذا توافرت شروط الاتفاق على عدم المنافسة، يجب تحديد آثار هذا الشرط بالنسبة لكل من العامل وصاحب العمل الأول والجديد في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المسؤولية العقدية بالنسبة للعامل:

إذا تحققت شروط صحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة، تعين على العامل الالتزام به والعمل بمقتضاه. فلا يجوز للعامل منافسة صاحب العمل في حدود مضمون الاتفاق الذي تحدد وفقاً لما

⁽¹⁾ أنظر د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 86.



اتجهت إليه إرادة الطرفين⁽¹⁾. فقد يمنع على العامل مساهمته في مشروع منافس سواء بصفته شريكا في هذا المشروع أم بصفته عاملا فيه. وقد يقتصر مضمون الاتفاق أو الشرط على منع العامل من منافسة صاحب العمل من خلال ممارسته نشاطا مماثلا لنشاط صاحب العمل، بحيث لا يمتد المنع إلى عمل لدى صاحب عمل آخر منافس سواء بصفته شريكا أم عاملا⁽²⁾.

وبما أن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل هو التزام بالامتناع عن العمل، فإن الإخلال به يتحقق بمجرد إنشاء العامل لمؤسسة منافسة لصاحب العمل لحسابه الخاص، أو بمساهمته في مشروع منافس بصفته شريكا أو عاملا. كما تتحقق مخالفة الحظر أو المنع من المنافسة، بقيام العامل بكل أو بإحدى هاتاه الممارسات في صورها المختلفة⁽³⁾.

ويبدأ العمل بهذا الالتزام بعد انتهاء عقد العمل، حيث ينشأ في ذمة العامل التزام بالامتناع عن المنافسة بمجرد انقضاء علاقة العمل. وإذا أخل العامل بالالتزام المفروض عليه، أصبح مسؤولا مسؤولية عقدية في مواجهة صاحب العمل. الأمر الذي يسمح لهذا الأخير بالمطالبة بوقف المنافسة وإزالة المخالفة. حيث يجبر العامل على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ويمنع استمرارها وتكرارها مستقبلا⁽⁴⁾. ولصاحب العمل أن يستصدر حكما يقضي بالتنفيذ العيني، عن طريق إلزام العامل بغلق المؤسسة أو المحل التجاري الذي افتتحه لمباشرة عمل منافس لصاحب العمل أو إلزامه بإنهاء علاقة عمله لدى صاحب عمل منافس⁽⁵⁾.

وبالإضافة إلى ذلك يجوز لصاحب العمل أن يطالب العامل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله بالتزامه بعدم المنافسة طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "كل فعل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."، تقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري. ويقدر التعويض في هذه الحالة وفقا للقواعد العامة، بحيث لا يخرج التعويض عن وظيفته في جبر

(1) د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 611، ود. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص 329.

(2) راجع في هذا المعنى د. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص 267.

(3) أنظر د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 300، وأيضا د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 611.

(4) د. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص 330 ود. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 300.

(5) أنظر د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 612.



الضرر⁽¹⁾. كما يمكن أن يقضي على العامل بالشرط الجزائي المتفق عليه في عقد العمل إذا كان هذا الشرط غير مبالغ فيه⁽²⁾.

ويستطيع صاحب العمل إثبات مخالفة العامل لشرط الاتفاق بعدم المنافسة بجميع طرق الإثبات. وأسهل طريقة هي الإثبات بأن العامل قد أبرم عقد عمل مع صاحب عمل منافس، لأن هذا العقد بحد ذاته يعتبر مخالفة. كما أن الإثبات يعتبر واقعة قانونية بالنسبة لصاحب العمل المتضرر.

ويبقى التزام العامل بعدم المنافسة قائماً ومقيداً له تجاه الخلف الخاص لصاحب العمل طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي، بأن الخلف الخاص، يخلف السلف، في حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقود إذا كانت من مستلزمات الشيء الذي ينتقل إليه وكان يعلم بها⁽³⁾، هذا ما يستفاد من المادة 109 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وباعتبار أن شرط عدم المنافسة يعد من مستلزمات المؤسسة - الشيء الذي يجب مراعاته أثناء إبرام عقد العمل - التي انتقلت إلى الخلف الخاص، فحق صاحب العمل في اقتضاء الوفاء بالالتزام بعدم المنافسة من العامل، حق مكمل للمحل أو المؤسسة التي انتقلت إلى الخلف الخاص، فيكون من مستلزماتها. حيث يظل التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل قيماً مستمراً، رغم انتقال المحل أو المؤسسة إلى الخلف الخاص. ذلك أن التزام العامل بعدم المنافسة يكون في مواجهة المحل أو المؤسسة وليس فقط في مواجهة صاحب العمل⁽⁴⁾.

ونظراً لخطورة الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة، الذي يمثل قيماً مهماً على مبدأ حرية العمل لخروجه عن الأصل العام الذي يقتضي السماح للعامل بأن يمارس، بعد انتهاء عقد العمل، مهنته وفق اختياره، يجب أن يفسر الاتفاق الخاص به في نطاق ضيق، ويتطلب لذلك أن يكون الشرط واضح الدلالة في التعبير عن قصد المتعاقدين⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر في هذا المعنى د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 301.

⁽²⁾ د. عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص. 342.

⁽³⁾ أنظر د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص. 613 ود. سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص. 268.

⁽⁴⁾ د. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص. 330.

⁽⁵⁾ راجع في ذلك د. أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص. 613.



لذلك يتعين على القاضي في تناوله لهذا الشرط بصفة عامة التفسير الضيق، أخذاً بعين الاعتبار، روح الاتفاق وما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁾. وليس للقاضي سلطة تقديرية لكي يقيم مدى صحة الشرط على ضوء ما يتفق مع مصلحة العامل باعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل. وإنما يتقيد القاضي في تقديره لصحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة بالشروط المذكورة أعلاه. حيث يتطلب أن يكون لصاحب العمل مصلحة في اشتراطه، وأن يكون المنع من المنافسة نسبياً، وأن لا يقترن الاتفاق على عدم المنافسة بشرط جزائي مبالغ فيه، وأن لا يؤدي الشرط إلى استغراق حرية العامل في العمل بصفة كلية. فإذا كان الشرط أو الاتفاق واضحاً، في غير حاجة إلى تأويل، وجب إعماله أياً كان حكمه، طالما تحققت فيه الشروط التي يتطلبها القانون. ذلك أنه لا يجوز للقاضي باسم العدالة تعديل العقود المبرمة وفقاً للقانون إلا بنص. أما العقود المخالفة للقانون فلا يملك تصحيحها وإنما يبطلها بناء على طلب من له الصفة بذلك.

ويرى جانب من الفقه أنه يجب التركيز على الغاية التي تقرر من أجلها شرط عدم المنافسة. فقد قضى بأن حظر قيام ممثل شركة التأمين بتمثيل شركات أخرى، يستلزم فعالية هذا الشرط بما يحقق الهدف منه. أي أن ينصرف الاشتراط إلى مساهمة العامل في المنافسة إما بإنشاء شركة جديدة أو بالاشتراك في إدارتها، سواء بصفته شريكاً في الشركة أم بصفته عاملاً فيها، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى الانحراف بالشرط عن غايته⁽²⁾.

وبما أن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، هو التزام بالامتناع عن عمل منافس خلال فترة زمنية معينة، يستطيع صاحب العمل أن يثبت مخالفة العامل بكل طرق الإثبات، لأن الأمر يتعلق بواقعة قانونية. وحتى يثبت تلك المخالفة من جانب العامل، يتعين على صاحب العمل إثبات وجود شرط عدم المنافسة كتابة، حيث رأينا أعلاه أن المشرع في القانون المقارن تشدد في مسألة إثبات شرط عدم المنافسة، إذ أوجب شرط الكتابة لإثبات وجوده بما في ذلك ضمان حماية أكيدة للعامل.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية بالنسبة لصاحب العمل الجديد:

لاحظنا سابقاً أنه إذا كان العمل الذي أسنده صاحب العمل للعامل يسمح له بالتعرف على عملاء صاحب العمل أو بالاطلاع على أسرار أعماله، فمن غير الجائز عندئذ، أن يفشي أسرار

(1) أنظر د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 79.

