

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد الخامس عشر : يناير 2014

➤ من مواضيع العدد الخامس عشر : يناير 2014 :

- دعوى تفسير قرار إداري في القانون الجزائري.
- الاحتساب على المدين الماطل في الإسلام.
- الجوانب الإجرائية لمسطرة التعرض.
- الاندماج المصرفي ومواجهة آثار العولة.
- قاعدة : لا يقضي القاضي بعلمه.
- دور التسجيل في نقل الملكية العقارية.
- دور المساعد القضائي في تدبير المنازعات.
- الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلة : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

اسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق مملحتها إجازة فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي صيد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمواني (قانون 02/15) : الأستاذ القتيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية
اللجنة الاستشارية
أهداف المجلة
أخبار المجلة
المؤلفون
المدير المسؤول
شروط النشر
مقالات فقهية
مقالات قانونية
مقالات مقارنة
مقالات بلغارية
حوارات علمية
تساؤلات جامعية
المساهمون بالمجلة
أعضاء المجلة
اتصال بالمجلة

العدد الخامس عشر يناير 2014

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تتل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسيسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الخامس عشر : لشهر يناير 2014

محتويات العدد :

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

1. دعوى تفسير قرار إداري في القانون الجزائري : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضيف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة.....05
2. الاحتساب على المدين المماطل في الفقه الإسلامي - دراسة نقدية معاصرة- إعداد فضيلة الدكتور رمضان محمد عبد المعطي عميد كلية العلوم الإسلامية بجامعة المدينة العالمية باليزيا.....13
3. الجوانب الإجرائية لمسطرة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد - دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي- فضيلة الأستاذ : السكتاني عمر أستاذ باحث في قانون الأعمال والمقاولات خريج دار الحديث الحسنية ومحافظ عقاري سابق بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية.....16
4. المتابعة الإدارية "شبه القضائية" أمام مجلس المنافسة : فضيلة الأستاذ مقدم توفيق محام و باحث في القانون تخصص : قانون الأعمال المقارن / كلية الحقوق من جامعة وهران (الجزائر-الشقيقة).....30
5. أسرة المكارمة : سمات و مقومات : فضيلة الأستاذ الدكتور حميد مسرار باحث في فقه الأسرة المملكة المغربية.....54
6. شرط قطع الأعدار قبل الجريمة وتطبيقاته في حدي الزنا والسرقة : من إعداد الأستاذ ماز حسن طالب دكتوراه - السنة الرابعة كلية الحقوق جامعة وهران - الجزائر.....59
7. الدعوى الاستعجالية في تحصيل الديون المستحقة للجماعات الترابية بين القانون و الممارسة : طارق الدنداني باحث في سلك الدكتوراه - من كلية الحقوق الرباط السويسي-.....76
8. الاندماج المصرفي ضرورة عصرية لمواجهة آثار العولمة : فضيلة الأستاذ عبد العزيز خنفوسي أستاذ جامعي أستاذ مساعد قسم أ-كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة، الجزائر.....88
9. جريمة إصدار شيك بدون رصيد في القانون المقارن : من إعداد هداية بوعزة ماجستير قانون مقارن أستاذة مؤقتة بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان عضو بمخبر القانون المقارن.....99
10. التعريف بالإمام الونشريسي -حياته وعصره- : مصطفى البعزاي طالب باحث في سلك الدكتوراه تخصص النوازل الفقهية بكلية الآداب فاس سايس.....123
11. الإثبات في العقد الإلكتروني : مبارك الحسناوي طالب باحث بسلك ماستر القانون المدني بكلية الحقوق أكدال الرباط.....134
12. قاعدة "لا يقضي القاضي بعلمه" : دراسة فقهية ومقاصدية : الأستاذ سعيد الشويّ باحث حاصل على الماستر في القواعد الفقهية والأصولية وتطبيقاتها في الأحكام والنوازل بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهراز بفاس.....148

13. دور التسجيل في نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري : الأستاذ فأن كريم جامعة وهران- الجزائر.....164
14. القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية : (دراسة في التجارب الدستورية المقارنة) : الأستاذ ماز حسن باحث دكتوراه كلية الحقوق - جامعة وهران - الجزائر.....184
15. العدالة الضريبية والضغط الجبائي : محمد بكشوا طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق- وجة.....192
16. أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين في الدستور الجزائري : بلجيلالي خالد أستاذ باحث في الدكتوراه في جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان- الجزائر.....212
17. شروط حظر الممارسات و الأعمال المدبرة في قانون المنافسة " دراسة مقارنة " : من إعداد نادية لاکلي طالبة في سنة أولى دكتوراه تخصص قانون الأعمال المقارن بكلية الحقوق جامعة وهران باحثة في مخبر القانون الاقتصادي و البيئة، جامعة وهران - الجزائر-.....229
18. دور المساعد القضائي في تدير منازعات الجماعات الترابية : من إعداد سكينه القرواوي باحثة ، و خريجة ماستر التدير الإداري المحلي، كلية الحقوق سلا.....276
19. آفاق تمويل المقاولات الصغرى والمتوسطة في ظل مشروع قانون البنوك التشاركية : من إعداد الدكتورة رشيدة الخير دكتوراه في المالية العامة - المغرب.....294
20. رئيس الجمهورية حكم بين السلطات في النظام الشبه رئاسي ضرورة دستورية أو مرحلة لتعايش؟ : علي مختاري ماجستير قانون عام من جامعة المسيلة - الجزائر.....304
21. الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية في التشريع الجزائري : من إعداد طيب إبراهيم ويس أستاذ مساعد - أ- كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس -الجزائر-.....314
22. الانحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي وأثره على سيادة الدولة : موايسي بوعلام باحث سنة أولى دكتوراه - جامعة وهران.....325

ترتيب المقالات يخضع لاعتبار فنية

كل المقالات المنشورة نعبّر عن آراء كاتبها ولا نعبّر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

دراسات وأبحاث بالعربية :

دعوى تفسير قرار إداري في القانون الجزائري



فضيلة : الأستاذ الدكتور عمار بوضيف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

من جامعة تبسة- الجزائر الشقيقة

مقدمة :

تعتبر دعوى التفسير من الدعاوى الإدارية التي تناولها المشرع بالذكر والنص منذ قانون الإجراءات المدنية الأول لسنة 1966 وإلى غاية صدور القانون الإجرائي الثاني لسنة 2008. وسنتناول من خلال هذه الدراسة تحديد مفهوم التفسير سواء بالمدلول العام أو بالمدلول الخاص. كما سنبرز الأساس القانوني لهذه الدعوى. ثم نميزها عن باقي الدعاوى الأخرى كدعوى الإلغاء ودعوى التعويض ودعوى فحص المشروعية. وهو ما قدرنا معالجته في أربعة مطالب.

المطلب الأول: المعنى العام للتفسير أهميته مجاله أنواعه.

المطلب الثاني: المعنى الخاص للتفسير والأساس القانوني للدعوى.

المطلب الثالث: تمييز دعوى التفسير عن باقي الدعاوى الأخرى.

المطلب الرابع: سلطات القاضي في دعوى التفسير.

المطلب الأول : المعنى العام للتفسير أهميته مجاله وأنواعه :

من الطبيعي القول أن القاعدة القانونية تتميز بجملة من الخصائص منها أنها عامة ومجردة. ومن ثم فإن تطبيقها على الحالات الخاصة أمر تعترضه صعوبات كثيرة، إذ ينبغي قبل تطبيق النص الوقوف على المعنى الحقيقي له، أي الكشف عن مضمونه ومقصد المشرع من خلاله.

وتبرز أهمية التفسير خاصة من النواحي التالية:

1- إن التفسير عمل يسبق التطبيق وعليه يتعذر على القاضي تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض من الصعب الاهتداء إليه.

2- تتحكم عملية التفسير في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها.

فإذا فسرت بمفهوم واسع مثلاً فإنها ستحوي بين ثناياها وقائع كثيرة، وخلاف ذلك إذا تم تفسيرها تفسيراً ضيقاً محدوداً فإنها ستقتصر على وقائع دون أخرى. وهذا طبعاً يكون حسب الألفاظ التي يستعملها المشرع.

3- إن التفسير وإن كان بحسب وجهة نظر كثير من رجال الفقه يقتصر على التشريع انطلاقاً من فكرة أن القواعد التشريعية عادة ما تأتي بأسلوب مختصر قد يؤثر على فهم المعنى المقصود، إلا أنه قد يمتد لتفسير قواعد العرف بل وأحكام القضاء.

أما عن مجال التفسير فانطلاقاً من المفهوم الواسع والضيق للقانون، فإن مفهوم التفسير بدوره ينقسم إلى قسمين، مفهوم عام واسع، ومفهوم خاص ضيق، وهذا المفهوم هو الذي يتحكم في مجالات التفسير ونطاقه.

المفهوم الواسع للتفسير:

يقصد بالتفسير إطلاقاً لا تحديداً: الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية. فينصرف مفهوم التفسير هنا لكل قاعدة قانونية أياً كان مصدرها سواء التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف وتبعاً لذلك يتسع مجاله فيشمل جميع القواعد القانونية.

المفهوم الضيق أو المحدود:

يقصد بالتفسير بالمفهوم الضيق أو المحدود تفسير التشريع، وهو استخلاص الحكم القانوني من النصوص التشريعية المعمول بها. وعليه يقتصر التفسير وفق هذا المفهوم على تفسير التشريع دون غيره اعتباراً لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، ولغموضه في كثير من الأحيان.

وطبقاً لهذا المفهوم فإن مجال التفسير يقتصر فقط على قواعد التشريع دون غيره.

وينقسم التفسير من حيث الجهة التي تتولاه إلى تفسير تشريعي وتفسير قضائي وتفسير فقهي.

أولاً- التفسير التشريعي:

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه أي الجهة التي سنت القاعدة القانونية أو جهة أخرى مفوضة من قبلها للقيام بهذا الأمر. وعادة يصدر التفسير التشريعي لحسم الخلاف الذي قد يثور بين المحاكم بخصوص تطبيق نص معين. فإزالة لهذا الغموض يتدخل المشرع ليكشف عن مضمون القاعدة.

ويستند التفسير التشريعي إلى فكرة الفصل بين السلطات فالقضاة عليهم فقط واجب تطبيق التشريع. فإذا وجدوا غموضاً في بعض القواعد يتعين عليهم اللجوء للجهة التي أصدرت النص أو القانون لتتولى تفسيره، لأنه لو ترك لهم (أي القضاة) مهمة التفسير فإنه من المحتمل أن ينحرفوا عن إرادة المشرع وعن مضمون القاعدة وهدفها.

من أجل ذلك كانت الفكرة السائدة في كثير من المجتمعات القديمة أن التفسير عمل معقود للمشرع وليس للقاضي. ومما يذكره المؤرخون في هذا المجال أن الإمبراطور جستينيان عندما وضع تقنياته أعلن أن تشريعاته كاملة ويجب على القضاء تطبيقها بطريقة شبه آلية، فإن وجدوا غموضاً لجأوا إليه بهدف إصدار فتوى بخصوص مسألة معينة

والتفسير التشريعي إن كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة ويكشف عن أبعادها وخفاياها، لأنه صادر عن نفس الجهة التي أصدرت النص، إلا أن الظاهرة التي تشهدها المجتمعات اليوم، أن المشرع قلما يتدخل لتفسير تشريع

معين فهو يتنزه على أن يخطو هذه الخطوة تاركا المجال للقضاء والفقه كي يدلي كل بدلوه من أجل رفع الغموض واللبس الذي يحوم حول بعض القواعد التشريعية.

وإذا صدر تشريع تفسيري بخصوص مسألة معينة، ألزم القاضي بالتقيد به، وليس له أن يخرج عن حدود هذا التفسير أو أن يجتهد بقصد رفع الغموض على النصوص التشريعية، بل إن هذا التفسير التشريعي لا شك يسري بأثر رجعي أي يرتبط بالنص الأصلي ساعة نفاذه.

ثانيا- التفسير القضائي :

وهو التفسير الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لأن يطلب منهم الخصوم ذلك، لأن التفسير من صميم عمل القضاة.

ولقد ذهبت المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية في قرار لها صدر بتاريخ 08-04-2010 أن الدعوى التفسيرية تهدف إلى توضيح أو تفسير غموض يكتنف القرار محل التفسير وليس إلى مناقشة ما توصل إليه وما فصل فيه من نقاط قانونية: (2)

وإذا كنا قد أشرنا سابقا أن التشريعات التفسيرية لا تحدث إلا نادرا، فإنه خلاف ذلك تماما نجد التفسير القضائي يحدث دائما لأن القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون قبل تفسيره. فالتفسير عمل سابق للتطبيق كما رأينا.

وإذا كان عمل المشرع يتمثل في سن القواعد التشريعية، وأن هذه القواعد تتسم بطابع العمومية والتجريد، فإن دور القاضي يتمثل في إنزال الوقائع المعروضة عليه وإسقاطها على قواعد القانون وهي عملية يتخللها جهدا شاقا. فليس من السهل ربط الوقائع بحكم القانون لأن القاضي تعترضه عوائق كثيرة أخرى كالختلاف حكم القاعدة القانونية الواحدة بين النص العربي والنص الفرنسي، هذا فضلا عن الأخطاء المادية التي لازمت كثير من القواعد القانونية.

ومهما كانت درجة الصعوبة وطبيعتها يلزم القاضي بأن يتخطى هذا الحاجز، ويتوج الدعوى المرفوعة أمامه بحكم ولا يجوز له، تحت أي حجة كانت، أن يمتنع عن الحكم وإلا عد منكرا للعدالة.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع نفسه لأن السلطة المختصة بالتشريع حين تسن القاعدة القانونية تضعها دون النظر للحالات الخاصة، والوقائع العملية وهذا أمر في غاية طبيعته. فالتشريع ينبغي أن يراعى فيه العمومية والتجريد، بينما القاضي وهو يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع خاصة، وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيها بما تقره قواعد القانون.

ويتعاضد دور القاضي إذا علمنا أن مجال التفسير (بالمفهوم الواسع لا يقتصر على التشريع بل أكثر من ذلك يلزم القاضي بإيجاد القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه وإن لم يجد نصا في التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

ولتسهيل عملية التفسير على القضاة عمدت دول كثيرة إلى تجميع قرارات محاكم النقض والمحاكم الإدارية العليا والمحاكم الدستورية في نشرات رسمية تصدر دوريا ليسترشد بها القضاة كما هو الحال عندنا المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وكذلك نشرة القضاة الصادرة عن وزارة العدل. ومجلة مجلس الدولة في المادة الإدارية.

(2) أنظر المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد 01، 2011، ص 228

وها هو النص الدستوري بموجب المادة 152 أعترف صراحة للمحكمة العليا ومجلس الدولة بالدور الريادي في توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون. وهذا أمر طبيعي ففي البلد الواحد وجب أن تمارس وظيفة الاجتهاد القضائي هيئة قضائية واحدة.

ثالثا- التفسير الفقهي :

وهو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم. وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم القانون انطلاقا من قواعده صدرت بشكل مجرد دون معالجة الظروف الخاصة والحالات الواقعية. فالفقيه يتناول بالشرح والتحليل وجهات نظر مختلف المدارس الفقهية بخصوص الإشكالات القانونية المطروحة في شتى فروع العلوم القانونية، ويربط هذه التحليلات بخطوات المشرع وباجتهادات القضاء. وكثيرا ما يقارن بين مختلف الأنظمة القانونية وأحكام القضاء المقارن كل ذلك بهدف الوصول إلى تشخيص مواطن الضعف والقوة وبغرض لفت نظر المشرع بأن يعيد للنصوص قوتها وتناسقها وانسجامها.

فقدما لعب الفقه في القانون الروماني دورا رائدا إذ اعتبر مصدرا من مصادر القانون وذلك بسبب أن القضاة والخلفين لم يكونوا مختصين في القانون فكانوا في حاجة ماسة إلى الاستعانة برجال الفقه، ولما كثر الفقهاء وتناقضت آراؤهم صدر قانون في عهد TIBERE، يقصر حق الفتوى على بعضهم دون البعض الآخر وأصبح الفقهاء يصدرون فتاويهم باسم الشعب وكانت لهذه الفتاوى نفس درجة التشريع. وفي النظام الإسلامي احتل الفقه مكانة مرموقة وحسبنا أن نشير بأن الإجماع عدّ بمثابة مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص في الكتاب أو السنة، وشهد الفقه الإسلامي غزارة وتنوعا في الأحكام مست مختلف أنواع المعاملات والروابط وكان خير عون للقضاة في الكشف عن أسرار النصوص وتبيان مقصد المشرع منها.

وفي العصر الحديث ساهم الفقه ويساهم في رفع الغموض الذي يكتنف نصوص القانون ونكاد لا نجد فرعا من فروع القانون يخلو من بصمات رجال الفقه. فكم من مشروع سارع إلى إلغاء القانون أو تعديله بعد أن تدخل أهل الفقه وبينوا سلبياته واقترحوا بديلا عنه. وكم من قاض زال أمامه اللبس بخصوص حكم من أحكام القانون بعد أن استعان بالفقيه. ولقد ازداد دور الفقه أهمية حين صوب الاتجاه إلى القضاء فتناول أحكامه وقراراته بالشرح والتحليل والتعليق والانتقاد وانتقل من مجال التفسير النظري للقانون إلى التفسير العملي. ورغم الدور الذي يمارسه رجال الفقه إلا أن شروحاتهم وآرائهم غير ملزمة بالنسبة للقضاء، لأن الفقيه مما بلغ درجة من العلم فلا يمكن أن يحل محل السلطة الرسمية.

المطلب الثاني: المعنى الخاص لدعوى التفسير وأساسها القانوني ومبرراتها.

عرف الدكتور عمار عوابدي دعوى التفسير: "أنها الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك وترفع من ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام الجهة القضائية المختصة، وهي أصلا جهة القضاء الإدارية في النظم القضائية التي يوجد بها نظام القضاء الإداري، وفي النظام القانوني والقضائي الجزائري الغرفة الإدارية بالمجالس القضائية والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ويطلب فيها من سلطة القضاء المختص تفسير تصرف قانوني إداري غامض ومبهم من أجل تحديد المراكز القانونية وتوضيح الحقوق والالتزامات الفردية"⁽¹⁾. وهذا التعريف المقدم من جانب الأستاذ الدكتور عمار عوابدي كان قبل الدخول في ازدواجية القضاء وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) لتفصيل أكثر راجع الدكتور عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، الجزائر، دار هومة، 2002، ص92.

ومن جانبنا نعرف دعوى التفسير بأنها دعوى إدارية بمقتضاها يطالب صاحب الشأن من القضاء المختص إعطاء تفسير للقرار الإداري محل دعوى التفسير وفقا للشروط والإجراءات القانونية. ومن هنا لا يتعلق الأمر بتفسير قانون، وهي الوظيفة الطبيعية لكل قاض كما أشرنا من قبل، بل الأمر يتعلق بتفسير عمل انفرادي قامت به الإدارة تجسد في قرار إداري حمل بعض الغموض مما استوجب رفع دعوى تفسير. على أساس أن الإدارة فسرت القرار في اتجاه معين وبرؤية معينة، والمعني بالقرار فسرته من وجهة أخرى بما أدى إلى تعارض المصالح واللجوء للقضاء الإداري من أجل حسم هذه الإشكالية.

ومن هنا فإن موضوع هذه الدعوى ينحصر في تفسير العبارات الغامضة التي حملها القرار وأشار إليها صاحب المصلحة في عريضة افتتاح الدعوى. سواء أمام المحكمة الإدارية أو أمام مجلس الدولة حسب طبيعة القرار المراد تفسيره.

إن العبارة متى كانت غامضة مبهمة يفترض أنها تكون محلا لتفسيرات مختلفة. وهذا أمر طبيعي. فتمسك جهة الإدارة بتفسير معين تراه من وجهة نظرها صائبا وسليما. وخلاف ذلك يتمسك صاحب المصلحة بتفسير آخر يخدم مصلحته. وإذا تعارضت المصالح فلا مفر من اللجوء للقضاء والاحتكام أمامه كجهة محايدة ليعطي التفسير الحقيقي الواجب الاعتماد عليه. وهذا لن يكون إلا من خلال دعوى التفسير.

وينبغي الإشارة أنه ليس القرار الإداري من يتضمن عبارات غامضة بل التشريع⁽¹⁾ أحيانا وكذلك أحكام القضاء مما يضطر معه صاحب المصلحة لرفع دعوى تفسيرية.⁽²⁾ ولقد اعترف المجلس الأعلى سابقا مثلا في غرفته الإدارية وبموجب قرار صدر بتاريخ 7 ديسمبر 1972 بسلطة التفسير ومما جاء فيه: "حيث أن القضاة المعروض عليهم النزاع ليسوا مختصين بتفسير القانون فحسب، بل إن الاختصاص الممنوح لهم مرتبط بالتفسير الواجب القيام به عندما تكون صياغة القانون غامضة أو غير كافية."⁽³⁾

أما الأساس القانوني لدعوى التفسير فهو ثابت ومكرس في النصوص التالية :

* أمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم :

حيث جاء في المادة 7 معدلة بالقانون 90-23 : "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وذلك حسب قواعد الاختصاص التالية : ...

الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها".

المادة 274 معدلة بالقانون 90-23 وجاء فيها: "تنظر الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ابتدائيا ونهائيا :

2... - الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من اختصاص المحكمة العليا".

(1) انظر الدكتور عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، حوسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص216 وما بعدها.

(2) للإطلاع على قرار قضائي تفسيري راجع: الدكتور محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، ص188.

(3) انظر مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد 1، 2002، ص52.

* القانون العضوي 98-1-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله :

حيث جاء في المادة 9 يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهاياً في :

-...2 الطعون بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون من اختصاص مجلس الدولة".

* القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية :

المادة الأولى منه جاء فيها: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".

هذا القانون لم يخص دعوى معينة بالذكر بل نص على أن المحكمة الإدارية ذات الاختصاص العام بالفصل في كل الدعاوى الإدارية خارج ما أسنده المشرع لمجلس الدولة بموجب المادة 9 من القانون العضوي 98-01. ودعوى التفسير هي من الدعاوى الإدارية فتدخل في نطاق اختصاص هذه المحكمة.

ثم أن المادة 2 من القانون 98-02 المذكور أحالتنا بصريح العبارة لقانون الإجراءات المدنية وهو ما يعني تطبيق مقتضيات النصوص أعلاه سابقة الذكر.

* القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

المادة 801 وجاء فيها: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :

- الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية...".

وعلى هذا الأساس تكرر دعوى التفسير حالة من التوازن التشريعي بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الإدارة في تنفيذ قراراتها الإدارية بما تراه من وجهة نظر في تفسير مضمونها، ومصلحة المدعي في التوجه للقضاء والمطالبة بتفسيره الخاص. ويمثل القضاء جهة محايدة ويتولى تفسير القرار الإداري بما يتماشى وقناعة القضاة.

كما يؤكد وجود دعوى التفسير أن الغموض ظاهرة واسعة المجال، ممتدة النطاق، فيلجأ جانب استعمال وسيلة تفسير التشريع من قبل القضاة أيا كانت طبيعة ونوع القضاء بغرض الوصول إلى مقاصد المشرع ورفع الغموض الذي قد يلزم بعض النصوص، وإلى جانب استعمال وسيلة التفسير على المستوى القضائي وإزالة ما قد يعتري بعض الأحكام والقرارات القضائية من غموض، وها هو الوجود التشريعي لدعوى التفسير يؤكد أن الغموض أيضاً قد يلزم العمل الإداري ممثلاً في القرار حين يتسم بالغموض في مضمونه ومصطلحاته سواء كان فردياً أو تنظيمياً.

المطلب الثالث: تمييز دعوى التفسير عن باقي الدعاوى الأخرى.

تتميز دعوى التفسير عن دعوى الإلغاء ودعوى الفحص ودعوى التعويض بما يلي:

- من حيث الهدف من إقامة الدعوى:

إن الهدف من إقامة دعوى التفسير هو إزالة الغموض الذي قد يلزم قرار إداري. لنعرف في النهاية موقف القضاء الإداري عما إذا كان سيميل لتفسير الإدارة أو خلاف ذلك لتفسير الطرف المدعي، وقد يتجه القضاء وجهة أخرى مخالفة للتفسيرين الأول والثاني.

بينما الهدف من إقامة ورفع دعوى الإلغاء هو إعدام القرار الإداري المطعون فيه. فيحرص رافع الدعوى أن يكشف من خلال دعواه عن جملة الثغرات التي تميز بها القرار الإداري إن من حيث الجوانب الشكلية أو من حيث الجوانب الموضوعية. فإذا اقتنع بها القضاء الإداري أصدر حكمه بإعدام القرار الإداري المطعون فيه. ولم يعد له منذ ساعة الصدور أي أثر قانوني. وهنا تبدو فاعلية دعوى الإلغاء أكثر ونتائجها أقوى وأنجح.

والهدف من رفع دعوى التعويض هو الحصول على مقابل مادي ينطق به القضاء لجبر الضرر الذي أصاب الشخص في حال توافر واكتمال عناصر المسؤولية بحسب الوضع، مسؤولية على أساس الخطأ أو مسؤولية على أساس المخاطر.

إن هدف كل دعوى من هذه الدعاوى مميز ويختلف عن الآخر. وهو السر والحكمة في استقلال كل دعوى عن الأخرى وحرص المشرع الجزائري على ذكر كل دعوى لوحدها منذ صدور قانون الإجراءات المدنية الأول وإلى غاية اليوم. ويبقى أن رافع الدعوى هو من يحدد هدفه من خلال دعواه، فلا يستطيع القاضي من حيث الأصل أن يقضي بما لم يطلب.

- من حيث سلطة القاضي:

تنحصر سلطة القاضي في دعوى التفسير كما سلف القول في إعطاء تفسير للعبارات أو العبارة المشار إليها في ملف الدعوى ولا تمتد سلطته إلى إعدام القرار الإداري المطعون فيه أو إقرار تعويض لصالح المدعي. بينما سلطة قاضي الإلغاء أوسع نطاقاً وأكثر خطورة كيف لا وقد ينجم عن الفصل في دعوى الإلغاء إعدام القرار المطعون فيه سواء كان مركزياً أو محلياً أو مرفقياً وتوقيف أثاره ونتائجه، ثم إن سلطة قاضي الإلغاء تبدو أكثر سعة إذ بإمكانه إن قدر ذلك أن يعترف للمدعي بحقه في التعويض. وهنا أيضاً تتجلى لنا أهمية دعوى الإلغاء أنها قد تقتزن بغيرها من الدعاوى وتحقق لرافعها نتائج مهمة ومتنوعة فلا يتوقف الأمر عند إعدام القرار الإداري، بل يتبع ذلك الاعتراف له بحقه في التعويض إذا اقتنعت جهة الحكم بوجود ضرر أصابه نتيجة تنفيذ القرار الإداري.⁽¹⁾

وتتجلى سلطة قاضي التعويض في إلزام جهة الإدارة بدفع تعويض للمحكوم له. وقد تتعلق المسؤولية بخطأ مرتكب من جانب الإدارة كما قد ينعدم الخطأ ورغم ذلك تسأل وتلزم بدفع التعويض وهذا ما يميز دعوى التعويض على دعوى التفسير.

(1) لتفصيل أكثر راجع المستشار محمد محجوبي، مدى إمكانية الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري العربي، مداخلة أقيمت بمناسبة مؤتمر القضاء الإداري، الرياض، السعودية، من 11 إلى 22 أكتوبر 2008، ص 393 وما بعدها.

إن سلطة قاضي التفسير تبدو أكثر فعالية من سلطة قاضي فحص المشروعية، هذا الأخير الذي انحصرت مهامه فقط في تبيان أوجه عدم مشروعية قرار إداري إما بصفة جزئية أو بصفة كلية دون أن يتمكن مع هذا من إعدام القرار محل دعوى الفحص.

ويبقى أنه من الأهمية أن نسجل فرقا جوهريا بين دعوى التفسير ودعوى الفحص من جهة ودعوى الإلغاء ودعوى التعويض من جهة أخرى، أنه في النوع الثاني يجوز للقاضي إقرار التعويض للطرف المضرور ويسبب قضاءه هذا. بينما لا يجوز لقاضي التفسير وكذلك قاضي الفحص الحكم بالتعويض نظرا لطبيعة الدعيين كما سبق القول.

- من حيث المجال :

تقترن دعوى التفسير بدعوى الإلغاء ودعوى فحص المشروعية أن كل هذه الدعاوى تتعلق بقرار إداري. فالقرار هنا هو محل الدعاوى الثلاث. وطبقا للمادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجب أن يرفق بعريضة دعوى التفسير أو الفحص أو الإلغاء القرار الإداري محل الدعوى المعنية.

وتبدو من حيث الوعاء العام، والمفهوم المطلق أن دعوى التفسير أوسع مجالا من دعوى الإلغاء وهذا إعمالا وتطبيقا للمعنى العام للتفسير سابق بيانه وتحديده. فالتفسير المراد القيام به من جانب القاضي لا يتعلق بقرار إداري فقط، بل قد يمتد لتفسير مادة في قانون أو مادة في صفقة عمومية أو عقد إداري أو حتى تفسير حكم قضائي بالمدلول الواسع لمفهوم التفسير متى أحدثت العبارة الغامضة نزاعا جديا.

والحقيقة أن تمييز دعوى التفسير لا يمنعنا من التنويه على الأحكام العامة والمشاركة المطبقة على الدعيين معا. أن كل من دعوى الإلغاء ودعوى التفسير تعرضان على المحكمة الإدارية إذا كان القرار محليا أو مرفقيا طبقا للمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتعرضان على مجلس الدولة إذا كان القرار مركزيا طبقا للمادة 901 من ذات القانون.

وترفع كل من دعوى الإلغاء ودعوى التفسير أمام المحكمة الإدارية بواسطة محام طبقا للمادتين 815 و826 تحت طائلة عدم قبول الدعوى. وترفع أمام مجلس الدولة إن كان القرار المطعون فيه مركزيا بواسطة محام معتمد لدى مجلس الدولة وهذا طبقا للمادة 905 من قانون الإجراءات القانونية والإدارية ونسجل هنا أن المادة 905 ذكرت عبارة "معتمد لدى مجلس الدولة" في حين أن قانون الحاماة لسنة 91 (القانون 04.91 المؤرخ في 8 جانفي 1991) لم يستعمل إلا تسمية معتمد لدى المحكمة العليا وهذا في المادة 113 منه وكان يتعين من وجهة نظرنا تعديل هذه المادة من تنظيم مهنة الحاماة لأنه هو القانون المختص بذكر التسمية والاعتماد وشروطه وكيفيةاته.

ولقد أعفت المادة 827 من التمثيل بواسطة محام أمام المحاكم الإدارية جميع الأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذه الأشخاص هي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. ويمتد الإعفاء للمنازعات المعروضة أمام مجلس الدولة بالنسبة للجهات الإدارية المذكورة حصرا في المادة 800 وهذا بموجب الإحالة المقررة في المادة 905 من ذات القانون.

وطبقا للمادة 819 وجب أن يرفق بعريضة دعوى التفسير القرار المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر ويقع على رافع الدعوى عبء إثبات هذا المانع بتسليم جهة القضاء محضر عدم امتثال موقع من جانب محضر قضائي يثبت مثلا واقعة رفض الإدارة المعنية تسليم نسخة من القرار الذي سيستعمل إما في دعوى الإلغاء أو دعوى التفسير.

وتخضع دعوى التفسير للرسوم القضائية طبقا للمادة 822 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي مادة مشتركة تتعلق بالدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة بموجب الإحالة المقررة بمقتضى المادة 906 من نفس القانون.

الإحساب على المدين الماثل في الفقه الإسلامي - دراسة نقدية معاصرة-



إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور / رمضان محمد عبد المعطي

عميد كلية العلوم الإسلامية بجامعة المدينة العالمية بماليزيا

الحمد لله رب العالمين، أحمده سبحانه حمد الشاكرين وأتوب إليه توبة العائدين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، وصفيه من خلقه وحببيه، صلى الله عليه وسلم. وبعد، فإن شريعة الإسلام شريعة الرحمة والإصلاح والعدل، وهي التي حافظت على الإنسان في عاجله وآجله، ومن أجله شرعت الشرائع، وبينت الأحكام.

والمعاملات الإنسانية لا تخلو غالبا من المشاحنة والظلم والغرر، وغير ذلك مما لا يخلو منه طبع الإنسان المحب للمال، مما يجعله طمعه وحببه للمال أحيانا على ظلم الآخرين وأكل أموالهم بالباطل.

وهنا لا بد من تدخل ولي الأمر لرفع الظلم بتشريعاته التي لا تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية، والتي تدور في فلكها، وخاصة إذا تعلق الأمر بواقع الناس ومعاملاتهم التي لا غناء لهم عنها، ومن ذلك المداينات التي نزلت بسببها أكبر آية في كتاب الله تعالى، وهي آية الدين في سورة البقرة.

والحسبة لها دور كبير في استقامة الحياة الإنسانية، فإن الله تعالى يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن، لذا وجب على ولاية الأمور الانتباه جيدا لهذه النقطة، ولا بد من أن تعود ولاية الحسبة إلى مكانتها ودورها في المجتمع المسلم بعد فساد الذمم وتغير الزمان، وقد عرف ابن القيم الحسبة بأنها: "الحكم بين الناس في النوع الذي لا يتوقف على الدعوى هو المعروف بولاية الحسبة وقاعدته وأصله هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (1).

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ط: المدني. ص 345.

فالحسبة رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين ، على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق والدين ، والاقتصاد؛ تحقيقاً للعدلوالفضيلة، وفقاً للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي، وللأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن(1).

ومن هنا أردت في هذه الورقة بيان دور الحسبة الشرعية في الحد من مشكلة المماطلة في الديون التي انتشرت بشكل كبير بين الأفراد والمؤسسات، ووضع التدابير الواقية من هذه الجريمة التي بسببها فسدت الحياة الاقتصادية على المستوى العام ، في المبحثين التاليين: المبحث الأول: التدابير الواقية من المماطلة قبل وقوعها ، والثاني: دور المحتسب في حل مشكلة المماطلة بعد وقوعها.

المبحث الأول : التدابير الواقية من المماطلة(2) قبل وقوعها :

لا بد أن يكون المؤمن حريصاً على مصلحته التي كفلها له الشرع الحكيم، وقد بين الله تعالى لنا في القرآن أن نحافظ على أنفسنا فقال (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) سورة البقرة من الآية 195 ، ومن الهلاك أن يضيع المال من الإنسان فلا يجد ما يقتات به ويعف به نفسه، والإنسان لا غنى له عن المعاملات ، والمعاملات لا تكون كلها نقداً، وبالتالي لا بد من المعاملات الآجلة، وحتى لا تضيع الحقوق لا بد من اعتبار بعض التدابير التي وضعها الشارع حفظاً على الأموال قبل الوقوع في المشكلة، وهذا نوع من العلاج للمشكلة قبل وقوعها، ومن ذلك:

أولاً : توثيق الدين(3) : وذلك من خلال الكتابة والشهادة والكفالة والرهن والحوالة، حيث إن توثيق الشيء ضمان له من الضياع والتلاعب، ألا ترى أن من أراد حماية شيء مهم لديه اتخذ من الإجراءات ما فيه حفظ له وحماية ، فيكون التوثيق بالكتابة اول ما يلجأ إليه ، ثم يستعين بمن يشهد له على هذا الأمر من البشر ، وإن كان الأمر يحتاج إلى أخذ ضمانات من الطرف الآخر — عينية أن شخصية — تتلافى إهمال الطرف الآخر أو تقصيره لم يقصر في ذلك(4).

ثانياً : تقوية الوازع الديني لدى الناس والتجار : وذلك من خلال التوعية المستمرة من المسؤولين في الجهات الدينية بالدولة ، من الدعاة والوعاظ والعلماء ، والتحذير من أكل أموال الناس بالباطل .

(1)الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية لمحمد المبارك ، ط: دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، 1995م ، ص 73.

(2)المماطلة عرفها النووي بأنها : منع قضاء مااستحق أداءه وزاد القرطبي قيده فقال: عدم قضاء مااستحق أداءه مع التمكن منه ، وقال الحافظ ابن حجر: ويدخل في المطل كل من لزمه حق،كالزوج لزوجته والسيد لعبده،والحاكم لرعيته،وبالعكس انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر ، ط: بيروت: دارالمعرفة، 1379، 466/4. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي، ط : بيروت: دارإحياء التراث العربي، 1392، 227/10.

(3) الدين هو: كلماثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته/ منح الجليل شرح مختصرخليل، لمحمد عيش ، ط بيروت: دارالفكر، 1409هـ— 1989م، 5 / 388.

(4) ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، لعمر مصطفى جبر إسماعيل ، ط: دار النفائس، الأردن، 2010م ، ص 87.

ثالثا: سن التشريعات: يقع عبء كبير على عاتق الدولة في مسألة سن التشريعات المناسبة التي تعمل على ضمان الديون وكيفية سدادها، ومن هذه التشريعات أن يسمح للدولة والقضاء أن تعزز من ماطل في الديون، وأن الماطل يعاقب قانونا، وأنه لا يسمح له بالسفر ممثلا أو غير ذلك من الوقوانين التي تضمن سلامة التعامل بين الناس.

المبحث الثاني: دور المحتسب في حل مشكلة الماطلة بعد وقوعها:

إذا كانت الماطلة محرمة شرعا وهي من الكبائر، فلا بد من وجود دور للمحتسب هنا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن هذا الدور ما يلي:

أولا: بيع مال المدين الماطل: قال النووي في الروضة: الذي له مال وعليه دين فيجب أدائه إذا طلب فإذا امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه(1)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية: لو ظهر عند الحاكم ماطلة المدين في أداء دينه حال كونه مقتدرا أو طلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه(2)، وجاء في مجموع الفتاوى: من عليه دين فطولب به وليس له إلا عرض فعليه أن يبيعه ليوفيه الدين فإن وفاء الدين واجب ولا يتم إلا بالبيع وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وللحاكم أن يكرهه على بيع العرض في وفاء دينه وله أن يبيع عليه إذا امتنع؛ لأنه حق وجب عليه فقبل النيابة فقام ذو السلطان فيهم مقامه كما يقوم في توفية الدين وتزويج الأيم من كفتها إذا طلبته وغير ذلك(3).

ثانيا: تعزير المدين بالحبس والضرب: حيث إن لولي الأمر أن يعاقب المدين الماطل بالحبس أو الضرب حسبما يتفق مع حاله وعرف من يعيش بينهم، جاء في السياسة الشرعية لابن تيمية: كل من فعل محرما أو ترك واجبا استحق العقوبة فإن لم تكن مقدرة بالشرع كان تعزيرا يجتهد فيه ولي الأمر فيعاقب الغني الماطل بالحبس فإن أصر عوقب بالضرب حتى يؤدي الواجب وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك و الشافعي و أحمد وغيرهم رضي الله عنهم ولا أعلم فيه خلافا(4)، قال ابن القيم: لا نزاع بينهم أن من وجب عليه حق من عين أو دين وهو قادر على أدائه وامتنع منه أنه يعاقب حتى يؤديه ونصوا على عقوبته بالضرب ذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة(5).

ثالثا: منعه من فضول ما يجل له من الطيبات: قال ابن تيمية: ولو كان قادراً على أداء الدين وامتنع ورأى الحاكم منعه من فضول الأكل والنكاح فله ذلك إذ التعزير لا يختص بنوع معين وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في نوعه وقدره إذا لم يتعد حدود الله(6). بالإضافة إلى ما ذكره الفقهاء من أشياء أخرى مثل تغريمه نفقات الشكاية ورفع الدعوى، وإسقاط عدالته ورد شهادته، وتمكين الدائن من فسخ العقد الموجب للدين(7).

(1) روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، 1405، 137/4.

(2) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ط: دار الكتب العلمية 644/2.

(3) مجموع الفتاوى لابن تيمية، ط: دار الوفاء، الثالثة، 1426 هـ / 2005 م، 190/29.

(4) السياسة الشرعية لابن تيمية، ط: دار المعرفة، ص 66.

(5) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم، ط: مطبعة المدني - القاهرة، ص 153.

(6) الاختيارات الفقهية لابن تيمية، ط: دار المعرفة - بيروت، ص 480.

(7) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد د. نزيه حماد، ط: دار القلم، الدار الشامية، ص 339 — 350.

الجوانب الإجرائية لمسطرة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد - دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي -



فضيلة الأستاذ : السكتاني عمر

أستاذ باحث في قانون الأعمال والمقاولات

خريج دار الحديث الحسنية ومحافظ عقاري سابق

بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

تعتبر مسطرة التحفيظ العقاري من أهم المساطر القانونية وأكثرها تعقيدا بالنظر لحساسية موضوع العقار وتضارب المصالح المرتبطة به ، لأجل ذلك حاول المشرع إيجاد مجموعة من الآليات القانونية الرامية إلى تأمين نظام الملكية من كل محاولة للاعتداء عليه والمساس به وبالتالي غضب أملاك الغير بدون وجه حق ، بدءا من تقديم مطلب التحفيظ مرورا بإشهاره وتحديدته وانتهاء بصدور قرار للتحفيظ يمتاز بخاصية التطهير المانع من كل إمكانية للمطالبة بحقوق سابقة غير مضمنة بالرسم العقاري .

ويعتبر من أهم هذه الآليات القانونية الرامية إلى حماية حق الملكية وغيره من الحقوق العينية المتفرعة عنه إمكانية المنازعة في مطلب التحفيظ عن طريق سلوك مسطرة التعرض ، وهي آلية يمارسها الغير للحيلولة دون إتمام إجراءات التحفيظ وبالتالي توقيفها إلى غاية البت في النزاع ، وقد أتى المشرع في إطار القانون الجديد رقم 07-14 بمجموعة من المستجدات والحلول القانونية لكثير من الأوضاع التي كانت تعرف فراغا قانونيا وتضاربا على مستوى العمل الإداري والقضائي ، كما حاول المشرع تقنين مسطرة التعرض عن طريق مجموعة من الإجراءات الخاصة التي تختلف عما هو معمول به في القواعد العامة وذلك تماشيا مع نظام التحفيظ العقاري الذي يظل محكوما بمجموعة من القواعد كمبدأ الشرعية ومبدأ الإشهار وحسن النية ومبدأ التطهير والأثر المنشئ للتقييد .

بناء على ذلك سوف تختص هذه الدراسة بإبراز أوجه ومظاهر خصوصية مسطرة التعرض باعتباره دعوى استحقاقية تستقل بأحكام خاصة تختلف عن تلك المعمول بها في إطار القواعد العامة ، حيث سنركز على خصوصية الجوانب الإجرائية لهذه المسطرة خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ (المبحث الأول) مع إبراز جوانب هذه الخصوصية خلال المرحلة القضائية أي بعد إحالة الملف على القضاء (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: خصوصيات إجراءات التعرض خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ:

لقد أولى المشرع أهمية قصوى لإجراءات ممارسة التعرض بمقتضى القانون الجديد وحد من كل المساوئ التي كان يثيرها القانون السابق، لذلك نميز في هذا الصدد بين الإجراءات المرتبطة بموضوع التعرض الممكن ممارسته من طرف من يدعي حقا على العقار موضوع مسطرة التحفيظ (الفقرة الأولى) والإجراءات المرتبطة بالمسطرة الواجبة الإلتباع تفاديا لأي رفض أو إلغاء من طرف المحافظ يمكن أن يؤدي إلى ضياع الحق المطالب به نتيجة لجهل أو تقصير المتعرض وعدم إلمامه بتقنيات هذه المسطرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإجراءات المرتبطة بموضوع التعرض:

إن المشرع كان على بينة من المخاطر التي قد تترتب عن مسطرة التحفيظ بسبب دقتها وصعوبة الإجراءات المرتبطة بها لذلك فقد نص على إمكانية التدخل في مسطرة التحفيظ منذ تقديم المطلب إلى غاية انصرام أجل شهرين من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية، وذلك في الحالتين التاليتين:

- 1- في حالة المنازعة في حق الملكية لطالب التحفيظ أو لمن انتقل إليه أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار،
- 2- في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه كحق الانتفاع أو حق السطحية أو حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية المنصوص عليها على سبيل الحصر،

لكن الملاحظ أن المشرع لم يقتصر على الحالات التي كان منصوصا عليها في القانون السابق وإنما أضاف إليها حالة جديدة وهي إمكانية التعرض على مسطرة الإيداع وفقا للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، ولهذا يمكن القول بأن الجانب الإجرائي قوي جدا في مسطرة التعرض لدى مشرع القانون رقم 07-14، وأن هذه الإجراءات تترتب عليها مجموعة من الآثار القوية والخطيرة جدا، مادام أن كل مسطرة تختلف عن الأخرى بحيث قد يترتب في حالة عدم التمييز بينهما إمكانية رفض التعرض لعدم تحديد موضوعه بدقة وما قد يترتب عليه من ضياع لحقوق طالها التطهير لعدم المطالبة بها خلال الأجل القانونية، لذلك سوف نميز بين مسطرة التعرض على طالب التحفيظ وبين مسطرة التعرض على من انتقلت إليه حقوق تم إيداعها في إطار الفصل 84.

أ- التعرض على طالب التحفيظ بالنسبة لحقوقه موضوع المسطرة:

تتم هذه الآلية عن طريق تدخل المتعرض في مسطرة التحفيظ وذلك للمنازعة في حق ملكية العقار الذي سيجري تحفيظه، أو في مدى هذا الحق، أو في حدود العقار، أو في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني على العقار المزمع تحفيظه، لذلك يمكن القول بأن التعرض يشكل أشد سلاح قد يواجهه به طالب التحفيظ خاصة وأن المشرع جعل مطلب التحفيظ مجرد قرينة على الملكية ولا يكتسب حجيته المطلقة إلا بصدر قرار التحفيظ، وبناء على ذلك فإن التعرض يجب أن يمارس من طرف من له مصلحة فيه باعتباره مقالا افتتاحيا للدعوى حيث لا دعوى بلا مصلحة، وأن يمارس في مواجهة طالب التحفيظ، ويمكن أن يكون النزاع شاملا كل العقار وهو ما يطلق عليه التعرض الكلي كما يمكن أن يكون شاملا لجزء من العقار وهو ما يطلق عليه التعرض الجزئي، وفي هذه الحالة يجب على المحافظ أن يعمل على تحديد الأجزاء المتعرض عليها إما أثناء القيام بعملية التحديد الأولي أو بعده عن طريق التحديد التكميلي، كما تتجلى صور هذه الحالة أيضا في حالة النزاع في مدى حق الملكية كما لو تعلق الأمر بعقار

مشترك على الشياخ كأن ينازع أحد الشركاء في نصيبه في الملك وهو ما يطلق عليه بالتعرض للمطالبة بحقوق مشاعة ، ويمكن للمتعرض أن ينازع في حدود العقار موضوع مسطرة التحفيظ حيث يمكنه المطالبة بتعديل التحديد الذي جرى إظهاره بتحديد تكميلي ، وقد ينصب على حق من الحقوق العينية العقارية القابلة للتسجيل كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق السطحية والحقوق العرفية الإسلامية كحق الهواء أو الزينة أو الجلسة وغيرها من الحقوق القابلة للتقييد بالرسم العقاري .

ب - التعرض على مسطرة الإيداع طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ :

لقد خول المشرع لأصحاب الحقوق التي نشأت على العقار خلال سريان مسطرة التحفيظ إمكانية سلوك طريقين لحماية حقوقهم :

إما مسطرة الخلاصة الإصلاحية التي يمكن بمقتضاها لصاحب الحق الجديد بالموافقة مع طالب التحفيظ تقديم طلب تعديلي تكون له فيه صفة طالب التحفيظ مع التنصيص على الحقوق التي اكتسبها وحصته أو نصيبه في العقار موضوع مسطرة التحفيظ ، ومن خصوصيات هذه المسطرة أنها تستلزم النشر في الجريدة الرسمية وقد تؤدي إلى فتح أجل جديد للتعرض في الحالة التي يتم فيها نشر إعلان جديد عن انتهاء التحديد وهذه الحالة نظمها المشرع في إطار الفصل 83 من قانون التحفيظ .

الحالة الثانية وتتجلى في سلوك مسطرة الإيداع طبقاً للفصل 84 ظ ت ع ، وهي مسطرة خاصة لا تقتضي النشر بالجريدة الرسمية وإنما يكفي إيداع الوثائق المثبتة للحق بقصد تقييدها في سجل التعرضات ، ولم يكن المشرع في القانون السابق يتحدث عن مسطرة التعرض على هذه الإيداعات بل كان العمل الإداري يكتفي بتقييد كافة التعرضات على مطلب التحفيظ غير أنه بصدر القانون الجديد نص المشرع على هذه الحالة من خلال الفصل 24 من قانون التحفيظ ، ومن بين أهم التطبيقات على هذه الحالة أن يبادر طالب التحفيظ إلى تفويت جزء من العقار إلى شخص يبادر إلى إيداعه بمطلب التحفيظ ثم بعد ذلك يعمد طالب التحفيظ إلى تفويت جزء آخر إلى مشتر ثان يقوم بإيداعه أيضاً في مطلب التحفيظ ، فيعمد المودع الأول إلى التعرض على الإيداع الثاني على أساس ممارسة حق الشفعة بصفته مالكا على الشياخ مع طالب التحفيظ ، ويتم الفصل في هذا التعرض بعد إحالة المحافظ ملف التحفيظ على المحكمة الابتدائية ، وقد يتضمن مطلب التحفيظ مجموعة من التعرضات بعضها على مطلب التحفيظ وبعضها على الإيداع فإذا قضي بصحة تعرض المتعرض على مطلب التحفيظ فإن دعوى المتعرض على الإيداع تصبح غير ذات موضوع ، كما يمنع على المحافظ تأسيس الرسم العقاري مادامت المنازعة في الإيداع لم تنته بعد لأن مسطرة التعرض على الإيداع تمنع التأسيس انسجاماً مع قواعد نظام التحفيظ العقاري إذ لا يتصور تقييد التعرض على الإيداع في الرسم العقاري ، ونعتقد بأن تنصيص المشرع على مسطرة التعرض على الإيداع كان موفقاً حيث يساهم في مواجهة بعض الأوضاع التي كانت سائدة في القانون السابق حيث كثيراً ما كان يختفي من انتقل إليه الحق بأية طريقة مشبوهة بستار الفصل 84 كما أن المحافظين العقاريين ومعهم القضاء كانوا يزكون هذا الطرح ويعتبرون المودع غيراً عن طالب التحفيظ وبالتالي يتم رفض التعرضات الموجهة في مواجهتهم لكون التعرض موجهاً في مواجهة الغير ، لذلك فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه بعض الباحثين¹ من كون مسطرة التعرض على الإيداع ما كانت

1- د / عمر أزرار : التعرض على مسطرة الإيداع : الفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري ، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني يوم 5 مايو 2012 بتيزنيت ، منشورات المنبر القانوني ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012 ، ص : 31 وما يليها .

ضرورة تشريعية مادام أن بإمكان المنازع أن يودع دعواه بوصفها دعوى عينية في المطلب طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ لأن هذا الرأي يعتبر ضرباً للمؤسسات القانونية التي ينبنى عليها نظام التحفيظ ، ومن أهم هذه المؤسسات أن الدعاوى المتعلقة بال عقار في طور التحفيظ يجب أن تقدم في شكل تعرض أي إن المشرع لاعتبارات ترتبط بما يمكن أن تثيره الدعوى العينية من مشاكل وصعوبات في حالة تطبيق الأحكام الصادرة بشأنها لعدم انسجامها مع واقع العقار كما هو محدد من الناحية الهندسية والقانونية والمسطرية قرر إيجاد إجراءات خاصة تقوم على توحيد المسطرة وبالتالي تحقيق الانسجام لدى المحافظ باعتباره المسؤول عن تنفيذ الأحكام تفادياً لصدور أحكام لا نفاذ لها ، لذلك جعل من خصوصيات هذه المسطرة تقديم المقال الافتتاحي أمام المحافظ مع الوثائق المدعمة له وأداء الرسوم القضائية ، كما أن من إيجابيات هذه المسطرة أنها تساهم في تحديد وعاء وموضوع التعرض بدقة تفادياً للإضرار بباقي المتدخلين لاسيما في حالة تعدد طلاب التحفيظ أو من انتقلت إليهم بعض الحقوق عن طريق مسطرة الإيداع ، لكن مع ذلك فإن تطبيق المسطرة وفق الوضع الحالي يثير بعض الصعوبات حيث يصعب ممارسة التعرض على الإيداع بالنسبة للتصرفات المبرمة بعد مرور أجل شهرين على الإعلان عن انتهاء التحديد لذلك يتعين على المشرع أن يتدخل بمقتضيات تشريعية جديدة لسد هذا الفراغ القانوني .

الفقرة الثانية : الإجراءات المرتبطة بمسطرة التعرض :

لقد وضع المشرع بمقتضى القانون الجديد مجموعة من الإجراءات المرتبطة بممارسة التعرض والتي يجب احترامها تحت طائلة اعتبار التعرض لاغياً في حالة الإخلال بها لارتباطها بالنظام العام ، حيث يجب على المعني بالأمر تقديم طلب إلى الجهة المختصة يتضمن كافة البيانات الجوهرية المنصوص عليها في القانون (أ) بالإضافة إلى تقديم الحجج والوثائق المدعمة للحقوق المطالب بها مع أداء الرسوم القضائية (ب) .

أ - تقديم طلب التعرض إلى الجهات المختصة :

يتعين على كل من ينازع في الحقوق موضوع مسطرة التحفيظ أن يتقدم بطلب يرمي إلى التعرض على تلك الحقوق ، ولا يلزم المتعرض بأية شكلية معينة ، حيث يمكن للمعني بالأمر تقديم تعرضه إما كتابة أو عن طريق تصريح شفوي شريطة أن يتضمن هذا الطلب المعلومات الكافية والضرورية لتعيين العقار موضوع التعرض ، ويمكن أن يقدم التعرض عن طريق رسالة توجه إلى السيد المحافظ أو غيره من الجهات المختصة بتلقي التعرضات ، ومهما كان شكل التعرض فإن جميع التصريحات والرسائل المحررة لهذا الغرض يجب أن تتضمن مجموعة من البيانات الجوهرية كهوية المتعرض وحالته المدنية ، عنوانه الحقيقي أو المختر ، اسم الملك ، رقم مطلب التحفيظ ، طبيعة ومدى الحق موضوع النزاع ، بيان السندات والوثائق المدعمة للطلب وبالتأمل في هذه البيانات نجد أنها لا تختلف عن تلك المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية الأمر الذي يركي خاصية التعرض باعتباره مقالا افتتاحياً للدعوى يتلقاه المحافظ ويعمل على تجهيزه قبل إحالته على القضاء للبت فيه ، ولقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أن التعرض يمكن أن يقدم إما إلى المحافظ وإما إلى المهندس المساح الطبوغرافي المنتدب أثناء مباشرة عمليات التحديد طبقاً لمقتضيات الفصل 25 من قانون التحفيظ العقاري ، وما يستفاد من هذا المقتضى أن المشرع المغربي حصر الجهات المختصة في تلقي التعرضات في المحافظ والمهندس المساح دون رئيس المحكمة والسلطة المحلية كما كان عليه الأمر في القانون السابق ، ويعتبر هذا التطور إيجابياً بحيث يضع حداً للمشاكل التي كان يثيرها تعدد الجهات الموكلت إليها تلقي التعرضات حيث كان الوضع السابق يعرف مجموعة من العيوب التي تؤثر سلباً على مسار

مسطرة التحفيظ ، كما أن ممثلي السلطة المحلية يرتكبون مجموعة من الأخطاء عند تلقي التعرضات ذلك أن السلطات المحلية وحتى المحكمة غير متخصصة في كيفية تقبل التعرضات خاصة إذا كانت شفوية وقد لا تعيرها الاهتمام اللازم نظرا لانشغالها بأعمال أخرى بالإضافة إلى الرتبة الإدارية التي قد تؤخر كثيرا بعث هذه التعرضات إلى المحافظ قصد تسجيلها بسجل التعرضات في الوقت المناسب ، وفي هذا الصدد تحضرنني إحدى الوقائع عندما كنت أمارس عملي كمحافظ عقاري ملخصها أنني توصلت بشهادة تعليق الإعلان عن التحديد تتضمن عبارة تعرض من مجاور دون ذكر اسم هذا الشخص وهويته ، وقد أثارت هذه الواقعة آنذاك مجموعة من التساؤلات لدينا داخل المحافظة ، كما أثارت حيرة طالب التحفيظ الذي أصبح يتيه بين مؤسستين المفروض فيهما الالتزام بالأمانة والمسؤولية لصيانة حقوقه وحمايته ، كما تصادف هذا الأمر بتغير ممثل السلطة المحلية الذي اتخذ هذا القرار الأمر الذي تعذر معه على المسؤول الجديد اتخاذ أي قرار بشأنه ، وهذا راجع إلى كون السلطات المحلية ليس لها أي إمام أو تكوين في المجال العقاري ، وقد كان هذا الأمر يؤدي إلى بطء مسطرة التحفيظ وتعثرها عن تحقيق الحماية الكافية لمختلف المراكز القانونية ذات الصلة بها ، وفي نفس السياق يمكن القول بأن المشرع أيضا وضع حدا للازدواجية في تلقي التعرضات الاستثنائية التي كان يعرفها القانون السابق وما كانت تثيره من مشاكل والذي كان يوزع الاختصاص بين المحافظ ووكيل الملك ، حيث جاء في الفصل 29 من القانون الجديد ما يلي :

" بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق ، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية " .

وتعتبر هذه المقتضيات الجديدة وسيلة مثلى لتدبير وتقدير مدى جدية التعرضات المقدمة خارج الأجل من طرف المحافظ العقاري وبالتالي تجاوز مشكل الازدواجية الذي كان يعرفه القانون السابق نتيجة عدم الإمام بخصوصية المسطرة في نظام التحفيظ العقاري وما تقتضيه من تكييف مع القواعد العامة بحيث لا يجوز تقديم طلبات جديدة خلال مرحلة الاستئناف ، غير أن الممارسة أثبتت مجموعة من العيوب حيث كثيرا ما كان يتم قبول التعرضات خارج الأجل من طرف وكيل الملك بعد عرض الملف على محكمة الاستئناف ، وحيث إن المبدأ هو أن " قبول وكيل الملك للتعرضات خارج الأجل المحدد قانونا يتم بصورة استثنائية ، فإن أعمال هذا الاستثناء يتعين أن يتم وفق ضوابط محددة و دون إخلال بمسطرة التقاضي ، بحيث يلزم أن يكون ملف التحفيظ لازال معروضا على المحكمة الابتدائية حتى لا تفوت على طرفي النزاع أحد درجات التقاضي ، فضلا على أن التعرض يتضمن مطالبة بحق عيني على العقار موضوع طلب التحفيظ ، والحال أنه يتعذر مبدئيا من الناحية القانونية تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف " ¹ ، إذ أن من شأن فتح أجل جديد للتعرض ، والحال أن الملف معروض على محكمة الاستئناف إدخال أطراف لأول مرة في النزاع أمام المحكمة المذكورة ، مما يشكل تعارضا مع مبدأ التقاضي على درجتين ، ونشير في هذا الصدد إلى أن قبول التعرض خارج الأجل في إطار القانون الجديد يبقى من اختصاص المحافظ ولا يحتاج إلى أن يبرر رفضه أو قبوله ، وما يدعم هذا التوجه التشريعي هو أن المحافظ في هذا الإطار يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بعيدة عن أية رقابة قضائية ، فإذا رفض قبول التعرض المقدم خارج الأجل فإن قراره يعتبر نهائيا وغير قابل لأي طعن قضائي طبقا لمقتضيات الفصل 29 المشار إليه أعلاه ، غير أننا نعتقد بأن نهائية قرار المحافظ المتعلق برفض التعرض المقدم خارج الأجل إنما تقتصر على الطعن العادي ولا تمس بإمكانية الطعن فيه أمام القضاء الإداري عن طريق

1 . حسب ما سار عليه حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 2012/06/21 ، ملف عدد : 2010/05/275 ، منشور بموقع العلوم القانونية ¹ .

دعوى الإلغاء تماشياً مع مبدأ الشرعية ، ولعل هذا ما سارت على منواله المحكمة الإدارية بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 21 مارس 2013 الذي جاء فيه :

" حيث لئن كان الطعن قد حصل في إطار قانون يخول الحق في الطعن بقرار رفض التعرض فإن صدور القانون الجديد رقم 14.07 بتعديل الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري يحظر مثل هذا الطعن لا تأثير له على الدعوى الحالية في جميع الأحوال ، لكون الحظر المستهدف يظل قاصراً على الطعن العادي أمام المحاكم العادية ، ولا يشمل الطعن بالإلغاء الذي يمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعيات القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون ،

وحيث ينص الفصل 110 من الدستور على أنه لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون وحيث ينص الفصل 118 من الدستور على أن " كل قرار اتخذ في المجال الإداري ، سواء كان تنظيمياً أو فردياً " ، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة وحيث إن سمو القاعدة الدستورية على ما عداها من نصوص قانونية يشكل تكريساً للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصيل أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات وحيث بذلك يكون الطلب مقدماً وفقاً للشروط المتطلبة قانوناً مما تعين معه قبوله شكلاً " ، وللإشارة فقد نظم المشرع الجوانب الإجرائية لممارسة التعرض خارج الأجل بدقة متناهية رغبة منه في الحيلولة دون بعض المنازعات التي ترمي إلى تعطيل مسطرة التحفيظ وبالتالي الإضرار بطالب التحفيظ ، لهذا نص المشرع على وجوب توفر مجموعة من الشروط حيث يجب على المتعرض أن يدلي بمجموعة من الوثائق وهي :

— الوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل ،

— العقود والوثائق المدعمة لتعرضه ،

— أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية ،

ب - تقديم الحجج والوثائق المدعمة للحقوق المطالب بها مع أداء الرسوم القضائية :

لقبول التعرض يتعين على المتعرض أن يرفق طلبه المشار إليه أعلاه بكافة الحجج والوثائق المدعمة لتعرضه تطبيقاً لمقتضيات الفصل 25 من قانون التحفيظ العقاري وأن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يدلي بما يفيد حصوله على المساعدة القضائية وذلك قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاه أجل التعرض ، ومن الناحية العملية كثيراً ما يتوصل المحافظ بطلب التعرض إما عن طريق محضر التحديد الذي يوجهه إليه المساح الطبوغرافي أو عن طريق رسالة من المعني بالأمر دون الإدلاء بالوثائق ، وهنا يثار الإشكال حول مصير هذا التعرض ومدى إمكانية رفضه أو إلغاءه من طرف المحافظ ؟

للإجابة على ذلك نص المشرع على مسطرة خاصة لتضمين التعرض بسجل التعرضات بمقتضى الفصل 32 الذي ينص على أنه : " يعتبر التعرض لاغياً وكأن لم يكن ، إذا لم يقدم المتعرض خلال الأجل المنصوص عليه في

الفصل 25 من هذا القانون ، الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه ، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية ... " .

ونعتقد أن تطبيق هذا النص من الناحية العملية يقتضي من المحافظ بعد أن يسجل التعرض في سجل التعرضات أن يعتمد إلى توجيه إنذار إلى المتعرض يدعوه فيه إلى تقديم الوثائق المدعمة للتعرض داخل الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 أي قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاه أجل التعرض ، ونفس الشيء بالنسبة للرسوم القضائية وحقوق المرافعة حيث يتعين على المحافظ توجيه إنذار إلى المتعرض من أجل أدائها داخل الأجل المحدد له تحت طائلة إلغائها طبقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون التحفيظ العقاري ، ونعتقد أن هذه الإجراءات تعتبر ضرورية ولازمة التطبيق وذلك تماشيا وانسجاما مع الطابع الحمائي لنظام التحفيظ العقاري وطبيعة وخطورة الآثار المترتبة عن التحفيظ .

المبحث الثاني : خصوصيات إجراءات التعرض خلال المرحلة القضائية للتحفيظ :

تستقل دعوى التعرض بعد إحالة الملف على المحكمة المختصة بمجموعة من المساطر والإجراءات الخاصة التي تنسجم مع خصوصيات نظام التحفيظ العقاري الذي يقوم على مبدأ التطهير ونهائية قرار التحفيظ ، هذه الإجراءات بعضها يرتبط بتحضير القضية وتهيئتها من طرف القاضي المقرر ، وبعضها يرتبط بدراسة القضية من طرف المحكمة المختصة وحدود سلطتها في البت في النزاع باعتبار أن قانون التحفيظ يعتبر قانون موضوع وإجراءات ترتبط بطبيعة منازعات التحفيظ التي يتدخل طرف إداري في إعدادها ، هو محافظ الملكية العقارية الذي يتوفر على صلاحيات مهمة بشأنها تحد من سلطات القضاء¹.

لذلك سوف نتطرق إلى دراسة الإجراءات الخاصة بتحضير النزاع (الفقرة الأولى) قبل أن نتطرق إلى الإجراءات الخاصة بدراسة الملف والفصل فيه (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : الإجراءات المرتبطة بتهيئ وتحويل الملف بعد إحالته على المحكمة المختصة :

مباشرة بعد انتهاء أجل التعرض يتعين على المحافظ أن يعمل على إحالة الملف على المحكمة المختصة للبت فيه ، والمحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرتها ، حيث يقوم رئيس المحكمة فور توصله بمطلب التحفيظ بتعيين قاض مقرر يعهد إليه بمهمة تهيئ القضية وتحضير حل للنزاعات المثارة ، ويلعب هذا الأخير دورا مهما وأساسيا في البحث والتحقيق والتقصي قصد تحديد النزاع وبيانه ، حيث منحه المشرع اتخاذ جميع الإجراءات المناسبة لهذه الغاية ، وتأسيسا على ذلك يمكنه إما تلقائيا أو بناء على طلب أحد الأطراف أن ينتقل إلى عين المكان لمعاينة العقار موضوع النزاع ليجري بشأنه بحثا حول طبيعة الحقوق المتنازع حولها ، ويمكنه أن ينتدب قاضيا آخر للقيام بهذه العمليات بعد موافقة رئيس المحكمة ، كما يمكنه إن اقتضى الأمر ذلك طلب مساعدة مهندس مساح طبوغرافي مخلف من جهاز المسح العقاري مقيد في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين ، بعد الاتفاق مع المحافظ على الأملاك العقارية على تعيينه وعلى تاريخ انتقاله إلى عين المكان .

وبالإضافة إلى ذلك يمكن للقاضي المقرر أن يتلقى جميع التصريحات أو الشهادات ، وأن يتخذ جميع الإجراءات التي يراها مفيدة لتحضير القضية كالاستماع إلى الشهود الذين يرغب الأطراف في الاستماع لهم ، وعندما يتبين

¹ - د / عبد العزيز حضري ، قواعد نزاعات التحفيظ العقاري ، سلسلة القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية ، ص : 15 وما بعدها .

للقاضي المقرر أن القضية أصبحت جاهزة يجبر الأطراف بيوم الجلسة العلنية التي ستعرض فيها وذلك قبل موعدها بشمانية أيام على الأقل بعد التوصل بالاستدعاء .

وبصفة عامة فإن تعيين القاضي المقرر يعتبر من خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري ، حيث أوكل إليه المشرع القيام بصلاحيات واسعة لتجهيز القضية وتعتمد المحكمة كثيرا على تقرير القاضي المقرر لإصدار حكمها في القضية.

الفقرة الثانية : الإجراءات المرتبطة بدراسة الملف من المحكمة المختصة :

تختلف مسطرة البت في نزاعات التحفيظ العقاري عن باقي القضايا العادية ، حيث تنفرد بمجموعة من القواعد الخاصة يمكن إبرازها كالتالي :

1 – اقتصار المحكمة على النظر في ملف التحفيظ كما أحيل عليها من طرف المحافظ العقاري :

من خصائص الدعوى العقارية خلال جريان مسطرة التحفيظ العقاري أن جميع المنازعات تقدم في شكل مقال افتتاحي أمام المحافظ العقاري في إطار مسطرة التعرضات ، وأن قبول هذه المنازعات يقتضي تقديم كافة الوثائق والحجج المدعمة للتعرض للسيد المحافظ مع أداء الرسوم القضائية وواجبات المرافعة تطبيقا لمقتضيات الفصل 25 و 32 من قانون التحفيظ العقاري ، فالتعرض هو دعوى تقدم أمام المحافظ الذي يعمل على حصر موضوعها ونطاقها بناء على الطلب الذي تقدم به المعني بالأمر ، وإذا كان المبدأ أن القاضي لا يحكم إلا وفق طلبات الأطراف فإن هذه القاعدة تكون أكثر أهمية في قضايا التحفيظ العقاري لأن المحكمة في هذا الإطار تكون مقيدة بعدم توسيع نطاق التعرض ، حيث لا يمكن للقضاء أن يقر للمتعرض حقوقا تفوق تلك التي طالب بها أمام المحافظ العقاري ، كما لا يمكن لهذا الأخير أن يوسع نطاق تعرضه بعد إحالة الملف على المحكمة ، بل أكثر من ذلك لا يجوز للمحكمة أن تمارس سلطتها لمراقبة الجوانب الشكلية لدعوى التعرض على مطلب التحفيظ ، ذلك أن مراقبة شكل التعرض يدخل ضمن اختصاصات وسلطات المحافظ العقاري وكل تدخل من طرف القضاء فيما هو من اختصاص المحافظ يعتبر تجاوزا لسلطته .

وترتبيا على ذلك فإن صلاحيات محكمة التحفيظ تقتصر على البت في موضوع التعرض من حيث صحته من عدمه دون أن تكون لها صلاحية مناقشة شكلية التعرض من حيث تقديمه خارج الأجل من عدمه ولا تملك صلاحية تغيير نطاق هذا التعرض أو قبول إدخال الغير في الدعوى وذلك انسجاما مع مقتضيات المادة 3 ق م م التي تنص على أنه لا يمكن للمحكمة أن تقضي إلا في حدود طلبات الأطراف ، هذه الطلبات التي تقدم وجوبا في شكل مقال افتتاحي أمام المحافظ حيث يقوم باستخلاص الرسوم القضائية قبل إحالة الملف على المحكمة المختصة ، جاء في قرار لمحكمة النقض تحت عدد 485 بتاريخ

2008/5/22 : " ...حيث أنه بخصوص... مخالفة الحكم المستأنف للقانون لكون التعرض قدم خارج أجله القانوني ، هو سبب يبقى غير مؤسس ، لأن محكمة التحفيظ لا تنظر في شكلية التعرض من حيث تقديمه داخل الأجل

القانوني أو خارجه ، لأن أمر ذلك يدخل في اختصاص المحافظ على الأملاك العقارية ، وأن نظرها يقتصر على البت في موضوع التعرض من حيث صحته وعدمه فقط " ¹ .

2 - اعتبار المتعرض في مركز المدعي :

إن تقدير صحة مطلب التحفيظ مسألة يختص بها المحافظ وحده ولا ينزعها عنه حكم المحكمة التي يجب عليها أن تبت في حدود صحة التعرضات من عدمها ، لذلك استقر الاجتهاد القضائي منذ أمد طويل على جعل المتعرض في مركز المدعي وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات ² وللإشارة فإن هذا الاجتهاد تبلور قبل تعديل الفصل 37 من ظهير التحفيظ في 27 شتنبر 1917 و 1954 وهو النص المرجعي لهذا الاجتهاد ، وقد انتبه القضاء المغربي إلى ذلك إذ كثيرا ما يجد نفسه يقضي ضمنا بما هو غير مخول له صراحة وذلك ما جعله يبحث صراحة عن مخرج يخلصه من قيود الاجتهاد الفقهي والقضائي القديم للفصل 37 من ظ ت ، وذلك ما فعله المجلس الأعلى بمقتضى قراره المؤرخ في 24 أكتوبر 1960 إذ سمح لقضاة الموضوع بتحليل حقوق طالب التحفيظ قصد تقييم طلبات المتعرض ³ ، غير أن هذه الرخصة ليست مطلقة لأنها قد تؤدي إلى قلب الاجتهاد الفقهي والقضائي القديم الذي يجعل طالب التحفيظ مدعى عليه ، لذلك تدخل المجلس الأعلى بالتأكيد على أن طالب التحفيظ يظل مدعى عليه ولا يلزم بالإدلاء بحجة حتى يدعم المتعرض تعرضه بحجة قوية ⁴ ، ثم أضاف أنه إذا لم يدل المتعرض بحجج مقبولة لإثبات ما يدعيه ، فإن المحكمة لا تكون لها الصلاحية لمناقشة حجج طالب التحفيظ ، كما أنه لا حق لمحكمة التحفيظ في مطالبة طالب التحفيظ بالإدلاء بهذه الحجج ⁵ ، وقد ظل المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - يؤكد على نفس المبدأ المشار إليه أعلاه ، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 1999/01/06 بأنه لا يمكن قبول تعرض مصلحة المياه والغابات لمجرد اعتمادها على مقتضيات الفصل الأول من ظهير 10 أكتوبر 1917 دون أن تدلي فعلا بأية وثيقة تثبت أن المدعى فيه هو فعلا جزء من غابة الدولة ، وإن عدم إدلاء الطاعنة بالدلائل باعتبارها مدعية وملزمة بإثبات ما تدعيه واعتمادها فقط على مجرد كون أرض المطلب غابوية لا يقوم حجة في وجه طالب التحفيظ الذي أدلى برسم شرائه لأرض المطلب مبني على ملكية البائع له وأن المحكمة في هذه الحالة غير ملزمة بإجراء معاينة لأرض المطلب مادام استبان لها وجه القضاء من أوراق الملف ⁶ .

أما طالب التحفيظ فيكون في مركز المدعى عليه ولذلك فلا يكون ملزما بتقديم حجج أو مستندات من شأنها أن تشكك في ادعاءات ومزاعم المتعرضين وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 2005/01/12 والذي نقض من خلاله قرارا لمحكمة الاستئناف ، وقد جاء فيه ما يلي : " بالرغم من أن القرار المطعون فيه أكد وعن صواب على أن المتعرض يعتبر مدعيا وعليه إثبات تعرضه بحجة قوية تنطبق على أرض النزاع ، وأن المحكمة لا

¹ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 485 ، بتاريخ 2008/5/22 ، ملف شرعي عدد 8 /07/36 ، المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات

المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية ، سلسلة " دليل العمل القضائي " دار الفكر العربي ، ط 1 ، ص ، 125 وما يليها

² - قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 751 المؤرخ في 1928/11/10 ملف عدد 1/1628 /01/2004 ، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف

بالرباط 1928 - 1944 ، تعريب العربي المجبود ، ص : 64 .

³ - قرار منشور بالمجلة المغربية للقانون ، السنة : 1961 ، ص : 20

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 165 المؤرخ في 1968/03/20 ، منشور ضمن مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 1 أكتوبر 1968 ، ص : 24 .

⁵ - قرار المجلي الأعلى عدد 868 المؤرخ في 1981/07/29 ، منشور ضمن مجلة قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ ، للأستاذ عبد العزيز

-توفيق ، ص : 127 .

⁶ - قرار محكمة النقض عدد 86 ، صادر بتاريخ 1999/01/06 في الملف عدد 95/5/1 ، سلسلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري ،

منشورات مجلة الحقوق المغربية مارس 2009 ، ص : 283 وما يليها .

تناقش حجج طالب التحفيظ إلى أن يثبت المتعرض تعرضه ، فإنه قضى مع ذلك بصحة تعرض المطلوب وهو متعرض دون الاعتماد على أية حجة مؤيدة له ، وناقش حجة الطاعنة وهي طالبة التحفيظ حين اعتبر رسمها الخلفي لا تنطبق على أرض النزاع من حيث الحدود ، الأمر الذي يبقى معه هذا القرار عديم الأساس القانوني وعرضة بالتالي للنقض والإبطال¹ .

وقد سار قضاء الموضوع على منوال هذا التوجه الذي انتهت إليه محكمة النقض حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالنظور صادر بتاريخ 2004/10/19 ما يلي : " وحيث إن طالب التحفيظ يعتبر مدعى عليه بينما يعتبر المتعرض مدعيا ، لأنه هو المطالب بالإدلاء بالحجة التي تؤيد مزاعمه من غير أن يكون طالب التحفيظ مطالبا بما يؤيد مطلبه ، وأن قاضي التحفيظ يقتصر نظره على البت في الحقوق المدعى بها من قبل المتعرض دون البت في الحجج المؤيد بها طلب التحفيظ التي يتخذ المحافظ بشأنها ما يراه مناسبا² . كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش صادر بتاريخ 2006/05/04 ما يلي : " إن طلب التحفيظ يعطي لصاحبه صفة المدعى عليه وهو لذلك غير ملزم بالإدلاء بأية حجة حتى يدعم المتعرض تعرضه بحجة قوية ، وأن المتعرض في مادة التحفيظ العقاري هو المدعي ، وهو من يجب عليه إثبات ما يدعيه ، وإن حجج طالب التحفيظ باعتباره مدعى عليه لا تناقش إلا إذا أدلى المتعرض بحجة قوية تؤيد تعرضه وإذا لم يفعل فإن محكمة التحفيظ لا تكون لها الصلاحية لمناقشة حجج طالب التحفيظ³ .

نفس الأمر سارت على منواله المحكمة الابتدائية بوجدة في الحكم الصادر بتاريخ 2007/1/31⁴ الذي جاء فيه : " ... وحيث أنه ومن القواعد الفقهية والقضائية في مجال دعاوي التحفيظ ، أن طالب التحفيظ مدعى عليه والمتعرض مدعيا ، ومن ثم فإن الأول لا تناقش حججه إلا إذا أدلى الثاني بما يدعم تعرضه ، وعليه فإنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن المتعرضين لم يدلوا بأية حجة يمكن مقارنتها أو ترجيحها مع حجة طالب التحفيظ المتمثلة في الملكية المستوفية لشروط الملك المعترية شرعا ، وبالتالي وجب نعت جميع التعرضات بأنها غير صحيحة " .

كما جاء في حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان بتاريخ 2000/07/17⁵ ما يلي : " ... وحيث أن المتعرض لم يدل بأية حجة تثبت ملكيته للقطعة المتعرض عليها وإنما اقتصر على مناقشة حجج طالب التحفيظ رغم كون هذا الأخير يعتبر مدعى عليه في نظام التحفيظ العقاري ، وحيث إنه لا يمكن مناقشة حجج طالب التحفيظ طالما أن المتعرض لم يدل بحجج دامغة على صحة تعرضه كما هو مستقر عليه قضاء ، ... يتعين بناء على ما ذكر الحكم بعدم صحة تعرض الجهة المتعرضة ... " .

ونعتبر هذا الموقف الذي استقر عليه القضاء المغربي كان صائبا ومنصفا على اعتبار أن القاعدة في الإثبات أن البيئة على من ادعى ، وأنه يتعين على كل من يدعي أن له حقوقا على مطلب التحفيظ أن يثبت ذلك تفاديا لبعض

¹ - قرار محكمة النقض عدد 137 المؤرخ في 12/01/2005 ملف عدد 1/1628/1/2004 ، منشور ضمن سلسلة المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات : 2000-2005 ، 60-70 .

² قرار محكمة الاستئناف عدد 277 ، صادر بتاريخ 2004/10/19 في الملف رقم 99/79 ، سلسلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري منشورات مجلة الحقوق المغربية ، مارس 2009 ، ص : 217 وما يليها .

³ قرار محكمة الاستئناف بمراكش ، صادر بتاريخ 2006/5/4 في الملف رقم 05/06/3325 ، سلسلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري منشورات مجلة الحقوق المغربية ، مارس 2009 ، ص : 238 وما يليها .

⁴ قرار محكمة الاستئناف بمراكش ، صادر بتاريخ 2006/5/4 في الملف رقم 05/06/3325 ، سلسلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري منشورات مجلة الحقوق المغربية ، مارس 2009 ، ص : 238 وما يليها .

⁵ حكم المحكمة الابتدائية ببركان ، صادر بتاريخ 2000/7/17 في الملف رقم 2000/639 ملف عدد 99/132 ، سلسلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري منشورات مجلة الحقوق المغربية ، مارس 2009 ، ص : 27 وما يليها .

التعرضات الكيدية التي لا تكون الغاية منها إلا التضييق على طالب التحفيظ وحرمانه من الحصول على رسم للملكية يمكنه من استثمار عقاره في أنشطته الاقتصادية ، فإذا لم يستطع المتعرض إثبات الحق الذي يدعيه رفضت دعواه وليس على المحكمة أن تبحث في ملكية المدعى عليه طالب التحفيظ إلا إذا كانت حجج المتعرض قوية ، غير أننا نعتقد أن تطبيق هذه القاعدة ينبغي أن لا يكون آليا بحيث يمكن للقضاء أن يعمل على مقارنة العقود والحجج المدلى بها وإعمال سلطة الترجيح بينها طبقا للمعايير المعمول بها في هذا الإطار ، حيث إذا تبين له قوة وصحة الأدلة والسندات المدعمة للتعرض فإنه آنذاك يتعين له أن يقارنها بتلك المدعمة لمطلب التحفيظ ومحاولة الموازنة بينها فإذا تبين له أن الحجج والوثائق المدلى بها من طرف المتعرض أقوى من حجج طالب التحفيظ فإنه يحكم بصحة التعرض دون أن يكون له الحق في اتخاذ أي قرار بشأن مطلب التحفيظ الذي يبقى من صلاحيات المحافظ بعد إحالة الملف عليه.

بناء على ما سبق يترتب على اعتبار المتعرض في مركز المدعي التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا لم يقدم المتعرض حججا تؤيد تعرضه ، فإن المحكمة في هذه الحالة لا تكون مؤهلة لمناقشة حجج طالب التحفيظ .

الحالة الثانية : إذا قدم المتعرض حججا تدعم تعرضه ، حينئذ يمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تناقش حجج كل من طالب التحفيظ والمتعرض من أجل الفصل في الدعوى .

3 – تقييد المحكمة بالبت في طلب التعرض دون مطلب التحفيظ :

تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 37 من القانون رقم 07/14 المعدل والمتمم لنظام التحفيظ العقاري فإن المحكمة لا يمكنها البت في مدى صحة مطلب التحفيظ بل يقتصر دورها على البحث في مدى صحة التعرضات الواردة عليه .

جاء في الفصل 37 المشار إليه أعلاه ما يلي :

" تبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين وطبيعته ومشمولاته ونطاقه ، وتحيل الأطراف للعمل بقرارها ، بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي به ، على المحافظ على الأملاك العقارية الذي له وحده النظر في قبول أو رفض مطلب التحفيظ كلا أو بعضا مع الاحتفاظ بحق الطعن المنصوص عليه في الفصل 37 مكرر ... " .

ولعل هذا المبدأ هو الذي استقر عليه القضاء المغربي منذ أمد طويل حيث جاء في قرار لمحكمة النقض¹ " حيث أنه كان من حق المحكمة أن تنظر في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين دون البت في قبول طلب التحفيظ أو رفضه الذي يظل من اختصاص المحافظ ، فإنها لم تتجاوز سلطتها ولم تخرق الفصل 37 من ظهير 12 غشت 1913 عندما درست حجج طرفي النزاع " .

¹- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1972/04/24 ، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى 1972 .

4 - تقيد المحكمة بعدم البت في حقوق المتعرضين بعضهم اتجاه البعض :

من خلال مقتضيات الفصل 37 من قانون التحفيظ العقاري توصل القضاء المغربي إلى استنباط قاعدة أساسية للبت في التعرضات ، فحوى هذه القاعدة أن المحكمة مقيدة بالفصل في النزاعات الموجودة بين المتعرضين وطالبي التحفيظ دون أن يكون لها الحق في الفصل في المنازعات الناشئة بين المتعرضين فيما بينهم وأساس هذه القاعدة أن كل تعرض يشكل دعوى مستقلة موجهة ضد مطلب التحفيظ وأن المحكمة ملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف ، جاء في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 1995/02/01¹ ما يلي " محكمة التحفيظ لا تنظر في النزاعات القائمة بين المتعرضين ، ولكن في النزاعات القائمة بين طالب التحفيظ من جهة والمتعرض من جهة أخرى ، وأن المحكمة عندما قضت بعدم قبول استئناف المتعرض ضد متعرضين آخرين تكون قد طبقت القانون " .

غير أن هذا الوضع كان يثير كثيرا من المشاكل بالنسبة للمتعرضين وبالنسبة للمحكمة بسبب قصور الفصل 37 من القانون السابق عن حل النزاعات المتعلقة بين المتعرضين وتصفية التعرض بشكل نهائي بين الجميع ، وتتجلى مظاهر هذه الصعوبات أنه حينما تقضي المحكمة بصحة التعرض المقدم من طرف أحد المتعرضين فإن حكمه هذا تكون له قوة الشيء المقضي بين طرفيه اللذين هما المتعرض المحكوم له وطالب التحفيظ ، فإذا عمد المتعرض إلى إيداع مطلب التحفيظ فإنه يستفيد من المسطرة الخاصة التي كان ينظمها الفصل 37 من القانون السابق ، ومعنى ذلك أنه يمكن للمتعرضين على المطلب السابق أن يتقدموا بتعرضاتهم من جديد أمام المحافظ ضد مطلب التحفيظ الجديد الذي تقدم به المتعرض المحكوم له ، وعندما يحال الملف على المحكمة ستجد نفسها من جديد أمام نفس الأشخاص وحول نفس القضية لا لشيء إلا لأنها لم تتمكن من الفصل بين المتعرضين ، الأمر الذي سيطيح من إجراءات المسطرة ومن أمد النزاع وهذا يتعارض مع أهداف التحفيظ العقاري .

لكن رغم هذه الصعوبات التي كانت تثيرها صياغة الفصل 37 من القانون السابق فإن المشرع المغربي تجاهل هذه الوضعية في القانون الجديد حيث حافظ على نفس الصياغة الأمر الذي يثير نوعا من الارتباك والاضطراب في تأويل النص ويساهم في إطالة أمد النزاع وعدم تسوية النزاعات .

5 - عدم جواز التدخل في الدعوى بعد إحالة التعرضات على المحكمة المختصة :

لقد تبين لنا فيما سبق بأن التعرض هو عبارة عن دعوى عينية عقارية غير أن خصوصيتها تتجلى في أن موضوعها يحدد أمام المحافظ وأن المحكمة تبقى مقيدة بالبت فيها كما أحيلت عليها ، وذلك خلافا لمقتضيات تقديم الدعوى في القضايا العادية ، وأن المحافظ هو الذي يتولى تهيين المقال وبعث ملف القضية إلى المحكمة الابتدائية وفقا للمقتضيات المقررة في الفصل 25 والفصل 32 من قانون التحفيظ العقاري الجديد ، ولا يمكن للمتعرض التوجه إلى المحكمة لتقديم تعرضه أو التدخل في المسطرة على غرار ما هو جار به العمل في القواعد العامة لقانون المسطرة المدنية ، ونعتقد أن هذه الخاصية تعتبر من أهم مميزات المسطرة في نظام التحفيظ العقاري على اعتبار أن هذه المسطرة تتسم بمجموعة من العمليات التقنية والقانونية والمسطرية المعقدة التي يلعب فيها المحافظ دورا محوريا تحت طائلة إمكانية إثارة مسؤوليته الشخصية عن كل خلل أو تقصير قد يشوب المسطرة وما قد يعترض ذلك من صعوبات

1 قرار المجلس الأعلى رقم 348 المؤرخ في 1995/02/01 ملف عدد 874/612 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة للأستاذ عبد العزيز توفيق ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة 1999 ، ص : 281 .

قانونية أو واقعية قد يستحيل معها تنفيذ الحكم الصادر في الموضوع ، ناهيك أن العديد من هذه المساطر لا يمكن للقضاء أن يكون على إلمام بها نظرا لطابعها الفني والتقني .

ويتمثل الأساس القانوني لهذه القاعدة في مقتضيات الفصل 24 من قانون التحفيظ العقاري الذي نص على إمكانية التدخل في مسطرة التحفيظ أثناء المرحلة الإدارية عن طريق التعرض خلال أجل شهرين من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية ، كما حدد المشرع الجهات التي يمكن التدخل أمامها أو يقدم إليها التعرض في المحافظ والمساح الطبوغرافي المنتدب أثناء إجراء التحديد طبقا للفصل 25 من ذات القانون ، كما أن المشرع تجاوز السلبات التي كان يعرفها القانون السابق من خلال إلغاء صلاحيات وكيل الملك في قبول التعرضات المقدمة خارج الأجل ، وجعل هذه الصلاحية من اختصاص المحافظ وحده شريطة عدم توجيه الملف إلى المحكمة ، ويترتب على ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز التدخل في المسطرة القضائية للتحفيظ كما أن تعرض الغير الخارج عن الخصومة غير ممكن في قضايا التحفيظ ، لذلك فإن القضاء المغربي لا يقبل التدخل أمام محكمة الاستئناف إلا إذا كان من قبيل التدخل الانضمامي ، أي الذي يرجع إلى مؤازرة أحد الأطراف في ادعاءاته وتعزيز مزاعمه¹ ، ويستثنى من ذلك أيضا التدخل الذي يتم لتصحيح المسطرة كأن يحدث أمام المحكمة تغيير في أهلية أحد الأطراف إما بنقصان أهليته أو انعدامها بسبب وفاته ، وقد كانت محاكم الموضوع عندما تلاحظ وفاة أحد أطراف النزاع توقف إجراءات البت في الدعوى وترجع الملف إلى المحافظ ليعمل على إدخال الورثة وهو ما كان يطرح بالفعل مشاكل عملية وقانونية أمام المحافظ ويطيل أمد المسطرة ، في حين كان اتجاه آخر يذهب إلى اعتبار طالب التحفيظ أو المتعرض حيا رغم موته وتعرض طلب ورثته بالتدخل لتصحيح المسطرة ، وتقبل مواصلة الدعوى في مواجهته وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه قضاء محكمة النقض في مجموعة من القرارات² ، ونعتقد بأنه لا يقبل التدخل أمام القضاء لا بصفة انضمامية ولا بصفة هجومية إلا في نطاق نظام الإرث لأن أطراف التحفيظ محصورون قانونا أمام المرحلة الإدارية ، وبصفة عامة فإن قرار المحكمة الابتدائية يقبل الطعن بالاستئناف ممن له المصلحة في ذلك داخل أجل 30 يوما من تاريخ التبليغ ، وإذا أصدرت محكمة الاستئناف قرارها في الموضوع فإنه يكون قابلا للطعن بالنقض داخل أجل 30 يوما من تاريخ التبليغ ، غير أن من خصوصيات الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري أنه يوقف التنفيذ إلى غاية البت في عريضة النقض عملا بمقتضيات الفصل 361 ق م م ، وتأسيسا على ذلك فإن الأحكام والقرارات الصادرة في مجال التعرضات تحال على المحافظ رفقة مطلب التحفيظ بعد استنفاذ طرق الطعن في الأحكام وصيرورتها نهائية وغير قابلة لأي طريق من طرق الطعن ، حيث يعمل المحافظ على تطبيق تلك الأحكام حسب نوعية التعرض ووفقا للإجراءات التالية :

— إذا كان التعرض كليا وحكم بصحته : يقوم المحافظ في هذه الحالة بإلغاء مطلب التحفيظ ويستدعي طالب التحفيظ للحضور إلى المحافظة العقارية لتسلم الوثائق المودعة من طرفه ويبقى من حق المتعرض المحكوم له إمكانية التقدم بإيداع مطلب تحفيظ ملكه المحكوم له .

— إذا كان التعرض كليا وحكم بعدم صحته : يقوم المحافظ في هذه الحالة بالتشطيب على التعرضات ويحفظ الملك في اسم طالب التحفيظ .

¹قرار محكمة النقض المؤرخ في 1985/11/13 عدد 2639 في الملف العقاري رقم 74015 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 43 ، ص : 73 .
²قرار محكمة النقض المؤرخ في 1976/09/29 رقم 545 أشار إليه ذ عبد العزيز توفيق ، قضاء المجلس الاعلى في التحفيظ ، ص : 116 .

— حالة الحكم بصحة التعرضات على واجبات مشاعة: في هذه الحالة يتعين العمل على نشر خلاصة إصلاحية بالجريدة الرسمية عملاً بمقتضيات الفصل 83 من قانون التحفيظ العقاري وذلك بإضافة اسم المحكوم له كأحد طالبي التحفيظ بالنسبة للأجزاء المحكوم بها مع إصدار إعلان جديد لانتهاه التحديد بالجريدة الرسمية حيث يؤدي ذلك إلى فتح أجل جديد للتعرض لكل مدع في حدود الحقوق المحكوم بها موضوع الخلاصة الإصلاحية، أما إذا تم الحكم بعدم صحة التعرضات على الحقوق المشاعة فإن المحافظ في هذه الحالة يعتمد إلى التشطيب عليها وتأسيس الرسم العقاري في اسم طالب التحفيظ.

— حالة التعرض الجزئي: إذا حكم بصحة تعرض جزئي انصب على قطعة مفرزة، يعمل المحافظ على تحفيظ الجزء غير المتعرض عليه في اسم طالب التحفيظ، في حين يبقى من حق المتعرض أن يتقدم إلى المحافظة بمطلب لتحفيظ القطعة المفرزة المحكوم له به.

— بالنسبة للتعرضات المتبادلة كلياً فيسري عليها ما يسري على التعرضات الكلية السابق الإشارة إليها، أما إذا تعلق الأمر بتعرضات متبادلة جزئياً فيتم تحرير محضر بالمكتب لوصف الوضعية الجديدة على ضوء ما قضت به الأحكام ويتم التحفيظ بناء على ذلك.

تأسيساً على ما سبق يمكن القول بأن المشرع المغربي حاول إيجاد مجموعة من المقتضيات الجديدة التي من شأنها تنظيم نزاعات التحفيظ العقاري في مجال التعرضات بما يساهم في حماية نظام الملكية، حيث تمت مساندة مجموعة من الحلول الفقهية والقضائية التي تم التوصل إليها في إطار القانون السابق، لكن مع ذلك فإن هناك صعوبات كثيرة قد تعترض التطبيق السليم للمسطرة نتيجة الازدواجية التي تتميز بها القواعد الإجرائية لمسطرة التحفيظ العقاري والتي تتجلى أولاً في صعوبات التنسيق والانسجام على مستوى القانون المسطري، أي مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري وقانون المسطرة المدنية، وثانياً في ازدواجية الجهات والأجهزة المتدخلة في نزاع التحفيظ العقاري، أي مؤسسة المحافظة العقارية والقضاء، وإذا كان المشرع قد نظم مجموعة من المسائل الإجرائية في القانون الجديد للتحفيظ العقاري وأحال على قانون المسطرة المدنية في أحيان أخرى، فإن المشكل يتعقد في الحالات التي سكت المشرع عن تنظيمها من الناحية المسطرية، وهذا الأمر قد ينعكس سلباً على المتضرر الذي يلجأ إلى القضاء والذي يختلط عليه الأمر حيث لا يدري أي الطرق سيسلك لحماية حقوقه، كما نعتقد أنه لتجاوز مشكل الازدواجية على مستوى الأجهزة المتدخلة في المسطرة يجب جعل مسطرة التحفيظ مسطرة قضائية يسند أمر تسييرها والفصل فيها إلى القضاء تفادياً لمشكل البطء وإطالة مسطرة التحفيظ وتجاوز صعوبات التنفيذ التي تثيرها الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ، وفي انتظار ذلك يبقى الأمل بيد الجهات الإدارية المتدخلة في مسطرة التحفيظ وكذا القضاء الذي يوكل إليه البت في النزاعات المرتبطة بها والذي يجب عليه مراعاة مقاصد التشريع عند تطبيق النص على النزاعات المطروحة تحقيقاً للعدالة التي نسعى إليها جميعاً.

المنابعة الإدارية " شبه القضائية" أمام مجلس المنافسة



الأستاذ مقدم توفيق محام وباحث في القانون

تخصص : قانون الأعمال المقارن / كلية الحقوق

من جامعة وهران : (الجزائر- الشقيقة)

لطالما شكّل تدخل مجلس المنافسة في الفصل في النزاعات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ، جدلا واسعا فيما يتعلق بسحب الإختصاص من الهيآت القضائية و تحويله و/أو تحويله إلى هيئة عمومية مستقلة حصريا" ، فكيف يمكن لهذه الأخيرة التصدي إداريا لتلك الممارسات : إرتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين: الأول خصصناه لإنعقاد الإختصاص إلى مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة . و الثاني نتعرض فيه إلى مختلف المراحل الإجرائية التي تتم فيها المتابعة الإدارية أو بعبارة أخرى خصصناه للعملية الإجرائية أمام هذه السلطة .

أولا : إنعقاد الإختصاص إلى مجلس المنافسة :

بالرجوع إلى النص المنشأ لمجلس المنافسة في ظل الأمر رقم 06/95 (الملغى)¹، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة الصفة القانونية لهذا الجهاز الجديد ، أي لم يتولى تعريفه و إنما إكتفى فقط بالنص على أنه " يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة إداريا وماليا² .

ومع هذا فإن مسألة الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة يقتضي البحث عما إذا كان مجلس المنافسة يعتبر بمثابة هيئة قضائية بالنظر إلى قواعد سير أعماله، إستحدثها المشرع لوضع حد لما كانت تتمتع به المحاكم في متابعة المخالفات للقواعد المتعلقة بالممارسات التجارية في ظل القانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار.³

1 الأمر 06/ 95 (ملغى) المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة .ج . ر . عدد 09 الصادرة في 1995/02/22

2 أنظر المادة 16 من الأمر 06/ 95 (ملغى) المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة .ج . ر . عدد 09 من سنة 1995.

3 أنظر المادتين 66 و 67 من القانون رقم 89 / 12 المؤرخ في 05 جويلية و المتعلق بالأسعار .ج . ر . عدد 29 لسنة 1989.

و أيضا قابة صورية ، مجلس المنافسة ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2001 ، ص14

أم أنه ينظر إليه المشرع بوصفه هيئة إدارية أو سلطة إدارية مستقلة تدرج ضمن المؤسسات الجديدة المكونة لجهاز الدولة، والتي عرفت الوجود مع بداية التسعينات في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي إعتنقتها الجزائر توجها نحو إقتصاد، السوق وهو الأمر الذي جاء به الأمر الجديد رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بالقانون 08-12 بصفة صريحة¹. مرورا بالنظام الداخلي لذات المجلس².

و عن تشكيلة مجلس المنافسة يمكن تقسيمها الى صنفين: الصنف الأول يشمل الأعضاء و عددهم 12 عضوا مقسمون بدورهم إلى ثلاث فئات حسب الشروط الواجب توافرها فيهم قانونا، و يعينون بموجب مرسوم رئاسي و من بينهم يعين الرئيس و نائبه³.

أما الصنف الثاني فيخص الأمين العام للمجلس و المقرر العام و 05 مقررين يعينون بموجب مرسوم رئاسي و أيضا ممثل دائم للوزير المكلف بالتجارة و ممثلا مستخلفا له الذين يتم تعيينهما بموجب قرار وزاري و رغم مشاركتهما في أشغال المجلس لكن ليس لديهما الحق في التصويت⁴.

يتدخل مجلس المنافسة في كل الخلافات التنزاعية المرتبطة بالمنافسة، و يتمتع بسلطة القرار بقوة القانون كلما كانت الممارسات و الأعمال المودعة أمامه أو المثبتة تدخل في إطار تطبيق المواد من 06 إلى 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة .

و من خلال هذه المهام الأساسية المعترف بها للمجلس، و التي من شأنها تحقيق أكبر شفافية في ميدان الممارسات المقيدة للمنافسة لا سيما ما تعلق منها بالإتفاقات المحظورة و التعسف الناتج عن وضعية هيمنة ، أراد المشرع أن يجعل من المجلس الضابط الأساسي للمنافسة، و الخبير الرسمي في ميدان المنافسة بعدما أظهرت سلطة القضاء الموكلة للقاضي محدوديتها فمن جهة هذه القطاعات جد تقنية و من جهة أخرى أظهرت العدالة الجزائية تأخرها.

فمبدأ إزالة التجريم "La dépénalisation" يسمح لمجلس المنافسة الإستفادة من التدخل في مجالات مهمة لا يمكن ضبطها بالقنوات التقليدية وهكذا تم تبني فكرة السلطة القمعية لمجلس المنافسة في المجال الإقتصادي.

إذن الصلاحيات التنزاعية لمجلس المنافسة حددها المشرع في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة كما نصت عليها المادة 44 من قانون بالمنافسة .

¹ المادة 23 من الأمر 03-03 صادر بتاريخ 2003/07/19 . ج ر 43 مؤرخة في 2003/07/20 المعدل و المتمم (بالقانون 08-12 الصادر بتاريخ 2008/06/25 . ج ر عدد 36 مؤرخة في 2008/07/02 و القانون رقم 10-05 الصادر بتاريخ 2010/08/15 ، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 2010/08/18): "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية و الإستقلال المالي ، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة . يكون مقر مجلس المنافسة في الجزائر "

² المرسوم الرئاسي رقم 44/96 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر عدد 5 الصادرة في 21 جانفي

1996

³ المادة 24 و 25 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

⁴ المادة 26 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

غير أنه ليس كل ما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة يعد من إختصاص مجلس المنافسة و إنما هناك حالات بالرغم من كونها تدخل في إطار تطبيق المواد من 6 إلى 12 إلا أنها تخرج من إختصاص مجلس المنافسة و نكون هنا بصدد الوقوف على حدود الصلاحيات التنازعية للمجلس .

و بالمقابل نجد المشرع الفرنسي قد أنشأ سلطة المنافسة بموجب قانون تجديد الإقتصاد رقم 776-2008 المؤرخ في 04 أوت 2008¹.

و هذا خلفا لمجلس المنافسة الذي تم إنشاؤه بالأمر المؤرخ في 1986/12/01² ، و الذي تم تقنينه في سنة 2000 في الكتاب (IV) من القانون التجاري الفرنسي و تجدر الإشارة أن المجلس ذاته جاء خلفا للجنة المنافسة التي تم إنشاؤها في سنة 1977³ و التي بدورها جاءت خلفا للجنة التقنية للإتفاقيات و وضعيات الهيمنة المنشأة في سنة 1963⁴ .

و يتفق المشرع الجزائري مع الفرنسي على أن سلطة المنافسة هي سلطة إدارية مستقلة ، فهي تقوم بمهامها بإسم الدولة دون أن تكون خاضعة للحكومة .

و سلطة المنافسة الفرنسية يؤول إليها الإختصاص القانوني بتطبيق التشريعات الوطنية الفرنسية أي الكتاب (IV) من القانون التجاري الفرنسي و أيضا التشريعات الأوروبية أي المادتين 101 و 102 من معاهدة سير الإتحاد الأوروبي (FUE)، 81 و 82 من معاهدة المجتمعات الأوروبية (CE) سابقا.

و هي عبارة عن هيئة عضوية تتشكل من 17 عضوا يعينون لمدة 05 سنوات بموجب مرسوم بعد تقرير من الوزير المكلف بالإقتصاد⁵.

¹ La loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 04 Aout 2008, J.O. du 05/08/2008.

² L'Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986(abrogée) relative à la liberté des prix et de la concurrence (J.O. du 9/12/1986). L'ordonnance de 1986, qui institue le Conseil de la concurrence, introduit des novations importantes. Elle élargit les possibilités de saisine (notamment aux entreprises), transfère le pouvoir de sanction du ministre au Conseil (en l'assortissant du contrôle du juge judiciaire) et met en place une procédure garantissant davantage les droits des intéressés; disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

³ La loi du 19 juillet 1977 a créé la Commission de la concurrence qui s'est vu confier, par rapport à la Commission technique des ententes et des positions dominantes, deux attributions supplémentaires : conseiller le gouvernement sur toute question intéressant la concurrence et donner des avis sur les opérations ou projets de concentration ; disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

⁴ Le décret du 9 août 1953 a inséré dans l'ordonnance du 30 juin 1945 des dispositions sur les ententes illicites et a créé la Commission technique des ententes. Ces dispositions ont été étendues à l'abus de position dominante par la loi du 2 juillet 1963. La Commission technique des ententes et des positions dominantes avait pour mission de rendre des avis au ministre de l'économie sur des pratiques d'ententes et de positions dominantes. Ses avis pouvaient conduire le ministre à prononcer des sanctions pécuniaires ou à transmettre le dossier au juge pénal; disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

⁵ V. art. L.461-2 du code de commerce français

و التشكيلة تضم رئيسا و مجموعة أعضاء أو هيئة متكونة من 16 عضو (un collègue) مقسمون إلى 03 فئات من بينهم يتم تعيين 04 في منصب نائب رئيس ، و يجب أن تتوافر فيهم جميع الشروط المحددة قانونا.¹

بعد أن كانت الممارسات المقيدة للمنافسة في الجزائر (كذلك في فرنسا) تخضع لإختصاص المحاكم الجزائية². جاء الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة بعد أن ألغى القانون 89-12 و ذلك بموجب المادة 97 منه قد أوكل لمجلس المنافسة إختصاص متابعة التعسف في وضعية الهيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة مع إستبقاء إختصاص القاضي الجزائري فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي³.

و بعد صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة و الذي ألغى الأمر 95-06 ، أصبحت متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من إختصاص مجلس المنافسة بصفة كلية بما في ذلك المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي السالفة الذكر.

و نجد في فرنسا مرورها بنفس المراحل ، فقد كان التعسف الناتج عن وضعية هيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة يصنف ضمن الجرح البسيطة و يعاقب مرتكبه بموجب المادة 419 من قانون العقوبات الفرنسي بالحبس من شهرين الى سنتين و بغرامة من 7200 الى 360000 فرنك فرنسي⁴.

و كانت سلطة إيقاع العقوبات المالية من إختصاص الوزير المكلف بالإقتصاد و لا يستطيع مبدئيا القيام بذلك ، إلا إذا اتجه موقف لجنة المنافسة على نحو ذلك ، فاللجنة ذاتها مقيدة بإحترام الحد الأقصى للعقوبات المحدد حسب المادة 53 من الأمر 1945/06/30 المتعلق بالأسعار ب 05 % كحد أقصى من رقم الأعمال المحقق بفرنسا خلال الممارسة الأخيرة ، إذا كان المخالف مؤسسة و 5000.000 فرنك فرنسي كحد أقصى إذا لم يتعلق الأمر بمؤسسة⁵.

فكان الأمر يثير مسألة تراكم العقوبات (عقوبات جزائية و مدنية) ، لكن و بحلول الأمر الصادر ب 01 ديسمبر 1986 المتعلق بجرية الأسعار و المنافسة ، تم إلغاء التشريعات السابقة ، فألغى الأمر رقم 86-1243 المذكور أعلاه

¹ Autorité de la concurrence, présentation; disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

² القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 جويلية 1989 يتعلق بالأسعار ج ر عدد 29 الصادرة في 19 جويلية 1989 . لا سيما المادة 27 منه "يعتبر لا شرعيا كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو جزء منه..." و أيضا المادة 56 منه التي تفيد بأن المحاضر المحررة طبقا لأحكام هذا القانون تعرض فور تحريرها (و بعد تسجيلها في السجل المخصص لهذا الغرض و فق الإجراءات الشكلية القانونية المعتمدة) على السلطة المعنية بمراقبة أسعار الولاية التي يجب أن ترسلها في ظرف 15 يوم إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا و يعاقب كل تعسف في استغلال وضعية هيمنة على السوق بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 5000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين . و من ثمة كان من إختصاص المحاكم الجزائية .

³ المادة 90 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة(الملغى) "تعتبر المخالفات لأحكام المواد 6 ، 7 ، 9 ، 10 ، 11 ، و 12 من هذا الأمر من إختصاص مجلس المنافسة "

و المادة 15 من نفس القانون "يحيل مجلس المنافسة الدعوى على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية إذ أن تنظيم و تنفيذ الممارسات المناهضة للمنافسة أو التعسف الناتج عن الهيمنة المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 من هذا الأمر يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤوليية شخصية .

دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 13 و 14 من هذا الأمر ، يمكن القاضي أن يحكم في هذه الحالة بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة ضد أشخاص طبيعيين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها."

⁴ Jean-Jacques BURST, Robert COVAR, Droit de la concurrence, Economica, Paris, 1981, p. 280

⁵ Jean-Jacques BURST, Robert COVAR, Droit de la concurrence, op-cit, p. 36

المادة 419-2 من قانون العقوبات و بإعتماد النظرية العامة ل "إزالة التجريم" ، أصبحت الإتفاقات و التعسفات في وضعية الهيمنة المحظورة ، مخالفات مدنية ، و التي يترتب عنها المسؤولية المدنية لمرتكبيها¹

إقتصر الأمر 01 ديسمبر 1986 مبدئيا على العقوبات الإدارية في قمع التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة².

و إستبدل الأمر ذاته لجنة المنافسة بمجلس المنافسة المكلف بالتحقيق، ثم بالحكم كأول درجة على المؤسسات و هذا فيما يخص الأشخاص المعنوية ، أما الأشخاص الطبيعية بحكم تدخلها في الأشخاص المعنوية فقد تم إستبقاء اللجنة القائمة في حق مسيرو أو منشؤوا الممارسة المحضورة ضمن الإطار الجزائي³.

و يبقى إختصاص المحكمة الجزائية في هذا المجال رهين بإعلان مجلس المنافسة عن الممارسات المعنية .

فسواء في الجزائر أو في فرنسا أصبحت متابعة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على غرار الممارسات المقيدة للمنافسة من إختصاص مجلس المنافسة مع التحفظ بخصوص جنحة مساهمة الشخص الطبيعي بصفة شخصية في إعداد او تنفيذ التعسف فعلى عكس المشرع الجزائري ، فنظيره الفرنسي إستبقاها من إختصاص القاضي الجزائي .

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد إستبدل مجلس المنافسة ب "سلطة" المنافسة منذ 13 جانفي 2009 بموجب قانون تحديث الإقتصاد الذي أعطاهم صلاحيات موسعة بالنظر إلى المجلس⁴.

ناهيك عن قانون التنظيمات الإقتصادية الجديدة الصادر ب 15 مارس 2001 الذي عزز سلطات المجلس من حيث مكافحة الممارسات المقيدة للمنافسة⁵ . و فيما يخص النزاع التنافسي ذاته .

ثانيا : العملية الإجرائية " شبه القضائية " للمتابعة الإدارية :

Le processus procédural "quasi-juridictionnel" de la poursuite administrative

و تتمثل مجمل الإجراءات القانونية المتبعة على مستوى مجلس المنافسة فيما يلي :

¹ Michel DE JUGLAR, Benjamin IPPOLITO, Cours de droit commercial, 11^{ème} édition, EJA, Paris, 1995, p.405 .

² Michel DELMAS-MARY, Geneviève GIUCELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, 1^{ère} édition , PUF, 1990, p. 521

³ المادة 17 من الأمر 1 ديسمبر 1986 ، التي أصبحت فيما بعد الإلغاء المادة 420-6 L من القانون التجاري و التي تخص المعاقبة ب الحيس لمدة 4 سنوات و بغرامة مالية تقدر ب 750000 أورو ، كل شخص طبيعي يتحمل بصفة إحتيالية مسؤولية شخصية و محدد في إعداد ، تنظيم أو تنفيذ الممارسات المنصوص عليها في المواد L 420-2 , L 420-1 من القانون التجاري (سابقا المادة 7 و 8 من الأمر 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة) مع إمكانية نشر كامل أو ملخص لقرارها في الجرائد المختارة ، على حساب المحكوم عليه .

⁴ La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, publiée au JORF du 5 Août 2008

⁵ La loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques(NRE) du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques(NRE), JO du 16 mai 2001

-الإخطار :

يقدم الإخطار من الأشخاص المؤهلة قانونا إلى مجلس المنافسة وفق الشكلية القانونية المفروضة التي تشترط الكتابة في شكل عريضة مستوفية لجميع البيانات المطلوبة فضلا عن الموضوع و الأحكام القانونية و التنظيمية المنوطة بالفعل المخطور المزعوم و مرفوقة بعناصر الإثبات و تودع العريضة إما مباشرة لدى مصلحة الإجراءات بالمجلس وإما ترسل إلى المجلس في ظرف موصى عليه مع وصل إشعار بالإستلام.¹

في حين أن القانون الفرنسي يتبنى أنه يمكن أن يكون الإخطار شفهيًا بمجرد الإدلاء أمام مكتب إجراءات المجلس مع إيداع الوثائق الثبوتية في أربع نسخ. كما يشترط من المؤسسة المخطرة أن تذكر في عريضتها رقم أعمالها لمدة 03 سنوات الأخيرة، كما يلزم مكتب الإجراءات التابع لمجلس المنافسة على تقديم نسخة من كل إخطار يرفع إليه، إلى محافظ الحكومة بإستثناء الإخطارات التي تصل من وزير الإقتصاد.²

-الأشخاص المؤهلة قانونا بتقديم الإخطار :

و تقتصر قانونا على كل من : الوزير المكلف بالتجارة ، مجلس المنافسة ذاته (الإخطار التلقائي)، الجماعات المحلية ، الهيآت الإقتصادية و المالية ، المؤسسات، الجمعيات المهنية و النقابية ، جمعيات المستهلكين.³

فلا نتكلم عن إخطار تنازعي إلا إذا كان مصدره الأشخاص المذكورة أعلاه و كان موضوعه تعسف ناتج عن وضعية هيمنة و بقية الممارسات الأخرى المقيدة للمنافسة .

و ليس تمت فرق فيما يخص تلك الأشخاص المعنية بين القانونين الوطني و الفرنسي⁴ ، إلا فيما يتعلق بغرف الفلاحة، الحرف، التجارة و الصناعة إذ أن المشرع الجزائري لم يشير إليها في القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم⁵.

و نذكر أيضا أن المشرع الفرنسي أضاف رئيس البلدية فيما يخص صلاحياته في مجال التخطيط الحضري التجاري في حالة التعسف الناتج عن وضعية هيمنة الذي يخص محل تجاري أو محلات تجارية (بالقطعة أو بالتجزئة)⁶.

¹ المواد 15 ، 16 ، 17 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996 ، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة ، ج ر عدد 05 الصادرة في 17 جانفي 1996

² Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, Guy CANIVET, droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p 190.

³ المادة 1/44 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم : " يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة ، و يمكن المجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيآت المذكورة في الفقرة 02 من المادة 35 من هذا الأمر ، إذا كانت لها مصلحة في ذلك "، المادة 02/35 : "... الجماعات المحلية و الهيآت الإقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية و النقابية و كذا جمعيات المستهلكين ."

⁴ L'article L.462-5 du code de commerce français .

⁵ L'art L.462-1 « ...elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande ...des chambres d'agriculture, des chambres de métier ou des chambres de commerce et d'industrie... ,en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge . »

⁶ Les maires dans le cadre de leurs prérogatives en matière d'urbanisme commercial (en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail (article L. 752-5 et L. 752-26 du Code de commerce français).

تجدر الإشارة إلى أن الأمر 03-03 المعدل و المتمم لم يحدد المدة التي من المفروض أن يرد فيها مجلس المنافسة على العرائض المرفوعة إليه¹.

- الآثار الناتجة عن تقديم الإخطار :

يترتب عن تقديم الإخطار إما قبوله من قبل المجلس أو عدم قبوله .

أولاً : قبول الإخطار . حتى نكون بصدد قبول الإخطار من عدمه من قبل مجلس المنافسة كان لا بد للأخير النظر في الشروط اللازم توفرها في الإخطار بحد ذاته .

فنجد أن كل من المشرع الجزائري و نظيره الفرنسي يقفان على شرطين أساسيين : أن يكون الإخطار داخلا في إختصاص المجلس و أن يكون مدعما بعناصر مقنعة².

- فأما إختصاص مجلس المنافسة : فهو يخرج عن أمرين رئيسيين : كون الوقائع المعروضة عليه لا تمت بصلة بنطاق تطبيق قانون المنافسة ، أو لا تدخل ضمن مهام المجلس³.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استثنى رفع الدعاوى إلى مجلس المنافسة إذا ما تم سقوط الوقائع المشبوهة بالتقادم بعد إنقضاء مدة ثلاثة سنوات من يوم حدوثها دون إتخاذ أي إجراء قانوني تجاهها⁴.

و قد إعتد المشرع الفرنسي نفس النهج في قانون المنافسة لسنة 1986 لا سيما في مادته 27⁵.

كما حدد الإجتهد القضائي الفرنسي طبيعة الإجراءات التي قد تقطع المدة المعنية و هي (محاضر التحقيق المقامة من طرف المحققون مهما كان موضوعها سواء معاينة الوقائع أو حجز الوثائق... الخ ، رسالة موجهة من طرف رئيس المصلحة الإقليمية للمنافسة للأستهلاك و قمع الغش التي تمثل بداية التحقيق الإداري ، الشكاوى المودعة لدى

¹ و هذا خلافا لما جاء في الأمر 95-06 الملغى لا سيما في مادته 4/23 "و يجب على مجلس المنافسة أن يرد على العرائض المرفوعة إليه في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ إستلامه للعريضة".

² المادة 3/44 من الأمر 03-03 "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معطل بعدم قبول الإخطار إذا ما إرتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن إختصاصه أو غير مدعومة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية" و هو نفس ماجاء في النص الفرنسي في المادة 19 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 الذي أصبحت بعد إلغاء الأخير L.462-8 من القانون التجاري الفرنسي .

³ المادة 2 الأمر 03-03 (المعدل و المتمم بالقانون 10-05) و المادة 2/44 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 11 و 12 أعلاه أو تستند على المادة 9 أعلاه " و هو ما يقابل المادة 2/11 من الأمر الصادر 01 ديسمبر 1986 التي أصبحت بعد الإلغاء L.462-5 من القانون التجاري الفرنسي

⁴ المادة 4/44 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم "لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة " .

⁵ تم تعديل هذه المادة بعد إدراج قانون المنافسة الفرنسي ضمن القانون التجاري فأصبحت المدة 05 سنوات بدلا عن 03 حسب نص المادة L462-7

الأجهزة القضائية الجزائية، بما فيها السابقة عن صدور الأمر المؤرخ في 1986/12/01 عندما تتعلق بالوقائع و التي تم إخطار مجلس المنافسة بها بعد ذلك¹

و تبنت محكمة استئناف باريس بأن إنقطاع مدة التقادم قد تتم بواسطة إخطار مجلس المنافسة.²

- و أما عن العناصر المقنعة، المدعمة للإخطار³ :

يجب أن تكون الوثائق المرفقة بعريضة الإخطار مدعمة لإدعاءات العارض ، ناهيك عن توفر عوامل المصلحة، الصفة و الأهلية في هذا الأخير و هذا عملا بمبادئ قانون الإجراءات الجزائية ، فضلا على المصلحة المذكورة صراحة في المادة 1/44 من الأمر 03-03 بالنسبة للهيئات المذكورة في المادة 02/35 من نفس القانون السالفة الذكر و التي تعني أيضا المؤسسات رغم عدم ذكرها حرفيا ، و من تمة فعلى المؤسسات إثبات وقوع الضرر الماس بمصلحتها بفعل التعسف الناتج عن وضعية هيمنة كممارسة مقيمة للمنافسة فيكون بذلك الضرر شخصا و مباشرة مثلما هو معمول به في قانون الإجراءات الجزائية⁴.

أما الصفة و الأهلية فلا مفر منهما ، إذ يجب توفرهما في العارض سواء كان شخص طبيعي أو معنوي ، فالإخطار من المفروض إمضاءه من شخص مخول قانونا للقيام بذلك من خلال النظام الداخلي للمؤسسات و الجمعيات ..الخ- صاحبة الصفة القانونية-⁵.

و عندما نتكلم عن كفاية العناصر المقنعة لا نقصد به الدور السليبي لمجلس المنافسة في تقصي حقائق الوقائع المثارة و إكتفائه بما جاء به الإخطار المدعم ، إنما الغاية من ذلك ، تكمن في مجرد التخفيف على مجلس المنافسة حتى لا ينشغل بمتابعة المسائل التي لم تفرق بأدلة تساعد على تأكيد صحتها و هذا على حساب القضايا الأساسية التي أنشئ من أجلها المجلس ، كسلطة ضابطة للسوق⁶.

و بالمقابل إذا وجد المجلس الإخطار المعني معييا بتخلف أحد الشروط سواء الشكلية أو الموضوعية المذكورة أعلاه ، فإن ذلك يتبعه رفض الإخطار بموجب قرار معلل دون تبني شكلا معينا له.⁷

¹ Renée GALENE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995, p. 68

² Pierre ARHEL, Activité de la cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, L.P.A n°16, 22 janvier 2002, p19

³ المادة 3/44 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم ، المادة 3/16 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة ، المادة 19 من الأمر. 1243-86 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة الفرنسي التي أصبحت بعد الإلغاء المادة 8-462.L. تجاري فرنسي.

⁴ كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتورا دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2005، ص 290 .

⁵ سواء تعلق الأمر بالأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أو المرسوم الرئاسي 96-44 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة .

⁶ كتو محمد الشريف المرجع السابق ص 294 .

⁷ المادة 3/44 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

في حين نجد المشرع الفرنسي يتبنى مبدأ الوجاهية بعدم إمكانية إتخاذ قرار بعدم القبول إلا بعد نقاش وجاهي¹. كما يمكن لرئيس مجلس المنافسة أن يحدد الآجال لتقديم المذكرات و الوثائق المبررة أو الملاحظات من طرف المعنيين أو من طرف محافظ الحكومة².

و يتم إتخاذ القرار المعلل الذي يخص عدم قبول الإخطار بإنعقاد جلسة المجلس التي يقدم المقرر أثناءها ملاحظات شفوية و ليس ملزما أن يسبقها تقريرا مكتوبا³.

و عن طبيعة التعليل ، فيكفي أن يكون عاما⁴.

إن قبول الإخطار من المجلس يخلف أثارا فورية و مستقبلية .

أما عن الأثار الفورية فيمكن فتتجلى في :

– إتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة : و يأتي ذلك إستجابة لطلب المدعي أو الوزير المكلف بالتجارة الذي يدخل في موضوع الإخطار و الذي يتناوله المجلس في خضم التحقيق الذي يجريه ، و يأتي الطلب معللا لا سيما فيما يتعلق بطبيعته الإستعجالية بالنظر إلى طبيعة الضرر الناتج أو المحتمل لا يمكن إصلاحه بالنسبة للمؤسسات أو المصلحة الاقتصادية العامة و علاقته السببية بالممارسة التعسفية الناتجة عن وضعية هيمنة المحظورة⁵.

– إعلام سلطة الصبب القطاعية، كسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية : على إعتبار أن هذه السلطة المستقلة هي المكلفة قانونا بالنشاط المتعلق بالمواصلات السلكية و اللاسلكية إذ أنه يدخل في صلب إختصاصها⁶.

¹ Michel PEDAMON, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce), 2^{ème} éd, Dalloz, Paris. 2000. p.452.

² Renée GALENE, Le droit de concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995. p.361

³ Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994. p. 195.

⁴ كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، ص 295 .

⁵ المادة 46 من الأمر 03-03 و تقابلها المادة 12 من الأمر الفرنسي رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة ، التي أصبحت بعد الإلغاء المادة 1-464.L من القانون التجاري الفرنسي : التي جاء فيها أنه يمكن أن يكون الطالب وزير الإقتصاد ، الهيئات التي تمثل مصالح جماعية أو المؤسسات بعكس المشرع الجزائري الذي لم يحدد من المقصود بالمدعي.

⁶ المادة 10 من القانون رقم 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية "تنشأ سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال المالي . يكون مقر سلطة الضبط بالجزائر العاصمة " و أيضا المادة 13 من نفس القانون "تتولى سلطة الضبط المهام الآتية :

- السهر على وجود منافسة فعلية و مشروعة في سوقي البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية بإتخاذ كل التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقيين ،..."

فبعد رفع قضية على مستوى مجلس المنافسة تتعلق بقطاع نشاط يدخل ضمن إختصاص سلطة ضبط معينة كمجال الإتصالات أو المواصلات السلكية و اللاسلكية ، يقوم بإرسال نسخة من الملف المودع لديه إلى سلطة الضبط المعنية حتى تبدي رأيها في مدة أقصاها 30 يوما¹.

فبالنظر إلى كون أن سلطات الضبط القطاعية أي بحسب القطاع التي تختص به ، لها سلطة تسوية النزاعات في حالات قد تخلق مشاكل حقيقية في مجال المنافسة ، لا سيما فيما يخص خطورة تناقض قرارات مجلس المنافسة و سلطة الضبط ، لذلك إلتجا المشرع إلى إيجاد تلك الممرات من خلال إجراءات الإستشارة و أخذ الرأي فيما بينهم لتفادي تناقض القرارات .

• التحقيق :

و تأتي مباشرته بصفة حتمية بعد قبول الإخطار كنتيجة حتمية له ، و هو من أهم الأعمال التي تندرج ضمن إختصاص مجلس المنافسة².

بغرض تقصي حقائق الوقائع المشبوهة المنسوبة للمدعى عليهم . و للمجلس في ذلك صلاحيات واسعة. فبالنسبة للمشرع الجزائري فلرئيس مجلس المنافسة حق المبادرة بإجراء التحري ، فله أن يعين المقرر لإتمام هذا الإجراء أو أيضا طلب المصالح المكلفة بالتحقيقات الإقتصادية القيام بأية مراقبة أو خبرة وفقا للنظام الداخلي لمجلس المنافسة³.

كما ذهب المشرع الجزائري إلى إمكانية إستعانة مجلس المنافسة بأي خبير و الإستماع لأي شخص يمكن مده بالمعلومات و أيضا بإمكانه طلب إجراء تحقيق فيما يخص القضية محل النزاع ، من المصالح المكلفة بالتحقيقات الإقتصادية لا سيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة⁴.

و هو نفس ماتبناه المشرع الفرنسي في منحه صلاحيات واسعة لسلطة المنافسة بمختلف الوسائل⁵.

كما يمكن الإستعانة بمحققين محليين موضوعين تحت إدارة الوزير المكلف بالإقتصاد للقيام بالتحريات الثقيلة ، كما يمكن للمقرر العام في أي وقت طلب خدمات خبراء في حالة ما طلب المقررون ذلك⁶.

و على العموم يباشر المقرر العام بالتنسيق و المتابعة و الإشراف على أعمال المقررون فيما يخص التحقيق في القضايا التي تخص الممارسات المقيدة للمنافسة لا سيما التعسف الناتج عن وضعية هيمنة ، و نشير أنه إذا تعلقت الممارسة

¹ المادة 39 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

² المادة 37 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

³ المادة 19 و المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 44-96

⁴ المادة 34 فقرة 3 و فقرة 4 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

⁵ Art. L.450-6 du code de commerce français

⁶ Art.L.463-8 du code de commerce français

المشبوهة بقطاع الاتصالات ، فلا بد أن يتم تحت رقابة سلطة ضبط البريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية صاحبة الإختصاص المنوط بهذا النشاط ، إذ يتم بالتنسيق مع مصالح هذه الأخيرة¹.

و كما أسلفنا فإن صلاحيات المجلس من خلال المقرر في كنف التحقيق واسعة ، لا سيما في حجب السر المهني بإعتماد الإطلاع على كل وثيقة قد تفيده إتمام التحقيق ، ناهيك عن إستلام أي وثيقة كانت بهذا الصدد مع إمكانية حجز المستندات إلى حين إتمام التحقيق ، فضلا عن طلب كل المعلومات الضرورية من أي مؤسسة أو أي شخص آخر مع تحديد أجل إتيانه بها².

و أيضا سلطة السماع للأطراف بأعتماد عند الإقتضاء محاضر سماع موقعة من الأشخاص الذين تم الإستماع إليهم مع إمكانية الإستعانة بمستشاريهم ، و في حالة رفض التوقيع يثبت ذلك في المحضر ذاته³.

و تبني الإجتهد القضائي الفرنسي أن جلسات الإستماع و عرض الحال التي أنجزت من طرف المقرر أثناء مرحلة التحريات الأولية أي التي تسبق تبليغ المآخذ للأطراف المعنية ، لا تخضع للقواعد الشكلية (من تحرير محضر سماع و الإستعانة بمستشار) إذ أن الأخيرة لا تطبق إلا على جلسات الإستماع التي تجري بعد تبليغ المآخذ⁴.

و نشير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى ما يصطلح بتسميته التحريات الثقيلة : التي من خلالها يقوم المقرر أو المحقق بصفة عامة بالدخول إلى الأماكن و تفتيش الخزائن و التنقيب وراء الوثائق الشخصية و نظرا لمدى خطورة هذا الإجراء لما فيه من مساس بالحريات الفردية فقد تم إخضاعه لرقابة القضاء⁵.

و نجد على خلاف المشرع الجزائري ، فإن المشرع الفرنسي قد نص على تلك التحريات التي تتم تحت رقابة القضاء فيما يخص الممارسات المقيدة للمنافسة لا سيما التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في المادة 48 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة (و التي أصبحت بعد الإلغاء L.450-4 من القانون التجاري الفرنسي) فلا يمكن اللجوء الى "التحريات الثقيلة" إلا بترخيص من القضاء و تحت رقابته ، كما أنه يمكن الطعن بالنقض ضد الأمر المانح للترخيص القضائي في أجل 05 أيام دون توقيف تنفيذ الأمر⁶.

و فيما يخص الرقابة فتتجلى في تعيين و تكليف ضابط أو أكثر من الضبط القضائي لحضور تلك العمليات و موافاة القاضي بمجرياتها ، كما يمكن للقاضي في أي لحظة أن يأمر بتوقيف أو إنهاء التفتيش ، أو أن يقوم شخصا

¹ و هو ما يفهم من نص المادة 50 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم .

² ما يفهم من نص المادة 51 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم و تقابلها المادة 47 من قانون المنافسة الفرنسي الأمر رقم . 86-1243 و بعد الإلغاء أصبحت L.450-3 من القانون التجاري الفرنسي.

³ المادة 53 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

⁴ V. Renée GALENE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995. p. 98

⁵ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ص 307

⁶ Emmanuel PUTMAN, Contentieux économiques, 1^{ère} éd, PUF, Paris 1998. p. 179

بزيارة الأماكن ، أيضا ضمانات متعلقة بالأماكن ، أيضا ضمانات متعلقة بآلا تبدأ الزيارة قبل الساعة السادسة صباحا أو بعد الساعة التاسعة مساء و في حضور شاغل الأماكن¹.

• التحقيقات العادية و التحقيقات الثقيلة :

حتى نميز بين التحقيقات العادية عن تلك الثقيلة يكفي أن نشير إلى ما يلي :

1 - التحقيقات العادية : يتعلق الأمر هنا بالحقوق في الدخول و هذا من منطلق المشرع الفرنسي في المادة L 450-3 من قانون التجارة : فيمكن للمحققين الدخول إلى المحلات و الأراضي ووسائل النقل المهنية و أيضا طلب التمكين من الكتب و الفواتير أو أي وثائق أخرى ذات طبيعة مهنية و أيضا الحصول على نسخ عنها، و أيضا الحصول على المعلومات أو التبريرات سواء في عين المكان أو عن طريق الاستدعاء. و يتعلق الأمر هنا تحديدا في حق الدخول فقط فليس من حق المحققين اعتماد التفتيش أو التنقيب إذ يدخل ذلك في إطار التحقيقات الثقيلة، رغم أن السؤال قد يثار في مسألة الاطلاع على الأجنحة أو على خزائن أجهزة الكمبيوتر وما تحتويه من مراسلات حتى مع الصحافة على اعتبار أن المحققون سيقومون باختيار ما هو مهني منها.

2 - التحقيقات الثقيلة : فيتعلق الأمر هنا بالزيادات و الحجوزات و قد تم تناولها في المادة L 450-4 من قانون التجارة الفرنسي فنكون هنا بصدد الزيارات و الحجوزات التي يمنحها قاضي الحريات و الحبس (Juge des libertés et de la détention) الذي يقع في دائرة اختصاص هذه الأماكن المراد زيارتها². و تتم بحضور ضابط شرطة قضائية أو القاضي و تتم في جميع الأماكن حتى الخاصة منها.

و قبل ان يصدر أمره لابد للقاضي أن يراعي بعض الإجراءات الشكلية لاسيما أن يكون طلب التحقيق مقديما من لجنة المجتمعات الأوروبية، الوزير المكلف بالاقتصاد أو المقرر العام لسلطة المنافسة بعد اقتراح من المقرر و يتأكد القاضي أن لهم الصفة و السلطة لطلب ذلك بالإضافة إلى كل المعلومات الضرورية التي يتم تدوينها من طرف المدعي لدعم طلبه، كما أن الامر الذي يصدره القاضي يجب أن يتضمن موضوع التحقيق و الأعوان الذين سينفذون الإجراءات و أيضا رئيس المصلحة الذي يعين ضباط الشرطة القضائية المكلفين بحضور هذه العمليات، و عندما تخص أماكن تخرج عن نطاق اختصاص القاضي يقوم الأخير بتكليف لجنة (commission rogatoire) تحت رقابة القاضي الذي يقع في دائرة اختصاصه المكان المراد زيارته. وفي حالة إشكال في مدى شرعية هذه العمليات فيتم اللجوء إلى القاضي الذي قام بإصدار أمر التحقيق و ليس القاضي الذي نفذ أو الذي طلب منه التنفيذ³.

¹ Véronique SELINSKY, " Concurrence, contrôle des ententes et des abus de position dominante en droit français", Juris - class. Concurrence et consommation, fasc. 370.p. 12

² La loi NRE a permis aux enquêteurs d'agir rapidement lorsqu'il n'existe qu'une présomption d'une infraction en train de se commettre (flagrant délit). Dés lors, la demande d'autorisation peut être « allégée », c'est-à-dire ne contenir que des indices qu'il s'agira d'étayer par la suite (article L. 450-4 alinéa 2).

³ Voir en ce sens : L., ARCELIN, « Droit de la concurrence : Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire », PUR 2009, p. 149.

و حسب الإجراءات القانونية التي يعتمدها مجلس المنافسة الجزائري يقوم المقرر بتحرير تقرير أولي يتضمن جملة الوقائع و المآخذ المسجلة يبلغ بواسطة رئيس المجلس إلى المعنيين (الأطراف ، الوزير المكلف بالتجارة و كذا جميع الأطراف ذات المصلحة) الذين لهم الحق في إبداء ملاحظاتهم الكتابية في أجل 03 أشهر كحد أقصى¹.

- مع العلم أن مجلس المنافسة قد يتخذ مسلكا غير إعتيادي بتحويله إلى مفاوض للمؤسسات المقترفة لإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، و نقصد بالتفاوض هنا ، ذلك الذي يخص الجزاءات التي قد تتعرض لها تلك المؤسسات المذنبه ، فبإمكان الأخيرة وفق شروط قانونية محددة أن تطلب سحب كل العقوبة أو جزء منها بإعتماد الإجراءات البديلة أو الإختيارية ، المعروفة بالإجراءات التفاوضية : نشير أن المشرع الجزائري قد إعتد جانبا من هذه الإجراءات² لا سيما عدم الاعتراض عن المآخذ و أيضا المعاملة "الأوروبية" و أغفل جانبا آخر ، بالنظر إلى نظيره الفرنسي الذي تبنى الإجراء المبسط و على غرار الإجراءات التي تعتمدها الولايات المتحدة الأمريكية أو اللجنة الأوروبية ، فقد أدخل في قانون المنافسة إجراءات تسهل عملية البحث عن الأدلة و أيضا تعجيل معالجة بعض القضايا الخاصة بالممارسات المقيدة للمنافسة ، لا سيما (إجراءات :الرأفة أو الصفح، عدم الاعتراض على الإدعاءات و الإلتزامات الطوعية).و لم يأخذ بإجراء المعاملة أو التسوية الودية "الأوروبية". نشير أيضا أنه فيما يخص إجراءات (الرأفة، الإلتزامات الطوعية و المعاملة) فهي تخص مرحلة ما قبل الخصومة أي "La phase précontentieuse" ، على عكس بقية الإجراءات التي يتم إعتمادها أثناء سريان الخصومة لا سيما أثناء التحقيق.

أما بالنسبة للتحقيقات التي يعتمدها القانون الأوروبي :

إن التحقيقات التي تهدف إلى كشف المخالفات التنافسية تتميز حسب النظام القانوني المؤطر لها بين قانون داخلي (أي لدولة عضو في الإتحاد الأوربي) و أوروبي كما أن فعالية الأخير تركز أحيانا على اللجوء إلى السلطات الوطنية.

تحتكم اللجنة الأوروبية على محققين مكلفين بجمع كافة المعلومات اللازمة و هذا في كنف الحكومات و السلطات المختصة للدول الأعضاء بالإضافة إلى مؤسسات و جمعيات المؤسسات، و تظهر نمطية التحقيق في كون أن اللجنة الأوروبية قد تعتمد 03 أنواع من التحقيقات :

أ - طلب المعلومات : Demande de renseignements

فحسب المادة 18 من التنظيم رقم 2003/1 يتعلق الأمر هنا في شكل رسالة أو قرار يصل إلى الأساس القانوني، إن الأهداف الموجودة من الطلب، اجل الإجابة (عموما 04 أسابيع)،

و الجزاءات المطبقة في حالة تقديم معلومات خاطئة التي يشير إليها التنظيم رقم 2003/1 التي تعتمدها المشرع الأوروبي أكثر شدة إذ تصل الغرامات التهديدية إلى 5 % من رقم الأعمال اليومي للمؤسسات المعنية، كما تميز بين الطلبات العادية للمعلومات، و القرارات المتعلقة بطلبات المعلومات. فالمؤسسة ليست مجبرة على الرد على طلب المعلومات فإذا لم تفعل فلا تتعرض إلى عقوبات مالية، لكن و بالمقابل فإذا قررت الرد فعليها أن تقدم معلومات

¹ المادة 52 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

² المادة 60 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

صحيحة و ألا تتعرض للعقوبة، لكن إذ تعلق الأمر بقرار متعلق بطلب معلومات فهنا تكون المؤسسة مجبرة على الرد.

ب - التفتيشات inspections :

في حال تخوف اللجنة الأوروبية من إجراء طلب المعلومات و ما يستغرقه من زمن الذي قد يمكن من إتلاف أو إخفاء بعض الوثائق المتعلقة بموضوع القضية، فيمكنها ان تلجا الى التفتيشات¹.

ويجب ذكر موضوع المراجعة، فيقوم الأعوان بالتوجه إلى محلات المؤسسات لمراقبة الكتب و الوثائق ذات الطابع المهني و اخذ نسخ عنها و ايضا طلب تفسيرات شفوية، كما ان سلطة التنقيب لدى اللجنة الأوروبية تصل إلى حد محل اقامات رؤساء المؤسسات ، المدراء، و الأعضاء الآخرين المستخدمين في المؤسسات او جمعيات المؤسسات حسب المادة 21-1 من التنظيم رقم 2003/1 ، و حتى تقوم بهذه التفتيشات يجب على اللجنة الأوروبية اعلام السلطات الوطنية للمنافسة الخاصة بالدول الاعضاء المعنية، و قد تلجا الى استصدار ترخيص او اذن اذ كان القانون الوطني يفرض ذلك مثل ما هو الحال بالنسبة للقاضي الفرنسي الذي يمنح اذن بتفتيش محلات الاقامة، و اذا رأى القاضي أن المعلومات المقدمة من اللجنة غير كافية لاعتماد التفتيش فالقاضي لا يرفض الطلب مباشرة انما يبلغها في اقرب الاجال باعطائه توضيحات اعمق و هذا لكونه ملزم بواجب التعاون القانوني².

و هنالك نوعين من التفتيش : تفتيش عادي : أين تكلف اللجنة أعوانها (سواء الأوروبيين أو من الدولة المعنية) بفعلع و تكون المؤسسات متعاونة معها رضائيا . ، أما التفتيش الملزم : فيتخذ طابعا أكثر حزما ، فهو ينتج عن قرار من اللجنة و ينم عن التنفيذ الجبري تجاه المؤسسات المعنية .

ج- الحق في جمع المعلومات: Le droit de recueillir des informations:

رغم أن هذا الإجراء قد كان سائدا قبل التنظيم 2003-01 إلا أن الأخير قد أبقى عليه ، كما أن المادة 19 منه تؤكد على ضرورة أخذ موافقة الشخص قبل إستجوابه .

