

# 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 دكدك / العدد 54: أبريل 2017

✓ مع مواضيع العدد 54: أبريل 2017 :

- البتوة غير الشرعية وأثارها بين القانون والعمل القضائي.
- محكمة التنازع في الجزائر وإشكالية المعيار العضوي.
- موضوع أهمية الوسيط المالي في عمليات البورصة.
- حدود فعالية الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة.
- مشكل الحماية القانونية للمصنفات الرقمية.
- منازعات الصفقات العمومية في إطار التحكيم الإداري.
- إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية.
- قضية الطعن في ترقيم العقارات وحجية الدفتر العقاري.

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء: أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر: الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفكري الموائم (قانون 02/15): الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغوية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	تشرّف بالمجلة

## العدد الرابع والخمسون : أبريل 2017

### ❖ 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 مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- 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 دكدك : 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 السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوتريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبى أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الرابع والخمسون : لشهر أبريل 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 54 لشهر أبريل 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....03

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. البنية غير الشرعية وأثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي : الدكتور جمال الخمار، أستاذ باحث بالكلية المتعددة التخصصات بتازة- المملكة المغربية.....05

3. محكمة التنازع في الجزائر وإشكالية المعيار العضوي -العقود التوثيقية ذات الطرف الإداري : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة-الجزائر ، مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام- الجزائر.....24

4. الحماية القانونية للمصنفات الرقمية : صوفيا بومينية ، محامية متمرنة بهيئة طنجة ،باحثة في صف الدكتوراه وحدة قانون الأعمال ، جامعة عبد المالك السعدي ،كلية الحقوق بطنجة ، المملكة المغربية.....48

5. أهمية الوسيط المالي في عمليات البورصة : ربعية رضوان ، باحث دكتوراه ، تخصص قانون الاستثمار ، قسم الحقوق-جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر) ، مخبر إشكاليات التحول القانوني والاقتصادي والاجتماعي في الجزائر.....65

6. حدود فعالية الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة في الجزائر : أسامة جفالي ، أستاذ مؤقت بجامعة تبسة ، باحث في الدكتوراه ، قانون عام، جامعة البليدة - الجزائر.....83

7. تسوية منازعات الصفقات العمومية في إطار التحكيم الإداري : بن عبد المالك بوفلجة ، طالب دكتوراه جامعة جيلالي اليايس، سيدي بلعباس، أستاذ مساعد بجامعة طاهري محمد بشار- الجزائر.....91

8. إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية - دراسة تحليلية نقدية : حواسي يامنة ، أستاذة مؤقتة بجامعة زيان عاشور- الجلفة ، باحثة بصف الدكتوراه بجامعة الدكتور يحي فارس-الجزائر.....106

9. الطعن في ترقيم العقارات المسوحة وحجية دفتر العقاري في التشريع الجزائري : هلا لبي خيرة ، أستاذة بالمركز الجامعي بافلو - الجزائر.....117

#### ✓ تقارير :

10. نادي قضاة المغرب يناقش بالمضيق الحكامة على ضوء قوانين السلطة القضائية الجديدة : تقرير من الحجاز الأستاذ أنس سعدون ، عضو نادي قضاة المغرب ، عضو مؤسس للمرصود الوطني لاستقلال السلطة القضائية ، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة - المملكة المغربية.....128

#### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## كلمة العدد الرابع والخمسين لشهر أبريل 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، يسعد مجلّة الفقه والقانون أن نضع بين أيديكم العدد الرابع والخمسين لشهر أبريل 2017 ، وقد زخر العدد الجديد بمجموعة من المواضيع الهامة من بينها ما يلي :

- البتوة غير الشرعية وأثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي.
- محلمة النزاع في الجزائر وإشكالية المعيار العضوي - العقود التوثيقية ذات الطرف الإداري.
- الحماية القانونية للمصنفات الرقمية.
- أهمية الوسيط المالي في عمليات البورصة .
- حدود فعالية الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة في الجزائر.
- نسوية منازعات الصفقات العمومية في إطار التحكيم الإداري.
- إشكالية تحديث القانون الواجب التطبيق على الوصية - دراسة تحليلية نقدية.
- الطعن في ترقيم العقارات الممسوحة وحجية دفتر العقاري في التشريع الجزائري.
- الحلاوة على ضوء فوائن السلطة القضائية الجديدة.

وفي الختام نتمنى لكم تصفحاً ممتعاً ، والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

# ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

## البنوة غير الشرعية وأثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي<sup>1</sup>



إعداد: الدكتور جمال الخمار، أستاذ باحث

بالكلية المتعددة التخصصات بتازة - المغرب

أثار حكم قضاء الأسرة بطنجة الصادر بتاريخ 2017/01/30 في الملف رقم 2016/162/1391 حكم عدد 320 ردود أفعال متباينة ورجة في المجتمع المغربي ونقاشات وجدالات على مستوى وسائل الإتصال الحديثة وخاصة صفحات التواصل الإجتماعي.

حيث تم الاعتراف ببنوة البنت للمدعى عليه رغم انتفاء العلاقة الشرعية بين الأم والمدعى عليه، وبالعكس تمت إدانة المدعى عليه بجريمة الفساد، وقد نتج عن هذه العلاقة ولادة البنت، وبإدعاء المدعى عليه تعويضاً لفائدة الأم عن البنت.

إن موضوع البنوة الشرعية وغير الشرعية وما يترتب عنها من أثار، من أكثر المواضيع إثارة للجدل على صعيد الفقه الإسلامي، وتباين مواقف التشريعات العربية والإسلامية، وخاصة أن البنوة تمثل النتيجة الطبيعية للتوالد التي تكون ثمرة إتصال جنسي بين ذكر و أنثى، أي بين رجل وامرأة، حيث يكون الولد في هذه الحالة إبناً طبيعياً لطرفي العلاقة التي كانت سبباً في وجوده، والمقصود بالعلاقة الجنسية والتي تحتاج الى شروط محددة أخرى كي تكون شرعية.

ولذلك يلاحظ أن البنوة ترتبط بالنسب والذي نظمه المشرع المغربي في مدونة الأسرة، ونظراً لأهمية الموضوع سنتطرق لموقف الفقه الاسلامي والقانون للبنوة غير الشرعية الناتجة عن الزنا أو السفاح، وموقف القضاء من هذه

<sup>1</sup> - تعليق على حكم قضائي صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة الصادر بتاريخ 2017/01/30 في الملف رقم 2016/1620/1391 حكم عدد 320 -

البنوة (المطلب الأول)، ثم أنتقل للبحث عن موقف قسم قضاء الأسرة والمتمثل بالاعتراف بالبنوة غير الشرعية على أساس الفصل بين النسب والبنوة رغم إدانة المدعى عليه بجنحة الفساد والحكم بتعويض المدعية عن البنت على أساس المسؤولية التقصيرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أحكام البنوة غير الشرعية ما بين الفقه والقانون على ضوء العمل القضائي:

تكتسي مؤسسة البنوة طابع الجدة، نظرا لوجود تقاطع مع النسب، فالبنوة والنسب اهتمت بهما الشريعة الاسلامية وأخضعتهما لمبدأ يتعلق بحق الطفل في النسب مما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز التكرار لنسب إبنه، وهكذا جعل له سببا وحيدا لانتقاله وهو الاتصال الشرعي بين الرجل والمرأة لقوله تعالى " وما جعل الله أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل"<sup>1</sup>، كما حث على الزواج وحرم الزنا.

أما المادة 142 من مدونة الأسرة فقد تطرقت للبنوة ونصت على أن هذه الأخيرة تتحقق بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية، فالبنوة شرعية بالنسبة للأب إذا ارتبطت بالنسب والتي عرفته المادة 150 من مدونة الأسرة بكونه " لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف الى الخلف".

وعليه هناك تقاطع واضح بين موضوع البنوة والنسب خاصة فيما يقصد وسائل إثباته ونفيه.

ولذلك سنتناول مسألة البنوة غير الشرعية وفقا للعناصر التالية:

الفقرة الاولى: موقف الشريعة الاسلامية من نظام البنوة غير الشرعية.

الفقرة الثانية: البنوة الشرعية وغير الشرعية في مدونة الأسرة.

الفقرة الثالثة: واقع البنوة غير الشرعية.

### الفقرة الاولى: موقف الشريعة الاسلامية من نظام البنوة غير الشرعية:

سأقتصر الحديث عن البنوة غير الشرعية الناتجة عن الزنا، كما هو الحال في هذه النازلة والتي تصدت لها المحكمة الابتدائية قسم قضاء الاسرة بطنجة، ولذلك لن أتطرق للبنوة الناتجة عن الخطبة وتلك الناتجة عن الاغتصاب.

فقد أجمع فقهاء الأمة الاسلامية على تحريم الزنا وتجريم فاعليه، وأنه من الكبائر<sup>2</sup>، وأنه لم يجل في ملة من الملل، وإذا كان حده أشد الحدود في حق المحصن (ذكرنا كان أم أنثى)، لما فيه من الجناية على الأعراض والأنساب، ولاشك أن العقول السليمة ترفضه.

<sup>1</sup> - سورة الأحزاب، الآية 4.

<sup>2</sup> - محمد بن ابراهيم بن المفز: الإجماع، مطبعة دارالجنات بيروت لبنان، طبعة 1406 هـ، ص 31.

- ابن الهمام: فتح القدير، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 212.

- ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 212.

- ابن فرحون: تبصرة الحكام، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 256.

- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين، مطبعة المكتب الاسلامي دمشق، دون ذكر الطبعة، الجزء الأول، ص 86.

فالزنا رذيلة قبيحة، تنفر منه العقول الواعية، ويستقبحه العقلاء من البشر، لما فيه من مهانة لكرامة الانسان، وتحلل سافر من قيود الاخلاق، وإثم كبير، وخطأ جسيم لا يرضاه العقل السليم المستقيم، بل إنه يعده شرا عظيما وخسة ودناءة ومهانة<sup>1</sup>.

وإذا كان رأي الاسلام في الزنا، إذ يعد كبيرة من كبائر الذنوب، ويرتب عليه عقوبات رادعة، كل ذلك ومرتكبه رجلا كان او امرأة قد حصل منه الفعل برضاه ورغبته.

وقد اختلف الفقهاء بشأن الحمل هل يثبت به الزنا أم لا؟ وبالأحرى نسب الولد الناتج عن سفاح أو زنا، وعليه فلا يصلح أن يكون دليلا يثبت به الزنا، لاحتمال أن يكون من ممارسة أخرى مع شخص آخر<sup>2</sup>، ويرى المالكية وابن القيم من الحنابلة<sup>3</sup>، أنه يثبت بالحمل جريمة الزنا على امرأة لا زواج لها سواء كانت متزوجة سابقة وطلقت، أو توفي عنها زوجها وهي غير حامل، والبكر التي لم تتزوج بعد<sup>4</sup>.

ومع ذلك فإنه يصعب القطع بأن هذا الحمل نتيجة الزنا، اذ ربما كان من معاشرة سابقة مع شخص آخر غير الزاني، وإذا تطرق الى الدليل الاحتمال سقط به الاستدلال كما يقول الأصوليون<sup>5</sup>.

وكما سبقت الاشارة الى ذلك قد اختلف فقهاء الاسلام بشأن بنوة الولد الناتج عن الزنا، وانقسموا الى اتجاهين أو مذهبين، أحدهما رافض لهذه البنوة، وثانيهما مؤيدا لها.

فالإتجاه الرافض يرى أن الولد الذي يكون ثمرة علاقة زنا بنت في نسبه شرعا، فلا ينسب الى اي أب في جميع الاحوال سواء كانت أمه متزوجة أم غير ذلك، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> والراي الغالب في مذهب المالكية<sup>8</sup> والحنابلة<sup>9</sup> والظاهرية<sup>10</sup>.

وهذا معناه بأن ابن الزنا لا ينسب للأب الطبيعي مطلقا، وعدم ترتيب أي أثر عليه، وقد قال الفقيه السرخسي، أنه اذا أنه زنا بامرأة حرة وأن هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله صلى الله عليه " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فلا فراش للزنا، فإن شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة

<sup>1</sup> - صالح بن ناصر الخزيم: عقوبة الزنا وشروط تنفيذها، مطبعة دار ابن الجوزي الدمام، طبعة 1412 هـ، ص 63.

<sup>2</sup> - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 184.

<sup>3</sup> - ابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين عن رب العالمين، مطبعة مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1400 هـ، الجزء الثالث، ص 21.

<sup>4</sup> - طنطاوي جوهرى: الجواهر في تفسير القران الكريم، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة،

ص 207.

<sup>5</sup> - راشد ال زنان: وسائل إثبات الجريمة في الاسلام، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 85.

- حسن ربيع: حقوق الانسان والوسائل المستخدمة في التحقيق الجنائي، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 572.

- أحمد ضياء الدين خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 80.

<sup>6</sup> - علاء الدين الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1974، ص 242.

<sup>7</sup> - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألقاظ المهاج، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1994، ص 159.

<sup>8</sup> - أحمد بن محمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، لطبعة الأولى 1995، ص 259.

<sup>9</sup> - بن قدامة: المغني، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، الطبعة الاولى 1984، ص 328.

<sup>10</sup> - ابن حزم: المحلى، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 393.

دون الرجل، لان ثبوت النسب منها بالولادة وذلك يظهر بشهادة القابلة لأن انفصال الولد عنها معين فلهذا يثبت النسب منها<sup>1</sup>.

ويقول الامام أبو زهرة " إن الزنا لا تثبت نسبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة ويستحق صاحبها النعمة"<sup>2</sup>.

وحجة هؤلاء الفقهاء من السنة والمعقول، فقد أورد هؤلاء مجموعة من الأحاديث النبوية أهمها:

- حديث ابن عباس، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا مساعة في الاسلام، من سعى في الجاهلية فقد لحق بعصبتة ومن اعى ولدا من غير رشده فلا يرث ولا يورث"<sup>3</sup>.

- حديث ابن شعيب عن أبيه عن جده، " أن ابي صلى الله عليه وسلم قضى أن كل مستلحق استلحق بعد ابيه الذي يدعي له ادعاء ورثته، فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه، وان كان من أمه ملكها أو من حرة عاهر بها، فانه لا يلحقه ولا يرث، وان كان الذي يدعي له هو ادعاء، فهو ولد الزانية من حرة كان أو أمة"<sup>4</sup>.

- حديث عائشة رضي الله عنها قالت " كان عتبة عهد الى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة، منى فاقبضه اليك، فلما كان عام الفتح أخذ سعد، فقال ابن أخي عهد الي فيه، فقام عبد الله بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال سعد يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد الي فيه، فقال عبد الله بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، " هو لك يا عبد الله بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر"<sup>5</sup>.

وما يستشف من هذه الأحاديث أنها كلها تستند على مبدأ " الولد للفراش"، فالرسول صلى الله عليه وسلم قيد ثبوت النسب على الفراش فلا يكون لغيره، كما قاس أصحاب هذا الاتجاه ولد الزنا على ولد الملائنة، فقالوا ولد الزنا أسوء حالا من فيأخذ حكمه، واستدلوا كذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا لاعن امراته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة<sup>6</sup>.

أما أدلتهم العقلية<sup>7</sup> فهي:

- أن ماء الزنا هدر، لا حر له فلا يرتب أثرا.
- وأن الزاني تعدى حدود الله تعالى في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحق الولد به كان ذريعة لكل متفحش لم يصل الى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيبها ويكون الولد، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده لأن النسب حق للأب وتكريما له، والحقوق تكتسب بالفعل المشروع وليس بالحرام.

<sup>1</sup>- شمس الدين السرخسي: المبسوط، الجزء السابع، مطبعة دارالمعرفة بيروت، طبعة 1989، ص 155.

<sup>2</sup>- محمد أبو زهر: الأحوال الشخصية، مطبعة دارالفكر العربي بيروت، طبعة 1957، ص 388.

<sup>3</sup>- سنن أبي داود، حديث رقم 2264، صحيح سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، باب ادعاء ولد الزنا، مطبعة مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى 1989، ص 427.

<sup>4</sup>- سنن أبي داود، حديث رقم 2225، صحيح سنن أبي داود، أبي المرجع السابق، ص 199.

<sup>5</sup>- سنن أبي داود، حديث رقم 2273، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، المرجع السابق ص 429.

<sup>6</sup>- مالك بن أنس: الموطأ، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة السلام الجديدة، ص 199.

<sup>7</sup>- ابن حزم الأندلسي: المحلى، الجزء التاسع، مطبعة دارالأفاق الجديدة بيروت، طبعة 1988، ص 302.



- تعذر إثبات النسب بالبينة، يقول محمد رشيد رضا " إن ولد الزنا لا نسب له، إذ لا يمكن إثبات نسبه بالبينة والدليل على اعتبار الحقيقة في ذلك، إذا عرفت هو اجماع الأمة أن ولد الزانية يلحقها ويرثها للعلم بأنها أمه"<sup>1</sup>، كما أن النسب حق للأب وتكريما له، والحقوق تكتسب بالفعل المشروع وليس بالحرام.

وإذا كان جمهور الفقهاء متفقين في عدم إلحاق ابن الزنا بنسب أبيه إلا أن الفقهاء اختلفوا حول بعض آثار علاقة الأبوة وانقسموا الى رأيين :

الرأي الأول<sup>2</sup> ذهب الى عدم اللحق المطلق لابن الزنا بأبيه، فلا يترتب عن البنوة غير الشرعية أي أثر من آثار البنوة إطلاقا، ويقول ابن حزم " أن ابن الزنا لا يرثه الذي تخلق من نطفته ولا يرثه هو ولا له عليه حق الأبوة، لا في ير ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك، وهو منه أجني"، وذهب أصحاب هذا الرأي الى حد السماح للأب بأن يتزوج من ابنته من الزنا، ويقول القرطبي<sup>3</sup> " اختلف الفقهاء في نكاح الرجل بنته من الزنا، وأخته أو بنت أنه من زنا، فحرم ذلك قوم منهم ابن القاسم وهو قول ابي حنيفة وأصحابه، وأجاز ذلك آخرون منهم عبد الملك ابن الماجشون وهو قول الشافعية".

أما الرأي الثاني فيرى أنه بالرغم نفي النسب فإنه يترتب بعض الآثار عن البنوة غير الشرعية ومنها حرمة الزواج، وذهب القرطبي الى القول بثبوت أحكام البنوة ولا يستثنى منها إلا ماوقع الاجماع على استثنائه، حيث قال "فإن قيل فيلزم على هذا أن تجري أحكام البنوة والأبوة من التوارث والولايات وغير ذلك، وقد اتفق المسلمون على أنه لا توارث بينهما فلم تصح تلك النسبة، فالجواب أن ذلك موجب ما ذكرناه، وما انعقد عليه الاجماع من الأحكام استثنائه وبقي الباقي على أصل الدليل"<sup>4</sup>.

أما الاتجاه الثاني فهو يرى عكس ماذهب اليه الجمهور، حيث إن هذا الرأي يرى أن الابن الناشئ عن علاقة زنا، يثبت نسبه الى الزاني إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه، وهو مذهب إسحاق بن راهويه والحسن البصري، وعروة بن الزبير وسليمان بن بياز وابن تيمية.

وهكذا استدلل اسحاق بن راهويه الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " على انه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش، وذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار، أنهما قالا " أيما رجل أتى الى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو له"<sup>5</sup>.

كما روى إسحاق باسناد الحسن البصري أنه قال " في رجل زنى بامرأة فولدت ولدا فادعى ولدها يجلد ويلزم الولد"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد رشيد رضا: تفسير المنار، الجزء الرابع، مطبعة مكتبة القاهرة، طبعة 1950، ص 467.

<sup>2</sup> - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة دارالمعرفة بيروت، الطبعة الثالثة، ص 34.

<sup>3</sup> - أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: تفسير القرطبي، الجزء الخامس، مطبعة دار التراث العربي، دون ذكر الطبعة وتاريخها، ص 115.

<sup>4</sup> - أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: تفسير القرطبي، المرجع السابق، ص 120.

<sup>5</sup> - ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الفقهية الكبرى، الجزء الثاني عشر، دار الثقافة بيروت، دون ذكر الطبعة والمطبعة والتاريخ، ص 40.

<sup>6</sup> - ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مطبعة دارالمعرفة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة بتاريخ 2001، ص 319.

واستند سليمان بن يبار الى واقعة في عهد عمر بن الخطاب، حيث إن هذا الاخير كان يليط ( أي يلحق) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام<sup>1</sup>.

فيما ذهب ابن تيمية الى القول بلحوق ولد الزنا بالزاني واشترط لذلك ألا يكون هناك فراش يعارضه، إذ جاء في الفتاوي الكبرى كتاب اللعان، باب ما يلحق من النسب " وان استلحق ولدا من الزنا ولا فراش لحقه"<sup>2</sup>، وقد وافق محمد رشيد رضا ابن تيمية فقال " الظاهر أنه يجب على الرجل استلحاق ولده من الزنا مع العلم بأنه ولده"، وهو أيضا مذهب الشيعة<sup>3</sup>.

وقد استند هؤلاء أيضا بأحاديث نبوية وبالمعقول، فمن السنة، استدلوا بحديث عائشة عائشة رضي الله عنها<sup>4</sup> في قصة عتبة قالت " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاشر الحجر"، ثم قال عليه الصلاة والسلام لسودة بنت زمعة " احتجني منه يا سودة، لما رأى الشبه بعتبة فما رأها حتى لقي الله تعالى"، وكذلك حديث ابن عباس في المتلاعنين الذي جاء فيه " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لما رأى تلك المرأة قبل إتمام اليمين، الخامسة " أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الألتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سمحاء، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " لولا ما ضمن من كتاب الله لكان لي ولها شأن"<sup>5</sup>.

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء<sup>6</sup>.

أما أدلتهم من المعقول فهي:

- قياس ماء الزنا على ماء النكاح لعموم الحديث " الولد للفراش"، حيث قاس ابن قيم الجوزية نسب الابن الى أبيه (الزاني) على نسبه الى أمه (الزانية) فقال " والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها، وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونه زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشترك فيه واتفق على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب اذا لم يدعيه غيره؟ فهذا محض قياس"<sup>7</sup>.
- قياس ماء الزنا على ماء الشبهة، فقد أجمع الفقهاء على أن الوطاء بشبهة يثبت به النسب، ثم إن تنسب الولد لصاحب الماء أفضل له من أن يترك بدون نسب للأب<sup>8</sup>، وقد أيد هذا القياس الفقيه أحمد الخليلي، حيث قال " أن حجج القائلين بنفي النسب لا تصمد للمناقشة، فحديث " الولد للفراش"، يتعلق بحالة وجود فراش الزوجية، وفي هذه الحالة لا يقول أحد بنسبة الولد للزاني ونفيه عن صاحب الفراش، وإنما

<sup>1</sup> - ابن القيم الجوزية: المرجع السابق، ص 312.

<sup>2</sup> - ابن تيمية: الفتاوي الكبرى، الجزء الرابع، مطبعة دارالمعرفة بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبعة، ص 585.

<sup>3</sup> - محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر الصادق، عرض واستدلال، الجزء الخامس، مطبعة دارالعلم للملايين بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1978، ص 135.

<sup>4</sup> - محمد رشيد رضا، المرجع السابق، ص 506.

<sup>5</sup> - النسائي: سنن النسائي في شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، الجزء السادس، كتاب الطلاق، باب بدء اللعان، مطبعة دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1930، ص 172.

<sup>6</sup> - عبد الحكيم أهوشي: وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المقارن، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2006-2007، ص 127.

<sup>7</sup> - ابن قيم الجوزية: المرجع السابق، ص 319.

<sup>8</sup> - ابن قيم الجوزية: المرجع نفسه، ص 319.

الكلام قاصر على المرأة غير المتزوجة وعبارة " وللعاهر الحجر"، لا تعني عدم اجتماع الحد مع النسب لأن الزانية أيضا الحجر ومع ذلك ينسب إليها الولد<sup>1</sup>.

كما ذهب أحدهم<sup>2</sup> الى أنه "إذا ما اتبعنا حكمة الرسول صلى الله عليه وسلم من هذا الحديث، أي حديث " الولد للفراش وللعاهر الحجر" نستطيع جيدا أن ننسب طفلا ناشئا من أم عازبة للأب الذي يعترف بأبوته في غياب أي نزاع حول هذه الأبوة"، في حين ذهب الآخر<sup>3</sup> بأن النسب في القران الكريم ثابت برابطة الدم فقط، وإنما كان الزواج الزوج أو التسري شرط لحل العلاقة حتى لا يعتدي أحد على عرض أحد قال الله تعالى " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"<sup>4</sup>.

وهكذا نخلص بان الشريعة الإسلامية لم تقطع في الحقيقة نسب ابن الزنا، وإنما هو حكم قرره الفقهاء نزولا عند مقتضى الحال، فقد كان قصدهم حماية الأنساب من الاختلاط وضمان وجود النسب للطفل غير الشرعي في نفس الوقت، مادام التعرف على الأب لم يكن ميسرا ولا متاحا، فقد تقرر أن ينسب الولد للطرف الذي ولده فعليا وهو الام، ولكن في عصرنا الحالي وأمام التطور الهائل في علم الجينات وقراءة البصمة الوراثية ADN، أصبح بالإمكان التعرف على الأب الحقيقي للابن، وخاصة أن الشرع متشوف للحقوق النسب، فهل يمكن الاستفادة من هذه التكنولوجيا وإنقاذ الأبناء الذين لا يتحملون أية مسؤولية ولا ذنب لهم سوى أنهم ولدوا خارج الفراش؟

#### الفقرة الثانية: البنية الشرعية وغير الشرعية في مدونة الأسرة:

لقد نظم المشرع المغربي أحكام البنية والنسب ضمن الباب الأول من الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، وميز في ذلك بين النسب والبنوة من جهة، فيما ميز بين البنية الشرعية وغير الشرعية من جهة ثانية، ومن جهة ثالثة ميز بين بنوة الأب وبنوة الأم.

وباستقراء النصوص القانونية لمدونة الأسرة، يتضح بأن المشرع المغربي حاول التمييز بين النسب والبنوة، فقد عرفت النسب في المادة 150 من مدونة الأسرة على أن " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف الى الخلف"، أما بالنسبة للبنوة فقد نص في المادة 142 من مدونة الأسرة على أنه " تتحقق البنية بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية".

وهكذا يتضح بأن المشرع المغربي قد قيد النسب على الأب فقط وحصره في البنية الشرعية، حتى تنتج الآثار المترتبة عنه شرعا طبقا للمادة 192 من مدونة الأسرة، وهذا بالعكس الأم، بحيث تستوي في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقات شرعية أو غير شرعية طبقا للمادة 146 من مدونة الأسرة، فالبنوة الشرعية للأم تتحقق في حالات ازدياد الولد من علاقة زوجية، او تكون الأم على حسن النية (الشبهة) أو اقرارها بالولد، وبناء على ذلك تكون البنية غير شرعية في غير تلك الحالات وبالأخص في حالة ازدياد الولد من علاقة غير شرعية كالزنا مع انتفاء حسن النية الأم وفي حالة قيام قرائن على عدم صدق الام في اقرارها وعجزها عن اثبات ما تدعيه من شرعية العلاقة

<sup>1</sup> - أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1998، ص 132.

<sup>2</sup> - Nadia aitzai: L'Enfant illégitime dans la société musulmane, Revue algérienne des sciences juridiques et politiques, N 2 juin 1999, P 232.

<sup>3</sup> - سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص 377.

<sup>4</sup> - سورة الفرقان، الآية 54.

التي جاء منها الولد، وقد أضاف الفقيه أحمد الخمليشي حالة ثالثة وهي ادعاء الأم العلاقة الزوجية وصدور الحكم بعدم ثبوتها<sup>1</sup>.

وعليه فإن البنوة تعتبر غير شرعية بالنسبة للأب في حالة نشوء الولد خارج إطار الزواج ودون أن تكون للأب شبهة تلحق الولد به، وهي الحالات المستشفة ضمنا من نصوص مدونة الأسرة:

- البنوة الناتجة عن الزواج الباطل مع ثبوت سوء نية الأب طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة.
- البنوة الناتجة خارج أمد الحمل طبقا للمادة 154 من مدونة الأسرة.
- البنوة الناتجة عن العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة يعلمان انعدام رابطة الزواج بينهما كعلاقة سفاح أو زنا.

وإذا كان المشرع المغربي قد ميز بين النسب والبنوة، ذلك عندما عرف كل منهما بنص خاص كما سبقت الإشارة الى ذلك، غير أن ما أعطاه باليد اليمنى سحبه باليد اليسرى عندما نص المشرع على أن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب لا تنتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية والتي قصد منها النسب حسب المادة 144 من مدونة الأسرة والتي نصت على أنه " تكون البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا"، وبهذا يكون المشرع المغربي قد جعل البنوة الشرعية مرادفة للنسب والتي لا يمكن فصلها بعضها عن البعض، والتي حددت المادة 152 من مدونة الأسرة أسبابه على سبيل الحصر وهي " 1- الفراه، 2- الإقرار، 3- الشبهة".

وبهذا يكون المشرع المغربي أخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بانتفاء نسب الولد المزداد من علاقة زنا أو سفاح طبقا للمادة 148 من مدونة الأسرة، والتي نصت على أنه " لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

أما بالنسبة للتشريع البلجيكي، فإنه يأخذ بمبدأ المساواة بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي، حسب المادة 312 من القانون المدني البلجيكي جاء الحديث عن البنوة بصورة مطلقة دون تمييز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، فالبنوة هي تلك الرابطة القانونية التي تجمع الطفل بأبيه وأمه، ولذلك فإنه لم يعد من الممكن التمييز بين الطفل المزداد من زواج والطفل المزداد خارجه<sup>2</sup>.

ولذلك فإن النسب يثبت إزاء الأب والأم في التشريع البلجيكي، أما في مدونة الأسرة المغربية فإن النسب لا يثبت إلا إزاء الأب، أما البنوة الطبيعية فقد اعترفت بها المدونة لصالح الأم فقط كما سبقت الإشارة الى ذلك سالفا.

وعليه فإن القانون المغربي لا يعترف بدعوى البحث عن الأبوة، أما المادة 315 من القانون المدني البلجيكي فقد ميزت بين حالة زواج الأم وازدياد الطفل أثناء الزواج أو بعد 300 يوم من انتهاء الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة

<sup>1</sup> - أحمد الخمليشي: المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> - Rainer Frank, l'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, RIDC, Année 1999, Vol 5, N 1, P31.

يعتبر الطفل ابن زوج الأم بقوة القانون، أما في حالة عدم زواجها فإن البنية تثبت إما عن طريق الاعتراف أو بحكم قضائي<sup>1</sup>.

وهكذا يتضح أن المشرع البلجيكي لم يميز ما بين الطفل الشرعي وغير الشرعي، إذ الطفل يحتاج الى الرعاية والحماية في جميع الأحوال سواء فيما يتعلق بالنفقة أو النسب أو الارث أو الحضانة أو غيرها.

### الفقرة الثالثة: موقف القضاء من البنية غير الشرعية:

المقرر شرعا وقانونا بأن الابن الشرعي يتبع أباه في دينه ونسبه، ويبنى عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية، أما البنية غير الشرعية فاعتبرها القانون والشرع في حكم العدم في حق الغير، فلا يترتب عليها شيء اطلاقاً<sup>2</sup>، أما إذا ثبت نسب شخص الى آخر، فإنه يثبت جميع الحقوق بينهما حسبما هو مقرر في نصوص مدونة الأسرة، باستثناء حق الارث الذي هو من الحقوق المالية وقد ينفصل عن النسب<sup>3</sup>، وبما أن الحقوق المالية تثبت بوسائل أخرى بالإضافة الى الوسائل التي تثبت بها الحقوق غير المالية، فلذلك يمكن أن يستحق الشخص الارث من غير أن يثبت نسبه الى المورث، وذلك عن طريق الادلاء بوسيلة من الوسائل التي تثبت بها الحقوق المالية<sup>4</sup>، فالمقرر أن الابن الشرعي يرث في أباه، ولكن اذا كان أبوه مسلماً وأمه غير مسلم، فإنه لا يرث إلا من أبيه، أما أمه فلا يرث عنها شيء استناداً الى القاعدة الفقهية التي تنص على انه "لا توارث بين مسلم وغير مسلم"<sup>5</sup>.

والقضاء المغربي عند بته في النزاعات التي تثار أمامه بشأن النسب تحكمه في ذلك قاعدة "الولد للفراش"، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى على أن "الولد للفراش متى ولد لستة اشهر من عقد الزواج وهي أدنى مدة الحمل وإن أمكن الاتصال إلا فلا يلحق نسبه"<sup>6</sup>، ولذلك فالولد المزداد خارج اطار الزواج ابن الزنا، ولم يعترف له بالنسب حتى ولو تقارر الأبوين على هذه البنية وحتى اذا ما أراد الأب استلحاق ابنه الطبيعي.

كما نفى المجلس الأعلى لحوق نسب الطفل الناتج خارج الزواج الشرعي، وان تزوج الزاني بالزني بها، حيث جاء في قرار له ماييلي "وحيث تبين مما ذكر أن العقد كان على المدعية وهي في حالة استبراء، فقد سئل الامام الوزيري عمّن زنى بامرأة ثم تزوجها فنكاحها مفسوخ أبدا لا طلاقا فيه ولا ميراث والولد لاحق له إن حملت به بعد حيض وأتت به لستة أشهر، وإلا فولد زنا لا يلحق"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> جمال الخمار: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 160.

<sup>2</sup> عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراء في المادة 154 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152، ص 116.

<sup>3</sup> جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى على أنه "لا ينفى النسب بالارائة المنجزة من الغير"، قرار عدد 598 المؤرخ في 14 دجنبر 2005، ملف شرعي عدد 2005/1/2/41، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 9-10 بتاريخ 2006، ص 233.

<sup>4</sup> نعيمة البالي: ملانمة التشريع المغربي للاتفاقيات حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2002-2003، ص 373.

<sup>5</sup> جمال الخمار: أحكام الميراث في الزواج المختلط - مقارنة تشريعية قضائية فقهية-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 156.

<sup>6</sup> قرار عدد 1303 صادر بتاريخ 2 أكتوبر 1991، أورده عبد الحكيم أهوشي، المرجع السابق، ص 134.

<sup>7</sup> قرار عدد 1303 صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46، ص 165.

وقد ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته والذي حدد أجل سنة شمسية كأقصى مدة الحمل وجاء فيه " لما اعتبرت المحكمة أن الزوجية انفصمت عراها بالطلاق، ورفضت اعتبار الحجة التي أدلت بها لإثبات أن الزوج قد استرجعها، فلا يحق لها مع ذلك أن تلحق بالمطلق نسب الولد الذي وضع بعد سنة من تاريخ الطلاق"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر ذهب فيه على أنه " لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح فإن أقر الزواج ببنتها لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول خليل " إنما يستلحق الابن مجهول النسب قال الزرقاني لا مقطوعه كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبه"<sup>2</sup>.

في حين على خلاف هذا القرار صدر حكم اخر جاء فيه " وحيث إنه وبمقتضى المادتين 160 و 162 من مدونة الأسرة، نجد أن الشرع خول للأب إمكانية ثبوت المقر به بالشروط التي حددها الفصل 160 المذكور، وفي حالة توافر تلك الشروط فإنه ينبغي أن يكون إقرار الأب بإشهاد رسمي أو يخط بيده الذي لا يشك فيه ووجب، وحيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف أن الابن المراد إلحاق نسبه بالمدعي ازداد في أقل مدة وهي ستة أشهر من إبرام عقد الزواج، وأن الطرفان أكد مجلسه البحث أنهما كان متزوجين قبل ذلك، إلا أنهما تأخرا في توثيق عقد زواجهما بسبب تأخر حصول المدعي على رخصة للزواج باعتباره دركي، وأن المدعي يقر بكون الابن من صلبه ومن علاقة شرعية مع زوجته السيدة التي لم تعترض على أقوال السيد، وحيث انه وبناء على ما ذكر أعلاه تكون شروط المادتين 160 و 161 متوفرة في نازلة الحالة ويتعين معه التصريح بإلحاق نسب الابن بأبيه"<sup>3</sup>.

وعلى خلاف قرار المجلس الأعلى السالف الذكر، ذهب هذا الحكم في منحى جديد فرضته متغيرات عديدة على مستوى التطور الاجتماعي المغربي.