(2) د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 89.



العمل التي اطلع عليها إلى الغير بعد انتهاء عقد العمل، سواء كان هذا الغير شخصاً أم مؤسسة، بمقابل أم بغير مقابل. حيث يتفق صاحب العمل مع العامل في عقد العمل أو في عقد لاحق على إلزام هذا الأخير بالامتناع عن تسريب أسرار العمل إلى الغير بما يمثل ذلك من أضرار بمصلحة المؤسسة من إطلاع المنافسين على أسرارها أو ما من شأنه زعزعة الثقة بينها وبين عملائها. كما أن الالتزام بعدم المنافسة لا يتحرر منه العامل حتى في حالة غياب أي التزام اتفاقي بعدم المنافسة. ذلك أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يربط هذا الالتزام ويثقل مسؤولية العامل طيلة فترة تنفيذ العقد وأيضاً بعد انقضائه. ومن بين الحالات التي يتحقق فيها إخلال العامل به حالة التحاقه بمؤسسة منافسة لصاحب العمل السابق. سواء كان ذلك بمحض إرادته أم نتيجة لتحريض صاحب العمل الجديد العامل على ترك العمل لدى صاحب العمل السابق للالتحاق بوظيفة عنده. ويثور التساؤل هنا حول مسؤولية صاحب العمل الجديد قبل صاحب العمل السابق بالتحاق العامل بالعمل لديه.

إن الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة هو اتفاق بين صاحب العمل والعامل، مفاده حظر إفشاء الأسرار إلى الغير أو إنشاء مشروع منافس أو الالتحاق لدى صاحب عمل آخر في ذات عمله السابق. يترتب على ذلك أن الأطراف المعنية بهذا الاتفاق هما أطراف العقد أي صاحب العمل والعامل. فلا يمكن إذن أن تمتد المسؤولية العقدية إلى صاحب العمل الجديد الذي تحققت المنافسة غير المشروعة في جانبه، بإلحاق العامل بمؤسسته. ذلك أنه ليس طرفاً في اتفاق عدم المنافسة، وبالتالي، كأصل، فإنه لا يلتزم بشيء في هذا الاتفاق⁽¹⁾.

إلا أن مسؤولية صاحب العمل الجديد في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية، وتقتضي هذه الأخيرة، طبقاً للقواعد العامة توافر الشروط العامة وهي الخطأ والضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾. ويتحقق شرط الخطأ كعنصر من عناصر المسؤولية التقصيرية في حق صاحب العمل الجديد الذي تحققت المنافسة غير المشروعة في جانبه، إذا كان عالماً بالالتزام العامل بعدم المنافسة، أو قام بتحريض العامل على ترك العمل لدى صاحب العمل السابق للالتحاق بمنصب عمل لديه⁽³⁾.

(1) أنظر د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 301 ود. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 83.

(2) راجع د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص. 112 ود. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 83.

(3) د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 301.



ويجمع الفقه والقضاء في فرنسا على أن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية لصاحب العمل الجديد الذي تحققت في جانبه المنافسة غير المشروعة، يتوقف على اختراق حاجز السرية. ومن ذلك اعتبار تحريض العمال أو تشجيعهم على الالتحاق بالعمل في مؤسسة منافسة، رغبة في التعرف من خلالها على أسرار المؤسسة التي كانوا يعملون فيها، من أعمال المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾. ذلك أن هذه الأسرار لم يكن ليعرفها صاحب العمل الجديد لولا التحاق العامل بالعمل لديه. الأمر الذي يؤدي إذن إلى قيام المسؤولية التقصيرية واستمرارها لكل صاحب عمل يستغل المعرفة الفنية لمؤسسة منافسة دون إذن من المؤسسة الحائزة لها والذي يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة.

وإذا توفرت لشرط عدم المنافسة شروط صحته، تعين على العامل الالتزام به والعمل بمقتضاه. وفي حالة إخلال العامل بالتزامه التعاقدى بعدم المنافسة، تقوم مسؤوليته التعاقدية قبل صاحب العمل السابق ومسؤولية تقصيرية لمن استخدمه. وعلى الرغم من اختلاف طبيعة المسؤوليتين، إلا أن الأثر الذي يترتب عليهما هو واحد. حيث إن صاحب العمل السابق له الحق أن يطالب العامل وصاحب العمل الجديد بالتنفيذ العيني بإزالة المخالفة ومنع استمرارها وتكرارها مستقبلاً بإنهاء علاقة العمل لدى صاحب عمل منافس وتعويضه عن الضرر الذي أصابه.

وطبقاً للقواعد العامة، فمسؤولية التعويض لا يتحملها لا العامل ولا صاحب العمل الجديد، إلا بعد التأكد من تحقق الضرر كشرط لقيام مسؤولية من كان السبب في إضرار الغير، نتيجة للمنافسة غير المشروعة. حيث يعتبر الإخلال بقواعد المنافسة غير المشروعة في مواجهة الغير، سبباً مؤدياً بالضرورة إلى الإضرار به. ذلك إن أسرار نشاط أي مؤسسة، سواء كانت تتعلق بالمعرفة الفنية، أم بأسلوب الإنتاج، أم غيرها، تمثل أحد الأسلحة المهمة كموضوع للمنافسة، باعتبار أنها تعطي حائزها ميزة مهمة في مواجهة منافسيه. ويمثل الاستيلاء عليها حرماناً لحائزها من هذه الميزة، وهو ما يشكل له ضرراً مباشراً⁽²⁾.

وحق صاحب العمل المتضرر في التعويض عن المنافسة غير المشروعة، مرهون إذن بتحقيق الضرر، من جراء استخدام عامل كان يعمل في مؤسسة منافسة، على الرغم من علمه بشرط عدم المنافسة. حيث يدور التعويض في هذه الحالة وجوداً وعدمًا مع الضرر. ذلك أن المسؤولية

(1) Christophe PETTITI, op. cit., p. 8 et https://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence, 24/06/2013, p. 8.

(2) لمزيد من التفاصيل، راجع د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 89.



التي تحققت في المنافسة غير المشروعة تهدف إلى حماية فعالة لحائز المعرفة الفنية وأساليب الإنتاج والصنع وقواعد التجارة من ناحيتين. فمن جهة ترتب حق في تعويض صاحب هذه الأسرار عما أصابه من ضرر نتيجة الاطلاع عليها والمساس بها، ومن جهة أخرى تمنع المسؤولية عن الأعمال المنافسة غير المشروعة، استغلال تلك الأسرار من مرتكب الفعل غير المشروع⁽¹⁾. وعلى صاحب العمل السابق أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من جراء توظيف عامل من طرف مؤسسة منافسة رغم علمها بشرط عدم المنافسة، وإلا لا يكون هناك مبرر للحصول على تعويض.

والخلاصة أنه لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية لصاحب العمل الجديد الذي ثبتت المنافسة غير المشروعة في جانبه، أن يكون قد ارتكب خطأ بإلحاق العامل بمؤسسته وهو يعلم بالالتزام هذا الأخير بعدم المنافسة. أو أن يكون الخطأ عن طريق تحريض العامل على ترك العمل لدى صاحب العمل السابق للالتحاق بوظيفة لديه. كما يشترط أن يتحقق الضرر من جراء ذلك الإخلال حتى يبرر حق صاحب العمل السابق في التعويض عما أصابه من ضرر.