● الجلسة :

و تأتي كنتيجة طبيعية و حتمية للمراحل السابقة ، إذ يتم على مستواها البت في القضايا المعروضة على المجلس لا سيما التي موضوعها ممارسات التعسف الناتج عن وضعية هيمنة³ . و يحكمها مبدأ السرية كقاعدة عامة⁴.

¹ J. BATTISTA et C. ROQUES, « Les inspections communautaires en matière de concurrence », RLC n° 14/2008, p. 136.

² Article 10 du Traité CE : « Les états membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité. »

³ المادة 2/44 من قانون المنافسة (الأمر 03-03) المعدل و المتمم

⁴ المادة 3/28 من الأمر 03/03 الجزائري تقابلها المادة 25 من الأمر 86-1243 المتعلق بحرية الاسعار و المنافسة الفرنسي ، التي أصبحت بعد الإلغاء المادة 7-463 L. من القانون التجاري الفرنسي.

و لعل الحكمة من عدم إعتداد قاعدة علنية الجلسات هي تعارضها مع قاعدة أخرى أساسية و هي "قاعدة سرية الأعمال"¹.

و بالمقابل و لضمان الشفافية اللازمة لأعماله يلزم المجلس بإيداع تقرير سنوي عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية، إلى رئيس الحكومة و إلى الوزير المكلف بالتجارة، و يعلن بعد شهر من تبليغهم و ينشر في الجريدة الرسمية، كما ينشر كله أو جزء منه في أي وسيلة إعلام أخرى².

- و عن تنظيم و سير الجلسات : فنجد أن رئيس المجلس هو القائم على تحديد و جدولة كل القضايا، و يتم وفقا لذلك إرسال جدول الأعمال مرفوقا بالإستدعاء في غضون مدة 03 أسابيع على الأقل من تاريخ إنعقاد الجلسة المعنية إلى كل من : أعضاء المجلس، الأطراف المعنية، المقررین المعنيين و ممثل الوزير المكلف بالتجارة، و الأخيرين لا يكون لهما حق التصويت و تسير الجلسة وفق الإجراءات القانونية المنظمة للمجلس³.

و تجدر الإشارة عن ضمانات الأطراف المعنية لا سيما : حقهم في الحضور بعد أستدعائهم في مدة لا تقل عن 03 أسابيع من تاريخ الجلسة و هذا بغرض الإطلاع على الملفات التي تخصهم⁴.

ناهيك عن حقهم في الإستعانة بمدافع و لهم مطلق الحرية في إختياره سواء كان محاميا أو أي شخص آخر⁵.

فضلا عن حقهم في ضمان سرية أعمالهم، فنجد المشرع الفرنسي في الأمر الصادر ب 13 نوفمبر 2008 قد عدل الجهاز المتعلق بحمايتها و ذلك بغرض تعزيز تلك الحماية و لكن في نفس الوقت ضمان فعالية الإجراءات المتعلقة بالمنافسة بالإعتماد على الجهاز الجديد الذي يقوده المقرر العام⁶.

¹ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق ص329.

² المادة 27 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم، و تقابلها المادة 07 من المرسوم 86-1309 المؤرخ في 29 ديسمبر 1986 المحدد لشروط تطبيق الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة الفرنسي (ج ر الصادرة في 30/12/1986) الملغى بموجب المرسوم رقم 2002-689 الصادر في 30 أفريل 2002 (ج ر الصادرة في 03/05/2002، و الذي دخل حيز التنفيذ في 18/05/2002).

³ المواد من 24 إلى 28 من المرسوم الرئاسي 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر عدد 5 الصادرة في 21 جانفي 1996.

⁴ المادة 3/24 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، و بالمقابل نجد في القانون الفرنسي أن المادة 11 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة لسنة 1990 على أنه لتطبيق الفقرة الأولى من المادة 25 من الأمر 86-1243 يجب على الأطراف الذين يريدون حضور جلسة المرافعة، إعلان رغبتهم في ذلك إلى أمين المجلس خلال 08 أيام على الأقل قبل التاريخ المحدد للجلسة.

⁵ المادة 30 من الأمر 03-03 و تقابلها المادة 2/25 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 و التي أصبحت بعد الإلغاء المادة L.463-7 من القانون التجاري الفرنسي.

⁶ L.463-03 du code de commerce fr : « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. ».

Le décret en conseil d'état n° 2009-142 du 10 février 2009 précise les conditions d'application de cet article

- و أما عن المداولات : فتجدر الإشارة إلى أن الجلسات لا تنعقد إلا بحضور 08 أعضاء على الأقل¹.

و تتخذ قرارات مجلس المنافسة بالأغلبية البسيطة و في حالة تساوي عدد الأصوات ، يكون صوت الرئيس مرجحاً².

و للتذكير فإن المشرع الفرنسي قد جعل سلطة المنافسة تتكون من 17 عضواً³ ، كما أنه لا تصح مداولات مجلس المنافسة الفرنسي إلا بحضور 08 من أعضائه بالنسبة للتشكيكية الموسعة ، إذ يمكن أن تتم الجلسات في لجنة مصغرة دائمة و التي تتكون من ثلاثة أعضاء ، أو في "قسم" أين يجدد رئيس المجلس عدد أعضائه و يكون تحت رئاسته هو أو أحد نوابه⁴.

و بعد ذلك يتم إصدار القرار كمرحلة أخيرة .

• القرارات (سلطة فرض العقوبات) :

و نحن هنا نقف على نطاق سلطة مجلس المنافسة في فرض العقوبات من خلال إصدار قرارات لذات الغرض.

فيأتي القرار كنتيجة طبيعية لما تقدم ذكره من إجراءات ، فهو الفيصل في ضمان مبدأ حماية المنافسة و سيرها الحسن ، و يكون معللاً لزوماً ، سواء تعلق بانتفاء وجه الدعوى عندما لا يفضي التحقيق لوجود ممارسة تعسفية ناتجة عن وضعية هيمنة ، أو تعليق الفصل في القضية إلى حين صدور حكم قضائي ، أو الحفظ بطبيعة الحال عند تنازل صاحب الإخطار ، أو قراراً تنازعيًا يفيد إرتكاب التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة -موضوع الدراسة- ... إلخ من مختلف القرارات التي يتخذها⁵.

¹ مع العلم أن أعضاء المجلس هم 12 عضو فحسب المادة 24 من الأمر 03-03 (المعدل و المتمم بالقانون 10-05) "يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر (12) عضواً ينتمون إلى الفئات التالية :

1 - ستة (6) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات و الخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ممتثلة و خبرة مهنية مدة ثمانية (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي و التي لها مؤهلات في مجال المنافسة و التوزيع و الاستهلاك و في مجال الملكية الفكرية،

2 - أربعة (4) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية و الحائزين شهادة جامعية و لهم خبرة مهنية مدة خمس (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج و التوزيع و الحرف ، و الخدمات و المهن الحرة ،

3 - عضوان (2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين .يمارس أعضاء مجلس المنافسة وظائفهم بصفة دائمة ."

² المادة 28 من نفس الأمر .

³ الرئيس و هيئة الأعضاء المتكونة من (06) تابعين لمجلس الدولة ، محكمة المحاسبات ، محكمة النقض و من الهيئات القضائية الأخرى سواء إدارية كانت أو عادية ، و 05 أعضاء من شخصيات "يتم إختيارها لكفاءتها من جانب الإقتصاد أو المنافسة أو الإستهلاك من ضمن قائمة مقدمة من طرف أعضاء تابعين لهيئات قضائية" و 05 أعضاء يمثلون مختلف أصناف النشاطات "الإنتاج ، التوزيع ، الحرفة ، الخدمات و المهن الحرة" (يضاف إلى هذه التشكيكية الأساسية محافظ الحكومة الذي يعين من طرف وزير الإقتصاد ووظائفه يتم ممارستها بواسطة المدير العام للمديرية العامة للمنافسة ، الإستهلاك و قمع الغش ، و إن كان للأخير حضور الجلسات فليس له حق التصويت ، لكن له الخيار في تقديم الملاحظات.

V. en ce sens, Jean KERNINON, droit public économique, Imprimerie France Quercy, Paris, 1999, p 161; et sur l'autorité de la concurrence, <http://www.autoritedeconurrence.fr>

⁴ كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة ، ص 332
⁵ المواد 3/44 ، 1/45 من الامر 03-03 المعدل و المتمم

تجدر الإشارة أن تسييب القرارات الجزائية التي يوقعها مجلس المنافسة رغم سكوت المشرع عن فرضه إلا أنه واجب لما في ذلك من مساس بشخص و ذمة المدان . و من حيث الشكل فلا يشترط في القرار شكلا معيناً فالقواعد الإجرائية الشكلية الواجبة التطبيق

في المحاكم القضائية ليست مفروضة على مجلس المنافسة بإعتباره سلطة إدارية مستقلة¹.

لكن لا بد من ذكر اجل الطعن و اسماء و صفات و عناوين الاطراف التي بلغت اليها تحت طائلة البطلان².

- كما أن القرار هو واجب التبليغ و التنفيذ ، إذ تبلغ الأطراف المعنية به قصد تنفيذها عن طريق محضر قضائي ، كما ترسل نسخة منه إلى الوزير المكلف بالتجارة³ ، فضلا عن لزوم نشر القرار في النشرة الرسمية للمنافسة⁴.

- و للوقوف على مختلف القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة ، لا بأس أن نصنفها حسب أهميتها ، فهي إما نهائية أو مؤقتة ، و قابلة للطعن أمام مجلس القضاء (الجزائر العاصمة بالنسبة للقانون الجزائري و باريس بالنسبة للقانون الفرنسي).

أ - الأوامر و/أو التدابير التحفظية :

وهي بالنسبة للقضايا التي تتطلب معالجة مستعجلة ، و تتخذ الطابع الوقائي أكثر منه الردعي ، و ينصب مضمون الأوامر إذا ما قارنا بين القانون الجزائري و الفرنسي في كون أن المشرع الفرنسي قد جعل هذه الأوامر ذات صلة بتصرفات المؤسسة و ليس هياكلها⁵.

فمجلس المنافسة الفرنسي له سلطة تعديل الأحكام التعاقدية الخارجية ، و بالمقابل فنجد المشرع الجزائري قد بدأ من خلال القانون 95-06 الملغى ، بإعتماده تمتع مجلس المنافسة بسلطة فرض أشكال تعاقدية تتعلق بهياكل المؤسسات⁶.

و يظهر ذلك في امكانية إصدار مجلس المنافسة الجزائري أمرا للمؤسسة (المتعسفة في وضعية هيمنتها) بإعادة هيكلتها قصد وضع حد لهذه الممارسة و يكون ذلك بعد إصرار المؤسسة على موقفها رغم توجيه المجلس لها إنذار سابق يؤكد

¹ كتو محمد الشريف ، الممارسات المناهية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ص 333 .

² المادة 47 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

³ المادة 47 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم .

⁴ المادة 49 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

⁵ المادة 13 من الأمر الفرنسي رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة في مفهومها تنص على أوامر الإمتناع و أوامر التعديل لا سيما ما تعلق بالبنود التنافسية و بعد الإلغاء هي المادة L.464-2 من القانون التجاري الفرنسي.

⁶ Renée POESY, " Le rôle du conseil de la concurrence et du juge judiciaire en Algérie et en France en droit des pratiques anticoncurrentielles : aspects procédurax " , revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n °03,2000, p. 176 .

أنه في حالة العود يتم اللجوء إلى إعادة هيكلة المؤسسة و أيضا أمر المؤسسات المعنية بالكف عن تلك الممارسات أو بالرجوع إلى الوضعية السابقة في الأجل الذي يحدده المجلس¹.

لكن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة فلم يتبنى ما جاء به سالفه ، بل إكتفى عموما بإعتماد إمكانية المجلس إتخاذ أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسة المقيدة للمنافسة ، دون الدخول في تفاصيل ذلك².

بالنسبة للقانون الفرنسي فإما التوقف عن تلك الممارسات التعسفية أو العودة إلى الوضعية السابقة أي ما قبل الممارسة ، كما أن مجلس المنافسة أو سلطة المنافسة ليست مقيدة بمطالب المؤسسات المخطرة ، بل يمكن أن تتخذ جميع التدابير التي تراها مناسبة حسب تقدير سلطة المنافسة ذاتها³.

- و يمكن لمجلس المنافسة أن يرفق بالأمر عقوبة مالية ، إما أن تكون فورية ، أو تكون مستحقة الدفع في حالة عدم تنفيذ الأمر بعد نفاذ الأجل الذي يحدده المجلس لذلك⁴.

- و على العموم فإن الأوامر أو التدابير التحفظية التي يتخذها مجلس المنافسة تأخذ أساسها من نص المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائري والتي يقابلها نص المادة 1-464.L من قانون التجارة الفرنسي ، فيجب الأخذ بعين الإعتبار أن يكون طلب الإجراء

التحفظي تابع لإخطار في الموضوع قد شرع في التحقيق فيه وأن يتخذ صفة الإستعجال لما قد تتعرض إليه من أضرار سواء المصلحة الإقتصادية العامة أو المؤسسات المتضررة من هذه الممارسات ، القطاع ككل و أيضا المستهلكين .

و من أمثلتها: التمكين من بعض الوثائق ، أو الكف عن تعمد تشويه سمعة السلعة أو الخدمة المنافسة... الخ

كما أن تخلف المؤسسة المرتكبة للممارسة التعسفية من تنفيذ تلك الأوامر و التدابير التحفظية في الأجل المحددة قد يدفع مجلس المنافسة إلى الحكم عليها بغرامات تهديدية عن كل يوم تأخير⁵.

ب - القرارات التنازعية التي تخص فرض العقوبات :

يخضى مجلس المنافسة بسلطة توقيع عقوبات مالية كعقوبات أصلية قد تتخللها أيضا عقوبات تكميلية فأما العقوبات الأصلية : فإذا ما تأكد المجلس من قيام التعسف الناتج عن وضعية هيمنة كممارسة مقيدة للمنافسة محضرة قانونا فإنه يصدر قراراته المتمثلة في عقوبات مالية واجبة التنفيذ ، لكن هذا لا يمنع من الطعن فيها أمام الجهات القضائية المختصة وفق الإجراءات القانونية المعتمدة .

¹ المادة 22 و 24 من الأمر 95-06 الملغى .

² المادة 45 / 1 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

³ Art. L.461-1 du code de commerce Fr.

⁴ المادة 2/45 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

⁵ الغرامة التهديدية بالنسبة للقانون الجزائري تقدر ب 150 ألف دينار جزائري عن كل يوم تأخير حسب المادة 58 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم بالقانون 08-12 ، أما بالنسبة للقانون الفرنسي فهي تقدر في حدود 5 % من رقم الأعمال اليومي المتوسط حسب المادة 2-462.L من القانون التجاري الفرنسي.

و نجد أن المشرع الجزائري قد شدد هذه العقوبات في القانون 08-12 المعدل و المتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة عما كانت عليه ، فقد قرر غرامة لا تفوق 12 % من مبلغ رقم الأعمال من غير رسوم المحقق من طرف المؤسسة أو المؤسسات المدانة و هذا خلال آخر سنة مالية مختتمة ، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق من خلال هذه الممارسة التعسفية على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح ، و في حالة غموض تحديد رأس المال المعني فحينئذ لا تتجاوز الغرامة 06 ملايين دينار جزائري¹ و هو نفس منهج المشرع الفرنسي إذ أن الأخير إعتد أيضا تشديد العقوبات المالية لردع مثل هذا السلوك التعسفي ، فنجد بعد القانون المتعلق بالتنظيمات الإقتصادية الجديدة (Loi NRE) الصادر في 15 ماي 2001 ، نص على عقوبة لا تتجاوز مبلغ 10 % من رقم الأعمال من دون الرسوم بالنسبة للمؤسسة أو المؤسسات المدانة ، في حين إذا لم يتعلق الأمر بمؤسسة فلا تتجاوز العقوبة مبلغ 03 ملايين أورو².

- و من خلال ما سبق يمكن لنا الوقوف على خصائص هذه العقوبات الأصلية ، التي يصدرها مجلس المنافسة و في ذلك تطابق مع إختصاص الجهات القضائية (أول درجة) ، إلا أنها لا تخلو من أن تكون عقوبات إدارية بحتة ، فهي عقوبات مالية ذات طابع إداري .

لكون مصدرها لا يتعد أن يكون جهازا أو سلطة إدارية خالصة لا تندرج ضمن الأنظمة القضائية المعتمدة .

و نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على أن مجلس المنافسة يعتمد على معايير محددة في توقيع العقوبة³ ، لا سيما :

- أهمية وضعية المؤسسة المدانة في السوق المرجعية : فيقف المجلس على تقدير مدى هيمنتها بالنظر إلى المعايير الكمية و الكيفية المحددة لذلك ، و أيضا عما إذا كانت فردية أو جماعية .

- تناسب العقوبة مع خطورة الأفعال : و في ذلك يقف المجلس على الممارسة المتعلقة بالتعسف الناتج عن وضعية هيمنة على سوق من حيث عدم مشروعيتها ، ومدتها ، تكرارها ، الوسائل الإحتيالية المستعملة فيها... الخ

- تناسب العقوبة مع الضرر الذي لحق بالإقتصاد : و هنا يقف المجلس على حالة المنافسة في السوق المرجعية جراء الإقدام على هذه الممارسة التعسفية و مدى تأثيرها في رفع الأسعار و تقييد دخول السوق و تعطيل التطور الإقتصادي و التقني و مدى إمتدادها لتمس الأسواق المجاورة أو المرتبطة .

- و الفوائد المجمعة : فيقف على مجموع الأرباح التي حققتها المؤسسات المدانة وراء إقدامها على تلك الممارسات التعسفية .

¹ المادة 56 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

² Article L464-2 I, du code de commerce fr : « ... Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante... »

³ المادة 62 مكرر 1 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

- مدى تعاون المؤسسات المعنية اثناء مرحلة التحقيق : و هي مجموع الإجراءات التي إعتمدها المشرع الجزائري ، لا سيما من حيث تخفيض العقوبة المالية أو حتى عدم الحكم بها أصلا بمفهوم أحكام نص المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائري .

و قد تبنى المشرع الفرنسي نفس المنهج بإعتماده على تلك المعايير لتحديد العقوبة ، فضلا أنه قد تبنى فرض عقوبات مالية سواء فورية أو مؤجلة إذا لم تمثل المؤسسة المدانة للإنذار الموجه لها من طرف سلطة الضبط ، ناهيك عن عدم إحترام المؤسسة المدانة لإلتزاماتها . التي ولفقت أن تأخذها على عاتقها بمفهوم "إجراء الإلتزامات" الذي يعتمده المشرع الفرنسي ، مع الأخذ بعين الإعتبار أنه عند تعدد الأشخاص المدانين فيستلزم تعليل كل عقوبة بصورة منفردة بالنظر إلى المسؤولية الشخصية لكل شخص على حدى في تنفيذه أو مشاركته في هذه الممارسات التعسفية¹ .

و من حيث تناسب العقوبة المالية بإسهام كل شخص مدان عن الممارسة التعسفية ، فإنه إذا كان هذا الأخير مؤسسة ، فإن الإسهام يقاس برقم الأعمال المحقق في آخر سنة مالية مختتمة التي تخذ فيها قرار مجلس المنافسة ، و إذا تعلق الأمر بمنظمة أو تجمع مهني فإن الإسهام يكون مرتبط بمبلغ الإشتراكات المقدمة من طرف الأعضاء و بالموارد الأخرى المسجلة في ميزانيتها².

- و أما العقوبات التكميلية :

و إن نشر قرارات مجلس المنافسة إجباري في النشرة الرسمية للمنافسة ، إلا أنه يدخل ضمن العقوبات التكميلية في حالة ما إذا تم نشرها كليا أو جزئيا بواسطة اي وسيلة إعلامية أخرى فقد تنشر في الصحف الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو في المنشورات المهنية أو المتخصصة كما يمكن تعليق و توزيع هذه القرارات حسب منظور المجلس و بما يناسب الممارسة التعسفية ذاتها و مدى تأثيرها على جميع المستويات لا سيما طبيعة المستهلكين و طبيعة السوق المرجعية . و قد تم إعتقاد ذلك من قبل المشرع الجزائري و نظيره الفرنسي³.

¹ L'Article L464-2 I, du code de commerce fr stipule :

« ... Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. ... »

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ، ص 352
³ المادة 45 / 3 و المادة 2/49 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم بالقانون 12-08 المتعلق بالمنافسة الجزائري و بالمقابل المادة 1 L464-2 من القانون التجاري الفرنسي التي إعتمدت بالإضافة إلى نشر ، تعليق أو توزيع كل أو جزء من تلك القرارات حسب ما تراه سلطة المنافسة مناسب لذلك ، أنه يمكنها فضلا عن ذلك إدخال تلك القرارات في تقرير المسيرين أو مجالس الإدارة الخاصة بالشركات بخصوص عمليات نشاطها ، حسب ما يوضحه النص الفرنسي أسفله :

Article L464-2 I, du code de commerce fr stipule : « ... Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée... »

ج - قرارات أخرى :

- القرارات الخاصة بالمخالفات الإجرائية : إن المشرع الجزائري نص على إمكانية إقرار مجلس المنافسة غرامة لا تتجاوز 800 ألف دينار جزائري بناء على تقرير المقرر ، ضد المؤسسات التي تقدم على تقديم معلومات خاطئة أو تامل في تقديمها، أو لا تقدمها أصلا أثناء التحقيق وفق الصلاحيات المخولة للمقرر قانونا وذلك في الأجل التي يحددها هذا الأخير ، فضلا عن إمكانية الحكم بغرامة تهديدية لا تقل عن 100 ألف دينار جزائري عن كل يوم تأخير¹.

و هو نفس النهج الذي اتبعه المشرع الفرنسي حين أقر لسلطة المنافسة تقرير غرامة تقدر ب 1 % كحد أقصى من رقم الأعمال بدون رسوم المحقق الأكثر ارتفاعا المحقق في سنوات النشاط الأخيرة المقفلة أين تم الوقوف على الممارسة التعسفية في حالة تقديم معلومات خاطئة أو الإمتناع عن تقديمها و أيضا غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير عن التاريخ المحدد تقدر كحد أقصى ب 5 % من رقم الأعمال اليومي المتوسط المحقق²

- قرار قبول إجراء الإلتزامات : و هو ما إعتمده المشرع الفرنسي لتبنيه أنه من الضروري بمكان اللجوء إلى الحل الودي على أساس الوصول إلى إتفاق يرضي جميع الأطراف ، بدل اللجوء إلى فرض العقوبة ، فإذا رأى المجلس أو سلطة المنافسة أن الإلتزامات المقترحة من المؤسسات و التي تود أن تتحملها تحقق الهدف الأسمى و هو حماية المنافسة و تسوي جملة المآخذ الموضوعية ، فسلطة المنافسة أن تقبل بهذه الإلتزامات فتتخذ حينئذ الطابع الإلجباري ، و من تمه قد يمكن أن تصدر سلطة المنافسة عقوبات ضمن إطار عدم إحترام الإلتزامات³.

- قرار عدم القبول أو الرفض : و هذا في حالة تخلف المصلحة أو الصفة ، او إذا لم تدخل الوقائع ضمن إختصاص المجلس أو غيرمدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية⁴.

- قرارات عدم التأسيس : إذا لم يسفر إجراء التحقيق على وجود ممارسة تعسفية فعلية محظورة قانونا⁵.

- قرار الحفظ : يمكن أن يتنازل الأطراف عن إدعاءاتهم و حينها يمكن أن يقرر مجلس المنافسة حفظ القضية ، كما بإمكانه مواصلة السير فيها و حينها يكون الإخطار تلقائيا.

نشير في الأخير ، أنه سواء المشرع الجزائري أو نظيره الفرنسي إتفقا على إعتبار جميع الغرامات المالية و الغرامات التهديدية التي يقرها مجلس المنافسة (أو سلطة المنافسة) ، ديونا مستحقة للدولة و يتم تحصيلها على هذا الأساس⁶.

¹ المادة 59 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

² Art. L.464-2 V et L.462-2 II .du code de commerce Fr

³ Art. L.464-2, du code de commerce fr

⁴ المادة 44 من الأمر الجزائري 03-03 المعدل و المتمم و التي تقابلها المادة 8-462 L. من القانون التجاري الفرنسي

⁵ Art. L.464-6 du code de commerce Fr

⁶ المادة 71 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم و المادة ، Art. L.464-4 du code de commerce Fr

• الطعن في قرارات مجلس المنافسة (الرقابة القضائية) :

إن القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تكون قابلة للطعن أمام محاكم الإستئناف و فق الإجراءات القانونية القضائية السارية ، فوجد المشرع الجزائري أعطى لكل ذي مصلحة من الأطراف المعنية و أيضا الوزير المكلف بالتجارة إمكانية الطعن في قرارات مجلس المنافسة في أجل 30 يوما من تاريخ إستلام القرار محل الإستئناف و ذلك أمام الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة، فالأخير هو صاحب الإختصاص الحصري في الفصل في هذا النوع من النزاعات ، و يصبح الأجل 20 يوما إذا ما تعلق الأمر بتلك التدابير التحفظية التي تتخذ أثناء مرحلة التحقيق¹.

و إن كان كمبدأ عام ليس للطعن أثر موقوف لتنفيذ قرارات مجلس المنافسة ، إلا أنه يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر أن يوقف تلك الأوامر أو التدابير التحفظية ، حسب تقديره لدى ضرورة ذلك على أن يكون ذلك (أي أمر وقف التنفيذ) في غضون 15 يوما كحد أقصى².

- و بالمقابل فإن المشرع الفرنسي قد تبنى نفس النهج بتبنيه إمكانية الطعن في قرارات سلطة المنافسة أمام مجلس قضاء باريس في غضون شهر من تاريخ التبليغ، و الطعن في حد ذاته غير موقوف للتنفيذ إلا إستثناء من رئيس مجلس قضاء باريس إذا مادعت الضرورة إلى ذلك من خطورة أو تدخل عوامل جديدة³.

و في حالة الطعن ضد التدابير التحفظية يكون أجل الطعن في 10 أيام كحد أقصى و مجلس القضاء يصدر قراره بهذا الشأن في غضون شهر واحد⁴.

و على العموم فإن إجراءات الطعن و سيره أمام مجلس القضاء يخضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية⁵. فيجب مراعاة جميع الإجراءات القانونية في رفع الدعوى موضوع الطعن عن طريق عريضة مكتوبة لا سيما المواد من 13 إلى 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أيضا المادة 10 فيما يخص التمثيل الوجوبي بمحامي أمام مجلس القضاء. و أيضا فيما يخص الطعن الرئيسي و الفرعي بالقياس بالإستئناف الرئيسي و الفرعي فلا يقبل الأخير إلا إذا كان تبعة للأول ، ناهيك عن إمكانية تدخل الغير في أي مرحلة إجرائية⁶. و أيضا قابلية قرار مجلس القضاء للطعن بالنقض⁷.

¹ المادة 63 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

² المادة 63 / 3 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

³ Art. L.464-8 du code de commerce fr

⁴ Art. L.464-7 du code de commerce fr

⁵ المادة 64 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم بالقانون 12-08 ، قانون الإجراءات المدنية الذي أصبح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعد صدور القانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

⁶ المادة 69 فقرة 1 و 2 ، و المادة 67 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

⁷ المادة 349 من القانون 09-08 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في حين أنه قد يظهر الاختلاف الإجرائي فيما يلي : - أنه بمجرد إيداع الطعن ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة و إلى الوزير المكلف بالتجارة عندما لا يكون الأخير طرفا في النزاع ، فيرسل رئيس مجلس المنافسة بدوره ملف القضية موضوع النزاع في الآجال التي يحددها الأخير¹.

كما يرسل المستشار المقرر نسخة من جميع الوثائق المتبادلة بين أطراف القضية إلى الوزير المكلف بالتجارة و إلى رئيس مجلس المنافسة لإبداء ملاحظاتهم المكتوبة في الآجال المحددة من المستشار ذاته ، و تبلغ تلك الملاحظات إلى أطراف القضية². فضلا عن أخذ رئيس مجلس قضاء الجزائر رأي الوزير المكلف بالتجارة في طلب وقف التنفيذ (كطعن فرعي) عندما لا يكون طرفا في النزاع³. بالإضافة إلى إرسال قرارات مجلس القضاء إلى الوزير المكلف بالتجارة و إلى رئيس مجلس المنافسة⁴. و يقوم مجلس المنافسة بنشر قرارا مجلس القضاء في النشرة الرسمية للمنافسة⁵.

5

قد يثار التساؤل عن طبيعة الرقابة القضائية المخولة لمجلس قضاء الجزائر هل هي بسيطة تتعلق فقط بمدى مشروعية قرارات مجلس المنافسة أو تتعلق بطعن خاص بالقضاء الكامل؟ هل هو طعن بالإلغاء أم بالتعديل ؟ ، إذ أن المشرع الجزائري لم يعنى بهذه المسألة على عكس نظيره الفرنسي إذ تناول طبيعة تلك الطعون صراحة في نص الفقرة الأولى من المادة 7-464.L من القانون التجاري الفرنسي بتبنيه الطعن بالإلغاء أو التعديل في قرارات سلطة المنافسة المتعلقة بالتدابير التحفظية من طرف الأطراف المعنية و محافظ الحكومة أمام محكمة إستئناف باريس ، و أيضا في المادة 8-464.L بالطعن بالإلغاء أو التعديل في باقي قرارات مجلس المنافسة مثل قرارات غير القبول لإنتفاء المصلحة أو الصفة في القائمين بالإخطار ، او القرارات الخاصة بتقادم الوقائع ، أو قرارات عدم الإختصاص ، أو تلك المتعلقة بعدم كفاية الأدلة المقتعة ، أو قرارات سبق الفصل من طرف سلطة إدارية تابعة لدولة عضو أخرى في المجتمع الأوروبي ، أو القرارات المتعلقة بعدم جدوى المتابعة و أيضا الأوامر و العقوبات المالية .

ثم قد تثار مسألة أخرى تتعلق بتحديد القاضي المختص بالنظر في دعوى مسؤولية مجلس المنافسة : فقد تطلب مؤسسة ما إلى جانب إلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها بفعل ذات القرار ، فهل يختص مجلس قضاء الجزائر بالفصل في طلب التعويض لإقترانه بطلب إلغاء القرار لتجاوز السلطة ؟

إن الحكم بالتعويض من عدمه عن الأضرار الناتجة عن أعمال السلطات الإدارية هو من إختصاص القضاء الإداري أصلا ، و لا يختص مجلس المنافسة إلا بالنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة على سبيل الإستثناء ، و يجب عدم التوسع في تفسير النص القانوني ليشمل مسألة الحكم بالتعويض⁶.

فعمليا ترفع دعوى أمام مجلس قضاء الجزائر لإلغاء قرار مجلس المنافسة ، ثم ترفع دعوى أمام الغرفة الإدارية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه القرار المطعون فيه : مما قد يعيق تحقيق مبدأ تقريب العدالة من المواطن و توحيد الإجتهد القضائي في النزاعات التنافسية .

¹ المادة 65 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

² المادة 66 و 67 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

³ المادة 69 / 3 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم .

⁴ المادة 70 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم.

⁵ المادة 49 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم .

⁶ كثر محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ، ص 344 .

نشير أنه في فرنسا ترفع دعوى المسؤولية ضد الدولة بسبب غياب الشخصية القانونية لمجلس المنافسة (سلطة المنافسة حاليا) على خلاف مجلس المنافسة الجزائري الذي يتمتع بها¹.

أما أوروبا :

فقرارات اللجنة الأوروبية تكون قابلة للطعن بالإلغاء، أو بالقضاء الكامل أمام المحكمة الأوروبية (أول درجة)، و قرار المحكمة ذاته يكون قابلا للطعن أمام مجلس القضاء الأوروبي.

فأما الطعن بالإلغاء يستلزم إثارة جوانب كعدم الإختصاص ، خرق المعاهدة الأوروبية أو أي قاعدة قانونية تتعلق بتطبيقها².

و أما الطعن بالقضاء الكامل³ : فهو الطعن الذي يخول للقاضي طرح تقديره الخاص ، و من ثمة فقد يتم تعديل مبلغ الغرامة الذي سبق و أن حددته اللجنة الأوروبية .

و يرفع الطعن أيا كان موضوعه في أجل شهرين إبتداء من تاريخ النشر أو التبليغ للمعني و في إنعدام ذلك ، فتكون العبرة من يوم العلم بالفعل .

و فضلا عن ذلك يمكن إضافة الطعن عن الإمتناع ، و يكون في حال إمتناع اللجنة الأوروبية عن البت في النزاع و إصدار قرارها⁴.

نشير أنه يمكن طلب وقف التنفيذ بتوفر وجهي الإستعجال و الضرورة مجتمعين، بموجب إستصدار أمر إستعجالي من رئيس المحكمة ، يكون قابلا للطعن أمام مجلس القضاء الأوروبي .

كما أنه لا يدخل ضمن ذلك مثلا تعسر المؤسسة أو وقوعها في ضائقة مالية، خصوصا إذا كانت تنتمي لمجموعة مؤسسات لها القدرة المالية لإعانة أحد فروعها . كما أن اللجنة الأوروبية لا تمنع إمكانية تقديم المؤسسة ضمانا بنكيا لتسديد المبلغ و الفوائد بدلا من الدفع الفوري⁵.

¹ ZOUAIMIA Rachid, Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien, op cit.p.47

² Art 230 TCE . Le TCE est disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325FR.003301.html

³ Arts 230 TCE et 31 du règlement n° 1/2003

⁴ Art 232 TCE

⁵ L.ARCELIN, Droit de la concurrence les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Presses universitaires de Rennes, 2009 , p.236

أسرة المكارمة : سمات و مقومات



فضيلة الأستاذ الدكتور حميد مسرار

باحث في فقه الأسرة المملكة المغربية

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين أما بعد ، فلا ينكر أحد دور الأسرة في بناء مجتمع الفضيلة ، فهي مصدر الأخلاق و القيم ، و هي عنوان التكافل و التراحم . و إذ لا خلاف في مهمات الأسرة و أدوارها فإشكال القيم داخلها لا زال يثير أسئلة عدة من بينها :

ما سبب الانقلابات الذي تعرفها الأسرة على حد تعبير الدكتور طه عبد الرحمان ؟

لماذا تغيرت الأسرة من أسرة المكارمة إلى أسرة المشاحة ؟

لقد كان لمنظومة القيم الحدائية أثر بالغ في تغير القيم الأسرية تمثل في ظهور انقلابات عدة - على حد تعبير الدكتور طه عبد الرحمان - حيث تحولت الأسرة من أسرة المكارمة إلى أسرة المشاحة و ظهر الصراع بين أفرادها و أصبحت المطالبة بالحقوق عنوان استقرارها ، فغاب بذلك بعد المكارمة و التراحم الذي كان يلف و شائجها و الذي طالما جعل منها أسرة السكن و المودة و الرحمة .

لقد ضربت أسرة المكارمة - التي حرص الإسلام على إنشائها - بحصار العولمة و الحداثة ، و لفكها من هذا الحصار و إرجاعها إلى معين القيم الإسلامية السمحة كان لزاما إبراز أهم سماتها و مقوماتها ليتبين أهل النظر أن صلاح أسرتنا مرتبط ارتباطا وثيقا بإنشاء أسر شعارها : المكارمة لا المشاحة .

• سمات أسرة المكارمة :

إن الباحث عن سمات أسرة المكارمة ليجد لها تجليات كثيرة و نماذج و فيرة توضح باللموس حث الإسلام عليها ، بل حرصه على إنشائها وفق صفات المكارمة و التراحم .

فالأسرة الإسلامية لا تقوم على المطالبة بالحقوق فقط، بل تنظر إلى الأخلاق و القيم أساسا من أسس قوتها و شرطها من شروط بقائها و استمرارها ، من هنا كان حضور الإحسان و العفو و المودة و الرحمة و التعاون و التكافل في أحكامها هو صلب و أساس أسرة المكارمة ، وهذا لا ينفي معرفة كل فرد لحقوقه الأسرية لتكون معلمة واضحة

للأدوار الموكولة لكل واحد منها إلا أن وجه التميز هو المزاوجة بين الحق و البعد الأخلاقي الذي يربط مستعمله بعالم الآخرة فيصير فعله قاصدا و جهده موفورا يقول محمود الجوهري: "و الإسلام عندما يعتمد على التشريع في إرساء قواعد الأسرة و مجتمعه الإنساني فإنه يعتمد في المقام الأول على استجاشة الضمير الذي اعتنى به تربية و تهذيبا، بهذه الوسيلة المزدوجة نجح في حماية الأسرة من كل عوامل التفكك و التصدع" 1 و لأجل توضيح ذلك نقف عند بعض السمات بمزيد من الشرح .

• الإحسان :

كرست أحكام الشريعة مفهوم الإحسان في الأسرة و اعتبرتهمؤشرا حقيقيا على التقوى الذي يحفظ بيضة الأسرة من التفكك بل جعلته أساس اكتمال البناء الأسري و ضمان استقراره

فأكدت أن الإحسان إلى الزوجة من تمام الإيمان، قال عليه السلام : (إن أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا و أطفهم بأهله) 2 وجعلت الإحسان إلى الأخوات و البنات سبيل دخول الجنة قال عليه السلام : (من كانت له ثلاث بنات أو ثلاث أخوات أو ابنتان أو أختان فأحسن صحبتهن و اتقى الله فيهن فله الجنة) 3.

و تأسيسا على ذلك، فتحقيق العبودية و التقوى في نظر الإسلام يرتبط بالخلق الرفيع الذي يدل على مدى التعلق بعالم الغيب و الإحسان خلق رفيع يؤكد هذا التعلق لا محال .

إن العلاقات الأسرية في الإسلام ليست علاقات جامدة لا إحسان فيها بل هي علاقات تجعل من السمو الخلقي ركنا ركيئا فيها، ليجملها الإحسان بأحسن حلة و ليجعل من الأفراد جنودا يسعى كل واحد منهم لإسعاد الآخر بالإحسان إليه فيتحقق المقصود منها مودة و رحمة و سكونا .

• المودة و الرحمة :

إن بناء اللحمة بين أفراد الأسرة لن يتم إلا بحضور المودة و الرحمة . فالمودة المحبة و الرحمة صفة تبعث على حسن المعاملة 4 في الأوقات الحالكة و الصعبة ، و هما صفتان لا يتصور غيابهما داخل الأسرة ، فإذا غابتا انقلبت أحوال الأسرة إلى نكد و جحيم لا يطاق ، من هنا نفهم دعوة الإسلام إلى بناء علاقات زوجية مؤسسة على المودة و الرحمة فقال تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة) 5 و دعوته إلى التودد إلى الأرحام و الوالدين على الخصوص إذ قرن تعالى شكره بشكرهم فقال تعالى (أن اشكر لي و لوالديك إلي المصير) 6 فالمودة و الرحمة شعار الأسرة الإسلامية في حالي الرخاء و الشدة، فتزداد بذلك قوة و رسوخا و متانة متانة ، و هما خصلتان لن تزيد الأسرة إلا تماسكا و تراصا لتكون محفوظة من كل الضربات التي يوجهها الفكر العولمي الذي لا يؤمن إلا بالفردانية و المنفعة الذاتية و لتتمكن من صرف همتها و دورها في إنشاء جيل عابد لله يؤدي رسالته على أحسن وجه.

1 الأخوات المسلمات و بناء الأسرة القرآنية ، محمد الجوهري ص 32 ط 2 1989 م دار الوفاء للطباعة و النشر

2 مسند الإمام أحمد ، باقي مسند الأنصار رقم : 23536

3 مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، عبدا لله بن عباس ، رقم : 2000

4 التحرير و التنوير الطاهر بن عاشور دار سحنون ص

5 سورة الروم الآية 21

6 سورة لقمان الآية 14

• العفو والتسامح :

يعتبر العفو والتسامح من الركائز الأساس لقيام أسرة المكارمة ، فالحياة الأسرية هي حياة قد يختلط فيها رغد العيش بنكده ، و السعادة والمحبة بالخصام و التنافر ، من هنا كان العفو و التسامح عما يحدث من زلات و هنات ومن عدم أداء الحقوق في بعض الأحيان مظنة لاستمرارها إذ التمسك بالحقوق دائما قد يؤول إلى ما لا يحمد عقباه ، لذلك اعتبر الإسلام العفو صفة من صفات النبل و الكمال والتي قد تعيد العلاقات إلى سابق عهدها بالرغم مما قد يشوبها من صعوبات وعقبات.

و لتدبر قوله تعالى (فنصف ما فرضتم إلا أن تعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفو أقرب للتقوى و لا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير) ¹ يقول الشيخ الطاهر بن عاشور في شرح معنى العفو: (ومعنى كون العفو أقرب للتقوى : أن العفو أقرب للتقوى من التمسك بالحق ، لأن التمسك بالحق لا ينافي التقوى لكنه يؤذن بتصلب صاحبه و شدته ، والعفو يؤذن بسماحة صاحبه و رحمته و القلب المطبوع على السماحة و الرحمة أقرب إلى التقوى من القلب الصلب الشديد) ² فلا مناص للأسرة إن أرادت بناء أسرة المكارمة من العفو والتسامح و إلا فالتمسك بالحق دائما قد يؤدي إلى خصام و صدام يؤول إلى فراق و طلاق جعله الإسلام أبغض الحلال إلى الله.

• التعاون والتكافل :

لا أحد يجادل في الأدوار الملقاة على عاتق الأسرة وهي أدوار قد يعجز عن القيام بها الواحد من الزوجين ، بل قد يعجز عنها الزوجان معا إن لم يتدخل أفراد الأسرة القريبة و البعيدة ،مساهمة منهم في حل مشاكلها وفض ما يحدث من خصام و صراع فيها بل و فيما يعترضها من صعوبات مادية قد تهوي بها إلى أسوار المحاكم و بؤس العيش ، و لتلافي ما يهدم كيان الأسرة أمرنا الحق سبحانه و تعالى بالتعاون فقال عز من قائل (وتعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان) ³.

إن التعاون و التكافل في الأوقات الحرجة و الصعبة سمتان ناصعتان من سمات أسرة المكارمة و التي حرص الإسلام على إنشائها لتكون أول خلية يتعلم فيها المرء قيم التكافل فتسود في المجتمع دون تكلف أو عناء.

• مقومات أسرة المكارمة :

إذا كان لأسرة المكارمة سمات عديدة تدل بوضوح على القيم الإسلامية المركوزة في أحكامها فلا شك أنها تقوم على أسس و ركائز يمكن إجمالها في ثلاثة : وهي البعد الإنساني ، البعد التربوي الأخلاقي و البعد المقاصدي.

• البعد الإنساني في أسرة المكارمة :

يمتاز الإسلام بنزعه الإنسانية الواضحة في معتقداته و عباداته و تشريعاته ،يقول الشيخ القرضاوي :!إن كل دارس للإسلام في كتابه و سنة رسوله يتبين له بجلاء أنه وجه عناية بالغة إلى الجانب الإنساني و أعطاه مساحة رحبة من

¹سورة البقرة الآية 237

التحرير و التنوير الطاهر بن عاشور دار سحنون 2/464

³سورة المائدة الآية 2

رقعة تعاليمه و توجيهاته و تشريعاته¹، لذلك فأحكام الأسرة هي أحكام إنسانية تهتم بالإنسان و تراعي كرامته تطبيقاً لقوله تعالى: (و لقد كرمتنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر)² و تكريم الإنسان داخل الأسرة يستمد أصالته و شرعيته من اعتبار كل من الرجل و المرأة نفساً واحدة، قال عز وجل (و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة)³. يقول الشيخ محمد حسين فضل الله (هل في الإسلام في عمق المعنى الإنساني الذي ينطلق التشريع منه رجل و امرأة في عمق إنسانية الرجل و المرأة إنني لا أرى أنى هناك في العمق رجل و امرأة إنها نفس واحدة)⁴. ويؤكد ذلك الدكتور مصطفى بنحمة بقوله: وعلى هذا، الذكر لا يمكن أن يفاضل بينه و بين الأنثى إلا كما يمكنه أن يفاضل بين يده ورجله أو بين سمعه و بصره أو بين قلبه و كبده من أعضاء التي إن اختلفت وظيفه و عملاً فإنها تتكامل في منحه فرصة الحياة⁵.

من هنا يتبين أن لا فرق بين المرأة و الرجل إلا في الأدوار التي كلف كل واحد منهما القيام بها ، ليتحقق التكريم الإلهي لهما بمعاني المودة و الرحمة و الإحسان و التي لا تجعل من الأدوار عبئاً ثقيلاً، بل تجعل منها أعمالاً يتودد بها كل منهما لصاحبه تحقيقاً لمفهوم الإنسانية الحقة . إن فعل المكارمة يستمد أساسه من البعد الإنساني بل هو تحقيق لإنسانية الإنسان الذي فضله سبحانه و تعالى على باقي المخلوقات.

• البعد التربوي في أسرة المكارمة :

تعد القيم الخلقية حجر الزاوية في الفقه الإسلامي ، فهو فقه يعتمد على مصادر سماوية تجعل للمثل و الكمالات الخلقية المقام الأول في تشريعها و هذا ملاحظ في كثير من الأحكام الشرعية ، حيث نجد مزاجين ، الخلق و التشريع كما هو الشأن بالنسبة للعدل و الإحسان و الاقتضاء و التسامح⁶.

إن حضور التراحم داخل الأسرة لم يأت من فراغ بل من التربية و التزكية و التي تعتبر من المقاصد العالية للشريعة ، لذلك يعتبر البعد التربوي و الأخلاقي أساس بناء أسرة المكارمة فقد علمنا الإسلام أن المودة و الرحمة أساس استقرارها و أن القانون و الأحكام الشرعية المنظمة لها لا تعدو أن تكون علاجا لآفات استفحلت و تعذر علاجها بالموعظة الحسنة.

إن الناظر في الأحكام الأسرية يتبين له حضور الفعل التربوي و الأخلاقي إذ الأحكام ليست قوانين جامدة بل هي تزكية و تربية للنفوس و المشاعر و أعمال الجوارح .

و ما الجمع بين العدل و الإحسان و الاقتضاء و التسامح و المقاصة و العفو و الدعوة إلى التعاون إلا دليل على ذلك، بل إن ختم الآيات القرآنية المنظمة للعلاقات الأسرية بقوله تعالى (إن الله كان عليكم رقيبا)⁷ (إن الله كان على كل كل شيء شهيدا)⁸ تأكيد صريح على ضرورة استحضار القيم الأخلاقية و التربوية داخل الأسرة.

¹ الخصائص العامة للإسلام يوسف القرضاوي ص 57 ط 1983م مؤسسة الرسالة.

² سورة الإسراء الآية 70

³ سورة الروم الآية 21

⁴ قراءة جديدة لفقه المرأة الحقوقي محمد حسين فضل الله ص 20 دار التقنين بيروت لبنان.

⁵ كرامة المرأة من خلال خصوصيتها التشريعية مصطفى بن حمزة جامعة الصحوة الإسلامية: أكتوبر 1998

⁶ الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده فتحي الدريني ص 78 مؤسسة الرسالة ط 1977

⁷ سورة النساء الآية 1

⁸ سورة النساء الآية 33

إن تأكيد الإسلام على حضور القيم الأخلاقية داخل الأسرة له أهمية قصوى تتجاوز الامتثال للأحكام الشرعية ليعم جو المحبة و المودة و ليدرأ عنها الصراع الناتج عن النظر للعلاقات الأسرية نظرة مادية لا يرى فيها إلا جانب الحق.

• البعد المقاصدي في أسرة المكارمة :

ترتبط الأحكام الشرعية ببعدها المقاصدي ارتباطا وثيقا ، إذ إن قبول الأعمال و ترتب الثواب عليها يدور مع القصد وجودا و عدما ، فكلما أحسن العبد مقصده و صح باعته كان سببا لقبول عمله و مضاعفة أجره و كلما ساء قصده كان سببا في إحباط عمله قال صلى الله عليه و سلم :إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه¹. فالإمام الشاطبي في حديثه عن مقاصد المكلف في التكليف بين البعد الأخلاقي في مقاصد المكلف مشيرا إلى أهميتها في التصرفات و السلوكيات حيث يقول : (الأعمال بالنيات و المقاصد المعتبرة في التصرفات من العبادات و المعاملات)².

ويظهر البعد الأخلاقي جليا في قصد المكلف من خلال موافقة قصد المكلف لقصد الشارع في التشريع : فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم يشرع له فعمله باطل³. هذه القاعدة من شأنها أن تدفع المكلف و توجهه نحو السلوك الأخلاقي السليم لعلمه أن التكاليف إنما وضعت في أساسها تحقيقا لمصلحة المكلف الخاصة و العامة دنيا و آخرة⁴.

و تأسيسا على ذلك نقول : إن أحكام الأسرة ترتبط بتحقيق مصلحة الأسرة و عدم الإضرار، وكل استعمال لها في غياب هذين الضابطين هو التعسف الذي ذمه الشرع و رتب عليه أشد العذاب فحق التأديب على سبيل المثال حق للأب على طفله لذا فهو مأمور برعاية الأصلاح له ، فإذا ما استعمله بشكل يؤدي إلى الإيذاء و الإيلام فقد تعسف فيه. يقول الأستاذ فتحي الدريني : (فهو حق لم يتقرر ميزة للأب لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية و إلا متعسفا و منحرفا عن الغاية التي من أجلها منح هذه السلطة و إنما تقرر من أجل مصلحة الأولاد أنفسهم)⁵.

• و خلاصة القول :

إن أداء الأسرة لدورها الحضاري المنوط بها لن يتم إلا إذا بنيت على أساس المكارمة لا المشاحة ولا شك أن معرفة أهم سمات و مقومات أسرة المكارمة لن يزيدنا إلا تماسكا و اعتزازا بها . فلا قيم الحداثة التي يسوقها أرباب الفكر الحداثي ولا قيم العولمة التي تطرق الأفكار عن طريق وسائل الإعلام بقادرة على إصلاح مجتمعنا الإسلامي، إنما هي قيمنا و أخلاقنا و التي لن تزيد أسرنا إلا قوة و منعة ، ولا شك أن الناظر لسمات أسرة المكارمة من إحسان و عفو و مودة و رحمة و تعاون و لمقوماتها الإنسانية و التربوية و المقاصدية ليتبين له أهميتها في معالجة كثير من الظواهر و الآفات المجتمعية التي ابتليت بها كثير من الأسر الإسلامية من ارتفاع نسب الطلاق و قطع الأرحام بل و النظر إلى العلاقات الأسرية علاقات مادية خاصة مع خروج المرأة للعمل و كثرة الاستهلاك. لذلك فحل هذه المشكلات أو التخفيف منها لن يتم إلا من باب التراحم و المكارمة و الحمد لله رب العالمين.

¹ صحيح البخاري كتاب بدء الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رقم 1

² الموافقات للشاطبي 606/2

³ الموافقات 615/2

⁴ الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي وأثره على مباحث أصول التشريع الإسلامي د أحسن لحسانة دار السلام القاهرة ص 206

⁵ الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ، فتحي الدريني 173

شرط قطع الأعدار قبل الجريمة ونطبيقاته في حدي الزنا والسرقة



من إعداد الأستاذ : ماز حسن

طالب دكتوراه - السنة الرابعة

كلية الحقوق جامعة وهران/ الجزائر

مقدمة :

المتأمل في التزايد الهائل في نسب الإجرام كما ونوعا، والمتدبر في أمر السياسة الجنائية الوضعية التي رغم ما توصف به من تطور في الدراسات العلمية والخبرات الفنية إلا أن الجريمة ظلت تراحمها في هذا التطور، و المتنبه إلى ظاهرة التشييدات الكبرى للمؤسسات العقابية بأنواعها وتصنيفاتها، وبعثاتها وميزانياتها الضخمة، يعي أن الحاجة إلى سياسات وتشريعات بديلة أمر في غاية من الضرورة العاجلة والملحة، و ليس نظام الحدود إلا واحد من أقوى البدائل، إن شئنا نقل هو البديل الوحيد الأوحد، بالحجة والبيان لا بالعصبية والإفتتان.

فالجريمة لا تزال تؤرق الضمير الإنساني، والإحصائيات الجنائية - الرسمية وغير الرسمية - تكشف بوضوح وجلاء كبيرين العجز التشريعي في كبح جماحها وردع مرتكبيها، وما يقلقنا ويحز في أنفسنا أكثر كمسلمين من حيث الإنتماء العقائدي والحضاري أننا نملك في كنوزنا التي لن تفتى بفناء ضمائر من يحاولون أن يقبروا كل ما هو إسلامي من تشريع وفكر وسياسة (لا حاجة لسرد الأمثلة فهي كثيرة ولكن يمكرون والله خير الماكرين)، إنه التشريع الجنائي الإسلامي، هذا التشريع الحكيم بحكمه مشرعه، لا بميولاتنا العاطفية، ولا بخلفياتنا الدينية - وإن كانت هذه الأخيرة تشكل لدى بعض أو كثير من العقول والأذهان شبهة فكرية ترقى لتكون شبهة جنائية - بل ارتقت في عديد من بلاد المسلمين أو على وصف شاعرنا الكبير - الراحل جسدا - " نزار القباني " بلاد قمعستان.

وإن سحب البساط على أحكام الشريعة الإسلامية تزامن تاريخيا بالقرنين التاسع عشر والعشرين إذ استبدلت أغلبية الدول الإسلامية الأحكام الشرعية بالمدونات العقابية الأوروبية ويرتبط هذا بخضوع هذه الدول سياسياً واقتصادياً للدول الاستعمارية الكبرى، وكذا تأثيرات الاقتصاد العالمي وتطور العلاقات البرجوازية وتأثير الحضارة الأوروبية، وما أفرزه ذلك من تبعية ثقافية وقانونية .

و تقديم مقالنا يأتي في سياق أن أشياء كثيرة معطلة أو مشوشة تحتاج إلى إلتفات الباحثين كقضايا الديمقراطية والتنمية وحقوق الإنسان، ولكن أن تعطل أحكام الشريعة الإسلامية أو يشوش على أصالتها وأتباعها الأوفياء، فإن موضوعنا يسحب البساط الأخضر على كافة الموضوعات الأخرى بل أنه لا يستقيم موضوع أو حال ما لم تأخذ الأمة - كبيرها وصغيرها - قضايا الشريعة عموماً وقضية الحدود خصوصاً مأخذ جد، قبيل أن يأخذنا الله أخذ عزيز مقتدر.

ولأن غالبية الاعتراضات التي تثار بشأن عقوبات الحدود سواء من داخل البيت الإسلامي أو خارجه تتصل عادة بقساوتها المفرطة و شدتها المتطرفة، إلى حد ذهاب من تجاوز موقفه الموقف العلمي أو النقدي، إلى مواقف عدائية عدوانية إزاء كل ما يتصل بالإسلام من نظم وتشريعات، ناعته إياها بالرجعية والحين إلى القرون الوسطى.

ولحالة الرد والنقاش الحضاريين نثير عدداً من التساؤلات :

- 1- ماهو الأساس الشرعي لحدي الزنا والسرقه ؟
- 2- ماهي الشروط الشرعية لتنفيذ حدي الزنا والسرقه ؟
- 3- ما مدى الإعتداد بالظروف والأحوال في إقامة حدي الزنا والسرقه ؟
- 4- ماذا عن تطبيقات القضاء السعودي لحدي الزنا والسرقه باعتباره النموذج الأم - إلى أن يهدي الله سائر عباده إلى طريق سواء - ؟

أولاً : التعريف بحدي الزنا والسرقه :

1- حد الزنا :

يعتبر حد الزنا أخطر الحدود وأقواها زجراً وعقاباً ، نظراً لخطورة الزنا على المجتمع والأمة عامة ، ومساسها بمقاصد الشريعة الإسلامية

1-1 التعريف بجريمة الزنا :

الزنا في اصطلاح الفقهاء هو " اسم للوطء الحرام من قبل المرأة الحية في حالة الإختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الإشتباه في موضع الإشتباه في الملك والنكاح جميعاً " ¹، وهناك من عرفه بأنه " تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة " ²، وآخر عرفه " إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد، ودبر ذكر و أنثى كقبل على المذهب " ³.

لم يتفق الفقهاء على تعريف موحد للزنا، و نورد خلاصة موجزة لتعريف الزنا في المذاهب الأربعة :

¹ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الطبعة الثانية، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، بيروت 1402هـ-1983م، ص415

² - الماوردي، أبو الحسن علي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص378

³ - النووي، أبوزكريا، منهاج الطالبين، دار الفكر، الجزء الرابع، ص143 و 144 مشار إليه في : صقر زيد حمود السهلي، قاعدة درء الحدود بالشبهات وتطبيقاتها في

المملكة العربية السعودية، رسالة استكمال درجة ماجستير، 1414 هـ -1994م، ص 22

- أ- يرى ابن عابدين من الحنفية أن الزنا " هو وطء الرجل المرأة في القبل من غير ملك و شبهته"¹.
- ب- و نقل ابن رشد الأندلسي عن المالكية، " الزنا هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح و لا شبهة نكاح و لا ملك يمين"².
- ت- و للماوردي عن الشافعية: " الزنا هو تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر من لا عصمة بينهما و لا شبهة."³
- ث- و عن ابن قدامة الحنبلي أن " من وطئ امرأة في قبلها حراما لا شبهة له في وطئها أنه زان يجب عليه الحد إذا كملت شروطه و الوطء في الدبر مثله في كونه زنا لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها و لا شبهة ملك فكان زنا كالوطء في القبل"⁴.

و الناظر في هذه التعاريف أنها متقاربة، و هذا ما جعل ابن قدامة و ابن رشد يقولان أنه لا خلاف بين أهل العلم في تعريف الزنا و هو متفق عليه بالجملة من علماء المسلمين².

فالزنا إذن هو تعمد الوطء المحرم بلا شبهة و ملك، الشيء الذي يرتب عليه عقوبة الحد من الحدود، فكل إتصال جنسي غير شرعي بين الرجل و امرأة يعتبر زنا يوجب الحد.

أما مجرد الإستمتاع فيما دون الفرج لا يعاقب عليه بالحد و يستوجب التعزير.

2-1 دليل مشروعية الزنا:

نذكر بعض الأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة على أن نتطرق إلى أدلة أخرى خلال دراستنا.

1-2-1 من القرآن الكريم:

- أ- " و لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سييلا"⁵.
- ب- " الزانية و الزاني فلجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و لا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر، و ليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين"⁶.

¹ - حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ص 4

² - الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مطبعة الحسان القاهرة، 1975، ص

³ - علي بن محمد حبيب البصري الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 193

⁴ - للإمامين: موفق الدين ابن قدامة، شمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء العاشر، دار الكتاب العربي، بيروت 1403 هـ - 1983 م، ص

⁵ - سورة الإسراء، الآية 132

⁶ - سورة النور، الآية 3

ت- " والذين لا يدعون مع الله إله آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلقى أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيها مهانا " ¹.

1-2-2 من السنة :

أ- عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشرب وهو مؤمن، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينتهب نهبة يرفع الناس إليه فيها أبصارهم وهو مؤمن" ².

ب- عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذوا عني خذوا عني، قد جعل لهن سبيلا، البكر بالبكر: جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب: جلد مائة والرجم" ³.

ت- عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل دم مسلم يشهد أن لا إله إلا الله و أني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: اثيب الزاني و النفس بالنفس، و التارك لدينه المفارق للجماعة" ⁴.

ث- قصة معاز و الغامدية و العسيف التي وردت من جهات مختلفة سنذكرها في غير هذا الموضع.

ج- وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله " لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن ، ولا يشرب حين يشرب وهو مؤمن ، ولا يقتل وهو مؤمن " ⁵ ، قال عكرمة : قلت لابن عباس : كيف ينزع منه الإيمان ؟ قال : هكذا وشبك بين أصابعه، ثم أخرجها فإن تاب عاد إليه هكذا وشبك بين أصابعه " ⁶.

1-3 عقوبة الزنا :

كان حد الزنا في بداية الإسلام هو الحبس والأذى بالكلام من توبيخ وتعير لقوله تعالى " واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى تتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيمًا " ⁷.

وكذلك في قوله تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين " ⁸.

وحد الزنا إذن ثلاث :

¹- سورة الفرقان، الآية 168

² - البخاري، الجزء الثامن، ص195 و196، ومسلم ، الجزء الأول، ص54، والترمذي، الجزء الرابع، ص127، وأبو داود، الجزء الثاني، ص270، النسائي، الجزء الثامن، ص64، وابن ماجه، الجزء الثاني، ص461، وأحمد ، الجزء الثالث، ص346

³ - هذه رواية مسلم، الجزء الخامس، ص115، وفي رواية الترمذي، الجزء الثاني، ص445، وأبي داود، الجزء الثاني، ص229 : تقديم الثيب على البكر، وفي أخرى لأبي داود : " ورمي بالحجارة بدل "الرجم" ، ورواه أحمد ، الجزء الخامس- ص327، وابن ماجه، الجزء الثاني، ص114، نقلا عن سي يوسف، مرجع سابق، ص108

⁴ - الحديث متفق عليه: رواه البخاري، الجزء التاسع، ص06، ومسلم، الجزء الخامس، ص106، والترمذي، الجزء الثاني، ص429، وأبو داود، الجزء الثاني، ص219، والنسائي، الجزء السابع، ص103، وابن ماجه ، الجزء الثاني، ص110، وأحمد ، الجزء الأول، ص382، والبيهقي، الجزء الثامن، ص194 .

⁵ - البخاري، الجزء الثامن، ص195 و196 ، مسلم، الجزء الأول، ص54 ، الترمذي، الجزء الرابع، ص127، أبو داود، الجزء الثاني، ص270، النسائي، الجزء الثامن، ص64، ابن ماجه، الجزء الثاني، ص461، وأحمد الجزء الثالث، ص346 .

⁶ - البخاري ، الجزء الثامن، ص26، مشار إليه في : صقر زيد حمود السهلي ، مرجع سابق، ص61

⁷ - سورة النساء، الآية15

⁸- سورة النور، الأيتان، 2 و3

1- الرجم :

الرجم هو الرمي بالحجارة حتى الموت عقوبة للزاني المحصن الحر، وقد ثبت عنه رسول الله بالقول والفعل ، أما القول : " فعن عبد الله أن الرسول قال لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس وتارك دينه المفارق للجماعة " ¹ ، أما الفعل فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعزا والغامدية و صاحبة العسيف واليهودي واليهودية .

2- الجلد والتغريب :

وهذه العقوبة تكون بحق الزاني البكر سواء كان ذكرا أو أنثى، وقد تبث الجلد بالنص القرآني الكريم وأكدته السنة النبوية الشريفة والتغريب ثبت في السنة الشريفة والأصل في ذلك أوضحناه في سياق عرضنا لمشروعية الزنا أعلاه.

2- حد السرقة :

لحد السرقة تعريفه الشرعي وأدلة مشروعيته في الكتاب والسنة والإجماع .

1-2 تعريف حد السرقة :**1-1-2 في اللغة :**

السرقة في اللغة هي: أخذ ماله خفية فهو سارق و يقال سرق السمع و النظر - إسترق الشيء: سرقه مستخفيا مستترا²، و في القرآن الكريم: " و لقد جعلنا السماء بروجا وزيناها للناظرين و حفظناها من كل شيطان رجيم إلا من إسترق السمع فأتبعه شهاب مبين " ³ .

2-1-2 في الإصطلاح :

أما تعريفها في لسان الشرع فهي مختلفة و متعددة :

أ - تعريف الحنفية :

جاء في اللباب ما يأتي : " إذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم ، أو ما قيمته عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة، من حرز لا شبهة فيه، وجب عليه القطع " ⁴ .

ب - تعريف المالكية :

قال ابن رشد : " أما السرقة فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه "، و قال العلامة في تعريف السرقة: "هي أخذ مكلف نصابا فأكثر من مال محترم لغيره بلا شبهة قوية خفية بإخراجه من حرز غير مأذون فيه " ⁵ .

¹- الحديث متفق عليه: انظر الهامش رقم 3 من هذه الدراسة ، ص 111

² - لسان العرب، الجزء السادس، ص 245 و 246، ومعجم متن اللغة، الجزء الثالث، ص 144، والقاموس الفقهي لغة وإصطلاحا، ص 171

³ - سورة الحجر ، الآيات 16 و 17 و 18

⁴ - اللباب، الجزء الثالث، ص 200 و 201، مشار إليه في سي يوسف، مرجع سابق، ص 112

⁵ - بداية المجتهد، الجزء الثاني، ص 515

ج - تعريف الشافعية :

جاء في كفاية الأختيار ما يلي: " السرقة بفتح السين و كسر الراء هي: اخذ مال الغير على وجه الخفية و اخراجه من حرزه"¹.

و يقول صاحب المهذب : " و من سرق و هو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله لا شبهة له فيه و جب عليه القطع"².

د - تعريف الحنابلة :

جاء في المغني و الشرح الكبير أن : " معنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية و الإستتار"³.

يتضح لنا من هذه التعريفات أنها مختلفة باختلاف المذاهب، و باختلاف النظرة التي ينظر من خلالها الفقهاء لتعريف السرقة، كالإرتكاز على الناحية اللغوية أو حسب الشروط التي وضعوها للسرقة و السارق ، و الإجمال كما يقول أحد العلماء، قد يكون أنسب في التعريفات."⁴

و يظهر لنا من هذه التعريفات كذلك أن الفقهاء وضعوا شروطا يجب توافرها لكي تستوجب السرقة العقوبة المنصوص عليها، و هذه الشروط منها ما يتعلق بالسارق و منها ما يخص المال المسروق و ما يتعلق بالسرقة في حد ذاتها.

فالسرقة هي أخذ البالغ العاقل المختار نصابا من مال الغير من حرزه خفية و بلا شبهة .

2-2 دليل مشروع حد السرقة :

لما كانت جريمة السرقة من الجرائم الكبيرة نهت عنها الشريعة الإسلامية و حرمتها و شرعت حد السرقة و هو ثابت بالقرآن و السنة و الإجماع .

1-2-2 القرآن الكريم :

يقول الله تعالى " و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله و الله عزيز حكيم " ⁵.

¹- كفاية الأختيار، الجزء الثاني، ص 116

²- المهذب، الجزء الثاني، ص 277

³- المغني، الجزء العاشر، ص 239

⁴- حسن علي الشاذلي، أثر تطبيق الحدود في المجتمع، ص 44، نقلا عن : سي يوسف ، مرجع سابق، ص 112.

⁵- سورة المائدة ، الآية 38

2-2-2 السنة الشريفة :

أما السنة النبوية الشريفة فقد وردت أحاديث كثيرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونذكر منها :

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده و يسرق الحبل فتقطع يده."¹

ب - عن عائشة قالت : " أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالوا: و من يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فكلمه أسامة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قام فاختطب، فقال ايها الناس انما أهلك الذين قبلكم : أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها "2 .

ج - عن عائشة قالت : " أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعه، فقالوا : ما كنا نراك تبلغ به هذا ، فقال : لو كانت فاطمة لقطعتها "3 .

2-2-3 الإجماع :

انعقد إجماع الأمة على وجوب قطع يد السارق، و قد نفذ الخلفاء الراشدون حد السرقة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم و قد أجمع المسلمون على تنفيذه بعدهم بالشروط التي حددها الفقهاء بالدقة و التفصيل و من شواهد تنفيذ الخلفاء لحد السرقة " أن سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان أترجة، فأمر بها عثمان أن تقوم، فقومت بثلاثة دراهم من صرف إثني عشرة درهما بدينار، فقطع عثمان يده "4 .

فالآية 38 من سورة المائدة و الأحاديث الكثيرة الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم و اجماع الأمة كل ذلك يكفي لدلالة على ثبوت القطع في السرقة وقعت من الرجال أو من النساء .

ثانيا : شروط تنفيذ عقوبة حدي الزنا والسرقة :

1- شروط تنفيذ عقوبة الحد في الزنا :

لا يجب تنفيذ عقوبة الحد في الزنا إلا بشروط :

¹ - البخاري، الجزء الثامن، ص200، ومسلم ، الجزء الخامس، ص113، والنسائي، الجزء الثامن، ص65

² - الحديث منفق عليه رواه ميلم ، نقلا عن سي يوسف، مرجع سابق، ص114

³ - رواه النسائي، الجزء الثمن، ص72

⁴ - أخرجه مالك في الموطأ، ص719،720

أ - شرط التكليف¹ :

التكليف هو أن يكون الزاني مكلفا، فلا ينبغي أن تقام الحد على الصغير أو المجنون أو المعتوه أو النائم أو المكره وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل "².

أما السكران فيقام عليه الحد بلا خلاف، لأنه مفتقد العقل بمعصية السكر وهو بالعقوبة الأولى وعلى ذلك لو ثبت الزنا وجب أن يقام الحد على كل من الزاني والزانية بحسبه من الإحصان وعدمه فإن كان أحدهما محصنا كان عليه حد الإحصان والرجم، وإن كان بكرا كان عليه حد الإبكار، وهو الجلد والتغريب على الخلاف، ولو أقر أحدهما الزنا دون الآخر وجب الحد على المقر وحده أما الذي لم يقر فلا شيء عليه إلا أن تثبت عليه الجناية بالبينة، وعن النبي الكريم ان رجلا أتاه فأقر عنده أن زنا بامرأة سماها فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك، فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحد وتركها "³.

ب - شرط الإختيار :

الإختيار وهو أن يكون الزاني مختارا، فلو أن امرأة أكرهت على الزنا أو وقع عليها أحد وهي نائمة فلا حد عليها، وذلك للحديث المشهور " رفع عن أمي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه "⁴.

وقد روى البيهقي أن امرأة اجتمع عليها الناس حتى كادوا أن يقتلوها يقولون زنت زنت فأتى بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي حبلى، وجاء معها قومها وأثنوا عليها بالخير فقال عمر: أخبريني عن أمرك ، قالت يا أمير المؤمنين كنت امرأة أصيب من هذا الليل فصليت ذات ليلة، ثم نمت وقمت ورجل بين رجلي فقذف في مثل الشهاب ثم ذهب، فقال عمر: لو قتل هذه من بين الجبلين - أو قال الأخشبين - لعذبهم الله، فحلى سبيلها "⁵.

أما لو كان المكره عن الزنا رجلا، فثمة خلاف في وجوب الحد عليه من عدمه فقد ذهب الحنبلية في الراجح من مذهبهم إلى انه يحد، ووجه قولهم في ذلك ان الوطء لا يكون إلا بالإنتشار، وهو الإنتشار ينافيه الإكراه، فما دام الإنتشار قد حصل فذلك يعني أن الإكراه قد انتفى ، فيلزمه الحد⁶.

¹ - انظر سبل السلام ، ص 4 و 7 ، مشار إليه : أمير عبد العزيز ، الفقه الجنائي في الإسلام ، الطبعة الثالثة ، 1428 هـ - 2007 ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، جمهورية مصر العربية.

² - أبو داود (141/4)

³ - أبو داود (159/4) .

⁴ - أمير عبد العزيز ، الفقه الجنائي في الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 249

⁵ - راجع في ذلك أمير عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 248

⁶ - ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ص 8 و 187

وذهبت الشافعية وآخرون إلى عدم وجوب الحد على الرجل الذي يزني مكرها وحجتهم في ذلك عموم الخبر " رفع على أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ¹.

وكذلك قالوا: إن الحدود تدرأ بالشبهات، ولا جرم أن يكون الإكراه شبهة فيمتنع معها الحد ويستوي في ذلك أن يكون المكره رجلا أو امرأة، وكلاهما في الحكم عند مقتضيات الإكراه سواء، لا فرق بين ذكر وأنثى ².

أما الحنفية فالإكراه عندهم في رفع التكليف ما كان واقعا بفعل السلطان، فأمر السلطان - عندهم - معتبر إكراهها حتى وإن لم يتوعد المكره المأمور، أما الإكراه الواقع من غير السلطان فلا يكون معتبرا إلا أن يعلم المكره المأمور من دلالة الحال أنه إذا لم يمتثل للأمر قتله أو قطع يده أو رجله أو ضربه ضربا يخاف معه على نفسه أو تلف عضو منه ³.

أما المالكية لهم في ذلك قولان: أحدهما أنه لا حد الزاني يزني مكرها، وهو قول بعض علماء المذهب منهم ابن رشد والبخمي وابن العربي، وثانيهما أن عليه الحد وهو قول أكثر المالكية، وهو المعتمد في المذهب ⁴.

ت - شرط العلم بالتحريم :

فإنه لا حد على من جهل التحريم ، وذلك كما لو كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئا ببادية بعيدة عن المسلمين، فإن كان كذلك صدق لأن ما يدعيه يحتمل الصدق، أما إذا كان ناشئا بين المسلمين فلا يصدق فيما ادعى .

وكذلك لو ادعى الجهل بتحريم شئ من الأنكحة الباطلة كمنكاح المعتنة، لأن مثل هذا يجهل كثيرا، ويخفى على غير أهل العلم ، ولأن ذلك كله شبهة ، والشبهات تدرأ بالحدود لقوله عليه الصلاة والسلام " ادروا الحدود بالشبهات " ⁵.

ث - شرط انتفاء الشبهة :

فإذا كان ثمة شبهة في عملية الزنا فلاحد، وذلك لان الحدود مبينة على الدرء والإسقاط بالشبهات والاحاديث في ذلك متضافرة، ومنها حديث عبد الله بن مسعود: " ادروا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل على المسلمين ما استطعتم " ⁶ ومن جملة الشبهات الدارئة للحد ما لو وطئ زوجته في دبرها، فإن الحرمة في ذلك معلومة، لكن الحد مندرئ لشبهة الزوجية وحل الإستمتاع بها، فلاحد بل تعزير، ولا يجد كذلك بوطء امرأة في نكاح مختلف في صحته كالنكاح بغير ولي أو بغير شهود، أو نكاح المتعة والشغار وكذلك نكاح الأخت في عدة أختها ونكاح الزوجة الخامسة في عدة الرابعة المطلقة طلاقا بائنا وكذلك نكاح التحليل فإن مثل هذه الأنكحة لا يوجب حدا لحصول الشبهة بالإختلاف

¹ - أمير عبد العزيز ، الفقه الجنائي في الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 249

² - الأنوار لأعمال الأبرار للشيخ يوسف الأردبيلي ومعه حاشية الكمثرى وحاشية الحاج إبراهيم ، ص 2 و 498 ، مشار إليه في : أمير عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص

249

³ - انظر ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، مرجع سابق ، ص 282

⁴ - أمير عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 249

⁵ - الأحكام السلطانية للمواردي ، ص 225

⁶ - نيل الأوطار للشوكاني ، مرجع سابق ، ص 8 و 110

فيها، فإن الاختلاف في إباحة الوطاء فيه شبهة، والحدود تندري بالشبهات، وهو قول عامة العلماء بلا خلاف قال ابن المنذر في ذلك " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهة ".

ج - ثبوت الزنا عند الحاكم :

إن ثبوت الزنا عند غير الحاكم لا يلتفت إليه ولا يعول عليه في إقامة الحد، فإن حد الزنا لا ينبغي تنفيذه إلا عن طريق الحاكم، فهو الذي يئاط به تنفيذ العقوبات في الجنایات، سواء ذلك في القصاص أو الحدود أو التعازير، وعلى هذا الأساس : لو أقر بالزنى أمام الشهود في غير حضرة الحاكم، فإنه لا يعتبر وليس للقاضي أو الحاكم أن يقبل هذه الشهادة على أن الزنا تثبت لدى الحاكم بأحد الشئین : الإقرار والبينة .

2- شروط تنفيذ عقوبة الحد في السرقة :

أ - أن يكون السارق مكلفا :

وقد شرحنا شرط التكليف في حدي الزنا والقذف .

ب - أن يكون المال المسروق متقوما :

وعلى هذا: لو سرق خمرا أو خنزيرا أو كلبا أو جلد ميتة، فإنه لا تقطع يده، وكذلك لو سرق صنما أو أداة من أدوات الملهى كما لو كان مزمارا أو قيثارة أو عودا أو نحو ذلك من المعازف، فإنه لا قطع عليه . وتقويم المال من مسائل العرف ومستلزمات المكان والزمان .

ت - أن يبلغ المسروق النصاب :

إذا بلغ المال المسروق نصابا قطع، وإن كان دون ذلك فلا قطع، وثمة تفصيل للعلماء في حقيقة النصاب، ولهم في ذلك جملة من الأقوال، لكننا نقتضب منها قولين أساسيين رئيسيين يعول عليهما في اعتبار مقدار النصاب الذي يوجب الحد على السارق :

القول الأول : وهو الجمهور من أهل العلم وفيهم المالكية والشافعية والحنبلية والشيعة الإمامية وآخرون فقد ذهب هؤلاء إلى أن نصاب السرقة هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ومع ذلك فإن الشافعية غالبا ما يذكرون النصاب بربع دينار أو ما يساويه من الأشياء فالأصل عندهم ربع دينار .

القول الثاني: هو للحنفية، فقد ذهبوا إلى تحديد النصاب بعشرة دراهم، وهي معادلة بدينار واحد، فإذا نقص المسروق عن هذا المقدار فلا قطع .

ث - أن يكون المال المسروق محرزا¹ :

وهو أن يأخذ السارق من حرز، والحرز هو الموضع الحصين، أو هو المكان الذي يحفظ فيه ، والجمع : أحرز مثل حمل وأحمال ، نقول أحرزت المتاع، أي جعلته في حرز، ويقال حرز حرز للتأكيد، كما يقال حصن حصين، ونقول أحرز من كذا أي تحفظ منه².

ومن أمثلة وتطبيقات هذا الشرط :

- لو سرق مالا ثميناً كالذهب والفضة وغيرها من الجواهرات من البيوت والأمكنة الحريزة والدور المنيعة، وكان ذلك في داخل العمران، وهي مغلقة إغلاقاً محكماً وجب القطع، لأن مثل هذه الأماكن حرز بنفسه مادامت على هذه الهيئة من الإحكام في التعليق أما إذا لم تكن مغلقة فإنه ينظر إذا كان فيها حافظ مستيقظ فقد وجب القطع، لأن المكان محرز بالحافظ المنتبه، وإذا كان الحافظ نائماً أو غائباً فترة السرقة لم يجب القطع، لأن المكان بات غير محرز.
- ولو سرق في بيت في غير العمران، كما لو كان في البر أو الصحراء أو سرق من البساتين فإنه ينظر كذلك، إذا لم يكن في البيت أو البستان حافظ لم تقطع يده، سواء كان ذلك مغلقاً أو مفتوحاً، لأن المال لا يكون محرزاً في مثل هذه الأمكنة من غير حافظ مستيقظ وإن كان الحافظ نائماً وكان المكان مغلقاً، وجب القطع أيضاً للإحرز أما إذا كان نائماً والمكان مفتوح لم يقطع، لأنه بات غير محرز ، وأما إذا لم يكن فيها حافظ البتة فليست حرزاً بحال³.
- لو سرق من السوق وكان في السوق حارس قطع، لأن المسروق بوجود الحارس بات محرزاً وإذا لم يكن في السوق حارس (حافظ) لا يجب القطع لأم المسروق والحالة هذه غير محرز.

ج - انتفاء الشبهات :

ومن الشبهات التي تدرأ الحد على الجناة :

- لو أصابت الناس مجاعة فاجتاحتهم حالة من المسغبة المضنية التي تلين فيها العزائم وتسترخي معها الهمم حتى تجنح أنفس كثيرة للسرقة ويعزز ذلك بقوله تعالى " فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم " ⁴ والآية تعني أن من دعته ضرورة من الجوع أو غيره إلى أكل الميتة وسائر المحرمات فإن الله غافر له ذلك ولا إثم عليه فيه ⁵.

¹ - أمير عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 352

² - مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص 140 ، والأحكام السلطانية ، مرجع سابق ، ص 226 ، وانظر : أمير عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 352

³ - ابن الهمام، المهذب، مرجع سابق، (278/2) ، والكافي، مرجع سابق، (183/3)، والبدائع (73/7، 74) ، نقلا عن: أمير عبد العزيز مرجع سابق، ص 356

⁴ - سورة المائدة ، الآية 03

⁵ - تفسير القرطبي (64/6) ، ومختار الصحاح ، ص 290

• لو سرق من بيت مال المسلمين ما يبلغ النصاب، فلا حد عليه ، لأنه واحد من المسلمين وله في هذا البيت حق، فلا جرم أن تكون هذه شبهة تدرأ الحد، فقد أخرج عن البيهقي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : " ليس على من سرق بيت المال قطع " ¹.

ثالثا : قطع الأعدار قبل الجريمة ² مظهر من مظاهر عدالة نظام الحدود :

ولأن من خصائص الشريعة الإسلامية خاصية الرحمة بالعباد، ولأن الرحمة من مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي عموما ونظام الحدود خصوصا، فإن الحديث عن إقامة الحدود لا يستقيم ما لم يقرب بقطع الأعدار قبل الجريمة، وبتوافر جملة من الشروط السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

ونبرز فحوى هذا الكلام في عدد من الصور والشواهد التاريخية على رحمة شريعتنا وعدالة أحكامها وضلالة من يطعنون في شرعها عن جهل أو غل .

1- الزنا :

وللمحافظة على الأنساب والأعراض أمر الله الناس بالزواج، وحمل بعض الأئمة الأوامر بالزواج على الوجوب منهم أهل الظاهر فقالوا النكاح واجب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى: " فانكحوا ما طاب لكم من النساء " ³، وهم محجوجون بقوله تعالى : " فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم " ⁴، وقد نقل ابن عبد الرفيق ⁵ توجيه الدليل من الكتاب، قال الفقهاء: في الآية دليل على أن النكاح ليس بواجب لأنه خير بينه وبين ما ليس بواجب بالإجماع، وهو ملك اليمين لأن الواجب ليس فيه تمييز ⁶.

وكذلك بقوله تعالى : " ومن لم يستطع منكم طولا "، إلى قوله تعالى: " وأن تصبروا خير لكم " ⁷.

وقطعا للعلائق غير المشروعة ورغبة في العفة وتحقيقا لوعد الشارع رغب الرسول في الزواج وحث عليه بتيسير أمر المهور في قوله تعالى صلى الله عليه وسلم : " التمس ولو خاتما من حديد " ⁸ لمن أراد الزواج واعتذر بالحاجة وضيق ذات اليد ، وقال في بعض الحالات " زوجتكما بما معك من القرآن " ⁹، وقال صلى الله عليه وسلم : " خير

¹ - البيهقي (282/8) ، والكافي (180/3) .

² - عبد السلام محمد الشريف العالم ، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، منشورات ELGA ، الطبعة الثالثة ، 2002 ، ص 222

³ - سورة النساء ، الآية 3

⁴ - سورة النساء ، الآية السابقة

⁵ - هو أبو اسحاق ابراهيم بن حسن بن عبد الرفيق التونسي من كتبه معين الحكام ، ورد على ابن حزم في اعتراضه على مالك في أحاديث خرجها في الموطأ ، توفي سنة 733 هـ ، ابن مخلوف : شجرة النور الزكية ، الجزء الاول ، طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص 207 ، مشار إليه : عبد السلام محمد الشريف ، مرجع سابق ، ص 225

⁶ - ابن عبد الرفيق ، معين الحكام ، ورقة 2 ، ظهر مخطوط رقم 12343 ، مخطوط بدار الكتب الوطنية ، تونس

⁷ - سورة النساء ، الآية 25

⁸ - أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب النكاح باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح

⁹ - أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب النكاح باب التزويج على القرآن بغير صداق ، صحيح البخاري ، الجزء السابع ، ص 26

الصدّاق أيسره"¹ ، وقال: " ثلاثة حق على الله إعانتهم المجاهد في سبيل الله، والناكح يريد العفاف، والمكاتب الذي يريد الأداء"² إلى غير من الأحاديث الصحيحة الواردة في الترغيب في النكاح والحث عليه مع التنصيص على أن أفضل النكاح أيسره، وهي دعوة صريحة لتمكين المعسر من الزواج، وما نراه اليوم من المغالاة في المهور، والإسراف في حفلات الزواج، والتنافس في الولايم بشكل يتجاوز الحدود المعقولة إنما هو تعسف يمنع الناس عن التنفيذ والإمثلة فقد يعجز الكثير من الشباب عن تغطية نفقات الزواج فيضطرون إما إلى الزواج من مجتمع لا يتفق في أخلاقه وتقاليدته من تعاليم الإسلام، وإما إلى الإعراض عن الزواج والإنصراف عنه، وبالتالي يجنون إلى ارتكاب أمور محرمة تدعو إلى تفسخ الأخلاق وانحلالها، وكلا الأمرين أحلاهما مر إذا - والحالة هذه - فإن الحل يكمن في إصدار تشريع من ولي الأمر يمنع بمقتضاه المغالاة في المهور، والإسراف في حالات الزواج، ومعاقبة المسرفين وذلك اقتداء برسول الله صلى الله عليه وصحابته رضوان الله عليهم أجمعين واحتياطا للمجتمع لئلا تنفشي فيه العزوبة التي ينتج عنها انحراف الأخلاق وشيوع الفساد .

والشارع لا يمنع مبالغة الرجل في إكرام من يريد زواجها، بل هو في الأصل دليل على إعزازه وإكرامه لها، ومقدمة يقدمها كدليل على استعداده وعزمه على ما فيه الخير وبذلك يوثق الميثاق الغليظ ويؤكد ما سيكون بين الزوجين من عشرة بالمعروف إلى أقصى حدوده³ .

وبعد قطع الأعذار يكون الإقدام على الإعتداء على حرمت الناس والإستهانة بقُدسية الأعراس عبثا يوجب الشدة، ويقتضي العقاب والتأديب كأشد ما يكون العقاب والردع حتى ينجو المجتمع من آثامه فكانت عقوبة الرجم في حق الزاني المحصن جزاء وفاقا على اقترافه جريمة الإعتداء على الأعراس وكذلك الجلد والنفي في حق غير المحصن وذلك هو السبيل الوحيد الذي يردع الجناة ويوفر للناس الطهارة والكرامة .

2- السرقة :

الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها قائم على مبدأ العدل والرحمة والحكمة، وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن الحكمة إلى العبث ليست من الشريعة في شيء .

وتأسيسا على ذلك أسقط عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد القطع عن السارق عام الجماعة، وقد سئل الإمام أحمد عن قول عمر هذا أتقول به؟ قال: أي لعمرى لا أقطعه إذا حملته الحاجة، والناس في شدة ومجاعة⁴ .

وقد طبق عمر رضي الله عنه هذا المبدأ في قضائه في مسألة غلمان حاطب وذلك أنهم سرقوا ناقة لرجل من مزينة، وأتى بهم إلى عمر فأقروا على أنفسهم فأمر أن تقطع أيديهم ثم ردهم وقال لعبد الرحمان بن حاطب (سيد الغلمان) أما والله لولا أنني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له

¹ قال ابن حمزة هذا الحديث أخرجه الحاكم والبيهقي عن عقبة بن عامر وقال الحاكم صحيح على شرطهما وأقره الذهبي : ابن حمزة : البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، الجزء الثاني، ص 311 و 312

² - أخرجه النسائي في سننه، كتاب الجهاد، باب الروحة في سبيل الله عز وجل، سنن النسائي بحاشية السيوطي والسندي ، الجزء السادس، ص 15 و 16

³ - عبد السلام محمد الشريف العالم ، مرجع سابق، ص 227

⁴ - ابراهيم بن أحمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، 1378 هـ، المطبعة الهاشمية، دمشق، ص

لقطعت أيديهم، وأيم الله إذا لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك ثم قال : يا مزني بكم أريدت منك ناقتك ؟ قال : بأربعة مائة قال فاذهب فاعطه ثمان مائة¹.

والذي وقع من عمر بالنسبة لغلمه حاطب، عدم إقامة الحد عليهم بسرقتهم ناقة المزني وقوله يومها لولا أنني أعلم أنكم تستخدمونهم وتجيعونهم لأقمت عليهم الحد، ثم قضى على حاطب بضعف ثمن الناقة تعزيرا وتعويضا بصاحبها لأن الجوع هو السبب في تناولهم ما حرم عليهم بسبب تهاونه في شأنهم وإهمالهم وهذا أمر يتحمله من تسبب في إقدامهم على السرقة، وهذا يدل على أن الحد يقام إذا لم يكن هناك ما يدعو إلى السرقة، ويضم إلى ذلك ما كان في عام المجاعة من إسقاط الحد عن السارق، واعتبار الحاجة عذرا في المعصية .

ولهذا ذهب الشيخ علال الفاسي² إلى القول: " مقاصد الشريعة تؤثر على ما هو منصوص عليه عند الإقتضاء، وليس توقيف عمر بن الخطاب عقوبة السارق عام المجاعة مع أنها منصوص عليها في القرآن الكريم إلا لأن قصد الشارع معاقبة السارق، لا الذي تفرض عليه الحاجة أن يظهر بمظهر السرقة، بأنه إذا جاع الناس وكان عند غيرهم ما يزيد من حاجته أصبح من حقهم أن يأخذوه، وأن يقاتلوه عليه³.

ففي قضاء عمر أكثر من دليل على أن الشارع يرحم المضطر، وفيما وراء ذلك ومثله فإن الشارع فرض هذه العقوبة على من يسرق بعد أن سد منافذ الحاجة واستبعد الحرمان، فقبل أن ينهي عن معصية إذا كان من جنسها ما هو حلال مشروع، أعطي أولا ما يحقق الكفاية وذلك بفتح أبواب الخير وتيسيرها للحصول على ما يغني عن الجريمة، وقد وافق مالك وأصحابه عمر في قضائه هذا إذا كان السارق مضطرا إلى السرقة من جوع يصيبه، فإن القطع يسقط إذا سرق على تلك الحال تخصيصا له من العموم الذي دلت عليه الآيات من تحليل الميتة للمضطر⁴.

وكذلك الإمام أحمد كما جاء على لسان ابن القيم فقال: ذهب أحمد إلى موافقة عمر في عدم القطع وتضعيف الثمن، ووافقه الأوزاعي في سقوط الحد في المجاعة⁵ ثم عقب على ذلك بقوله : وهذا محض قياس، ومقتضى من قواعد الشرع⁶.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بنظام التخطيط في المجال الاجتماعي وأرست قواعده منذ عصر بعيد مما يؤكد سمو الشريعة الإسلامية واستقلالها عن القوانين الوضعية الغربية التي لم تعرف نظام التكافل الاجتماعي إلا في زمن قريب جدا .

فالتكافل الاجتماعي حاصل بين المسلمين منذ اللحظة الأولى من قيام الدولة الإسلامية في المدينة حيث استقبل الأنصار إخوانهم المهاجرين بالإيثار والكرم وكانت الغنائم تقسم على المجاهدين بالعدل والقسط، وفرض الشارع

¹ - عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، منشورات المجلس العلمي 1393 هـ، ص 242

² - علال الفاسي من علماء الطبقة الأولى بجامعة القرويين ومن قادة الفكر الإسلامي في المغرب العربي ، من كتبه مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها .

³ - علال الفاسي ، مقاصد الشريعة ، مكتبة الوحدة العربية ، الدار البيضاء ، 1382 هـ ، ص 2

⁴ - ابن فرس ، أحكام القرآن ، الجزء الثاني ، ورقة 170 ، ظهر 5770 ، مشار إليه في : عبد السلام محمد الشريف العالم ، مرجع سابق ، ص 223

⁵ - ابن أبي زيد ، النوادر والزيادات ، الجزء الخامس ، ورقة 75 ، ظهر 5770 ، مشار إليه : محمد عبد السلام محمد الشريف ، مرجع سابق ، ص 223

⁶ - ابن القيم ، أعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ص 11

الزكاة حقا للفقراء وقرنها بالصلاة¹، وأوجب على الأقارب نفقة الفقراء منهم ، وحتم على المخدوم نفقة الخادم، وجعل نفقة الزوجة واجبة على زوجها فرضا واجبا وكذلك نفقة الأب واجبة على الأولاد، وفي الزكاة جعل الفقير هو المتفضل على الغني بقبولها وليس العكس، وألزم الجار بالصدقة على جاره، وندب إلى الصدقات عموما وحث عليها .

وبفضل مبادئ الرحمة هذه التي جعلت المجتمع الإسلامي متعاطفا ومتعاوننا تحققت الكفاية من وجوه متعددة، فإذا انطلق بعد ذلك سارق إلى مال المسلمين وساقه الجشع والطمع إلى ما في أيدي الناس يسرق الأموال، وينقب الدور ويقتحم المأمن، ويخرج المال من حرزه، فإنه اعتداء لا عذر فيه، وقهر ظالم لا مبرر له فإن العقوبة حينئذ ضرورية لإزالة الرعب والخوف فيشيع الأمن الاجتماعي بين الناس، وينتشر الأمن بين عامة أفراد المجتمع .

رابعا: تطبيقات عملية من القضاء السعودي² :

1- تطبيقات حد الزنا³ :

1-1 منطوق الحكم الشرعي :

" ولما بق من الدعوى والإجابة ، وما جاء في دعوى المدعي العام وما حف بها من قرائن ولإقرار المدعى عليها أنها حبلت من الزنا وأنجبت طفلا، وأنها كانت مكرهة في واقعة الزنا وأن الذي فعل بها الفاحشة هدها وغصبها ، ولما قرره العلماء في إقامة حد الزاني المحصن ولعدم توافر شروط إقامة الحد على المدعى عليها لإدعائه الإكراه ولحديث: (ادروا الحدود بالشبهات)، ولأنه لا سوابق للمدعى عليها لذا فقد حكمنا بدرء حد الزاني المحصن عنها وتعزيرها بالسجن أربع سنوات من تاريخ دخولها السجن وجلدها سبعة مائة جلدة مفرقة على أربع عشر فترة متساوية بين كل فترة وأخرى شهر واحد ولا تخرج من السجن إلا بأخذ التعهد على ولي أمرها بالمحافظة عليها ورعايتها، ويعرض الحكم على المدعى عليها قررت قناعتها وصلى الله على محمد.

1-2 التعليق على الحكم :

في هذا الحكم الشرعي يتضح لنا أن ناظر القضية قد حكم بدرء الحد لوجود الشبهة فالمدعى عليها قد اعترفت بالزنا، واعترفت أنها حبلت من الزنا وأنجبت طفلا ، ولكن زناها لم يكن بإرادة منها حسب قولها وإنما اكترت فالزاني غصبها وهدها، وادعاء الإكراه اعتبره القاضي شبهة دارئة للحد لإحتمال أنها قد تكون صادقة بذلك ولعدم وجود بينة سوى إقرارها ولكن مع درء الحد عنها لم تتم تبرئتها ولكن حكم عليها تعزيرا بالسجن والجلد لوجود قرائن تقوي التهمة ضدها ومن تلك القرائن اعترافها بالإختلاء المحرم مع (ع ه) وحملها من الزنا حيث لا زوج لها كما أنها اعترفت بذلك ولكن ادعت الإكراه، وادعائها الإكراه هنا فيه نظر حيث أنه من خلال اعترافها بوجود علاقات مشبوهة يجعلنا نقول ذلك إضافة إلى سكوتها عند الإكراه، وبعده إلى أن أنجبت وقد تم القبض عليها بعد ذلك لخروج شخص أجنبي منها في ساعة متأخرة من الليل، مما يعني رضاها وسوء سلوكها.

¹ - وردت الزكاة مقرونة بالصلاة في القرآن الكريم في إحدى وعشرين موضعا .

² - ابراهيم بن فهد بن ابراهيم الودعان، قواعد وضوابط عقوبات الحدود والتعازير دراسة تأصيلية تطبيقية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية ، 1428 هـ - 2007

³ - انظر الحكم الصادر عن المحكمة الكبرى بالرياض، نوع الجريمة: زنا، التاريخ 1409 هـ/ 3/11، راجع ابراهيم بن فهد بن ابراهيم الودعان ، مرجع سابق.

ونرى كيف أن أصحاب الفضيلة القضاة قد طبقوا قاعدة درء الحدود بالشبهات لوجود شبهة عدم الإرادة ولم ينظروا إلى القرائن الموجودة على أنها دلائل يثبت معها الزنا وإنما نظروا إليها كمقوية للتهمة ضد المدعى عليها وبهذا حكمول عليها بعقوبة تعزيرية تناسب الجريمة المرتكبة من قبل تلك المرأة، ولعل في هذه القضية ما يوضح تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات في حد الزنا.

2- تطبيقات حد السرقة¹ :

1-2 منطوق الحكم الشرعي :

(... وبعد سماع الدعوى والإجابة وحيث أنكر المدعى عليهما ما نسب إليهما من المدعي العام، وحيث قرر المدعي العام أن لا بينة له سوى اعترافهما، وادعيا الإكراه عليه لذا فإنه لم يثبت لدينا ما يوجب إقامة حد السرقة على المدعى عليهما وحكمنا بدرء الحد عنهما وتعزير الأول ... بأن يسجن سنتين اعتبارا من دخوله السجن وبجلده ثلاثمائة جلدة مفرقة على ست فترات كل فترة خمسون جلدة بين كل فترة وأخرى شهرا واحدا، ... وتعزير الثاني بالسجن لمدة سنة واحدة اعتبارا من دخوله السجن وبجلده مائة وخمسين جلدة مفرقة على ثلاث فترات كل فترة خمسون جلدة وبين كل فترة وأخرى مدة شهر، وبتلاوة ما حكمنا به على المدعى عليهما قررا قناعتهما بذلك وقررنا تمييزه كالمتبع وصلى الله عليه وسلم...). وقد جرى الموافقة على هذا الحكم من قبل هيئة التمييز التي تميز القضايا المشتركة.

2-2 التعليق على الحكم :

لو نظرنا إلى هذه القضية لوجدناها تتمثل في اتهام شخص بالسرقة بمساعدة زميل له يقوم بالمراقبة وتهيئة الجو الإجرامي، وقد تم القبض عليهما بعد الإبلاغ عنهما وكانت هناك قرائن تجعل التهمة قوية ومن تلك القرائن معرفة نوع السيارة ورقمها في ساعة متأخرة من الليل في مكان ليس لهم به علاقة وقد أكد هذه التهمة أنه بعد القبض عليهما اعترفا بتلك السرقات وصدق اعترافهما شرعا محددتين المكان والزمان نوع السرقة، ومن هنا توصل التحقيق إلى اعتبارهما مرتكبين لجريمة السرقة، وقد أحيل مع المدعي العام العام إلى المحكمة الكبرى بالرياض للمطالبة بإقامة حد السرقة عليهما لاسيما الأول منهما، ولكن أمام القضاء ينكر المدعى عليهما ما نسب إليهما جملة وتفصيلا، فيسأل القاضي المدعي العام عن بينته التي تدينهما فيذكر أن لديه اعترافهما المصدق شرعا: نعم هذه بينة تثبت بها السرقة ويقام بها الحد، ولكن عند اكتمال شروطها، فالشروط لم تكتمل حيث ادعيا أنهما أكرها على الاعتراف وأنهما اعترفا خوفا من الشرطة، وأمام القاضي فلم يكرهما و إنما خوفا من إعادتهما ثانية إلى الشرطة وإعادة التحقيق والضرب كما يدعيان.

لأنه لم يصدر عن إرادة حرة كما أنهما لم يستمرا عليه فقد رجعا عنه، وادعيا الإكراه وادعاء الإكراه اعتبره ناظر القضية شبهة دائرة للحد، فادعائهما للإكراه قد يكون صحيحا وقد يكون كذبا لأنه لا دليل يؤكد قولهما، وإنما يمكن أن يكون صحيحا خاصة وأنهما ادعيا الإكراه ممن له سلطة ومقدرة على ذلك وهم الشرطة، ولكن ذلك لم يتأكد فهنا صارت الشبهة دائرة للحد، ولكنهما لم يتركا من غير عقاب تعزيري نظرا لوجود بعض القرائن التي تقوي التهمة ضدتهما، فدرء الحد لا يعني الإفلات من العقاب.

1- انظر الحكم الصادر عن المحكمة الكبرى بالرياض، نوع الجريمة: سرقة، التاريخ 1407/6/11، راجع ابراهيم بن فهد بن ابراهيم الودعان، مرجع سابق.

ومثل هذ التطبيقات كثير، تؤكد أن الشبهات التي تثار بشأن حقوق الإنسان والحدود في الإسلام مجرد مزايدات وتطاولات تفتقر للموضوعية والصدق.

خاتمة :

إذا كان القول المأثور " لكل بداية نهاية "، فدراستنا تحيد عن هذا القول لما تحمله من قيم تتجاوز الحدود القانونية والعلمية، إلى الحدود الأخلاقية والأدبية - ولا أقصد هنا أدب الإنسان مع أخيه الإنسان - وإنما الأدب مع الله، مع ما سنه من سنن وفرضه من شرائع وعظمه من شعائر.

فلسنا هنا في حوار جدلي بين فكر وفكر، أو بين مدرسة ومدرسة، أو بين إديولوجية وأخرى إنما قضية تطبيق أحكام الشريعة عموماً والحدود خصوصاً من مستلزمات الإعتقاد الصحيح ومن مسائل الوجوب والتكليف الشرعيين.

وما حاولنا إيضاحه وإيصاله كان من المفترض أن يوجه لغير المسلم ربما لجهله بالحقائق أو تجاهله إذ بنا نجد من أبناء أمتنا من حادوا عن النهج الشرعي القويم وبدل أن يسخروا أقلامهم وأفكارهم في الذود عن قضايانا، سخروها لتمجيد وتبجيل كل ما تأتي به أمواج الغرب من نظم وتشريعات، وليت الأمر توقف هنا، بل راحوا في مقالاتهم وكتبهم وبرامجهم التلفزيونية ينعنون شريعة الحق بالرجعية وعقوبات الحدود بقانون القرون الوسطى وكل من خالفهم بالمتخلفين ذهنياً أو الإرهابيين فكرباً.

وعلى ضوء مراحل مختلفة من دراستنا تبين كيف أن تطبيقات عقوبات الزنا والسرقة أحيطت بشروط وضمانات قانونية وقضائية بالغة الأهمية في تشريعنا الإسلامي، وكيف أن المشرع الإسلامي اعتمد الأساليب الوقائية للجريمة وقطع الأعدار المبررة أو المؤدية لها.

وهذه المخطات وأخرى تعزز أهمية الإلتفات إلى كنوزنا الإسلامية من فقه وفكر وتشريع ، وأهمية أن ترسم شخصيتنا الإسلامية وفق مقومات الهوية الإسلامية، والمقوم الرئيس هو الإحتكام إلى شريعتنا الغراء والإجتهد وفق مبادئها الرحبة وقواعدها الرزينة ومصادرها الأصيلة، هو العمل على جمع وتقنين الأحكام العقابية الشرعية وفق الإنفتاح على كافة المذاهب الفقهية الإسلامية، وبعيدا عن مظاهر التعصب أو الإنحياز لمذهب دون آخر.

وبهذا القدر تم العمل - ولم ينته - بعون من الله عز وجل .

الدعوى الاستعجالية في تحصيل الديون المسنحة للجماعات الترابية بين القانون و الممارسة



طارق الدنداني : باحث في سلك الدكتوراه

- من كلية الحقوق الرباط السويسي -

يهدف القانون بشكل عام إلى حماية حقوق المتقاضين مدعين كانوا أم مدعى عليهم غير أن هذه الحماية لا تتحقق على الوجه الذي يتوخاه هؤلاء بسبب طول الإجراءات وبطئها خاصة في بعض الحالات التي يمكن انتظار الأجل التي ينص عليها القانون، لأن من شأن ذلك تفويت الحقوق على أصحابها وإلحاق أضرار بمصالحهم¹، وهذا ما يدفع إلى اللجوء إلى قضاء سريع للبت في القضايا التي لا تتطلب التأخير وهذا القضاء هو ما يطلق عليه القضاء الاستعجالي.

إن التصريح باختصاص القضاء الاستعجالي باختصاصه في الميدان الجبائي ليس وليد إنشاء المحاكم الإدارية، بل تمت جذوره إلى فترة الحماية الفرنسية على المغرب وأيضاً إلى فترة الاستقلال خاصة في ظل إحداث المجلس الأعلى بمقتضى ظهير 27 شتنبر 1957 وفي ظل قانون م.م سنة 1974.

غير أن أهم ملاحظة على القضاء الاستعجالي خلال هذه الفترة هو قلة الدعاوي التي بث فيها القضاء العادي ولعل هذا يرجع إلى بطء بث القضاء العادي حتى في القضايا ذات الطابع الاستعجالي، فضلاً عن عدم تشجيع المواطنين للمبادرة في مقاضاة الدولة،

وفي ظل إحداث المحاكم الإدارية فإن القضاء الاستعجالي الجبائي، بدأ يعرف طريقه إلى البروز بجانب القضاء الاستعجالي في المجالات الأخرى لا على المستوى الكمي فقط، بل حتى على المستوى النوعي، وما نلاحظ في هذا الميدان هو أن غالبية منازعات متعلقة بالتحصيل تتم في إطار القضاء الاستعجالي، كما أن هذا النوع من القضايا يحتل إلى جانب الدعوى الاستعجالية في ميدان نزع الملكية الحيز الأوفر أمام المحاكم الإدارية².

¹- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية. الطبعة الخامسة أبريل 2009 مطبوعات المعرفة مراكش، ص 81

2 -العربي الكزداح: الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص 361

ونظرا لخضوع الرسوم والضرائب المستحقة للجماعات الترابية إلى قانون 15.97 بمثابة مدونة التحصيل الديون العمومية، فإن نفس القواعد التي تطبق في باقي الدعاوي الاستعجالية تطبق على هذا الصنف من الضرائب والرسوم.

في هذا الإطار سنعالج هذه المقالة في طبيعة الدعوى الاستعجالية في تحصيل الديون العمومية (المطلب الأول) على أساس أن نتطرق إلى في (المطلب الثاني) إلى تطبيقات الدعوى الاستعجالية في تحصيل بعض الرسوم والضرائب المستحقة للجماعات الترابية.

المطلب الأول : طبيعة الدعوى الاستعجالية في تحصيل الديون العمومية :

يعرف قضاء الأمور المستعجلة بأنه : "قضاء يقصد به الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات فصلا مؤقتا لا يمس أصل الحق وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على المتنازعين، وهو فرع متميز ومستقل عن العمل القضائي العادي وعن التنفيذ القضائي. وهو ذو مسطرة مختصرة واستثنائية وسريعة ومصاريف قليلة، يسمح للمدعي برفع دعوى استعجالية أمام قاض يعرف بقاضي الأمور المستعجلة يختص بالبت بصورة مؤقتة ودون المساس بالموضوع في كل نزاع يكتسي صبغة لاستعجال¹.

وبناء على هذا التعريف فإن دعوى الاستعجال تتطلب احترام جملة من القواعد الشكلية، سواء فيما يتعلق بشكليات الدعوى وصفات أطراف (الفقرة الأولى). أما بالنسبة للشروط الموضوعية فقد استقر الاجتهاد القضائي في المغرب على شرطين أساسيان هما الاستعجال وشرط الجدية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : شكليات التقاضي في دعوى إيقاف تنفيذ الدين الضريبي :

إيقاف تنفيذ الدين الضريبي ضمانا استثنائية، سنها المشرع بهدف الحد من الآثار السلبية التي يمكن أن تلحق المدين الممتنع عن الأداء بسبب وجود مانع قانوني أو واقعي يثيره في منازعته أمام قضاء العادي، نظرا للحالة الاستثنائية لهذه الدعوى فالمشرع خصها بطابع استثنائي في الجهة المختصة بالنظر في هذه الدعوى (أولا) ثم أطرها بضرورة احترام شكليات خاصة أخرى (ثانيا)

أولا : اختصاص القضاء الاستعجالي في مادة التحصيل :

إذا كانت طلبات إيقاف إجراءات تحصيل الضريبة، تعتبر إجراءات مؤقتة وغالبا ما يكتنفها الطابع الاستعجالي باعتبار أن الملمزمين بها يكونون مهددين بالتنفيذ على ممتلكاتهم، بل وعلى حريتهم أحيانا لأن القضاء الاستعجالي يكون هو المختص نظرا لما يتوفر فيه من سرعة في البت وتقدير لمواعيد الإجراءات، مما يشكل امتيازاً للمتقاضي الذي يريد الاستفادة من هاته المسطرة².

¹ عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص 101.

² عبد الحميد الحنودي: ، تحصيل الديون العمومية في التشريع والقضاء المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة محمد الخامس ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال- سنة 2006 ، ص 216

باستقراء مجموعة من الأحكام القضائية نجد أن الاختصاص يعود إلى القاضي الاستعجالي وحده دون غيره في هذا النوع من الطلبات¹.

بينما ذهبت محاكم أخرى منها إدارية فاس إلى الحكم بتأجيل تنفيذ الدين الضريبي إلى حين انتهاء المسطرة الإدارية، وإذا كان لهذا الاتجاه القضائي ما يبرره من كون محكمة الموضوع المعروض عليها النزاع في الجوهر لاتخاذ الإجراء المطلوب، حوله وأن الطالب بالتجائه لقضاء الموضوع يكون قد تنازل عن عنصر الاستعجال واليسر في الإجراءات وما يترتب على ذلك من اقتران الحكم الصادر حول الإجراءات بالنفذ المعجل فإنه في المقابل تكون محكمة الموضوع عارفة بموضوع النزاع ومؤهلة أكثر من غيرها من تقييمه واتخاذ الإجراء المناسب حوله².

ولم تؤيد الغرفة الإدارية هذا الحكم واعتبرت أن القضاء الاستعجالي هو المختص باتخاذ كل إجراء وقتي يتعلق بإيقاف تنفيذ الدين الضريبي دون محكمة الموضوع³ ونظرا لأهمية موضوع إيقاف التحصيل فقد دأب عدد من رؤساء المحاكم الإدارية على تولي البث في الطلبات بصفة شخصية، إلا إذا حال عائق، وذلك بالرغم من ما تخوله المادة 38 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية من إمكانية انتداب من ينوب عنه.

يملك رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات صلاحيات البث في قضايا الصعوبة في تنفيذ في مادة تحصيل الديون العمومية، وإذا كانت عمليات التنفيذ المستشكل فيها جارية بدائرة نفوذ محكمته، كما يبقى الاختصاص موكولا له بصفته، الولاية للنظر في عوارض التنفيذ التي يثيرها العون المكلف بذلك أو الأطراف أو اعتبار لكون رئيس المحكمة المشرفة على إجراءات التنفيذ طبقا للفصل 436 من قانون المسطرة المدنية⁴.

وإذا كان الأصل هو اختصاص رئيس المحكمة الإدارية بدعوى إيقاف التنفيذ فإنه وردت عليه استثناءات أوكلت الاختصاص إلى كل من المحكمة التجارية فقد جاء في قرارات الغرفة الإدارية: "أن المحكمة هي المختصة نوعيا بالبث في تقدير مدى لزوم بيع الأصل التجاري من عدمه.." وذلك بإحالة صريحة من قانون تحصيل الديون العمومية⁵.

كما نجد استثناء آخر عهد به إلى رئيس المحكمة الابتدائية فيما يخص النظر في طلبات إيقاف مسطرة الإكراه البدني.

إلا أن موقف القضاء الإداري المغربي، استقر في السنوات الأخيرة على قبول الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل في إطار القضاء الاستعجالي وهو ما أكدته إدارية البيضاء بحيث اعتبرته الوريث الشرعي في هذا

¹ حكم صادر عن المحكمة الإدارية البيضاء بتاريخ 1993/5/31 "وحيث أنه قبل الشروع في تنفيذ الظهير الشريف المؤرخ في 10 فبراير 1993، المحدثه بموجبه محاكم إدارية كان القضاء الاستعجالي هو المختص بالنظر في طلبات إيقاف تنفيذ استخلاص الضرائب موضوعة ضد إدارة الضرائب والحرية العامة للمملكة".

² حكم إدارية فاس بالملف 96/غ/310 بتاريخ 96/11/13 في قضية ميكو ضد وزير المالية، حكم أورده محمد قصري في كتاب المنازعات المتعلقة بربط وتحصيل... مرجع سابق، ص 192

³ محمد قصري، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي مطبعة دار ابي رقرق للطباعة و النشر الرباط الطبعة الثالثة، 2011، ص 193

⁴ مصطفى التراب، القواعد الإجرائية أمام محاكم الاستئناف الإدارية، مجلة المحاكم الإدارية، عدد 2008، ص 52

⁵ قرار عدد 186 المؤرخ في 27 مارس 2003 في الملف رقم 2003/ 1/4/281، مجلة القضاء المجلس الأعلى الإصدار الرقمي دجنبر 2004 العدد 61 ص 149

الاختصاص حكم رقم 8 بتاريخ 31 ماي 1995، وذلك نظرا لطابعه المؤقت ونظرا لما تستدعيه الضرورة الملحة كحل مؤقت للحفاظ على مصالح الإدارة والملمزم المدين، بالضريبة إلى حين البث في جوهر النزاع¹.

ثانيا : ضرورة احترام شكليات دعوى الاستعجالية :

بعد انعقاد الاختصاص للقضاء الاستعجالي في مادة التحصيل هذه الدعوى كباقي الدعاوي الاستعجالية ترتبط بمدى احترامها لقواعد التنافي العامة غير أنها تخاطب إدارة عمومية مما يتطلب منها بعض التمييز وذلك من خلال شكليات التقاضي لطلب إيقاف التحصيل وتحديد أطراف الدعوى.

تم غالبية الطلبات الاستعجالية في إطار منازعات التحصيل التي تستلزم توفر شروط وشكليات خاصة قبل أي طعن قضائي وأهمها ما هو منصوص عليه في أداء الديون، أو تكوين ضمانات تغطيها، قبل أي مطالبة أو دعوى أو كذا ما هو منصوص عليه في المادة 117 و118 من نفس المدونة التي تؤكد على وجب المطالبة قبل المطالبة القضائية².

وفيما يخص كفاية الضمانة فقد أكدها الاجتهاد القضائي المغربي من خلال عدة أحكام حيث جاء في أمر رئيس المحكمة الإدارية بفاس في الملف الاستعجالي 2000/116 " لا يكفي التعبير عن الاستعداد لعرض الضمانة المذكورة لدى القابض المالي للمطالبة بتأجيل أداء الدين العمومي من خلال إرفاق التظلم بصورة شهادة المحافظة على الأملاك العقارية، بل لا بد أن يكون هذا العرض المتعلق بالضمانة حقيقيا وكافيا لتأمين استخلاص الدين العمومي"³.

إضافة إلى هذه الشروط المتعلقة بكفاية الضمانة وضرورة تقديم تظلم إداري نجد شروط أخرى أهمها :

- أن يقدم طلب وقف التنفيذ بموازاة مع دعوى في الموضوع تستهدف المنازعة في أصل الدين المطالب فيه⁴.

بالإضافة إلى شرط آجال خاص لتقديم طلب وقف الأداء في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، يكون الأجل الأقرب إلى القبول هو نفسه أجل تقديم الشكاية التي ينازع الطالب من خلالها في أصل الدين⁵.

وإلى جانب هذه الشروط نجد القواعد العامة في رفع الدعوى منها افتتاح دعوى إيقاف التحصيل بمقال موقع بواسطة محام طبقا للمادة 3 من قانون 41.90 يتضمن جميع البيانات التي يجب توفرها في المقال من أسباب وإجراءات...).

¹- عبد الحميد الحنودي، مرجع سابق، ص 217

²- يونس معاطا: المنازعات في تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول كلية الحقوق سطات، السنة الجامعية 2010/2011، ص 139

³- حكم منشور في كتاب محمد قصري، المنازعات المرتبطة، مرجع سابق، ص 200

⁴- عبد الرحمان أبليللا / رحيم الطور: تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون(15/97) مطبعة الأمنية المكان غير مذكور، طبعة 2000، ص 80

⁵- لحسن فلاح: التدخل القضائي في مجال تحصيل الديون العمومية و الحكامة الجيدة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محدد الخامس - السويسي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السنة الجامعية 2008-2009، ص 40

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لقبول دعوى الاستعجالية:

كان القضاء الاستعجالي الإداري إلى وقت قريب لا يكتفي في دعاوي إيقاف التحصيل أن تكون مطبوعة بعنصر الاستعجال فقط بل كان يشترط على المدعي ضرورة إثبات وضعه الخطر الحال الذي يتهده في ذاته أو في أمواله مع قيام منازعة جدية في أصل الدين الجاري تحصيله، هذا إضافة إلى عنصر آخر كان يقتضي منه إثبات استثنائه الحالة وخروجها عن مألوف المساطر العادية على مستوى تأسيس الدين أو تحصيله.

إلا أن العمل القضائي قلص من هذه الشروط ليحصرها حالياً في شرطين اثنين متلازمين هما شرط الاستعجال والجدية¹ لذلك سنحاول دراسة شرط الاستعجال أولاً ثم نتطرق إلى شرط الجدية ثانياً.

أولاً: تحقق عنصر الاستعجال:

يقصد بعنصر الاستعجال الحالة التي يرى فيها طالب الإيقاف أن مباشرة إجراءات تحصيل الضريبة في مواجهته من شأنها أن تتسبب له أو لمقاولته في أضرار وخيمة يصعب تدارك نتائجها في المستقبل²، فشرط الاستعجال يبقى شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شرط المنازعة الجدية، وعرفه الفقه والقضاء الاستعجالي بأنه الخطر الحقيقي الحدق بلحق المراد التدخل العاجل ودون تأخير لحمايته والمحافظة عليه من الضياع والذي يلزم درؤه عنه بسرعة وفق إجراءات ميسرة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولقصر مواعيدته فالاستعجال هو مناط قيام اختصاص القضاء الاستعجالي بمفهومه الدقيق، أي أنه حالة وقتية تنبع من طبيعة الحق المتنازع عليه ومن ماهية الإجراء الوقي المطلوب المحافظة عليهما³.

لذلك فالمعني بالأمر الذي ينازع في شرعية الضريبة في المرحلة الإدارية أو القضائية له الحق أن يرفع طلباته الرامية إلى إيقاف تنفيذ الدين العمومي المستحق للجماعات الترابية إلى حين البث في جوهر النزاع، لأن من شأن مباشرة استخلاص الرسوم أو الضريبة أن يتسبب له أو لمقاولته... بأضرار وخيمة يصعب استداركها، شريطة أن يدلي بالحجج الكافية التي تؤكد على الوضعية الصعبة، والتي وإن لم يثبت فيها وفق المسطرة الاستعجالية من شأن ذلك أن يعرضها للضياع وعدم إمكانية إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل مباشرة إجراءات التحصيل الجبري للضريبة⁴ أو الرسوم في حقه.

وقد اشترط الاجتهاد القضائي هذا التوجه من خلال عدة أوامر قضائية بحيث جاء في أمر لرئيس إدارية الرباط رقم 51 بتاريخ 5 فبراير 2007 ملف رقم 7/16 حيث تقبل المطالبة بإيقاف تنفيذ الدين العمومي في إطار القواعد العامة للإستعجال حياداً على ضوابط وإجراءات إيقاف الأداء والتنفيذ المنصوص عليهما في النصوص 117 و118 من قانون 15.97 متى توافرت جدية السبب بمفهوم المنازعة في صفة الملزم الخاضع للدين الضريبي أو مسطرة فرضه أو تحصيله الآيلة بحسب الظاهر إلى إلغاء الدين.

¹ علوشي عبد الناصر، إيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس. السنة الجامعية 2009-2010 ص 76

² فاطمة حنان المرابط: المنازعات المتعلقة بتحصيل الدين الضريبي، أمام القضاء الإداري، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، الفوج الخامس، ص 192

³ عبد الرحيم بشكار، إيقاف الدين الضريبي في المنازعات الجبائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008 ص 79

⁴ سلوى الفاسي الفهري، إيقاف التنفيذ في استخلاص الدين الضريبي أمام القضاء المستعجل، مداخلة أشغال الندوة الجهوية العامة، خمسون سنة من العمل القضائي، المنظمة من قبل المجلس الأعلى أيام 10.11 ماي 2007، تحت عنوان المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط 2007 ص 359

وتبقى مهمة تقييم مدى توفر هذا العنصر في طلب إيقاف الدين العمومي من عدمه تبقى مهمة موكولة إلى قاض المستعجلات، الذي يتعين عليه أن يبين العناصر التي شغفت له في الإقرار بقيام وضعية استعجال وخطر داهم يبرر تدخله، واستنباط التعليل الملائم يقتضي من القاضي فحص ظاهر المستندات بحث عرضيا يتلمس به ما يحتمل المستعجلات محكوم بالاطلاع على مقال دعوى الموضع وحججها ليستخلص منها مدى توفر الطلب على عنصري الاستعجال والجدية.

ثانيا : عنصر الجدية في إيقاف التحصيل :

رغم عدم تحديد المشرع المغربي في القواعد العامة للقضاء الاستعجالي المنصوص عليها في الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية على جميع الشروط اللازمة لانعقاد الاختصاص للقضاء الاستعجالي، واكتفائه بالنص على أن رئيس المحكمة الابتدائية يختص بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال وهي نفس المقتضيات التي تمت الإحالة إليها من قبل القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية فإن القضاء عموما، استقر على أنه لقبول الطلبات الرامية إلا بث رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات لا بد من توفر مجموعة من الشروط الضرورية، وهي شرط الجدية وعدم المساس بجوهر النزاع إضافة إلى عنصر الاستعجال مناط إحداث القضاء الاستعجالي.

وقد اعتاد القضاء الاستعجالي للمحاكم الإدارية من أجل إيقاف تنفيذ الدين الضريبي على ضرورة توفر شرط المنازعة الجدية في الضريبة أو الرسم المتنازع بشأنها حتى يستجيب القاضي الاستعجالي لهذه الطلبات، وذلك وفق ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في مجموعة من القرارات الصادرة في هذا المجال¹.

لقد استطاع الاجتهاد القضائي المغربي أن يكرس مجموعة من القواعد في تحديد مفهوم المنازعة الجدية المثارة بسبب طلبات إيقاف التنفيذ، منها أمر لإدارية فاس حيث اعتبرت المنازعة الجدية في مشروعية فرض الضريبة أو إجراءات تحصيلها لا تستوجب تقديم الضمانة المنصوص عليها في الفصل 119 من قانون 15.97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون².

كما يمكن أن تكون المنازعة متعلقة بعدم قانونية فرض الضريبة، أو توقف الملزم على مزاولة النشاط الخاضع للضريب، أو توفر المعنى بالأمر على شروط الإعفاء الكلي أو الجزئي من الضريبة، أو بطلا مسطرة الغرض الضريبي، أو في حالة إثارة التقادم الضريبي...³.

فالمقصود بجدية المنازعة هو أن هناك احتمال كبير للإلغاء الدين الضريبي موضوع المنازعة أو جزء منه موضوع المطالبة بوقف التنفيذ، وذلك من خلال تصفح وإطلاع القاضي الاستعجالي على الاثبات والوسائل المقدمة التي تفيد بوجود المنازعة الجدية⁴.

لكن رغم ذلك يبقى مفهوم جدية المنازعة خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي ولقناعته حسب ما يظهر له من الوسائل المعتمدة في دعوى إيقاف الديون العمومية المستحقة للجماعات الترابية.

¹ قرار 72 صادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 2003/4/24 في الملف الإداري عدد 2001/4/4170

² أمر رقم 2006/1 بتاريخ 2005/1/6 ملف رقم 91 س 2005 حكم غير منشور إدارية فاس.

³ عبد الريحم بشكار، مرجع سابق، ص 89 و90.

⁴ عبد الرحمان أبليللا مداخلة أشغال الندوة الجهوية العامة، خمسون سنة من العمل القضائي، المنظمة من قبل المجلس الأعلى أيام 10.11 ماي 2007 تحت عنوان "الأوامر القضائية المتعلقة بوقف التحصيل الجبري"، مطبعة الأمنية، الرباط 2007 ص 447

وللاشارة فالمحاكم الإدارية في حالة غياب عنصر الجدية تشترط تقديم الضمانة الكافية طبقا للنصوص 117-118، وهو ما أكدته إدارية مكناس بتاريخ 2010/9/26 "وحيث أن الطلب والحالة هذه يفترق إلى عنصر الجدية والطالبة لم تقدم الضمانة المشتركة طبقا للمادتين 117 و118 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹.

لكن أغلب القرارات تشترط عنصر الجدية والاستعجال لقبول طلبات إيقاف تحصيل الديون العمومية وهو ما أكدته استئنافية مراكش "حيث أن الاستجابة لطلب إيقاف إجراءات التحصيل رهينة بتوفر عنصري الجدية والاستعجال..."²

بالمقارنة نجد أن القضاء الإداري الفرنسي لا زال يتأرجح، ويتجه إلى تقدير كل حالة بحالة. حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي الاعتماد على عنصري الاستعجال وجدية المنازعة المرتبطة أساسا بقيام شك كبير في مدى مشروعية إجراءات تحصيل الدين³.

وخلاصة القول فالقضاء الإداري المغربي بصفة عامة والاستعجالي بصفة خاصة استطاع أن يؤسس لنفسه مدرسة قضائية متميزة في قضايا إيقاف تحصيل الديون العمومية وذلك عبر مسار تدريجي عمل فيها على دمج كل من عنصري الاستعجال والجدية في قالب منفرد وتميز بالمرونة مع القضايا المعروضة على القاضي الاستعجالي.

المطلب الثاني: تطبيقات الدعوى الاستعجالية في تحصيل بعض الرسوم المستحقة للجماعات الترابية:
إن ولاية المحاكم الإدارية بالطلبات المستعجلة لها أهمية قصوى في دعاوي تحصيل الديون العمومية، ففيها تزداد الحاجة إلى تقدير موقف الإدارة في علاقتها مع الطرف الآخر وذلك من خلال النظر في الدعوى وقبل الفصل فيها⁴.
كما أن هذا نوع من القضايا يحتل كما سبق الذكر الحيز الأوفر إلى جانب منازعات نزع الملكية.

وسنركز في هذا المطلب بدراسة لأهم تطبيقات القضاء الاستعجالي في ميدان تحصيل الديون العمومية وربطها بالرسوم المستحقة للجماعات الترابية.

الفقرة الأولى: الطلبات الرامية لإيقاف تنفيذ إجراءات الحجز.

إن القضاء الاستعجالي الجبائي يعتبر أن المنقولات المحجوزة من لدن إدارة الضرائب أو الخزينة العامة للمملكة هي ضمانة كافية في حد ذاتها للوفاء بالدين تعادل إحدى الضمانات المنصوص عليها في المادة 117 و118 من مدونة التحصيل مادامت هذه المنقولات تغطي أصل الدين وفوائده ومصاريفه⁵.

وقد اعتبرت إدارية فاس أن حجز الأصل التجاري من طرف السيد القابض يقوم مقام الضمانة المشتركة في الفصل 16 من ظهير 1935⁶. وقد دأب الاجتهاد القضائي على تكريس إيقاف التنفيذ حيث جاء في أمر لمحكمة

¹ أمر عدد 1/2009/05 س بتاريخ 26 يناير 2010 ملف استعجالي 2010/175 غير منشور

² أمر محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش رقم 142 ملف رقم 7/2/67 بتاريخ 2008/4/09

³ Décision du conseil d'état du :25avril 2001 Ministre de l'économie des finance l'industriel/S.A.M.L jan fin n°230166 ET 230345 WWW.CONSEILDETAT.FM LE 08 DECEMBRE 2010

⁴ محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 66 مكرر 2010 ص 264

⁵ الحسين سيمو، الإجراءات المتبعة أمام قاضي المستعجلات الإداري، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة "مواضيع الساعة" عدد 9 ص 195

⁶ أمر رقم 7/94 بتاريخ 1994//19 ملف رقم 94/7 س غير منشور

الإدارية بمكناس" حيث إن تنفيذ الجبري من طرف قبضة مكناس المدينة ببيع منقولات المدعية قد يؤدي لا محالة إلى إلحاق أضرار بالغة بهذه الأخيرة يصعب تفاديها مما يدل على قيام عنصر الاستعجال¹.

يعتبر الحجز إجراء من إجراءات المتابعة الجبرية على أموال المدين، وهو إما أن يكون تحفظيا أو تنفيذيا².

فالحجز التحفظي هو إجراء يهدف إلى الحجز على أموال المدين خشية التصرف فيها بالتفويت، مما يلحق الضرر بدائنيه، لذا يتم وضع هذه الأموال بين يدي المحاسب المكلف بالتحصيل إلى أن يتحول لحجز تنفيذي ما لم يؤمر بغير ذلك³. وهنا يظهر الطابع الاحتياطي للحجز الضريبي.

فيما يهدف الحجز التنفيذي إضافة إلى حفظ أموال المدين، إلى بيعها جبرا ليستوفي الدائن حقه من حصيلة البيع، وهكذا، يعتبر الحجز التحفظي الخطوة الأولى في الخصومة الوقائية⁴.

ومن خلال العمل القضائي للغرفة الإدارية بالجلس الأعلى والمحاكم الإدارية يلاحظ التضخم في بخصوص عدد الأوامر المقضية لصالح الملمزمين، من خلال الأمر بإيقاف تنفيذ الديون الضريبية، حيث أقر العمل القضائي بهذا الخصوص مجموعة من القواعد كعدم اشتراط التظلم الإداري، وعدم اشتراط تكوين الضمانة اللازمة لتأمين استيفاء الضرائب المتنازع بشأنها.

وقد ورد في قرار للمحكمة الإدارية بالرباط: "وحيث استقر عمل قاضي المستعجلات بهذه المحكمة على قبول المطالبة بإيقاف إجراءات تنفيذ الدين العمومي كإجراء وقفي إلى غاية البث إداريا أو قضائيا في جوهر النزاع (...). متى توافرت في الطلب حالة الاستعجال بمفهوم الضرر الذي يصعب تدارك نتائجه بعد التنفيذ (...).

وحيث يؤخذ من ظاهر اوراق الملف ومستندات قيام منازعة جديدة من جهة حول انتفاء الواقعة المنشئة للضريبة.

نأمر علينا ابتدائيا حضوريا :

بإيقاف تحصيل الضرائب (...) لغاية البث في جهور النزاع⁵.

كما كرست المحكمة الإدارية بالرباط عبر مجموعة من القرارات، القواعد والضمانات التي تروم حماية الملمزمين بالضريبة، منها الحكم التالي: "حيث يروم الطلب استصدار أمر بإيقاف إجراءات بيع المنقولات المحجوزة والأمر كذلك بإيقاف إجراءات تحصيل.

وحيث استقر العمل القضائي الاستعجالي بهاته المحكمة على قبول المطالبة بإيقاف إجراءات تنفيذ الدين العمومي المنصوص عليها بالقانون 15.97 كإجراء وقفي لغاية البث إداريا أو قضائيا في جوهر النزاع في إطار القواعد للاستعجال المنصوص عليها بالفصل 149 من ق.م.م الحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41.90

¹ أمر رقم 1/2002/56 س ملف رقم 1/2002/47 س بتاريخ 2002/6/18، أمينة الكراري ضد قابض قبضة مكناس، حكم غير منشور.

² أحمد البقال، حجز ورهن وبيع الأصل التجاري بين مدونة التجارة وقانون المسطرة المدنية ومدونة تحصيل الديون العمومية، مجلة القانون المغربي العدد الثاني، 2002، ص 22

³ خالد عبد الغني، مرجع سابق، ص 290.

⁴ عبد الحميد الحمداي، دراسة لبعض مقتضيات مدونة التحصيل، "مداخلة في ندوة" المنازعة القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية، عقدت بمركز الخزينة بالرباط، سنة 2000 ص 31

⁵ أمر صادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط، رقم 57 بتاريخ 2010/01/27 في الملف رقم 09/1/1115 غير منشور.

الحدث بموجبه محاكم إدارية وحيادا على ضوابط وإجراءات إيقاف الأداء والتنفيذ كما هي منصوص عليها بالمادتين 117 و118 من القانون 15.97 متى توافرت في الطلب حالة الاستعجال بمفهوم الضرر الذي يصعب تدارك نتائجه بعد التنفيذ وجدية السبب بمفهوم المنازعة في صفة الملزم كخاضع للدين العمومي أو في مسطرة فرضه أو تحصيله الآيلة حسب الظاهر إلغاء وعاء الدين العمومي أو مسطرة تحصيله.

وحيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف ومستنداته قيام منازعة جدية حول حرق مسطرة تحصيل الدين الضريبي وأن حالة الاستعجال قائمة بالنظر لما يترتب عن بيع المحجوز زمن صعوبة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مما يبقى الطلب حول إيقاف إجراءات بيع المنقولات مع إبقاء على الحجز لغاية البث في جوهر النزاع مؤسسا وبالتالي يتعين الاستجابة إليه¹

وفيما يخص عدم اشتراط تقديم الضمانات من طرف الملزم، صدر أمر عن المحكمة بالرباط،² جاء فيه: "حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإيقاف إجراءات تحصيل الضريبة.

وحيث تواتر الاجتهاد القضائي على الاستجابة لطلبات إيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية متى توفر عنصر الاستعجال وجدية المنازعة في صفة الملزم أو في البطلان الظاهر لمسطرة فرض الضريبة أو تصحيحها أو البطلان الظاهر لمسطرة تحصيلها أو في تقادمها، دونما حاجة للإدلاء بما يفيد تكوين الضمانات.

وأنة أمام الاستعجال المتمثل في التهديد بتحصيل مبالغ ضريبة منازع فيها بشكل جدي، فإن طلب إيقاف إجراءات التحصيل يبقى مؤسسا دونما حاجة لتكوين الضمانات المنصوص عليها في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب.

الفقرة الثانية: إيقاف تنفيذ الإكراه البدني:

حددت مدونة تحصيل الديون العمومية المساطر القانونية لاستخلاص الديون العمومية، مبقية بدورها على مسطرة الإكراه البدني لإجبار المتخلفين والممتنعين عن أداء هاته الديون، عن طريق الزج بهم في السجن إن لم يقوموا بعد إنذارهم بأداء ما بذمتهم من ديون عمومية³.

ولقد تم تنظيم مسطرة الإكراه البدني بمقتضيات المواد 76 إلى 83 من مدونة التحصيل، إلا ما خول للنيابة العامة، بحكم دورها في تنفيذ الإجراءات الزجرية.

وهذا ما يطرح إشكالية تحديد الدور الذي يملكه القاضي الإداري في إيقاف تنفيذ الإكراه البدني، وما زاد هذا الأمر غموضا ما تنص عليه المادة 34 من م.ت.د.ع من إبقاء الإكراه البدني خاضعا للفصول 675 إلى 687 من ق.م.ج.

وقبل مناقشة هذه الإشكالية هناك إشكالية أخرى مرتبطة بها، أثرت أمام القضاء الجبائي، وتتمثل في تحديد طبيعة البث في منازعة الإكراه البدني، هل هو طلب وقتي أم موضوعي؟

¹ أمر صادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط، عدد 199 بتاريخ 2010/04/19 في الملف رقم 2010/1/307 غير منشور. أنظر كذلك الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 615، بتاريخ 2010/07/07، ملف رقم 2010/1/493

² أمر رقم 177، بتاريخ 2010/03/31، ملف رقم 2010/1/74

³ محمد النجاري، مسطرة تطبيق الإكراه البدني لتحصيل الديون العمومية على ضوء مدونة التحصيل الجديدة، م.م.إ.م.ت، العدد 43، مارس- أبريل 2002

وهكذا ذهب جانب من القضاء إلى اعتبار البث في الطلبات الهادفة لإبطال مسطرة الإكراه البدني طلبات موضوعية، ومنها الأمر الصادر عن محكمة وجدة، وما جاء فيه: " لكن حيث أن الطلب الهادف إلى إبطال مسطرة الإكراه البدني هو نفسه موضوع الحق ولا يعتبر إجراءا وقتيا، مما يجعل البث فيه سلبا أو إيجابا من شأنه المساس بجوهر الحق وهو ما يخرج عن اختصاص قاضي المستعجلات.

في حين اعتبرته أحكاما أخرى طلبا يدخل في عداد الطلبات الوقتية الخاضعة لمقتضيات المادة 149 من ق.م.م، وهو ما سار على تأكيده عمل المحاكم الإدارية وكذا الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، غير أن الإشكال الأهم الذي لا يزال يطبع عمل القضاء المغربي، وهو عدم الحسم في مدى السلطة التي يملكها رئيس المحكمة الإدارية للبث في دعوى الإكراه البدني.

وهكذا ذهبت بعض الأوامر إلى اعتبار قاضي المستعجلات الإداري مختص فقط بالنظر في الطلبات الرامية إلى التصريح بإيقاف مسطرة الإكراه البدني التي يحركها القباض التابعون للخزينة العامة، ولا تتعدى صلاحيته على التصدي للمسطرة التي يحركها السيد وكيل الملك بناء على طلب القباض المكلف بالتحصيل أو غيرها، وهذا ما يتضح من الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بمكناس عندما أعلنت عدم اختصاصها ما دامت إجراءات الإكراه البدني قد وصلت مرحلة التنفيذ، وأن المحكمة الابتدائية محل التنفيذ هي المختصة للبث في النزاع طبقا للفصل 683 من ق.م.م،¹ غير أن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بفاس اتخذ عكس هذا الموقف تماما، فقد جاء في إحدى أوامره ما يلي:

"وحيث إن المادة 19 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية تعطي لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضيا لمستعجلات، الأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية، وحيث إن الطلب الحالي تطبيق بشأنه مقتضيات الفصل 468 ق.م.م والذي يجعل الاختصاص للنظر فيه لرئيس المحكمة باعتبار أن المادة السابعة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية تنص على تطبيق مقتضيات المسطرة المدنية أمام المحاكم الإدارية ما لم ينص على خلاف ذلك، وحيث يكون بذلك اختصاصنا للنظر في هذا الطلب منعقدا"².

وإذا كان هذان الحكمان قد اكتفيا فقط بتحديد الاختصاص دون الدخول في التفاصيل فهناك أحكام أخرى لاحقة قد عمدت إلى تأصيل الحجج المدعمة لموقفها سلبا أو إيجابا، ومن ذلك قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، حيث ميز بين إبطال مسطرة الإكراه البدني التي تعد من اختصاص قضاء الموضوع، وبين مسطرة إيقاف تنفيذه الذي اعتبر إجراءا وقتيا يدخل في نطاق اختصاص قاضي المستعجلات الإداري، وما ورد في إحدى قراراتها:

"لكن حيث يتضح من مراجعة أوراق الملف، وكما لاحظت ذلك المحكمة الإدارية في أمرها المطعون فيه أن الأسباب التي اعتمدها المستأنف لطلب إيقاف إجراءات الإكراه البدني الجارية ضده تبدو جدية بسبب أن الإدارة لم تدل بما يفيد توصل المعني بالأمر بالإنذار القانوني الذي تتمسك بأنها وجهته له قبل اللجوء إلى إجراءات الإكراه المذكور، وحيث أن قاضي المستعجلات عندما قضى بإيقاف تنفيذ مسطرة الإكراه المذكور موضوع الطلب قد ركز قضاءه على أساس مادام عنصر الاستعجال متوافرا..."

¹ الأمر الاستعجالي، عدد 2000/64، المحكمة الإدارية بمكناس 2000/4/18، منشور ب م.م.إ.م.ت العدد 36، يناير- فبراير 2001
² الأمر الاستعجالي، عدد 115، المحكمة الإدارية بفاس 2000/7/13، منشور ب م.م.إ.م.ت العدد 36، ص 141، سنة 2001.

وبغض النظر عن الإشكالات المتعلقة بمدى صلاحية قاضي المستعجلات الإداري في توجيه الأمر لنيابة العامة من أجل إطلاق سراح المدين المعتقل، فإن هناك اتجاهًا عامًا يرى أن مقتضيات المادة 683 من ق.م.ج التي تسند الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية فيما يتعلق بالنازعة في صحة إجراءات الإكراه البدني، أصبحت متجاوزة، وتم نسخها ضمناً، بمقتضى القانون رقم 15-97، وأن لا مانع يمنع الملزم من طلب إيقاف إجراءات الإكراه البدني¹.

وهكذا، يظل الموقف المتخذ من قبل المجلس الأعلى أكثر دقة ووضوحاً حين قام بالتمييز بين مسطرة إبطال إجراءات الإكراه البدني، أسند النظر فيها إلى القضاء العادي وبين مسطرة إيقاف تنفيذ الإكراه البدني العائدة إلى القضاء الإداري.