فالرأي فيما أرى بأن هذا الحكم قد اعترف بنسب غير شرعي لزيادة الطفل لمدة أقل من ستة أشهر، وهذا الحكم شبيه لحكم طنجة إلا أن ظروف كل منهما مختلفة، ففي هذا الحكم يوجد تراخي الزوجين على بنوة إبنهما الطبيعي وأن ظروف استثنائية حالت دون توثيق عقد الزواج في وقته، ورغم ذلك فإن شروط الإقرار غير متوفرة في هذه القضية، فطبقا للمادة 160 من مدونة الأسرة تشترط ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب، فالولد المقر به معلوم النسب لأن المدعي يعترف بأنه إبنه، وأنه ازداد في أقل مدة الحمل لوجود ظرف استثنائي وهو عدم حصوله على الرخصة لكونه دركي.

وقد ذهب المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا بأن النسب ينتفي بغير لعان متى أتت الزوجة بالولد خارج أمد الحمل ولا يتأبد تحريمها إن كان الولد من زنا الزوج، وجاء فيه " الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان ويفسخ النكاح، ولا يتأبد تحريمها إن كان من زناه وفي المعيار الجديد من تزوج امرأة فأتت بولد غر سقط لأقل من ستة أشهر من يوم العقد عليها ينتفي عنه ذلك الولد بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه، ويفسخ النكاح ويتأبد تحريمها على الراجح إن كان من زنا غيره، وإلا إن كان من زناه فالمشهور عدم التأييد"<sup>4</sup>، رغم أن أغلب قرارات المجلس

<sup>1</sup> قرار عدد 36 بتاريخ 1971/12/30، أورده أحمد الغالي ومحمد زوبر: إثبات النسب بين التشريع والاجتهاد القضائي، بحث لنهاية التمرين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، سنة 2002، ص 16.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 30 مارس 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39، ص 160.

<sup>3</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، حكم عدد 96، ملف عدد 668/2006، بتاريخ 2007/02/08، (غير منشور).

<sup>4</sup> قرار عدد 145 صادر بتاريخ 3 فبراير 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 147.

الجلس الأعلى سابقا لم تأخذ باللعان، حيث ذهب قرار للمجلس الأعلى على أنه " بناء على أنه من المقرر فقها أن نفي الحمل باللعان لا يكون إلا في أول العلم به في اليوم واليومين مع ادعاء الاستبراء وبالرجوع الى أوراق الملف يتبين أن المطلوب لم يدعي أنه استبرأ زوجته الطاعنة والمحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بتطبيق مسطرة اللعان بين الطرفين رغم عدم توفر شروطها الشرعية ومنها ادعاء المطلوب وباستبراء زوجته تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا موازيا لانعدامه"<sup>1</sup>.

وهكذا يتضح أن القضاء المغربي لم يعترف للطفل المزداد من علاقة سفاح أو زنا بانتسابه الى أبيه البيولوجي، وإنه لم يخرج على قاعدة " الولد للفراش " الذي ظل حريصا على وجوب توفر شروطها حتى يمكن له أن يقرر ثبوت النسب وخاصة أدنى وأقصى مدة الحمل، رغم أن المحاكم تسير في اتجاه التليين من هذا المبدأ بعكس المحكمة العليا تتشدد في تطبيق هذا المبدأ.

**المطلب الثاني : محكمة قسم قضاء الأسرة واعترافها بينوة البنت خارج إطار الزواج وإقرار التعويض لفائدة الأم عن البنت :**

ونظرا لكون هذا الحكم الابتدائي قد عرف شهرة واسعة ولاسيما في المواقع الاجتماعية، ولذلك سأعرض لهذا الحكم في البداية (الفقرة الأولى)، ثم سأنتقل لمناقشة هذا الحكم مستعينا بمختلف الآليات القانونية الداخلية والخارجية والقواعد الفقهية (الفقرة الثانية).

### **الفقرة الأولى : حكم قضاء الأسرة :**

حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة

عدد 321

في ملف رقم 2016/1620/1391

حكم صادر بتاريخ 2017/01/30

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستهدف الطلب الحكم بثبوت البنت المدعى عليه وبأدائه نفقتها من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب 2000 درهم شهريا من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب مبلغ 2000 درهم شهريا، مرفقة بعقد ازدياد البنت مع ترجمته للعربية وتقرير خبرة جينية.

حيث دفع نائب المدعى عليه بعدم ارتكاز الطلب على أساس قانوني لكون النسب لحمة شرعية بين الأب وولده ولا ينال بالمحظور، وبأن المقصود بالنسب الشرعي هو الناشئ عن زواج صحيح أو فاسد وباطل مع وجود حسن النية أو شبهة طبقا للفصل 158 من مدونة الأسرة، في حين أن البنت المراد ثبوت نسبتها ناتجة عن علاقة فساد حسب الثابت من الحكم الابتدائي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278، كما أن

<sup>1</sup> - قرار عدد 544 مؤرخ في 2005/11/30، ملف شرعي 2005/01/02/169 (غير منشور).

الخبرة المنجزة من السيد قاضي التحقيق غير ملزمة للقضاء الأسري على اعتبارها غير مثبتة للنسب وإن كانت تثبت العلاقة البيولوجية بين الأب والابن، ملتصقا برفض الطلب.

وحيث ارتأت المحكمة معالجة القضية وفق ما سيأتي أدناه :

### 1- مفهوم البنوة لغة واصطلاحا :

البنوة لغة مشتقة من الابن، وكما جاء في لسان العرب " البنوة مصدر الابن، يقال: تباينه أي اجعيت بنوته، وتبناه اتخذه ولدا"، والبنوة في الأصل نسبة ولد لمن ولد له.

واصطلاحا فإن البنوة تدل النسبة الطبيعية للولد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين ذكر وأنثى، حيث يكون الولد في هذه الحالة ابنا طبيعيا لطرفي العلاقة التي كانت سببا لوجوده.

### 2- البنوة فقها :

أ- الكتاب: قوله تعالى " ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" سورة الأحزاب الآية 5، ووجه الاستدلال به أن الآية الكريمة توجب نسبة الولد لأبيه وتشرط لذلك بمجرد العلم به مطلقا، وقوله تعالى " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، ووجه الاستدلال به أن الله تعالى حرم المذكورات في الآية الكريمة من الأم والبنات وغيرهما على سبيل الإطلاق.

ب- السنة : عن عائشة قالت " اخصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد هذا يارسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد الى أنه ابنه، انظر الى شبهه، وقال عبد بن زمعة، هذا أخي يارسول الله ولد على فراش أبي من وليته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه، فرأى شيئا بدا بعينيه، وقال هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة، قالت فلم وسودة قط حتى ألقى الله"، ووجه الاستدلال به أن ادعاء سعد بن أبي وقاص بنوة الغلام لأخيه مستدلا بالشبه مع عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم له دليل على جوازه، عن البخاري ومسلم.

ج- الاستصلاح : والمراد بها المصالح المرسله، وذلك أن ولد الزنا لا ذنب له فيما جناه أبواه عليه، وقد ورد عن كثير من الصحابة الحث على اكرامهم والإحسان إليهم وكان عمر يوصي بالولاد الزنا خيرا عمر" اكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه"، فمصلحة الطفل وإكرامه والإحسان اليه وهو البريء من جرم أبويه يقتضي أن ينسب لأبيه كما سينسب لأمه، ولا يجوز مجال أن يتحلل الأب البيولوجي لهذا الطفل من المسؤولية ويجازي بتنصله من زناه، (راجع لهذا كتاب شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته - دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة (الجزء الثالث الولادة ونتائجها) تأليف عبد الله السوسي التتاني ص 23 و 24 و 26 و 27).

### 3- البنوة في المدونة :

تناولت مدونة الأسرة البنوة في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، وقد عرفت المادة 142 البنوة على أنها تتحقق بتنسل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية، وتكون شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا المادة 144، أما بالنسبة للأم فتستوي البنوة في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة



شرعية أو غير شرعية المادة 146، كما أن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها أي أثر من آثار البنوة الشرعية بالنسبة للأب المادة 148.

4 - الحماية الحقوقية للطفل في المواثيق الدولية والدستور المغربي والحق في التعرف على الأبوين.

أ- الاتفاقية الدولية لحقوق طفل :

حيث يؤخذ عن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، المصادق عليها من المغرب في 21/06/1993، أن القضاء يتوجب عليه إبلاء الاعتبار الأول لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم. كما تنص المادة 7 من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتها.

ب- الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال الموقعة بستراسبورغ بتاريخ 25/01/1996، المصادق عليها بظهير شريف بتاريخ 27/03/2014، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6242.

ج- الدستور المغربي :

نصت الفقرة الثالثة من الفصل 32 من دستور المملكة المغربية على أن الدولة تسعى توفر الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية.

4- مناقشة دفوع المدعى عليه:

أ- في الدفع بقاعدة لا جمع بين جد ونسب .

حيث إن تطبيق القاعدة الفقهية القاضية بعدم اجتماع الحد والنسب إنما يكون محل إثبات النسب والحال أن المدعية أسست طلبها على أحكام البنوة غير الشرعية المقررة في المواد 142 و 148 من مدونة الأسرة فلا مجال معه للاستدلال بالقاعدة المذكورة أعلاه لاختلاف الإطار القانوني.

ب- في الدفع المتعلق بالأحكام المستدل بها.

حيث بإطلاع المحكمة على الأحكام المستشهد بها من طرف نائب المدعى عليه، تبين لها أنها لا تتعلق بالبنوة موضوع نازلة الحال إنما يكون محل تطبيقها في حالة ثبوت النسب الشرعي المنصوص عليه في المواد 150 الى 162 من مدونة الأسرة مما يكون معه الاستدلال بما جاء في غير إطاره القانوني السليم ويتعين رد الدفع.

ج- في الدفع المتعلق بعدم اعتماد الخبرة من طرف القضاء الأسري:

حيث يؤخذ من تقرير الخبرة الجينية عدد 1000/15 الصادر عن مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء بتاريخ 01/10/2015 بموجب أمر السيد قاضي التحقيق له أنه روعي فيها الاجراءات الشكلية والموضوعية المطلوبة قانوناً مما يتعين اعتمادها ويتعين رد الدفع بهذا الخصوص.

وحيث خلص تقرير الخبرة المذكور أعلاه الى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة والمدعى عليه، وحيث تبعا للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة بين الطفلة المزدادة بتاريخ 27/11/2014 ووالدها المدعى عليه ثابتة في النازلة مما يكون معه الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة له.

## 5- في طلب النفقة :

وحيث إنه وتأسيسا على الحثيات المذكورة أعلاه يبقى طلب النفقة غير مرتكز على أساس قانوني ذلك أن أسباب وجوب النفقة على الغير هي الزوجية والقرابة والالتزام طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة، وأن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية بصريح نص المادة 148 من نفس المدونة مما يتعين معه رفض الطلب.

## 6- في طلب التعويض :

حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278 عن هذه المحكمة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ والذي أصبح نهائي بعدما تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف.

وحيث لما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه الفعل الجرمي المذكور، والذي نتج عنه ولادة البنت، تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال وفقا لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه على أن كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضرر ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.

وحيث ارتأت المحكمة بعد ثبوت علاقة البنوة بين البنت وللمدعى عليه، ومايستلزمه ذلك من رعايتها والقيام بشؤونها ماديا ومعنويا، والحفاظ على مصلحتها كمحضونة وما يتطلبه من مصاريف، أن تمنح المدعية تعويضا وفق ما سيعلن في منطوق هذا الحكم.

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل: قبول الطلب

في الموضوع:

1- بثبوت بنوة البنت المزادة بتاريخ 2014/11/27 للمدعى عليه.

2- بأداء المدعى عليه لفائدة المدعية عن البنت تعويضا قدره 100000 درهم مائة ألف درهم.

وبتحميل المدعى عليه الصائر ورفض الباقي.

## الفقرة الثانية: التعليق على الحكم:

رغم أن هذا الحكم جاء بمقتضيات اجتهادية مهمة في سبيل تطبيق روح الدستور المغربي الذي يضمن المساواة لجميع فئات المجتمع، رغم أن هذا الحكم لم يضيف شيئاً سوى اعترافه بالبنوة الطبيعية لصالح الأب تطبيقاً للمادة 142 من مدونة الأسرة، رغم أن المشرع قصد بالبنوة غير الشرعية تلك الناتجة عن تنسل الولد من الأم، أما البنوة بالنسبة للأب لا تكون إلا شرعية، ولذلك فإن هذا الحكم في إعتقادي تشوبه عدة نقائص على مجموعة من المستويات، سأعرض لها على الشكل التالي:

### أولاً: على مستوى الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة:

تطرقنا في المطلب الأول إلى التوجه الفقهي في مسألة البنوة الناتجة عن السفاح أو الزنا، وأن رأي الجمهور يذهب إلى عدم حقوق ولد الزنا بأبيه، أما الرأي الثاني فيرى أن الابن الناشئ عن علاقة زنا أو سفاح يثبت نسبه إلى الزاني إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه.

وإذا نحن سائرنا الرأي الثاني وخاصة أمام التطور التكنولوجي في المجال الجيني، حيث بالإمكان التعرف على الأب الطبيعي بنسبة 99.99 في المائة باستخدام شفرة أ د ن، فالمشرع لم يتبنى هذا الرأي ولم يأتي بالخبرة الجينية كوسيلة لإثبات النسب وإنما نص على الخبرة الطبية والتي جاءت غامضة ولا مجال لتطبيقها في حالة تعارضها مع الفرائش، فالبصمة الوراثية حسب مدونة الأسرة لإثبات النسب بالفرائش أقل قوة من الإقرار، لذلك يبقى للأب المفترض حق نفي النسب بطريق اللعان أو الحكم القضائي، بالرغم من أن نتائج التحليل كما سبقت الإشارة إليه أظهرت صحته 99.99 في المائة، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً " إلا أن الخبرة الطبية لا تعمل إلا بعد استيفاء أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر"<sup>1</sup>.

فمدونة الأسرة أخذت برأي الجمهور في مجال البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب، رغم أن هذه الأخيرة حاولت الفصل بين النسب والبنوة، غير أن هذا الفصل تراجعت عنه، حيث لم يرتب هذا الأخير أي أثر من آثار البنوة الشرعية للولد الطبيعي الذي تنسل عن الأب الطبيعي طبقاً للمادة 144 من مدونة الأسرة وبالتالي ما أعطاه باليد اليمنى سحبه باليد اليسرى.

ومادامت البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب لا تنتج أي أثر من الآثار الشرعية ومنها النسب، وبالتالي فهي والعدم سواء، وحتى منطوق الحكم ذهب إلى ثبوت بنوة البنت من دون أن يبين هل بنوة شرعية أم غير شرعية؟

فكما سبق لا يمكن الرجوع إلى الفقه الإسلامي إلا في حالة عدم وجود نص قانوني فالمدونة طبقاً للمادة 400 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، وأمام حالتنا

<sup>1</sup> - قرار 213 الصادر بتاريخ 2005/04/13، أورده عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة

هذه ومع وجود نصوص قانونية في المدونة تغنينا عن الرجوع الى الفقه الإسلامي، فالأولى تطبيق النص القانوني على الفقه الاسلامي.

### ثانيا : على مستوى الاتفاقيات الدولية :

إن احترام العهود والمواثيق واجب إسلامي، لما له من أثر طيب ودور كبير في المحافظة على السلام وأهمية كبرى في فض المشكلات وحل المنازعات وتسوية العلاقات.

وإذا كانت المواثيق الدولية ذات الطابع العام والخاص تنص في موادها على أنه يجب على دول الأطراف فيها اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة بين الابن الشرعي وغير الشرعي، وبوضع تقارير عن الإجراءات التي اتخذتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى تأمين الحقوق المقررة فيها وعن التقدم الذي تم إحرازه في التمتع بتلك الحقوق.

فمعلوم أن المغرب قد صادق على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1993، ورفع التحفظات على مواد الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فهل يعني إمكانية تطبيق مقتضيات بالمساواة بين الإبن الشرعي وغير الشرعي؟

القضية باختصار أننا أمام مبدأ سمو المواثيق الدولية على التشريعات الداخلية، فإلى أي حد يمكن القول أن هناك سمو للمواثيق الدولية على حساب المرجعية الإسلامية والقوانين الوطنية؟

وخاصة أن المجلس العلمي الأعلى قد أجاب بوضوح على هذه النقطة، وذلك أثناء النقاش الحاد عندما رفع المغرب التحفظات على اتفاقية الغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عندما أكد بأن الأحكام التي توجد بشأنها نصوص قطعية كالارث لا مجال للإجتهد فيها، وبالتالي لن تعرف أي تغيير رفعا للباس والغموض<sup>1</sup>.

وذلك على أساس سمو المرجعية الاسلامية على المواثيق الدولية، ومادامت مدونة الأسرة مرجعيتها إسلامية، فهل يمكن الرجوع الى المواثيق الدولية لتكتملتها أو إضافة مقتضيات جديدة؟

لا يوجد أي نص في مدونة الأسرة يجيلنا في حالة عدم وجود نص أو رفع غموض من الرجوع الى المواثيق الدولية، كما أن الدستور المغربي لسنة 2011 لا يتضمن أي نص يقضي صراحة بسمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي، إلا ماضن بالديباجة والتي جاء فيها "جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليه المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

### ثالثا : على مستوى النفقة والتعويض :

مادام منطوق الحكم قد قضى بثبوت بنوة البنت لأبيها، فهذا يعني أن البنت ستستفيد من جميع آثار البنوة من نفقة ونسب ودين وميراث، ولكن أن تحرم من النفقة فهذا أمر غير مفهوم، فالبنوة إما شرعية أو غير شرعية

<sup>1</sup> - محمد الروكي: المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث تمرد على الشريعة وتناول على الله، مجلة المجلس، العدد السادس بتاريخ فبراير 2009، ص 26.

بالنسبة للأب، فالبنوة غير الشرعية طبقاً للمادة 148 من مدونة الأسرة لا تنتج أي أثر من آثار البنوة الشرعية ومنها إنتساب البنت لأبيها، لأن مدونة الأسرة دجت بين آثار البنوة وأثار النسب.

أما فيما يخص طلب التعويض، فهذا الأمر غير جديد، حيث سبق للمجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً أن تطرقت إلى هذه المسألة، رغم إختلاف الظروف والملابسات، حيث إن المجلس الأعلى في هذا القرار لم يثبت البنوة ولكن منح النفقة لأولاده الطبيعيين، بعكس هذا الحكم الذي اعترف بالبنوة ولكن حرم البنت من النفقة، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى " أن محكمة الاستئناف ولو مع تصريحها بعدم قبول الطلب الأصلي الرامي إلى الإثبات البنوة والذي تقدمت به خليعة مسلمة مغربية ضد خليلها الفرنسي الجنسية، فإنه يجوز لها أن تصرح بقبول الطلب الفرعي الرامي إلى تقرير نفقة الأبناء، ولا يكون في ذلك التصريح أي خرق لمقتضيات الفصلين 62 و 403 من قانون الالتزامات والعقود على أن تثبت الخليعة ما ادعته في طلبها، وهو أنها كانت تعاشر المدعى عليه الفرنسي معاشرة غير شرعية لمدة 15 سنة، وإنه خلال هذه المدة كان ينفق عليها وعلى أبنائها وفي الواقع فإن قبول مثل هذا الطلب لا يرمي إلى الاعتراف بحالة غير شرعية، ولا إلى إنشاء بنوة غير شرعية، وإنما يجد أساسه في أحكام المسؤولية التقصيرية بناء على الفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود بسبب الضرر الذي أحدثه الأب غير الشرعي والنتيجة عن علاقة غير شرعية التي كانت تربطه بخليعته والتي ذهب ضحيتها الأبناء"<sup>1</sup>.

ولذلك فتطبيق القواعد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والتي يترتب عنها تعويض في هذه النازلة لا أساس لها، وذلك لأن المحكمة أصلاً إعترفت ببنوة البنت لأبيها وبالتالي لا حق لها في التعويض وإنما الحق في الآثار القانونية للبنوة، ولا يوجد أي نص في مدونة الأسرة يميلنا على القواعد الموضوعية الواردة في قانون الالتزامات والعقود لمنح التعويض في حالة ثبوت البنوة لمرتكب الخطأ والذي هو الواقعة الجنسية غير الشرعية، بالرغم أن الخطأ مشترك، ولا يمكن أن يتحمل له لوحده، كما أن الضرر إحتمالي، فأي إتصال جنسي ليس بالضرورة يمكن أن ينتج حملاً.

الخلاصة من خلال كل ما سبق أرى بأن هذا الحكم بالفعل نجح في إرسال رسالة قوية مفادها أن هناك مشاكل حقيقية تتعرض لها فئات مجتمعية عريضة وجب التصدي لها فقها وقانوناً وقضاء من خلال مقاربة فقهية حديثة وعصرية وبلورة إتجاه تشريعي شامل مادام القانون إنعكاس لتطور المجتمع.

#### – لائحة المراجع :

- محمد بن ابراهيم بن المفزر: الإجماع، مطبعة دار الجنات بيروت لبنان، طبعة 1406 هـ.
- ابن الهمام: فتح القدير، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن فرحون: تبصرة الحكام، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين، مطبعة المكتب الاسلامي دمشق، دون ذكر الطبعة، الجزء الأول.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 13 نونبر 1962، أورده عبد الكريم الطالب، خلفيات ظهر 13 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، مجلة المحامي، العدد 49 سنة 1996، ص 288 و 289.

- صالح بن ناصر الخزيم : عقوبة الزنا وشروط تنفيذها، مطبعة دار ابن الجوزي الدمام، طبعة 1412 هـ.
- الخطيب الشربيني : مغني المحتاج، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- ابن قيم الجوزية : اعلام الموقعين عن رب العالمين، مطبعة مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1400 هـ، الجزء الثالث.
- طنطاوي جوهرى : الجواهر في تفسير القرآن الكريم، الجزء الخامس، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- راشد ال زنان : وسائل إثبات الجريمة في الاسلام، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- حسن ربيع : حقوق الانسان والوسائل المستخدمة في التحقيق الجنائي، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- أحمد ضياء الدين خليل : مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- علاء الدين الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، مطبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1974.
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1994.
- أحمد بن محمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، طبعة الأولى 1995.
- بن قدامة : المغني، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، الطبعة الاولى 1984.
- ابن حزم : المحلى، الجزء العاشر، مطبعة دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وتاريخها.
- شمس الدين السرخسي : المبسوط، الجزء السابع، مطبعة دار المعرفة بيروت، طبعة 1989.
- محمد أبو زهر: الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي بيروت، طبعة 1957.
- صحيح سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، باب ادعاء ولد الزنا، مطبعة مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى 1989.
- مالك بن أنس : الموطأ، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة السلام الجديدة.
- ابن حزم الأندلسي : المحلى، الجزء التاسع، مطبعة دار الأفاق الجديدة بيروت، طبعة 1988.
- محمد رشيد رضا : تفسير المنار، الجزء الرابع، مطبعة مكتبة القاهرة، طبعة 1950.
- ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة.
- أبو أحمد عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : تفسير القرطبي، الجزء الخامس، مطبعة دار التراث العربي، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
- ابن حجر الهيتمي : الفتاوي الفقهية الكبرى، الجزء الثاني عشر، دار الثقافة بيروت، دون ذكر الطبعة والمطبعة والتاريخ.
- ابن القيم الجوزية : زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة بتاريخ 2001.
- ابن تيمية : الفتاوي الكبرى، الجزء الرابع، مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبعة.
- محمد جواد مغنية : فقه الإمام جعفر الصادق، عرض واستدلال، الجزء الخامس، مطبعة دار العلم للملايين بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1978.
- النسائي : سنن النسائي في شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، الجزء السادس، كتاب الطلاق، باب بدء اللعان، مطبعة دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الاولى 1930.

- عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 2006.
- عبد الحكيم أهوشي: وضعية البنية غير الشرعية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المقارن، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2006-2007.
- أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1998.
- جمال الخمار: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008.
- عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراء في المادة 154 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152.
- مجلة المناهج، العدد المزدوج 9-10 بتاريخ 2006.
- نعيمة البالي: ملائمة التشريع المغربي للاتفاقيات حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2002-2003.
- جمال الخمار: أحكام الميراث في الزواج المختلط - مقارنة تشريعية قضائية فقهية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011-2012.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46.
- أحمد الغالي ومحمد زويير: إثبات النسب بين التشريع والاجتهاد القضائي، بحث لنهاية التمرين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، سنة 2002.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40.
- محمد الروكي: المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث ترمذ على الشريعة وتناول على الله، مجلة المجلس، العدد السادس بتاريخ فبراير 2009.
- عبد الكريم الطالب، خلفيات ظهير 13 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، مجلة المحامي، العدد 49 سنة 1996.
- Nadia aitzai: L'Enfant illégitime dans la société musulmane, Revue algérienne des sciences juridiques et politiques, N 2 juin 1999.
- Rainer Frank, l'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, RIDC, Année 1999, Vol 5, N 1.

## مدكمة النزاع في الجزائر وإشكالية المعيار العضوي (العقود النوثيقية ذات الطرف الإداري)



الأستاذ الدكتور : عمار بوضيف كلية الحقوق  
والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر  
مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام

مقدمة :

شهد النظام القضائي الجزائري بعد الاستفتاء الدستوري لشهر نوفمبر 1996 مرحلة جديدة فيما خص جانبه الهيكلي حيث تم بموجب المادة 152 من الدستور تبني الازدواجية القضائية صراحة ولأول مرة بعد الاستقلال، فنصت على ما يلي: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة. " وأحالت المادة 153 لقوانين عضوية ستصدر معلنة عن هياكل التنظيم القضائي الجديد بقولها: "يحدّد قانون عضوي تنظيم



المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى." وجاء التعديل الدستوري لسنة 2016 مثبتا هذا التوجه في نص المادة 171 منه.<sup>1</sup>

و استلزم الإصلاح القضائي الجديد الفصل العضوي بين هياكل القضاء العادي ممثلة في المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية كجهات استئناف والمحكمة العليا كجهة نقض من جهة، وهياكل القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية باعتبارها البنية القاعدية في نظام القضاء الإداري، ومجلس الدولة باعتباره هيئة استئناف وهيئة نقض في ذات الوقت من جهة ثانية.

ومن أجل تكريس نظام ازدواجية القضاء صدرت القوانين العضوية محل الإحالة الدستورية وكانت البداية بالقانون العضوي 98-01 بتاريخ 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم. وتضمن 44 مادة<sup>2</sup>. ثم صدر القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتضمن المحاكم الإدارية وتضمن 10 مواد.<sup>3</sup>

وعلى نفس توجه المشرع الفرنسي تم بموجب المادة الدستورية أعلاه إنشاء محكمة للتنازع لتفصل فيما يعرض عليها من حالات تنازع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري. وصدر بشأنها القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 3 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها وتضمن 35 مادة<sup>4</sup>.

وكان لزاما الاعتراف بصفة القاضي لمن أوكلت له مهمة الفصل في الخصومات أو المنازعات دون تمييز سواء كان ينتمي لجهة القضاء العادي أو القضاء الإداري فكلاهما تابع للسلطة القضائية ويمارس مهامه ضمن هياكل القضاء. لذا جاءت المادة 3 من القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء لتعرف سلك القضاء والذي يشمل حسب نصها قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي. كما تشمل قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.<sup>5</sup>

وبهدف تكريس الإزدواجية الإجرائية قدمت الحكومة مشروعا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، تماشيا مع عملية الفصل بين الهياكل القضائية سابقة الذكر. ولقي هذا المشروع المصادقة عليه من قبل البرلمان وصدر بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، وتضمن 1065 مادة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أنظر: القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2016. ولتفصيل أكثر بخصوص هياكل القضاء الجزائري راجع: الدكتور عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 261 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 143 وما بعدها.

<sup>3</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 31 وما بعدها. الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 166 وما بعدها.

<sup>4</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر بخصوص هذه المحكمة راجع: الدكتور عمار بوضياف، دور محكمة التنازع في المحافظة على قواعد الاختصاص النوعي، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، سابق الإشارة إليه، ص 303-336.

<sup>5</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004.

<sup>6</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور خليل بوضياف، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات نوميديا، الجزائر، 2010، ص 63 وما بعدها.

وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد من حيث الأصل وزع قواعد الاختصاص النوعي على أساس المعيار العضوي وهذا ما ورد صراحة في المادة 800 منه والتي تقابلها المادة 7 من أحكام الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم والذي أعلن رسمياً عن إلغاءه.<sup>1</sup>

تحديد معيار للمنازعة الإدارية يفرض وجود جهات عليا لتطبيقه :

إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى نظام ازدواجية القضاء، وفصل بين القضائين العادي والإداري على أساس المعيار العضوي. فإن هذا لا يعني أبداً أن حالات تنازع الاختصاص سوف لن تطرح، وتختفي من الناحية العملية، وأن كل جهة قضائية ستفصل فقط فيما يؤول إليها اختصاصاً دون محاولة تجاوز قواعد الاختصاص، وإلا ما أنشأت فرنسا وهي البلد الأم والنموذج للقضاء الإداري محكمة لتنازع الاختصاص.

وإن إنشاء محكمة لتنازع الاختصاص في أي نظام قضائي تبنى نظام الازدواجية دليل واضح أن قواعد الاختصاص لا تقبل الحصر من حيث القضايا مفصلة التي تؤول لجهة القضاء العادي والقضايا التي تؤول لجهة القضاء الإداري، بل يكفي وضع معيار للاختصاص القضائي، وهذا الأخير إما أن يكون المعيار العضوي، أو المعيار المادي أو الموضوعي.

و تتميز قواعد الاختصاص بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي :

1- إن تبنى نظام ازدواجية القضاء يفرض توزيع قواعد الاختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي. وهذا يستلزم بالضرورة وجود معيار لتوزيع الاختصاص تطبقه جهات القضاء لتعرف ما يؤول إليها وما لا يؤول، تطبيقاً لفكرة الفصل العضوي.

2- إن قواعد الاختصاص تستمد وجودها أولاً من النصوص الدستورية. فالمادة 152 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 171 من التعديل الدستوري 2016 فصلت بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري. كما تستمد وجودها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 32 إلى 40 منه فيما تعلق باختصاص جهات القضاء العادي. والمادة 800 وما بعدها فيما تعلق باختصاص المحاكم الإدارية. وكل من النص الدستوري والقانوني واجب التطبيق من جانب جهات القضاء المختلفة.

3- إن لقواعد الاختصاص صلة قائمة ووثيقة بالنظام العام بما يضمن لها مكانة مميزة و خاصة، فلا يجوز مخالفتها من جانب الأفراد أو جانب القضاة. كما لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف مضمونها طبقاً للمادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- لحسن سير نشاط مرفق القضاء وجب أن تتسم قواعد الاختصاص بالوضوح وعدم الغموض أو الإبهام لتكون معروفة لدى القضاة والمتقاضين وأعدان القضاء، وبتفادي بهذا الوضوح ظاهرة تنازع الاختصاص.

5- ينبج عن مخالفة معيار الاختصاص إلغاء الحكم أو القرار الفاصل في المنازعة وهذا من جانب مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحال، فكل جهة عليا تراقب الهياكل التابعة لها. كما ينبج عنه إلغاء القرار القضائي الصادر عن

<sup>1</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 47 لسنة 1966.

مجلس الدولة أو المحكمة العليا باعتبارهما من جهات القضاء العالي وهذا من جانب محكمة النزاع لأنها مكلفة دستورا بالمحافظة على قواعد الاختصاص النوعي.

6- قد تنتكر جهات القضاء العادي أو جهات القضاء الإداري لاختصاصها. فيخالف مثلا مجلس الدولة ولو كان جهة قضائية عليا في المادة الإدارية المعيار العضوي بمناسبة قضية معروضة عليه. أو تخالفه المحكمة العليا ولو كانت جهة عليا في مجال القضاء العادي بمناسبة قضية معروضة عليها باعتبارها محكمة نقض. مما قد يتسبب في عرض النزاع بعد توافر حالة النزاع على محكمة متخصصة تفصل فقط في حالات تنازع الاختصاص دون غيره تسمى في الجزائر محكمة النزاع. وهو ما ثبت عمليا في الجزائر من خلال بعض المنازعات والقرارات التي سنتناولها بالدراسة والتحليل.

– إشكالية الدراسة :

انطلاقا مما ذكر نطرح الإشكالية التالية إذا دخلت جهة إدارية في رابطة عقدية يحكمها القانون الخاص هل يعقد الاختصاص عند نشوب النزاع للقضاء الإداري من منطلق أن الإدارة طرفا في النزاع وبالتالي ننظر للجانب العضوي وليس لغيره في عقد الاختصاص القضائي؟، أم ينبغي النظر لموضوع النزاع كونه ينصب على عقد مدني سواء تم في شكل وصية أو هبة أو بيع وغيرها وبالتالي يؤول الفصل في النزاع للقضاء العادي؟. ومثل هذا السؤال طرح عمليا وشغل بال الأسرة القانونية من قضاة ومحامين وأساتذة جامعيين في الجزائر.

وهناك بعض الأسئلة الفرعية تفرض نفسها فإذا كان خيار المشرع الجزائري هو المعيار العضوي خلافا للمشرع الفرنسي، فهل تقييد كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا بهذا المعيار من خلال التطبيقات القضائية؟ وإذا كان هناك خروج وعدم التزام بهذا المعيار فهل كان هذا الخروج مؤسسا ومبررا ويحمل أوجها قانونية سليمة ومقنعة وقوية؟ وما موقف محكمة النزاع تجاه هذه الأسس المعتمد عليها لمخالفة معيار الاختصاص المكرس تشريعا؟.

– أهداف الدراسة :

نسعى من خلال هذه الدراسة لتقييم مدى مساهمة محكمة النزاع في الجزائر في فرض قواعد الاختصاص النوعي خاصة وأن لها كما سبق القول وثيق الصلة بفكرة النظام العام، فلا يجوز مخالفتها حتى من قبل القضاة أنفسهم أيا كانت جهة القضاء ودرجته. و مساهمتها أيضا في فرض المعيار العضوي كأساس لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء وتصويب مسار وقرارات إما مجلس الدولة أو المحكمة العليا وهذا من خلال فقه قضاء هذه المحكمة المتخصصة ذات المهمة المحددة دستوريا وعضويا، خاصة وأن قراراتها وطبقا للمادة 32 من القانون العضوي 98-03 لا تقبل أي طعن وهي ملزمة لجهات القضاء العادي والإداري.

– المنهج المتبع :

تفرض طبيعة هذه الدراسة استعمال المنهج التحليلي اعتبارا أنها تنصب على تحليل قواعد الاختصاص الواردة في القانون العضوي 98-01 المذكور وكذلك القانون 98-02 والقانون العضوي 98-03 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما سنستعمل ذات المنهج في تحليل مضمون القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة النزاع.

— مجال الدراسة :

تتعلق دراسة الحال فقط بمنازعات العقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفاً فيها. وتم اختيارها كعينة لما لها من سعة انتشار إذا غالباً ما يلجأ أصحاب المصلحة للقضاء بغرض الطعن في عقد هبة أو وصية أو بيع وغيرها من العقود ذات الطرف الإداري.

و حري بنا الإشارة أنه في منازعات العقود التوثيقية بالذات تختلف الرؤى وتتعدد الاجتهادات بشأنها، فقد تنظر جهة القضاء للمعيار العضوي أي أطراف النزاع، وتبني حكمها على أساسه. وقد تنظر جهة قضائية أخرى للمعيار الموضوعي أي صلب وموضوع المنازعة دون التأثير والاكتراث بلجانب العضوي. وهو ما حدث عملياً في الجزائر وفرض علينا تسليط الضوء على هذا الموضوع من خلال هذه الدراسة.

— خطة الدراسة :

تم تقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : المعيار العضوي كأساس لتوزيع الاختصاص النوعي في القوانين الخاصة :

المبحث الثاني : وجود محكمة لتنازع الاختصاص ضماناً قانونية وقضائية لتكريس المعيار العضوي.

المبحث الثالث : إنشاء محكمة للتنازع يفرض التشكيلة الخاصة لهذه المحكمة.

المبحث الرابع : محكمة التنازع في مواجهة مخالفة جهات قضائية للمعيار العضوي.

المبحث الأول : المعيار العضوي كأساس لتوزيع الاختصاص النوعي في القوانين الخاصة :

كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 من حيث الأصل المعيار العضوي كأداة لتوزيع الاختصاص بين جهة القضاء العادي والإداري من جهة، وبين جهات القضاء الإداري ذاتها. وتجلي لنا ذلك أيضاً وفي فترة سابقة من خلال قوانين أساسية تمثلت في القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة والقانون المتضمن المحاكم الإدارية وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً: المعيار العضوي في القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة :

استناداً للمادة 9 من القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011<sup>1</sup> يتولى مجلس الدولة النظر ابتدائياً ونهائياً في الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات الوطنية العمومية والمنظمات المهنية الوطنية.