المطلب الثالث: إبطال الاتفاق المانع من المنافسة وعدم جواز التمسك به من طرف صاحب العمل:

إن الآثار المترتبة على الاتفاق الصحيح بعدم المنافسة، قد تقف أحيانا، على الرغم من توفر شروط صحته، بحيث لا يستطيع صاحب العمل التمسك به. ذلك أن المشرع أجاز للعامل أن يتحلل من الالتزام الذي يفرضه على كاهله اتفاق أو شرط عدم المنافسة. فخروجا عن القواعد العامة، قد يقوم العامل بمخالفة هذا الشرط دون أن يكون مسؤولا. هذا لأن المشرع المصري إمعانا في حماية العامل، قد خرج عن هذا الأصل في المادة 686 الفقرة الأخيرة من القانون المدني في حالتين، لا يحق فيهما لصاحب العمل الاستفادة من التقييد به⁽²⁾. وتتمثل هاتان الحالتان فيما يأتي:

أولا: إنهاء صاحب العمل للعقد أو رفض تجديده:

إذا قام صاحب العمل بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، أو رفض تجديده إذا كان محدد المدة دون أن يقع من العامل أي خطأ يبرر ذلك أو ينسب إليه، فإن العامل يستعيد حريته في العمل، ولا يتقيد باتفاق عدم المنافسة⁽³⁾. ولا يجوز التمسك بالالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة

⁽¹⁾ أنظر د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 301 ود. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 90.

⁽²⁾ د. عبد العزيز مرسى، المرجع السابق، ص. 344.

⁽³⁾ د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص. 82.



أيضا حتى ولو لم يكن هناك خطأ يمكن نسبته إلى صاحب العمل. كما لو كان سبب إنهاء عقد العمل أو رفض تجديده راجعا إلى سوء الحالة المالية للمؤسسة. أي عندما تمر المؤسسة بظروف اقتصادية صعبة، يضطر فيها صاحب العمل إلى التخفيض من عدد العمال الذين يستخدمهم. فيمتنع التمسك بشرط عدم المنافسة إذن، في حالة إنهاء عقد العمل بغير مبرر راجع للعمال ولو لم يرجع لخطأ من جانب صاحب العمل⁽¹⁾. بمعنى أنه لا يصح الاحتجاج بشرط عدم المنافسة لمجرد أن إنهاء علاقة العمل، من جانب صاحب العمل، كان إنهاء مشروعاً. ذلك أن تسريح العمال لأسباب اقتصادية جائز قانوناً كما يستنتج من المادة 69 فقرة 1 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم 11/90⁽²⁾. ويبدو توافق هذا الحكم مع مبادئ العدالة، ذلك أنه ما دام صاحب العمل هو الذي لم يقبل باستمرار علاقة العمل، مهما كان السبب في ذلك - بشرط عدم نسبته للعمال - فمن العدل إذن أن يستعيد العامل حريته في العمل دون التقيد بشرط عدم المنافسة.

يستنتج من خلال ذلك أن لصاحب العمل أن يتمسك بالالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة في حالة واحدة هي حالة إنهاء العقد أو فسخه بسبب يرجع للعامل، سواء كان الإنهاء مباشرة من طرف العامل بتقديم استقالته بإرادته المنفردة أم بطريقة غير مباشرة، أي من طرف صاحب العمل بتسريح العامل نتيجة إخلاله بالتزاماته الجوهرية.

إن موقف المشرع المصري هذا يهدف إلى تحقيق غايتين، تتمثل الأولى في رد سوء قصد العامل، في دفع صاحب العمل دفعا لإنهاء عقد عمله، رغبة منه في الاستقلال بنشاط خاص به أو العمل في ذات المهنة لدى صاحب عمل آخر توصلنا إلى منافسته والاستفادة بما توصل إليه من معلومات بحكم عمله الذي سمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل وبالاطلاع على أسرار العمل⁽³⁾. أما الغاية الثانية فتتمثل في تحقيق العدالة، إذ لا يجوز لصاحب العمل أن يتمسك بشرط عدم المنافسة إذا أنهى عقد العمل بخطأ منه. سواء بطريقة مباشرة أم بطريقة غير مباشرة أي الإنهاء يكون من طرف العامل نتيجة لإخلال صاحب العمل بالتزاماته الجوهرية. حيث إنه لا يعقل أن يمنع صاحب العمل العامل من أجره دون مبرر جدي ومشروع، وفي نفس

(1) د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 303.

(2) التي تنص على أنه: "يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية".

(3) د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 303.



الوقت يمنعه من البحث عن مورد رزق آخر، حيث يعد ذلك إهدارا لمصلحة العامل ومساسا بحريته في العمل⁽¹⁾.

في حين نجد أن القضاء الفرنسي يشترط لسقوط الالتزام الاتفاقي عدم المنافسة وبالتالي حرمان صاحب العمل من التمسك بشرط عدم المنافسة أن يكون هذا الأخير مخطأ⁽²⁾. معنى ذلك أن لصاحب العمل أن يتمسك بشرط عدم المنافسة في حالة إنهاء عقد العمل بغير خطأ من جانبه ولو لم يرجع المبرر للعامل، متى كان الإنهاء مشروعاً، كما هو الحال في الإنهاء لأسباب اقتصادية. ذلك أن التقليل من عدد العمال بسبب الظروف المالية التي تمر بها المؤسسة أو لاعتبارات هيكلية هو حل مشروع وقانوني إذا ثبت بأن السبب جدي وله وجود فعلي. بمعنى أن مركز المؤسسة يبرر الإنهاء ويتناسب مع نطاق الاستغناء الذي لجأ إليه صاحب العمل.

انطلاقاً من هذه الأحكام المتباينة، أرى من جانبي مع جانب من الفقه⁽³⁾، أنه من الضروري توسيع نطاق تمسك صاحب العمل بشرط عدم المنافسة في الحالات التي ينتهي فيها عقد العمل بغير خطأ من صاحب العمل، متى كان الإنهاء مشروعاً كما هو الحال في الإنهاء لأسباب اقتصادية. ويترتب على ذلك أن العامل يكون مسؤولاً في هذه الحالة أمام صاحب العمل مسؤولية تعاقدية في حالة إخلاله بالالتزام بعدم المنافسة، ولو كان مبرر الإنهاء لا يرجع للعامل. ومبرر ذلك، أن إنهاء عقد العمل بإنهاء مشروعاً وبغير خطأ من صاحب العمل، يستوجب عدم حرمان هذا الأخير من حقه في الاحتجاج بالشرط. وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعريض المصلحة الجدية للمؤسسة للتهديد وهذا يؤدي إلى عدم العدل، هذا من جهة ومن جهة أخرى، إن شرط عدم المنافسة في حد ذاته مقيد من حيث الزمان والمكان ونوع العمل حتى لا يمس بحرية العمل وحرية التجارة. فشرط عدم المنافسة هو شرط نسبي بالقدر الضروري لتحقيق التوازن بين حماية مصالح صاحب العمل المشروعة ومصصلحة العامل في استرداد حريته لإيجاد عمل آخر وبذلك ضمان مورد رزقه.

يضاف إلى ذلك أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي عدم مخالفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي اتجهت إلى تضمين عقد العمل أو في عقد لاحق شرط عدم المنافسة. فلا يجوز

⁽¹⁾ راجع ذلك بشيء من التفصيل د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 303.

⁽²⁾ د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 70.

⁽³⁾ د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 303 ود. حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 327.



حرمان صاحب العمل بالتالي بأن يتمسك بهذا الشرط إذا أنهى العقد بمبرر مشروع ولو لم يرجع لخطأ من جانب العامل. فالعامل يحتفظ في جميع الحالات مهما كانت أسباب انتهاء عقد العمل بكافة الضمانات المقررة لحماية مصلحته من خلال القيود المشروطة لصحة الشرط أو الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة.