الهوامش :

- عبد الرحمن أبليل / رحيم الطور : تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة لقانون (15/97) مطبوعة الأمنية المكان غير مذكور، الطبعة.

- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية. الطبعة الخامسة أبريل 2009 مطبوعات المعرفة مراكش

- محمد الأعرج : القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 66 مكرر

- سلوى الفاسي الفهري : إيقاف التنفيذ في استخلاص الدين الضريبي أمام القضاء المستعجل، مداخلة أشغال الندوة الجهوية العامة، خمسون سنة من العمل القضائي، المنظمة من قبل المجلس الأعلى أيام 10.11 ماي 2007، تحت عنوان المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبوعة الأمنية، الرباط 2007

- عبد الحميد الحمداني : دراسة لبعض مقتضيات مدونة التحصيل، "مداخلة في ندوة" المنازعة القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية، عقدت بمركز الخزينة بالرباط، سنة 2000

- عبد الحميد الحنودي : تحصيل الديون العمومية في التشريع والقضاء المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - سنة 2006

- عبد الرحيم بشكار: إيقاف الدين الضريبي في المنازعات الجبائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008

- العربي الكزداح : الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004

- علوشي عبد الناصر: إيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس. السنة الجامعية 2009-2010

- فاطمة حنان المرابط: المنازعات المتعلقة بتحصيل الدين الضريبي، أمام القضاء الإداري، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، الفوج الخامس 2006

- مصطفى التراب : القواعد الإجرائية أمام محاكم الاستئناف الإدارية، مجلة المحاكم الإدارية، عدد3 ، 2008
- يونس معاطا : المنازعات في تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول كلية الحقوق سطات، السنة الجامعية 2010/2011
- أحمد البقال: حجز ورهن وبيع الأصل التجاري بين مدونة التجارة وقانون المسطرة المدنية ومدونة تحصيل الديون العمومية، مجلة القانون المغربي العدد الثاني، 2002
- الحسين سيمو : الاجراءات المتبعة أمام قاضي المستعجلات الادراي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة "مواضيع الساعة" عدد 9
- عبد الرحمان أبليللا : مداخلة أشغال الندوة الجهوية العامة، خمسون سنة من العمل القضائي، المنظمة من قبل المجلس الأعلى أيام 10.11 ملي 2007 تحت عنوان "الأوامر القضائية المتعلقة بوقف التحصيل الجبري" ، مطبعة الأمنية، الرباط 2007
- محمد النجاري : مسطرة تطبيق الاكراه البدني لتحصيل الديون العمومية على ضوء مدونة التحصيل الجديدة، م.م.إ.م.ت، العدد 43، مارس - أبريل 2002
- Décision du conseil d'état du :25avril 2001 Ministre de l'économie des finance l'industriel/S.A.M.L jan fin n°230166 ET 230345 WWW.CONSEILDETAT.FM LE 08 DECEMBRE

الاندماج المصرفي ضرورة عصرية لمواجهة آثار العولمة



من إعداد : عبد العزيز خنفوسي أستاذ جامعي أستاذ مساعد قسم أ-

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة، الجزائر

العنوان الإلكتروني : azizkhanfouci@yahoo.fr

مقدمة :

لقد أضحت الاندماج ضرورة لا مفر من إتباعها بعد التغيرات التي طرأت على المجتمع الدولي، فبعد إزالة الحدود والحواجز بين الدول و فتح باب المنافسة للمؤسسات و المشروعات الأجنبية ، لا مجال للحديث عن هذا التدخل من جانب المشرع الوطني، بل على العكس يتعين عليه تحييد تلك السياسة و تشجيع المؤسسات و المشروعات الوطنية على انتهاجها، حتى يمكننا الصمود أمام تلك المؤسسات الأجنبية و المنافسة في الأسواق العالمية⁽¹⁾، فنهج سياسة العولمة يؤدي بلا شك إلى اعتبار المجتمع الدولي سوقا صغيرة و مفتوحة أمام المشروعات على اختلاف جنسياتها و انتمائها، الأمر الذي يعد معه اللجوء إلى التكتلات الاقتصادية و التجارية أمرا لا مفر منه حتى تستطيع الصمود أمام المؤسسات الأجنبية بما لديها من قدرات و إمكانيات مادية تؤهلها من اختراق الأسواق المحلية و المنافسة الضروس فيها، فإذا كان الاندماج بين المشروعات و المؤسسات الوطنية أمرا يخشى منه لما يرمي إليه من تقييد للمنافسة في الأسواق المحلية أو الحد منها، فإن التغيرات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية التي طرأت على المجتمع الدولي و ما صاحبها من فرض للسياسات معينة طالت كل العلاقات تؤدي إلى تفضيل اللجوء إلى الاندماج بين الشركات بصفة عامة و البنوك بصفة خاصة، لما يخلقه من تكتلات قادرة على المنافسة و الاستمرار في تأدية خدماتها لعملائها و النهوض بالاقتصاد القومي .

و من الواضح أن دراسة الاندماج تبرز السمات الملازمة لهذه الفلسفة و ما توفره من وسائل بين يدي المؤسسات الوطنية تؤهلها، ليس فقط للبقاء في الأسواق المحلية، و إنما أيضا لخوض الأسواق العالمية و المنافسة فيها.

⁽¹⁾- يرجع ، حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية و التحالفات التجارية لتفويض حريتي التجارة و المنافسة، دراسة لنظام الأنترنت في النموذج الأمريكي، دار النهضة العربية، د.ت، ص:46 و ما بعدها و محمد سلمان الغريب ، الاحتكار و المنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، 2004 ، ص: 127 و ما بعدها ، و حسين الماحي تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية ، 2003، ص: 56.

ففي ظل الوضع الحالي للنظام العالمي و في إطار سياسة العولمة يعد الاندماج هو الوسيلة الأفضل، لما يؤدي إليه من خلقه لكيانات كبرى قادرة على العمل و المنافسة في ظل هذه المتغيرات الجديدة⁽¹⁾.

فالعولمة و ما ترتبه من آثار و ما تخلفه من نتائج لا تترك مجالاً للكيانات الصغيرة لتقديم خدماتها أو الاستمرار في الأسواق. فالاندماج يعد إذن ضرورة حتمية للبنوك الكبرى و مسألة حياة للكيانات المصرفية الصغيرة⁽²⁾، إذ بدونها لن تستطيع الأولى المنافسة في السوق العالمية أو الصمود في السوق المحلية، و لن تقدر الثانية على الوفاء بمتطلبات العملاء إذا لم تندمج فيها بينها.

و سوف نتعرض في هذا المقال إلى تأهيل الأجهزة المصرفية للمنافسة في الأسواق العالمية كمبحث أول، أما المبحث الثاني فنتناول فيه قدرة الأجهزة المصرفية على إقامة نوع من أنواع التوازن أو ما يسمى بالمركز المتعادل. المبحث الأول: تأهيل الأجهزة المصرفية للمنافسة في الأسواق العالمية.

في ظل سياسة العولمة لا يمكن الحديث عن عدم مشروعية الاندماج. فهذه مسألة لا تثور إلا عندما يقتصر أثر الاندماج على السوق المحلية، ففي هذه الحالة فقط تبدو جدوى الحديث عن النتائج التي يرمي إليها و الهدف من انتهاج تلك السياسة. فغالبية الأنظمة القانونية تعمل على الحد من الاندماج عندما يؤدي أو يرمي إلى منع أو تقييد المنافسة بين الشركات و المؤسسات الوطنية أو في السوق بصفة عامة، أو عندما يحتمل معه تكوين مركز احتكاري في سلعة أو خدمة معينة أو في نطاق السوق الجغرافية⁽²⁾. أما بعد هذه المتغيرات و تلك المستجدات تبدو مشروعيتها (المطلب الأول)، لما يرمي إليه من تدعيم أو تقوية للمشروع الجديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مشروعية الاندماج المصرفي.

مما لا شك فيه أن العامل الأساسي و المبرر الأول للاتجاه نحو الاندماج هو ما نشأ عن منظمة التجارة العالمية من توسعة مجال وحدة المنافسة، بإعطائها الفرصة للبنوك العالمية بدخول السوق المحلية و عرض خدماتها و إمكانياتها على جمهور المستفيدين و العملاء المحليين، كذلك يعد التحول في الدور الذي تلعبه البنوك في الوقت الحالي، خاصة بعد استخدام وسائل الاتصال الحديثة في أداء الخدمات و إبرام العقود و الصفقات، أحد أهم العوامل التي تدفع إلى هذا الاتجاه و عليه يتعين علينا التصدي لتلك المبررات (الفرع الأول)، فضلاً عن بيان التغير في الدور الذي تقوم به البنوك حالياً في خدمة الاقتصاد القومي و خدمة العملاء و جمهور المودعين (الفرع الثاني).

(1)- يرجع: فاروق العقدة، إدماج البنوك الصغيرة في كيانات أكبر يحقق منفعة للبنك و العملاء و الاقتصاد القومي (<http://www.sis.gov.eg/online>)

(2)- يرجع: خالد سعد زغلول، العولمة و التحديات الاقتصادية و موقف الدول النامية، مجلة حقوق الكويت، السنة السادسة و العشرون، العدد الأول مارس 2002، ص: 65.

Pocheta p : réflexions sur le régime juridique des privatisations, PTDC, 1988,p :369 et s

CARREAU D.& TREUHOLDR. Privatisations, droit boursier, et pratiques des marchés, RSOC ? 1994 ?P.05

(2)- هذا ما ذهب إليه المشرع الأمريكي منذ سنوات طويلة، و انتهجه أيضا المشرع الكويتي و الأوروبي، بل إن غالبية الأنظمة الوطنية قد اتبعت تلك السياسة و انتهجت هذه الفلسفة (لمزيد من التفصيل حول هذه الجزئية يرجع إلى :

Dubois J-P/ l'application des règles d concurrence en ce qui concerne ma concentration économique aux Etats-Unis, RTDC, 1970, p :45 et s.

و يرجع كذلك: حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص: 08 و ما بعدها و حسني المصري، اندماج الشركات، و انقسامها، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري، القاهرة، 1986، ص 10.

الفرع الأول: مبررات الاندماج المصرفي :

لا شك أن هناك مبررات عديدة تستدعي اللجوء إلى سياسة الاندماج، يندرج البعض منها تحت ما يسمى بمزايا الاندماج، و البعض الآخر تقتضيه تلك الفرصة التي منحها منظمة التجارة العالمية للكيانات المصرفية الأجنبية بعرض خدماتها في الأسواق المحلية.

البند الأول : مزايا الاندماج المصرفي :

يحقق الاندماج المصرفي العديد من المزايا⁽¹⁾، يبرز بينها :

- (1)- إقامة الفرصة أمام المشروعات المندجة لتحقيق أرباح أفضل ، نظرا لما يحققه من استخدام أمثل لأدوات العمل إذا ما قورن ذلك باستخدامها السابق على عملية الاندماج.
- (2)- إتاحة الفرصة لتكوين أو توفير رأس مال ضخيم يمكن من خلالها الاستمرار في السوق ، بل و غزو أسواق أخرى، كان من الصعب التفكير في غزوها قبل تلك السياسة، و إن كان ذلك يحتاج إلى حسن استخدام رؤوس الأموال تلك، حتى لا نصل إلى مرحلة التضخم بنا ينشأ عنها من عدم مقدرة المشروع على توفير المرونة و الفعالية و سرعة اتخاذ القرارات و اقتناص الفرص .
- (3)- فتح الباب أمام المنافسة المشروعة⁽²⁾، فلا يمكن بأي حال من الأحوال قبول وجهة النظر الفقهية الرامية إلى الإقلال من هذه الظاهرة بدعوى أن الاندماج يضع نهاية للمنافسة بين المشروعات و المؤسسات المندجة، الأمر الذي يؤثر على جودة المنتجات و أسعارها و على حسن أداء الخدمات، نظرا لاحتكار تلك المشروعات و المؤسسات للمجال الذي يحدث فيه الاندماج.
- (4)- زيادة ثقة العملاء في البنك، فالاندماج يزيد بلا شك من تلك الثقة ، نظرا لما يؤدي إليه من إحداث و فورات عالية للكيان الجديد، و خفض لتكلفة الخدمة المصرفية، و بالتالي زيادة القدرة التنافسية مع تلك الكيانات الكبرى القادرة على العمل في ظل هذه التطورات .

(1)- هذا ما أشارت إليه بطريقة مجملية اللجنة الدائمة للتجارة و البنوك الكندية بتقريرها أن اندماج البنوك يعد إستراتيجية تجارية ملائمة، نظرا لما يساهم به من دور في زيادة و إثناء الاقتصاد القومي <http://www.parl.gc.ca>

(2)- يرجع: عدلي محمد توفيق و خالد إبراهيم سيد احمد، التشريعات الاقتصاد و المالية، 2004، ص: 115 إذ يقرر أن الاندماج يساعد البنوك على تكوين " كيانات مصرفية جديدة قادرة على المنافسة بقوة على الساحة المصرفية المحلية و الدولية "

البند الثاني : مواجهة سياسة التحرر العالمية :

يعد الاندماج احد الأساليب أو الوسائل التي يمكن للمؤسسات المصرفية اللجوء إليها لمواجهة ما فرصته سياسة التحرر العالمية و التي أرسستها اتفاقية تحرير تجارة الخدمات المالية⁽¹⁾ من مبادئ و التزامات يتجلى أهمها في النفاذ إلى الأسواق و المعاملة الوطنية المتماثلة.

1- النفاذ إلى الأسواق : " فيما يتعلق بالنفاذ إلى الأسواق من خلال طرق توريد المحددة في المادة الأولى، يقدم كل عضو للخدمات و لموردي الخدمات من أي عضو آخر، معاملة لا تقل رعاية عن تلك المنصوص عليها بموجب الأوضاع و الاشتراطات المتفق عليها و المدرجة في جداول التنازلات الخاصة به " فوفقا لهذه المادة يتعين على كل دولة تطبيقا لهذا المبدأ، تحديد القطاعات التي ينفذ فيها و ما تضعه من قيود أو إجراءات خاصة بها. و لقد حددت اتفاقية تجارة تحرير الخدمات المالية مجموعة من الإجراءات أو القيود التي لا يمكن اعتمادها أو تطبيقها من الدول الأعضاء إذا كانت مدرجة في جداولها.

2- مبدأ المعاملة الوطنية المتماثلة : يعد مبدأ المعاملة المتماثلة من أهم المبادئ التحريرية التي أقرتها الاتفاقية و أكدت عليها و يعني هذا المبدأ عدم التمييز في المعاملة بين الخدمات و موردي الخدمات الأجانب و الخدمات و موردي الخدمات المحليين من حيث شروط التطبيق، فوفقا لهذا المبدأ يتعين على كافة الدول الأعضاء في الاتفاقية إلغاء كافة أشكال و صور التمييز في المعاملة بين الخدمات الأجنبية و الوطنية و منح الأولى المعاملة لا تقل في درجتها عن تلك التي تلقاها الثانية، هذا ما تبينه بوضوح المادة 17 من فقرتها الأولى بتقريرها انه يجب على العضو أن يوفر للخدمات أو لموردي الخدمات من أي عضو آخر فيما يتعلق بجميع الإجراءات المتعلقة بتوريدها، معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي يوفرها لأمثالها أو لموردي الخدمات لديه، و ذلك في القطاعات المدرجة في جداوله و طبقا للشروط و الخدمات المحددة بها.

الفرع الثاني : تغير دور البنوك :

لقد شهد العمل المصرفي تغيرا جذريا، بحيث لم يعد الأمر قاصرا على قيام البنوك بالدور التقليدي و إنما تطور أدائها و امتد عملها إلى مجالات جديدة، فضلا عن التوسع في الأنشطة و الخدمات المقدمة⁽¹⁾. و يعد هذا التغيير ثمرة حقيقية للتغيرات الجذرية في أدوات الاتصال و انتقال الأموال ، بالإضافة إلى ظاهرة التحرر التي طالت كافة العمليات و امتدت إلى معظم القطاعات، و التي على إثرها قامت معظم الدول بإلغاء العديد من القيود و إزالة معظم الحواجز التي كانت تحول دون ممارسة البنوك للكثير من الأنشطة⁽²⁾، و هو ما حدا بهذه الأخيرة إلى القيام ، فضلا عن تقديم

(1) هذا ما أشار إليه التقرير الذي أعده مكتب العمل الدولي، إذ جاء به أن :

Comme dans de nombreux autres secteurs économiques, les fusions et acquisitions dans le secteur des services bancaires et financiers sont a la fois un moteur et une conséquence de la mondialisation, surtout après la ratification en décembre 1997 l'accord sur le libre-échange des services financiers, sous les auspices de l'organisation mondiale du commerce(<http://www.ilo.org/public/french/dialogue,p:-10>)

(2) - يرجع : السيد أحمد عبد الخالق، البنوك و التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق - جامعة المنصورة- العدد الخامس و العشرون، أكتوبر

1999 ، ص:04.

(2) - يرجع : رشدي صالح عبد الفتاح صالح، تأثير العولمة على المصارف و البنوك في مصر، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة المنصورة (التأثيرات القانونية

الاقتصادية و السياسية للعولمة على مصر و العالم العربي، القاهرة، 26-27 مارس 2002، ص: 3

الخدمات و الأنشطة المصرفية، بتمويل الاستثمارات الصناعية طويلة الأجل و إنشاء المشروعات الإنتاجية و تقديم ما يلزمها من تمويل.

و هكذا يتضح أن تغير دور البنوك يأتي إما من التوسع التدريجي في الأنشطة التي تقوم بها، أو من خلال التطرق إلى مجالات جديدة لم تكن تباشر من قبل.

البند الأول: التوسع التدريجي في الأنشطة القائمة:

لقد ساعدت عوامل كثيرة على قيام البنوك بتحديث الإطار التقليدي لوظائفها، بهدف الاستفادة من التكنولوجيا المستحدثة، و عليه لم يعد الدور مقتصرًا على الخدمات التقليدية و التي تتفق مع الشكل الذي تتخذه، و إنما امتد ليشمل الاستفادة من الوسائل المستحدثة، كالتوسع في أنشطة الأوراق المالية أو التأمين فلقد اتجهت البنوك إلى الاستفادة الكاملة من التكنولوجيا الجديدة و ما تلعبه من دور كبير في تخفيض تكلفة تخزين المعلومات و الوصول إلى قرارات تمويلية دقيقة، فمن خلال التكنولوجيا أمكن للقائمين على إدارة البنوك القيام بتقديم المعلومات المالية و ابتكار وسائل تقديمها و الحصول في مقابل ذلك على موارد هائلة، فلم تعد البنوك تعتمد الآن على الفائدة في تشكيل مواردها و إنما تتسابق في الاعتماد على الموارد المتحصلة من خدمة المعلومات المالية.

البند الثاني: التطرق إلى مجالات جديدة:

لقد ساعد انخفاض العائد المتحصل من قيام البنوك بالأنشطة المصرفية التقليدية على اتجاهها إلى خوض مجالات جديدة، كانت من قبل قاصرة على أنواع معينة منها، كالقيام بالأنشطة الاستثمارية فمع الارتفاع الحاد في معدلات التضخم و أسعار الفائدة و أسعار الصرف و أيضا تعاضم حدة المنافسة العالمية في أنشطة الأوراق المالية كان من الضروري تطرق البنوك إلى مزاولة مختلف الأنشطة التجارية و الاستثمارية.

فلم تعد خدمات البنوك قاصرة على الأنشطة التقليدية كقبول الودائع و منح الائتمان و التأجير التمويلي و إنما تشمل بالإضافة إلى ذلك الخدمات الاستثمارية⁽¹⁾. و هكذا تجاوز نشاط البنوك في الوقت الراهن تلك الخدمات المصرفية التقليدية و اتجه الفكر إلى العمل على توسعة المجالات التي تمتد إليها أنشطتها فوجد ما يسمى بالبنك الشامل universal bank أو السوبر ماركت المالي و التجاري⁽²⁾. و ذلك بعد التحول من الوساطة المالية إلى الوساطة التجارية من خلال تأسيس مواقع لعرض منتجات البائعين يزورها المشترين و تقديم خدمة حماية العملاء ضد مخاطر المعاملات الالكترونية فضلا عن مساعدة الشركات الصغيرة و الحرفيين في تأسيس مواقع توفر خدمة عرض الفواتير الالكترونية و تحصيلها.

(1) يرجع: - هناء محمد سعيد كرارة، النظام الاقتصادي الجديد و العولمة، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لحقوق المنصورة (التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية للعولمة على مصر و العالم العربي) القاهرة 26-27 مارس 2002، ص:70

(2) يرجع: صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية للعولمة على القطاع المصرفي في مصر، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لكلية حقوق المنصورة (التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية و العولمة على مصر و العالم العربي، القاهرة 26-27 مارس 2002، ص:70

المطلب الثاني: تدعيم المشروع الجديد:

من المؤكد أن الاندماج يساعد على تدعيم المركز المالي و القانوني للمشروع الجديد على نحو يمكنه من المقدرة على المنافسة و الاستمرار في تقديم الخدمات بعد أن اتسع هذا المجال و زادت حدته. فاللجوء إلى الاندماج يؤكد ما يتمتع به المشروع الجديد من مقدرة على الاستمرار في المنافسة بعد تلك المستجدات التي أطلت بظلالها على هذا المجال لما يمنحه لهذا الأخير من قوة اقتصادية تؤهله لتحسين ما يقدمه من خدمات و ما يوفره لجمهور المودعين و العملاء من أنشطة تساعد على اكتساب ثقتهم و تلي احتياجاتهم.

فيما يحثه الاندماج من تدعيم قوي للهيكلة الجديد يمثل نقطة أساسية لتجاوز المنافسة من المؤسسات المالية غير المصرفية (الفرع الأول) كما يقلل من المخاطر التي تتعرض لها البنوك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجاوز المنافسة من المؤسسات المالية غير المصرفية:

يتميز عالم اليوم بسرعة التغير، فمتغيراته أكثر و أقوى من ثوابته لهذا تزايدت تحدياته و تناقصت فرصهم أمام المؤسسات و المشروعات الوطنية بل و العربية و يأتي في مقدمة هذه التحديات تلك المنافسة التي تشكلها أو تمثل احد عناصرها المؤسسات المالية الغير مصرفية.⁽¹⁾ فوجود هذه الأخيرة لن يؤدي فقط إلى زيادة حدة المنافسة و قلة عدد العملاء، و لكن أيضا سيمثل تهديدا خطيرا للربحية. فعلى الرغم من وجود عوامل تقلل إلى حد ما من دخول منافسين جدد إلى سوق الخدمات المالية كعبء تكوين شبكة علاقات مع العملاء فضلا عن تمييز من سبقه لهذه السوق و تهيئته لنفسه مركزا سوويا معينا فان الضوابط و القيود التي و ضعتها اتفاقية تحرير الخدمات من شأنها تسيير دخول هؤلاء المنافسين و تقديمهم للخدمات التي تقدمها المؤسسات المصرفية خاصة في ظل مبدئي النفاذ إلى الأسواق و المعاملة الوطنية المتماثلة.

الفرع الثاني: تقليل المخاطر التي تتعرض لها البنوك:

لا شك أن الاندماج يساعد إلى حد كبير على تقليل المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات الداخلية فيه . فهذه السياسة أو تلك الأداة تلعب دورا مؤثرا في تعزيز القدرة التنافسية لهذا المؤسسات طالما أنها تمنحها القدرة على التمييز على غيرها من المنافسين فضلا عن قدرتها على جذب أو التأثير على العملاء ، و تلك أمور تمكنها من تقليل المخاطر الناجمة عن المنافسة الدولية فالمقدرة التنافسية التي تخلفها هذه السياسة إذا ما روعيت ضوابطها بعناية، تساعد على نجاح المؤسسات في تأدية دورها و القيام بوظيفتها على أحسن وجه، الأمر الذي يؤدي إلى رضاء العملاء وولائهم من ناحية و زيادة الحصة السوقية للمؤسسة من ناحية أخرى. فمادام أن الاندماج يمنح المؤسسات القدرة على التمييز، فان هذا من شأنه رفع المهارات و القدرات الفنية و التقنية، ليس فقط للقائمين على إدارتها و لكن أيضا للمؤسسة ككل.

(1) يرجع: عدلي محمد توفيق و خالد إبراهيم سيد احمد المرجع السابق، ص: 114

المبحث الثاني: الاندماج المصرفي و علاقته بالاحتكار :

من الطبيعي أن يلازم المتغيرات المتلاحقة في النظام العالمي الاتجاه نحو تركيز المؤسسات أو المشروعات و تحولها من وحدات صغيرة إلى وحدات كبيرة. فعملية التحول تعد أمرا ضروريا لكونها تمثل المحرك الأساسي و المحك الفعال لتحقيق التوازن الاقتصادي و المالي بين المؤسسات الوطنية و نظيراتها الأجنبية.

و لاشك إن الاندماج يعد الوسيلة الأساسية التي يتم من خلالها إقامة هذا التوازن، لما يحدثه من آثار و يسمح به من تكوين أو إقامة للمؤسسات الضخمة⁽¹⁾ و لكن التساؤل الذي يثور يمس في الواقع أكثر من نقطة و يلمس أكثر من موضوع، فهو يتصل بمدى التضحية بإرادة الاستقلال التي يتمتع بها كل كيان وطني، كما انه يتعلق بالمركز المحتكر او المسيطر لهذا يتعين التطرق بالدراسة إلى الاندماج و إرادة الاستقلال (المطلب الأول)، وذلك قبل الخوض في الاندماج و المركز المحتكر أو المسيطر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاندماج المصرفي و إرادة الاستقلال :

كما سبق البيان يعد الاندماج احد وسائل التركيز لما يسمح به للجهات الداخلة فيه من الاستفادة الكاملة من الاستثمارات اللازمة لإعداد المؤسسات التجارية و الاقتصادية و المالية و تحديث للخدمات و خلق لأنواع جديدة، فضلا عن جودة الخدمات القائمة و خفض لتكلفتها و زيادة عائداتها. إلا انه على عكس الشركات القابضة يؤدي أو يقود إلى التضحية بالاستقلال القانوني الذي كانت تتمتع به البنوك أو الشركات المندجة⁽²⁾ الأمر الذي يقتضي التعرض إلى مثل هذه التضحية (الفرع الأول)، قبل التعرف على الشركات القابضة و مدى مساهمتها في تحقيق تلك الأهداف لا سيما في ظل محافظتها على الاستقلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تضحية البنوك المندجة باستقلالها القانوني :

مما لا شك فيه إن الاندماج المصرفي يحقق التركيز للشركات و الجهات الداخلة فيه، لما يحدثهم من تكامل أفقي أو راسي بينها . فهو يحقق التكامل الأفقي عندما يتم بين المؤسسات تقدم خدمات متماثلة أو متشابهة، كالاندماج الذي يحدث بين بنكين من البنوك المتخصصة في فرع أو قطاع محدد من قطاعات النشاط الاقتصادي كبنوك التنمية الصناعية أو بنوك التنمية و الائتمان الزراعي و التعاملي . ففي هذه الحالة يهدف الاندماج إلى تنمية نشاط المؤسسة في فرع التخصص نفسه بزيادة رأس مالها و عمالها دون أي تغيير في نوع النشاط. كما يحقق التكامل الراسي عندما يقع بين بنكين يقومان على أغراض متكاملة، و مثاله الاندماج الذي يتم بين بنكين يقوم أولهما على قبول الودائع و منح الائتمان قصير الأجل كالبنوك التجارية، بينما يقوم الثاني بتبني المشروعات الاستثمارية طويلة الأجل في مختلف القطاعات و تدعيمها ماليا كبنوك الاستثمار.

(1) يرجع إلى :

Ducouloux-favardi.la réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes, D, 1990, p 242

(2) - يرجع: محمد إبراهيم موسى، اندماج البنوك و مواجهة آثار العولمة، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص: 136

الفرع الثاني: الشركات القابضة و المحافظة على الاستقلال القانوني :

إزاء الشكوك العديدة و ما تلاقيه المؤسسات و المشروعات من المعارضة الشديدة سواء على المستوى الرسمي أو على مستوى الرأي العام ، فإنها تميل إلى الابتعاد عن سياسة الاندماج و اللجوء إلى وسيلة أخرى تحقق نفس الأهداف التي تصبو إلى تحقيقها هذه الأخيرة دون أدنى مخالفة للقانون و تتمثل هذا الوسيلة في خلق لشركة أو مشروع جديد يقتصر دوره على شراء كمية من الأسهم التي تملكها المشروعات المراد إدماجها، على نحو يسمح له بالسيطرة عليها مع المحافظة في نفس الوقت على استقلالها القانوني ، و تعرف هذه الشركة الجديدة باسم الشركة القابضة⁽¹⁾ holding company فالشركة القابضة هي وسيلة لتجميع عدة مشاريع من خلال تملك نصيب من أسهمها. و هذا ما يبرزه بوضوح نص المادة 227 من قانون كويتي رقم 28 لسنة 1995 ، بتقريره إن: " الشركة القابضة - شركة الهدف منها تملك أسهم شركات مساهمة كويتية أو أجنبية ، كذلك تملك أسهم أو حصص في شركات ذات مسؤولية محدودة كويتية أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات بنوعيتها و إدارتها و إقراضها و كفالتها لدى الغير".

المطلب الثاني: الاندماج و المركز المسيطر :

إذا كانت البنوك تحبذ أو تفضل اللجوء إلى الاندماج المصرفي ، على الرغم مما يقود إليه من التضحية بميزة الاستقلال التي كانت تتمتع بها قبل الإقدام عليه أو اتخاذ هذه الخطوة، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بمدى مساهمة تلك العملية في تكوين مراكز احتكارية أو مسيطرة للجهات الداخلة فيها. في الحقيقة إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي التطرق لمفهوم المركز المحتكر أو المسيطر و للحدود الجغرافية التي يتم فيها تقديم تلك الخدمات للوقوف على مدى مساهمتها في إحداث مثل هذا التكوين من عدمه. فللحكم على الغاية من الاندماج و كونه يهدف إلى تحقيق مركز متعادل مع البنوك و المؤسسات الأجنبية، ينبغي التعرض لمفهوم المركز المسيطر و لحدود السوق التي يتم فيها هذا التكوين.

و لهذا يتعين علينا التعرض لمفهوم المركز المسيطر (الفرع الأول) و لحدود السوق (الفرع الثاني)، قبل التطرق إلى الحكم على تلك الغاية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم المركز المسيطر أو الاحتكاري :

لا شك أن الاندماج، في أي مجال من المجالات، يسمح بقيام ما يسمى بالثكتلات المسيطرة التي قد تؤدي بدورها إلى إعاقة المنافسة المعقولة أو الجادة⁽¹⁾. مع هذا فإنه ليس من الضروري أن يترتب على هذا التكون إحداث مثل تلك الإعاقة، كما أنه لا يمكن دائما حظر إقامة مثل هذه الثكتلات، لما قد تحدثه من آثار هامة و مفيدة. فإن كان الاندماج من شأنه السماح بمثل هذا التكوين، إلا أنه في بعض الأحوال قد يظل مرغوبا فيه و متسقاً مع سياسة السوق.

(1) - CHEMINADE Y : Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTDC, 1970, P :15

(1) - SHELTON R.J : Politique De La Concurrence : VA-T-ON Vers Des Règles Internationales ? RDAI, 1999, N°, PM 457

لهذا فقد اختلفت وجهات النظر التشريعية حول مفهوم المركز المسيطر أو الاحتكاري، وكذلك حول المعيار الذي يركز إليه لتحديد مدى تكون هذا المركز من عدمه، و لكن على الرغم من هذا الاختلاف، فإنه يمكن القول بأن المركز الاحتكاري أو المسيطر يعني مقدرة المؤسسة أو المشروع على التحكم في أسعار السلع أو الخدمات أو في تفادي المنافسة، بصرف النظر من النسب التي يجوزها لإحكام هذه السيطرة.

الفرع الثاني: الاندماج و حدود السوق :

للقوف على مدى تكوين الممارسات أو التحالفات التجارية أو المالية لمراكز احتكارية ينبغي التعرف أو تحديد الرقعة الجغرافية للسوق الذي تمت فيه هذه الممارسات⁽¹⁾ فكلما كانت حدود هذه السوق مترامية الأطراف أو واسعة النطاق، كلما كان الحكم على هذه الممارسات أو تلك التحالفات أمرا ميسورا، إذ يصعب في هذه الحالة القول بتكوينها لمراكز مسيطرة أو احتكارية. على العكس يسهل القول بتكوين هذه المراكز كلما ضاقت أو قلت حدود السوق الذي قامت هذه التكتلات من أجل المنافسة فيها.

و لا شك أن القضاء و أن كان يتمتع بسلطة تقديرية في تعيين حدود هذه السوق، إلا أنه يستند إلى مجموعة من الاعتبارات الموضوعية كمدى امتداد خدمات المؤسسة إلى خارج إقليم الدولة و حجم الخدمات التي تقدمها، هذا فضلا عن أخذه في الاعتبار للمتغيرات المتلاحقة التي تلحق بهذا التحديد و ما قد يؤثر عليه من عوامل .

الفرع الثالث: اندماج البنوك (مركز مسيطر أم مركز متعادل) :

مما لا شك فيه أن كافة القوانين الوطنية، التي وضعت لمحاربة الاحتكار أو تقييد المنافسة، تقرر عدم مشروعية الممارسات أو التحالفات التجارية و المالية التي تقود إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين مركز احتكاري. لهذا يثور التساؤل الآن عن مآل الاندماج و هل يؤدي أو يقود بالفعل إلى مثل هذا التقييد، أم على العكس أنه يهدف إلى إعادة التوازن إلى سوق الخدمات أو السماح بوجود تلك المنافسة على الأقل في سوق الخدمات أو السماح بوجود تلك المنافسة على الأقل في سوق الخدمات المحلية؟ فهل يمكن القول بأن الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية التي يمر بها عالم اليوم من شأنها تغيير النظرة إلى مثل هذه التحالفات المالية بحيث تسمح بالقول بأن مكروه أمس قد أصبح أمرا مرغوبا فيه اليوم؟ و هل يعد الاندماج وفقا لهذه المتغيرات أمرا محمودا طالما أنه يحقق توازن بين المؤسسات المالية المصرفية الوطنية و تلك الأجنبية؟

و بالتالي يصدق القول هنا بأن: "الاندماج إذا كان يستخدم كوسيلة للسيطرة و الاحتكار، فإنه قد يستخدم أيضا كوسيلة لمواجهة السيطرة و الاحتكار، و في الحالة الأخيرة يكون الاندماج رد فعل للاندماج إن صح التعبير".

(1)- هذا ما أكد عليه مكتب حماية المنافسة الكندي في التقرير الذي قدمه إلى le comité sénatorial permanent des banques et du commerce حيث جاء فيه

أن الأسس التي تراعى عند تقرير أو تقييم الاندماج المصرفي هي تلك المتبعة بصفة عامة عند تقييم أي نوع من أنواع الاندماج

إن المتغيرات العالمية و السياسات التحريرية التي لحقت بعالم اليوم قد أثرت بشكل واضح على سوق الخدمات المالية و على السياسات التي تتبعها المؤسسات المالية لمواجهةها، فلقد استدعت هذه المتغيرات اتجاه تلك المؤسسات إلى تغيير السبل التي تتبعها حتى يمكنها التعامل مع المبادئ التي أرسيتها الاتفاقيات الدولية ، و التي كان من شأنها توسيع دائرة المنافسة و زيادة حدتها.

فمع تنامي تلك المتغيرات ظهرت الحاجة إلى إعادة النظر في الآليات التي تستخدم لمواجهةها، إذ كشف الواقع العلمي عن مدى الحاجة إلى إتباع سياسة الاندماج بين البنوك و المؤسسات المالية الوطنية، حتى يمكنها مواجهة البنوك الأجنبية بما تملكه من قدرات و إمكانيات مادية و بشرية، فضلا عما تلعبه تلك السياسة من تقليل للمخاطرة و التغلب على المنافسة التي تشكلها المؤسسات المالية غير المصرفية . مع هذا فلقد أبرزت الدراسة عدم اتخاذ هذه الوسيلة أو الإقدام عليها دون دراسة دقيقة و مراعاة لضوابط أعمالها. فلا بد من تطبيق هذه الضوابط بعناية حتى يمكن أن تؤتي هذه السياسة بفوائدها أو أن تحمي البنوك الوطنية، بل الاقتصاد القومي ثمارها. و هو الأمر الذي يتحقق من خلال إتباع بعض الأسس التي يمكن أن تفيد القائمين على إدارة البنوك الوطنية، و أن تساعد بعض الشيء في استخدام الأسلوب الصحيح عند الإقدام على إتباع هذه السياسة.

- قائمة المراجع -

01- المراجع باللغة العربية :

- السيد أحمد عبد الخالق، البنوك و التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد الخامس و العشرون، أكتوبر 1999.
- حسنى المصري، اندماج الشركات و انقسامها، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري، القاهرة، 1986.
- حسين المحامي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، 2003.
- حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية و التحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة و المنافسة، دراسة لنظام الانتيتريست في النموذج الأمريكي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- خالد سعد زغلول، العولمة و التحديات الاقتصادية و موقف الدول النامية، مجلة حقوق الكويت، السنة السادسة و العشرون، العدد الأول، مارس 2002 .
- رشدي صالح عبد الفتاح صالح، تأثير العولمة على المصارف و البنوك في مصر، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لكلية الحقوق -جامعة المنصورة (التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية للعولمة على مصر و العالم العربي)، القاهرة 26-27 مارس 2002 .
- صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية للعولمة على القطاع المصرفي في مصر، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لكلية حقوق المنصورة (التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية للعولمة على مصر و العالم العربي)، القاهرة 26-27 مارس 2002.
- عدلي محمد توفيق و خالد إبراهيم سيد أحمد، التشريعات الاقتصادية و المالية، 2004 .
- محمد إبراهيم موسى، اندماج البنوك و مواجهة آثار العولمة، دار الجامعة الجديدة، 2008 .
- محمد سلمان الغريب، الاحتكار و المنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، 2004 .

- هناء محمد سعيد كرامة، النظام الاقتصادي الجديد و العولمة ، ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس لحقوق المنصورة (التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية للعولمة على مصر و العالم العربي)، القاهرة 26-27 مارس 2002 .

02 - المراجع الأجنبية :

- CARREAU D. & TREUHOL DR. Privatisations, droit boursier, et pratiques des marchés, r. soc, 1994.
- CHEMINADE Y : Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTDC, 1970.
- DUBOIS J-P : l'application des règles d concurrence en ce qui concerne la concentration économique aux États-Unis, RTDC, 1970.
- DUCOULOUX- FARARD : la réforme française de fusions et l'harmonisation des législations européennes, d, 1990.
- POCHET P : réflexions sur le régime juridique des privatisations, RTDC, 1988.
- SHELTON R.J : politique de la concurrence : va-t-on vers des règles internationales ? , RDAI, 1999, n°4.

03 - مواقع الانترنت :

- <http://www.sis.gov.eg/online>.
- <http://www.ilo.org/public/french/dialogue>.
- <http://www.parl.gc.ca>.

جريمة إصدار شيك بدون رصيد في القانون المقارن



من إعداد : هداية بوعدة ماجستير قانون مقارن

أستاذة مؤقتة بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

عضو بمخبر القانون المقارن Hidayetb@gmail.com

مقدمة :

يعد إصدار شيك بدون رصيد الصورة الأكثر شهرة و الأكثر انتشارا لجرائم الإخلال بمقابل الوفاء في الشيك، لذلك عنيت معظم التشريعات على تجريم هذا الفعل بموجب قوانينها للتجارة أو للعقوبات.¹ وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم الحديثة نوعا ما في قوانين غالبية الدول العربية بشكل خاص، فهي ترجع إلى القانون الفرنسي حيث صدر قانون 6 أوت 1917 والذي عاقب على إعطاء شيك دون رصيد، باعتبارها جريمة مستقلة بذاتها.² بعد ذلك بدأت الدول العربية ومنها الجزائر تنص عليها في قوانينها الداخلية. حيث جرم المشرع الجزائري التعامل بالشيكات التي لا يقابلها رصيد، فقد عاقب الساحب على جريمة إصدار شيك ليس له مقابل وفاء، كما عاقب المستفيد أو المظهر الذي يستلم أو يظهر مثل هذا الشيك كشريك في الجريمة المذكورة والمسحوب عليه الذي يدلي بتصريح مخالف للحقيقة عن مقابل الوفاء الموجود بذمته حيال مصدر الشيك.³

و نشير في هذا الصدد إلى أن قمع الأفعال المتصلة بالشيك في فرنسا، لاسيما منها إصدار شيك بدون رصيد، ظل يتم على أساس جنحة النصب إلى غاية صدور قانون 1917/08/02 حيث استقلت جرائم الشيك بتجريم خاص و أصبحت هذه الجرائم جرائم قائمة بذاتها.⁴ ثم جاء المرسوم المؤرخ في 1935/10/30 لوضع معالم جرائم الشيك كما هي حاليا في القانون الجزائري الذي اقتبسها من التشريع الفرنسي.

1- الملاحظ على المشرع المصري أنه عمد على توحيد جرائم الشيك وإيداعها قانون التجارة دون قانون العقوبات، حيث أن جميع هذه الجرائم تعتمد على التعريف بأحكام

الشيك و دوره كورقة تجارية ذات طبيعة خاصة في التعامل .

2 - محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري : القسم الخاص، دم ج، الجزائر، 2005، ص 154.

3 - الياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، دمج، الجزائر، 2008، ص 417 .

4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 331.

إن دراسة جريمة إصدار شيك بدون رصيد تقتضي منا التعرض إلى أركان هذه الجريمة، ثم إلى العقوبة المقررة لها وللإشتراك فيها، كما لا يمكن لنا أن نهمل موقف المشرع الفرنسي من هذه الجريمة، إذ من المناسب أن نتعرض للتعديل الجندي الذي مس القانون الفرنسي بعد إلغاء جريمة إصدار شيك بدون رصيد و استبدال الجزاءات الجنائية بجزاءات من طبيعة خاصة.

لذلك فقد ارتأيت تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين اثنين بحيث نتعرض في المبحث الأول إلى أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد أما المبحث الثاني فيتعلق بالعقوبة المقررة لجريمة إصدار شيك دون رصيد .

المبحث الأول : أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

إن أكبر مشكل يواجهه المجتمع فيما يخص وسائل الدفع التقليدية، هو مشكل الشيكات بدون رصيد، حيث أصبحت مشكلة اجتماعية بسبب الانتشار الواسع لها. فعلى سبيل المثال سجلت فرنسا 5.8 مليون حالة سنة 1996، أما الجزائر فيبلغ عدد الشيكات غير المسددة حسب تصريحات البنوك خلال الفترة (99-2000) 24 ألف و 911 شيكا، أما الأردن فسجلت 472.6 ألف شيك بدون رصيد أما المملكة السعودية فقد وصل عدد القضايا المتعلقة بالشيكات بدون رصيد إلى 5800 قضية، و بالنسبة للإمارات العربية المتحدة فحسب بنكها المركزي، بلغت قيمة الشيكات بدون رصيد 59 مليار دولار سنة 2002 حيث شهدت ارتفاعا سنويا خلال العشر سنوات الماضية بنسبة 5 في المائة، ناهيك عن تزايد نسبة باقي الجرائم التي ترتكب في حق الشيك.¹

إن المشرع الجزائري يعاقب كل من قام بإصدار شيكات بدون رصيد²، حيث جاء في نص المادة 374 من قانون العقوبات أنه :

" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد :

1- كل من أصدر بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم و قابل للصرف أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك ، أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك أو منع المسحوب عليه من صرفه.

2- كل من قبل أو ظهر شيكا صادرا في الظروف المشار إليها في الفقرة السابقة مع علمه بذلك.

3- كل من أصدر أو قبل أو ظهر شيكا و اشترط عدم صرفه فورا بل جعله كضمان ."

من خلال قراءة هذه المادة ، يتبين لنا أن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تتطلب لقيامها ثلاثة أركان أساسية تتمثل في الركن الشرعي ، وهو العقوبة المسلطة على من اقترف هذه الجريمة، والركن المادي المتمثل في واقعة إصدار شيك و عدم وجود رصيد كاف يقابله، أما الركن الثالث فيتمثل في الركن المعنوي وهو وجود سوء نية عند إصدار الشيك.³

1- لوصيف عمار ، استراتيجيات نظام المدفوعات للقرن 21 ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية 2008-2009 ، ص 65 .

2 - نص المشرع على هذه الجريمة في ق العقوبات ضمن القسم الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان النصب و إصدار شيك بدون رصيد .

3- عبد الرحمن خليفاتي ، الحماية القانونية للمتعامل بالشيك في القانون الجزائري المقارن ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2009 ، ص 91.

و نتعرض فيما يلي إلى كل من الركن المادي و المعنوي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد و ذلك من خلال فرعين اثنين على أن نتطرق للعقوبة المقررة للجريمة في المبحث الثاني .

الفرع الأول : الركن المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد.

يقوم الركن المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد على توافر العناصر التالية :

1- أن يكون الفعل المؤثم واردا على شيك مطابق لحكم القانون التجاري .

2- واقعة إصدار الشيك.

3- انتفاء مقابل وفاء الشيك.

أولا : أن يكون الفعل المؤثم واردا على شيك :

إن حماية القانون مقتصرة على الشيك دون سواه من الأسناد، لذلك فالمرجع يفترض شيكا مستوفيا جميع شروط صحته، سواء في ذلك الشروط الشكلية أو الموضوعية. فالشيك الذي انتفى منه أحد هذه الشروط لا يستحق حماية، بمعنى أنه لا يعاقب على سحبه بدون رصيد¹. فحتى يخضع الصك محل الجريمة إلى الجزاء الجنائي لا بد أن يكون مستوفيا لكافة البيانات الإلزامية السابق لنا ذكرها ضمن الفصل الأول لهذا البحث، بالإضافة إلى كونه مسحوبا على أحد البنوك وعلى نماذج البنك المسحوب عليه. ومرد ذلك هو أن النصوص الجنائية تفسر تفسيرا ضيقا و دقيقا ولا تقبل التوسع في تفسيرها أو القياس عليها. وأساس ذلك أن المشرع قصد حماية هذا الصك، شريطة تضمينه بيانات معينة فقط، حماية للتعامل به دون غيره من الصكوك التي قد تشبهه به.

بناء على ما سبق فانه يفلت من التجريم، الشيكات الخطية أو ما يسمى بالشيكات المكتبية والتي تحرر على غير نماذج البنوك أو الشيكات المسحوبة على غير بنك و لو تضمنت مثل هذه الأوراق جميع البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا .

و الملاحظ من خلال أحكام القضاء الفرنسي، أنها تأخذ بمعيار الظاهر، بمعنى أن السند الذي يحمل جميع مظاهر الشيك متى أصدره الساحب وقبله المستفيد بوصفه شيكا يعتبر شيكا من أجل قيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد، إذا قدم للبنك و تبين بأن لا رصيد له. و ذلك لعدم تمكين الساحب من الإفلات من العقاب مجرد إسقاط بيان إلزامي قد يكون يعلمه الساحب لتحقيق غرض له برد الشيك، الأمر الذي يعود بالضرر على الحامل و يفقده الثقة بالشيك،

كما أن القضاء المصري قد سار على نهج القضاء الفرنسي، حيث أخذ هو الآخر بمعيار الظاهر، إذ عبرت على ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "من المقرر أنه إذا كان مظهر الشيك و صيغته يدلان على أنه مستحق الأداء لدى الإطلاع، و كان الشيك قد استوفى الشكل الذي يتطلبه القانون كي تجري الورقة مجرى النقود فانه يعد شيكا بالمعنى المقصود في المادة 337 عقوبات مصري²".

¹محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، بدون سنة، ص467.
²عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري: الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص526.

غير أن مسألة إغفال البيانات الخاصة بالشيك كتاريخه و محل إنشائه ومكان الوفاء فقدت كثيرا من أهميتها في الوقت الراهن ،و ذلك بسبب تعميم دفاتر الشيكات التي تحتوي على صيغ نموذجية مطبوعة بها كالبيانات ، و بالتالي ما على العميل سوى ملء هذه البيانات و التوقيع¹.

ثانيا : واقعة إصدار الشيك :

إن عنصر إصدار الشيك ، يشكل الفعل المادي أو الركن المادي الأول لقيام الجريمة.و يتمثل في إملاء ورقة مصرفية تتضمن أمرا بالدفع و تكون مشتملة على كافة البيانات الإلزامية السابق لنا توضيحها. و الواقع هو أن عملية إصدار الشيك برصيد أو بدونه لا تعني تحريره من الساحب بخط يده و لا استيفاءه للبيانات السابق ذكرها فقط لا غير ، بل يعني أنه يجب أن يؤدي تحرير ورقة الشيك إلى تخلي صاحبه عن حيازته طوعا و يسلمه إلى المستفيد سواء يدا أو بالواسطة². فالشيك يمر بعدة مراحل ، منذ التفكير في تحريره حتى تقديمه للمسحوب عليه ، ذلك أن الساحب يعد ورقة الصك قبل تحريرها ، ثم يقوم بملء البيانات اللازمة حتى تتوافر صفات الشيك .و حتى تلك اللحظة ،لا يعتبر الساحب قد أصدر شيكا ولا يخرج الأمر عن مرحلة الأعمال التحضيرية للجريمة، والقاعدة أنه لا عقاب عليها³.

بناء على ما سبق ، فيقصد بإصدار الشيك ، إنشاؤه مع طرحه في التداول بتسليمه إلى المستفيد ، بما يفيد تخلي الساحب أو من ينوب عنه عن حيازة الشيك و نقلها إلى المستفيد . و إذا ما أرسل الشيك في البريد ، فالعبرة تكون بوصول الشيك للمستفيد أو نائبه فعلا لأن الرسالة تظل من حيث المبدأ على ملكية صاحبها إلى أن يتسلمها المرسل إليه⁴. والإصدار بذلك يختلف عن مجرد إنشاء الشيك والذي يعني مجرد تحرير الشيك و الاحتفاظ به عند محرره ، لأن مجرد إنشاء شيك وتحريره بدون أن يقابله رصيد لا يعتبر جريمة ، طالما ظل الساحب محتفظا به ، ولم يطلقه للتداول بتسليمه للمستفيد الأول . و هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، بأن المقصود بإصدار شيك هو خروجه من يد صاحبه بصفة قطعية و بطريقة لا رجوع فيها إلى التداول⁵. ومن ثم فان جنحة إصدار شيك بدون رصيد هي جنحة مركبة تتكون من عنصرين هما إنشاء الشيك أي كتابته و تحريره وطرحه في التداول أي تسليمه إلى المستفيد أو الحامل⁶.

غير أن رأيا⁷ ذهب إلى أن المقصود بإصدار الشيك هو تحريره و موافقة المستفيد على ذلك، بحيث يصبح التزاما نهائيا مقيدا للطرفين فلا يلتفت إلى حيازة الصك و لا يهتم تسليمه إلى المستفيد.غير أنه يلاحظ على هذا الرأي عدم اتفاه مع مراد التشريع و حكمة التجريم.ذلك أن المشرع ابتغى حماية الشيك لقيامه بوظيفة النقود،وهذا الأمر لا يتحقق إلا بخروج الشيك من حوزة محرره.لأنه مادام في حوزته يستطيع أن يلغيه أو يتلفه أو يعدمه قيمته بأية وسيلة،و من ثم فلا خشية على المعاملات .أما الاتفاق بين الساحب و المستفيد على تحرير الشيك فانه لا يعدو التزاما متقابلا من جانب الطرفين تنتج عنه التزامات مدنية لا تتدخل فيها القواعد الجنائية. و لا يتغير الحال لو اقتصر الساحب

1 - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 322 .

2 - عيد العزيز سعد ، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة ، دار هومة ، الجزائر ، ط 4 ، 2007 ، ص 48 .

3 - حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في جرائم الشيك ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000، ص 185 .

4 - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 418 .

5 - سميحة القليوبي ، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 444.

6 - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 332 .

7- حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق، ص 185.

على مجرد تحرير الشيك دون تسليمه إلى المستفيد. إذن إصدار الشيك يتحقق بطرحه في التداول وذلك بخروجه من حوزة الساحب و تتحقق بذلك الحكمة من الحماية الجنائية .

ونشير إلى أنه في حالة ما إذا حرر شخص شيكا و لم يكن له مقابل وفاء ثم احتفظ به، أو قدمه للوفاء بنفسه أو بواسطة وكيله الذي ظهر الشيك إليه تظهيرا توكيليا إلى المصرف الذي يوجد حسابه به ، أو خرج من حيازته رغما عنه ، كما في حالة السرقة ، فإن فعله هذا لا ينطبق عليه وصف جريمة إصدار شيك بلا رصيد ، ولا يوقع عليه العقاب الجنائي . لكن الحكم يختلف عن ذلك ، فيما لو حرر شخص شيكا لصالحه و قدمه للوفاء لدى فرع آخر للمصرف الذي يوجد به حسابه ، أو حرره لصالحه ثم ظهره لشخص آخر . ففي هاتين الحالتين ينطبق على فعله وصف جريمة الإصدار وبتعرض للعقوبة المقررة بشأنها¹ .

ثبتت واقعة إصدار الشيك بتواجده في حيازة المستفيد ، حيث أن حيازة المستفيد للشيك قرينة على تسلمه ، غير أنها ليست قرينة قاطعة ، إنما يستطيع الساحب أن يثبت عكسها بكافة طرق الإثبات ، إذ أن سرقة الشيك أو فقدته أو تزويره لا يترتب على أي منها تحقق الركن المادي في الجريمة . و تجدر الإشارة إلى أن إثبات تداول الشيك بالتسليم ، يمكن بكافة طرق الإثبات أمام محكمة الموضوع ، في حالة فقد الشيك أو تلفه² .

ثالثا : انتفاء مقابل الوفاء :

الرصيد أو مقابل الوفاء ، هو دين الساحب المتمثل بمبلغ من النقود في ذمة المسحوب عليه و هو المصرف بالنسبة للشيك . و هذا المبلغ إذا انعدم وقت إصدار الشيك ، يتحقق عندئذ الركن المادي للجريمة . و لا أهمية لوجود الرصيد من الناحية الجنائية وقت إنشاء الشيك فقد يكون الرصيد موجودا في ذلك التاريخ و منعما عندما يضع الساحب الشيك في التداول . ولعل السبب في نص القانون على وجوب وجود الرصيد حين الإصدار ، هو أن لا يلجأ الساحب إلى خداع الناس و التفريط في ثقتهم بالشيك و الذي يعتبر بصورة رئيسية كأداة وفاء تقوم مقام النقود³ .

إن المقصود بانتفاء مقابل الوفاء هو الحالات التي يتعطل فيها أثر الشيك ، والتي لا يستطيع الحامل بسببها أن يحصل على مبلغ الشيك من المسحوب عليه . و يشترط أن تكون أسباب هذا الانتفاء أفعال تتعلق بإرادة الساحب ، كي يقوم الركن المادي للجريمة . أما إذا انتفى المقابل بسبب خارج عن إرادة الساحب ، مثل حالة ما إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب بمقابل الوفاء ثم أفلس بعد إصدار الشيك أو سرقة أمواله، أو أنه امتنع عن الوفاء لارتيابه و شكه في صحة توقيع الساحب ، فإن الركن المادي للجريمة ينتفي و لا تترتب بالتالي أية مسؤولية جزائية بحق الساحب⁴ .

يستفاد مما سبق أن قيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، يتطلب إلى جانب ثبوت عنصر تحرير الشيك ، وإصداره مكتملة بياناته الإلزامية وجوب قيام وتوافر عنصر آخر يتمثل في كون الساحب عند إصداره للشيك لم يكن له لدى المصرف المسحوب عليه قيمة المبلغ الذي تضمنه الشيك ، أو أن المبلغ موجود و لكنه غير كاف للوفاء بقيمة

1 - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 418 .

2 - احمد محمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1980 ، ص 262 .

3 - محمد سامي فوزي ، شرح القانون التجاري الجزائري ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 2004 ، ص 325 .

4 - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 419 .

الشيك ، أو أن المبلغ موجود وكاف للوفاء إلا أنه غير قابل للسحب بسبب الحجز عليه قضائيا أو بسبب إفلاسه أو بسبب قيام الساحب بمنع المسحوب عليه من الوفاء بقيمة الشيك . وعليه فإن العبرة في عدم وجود رصيد مقابل أو في عدم كفايته أو عدم قابلية الرصيد للسحب هي تاريخ إصدار الشيك و تقديمه للوفاء بعد تسليمه للمستفيد . فإذا ثبت للمحكمة أن الشيك لم يكن له رصيد مقابل كاف ، أو لم يكن قابلا للسحب لسبب من الأسباب ، فإن جريمة إصدار شيك دون رصيد تكون قد اشتملت على العنصر الثاني من عناصر تكوينها ، ولا ينفع صاحب الشيك الذي أصدر شيكا بدون رصيد ، و ثبت عند الدفع أنه لا مقابل له أن يقوم بعد تقديمه للسحب بدفع قيمة الشيك إلى المستفيد و إلى المسحوب عليه ، إلا إذا كان الساحب قد أصدر شيكا مع علمه بوجود الرصيد ، وطرأت ظروف لم يكن يتوقعها أدت به إلى إفلاسه أو إلى توقيع حجز تنفيذي على الرصيد بعد إصدار الشيك ، ففي مثل هذه الحال لا يمكن القول بأن الساحب أصدر شيكا بدون رصيد¹ .

و يأخذ عدم وجود الرصيد الكافي أربعة أشكال أو صور و هو ملجأت به المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري . فطبقا للمشرع الجزائري تتحقق جريمة إعطاء شيك بدون رصيد بتحقيق أحد الأفعال المادية الآتية :

أ - عدم وجود رصيد قائم قابل للصرف وكاف .

ب - سحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك .

ج - إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم الدفع .

د - قبول أو تظهير شيك صادر في الظروف المذكورة في الفقرة 2 من المادة 374 مع علمه بذلك.

وهي تقريبا نفس الأفعال المادية المكونة للجريمة عند باقي التشريعات. إلا أن هناك صورة أخرى لعدم وجود الرصيد و التي تكون الفعل المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد ، وهي تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه .

أ - عدم وجود رصيد قائم قابل للصرف و كاف :

لقيام الصورة الأولى من صور التجريم في الشيك يتطلب عند إصدار الشيك ، توافر أحد الأمرين، إما عدم وجود مقابل الوفاء إطلاقا أو عدم كفايته ، بأن كان أقل من المبلغ المحرر به الصك² . إذ أنه يجب أن يتوافر الرصيد القائم و القابل للسحب وقت إصدار الشيك وأن يظل كذلك حتى يقدم الشيك للصرف ويتم الوفاء بقيمته ، وتختلف ذلك الرصيد في أي وقت خلال تلك الفترة يتوافر معه جريمة إصدار شيك بدون رصيد في حق مصدره³ .

بالنسبة لعدم وجود مقابل وفاء قائم و قابل للصرف وقت إصدار الشيك ، فالعبرة تكون بالتاريخ المذكور في الشيك كتاريخ للإصدار. على أنه إذا كان تاريخ الإصدار مذكورا في الشيك على غير الحقيقة ، كقيام الساحب بتأخير

1 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 50 .

2 - حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص 196 .

3 - محمد محمود المصري ، أحكام الشيك مدنيا و جنائيا ، المكتب العربي الحديث ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 470 .

هذا التاريخ ، فالعبرة بتاريخ الإصدار الحقيقي ، لأن الشيك قابل للوفاء فور تقديمه إلى المسحوب عليه و لو تم ذلك قبل التاريخ المذكور فيه ¹ .

إن الساحب لا يلتزم فقط بأن يكون للشيك رصيد كاف وقابل للسحب ، وإنما يلتزم كذلك باستمرار هذا الرصيد الكافي وتلك القابلية للسحب حتى تقديمه إلى المسحوب عليه للوفاء بقيمته حتى و لو لم يكن هذا الرصيد مملوكا للساحب، مادام مقابل الوفاء يمكن التصرف فيه ووجوده محقق ، غير معلق على الشرط . فلا يعتبر الرصيد قائما إذا أرسل الساحب للمسحوب عليه بعض السندات لبيعها قصد تكوين رصيد يكفي لدفع الشيك ، لأن ذلك ليس إلا احتمال بتوفر رصيد ، لا يقوم مقام رصيد فعلي قابل للسحب ² .

وعليه تتم الجريمة إذا لم يكن للساحب رصيد لدى البنك عند إصداره للشيك ، ولو كان المستفيد يعلم أن الساحب ليس لديه رصيد أو أن رصيده ناقص عن القيمة المدونة والمحددة في الشيك . فلا يفلت الساحب من العقاب إذا وفر جزءا من المبلغ المدون على الشيك ، بل ينبغي أن يكون رصيده مساويا لهذا المبلغ . كما لا يفلت من العقاب الساحب الذي يقدم على تكملة الجزء الناقص من الرصيد بعد تقديم الشيك للسحب . وتتم الجريمة أيضا إذا كان الرصيد الموجود في البنك غير قابل للسحب و ذلك بسبب الحجز القضائي أو الإداري أو العسكري على الرصيد ، ويشترط علم الساحب بذلك وإلا انتفت مسؤوليته . كما ينبغي أن يوقع الحجز على الرصيد قبل إقدام الساحب على إصدار الشيك، لأنه إذا كان الرصيد قد حجز عليه بعد إصدار الشيك ، فإن الساحب لا يسأل إطلاقا بسبب انتفاء القصد الجنائي لديه ³ .

ب - سحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك :

تفترض هذه الحالة كفاية الرصيد ووجوده وقابليته للوفاء عند إصدار الشيك ، لكن هذه الكفاية تتخلف عند تقديم الشيك للوفاء بقيمته ، بسبب ما أقدم عليه الساحب من استرداد كل مقابل الوفاء أو بعضه ، بحيث لا يفي الباقي بقيمة الشيك . وبالتالي يترتب على ذلك توقيع العقوبة الجزائية على الساحب ، إذ كان يجب عليه أن يبقى مقابل الوفاء كافيا لأداء قيمة الشيك من لحظة إصداره حتى انقضائه بالتقادم . فللمدين الأصلي لا ينتهي التزامه بفوات ميعاد تقديم الشيك للوفاء ، بل إن ما يترتب على ذلك هو مجرد سقوط حق الحامل بالرجوع على الضمان ، أي أن الساحب إذا ما قام بسحب كل الرصيد أو بعضه من البنك بعد إصداره للشيك ، اعتبر أن الشيك هو بلا مقابل وفاء . و تبرير ذلك هو أن قيمة الشيك أصبحت عند الإصدار ملكا للمستفيد ، مما لا يخول للساحب أن يستردها لأنها خرجت عن ملكيته . كما لا يجوز له أن يؤخر صرفها كذلك ، بل يقع عليه التزام المحافظة عليها حتى انقضاء مدة تقادم الشيك ⁴ . وبالتالي ينبغي أن يبقى الرصيد قائما منذ تاريخ إصدار الشيك بصرف النظر عن تاريخ تقديمه للوفاء ، كما تدفع قيمة الشيك بصرف النظر عن تاريخ تقديمه للوفاء ، بمعنى توافر الرصيد عند إصدار الشيك و بقاؤه حتى يوم تقديمه للصرف للوفاء بقيمته .

هذا ما تبناه القضاء الجزائري ، إذ اعتبرت المحكمة العليا أن تقديم الشيك بعد تاريخ الاستحقاق أي بعد المدة التي يقدم فيها للوفاء المقدرة بـ 20 يوما كافيا لقيام الجريمة . و بناء على ذلك ، تقوم الجريمة حتى إن قدم الشيك

1 - مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق ، الأوراق التجارية و وسائل الدفع الالكترونية الحديثة ، دار الفكر لجامعي، الاسكندرية ، 2005 ، ص 270 .

2 - احمد محمد محرز ، المرجع السابق ، ص 263 .

3 - محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري : القسم الخاص ، د م ج ، الجزائر ، 2005 ، ص 157 .

4 - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 534 .

للمخالصة شهورا بعد تحريره . وقد عللت المحكمة العليا ذلك على أساس أنه بإصدار الشيك تنتقل ملكية الرصيد إلى ذمة المستفيد مما لا يخول الساحب أي حق على هذا الرصيد، وأيضا فسرت ذلك على أساس المادة 503/فق 1 من القانون التجاري الجزائري ، التي مفادها أنه في حالة توافر الرصيد يجب على المسحوب عليه أن يستوفي قيمة الشيك حتى بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديمه¹ .

يكمن الفرق بين حالة استرداد الرصيد و حالة عدم وجوده إطلاقا أو كونه أقل من قيمة الشيك ، في أن استرداد الرصيد كله أو بعضه يفترض أنه وقت إصدار الشيك كان موجودا و لكن هذا الفعل تم في تاريخ لاحق لذلك ، على أن سحب الرصيد يجب أن يكون بمعرفة الساحب لأنه لا جريمة إذا رد المسحوب عليه الرصيد للساحب بغير إخطاره . و لعل العناية بذكر هذه الصورة أو الحالة لأجل منح الشيكات الثقة المطلوبة لسهولة تداولها ، لأنها تلزم الساحب بأن يراعي دوما أن يبقى في حسابه لدى المسحوب عليه مبلغا من النقود يساوي على الأقل قيمة الشيك² .

ج- إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم الدفع :

إن الأهمية التي يعولها الحامل على وجود مقابل وفاء كاف لتغطية قيمة الشيك ، تستند إلى أمله في الحصول على حقه بالوفاء بهدوء وأمان حين تقديم الشيك للمسحوب عليه . لذا فان هذه الأهلية تنتفي فيما إذا تعطل حق الحامل على هذا المقابل بسبب يرجع إلى الساحب كما لو أصدر أمرا للمسحوب عليه يمنعه فيه من أداء قيمة الشيك إلى الحامل³ .

تعرف هذه الحالة بحالة حبس الرصيد و الذي تتحقق به الجريمة . و يقصد بحبس الرصيد كل أمر يصدره الساحب إلى المسحوب عليه بعدم دفع قيمة الشيك ، وذلك في غير الحالات العادية لحبس مقابل الوفاء كطريق المعارضة ، في حالة ضياع الشيك أو إفلاس المستفيد فيه⁴ .

تقع الجريمة بمجرد إصدار الأمر ، فالعبرة ليست بوجود المقابل بل بتمام الوفاء ؛ فان أصدر الساحب أمرا للبنك المسحوب عليه بعدم الوفاء رغم وجود الرصيد ، فان ذلك يتساوى مع عدم قابلية الرصيد للتصرف فيه ، وهو ما تقوم به جريمة إصدار شيك بدون رصيد . وفي هذه الحالة فانه لا يفيد الساحب الاحتجاج بأن أمره للبنك بالامتناع عن الوفاء كان بسبب أن علاقته مع المستفيد قد فسخت أو بطلت ، كالادعاء بفسخ أو بطلان عقد البيع بينهما ، أو الادعاء بأن الشيك قد صدر بناء على خطأ محاسبي بين الساحب و المستفيد ، ذلك أن المشرع أراد حماية الشيك كأداة وفاء تجري مجرى النقود في الحياة العملية . ومع أن المسحوب عليه يمثل لأمر الساحب بعدم الوفاء، فان ذلك يعتبر مخالفا لقواعد الصرف الخاصة بالشيك ، التي تعتبره أداة وفاء تنتقل ملكيته عند الإصدار للمستفيد ، فان كان سليما من الناحية القانونية فلا مبرر للبنك المسحوب عليه في الامتناع عن الوفاء⁵ . فالركن المادي للجريمة إذن يتحقق لا محالة إذا ما أمر الساحب المسحوب عليه بعدم الدفع ، و لو كان الأمر راجعا لأسباب مشروعة دفعت الساحب لإصداره ، إذ لا عبرة بهذه الأسباب ، لأنها تعد من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية الجنائية⁶ .

¹ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 334 .

² - حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص 199 ..

³ - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 421 .

⁴ - احمد محمد محرز ، المرجع السابق ، ص 266 .

⁵ - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 535 .

⁶ - مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق ، المرجع السابق ، ص 281 .

غير أنه يستثنى من ذلك الحالات المقررة قانونا، وهي الحالات التي يجوز فيها المعارضة في وفاة الشيك. فقد أباح المشرع الجزائري، المعارضة في دفع قيمة الشيك في حالتي ضياع الشيك وتفليس حامله وهو ما جاءت به الفق 2 من الم 503 تجاري. إلا أن القضاء الجزائري أضاف حالة السرقة، غير أنه متشدد في قبولها مقارنة مع القضاء المصري. فقد قضت المحكمة العليا، بأنه إذا كان من الجائز المعارضة في دفع قيمة الشيك في حالة السرقة، فإن هذا موقف على تقديم الدليل القاطع على قيام السرقة. كما أضافت في قرار آخر أنه لا يكفي الادعاء بسرقة الشيك لتبرير إصدار أمر المسحوب عليه بعدم الدفع، وإنما يتعين على المدعي تقديم الدليل القانوني القاطع المؤكد للادعاء، والمتمثل أساسا في حكم قضائي نهائي يقضي بالإدانة من أجل السرقة¹.

د - قبول أو تظهير شيك صادر ليس له مقابل وفاء أو كونه غير قابل للصرف مع علمه بذلك :

إذا كان المشرع يعاقب الساحب الذي يصدر شيكا بدون رصيد أو كان رصيده أقل من قيمة الشيك أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك، أو منع المسحوب عليه من صرفه، فإنه يعاقب أيضا المستفيد من الشيك الذي يقبل أو يظهر شيكا صادرا في تلك الظروف مع علمه بذلك.

لقد أشارت إلى هذه الصورة، الفقرة الثانية من المادة 374 من ق العقوبات الجزائرية، كما ظهرت هذه الصورة من التجريم في تشريعات عربية أخرى.

و يستفاد من ذلك تجريم ومعاقبة كل من يقبل أو يظهر شيكا، وهو يعلم أنه صادر في الظروف المشار إليها سابقا. بمعنى أن كل شخص يقبل أو يستلم شيكا لنفسه صادرا عن غيره، أو يظهره وهو يعلم تماما أن هذا الشيك لا يقابله رصيد قائم و قابل للمسحوب فورا، أو أن الرصيد المقابل غير كاف، أو سحبه صاحبه، أو منع المسحوب عليه من صرفه، سيكون كمن قد أصدر شيكا بسوء نية بدون رصيد قائم و قابل للمسحوب، كما يعاقب بنفس العقوبة المقررة لجريمة الشيك بدون رصيد².

يستفيد من هذه الجريمة المستفيد الأول من الشيك الذي يستصدر شيكا من الساحب، وهو يعلم أنه بدون رصيد، سواء كان لتغطية دين قمار أو ربا أو لتغطية حالات الدفع المؤجل لكامل ثمن المبيع أو بعضه أو حالات البيع بالأقساط، وذلك بدلا من تحرير كمبيالات بالأقساط المؤجلة لممارسة ضغط على الساحب إذا حل موعد الشيك المؤجل التاريخ و تخلف الساحب عن توفير مقابل وفائه. ومن ثم يلجأ المستفيد للحصول على تأشيرة البنك لمراجعة الساحب، وبعدها يرفع دعوى جنائية ضد الساحب بجرم إصدار شيك بدون رصيد. وقد يعمد المستفيد الأول الذي ظهر إليه الشيك، وهو يعلم بعدم وجود رصيد له.

كما يلحق بهذه الحالة حيازة المستفيد لشيك لحامله غير قابل للصرف، و برغم هذا العلم يقوم بتسليمه للغير. وعلى ذلك يكون المستفيد قد طرح شيكا للتداول عن طريق تظهيره أو تسليمه إذا كان لحامله، وهو يعلم بأن الشيك لا رصيد له أو أن الرصيد غير كاف للوفاء بقيمته أو يعلم بأن الشيك غير قابل للصرف مما يعرضه للعقوبة الجزائية. كما أنه يعتبر من العدالة معاقبة المظهر بمثل عقوبة الساحب، لاتحاد سلوكهما الجرمي في النتيجة. وان كان الساحب يصدر الشيك ابتداءا بدون رصيد فإن المظهر يظهره في مرحلة تالية لإصداره، مما يترتب عليه نقل ملكية

1 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 335.

2 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 52.

الرصيد إلى مستفيد جديد من الشيك ، كما أن آثار نشاطهما الجرمي واحد من حيث سوء النية ، والقيام بعمليات النصب والاحتيال على الآخرين الذين يتلقون الشيكات منهم¹ .

يتطلب المشرع الجزائري لأجل إثبات جريمة قبول أو تظهير شيك بدون رصيد ، قيام عنصرين أساسيين و يتمثلان في الفعل أو التصرف المادي ، والذي يتحقق بمجرد استلام الشيك من الشخص الذي أصدره ، وبمجرد تقديمه إلى المصرف المالي أو إلى الغير للتداول بشأنه . وأيضا في إثبات علم القابل أو المظهر بظروف الشيك ، من حيث أنه ليس له رصيد كاف أو أنه غير قابل للسحب أو أن ساحبه عاد و سحب قيمته بعد إصداره أو منع المسحوب عليه من صرفه . فبتوافر هذين العنصرين مجتمعين فإنهما سيشكلان جريمة قبول أو تظهير شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب و أن الشخص الذي قبله أو ظهره سيعرض نفسه للعقوبة ذاتها المقررة قانونا لمن يصدر شيكا بدون رصيد² .

غير أنه بالنسبة للمشرع المصري ، فإنه يشترط لانعقاد مسؤولية مظهر الشيك شرطين أساسيين هما أن يكون التظهير بقصد نقل ملكية الحق الثابت بالشيك أو تسليم المظهر لشيك مستحق الدفع لحامله، وأن يكون هذا المظهر علما بعدم وجود رصيد لهذا الشيك³ ، وهو ما أكدته المادة 534 من ق التجارة المصري في فقرتها الثانية. وعليه فإن التظهير التوكيلي لا يوجب عقوبة إصدار شيك بدون رصيد .

تجدر الإشارة إلى أن جريمة تسليم شيك دون أن يكون له مقابل وفاء أدخلت في التشريع الفرنسي المتعلق بالشيك عام 1935 حيث أشارت إليها الم 66 في فقرتها الثانية ، أما جريمة تظهير مثل هذا الشيك فلم تقرر إلا في عام 1976⁴ .

هـ - تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه :

قررت بعض التشريعات توقيع العقوبة على الساحب الذي يتعمد تحرير شيك بصورة من الصور التي تجعل المسحوب عليه يمتنع عن وفاء قيمته ، ومثال ذلك أن يضع على الشيك توقيعاً يختلف عن نموذج توقيعه المودع لدى البنك⁵ .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري ، لم يورد نصا لمثل هذه الصورة سواء في قانون العقوبات أو القانون التجاري على عكس نظائره من المشرعين العرب ، المشرع الأردني والسوري والمصري، والذين قد نصوا عليها صراحة.

يفترض في هذه الحالة ، أن للساحب لدى المسحوب عليه مبلغا من المال معدا للصرف ، ويغطي على الأقل قيمة الشيك ، وأن الساحب قد أصدر على المسحوب عليه شيكا ليصرف من ذلك المبلغ ، وهذا الشيك صحيح قانونا ، إذ يشتمل على كافة البيانات الإلزامية. وقيام الجريمة في مثل هذه الحالة يكون بتعمد الساحب توقيع الشيك بإمضاء يخالف التوقيع المعتمد لدى المسحوب عليه ، أو تحرير الشيك على ورق عادي خلافا لاتفاقه مع البنك ، على

1 - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 537 .

2 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 53 .

3 - سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 473 .

4 - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 425 .

5 - فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 326 .

إصدار الشيك وفق نماذج مطبوعة ، يصدرها البنك لعملائه مما يجعل الرصيد غير قابل للصرف بفعل الساحب نفسه ، وهو بهذا العمل يساوي هذا الفعل مع عدم وجود الرصيد أصلاً أو عدم كفايته ، وهو الأمر الذي تقع به جريمة إصدار شيك بلا رصيد¹ .

لقد أضاف قانون التجارة المصري الجديد ، هذه الصورة كحالة جديدة تلحق بحالة عدم وجود الرصيد، وذلك بالفق (د) من الم 534 من ق التجارة المصري ، وعلى العموم يقصد بها قيام الساحب بتحرير الشيك بطريقة تضمنه بعض الأخطاء ، أو الشطب أو الحشر قاصداً أو متعمداً من ذلك عدم صرفه ، حيث سيمتنع البنك عن ذلك ، لوجود بعض الأخطاء في تحرير الشيك ، كما قد يتعمد الساحب كتابة بيان مخالف للحقيقة و الشطب عليه بصلب الشيك دون التوقيع على الشيك بصورة غير مقروءة أو بصورة مخالفة لتلك المودعة لدى البنك المسحوب عليه مما ينجم عنه امتناع البنك المسحوب عليه عن الوفاء لعدم مطابقة المضاهاة على التوقيع التي يحتفظ بها² .

يشترط لاعتبار هذه الحالة من حالات اعتبار الفعل مكوناً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد، سوء نية الساحب . بمعنى أنه لم يكفي تعمد تحرير الساحب للشيك أو التوقيع عليه على نحو يحول دون صرفه ، بل يشترط سوء نية محرر الشيك ، أي قصد الإضرار بالمستفيد وحرمانه من صرف قيمة الشيك. فالعبرة هنا بتوافر القصد الجنائي لدى الساحب ، فإذا تبين أنه تعمد المغايرة في التوقيع، كان و كأنه أعطى شيكا بلا رصيد. أما إن كان ذلك عن حسن نية لإهمال أو خطأ فمسؤوليته الجنائية تنتفي و إن كان ذلك لا يمنع قيام مسؤوليته المدنية إن توافرت شروطها³.

الفرع الثاني : الركن المعنوي.

جريمة إصدار شيك بلا رصيد من الجرائم العمدية ، تشترط توافر القصد الجنائي العام . أي علم الجاني في لحظة سحبه الشيك أنه لا يوجد رصيد له أو أن الرصيد غير كاف للسحب ، و يجب أن يتوافر بجانب القصد العام سوء النية و قصد الإضرار و الإثراء على حساب الغير. و يتم ذلك متى حرر ساحب الشيك عن علم و إدراك و إرادة حرة بأنه لا يملك الرصيد الكافي لسحبه أو ليس هناك رصيذاً على الإطلاق في تاريخ سحب الشيك ، وهو ما نصت عليه المادة 374 ق ع ج⁴ .

لقد ثار الخلاف حول ما يقصده النص بسوء النية في هذا الشأن ، فهل يقتضي سوء النية أن يتوافر لدى الساحب نية الإضرار بحق الحامل ، أم يكفي مجرد علم الساحب وقت إصدار الشيك بعدم وجود مقابل الوفاء أو عدم كفايته ، أو علمه عند استرداده المقابل بأن الشيك لم يدفع بعد ، أو علمه أيضاً عند إصدار الأمر للمسحوب عليه بمنع الدفع بأنه يترتب على ذلك عدم دفع قيمة الشيك.

غير أن الثابت فقهاً وقضاءً هو تبني المفهوم الثاني ، معنى ذلك أن المقصود بعبارة سوء النية هو مجرد علم الجاني الساحب في لحظة سحبه للشيك بأنه لا يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه لوفاء قيمته ، أو أن المقابل غير كاف لدفع مبلغه⁵ . كما أن الركن المعنوي لجريمة إصدار شيك بلا رصيد يتوافر بمجرد استرداد الساحب للمقابل كله أو

1 - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 537 .

2 - سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 450 .

3 - حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص 57 .

4 - محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 158 .

5 - الياس حداد ، المرجع السابق ، ص 422 .

جزء منه مع علمه بأن الشيك لم يدفع مبلغه ، أو مجرد إخطار الساحب المسحوب عليه بعدم صرف قيمة الشيك مهما كان الباعث على ذلك.

نشير إلى أن التشريع الفرنسي الصادر سنة 1975 ، استلزم لتوافر الركن المعنوي لجريمة شيك بدون مقابل وفاء انصراف إرادة الساحب إلى المساس بحقوق الآخرين. غير أن هذا النص تعرض إلى انتقاد الفقه الفرنسي ، و الذي يرى به تعطيلا كبيرا لإمكانية ملاحقة الجانبيين لصعوبة إقامة الدليل على نيتهم في الإضرار بحقوق الآخرين أي الحامل.¹

يتضح مما سبق أنه يكفي لقيام الركن المعنوي للجريمة قيام القصد الجنائي العام ، الذي يكفي فيه توافر العلم و الإرادة دون القصد الجنائي الخاص الذي ينطوي على نية الإضرار بالمستفيد والتدليس عليه. كما لا أثر للأسباب الشخصية التي حملت الساحب على ارتكاب هذه الجريمة ، كون هذه الأسباب تعد من البواعث الشخصية التي لا تؤثر على قيام المسؤولية الجزائية.² كما لا يشترط لتوقيع العقوبة على الساحب أن يلحق المستفيد ضررا ، لأن فعل الساحب بحد ذاته ينطوي على ضرر محتمل بالحامل، كما ينطوي على ضرر بالائتمان العام مما يرتب إضعاف ثقة الجمهور المتعامل بالشيكات.³

ونشير إلى أن التشريعات والاجتهادات القضائية في كل من فرنسا ، مصر ، سوريا ، لبنان ، والأردن تأخذ بضرورة توافر عنصري العلم و الإرادة في ساحب الشيك لقيام الجريمة ، و من ثم فهناك مجال لدفع الدعوى الجزائية عنه بإثبات حسن نيته بكافة الطرق القانونية . و بالنسبة للمشرع الجزائري ، فإنه لم يحدد أو يفرض طبيعة خاصة لعنصر سوء النية ، و إنما استلزم أن تتوفر لدى مصدر الشيك نية أو قصد الإضرار بحقوق الغير بمجرد تسليم الشيك مع علمه بعدم وجود الرصيد، ومن ثمة فإن عدم قيام القصد الجنائي باعتبار الساحب يعلم عادة بظروف رصيده وحركته لدى البنك المسحوب عليه.⁴

كما أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن تقدير توافر سوء النية مسألة موضوعية يستخلصها القضاة من وقائع الدعوى ، و يكفي الإشارة إلى أن الجاني أصدر شيكا دون التحقق من توفر الرصيد به و رجوع الشيك بدون رصيد لإثبات وجود سوء النية . حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 2001/06/25 ، أنه : " من الثابت قانونا أن المقصود بسوء النية في جريمة إصدار شيك بلا رصيد هو علم الساحب بأن رصيده معدوم أو غير كاف لتغطية قيمة الشيك وقت إصداره وطرحه للتداول . و هذا العلم هو علم مفترض في جانب الساحب ، و بالتالي فإن التدرع بدفع جزء من قيمة الشيك أو حتى دفع قيمته كاملة بعد اكتشاف الجريمة لا يعفي من المسؤولية الجزائية " .⁵

كما أنه قضي بأن الحكم بالبراءة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد بحجة أن سوء النية غير ثابتة في حق المتهم عند إصداره الشيك هو تعليل خاطئ. لأن الأصل في جريمة إصدار شيك بدون رصيد أنها تتحقق متى أعطى الساحب

¹ - Michel Jeantin ,op – cit , p 81 .

² - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 540.

³ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 274.

⁴ - بخوش علي ، سند الشيك وكيفية تطبيق أحكام المادة 374 من ق ع ج ، المجلة القضائية ، دم ج ، الجزائر ، العدد الأول، 2003 ، ص 92.

⁵ - المجلة القضائية ، عدد خاص ، الج الثاني ، 2002 .

شيكا لا يقابله رصيد، و لا عبرة بعد ذلك للأسباب التي دعت إلى جهل مصدر الصك بعدم وجود مقابل وفاء له في تاريخ إصداره، و هو علم مفترض في حقه.¹

يتضح مما سبق، أن الركن المعنوي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد هو مفترض، و بناء على ذلك فلا جدوى من البحث في مدى توافر سوء النية من عدمه، طالما أنه عنصر مفترض في حق الساحب بمجرد إصداره للشيك و هو يعلم بعدم توافر الرصيد الكافي أو كله للوفاء بهذا الشيك.²

غير أن البعض³ يعيب هذا القضاء و ينتقده، باعتبار أن جريمة إصدار شيك بدون رصيد هي جريمة عمدية لا يتحقق سوء النية فيها إلا إذا قام الساحب بفعله الناجم عن علم حقيقي و فعلي. أي أن الجريمة لا تقوم على مجرد الافتراض، بل إنها من الجرائم القلائل التي اشترط فيها المشرع صراحة سوء النية.

و على العموم نرى بأن موقف القضاء الجزائري فقد استقر، تبعا لاجتهادات المحكمة العليا، على أن الركن المعنوي للجريمة لا يتمثل في قصد الأذى و إلحاق الضرر بل يستخلص من انعدام الرصيد أو عدم كفايته.⁴ فرغم تشديد المشرع الجزائري في المادة 374 من قانون العقوبات على أن جريمة الشيك تقتضي سوء نية الساحب، فقد استقر القضاء الجزائري على أن سوء النية، يراد بها القصد الجنائي العام الذي يقوم بمجرد علم الساحب وقت إعطاء الشيك بإرادته بأن ليس له رصيد قائم وكاف وقابل للصرف، بل ذهب إلى حد الربط بين سوء النية و مجرد كون الرصيد غير كاف، أي افتراض سوء النية بمجرد أن يكون رصيد الساحب غير كاف.

كما تجدر الإشارة إلى أن سوء النية في حالة إصدار الشيك من نائب الساحب الاتفاقي أو القانوني يلحق وكيل الساحب إذا كان مفوضا بالتوقيع على الشيكات، و تبين أن لا رصيد لها لدى البنك، لأن وكالته عن صاحب الحساب لا تفيد بأنه هو الذي اقترف الجريمة.⁵ بمعنى أنه إذا كان مصدر الشيك و كيلا عن الساحب فان القصد الجرمي ينسب إلى هذا الوكيل، وهو وحده الذي يتحمل المسؤولية الجزائية، شريطة ألا يكون الموكل قد اشترك معه في إصدار الشيك أو وافقه على ذلك. و كذلك الأمر إذا كان الشيك مسحوبا من قبل ممثل شخص اعتباري، فان عنصر سوء النية لا يفترض نسبه إلا إلى هذا الممثل حيث يتحمل بالتالي العقوبة الجزائية لهذه الجريمة.⁶

المبحث الثاني : العقوبة المقررة للجريمة :

بعد تحقق أركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وثبوت الجريمة في حق المجني عليه، يتوجب توقيع الجزاء الجنائي على مقترف الجريمة وكذلك على كل من اشترك معه فيها.

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث تبين العقوبة المقررة في حق كل من قام بأحد الأفعال المشار إليها سابقا ضمن المبحث الأول، و التي تشكل الركن المادي للجريمة .

¹ - قرار بتاريخ 1998/12/14، المجلة القضائية، عدد 2، 1999، ص 68.

² - بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومو، الجزائر، 2008، ص 231.

³ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 339.

⁴ - قرار بتاريخ 1990/03/20، المجلة القضائية، عدد 1، 1994، ص 261.

⁵ - عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص 542.

⁶ - الياس حداد، المرجع السابق، ص 424.

الفرع الأول : عقوبة الجريمة طبقا للقانون الجزائري :

إن المشرع الجزائري ، و بالرجوع إلى مضمون المادة 374 من ق ع ج، اعتبر إصدار شيك بدون رصيد جنحة معاقبا عليها بعقوبتي الحبس والغرامة المالية . حيث قررت هذه المادة عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة التي لا تقل عن قيمة النقص في الرصيد.

غير أن الملاحظ هو تضارب الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية بشأن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تطبيقا لمقتضيات المادة 374 من ق ع ج . حيث لم يؤخذ بعين الاعتبار معيار التفرقة بين عقوبة الحبس و الطبيعة القانونية للعقوبة المالية. إذ في بعض الحالات لا يتم الحكم إلا بعقوبة واحدة تتمثل في الغرامة المالية مستنديين في ذلك إلى عامل ظروف التخفيف الواردة بنص المادة 53 من قانون العقوبات ، حيث قضت المحكمة العليا بأنه من المستقر عليه قانونا و قضاء في مادة إصدار شيك بدون رصيد أنه في حالة الإدانة ، تشكل الغرامة المالية المقررة في حد ذاتها عقوبة تكميلية إجبارية لا تخضع لنظام الظروف المخففة و الترتيبات المنصوص عليه في المادة 53 من قانون العقوبات.¹

يرى البعض²، أن العقوبة المقررة في المادة 374 هي عقوبة أصلية ، بما في ذلك الغرامة المالية. فقد جرى في القضاء على منح القاضي سلطة لا يملكها في الحكم إلا بالغرامة أو بالعقوبة السالبة للحرية أو الاثنين معا .

كما تجدر الإشارة إلى أن جريمة الشيك بدون رصيد هي ذات طبيعة خاصة ، حيث أن العقوبة المسلطة على المتهم لا تخضع للقواعد العامة المتعلقة بظروف التخفيف و وقف التنفيذ ، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقوبة الغرامة المحكوم بها على المتهم في جريمة إصدار شيك بدون رصيد .

و بالتالي يمكن القول أن القاضي بعد أن يقتنع بتوفر عناصر جريمة الشيك و يقضي بإدانة المتهم ، فإنه يصبح ملزما و مجبرا بحكم القانون ، أن يحكم على المتهم ضمن المبلغ المحدد في المادة 374 من قانون العقوبات ، وليس للقاضي أية سلطة في تخفيض هذا المبلغ اعتمادا على تطبيق المادة 53 من قانون العقوبات. كما أن المحكمة لا يجوز لها أن تأخذ بحسن النية و تحكم بالبراءة، مادام العمد أو سوء النية مفترضا . فلا سبيل إلى الاحتجاج بعدم إثباته أو عدم توفره.

كما أن عقوبة الحبس و الغرامة المقررتين بموجب المادة 374 من ق ع ج ، يجب الحكم بهما معا و لا مجال للحكم بإحدهما دون الأخرى ، حيث لا يجوز الحكم بالحبس دون الغرامة أو بالغرامة دون الحبس لأن في ذلك خطأ في تطبيق القانون.³

كما أن المحكمة العليا ، حسمت الأمر وخرجت باجتهاد حول التطبيق الصحيح لحكم المادة 374 من ق ع ج . حيث قررت بأنه متى تم الحكم بإدانة المتهم في جريمة الشيك بدون رصيد وجب الحكم بالغرامة المالية، بل و الأكثر من هذا هو أن الغرامة المالية بموجب النص محددة ، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تقل عن مبلغ الشيك قي حالة انعدام الرصيد ، وعن قيمة النقص في الرصيد في حالة ما إذا كان الرصيد غير كاف ، كما لا يجوز الحكم بالبراءة على

1 - ملف رقم 20086، قرار بتاريخ 22-03-1999 ، المج الق ، ع خاص ، الجزء 2 ، 2002 .

2 - بلعيساوي محمد الطاهر ، المرجع السابق ، ص 230 .

3 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 73 .

أساس أن المتهم سوى وضعيته و سدد قيمة الشيك .¹ كما أن كلا من المستفيد و المظهر له ، يمكن أن يكونوا شركاء حسب الحالة و ذلك شريطة أن يكونوا على علم بعدم وجود رصيد أو عدم كفايته . ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع التظهير الذي يوجب عقوبة إصدار شيك بدون رصيد ، وبالتالي و تطبيقا لنص المادة 374 يعتبر كل من ظهر شيكا صادرا في الظروف المبينة سابقا مع علمه بذلك مشاركا في الجريمة و تترتب عليه العقوبة نفسها² .

و يعتبر موقف المشرع الجزائري من اعتبار المستفيد و المظهر و المظهر له العاملين بحقيقة مقابل الوفاء للشيك محل الجريمة شركاء مع الساحب في جريمة إصدار شيك بدون رصيد نفس ما اتجهت إليه مختلف التشريعات العربية ، غير أن بعضها اشترط أن يكون التظهير ناقلا للملكية ، وعليه فإن التظهير التوكيلي لا يوجب عقوبة إصدار شيك بدون رصيد ، و من ذلك ما قرره المادة 534 في فقرتها الثانية منق التجارة المصري كما سبقت الإشارة إليه.

و في الأخير نشير إلى أن المشرع الجزائري من خلال نص الفق 2 من الم 374 من قانون العقوبات، قرر نفس العقوبة على الشريك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، أي على كل من قبل أو ظهر شيكا صادرا في الظروف المشار إليها في الفقرة الأولى من نفس المادة مع علمه بذلك . فطلما أن الغاية التي قصدها المشرع من تجريم إصدار شيكات بدون رصيد ، هي حماية الشيكات و المتعاملين بها كونها أداة وفاء ، و كذلك إرساء الثقة و الاطمئنان لكل من يجعل الشيكات محلا للتعامل بها لأنها تعتبر من الوجهة الاقتصادية نقودا عادية ، فإن المشرع لم يضع في اعتباره تدليس أو غش الساحب للغير و سلب نقوده بالخديعة و الحيلة كما هو الحال في جرائم النصب. لذلك فإن علم المستفيد من الشيك بعدم وجود رصيد أو عدم كفاية الرصيد لا يؤثر على مسؤولية الساحب في العقاب .

ما يمكن ملاحظته بشأن الإدانة بجنحة إصدار شيك بدون رصيد ، هو أن القانون لا يشترط تقديم أصل الشيك أي النسخة الأصلية للشيك لأجل إدانة المتهم ، بل يكفي أن يتضمن الملف صورة عنه أو بيانا من البنك أو المصرف المسحوب عليه يثبت بوضوح عدم وجود الرصيد أو عدم كفايته أو عدم قابليته للسحب . وقد قضت في هذا المعنى المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/27 في القضية رقم 2960 أنه من المستقر فقها و قضاء ، أن عدم وجود النسخة الأصلية للشيك بالملف لا ينفي إثبات وقوع الجريمة ، و أنه يجوز لجهة الحكم أن تأخذ بالصورة الشمسية ، ومن ثم فإن القضاء ببراءة المتهم بسبب عدم وجود أصل الشيك بالملف ، و القول بأن جسم الجريمة غير متوفر، قول غير سليم مادام هناك اعتراف من المتهم و مادام هناك بيان من البنك . لأن ذلك يشكل نقضا في التسبيب المؤدي إلى النقص.³

وعليه فقد اعتبر من المبادئ القضائية أن تقديم أصل الشيك و إجراء الاحتجاج غير ضروريين للمتابعة القضائية ، على اعتبار أن الدعوى العمومية ليست مرتبطة بشكوى المضرور، و هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/04 و الذي جاء فيه بأنه حيث أنه يتعين فضلا عن ذلك إلى أن الدعوى العمومية مستقلة عن الدعوى المدنية و أنه في مجال إصدار الشيك بدون رصيد ، لا تعد شكوى الطرف المدني إجراء سابقا لمباشرة المتابعة الجزائية .⁴

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر ، المرجع السابق ، ص 230 .

² - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 97 .

³ - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 58 .

⁴ - ملف رقم 208598 ، قرار بتاريخ 2000-07-04 ، المجلة القضائية، عدد خاص ، ج 2 ، 2002 ، ص 144 .

و مما تجدر الإشارة إليه ، هو أن المشرع الجزائري قد أدرج بموجب التعديل الأخير للقانون التجاري شرطا في غاية الأهمية ، وهو أن لا تبأشر المتأبعة الجزائرية طبقاً لأحكام قانون العقوبات إلا بعد تسوية عارض الدفع في الآجال المنصوص عليها في المادتين 526 مكرر2 و 526 مكرر 4 مجتمعتين . بمعنى أنه لا تبأشر المتأبعة الجزائرية إلا بعد مرور مدة 30 يوما ، ما لم يقم السأحب بتسوية عارض الدفع و عدم دفع غرامة التبرئة المنصوص عليها في المادة 526 مكرر5 من القانون التجاري الجزائري .¹

وعليه ، يتضح مما سبق ذكره أن المحكمة العليا قد استقرت على أن الأحتجاج يعد إجراء غير إلزامي ، عندما تكون المتأبعة على أساس المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري . ومن ثم فإن شهادة عدم الدفع الصادرة عن البنك المسأوب عليه تكفي دليلاً لإثبات انعدام الرصيد أو عدم كفايته بشرط أن تكون هذه الشهادة متضمنة لكافة البيانات المتعلقة بالشيك محل المتأبعة لاسيما ما يفيد منها بأن الشيك بدون رصيد أو برصيد غير كاف .²

وكما بينا سابقاً ، فإن العقوبات المنصوص عليها في المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري تعد عقوبات أصلية. حيث أن قانون العقوبات الجزائري لم ينص على العقوبات التكميلية، في حين نص عليها القانون التجاري بموجب المادة 541 منه. وتتمثل في التجريد الكلي أو الجزئي من الأقوق المبينة في المادة الثامنة من قانون العقوبات ، كما يمكن الحكم بعقوبة حظر الإقامة، وهي العقوبة التي ألغأها المشرع الفرنسي حالياً ، و الذي أستوحى مشرعنا نص هذه المادة منه، بموجب القانون الفرنسي الصادر سنة 1975. و نشير إلى أنه مادام قانون العقوبات الجزائري لم ينص على هذه العقوبات التكميلية ، فإنه لا يجوز حينئذ الحكم بمثل هذه العقوبات إذا تمت المتأبعة على أساسه.

و قد أشارت المادة 541 من القانون التجاري في فقرتها الأولى إلى أنه في حالة العود ، يجب الحكم بالعقوبات الواردة في المادة 8 من قانون العقوبات ، وذلك لمدة لا تتجاوز عشر سنين. حيث أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة العود في جريمة إصدار شيك بدون رصيد ضمن أحكام قانون العقوبات ، وبالتالي لا مجال لتطبيق الظروف المشددة في هذه الجريمة . خلافاً لما نص عليه المشرع المصري صراحة حيث قرر بأن عقوبة الغرامة يمكن أن تصير إلى الأضعف إذا عاد الأجنبي إلى ارتكاب الجريمة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم ، وهو ما جاءت به المادة 534 من قانون التجارة المصري .³

و فيما يتعلق بالأدعاء الشخصي فنقول بأنه إذا رفض المسأوب عليه وفاء قيمة الشيك ، جاز لأحامله إقامة الدعوى العمومية على السأحب أمام المحكمة الجزائرية للمطالبة بالتعويض عما لأحقه من ضرر نتيجة فعل الأخر الجرمي الناشئ عن إصدار شيك بدون مقابل وفاء . وتتمثل هذه الأضرار عادة في تأخر الأحمل في أستيفاء مبلغ الشيك ، فقد يكون هذا الأحمل معولاً كثيراً على تحصيل هذا المبلغ للوفاء بديونه التي تستأحق في هذا التاريخ ، إذ لو كان الأحمل تجراً مثلاً وتأخر عن الوفاء بالتزاماته بسبب عدم أستيفائه قيمة الشيك ، سيأعرض أثار ذلك إلى شهر إفلاس. و كذلك يعتبر من الأضرار تلك النفقات التي يتكبدها الأحمل من أجل المطالبة بقيمة الشيك ، و التي كان في غنى عنها لو قام بأستيفاء قيمة الشيك الذي أجوزته .⁴

1 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 93 .

2 - أأسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 347 .

3 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 97 .

4 - الأياس أداد ، المرجع السابق ، ص 424 .

و السؤال الذي يطرح نفسه بخصوص مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد ، هو حول جواز تأسيس المدعي المدني المستفيد من هذا الشيك كطرف مدني أمام المحكمة الجزائية و يطلب الحكم له بقيمة الشيك الذي لا رصيد له ؟ وكذلك هل للمحكمة الجزائية الناظرة في دعوى جنحة إصدار شيك بدون رصيد أن تحكم له إذا تأسس كطرف مدني بقيمة الشيك كتعويض عما أصابه من ضرر ؟

إن المشرع الجزائري و تخفيفا من الأعباء التي تترتب على كاهل حامل الشيك نتيجة إقامة دعويين مستقلتين ، الأولى أمام المحكمة الجزائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة جريمة إصدار الشيك بدون مقابل وفاء ، و الثانية أمام المحكمة المدنية للمطالبة بقيمة هذا الشيك ،أجاز لحامل الشيك أن يطلب من المحكمة الجزائية التي تنظر في الدعوى العامة الحكم له بمبلغ مساو لقيمة الشيك دون أن يخل ذلك بحقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي لحق به عند الاقتضاء .كما ترك له الخيار في أن يطلب بدينه لدى المحاكم المدنية بصرف النظر عن إقامة الدعوى الجزائية، حيث أن ادعاء الحامل يستند في هذه الحالة ،إلى الدين السابق على إصدار الشيك أو تظهيره ، وهو القيمة الواصلة من المستفيد إلى الساحب .¹

و بالنسبة للاجتهاد الفرنسي ، فقد استقر على عدم قبول إقامة المستفيد من الشيك الذي لا رصيد له لدعوى تبعية من أجل الحكم له بقيمة الشيك ، كتعويض عما أصابه من ضرر يكون ناتجا مباشرة عن الجريمة. وبالتالي ظل الاجتهاد الفرنسي يسير على عدم اختصاص القضاء الجزائري بالفصل في طلب الحكم للمدعي المدني بقيمة الشيك دون رصيد وذلك حتى صدور المرسوم بقانون 1938/05/29 ، و الذي نص على أنه إذا ادعى المستفيد من الشيك مدنيا أمام المحكمة الجزائية، جاز له أن يطلب من المحكمة الجزائية الحكم له بمبلغ معادل لقيمة الشيك دون أن يتعارض ذلك مع حقه في المطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر عند الاقتضاء ،غير أن المستفيد، له إن أراد أن يطالب بدينه أمام المحاكم المدنية.²

وعليه يشترط لقبول الادعاء المدني أمام المحكمة الجزائية الناظرة في الدعوى العمومية ، أن يكون المدعي المدني هو من أصابه الضرر شخصا ، وأن يكون هذا الضرر المطلوب التعويض عنه ناتجا مباشرة عن الوقائع المادية المكونة للجريمة المقامة أمام المحكمة الجزائية . و هذا يعني أن قبول الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية يتطلب وجود و قيام دعوى جزائية أمام المحكمة المختصة ، و وجود إثبات ضرر مادي أو معنوي حقيقي يكون قد أصاب المدعي المدني شخصا ، كما يتطلب توفر و إثبات وجود علاقة سببية مباشرة بين الوقائع الجرمية و الضرر المطلوب التعويض عنه .³

ونشير إلى أن الاختصاص المحلي في جريمة إصدار شيك بدون رصيد كاف و قابل للسحب، يرجع إلى محكمة مكان وقوع الجريمة أي مكان وقوع جنحة إصدار شيك بلا رصيد ، والتي تعد محكمة مكان إصدار الشيك و ليس مكان تسليمه .⁴ وهذا بموجب المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، و التي تنص على أنه : " تختص محليا بالنظر في الجنحة محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر " . وقد أكدت ذلك قرارات المحكمة العليا ، حيث جاء في أحدها ما يلي : " ... ولما ثبت في

1 - الياس حداد ، المرجع السابق ،ص 425.

2 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 64 .

3 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 63.

4 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ،ص 96.

قضية الحال أن المتهم يقطن بالجزائر و تحرير الشيك تم في الجزائر ، وبالتالي فان التمسك بالاختصاص المحلي من قبل محكمة الحمديّة و مجلس قضاء معسكر يعد خرقا لأحكام المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية ¹.

ينبغي على المحكمة إذا قررت إدانة المتهم بجنحة إصدار شيك بدون رصيد طبقا للمادة 374 من قانون العقوبات ، أن تعمل على تسبيب الحكم الجزائي تسببا كافيا ، يراعى في تحريره كل العناصر التي أكدت عليها المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة . فزيادة عن تضمين الحكم صفة الأطراف و حضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم ، و أسباب الجريمة التي تقرر إدانة المتهم بها و كذلك العقوبة المسلطة عليه و النص القانوني المطبق ، يتعين على المحكمة أن تبرز بوضوح ما إذا كانت قيمة الشيك غير موجودة أصلا ، أو أنها تقل عن القيمة التي تضمنها الشيك وذلك حتى تتلاءم الغرامة المحكوم بها مع النص القانوني و تتمكن المحكمة من الحكم بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو تتمكن من الحكم بغرامة لا تقل عن قيمة النقص في الرصيد.

أما إذا كانت المحكمة قد أدانت المتهم و حكمت عليه بالحبس و بغرامة تقل عن قيمة الشيك أو تقل عن قيمة النقص في الرصيد فان حكمها سيكون غير مؤسس و مخالف للقانون . كما يجب على المحكمة عندما تحكم بالإدانة و العقاب أن تتعرض قبل ذلك إلى ذكر و تحديد عناصر الجريمة و مناقشتها مناقشة قانونية بكل جدية ².

و ما نلاحظه على المشرع الجزائري، أنه لم يتطرق إلى مسألة الصلح أو أثر التسوية أثناء أو بعد انتهاء الدعوى الخاصة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد ، خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري ، حيث نص في المادة 534 من قانون التجارة في فقرتها الثامنة على أنه :

" وللمجني عليه و لوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال و في أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم .

و يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية و إن كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر و تأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها و لو بعد صيرورة الحكم باتا ."

و بالتالي يتضح لنا من نص المادة السالفة الذكر بأن الصلح يعتبر طريقا من طرق انقضاء الدعوى الخاصة بالشيك في القانون المصري ، ولعل المشرع المصري عند أخذه بذلك ، كان يرمي إلى التقليل من الالتجاء للقضاء أو حل المسألة بأسهل الطرق و أقصرها ، أو لكونها الطريقة الأسرع لحل النزاع و الذي يتوافق مع طبيعة الأعمال التجارية عكس طريقة التقاضي التي تتميز بالبطء بحيث تتطلب وقتا للحكم بها ³.

غير أنه يمكن القول بتواصل الدعوى الجنائية إلى غاية إصدار الحكم دون أن يكون للصلح أي تأثير عليها ، و هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 25/06/2001 ، حيث جاء فيه بأنه : " حيث أن التسديد المعترف به هنا، لا يعفي بتاتا من المسؤولية الجزائية، من يعطي شيكا لا يقابله رصيد قائم و قابل للصرف ، بل كل ما هناك هو أن

1 - ملف رقم 210932 ، قرار بتاريخ 2000/03/27 ، المج الق، ع خاص ، ج 2 ، ص 101.

2 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 59 .

3 - عبد الرحمن خليفاتي ، المرجع السابق ، ص 94 .

هذه المسألة يجوز أن تؤخذ بعين الاعتبار ضمن الحالات المخففة للعقوبة المستحقة دون المساس بالإدانة المبينة على قيام الجريمة أركانها القانونية¹.

وفي الأخير ، يمكن لنا الإشارة بأنه، و لما كانت جريمة إصدار شيك بلا رصيد قابل للصرف تشكل جريمة ذات وصف جنحي، فإن مدة تقادمها تكون كمدة تقادم كافة الجرائم ذات الوصف الجنحي بصفة عامة ، حيث نصت المادة 08 من ق الاجراءات الجزائية على أن الدعوى العامة في مواد الجرح تتقادم بمرور ثلاث سنوات كاملة .

معنى ذلك انه إذا وقعت جنحة إصدار شيك بلا رصيد و كان قد وقع إصدار هذا الشيك ووضع في التداول ، ولما قدمه المستفيد إلى المصرف المسحوب عليه ، ظهر أنه بدون رصيد ، فإن حساب التقادم يبدأ من يوم اقرار الجريمة ، أي من يوم إصدار الشيك وتحريره صحيحا والتنازل عنه وتسليمه للمستفيد و ليس من يوم تقديمه للبنك لصرفه و دفع قيمته . وعليه يمكن لنا القول بأن جنحة إصدار شيك بدون رصيد تنشأ يوم ارتكاب الجريمة و تتقادم بمرور ثلاث سنوات من يوم اقرارها إذا لم تكن النيابة العامة قد اتخذت أي إجراء من إجراءات المتابعة و التحقيق خلال مدة الثلاث سنوات ، فلا يسري التقادم إلا بعد مرور ثلاث سنوات كاملة ابتداءً من اليوم الموالي ليوم آخر إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق².

الفرع الثاني : عقوبة الجريمة في القانون المقارن :

إن العقوبة المقررة لجريمة إصدار شيك بدون رصيد قد اختلفت في التشريعات المقارنة من حيث مدة الحبس أو الغرامة ، لذلك فإننا نراه أمراً ضرورياً أن نذكر باختصار العقوبات المقررة في التشريع المقارن بما في ذلك التشريع الفرنسي الذي عرف تطوراً كبيراً في شأن مسألة إصدار شيك بدون رصيد و قرر جزاءات خاصة لا مثيل لها ضمن باقي التشريعات.

فبالنسبة للمشرع الأردني فقد نصت المادة 421 من ق العقوبات الأردني ، و المعدلة بمقتضى المادة 17 من القانون رقم 9 لعام 1988 على معاقبة الساحب الذي يرتكب جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، و ذلك بقولها :

" 1 - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة و لا تزيد عن ثلاث سنوات و بغرامة لا تقل عن مائتي دينار، كل من أقدم بسوء نية على ارتكاب أحد الأفعال الآتية :

أ - إذا أصدر شيكا و ليس له مقابل قائم و قابل للصرف.

ب - إذا استرد بعد إصدار الشيك كل المقابل لوفائه أو بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمته.

ج - إذا أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك.

د - إذا ظهر لغيره شيكا أو سلمه شيكا مستحق الدفع لحامله و هو يعلم أنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته أو يعلم أنه غير قابل للصرف .

ه - إذا حرر شيكا أو وقع عليه بصورة تمنع صرفه.

¹ - ملف رقم 246115 ، قرار بتاريخ 25 / 06 / 2001 ، المج الق ، ع خاص سنة 2002 ، ص 133 .

² - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 67 .

2 - لا يجوز للمحكمة عند أخذها بالأسباب المخففة في أي حالة من الحالات المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة تخفيض عقوبة الحبس عن أربعة أشهر و الغرامة عن خمسين ديناراً .

ويرى الدكتور "عزیز عبد الأمير العكيلي" أن المشرع الأردني قد لاحظ تزايد جرائم إصدار شيكات بدون رصيد فشد من عقوبة هذه الجريمة بأن أصبحت جنائية بدلا من جنحة و ذلك بمقتضى التعديل الذي أدخله على المادة 421 من قانون العقوبات بموجب المادة 17 من القانون رقم 9 عام 1988.¹

أما بالنسبة للدكتور "محمد سامي فوزي" فهو يرى خلاف ذلك، حيث يقول بأنه: " بما أن العقوبة لا تزيد على الحبس لمدة ثلاث سنوات فإن الجريمة تعتبر من الجنح ، و بذلك تدخل ضمن اختصاص محاكم البداية طبقا لما جاء في المادة 140 من أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 ".² إلا أنه قد تم تعديل نص المادة 421 السالفة الذكر مرة أخرى بموجب القانون رقم 11 لسنة 1996 ، فأصبح الجاني يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة و لا تزيد على مائتي دينار أردني ، كما لا يجوز للمحكمة عند أخذها بالأسباب المخففة في أي حالة من حالات ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة 421 عقوبات أردني تخفيض عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر و والغرامة عن خمسين دينارا أردنيا و لا يجوز استبدال الحبس بالغرامة في هذه الحالات. وفي حالة إسقاط المشتكى حقه الشخصي ، أو إذا أوفى المشتكى عليه قيمة الشيك ، فعلى المحكمة أن تحكم على المشتكى عليه بغرامة لا تقل عن 5% من قيمة الشيك على أن لا تقل عن مائة دينار حتى بعد صدور الحكم أو اكتسابه الدرجة القطعية . وقد ارتأى المشرع الأردني أن يخفف مدة الحبس كي تتحول جريمة إصدار شيك بدون رصيد إلى جنحة صلحية بدلا من جنحة بداية ، و إلى إمكانية المصالحة فيها مع تشديد الغرامة على المشتكى عليه إلى ما يعادل 5% من قيمة الشيك بما لا يقل مبلغ الغرامة عن مائة دينار. كما خفض من جهة أخرى عقوبة الحبس للأسباب المخففة إلى ثلاثة أشهر مع عدم إمكانية استبدال هذه المدة بالنقود . و قد قصد المشرع الأردني من هذا التعديل ، أن يعزز من الإجراءات المتخذة للحد من ظاهرة الشيكات المرتدة بدون رصيد و كذلك التقليل من حالات توقيع عقوبة الحبس على مرتكبي الجريمة.³

أما بالنسبة للمشرع اللبناني، فإنه يعاقب بمقتضى المادة 666 من ق العقوبات اللبناني على إصدار شيك بدون مقابل وفاء، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات ، و بالغرامة من خمسمائة إلى ألف ليرة لبنانية، كما يحكم عليه بدفع قيمة الشيك مضافا إليه بدل العطل و الضرر إذا اقتضى الأمر.⁴

و بالنسبة للملكة العربية السعودية، فقد فرضت المادة 118 من نظام الأوراق التجارية السعودي، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 37 بتاريخ 1383/10/11 هجرية ، جزاء على كل من يسحب بسوء نية شيكا دون أن يكون له مقابل وفاء قائم و قابل للسحب أو يكون له مقابل وفاء أقل من قيمة الشيك ، أو يسترد بعد إعطاء الشيك مقابل الوفاء كله أو بعضه بحيث يصبح الباقي غير كاف للوفاء بقيمة الشيك أو بأمر عدم الدفع. و الجزاء هو معاقبة الساحب بغرامة من مائة ريال إلى ألف ريال و بالسجن مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما و لا تزيد عن ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين مع مراعاة ما قد تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية، على أن يعاقب بهذه العقوبات كذلك المستفيد أو الحامل الذي يتلقى بسوء نية شيكا لا يوجد له مقابل وفاء كاف لدفع قيمته. و قد

1 - عزیز عبد الأمير العكيلي ، المرجع السابق ، ص 330 .

2 - فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 330 .

3 - عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص 543 .

4 - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 240 .

تعرضت المادة 119 من النظام السالف الذكر إلى العقوبة التي توقع على المسحوب عليه الذي يرفض بسوء قصد وفاء شيك مسحوب عليه سحبا صحيحا و له مقابل وفاء ، ولم تقدم بشأنه أية معارضة . و العقوبة هي الغرامة التي لا تقل عن مائة ريال ولا تزيد عن ألفي ريال مع عدم الإخلال بالتعويض المستحق للساحب عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد.¹

و بمقتضى المادة 534 من ق التجارة المصري عاقب المشرع المصري الساحب على إصدار شيك بدون مقابل وفاء قابل للصرف أو غير ذلك من الأفعال المنصوص عليها في المادة بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . كما يعاقب بذات العقوبة كل من ظهر لغيره شيكا تظهيراً ناقلاً للملكية أو سلمه شيكا لحامله مع علمه انه ليس له مقابل وفاء بفي لكامل قيمته أو انه غير قابل للصرف .

كما أجازت المادة 537 من نفس القانون للمحكمة في حالة الحكم بالإدانة في إحدى جرائم الشيك المنصوص عليها في المادة 534 ، أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في صحيفة يومية، على أن يتضمن هذا النشر اسم المحكوم عليه و موطنه و مهنته و العقوبة المحكوم عليه بها ، كما أجازت للمحكمة في حالة العود أن تأمر بسحب دفتر الشيكات من المحكوم عليه و منع إعطائه شيكات جديدة لمدة معينة ، وتتولى النيابة العامة تبليغ هذا الأمر إلى جميع البنوك حتى تمتنع بدورها عن منح هذا الشخص دفاتر شيكات و عليه تعتبر العقوبات التي جاءت بها المادة 537 من قانون التجارة المصري ، من العقوبات و الجزاءات التكميلية لجريمة إصدار شيك بدون رصيد . وقد قررت المادة 538 من نفس القانون على توقيع العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد 533 و 534 و 535 على كلا من يرتكب خارج مصر فعلا يجعله فاعلا او شريكا في جريمة من هذه الجرائم تتعلق بشيك مسحوب على بنك في مصر ، ولو كان هذا الفعل غير معاقب عليه في الدولة التي وقع فيها² .

و بالنسبة للمشرع العراقي ، فقد كانت عقوبة الجاني في جريمة إصدار شيك بلا رصيد هي الحبس و الغرامة التي لا تزيد على ثلاث مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، غير انه تم تعديل الفقرة الأولى من المادة 459 من ق العقوبات العراقي و التي قررت العقوبة السابقة و ذلك بموجب القانون رقم 1 لسنة 1991 المعدل لقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 . فأصبحت العقوبة أكثر شدة ، و هي الحبس مدة لا تقل عن سنة و بغرامة تعادل 100% من قيمة الشيك على أن لا تقل عن ثلاثمائة ألف دينار ، و الملاحظ أن قانون التجارة العراقي القديم كان قد أورد نصا يرمي إلى ردع المحكوم عليه عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، إذ كان يتضمن نصا يجيز بموجبه للمحكمة إن تنشر ملخص الحكم في الصحف اليومية ، و هو الأمر الذي سيؤثر لا محالة على سمعة المحكوم عليه و على تعامل الناس معه . إضافة لما كان يميزه ذلك القانون للمحكمة في حالة العود ، من تقرير سحب دفتر الشيكات من المحكوم عليه وضع إعطائه دفاتر جديدة لمدة تعينها المحكمة في قرارها ، و يبلغ هذا القرار بواسطة الادعاء العام إلى جميع المصارف، غير أن قانون التجارة العراقي الجديد لم يورد مثل هذا النص بل اكتفى المشرع بالعقوبة الواردة في قانون العقوبات حول الجريمة المذكورة³ .

و بالنسبة لدولة الإمارات العربية المتحدة ، فان المشرع تناول الأحكام الخاصة بالأوراق التجارية ضمن القانون الذي نظم به كافة المعاملات التجارية و هو القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 ، والذي صدر بتاريخ 07 / 09 /

1 - محمد محمود المصري ، المرجع السابق ، ص 297 .

2 - مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق ، المرجع السابق ، ص 273 .

3 - فوزي محمد سامي و فائق محمود الشماع ، المرجع السابق ، ص 331 .

1993 و تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 / 09 / 1993 في العدد رقم 255 ، والذي عمل به اعتبارا من 21 / 12 / 1993 طواعية لنص المادة الرابعة من قانون الإصدار و فيما يتعلق للحماية الجنائية للشيك فقد نص عليها ق العقوبات الاتحادي الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 1987 في المادة 401 منه¹ ، و التي جاء فيها ما يلي:

" يعاقب بالحبس او الغرامة من أعطى بسوء نية صكاً ليس له مقابل وفاء كاف قائم و قابل للسحب ، أو استرد بعد إعطائه الصك كل المقابل أو بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمة الصك ، أو امر المسحوب عليه بعدم صرفه أو كان قد تعمد تحريره أو توقيعه بصورة تمنع صرفه . ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره أو سلمه صكاً لحامله و هو يعلم أن الصك ليس له مقابل قائم يفي بقيمته أو انه غير قابل للسحب "².

و ما يمكن ملاحظته في هذه المادة هو أن العقوبة هي الحبس أو الغرامة ، و بذلك فقد لم يفرض المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة هاتين العقوبتين معا بل توقع إحداهما ، وللمحكمة الفاصلة في الموضوع واسع النظر و لها الاختيار بين الحبس أو الاكتفاء فقط بالغرامة .

و قد اعتبرت المادة 561 من الق التجاري السوري إصدار شيك بلا رصيد كامل ، جرماً سواء كان الساحب حسن النية أو سيء النية ، ولهذا نجد أن المشرع السوري لم يسرف في قدر العقوبة ، فجعلها الغرامة التي لا تتجاوز خمسمائة ليرة ، ولكنه احتفظ بتطبيق أحكام قانون العقوبات السوري عند الاقتضاء قاصداً بذلك انه إذا توافرت في الفعل أركان جريمة أخرى ، كجريمة النصب مثلا ، وجوب توقيع العقوبة المقررة لهذه الجريمة إذا كانت اشد من العقوبة المقررة في المادة 561 من القانون التجاري السوري .

وقد نص على جريمة إعطاء شيك بلا رصيد في التشريع الكويتي بموجب المادة 237 من ق الجزاء الكويتي الصادر سنة 1960 ، وق التجارة الكويتي بالرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بتاريخ 15 / 10 / 1980 .

وكذلك نص عاقب على هذه الجريمة كل من المشرع القطري في المواد من 543 الى 545 من ق العقوبات القطري و المشرع الصومالي بموجب المادة 498 من ق العقوبات الصومالي، و المشرع الليبي بموجب المادة 462 من ق العقوبات الليبي الصادر سنة 1953، والذي اشترط لتوقيع العقوبة إثبات سوء نية الساحب و هو الأمر الذي اشترطه كذلك المشرع اللبناني لتوقيع العقوبة على الساحب³.

و بالنسبة للعقوبة المقررة للجريمة طبقاً للتشريع الفرنسي فقد عرفت تطورا و تغييرا ، لذلك يجب علينا أولاً أن نتطرق إلى المراحل التاريخية التي مر بها التشريع المتعلق بالشيك في فرنسا ، وصولاً إلى ما آلت إليه العقوبة المقررة في يومنا الحالي .

لقد سبقت لنا الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نظم الشيك بموجب قانون 14 يونيو 1865 ، وذلك بقصد تسهيل سحب النقود المودعة بالبنوك وذلك تقليداً لما كان جارياً في إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية إذ أن الشيك ظهر إلى الوجود في بريطانيا سنة 1765 ، وذلك بدون تقرير عقوبة جنائية لإصداره بغير رصيد ، بل ظل قمع الأفعال المتصلة بالشيك يتم على أساس جنحة النصب⁴ . وقد كان هذا التنظيم بقصد إيجاد وسيلة غير الكمبيالة التي تخضع

1 - محمد محمود المصري ، المرجع السابق ، ص 298 .

2 - كلمة صك الواردة في المادة يقصد بها الشيك .

3 - محمد محمود المصري ، المرجع السابق ، ص 265 .

4 - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 331 .

لقانون الدمغة مما يجعلها مكلفة ، غير انه و نظرا لازدياد عدد الشيكات التي كان تصدر بدون رصيد وقتئذ ، اضطرت
المشرع الفرنسي إلى تقرير عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين ، بالإضافة إلى عقوبة الغرامة التي لا تقل عن ربع قيمة
الشيك و لا تتجاوز ضعف قيمة في حالة إصدار شيك بدون رصيد ، وكان ذلك بموجب قانون 1917 . ثم لجأ المشرع
الفرنسي إلى تقرير عقوبة النصب لأجل ردع هذه الجريمة وذلك بالقانون الصادر سنة 1926 وهي عقوبة الحبس من
سنة إلى خمس سنوات بالإضافة إلى الغرامة و ذلت هذه الغرامة سارية حتى في ظل المرسوم الصادر في 30 أكتوبر
1935 و الواضع لمعالم جرائم الشيك و الذي طبقت فيه فرنسا أحكام قانون جنيف الموحد . غير أن بعض الدول
ومنها فرنسا عمدت إلى التحفظ في شأن مقابل الوفاء من حيث توافره و كفايته حيث لجأت فرنسا مؤخرا إلى إلغاء
جريمة إصدار شيك بلا رصيد ، فجدير بالذكر أن سويسرا أيضا لا تجرم واقعة إصدار شيك بدون رصيد و إن كان
يعد عملا غير مشروع ، وكذلك الشأن في كل من ألمانيا والولايات المتحدة و انجلترا¹.

لقد بدأت فرنسا في تعديل أحكام الشيك و بصفة خاصة في شأن إلغاء جريمة إصدار شيك بدون رصيد تدريجيا
اعتبارا من عام 1976 ، حيث صدر القانون 10 - 82 في يناير 1982 ، ثم تبعه تعديل آخر عام 1975 بالقانون 4
- 1975 ، حيث أبقى هذا القانون على جنحة إصدار شيك بلا رصيد ، إلا أنه أضاف التزام البنك المسحوب عليه
بأحد الشيكات بدون رصيد بإخطار الساحب بتسليم البنك دفاتر الشيكات التي تحت يده و منعه من إصدار شيكات
أخرى ، وهو جزاء تكميلي ووقائي كما سبقت الإشارة إليه ، يطلق عليه المنع المصرفي من إصدار شيكات . ثم جاء
تعديل آخر بالمرسوم رقم 903 لسنة 1975 و كذلك صدر قانون آخر في شأن الشيك عام 1991 بالقانون رقم
1382 - 91 في 30 / 12 / 1991 و الذي أضيف إليه المرسوم رقم 456 - 92 في 22 ماي 1992 و الذي حذف
جريمة إصدار شيك بدون رصيد على أن التشريع الفرنسي أبقى من جانب آخر على بعض الجرائم المرتبطة بالشيك
مثل جريمة استرداد الرصيد بعد إصدار الشيك و جريمة قبول المستفيد لشيك مع علمه بان مصدره استرد الرصيد و
كذلك تظهير الشيك في هذه الحالة ، كما أبقى المشرع الفرنسي على جريمة مخالفة أمر البنك بمنع الشخص أو وكيله
من إصدار شيكات جديدة طالما يعلم الوكيل بقرار المنع ، كذلك واقعة إصدار شيك رغم تحريم القاضي ذلك .

كما وضع المشرع الفرنسي نظاما محكما لمنع وقوع حالات إصدار شيك بدون رصيد و ذلك بواسطة البنك
المسحوب عليه أو البنك المركزي أو بفرض جزاءات مالية ذات طابع مدني ، و تختص بالدعاوى بشأنها المحاكم المدنية
دون الجنائية . فقد فرض المشرع الفرنسي جزاءات مالية ذات طبيعة مدنية للأفعال المرتبطة بإصدار شيك بدون رصيد
، وذلك في حالة إصدار شيك ليس له رصيد أو كان غير كاف أو غير جائز السحب منه سواء تلك التي تكون على
كاهل مصدر الشيك صاحب الحساب أو البنك المسحوب عليه الذي سلم عميله دفاتر الشيكات ، وذلك بالمواد من
ل 131 - 25 - إلى ل 131 - 86 من القانون النقدي والمالي الصادر برقم 1223-2000 في 14 ديسمبر 2000

فالمطلع على مسيرة الفقه الفرنسي ، يلاحظ دون عناء ، أن هذا الفقه حمل راية تجريد جريمة إصدار شيكات دون مؤونة
أو دون مؤونة كافية من طابعها الجنائي ، بدعوى أن هذا التجريم والعقاب الجنائي الذي رصد ، على الرغم من قسوة
العقوبة ، لقي فشلا ذريعا ، وكانت نتائجه عكسية . فبدلا من القضاء على هذه الجريمة ، ارتفع عددها ارتفاعا جعل
المحاكم و النيابة العامة عاجزة عن معالجة هذه الظاهرة أمام العدد المهول من هذه الجرائم . و بناء على ذلك فقد
استجاب التشريع الفرنسي كما سبق القول ، إلى ذلك ورفع طابع التجريم و العقاب عن جريمتين هامتين من جرائم

1 - سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، 345 .

إصدار شيك دون رصيد وهما بإصدار شيك دون رصيد أو دون رصيد كافي و قبول الحامل أو المستفيد لشيك دون رصيد أو دون رصيد كافي.

كما أن الدافع لذلك الإلغاء، أن الحظر البنكي والحظر القضائي و نظام التسوية، و إلزام المؤسسات البنكية بأداء الشيكات الزهيدة (100أورو)، وغيرها من الوسائل التقنية و الجزاءات المالية المفروضة على البنوك و على المخالفين يشكل البديل الناجع، و الأداة الفعالة للقضاء على شيكات دون رصيد أو دون رصيد كافي، وما يرتبط بذلك من جرائم قبول الشيكات دون رصيد. أو على الأقل تعمل هذه الآليات التقنية على الحد من نسبة جرائم الشيك بدون رصيد فتعد بذلك أفضل وأنجح من الردع و العقاب و التجريم الجنائيين.¹

غير أن المشرع الفرنسي لم يهمل رغم ذلك العقاب الجنائي، فقد حافظ في غير الحالتين السالفتي الذكر، على عقاب جرائم الشيك الأخرى، تلك الجرائم التي تضر الأمانة و الاقتصاد، بعقوبات قاسية في بعض الحالات فالجزاءات الجنائية المرتبطة بإصدار شيك بدون رصيد في التشريع الفرنسي قد نظمت في الباب الثالث من القسم السادس من القانون النقدي و المالي برقم 2000-1223 في 14 ديسمبر 2000 بالمواد من ل 163 - 1 إلى ل 163 - 12².

1 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، الرباط - المغرب، ص 269.
2 - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 469.

التعريف بالإمام الونشريسي - حياته وعصره -



مصطفى البعزوي : طالب بحث في سلك الدكتوراة

تخصص النوازل الفقهية بكلية الآداب فاس سايس

تعتبر شخصية الإمام الونشريسي رحمة الله عليه من أهم من برز في علم النوازل، جمعا وتأليفا. وفي هذا السياق سأتناول العرض أعلاه من خلال مطلبين أساسيين على النحو التالي :

المطلب الأول : حياة الونشريسي :

أولا : اسمه وكنيته ومولده :

أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي التلمساني الأصل والمنشأ، الفاسي الدار والوفاة والمدفن المالكي⁽¹⁾، الفقيه العالم العلامة حامل لواء المذهب على رأس المائة التاسعة⁽²⁾، ولد رحمه الله بجبال ونشريس التي تعد أكثر الكتل الجبلية ارتفاعا في غرب الجزائر حوالي عام 834هـ - 1431م ت 914هـ - 1508م، ونشأ بمدينة تلمسان حيث درس على مجموعة من العلماء⁽³⁾.

ثانيا : شيوخه :

تتلمذ رحمه الله على يد مجموعة من العلماء والشيوخ نذكر منهم على سبيل المثال :

1 - أبو الفضل قاسم بن سعيد بن محمد العقباني، نسبة لبني عُقبة بضم العين وتسكين القاف، الفقيه التلمساني، المجتهد الناقد، تولى قضاء تلمسان، ت 854هـ له تعليق كبير على ابن الحاجب، والفرائض في الحساب، قال الونشريسي عنه : "شيخ شيوخنا الإمام المفتي العالم"، تأثر به، ونقل كثيرا من فتاويه في معياره⁽⁴⁾.

2 - أبو عبد الله محمد بن العباس بن محمد بن عيسى العبادي التلمساني، الشهير بابن العباس، العالم المحقق الحجة المفتي، ت 871هـ له تصانيف منها :

(1) معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، طبعة 1957، مطبعة الترقى، دمشق، ج1، ص. 223.

(2) البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان لابن مريم طبعة 1908م، المطبعة الثقافية، الجزائر.

(3) نفسه.

(4) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لابن مخلوف، ج1، المطبعة السلفية، القاهرة، طبعة 1350هـ، ص. 255.

- شرح لامية الأفعال، وفتاوى كثيرة درج بعضها في المعيار والمازونية، قال عنه الونشريسي: شيخ المفسرين والنحة، العالم على الإطلاق، شيخ شيوخنا⁽¹⁾.

3 - أبو عبد الله محمد بن عيسى المغيلي، الشهير بالجلّاب، التلمساني، العالم العلامة الرحلة المتفنن الفاضل الفهامة، تولى قضاء الجماعة بتلمسان ت 875هـ، قال عنه أبو العباس: (شيخنا الفقيه المحصل الحافظ) ونقل بعض فتاويه في المعيار كما نقلها المازوني في المازونية⁽²⁾.

4 - أبو سالم إبراهيم بن الشيخ أبي الفضل قاسم بن سعيد العقباني التلمساني، قاضي الجماعة بها، العالم الفقيه الفاضل الفهامة، أخذ عن والده وعن غيره، وعنه الونشريسي وأثنى عليه ونقل عنه في معياره، ت 880هـ قال عنه الونشريسي: شيخنا الإمام القاضي الفاضل⁽³⁾.

5 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن حزورة من آل عبد القيس، ت 883هـ قال أبو العباس في تزكيته: (شيخنا الفقيه الأصولي الخطيب الأكمل)⁽⁴⁾.

6 - الشيخ زروق، أبو العباس أحمد بن أحمد محمد بن عيسى البرنسي الفاسي الشهير بزروق لأن جده كان أزرق العينين، والبرنس نسبة إلى قبيلة من البربر بين مدينة فاس وتازا، أخذ عن أئمة بالمشرق والمغرب نذكر منهم:

- خاله أبا العباس أحمد بن محمد الفشتالي.
- الزرهوني والمجاص بالمغرب، وأخذ عنهم الفقه.
- عبد الرحمن الجزولي أخذ عنه التصوف.
وتخرج عليه جماعة بالمشرق وغيره كالشيخ محمد بن عبد الرحمن وخلق⁽⁵⁾ والونشريسي إجازة⁽⁶⁾، له شروح متعددة لمختصر خليل ولرسالة ابن أبي زيد القيرواني...

7 - ابن مرزوق الكفيف، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن الخطيب الشهير محمد بن محمد بن محمد بن أبي بكر بن مرزوق العجيسي التلمساني المشهور بالكفيف، علم الأعلام، المسند، الرواية، المحدث، أخذ عن أبيه ابن مرزوق الحفيد، وعليه تفقه. وعن أبي الفضل ابن الإمام، وقاسم العقباني وجماعة، وعنه الخطيب ابن مرزوق، وابن أخته، وابن العباس الصغير، وأبي العباس الونشريسي، ت 901هـ قال أبو العباس في وصفه: (شيخنا الفقيه الحافظ الخطيب المصقع)⁽⁷⁾.

(1) الوفيات لأبي العباس الونشريسي، ضمن كتاب ألف سنة من الوفيات والنشر، تحقيق محمد حجي، طبعة 1976م، مطبوعات الغرب للتأليف والترجمة والنشر، تحقيق، ص. 145.

(2) نفسه، ص. 149.

(3) وفيات الونشريسي، ص. 150.

(4) ينظر لقط الفرائد لابن القاضي، نشر دار المغرب للتأليف والطباعة والنشر. د.ت، ص. 267.

(5) توشيح الديباج لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: أحمد الشنتوري، طبعة أولى لسنة 1983م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ص. 60. الشجرة لابن مخلوف، ج1، ص. 267.

(6) فهرس محمد بن غازي، تحقيق محمد الزاهي، طبعة 1979م، دار الغرب الإسلامي، الدار البيضاء، ص. 128.

(7) وفيات الونشريسي، ص. 154، البستان لابن مريم، ص. 250.

8 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله اليفرنى المكناسى، قاضى الجماعة بفاس، الفقيه العلامة العمدة الفاضل المطلع العارف بالأحكام والنوازل، أخذ عن والده، وعن القوري⁽¹⁾، وعيسى بن علال المصمودى وغيرهم، وعنه جماعة كعلي بن هارون، والمظفرى، وأبى العباس الونشريسى، وابنه عبد الواحد، جلس إليه أبو العباس بعد نزوله بفاس، ونقل في معياره كثيرا من فتاويه، ت 917هـ وقيل 918هـ⁽²⁾.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن الإمام الونشريسى رحمه الله تلقى علوما متنوعة على يد مجموعة من العلماء الذين لهم باع طويل في العلوم والمعارف. وهذا ما جعله يحظى بقيمة علمية مميزة، وما جعلت تلاميذه يخلقون حوله ويلازمونه، ومن هنا فإننا سنذكر بعضا من تلامذته في النقطة التالية.

ثالثا: تلامذته:

استعاد من علمه وفقهه وتخرج على يديه عدد من العلماء الذين بلغوا درجات عليا في التدريس والقضاء والفتيا منهم:

1 - أبو عبد الله محمد بن محمد الغرديس التغلبى القاضى، صاحب ثروة هائلة من الكتب المتوارثة من العائلة العالمة العريقة بفاس، استفاد منها الونشريسى واتخذ منها الأساس لمعلمته "المعيار" لا سيما ما يتعلق منها بفتاوى المغرب والأندلس، لازم التلميذ شيخه إلى أن مات في سن الكهولة بسبب وباء الطاعون سنة 897هـ⁽³⁾.

2 - إبراهيم بن عبد الجبار الفجيجى الوردغيرى، الرحالة المحدث، أخذ عن أئمة منهم: ابن غازى، وأحمد الونشريسى بفاس وعن غيرهما ببلدان أخرى من المشرق والمغرب، توفي بعد 900هـ ببلاد السودان⁽⁴⁾.

3 - أبو زكريا يحيى بن مخلوف السوسى، الشيخ الفقيه الأستاذ العالم المتفنن الرحلة، أخذ عن ابن غازى، وأحمد الونشريسى، وغيرهما، وعنه عبد الواحد الونشريسى، واليسيتينى ت 927هـ⁽⁵⁾.

4 - عبد الله بن عمر المضغرى، من مضغرة بسجلماسة، الفقيه الفرضى، الإمام الحافظ. أخذ بمدينة فاس عن أبى عبد الله محمد بن قاسم القورى وأبى العباس الونشريسى وعن غيرهما، وعنه: أبو الحسن علي بن هارون ت 927هـ⁽⁶⁾.

5 - أبو عباد بن فليح اللمطى، الفقيه النوازلى، لازم الونشريسى زمنا، فقرأ عليه عددا من الكتب منها فرعا ابن الحاجب 936هـ⁽⁷⁾.

(1) بتسكين الواو وفتح قاف قبلها، بلد قريب من إشبيلية، انظر الشجرة لابن مخلوف، ج1، ص. 261.

(2) لفظ الفرائد لابن القاضى، ص. 282، الشجرة لابن مخلوف، ج1، ص. 275.

(3) ينظر فهرس المنجور لأحمد بن علي، طبعة 1976م، دار الغرب الإسلامى للتأليف والترجمة والنشر، الرباط، ص. 51-52.

(4) نفسه، ص. 51، تعريف الخلف برجال السلف لمحمد بن أبى القاسم الحفناوى، طبعة سنة 1906، الجزائر، ج2، ص. 7.

(5) فهرس المنجور، ص. 51.

(6) جذوة الاقتباس في ذكر من حل من الأعلام بمدينة فاس لأحمد بن القاضى المكناسى، دار المنصور للطباعة والنشر الرباط، 1973، ص. 249.

(7) البستان لابن مريم، ص. 53.

6 - أبو القاسم بن عمر التفنوتي المعروف بالشيخ وبالكوش⁽¹⁾ تلميذ الإمامين محمد بن غازي وأحمد الونشريسي، برع في القراءات والفقه، وقواعد اللغة والحساب والفرائض، وهو صاحب الوقف على كرسي القراءات بجامع الشرفاء بفاس ت حوالي 960هـ.⁽²⁾

7 - أبو محمد عبد الواحد بن أحمد الونشريسي، أو الونشريسي الصغير كما ناداه عبد الهادي التازي في كتابه جامع القرويين ت 955هـ.⁽³⁾

8 - أبو عبد الله محمد الكراسي الأندلسي، الأديب الشاعر، تولى قضاء مدينة تطوان، تفقه على ابن غازي والونشريسي، وهو أحد الذين خرجوا لاستقبال الشيخ زروق عند قدومه من المشرق إلى فاس (ت 964هـ) له عروسة "المسائل فيما لبني وطاس من الفضائل".⁽⁴⁾

9 - أبو محمد عبد السميع المصمودي، من جبل درن أخذ عن الونشريسي مختصر ابن الحاجب الفرعي، ورجع إلى بلاده حيث جلس إليه جم غفير من طلاب العلم.⁽⁵⁾

فمن خلال ما سبق يتضح أنه كان للونشريسي تلامذة مبرزين في علوم عدة.

المطلب الثاني: عصر الونشريسي:

للإمام بعصر الونشريسي يتطلب الحديث عن جوانب كثيرة، وما دام بحثنا هذا لا يركز كثيرا على حياة الونشريسي وعصره، ارتأينا الاقتصار على الجوانب المهمة التالية:

أ - الحالة السياسية.

ب - الحالة الاقتصادية.

ج - الحالة الفكرية.

د - الحالة الدينية.

أ - الحالة السياسية:

إن الحديث عن الظروف السياسية التي عاشها الونشريسي تشكل نقطة تحول وانتقال من بلده ومسقط رأسه بالجزائر إلى المغرب، فقد خرج إلى الحياة في جو من تقرب الشمل، وتصعد الألفة، وانقطاع النظام، فالدولة الزيانية

(1) كانوا يدعونه بالكوش لسواد بشرته، ينظر: دوحة الناشر لمحاسن من كان بالمغرب من مشايخ القرن العاشر، لمحمد بن عسكر الحسني الشفشاوني، تحقيق محمد حجي، الطبعة الثانية سنة 1977م، الرباط، ص. 101.

(2) فهرس المنجور، ص. 12، 51، المعيار، ج1، ص. 5.