وهكذا تبني القانون العضوي هو الآخر المعيار العضوي فذكر جهات محددة على سبيل الحصر إن كانت طرفاً في النزاع عقد الاختصاص حينها لمجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً دون سواه. ويتعلق الأمر بالجهات التالية :

<sup>1</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2011.

## 1- قرارات السلطات المركزية :

ويقصد بها رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى ومجموع الوزارات المشكلة للحكومة. فما تصدره من قرارات فردية أو تنظيمية تكون قابلة من حيث الأصل للرقابة القضائية لمجلس الدولة فيما يخص قضاء الإلغاء أو فحص المشروعية أو قضاء التفسير دون قضاء التعويض الذي يؤول نوعيا لاختصاص للمحاكم الإدارية بمنطوق المادة 9 من القانون العضوي 98-01 المذكور.<sup>1</sup>

## 2- قرارات الهيئات الوطنية العمومية :

ويدخل تحت هذا العنوان قرارات كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة باعتبارهما من الهيئات الوطنية مع تسجيل ملاحظة جد مهمة أن اختصاص مجلس الدولة يتعلق فقط بالنظر في الدعاوى الموجهة ضد الأعمال الإدارية لهذه الهيئة دون الأعمال التشريعية. فلا يمكن مثلا الطعن القضائي أمام مجلس الدولة فيما يخص إنشاء لجنة تحقيق برلمانية<sup>2</sup> أو ما ورد من آراء في جريدة مداوات المجلس التشريعي في غرفته الأولى أو الثانية. كما يدخل في اختصاص مجلس الدولة أيضا الأعمال الإدارية الصادرة عن المجلس الدستوري والمتعلقة بالموظفين التابعين له دون الأعمال المتعلقة بالرقابة على الدستورية لأنها محصنة ضد الطعن القضائي بمنطوق المادة 191 من الدستور.

## 3- القرارات الصادرة عن المنظمات المهنية الوطنية :

الأصل أن المنظمات المهنية عبارة عن تجمعات أشخاص مكلفة بتنظيم مهنة معينة، وليست جهات إدارية كالوزارة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. ويدخل تحت هذا الصنف اتحاد منظمة المحامين<sup>3</sup> والغرفة الوطنية للموثقين<sup>4</sup> والغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين<sup>5</sup> وغيرها كثير.

والسر في اعتبار منازعات المنظمات المهنية منازعات إدارية رغم أنها تجمعات أشخاص وليست هيئات إدارية يعود بالأصل أنها تمثل أسلوبا من أساليب تسيير المرافق العامة ذات الطابع المهني. فالأصل أن الدولة هي من تنشئ المرفق العام، وقد تتولى تسييره مباشرة عن طريق أعوانها وبأموالها، وقد تعهد بتسييره مثلا لمؤسسة عمومية، كما قد تعهد بتسييره لمنظمة ما مهنية مثلما هو عليه الحال بالنسبة لمنظمة المحامين والموثقين والمحضرين والمهندسين والمحاسبين والخبراء وغيرهم.

من أجل ذلك ذهبت المحكمة الإدارية في تونس في توضيح سبب خضوع هيئة المحامين لاختصاص القضاء الإداري، فورد في قرارها الصادر بتاريخ 14 جويلية 1983 القضية عدد 212 المتعلقة بالهيئة القومية للمحامين ضد أنور بشير ما يلي : " وحيث أن الهيئات المهنية الحرة ومنها هيئة المحامين ولئن ليست من المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، إلا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام وذلك لأنها تجمع بين مقومات هذه الأشخاص، فإنشائها يكون

<sup>1</sup> أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، 2013، الجزائر، ص 173 وما بعدها..

<sup>2</sup>-Rachid ZOAIMIA Marie Christine ROUAULT. DROIT ADMINISTRATIF. BERTI Editions. Alger 2009. P 245

<sup>3</sup> أنظر: القانون 07-13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 2013.

<sup>4</sup> أنظر: القانون 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2006.

<sup>5</sup> أنظر: القانون 03-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2006.

بقانون وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام وقد أضفى عليها القانون نوعا من السلطة العامة وخولها حقوقا من نوع ما تختص به السلطة الإدارية..

وحيث أن تنظيم المهن الحرة كالتب والحمامة والمحاسبين مما يدخل في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة، فإن رأيت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم...فإن ذلك لا يغير من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة.<sup>1</sup> وهذا تأسيس قوي ومقنع وموضوعي.

وضمن نفس التوجه أسند المشرع الجزائري من خلال القوانين الخاصة بالمهن الحرة وهي كثيرة للمنظمات المهنية أمر تسيير المرفق مثلما هو عليه الحال في منظمة المحامين، وغرفة الموثقين، وغرفة المحضرين القضائيين. و اعتبر منازعاتها إدارية بموجب القوانين المذكورة، ترفع أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة حسب الحال. وهو ما كرسه مجلس الدولة في قرارات عديدة منها قراره بتاريخ 28-04-2010 الملف رقم 060189<sup>2</sup> و قراره أيضا بتاريخ 28-09-2011 ملف رقم 062648<sup>3</sup>.

ولقد استقر القضاء في فرنسا منذ جويلية 1942 على اعتبار القرارات الصادرة عن بعض الهيئات الخاصة قرارات إدارية وتكون قابلة للإلغاء أمام القضاء الإداري على الرغم من أنها ليست مؤسسات عمومية. وأسس مفوض الحكومة وجهة نظره أن هذه التجمعات تساهم في إدارة مرفق عام، ويجب أن تتمتع ببعض امتيازات القانون العام وهذا بسبب هدفها المتعلق بالنفع العام.<sup>4</sup>

ثانيا : المعيار العضوي في القانون العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

كرست المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي تحدد قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية المعيار العضوي كمعيار فاصل بين جهتي القضاء العادي والإداري. وبدأ المشرع بذكر الهيئات العمومية أو أشخاص القانون العام كما يلي :

**1- الدولة :** وقصد بها المشرع السلطات المركزية ممثلة في الوزارات.وقد جاء ذكرها على رأس المادة 49 من القانون المدني نظرا لأهميتها ولأنها تشكل الشخص المعنوي الأم وباقي الأشخاص متفرعة عنها. وينحصر اختصاص الدولة في نطاق كل الإقليم التابع لها.ولا يحتاج وجود الدولة إلى نص في الدستور أو القانون أو أي وثيقة أخرى ذات طابع دولي أو داخلي.

المحاكم الإدارية لا تنظر في منازعات إدارية محددة :

طبقا للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة."

<sup>1</sup> أنظر: الدكتور محمد رضا جنيح وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 277.

<sup>2</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة العدد، 10، ص 167.

<sup>3</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة العدد، 10، ص 168.

<sup>4</sup> أنظر: الدكتور مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 376.

من النص أعلاه نستنتج أن إرادة المشرع اتجهت لإبعاد منازعات السلطات المركزية عن ولاية واختصاص المحاكم الإدارية لكن هذا فيما خص فقط:

أ- دعوى الإلغاء.

ب- دعوى تقدير المشروعية.

ج- دعوى التفسير.

خارج عن نطاق هذه الدعاوى الثلاث نكون أمام اختصاص المحاكم الإدارية.<sup>1</sup>

## 2- الولاية:

لا يمكن تسيير شؤون الدولة بالاعتراف لها فقط بالشخصية الاعتبارية، لأن الدولة حتى تضطلع بأعباء السلطة العامة وتلبي سائر الحاجات العامة لأفرادها، تحتاج إلى الاستعانة بأشخاص إقليمية أخرى كالولاية والبلدية.

وللولاية أساس دستوري حددته المادة 16 من التعديل الدستوري لسنة 2016. وقد عرفت المادة الأولى من القانون 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 الولاية بأنها الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.<sup>2</sup> وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة.

ولقد استقلت الولاية عن الشخص الأم (الدولة) ماليا وإداريا حتى تساعد الدولة ذاتها في أداء مهمتها في تلبية حاجات الجمهور بحسب ما تتطلبه الظروف الخاصة بكل جزء من الإقليم. فلا يمكن للدولة تلبية الخدمات للأفراد بأجهزتها المركزية فقط دون المحلية.

و اعترف القانون المدني باعتباره قانون الأشخاص والأموال للولاية بالشخصية الاعتبارية وهو ما تؤكد من خلال قوانين الولاية لسنة 1969 وسنة 1990 وسنة 2012 بما يمكنها من ممارسة مهامها والدخول في معاملات عقدية، وبما يفصل ذمتها المالية عن الدولة كشخص إقليمي، ويمكنها من حق التقاضي، ويجعلها مسؤولة عن أعمالها.<sup>3</sup>

## 3- البلدية:

تعتبر البلدية في التنظيم الإداري الجزائري وبوصف الدستور في مادته 16 الجماعة القاعدية. فهي تمثل البنية الأساسية في التنظيم الإداري الجزائري. ولها هي الأخرى وجود مدني ذكر في المادة 49 ووجود خاص ذكر في قانون البلدية لسنة 1967 وسنة 1990 وقانون 2011.

وتعتبر البلدية طبقا للمادة الأولى من القانون 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أنظر: لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 173 وما بعدها..

<sup>2</sup> أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 12 لسنة 2012.

<sup>3</sup> أنظر: لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 113 وما بعدها. وأيضا الدكتور عمار بوضياف، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2010، ص 141 وما بعدها.

<sup>4</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 2011.

ومما لاشك أن الاعتراف للبلدية بالشخصية الاعتبارية سيخفف العبء على كل من الدولة كتنظيم إقليمي وكذلك على الولاية بما ينجم عن هذا الاستقلال والفصل من آثار قانونية سواء في مجال التعاقد أو الذمة المالية أو المسؤولية القانونية.<sup>1</sup>

#### 4- المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية :

و من أمثلة هذا النوع من المؤسسات الديوان الوطني للخدمات الجامعية حيث أشارت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 95-84 المؤرخ في 22 مارس 1995 المتضمن إنشاء ديوان وطني للخدمات الجامعية وتنظيمه وعمله أن الديوان مؤسسة عمومية ذات طابع إداري.<sup>2</sup>

وقد تتخذ هذه المؤسسات طابع المؤسسة العمومية الوطنية أو المحلية.

ولقد بين الأستاذ رمضان بابادجي في أطروحته للدكتوراه المقدمة في جامعة باريس 1 أن المعيار العضوي ليس له دور فقط في قانون الإجراءات المدنية، بل له دور أساسي وفاعل في قانون الصفقات العمومية في ضوء الأمر 67-90 الذي حدد الجهات المعنية بقانون الصفقات في نص المادة 2 منه. وكذلك أشار قانون الوظيفة العامة الصادر بموجب الأمر 66-133 لجهات عمومية ينتمي لها العون حتى يمكن تسميته بالموظف العام.<sup>3</sup>

المبحث الثاني : وجود محكمة لتنازع الاختصاص ضمانا قانونية وقضائية لتكريس المعيار العضوي :

إن إنشاء محكمة لتنازع الاختصاص يعود تاريخيا في فرنسا إلى قانون 24 مايو 1872.<sup>4</sup> وقد ساهمت هذه المحكمة ذات التشكيلة المتميزة بشكل كبير في فرض قواعد الاختصاص النوعي بالنسبة لجهات القضاء العادي والإداري.

ورغم أن فرنسا طبقت نظام ازدواجية القضاء من سنوات طويلة، وتعد البلد الأقدم و النموذج في هذا النوع من النظام القضائي، إلا أن جهات القضاء العادي والإداري بها لا زالت وإلى اليوم تتسبب في إثارة حالات تنازع الاختصاص بمختلف صوره ومظاهره، وهو ما تؤكد التقارير السنوية لمحكمة التنازع . حيث بلغ عدد الملفات المعروضة على محكمة التنازع الفرنسية سنة 2015 حسب تقرير ذات السنة 42 حالة. وكانت سنة 2014 أكثر حيث بلغت 55 حالة. بينما شهدت سنة 2013 وجود 42 حالة. وهي أقل سنة 2012 إذ بلغت 39 حالة. وبلغت حالات التنازع سنة 2011 حسب التقرير 59 حالة. بينما بلغ عدد حالات التنازع سنة 2010 بمختلف صوره 45 حالة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 81 وما بعدها.

<sup>2</sup> أنظر: الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1995.

<sup>3</sup> Ramdane BABADJI .LE DROIT ADMINISTRATIF EN ALGERIE MUTATIONS ET EVOLUTIONS Thèse de doctorat d'état .UNIVERSITE DE PARIS1. 1989.p71

ولتفصيل بشأن المعيار العضوي في مجال الصفقات راجع الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ص 43 وما بعدها.

<sup>4</sup> لتفصيل أكثر راجع: خلوفي رشيد، القضاء الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 228 وما بعدها. الدكتور عمار عوابدي (النظرية العامة للمنازعات الإدارية) المرجع السابق، ص 137 وما بعدها. الدكتور عمار بوضياف، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، 2008، ص 181.

<sup>5</sup> أنظر: الموقع الرسمي لمحكمة التنازع وقارن بين مضمون مختلف التقارير السنوية للمحكمة.



واستمرار وجود حالات التنازع في البلد النموذج للازدواجية من وجهة نظرنا، دليل واضح أنه حتى وإن سلك المشرع الجزائري المعيار الموضوعي على غرار ما المشرع الفرنسي والتونسي، فإن حالات التنازع ستظل مطروحة في الواقع القضائي بحكم عدم قابلية المنازعات الإدارية من جهة، والخصومات المدنية من جهة أخرى للحصر. واختلاف وجهات نظر القضاة في تكييف روابط قانونية معينة هي محل نزاع قضائي انطلاقاً من أسس مختلفة ومتباينة. وهذا أمر طبيعي يدخل في سياق مهمة مرفق القضاء والاجتهاد المنوط به في تكييف الوقائع المنازعات وربطها بالنصوص واجبة التطبيق.

وإذا كانت الجزائر قد شهدت الإصلاح القضائي سنة 1998 بموجب قوانين عضوية كما بينا، فقد سبق في المحيط المغربي لتونس استحداث مجلس للتنازع بمقتضى القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص. وأحدث ميلاد هذا الهيكل القضائي اختلاف في الرؤية والطرح على مستوى الأسرة القانونية في تونس من أساتذة ومحامين وقضاة فباخص تشكيلة هذا المجلس والإجراءات المتبعة أمامه وكذلك حالات التنازع.<sup>1</sup>

وعليه فإن تنازع الاختصاص يعد نتيجة طبيعية لتعدد جهات القضاء داخل الدولة الواحدة، إذ قد تتنكر كل جهة ولايتها بخصوص مسألة معينة فنكون حينئذ أمام تنازع سلمي في الاختصاص، أي أننا أمام منازعة بغير قاض يتولى النظر فيها، وهذا وضع مجاف للعدالة، فلكل منازعة قاض يتولى النظر فيها.

كما تبرز حالات تنازع الاختصاص في حال تمسك كل جهة قضائية بالنظر في نزاع معين وتفصل فيه مع وحدة الموضوع والسبب والأطراف. وهذا وضع غير سليم فالاختصاص حين يناط بجهة قضاء محددة لا يمكن أن يعقد بذات الأطراف والسبب والموضوع لجهة أخرى.

وتأسيساً على ما تقدم كان لا بد من إيجاد محكمة ترجيحية يعود لها سلطة القرار النهائي والحسم الأخير بصدد تكييف النزاع وعقد الاختصاص إما للقضاء العادي أو القضاء الإداري. وهذه المحكمة هي طبعاً محكمة التنازع بنفس ما هو مكرس في النظام الفرنسي.

ولقد صرح السيد وزير العدل في الجزائر بمناسبة عرض مشروع القانون الخاص بمحكمة التنازع أمام البرلمان بأنه: "لا يكفي إنشاء المحاكم الإدارية وحده لاستكمال بناء المؤسسات القضائية إذا لم يتم تعزيزه بإنشاء محكمة تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالاختصاص والتي تطرأ بين الجهات القضائية التابعة للنظام الإداري وتلك التابعة للنظام القضائي العادي... إن تبني نظام ازدواجية القضاء وتوزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية الإدارية والجهات القضائية العادية على أساس طبيعة النظام، كل ذلك يؤدي إلى قيام الكثير من المنازعات لمعرفة ما يعتبر إدارياً وما يعتبر مدنياً الأمر الذي يقتضي إنشاء هيئة قضائية تتولى الفصل في حالات التنازع لتحديد اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أنظر: غازي الغرايري، مجلس تنازع الاختصاص، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول " إصلاح القضاء الإداري، 27 و 28 نوفمبر 1996 بتونس، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص 65 وما بعدها. وأيضاً وفي نفس المرجع، ص 27 وما بعدها مداخلة:

Sana BEN ACHOUR. LA REPARTITION LEGALE DE COMPETENCE ENTRE LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES. Commentaire de la loi organique 96-38 du 3 juin 1996.

<sup>2</sup> أنظر: الجريدة الرسمية لمداوات مجلس الأمة مارس 98 ص 6.

ولقد سار المشرع الجزائري على نهج التشريع الفرنسي فتم سنة 1996 بموجب المادة 152 من الدستور الإعلان رسمياً عن إنشاء محكمة للتنازع. وصدر القانون العضوي 98-03 المذكور مبيناً تشكيلتها واختصاصها والإجراءات المتبعة أمامها.

وانطلاقاً من النص أعلاه نستنتج أن محكمة التنازع تتمتع بجملة من الخصائص أبرزها:

1- إن محكمة التنازع تابعة للتنظيم القضائي فهي ليست جهة إدارية، بل محكمة متخصصة تنظر في مسألة محددة، ولها تشكيلة خاصة، وتتبع بشأنها إجراءات خاصة تكفل القانون العضوي 98-03 بتحديدتها.

2- إن محكمة التنازع محكمة مستقلة عن كل من جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري، فهي خارج الهرمين القضائيين، ولا يمكن أن تتبع أياً منهما، ولها وضع متميز ومكانة خاصة.

3- إن قضاء محكمة التنازع هو قضاء متساوي الأعضاء، إذ تضم بالتساوي قضاة ينتمون للقضاء العادي ممثلاً في المحكمة العليا، وقضاة من القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة، وهذا ما سنوضحه عند الحديث عن تشكيلة هذه المحكمة الخاصة.

4- إن قضاء محكمة التنازع على حد قول الأستاذ عمار عوابدي قضاء من طبيعة خاصة فهو ليس بالقضاء الابتدائي أو قضاء الاستئناف أو قضاء النقض، وإنما هو قضاء التحديد والتوضيح والتحكيم والفصل في حالات الاختلاف والتنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري.<sup>1</sup>

5- إن قضاء محكمة التنازع ملزم لجهة القضاء العادي ولجهة القضاء الإداري، وأنه غير قابل للطعن بأي طريقة كانت. وهذا أمر طبيعي تفرضه مكانة هذه المحكمة وتشكيلتها الخاصة.

6- إن الهدف من إنشاء محكمة للتنازع هو تجنب الوصول إلى أحكام نهائية يصعب تنفيذها، صادرة عن أجهزة قضائية مختلفة ومستقلة عن بعضها (حالة التنازع الإيجابي) وتجنب حالة إنكار العدالة على المتقاضين بالنسبة للتنازع السلبي.<sup>2</sup>

7- إن إنشاء محكمة للتنازع على حد قول بعض الفقهاء يعد المكمل الطبيعي le complement normal لنظام الازدواجية. ويحقق له التوازن بالحسم في حالات التنازع عن طريق هذه المحكمة الخاصة ذات الاختصاص الدقيق والمحدد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنظر: الدكتور عمار عوابدي (المبادئ للمنازعات الإدارية) المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> أنظر: زغداوي محمد، ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، العدد 10، 1998، ص 114.

<sup>3</sup> أنظر: DE LAUBADERE. A. traite de droit administratif. Paris. LGDJ. Tome 1. 13 ed. p. 278.

### المبحث الثالث : إنشاء محكمة للتنازع يفرض التشكيلة الخاصة لهذه المحكمة :

نصت المادة 5 من القانون العضوي 98-03 على أن: "تشكل محكمة التنازع من سبعة (7) قضاة من بينهم رئيس".

#### • رئيس محكمة التنازع :

ويعين بالتناوب من بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة من قبل رئيس الجمهورية باقتراح من وزير العدل وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء وذلك لمدة ثلاث سنوات، وفي حالة وجود مانع لحضور رئيس محكمة التنازع يخلفه القاضي الأكثر أقدمية.

وهنا نسجل اختلافا فيما خص رئاسة المحكمة بين التشريع الجزائري والتونسي. ففي تونس الرئاسة تأخذ بعين الاعتبار صفة الرئيس إما لمحكمة التعقيب وهي تعادل المحكمة العليا في الجزائر، أو رئاسة المحكمة الإدارية. فالرئاسة في تونس متداولة بين رئيس محكمة التعقيب ورئيس المحكمة الإدارية. بينما الرئاسة في الجزائر لا تسند لرئيس المحكمة العليا ورئيس مجلس الدولة، بل لقاض من بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة يقع عليه الاختيار.<sup>1</sup>

وبفرضه نظام التناوب على رئاسة محكمة التنازع يكون المشرع الجزائري وكذلك التونسي قد تبادى كل نقد يوجه إليه كونه تميز لجهة قضاء دون أخرى، ويكون أيضا قد فتح سبيلا للتعاون والتنسيق بين جهة القضاء العادي والقضاء الإداري بهدف تمكين هذه المحكمة من أداء أفضل وهي تبت في حالات التنازع. ويكون بذلك قد عمل على أحدث قدر من التوازن داخل تشكيلة هذه المحكمة ذاتها.

ويرى بعض الباحثين أنه كان من الأنسب والأفضل لو أسند المشرع رئاسة هذه المحكمة المتخصصة لشخصية لا تنتمي إلى الهرمين القضائيين وتكون لها خبرة في الميدان القانوني وإسنادها لوزير العدل إذا كانت تتوفر فيه الوسطية المرجوة بين الجهازين باعتباره الرئيس الإداري للتنظيم القضائي العدلي من جهة والعادي من جهة أخرى.<sup>2</sup>

وإذا كنا نؤيد هذا الرأي في الشق الأول منه الذي دعى إلى ضرورة إسناد رئاسة محكمة التنازع لشخصية قانونية محايدة لا تنتمي لجهة القضاء العادي ولا لجهة القضاء الإداري كأن تسند الرئاسة لأستاذ جامعي أو باحث في العلوم القانونية والإدارية، فإننا لا نؤيد هذا الرأي في إسناد الرئاسة لوزير العدل، ليس تقريبا من شأنه، أو إنقاصا من قيمته، أو عدم اعتراف بمؤهلاته وتكوينه القانوني، بل بحكم تبعيته للسلطة التنفيذية، وعدم تمتعه بصفة القاضي، فهو عضو في السلطة التنفيذية، وكيف نعتزف له برئاسة محكمة لها مكانتها في سلم النظام القضائي، وقراراتها ملزمة لكل جهات القضاء، وهو يفتقد للصفة القضائية. ثمان تطبيق هذا الرأي لا يتماشى والنظام الدستوري الجزائري الذي

<sup>1</sup> جاء في الفصل 5 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 بخصوص تشكيلة مجلس التنازع في تونس ما يلي: " يرأس مجلس التنازع الاختصاص بالتداول الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية ويضم ستة أعضاء يقع اختيارهم مناصفة من بين رؤساء الدوائر والمستشارين المباشرين بمحكمة التعقيب والمحكمة الإدارية".

وراجع بخصوص التعليق على هذه التشكيلة: غازي الغريزي، المداخلة السابقة، ص 71 .

<sup>2</sup> أنظر: غازي الغريزي، المداخلة السابقة، ص 71.

اعترف بأن السلطة القضائية سلطة مستقلة بموجب المادة 156 منه، والذي اعترف أيضا لمحكمة التنازع بوضع قانوني خاص متميز.

#### • القضاة :

وعددهم ستة نصفهم ينتمي للمحكمة العليا والآخر ينتمي لمجلس الدولة، ويعين هؤلاء من قبل رئيس الجمهورية باقتراح من وزير العدل وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء، ويخضع القضاة للقانون الأساسي للقضاء.

وحتى تكون مداولة محكمة التنازع في الجزائر صحيحة يجب أن تتشكل على الأقل من 5 أعضاء 2 من المحكمة العليا و 2 من مجلس الدولة وهذا ما قضت به المادة 1/12 من القانون العضوي 98-03.

ولقد أحسن المشرع حينما ساوى في مجال التمثيل بين مجلس الدولة والمحكمة العليا. لأنه لو فعل خلاف ذلك فغلب في تشكيلة محكمة التنازع جهة معينة سواء مجلس الدولة أو المحكمة العليا لطرحت إشكالية تحيز محكمة التنازع بالنظر لأغلبية التمثيل داخل هذه المحكمة. ثم أن هذا التوازن يعد عنصرا هاما وأساسيا من شأنه أن يضمن حسن سير هذه الهيئة القضائية العليا ذات المهام المحددة أولا، كما أن من شأنه أن يضمن حسن سير كل من جهات القضاء العادي والقضاء الإداري حتى لا يحدث أي ارتباك عندما يحتل التوازن ولا يتساوى التمثيل بين جهتي القضاء العادي والإداري.

ولا ينبغي من وجهة نظرنا الإفراط في البحث عن التوازن المطلق والتكافؤ التام داخل محكمة التنازع، لأن هذا الأمر يدفعنا إلى أن نحيد عن الهدف والغاية التي أنشأت من أجلها المحكمة والرسالة المعهودة بها. ولأن الغاية من التوازن هو أن تلتئم المحكمة وتحسم في حالات التنازع المعروضة عليها بين الجهتين القضائيتين وهي تضم تركيبة متساوية من حيث العضوية ثلاثة من المحكمة العليا وثلاثة من مجلس الدولة، دون محاولة البحث عن توازن مطلق لأن ذلك لن يحدث على أساس أن المحكمة تحتاج لمباشرة عملها لرئيس، وهذا أمر طبيعي ومطلوب في كل تشكيلة قضائية، وأن هذا الأخير ووفقا للنصوص إما أن يكون تابعا للمحكمة العليا أو مجلس الدولة ولا يمكن أن يكون تابعا لهما معا.

ومن هنا فإن أغلبية الانتماء إلى جهة قضائية معينة من القضاء العادي أو القضاء الإداري مسألة أكيدة فيما يتعلق بتشكيلة هذه المحكمة المتميزة، ولا يؤثر ذلك قطعا على مهامها وطبيعتها قراراتها خاصة وأن الدستور كما ذكرنا جعل قرارات هذه المحكمة ملزمة لجهات القضاء العادي والقضاء الإداري، وجعلها غير قابلة للطعن بأي طريقة كانت. وفرض القانون العضوي لسنة 1998 أن تكون مسببة وأن يرد فيها ذكر النصوص القانونية المطبقة وكلها ضمانات وضوابط تخدم مسألة حياد وموضوعية هذه الجهة القضائية الخاصة.

ثم أنه ينبغي أن لا ننسى أن قضاة محكمة التنازع من ذوي الخبرة الكبيرة والاطلاع الواسع وأنهم سيستعملون حال فصلهم في القضايا المعروضة عليهم مقتضيات المصلحة العامة لا محاولة تطبيع قضية معينة بطابع خاص تأثرا بانتمائهم لنوع من القضاء دون الآخر.

وينبغي أن نسجل وجها من أوجه الاختلاف بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي بخصوص اختيار قضاة محكمة التنازع، حيث أنه وفي التشريع الفرنسي يختار قضاة محكمة النقض من قبل زملائهم وكذلك الحال بالنسبة

لقضاة مجلس الدولة، في حين نجد القضاة جميعهم في التشريع الجزائري يعينون من قبل رئيس الجمهورية سواء كانت جهة الانتماء لمجلس الدولة أو للمحكمة العليا.

ولقد فرض القانون العضوي 98-03 على وزير العدل أن يضع تحت تصرف رئيس محكمة التنازع الوسائل الضرورية التي تمكن هذه المحكمة من القيام بوظيفتها على المستوى القضائي.

#### • محافظ الدولة ومساعدته :

إضافة إلى رئيس محكمة التنازع والقضاة يعين على مستوى المحكمة قاض بصفة محافظ دولة ولمدة ثلاث سنوات من قبل رئيس الجمهورية باقتراح من وزير العدل وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء. ويساعده محافظ دولة مساعد يعين بذات الكيفية ولمدة ثلاث سنوات، ويتولى محافظ الدولة أو مساعده تقديم طلباته ومذكراته بخصوص حالات التنازع المعروضة على المحكمة.

والملاحظ أن المشرع لم يبين بدقة الجهة التي يختار منها محافظ الدولة أو مساعده، وعمّا إذا كان أحدهما أو كلاهما ينتسب لجهة القضاء العادي أو الإداري. ويعود السر في عدم تحديد الجهة التي تختار منها محافظ الدولة ومساعدته إلى طبيعة مهام المحافظ، أو مساعده فهما لا يشاركان في المداولات ويكتفيان بتقديم الطلبات. ومع ذلك كان من المفروض تحديد الجهة توخيا للدقة.

#### كتابة الضبط:

يتولى مهام كتابة الضبط بمحكمة التنازع كاتب ضبط رئيسي يعين من قبل وزير العدل، ويمارس ذات المهمة المسندة لكتاب الضبط في الهيئات القضائية العادية والإدارية.

#### المبحث الرابع : محكمة التنازع في مواجهة مخالفة جهات قضائية للمعيار العضوي :

إذا كان المعيار العضوي يتميز بالبساطة، وهو معيار معتمد تاريخيا في الجزائر منذ قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 وإلى غاية قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجاري به العمل اليوم. غير أنه من خلال التطبيقات القضائية تبين أن هذا المعيار قد لا ينظر إليه من قبل جهة الحكم في بعض الحالات، بل قد يتم تجاوزه فيصرف القضاء الإداري حينئذ النظر لموضوع وصلب النزاع لا أطراف النزاع، وهو ما اتضح في بعض قرارات مجلس الدولة ذاته باعتباره جهة عليا للقضاء الإداري. وتجلّى أساسا في منازعات العقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفا فيها.

وقبل استعراض اجتهادات كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا بصدد تطبيق المعيار العضوي فيما عرض عليهما من منازعات تتعلق بالعقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفا فيها حري بنا التوقف عند مضمون المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها :

"الحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."

ورغم أن المشرع الجزائري كان واضحا و كرس المعيار العضوي لرسم قواعد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، إلا أن التطبيقات القضائية أفرزت حالات من تنازع الاختصاص في صورته السلبية بين جهتي القضاء فيما خص الطعن القضائي بصدد العقود التوثيقية ذات الطرف الإداري. فيعرض النزاع على جهة القضاء العادي فتنكر الاختصاص، وتقدر بما لها من سلطة أن النزاع يعود بالنظر إلى جهة القضاء الإداري. وذات الأمر يحدث بالنسبة لجهة القضاء الإداري، فتقدر أن ذات النزاع يؤول للقضاء العادي، فنكون في النهاية أمام منازعة بلا قاض وهذا أمر مجاف للعدالة، ذلك أن لكل منازعة قاض يفصل فيها.

وهنا يكمن بحق عظمة دور محكمة التنازع باعتبارها المحكمة التي عهد لها الدستور أمر مراجعة مسار وقضاء كل من جهات القضاء العادي ولو بمرتبة المحكمة العليا. و مراجعة مسار القضاء الإداري ولو بمرتبة ومكانة مجلس الدولة. وستتولى فيما يلي عرض بعض حالات تجاوز المعيار العضوي واختلاف الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة وتصحيح المسار من جانب محكمة التنازع:

الفقرة الأولى: مجلس الدولة ينكر اختصاصه بالنظر في منازعات العقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفا فيها:

وتجلى ذلك في قرارات عديدة نذكر أهمها فيما يلي:

#### 1- منازعة حول عقد هبة مديرية أملاك الدولة طرفا فيها :

قدم مجلس الدولة في قراره الصادر عن الغرفة الثانية تحت رقم 8631 بتاريخ 12-11-2001 تكييف العقد الهبة بأنه عقد مدني ومن ثم فإن إلغاءه يعهد بالقضاء العاديا الإداري رغم أن مديرية أملاك الدولة لولاية برج بوعريريج كانت طرفا في الدعوى. وبالتالي لم يعتمد في قراره هذا المعيار العضوي، بل عكس ذلك اعتمد المعيار الموضوعي.<sup>1</sup>

فمجلس قضاء سطيف كجهة للقضاء الابتدائي الإداري ممثلا في غرفته الإدارية سابقا<sup>2</sup> حكم بتاريخ 11-12-2000 بإلغاء عقد الهبة وأقر اختصاصه بالنظر في النزاع. وهو ما يدل أن جهة القضاء الابتدائي تقيدت بالنص ووظفت المعيار العضوي المكرس تشريعا، غير أن مجلس الدولة وعلى إثر استئناف في الموضوع ذهب لخلاف ما أقرته الغرفة الإدارية معتبرا أن النزاع يتعلق بعقد مدني توثيقي لا يمكن أن يكون عرضة للإلغاء إلا من جانب القضاء العادي. وهو ما يقودنا إلى نتيجة أن مجلس الدولة تأثر بموضوع النزاع لا أطراف النزاع ووقع تحت طائلة مخالفة واضحة للنص التشريعي ممثلا في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والتي تقابلها اليوم المادة 800 المذكورة أعلاه، هذه المادة التي أقامت اختصاص القضاء الإداري على المعيار العضوي، اعتبارا و فقط لوجود أحد الجهات المحددة في النص طرفا في النزاع وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، لا المعيار الموضوعي أو المادي الذي يلزم القاضي بتسليط الضوء و صرف الهمة لموضوع النزاع.

<sup>1</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 143 .

<sup>2</sup> نظام الغرف الإدارية في الجزائر ساد في المرحلة السابقة لتنصيب المحاكم الإدارية .

إن النزاع محل القرار أعلاه يدور حول عقد الهبة وهذا الأخير يحكمه القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.<sup>1</sup> فالمادة 202 منه عرفت الهبة بأنها "الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".<sup>2</sup>

ففضاء مجلس الدولة تأثر بموضوع النزاع كونه ينصب على عقد من عقود القانون الخاص، وأنكر اختصاصه رغم وجود مديرية أملاك الدولة طرفا في النزاع، وكان يتعين عليه الفصل في المنازعة الناتجة عن عقد الهبة مادامت مديرية أملاك الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع إعمالا وامتنالا للمعيار العضوي المكرس تشريعا. ويبقى أن هذا القرار يشكل اجتهادا من جانب مجلس الدولة وجب احترامه.

## 2- منازعة حول وصية مديرية البلدية طرفا فيها :

ضمن ذات السياق ذهب مجلس الدولة في قرار له صدر عن الغرفة الرابعة تحت رقم 3358 بتاريخ 24-12-2001 بأن الاختصاص في مشروعية وصية منوط بالقضاء العادي لا الإداري رغم أن بلدية الأخضرية كانت طرفا في النزاع.<sup>3</sup> وطبقا للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 ويقابلها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 ساري المفعول يؤول الاختصاص بالنظر في هذه المنازعة للقضاء الإداري لا العادي خلاف ما ذهب إليه مجلس الدولة. وهنا نسجل أيضا تجاوز صريح وواضح من جانب المجلس للمعيار العضوي ومخالفته لمضمون المادتين أعلاه.

واتضح تأثر مجلس الدولة بموضوع النزاع واضحا من خلال هذا القرار كسابقه. فالنزاع في موضوعه يتعلق بمسألة واردة ومحكومة بقانون الأسرة، هذا الأخير الذي قدم تعريفا للوصية في المادة 184: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع." وبينت المادة 185 حدودها بالنص: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة." كما بينت المادة 191: شكلها بالنص: "تثبت الوصية:

### 1) بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.<sup>4</sup>

فنظرا لهذه الأحكام قدر مجلس الدولة في القرار أعلاه أن النزاع لا يؤول إليه بالنظر كجهة للقضاء الإداري، بل يؤول لجهات القضاء العادي. وبذلك خالف المعيار العضوي باجتهاده هذا فيما نرى.

<sup>1</sup> أنظر: القانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 105 لسنة 1984 معدل ومتمم بموجب الأمر 02-05 بتاريخ 27 فبراير 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية: هبة - اشتراط الواهب بقاء الأموال تحت تصرفه إلى ما بعد مماته- وصية وارث-إبطال التصرف. إن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

قرار المحكمة العليا بتاريخ 05-03-1990 الملف 59240 منشور بالمجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الثالث، 1992، ص 57.  
<sup>3</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، ص 158.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية: وصية- وجوب إفراغها في الشكل الرسمي- تطبيق صحيح القانون.  
قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 الملف 160350 منشور بالمجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الخاص، 2001، ص 295.