وهو نفس الإشكال المطروح في حالة رفض صاحب العمل تجديد عقد العمل محدد المدة. حيث يظهر من خلال نص المادة 686 فقرة أخيرة من القانون المدني المصري، أن صاحب العمل لا يجوز له أن يتمسك بهذا الاتفاق في حالة رفضه تجديد عقد العمل المحدد المدة دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك. إن هذا الحكم يعتبر إجحافاً في حق صاحب العمل ولا يوجد أي سند يبرره. ذلك أن المادة 694 من نفس القانون لا تلزم صاحب العمل بتجديد عقد العمل المحدد المدة ولا حاجة لتقديم مبرر عن ذلك⁽¹⁾ حتى لا يكيف بأنه إنهاء تعسفي. حيث إنه من بين الحالات العادية لإنهاء عقد العمل هي حالة انتهاء مدة العقد⁽²⁾ وبالتالي فلا يعقل أن نسلط جزاء على صاحب العمل بحرمانه الاستفادة من شرط المنع من المنافسة في حالة رفضه تجديد عقد العمل المحدد المدة بعد انتهائه. لأن المشرع في التشريع الاجتماعي المقارن لا يلزمه بالتجديد إذا كان عقد العمل محدد المدة واستوفى جميع الشروط القانونية الخاصة به⁽³⁾. فكان من الأحسن على المشرع المصري أن يقتصر هذا الحكم، على حالة إنهاء صاحب العمل لعقد العمل محدد المدة قبل انتهاء مدته⁽⁴⁾ دون أن يرجع ذلك لخطأ من جانب العامل.

ولقد انتقد بعض الفقهاء هذا النص لأنه يقرر عقوبة مدنية على صاحب العمل. حيث إنه لا يمكن اعتبار حرمان صاحب العمل من حقه بالتمسك بالشروط التي تقضي بمنع المنافسة من قبيل التعويض العيني للفسخ أو إنهاء العقد. فليس هناك صلة بين رفض تجديد العقد أو فسخه دون مبرر وبين حرمان صاحب العمل من التمسك بشرط عدم المنافسة⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 303.

⁽²⁾ راجع المادة 4/66 من قانون العمل الجزائري رقم 11/90.

⁽³⁾ راجع المواد من المادة 11 إلى غاية المادة 14 من قانون العمل الجزائري رقم 11/90.

⁽⁴⁾ أنظر د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 303.

⁽⁵⁾ أنظر د. يحيى محمد يحيى، المرجع، ص. 173.



ثانياً: إنهاء العامل للعقد بسبب خطأ صاحب العمل:

تنص المادة 3/686 من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا وقع منه ما يبرر فسخ العامل للعقد". ومقتضى ذلك، أنه إذا وقع من صاحب العمل ما يبرر إنهاء العامل للعقد، ففي هذه الحالة يكون المشرع قد حرم صاحب العمل من الاستفادة من الاتفاق بعدم المنافسة، على الرغم من أن العامل هو الذي ترك العمل بمحض إرادته⁽¹⁾.

معنى ذلك أنه إذا وقع من صاحب العمل أي خطأ وكان سبباً لإنهاء العامل للعقد، كما لو لم يقيم بالوفاء بالتزاماته قبل العامل. كحالة رفضه دفع أجر العامل دون مبرر، أو إذا ارتكب أمراً مخالفاً بالأداب نحوه أو نحو أحد أفراد أسرته أو وقع منه أو من ينوب عنه اعتداء على العامل. ففي جميع هذه الحالات، لا يجوز لصاحب العمل أن يحتج بشرط عدم المنافسة بعد انتهاء العقد، رغم أن العامل هو الذي ترك العمل بإرادته. فله الحق أن يزاول ما يشاء من أعمال حتى ولو كانت مخالفة لشرط الاتفاق بعدم المنافسة⁽²⁾، ذلك أن خطأ صاحب العمل في حق العامل هو الذي دفعه إلى تلك النتيجة.

وتطبيقاً لذلك، إذا اضطر العامل إلى إنهاء العقد بسبب خطأ يرجع إلى صاحب العمل، فيتحل العامل من الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة. وإذا أحل العامل في هذه الحالة بالالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة، كأن يكون الإخلال في صورة العمل لدى صاحب عمل آخر منافس لصاحب العمل السابق، أو في صورة إنشاء مؤسسة لحسابه الخاص، بحيث يستغل فيها نفس نشاط صاحب العمل الذي استخدمه سابقاً، مستعملاً الأسرار التي اطلع عليها بحكم عمله لديه، أو في صورة الاشتراك مع الغير في مشروع منافس، فلن تقوم مسؤولية هذا العامل عن هذا الإخلال في مواجهة صاحب العمل. وليس لهذا الأخير أن يحتج على العامل بشرط عدم المنافسة، وبالتالي لا يجوز له مطالبته في هذه الحالة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة مخالفة العامل للالتزام المفروض عليه.

ويبرر جانب من الفقه موقف المشرع المصري هذا بأنه يكفي على العامل الآثار السيئة التي تترتب على إنهاء العقد وفقدانه لعمله وبالتالي لأجره. فمن غير الجائز مضاعفة هذه الآثار من خلال تقييد حريته في ممارسة عمل معين، حتى ولو كان في ممارسة هذا العمل منافسة

⁽¹⁾ د. سعد السعيد المصري، المرجع السابق، ص 82 وأنظر أيضاً د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 221.

⁽²⁾ راجع في هذا الشأن: د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 136.



لصاحب العمل. لأن هذا الأخير مخطئ في هذا الإنهاء مما يستوجب رعاية مصلحة العامل بعد إنهاء عقد العمل⁽¹⁾.

كما يمكن تبرير إسقاط حق صاحب العمل في التمسك بالتزام العامل بشرط عدم المنافسة، لأن هذا الشرط يعد قييدا خطيرا على حرية العامل في العمل، مما يهدده في مورد رزقه، ويمثل اعتداء على الحرية الفردية للعامل. فمن غير المعقول أن يستفيد منه صاحب العمل حتى في حالة إنهائه لعقد العمل بطريقة غير مباشرة ودون سبب مشروع. خاصة إذا كان هذا القيد يعتبر خروجاً عن الأصل العام، وهو حرية العامل بعد انتهاء عقده بأن يمارس أي مهنة وفق اختياره. كما أن شرط عدم المنافسة يحتج به على العامل في حالة انتهاء العقد بانتهاء مدته أو في حالة استقالة العامل وليس في حالة إقالته دون مبرر مشروع.

الخاتمة:

وبما أننا نعيش اليوم عصرا اتسم بالتطور التكنولوجي السريع في ظل التغيرات والتحديات المعرفية المتواصلة، فإن هذا الوضع أدى إلى ضعف قدرة العمال على الاحتفاظ بأسرار العمل وعلى تجنب استغلالها لمصلحتهم الشخصية. حيث أضحى إطلاع الغير على أسرار العمل واقعة خطيرة في ظل الانتفاع بالخدمات التي زاد تنوعها بشكل كبير. وبما أن المعرفة الفنية تمثل أحد الأسلحة المهمة في المنافسة باعتبار أنها تعطي حائزها ميزة مهمة في مواجهة منافسيه، فإن الاستيلاء عليها يؤدي إلى حرمان حائزها من هذه الميزة، وهو ما يشكل له ضررا مباشرا.

ويضاف إلى ذلك اتجاه السياسة الاقتصادية المعاصرة إلى التخصص في المجال الصناعي والتجاري وبالتالي احتمال المنافسة وبشدة من طرف العمال الفنيين والإطارات والمتخصصين، حيث تتوفر لديهم الأسباب القوية لمنافسة صاحب العمل ومعرفة أسرارها الاقتصادية. فأمام خطورة هذا الوضع، كان من الضروري في ظل هذه الظروف الاقتصادية الحالية، أن تتجه القوانين والنظم إلى حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة باشتراط عدم منافسة العامل لصاحب العمل بعد انتهاء عقد العمل لأهمية المسألة.

وإذا كانت هناك ضرورة لحماية المصالح المشروعة للمؤسسة فلا بد أن يسمح القانون لصاحب العمل بإدراج بند في عقد العمل يمنع بموجبه العامل من القيام بممارسة نشاط مماثل لنشاط صاحب العمل. ولا يعتبر ذلك قضاء على حرية العامل في العمل إذ إنه لا يوجد ما يمنع

(1) د. شواخ محمد الأحمد، المرجع السابق، ص. 331 ود. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص. 221.