(3) جامع القرويين لعبد الهادي التازي، دار الكتاب اللبناني، بيروت، طبعة 1972م، ج3، ص. 509.

(4) دليل مؤرخي المغرب الأقصى لابن سودة، طبعة أولى، سنة 1950م، المطبعة الحسنية تطوان، ج2، ص. 423.

(5) فهرس المنجور، ص. 51.

الحاكمة فشلت في ردع الشعب وتوحيد الكلمة، إذ اشترأت أعناق أفراد الأسرة الحاكمة للسيطرة على الحكم، فكان النقاش في البداية بين أبي العباس المعتصم بالله، وأخيه أبي يحيى، ثم بين أبي العباس وحفيد أخيه أبي ثابت.⁽¹⁾

في هذه الظروف رحل أبو العباس الونشريسي إلى فاس في أول محرم من سنة 874هـ.⁽²⁾

ويبدو أنه رحل اضطرارا لما ضاق به المقام، فلقد استشرى الشر ضده.

ويضيف صاحب السلوة إلى ما ذكرناه قوله: وكان شديد الشكيمة في دين الله لا تأخذه في الله لومة لائم، ولذلك لم يكن له مع الأمراء كبير اتصال، ونزل رضي الله عنه فاس انتقالا إليها من تلمسان لما حصل له فيها من جهة السلطان.⁽³⁾

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد حجي في مقدمة المعيار: "ولما بلغ أحمد الونشريسي أشده، وبلغ أربعين سنة، وهو يومئذ قوال للحق، لا تأخذه في الله لومة لائم، غضب عليه السلطان أبو ثابت الزياني وأمر بنهب داره فخرج إلى فاس⁽⁴⁾، ولقي من حفاوة فقهاءها وإقبال طلبتها عليه ما أنساه الغربة، وجعله ينسجم في بيئته الجديدة انسجاما تاما، ويتخذ من هذه البلدة موطن له ولأبنائه من بعده".⁽⁵⁾

ب - الحالة الاقتصادية :

إن الحديث عن الحالة الاقتصادية ينظر فيها من النقط التالية.

• الصناعة :

من أهم الصناعات التي عرفها العصر الوطاسي بالمغرب: صناعة الأسلحة العتيقة كالسيوف والرماح، والخنجر.... ومركزها مدينتا فاس والقصر الكبير.⁽⁶⁾

وفي تلمسان ازدهرت صناعة المنتجات الصوفية، والدباغة، والزيت، والمراكب، والسروج، وخشب البنادق، وكانت قبل الاستعمار قطب الحركة التجارية الأكبر، وكان إليها مقصد التجار من الأقطار، وأحسن ما بها الخيل الراشدية.⁽⁷⁾

وفي فاس أيضا تسود هذه الصناعات من حياكة، وصباغة، وصنع خشب، ويوجد بها معمل ضرب النقود يسمى دار السكة⁽⁸⁾.

(1) تاريخ الجزائر العام، لعبد الرحمان بن محمد الجيلالي، ط1، سنة 1961م، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ج2، ص. 175.

(2) سلوة الأنفاس لمحمد بن جعفر الكتاني، طبعة حجرية، فاس، ج2، ص. 154.

(3) السلوة للكتاني، ج2، ص. 154.

(4) مقدمة المعيار، ج1، ص. ج.

(5) نفسه.

(6) رسالة الأستاذ عبد الحي بنيس، الوطاسيون والاحتلال الإيبيري لسواحل المغرب، كلية الآداب والعلوم الإنسانية فاس، 1987م، ص. 202.

(7) فهرست الرصاع، لأبي عبد الله محمد الأنصاري، تحقيق محمد العنابي، دت، دار الكتب الوطنية، تونس، ص. 8.

(8) وصف إفريقيا للوزان الفاسي الشهير بليون الإفريقي، ترجمة عن الفرنسية: محمد حجي، محمد الأخضر، طبعة 1980م، الرباط، ج1، ص. 182-219.

فالصناعة التي كانت سائدة هي الصناعة التقليدية إذا استثنينا صانعي الأسلحة، وهم بعض مسلمي إسبانيا الوافدين⁽¹⁾.

• التجارة :

رغم بعض الخن التي توالى على المغرب، فإن العلاقات التجارية بين المغرب والبلاد النصرانية ظلت مستمرة في أيام بني وطاس، وكانت أكثر هذه المعاملات تبرم بفاس التي كانت تستورد المعادن والثياب والأقمشة المتنوعة والتوابل مقابل ما كان يصدره المغرب إلى الخارج من منتوجات وطنية كالحبوب والسكر والجلود والصوف والزراحي المغربية⁽²⁾، أما تجار تلمسان فكانت تتجه رحلاتهم التجارية إلى بلاد السودان⁽³⁾.

الحالة الفكرية :

لم يعرف العهد الوطاسي حركة علمية ذات شأن، ومع ذلك فإن هذا العهد لم يخل من علماء مفكرين سواء - بالمغرب أو الجزائر - نذكر منهم⁽⁴⁾:

أ - بالمغرب :

- ✓ أبا عبد الله محمد بن قاسم اللخمي المكناسي القوري 872هـ شيخ ابن غازي⁽⁵⁾.
 - ✓ القاضي أبو فارس أبو عبد الله عبد العزيز الورياغلي الفاسي (ت 894هـ) كان يدعى بالصاعقة لما يمتاز به من حدة وجرأة⁽⁶⁾.
 - ✓ أبا العباس أحمد بن محمد بن عيسى اليزنسي الفاسي الشهير بزروق (ت 899هـ) أحد الجسور المهمة للربط بين المشرق والمغرب، صاحب التأليف الجيدة في الفقه والتصوف⁽⁷⁾.
 - ✓ أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق (ت 912هـ) وهو الذي يرجع إليه الفضل في جمع المسائل التي جرى بها العمل في لاميته المشهورة، وصاحب المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب⁽⁸⁾.
 - ✓ أبو العباس أحمد الونشريسي (ت 914هـ) كان له شأن عظيم في بلدة تلمسان أو في مهجره فاس، حيث أكب على تدريس المدونة وفرعي ابن الحاجب في المسجد المعلق بالشراطين وذلك فور وصوله من تلمسان وقبل أن تسند إليه الكراسي الوقفية في أهم مساجد فاس⁽⁹⁾.
- ونظرا لعدم الإسهاب في هذا الجانب فإني اكتفيت بما ذكر من الرجال البارزة بالمغرب.

(1) نفسه، ص. 182.

(2) بحث الأستاذ المنوني: ملامح من تطور المغرب العربي في بدايات العصور الحديثة، ينظر مجلة دعوة الحق لسنة 1977م، العدد السابع والثامن، ص. 77.

(3) رسالة الأستاذ بنيس، ص. 210.

(4) المطرب في مشاهير أولياء المغرب للشيخ عبد الله التليدي، طبعة ثانية لسنة 1987م، ص. 143-150.

(5) جذوة الاقتباس لأحمد بن القاضي، ص. 203.

(6) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع لمحمد عبد الرحمن السخاوي، طبعة 1354هـ مكتبة القدس، القاهرة، ج4، ص. 164.

(7) الجذوة لابن القاضي، ص. 64.

(8) السلوة للكتاني، ج2، ص. 102.

(9) الاستقصا في أخبار المغرب الأقصى للناصر، تحقيق ولدي المؤلف جعفر ومحمد، ط1954م، مطبعة دار الكتاب، الدار البيضاء، ج3،

ب - في الجزائر :

ظهرت شخصيات فكرية بارزة بالجزائر أمثال⁽¹⁾ :

- ✓ أبا الفضل محمد بن محمد بن أبا القاسم المشدالي (ت 864هـ) صاحب شرح جمل الخونجي في المنطق⁽²⁾.
 - ✓ أبا زيد عبد الرحمن الثعالبي (ت 875هـ) صاحب التصانيف المتنوعة، كالجواهر الحسان في تفسير القرآن، "جامع المهمم لأخبار الأمم" شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي وغيرها.
 - ✓ محمد بن عبد الكريم المغيلي (ت 909هـ) له : "البدر المنير في علوم التفسير" مفتاح النظر في علم الحديث، وغيرها.
 - ✓ أبا العباس أحمد بن يحيى بن عبد الواحد الونشريسي (ت 914هـ) صاحب المعلمة الفقهية الكبرى.. المعيار والتأليف العديدة، سنذكرها في حينها.
- الحالة الدينية :

لم يكن الغزو الإيبيري على الشمال الإفريقي ماديا فقط، بل كان مصحوبا بغزو فكري متمثل في الحملات التنصيرية التي مارسها المسيحيون على مرأى ومسمع من السلطان وأعوانه.

وتشير المصادر الأجنبية إلى المصير المأسوي الذي انتهى إليه الراهب: مرتان دوسبوليت Martin despolette على يد سكان فاس الذين عمدوا إلى إحراقه في مشهد عام بعدما تجرأ وبدأ ينشر المسيحية بين سكان المدينة المسلمين⁽³⁾.

ولا يعني هذا أن الحملة التنصيرية لم تخلف آثارا سلبية في المجتمعات الإسلامية بل على العكس من ذلك؛ إذ خرج من خرج عن دينه هروبا من الوضع المزري؛ وشكل هؤلاء طائفتين:

الطائفة الأولى: تشمل العرافين والسحرة والمشعوذين، وهؤلاء يوهمون الناس بأنهم يعلمون الغيب، وقد كسبوا ثقة الناس الجهال وأمثالهم وحصلوا بذلك على أموال كثيرة⁽⁴⁾.

الطائفة الثانية : وتتمثل في الصوفية والسادجين من الجمهور وأصحاب أسرار الحروف، فقد وجد بفاس بعض الأشخاص الذين يحملون اسم الصوفية ويمارسون أعمالا غير شرعية، كإباحة التغني بقصائد غرامية فحشة، وتشبهتهم بالنظريات الفلسفية المستوردة كوحدة الوجود، والاتحاد والحلول.

أما الخرافيون من الجمهور السادجين فتختلف وجهات نظرهم باختلاف معتقداتهم، فهم يعتقدون اعتقادا جازما أن بإمكان الإنسان أن يكتسب طبيعة الملائكة بالأعمال الصالحة والصيام.

أما أصحاب أسرار الحروف فهم يصومون صوما غريبا، ولا يأكلون اللحم، يحملون التمام ويزعمون أنهم تتجلى لهم الأرواح لتمدهم بمعرفة شمولية.

(1) تاريخ الجزائر العام، للجيلالي، ج2، ص. 332-352.

(2) معجم المؤلفين، ج11، ص. 260.

(3) رسالة الأستاذ بنيس، ص. 264.

(4) المرجع السابق، الصفحات: 204-205-214.

كما ظهر أدياء الضلال المفترين، فظهر عمرو بن سليمان السيف ببلاد السوس بالمغرب، ادعى أنه وارث النبوة، وأن له أحكاما تخصه كما في فقه الخضر مع موسى عليهما السلام، وأن الخضر حي، ونبي مرسل، وأنه يلقيه ويأخذ عنه⁽¹⁾.

ويتحدث أبو العباس الونشريسي عن ظهور دعي آخر بجبل ونشريس⁽²⁾ أفسد على الناس دينهم وزرع عقيدتهم (ومن ينقلب على عقبيه فلن يضر الله شيئا)⁽³⁾.

وبالنسبة للعقيدة الدينية رست الجزائر في هذه الفترة على التدين بعقيدة الأشعري، وفيما يتعلق بالمذاهب الفقهية تدهبت بمذهب الإمام مالك رحمه الله⁽⁴⁾.

قال البكري: ولم تزل تلمسان دار للعلماء والمحدثين وحملة الرأي على مذهب مالك بن أنس رحمه الله ولم يخالف في ذلك إلا بعض البطون والقبائل فإنهم لم يزالوا يومئذ على رأي الشيعة⁽⁵⁾.

المبحث الثاني: مكانة الونشريسي العلمية وأهم مؤلفاته:

1 - مكانته العلمية:

إن المطالع لمكانة الونشريسي العلمية يدرك أنه كان موسوعة علمية في كل الميادين، وهذه السمة تكونت عنده لتلقي العلم عن كبار علماء عصره في المغربين - الأقصى والأوسط - فبلغ بذلك غاية كبرى في مجال التأليف.

ومما يحكى عنه في طريقة تأليفه أنه كانت له عرصة يمشي إليها في كل يوم، ويجعل حمارا يحمل عليه أوراق الكتب من كل كتاب ورقتين أو ثلاثة، فإذا دخل العرصة جرد ثيابه وبقي في قشابة صوف يجزم عليها بمضمة جلد، ويكشف رأسه وكان أصلع، ويجعل تلك الأوراق على حدة في صفيين، والدواة في حزامه، والقلم في يده، والكاغيط في الأخرى، وهو يمشي بين الصفيين، ويكتب النقول من كل ورقة، حتى إذا فرغ من جلبها على المسألة قيد ما عنده وما يظهر له من الرد والقبول، هذا شأنه وعلمه وفضله أشهر من أن يذكر⁽⁶⁾، فهذا يدل على أنه كان مجتهدا منكبا على التأليف.

ومما يسجل لقوته العلمية أنه خصص له كرسي من الكراسي العلمية بفاس، وهو كرسي الفقه المخصص لتدريس المدونة وبأهم المدارس مدرسة المصباحية⁽⁷⁾، إلى جانب ذلك إضافة هذا الكرسي باسم الونشريسي، وسواء عني بذلك الأب أو الإبن فإن الشرف يلحق هذه السلالة في كل وقت⁽⁸⁾.

(1) الاستقصا للناصرى، ج4، ص. 301.

(2) المعيار للونشريسي، ج2، ص. 301.

(3) آل عمران، الآية 144.

(4) تاريخ الجزائر العام للجيلالي، ج2، ص. 332.

(5) نفسه.

(6) دوحة الناشر، ص. 48.

(7) مؤسس هذه المدرسة السلطان أبي الحسن المريني، وسميت بالمصباحية نسبة إلى الأستاذ أبي الضياء مصباح بن عبد الله الياصوتي (ت 750هـ) وهو أول من درس بها، ينظر: جامع القرويين لعبد الهادي التازي، ج2، ص. 395.

(8) نفسه، ص. 379.

وفي صدد الحديث عن مكانته العلمية يقول أحمد المنجور في فهرسته: وأكب على تدريس المدونة وابن الحلب الفرعي، وكان مشاركا في فنون العلم، إلا أنه لازم تدريس الفقه، يقول: من لا يعرفه لا يعرف غيره، وكان فصيح اللسان والقلم، حتى كان من يحضره يقول لو حضره سيبويه لأخذ النحو من فيه⁽¹⁾.

وقد قال شيخ الجماعة بالمغرب الإمام محمد بن غازي حين مر به أحمد الونشريسي يوما بجامع القرويين: لو أن رجلا حلف بطلاق زوجته أن أبا العباس الونشريسي أحاط بمذهب مالك أصوله وفروعه لكان بارا في يمينه ولا تطلق عليه زوجته لتبحر أبي العباس وكثرة اطلاعه وحفظه وإتقانه⁽²⁾.

وما المؤلفات العلمية التي خلفها إلا دليل على تمكنه من العلم ورسوخه فيه، وهذا ما سأعرض إليه خلال النقطة التالية.

2 - مؤلفاته :

لم يشغله التدريس وتربية أبنائه عن التأليف، فقد خلف - رحمه الله - كتبا عديدة، وألف تأليف مفيدة،

منها :

- الأسئلة والأجوبة، وهذا الكتاب يتضمن مجموعة من الأسئلة والأجوبة وضعها الونشريسي عام 871هـ⁽³⁾ بتلمسان، وبعث بها إلى أستاذه عبد الله القوري بفاس، وضمن معظمها في معياره⁽⁴⁾.
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ويعرف بالقواعد الفقهية⁽⁵⁾، ويضم مائة وثمانية عشر قاعدة، يقول محمد الحجوي: له أهمية قصوى عند المالكية ولدى أئمة المغرب إذ يجعلونه ضمن الكتب التي يجب على المفتي قراءتها واستحضار قواعدها قبل إصدار الفتوى⁽⁶⁾، وقد اعتنى بنظمه ابنه عبد الواحد في كتاب أسماه: "سنا المقتبس" أو النور المقتبس لفهم قواعد الإمام مالك بن أنس، ويحتوي على خمسمائة وألف بيت⁽⁷⁾.
- الوفيات، وهو كتاب ضمنه ترجمة كاملة لشيخه، ويعتبر العمدة لدى مترجميه، يتدئ بعام 701، وينتهي بعام 912هـ أي قبل وفاته بسنتين، عنيت بنشره دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر ضمن كتاب: ألف سنة من الوفيات⁽⁸⁾، وهو ذيل لكتاب "شرف الطالب في أسنى المطالب" لأحمد بن القنفذ القسطنطيني.
- الواعي لمسائل الأحكام والتداعي، ذكره الونشريسي في كتابه: إيضاح المسالك⁽⁹⁾.

(1) فهرس المنجور، ص. 50-51.

(2) دوحة الناشر، ص. 57.

(3) المعيار، ج4، ص. 283.

(4) نفسه.

(5) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي، تخريج وتعليق عبد العزيز بن عبد الفتاح القارئ، طبعة أولى سنة 1977م، المدينة المنورة، ج4، ص. 227.

(6) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي، مرجع سابق.

(7) مقدمة المعيار لأحمد البوعزاوي، طبعة حجرية لسنة 1314هـ، ج1، ص. 3.

(8) مقدمة كتاب المعيار للأستاذ الدكتور محمد حجي رحمه الله، ص. هـ.

(9) نفسه، ص. 268.

- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق⁽¹⁾، وقد حققته الأستاذة لطيفة الحسيني ونالت به دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية، وطبعته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية سنة 1418هـ-1997م.
 - عدة البروق في تلخيص ما في المذهب من الجموع والفروق، طبع على الحجر بفاس في 296 صفحة⁽²⁾، وموضوعه مقاصد الشريعة الإسلامية إذ يبين العلل في اختلاف الأحكام بين المسائل.
 - الفهرسة: ترجم فيها لشيوخه وشيوخ شيوخه، وقد أجاز بها تلميذه أبا عبد الله محمد بن عبد الجبار الورتديري، بل كتبها باسمه، ذكره مترجموه باللغة العربية، ونقلت عنهم المراجع الأجنبية⁽³⁾.
 - المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، وهو موضوع بحثنا، لذلك سأجمل القول عنه في هذه النقطة بهذا الشكل.
- 3 - قيمة كتاب المعيار:**

هذا الكتاب من أشهر كتب المالكية في الفتوى، ومكانته لا تخفى على أحد، طبع⁽⁴⁾ في ثلاثة عشر جزءاً، والجزء الثالث عشر عبارة عن فهرسته، استمد معلوماته فيما يتعلق بفتاوى علماء فاس والأندلس من مكتبة تلميذه القاضي محمد بن محمد الغرديس التعلي، وفيما يتعلق بفتاوى أهل إفريقية - تونس والجزائر وتلمسان - كانت مصادره الأساس نوازل البرزلي أبي القاسم بن أحمد القيرواني (ت 844هـ) وهي المعروفة: بالدرة المكنونة في نوازل مازونة⁽⁵⁾ ليحيى بن أبي عمران المغيلي قاضي بلدة مازونة (على ضفة نهر واريان غربي الجزائر) (ت 883هـ).

ويذكر المؤلف في بداية الكتاب، أنه جمع⁽⁶⁾ في كتابه أجوبة المتأخرين المعاصرين من علماء إفريقية والأندلس، ومن متقدميهم ما يعسر الوقوف على أكثره من أماكن، واستخرجه من مكانه لتبديده وتفريقه... ورتبته على الأبواب الفقهية ليسهل الأمر فيه على الناظر، وصرحت بأسماء المفتين إلا في اليسير النادر⁽⁷⁾، ولم يلتزم الونشريسي بما بدأ به البرزلي من بسط أحكام الفتيا في المقدمة، فبدأ بكتاب الطهارة فالصلاة، إلى آخر أبواب الفقه المعروفة ثم ختمه بكتاب الجامع الذي ضم مسائل متنوعة شملت الجزأين الحادي عشر والثاني عشر من الكتاب المطبوع.

إلى جانب ذلك يأتي الونشريسي بنصوص الأسئلة على حالها، ولو أنها في الغالب محررة من طرف عوام أو أشباه عوام، ولا تسمح له أمانته العلمية بالتصرف فيها أو تقويمها، وتنحرف أحيانا أخرى عبارات المفتين أنفسهم عن الأسلوب الفصيح، لاسيما عندما يتحدثون عن العادات والأعراف المحلية، فلا يتدخل المؤلف في ذلك بتصحيح

(1) طبع على الحجر بفاس عام 1298، في 373 صفحة، ينظر مقدمة كتاب المعيار لمحمد حجي، ص. د.

(2) حققه الأستاذ أبو حمزة فارس، ونشره دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990م.

(3) دليل مؤرخي المغرب الأقصى لابن سوادة، ص. 311، فهرس الفهارس للكتاني، طبعة 1961، طبعة مصر، ج2، ص. 122.

(4) طبع مرتين الأولى على الحجر بفاس سنة 1314هـ-1897م وهي في اثني عشر جزءاً بعناية ثمانية من الفقهاء الخطاطين والمصححين وعلى رأسهم أحمد بن محمد المعروف بابن العباس البوعزاوي الفاسي (ت 1337هـ-1918م)، انظر مقدمة المعيار، ص. ط.

(5) مقدمة المعيار، ج1، ص. و.

(6) ليس الونشريسي جامع فقط، وإنما هو كما أشار إلى ذلك معاصره ابن عسكر بكونه كان ناقداً بصيراً، يقبل ويرد ويزجج ويضعف، تبتدئ تعقيبات الونشريسي بعبارة قلت: فتقصر تارة لتكون سطرًا أو سطورا، وتطول أخرى لتغطي صفحة أو صفحات، ينظر: مقدمة المعيار للأستاذ الدكتور محمد حجي رحمه الله، ص. ح.

(7) كتاب المعيار، ج1، ص. 1.

ولا تعديل، ولذلك نجد في المعيار كثيرا من الكلمات الدارجة والعبارات الملحونة، مثل: "باطلا" أي مجانا بدون مقابل، و"ليهدنوا الشر بين الزوجين" بمعنى الإصلاح بينهما وغير ذلك من الألفاظ الأخرى⁽¹⁾.

والدارس لكتاب المعيار يجد الفتاوى تتكرر أحيانا بنص السؤال والجواب، ولكنه كثيرا ما يتفادى ظاهرة التكرار والإطالة فيما يكتب من تعاليق على بعض الفتاوى بالإحالة على بعض كتبه، أو كتب غيره من الفقهاء والمتقدمين.

ويمتاز المعيار بكثرة ما احتوى عليه من نوازل، وهي تختلف أساسا عن الافتراضات النظرية التي طالما شعبت الفقه وضخمته وعقدته، فكانت الأحداث التي عاشها الغرب الإسلامي مدعاة إلى اجتهاد الفقهاء لاستنباط الأحكام الشرعية الملائمة عن طريق استقراء النصوص الفقهية القديمة ومقارنتها وتأويلها⁽²⁾.

يرى بعض الباحثين أن المسار التعليمي والمهني والسياسي الذي اتبعه الونشريسي يمكن استخلاصه من الفترة التي ألف فيها الكتاب، وهي نهاية القرن الخامس عشر الميلادي، أي: خروج المسلمين النهائي من الأندلس، وعلاقة ذلك بتاريخ الغرب الإسلامي حيث ظهرت قوى جديدة في البحر المتوسط بدأت تتجاذبه، وبتفشي نوع من الممارسات الدينية في الأرياف والمدن معا، وهو ما يعرف بالزوايا والطرق الصوفية، وينتهي إلى القول: إذا ما وضعنا الكتاب في إطار هذه المستجدات، فإننا يمكن أن نطمع في أن يكون المعيار "وثيقة تاريخية" مهمة حول العصر مكتوبة بلغة الفقه⁽³⁾.

وللمعيار جانب آخر قلما يلتفت إليه، وهو الجانب الاجتماعي والتاريخي، فقد حوى الكثير من الإشارات إلى أحوال المجتمع الإسلامي في هذه المنطقة، من عادات في الأفراح والأتراح، وأنواع الملابس والمطعومات، وحالات معينة في الحرب والسلم وال عمران وما إلى ذلك، الأمر الذي يجعل منه مصدرا وثيقا للمؤرخ والاجتماعي مثلما هو للفقهاء⁽⁴⁾.

وتتجلى مكانة المعيار في اهتمام فقهاء الأمصار به منذ عصر المؤلف إلى أيامنا هذه، وتكفيه التسمية التي أطلقوها عليه "المعلمة الفقهية"، أو "الموسوعة الفقهية شرفا وفخرا". والبحوث التي قامت ولا زالت تقوم عليه دليل كاف على أهميته، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، اختصار أحمد بن سعيد المجلد (ت 1094هـ) في مجلد واحد سماه: الأعلام بما في المعيار من تاريخ الإسلام، ثم الدراسة التي قام بها Emile AMAR على كتاب المعيار بالفرنسية في جزأين نشرت في باريس عام 1908م، واشتملت على دراسة مختصرة للكتاب، وهناك بحوث لها أهميتها نشرت في مجلات عربية وأجنبية⁽⁵⁾.

ونحتم ما يتعلق بمكانة كتاب المعيار، أن المؤلف استغرق في تأليفه حسب ما جاء في مقدمة المعيار حوالي ربع قرن، من نحو عام 890هـ إلى وفاة المؤلف عام 914هـ⁽⁶⁾.

(1) مقدمة كتاب المعيار، ج1، ص. ز.

(2) مقدمة كتاب المعيار، ص. و - ز.

(3) الأوقاف في الشريعة والعرف والمجتمع في المغرب العربي والأندلس (ق 11-15 إفرنجي) قراءة سوسبيولوجية لنص فقهي، كتاب المعيار، للأستاذ المولودي الأحمر، مجلة البحوث التاريخية، مركز جهاد الليبيين للدراسات التاريخية، العدد الثاني، السنة 17، ص. 46.

(4) مقدمة المعيار، ص. ح.

(5) ينظر بحث الدكتورة وداد القاضي: نبذة عن المدرسة في المغرب حتى أواخر القرن التاسع الهجري في ضوء كتاب المعيار للونشريسي، مجلة الفكر التربوي الإسلامي (الكتاب الثاني)، بيروت 1981م، ص. 61-86.

(6) مقدمة المعيار، ج1، ص. ح.

الانبات في العقد الإلكتروني¹



مبارك الحسناوي طالب باحث بسلك ماستر

القانون المدني بكلية الحقوق أكادال الرباط

مقدمة :

في خضم الثورة الرقمية، و الصحوه المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، فقد عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها و بنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون و القاضي على السواء. لذا فإن ظهور الانترنت² و ما رافقه من تطور في مجال الإعلاميات أدى إلى إحداث تغييرات كبيرة على مستوى المعاملات، لا سيما التجارية منها، و التي لم تعد في حاجة إلى عقد مجلس يحضره الأطراف، و لا إلى تدوين الاتفاقات على دعائم ورقية، أو الأدوات النقدية، أو غيرها. كل هذا حل محله الحضور الافتراضي، و الكتابة الرقمية، و التوقيع الإلكتروني، و التحويلات، و النقود الإلكترونية³، و التسوق بالبطاقات الائتمانية، و استخدام الشبائيك الأوتوماتيكية، و السرعة و الدقة في إبرام العقود و تنفيذها بأقل جهد و أدنى نفقات.

و بذلك اتسعت دائرة التعامل مع العملاء و الموردين نتيجة سهولة التواصل عبر المواقع المفتوحة على مدار الساعة لتبادل المعلومات التي تتيح العلم الفوري بكل تقلبات الأسواق، و هذه الأشكال من ممارسة الأنشطة التجارية تشكل جانبا مهما من التجارة الإلكترونية⁴.

¹ للإشارة فإن هذا المقال كان عبارة عن مداخلة ألقيتها بمناسبة تكريم الاستاد عبد القادر العرعاري المتخصص في القانون المدني.

² هناك العديد من التعريفات التي قيلت في شبكة الانترنت، منها بأنها "هي شبكة اتصال تربط بين عديد كبير جدا من الشبكات المنتشرة حول العالم من شبكات حكومية و شبكات مراكز أبحاث و شبكات جامعات و شبكات تجارية و خدمات فورية و نشرات إلكترونية بإمكان أي شخص أن يصل إليها باستخدام جهاز حاسوب و مودم و خط هاتف و اشتراك عن طريق مودم خدمة الانترنت"

³ تعرف النقود الإلكترونية Electronic chash، بأنها مجموعة من البروتوكولات و التوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية، و بعبارة أخرى إن النقود الإلكترونية أو الرقمية هي المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية التي اعتدنا تداولها و تكون النقود الإلكترونية على عدة أشكال مثالها البطاقات البلاستيكية الممغنطة. للمزيد من الإيضاح راجع منير محمد الجنيبي و محمود محمد الجنيبي: النقود الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2005، ص10.

⁴ لقد تعددت الجهات النظر الفقهية المتعلقة بتعريف التجارة الإلكترونية، و هناك من عرفها من وجهة نظر عالم الاتصالات بأنها: "وسيلة من أجل توصيل المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكة الكمبيوتر و عبر أي وسيلة تقنية" و هناك من عرفها من وجهة نظر الأعمال التجارية بأنها: "التجارة الإلكترونية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية و سريعة"، و هناك من عرف التجارة الإلكترونية من وجهة نظر عالم الانترنت الذي يعرفها: "التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع و شراء المنتجات و تقديم الخدمات و المعلومات عبر الانترنت" للمزيد راجع عبد الفتاح بيومي حجازي: نظام التجارة الإلكترونية و حمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية طبعة 2002 ص 45.

وقد أصبحت التجارة الإلكترونية تلعب دورا هاما وحيويا في التجارة العالمية حيث عملت على تقريب المسافات وإزالة الحواجز بمختلف أشكالها بما في ذلك حاجز اللغة بين المستهلكين والمنتجين، ولم يعد التواصل بين الأفراد والشركات صعب المنال أينما كانوا إلا أنها كالتجارة التقليدية تثير الكثير من الإشكالات القانونية في عدة مجالات أهمها أمن المعلومات والملكية الفكرية. ويبدو أن المشكلة الحقيقية في مجال التجارة الإلكترونية واستخدام الطرق المعلوماتية بصفة أعم هي مشكلة الإثبات، كون القوانين المنظمة للإثبات أصبحت قاصرة على تنظيم مسائل الإثبات في المعاملات الإلكترونية أمام تنامي الدور الذي بدأت تلعبه الوسائل الحديثة للإتصال في مجال المعاملات التجارية وظهور وسائل إثبات جديدة أفرزها التطور التكنولوجي الحالي. لذلك بدأت جل التشريعات في التفكير في وضع إطار قانوني ما حتى تكتسي حجية تعادل تلك التي تحظى بها وسائل الإثبات التقليدية. فكان أن أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي¹ التابعة لمنظمة الأمم المتحدة قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية² تلاه القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني³، وضمن هذا التوجه سارت العديد من التشريعات في أوروبا وأمريكا وشرق آسيا⁴.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد تم وضع خطة عمل أطلق عليها بإستراتيجية المغرب الإلكتروني (E-MAROC) والتي من ضمن عناصرها إصدار قانون رقم 53-05⁵ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية حيث اقتضت صياغته اعتماد مقاربة قانونية تقوم على تعديل أو تميم بعض مقتضيات القانون الحالي المتعلق بظهير الالتزامات والعقود.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي عن طريق قانون 53-05 باعتباره الإطار القانوني المنظم للمعاملات الإلكترونية أن يضع مقاربة قانونية لتفعيل وسائل الإثبات في المجال الإلكتروني؟ ولتوضيح هذه الإشكالية وإيجاد الأجوبة الملائمة فإننا ارتأينا تناول هذا الموضوع في بحثين:

المبحث الأول: المحرر الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني.

المطلب الثاني: حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات.

المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني.

¹ : يمكن القول بأن قانون التجارة الدولي هو عبارة عن نظام قانوني دولي يتضمن مجموعة من المبادئ والقواعد العرفية التي تطبق تلقائيا في إطار التجارة الدولية، دون الاستعانة بأي قانون وطني معين ويهدف إلى تنظيم وتسهيل العلاقات التجارية الدولية، ويرى بعض الفقهاء بأن قانون التجارة الدولي يلعب دور المحرك الفعال لقانون العقود، لما له من أثر في تجديد قواعد هذا الفرع القانوني، نظرا للمكانة المميزة التي يفتحها هذا القانون للعادات والقواعد المهنية وقرارات التحكيم والقوانين الموحدة والقوانين النموذجية.

ونظرا لأهمية المواضيع التي تطرحها التجارة الدولية فقد لاقى اهتماما خاصا من هيئة الأمم المتحدة، حيث أصدرت الجمعية العامة قرارا في 28 ديسمبر 1996 بإنشاء لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وذلك من أجل العمل على تشجيع الانسجام والتناسق في نطاق قواعد التجارة الدولية، وقد عملت هذه اللجنة على وضع العديد من القوانين النموذجية، وإن كانت مجردة من القوة الملزمة إلا أنها تتيح الفرصة أمام المشرع الوطني ليحذو حذوها.

² : صدر هذا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مع دليل تشريعي بقرار الجمعية العامة رقم 51-162 في 16 دجنبر 1996، وهو يتكون من 17 مادة فينقسم إلى جزئين، يحتوي الجزء الأول منه على مواد عن التجارة الإلكترونية عموما والجزء الثاني على التجارة في مجالات معينة. للمزيد من الإيضاحات يطلع على الموقع التالي www.al-jazirah.com.

³ : صدر هذا القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني مع دليل تشريعي بقرار الجمعية العامة رقم 56-80 في دجنبر 2001 وهو يتكون من 12 مادة. للمزيد من الإيضاحات يطلع على الموقع التالي www.al-jazirah.com.

⁴ : إيد محمد عاوق، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات- دراسة مقارنة ص143.

⁵ - منشور بالجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ 2007-12-06.

المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

إن الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب في مواجهة من ينكرها أثرا قانونيا لمن يدعيها.¹

فالشخص لا يستطيع أن يصل إلى حقه عند المنازعة فيه إلا إذا طلب من القضاء حماية هذا الحق، فإذا رفع النزاع إلى القضاء، فإنه لا يستطيع أن يأخذ بما يدعيه الشخص من حق لنفسه ما لم يتحقق من أن ما يدعيه موافق للحقيقة.²

أما بالنسبة للإثبات في العقود التي تجري عبر الإنترنت فإنها لا تقوم على دعامة مادية ورقية ثابتة، يمكن الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر ذلك، بل هي مثبتة على دعائم إلكترونية غير مادية، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني.³

المبحث الثاني: المحرر الإلكتروني:

تعتبر رسالة البيانات التي يتبادلها طرفي العلاقة العقدية الوسيلة التي يعول عليها في إثبات التصرف القانوني الذي أبرم الكترونيا.⁴

لذلك سنقوم بتعريف المحرر الإلكتروني من خلال ما أورده قانون الأونسترال النموذجي و قوانين المعاملات الإلكترونية العربية و آراء الفقه (مطلب أول) و ذلك للوصول إلى مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني:

لقد نصت المادة الأولى من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي"

و نجد أن قانون الأونسترال عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات، خلافا لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني الذي عرف المحرر الإلكتروني في المادة الأولى منه و ذلك من خلال تعريفه لرسالة المعلومات و الذي جاء مطابقا للتعريف الذي جاء به قانون الانسترال النموذجي.⁵

¹ : عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام" الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، ص13.

² : جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام و الإثبات، طبعة أولى سنة1996. مطبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، ص247.

³ : إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى سنة2009، ص190.

⁴ : د. لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع. 2006. ص77.

⁵ : عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رسالة المعلومات بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الرقي"

و عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري المحرر بأن: "المحرر الإلكتروني رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية، أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة".¹

كما أضاف المشرع الفرنسي في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بشأن الإثبات عن طريق الوسائل الإلكترونية في تعريفه للمحرر المستخدم في الإثبات بأنه: "كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو إشارات أخرى تدل على المقصود منها و يستطيع الغير أن يفهمها"²...

في مقابل المشرع المغربي لم يعرف المحرر الإلكتروني في حين المشرع التونسي الذي عرف المحرر الإلكتروني في الفصل 455 مكرر من ق.ل.ع. على الشكل التالي:

" الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف و أرقام أو أية إشارات رقمية أخرى بم في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه و محفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها و الرجوع إليها عند الحاجة"³

بناءً على ما سبق يمكننا أن نعرف المحرر الإلكتروني بأنه مجموعة من الأرقام و الإشارات أو الرموز الأخرى ذات دلالة واضحة محررة على دعامة الكترونية أو مرسله بطريقة الكترونية، يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، و تكون معدة و محفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها وسلامتها.

المطلب الثاني: حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات:

إذا كان قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية قد اعترف بالكتابة الإلكترونية كشكلية لانعقاد التصرفات القانونية في حدود معينة، فإنه قد أحال الفصل 2-1 من ق.ل.ع. بشأنها على المقتضيات التي خص بها الوثيقة الإلكترونية كوسيلة للإثبات و التي ضمنها في الفصول 417 و ما بعده من ق.ل.ع. حيث جعلها مساوية للوثيقة المحررة على الورق سواء كانت مطلوبة لانعقاد أو للإثبات فقط.⁴

كما أن المشرع المصري قد منح المحررات الناتجة عن الفاكس و التلكس و الميكروفيلم و أي وسيلة الكترونية ماثلة نفس القوة القانونية للمحررات التقليدية سواء أكانت أصل المستند أو صورته، ذلك بشرط أن يتم إصدار قرار من وزير العدل يحدد القواعد و الضوابط الخاصة بمثل هذه المحررات، إضافة إلى ضرورة شرط الاستعجال ليتم إسباغ الحجية عليها. و في حال عدم توافر هذا الأخير فإن للمحررات التي تتم بالوسائل التي حددها المشرع في قانون التجارة لا تكون لها حجية المحررات التقليدية في الإثبات. و هو نفس المقتضى الذي يأخذ به في مجال التحكيم حيث منح حجية قانونية للوسائل الإلكترونية، و اشترط توفر الكتابة لتحقيق ذلك، بالإضافة إلى اتفاق طرفي التحكيم المسبقة لقبول مثل هذه الوسائل و مخرجاتها.⁵

أما المشرع الفرنسي فقد أكد هذه الحجية بطريقة أخرى، فبعد أن منح هذه السندات الحجية القانونية الكاملة في المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم (230 لسنة 2000) الصادر في 13 مارس

¹ : monsalwyer.4ulike.com

² : أنظر المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي.

³ : د. أحمد أدريوش: "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. منشورات سلسلة المعرفة القانونية. سنة 2009 ص 59.

⁴ : د. أحمد ادريوش مرجع سابق ص 59.

⁵ : د. محمد فواز المطالفة. الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية. دار الثقافة للنشر و التوزيع سنة 2008 ص 241. 242.

2000، عاد و أكد في الفقرة الثانية من هذه المادة على انه عند قيام التعارض بين سند الكتروني و سند تقليدي، فيجب على القاضي أن يفاضل بينهما دون أن يعتمد على الوسيلة التي عقد بها هذا السند، أو بعبارة أخرى لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يقدم السند التقليدي على السند الإلكتروني كون الأخير أعد على ركيزة الكترونية¹.

وبناء عليه نستنتج بان انتشار تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها و تنفيذها، أدى إلى صدور العديد من القوانين سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو في العديد من دول العالم المختلفة، و ذلك بهدف الاعتراف بالمحركات الإلكترونية و منحها نفس الحجية القانونية المقررة للمحركات الكتابية التقليدية .

إلا أن الملاحظ أن الوثيقة الإلكترونية العرفية لا تطرح نفس الإشكال الذي تطرحه الوثيقة الإلكترونية الرسمية مما يستدعي بيان ذلك :

الفقرة الأولى : الوثيقة (المحرر) الإلكترونية العرفية :

الورقة العرفية² هي التي يتم تحريرها من طرف من لهم مصلحة فيها دون تدخل الموظف العمومي، على خلاف الأوراق الرسمية³ التي تعتبر بوجه عام معدة للإثبات، فان الأوراق العرفية على نوعين، أوراق تعد مقديما للإثبات و تكون موقعه ممن حجة عليهم كعقد البيع و الكراء، و أوراق لم تعد مقديما للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين و أكثرها لا يكون موقعاً ممن هي حجة عليه كقواعد المحاسبة التي حلت محل الدفاتر التجارية و قد يكون بعضها موقعاً كالرسائل و أصول البرقيات⁴.

الوثيقة الإلكترونية العرفية حتى تكتسب حجية في الإثبات يشترط فيها أن تستوفي شروط الفصلين 1-417 و 2-417 من ق.ل.ع وهي كالتالي :

1. تعرف بالشخص الذي صدرت عنه :

معنى هذا الشرط أن تدل المعلومات المحفوظة على السند (المحرر) الإلكتروني على هوية الشخص الذي انشأ هذه المعلومات أو تسلمها، و يجب أن تدل هذه المعلومات أيضاً على لحظة إرسال أو تسلم هذا السند. و لتحقيق هذا الشرط يجب أن تكون المعلومات المحفوظة على السند مفهومة و واضحة و قابلة للقراءة حتى يمكن الاحتجاج بمضمون هذا السند، و من المعلوم أن السندات الإلكترونية تكتب بلغة خاصة ثم تترجم إلى لغة مقروءة من قبل الإنسان عن طريق برامج معدة لهذا الشأن⁵.

¹ : ذ. مصطفى موسى العجارمة: "التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت" دار الكتب القانونية مصر، طبعة 2010. ص 134

² : الورقة العرفية هي تلك التي يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم دون تدخل الموظف العمومي.

³ : ينص الفصل 418 من ق ل ع "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد و ذلك في الشكل الذي يحدده القانون و تكون رسمية أيضاً:

- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم

- الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية و الأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل سيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها * الورقة الرسمية التي تستوفي شروطها القانونية تكون حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع و الإنفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضر و ذلك إلى أن يطعن فيها بالزور، لكن الأوراق العرفية على نوعين أوراق عرفية معدة للإثبات تكون موقعاً ممن هي حجة عليه و أوراق غير معدة للإثبات و لكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين، حيث نص الفصل 424 من ق ل ع "المحركات العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتمدة قانوناً في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات و البيانات التي تتضمنها و ذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419- 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ بما سيذكر بعد".

⁴ : ذ. المعطي الجبوجي القواعد الموضوعية و الشكلية للإثبات و أسباب الترجيح بين الحجج. مكتبة الرشاد ص 60.

⁵ : ذ. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 131.

و التعرف على الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة يجب أن يتم بصفة قانونية، لأن المعطيات الخاصة بالتعريف ذات طابع شخصي تستوجب الحماية، وبالتالي يمنع استعمال الوسائل غير المشروعة للتعرف على أي شخص.

2- أن تكون معدة و محفوظة ضمن شروط تضمن تماميتها :

و هذا أيضا من الشروط الأساسية للاعتداد بالوثيقة الالكترونية و مساواتها للوثيقة المحررة على الورق. فهذه الأخيرة قابلة بطبيعتها للحفظ مهما طال الزمن لان حامل الكتابة فيها الذي هو الورق، قابل للحفظ و التخزين و الأرشفة. أما الدعامة الالكترونية، أيا كان شكلها، فيجب أن تكون قابلة بدورها للحفظ بالطرق الفنية المعروفة حيث أن المشرع المغربي لم يعرف الحفظ كما لم يبين أشكاله بخلاف ما فعله القانون التونسي المتعلق بالتجارة الالكترونية في الفصل الرابع منه "يعتمد حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، و يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسل به و يلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

و عموما فإن المشرع اشترط أن تكون الوثيقة الالكترونية معدة و محفوظة ضمن ظروف تضمن تماميتها، ويمكن القول بان المقصود بها شمولية المضمون و تمامه دون زيادة أو نقصان، سواء بقصد أو بغير قصد.

3- أن تحمل توقيعاً مؤمناً.

4- أن تحمل تاريخاً ناتجاً عن التوقيع الالكتروني المؤمن.

الفقرة الثانية : الوثيقة (المحرر) الالكترونية الرسمية :

من المعلوم أن الوثيقة الرسمية بشكل عام، هي التي يتلقاها موظف عمومي له صلاحية التوثيق في مكان إبرام العقد، فالموثق على هذا النحو يتولى مهمة الإشراف و المصادقة على تعبير الأطراف عن إرادتهم بالموافقة على التصرف و يكون بذلك مسؤولاً عما شهد به من وقائع و اتفاقات وقعت أمامه، و يختم الوثيقة بتوقيعه إلى جانب توقيع الأطراف و يحتفظ بأصلها في ديوانه و لا يسلم لهم سوى نسخة منها، و الوثيقة الرسمية بهذا الشكل تتوفر على قوة إثباتيه و تنفيذية في نفس الوقت.¹

أما الوثيقة الالكترونية فتتميز بكونها محررة بلغة رقمية تقرأ على الشاشة و تفرض النقل الالكتروني للمعطيات لوجود مسافة جغرافية تفصل بين المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق تأتي التساؤلات الآتية :

- كيف نتصور حضور الموظف الرسمي لواقعة وضع التوقيع الالكتروني ؟ هل بحضوره الفعلي الملموس بذاته و صفته أو بحضور افتراضي على الشبكة ؟ وهل يضع توقيعه الالكتروني هو أيضا على الوثيقة ؟

- كيف يتم حفظ الوثيقة الالكترونية؟²

¹ : العربي جنان: "التعاقد الإلكتروني في القانون المغربي -دراسة مقارنة" مطبعة الوراقة الوطنية الداوديات-مراكش، الطبعة الأولى 2010، ص110.

² : ذ.محمد العروصي التعاقد التجاري عن طريق الانترنت المجلة المغربية للأعمال و المقاولات عدد 10 مارس 2006.ص19.

إن الحضور الشخصي للموثق في المعاملة الالكترونية لا يمكن أن يكون في مجلس واحد بسبب تباعد الأطراف مكانيا، إذ لو كان المجلس واحد ما كانت هناك حاجة للتعاقد الالكتروني أصلا، ومن ثم فإن ما يمكن تصوره هو حضور الموثق الفعلي لوضع التوقيع الالكتروني لأحد الأطراف فقط ثم بعد ذلك يرسل الوثيقة الكترونيا للطرف الآخر للغرض نفسه أمام موثق آخر أو أمام نفس الموثق إذا تسنى له الانتقال لذلك الطرف، و أما إذا تصورنا الحضور الافتراضي للموثق فمعنى ذلك أن معانيته كذلك تكون افتراضية لوضع التوقيع الالكتروني، وهذا يتطلب معدات تقنية و برمجيات متطورة جدا لكي توفر مجالا لتلاقي الموثق بالأطراف على شبكة الانترنت على غرار الندوة الفيديوفونية أو منتدى النقاش و هي إمكانيات غير متاحة حاليا للموثقين في أغلب البلدان المتقدمة فبالأحرى في بلادنا إذا مازال استعمال وسائل الاتصال في التوثيق مقتصرنا لدينا على الطبع و تخزين البيانات و على البريد الالكتروني و الويب.

إن الورقة الرسمية متى استوفت الشروط و تمت بالمعايير التي حددها القانون إلا و اكتسبت حجية قاطعة لا بالنسبة للمتعاقدین فحسب بل حتى بالنسبة للغير، يتضح أن هناك نوعان من البيانات يكسبان الورقة الرسمية حجيتها و هي :

- 1- البيانات التي قام بها الموظف في حدود مهمته و بينهما في الورقة الرسمية من قبل التاريخ، مكان التلقي، توقيعه، و توقيع ذوي الشأن و الإجراءات المصاحبة لذلك من تسجيل و غيره.
 - 2- الاتفاقات و الوقائع التي حصلت في محضر الموظف من طرف المتعاقدین، و هذا يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي حررت بمعرفة الموظف العمومي بيعا أو غير ذلك، و هذا البيانات بنوعها تكسب الورقة الرسمية حجية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور لأن فيها مساس بأمانة الموظف العمومي¹.
- و تجدر الإشارة في الأخير أن المشرع المغربي سعى إلى تحديث الترسانة القانونية بمقتضى قانون 05-53 و مواكبته للتطورات التقنية في مجال المعلومات و كذا حرص المشرع على تهيئة بيئة قانونية ملائمة للتطورات التقنية في المعاملات الالكترونية.

المبحث الثاني: التوقيع الالكتروني :

يمكن القول أن التوقيع بخط اليد لا يمثل سوى مرحلة من المراحل التطور في وسائل التصديق على التصرفات القانونية، و هو ليس الأداة الوحيدة، أو المرحلة النهائية للتطور، بل يرتبط إلى حد بعيد بظاهرة الكتابة الورقية ، ولا يقف حازما أمام بروز أشكال جديدة فالهدف من الإمضاء يكمن في خلق حالة واقعية ظاهرة ومشاهدة ومعينة، فالتصديق تعبير مجرد عن حالة نفسية باطنية تتمثل في نقل القبول إلى رحاب العالم الخارجي المحسوس².

وعليه سنعمل في معالجة هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لمفهوم التوقيع الالكتروني و أنواعه و المطلب الثاني لحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

المطلب الأول : مفهوم التوقيع الالكتروني وأنواعه :

¹ : ذ. المعطي الجبوجي، مرجع سابق، ص 58-59.
² : يوسف أوبعير. الطبيعة القانونية للعقد التجاري الالكتروني و تأثيره على وسائل الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص سنة 2008-2009 ص 80.

لقد بدت الحاجة ملحة إلى ضرورة إيجاد بديل الكتروني يحل محل التوقيع الخطي اليدوي ويؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والإثبات، فظهر التوقيع الالكتروني كتقنية يستطيع بها الأطراف المتعاملون بنظام التبادل الالكتروني للبيانات والرسائل الالكترونية لتوثيق معاملاتهم¹.

الفقرة الأولى: تعريف التوقيع الالكتروني:

إن مصطلح التوقيع الالكتروني حضي بأهمية خاصة من قبل العديد من المشرعين والفقهاء، فأغلب التشريعات، سواءا أكانت تشريعات علمية أم وطنية، عرفت التوقيع الالكتروني ووضعت له عدة تعريفات:²

أما المشرع المغربي فلم يعرف التوقيع الالكتروني، وإنما استوجب فقط إذا كان التوقيع الالكتروني يتم عبر استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباط ذلك التوقيع، بالوثيقة المتصلة به، كما جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 2-417 من ق.ل.ع بعد التعديل³، إذ ترك مهمة التعريف موكولة إلى الفقه.

وعليه فإن المشرع المغربي اهتم بالتوقيع الالكتروني وعالجه من خلال القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية 05-53، وذلك في القسم الثاني من هذا القانون خاصة الباب الأول والثاني منه، حيث نجد المشرع يتحدث عن التوقيع الالكتروني المؤمن والتشفير ثم المصادقة على هذا التوقيع الالكتروني بقوته التبتوية. والتوقيع الالكتروني كمصطلح جديد، استلزم ضرورة تعريفه أو تحديد مفهومه ذلك انه بذلت جهود كبيرة لبيان ذلك من قبل بعض المنظمات الدولية المتخصصة في هذا المجال وحتى من قبل بعض التشريعات⁴.

غير انه أعطيت مجموعة من التعاريف للتوقيع الالكتروني من جهات متعددة قانونية أو تقنية، فمجموعة ISO عرفت التوقيع الالكتروني: " بأنه مجموعة معطيات أضيفت على وحدة المعطيات أو تحول مشفر لوحدة من المعطيات تمكن المرسل إليه من إثبات مصدر وحدة المعطيات وكذلك التأكد من صحتها أو تمامها مع حمايتها من التقليد".

أما المشرع الفرنسي فقد عرفته المادة الأولى من المرسوم بمثابة قانون⁵ المتعلق بالمبادلات الالكترونية بان التوقيع الالكتروني هو: " معطى ينتج عن استعمال ما من طرف الموقع أو هو معطى يكون نتيجة استعمال الموقع لرسالة معطيات".

وقام المشرع المصري بإصدار قانون خاص بالتوقيع الالكتروني حيث قام بتعريف التوقيع الالكتروني في المادة (1/أ) منه بأنه: " ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"⁶.

1 : د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي- 2008-ص244.

2 : د. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق ص153.

3 : يوسف أوبعير، مرجع سابق ص85.

4 : طارق البختي، (باحث في قانون الأعمال والمقاولات) دراسة تحت عنوان: "مدى حجية المحررات الالكترونية و التوقيع الالكتروني في الإثبات" المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاولات، العدد 14 ، ماي 2008 ص95.

5 : المرسوم الفرنسي رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس 2000. منشور بالجريدة الرسمية. عدد 62 الصادر بتاريخ 14 مارس 2000. ص 3968.

6 : قانون رقم 15 لسنة 2004 لتنظيم التوقيع الالكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الصادر في ربيع الأول 1425 الموافق 21 أبريل 2004 منشور بالجريدة الرسمية المصرية العدد 18 تابع (د) في الصفحة 17 بتاريخ 22 أبريل 2004 منشور على الموقع. www.ecipit.org.eg.

وكان حريا بالمشرع المغربي أن يسلك نفس النهج تماشيا مع التوجه الذي أخذت به التشريعات المدنية خصوصا بعد إبرام اتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر رائد في المجال التجارة الالكترونية حيث عرف قانونها الصادر في 30 يونيو 2000 التوقيع الالكتروني بأنه "شهادة رقمية تصدر عن إحدى الهيئات المستقلة وتميز كل مستخدم يمكن أن يستخدمها في إرسال أي وثيقة أو عقد تجاري أو تعهد أو إقرار".¹

ومن خلال دراسة جل هذه التعريفات يمكننا أن نستخلص تعريفا محمدا للتوقيع الالكتروني يتجلى في: "كل إشارة أو علامة أو رمزا الكترونيا يضاف إلى رسالة البيانات المعلوماتية ينفرد به صاحبه، ويمكن من التعرف على هويته وعن قبوله الالتزام بذلك البيان وان يتم ذلك الرمز أو العلامة بصورة تحول لصاحبه المحافظة عليه بشكل مستمر حتى يتمكن من كشف كل تعديل لرسالة البيانات قد يطرأ عليه لاحقا".

الفقرة الثانية: الوظائف القانونية للتوقيع 2 الالكتروني:

ورد في دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 في التعليق على المادة السابعة منه أن التوقيع الالكتروني يجب أن يقوم بالوظائف التالية: "تعيين هوية الشخص، وتوفير ما يؤكد يقينا مشاركة ذلك الشخص بالذات في فعل التوقيع والربط بين ذلك الشخص ومضمون المستند".³

فالتوقيع الالكتروني يقوم بعدة وظائف قانونية، يمكن إجمالها في وظيفتين رئيسيتين:

تحديد هوية الموقع (الوظيفة الأولى) وإظهار موافقته الالتزام بمضمون ما وقع عليه (الوظيفة الثانية).

الوظيفة الأولى: تحديد هوية الموقع:

نرى أن تعريف التوقيع يتجه إلى لزوم أن يحقق هوية الشخص الموقع وذلك مهما كان شكله فيظهر ذلك في التوقيع التقليدي سواء ثم بالإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع حيث جاء في نصوص قانون البيانات الأردني أن من يحتج عليه بسند عادي وكان لا يريد الاعتراف به وجب أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة وإلا فهو حجة عليه، وهذه العبارة تشير بوضوح إلى أن طرق التوقيع يجب أن تحدد هوية الشخص الموقع والتي تعتبر من أهم وظائف التوقيع وذلك لتحديد هوية المتعاقدين، فالإمضاء الذي يستخدمه الشخص يكون معروفا له ومحمدا لشخصيته.⁴

وعلى نفس المنوال سار المشرع المغربي حيث نص فصله 2-417 من ق.ل.ع من الفقرة الأولى والتي جاء فيها: "يتيح التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة".

ومن هذا يمكن القول بان المشرع المغربي جعل من وظائف التوقيع الالكتروني وسيلة الإفصاح عن شخصية الموقع.

¹ : سلطان البلوشي مرجع سابق ص.

² : جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 يونيو 1952: " la signature par le seul prénom d'un testament orthographe repond suffisamment aux exigence de cet article (art:970 du code civil) d'un lors qu'elle permet d'établir avec certitude l'identité de l'auteur de ce document et sa volonté d'en approuvé les dispositions.

Coss.civ 24 juin 1952. jcp-1952.

³ : دكتور مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانون للتعاقد عبر شبكة الإنترنت مرجع سابق، ص166.

⁴ : الدكتور لورنس محمد عبيدات. إثبات المحرر الالكتروني، مرجع سابق ص150.

ولهذا الاعتبار اشترط الفصل 426 من ق.ل.ع " ...أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه ... ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه ."

وخلاصة لما سبق ذكره يمكن القول أن تحديد هوية الموقع تعد شرطاً لازماً لصحة العقد الإلكتروني وذلك من خلال كون هذه المقتضيات ذات تقنية محضّة والتي تحتاج إلى مجال تنظيمي ينظمها بهدف مواكبة التطورات في هذا المجال التي لم تستقر بعد على حالة نهائية.

الوظيفة الثانية : التعبير عن إرادة الموقع :

يعد التوقيع بمثابة وسيلة للتعبير الكتابي عن الإرادة ولغة قانونية لترجمة حقيقية نفسية معناها نعم رضيت وأنا موافق.¹ أما في المجال الإلكتروني، فإنه لا مجال للرابطة المادية بين التوقيع وشخصية صاحبه، حيث يجد المتعاقد نفسه ملتزماً بمجرد نقرة على لوحة المفاتيح أو الفأرة دون أي حركة شكلية تساعد على الاطمئنان لما سوف يقدم عليه كإعداد رسالة مسبقة التحذير من قبيل : " انتبه أنت على وشك توقيع وثيقة تلزمك قانونياً".

ولهذه الغاية نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 417-2 على انه : "عندما يكون التوقيع الكترونياً، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به.

وختاماً لما سبق ذكره، يمكن القول بان مفهوم التوقيع الإلكتروني هو مفهوم متشعب يصعب الإحاطة به من جميع الجوانب نظراً لتعدد التعاريف القانونية في معالجة إشكالية التوقيع الإلكتروني مما دفعنا إلى إلقاء نبذة عن وظائف التوقيع الإلكتروني لذا فإننا سنقوم في هذه الفقرة بإلقاء الضوء على بعض الصور التوقيع الإلكتروني .

الفقرة الثالثة : صور التوقيع الإلكتروني :

لقد بذل العلماء في مجال تكنولوجيا المعلومات محاولات جادة من اجل ابتكار وسائل وطرق تتماشى مع التطورات التكنولوجية والمتطلبات القانونية للتوقيع لجعله يضاهي التوقيع العادي على الورق، وترتب على ذلك ظهور عدة صور للتوقيع الإلكتروني بهدف توفيره على الشروط اللازمة للاعتداد به قانوناً في الإثبات، وبالتالي تعدد صورته بحسب الطريقة التي تتم بها، وتختلف هذه الصور فيما بينها من حيث درجة الثقة بها ومستوى تقدمه من ضمان لصاحبها بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها.²

وبالرجوع إلى ما توصلت إليه تكنولوجيا المعلومات من تطورات في إنتاج التوقيعات الإلكترونية فإننا نستطيع حتى الآن أن نحدد أنواع التوقيع الإلكتروني على الشكل التالي :

أولاً : التوقيع اليدوي الإلكتروني³.

تعتبر هذه الصورة من أبسط صور التوقيع الإلكتروني، وتتمثل في تحويل التوقيع اليدوي إلى توقيع الكتروني عن طريق تصوير التوقيع اليدوي بالماسح الضوئي scanner ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا

¹ : محمد مرابط: مؤسسة التوقيع في الاوراق التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس اكدال الرباط 1995. ص87.

² : طارق عبد الرحمن ناجي كميل: التوقيع الإلكتروني وحجبه في الإثبات اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية اكدال الرباط السنة الجامعية 2007-2008. ص83.

³ : أو تحويل التوقيع بخط اليد إلى توقيع إلكتروني.

التوقيع إليه عبر شبكة الاتصال الالكتروني. كذلك يمكن الاحتفاظ بهذه الصورة الرقمية للتوقيع عن طريق تسجيلها إما في الذاكرة الصلبة للحاسوب، أو على قرص مغناطيسي خارج جهاز الحاسوب، بحيث يمكن للشخص كلما أراد التوقيع بهذه الطريقة الرجوع إلى هذه الصورة وإضافتها إلى الملف الذي يريد التوقيع عليه¹.

ثانيا: التوقيع بالقلم الالكتروني : pen-op :

وهذه هي الصورة الثانية للتوقيع الالكتروني حيث تتم باستخدام طريقة pen-op أو التوقيع بالقلم الالكتروني .

ويتم ذلك عن طريق استخدام قلم الكتروني حسابي يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الكمبيوتر، وذلك عن طريق استخدام برنامج معين، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين الأولى خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع، حيث يتلقى البرنامج أولا بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة المستخدمة، وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة، ويتبعها الشخص، ثم تظهر الرسالة تطالب بتوقيعه باستخدام قلم على مربع في داخل الشاشة، ودور هذا البرنامج قياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم والشكل والنقاط وخطوط و الالتواءات² ويقوم الشخص بالضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة بأنه موافق أو غير موافق على هذا التوقيع (ok او no) .

ثالثا: التوقيع الالكتروني الرقمي : DIGITOL SIGNATURE :

ويسمى أيضا التوقيع بواسطة المفتاح، ويسمى "رقميا" لأنه يحتوي على رقم سري لا يعرفه سوى صاحبه ويشيع استخدامه في التعاملات المالية والبنكية وبواسطة بطاقة الائتمان .

رابعا: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية أو التوقيع البيومتري : BIOMETRICS SINGATURE :

يهتم العلم البيومترولوجي بدراسة الخصائص الذاتية المميزة لكل شخص القادرة على تمييزه وتحريره عن غيره من الأشخاص مثل بصمة الأصبع أو شبكة العين أو بصمة الشفاه أو نبرة الصوت ومحاولة استثمار هذه الخصائص الذاتية التي لا يمكنها أن تتطابق مع خصائص أي شخص آخر في مجالات متعددة كالدخول إلى الأماكن الخاصة التي لا يمكن ولوجها إلا من طرف الشخص المرخص له بذلك أو لفتح الخزائن الحالية أو للتعرف على مرتكبي الجرائم كما يمكن استخدام هذه الخصائص في التوقيع على التصرفات القانونية³.

المطلب الثاني : حجية التوقيع الالكتروني والجهة المصدرة له :

في هذا المطلب سنجيب عن جملة من التساؤلات حول إمكانية قبول التوقيع الالكتروني كبديل عن التوقيع العادي في ظل القواعد العامة المنظمة للإثبات؟ بمعنى آخر هل واكب هذا التطور التقني تطورا مماثلا في قواعد القانون التقليدي خاصة ما يتعلق منها بالإثبات، أم أن فكر القانون التقليدي يقف حجر عثرة أمام الاستفادة من ثمار هذا التطور التقني؟ وما هي الجهة المختصة في خدمة المصادقة الالكترونية؟

¹ : عزيز جواهري، المرجع السابق الصفحة 21.

² : عبد الفتاح بيومي حجازي المرجع السابق ص 33-34.

³ : عزيز جواهري، المرجع السابق ص 22.

الفقرة الأولى : حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات :

أدرك المشرع المغربي كباقي التشريعات المقارنة ضرورة تجاوز الهوية الرقمية وما يترتب عنها من هوة قانونية، وذلك عن طريق التدخل التشريعي لملائمة تشريعاته مع التطورات التكنولوجية الحديثة في ميدان استخدام تكنولوجيا المعلومات في التجارة الالكترونية متأثرا في ذلك بالجهود المبذولة على المستوى الدولي والإقليمي، ومن أجل ذلك عمل على وضع¹ قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل القانوني للمعطيات الالكترونية، فقد أشار إلى التوقيع المؤمن فقط وذلك في الفصل 3-417 حيث نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل على أنه: "يعتبر التوقيع الالكتروني مؤمنا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال". هذا وقد بينت المادة السادسة من نفس القانون الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني المؤمن حتى يتم الأخذ به وهذه الشروط هي²:

1. أن يكون خاصا بالموقع³،
2. أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية،
3. أن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق ادخل عليها،
4. يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء⁴ التوقيع الالكتروني، تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة.

فعند توفر هذه الشروط يصبح التوقيع الالكتروني موثوقا به، ويؤدي إلى بث الطمأنينة في سلامة الوثيقة الالكترونية وصحتها، يلاحظ أن المشرع المغربي لم يركز على التقنية أو الطريقة التي يتم بها استخدام التوقيع الالكتروني كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة، وإنما اشترط توافر معايير قانونية وتقنية يكون دورها التأكيد على سلامة التوقيع الالكتروني المؤمن على تلك المعايير فانه يصبح قادرا على القيام بوظائف التوقيع العادي، وبهذا يكون المشرع المغربي قد سائر الاتجاه الذي سار عليه القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية وكذلك الأحكام الخاصة بالتوقيع الالكتروني المعزز المنصوص عليه في التوجيهات الأوروبية الخاصة بالتوقيعات الالكترونية⁵.

الفقرة الثانية : المصادقة على التوقيع الالكتروني :

إن الثقة والأمان لدى أطراف العقد الالكتروني هما من أولى الأمور التي يتعين توفرها في هذا النوع من التعاقد، وذلك لما تتسم به طبيعة هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف العلاقة فضلا عن عدم وجود علاقات سابقة بين الأطراف في معظم العقود.

¹ طارق عبد الرحمن ناجي كميل، مرجع سابق ص301.
² هذه الشروط منصوص عليها في المادة السادسة من قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية رقم 05-53 لسنة 2007.
³ لقد عرفت المادة السابعة من القانون 05-53 الموقع بأنه: "هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله و الذي يستخدم آلية إنشاء التوقيع الالكتروني".
⁴ لقد عرفت المادة الثامنة من القانون 05-53 آلية إنشاء التوقيع الالكتروني بأنه "تتمثل في معدات أو برمجيات أو هما معا، يكون الغرض منها توفير معطيات إنشاء التوقيع الالكتروني التي تتضمن العناصر المميزة الخاصة بالموقع، كمفتاح التشفير الخاصة بالمستخدم من لدنه لإنشاء التوقيع الالكتروني".
⁵ سلطان البلوشي، المرجع السابق ص104.

ولكي تتوافر الثقة والأمان المستهدفتان فإن الأمر يستلزم وجود طرف ثالث محايد سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا وذلك حتى يضمن سلامة المحرر الالكتروني من العبث أو الاحتيال ويؤمن عملية التوقيع الالكتروني، وذلك بالتحقق من شخصية المتعاقدين¹.

لقد تناول قانون 05-53 موضوع المصادقة على التوقيع الالكتروني من خلال أشخاص ثلاثة، السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية (أولا)، ومقدمي خدمة المصادقة الالكترونية (ثانيا) وصاحب الشهادة الالكترونية (ثالثا).

أولا : السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية :

أنشأ المشرع جهازا مكلفا باعتماد ومراقبة عمليات المصادقة الالكترونية، يحمل اختصارا اسم "السلطة الوطنية" أسند إليها المهام المحددة في المواد من 15 إلى 19 من القانون 05-53 وهي :

- أ. اقتراح معايير نظام الاعتماد على الحكومة وكيفية اتحاد التدبير اللازمة لتفعيله.
- ب. اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، ومراقبة نشاطهم (المادة 15 من القانون).
- ت. نشر مستخرج من قرار الاعتماد في الجريدة الرسمية.
- ث. مسك سجل بأسماء مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية المعتمدين ينشر في نهاية كل سنة في الجريدة الرسمية (المادة 16)

- ج. التأكد من احترام مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، الذين يسلمون شهادات الكترونية مؤمنة بالالتزامات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون وفي النصوص التطبيقية له (المادة 17)
- ح. يجوز لها إما تلقائيا، أو بطلب من أي شخص يهمه الأمر، أن تتحقق بنفسها، أو أن تنتدب خبراء للتحقق من مطابقة نشاط مقدم الخدمة، الذي يسلم شهادات الكترونية مؤمنة لأحكام هذا القانون والنصوص المقررة لتطبيقه (المادة 18).

- خ. يحق لأعوانها، وللخبراء المتدبين من قبلها، بعد إثبات صفتهم، ولوج أي مؤسسة، والاطلاع على كل الآليات والوسائل التقنية المتعلقة بخدمات المصادقة الالكترونية المؤمنة التي يعتبرونها مفيدة أو ضرورية لانجاز مهام التحقيق المكلفين بها في إطار المادة 18 من نفس القانون (المادة 19)².

ثانيا : مهام مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية :

إن مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية يعود إليهم وحدهم إمكانية إصدار شهادات الكترونية مؤمنة وتسليمها وتدبير الخدمات المتعلقة بها وذلك وفق الشروط المقررة في قانون 05-53 و النصوص المتخذة لتطبيقه (المادة 20). و لقد قررت المادة 21 من القانون 05-53 عدة شروط من أجل اكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الالكترونية.

¹ : إيمان مامون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته المرجع السابق ص308.

² : العربي جنان، المرجع السابق ص123.

ثالثا: مسؤولية مقدم خدمة المصادقة الالكترونية :

نص المشرع على مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق مقدمي خدمة المصادقة على التوقيع الالكتروني وعلى مستخدميهم يترتب عن الإخلال بها المسؤولية المدنية و الجنائية بحسب الأحوال، وقد وردت أحكامها في المادة 24 من القانون 05-53 بمقتضى المادة 24 المذكورة يتحمل مقدموا خدمات المصادقة الالكترونية مسؤوليتهم عن إنشاء السر المهني، من طرفهم أو من طرف مستخدميهم ولا يطبق الالتزام بكتمان السر المهني عندما يتعلق الأمر بالسلطات الإدارية والأعوان وخبراء مقدمي الخدمة وكذا مسؤوليتهم في إطار القواعد العادية عن تهاونهم وقلة كفاءتهم أو قصورهم المهني تجاه المتعاقدين أو في مواجهة الغير¹.

رابعا: التزامات صاحب الشهادة الالكترونية :

نص المشرع على أربعة التزامات أساسية يتعين على صاحب التوقيع الالكتروني عدم الإخلال بها، وهي محددة في المواد من 25 إلى 28 من القانون 05-53، فمنذ لحظة إحداث معطيات التوقيع الالكتروني يصبح صاحب الشهادة الالكترونية مسئولاً² عن تامة وسرية تلك المعطيات، و كل استعمال لهذه المعطيات يعتبر صادرا عنه، ما لم يثبت خلاف ذلك (المادة 25). كما يتعين عليه أن يشعر في أقرب الآجال، مقدم خدمة المصادقة، بكل تغيير يطرأ على المعلومات التي تتضمنها الشهادة الالكترونية (المادة 26)، ويجب عليه أيضا ان يطلب الغاء الشهادة الالكترونية وفقا لأحكام المادة 21 من القانون.

خاتمة :

تعد دراسة الإثبات الإلكترونية من الموضوعات الشائكة التي مازالت قيد البحث، فلم يتطرق لها الباحثون في دراستهم بشكل كبير، بل يمكن القول بأن هذا الموضوع لم يأخذ حقه من البحث فقد جاءت الدراسات حوله قليلة و نادرة لحدة الموضوع و حدثته و عدم بيان كافة مفرداته التي هي في تطور يومي مستمر.

و إذا كان المشرع المغربي قد اهتم بهذا الجانب من خلال إصدار القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، فإن الملاحظ أن تعامل المواطن المغربي في مجال التعاقد الإلكتروني عامة، و التجارة الإلكترونية خاصة، مازال في بدايته، و تشكل هذه المبادرة خطوة كبيرة في الاستعداد للمستقبل القريب، لكن ليس معنى هذا أن القانون غير قابل للتطبيق الآن، وإنما على العكس من ذلك، فمن جهة أتى بالحلول الملائمة التي يستند إليها القضاء في اعتماد الوثائق الالكترونية حجة في الإثبات.

و من جهة أخرى، فإنه مما لا شك فيه أن هذا القانون الجديد سيساهم في حسم النزاعات المترتبة عن التعاملات الإلكترونية، و بالتالي إمكانية اعتماد المحررات الإلكترونية و التوقيعات الإلكترونية كوسائل للإثبات، خاصة و أن هذه المحررات أو التوقيعات لا تكتسب الحجية إلا بعد توثيقها و المصادقة عليها من طرف الجهات أو السلطات المختصة، و هو ما يفيد الاعتراف لها بحجيتها، و من تم مضاهاتها لتلك المحررات الرسمية أو العرفية، خاصة و أن المشرع خص هذه المحررات الإلكترونية و التوقيعات الإلكترونية بضمانات قانونية من شأنها تعزيز هذه الحجية و ذلك بإقراره لغرامات و عقوبات و تدابير وقائية في حالة المساس بهذه المحررات و التوقيعات الإلكترونية.

¹ : مقال منشور بالجريدة الرسمية تنفيذ قانون 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية عدد 5584 بتاريخ 6 جنبر 2007، ص 3880.

² : و هي مسؤولية موازية لمسؤولية مقدم خدمة المصادقة على التوقيع المنصوص عليها في المادة 24 من نفس القانون.

قاعدة "لا يقضي القاضي بعلمه" : دراسة فقهية ومقاصدية



فضيلة الأستاذ : سعيد الشويّ باحث حاصل على الماجستير

في القواعد الفقهية والأصولية وتطبيقاتها في الأحكام والنوازل

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز بفاس سنة 2013

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فمما لا ريب فيه أن الشريعة الإسلامية تقصد إلى إيجاد قضاة في الأمة؛ يحققون مصالحها ويدرأون المفساد عنها، وذلك من خلال إقامة العدل فيها وتنفيذ أحكام الشرع بين أفرادها.

وتحقيقا لهذا المقصد من ولاية القضاء، وضع الفقهاء جملة من الشروط والضوابط والمبادئ العامة في شكل قواعد فقهية، تكون سياجا ضابطا لعمل القضاة؛ يضمن قيامهم بمهامهم المنوطة بهم في ظروف تمكنهم من إظهار الحقوق وإيصالها لأصحابها، وقمع الباطل ما ظهر منه وما خفي.

وإذا كان مما لا شك فيه

أن الشريعة الإسلامية لا غرض لها ولا مقصد لها سوى مصالح العباد، من خلال نصوصها وأحكامها التي تروم تحقيق المصالح جلبا للمنافع ودرءا للمفاسد، فإن ما يقال عن الأحكام الجزئية، يقال كذلك عن الأحكام الكلية (القواعد الفقهية)؛ لأن هذه الأخيرة تجمع شتات الفروع الفقهية المتناثرة في سلك واحد؛ لتحقيق مقاصد شرعية معينة.

والقاعدة موضوع الدراسة تعتبر من القواعد المهمة، التي اهتم بها الفقهاء - وإن اختلفوا فيها -؛ نظرا لقيمتها ومكانتها في مجال القضاء؛ ولما تسعى إليه من مقاصد. وهذا ما سيتضح بجلاء من خلال هذه الدراسة المتواضعة، التي سأتناول الحديث عنها من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: معنى القاعدة.

هذه القاعدة تعني في مفهوم من قال بها أن القاضي لا يجوز له الاستناد في الحكم على علمه، سواء عَلِمَ ذلك في ولايته أو قبلها، وسواء كان ذلك في مكان عمله أو في غيره، لا في حقوق الله ولا في حقوق الآدميين. ويُستثنى من القاعدة بالاتفاق قول الحاكم بعلمه في الجرح والتعديل.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في العمل بالقاعدة.

اختلف الفقهاء - رحمة الله عليهم - في مسألة قضاء القاضي بعلمه، وهذا ما أشار إليه ابن رشد - رحمة الله عليه - وغيره بقوله: «وما اختلفوا فيه من هذا الباب¹ قضاء القاضي بعلمه، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح... واختلفوا هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار أو لا يقضي إلا بالدليل والإقرار؟»².

❖ فقال الإمام مالك - رحمة الله عليه - بأن القاضي لا يحكم بعلمه في حال من الأحوال³، وهذا ما نص عليه القاضي عبد الوهاب البغدادي - رحمة الله عليه - بقوله: «لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء أصلاً، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، لا في مجلس الحكم، ولا في غيره، لا في حقوق الله ولا في حقوق الآدميين»⁴. وقال بعض أصحاب الإمام مالك - رحمة الله عليه -: «يقضي بعلمه في المجلس - أعني بما يسمع - وإن لم يشهد عنده بذلك، وهو قول الجمهور... وقول المغيرة، وهو أجرى على الأصول؛ لأن الأصل في هذه الشريعة ألا يقضي إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين»⁶.

❖ وقد وافق الإمام أحمد الإمام مالك - رحمة الله عليهما - في القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، فقال ابن قدامة المقدسي - رحمة الله عليه -: «ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها. هذا قول شريح، والشعبي، ومالك، وإسحاق، وأبي عبيد، ومحمد بن الحسن. وهو أحد قولي الشافعي»⁷. وهذا ما أكده القرافي - رحمة الله عليه - بقوله: «القضاء بعلم الحاكم عندنا وعند ابن حنبل يمتنع»⁸. يمتنع»⁸.

❖ أما الإمام الشافعي - رحمة الله عليه - فقد أورد في كتابه الأم قولين حول مسألة قضاء القاضي بعلمه، فقال: «لا يجوز فيه إلا واحد من القولين:

¹ يقصد باب ما يكون به القضاء.

² البداية والنهاية لابن رشد، ص: 864-865.

³ قال ابن رشد: «قال مالك وأكثر أصحابه: لا يقضي [القاضي] إلا بالبينات أو الإقرار، وبه قال أحمد وشريح». البداية والنهاية لابن رشد، ص: 865.

⁴ الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 961/2. والمعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1069/3.

⁵ ومنهم عبد الملك. قال القاضي عبد الوهاب: «قال عبد الملك: يحكم بعلمه في مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم فاعترف بحق خصمه». الإشراف، 961/2. والمعونة، 1069/3. ولا أدري من يقصد القاضي عبد الوهاب بعبد الملك، هل هو عبد الملك بن الماجشون (214هـ)

أم عبد الملك ابن حبيب (ت238هـ)؟

⁶ البداية والنهاية لابن رشد، ص: 866.

⁷ المغني لابن قدامة المقدسي، 102/10.

⁸ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 103/4.

أحدهما: أن له أن يقضي بكل ما علم قبل الحكم وبعده، في مجلس الحكم وغيره من حقوق الأدميين.

والثاني: لا يقضى بشيء من علمه في مجلس الحكم، ولا في غيره إلا أن يشهد شاهدان بشيء على مثل ما علم؛ فيكون علمه وجهله سواء. إذا تولى الحكم فيأمر الطالب أن يحاكم إلى غيره، ويشهد هو له فيكون كشاهد من المسلمين، ويتولى الحكم غيره، وهكذا قال شريح، وسأله رجل أن يقضي له بعلمه فقال: "أنت الأمير، وأشهد لك"¹.

وقد رجح الماوردي - رحمة الله عليه - القول الأول من قول الإمام الشافعي، فقال: «وأظهر قوله على مذهبه جواز حكمه بعلمه، وهو اختيار المزني والربيع، وإنما لم يقطع به حذاراً من ميل القضاة»³.

كما اختلف قوله في حكم القاضي بعلمه في حقوق الله. هل يفرق بينها وبين حقوق الأدميين؟ أم حكمه فيهما سواء؟ وهذا ما يظهر من قوله - رحمة الله عليه -: «فأما علمه بحدود الله التي لا شيء فيها للأدميين فقد يمتثل أن تكون كحقوق الناس، وقد يمتثل أن يفرق بينهما؛ لأن من أقر بشيء للناس ثم رجع لم يقبل رجوعه، ومن أقر بشيء لله ثم رجع قبل رجوعه، والقاضي مصدق عند من أجاز له القضاء بعلمه، وغير مقبول منه عند من لم يجزه له»⁴. وهذا وهذا ما أدى إلى اختلاف أصحابه من بعده، «فكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجمعان بينها وبين حقوق الأدميين في تخريجها على القولين.

وذهب الأكثرون من أصحابه إلى أنه لا يجوز أن يحكم فيها بعلمه قولاً واحداً، وإنما القولان في حقوق الأدميين»⁵.

وقد مثل الشافعية لحكم الحاكم بعلمه في حقوق الأدميين «بأن يدعى عنده بمال، وقد رآه أقرضه إياه قبل، أو سمعه قبل أقر له به مع احتمال الإبراء، أو غيره ولو سمع دائناً أبرأ مدينه فأخبره فقال: مع إبرائه دينه باق على عمل به، وليس على خلاف العلم؛ لأن إقراره المتأخر عن الإبراء دافع له، ولا بد أن يصرح بمستنده فيقول: علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت، أو حكمت عليك بعلمي، فإن ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه كما قاله الماوردي وتبعوه ولم يبالوا باستغراب ابن أبي الدم له»⁶. أما حقوق الله فقد مثلوا لها بما «إذا علم [القاضي] من مكلف أنه أسلم، ثم أظهر الردة فيقضى عليه بموجب ذلك. قال البلقيني: وكما إذا اعترف في مجلس الحكم بموجب حد ولم يرجع عنه فيقضي فيه بعلمه، وإن كان إقراره سرا؛ خبر (فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَرَجُمَهَا)⁷.

¹ هذا الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ: «أنت الأمير وأنا أشهد لك». كتاب آداب القاضي، باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، حديث رقم: 19881.

² الأم للإمام الشافعي، 234/6.

³ الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي للماوردي، 323/16.

⁴ الأم للإمام الشافعي، 234/6.

⁵ الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي للماوردي، 323/16.

⁶ تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، 149/10 - 150.

⁷ عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنهما قالوا: إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، أنشدك الله إنا قضيت لي بكتاب الله. فقال الخصم الآخر، وهو أفضه منه: نعم. فاقض بيننا بكتاب الله. وأذن لي. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (قل). قال: إن ابني كان عسيقاً على هذا فرزني بامرأته. وإني أخبرت أن علي ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة ووليدة. فسألت أهل العلم فأخبروني، أنما على ابني جلد مائة وتعريب عام. وأن علي امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (والذي نفسي بيده لأقضي بينكما بكتاب الله. الوليدة والعنم رد. وعلى ابنيك جلد مائة، وتعريب عام. واغد، يا أنيس، إلى امرأة هذا. فإن اعترفت

ولم يقيد بحضرة الناس. وكما إذا أظهر منه في مجلس الحكم على رؤوس الأشهاد نحو ردة وشرب خمر¹.

أما أبو حنيفة - رحمة الله عليه - فقد ذهب إلى أن الحاكم يحكم بما علمه أثناء ولايته، وفي مكان عمله في حقوق الأدميين، وليس له ذلك في ما يتعلق بحقوق الله؛ فلا يحكم بعلمه لا بما علمه قبل توليه ولاية القضاء، ولا بما علمه في غير مكان عمله². فيلاحظ أن أبا حنيفة وأصحابه خصصوا العلم الذي يقضي به القاضي؛ فحصره فيما علمه في ولاية قضائه وبمكان عمله، ولا يقضي بما علمه في غير ذلك. هذا بالإضافة إلى تخصيصهم ما يحكم فيه الحاكم بعلمه؛ فحصره فيما دون الحدود، أي: لا يقضي في الحدود بعلمه وله القضاء في غير ذلك³.

غير أن المتبع لأقوال متأخري الحنفية يجدهم خالفوا متقدميهم؛ فقالوا بعدم جواز حكم الحاكم بعلمه في زمانهم؛ لما تغيرت الأنفس وفسدت وقويت التهم وضاعت الأمانة. وهذا ما يتضح من قول ابن عابدين وهو يشرح كلام الحنفية⁴: «لا يصح رجوعه [أي: القاضي] عن قضائه إلا في ثلاث: لو بعلمه أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه»، حيث قال: «(قوله: ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظانا أنه ذلك المعترف، ثم تبين له أنه غيره، له نقضه، وتماه في شرح الوهبانية، وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا كما نقله في الأشباه عن جامع الفصولين، وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه، وأصل المذهب الجواز وسيأتي تمامه في باب كتاب القاضي إلى القاضي»⁵.

فيلاحظ من قول ابن عابدين هذا أمور، منها:

أولا: أن أصل المذهب عند الحنفية هو جواز حكم الحاكم بعلمه.

ثانيا: أن المتأخرين أفتوا بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه على خلاف المتقدمين.

ثالثا: أن علة تغير فتوى أصحاب مذهب أبي حنيفة من جواز حكم القاضي بعلمه إلى عدمه، هو فساد القضاة في زمانهم.

رابعا: أن حكم قضاء القاضي بعلمه يدور عند الحنفية مع علته وجودا وعدمًا.

فَارْجُمَهَا). قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا. فَاعْتَرَفَتْ. فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرُجِمَتْ. صحيح مسلم، كاتب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: 1697-1698.

¹ تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، 150/10.

² الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي للماوردي، 322/16.

³ ينظر البداية والنهاية لابن رشد، ص: 866.

⁴ هو شارح تنوير الأبصار للتمرتاشي في كتابه المسمى بالدر المختار.

⁵ رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، 424/5.

الفرع الثالث : أصل القاعدة.

إن مما لا شك فيه أن لكل قاعدة فقهية أصلاً ومستنداً ترجع إليه¹؛ لأنها في نهاية المطاف حكم شرعي، غير أن هذا الأخير يتميز بالجزئية في حين تتميز هي بالكلية.

فأصول ومصادر القواعد الفقهية ترتبط ارتباطاً شديداً بمسند وأدلة الأحكام الشرعية، والتي في مجملها أصول وأدلة نقلية وعقلية، تتمثل في الكتاب والسنة والاجتهاد.

وقد اختلف الفقهاء في أعمال هذه القاعدة والقول بها، كما سبق الحديث عن ذلك؛ واستدل كل فريق بما يرجح رأيه ويدعم قوله، والمقام هنا يفرض علينا عرض أدلة القائلين بالقاعدة الفقهية موضوع الدراسة، وأدلة من رفض العمل بها وقال بعكسها مع مناقشتها وبيان راجحها من مرجوحها. وهذا ما سيتم تجليله في مسألتين:

المسألة الأولى : أدلة القائلين بالقاعدة.

لقد استدل هذا الفريق على العمل بهذه القاعدة بأدلة كثيرة، منها :

الدليل الأول : قوله تعالى : **(لَا وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)²**. ووجه استدلالهم بالآية الكريمة هو أن الشارع الحكيم أمر بجلد الذين يرمون المحصنات عند عدم تمكنهم من الإتيان بالبينة والحجة، المتمثلة في أربعة شهداء، وإن علم صدقهم فيما يقولون. وفي ذلك دليل على ضرورة إحضار البينة والاعتماد عليها في الفصل بين المتخاصمين، عوض الاكتفاء بما علم من شأنهم وحالهم³.

الدليل الثاني : عَنْ مَالِكٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: **(إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ)⁴**. قال القرافي - رحمة الله عليه - مبينا وجه الاستدلال بهذا

¹ ولهذا عرف الدكتور محمد الروكي القاعدة الفقهية بقوله: «حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية». ثم بيّن ما يستفاد من قوله: «مستند إلى دليل شرعي»، بقوله: «أفاد أن القاعدة الفقهية هي حكم شرعي يستنبطه الفقيه من الأدلة الشرعية المعروفة. فكما أنه يستنبط من قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، الآية: 275] حكماً شرعياً هو حرمة الربا، فكذلك يستنبط من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [سورة الإسراء، الآية: 15] حكماً شرعياً هو أن الحرام لا يتعلق بذمتين. إلا أن الحكم في الآية الأولى يتعلق بجزئية واحدة: وهو حكم جزئي. وفي الآية الثانية يتعلق بجملة من الجزئيات: فهو حكم كلي. وهكذا فالقاعدة الفقهية لا بد لها من سند شرعي تستقي منه حجيتها وشرعيتها. وعلى هذا، فالتعديد ضرب من الاستنباط، إلا أنه استنباط للكليات لا للجزئيات». نظرية التعديد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للدكتور محمد الروكي، ص: 48.

² سورة النور، الآية: 4.

³ قال القاضي عبد الوهاب البغدادي معلقاً على الآية: «فأمر بجلد القاذف متى لم يقم بينة على ما رمى به المقذوف». المعونة على مذهب عالم المدينة، 1070/3، والإشراف على نكت مسائل الخلاف، 962/2. وقال القرافي كذلك بعد ذكره للآية في معرض الاستدلال بها على القاعدة: «فأمر بجلدهم عند عدم البينة وإن علم صدقهم». الفروق، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

⁴ أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، حديث رقم: 1. وأخرجه البخاري في صحيحه بلفظ: (إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْحَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ مِنْ بَعْضٍ فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَأَقْضِي لَهُ بِذَلِكَ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ مُسْلِمٍ فَإِنَّمَا هِيَ

الحديث: «فدل ذلك على أن القضاء يكون بحسب المسموع لا بحسب المعلوم»¹، وقال الإمام الشاطبي معلقا على الحديث: «فقيده الحكم بمقتضى ما يسمع وترك ما وراء ذلك. وقد كان كثير من الأحكام التي تجري على يديه يطلع على أصلها وما فيها من حق وباطل؛ لكنه عليه الصلاة والسلام لم يحكم إلا على وفق ما سمع، لا على وفق ما علم، وهو أصل في منع الحاكم أن يحكم بعلمه»². وهذا واضح من قوله عليه الصلاة والسلام (فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ)، ولم يقل صلى الله عليه وسلم: (فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَعْلَمُ عَنْهُ أَوْ مِنْهُ).

الدليل الثالث: قوله صلى الله عليه وسلم في حديث هلال بن أمية لما لعن امرأته: (إن جئت به على نعت كذا فهو لهلal، وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك)، فجاءت به على النعت المكروه³، فقال صلى الله عليه وسلم: (لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بَغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا)⁴. قال القاضي عبد الوهاب البغدادي - رحمة الله عليه - بعد إيراده لهذا الحديث: «موضع الدليل: أنه صلى الله عليه وسلم علم أنها زنت، لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو من غير زوجها، ثم لم يحكم بالحد لعدم البينة، وعند المخالف يجب أن يرحمها إذا علم بذلك»⁵. وقال القرافي - رحمة الله عليه - في نفس السياق: «فدل ذلك على أنه لا يقضي في الحدود بعلمه؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقول إلا حقا، وقد وقع ما قال: فيكون العلم حاصلًا له، ومع ذلك ما رجم، وعلل ذلك بعدم البينة»⁶.

الدليل الرابع: عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بْنَ حُدَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَا جَهَّ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ، فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمَ فَشَجَّهُ، فَاتَّوَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا: الْقَوْدُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لَكُمْ كَذَا وَكَذَا)، فَلَمْ يَرْضُوا فَقَالَ: (لَكُمْ كَذَا وَكَذَا)، فَلَمْ يَرْضُوا. فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إِنِّي خَاطَبْتُ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ). فَقَالُوا: نَعَمْ. فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيَّيْنَ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوْدَ، فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا، أَرْضَيْتُمْ؟) قَالُوا: لَا، فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ، فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَكْفُوا عَنْهُمْ، فَكَفُوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَزَادَهُمْ فَقَالَ: (أَرْضَيْتُمْ؟)، فَقَالُوا: (نَعَمْ)، قَالَ: إِنِّي خَاطَبْتُ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ. قَالُوا: نَعَمْ. فَخَطَبَ النَّبِيُّ صَلَّى

قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ لِيَبْرُكْهَا). كتاب الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، حديث رقم: 7181.

¹ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 105/4.

² الموافقات للإمام الشاطبي، 199/2.

³ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ فِي خَبَرِ الْمُتَلَاعِنِينَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَبْصِرُوا هَذَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَدْعَجَ الْعَيْنَيْنِ عَظِيمَ الْأَلْبَيْنَيْنِ فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ صَدَّقَ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَحْمِرَ كَأَنَّهُ وَحَرَّةٌ فَلَا أَرَاهُ إِلَّا كَاذِبًا). قَالَ: فَجَاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ. أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي سَنَنِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ فِي اللَّعَانِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: 2248.

⁴ هذا الحديث استدلل به القاضي عبد الوهاب البغدادي في إطار حديثه عن قضية هلال بن أمية باعتباره جزءا مكتملا لها، غير أنه في الحقيقة هذه الجملة وردت في سياق قضية أخرى غير قضية هلال بن أمية، كما هو واضح من قول ابن عباس رضي الله عنه عندما ذكر المتلاعنين، فقال له ابن شداد: أهى التي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بَغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا)، فقال: ابن عباس: تلك امرأة أعلنت. أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، حديث رقم: 2560. وفي رواية أخرى قال: (لَا تِلْكَ امْرَأَةٌ كَانَتْ تُظْهَرُ فِي الْأَسْلَامِ السُّوَاءِ). أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة، حديث رقم: 6464.

⁵ الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 962/2. والمعونة 1070/3.

⁶ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: (أَرْضَيْتُمْ؟)، قَالُوا: (نَعَمْ)¹. قال القرافي - رحمة الله عليه - بعد ذكره لهذا الحديث: «وهو نص في عدم الحكم بالعلم»².

الدليل الخامس: قوله صلى الله عليه وسلم: (شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ إِلا ذَلِكَ)³. قال القرافي - رحمة الله عليه -: فدل هذا الحديث دلالة صريحة على انتفاء الحكم بالعلم؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد «حصر الحجة في البيعة واليمين دون علم الحاكم، وهو المطلوب»⁴.

الدليل السادس: امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال: (لا يَتَحَدَّثُ النَّاسُ أَنَّهُ كَانَ يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ)⁵. فدل هذا الحديث على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم من كفر المنافقين ما لم يحكم فيه بعلمه»⁶. و«إنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه»⁷.

الدليل السابع: قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: (لو رأيت رجلا على حد من حدود الله عز وجل ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة)⁸. قال القاضي عبد الوهاب البغدادي بعدما ذكر هذا الحديث: «ولا مخالف له له نعلمه، وإن سلموا ذلك قسنا عليه سائر الحقوق، فقلنا: إنه لا يحكم بعلمه فلم يجز، أصله الحدود، واعتبارا بما علمه قبل الولاية مع أبي حنيفة، وفي غير مجلس الحكم مع عبد الملك»⁹.

الدليل الثامن: عَنْ عِكْرَمَةَ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ: (أَرَأَيْتَ لَوْ رَأَيْتَ رَجُلًا قَتَلَ، أَوْ سَرَقَ، أَوْ زَنَى. قَالَ: أَرَى شَهَادَتَكَ شَهَادَةَ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: أَصَبْتَ)¹⁰.

الدليل التاسع: وقد استدلل القرافي - رحمة الله عليه - كذلك بالقياس على هذه القاعدة، حيث قاس - رحمة الله عليه - حكم القاضي بعلمه في كل صورته على قتله أخاه لعلمه أنه قاتل؛ لاتفاق الفقهاء على أن فعله في هذه الحالة الأخيرة كالقاتل العمد، يُحرّم من الإرث للتهمة؛ التي تعتبر العلة المشتركة بين الأصل وفرعه. وهذا ما يتضح

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، حديث رقم: 4534.

² الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 105/4.

³ أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ». وقال ابن حجر العسقلاني في شرحه لهذا الحديث: «وَقَدْ رَوَى نَحْوَ هَذِهِ الْقِصَّةِ وَأَيْلُ بْنُ حُجْرٍ وَزَادَ فِيهَا " لَيْسَ لَكَ إِلا ذَلِكَ " أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ وَأَصْحَابُ السُّنَنِ». فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بيعة قبل اليمين، حديث رقم: 2525.

⁴ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 105/4.

⁵ صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، حديث رقم: 3519. صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما، حديث رقم: 2584.

⁶ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، 323/16.

⁷ المعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1070/3.

⁸ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ: (لَوْ وَجَدْتُ رَجُلًا عَلَى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ لَمْ أُحَدِّهْ أَنَا، وَلَمْ أُدْعُ لَهُ أَحَدًا حَتَّى يَكُونَ مَعِيَ غَيْرِي)، كتاب آداب القاضي، باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، حيث رقم: 19878. ذكره صاحب الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي بلفظ: (لَوْ رَأَيْتَ رَجُلًا عَلَى حَدٍّ لَمْ أُحَدِّهْ بِهِ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِهِ عِنْدِي)، 324/16.

⁹ المعونة، 1070/3. والإشراف للقاضي عبد الوهاب، 962/2.

¹⁰ أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ: (لَوْ رَأَيْتَ رَجُلًا عَلَى حَدٍّ زَنَى أَوْ سَرَقَ وَأَنْتَ أَمِيرٌ فَقَالَ: شَهَادَتَكَ شَهَادَةُ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، قَالَ: صَدَقْتَ، قَالَ عُمَرُ: لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ فِي كِتَابِ اللَّهِ لَكُنْتُ آيَةَ الرَّجْمِ بِيَدِي). كتاب الأحكام، باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، حديث رقم: 19878.

جليا من خلال قوله: «قال أبو عمر بن عبد البر في الاستذكار: "اتفقوا [الفقهاء] على أن القاضي لو قتل أخاه لعلمه بأنه قاتل، أنه كالقتل عمدا لا يرث منه شيئا للتهمة في الميراث"، فنقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة»¹.

الدليل العاشر: ومما استدلووا به كذلك على منع حكم القاضي بعلمه، الأثر الذي «روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه تقاضى إليه نفسان: فقال أحدهما: أنت شاهدي، فقال: "فإن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد". وترافع إلى شريح خصمان، فقال للمدعي: ألك بينة؟ قال: نعم، أنت شاهدي. قال شريح: "أنت الأمير حتى أحضر فأشهد لك"². ولم يعاصرهما مخالف³.

الدليل الحادي عشر: وعللوا منع قضاء القاضي بعلمه بقولهم: «لأن الشاهد مندوب للإثبات، والقاضي مندوب للحكم، فلما لم يجوز أن يكون الشاهد قاضيا بشهادته لم يجوز أن يكون القاضي شاهدا لحكمه»⁴.

الدليل الثاني عشر: وعللوا كذلك هذا المنع بقولهم: «لأن الشهادة لا تجوز بأقل من اثنين، فلو جاز للقاضي أن يحكم بعلمه، لصار إثبات الحق بشهادة واحد. ولو صار القاضي كالشاهدين، لصح عقد النكاح بحضوره وحده لقيامه مقام شاهدين، وفي امتناع هذا دليل على منعه من الحكم بعلمه»⁵.

الدليل الثالث عشر: وسدا لذريعة تعرض ولاية القضاء للتهمة وما يلحق ذلك من مفساد، منعوا القاضي من الحكم بعلمه؛ لأن «الحاكم غير معصوم، فيتهم بالقضاء بعلمه، فلعل المحكوم له ولي أو المحكوم عليه صديق ولا نعلم نحن ذلك، فحسمنا المادة صونا لمنصب القضاء عن التهم»⁶.

المسألة الثانية: أدلة المانعين من إعمال القاعدة ومناقشتها.

الدليل الأول: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ)⁷، ووجه استدلالهم بهذه الآية هو كون الحاكم «قد علم القسط فيقوم به»⁸. وأجاب القرافي - رحمة الله عليه - عن هذا الدليل بالقول بالموجب، فقال: «فلم قلت أن الحكم بالعلم من القسط بل هو عندنا محرم؟»⁹.

الدليل الثاني: ما روى أن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى عَلَى أَبِي سُفْيَانَ بِالنَّفَقَةِ يَعْلَمُهُ. فَقَالَ لِهِنْدَ: (خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَلِوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ)¹⁰. «والم يكلفها البينة»¹¹. ويجاب عن الاستدلال بهذا الأثر «بأن أن قصة هند فتيا لا حكم؛ لأنه الغالب من تصرفاته عليه السلام؛ لأنه مبلغ عن الله تعالى، والتبليغ فتيا لا حكم

¹ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

² هذا الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ: «أنت الأمير وأنا أشهد لك». كتاب آداب القاضي، باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، حديث رقم: 19881.

³ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، 324-323/16.

⁴ نفسه، 324/16.

⁵ نفسه، 324/16.

⁶ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

⁷ سورة النساء، الآية: 135.

⁸ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 107/4.

⁹ نفسه، 109/4.

¹⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)، وذلك إذا كان أمر مشهور، حديث رقم: 7161.

¹¹ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

والتصرف بغيرها قليل فيحمل على الغالب؛ ولأن أبا سفيان كان حاضرا في البلد، ولا خلاف أنه لا يقضى على حاضر من غير أن يعرف¹.

الدليل الثالث: ما رواه صاحب الاستذكار (أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مَخْزُومٍ اسْتَعَدَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ عَلَى أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ؛ أَنَّهُ ظَلَمَهُ حَدًّا فِي مَوْضِعٍ كَذَا، وَكَذَا، فَقَالَ عُمَرُ: إِنِّي لِأَعْلَمَ النَّاسَ بِذَلِكَ، وَرَبِّمَا لَعَيْتُ أَنَا وَأَنْتَ فِيهِ، وَنَحْنُ غِلْمَانٌ، فَإِذَا قَدِمْتَ مَكَّةَ، فَأْتِنِي بِأَبِي سُفْيَانَ، فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ، أَتَاهُ الْمَخْزُومِيُّ بِأَبِي سُفْيَانَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: يَا أَبَا سُفْيَانَ: أَنْهَضْ بِنَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا، فَتَهَضُّوا، وَنَظَرَ عُمَرُ، فَقَالَ: يَا أَبَا سُفْيَانَ! خُذْ هَذَا الْحَجَرَ مِنْ هُنَا، فَضَعَهُ هَاهُنَا، فَقَالَ: وَاللَّهِ لَا أَفْعَلُ ذَلِكَ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ، فَقَالَ: لَا أَفْعَلُ، فَعَلَاهُ عُمَرُ بِالِدَّرَةِ، وَقَالَ خُذْهُ - لَا أُمَّ لَكَ - وَضَعَهُ هَاهُنَا، فَإِنَّكَ قَدِيمُ الظُّلْمِ، فَأَخَذَ أَبُو سُفْيَانَ الْحَجَرَ، وَوَضَعَهُ حَيْثُ قَالَ عُمَرُ، ثُمَّ إِنَّ عُمَرَ اسْتَقْبَلَ الْقَبِيلَةَ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ إِذْ لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى غَلَبْتُ أَبَا سُفْيَانَ عَلَى رَأْيِهِ، فَادَّلْتُهُ لِي بِالْإِسْلَامِ، قَالَ: فَاسْتَقْبَلَ الْقَبِيلَةَ أَبُو سُفْيَانَ وَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ، الَّذِي لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى جَعَلْتَ فِي قَلْبِي مِنَ الْإِسْلَامِ مَا دَلَّلْتُ بِهِ لِعُمَرَ². والدليل على رد الاستدلال بهذا الأثر هو «أنه من باب إزالة المنكر الذي يحسن من آحاد الناس، لا من باب القضاء. فلم قلت من باب القضاء؟ ويؤيده أنها واقعة غير مترددة بين الأمرين فتكون جملة فلا يستدل بها³.

الدليل الرابع: «أنه إذا جاز أن يحكم بالظن الناشئ عن قول البينة فالعلم أولى، ومن العجب جعل الظن خيرا من العلم⁴. وهذا مردود؛ لأنه وإن كان «العلم أفضل من الظن إلا أن استلزامه للتهمة وفساد منصب القضاء أوجب مرجوحيته؛ لأن الظن في القضاء يخرق الأبهة، ويمنع من نفوذ المصالح⁵.

الدليل الخامس: «أن التهمة قد تدخل عليه من قبل البينة فيقبل قول من لا يقبل»، ويرد عن هذا التعليل «[ب] أن التهمة مع مشاركة الغير أضعف بخلاف ما يستقل به، وقد تقدم أن التهم كلها ليست معتبرة بل بعضها⁶.

الدليل السادس: «أن العمل واجب بما نقلته الرواة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعه المكلف أولى أن يعمل به، ويحكم به بطريق الأولى لأن الفتيا تثبت شرعا عاما إلى يوم القيامة، والقضاء في فرد لا يتعدى لغيره فخطره أقل⁷. ويجب عن ذلك «[ب] أن الرواية والسماع والرؤية استوى الجميع لعدم المعارض الذي تقدم ذكره في العلم بخلاف الحكم⁸.

الدليل السابع: «أنه لو لم يحكم بعلمه لفسق في صور منها: أن يعلم ولادة امرأة على فراش رجل، فيشهد أنها مملوكته، فإن قبل البينة مكنه من وطئها، وهى ابنته، وهو فسق، وإلا حكم بعلمه، وهو المطلوب، ومنها أن يعلم قتل زيد لعمرو فتشهد البينة بأن القاتل غيره، فإن قتله قتل البريء، وهو فسق، وإلا حكم بعلمه، وهو المطلوب، ومنها لو

¹ نفسه، 108/4.

² الاستذكار لابن عبد البر، كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، 15/22.

³ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 108/4 - 109.

⁴ نفسه، 107/4.

⁵ نفسه، 109/4.

⁶ نفسه، 109/4.

⁷ نفسه، 107/4.

⁸ نفسه، 107/4.

سمعه يطلق ثلاثاً فأنكر فشهدت البينة بواحدة إن قبل البينة مكن من الحرام، وإلا حكم بعلمه¹. ويجب عن هذا «[ب] أن تلك الصور لم يحكم فيها بعلمه بل ترك الحكم، وتركه عند العجز عنه ليس فسقاً، وترك الحكم ليس بحكم»².

الدليل الثامن: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى فَرَسًا فَجَحَدَهُ الْبَائِعُ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (مَنْ يَشْهَدُ لِي)، فَقَالَ خُزَيْمَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنَا أَشْهَدُ لَكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (كَيْفَ تَشْهَدُ، وَلَا حَضْرَتٍ)، فَقَالَ خُزَيْمَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تُخَيِّرُنَا عَنْ خَبَرِ السَّمَاءِ فَنُصَدِّقُكَ، أَفَلَا نُصَدِّقُكَ فِي هَذَا. فَسَمَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَا الشَّهَادَتَيْنِ. فالحديث «هذا، وإن استدل به المالكية على عدم القضاء بالعلم، فهو يدل لنا من جهة حكمه عليه السلام لنفسه، فيجوز أن يحكم لغيره بعلمه؛ لأنه أبعد في التهمة من القضاء لنفسه بالإجماع»³. ولكن يرد على هذا «[ب] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حكم لنفسه، وليس في الحديث أنه أخذ الفرس قهراً من الأعرابي، فقد اختلف: هل حكم أم لا؟ وهل جعل شهادة خزيمة بشهادتين حقيقة أو مبالغة؟ فما تعين ما ذكرتموه، وقد ذكر الخطابي أنه عليه السلام إنما سمي خزيمة ذا الشهادتين مبالغة لا حقيقة»⁴.

الدليل التاسع: «القياس على التجريح والتعديل»⁵؛ لأنه «كما جاز أن يحكم في الجرح والتعديل بعلمه، جاز أن يحكم في غيرهما بعلمه؛ لثبوته بأقوى سببه»⁶. والجواب عن ذلك «أنه يحكم فيه بالعلم نفيًا للتسلسل؛ لأنه يحتاج إلى بينة تشهد بالجرح أو التعديل، وتحتاج البينة بينة أخرى إلا أن يقبل بعلمه بخلاف صورة النزاع مع أن القاضى قال في المعونة: قد قيل: هذا ليس حكماً، وألا يتمكن غيره من نقضه بل لغيره ترك شهادته وتفسيقه، وإذا لم يكن حكماً لا يقاس عليه». فهو إذن قياس مع الفارق، ولا قياس مع وجود الفارق.

الفرع الثالث: مقصدية القاعدة.

إن مما لا ريب فيه أن لكل قاعدة مقصداً أو مقاصد تسعى إلى تحقيقها، إما مجلب المصالح أو بدرء المفساد أو بالجلب والدرء في آن واحد؛ لأن القاعدة العامة تنص على أن الشرائع إنما وضعت لتحقيق مصالح العباد في الآجل والعاجل معاً. والقاعدة موضوع الدراسة لا تشذ عن هذا المقصد العام، بل تسعى بدورها إلى تحقيقه ولو جزئياً، من خلال ما تقصد إليه من تحصيل للمصالح، إما مجلب المنافع أو بدرء المفساد. ومن ذلك:

أولاً: تحقيق مقصد العدل، وهو من المقاصد السامية التي جاءت الشريعة الإسلامية لإقامتها وحفظها - وإن كان هو غاية القضاء ومرماه عامة - لأنه يتحقق بإيصال كل حق إلى مستحقه، وبالحكم بما شرع الله سبحانه وتعالى من أحكام تشريعية، وعدم تجاوزها إلى الحكم بالهوى والتشهي.

¹ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 108/4.

² نفسه، 109/4.

³ نفسه، 108/4.

⁴ نفسه، 109/4.

⁵ نفسه، 108/4.

⁶ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للمواردي، 324/16.

فهذه القاعدة تسعى من جهتها وإلى جانب باقي القواعد الفقهية الأخرى إلى تحصين ولاية القضاء؛ ضماناً لقيامها بوظيفتها وتحقيقاً لمقاصدها، المتمثلة في الإعانة على إظهار الحقوق وإيصالها لأصحابها، وقمع الباطل ما ظهر منه وما بطن.

ثانياً: سد ذريعة تفويت حقوق الناس وإلحاق الضرر بهم؛ بعدم تمكين الحاكم من القضاء بعلمه؛ لأن قضاءه بذلك، سيؤدي إلى ميل القريب إلى قريبه في الحكم بعلمه، وإلى جور الحاكم في حكمه على عدوه ظلماً وعدواناً. وخاصة في زماننا حيث كثر قضاة السوء بسبب فساد الأنفس وضعف إيمانها. وعلى هذا الأساس منع بعض الفقهاء حكم الحاكم بعلمه. قال العز بن عبد السلام - رحمة الله عليه -: «فإن قيل: هلا حكم الحاكم بعلمه الذي هو أقوى من الاعتقادات والظنون؟»

قلنا: إن كان مستند علمه خبر التواتر، حُكِمَ به لانتفاء التهمة عنه باشتهار الواقعة على السنة أهل التواتر، وإن كان بغير ذلك حُكِمَ به على الأصح. ومن منعه من ذلك منعه لما عارضه من خوف التهمة من قضاة السوء¹.

وإذا كان هذا المنع في زمان الأئمة الأخيار حيث كان قربهم من العصور المفضلة، وكان القضاء في عهدهم «أقرب إلى التكليف منه إلى التشريف، بدليل أن جل القضاة الذين برزوا في هذا الميدان كانوا قد تولوا القضاء كرها أو ترغيباً من الولاة والخلفاء، الذين كانوا يتحرون كثيراً في اختيار من هو أهل لتولي هذا المنصب²». فإذا كان هذا هو حالهم في ذلك الزمان، فما بال عصرنا هذا الذي «كثرت فيه»[فيه] التهافت على طلب منصب القضاء بلجتيار المباريات والتوسط في قبول الترشيحات المؤدية لتولي هذه المهنة³، وأصبح وقتنا الحالي يمارس فيه شتى أنواع المكر والخداع وأشد أنواع الحيل؛ لتفويت حقوق الناس ظلماً وعدواناً؛ ولهذا كان هذا المنع في زماننا أولى وأحق مما مضى، ولو عاش من قال بجوازه في عصرنا لرجع عن رأيه ولقال بمنعه تحقيقاً للمصالح ودرءاً للمفاسد.

ولهذا نجد الإمام البخاري - رحمة الله عليه - عندما ترجم للباب المتعلق بمسألة قضاء القاضي بعلمه، قيده بقيد عدم خوف الظنون والتهمة، فقال: «باب من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة⁴». ومفهوم هذا الكلام أن حتى الذين قالوا بجواز حكم الحاكم بعلمه، قالوا بمنع ذلك في حالة التهمة والظنون. ولهذا اشترطوا في الحاكم الذي لا يُرَدُّ حكمه بعلمه التقوى والورع. قال العز بن عبد السلام - رحمة الله عليه - وهو يتحدث عما يقدر في الظنون من التهم وما لا يقدر فيها، وخاصة في سياق كلامه عن التهم المختلف في رد الشهادة والحكم بها للاختلاف في قوتها وضعفها للظن - قال: «تهمة القاضي إذا حكم بعلمه؛ والأصح أنها لا توجب الرد إذا كان الحاكم ظاهر التقوى والورع⁵».

وقال - رحمة الله عليه - كذلك في نفس السياق: «تهمة الحاكم مانعة من نفوذ حكمه لأولاده وأحفاده، وعلى أعدائه وأضداده...⁶». ثم أردف هذا الكلام برأي إمامه - رحمة الله عليه - قائلاً: «وقال الإمام رحمه الله: الأصح أنه لا

¹ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام، 37/2-38.

² مجلة الإحياء، العدد 31، مقال الدكتور عبد القادر العرعاري تحت عنوان «مفهوم القضاء في الإسلام»، ص: 66.

³ نفسه، ص: 67.

⁴ صحيح البخاري، كتاب الأحكام، الباب رقم: 14.

⁵ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام، 69/2-70.

⁶ نفسه، 70/2.

يحكم بعلمه ههنا، وإن جَوَّزنا الحكم بالعلم¹. فيلحظ أن الإمام الشافعي - رحمه الله عليه - وإن قال بجواز حكم الحاكم بعلمه، إلا أنه في هذه الحالة قال بمنعه لتحقق التهمة وظهورها؛ «لأن داعي الطبع أقوى من داعي الشرع»². ولهذا نجد تلامذة الإمام الشافعي - رحمه الله عليهم - يفسرون تردد كلام إمامهم في مسألة حكم الحاكم بعلمه بين القول بالجواز وعدمه، بخوفه من جور القضاة وميلهم عن الحق، وهذا ما يظهر جليا من خلال كلام الماوردي - رحمه الله عليه - الذي قال فيه مرجحا أحد رأبي إمامه: «وأظهر قوله على مذهبه جواز حكمه بعلمه، وهو اختيار المزني والربيع، وإنما لم يقطع به حذرا من ميل القضاة»³.

ثالثا: صيانة منصب القضاء من تطرق التهم إليه، والتي قد تؤدي إلى الخط من قيمته ونزع هيبته من قلوب الناس. قال القرافي - رحمه الله عليه -: «إن الحاكم غير معصوم فيتهم بالقضاء بعلمه، فلعل المحكوم له ولي أو المحكوم عليه صديق ولا نعلم نحن ذلك، فحسنا المادة صونا لمنصب القضاء عن التهم»⁴.

رابعا: درء مفسدة عدم الثقة في الأحكام القضائية؛ بسبب ما قد يتهم به القاضي من الجور والحيث في حالة ما إذا حكم بعلمه؛ ولهذا أسس الفقهاء قاعدة مهمة مفادها «أن التهمة تقدر في التصرفات إجماعا من حيث الجملة»⁵. وقال ابن رشد - رحمه الله عليه - وهو يذكر عمدة الطائفة التي منعت من حكم الحاكم بعلمه - قال: «وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي. وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيرا في الشرع: منها: أن لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله. ومنها ردهم شهادة الأب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء»⁶.

خامسا: دفع مفسدتي وقوع الناس في معصية وإثم عدم الرضى بحكم الحاكم، وانتشار الضغائن والإحن بين الأطراف المتنازعة فيما بينها وبين الحاكم كذلك؛ بسبب الشك في الأحكام وعدم الاطمئنان إليها والرضى بها، وإن كان الحكم بالحق؛ لوجود التهمة في ذلك؛ وفي هذا تضييع وتفويت لمقاصد ولاية القضاء وأحكامها.

سادسا: دفع مفسدة الوقوع في إثم سوء الظن بالحكام، فحكم الحاكم بعلمه يعرض الناس إلى إثم سوء الظن بهم واتهامهم بخيانة أمانة القضاء بين الخصوم بالعدل. وقد أمرنا الله تعالى باجتنب كثير من الظن؛ لأن بعضه إثم، وذلك بقوله: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ)⁷. وقال الإمام البخاري - رحمه الله عليه -: «قَالَ الْقَاسِمُ⁸: لَا يَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يُمْضِيَ قَضَاءً يَعْلَمُهُ دُونَ عِلْمِ غَيْرِهِ مَعَ أَنَّ عِلْمَهُ أَكْثَرُ مِنْ شَهَادَةِ غَيْرِهِ، وَلَكِنَّ فِيهِ تَعَرُّضًا لِتَهْمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ وَإِقْفَاعًا لَهُمْ فِي الظُّنُونِ. وَقَدْ كَرِهَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الظَّنَّ

¹ نفسه، 70/2.

² نفسه، 70/2.

³ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، 323/16.

⁴ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 106/4.

⁵ الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 103/4.

⁶ البداية والنهاية لابن رشد، ص: 865.

⁷ سورة الحجرات، الآية: 12.

⁸ قال ابن حجر العسقلاني: «والقاسم المذكور كنت أظنه أنه ابن محمد بن أبي بكر الصديق أحد الفقهاء السبعة من أهل المدينة؛ لأنه إذا أطلق في الفروع الفقهية انصرف الذهن إليه، لكن رأيت في رواية عن أبي ذر أنه القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، وهو الذي تقدم ذكره قريبا في "باب الشهادة على الخط" فإن كان كذلك فقد خالف أصحابه الكوفيين ووافق أهل المدينة في هذا الحكم والله أعلم». فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب الأحكام، باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم، شرح حديث رقم: 7170.

فَقَالَ: (إِنَّمَا هَذِهِ صَفِيَّةٌ)¹2. وبين ابن حجر - رحمة الله عليه - وجه الاستدلال بحديث صافية على قضاء القاضي بعلمه بقوله: «ووجه الاستدلال بحديث صافية لمن منع الحكم بالعلم أنه صلى الله عليه وسلم كره أن يقع في قلب الأنصارين من وسوسة الشيطان شيء، فمراعاة نفي التهمة عنه مع عصمته تقتضي مراعاة نفي التهمة عن من هو دونه»³.

سابعاً: مقصد المسامحة والستر والتخفيف عن العباد: وبهذا علل من قال بمنع الحاكم من الحكم بعلمه في حقوق الله تعالى، فبعد أن استدلوا على ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هَلَا سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يَا هَزَالُ)⁴، وبقول أبي بكر رضي الله عنه: (لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله عز وجل، ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة)⁵، قالوا معللين رأيهم هذا: «ولأن حقوق الله تعالى موضوعة على التخفيف والمسامحة لإسقاطها بالشبهة»⁶. بالشبهة⁶. وقال ابن قدامة - رحمة الله عليه - «قال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله، لا يحكم فيه بعلمه؛ لأن حقوق حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمسامحة»⁷. وهذا ما ذكره ابن حجر، وهو يشرح ترجمة الإمام البخاري - رحمة الله الله عليهما - لباب "من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة" من كتابه الأحكام، حيث قال: «أشار [أي: البخاري] إلى قول أبي حنيفة ومن وافقه. أن للقاضي أن يحكم بعلمه في حقوق الناس وليس له أن يقضي بعلمه في حقوق الله كالحُدود؛ لأنها مبنية على المسامحة»⁸.

الفرع الرابع: الاستثناء من القاعدة ومقاصده.

¹ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّتُهُ صَفِيَّةً بِنْتُ حَبِيٍّ، فَلَمَّا رَجَعَتْ انْطَلَقَ مَعَهَا فَمَرَّ بِهِ رَجُلَانِ مِنَ الْأَنْصَارِ فَدَعَاهُمَا، فَقَالَ: إِنَّمَا هِيَ صَفِيَّةٌ، قَالَا: سُبْحَانَ اللَّهِ، قَالَ: إِنَّ الشَّيْطَانَ يَجْرِي مِنْ ابْنِ آدَمَ مَجْرَى الدَّمِ. رَوَاهُ شُعَيْبٌ وَابْنُ مُسَافِرٍ وَابْنُ أَبِي عَتِيْقٍ وَإِسْحَاقُ بْنُ يَحْيَى عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَعْنَى ابْنِ حُسَيْنٍ عَنْ صَفِيَّةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابَ الْأَحْكَامِ، بَابَ الشَّهَادَةِ تَكُونُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فِي وِلَايَتِهِ الْقَضَاءِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ لِلْخَصْمِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: 7170.

² أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابَ الْأَحْكَامِ، بَابَ الشَّهَادَةِ تَكُونُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فِي وِلَايَتِهِ الْقَضَاءِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ لِلْخَصْمِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: 7170.

³ فَتَحَ الْبَارِي لِابْنِ حَجْرٍ الْعَسْقَلَانِيِّ، كِتَابَ الْأَحْكَامِ، بَابَ الشَّهَادَةِ تَكُونُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فِي وِلَايَتِهِ الْقَضَاءِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ لِلْخَصْمِ، شَرَحَ حَدِيثٌ رَقْمٌ: 7171.

⁴ ذَكَرَهُ الْمَوَارِدِيُّ فِي الْحَاوِيِّ الْكَبِيرِ بِهَذَا اللَّفْظِ، 323/16. وَفِي لَفْظٍ آخَرَ: عَنْ يَزِيدَ بْنِ نُعَيْمٍ بِنِ هَزَالٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: كَانَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ فِي حَجْرٍ أَبِي، فَأَصَابَ جَارِيَةً مِنَ الْحَيِّ فَقَالَ لَهُ أَبِي: أَنْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبِرُهُ بِمَا صَنَعْتَ لَعَلَّهُ يَسْتَغْفِرُ لَكَ. وَإِنَّمَا يُرِيدُ بِذَلِكَ رَجَاءً أَنْ يَكُونَ لَهُ مَخْرَجٌ، فَأَتَاهُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ، فَأَقِمَّ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ، فَأَقِمَّ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ، ثُمَّ أَتَاهُ الثَّلَاثَةَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ، فَأَقِمَّ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ، ثُمَّ أَتَاهُ الرَّابِعَةَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ فَأَقِمَّ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إِنَّكَ قَدْ قُلْتَهَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَبِمَنْ؟ قَالَ يَفْلَانَةَ، قَالَ: هَلْ ضَاغَعْتَهَا؟ قَالَ نَعَمْ، قَالَ هَلْ بَاشَرْتَهَا؟ قَالَ نَعَمْ، قَالَ: هَلْ جَامَعْتَهَا؟) قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: فَأَمَرَ بِهِ أَنْ يُرْجَمَ، قَالَ: فَأَخْرَجَ بِهِ إِلَى الْحَرَّةِ، فَلَمَّا رُجِمَ فَوَجَدَ مَسَّ الْحِجَارَةِ جَزَعًا فَخَرَجَ يَسْتَنْدُ، فَلَقِيَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَنَيْسٍ وَقَدْ أَعْجَرَ أَصْحَابَهُ فَنَزَعَ لَهُ يَوْظِيفَ بَعِيرٍ فَرَمَاهُ بِهِ فَقَتَلَهُ، قَالَ: ثُمَّ أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: هَلَا تَرَكَتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ، قَالَ هِشَامٌ: فَحَدَّثَنِي يَزِيدُ بْنُ نُعَيْمٍ بِنِ هَزَالٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: لَأَبِي حَيِّنَ رَأَاهُ، (وَاللَّهِ يَا هَزَالُ لَوْ كُنْتُ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ كَانَ خَيْرًا مِمَّا صَنَعْتَ بِهِ). أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي مَسْنَدِهِ، مَسْنَدَ الْأَنْصَارِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ حَدِيثٌ هَزَالُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: 21383.

⁵ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْحَاوِيِّ الْكَبِيرِ فِي فِقْهِ مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ بِهَذَا اللَّفْظِ، 324/16. وَأَخْرَجَهُ الْبِيهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى بِلَفْظٍ: (لَوْ وَجَدْتُ رَجُلًا عَلَى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ لَمْ أُحَدِّدْهُ أَنَا، وَلَمْ أُدْعُ لَهُ أَحَدًا حَتَّى يَكُونَ مَعِيَ غَيْرِي)، كِتَابُ آدَابِ الْقَاضِي، بَابٌ مِنْ قَالَ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ، حَيْثُ رَقْمٌ: 19878.

⁶ الْحَاوِيُّ الْكَبِيرِ فِي فِقْهِ مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ بِهَذَا اللَّفْظِ، 324/16.

⁷ الْمَغْنِيِّ لِابْنِ قِدَامَةَ الْمَقْدِسِيِّ، 103/10.

⁸ فَتَحَ الْبَارِي لِابْنِ حَجْرٍ الْعَسْقَلَانِيِّ، كِتَابَ الْأَحْكَامِ، بَابٌ مِنْ رَأَى لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِعِلْمِهِ فِي أَمْرِ النَّاسِ إِذَا لَمْ يَخَفِ الظُّنُونَ وَالتَّهْمَةَ، 149/4.

ويستثنى من هذه القاعدة حكم القاضي بعلمه في الجرح والتعديل، وقد حكى ابن رشد - رحمه الله تعالى - إجماع الفقهاء على ذلك، حين قال: «إن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح»¹؛ وقصدهم من هذا الاستثناء المجمع عليه؛ تحقيق المصلحة ودرء المفسدة، إذ لا يكون الجلب والدرء في هذه الحالة إلا بحكمه بعلمه؛ لأن قضاءه بعلمه جاز هنا؛ «نفياً للتسلسل الحاصل إذا لم يحكم به؛ لأنه يحتاج إلى بينة تشهد بالجرح أو التعديل وتحتاج البينة بينة أخرى وهكذا»²، يستمر الأمر دون توقف؛ فيؤدي إلى تفويت حقوق الناس وإلحاق الضرر بهم، على العكس من ذلك في حالة ما لو حكم بعلمه.

وقد علل العز بن عبد السلام - رحمه الله عليه - هذا الاستثناء بتحقيق مصلحة عامة، وذلك حين تساءل سؤالاً افتراضياً بقوله: «فإن قيل: لم جعلتم القول قول بعض المدعين مع يمينه ابتداء؟»³. فأجاب قائلاً: «قلنا: إنما فعلنا ذلك إما لترجح جانبه، أو لإقامة مصلحة عامة، أو لدفع ضرورة خاصة»⁴. ومن الأمثلة التي مثل بها لقبول قول المدعي ابتداء لإقامة مصلحة عامة، «قبول قول الحكام فيما يدعونه من الجرح والتعديل وغيرهما من الأحكام، لو لم يُقبل لفاتت مصالح تلك الأحكام لرغبة الحكام عن ولاية الأحكام»⁵.

وفي سؤال آخر قال: «فإن قيل: لم رجعتم في الجرح والتعديل إلى علم الحاكم؟»⁶. فأجاب قائلاً: «قلنا: لو لم نرجع إليه في التفتيق لنفدنا حكمه بشهادة من أقر بأنه لا يصلح للشهادة، وإقراره بفسق الشاهد يقتضي إبطال كل حكم يبني على شهادته.

وأما التعديل فإنه مستند في أصله إلى عمله، فإنه لا يقبل التزكية إلا ممن عرفه بالعدالة. وكذلك تزكية المزكي ومزكي المزكي إلى أن يستند ذلك إلى علمه»⁷.

فعدم قبول قول الحاكم بعلمه في الجرح والتعديل؛ قد يؤدي إلى تفويت مقصد الشهادة وضياعه؛ بتنفيذ الحكم بشهادة الفاسق أو عدم تنفيذه برد شهادة العدل رغم علم القاضي بهما؛ لعدم الاعتداد بقوله في تجريحهما وتعديلهما. وهذا سيؤدي حتماً إلى تفويت ما تجلبه الشهادة من مصالح؛ لأن «الحكم بها وسيلة إلى جلب المصالح ودرء المفاسد. فأما جلب المصالح: فإتيان كل حق نافع في العاجل أو الآجل أو فيهما. وأما درء المفاسد: فدفع كل مفسدة تدرأ بالشهادة فيما يتعلق بالأبضاع والأموال والعقوبات، إذا وقعت الشهادة بإسقاطها. وتختلف رتب الشهادات والأحكام باختلاف رتب ما يجلبانه من المصالح ويدرأانه من المفاسد، فليس الشهادة على إثبات درهم أو إسقاطه كالشهادة على إثبات دينار أو إسقاطه، وليست الشهادة الحافظة للأموال كالشهادة الحافظة للدماء والأبضاع والأعراض»⁸. ولهذا، وحفظاً لمقصد الشهادة، نصَّ القاضي عبد الوهاب - رحمه الله عليه - على كلية فقهية مفادها: «أن كل شاهدين لو

¹ البداية والنهاية لابن رشد، ص: 864-865.

² تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي بحاشية الفروق للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان، 107/4.

³ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام، 66/2.

⁴ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام، 66/2.

⁵ نفسه، 67/2.

⁶ نفسه، 70/2.

⁷ نفسه، 70-71.

⁸ نفسه، 89/2.

علم الحاكم بحالهما، لم يجز له الحكم بشهادتهما، فإذا حكم بهما مع الجهل بحالهما¹ لم ينفذ حكمه في الباطن كالكافرين والعبيد².

الخاتمة :

هذا ما يسر الله كتابته في دراسة هذه القاعدة، فما كان فيه من توفيق فمن الله تعالى، وما كان فيه من تقصير فمني ومن الشيطان. وقد خلصت في نهاية هذا الدراسة إلى عدة نتائج، منها :

أولاً : أن الراجح هو الرأي القائل بإعمال هذه القاعدة، وخاصة في زماننا حيث فسد القضاء، وضعفت الأنفس، وضيعت الأمانة.

ثانياً : أن هذه القاعدة تُسهم بدورها في ضبط ولاية القضاء وتحسينها، مما قد يحول دون تحقيقها لمقاصد إقامتها.

ثالثاً : أن هذه القاعدة تقصد إلى تحقيق مقاصد جمّة، من خلال تحقيق العدل بين الناس بإحقاق الحق وإبطال الباطل.

رابعاً : أن التهمة هي علة منع القاضي من الحكم بعلمه، والتهمة تقدر في التصرفات إجماعاً.

خامساً : أن حكم قضاء القاضي بعلمه عند الحنفية خاصة يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

فهرس المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
- الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، دار قتيبة ودار الوعوي، دون طبعة، 1414هـ/1993م.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي، قارن بين نسخه وخرّج أحاديثه وقدم له الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.
- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1410هـ/1990م.
- البداية والنهاية لاسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، دار عالم الكتب، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد الحسن التركي، دون مكان، دون طبعة، 1424هـ/2003م.
- التحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي، دون طبعة ودون تاريخ.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، 1419هـ/1999م.

¹ يقصد بحالهما: كونهما يشهدان شهادة الزور أو كل ما من شأنه أن يرد شهادتهما . وهذا ما يفهم من قوله: «... ولأنه حكم بسبب غير صحيح في الباطن، فلم ينفذ الحكم به في الباطن كادعاء زوجية ذات المحارم؛ ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفذ في الباطن كالمال؛ ولأن كل شاهدين لو علم الحاكم بحالهما لم يجز له الحكم بشهادتهما، فإذا حكم بهما مع الجهل بحالهما لم ينفذ حكمه في الباطن كالكافرين والعبيد». الإشراف للقاضي عبد الوهاب، 963/2.

² الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 963/2.

- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، ودون تاريخ.
- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم بن عبد الله ابن الشاط، وبجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، دون طبعة ودون تاريخ.
- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد قدامة، دار إحياء التراث العربي، دون مكان، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م.
- الموافقات في أصول الشريعة لبني إسحاق الشاطبي، تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، بيروت، دون طبعة، 1423هـ/2003م.
- جامع الترمذي اعتنى به أبو عبد الرحمن عماد الدين بن زين العابدين بن علي، مضافا إليها تعليقات وتخریجات أهل العلم، ومقدمة على المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، دار الكلمة، مصر، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م.
- رد المختار على الدر المختار لمحمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، 4012هـ/1992م.
- سنن أبي داود اعتنى به أبو عبد الرحمن عماد الدين بن زين العابدين بن علي، مضافا إليها تعليقات وتخریجات أهل العلم، ومقدمة على المعجم المفهرس لألفاظ الحديث، دار الكلمة، مصر، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م.
- صحيح البخاري بجاشية السندي، تحقيق عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون طبعة، ودون تاريخ.
- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، راجع ضبطه وخرج أحاديثه وعلق عليه الدكتور محمد محمد تامر، دار الفجر للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 1425هـ/2004م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وقام بإخراجه وتصحيحه محب الدين الخطيب، وراجعها قصي محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، دون طبعة ولا مكان الطبع، 1407هـ/1986م.
- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي، تحقيق الدكتور نزيه كمال حماد والدكتور عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة 1431هـ/2010م.
- مجلة الإحياء، مجلة إسلامية جامعة تصدرها رابطة علماء المغرب، العدد: 19، مطبعة المعارف، الرباط، دون تاريخ.
- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للدكتور محمد الروكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.
- الموطأ للإمام مالك، خرج أحاديثه هاني الحاج، نسخة موافقة للمعجم المفهرس لألفاظ الحديث، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون طبعة، ودون تاريخ.

دور التسجيل في نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري



فان كريم جامعة وهران- الجزائر-

إن التسجيل باعتباره مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية، أولى له المشرع الجزائري أهمية بالغة، حيث أفرد له مساحة تشريعية خاصة من خلال الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل،¹ إضافة إلى النصوص العامة التي أوردها في القانونين المدني والتجاري. والتسجيل يرتبط بجميع المعاملات سواءا كانت واردة على منقولات أو عقارات، بما فيها العقود العرفية التي تكتسب تاريخا ثابتا منذ تسجيلها.

ومن ثمة يطرح التساؤل عن ماهية التسجيل إذا ارتبط بعقود بيع العقار؟ وما هي الإجراءات المتبعة لإتمامه؟. وما هي الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الإجراءات؟.

المبحث الأول: ماهية تسجيل عقد بيع العقار.

جاء قانون التسجيل بمجموعة من المبادئ التي نظمت مرحلة التسجيل باعتبارها مرحلة أولى لنقل الملكية العقارية، وميزته عن باقي المفاهيم المتصلة به، كما حدد المشرع الجزائري من خلال هذه المبادئ كافة الشروط التي من شأنها أن تجعل التسجيل إجراءا صحيحا ومكتملا.

المطلب الأول: مفهوم تسجيل عقد بيع العقار.

نظرا لتداخل التسجيل مع مجموعة من المفاهيم الأخرى كما هو الحال في بعض التشريعات، كان من الضروري توضيح ما المقصود بالتسجيل وتمييزه عن غيره من المفاهيم.

الفرع الأول: تعريف تسجيل عقد بيع العقار وتمييزه عن غيره من المفاهيم.

أولا: تعريف تسجيل عقد بيع العقار:

يلاحظ من خلال تصفح النصوص القانونية الواردة في موضوع التسجيل، أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعاً مانعاً لإجراء التسجيل، بل اقتصر على تبيان أهميته، ولهذا السبب كان من الضروري الرجوع إلى الفقه، هذا الأخير أورد عدة تعاريف لتسجيل المنقولات والعقارات في آن واحد.

¹ الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل، ج ر العدد 81 المؤرخة في 18-12-1977.

فيعرف التسجيل على أنه: "إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يملكه موظفوا التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسماً جبائياً"¹. ويعرف أيضاً أنه "إجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات محددة بموجب القانون"².

كما يعرف أنه: "إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة"³.

عرف كذلك أنه "إجراء يقوم به موظف عمومي طبقاً لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة"⁴.

وعرفه بعض الفقه أيضاً أنه "عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطة يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل"⁵.

تجدر الإشارة إلى أن التسجيل كان سابقاً يشكل غالباً عملية قانونية مدونة في سجل يمسكه موظف عمومي مختص، إلا أنه في الوقت الراهن يمكن تعريف التسجيل عامة أنه إجراء يقوم به موظف عمومي بطرق متغيرة يظهر بصفة مشتركة وتتضمن بصفة أساسية تحليل التصرفات القانونية وعلى أساس نتائج هذا التحليل تفرض حقوق التسجيل⁶.

بناءً على ما سبق يمكن القول أن التسجيل عموماً هو إجراء إداري يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلاً قانوناً، بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل⁷.

ومن هذا التعريف يمكن استخلاص الخصائص القانونية للتسجيل؛ فهو إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية مختصة إقليمياً تابعة سلمياً إلى وزارة المالية، ويقوم به موظف عمومي يدعى مفتش التسجيل حسب المادة 180 من قانون 76-105 متعلق بالتسجيل، وعليه لا يجوز لأي موظف عمومي غير مختص القيام بعملية التسجيل وذلك تحت طائلة البطلان.

¹ Ibtissam, garame, terminologie juridique dans la législation algérienne, lexique français-arabe, palais des livres, Blida, 1998, p113.

² Direction générale des impôts, « guide fiscal de l'enregistrement », sahel 2003,p.11

³ Le petit Larousse illustré .paris 2007, p415.

⁴ فاروق بكداش، دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، ص1.

⁵ كساح لعور عبد العزيز ووافي مراد، العقارات وجبايتها في الجزائر، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، 1994-1998 ص 92.

⁶ برايس أحمد، دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، سنة 1985، ص03.

⁷ دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 19.

تجرى عملية التسجيل بمقابل، فمفتش التسجيل يقبض جراء هذه العملية ضريبة تسمى بحقوق أو رسوم التسجيل، تجسيدا لمبدئ العدالة والمساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة، تطبيقا للمادة 1/64 من دستور 1996 المعدل والمتمم¹.

تجدر الإشارة أنه قد ورد بعض الإعفاءات من حقوق التسجيل لبعض التصرفات القانونية طبقا للمادة 271 من قانون التسجيل 76-105.

كما أن التسجيل ذو طابع إجباري ونهائي فالمكلف مجبر بأداء حقوق التسجيل وتسديدها بطرق إدارية، وهنا تتجلى سيادة الدولة، إعمالا لنص المادة 2/64 من دستور 1996 المعدل والمتمم، فكل شخص يتخلف عن دفعها يتعرض لعقوبات جنائية، ومفتش التسجيل الحق في رفض إتمام الإجراءات إلى حين سداد قيمة الضريبة المترتبة عن عملية التسجيل. هذا ما نصت عليه المادة 82 من قانون التسجيل رقم 76-105 « إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات»².

بناء على ما سبق يمكن تعريف إجراء تسجيل عقد بيع العقار أنه إجراء يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه محررات أو تصرفات قانونية واردة على عقار. ومن الناحية العملية يقبض حقوق التسجيل، وهو إجراء إجباري ينجر عن مخالفته خضوع المكلف لعقوبات جنائية³.

ثانيا: تمييز تسجيل عقد بيع العقار عن غيره من المفاهيم.

يتداخل مفهوم التسجيل مع بعض المفاهيم الأخرى المشابهة له، كالشهر، القيد... إلخ نتيجة العلاقة الوثيقة التي تربطه بهم.

أ- تمييز التسجيل عن الشهر العقاري:

يعتبر الشهر العقاري أهم إجراء في عملية نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، ذلك طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار».

تتم عملية إجراءات الشهر لدى المحافظة العقارية ويقوم بها المحافظ العقاري، في حين أن إجراءات التسجيل تجرى على مستوى مفتشية التسجيل والطابع وبياسرها مفتش التسجيل. كما أن التسجيل لا يضيفي صفة الرسمية على العقود العرفية المبرمة بين الأطراف، بل تأثيره ينحصر في إعطاء تاريخ ثابت لها. فهو لا يعتبر إشهارا للحقوق التي يحملها السند بالمحافظة العقارية⁴.

¹ دستور 1996 المعدل والمتمم، ج.ر العدد 76 المؤرخة في 16-10-1996، ص03.

² قانون التسجيل رقم 76-105 ، المؤرخ في 09-12-1976، ج.ر العدد 81، المؤرخة في 18-12-1977، ص1212.

³ أوردتها المشرع في المواد من 93 إلى 100 من قانون التسجيل.

⁴ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.23.