## 3- منازعة حول عقد بيع البلدية طرفاً فيها :

استمر مجلس الدولة في إنكار اختصاصه بالنظر في منازعات العقود التوثيقية حتى ولو كانت الإدارة طرفاً في النزاع. فمرة أخرى صدر القرار عن الغرفة الرابعة تحت رقم 013673 فهرس 100 بتاريخ 01-02-2005 معتبراً إلغاء العقود التوثيقية من اختصاص القضاء العادي لا الإداري. رغم أن بلدية السحاولة طرفاً في النزاع.<sup>1</sup>

وسبب مجلس الدولة قراره كما يلي : "

حيث ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية كان المدعون فيها يهدفون منها بطلان العقد التوثيقي رقم 113/114 المؤرخ في 14-07-1997 والمتضمن بيع الوكالة العقارية ما بين البلديات لكل من ن. ح. ون. ع. قطعة مخصصة للبناء تقدر مساحتها ب 5.266 متر مربع تحت رقم 08.

حيث ثابت من طبيعة العقد أنه محرر من طرف موثق خاص ومبرم بين أطراف يخضعون للقانون الخاص.

حيث هذا العقد غير خاضع لرقابة القاضي الإداري ولا لاختصاصه وأن وجود إدارة عامة كطرف في النزاع المجلس الشعبي البلدي للسحاولة لا يغير في شيء من طبيعة النزاع إذ يبقى من اختصاص القاضي العادي.

حيث يتعين وأمام كل هذه المعطيات القضاء بإلغاء القرار المستأنف وبوجه التصدي القضاء بعدم الاختصاص النوعي."

التعليق على القرارات الثلاثة مجتمعة :

من الواضح في القرارات أعلاه أن مجلس الدولة خالف أكثر من مرة المعيار العضوي وأنكر اختصاصه رغم أن المديرية الولائية لأملاك الدولة أو البلدية كانت طرفاً في النزاع، وقد ورد ذكرهما في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 والمادة 800 سابق الإشارة إليها. فالبلدية شخص من أشخاص القانون العام وكذا الحال بالنسبة للولاية.

وبحسب منطوق المادتين أعلاه يؤول الاختصاص بالنظر في المنازعة المتعلقة بإبطال العقود التوثيقية للقضاء الإداري وحده عندما تكون الإدارة طرفاً في المنازعة ممثلة إما في الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، أي جميع أشخاص القانون العام، دون صرف الهمة لموضوع النزاع كونه يتعلق بعقد بيع، أو يتعلق بوصية، أو هبة وغيرها من عقود القانون الخاص.

ولا ينبغي أبداً تسليط الضوء على موضوع النزاع كونه يتعلق بأحد العقود المدنية، المنظمة بأحكام القانون المدني أو قانون الأسرة، وبالتالي يرجع الفصل فيه للقضاء العادي كما ذهب مجلس الدولة في القرارات أعلاه، لما في المسألة من مخالفة صريحة وواضحة ومعلنة للمعيار العضوي المكرس تشريعياً، هذا الأخير الذي يلزم القاضي الإداري بالفصل في كل منازعة إدارية تكون أحد الجهات الأربعة طرفاً فيها هذا طبعاً خارج دائرة الاستثناءات المقررة قانوناً والمشمولة بالمادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتعلق الأمر بمخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات

<sup>1</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 7، ص 161.



أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة العمومية. وهي حالات ورد ذكرها على سبيل الحصر و يؤول الاختصاص بالنظر فيها للقضاء العادي ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع. وما عدا ذلك، أي ما خرج عن دائرة الاستثناء يدخل في القاعدة، ومن ضمن ما تشمله القاعدة العقود التوثيقية التي تكون الإدارة طرفا فيها.

وما كان يجب على مجلس الدولة أن يقرر عدم اختصاصه في القرارات أعلاه بالفصل في موضوع النزاع كونه يتعلق بأحد عقود القانون الخاص ألا وهو عقد الهبة، أو تصرف في شكل وصية المحكومين معا بقواعد قانون الأسرة، وبالتالي يعلن تأثره الواضح بموضوع المنازعة، ولا يهتم بأطرافها. في حين يفرض عليه التشريع الإجرائي المحدد لقواعد الاختصاص النوعي فقط التقيد بالمعيار العضوي ووجود طرف إداري في المنازعة وهي إما الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري لوصفها بالمنازعة الإدارية، دون أن يصرف المهمة لأمر ما، أو معيار آخر.

فالمعيار العضوي يتسم بالبساطة والوضوح و يكاد أن يكون معيارا آليا من وجهة نظرنا، فإذا عرف صاحب المصلحة الجهة المدعى عليها وكانت ضمن الجهات المذكورة في المادة 800 أو المادة 7 سابقا تبين له القاضي المختص طبعا خارج إطار الاستثناء المقرر قانونا بموجب المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفقرة الثانية: المحكمة العليا لا تعترف باختصاصها بشأن المنازعات المتعلقة بالعقود التوثيقية ذات الطرف الإداري:

رفضت المحكمة العليا في غرفتها المدنية بموجب قرار صدر بتاريخ 2004/07/21 (تحت رقم 283737) الذي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/01/22 (تحت رقم 2000/537)، وأحال القضية والأطراف إلى نفس الجهة القضائية معتبرا أن النزاع من اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي المذكور لا الغرفة المدنية.<sup>1</sup>

وهذا الاجتهاد من جانب المحكمة العليا يساير المعيار العضوي ويسير في فلكه ولا يعارضه أبدا. فالمحكمة العليا راعت الجانب العضوي كون بلدية سيدي بلعباس طرفا في الدعوى فتطبيقا للمعيار العضوي يؤول الفصل في المنازعة للقضاء الإداري لا القضاء العادي. وهو تكييف صائب وتوجه سليم يتماشى مع المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية سابقا، والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حاليا.

اجتهاد محكمة التنازع وتثبيت اختصاص القضاء الإداري :

ظلت العقود التوثيقية التي تكون الإدارة طرفا فيها تثير إشكالا كبيرا في مجال الاختصاص النوعي مرده اجتهاد كل جهة سواء كانت تنتمي للقضاء العادي أو الإداري. وهو ما تسبب في ظهور حالات للتنازع السلبي، حيث أقرت كل جهة قضائية اختصاصها بالفصل في منازعة تتعلق بعقد توثيقي شمل طرفا إداريا. وهذا الأمر استلزم عرض إشكالية التنازع على المحكمة المختصة لتفصل فيها وهي طبعا محكمة التنازع.

ونظرا لأهمية هذا القرار فيما خص أعمال المعيار العضوي نسوق بعض محتوياته.

<sup>1</sup> أنظر: المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص 264.

ملف رقم 73 - قرار بتاريخ 2008/12/21

قضية بلدية سيدي بلعباس ضد ورثة المرحوم (غ-ع)

إبطال عقد توثيقي قضائيا

تنازع سلمي في الاختصاص

قانون عضوي رقم : 98 - 03

قانون الإجراءات المدنية : المادة : 07<sup>1</sup>

القضاء الإداري هو المختص نوعيا بإبطال عقد توثيقي عندما تكون الإدارة طرفا في النزاع.<sup>2</sup>

إن محكمة النزاع

في الجلسة العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بنهج 11 ديسمبر 1960 بالأبيار - الجزائر.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بمقتضى القانون العضوي 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة النزاع، تنظيمها وعملها.

وبعد دراسة كافة مستندات الملف.

بعد الاستماع إلى/ السيد كروغلي مقداد- رئيس محكمة النزاع في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة/ خيرات مليكة محافظة الدولة لدى محكمة النزاع في طلبتها المكتوبة.

حيث أنه، بموجب عريضة مسجلة بتاريخ 2008/05/26 لدى أمانة ضبط محكمة النزاع عرضت بلدية بلعباس المتقاضية بواسطة ممثلها القانوني على محكمة النزاع تنازعا سلميا في الاختصاص ناجما عن القرارين التاليين :

القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 2004/07/21 (تحت رقم 283737) الذي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/01/22 (تحت رقم 2000/537)، وأحال القضية والأطراف إلى نفس الجهة القضائية معتبرا أن النزاع من اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي المذكور.

<sup>1</sup> تقابلها حاليا المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

<sup>2</sup> أنظر:المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة النزاع، سبق ذكره، ص 263 وما بعدها.

القرار الصادر عن الغرفة الرابعة لمجلس الدولة بتاريخ 2008/01/30 (تحت رقم 39663) الذي ألغى القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2007/02/05 (تحت رقم 2007/49) وفضلا من جديد، صرحت بعدم اختصاص الجهة القضائية الإدارية نوعيا للفصل في النزاع....

## وعليه

في الشكل: حيث إنه وطبقا لمقتضيات المادة 17 الفقرة 1 من القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 98/06/03 المتعلق باختصاص وتنظيم وسير محكمة النزاع :

وأنه وفي قضية الحال فإن آخر قرار هو القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2008/01/30؛

و أنه لا وجود في الملف لأي أثر لتبليغ هذا القرار فإنه يمكن اعتبار عريضة الفصل في تنازع الاختصاص المودعة أمام محكمة النزاع بتاريخ 2008/05/26 مقبولة.

حيث أن المدعى عليهم تمسكوا من جهة أخرى بأن السيد غ.ق لم يكلف بالحضور غير أن دراسة مستندات الملف تثبتت أن السيد غ.ق كلف بالحضور؛

وأنه يتعين رفض هذه الحجة لعدم تأسيسها؛

في الموضوع : حيث إنه يستخلص من المستندات والوثائق المرفقة بالملف أن بلدية سيدي بلعباس رفعت دعوى قضائية على المدعى عليهم لإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بملكية قطعة أرضية المحرر من طرف الموثق الأستاذ ... أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي ثم أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي الإداري، غير أن القضائين صرحا بعدم اختصاصهما للفصل في النزاع المعروض عليهما؛

وأن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2004/07/21 (تحت رقم 283737) نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/01/22 وأحالت القضية معتبرة النزاع من اختصاص الجهة القضائية الإدارية مستندة إلى مقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية؛

وأن مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2008/01/30 (تحت رقم 39663) ألغى القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2007/02/05 وفضلا من جديد صرح بعدم اختصاص الجهة القضائية الإدارية للفصل في النزاع معتمدا على اجتهاد قضائي لمجلس الدولة الذي مفاده أن الطعون بالإبطال في العقود التوثيقية هي من اختصاص الجهات القضائية للقضاء العادي؛

حيث إن المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية تنص صراحة وبكل وضوح على «تختص المجالس القضائية بالفصل ابتداءً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا؛ جميع القضايا أيا كانت التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، طرفاً فيها».

وأن الاستثناءات الوحيدة من هذه القاعدة هي تلك المنصوص عليها في المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، أما النزاع المعروض لا يدخل في الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية؛

حيث أن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة لا يمكنه تعطيل مقتضيات القانون لا سيما وأن المشرع ما انفك يؤكد على المعيار العضوي في تحديد اختصاص الجهات القضائية؛

وأنة وبتصريحه بعدم اختصاص الجهات القضائية الإدارية نوعيا للفصل في نزاع قائم بلدية وأشخاص طبيعية خاضعين للقانون الخاص؛ فإن مجلس الدولة لم يراع أحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية؛

وأنة يتعين بالتالي القول بأن قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2008/01/30 باطل ولا أثر له وأن القضاء الإداري هو وحده المختص في الفصل في النزاع الحالي وإحالة القضية والأطراف أمام مجلس الدولة لفصل فيها من جديد وفقا للقانون؛

لهذه الأسباب

تقرر محكمة النزاع :

المادة 1 : قبول العريضة شكلا.

المادة 2 : القول بوجود تنازع سلبي في الاختصاص.

المادة 3 : القول بأن القضاء الإداري هو المختص للفصل في النزاع.

المادة 4 : القول بأن القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2008/01/30 (تحت رقم 39663) باطل ولا أثر له.

المادة 5 : المصاريف على المدعى عليهم.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد وعشرون من شهر ديسمبر سنة ألفين وثمانية من قبل محكمة النزاع المشكلة من..."

التعليق على القرار:

واضح من خلال القرار أعلاه الصادر عن محكمة النزاع سنة 2008 أنه صحح اجتهادا سابقا لمجلس الدولة يتعلق باختصاص القضاء العادي بالنظر في العقود التوثيقية عندما حتى ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع. وهذا اجتهاد كما رأينا مخالف للمعيار العضوي المكرس في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والتي تقابلها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن حسن الحظ أن حالة تنازع سلبي قد عرضت على محكمة النزاع لتصحيح هذه الأخيرة اجتهادا لمجلس الدولة تم تداوله واعتماده في أكثر من قرار، وتكرس هذه المحكمة اختصاص القضاء الإداري وحده بالنظر في منازعات العقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفا في النزاع تطبيقا لمقتضى المادة 7 المذكورة. وهو اجتهاد يتماشى بحق مع النصوص الإجرائية الجاري بها العمل.

الفقرة الثالثة: مجلس الدولة عدل عن اجتهاده السابق والتزم بالمعيار العضوي:

تطبيقا لقرار محكمة التنازع أعلاه والذي فرض التقييد والعمل بالمعيار العضوي معترفا باختصاص جهات القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود التوثيقية ذات الطرف الإداري صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 29-04-2010 تحت رقم 052520 معدلا موقفه السابق وقراراته المنشورة في ذات الموضوع. وجاء القرار الجديد مكرسا للمعيار العضوي معترفا باختصاص القضاء الإداري بإلغاء العقود التوثيقية عندما تكون الإدارة طرفا في النزاع.

وبالرجوع لحيثيات القرار نجد أنه قد تضمن العبارة التالية: " حيث أنه يتبين من أوراق الملف أن الطرف المدعي في الدعوى الحالية هي ولاية بجاية وأنه عملا بأحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللتين يأخذ المشرع بهما بالمعيار العضوي في تحديد قواعد الاختصاص النوعي بين الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية ينعقد الاختصاص في الدعوى الحالية حتما للقضاء الإداري بصرف النظر عن موضوع الدعوى إن كان يتعلق بعقد إداري أم بعقد مدني".<sup>1</sup>

وبالتالي حدث العدول عن اجتهاد سابق لمجلس الدولة بخصوص الطعن القضائي في العقود التوثيقية ذات الطرف الإداري، وحدثت المراجعة والانسجام مع النص وهذا طبعاً بفضل تدخل محكمة التنازع وفرضها للمعيار العضوي المكرس تشريعاً في الجزائر.

الخاتمة:

تبين لنا من خلال هذه الدراسة التطبيقية أن قضاء مجلس الدولة في الجزائر خالف مقتضيات المعيار العضوي كمعيار تشريعي يفصل بين اختصاص جهات القضاء العادي والقضاء الإداري. فرغم أن الإدارة كانت طرفاً في المنازعات المتعلقة بالعقود التوثيقية ممثلة في البلدية أو الولاية، إلا أن قضاء مجلس الدولة قبل سنة 2008 تنكّر لاختصاصه معتبراً أن الاختصاص يعقد لجهات القضاء العادي. وتأثر بموضوع النزاع كونه يتعلق أحياناً بعقد هبة أو تصرف في شكل وصية أو عقد بيع، ولم يكثر بإعمال المعيار العضوي كمعيار تشريعي.

وبمناسبة قضية تنازع سلمي بين القضائين العادي والإداري حول عقد توثيقي تضمن وجود إدارة كطرف في النزاع، أقرت محكمة التنازع في قرارها التاريخي المذكور أعلاه الاختصاص النوعي للقضاء الإداري إعمالاً وتطبيقاً وامتثالاً للمعيار العضوي، كون الإدارة طرفاً في النزاع. وهذا اجتهاد يساير التشريع المعمول به، ويتمشى معه نصاً وروحاً.

وبالنتيجة نصل للقول أنه إذا كان خيار المشرع الجزائري بشأن توزيع قواعد الاختصاص بين القضاء العادي والإداري هو اعتماد المعيار العضوي، وأن هذا الأخير يتسم بالبساطة، ولا يرهق القاضي وكذلك المتقاضين وأعوان القضاء من محامين، فيكفي وجود طرف إداري في النزاع لمعرفة ولاية واختصاص جهة القضاء الإداري وهذا خارج دائرة الاستثناءات المقررة قانوناً.

ومع ذلك يبقى أن من سلبيات وعيوب المعيار العضوي أنه لا يعتد بموضوع النشاط، فالإدارة تمارس نوعين من الأعمال فهي أحياناً تمارس الأعمال السلطوية، فتخضع لاختصاص القانون العام ولولاية القاضي الإداري. غير أنه

<sup>1</sup> أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 10، ص 136.

في حالات أخرى تنزل إلى مرتبة الأفراد وتبرم مثلا عقودا مدنية الأمر الذي يفرض إخضاعها لقواعد القانون الخاص، وبالنتيجة لولاية القضاء العادي لا الإداري. وهو الوضع السائد في فرنسا وتونس باعتبارهما من الدول التي أخذت بالمعيار الموضوعي لا المعيار العضوي. ويخالف ما هو جارٍ بع العمل في الجزائر التي كرست المعيار العضوي وهو معيار آلي لا يصرف همة لموضوع النشاط، بل يهتم فقط بأطراف النزاع.

## ✓ لائحة المصادر والمراجع :

- القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2016. ولتفصيل أكثر بخصوص هياكل القضاء الجزائري راجع: الدكتور عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، ريجانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 261 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 143 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 31 وما بعدها. الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 166 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1998. ولتفصيل أكثر بخصوص هذه المحكمة راجع: الدكتور عمار بوضياف، دور محكمة النزاع في المحافظة على قواعد الاختصاص النوعي، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة النزاع، سابق الإشارة إليه، ص 303-336.
- الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004.
- الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور خليل بوصنوبرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات نوميديا، الجزائر، 2010، ص 63 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 47 لسنة 1966.
- الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2011.
- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، 2013، الجزائر، ص 173 وما بعدها.
- القانون 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 2013.
- القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2006.
- القانون 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2006.
- الدكتور محمد رضا جنيت وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 277.
- مجلة مجلس الدولة العدد، 10، ص 167.
- مجلة مجلس الدولة العدد، 10، ص 168.
- الدكتور مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 376.
- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 173 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية، العدد 12 لسنة 2012.
- الدكتور عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 113 وما بعدها. وأيضا الدكتور عمار بوضياف، التنظيم الإداري في الجزائر بين النظرية والتطبيق، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2010، ص 141 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 2011.
- الدكتور عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 81 وما بعدها.
- الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 1995.
- الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ص 43 وما بعدها.

- خلوفي رشيد، القضاء الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 228 وما بعدها. الدكتور عمار عوابدي (النظرية العامة للمنازعات الإدارية) المرجع السابق، ص 137 وما بعدها. الدكتور عمار بوضياف، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، 2008، ص 181.
- الموقع الرسمي لحكمة التنازع وقارن بين مضمون مختلف التقارير السنوية للمحكمة.
- غازي الغرايري، مجلس تنازع الاختصاص، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول " إصلاح القضاء الإداري، 27 و 28 نوفمبر 1996 بتونس، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص 65 وما بعدها. وأيضا وفي نفس المرجع، ص 27 وما بعدها مداخلة:
- أنظر: الجريدة الرسمية لمداوالات مجلس الأمة مارس 98 ص 6.
- أنظر: الدكتور عمار عوابدي (المبادئ للمنازعات الإدارية) المرجع السابق، ص 139.
- أنظر: زغداوي محمد، ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، العدد 10، 1998، ص 114.
- مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 143 .
- نظام الغرف الإدارية في الجزائر ساد في المرحلة السابقة لتنصيب المحاكم الإدارية .
- القانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 105 لسنة 1984 معدل ومتمم بموجب الأمر 05-02 بتاريخ 27 فبراير 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية: هبة - اشتراط الواهب بقاء الأموال تحت تصرفه إلى ما بعد مماته - وصية وارث - إبطال التصرف. إن قضاة الاستئناف لما قضوا بطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 05-03-1990 الملف 59240 منشور بالمجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الثالث، 1992، ص 57.
- مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، ص 158.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية: وصية - وجوب إفراغها في الشكل الرسمي - تطبيق صحيح القانون.
- قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 الملف 160350 منشور بالمجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الخاص، 2001، ص 295.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 7، ص 161 .
- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص 264.
- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، سبق ذكره، ص 263 وما بعدها.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 10، ص 136.

-Rachid ZOIAIMIA Marie Christine ROUAULT. DROIT ADMINISTRATIF. BERTI Editions.  
Alger 2009. P245

-Ramdane BABADJI .LE DROIT ADMINISTRATIF EN ALGERIE MUTATIONS ET EVOLUTIONS Thèse  
de doctorat d'état .UNIVERSITE DE PARIS1. 1989.p71

-Sana BEN ACHOUR. LA REPARTION LEGALE DE COMPETENCE ENTRE LES JURIDICTIONS  
ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES. Commentaire de la loi organique 96-38 du 3 juin 1996.

DE LAUBADERE. A. traite de droit administratif. Paris.LGDJ.Tome 1.13 ed .p278.

## الحماية القانونية للمصنفات الرقمية



**صوفيا بومنيينة : محامية متمرنة بهيئة طنجة  
باحثة في صف الدكتوراه وحدة قانون الأعمال  
جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة**

تمهيد :

شهد النصف الأخير من القرن العشرين تطورا في مختلف مجالات الإنتاج الفكري، لازمه تطور في وسائل نقل الإنتاج الذهني إلى الجمهور ووسائل تداولها واستخدامه، وترتب عن ذلك ظهور طوائف جديدة من المصنفات المبتكرة، مثل : برامج الحاسوب، وقواعد البيانات الالكترونية، والمصنفات الرقمية المتعددة الوسائط.

وساعد في ذلك انتشار الحاسوب وكثرة استعمال شبكة الإنترنت في كافة مجالات الحياة لما يتمتع به من قدرات فائقة على التخزين والترتيب، وإعادة عرض المعلومات.

وتبعاً لذلك، أصبح الإنترنت وما يرتبط به من مسائل قانونية فرعاً متميزاً من فروع القانون المعاصر، تقننه عقود الاشتراك المتنوعة<sup>1</sup> أي ما يمكن تسميته بالتنظيم القانوني للتعامل مع الإنترنت وعن طريقه، أما الشق الثاني فهو حماية الحقوق المترتبة عن ذلك ؛ وفي مقدمتها حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

<sup>1</sup> - مثل : عقود إنشاء المواقع وعقود التجارة والخدمات الإلكترونية.



ومع ذلك، يعد الإنترنت من الوسائل الرقمية التي تسهل إلى حد كبير النسخ والنشر غير المأذون بهما، وهذا ما يدعو إلى القول بضرورة التشديد في حماية المؤلف، فكلما زاد الخطر كلما زادت الحاجة إلى تدعيم الحماية، وإن كان في المقابل يساعد بشكل كبير على انتشار المصنفات الأدبية والفنية.

ولهذا فللمعلومة الرقمية خصوصية على المستوى القانوني، خاصة وأن المصالح المتعين حمايتها والحقوق الواجب الاعتراف بها في بيئة التقنية الرقمية تتوزع بين حق الكافة في الحصول على المعلومات، وبين الحقوق والمصالح المقررة لحائز أو صاحب المعلومات أو النظام التقني أو صاحب الإبداع أو مستثمر الابتكار وفق الحال من جهة، وحقوق المستهلك والمجتمع من جهة أخرى، فهذه المصالح وما يتفرع عنها تتطلب إحداث توازن بين مصالح الأطراف في إطار قواعد الملكية الفكرية.

وعليه، فما هي الطبيعة القانونية للمعلومة الرقمية ووسائل تداولها؟

وما هي خصائص ومميزات المصنفات الرقمية وقواعد البيانات؟

وفي هذا المضمار، تقتضي الإجابة على التساؤلات المطروحة التعرف على الرقمنة والمصنف الرقمي، وأنواع المصنفات الرقمية، وشروط حمايتها (المطلب الأول)، قبل دراسة قواعد البيانات بالتفصيل باعتبارها من المصنفات الرقمية الأكثر جدلا (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : ماهية الرقمنة والمصنف الرقمي :

أدى التقدم التكنولوجي الذي تعرض له الحاسوب إلى التوصل لابتكار مصنفات فكرية حديثة ذات طبيعة تقنية، يعتمد في إعدادها ونشرها على الحاسوب نفسه بقواعد البيانات التي يتكون من خوارزميات ورموز رياضية يضعها المبرمج في شكل أوامر، وتقسم إلى ملفات وسجلات وحقول تنفذ بشكل متسلسل أو غير متسلسل بما يؤدي الغرض منها<sup>1</sup>.

ولعل التطورات التي صاحبت مدلول حقوق الملكية الفكرية بعد بروز الإنترنت جعلها من الموضوعات التي لاقت اهتماما وأهمية كبيرتين، على جميع الأصعدة.

هذا وينفرد النشر على شبكة الإنترنت بخصوصية تميزه عن النشر التقليدي للمصنفات، إذ يفرض النشر على هذه الشبكة أن يتم عن طريق معالجة المعلومات معالجة رقمية، حتى يصبح المصنف قابلا للنشر على الشبكة في صورة مطابقة للأصل<sup>2</sup>، مما يتعين معه والحال دراسة ماهية الرقمنة والمصنف الرقمي (الفقرة الأولى)، قبل التطرق لأنواعها وخصائصها (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> - محمد علي فارس الزعبي، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقا لقانون حق المؤلف، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2003، ص 125.

<sup>2</sup> - محمد السعيد رشدي، عقد النشر - دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين المؤلف والناشر وكيفية حماية حقوق الملكية الفكرية على شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت"، الكويت، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2008، ص 164.

## الفقرة الأولى : تعريف الرقمنة والمصنف الرقمي :

شهد العالم تطوراً مذهلاً ظهرت خلاله أنواع جديدة من المصنفات أدت بدورها إلى نشر المعارف المختلفة بكافة فروعها، فقامت بمعالجة موضوعات شتى يعجز الإنسان بقدرته العادية عن معالجتها ومتابعتها أو الإحاطة بها في عمره القصير، وذلك بفضل استخدام برامج الحاسوب<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد، سنقوم بالتعريف بالرقمنة (أولاً)، قبل أن نتطرق للمصنف الرقمي (ثانياً).

## أولاً - تعريف الرقمنة :

تعد الرقمنة هي عملية تحويل بيانات قياسية إلى بيانات رقمية مساوية لها (أي تخصيص ملفات ثنائية مشفرة من أصفار وآحاد لاستخدامها في الحواسيب). ومن أمثلة ذلك مسح صور فوتوغرافية، ورفع قرص مدمج للموسيقى إلى الحاسوب أو أي جهاز إلكتروني يستطيع قراءتها، وتحويل نص على الورق إلى نص رقمي في ملفات الحاسوب<sup>2</sup>.

## ثانياً - تعريف المصنف الرقمي :

يقصد به الشكل الرقمي لمصنفات موجودة دون تغيير أو تعديل في النسخة الأصلية للمصنف سابق الوجود، حيث يتم نقل المصنف المكتوب إلى وسط تقني رقمي، ومن أمثلة ذلك الأقراص المدججة CD والأسطوانات المدججة الرقمية DVD<sup>3</sup>.

ويتميز المصنف الرقمي بأن البيانات أو المعلومات التي يتضمنها تعد مخزنة في صورة رقمية، إذ عن طريق الكيان المنطقي يتم إدارة عملية الإبداع وآلية النشر لكتل ضخمة من البيانات الإلكترونية الرقمية، أما محتوى المصنف فهو عبارة عن دمج بين النصوص المكتوبة والأصوات الثابتة أو المتحركة على شكل بيانات رقمية<sup>4</sup>، وبالتالي فإن المصنف الرقمي هو كل مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات، وذلك وفق المفهوم المتطور للأداء التقني، ووفق اتجاهات تطور التقنية، دون أن يؤثر ذلك على انتماء المصنف بذاته إلى فرع أو آخر من فروع الملكية الفكرية، وقد برز هذا الرأي مع ازدياد أهمية الوسائل الإلكترونية في نهاية القرن العشرين مجسدة في استعمال الحاسوب والإنترنت.

<sup>1</sup> - محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسوب الآلي، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 9.

<sup>2</sup> - من الأمثلة على المحتوى الرقمي المقالات المتوفرة على المواقع المتصلة بالصحف وملفات الموسيقى (MP3) وبث الإشارات الإذاعية على الإنترنت وصور نجوم السينما على مواقع هواة الأشخاص المشهورين والصور الشبكية من صالات عرض الأثار الفنية والمتاحف الرقمية وأشرطة الفيديو على مواقع الأخبار والكتب التي تطلب من الناشرين على الإنترنت.

المصدر: "High-Tech Dictionary" متوفر على الرابط الإلكتروني : [www.computeruser.com/resources/dictionary/definition.html](http://www.computeruser.com/resources/dictionary/definition.html)

<sup>3</sup> - أسامة أحمد بدر، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2002، ص 53.

<sup>4</sup> - أسامة أحمد بدر، وسائط المتعددة - الملتيميديا - دراسة مقارنة بين واقع الدمج الإلكتروني وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، القاهرة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2006، ص 11.

## الفقرة الثانية: أنواع المصنفات الرقمية وشروط حمايتها:

تقتضي دراسة المصنفات الرقمية التطرق لأنواعها (أولاً)، وشروط حمايتها (ثانياً) بالإضافة إلى الاستثناءات والتقييدات المفروضة على حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي (ثالثاً).

### أولاً - أنواع المصنفات الرقمية:

تشمل المصنفات الرقمية البرمجيات، والوسائط السمعية البصرية، وقواعد البيانات، وطبوغرافيا الدوائر المتكاملة<sup>1</sup> وغيرها هي المصنفات وليدة علوم الحاسوب مستقلة بذاتها عن علوم الاتصال، وتبادل المعطيات، وشبكات المعلومات والتي ارتبطت عند العامة بشبكة الإنترنت<sup>2</sup>؛ وعن التفاعل والدمج بين هاته الوسائل<sup>3</sup>.

وإذا كان الحيز لا يتسع للتعرض تفصيلاً لمختلف القضايا التي يثيرها هذا النوع من المصنفات نظراً لتشعبها وتطورها المسترسل، فإننا سنحاول تركيز الاهتمام على جانب محدد منها، ونخص بالذكر برامج الحاسوب (أ) والوسائط المتعددة (ب).

#### أ) برامج الحاسوب:

عرفها المشرع المغربي في الفقرة 13 من المادة 1 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة: " يقصد بمصطلح برنامج الحاسوب، كل مجموعة من التعليمات المعبر عنها بكلمات أو برموز أو برسوم أو بأي

<sup>1</sup> - نظمها اتفاقية واشنطن لعام لسنة 1989 المتعلقة بقواعد حماية الدوائر المتكاملة، والمواد من 35 إلى 38 من اتفاقية " تريبس " بما ساهم في تزايد الجهد التشريعي في هذا الحقل، وتشكل التصاميم فرعاً من فروع الملكية الصناعية والتجارية، ذلك أن الإبداع فيها يتمثل بآليات ترتيب وتنظيم الدوائر المدمجة على شريحة شبه الموصل، علماً أن الجانب التكنولوجي لها يشكل تحدياً في تنظيمها قانونياً، ويتطلب خصوصية معينة لا بد من أخذها بعين الاعتبار، لكون تصاميم الدوائر المتكاملة تحتل مكان متوسط ما بين حق المؤلف وبراءة الاختراع، إذ أنها لا تعتبر مصنفات أدبية وعلمية وفنية، بحيث يتم البحث عن أسلوب التعبير الأمثل الواجب توافره ليشكل العمل مؤلفاً، ولا اختراعات ليمتد البحث عن الجودة والابتكار فيها والقابلية للتطبيق الصناعي، وعليه فإنها تعتمد على المبادئ العامة في هذين الفرعين من فروع الملكية الفكرية الصناعية والتجارية بالإضافة إلى قواعد خاصة نظراً لخصوصيتها التكنولوجية.

تاريخياً يعتبر التنظيم القانوني لتصاميم الدوائر المتكاملة حديث مقارنة بباقي فروع الملكية الفكرية بشكل عام، أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد قسمها إلى صنفان في المادة 90 من القانون 17.97 المتعلق بالملكية الصناعية كالتالي:

- الصنف الأول ويتعلق بتصاميم الطبوغرافية، وهي: أي ترتيب ثلاثي الأبعاد للعناصر، على أن يكون أحد العناصر على الأقل عنصراً نشطاً، ولبعض الوصلات أو كلها لدائرة مدمجة، أو ذلك الترتيب ثلاثي الأبعاد المعد لدائرة مدمجة بغرض التصنيع؛

- الصنف الثاني ويتعلق بالدوائر المدمجة، وهي: كل منتج تكون فيه العناصر، على أن يكون أحد العناصر على الأقل عنصراً نشطاً، وبعض الوصلات أو كلها جزءاً لا يتجزأ من قطعة من المادة و/ أو علمها في شكله النهائي أو في شكله الوسط، ويكون الغرض منه أداء وظيفة إلكترونية.

<sup>2</sup> - أما في بيئة الإنترنت فتتمثل في أسماء النطاقات أو مواقع الإنترنت، وبمحتوى المواقع من مواد النشر الإلكتروني نصوصاً وصوراً ومواد سمعية ومرئية (الوسائط المتعددة).

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أنه ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات ذات الارتباط بالأصناف المذكورة، وهي أسماء النطاقات (الميادين / المواقع) على الشبكة " Domain Names "، وعناوين البريد الإلكتروني، وقواعد البيانات على الخط التي تضمها مواقع الإنترنت (وهو تطور لمفهوم قواعد البيانات السائدة قبل انتشار الشبكات التي كان مفهومها أنها مخزنة داخل النظام أو تنقل على واسطة مادية تحتها).

طريقة أخرى تمكّننا تدمج في دعامة قابلة لفك رموزها بواسطة آلة - أن تنجز أو تحقق مهمة محددة، أو تحصل على نتيجة بواسطة حاسوب أو بأي طريقة إلكترونية قادرة على معالجة المعلومات<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك، فهي عبارة عن مجموعة من التعليمات التي تسمح بتعاملها على دعامة تستطيع الآلة قراءتها لبيان أو أدائها وظيفة أو نتيجة معينة بواسطة آلة معالجة المعلومات<sup>2</sup>، فهي إذن الكيان المعنوي لنظام الحاسوب ودونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة والوسائط، وتصنف من ناحية الدراسات القانونية إلى برمجيات المصدر وبرمجيات الآلة والخوارزميات ولغات البرمجة وبرامج الترجمة.

أما اتفاقية " تريبس " فعرفت البرنامج في الفقرة الأولى من المادة العاشرة على أنه:

" تتمتع برامج الحاسب الآلي (الكمبيوتر)، سواء أكانت بلغة المصدر أم بلغة الآلة بالحماية باعتبارها أعمالاً أدبية بموجب معاهدة برن لسنة 1886".

وعليه، فإنه يتم حمايتها باعتبارها أعمالاً أدبية بموجب تشريعات حق المؤلف، والمواد 11 و 12 من اتفاقية " تريبس ".

هذا وتنقسم برامج الحاسوب بالنظر إلى دورها أو وظيفتها إلى نوعين :

### 1. برامج التشغيل :

يتمكن الحاسوب عن طريقها من القيام بالوظائف المحددة له، وهي بهذا المعنى تعد جزء من الحاسوب نفسه.

وتؤدي هذه البرامج وظائف أهمها : التحكم والسيطرة على مكونات الحاسوب، وأداء العمليات التي تساعد في التعامل مع هذه المكونات بهدف نسخ الملفات ومسحها وحفظها<sup>3</sup>.

### 2. برامج التطبيق :

ويقصد بها البرامج المخصصة لمعالجة المشاكل الخاصة لمستخدمي الحاسوب مثل القيام ببعض العمليات الحسابية أو تنظيم عمل إحدى الشركات أو أي تصرف آخر<sup>4</sup>، وبالتالي فهي برامج يتم ابتكارها لتنفيذ مهام معينة

<sup>1</sup> - عرفها القانون الإسباني من خلال البند الأول من المادة 96 من المرسوم التشريعي الملكي 1/1996 لسنة 1996 المنقح لقانون الملكية الفكرية، والذي جاء فيه ما يلي :

« Artículo 96. Objeto de la protección

1.A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación ».

<sup>2</sup> - محمد عماد سلامة، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، عمان - الأردن، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص 2.

<sup>3</sup> - كامل عفيفي وفتوح الشاذلي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003 ص 20.

<sup>4</sup> - محمد فواز المطلقة، م.س، ص 13.

حسب احتياجات المستخدم، لذا يغلب أن تكون هذه البرامج على دعائم مادية يتم إدخالها إلى الحاسوب عند احتياجها، على اعتبار أن للبرامج التطبيقية كفاءة وسرعة عاليتين، مما يزيد من أهمية الإقدام عليها وطلبها من المتخصصين فيها، كما يمكن استعمالها من قبل كافة المستهلكين بصرف النظر عن نوع الحاسوب الذي يملكونه<sup>1</sup>.