هذا الأخير من إيجاد عمل آخر، ذلك أن الشرط بعدم المنافسة يأخذ بعين الاعتبار كفاءة العامل وخبرته المهنية.

والواقع أن المعيارين لصحة شرط عدم المنافسة المتمثلين في الحماية الضرورية للمصالح المشروعة للمؤسسة والإمكانية المتروكة للعامل في إيجاد عمل لتفادي تهديد المستقبل الاقتصادي للعامل، فيهما مساس بمصالح متعارضة، هي المصلحة المشروعة للمؤسسة وحرية العامل في العمل. لذلك استدعى الأمر البحث عن نطاق محدد لشرط عدم المنافسة وعن الشروط التي يمكن معها التوفيق بين هاتين المصلحتين.

فإذا كان العمل الذي يقوم به العامل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل الصناعية والتجارية والاتصال بعملاء صاحب العمل، كان لهذا الأخير الحق في إدراج هذا الشرط في عقد العمل على أساس أن المنافسة تمثل خطرا على المصلحة الجدية للمؤسسة. ومن ثم يكون الشرط بعدم المنافسة صحيحا لتوفر سبب اشتراطه. أما إذا كان العمل الذي يقوم به العامل لا يسمح له بالاطلاع على أسرار صاحب العمل، كان هذا الأخير متعسفا في تضمين عقد العمل هذا الشرط، على أساس أنه يمثل قييدا خطيرا على حرية العامل. لذلك يتعين ألا يسمح بالقيود إلا إذا بررته مصلحة أكيدة بالقدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة وإلا اعتبر الشرط باطلا.

فشرط عدم المنافسة إذن لا يشكل في حد ذاته اعتداء على حرية العامل، لأن الهدف المرجو منه هو حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة وعدم الإضرار بها. وأن القيود الخاصة بالزمان والمكان ونوع النشاط المحظور على العامل ليست إلا وسائل لقيام التوازن بين المصالح التي يتضمنها هذا الشرط. فالالتزام بالسرية لصيق بعلاقة العمل بغض النظر عن نوع العمل وطبيعته وهو من أهم الالتزامات الجوهرية التي يفرضها القانون على العامل. حيث إن معظم الدول تنص في قانون العمل على التزام العامل بمراعاة الكتمان في كل ما له صلة بأعمال المؤسسة التي يعمل بها، وبشؤونها الداخلية والخارجية ونظم العمل بها. ذلك أن الالتزام بالسرية تبرره الممارسة العملية لبعض المهن، وضمانا للدور الاقتصادي والصناعي والتجاري الذي يقوم به من يمارسون هذه المهن. كما أن مصلحة صاحب العمل تقتضي أيضا أن يحدد العمل الذي يحظر على العامل القيام به، باعتبار ذلك سرا من أسرارها، يهدد مصالحته في توزيع منتجاته أو تعامله مع عملائه أو اعتماده على أسلوب محدد لإنتاج السلع. ولا بد في هذا الإطار أن تتضح آثار شرط عدم المنافسة وحدوده حتى لا يؤدي إلى عدم التوازن بين المصلحتين المتعارضتين. فلا بد من عدم الخلط بين المعلومات السرية التي يطلع عليها العامل والخبرة التي يكتسبها



بمناسبة ممارسته لعمله. بحيث يجب أن يترك للعامل إمكانية لاستخدام قدراته ومهاراته بطريقة تحقق له كسب معيشتة. حتى نحافظ على شخصية العامل الاقتصادية بما لا يحرمه شرط عدم المنافسة من استخدام مؤهلاته الفنية التي تمثل الطريق الوحيد للعيش. معنى ذلك أنه يحق للعامل أن يستغل خبرته بعد ترك العمل، سواء لحسابه الخاص أم لحساب غيره ولكن بشرط عدم المنافسة وهو الذي يستهدف عدم استخدام تلك الخبرة في مشروع منافس بعد انتهاء علاقة العمل.

لذلك يهدف حظر العامل من مباشرة نفس نشاط صاحب العمل إلى فرض حماية فعالة لحائز المعرفة الفنية من ناحيتين، فمن ناحية، يمنع شرط عدم المنافسة من استعمال أو استغلال المعرفة الفنية بواسطة العامل، مرتكب الفعل غير المشروع ومن ناحية أخرى، يرتب الإخلال بشرط عدم المنافسة تعويضا للحائز أي لصاحب العمل، نتيجة ما أصابه من ضرر على المساس بالمعرفة الفنية.

وبما أن قانون العمل يهدف إلى تحقيق غايات اجتماعية واقتصادية وسياسية، تدور في الغالب حول كفاءة عمل مناسب وأجر عادل وإنتاج، عن طريق تنظيم حقوق وواجبات كل من العامل وصاحب العمل تنظيمًا عادلًا لحل الصراع الطبقي بين العمال وأصحاب الأعمال حلاً سلمياً. ولضمان ذلك التوازن فلا يجوز مراعاة الاعتبارات الاجتماعية على حساب الاعتبارات الاقتصادية التي لا غنى عنها في نظام اقتصادي متوازن. فالتضحية بمصلحة المؤسسة ومستوى إنتاجها لصالح العمال سيؤدي حتماً إلى فشل دور المشروعات الاقتصادية في الأخذ بسياسة اقتصاديات السوق - تنفيذاً لمتطلبات مرحلة التحول الاقتصادي - باعتبار أن سوق العمل يتأثر بالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدولة التي يوجد بها.

ونظراً لمرونة شرط عدم المنافسة ومن أجل تحقيق الغاية من إقراره، فإن المنطق يفرض أن يترك للقاضي السلطة التقديرية للنظر في مدى التزام الشرط للقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة، مستهدياً في ذلك بظروف المؤسسة والعامل. ومن بين المسائل الأساسية التي تدخل في تقدير شرط عدم المنافسة، حركة التطور في أسلوب الإنتاج، المدة المعقولة لتجدد عنصر العملاء، مدة خدمة العمل لدى صاحب العمل، عدد المناصب الممكنة لتشغيل العامل... إلخ. وعلى ذلك يتحقق القاضي في مراقبته لصحة الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة أنه لا يتجاوز ما تقتضيه المصلحة المشروعة لصاحب العمل وأنه لا يستغرق حرية العامل في العمل أو يهدد مستقبله الاقتصادي بما يتنافى مع العدالة.



إن حرية العامل في العمل مضمونة حتى بوجود شرط عدم المنافسة، لأنه لا يؤدي إلى بطلالة إجبارية للعامل لنسبية حظر المنافسة. فالمنع لا يكون طيلة حياة العامل، وبالنظر إلى مهنة معينة وإلى مدينة معينة بالقدر الضروري لحماية مصلحة صاحب العمل والعامل. فكان على المشرع الجزائري أن يحرص على إدراج شرط عدم المنافسة بالقيود الضرورية لإضفاء الطابع النسبي والمرونة على الحظر. ثم وضع هذه القيود جميعها في إطار معيار عام يهدف إلى حماية المصلحة المشروعة للمؤسسة وترك إمكانية للعامل لإيجاد عمل آخر. كما يمكن للمشرع أن يفرض على صاحب العمل أن يقدم تعويضا للعامل مقابل التزامه بشرط عدم المنافسة، إذا لم يوفق في إيجاد عمل آخر حماية لمصلحته الاقتصادية والاجتماعية. وعلى القاضي مراقبة مدى صحة الشرط على ضوء القيود المتعددة التي تحيط بشرعيته وإعادته إلى الحد المعقول ولا يقضي ببطلان الشرط في جملة إذا اقترن بقيود مبالغ فيها، أخذا بعين الاعتبار الخبرة المهنية للعامل والمصلحة المشروعة للمؤسسة.