إن عملية التسجيل ينظمها قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09-12-1976 أما عملية الشهر العقاري نظمها الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 12-11-1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التطبيقية.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن التسجيل والشهر العقاري يتداخلان في دفع رسوم لصالح الدولة، فحسب المادة الأولى من قانون التسجيل، أن أثناء تسجيل التصرفات القانونية لدى مصلحة التسجيل والطابع، يدفع مبلغ نقدي يسمى برسم التسجيل، في حين أن أثناء إجراء شهر التصرفات بالمحافظة العقارية يسمى المقابل المالي برسم الإشهار العقاري.¹

ب- التسجيل والقيّد :

إن القيد هو إجراء قانوني تابع لعملية الشهر العقاري بحيث يتم قيد الاتفاقات والمعاملات المذكورة في الصحائف العينية للعقارات، وبتريقين القيود التي ينتهي مفعولها بالزوال أو السقوط كالرهن الرسمي، وحق التخصيص، وحق الامتياز،² والقيد يتم على مستوى المحافظة العقارية بالنسبة للتصرفات العينية التبعية، والتسجيل يتم لدى مصلحة التسجيل بالنسبة للتصرفات العينية الأصلية.³

ج- التسجيل والرسم :

إن الرسم هو اقتطاع يدفعه المكلف مقابل خدمة ما، دون أن يكون هناك حتما تكافؤ بين قيمة الرسم والتكلفة الحقيقية للخدمة المؤداة. وعليه فالتسجيل إجراء يقوم به مفتش التسجيل بمقابل حقوق التسجيل على شكل رسوم ثابتة أو نسبية حسب طبيعة التصرف المراد تسجيله.

د- التسجيل والضريبة :

يسمى المبلغ المالي الذي تفرضه الدولة لتغطية نفقاتها العمومية وتجمعه بصورة جبرية ونهائية دون مقابل، بالضريبة وهي نوعان مباشرة إذا كان الاقتطاع مباشرا من الدخل أو من رأسمال، أو غير مباشرة إذا أديت بمناسبة النفقات التي يدفعها المكلف من رأسماله أو دخله. وعليه يمكن إعتبار المقابل الذي يُدفع إلى المصلحة المختصة أثناء إجراء عملية التسجيل ضريبة كونها تتم بصفة جبرية ونهائية وهي غير مباشرة، باعتبارها لا تمس المداخل والثروات بل تسدد بطريقة غير مباشرة من طرف الشخص الذي يريد استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة، كون أن العلاقة بين المكلف بالضريبة والإدارة الضريبية غير مباشرة فهي تدفع بمناسبة واقعة أو تصرف معين وهذا المعيار معيار قانوني، أما بالنسبة لعنصر الثبات والاستقرار فهي تعد ضريبة غير مباشرة كونها ظرفية متقطعة ولا تتميز بالثبات.

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.31.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003، ص.10.

³ إن المشرع اللبناني لم يوجب تسجيل العقود والوثائق العقارية بنصها الكامل، بل اكتفى بقيد خلاصتها على صحيفة العقار العينية، وأجاز لكل صاحب مصلحة أن يحصل على ما يشاء من الصور عنها. ولكنه عبر عن الطريقة باستعمال كلمة: "التسجيل" تارة، وكلمة القيد تارة أخرى، أي انه استعمل الكلمتين للدلالة على معنى واحد وهو القيد.

هـ - التسجيل والتوثيق :

إن التوثيق عملية يجريها الموثق على ما يرده من محررات وعقود التي يشترط فيها الطابع الرسمي، أو يود أطرافها إضفاء صفة الرسمية عليها. وعليه فالتوثيق والتسجيل يختلفان في عدة أمور، فالتوثيق يجريه ضابط عمومي يدعى الموثق، أما التسجيل فيقوم به مفتش التسجيل وهو موظف عمومي،¹ أما من حيث الإطار القانوني فالتوثيق نظمه القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق،² أما التسجيل فنظمه الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل.

إن الموثق يقوم بإضفاء الصبغة الرسمية على المحررات والعقود، في حين مفتش التسجيل يقوم بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل اقتطاع رسوم التسجيل، وهو لا يضيفي الصيغة الرسمية على المحررات العرفية، بل يعطيها تاريخاً ثابتاً طبقاً للمادة 328 قانون مدني .

يتداخل التسجيل والتوثيق في أمور عدة إذ أن التسجيل تابع للتوثيق خاصة بالنسبة للتصرفات المنصبة على العقارات، ذلك أن المشرع الجزائري اشترط رسمية التصرفات الواردة على العقار، طبقاً للمادة 324 مكرر قانون مدني.

يظهر التداخل بين التوثيق والتسجيل جلياً من خلال المادة رقم 40 من قانون التوثيق والتي تنص على «يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لصالح الخزينة العمومية...» وكذلك من خلال نص المادة 93 من قانون التسجيل التي تلزم الموثق بتسجيل العقود في الأجل المقررة وإلا تعرض لعقوبات جبائية، في حين إذا تم التعاقد بشكل رسمي أمام الموثق، فيقوم هذا الأخير باقتطاع حقوق التسجيل من الأتعاب التي تدفع له طبقاً للمادة 393 من القانون المدني، فمن خلالها ألزم المشرع المشتري بدفع رسوم التسجيل والشهر العقاري والتوثيق وغيرها، إلا إذا وجد نص يقضي غير ذلك. كما ورد أيضاً في نص المادة 368 من قانون التسجيل.³ إن رسم التوثيق يقع على كاهل المستعملين، ويتم تصفيته ودفعه من قبل الموثق لفائدة ميزانية الدولة.

الفرع الثاني: أهمية التسجيل.

تحوز عملية التسجيل أهمية بالغة، خاصة إذا تعلق بتسجيل عقود بيع العقارات، وتتجلى هذه الأهمية في وجهين الأولى جبائية وقد برزت بتطور أساليب الدولة في جباية الرسوم، والثانية قانونية وهي أقل أهمية مقارنة بالأولى.⁴

أولاً: الأهمية الجبائية :

تصنف رسوم التسجيل ضمن الضرائب الغير مباشرة، حيث يؤديها المكلف نظير خدمات يستفيد منها بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني، وهذه الضريبة ترمي إلى تحقيق عدة أهداف في مقدمتها الهدف التمويلي، إذ تعتبر هذه

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 26.

² القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006

³ المادة 368 ق.ت المحدثتة بموجب مادة 76 من قانون المالية لسنة 1990.

⁴ كساح لعور عبد العزيز ووافي مراد، المرجع السابق، ص.122.

الرسوم موردا هاما لتغطية جزء من نفقات الدولة. وتتطور طرق أساليب الجباية العقارية أضحي لها أهدافا اقتصادية، إجتماعية، مالية.

أ- الهدف المالي :

تسعى الدولة من خلال حقوق التسجيل بالدرجة الأولى إلى تحقيق هدف مالي، وذلك لتمويل خزيتها لتغطية جزء من نفقاتها الناجمة عن تسيير المرافق العمومية، ويظهر الهدف المالي للتسجيل بوضوح من خلال التعديلات المتكررة للقانون المنظم له. إذ أن الأمر 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 يعدل ويتم مرتين في السنة، بموجب قانوني المالية الأول والتكميلي.

لا يستهدف تسجيل العقارات فقط تحقيق أهداف مالية، بل يحاول أيضا تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية.¹

ب- الهدف الاقتصادي :

تعتبر رؤوس الأموال من أهم أساسيات التنمية الاقتصادية، وتسعى الدول لتوفيرها بجميع السبل، ورسوم التسجيل تعد من بين تلك الطرق التي توفر لحزينة الدولة رؤوس أموال معتبرة. والجزائر سعت لذلك كباقي الدول، الشيء الذي جعلها تعمل على تشجيع عمليات الادخار والإستثمار. فاقتطاع الحقوق يشجع الإستثمار² وكذا يعمل على توسيع الإعفاءات الجبائية والامتيازات الممنوحة لقطاعات معينة، فالدولة تعفى من جميع رسوم التسجيل بما في ذلك ما يتعلق بعقود المبادلة وشراء الأموال والقسمة مع الخواص، وذلك تبعا للمادة 271 من قانون التسجيل، كما منحت الدولة المؤسسات التي تستثمر بالمناطق المحرومة، إعفاء من رسوم تسجيل العقارات المخصصة لنشاطاتها، قصد تشجيع الاستثمار في هذه المناطق. وشملت الإعفاءات أيضا المجال السياحي وهذا ما نصت عليه المادة 272 مكرر 3 من قانون التسجيل، ونصت المادة 272 مكرر 4 على إعفاء الشركات ذات الاقتصاد المختلط من رسوم التسجيل لدى قيامها بشراء العقارات.

ج- الهدف الاجتماعي :

تسعى الدولة لتحقيق العدالة الإجتماعية في تطبيقها لقواعد التسجيل، فهي تستعمل مداخل التسجيل في تحسين وضعية الفئة المحتاجة من المجتمع، كما أنها قد أعفت من رسوم التسجيل الولايات والمؤسسات العمومية التابعة للولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الإستشفائية والمكاتب الخيرية ومؤسسة الحماية الاجتماعية لرجال البحر.³

يضاف إلى الدور الجبائي التمويلي الذي يلعبه تسجيل العقارات وهو دور أساسي، أهمية أخرى تتمثل في الدور القانوني.

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.29.

² كساح لعور عبد العزيز ووافي مراد، المرجع السابق، ص.122.

³ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 30-31.

ثانيا : الأهمية القانونية لعملية تسجيل العقارات :

إن التسجيل مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية، فهو يسبق مرحلة الشهر العقاري، كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم العقود تستخلص قبل إتمام إجراء التسجيل، وهذا حسب نص المادة 82 من قانون التسجيل « إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها، تستخلص قبل إتمام الإجراءات». كما أن المشرع الجزائري ألزم في نص المادة 393 من القانون المدني المشتري دفع قيمة الرسوم المترتبة عن إجراءات التسجيل، وذلك بقوله « إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك»¹.

ونص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون التوجيه العقاري على أنه، تثبت الملكية العقارية الخاصة والحقوق العينية بعقد رسمي، وتخضع لإجراءات الشهر العقاري. كما أن لتسجيل العقارات دور في إثبات تاريخ العقود العرفية التي يقوم بتحريها الأطراف فيما بينهم، دون تدخل من جانب موظف عام أو ضابط عمومي². فقد نصت المادة 328 من القانون المدني على أنه: « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله...»³.

المطلب الثاني : الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الرسمية الخاضعة لتسجيل عقد بيع العقارات.

اشترط المشرع الجزائري من أجل إتمام إجراءات التسجيل، وجوب توافر مجموعة من الشروط، فمنها ما هو مرتبط بأطراف التصرف الوارد على العقار، ومنها ما هو مرتبط بالعقار نفسه. إضافة إلى هذه الشروط أوجب المشرع ضرورة إفراغ هاته التصرفات المنصبة على العقار في قالب رسمي، إعمالا بنص المادة 324 قانون مدني. وقد خص المشرع الجزائري الموظف العمومي والموثق للقيام بهذه العملية، شريطة أن يكون ذلك في حدود سلطته واختصاصه⁴.

الفرع الأول : الشروط القانونية.

أولا : الشروط المتعلقة بتعيين الأطراف.

يقوم القانون من خلال أحكامه بتنظيم العلاقات بين الأشخاص بإعتبارهم ركنا من أركان الحق، فتقرير الحقوق وفرض الواجبات المقابلة لها هي غاية القانون⁵.

إن تعيين أطراف العقد يستلزم التعيين الدقيق للأشخاص أصحاب الحقوق، وتختلف عملية التعيين حسب طبيعة صاحب الحق، وذلك لكون أن الشخصية القانونية تفرض للشخص الطبيعي أو المعنوي كطرف للحق.

¹ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية²، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص148.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، في ضوء آخر تعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2004، ص117.

³ كانت الغاية من التاريخ المعطى للسندات العرفية صحة ثبوت السند العرفي، وهذا قبل 01-01-1971.

⁴ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 33.

⁵ محمدي فريدة زواوي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر طبعة 2002، ص 01.

ولقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لعملية تعيين الأطراف من قبول إجراءات التسجيل، وأي إخلال بأحكامها يؤدي مباشرة إلى رفض إجراءات التسجيل، ذلك طبقاً لأحكام المادة 138 من الأمر 76-105 المتضمن قانون التسجيل.

أ- عناصر التعيين بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

ألزم المشرع الجزائري من خلال المادة 138 من قانون التسجيل السابق الذكر أن تشتمل العقود المقدمة للتسجيل أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف مع كتابة رقم بطاقة التعريف ومكان تسليمها. كما تجدر الإشارة أن هذه البيانات تختلف حسب طبيعة العقد.¹

ب- عناصر التعيين بالنسبة للأشخاص المعنوية.

باعتبار أن الشخص المعنوي هو مجموعة من الأموال أو الأشخاص، وتعود تسمية الشخص المعنوي لعدم وجود كيانه مادياً له، وإنما له وجود معنوي فقط، وقد أعطاه القانون القدرة على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني، فالشخص المعنوي ينشأ لتحقيق غرض معين، هذا الغرض هو الذي يحدد مميزاته. كما أن أهليته وذمته المالية لا تكون إلا في حدود الغرض الذي أنشأ من أجله.

تختلف عناصر تعيين الشخصية المعنوية، ففيما يخص الشخصية المعنوية العامة تطبيقاً لنص المادة 49 قانون مدني، الولاية والبلدية تتمتعان بشخصية اعتبارية عامة واستقلال مالي،² تنص المادة 110 من قانون الولاية على ان عمليات اقتناء العقارات لفائدة الولاية ومؤسساتها العمومية يتم وفق الشروط المحددة في القوانين والتنظيمات المعمول بها. ومن خلال هذه المواد يتبين أن الولاية والبلدية لهما أن يكونا طرفين في التصرفات القانونية، مع ضرورة ذكر اسم البلدية أو الولاية في العقد، حتى يتم إجراء التسجيل وهذا ما جاء في المادة 2 من قانون البلدية والولاية المذكور سالفاً، فكل بلدية أو ولاية لها اقليم واسم ومركز، وعلى هذا الأساس تبرم العقود. هذا عن الشخصية المعنوية العامة، أما بالنسبة للشخصية المعنوية الخاصة والتي يقصد منها الشركات سواء كانت تجارية أو مدنية، وهي حسب المادة 50 من القانون المدني، تتمتع بذمة مالية وأهلية في الحدود التي قد تم تحديدها في العقد المنشئ لها، إضافة إلى مقرها وهو المكان الذي يجوي مركز إدارتها، ولكل شخصية معنوية خاصة شخص ينوب عنها ويبرم التصرفات القانونية باسمها ويدعى المدير، وعليه يشترط أثناء المعاملات ذكر اسمه ومركزه ومقرر تعيينه بهذه الصفة.³

ثانياً: الشروط القانونية المتعلقة بتعيين العقارات :

يحتل الحل مكاناً أساسياً في عقود البيع بصفة عامة، وتزداد أهميته إذا ارتبط هذا التصرف القانوني ببيع العقارات، لذلك إهتم به المشرع وخصه بتعريف في نص المادة 683 قانون مدني « كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 40

² تتحقق بمقتضى نص قانوني كما جاء في نص المادة 1 من قانون البلدية وقانون الولاية. قانون رقم 90-08 المؤرخ في 07-04-1990 يتعلق بالبلدية، ص488 ، وكذلك قانون 90-09 المؤرخ في 07-04-1990 يتعلق بالولاية ج ر العدد 15، ص 505.

³ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.42

ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول». فالعقار إذن هو الشيء الثابت غير قابل للنقل من مكانه إلى مكان آخر بدون تلف، وهذا خلافاً للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلاً للنقل والحركة.¹

تصنف العقارات في ثلاثة أصناف عقارات بطبيعتها وهي كل الأشياء المادية التي يكون لها حسب طبيعتها مكاناً ثابتاً غير متنقل، وتشمل في ذلك الأرض وكل ما اتصل بها على وجه الإستقرار من مباني، أشجار ونباتات. أما الصنف الثاني عقارات تبعاً لموضوعها وقد عرفتها المادة 684 من القانون المدني بالقول « يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني على عقار بما في ذلك الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار»، فتعتبر الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية عقاراً إذا كان موضوعها عقاراً. ويضاف إلى العقارات بطبيعتها والعقارات حسب موضوعها صنف ثالث وهو عقارات بالتخصيص ويقصد به المنقولات التي أعدت لخدمة أو استغلال عقار، وهذا ما نصت عليه فقرة 2 من المادة 683 قانون مدني بالقول « غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص».²

لتسهيل عملية التسجيل وتحصيل رسومها لا بد من تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ووصفه وصفاً منافياً للجهالة، من حيث الموقع أي إن كان العقار في منطقة ريفية أو حضرية. وأيضاً من حيث الطبيعة إن كانت شقة مثلاً أو محلاً تجارياً أو أرضاً جرداء... الخ. كما يجب تحديد المساحة وكذا عدد الغرف إذا تعلق الأمر بشقة.

يلاحظ أن قانون التسجيل لم ينص صراحة على الكيفية المتبعة في عملية تحديد العقارات في المحررات الخاضعة للتسجيل، ولكن بالعودة إلى الأحكام العامة لا بد أن يصب الموثق التصرفات الواردة على العقار في قالب رسمي، تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 قانون مدني. فيقوم الموثق بذكر كل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقار، الذي هو محل عقد البيع لكي يرجع إليها مفتش التسجيل أثناء تأكده من صحة محتوى الوثائق المودعة بين يديه.

لم يكتف المشرع بإلزام الموثق بتعيين العقار فحسب، بل ألزمه كذلك تحديد الثمن أي قيمة العقار المباع والذي دفع بين يديه،³ وذلك حتى يتسنى لمفتش التسجيل تحديد الحقوق المقتطعة المفروضة على المكلف. وتظهر الأهمية الكبيرة لتحديد الثمن في فرض المشرع إجراءات في حق الأطراف بسبب إخفائهم الثمن.⁴

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 5.

² يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص إذا توفرت الشروط التالية: 1- أن يكون هناك منقول بطبيعته وعقار بطبيعته. 2- أن يكون مالك العقار هو مالك المنقولات في الوقت نفسه. 3- أن ترصد هذه المنقولات لخدمة العقار. 4- توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول والعقار. أنظر حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 8.

³ أنظر المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج.

⁴ وهذا من خلال المادة 113 قانون التسجيل بقوله « إخفاء ثمن بيع العقارات أو أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن وفي معدل مقايضة أو قسمة حيث يكون جزاء ذلك الإخفاء غرامة مالية يدفعها الأطراف متضامنين ما عدا توزيعها بينهم بالتساوي» وهذا ما يبين أهمية الثمن.

الفرع الثاني: الوثائق الواجب إعدادها لدى مفتشية التسجيل والطابع.

أولا: البيانات الإلزامية في الوثائق المودعة.

يلتزم الموثق وكتاب السلطات الإدارية بإيداع العقود وكافة الوثائق المرافقة لها لدى مفتشية التسجيل والطابع، طبقاً لأحكام المادة 9 من قانون التسجيل، ويجب أن تشمل كل المعلومات اللازمة لتيسير عمل المفتش أثناء إجراء عملية التسجيل. ويشار أخيراً إلى أن في حال عدم إدراج هذه المعلومات بالوثائق المودعة، يتم رفض إجراء التسجيل.

أ- الكشف الإجمالي:

يعتبر إيداع الكشف الإجمالي لدى مفتشية التسجيل إجراء ضروري، بحيث يقوم الأشخاص المكلفون بتحرير العقود والوثائق بإيداعها، وقد تم النص على الكشف الإجمالي في المادة 153 من قانون التسجيل، ويقوم بإعدادها الموثقون وكتاب الإدارات المركزية أو المحلية على استمارات تسلمها إدارة الضرائب مجاناً، ويذكرون فيها تاريخ ورقم العقود المرمنة الموجودة في الفهرس. هذه الأخيرة هي عبارة عن أعمدة يكتب فيها الموثقون وكتاب الإدارات، يوم بعد يوم من دون ترك بياض، جميع المعلومات التي نصت عليها المادة 154 من قانون التسجيل. ويذكر في الكشف الإجمالي أيضاً ألقاب وأسماء الأطراف وعناوين مساكنهم، ويحتوي كذلك على نوع العقود والمبالغ أو القيم الخاضعة للرسوم، إضافة إلى مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة و المتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعاً بصفة قانونية.¹

وتودع هذه الكشف لدى مكتب التسجيل المختص في الآجال المحددة بموجب هذا القانون، وعادة ما تعد في نسختين حيث تودع النسخة الأولى لدى مكتب التسجيل المختص إقليمياً، أما النسخة الثانية فترجع إلى القائم بالإيداع.

ب- النسخ الأصلية:

يتعين على محرري العقود والوثائق إيداع النسخ الأصلية أو الأصول لدى مفتشية التسجيل، وذلك حسب ما جاء في المادة 9 فقرة 1 من قانون التسجيل « تسجل العقود المدنية والعقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول... ».

وتختلف المعلومات الموجودة في النسخ الأصلية باختلاف طبيعة التصرف المراد تسجيله، إذ أنه في العقود الرسمية المحررة من طرف الموثق، لا بد أن تحتوي على طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية. وعليه بعد إيداع النسخ الأصلية لدى مفتش التسجيل، يقوم هذا الأخير بتحليلها وتكييفها من أجل اقتطاع رسوم التسجيل.

ج- الملخصات:

زيادة عن إيداع النسخ الأصلية والكشف الإجمالي، يتوجب على محرري العقود بإيداع ملخصات العقود الناقلة للملكية العقارية، وفق ما نص عليه المشرع في المادة 9 فقرة 3 من قانون التسجيل التي تنص على « تقدم هذه الجداول والمستخرجات إلى مصلحة التسجيل في نفس الوقت الذي تقدم فيه النسخ الأصلية أو البراءات »، وهي

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 73.

عبارة عن ملخص تحليلي يدون على استمارة تسلمها الإدارة مجاناً، ويتضمن ملخصاً للأحكام الرئيسية للعقد، وتحرر في نسختين. تقدم النسخة الأولى لمفتش التسجيل ويتم وضعها في مصنف الأحجام، أما النسخة الثانية فيتم إرسالها لمفتشية الضرائب المباشرة أو الغير المباشرة لمتابعة ومراقبة مستعمل الملكية¹ وهذا تطبيقاً لنص المادة 02/153 من قانون التسجيل.

ثانياً : آجال ومكان إتمام إجراءات التسجيل.

يلتزم القائمون بعملية إيداع الوثائق، القيام بهذه العملية آخذين بعين الاعتبار مكان وزمان الإجراء. فقد حدد المشرع من جهة مهلة زمنية للقيام بالإيداع، ومن جهة أخرى المكاتب المؤهلة قانوناً لعملية التسجيل.

أ- الآجال المحددة لعملية التسجيل :

إن القائمين بالإيداع ملزمون باحترام الآجال المحددة بموجب قانون التسجيل، وهذه الآجال تختلف باختلاف طبيعة التصرفات القانونية، تبعاً لما جاءت به المادة 2 من قانون التسجيل « تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية، تبعاً لنوع العقود، ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم»، فمنها ما يخضع لرسم ثابت² ونعني بالرسوم الثابتة تلك التي تكون فيها الحصة ثابتة بالنسبة لجميع العقود، ومنها ما يخضع لرسم نسبي والرسم النسبي يمثل نسبة مئوية ثابتة تطبق على جميع عمليات نقل الملكية (بيع - ميراث...)³.

تندرج عقود بيع العقار ضمن التصرفات القانونية الخاضعة لرسم نسبي وهذا بالرجوع لنص المادة 4 قانون التسجيل، ويتم تسجيل عقود بيع العقار في أجل شهر ابتداءً من تاريخ تحريرها وذلك بموجب المادة 58 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي « يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداءً من تاريخها...». أما المادة 60 من نفس القانون فتتضمن على أنه «يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعاون التنفيذ التابعين لكتابات الضبط و...، خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها».

ويتم الإيداع طوال أيام الأسبوع مع مراعاة الأوقات الرسمية للعمل والتي تحددها الإدارة، فحسب المادة 73 من قانون التسجيل تفتح مكاتب التسجيل طيلة أيام الأسبوع ما عدى يوم الجمعة وظهرية يوم الخميس وأيام العطل القانونية، وعند الإقتضاء ظهر اليوم الذي تحدده الإدارة من أجل القفل الشهري للمحركات الحسابية، وتعلق أيام وساعة الإفتتاح والغلق على باب كل مصلحة.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن اليوم الذي أبرم فيه العقد لا يؤخذ بعين الاعتبار ضمن الآجال المحددة لتسجيل العقد، وأنه إذا صادف وكان اليوم الأخير من الآجال المحددة للتسجيل يوم تغلق فيه المصلحة، فإن الآجال تمدد إلى اليوم الأول الذي يلي يوم الغلق، وهذا تطبيقاً للمادتين 72-74 من قانون التسجيل. إذ نصت المادة 72 على « إن

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 73-74.

² تنص المادة 3 من قانون التسجيل السابق الذكر « يطبق الرسم الثابت على العقود التي لا تثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع، أو التمتع لمدى الحياة، أو لمدة غير محددة للأموال منقولة أو عقارية...، وبصفة عامة يطبق هذا الرسم على جميع العقود الأخرى التي تقدم طواعية لإجراء التسجيل حتى ولو كانت معفاة منه. ويحصل هذا الرسم حسب المعدلات المحدد بموجب المواد من 206 إلى 214 من هذا القانون».

³ أنظر المادة 4 من ق.ت 105-76.

يوم تاريخ العقد أو يوم فتح التركة لا يؤخذ بعين الاعتبار ضمن الآجال المحددة بموجب المواد السابقة من أجل تسجيل العقود والتصريحات» ونصت المادة 74 على «إن الآجال المحددة بموجب هذا القانون من أجل تسجيل العقود وكذلك من أجل دفع الحقوق والرسوم الخاصة بها، أو من أجل إيداع التصريحات الخاصة بها، تمدد إلى غاية يوم العمل الأول الذي يلي عندما ينقضي اليوم الأخير من الأجل في يوم من أيام الغلق المنصوص عليها في المادة 73 أعلاه»¹.

ب- المكاتب المؤهلة قانونا لإجراء عملية التسجيل :

لم يكتف المشرع بتقييد عملية التسجيل بشرط الآجال فقط، بل أضاف شرطا آخر يتمثل في وجوب احترام المكاتب المختصة إقليميا للقيام بإجراء التسجيل، ولقد حددت مواد قانون التسجيل المكاتب المؤهلة قانونا في الباب الرابع تحت عنوان المصالح المختصة بتسجيل العقود ونقل الملكيات، فالموثقون (كتاب إدارات مركزية ومحلية) ملزمون بتسجيل عقودهم في مكتب التسجيل التابع للدائرة التي يوجد به مقر عمله. ويمكنه أيضا التسجيل في مكتب الولاية التي يقع فيها مكتبه. وهذا ما جاء في المادة 75 من قانون التسجيل فهي تنص على «1- لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم....»

يشار إلى أن الموثق ليس له اختصاص إقليمي فيما يخص تحرير العقود وهذا ما أكدته المادة 2 من قانون التوثيق 88-27. في حين أن له اختصاص إقليمي فيما يخص تسجيل العقود، وهذا تطبيقا لنص المادة 75 من قانون التسجيل كما سبق ذكره آنفا. يتم إتمام إجراءات التسجيل لكافة عقود البيع الواردة على عقارات المبرمة خارج الجزائر في أي مصلحة من مصالح التسجيل والطابع التي يختارها الطرفان.²

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية المتبعة في عملية تسجيل العقارات.

إن مفتش التسجيل بعد تأكده من توافر كافة الشروط، سواء تلك المتعلقة بتعيين الأشخاص والعقارات أو المتعلقة بالوثائق المودعة. يستهل إجراءات التسجيل آخذا بعين الاعتبار النصوص القانونية التي أورد فيها المشرع بعض الإعفاءات التي تتمتع بها بعض الهيئات والأشخاص. ومن جانب آخر يتوجب على المكلف الحقيقي أو القانوني احترام النصوص القانونية ذات الصلة تحت طائلة جزاءات جنائية.

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في عملية التسجيل والجزاءات الناجمة عن الإخلال بأحكامها.

الفرع الأول: إجراء تسجيل عقد بيع العقار.

إن مفتش التسجيل ملزم بإجراء عملية التسجيل مباشرة بعد إيداع العقود المراد تسجيلها واقتطاع حقوق التسجيل، فليس له أن يؤجل العملية بأي حال من الأحوال ولو كان من أجل إجراء الخبرة. كما له الحق أيضا في رفض الإيداع أي رفض إجراء عملية التسجيل في حال عدم احترام شروط وإجراءات هذه العملية.

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص76-77.

² دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص78-79.

يلاحظ لدى استقراء قانون التسجيل أن المشرع الجزائري من جهة أعفى بعض الأطراف من تأدية رسوم تسجيل عقود بيع العقار، وذلك لأسباب اقتصادية أو اجتماعية، في حين أنه من جهة أخرى رتب جزاءات على المكلفين بالتسجيل عند عدم دفعهم رسوم التسجيل أو عدم احترامهم التنظيمات والقوانين.¹

أولا : إجراءات تسجيل الحركات الرسمية الناقلة للملكية العقارية :

يقوم محرر عقد بيع العقار بإيداع المحرر الرسمي المراد تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع، ويجب أن يرفقه بكافة الوثائق التي أشار إليها المشرع من كشوف إجمالية وملخصات ونسخ أصلية، وذلك طبقا للمادة 15 من قانون التسجيل، مع ضرورة احتواء العقد الرسمي على كافة البيانات الضرورية التي من شأنها أن تسمح للإدارة بالتحقق منها وتحديد قيمة الرسوم المفروضة وفق المادة 15 مكرر من قانون التسجيل.

بمجرد إيداع الوثائق يقوم مفتش الضرائب بتفحصها، فيطلع على العقد وكافة الوثائق المرافقة له، مع الإشارة أن له الحق في الإحتفاظ به طيلة 24 ساعة فقط من يوم الإيداع للتمكن من مراجعة الشروط الشكلية حسب ما أورده المادة 180 من قانون التسجيل. كما يقوم بتحليل العقد وتحديد قيمة رسوم التسجيل، وإعطاء مخالصة بذلك وفق ما تضمنته المادة 182، وذلك من أجل استيفاءها، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون التسجيل، على وجوب تسديد الرسوم قبل إجراء التسجيل. هذه الرسوم تكون عن ثمن البيع كله،² وهي تتميز بطابع نسبي وقد قدرها المشرع بنسبة 5% في المادة 252 من قانون التسجيل، وتخضع لنفس النسبة البيوع الواردة على العقارات التابعة للملك الدولة،³ في حين أن العقود التي تنقل ملكية عقارات تقع خارج الوطن تخضع لنسبة قدرها 3% .⁴ وجاء في المادة 91 من نفس القانون أن رسوم التسجيل التي تدفع لحزينة الدولة يتحملها كلا طرفي العقد بالتضامن، وإثر ذلك يقوم مفتش التسجيل طبقا للمادة 188 من قانون التسجيل بنقل تأشيرة التسجيل على العقد المراد تسجيله، ويبين من خلالها الرسوم المستحقة الأداء، مع الإشارة إلى أنها سددت، وعليه أيضا أن يذكر الرقم الذي سجل به العقد في السجل.

يلاحظ أن بعض العقود المتضمنة بيع العقارات، لا يتم إخضاعها لنفس النسب أثناء استيفاء رسوم تسجيلها، فقد ميزها المشرع ببعض الإعفاءات.

ثانيا : الإعفاءات القانونية المرتبطة بعملية التسجيل :

منح المشرع الجزائري بعض العقود الناقلة للملكية العقارية إعفاءات من رسوم التسجيل، فالدولة وجماعاتها العمومية تكون معفاة من تسديد هذه الرسوم، وهذا تطبيقا لنص المادتين 271 و 272 من قانون التسجيل. كما أعفيت أيضا عمليات اقتناء العقارات التي تستهدف إنشاء نشاط صناعي جديد ذي طابع أولي مقرر في المخطط

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.80.

² أنظر المادة 13 قانون التوثيق.

³ أنظر المادة 254 من قانون التوثيق.

⁴ نص المادة 255 من قانون التوثيق.

الوطني للتنمية، وأعفى المشرع أيضا الشركات التعاونية والجمعيات الثقافية والجمعيات التي اعترف بمنفعتها العمومية، عند اقتناءها لعقارات تحتاجها لسير أعمالها ونشاطاتها الإجتماعية.¹

ويمكن الملاحظة، أن بيع العقارات في حالة الشيوخ، وهي تلك العقارات التي تعذر قسمتها بين الشركاء، فيتم بيعها عن طريق المزايمة، تخضع فيها الأنصبة الشائعة لرسوم محددة وفقا لنص المادة 230 فقرة 1 من قانون التسجيل والتي حدد معدله بـ 3% وذلك اذا تمت العملية لحساب أشخاص الغير المشتركين في الشيوخ، أما إذا تم الشراء من طرف أحد الشركاء في الشيوخ فيتم تخفيض رسوم التسجيل إلى 1.5%، وذلك طبقا لنص المادة 230 من قانون التسجيل، في حين العقود المبرمة خارج الجزائر تخضع لرسم قدره 3%².

الفرع الثاني : جزاءات الإخلال بأحكام التسجيل.

إن التصرفات المنصبة على العقار يشترط فيها أن تتم في قالب رسمي، وأن تسجل بمفتشية التسجيل والطابع. هذا الأخير يرتب التزامات على المكلفين، وفي حال الإخلال بها يتعرضون إلى عقوبات جبائية أقرها المشرع في القسم الأول من الباب السادس من قانون التسجيل رقم 76-105، هذه العقوبات تقرر على المكلف القانوني وتقرر أيضا على الأطراف أو ما يعرف بالمكلف الحقيقي.

أولا : المكلف الحقيقي :

إن المكلف الحقيقي **Le contribuable réel** هو الشخص الذي يدفع حقوق التسجيل من أمواله الشخصية إلى الموثق وليس مباشرة إلى قابض الضرائب³ ويرجع ذلك إلى الصبغة الرسمية التي تتمتع بها التصرفات العقارية، وهذا ما يميز التسجيل العقاري عن غيره من أصناف التسجيل الأخرى. وعليه أخضع المشرع الأطراف المتعاقدين لعقوبات جبائية في حال اتفاقهم على إخفاء جزء من ثمن البيع واعتبر تصرفهم عديم الأثر طبقا لنص المادة 1/113 قانون التسجيل. كما أنه بناء على نص المادة 119 من قانون التسجيل، يتعرض لغرامة مالية كل شخص قام بالتخفيض أو حاول التخفيض سواء كل أو بعض من وعاء الضريبة أو تصفيتها أو دفع الضرائب أو الرسوم، التي هو خاضع لها وهذا باستعمال مناورات الغش. إضافة إلى العقوبات الجزائية فإذا حاول الأطراف الخاضعون للضريبة التملص من حقوق التسجيل وهذا عن طريق تصاريح ناقصة أو كاذبة والتي من شأنها أن تنقص من قيمة الحقوق الواجبة الدفع والمقررة للتصرف المراد تسجيله، يخضع بموجبها الأطراف لعقوبات جبائية تقررها مفتشية التسجيل. لذلك يتعين على الموثق أن يلفت انتباه الأطراف المتعاقدة، بعدم الاتفاق خارج مكتبه، على إخفاء الثمن الحقيقي للبيع. فلمفتشية التسجيل الحق في إثبات هذا الإخفاء بكافة الوسائل المشروعة المنصوص عليها في قانون التسجيل المادة 2/113، كما أن مفتش التسجيل خول له القانون الصلاحيات الواسعة التي تمكنه من تحصيل أموال الدولة.⁴

¹ كساح لعور عبد العزيز ووافي مراد، المرجع السابق، ص96.

² بلمدني محمد، دروس في التسجيل، دروس خاصة بالمفتشين الرئيسيين لأملاك الدولة، المدرسة الوطنية للضرائب، السنة 2009-2010.

³ بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، الجزء 5، مجلة الموثق العدد8، الغرفة الوطنية للموثقين، سنة 2002، ص33.

⁴ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص96.

ثانيا : المكلف القانوني :

إن المكلف القانوني *Le contribuable juridique* هو كل شخص ألزمه القانون بتحصيل رسوم التسجيل، ودفعها لقبض الضرائب في الآجال المحددة، دون أن يتمتع بصفة الموظف أو يكون تابع لسلطة إدارة الضرائب. وتعود تسميته بالمكلف القانوني كونه يمارس عمله بمقتضى نص قانوني، وليس بموجب عقد يربطه بالإدارة الجبائية.¹ ومن خلال مواد قانون التسجيل يأخذ صفة المكلف القانوني الموثق الذي تم إبرام العقد بين يديه، ودفع له الأطراف رسوم التسجيل، والذي يقوم بدوره بأدائها لدى صندوق قابض الضرائب المختص إقليميا، وفقا للآجال القانونية المنصوص عليها في المادة 58 من قانون التسجيل. ومن ثمة يعتبر الموثق مسؤولا وترتب عليه عقوبات جبائية عند إخلاله بأحكام التسجيل. فقد ألزم القانون الموثق قراءة مضمون العقد على الأطراف وإلا تعرض لغرامة مالية، كما عليه الإشارة إلى أن هذه القراءة قد تمت.² كما على الموثق أن يشير إلى أنه لم يتلقى أي وثيقة تتضمن الزيادة في الثمن المصرح به، وينوه أيضا أن العقد لم يتم تعديله وهذا ما أكدته المادة 4/113 من قانون التسجيل.

يدفع الموثق شخصا غرامة مالية جراء عدم احترامه للآجال المقررة قانونا لعملية التسجيل،³ كما أن الموثقين وكتاب الإدارات المركزية والمحلية الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة يتعرضون لعقوبات تأديبية توقعها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها، وهذا تطبيقا لنص المادة 2/93 من قانون التسجيل. كما أنه إذا كان الموثق شريكا في المناورات التي يكون الغرض منها التهرب من دفع حقوق التسجيل، مع وجود دليل مادي يثبت تواطأ الموثق مع زبائنه في إخفاء الثمن الحقيقي، وسلك في ذلك طرق التدليس فيكون في هذه الحالة متضامن مع الأطراف المدينين بها وفقا للمادة 5/113 قانون التسجيل.

المطلب الثاني : الطعن في قرارات مفتشية التسجيل.

تعد المنازعات الضريبية الأكثر انتشارا مقارنة بباقي المنازعات المطروحة أمام القضاء الإداري، والضريبة تبنى أساسا على مبدأ العدل، إذ يجب تقديرها بطريقة سليمة بعيدة عن المغالات أو التعسف. ولا يتحقق العدل إلا بمنح المكلف الحق في الطعن في قيمة الضريبة المفروضة عليه في حالة الخطأ أو سوء التقدير.

إن المنازعات الضريبية في مجال التسجيل يحكمها قانون الضرائب والتسجيل، وإعمال قاعدة " الخاص يقيد العام " يوجب الرجوع إلى قانون الضرائب قبل اللجوء إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالمنازعات الإدارية.⁴ تمر مراحل المنازعات الضريبية بمرحلتين وتمثلان في التسوية الإدارية وتليها التسوية القضائية.

¹ بورويس زيدان، المرجع السابق، ص33.

² في الحياة العملية نادرا ما يقرأ الموثق العقد على الأطراف.

³ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص 96-97.

⁴ عمار معاشو وعزاوي عبد الرحمن، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعة الإدارية في النظام الجائري وتطبيقاتها على العقود الإدارية، قانون الأحزاب، نزع الملكية، الضرائب، دار الأمل، الجزائر، سنة 1999 ص 27-28 .

الفرع الأول: التسوية الإدارية.

تتعلق المنازعة الضريبية المتعلقة بالتسجيل إما بالوعاء الضريبي والتي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 329 الى 343 من الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة،¹ وإما منازعات متعلقة بإعادة التقويم.

أولا: المنازعات المتعلقة بالوعاء الضريبي:

يقوم هذا النوع من المنازعات بمناسبة تحصيل حقوق التسجيل من قبل مفتشية التسجيل والطابع، وتتحقق إما في حالة وقوع المفتش في خطأ أو تجاوز أو سوء تقدير الحقوق نتيجة تمتعه بسلطة تكييف العقود، وتنقسم الإجراءات المتبعة في المنازعات الضريبية المتعلقة بالوعاء إلى إجراءات إختيارية وأخرى إجبارية.²

أ- الإجراءات الإجبارية:

يلتزم المكلف إتباع الإجراءات الإجبارية تحت طائلة رفض الدعوى شكلا أمام القضاء، فالمكلف يتقدم بتظلمه أمام المدير الولائي للضرائب في حال وجود خلاف بينه وبين مفتش التسجيل قبل لجوءه إلى القضاء الإداري. ويكون التظلم عن طريق تقديمه لشكوى إلى المدير الولائي للضرائب كمرحلة أولى إجبارية، وتهدف إما إلى تصحيح خطأ مادي ارتكبه المفتش أثناء تقديره لحقوق التسجيل، أو إلى الاستفادة من امتيازات قانونية منحها له المشرع، أو إعادة النظر في قاعدة ضريبية.

تحتوي هذه الشكوى كافة الشروط الشكلية والموضوعية وفق نص المادة 331 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، بحيث يجب أن ترفع قبل 31 ديسمبر من السنة التي تلي العام الذي أكتشف فيه سوء التقدير.

تباشر الإدارة الضريبية عملية التحقيق في الشكاوي المقدمة من حيث الشكل والمضمون، وحسب المادة 1/333 من نفس القانون يقوم بهذه العملية مفتش الضرائب، الذي يحيل ملف ووثائق التحري والتحقيق إلى مدير الضرائب للولاية، قصد إصدار قرارا نهائيا إما بالرفض الكلي أو الجزئي أو القبول الكلي أو الجزئي.³

يقوم مدير الولائي للضرائب بتبليغ قرار الرفض أو القبول إلى موطن الوكيل أو عنوانه الحقيقي، وذلك في خلال أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تقديم الشكوى، وجدير بالتنويه أنه في حالة التخفيض على المدير أن يوجه قراره إلى قابض الضرائب المختلفة، وفي حالة عدم الرد في المهلة المذكورة آنفا يعتبر ذلك رفضا ضمنيا، وفي هذه الحالة يفتح أمام المعني بالأمر طريقين؛ الأول يتمثل في اللجوء إلى طرق الطعن الإختيارية، أما الثاني فيتمثل في اللجوء إلى القضاء الإداري. ويلاحظ في هذا السياق أن اللجوء للجان الطعن يبقى أمرا إختياريا للطاعن، وأن كل القرارات التي تصدرها هذه اللجان هي بمثابة قرارات إدارية، وفي حالة عدم الإقتناع بفحواها يتم اللجوء للقضاء.⁴

¹ الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 09-12-1976 قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج.ر العدد 102 المؤرخة في 22-12-1976، ص1432.

² دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص 105.

³ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص106.

⁴ عمار معاشو وعزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 31-34.

ب- الإجراءات الاختيارية.

إن الإجراءات الاختيارية هي السبيل الذي يمكن للمشتكي إتباعه بعد تلقيه قرار مدير الولاية للضرائب، القاضي بالرفض الكلي أو الجزئي للشكوى المقدمة، أو في حال عدم رد هذا الأخير في المدة التي منحها له المشرع، وبتأشير الشاكي هذه الإجراءات أمام ثلاث لجان، أولها لجان الطعن للدائرة والذي حدد تشكيلتها المشرع في المادة 330 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة. وقد منح الشاكي مهلة شهر لتقديم الطعن أمام هذه اللجنة ابتداء من يوم إستلام الرد بالرفض الكلي أو الجزئي لشكواه، أو من يوم تاريخ إنقضاء مهلة أربعة أشهر الممنوحة للمدير الولاية للضرائب للرد على شكوى المعني، مع ملاحظة أن هذه اللجنة يمكنها التخفيض في حدود قيمة 200000 ألف دينار، وحدد لهذه اللجنة مهلة شهرا واحدا للرد حتى يتسنى للشاكي التوجه إلى لجنة الطعن الولاية. هذه الأخيرة نصت على تشكيلتها المادة 301 من القانون السابق، وترفع التظلمات لهذه اللجنة بعد الرفض الكلي أو الجزئي للطعن الذي طرح على لجنة الطعن للدائرة. ويشار إلى أن هذه اللجنة يمكنها أن تخفض المبلغ بقيمة تزيد عن 200000 ولا تتجاوز 400000 دينار، ويكون الرد في خلال شهر.¹

إن اللجنة المختصة للنظر في الطعن بعد الرفض الكلي أو الجزئي للطعن المقدم أمام اللجنة الولاية للطعن هي اللجنة المركزية للطعن، والتي نصت عليها المادة 302 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، والتي يمكنها منح تخفيض يزيد عن 250000 دينار وعليها الرد في خلال 20 يوم وفقا لنص المادة 1/302 من نفس القانون.

ثانيا: المنازعات المتعلقة بإعادة التقييم.

إن تسجيل العقد باعتباره خاضع قانونا لرسم نسبي، يجب أن تتم عليه عملية مراقبة للثمن أو للقيمة التي صرح بها الأطراف. وتطبيقا لنص المادة 5/55 من القرار 484 المؤرخ في 12-07-1998 المتضمن النظام الإقليمي وتنظيم اختصاصات المديرية الجهوية والمديريات الولاية للضرائب، يقوم بهذه العملية مكتب التحقيقات ومراقبة التقويمات على مستوى نيابة مديرية المراقبة.

أ- إجراءات إعادة التقييم :

يتم إتمام إجراء إعادة التقييم بقيام مكتب التحقيقات وإعادة التقييم باستدعاء المالك الأخير الذي يحوز على الأموال العقارية، وكذا الانتقال لمعاينة العقار قصد تقويمه مستنديين في ذلك على دراسة العوامل المتعلقة به، كالعوامل المادية من مساحة، كهرباء... وعوامل إقتصادية من موقع، حالة السوق العقارية... وعوامل قانونية من إرتفاقات القانون الخاص والعام وحالة شغل الأراضي...، بعد ذلك تقوم اللجنة بتحرير نسخة تدوين *copie de consignation*. والتي يتم من خلالها تحديد القيمة الحقيقية للعقار، تحمل هذه الوثيقة إمضاء رئيس مكتب التحقيقات ويرسل إلى مديرية نيابة المراقبة، من أجل المصادقة على التقرير ومن ثمة تدوينه في سجل الاكتشافات. وإثر ذلك يتم تبليغ المكلف عن طريق إشعار بالقيمة الحقيقية التجارية للعقار والحقوق الواجبة الدفع، وإذا اقتنع وقبل بهذا التقييم عليه أن يمضي على تعهد قانوني معترفا من خلاله بإعادة التقييم، يحرر هذا التعهد في ثلاث

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 106-107.

نسخ، كل نسخة تحمل طابع جبائي. ومن ثمة يقوم المكلف بتسديد ما عليه من حقوق بعد تسلمه كشف الدفع، أما إذا لم يقتنع بما جاء في هذا التقويم فما له إلا الطعن أمام لجنة المصالحة.¹

ب- الطعن أمام لجنة المصالحة :

إن لجنة المصالحة هيئة إدارية مؤسسة بمديرية الضرائب على مستوى كل ولاية، وقد حدد المشرع الجزائري تشكيلتها من خلال المادة 102 من قانون التسجيل.² وتكون مداوالات لجنة المصالحة صحيحة شرط حضور خمسة أعضاء على الأقل بما فيهم الرئيس، ويحضر مفتش التسجيل الجلسات بإعتباره مستشارا فيها ويقوم بالكتابة، وهذا طبقا للمادة 103 من قانون التسجيل. ويتم الطعن أمام لجنة المصالحة بتحرير المدين شكوى على ورقة عادية، ليتم تكليفه بالحضور أمام لجنة المصالحة المختصة عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام في أجل أقصاه أربعة سنوات من تاريخ تسجيل العقد. وعلى العموم يجب إخطاره 20 يوما على الأقل قبل تاريخ الجلسة، ويقوم المعني لدى انعقاد الجلسة بالإدلاء بكافة تصريحاته أو إرسال دفعه مكتوبة، كما له أن يعين مستشارا أو وكيلًا مؤهلا قانونا. وهذا ما جاء في المادة 4/104 من قانون التسجيل، كما يمكن للمكلف أن يطلب تأجيل المثول أمام اللجنة لأسباب قاهرة.³

تقوم اللجنة بإصدار رأيها الذي يبلغ إلى المعني بواسطة رسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام، وهذا يكون عند عدم اتفاقها مع المكلف أو عند عدم حضور هذا الأخير الجلسة، أو عدم قيامه بإرسال الدفع المكتوبة.

إن المدين بعد انقضاء عشرين يوما من تبليغه برأي اللجنة يرسل إليه تبليغ زيادة تلقائية تتراوح بين 10% و 25% من قيمة الحقوق المترتبة كلية، وذلك برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام. وتمنح له مهلة عشرة أيام من تاريخ استلامه الرسالة لدفع ما عليه من حقوق وغرامات، وفي حالة ما إذا تقدم لدفع قيمة الحقوق دون الغرامة عليه أن يوقع على تعهد قانوني دون زيادة في الغرامة. أما إذا رفض وانقضت مهلة عشرة أيام يحرر سند تحصيل، بزيادة غرامة تقدر بـ 25% حقوق بسيطة، ويؤشر على هذا السند المدير الولائي للضرائب ونائب مدير الرقابة، ويبلغ المدين عن طريق تبليغ سند التحصيلي، وإذا ما قبل تسديد الحقوق له أن يطلب تخفيض الغرامة. في حين إذا رفض فقد منحت له مهلة أربعة أشهر من تاريخ تبليغه سند التحصيل، للجوء إلى التسوية القضائية كمرحلة ثانية للمنازعات الضريبية.

¹ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 109

² حسب المادة 102 من قانون التسجيل فإن لجنة المصالحة تتكون من :

- مدير الضرائب على مستوى الولاية، رئيسا.
- مفتش التسجيل.
- مفتش الشؤون الخاصة بالأموال الوطنية والعقارات.
- قابض الضرائب المختلفة.
- موثق يعينه رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المعنية.
- ممثل عن إدارة الولاية.

³ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص. 110-111.

الفرع الثاني: التسوية القضائية.

يحق للمكلف الذي تقدم بتظلم لدى مصلحة الضرائب المختصة، ورفض تظلمه جزئياً أو كلياً، رفع دعوى أمام المحكمة المختصة إقليمياً كدرجة أولى للتقاضي، ويستأنف أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية. واستهدف المشرع من وجوب لجوء المكلف إلى التسوية الإدارية كمرحلة أولى التخفيف من اكتظاظ الدعاوي المعروضة أمام الجهات القضائية، من محكمة إدارية ومجلس دولة.

أولاً: الطعن أمام المحكمة الإدارية:

تبدأ إجراءات الطعن أمام الجهات القضائية برفع الشاكي عريضة لدى قلم كتابة الضبط الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي،¹ هذه العريضة يجب أن تكون على ورق مدموغ وتحرر وتوقع من طرف المشتكي نفسه أو موكله القانوني، ويذكر من خلالها طلباته التي يمكن أن تكون طلبات لم يسبق له أن ذكرها في الشكوى، وإذا لم توجد ملاحظات جديدة يرسل الملف إلى رئيس الغرفة الإدارية للفصل فيه. هذا الأخير ألزمه المشرع من خلال المادة 340 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بالقيام بتحقيقات خاصة متمثلة في تحقيق إضافي في حالة تقدم المعني بالضريبة وسائل جديدة قبل الحكم، ففي هذه الحالة لمدير الضرائب الحق في مدة 20 يوم للإطلاع على الملف وتقديم ملاحظاته في عريضة ترفع إلى كتابة الضبط، وهذا ما جاء في المادة 2/340 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، كما أن رئيس الغرفة الإدارية ملزم بمراجعة التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك، وهذه المهمة توكل لأحد أعوان مصلحة الضرائب غير الذي قام بالتحقيق الأول. هذا التحقيق يحضره المدعي وكذلك رئيس المجلس الشعبي البلدي أو عضوين من أعضاء لجنة الطعن على مستوى الدائرة إذا اقتضى الأمر. وعند إنتهاء المكلف بالتحقيق من عمله يحرر محضر يذكر فيه ملاحظات المشتكي، وعند الإقتضاء ملاحظات رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ويرسل هذا المحرر إلى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي مرفقاً باقتراحاته، كما يمكن للقاضي القيام بالخبرة وفقاً لنص المواد 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 341 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، فالقاضي له أن يأمر بإجراء الخبرة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف المعنية، ويقوم به الخبير الذي تعينه الغرفة الإدارية، وترسل تقارير الخبرة في خلال ثمانية أيام من تاريخ استقبال التبليغ باسم الخبير. بعد الإنتهاء من القيام بالدراسة والتحقيقات الخاصة في القضايا المعروضة أمام الغرفة الإدارية تدون النتائج في تقرير مكتوب.

ويحكم القاضي استناداً إلى تلك الوثائق إما بقبول التخفيض أو رفضه، ويبلغ هذا الحكم بواسطة كاتب الضبط للمحكمة الإدارية إلى جميع الأطراف².

¹ أنشأت المحاكم الإدارية بموجب المادة 1 من القانون العادي رقم 98-02 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر العدد 37 المؤرخة في 1 جوان 1998 ص.3. ويعتبر جهة القانون العام في المادة الإدارية ويطبق قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كافة الإجراءات المتبعة فيها. غير أن هذا القانون لم يجاري التطور وظلت نصوصه تتماشى مع أحكام الوحدة، إلا أنه يلاحظ في الأونة الأخيرة أن الدولة قد باشرت إنشاء بعض المحاكم الإدارية، والتي بلغ عددها إلى غاية 30 جوان 2011 حوالي 14 محكمة إدارية، ووصل عددها 20 محكمة إدارية في 25-11-2011 آخرها كان في ولاية أدرار، مع التنويه أن الدولة تسعى إلى تنصيب كافة المحاكم الإدارية قبل نهاية 2011.

² دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص.114.

ثانيا: الطعن أمام مجلس الدولة :

يعتبر مجلس الدولة الدرجة الثانية للتقاضي والأخيرة وتم تحديد تنظيمه وطريقة سيره من خلال مواد القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.¹ كما نصت المادة 344 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، على أن قرارات الصادرة عن الغرف الإدارية بالمجلس القضائي يجوز الطعن فيها بالإستئناف أمام مجلس الدولة، وعليه لا يقوم هذا الأخير بالنظر إلا في الإستئنافات أو قرارات المحكمة الإدارية، وليس في القرارات الإدارية التي تصدر عن المدير الولائي، أو لجان الطعن أو لجنة المصالحة، ومن أجل ذلك منح هذا المجلس كل صلاحيات قضاء الإستئناف، فله إعادة دراسة الملف من حيث الوقائع والقانون مثله مثل القضاء العادي.

يتوجب على المعني احترام كافة الشروط الشكلية في عريضة الإستئناف المقدمة، وأن يقدمه على ورق مدموغ وفق المادة 1/344 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، وتودع هذه العريضة بكتابة الضبط لمجلس الدولة ليتم تسجيل القضية، وفقا لتاريخها ورقمها التسلسلي في سجل مخصص لذلك. وحددت مهلة شهر من تاريخ تبليغ قرار المحكمة الإدارية للإستئناف أمام مجلس الدولة، وبمجرد إيداع العريضة تعرض على الرئيس الأول لمجلس الدولة ويرسلها بدوره إلى رئيس الغرفة الإدارية من أجل تعيين مستشار وذلك خلال 8 أيام من إيداعها. هذا المستشار يقوم بتبليغ العريضة عن طريق كتاب موصى عليه بالوصول إلى المطعون ضده ويتم تقديم كافة الدفع والمذكرات من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة. وإثر ذلك يتخذ المستشار المقرر القرار.² وهكذا بعد إتمام المكلف إجراءات تسجيل العقد أمام مصلحة التسجيل والطابع ينتقل مباشرة لمباشرة المرحلة التالية في عملية نقل ملكية العقار والتي تتمثل في شهر التصرف لدى المحافظة العقارية.

¹ القانون العضوي، ج.ر العدد 37، ص 03، المؤرخة في 01-06-1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26-06-2011، ج.ر العدد 43 المؤرخة في 03-08-2011، ص 07.

² دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص 115.

القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية : (دراسة في النجارب الدستورية المقارنة)



الأستاذ : ماز حسن باحث دكتوراه

كلية الحقوق جامعة وهران - الجزائر

مقدمة :

لا يختلف إثنان من أنصار المنظومة القانونية الوضعية في كون الدستور بمفهومه الوضعي هو القانون الأسمى في الدولة، فهو المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق الإنسان، مما يجعله لا ينسجم مع المساس به أو التعديل فيه أو التطاول عليه، لأجل هذه المكانة تأسست نظم الرقابة على دستورية القوانين من أجل ضمان الشرعية الدستورية لها وحتى لا يتحول الدستور إلى مجرد وثيقة صماء أو لغو إنشائي .

والرقابة تختلف باختلاف النظم السياسية والقانونية وكذلك المسوغات التاريخية والإيديولوجية، هذا ما يتردد في كتابات ومؤلفات القانون الدستوري، ولكن نضيف أنها تختلف باختلاف درجات الإيمان بالديمقراطية السياسية و صدق الاعتقاد بمفهوم دولة القانون ولوازمها الرقابية والمؤسسية .

وهذه الرقابة هي المعيار الحقيقي في تقدير مدى النضج القانوني والسياسي لأي نظام سياسي مهما كان شكله وشعاره، بل أنها المرآة العاكسة لحقيقة ومكانة القضاء بوجه خاص، إذ أن القاضي بما له من معرفة بالقانون وما يمتاز به من مقومات الإستقلالية والحيادية يكون هو صاحب الأهلية والأرجحية في القيام بهذه الرقابة ومن خلالها تأمين حقوق الإنسان والحريات الأساسية من الخرق السافر الذي لطلما تكرر في بعض أو كثير من النظم والممارسات التي تغلب عليها المراهقة السياسية والقصور القانوني والحقوقية، وكذلك التصور الملتبس لمفهوم الدولة، فالدولة ليست مجرد إقليم وشعب وسلطة، كما أن الوطن ليس مجرد قضية جلد منفوخ تتقاذفه الأقدام ذات اليمين وذات الشمال، إنما الدولة كذلك عاملون ومثقفون وقضاة عادلون ومفكرون صادقون يحملون رسالة البناء والتشييد في ضمائرهم ووجدانهم .

والقارئ لتاريخ النظم المقارنة يستجلي بوضوح وجلاء مساهمة مفكري وفلاسفة الغرب في بنائها وترشيدها وتكييفها مع معطيات البيئة وتحديات العصر ورهانات المستقبل.

ومن هذا المنطلق نحاول في مقالتنا هذه الوقوف عند موضوع ، من الأهمية بما كان كشف معمله، أملا في ترسيخ القاعدة الأساسية للولوج إلى ديمقراطية وازنة وفاعلة ، وهي قاعدة القضاء الدستوري.

والتساؤلات التي تثار في هذا السياق تتنوع وتتعدد بتنوع وتعدد الإستفهامات التي تفرزها غرابة بعض النصوص والممارسات في نظم دستورية نراها محسوبة على الديمقراطية ما لم تتصحح فيها المسارات والسلوكات، ومنها نكتفي :

- 1- أين تكمن مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين؟
- 2- كيف يكون القضاء الدستوري الأب الحاضن للديمقراطية والذرع الواقي لها؟
- 3- ما مدى فعالية الرقابة الدستورية في النظام الدستوري الجزائري؟

وقبل البدء بالتحليل والمناقشة لا بأس أن نضبط بعض المفاهيم الأساسية :

1- مفهوم القضاء الدستوري :

1-1 تعريف القضاء:

القضاء لغةً هو الحكم، والجمع الأفضية، والقضية مفرد، والجمع القضايا، وقضى يقضي قضاءً أي حكم¹.

أما اصطلاحاً فالمقصود به المحاكم التي يحتكم إليها المواطنون وغيرهم من الأشخاص في الدولة بمختلف أنواعها، وتسمى الهيئة القضائية أو السلطة القضائية أو الجهاز القضائي.

2-1 تعريف الدستور:

أ- الدستور لغةً: " كلمة غير عربية في أصلها اللغوي، وهي تعني القانون والإجازة والقاعدة التي يجري العمل بموجبها"².

وهو " الذي تجمع فيه قواعد المللك وقوانينه"³، كذلك هو "الوزير الكبير الذي يرجع في أحوال الناس إلى ما يرسمه"⁴ كما وردت في كثير من المؤلفات العربية القديمة بمعان مشابهة لما دُكر، مثل: وصف القرآن بأنه: الدستور الكامل الخالد للبشرية⁵، وكذلك يوصف به العلماء المتضلعون في مجال معين⁶ وهذا يدل على أن علماء المسلمين قد استخدموا هذه العبارة في لغتهم.

1- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، الناشر، بيروت، 1995، تحقيق محمود خاطر، نقلا عن باعيز علي بن علي الفكي، القضاء الدستوري السوداني (اختصاصاته وتطبيقاته في شطوى الدعوى تطبيقاً على قانون المحكمة الدستورية لسنة 1998، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد السابع، 1427هـ-2006م، ص265

2- بطرس البستاني: محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة حوار، 1977م، ص379.

3- حمد عميم الإحسان المجددي البركتي: قواعد الفقه، دار نشر الصدف، كراتشي، 1407هـ - 1986م، ط1، 291/1.

4- محمد عيد الرؤوف المناوي، على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر ودار الفكر، بيروت، دمشق، 1410هـ، ط1، ص327، وكذلك علي بن محمد بن علي الجرجاني، وكذلك علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ط1، ص139

5- محمد بن إسماعيل الصنعاني: إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، الذار السلفية، الكويت، 1405هـ، ط1، 4/1.

6- مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ - 1992م، 870/1

ب- اصطلاحاً: " مجموعة القواعد القانونية التي تُبين شكل الحكم في الدولة ونظامه، وتحدد السلطات الأساسية المختلفة فيها، وتنظم العلاقة القائمة فيما بين بعضها البعض، أو فيما بينها والمواطنين من خلال ما يتم الاعتراف به من حقوقٍ وحريات لهم في مواجهة الدولة " ¹.

فالدستور إنما هو " تعبيرٌ عن الإجماع الموثق كتابةً و عرفاً، الناتج عن شورى كل المجتمع أو ممثليه لبناء سلطانه - حدود حريات وحرّمات وحقوق في الحياة العامة، وبنيات أجهزة للحكم ومدى سلطانه، وآجال ولائها تشريعاً وتنفيذاً وقضاءً " ².

1-3 تعريف القضاء الدستوري :

القضاء الدستوري هو " مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري " ³.

أطلق بعض المختصين في القانون الدستوري على القضاء الدستوري اسم القضاء السياسي، وذلك للطابع السياسي للمنازعات التي يفصل فيها ⁴.

2- تعريف الديمقراطية :

مثلما كانت الفلسفة اختراعاً يونانياً، فكذلك كانت الديمقراطية ابتكاراً يونانياً، فقد أخذت مكانتها في اللغة الإغريقية وانتقلت منها مثل الفلسفة إلى جميع اللغات بعد ذلك، وكانت مدينة أثينا محل ميلاد الديمقراطية، فقد لعبت دوراً فعالاً في إنماء ونضج الديمقراطية، إلى جانب الفلسفة ومن أبرز مظاهر الارتباط بموطن الإختراع، أن الفلسفة اليونانية بلغت أوج ازدهارها في ظل سيادة الديمقراطية في أثينا ⁵. فلفظة "ديمقراطية" باللغة اليونانية القديمة مكونة من مقطعين: الأول DEMOS وتعني " الشعب"، والثاني KRATOS وتعني " الحكم"، وبذلك تصبح كلمة DEMOSKRATOS تعني حكم الشعب " ⁶.

6..

أولاً : قراءة في أهمية القضاء الدستوري وتطبيقاته :

الوقوف عند أهمية القضاء الدستوري وتطبيقاته مسألة تعريفية وترسيخية تبرر حاجتنا وحاجة نظم الرقابة السياسية إلى السير نحو الرقابة القضائية.

¹- مصطفى محمود عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسيّة المعاصرة، الكتاب الأول، ط2، دت، ص30.

²- حسن عبد الله الترابي: المصطلحات السياسيّة في الإسلام، دار الساقى، بيروت، 2000م، ص54.

³- ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعيّة بالإسكندريّة، 1997م، ص11.

⁴- الهوامش من 3 إلى 9 مقتبسة من: باعزيز علي بن علي الفكي، مرجع سابق، ص 266

⁵- ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعيّة بالإسكندريّة، 1997م، ص11.

⁶- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربيّة المعاصرة وفي الفكر السياسي، دار الفكر العربي، 1988م، ص300.

1- أهمية القضاء الدستوري :

إن الإعراف بالقضاء الدستوري وجودا وأهمية شكل ولا يزال مدار خلاف أو قلق في علاقته بالبرلمان وحامت الإشكالية في كيف يمكن لهيئة دستورية أعضاؤها منتخبون من قبل البرلمان وليس من قبل الشعب أو معينون من قبل سلطات دستورية، وغير مسؤولين أمام أي سلطة وأمام الشعب، كيف لهذه الهيئة أن تمارس رقابة على عمل تشريعي من اختصاص ممثلي الأمة ذات السيادة، المنتخبين بالإقتراع العام، والمسؤولين أمام الشعب؟، كيف لهيئة معينة أن تراقب من عينها أو من انتخابها؟، وهذا ما دفع به بعض البرلمانيين في صراعهم مع القضاء الدستوري، إلى القول نحن نمثل الشعب بينما هم أي أعضاء المحاكم والمجالس الدستورية، يمثلون رجال سياسة أو أكثرية برلمانية أوصلتهم إلى مواقعهم¹.

وتمخض عن هذه الإشكالية تساؤلات لا تزال عالقة حول شرعية القضاء الدستوري وحدود صلاحياته ونفاذ قراراته، ودوره في صون البرلمان ورفع مستوى أدائه.

مثل هذه الإشكالية تثار في دول قائمة على الشرعيات الدستورية والقانونية والسياسية، ويمكن الوثوق بصدقية أو جدية المخاض الدستوري والفكري، بل وتفهمه نظريا وعمليا، ولكن الإشكالية تتعمق إلى حد التآزم في دول تفتقر لمثل هذه الشرعيات، وفي دول برلماناتها لا تزال أبواقا تردد الصوت الطالع من كل حنجرة تنفيذية، وفي دول لا تزال عقدها قائمة مع القضاء، فلا حسمت في طبيعته، ولا أقرت بمكانته، ولا ارتضت بامتداد سلطانه.

وبعيدا عن التجاذبات السياسية أو الفلسفية التي تحتاج إلى عمل فكري يتجاوز حدود هذه الدراسة وتتطلب من المهارات التحليلية والمعرفة الدستورية ما يتجاوز حجم إدراكنا وملكات فهمنا، نكتفي بعرض أهم مضامير أهمية القضاء الدستوري.

أ- تصحيح مكان الخلل أو الهوة البرلمانية :

داخل أي برلمان أغلبية برلمانية تنبثق منها الحكومة، وفي المقابل أقلية برلمانية قد لا تقدر على وقف عدد من القوانين التي ربما ترى فيها مساسا بالقواعد الدستورية أو الحقوق الأساسية للمواطنين، فيأتي تدخل القضاء الدستوري من أجل تدارك هذا العجز، والحيلولة دون نفاذ قوانين تتعارض مع أحكام الدستور سواء بصفة جزئية أو كلية، وفي هذا انتصار للديمقراطية وحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم، وفي النهاية حماية وكفالة وصيانة لبدأ سمو الدستور.

ب- حماية البرلمان سلطة ووظيفة من تغول الأجهزة التنفيذية :

قد يصدر البرلمان قوانين ناقصة أو قاصرة في مجال إختصاصه فتأتي السلطة التنفيذية لتكمل هذا النقص، ومن ثمة الإعتداء على مجال تشريعي دستوري، فيكون تدخل القضاء الدستوري في إبطال مثل هذه القوانين ووقف مثل هذه

¹- عصام سليمان (رئيس المجلس الدستوري) ، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، ص 379 ، نقلا عن الموقع <http://www.conseilconstitutionnelliban.com/sub-fr.aspx?ID=52>

الممارسات حماية للبرلمان ذاته ، وهو ما يعبر عنه من طرف المجلس الدستوري الفرنسي بمصطلح INCOMPETENCE NEGATIVES¹

ت- تحسين ورفع مستوى أداء البرلمان :

لقد لعب القضاء الدستوري دورا أساسيا في رفع مستوى النقاش في البرلمان، فالقواعد والمبادئ التي تمخضت عنها إجهاداته ألزمت البرلمانين بالتقيد بها إلى جانب التزامهم بإرضاء ناخبيهم والرأي العام وهذا ماشكل عنصرا إيجابيا في مجال تطوير الأداء البرلماني².

2- قراءة في التجارب القضائية المقارنة³ :

1-2 التجربة الأمريكية :

تعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قمة السلطة القضائية، وهي محكمة أخيرة مختصة في جميع الحالات الخاصة بمراقبة مدى دستورية القوانين ومطابقة قوانين الولايات المتحدة الأمريكية مع الدستور الأمريكي الفيدرالي، إلى جانب ذلك مهام أخرى :

أ- تهتم المحكمة العليا بالقضايا الخاصة المتعلقة بمدى دستورية قوانين الولايات ومدى مطابقتها للدستور الفيدرالي، كما تختص بتفسير هذا الأخير.

ب- تسهر على حماية الحقوق الأساسية للمواطنين.

ت- تستلهم قوتها من حيث أنها تباشر رقابتها قبل أن يصدر القانون، وبالتالي تعتبر الرقابة التي تمارسها رقابة قبلية.

ث- يمكن أن تتدخل المحكمة العليا إما بصفة جزئية أو كلية في نص القانون الذي يمكن أن يطبق ويختص بالشؤون الداخلية للولايات أو المسائل الخارجية، وعادة ما تتدخل المحكمة العليا في مسائل حماية الحقوق الأساسية للمواطنين التي توليها اهتماما خاصا، وتسري قراراتها على جميع المحاكم الأخرى.

ج- كما يمكن أن تعهد للمحاكم الأخرى النظر في دستورية القوانين إذا تعلق الأمر خاصة بالشؤون الداخلية للولايات، مع إمكانية اللجوء إلى المحكمة العليا إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق في المجال⁴.

وتتعزيز فعالية المحكمة العليا بحكم مؤطريها الذين ينتمون إلى إطارات قانونية عليا لها خبرة قانونية وفنية في مجالات القضاء، زيادة على يحكم القضاء من مبادئ تكفل جدية الرقابة، وهي: الإستقلالية والحيادية والنأي عن المصالح السياسية والحزبية الضيقة أو المحدودة.

¹-Yann AGUILA- LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT- LGDJ- PARIS – 1993- P 75

مشار إليه : عصام سليمان ، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، مرجع سابق، ص 399

² -عصام سليمان، مرجع سابق ، نفس الصفحة

³- محمد لمين لعجال أعجال، حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة، مقال منشور في مجلة الإجتهد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ص 145 و146.

⁴ - محمد لمين لعجال أعجال، مرجع سابق، ص 145

2-2 التجربة الإيطالية¹ :

إن المحكمة الدستورية في إيطاليا هي المؤهلة للبت في مدى دستورية القوانين سواء فيما تعلق الأمر في مدى قانونيتها أو في محتواها. تمارس المحكمة الدستورية رقابة واسعة جداً بالنظر إلى محتوى القوانين الدستورية، حيث يمكنها أن تتدخل في الفصل بين الخلاف المحتمل بين الدولة الإيطالية ومناطقها الترابية، أو في الفصل بين خلاف يحدث بين الدستور الوطني والقوانين الجهوية للمناطق والتي لها قوة القوانين الدستورية.

تسهر المحكمة الدستورية على اعتبار أن الدستور الوطني أعلى من القوانين الجهوية، ويختص بالمحكمة الدستورية الإيطالية مجموعة من القضايا في حدود 7 يعينهم رئيس الجمهورية من بين الكفاءات القانونية لمدة غير محدودة.²

2-3 التجربة العراقية³ :

أفرد الدستور العراقي نصاً صريحاً يحدد بموجبه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وهي ما يلي :

- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة .
- تغيير نصوص الدستور .
- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة .
- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية .
- الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم والمحافظات .
- الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون .
- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب . الفصل بين تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وكذلك الفصل في تنازع الاختصاص الذي يحصل بين الهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم .
- ولعل من ابرز ما يهمننا في هذا الصدد الاختصاص الرقابي للمحكمة إذ ينعقد لها الاختصاص بمراقبة مدى توافق القوانين أو الأنظمة مع الدستور وذلك إذا ما تم الطعن أمامها بدعوى مباشرة ترفع من قبل مجلس الوزراء أو الأفراد وغيرهم ويعد هذا تطوراً كبيراً في مسار القضاء الدستوري العراقي عندما يسمح للأفراد تقديم الطعون بأي قانون من شأنه أن يمس بحقوقهم وحررياتهم المنصوص عليها في الدستور .

¹ - محمد لمين لعجال أعجال، مرجع سابق، ص 146

² - للتوسع حول القضاء الدستوري الإيطالي يمكن مطالعة :

MassinoLuciani – La RevisioneConstituzionale in Italia- in la Revision de la Constitution- Paris – Economica – 1993- pp 30-35

³ - ياسر عطوي عبود، الرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمان للحقوق والحرريات العامة في ظل دستور العراق الدائم لعام 2005، أستاذ في كلية القانون - جامعة

كربلاء، الموقع الإلكتروني: <http://www.fcdrs.com/mag/issue-5-6.html>

هذا وتعد القرارات الصادرة من المحكمة نهائية وملزمة لجميع السلطات في الدولة فلا يجوز الطعن بها مجدداً، وهذا يعني أن المحكمة إذا ألغت قانون من شأنه أن يقوض الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، فإن البرلمان يكون ملزماً عندئذ باتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغاء القانون¹.

ثانياً: الحاجة إلى القضاء الدستوري في النظام الدستوري الجزائري²:

بالرجوع إلى التاريخ الدستوري الفرنسي نجد أن تجربة المجلس الدستوري الفرنسي في بداية عهده فشلت بسبب آليات عمله، إذ أنه لا يمكن أن يتحرك إلا بإخطار من طرف الحكومة أو من هيئة TRIBUNAT إلى غاية تعديل 1974 الذي وسع مجال الإخطار، حيث سمح لعدد من النواب - يمكن أن يكونوا من المعارضة إلى جانب الهيئات الأخرى - طرح مسألة دستورية قانون أمام المجلس مما يدعم هذا النوع من الرقابة وإن كان لا يمتد هذا الحق للمواطنين مثلما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وخاصة إذا علمنا بأن هذا المجلس كان قد أصدر حكماً آخر في 1971/07/16 بعدم دستورية قانون لمخالفته لديباجة الدستورية وبالتالي جعل الدباجة ذات قيمة دستورية، إذن فعالية المجلس الدستوري يمكن استنتاجها من ثلاثة عناصر:

1- الأعضاء المكونين له.

2- الطبيعة القانونية لقراراته.

3- مجال الإخطار.

لكن الملاحظ على المجلس الدستوري الجزائري أن مجال الإخطار جد ضيق مما يقلص من أهمية هذا المجلس، ويحد من فعاليته إذ أن الأشخاص الذي يمتلكون حق الإخطار هم ثلاث رؤساء الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، ناهيك عن الطابع السياسي لأعضائه وخلوه مما يلزم من الثقافة القانونية والكفاءة القضائية والمعرفة العلمية المتخصصة التي عادة ما تتوفر في الشخصيات القضائية، ولا سيما أن القضاء الجزائري يحمل في أعضائه سواعد قضائية يمكنها الإسهام في المسار الديمقراطي المأمول.

خاتمة:

أجدد في ختام دراستي هذه نفس الملاحظة التي أكررها في كل مناسبة علمية، لست من محبذي ارتداء النظارات السوداء، ولكنه الواقع الدستوري والسياسي لعدد من بلادنا العربية الذي يجد معالم الصورة وتفاصيل القضية، والذي يتحكم في الحالة النفسية وردة الفعل الطبيعية.

إن تجارب القضاء الدستوري - الرائدة منها والفتية - تعكس حقيقة وأهمية الدور القضائي في بناء وترسيخ الشرعية الدستورية والديمقراطية السياسية والعدالة القانونية، وفي النهاية الأمن والسلم الاجتماعيين.

¹- ياسر عطوي عبود، مرجع سابق

² - يمكن الرجوع إلى سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة، 1990، الجزائر، والقانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، النظرية العامة للدولة والدستور، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، الجزائر

ولا أكون مبالغا أو متحيزا، حين أقول: أنه من العبث السياسي الحديث عن ديمقراطية أي نظام سياسي كان في غياب قضاء دستوري متكامل البنين والوجدان.

وإن صدقية المواطنة وروح الإنتماء السياسي والدستوري تجعل مني متحمسا وشغوبا لرؤية عالمنا العربي يتوجه نحو إصلاحات صادقة وهادفة تنتهي بـ :

- 1- رفع الغبار عن نظمنا وتشريعاتنا التي غالبا ما يسودها الإلتباس وتنتهي بطموحاتنا وآمالنا إلى الإنتكاس.
- 2- تحرير قضائنا من شتى أشكال التسخير السياسي، أو التقزيم الدستوري والقانوني، أو التجريد - الكلي أو الجزئي - في السلطات والصلاحيات.

وما يقوي فينا الأمل في المستقبل كباحث عربي يبحث عن موطئ قدم في كل شبر عربي هو الجرأة السياسية والقيم الدستورية والقانونية والتحديات الحضارية والثقافية التي حملها دستور المملكة المغربية لسنة 2011، والذي يشكل لبنة أساسية لديمقراطية تزيد الملكية الدستورية قبولا ورسوخا داخل وجدان الأمة المغربية، والذي أيضا يفند ويدحض كل القراءات - البريئة والمغلوبة - التي كانت ولا زالت تشكل أو تنفي أية حياة ديمقراطية في نظم الحكم الملكية.

إن مثل هذه الخطوة الدستورية التي خطاها المغرب - ولو على المستوى التقني والنصي - حتى لا ندخل في سجل نراه سابقا لأوانه مع المشككين في الإلتزام والتطبيق من جهة و المتطلعين إلى مكاسب أكبر من جهة أخرى ، تشكل مرجعا دستوريا لمستقبل التجارب الدستورية العربية والمقارنة .

فالمغرب يشهد تحولا أو مخاضا ديمقراطيا ليس ولادة الساعة - ولا ينكره إلا رجل أعمى أو رجل يصادر الحقيقة لأغراض سياسية أو عدائية -، وهي حقيقة يعرفها المتبع للتاريخ السياسي والدستوري لهذا البلد الذي مر بمحطات عصبية وتحديات جسيمة، ارتبطت أساسا بمخلفات الحماية الإستعمارية و تحديات ما بعد استرجاع السيادة المغربية، والتي زادت تعقيدا إشكالية استكمال الوحدة الترابية، إلى جانب إشكالية النخب السياسية والتباين في المرجعيات والمشارب الإيديولوجية والثقافية والمنهجية .

كل هذه العوامل شكلت إكراها حقيقيا، ولكن جهود المجتمع المدني والنضالات النقابية والمهنية، ناهيك عن تجاوب المؤسسة الملكية في شخص الملك الشاب " محمد السادس " مع المتغيرات الإقليمية والدولية أفرزت دستورا نموذجيا هو دستور 2011 المشار إليه أعلاه، والذي انتقلت فيه الحماية الدستورية من نظام الغرفة الدستورية إلى نظام المجلس الدستوري، وصولا إلى نظام المحكمة الدستورية، والذي وإن كان يحتاج إلى معالجات بنيوية ووظيفية، فهو بداية لمسارات مستقبلية.

العدالة الضريبية والضغط الجبائي



محمد بكشوا : طالب باحث بصف

الدكتوراه بكلية الحقوق - وجدة

إن العدالة في أبسط معانيها هي مفهوم فلسفي و أخلاقي يختلف في مضمونه و محتواه باختلاف الظروف الاجتماعية و التاريخية.

و يرتبط هذا المفهوم في المجتمعات الحديثة بظواهر مختلفة يمكن تحديدها في توزيع الدخل، توزيع الثروات، الرفاهية الاقتصادية و الاجتماعية. و من تم ارتباط العدالة الاقتصادية و الاجتماعية بتوافر أو عدم توافر العدالة في توزيع الدخل و الثروات أو الدخل و الرفاهية. كما يتوقف مفهوم العدالة على توزيع الأعباء

الضريبية المراد تحصيلها بين أفراد المجتمع و التي تنبني على الإيديولوجية السياسية و الاجتماعية السائدة في المجتمع خلال زمن معين، إذ تعتبر العدالة الاجتماعية من بين الأهداف الأساسية التي تسعى التشريعات المالية الحديثة إلى تحقيقها بغية خلق نظام ضريبي ينسجم مع متطلبات الحياة السياسية، الاقتصادية و الاجتماعية.¹

و لقد عرف مفهوم العدالة الجبائية تغيرا عبر التاريخ، إذ كانت العدالة الجبائية خلال الدولة الحارسة، تعني حسب "آدم سميث" المساواة في المقدرة التكليفية، بحيث ينبغي أن يكون هناك تناسب بين ما يساهم فيه الفرد في النفقات العامة مع مقدار ما يحصل عليه من دخل².

أما في العصر الحديث، فتجد عدة اتجاهات، إذ هناك من اعتبر أن العدالة الاجتماعية هي توزيع العبء الجبائي بالنظر إلى نصيب كل فرد من خدمات الإنفاق العام، و هناك من ميز بين العدالة الأفقية التي تعني توزيع العبء الضريبي بالتساوي على أشخاص يوجدون في نفس الوضعية الاقتصادية، و العدالة العمودية التي تعني فرض الضرائب بنسب مختلفة حسب اختلاف الظروف الاقتصادية للأفراد، أما الاتجاه الأخير فقد ربط بين العدالة الجبائية و حق المساواة أمام الضريبة و التي تكون إما حسابية إذا أداها الشخص حسب دخله، و إما شخصية إذا ما تم فرض الضريبة عن طريق مراعاة الوضعية الشخصية للخاضع لها³. و هكذا نجد "جون رولز" قد اعتبر العدالة الضريبية هي تلك

¹- تمازي مولاي الحسن، "الإصلاح الجبائي و مطلب العدالة الضريبية" المجلة المغربية للإدارة المغربية و التنمية عدد 63، يوليو-غشت 2006، ص 50.

²- تمازي مولاي الحسن: نفس المصدر.

³- مولاي الحسن تمازي: " موقع العدالة الجبائية في ثقافة حقوق الإنسان". المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 83، نوفمبر، دجنبر 2008، ص 80.

العدالة التوزيعية التي تعتمد على فكرة أن المجتمع يجب أن ينظم بمقتضى بنیان توزيعي، و لا يسمح هذا المجتمع بالتضحية و لو ببعض الأفراد باسم المنفعة المحققة لعدد أكبر من أفراد، و أن العدالة الضريبية لا تشكل هدفا في حد ذاتها بل هي عبارة عن محاولة إيجاد مؤسسات تركز على منطق تعاقدية، و في هذا الإطار يؤكد "جون رولز"، بأن العدالة هي ثمرة المناقشة و التفاوض شبه الدائم بين أفراد عقلانيين إلى درجة تجاهلهم لأحكامهم المسبقة و كذلك لمصالحهم¹.

أما "برنار ديفيناي" فإنه عرف العدالة الضريبية من خلال ربطها بدخول المكلفين، ذكر أنها تتحقق عندما يسهم كل الخاضعين للضريبة في تغطية النفقات العامة بما يتناسب مع دخل كل منهم².

إلا أنه و بالرغم من تعدد التعاريف التي تناولت العدالة الضريبية، فإنه على العموم يمكن القول بأنها أداة يمكن من خلالها تقسيم عبئ النفقات العامة على كل الملمزين، و تعمل على تخفيف حدة التفاوت الاجتماعي و الاقتصادي في المجتمع، أي أنها تقوم بإعادة توزيع الدخل و الثروات بحيث تقرب بين طبقات المجتمع و فئاته و ذلك حسب قول Jacques perce bois " العدالة الضريبية هي التي تعمل على أن تكون منصفة Equitable و ذلك بتوزيعها للعبء الضريبي بحيث يتحمل كل واحد جزءه العادل"³

و تبعا لتنوع التعريفات التي تناولت موضوع العدالة الضريبية فقد تعددت أنواعها لذلك نجد :

العدالة الأفقية Equité Horizontale: التي تعني معاملة الأفراد ذوي الظروف الاقتصادية المتماثلة معاملة ضريبية متساوية فيقومون بتسديد ضرائب ماثلة بهدف تحقيق المساواة أمام الضريبة، إلا أن تحقيق هذا النوع يتطلب تحديد المقصود بالظروف المتشابهة تحديدا دقيقا و ذلك عبر إمكانية قياسية إحصائية.

العدالة العمودية أو الرأسية Equité Verticale: و يقصد بها ضرورة معاملة الأفراد ذوي الظروف الاقتصادية المختلفة معاملة ضريبية مختلفة إذ يجب على من هم أفضل أن يدفعوا مزيدا من الضرائب، و من تم فالعدالة الضريبة تصبح جزءا من العدالة الاجتماعية، فالضريبة مع النفقات العامة و غيرها من الوسائل تصبح أداة للحد من توزيع الدخل و الثروات.

و بالنظر إلى النظام الضريبي المغربي فإنه يلاحظ أنه يتكون من ثلاث أنواع من الملمزين بالضريبة، فالفئة الأولى معفية من أداء الضرائب وهي مرتبطة بالقطاع الفلاحي، أما الفئة الثانية فهي تختار ما يناسبها من أداء الضرائب فقط و هي مرتبطة بالقطاع العقاري، أما الفئة الثالثة فهي التي تؤدي نيابة عن الآخرين و تتحمل عبء الجبايات و تتمثل أساسا في فئة الملمزين المكونة من الطبقات الفقيرة و المتوسطة⁴ و هذا ما يعرف بالضغط الضريبي la pression fiscale الذي يتحدد مفهومه من خلال العلاقة التي تقوم بين الاقتطاع الضريبي الذي يتحمله شخص طبيعي أو معنوي أو مجموعة اجتماعية أو جماعة ترابية و الدخل الذي يحصل عليه هذا الشخص أو هذه الجماعة الترابية⁵.

¹- محمد سعيد فرهج: " العدالة الضريبية اقتصاديا" مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الخامسة و العشرون، ديسمبر 2001، ص 93.

² - Jacques perce bois, « Economie des finances », Armond colin, Paris 1991,p : 92.

³ - Jacques perce bois, op.cit.

⁴ -ذ.مدني احميدوش، ظاهرة الضغط الضريبي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 69، يوليو-غشت 2006 .

⁵ -Mehl (L), Beltram(P), science et technique fiscale, éd PUF, Paris, 1984, p.153

كما يتحدد الضغط الضريبي من خلال نسبة الاقتطاع الجبائي على الناتج الداخلي الصافي في حين يتم قياس الضغط الجبائي الفردي في العلاقة القائمة بين الاقتطاع الضريبي للملزم و مجموع طاقاته التكلفة حيث يتم ترجمة الطاقة التكلفة في مبلغ الدخل الذي يحصل عليه الفرد خلال فترة معينة¹.

من خلال هذا العرض المبسط نلاحظ أن هذا الموضوع يطرح إشكالات متعددة من قبيل التوازن ما بين ضرورة وضع نظام ضريبي لتنمية موارد خزينة الدولة دون الإضرار بمصالح الأفراد و الشركات. و كذا مدى انسجام أو عدم انسجام حقل تطبيق الضرائب مع القدرة التكلفة للخاضعين على اختلاف قدراتهم و أنشطتهم الاقتصادية و مواقفهم الاجتماعية؛ توازن قد يصعب في ظاهر الأمر تحقيقه إلا انه ليس مستحيلا و هذا ما سيتم تناوله من خلال التطرق إلى واقع الضغط الجبائي (المبحث الأول) و تأثير هذا الأخير على العدالة الجبائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : واقع الضغط الجبائي :

يشكل الضغط الجبائي بالمغرب أحد أهم العوامل التي تؤثر سلبا على الطاقة الشرائية للفرد و يؤدي إلى عرقلة نمو الاستثمارات الاقتصادية، الأمر الذي يترتب عنه تزايد استمرار ظاهرة البطالة و غيرها من العوامل الاجتماعية و الاقتصادية السلبية التي تؤثر سلبا في المنظومة الجبائية ، مما يجعل السياسة الضريبية يغلب عليها طابع المردودية المالية و غياب مبدأ العدالة الجبائية².

و يكمن الضغط الضريبي عموما بنسبة الاقتطاعات الضريبية داخل الناتج الداخلي الإجمالي، و هو بهذا التحديد أداة أساسية لقياس حجم و تدخل الدولة و إبراز موقع الجباية داخل الاقتصاد الوطني³.

ففي ظل المالية العامة التقليدية و المحايدة كانت نسبة الضغط الجبائي منخفضة بالنظر إلى الدور المحدود للدولة و النفقات العمومية، مما تطلب اقتطاعات ضريبية محدودة، غير أن التحول في مفهوم و دور الدولة، و خاصة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، و تزايد تدخل الدولة و وظائفها، استتبع بالضرورة ارتفاعا متواصلا للنفقات العمومية و بالتالي الزيادة في الموارد العمومية اللازمة لتغطية هذه النفقات.

و عليه سنتطرق إلى مستوى الضغط الجبائي (المطلب الثاني)، و لكن قبل ذلك سنقوم بعرض أسباب الضغط الضريبي (المطلب الأول).

المطلب الأول : أسباب الضغط الضريبي :

هذا الحصار الضريبي و الذي يسمى في أدبيات العلوم المالية بالضغط الجبائي له أسباب، تتمثل في أسباب اقتصادية و أخرى تتعلق بتزايد حجم النفقات العمومية إضافة إلى تلك المتعلقة بسوء تدبير الموارد الضريبية.

¹ - Bouvier(M) , Escalassan (M.C), Lassale(J.P), finances publiques, 6ème édition, LGDJ, 2002 , p.672-673

² - ذ. مدني احميدوش: " ظاهرة الضغط الضريبي بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 69، يوليو-غشت 2006 ، ص.65.

³ -A. Vallé, économie des systèmes fiscaux comparés, PUF, 1994, p.36

أولا : أسباب ذات طبيعة اقتصادية :

يقول الفقيه المالي G.ARDANT المتخصص في القانون الضريبي " إن لكل بنية اقتصادية نظام جبائي يلائمها....." ¹، و يقصد بذلك أن القدرة الجبائية للنظام الجبائي المغربي مرتبطة بإنتاجية الاقتصاد الوطني، و هذه الأخيرة رهينة هي أيضا ببنية الاقتصاد الوطني، و عليه فإن مسألة استيعاب أسباب الضغط الجبائي ترتبط ارتباطا وثيقا بضرورة فهم بنية الاقتصاد الوطني في شموليته.

- بنية اقتصادية مزدوجة :

و تتجسد أساسا في تلك الموجودة على مستوى بعض القطاعات، ففي القطاع الفلاحي مثلا نجد قطاع فلاحي حديث و متطور (أقلية) و آخر تقليدي يعتمد على الفلاحة المعيشية (أغلبية) ².

و هذه الازدواجية أثرت سلبا على تطور القطاع، ذلك أن الدولة ركزت جهودها الاستثمارية على الجزء المتطور في حين أغفلت و أهملت القطاع الآخر الصغير و المتوسط الذي يمثل الشريحة الواسعة من الفلاحين، و بالتالي أدت هذه السياسة إلى وضع متناقض، من جهة هناك قطاع عصري يوجه للسوق الخارجية، و من جهة أخرى هناك قطاع تقليدي غير قادر على تلبية حاجيات السوق الداخلية حتى إن هذا التناقض يشكل عائقا أمام تنمية القطاع الفلاحي في شموليته، مما جعله عبئا على الاقتصاد الوطني.

ففي الوقت الذي يعرف فيه المغرب فترات الجفاف، فإن النتيجة هي تراجع النمو الإقتصادي ككل، و نتيجة لهذا الوضع كان المحصول الجبائي بالعالم القروي جد ضعيف، الشيء الذي دفع الدولة إلى إلغاء الضريبة على الفلاحة.

و هكذا عوض وضع إستراتيجية تنموية بعيدة الأمد تهتم الفلاحة من أجل دفع الاقتصاد القروي (القطاع الفلاحي) إلى المساهمة في الاقتصاد الوطني و بالتالي خلق قاعدة جبائية مهمة، تم الاستغناء عن ذلك بنقل العبء الضريبي إلى المدينة المراكمة أصلا بالضرائب و الرسوم ³.

- إختلالات البنيات القطاعية :

إن هذا التناقض الذي أشار إليه أحد الباحثين ⁴ يتمثل في انحراف لصالح الصناعات التحويلية و آخر لصالح القطاعات التصديرية.

فالإختلال على المستوى الأول يتجلى في الاتجاه نحو الصناعات المتعلقة بالاستهلاك المباشر و ليس نحو تطوير القدرة الإنتاجية الوطنية و تحسين السوق الداخلية.

أما الإختلال الثاني، فيتجسد في هيمنة المبادلات التجارية، الشيء الذي أدى إلى تعبئة السوق الداخلية للخارج مما أثر سلبا على القدرة الإنتاجية الوطنية و بالتالي القدرة الجبائية.

¹ - Gabriel ARDANT, théorie sociologique de l'impôt, édition 1965, p.619

² - ذ.مدني احميدوش، م س ، ص 67

³ - ذ.مدني احميدوش، م س، ص. 68.

⁴ - Zemrani(a+b), la fiscalité face au développement économique et social du Maroc, éd la porte 1982.p.26

ثانيا: أسباب ترتبط بارتفاع النفقات العمومية و سوء توظيف إيرادات الضرائب :

إضافة إلى الأسباب المذكورة آنفا هناك أسباب أخرى تتمحور حول تزايد النفقات العمومية و سوء توظيف الموارد الآتية من الضرائب¹.

- ارتفاع النفقات العمومية :

يتزايد في المغرب معدل القدرة الجبائية بمتوالية حسابية و يرتفع فيه معدل النفقات العمومية بمتوالية هندسية، مما يجعل من المغرب بلد الضغط الجبائي بامتياز، حيث نجد أن الجهود الضريبي لازال يتطور ببطء نظرا للأسباب المذكورة سابقا، في حين نجد أن النفقات تتزايد و ترتفع، و على سبيل المثال : ارتفعت نفقات الأجور من 48 مليار درهم سنة 2002 إلى أكثر من 60 مليار درهم سنة 2005، كما ارتفعت نفقات السلع و الخدمات من 29 مليار درهم سنة 2002 إلى 39.4 مليار درهم سنة 2005، هذا في الوقت التي حققت فيه إيرادات الضريبة على الشركات نسبة نمو لا يتعدى 3.7% بمحصول جبائي وصل إلى 8.2 مليار درهم سنة 2005².

و هكذا أصبحت النفقات العمومية التي تمثل تقريبا 29.8 من الناتج الداخلي الخام عاملا إضافيا لتكريس الضغط الجبائي على وعاء ضريبي محدود.

- سوء توظيف إيرادات الدولة :

إذا كانت الضرائب في الدول المتقدمة توظف لبناء البنيات التحتية و التجهيزات الأساسية (طرق، سدود، سكك حديدية.....)، فإنها في المغرب يغلب عليها الطابع الاستهلاكي غير المنتج³.

يلاحظ أن بنية النفقات التي توزع من سنة 2002 إلى 2005 توضح أن أموال الضرائب و باقي الجبايات الأخرى توجه نحو تمويل فاتورة تسديد الديون العمومية، و فاتورة كلفة البيروقراطية فبرسم سنة 2005 بلغت نسبة النفقات العادية 124 مليار درهم منها 60.7 مليار صرفت على الأجور و 34.4 مليار درهم صرفت على السلع و الخدمات و 40 مليار درهم وجهت نحو خدمة الدين العمومي.

لكن تبقى الأجور أهم بند في النفقات ، و ذلك بنسبة 60% من كتلة النفقات العادية و نسبة 13% من الناتج الداخلي الخام التي تعتبر أعلى نسبة في المنطقة.

و هكذا نلاحظ أن أموال الضرائب تذهب لتمويل بيروقراطية عاتقة للتنمية الوطنية، أي أنها تمول التخلف بصريح العبارة ، و ما يزكي هذا الطرح هو ما ذهب إليه الباحثين الذين اتفقوا على أن النفقات العمومية تتميز بالمظاهر السلبية التالية⁴ :

غلبة النفقات العمومية الاستهلاكية غير المنتجة؛

ضعف نسبة الاستثمار في التجهيزات و هذا يتجلى في :

¹- ذ. مدني احميدوش، م س، ص. 68.

²- ذ. مدني احميدوش، م س، ص. 68.

³- ذ. مدني احميدوش، م س، ص. 65.

⁴- ذ. مدني احميدوش، م س، ص 68.

خصائص في البنيات التحتية؛

رداءة التجهيزات القائمة.

سوء تدبير النفقات العمومية مما يؤدي إلى حالات التبذير.

هذا يعني أن تعبئة الموارد الجبائية لتوظيفها في إطار إستراتيجية تنموية لم تنجح و هو نفس الشئ الذي يلاحظ على المستوى المحلي، فرغم أن الدولة وضعت رصيد مالي و جبائي (38 رسم و ضريبة) لفائدة الجماعات المحلية من أجل تحقيق التنمية المحلية و بالتالي تحولت موارد الجماعات المحلية كمورد تخدم مصالح المنتخبين شخصيا.

هذا كل ما يتعلق بأسباب الضغط الضريبي و ستطرق في المطلب الثاني إلى مستوى الضغط الضريبي.

المطلب الثاني : مستوى الضغط الجبائي :

إن ظاهرة ارتفاع نسبة الضغط الجبائي في الوقت الحاضر أدت إلى نزع صفة الحياد عن المالية العمومية، مما حدا بأغلب الدول إلى إدراج العنصر الضريبي ضمن العناصر التي تؤخذ بالاعتبار عند وضع السياسات العمومية في المجالات الاقتصادية و المالية؛ و هو ما أدى إلى القبول بتوظيف الضريبة لتحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية فضلا عن هدفها المالي (تغطية النفقات العمومية). و هذا البعد الوظيفي للضريبة في المالية الحديثة أثار و لازال مجموعة إشكالات نظرية و عملية ، و تنوعت الطروحات حول نسبة الضغط الجبائي المقبولة، و خاصة في وقائع اقتصادية و اجتماعية مختلفة.

و إذا كانت نسبة الضغط الجبائي قد عرفت تحولات هامة من المالية التقليدية المحايدة إلى المالية الحديثة الوظيفية، إلا أن هذه النسبة هي أيضا حصيلة البيئات الاقتصادية المختلفة. إذ أن النسبة تنخفض في بلدان ذات اقتصاديات ضعيفة كما هو الشأن بالنسبة لدول العالم الثالث المتميزة بضعف الإنتاج الوطني، حيث يتمحور مستوى الضغط الجبائي حول نسبة % 15¹ و هذا ما يفسر حسب البعض² أن من بين الدول الخمسة عشر الأكثر تقدما في العالم توجد عشر .

¹ - N. Baccouche, droit fiscal, Tunis, 1993 , orbis impression, p.97

² - P.Beltrame, les systèmes fiscaux : que sais-je ? , Paris, PUF, 1975, p.12

جدول: مستوى الضغط الجبائي الإجمالي لسنة 1996:

و يصور Gozian المستوى المرتفع للضغط الجبائي بقوله: " أن الفرنسيين يعملون أيام الاثنين و الثلاثاء و الأربعاء لتمويل حاجياتهم الشخصية و الخميس و الجمعة و السبت صباحا لأداء الضرائب و المساهمات الاجتماعية"².

و بعد الأزمة الاقتصادية لسنوات السبعينات و في إطار المراجعة النظرية لدور الدولة تم إعادة النظر في نسبة التلازم الضيق بين الجباية و الإنتاج الاقتصادي لتسليط الضوء على كون مستوى الضغط الجبائي ليس ناتجا عن ارتفاع الدخل فقط بل أيضا بسبب ارتفاع درجة تدخل الدولة في الاقتصاد³، و كمثل على ذلك تم تخفيض مستوى الضغط الجبائي في كل من الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان، لكن هذا الإنخفاض تتم مقاصته بتمويل مهم

الدولة	النسبة	الدولة	النسبة
فرنسا	45	النمسا	45
المانيا	43	إيطاليا	44
وم أ	32	بريطانيا	33
اليابان	29	كندا	37
بلجيكا	47	هولندا	45
فنلندا	49	السويد	53
إيرلندا	34	إسبانيا	36
الدنمارك	52	النرويج	43

لبعض الأنشطة و الخدمات من طرف القطاع الخاص. إن هذه المراجعة النظرية الجديدة تضع فعالية السياسات التدخلية موضع الشك بالنظر للسلوكات المحتملة للأطراف الاقتصادية و الاجتماعية، و تستعمل من أجل تبرير موقفها الطروحات التي تم تطويرها في قرون سابقة من قبل الليبراليين الكلاسيكيين أمثال آدم سميث و ديفيد ريكارد، و الذين اعتبروا دور الدولة إذا كان من الواجب تقليصه إلى حد أدنى فلأن الاقتطاع الجبائي يقلص إمكانية تراكم الرأسمال⁴. بل إن كلا من النشاط الاقتصادي و المردودية المالية حسب هذا المنظور تنخفض بشكل متواز مع ارتفاع الضغط الجبائي و ذلك بعد نقطة معينة تعتبر هي المستوى الأمثل للضغط.

و يجسد الرسم البياني الذي وضعه Laffer

بشكل واضح الفكرة، حيث ترتفع المردودية المالية للضرائب بارتفاع الضغط الجبائي إلى غاية نقطة معينة يحصل فيها العكس، أي كلما ارتفع الضغط الجبائي إلا و تقلصت المردودية المالية، لأن اقتصادي العرض يعتبرون أن الأسعار الضريبية المرتفعة تعدل اختيارات الفاعلين الاقتصاديين، فتدفع أصحاب الدخل العليا مثلا إلى تفضيل الفراغ loisir على العمل كما ترفع الإستهلاك على حساب الادخار و الاستثمار، لأن القيام بالعمل و الادخار و الاستثمار سيكون أسوأ من أسعار أكثر ارتفاعا، و بالتالي التقليل من هذه الأنشطة المنتجة عوض الزيادة فيها. فعند مستويات الضغط الجبائي 0% و 100% تنعدم الإيرادات و إن كان طبيعيا بالنسبة للمستوى الأول، فإنه بالنسبة للثاني لا أحد سيمارس نشاطا معيناً يكافؤ فيه نقداً، و بين هاتين النقطتين هناك عدة نقط وسيطة؛ فمثلا بالنسبة للإيرادات الجبائية

¹ - P. Artus, prélèvements obligatoires : quels effets sur l'économie ? quelles pistes de réformes, problèmes-économiques, n° 2524, p.11

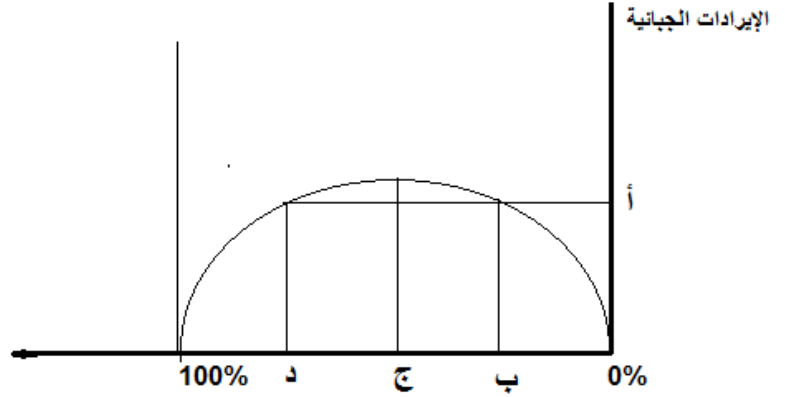
² - M. Gozain, précis de fiscalité des entreprises, 16^{ème} édition, 1992, p.1

³ - د. محمد قزيبير، " واقع الضغط الضريبي بالمغرب "، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 83، نونبر - دجنبر، 2008، ص 96

⁴ - Bertoni, les politiques fiscales sous la 5^{ème} république, éd l'Harmattan, 1995, p 21-23

(أ) يمكن تحقيقها بضغط منخفض (ب) و أيضا ضغط مرتفع (د) أما النقطة (ج) فتتطابق الضغط الأمثل للتضريب، وكما ازداد الضغط الجبائي بعد هذه النقطة انخفضت الإيرادات. إلا أن المشكل بالنسبة ل Laffer يتمثل في تحديد النقطة التي تتطابق الضغط الأمثل و التي ينحني بعدها الرسم البياني.

الرسم البياني ل Laffer



إن المعادلة تصبح بالنسبة للأطروحات الجديدة كالتالي :

تخفيض الضغط الجبائي من أجل إنعاش النشاط الاقتصادي الذي يؤدي إلى توسيع القاعدة الضريبية و التي ترفع المردودية بدورها¹.

وقد أشار العلامة ابن خلدون في مقدمته إلى هذه الفكرة خاصة في الفصل الخاص بالجبائية و سبب قلتها و كثرتها و من ذلك قوله " إذا قلت الوزائع و الوظائف على الرعايا نشطوا للعمل و رغبوا فيه فيكثر الإعمار و يتزايد حصول الإعتباط بقلة المغرم، و إذا كثرت الإعمار كثرت أعداد الوظائف و الوزائع فكثرت الجبائية التي هي جملتها، فإذا استمرت الدولة و اتصلت.....و تخلق أهل الدولة بخلق التحذلق، و تكثرت عوائدهم و حوائجهم....تتدرج الزيادات فيها (الجبائية) بمقدار بعد مقدار لتدرج عوائد الدولة في الترف و كثرة الحاجات و الإنفاق بسببه حتى تثقل المغارم على الرعايا و تهضمهم.....لذهاب الأمل في نفوسهم بقلة النفع إذا قابل بين نفعه و مغارمه، و بين ثمرته و فائده فتنبض كثير من الأيدي عن الإعمار جملة فتتقص جملة الجبائية...فلا تزال الجملة في نقص و مقدار الوزائع و الوظائف في زيادة لما يعتقدونه من جبر الجملة بها إلى أن ينتقص العمران بذهاب الأمان من الإعمار"²

و تدرج الإصلاحات الجبائية التي اعتمدها المغرب منذ ثمانينيات القرن الماضي في نفس سياق الطرح النيوليبرالي، حيث تطرق مخطط (1973-1977) إلى مسألة تخفيض العبء الجبائي، و لاحظ أنه مرتفع بالمقارنة مع التوقعات الأصلية و ذلك لبلوغه نسبة 21% عوض 19.3%. كما لاحظ تقرير بنك المغرب عن سنة 1991 ميل الاقتطاع الجبائي نحو الارتفاع منذ سنة 1986 و هي السنة التي تم فيها الشروع في التطبيق التدريجي للإصلاح الضريبي.

¹- لم يؤدي انخفاض العبء في الثمانينات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى زيادة الموارد الجبائية و إنما إلى تقليصها و هو ما عمق العجز المالي مما يعني أن Laffer يضع افتراضات نظرية محضه

²- مقدمة ابن خلدون، ص 279-280

وقد أدت الإصلاحات المعتمدة إلى نتيجة عكسية و هي تصاعد الضغط الجبائي بشكل ينسجم مع منطلقات الإصلاح التي تعطي الأولوية لبعث المردودية، مما انعكس على مستوى الضغط الذي ينزع إلى الاقتراب من مستوى نظرائه في الدول المتقدمة و ربما يفوقها، كما هو الشأن بالنسبة لليابان و الولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا، بالرغم من أن الناتج الوطني الإجمالي للفرد في هذه الدول يضاعف نظيره المغربي بحوالي 25 إلى 30 مرة¹.

بل إن تصحيح الضغط الجبائي الفعلي حسب البعض²، و ذلك بعدم احتساب القيمة المضافة في القطاع الفلاحي المعفى و أيضا العمليات غير التجارية للإدارات العمومية، يصبح أكثر، و هو ما يجعل الفرق بين الضغط العادي و الضغط المصحح أيضا بهدف تدقيق المعطيات، إذ عند احتساب الإقتطاعات بموجب المساهمات الاجتماعية الإجبارية و أيضا المداخيل الضريبية المحلية³ يمكن إيراد نسبة تقريبية للضغط تصل إلى 42% سنة 1992 و 41992 *parafiscalité* الذي لا يحتاج إلى ترخيص برلماني، و هو ما جعل Martinez يعتبره تضليلا للشرعية، حيث يصبح القانون بموجبه الجزء الظاهر فقط من الصخرة Iceberg الجبائية التي تفضي الباقي المنفلت من الشرعية⁵ و هو ما يسقط في الكليانية الجبائية التي تعتمد جورا ضريبيا له أربعة أبعاد: إقليمية، زمنية، مادية و شخصية⁶.

ففي دراسة لمديرية الدراسات و التوقعات المالية داخل وزارة المالية، بلغت مرونة المداخيل الضريبية نسبة 1.1 عن فترة (1996-2005) مقابل 0.9 عن فترة (1990-1995) ⁷، و هذا المعدل يرتفع أكثر بالنسبة لبعض الضرائب، حيث بلغ 2.6 بالنسبة للضريبة على الشركات و حوالي 2.0 بالنسبة للضريبة على الدخل و 1.7 بالنسبة للضريبة على القيمة المضافة و 1.6 بالنسبة لرسوم التسجيل و التبر و ذلك عن فترة (1996-2005).

في الواقع يترتب هذا الارتفاع عن تعبئة قصوى للطاقة و الإمكانيات الجبائية المتاحة ضمن بعد مالي موازني كمي و ظرفي. و قد اعتبر مصطفى الكثيري⁸ أن مستوى المردودية يصل في بنية ضريبية غير مرنة كما هو الشأن بالنسبة للمغرب إلى أقصاه في وقت تصبح معه الإمكانيات محدودة و النزوع كبير إلى إيجاد منابع إضافية للمداخيل، و هو ما يعني حسب البعض⁹ أن الجباية نادرا ما استعملت كأداة للنمو و إنما كطرق لتغطية النفقات العمومية.

إن أولوية الهدف المالي يؤدي إلى ترتيب آثار سلبية أكيدة على الاستثمار و الإنتاج، خاصة و أن بعض الباحثين¹⁰ أمثال j.c. Martinez يرى أن العبء الجبائي إذا تجاوز نسبة 20% فإنه يصبح أحد التكاليف الأساسية للاستغلال

¹ - N. Akesli, l impôt : l'état et l'ajustement, Actes édition, Rabat , 1993, p.44

² - K. Amara, vues économiques, n° 4, 1993, p.44

³ - تطورت موارد الجماعات المحلية منذ سنة 1977 بوثيرة سنوية تصل إلى 15% أي بنسبة أعلى مرتين من وثيرة نمو مداخيل الميزانية العامة. كما بلغ حجم موارد الجماعات المحلية خارج الحسابات الخصوصية و ميزانيات المؤسسات العمومية سنة 1994 ، 12 مليار درهم بنسبة تمثل 42% من الناتج الداخلي الإجمالي، (المصدر: المملكة المغربية، وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، الجماعات المحلية بالمغرب، وثيقة صادرة بمناسبة المناظرة الوطنية السابعة للجماعات المحلية، 19-21 أكتوبر 1998)

⁴ - K. Amara, vues économiques, n° 4, 1993, p.44

⁵ - عرف مرسوم 1999 المتعلق بإعداد و تنفيذ قانون المالية الرسوم شبه الضريبية في مادته 25 كالتالي " تفرض بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني بالأمر الرسوم شبه الضريبية المقبوضة لأجل مصلحة اقتصادية و اجتماعية لفائدة شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص غير الدولة و الجماعات المحلية"

⁶ - ذ.محمد قزبير، م س، ص.99

⁷ - اعتبرت هذه الدراسة أن هذه المرونة المرتفعة لا تعتبر فقط كنتيجة للتطور التلقائي للحوار المرتبط بنمو الناتج الداخلي، و إنما أيضا حصيلة إجراءات متعددة مكنت من تحصيل مداخيل استثنائية هامة كتحديث الإدارة الجبائية و دعم صلاحيات الرقابة لديها و إصلاح الضريبة على القيمة المضافة و العفو الضريبي و التأهيل المحاسبي و الإجراءات الهادفة لتقليص المقترضات الضريبية الإستثنائية: الدراسة منشورة على موقع وزارة المالية على الإنترنت Tableau de bord des finances publiques

⁸ - مصطفى الكثيري، النظام الجبائي و التنمية الاقتصادية في المغرب (كتاب مترجم)، دار النشر المغربية، 1985، الباب الثالث من الجزء الأول (الحدود الكمية للنظام الضريبي المغربي)

⁹ - A.B.Zemrani, la fiscalité face au développement économique et social au Maroc, Rabat, éd. La porte, 1982, l'introduction.

بالنسبة للمنتجين، و هذا ما أسماه M.Laure بالاقتصاد الجبائي¹، و ذلك بوجود لجوء المقرر الجبائي إلى التقدير المقارن للآثار التي يمكن أن تحدثها مختلف القرارات الممكنة على وضعيات اقتصادية معينة، لأن للضغط الجبائي حدود اقتصادية² تتمثل في مخاطر إيقاف حوافز الشغل و الادخار و الاستثمار و تقليص ذهنية المقاول، إلا أن أهم تأثير اقتصادي ينصب على تنافسية المقاولات المطالبة بمواجهة تطور التجارة الدولية في إطار التبادل الحر.

و يستفحل الأمر في دول العالم الثالث كالمغرب، حيث أن نسبة العبء الضريبي في هذه الدول إذا كانت متقاربة مع الدول المتقدمة، فهناك حسب البعض إمكانية كبيرة للقول بأن هذا النظام الضريبي غير متلائم مع إمكانات و حاجيات هذه الدول³.

إلا أن تأثير مستوى الضغط الجبائي لا يمكن الحسم فيه إلا في إطار نظرة شمولية، و خاصة ضمن توزيع الضغط على أنواع الضرائب و حسب القطاعات. و هذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: تأثير الضغط الجبائي على العدالة الضريبية:

إن التأثير السلبي للضغط الجبائي على المنظومة الجبائية و ما يحدثه من تغييرات اقتصادية و اجتماعية تختلف حسب القطاعات، يترتب عنه انعدام العدالة الضريبية.

و هو ما سنتطرق إليه تبعا من خلال آثار الضغط الضريبي (المطلب الثاني). لكن قبل ذلك سنتطرق لتوزيع الضغط الضريبي من خلال الضرائب الثلاث (المطلب الأول).

المطلب الأول: توزيع الضغط الضريبي:

أولا: توزيعه من خلال الضرائب الثلاث:

أ- الضريبة على الدخل:

بالنسبة للضريبة على الدخل نجد أن مبلغ الحد الأدنى المعفى يبقى ضعيفا إذا ما قورن مع حجم الدخل الفردي الهزيل، و غلاء المعيشة لهذا كان من الأفضل الرفع من هذا المبلغ إلى أكثر من ذلك. و نفس الشيء بالنسبة للأسعار الضريبية، فرغم كونها تصاعدية، فهي لا تنسجم مع مبدأ العدالة الضريبية، ذلك لأن التعديلات التي رافقت قوانين المالية اللاحقة على قانون الإصلاح الجبائي، كانت دائما في صالح أصحاب الدخل المرتفعة فقد تقلص سعر الضريبة على الدخل بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة من 62% إلى 52% ثم حاليا إلى 44% في حين أن أصحاب الدخل المنخفضة (وهي الفئة العريضة من الموظفين و المستخدمين و غيرهم) لم ينخفض السعر المطبق عليها إلا بنسبة 1% أي من 15% إلى 13%.

1- ذ. محمد قزيبير، م س، ص. 100

2- ذ. محمد قزيبير، م س، ص. 100

3- ذ. محمد قزيبير، م س، ص. 100

ب- الضريبة على الشركات :

الملاحظ أن تطبيق السعر العادي النسبي 35% على أغلبية الشركات كيفما كان شكلها و موضوعها و مجال عملها، ينبع من إرادة المشرع المغربي في التبسيط، غير أنه يهمل المرامي الحقيقية التي يجب أن تتبناها السياسة الاقتصادية و بالتالي إستراتيجية تحقيق التنمية، إذ كان من الأفضل تحديد الأسعار وفقا لمردودية كل قطاع على حدة، حتى يقع هناك انسجام مع مفهوم العدالة الضريبية. فالأکید أن مردودية المقاولات الصغرى و المتوسطة تبقى ضعيفة إذا قورنت مع ما تحصل عليه المقاولات الكبرى من أرباح خيالية.

ج- الضريبة على القيمة المضافة :

يميل أغلب الباحثين إلى اعتبار الضريبة على القيمة المضافة غير عادلة، ذلك لأن عبئها الضريبي يتحمله في النهاية المستهلك، و لكونها لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية و الاجتماعية للمكلف، فما يهملها هو السلعة أو المنتج أو الخدمة.

و هكذا إذا كان المشرع المغربي قد عمل على التخفيض من بعض الرسوم الجمركية، و إلغاء بعضها كما هو الشأن بالنسبة لقانون مالية 2005 الذي حذف الرسم المطبق على تصدير الذرة و كذا الإقتطاع المطبق تصدير السيب النباتي، و ذلك انسجاما مع تفعيل اتفاقيات التبادل الحر. فإن هذا الإجراء كان على حساب توسيع حقل تطبيق الضريبة على القيمة المضافة و الزيادة في أسعار بعض المواد الأساسية التي يتحمل عبئها الملزم الفعلي.

و فعلا جاء قانون مالية 2005 منسجما مع هذا الطرح بحيث ارتفع سعر الزيوت السائلة من % 7 إلى % 10، و ثم فرض سعر % 10 على ملح الطبخ المنجمي و البحري. بل أكثر من ذلك لم تسلم حتى خدمات التطهير المقدمة للمشاركين من طرف الهيئات المكلفة بالتطهير من الضريبة على القيمة المضافة، حيث فرضت عليها نسبة % 7، الأمر الذي يثير نوعا من الاستغراب و التساؤل حول ما إذا كان الأمر يتعلق برسم نظافة جديد غير مباشر؟! 1

ثانيا : توزيع الضغط الجبائي على القطاعات المختلفة :

هناك تمايز كبير فيما يتعلق بتوزيع الضغط على القطاعات، و هو إما تمايز اختياري ناتج عن إرادة المشرع في إقراره كما هو الشأن بالنسبة لإعفاء القطاع الفلاحي و عدم تضريب الثروة و التسهيلات التي يتمتع بها القطاع العقاري، و إما تمايز منطقي و طبيعي بفعل طبيعة القطاعات ، كالمهن الحرة و قطاع الأعمال التي بإمكانها تقليص وعائها الضريبي بالنظر إلى حرية تدبيرها الجبائي بينما أجور العمل تتميز بسهولة ضبط قاعدتها الجبائية الحقيقية.

- التمايز الاختياري :

إعفاء القطاع الفلاحي: تم إعفاء القطاع الفلاحي سنة 1984 تحت وطأة الجفاف بموجب قرار لرئيس الدولة، لكن الفترة السابقة عن هذا القرار تميزت بضالة مردودية الضريبة الفلاحية بالرغم من أهمية النسبة التي يمثلها هذا القطاع داخل الناتج الوطني الإجمالي حيث بلغت حوالي % 17 سنة 1983.

1- ظهير شريف رقم 255.04.1 صادر في ذي القعدة 1425 (29 دجنبر 2004) بتنفيذ قانون المالية رقم 04-26 للسنة المالية 2005.

وقد فسر البعض¹ حساسية القطاع الفلاحي اتجاه الضريبة خاصة في الدول المتخلفة، إما بعوامل نفسية تتمثل في ضعف اندماج العالم القروي في الأنظمة الاجتماعية المركزية التي تعتمد الإكراه الضريبي، وإما بعوامل اقتصادية تتمثل في ضعف الإنتاجية ودرجة استعمال النقود في الاقتصاديات الفلاحية، وهذا ما يجعل الاقتطاع المؤدى بالأرقام يظهر ثقيلًا نسبيًا. كما أن الاستهلاك الذاتي العائلي الذي يعتبر مهما لدى الفلاحين حتى في اقتصاديات التبادل يقلص من المادة الضريبية إلى درجة يصعب تقييم نسبتها. إضافة إلى الصعوبة التي يلاقيها الفلاحون في نقل عبء الضريبة إلى ثمن المنتج كما هو الشأن بالنسبة للتجار والصناعيين. وقد اعتبر البعض أن أغلب دول العالم الثالث تتوجه نحو تضريب قوي للقطاع النقدي *monétarisé* الخاضع لإقتصاد السوق بينما تطبق تضريبا غير كاف على الاستغلاليات الفلاحية².

وقد تبنت بعض البلدان موقفا مختلفا عن المشرع المغربي حيث ترتفع فيها نسبة الضريبة الفلاحية إلى مجموع الضرائب المباشرة بالرغم من أن القطاع الزراعي له دور متواضع في تكوين ناتجها الإجمالي المحلي، وهذا ينطبق على العراق³ حيث أن ضريبة الأراضي الزراعية تشكل 14.5% من حصيللة الضرائب المباشرة و 8.1% من الحصيللة الكمية للضرائب، علما أن دخل القطاع الزراعي في العراق لا يشكل سوى 7% من الناتج المحلي الإجمالي، إضافة إلى أن العراق لا يعتمد اعتمادا كبيرا على الضرائب في تمويل النفقات العمومية.

وتتميز الفلاحة في المغرب بالازدواجية القطاعية. فإذا كانت الملكيات الزراعية تتميز بصغر حجمها و يديرها صغار الفلاحين، فإن هناك قطاعا فلاحيا عصريا يتمركز في ملكيات كبيرة ويعتمد أغلبه على التصدير، و يديره أشخاص يقومون بأشغال موازية إما في القطاع الخاص كالتجارة والخدمات... وإما في القطاع العام. وهو ما يجعل تضريب هذا القطاع التصديري مسألة منطقية تستجيب لحاجيات المردودية المالية و لا يمثل عبئا كبيرا على هذا القطاع بالنظر لدخوله الموازية.

عدم تضريب الثروة: لا يوجد في المغرب ضريبة عامة على الثروة أو الذمة المالية أو الرأسمال بينما بالنسبة للضرائب النوعية فهي تتجه نحو التقلص إذ بعد التطور الذي أحدثه القانون المالي لسنة 1978 فيما يخص الجبائية العقارية الحضرية تم الاحتفاظ فقط بالضريبة الحضرية بعد إلغاء الضريبة على الأراضي الحضرية.

و غالبا ما تحدث مشاريع ضرائب الثروة معارضات و انتقادات و كمثال على ذلك مشروع الضريبة على التركات سنة 1968 الذي وجهت له انتقادات اتخذت طابعا دينيا، وهو نفس المأل بالنسبة للتصريح بالذمة الذي عرف رد فعل من طرف أرباب العمل. فقد تضمنت المادة 100 المكررة في إطار الضريبة على الدخل المضافة بقانون مالية سنة 1993 إلزاما للأشخاص الطبيعيين بوضع إقرار بالثروة أو بالذمة إذا كانت هذه الذمة تساوي أو تفوق ثلاثة ملايين درهم. و إذا لم يطرأ أي تغيير على ثروة الشخص، فإنه يعفى من هذا التصريح لاحقا.

و تشمل هذه الذمة المالية للخاضع للضريبة: العقارات سواء المخصصة للسكن أو لأغراض مهنية، العقارات الفلاحية، الأسهم و الحصص و سندات المساهمة المدرجة في رأسمال شركات الأموال أو الأشخاص أو الشركات العقارية الشفافة، و في حالة عدم وضع الإقرار المذكور تطبق غرامة مبلغها 5000 درهم.

¹ - P.Beltrame, systèmes fiscaux, op.cit, p.12

² - A.B.Zemrani, la fiscalité face au développement économique et social du Maroc, éd.laporte, LGDJ, 1982, p.217

³ - محمد قزيبير، م.س، ص. 104

لكن المادة 100 المكررة قد تم نسخها بمقتضى القانون المالي لسنة 1995 و بالتالي فإن هذا الإلتزام بوضع إقرار بالثروة الذي قد يشكل منطلقا لإحداث ضريبة عامة على الثروة في المغرب لم يعمر إلا سنتين¹.

و هذه المعارضة لضرائب الثروة لا تقتصر على المغرب فقط، فقد تم إلغاء الضريبة العامة على الثروة في فرنسا ثم أعيد اعتمادها تحت اسم ضريبة التضامن على الثروة². و قد تأسست سنة 1982 و ألغيت في 1987.

و أعيد اعتمادها سنة 1989 تحت الإسم الجديد، و لم تبلغ نسبتها في 1991 سوى 0.60 % من مجموع ضرائب الدولة³. و إذا كان البعد الإجتماعي هو الذي يعطي التبرير الأكبر لضرائب الرأسمال⁴، فإن السبعدين الاقتصادي و المالي لهذا النوع من الضرائب يثير جدلا واسعا.

على المستوى الاقتصادي يعتبر معارضو هذه الضريبة أن الرأسمال من أهم عوامل الإنتاج و بالتالي فإن تضريره سينقص الإنتاج و تنخفض الدخول و يسوء الاقتصاد و عليه فمن الأفضل فرض ضرائب تصاعدية على الرأسمال قياسا بالدخل المتأتي من العمل⁵.

أما على مستوى المردودية فإن حصيلتها الضعيفة تعطي حججا إضافية لمعارضيه، و من بين أسباب ضعف هذه الحصيولة هو أن تقدير وعائها لا يتجدد باستمرار مما يؤدي إلى تقليص إيراداتها مع الوقت مقارنة مع الاقتطاعات على المعاملات. كما أن وعائها قابل للتملص و ذلك عن طريق التخلي عن امتلاك هذه الثروة، إضافة إلى التكلفة العالية لإجراءات تحديد وعائها⁶.

و تتجه الضرائب على الرأسمال نحو تضرير الملكيات العقارية التي تنفلت غالبا من ضريبة الدخل بسبب غياب الدخول المحصلة من الأراضي⁷ و هذا ما يتجلى من خلال تحصيل الدول الأنكلوسكسونية معظم الإيرادات الجبائية الجبائية عن الثروة من خلال اللجوء إلى الضرائب على القيم العقارية من نوع local rates في بريطانيا و general property tax في الولايات المتحدة الأمريكية التي تستفيد منها الجماعات المحلية⁸ و هو ما يفسر مساهمتها المرتفعة نسبيا بالمقارنة مع الدول الأخرى.

و في المغرب بلغت نسبة الضريبة الحضرية ضمن مجموع الضرائب 0.1% منذ 1996 و هي نفس النسبة تقريبا المحققة سنة 2006.

و اعتبر صباح نعوش أن هذا التخوف من ضرائب الثروة هو من ترسبات الفكر التقليدي الذي يقدر الملكية الفردية، غير أن هذا التخوف تراجع عندما اتضح أنها ضريبة إضافية على الدخول و تتميز بأسعار منخفضة، و بالتالي فنادرا ما نجد دولة رأسمالية بدون ضريبة على رأس المال⁹.

¹ - محمد شكيري، التشريع الضريبي المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 59، ص. 307.

² - A.Vallé, op.cit, p.195

³ - M.Coizian, précis de fiscalité des entreprises, 16 éme éd, 1992, litec, p.604

⁴ - J.L.Hay, l'imposition du capital, Paris, PUF, 1986, p.8

⁵ - صباح نعوش، الضرائب المباشرة في المغرب، الجزء الثاني، شركة التوزيع و النشر المدارس، الدار البيضاء، 1987، ص.140.

⁶ - J.L.Hay, op.cit, p.5

⁷ - P.M.Gaudemet/ J.Molinier, finances publiques, tome 2, 5 éme éd. Montchrestien, Paris, 1992, p.113

⁸ - محمد قزير، م.س، ص. 106

⁹ - صباح نعوش، م.س، ص. 141

كما أن أنصار ضريبة الثروة يثيرون عدة حجج لصالحها تتمثل أساسا في دفع حائزي الثروات إلى استثمارها بشكل منتج و تشجيع العمل و التأثير الإيجابي على التشغيل¹ إضافة إلى كونها تهم أساسا فئة الشيوخ الأقل دينامية، و بالتالي لن يكون لها آثار مالتوسية على الاستثمار².

-التسهيلات اتجاه الإستثمارات العقارية و بعض الأنشطة القطاعية :

إن التراجعات التي تمت لصالح القطاع العقاري منذ محاولة القانون المالي 1978 إقرار جبائية عقارية متماسكة، سوف تتأكد في المراحل اللاحقة، حيث أن ميثاق الاستثمار الحالي حاول توحيد و إدماج مقتضيات التشجيع للإستثمارات بالنسبة لمختلف القطاعات في إطار الشريعة العادية، لكن القانون المالي لسنة 1999-2000 سوف يقوم بإعفاء المنعشين العقاريين، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، الخاضعين لنظام النتيجة الصافية الحقيقية، فيما يخص جميع عقودهم و أنشطتهم و كذا الدخول المتعلقة بإنجاز مساكن اجتماعية، و ذلك في إطار اتفاقية مع الدولة يكون غرضها برنامج لبناء 500 مسكن اجتماعي موزع على فترة أقصاها خمس سنوات من تاريخ تسليم رخصة البناء ، من الرسوم و الضرائب التالية :

رسوم التسجيل و التبر؛

رسوم التقييد في السجلات العقارية؛

الضريبة المهنية؛

الضريبة على القيمة المضافة؛

الضريبة على الشركات؛

الضريبة على الدخل؛

واجب التضامن الوطني على الأراضي غير المبنية؛

الضريبة الحضرية؛

جميع الضرائب و الرسوم و الأتاوى و المساهمات و التي يتم تحصيلها لفائدة الجماعات المحلية و هيئاتها³.

إن هذا الإعفاء إذا كان يستهدف إنعاش السكن الاجتماعي فإن أثمان المساكن لا يمكن أن تحجب حقيقة كونها بعيدة عن تحقيق هذا البعد الاجتماعي بل إن هذا الإعفاء يزيد من أرباح المستثمرين في القطاع العقاري لتضاف إلى أرباحهم الأصلية.

و لم يتم التراجع عن هذه الإجراءات التفضيلية إلا بموجب قانون مالية 2008 حيث أصبح يقتصر التحفيز على بناء و إيجار الأحياء الجامعية.

¹ C.Heckley, rationalité économiques et décisions fiscales , LGDJ, 1987, p.123

² - P.M.Gaudemet/ J.Molinier, op.cit, p.113

³ - المادة 19 من قانون مالية 2000-1999

و على الرغم من إلغاء المدونات القطاعية للاستثمار و الإدماج التدريجي للمقتضيات الضريبية الإستثنائية في الشريعة العادية، إلا أن القانون الضريبي المغربي لا يزال يعتمد إجراءات تفضيلية و تحفيزية قطاعية، و أهم القطاعات التي تستفيد من هذه الامتيازات ، سواء في صورة إعفاءات أو تخفيضات، و سواء كانت دائمة أو مؤقتة، يمكن أن نشير إلى المناطق و البنوك الحرة و كذا قطاعات التصدير و السياحة و التوظيف المالي في البورصة و قطاع التعليم الخاص.

- التمايز المنطقي الطبيعي :

هذا التمايز ناتج عن طبيعة الأشياء إذ بالنسبة للمهن الحرة و قطاع الأعمال هناك هامش كبير للتدبير الجبائي بهدف تقليص الوعاء إلى أقصى حد ممكن و هو ما ينتفي بالنسبة للدخول الأجرية عن العمل و خاصة في إطار تقنية الحجز عند المنبع.

و بسبب اتساع ظاهرة التهرب الضريبي يلاحظ كثرة اللجوء إلى تقنية الحجز عند المنبع بالنسبة للأرباح و الدخول القابلة لطريقة الاستخلاص المذكورة، و تتلخص هذه الطريقة في تحصيل قيمة الضريبة في اللحظة التي يحصل فيها الممول على الدخل، و قد تقوم بذلك الإدارة أو شخص ثالث تربطه بالملزم علاقة تبعية، كما هو الشأن في حالة استحقاق المرتبات و الأجور، أو علاقة دين كما يحدث في حالة إيرادات القيم المنقولة حيث تعتبر الشركة التي توزع أرباح الأسهم بمثابة مدين للملزم، و بذلك تكون هذه الطريقة كأنها تجمع بين المراحل الضريبية الثلاث : تقدير الوعاء، الربط ثم التحصيل، فالملزم يتوصل بدخل صافي من الضريبة¹.

و على مستوى القانون الجبائي المقارن تخلت بعض الأنظمة عن هذه الطريقة كالمشرع الفرنسي نسبيا، بينما الدول التي احتفظت بها كألمانيا و الولايات المتحدة و بريطانيا ، أدخلت عليها عدة تعديلات من أجل تخفيف العبء الضريبي على الخاضعين لها².

و يمكن أن نستنتج من خلال المستوى المرتفع للضغط الجبائي و طريقة توزيع هذا الضغط أنه يتقلص بالنسبة لإمكانات الاستثمار و يجابي الرأسمال و الثروة و قطاع الفلاحة العصرية خاصة التصديرية، بينما يتركز على النفقات الاستهلاكية من خلال هيمنة الضرائب غير المباشرة و أيضا دخول العمل من خلال موقع الاقتطاع من المرتبات و الأجور داخل الضرائب المباشرة، فقد عمد المشرع المغربي في القوانين المالية الأخيرة إلى تخفيضات متتالية في سعر الضريبة على الشركات³، بينما و في خطوة استباقية أشار تقرير النفقات الجبائية - الملحق بقانون المالية منذ 2006 - إلى الحجم المرتفع للمداخل الضريبية الضائعة نتيجة تنوع اسعار الضريبة على القيمة المضافة، مدرجا إياها ضمن ما يعرف بالنفقات الجبائية رغم كونها ليست إعفاء و لا امتيازاً ضريبياً، و ذلك للتأكيد على ضرورة اعتماد سعرين فقط لهذه الضريبة برفع الأسعار المنخفضة⁴، و في نفس سياق الرفع من الضغط اتجاه الضرائب

¹- ذ.محمد قزير، م س، ص. 108

²- ذ. محمد قزير، م س ، ص. 108

³ - عرف سعر الضريبة على الشركات تخفيضات متتالية فقد كان سعرا تصاعديا قبل الإصلاح في الثمانينات ثم انتقل إلى نسبة 45% عند الإصلاح و تقلص 40% في 1989 ثم إلى 38% سنة 1993 ثم 36% سنة 1994 و بطبيعة الحال مع إضافة 10% من نسبة الضريبة على الشركات كواجب التضامن الوطني الذي سيتم إلغاؤه سنة 1996 مع تخفيض سعر الضريبة إلى 35% ، و أخيرا سيتم تخفيض السعر بموجب قانون مالية 2008 إلى 30%

⁴ - بالفعل فقد تم رفع الضريبة على القيمة المضافة من 7% إلى 10% بالنسبة لعمليات البنوك و القرض و الصرف و عمليات أخرى كما عمد المشرع في 2008 إلى رفع سعر الإيجار التمويلي من 10% إلى السعر العادي 20% و هو ما أثار نقاشا حادا في أوانه

المباشرة عمد المشرع المغربي إلى زيادة أسعار و نسب واجبات التسجيل¹، و هو ما يعني تغييب الرؤية الاجتماعية للسياسة الضريبية. حيث يتم التقليل التدريجي للضغط اتجاه الرأسمال مقابل التشديد التدريجي للضغط على الاستهلاك. و بهذا فإن من يتحمل كلفة ارتفاع العبء الجبائي هي في الواقع دخول العمل و الإنفاق الاستهلاكي.

و هو ما يؤدي إلى استخلاص النتيجة الطبيعية التالية: المتمثلة في أولوية البعد الاقتصادي الاستثماري في السياسة الجبائية، في حين أن المردودية الضريبية ذات الحضور القوي أيضا في الإصلاح الجبائي العام تستخلص أساسا من الدخول ذات الطاقة الادخارية و الاستثمارية الضعيفة.

المطلب الثاني: آثار الضغط الضريبي :

من بين الآثار التي تنتج عن ظاهرة الضغط الضريبي بالمغرب تفشي و انتشار التهرب الضريبي و تركيز العبء الضريبي على فئة معينة دون غيرها.

أولا : الضغط الضريبي نافذة للتهرب الضريبي :

تؤدي ظاهرة التهرب الضريبي إلى تبيد الموارد الجبائية و لهذا السبب تضطر الدولة إلى نقل عبئه حفاظا على التوازنات المالية إلى شرائح جبائية أخرى.

و هكذا فإن 90% من الموارد الخاصة بمداخيل الضريبة على الدخل تأتي من الأجور في حين لا تساهم المداخيل المهنية إلا بنسبة 10% فقط.

وفقا للإحصائيات الرسمية، فإن عدد الخاضعين للضريبة على الدخل يقارب 3 مليون مكلف منها 2 مليون أجير حسب أرقام الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، و منها 600 000 موظف و عون جماعي، أما عدد المهنيين الخاضعين لنفس الضريبة فهو 400 000 مكلف².

هذا في حين أن الرقم المصرح به لدى إدارة الضرائب، أي ذلك المتعلق بعدد المهنيين الخاضعين لضريبة البتانتا هو 600 000 مكلف، و قد حصل هذا التناقض نتيجة لجوء الشرائح التي تمارس تقنية التصريح إلى التهرب الضريبي، فالمهني مثلا الذي في نيته شئ قد يلجأ إلى تقنية الإستهلاك المعجل أو تحويل وهمي للرأسمال أو الإعلان عن إفلاس وهمي، أو إخفاء المداخيل الحقيقية التي تتم في أعالي البحار.

أما الأجير الذي يخضع لتقنية الإقتطاع في المنبع فإنه لا يستطيع أن يتهرب لأن الضوء الكاشف مسلط عليه و بالتالي يكون قابلا لابتلاع أعباء جبائية أخرى.

ثانيا : المثلث الأساسي المكون للفئة الضريبية :

أشرنا سابقا إلى أن هناك من لا يدفع الضريبة بصفة قانونية أو غير قانونية، و هناك من يؤدي ما يريد فقط، في حين هناك شريحة ثالثة هي التي تتحمل العبء الضريبي، المشكلة أساسا من المستهلك و الأجير و الموظف.

¹ - منذ 2008 ارتفعت واجبات التسجيل بنصف نقطة فانقلت نسبة 5% إلى 6% و نسبة 2.5% إلى 3% و نسبة 1% إلى 1.5% و الواجب المقدر ب 100 درهم إلى 200 درهم

² - ذ. مدني احميدوش، م س، ص. 69

-المستهلك :

إن تحليل بنية الموارد من الضرائب المباشرة، تبين أن هناك شريحتين رئيسيتين تتحمل الضغط الضريبي فمن جهة هناك شريحة المستهلكين، و من جهة أخرى هناك أيضا شريحة المأجورين و الموظفين.

و قد اعتبر أحد الباحثين أن الضريبة على القيمة المضافة آلة للنفوذ¹، حيث تعتبر المورد الرئيسي لموارد الضرائب غير المباشرة، فهذه الأخيرة التي يتحملها المستهلك في آخر المطاف تشمل جميع المنتوجات و الخدمات، و على سبيل المثال فإن الضريبة على القيمة المضافة يجدها المستهلك في جميع الفواتير كالماء و الكهرباء و الهاتف، كما يجدها ملتصقة بجميع أسعار المواد و المنتوجات منها المواد الأساسية كالسكر و الزبدة، و المواد غير الأساسية كمواد التجميل و في مواد و خدمات تستهلكها القاعدة الكبرى من المواطنين

إلا أن ما يجعل أثر هذه الضريبة سلمي على المستهلك هو أسعارها التصاعدية الأمر الذي أشارت إليه دراسة صندوق النقد الدولي، حيث اعتبرت أن المغرب من بين الدول القلائل الذي يحتفظ بخمس معدلات و أكثر هذه النسب إجحافا و هي تلك التي تمس المنتوجات ذات الاستهلاك الواسع.

-الأجير و الموظف :

إذ تأتي مداخيل الضريبة على الدخل في المرتبة الأولى تليها الضريبة على الشركات، أما الشرائح الخاضعة للضريبة على الدخل فهي على التوالي: الأجراء، الموظفون و المهنيون.

فالأجراء يحتلون المرتبة الأولى ب 2 مليون أجير أما الموظفون فيقدرون بنسبة 600 000 موظف في حين أن المهنيين فلا يتجاوزون عدد 400 000، و إذا كان الأجراء و الموظفون يدون 90 % من إيرادات الضريبة على الدخل فإن المهنيين لا يؤدون إلا 10.2 %.