وتعتبر حماية البرمجيات منذ ظهورها الشغل الشاغل للمبرمجين ولرجال القانون على حد سواء، ومضمون هذا الانشغال يتمثل في إقرار حماية قانونية لها، إلا أن اهتماما آخر تلاه وحل محله وهو معرفة النظام القانوني الأولي والأكثر حماية لهذه الانتاجات الذهنية، فظهر في الواجهة نظام براءة الاختراع إلى جانب قانون حق المؤلف الذي تم شبه الإجماع عليه في حماية البرمجيات بواسطته<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد، يقول الفرنسي إدمان " Edelman " : " إن إدراج برامج الحاسوب ضمن المصنفات المشمولة بحماية حق المؤلف قد أدى إلى معاودة النظر في كثير من المفاهيم الأساسية لهذا الحق : الخلق والابتكار والجمهور، وكذلك أيضا العلاقة بين الشكل والمضمون فضلا عن النظام القانوني للفكرة، مما كان من نتيجته ضرورة إعادة تقدير هذه المفاهيم جميعا - وبالتالي - ضرورة إعادة تقييم دور ومكانة الملكية الأدبية في نطاق منظومة الملكية الفكرية"<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك، اهتمت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بهذا الموضوع، والذي تم تكريسه في عام 1978 عن طريق سن قانون نموذجي لحماية برامج الحاسوب الإلكتروني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الحميد المنشاوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، الإسكندرية - مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003، ص 35.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الأولى، 1985، ص 127.

<sup>3</sup> - ذكره عبد الحفيظ بلقاضي، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا - دراسة تحليلية نقدية، الرباط، دار الأمان، الطبعة الأولى، 1997، ص 112.

<sup>4</sup> - محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، القاهرة - مصر، دار الثقافة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1987، ص 23.

هذا ويعد الإيداع القانوني للبرنامج شرطا شكليا من بين الشروط الخاصة التي تقرر حماية البرامج والذي بواسطته تكتسي بعدا قانونيا مهما، وفي هذا الباب أكدت الغرفة الخامسة بمحكمة " بوبيني " (Bobigny) بفرنسا في الحكم الصادر بتاريخ 15 ماي 2007 بأن: " استيراد وعرض في السوق الفرنسية لمنتجات تحت تسمية " DX 3220 و DX 3225 و HT 6500 " من طرف شركة " JPF Entertainment " بدون ترخيص من شركة " DivX, Inc " يشكل جريمة تقليد لبرنامج DivX<sup>1</sup>.

وبصرف النظر عن جميع المقتضيات القانونية، يمكن للمالك الشرعي لنسخة من برنامج حاسوب، دون إذن المؤلف ودون أداء مكافأة منفصلة، إنجاز نسخة من هذا البرنامج والاقْتباس منه شريطة أن تكون النسخة أو عملية الاقتباس هذه:

- ✓ ضرورة لاستعمال برنامج الحاسوب للأغراض التي تم اقتناؤه من أجلها؛
  - ✓ ضرورة لأغراض توثيقية ومن أجل تعويض النسخة الموجودة بشكل مشروع من قبل في حالة ما إذا ضاعت أو أتلفت أو أصبحت غير قابلة للاستعمال.
- هذا علما بأنه لا يمكن إنجاز أية نسخة أو القيام بأي اقتباس لأغراض أخرى غير تلك المذكورة أعلاه، وبالتالي فكل نسخة أو اقتباس يتوجب إتلافهما في الحالة التي تصبح فيها الحيازة المطولة لنسخة برنامج الحاسوب غير شرعية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Tribunal de grande instance de Bobigny 5ème chambre, section 3 Jugement du 15 mai 2007

DECISION: " Constate la validité de la saisie contrefaçon diligentée le 1er octobre 2004;

Constate que le logiciel " DivX " dont la société DivX, Inc. est titulaire des droits d'auteur, est protégé par le droit d'auteur français;

Dit que l'importation et la mise sur le marché français des produits référencés DX 3220, DX 3225 et HT 6500 par la société JPF Entertainment S.A. sans l'acquiescement d'une licence auprès de la société DivX, Inc. constituent des actes de contrefaçon du logiciel DivX;

Dit que l'usage des références du logiciel « DivX », « 3,11, 4.0 et 5.0 » sur l'emballage des produits

de la société JPF sont constitutifs d'actes de concurrence déloyale mais seulement lorsqu'elles sont apposées aux côtés du nom du codec ...Fixe la créance de la société DivX, Inc. ou passif de la société JPF Entertainment S.A. à titre de provision à la somme de 68 000 euros en réparation du préjudice du fait des actes de contrefaçon des droits d'auteur compte tenu des éléments ci-avant exposés dont le tribunal dispose ; Fixe la créance de la société DivX, Inc. au passif du redressement judiciaire de la société JPF Entertainment SA à la somme de 50 000 euros du fait des actes de concurrence déloyale compte tenu des éléments ci-avant exposés dont le tribunal dispose; Fixe la créance de la société DivX, Inc. au passif du redressement judiciaire de la société JPF;

Entertainment S.A à la somme de 50 000 euros en réparation du préjudice subi du fait des actes de

contrefaçon de marque compte tenu des éléments ci-avant exposés dont le tribunal dispose ; Autorise la société DivX, Inc. à faire publier le jugement à intervenir dans cinq journaux ou revues de son choix et aux frais avancés de la société JPF Entertainment SA., le coût de chaque insertion ne devant pas excéder la somme de 3000 € HT..."

- حكم منشور بالموقع الإلكتروني: [www.legalis.net](http://www.legalis.net).

<sup>2</sup> - المادة 21 من القانون رقم 2.00.

## ب) المصنفات المتعددة الوسائط :

يعتبر مفهوم "تكنولوجيا الوسائط المتعددة" من أكثر المفاهيم ارتباطا بحياتنا اليومية والمهنية الآن ولفترة مستقبلية، حيث أصبح بالإمكان إحداث التكامل بين مجموعة من أشكال الوسائط، عن طريق الإمكانيات الهائلة للحاسوب، كما أصبح بالإمكان إحداث التفاعل بين هذه الوسائط وبين المستهلك في بيئات معينة. وقد أدى ظهور إمكانيات إحداث التزاوج بين الفيديو والحاسوب، إلى حدوث طفرة هائلة في مجال تصميم وإنتاج برامج الوسائط المتعددة وعرضها.

ويرمز مصطلح الوسائط المتعددة (Multimedia) إلى استعمال عدة أجهزة لحمل المعلومات<sup>1</sup>؛ والمقصود به المصنفات السمعية البصرية التي تعمل على جهاز الحاسوب الذي تتوفر فيه تقنية : CD-ROM، CD-RAM، DVD، CDI وغيرها، وبالتالي فهي دمج بين الحاسوب ووسائل الكترونية رقمية أخرى<sup>2</sup> لإنتاج بيئة تفاعلية.

وقد اتسع انتشار الوسائط المتعددة في التسعينات من القرن الماضي مع تطوير أجهزة الحاسوب القوية الذاكرة والقليلة التكلفة، والتي تتمتع بمواصفات عالية كبرمجيات الصوت والصورة، مما شجع العديد من الشركات لتمضي قدما في إنتاج برامج متنوعة وثرية للوسائط المتعددة؛ تلبية لحاجة المستهلك أيا كان نوعه<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك، فإن برامج الوسائط المتعددة تمزج بين الكتابات والصور الثابتة والمتحركة والتسجيلات الصوتية والرسومات الخطية<sup>4</sup>، ويرتبط مفهوم تكنولوجيا الوسائط المتعددة بمبدأين هما: التكامل (Integration) والتفاعل (Interaction).

ويشير التكامل إلى المزج بين عدة وسائل لخدمة فكرة أو مبدأ عند العرض، بينما يشير التفاعل إلى الفعل ورد الفعل بين المستهلك وبين ما يعرضه عليه الحاسوب، ويتضمن ذلك قدرة المستهلك على التحكم فيما يعرض عليه، وضبطه عند اعتبار زمن العرض، وتسلسله، وتتابعه، والخيارات المتاحة من حيث القدرة على اختيارها، والتجول فيما بينها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عرفت الوسائط المتعددة المكونة من كلمتين حسب الترجمة العربية "Multi" وتعني متعدد، و "Media" وتعني وسيط أو وسيلة إعلامية.

<sup>2</sup> - الكاميرات وآلات التصوير ومسجلات الصوت وغيرها.

<sup>3</sup> - مثل شركة " أدوبي " Macromedia adobe وأبرز منتجاتها " Adobe photoshop " إضافة إلى برامجها في تطوير شبكات الإنترنت.

<sup>4</sup> - لا يشترط وجود جميع هذه العناصر في برامج الوسائط المتعددة، إذ أن الحد الأدنى لعدد العناصر الذي يمكن أن يستخدم لعرض حقيقة أو مفهوم أو مبدأ أو أي نوع آخر من أنواع المحتوى يجب ألا يقل عن اثنين، وهناك من يرى أن عدد العناصر يمكن أن يصل إلى ثلاثة.

<sup>5</sup> - إن برامج الوسائط المتعددة تتكون عموماً من العناصر المتعددة الأساسية التالية :

النصوص المكتوبة - اللغة المنطوقة - الموسيقى - الرسوم الخطية - الصور الثابتة - الصور والرسوم المتحركة - لقطات الفيديو الحية - مقاطع الفلاش التعليمية - المجلات الإلكترونية ... إلخ

وفي هذا الصدد، فإن أكثر المجالات التي تستخدم فيها الوسائط المتعددة تنحصر في خمس مجموعات وهي: تصميم محتويات مواقع الإنترنت، الاختبارات، البرامج الترفيهية التعليمية، الموسوعات والمعاجم، نظم التعليم العالمية والمتخصصة<sup>1</sup>.

وترتبطا عليه، فإن الوسائط المتعددة هي طائفة من تطبيقات الحاسوب تجمع بين أشكال متنوعة من النصوص<sup>2</sup> والصور الساكنة والرسوم المتحركة والأصوات التيتيم عرضها بطريقة تفاعلية (Interactive) وفقا لمسارات المستهلك.

### ثانيا: الشروط العامة لحماية المصنف الرقمي :

إن الصعوبات الإجرائية والتقنية التي تواجه حماية المصنف الرقمي مهما كان نوعه لا يمكن معها تطبيق قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالشكل التقليدي، وهو ما حفز المنظمة العالمية للملكية الفكرية إلى عقد معاهدتين سميتا بمعاهدي الويبو للإنترنت في 20 ديسمبر 1996، وهما معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي ومعاهدة الويبو لحق المؤلف.

وتبعاً لذلك، يمكن القول، ولا مشاحة في ذلك، بأن القانون يحمي المصنفات المبتكرة أيا كان الشكل الذي اتخذته؛ وأيا كانت وسيلة توصيلها للغير حتى وإن كانت رقمية، فجميعها تدخل في إطار مصنفات الحاسوب، وتمتد الحماية إليها باعتبارها من المصنفات الأدبية، فوجد المادة الرابعة والخامسة من معاهدة الويبو لحق المؤلف لسنة 1996 تمنح الحماية لبرامج الحاسوب ولقواعد البيانات.

كما تمتد الحماية إلى الوسائط المتعددة بموجب القواعد العامة في حماية المصنفات الأدبية على اعتبار أنها مصنفات تعرف تدخل برامج الحاسوب لخلق التفاعل بين وسائل التعبير المتعددة، كما تتميز بوجود تعبير سمعي بصري، وبالتالي فهي تستحق الحماية طالما توفر فيها عنصر الابتكار.

فالعبارة بحماية المصنف الرقمي أن يكون قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود وأن يكون معدا للنشر، لا أن يكون مجرد فكرة يعوزها الإطار الذي تتجسم فيه، وبالتالي لا أهمية للشكل أو التعبير التي تتخذ، وهو ما أكدته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية.

### ثالثا: الاستثناءات والتقييدات المفروضة على حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي :

يوازن نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة بين حماية حقوق ملكية المبتكرين وحقوقهم الاستثنائي في مراقبة الانتفاع بنسخ عن مصنفاتهم من جهة، ومصلحة الجمهور في الحصول على هذه المواد والانتفاع بها بصورة عادلة من جهة أخرى. وحددت القوانين الوطنية لحق المؤلف والحقوق المجاورة بعض الاستثناءات والتقييدات من أجل الحفاظ على هذه الموازنة. وبناء على " اختبار الخطوات الثلاث "، كما هو منصوص عليه في اتفاقية برن واتفاق تريبس، فإن

<sup>1</sup> - من أمثلة التطبيقات الحية للوسائط المتعددة التعليمية اليوم نجد: البريد الإلكتروني، المؤتمرات عبر الفيديو، الصحافة رقمية ... إلخ.

<sup>2</sup> - يقصد بالنص كل ما يوجد على الشاشة من بيانات مكتوبة يتم عرضها على المستخدم أثناء تفاعله مع البرنامج.



الاستثناءات مصرح بها في بعض الحالات الخاصة التي لا تتعارض مع الاستغلال العادي لأي مصنف ولا تلحق ضرراً بغير مبرر بمصالح المالك المشروعة.

ومع ذلك، فإن هذه الموازنة أصبحت تعاني من مجموعة من الضغوط في العصر الرقمي. فالإنترنت ضاعفت حجم التعدي على حق المؤلف والحقوق المجاورة، وألحقت أضراراً اقتصادية جسيمة بأصحاب الحقوق.

وفي مواجهة هذا التحدي، تعين على أصحاب الحقوق اتخاذ تدابير تكنولوجية لحماية حقوقهم، ومنع الانتفاع بمصنفاتهم، والحصول عليها دون تصريح.

وفي هذا المضمار، فإن مجرد مشاهدة موقع على شبكة الإنترنت يستلزم أن يقوم الحاسوب بإعداد نسخ محلية ومؤقتة عن البيانات في ذاكرة الحاسوب (RAM). ولا يمكن بالتالي حماية أي استخدام للمصلحة العامة دون فرض تقييدات واستثناءات ملائمة على حق المؤلف<sup>1</sup>.

وعلى هدي ما سبق، يحق لمالك حق المؤلف أو الحقوق المجاورة في المحتوى الرقمي المحمي أن ينتفع بهذا المحتوى كيفما يشاء، كما يحق له أن يمنع الغير من الانتفاع به دون تصريح منه. ومن ثم، فإن الحقوق الممنوحة بناء على القوانين الوطنية لصاحب حق المؤلف هي " حقوق استثنائية " عادة للانتفاع بمصنف له أو للتصريح للغير بالانتفاع به، مع مراعاة الحقوق والمصالح المعترف بها قانوناً للغير. هذا ويجوز أن تكون الحقوق المجاورة حقوقاً استثنائية أو غير استثنائية، أي خاضعة لمكافأة عادلة، وخاضعة مع ذلك لنفس الحقوق القانونية المقررة للغير مثل حق المؤلف.

وبعد أن تطرقنا لبرامج الحاسوب، والوسائط المتعددة، سنتناول في الفقرة الموالية لقواعد البيانات.

### المطلب الثاني : قواعد البيانات :

تعد قواعد البيانات ومحتوياتها مستقلة بذاتها يمكن الإطلاع عليها بكل استقلالية عبر الحاسوب أو شاشات العرض الإلكتروني.

ويقتضي دراسة قواعد البيانات التعرف على نظامها القانوني (الفقرة الأولى)، قبل أن نتناول سبل حمايتها (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات بشأن هذا الموضوع، يمكن الإطلاع على دراسة التي أعدها " سام ريكتسون " للويبو بشأن الاستثناءات والتقييدات المفروضة على حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، وذلك على الرابط الإلكتروني :

## الفقرة الأولى : تعريف قواعد البيانات ونظامها القانوني :

يتعين لدراسة قواعد البيانات تعريفها (أولا)، قبل التطرق لنظامها القانوني (ثانيا).

### أولا : تعريف قواعد البيانات :

عرف المشرع المغربي قواعد البيانات في الفقرة 14 من المادة 1 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على النحو التالي : " يقصد بمصطلح قواعد البيانات، مجموعة الانتاجات والمعطيات أو عناصر أخرى مستقلة مرتبة بطريقة ممنهجة ومصنفة ويسهل الوصول إليها ذاتيا بواسطة الوسائل الإلكترونية أو كل الوسائل الأخرى ".<sup>1</sup>

وفي هذا السياق، يقصد بها كل النصوص، الصور والأصوات المحفوظة رقميا والتي بذل جهد فكري ومادي في جمعها وتنسيقها، فهي عبارة عن بيانات ومعطيات تخص موضوعا معيناً، تمت جمعها، وترتيبها وتصنيفها بطريقة مبتكرة يتم تخزينها ويمكن استرجاعها والاستفادة منها عند الحاجة.

وعرفت توجيهاً البرلمان الأوروبي بأنها : " مجموعة من المصنفات المستقلة أو البيانات أو المواد الأخرى المرتبة ترتيباً نظامياً أو منهجياً، والتي يمكن الإطلاع على كل منها بوسيلة إلكترونية أو بأي وسيلة أخرى " <sup>1</sup>.

كما عرفها عبد الحكيم قرمان بأنها : " هي تجميع للبيانات بطريقة مغايرة يتوفر فيها عنصر الابتكار وتعكس جهوداً شخصياً بلمسة مميزة، تكون مخزنة بواسطة الكمبيوتر، ويمكن استرجاعها من خلاله " <sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك، فهي تجميع متميز للبيانات يتوفر فيه عنصر الابتكار أو الترتيب أو التبويب عبر جهود شخصي يستحق الحماية وبأي لغة أو رمز ؛ ويكون مخزناً بواسطة الحاسوب، ويمكن استرجاعه بواسطته أيضاً.

### ثانياً : النظام القانوني لقواعد البيانات :

أدى التطور التكنولوجي للإعلام وبروز أهمية المعلومة إلى تطوير، وإعداد، وتصنيع واستعمال قواعد البيانات التي تنامت بسرعة مذهلة على اعتبار أنها أداة تنمية في سوق المعلومات.

إلا أن المشكلة التي تطرحها مسألة قواعد البيانات فتتمثل في معرفة النظام القانوني الذي يمكن أن تخضع له، فهل هي خاضعة لحقوق المؤلف أم غيره ؟

ولعل أول فكرة لحماية قواعد البيانات بقانون خاص كانت للفرنسي " أندري كيرفير "

(KERVER André) الذي تكلم عن وجود بعض النقائص في الحماية بقانون المؤلف <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - توجيهات البرلمان والمجلس الأوروبي بشأن حماية قواعد البيانات لسنة 1996، الجريدة الرسمية للبرلمان الأوروبي عدد : L77/20.

<sup>2</sup> - عبد الحكيم قرمان، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة - القضايا والرهنانات، الرباط، دار الأمان، الطبعة الأولى، 2014، ص 88.

<sup>3</sup> - André KERVER, Protection par le droit d'auteur ou protection sui generis, Litec, Paris, 198, p 82.

وفي هذا المضمار، فإن الحق الخاص هو حماية مصنع قاعدة البيانات بحماية مضمونها الذي يعتبر غاية في الأهمية، على اعتبار أنه يمثل بيانات ومعلومات تم جمعها، مما استلزم ضرورة تسخير حماية لها، وبما أن هذا المضمون قد يكون مصنفا ذهنيا، وبالتالي يحمي على أساس حق المؤلف، كما قد لا يكون لذلك، فيقضى من الحماية وفقا لهذا الحق، من هنا أوجدت المجموعة الأوروبية الحق الخاص الذي يجد مبرره في الاستثمارات التي أنفقت في إعداد قاعدة البيانات<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك، فإن خضوع قواعد البيانات لموضوع الحق الخاص يحصر القرار التوجيهي المتعلق بالحماية القانونية لقواعد البيانات في المجموعة الأوروبية في مسألة الأصالة، وبالتالي فهي تحمي من طرف حق المؤلف إذا كانت تشكل إبداعاً أصيلاً خاصاً بمؤلفه. أما قاعدة البيانات التي يقوم الحاسوب باختيارها وترتيبها لا تتمتع بالحماية تحت عنوان حق المؤلف<sup>2</sup>.

واتساقاً مع ذلك، فإن مناط حمايتها بوجه عام هو الابتكار كما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 10 من اتفاقية "تريبس"<sup>3</sup>، والمادة الخامسة من اتفاقية الويبو لسنة 1996<sup>4</sup>، وبالتالي فالاعتراف لقواعد البيانات بالحماية جاء وليد جهد واسع لمنظمة الويبو وللمجلس الأوروبي الذي وضع عام 1996 قواعد إرشادية وقراراً يقضي بالنص على حماية قواعد البيانات ضمن قوانين حق المؤلف.

#### الفقرة الثانية : حماية قواعد البيانات :

زادت القيمة الاقتصادية وأهمية قواعد البيانات باعتبارها مخزناً للمعلومات الرقمية زيادة كبيرة في المحيط الرقمي، مما تطلب توسيع نطاق الحماية الدولية المتوفرة حالياً لقواعد البيانات.

وتقع قواعد البيانات غالباً تحت وصف المصنف الأدبي، وهي تتمتع بهذا الوصف بحماية قانونية وفقاً للقواعد القانونية لحق المؤلف.

وغالباً ما تمثل قواعد البيانات هذه جهوداً واستثمارات مهمة من جانب واضعيها، إلا أن هذه الاستثمارات تتعرض للخطر نتيجة سهولة نسخ قواعد البيانات بالوسائل التكنولوجيات المتوفرة اليوم.

<sup>1</sup> - فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات - دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2001، ص 278.

<sup>2</sup> - فاروق علي الحفناوي، م.س، ص 277.

<sup>3</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 10 من اتفاقية "تريبس" على: "تتمتع بالحماية البيانات المجمعة أو المواد الأخرى، سواء أكانت في شكل مقروء أو أي شكل آخر، إذا كانت تشكل خلقاً فكرياً نتيجة انتقاء أو ترتيب محتوياتها وهذه الحماية لا تشمل البيانات أو المواد في حد ذاتها ولا تخل بحقوق المؤلف المتعلقة بهذه البيانات أو المواد ذاتها".

<sup>4</sup> - تنص المادة الخامسة من اتفاقية الويبو لسنة 1996 على: "تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه، أي كان شكلها، إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها. ولا تشمل هذه الحماية البيانات أو المواد في حد ذاتها، ولا تخل بأي حق للمؤلف قائم في البيانات أو المواد المجموع".

هذا علما بأن الحماية تمتد ولو لجزء من بيانات القاعدة، وهذا ما أقره الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بنانتير (Nanterre) بتاريخ 23 يوليوز 2010، والذي جاء فيه: " إن شركة Pressall ارتكبت في حق شركة Data Presse أفعالا غير مشروعة تتجلى في قرصنة كمية ونوعية من قاعدة بياناتها ..."<sup>1</sup>.

ومن أجل التصدي لهذه المشكلة، اعتمدت توجيهات الاتحاد الأوروبي الصادرة تحت الرقم 96/9/EC في 11 مارس 1996 بشأن الحماية القانونية لقواعد البيانات.<sup>2</sup>

وتتطلب هذه التوجيهات أن تنص الدول الأعضاء على شكل خاص ومنفصل لحماية قواعد البيانات، ومن جهة أخرى، شعرت بعض الحكومات بالقلق لأنه إذا لم تتم موازنة شكل الحماية الجديد بكل عناية، فإنه قد ينجم عن ذلك موقف احتكاري لموردي المعلومات قد يترتب على ذلك الإضرار بالقطاعات العلمية والتربوية والبحث.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - Tribunal de commerce de Nanterre 9ème chambre Jugement du 23 juillet 2010.

DECISION : "Le tribunal, par un jugement réputé contradictoire en premier ressort;

Dit que la société Pressall a commis à l'encontre de la société Data Presse des actes illicites d'extraction d'une partie qualitativement et quantitativement substantielle de la base appartenant à la société Data Presse, et de réutilisation par la mise à disposition du public tel que prévus et sanctionnés par les articles L 342-1 et L 343-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle;

Fait interdiction à la société Pressall d'extraire et/ou de mettre à disposition du public, que ce soit par l'intermédiaire de son site ou de tout autre site parent, tout ou partie de la base de la société Data Presse sous astreinte provisoire de 5000 € par jour de retard à compter du lendemain de la signification du jugement, astreinte dont le tribunal se réserve la liquidation éventuelle;

Condamne la société Pressall à payer la société Data Presse la somme de 50 000 € au titre de dommages et intérêts;

Autorise la publication du dispositif du jugement dans la lettre que Data Presse adresse à ses clients.

Ordonne la publication du dispositif du jugement dans cinq journaux et/ou revues et/ou sites internet au choix de la société Data Presse, aux frais de la société Pressall dans la limite de 5000€ HT par publication...".

- حكم منشور بالموقع الإلكتروني التالي : [www.legalis.net](http://www.legalis.net)

<sup>2</sup> - تم الإطلاع عليها بالموقع الإلكتروني التالي : [www.europa.eu.int/eur-lex/en/index.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/index.html)

ويمكن الرجوع في هذا الشأن كذلك لتوجيهات البرلمان والمجلس الأوروبي بشأن حماية قواعد البيانات لسنة 1996، منشورة بالجريدة الرسمية للبرلمان الأوروبي عدد L.77/20.

<sup>3</sup> - للمزيد من المعطيات يمكن الرجوع لدراسات الويبو بشأن التأثير الاقتصادي لحماية قواعد البيانات في البلدان النامية والبلدان المنتقلة إلى نظام الاقتصاد الحر متاحة على الموقع الإلكتروني التالي : [www.wipo.int/copyright/en/activities/databases.htm](http://www.wipo.int/copyright/en/activities/databases.htm)

وفي هذا السياق، جاء القرار الصادر عن مجلس قضاء الإتحاد الأوروبي بتاريخ 18 أكتوبر 2012، والذي اعتبر بأن البيانات التي يتم تحميلها مسبقا من قاعدة بيانات قصد تخزينها في ذاكرة الحاسوب الشخصي هو دليل يكشف النية على إعادة عرضها على العموم، مما يشكل فعلا غير شرعي وتعديا على حقوق مالكيها<sup>1</sup>.

هذا ويظل الحق في قاعدة البيانات قائما طوال 15 سنة<sup>2</sup>. أما الاستثناءات المتعلقة بالحق في قاعدة البيانات ليست عديدة، وهي أضيق نطاقا من الاستثناءات المتعلقة بحق المؤلف.

وعلى هدي ذلك، فالمصنفات المبتكرة يحميها القانون أيا كان الشكل الذي اتخذته وأيا كانت وسيلة توصيلها للغير حتى وإن كانت رقمية، فجميعها يدخل في إطار مصنفات الحاسوب، وتمتد الحماية إليها باعتبارها من المصنفات الأدبية<sup>3</sup>.

ومن جماع ما تقدم، يخول للمؤلف سواء في البيئة التقليدية أو الرقمية الحق المطلق في القيام بالأعمال التالية أو منعها أو الترخيص بها، ونخص بالذكر :

1. إعادة نشر واستنساخ مصنفه بأية طريقة كانت أو بأي شكل كان، دائما أو مؤقتا بما فيه التوثيق المؤقت بوسيلة إلكترونية؛

2. ترجمة مصنفه؛

3. إعداد اقتباسات أو تعديلات أو تحويلات أخرى لمصنفه؛

<sup>1</sup> - Cour de justice de l'Union Européenne Troisième chambre. Arrêt du 18 octobre 2012.

Football Dataco et autres contre Sportradar

DECISION : "L'article 7 de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996,

concernant la protection juridique des bases de données, doit être interprété en ce sens que l'envoi par une personne, au moyen d'un serveur web situé dans un État membre A, de données préalablement téléchargées par cette personne à partir d'une base de données protégée par le droit sui generis au titre de cette même directive, sur l'ordinateur d'une autre personne établie dans un État membre B, à la demande de cette dernière, à des fins de stockage dans la mémoire de cet ordinateur et d'affichage sur l'écran de celui-ci, constitue un acte de « réutilisation » desdites données par la personne ayant procédé à cet envoi. Il convient de considérer que cet acte a lieu, à tout le moins, dans l'État membre B, dès lors qu'il existe des indices permettant de conclure qu'un tel acte révèle l'intention de son auteur de cibler des membres du public établis dans ce dernier État membre, "ce qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier

- حكم منشور بالموقع الإلكتروني التالي : [www.legalis.net](http://www.legalis.net)

<sup>2</sup> - المادة 10 من توجيهات البرلمان والمجلس الأوروبي بشأن حماية قواعد البيانات لسنة 1996، منشور بالجريدة الرسمية للبرلمان الأوروبي عدد : L77/20.

<sup>3</sup> - فمثلا، تتمتع رسائل البريد الإلكتروني أو مستندات الشبكة بالحماية بموجب حق المؤلف على غرار الرسائل الخطية أو المطبوعة.

وبالمثل، تتمتع الكتب أو المقالات الصحفية بالحماية بموجب حق المؤلف بغض النظر عما إذا كانت الكلمات قد سجلت في شكل ممغنط على أسطوانة حاسوب أو في شكل بصري على قرص مدمج، أو إذا كانت الكلمات قد طبعت على قطعة ورق.

4. القيام بتأجير مصنفه أو الترخيص بذلك، أو الإعارة العمومية لأصل مصنفه السمعي البصري أو لنسخة منه، أو لمصنفه المدمج في مسجل صوتي أو برنامج حاسوب أو قاعدة معطيات أو مصنف موسيقي على شكل توليفة، مهما يكن مالك الأصل أو الناظر موضوع تأجير أو إعارة للعموم؛

5. القيام أو الترخيص بالتوزيع على العموم عن طريق البيع أو التأجير أو الإعارة العمومية أو أي شكل آخر من تحويله الملكية أو الامتلاك لأصل مصنفه؛

6. عرض أو أداء مصنفه أمام الجمهور؛

7. استيراد نسخ من مصنفه؛

8. إذاعة مصنفه؛

9. نقل المصنف إلى الجمهور بواسطة كابل أو أية وسيلة أخرى.

هذا ولا تطبق حقوق التأجير أو الإعارة على تأجير برامج الحاسوب في حالة ما إذا كان هذا البرنامج ليس هو الموضوع الأساسي في التأجير<sup>1</sup>.

علما بأن الحقوق أعلاه تمارس كذلك من قبل خلف مؤلف المصنف أو من قبل أي شخص ذاتي أو معنوي حولت له هذه الحقوق<sup>2</sup>، وفي حالة عدم وجودهم يمكن للمكتب المغربي لحقوق المؤلفين أن يمارس هذه الحقوق<sup>3</sup>.

وبصرف النظر عن المقتضيات الأنفة الذكر، يمكن لهيئة الإذاعة دون إذن المؤلف ودون أداء مكافأة منفصلة، أن تقوم بتسجيل مؤقت بوسائلها الخاصة ولأجل برامجها الخاصة لمصنف تملك حق بثه. وعلى الهيئة الإذاعية أن تتلف التسجيل بعد ستة أشهر من إنجازها إلا في حالة حصول اتفاق بينها وبين المؤلف لمدة تزيد عن هذه الفترة. وفي حالة عدم وجود الاتفاق يمكن للهيئة الاحتفاظ بنسخة فريدة من هذا التسجيل لأغراض توثيقية فقط<sup>4</sup>.

علاوة على أن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة تمتد إلى المحتوى الرقمي المؤهل للحماية بصرف النظر عن الشكل الذي يوجد فيه أو الوسيلة التي يعبر بها عنه.

<sup>1</sup>- المادة 10 من القانون رقم 2.00.

<sup>2</sup>- المادة 11 من القانون رقم 2.00.

<sup>3</sup>- المكتب المغربي لحقوق المؤلفين هيئة تم إحدائها بمقتضى المرسوم رقم 2.64.406 المؤرخ في 08 مارس 1965، والذي ينص في مادته الثالثة على أن المكتب المغربي لحقوق المؤلفين يتولى وحده استخلاص وتوزيع مختلف حقوق المؤلفين الموجودة حالا واستقبالا، كما يدبر داخل التراب الوطني شؤون ومصالح مختلف الهيئات الأجنبية للمؤلفين في نطاق الاتفاقيات المبرمة معها.

- مرسوم منشور في الجريدة الرسمية (النشرة العامة) عدد 2733 بتاريخ 17 مارس 1965، ص 493.

<sup>4</sup>- المادة 22 من القانون رقم 2.00.

## خاتمة :

تعد عناصر الملكية الفكرية وسيلة لانتهاج المجتمع الدولي عقلية موحدة مبنية على تبادل الثقافات والحوار بين مختلف الشعوب، حيث كانت لدخولها في معادلة التبادل التجاري الدولي آثار جد هامة على ميزان مدفوعات الدول من خلال رفعها الحصيلة المداخيل الوطنية، ومساهمتها في تطوير الإنتاج ليكون ذا فعالية وقدرة تنافسية للمنتوج الأجنبي<sup>1</sup>.

ولقد كان لظهور السند والبيئة الرقمية دور كبير في تطور مفهوم الملكية الفكرية، خاصة فيما يتعلق بحماية حق المؤلف على المصنف الرقمي، والبرمجيات، وقواعد البيانات، والدوائر المتكاملة، والنشر الإلكتروني، وعناوين المواقع والحقول في بيئة الإنترنت.

وتبعاً لذلك، فإن ما أنتجته التقنية من إبداعات لا تنتهي يستتبط منها بأن حقوق الملكية الفكرية تؤثر على معدل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر، ويعتبر هذا التأثير أكثر قوة من باقي المتغيرات ذات العلاقة بالسياسة العامة لجذب الاستثمار.

## ➤ فهرس المصادر والمراجع :

✓ المراجع باللغة العربية :

### I - الكتب :

- زروق عبد الحكيم، المعلومات ورهان تحقيق التحديث الإداري والتنافسية الاقتصادية بالمغرب، الدار البيضاء، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى، 2014.
- بدر أسامة أحمد، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2002.
- بدر أسامة أحمد، وسائط المتعددة - الملتيميديا - دراسة مقارنة بين واقع الدمج الإلكتروني وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، القاهرة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2006.
- بلقاضي عبد الحفيظ، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائياً، الرباط، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 1997.
- الزعي محمد علي فارس، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقاً لقانون حق المؤلف، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2003.
- الحفناوي فاروق علي، قانون البرمجيات - دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2001.
- لظفي محمد حسام محمود، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، القاهرة - مصر، دار الثقافة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1987.
- المطالقة محمد فواز، النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسوب الآلي، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.
- حسنين محمد، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الأولى، 1985.

<sup>1</sup> - لمناخ الاستثمار دور بالغ الأهمية في استقطاب المزيد من الاستثمارات الأجنبية بغية النهوض بالاقتصاد الوطني، والحصول على العديد من المزايا مثل : التكنولوجيا، والعملات الصعبة، الخبرة الفنية والإدارية ... إلخ.

- المليجي أسامة أحمد شوقي، الحماية الإجرائية في مجال حقوق المؤلف - دراسة مقارنة، القاهرة - مصر، دار المعارف العربية، 1996.
- المنشاوي عبد الحميد، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، الإسكندرية - مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003.
- المتيت أبو اليزيد، الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1967.
- نواف كنعان، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.
- نواف كنعان، حق المؤلف، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1992.
- سلامة محمد عماد، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، عمان - الأردن، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، 2008.
- عفيفي كامل والشاذلي فتوح، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003.
- الصغير حسام الدين عبد الغني، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية تريبس)، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999.
- قرمان عبد الحكيم، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة - القضايا والرهنات، الرباط، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2014.
- رشدي محمد السعيد، عقد النشر - دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين المؤلف والناشر وكيفية حماية حقوق الملكية الفكرية على شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت "، الكويت، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2008.

## II- المراجع الإلكترونية :

- جيفري كونار وآخرين، Current Developments in the Field of Digital Rights Management (على الخط)، متوفر بـ [www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf](http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf)
- ريكتسون سام، الاستثناءات والتقييدات المفروضة على حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي (على الخط)، متوفر بـ [www.wipo.int/copyright/en/index.html](http://www.wipo.int/copyright/en/index.html)
- الخلف خلف علي، النشر الإلكتروني (على الخط)، متوفر بـ [www.pstpoems.com/cgi-bin/displaypoems.cgi?pid=536549](http://www.pstpoems.com/cgi-bin/displaypoems.cgi?pid=536549)
- مجموعة من الأحكام والقرارات على الخط، متوفرة بـ [www.legalis.net](http://www.legalis.net)

## Ouvrages en Français :

- DE OLIVEIRA Pierre, Droit du logiciel (Genèse d'une théorie matérialiste), Limoges, Fyp éditions, 2012.
- DESSEMONTET François, Le droit d'auteur, Lausanne, Suisse, CEDIDAC, 1ère édition, 1999.
- LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques 2012-2013, Paris, Editions Dalloz, 7e édition, 2012.