تحديد لحظة الموت دينيا وطبيا وقانونيا

كلمة/هنري أمال زولبخة
كلية الحقوق-بن عكنون-جامعة الجزائر(1)

مقدمة:

إن الله خالق كل دابة في الأرض حيث قال ﷺ: "خلق الله التربة يوم السبت وخلق فيها الجبال يوم الأحد وخلق الشجر يوم الاثنين وخلق المكروه يوم الثلاثاء وخلق النور يوم الأربعاء وبث فيها الدواب يوم الخميس وخلق آدم بعد عصر يوم الجمعة آخر خلق في آخر ساعة من ساعات الجمعة بين العصر إلى الليل"⁽¹⁾.

إن الحياة هبة من عند الله وإن الموت شر عظيم مبهم لا يعلم كنهه أحد إلا من ذاقه وكل من ذاقه ذهب إلى مكان حيث لا يعود منه. فليس للعالم أن يعرف شيئا لا يوجد له أثر ولا تدركه لا الحواس ولا القياس.

إن الحياة مهما طال لها نهاية وخاتمة تنقطع عندها، حيث ينتقل الإنسان من عالم الفناء إلى عالم الخلود.

إن الساعة حق ولكنها غيب من غيوب الله لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾⁽²⁾.

(1) الشيخ محمد علي الصابوني / مختصر تفسير الطبري للإمام أبي جعفر ابن جرير الطبري / المجلد الأول / مكتبة الرحاب / طبعة أولى / بيروت / 1983 / ص 283.

(2) سورة لقمان / الآية 34.



إن الموت ليس بعدم محض ولا بفناء صرف وإنما هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقة وحيلولة بينهما وتبدل حال وانتقال من دار إلى دار⁽¹⁾.

ذكرت آيات قرآنا الحنيف الموت ولكنها لم تحدد متى يكون الإنسان ميتا وكيف يكون الإنسان ميتا.

نظم المشرع حقوق الميت من وجوب دفع ديونه وتكاليف جنازته ثم تقسيم تركته فبنهاية الحياة تزول شخصيته القانونية ويصبح لا واجبات له ولا حقوق له سوى المذكورة آنفا. ولتحديد لحظة الموت أهمية عظمى لأنها الخط الفاصل بين الحياة والموت وهي المسألة التي يجب الرجوع فيها إلى أهل الخبرة.

لقد اختلف أهل العلم في تعريف الموت فهناك من قال: إن الموت "صفة وجودية خلقت ضد الحياة"⁽²⁾ وإنه "زوال أهلية الوجوب أو الشخصية بالموت"⁽³⁾، وإن "الروح قد فارقت البدن، لم يكن بعد حياة، كاسترخاء قدميه وانخساف صدغيه واعوجاج أنفه وامتداد جلدة وجهه"⁽⁴⁾.

وعرف الأستاذ "بكر عبد الله أبو زيد" الموت أنه: "أعلم أن المراد بالميت هنا هو من فارقت روحه بدنه، بانقطاعها عن بدنه انقطاعا تاما، من توقفت دقات قلبه المنزلة طبيعيا أو صناعيا واستكمال إمارته فهذه هي الوفاة التي تترتب عليها أحكام مفارقة الإنسان للعالم، من انقطاع أحكام التكليف وخروج زوجته من عهده وماله وتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه..."⁽⁵⁾.

الإشكالية: كيف تحدد لحظة الموت؟

(1) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي/ شرح الصدر بشرح حال الموتى والقبور/ دار الكتاب العربي/ لبنان/ الطبعة الأولى / 2005/ ص 16.

(2) د. مروك نصر الدين/ نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية/ دراسة مقارنة/ الجزء الأول/ الكتاب الأول/ دار هومة/ 2003/ ص 379.

(3) د. مروك نصر الدين/ نفس المرجع المذكور سابقا/ ص 379.

(4) الإمام النووي/ المرجع المهدب/ الجزء الخامس/ الناشر إدارة لطباعة المنيرة بمصر/ دون سنة طبع/ ص 253.

(5) د. مروك نصر الدين/ نفس المرجع المذكور أعلاه/ ص 381 - 382.

المبحث الأول: تحديد لحظة الموت طبيًا:

إن الموت ظاهرة بيولوجية مثلها مثل الولادة إلا أن التحديد الدقيق للحظة الموت يخلق جدلا فقهيًا واسعًا ليس فقط بين علماء الطب والدين والقانون، ولكن داخل كل طائفة بحد ذاتها من هؤلاء العلماء. فنقطة الجدل تتمحور في تحديد اللحظة الحقيقية التي غادرت فيها الروح الجسد.

ازدادت أهمية تحديد لحظة الوفاة مع تطور وتقدم تقنيات العلوم الطبية التي أصبحت تقدم للبشر العديد من الإنجازات⁽¹⁾. ومن بين سمات هذا التطور، ظهور أساليب طبية حديثة يؤثر استخدامها على تحديد لحظة الوفاة مثال: الإنعاش الاصطناعي.

إلى وقت قريب، فإن تحديد لحظة الوفاة لم تكن نقطة نقاش. كان أمر مفروغا منه حيث المختص في الأمر كان الطبيب.

والمعايير التي كان معتمدا عليها لتحديد لحظة الموت تمثلت فيما يلي:

المطلب الأول: معيار الموت الإكلينيكي:

يسمى المعيار الإكلينيكي بالمعيار التقليدي ويعني المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة ويتمثل في توقيف العمليات الحيوية للجسم والمتمثلة في توقيف التنفس أي توقيف الجهاز التنفسي وسمي بالموت الإكلينيكي لأنه موت ظاهري.

ولكن بعد التقدم العلمي الذي طرأ، نقد هذا المعيار من قبل الكثير من العلماء سواء من رجال الطب أم الدين أم القانون.

فحسب هذا المعيار تتحقق الوفاة بالتوقف النهائي للجهاز التنفسي ولكن لم يهتم بالمرحلة التي تلي هذا التوقف وهو المرحلة الثانية بعد توقف القلب وهي مرحلة موت خلايا المخ وذلك بعد مرور بضع دقائق. كما أنه قد تبقى باقي خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر ثم تنتهي بالموت.

لقد تعرض هذا المعيار للنقد على أساس أنه لا يساير التقدم العلمي الحالي للطب.⁽²⁾ حيث بإمكان الطبيب إعادة الجهاز التنفسي يعمل بفضل التمدات العلمية بالجوء إلى عدة وسائل

(1) د. طه محمود أحمد/المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة/مركز الدراسات والبحوث/الرياض/2001/ ص 13.

(2) د. سلامة محمود عوض/ رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء من الناحيتين الدينية والطبية/ الدليل الإلكتروني للقانون العربي/ www.arablawninfo.com



مثل تدليك القلب، الصدمة الكهربائية وعدة وسائل يملكها الطب الإنعاشي. وهو معيار غير كاف لتحديد لحظة الموت. والمثال الأوضح لذلك هو توقيف القلب في العمليات الجراحية التي تخص «عمليات القلب المفتوح» (opérations à cœur ouvert) فلا يعني وفاة الشخص لأن الدم محمل دائماً بالأكسجين ويصل إلى المخ بفضل الأجهزة الصناعية⁽¹⁾.

فأمام الانتقادات المقدمة والمؤسسة والتي استمرت أمام النقائص التي دارت حول معيار الموت الإكلينيكي ظهر معيار آخر هو:

المطلب الثاني: معيار الموت الدماغى:

يسمى معيار موت الدماغ بالمعيار الحديث، أيده وتبناه أغلبية الفقه الطبي.

ففي هذه الحالة يعتبر الإنسان ميتاً متى ماتت خلايا المخ لأنها يستحيل عودتها إلى الحياة⁽²⁾ حتى وإن كان قلبه مازال ينبض، إن الخلايا العصبية هي الخلايا الوحيدة التي لا تستخلف أبداً - ومتى ماتت تلك الخلايا يعتبر الإنسان ميتاً حتى وإن بقي قلبه ينبض بعد، ومازالت الدورة الدموية تجري في جسم ذلك الشخص.