يتضح أن الضغط الضريبي يقع بالدرجة الأولى على الأجير نتيجة تطبيق الأسعار التصاعدية الخاصة بها و التي تتمثل في التالي³ :

معفى.....من 0 إلى 20.000 درهم؛

13%.....من 20.001 إلى 24.000 درهم؛

21%.....من 24.001 إلى 36.000 درهم؛

35%.....من 36.001 إلى 60.000 درهم؛

44%من 60.000 ما فوق.

1- الزمراني أناس بن صالح، الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب، نشر و توزيع المكتبة الشعبية، الرباط، 1987، ص.42

2- ذ. مدني حميدوش، م س ، ص. 70

3- المادة 94 من قانون رقم 89-17 المتعلق بالضريبة على الدخل.

و هكذا ففي الوقت الذي نجد أن المشرع المغربي قد بدأ بـ 13% كسعر أدنى يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد بدأ بـ 5% كسعر أدنى إلا أن ما يوضح عملية الضغط هو أن هذا السعر يطبق على أصحاب المداخل الصغيرة المكونة من الأجراء الذين يتقاضون أقل من 20 000 درهم شهريا و من الموظفين الصغار الذين يتقاضون أقل من 3 000 درهم شهريا و الذين يشكلون أغلبية الموظفين، هذا مع العلم أن الشريحة الأولى تدخل ضمن الشرائح التي من المفترض أن تكون معفية، و ذلك استنادا إلى معدل الفقر المطلق بالمغرب الذي تحدده منظمة البنك الدولي و الذي يتراوح ما بين 27 000 درهم و 30 000 درهم سنويا.

و إذا كان الضغط الضريبي يقع على هاته الفئات فإن الفئات العليا قد استفادت من تخفيضات انتقلت من 64% إلى 44% و بالتالي يتأكد نية المخزن المالي في استخلاص الموارد المالية اللازمة من المداخل الضعيفة و المتوسطة.

و الخلاصة أن الضغط الضريبي لا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق المردودية المالية بل قد يؤدي إلى نتائج معاكسة الأمر الذي يتطلب توسيع القاعدة الجبائية من أجل تطوير الجهود الضريبي، شريطة تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة.

خاتمة :

لقد دخل المغرب إلى ورش التنمية البشرية بهدف محاربة الفقر و تحسين ظروف العيش المادية و المعنوية ، و وضعية الصحة العامة و الاقتصاد، و من تم فإن التركيز على الجانب الحسابي دون التخطيط لعواقب ذلك على الجانب الإنساني، سوف يجعل من خطة التنمية البشرية مجرد تصور نظري يفتقد للواقعية .

من أجل ذلك، فإن تفعيل المبادرة الوطنية للتنمية البشرية تتطلب تهيئة الأرضية الخصبة لذلك عن طريق:

أولا : إعادة النظر في نظامنا الجبائي عن طريق تبسيط وعائه و المياطر المتبعة سواء على مستوى فرض الضريبة أو على مستوى الإطلاع و المراقبة، و كذا عند التقدم بالشكايات، و ذلك حتى نخلق قناعة لدى الملزم بالضريبة من أجل التسجيل في الجدول الضريبي، و التصريح بالنتيجة الجبائية بكل مصداقية، و الإدلاء بنفسانية مرتاحة.

ثانيا : إعادة ترتيب هيكل الإدارة الجبائية وفق منظور عقلاني ينسجم من جهة طموحات الملزم بالضريبة الذي يريد أن يجعل منها مؤسسة تتعامل بالشفافية و الموضوعية بدل المحسوبية و الزبونية و الرشوة، و من جهة ثانية مع الواقع الاقتصادي الذي يفرض تحقيق الفعالية و المردودية.

ثالثا : تفعيل التواصل بين الإدارة الجبائية و دواليبها و المصالح الخارجية التي تتقاسم نفس الاهتمام الضريبي من جهة، و بين الإدارة الجبائية و الملزم بالضريبة من جهة ثانية.

رابعا : القيام ببعض الإجراءات المساعدة على الحد من التملص الجبائي كفرض التعامل بالفاتورة، و تقييد بعض المهن عن طريق فرض تأشيرة مديرية الضرائب على بعض الوثائق و الأوراق المسلمة للمعنيين بالأمر كالوصفات الطبية أو فض تأشيرة مديرية الضرائب على رخص السكن قبل تسليمها لأصحابها.

خامسا : العمل على توعية الخاضعين للضريبة قصد المساهمة بروح المواطنة في تحمل الأعباء العامة، و هذا يتطلب تكاثف الجهود و التنسيق بين الأحزاب السياسية، جمعيات المجتمع المدني، و وسائل الإعلام السمعية البصرية، و المكتوبة، إلخ.

إن هذه الاقتراحات تظل مجرد آراء قابلة للنقاش، بحيث يمكن تنقيحها، أو إضافة اقتراحات أخرى وفق منظور شمولي يرمي إلى إصلاح المنظومة الضريبية وجعلها مواكبة للاستراتيجية الحقيقية للتنمية البشرية.

المراجع :

-تمازي مولاي الحسن، " الإصلاح الجبائي و مطلب العدالة الضريبية" المجلة المغربية للإدارة المغربية و التنمية عدد 63، يوليو-غشت 2006

-مولاي الحسن تمازي : " موقع العدالة الجبائية في ثقافة حقوق الإنسان". المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 83، نوفمبر، دجنبر 2008.

-محمد سعيد فرهوج : " العدالة الضريبية اقتصاديا" مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الخامسة و العشرون، ديسمبر 2001

-ذ.مدني احميدوش، ظاهرة الضغط الضريبي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 69، يوليو-غشت 2006 .

-ذ. محمد قزير ، " واقع الضغط الضريبي بالمغرب " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 83، نونبر - دجنبر، 2008،

-مصطفى الكثيري، النظام الجبائي و التنمية الاقتصادية في المغرب (كتاب مترجم) ، دار النشر المغربية، 1985، الباب الثالث من الجزء الأول (الحدود الكمية للنظام الضريبي المغربي)

-عبد السلام أديب، الإصلاح الجبائي و التنمية في المغرب، دبلوم دراسات العليا بكلية الحقوق بالرباط،

-محمد شكيري، التشريع الضريبي المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 59

Les ouvrages :

-Mehl (L), Beltram (P), science et technique fiscale, éd PUF, Paris, 1984

-Bouvier(M) , Escalassan (M.C), Lassale(J.P), finances publiques, 6ème édition, LGDJ, 2002

-A. Vallé, économie des systèmes fiscaux comparés, PUF, 1994

-Gabriel ARDANT, théorie sociologique de l'impôt, édition 1965.

-Zemrani(a+b), la fiscalité face au développement économique et social du Maroc, éd la porte 1982

-N. Baccouche, droit fiscal, Tunis, 1993 , orbis impression

-P.Beltrame, les systèmes fiscaux : que sais-je ? , Paris, PUF, 1975

-P. Artus, prélèvement obligatoires :quels effets sue l'économie ? quelles pistes de réformes, - problèmes-économiques, n° 2524

- M. Gozain, précis de fiscalité des entreprises, 16^{ème} édition, 1992
- Jacque perce bois, « Economie des finances », Armond colin, Pris 1991
- Bertoni , les politiques fiscales sous la 5^{ème} république, éd l'Harmattan, 1995
- N. Akesli, l impôt : l'état et l'ajustement, Actes édition, Rabat, 1993
- K. Amara, vues économiques, n° 4, 1993
- M.Cozian, précis de fiscalité des entreprises, 16^{ème} éd, 1992, litec
- J.L.Hay, l'imposition du capital, Paris , PUF, 1986,
- P.M.Gaudemet/ J.Molinier, finances publiques, tome 2, 5^{ème} éd. Montchrestien , Paris, 1992
- C.Heckley, rationalité économiques et décisions fiscales, LGDJ, 1987,

أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين في الدستور الجزائري



بالجيلالي خالد أستاذ باحث في الدكتوراه

في جامعة ابوبكر بلقايد بتلمسان - الجزائر

Email : kbedjillali@yahoo.com

ملخص :

يتضح من خلال دراستنا لموضوع أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين في الدستور الجزائري، أنه قد فرض على السلطة التشريعية مجموعة من القيود، يؤدي عدم احترامها إلى اعتبار القانون الصادر عن هذه السلطة باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا، لمخالفته للأحكام أو القواعد الدستورية.

وتراوح هذه القيود بين العيوب الشكلية (عيب عدم الاختصاص..) والعيوب الموضوعية (العيب الذي يصيب محل التشريع، عيب الانحراف بالسلطة التشريعية..).

مقدمة :

يعد موضوع رقابة دستورية القوانين أو موضوع حماية واحترام أحكام الدستور من أهم المواضيع التي تحتل مكانة متميزة لدى الفقه الدستوري، فهو موضوع تحكمه صلة وثيقة مع موضوع الدولة القانونية (1)

فالدستور هو الذي يؤسس السلطات العامة في الدولة ويحدد اختصاصاتها، كما انه يتضمن أحكام تتعلق بالحقوق و الحريات العامة للأفراد. ومن جهة أخرى يخضع الدستور سلطة التشريع وهي بصدد سن التشريعات لمجموعة من القيود، وهذه القيود قد تكون قيودا شكلية أو قيودا موضوعية تتعلق بموضوع القانون وفحواه، فإذا خرجت سلطة التشريع عن هذه القيود أثناء ممارستها لاختصاصاتها التشريعية أو خالفت القواعد الدستورية أو القانونية، فإنها تكون بذلك قد تجاوزت صلاحياتها، ويعتبر ذلك مخالفا لأحكام الدستور وسببا من أسباب عدم دستورية القوانين وهو نفس الأمر بالنسبة لتصرفات السلطة التنفيذية أو القضائية المشوبة بعيب دستورية القوانين.

ومما سبق فإن التشريع الصادر من السلطة التشريعية وحتى يكون بمنأى عن مخالفته الدستور لا يكفي أن يراعي الشكل الذي يتطلبه الدستور في القانون، وإنما يجب أن يكون متفقا مع موضوعه وفحواه (2). ويدخل في هذا الإطار

التشريعات الفرعية (التنظيمات و التعليمات) الصادرة عن السلطة التنفيذية، حيث ينبغي أن تكون متوافقة مع القواعد الدستورية و القانونية شكلا وموضوعا، وعليه فإن أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين هي إما عيوباً شكلية أو عيوباً موضوعية.

وتبدو أهمية البحث في أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين في أن هذه الأسباب تجسد دور المجلس الدستوري لفرض نفسه، كما أنها تمنع مخالفة المبادئ والقواعد الدستورية القائمة في الدولة فضلا عن دورها في حماية الحقوق و الحريات العامة للأفراد.

ومادام موضوعنا حول أسباب الطعن بعد دستورية التشريعات، فالسؤال المطروح هو ما هي أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين؟ وهل أن مخالفة هذه الأحكام و القواعد تؤدي بالضرورة إلى البطلان المطلق؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي لدراسة موضوع أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين. أما عن الخطة المتبعة، فقد ارتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين، حيث سنخصص في المبحث الأول لدراسة العيوب الشكلية و الذي سنتطرق فيه إلى ماهية الشكلية من الناحية الدستورية، ثم ننتقل إلى دراسة عيب عدم الاختصاص. أما المبحث الثاني سنتناول فيه العيوب الموضوعية انطلاقاً من دراسة العيب الذي يلحق محل التشريع ثم ننتقل إلى دراسة عيب الانحراف بالسلطة التشريعية.

المبحث الأول: العيوب الشكلية:

وسنخصص هذا المبحث لدراسة غاية الشكلية الدستورية (المطلب الأول)، وبعدها ننتقل إلى عيب عدم الاختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غاية الشكلية الدستورية:

ونقسمه إلى فرعين: الفرع الأول نتناول فيه ماهية الشكلية الدستورية، أما الفرع الثاني سنخصصه إلى معرفة غاية الشكلية الدستورية.

الفرع الأول: ماهية الشكلية الدستورية:

للكشلية في القانون عدة معاني، فهي المظهر أو الصورة الخارجية التي يظهر بها مضمون التشريع الذي قد يتخذ شكل قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني. أو يقصد بالشكلية عنصر خارجي يشترط القانون إضافته إلى واقعة قانونية حتى تنتج آثارها، سواء كان هذا الأثر ترتيب التزام قانوني أو إنشاء حق أو مركز قانوني أو تعديله أو انقضاؤه كاشتراط نشر القوانين في الجريدة الرسمية حتى تصبح سارية المفعول، واشتراط الكتابة أو النشر لبعض القرارات الإدارية حتى تنتج آثارها في مواجهة الكافة.

أما الشكلية الدستورية فهي مجموعة الإجراءات التي يتطلبها الدستور وتلتزم السلطة التشريعية اتباعها ومراعاتها عند سن التشريع. حيث تتطلب بعض الدساتير عادة أن تمر العملية التشريعية بمجموعة من الإجراءات الشكلية التي تلتزم بها السلطة التشريعية حتى يكون التشريع دستورياً، وإلا عد هذا التشريع باطلاً بسبب عيب عدم احترام

الشكل و الإجراءات ويكون محلا للطعن به أمام المجلس الدستوري، إذا ما تعلق الأمر بمخالفة جوهرية لتلك القواعد و الإجراءات.

ومن أمثلة الإجراءات الشكلية التي تتطلبها الدساتير عامة، تحقق نصاب انعقاد المجلس التشريعي، والجهة التي لها الحق في المبادرة بالتشريع، ضرورة إدراج مشاريع أو اقتراحات القوانين في جدول الأعمال قبل المناقشة، بالإضافة إلى صدور التشريع بموافقة الأغلبية البرلمانية التي حددها الدستور.

الفرع الثاني : غاية الشكلية الدستورية :

إن الغاية من الشكليات في مجال التشريع هو الإشهار بسلامة النص التشريعي واثبات احترامه للقواعد و الإجراءات الدستورية، باعتبار أن الشكل هو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة التشريعية. فالغاية من اشتراط تقديم الاقتراح من عدد معين من النواب (المادة 129 من الدستور الجزائري حددته بعشرين نائبا في المجلس الشعبي الوطني) تظهر في التأكد من أهمية وجدية المقترح، الذي عملية دراسته وقتا هاما، كما تبدو الحكمة من مبادرة الحكومة بمشاريع القوانين بحجة أنها الأعراف مجلات المجتمع، وقد تبدو الشكلية مظهر من مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية و التنفيذية و التشريعية كوجوب إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية حتى يصبح نافذا، ما يتيح لهذا الأخير الاعتراض على النص الذي وافق عليه البرلمان وذلك بطلب إجراء مداولة ثانية، مما يجعل إمكانية نفاذه مرتبطة بإقراره بأغلبية خاصة. (3)

والحكمة من ضرورة إدراج الأعمال التشريعية في جدول الأعمال قبل مناقشتها هو تجنب اتخاذ أعمال تشريعية جوهرية في غياب عدد مؤثر من الأعضاء .

ويميز الفقه والقضاء المعاصر بين الأشكال والإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، والغاية من هذا التمييز هي البطلان بالنسبة للقرارات التي تفتقد للشكليات الجوهرية بخلاف الشكليات غير الجوهرية التي لا تكون باطلة بطلانا مطلقا. والإشكال المطروح هو متى تكون شكليات العمل التشريعي جوهرية ومتى لا تكون جوهرية؟.

لا يوجد معيار ثابت لتحديد ما هو جوهرى أو غير جوهرى من الشكليات، وإنما يعتمد تقدير ذلك إلى الفهم الصحيح لطبيعة الأشياء و الغايات المرجوة منها. والملاحظ أن قواعد الشكل والإجراءات المصاحبة لعملية التشريع قد يرد النص عليها في الدستور ذاته، كما قد ترد في الأنظمة الداخلية للهيئة التشريعية، وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، فذهب الاتجاه الأول إلى القول بأن العيب الشكلي يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية، سواء وردت في أحكام الدستور أو في الأنظمة الداخلية للبرلمان، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن عيب عدم دستورية التشريعات بسبب الشكل لا يتحقق إلا إذا كانت الشكلية التي تم مخالفتها قد ورد النص عليها في الدستور أما ما تضمنته النصوص القانونية الأخرى الأدنى مرتبة من قواعد شكلية فإن مخالفتها لا تؤدي إلى عدم دستوريته. (4)

وقد تضمن الدستور الجزائري أشكالا متنوعة من الإجراءات الشكلية، منها ما يتعلق بتحديد زمن معين للقيام بتصريف ما، وقد تكون بعض هذه الشكليات الزمنية جوهرية أو غير جوهرية (5).

- تعديل الدستور من الناحية الشكلية : تتطلب الدساتير الجملة إجراءات أكثر تعقيدا عند تعديلها عن الإجراءات المتبعة عند تعديل القانون العادي، لذلك توجد هناك عدة أنواع من الحظر منها: القيود الزمنية و القيود الشكلية.

1- الحظر الزمني : الذي يهدف إلى ضمان سريان أحكام الدستور خلال فترة زمنية محددة، حتى تستقر أحكامه فإنه يوضع قيد زمني على الدستور يمنع من تعديله خلال فترة زمنية، ومن أمثلة ما نص عليه الدستور الجزائري ما نصت عليه المادتين 174 و175 من الدستور، حيث تنص المادة 174 على ما يلي :

وقد يأتي الحظر الزمني لمنع المساس بالدستور خلال بعض الظروف الاستثنائية، ومثاله ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام 1946 بعدم جواز تعديله أثناء الاحتلال الأجنبي (6)، أو قد يرد الحظر على بعض مواد الدستور عند تعرض البلاد لحالات الطوارئ كالدستور الإسباني. (7)

2- القيود الشكلية: من القيود الشكلية التي نص عليها الدستور الجزائري أن يكون التعديل الدستوري مقدم إما من طرف رئيس الجمهورية وبعد أن يصوت عليه البرلمان يعرض هذا التعديل على الاستفتاء الشعبي خلال خمسين يوماً الموالية لإقراره أو أن يقدم رئيس الجمهورية التعديل الدستوري مباشرة على البرلمان دون أن يعرضه على الاستفتاء متى أحرز ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان. إضافة إلى أنه يمكن لثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا اقتراح التعديل الدستوري. (8) وبعد دراستنا لغاية الشكلية الدستورية ننتقل إلى معرفة عيب عدم الاختصاص.

المطلب الثاني : عيب عدم الاختصاص :

تستمد كل سلطة من السلطات العامة صلاحياتها من الدستور، بحيث لا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من قبل الجهة التي حددها الدستور، وبالتالي فلا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصا معيناً أن تفوض غيرها في ممارسة هذه الاختصاصات إلى بناء على نص صريح منه. وقمنا بتقسيم هذا المطلب إلى دراسة ماهية عيب عدم الاختصاص (الفرع الأول) ثم معرفة صور هذا العيب (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية عيب عدم الاختصاص :

يمكن تعريف عدم الاختصاص بأنه عدم توفر الصلاحية القانونية للقيام بتصرف معين (9)، وترتكز فكرة الطعن بعدم دستورية القوانين على مبدأ أساسي هو مبدأ الفصل بين السلطات، وهو مبدأ مهم يقوم عليه تنظيم الدولة القانونية، بحيث لا يمكن أن تجتمع جميع السلطات في يد شخص واحد أو هيئة واحدة، لأن القول بخلاف ذلك مدعاة للاستبداد والتعسف، الأمر الذي يوجب توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة الثلاثة بشكل يكفل تحديد المسؤوليات وضمان حقوق وحرية الأفراد و المواطنين.

وتستند الفلسفة الدستورية في هذا الشأن إلى أن مؤسسات الدولة القانونية تستمد شرعية وجودها من الدستور، فهو الذي أنشأ كل سلطة وحدد صلاحياتها، فتوزيع الاختصاصات يتطلب قدراً عالياً من التنظيم القانوني لتنظيم العلاقة بين هذه السلطات من جهة، وبينها وبين الأفراد من جهة أخرى، وتفعيل آليات الرقابة الفعالة لضمان عدم انحراف هذه السلطات عن الحدود القانونية المرسومة لها أو إساءة استعمالها للحقوق المقررة لها على نحو يتعارض مع المصلحة العامة. (10)

وبعد دراستنا لماهية عيب عدم الاختصاص ننتقل إلى صور هذا العيب، وهو ما سنحاول التطرق إليه في العنصر الموالي.

الفرع الثاني: صور عيب مخالفة قواعد الاختصاص:

يرتكز عيب عدم الاختصاص في المجال الدستوري على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع لقواعد الاختصاص التي يرميها الدستور، وهذا العيب قد يكون عضويا (أولا) أو موضوعيا (ثانيا) أو زمنيا (ثالثا) أو مكانيا (رابعا)، وهو ما سنحاول التطرق إليه وفق هذا الترتيب.

أولا: عدم الاختصاص العضوي:

يقصد بالاختصاص العضوي أو الشخصي وجوب أن يباشر الاختصاص الدستوري السلطة أو الشخص أو العضو الذي حدده الدستور للقيام بهذا الاختصاص دون غيره، لهذا يتطلب منا بيان اختصاص كل من السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية العضوية.

أ- اختصاصات السلطة التنفيذية العضوية.

ب- اختصاصات السلطة التشريعية العضوية.

ج- اختصاصات السلطة القضائية العضوية.

أ- اختصاصات السلطة التنفيذية العضوية:

تقوم السلطة التنفيذية بممارسة اختصاصاتها وفقا للدستور و القانون، وبالتالي لا يمكن لأي هيئة من هيئات السلطة التنفيذية أو إلى أحد أعضائها أن يفوض اختصاصاته لغيره إلا إذا نص الدستور أو القانون على جواز التفويض، لأن الأصل في التفويض أن لا تفويض إلا بنص (11)، كما لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يفوض سلطته في اللجوء إلى الاستفتاء، وحل المجلس الشعبي الوطني و تقرير إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بالإضافة إلى تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 77 و 78 و 91 و 93 و 95 و 97 و 124 و 126 و 127 و 128 من الدستور (12)، وفي هذه الحالة ينبغي مراعاة قواعد و شروط التفويض العامة فضلا عن ما يضيفه المشرع من شروط خاصة.

ب- اختصاصات السلطة التشريعية العضوية:

السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص العام في مجال التشريع، فلا يجوز لها الخروج عن هذا المبدأ إلا بنص صريح من الدستور، حيث نصت المادة 98 من الدستور الجزائري (يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما: المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة)، إضافة إلى المادة 122 التي تنص على مايلي:

من خلال هاتين المادتين يتبين لنا أن ليس للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية للقيام بالنشاط التشريعي إلا إذا تضمن الدستور نصا يمنحها هذا الحق (مبدأ الانفراد التشريعي).

- مبدأ الانفراد التشريعي.

يقصد به أن تنفرد السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق و الحريات، ولا يجوز لها في أي حال من الأحوال أن تفوض اختصاصها هذا إلى السلطة التنفيذية، والسبب في ذلك أن هذه الحقوق و الحريات التي يملكها الأفراد في مواجهة السلطة التنفيذية نفسها و تفويضها تنظيم هذه الحقوق و الحريات الأساسية يؤدي إلى التأثير عليها.

وبناء على مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يعد خاصية جوهرية من خصائص الشرعية، التي تحتل فيها القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني للدولة، فإنه يترتب على ذلك التزام السلطة التشريعية فيما تسنه من قوانين احترام أحكام الدستور شكلا وموضوعا، بينما تخضع السلطة التنفيذية للقوانين التي تسنها السلطة التشريعية، وبالتالي تلتزم السلطة التشريعية باحترام مبدأ انفراد التشريع، بينما تلتزم السلطة التنفيذية بتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحررياتهم العامة، وعليه فإن أن القوانين و التنظيمات التي تخرج عن هذا المبدأ تكون محلا للطعن أمام المجلس الدستوري.

ج- اختصاصات السلطة القضائية العضوية :

إن الفصل في المنازعات سواء كانت الدعاوى المدنية أو الجنائية أو الإدارية هو اختصاص منح الدستور إلى السلطة القضائية، فلا يجوز لها أن تتخلى عن هذا الاختصاص لغيرها من السلطات، كما لا يجوز أن تسند إليها صلاحيات تشريعية في نطاق التجريم و العقاب و الإجراءات، لأن ذلك يتعارض مع قانونية الجريمة و العقاب.

ويترتب على ما تقدم انه لا يجوز لأية سلطة عهد إليها الدستور باختصاص معين التخلي أو تفويض هذا الاختصاص لغيرها من السلطات، وبالتالي لا يكون التفويض ممكنا في الاختصاصات التي عهد بها الدستور إلى جهة معينة إلا بناء على نص صريح منه.

وبعد دراستنا لعيب عدم الاختصاص العضوي ننتقل إلى دراسة عيب عدم الاختصاص الموضوعي.

ثانيا: عدم الاختصاص الموضوعي :

يقصد بعدم الاختصاص الموضوعي أن يكون التصرف الصادر من سلطة معينة من اختصاص سلطة أخرى، فإذا كانت قواعد الاختصاص العضوي تفرض أن تباشر كل سلطة اختصاصاتها بنفسها، فإن قواعد الاختصاص الموضوعي تحدد لكل سلطة ما يتعين أو يحق لها أن تتخذ من تصرفات قانونية في حدود سلطاتها ومخالفة الركن الموضوعي في الاختصاص يشكل عيبا دستوريا بعدم الاختصاص الموضوعي. (13)

ويلاحظ أن أغلب أساتذة القانون الدستوري يخلطون بين هذا الركن وعيب المحل أو الموضوع في التشريع، والفرق بينهما يظهر من خلال بيان اختصاصات كل من السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية الموضوعية.

أ- اختصاصات السلطة التنفيذية الموضوعية :

تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها وفقا للدستور و القانون، وإذا حدد الدستور اختصاصا معيناً وعهد به إلى هيئة من هيئات السلطة التنفيذية أو إلى أحد أعضائها، فإن له وحده دون غيره أن يباشر ذلك الاختصاص، وعلى هذا فلا يجوز للعضو أن يفوض اختصاصاته لغيره إلا إذا نص الدستور أو القانون على جواز التفويض.

ب- اختصاصات السلطة التشريعية الموضوعية :

تعتبر السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور، حيث نصت المادة 122 منه على ما يلي :

إلا أن أغلب الدساتير ميزت بين التشريع العادي (القانون) والتشريع الفرعي (اللائحي)، حيث لا يجوز للسلطة التنفيذية مباشرة أعمال التشريع الفرعي سواء بصورة صريحة أو ضمنية دون سند من القانون. والملاحظ أن بعض الدساتير ومنها الدستور الجزائري قد حددت مجالات أو مواضيع معينة يختص البرلمان بالتشريع بشأنها وترك ما عداها للسلطة التنفيذية، حيث حدد المشرع الجزائري ثلاثين مجالاً للسلطة التشريعية وستة مجالات للتشريع فيها بقوانين أساسية، إضافة إلى الحالات المنتشرة عبر نصوص الدستور.

ويترتب على ذلك أنه إذا شرع في غير المواضيع المحددة له بموجب الدستور طعن بعدم دستوريته لمخالفته الركن الموضوعي في الاختصاص.

ج- اختصاصات السلطة القضائية الموضوعية :

وظيفة القضاء الأساسية تحقيق العدالة في المجتمع وحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين والفصل في المنازعات وتفسير وتطبيق القوانين على الحالات التي تعرض أمامه، وحتى يتمكن القضاء من تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون وبياسر عمله بحيادية ودون أية ضغوط لابد أن يتمتع بقدر من الاستقلالية في ممارسة نشاطاته بما يضمن حسن سير العدالة، والمبدأ أن سلطة القاضي تتجسد في تفسير القانون وتطبيقه، وأن تغيير القاضي للقانون ينبغي أن لا يؤدي إلى إنشاء جريمة أو عقوبة لم ينص عليها الدستور أو القانون. وقد حدد الدستور الجزائري طبيعة عمل وتكوين واختصاصات السلطة القضائية في الفصل الثالث من الباب الثاني في المواد من 138 إلى 158.

ثالثا: عدم الاختصاص الزمني :

قد يضع الدستور قيوداً زمنية على ممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، فإذا لم تحترم هذه الهيئات القيد الزمني في ممارستها هذا الاختصاص تكون قد خرجت على الحد الزمني المحدد دستورياً، كأن يقر البرلمان تشريعاً بعد حله، أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعاً في حالة التفويض بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة للممارسة هذا التفويض وكذلك بانتهاء ولاية رئيس الجمهورية فإنه لا يستطيع أن يباشر أي اختصاص من اختصاصاته التي ينتهي حقه في مباشرتها بانتهاء المدة التي حددها الدستور لمهمته .

ومن أمثلة القيود الزمنية التي جاء بها الدستور الجزائري أن يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين كل سنة، ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل، فإذا أصدر البرلمان قانوناً خارج الدورتين يكون قد خالف أحكام الدستور (14)، وكذلك على رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة.

رابعا: عدم الاختصاص المكاني :

يمارس البرلمان اختصاصاته في المكان الذي يحدده الدستور، فقد حدد الدستور الجزائري أن يعقد البرلمان اجتماعاته في الجزائر العاصمة، ولا يجوز عقدها خارج المكان المحدد إلا في حالة الضرورة، حيث إذا مارس الاختصاص خارج النطاق المكاني المحدد في الدستور فإن التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته لقواعد الاختصاص المكاني.

ومما سبق ، نلاحظ أنه إذا قام عيب عدم الاختصاص الدستوري بمختلف صوره (المكاني والزماني و العضوي و الموضوعي..)، فإن هذا النص التشريعي يكون معيبا بعيب عدم الدستورية ويكون محلا للطعن أمام المجلس الدستوري.

وبطبيعة الحال فإن المجلس الدستوري في الجزائر لا يبحث في العيوب الشكلية إلا بعد النظر والتأكد من خلو التشريع من العيوب الشكلية، ذلك أن العيوب الشكلية تتقدم العيوب الموضوعية، وهو ما سنحاول دراسته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : العيوب الموضوعية :

لا يكفي لاعتبار التشريع دستوريا أن يكون مستوفيا للشكل الواجب إتباعه طبقا للدستور، وإنما يجب أن يكون ذلك التشريع متفقا من حيث الموضوع مع المبادئ التي حددها الدستور في إطار القيود التي وضعها لممارسة السلطة التشريعية لحقها في سن القوانين، وأن يصدر ذلك التشريع غير متجاوزا في غاياته لروح الدستور.

ويمكن تقسيم العيوب الموضوعية إلى نوعين: العيب الذي يلحق محل التشريع (المطلب الأول) وعيب الانحراف بالسلطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : العيب الذي يلحق محل التشريع :

وستتناول في هذا المطلب ماهية عيب محل التشريع (الفرع الأول) وصوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية عيب محل التشريع وتمييزه عن الأوضاع المشابهة له :

محل التشريع هو موضوعه، وموضوع التشريع هو المركز القانوني الذي تتجه إرادة المشرع إلى إحداثه، أي إنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إلغائه.

أولا : ماهية عيب محل التشريع :

ويعني أن يكون محل التشريع متفقا مع روح الدستور ومبادئه العامة ملتزما بالقيود التي تضعها القواعد الدستورية، ومنها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ استقلال القضاء، ومبدأ حماية الحقوق المكتسبة وغيرها من المبادئ الدستورية.

فمنح موظفي جهات إدارية معينة امتيازات وحقوق لا تتناسب مع ما منح لغيرهم من موظفي إدارات الدولة الأخرى، دون أي سند قانوني أو واقعي للتمييز، يترتب عليه خروج المشرع عن مبدأ دستوري مهم وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وهنا نكون بصدد العيب الذي يلحق بمحل التشريع.

ثانيا : تمييز عيب محل التشريع عن الأوضاع المشابهة له :

إن الفروق الجوهرية بين العيب الذي يلحق محل التشريع أو موضوعه وعيب عدم الاختصاص العضوي أو الموضوعي تتمثل في أن الاختصاص الشخصي مفاده أن يمارس الاختصاص شخصا من قبل من منحه الدستور اختصاصا معيناً، أما الاختصاص الموضوعي فهو مرتبط بالجهة الممارسة لموضوع الاختصاص ، أي هل هي السلطة

التشريعية، أم التنفيذية، أم السلطة القضائية، بينما يتعلق موضوع التشريع أو محله بالمضمون التشريعي أو محتواه، ويتضح الفرق بينهما من عدة جوانب:

- إذا منحت السلطة التشريعية اختصاص التشريع إلى السلطة التنفيذية دون نص قانوني، نكون أمام عيب عدم الاختصاص الشخصي.

- وإذا قامت السلطة التنفيذية بعمل تشريعي دون سند من الدستور تحقق عيب عدم الاختصاص الموضوعي.

- وإذا قامت السلطة التشريعية بسن التشريع مخالف لقاعدة دستورية أو أن السلطة التنفيذية أثناء وضعها تشريعات لائحية وخالفت فيه مبدأ أو قاعدة تحقق عيب محل التشريع.

وبعد دراستنا لماهية عيب محل التشريع ننتقل إلى صور عيب محل التشريع .

الفرع الثاني : صور عيب محل التشريع :

تتمثل صور عيب محل التشريع فيما يلي :

- مخالفة مبدأ سمو الدستور (أولاً) - نظرية الضرورة (ثانياً) - مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور (ثالثاً) - مخالفة مبدأ سيادة القانون (رابعاً).

أولاً : مخالفة مبدأ سمو الدستور :

طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية التي يعلوها الدستور ثم القوانين الأساسية فالعادية ثم التنظيمات، ويترتب على ذلك أن كل قاعدة ينبغي أن لا تخالف القاعدة التي تعلوها في المرتبة، حيث يحدد الدستور اختصاصات كل سلطة وكذا العلاقة بين هذه السلطات.

ويراد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، أي أن القانون أو التنظيم يجب أن لا يكون مخالفاً للدستور، وأن يمارس من الجهة التي خولها الدستور وبالحدود التي رسمها.

ثانياً : نظرية الضرورة :

يرد على مبدأ سمو القواعد الدستورية استثناء يعرف بنظرية الضرورة على اعتبار أن المبادئ الدستورية شرعت للظروف العادية، فإذا تعرضت الدولة لخطر جسيم أو ظروف استثنائية كحرب خارجية أو داخلية مثل الكوارث الطبيعية أو أزمات اقتصادية أو عصيان مسلح، فهنا نكون أمام اتخاذ تدابير أو إجراءات استثنائية لمواجهة هذا الظرف، حتى وإن أدى ذلك إلى الخروج على القواعد الدستورية.

وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة نظرية الضرورة منها نظرية الفقه الألماني ونظرية الفقه الفرنسي وأخيراً نظرية الفقه الإسلامي.

أ- نظرية الضرورة نظرية قانونية: يعتبر الفقه الألماني (15) نظرية الضرورة نظرية قانونية، ورتب على ذلك عدة آثار :

- في حالة وجود خطر أو أزمة تهدد سلامة المجتمع و الدولة، فإن للسلطات العامة السلطة التقديرية في اتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير لمواجهة هذا الوضع.

- كل ما تقوم به السلطات العامة في حالة الضرورة يعتبر سليما وقانونيا ومشروعا ولو خالفت الدستور.

- باعتبار نظرية الضرورة نظرية قانونية لا يتولد لأية جهة أو أي فرد الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحقه أثناء اللجوء إلى حالة الضرورة. (16)

ب- نظرية الضرورة نظرية سياسية: اختلف الفقه الفرنسي حول طبيعة نظرية الضرورة بين اتجاهين (17)، منهم من يضيف عليها طابعا قانونيا و البعض الآخر يرى بأنها ذات طابع سياسي.

ويرى الأستاذ هوريو بأن الحكومة فضلا بأن لها الحق في اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الحالة الاستثنائية، من واجبها اتخاذ هذه الإجراءات لحماية الدولة، وبالتالي فإنها لا تخرج عن القانون طالما كانت هذه التدابير من اجل سلامة الدولة. بينما يرى أصحاب النظرية السياسية وهم الغالبية في الفقه و القضاء الفرنسي، إلى أن الضرورة لا تخلق قواعد قانونية ولا تحل محل القوانين القائمة، فالإدارة ينبغي أن تلتزم مبدأ المشروعية في الظروف العادية وغير العادية، ويترتب على المفهوم السياسي لنظرية الضرورة عدة آثار:

- إخضاع نظرية الضرورة لمجموعة من الضوابط و الشروط، وهي أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيق يؤدي إلى وجود خطر جسيم وحال يهدد سلامة و أمن الدولة أو النظام العام. ويجب أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع حالة الضرورة دون أن تتجاوزها.

- خضوع أعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القاضي، حيث يجوز لكل من له مصلحة أن يطعن في إجراءات السلطات الاستثنائية أمام القضاء، بحيث يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إضفاء صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من اجل مواجهة هذا الظرف الاستثنائي شريطة التقيد بالضوابط و الشروط اللازمة.

- أن تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظرف الاستثنائي .

- لكل متضرر من أعمال السلطات الاستثنائية الحق في الحصول على تعويض استنادا لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.

ج- نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي: عرف الفقه الإسلامي نظرية الضرورة في وقت سبق فيه الشرائع الحديثة بعدة قرون، حيث أشارت إليها بوضوح النصوص القانونية و السنة النبوية الشريفة و تقوم نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي على قاعدتين هما:

- المشقة تجلب التيسير: ويقصد بها أن المشقة التي تخرج عن المعتاد تجلب التيسير، و تتحقق هذه المشقة إذا كان من شأن التكليف إيقاع الضرر للمكلف في نفسه أو ماله أو في ما يعد من ضروريات حياته و معاشه كقوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)، وقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه)، ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد أصولية منها (قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، الضرورة تقدر بقدرها).

- لا ضرر ولا ضرار: وقد وردت هذه القاعدة في قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد أصولية منها (الضرر يزال بقدر الإمكان، درء المفسد أولى من جلب المصالح).

ومن تطبيقات حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية أن الخليفة الراشد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قد عطل إنزال حد السرقة في عام الحجة والذي يعرف بعام الرمادة. أما عن تطبيقات نظرية الضرورة في التشريع و القضاء (18)، وقد أقرتها معظم دساتير العالم باعتبارها استثناء عن مبدأ الفصل بين السلطات، حيث نصت عليها المادة 91 من الدستور الجزائري (19) التي تنص على ما يلي: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع."

وعلى الصعيد الدولي، فقد أضفت قواعد القانون الدولي العام الصفة الشرعية على نظرية الضرورة، وأجازت عدم الالتزام بالقواعد الدولية الضامنة للحقوق و الحريات العامة في حالة الطوارئ وفق الشروط موضوعية وضوابط معينة.

ثالثا: مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور :

تتضمن الدساتير مجموعة من القيود لا يجوز للسلطة التشريعية عند ممارستها لمهامها الخروج عن حدودها، وهذه القيود تتراوح بين السعة و التضييق، فقد ينص الدستور صراحة على تحديد موضوع معين تحديدا كاملا دون أن يترك للمشرع سلطة تقديرية في تنظيمه لهذا الموضوع، فمثلا عندما يقرر الدستور مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، فلا يمكن للبرلمان وضع تشريع يخل بهذا المبدأ، فإذا صدر مثل ذلك التشريع فإنه يعد غير دستوري لمخالفته قاعدة دستورية أصلية (مبدأ المساواة بين المواطنين جميعا أمام القانون).

حيث تنص المادة 29 من الدستور الجزائري على أن: (كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي)، الأمر الذي أكدته المادة من القانون 03.06 المتعلق بقانون الوظيفة العامة.

رابعا: مخالفة مبدأ سيادة القانون :

يقصد بمبدأ سيادة القانون خضوع الجميع في الدولة للقانون سواء كانت سلطات عامة أو أفراد في المجتمع بغض النظر عن انتماءاتهم السياسية أو الدينية أو العرقية أو الجنسية، حيث نصت المادة السادسة من الدستور الجزائري على أن الشعب مصدر كل سلطة و السيادة الوطنية ملك للشعب وحده.

المادة 7 : السلطة التأسيسية ملك للشعب.

المادة 8: يختار الشعب لنفسه مؤسسات، غايتها ما يأتي :

- المحافظة على الاستقلال الوطني، ودعمه.

- المحافظة على الهوية، والوحدة الوطنية، ودعمهما.

- حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي و الثقافي للأمة.

- القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.

- حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الاستحواذ أو المصادرة غير المشروعة .

المادة 10: الشعب حر في اختيار ممثليه. لا حدود لتمثيل الشعب إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات.

المادة 31: تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية.

المادة 31 مكرر: تعمل المرأة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة.

المادة 41: حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن.

ويمكن تحديد مظاهر سيادة القانون في جميع سلطات الدولة كافة للدستور :

أ- خضوع السلطة التشريعية للدستور :

يجب على السلطة التشريعية أن تراعي القواعد الدستورية و المبادئ العامة التي تحدد صلاحيات البرلمان، ويكون ذلك من خلال وضع قواعد قانونية عامة ومجردة تطبق على كل من توافرت فيه الشروط القانونية.

ومن ذلك أن يصدر المشرع قانونا يجرم طائفة معينة من حق أو حرية معينة أو منح طائفة معينة امتيازات خاصة، وهنا نكون أمام إخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومن جهة أخرى فإن منح الحصانة البرلمانية لعضو البرلمان لا يعني الخروج عن الغاية الأصلية التي من أجلها تم إقرارها .

ب- خضوع السلطة التنفيذية للدستور و القانون :

ومقتضى ذلك أنه يجب على الإدارة بمختلف هيئاتها احترام الدستور و القانون عند قيامها بمهامها، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا كانت القرارات التي تتخذها السلطات العامة منفذة لقواعد عامة ومجردة، وبخلاف ذلك يتحقق سبب من أسباب الطعن بعد دستورية القوانين إذا ما خالفت الإدارة قاعدة أو مبدأ دستوري، ولكي يتحقق مبدأ سيادة القانون :

- يجب أن تكون هناك حكومة شرعية تضمن سيادة القانون .

- وجود رقابة فعالة على أعمال السلطة التنفيذية سواء كانت رقابة برلمانية أو قضائية (قضاء عادي أو إداري)، إضافة إلى هيئات مستقلة .

- ضمان استقلالية القضاء، حيث تعتبر هذا المبدأ نتيجة طبيعية ومباشرة لضمان مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية فضلا عن مبدأ الفصل بين السلطات وأنها أهم الضمانات الحامية لحقوق و حريات المواطنين.

ج- خضوع السلطة القضائية للدستور و القانون :

نص الدستور الجزائري على الأحكام العامة التي تحكم أعمال السلطة القضائية في الفصل الثالث من الباب الثاني في المواد (138 الـ 158)، ومن أهم المبادئ التي جاءت بها هاته المواد:

- السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون (المادة 138).
- يعهد إلى السلطة القضائية مهمة حماية الحقوق و الحريات العامة (المادة 139).
- يستند القضاء على مبادئ الشرعية و المساواة (المادة 140).
- يحمي القانون المتقاضي من أجل أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي (المادة 150).
- الحق في الدفاع معترف به (المادة 151).

وعليه فإذا خالفت السلطة القضائية أي من هذه المبادئ يعتبر تصرفها مشوبا بعيب عدم الدستورية.

وبعد دراستنا للعيب الذي يصيب محل التشريع يتوجب علينا التطرق إلى عيب الانحراف بالسلطة التشريعية.

المطلب الثاني : عيب الانحراف بالسلطة التشريعية :

يعرف عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة بصفة عامة بأنه استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحياتها بشكل متعمد لتحقيق هدف آخر غير الذي منحت من أجله تلك الصلاحيات، ويعد المشرع منحرفا بالتشريع إذا تعمد الخروج على مقاصد الدستور ومبادئه، وذلك من أجل تحقيق أغراض أو أهداف ذاتية تتعارض مع روح الدستور.

وفي هذا الصدد نتطرق للسلطة التقديرية للسلطة التشريعية (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى صور هذا العيب (الفرع الثاني).

الفرع الأول : السلطة التقديرية للسلطة التشريعية :

يقصد بالسلطة التقديرية للمشرع حرية المفاضلة بين خيارات وحلول موضوعية في موضوع معين، دون أن يفرض عليه الدستور طريقا بذاته يوجب عليه إتباعه. ومن هنا نجد أن البرلمان يملك سلطة تقديرية عند قيامه بإصدار التشريع، ولكن يجب عليه أن لا يمس بأصل الحق أو المبدأ الذي هو موضوع التنظيم التشريعي، وذلك حتى لا يكون القانون مخالفا للدستور، كما أن السلطة التقديرية للمشرع تعد من أهم المسائل التي يجب بحثها، وذلك لمعرفة ما إذا كان المشرع باستعمالها قد هدف إلى تحقيق المصلحة العامة أم لتحقيق أغراض أخرى. وعليه سنحاول معرفة الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون سلطة المشرع مطلقة (أولا) وعندما تكون مقيدة (ثانيا).

أولا : الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون سلطة المشرع مطلقة :

الأصل في الرقابة على دستورية القوانين أنها رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة، و السلطة التقديرية للمشرع لا تعني إطلاق سلطته، ذلك أن السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع تهدف إلى إضفاء شيء من المرونة على أعمال المشرع بهدف تمكينه من معالجة الوقائع العامة وتطوراتها المستقبلية، وبالتالي فإن محل التشريع يجب أن يكون في إطار الأحكام و القيود التي فرضها الدستور.

ثانيا : الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون سلطة المشرع مقيدة :

إذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في ملائمة محل التشريع للحالات والوقائع الراهنة، فإن الدستور يلجأ في كثير من الأحيان إلى تقييد سلطة المشرع لاسيما الثوابت التي يتبناها المشرع الدستوري ويرى فيها أحكام غير قابلة للتقدير أو التغيير بصورة مطلقة.

وقد نص الدستور الجزائري على مجموعة من الثوابت منها المادة الثانية منه على أن الإسلام دين الدولة و المادة الثالثة منه على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية .

كما قضت المادة 178 من القانون 19.08 بأن أي تعديل دستوري لا يمكن أن يمس :

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

وهكذا لم يترك الدستور الجزائري أية سلطة تقديرية للمشرع، حيث إذا صدر أي قانون و لم يحترم فيه المشرع القيود التي فرضها الدستور كان ذلك محلا للطعن أمام المجلس الدستوري.

وهناك حالات تتراوح فيها سلطة المشرع بين التقييد والتقدير في ذات النص القانوني، ومن ذلك ما جاءت به المادة 39 من الدستور (لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون)، وما جاء في المادة 36 (لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي)، وما جاء في المادة 40 (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة السكن..)، فإذا تجاوز المشرع في تنظيمه لهذه الحقوق الحدود التي رسمها الدستور، يكون القانون الصادر عنه معيبا ويخضع لرقابة دستورية القوانين وفق ما ينص عليه الدستور.

وبعد دراستنا طبيعة السلطة التقديرية للمشرع يتوجب علينا بيان صور عيب الانحراف التشريعي.

الفرع الثاني : صور عيب الانحراف بالسلطة التشريعية :

وسنقسم هذا الفرع إلى : مقدمة الدستور وإعلانات ومواثيق حقوق الإنسان (أولا) ثم ملائمة التشريع لنصوص الدستور (ثانيا).

أولا : مقدمة الدستور وإعلانات ومواثيق حقوق الإنسان :

اختلف الفقه في القيمة القانونية لمقدمات الدساتير وإعلانات ومواثيق حقوق الإنسان بين عدة آراء، فالرأي الأول يرى بأن تلك المواثيق ومقدمة الدستور تعتبر القانون الأسمى للدولة وإتباع أحكامها واجب، فهي ملزمة للسلطات العامة، ووجته في ذلك أن مقدمة الدستور تتضمن الأسس و المبادئ التي من خلالها يوضع الدستور مما يجعل احترامها أمر واجب.

أما الرأي الثاني، يرى بأن القيمة الدستورية لمقدمة الدستور تعادل قيمة النصوص الدستورية لأنها تصدر من السلطة التي لها مهمة وضع الدستور، بحيث يجعلها جزءا لا يتجزأ من نصوص الدستور.

أما الرأي الثالث، يذهب إلى أن موثيق حقوق الإنسان ومقدمة الدستور لها قوة القوانين العادية، ويترتب على هذا الرأي أن السلطة التشريعية تملك حق تعديل هذه المبادئ.

ومن خلال هذه الآراء نتوصل إلى حقيقة تتمثل في أنه يمكن البحث عن عدة مبادئ في مضمون مقدمة الدستور، وبالتالي كلما كان أمر استخلاص قاعدة دستورية ممكنا من مقدمة الدستور فينبغي إعمالها، وهذا أمر متروك للمجلس الدستوري لاستخلاص القواعد الدستورية من مقدمة الدستور. أما الموثيق و المعاهدات الدولية، فالقاعدة أن المعاهدة الدولية متى تم المصادقة عليها من قبل الدولة تصبح واجبة التطبيق.

ثانيا: ملائمة التشريع لنصوص الدستور:

يرتبط عيب الانحراف التشريعي أساسا بالغاية من التشريع وهي المصلحة العامة، ولا يتصور تحقق هذا العيب في الحالة التي يمنح فيها الدستور سلطة تقديرية للمشرع في مجال معين من التشريع، ففي هذه الحالة يكون للمشرع اختيار عدة فروض وحلول تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا انحرف عنها واستهدف غيرها فإن المشرع يكون قد انحرف بسلطته التشريعية.

ويتحقق عيب الانحراف التشريعي إما إلى طبيعة التشريع ذاته أو مجاوزة التشريع للغاية المرجوة منه، وكذا ضمان الحقوق و الحريات العامة:

- تتضمن طبيعة التشريع قواعد عامة مجردة، فإذا أصدرت السلطة التشريعية تشريعا معيناً يطبق على حالة فردية، فإن قام المشرع بعدم احترام الغرض يعد هذا التشريع معيبا بعيب الانحراف التشريعي.

- يمكن تقسم الحقوق و الحريات العامة إلى نوعين، الأول لا يستطيع المشرع تقييده كالمساس بمبدأ المساواة بين المواطنين، أما النوع الثاني يستطيع المشرع تنظيمها من أجل تمكين الأفراد من التمتع بها كحرية الرأي وحق التملك، وعليه فإذا صدر تشريع يفرض قيودا كبيرة على حرية ممارسة الشعائر الدينية كان التشريع باطلا. إضافة إلى ضرورة احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها دون ضرورة أو بغير تعويض.

يستخلص مما سبق، أن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر من أنجح الوسائل التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية سيادة القانون والتي تجد أساسها في الدستور .

ويتبين بأن إنشاء مجلس دستوري يعنى بالرقابة على دستورية القوانين يعتبر من حيث المبدأ مكسبا يستحق التقدير، لأن في وجود هذا المجلس يعتبر من ضمانات الحقوق والحريات العامة التي جاء بها الدستور .

ومن خلال دراستنا لموضوع أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين، يتضح لنا أن الدستور يخضع سلطة التشريع لمجموعة من القيود، والتي يتعين عليها احترامها خلال قيامها بمهامها في مجال التشريع، فإذا خرجت هذه الهيئة عن القيود المحددة كان القانون الصادر عنها مخالفا للدستور ويصبح محلا للطعن بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، هذا الأخير يتوجب عليه البحث في العيوب الشكلية (عدم الاختصاص العضوي، عدم الاختصاص الموضوعي...) قبل الانتقال إلى العيوب الموضوعية (العيوب الذي يلحق محل التشريع، عيب الانحراف بالسلطة التشريعية...).

فإذا اعتبرنا أن المجلس الدستوري هيئة سياسية تسند لها مهمة الفصل في مدى دستورية القوانين متى تم إخطارها من الجهات المحددة فالسؤال المطروح ما هي مكانة القضاء الدستوري في التنظيم القانوني الجزائري؟.

المراجع :

1- في الواقع لا يطرح موضوع الرقابة على دستورية القوانين إلا في ظل الدستور الجامد دون الدستور المرن، ذلك أن الدستور الجامد يتطلب في تعديله إجراءات خاصة اشد تعقيدا من تلك التي تعدل بها القوانين العادية بينما لا يتطلب الدستور المرن كالمجتمرا مثلا إجراءات خاصة في تعديله، وإنما يعدل بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، انظر شيحا إبراهيم عبد العزيز، النظام السياسي و القانون الدستوري دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص.207.

-Cf.G.BURDEAU, Traité de science politique, Tome4, Le statut du pouvoir dans L'Etat ,2éme édition, L.G.D.J, Paris, 1969, P.365.

2- رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مطابع دار النشرة، القاهرة، 2004، ص.560.

3- نص المادة 127 من الدستور الجزائري.

4- شيحا إبراهيم عبد العزيز، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص.526؛ انظر، انس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص.112.

5- يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، نشرية صادرة عن شركات الخدمات التشريعية ومعلومات التنمية، طبعة 2000.

6- البنا محمود عاطف، الوجيز في القانون الدستوري، شركة مطابع الطوبجي، بدون سنة طبع، ص.71.

7- نص المادة 116 من الدستور الإسباني لعام 1996 .

8- نص المادة 117 من الدستور الجزائري.

9- بدير علي محمد، اللامي مهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1993، ص.418.

10- شيحا إبراهيم عبد العزيز، النظام السياسي و القانون الدستوري...، المرجع السابق، ص.745.

- 11- نص المادة 87 من القانون رقم 08-19 المتضمن التعديل الدستوري.
12-77 و78 و91 و93 و95 و97 و124 و126 و127 و128 من الدستور الجزائري.
علي محمد بدير، المرجع السابق، ص.424.
13- المادة 118 الفقرة الأولى من الدستور الجزائري.
14- بسيوني عبد الرؤوف هاشم، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص.259.
15- القانون الجنائي الدستوري، ص.585.
17- فهمي عمر حلمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي و البرلماني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 1980، ص.376.
18 - تجد نظرية الضرورة أساسها أيضا في القانون الجزائري، ففي حالة الدفاع الشرعي لا يسأل جزائيا من ارتكب فعلا يدفع به الخطر على نفسه أو غيره في النفس أو المال.
19 - وكذا المواد (92 و93 و94 و95 و96 و97 من الدستور الجزائري.

شروط حظر الممارسات و الأعمال المُدبّرة في قانون المنافسة " دراسة مقارنة"



من إعداد نادية لاکلي : طالبة في سنة اولى دكتوراه

تخصص قانون الاعمال المقارن بكلية الحقوق جامعة وهران

باحثة في مخبر القانون الاقتصادي و البيئية ، جامعة وهران – الجزائر-

خطة البحث :

المقدمة.

الباب الأول : حظر الممارسات و الأعمال المُدبّرة .

الفصل الأول : شروط حظر الممارسات و الأعمال المُدبّرة .

المبحث الأول : التواطؤ بين عدة مؤسسات .

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالتواطؤ .

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالمؤسسات .

المبحث الثاني : ضرورة المساس بالمنافسة في السوق .

المطلب الأول : تحديد السوق .

المطلب الثاني : المساس بالمنافسة .

الفصل الثاني : أمثلة عن الممارسات و الأعمال المُدبّرة .

المبحث الأول : الممارسات و الأعمال المُدبّرة التي تهدف إلى تقليص عدد المتنافسين .

المطلب الأول : المقاطعة.

المطلب الثاني : اقتسام الأسواق .

المطلب الثالث : التواطؤ بمناسبة اللجوء إلى عروض عمومية.

المبحث الثاني : الممارسات و الأعمال المُدبّرة التي تهدف إلى الحد من حرية المتنافسين .

المطلب الأول : تحديد الأسعار و الهوامش .

المطلب الثاني : بند عدم المنافسة .

المطلب الثالث : شبكات التوزيع .

الباب الثاني: تبرير الممارسات و الأعمال المدبّرة.

الفصل الأول: ميدان تطبيق التبرير .

المبحث الأول: التبرير الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي .

المطلب الأول: طبيعة النص .

المطلب الثاني: علاقة السببية بين النص و الممارسة المحظورة .

المبحث الثاني: التبرير الناتج عن التقدم الاقتصادي .

المطلب الأول: الشروط الإيجابية.

المطلب الثاني: الشروط السلبية .

الفصل الثاني: العقوبات الردعية للممارسات و الأعمال المدبّرة.

المبحث الأول: العقوبات المطبّقة من قبل مجلس المنافسة .

المطلب الأول: إصدار الأوامر.

المطلب الثاني: الغرامات المالية.

المبحث الثاني: العقوبات المطبّقة من قبل الجهات القضائية .

المطلب الأول: العقوبات المطبّقة من قبل الجهات القضائية المدنية.

المطلب الثاني: العقوبات المطبّقة من قبل الجهات القضائية الجزائية .

الخاتمة .

ملخص البحث :

يتعلق موضوع البحث بنوع من التصرفات القائمة من قبل بعض الأعوان الاقتصاديين و التي من شأنها عرقلة المنافسة في السوق. و لعل أهم ما يُميز هذه الممارسات هو طابعها الضمني البحث و الذي شد انتباهي لاختيار هذا الموضوع دون سواه.

يتعلق الموضوع ب "شروط حظر الممارسات و الأعمال المدبّرة في قانون المنافسة، قائمة بذلك بدراسة مقارنة فيما بين القانون الجزائري، الفرنسي و القانون الأوروبي.

و ارتأيت أن أقسم البحث إلى قسمين رئيسيين، يشتمل الأول على ميدان تطبيق حظر الممارسات المدبّرة مع إعطاء بعض الأمثلة المجسدة على أرض الواقع، بينما يشتمل القسم الثاني على ميدان تبرير هذه الممارسات و العقوبات الردعية لها.

بالنسبة للقسم الأول سنتطرق أولا إلى ميدان تطبيق الحظر، أي ما هي الشروط الواجب توافرها من أجل حظر الممارسات المدبّرة؟

يشترط في هذا السياق شرطين أساسيين ألا و هما: ضرورة وجود التواطؤ بين عدة مؤسسات، و ضرورة المساس بالمنافسة في السوق.

يؤدي بنا الشرط الأول إلى التعرف أولا على أشكال التواطؤ، ثم على الشروط المتعلقة بالمؤسسات.

يأخذ التواطؤ ثلاثة أشكال و هي :

1. الاتفاق : و الذي يعرف بأنه التعبير عن الإرادة المشتركة من قبل مؤسسات مستقلة عن بعضها البعض من أجل إتباع سلوك معين في السوق، و بالتالي يتم استبعاد التصرفات أحادية الجانب عن هذه الدراسة.

2 . قرارات رابطات المؤسسات : و هي عبارة عن مجموعة من الأشخاص يمتلك كل منهم مؤسسة و لكن تؤخذ القرارات بصورة جماعية و عادة ما تؤخذ هذه الأخيرة من قبل نقابة مهنية.

3 . الممارسات المدبرة : و التي تشكل المحور الرئيسي لهذه الدراسة، و تعتبر اتفاقا ضمينا تتبع من خلاله المؤسسات المعنية سلوكا متناسقا في السوق دون وجود أية رابطة قانونية فيما بينها، بهدف عرقلة المنافسة. و من هنا يتجلى الفرق بين الاتفاق الذي يركز أساسا على التقاء الإرادات، و بين الممارسة المدبرة التي تركز على السلوك في حد ذاته. و لكن هذا لا يعني غياب عنصر الإرادة في الممارسة المدبرة، غير أنه يظهر كعنصر خفي لا يمكن اكتشافه إلا من خلال السلوك في حد ذاته.

بعدها تعرفنا على أشكال التواطؤ، نتساءل حول كيفية إثبات هذا الأخير. علما أنه يتعلق الأمر هنا بالإثبات الاقتصادي نظرا لاعتبار هذه الممارسات ظاهرة اقتصادية بحتة.

يتم إثبات التواطؤ إما من خلال الأدلة المباشرة أو الأدلة غير المباشرة.

و تتمثل الأدلة المباشرة في الاتصالات المباشرة بين المؤسسات المعنية لاسيما تلك المتعلقة بتبادل المعلومات حول الأسعار، أو من خلال انضمامها إلى اجتماعات منافية للمنافسة.

في حالة غياب الأدلة المباشرة، تستند سلطات المنافسة إلى الأدلة غير المباشرة أو ما يسمى بـ "القرائن"، و لعل أهم قرينة يُستند عليها في الممارسات المدبرة هي " توازي التصرفات"، و المتمثل في التصرفات المتناسقة في نفس السوق. و لكن تجدر الملاحظة إلى أنه لا يشكل هذا التوازي قرينة في كل الأحوال، لاسيما عندما يكون ناتجا عن هيكلية السوق " مثلما هو الحال بالنسبة لسوق الأقلية"، أو عن المصلحة الخاصة للمؤسسة.

أما فيما يخص الشروط المتعلقة بالمؤسسات، فتتمثل في الاستقلالية من جهة و ممارسة النشاط الاقتصادي من جهة أخرى.

و يقصد بالاستقلالية: ضرورة قيام الممارسات المدبرة من قبل مؤسسات متواجدة في وضعية تنافسية فيما بينها، و تتجلى هذه الاستقلالية من خلال حرية اتخاذ القرارات، و هذا ما يؤدي إلى استبعاد الممارسات القائمة بين الشركة الأم و فروعها.

بينما يقصد بممارسة النشاط الاقتصادي: ضرورة مزاولة المؤسسات المعنية لنشاطات الإنتاج أو الخدمات أو التوزيع أو الاستيراد بصفة دائمة، و بالتالي لا يركز الحظر على عنصر تحقيق الربح بما أنه يُطبق على الجمعيات في حالة تقييدها للمنافسة، كما لا يُقصى أي قطاع من نطاق الحظر، بما فيه القطاع العمومي أو الاجتماعي، في حالة مزاولته للنشاط الاقتصادي.

أما فيما يخص الشرط الثاني يتمثل في ضرورة المساس بالمنافسة في السوق، و يؤدي بنا هذا الشرط إلى دراسة معايير المساس بالمنافسة من جهة، و تحديد السوق من جهة أخرى.

تتمثل معايير المساس بالمنافسة في الموضوع المنافي للمنافسة و، أو الأثر المنافي للمنافسة. و من الملاحظ أنني استعملت عبارة " و أو" نظرا للطابع التناوبي لهذين المعيارين.

يقصد بالموضوع المنافي للمنافسة: الهدف المنشود من قبل المؤسسات المعنية، دون الأخذ بعين الاعتبار نية الأطراف. بينما يقصد بالأثر المنافي للمنافسة: النتيجة المتحصل عليها من هذه الممارسات و المتمثلة في تقييد المنافسة، أخذاً بعين الاعتبار الأثر الحالي و الاحتمالي على حد السواء.

أما فيما يتعلق بتحديد السوق، فيتجلى ذلك من ناحيتين:

سوق المنتجات و الخدمات: و تتمثل في السلع أو الخدمات المعروضة من قبل المؤسسات، شريطة أن تكون قابلة للاستبدال فيما بينها، و تكمن القابلية في الاستبدال في ضرورة إشباع هذه السلع أو الخدمات لنفس الطلب في نفس السوق.

السوق الجغرافية: و المتمثلة في الفضاء الداخلي الذي تُمارس فيه المنافسة، أي الإقليم الجغرافي الذي تُعرض فيه السلع أو الخدمات من قبل الأعوان الاقتصاديين.

بعد أن تطرقنا إلى شروط حظر الممارسات المدبرة، سنستدرج بعض الأمثلة المجسدة على أرض الواقع. فنكون بصدد نوعين من هذه الممارسات:

الممارسات التي تهدف إلى الحد من عدد المنافسين و تلك التي تهدف إلى الحد من حرية المنافسين. " . بالنسبة للنوع الأول و المتمثل في الممارسات التي تهدف إلى الحد من عدد المنافسين: تكمن أساساً في المقاطعة و اقتسام الأسواق.

و تعتبر المقاطعة رفضاً جماعياً في التعامل مع مؤسسة معينة تعرض منتجاتها أو خدماتها في السوق.

بينما يتجلى اقتسام السوق من خلال قيام المؤسسات المعنية بتوزيع السوق فيما بينها لتعزيز وضعيتها، فتمتنع كل مؤسسة من منح أية رخصة إنتاج أو توزيع في إقليم آخر.

أما فيما يخص النوع الثاني من الممارسات و المتمثل في تلك التي تحد من حرية المنافسين: فتكمن لاسيما في تحديد الأسعار أو الهوامش، أو من خلال شبكات التوزيع.

يقصد بتحديد الأسعار و الهوامش: قيام المؤسسات المعنية بتثبيت أسعار المنتجات أو الخدمات من خلال تبادل المعلومات حولها، مما يساهم في التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

أما عن شبكات التوزيع: فهي تلك الشبكات التي يتم من خلالها توصيل المنتجات من المنتج إلى المستهلك. و نفرق في هذا المجال بين التوزيع الحصري الذي يمنح من خلاله المنتج الحق في توزيع منتجاته في إقليم معين و خلال مدة معينة من قبل بعض الموزعين، و بين التوزيع الانتقائي الذي يركز على انتقاء بعض الموزعين حسب المعايير المطلوبة من قبل المنتج، و غالباً ما تستعمل هذه الكيفية بالنسبة للمنتجات ذات الجودة العالية.

فيظهر التقييد هنا من خلال الحد من حرية المنافسين الجدد في دخولهم السوق.

بعد أن تطرقنا إلى شروط حظر الممارسات المدبرة مع إعطاء بعض الأمثلة عنها، نتطرق الآن إلى القسم الثاني الذي يشتمل على ميدان تبرير الممارسات المدبرة و العقوبات الردعية لها.

فيما يخص ميدان تبرير هذه الممارسات، يُشترط وجود نص تشريعي أو تنظيمي من جهة و المساهمة في التقدم الاقتصادي من جهة أخرى.

يتمثل الشرط الأول في ضرورة وجود نص تشريعي أو تنظيمي شريطة أن يُتخذ هذا النص لتطبيق قانون يسمح بقيام هذه الممارسات، كما يجب أن يهدف النص إلى تبرير الممارسة في جزء من القطاع الاقتصادي و ليس القطاع كله.

بينما يكمن الشرط الثاني في ضرورة مساهمة المؤسسات المعنية في التقدم الاقتصادي من خلال هذه الممارسات. و نظرا لعدم وجود مفهوم معين للتقدم الاقتصادي، يتم تقدير هذا الأخير من خلال ظروف السوق كتحسين التشغيل، تحسين التوزيع، تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة... الخ... و أخيرا سنتستدرج العقوبات الردعية لهذه الممارسات فنفرق بين العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة و تلك الصادرة عن الهيئات القضائية.

بالنسبة للعقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة: تتمثل أساسا في إصدار الأوامر و فرض غرامات مالية. تتجلى العقوبة الأولى في إصدار الأمر بتجنب بعض الممارسات، أو بتعديل البنود التعاقدية و كذلك إصدار الأمر باتخاذ بعض الإجراءات من قبل المؤسسات المعنية. علما انه لا يحق لمجلس المنافسة التدخل في هيكل المؤسسة. كما يمكن لمجلس المنافسة فرض غرامات مالية: و تعتبر هذه الأخيرة عقوبة وقائية و تأديبية في نفس الوقت. و تقدر بنسبة 12 بالمائة من رقم الأعمال الإجمالي للمؤسسة. و تجدر الملاحظة إلى وجود "إجراء الرأفة" الذي يسمح بالإعفاء الكلي أو الجزئي من العقوبة في حالة الاعتراف بالممارسة من قبل احد الأطراف. أما عن العقوبات الصادرة عن الهيئات القضائية: فنفرق بين تلك الصادرة عن الجهات المدنية و تلك الصادرة عن الجهات الجزائية.

تتمثل العقوبات المدنية: في البطلان من جهة و التعويض من جهة أخرى. علما انه يتعلق الأمر هنا بالبطلان المطلق نظرا لمساس الممارسة للمصلحة الاقتصادية العامة، كما يمكن إبطال فقط البنود المنافية للمنافسة دون العقد ككل.

أما التعويض: فلقد نصت عليه المادة 48 من الأمر 03-03 بصورة ضمنية، و تترك السلطة في تقديره لقاضي الموضوع حسب ظروف السوق.

أما فيما يخص العقوبات الجزائية: فلقد أدرج المشرع الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الجرائم المتعلقة بالمضاربة غير المشروعة في المادة 172 من ق. العقوبات و التي تنص على الحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات بالإضافة إلى الغرامة المالية.

المقدمة:

رغم انتهاج الجزائر سابقا للنظام الاشتراكي هيمنت من خلاله و لفترة مُعتبرة من الزمن على المجال الاقتصادي، إلا أنه فرضت عليها ظاهرة العولمة تحولات جذرية أرغمتها على فتح المجال للمبادرة الخاصة للمؤسسات و ذلك من خلال تكريس مبدأ حرية المنافسة.

تُعرّف المنافسة بأنها " تسابق أو تضارب المصالح بين عدة أشخاص يتبعون نفس الهدف¹ ". و تعتبر المنافسة من المتطلبات الجوهرية التي يركز عليها الاقتصاد الحر، و ركيزة لتطوير الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الجزائر منذ أواخر الثمانينات، و هذا ما يُفسر اهتمام المشرع الجزائري بها حيث كرس مبدأ المنافسة الحرة من خلال الأمر رقم 95-206². ف جاء هذا الأخير من أجل وضع قواعد و أسس المنافسة بدل التشريع القديم الملغى و المتعلق

¹ L.-X. HUGUNIN –VUILLEMIN, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles au sein des marchés de l'Union Européenne, États-Unis et du Canada: perspectives d'un droit antitrust international*, mémoire présenté en vue de l'obtention du grande Maitrise en droit des affaires, université de Montréal 2003-2004, P. 1. ² المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. 22 فيفري 1995، ع. 9، ص. 13.

بالأسعار¹، و يعتبر من النصوص الرسمية التي تبنت بصورة ضمنية مبدأ حرية المنافسة قبل أن يتبناه بصراحة دستور 16 نوفمبر 1996². و لكن أمام النقائص التي تضمنها هذا الأمر، لاسيما في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة، أصبح لزاما على المشرع تعديله لكي يتماشى مع التطورات الراهنة في المجال الاقتصادي. و هذا ما تم فعلا من خلال الأمر رقم 03-03³، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-12⁴ الذي نظم قواعد المنافسة الحرة و وسائل حمايتها من الممارسات المقيدة لها، و أخيرا القانون رقم 10-05⁵، الذي رغم التعديلات الطفيفة التي جاء بها، إلا أنه سد بعض الفراغات.

و يمكن القول أنه لا تُشكل المنافسة هدفا في حد ذاتها و إنما وسيلة لتحقيق الفعالية الاقتصادية، و تجسيد مبدأ حرية التجارة و الصناعة على أرض الواقع⁶. و يكمن هذا الأخير في حرية كل شخص في إنشاء مؤسسة لاجتياح عالم السوق. و لكن رغم قيام قانون المنافسة على هذا المبدأ الجوهرى الذي يساهم في ترقية و إنعاش الاقتصاد الوطنى من خلال تعدد العملاء الاقتصاديين، إلا أنه قد تؤدي الحرية الاقتصادية المطلقة و غير المنظمة قانونا إلى نتائج عكسية تقضي على المنافسة الحرة طبقا للمقولة المشهورة " المنافسة تقتل المنافسة " من خلال بعض التصرفات التي قد تعرقل السير المنتظم للسوق.

فيعتبر إقصاء المنافسة أحد النتائج الرئيسية المرتبطة بجرية المنافسة، و بالتالي اضطرت معظم التشريعات إلى التدخل من أجل مراقبة التبادلات المستنبطة في السوق، بهدف الوقاية من التعديلات الهيكلية التي قد تطرأ على السوق من جراء تصرفات بعض العملاء الاقتصاديين التي تهدف الي تقييد المنافسة، او ما يسنى ب " الممارسات المقيدة للمنافسة".

و يُقصد بالممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة تلك التصرفات الصادرة عن بعض المؤسسات بهدف عرقلة المنافسة في السوق و بالتالي الإخلال بالنظام العام الاقتصادي، و يلعب قانون المنافسة دورا فعّالا في ردع هذه الممارسات حيث تُطبّق قواعده على كل العلاقات المكونة للسوق أو ما يُسمى " بالعلاقات الجماعية للمنافسة"⁷.

فيسمح تعدد العملاء الاقتصاديين في نفس السوق إلى محاولة هؤلاء في التواطؤ فيما بينهم بهدف عرقلة المنافسة، و يكون ذلك من خلال الاتفاقات و لكن يجب أن تؤخذ هذه الأخيرة بمفهومها الواسع حيث تنبثق منها أنواعا أخرى من التواطؤ، كالممارسات و الأعمال المدبرة التي هي عبارة عن تصرفات جماعية في السوق، تهدف من خلالها المؤسسات المعنية إلى تحقيق أرباح من خلال إقصاء منافسيها من السوق أو من خلال منع دخول منافسين جدد و لكن تتميز بطابعها الضمني مقارنة بالاتفاقات.

¹ قانون رقم 89-12 المؤرخ في 5 يوليو 1989 المتعلق بالأسعار، ج. ر. 19 يوليو 1989، ع. 29، ص. 639.

² ج. ر. 8 ديسمبر 1996، ع. 76، ص. 10، حيث تنص المادة 37 منه على أنه: " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون ".

³ المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. 20 جويلية 2003، ع. 43، ص. 2.

⁴ المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. 2 يوليو 2008، ع. 36، ص. 11.

⁵ المؤرخ في 15 غشت 2010 المتعلق بالمنافسة، ج. ر. 18 غشت 2010، ع. 46، ص. 10.

⁶ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR 2009, p. 7.

⁷ J.B. BLAISE, *Droit des affaires: commerçants, concurrence distribution*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000, p. 302, n° 602.

و لقد نص المشرع الجزائري على الممارسات و الأعمال المُدبَّرة لأول مرة في المادة السادسة من الأمر 03-03 حيث تنص على أنه " تحظر الممارسات و الأعمال المُدبَّرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه...". و من الملاحظ أنه اتبع المشرع نفس الاتجاه الفرنسي و الأوروبي، غير أنه استعمل المشرع الفرنسي عبارة " الأعمال المُدبَّرة " ¹ بينما استعمل القانون الأوروبي ² عبارة " الممارسات المُدبَّرة " ³.

و يلاحظ من استقراء نص المادة أنه لم يُعرف المشرع الممارسات و الأعمال المُدبَّرة، على غرار نظيره الفرنسي و الأوروبي، و إنما اكتفى بتعداد أشكال الاتفاقيات التي يمكن ممارستها من قبل بعض الأعوان الاقتصاديين. و تُركت هذه المسألة للاجتهادات القضائية و الفقهية. كما أنه لا يتم حظر الممارسات و الأعمال المُدبَّرة بمجرد اكتشافها في السوق، و إنما يتوجب توافرها على بعض الشروط.

و لكن بما أنه يهدف قانون المنافسة إلى حماية هذه الأخيرة من جهة و تحسين التقدم الاقتصادي من جهة أخرى، فإنه من الطبيعي أن يتضمّن بعض التنازلات. حيث لا يعتبر حظر الممارسات و الأعمال المُدبَّرة مطلقا، و إنما تم تخفيفه من خلال بعض الاستثناءات و هذا ما يُضفي الطابع المرن على قواعد المنافسة التي تعد قواعد رديّة من جهة و تبريرية من جهة أخرى ⁴.

و يلاحظ من استقراء نص المادة أنه لم يُعرف المشرع الممارسات و الأعمال المُدبَّرة، على غرار نظيره الفرنسي و الأوروبي، و إنما اكتفى بتعداد أشكال الاتفاقيات التي يمكن ممارستها من قبل بعض الأعوان الاقتصاديين. و تُركت هذه المسألة للاجتهادات القضائية و الفقهية. كما أنه لا يتم حظر الممارسات و الأعمال المُدبَّرة بمجرد اكتشافها في السوق، و إنما يتوجب توافرها على بعض الشروط.

الباب الأول: حظر الممارسات و الأعمال المُدبَّرة :

تُشكل الممارسات و الأعمال المُدبَّرة خطورة على المنافسة في السوق كباقي أشكال التواطؤ، بل تعتبر الأكثر خطورة نظرا لطابعها الخفي الذي قد يصعب من خلاله إثبات الواقعة المُجرّمة. و لكن لا تعتبر هذه الممارسات محظورة بمجرد تواجدها في السوق و إنما يُفترض توافرها على بعض الشروط.

¹ Art. L.420-1 du C. com. modifié par l'art. 52 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles réglementations économiques* « N.R.E. », J.O.R.F. n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776: « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions... ». www.légifrance.fr.

² المتعلق بالمجموعة الأوروبية

³ Art. 101 § 1 du T.F.U.E. « anciennement art. 81 § 1 du traité C.E. », J.O.U.E. n° C 115-47, du 9 mai 2008, p. 42: « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur... ». www.eur-lex.europa.eu.

⁴ M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 25, n° 17.

الفصل الأول: شروط حظر الممارسات و الأعمال المدبرة :

يفترض حظر الممارسات و الأعمال المدبرة وجود تواطؤ بين مؤسستين أو عدة مؤسسات تمارس نشاطا اقتصاديا بصورة مستقلة عن بعضها البعض، بهدف تقييد المنافسة في السوق المعنية سواء من خلال موضوعها أو أثرها المنافي للمنافسة.

المبحث الأول: التواطؤ بين عدة مؤسسات :

من أجل تحديد ميدان تطبيق حظر الممارسات و الأعمال المدبرة، يتوجب أولا التعرف على هذه الأخيرة من خلال تمييزها عن باقي أشكال التواطؤ و تبيان كيفية إثباتها من جهة، و تحديد طبيعة القائمين بها من جهة أخرى.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالتواطؤ :

ينص المشرع الجزائري في المادة السادسة من الأمر رقم 03_03 على أنه: " تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية....." نلاحظ عدم إعطاء المشرع لمفهوم الممارسات و الأعمال المدبرة، بل اكتفى بذكرها كشكل من أشكال التواطؤ.

يفترض التواطؤ المحظور، بصفة عامة، وجود تطابق الإيرادات بين مؤسسات مستقلة بهدف إتباع مجموعة من التصرفات المشتركة في السوق بهدف إحداث خلل تنافسي¹. و لكن يسمح مصطلح "الممارسة أو العمل المدبر" بالتطرق إلى أشكال التواطؤ الأكثر ليونة، أي " السماح بتجاوز الوضعيات القانونية الشكلية و الظاهرة لمحاولة إدراك الوضعيات الاقتصادية الواقعية "².

أولا: الاتفاق :

يُعرف الاتفاق بأنه تعبير عن إرادة مشتركة من قبل مؤسسات مستقلة بعضها عن بعض، من أجل إمكانية التقرير عن سلوكهم في السوق.³ و يُعرف بعض الفقه⁴ الاتفاق بأنه " تطابق إرادات مجموعة من المؤسسات المستقلة حول سياسة مشتركة ". و عليه يفترض الاتفاق تطابق الإيرادات الحرة و المدركة بين عدة مؤسسات، بينما يتنافى مع التصرفات أحادية الجانب⁵.

رغم استبعاد التصرفات الأحادية الجانب عن نطاق الحظر المتعلق بالاتفاقات و الممارسات المدبرة، إلا أنه قد تجدد سلطات المنافسة صعوبة في التمييز بين السلوك الأحادي الجانب و بين ذلك الناتج عن تواطؤ. و لعل أبرز مثال في هذا المجال في اتفاقات التوزيع التي يقوم من خلالها المورد باقتناء بعض الموزعين المعتمدين من أجل توزيع منتوجاته ،

¹ M. CHAGNY ,*op. cit.*, p. 478, n° 488.

² L.ARCÉLIN, *op. cit.*, p.79, n°104: « ... de dépasser les situations juridiques formelles et visibles pour essayer d'appréhender les situations économiques concrètes .».

³ M.-C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J, 2008, p. 69, n°66.

⁴ A. MURAT, *Notions essentielles d'économie politique*, 2^{ème} éd., Sirey 1967, p. 117.

⁵ Y. REMHARD, J-P. CHAZAL, *Droit commercial*, 6^{ème} éd., Litec 2001, p. 134, n° 162.

فهل يُشكل هذا التصرف سلوكا أحادي الجانب أم ثمة معايير يُستند إليها من أجل تكييف التصرف بالسلوك التواطئي؟.

اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي¹ أنه يُشكل انضمام الموزعين إلى الشبكة قبولا ضمنيا على السياسة المتبعة من قبل صاحبها، و في حالة احتواء هذا الاتفاق على بنود منافية للمنافسة فإنه يطبق الحظر على جميع أطرافه دون استثناء. كذلك أكدت سلطات القانون الأوروبي² على أنه لا تُشكل الدعوة المُوجهة من قبل المُورد إزاء أعضاء شبكته تصرفا أحادي الجانب و إنما اتفاقا بمعنى الكلمة لاسيما عندما تُدرج هذه الدعوة ضمن مجموعة من العمليات التجارية المُستمرّة منظمّة من خلال اتفاق عام مُسبق.

وتُقسّم الاتفاقات إلى: اتفاقات أفقية و أخرى عمودية، حيث يجمع الاتفاق الأفقي مؤسسات متواجدة في نفس السلسلة الاقتصادية، كالاتفاق بين موزعين، في حين يجمع الاتفاق العمودي مؤسسات متواجدة في وضعيات مختلفة من السلسلة الاقتصادية، كالاتفاق بين منتجين و موزعين³.

ثانيا: قرارات رابطات المؤسسات :

تجدر الملاحظة بادئ الأمر أنه انفرد القانون الأوروبي بالتطرق إلى هذا النوع من التواطؤ دون التشريعين الجزائري و الفرنسي، و لكن لم يقدم القانون الأوروبي تعريفه و إنما تركت هذه المسألة للاجتهادات الفقهية و لم تتطرق هذه الأخيرة بدورها لمفهومه.

تعتبر قرارات رابطات المؤسسات شكلا من أشكال التواطؤ. و تتمثل في منظمات بإمكانها التأثير على النشاط الاقتصادي للمؤسسات التي تجمعها من خلال قراراتها، و تدخل في نطاق هذه القرارات قرارات التنظيمات المهنية، قرارات البث الأوروبي، القرارات الزراعية.....⁴.

ثالثا: الممارسة أو العمل المُدبر :

يمكن أن تتخذ الاتفاقات المنافية للمنافسة طابعا غير شكلياً، أي أنها لا تتجسد من خلال تصرف قانوني ظاهر و لا يظهر رضاء المتعاقدين بشكل جلي، و يتعلّق الأمر هنا بالممارسة أو العمل المُدبر. و يؤدي بنا هذا المصطلح إلى ضرورة حظر التصرفات الجماعية المُقيّدة للمنافسة رغم أنها لا تأخذ شكلا قانونياً ظاهراً.

تتميز الممارسة المُدبرة بالتصرفات المُتناسقة بين المؤسسات دون وجود أي اتفاق قانوني، فتمتنع المؤسسات عن التنافس و لكن مع إخفاء التواطؤ. و بالتالي تُعد الممارسة أو العمل المُدبر شكلا من أشكال الاتفاق و التي تقبل من

¹ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 99 -D-31, 18 mai 1999, *Secteur des garnitures de freins pour poids lourds*, Rapport pour 1999, p. 337, Voir aussi: décision du Cons. Conc. Fr. n° 89-D-14, 15 avr. 1989, *Carburants corse*, Rapport pour 1989, p. 104. www.autaritedelaconurrence.fr.

² T.P.I.C.E. 6 juillet 2000, aff. T-62/98, Rec. 2000, p. II-2707. www.eur-lex.europa.eu.

³ J.P. BERTREL, T. BONNEAO, M-J. CAMPANA, C. COLLARD, G. GURY, *Droit de l'entreprise : l'essentiel pour comprendre* ; éd. Lamy 2001, p. 483.

⁴ L.ARCÉLIN, *op.cit.*, p.85, n°111.

خلاله المؤسسات اتباع سلوك متناسق في السوق دون ارتباط قانوني فيما بينها¹. يجد مفهوم الممارسة أو العمل المدبر مصدره في النظام الانجلو-أمريكي². و يُعرّفها بعض الفقه³ بأنها عبارة عن تصرفات مُتشابهة لعدة مؤسسات، و التي تتّبع سياسة واحدة في الإنتاج أو التبادلات دون وجود اتفاق.

تُمثل الممارسة أو العمل المدبر شكلا من أشكال التواطؤ " الأكثر سكوتا"⁴. و قد تمّ التطرق إليها من قبل محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁵ في قضية " المواد الملونة " في 14 جويلية 1972. و تتلخص وقائع هذه القضية في إتباع ارتفاعات للأسعار خلال ثلاث سنوات مُتتابة من قبل مؤسسات تنتمي إلى دول أعضاء في المجموعة الأوروبية، فاعتبرت اللجنت أنه يُشكل هذا التوازي في التصرفات ممارسة مُدبرة تهدف إلى تحديد الأسعار، و بالتالي إلى عرقلة المنافسة، مُبررة موقفها بثلاث حُجج رئيسية ألا و هي: السلوك المُشترك الفعلي بين المؤسسات المعنية، و عدم اعتبار هذا السلوك النتيجة الرئيسية للهيكلية و الشروط الاقتصادية للسوق، بالإضافة إلى وجود إرادة الأطراف في إتباع هذه الخطة التجارية. و عرّفت الممارسة المُدبرة بأنها: " شكلا من أشكال التعاون بين مؤسسات و الذي، دون أن يكون مدفوعا إلى تحقيق اتفاقا بمعنى الكلمة، يستبدل عمدا تعاوننا فعليا بينها بمخاطر المنافسة".

ويرى بعض الفقه⁶ أنه تُشكل الممارسة المُدبرة تناسقا أو تعاونا بين عدة مؤسسات يستبدل تصرفهم المُستقل، و يجب أن يتحقق هذا التعاون من خلال اتصالات مباشرة أو غير مباشرة، و أن يهدف إلى إقصاء مبدأ " عدم الثقة " المتعلق بالتصرف المستقبلي للمتنافسين.

بالتالي يكمن المبدأ الناتج عن قواعد المنافسة في ضرورة تحديد الخطة المُتبعة في السوق بصورة مستقلة. و يُعتبر إثبات العمل أو الممارسة المدبرة أمرا صعبا مقارنة بالاتفاق نظرا لطابعه الضمني البحت، و قد تلجأ سلطات المنافسة إلى الأدلة المباشرة لإثبات السلوك التواطئي بين العملاء الاقتصاديين. تتمثل الأدلة المباشرة في اتصال الأطراف اتصالاً مُباشرا، حيث قد تتجسد الممارسات المُدبرة في شكل اتصالات بسيطة يهدف من خلالها العملاء الاقتصاديين إلى التأثير على السياسات الاقتصادية المُتبعة من قبل مُنافسيهم. و يتحقق هذا الاتصال عادة، من خلال تبادل المعلومات تتنافى مع أهداف قانون المنافسة، أو من خلال اجتماعات تتعلق بتحديد الأسعار الحالية أو المُستقبلية أو حول هوية بعض العملاء الاقتصاديين. و في حالة غياب هذه الأخيرة تستند على بعض القرائن لتعزيز الإثبات، و

¹ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 397, n° 776.

² A.BRUN, A.GLEISS, M.HIRSCH, *Droit des ententes de la communauté économique européenne*, Dalloz 1967, p.59.

³ B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 265, n° 259.

⁴ M.-C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *op.cit.*, p 61, n° 57 : « ...la forme la plus silencieuse... » .

⁵ CJCE, 14 juill. 1972, ICI « *Matières colorantes* », aff. 48, 49, 51 à 57-69, Rec. 1972, p. 619: «une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratiquée entre elles aux risques de la concurrence». www.eur-lex.europa.eu.

⁶ D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, Larcier 2009, p. 123, n° 247.

تتمثل هذه الأخيرة في تصرفات متناسقة لمؤسسات متواجدة في نفس السوق مُثيرة للشكوك، وهذا ما يُسمى بـ " توازي التصرفات " ¹.

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالمؤسسات :

تُعتبر الممارسات و الأعمال المُدبرة ظاهرة جماعية حيث تفترض تعدد المساهمين فيها، سواء تعلق الأمر بأشخاص طبيعية أو معنوية، مع الأخذ بعين الاعتبار ممارستهم للنشاط الاقتصادي ². و لكن تجدر الملاحظة أنه إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، فيُشترط في هذه الحالة تمتعه باستقلالية قانونية و اقتصادية ³. و رغم عدم تطرق كل من المشرع الجزائري و الفرنسي صراحة على ضرورة قيام الممارسات المقيدة للمنافسة من قبل " مؤسسات "، على عكس القانون الأوروبي ⁴، إلا أنه يقتضي المنطق إلى تصور قيامها من قبل مؤسسات نظرا لاعتبارها عملاء اقتصاديين.

و بالتالي تكمن الشروط المتعلقة بالمؤسسة في عاملين أساسيين: ممارسة المؤسسة لنشاط اقتصادي من جهة و استقلاليتها القانونية من جهة أخرى.

أولا : ممارسة المؤسسة لنشاط اقتصادي :

تُعتبر المؤسسة مفهوماً أساسياً في قانون الأعمال بصفة عامة و في قانون المنافسة بصفة خاصة، بما أنها تُحدّد ميدان تطبيق هذا الأخير. فهي تُعد حقيقة اقتصادية تتمثل في أشكال مختلفة : مجموعة من الشركات، مؤسسة صناعية كبيرة، مؤسسة عمومية، مؤسسات صغيرة أو متوسطة... الخ...، و لكن بالنسبة لرجال الاقتصاد تُشكل المؤسسة مفهوماً جوهرياً لعلم الاقتصاد مهما كان شكلها، حيث تُعد المؤسسة وحدة إنتاج للسلع و الخدمات مما يؤدي إلى اعتبارها عميلاً اقتصادياً يتدخل في السوق و يقوم بمعاملات اقتصادية مع مؤسسات أخرى و ذلك من خلال الوسائل المادية و البشرية التي تتضمنها باعتبارها هيئة، و لكن سرعان ما اتبع رجال القانون نفس الموقف بتعريفهم للمؤسسة بأنها تتكوّن من هيئة من الوسائل البشرية و المادية من جهة و نشاط اقتصادي من جهة أخرى ⁵. و بالتالي يُشترط لحظر الممارسات و الأعمال المُدبرة ممارسة المؤسسات المعنية لنشاط اقتصادي.

و لقد تطرّق المشرع الجزائري إلى مفهوم النشاط الاقتصادي من خلال تحديده للنشاطات التي يُطبّق عليها قانون المنافسة، حيث تنص المادة الثانية من القانون رقم 10-05 ⁶ على : " ...نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية و الفلاحية و تربية المواشي، و نشاطات التوزيع و منها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها و الوكلاء و وسطاء بيع المواشي و بائعو اللحوم بالجملة، و نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري، و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها،

¹ Le parallélisme de comportements.

² V.SELINSKY, *Ententes illicites*, J.C. : com., conc., cons.(2), Lexis Nexis SA 2009, fasc.310, p.4.

³ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz 1993, p.81.

⁴ Article 101 § 1 du T.F.U.E.: « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises... ».

⁵ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 177, n° 328.

⁶ السالف الذكر.

-الصفقات العمومية، بدءا من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه يجب ألا يُعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية ". و نلاحظ أنه أدرج المشرع النشاطات المتعلقة بالاستيراد، مما يسمح للموزعين غير الموردين بصورة مباشرة من قبل المنتجين بالاستفادة من نفس الضمانات الممنوحة لباقي الموزعين، لاسيما أنه تعتبر معظم المنتجات الموزعة في السوق الجزائرية مُستوردة¹.

كما لا يرتكز مفهوم المؤسسة على تحقيق الربح، حيث يمكن تكييف هيئات غير موجهة لتحقيق الربح بمؤسسات نظرا لقيامها بنشاط اقتصادي² كالجمعيات. فيطبق قانون المنافسة على هذه الأخيرة في حالة ممارستها لنشاطات الإنتاج أو التوزيع³. أما فيما يخص التشريع الفرنسي، فلم يُبين مفهوم المؤسسة، بل ركز على طبيعة النشاطات الممارسة من قبلها حيث ينص على أنه تُطبّق أحكام قانون المنافسة على كل نشاطات الإنتاج، التوزيع و الخدمات بما فيها تلك الصادرة عن السلطات العمومية⁴. و ذهب الفقه⁵ إلى ضرورة تطبيق الحظر على الممارسات الواقعة من قبل أشخاص يمارسون نشاطا اقتصاديا بصورة مُستقلة. في حين أكدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية أنه " في نطاق قانون المنافسة، يُقصد بالمؤسسة كل كيان ممارس لنشاط اقتصادي بصفة مُستقلة عن الإطار القانوني لهذا الكيان و عن كيفية تمويهه"⁶.

ثانيا : استقلالية المؤسسة :

تُمارس الممارسات أو الأعمال المُدبرة من قبل وحدات اقتصادية بإمكانها التواجد في وضعية تنافسية فيما بينها، و عليه يُشترط أن تتمتع كل مؤسسة باستقلاليتها الاقتصادية. أو بمعنى آخر، أن تتمتع باستقلالية كافية في اتخاذها لقرارات متعلقة بتبيان سلوكها في السوق. فيجب أن تكون مُستقلة قانونيا و اقتصاديا و أن تتحمل مخاطر العمليات التي تُبرمها⁷. و هذا ما يؤدي إلى التساؤل حول إمكانية التمييز بين المؤسسة و الشخص الذي يمتلكها أو يستغلها، أو بمعنى آخر حول الممارسات و الأعمال المُدبرة المُبرمة بين شركات تنتمي إلى نفس المجموعة.

¹ B. SAINTOURENS, D. ZENNAKI, *op. cit.*, p. 18.

² Commission C.E. déc. 19 avr. 2001, aff. COMP/ 31.516, *Règles de radiodiffusion de l' UEFA*, J.O.C.E. n° L 171, 26 juin 2001.

³ ن. د.توات، الجمعيات و قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر 2001-2002، ص. 7.

⁴ Art. L. 420-1 du C. Com. Fr.

⁵ J.B. BLAISE, *op. cit.*, p.400, n° 780.

⁶ C.J.C.E., 23 avr. 1991, , *Klaus Hôfner et Fritz Elser, c/ Macrotron GMB*, aff. C-41/90 Rec., C.J.C.E. 1991, I. p.1979. www.eur-lex.europa.eu.

⁷ M.C.BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-Amsellem, *op.cit.*, p.21, n° 14.

تُشكلُ مختلف الشركات التابعة إلى مجموعة واحدة كيانا واحدا في حالة عدم تحديد الشركات المعنية لسلوكهم في السوق بصورة مُستقلة¹. فنكون في هذه الحالة في إطار مجموعة من الشركات و التي يعتبرها البعض² بأنها مجموعة تربطها مصالح مُشتركة، تتمتع من خلالها الشركة الأم بسلطة على باقي الفروع و تمارس رقابة عليها فتضمن بذلك وحدة القرار. كما يؤكد بعض الفقه³ أنه عندما يستحيل على مؤسسة البحث عن مصلحتها الخاصة، و عندما تكون تصرفاتها مجرد تنفيذ لتعليمات مؤسسة أخرى فنكون بصدد التعامل مع كيان واحد و يرجع ذلك إلى انعدام استقلاليتها و ضرورة تحليها عن هدفها من أجل إتباع ذلك المنشود من قبل الشركة الأم.

لا يمكن أن توجد ممارسة محظورة إلا بين مؤسسات مُستقلة، و لا تدخل الممارسات القائمة بين الفرع و الشركة الأم في نطاق قانون المنافسة إلا في حالة استقلال الفرع⁴. أو بمعنى آخر، عندما لا يتمتع الفرع باستقلالية فعلية في تحديد سياسته التجارية الخاصة به و يُشكل مع الشركة الأم وحدة اقتصادية مُشتركة، يُستبعد في هذه الحالة تكييف الاتفاق أو الممارسة المُدبرة حيث يُشترط لتجريم هذه الأخيرة تعدد الأطراف⁵. و تتجلى هذه الاستقلالية من خلال تواجد الفرع في وضعية تنافسية مع الشركة الأم نظرا لانعدام التبعية بينهما، كأن يقوم الفرع بتصنيع منتوجات ذات تقنية جديدة مقارنة بتلك المُصنعة من قبل الشركة الأم فنكون بصدد منافسة - حالية أو احتمالية - بينهما⁶.

المبحث الثاني : ضرورة المساس بالمنافسة في السوق :

بالإضافة إلى توافر شرط التواطؤ ينبغي البحث عن الآثار المترتبة عن هذا الأخير، فلا يُحظر التواطؤ إلا في حالة إخلاله بالمنافسة في السوق المعنية. و يعتبر هذا الشرط ضروريا حيث يُمثل عاملا موضوعيا في تحديد مدى عرقلة السير التنافسي في السوق، مما يسمح بتطبيق الأحكام التي تهدف إلى معاقبة الآثار الضارة بالمنافسة. و بالتالي " يجب أن يكون المساس بالمنافسة محل تقدير شامل بالنظر إلى المنافسة المُمارسة"⁷.

و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة السادسة من الأمر 03-03 السالف الذكر، على أنه: " تُحظر الممارسات و الأعمال المُدبرة و الاتفاقيات و الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يُمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق أو في جزء جوهري منه..."

في حين لجأ كل من القانون الفرنسي و الاوروبي إلى حظر الممارسات التي يكون " موضوعها أو أثرها " منافي للمنافسة⁸.

¹ G. DECOCQ , *Ententes et procédures: la société mère est responsable des infractions commises par sa filiale détenue à 100%*, R.J.C : contrats, conc., cons., n°12, déc. 2009, p. 28.

² W. KOSENTINI, *Le groupe des sociétés et le droit de la concurrence*, Etudes juridiques, Revue publiée par la faculté de droit de SFAX, n° 10, 2003, p. 329, n° 1.

³ T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, R. T. D. Com. 2006, p. 709, Dalloz 2007, p. 21.

⁴ Rapport annuel du cons. Conc. Fr. pour 2006, études thématiques : *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, p. 77.

⁵ T. LAMARCHE, *op. cit.*, p. 23.

⁶ J.-P. BRILL, *op. cit.*, p. 7.

⁷ Y. SERRA, *op. cit.*, p. 80.

⁸ Article L. 420-1 du C. com. Fr. et article 101 sur le T.F.U.E.

يُلاحظ اهتمام كلٍّ من هذه التشريعات بحماية السوق من التقييدات التي قد ترد على المنافسة، و بالتالي يجدر بادئا ببدء التطرُّق إلى طبيعة السوق من جهة، و المعايير التي يمكن الاستناد عليها من أجل تقدير المساس بالمنافسة من جهة أخرى.

المطلب الأول: تحديد السوق :

يفترض تقدير سلوك المؤسسة تحديد السوق التي تحققت فيها الممارسة المعنية، و بالتالي تُحدد السوق إطار تطبيق قانون المنافسة حيث يفترض تطبيق هذا الأخير التأكد من تدخل المؤسسة في سوق يخضع للمنافسة، كما يهدف تحديد السوق إلى تبيان ضغوطات المنافسة الممارسة من قبل المؤسسات المعنية.

و رغم أنه لا يلعب تحديد السوق في الممارسات و الأعمال المُدبَّرة، أو في الاتفاقات بصفة عامّة، نفس الدور الذي يلعبه في باقي الممارسات المنافية للمنافسة لاسيما الممارسات المتعلقة بوضعية الهيمنة¹ غير أنه أكدت المحكمة الابتدائية للمجموعة الأوروبية² على ضرورة تحديد السوق في مجال الاتفاقات المنافية للمنافسة. و لا يُعتبر تحديد السوق هدفا في حد ذاته و إنما وسيلة تسمح بتحديد سلطة المؤسسة في السوق، " أي قدرتها على تحديد المنافذ و/ أو رفع الأسعار على حساب المستهلكين "³.

كما يسمح تحديد السوق، سواء على مستوى المنتجات أو الخدمات أو على مستوى البعد الجغرافي، بالتأكد من وجود متنافسين فعليين بإمكانهم الضغط على تصرف المؤسسات المعنية أو منعهم من التصرف بصورة مستقلة⁴.

و أخيرا يسمح تحديد السوق بتقدير السلوك المنافي للمنافسة و بتكييف الضرر و تقدير العقوبة المناسبة حيث يُعتبر تحديد السوق أمرا ضروريا لتقدير أثر الممارسة المجرمة.

و لقد عرّف المشرع الجزائري السوق بأنها " كلّ سوق للسلع أو للخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة و كذا تلك التي يعتبرها المستهلك ماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزتها و أسعارها و الاستعمال الذي خصّصت له، و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية "⁵.

¹ تُعرف المادة الثالثة - ج - من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر ووضعية الهيمنة بأنها: " هي الوضعية التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطي لها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها، "

² T.P.I.C.E. du 21 févr. 1995, *SPO c / Commission*, Aff. T-29/92, Rec. C.J.C.E. 1995, II, p. 289. www.eur-lex.europa.eu.

³ E. DIENY, *op. cit.*, , p. 23 , n° 123: " ... c'est à dire sa capacité de limiter les débouchés et/ou à augmenter les prix au préjudice des consommateurs ».

⁴ L-X- HUGUENIN-VUILLEMIN, *op. cit.*, p. 82.

⁵ المادة الثالثة ب- من الأمر 03-03 السالف الذكر.

يُستنتج من استقراء هذه المادة أنه ينتج الإطار الذي تُمارس فيه المنافسة بين المؤسسات عن ازدواجية في التحديد، و التي تتجلى من خلال المعايير الاقتصادية من جهة و المتمثلة في المنتوجات أو الخدمات المعنية ، و المعايير الجغرافية المتمثلة في الإقليم الذي تمارس فيه الممارسة المعنية.

أولاً : سوق المنتوج أو الخدمة :

ترتكز السوق على وجود منافسة بين المنتوجات أو الخدمات، بحيث تعتبر هذه الأخيرة قابلة للاستبدال في نفس السوق. و عليه يمكن تعريف السوق بأنها مكان مواجهة بين عرض و طلب المنتوجات أو الخدمات القابلة للاستبدال فيما بينها، و لكنّها غير قابلة للاستبدال مع منتوجات أو خدمات أخرى¹.

يجد مفهوم " القابلية للاستبدال " مصدره في التحليل الاقتصادي للسوق، أي دراسة الشروط التي تُمارس فيها المنافسة في أسواق مختلفة². و لقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي³ علي أنه يُعرّف التحليل الاقتصادي للسوق بأنه مكان تواجه عرض و طلب المنتوجات أو الخدمات المعروضة. و يتعلق الأمر بتقدير ما إذا كانت المنتوجات أو الخدمات تُشكّل تعاقبات فعلية بالنسبة للمستهلكين، و ذلك من خلال مميزات أو وظيفتها. أو بمعنى آخر، يجب أن تُشبع هذه السلع و الخدمات نفس الطلب و في نفس السوق. و لذلك يرى بعض الفقه⁴ أنه " يتحقق تحديد سوق المنتوجات أو الخدمات من خلال تقدير مدى قابليتها للاستبدال، أخذا بعين الاعتبار التحكيم الشخصي للمستهلكين ". فيتم تحديد المنتوجات أو الخدمات المعنية على أساس طبيعتها و خصائصها الموضوعية من جهة، و على أساس المستعملين من جهة أخرى⁵.

ثانياً : السوق الجغرافية :

إذا كان يسمح تحديد سوق المنتوجات أو الخدمات بتقدير إمكانية استبدال هذه الأخيرة بمنتجات أو خدمات أخرى مُشبعة لنفس الحاجة، فإنه يهدف تبيان مفهوم السوق الجغرافية إلى تحديد الفضاء الداخلي الذي تُمارس فيه المنافسة بين العملاء الاقتصاديين حول هذه المنتوجات أو الخدمات. كما يساهم تعيين السوق الجغرافية في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا تعلّق الأمر بممارسة صادرة من قبل إحدى الدول الأعضاء للاتحاد الأوروبي.

¹ L.ARCELIN, *op. cit.*, p. 49, n° 72, voir aussi :C.A. Paris, 17 juin 1992, *Compagnie générale de vidéo communication*, B.O.C.C.R.F. n° 13/92. www.lexinter.net.

² M.C.BOUTARD LABARDE, *La notion du marché pertinent : entre analyse économique et droit de la concurrence*, R.P.E. 1994, p. 16.

³ Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 1987, p. xx. www.autauritedelaconcurrence.

⁴ A-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire: « Analyse critique d'un système »*, Larcier 2006, p. 306, n° 289.

⁵ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 406, n° 789.

يتم تحديد السوق الجغرافية للمنتوجات أو الخدمات المعنية إما لعدم تحقق التحليل الوارد على سلوك الطالبين إلا في منطقة جغرافية محددة، وإما لتعلق الأمر بالمنطقة الجغرافية التي يحصل داخلها الطالبون أو يمكن أن يحصلوا على المنتوجات أو الخدمات المعنية¹.

و تتمثل السوق الجغرافية في الإقليم الذي تتعهد فيه المؤسسات المعنية بعرض السلع أو الخدمات، والتي تعتبر فيه شروط المنافسة منسجمة بصورة كافية والتي يمكن تمييزها عن مناطق جغرافية مجاورة²، ويتجسد هذا الانسجام عندما يكون عارضو المنتج في وضعية متساوية.

المطلب الثاني: المساس بالمنافسة:

لا يمكن حظر الممارسات والأعمال المدبرة إلا إذا كان الهدف المنشود أو النتيجة المتحصّل عليها تقييد المنافسة³، بل يعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنه يُعتبر المساس بالمنافسة العنصر الرئيسي المكوّن لجرائم قانون المنافسة⁴. وتجدر الملاحظة إلى ضرورة التفرقة بين مصطلح "المساس بالمنافسة" المراد في القوانين الداخلية وذلك المستعمل في القانون الأوروبي، حيث يحرص هذا الأخير على حماية التجارة بين الدول الأعضاء وذلك من خلال التأكد من مدى إمكانية تقييد حرية المنافسة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، حالية أو احتمالية، بين الدول المنخرطة في الاتحاد الأوروبي بشكل يؤدي إلى عرقلة تحقيق الهدف المنشود من قبل هذا الأخير والمتمثل في إنشاء سوق مشتركة. و عليه فينبغي التعرّف على مفهوم المنافسة، ثم التطرّق إلى المعايير التي يُمكن الاستناد عليها من أجل من أجل تبيان حدود الحظر.

أولاً: مفهوم المنافسة:

تُعتبر المنافسة حقيقة اقتصادية بحتة تفترض وجود عدد كبير من الوكلاء الاقتصاديين يعرضون منتوجات أو خدمات، ويتمتعون باستقلالية كاملة في اتخاذ القرارات. ويتعلّق الأمر بمنافسة ممارسة بصورة حقيقية وكافية و يتجلى ذلك من خلال شفافية السوق⁵، وبالتالي يُشكّل تقييداً للمنافسة كلّ تصرّف يهدف إلى تخفيض عدد المنافسين، الحدّ من استقلاليتهم أو المساس بشروط السوق⁶. ويُعرف البعض⁷ المنافسة بأنها مجموعة من الجهود المبذولة من قبل المؤسسات من أجل التفوق على الآخرين.

بذلك يمكن تعريف المنافسة من خلال العناصر المكوّنة لها، والمتمثلة في الدخول الحرّ للمؤسسات في السوق، مع الأخذ بعين الاعتبار استقلاليتها الاقتصادية، وأخيراً تمتع المستعملين أو المستهلكين بحرية الاختيار⁸.

ثانياً: معايير المساس بالمنافسة:

¹ Analyse de la jurisprudence, pt. 185, p. 63: www.analyse-jurisprudence-ra7.pdf.

² M.A. FRISON-ROCHE et M.S. PAYET, *op. cit.*, p. 103.

³ B.GOLDMEN, A. LYON-CAEN, L.VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Dalloz, 1994, p. 367.

⁴ Rapport d'activité du cons. Conc. Fr. pour 2005, p. 55. www.autoritedelaconurrence.

⁵ Y. REMHARD, J-P CHAZAL, *op. cit.*, p. 109, n° 126.

⁶ J.B.BLAISE, *op. cit.*, p. 405, n° 788.

⁷ A. THALMANN, *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle: étude comparé des droits européen, français, anglais, allemand et suisse*, L.G.D.J. 2001, p. 37.

⁸ B.GOLDMEN, A.LYON-CAEN, L.VOGEL, *op. cit.*, p. 369.

يسمح تحديد معايير الإخلال بالمنافسة برسم الحدود التي تُمنع من خلالها الممارسات و الأعمال المُدبّرة، فلا تُعتبر هذه الأخيرة محظورة إلا في حالة تقييدها بالمنافسة في السوق. و يتجسّد تقييد المنافسة من خلال معيارين تناوبيين ألا وهما موضوع و/أو أثر الممارسة أخذًا بعين الاعتبار الآثار الاحتمالية، و التقييد المحسوس للمنافسة.

لم ينص المشرّع الجزائري في المادّة السادسة من الأمر 03-03 على مصطلح الموضوع أو الأثر المنافي للمنافسة، بل جمع بين المصطلحين من خلال عبارة " تهدف أو يمكن أن تهدف ". في حين استعمل كلٌّ من القانون الفرنسي و الأوروبي عبارة الموضوع أو الأثر المنافي للمنافسة¹.

يظهر شرط المساس بالمنافسة كعنصر تناوبيّ، فتُعتبر الممارسة منافية للمنافسة عندما يكون أثرها مقيّدًا للمنافسة، و لكن كذلك إذا كان موضوعها فقط منافي للمنافسة². فلا يُؤخذ أثر الممارسة بعين الاعتبار عند توافر الموضوع المؤدي المؤدي إلى نفس النتيجة.

كما يُشترط أن تؤثر الممارسة على المنافسة بشكل حسّاس، و من الملاحظ عدم تطرّق المشرّع الجزائري إلى هذا العنصر. و لذلك يتم التّطرّق إليه من وجهة نظر كلٍّ من القانون الفرنسي و الأوروبي، حيث يأخذ كل واحد منهما بعين الاعتبار نظريّتين من شأنهما التخفيف من شدة حظر الاتفاقات و الممارسات المُدبّرة ألا و هما " العتبة المحسوسة"³ و " قاعدة البرهان"⁴.

حسب نظريّة " العتبة المحسوسة"، يُقصد تطبيق قواعد المنافسة على الممارسات التي لا تُؤثر على ميكانيزمات السوق بشكل خطير، و تُساهم هذه النظريّة في تجنب تراكم النزاعات المتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة⁵. فلا يُطبّق الحظر على الممارسات و الأعمال المُدبّرة إلا في حالة تقييدها بالمنافسة في السوق بصورة حسّاسة. بينما تُعتبر " قاعدة البرهان" مفهومًا موروثًا من القانون الأمريكي، و أُستعملت هذه القاعدة من أجل التخفيف من حظر كلّ الممارسات بمجرد أثرها المقيّد للمنافسة⁶، و بالتالي الحفاظ على مبدأ حرية المنافسة. فقد كان يعاقب القانون الأمريكي⁷ جميع الممارسات المقيّدة للحرية بالمنافسة دون استثناء، و لكن سرعان ما اكتشفت المحاكم الأمريكيّة صعوبة تطبيق هذا المبدأ نظرا لاكتظاظ القضايا المتعلقة بهذا المجال و وجود بعض الممارسات التي لا تستحق الحظر نظرا

¹ Art. L.420-1 du C.com. fr.: « ...elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché... », et art 101 §1 sur le fonctionnement de traité de l'U.E. : « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur... ».

² M.A.FRISON-ROCHE et M.S.PAYET, *op. cit.*, p. 175, n°190.

³ Le seuil de sensibilité.

⁴ La règle de raison.

⁵ M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 154, n° 144.

⁶ E.CLAUDEL, *op. cit.*, p. 90, n° 96.

⁷ Sherman Act de 1890.

لضعف أثرها على المنافسة. و لذلك اضطّر القضاء الأمريكي إلى تطبيق قاعدة البرهان، و تساهم هذه الأخيرة في تقدير " الطابع المعقول " للاتفاقات و الأعمال المدبرة¹.

تتمثل هذه القاعدة في القيام بتحليل اقتصادي بدلا من القانوني، و ذلك من خلال تمييز الممارسات النافعة عن تلك الضارة، و عدم تحديد الطابع الإجرامي للممارسة إلا بعد إجراء دراسة شاملة لأثرها المحسوس على السوق².

الفصل الثاني: أمثلة عن الممارسات و الأعمال المدبرة:

لا يمكن إعطاء قائمة حصرية للاتفاقات المنافية للمنافسة بشكل عام، بل يمكن التركيز على أهمها، و من الملاحظ استعمال النصوص التشريعية لعبارة " لاسيما " من أجل تجنب استبعاد ممارسات مماثلة من شأنها التأثير على المنافسة في السوق. و لقد تطرّق المشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي و الأوروبي³، إلى مختلف أشكال التقييدات على سبيل المثال لا الحصر.

المبحث الأول: الممارسات و الأعمال المدبرة التي تهدف إلى تقليص عدد المتنافسين:

تتمثل أهم التقييدات التي ترمي إلى تحديد عدد المتنافسين في: المقاطعة، اقتسام الأسواق و التواطؤ بمناسبة العطاءات أو العروض العمومية.

المطلب الأول: المقاطعة:

تُعد المقاطعة من أبرز الممارسات الشائعة و التي تهدف بصورة جلية إلى إقصاء أحد العملاء الاقتصاديين من السوق. و تتمثل هذه الممارسة في رفض جماعي للتعامل مع مؤسسة ما تعرض منتجاتها أو خدماتها في السوق، و يعتبر الطابع الجماعي للرفض محل الحظر⁴. حيث يعتبر الرفض الجماعي للتعامل مع الغير تصرفا محظورا سواء تعلق تعلق الأمر برفض تموين زبون أو رفض اللجوء إلى مورد معين، إذا كان الهدف منه إقصاء مؤسسة من السوق⁵. و بالتالي تظهر المقاطعة كتصرف عمدي يهدف إلى استبعاد عميل اقتصادي من السوق، و لذلك تُعتبر هذه الممارسة محظورة بطبيعتها بغض النظر إلى أثرها المنافي للمنافسة⁶. و يمكن أن تُطبّق المقاطعة على الصعيد الأفقي، أي بين عملاء اقتصاديين متواجدين في نفس السلسلة الاقتصادية، كما يمكن أن تمارس على الصعيد العمودي، أي بين عملاء اقتصاديين متواجدين على مراحل مختلفة من السلسلة الاقتصادية.

¹ A. C. KASKIN, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, l'Harmattan 2009, p. 118.

² J.MORIN, *le droit de la concurrence*, conférence générale des tribunaux commerciaux, Bordeaux le 19 nov. 2004, p. 24, www.pagesperso-orange.fr.

³ Art. L.420.1 du C. com. Fr. et art. 101§ 1 de T.F.U.E.

⁴ Y.GUYON, *Droit des affaires : droit commercial général et sociétés*, T.1, 11^{ème} éd. Economica, 2001, p. 946, n° 882.

⁵ M.M.VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, Armand colin, 1996, p.185.

⁶ Rapport d'activité du cons. Conc. Fr. pour 2003, études thématiques, p. 60. www.autauritedelaconcurrence.fr.

و لقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي على حظر الممارسات التي ترمي إلى إبعاد عملاء اقتصاديين متواجدين في نفس السوق، حتى في حالة عدم تواجدهم في وضعيّة تنافسيّة مع أطراف الممارسة المدبّرة، لأنّها تمسّ السوق¹.

المطلب الثاني : اقتسام الأسواق :

تُشكل الممارسات التي يتقاسم من خلالها الأعضاء الأسواق فيما بينهم شكلا تقليدياً لعرقلة المنافسة. وتهدف المؤسسات من خلال اقتسام الأسواق إلى تعزيز وضعيتها الاقتصادية و بالتالي عرقلة دخول منافسين جُدد.

قد تكون هذه الممارسة متعدّدة الأطراف، أو قد يتعلّق الأمر بتواطؤ بين مؤسّستين فقط، يبقى من خلاله كلّ طرف في إقليمه الوطني و يمتنع عن منح رخصة إنتاج أو توزيع منتوجات معيّنة في إقليم آخر².

و تختلف أشكال هذه الممارسة، فقد تتجسّد من خلال تجميد حصص السوق أو تطبيق نظام مقاصدة للأرباح أو الخسائر المتعلقة بحصص السوق المحققة من قبل هذه المؤسسات على مدار عدة سنوات...³

وبالتالي يمكن أن يتجلّى اقتسام الأسواق إمّا من خلال تحديد منطقة جغرافيّة، اقتسام الزبائن، أو من خلال تحديد النصاب.

و يتعلّق الأمر بتمتع كل مؤسّسة بمنطقة حصريّة للتوريد أو منحها نسبة معيّنة من التوريدات في منطقة مُحدّدة⁴. كما يمكن أن تهدف الممارسة المدبّرة إلى اقتسام الزبائن بين المنتجين أو الموزعين، حيث قد يلتزم أعضاء مهنة معيّنة بالتعامل مع زبائن معيّنين دون التقرّب من زبائن الطرف الآخر. أو بمعنى آخر، يتجلّى اقتسام الزبائن من خلال بنود تفرض احترام كل طرف في الاتفاق زبائن الأطراف الأخرى⁵.

المطلب الثالث : التواطؤ بمناسبة اللجوء إلى عروض عمومية :

يعتبر قطاع الأسواق المُعلّنة من خلال العروض العموميّة السّاحة المُفضّلة للممارسات المقيّدة للمنافسة. تتجسّد هذه الممارسة من خلال تواطؤ غير علني بين مؤسّسات. و تعتبر العروض التواطؤيّة منافية للمنافسة، لأنّها " تتعارض مع الغرض المنشود من الدعوة إلى تقديم عروض و المتمثّل في شراء سلع أو خدمات بأسعار و شروط مناسبة"⁶. كالتواطؤ المتعلق بتقديم عروضاً متطابقة أو الاتفاق على قواعد مشتركة في حساب الأسعار و تحديد الشروط المتعلقة

¹ Décision du cons. conc. Fr. n° 98-D-25, 17 mars 1998, *analyses biologiques médicales*, rapport du Cons. Conc. Fr. pour 1998, p. 51. www.autauritedelaconurrence.fr.

² B.GOLDMAN, A.LYON et L.VOGEL, *op. cit.*, p. 380.

³ M.C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL , V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *op. cit.*, p. 141, n° 142.

⁴ V. SELINSKY, *op. cit.*, p. 17. n° 67.

⁵ V. SELINSKY, *op. cit.*, p. 17, n° 66.

⁶ م. فندي الشناق، الاحتكار و الممارسات المقيّدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة و الاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص. 162.

بالعروض. كما يرى بعض الفقه¹ أنه تشتمل هذه التواطؤات حول الأسعار من جهة و اقتسام الأسواق من جهة أخرى، و لكن تكتسي طابعها الخاص بها و المتمثل في خداع الإدارات و الجماعات المحلية التي تلجأ إلى المنافسة من أجل تنفيذ أعمالها أو توريدات معينة، حول حقيقة هذا التنافس الاقتصادي و تحريمهم من حرية اختيار شركائهم.

و يمكن أن تتجلى هذه الممارسة من خلال عدة طرق، نذكر منها :

تبادل المعلومات و المساهمة في اجتماعات تواطئية قبل إيداع العروض :

في إطار هذه الممارسة، يقوم كل متعهد إما بعرض سعر مرتفع لزيادة فائدته، و إما بعرض سعر منخفض لزيادة فرص التحكم في السوق، و ذلك على أساس المعلومة المشتركة الناتجة عن قائمة الشروط المتعلقة بالعروض التي يتقاسمها كل عملاء السوق، و كذلك على أساس المعلومات المتعلقة بالوضعية الخاصة بالمتعهد.

بالتالي تكمن هذه الممارسات في تبادل المعلومات المتعلقة بالعروض المقدمة من قبل المؤسسات المنافسة أو حول عددها ووضعيته.

و لقد تمّ معاقبة مؤسسات متعهدة من قبل مجلس المنافسة الفرنسي نظرا لتواطئها السابق لإيداع العروض، و اعتبر المجلس أنه يكفي مجرد تبادل المعلومات قبل إيداع العروض ، خاصة حول الأسعار، لتمييز أرادة المؤسسات في تقييد المنافسة².

عروض الضمان :

يمكن أن يؤدي التواطؤ إلى التعيين المسبق للمؤسسة التي ستحصل على حصة من السوق، و عليه يقوم المنافسين بإيداع عروض تسمى ب "عروض الضمان". و لا تتحقق مصلحة المؤسسات من هذا التواطؤ إلا في حالة حصولها على مقابل تحت شكل هذه العروض³.

تعد الأدلة في هذا المجال صعبة الاقتناء، و لكن يمكن أن تركز سلطات المنافسة على مجموعة من الأدلة كالتشابه غير المبرر بين عدة عروض مؤسسات متعهدة في نفس السوق، أو تصريحات مكتوبة تدل على التبادلات المعلوماتية بين المؤسسات...⁴.

المبحث الثاني : الممارسات و الأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من حرية المتنافسين :

¹ R. HOUIN, M. PEDAMON, Droit commercial: Actes de commerce et commerçants, Activité commerciale et concurrence, 8^{ème}, éd. Dalloz 1985, p. 487, n° 393.

² Décision du Cons. Conc. Fr. n° 05-D-17, 27 avril 2005, *Secteur des travaux de voirie en Cote d'or*: www.autaritedelaconurrence.fr.

³ M.C.BOUTARD LABARDE, G.CANIVET, E.CLAUDEL , V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *op. cit.*, p. 118. n° 117.

⁴ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 99-D-50, 13 juill. 1999, *Déménagement des militaires dans la région de Vannes*, B.O.C.C.R.F. 31 janv. 2000, p. 15.

تتنوع الأمثلة حول الممارسات التي ترمي إلى المساس بحرية المتنافسين المتواجدين في نفس السوق. ولكن من بين التقييدات المتداولة في هذا المجال نجد الممارسات التي يلجأ إليها الأطراف من أجل تحديد الأسعار، أو البنود التي قد تُفرض من قبل إحدى المؤسسات لاسيما تلك التي تجد مصدرها في شبكات التوزيع.

المطلب الأول: تحديد الأسعار أو الهوامش:

توجد استقلالية المؤسسات في قلب قانون المنافسة، و لكن يُعتبر السعر العامل الرئيسي لهذه الاستقلالية حيث يتجسد من خلال قدرة المؤسسة في تحديد أسعار البيع بصورة حرة، فتقوم المؤسسة بتوقع الاستراتيجيات الممارسة من قبل منافسيها و تتبّع سياستها الخاصة بها دون وجود أي تواطؤ فيما بينها أو تبادل المعلومات. و بالتالي تُمارس المنافسة أساسا من خلال الأسعار، وأي تقييد لهذه الأخيرة يُؤدّي بالضرورة إلى المساس بالمنافسة و لذلك يُحظر أي تحديد للأسعار. و يتعلّق الأمر بالتواطؤ حول وضع سعر بالنسبة لمنتج معين و التزامهم بتطبيق هذا السعر¹ كما يعتبر هذا النوع من أهم التقييدات الأفقية المنافية للمنافسة. و يُقصد به " كل اتفاق يكون غرضه أو أثره رفع أو تحديد أو تقييد أو تثبيت أسعار المنتجات"². و غالبا ما تتخذ هذه الممارسة شكل الأعمال المدبرة بدلا من الاتفاقات الصريحة تهدف إلى عرض نفس المنتجات بنفس الأسعار و في نفس السوق³.

كما يمكن أن تتم من خلال قوائم مهنية الناتجة عن تجمعات تهدف إلى توحيد الأسعار مما يؤدي إلى منع ممارسة المنافسة في السوق، حيث يقوم الأعضاء باقتراح أسعارا مُصطنعة تُحدّد دون وجود أية علاقة بينها و بين الأسعار المتواجدة في السوق المعنية⁴. كما تؤدي هذه القوائم إلى تجميد الأسعار و الهوامش، و يتمثل هذا التجميد في منع كل تقدم للأسعار أو كل انخفاض لها. و يختلف توحيد الأسعار الممارس من قبل المؤسسات حسب حجم هذه الأخيرة، و يمكن لهذه المؤسسات اللجوء إلى عدة طرق منها تحديد السعر الأدنى⁵، أو تحديد أسعار البيع دون الأخذ بعين الاعتبار حصيلة الإنتاج، أو الاتفاق على رفع الأسعار في نفس التاريخ⁶.

و تعتبر الممارسة المتعلقة بتحديد الأسعار محظورة بطبيعتها، فلا يُشكل طابعها المعقول وسيلة دفاع تلجأ إليها المؤسسات المعنية، أو بمعنى آخر لا يمكن تطبيق قاعدة البرهان على هذه الممارسة نظرا لطابعها المحظور في كل الأحوال⁷.

و لقد قضت محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁸ بأنه ينتج عن التوحيد المشترك للأسعار أثارا ضارة لأنها تُقصي أحد عناصر المنافسة من جهة، و إقصاء حثّ المستعملين على تغيير المورد في حالة رفع هذا الأخير لأسعار المنتج المعني.

¹ أ.م. شلبي، مرجع سابق، ص.195.

² م. فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 152.

³ R. HOUIN, M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 412, n° 359.

⁴ V. SELINSKY, *op. cit.*, n° 39, p. 11.

⁵ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 90-D-19, 15 juin 1990, B.O.C.C.R.F. 12 juill. 1990.

⁶ Décision du Cns. Conc. Fr. n° 88-D-50, 13 déc. 1988, *Secteur du fil à coudre*, B.O.C.C.R.F. 29 déc. 1988.

⁷ L-X. HUGUENIN-VUILLEMIN, *op. cit.*, p. 39.

⁸ C.J.C.E. 15 juill. 1969, *Quinine*, aff. 45/69, Rec. C.J.C.E. 1969, p. 769. www.eur-lex.europa.eu.

كما أكدت المحكمة في قضية أخرى¹ أنه يؤدي التواطؤ حول الأسعار إلى تجميد الوضعيات الاقتصادية، و حرمان الزبائن من الإمكانية الحقيقية في الاستفادة من أحسن الخدمات.

و يمكن أن يتجلى تقييد حرية تحديد الأسعار من خلال عدة وسائل نذكر من أهمها تبادل المعلومات حول الأسعار من قبل المؤسسات المساهمة في التواطؤ، أو تسقيف الأسعار بهدف تجميدها مما يؤدي إلى عرقلة سير المنافسة.

المطلب الثاني: بند عدم المنافسة :

يحتل بند عدم المنافسة حيزاً كبيراً في ميدان التعاملات الاقتصادية، بما أنه قد يمس بالمنافسة بصورة عامة، و بحرية المتنافسين بصفة خاصة. فيؤدي هذا البند إلى تقييد حرية عميل اقتصادي من جهة، و تقييد المنافسة من جهة أخرى.

اولاً : المقصود ببند عدم المنافسة :

يعتبر بند عدم المنافسة حكماً يلتزم من خلاله أحد المتعاقدين بعدم ممارسة نشاطاً مهنيّاً منافساً للطرف الآخر²، فيعتبر الملتزم في وضعية المدين و يتمثل التزامه في الامتناع عن القيام بعمل ألا و هو منافسة الطرف الآخر الذي يكون في وضعية الدائن³. و بالتالي يكمن الحدّ من حرية التنافس في منعه من ممارسة نشاطاً معيناً من خلال هذا البند. و يرى بعض الفقه⁴ أنه يؤدي بند عدم المنافسة إلى الإقصاء التعاقدى لخطر المنافسة، حيث يلجأ المساهمين في الاتفاقات و الأعمال المدبرة إلى هذه الطريقة من أجل إقصاء مخاطر المنافسة من السوق. و لقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي⁵ أنه يشكلّ البند المدرج في الاتفاق المبرم بين مدرّبي المدرسة الفرنسية للتزلّج و بين أعضاء النقابة و المتضمن لبند عدم المنافسة، تقييداً لحرية هؤلاء في ممارسة المنافسة في نفس السوق. و لكن هل يُعتبر هذا البند محظوراً في كلّ الحالات؟

ثانياً : شروط صحة بند عدم المنافسة :

رغم تقييد هذا البند لحرية أحد الأطراف إلا إنه قد يضمن وجود الزبائن من جهة، و يُسهل عملية إبرام العقد الرئيسي من جهة أخرى بما أنه يُعدّ بنداً تابعاً، بل قد يُعتبر الطابع " التبعي " لهذا البند سبباً مشروعاً⁶. و لذلك لا يشكل بند عدم المنافسة شرطاً محظوراً في كلّ الحالات، بل يجب توافر بعض الشروط لإبعاد هذا البند عن نطاق الحظر و هي كالتالي:

1. وجود مصلحة مشروعة :

¹ C.J.C.E. 14 juill. 1981, *Zuchner*, aff. 172/80, Rec. C.J.C.E. 1981, p. 851. www.eur-lex.europa.eu.

² D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2000, p.253.

³ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 323, n° 626.

⁴ M-A. FRISON-ROCHE, M-A. STEPHANE PAYET, *op. cit.*, p. 429, n° 542.

⁵ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 91-D-07, 19 fév. 1991, *relative à l'enseignement du ski*.

www.autauritedelaconurrence.fr.

⁶ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 322, n° 633.

لا يكون هذا البند مشروعاً إلا في حالة حمايته لوضعية قانونية و المتمثلة في حماية مصالح المستفيد منه، و عليه يجب على القاضي التأكد من وجود تناسب معقول بين مصالح المدين و الدائن¹ فلا يجب أن يتجاوز البند الهدف المنشود منه. و يرى بعض الفقه² أنه لا يكتسب بند عدم المنافسة مشروعيته بمجرد اتفاق الأطراف عليه، بل يجب أن يكون ضرورياً لحماية الحقوق المشروعة للمؤسسة المرخصة.

2. المحافظة على الحرية الاقتصادية للمدين :

حتى في حالة مشروعيتها، لا يجب أن يؤدي هذا البند إلى إلغاء حرية تصرف المدين و إنما يقيدها، و لذلك تتوقف مشروعية هذا البند على عنصرين أو ما يُسمى ب " التحديد المزدوج "³. من جهة يجب أن يكون النشاط معيناً، و من جهة أخرى يجب أن يكون البند محددًا في الزمان و المكان أن يكون موضوع البند معيناً

لا يجب أن يؤدي البند إلى المنع من كل نشاط ، و لكن فقط النشاط المتعلق بذلك الممارس من قبل المستفيد من البند⁴. و بالتالي يستوجب تحديد الأعمال المحظورة على المدين بصورة واضحة و دقيقة، و في حالة وجود غموض يتعين على القاضي تفسير البند.

و تجدر الملاحظة إلى أنه بالإضافة إلى ضرورة تعيين موضوع بند عدم المنافسة، لا يجب أن يُشكل هذا البند الموضوع الرئيسي للاتفاق بل يجب أن يكون تابعا للاتفاق الرئيسي. كما لا يجب أن يكون الارتباط بين البند و الاتفاق الرئيسي ارتباطاً مُصطنعاً، و إنما يجب أن يكون البند ضرورياً لإبرام الاتفاق الرئيسي⁵.

و لعلّ من أبرز الاتفاقات التي تستند على بند عدم المنافسة في إبرامها تلك المتعلقة بالتوزيع حيث يُدرج هذا البند لصالح المُورد فينتج آثاراً طيلة مدة اتفاق التوزيع من جهة، فيدفع الموزع إلى بذل مجهود في توزيع المنتوجات التعاقدية فحسب، و آثاراً بعد انقضاء اتفاق التوزيع من جهة أخرى، حيث يلتزم الموزع بعدم منافسة مُورده السابق لمدة معينة ابتداءً من انتهاء الاتفاق⁶.

يجب أن يتعلّق البند بزمان و مكان معينين. و عادة ما تُحدّد صلاحية بند عدم المنافسة ب 5 أو 10 سنوات. و في حالة عدم احترام المدة يتمّ إما تخفيضها و إما إبطال البند أو العقد ككل⁷.

¹ Y.GUYON, *op. cit.*, p. 921, n° 858.

² Y.SERRA, *Validité de la clause de non concurrence au regard de la règle française et communautaire relative aux ententes*, Dalloz 1983, chronique, p. 51.

³ M.CHAGNY, *op. cit.*, p. 238, n° 230.

⁴ لأنه لا وجود للمنافسة في حالة اختلاف النشاط.

⁵ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 322, n° 633.

⁶ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 331, n° 646.

⁷ Y.GUYON, *op. cit.*, p. 922, n° 859.

وأخيراً، يؤدي انعدام هذه الشروط في بند عدم المنافسة إلى بطلانه، وإذا كان يُشكل هذا البند علاقة تبعية للاتفاق الرئيسي فلا يُبطل هذا الأخير وإنما يُبطل البند فقط. كما يمكن للقاضي المختص مراجعة البند من خلال التخفيف من نطاق تطبيقه، لاسيما عندما يلاحظ أنه يتنافى مع مصالح المدين¹.

المطلب الثالث: شبكات التوزيع:

تحتل عملية التوزيع مكانة جوهرية في المبادلات الاقتصادية، حيث أنها تساهم في ترويج سلع أو خدمات المنتج من جهة، وإيصالها للمستهلكين من جهة أخرى. و لذلك تُعد شبكة التوزيع وسيلة تسويق موجهة إلى تحسين الاتصال بين منتج معين و مُشترية الاحتماليين². و عليه، يظهر التوزيع كمرحلة من مراحل النشاط الاقتصادي متواجدة بين الإنتاج والاستهلاك.

فيعتبر التوزيع نشاطا اقتصاديا جماعيا يُمارس من قبل المنتج نفسه، أو من قبل وسطاء مُتخصصين تابعين لشبكة أو تجمع من أجل وضع المنتجات بحوزة المستهلك النهائي³. و بالتالي يسمح نظام التوزيع بإيصال المنتجات أو الخدمات إلى المستهلكين النهائيين و في مناطق مختلفة.

كما يُعرّف بعض الفقه أنه " يُقصد بالتوزيع عملية إيصال المنتجات إلى المستهلك النهائي، و ذلك عن طريق مجموعة من المؤسسات. و يعتبر من وظائف التسويق الرئيسية، و يهدف إلى توصيل السلع بعد الانتهاء من إنتاجها إلى المستهلك الأخير، و يُطلق على الطرق التي تسلكها من المنتج إلى المستهلك أو المستعمل شبكات التوزيع"⁴.

و تشكل شبكات التوزيع تقييدا عموديا للمنافسة، لأنها تؤدي إلى الحد من عدد الموزعين لمنتج معين و بالتالي التخفيف من المنافسة فيما بينهم. و يمكن أن تتخذ هذه الشبكات طابعا حصريا فنكون بصدد توزيع حصري، أو طابعا اختياريا فنكون بصدد توزيع انتقائي.

أولا: التوزيع الحصري:

يعتبر نظام " التوزيع الحصري " وسيلة من الوسائل التي تتعاون من خلاله عدة مؤسسات مستقلة. و يمنح هذا النظام علاقة امتيازية بين الأطراف والمتمثلة في امتياز التوزيع الحصري، و تتجلى فعالية هذا النظام من خلال احترامه من قبل أطرافه من جهة و الغير من جهة أخرى.

و يُعرّف التوزيع الحصري بأنه التقنيّة التعاقدية التي يمنح من خلالها المنتجين لبعض الموزعين الحق الحصري في توزيع منتجاتهم في إقليم معين و لمدة مُحددة⁵. و عليه، يلتزم المنتج بتوريد المنتج المعني إلى موزع حصري دون سواه في إقليم معين، و يمكن أن يكون الموزع إما بائع بالتجزئة أو بائع بالجملة و ذلك حسب مساحة الإقليم الحصري⁶.

¹ M-A. FRISON-ROCHE, M-A. STEPHANE PAYET, *op. cit.*, p. 435, n° 554.

² A. THALMANN, *op. cit.*, p. 1.

³ M.A.MEFLAH, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution*, mémoire présenté en vue d'obtention du magistère en droit des affaires, Université d'Oran faculté de droit, 2009/2010, p. 1.

⁴ ش. العسكري و خ. إ. الكنعاني، *التوزيع*، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2004، ص. 10.

⁵ J. BUSSY, *op. cit.*, p. 374.

⁶ A. THALMANN, *op. cit.*, p. 16.

و بالتالي يتميّز نظام التوزيع الحصري بخاصية أساسية تتمثل في " التوزيع الاقليمي الحصري "، حيث يلتزم المنتج بتوريد المنتجات المعنية للموزع في إقليم معين، و يجب أن يكون هذا الإقليم مُحدداً بصورة دقيقة أما إذا تعلق الأمر بتحديد دولة بأكملها فنكون بصدد مستورد حصري¹. و لكن يمكن أن يكون الموزع في وضعية تنافسية مع غيره من الموزعين أعضاء الشبكة شريطة عدم تضمن الاتفاق على بند حصريّة الزبائن.

و لقد نصّ المشرع الجزائري² على أنه: " يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها و يحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته و موضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر"، و من الملاحظ أنه تطرّق المشرع إلى حظر هذا النظام دون تبيان مفهومه.

في حين عرّف القانون الأوروبي³ التوزيع الحصري بأنه كلّ التزام مباشر أو غير مباشر يفرض على المورد بيع منتجاته أو خدماته المُحدّدة في العقد لموزع متواجد داخل الاتحاد الأوروبي، و لكن أكدت محكمة المجموعة الأوروبية⁴ على أنه لا تدخل في إطار الحظر اتفاقات الحصر التي تُنتج أثارا ضعيفة على المنافسة.

ثانيا: التوزيع الانتقائي:

يعتبر التوزيع الانتقائي عقدا يلتزم من خلاله الصانع بتوريد منتجاته إلى موزعين يختارهم، و لا تكون هذه التقنية مشروعة إلا في حالة قيام الاختيار على أساس معايير موضوعية مُعدّة مسبقا ككفاءتهم التقنية أو التجارية، دون التدخل في السياسة التجارية المُتبعة من قبل الموزعين في تسويق المنتجات⁵. فيتميّز هذا النظام عن التوزيع الحصري في عدم وجود بند الحصر الإقليمي.

و تتمثل هذه الكيفية في اقتناء الموزعين حسب المعايير المطلوبة من قبل المنتج، فيتم توزيع منتجات هذا الأخير في مراكز البيع التي يختارها و يراها مناسبة لمميزات منتجاته، فنكون بصدد سوق مفتوحة نظرا لتعدد الموزعين و بالتالي تعدد مراكز بيع المنتج المعني⁶. و يُستعمل عادة نظام التوزيع الانتقائي بالنسبة للمنتجات التي تتمتع ببعض التعقيدات التقنية و التي تتطلب بعض الشروط من أجل بيعها في أحسن صورة⁷.

و تعلق الأسباب الرئيسية للنزاعات الناتجة عن التوزيع الانتقائي بكيفيات اختيار الموزعين من قبل المورد، حيث قد يتبع هذا الأخير طرقا تمييزية في عملية الانتقاء.

¹ M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 601, n° 652.

² المادة السادسة من القانون رقم 08-12 السالف الذكر، المُعدّلة لأحكام المادة العاشرة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

³ Art. 1^{er} du règlement C.E. n°2790/99 de la commission du 22 déc. 1999, J.O.C.E. n° L 336 du 29 déc. 1999.

⁴ Communication de la Commission C.E. n° 97/C 372/04, J.O.C.E. 9 déc. 1997, n° C 372, p. 13.

⁵ Y.GUYON, *op. cit.*, p. 896, n°836.

⁶ P. KOLTER, B. DUBOIS, *op. cit.*, p. 510.

⁷ A. THALMANN, *op. cit.*, p. 21.

و لقد تطرّق مجلس المنافسة الجزائري إلى هذا النظام من خلال القضية المتعلقة بالمؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية، حيث عاقب المجلس هذه المؤسسة بغرامة مالية بعد التماسه من قبل مجموعة من العملاء الاقتصاديين الذين كانوا ضحايا التوزيع الانتقائي المطبق من قبل المؤسسة بصورة تعسفية¹.

و عادة ما يُستعمل هذا النظام في مجال المنتجات ذات الجودة العالية. بل ترى المحكمة الابتدائية للمجموعة الأوروبية² ضرورة تبرير التوزيع الانتقائي بطبيعة المنتجات، في حين أكدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية³ على ضرورة استناد نظام التوزيع الانتقائي على معايير موضوعية بحتة. و نفرّق بين التوزيع الانتقائي النوعي و التوزيع الانتقائي الكمي.

يتمثل التوزيع الانتقائي النوعي في اختيار الموزعين حسب معايير موضوعية على أساس طبيعة المنتج المعني، في حين يضيف التوزيع الانتقائي الكمي معايير أخرى متعلقة بتحديد كميات محدّدة من المبيعات، أو تحديد عدد الموزعين حسب المناطق⁴. و يساعد الانتقاء الكمي على تجنّب انتشار مراكز بيع متعدّدة لنفس المنتج مما يُنقص من جودته.