## أهمية الوسيط المالي في عمليات البورصة



**ربيعة رضوان باحث دكتوراه: تخصص قانون الاستثمار**

**قسم الحقوق-جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)**

**ملخص :**

تعتبر البورصة اليوم المكان الذي تجرى فيه تنمية الثروات المالية، وجلب رؤوس أموال، وأصبحت تعد المقياس الذي يبين مدى القوة الاقتصادية لأي بلد، ويشكل الوسيط فيها القلب النابض كون البورصة تركز بالأساس على المعاملات التجارية التي يقوم بها هذا الأخير تنفيذا لأوامر الزبائن فهو ركيزة أساسية لإنجاح أي سوق مالية بتنشيط حركة الأموال في البورصة مما يحفز الاستثمار فيها، والذي يعود على الاقتصاد ككل وزيادة ورفاهية الأفراد، لهذا فان مهنة الوساطة المالية في البورصة أصبحت تخصصا لا بد من الاحاطة به وعليه نجد ان المشرع عمد الى جعل الوسيط يحقق الاحتكار الكلي لمختلف المعاملات الخاصة بالأسهم والسندات المقيدة في البورصة، وحصر ممارسة نشاط الوسيط في الشخص معنوي على شكل شركات تجارية، مؤسسات، بنوك، ممثلة بواسطة اشخاص طبيعيين، يقومون بتنفيذ أوامر الزبائن المتمثلة في تداول (بيع وشراء) القيم المنقولة، باسمه وحساب زبائنه مقابل عمولة .

**الكلمات المفتاحية :** البورصة، الوسيط المالي، الاستثمار، الاسهم، الاسواق المالية، تداول، قيم المنقولة.

## Résumé :

La bourse est considérée aujourd'hui comme étant l'endroit où s'effectue l'accroissance des richesses financières et l'apport des capitaux. Elle est devenue la référence qui détermine l'ampleur de la force économique de tout pays .

L'intermédiaire ou le médiateur constitue une importance majeure puisque la bourse est principalement basée sur les transactions commerciales que ce dernier contracte en mise en œuvre des ordres des clients, il est donc un élément fondateur pour la réussite de tout marché financier, en stimulant la circulation des capitaux en bourse ; ce qui motive l'investissement dont les répercussions sur ce deviner vont développer l'économie en général , et accroître le bien-être des individus .

La profession de l'intermédiaire financier est devenue un domaine que l'on doit maîtriser et du fait , le législateur a fait en sorte que l'intermédiaire financier puisse totalement prendre en charge les différentes transactions liées aux actions et fonds en bourse, et restreindre l'exercice de l'activité de l'intermédiaire en la personne morale sous la forme de sociétés commerciales, institution et banques représentées par des personnes physiques pour mettent en œuvre les ordres des clients en contre partie d'une commission

**Mots-clés:** La Bourse, intermédiaire financier, investissement ,

Actions, Les marchés financiers, Les négociations, Valeurs mobilières.

مقدمة :

يعتبر الوسيط في عمليات البورصة أداة مالية هامة والية من آليات البورصة لتنشيط وخلق مصادر تمويلية بعيدا على مصادر التمويل الكلاسيكية كالقروض، وكون هذه الفئة (الوسيط المالي) كثيرا ما يتوقف عليها عنصر الربح والخسارة في البورصة، سواء بين العملاء أو المصدرين أو المستثمرين وكذا النشاط البورصي ككل، فهي تعد بمثابة القلب النابض والمحرك الأساسي لحيوية البورصة، نظرا للدور الذي تلعبه في تعبئة وتنشيط الموارد والمدخرات على نحو مستمر، كما يستعان بها من طرف الشركات الراغبة في القيد في البورصة وكون ان الشركات أصبحت ملزمة بالمرور على البورصة لخلق رؤوس أموال تستغلها في مشاريعها الاستثمارية، فهم يلجئون الى الوسطاء الأكثر خبرة وتخصص في هذا الميدان والذين يمتلكون نظرة الثاقبة للأمور في هذا الميدان فهي تكسب المستثمرين أو المتعاملين اقتصادا في الوقت بتكليف الوسيط للقيام بالأوامر، وجلب كل المعلومات التي يسعون الى معرفتها أو بلوغها، والوقوف على مدى الاستعدادية للدخول للبورصة ويضاف الى ذلك ونظرا لدقة وخطورة العمليات التي تتم في المقصورة فقد حرم الدخول إليها إلا الأشخاص المقيمة أسمائهم في البورصة والوسطاء الذين لهم حق التعاقد فما لمقصود بالوسيط المالي في عمليات البورصة ؟ وماهية نشاطاته داخل البورصة؟ وماهية اهمية دوره؟. وللإجابة على هذه التساؤلات سنتطرق الى الخطة التالية :

المبحث الأول : مفهوم الوسيط في عمليات البورصة.

المبحث الثاني : نشاطات الوسيط داخل البورصة.

المبحث الثالث : أهمية دور الوسيط في عمليات البورصة.

المبحث الأول : مفهوم الوسيط في عمليات البورصة :

بداية يقصد بالوساطة المالية بوجه عام هي التقريب بين شخصين يريدان التعاقد نظير أجر يسمى "عمولة" ويكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة المراد إبرامها وهي حرفة مباحة، ولكن هذه الاباحة لا تتنافى بطبيعة الحال مع تنظيم الوساطة في فروع معينة من النشاط على نحو يوفر الضمانات للمشتغلين بها، كما هو الحال في وسطاء البورصات<sup>1</sup>، وسنبين مفهوم الوسيط المالي في البورصة من خلال التطرق الى تعريفه (المطلب الاول) وأنواعه (المطلب لثاني).

المطلب الاول : تعريف الوسيط في عمليات البورصة :

من المنطق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الاخرى لهذا كان الاجدر بنا ان نتناول التعريفات الشرعية، قبل الخوض في تعريفات الفقهاء وعلماء الاقتصاد ولهذا سنعالج أولاً (التعريف التشريعي) وثانياً (التعريف الفقهي والاقتصادي).

الفرع الأول : التعريف التشريعي :

من خلال الاطلاع على مجمل القوانين والتنظيمات المتعلقة ببورصة القيم المنقولة في الجزائر ، نلاحظ ان المشرع لم يعطي تعريفاً واضحاً ومحدد للوسيط في البورصة ، بل اكتفى بكيفيات تعيينه واعتماده ، وأنواعه وكذا تبيان نشاطاته وغيرها ، كما نجد ان المشرع حصر ممارسة نشاط الوسيط في الاشخاص المعنوية فقط ، بعدما كان في البداية يرخص للشخص الطبيعي مزاولة هذه المهنة وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 06 من القانون 04/03 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93.

كذلك المشرع الفرنسي لم يعطي تعريفاً للوسيط بالمعنى الدقيق وإنما اكتفى بتأسيسه ، وتعيينه ، وكذا شروط اعتماده ، وأنواعه ..... الخ ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 75/88 الصادر في يناير 1988 المتعلق ببورصة القيم المنقولة على أنه "يمكن للشركات العاملة في الوساطة المالية القيام بعمليات الطرف المقابل ، والتداول في عقود الأجله وعقود الخيارات التي يكون موضوعها قيما منقولة وإدارة المحافظ المالية كإشارة للوسيط المالي في البورصة .

وهو الحال عند المشرع المصري اذ اكتفى بنشاطاته وكيفية اعتماده.. الخ، فنص في المادة 27 من القانون رقم 95 لسنة 1992 المتعلق بسوق راس المال المصري في بابه الثالث على أنه "تسري احكام هذا الباب على جميع الشركات العاملة في مجال الاوراق المالية ويقصد بها الشركات التي تباشر نشاطاوا اكثر من الانشطة المذكورة ...".

<sup>1</sup> - محمد يوسف ياسين، البورصة (عمليات البورصة، تنازع القوانين، اختصاص المحاكم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان طبعة الاولى سنة 2000، ص 69.

لكن بالرجوع لقانون بورصة القيم المتقولة الامريكي باعتبارها اكبر البورصات نجد ان المشرع الامريكي قد اعطى تعريف للوسيط في عمليات البورصة في قانون بورصة الاوراق المالية الصادر في 1934 من المادة (6/3) بقوله "كل شخص يشارك في اتمام صفقات الاوراق المالية لحساب الغير"<sup>1</sup> كما عرفه المشرع الأردني في نص المادة 02 رقم 76 لسنة 2002 "بانه كل شخص يمارس شراء او بيع الاوراق المالية لحساب الغير"<sup>2</sup>.

والمطلع لهدين التعريفين الاخيرين يجد أن هناك غموض وقصور في تعريف الوسيط المالي في البورصة كما يطرح تساؤلا هل الوسيط يعمل لحساب الغير فقط؟ وهل الوسيط هو اي شخص؟ هل يقوم بذلك مجانا؟. مما يترك المجال للفقه لإعطاء تعريف دقيق ومحكم.

### الفرع الثاني: التعريف الفقهي:

يعد الوسيط المالي هو الطرف الذي يعمل على التوفيق بين المتعاملين في البورصة بائعين ومشتريين للأوراق المالية. ولقد عرفه بعض الفقهاء وعلماء الاقتصاد على أنه الشخص الذي يعمل كوسيط في شراء و بيع الاوراق المالية (أسهم، سندات) تبعا للقوانين التي تحكم رأس المال في الدولة التي تكون بها البورصة، حيث لا يستطيع المستثمر القيام بذلك العمل من تلقاء نفسه، ولا يستطيع ايضا ان يدخل المقصورة<sup>3</sup> في البورصة، لتنفيذ العمليات الخاصة به إلا من خلاله.<sup>4</sup>

والفائدة التي تعود على الوسيط تتمثل في عمولة يتقاضاها من العميل (الزبون، المستثمر) سواء في عمليات البيع أو الشراء التي ينفذها بناء على أوامر الزبون المستثمر، وسواء حقق فيها للعميل ربحا او خسارة، فما يهمه هو تنفيذ طلبات وأوامر العميل بالبيع والشراء مقابل عمولة يحصل عليها<sup>5</sup>، ولو أن عمله يفرض عليه بدل العناية اللازمة للربح وتقديم النصح والإرشاد لعميله.

كما يعرفها الفقيه الاقتصادي (philippespiseire) بقوله: "الوساطة المالية هي مؤسسات الائتمان والمؤسسات الاستثمارية (شركات الاوراق المالية) التي تستشارو ترد وتعمل على ادارة وتسيير محافظ استثمار الشركات"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-Securities exchange Act of 1934(As amende Torough P.1111-257 Approved october 5.2010)section3(a)6(A)<in generale-the term « broker » means any person engaged in the business of effecting transactions in securities for the account of others

<sup>2</sup>-قصي علي الضمور، المسؤولية الجزائية عن اعمال غير مشروعة للوسيط المالي، بحث لنيل درجة ماجستير تخصص قانون عام، جامعة الشرق الاوسط لدراسات العليا المملكة الاردنية الهاشمية عام 2009، ص 9.

<sup>3</sup>- المقصورة: هي المكان الذي تعينه اللجنة لتنفيذ اوامر البيع والشراء، تبني المقصورة عادة على شكل مدرج نظرا لدقة وخطورة العمليات التي تتم في المقصورة ويحرم الدخول اليها الا بالوسطاء او سمسرة الاوراق المالية المقيدة اسماهم في جدول البورصة. نقلا عن د. شمعون شمعون، البورصة الجزائرية، دار الهومة الجزائر الطبعة الثانية، 2010 ص 38.

<sup>4</sup>- نسرين عبد الحميد نبيه، البورصة (ماهيتها- تاريخها- مستقبلها) ومدى تأثير التداول بها خلال ثورات الدول العربية، دار الكتب والوثائق القومية، مصر القاهرة، طبعة الاولى 2012 ص 166

<sup>5</sup>- نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق ص. 167.

<sup>6</sup>-Pilippespieser professeur au groupe escp-Europe .labourse.edition4e.2010.p238 « les intermédiaires de la bourse sont les établissements de crédit et les entreprises d'investissement(sociétés de bourse) agréés ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille »

اذن يمكن ان نقول ان الوسيط هو شخص معنوي (مع العلم ان بعض التشريعات تعترف بالشخص الطبيعي ان يكون وسيط) يقوم بتنفيذ طلبات العملاء في السوق (الشراء، البيع)، مقابل عمولة محددة و ثابتة وفق التشريعات والقوانين أو عن طريق اعوانه يساعدونه في ذلك.

### المطلب الثاني : أنواع الوسطاء الماليين في عمليات البورصة :

تجري في البورصة اعمال لا يمكن للرجل العادي فهمها فهي معقدة متطاحنة بترسانة من الاشخاص والأعوان، ومن بين ما يختلط في فهمه هو "شخص الوسيط"، "اعوانه"، وأنواعه " اذ ان له تسميات ومصطلحات كلها تؤدي لمعنى واحد ووحيد\_ الوسيط المالي- لهذا كان علينا ان نبين انواع الوسيط في البورصة بكل تسمياته ومستخدموه وهذا سنبينه في الفرع الاول (الوسيط من حيث شخصه) الفرع الثاني (الوسيط من حيث النشاط) الفرع الثالث (الوسيط من حيث النموذج).

#### الفرع الاول : أنواع الوسيط بحسب شخصه :

نقصد بأنواع الوسيط من حيث شخصه اي كونه طبيعي أو معنوي، ولقد سبق والإشارة الى القول ان المشرع الجزائري حصر تنظيم مهنة الوسيط في البورصة في الشخص المعنوي خلافا لما كان معمولاً به في السابق وحتى معظم البورصات في العالم هجرت نظام قيام الوسيط الطبيعي بعمليات تداول الاوراق المالية وبقي هناك مجرد اعوان فقط طبيعيين ينشطون في البورصة تحت مسؤولية الشخص الوسيط المعنوي وهذا ما سنبينه كالآتي:

#### أولاً : الوسيط شخص طبيعي :

كان المشرع يميز ان يكون الشخص الطبيعي وسيط في عمليات البورصة بعد اعتماده من طرف لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وفقاً لشروط حددتها المادة 05 من نظام رقم 03/96، لكن أصبحت تنتهج نهجاً مغايراً بحصر وقصر نشاط الوسيط على الشخص المعنوي بموجب المادة 06 من القانون 04/03 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93 بقولها: "يمارس نشاط الوسيط في ع ب ومراقبتها عن طريق الشركات التجارية التي تنشأ خصيصاً لهذا الغرض والبنوك والمؤسسات" وهذا راجع لعدة امور نذكر منها:

1\_ تأثر الاسواق المالية من الازمات المالية نتيجة لعمليات الغش والاختلاسات والممارسات الغير المشروعة من قبل الوسطاء في عمليات البورصة .

2\_ عدم قدرة الشخص الطبيعي على الاستمرارية في تحمل الالتزامات نظر لقصور ملاءته المالية .

3\_ ثقة المستثمرين في الشخص المعنوي نتيجة لتوفر رؤوس اموال ضخمة تشجع على الاستثمار نظر لتوفر سيولة مالية.

4- تعمل شركات الوساطة المالية كشخص معنوي على الاستثمار في الاوراق المالية ايضاً، من خلال تكوين رؤوس اموال كبيرة، مما يساعد في ايجاد سيولة مالية تعزز الاقتصاد.<sup>1</sup>

#### ثانياً : الوسيط شخص معنوي :

يمارس نشاط الوسيط في ع ب عن طريق الشركات التجارية التي تنشأ خصيصاً لهذا الغرض والبنوك والمؤسسات، ونلاحظ ان المشرع احتكر الوساطة المالية في البورصة على اشخاص معنوية تتمثل في شركات تجارية (شركات سمسة

<sup>1</sup> - قصي على ضمور، مرجع سابق، ص 22.

الاوراق المالية) او بنوك او مؤسسات مالية والمنتبع لوسطاء المالىن في بورصة الجزائر نجد أن هناك خمس شركات تعمل كوسطاء في عمليات البورصة وهي: شركة الراشد المالى، شركة توظيف القيم المنقولة SPDM، شركة العامة للتمويل SOGEF، اتحاد BROKRAGE، وشركة SOFIKOP نجد اغلبها ممثلة من طرف بنوك وهم: بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك التنمية المحلية، بنك الخارجي الجزائري، البنك الوطني الجزائري، بي ان بي باربيا الجزائر، بنك التوفير والاحتياط - بنك مديرية المالية، القرض الشعبي الجزائري<sup>1</sup>. كما نص في المادة 06 من نظام رقم 96/03 المؤرخ في 03 يوليو 1996 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في البورصة على انه يجب على شركات المساهمة، غير الاشخاص المعنويين المحددين في المرسوم 176/94 المؤرخ 13 يونيو 1994 الراغبين في ممارسة الوساطة توفر شروط حددتها المادة المذكورة<sup>2</sup>، كما بينت المادة 2 من المرسوم التنفيذي فئات الاشخاص المعنوية التي يمكن ان تعتمدها اللجنة بصفة انتقالية كوسطاء في عمليات البورصة بقولها: "يمكن ان تعتمد لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بصفة انتقالية كوسطاء في عمليات البورصة، البنوك المؤسسات المالية، وشركات التامين، المستقرة قانونا في الجزائر وكذا صناديق المساهمة"<sup>3</sup>، ونلاحظ مما سبق ان المشرع الجزائري حدد وضع الوسطاء في عمليات البورصة، ومنحهم السلطة الحصرية للتداول على القيم المنقولة في البورصة.

ثالثا: المستخدمون (اعوان الوسيط في البورصة)

يعتبر التوسط في الاوراق المالية مهنة قائمة بذاتها ويعمل لدى السمسار الاوراق المالية (الوسيط المالى) اشخاص تابعون له ويعملون لحسابه وتحت مسؤوليته وهم:

## 1 المندوبون الرئيسيون :

وهو مستخدم تابع للوسيط ومكلف بمعاونته في تنفيذ الاوامر بالمقصورة ولا يجوز له ان يشتغل إلا باسم السمسار الذي تبعه ويعمل لحسابه وتحت مسؤوليته كما لا يجوز ان يكون طرف في العمليات التي يعقدها السمسار وان لا يعمل لحسابه الخاص. ويجب ان تتوفر فيه الشروط التالية :

ان يكون متمتعا بأهلية القانونية حسب قانون البلاد - ان تتوفر فيه ذات الشروط المطلوبة في المترشح لمهنة سمسار فيما يتعلق بسلوكه ونزاهته. - ان يزكيه السمسار الذي يرغب بالحاقه لديه - ان يثبت انه قضى مدة سنتين على الاقل مستخدما بأجر في مكتب سمسة في البورصة او في مصرف<sup>4</sup>.

## 2 الوسطاء :

فهو اداة اتصال بين العميل والسمسار الذي هو تابع له ويحصل على حصة من العمولة وهو مسئول امام السمسار عن العمليات المعقودة بواسطته حيث يتلقون الاوامر من العميل وليس من المنضمين والذي يبلغها للسمسار. ويجب ان تتوفر فيهم نفس الشروط المطلوبة في المندوبين الرئيسيين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - موقع بورصة الجزائر، 27-12-2016. على الساعة 23:35. [www.boursd'alger.com](http://www.boursd'alger.com)

<sup>2</sup> - مبروك الحسين، المدونة الجزائرية للبورصة، دار الهومة الجزائر، طبعة الثانية السنة 2010، ص 53

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 136.

<sup>4</sup> - عبد القادر الحمزة، اساسيات البورصة وقواعد اقتصاديات الاستثمار المالية، دار الكتاب الحديث القاهرة، الطبعة الاولى لسنة 2010 ص 36

<sup>5</sup> - شمعون شمعون، البورصة، دار الهومة الجزائر، الطبعة الثانية لسنة 2000 ص 37

### 3 الاعضاء المنضمون :

وهم المصارف التي تندب أحد موظفيها لعقد العمليات لحسابها في البورصة، هؤلاء الاعضاء يرسلون اوامرهم الى سمسرة الاوراق المالية مباشرة دون وسيط، ويشترط في قبول أحد المصارف كعضو منظم ان تتوفر فيه الشروط التالية :

- ان يكون لديه مركز داخل البلاد- ان يكون مشتغلا بعمليات بورصة الاوراق المالية لحساب الغير.

وتقرر لجنة البورصة قبول طلب المترشح غير مسببة اذا رفضت ، ويرسل الاعضاء المنظمون الاوامر الى السمسرة الاوراق المالية رأسا دون وسيط.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : أنواع الوسيط بحسب النشاط :

لقد عمد المشرع الجزائري نشاط الوساطة على الاوراق المالية للوسطاء وخصهم بها و يميز بين نوعين من أنشطة الوسيط بصفته سمسار للأوراق المالية (الوسيط ذو النشاط غير محدود) او بصفته تاجرا للأوراق المالية ( الوسيط ذي النشاط المحدود)<sup>2</sup> وهذا ما بينته المادة 02 من نظام رقم 03/96 المؤرخ في 3 يوليو 1996 في كل من الفقرتين الاولى والثانية على التوالي :

### أولا : الوسيط في عمليات البورصة ذي النشاط غير المحدود :

كل وسيط يمارس اضافة الى مهمة التفاوض المتعلقة بالقيم المنقولة القابلة للتداول في البورصة وبالمنتجات المالية الاخرى احد النشاطات التالية او العديد منها :

عملية شراء أو بيع قيم منقولة لصالحه سواء بصفة رئيسية أو ثانوية، توظيف القيم المنقولة لحساب الغير، تسيير حافظات للقيم المنقولة بموجب توكيل، القيام بسعي مصفقي مرتبط بأحد النشاطات المذكورة اعلاه، كل نشاط اخر تحدده لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة المسماة فيما يأتي 'اللجنة'<sup>3</sup>.

### ثانيا : الوسيط في عمليات البورصة ذي النشاط المحدود :

كل وسيط ينوي تحديد نشاطه على الوساطة في التفاوض في القيم المنقولة ليس لحسابه الخاص بل لحساب الغير فقط، دون امكانية تقديم خدمات في مجال تسيير حافظات للقيم المنقولة او في التوظيف او السعي المصفقي<sup>4</sup>.

### ثالثا : نشاط الوسيط في انظمة المقارنة :

رغم سعي المشرع الجزائري في العمل على رفع كفاءة البورصة وفعاليتها باستحداث عدد من المؤسسات التي يمكن ان تلعب دورا هاما في تنشيط السوق الخاصة فيما يتعلق بالتداول الا ان بورصة الجزائر من اضعف البورصات في العالم لهذا نجد تسميات للوسيط لانجد لها مثال في بورصة الجزائر وسنين بعض منها في مايلى :

<sup>1</sup> - عبد القادر الحمزة، المرجع السابق، ص 37,38

<sup>2</sup> - هذال غنية، النظام القانوني للوسطاء في عمليات البورصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، سنة 2002 ص 13.

<sup>3</sup> - مبروك الحسين، المرجع السابق، ص 51

<sup>4</sup> - مبروك حسين، المرجع السابق، ص 52

بالنسبة لمصر تقسم نشاط الوسيط كما يلي<sup>1</sup> :

**1 الوسيط الذين يتلقوا الودائع : depositoryintermediaries** حيث ان معظم الاوراق المالية الثانوية والتي هي مصدر للقروض التي يقدمها هؤلاء الوسيط تأتي من الودائع سواء من الافراد، او المشروعات التجارية والصناعية او الحكومة ومثال هؤلاء الوسيط البنوك التجارية.

**2 الوسيط التعاقديين : contractualintermediaries** يدخل هؤلاء الوسيط في التعاقد مع عملائهم بغرض الادخار لتوفير الحماية المالية ضد الخسائر المحتملة سواء في ممتلكاتهم او حياتهم وتعتبر شركات التأمين على الحياة والممتلكات وصناديق التعاقد امثلة لهذا النوع من الوسيط.

**3 الوسيط الثانويون : secondaryintermediaries** ويطلق عليهم هذا المسمى لأنهم يعتمدون بدرجة كبيرة على المؤسسات مالية اخرى مثل البنوك التجارية لتمويل قروضهم ومثال هؤلاء الوسيط شركات التمويل .

**4: وسطاء الاستثمار : inversedment intermédiaires** يقدم هؤلاء الوسيط اوراق مالية سواء طويلة الاجل او قصيرة الاجل يمكن ان يحتفظ بها المستثمر لأجل طويلة او بيعها اذا احتاج الى امواله ومثال ذلك صناديق الاستثمار الاسهم وصناديق استثمار السندات وصناديق الاوراق المالية طويلة الاجل .

وهناك عدة فئات من الوسيط تعمل ببورصة نيويورك وهؤلاء الوسيط يختلفون في صلاحياتهم على ما رأيناه في بورصة الجزائر ومصر كما يلي<sup>2</sup> :

**1\_ المتعاقدون الذين يعملون لحسابهم الخاص ويدعون dealers**

**2\_ السماسرة الذين يعملون لحساب عملائهم ويطلق عليهم تسمية .commission brokers.**

**3\_ فئة الاخصائيين الذين يعملون بالقرب من المكان الذي تعقد فيه صفقات البورصة ويعملون احيانا كسماسرة لحساب الغير او المتعاقدين لحسابهم الخاص .**

**4\_ فئة السماسرة التي تعقد الصفقات لعدد من السندات es oddlotdealers**

وهناك امثلة كثيرة أخرى لنشاط الوسيط ومنها ما ادخله التطور الحاصل مثال ذلك:

**1\_ ووسطاء عبر الانترنت :**

لقد ادخل التطور المتسارع للانترنت نجما جديدا الى حلبة المال و الاعمال ووسطاء عبر الانترنت، وتشمل هذه المجموعة شركات مثل ( Ameritech.E-TRADE ) وقد تنامت هذه الشركات بسرعة فائقة وخلال فترة زمنية قصيرة نسبيا الامر الذي يؤكد شعبيتها الكبيرة، وهي عبارة عن مكاتب سمسة عبر الانترنت مرخصة بالكامل لتقديم كافة خدمات مكاتب العمولة التقليدية ولكن عبر الشبكة، تعمل على توفير كافة المعلومات التي يحتاجها المستثمرون

<sup>1</sup> محمد صالح الحناوي، السيد عبد الفتاح عبد السلام، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعية مصر، طبعة الأولى سنة 1998، ص204-



بخصوص الاسهم والسندات وتقلبات الاسعار بشكل يومي على مدار ايام الاسبوع عبر الشبكة وإسداء النصائح و الاجابة على الاسئلة المحددة المرسله من قبل المستثمرين<sup>1</sup>. وهناك ايضا تسميات اخرى للوسيط عبر النت كوسيط الخدمة الكاملة، ووسيط التكلفة المنخفضة.

### الفرع الثالث : أنواع الوسيط حسب النموذج المتبع :

تعرف بورصات العالم نمودجين علميين في تنظيم الاسواق المالية وهما النموذج لاتيني والنموذج الانجلوامريكي ويختلف الوسيط في البورصة لكل لدولة بحسب النموذج المتبع ونبين ذلك من خلال ماييلي:

#### أولا : النموذج اللاتيني :

وهو النموذج الاكثر انتشارا في بورصات الاسواق المالية الاروبية وخاصة فرنسا، تعتمد عليه كذلك بورصة الجزائر، ومصر، يتميز في كونه نظام ممرکز يتم تسييره وتوجيهه بناء على اوامر البورصة. وان مبدأ العمل في ظل هذا النموذج يبدأ اولاً بتجميع الاوامر من طرف شركة البورصة (الذي تكفل الوسيط بإدراجها في البورصة عن طريق جهاز اعلام الالي في ملف خاص يدعى سجل الاوامر) ومواجهة هذه الاوامر (اوامر البيع والشراء) مع بعضها البعض فتسمح هذه المواجهة بتوازن سعر يؤخذ كمرجع لجميع العمليات (وحدة السوق ووحدة السعر)<sup>2</sup>. ويقوم الوسيط بعقد عمليات بيع وشراء الاوراق المالية السوق المالية في مواعيد رسمية لحساب الزبائن، ومقابل عمولة يتلقاها من البائع او المشتري ويعتبر مسئولاً وضامناً لصحة كل عملية<sup>3</sup>.

#### ثانيا : النموذج الانجلو امريكي :

وهو النموذج المعتمد في انجلترا وشمال امريكا وهو النموذج الغير ممرکز، يتم تسييره وتوجيهه بناء على الاسعار وليس الاوامر فيقوم على تعدد الاسعار في مدة معينة ، وتجري العمليات البورصية مباشرة من طرف الوسطاء المهنيين، وتقام جلسات التسعير في الايام وبطريقة النداء، فيجتمعون في الردهة (المقصورة) لعرض خدماتهم على الزبائن ويقوم كل منهم بتحديد السعر المناسب للقيم المنقولة، فالوسيط ليس وسيطاً بالمعنى التام لهذا المصطلح بل انه يقوم بالبيع والشراء باسمه ولحسابه الخاص ، ولكن يبرم اتفاقاً مع الزبون لذا تعد هذه العلاقة علاقة قائمة على المقابل (contrepartie) ولا وجود لمواجهة الاوامر. كما ان الوسيط لا يجني ارباحه من العمولات التي يتقاضاها مقابل الخدمات التي يؤديها للزبائن وإنما يجني ارباحه من فارق الاسعار البيع والشراء وهذا النموذج من شأنه تحفيز المنافسة بين المهنيين والوسطاء ويسمح بتنوع الاسعار ليس تنوعاً عشوائياً وإنما على اساس موضوعية وفرص بيع بسعر اعلى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-الكسندر ساينز، الاستثمار في اسواق المال خطوة...خطوة، ترجمة ربما عاد، اكاديميا بيروت لبنان، طبعة الاولى 2002، ص 92.

<sup>2</sup>-Anne Dominique Merville .droit des marches financiers .gualino.eja-paris-2006.p125

<sup>3</sup>- محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص 71

<sup>4</sup>-ibid. Anne Dominique Merville ; p126

## المبحث الثاني : نشاطات الوسيط في عمليات البورصة :

يباشر الوسيط نشاطه في مجال القيم المنقولة، وكون التعامل في البورصة يضم مجموعة متنوعة من المستثمرين لهذا فان وظائف ونشاطات الوسطاء داخل البورصة متنوعة بتنوع أصناف من يتعاملون معهم وان قصر التعامل في البورصة على المحترفين المسجلين رسميا في السوق لا يعتبر امتيازاً أو حكراً، بل هو ضرورة لوضع يتطلب ألا يمارسه إلا المختصون في السوق، وذلك نظراً لدقة وخطورة تلك العمليات، ويمكن حصر هذه النشاطات بالرجوع إلى ما نصت عليها المادة 07 من قانون 04/03 كما يمكن للجنة أن تحدد الاعتماد المقدم للوسيط في جزء من النشاطات المذكورة في هذه المادة على اعتبار النوعين اللذان تم ذكرهما وسيط ذو نشاط محدود ووسيط ذو نشاط غير محدود لذلك ارتأينا ان نقسم نشاطات الوسيط في البورصة إلى نشاط مفاوضة تداول القيم المنقولة والسعي المصنفي و(المطلب الثاني) نشاط تسيير وإدارة حافظة القيم المنقولة وتوظيف الأموال و(المطلب الثالث) نشاط الوسيط في ظل الأنظمة المقارنة لنبين بعض النشاطات غير موجودة في بورصة الجزائر.

## المطلب الأول : نشاط مفاوضة تداول القيم المنقولة والسعي المصنفي :

ومن بين أهم نشاطات التي يقوم بها الوسيط في عمليات البورصة، هي إجراء عمليات تفاوض وتداول الأوراق المالية في البورصة لكن يختلف طبيعة نشاط مفاوضة تداول القيم المنقولة للوسيط في عمليات البورصة، إلى اختلاف نوع الوسيط إلى وسيط (دائم) أي ذو نشاط غير محدود، وسيط ذو نشاط محدود، لحساب الزبائن أو لحساب الوسيط (لحسابه الخاص). وسنبين من خلال هذا المطلب في (الفرع الأول) مفاوضة تداول القيم المنقولة (والفرع الثاني) السعي المصنفي.

## الفرع الأول : مفاوضة تداول القيم المنقولة :

سبق الإشارة إلى أن طبيعة نشاط مفاوضة تداول القيم المنقولة للوسيط تختلف باختلاف نوع الوسيط غير محدود وسيط محدد النشاط إلى التداول لحساب الزبائن أو لحساب الخاص وهذا ما سنبينه كالتالي (أولاً) مفاوضة القيم المنقولة لحساب الخاص للوسيط و(ثانياً) مفاوضة تداول القيم المنقولة لحساب الزبائن .

## أولاً : مفاوضة القيم المنقولة للحساب الخاص :

ويقصد بذلك قيام الوسيط ببيع وشراء القيم المنقولة من أسهم وسندات لحسابه الخاص، ولقد حصر المشرع القيام بهذا النشاط لدى الوسيط ذو النشاط غير محدود فقط، أو ما يصطلح عليه كذلك الوسيط الدائم، هذا ما بينته المادة 22 من نظام 03/96 بقولها "طبقاً لنص المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 يمكن الوسطاء ذوي النشاط غير محدود التصرف لحسابهم الخاص قصد تنظيم السوق أو ضمان سيولة لقيمة معينة من القيم المنقولة"<sup>1</sup>.

## ثانياً : مفاوضة القيم المنقولة للحساب الزبائن :

يقصد بها قيام الوسيط بتنفيذ أوامر الزبون بياعاً أو شراءً في البورصة باسمه ولحساب زبونه مقابل عمولة وذلك بإجراء العمليات على الأموال التي استلمها من الزبائن طبقاً لنص المادة 16 من نظام 03/96 بقوله، أن الأموال التي تم استلامها أو حيازتها قصد العمليات التي تدخل في ممارسة نشاط التفاوض يجب أن تمثل فقط المبلغ المقابل لأوامر الشراء التي يتم تنفيذها بعد أو للأوامر التي هي في طور التنفيذ، فيقوم الوسيط بتنفيذ أوامر البيع والشراء لحساب الزبون ويرسل هذه الأوامر إلى بورصة القيم المنقولة بعد قيدها في ملف خاص يدعى ملف الأوامر بتاريخها وساعتها في جهاز الإعلام الآلي المركزي، لإجراء التداول عليها من خلال مواجهة أوامر البيع والشراء طبقاً للنظام

<sup>1</sup> - انظر: المادة 22 من نظام 03/96 السابق الذكر.

اللاتيني المتبع في بورصة الجزائر وحسب نوع الأوامر المحددة من طرف الزبون إما أمر بسعر السوق أو أمر بسعر محدد أو أمر بحسب المدة.

### الفرع الثاني : نشاط السعي المصفي :

يقصد بالسعي المصفي أولا نشاط الشخص الذي يتصل عادة بالناس في منازلهم أو أماكن عملهم، وكذا في أماكن العمومية أو الذي يستعمل عادة المكالمات الهاتفية والرسائل والمناشير سواء قصد اقتراح اقتناء قيم المنقولة أو بيعها أو المساهمة في عمليات تتعلق بقيم المنقولة سواء بغية تقديم خدمات أو إرشادات للغاية نفسها. وهذا ما جاء في نص المادة 02 من نظام لجنة البورصة رقم 03/96 الفقرة الثالثة وهو محدد للوسيط ذو النشاط الدائم دون غيره، وفي هذا الشأن يعتبر سعي مصفي مثلا قيام الوسيط بتنفيذ أوامر البيع والشراء لحساب زبائنه، تقديم التوصيات اللازمة لزبائنه، والاستعداد الكامل لإجابة الزبون عن كل أسئلة التي يستفسر عنها الزبون، كما يعد من قبيل السعي المصفي<sup>1</sup>، إعداد الكشوف الشهرية والثلاثية الخاصة بعمليات المبرمة من طرف كل عميل، التأكد من تسجيل القيم المنقولة المشتراة.... الخ باختصار كل أنشطة الوسيط تعتبر سعي مصفي في سبيل القيام بمهامه<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : نشاط ادارة وتسيير محافظ القيم المنقولة وتوظيف الأموال :

يعد انتشار عملية إصدار القيم المنقولة<sup>3</sup>، إحدى المظاهر الهامة التي عرفها النظام اللبرالي المعاصر، فقد يجد المدخر نفسه أمام تعدد واختلاف أشكال القيم المنقولة دون إمكانية معرفة أي منها تستجيب لحاجياته وقدراته، وفي مثل هذه الحالة تبرز أهمية تدخل فئة الوسطاء المهنيين<sup>4</sup> في نشاط إدارة وتسيير محافظ القيم المنقولة ( الفرع الأول) ولحساب الزبون أو لحساب هيئات التوظيف الجماعي أو في نشاط توظيف الأموال (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : نشاط ادارة وتسيير محافظ القيم المنقولة :

طبقا لنص المادة 19 من نظام 03/96 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء وواجباتهم ومراقبتهم تنص على انه وطبقا للمادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 والمذكور أعلاه يمكن و.ع.ب ذوي النشاط غير المحدود تسيير حافظة القيم المنقولة\* لحساب شخص معنوي أو طبيعي<sup>5</sup>، أي لحساب الزبائن أفراد أو مؤسسات بشكل مباشر أو عن طريق هيئات التوظيف الجماعي المنصوص عليها في المادة 07 من قانون 04/03 التي نصت على إمكانية الوسيط ممارسة نشاط تسيير حافظة هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة بشكل غير مباشر كمؤسسة ائتمان<sup>6</sup>، وتكون وكالة التسيير الحافظة معهودة بها للو.ع.ب بموضوع عقد موقع عليه من طرف صاحب الحساب المسير للمصادقة عليه، ومن طرف الو.ع.ب للموافقة عليه وتصدر اللجنة تعليمة في هذا الشأن وتحدد فيها البنود التي يجب أن يتضمنها العقد النموذجي ويجب أن يوضح في العقد طبيعة العمليات التي يمكن و.ع.ب المبادرة بها وكذلك تحديد المخاطر التي يمكن مواجهتها وشروط سير الحساب وكذا مكافأة المسير.