متى كان قلب الشخص ينبض ولكن دماغه قد توقف عن العمل، فهل يعتبر الإنسان ميتاً أم حياً؟

ترجع هذه الظاهرة للحالة الطبيعية، لماذا؟ لأنه باستطاعة القلب أن ينبض حتى وإن توقف الدماغ عن الاشتغال ويرجع ذلك إلى أن بحوزة القلب مركزاً عصبياً موجوداً بداخله وهو الذي يتحكم فيه لا الدماغ.

كما أن علماء الطب قد أثبتوا أن موت الدماغ لم يمنعه من إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ⁽³⁾. ويتم التحقق من موت المخ بالاستعانة بجهاز رسام المخ الكهربائى الراصد لنشاط الدماغ⁽⁴⁾ (électroencéphalogramme EEG). ولكن قدم نقد إلى هذا المعيار لأن لهذا الجهاز سلبيات حيث توقفه لا يعني سوى توقف نشاط المراكز العصبية

⁽¹⁾ د. البار محمد علي/ ما الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت الشرعي/ المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية/ www.islamset.com

⁽²⁾ د. مروك نصر الدين/ المرجع السابق/ ص 317.

⁽³⁾ د. طه محمود أحمد/ المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة/ مركز الدراسات والبحوث/ الرياض/ 2001/ ص 13.

⁽⁴⁾ د. الجندي إبراهيم صادق/ الموت الدماغى/ مركز الدراسات والبحوث/ الرياض/ 2001/ ص 44.



القريبة من المخ ولا العميقة والمحتمل كونها حية. كما أنه من سلبياته أيضا أنه قد يتأثر بعدة عوامل كإنخفاض درجة حرارة الجسم⁽¹⁾ وقد لا يعطي هذا الجهاز إرشادات لفترة طويلة لشخص بقي في غيبوبة طويلة لكنه عاد إلى الحياة فجأة.

كما يؤكد أنصار هذا المعيار أنه يجب التأكد من دخول المريض في حالة غيبوبة كاملة كون الغيبوبة غير ناجمة عن تعاطي الأدوية المنومة أو المخدرات.

منذ لحظة توقف مخ الشخص عن العمل يعتبر ميتا حتى ولو احتفظ قلبه وورثاه بنشاطهما. يعتبر الشخص حيا من الناحية البيولوجية، لأنه يمكن استئصال الأعضاء التي بقيت حية ولكن يعتبر الشخص ميتا من الناحية القانونية⁽²⁾. وهذه هي الطائفة من الأشخاص الذين هم بين الحياة والموت ويكون موجودا في حالة الغيبوبة النهائية.

فالشخص في هذه المرحلة ميت في نظر الطب إلا أنه حي في نظر القانون طالما لم يعلن عن وفاته بعد فإلى ذلك الحين يتمتع بكافة الحقوق للصيقة بشخصيته.

ونظرا إلى النقد الموجه إلى معيار موت الدماغ ظهر معيار الموت الجسدي والخلوي.

المطلب الثالث: معيار الموت الجسدي والخلوي:

معيار الموت الجسدي والخلوي يجمع بين المعيارين الأولين، حيث يعني توقف وظائف الأجهزة الحيوية توقفا تاما ومستمر لمدة مقدرة بين عشرة وثلاثين دقيقة، وهي فترة زمنية تمنع العودة إلى الحياة ولحدوث تغيرات لا رجعة فيها⁽³⁾ ويشمل هذا التوقف توقف جهاز التنفس والجهاز العصبي معا ليعتبر الإنسان ميتا.

لقد حاول علماء الطب وضع ضوابط لاجتناب أي التباس أو خطأ طبي في تحديد هذه اللحظة، فتمثلت هذه الضوابط في: التأكد من توقف جهاز التنفس التلقائي لدى الشخص الذي ماتت خلايا مخه.

⁽¹⁾ د. الجندي إبراهيم صادق / الموت الدماغى / مركز الدراسات والبحوث / الرياض / 2001 / ص 52.

⁽²⁾ د. مروت نصر الدين / المرجع السابق / ص 319.

⁽³⁾ د. الجندي إبراهيم صادق / المرجع السابق / ص 27.



والآن نتطرق إلى تحديد القانون للحظة الموت:

المبحث الثاني: تحديد لحظة الموت قانوناً:

ينظر القانون إلى الوفاة على أنها واقعة يترتب عليها زوال الشخصية القانونية للإنسان حيث يتجرد من جميع حقوقه ولقد لقيت جدلاً وقام نقاش مهم عندما اهتم بها الفقه والقانون.

المطلب الأول: الفقه القانوني وتحديد لحظة الموت:

لم يكن تحديد لحظة الوفاة، يُكوّن إشكالا قانونيا ولكن نظرا إلى التطور الكبير في ميدان الاكتشافات العلمية الحديثة للطلب وقع التباس في هذا الضبط الدقيق.

لا يخفى أنه لتحديد لحظة الوفاة أهمية لأنها الحد الفاصل بين الحياة والمات ولأن في مثل هذه اللحظة تضمحل حقوق الميت لتظهر حقوق الورثة. فنظرا إلى الجوانب القانونية المرتبطة بها يظهر العديد من المسائل التي يجب توضيحها: كقضاء الديون ومصاريق التكفين والوصايا واقتسام الإرث.

أثارت وتشير مسألة تحديد لحظة الوفاة جدلا فقهيًا وقانونيا لأن القانون وضع المعالم والحقوق والواجبات المنبثقة بعد الموت وأبقى رجل القانون لحظة الوفاة من تحديد ورغبة اللّهُ تعالى ولم يكن يُكوّن أبدا إشكالا. كما أنه وقعت حيرة حول هذه المسألة وتمحورت هذه الحيرة حول مدى إمكانية إخضاع هذه النقطة للتشريع من عدمه.

• يوجد طائفة من رجال القانون الذين يعتبرون أن تحديد لحظة الموت هو مسألة فنية ترجع إلى أصحاب الاختصاص في الموضوع وهم الأطباء.

• ترى طائفة أخرى من رجال القانون أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية لأنها تنتج آثارا قانونية وعلى هذا الأساس فالمشرع هو الذي يرسم معالمها. فتمسك أصحاب هذا الاتجاه بضرورة وضع تشريع يحدد الموت، حيث تدخل المشرع في مثل هذه المسألة سيؤدي إلى سيادة الاطمئنان لدى الرأي العام. لأنه متى حدد هذه النقطة ممثلو الشعب ملكت صفة المشروعية اللازمة ليحترمها العامة.

• لكن ليس لرجال القانون الإمكانيات اللازمة لتحديد مسألة كهذه لأنها مسألة فنية محضة ولأن العلم في تطور مستمر بينما قواعد القانون تتميز بالثبات والاستقرار. وأنه ليس



بحوزة رجل القانون التكوين اللازم والكافي حول هذه المسألة. يرى أنصار هذا الاتجاه أن وضع تعريف قانوني للوفاة أمر خطير لأن العلم في تطور مستمر.

المطلب الثاني: القانون المقارن وتحديد لحظة الموت:

اختلفت نظرة القوانين إلى لحظة الموت فهناك من اعتبرها مسألة طبية محضة ولم يشرع فيها وهناك قوانين حددوا خصائصها قانونيا.

1- القانون الفرنسي:

اعتبر التشريع الفرنسي أن مسألة تحديد لحظة الموت مسألة طبية وأغفل عن التشريع فيها لتحديد لحظة الوفاة.

وضع القانون الفرنسي "احتياطات" على الأطباء مراعاتها ليعتبر الإنسان ميتا وترك تحديد لحظة الوفاة من مهمة الأطباء حيث يركز على أن الوفاة تستند على تطابق الأدلة الإكلينيكية التي تسمح للأطباء بالقول بموت الشخص⁽¹⁾.