و يظهر تقييد الحرية من خلال حرمان بعض الموزعين من تسويق بعض المنتجات لعدم استيفاءهم لشروط الانضمام إلى الشبكة. و تُطرح في هذا المجال إشكالية مهمّة ألا و هي: هل يمكن للمورد أن يمنع توزيع منتجاته عبر الأنترنت؟

تطرّق مجلس المنافسة الفرنسي⁵ لهذه الإشكالية لأول مرّة عام 2006 حيث تم التماسه من قبل إحدى المؤسسات المختصة ببيع المجوهرات و الساعات عبر الأنترنت، ضد المؤسسة المنتجة لهذه المنتجات لرفض إدراجها ضمن شبكة التوزيع الانتقائي المنظمة من قبلها. و لقد أكد المجلس أنّه تعتبر الأنترنت عاملا اقتصاديا فعّالا في التوزيع لاسيما عندما يتعلّق الأمر بمنتجات يسهل وصف محتواها و وظائفها (كالكتب، و تذاكر السفر...)، و لكن توجد بعض السلع أو الخدمات التي لا يمكن إعادة بيعها عبر الأنترنت نظرا لخصائصها و التي تتطلب التجريب قبل اقتنائها، كما لا يمكن بيع بعض المنتجات عن بُعد لأسباب أمنية. و بالتالي تتوقف إمكانية التوزيع عبر الأنترنت حسب طبيعة المنتج.

في حين اعترفت لجنة المجموعة الأوروبية⁶ بإمكانية توزيع المنتجات أو الخدمات عبر الأنترنت مهما كانت طبيعته، حيث اعتبرت أنّه: " يجب أن يكون كلّ موزّع حراً في اللجوء إلى الأنترنت للقيام بالإشهار أو بيع منتجاته"، حيث تعتبر الأنترنت وسيلة للوصول إلى كل الزبائن. و لكن أكدت اللجنة أنّه يمكن أن يفرض المورد شروطا تتعلّق بجودة المنتج تسمح باستعمال الموقع من أجل بيع هذا الأخير، كتلك الشروط التي يفرضها في حالة بيع منتج في محلات تجارية.

¹ www.algeriansoverseas.com.

² T.P.I.C.E. 12 déc. 1996, *Groupement d'achat Leclerc c/ commission C.E.*, aff. T.19/92, Rec. 1996, II, p. 1851. www.eur-lex.europa.eu

³ C.J.C.E. 25 oct. 1977, *Métro*, Rec. C.J.C.E. 1977, p. 1875. www.eur-lex.europa.eu.

⁴ M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 641, n° 654.

⁵ Décision du Cons. Conc. n° 06-D-24, aff. *Festina*, 24 juill.2006, pts. 67-68. www.autaritedelaconurrence.fr.

⁶ Lignes directrices de la commission. C.E. du 13 oct. 2000, J.O.C.E. n° C 291, pt. 51.

بينما يرى بعض الفقه¹ أنه تعتبر الانترنت قبل كل شيء وسيلة علمية لعرض المنتوجات أو الخدمات، و بالتالي ليس من المعقول منع الموزع من ممارسة وظيفته من خلال هذه الوسيلة الفعالة شريطة احترام قواعد المنافسة.

الباب الثاني: تبرير الممارسات و الأعمال المدبّرة :

لا يعتبر حظر الممارسات و الأعمال المدبّرة مُطلقا، بل قد يرد عليها بعض الحالات التي تؤدي إلى تبريرها رغم طابعها المُقيّد للمنافسة.

فيمثّل حظر الممارسات و الأعمال المدبّرة المبدأ، و بما أنه لكل مبدأ استثناء أورد المشرّع الجزائري، على، غرار نظيره الفرنسي و الأوروبي، بعض الحالات التي تخرج فيها هذه الممارسات عن نطاق الحظر.

و لعلّ من بين الأهداف الرئيسية المُبتغاة من هذا التبرير، تجنب تجسيد قانون المنافسة من خلال حظر كل الممارسات دون استثناء، مما يؤدي إلى تخوّف العملاء الاقتصاديين من اجتياح عالم السوق، و اكتفائهم بممارسات مُعيّنة و هذا ما يؤدي بدوره إلى عرقلة تطوّر المنافسة.

كما أنه تأخذ التشريعات بعين الاعتبار عنصرا مُهماً ألا و هو المصلحة الاقتصادية العامة، حيث تظهر الحالات الاستثنائية كوسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية عندما تتطابق هذه التقييدات مع المصلحة العامة. و لذلك يذهب بعض الفقه² إلى عدم اعتبار نظام الإعفاء مجرد وسيلة بسيطة تهدف إلى التخفيف من مبدأ الحظر فحسب، و إنّما يُعد كذلك وسيلة فعالة لتحقيق سياسة المنافسة.

و لكن ما هي الحالات الاستثنائية التي قد تطرأ على الممارسات و الأعمال المدبّرة لتُخرجها عن نطاق الحظر؟

الفصل الأول: ميدان تطبيق التبرير :

ينص المشرّع الجزائري³ على عدم تطبيق الحظر على: "...الاتفاقيات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أُخذ تطبيقا له.

يُرخص بالاتفاقيات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقيات و الممارسات التي كانت محل ترخيص مجلس المنافسة".

¹ S. POILLOT-PRUZZETTO, M. LUBY, *op. cit.*, p. 15

² C. PRIETO, *Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles*, R.I.D. éco. 2007, p. 317-344, De Boeck université, 2007, p. 320, n° 5: www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-page-317.htm.

³ المادة التاسعة من الأمر 03-03 السالف الذكر و المتعلق بالمنافسة.

و من الملاحظ أنه تبنيّ المشرع الجزائري نفس الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في كل من القانون الفرنسي و الأوروبي¹، غير أنه تكمن التفرقة في عدم تطرق التشريع الجزائري لعنصر " الاحتفاظ بحصة عادلة من الفائدة الناتجة عن هذه الممارسات للمستعملين"، و كان من المفروض ضرورة عدم تجاهل هذا العنصر نظرا لأهميته حيث يعتبر المستعمل جزءا لا يتجزأ من السوق، و عدم تطرق القانون الأوروبي بدوره إلى الإعفاء المتعلق بالنص القانوني، إلا أنه يُخضع بعض الفئات من الاتفاقات إلى الإعفاء عن طريق أنظمة صادرة عن لجنة المجموعة الأوروبية، بل يرى بعض الفقه أنه " يعتبر الإعفاء الفئوي المنصوص عليه في القانون الأوروبي معادلا للإعفاء الناتج عن النص القانوني بما أنه يهدف إلى تحقيق نفس الهدف و هو تبرير بعض الاتفاقات المنافية للمنافسة"².

و بالتالي تتمثل الحالات الاستثنائية التي تُعفى فيها المؤسسات من الحظر رغم تقييدها للمنافسة في حالتين ألا و هما: التبرير الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي من جهة، و التبرير الناتج عن مساهمة الممارسة في التقدم الاقتصادي من جهة أخرى.

¹ Art. L. 420-4 du C. com. Fr.: « I- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques:

1. qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application ;
2. dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, « y compris par la création ou le maintien d'emplois », et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II. Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence. », et art. 101 § 3 du T.F.U.E.: « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause d'éliminer la concurrence. ».

² E. FARHI, N. LAMBERT, *op. cit.*, p. 29.

المبحث الأول: التبرير الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي:

يلاحظ استعمال المشرع لعبارة " نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له"، و بالتالي لا يمكن تجنب الحظر من خلال أي نص قانوني بل يتوجب احترام طبيعة النص، مع الأخذ بعين الاعتبار علاقة هذا الأخير بالممارسة المقيدة للمنافسة.

المطلب الأول: طبيعة النص:

لا تعتبر الممارسات و الأعمال المدبرة محظورة عندما تنتج عن تطبيق نصاً تشريعياً أو تنظيمياً، و لذلك يمكن للمؤسسات المعنية الاستناد على وجود قانون، مرسوم أو قرار شريطة اتخاذه تطبيقاً له.

و لقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي¹ في هذا السياق أنه لا يمكن لأطراف الممارسة الاستناد على بروتوكول موقع بين نقابة، اتحاد و جمعية رياضية و بين وزير الشباب و الرياضة نظراً لعدم احتوائه على الطابع التنظيمي.

كما أنه لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار إلا النص التشريعي أو التنظيمي المأخوذ لتطبيق قانون، فمثلاً لا يُستند على القرار الوزاري المأخوذ لتطبيق مرسوم يتعلق بتطبيق قانون من قبل المؤسسات المعنية نظراً لعدم ارتباطه المباشر بتطبيق قانون².

و عليه لا تشمل المادة كل الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي قد ترتبط بشكل ضيق بتطبيق النص، بل يتعلق الأمر بالإجراءات المباشرة لتنفيذ القانون. و لكن ماذا عن التراخيص الإدارية؟

يجب أن يظهر تدخل الإدارة في شكل تشريعي أو تنظيمي، و لقد أكدت اللجنة الفرنسية للمنافسة في أحد تقاريرها السنوية³ على أنه: " لا يجب أخذ عبارة نص تشريعي أو تنظيمي بصورة مقيدة، و يمكن للممارسات المرخصة من خلال منشور أو رسالة صادرة عن وزير الاقتصاد و المالية تفسر شكلياً التنظيم المعني أن تكون محل تبرير، رغم عدم تشكيل هذه التصرفات لنصوص تنظيمية بآتم معنى الكلمة⁴. و لكن اشترط مجلس المنافسة الفرنسي⁴ أن يكون النص التنظيمي المُفسر من قبل منشور أو رسالة الوزير قد أُخذ لتطبيق قانون، أي يجب أن يتضمن المرسوم أو الرسالة تفسيراً شكلياً للقانون، ثم يجب أن تُرخص الممارسات المعنية بصورة واضحة و أخيراً يجب أن تصدر عن وزير الاقتصاد و المالية⁵. و لذلك لم يشكل وعد وزير الثقافة لمنتجي الأفلام حصولهم على حريتهم التعاقدية الكاملة إلا ظرفاً مخففاً و ليس إعفاءً من الحظر⁶، حيث لا يتضمن هذا التصرف نفس محتوى التراخيص الصادر عن وزير الاقتصاد و المالية، هذا الأخير الذي يرجع له الاختصاص في ضمان تطبيق قانون الأسعار.

¹ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 94-D- 40, 28 juin 1994, *Assurance ski*, B.O.C.C.R.F. du 20 juill. 1995, p. 279.

² Déc. Cons. Conc. Fr. n° 94-D-41 du 5 juill. 1994, *relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label* : rapport pour 1994, p. 382. www.autauritedelaconurrence.fr.

³ Commission Technique des ententes, Rapport Pour 1975, p. 1999.

⁴ Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 1989, p. 36. www.autauritedelaconurrence.fr.

⁵ R. BOUT, M. BRUSCHI, S. POILLOT-PERUZZETTO, P. STORRER, G. CAS, *Lamy droit économique: concurrence, distribution, consommation*, éd. Lamy 2001, p. 357, n° 939.

⁶ Commission Technique des ententes, Rapport Pour 1975, p. 999.

كما اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي¹ أنه لا يشكل تحريض رئيس بلدية لمؤسسات محلية متعهدة على اللجوء إلى العروض من أجل المحافظة على السوق و المساهمة في الحياة الاقتصادية ممارسة ناتجة عن نص تشريعي أو تنظيمي.

كما لا يُستند في تبرير الممارسات المقيدة للمنافسة على منشور غير لا يتعلق بالتطبيق المباشر لقانون، و قد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي² أنه لا يسمح قانون الواجبات المهنية للمهندسين، المعد من خلال منشور، بتبرير قائمة الأسعار المطبقة من قبل نقابة المهندسين، حيث تتعلق هذه القائمة بمجموعة من الخدمات المعروضة من قبل المهندس، بينما لم يعالج المنشور إلا المشاريع الخاضعة لرخصة البناء.

بالإضافة إلى ما سبق، يجب أن يهدف النص إلى تقييد المنافسة، حيث يجب أن يُعد النص من أجل السماح بتقييدات مُحتملة على المنافسة في السوق. و لكن هل يتعلق الأمر بتقييدها من خلال التنظيم الكلي للقطاع الاقتصادي من قبل النص، أو يؤخذ بعين الاعتبار التنظيم الجزئي فحسب؟

لا يمكن الاستناد على النص الذي يستبعد قطاعا اقتصاديا بأكمله كتبرير للممارسة، و ذلك نظرا لعدم إمكانية منح هذا التبرير إلا في المنطقة الضيقة التي يفرض فيها النظام نفسه، و بالتالي يجب أن يترك النص التبريري هامشا من الحرية للمهنيين المعنيين من خلال تنظيمه الجزئي للقطاع الاقتصادي³.

أما فيما يتعلق بتاريخ النص، فلا يمكن لأطراف الممارسة الاستناد على النص إلا في حالة دخوله حيز التنفيذ وقت تطبيقهم لها⁴، فيجب أن يكون النص المُستند عليه سابقا للممارسة غير المشروعة حيث أكدت محكمة استئناف باريس⁵ أنه يشكل النص التبريري اللاحق للممارسة المحظورة ظرفا مُخففا يمكن الاستفادة منه من قبل المؤسسات المعنية.

المطلب الثاني : علاقة السببية بين النص و الممارسة المحظورة :

إن إمكانية ارتباط الممارسة أو العمل المدبر بالنص غير كافي لتبرير هذا السلوك، بل يجب أن يشكل النص النتيجة المباشرة و الضرورية للممارسة. فلا وجود لعلاقة السببية إذا كان النص يهدف إلى المنافسة بصورة عامة، بل يجب أن يهدف إلى إعفاء الممارسة من الحظر⁶.

¹ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 96-D-14, 12 mars 1996, *Marchés de fourniture de fioul domestique*. www.autauritedelaconurrence.fr.

² Décision du Cons. Conc. Fr. 87-D-53, 1 déc. 1987, *Situation de concurrence dans le domaine des honoraires d'architectes* : Rapport du cons. Conc. Fr. pour 1987, p. 80. www.autauritedelaconurrence.fr.

³ R. BOUT, M. BRUSCHI, S. POILLOT-PERUZZETTO, P. STORRER, *op. cit.*, p. 358, n° 942.

⁴ D. BARTHE, *Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4)*, J.C.: com. Conc. Cons. n° 2, Lexis Nexis SA 1 juin 2009, fasc. 320, p. 4, n° 9. voir aussi déc. Cons. Conc. Fr. n° 93-D-27, du 30 juin 1993, *Pratiques constatées dans le secteur de déménagement*, rapport pour 1993, p. 231.

⁵ C.A. Paris, 4 fév. 1997, B.O.C.C.R.F. du 6 mars 1997, p. 131 et 132. www.lexinter.net.

⁶ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 91-D-45, 29 oct. 1991, *situation de la concurrence sur le marché de l'exploitation des films dans les salles de cinéma*, rapport du cons. Conc. Pour 1991, p. 109. www.autauritedelaconurrence.fr.

و بالتالي لا يجب أن يثبت أطراف الممارسة النص التبريري لسلوكهم فحسب، وإنما يجب كذلك إثبات أنه تشكل الممارسة النتيجة المباشرة و الحتمية للنص التشريعي أو التنظيمي. و كمثل على ذلك صدور القانون الفرنسي للتوجيه الفلاحي في 9 جويلية 1999 الذي طبق الإعفاء لصالح عقود مبرمة بين منظمات مهنية تمثل القطاع الفلاحي في حالة أزمة ظرفية¹، و يجب تبليغ العقود المعنية إلى وزير الفلاحة، وزير الاقتصاد و مجلس المنافسة بمجرد إبرامها، شريطة عدم احتوائها على تقييدات أخرى غير منصوص عليها في هذا القانون، كما لا يجب أن تتجاوز مدة العقود ثلاثة أشهر.

و أخيراً، لا تشمل عبارة " النص التنظيمي المأخوذ لتطبيق قانون " مجموعة الأحكام التنظيمية التي يمكن أن تتعلق بشكل ضيق بتطبيق نص تشريعي، و إنما يُقصد بها فقط الأحكام التي تُشكل " تدابير تنفيذ قانون"².

المبحث الثاني: التبرير الناتج عن التقدم الاقتصادي:

تعتبر المنافسة الوسيلة التي تسمح بتناسب المنتجات أو الخدمات مع إشباع متطلبات المستهلكين، و لهذا لا ينبغي حظر كل التصرفات المقيدة للمنافسة خاصة تلك التي تساهم في ضمان التقدم الاقتصادي.

تطرقّ المشرع الجزائري في المادة التاسعة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى التقدم الاقتصادي أو التقني من أجل إعفاء الممارسة من الحظر، بالإضافة إلى تحسين التشغيل و تعزيز الوضعية التنافسية في السوق للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة. في حين يشترط كل من القانون الفرنسي³ و المشترك⁴، بالإضافة إلى التقدم الاقتصادي أو التقني، ضرورة استفادة المستعملين من نتائج الممارسة و بدون فرض على المؤسسات المعنية تقييدات غير ضرورية لبلوغ هذه الأهداف، مع عدم منحها إمكانية إقصاء المنافسة بالنسبة لجزء مهم من المنتجات المعنية.

وبما أننا نقوم بدراسة مقارنة بين كل من القانون الجزائري الفرنسي و المشترك، فيتوجب علينا التطرق إلى الشروط المنصوص عليها في هذه التشريعات. و بالتالي يمكن تقسيم شروط الإعفاء المتعلق بالتقدم الاقتصادي إلى شروط ايجابية يجب توافرها، و شروط سلبية يجب تجنبها.

المطلب الأول: الشروط الايجابية:

تتمثل الشروط الايجابية في ضرورة مساهمة الممارسة المحظورة في التقدم الاقتصادي أو من جهة، و استفادة المستعملين من النتائج الايجابية للممارسة المحظورة.

أولاً: مساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني:

قد تكون الآثار الناتجة عن الممارسة المقيدة للمنافسة وسيلة لتنظيم النشاط الاقتصادي، و بالتالي الحصول على آثار اقتصادية أو تقنية ملائمة. و تلجأ المؤسسات المعنية في أغلب الأحيان إلى الاستناد على بعض الاعتبارات الاقتصادية التي يمكن تقبلها من قبل سلطات المنافسة نظراً لمخافتها على النظام العام الاقتصادي. و لكن يعرف التبرير المتعلق

¹ Loi française n° 99-574, 9 juill. 1999, art. 71, J.O.R.F. 10 juill. 1999, p. 10245.

² D. BARTHE, *op. cit.*, fasc. 320, p. 4, n° 9.

³ Art. L.420-4 C. com.

⁴ Art. 101 § 3 du T.F.U.E.

بالتقدم الاقتصادي صعوبتين، تتمثل الأولى في صعوبة التعرف على الأهداف الحقيقية للمؤسسات المعنية، بينما تكمن الثانية في صعوبة تقدير النتائج الاقتصادية لتصرفاتهم¹.

و رغم عدم تطرقّ المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي و الأوروبي، لمفهوم واضح للتقدم الاقتصادي إلا أنه يمكن استنباط هذا الأخير من خلال نتائج الفعالية الاقتصادية المنتظرة من الممارسة²، و يتعلق الأمر بإمكانية احتواء ممارسة مقيدة للمنافسة على نتائج إيجابية و التي يمكن أن تتجلى في أشكال مختلفة كتحسين الإنتاج من خلال الممارسة المحظورة نتيجة قيام المؤسسات المعنية بصنع منتجات ذات جودة عالية و بتكاليف منخفضة، أو من خلال تطبيق كيفية إنتاج مُحافِظة على البيئة³. كما يتحققّ التقدم الاقتصادي من خلال تحسين شروط السوق عندما تضمن الممارسة المحظورة الانتشار الأمثل للمنتجات أو الخدمات و بالتالي سرعة تداولها بين المستهلكين.

و أكدت لجنة المجموعة الأوروبية⁴ على أنه يجب أن يكون التحسين الوارد على الإنتاج أو التوزيع تحسينا موضوعيا لا يقوم على مصالح شخصية، كما يجب أن يكون كافيا لتغطية الآثار المقيدة للمنافسة الناجمة عن الممارسة. و لقد استبعدت اللجنة بعض اتفاقات التوزيع الحصري عن نطاق الحظر رغم تقييدهم للمنافسة، نتيجة لمساهمتها في تحسين التوزيع⁵. و بالتالي تعتبر الموازنة الاقتصادية الوسيلة التي تسمح بتحديد ما إذا كانت الممارسة نافعة أو ضارة، عن طريق إعداد قائمة الآثار السلبية من جهة و الآثار الإيجابية من جهة أخرى⁶.

ثانيا : استفادة المستعملين من حصة عادلة من الفائدة الناتجة عن الممارسة المحظورة :

تستبعد كل من القانون الفرنسي و الأوروبي الحظر على الممارسات التي تحتفظ للمستعملين بحصة عادلة من الفائدة المُحصَل عليها من جراء الممارسة المقيدة للمنافسة، دون تحديد مفهوما مُحدداً لعبارة " مُستعملين". و لهذا يرى بعض الفقه⁷ أنه يُقصد بـ "المستعملين" كل الأشخاص المتواجدين في السلسلة الاقتصادية للمنتوج أو الخدمة الخدمة المعنية، كالمنتجين أو بائعي الجملة أو بائعي التجزئة أو حتى المستهلكين النهائيين.

و لقد طُبّق هذا الشرط بصورة جدية من قبل مجلس المنافسة الفرنسي⁸، حيث أكد على أنه يجب أن يشكلّ التقدم الاقتصادي تقدماً للجميع و ليس فقط السماح بالتحسين الظرفي لوضعية المؤسسات المعنية. و بالتالي تتمثل الفكرة الأساسية لهذا الشرط في ضرورة استفادة المستعملين من مزايا الممارسة و ألا تقتصر الفائدة على أطرافها فحسب، و

¹ F. JENNY, A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 53.

² Lignes directives de la commission. C.E., 27 avr. 2004, *concernant l'application de l'article 81§ 3 du traité*, J.O.C.E. C 101, 27 avr. 2004, p. 97.

³ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 88-D-20, 3 mai 1988, *Pratiques relevées sur le marché du sel*, rapport pour 1988, p. 85. www.autauritedelaconurrence.fr.

⁴ Décision de la Commission. C.E., 8 septembre 1977, *Cobelpa*, J.O.C.E. du 21 septembre 1977 n° L 242, p. 10 – 19. www.eur-lex.europa.eu.

⁵ Décision de la Commission. C.E., 23 sep. 1964, *Grundig*, J.O.C.E. du 20 oct. 1964, n° L 161, p. 2545-2553. www.eur-lex.europa.eu.

⁶ F.DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial*, 8^{ème} éd., L.G.D.J. 2004, p. 456.

⁷ M.C.BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E.CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEM, J.VIALENS, *op. cit.*, p. 290, n° 260.

⁸ Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 2003, p. 282. www.autauritedelaconurrence.fr.

يمكن أن تتجلى هذه الفائدة من خلال انخفاض الأسعار أو ظهور منتجات جديدة في السوق أو تحسينها. و يجب لأخذ مصطلح " الفائدة " بمعناها الواسع، فلا يقتصر الأمر على الفوائد المالية فحسب و إنما كل المزايا التي يمكن أن يستفيد منها المستعمل¹.

المطلب الثاني : الشروط السلبية :

لا يشترط التبرير توافر بعض العناصر فحسب، و إنما يشترط كذلك تجنب بعض الحالات التي لا يجب توافرها من أجل الحفاظ على جزء من المنافسة في السوق. فلا تُعفى الممارسة المقيدة للمنافسة من الحظر في حالة اللجوء إلى تقييدات غير ضرورية أو بالأحرى لا تساهم في التقدم الاقتصادي، و كذلك في حالة إقصاء المنافسة من قبل الممارسة بالنسبة لجزء جوهري من المنتجات أو الخدمات المعنية.

أولا : عدم احتواء الممارسة على تقييدات غير ضرورية :

لا يُسمح بالممارسة المحظورة إلا في حالة وجود تقييدات ضرورية من أجل تحقيق الأهداف المنشودة و المتعلقة في المساهمة في إنعاش الاقتصاد، و يعتبر التقييد ضروريا عندما يؤدي غيابه إلى إلغاء أو التخفيف من مكاسب الفعالية الاقتصادية. و بالتالي يجب على المؤسسات المعنية إثبات عدم امكانتها من اللجوء إلى طرق أخرى غير مقيدة للمنافسة.

و لكن أكد مجلس المنافسة الفرنسي² أنه لا يمكن اعتبار كل التقييدات الواردة على المنافسة قابلة للإعفاء في حالة تحقيقها للتقدم الاقتصادي، بل توجد بعض الممارسات التي لا يمكن استبعادها عن نطاق الحظر كتلك المتعلقة بتحديد الأسعار أو اقتسام الأسواق.

و بالتالي يجب على سلطات المنافسة التأكد من عدم إمكانية تحقيق آثارا ايجابية دون اللجوء إلى الوسائل المتبعة من قبل المؤسسات المعنية، و يجب أن تركز على طبيعة التقييدات و آثارها. يتعلق الأمر هنا بمراقبة مدى تناسب التقييدات مع الهدف المنشود و هذا ما يُسمى ب " تناسبية التقييدات " ³، و يقصد بها ضرورة تناسب التقييد اللاحق بالمنافسة من خلال الممارسة المحظورة مع المزايا الاقتصادية الناتجة عنها. لكن تختلف تناسبية التقييدات عن الموازنة الاقتصادية، حيث أنه لا يؤدي حتما وجود موازنة اقتصادية إلى استنتاج الطابع الضروري للتقييدات. و لذلك تُحظر بعض البنود المدرجة في الاتفاقات نظرا لعدم ضرورة وجودها، كاتفاق التوزيع المتضمن لبند الحماية الإقليمية المطلقة و الذي يمنع الموزعين من القيام باستيرادات في أقاليم أخرى⁴. كما تحظر بعض الاتفاقات التي تعتبر محظورة بطبيعتها و لا تستفيد من الإعفاء أهمها تلك المتعلقة بتحديد الأسعار و اقتسام الأسواق⁵.

¹ E. DINEY, *Ententes: exemption individuelle, article 81 § 3 du Traité C.E.*, J. C.: commercial, conc., cons. n° 3, Lexis Nexis 1. 2008, fasc. 550, , p. 26, n° 86.

² Décision du Cons. Conc. Fr. n° 92-D-38, 9 juin 1992, *relative à des appareils électroménagers*, Rapport Pour 1992, p. 342. www.atauritedelaconurrence.fr.

³ B.GOLDMAN, A.LYON, L.VOGEL, *op. cit.*, p.397, n° 524.

⁴ G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 695, n° 854.

⁵ حيث تُمارس المنافسة من خلال الأسعار و في السوق الملائمة، و بالتالي أي تقييد لهذين العنصرين يُشكل تقييد جوهريا للمنافسة.

يتم تقدير الطابع الضروري للتقييدات من خلال دراسة الممارسة من جهة، حيث يجب أن تكون الممارسة ضرورية في حد ذاتها من أجل الحصول على نتائج الفعالية الاقتصادية، أي عدم وجود وسائل أخرى للحصول على الإعفاء، و دراسة الأحكام التي تتضمنها الممارسة من جهة أخرى، حيث يجب أن تكون هذه الأخيرة بدورها ضرورية لتحقيق نتائج الفعالية الاقتصادية¹. فيمكن اعتبار عقد التوزيع الانتقائي مثلا ضروريا من أجل إنعاش الاقتصاد و لكن يُقضى من الإعفاء نظرا لاحتوائه على أحكام مُبالغ فيها.

كذلك يجب دراسة الأحكام المقيدة للمنافسة المدرجة في الاتفاق و التي تأخذ شكل بنود، حيث أكدت اللجنة الأوروبية² أنه يُعتبر البند المقيد للمنافسة ضروريا عندما يؤدي غيابه إلى إقصاء أو تخفيض مكاسب الفعالية الاقتصادية، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار الإطار الحقيقي الذي تُحقق فيه الممارسة، المخاطر الاقتصادية المرتبطة بها و نوايا الأطراف³.

و لقد أعفت اللجنة الأوروبية⁴ اتفاقا مبرما بين منتجين حول إنشاء مؤسسة مُشتركة رغم تضمنه لبند عدم المنافسة من جهة و بند البيع الإقليمي الحصري، و اعتبرت اللجنة أنه يعتبر هذا الاتفاق ضروريا نظرا لآثاره الإيجابية المُتمثلة في دخول منتج جديد إلى السوق، و عدم إمكانية تحقيق هذه النتيجة باللجوء إلى وسائل اقتصادية بديلة.

و في الأخير تجدر الملاحظة إلى أنه يقع إثبات الطابع الضروري للتقييدات على المؤسسة المعنية و هذا ما أكدته بصراحة المحكمة الابتدائية للمجموعة الأوروبية⁵.

ثانيا : عدم إقصاء الممارسة لجزء جوهري من المنتجات أو الخدمات المعنية :

بالإضافة إلى الآثار الإيجابية الناجمة عن الممارسة المحظورة، يُشترط ألا تؤدي هذه الأخيرة إلى إقصاء كلي للمنافسة أو إقصاء جزء جوهري من المنتجات أو الخدمات المعنية، أي يجب أن يكون أثر الممارسة على المنافسة في السوق محدودا و إبقاء مساحة كافية لحرية العرض و الطلب.

يتعلق الأمر بتقدير ما إذا تركت الممارسة مجالا لوجود منافسة حالية أو احتمالية كافية في سوق المنتجات أو الخدمات المعنية⁶، و هذا يعني ضرورة الاستمرار في عرض منتجات أو خدمات مماثلة لتلك المتعلقة بالممارسة. لأنه يُشكّل الإلغاء الكلي أو حتى الجزئي عائقا للمساهمة في التقدم الاقتصادي، نظرا لعدم تعرض المؤسسات لضغط تنافسي و بالتالي عدم قيامهم بأي مجهود، و لذلك يجب أن يبقى مجالا من المنافسة في السوق. وبالتالي يتطلب تطبيق هذا الشرط القيام بدراسة مختلف مصادر المنافسة في السوق و درجة التنافس فيه.

¹ E. DINEY, *op. cit.*, p. 30.

² Communication de la commission C.E. du 24 avr. 2004, *lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité*: J.O.C.E. n° C- 101/08, 27 avr. 2004, p. 97.

³ Communication de la commission C.E., 27 avr. 2004, *lignes directrices C.E. concernant l'application de l'article 81 § 3*, J.O.C.E n° C / 101 /97, du 27 avr. 2004, p. 80.

⁴ Commission C.E., déc. 12 déc. 1994, *Fujitsu AMD Semiconductor*, aff. IV/34.891: J.O.C.E. n° L 341, 30 déc. 1994, p. 66.

⁵ T.P.I.C.E. 9 juill. 1992, *Publishers Association*, aff. T. 66/89, Rec. 1992, p. 1148. www.eur-lex.europa.eu.

⁶ D. BARTHE, *op. cit.*, p. 13, n° 34.

و على العموم، لا تُقضى المنافسة إلا في حالة ما إذا منحت الممارسة للمؤسسات المعنية الوسائل التي تمتلك من خلالها السوق المعنية، ولا تترك المجال لباقي العملاء الاقتصاديين للممارسة المنافسة في نفس السوق. و تجدر الملاحظة إلى أنه لا يتعلّق الأمر بالمنتجات التي لها نفس طبيعة تلك موضوع الممارسة فحسب، وإنّما كذلك المنتجات القابلة للاستبدال¹.

ولقد رفض مجلس المنافسة الفرنسي تبرير بعض الممارسات المقيدة للمنافسة نظرا لإقصاءها الجوهرية للمنافسة، نذكر منها ممارسات مطبقة من قبل ثلاثة عملاء اقتصاديين بهدف اقتسام السوق في قطاع الصيدلة، حيث أدى إلى استحواذهم على 83% من السوق المعنية و اعتبر المجلس أنه، بالنظر إلى وضعية المؤسسات المعنية و عدم القدرة التنافسية لباقي المؤسسات المتواجدة في نفس السوق، تؤدي هذه الممارسات إلى إقصاء المنافسة في جزء جوهري من السوق².

و بالتالي يجب إجراء مقارنة بين درجة المنافسة في السوق قبل تحقّق الممارسة المحظورة، و آثار هذه الأخيرة على المنافسة. و لا تتم هذه المقارنة بالنظر إلى حصص السوق المتحصّل عليها من قبل المؤسسات المعنية فحسب، و إنّما يجب الأخذ بعين الاعتبار بعض المعايير الأخرى كالقيام بتحليل كمّي و كيفي للمنتجات أو الخدمات المعنية و مدى قدرة باقي المؤسسات المتواجدة في السوق على التنافس حول هذه المنتجات أو الخدمات³. و يمكن اكتشاف آثار الممارسة من خلال سلوك القائمين بها، حيث يسمح تطبيق هؤلاء لأسعار مرتفعة بعد تحقّق الممارسة المحظورة باستنتاج غياب الضغط التنافسي في السوق و بالتالي غياب المنافسة بالنسبة لجزء جوهري من المنتجات أو الخدمات المعنية.

الفصل الثاني: العقوبات الرّدية للممارسات و الأعمال المدبّرة :

يعتبر قانون المنافسة قانونا ردعيًا، حيث يهدف هذا الأخير إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية و ضمان السير الحسن للسوق. و لهذه الأسباب تضمّن هذا القانون عقوبات تساهم في محاربة الممارسات التي من شأنها المساس بالمنافسة من خلال تقييدها.

و من أجل فعالية العقوبات المطبّقة على الممارسات المقيدة للمنافسة، يُطبّق مبدأ " ازدواجية العقوبة ". أي أنّه لا يقتصر الرّدع على العقوبات الإدارية الصادرة عن مجلس المنافسة فحسب، و إنّما تساهم الجهات القضائية في البتّ في مثل هذه القضايا، سواء تعلّق الأمر بالجهات القضائية المدنية أو الجزائية.

¹ أي رغم اختلافها إلا أنها تؤدي إلى إشباع نفس الحاجيات.

² Décision du Cons. Conc. Fr. n°01-D-07, 11 avr. 2001, *Pratiques mises en œuvres sur le marché de la répartition pharmaceutique: Rapport pour 2001*, p. 32. www.autauritedelaconurrence.fr.

³ Communication de la commission C.E., *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3*, op. cit., pt. 109.

المبحث الأول: العقوبات المطبقة من قبل مجلس المنافسة:

حفاظا على المنافسة الحرة و ترقيتها في مجال اقتصاد السوق، تم إنشاء لأول مرة في الجزائر مجلس منافسة سنة 1995¹. و يرجع تخصيص هذا الجهاز بضبط المنافسة إلى عدة أسباب أهمها عدم اختصاص المحاكم الجزائرية في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة حيث لا يملك القاضي المعطيات و الخبرة الكافية في المجال الاقتصادي. أما عن القانون الفرنسي فلقد أنشأ مجلس المنافسة لأول مرة سنة 1986²، و لكن تجدر الملاحظة أنه أُستبدل مجلس المنافسة الفرنسي ب " سلطة المنافسة " من خلال الأمر الصادر في 4 أوت 2008 و المتعلق بتحديث تنظيم المنافسة³، و يهدف هذا الأخير إلى إنشاء سلطة مستقلة و ووحيدة تحرص على حرية المنافسة.

و لكن بما أنه لا يعتبر مجلس المنافسة هيئة قضائية، فلا يمكنه تطبيق إلاّ العقوبات الإدارية، و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 45 من الأمر 03-03 على أنه: " يتخذ مجلس المنافسة أوامر مُعلّلة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرّر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فورا و إما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر و يمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه".

و من الملاحظ أنه تبنى المشرع الجزائري نفس أحكام القانون الفرنسي⁴ و الأوروبي⁵، علما أنه يُخول هذا الأخير هذه العقوبات إلى اللجنة الأوروبية.

وبالتالي تتمثل العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة في: إصدار الأوامر و الغرامات المالية بالإضافة إلى نشر قراراته، و تهدف هذه العقوبات إلى إصلاح التدهور التنافسي الناجم عن الممارسات المقيدة للمنافسة.

المطلب الأول: إصدار الأوامر:

يعتبر إصدار الأوامر الوسيلة الأولى التي يتدخل من خلالها مجلس المنافسة، حيث يتم اللجوء إليها قبل اتخاذ أي قرار في الموضوع، و تعتبر كإجراء تحفظي⁶. و تعتبر هذه الطريقة فعّالة لإيقاف الممارسات الأقل خطورة أو في حالة المساس بالمنافسة من خلال بعض البنود فيتم إصدار الأمر بإلغائها. ولقد لاحظ مجلس المنافسة الفرنسي أنه أُستعملت سلطة إصدار الأوامر بكثرة نظرا لضعف تأثير الممارسات على المنافسة في السوق⁷.

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة واسعة في إصدار الأوامر، و تنقسم هذه الأخيرة إلى قسمين:

¹ من خلال الأمر رقم 95-06 السالف الذكر.

² Ordonnance n° 86-1243 du 1 déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.O.R.F. du 1 déc. 1986, p. 14773.

³ Ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, J.O.R.F. n° 0265 du 14 nov. 2008, p. 17391.

⁴ Art. L 464-2 du C. com. (modifié par l'art. 4 de l'ordonnance 2008/1161).

⁵ Règlement C.E. n°1/2003 du 16 déc. 2002, op. cit., art. 7.

⁶ L.ARCÉLIN, op. cit., p. 213, n° 317.

⁷ Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 2005, p. 101. www.autaritedelaconcurrence.fr.

1. إصدار الأمر بتجنب بعض الممارسات المقيّدة للمنافسة.

2. إصدار الأمر باتخاذ بعض الإجراءات.

أولاً : الأمر بتجنب بعض الممارسات المقيّدة للمنافسة :

يمكن لمجلس المنافسة إصدار الأمر بإيقاف الممارسة المنافية للمنافسة من قبل المؤسسات المعنية في الأجل الذي يحدده. كما قد يتمثل الأمر في تعديل بعض البنود التعاقدية، كالبنود التعسّفية التي تتضمنها اتفاقات التوزيع¹، أو إصدار الأمر بالسماح لباقي المنافسين بالاستفادة من خدمة معيّنة².

ثانياً : الأمر باتخاذ بعض الإجراءات :

يمكن لمجلس المنافسة إصدار الأمر باتخاذ بعض الإجراءات من قبل المؤسسات المعنية من أجل ضمان منافسة حرة في السوق. كالأمر بإعلام الطرف المرتكب للجريمة لباقي شركائه بإلغاء العقد الذي يربطه بهم³. و لكن لا يجوز لمجلس المنافسة إصدار أوامر تتدخل في هيكلية المؤسسات المعنية، بل ينحصر دوره في إصدار أوامر تتعلق بالسلوك الإجرامي فقط⁴. فلا يجوز مثلاً لمجلس المنافسة إصدار الأمر بحل الشركة.

في حين أجاز القانون الأوروبي للجنة الأوروبية بإصدار الأوامر بإيقاف الممارسات المنافية للمنافسة، و فرض كل إجراء تاديبى ذو طبيعة سلوكية أو هيكلية متناسب مع الجريمة المرتكبة⁵. و عليه يجوز للجنة المجموعة الأوروبية أن تصدر الأمر بإحالة أصول الشركة المعنية⁶.

و بالتالي نلاحظ أنه يكون إصدار الأمر بتجنب بعض الممارسات المقيّدة للمنافسة قبل تحقق هذه الأخيرة، في حين يتدخل إصدار الأمر باتخاذ بعض الإجراءات بعد قيام الممارسات.

و تجدر الملاحظة إلى أنه يجب أن تشمل الأوامر على عبارات واضحة و دقيقة⁷، فيجب على مجلس المنافسة أن يبيّن بدقة المراد من الأوامر الصادرة عنه. و في حالة عدم وضوح الأمر، تلتزم المؤسسة المعنية مجلس المنافسة لتوضيح عبارات الأمر.

¹ Décision du Cons. Conc. Fr. n° 06-D-03, 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaire, plomberie et climatisation, B.O.C.C.R.F. 14 mai 2006, p.12, v. aussi déc. Cons. Conc. Fr. n° 96-D-72, 19 nov. 1996, relative à la distribution des montres « Rolex », B. O. C. C. R. F. 6 mars 1997.

² Décision du Cons. Conc. Fr. n° 04-MC-01, 15 avr. 2004, secteur de télécommunication.

³ L.ARCÉLIN, *op. cit.*, p. 214, n° 319.

⁴ Avis cons. Conc. Fr. n° 06-A-09, 14 avr. 2006, pt. 134. www.autauritedelaconurrence.fr.

⁵ Règlement C.E. n° 1/2003, *op. cit.*, art. 7.

⁶ Commission C.E., déc. N° 93/252/CEE, 10 nov. 1992, Warner-Lamber c/ Gillette et autres, J.O.C.E. n° L 116, 12 mai 1993.

⁷ C.A. Paris, 9 avr. 2002, Pack internet, B.O.C.C.R.F. 2002/10, p. 388.

و أخيرا يتوجب على المؤسسات المعنية احترام الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة مع احترام الآجال المحددة لتنفيذها. و في حالة عدم احترام هذه الأوامر، يمكن لمجلس المنافسة فرض غرامات تهديدية¹، و لكن لا يجب أن تتجاوز قيمة الغرامة التهديدية مبلغ التعويض عن الضرر الفعلي، و هذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية². و لقد قضت محكمة استئناف باريس بأنه يجب أن تُنفذ الأوامر في أجل معقول، يتم تقديره حسب الظروف الخاصة بالمؤسسة و قطاع النشاط المعني³.

و بالتالي يمكن للسلطات المختصة مراقبة مدى تنفيذ أوامرها في الآجال المحددة من قبل المؤسسات المعنية، و ذلك من خلال استعمال سلطة التحقيق. و تكتسي هذه الأوامر القوة الملزمة ابتداء من تاريخ تبليغها للأطراف المعنية.

المطلب الثاني: الغرامات المالية:

تعدّ العقوبات المالية ذات أهمية كبيرة في قانون المنافسة. و لقد قرّر مجلس المنافسة الفرنسي⁴ أنه " تشمل العقوبات المالية على طابعين، أحدهما تاديب و الآخر وقائي ". و لهذا السبب يجب أن تُحدد الغرامة بصورة رديّة، فكلما ارتفعت قيمة الغرامة كلما تراجع العملاء الإقتصاديون عن مخالفة قواعد المنافسة. و تجدر الملاحظة إلى أنه تكتسي العقوبات المالية طابعا إداريا سواء أُصدرت من قبل مجلس المنافسة أو من اللجنة الأوروبية و ليست ذات طابع جزائي.

ولكن ما هو المبلغ الأقصى للغرامة المالية، و ما هي المعايير التي تستند عليها السلطات المختصة من أجل تحديد مبلغ الغرامة؟

أولا: المبلغ الأقصى للغرامة:

اهتمّ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي و الأوروبي بتوقيع غرامات مالية على الأشخاص القائمين بالممارسات المقيّدة للمنافسة. حيث ينص المشرع الجزائري على أنه: " يعاقب على الممارسات المقيّدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مُختتمّة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، و إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال مُحدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج)"⁵.

² المادة 27 من القانون رقم 08-12 السالف الذكر: " يمكن لمجلس المنافسة، إذا لم تحترم الأوامر و الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه في الآجال المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة و خمسين ألف دينار (150.000 دج) عن كل يوم تأخير. ". في حين يفرض كلّ من القانون الفرنسي و المشترك غرامة تهديدية في حدود 5% من رقم الأعمال اليومي للمؤسسة المعنية عن كل يوم تأخير ابتداء من التاريخ الذي يحدده مجلس المنافسة أو اللجنة الأوروبية، (المادة 2 - 464 . L . ق. ت. ف. و المادة 24 من النظام الأوروبي رقم 2003/1).

³ المحكمة العليا غ. ت. و ب، 6 ماي 1990، قضية: (م. م.) ضد (غ. م.)، ملف رقم 65555، مجلة قضائية 1993، ع. 1، ص. 88.

⁴ C.A. Paris, 29 mars 1996, B.O.C.C.R.F. 24 mai 1996.

⁵ Rapport du Cons. Conc. Fr. pour 2005, *Etude thématique consacrée aux sanctions pécuniaires et aux injonctions*, p. 102. www.autauritedelaconurrence.fr.

¹ المادة 26 من القانون رقم 08-12 السالف الذكر، و تجدر الملاحظة إلى أنه رفع المشرع من قيمة الغرامة حيث كان ينص في المادة 56 من الأمر 03-03 على غرامة لا تفوق 7%.

بينما تُقدَّر الغرامة المالية في القانون الفرنسي بقيمة 10٪ من رقم الأعمال العالمي من غير الرسوم الأكثر تحقيقا خلال إحدى السنوات المالية المُختتمة¹، أما عن القانون المُشترك، فيُخول هذا الأخير للجنة الأوروبية سلطة توقيع غرامة مالية تُقدَّر بنسبة 10٪ من رقم الأعمال الإجمالي المُحقَق خلال السنة المالية السابقة².

ولقد اهتمَّ كلٌّ من القانون الفرنسي والقانون الأوروبي، على عكس القانون الجزائري، على ضرورة تناسب العقوبة المالية مع خطورة الممارسة. حيث يأخذ المُشرع الفرنسي بعين الاعتبار من أجل تحديد الغرامة مدى خطورة الممارسة على الاقتصاد، بالإضافة إلى وضعية المؤسسة المُعاقبة أو المجموعة التي تنتمي إليها هذه المؤسسة، مع احتمال تكرار الممارسات المحظورة³. في حين تركّز اللّجنة الأوروبية في تحديدها للغرامة المالية، إضافة لخطورة الممارسة، مدّة الممارسات المُقيّدة للمنافسة أخذًا بعين الاعتبار الظروف المُشدّدة أو المُخفّفة⁴.

ثانيا: إجراء " الرأفة " :

قد تضطرّ سلطات المنافسة من أجل مكافحة الممارسات المُقيّدة للمنافسة إلى تشجيع الكشف عن هذه الأخيرة، خاصّة عندما يتعلّق الأمر بصعوبة إثبات الممارسات و الأعمال المُدبّرة نظرا لطابعها الخفيّ. و يتجلى ذلك من خلال إعفاء أطراف الممارسة المعنية من دفع كلّ الغرامة أو جزء منها عند توافر بعض الشروط.

يهدف " إجراء الرأفة " إلى تحسين فعالية متابعة الممارسات المُقيّدة للمنافسة من خلال حثّ أطراف الاتفاق على كشف تصرفاتهم المنافية للمنافسة، و بالتالي يمكن لسلطات المنافسة مكافحة الاتفاقات المنافية للمنافسة من خلال أطرافها. فكلما ازداد حث سلطات المنافسة على اللجوء إلى إجراء الرأفة، كلما انخفضت شدة التواطؤ و بالتالي انخفاض عرقلة المنافسة في السوق⁵. بل يرى البعض⁶ أنه " يعتبر إجراء الرأفة الإجراء الوحيد الذي يمكن اعتباره حثا للمؤسسات على كشف ممارساتها المنافية للمنافسة قبل بداية التحقيق ".

و لقد تطرّق المُشرع الجزائري لهذا الإجراء في المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة حيث ينص على أنه: " يمكن لمجلس المنافسة أن يُقرّر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المُتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر.

¹ Art. 464-2-I § 4 C. com.: « Le montant maximale de la sanction est 10% du montant du chiffres d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».

² Règlement C.E. n° 01/2003 du conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenu articles 101 et 102 du T.F.U.E.), art. 23 § 2.

³ Art. L.464-2-I § 3 C. com. : « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées... ».

⁴ Règlement C.E. n° 1/2003, *op. cit.*, art. 23§3, v. aussi : Lignes directrices de la commission C.E. du 1 sep. 2006, pt. 13, J.O.C.E. n° C-210, 1 sep. 2006.

⁵ P. BOUGETTE, C. MONTET, F. VENAYRE, *L'efficacité économique des programmes de clémence*, 2006, p. 3: www.halshs.archives-ouvertes.fr.

⁶ A. VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, Revue internationale de droit économique, De Boeck Université, 2007, p. 160: www.cairn-info/revue-internationale-de-droit-économique-2007-2-page-157.htm.

لا تُطبَّق أحكام الفقرة الأولى أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة.¹

و لقد تمَّ إدراج هذا الإجراء كذلك في القانون الفرنسي، و ينصُّ هذا الأخير على إمكانية الإعفاء الكلي أو الجزئي للعقوبة المالية في حالة مساهمة المؤسسة في إعداد حقيقة الممارسة و التعريف بأصحابها من خلال معلومات لم تكن بحوزة مجلس المنافسة¹.

بينما كرّست لجنة المجموعة الأوروبية إجراء الرأفة لأول مرة سنة 1996²، ثم شددت على هذا الإجراء سنة 2006 حيث تمنح اللجنة الأوروبية الإعفاء الكلي من الغرامة المالية لأول طرف من أطراف الاتفاق المحظور، و الذي يقدم معلومات كافية تسمح باكتشاف الجريمة بسهولة³. و تشترط اللجنة من أجل الإعفاء الكلي أو الجزئي أن تكون المؤسسة المعنية أول من يقدم معلومات حول اتفاق سري⁴، التعاون الكلي، المتواصل و السريع مع سلطات التحقيق⁵، الالتزام بإيقاف المساهمة في الممارسة المحظورة⁶ و عدم إكراه مؤسسات أخرى على المساهمة في الممارسة المحظورة⁷.

و لكن تسمح اللجنة بإمكانية الاستمرار في الاتفاق المقيد للمنافسة من قبل المؤسسة المبلغة عندما يكون الأمر ضروريا من أجل المحافظة على إكمال التحقيقات⁸.

نستنج مما سبق أنه يؤدي إجراء الرأفة إما إلى إلغاء الغرامة أو تخفيضها، وتستند سلطات المنافسة في إصدارها لهذا على الأدلة المقدمة من قبل المؤسسة المعنية.

المبحث الثاني: العقوبات المطبقة من قبل الجهات القضائية:

يُعدُّ تحقيق الفعالية الاقتصادية من المقاصد الأساسية لقانون المنافسة، و لذلك لا تقتصر مكافحة الممارسات المحظورة على مجلس المنافسة فحسب، و إنما تلعب الجهات القضائية دورا أساسيا في هذا المجال.

يمكن لضحية الممارسات المقيدة للمنافسة التماس الجهات القضائية. و لهذا فلها الخيار في التماس مجلس المنافسة أو الجهات القضائية أو كلاهما معاً. و لقد منح المشرع الجزائري حق رفع دعوى أمام الجهات القضائية في المادة 48 من

¹ Art. L.464-2 §4 C. com. : « une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou un organisme...s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement... ».

² Communication de la commission C.E. relative à la non-imposition ou la réduction du montant des amendes, 18 juill. 1996, J.O.C.E. n° C 207 du 18 juill. 1996, p. 4.

³ Communication de la commission C.E. relative à l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, 8 déc. 2006, J.O.C.E. C-298/11, 8 déc. 2006, pts. 8 a et 10.

⁴ Communication de la commission C.E, 18 juill. 1996, *op. cit.*, pts. 8a et 8b.

⁵ Communication de la commission C.E, 18 juill. 1996, *op. cit.*, pt. 11a.

⁶ Communication de la commission C.E, 18 juill. 1996, *op. cit.*, pt.11b.

⁷ Communication de la commission C.E, 18 juill. 1996, *op. cit.*, pt. 11c.

⁸ Communication de la commission C.E, 8 déc. 2006, *op. cit.*, pt. 12-b.

الأمر 03-03 حيث تنص على أنه: " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه مُتضرراً من ممارسة مُقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به."

و لهذا يجب على الضحية أن تأخذ بعين الاعتبار مدى سلطات كل من مجلس المنافسة و الجهات القضائية، و أن تتصرف حسب الهدف المنشود.

و تجب التفرقة بين العقوبات الصادرة عن الجهات القضائية المدنية، و تلك الصادرة عن الجهات القضائية الجزائية.

المطلب الأوّل: العقوبات المُطبّقة من قبل الجهات القضائية المدنية :

يجوز التماس الجهات القضائية المدنية من قبل ضحية الممارسات المنافية للمنافسة، و تجدر الملاحظة أنه يختلف التماس الجهات القضائية المدنية عن مجلس المنافسة من حيث الموضوع، فبينما يختص مجلس المنافسة في قمع الممارسات المُقيدة للمنافسة من خلال إصدار بعض الأوامر و فرض عقوبات مالية بصفته هيئة إدارية، تختص الجهات القضائية المدنية في إبطال الالتزامات أو الشروط التعاقدية و كذا التعويض عن الضرر الناجم عن الممارسة.

و بالتالي يُرفع أمام الجهات القضائية المدنية دعويين :

1. دعوى البطلان.

2. دعوى التعويض.

أولاً: دعوى البطلان :

يتضمن الردع المدني للممارسات المُقيدة للمنافسة بصفة عامة بطلان هذه الأخيرة، و يتميز البطلان عن باقي العقوبات من خلال طابعه من جهة و آثاره من جهة أخرى.

1. طابع عقوبة البطلان :

تطرّق المشرع الجزائري إلى عقوبة البطلان في المادة 13 من الأمر 03-03¹ المتعلق بالمنافسة، مُتخذاً نفس موقف كل من القانون الفرنسي² و القانون الأوروبي³. علماً أنه لم يتطرّق هذا الأخير إلى باقي الممارسات المنافية للمنافسة للمنافسة بل ركّز فقط على الاتفاقات المحظورة. كما أكّدت محكمة عدل المجموعة الأوروبية⁴ على أنه: " لا يُطبّق البطلان إلا على الأحكام التعاقدية المتعارضة مع أحكام المادة 85 فقرة 1 (المادة 101 فقرة 1 حالياً)".

¹ حيث تنص هذه المادة على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يُبطل كل التزام اتقافية أو شرط تعاقدية يتعلّق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 أعلاه."

² Art. L.420-3 C. com. : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1 et L.420-2 ».

³ Art. 101 §2 du T.F.U.E. : « les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. ».

⁴ C.J.C.E., 14 déc. 1983, *Ciments et bétons*, aff. 319/82, Rec. C.J.C.E. 1983, p. 4173. www.eur-lex.europa.eu.

يُعدّ البطلان المُعاقب لخرق قاعدة من قواعد المنافسة و المُتعلّقة بالنظام العام، بطلانا مُطلقا. و بالتالي " يمكن لكلّ الأشخاص ذوي مصلحة مشروعة طلب البطلان، و قد يتعلّق الأمر بأحد أطراف الممارسة أو الغير المُتعاقد مع أحد أطراف الممارسة أو الغير المُتضرّر من وجود هذه الممارسة"¹. و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 102 فقرة 1 من القانون المدني إذ تنص على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة".

و المقصود بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان تلك التي " تستند الى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه"². كما أنه يتميّز البطلان بطابعه الشامل، فهو لا يشمل الاتفاقات و الممارسات المُدبّرة فحسب، و إنّما يشمل كل الممارسات المُقيّدة للمنافسة.

2. آثار عقوبة البطلان :

لم تبيّن النصوص مدى تطبيق البطلان، ولذلك يجب على قضاة الموضوع تبيان حدود البطلان مُستندا في ذلك على سلطته التقديرية. أو بمعنى آخر، يجدر على قضاة الموضوع تبيان ما إذا كان البطلان يمسّ الاتفاق بأكمله أو فقط بعض أحكامه.

يطرأ البطلان على عناصر الاتفاق المنافية للمنافسة، و يسمح استعمال المشرع إلى عبارة " شرط تعاقدي " بتطبيق البطلان على البنود دون الاتفاق بأكمله. و عليه يمكن أن يطرأ البطلان على الاتفاق بكامله أو على شرط مُحدّد فيه.

نستخلص إذن أنه قد يتعلّق البطلان بالاتفاق كله أو ببند مُحدّد فيه، و في هذه الحالة الأخيرة يجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان البند المُتنازع فيه يُشكّل شرطا أساسيا لإبرام الاتفاق أم مُجرد شرط تابع للاتفاق الرئيسي، ففي الحالة الأولى يُبطل الاتفاق ككل بينما يُبطل البند فقط في الحالة الثانية³.

و تنتج عقوبة البطلان أثرا رجعيا، أي أنه يسري على الماضي و المستقبل، و لقد طبق القانون المُشترك هذه القاعدة لأول مرة سنة 1971⁴. و نتيجة لذلك يُعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام الاتفاق، وهذا ما أكده بصراحة المشرع الجزائري⁵.

¹ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 580, n° 633.

² ع. بلحاج، المرجع السابق، ص. 168.

³ ظ. موساوي، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق تيزي وزو، 2010-2011، ص. 11.

⁴ C.J.C.E. 25 nov. 1971, aff. 22/71, Rec. 1971, p. 949, V. aussi: C.J.C.E. , 6 févr. 1973, *Brasserie de Haecht*, préc. : « attendu que l'article 85 paragraphe 2, frappe les accords et décisions interdits en vertu de cet article de nullité de plein droit ; que dès lors cette nullité est susceptible d'affecter tous les effets, passés et futurs, de l'accord ou de la décision ; qu'en conséquence, la nullité visée par l'article 85, paragraphe 2, produit des effets rétroactifs ». www.eur-lex.europa.eu.

⁵ المادة 103 من ق.م.ج. : "يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل...".

و يرى بعض الفقه¹ أنه يمكن أن يطرأ على مبدأ الأثر الرجعي بعض التخفيفات خاصة عندما يتعلق الأمر بخدمات يصعب استرجاعها.

و أخيرا تجدر الملاحظة إلى عدم تحديد قانون المنافسة لمدة تقادم عقوبة البطلان و لذلك يجب الرجوع إلى الأحكام العامة. و تحدد هذه الأخيرة مدة التقادم ب 15 سنة ابتداء من إبرام الاتفاق².

ثانيا: دعوى التعويض :

لم تنص أحكام قانون المنافسة على دعوى التعويض عن الضرر الناجم من جراء الممارسة المقيدة للمنافسة، بل نص المشرع الجزائري في المادة 48 من الأمر 03-03 على أنه " يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا لتشريع المعمول به ". نلاحظ من استقراء نص المادة تطبيقها العام³ و عدم تطرق المشرع لدعوى التعويض صورة مباشرة⁴، و بالتالي يجب الاستناد على قواعد القانون العام من أجل التعرف على شروط رفع دعوى التعويض.

تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا لغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ". و بالتالي يمكن لكل ذي مصلحة رفع دعوى التعويض، و قد يتعلق الأمر بالمتنافسين أو بالمستهلكين.

و من هذا المنطلق، سنتطرق إلى شروط رفع دعوى التعويض في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة من جهة، و التعرف على أصحاب الحق في رفع هذه الدعوى من جهة أخرى.

1. شروط رفع دعوى التعويض :

نستنتج مما سبق أنه يشترط لرفع دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المنافية للمنافسة، نفس الشروط الواجب توافرها في المسؤولية التقصيرية و المتمثلة في ضرورة وجود الخطأ، الضرر و علاقة السببية بينهما. و نظرا لوجود علاقة وطيدة بين المسؤولية من جهة و الحرية من جهة أخرى، يُمنح لضحية الممارسات المقيدة للمنافسة حق رفع دعوى المسؤولية التقصيرية أمام الجهات القضائية المختصة. و يرى بعض الفقه⁵ في هذا السياق أنه " تعتبر المسؤولية الشخصية الفردية لازمة للحرية القانونية و الاقتصادية".

¹ E. CLAUDEL, *op. cit.*, p.431, n° 529.

² المادة 102 فقرة 2 من ق. م. ج.

⁴ أي إمكانية تطبيق نص المادة على كل من البطلان و التعويض على حد سواء، و بالتالي يمكن لضحية الممارسة المقيدة للمنافسة رفع دعوى تعويض تابعة لدعوى البطلان أمام الجهات القضائية المختصة.

¹ رغم أنه كان ينص المشرع الجزائري في المادة 27 من الأمر الملغى رقم 06/95 على أنه: " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي اعتبر نفسه متضررا من ممارسة منافية للمنافسة وفق مفهوم هذا الأمر أن يرفع دعوى أمام الهيئات القضائية المختصة طبقا لقانون الإجراءات المدنية لطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ".

⁵ D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, Revue de droit commercial et de droit économique, Dalloz 1998, p. 766 : « La responsabilité personnelle individuelle est le corollaire de la liberté juridique et économique ».

يُقصد بالخطأ في إطار قانون المنافسة خرق أحكام هذا الأخير من خلال المساهمة في ممارسة منافية للمنافسة، و لكن تجدر الملاحظة إلى أنه في حالة استفادة الممارسة من إحدى التبريرات المذكورة أنفاً، ينتفي الطابع المُجرّم للممارسة و بالتالي لا وجود لعنصر الخطأ.

يعتبر الضرر الشرط الثاني لقيام المسؤولية التقصيرية و بالتالي لقيام دعوى التعويض، فلا يكفي وقوع الخطأ فحسب و إنما يجب أن يترتب عليه ضرر حالي و مباشر. و يعرف الفقه¹ الضرر بأنه " الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن ". و لو طبقنا هذا المصطلح في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة فنكون بصدد " ضرر تنافسي "² نظراً لعرقلة حركة السوق و الآليات الطبيعية للمنافسة. و يمكن تعريف الضرر بأنه التقييد المُرتكب من قبل بعض العملاء الاقتصاديين، و الذي يمنح للضحية حق التعويض³.

و من أجل تقدير الضرر، يمكن لضحية الممارسات المنافية للمنافسة القيام بمقارنة بين وضعيتها الاقتصادية أثناء مرحلة النزاع و بين تلك المتوقعة في الوضعية التنافسية العادية، كالمخفاض رقم أعمالها أو حصص السوق، إقصائها من السوق، فقدان زبائنها... الخ... و بالتالي تتعلّق أهمية الضرر بخطورة الخطأ، و هذا ما يؤدي بالضرورة إلى الحصول على نتيجة مُزدوجة: التعويض عن الضرر اللاحق بالمنافسة في السوق من جهة، و معاقبة الخطأ المُرتكب من جهة أخرى⁴. و تجدر الملاحظة أنه لا تُعدّ الغرامة المالية بمثابة تعويض عن الضرر الناتج عن الممارسة المقيدة للمنافسة، بل تُشكل " ترضية معنوية " للضحية⁵.

و يُشترط أن يكون الضرر حالاً، مباشراً، شخصياً و يجب أن يتعلّق بمصلحة محمية قانوناً، و لكن في مجال قانون المنافسة قد ترد صعوبة في تحديد الطابع الشخصي للضرر. أو بمعنى آخر، من هم الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم ضحايا الممارسات المقيدة للمنافسة؟

يرجع الحق في طلب التعويض للشخص المتضرر من الممارسات المنافية للمنافسة، كالمؤسّسات المتواجدة في وضعية تنافسية مع أطراف الممارسات المعنية. و لكن هذا لا يعني استبعاد الطابع غير المباشر للضرر، حيث يمكن أن يتمثل الأشخاص المتضررون في المستهلكين من جراء الارتفاع المُدبر للأسعار⁶. و الجدير بالذكر أنه إذا كان القانون العام يهتم فقط بالضرر الحال أي " المُحقق "، فإنه تهدف قواعد قانون المنافسة إلى ردع الممارسات الحالية و المُحتملة على حد السواء.

¹ ع. بلحاج، مرجع سابق، ص. 284.

² ظ. موساوي، مرجع سابق، ص. 29.

³ D. FASQUELLE, *op. cit.*, p. 764.

⁴ G. G. CALLEBAUT, *Le préjudice en droit de la concurrence*, 2010, p. 41, n° 5: « www.juris.hokudai.ac. »

⁵ ظ. موساوي، مرجع سابق، ص. 21.

⁶ G. G. CALLEBAUT, *op. cit.*, p. 46, n° 13.

2. أصحاب الحق في رفع دعوى التعويض:

يمكن لكل ذي مصلحة اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لطلب التعويض اللاحق به من جراء الممارسة المعنية، سواء بصورة مستقلة أو تبعية لدعوى البطلان. و بما أنه جاءت عبارات المادة 48 من الأمر 03-03 واسعة فيمكن للأشخاص الطبيعية أو المعنوية، العامة منها أو الخاصة.

فقد تتمثل الضحية في إحدى المؤسسات المتواجدة في السوق المعنية و تعرضت لتقييد في حريتها أو إقصاء كلي لها نظرا لتواجدها في وضعية تنافسية مع أطراف الممارسة، و قد تتمثل في المستهلكين عندما يتأثر اختيار هؤلاء نظرا لمنع دخول منتج جديد إلى السوق أو من خلال منع انخفاض الأسعار.

و يمكن أن يكون أحد أطراف الممارسة الضحية في نفس الوقت مما يمنحه الحق في رفع دعوى التعويض. و لقد تطرقت لهذه المسألة لأول مرة محكمة عدل المجموعة الأوروبية سنة 2001¹ في قضية تتعلق باتفاق الشراء الحصري، و أكدت المحكمة على إمكانية طلب التعويض من قبل الطرف الضعيف في الاتفاق أو الممارسة أو بالأحرى " عدم المساواة في مسؤوليات الأطراف ".

كما يمكن للجمعيات المهنية و جمعيات المستهلكين ممارسة الدعوى عندما يتعلق الأمر بضرر لاحق بالمصلحة العامة للمهنة أو المستهلكين²، و تُشكل الدعوى المرفوعة من قبل الجمعيات أهمية بالغة في مجال التوزيع عند تردّد المؤسسات الضحية عن رفع هذه الدعوى

كما أنه لا يجب الخلط بين عقوبة التعويض و إجراء الرأفة³، حيث أنه رغم استفادة المؤسسات المعنية من هذا الأخير إلا أنها لا يمكن أن تفلت من دعوى التعويض المرفوعة من قبل ضحية الممارسة المحظورة حيث يتعلّق الأمر بمعاقبة جريمة تمس بالنظام العام الاقتصادي⁴. لقد تبنى هذا الموقف كل من القانون الفرنسي⁵ والقانون الأوروبي⁶ الأوروبي⁶ على عكس المشرع الجزائري الذي لم يرسم الحدود بين إجراء العفو و عقوبة التعويض.

و في الأخير، تجدر الملاحظة إلى أنه يمكن أن تستعين الجهات القضائية برأي مجلس المنافسة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة⁷ بما فيها تلك المتعلقة بتقدير مدى خطورة الممارسة المتنازع فيها بهدف الحكم بتعويض مناسب. و تتقدم

¹ C.J.C.E. du 20 sep. 2001, *Courage LTD c/ Bernard creham*, aff. C-453/99. Rec. 2001. P. 6297: www.eur-lex.europa.eu.

² تنص المادة 65 من القانون رقم 02-04 السالف الذكر على أنه: "...يمكن جمعيات حماية المستهلك، و الجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، و كذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون. كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على التعويض على الضرر الذي لحقهم".
³ بالنسبة لمفهوم هذا الإجراء، ارجع إلى ص. 122 من هذه المذكرة.

⁴ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 161, n° 246.

⁵ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, pt. 2: www.autaritedelaconurrence.fr.

⁶ Communication de la commission C.E. relative à l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, préc. Pt. 39.

¹ هذا ما صرحت به المادة 38 من الأمر 03-03 السالف الذكر و المتعلق بالمنافسة: " يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر...".

دعوى المسؤولية في التشريع الجزائري¹ بانقضاء مدة 15 سنة ابتداء من وقوع الفعل الضار، بينما تتقدم في التشريع الفرنسي² بمرور 10 سنوات.

المطلب الثاني: العقوبات المطبقة من قبل الجهات القضائية الجزائرية:

بعد أن كان للقاضي الجزائري دورا في ردع الممارسات المقيّدة للمنافسة، سرعان ما تخلّى المشرع الجزائري على الردع الجزائري في قانون المنافسة. حيث ألغى الأمر 03-03 توقيع العقوبات الجزائية في مجال الممارسات المنافية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 15 من الأمر رقم 06/95 الملغى و التي كانت تنص على أنه: " إذا كان تنظيم و تنفيذ الممارسات المنافية للمنافسة، أو التعسف الناتج عن الهيمنة المنصوص عليها في المواد 6، 7، 10، 11 و 12 من هذا الأمر يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولية شخصية، فإنه يحيل مجلس المنافسة الدعوى إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية " و أضافت أنه " ... يمكن للقاضي أن يحكم في هذه الحالة بالحبس من شهر إلى سنة واحدة ضد أشخاص طبيعيين تسببوا في الممارسات المذكورة أو شاركوا فيها ". و بالتالي كان يعترف النظام السابق بتوقيع العقوبات الجزائية إزاء أطراف الممارسات المنافية للمنافسة، في حين اكتفى النظام الجديد بتوقيع غرامات مالية ردية³. و بما أنه لم يتضمن قانون المنافسة نصا خاصا بتوقيع العقوبة الجزائية، فإنه يجدر بنا اللجوء إلى الأحكام العامة.

أدرج المشرع الجزائري الممارسات المقيّدة للمنافسة ضمن الجرائم المتعلقة بالمضاربة غير المشروعة في المادة 172 من قانون العقوبات، حيث يسلط عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة مالية من 5.000 إلى 100.000 دج على كل من يتسبب في رفع أو خفض مُصطنع في أسعار السلع، كما عدّدت هذه المادة بعض التصرفات التي تندرج ضمن الممارسات المنافية للمنافسة كطرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في السوق، أو تقديم عروض بأسعار مُرتفعة أو القيام بأعمال في السوق بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض و الطلب⁴.

أما عن القانون الفرنسي، يعتبر المشرع الفرنسي العقوبة الجزائية ضرورة حتمية من أجل تشديد الطابع الرديعي لأحكام قانون المنافسة، حيث ينص على عقوبة الحبس لمدة أربع سنوات بالإضافة إلى غرامة مالية قدرها 75000 يورو بالنسبة للشخص الطبيعي القائم بالممارسات المنافية للمنافسة⁵، شريطة أن تكون مساهمته في هذه الممارسات المحظورة مساهمة شخصية، محددة و عن طريق الغش. و يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية في تقدير هذه المعايير.

و على العموم، سواء تعلق الأمر بالتماس الهيئات الإدارية أو الجهات القضائية يجب على المدعي إقامة الدليل على عدم مشروعية الممارسة الصادرة عن العميل الاقتصادي. و على عكس القانون العام، يُعتبر الإثبات أمرا صعبا في

¹ المادة 133 من ق. م.

² Art. 2270-1 du C. civ.

³ أنظر المادة 26 من القانون رقم 12-08 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (السالفة الذكر).

⁴ أنظر الفقرة 3، 2 و 4 من المادة 172 من ق. ع. ج.

⁵ Art. L.420-6 C. com. Fr. : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2 ».

قانون المنافسة نظرا لتعلقه بمسائل اقتصادية بحتة من جهة، و وجود ممارسات مُبررة يُفترض معرفتها من قبل المُدعي من جهة أخرى¹.

و في الأخير تجدر الملاحظة أنه رغم عدم إمكانية تطبيق العقوبات المدنية أو الجزائية من قبل مجلس المنافسة، نظرا لطابعه الإداري، إلا أنه يتمتع بدور استشاري حيث يمكن للجهات القضائية، المدنية أو الجزائية، استشارة مجلس المنافسة في القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة و هذا ما أكده بصراحة المشرع الجزائري في المادة 38 فقرة أولى من الأمر 03-03 .

الخاتمة :

خلصنا من خلال هذه الدراسة المقارنة إلى أنه يهدف كل من القانون الجزائري و الفرنسي إلى حماية السوق " الداخلية " من الممارسات المقيدة للمنافسة، بينما تنصب قواعد القانون الأوروبي على حماية السوق " المشتركة " بين الدول الأعضاء علما أنه كانت هذه الحماية الغرض من القانون الأوروبي. و يُشكل معيار " المساس بالمنافسة " الأساس الأول و الجوهرى الذي تستند عليه سلطات المنافسة من أجل التدخل، فيُشترط لتجريم الممارسات المُدبرة أن يهدف نشاط العملاء الاقتصاديين المعنيين إلى عرقلة المنافسة في السوق، و يُعد هذا المعيار مُشتركا بين كل من التشريع الجزائري، الفرنسي و الأوروبي.

تُشكل الممارسات المُدبرة خطرا على المنافسة، لاسيما طابعها الضمني الذي يجعل منها ممارسات خفية يصعب التعرف عليها و كشفها بسهولة. و يُستلزم لتقدير وقائعها و تكييفها خبرة كافية في هذا المجال، لذلك يمكن القول أنه من أهم التعديلات القانونية التي قام بها المشرع الجزائري إنشاء هيئة إدارية مُستقلة و مُتخصصة في كشف و ردع الممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة و المُتمثلة في " مجلس المنافسة ".

فبالرغم من الدور الأساسي الذي تلعبه الجهات القضائية في هذا السياق، إلا أنه يبقى دورها أقل فعالية مقارنة بالصلاحيات المُحوّلة لمجلس المنافسة بصفته هيئة مُتخصصة في ضبط و تنظيم المنافسة في السوق. و لكن رغم الجهود المبذولة من قبل المشرع الجزائري في تطوير مجلس المنافسة، إلا أنه يبقى هذا الأخير مجهولا في واقعنا الاقتصادي مما يُترجم قلة - إن لم نقل انعدام - القرارات الصادرة عنه. و يُعد هذا أمرا مؤسفا للغاية بالنسبة لدولة تسعى إلى ترقية اقتصادها الوطني و تحقيق الفعالية الاقتصادية من خلال تطبيق قواعد المنافسة الحرة.

و قد يؤدي غياب مجلس المنافسة في الواقع، رغم حضوره بين النصوص القانونية، إلى عدم إمكانية بلوغ الهدف المنشود من قواعد المنافسة أو بالأحرى عدم المحافظة على السير المنتظم للسوق بشكل فعلي و فعال، و يرجع هذا إلى عدم تطبيق هذه القواعد من قبل جهة مختصة.

¹ ظ. موساوي، مرجع سابق، ص. 39.

دور المساعد القضائي في تدبير منازعات الجماعات الترابية¹



من إعداد : سكينة القرواوي
 باحثة، و خريجة ماستر التدبير
 الإداري المحلي، كلية الحقوق سلا

مقدمة :

في ظل التحولات العميقة التي يعرفها النظام اللامركزي بالمغرب، الذي عرف تطورا تدريجيا من الناحية البنوية منذ سنة 1960 إلى حدود دستور 2011. أضحت الجماعات الترابية عاملا رئيسيا، و شريكا أساسيا في العملية التنموية. مما حدا بالمشرع إلى التوسيع من اختصاصاتها، لتمكينها من القيام بالأدوار المنوطة بها. الأمر الذي أدى إلى تشعب تدخلاتها، و نسجها لشبكة من العلاقات مع فاعلين آخرين، سواء أشخاص طبيعيين أو اعتباريين. هذه العلاقة، تفرز في بعض الأحيان تضاربا في المصالح، و مساجم حقوق أطراف معينة. فتنج عنها منازعات ترفع إلى القضاء، و التي غالبا ما تنتهي بصدور أحكام ضد الجماعات الحضرية و القروية، تلزمها بأداء مبالغ مالية جد باهظة تثقل كاهل ميزانيتها. مما يحول بينها و بين قيامها بالمهام الرئيسية المنوطة بها في مجال التنمية المحلية.

أمام هذه الوضعية، تدخلت وزارة الداخلية من خلال مجموعة من الدوريات و المنشير. أهمها دورية عدد 182 الصادرة بتاريخ 22 ماي 1991 حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات الترابية، و إحداث مصلحة جماعية للمنازعات². غير أنه بالرغم من إصرار السلطة الوصية على وضع حد لهذه الوضعية، لاحظت تفاقم وضع منازعات الجماعات الترابية، من خلال التقارير المرفوعة إليها من قبل هذه الأخيرة. مما اضطر معه المشرع إلى إحداث مساعد قضائي لتقديم المساعدة القانونية للجماعات الترابية و مجموعاتها، و التدخل للدفاع عنها في جميع الدعاوى التي تكون فيها دائنة أو مدينة³.

¹ - أطر هذا العمل الأستاذ بوجمعة بوعزاوي، أستاذ القانون العام بجامعة محمد الخامس السويسي.

² - دورية عدد 182 م.ج.م/ق.م.م/3 بتاريخ 22 ماي 1991 حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية و إحداث و هيكلة مصلحة جماعية للمنازعات.

³ - القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية و مجموعاتها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، ج ر عدد 5711، بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 545.

إن أصل هذا الاختصاص أو هذه التجربة، يعود إلى مؤسسة الوكالة القضائية للمملكة المحدثه على الصعيد المركزي، إذ ينص ظهير 02 مارس 1953¹ في فصله الأول على إلزامية إدخال الوكيل القضائي للمملكة في جميع الدعاوي التي تستهدف التصريح بمديونية الدولة و مؤسساتها، باستثناء الضرائب و أملاك الدولة. و نفس الإلزام أكده الفصل 514 من قانون المسطرة المدنية تحت طائلة عدم قبول الدعوى²، ولعل هذا الأمر يعكس التصور الذي يسعى المشرع تكريس على المستوى الترابي. و هو تصور يذهب في اتجاه تمكين الجماعات الترابية من آليات و أجهزة إدارية، لتدبير منازعاتها على غرار ما هو معمول به على الصعيد المركزي.

إن اصطلاح المساعد القضائي يحيل مباشرة إلى مفهوم المساعدة القضائية، و أول ما يتبادر للذهن عن المساعدة القضائية، أنها مفهوم مستمد من القانون الخاص. يقابله بالفرنسية *Judiciaire Assistance* و يقصد بها المعونة القضائية³، و هو مفهوم مشتق عن الاصطلاح الانجليزي *Aid Legal*. الذي يعني المساعدة القانونية، هذه المساعدة تكون مساهمة من الدولة لتمكين ذوي الدخول المحدودة لتأكيد حقوقهم في العدالة⁴.

بعد المساعد القضائي من بين الأجهزة الإدارية، المتدخله في مقاضاة الجماعات الترابية و التابع لسلطة الوصاية، لكون معظم الجماعات الترابية لا تولي أهمية كبيرة لوضعية منازعاتها، لافتقارها للوسائل المادية و البشرية.

إن إحداث المساعد القضائي تعبير على أن منازعات الجماعات الترابية تحظى باهتمام لدى سلطة الوصاية، التي دأبت على إصدار دوريات و منشائر لتحسيس الجماعات بضرورة التقيد بالقوانين، و القواعد المنظمة للشأن المحلي. و اقتناعاً بأن أهم الأسباب التي تؤدي لنشوء منازعات الجماعات الترابية ناجمة عن عدم ضبطها للمساطر القانونية، و يعد منشور عدد 331/م.م. بتاريخ 21 يناير 1976 حول الدعاوى القضائية المتعلقة بالعمالات و الأقاليم أول منشور تصدره وزارة الداخلية للفت انتباه العمالات و الأقاليم لمنازعاتها و محاولة تدبيرها، ثم الدورية الوزارية عدد 128/م.ج.م.ق.م.م. بتاريخ 03 ماي 1991 حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية و إحداث هيكله مصلحة جماعية للمنازعات، التي أنيطت لها مجموعة من الاختصاصات المرتبطة بمنازعات الجماعة. و كذلك دورية عدد 125/م.م.ق.م.م. بتاريخ 03 نونبر 1994 حول الاتفاقيات التي تبرمها الجماعات المحلية قصد الدفاع عن حقوقها، ثم دورية عدد 141/م.م.ق.م.م. بتاريخ 03 أبريل 1995 حول حل النزاعات التي تكون الجماعات

¹ - ظهير شريف بشأن إعادة تنظيم وظيفة العون القضائي للدولة الشريفة، المؤرخ في 2/3/1953، منشور الجريدة الرسمية عدد 2109، بتاريخ 11 رجب 1372 (1953/3/27)، ص. 1143.

² - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج.ر عدد 32.30 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص. 2742، الذي أضيفت عليه تعديلات بتاريخ 30 مارس 2013، ج.ر عدد 6156.

³ - في فرنسا يتم تحديد مساهمة الدولة في المساعدة القضائية وفق الدخل، و بالتحديد على أساس الضريبة على الدخل. هذه المساهمة تتراوح ما بين 15% و 100% من النفقات، التي تتحمل فيها الدولة التكاليف و المعونات، و الخبرة اللازمة لتنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة لصالح المستفيد من المساعدة القضائية. أما بالنسبة للمغرب، يعد المرسوم الملكي رقم 65-541 الصادر بفتح نوفمبر 1966 أول إطار قانوني للمساعدة القضائية، الذي جعل الاستفادة منها بقوة القانون بالنسبة للعمال و ذوي حقوقهم، أو مشروطة لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي، إذ يجب الإدلاء بطلب يزكى بشهادة صحيحة من حيث الشكل، يسلم من الجهات المعنية تثبت عسرهم. كما تم التنصيص عليها بقانون المسطرة المدنية، إذ يستفيد منها بحكم القانون العامل مدعياً أو مدعى عليه أو ذوي حقوقه، في كل الدعاوى بما في ذلك الاستئناف. و تسري آثار المساعدة القضائية على جميع إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية. كما تعتبر المساعدة القضائية من الحقوق الأساسية التي كرسها الميثاق الدولية، من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية.

⁴ - Dictionnaire Juridique, français-anglais, 5^{ème} édition, Jean Batafie, Alexandre Kunganskay, Cristian Lanodre, L. G. D. J., 1993, p 35.

ال محلية طرفا فيها بالطرق الحبية، و كان كذلك منشور للوزير الأول عدد 4/2002 بتاريخ 27 مارس 2002 حول مقاضاة الوزارات و الجماعات ، و المؤسسات العمومية فيما بينها أمام المحاكم¹.

كما أصدرت وزارة الداخلية تقريرا حول المنازعات القضائية للجماعات المحلية ما بين سنة 1997 و 2003 الصادر سنة 2005، تلتته دورية لوزير الداخلية عدد 21/ق.ت.م/02 بتاريخ 7 مارس 2006 حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية و هيئاتها. و دورية عدد 3885D بتاريخ 26 أبريل 2010 حول تفعيل مقتضيات المادة 48 من القانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تغييره و تتميمه بالقانون رقم 17.08، بعد ذلك كان قرار لوزير الداخلية رقم 03 بتاريخ 13 مارس 2009 يتعلق بالمساعد القضائي للجماعات المحلية تفعيلا لإحداث المساعد القضائي بمقتضى القانون 245.08².

تعد دراسة موضوع المساعد القضائي، و مدى إسهامه في حل إشكالية تفاقم منازعات الجماعات الترابية على درجة كبيرة من الأهمية، و ذلك على أكثر من صعيد لارتباطها بعدة جوانب.

فمن الجانب المالي؛ يشكل المساعد القضائي آلية وقائية لميزانية الجماعة التي تتأثر من خلال تزايد الدعاوى القضائية المرفوعة ضدها. و خصوصا المتعلقة بالديون المستحقة، و كذلك التعويضات و الغرامات التهديدية التي يحكم بها القضاء الإداري، مما يؤثر بشكل سلبي على ميزانيتها، وكذلك على مردودية الجماعة. فأصبحت بالتالي الأموال التي قدر أنها ستنصب في المشاريع التنموية على الصعيد المحلي إلى الديون و المستحقات، و مصاريف الدعاوى و أتعاب المحامين.

من الجانب القانوني؛ يعد المساعد القضائي وسيلة لتأهيل المسؤول الجماعي بتقديم الاستشارة القانونية و التقنية، بالتواصل مع كتابة المساعد القضائي التي يضم مجموعة من الأطر التي تتمتع بالخبرة و التكوين القانوني الجيد³. كما من شأن المساعد القضائي أن يجعل تمثيلية الجماعة قوية أمام القضاء، مما سيضمن التبع المستمر لجميع مراحل الدعوى القضائية.

بالإضافة للجانب الاقتصادي و الاجتماعي؛ فقد أضحت الجماعات الترابية مطالبة أكثر من أي وقت أن تشكل الركائز الأساسية للعمل و التدبير الاقتصادي، و الاجتماعي على المستوى المحلي. بالتالي يجب أن تكون ملتزمة باحترام القانون و الالتزام بقواعد الحكامة المحلية . لتأثير ذلك على مصداقيتها أولا مع الساكنة المحلية التي انتخبته تعبيراً عن مطالبها، و مصداقيتها مع القطاع الخاص و المستثمرين. فهذين الأخيرين لن يقدموا على التعامل مع جماعة لا تؤدي مستحقاتها، و لا تقوم على أبسط مقومات التدبير الجيد.

إن دراسة موضوع إحداث المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية، لاسيما الجماعات الحضرية و القروية، يدفع للتساءل عن الدوافع و الأسباب و سياقات هذا الإحداث. هل الأمر يتعلق بحماية مالية الجماعة الترابية و تعزيز تمثيليتها أمام القضاء أم أنه مراقبة من نوع جديد على ميزانية الجماعة و وصاية على منازعاتها داخل القضاء؟

¹ - تقديم حول اللامركزية و اللاتركيز بالمغرب، البوابة الوطنية للجماعات المحلية، <http://www.pncl.gov.ma>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 11 أبريل 2013.

² - تقديم حول اللامركزية و اللاتركيز بالمغرب، البوابة الوطنية للجماعات المحلية، <http://www.pncl.gov.ma>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 11 أبريل 2013.

³ - لقاء مع أطر مصلحة المنازعات، الكتابة المساعدة للمساعد القضائي، بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، بمديرية العامة للجماعات المحلية، بتاريخ الثلاثاء 2 أبريل 2013.

إن تواجد المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية، لاسيما المتعلقة بالديون و التعويضات مستجد يثير سؤالاً جوهرياً مفاده أي إسهام للمساعد القضائي في تدبير منازعات الجماعات الترابية؟

معلوم أن تواجد المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية يقوم على أساس مجموعة من المرتكزات، و الأسباب التي تتدخل بواسطتها سلطة الوصاية في تدبير منازعات الجماعات الترابية (I)، بذلك سيكون للمساعد القضائي بعض الإسهامات في مجال منازعات الجماعات الترابية (II).

1- أسس اعتماد المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية :

عمد المشرع إلى إحداث مساعد قضائي للجماعات الترابية و مجموعاتها بمقتضى القانون 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات الترابية و مجموعاتها¹، كجهة إدارية جديدة تحت سلطة الوصاية، بهدف التدخل لمعالجة إشكالية تزايد منازعات الجماعات الترابية. التي تستنزف ماليتها، و تؤثر سلباً على وضعيتها المالية بالخصوص.

جاء هذا الإحداث موافقاً للتدخل التقليدي لسلطة الوصاية في تدبير منازعات الجماعات الترابية، التي تعرف تطوراً متصاعداً نتيجة مجموعة من العوامل (أ)، بالمقابل أسند المشرع للمساعد القضائي اختصاصات تخوله التواجد في منازعات الجماعات الترابية، لاسيما المتعلقة بالديون المستحقة (ب).

أ- دوافع إحداث المساعد القضائي للجماعات الترابية :

بالرغم من التناقض المبدئي بين اللامركزية التي تحيل على الاستقلال في التصرف، و الوصاية التي تعكس متطلبات الإشراف و المراقبة، فإن هناك اتجاهها فرضه طابع التكامل، و الترابط المصيري بين هذين المفهومين. استناداً إلى أن الوصاية ركن من أركان اللامركزية².

فتدخل سلطات الوصاية عبر أجهزتها الإدارية المركزية في مجال تأطير الإدارة المحلية، لا يعني مراقبة الجماعات الترابية أثناء ممارستها لمهامها، و احتساب أخطائها، بل دور الوصاية يظل محدوداً لتمتع الجماعات الترابية بالاستقلال في تدبير شؤونها المحلية³. يقوم هذا التدخل على مجموعة من المرتكزات السياسية⁴، القانونية⁵، و الاقتصادية⁶. ناهيك عن إشكالية عدم إلمام الجماعات الترابية باختصاصاتها، التي تعد من أهم المرتكزات التي يقوم عليها تدخل

¹ - القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية و مجموعاتها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، ج ر عدد 5711، بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 545.

² - محمد حيمود، إشكالية تقييم التدبير المحلي- مقارنة نقدية على ضوء التوجهات الرقابية الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني- كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء- عين الشق، السنة الجامعية 2001-2002، ص 135.

³ - عبد الله باباه، الإدارة المحلية و التنمية مساهمة في دراسة النموذج الموريتاني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني- كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998، ص 39.

⁴ - مرتكز ترسيخ أسس الوحدة السياسية، لأن الدولة تحرص على تقوية روابط الهيئات اللامركزية، للحيلولة دون المساس بالوحدة الإدارية. خاصة مع عامل قلة الموارد المالية و البشرية للجماعات الترابية. (راجع محمد حيمود، مرجع سابق، ص 136).

⁵ - مرتكز ضمان وحدة تفسير القانون في تدخل سلطة الوصاية في منازعات الجماعات الترابية، فالقانون يرتبط بسيادة الدولة. و الخروج عنه و لو بدعى التفسير يعد خروجاً عن الشرعية، فينبغي أن يكون هذا التفسير واحداً لجميع الهيئات. الأمر الذي تقوم به السلطة المركزية، بما تتوفر عليه من سلطات وصائية تمكنها من فرض التفسير الصحيح للقانون. (راجع عدنان سليمان بن عمرو، الوصاية على الهيئات المحلية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة أكادال محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 1982-1983، ص 41).

⁶ - مرتكزات ذات طابع اقتصادي، حيث إن تدخل الوصاية يهدف بالأساس حماية ممتلكات الجماعات الترابية، و الحفاظ على التوزيع المجالي للتجهيزات بين الجماعات، و السهر على البرمجة الاقتصادية، التي غالباً ما تتركز على خيارات وطنية تجد تطبيقها على الصعيد المحلي، لأنها تمتلك أدوات التجسيد العملي للبرامج المعتمدة، و ذلك من الناحية المالية و التقنية. الأمر الذي يجعل الجماعات كوحدة لامركزية غير مؤهلة لإعداد و تنفيذ البرامج المحلية. (راجع محمد حيمود، مرجع سابق، ص 136).

وزارة الداخلية . فالتطاول على الاختصاصات الذي يتداخل فيه عامل الجهل و تدني المستوى التعليمي للمنتخب و المستشار الجماعي، يؤدي لتشابك الأدوار و تداخل الاختصاصات ، فتترتب عنه منازعات في الواقع العملي، هذه المنازعات تعرف بدورها تنوعا و تعددا ، من حيث الكم و المضمون.

1- ضعف تأهيل المنتخب الجماعي :

إن ضعف تكوين المنتخب الجماعي يرجع بالأساس ، لضعف الترسانة القانونية المنظمة للعمل الجماعي، فالمرشح المغربي لم يخضع الترشيح للمجلس الجماعي لشروط و مستوى ثقافي معين¹. على خلاف المشرع الفرنسي و المشرع المصري، اللذان اشترطا حدا معيناً من المستوى الثقافي للمرشح للانتخابات المحلية².

حتى إذا كانت هناك صعوبة في فرض مستوى ثقافي معين على المرشحين بالنسبة للمغرب. لا اعتبار أن الأمية تمس جزءا من السكان خاصة على الصعيد القروي، و أن إجراء كهذا ، الذي يقضي بالرفع من المستوى الثقافي. قد يجرم ما يقارب من نصف المجتمع من المشاركة السياسية في الانتخابات المحلية، و يبدو أن هذا ما استقر عليه المشرع، حيث لم يقر بأي مستوى ثقافي معين للمرشحين الجماعيين، استنادا إلى المبدأ الديمقراطي في الانتخاب. و أن الإرادة فوق كل اعتبار³.

لكن هذا لا يمنع من القول، أن إعطاء الاعتبار لعامل الأمية ليس صالحا للظرفية المتقدمة التي تتجه فيها البلاد، فنسبة خريجي الجامعات و المعاهد، و المدارس في تزايد مستمر. ثم لا يليق بدولة تتبنى الحداثة في نهجها أن تكون مجالسها الجماعية لاتزال تحت وطأة نسبة مهمة من الأمية ، فكلما كان المستوى الثقافي للمنتخب جيد (جامعي)، أو متوسط (ثانوي) ، سيكون على قدرة متابعة ما يجري من اجتماعات المجلس، و فهم القرارات المتخذة. و كذا المساهمة في صياغة المشاريع الجماعية للنهوض بالمجتمع.

بالرغم من أن التعديلات التي حملها القانون رقم 17.08⁴ المغير و المتمم بموجبه القانون رقم 78.00⁵ المتعلق بالميثاق الجماعي التي حاولت تدارك ذلك، باشتراط انتخاب كاتب المجلس من بين أعضاء المكتب الذين يحسنون القراءة و الكتابة. و ما نصت عليه المادة 28 من اشتراط التوفر على مستوى نهاية الدروس الابتدائية للترشيح لمهمة رئيس المجلس الجماعي. أو مزاولة مهامهم بصفة مؤقتة، فإن هذين التعديلين المحتشمين يثيران مجموعة من الملاحظات⁶، فهذا المستوى التعليمي الذي يعادل على الأقل مستوى نهاية الدروس الابتدائية يعد غير كافي لرؤساء المجالس الجماعية، و غير متوازن مع الاختصاصات و المهام الموكولة إليهم بمقتضى القوانين و الأنظمة الجاري بها العمل. لأن واقع العمل الجماعي يتطلب قدرا مهما من المعرفة بالقوانين، و فهم الاختصاصات المسندة إليه و الاضطلاع بها، فقد أثبتت البحوث و الدراسات الميدانية في العمل الجماعي، أن سوء التدبير الذي تعاني منه أغلب

¹ - Najat Zarrouk, A propos de l'article 28 de la charte communale (loi N° 78.00) ou de la difficulté de concilier entre la démocratie et les exigences de la bonne gouvernance ,revue marocaine d'administration locale et de développement, N° 57-58, juillet-octobre, 2004, p8.

²-Aziz Essakit, La politique de formation des personnels des collectivités locales, mémoire de cycle de formation en gestion administrative, école nationale d'administration-rabat, 6ème promotion 2006-2009, p 21.

³ - الطاهري محمد، تطور التعاون بين السلطة الجماعية و ممثلي السلطة المركزية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس- كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- الرباط، السنة الجامعية 1991-1992، ص 146.

⁴ - القانون رقم 17.08 المغير و المتمم بموجبه القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، ج.ر عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 3468.

⁵ - القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر عدد 5058 بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نونبر 2002)، ص 3468.

⁶ - أحمد أجمعون، تكوين المنتخب الجماعي و الميثاق الجماعي الجديد، الميثاق الجماعي الجديد نحو جماعة مواطنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 67، 2010-2011، ص 130.

المجالس الجماعية خاصة القروية، لا يرجع فقط إلى عوامل أخلاقية مرتبطة بالتحايل و التلاعب بالمال العام. و إنما كذلك إلى الجهل المركب الذي يعاني منه القائمون المباشرون على تدبير هذه المجالس¹.

بالرغم من التأثير السلبي لضعف تأهيل المنتخب الجماعي على جميع مجالات تدبير الشأن المحلي. فإن تأهيله و تكوينه لم يحظى بالأهمية اللازمة من خلال القانون رقم 17.08 المعدل و المتمم لقانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي. فهذا المستوى الثقافي المتدني للمنتخب الجماعي يتعارض و بشدة مع الاختصاصات الموكولة للمجلس الجماعي، خصوصا و أن الجماعة قد أصبحت تتدخل في شتى المجالات الاقتصادية، و التجهيزية، و الثقافية. و لازالت هذه الاختصاصات تعرف توسعا مضطردا، فكيف يمكن لرئيس مجلس جماعي له مستوى الدروس الابتدائية، و مستشار آخر لا يستطيع القراءة أن يقوم بالبحث عن الموارد المالية، و أن يصوغ المشاريع التنموية الموكولة إليه؟

2- تزايد الدعاوى و الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية :

عرفت منازعات الجماعات الترابية تطورا ملحوظا خلال السنوات الأخيرة، سواء من حيث العدد و المضمون، و من حيث الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية.

فالجداول المتعلقة بالقضايا التي تعرفها الجماعات الترابية كمدعى عليها، و التي تم إعدادها من طرف هذه الأخيرة بناء على طلب من المديرية العامة للجماعات الترابية، تكشف أن عدد منازعاتها القضائية و الإدارية، و الأحكام الصادرة ضدها، و حالات عدم التنفيذ تتصاعد بشكل كبير و مستمر². و تتمحور معظم الدعاوى حول دعاوى الإلغاء و دعاوى التعويض.

- دعاوى الإلغاء :

تعرف الدعاوى موضوع الطعن للشطط في استعمال السلطة تصاعدا مضطردا. و التي تعرف تنوعا في الموضوع³، و لعل الأمر راجع في ذلك إلى تطور و تعدد مجالات تدخل الجماعات الترابية بواسطة قراراتها، من أجل تنظيم نشاط الأفراد داخل نفوذها الترابي⁴.

الملاحظ من خلال هذه الدعاوى أن الطعن بالإلغاء لا يقف عند إلغاء القرار الإداري فقط، بل يمتد إلى طلب تعويض عن الأضرار التي لحقت بالطاعن طيلة مدة تنفيذ القرار الجماعي موضوع الطعن. و غالبا ما تكون هذه التعويضات المادية كبيرة و تمس مالية الجماعة.

¹ - محمد بوجيدة، قراءة نقدية للقانون رقم 78.00، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 53، 2003، ص 47.

² - دورية عدد 128 م.ج.م/ق.م.م/3 حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية و إحداث و هيكله مصلحة جماعة للمنازعات، بتاريخ 22/5/1991.

³ - تهم على وجه الخصوص موضوع: تسوية الوضعية الإدارية للموظفين و العقوبات التأديبية، إجراء المناقصة و إبرام الصفقات، الزيادة في السومة الكرائية تلقائيا لمحللات في ملكية الجماعة، فرض رسوم جديدة، المنع من مزاوله نشاط مهني أو حرفي كسحب رخصة الممارسة و الإغلاق النهائي أو المؤقت.

⁴ - محمد خراجي، المنازعات القضائية للجماعات المحلية، مجلة الرقيب للمنازعات الإدارية و الجمركية، العدد الثاني، نونبر 2012، ص 81.

- دعاوى التعويض :

معلوم أن مجال المنازعات الإدارية يوجد صلة مباشرة بين قضاء التعويض و مالية الجماعة الترابية ، مادام هذا النوع من القضاء يعني اصطلاحاً مجموع الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المختصة في إطار القضاء الشامل القاضي بأداء مبالغ مالية¹. و تعرف دعاوى التعويض المرفوعة ضد الجماعات الترابية تنوعاً.

تعد دعاوى التعويض عن نزع الملكية من أهم الدعاوى المرفوعة ضد الجماعات الترابية، ويرجع ذلك بالأساس إلى أن المجلس الجماعي خلال إنجاز المشاريع التنموية، يلجأ إلى مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. إلا أنه يصطدم بواقع عدم القدرة على أداء قيمة الأرض المتفق عليها، أو عدم إيداع قيمة التعويض داخل الأجل المحدد قانوناً. مما يدفع بأصحاب الحق إلى اللجوء إلى القضاء، مطالبين الجماعة بأداء التعويض المتفق عليه.

كما يستشف أيضاً أن الجماعات الترابية، و في إطار تطبيق مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، قد تلجأ إلى حيازة العقار ، و إقامة منشآت عمومية دون استصدار حكم بذلك². الأمر الذي يعتبره القاضي الإداري خرقاً للقانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية و الاحتلال المؤقت لأجل المنفعة العامة، و اعتبره اعتداء مادياً على ملك الغير³.

يرجع عدم استيفاء الإجراءات القانونية المتعلقة بنزع الملكية إلى مجموعة أسباب؛ أبرزها جهل أو تجاهل رؤساء المجالس الجماعية بالقوانين بصفة عامة، و قانوني نزع الملكية و التعمير بصفة خاصة، و استغلال امتيازات السلطة العامة. كما أن الطابع الاستعجالي لبعض المشاريع يجعل الجماعة تتسرع في وضع اليد على العقار بمجرد صدور مرسوم الإعلان عن المنفعة العامة، دون أن تنتظر صدور الحكم بالحيازة و نقل الملكية⁴.

كما تعد دعاوى التعويض عن احتلال ملك الغير، من بين الدعاوى التي تشكل رقماً كبيراً في الدعاوى المرفوعة ضد الجماعات الترابية، حيث تلجأ هذه الأخيرة في إطار المشاريع التنموية التي تقوم بإنجازها إلى احتلال ملك الغير، دون إتباع المسطرة القانونية المعمول بها في قانون نزع الملكية .

إضافة إلى دعاوى التعويض عن المسؤولية الإدارية، التي عامة ما تكون ناتجة عن التدخل المادي للجماعة، سواء على أساس الخطأ أو بدون خطأ. و تختلف هذه المسؤولية باختلاف الضرر، و تنحصر في الأضرار الناتجة عن الأشغال التي تقوم بها الجماعة، أو الناتجة عن إهمال و تقاعس منها⁵.

كما يتضح أن الدعاوى المرفوعة ضد الجماعات تتمحور كلها حول عدم أداء الجماعة ما بذمتها من ديون. و التي تعد مستحقات مالية تترتب في ذمتها، لقيام شخص طبيعي أو اعتباري بأشغال أو دراسات، أو توريدات سلع أو مواد لفائدة الجماعة. و بالرغم من كون الديون من النفقات الإلزامية⁶، التي يجب على الجماعة أداءها، فإن الوضعية

1 - الجليلي أمزيد، مباحث في مستجدات القضاء الإداري، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 50، 2003، ص 127.

2 - محمد خراجي، مرجع سابق، ص 83.

3- حكم رقم 1636، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2009/7/6، (غير منشور).

4 - محمد الأعرج، قانون منازعات الجماعات الترابية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 58، 2008، ص 64.

5 - محمد الأعرج، مرجع سابق، ص 68.

6 - المادة 41 من القانون 45.08 " تعتبر النفقات المتعلقة بالأغراض الآتية إجبارية بالنسبة للجماعات المحلية و مجموعاتها: رواتب و تعويضات موظفي و أعوان الجماعات و كذا أقساط التأمين، مساهمة الجماعات المحلية و مجموعاتها في هيئات الاحتياط و صناديق التقاعد... المصاريف المتعلقة باستهلاك الماء و الكهرباء و المواصلات، الديون المستحقة، الالتزامات المالية الناتجة عن الاتفاقيات و العقود المبرمة من طرف الجماعات..."

المالية لبعض الجماعات تحول دون ذلك، لعدم توفر الإعتمادات اللازمة للأداء. أو تمتنع عن الأداء بذريعة أن الدين ترتب في عهد المجلس السابق، أو عدم الاعتراف بصحة أصل الدين من خلال سندات الطلب و وثائق التسليم¹. وتشكل هذه الديون الحيز الأكبر من نفقات الجماعة، و جانب مهم منها يستهلك أغلب الميزانيات الجماعية، و يمارس تأثيرا سلبيا. ففي كثير من الحالات تجد الجماعة نفسها ملزمة بالتضحية بمشاريع اقتصادية، و اجتماعية لأداء تلك ديون.

إن مآل جميع هذه الدعاوى التي تعرف ارتفاعا كبيرا هو صدور أحكام نهائية في حق الجماعة، و التي غالبا ما تصطدم بعدم التنفيذ.

- تزايد الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية :

إن الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية تتزايد بشكل مضطرد، مقارنة بتزايد الدعاوى كما هو مبين من خلال الجدول التالي :

مجموع الأحكام الإدارية الصادرة ضد الجماعات الترابية (2003-2009) :

السنوات	عدد الأحكام	المنفذة	غير المنفذة	نسبة الأحكام المنفذة
2003	218	35	183	16%
2004	266	48	218	18%
2005	302	61	241	20%
2006	404	151	253	37%
2007	476	309	428	48%
2008	490	389	305	34%
2009	507	397	345	12%

الجدول رقم 2² :

يستخلص بهذا الصدد؛ أن الأحكام النهائية التي لم يتم تنفيذها يفوق عدد الأحكام المنفذة بعدة أضعاف، و يمكن القول إن أكبر عدد من الأحكام صدرت في القضايا المطالبة بالديون المترتبة في ذمة الجماعات الترابية، كما يلاحظ أن عدد الأحكام المنفذة تنصب في موضوع الديون المستحقة.

¹ - محمد خراجي، مرجع سابق، ص 87.

² - الجماعات المحلية في أرقام 2009، مرجع سابق ص 60.

حتى هذا العدد من الأحكام المنفذة؛ الذي يظل متواضعا أمام الأحكام غير المنفذة. و الذي ما كان ليتم لولا تدخل سلطة الوصاية من خلال مجموعة من الإجراءات. كان من أهمها فتح اعتمادات مالية من أجل أداء المبالغ المحكوم بها على الجماعات الترابية بناء على طلب هذه الأخيرة، إضافة لمجموعة من الدوريات و المناشير التي طالبت فيها سلطة الوصاية الجماعات بضبط منازعاتها¹.

إن من خلال استقراء المعطيات التي تكشف بشكل جلي عن تزايد الدعاوى و الأحكام الصادرة ضد الجماعات، يتضح أن هناك مجموعة من العوامل تتداخل في قيام هذه الإشكالية و تزايدها المستمر، و تتمثل هذه العوامل بالأساس في :

- عدم إعداد دراسة مادية و قانونية للوقائع و الظروف المحيطة بالعمل الذي أقدمت عليه الجماعة، و كذا عدم تقدير الأسباب التي تم الاستناد إليها؛
- عدم احترام النصوص القانونية و التنظيمية المعمول بها في كل موضوع يتطلب تدخل أو عمل الإدارة، مثل الإقدام على احتلال ملك الغير دون اتباع مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة؛
- عدم تتبع الدعاوى في جميع مراحلها ابتدائيا و استئنافيا و أمام محكمة النقض؛
- عدم تنفيذ الأحكام في وقتها، مما يجعلها عرضة لدعوى أخرى يصدر بشأنها تعويض عن التأخر؛
- عدم وجود محامين متعاقدين مع الجماعة، ممن تتوفر فيهم الكفاءة المطلوبة للدفاع و الاستعداد الدائم لتقديم الاستشارة القانونية²؛

على إثر هذا الوضع تم إحداث المساعد القضائي بغرض تقديم المساعدة القانونية للجماعات الترابية و الدفاع عنها أمام المحاكم في إطار المواكبة و التعاون.

ب- الإطار القانوني للمساعد القضائي :

لقد أنيطت بمدير الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، إضافة للاختصاصات المخولة له بموجب مرسوم 15 دجنبر 1997 في شأن اختصاصات و تنظيم وزارة الداخلية³، مهمة المساعد القضائي للجماعات الترابية و مجموعاتها، بمقتضى القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات الترابية. و يمارس المساعد القضائي ضمن هذه المهمة اختصاصات قضائية (1)، و اختصاصات أخرى استشارية (2).

¹ - عبد العزيز بن الشيخ، المساعدة القضائية للجماعات الترابية، ندوة دراسية، ماستر التدبير الإداري المحلي، بتاريخ 27 أبريل 2012، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية - سلا.

² - محمد خراجي، مرجع سابق، ص 87.

³ - مرسوم رقم 176-97-2 الصادر في 14 شعبان 1418 (15 ديسمبر 1997)، في شأن اختصاصات و تنظيم وزارة الداخلية، ج.ر عدد 4558، بتاريخ 5/02/1998، ص 500.

1- الاختصاصات القضائية للمساعد القضائي :

تفعيلاً لمقتضيات المادة 38¹ من القانون 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات الترابية و مجموعاتهما؛ جاء قرار وزير الداخلية كتأكيد لإرادة البحث عن حلول للحد من وثيرة تنامي منازعات الجماعات الترابية، و يتعلق الأمر بقرار رقم 03 الصادر بتاريخ 13 مارس 2009 بشأن المساعد القضائي للجماعات الترابية. حيث أسند مهمة المساعد القضائي إلى مدير الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون بالمديرية العامة للجماعات المحلية². كما جاء في المادة الأولى من القرار " تسند مهمة المساعد القضائي للجماعات المحلية المشار إليه في المادة 38 من القانون 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية و مجموعاتهما إلى مدير الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق، و التعاون بمديرية الجماعات المحلية". و تتجلى الاختصاصات القضائية للمساعد القضائي في الصور التالية :

- التصرف لحساب الجماعة :

أصبح المساعد القضائي يتصرف لحساب الجماعة سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، و يكون هذا التصرف موضوع تفويض. إذ أن الجماعة تفوض للمساعد القضائي التواجد في منازعاتها، و تدبيرها و الدفاع عنها، و تعزيز تمثيليتها أمام القضاء، لاسيما في الدعاوى المتعلقة باستحقاق ديون على الجماعة. إن تصرف المساعد القضائي لحساب الجماعة يكون في حالتين:

الحالة الأولى : الدفاع مباشرة عن الجماعة من خلال تقديم المذكرات الجوابية، و تتبع المساطر القضائية، و مناقشة الخصوم و حضور الجلسات ، و التعرض لأي مخالفات مسطرية أو تقنية أثناء مرحلة التقاضي.

الحالة الثانية : الدفاع عن طريق محامي الجماعة؛ و يعد هذا دفاع عن طريق محامي الجماعة دفاعاً غير مباشر ، حيث يقف المساعد القضائي عند دراسة الملف. و تقديم المذكرات الجوابية ، تحضير الدفوعات، و جرد مكامن الخلل في الدعوى. ثم يبلغها لمحامي الجماعة من خلال مراسلته. و يقوم هذا الأخير بالترافع عن الجماعة و حضور الجلسة و مناقشة الخصوم ، و إذا ما استجد مستجد يقوم بإعلام المساعد القضائي حتى يكون على تتبع و على اطلاع³.

فالتمثيلية الضعيفة للجماعة الترابية أمام القضاء، توضح ضرورة وجود المساعد القضائي، الذي بدوره يتدخل للدفاع عن الجماعة. و ينقل تجربة وزارة الداخلية في مجال تدبير المنازعات. بمساعدة مصلحة المنازعات و ينصب على دراسة الملفات، و مراقبة المساطر الإدارية و القضائية.

¹ - المادة 38 من القانون رقم 45.08 : " يحدث تحت سلطة وزير الداخلية مساعد قضائي للجماعات المحلية يكلف بتقديم المساعدة القانونية للجماعات المحلية و مجموعاتهما، و يؤهل للمساعد القضائي في هذا الصدد التصرف لحساب الجماعات المحلية و مجموعاتهما كمدع أو مدعى عليه عندما تفوضه في الدعاوى التي يكون الهدف منها التصريح باستحقاق ديون على تلك الجماعات و المجموعات. و يجب إدخال المساعد القضائي في الدعوى تحت طائلة عدم قبول المقال كلما أقيمت دعوى قضائية بغرض التصريح باستحقاق ديون على جماعة محلية أو مجموعاتهما. يمكن أن تكون خدمات المساعد القضائي المشار إليها في هذه المادة موضوع اتفاقيات بين وزير الداخلية و الجماعات المحلية و مجموعاتهما و تحدد هذه الاتفاقيات على الخصوص تحمل المصاريف القضائية و أتعاب المحامين و الخبراء و المصاريف المختلفة".

² - قرار وزير الداخلية رقم 03 بتاريخ 13 مارس 2009 المتعلق بالمساعد القضائي للجماعات المحلية. منشور بالبوابة الالكترونية للجماعات المحلية <http://www.pncl.gov.ma>، (تم الاطلاع عليه بتاريخ 4 مارس 2013، على الساعة الرابعة زوالاً).

³ - مقابلة مع السيد عادل الموزن، رئيس مصلحة المنازعات بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، المديرية العامة للجماعات المحلية، بتاريخ 4 مارس 2013. المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، الرباط.

- الإدخال في مقال الدعوى :

قد يتبادر للذهن التساؤل حول كيفية تواجد المساعد القضائي في دعاوى الديون المستحقة، في غياب تفويض من رئيس الجماعة المعنية؟

و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 38 " يجب إدخال المساعد القضائي في الدعوى تحت طائلة عدم قبول المقال كلما أقيمت دعوى قضائية بغرض التصريح باستحقاق ديون على جماعة محلية أو مجموعاتها."

إن هذه الإلزامية تطرح التساؤل حول ما إذا كان يعتبر إدخال المساعد القضائي من النظام العام؟ و قد تراوح الاجتهاد القضائي بين موقفين :

الموقف الأول : لم يعتبر إدخال المساعد القضائي من النظام العام، و إلا لكان القاضي أثاره تلقائيا انطلاقا من القواعد الأساسية للتقاضي، و ذهب إلى إمكانية تصحيح المسطرة في حالة عدم إدخال المساعد القضائي. من خلال الإنذار في المرحلة الابتدائية، من منطلق الالتزام بإنذار و إصلاح المسطرة، استنادا إلى المادة الأولى من قانون المسطرة المدنية. و التي تنص " ...يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة و الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إذا كان ضروريا، و ينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده...إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة و إلا صرح القاضي بعدك قبول الدعوى"¹.

الموقف الثاني : سرعان ما استقر القضاء الإداري على هذا الموقف، الذي اعتبر أن إدخال المساعد القضائي في الدعوى المطالبة للجماعة بدين مستحق من النظام العام، و اعتبره إجراء شكليا جوهريا، كما جاء في حيثيات حكم عدد 372 " و حيث إن المستأنف لم يقيم بإدخال المساعد القضائي في دعواه الموجهة ضد الجماعة الحضرية "لايت ملول" بقصد التصريح بمديونيتها مما يشكل خرقا لإجراء شكلي جوهرى مقرر قانونا تحت طائلة عدم القبول ، و حيث إنه و الحالة هذه ، و دون أن تكون هناك حاجة لمناقشة باقي وسائل الاستئناف المثارة من قبل الطرفين لتعلقها بالموضوع، يتعين الحكم بإلغاء الحكم المستأنف و التصدي بعدم قبول الدعوى"². بالتالي إدخال المساعد القضائي يعد من النظام العام، و يتعين إثارته في مختلف مراحل الدعوى، بل و التصريح به من طرف القاضي الإداري.

إن إلزامية الإدخال في الدعوى التي ترمي مطالبة الجماعة بدين مستحق، تمكن المساعد القضائي من تتبع الدعوى و التدخل بقوة القانون، دونما حاجة لتفويض من الجماعة. استنادا إلى المبدأ العام " كل مدخل في الدعوى له حق الدفاع" ، غير أن المشكل الذي قد يطرح بشدة؛ هو كيفية الدفاع و المناقشة في غياب الوثائق التي يمكن اعتمادها كدفوعات لدحض مزاعم المدعي، و التي تكون في حوزة المجلس الجماعي؟

في هذه الحالة يقوم المساعد القضائي فور توصله بالمقال الافتتاحي للدعوى بالاتصال بمصلحة المنازعات بإدارة الجماعة، يطلب فيها مده بتفاصيل النزاع أو القضية، و بالوثائق التي تمكنه من مباشرة المساطر المتعلقة بالدفاع. و في حالة تماطل الجماعة عن الاستجابة لذلك، و أمام ضيق الآجال للرد على المقال الافتتاحي و جب عليه إخبار السلطة

¹ - مقابلة مع السيد عبد الحميد ولد لبلاد، قاضي إداري بالمحكمة الإدارية- الرباط، بتاريخ 23 ماي 2013.

² - حكم عدد 10/330.7 الصادر بتاريخ 2011/5/4، محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش، منشور فقه المنازعات الإدارية، منشورات مجلة الحقوق المغربي، العدد السنوي الثاني، 2012، ص. 273.

ال محلية لتتدخل لدى الجماعة المعنية، و ستكون ممارسة سلطة الحلول هي الوسيلة الوحيدة لتدارك الوقت و لتحضير الدفوعات¹.

2- الاختصاصات غير القضائية :

فضلا على مهمة الدفاع عن الجماعات الترابية و التدخل أمام المحاكم ، يتولى المساعد القضائي مهام غير قضائية أخرى. و يتعلق الأمر بالاستشارة القانونية.

فالنص القانوني المؤطر للمساعد القضائي أول ما نص عليه " يكلف بتقديم المساعدة القانونية للجماعات المحلية"، و أول ما يتبادر للذهن حول هذه المساعدة القانونية الاستشارة التي يمكن أن يقدمها المساعد القضائي للجماعات الترابية.

فإن الاستشارة القانونية التي يقدمها المساعد القضائي في إطار المساعدة القانونية، هي استكشاف الرأي القانوني بصدد مسألة معينة، قد تكون محل نزاع جدي أمام القضاء، أو نزاع ممكن أن يقع مستقبلا. و الهدف في الحالتين معرفة حكم القانون² حتى تكون أعمالها و تصرفاتها مطابقة للقانون، و تكون في منأى عن المخاطر القانونية. يرى أحد المتفرسين؛ أن الاستشارة التي يقدمها المساعد القضائي للجماعات الترابية هي استشارة اختيارية ، تتسم بالطابع الاختياري. لأنها تكون بناء على طلب من الجماعة، و لا يمكن للمساعد القضائي أن يتدخل و يلزم الجماعة باستشارته في جميع أعمالها و تصرفاتها الإدارية. لتعارض ذلك مع مرتكزات التدبير الترابي³.

معلوم أن لتدبير الجماعات الترابية خصوصية تبرز من حيث طبيعة مسلسل اتخاذ القرار، الشيء الذي يتطلب من المساعد القضائي معرفة واسعة بالمجال اللامركزي. و دراسة دقيقة بالتدبير المالي و الحسابي، و بالمرجعية القانونية الخاصة بكل تنظيم الجماعات الحضرية، و القروية و مجموعاتها، على أساس أن كل تلك المعطيات و المرجعيات ستساعد كتابة المساعد القضائي⁴ لا محالة على مواكبة، و مساعدة الجماعات الترابية في جميع استشاراتها من خلال الدراسات، التوصيات ، و المقترحات التي يتقدم بها مكتب المساعد القضائي⁵.

إن الاستشارة التي يقدمها المساعد القضائي في إطار المساعدة القانونية للجماعات الترابية و مجموعاتها⁶، تهدف تحسيس هذه الأخيرة بالأخطاء و الهفوات التي قد تقع فيها، و وقايتها من المخاطر القانونية. في إطار السعي

¹ - مقابلة مع السيد عادل المودن، رئيس مصلحة المنازعات بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، المديرية العامة للجماعات المحلية، بتاريخ 4 مارس 2013. المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، الرباط.

² - دليل المصطلحات العربية الموحدة في العلوم الإدارية، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، القاهرة، الطبعة الأولى 1994 ، ص 79.

³ - مقابلة مع السيد عادل المودن، رئيس مصلحة المنازعات بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، المديرية العامة للجماعات المحلية، بتاريخ 4 مارس 2013. المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، الرباط.

⁴ - المادة الثانية من قرار وزير الداخلية رقم 03 المتعلق بالمساعد القضائي: " تقوم مصلحة المنازعات التابعة لقسم المجالس المحلية بمديرية الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون بمهمة كتابة المساعد القضائي للجماعات المحلية و التتبع قضائيا التي تعرض عليه."

⁵ - هنا لا بد من ذكر أن أطر و موظفين مصلحة المنازعات (كتابة المساعد القضائي)، خضعوا بدورهم لتكوين في مجال منازعات الجماعات الترابية بجامعة الأخوين في إطار اتفاقية بين الجامعة و المديرية العامة للجماعات الترابية. و قد انصب هذا التكوين في عمق منازعات الجماعات الترابية الأكثر أهمية، و خطورة على مالية الجماعة ، و على تدبير الشأن العام المحلي.

⁶ - و تنصب الاستشارة القانونية التي يقدمها المساعد القضائي للجماعات الترابية في المجالات التالية: المساطر القانونية الواجب إتباعها في إنجاز بعض عمليات الجماعات الترابية، في المجال القضائي، ميدان التعمير، في مجال الشراكة، في مجال الاختصاص الترابي (مقابلة مع السيد عادل المودن، مرجع سابق).

للحد من منازعات الجماعات الترابية . بالتالي الدور الاستشاري للمساعد القضائي من شأنه أن يعزز و يقوي قدرات الجماعات الترابية .

II - إسهامات المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية :

إن تدخل المساعد القضائي في منازعات الجماعات الترابية ومجموعاتها، لا يقتصر على الإدخال في مقال الدعوى، والدفاع عن الجماعة أمام المحاكم. بل يمتد إلى معالجة أهم الجوانب التي ترتبط بمجال منازعات الجماعات الترابية. وتعد إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية من أهم الإشكاليات التي لها تداعياتها، و التي حاول المساعد القضائي التدخل في حلها (أ). كما يهدف المساعد القضائي من خلال تدخله وتديره لمنازعات الجماعة، و قاية مالية الجماعة، و حمايتها من الاستنزاف الذي تتعرض له جراء تزايد الأحكام الصادرة ضدها. و التي تقضي بأداء الديون المستحقة ، و أداء تعويضات عن التماطل. من خلال مجموعة من الجهود المبذولة في هذا المجال (ب).

أ - دور المساعد القضائي في حل إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية :

تعد إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الجماعات من أكبر الإشكاليات التي تثير مجموعة من النقاشات. وتفتح المجال للعديد من الاجتهادات لإرغام الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر ضدها، التي لا تولي لها أهمية خاصة متذرة بعدة مبررات لا سند لها في أغلب الأحيان. وهو ما يشكل احتقارا للأحكام القضائية، وخرقا لمبدأ قدسية القضاء و دولة القانون. فلا قيمة لأحكام القضاء بدون تنفيذها. ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة ، ما لم يقترن بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها. و إلا فماذا يجدي أن يجتهد ويبتكر القاضي الإداري في إيجاد الحلول الناجعة بما يتلاءم و صون الحقوق والحريات والمشروعية ، إذا كانت أحكامه مصيرها الموت. فما يطمح إليه كل متقاض من رفع دعواه لدى القضاء الإداري، ليس هو إنهاء الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، بل استصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها من طرف الإدارة. مع ترجمة منطوقه على أرض الواقع بتنفيذه¹.

أمام هذه الوضعية حاولت المديرية العامة للجماعات الترابية التدخل، خاصة و أن الشكايات التي تتلقاها من طرف المتضررين، من امتناع الجماعات الصادرة الأحكام ضدها عن التنفيذ ارتفاعا مضطردا. فعلمت في عدة مناسبات، عن طريق مجموعة من الدوريات ورسائل مباشرة، على حث رؤساء الجماعات المعنية على تنفيذ هذه الأحكام الصادرة ضدهم، احتراماً لمبدأ المشروعية و لقدسية القضاء . ولتفادي ما يمكن أن يزيد من الأعباء على ميزانيتها بمقتضى أحكام قضائية نهائية. كما جاء في منشور لوزارة الداخلية :

" فالديمقراطية لا معنى لها، ودولة القانون لن تكتمل أسسها إلا إذا التزمت السلطات العمومية بمختلف مستوياتها كما هو الشأن بالنسبة للمواطنين بسيادة القانون . واحترام أحكام السلطة القضائية.

¹ - محمد قصري، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 99-100، يوليو-أكتوبر 2011، ص 11.

ولذلك يتعين التقيد بتنفيذ الأحكام القضائية كلما أصبحت نهائية وغير قابلة للطعن. ونظرا لما لهذا الأمر من أهمية، يتعين اعتبار التعويضات الصادرة في حق الجماعات المحلية بمثابة نفقات إجبارية حتى يمكن لقوة الشيء المقضي به أن تكتسب مفهومها ودلالاتها الحقيقية. بما يترتب عن ذلك من صيانة وحماية حقوق المواطنين¹.

الجدير بالإشارة أن الأحكام الصادرة بشأن قضايا الديون والمسؤولية التقصيرية، لا تصدر بإلغاء القرار المطعون فيه، أو رفع الضرر والتعويض عنه بأداء الدين فقط. بل تضاف إليها الغرامات التهديدية والغرامات عن التماطل. مما يشكل عبئا آخر يضم إلى أصل الدين، لتصبح الجماعة عاجزة عن التنفيذ لانعدام القدرة على الوفاء بما في ذمتها.

إلا أنه وبالرغم من مجهودات سلطة الوصاية المبذولة لحث الجماعات الترابية على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها. فإن العديد من الجماعات لا زالت تتماطل في التنفيذ، لعدة اعتبارات أهمها؛ غياب اعتمادات مالية لتنفيذ الأحكام. ويصح في بعض الحالات؛ أن عدم امتثال الجماعة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها ليس امتناعا أو تحجرا، وإنما لعجز فعلي تعاني منه الجماعة. أو لتراكم المبالغ المحكوم بها على الجماعة إلى درجة قد يتعذر معها برجة تلك المبالغ المحكوم بها بميزانية الجماعة². ويرجع السبب في كلا الحالتين لغياب الطابع الإلزامي و الزجري.

أمام هذه الوضعية؛ كيف يمكن للمساعد القضائي أن يساهم في حل إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الجماعات الترابية؟

إن أول إجراء ينبغي اتخاذه، لتفعيل نظام تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الجماعات يتمثل في النقاط التالية:

- تفعيل وسائل الإلزام والإلزام: فالدوريات والمراسلات التي توجهها سلطة الوصاية للجماعات الترابية يجب أن تغادر صيغة الحث والرجاء والطلب، إلى صيغة الإلزام والإلزام. ليكون هناك ضغط من سلطة الوصاية على الجماعات الترابية، وتأثير ذو طابع وصائي لتمثل للتنفيذ. مع الأخذ بعين الاعتبار أن الجماعات تواجه مجموعة من المشاكل في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، مما يتطلب إعطاء مهلة معينة لكي تقوم بالتنفيذ، وتعد مدة ثلاثة أشهر كافية لتوفير وسائل وماديات تنفيذ الأحكام.

ـ وضع مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام: إن غياب مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الجماعات، تزيد من تعقيد وتفاقم إشكالية تنفيذ الأحكام. فقانون المحاكم الإدارية لا يتضمن مسطرة للتنفيذ. حيث اكتفى بالتنصيص على أن التنفيذ يتم بواسطة كتابة الضبط للمحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، دون أن توضح المادة كيفية التنفيذ وبالتالي؛ عدم وضوح النص القانوني يساهم في تعقيد إشكالية التنفيذ.

- تدخل المساعد القضائي لتنفيذ الحكم خارج المخاصمة القضائية: يعد تدخل المساعد القضائي في دفع الجماعات الترابية لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها تدخلا غير قضائي، لأن سلطة المساعد القضائي تتوقف عند حل إشكال التنفيذ على المستوى الإداري، ومحاولة التسريع به ولا تتعداها إلى مناقشة الحكم. والتي قد تنشأ عنها منازعة أخرى. هذا التدخل يتم على مستويين:

¹ - منشور عدد 1331 م.م. بتاريخ 21 يناير 1976 حول الدعاوى القضائية المتعلقة بالعمالات و الجماعات المحلية.

² - عبد العزيز بن الشيخ، المساعدة القضائية للجماعات الترابية، ندوة دراسية، ماستر التدبير الإداري المحلي، بتاريخ 27 أبريل 2012، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية - سلا.

- المستوى الأول: يرأسل المساعد القضائي المحكوم له المدين للجماعة، في إطار حيي يدعو لإعطاء مهلة محددة للجماعة لتنفيذ الحكم. دون اللجوء إلى القضاء الاستعجالي للوصول لتنفيذ كامل الحكم الإداري. أو يكتفي بتنفيذ غير كامل أي تنفيذ جزئي للحكم، في الحالات الاستثنائية التي لا يمكن الذهاب معها لأبعد من ذلك. لكن هذا التنفيذ الجزئي يجب أن يكون برضا المحكوم له، و يقرر بذلك في محضر يصرح فيه بإكتفائه بالتنفيذ الجزئي.

- المستوى الثاني: بناء على الاتفاق المعقد مع المحكوم له، يقوم المساعد القضائي بمراسلة الجماعة المعنية، ويعلمها بالمدة التي أمامها لتنفيذ الحكم تنفيذا جزئيا. والتي غالبا ما تتراوح بين 3 أشهر إلى 6 أشهر ويدعوها لتنفيذ مجاء في الاتفاق.

لكن هذا الاتفاق غالبا ما يصطدم بعجز أو امتناع الجماعة عن التنفيذ، و تقديم وعود ومبررات. المساعد القضائي في هذه الحالة لا يمكنه أن يتجاوز الدور الاستشاري في هذه الإشكالية، و السؤال الذي يطرح بشدة هو كيف للجماعة التي لا تحترم و لا تلتزم بتنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية الصادرة في مواجهتها والمتمتعة بقوة الشيء المقضي به كيف لها أن تلتزم بتوصيات المساعد القضائي، التي لا تحمل أي صبغة إلزامية أو زجرية؟.

ب- الدور الوقائي للمساعد القضائي في حماية مالية الجماعات الترابية:

إن مطلب حماية المال العام على الصعيد المحلي أصبح يطرح بشكل ملح، بالنظر إلى التدبير غير المعقلن لشؤون الجماعات الترابية، و الذي يترتب عنه صرف اعتمادات مالية كبيرة في غير المصالح المخصصة لها¹.

يعد إحداث المساعد القضائي للجماعات الترابية و مجموعاتها بمقتضى قانون 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات الترابية، تعبيرا من المشرع عن الدور الجوهري للمساعد القضائي في الحفاظ على مالية الجماعة الترابية، من خلال إلزامية إدخاله في مقال الدعوى كلما تعلق الأمر بمطالبة الجماعة بأداء دين، و يأتي هذا الدور في إطار تعزيز أسس الحكامة في التدبير المالي للجماعات الترابية.

إن هذا الإحداث تترتب عنه علاقة قانونية جديدة بين سلطة الوصاية، و الجماعات الترابية عبر المساعد القضائي². فهل يمكن اعتبار دور المساعد القضائي في مجال المالية الجماعية دورا رقابيا؟

يعتبر تدخل المساعد القضائي في مجال الديون و التعويضات، كطرف في الدعوى لإلزامية إدخاله في المقال أو كمدافع عن الجماعة، بهدف تعزيز الرقابة التي تمارسها سلطة الوصاية على مالية الجماعات. خصوصا الاعتمادات التي تصرف في مجال المنازعات، و أداء الديون و التعويضات و تنفيذ الأحكام³.

بالتالي رقابة المساعد القضائي على مالية الجماعة رقابة غير مباشرة، في غياب نص صريح بذلك. على خلاف الرقابة التي تمارسها المجالس الجهوية للحسابات كهيئة قضائية، تعمل على مراقبة التسيير و التدبير المالي للجماعات الترابية. و الاستعمال الجيد للمال العام على الصعيد المحلي. إلى جانب رقابة القانون العام أي؛ رقابة المشروعية التي تختص بها المحاكم الإدارية، حيث تعد هذه الأخيرة الإطار الموازي و المتمم لاختصاص المجالس الجهوية

¹ - عبد اللطيف بروحو، مالية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة و متطلبات التنمية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 70، سنة 2011، ص 98.

² - مقابلة السيد عادل المودن، رئيس مصلحة المنازعات بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، بتاريخ 4 مارس 2013، المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، الرباط.

³ - خاصة و أنه قد كشفت مجموعة من القضايا عن تلاعبات في هذه الدعاوى بين رؤساء المجالس و المحامين المتعاقدين مع الجماعة، و تهدف هذه التلاعبات اختلاس المال العام الجماعي، و الذي سيصرف بشكل مظهري كداء للديون و المستحقات و التعويضات التي يقرها القضاء، و وجود المساعد القضائي كطرف في الدعوى سيمكن من التعرض لمثل هذه التواطئات.

لحسابات، فالحاكم الإدارية تنظر في تطبيق المقتضى المتعلق بالاختصاص المحلي في جانبه الإداري و المالي، في حين المجالس الجهوية يشمل اختصاصها الرقابة على التنفيذ المالي، و الموازنتي للجماعات الترابية¹.

إن الرقابة التي يباشرها المساعد القضائي على مالية الجماعة لا تحمل في طياتها المفهوم القائم حول الرقابة كمبدأ، الذي يمارس من طرف جهاز إداري أو هيئة قضائية، وإنما هي تهدف في مضمونها التعرض لأي تصرف سلمي للمال العام الجماعي، و من شأنها أن تعزز دور المجالس الجهوية في تكريس مبدأ الرقابة، و حفظ المال العام على الصعيد المحلي. و ضمان حسن استعمال الموارد المالية، و تحسين مردودية التدبير المالي تحقيقاً للأهداف التنموية و الاقتصادية، و الاجتماعية على الصعيد المحلي.

إن الرقابة غير المباشرة التي يمارسها المساعد القضائي على مالية الجماعة في مجال المنازعات الإدارية تتسم بطابعين :

- الطابع الإستباقي : يتجلى هذا الطابع في تدخل المساعد القضائي من خلال توفير الشروط اللازمة للدفاع عن مصالح الجماعة، و الاطلاع على مستجدات الملف، مما يمكنه أولاً من التعرض لأي تصرف سلمي لمالية الجماعة، و من تتبع صرف المال العام في المنازعات ثانياً.

- الطابع الوقائي : يتجلى في طبيعة رقابة المساعد القضائي التي تتسم بالتدخل الوقائي في مالية الجماعة. التي تستنزف جراء تزايد المنازعات و الديون، و التعويضات و تنفيذ الأحكام.

جدير بالذكر أن هذه الرقابة غير المباشرة التي تتسم بطابع وقائي و استباقي، تعد من أهم الإصلاحات البارزة على مستوى التدبير المالي المحلي. و إن كانت هذه الرقابة تؤكد على حقيقة أساسية، و هي استمرارية وجود خلل معين في التدبير المالي للجماعات الترابية.

ألا يمكن القول بهذا الصدد إن رقابة المساعد القضائي على مالية الجماعة تتعارض مع أسس التدبير الترابي الحر؟ و مع مبدأ اللامركزية نفسه، و لا تتماشى مع منطقته، بل و تشكل تقاسماً لدور التدبير الإداري المحلي²؟

إن الأمر ذاته يطرح جدلاً بشكل خاص، حول الجانب الوظيفي لهذه الرقابة و مآلها و آثارها القانونية . و وجودها بهذا الحجم و الثقل ، إلى جانب الرقابة على العمليات المالية و على تنفيذ الميزانية، و آليات ممارسة الفعل الرقابي، شكلياته و هيئاته ، و التي تطرح جدلاً بشكل عام. لمساسها المباشر بإشكالية الاستقلال الإداري و المالي للوحدات اللامركزية³.

في أول الأمر قد يتضارب هذا الدور مع استقلالية الجماعة في تدبير شأنها المحلي. خصوصاً بتواجد مصلحة تتكلف بالمنازعات داخل إدارة الجماعة، و تتولى مهمة استقبال الشكايات و التظلمات الواردة على الجماعة،

و الإجابة عنها، و إعانة الرئيس على القيام بإجراءات رفع الدعوى أمام المحاكم، بالتنسيق مع محامي الجماعة و مسك سجل المنازعات.

¹ - مولاي أحمد موجاني، الرقابة الإدارية و القضائية على المال العام المحلي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الحكامة المحلية، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- المحمدية، السنة الجامعية 2010-2009، ص 76.

² - Mohammed EL Yaagoubi, décentralisation communale et tutelle de l'opportunité : complémentarité ou opposition, revue marocaine de l'administration locale et de développement, N 18, janvier-mars, 1997, p 61.

³ - عبد اللطيف بروحو ، مرجع سابق، ص 247.

كما قد يتعارض هذا الدور الرقابي مع فلسفة المصاحبة و المواكبة ، ويعيد لمضمون الوصاية الثقيلة. كما قد يعتبر المنتخبين المحليين أن التدخل الرقابي للمساعد القضائي على مالية الجماعة بمثابة عقاب في حد ذاته، و يجد من هامش حريتهم في تدبير الشأن المحلي¹. مثلما اعتبر جانب من الفقه أن إحداث المجالس الجهوية للحسابات شكل عائقا سوسيولوجيا للمنتخبين المحليين عند إحداثها. و اعتبروها منطلقا لتحريك مسطرة و إجراءات شبه جنائية².

الواقع أن هذا التدخل؛ يعبر عن أساس قانوني متطور للعلاقة التي يجب أن تربط الدولة بوحدها المحلية، و يتعلق الأمر بمبدأ المشروعية، و مع ذلك فإن اعتماد هذا المبدأ و ممارسته و حدود طبيعته تظهر باستمرار ثقل التأثير المركزي على المستوى المحلي، و هو ثقل رغم توسع مجالاته مازال قاصرا عن تقويم التجربة المحلية، و خاصة في مجال المال العام الجماعي الذي طبع جانبا مهما من الشأن المحلي³.

إن تعزيز الرقابة على مالية الجماعة الترابية، من خلال الدور الرقابي و الوقائي للمساعد القضائي، يعد محاولة من المشرع لاحتواء منازعات الجماعات الترابية. انطلاقا من مساطر الصلح الحبي لفض النزاع بشكل ودي دون اللجوء إلى القضاء⁴، انتهاء إلى إلزامية إدخال المساعد القضائي في الدعوى التي تطالب الجماعة بأداء دين مستحق، من شأنه أن يضمن تصرفا مشروعاً في المال العام الجماعي. فأي نظام مالي لا يشمل على رقابة حازمة فهو نظام مبثور⁵.

خاتمة :

تسعى سلطة الوصاية إلى تحسين علاقتها مع الجماعات الترابية. و ذلك بمساعدتها و إشراكها في جميع القضايا و الإصلاحات التي تهمها. و هكذا فإن مأسسة العلاقة بين الدولة و الجماعات الترابية، في إطار المواكبة و المصاحبة، بعيدا عن الوصاية التقليدية الثقيلة، يمكن أن تصبح الإطار و المجال الأنسب لعقلنة مختلف تدخلات الجماعات الترابية.

و عليه فإن سلطة الوصاية أعادت تركيز تدخلها في منازعات الجماعات الترابية ، وفق آلية قانونية جديدة. تتمثل في المساعد القضائي للجماعات الترابية. و تجسد هذه الآلية علاقة قانونية جديدة بين سلطة الوصاية و الجماعات الترابية، تهدف من خلالها تدبير و معالجة منازعاتها وفق مقاربة قانونية، ترمي إلى تعزيز تمثيلية الجماعة أمام القضاء. و تقديم المساعدة القانونية، و تكوين و تأطير موظفي الجماعات الترابية خاصة العاملين بمصلحة المنازعات داخل إدارة الجماعة . لجعل هذه الأخيرة تتقيد في تصرفاتها و أعمالها بالقواعد القانونية و التنظيمية ، و جعلها أكثر احتراما للقضاء و للمتعاملين معها.

إن تعزيز دور المساعد القضائي إلى جانب الجماعات الترابية سيساعد على تدبير فعال لمنازعاتها. و يكون فرصة للجماعات الترابية لتدشين مرحلة جديدة ، تقوم أساسا على قدرتها على التنبؤ ببعض الأزمات التنظيمية،

¹ - مقابلة مع السيد محمد العادة، رئيس مصلحة المنازعات و الشؤون القانونية، المجلس البلدي- الرباط، بتاريخ 16 ماي 2013.

² - مولاي أحمد موجاني، مرجع سابق ، ص 73.

³ - مقابلة مع السيد عبد العزيز بن الشيخ، مسؤول بقسم الشؤون القانونية و الدراسات و التوثيق و التعاون، بتاريخ 12 مارس 2013، المديرية العامة للجماعات الترابية، وزارة الداخلية ، الرباط.

⁴ - المادة 48 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تغييره و تنميته بمقتضى القانون رقم 17.08 .

⁵ - M .Bouvier, les mutation du pouvoir financier local et les transformation de l'Etat, in Etat- nation et prospective des territoires, ouvrage collectif, collection Gret, édition l'Hammathan, Paris, 1996, p 105.

بمعنى أنها ستمارس وظائفها بعيدا عن التعقيد البيروقراطي، في إطار انتماءها إلى محيطها بمتطلباته و تحدياته. و بذلك تدخل الجماعة مرحلة متطورة من ممارسة التدبير العقلاني لمنازعاتها، و هي مرحلة الحكامة القانونية.

أما من جهة المساعد القضائي، الذي يجب أن يكون أكثر قربا من الجماعات الترابية، فمركزيته لا تساعد كثيرا في خلق تواصل منتظم بين الجماعات الترابية على مجموع التراب الوطني، و لو في حضور الوسائل التقنية المتقدمة. فهذه المركزية تعمق من البيروقراطية، التي أصبحت متجاوزة بتجاوز الإدارة الكلاسيكية إلى الإدارة الحديثة. و هنا التساؤل عن إمكانية تواجد المساعد القضائي على الصعيد اللامركزي أو صعيد اللاتركيز الإداري أي بنقله من المركز إلى المحيط في إطار سياسة القرب؟

الأكد أن القيام بهذه الإجراءات سيساعد لا محالة على ترشيد منازعات الجماعات الترابية، كما لا يجب إغفال تعزيز دور القضاء الإداري كسلطة مستقلة. تعمل على تحديد اختصاصات و تدخلات الجماعات الترابية، و منح ضمانات أكبر للمتقاضين.