<sup>1</sup> - démarchage, disbnible en [www.iobdroit.com](http://www.iobdroit.com) consulte le 28/12/2016 a22:26

<sup>2</sup> - هذال غنية، مرجع سابق، ص 54.

<sup>3</sup> - محفظة القيم المنقولة : هي عبارة عن ادوات استثمارية، يمسكها المستثمرين بهدف تحقيق عائد معين، نقلا عن :

Dubois Michel Et Girard- Potin Isabelle Théorie Financier De Gestion De Portefeuille. Edition ,Deboek Université de Belgique 2001,p195

<sup>4</sup> - ايت مولود فاتح، حماية الادخار للمستثمر في القيم المنقولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جمعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012 ص 245.

<sup>5</sup> - أنظر المادة 19 من نظام 03/96 المتعلق بشروط اعتماد الوسيط وواجباتهم ومراقبتهم .

<sup>6</sup> - هذال غنية، المرجع السابق، ص 53.

## الفرع الثاني: نشاط توظيف الأموال في البورصة :

يقصد بتوظيف الأموال تمكين الوسيط من الحصول على مكتبتين للقيم المنقولة أسهم وسندات لحساب مصدر يلجأ للادخار<sup>1</sup>.

ولقد بينت المادة 24 من النظام المذكور أعلاه على انه يمكن للوسيط ذوي النشاط غير محدود القيام بتوظيف أصول مالية لحساب مصدرها بموجب عقد يجرر لهذا الغرض من قبل الطرفين وذلك طبقا للمادة 43 من المرسوم التشريعي 10/93 بقولها: " تعد الشركات التي تلتجئ إلى التوفير علنا الشركات المسجلة سندات في التسعيرة الرسمية لبورصة القيم المنقولة ابتداء من تاريخ هذا التسجيل أو التي تلجأ إلى توظيف سندات مهمما يكن نوعها، إما بنوك أو مؤسسات مالية أو الوسطاء في ع.ب وإما إلى أساليب الإشهار العادي وإما إلى السعي المصنفي مباشرة"<sup>2</sup>.

غير أن الو.ع.ب غير البنوك والمؤسسات المالية لا يمكنهم ضمان نجاح مسعى الإصدارات فرديا أو بمساعدة هيئات أخرى غير هذه الأخيرة<sup>3</sup>.

## المطلب الثالث : نشاط الوسيط في الانظمة المقارنة :

من خلال استقراء نصوص القوانين الجزائرية المنظمة للبورصة نلاحظ أنها لا تشير لبعض انواع الوسطاء أو الى بعض النشاطات، نظرا لقصور بورصة الجزائر وضعفها او لاعتبارات الدين (عمليات الربوية المحرمة) وهو ما ينعكس سلبا على بطء حركة الأموال في البورصة، لذا يجب ان لانعزل أسواقنا عن تلك الأسواق العالمية<sup>4</sup>، فمتلا نجد بعض النشاطات التي لا نجد لها وجود في بورصتنا غلى غرار بعض البورصات الأخرى، ومنها تلك المعاملات التي لا يتدخل فيها الوسيط وهي استثناء وسنعالجها من خلال الفرع الاول (المتاجرة بالهامش) و(الفرع الثاني)النشاطات التي يمكن ان تكون بلا وسيط .

## الفرع الأول : المتاجرة بالهامش :

الهامش من همش وهو في الاصل يدل على سرعة العمل او الكلام<sup>5</sup>، و نجد أن الوسيط له نشاط يتمثل في المتاجرة بالمتاجرة بالهامش وهي عبارة عن إعطاء العميل القدرة على أن يتاجر بمبلغ يفوق قدرته المالية من خلال صورها الأربعة<sup>6</sup>، نبينها كما يلي : أولا (الشراء بالهامش) ثانيا (البيع القصير) ثالثا (عقود الاختيار) رابعا (عقود مستقبلية).

أولا: الشراء بالهامش وهي عبارة عن قيام الوسيط بدفع جزء من ثمن صفقة شراء الأوراق المالية وذلك بضمان نفس الأوراق التي تمت شرائها.

<sup>1</sup> - هدا ل غنية، مرج سابق، ص 54.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 43 من المرسوم التشريعي 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة .

<sup>3</sup> - انظر: المادة 24 من نظام 03/96 السابق الذكر.

<sup>4</sup> - موفق خالد إبراهيم، الجوانب القانونية للمتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، لسنة 2014، ص 10.

<sup>5</sup> - أسامة عبد العليم، الأحكام الفقهية للتعامل بالهامش في بورصة الاوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 20.

<sup>6</sup> - موفق خالد إبراهيم مرجع سابق، ص 10.

ثانيا: البيع القصير والذي يعتمد على إقراض الوسيط أوراق مالية للعميل، بغرض بيعها وإعادة شرائها فيما بعد وهذه الصورة تعمل على قلب القاعدة الشائعة في التجارة، إذ أن العميل يبيع الأوراق الذي قام باقتراضها ثم شرائها وإعادتها للوسيط .

ثالثا: عقود الاختيار يقصد به صدور وعد من العميل ببيع مجموعة من الأوراق المالية، في مدة زمنية معينة ويلعب الوسيط في هذا دورا مهما حيث هو يأخذ مبلغا من المال (هامشا)، من العميل يساوي جزءا ضئيلا من ثمن الصفقة، مقابل قيام الوسيط بتقديم ائتمان له على أن في هذه الصورة، يستطيع الموعود له أن يبرم العقد النهائي أو يعدل .

رابعا: العقود المستقبلية والتي يعد فيها الطرف الأول بان يبيع، ويعد الطرف الثاني بأن يشتري، أصلا معيننا وبشمن محدد في الحال على أن يتم الدفع والتسليم في مدة لاحقة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: النشاطات التي تكون بلا وسيط :

ان كان المشرع الجزائري يحدى حذو المشرع المصري، في الاحتكار القانوني للوسيط او لشركات السمسرة(الوساطة) للقيام بدور التداول على القيم المنقولة، أي تنفيذ اوامر البيع والشراء وهذا طبق لقانون سوق المال المصري المادة 18 رقم 95 لسنة 1992 وكذا المادة 45 من قانون التجارة الجديد من قانون 17 لسنة<sup>2</sup> 1999، وهو نفس الأمر الذي قرره المشرع الفرنسي، بمقتضى القانون الصادر في 22 يناير 1988، حيث احتفظ لشركات السمسرة او الوسطاء الماليين بالاحتكار القانوني، الذي خوله في المرسوم 30 اكتوبر 1961 لسماسرة الاوراق المالية الرسميون وهذا ما تبرزه بوضوح المادة الاولى من هذا القانون بنصها في الفقرة الاولى على أنه :

« les sociétés de bourse sont seules chargées de la négociation de valeur mobilières admises aux négociations par le conseil des bourses de valeur »<sup>3</sup>.

مع هذا فان المشرع الفرنسي سمح للأشخاص الطبيعيين بإبرام عمليات على الاوراق المالية دون وساطة أو تدخل من شركات البورصة<sup>4</sup>.

وعليه مقولة انه يمكن ان تجرى عملية شراء او بيع القيم المنقولة في بورصات العالمية بدون وسيط صحيحة وهذا يحدث في بعض بورصات مثل فرنسا امريكا... الخ ولا تحدث في بورصات اخرى مثل بورصة الجزائر وتحدث بإحدى الطريقتين التاليتين أولا ما تقوم به بعض الشركات من توزيع ارباحها على شكل اسهم لحاملي الاسهم لديها، وبذلك تمنحهم حصتهم من الارباح على شكل اسهم بدلا من دفعها لهم بشكل نقدي، وتعرف هذه الطريقة باللغة الانجليزية ب(dividend réinvestirent plan)، والطريقة الثانية ما تقوم به بعض الشركات ممن يقدم خدمة الشراء المباشر بدون وسيط ويطلق عليها ب(direct purchase plan)<sup>5</sup>، إلا أن الاستغناء عن الوسيط في بعض بعض الاحيان بطرق معينة ليس بديل عملي للوسيط الذي يتيح للمستثمر تداول ما يشاء من القيم المنقولة.

<sup>1</sup>- المرجع نفسه، ص 10.

<sup>2</sup>- محمد ابراهيم موسى، حوكمة الشركات المقيدة بسوق الاوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2010، ص 139.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 139 .

<sup>4</sup>- محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 139.

<sup>5</sup>- فهد الحويماني، المال والاستثمار في الاسواق المالية، دار الهلال للاؤفست، الرياض سعودية، الطبعة الثانية سنة 2006، ص 91، 92.

### المبحث الثالث : أهمية دور الوسيط في عمليات البورصة :

يعتبر الوسيط في عملية البورصة ركيزة أساسية، لا يمكن ان يستغنى عنها في البورصة كونه يعد أحد أهم الأطر التي تعمل في جلب المشتقات المالية، داخل البورصة، من خلال مختلف الخدمات التي يقدمها، فلا يمكن للغير القيام بهذه النشاطات والخدمات او الدخول للمقصورة الا اذا كان وسيطا او مستخدما تابعا للوسيط، وإلا كانت باطلة ولو ان الاستغناء عن الوسيط في بعض الاحيان بطرق معينة ليس ببديل عملي للوسيط الذي يتيح للمستثمر تداول ما يشاء من القيم المنقولة لذا كان من الضروري علينا نبين أهمية دور الوسيط في عمليات البورصة وما هي الدوافع ادت الى وجوب تدخل او توسط الوسيط في البورصة. من خلال تبين أهمية الوسيط على الصعيد الداخلي للبورصة وما يوفره من حماية للزبائن وتحقيق الاداء البورصي (الفرع الاول) وأهمية الوسيط على الصعيد الخارجي من خلال تحفيز الاستثمار ونمو الاقتصاد للبلد.

### الفرع الأول : أهمية دور الوسيط في البورصة على الصعيد الداخلي :

لقد قدر المشرع للوسيط في عمليات البورصة دور بارزا في البورصة، لكن لا تعتبر ميزة بقدر ما هي مسؤولية كبيرة اراد بها ضمان العمليات البورصية وإنجاح نظام حوكمة البورصة (اولا) وكذا حماية الزبون المدخر والمستثمر (ثانيا) حتى يشجعه على تخزين امواله في قنوات استثمارية أفضل من تخزينها في البيوت .

### أولا : تحقيق الأداء البورصي :

أن تدخل الوسيط يعتبر ضمانا لحماية المصالح، وان حصر التعامل بالقيم المنقولة على هؤلاء يشكل ضمانا لحسن سير السوق وحمايته وتوحيد القواعد السائدة فيه<sup>1</sup>، كما يسمح احتكار الوساطة منع التعامل في القيم المنقولة خارج السوق المنظمة، كما يساعد على تنشيط وتسير السوق للوصول الى الهدف المتمثل الى ضمان الامن والشفافية في السوق، والتي تمكن من تحقيق الاداء البورصي والكفاءة المتمثلة في تكملة وخلق مصادر تمويلية، وزيادة القوة الاقتصادية من خلال تشجيع المؤسسات المالية والتجارية على الاستثمار فهم يسمحون بتفادي احتمالات عرقلة النشاط الاقتصادي وتوفير الاموال اللازمة كما يعتبر جامع للأموال للبورصة<sup>2</sup>، كما ان تدخل الوسطاء او سمسارة الاوراق المالية يفيد من التخفيف من حدة المضاربة ومن الواضح ان الافصاح الدقيق عن المعلومات والبيانات التي يوفرها الوسيط لزبائنه تمثل احد الاهداف التي تسعى الجهات الرقابية في البورصة الى تحقيقها اي لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها (COSOB) لتحقيق الاداء البورصي المتمثل في الشفافية، وإلارشادالمستثمر الذي وظف امواله في البورصة وبالتالي خلق الثقة التي تسمح للمستثمر بمتابعة نشاطه في البورصة، وبالتالي وجب اعطاء المستثمر كل المعلومات الدقيقة و الصحيحة من قبل الوسيط في الوقت المناسب وبطرق فعالة التي تحوط ضد مخاطر التي تحدث داخل البورصة.<sup>3</sup>

### ثانيا : حماية الزبون (المدخرين والمستثمرين) :

ان القيام بتداول القيم المنقولة (اسهم سندات ) في البورصة سواء بالبيع او الشراء فان ذلك يحدث في اطار قانوني منظم، بواسطة اشخاص مرخصين معتمدين من طرف لجنة البورصة ألا وهم الوسطاء او المستخدمين المرخص لهم

<sup>1</sup>- ايت مولود فاتح، المرجع السابق، ص 196

<sup>2</sup>- ايت مولود فاتح، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup>- عصام حسين، المرجع السابق، ص 29.

فان هذا يسمح من جهة عدم تضييع الحقوق ورؤوس الاموال اي منح الثقة للجمهور المستثمر او المدخر، ومن جهة اخرى يسمح بوضع تقييم موضوعي و حقيقي لشركات المقيمة للبورصة وحالتها المادية. فالوسيط يملك الدراية الكاملة لمختلف المعلومات داخل البورصة واتخاذ القرار المناسب<sup>1</sup>، بل يتوقف على الشركة الراغبة في القيد في البورصة على مهارة وكفاءة الوسيط، نظير خبرته في هذا المجال ويمكن ان نبين الأهمية التي يمنحها الوسيط لزبائن من خلال ما يلي :

- خبرة وتخصص المستثمر ونظراته الاستباقية للأمر ودرايته بكل ما يتعلق بالبورصة .
- التقليل من تكاليف الحصول على المعلومات ان تدخل الوسيط يكسب الزبون الاقتصاد في الجهد من خلال البحث والتقصي على امور البورصة.
- ربح الوقت: ان الوسيط في البورصة يوفر عليك الكثير من العناء، فهو يسمح بربح الوقت في البحث على البائعين والمشتريين لقيمك المنقولة اما بالبيع او الشراء.

### الفرع الثاني : اهمية دور الوسيط في البورصة على الصعيد الخارجي :

باعتبار ان الجزائر من الدول النامية التي تعاني من ركود الاستثمارات فالوسيط يعد من الادوات التي تساعد على تلطيف مناخ الاستثمار بالتحديد في البورصة، في كونه يعد همزة وصل (اولا) بين المستثمر الذي يرغب في الاستثمار سواء كان فرد او مؤسسة للحصول على ارباح و(ثانيا) بين البورصة التي تهدف الى خلق سياسة للاستثمار لتحقيق تنمية اقتصادية تعود على الاقتصاد الوطني ككل.

### أولا : تحفيز الاستثمار:

يسعى الوسيط في البورصة الى تحقيق الربح للمستثمر ، بعد طلب هذا الأخير منه للقيام بعملية تداول الاوراق المالية شراء او بيعا، فان ذلك يحفز المستثمر نظير تجربته مع الوسيط في البورصة خاصة في حالة الربح له، مما يبعث بالارتياح وتوظيف امواله في البورصة، لهذا يشترط الصفات الاخلاقية الحميدة في الوسيط حتى يساعد البورصة من تحقيق وظيفتها المتمثلة في تكملة مصادر التمويل التي تعتمد عليها الدولة للنهوض بالاقتصاد، وحتى لا ينصرف كل المستثمرين الى المشاريع الاستثمارية الغير مالية كالبناى او الفلاحة اي الاستثمار الموازي وكون البورصة اشبه بالخريطة التي ستفوقك عبر متاهة الاستثمار، والوسيط المالي هو المرشد والدليل الذي يزودك بالمعلومات الكافية التي تبدأ بها مشوارك كمستثمر<sup>2</sup>.

### ثانيا : تطوير الاقتصاد ككل :

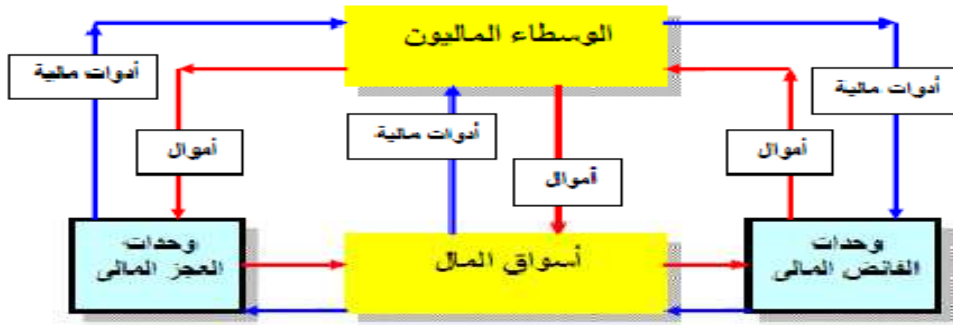
باعتبار ان النظام المالي يعتبر اداة لتنمية النمو الاقتصادي في اي دولة، وكون هذا الاخير يتكون من اربعة مقومات رئيسية والتي تتمثل في وحدات الفائض والعجز المالي، الوسطاء الماليون، اسواق المالية، والأدوات المالية. تتلخص اهمية الوسيط في تحقيق النمو الاقتصادي في هذا المقام من خلال تحويل وحدات الفائض المالي لسد حاجات وحدات العجز المالي<sup>3</sup>، لماذا؟ لتحفيز الاستثمار الذي يحقق التنمية والنمو الاقتصادي للدولة، ونقصد بوحدات الفائض المالي

<sup>1</sup>هدال غنية، مرجع سابق، ص 14

<sup>2</sup> -الكسندر ساينز ترجمة ربما عاد، المرجع السابق، ص.6

<sup>3</sup> - فخرالدين فقي، محمد محمود وفاء، اسواق الاوراق المالية بين دورها في التنموي والإئماني، بدون دار نشر ص5

هي تلك الوحدات التي تكون إيراداتها أكبر من نفقاتها وتظم هذه الوحدات، كل من القطاع العائلي (الأفراد) الذي غالبا ما يكون له فائض مالي، قطاع الحكومي إذا حققت الميزانية الدولة فائضا، كما تضم أيضا قطاع الأعمال والقطاع الخارجي إذا حقق فيهما فائض مالي، أما وحدات العجز المالي هي العكس عندما يكون انفاقها أكبر من إيراداتها وتظم بالدرجة الأولى قطاع الأعمال (عام وخاص)، قطاع الحكومي وهما غالبا ما يكونا في قطاع العجز المالي، أما القطاع الخارجي فيندرج كوحدة عجز مالي عندما يكون ميزان مدفوعات الدولة في حالة عجز مالي<sup>1</sup>. وهذا ما يبينه الشكل التالي .



1- شكل يمثل دور الوسيط في تحريك دورة الأموال. نقلا عن كتاب الاسواق المالية بين دورها التنموي والائتماني ص 06.

الخاتمة :

من خلال هذه الدراسة نجد الوسيط هو شخص ذو ذراية وكفاءة في شؤون الأوراق المالية، يقوم بعقد عمليات بيع وشراء الأوراق المالية في البورصة لحساب الزبائن، ومقابل عمولة يتلقاها من البائع أو المشتري ويعتبر مسؤولاً وضامناً لصحة كل عملية، ولقد اشترطت الانظمة المعمول بها في بورصة الجزائر جعل مهنة الوساطة حكر قانوني للوسيط كشخص معنوي يباشر فيها نشاطه في مجال القيم المنقولة، على اختلاف انواعه ونشاطاته ومستخدميه وكون التعامل في البورصة يضم مجموعة متنوعة من المستثمرين، لهذا فان وظائف ونشاطات الوسطاء داخل البورصة متنوعة بتنوع اصناف من يتعاملون معهم وان قصر التعامل في البورصة على المحترفين المسجلين رسمياً في السوق لا يعتبر امتيازاً او حكراً بل هو ضرورة لوضع يتطلب الا يمارسه الا المختصون في السوق على الرغم من بروز عدة انواع وتسميات للوسيط في الانظمة القانونية المقارنة التي لا نجد لها وجود في بورصة الجزائر كون نشاطها ضعيف.

كما يعتبر الوسيط في عملية البورصة ركيزة اساسية، اذ ان تدخله يكسب الزبون الاقتصاد في الجهد للبحث والتقصي على امور البورصة، اذ يعتبر ضماناً لحماية المصالح الزبائن، كما يشكل الوسيط في البورصة احد المتغيرات التي تحدث فارقا على الصعيد الخارجي، فهو يعد الحجر الاساسي لتشجيع الاستثمار في البورصة من خلال جلب او استقبال المستثمرين وتشجيعهم وتخفيفهم مما يعود بالفائدة العامة على الزبائن والأداء البورصي و على الاقتصاد الوطني ككل .

<sup>1</sup> - فخر الدين فقي، محمد محمود وفاء، مرجع سابق، ص 06



✓ قائمة المراجع :

أولاً : المصادر :

1- القوانين :

- قانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/39 المؤرخ 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ج.ر.11.
- المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 23/ماي/1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ج.ر.
- نظام 03/96 المؤرخ في 03 يوليو 1996، يتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم.
- فقانون رقم 75/88 الصادر في يناير 1988 المتعلق ببورصة القيم المنقولة الفرنسي.
- قانون رقم 95 لسنة 1992 المتعلق بسوق راس المال المصري.

ثانياً : المراجع باللغة العربية :

1- الكتب:

- أسامة عبد العليم ، الأحكام الفقهية للتعامل بالهامش في بورصة الاوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2013
- الكسندر ساينز، الاستثمار في اسواق المال خطوة...خطوة، ترجمة ريماء عاد اكاديميا بيروت ، الطبعة الأولى سنة 2002.
- مبروك الحسين، المدونة الجزائرية للبورصة، دار الهومة، الجزائر، طبعة الثانية، سنة 2010.
- محمد صالح الحناوي، السيد عبد الفتاح عبد السلام، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعية مصر، طبعة الأولى سنة 1998
- محمد ابراهيم موسى ، حوكمة الشركات المقيدة بسوق الاوراق المالية دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر سنة 2010.
- موفق خالد ابراهيم ، الجوانب القانونية للمتاجرة بالهامش في الأسواق المالية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الأولى، لسنة 2014.
- محمد يوسف ياسين، البورصة(عمليات البورصة تنازع القوانين اختصاص محاكم ) ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الاولى، سنة 2004.
- شمعون شمعون ، البورصة دار الهومة، الجزائر ، الطبعة الثانية، لسنة 2000.
- عبد القادر الحمزة ، اساسيات البورصة وقواعد اقتصاديات الاستثمار المالية، دار الكتاب الحديث القاهرة، الطبعة الاولى لسنة 2010.
- فهد الحويماي، المال والاستثمار في الاسواق المالية، دار الهلال للاؤفست، الرياض سعودية الطبعة الثانية، سنة 2006.
- نسرين عبد الحميد بيه، البورصة (ماهيتها، تاريخها، مستقبلها) ومدى تأثر التداول بها خلال ثورات الدول العربية، دار الكتب والوثائق القومية، مصر، طبعة الأولى سنة 2012.
- فخرالدين فقي، محمد محمود وفاء، اسواق الاوراق المالية بين دورها في التنموي والإئتمائي، بدون دار نشر.

## 2- الرسائل والاطروحات :

- أيت مولود فاتح، حماية الادخار للمستثمر في القيم المنقولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012.
  - هدايل غنية، النظام القانوني للوسطاء في عمليات البورصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة بن عكنون الجزائر، سنة 2002.
  - قصي علي الضمور، المسؤولية الجزائرية عن اعمال غير مشروعة للوسيط المالي، بحث لنيل درجة ماجستير تخصص قانون عام، جامعة الشرق الاوسط لدراسات العليا المملكة الاردنية الهاشمية عام 2009.
- ثالثا: المراجع باللغة الاجنبية :

### 1-ouvrages :

- Anne Dominique Merville ,droit des marches financiers,gualino.eja-paris--2006
- Philippe spiseire , la bourse. Edition4 ,2010.
- Dubois Michel Et Girard- Potin Isabelle Théorie Financier De Gestion De Portefeuille, Edition,Deboek Université de Belgique 2001

### 2-TEXTES JURUDIQUES :

- 1- 01\_ Securities exchange Act of 1934(As amendeToroughP.1111-257Approved october 5.2010.

رابعا: المواقع الالكترونية :

01- [www.boursd'alger.com](http://www.boursd'alger.com) موقع بورصة الجزائر :

02- [www.iobdroit.com](http://www.iobdroit.com) موقع يبين السعي المصنفي :

## حدود فعالية الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة في الجزائر



إعداد : أسامة جفالي ، أستاذ مؤقت

بجامعة تبسة ، باحث في الدكتوراه

قانون عام، جامعة البليدة- الجزائر

الملخص :

صحيح أن الغرامة التهديدية تعد من أهم وأبرز ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية، إلّا أنّ البحث والتمعن في الجوانب الإجرائية والتنظيمية وحتى الجزائية لهاته الوسيلة، يبين ضعف نجاعتها في مواجهة تعنت الإدارة ورفضها الخضوع للمشروعية، وهذا الفشل النسبي يظهر من خلال النقص والقصور الذي يعاني منه النظام القانوني للغرامة التهديدية في حد ذاته، كما يظهر أيضا من خلال عدم كفاية العقوبات المالية المسلطة على الموظف المتسبب في الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة نتيجة امتناعهم التنفيذ، وبذلك فإن أهم وسيلة إكراهية ضامنة لتنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة تصبح هي في حد ذاتها بجاجة إلى ضمانات وآليات قصد إعادة تفعيل دورها كوسيلة زجرية حقيقية تستهدف التنفيذ العيني لمضمون القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة.

### Résumé :

Il est vrai que l'amende qui menace l'un de l'application la plus importante et des garanties en vue des décisions de justice, pour la recherche et de réfléchir sur les aspects procéduraux et organisationnels et même criminelle à ces circonstances signifie, montre la faiblesse de leur efficacité face à l'intransigeance de l'administration, et son refus de se soumettre aux ordres du juge administratif, cet échec relatif montre à travers les pénuries et les lacunes qui subi par le système juridique de l'amende menaçant en lui-même, montre aussi par des punitions financières insuffisantes infligées à l'employé l'amenant bien menaçante contre l'administration à la suite de ne pas mettre en œuvre, et donc le plus important signifie garant compulsif de la mise en œuvre des décisions judiciaires émises contre l'administration devient la fin de les mêmes garanties et mécanismes doivent par inadvertance réactiver son rôle comme un moyen de restreindre le fait visant à mettre en œuvre le contenu du genre de décisions judiciaires émises contre l'administration.

## مقدمة :

بسبب الانتشار الواسع لظاهرة إمتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها، وبعدها كان موضوع الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة محل جدل فقهي وعدم استقرار قضائي، تدخل المشرع الجزائي وخوّل القاضي الإداري تلك السلطة، فأصبح هذا الأخير يتمتع بسلطة الأمر بها أثناء الفصل في الدعاوى التي تعرض عليه.

تعدّ الغرامة التهديدية تنبيها للإدارة بالتزاماتها الأساسية، والمتمثلة بوجه عام في احترام مضمون حجّية الشيء المقضي فيه، مع إلباس هذا التنبيه ثوب التحذير الرسمي، لذلك فهي أحد أبرز ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية بلا منازع، لما لها من ميزة ردعية وإكراهية، وهذا ما يجنب القاضي الإداري - بعد إصدار حكمه - النظر في دعاوى أخرى في نفس الموضوع، إلّا أنّ التمعن في الجوانب المنظمة لهاته الوسيلة الإجرائية والضامنة لنجاعتها، يظهر أنها ليست بتلك الدرجة والقوة التي تضمن حمل الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها، وهو ما يؤدي في الأخير إلى تراجع دورها كوسيلة إكراهية غير مباشرة للتنفيذ.

إن هذا الأمر يظهر من خلال النقائص التي يعاني منها النظام القانوني للغرامة التهديدية في حد ذاته (مطلب أول)، كما يظهر أيضا من خلال عدم كفاية العقوبات المالية المسلطة على الموظف المتسبب في الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة نتيجة امتناعه عن التنفيذ (مطلب ثاني).

## المطلب الأول - نقائص النظام القانوني للغرامة التهديدية :

إنّ وسيلة الأمر بالغرامة التهديدية ضدّ الإدارة حال رفضها تنفيذ قرارات الإلغاء الصادرة ضدها - وبالنظر إلى الكيفية التي نظّمها بها المشرع - تبدو ذات فعالية محدودة؛ حيث تعثر بها الكثير من النقائص التي تؤدي إلى فقدان القاضي الإداري لسلطته الحقيقية في تنفيذ قرارات الإلغاء التي يصدرها.

إنّ المشرّع حين إقراره للقاضي الإداري بسلطة الأمر بالغرامة التهديدية ضدّ الإدارة بموجب نصوص ق. إ. م. إ، تراجع في نصوص أخرى منه عن هذا الموقف، ويظهر هذا التراجع من خلال عدم وجوبية الأمر بالغرامة التهديدية (فرع أول)، وأيضاً من خلال جواز إلغاء الغرامة التهديدية (فرع ثاني)، كما يظهر أيضاً في إمكانية تغيير الوصف القانوني للغرامة التهديدية (فرع ثالث).

## الفرع الأول - عدم وجوبية الأمر بالغرامة التهديدية :

لعلّ أوّل ملاحظة يمكن إبدائها بشأن سلطة القاضي الإداري في الأمر بالغرامة التهديدية ضدّ الإدارة، هي أنّ المشرّع لم يلزم هذا القاضي بالأمر بها ضد هذه الأخيرة حتّى إذا امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء<sup>1</sup>؛ فالقاضي الإداري يجوز له - وليس يجب عليه<sup>2</sup> - أن يأمر بالغرامة التهديدية ضدّ الإدارة لضمان تنفيذ أحكامه، واستعمال كلمة يجوز لا تفيد الوجوب والإلزام.

1- كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2009، ص 88.

2- جاء في المادة 980 من ق إ م: "يجوز للجهة القضائية الإدارية ... أن تأمر بغرامة تهديدية ..."، القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

إن ما يستنتج من المواد المنظمة لهذه السلطة، أن القاضي الإداري يمكن أن يحجم عن استعمال سلطته في الأمر بها، ما دام النص لم يلزمه بذلك، خاصة إذا لم يتم طلبها من المدعي، بل حتى في حالة طلبها، قبل أو حتى بعد الحكم، فإن النص في صياغته الحالية لا يلزمه بالأمر بها، مما يجعل ذلك رهين السلطة التقديرية لقاض ضعيف المركز والسلطة أمام الإدارة في أغلب مواجهاته لها، فإذا كان القاضي الإداري غير ملزم بتسبب الأمر بالغرامة التهديدية<sup>1</sup>، فإنه من باب أولى غير ملزم بتسبب رفضه الأمر بها، مما يجعل من الصعوبة إلزام القاضي الإداري بالقيام بذلك.

### الفرع الثاني - جواز إلغاء الغرامة التهديدية :

إذا كان "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة"<sup>2</sup>، فإنه في ظل المفهوم الواسع والمبهم أصلاً لحالة الضرورة، يسوغ للقاضي الإداري إلغاء أو تخفيض قيمة الغرامة التهديدية التي سبق وأن أمر بها ضد الإدارة، وذلك بنا على دفع الإدارة بهذه الحالة.

إن حالة الضرورة - وفي ظل مفهومها الذي يستعصي على التحديد - تمنح للإدارة الفرصة في كل مرة للتمسك بها لتبرير عدم تنفيذ قرارات الإلغاء، والقاضي الإداري الجاهل بدواليب الإدارة وعلومها وخصوصياتها<sup>3</sup>، سيلجأ في كل هذه المرات إلى إلغاء الغرامة التهديدية المأمور بها ضد الإدارة نزولاً عند رغبة هذه الأخيرة المتحججة بحالة الضرورة، فيعلل إلغاء هذه الغرامة بوجود عوارض تقطع العلاقة بين حكم الإلغاء وتنفيذه<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث - إمكانية تغير الوصف القانوني للغرامة التهديدية :

من المسلم به أن الطبيعة القانونية لوسيلة الأمر بالغرامة التهديدية تتمثل في أنها وسيلة إكراهية غير مباشرة للتنفيذ العيني لمنطوق حكم الإلغاء<sup>5</sup>، وهي بذلك لا تهدف إلى جبر الضرر المترتب عن عدم التنفيذ العيني لمنطوق الحكم على الإطلاق، لذلك قرّر المشرع أنها مستقلة عن أي تعويض<sup>6</sup>، بما يفهم منه أن للمحكوم له أن يطالب بمبلغ الغرامة التهديدية المصفى ومبلغ التعويض عن الضرر معاً<sup>7</sup>.

1- براهيمي فايضة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس 2011، ص 121.

2- المادة 984 من ق.إ.م.إ.

3- صدراتيصدراي، القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، 1991، ص 577.

4- كمون حسين، المرجع السابق، ص 88.

5-Michel LASCOMBE, Application de l'injonction et de l'astreinte juridictionnelles dans l'hypothèse du refus d'abroger un décret, La Semaine Juridique, Ed Générale N° 25, 18 Juin 1997,II 22866. P 5.

6- أنظر المادة 982 من ق.إ.م.إ.

7- رمضان فريد، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة 2013، ص 138.

غير أن المشرع قد قرر دمج مبلغ الغرامة التهديدية المصفاة في مبلغ تعويض الضرر الناتج عن الإمتناع عن التنفيذ، وذلك بإقراره أنه "يجوز للجهة القضائية أن تقرّر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعى، إذا تجاوزت قيمة الضرر، وتأمّر بدفعه إلى الخزينة العمومية"<sup>1</sup>.

إنّ هذا الوضع غير مقبول، لأنّ ذلك من شأنه أن يغيّر الوصف القانوني لوسيلة الأمر بالغرامة التهديدية، فبعد أن كانت وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني لمنطوق حكم الإلغاء، فإنّها تصبح وفقاً للمادة المذكورة أعلاه، وسيلة للتنفيذ عن طريق التعويض، فتتعدّم بذلك خاصيتها كوسيلة زجرية إكراهية، وتتحوّل إلى مجرد آلية للتعويض عن عدم التنفيذ، فلا تختلف بذلك عن دعوى التعويض التقليدية، خاصّة وأن الفرد يستهدف من دعوى الإلغاء تصحيح مركزه القانوني وليس تعويضه عن الضرر<sup>2</sup>.

إذن، وبالنظر إلى كلّ هاته العيوب التي تشوب النظام القانوني للأمر بالغرامة التهديدية، فقد اتّجه المشرع إلى تدعيم هاته الوسيلة بجزاءات ردعية؛ حيث أقرّ عقوبات مالية على الموظّف المتسبّب في الأمر بالغرامة التهديدية بامتناعه عن التنفيذ، إلّا أنّ تحليل النصوص المقرّرة لهذه العقوبات يبين أنّها عقوبات خير مجدية.

### المطلب الثاني - عدم كفاية العقوبات المالية للموظّف المتسبّب في الغرامة التهديدية :

يترتّب على خاصية الإلزام التي تتميز بها القاعدة القانونية، جزاءات معينة توقع على المخاطين بها حال مخالفتهم لأحكامها، وهذه الجزاءات يفترض أن تكون ردعية زجرية؛ بحيث تضمن احترامها والرّهبة منها، غير أنّه إذا لم تحقّق هاته الجزاءات الدرجة المطلوبة من ذلك، فإنّها تصبح عديمة الجدوى والفاعلية.

إنّ الجزاءات المكرّسة قانوناً للحدّ من ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ قرارات الإلغاء الصادرة ضدها، ومنها تلك المترتبة عن الغرامة التهديدية المأمور بها ضد الإدارة، يفترض أن تسهم في تكريس دولة القانون وإخضاع الإدارة للمشروعية، بحيث أنّه إذا تمخض عن تصفية تلك الغرامة جزاءات ردعية -تصيب الموظّف الممتنع عن التنفيذ في نواح كثيرة من كيانه- فإنّه سيزدجر لا محالة، ويخضع للمشروعية المجسّدة في تنفيذ منطوق حكم الإلغاء.