2- القانون الأمريكي:

اعتبر التشريع الأمريكي أنه أوجب أمر التشريع في الموضوع حتى وإن ترك مهمة التحديد للطبيب، فلقد اعتبر أن الشخص ميت متى انعدمت ردود فعل جسمه لمؤثرات خارجية شديدة الألم. وانعدام حركات التنفس وتوقف نهائي لنشاطات خلايا المخ تماما. ويعتمد المشرع الأمريكي في هذه النقطة على معيار موت خلايا المخ⁽²⁾.

3- القانون المصري:

يميل جانب من الفقه المصري إلى وجوب ترك مسألة تحديد لحظة الموت لانفراد وسلطة الطبيب طبقا للقواعد الأصلية لمهنة الطب حيث لا يوجد تشريع يعرف اللحظة هذه⁽³⁾.

(1) د. مروك نصر الدين / المرجع السابق / ص 365.

(2) د. مروك نصر الدين / المرجع السابق / ص 358.

(3) د. مروك نصر الدين / المرجع السابق / ص 369.



4- القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة أثناء وضعه لقانون حماية الصحة وترقيتها. ولقد سائر الاتجاه الذي يرجع تحديد لحظة الوفاة للأطباء لأن المسألة فنية وهم الأولى بتحديد ذلك طبقا ل:

- قانون الحالة المدنية الذي أعطى للأطباء مهمة التأكد من الوفاة⁽¹⁾.
- قانون 85 - 05 المتعلق بالصحة وترقيتها المعدل والمتمم والمتعلق بضرورة تحقق الأطباء من الوفاة لغاية نقل الأعضاء⁽²⁾.

حسب الأستاذ «مروك نصر الدين» فإن الوفاة مسألة بيولوجية وحالة ترتبط بأحوال الحالة الشخصية وهي لا ينظمها إلا القانون وأن القانون الجزائري أخذ بالاتجاهين القانوني والطبي. بناء على ما تقدم فلقد سلك المشرع الجزائري اتجاها حدد فيه لحظة الوفاة دون أن يعرف الوفاة بحد ذاتها. ثم جاء وعرف الموت في قرار وزاري ووضع العلامات الواجب توافرها ليتم الكلام عنها. وهو القرار الوزاري رقم 89/39 الصادر في 1989/3/26 والمتعلق بنقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية. واعتبر أن الموت المعتمد في مجال زراعة الأعضاء هو موت المخ⁽³⁾. يتضح من مجمل ما تقدم أن القانون الجزائري يترك للطبيب سلطة التحقق من الوفاة ولم يحدد له الوسائل التي يستطيع أن يتحقق بها من الوفاة، وهي مسألة تترك للطبيب طبقا واتباعا للأصول الطبية.

المبحث الثالث: تحديد لحظة الموت دينيا:

إن الموت شيء عظيم حيث جاء في كتاب جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: قال ابن أبي الدنيا عن محمد بن كعب القرظي قال: «بلغني أن آخر من يموت ملك الموت يقال له: يا ملك الموت مت»، فيصرخ عند ذلك صرخة لو سمعها أهل السماوات وأهل الأرض لماتوا فزعا، ثم يموت، لأن الموت أشد على ملك الموت منه على جميع الخلق».

⁽¹⁾ أمر رقم 20/70 الصادر في 13 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق لـ 1970/2/19 المتعلق بالحالة المدنية/ الجريدة الرسمية/ العدد 21/ سنة 1970.

⁽²⁾ قانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها/ الجريدة الرسمية العدد 08/ لسنة 1985.

⁽³⁾ د. مروك نصر الدين/ المرجع المذكور سابقا/ ص 327.



المطلب الأول: الفقه الديني وتحديد لحظة الموت:

لكشف أسرار الموت ولتحديد لحظتها يجب الكشف عن حقيقة تذهل العقل وتطيش الببال لأنه لا شيء في هذه الدنيا أخطر من الموت ولا أصعب منه.

إن الموت يهدم اللذات، يخرس اللسان الحاذقة، يهمد القلوب، يقطع الأماني، ولكن الله جعل الموت رحمة على عباده وإلا لكانت الهضاب والصحاري وجبال الأرض مملوءة بالإنس والحيوان، ولتعذر وجود ما يأكلون ولضاقت بهم، إذن فالموت نعمة من الله ورحمة ولكن أكثر الناس لا يعلمون.

قال الرضا في شعره: «أعتقد أن الحياة إذا كانت نعمة من الله سابعة فالموت رحمة من الله واسعة».

وإن الحياة لا يملكها إلا الله الذي أعطانا إياها وهو وحده يمكن أن يستردها متى شاء وبالطريقة التي شاءها.

اتبع فقهاء الشريعة الإسلامية القديما معيار توقف الجهاز التنفسي وتوقف نبضات القلب لتحديد لحظة الموت. ولكن تطور العلوم الطبية وتطور وسائل الإنعاش الصناعي أدى برجال الدين إلى اتباع التقدم الطبي وذلك تماشيا مع القاعدة القائلة إن الدين الإسلامي صالح لكل زمان ومكان. لذا تغير موقفهم التقليدي وأصبح يتماشى والتطور العلمي للطب الحديث وأسس علماء الفقه الديني موقفهم على أساس المعيار الحديث لتحديد لحظة الموت وهو الاعتماد على المعيار الخلوي والجسدي أي موت الجهاز التنفسي وموت الجهاز العصبي.

المطلب الثاني: المجالس الإسلامية وتحديد لحظة الموت:

جاء أعضاء موقف المجلس الإسلامي الأعلى برأي في هذا الموضوع كما تعرض مجمع الفقه الإسلامي لهذا الموضوع من خلال ما يلي:

1-موقف المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر وتحديد لحظة الموت:

قدم أعضاء المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر موقفا حول موضوع زرع الأعضاء وفيه تطرقوا إلى تحديد لحظة الموت حيث جاء رأيهم كما يلي: «... وأما حالة نقله من ميت فلا يجوز، حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة ويتيقنوا أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في



جسمه. وأن مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة فلا يجوز الإقدام على تشريح جثته إذا ما دامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر بإنهائها باجتهاد منه»⁽¹⁾.

كما تعرض مجمع الفقه الإسلامي لهذه النقطة.

2- موقف مجمع الفقه الإسلامي:

درس علماء المجمع الفقهي الإسلامي أثناء دورة مؤتمره الثالث والتي عقدت في عمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية والمنعقدة في 8 - 13 صفر 1407هـ/ 11 - 16 أكتوبر 1986م حيث صدر فيها ما يلي: يعتبر شرعا أن الإنسان قد مات، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

- 1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
 - 2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.
- فنستنتج مما تقدم أن فقهاء الدين اتخذوا كضوابط لتحديد لحظة الموت، موت خلايا الدماغ وذلك تطابقا مع المواقف الطبية لأنهم أهل الخبرة في الموضوع.

خاتمة:

لم يكن يظهر أن دراسة نقطة تحديد لحظة الموت ستكون شيقة لهذه الدرجة حيث ظهرت أهمية هذه الدراسة، من خلال المعلومات الدقيقة المحصل عليها.

حيث إن تحديد لحظة الوفاة تبين تطابق علماء الطب الدين والقانون حول نقطة تهمة الإنسانية بأكملها لأنها الحد لفاصل بين عالم الأحياء والأموات ولأنه بتحديد هذه اللحظة يمكن استئصال الأعضاء لزرعها ويمكن نزع وسائل الإنعاش الصناعي دون أن يعتبر الطبيب مرتكبا لجريمة القتل العمدي أو غير العمدي الناتجة عن الخطأ. فتحديدها يظهر الحد الفاصل بين المباح والمحظور.

(1) د. مروك نصر الدين/ نفس المرجع المذكور سابقا/ ص 382.

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والظلمة العلمية

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 الموقع الالكتروني: www.Bassiracenter.com

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.

قسيمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية، تاريخية، الطفولة والأرطفونية.
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 تاريخية | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |
| <input type="checkbox"/> دراسات أرطفونية | <input type="checkbox"/> دراسات الطفولة |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية
Ccp : 7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