للإشارة ، يوجد مقترح قانون يقضي بإحداث هيئة قضايا الدولة استنادا على الفصل 159 من دستور 2011، الذي تقدم به الفريق الاشتراكي أمام البرلمان بتاريخ 03/2013. وكما جاء في المادة الأولى منه " تتولى هيئة قضايا الدولة وجوبا تمثيل الدولة بجميع إداراتها العمومية، و جماعاتها الترابية، و مؤسساتها العمومية. مهما كانت تسميتها و طبيعة نشاطها في جميع المنازعات القضائية و الإدارية، و التي تكون طرفا فيها سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها، أمام المحاكم الوطنية و الأجنبية، و أمام هيئات التحكيم الوطنية و الأجنبية المؤسساتية و الخاصة. و يعتبر لاغيا أي نص قانوني أو تنظيمي يعطي لغير هيئة قضايا الدولة صلاحية تمثيل تلك الهياكل أمام القضاء و هيئات التحكيم. و يعتبر لاغيا كذلك كل نص قانوني يستثني نوعا خاصا من المنازعات من اختصاص هيئة قضايا الدولة في تمثيل الدولة بشأنها أمام القضاء أو هيئات التحكيم...".

و لازال موضوع مشروع قانون إحداث هيئة قضايا الدولة موضوع نقاش داخل البرلمان، لاسيما أنه لم يحل على قانوني تنظيمي اعتبارا لكون هذا الأخير لم يصدر بعد، بل اقتصر على الإحالة على مقتضيات القانون الأساسي للقضاة، الذي بدوره أصبح قانونا مؤقتا و انتقاليا بموجب الدستور الحالي، إلى حين صدور القانون التنظيمي المنصوص عليه بالمادة 112 من الدستور.

فإذا كان مصير مشروع قانون إحداث هيئة قضايا الدولة المصادقة و الخروج للوجود، فإن الأمر يدفع للتساؤل عن مدى استمرارية وجود المساعد القضائي للجماعات الترابية؟

آفاق تمويل المقاولات الصغرى والمتوسطة في ظل مشروع قانون البنوك المشاركة



من إعداد: الدكتورة رشيدة الخير

دكتوراه في المالية العامة - المغرب

تشكل المقاولات الصغرى والمتوسطة نسبة 95%¹ من النسيج المقاولاتي المغربي، نسبة مهمة جعلها تحظى باهتمام واسع ضمن السياسات العامة للبلاد، تبلور عبر اتخاذ مجموعة من التدابير الرامية إلى دعم بنيت هذه المقاولات². هذا الاهتمام سيتزايد بدون شك، في ظل تبعات الأزمة الاقتصادية العالمية التي ما فتئت تكشف عن هشاشة هاته البنيات، وضعف أدائها ومساهمتها في تحريك دواليب الاقتصاد الوطني³.

إن مرد هشاشة هذه المقاولات، مجموعة من الإكراهات المرتبطة بضعف نمط حكومتها، محدودية إمكانياتها البشرية، التقنية والمالية، دون أن نغفل باقي العوامل الخارجية التي تحول دون تأمين مناخ إيجابي من شأنه تحفيز استثماراتها، التي يصطدم جزء كبير منها بصعوبات الحصول على التمويل، كإكراه يأتي في مقدمة الإكراهات التي تواجهها هذه المقاولات.

¹ - رقم مستمد من الإحصائيات الواردة في الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية لإنعاش المقاولات الصغرى والمتوسطة : www.anpme.ma

² - بالطبع، إن هذا الاهتمام ليس وليد اليوم، بل لقد شكل أحد أهم الاتجاهات العامة للسياسة الصناعية بالمغرب منذ الشطر الثاني من سبعينيات القرن الماضي. في وقت بقيت فيه هذه الأخيرة ضعيفة الاندماج في الشبكات التمويلية. هكذا تم وضع مسطرتي تمويل أساسيتين، وهما: المسطرة المبسطة و السريعة، التي أحدثت سنة 1972 و" المسطرة الخاصة بالصناعات الصغرى والمتوسطة"، التي أحدثت سنة 1977، وكانت تهدفان سد النقص الحاصل في التمويلات البنكية الممنوحة لهذه المقاولات. في سنة 1983 خصت مدونة الاستثمارات الصناعية المقاولات الصغرى والمتوسطة بمجموعة من الامتيازات الجبائية، لتتوالى بعد ذلك جهود تشجيع القطاع وتنحية العوائق التي تحول دون تنميته، من خلال تبني برنامج تأهيل لفائدة هذه الأخيرة، تشارك في إنجازه مجموعة من المؤسسات، سواء، الوطنية منها أو الدولية. كما تم تسطير مجموعة من التدابير والبرامج المصاحبة لهذه المنشآت (تدابير تحفيزية ذات طابع مالي، عقاري، إداري و ضريبي)، شكلت محور "ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة" الذي يعتبر إطارا مرجعيا للعمل الذي تقوم به الدولة بشراكة مع الفاعلين الخواص لتوفير الدعم الضروري للمقاولات الصغرى والمتوسطة، فيما يخص التمويل، التكوين، وكذا البنيات التحتية، مشكلا، بذلك، محطة بارزة في مسلسل الجهود الرامية إلى النهوض بهذه الشريحة من المقاولات. حيث حرص على وضع إطار مؤسسي يقع عليه مسؤولية ضمان التطبيق الناجح لمختلف التدابير المتخذة، يأتي على رأسه "الوكالة الوطنية لإنعاش المقاولات الصغرى والمتوسطة"، وتناط بها عدة مهام تصب كلها في اتجاه دعم المقاولات الصغرى والمتوسطة، وتعتبر هذه الأخيرة الراعية بامتياز لبرنامجي "مساندة" و "امتياز" الراميان إلى دعم تنافسية هذه الشريحة من المقاولات.

³ - بالرغم من الأهمية العددية للمقاولات الصغرى والمتوسطة، تظل مساهمتها السوسيو - اقتصادية جد متواضعة حيث تطلعنا دراسة لوزارة المالية والخصوصية (مديرية الدراسات و التوقعات المالية)، أن فقط 8% من المقاولات الكبرى الصناعية، تحقق ثلثي الإنتاج الصناعي، وتساهم بثلاثة أرباع صادرات الصناعات التحويلية وأكثر من 70% من الناتج الداخلي الخام، أما المقاولات متوسطة الحجم، فتساهم بنسبة 20% من صادرات الصناعات التحويلية. أنظر:

« Analyse de le démographie des entreprises manufacturières au Maroc (Juin 2008) », sur le site du Ministère de finances et d'économie : www.finances.gov.ma/portail/page?_pageid

إن كل مقاوله تحتاج سواء في مرحلة إنشائها أو مرحلة نموها إلى أموال، يظل مصدرها الرئيسي بالنسبة مقاولاتنا، المؤسسات البنكية، وذلك في ظل ضعف أموالها الذاتية وانغلاق السوق المالية وما ينجم عنه من ضعف في تمويل الاقتصاد عامة، و المقاولات الصغرى والمتوسطة خاصة.

إن تصدر المؤسسات البنكية للمرتبة الأولى فيما يخص مد المقاولات الصغرى والمتوسطة بالتمويلات اللازمة، لا يعني أن ولوج هذه الأخيرة إلى مثل هذه التمويلات يبقى أمرا سهلا¹. فرغم مجيء الإصلاحات بالشروط والآليات التمويلية اللازمة لتقوية القدرات المالية لهذه الأخيرة من جهة، وإعدادها لمواجهة تحديات الانفتاح المتزايد للاقتصاد المغربي² من جهة أخرى، فإنها لم تستطع التأثير على سلوك الطرفين في اتجاه نسج علاقة تخدم مصالح كليهما.

إن هشاشة البنيات المالية للمقاولات الصغرى والمتوسطة، المتمثلة أساسا في ضعف أموالها الذاتية، واستدانتها الزائدة (خصوصا تلك المتعلقة بتمويل تكاليف الاستغلال)، "عدم تناسب المعلومات"³ بين المقاولات والبنوك، ضعف جودة ملفات القروض، غياب شفافية بياناتها المحاسبية، كلها أمور لا تشجع المؤسسات البنكية على تمويل المقاولات الصغرى والمتوسطة. وكننتيجة لذلك، تختمي هذه المؤسسات من المخاطر، بفرض أسعار فائدة مرتفعة، تكاليف معالجة، تدبير ومتابعة لملفات القروض مرهقة، و ضمانات حقيقية مهمة. هكذا، إما يصعب على المقاوله الولوج للتمويل البنكي، وإما تتمكن من ذلك، ولكن بقروض قصيرة الأجل تسد حاجيات خزينتها بالدرجة الأولى، عوض قروض تمول استثماراتها وتقوي أموالها الذاتية.

هنا يطرح سؤال هل سيستطيع الإصلاح البنكي المرتقب خصوصا في شقه المتعلق بوضع إطار قانوني يحكم البنوك الإسلامية أو بالأحرى البنوك التشاركية⁴، والذي تسعى من خلاله السلطات الوصية على القطاع، توفير الظروف الملائمة لتشجيع المنتجات والخدمات المالية التشاركية⁵، من مساعدة المقاولات الصغرى والمتوسطة على تجاوز مشاكل

¹ - حسب الإحصائيات البنكية للبنك المركزي، لم تستفد المقاولات الصغرى والمتوسطة برسم السنة المالية 2012، سوى من 26% من مجموع القروض البنكية الموجهة إلى الشركات غير المالية. انظر:

BANK AL -MAGHRIB.RAPPORT DE LA SUPERVISION BANCAIRE.EXERCICE 2012.p :102.

² - هدفت الإصلاحات التي عرفها النظام البنكي، سواء عبر القانون البنكي لسنة 1993 (ظهير شريف، رقم 147-93-1، الصادر في 15 محرم 1414، موافق 6 يوليوز 1993، بمثابة قانون بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان) وأعيد القانون البنكي لسنة 2006 (ظهير شريف، رقم 1.05.178 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، بتنفيذ القانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 5397، بتاريخ 20/02/2006. ص: 435)، تحسين شروط تمويل الاستثمار وإزاحة أهم العراقيل أمام تمويل النشاط المقاولاتي، خصوصا ذلك المتعلق بالمقاولات الصغرى والمتوسطة، والمضي في اتجاه تحرير التام للقطاع البنكي، دون إغفال بالطبع ضمان استقراره والحرص على تحيين أدائه. هكذا شكل التخلي عن تأطير القروض وعن أسعار الفائدة المحددة إداريا، وكذا عن الاستخدامات الإجبارية للبنوك، خطوة هامة في إطار مسلسل الإصلاح. وقد صاحب هذه الإجراءات التخلي عن الاعتماد على الخلق المالي كوسيلة لسد عجز الخزينة، الشيء الذي مكن من تسجيل تراجع متوالي ومهم في أسعار الفائدة المدينة، والزيادة في حجم القروض الممنوحة للاقتصاد و مع كل هذه التحولات الإيجابية لم يفت القطاع البنكي الانخراط في مسلسل إنعاش المقاولات الصغرى والمتوسطة، من خلال اعتماده مجموعة من آليات التمويل، لسد حاجيات دورات استثمارها واستغلالها.

³ - وهو ما يسمى بالفرنسية: « l'asymétrie informationnel ». غالبا، ما يستعمل "عدم تناسب المعلومات"، من أجل التدليل على وضعية تكون فيها المعلومة غير مدركة بنفس الطريقة من طرف مختلف الفاعلين. فقد يمتلك هؤلاء نفس المعلومة، لكن يكون بعضهم مدركا لها بطريقة أحسن وأفضل من الآخرين. انظر:

MENARD (L) et collaborateurs, Dictionnaire de la comptabilité et gestion financière, anglais- français, imprimé au CANADA, 2ème édition, 2004. P:615.

⁴ - كما جاء في المذكرة التقديمية لمشروع تعديل قانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها أنظر: مديرية الخزينة والأملاك الخارجية، مذكرة تقديمية لمشروع القانون رقم 03-34، المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات التي في حكمها، "ص:2، منشور بالموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة (www.ssg.gov.ma)

⁵ - قلنا توفير الظروف الملائمة، لأنه كان من بين أسباب تعثر تسويق المنتجات البديلة الإسلامية التي سبق وأن رخص بنك المغرب بتسويقها بمقتضى توصية بنك المغرب (رقم 33/2007، قرار لوزير المالية رقم 394.89، الرباط 13 شتنبر 2007)، هو غياب إطار قانوني يحكم المالية المنتجات. فقد نصت الفقرة أ من مقتضيات مجال تطبيق القانون الواردة بمشروع قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، على مايلي: "وعيا من السلطات العمومية بما يمكن أن تقدمه المنتجات والخدمات المالية التشاركية، فيما يخص تعبئة الادخار والتمويل الإضافي للاقتصاد الوطني، فإنه أصبح من الضروري وضع إطار قانوني يحكم المالية التشاركية"

التمويل التي تواجهها، كما من خلال تجاوز العوائق التي تحول دون حصول هذه المقاولات على القروض البنكية، وكيفا من خلال تقديم منتجات غرضها توفير تمويل يساعد المقاول على سد تكاليف التجهيز و الاستثمار، لا الاكتفاء فقط بسد "حاجياتها اليومية". للإجابة عن هذا السؤال المحوري، سنتطرق لأنواع وخصائص المنتجات التمويلية التي سيتم تسويقها في ظل المالية التشاركية في مبحث أول، قبل أن نرصد مدى قدرة هذه المنتجات على الاستجابة لحاجيات المقاولات الصغرى والمتوسطة التمويلية، في مبحث ثان¹.

المبحث الأول: أنواع وخصائص المنتجات المراد تسويقها في ظل المالية التشاركية:

لقد سبق وأن رخص البنك المركزي للبنوك التجارية تداول ثلاث صيغ مالية بديلة²، وهي المراجعة، المشاركة والإجارة، قبل أن يضيف مشروع القانون التعديلي، المضاربة كمنتوج يمكن تسويقه من طرف المؤسسات البنكية³. وقبل أن نتعرض إلى مميزات هذه المنتجات لابد أن نلقي نظرة حول خصائص النشاط التمويلي الإسلامي، كمحور أساسي في "عمل البنوك الإسلامية"، وذلك حتى نفهم بشكل أفضل فحوى هذه المنتجات. يخضع مبدئيا، النشاط التمويلي الاستثماري في هذا المجال لقواعد الشريعة الإسلامية، وما يمكن استنباطه منها، بهدف الوصول إلى استثمار المال في الميادين المباحة شرعا، وإخضاعه لقاعدة "الغنم بالغرم"، التي تشترط في الاستثمار أن يقترن بالعمل وتحمل المخاطر. أما إذا كان دون مخاطر، أي غنما دون غرم، فهو مرفوض، لأنه ربا حرام. هكذا تقوم أدوات التمويل على مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر، كالمضاربة والمشاركة، وإلى جانبها أدوات تعتمد على مبدأ الهامش الربحي، كالبيع والإجارة. وأدوات لا تعتمد على أي ربح كالقرض الحسن و المضاربة. واعتمادا على هذا التصنيف، سنتعرض إلى المنتجات التي جاء بها مشروع القانون التعديلي، وسنميز فيما بينها على أساس المبادئ التي تؤطرها. هكذا سنتطرق في البداية لعقد المشاركة والمضاربة (القائمين على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة) ثم لعقدي الإجارة والمراجعة (القائمين على مبدأ التمويل مع الهامش الربحي)، كمنتجات تعتبر أساسا للمالية التشاركية التي تعترم السلطات العمومية تأطيرها قانونيا ومؤسسيا⁴.

¹ - اتباعا للتصميم الذي كونه لدراستنا، الذي نروم من خلالها التركيز على دراسة خصائص المنتجات التمويلية التشاركية وما يمكن أن توفره للمقاولات موضوع البحث، فإننا لن نخوض في تفاصيل ظروف الترخيص للبنوك التجارية المغربية بتسويق التمويلات البديلة الإسلامية و الاختلاف التي عرفته الآراء بشأن اعتمادها، ثم الأسباب التي دفعت السلطات الوصية على القطاع إلى التعجيل بوضع إطار قانوني يحكم المالية التشاركية. لتكوين نظرة حول ماسلف يمكن الاطلاع على أطروحتنا التي تقدمنا بها لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام:-

رشيدة الخير، النظام البنكي بالمغرب، وإشكالية تمويل المقاولات الصغرى والمتوسطة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، صص: 299-303.

² - لقد أطلق بنك المغرب على هذه الامتيازات "منتجات بديلة" دون إضافة صفة "إسلامية"، هذا مع إشارته على أنها تحترم قواعد الشريعة الإسلامية. انظر في هذا الصدد مقتطفات من التصريح الصحافي لوالي بنك المغرب، في الندوة الصحافية المنعقدة بالرباط، الثلاثاء 23 مارس 2007 منشور بالموقع التالي:

www.magharibia.com/coom/awi/xhtml1/fr/features/2007/03/12/features-01

³ - تجدر الإشارة، إلى أن المشروع المذكور رخص أيضا للبنوك التجارية وشركات التمويل تسويق هذه المنتجات، شريطة الحصول على اعتماد من طرف بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان. أنظر: المادة 60 من المذكرة التقديمية لمشروع تعديل قانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها. مرجع سابق. ص: 22

⁴ - تشير وثيقة مشروع القانون التعديلي (مرجع سابق. ص: 21) إلى أنه "تحدد المواصفات التقنية لهذه المنتجات وكيفية تقديمها إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي "لجنة الشريعة للمالية ولجنة مؤسسات الائتمان"، غير أننا سنعمل على تبيان بعض المواصفات التقنية لهذه المنتجات، التي جاءت بها توصية بنك المغرب المشار إليها سابقا. حيث نصت هذه الأخيرة (في مادتها الخامسة) بالنسبة لعقد المشاركة، أنه "لا يجوز امتلاك مساهمات من نوع المشاركة إلا في شركات الرساميل".

المطلب الأول: عقد المشاركة وعقد المضاربة:

يقوم كل من أسلوب التمويل بالمشاركة (أ) والتمويل بالمضاربة (ب) على مبدأ الاشتراك في إنجاز العملية الإنتاجية، بينما يختلفان في كيفية اقتسام الأرباح والخسائر.

أ- خصائص التمويل بالمشاركة:

عقد المشاركة، هو كل عقد يتم بمقتضاه اتخاذ مساهمات من طرف مؤسسة الائتمان في رأسمال إحدى الشركات، موجودة كانت أو قيد الإنشاء، من أجل تحقيق الربح.

وتتخذ المشاركة عموماً شكلين أساسيين، فهي إما مشاركة ثابتة أو مشاركة متناقصة منتهية بالتمليك.

أ-1- المشاركة المستمرة أو الثابتة:

هي التي يدخل البنك التشاركي فيها كشريك مع المتعامل في رأس مال عملية تجارية أو صناعية محددة، يقترحها هذا الأخير عليه، فيصبح الطرفان شريكين في ملكيتها وتسييرها والرقابة عليها، وتحمل التزاماتها وخسائرها واقتسام أرباحها، وكل ذلك حسب الضوابط المتفق عليها.

والمقصود بكونها ثابتة، هو استمرارية وجود كل طرف فيها حتى نهايتها: أي أن كل طرف يحتفظ بحصصه ثابتة في رأس مال المشروع حتى يتم إنجازه وتصفى الشركة.

أ-2- المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك:

هي التي يدخل فيها البنك التشاركي كشريك بالمال في مشروع ما، مقابل نصيب في الربح، مضافاً إليه نسبة يتفق عليها، تخصص لتغطية مشاركته في تمويل العملية، وتكون البقية من نصيب المتعامل الذي يصبح مالكا للمشروع بصفة نهائية عندما يسترجع البنك مساهمته بالكامل عن طريق التنازل عنها¹.

ب- خصائص التمويل بالمضاربة:

المضاربة عقد يجمع بين بنك تشاركي (رب المال)، الذي يقدم الأموال بمقابل (مضارب)، الذي يقدم عمله، قصد إنجاز مشروع. ويتحمل المقاول المسؤولية الكاملة في إدارة المشروع، ويقتسم الطرفان الأرباح حسب نسب محددة، بينما يتحمل (رب العمل) وحده الخسائر، باستثناء حالة الغش من طرف المضارب.

المطلب الثاني: عقد الإجارة وعقد المراجعة:

يقوم عقد الإجارة على مبدأ التمويل بالهامش الربحي (أ)، بينما يقوم عقد المراجعة على أساس التمويل بالبيع (ب).

أ- خصائص التمويل بالإجارة:

وهو أن يمتلك البنك التشاركي أو يستأجر الشيء المطلوب من قبل العميل، بهدف تأجيله بشروط مناسبة، مقابل أجرة معلومة وللمدة التي يتفق عليها. وهو على نوعين:

¹ - اعتماداً على المادتين السابعة والثامنة من توصية بنك المغرب سابقة الذكر، يجب أن يحدد نوع عقد المشاركة هذا، بشكل دقيق، واجبات كل طرف من الطرفين، وكذا الشروط العامة التي تنظم علاقتهم. وينبغي أن يتضمن شروطاً تحدد على الخصوص:

- نوع عقد المشاركة؛ هدف عملية المشاركة.
- مبلغ رأس المال والنسب المئوية التي يملكها كل طرف؛
- مدة عملية المشاركة؛
- كيفية توزيع الأرباح حسب النسب المتفق عليها؛
- الضمانات الممنوحة، إن اقتضى الحال لمؤسسة الائتمان من طرف العميل الذي يتولى وحدة تسيير الشركة. وذلك لتغطية الخسائر الناتجة عن الإهمال والأعمال المماثلة الأخرى؛
- شروط وكيفية حل المشاركة وتوزيع الأصول؛
- كيفية استرجاع مؤسسة الائتمان لمساهمتها في حالة المشاركة المتناقصة.
- تغيير مواد القانون الأساسي للشركة لمطابقته مع بنود عقد المشاركة.

أ-1- إجارة تشغيلية ، وتنطبق على شراء البنك للعقارات (كالشقق السكنية) أو الآليات المختلفة (كالسيارات والسفن والحاصدات وغيرها...) يتم تأجيرها للعميل الذي يصبح مالكا لها في نهاية مدة الإيجار، بحسب الإجراءات المتفق عليها.

أ-2- تأجير امقرون بخيار الاقتناء أو الائتمان الإيجاري، كما يطلق عليه في القانون المغربي، حيث يقوم البنك التشاركي بشراء ما يرغب فيه المتعاملون من معدات وتجهيزات وعقارات، ويؤجر لهم ذلك مقابل ثمن محدد يقسم على أقساط شهرية أو دورية يتفق عليها، مع ترك الخيار لهم عند نهاية العقد في الاحتفاظ بالشيء محله، بشرائه من البنك أو بإرجاعه له¹.

ب- التمويل بالمراجحة :

عقد المراجحة هو كل عقد يقتني البنك التشاركي بموجبه، بناء على طلب أحد العملاء، منقولاً أو عقاراً من أجل إعادة بيعه له، مقابل هامش ربح متفق عليه مسبقاً. ويقوم العميل بالأداء من خلال دفعة أو عدة دفعات في تاريخ لاحق، تبعا للكيفيات المتفق عليها من طرف الأطراف.

إذن، المراجحة نوع من بيوع الأمانة التي تتم بين البائع والمشتري مع الأخذ بعين الاعتبار الثمن الأصلي للسلفة وإيضاح الربح المضاف إلى الثمن على أن يكون البيع حاضراً. فالبنك يقوم بشراء سلع محددة المواصفات والكميات، بناء على رغبة زبون يكون بحاجة إليها، لإعادة بيعها له بثمن مؤجل.

وقد جرى العمل على أنه بعد شراء السلعة بالمواصفات والكميات المحددة والمطلوبة بأحسن الأسعار وأفضل الشروط، يحتفظ بها، باسم البنك، بصورتها العينية أو بصورتها المعنوية، المتمثلة في مستندات ملكيتها، بانتظار تنفيذ العقد وفق الشروط المتفق عليها².

1- لقد تولت كل من المادة 3 والمادة 4 من توصية بنك المغرب المتعلقة بالمنتجات البديلة، بيان المواصفات التقنية لعقد الإجارة، حيث نصت الأولى على أنه "لا يجوز أن يكون الهدف من عقد الإجارة، إيجار أموال معنوية (كبراءات الاختراع وحقوق التأليف والخدمات المهنية وغيرها)، أو حقوق استغلال موارد طبيعية (كالمعادن والنفط والغاز والموارد الأخرى من هذا النوع)، بينما نصت الثانية على الشروط الواجب توافرها من طرف العقد والمتمثلة أهمها فيما يلي:

- نوع العملية (إجارة تشغيلية أو إجارة واقتناء).
- تحديد المنقول أو العقار المستأجر، والهدف من استخدام المستأجر له؛
- التزام المستأجر بشكل قاطع باقتناء المنقول أو العقار، عندما يتعلق الأمر بعملية إجارة واقتناء؛
- قيمة الإيجار وكيفيات الأداء وتواريخ الاستحقاق.
- مدة الإيجار.
- مصاريف الإصلاح والصيانة، مصاريف التأمين".

2 - نصت المادة العاشرة من توصية بنك المغرب، أنه :

"لا يجوز أن يكون موضوع عقد المراجحة إقتناء ممتلكات غير موجودة عند تاريخ توقيع العقد".
بينما بينت المادة الحادية عشر منها أنه، يجب أن "يحدد عقد المراجحة بشكل دقيق واجبات وحقوق كل طرف من الطرفين وكذا الشروط العامة التي تنظم علاقتها. ويجب أن يتضمن بنوداً تحدد على الخصوص :

- المنقول أو العقار موضوع عقد المراجحة.
- ثمن الشراء.
- المصاريف والرسوم المؤداة من طرف مؤسسة الائتمان من أجل شراء الملك موضوع المراجحة وتلك التي يتعين على العميل أدائها؛
- ربح مؤسسة الائتمان.
- مدة العقد.
- كيفيات الأداء.
- لضمانات التي قدمها العميل؛
- قيمة التسبيق الذي دفعه العميل عند الاقتضاء".

هذه إذن أهم أشكال المنتجات المالية التشاركية التي تضمنها مشروع القانون الجديد لمؤسسات الائتمان والهيآت التي تدخل في حكمها، والتي عملنا على بيانها، دون أن ندخل في الجدل الدائر حولها، بين منتقدين لها¹ يرون فيها منتجات لا تختلف كثيرا عن المنتجات البديلة الكلاسيكية (الائتمان الإيجاري، والرأسمال الاستثماري في صورة المشاركة المنتهية بالتملك)، وكون البعض منها لا يبتعد عن شبهة .

الربا... وبين مدافعين عنها، عملوا على الرد على مختلف هذه الانتقادات² نأتي الآن لنبحث في مدى قدرة هذه المنتجات على الاستجابة لحاجيات المقاولات الصغرى والمتوسطة التمويلية.

الفقرة الثانية: مدى قدرة منتجات المالية التشاركية على الاستجابة لحاجيات المقاولات الصغرى والمتوسطة التمويلية.

عموما، تبقى المشاكل المرتبطة بالتمويل البنكي للمقاولات الصغرى والمتوسطة متشابهة، سواء كان هذا التمويل بالمنتجات التقليدية، أو منتجات المالية التشاركية. لكن مبدئيا، ومن خلال خصائص هذه الأخيرة، يتبين لنا إمكانية ملاءمتها لحاجيات المقاولات الصغرى والمتوسطة (أ)، لكن شريطة رفع مختلف المعوقات التي تحول دون تسويق أفضل لها (ب).

أ- تمويل المقاولات الصغرى والمتوسطة في ظل خصائص التمويلات التشاركية :

إذا ما تمعنا في خصائص التمويلات البديلة التي عمل بنك المغرب على الترخيص للبنوك المغربية بتسويقها، والتي تعتمد السلطات البنكية تبيئتها كجزء من النظام التمويلي المعمول به، يتبين لنا أنها تحمل من الخصائص ما يمكن أن تستجيب به لحاجيات المقاولات الصغرى والمتوسطة، وذلك للفروض التالية :

- إن ضعف الأموال الذاتية كعائق أمام ولوج هذه الشريحة من المقاولات إلى التمويل البنكي، يمكن تجاوزه، مادامت هذه المنتجات لا تستلزم تقديم أموال ذاتية. كما أن خصائصها لا تستلزم الضمانات التقليدية المعمول بها.

- إن الاستدانة الزائدة، الناجمة عن ضعف هذه الأموال، تخلق تكاليف مالية مهمة تتحملها المقاولات وتخلخل توازنها المالي. بينما هذه المنتجات لا تقوم على فوائد ثابتة، وإنما تقوم على مبدأ توزيع الأرباح والخسائر.

- إن طرق تسيير مجموعة من المقاولات، تجعلها بعيدة عن كسب ثقة البنك، بينما هذا النوع من التمويل يقوم على أساس خلق علاقة بين الطرفين طويلة الأمد، يلعب فيها البنك دورا فعالا في تسيير المشروع، كما أنه يبقى وسيلة لتمويل طويل الأمد للمقاولات الصغرى والمتوسطة (كتمويل تحتاج إليه لتأسيس أو رفع رأس المال، وأيضا اقتناء وتجديد التجهيزات)، ونخص بالذكر هنا، عقد المشاركة الذي يبقى من أكثر العقود طلبا من طرف المقاولين الراغبين في تأسيس مقاولات صغرى ومتوسطة (شركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات تضامن).

¹ - وهو مالا يدخل ضمن أهداف البحث.

² - مثلا، تم انتقاد "البنوك الإسلامية" من حيث استخدامها لبيع المرابحة للأمر بالشراء، بأنه معاملة مشوبة بالربا، بل هو أحد أشكاله. إذ يتوفر على زيادة تضاف لرأس المال. ومنشأ الشبهة هنا، أن في كل من العقدين : معاوضة و ربحا. وتم رد هذا الانتقاد بكون هذا الرأي، قد فاتته أن التجارة من شأنها تنمية الموارد وتشجيع الاستثمار والمنافسة في تلك السبل، وأن الربح الذي يعود على كل من المتعاقدين في بيع المرابحة، هو نتيجة للجهد والعمل. أنظر في هذا الصدد:

MANSOURI (Saloua), « vérités sur des produits bancaires supposés halals », challenger Hebdo, du 5 au 11 mai 2007 p :

- يتم اختيار الملفات في ظل التمويل البنكي التقليدي، على أساس الملاءة المالية لضمان استرداد القروض، بالإضافة إلى الفائدة، غير أن منتجات المالية التشاركية، تقوم على المشاركة فيما يتحقق من ربح. وبالتالي فمعيار اختيار المستفيدين سيكون هو المردودية، اعتباراً بأن تجزية البنك ترتبط بمردودية وجدوى المشروع الاقتصادي والثقة في جدية صاحبه. وبالتالي، يمكن أن تفتح هذه المنتجات باباً جديداً للخروج من مأزق توزيع الموارد التمويلية المتاحة، على أصحاب الملاءة المالية فقط.

- إن إنجاح هذا النوع من التمويل، يمكن أن يسهم بفعالية في تمويل المشروعات الناشئة، دون إرهاقها بأعباء المديونية وفوائدها التي قد تصبح باهضة الثمن، مما يضعف بنيتها المالية. فالإجارة مثلاً تشكل وسيلة لتمكين المقاولات من تجديد تجهيزاتها القديمة والمتهاكة. والاستفادة، بالتالي، من آخر التطورات التكنولوجية. من جهة أخرى، فهي تحول دون تجميد، متوسط أو طويل المدى، لجزء من مواردها في حالة شراء ممول ذاتياً، أو ممول عبر قروض الاستثمار. حيث أن المصاريف المالية في إطار هذا التمويل، تتحدد فقط في أقساط الكراء الشهرية، التي يأخذها من ناتج استغلال محل العقد نفسه. وهو ما يشكل فائدة إيجابية بالنسبة للمقاولات الصغرى والمتوسطة التي تجد صعوبة في خلق توازن لوضعيتها المالية.

نأتي هنا للتحقق من هذه الفرضيات معتمدين في ذلك على حقيقة وواقع تجارب تطبيق هذه المنتجات البديلة في البنوك الإسلامية:

- إن من بين آثار ضعف الأموال الذاتية للمقاولات الصغرى والمتوسطة، عدم قدرتها على تمويل رأس المال الثابت. هكذا فعدم قدرة هذه المقاولات على الالتجاء للسوق المالية، وكذا صعوبة الحصول على الأشكال التمويلية البنكية التقليدية (حيث تظل إما عاجزة عن تمويل الرأس مال الثابت بالكامل، أو واقعة في شبك مديونية قد لا تستطيع الوفاء بها...)، يكشف عن أهمية عمليات التأجير أو عمليات المشاركة المتناقصة، وأيضاً المراجعة. فمن الجهة العملية الخاصة بتمويل المشاريع خصوصاً الصغرى والمتوسطة، نجد أن المراجعة قد تمكنت من خدمة آلاف من أصحاب هذه المشاريع الذين استطاعوا عن طريقها الحصول على تمويل يرتبط بنشاطهم الإنتاجي مباشرة، وبشروط أفضل مئات المرات، بل لا تقارن، بشروط التمويل الكلاسيكي¹. أما بالنسبة للإجارة، فقد أثبتت التجربة مرونتها، وإن كانت نسبية، وقدرتها على الاستجابة لحاجيات المشروعات الصغرى والمتوسطة، هذا بالرغم من ارتفاع تكلفتها.

نأتي الآن إلى ما يمكن أن تقدمه هذه المنتجات من حلول بشأن مشكل الضمانات، وكما سيلاحظ، أنه بدراستنا لهذا الجانب سيتم التحقق من باقي الفرضيات المطروحة:

معلوم أن قضية الضمان ترتبط بعملية التوظيف وطبيعة المخاطر التي يحتمل التعرض لها. فطبيعة المخاطر التي يتعرض لها البنك في حالة التمويل بواسطة القروض التقليدية، تختلف عن تلك التي يتعرض لها في حالة التمويل بالمنتجات البديلة المذكورة.

إن المخاطر التي تواجه البنك في الحالة الأولى، هي مخاطر عدم الالتزام بالتسديد، وبالتالي يجب توفير الضمانات اللازمة. نوعية الضمانات هاته، يجب أن تكفل له استرداد حقوقه (ضمانات عينية وشخصية). فالعلاقة هنا بين الطرفين (المقاول، والبنك)، علاقة دائن بمدين. بالمقابل نجد طبيعة هذه العلاقة في ظل الصيغ البديلة المستقاة من الشريعة

¹ - الشرقاوي المالقي (عائشة) مرجع سابق ص 520.

الإسلامية، علاقة مشاركة في الربح والخسارة (خصوصا في ظل عقد المشاركة). وفي ضوء ذلك، لا ترجع المخاطرها، فقط، لاحتمالات عدم التزام العميل بالتسديد، وإنما ترتبط أيضا بنوعية العملية الاستثمارية. فأول المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها البنك في هذا الصدد، يأتي من قبل العميل المستثمر طالب التمويل، حيث يمثل عنصرا أساسيا لنجاح أو فشل العملية الاستثمارية. بعضها يرجع إلى عدم كفاءته الفنية والإدارية، وبعضها الآخر يرجع إلى عدم أمانته ومحاولة تزوير الوثائق. ومن ثم فطبيعة الضمانات التي يجب توافرها هنا، يلزم أن تكون ملائمة لطبيعة المخاطر. ويتضح مما سبق أن الضمانات اللازمة لمواجهة هذا النوع من المخاطر تتركز حول نوعين:

ضمانات أساسية تتمثل في، توافر الكفاءة الأخلاقية والعملية في الزبون. ويقع على البنك المسؤولية الأولى في حسن اختيار المتعاملين الملائمين؛ توافر دراسة وتنفيذ للعملية الاستثمارية بكفاءة عالية ثم ضمانات تكميلية، تتمثل في الضمانات الشخصية والضمانات الحقيقية. فهذا هو الإطار النظري للضمان المفترض العمل به في ظل هذه الصيغ. وهو في نظرنا من شأنه حل إشكالين: إشكال اعتماد تقنيات اختيار الملفات المستفيدة من التمويل على أساس معيار الملاءة المالية، دون الأخذ بعين الاعتبار قدرة المشروع على تدبير مسلسل التمويل في اتجاه خلق القيم والاستثمارات. وأيضا إشكال عدم توفر المقاولات الصغرى والمتوسطة على الضمانات الكافية، خصوصا في الشق المتعلق بالضمانات الحقيقية.

لكن بإطلائنا على تجارب مجموعة من البنوك الإسلامية في استخدام هذه الصيغ التمويلية، نلاحظ مايلي:

في ظل ضعف عناصر الضمان الملائمة لطبيعة هذه المنتجات المتمثل في عدم توافر النوعية الملائمة من المتعاملين لطبيعة هذه التمويلات، بصرف النظر عن كونه راجع إلى واقع طبيعة البيئة، قصور أجهزة استعلام هذه البنوك حول الزبناء، قصور أجهزتها في دراسة وتقييم واختيار تنفيذ العمليات الاستثمارية¹، تم انحراف التطبيق العملي عن الإطار النظري الصحيح المفترض له. فكان من أهم آثار هذا الوضع:

- الاعتماد على الضمانات التقليدية بصورة أساسية.

- تفضيل المراجعة والبيع الآجل، كصيغ تقترب من أساليب التمويل التقليدية في تنفيذها، على المشاركة² حيث يحصل البنك على ربح مقطوع محدد مسبقا، ويتحمل الزبون بمفرده مخاطر وخسائر العملية تقريبا. ويتضح أن أسلوب المراجعة قد استحوذ على نصيب الأسد³، من جملة استثمارات هذه البنوك. بينما لم تحصل المشاركة إلا على نسب قليلة جدا⁴.

1 - الحمود (تركي راجي)، التحديات التي تواجه المصارف الإسلامية في دولة قطر، (دراسة ميدانية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 76 الطبعة الأولى، 2002، ص: 29-30.

2 - وهذا ما لوحظ أيضا في التجربة الوحيدة بالمغرب الخاصة بتسويق المنتجات البديلة، والتي تمثلها "دار الصفاء"، وهي مؤسسة تابعة لـ "التجاري وفا بنك" متخصصة في التمويلات البديلة، حيث لاتقوم هذه الشركة سوى بتسويق منتج المراجعة. أنظر في هذا الصدد الموقع الإلكتروني للمؤسسة: <http://www.darassafaa.com>

3 - لقد أثبتت تجربة بنك "فيصل الإسلامي السوداني" في مجال تمويل الصناعات الصغيرة، أن استخدام صيغة المراجعة يتم بطريقة أكبر مما هو عليه الشأن بالنسبة للمشاركة والإجارة، كصيغة لتقديم التمويل المضمون وذلك بنسبة تصل إلى 90%. راجع: بابكر أحمد (عثمان)، تمويل القطاع الصناعي وفق صيغ التمويل الإسلامي، تجربة بعض المصارف السودانية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بحث رقم 49، المملكة العربية السعودية الطبعة الثانية، 2004، ص: 70.

4 - من بين المشاكل التي واجهتها البنوك الإسلامية في تطبيق والتوسع في استعمال عقود المشاركة نجد ما يلي:

- مشاكل الإدارة في الإشراف على المشاريع الممولة بالمشاركة، مع ما ينجم عن ذلك من ارتفاع تكاليف إنجاز العمليات محل التمويل؛

- عدم توفر أغلب المتعاملين على الكفاءة المهنية المفروضة، وتحاييلهم على البنوك، من خلال، مثلا، عدم مسك حسابات أصلا، أو مسكها بشكل غير منضبط.

- عدم رغبة المتعاملين أساسا في الدخول في مشاركات مع البنوك.

- تحول هذه المصارف عن تمويل غير القادرين على دفع الضمانات وأصحاب الصناعات الصغرى، إلى تمويل أرباب الأموال القادرين على تقديم الضمانات، خصوصا ذوي المشاريع الكبرى¹.

- التركيز على العمليات الاستثمارية ذات الأجل القصير، عوض الاستثمارات طويلة الأجل، مع ما ينجم عن ذلك من انعكاس على محدودية استفادة المقاولات من تمويل استثماراتها. مما يوضح سقوط هذه المنتجات أيضا، في الاعتماد على التمويل قصير الأجل. وهو ما لا يتلاءم مع حاجيات تنمية المقاولات الصغرى والمتوسطة، التي تستوجب سياسة تمويلية قائمة على موارد طويلة الأمد، من شأنها الإسهام في خلق استقرار لبنيتها المالية.

من هنا يتضح أن مختلف الإشكالات المساهمة في بلورة إشكالية ولوج المقاولات الصغرى والمتوسطة إلى التمويل البنكي تبقى واردة، أيضا، في ظل التمويل بواسطة منتجات المالية التشاركية. صحيح أن صيغ التمويل البديلة هذه يمكن أن تساهم في تجاوز إشكال الأموال الذاتية الذي تعاني منه المقاولات الصغرى والمتوسطة (عبر عقد المشاركة)، وسد حاجياتها التمويلية الخاصة برأسمالها الثابت (عقد الإجارة وعقد المشاركة المتناقصة)، ورأسمالها العامل (عقد المراجعة)، لكن إشكال أهمية الضمانات لمواجهة مخاطر التمويل والتصدي لإشكال "عدم تناسب المعلومات"، وعدم كفاءة المتعاملين، مع ماله من انعكاس على إمكانات استفادة هذه المقاولات من هذه الصيغ، غلبة التمويل قصير الأجل من جهة، وارتفاع تكلفته من جهة أخرى، كل هذا يبقى حاضرا أيضا في ظل اعتماد صيغ التمويل التشاركية. وعلى ذكر ارتفاع التكلفة، تجدر الإشارة إلى أن هذا الأخير يبقى من أبرز المعوقات التي يجب رفعها في سبيل إنجاح التمويل بواسطة هذه المنتجات. وسنحاول فيما يلي التعرف على العوامل التي تتحكم في هذا الارتفاع.

ب - العقبات التي تواجه التعامل البنكي بالتمويلات التشاركية :

منذ أخذ "التجاري وفا بنك" بادرة تسويق الصيغ التمويلية الجديدة، من خلال طرح منتج "الإجارة" و"المراجعة"²، سارت مجموعة من البنوك على نفس خطى هذا الأخير، كالبنك المغربي للتجارة الخارجية، البنك الشعبي، البنك المغربي للتجارة والصناعة.... ورغم ما أكدته لنا مجموعة من مسؤولي قسم الزبائن بهذه البنوك، عن الاهتمام الذي يبديه هؤلاء بشأن هذه الصيغ من خلال طلب الإجابة عن مجموعة من الاستفسارات حولها، لكن سرعان ما كانوا يفاجؤون بالشروط شبه التعجيزية لعقودها، وكذا ارتفاع تكلفتها. حيث طرحت هذه التمويلات، بتكلفة لا تشجع الإقبال عليها، خصوصا في تمويل العقار عن طريق المراجعة. فقد كان من المأمول أن تؤدي صيغة الإجارة المنتهية بالتملك دورا تمويليا مهما، ولكن للأسف في السنة نفسها (2008) لانطلاق العمل بهذه التمويلات، تم الرفع من الضريبة على القيمة المضافة في القانون المالي إلى 20 % بالنسبة إلى الإيجار، عموما، مما أصبحت معها تكلفتها مرتفعة. وقد عمل القانون المالي لسنة 2009 على تفادي الازدواج الضريبي المفروض على المراجعة³. غير أن هذا الإجراء ظل غير كاف لإعطاء دفعة لهذه التمويلات فبدل أن تكون كلفة الرسوم على عمليتين في الشراء والبيع، ستكون على مستوى البيع. غير أنه وبالرغم من أن التكلفة الإجمالية ستعرف انخفاضا، إلا أن رسوم التسجيل في عملية بيع العقار للزبون ستتضاعف، لأن البنك يحددها حسب عملية البيع الأخيرة للزبون، وهذا الأخير يمثل في المتوسط ضعف الثمن الأصلي لشراء البنك للعقار لأنه يتضمن ربحه، وبالتالي ويكون الإجراء فعالا يجب على المؤسسة البنكية أن تحدد مبلغ رسوم التسجيل حسب عملية شراء وليس في مرحلة البيع.

1 - عطية (جمال الدين)، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقويم والاجتهاد النظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 1993 ص ص 204-206.

2 - رغم أنها قد توقفت عن تسويق هذه المنتجات، لكي يظل التجاري وفا بنك عبر المؤسسة التابعة له "دار الصفاء" الوحيد الآن على الساحة.

3 - المادة السابعة من قانون المالية رقم: 08-40 للسنة المالية 2009، منشور بالجريدة الرسمية، رقم 5695 صادر في 2 محرم 1430 (30 دجنبر 2008). ص: 4557.

من جهة أخرى، إن عدم توافر أي امتيازات على مستوى الضريبة العامة على الدخل أو الضريبة على القيمة المضافة، يضاف إليها ارتفاع الاستحقاقات الشهرية مقارنة مع استحقاقات القروض الكلاسيكية بسبب قصر مدة القرض (المراجعة والمشاركة أربع سنوات)، الإجارة (ثمانية وأربعون شهرا)، أسهما في ارتفاع تكلفة هذه المنتجات البديلة¹.

وقد تم تدارك الأمر بمقتضى القانون المالي لسنة 2010²، الذي نص على خفض الضريبة على القيمة المضافة في عقد المراجعة من 20% إلى 10%، ويقتصر فرض الضريبة على هامش ربح البنك فقط، وهو ما سيجعلها أكثر تنافسية مع باقي القروض الأخرى³.

حقا لا يمكن إنكار المستجدات التي عرفها أحد أهم هذه المنتجات، غير أننا نود الإشارة إلى أنه إذا استمر الاقتصار، في ظل التجربة المنتظرة للبنوك الإسلامية على تمويل مشاريع ذات مردودية ضعيفة، وأثر محدود وقيم مضافة قليلة على الصعيد الإنتاجي (البيع، الشراء في المباني، المنازل والعقارات)، فسيظهر حقيقة أن هذه المنتجات غير مواكبة. وهذا ما قد يؤثر سلبا على استمراريتها، ويعطي انطباعا غير حقيقي على المقاربة التشاركية التي يعكسها تسويقها.

إن إنجاح تجربة البدائل الإسلامية، يبقى مرتبطا بنظرنا أيضا بالعناية بتكوين موظفي البنوك خاصة فيما يتعلق بالجانب الشرعي، وأيضا الاهتمام بالتكوين المستمر لهؤلاء، لأن هناك دائما مستجدات عربية وعالمية تطرح بين الفينة والأخرى. والأهم من هذا، إيجاد مسيرين قادرين على إنجاح التجربة. فلا بد من تأسيس عقلية تشاركية، يكون فيها البنك طرفا، لا وسيطا فقط فالرهان في نظرنا هو تغير العقليات.

1 - فالزبون يدفع 10 في المائة للضريبة على القيمة المضافة على نسبة الفوائد في القرض العادي، في حين يدفع 20 في المائة على الأرباح في التمويل بواسطة المرابحة، وذلك باعتبارها عملية بيع، وهو ما يدرج هذه الأخيرة (أي المرابحة) ضمن المعاملات التجارية لا المعاملات البنكية.
2 - المادة السابعة من قانون المالية رقم: 09-48 للسنة المالية 2010. مرجع سابق.
3 - هكذا إذا كانت قيمة المرابحة 260 ألف درهم، والتسبيق بقيمة 100 ألف درهم، فإنه لمدة أربعين شهرا سيدفع الزبون قسطا شهريا مقداره 4555 درهم بعدما كان يناهز 6400 درهم قبل التعديلات المذكورة.

رئيس الجمهورية حكم بين السلطان في النظام الشبه رئاسي

ضرورة دستورية أو مرحلة لتعايش؟



علي مختاري ماجستير قانون عام

من جامعة المسيلة - الجزائر

مقدمة :

عانت المجتمعات قديما وحديثا من الفكر الاستبدادي التسلطي الذي راح يختزل السلطة في ذات الحاكم مركز السلطة والحاكم بأمره، والذي بيده مقدرات الشعب ومصيره يتصرف فيها كيف ما شاء، إلا أن هذه الأفكار والممارسات كانت وبالا وخبالا على المجتمعات ذاتها وعلى الإنسانية بصورة عامة، نتيجة ما انجر عنها من حروب ونزاعات دامية كانت في معظمها نتيجة لنزوات السلاطين والحكام الشخصية، فكان الخيار الديمقراطي نتيجة النضج الفكري والسياسي للمجتمع الإنساني وتخلصه من الفكر الأسطوري التسلطي، ويعتبر عصر الأنوار في أوروبا أهم العصور التي ذاع فيها نضج الفكر السياسي الديمقراطي فكانت أفكار روسو وفولتير ومنتسكو وجون لوك⁽⁰¹⁾ أهم الأفكار التي حررت الفكر السياسي من الكهنوت التسلطي فإذا كان روسو قد أبدع نظرية العقد الاجتماعي بها يسوسه الحاكم شعبه على أساس العقد ولا يجوز له الخروج عنه، فان منتسكو أوجد الأساس التطبيقي والعملي في كيفية تقيد سلطة الحاكم وفق مقولته الشهيرة (السلطة توقف السلطة) وأن تجميع السلطات في يد الحاكم الواحد مدعاة للتسلط والاستبداد فكان الفصل بين السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية أفضل نموذج لممارسة الحكم بطريقة ديمقراطية، ومنه راحت الأنظمة السياسية الكبرى في العالم تختلف في آليات التطبيق لهذا المبدأ فكان الفصل الجامد في النظام الأمريكي مع استحالة ذلك عمليا والفصل المرن بالمساواة والتوازن في النظام البرلماني الإنجليزي وترجيع كفة البرلمان على الحكومة في النظام السويسري (الجلسي) ولكن الجنرال ديغول اختار المزاوجة بين النظام الرئاسي والبرلماني عقب انهيار الجمهورية الرابعة، رغبة منه في الاستقرار السياسي فكان النظام الشبه رئاسي والشبه برلماني الذي تعثر به بعض الإشكاليات في حالة وصول أغلبية برلمانية من غير اللون السياسي والحزبي للرئيس الجمهورية المنتخب.

الإشكالية: رئيس الجمهورية حكم بين السلطات في النظام الشبه رئاسي تأصيل دستوري أم فترة زمنية حرجة يمكن لرئيس الجمهورية تجاوزها؟

سنحاول معالجة الموضوع بالمنهج الوصفي والتحليلي الاستدلالي وفق الخطة التالية: وذلك بتقسيمه إلى مبحثين المبحث الأول نتناول فيه مفهوم النظام الشبه الرئاسي وفق مطلبين الأول وفيه يتم التطرق إلى كيفية ظهور النظام الشبه رئاسي والأسباب التي أدت إلى ذلك ثم في المطلب الثاني الخصائص المميزة لهذا النظام أما المبحث الثاني سيتم التطرق إلى تطبيقات النظام الشبه رئاسي المطلب الأول في بلده الأصل والمنشأ فرنسا و في المطلب الثاني تطبيقه في النظام السياسي الجزائري باعتباره إلى غاية 2008 وقبل التعديل الدستوري الأخير كان يأخذ بهذا النظام قبل التوجه إلى النظام الرئاسي، والجزائر مقبلة على تعديل دستوري جديد الراجح فيه العودة إلى مكان عليه الحال في دستور 1989.

المبحث الأول: مفهوم النظام الشبه رئاسي.

عقب تدهور الحياة السياسية في الجمهورية الرابعة الفرنسية وغياب الاستقرار السياسي كان لا بد للسياسة في فرنسا من إعادة النظر في الأسس الدستورية التي يقوم عليها النظام الفرنسي والذي كان نظاما برلمانيا سواء في دستور 1875 أو دستور 1946.

المطلب الأول: أسباب ظهور النظام الشبه رئاسي.

يعتبر النظام الشبه رئاسي فرنسي المنشأ والأصل وهو مرتبط بتاريخ الدولة الفرنسية ومؤسساتها السياسية وأفكار السياسة لديها، والذي تشكلت بذوره عقب هزيمة القوات الفرنسية في الحرب العالمية الثانية على يد ألمانيا النازية التي قامت بتشكيل حكومة فيشي (1940-1944) وذلك أثناء اجتماع مجلس الشيوخ والنواب في 10 تموز 1940 بإعطاء كامل الصلاحيات لحكومة المارشال بيتان فانشأ حكما مطلقا وغير ديمقراطي⁽⁰²⁾، في حين شكل الجنرال ديغول حكومة منفي وأطلق ندائه الشهير من لندن للمقاومة في 18 تموز 1940 هذه الحكومة التي تشكلت في الجزائر وانتقلت إلى الأراضي الفرنسية لإدارة المقاومة والتحرير، وبعد دحر النازية وانتصار الحلفاء أجريت انتخابات عامة في فرنسا سنة 1945 أعقبها إقرار دستور جديد للبلاد في 27 أكتوبر 1946 إعلانا عن ميلاد الجمهورية الرابعة التي واجهت مشاكل عويصة بداية بالثورة الجزائرية وثورة الفيتنام وكذا صراعات الحرب الباردة وإنشاء الاتحاد الأوروبي⁽⁰³⁾ بالإضافة إلى معالجة التدهور الاجتماعي والاقتصادي والآثار الوخيمة للحرب، فكانت الخلافات على أشدها بين السياسة الفرنسيين داخل البرلمان وخارجه في الصحافة والنوادي وانتقلت الصراعات إلى المجتمع الفرنسي مما أثار السخط والغضب عليها، وأوعز الجنرال ديغول ذلك إلى غياب سلطة فعلية للجهاز التنفيذي الذي انعكس سلبا على الأداء السياسي للحكومة، فكان دستور 1958 الذي جاء حسب رغبة ديغول في تقوية الجهاز التنفيذي⁽⁰⁴⁾ وتركيز الصلاحيات في يد رئيس الجمهورية على حساب رئيس الوزراء ورغبة ملحة منه في الاستقرار السياسي لتفادي الانسداد السياسي، الذي مرت به حكومة الجمهورية الرابعة، وذلك بانتخاب رئيس الجمهورية لمدة 07 سنوات (تم تعديله إلى 05 سنوات 2008) الذي يقوم بالسهر على سير السلطات العمومية واستمرار مؤسسات الدولة ويرأس السلطة التنفيذية⁽⁰⁵⁾، ويعين رئيس الوزراء وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة، ويبرم المعاهدات الدولية ويوجه السياسة الخارجية، أما البرلمان فيتكون من غرفتين مجلس النواب الذي ينتخب أعضائه بالانتخاب

المباشر لمدة 05 سنوات، ومجلس الشيوخ الذي يتم انتخاب أعضائه لمدة 09 (تم تعديلها لاحقاً 06 سنوات) فيمارس التشريع ويراقب عمل الحكومة (نظام شبه برلماني).

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للنظام الشبه رئاسي.

إن عملية المزاجية التي قام بها الجنرال ديغول في النظام الفرنسي رغبة منه في الاستقرار السياسي جمعت بين اجابيات النظام الرئاسي والبرلماني، فهو خليط نظام شبه رئاسي وهو كذلك نظام شبه برلماني، وليست فرنسا وحدها من أخذت بهذا النظام فقد طبقت النمسا، البرتغال، فلندا، وايرلندا، فإذا كان النظام البرلماني يتفق مع الملكيات الدستورية حيث تتركز السلطة في يد رئيس الوزراء بينما الملك يملك ولا يحكم، ولكن في النظام الشبه رئاسي عندما يوجد رئيس منتخب من قبل الشعب مباشرة فإن من الصعب تقييد سلطاته⁽⁰⁶⁾ وتحديد صلاحياته وعليه كيف تسير دفة السلطة التنفيذية في هذا النظام؟.

الفرع الأول: السلطة التنفيذية في النظام الشبه رئاسي: يقوم النظام الشبه الرئاسي على الازدواجية في السلطة التنفيذية كما هو عليه الحال في النظام البرلماني مع صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية دون رئيس الوزراء، وعلى عكس النظام الرئاسي الذي يجسد فيه الرئيس السلطة التنفيذية بصورة منفردة، ولعل أهم ميزات النظام المختلط هي المساواة في الشرعية بين الرئيس المنتخب شعبياً بطريقة مباشرة (التعديل الدستوري 1962) والبرلمان المنتخب بنفس الطريقة، إضافة إلى خاصية توزيع السلطات والتوازن بين رئاسة الجمهورية والبرلمان لما كان الرئيس يملك القدرة على حل البرلمان في حالة الانسداد السياسي وقدرة البرلمان على إسقاط الحكومة⁽⁰⁷⁾ (نظام شبه برلماني).

أولاً: صلاحيات رئيس الجمهورية في ظل دستور 1958 الفرنسي:

يتمتع رئيس الجمهورية في النظام الشبه رئاسي بصلاحيات هامة وعديدة فهو يعين رئيس الوزراء والحكومة (المادة 08) ويرأس مجلس الوزراء، كما يمكنه طرح أي موضوع ذا أهمية على الاستفتاء الشعبي⁽⁰⁸⁾ بصفته منتخب ومفوض من قبل الشعب، وفي حالة وجود أغلبية برلمانية تعارض توجهات الرئيس داخل غرفة البرلمان يمكنه حل الجمعية الوطنية والدعوى إلى انتخابات عامة مسبقة بعد استشارة كل من رئيس الوزراء ورئيساً غرفتي البرلمان، ويوجه رسائل للبرلمان في أمور وقضايا يري من الضروري عناية البرلمان بها وهي ليست محل للمناقشة والتصويت⁽⁰⁹⁾ ويوقع المراسيم والأوامر الرئاسية بعد إقرارها من قبل البرلمان والمصادقة عليها، ويعين في الوظائف المدنية والعسكرية، وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة ويرأس لجان الدفاع الوطني ولديه مفاتيح السلاح النووي⁽¹⁰⁾ كما يمارس سلطة العفو (المادة 17)، وله الحق بالمبادرة بتعديل الدستور (المادة 89) ويوجه السياسة الخارجية للدولة، من خلال ما تقدم نلاحظ المهام والصلاحيات الكبيرة الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية الذي هو حجر الزاوية في النظام السياسي الفرنسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة.

ثانياً: صلاحيات رئيس الوزراء في ظل الجمهورية الخامسة:

إن الهدف الرئيس الذي كان يرمي إليه الجنرال ديغول من خلال دستور 14 أكتوبر 1958 هو تقليص صلاحيات رئيس الوزراء لفائدة رئيس الجمهورية، رغبة في الاستقرار السياسي وتجنب الهزات السياسية التي طبعت الجمهورية الثالثة والرابعة، ومع ذلك احتفظ رئيس الوزراء بمجملتها من الصلاحيات فهو يوجه عمل الحكومة ويسهر على تطبيق

القوانين (المادة 21) وهو المسؤول أمام البرلمان (المادة 20) وله الحق في اقتراح مشاريع القوانين⁽¹¹⁾ القوانين ولا تستطيع الحكومة مزاولة نشاطها إلا إذا حازت بثقة البرلمان بغرفتيه، وبذلك تظهر خاصية النظام الشبه برلماني .

الفرع الثاني : السلطة التشريعية : تتكون السلطة التشريعية من غرفتين على غرار ما هو موجود في النظام الرئاسي الأمريكي والنظام البرلماني الانجليزي .

أولا : الجمعية الوطنية : هي هيئة نيابية منتخبة بطريقة مباشرة من قبل الشعب لها صلاحيات الأهم في مواجهة الحكومة بسحب الثقة عنها ومناقشتها في مشاريع القوانين ورفضها وهي التي تمتلك سلطة التشريع كما لها الحق في رفض القوانين إذا رأت أن ذلك يمس بالحقوق والحريات وتوازن السلطات، وتتشكل من 577 نائبا⁽¹²⁾ من كامل تراب الجمهورية الفرنسية منها 22 نائبا عن الأقاليم ما وراء البحار التابعة لفرنسا (غينا، جزر القمر.....).

ثانيا : مجلس الشيوخ : يتكون مجلس الشيوخ من 321 عضوا منها 31 نائبا عن الأقاليم ما وراء البحار التابعة لفرنسا يتم الانتخاب بطريقة غير مباشرة من قبل الأعضاء المنتخبين في مجالس المحافظات الفرنسية، مدة العضوية 09 سنوات وتم تقليصا إلى 06 سنوات بعد تعديل الدستور الفرنسي⁽¹³⁾، ليست لهذا المجلس القدرة القانونية والسياسية مثل ما هو موجود عند الكونغرس الأمريكي ، ولا يمكنه سحب الثقة من الحكومة على غرار الجمعية الوطنية ، يمارس رئيس مجلس الشيوخ رئاسة الجمهورية بصفة مؤقتة ولا يمكنه اللجوء للاستفتاء (المادة 11) ولا حل مجلس النواب (المادة 12) حيث سلطات الرئيس المؤقت مقيدة .

المبحث الثاني : تطبيقات النظام الشبه رئاسي .

لم يكن كثير من القانونيين والساسة الفرنسيين مقتنعين بصمود النظام الشبه رئاسي المختلط نظرا لوجود إشكالات في توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية بين رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء، خصوصا حالة وصول أغلبية برلمانية تخالف التوجه السياسي والإيديولوجي للرئيس المنتخب ، وهو ما يعيق عملية التنسيق بين هرمي السلطة التنفيذية وحدوث تنازع صلاحيات يقود إلى عدم الاستقرار السياسي الذي عجل بسقوط الجمهورية الرابعة .

المطلب الأول : إشكالات النظام الشبه رئاسي الفرنسي :

تعتبرى النظام الشبه رئاسي الفرنسي جملة من الإشكالات ناتجة عن التداخل في الصلاحيات في هرم السلطة التنفيذية بين رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء.

الفرع الأول : حالة السيطرة الموحدة الرئيس يملك كامل الصلاحيات : إن السلطات التي يتمتع بها الرئيس الفرنسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة 1958 تجعل منه حجر الزاوية ومفتاح السياسة الداخلية والخارجية في النظام السياسي الفرنسي، هذه الصلاحيات تكون بصورة فعلية في حالة وصول أغلبية برلمانية من نفس التيار السياسي للرئيس المنتخب، هذه الوضعية أطلق عليها الفقه الفرنسي السيطرة الموحدة⁽¹⁴⁾ فالرئيس يسيطر على الجهاز التنفيذي والجهاز التشريعي ولا توجد لديه معارضة مؤثرة لا في البرلمان ولا في الحكومة من قبل رئيس الوزراء⁽¹⁵⁾، وبالتالي نكون أمام رئيس يملك صلاحيات واسعة وبدون مسؤولية سياسية ولا معقب لصلاحياته إلا خضوعه للدستور والقانون ، ويكون بذلك يتجاوز الصلاحيات الموجودة للرئيس في النظام الرئاسي الأمريكي، وهنا نكون

أمام دكتاتورية الأغلبية في السلطة التشريعية والتنفيذية، وتفقد المعارضة فعاليتها وهي السمة الغلبة على النظام شبه رئاسي الفرنسي حالة الرئيس شراك الديغولي مع دومنيك دوفيلبان رئيس الوزراء .

الفرع الثاني : الحالة السيطرة المجزئة رئيس الجمهورية حكم بين السلطات :

وهي الحالة التي توجد فيه أغلبية برلمانية غير موافقة للتيار السياسي للرئيس المنتخب ، وهنا نجد الحكومة مشكلة من برلمان غير موالي لرئيس الجمهورية ، وبالتالي تكون السلطة التشريعية وجزء من الجهاز التنفيذي بيد رئيس الوزراء خارج سلطة الرئيس ، فيتم تقليص سلطة الرئيس ليتحول إلى حكم بين السلطات يتولى السياسة الخارجية والدفاع ويضمن استمرار المؤسسات⁽¹⁶⁾ ، أما السياسة الداخلية فتكون من صلاحيات رئيس الوزراء والحكومة وهي حالة ميتران الاشتراكي مع شيراك اليميني ذو الخلفية الديغولية، ونفس الشيء حدث للرئيس شيراك مع ليون جوسبان الاشتراكي سنة 1997 وهي حالة عارضة في النظام الفرنسي ، أما من الناحية الدستورية فلا ينص الدستور الفرنسي صراحة على وضعية الحكم بين السلطات ولكن عملية المزاجية بين النظام الرئاسي والبرلماني جاءت بنظام شبه برلماني، ما يعرف بالنظام البرلماني العقلاني⁽¹⁷⁾ ولكن الرئيس يمكنه حل البرلمان والدعوة للانتخابات جديدة للخروج من وضعية حكم بين السلطات واستعادة السيطرة الموحدة فإذا جاءت الانتخابات بالأغلبية الحزبية الموافقة للرئيس وإلا استمرت حالة التعايش إلا نهاية فترة الرئيس و في كتابه (الضفة اليسري 1997-2001) انتقد بشدة أوليفيه شيراميك بصفته مدير مكتب رئيس الحكومة حالة التعايش واعتبرها خطر على استقرار المؤسسات الفرنسية، ولا يزال الجدل مستمرا في فرنسا حول صلاحيات رئيس الجمهورية الواسعة ويكفي انتقاد رئيس الجمهورية للرئيس الوزراء في الإعلام لتأكيد أن هناك أزمة سياسية في الأفق في النظام الفرنسي وتنازع صلاحيات وان مرحلة التعايش أصبحت صعبة .

المطلب الثاني : تنازع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري.

نركز في دراستنا للنظام السياسي الجزائري على الفترة الممتدة من دستور 23 فبراير 1989 إلى غاية التعديل الدستوري 2008 ، لقد كان دستور 23 فبراير 1989 بحق فتحا جديد في مجال الحريات العامة والانفتاح السياسي والاقتصادي إذ تم التخلي عن التوجه الاشتراكي و تبني خيار اقتصاد السوق الحرة، وكذا تكريس مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الجزائري والذي جاء رغبة من المؤسس الدستوري في الانفتاح الديمقراطي وفتح مجال الحريات أمام الجزائريين⁽¹⁸⁾ إذ نص لأول مرة على حرية إنشاء الأحزاب السياسية المادة (40) وتكريس التداول السلمي على السلطة واحترام خيارات الشعب وفق الانتخابات الديمقراطية فكان النظام شبه رئاسي المختلط الصورة التي أرادها المؤسس الدستوري الجزائري حيث الازدواجية على مستوى السلطة التنفيذية بين رئيس الجمهورية المنتخب مباشرة من قبل الشعب⁽¹⁹⁾ ، ورئيس الحكومة المشكلة من الأغلبية البرلمانية الناتجة عن الانتخابات النيابية.

الفرع الأول : نظام برلماني عقلاني في دستور 1989.

أولا : السلطة التشريعية : نظم دستور 1989 السلطة التشريعية في الفصل الثاني من الباب الثاني في المواد من 92 إلى 128 ولقد حددت المادة 115 المجالات التي يشرع فيها البرلمان ممثلا في المجلس الشعبي الوطني، وتم إلغاء التشريع بموجب الأوامر الرئاسية الذي كان موجودا في دستور 1976 (الماد 153) والذي تم الرجوع إليه في التعديل

الدستوري 1996⁽²⁰⁾ ليصبح التشريع اختصاص أصيلا للبرلمان السلطة التشريعية (المادة 92) أين يمكن اقتراح القوانين من قبل النواب (20 نائبا) وكذلك من قبل رئيس الحكومة⁽²¹⁾ إضافة إلى ذلك يقوم البرلمان بممارسة السلطة الرقابية على عمل الحكومة عن طريق الأسئلة الشفوية والكتابية والتصويت على ملتمس الرقابة (7/1) من طرف أعضاء البرلمان⁽²²⁾ أما بخصوص علاقة رئيس الجمهورية بالبرلمان فقد نصت المادة 119 على إمكانية توجيه رئيس الجمهورية خطابا للبرلمان، كما يمكنه طلب إجراء مداولة ثانية على إحدى القوانين على أن يتم ذلك خلال 30 يوما الموالية لتاريخ إقراره والذي يجب أن تتم المصادقة عليه بنسبة (3/1) من أعضاء البرلمان، أما بخصوص سلطة حل البرلمان فان المادة 120 تنص على إمكانية حل البرلمان من قبل رئيس الجمهورية بعد استشارة كل من رئيس الحكومة ورئيس المجلس الشعبي الوطني وإجراء انتخابات مسبقة في أجل أقصاه 03 أشهر أما السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية فنصت المادة 116 بقولها يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون ويندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي لرئيس الحكومة⁽²³⁾.

ثانيا: السلطة التنفيذية : نص دستور 1989 على ازدواجية السلطة التنفيذية بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة .

1/ **صلاحيات رئيس الجمهورية :** نصت المادة 67 بقولها يجسد رئيس الجمهورية الدولة ووحدة الأمة وهو حامي الدستور ويجسد الدولة داخل البلاد وخارجيا، وأعطى الدستور صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية المنتخب على غرار نظيره الفرنسي فله أن يخاطب الأمة مباشرة، وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة ويقرر السياسة الخارجية للأمة ويوجهها ويرأس مجلس الوزراء ويعين في الوظائف المدنية والعسكرية، ويبرم المعاهدات والاتفاقيات الدولية ويصادق عليها، وله سلطة استشارة الشعب عن طرق الاستفتاء كما له حق العفو العام، ويعين رئيس الحكومة وينهي مهامه⁽²³⁾ ويعلن الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ والحصار بعد استشارة كل من المجلس الأعلى للأمن والبرلمان والمجلس الدستوري إضافة إلى مجلس الوزراء⁽²⁴⁾

2/ **صلاحيات رئيس الحكومة :** نصت المادة 75 من الدستور على أن يقدم رئيس الحكومة أعضاء حكومته الذين اختارهم لرئيس الجمهورية الذي يعينهم ويضبط رئيس الحكومة برنامج حكومته ويعرضه على مجلس الوزراء، ويعرض برنامجه كذلك على البرلمان للمناقشة للمصادقة عليه وفي حالة رفضه يستقيل رئيس الحكومة مباشرة، وإذا تم رفض البرنامج للمرة الثانية يحل المجلس الشعبي وجوبا، وتنظم انتخابات مسبقة في خلال 03 أشهر⁽²⁵⁾، وتظهر أكثر ميزة النظام الشبه برلماني من خلال بيان السياسة العامة الذي تقدمه الحكومة سنويا للبرلمان وملتمس الرقابة حسب المواد 126، 127، 128 إضافة إلى ذلك يمارس رئيس الحكومة بوصفه يمارس سلطة تنفيذية وتنظيمية ويرأس الإدارة العمومية و يوزع الصلاحيات بين الوزراء و يسهر على تنفيذ القوانين التنفيذية والتنظيمية⁽²⁶⁾، يرأس مجلس الحكومة ويوقع المراسيم التنفيذية كما يملك سلطة التعيين في الوظائف العامة دون المساس باختصاصات رئيس الجمهورية بالمادة 74 من الدستور، على ضوء الدستور نلاحظ تنازع الصلاحيات بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة فرئيس الجمهورية يعقد مجلسا للوزراء ورئيس الحكومة يرأس مجلس الحكومة وكذلك من خلال السلطة التنظيمية وتوقيع المراسيم إضافة إلى سلطة التعيين مما يجعل العلاقة تخضع للاعتبارات السياسية والإيديولوجية بين الرئيس وحكومته وليست لضوابط دستورية خصوصا مسألة التعيين في الوظائف العامة، رغم أن المرسوم الرئاسي 44/89 قد حدد الوظائف المدنية والعسكرية التي يعين فيها رئيس الجمهورية⁽²⁷⁾ وحدد المرسوم التنفيذي 307/91 الوظائف التي يعين فيها رئيس الحكومة⁽²⁸⁾ وتعد حكومة قاصدي مرباح (05 نوفمبر 1988-

09 سبتمبر 1989) التي جاءت مباشرة عقب أحداث أكتوبر 1988 لتجسيد الإصلاحات الدستورية والسياسية التي جاء بها الدستور ولكنها لم تصمد طويلا أمام الهزات السياسية والإعلامية التي رافقتها وتمت إقالة الحكومة بطريقة قال عنها رئيس الحكومة أنها غير دستورية ولا تتطابق مع نص المادة 74 من الدستور⁽²⁹⁾ ولعل حكومة مولود حمروش (09 سبتمبر 1989-05 يونيو 1991) أو ما يعرف بحكومة الإصلاحات التي كانت تمثل تجسيدا لخيارات التوجه الإصلاحي داخل جبهة التحرير الوطني والتوجه نحو اقتصاد السوق والتي جسدت خلالها رئيس الحكومة آنذاك محور جميع القرارات في المجال الاقتصادي والتي تميزت بالجرأة والشجاعة، كان من مهامها الشؤون الداخلية بامتياز والإصلاح الاقتصادي، وتراجع دور رئيس الجمهورية آنذاك الشاذلي بن جديد في السلطة التنفيذية لصالح رئيس الحكومة، ليظهر وضع رئيس الجمهورية كحكم بين السلطات رغم أن الحكومة والرئاسة من نفس التيار السياسي ولكن قدرة ونشاط رئيس الحكومة وقوة برنامجه الاقتصادي جعلته الأكثر حضورا في الشأن الداخلي والاقتصادي بوضوح لكن عقب الانتخابات التشريعية في ديسمبر 1991 وإستقالة الرئيس بن جديد دخلت الجزائر في مرحلة انتقالية إلى غاية التعديل الدستوري 1996 .

الفرع الثاني: النظام السياسي الجزائري بعد التعديل الدستوري 1996.

أولا: الاستمرارية في النظام الشبه برلماني:

إستأنف المؤسس الدستوري من جديد العمل بالدستور عقب الاستفتاء على تعديل الدستور 28 نوفمبر 1996⁽³⁰⁾ والذي جاء على نفس النمط النظام الشبه الرئاسي السابق مع التوجه إلى الثنائية البرلمانية (البيكاميرية)⁽³¹⁾ بإحداث الغرفة العليا لمجلس الأمة حيث نصت المادة 98 يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما نصت المادة 101 على أن (3/2) انتخاب أعضاء مجلس الأمة يتم بالانتخاب الغير مباشر والسري من بين أعضاء المجالس المحلية المنتخبة ويعين رئيس الجمهورية (3/1) من الشخصيات الوطنية ولقد جاء هذا الخيار نتيجة عدة ظروف سياسية عرفت الجزائر عقب نتائج الانتخابات التشريعية ديسمبر 1991⁽³²⁾ ولكن هذه الغرفة لا تملك سلطة الرقابة السياسية على عمل الحكومة فهي لا تستطيع إسقاط الحكومة عن طريق التصويت بحجب الثقة أو ملتصق الرقابة، التعديل الثاني الذي جاء به التعديل الدستوري 1996 الازدواجية على مستوى السلطة القضائية قضاء عادي (عدلي) وقضاء إداري حيث نصت المادة 152 على إحداث مجلس الدولة كهيئة مقومة للإعمال الجهات القضائية الإدارية ومحكمة للتنازع تتولى الفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة⁽³³⁾ وجاءت حكومة احمد اويحي (07 اوت 1997) بعد الانتخابات التشريعية التي فاز بأغليبتها حزب التجمع الوطني الديمقراطي و شكل حكومة إئتلافية من عدة أحزاب سياسية كان خلالها برنامج الحكومة محور النشاط للسلطة التنفيذية خصوصا في المجال الاقتصادي وتحرير الاقتصاد الوطني وسياسة الخصخصة التي ارتبطت بسياسة رئيس الحكومة .

ثانيا: التحول إلى النظام الرئاسي بعد التعديل الدستوري 2008.

وبعد إعلان الرئيس اليمين زروال عن تقلص ولايته الرئاسية أعقبه برنامج حكومة إسماعيل حمداني الذي وافق البرلمان عليه في 19 جانفي 1999 والتي تشكلت من اجل تنظيم الانتخابات الرئاسية المسبقة 1999 ثم برنامج حكومة احمد بن بيتور في جانفي 2000 لتظهر الخلافات وتنازع الاختصاصات بين رئيس الجمهورية ورئيس حكومته بشأن إدارة السياسة الاقتصادية وإدارة الشأن الحكومي وتوزيع المهام بين الوزراء داخل الحكومة وسلطة التعيين في

الوظائف المدنية والعسكرية⁽³⁴⁾ عجلت برحيل رئيس الحكومة تلاه برنامج حكومة علي بن فليس في سبتمبر 2000 بعد استقالة سلفه ، ومنذ ذلك الحين لم يعد هناك برنامج للحكومة وإنما برنامج رئيس الجمهورية⁽³⁵⁾ وارجع الكثير من فقهاء القانون الدستوري ذلك إلى النظام الشبه الرئاسي الذي يحمل بذور تنازع الاختصاصات داخل السلطة التنفيذية ، تم التوجه بعدها مباشرة إلى النظام الرئاسي في التعديل الدستوري 2008 و تم إلغاء منصب رئيس الحكومة وتعوضه بالوزير الأول منسق عمل الحكومة⁽³⁶⁾ وإلغاء مجلس الحكومة والإبقاء فقط على مجلس الوزراء .

خاتمة :

إن أهم ميزات النظام الشبه رئاسي هي المزاوجة بين النظام الرئاسي والبرلماني تفاديا للهزات السياسية الموجودة في النظام البرلماني و تفاديا كذلك لصلاحيات الواسعة للرئيس في النظام الرئاسي، ولكن التطبيق العملي لهذا النظام اوجد عدة إشكالات في فرنسا والعديد من الدول التي أخذت بنفس النظام، خصوصا حالة تنازع الصلاحيات والاختصاصات بين كل من رئيس الجمهورية ورئيس حكومة والذي لا تضبطه قواعد دستورية واضحة فيما يتعلق بكل من سلطة التعيين في الوظائف العامة، وتوجيه السياسة الداخلية التي هي من صميم الصلاحيات للحكومة المنتخبة على أساس برنامج انتخابي من قبل الشعب ، والمسؤولة عن هذا البرنامج أمام البرلمان في حين لا توجد مسؤولية سياسية لرئيس الجمهورية، مما يجعل رئيس الحكومة وبرنامجها السياسي كبش فداء في حالات الهزات السياسية، على هذا الأساس وجب ربط إقالة الحكومة بالتصويت بسحب الثقة داخل البرلمان وليس بقرار منفرد من رئيس الجمهورية، وبخصوص سلطة التعيين وجب التحديد الدقيق لصلاحيات التعيين لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة في نص الدستور وليس بموجب السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، وتتوقف وضعية رئيس الجمهورية كحكم بين السلطات بقوة رئيس الجمهورية وتمتعه بالكاريزما للهيمنة على السلطة التنفيذية وتضييق هذه الصلاحيات بصورة أكثر بضعف حضور رئيس الجمهورية السياسي لصالح رئيس الحكومة، ومن خلال دراستنا للنظامين الفرنسي والجزائري لاحظنا أن وضعية حكم بين السلطات ليست ذات تأصيل دستوري ولكن هي ناتجة عن وصول أغلبية برلمانية غير مريحة للرئيس المنتخب وبالتالي يمكنه التخلص من هذه الوضعية الحرجة والمقيدة لصلاحياته محل البرلمان والدعوة إلى انتخابات نيابية مسبقة، عادة ما تكون نتيجة الانتخابات موالية للرئيس للتأثير المعنوي والرمزي لمنصب رئيس الجمهورية، وعليه وجب ضبط هذه الوضعية دستوريا بتولي رئيس الجمهورية السياسة الخارجية والدفاع ويضمن استمرار مؤسسات الدولة ، في حين تتولى الحكومة إدارة الشؤون الداخلية الاقتصادية والاجتماعية وفق البرنامج الذي تم انتخابها عليه من قبل الشعب احتراماً للإرادة الشعبية .

المراجع والهوامش :

(01) انظر جون لوك، في الحكم المدني، ترجمة ملحد فخري، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت، 1959.

(02) مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النجاح للكتاب الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 263.

(03) مولود ديدان، نفس المرجع، ص 264، 265.

(04) Patrick fuisseix, droit constitutionnel, 5eme édition. vuibert , France 2012, ppp, 99, 100, 101.

(05) عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود دراسة مقارنة، دار الهدى عين مليلة، 2006، ص ص 222، 223.

(06) يحيى الجمل، مرة أخرى .. الدستور الذي تريده مصر، جريدة الشرق الأوسط اللندنية، بتاريخ 16 يوليو 2012، العدد 12284.

(07) عمرو هاشم ربيع، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية الموقع الإلكتروني :

<http://acpss.ahramdigital.org.eg/News.aspx?Serial=115>

(08) سعاد الشرفاوي، الأنظمة السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 124. انظر كذلك المادة 11 من دستور فرنسا 1958.

(09) حسين عبيد، الأنظمة السياسية دراسة مقارنة، دار المنهل اللبناني، 2013، ص 199.

(08)-Patrick fuisseix, droit constitutionnel, Op.cit, 2012,ppp,128.129.130.

(10) حسن عبيد، مرجع سابق، ص 205.

(11) حسن عبيد، المرجع نفسه، ص 181.

(12) سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2013، ص ص 150، 151.

(13) مولود ديدان، مرجع سابق، ص 280، ص 281.

(14) موريس دوفرجيه، المؤسسات الدستورية والقانون الدستوري، ترجمة جروج سعد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992، ص 252.

(15) عبد الغني بسيوني عبد الله، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1995، ص 162 وما بعدها

(16) انظر عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع نفسه، ص 161.

(17) السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية 1993، ص 173.

(18) فوزي اوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1993، ص 253 ص 254.

(19) السعيد بوشعير النظام السياسي الجزائري دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، مرجع سابق، ص 147 .

(20) المادة 113، 114، من دستور 23 فبراير 1989.

(21) انظر المواد 125، 126، 127، 128 من دستور 23 فبراير 1989.

انظر أيضا السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، مرجع سابق ص 384.

(22) لتوضيح أكثر عن السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية انظر عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة الجزائر 1999، ص 86.

- (23) المادة 74 من دستور 23 فبراير 1989.
- (24) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق ص ص 92.88. انظر أيضا محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2002، ص ص 18، 19.
- (25) السعيد بوشعير، مرجع سابق ص 384.
- (26) مولود ديدان، مرجع سابق ص ص 392، 393.
- (27) المرسوم الرئاسي 44/89 المؤرخ في 10 افريل 1989 الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 12 افريل 1989.
- (28) المرسوم التنفيذي 307/91 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991 الجريدة الرسمية 43 المؤرخة في 18 سبتمبر 1991.
- (29) انظر أحميدة عياشي، حروب داخل الحصون المتآكلة الجزء الخامس، جريدة الجزائر نيوز يوم السبت 02 نوفمبر 2013 العدد 2979. لتفصيل أكثر انظر أحميدة عياشي، سنوات الشاذلي سيرة حقبة (1978-1992)، منشورات سقراط نيوز، 2013.
- (30) هناك من يعتبر دستور 28 نوفمبر دستورا جديدا وليس تعديل لدستور 23 نوفمبر 1989 ولكن الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة 08 ديسمبر 1996 نصت على كلمة التعديل الدستوري
- (31) انظر عقيلة خرباشي، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010، ص ص 18، 19، وما بعدها.
- (32) عقيلة خرباشي، نفس المرجع، ص ص 65، 66، 67.
- (33) عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة 2008، ص ص 81 وما بعدها.
- (34) انظر المرسوم الرئاسي 239/99 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 جريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 31 أكتوبر 1999.
- (35) سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، مرجع سابق، ص ص 149.
- (36) انظر التعديل الدستوري 19/08 الجريدة الرسمية رقم 63 بتاريخ 15 نوفمبر 2008.

الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية في التشريع الجزائري



مقال من إعداد الأستاذ : طيب إبراهيم ويس

أستاذ مساعد - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس - الجزائر -

المقدمة :

كان الاهتمام بتحديد الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية أمراً ليس بالهين، إذ يستمد العقد خصائصه الذاتية من العادات في الموانئ و هي عادات تنشأ دون ما اعتبار للقواعد العامة محل عقد المناولة المينائية يتضمن - على ما رأينا - عمليات ذات خصائص متباينة بحيث أن كلا منهما يمكن أن يندرج في نطاق عقد معين من العقود المعروفة.¹

الآراء التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية إنما كانت تستهدف في الواقع ترتيب مسؤولية مقاول المناولة التي لا شك تختلف حسب الوصف الذي يعطى للعقد الذي يرتبط به و التعريف بالطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية يدور حول نظريتين، النظرية التقليدية و النظرية الحديثة² :

المطلب الأول : النظرية التقليدية :

1/- نظرية عقد النقل :

إتجه جانب من الفقه و القضاء إلى القول بأن مقاول المناولة ناقل و أن العقد الذي يرتبط به مع الناقل البحري أو مع الشاحن أو المرسل إليه هو عقد نقل إذ كانت الأنشطة التي يقوم بها مختلطة، أي برية و بحرية فقد شبه تارة بناقل بحري و أخرى بناقل بري.³

¹ - RODIERE R , AFFRETEMENTS & TRANSPORTS , TOME III , DALLOZ , 1970 P 20

² - GAILLE .M , LE STATUT JURIDIQUE DES ACCONIERIS , LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, 1954,P12

³ -JARRIN.A ,LA CLAUSE DE PRISE EN CHARGE ET DE LIVRISON SOUS PALAN , MÈMOIRE DE DESS EN DROIT

MARITIME ,L'UNIVERSITE D'AIX MARSEILLE 1997 p 19

أ/ - عقد المناولة المينائية عقد نقل بحري :

مهمة مقال المناولة، تبدأ على الرصيف لتنتهي عليه و أن المقال نقل بحري هو المعيار الذي يسمح بالتمييز بين نوعي النقل البحري و البري يتحدد بالمكان الذي يؤدي فيه النقل مما يوجب وضع عمليات المناولة المينائية ضمن العمليات الضرورية المرتبطة بالنقل البحري و التي تكون جزءا لا يتجزأ من الرحلة البحرية¹.

إستنادا إلى حكم محكمة نانت قد اعتبرت أن الصنادل التي تنقل بها البضائع إلى السفينة كبداية للنقل البحري وأن محكمة بوردو في حكمها المؤرخ 1888/04/12 قضت بان الصندل البخاري لم يكن إلا استمرارا للسفينة و للرحلة البحرية² وإن الفرع يتبع الأصل فالمناولة المينائية عملية أساسية مرتبطة بالنقل البحري تكون جزءا لا يتجزأ منه إذ الحل الأساسي لنشاط مقال المناولة هو نقل البضائع من السفينة إلى الرصيف و بالعكس وما عدا ذلك من عمليات تعتبر عمليات فرعية.

ب-/- عقد المناولة المينائية عقد نقل بري :

يرى أنصار النظرية اعتبار مقال المناولة ناقلا بریا إذ أن نقل البضائع الذي يباشره مقال المناولة هو الحل الأساسي للعقد و أسسوا رأيهم على تماثل يقولون به قائم بين، مركز المجهز عندما يباشر بنفسه عمليات نقل البضائع خلال المراحل الغير البحرية للنقل و يعتبرونه كناقيل بري و بين مركز مقال المناولة الذي يؤدي نفس العمليات بدلا من المجهز.

أنه بالنسبة للعمليات التي يباشرها مقال المناولة خلال المرحلة البحرية البحتة فإنها لا تؤثر على الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية و الذي يظل بالنسبة لمجموعة العمليات (هو الجانب الغالب من هذه العمليات يتم في مراحل غير بحرية) غير أن عقد نقل بري طالما أنه يعكف على النقل و الانتقال البضائع على اليابسة و الأسطح الترابية، فهو يستعين خلال هذه المرحلة بالرافعات المتحركة بالاضافة إلى الرافعة السيارة الموجهة بواسطة سائق محترف³.

- يرى أغلب الفقه أن عقد المناولة المينائية ليس عقد نقل، ذلك أنه يجب لاعتبار العقد المذكور عقد نقل أن يكون نقل البضائع من الرصيف إلى السفينة و العكس هو العملية الأساسية للعقد⁴ و أن تكون باقي العمليات التي قد يتضمنها العقد مجرد عمليات فرعية للنقل ، في هذا يقرر العميد "رودير" في سخرية أنه إذا اعتبرنا عقد المناولة المينائية عقد نقل أخذنا بالمهام الفرعية بالنسبة للمهمة الأساسية التي يقوم بها مقال المناولة فإن ذلك يقودنا إلى القول بأن العقد الذي مقتضاه يشتري الشخص عليه سمك هو عقد نقل لأن البقال يحضر العلبة من مكانها على الرف إلى مكان تسليمها للمشتري⁵.

¹ - حمدي (كمال)، أشخاص الملاحة البحرية، منشأة المعارف ، 1993 ص154

² - GAILLE M. OP.CIT ,P44

³ - عبد القادر حسين ، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة عمان، 1999 ص 42 .

⁴ - حمدي (كمال)، عقد الشحن و التفريغ في عقد النقل البحري، منشأة المعارف، الطبعة الثانية 2002. ص 156

⁵ - حمدي (كمال)، أشخاص الملاحة، المرجع السابق ص 203.

العمليات الرئيسية التي يلتزم بها مقاول المناولة عادت بإنجازها و يرى أنه وفقا لعقد المناولة المينائية فإن مقاول المناولة يلتزم أساسا بعمليات المناولة المينائية لاسيما الشحن والتفريغ¹ وفي سبيل ذلك يقوم بما يلي :

* رص وفك البضائع، وتبعا لطبيعتها ووزنها و تغليفها يبحث عن معدات الشحن والتفريغ التي تسمح بنقلها بأقصى سرعة ممكنة مع ضمان سلامة السفينة و المعدات والأشخاص القائمين بالعمل.

* وضع معدات الشحن و التفريغ في مكان العمل.

* ترتيب البضائع بطريقة يمكن أن تحملها بها المعدات.

* سحب البضائع من عنابر السفينة ووضعها على الرصيف و بالعكس التحقق من حالة البضائع و فرزها وتصنيفها.

* العناية بالبضائع أثناء وجودها على الرصيف أو في حظائر و حمايتها من كل تلف.²

2/- نظرية عقد العمل :

إنه جانب من الفقه إلى اعتبار المقاول المناولة تابعا للنقل، ما دام يؤدي أعمالا مادية لحسابه مما يعني إعتبره عقد عمل أو إجازة أشخاص و غاية هذه النظرية جعل الناقل البحري مسئولا في المقام الأول قبل أصحاب البضاعة عن الأضرار التي تحصل خلال المناولة التي يباشرها مقاول المناولة .

إن التبعية المقاول للناقل في أدائه لعملة تكون خاصة بالنسبة للعمليات التي يجريها على سطح السفينة (أي بين العنبر و الروافع) ، إن هذا الجزء من العقد لا يمكن تكييفه إلا بإجارة أشخاص حيث تظهر بجلاء رابطة التبعية التي تميز العلاقة بين المتبوع و التابع ذلك أن الرص يجب أن يباشر بدقة وفقا للبيانات المحددة بخطة الشحن حيث يقوم الربان أو الناقل بإمرة المقاول فيما يخص كل صغيرة و كبيرة فيما يتعلق خاصة بالشحن و الرص.

- لكي يستقيم القول بأن العقد الذي يربط المقاول بالناقل (أو الشاحن والمرسل إليه) عقد عمل و إن المقاول تابع للناقل يتعين توافر التبعية بين المقاول والناقل و هذه العلاقة تتكون من عنصرين هما : عنصر السلطة الفعلية و عنصر الرقابة و التوجيه.³

و لا شك أن المقاول يباشر عمله على وجه الاستقلال وله الحرية المطلقة في طريقة أداءه لعمله فإن الربان و إن كان يحدد للمقاول العمل الذي يجب عليه أن يؤديه في المكان و الطريقة التي يجب أن ترص بها كل بضاعة في العنابر إلا أنه يترك للأول حرية⁴ اختيار الوسائل و الطرق لتنفيذ ذلك .

¹ - JARRIN.A ,OP,CIT,P 26

² - عباس مصطفى مصري، المركز القانوني للمرسل إليه لعقد النقل البحري دار الجامعة 2002، ص301.

³ - كمال حمدي، عقد الشحن، المرجع السابق، ص 158 .

⁴ - حمدي (كمال)، القانون البحري، منشأة المعارف، 1994، ص 203 .

3- نظرية عقد الوديعة :

إن الالتزام الأساسي في عقد المناولة المينائية و هو قيام مقاول المناولة بحفظ البضائع على الرصيف أو في الحظائر حين تسليمها ، يكون العقد بالتالي عقد وديعة بأجر¹ و لعل النظر إلى العمليات السابقة على الشحن و التفريغ التي يباشرها المقاول و بصفة خاصة الحراسة على الرصيف هو الذي أدى بأصحاب هذا الرأي إلى إعتبار العقد عقد وديعة بأجر فالمقاول مودع عنده بأجر.

أما في الغالب ثمة مهلة محددة للمرسل إليه لإستلام البضاعة، فإذا انقضت تلك المهلة فإن شركة الملاحة تتقاضى مقابلا لحفظ البضاعة فإعتبارا من تلك اللحظة تغدوا الشركة بحق مودعا عنده، غير أن وجهة النظر هذه تؤدي إلى القول بأنه إذا قام بالحفظ مقاول المناولة المتعاقد مع الناقل البحري و ليس الناقل فإن المقاول يعتبر مودعا عنده بأجر.

يذهب الفقه إلى أنه حيث يقوم مقاول المناولة بحفظ البضائع فإنه توجد وديعة بأجر أو بالأصح وديعة حفظ "Dépôt De Garde".²

-يرفض غالبية الفقه اعتبار عقد المناولة كعقد وديعة و واقع الأمر أن العيب في هذه النظرية يكمن في أنها تجعل من مجرد حفظ البضائع بعد وضعها على الرصيف و هي عملية فرعية لا تحدث في جميع الأحوال العنصر الذي يحدد طبيعة العقد³، من المقرر أن العقد لا يعد وديعة إذا لم تكن الغاية النهائية من تسليم الشيء المودع عنده هي حفظ الشيء وليس الأمر كذلك بالنسبة لعقد المناولة المينائية.

4- نظرية عقد الوكالة :

يرى أنصار النظرية أن مقاول المناولة يعتبر كوكيل، قد يكون وكيلا عن الناقل حيث يعهد إليه الأخير بأن يؤدي لحسابه و بدلا منه بعض العمليات جعلها عقد النقل على عاتقه، أو وكيلا عن الشاحن أو المرسل إليه عندما يباشر لحسابه عمليات الشحن أو التفريغ بمقتضى عقد المناولة المينائية المبرم بينهما أو بين مقاول المناولة و الناقل البحري ، يبرمه هذا الأخير بمقتضى وكالة صريحة أو ضمنية من المرسل إليه .

-واقع الأمر أن اجتهاد الفقه و القضاء في اعتبار المقاول المناولة وكيلا كان بغية تقرير دعوى للمرسل إليه قبل المقاول ، فمحل الوكالة الأصلي في القانون الجزائري يكون دائما عملا قانونيا،⁴ القول

بأن الوكالة تتسع أيضا للأعمال المادية قول يدعوا إلى النظر فمحل عقد المناولة هو عمل مادي حسب نص المادة 912 من القانون البحري الجزائري إذا كانت ثمة عقود تحمل ذلك أوجب إعطاء نظرة تحليلية و تغليب العقد الصحيح .

¹ - سوزان (علي حسن)، عقد النقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 58.

² - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 340.

³ - كمال حمدي عقد الشحن، المرجع السابق، ص 161.

⁴ - المادة 572 من القانون المدني الجزائري .

قد يعهد للمقاول المناولة في نطاق العقد بأداء عمل قانوني معين لحساب المرسل إليه أو طالب الخدمة مثل التحقيق من البضاعة و توجيه الاحتياج لناقل البحري عما يكون قد لحق البضاعة من تلف أو هلاك¹ و حراستها لحساب الشاحن حتى القيام بالشحن أو بعد التفريغ لحساب المرسل إليه حتى استلام الأخير لها و ذلك كله دون أن ينقلب العقد إلى وكالة أو وديعة .

المطلب الثاني : النظرية الحديثة :

(1-) - نظرية عقد المقاولة : (النظرية المختارة)² :

إنّج غالبة الفقه و القضاء ، إلى إعتبار عقد المناولة المينائية عقد مقاولة " Contrat D'entreprise " فمحل عقد المناولة المينائية هو الأعمال المادية، إذ غاية المتعاقدين هو الشحن البضائع على السفينة أو رصها، فكها، تفريغها من السفينة و العقد الذي يتفق مع هذه العمليات هو عقد المقاولة لأن أهم خاصية لعقد المقاولة أن المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، أي أن هذا الأخير العمل يترك للمقاول حرية اختيار الطرق و الوسائل التي يستخدمها لتنفيذ العمل المطلوب .

فإن هذه الخاصية متوافرة في حالتنا الراهنة، إذ يتمتع مقاول المناولة بتلك الحرية بالنسبة لكافة عمليات مثلا الشحن و التفريغ، هذا و تسنى لنا في معرض نقد النظرية القائلة بأن عقد المناولة المينائية عقد عمل، التدليل على استقلال مقاول المناولة في أداء أعماله المطلوبة ولا يفقد العقد صفته كعقد مقاولة إذا ما أسند إلى المقاول بجانب الأعمال المادية محل عقد المقاولة عملا قانونية كالوكالة عن الناقل أو الشاحن أو المرسل إليه وإنما يكون مقاول المناولة بجانب كونه مقاولا و في خصوص هذا العمل الأخير صفة الوكيل.³

إعتبار عقد المناولة المينائية عقد مقاولة هو الرأي الذي نأخذ به ، فيحقق في تقدير الفقه و القضاء اعتبارين هامين، أولهما تجنب الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة التي دارت بين عقد النقل، عقد العمل، عقد الوديعة و عقد الوكالة، ثم هو يتفق مع واقع عمليات المناولة المينائية وذلك على النحو التالي :

أ- / تجنب ما وجه إلي النظريات السابقة من نقد :

فاعتبار عقد المناولة المينائية كعقد مقاولة يجنبنا تكييف العقد وفق العمليات الفرعية (كما في نظرية عقد النقل) فهي ليست مجال من الأحوال الغاية التي يتوخاها أطراف العقد، فلا يكفي مجرد استعمال وسيلة الصنادل للشحن و التفريغ للجزم الخاطيء لأنها تعتبر مجرد وسيلة لتنفيذ إلتزامات مقاول المناولة.

كما يجنبنا في هذا صدد تكييف العقد بأنه عقد عمل يتجاهل ما يتمتع به مقاول المناولة من استقلالية في كيفية أداء عمله، فله الحرية المطلقة في اختيار وسائل التنفيذ مع احترافية مجال المناولة، فتدخل الربان مجرد تنسيق في لأجل سلامة الرحلة البحرية ولا يصل إلى درجة التبعية .

¹ - كمال حمدي ، القانون البحري ، المرجع السابق ص 204

² - سوزان حسن علي المرجع السابق ، ص 60.

³ - كمال مصطفى طه ، المرجع السابق ، ص 300 .

كما يجنبنا الاعتراف بأداء المقاول للعمل قانوني معين (وكالة أو وديعة) قد يعهد له إليه بجانب العمليات المادية للمناولة المينائية لإضفاء صفة ذلك العمل القانوني على كل عقد مناولة مينائية، قد رأينا بأن هذا التكييف يرهق المبادئ القانونية المستقر عليها منذ العصور و يخلق تناقض كبير طالما أن أساس عقد الوكالة و الوديعة أعمال قانونية فقط فيستحيل مقاسها الفني لإلباس عقد المناولة المينائية.¹

ب/- إتفاق نظرية المقاولة مع واقع العمليات المناولة :

أساس محل عقد المناولة المينائية هو الأعمال المادية الخاصة بالشحن، الرص، الفك و التفريغ ... الخ، كون أن العقد قد يتضمن أيضا أداء المقاول لعمل قانوني معين كالوكالة أو الوديعة فإن المقاول في أداءه لذلك العمل القانوني تنطبق عليه الأحكام المقررة لذلك العمل، بمعنى أنه في صدد أداءه له يكون وكيلا أو مودعا عنده، لكن عنصر المقاولة المتمثل في أداء الأعمال المادية هو الغالب دائما.²

القانون البحري الجزائري في تنظيمه لمهام و مسؤوليات مقاول المناولة يعتنق فكرة اعتبار عقد المناولة المينائية كعقد مقاولة محله الأساسي القيام بالأعمال المادية الخاصة بالشحن، الرص، الفك و التفريغ.³

وكان المشرع الجزائري قبل تعديل القانون البحري لا يفرق بين العمليات المادية و القانونية لنشاط المناولة المينائية، إذ يعكف مقاول المناولة على عملية تحميل البضائع، رصها، فكها تفريغها وعمليات أخذ وإرجاع البضائع من وإلى العنابر أو اليابسة أو المستودعات، إضافة إلى عمليات قانونية كحراسة و حفظ البضاعة المنزلة أو المعدة للتنزيل في الموانئ بموجب تعديل 05/98 فصل المشرع بين العمليات المادية و القانونية فالعمليات الأولى يمارسها شخص مستقل يسمى مقاول المناولة، أما العمليات الثانية فيختص بها مقاول التشوين شخص انظم إلى تعداد المتدخلين في مجال عقد النقل البحري مهمته تأمين العمليات الموجهة للإستلام و حراسة البضائع.⁴

2- موقع المناولة في القانون الجزائري :

إنتهينا في نطاق دراسة الطبيعة القانونية لعقد المناولة المينائية أنه يتماشى مع التكييف القانوني لعقد المقاولة و يضيف الفقه أن عقد المناولة المينائية ينتمي لعقود الخدمات لأن مقاول المناولة أثناء ممارسة عمليات المناولة المينائية فإنه يقدم خدماته لطالب الخدمة سواء (الناقل البحري، الشاحن أو المرسل إليه) إذ تتمثل هذه الخدمات في تمكين الأطراف السابقة الذكر من خدمات الشحن، الرص، الفك، التفريغ التخزين و يقوم مقاول المناولة بهذه الخدمة بشكل ممتهن وقائم على إطار منتظم مع الجمع بين الوسائل المادية والاستعانة بالعنصر البشري، كما يستهدف المقاول في تقديم خدماته الحصول على مقابل مادي يتمثل في استهداف الربح و المضاربة بين العوامل المحيطة.⁵

¹ - RODIERE.R ,TRAITE GENERAL DE DROIT MARITINE, TOM3, LIBRAIRIE DALLOZ 1971 P20.

² - كمال حمدي أشخاص الملاحة، المرجع السابق، ص 204.

³ -المادة 915 من نفس القانون البحري الجزائري .

⁴ - علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موفم لنشر، 2000 ص85

⁵ - BOUKHATMI - F - LES NOUVELLES ,OP,CIT,P1040

وقد تأثر النظام الخاص بعمليات المناولة المينائية بالمحيط الداخلي وما عرفته الجزائر، بالإضافة إلى تحولات المحيط الدولي بذلك :

أ- مرحلة إحتكار الدولة لنشاط المناولة :

يعتبر أول تشريع خاص بالقانون البحري الجزائري، قد نظم عمليات المناولة المينائية تحت تسمية عمليات الشحن و التفريغ هذا وقد تأثر عقد المناولة المينائية خلال هذه الفترة بالتوجه الاشتراكي للجزائر، فإذا كانت عمليات المناولة المينائية محتكرة من قبل المؤسسات العمومية ، الأمر الذي انعكس على نوعية الخدمات المقدمة التي اتصفت بالرداءة واللامبالاة. مما أدى إلى إرتفاع تكلفه النقل البحري للبضائع نحو الجزائر من جراء تخوف الناقلين البحريين من مقاولات المناولة العمومية سببت لهم مختلف أنواع الأضرار كإتلاف البضاعة، التأخير...الخ.¹

ب/ - مرحلة رفع الاحتكار : جاء هذا القانون في ظل توجه الجزائر نحو اقتصاد السوق والتفتح التجاري على العالم فقد فرق هذا القانون بين العمليات المادية والقانونية للمقاول المينائية فالعمليات الأولى ينفرد بها شخص يسمى «مقاول المناولة»، أما العمليات القانونية فينفرد بها «مقاول التشوين».²

لقد ذهب المشرع الجزائري إلى تجسيد مضمون قانون 98 / 05 والخاص والذي يهدف إلى تحرير الأنشطة المينائية عن طريق صدور المرسوم التنفيذي 06 / 139 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين حيث جاء بالمضمون التالي :

أولا : أسند ممارسة نشاطات المينائية اكل شخص طبيعي أو معنوي فاز بالمنافسة التي تطرحها وزارة النقل الممثلة بالسلطة المينائية شرط استيفاء دفتر الشروط.

ثانيا : تحديد مدة الامتياز الى 20 سنة.

ثالثا : الزام مقاول المناولة أو المتعامل بتسديد مقابل مالي ممثل نوعين :

-أتاوة ثابتة خاصة باستعمال الأملاك العمومية.

-أتاوة ممارسة النشاط بين السلطة المينائية والمتعامل.

رابعا: الزامية اكتتاب عقد التأمين امواجهة الأخطار المهنية كالحوادث الروافع، الحرائق التي تؤدي للمسؤولية المدنية مع الزامية تسليم نسخة من عقد التأمين الى السلطة المينائية.

خامسا: الأخطر في هذا المرسوم هو اعطاء وزير النقل صلاحية وقف مسار المنافسة دون تبرير قانوني وهذا تعسف يخدم مصالح شخصية أكثر من العامة.

¹ - BOUKHATMI - F- LES NOUVELLES ,OP,CIT,P1040

² - المرسوم التنفيذي رقم 06/139، المؤرخ 15/06/2006، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة و التشوين، جريدة رسمية رقم 24، ص

18 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08/363 المؤرخ في 08/11/2008 جريدة رسمية رقم 64.

* نظرا لعدة معطيات اجتماعية واقتصادية تم اللجوء إلى تعديل المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه بالمرسوم رقم 08/363 الذي جاء بما يلي :

أولا : تعديل نص المادة 03 حيث حصر المرسوم ممارسة النشاطات المينائية فقط بالنسبة للأشخاص الطبيعية امن جنسية جزائرية وهذا ما يتعارض مع نص المادة 40 من اتفاق الشركة المبرم مابين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجموعة الأوروبية.¹

- كما منح المرسوم ممارسة النشاطات المينائية للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري كشرط جوهري لتفادي اللجوء الى تطبيق القانون الأجنبي على أساس أن الجزائر فتية المجال التشريعي الذي يحكم ذلك مما يدفع الأطراف لتطبيق قانون أعمق.

ثانيا: يضيف نص المادة 02/03 على كيفية منح الامتياز الذي يتم بطريقتين :

1/- طريق المنافسة بايداع العروض واختيار العرض الأفضل.

2/- طريقة التفاوض المباشر على أساس سمعة المترشح.

* الطريقة الثانية تبقى محل تحفظ بالنسبة لنا لأنها تمنح وزير النقل سلطة منح الامتياز بطريقة معينة كما هو الشأن بالنسبة لموانئ دبي وهو ماتؤكدته المادة 06 التي تعطي للوزير وحده اطلاق التفاوض المباشر.²

ثالثا: رفع مدة الامتياز في حدود 40 سنة كأقصى مدة ممكنة.

رابعا: إضافة التزامات مالية للمتعاقد مع السلطة المينائية :

- حق الدخول يدفع جزافيا عند بداية الامتياز.

- أتاوة استغلال الأملاك العمومية.

- أتاوة سنوية تحدد حسب حجم النشاط.³

لتجسيد التنظيم الخاص بالتحجير الأنشطة المينائية اصدر رئيس الحكومة تعليمته الواردة تحت رقم 224 والمؤرخة في 27 /09/ 2008 لتفعيل اتفاق الشراكة مع الشركة العالمية "موانئ دبي" بشأن تسيير نهائي حاويات

¹ - الاتفاق الأوروبي المتوسطي ، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجموعة الأوروبية، الموقع بفالونسيا في 22/06/2002 و المصادق عليه بتاريخ 27/04/2005 جريدة رسمية رقم 27.

90- المادة "05" من المرسوم التنفيذي رقم 363/08 المؤرخ في 08/11/2008 جريدة رسمية رقم 64 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 139/06.

ميناء العاصمة وميناء جن جن بجيجل بعد استكمال عملية المفاوضات واستدعى وزير النقل في مراسلته رقم 429 المؤرخة في 21/10/2008 مسؤولي شركة مساهمة الدولة "سوجيبور" للتوقيع على اتفاق الشراكة النهائي ويحتوى تقرير الاتفاق البروتوكول الخاص بطريقة تسيير الشركة الموكل لها عقد الشراكة.

تضمن العقد مبلغ استثمار يتكفل به الشريك الإماراتي قدره 96.25 مليون أورو مع استحداث 260 منصب شغل على مدى 30 سنة وبرنامج تكوين بمبلغ 5 ملايين أورو ودخول في الشراكة بالتساوي - 50 بالمائة من الأسهم - مقابل 16 مليون أورو تحصلها وزارة النقل بصفتها السلطة المينائية وتوضح وثيقة بروتوكول الاتفاق - عقد الشراكة - المتبع فيها القانون التجاري والمدني على التزام شركة "موانئ دبي" بالتكفل بتخصيص مبلغ استثماري قدره 96 مليون و250 ألف و100 أورو ثابتة خارج قيمة الاستثمارات المتجددة.

ويوزع ذلك المبلغ كالاتي 40 مليون و752 ألف و600 أورو للأشغال وما يزيد عن 53 مليون أورو للتجهيزات و2.5 مليون أورو لنظام التسيير بالإعلام الآلي حيث أعلن رسميا عن إنشاء شركة "دي بي وورلد جن جن" و"جزائر بوروالد" عبر مكتب توثيق الذي حدد هوية المساهمين والمهام المسندة لكل شركة والتي ستقوم بمزاولة نشاطها لمدة 30 سنة، وعليه تم تأسيس شركتين هما:

1/- شركة "دي بي وورلد جن جن" مهمتها هي الاستغلال وترقية وتنمية نشاط نهائي الحاويات من خلال ممارسة كل النشاطات المرتبطة بحركة الحاويات المتعلقة بشحن البضائع والتفريغ وتحميل السفن بالإضافة إلى السهر على عمليات نقل الحاويات لمواقع المراقبة والتخزين والشحن والرفع داخل الميناء مع ضمان المراقبة والحراسة.

كما تم تحديد المساهمين في الشركتين حيث ستكون كل مؤسسات ميناء جن جن، ميناء الجزائر ميناء اريزو كمساهمين دائمين بشركة "دي بي وورلد جن جن" برأس مال مشترك يصل إلى 50 بالمائة كما تساهم الشركة التابعة لإمارة دبي بالإمارات العربية المتحدة "موانئ دبي العالمية" بـ 50 بالمائة المتبقية من رأس مال الشركة الذي يبلغ 386 مليون دج مقسمة إلى 3860 سهما بقيمة 100 ألف دينار للسهم الواحد تم الاكتتاب بها في مجموعها وسددت قيمتها نقدا في حدود 25 بالمائة من طرف كل المساهمين .

2/- شركة "جزائر بور وارلد" فالشركة الجزائرية المساهمة الوحيدة بها هي مؤسسة ميناء الجزائر بنسبة 50 بالمائة وشركة "موانئ دبي العالمية" حيث يبلغ رأس مال الشركة الجديدة مليار و881 مليون دج مقسمة إلى 18818 سهما بقيمة 100 ألف دينار للسهم الواحد وقد تم الاكتتاب بها وسددت قيمتها نقدا في حدود 25 بالمائة على طاولة النقاش فضلا عن مراعاة مطالب ممثلي العمال، علما أن الشركتين الجديدتين ملزمتين كما يوجب العقد بتحسين وتيرة وحجم عمليات النقل بالحاويات تدريجيا من 288 ألف حاوية هذه السنة إلى 643 ألف حاوية مع نهاية السنة القادمة وأكثر من 750 ألف نهاية 2015.

-التزامات شركة موانئ دبي :

1/- المرحلة الأولى من الشراكة بين موانئ دبي العالمية وميناء الجزائر العاصمة مدتها 7 أعوام تخصص كلها لتطوير إدارة مناولة الحاويات في إطار عملية شاملة تدرج ضمن ما يعرف بـ «التسيير المدمج للموانئ» بهدف تطوير مساحة تخزين ومعالجة الحاويات وتحديث المعدات والآليات في «ميناء الجزائر» وإعادة نظر شاملة في طريقة تسيير عمليات دخول وخروج الحاويات وإدارة البوابات ورفع مستوى البنى التحتية والمنشآت الفنية والأراضي والمباني وصولا إلى عمليات

الإدارة والتسيير وتطوير الموارد البشرية وتحديث نظم السلامة والأمن وهي العناصر التي تمكن فعلا من نقل الخبرة والمعرفة إلى ميناء الجزائر العاصمة، وفي مرحلة ثانية وبالكيفية نفسها إلى ميناء جنجن شرق البلاد.

2/- التزام موانئ دبي العالمية على تطوير محطة الحاويات في ميناء الجزائر ورفع طاقته السنوية إلى 760 ألف حاوية نمطية (قياس 20 قدما)، خلال السنوات الخمس المقبلة مقارنة بنحو 600 ألف حاوية نمطية في العام 2008 و350 ألفا العام 2005، وبلوغ مستوى مناولة مليون حاوية سنويا على المدى البعيد حسب اتفاق الشراكة المبرم بين الطرفين.

3/- التزام موانئ دبي باستثمارات بقيمة 85 مليون دولار (5.9 مليار دينار جزائري) خلال السنوات الثلاث الأولى وتوزع على تحديث المعدات والآليات الموجودة في محطة الحاويات في الميناء وإقامة إنشاءات جديدة وتطوير نظم المعلومات وإطلاق برنامج لتكوين الموارد البشرية وفق أحدث الأنظمة المنتهجة من طرف مجموعة موانئ دبي العالمية.

4/- التزام موانئ دبي على تحويل العقود المؤقتة التي كانت تربط العمال مع إدارة ميناء الجزائر العاصمة إلى عقود دائمة لجميع العاملين في موانئ دبي العالمية الجزائر البالغ عددهم 654 شخصا من مختلف المستويات والتخصصات المهنية والفنية والإدارية والعمل على رفع هذا الرقم إلى 760 عاملا بمجرد بلوغ عدد الحاويات التي يتم مناولتها سنويا إلى 700 ألف حاوية من مختلف الأحجام.

5/- التزام موانئ دبي بوضع خطة لرفع مساحة التخزين الحالية من 12 هكتارا إلى 18 هكتارا قبل نهاية السنة الجارية فضلا عن تعزيز نظام إدارة الحاويات ووضع نظام تخطيط محكم وهو ما لم يكن موجودا من قبل حيث تم إرسال موظفين للاستفادة من دورات تدريبية لمدة شهرين في مينائي دكاك (السنغال) وجيبوتي ودبي (الإمارات العربية).

6/- التزام موانئ دبي باعادة النظر في كيفية دخول وخروج الحاويات والسيارات الخاصة إلى الميناء قبل نهاية سنة 2009 بالتعاون والتنسيق الكاملين مع الطرف الجزائري الشريك وتهدف الخطة إلى انطلاق بالعمل بشكل يومي طيلة أيام الأسبوع على مدار الساعة من أجل الحد من خسائر ميناء الجزائر العاصمة المقدرة سنويا بـ250 مليون دولار (17.5 مليار دينار جزائري) نتيجة نظام التسيير المتأخر للميناء الذي يمثل 70% من عمليات التجارة الخارجية للجزائر سنويا.

والسبب عدم كفاءة الخدمات على مستوى الموانئ الجزائرية الـ13 ارتفاعا كبيرا في أسعار خدمات الشحن البحري في الجزائر، حيث بلغ على المثال سعر نقل الحاوية من ميناء مرسيليا في فرنسا الى ميناء الجزائر العاصمة السنة الماضية 750 دولارا للحاوية مقابل 325 دولارا لنقل حاوية من ميناء مرسيليا إلى نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية مع الأخذ في الاعتبار أن المسافة البحرية بين مرسيليا الفرنسية ونيويورك تقدر بـ7000 كيلومتر، وهو ما يعادل 10 مرات المسافة بين مرسيليا والعاصمة الجزائر.

7/- التزام موانئ دبي برفع كفاءة العاملين الجزائريين على أساس أنها مشغل الموانئ الوحيد في العالم الذي لديه معهد لتدريب العاملين ومنح شهادات معترف بها عالميا في تخصصات مختلفة ومنها إدارة الحاويات والمناولة وتسيير نشاطات الموانئ وستعمل شركتا موانئ دبي العالمية الجزائر وموانئ دبي العالمية جنجن على إفادة جميع الموظفين من

دورات تدريبية وتقييم الأداء ورفع مستوى السلامة الوظيفية والمهارات الإبداعية من خلال اطلاع الموظفين على جميع التخصصات والوظائف الموجودة في ميناء الحاويات.

8- التزام موانئ دبي على تحويل ميناء جنجن إلى ميناء «ترانزيت» متكامل بإمكانه منافسة موانئ منطقة البحر المتوسط بعد الانتهاء من تنفيذ إستراتيجية تطوير مشابهة تماما لما تم القيام به في ميناء الجزائر العاصمة في إطار خطة تهدف الى مناولة 1.5 مليون حاوية سنويا مقابل 80 ألفا حاليا ما يمكنه من الدخول بقوة إلى منطقة البحر المتوسط.

الانحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي وأثره على سيادة الدولة



موايسي بوعلام : باحث سنة

أولى دكتوراه - جامعة وهران

مقدمة :

رغم الشوط الكبير الذي قطعه المجتمع الدولي في وضع قواعد قانونية دولية عن طريق المواثيق والمعاهدات الدولية لحماية الاستقرار والأمن الجماعي العالمي. إلا أن الأمر قد يختلف من حين لآخر، ومن وضع لآخر من حيث التطبيق والتنفيذ لهذه القواعد طبقاً لإيديولوجيات القوى المهيمنة على النظام العالمي. ولقد زاد هذا الاختلاف وتلك الهيمنة مع تغير النظام العالمي في القرن الماضي وانبعثت العولمة حيث مارست بعض القوى المهيمنة على النظام العالمي الجديد سطوتها على النظام الأمني الجماعي الدولي لدرجة أن الانحراف بقواعد هذا النظام أصبح هو السمة الغالبة في وقتنا الراهن مما قد يجهز على البقية الباقية من سيادة الدول النامية وكرامتها الوطنية. سنتناول مفهوم نظام الأمن الجماعي الدولي في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لدراسة الانحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي.

المطلب الأول : مفهوم نظام الأمن الجماعي الدولي :

للإلمام بنظام الأمن الجماعي الدولي، كونه الإطار الميثاقى الذي يتحرك ضمنه الجزاء الدولي، فإننا نشرح في نقطتين: أصل مفهوم الأمن الجماعي وماهيته، والمقومات الموضوعية لنظام الأمن الجماعي. أولاً: أصل مفهوم الأمن الجماعي وماهيته :

ما هو أصل مفهوم الأمن الجماعي؟ وما هي ماهية نظام الأمن الجماعي؟

أ_ أصل مفهوم الأمن الجماعي :

يستنبط مفهوم الأمن الجماعي، عموماً وبمعناه التقليدي، من وقائع العلاقات الدولية البعيدة في التاريخ، ومن مفاهيم تتماهى مع اللحظات التاريخية للجماعات أو الكيانات أو الدول. والأمن الجماعي أو العون الدولي بين الكيانات، كان يقوم على مبدأ التحالف العسكري أساساً وإن كان أحياناً على العون الاقتصادي.

ومن الثابت أن الدول أخذت منذ القرن السابع عشر تعرف أنماطا من العون المتبادل فيما بينها، محكومة لخصوصياتها الغائية والظرفية. وقد برز بداية مفهوم الأمن التحالفي العسكري بين الدول المنشأة حديثا للاحتماء به من الدول الاستعمارية أو لضمان استمرار نظام عائلي ملكي في دولة ما⁽¹⁾.

وشهد مفهوم الأمن الجماعي التحالفي تبدا جذريا وعمليا ودوليا مع بدايات القرن التاسع عشر، فانطلق بتحالفات دينية أو جغرافية. وبظهور الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في منتصف القرن التاسع عشر أخذت مقومات الأمن الجماعي تكتسب مفاهيم حديثة، فأصبحت الدول المتحالفة تتفق على عدم استخدام القوة فيما بينها، والتعاقد في الدفاع عن بعضها عند تعرض إحداها للعدوان وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول المتحالفة، علما أن هذه الفترة شهدت النواة الأولى لقيام تنظيم دولي⁽²⁾.

ب_ ماهية نظام الأمن الجماعي الدولي :

إن أكثر التعريفات قبولا من الأوساط الدولية لمفهوم الأمن الجماعي الدولي هو التعريف الذي يذهب إلى أن « الأمن الجماعي الدولي يقصد به النظام الذي تتحمل فيه الجماعة الدولية مسؤولية حماية كل عضو من أعضائها والسهر على أمنه».

كما أن فكرة النظام الجماعي الدولي تقوم على توافر مجموعة من العناصر⁽³⁾ :

1_ يجب أن يكون نظام الأمن الجماعي الدولي قادرا في أي وقت على حشد القوة المناسبة في مواجهة أي معتد على الشرعية الدولية.

2_ اعتبار مجابهة العدوان واجبا على كل الدول بصرف النظر عن المصالح المادية أو السياسية.

3_ وجود منظومة دفاعية قادرة على تطبيق مبادئ الأمن الجماعي وتحقيق مقاصده.

4_ ضرورة صياغة قانونية ومنتظمة وواضحة لتعريف العدوان وتحديد صورة ووضع قواعد التطبيق اللازمة للعقوبات الواجبة اتخاذها ضد المعتدي والإجراءات الأزمة لردعه وقمعه.

لذا فإن استقرار الأمن والسلم الدوليين يتوقف على مدى رغبة المجتمع الدولي في احترام مجموعة الأسس والمبادئ التي تسعى إلى تحقيق أهداف مشتركة قوامها الصالح العام للبشرية. كما أن الوصول بالنظام الدولي الجماعي إلى نتائج ايجابية وفعالة يتوقف على مدى احترام أسس ومبادئ النظام الدولي العام كإطار عام يعد النظام الأمني الدولي جزء منه.

¹- علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص269.

²- علي جميل حرب، نفس المرجع، ص270.

³- عبير الفقي، تطور مفهوم الأمن الجماعي الدولي، ص4، مقال منشور بتاريخ 2012/04/05 على الرابط الإلكتروني التالي: www.elsyasi.com

ثانيا : المقومات الموضوعية لنظام الأمن الجماعي الدولي :

يستدل بوضوح على المقومات الأساسية المحققة لنظام الأمن الجماعي من مقاصد المنظمة الأممية ومبادئها ومن نصوص المواثيق الدولية. ومن استقراء الوثائق ذات العلاقة بالأمن الدولي ومراجعة السوابق العملية تم التوصل إلى مجموعة من المقومات التي يقوم عليها النظام الأمني الجماعي الدولي :

أ_ المقومات الوقائية لنظام الأمن الجماعي الدولي :

تلتزمها الدول تنفيذا لتعهداتها الميثاقية. ويشمل عامل الوقاية الوسائل والتدابير التي يتعين مراعاتها تجنباً للأفعال التي تمس بالأمن الدولي أو تهدده بالخطر ومن أهمها⁽¹⁾ :

1_ حظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية :

ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدولي وهو من القواعد الدولية الملزمة⁽²⁾. وهو عمليا نوع من مصادرة حق الدولة التقليدي في شن الحرب لغايات قومية أو لفض نزاعها مع الدول الأخرى. ومصادرة هذا الحق لصالح التنظيم الدولي والإرادة الجماعية فيه.

2_ اعتماد خيار الوسائل السلمية في المنازعات الدولية :

لئن كان أهم مظاهر خضوع الدولة للقانون في ظل المجتمع الدولي المعاصر هو القضاء على حق الدولة المطلقة في شن الحرب، فإن مما يرتبط بذلك المبدأ أشد الارتباط مبدأ وجوب تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية. وأفرد الميثاق الفصل السادس بأكمله لحل المنازعات الدولية بالوسائل والأساليب السلمية كما بينها الميثاق، (المادة 1/33) وهي: المفاوضة، والمساعي الحميدة، والوساطة، والتحقيق... الخ. ويمكن للدول الاستعانة بالوكالات والتنظيمات الإقليمية أو الوسائل الأخرى التي تؤدي إلى حل النزاع الدولي سلميا.

3_ تنفيذ الالتزامات بحسن نية :

حيث تعتبر حسن النية من المبادئ القانونية الجوهرية لاستقرار العلاقات الدولية وسيادة روح التعاون بين الدول⁽³⁾. كما أنه على مبدأ حسن النية تقوم المعاهدات الدولية، ومن شأن تطبيق هذا المبدأ إزالة التوتر الذي قد ينشأ من جراء سوء النية في العلاقات الدولية ويؤدي إلى استقرار المراكز القانونية الدولية وتحقيق إيجابية النظام الأمني الدولي وفاعليته. وقد أكدت على هذا المبدأ اتفاقية فينا للمعاهدات الدولية لعام 1969.

4_ نزع السلاح وتنظيم التسليح :

يعد نزع السلاح وتنظيم التسليح على المستوى الدولي من الأمور الضرورية الوقائية لقيام نظام الأمن الجماعي الدولي. ومسألة السلاح عموما وبكل جوانبها (تصنيعا وتطويرا وانتشارا وتصديرا) أضحت بذاتها إشكالية منذ الحرب الباردة ومورد اقتصادي قومي للصناعة ووسيلة لتحقيق استراتيجيات سياسية.

¹ - علي جميل حرب، مرجع سابق، ص 272.

² - أنظر المادة (4/2) من ميثاق الأمم المتحدة.

³ - أنظر المادة (2/2) من ميثاق الأمم المتحدة.

وحدد ميثاق الأمم المتحدة الإطار المؤسساتي الدولي من أجل نزع السلاح وتنظيم التسليح فأناطه بالجمعية العامة ومجلس الأمن. أما مجلس الأمن فيكون مسؤولاً بمساعدة لجنة أركان الحرب المشار إليها في المادة 1/47 عن وضع خطط تعرض على أعضاء الأمم المتحدة لوضع منهاج لتنظيم السلاح. ولم يحظ العالم بألية دولية تشرف على نزع السلاح بالمعنى العملي والموضوعي وجل ما هناك نزع سلاح بواسطة قرارات جزائية صادرة عن مجلس الأمن، (كما في المسألة العراقية بين عامين 1991 و 2003) واتفاقات ثنائية بين روسيا الاتحادية (الاتحاد السوفيتي سابقا) والولايات المتحدة الأمريكية ليس على نزع سلاحهما بل على تخفيض رضائي لترسانة أسلحتهما المدمرة.

أما تنظيم التسليح وضبطه دوليا فقد حظي باهتمام أكبر وأصبحت معاهداته الدولية السارية أو القواعد الدولية الصادرة عن مجلس الأمن جزءا لا يتجزأ من القواعد الدولية ذات الطبيعة المزدوجة بخطابها.

ب_ المقومات العلاجية لنظام الأمن الجماعي الدولي: ينصرف العامل العلاجي الى الإجراءات والتدابير التي تلي وقوع هذه الأفعال (الأفعال التي تمس الأمن الدولي، أو تهدد بالخطر) وتهدف الى ردع مرتكبيها وإعادة الأمن والاستقرار إلى نصابهما. ويشمل الفصل السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة التدابير اللازمة لتحقيق الأمن الجماعي الدولي. كما عبر الإعلان العالمي بشأن منع وإزالة المنازعات الدولية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1988 عن الدور الوقائي والعلاجي لنظام الأمن الدولي⁽¹⁾.

وبناء على طبيعة مجلس الأمن المحورية والمركزية والتنفيذية في النظام الدولي التعاوني الجديد، بين الميثاق من جهة، وزوده من جهة أخرى بسلة ميثاقية واسعة من التدابير الوقائية والعلاجية للقيام بالتبعات الرئيسية الملقاة على عاتقه من أجل حفظ السلم والأمن الدوليين واستقرارهما أو استعادتهما عندما تدعو الحاجة لذلك. وتفصح النصوص الميثاقية أيضا أن مجلس الأمن هو السلطة التنفيذية المحتكرة للتدابير والجزاءات الميثاقية بكل أنماطها، رغم الاستثناء الظرفي المتمثل في القرار "الاتحاد من أجل السلام"⁽²⁾.

المطلب الثاني: الانحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي :

تسعى الدول الغربية وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية إلى إبراز سمات التفوق لدى شعوبها وتنمية الشعور بالقوة المادية والعملية على الشعوب الأخرى رغبة في إخضاعها والسيطرة عليها. وقدما كانت السيطرة تتم من خلال الاستيلاء على الأرض والاحتلال المباشر، وتطور أسلوب السيطرة وأصبحت تتم من خلال توسيع مناطق النفوذ والتأثير إلى أقصى حد ممكن وفرض الهيمنة السياسية والاقتصادية والثقافية على الشعوب الأخرى. وعادة ما تمثل القوة العسكرية والمادية المتفوقة الأداة الحاسمة في تحقيق ذلك سواء باستخدامها مباشرة أو التهديد بها⁽³⁾.

بعد تغير النظام العالمي مع بداية التسعينات من القرن الماضي. فقد آثرت الولايات المتحدة الأمريكية على نفسها القيام بدور الشرطي العالمي بدافع من مقومات الهيمنة التي ألت إليها نتيجة ضخامة القوة الاقتصادية والعسكرية التي تنفرد بها عن بقية الأمم وانفرادها بالساحة العالمية نتيجة رضوخ باقي القوى لانشغالها بمتطلبات العولة

¹- علي جميل حرب، مرجع سابق، ص 273.

²- المقصود بالاستثناء الظرفي، هو قرار الجمعية العامة لعام 1950 "الاتحاد من أجل السلام" رقم 377 الذي منحت نفسها بموجبه الحل محل مجلس الأمن لحفظ السلم والأمن الدوليين.

³- مراد جابر مبارك السعداوي، مصير مبدأ السيادة في ظل العولمة، (دراسة في القانون الدولي المعاصر)، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطبع والنشر، القاهرة، 2004،

الاقتصادية والسياسية والثقافية، والتي تفرضها وتهيمن عليها الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاؤها من أقطاب الرأسمالية الليبرالية العالمية. وكانت تلك الأهداف الاقتصادية الرأسمالية المتفككة في الغاية والوسيلة مع الولايات المتحدة الأمريكية، هي السبب الرئيسي في الانخراط السياسي والأمني الأوروبي خلف الولايات المتحدة الأمريكية. أما باقي الدول الأخرى في أوروبا الشرقية وآسيا والصين واليابان فكانت منشغلة بتحقيق النمو الاقتصادي.

من هنا دعم هذا الوضع السلبي القوى المهيمنة على الجانب الآخر وأفسح لها المجال للسيطرة على مقدرات شعوب العالم الثالث. ومن مظاهر الانحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي ما يلي:

أولاً: الانحراف بقواعد الأمن المتعلقة باحترام المواثيق الدولية:

وأهمها أحكام ميثاق الأمم المتحدة (المواد 1،2) المتعلقة بمقاصد ومبادئ الأمم المتحدة وأحكام الفصل السادس والسابع المتعلقة بالمحافظة على الأمن والسلم الدوليين وطرق معالجة الأزمات وعلى رأسها ضرورة التعاون من المنظمة العالمية وخاصة فيما يتعلق بمعالجة الأزمات الدولية من خلال الجهاز التنفيذي الدولي (مجلس الأمن) عن طريق القرارات الصادرة عنه عملاً بمبادئ تحقيق الشرعية الدولية، وأيضاً تماشياً مع إعلانات وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بالأمن الجماعي الدولي. و كان من علامات ذلك الانحراف ما يلي:

أ- تجاوزت الولايات المتحدة الأمريكية مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها خلال معالجة أزمة كوسوفو في يوغسلافيا السابقة عام 1999، حيث تجاهلت كلية المنظمة الدولية وقامت بشن حرب دون صدور أية قرارات من مجلس الأمن الدولي المعني بالأمن الجماعي الدولي.

ب- والدلالة الثانية على مخالفة القواعد والقوانين الدولية التي تحرم الحرب قيام الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاؤها بتدمير واحتلال دولة أفغانستان عام 2001 مع التأكيد على ضرورة استمرار هذه الحرب رغم كونها شنت بقرارات منفردة خارج إطار الشرعية الدولية⁽¹⁾. ج- كما تشكل القرارات الدولية التي أصدرها مجلس الأمن أثناء احتلال العراق وسير العمليات العسكرية وبعد انتهائها بتاريخ 2003/5/8، انحرافاً عن مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، وتحللاً ظاهراً للدول الأعضاء من التزاماتها بموجب الميثاق وتعهداتها بالامتناع عن استخدام القوة العسكرية في علاقتها الدولية، وتجاوزت تلك القرارات القواعد الدولية الآمرة، وحتى قواعد القانون الدولي الإنساني المنظمة لسلطات الاحتلال، وانتقلت متدرجة من إضفاء مشروعية الأمر الواقع على الاحتلال إلى نقله لاحقاً إلى المشروعية القانونية⁽²⁾.

ثانياً: الانحراف بالأمن الدولي نتيجة انتهاك أحكام القواعد القانونية الدولية:

التي تحرم الاعتداء على السيادة الدولية أو انتهاكها وأن جميع الدول الأعضاء متساوون أمام القانون الدولي ومن أول هذه الانتهاكات ما يلي:

1- حيث تم ذلك دون صدور قرار من مجلس الأمن طبقاً للفصل السابع من الميثاق أو من الجمعية العامة للأمم المتحدة.

2- علي جميل حرب، مرجع سابق، ص 560.

أ- تعد الانتهاكات الأمريكية لسيادة الدولة الأفغانية أكبر دليل على ذلك لدرجة أنه قد استباحت أمريكا وحلفاؤها إقليم هذه الدولة برا وجوا. والأسباب المعلنة لذلك هي محاربة الإرهاب أما الأسباب الحقيقية والغير المعلنة، فهي التواجد في وسط آسيا وفي مناطق ذات أهمية إستراتيجية واقتصادية غنية بالبتروول وقريبة من روسيا والصين.

ب- كشفت الأنماط التطبيقية الجزائية التي مورست على العراق بعد غزوه الكويت والممارسات العسكرية التي نفذتها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، بدون مسوغ شرعي منذ عام 1991 وحتى احتلال العراق عام 2003 عن الانتهاك الصارخ لسيادة العراق ولفترة زمنية لم يحدث مثلها في التاريخ وخارج إطار الشرعية الدولية⁽¹⁾

ج- توضح وقائع انتهاك السيادة الإقليمية الجوية لدول الساحل في إفريقيا وبعض دول آسيا (إيران، الصين، كوريا الشمالية) بواسطة طائرة التجسس الأمريكية على أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر نفسها القوة الأكبر في النظام الدولي ومن حقها ممارسة ما تريد دون اعتراض من الدول الأخرى.

ثالثا: الإنحراف بنظام الأمن الجماعي الدولي في مجال التسليح والأمن :

فالقواعد الدولية التي أقرت حتى اليوم في مجال التسليح تقوم على ازدواجية الخطاب، فهي أولا تستثني الدول الكبرى دائمة العضوية والدولة المشمولة برعايتها (إسرائيل) أو الدول التي دخلت النادي النووي قبل عام 1998⁽²⁾، وهي ثانيا قواعد آمرة دوليا مرتبة لإنزال الجزاء ببقية الدول غير المتمتعة بحماية الدول الكبرى. ومن مظاهر الانحراف بنظام الأمن الجماعي في مجال التسليح والأمن :

أ- عدم الحياد في المناطق الساخنة في العالم وتحفيز قوة ضد أخرى تحقيقا لمصالح إستراتيجية وعقائدية، ومن الأمثلة الدالة على عدم حياد القوى الكبرى انحياز الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي لحلفائهم في منطقة الشرق الأوسط وأوروبا الشرقية.

ب- تسعى الولايات المتحدة الأمريكية إلى تحقيق التفوق العسكري الإسرائيلي الدائم في مجال القوة التقليدية وغير التقليدية على كل جيرانها من الدول العربية والإسلامية، فبفضل التعاون العسكري الأمريكي تمكنت إسرائيل من إنتاج منظومة واسعة من الأسلحة المتقدمة، هذا بالإضافة إلى تغاضي الولايات المتحدة الأمريكية عن خطورة البرنامج النووي الإسرائيلي وترسانتها النووية وعدم انضمامها للاتفاقية الدولية لحظر انتشار الأسلحة النووية في الوقت الذي قامت فيه بتدمير أسلحة العراق وتقف بالمرصاد لأي تطور تسليحي وخاصة النووي لأي دولة من دول المنطقة المحيطة بإسرائيل⁽³⁾.

ج- استمرار الولايات المتحدة الأمريكية في نشر درع الصواريخ الاعتراضية للصواريخ الباليستية العابرة للقارات رغم توقيعها للعديد من المعاهدات في مجال حظر سباق التسلح وخفض الأسلحة الإستراتيجية (سالت1، سالت2). كما عارضت الولايات المتحدة الأمريكية جهود المجتمع الدولي لتحقيق السلم والأمن الدوليين من خلال رفضها

¹- محمد عبيدي، التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية، من الجدل إلى التوافق، الطبعة الأولى، منشورات الحياة، الأعواط، 2010، ص130.

²- المقصود حتى نهاية 1998: الهند وباكستان حيث دخلنا النادي النووي بعد تفجيرهما الناجح للسلاح النووي ولم تتخذ بحقهما أي جزاءات دولية. وهذا بخلاف ما تتعرض له إيران في الوقت الراهن (بسبب الشبهة بامتلاكها برنامجا نوويا عسكريا) من عقوبات دولية متلاحقة منذ 2006 وكذلك كوريا الشمالية التي وقعت عليها العقوبات بسبب تفجيرها النووي في 2006/10/9.

³- مراد جابر مبارك السعداوي، مرجع سابق، ص407.

لخطة الأمم المتحدة الخاصة بمنع الاتجار غير المشروع بالأسلحة الصغيرة والخفيفة الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة المنعقد في نيويورك عام 2001، والتي أطلقت عليها المنظمات غير الحكومية المشاركة في المؤتمر " أسلحة تدمير شامل خفيفة " يتعرض على أثرها أمن البشر لتهديد متزايد، ومع سرعة توفر الأسلحة الصغيرة والأسلحة الخفيفة ويسر استخدامها، أصبحت تشكل أدوات عنف رئيسة في كل الصراعات التي عالجتها الأمم المتحدة منذ عام 1990، وقد خربت مجتمعات كثيرة وتسببت في معاناة بشرية لا حصر لها⁽¹⁾.

د- يشهد العالم وبشكل تصاعدي سباقا وتنافسا على تجارة السلاح وتسويقها خاصة في الدول النامية. وغنى عن البيان أن الدول الكبرى تحتكر هذه التجارة بشكل رئيسي. فهي الدول المصدرة له ولم يعد أمره يتوقف على التجارة للتجارة، بل تجاوزه إلى إستراتيجية ربط الدول المستوردة بعلاقات تبعية مع الدول المصدرة للأسلحة بحيث تضمن هيمنتها السياسية على الدول المستوردة ومع استمرار الغياب الفعلي لأي نوع من الرقابة الدولية للحد من الظاهرة التصاعدية لتجارة الأسلحة بجميع أنواعها، يتجه العالم بخطى متسارعة نحو المزيد من الحروب الإقليمية والوطنية الأمر الذي يشكل تهديدا مستمرا للأمن والسلم الدوليين التي تسعى لتحقيقها جميع المواثيق الدولية والقرارات الدولية.

قائمة المراجع :

- بهجت قرني، من النظام الدولي إلى النظام العالمي، مجلة السياسة الدولية، العدد 161، المجلد 40، مصر 2005.
- علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- مراد جابر مبارك السعداوي، مصير مبدأ السيادة في ظل العولمة (دراسة في القانون الدولي المعاصر)، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطبع والنشر، القاهرة، 2004.
- محمد عبيدي، التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية من الجدل إلى التوافق، الطبعة الأولى، منشورات الحياة، الأغواط، 2010.
- عبير الفقي، تطور مفهوم الأمن الجماعي الدولي، مقال منشور بتاريخ 2012/04/05 على الرابط الإلكتروني التالي : www.elsyasi.co
- ميثاق الأمم المتحدة 1945.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم: A/RES/5/377/1950 الصادر بتاريخ 3 نوفمبر 1950 " الاتحاد من أجل السلام".

¹- علي جميل حرب، مرجع سابق، ص 281.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336