يبدو هذا الطرح على قدر كبير من الصواب، غير أن التمعن في النصوص المنظمة للمسؤولية المالية للموظّف الممتنع عن التنفيذ، يبين أن هاته النصوص يشوبها من النقص والقصور والخلل ما يؤدي إلى عدم كفاية العقوبات المالية للموظّف المتسبّب في الغرامة التهديدية، وستتم معالجة هذه الإشكالية من خلال التطرق أولاً للمضمون العقوبات المالية المفروضة على الموظّف الممتنع عن التنفيذ (فرع أول)، ثم معالجة مكانم القصور والخلل في النصوص المنظمة لتلك العقوبات المالية (فرع ثاني).

1- أنظر المادة 985 من ق إ م إ.

2- شرون حسينة، المسؤولية بسبب الإمتناع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاءات المترتبة عنها، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع 2009، ص 195.

## الفرع الأول- مضمون العقوبات المالية المفروضة على الموظف الممتنع عن التنفيذ :

لقد سلك المشرع الجزائري نفس مسلك المشرع الفرنسي، في مسألة تحمل التبعات المالية المترتبة عن الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة الناتجة عن امتناع موظفيها عن تنفيذ قرارات الإلغاء الصادرة ضدها<sup>1</sup>، وذلك من خلال القانون المتعلق بمجلس المحاسبة<sup>2</sup> حيث اعتبر هذا الأخير بمثابة محكمة تأديب مالي.

هذا القانون، أورد عدة تدابير تقوم بها غرفة الإنضباط في مجال الميزانية والمالية التابعة لمجلس المحاسبة لمتابعة المتسببين في تصفية الغرامة التهديدية المأمور بها ضد الإدارة، وهي عقوبات مالية بحتة<sup>3</sup>، تستهدف ردع الموظف الممتنع عن التنفيذ وعقابه، وذلك بتغريمه بمبالغ مالية في حالة: "التسبب في إلزام الدولة أو الجماعات الإقليمية أو الهيئات العمومية بدفع غرامة تهديدية أو تعويضات مالية نتيجة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو بصفة متأخرة لأحكام القضاء"<sup>4</sup>.

أما في شأن قيمة المبالغ المالية محل العقوبة الموقعة على هذا الموظف، فإنه "يعاقب على المخالفات المنصوص في المادة 88 أعلاه بغرامة يصدرها مجلس المحاسبة في حق مرتكبي هذه المخالفات، لا يمكن أن يتعدى مبلغ الغرامة المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون عند تاريخ ارتكاب المخالفة"<sup>5</sup>.

يتبين من خلال المادتين السابقتين أن المشرع قد حاول إقحام المسؤولية المالية للموظف المتسبب - بامتناعه عن التنفيذ - في الأمر الغرامة التهديدية ضد الإدارة وتصفيته، حيث يلاحق مجلس المحاسبة - بصفته محكمة تأديب مالي - ويعاقب المسؤول الإداري المتسبب في إلزام الدولة أو إحدى هيئاتها بدفع الغرامة التهديدية، كما هو الوضع تماما في النظام الفرنسي.

## الفرع الثاني- صورية العقوبات المالية للموظف المتسبب في الغرامة التهديدية :

إن كانت غاية التدابير والجزاءات المالية المذكورة آنفا التنفيذ العيني لمنطوق حكم الإلغاء، وبالنتيجة تلافي تكبيد الخزينة العمومية مبالغ مالية نتيجة تصفية الغرامة التهديدية المأمور بها ضد الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، فإن هذه التدابير والجزاءات المالية تعترتها الكثير من الثقائص والسلبيات، تظهر سواء من خلال عدم التناسب بين العقوبة المالية المقررة على الموظف المتسبب في الأمر بالغرامة التهديدية من جهة والغرامة التهديدية المصفاة من جهة أخرى (فقرة أولى)، وتظهر كذلك من خلال افتقار مجلس المحاسبة لسلطة ردعية حقيقية تنصب على ذلك الموظف (فقرة ثانية)، كما أن التنظيم المقترض لأحكام المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ يلعب دورا في هذه المسألة (فقرة ثالثة).

1- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة-1، 2015، ص 185.

2- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج رعدد 39، صادر في 17 جويلية 1995، المعدل والمتمم.

3- أمجوج نوار، مجلس المحاسبة: نظامه ودوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة محمد منتوري، قسنطينة 2007، ص 152.

4- المادة 11/88 من الأمر 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة.

5- المادة 89 من الأمر 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة.

## الفقرة الأولى - عدم التناسب بين العقوبة المالية للموظف والغرامة المتسبب فيها :

إنّ ما يؤخذ على هذا النظام الردعي أنّ العقوبات المالية التي تصدر في حقّ الموظف الممتنع عن التنفيذ التي يمكن أن تعادل المرتب السنوي للموظف الممتنع عن التنفيذ، فحتّى إن حكم بمبلغها الأقصى<sup>1</sup>، إلا أنها لا يمكن أن تصل إلى المبالغ الكبيرة التي تتحمّلها الإدارة، المترتبة عن تصفية الغرامة التهديدية المأمور بها نتيجة خطئه بالإمتناع عن التنفيذ.

إن ما يزيد من هاته السلبية، النتيجة المترتبة عن أبرز مميزات الغرامة التهديدية، والتي مفادها أنّ هذه الأخيرة ذات طابع تحذيري تهديدي، وهذا الطابع لن يتأتّ ما لم يكن مبلغ الغرامة مرتفع إلى المستويات الكفيلة بإخافة وتهديد الموظف، وبالنتيجة فإنّ مبلغها النهائي المصفى سيكون أضعاف الغرامة المالية المفروضة على الموظف الممتنع عن التنفيذ، مهما كان مبلغ هذه الأخيرة.

وفقا لهذا الطرح، فإن الإدارة الممتنعة عن التنفيذ هي الخاسر الأكبر من تصرف الموظف الخاطيء، وذلك بالرغم من أنّ تحصيل العقوبة المالية يكون لفائدة الخزينة العمومية، وتزيد الخسارة إذا كانت هذه الإدارة إحدى الجماعات المحلية، لكون المالية المحلية مستقلة عن مالية الدولة<sup>2</sup> وبذلك فإنّ المبالغ المخصومة من ميزانيتها تذهب مباشرة لميزانية الدولة، ولا تعود لميزانية البلدية أو الولاية، أو أيّ من الأشخاص المعنوية العامة ذات الميزانية المستقلة عن ميزانية الدولة.

## الفقرة الثانية - إفتقار مجلس الحاسبة لسلطة ردعية حقيقية :

مع أنّ الطبيعة القانونية لمجلس الحاسبة تمنحه سلطة توقيع العقوبات المالية على المخالف لقواعد الميزانية والمالية، والتي من بينها التسبب في إلزام الدولة أو إحدى الإدارات العمومية بدفع غرامة تهديدية، وسلطة توقيع تلك العقوبات تكون بموجب قرارات قضائية تنفيذية<sup>3</sup> إلا أنّه يظهر من خلال النصوص المنظمة لعمل هذا المجلس، غياب سلطة ردعية حقيقية لهذا الأخير، وذلك من خلال مظهرين على الأقل:

أ- أنّ توقيع العقوبات المالية على الموظف الممتنع عن التنفيذ هو أمر جوازي وليس وجوبي، حيث أنّه "يمكن المجلس في هذا الإطار أن يعاقب على ..."<sup>4</sup>، ومنه فإنّ توقيع هذه العقوبات المالية يخضع للسلطة التقديرية لقضاة مجلس الحاسبة، حيث أنّ احتمالات تبرئة الموظف الممتنع عن التنفيذ تزيد، خصوصا إذا تذرّع بإطاعة الأوامر الرئاسية<sup>5</sup>، أو السبب الأجنبي أو أنّ التنفيذ سيضر بالمصلحة العامة أو النظام العام.

1- أنظر المادة 89 من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس الحاسبة.

2- ميزانية البلدية والولاية مستقلة عن ميزانية الدولة، وبالتالي فهي مستقلة عن الخزينة العمومية التي تستفيد من المبالغ المصفاة من الغرامة التهديدية المأمور بها، ومنه فإن تصفية هذه الأخيرة يلحق أضرارا مالية كبيرة بالميزانية المحلية.

3- المادة 9/100 من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس الحاسبة.

4- المادة 2/88 من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس الحاسبة.

5- أنظر المادة 93 من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس الحاسبة.



ب- حتى في حالة إدانة الموظف الممتنع عن التنفيذ، فإن تنفيذ العقوبات المالية التي يصدرها مجلس المحاسبة ضده، يتوقف على إرادة وزير المالية -ممثل السلطة التنفيذية- باعتباره المكلف الوحيد بذلك<sup>1</sup>، بل أنه يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية واسعة، تمكنه حتى من إعفاء هذا الموظف كلياً<sup>2</sup>.

### ثالثاً- التنظيم المقتضب لأحكام المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ :

إن تنظيم المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ على الشاكلة الواردة في القانون المتعلق بمجلس المحاسبة، يبعث على الكثير من الإستياء من موقف المشرع، والشك حول نيته في تكريس مسؤولية مالية حقيقية للموظف المتسبب في تكييد الإدارة مبالغ الغرامة التهديدية بامتناعه عن التنفيذ.

ففي حين كان يفترض أن تصاغ أحكام المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ في نصوص مفصلة ومستقلة، وذات علاقة مباشرة بالقوانين ذات الصلة بإجراءات التقاضي وتنفيذ الأحكام القضائية والجزاءات المترتبة عن الإخلال بذلك، إلّا أن هذه الأحكام قد وردت بصورة مقتضبة ومحتشمة، وفي قانون يعالج المحاسبة والمالية العمومية، وبعيد نسبياً عن مشكلة إجراءات وتنفيذ القرارات القضائية، إقرار المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ على هذا النحو، لا يعكس القيمة الحقيقية لهذه الوسيلة، على قدر أهميتها وفعاليتها وقدرتها على زجر الموظف وتقويم سلوكه.

### الخاتمة :

بالنظر إلى العيوب الكثيرة التي تشوب وسيلة الأمر بالغرامة التهديدية، إن من ناحية نظامها القانوني، أو حتى من حيث العقوبات المالية التي يفترض أن توقع على الموظف المتسبب فيها، فإنه يتبين إن أهم وسيلة إكراهية ضامنة لتنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة، تصبح هي في حد ذاتها بحاجة إلى ضمانات وآليات قصد إعادة تفعيل دورها كوسيلة زجرية حقيقية تستهدف التنفيذ العيني لمضمون القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة.

بناء على ماسبق، فإن هذه الدراسة تقترح مراجعة النصوص المنظمة لسلطة الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة، بالإضافة إلى التشديد في العقوبات المالية الموجهة للموظف الممتنع عن التنفيذ، وإثراء النصوص المنظمة تلك العقوبات.

- قائمة المراجع :

أ- باللغة العربية :

أولاً- الرسائل الجامعية :

- 1- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1- 2015.
- 2- أمجوج نوار، مجلس المحاسبة: نظامه ودوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة محمد منتوري، قسنطينة 2007.

1- المادة 10/100 من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة.

2- أمجوج نوار، المرجع السابق، ص 156.

3- براهيمي فايزة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس 2011.

4- رمضان فريد، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة 2013.

5- كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2009.

ثانيا- المقالات :

1- صدراتي صدراتي، القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، 1991، ص 577.

2- شرون حسينة، المسؤولية بسبب الإمتناع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاءات المترتبة عنها، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع 2009.

ثالثا- النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 39، صادر في 17 جويلية 1995، المعدل والمتمم.

2- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

ب- باللغة الفرنسية :

- Michel LASCOMBE, Application de l'injonction et de l'astreinte juridictionnelles dans l'hypothèse du refus d'abroger un décret, La Semaine Juridique, Ed Générale N° 25, 18 Juin 1997,II 22866.

## نسوية منازعات الصفقات العمومية في إطار التحكيم الإداري



**بن عبد المالك بوفلجة : طالب دكتوراه**

**جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس**

**أستاذ مساعد بجامعة طاهري محمد بشار**

### ملخص.

لحسم المنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقة العقدية أوجد القانون ولاية القضاء بشكليته ( العادي و الإداري) كطريق لفض النزاع ، وهذا هو الأصل الغالب على سلوك المتعاقدين ، ولكنه قد تزايد مؤخرا اللجوء إلى آلية التحكيم و أصبح وسيلة تسمح بالحلول الودية كطريق بديل عن الاختصاص القضائي ، ولعل السر في ذلك هو الهروب الواضح من طول الوقت في التقاضي أمام المحاكم و تعقيدات الإجراءات و كذا توفر السرية ، وبالرغم من كل هذا إلا انه يتوفر على عيوب تصح ان تكون نافذة للفوضى و تسلط القوي و حدوث بعض القلاقل و الانحرافات في غياب سلطة القضاء، زيادة على ارتفاع التكاليف مقارنة برسوم التقاضي.

الكلمات المفتاحية : المنازعات - التحكيم - المحاكم -.

### RESUME :

Pour résoudre les litiges entre les parties à la relation créée ، le droit des contrats et de l'état judiciaire trouve deux types : (ordinaire et administrative) comme des moyens de résoudre le différend problèmes est à l'origine principalement sur le comportement des entrepreneurs, mais a récemment augmenté le recours à un mécanisme d'arbitrage et de devenir un moyen qui permet des solutions respectueuses comme un substitut de voie à la compétence, Peut-être la raison de ceci est l'évasion est clair à partir de la longueur du temps dans des litiges devant les tribunaux et la complexité des procédures et ainsi que de fournir la confidentialité, et en dépit de tout cela, mais il est disponible sur les défauts valides pour être une fenêtre sur le chaos et la forte remise et il y a eu des troubles et des écarts en l'absence d'autorité du pouvoir judiciaire, augmenter les coûts plus élevés par rapport au litige d'honoraires.

### Mots clés :

contentieux- arbitrage-cours

## المقدمة :

لا ريب ان فض المنازعات العقدية التي تثور بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، تسلك طريق القضاء و هو صاحب الاختصاص الأصيل في البحث على الإخلال بالالتزامات و وجود الضرر و تقدير نسبه ، وبالتالي إصدار الحكم القانوني لجبر الأضرار و إعادة التوازن ومع تطور الظروف و المعاملات الداخلية و الدولية وجدت طرق بديلة و اختيارية تترجم إرادة الأطراف و من بينها نجد " اتفاق التحكيم ". هاته الآلية التي برزت كظاهرة جديدة خلقت نظاما خاصا من شأنه حسم النزاعات على الصعيد الدولي - العقد الإداري الدولي- و لأهمية الموضوع و خاصة ذلك الجدل الذي يثور عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ( القانون العام)، أكثر من المشاكل القانونية في القانون الخاص كما يمكن ان نبين الخصائص الذاتية و الموضوعية التي تتمتع بها الصفقات العمومية و التي تتطلب أعمال القضاء الإداري و أحكام القانون الإداري. لذا تبين لي تخصيص هذا البحث لتوضيح معالم هذا النظام و الإشكالية المطروحة هنا هي كالتالي: ما هي العلاقة القائمة بين التحكيم و العقد الإداري بصفة عامة ؟ وما مدى فعالية التحكيم في فض منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة ؟ بحيث تتفرع الأسئلة الآتية:

1- ما مفهوم التحكيم و ما هي صورته ؟

2- ما هي الطبيعة القانونية لآلية التحكيم ؟

3- هل يخضع التحكيم لولاية القضاء ؟

فبغية الوصول إلى نتائج مرجوة في بحثنا ، قد اعتمدت على المنهج التحليلي و مناقشة الآراء مع الاخذ بالمنهج المقارن في مواضع أخرى ضمن الشكلية التالية :

نعرض في المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للتحكيم.

من خلال مطلبين : - المطلب الأول : مفهوم آلية التحكيم.

- المطلب الثاني : تقدير آلية التحكيم.

و نسوق في المبحث الثاني : آلية التحكيم و منازعات العقود الإدارية..

من خلال مطلبين : - المطلب الأول : مواقف التشريعات من آلية التحكيم.

- المطلب الثاني : نظام و إجراءات التحكيم.

## المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم:

لقد وضع المشرع الجزائري قاعدة الحل الودي في مجال الصفقات العمومية، و هذا تفاديا لفض النزاع عن طريق القضاء، بحيث هذا الأخير يتطلب إجراءات و طول الوقت ، طبقا للحالة التي ذكرها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بإعمال مبدأ آلية التحكيم و لدراسة ذلك سنوضح مفهوم آلية التحكيم<sup>1</sup> (المطلب الأول) و نتعرض إلى تقدير آلية التحكيم (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مفهوم آلية التحكيم:

ان كل إخلال بالتزامات العقد الإداري من طرفي العقد، تولد ضررا للطرف الآخر و بالتالي تنشأ نزاعات و قد تكون العلاقات القانونية عقدية أو غير عقدية و تسوى باتفاق التحكيم، الذي يكون سابقا أو لاحقا. و لتوضيح ذلك سنعطي تعريفا للتحكيم (الفرع الأول) و نبين أنواع التحكيم (الفرع الثاني) ثم نبرز الطبيعة القانونية للتحكيم. (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: تعريف التحكيم:

" التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة " و من ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر، للفصل فيه في ضوء قواعد القانون و مبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين و الذي يجوز حجية الأمر المقضي فيه، و يصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها<sup>2</sup>. و لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه - كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: أنواع التحكيم:

يأخذ التحكيم اسمه من منطلق المعيار الذي يأخذه و من حيث دوره .

## البند الأول: التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري:

و المقصود بالتحكيم الاختياري، هو الذي يتم بناء على اتفاق طرفي النزاع و بمحض إرادتهما الحرة: فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما و اختيار المحكمين و الإجراءات و القواعد التي تطبق على التحكيم. قد ينظم القانون مثل هذا التحكيم و وضع الضوابط اللازمة و المناسبة لضمان فاعليته، و لكن تبقى الحرية للطرفين في اللجوء إليه عوضا عن اللجوء إلى المحاكم<sup>4</sup> وعلى الرغم من ذلك فقد يكون التحكيم إجباريا

1- المواد (1006-975) من القانون رقم: 09/08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج، ر، رقم: 21 المؤرخة في 2008/04/23.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، دون طبعة، سنة: 2008، ص: 12.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصرن دون طبعة، دون سنة، ص: 375.

<sup>4</sup> - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات - دار الهدى - الجزائر- دون طبعة، سنة: 2010، ص: 63.

حينما يفرضه المشرع على الخصوص لتسوية بعض المنازعات نظرا لطبيعتها الخاصة بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات. وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا للخصوم حرية اختيار المحكم و تعيين إجراءات التحكيم و قد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن.<sup>1</sup>

### البند الثاني: التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي:

يكون التحكيم أجنبيا مقارنة بالتحكيم الوطني، إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، و من الفقه من يعتمد معيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيكون التحكيم دوليا إذا كان القانون المطبق قانونا أجنبيا، أو قواعد وضعها منظمة دولية للتحكيم. ويرى بعض آخر من الفقه ان التحكيم يكون دوليا متى كان الحكم الصادر فيه قد تحرر من أية روابط بالقوانين الوطنية وكان بنيانه القانوني مستمدا من عادات و أعراف التجارة الدولية أو ما يسمى بحكم التحكيم الطليق<sup>2</sup>. التحكيم الداخلي هو الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات و القواعد التي تطبق على عملية التحكيم يلاحظ ان قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصا تميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي<sup>3</sup>.

### البند الثالث: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.

التحكيم الحر سابق في الظهور على التحكيم المؤسسي، فهو الصورة التقليدية لنظام التحكيم و هو التحكيم الذي يجري وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين و كيفية مباشرتهم إجراءات التحكيم و مكان انعقاد هيئة التحكيم و القانون الذي يحكم النزاع. أما التحكيم المؤسسي يتفق الأطراف في هذا النوع على ان يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية، تقوم بالإشراف على حل المنازعات بالتحكيم أو التوفيق أو الوساطة و تطبق قواعد أو لوائح خاصة بها<sup>4</sup>.

### البند الرابع: التحكيم البسيط و التحكيم مع التفويض بالصلح:

التحكيم البسيط هو التحكيم الذي يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع و الذي يشمل جميع القواعد مكتوبة كانت أم غير مكتوبة، كالمبادئ القانونية العامة و العرف و إذا كان التحكيم البسيط هو الأصل، فانه استثناء منه يجيء التحكيم مع التفويض بالصلح و بموجبه يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل و الإنصاف دون التقييد بأحكام قانون ما.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 28

<sup>2</sup> - - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، دون طبعة، سنة 2009، ص: 62

<sup>3</sup> - مناني فراح، المرجع نفسه، ص: 55

<sup>4</sup> - قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص: 57

<sup>5</sup> - - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 31

## البند الخامس : التحكيم الإداري :

لا يختلف تعريف التحكيم الإداري كثيرا عن تعريف التحكيم بوجه عام، يتضح ذلك من إيراد بعض التعريفات الفقهية في هذا الشأن . حيث ذهب بعض فقه القانون العام إلى تعريف التحكيم الإداري بأنه الوسيلة التي بمقتضاها يسمح للجهات الإدارية ان تعهد لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينها و بين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ،سواء أكانت وطنية أو جانبية " و عرفه البعض الآخر بأنه " وسيلة يلجأ بمقتضاها طرفا العقد الإداري - الإدارة و المتعاقد معها- إلى إخراج المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما من ولاية القضاء الإداري و طرحها على محكم أو هيئة التحكيم، مع التزامها بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم في إطار الضوابط التي يضعه المشرع بهذا الصدد وذلك بمساعدة القضاء الإداري و تحت رقابته<sup>1</sup>.

## الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم :

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة ،و يرى أنصار هذا الاتجاه ان حكم التحكيم يعتبر جزءا لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل انه يندمج و يذوب فيه و المحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق و لا يرتقوا إلى مرتبة القضاة . كما يرى البعض أصحاب النظرية القضائية للتحكيم بان الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ذلك انه قضاء إجباري ملزم لخصوم متى اتفقوا عليه و ان المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم و حدها و ان عمله قضائي بشأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة . كما يرى أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم بأنه عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من اصل التحكيم و هذا العمل الإداري للأطراف و هو قضاء بالنظر إلى كون المحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد<sup>2</sup>.

لقد أثار التحكيم جدلا فقها حول تحديد طبيعته القانونية، و هذا التحديد له أهمية في مجال القانون الخاص . تظهر أهمية ذلك في العديد من الناحية العلمية من ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح على المحكم في العلاقات الدولية، إذ القول بالطبيعة التعاقدية يؤدي إلى انتصار قانون الإرادة بينما القول بالطبيعة القضائية يؤدي إلى الانتصار لقانون آخر كقانون محل التحكيم<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني : تقدير آلية التحكيم :

ان أي نظام قانوني لا يدعي بشكل صريح أو ضمني واجب إظهار و مراعاة الإنصاف، فهو في الحقيقة ليس نظاما قانونيا و بالتالي لا يؤدي دوره كوسيلة لفض النزاعات ، لذا سنحاول ان نبرز محاسن التحكيم ( الفرع الأول) ثم ندرج عيوب التحكيم ( الفرع الثاني ) و نعرض تمييز التحكيم عن إجراءات أخرى ( الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - دويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ، سنة 2014 ، ص:15

<sup>2</sup> -- مناني فراح، المرجع السابق ، ص:36-40-44

<sup>3</sup> -- قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص:65

## الفرع الأول: محاسن التحكيم:

يكفي أن نتوقف عند ثلاثة خصائص يتميز بها التحكيم:

1- ان التحكيم يحقق لنا سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ، بينما عرض المنازعة ذاتها أمام القضاء قد تأخذ زمنا طويلا و الانتقال من درجة أولى إلى ثانية أو من خبرة قضائية إلى خبرة أخرى و هو ما يجعل عنصر الزمن يمتد و يسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف المصلحة المتعاقدة من جهة و المتعامل المتعاقد من جهة ثانية و المنتفع من خدمات المرفق العام من جهة ثالثة و هكذا. 2.

- يتسم التحكيم بالسرية التامة خلافا للقضاء حيث نجد جلساته علنية.

3- بإمكان المتنازعين في التحكيم اختيار محكميهم بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم.<sup>1</sup>

كثيرا ما يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة سليمة لفض منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة له و بين المستثمر الأجنبي سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين

## الفرع الثاني: عيوب التحكيم:

لا يمكن إنكار ما للتحكيم من مثالب أو إخفاؤها فالتحكيم يوصف عادة بأنه - طريق مكلف ماديا و يرجع ذلك إلى تصاعد رسوم التحكيم و مكافآت المحكمين في بعض مراكز التحكيم، عدم موضوعية بعض المحكمين و هو ما يمكن تلاقيه بحسن اختيار المحكم<sup>2</sup> حيث اعتبره البعض آلية النظام الرأسمالي العالمي فهو وسيلة تمكن وحدات هذا النظام وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطني، هذا من ناحية و من ناحية ثانية فتوجد اعتبارات كثيرة تؤثر في اختيار المحكمين و في تحديد القانون المطبق على النزاع نتيجة لوجود الدول الرأسمالية و الشركات القوية كأطراف في علاقة التحكيم.<sup>3</sup>

## الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن إجراءات أخرى:

سوف نقتصر على الصلح و التوفيق، الوساطة و الخبرة باعتبارهم الأكثر تداول في مختلف النزاعات.

## البند الأول: التحكيم و الصلح و التوفيق.

يعرف التوفيق بأنه اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق " « Le conciliateur أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف، و يتولى الموفق تحديد المسائل محل الخلاف بين الأطراف لمحاولة تضييق شقة هذا الخلاف باقتراح حل وسط يقبله الطرفان المتنازعان . فالتوفيق يتضمن على سبيل الحسم تنازلات من الطرفين لكي يمكن الوصول إلى حل وسط بينما التحكيم يصدر حكما يلبي طلبات احد الأطراف و يرفض طلبات الطرف الآخر<sup>4</sup> و يلتبس التحكيم بالصلح ان كلاهما يقصد حسم الخصومة دون استصدار حكم قضائي القاعدة

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، جسور للنشر و التوزيع - الجزائر- الطبعة الأولى - سنة 2013، ص: 232

<sup>2</sup> - مناني فراح، المرجع السابق، ص: 123

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 21

<sup>4</sup> - قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص: 24



انه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها. و يعد الصلح نظاما اتفاقيا من بدايته إلى نهايته أما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه، التحكيم يطبق قواعد و يتفق التحكيم و الصلح من عدة وجوه أهمها: ان كلاهما يعتبران عقدا رضائيا و أنهما يؤديان إلى إنهاء النزاع و يختلفان من حيث الأصل فالأول: التحكيم عدم اللزوم لطرفيه عند إبرام عقد حق الرجوع بالفسخ ما لم يصدر الحكم حكمه فإذا صدر الحكم صار ملزما لا يصح الرجوع بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه بخلاف عقد الصلح فانه لازم مند إبرامه متى كان العقد صحيحا مستوفيا لأركانه كما يختلف التحكيم عن الصلح من حيث ان الأول " التحكيم " لا يتضمن النزول عن الحق أو جزء منه وذلك خلاف الصلح الذي يتضمن عادة النزول عن بعض الحق<sup>1</sup>.

### البند الثاني: التحكيم و الوساطة:

و يراعى أخيرا ان العمل في إجراءات التسوية الودية عن طريق تدخل شخص ثالث يجمع عادة بين التوفيق و الوساطة، هذا على الرغم من ان دور الوسيط يتمثل في الأصل في مساعدة الأطراف في التفاوض و إقناعهم بالتوصل إلى تسوية ودية للنزاع و اقتراح بدائل للتسوية فدور الوسيط أكثر ايجابية من الموفق الذي يقتصر دوره على التوفيق بين وجهات نظر الأطراف المختلفة و إبداء المشورة لهم<sup>2</sup> - نصوص المواد 994 و لغاية 1005 من (ق،م)، الجزائري تتعلق بالوساطة مع اللجوء للقضاء، و هو ما يفيد عدم وجود أية نصوص تسمح للأطراف اللجوء إلى الوساطة سواء كان الوسيط خاص أو مؤسساتي لحل النزاع من دون مصادقة القضاء أو تثبيت هذه الوساطة و هو أمر يبقى في نظرنا ثغرة، كما الوساطة التي يمكن ان نقول عنها قضائية فإنها طبقا للمادة 994 وجوبية في جميع المواد باستثناء القضايا في قسم شؤون الأسرة و العمالية و كل ما من شأنه يمس النظام العام، أي ان يعرض على الأطراف الوساطة و في حالة قبولها يعين القاضي وسيط لمحاولة التوفيق بين الأطراف لتمكينهم إيجاد الحل<sup>3</sup>.

### البند الثالث: التحكيم و الخبرة:

يجب ان نميز بين المحكم و الخبير، " فالخبير " هو شخص فني طبيب، مهندس، خبير حسابات أو غيره يعبر عن الرأي أو وجهة نظر فحسب أما المحكم على العكس من ذلك " قاضي خاص " قراراته ملزمة للمعنيين به و لا يمكن اعتبار الخبير محكما. فالخبير لا يمكن ان يعدو ان يكون شخص تقني يقوم بمعاينة الوقائع و إبداء ملاحظاته و ما يراه قائما دون البث في النتائج، التي تترتب عن هذه المعاينة التي يضمنها تقرير الخبرة الذي يلحق في الغالب بالملف الأصلي للنزاع يعرض على المحكمة لبث فيها. بينما المحكم يعاين و يفحص الوقائع و يناقش الأدلة القائمة إليه و يستعمل خبراته العلمية و العملية و يقرر في النهاية مثله مثل القاضي تماما بإصدار حكم ملزم للأطراف و الجهات القضائية المختلفة ما لم يكن مخالفا للنظام العام<sup>4</sup>.

1- احمد عبد الله المرغي، دور التحكيم في تشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية، دار الكتب و الوثائق القومية، مصر، الطبعة الأولى، سنة: 2014، ص: 44-45.

2- احمد شرف الدين، عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها، بنك التعمير و الإسكان، دون طبعة، سنة: 2008، [www.hdb-egy.com](http://www.hdb-egy.com)، ص: 210.

3- مناني فراح، المرجع السابق، ص: 74-75.

4- خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة قسنطينة، سنة، 2007/2008 ص: 17.

## المبحث الثاني: آلية التحكيم و منازعات العقود الإدارية.

وجد التحكيم كآلية ووسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقة القانونية، و أصبح في العديد من الدول نظام يساعد أحيانا ان لم نقل بديلا لفض النزاعات بدل القضاء الذي يعد الوسيلة الطبيعية و اختلف الفقه في النظر إلى اعتماد و تعريف التحكيم في مجال المنازعات الإدارية . لذا سنتطرق إلى مواقف التشريعات من آلية التحكيم (المطلب الأول) ثم نحلل نظام و إجراءات التحكيم (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مواقف التشريعات من آلية التحكيم:

سنتناول التحكيم عند المشرع الفرنسي (الفرع الأول) و ندرج التحكيم عند المشرع المصري (الفرع الثاني) ثم نبين موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث) و نتعرض لتطبيقات التحكيم في مجال الصفقات العمومية (الفرع الرابع).

### الفرع الأول: التحكيم عند المشرع الفرنسي:

مازال المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر لجوء الدولة و الأشخاص العامة إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية، وهو ما كان مثار انتقاد الفقه الفرنسي خاصة مع التحول الاقتصادي الذي شهده العالم بصفة عامة و شهدته فرنسا كذلك بعد الحرب العالمية الثانية، و الذي أدى إلى تدخل الدولة في المجال الاقتصادي و تحت تأثير هذه الانتقادات. و تحت تأثير الحاجة الملحة و الرغبة المستمرة من المستثمرين اضطر ذلك المشرع للخروج عن هذا المبدأ العام مقررًا جواز التحكيم في منازعات بعض العقود الإدارية بنصوص تشريعية خاصة<sup>1</sup>.

ان القانون الفرنسي قد خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفته عامة، وان النصوص التشريعية قد وضعت قاعدة عامة مفادها انه لا يجوز لأشخاص القانون العام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم و تتمثل هذه النصوص التشريعية في كل من المادتين: (1004-83) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة: 1971 و المادة: 2060<sup>2</sup> من القانون المدني، إلا ان القانون الفرنسي أجاز اللجوء إلى التحكيم فقط في بعض صور العقود الإدارية، و ذلك تطبيقًا من حده الحظر و الذي يعد مبدأ عامًا ورد عليه استثناء هام وهو انه يجوز لأشخاص القانون العام إلى التحكيم في حالة وجود نص يبيح لها ذلك<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: التحكيم عند المشرع المصري:

حسما للخلاف الفقهي و التردد القضائي و الإفتائي، بشأن جواز اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية فقد تدخل المشرع بموجب القانون رقم: 09 لسنة 1997 ليؤكد جواز تسوية منازعات العقود الإدارية من

<sup>1</sup>- ذويب حسين صابر، المرجع السابق، ص: 45

<sup>2</sup>- المادة: 2060 من ق.م، فرنسي، الصادر في: 12 يوليو 2.1972

« on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »

<sup>3</sup>- خلف الله كريمة منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة 01 سنة: 2012

خلال التحكيم و ذلك من خلال قيامه بتعديل الفقرة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على الوجه التالي " تضاف إلى المادة(01) من قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها كالآتي ". بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التعويض في ذلك " <sup>1</sup> و قد أعاد المشرع المصري التأكيد على مبدأ جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون رقم: 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات و المزايدات و هذا ما نصت عليه المادة : 43 منه <sup>2</sup>.

### الفرع الثالث : التحكيم عند المشرع الجزائري :

الإطار القانوني العام المتعلق بالتحكيم في القضايا الإدارية يتمثل في المواد من 1006 إلى 1031 من (ق،ا، م ،ا، ج) ، بحيث تطبق أحكام هذه المواد أمام الجهات القضائية الإدارية و هي تشمل الأحكام العامة الخصومة التحكيمية و أحكام التحكيم و في المواد من 1032 إلى 1038 من نفس القانون ، المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية <sup>3</sup>. و من خلال استقراء النصوص القانونية ، سواء في قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم : 154/66 و المعدل بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 و الذي الغي بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم : 08-09 وكذلك النصوص القانونية ذات الصلة تختص ان المشرع الجزائري تبنى قاعدة عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة داخليا، و عدم جواز إدراج شرط التحكيم في عقودها الإدارية الداخلية و قد استثنى المشرع من هذا الحظر المؤسسات العامة الصناعية و التجارية لما تتميز به من صبغة اقتصادية و يصعب فهم غير ذلك و لا يجوز تحميل النصوص القانونية ما لا تطبق بالتفسيرات الموسعة فالواقع ان قبول الدولة الالتجاء للتحكيم لا يفترض بل يجب ان يبنى على إرادة صريحة مكتوبة لا تحتمل الشك <sup>4</sup>.

### الفرع الرابع : تطبيقات التحكيم في مجال الصفقات العمومية :

يمكن تقسيم موقف النظام القانوني الجزائري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية على أساس أشخاص الصفقة العمومية ، و التي تصنف إلى أشخاص معنوية إدارية و أشخاص صناعية و تجارية و اقتصادية ، علمية وثقافية ، لقد كان في بداية الأمر من الصعب وقوع منازعات الصفقات العمومية في شبك التحكيم إلا انه و بإلقاء نظرة على أحكام القانون : 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فنجد ان هذا الأخير قد أولى أهمية خاصة للتحكيم، كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات و قد تم تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمعالجة المبادئ و القواعد الأساسية التي تنظمه بحيث حظي تحكيم أشخاص القانون العام بالاهتمام في هذا القانون مرتين المرة الأولى عندما أجازت المادة (975) من (ق،ا، م ، ا) إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية على حد

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية المرجع السابق، ص: 96

<sup>2</sup> - قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص: 118

<sup>3</sup> - سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري ، دار بلقيس ، الجزائر، دون طبعة ، سنة : 2015 ، ص : 264

<sup>4</sup> - قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص: 129، 128.

تعبير هذه المادة الواردة ضمن مقتضيات الكتاب المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية و المرة الثانية عندما نصت المادة : ( 1006 ) فقرة (03) من ( ق،، م، ا ) على إجازة احتكام أشخاص القانون العام في علاقتها الاقتصادية الدولية و كذا في مادة الصفقات العمومية وردت هذه المادة ضمن أحكام الكتاب الخامس و الأخير المتعلق بالتحكيم<sup>1</sup>.

ان ربط مقتضيات المادة (800) من ( ق،، م، ا ) بالمادة ( 975 ) من ذات المنظومة القانونية اثر على مجال التحكيم سلبا فلا يجوز لغير الأشخاص المذكورين في المادة (800) اللجوء إلى التحكيم، رغم وجود منازعة صفقة عمومية<sup>2</sup> وما يجدر التنويه إليه هو وجود تعارض من حيث المضمون بين المواد (957،1006) فقرة (03) ان المادة (01) تجيز التحكيم إلا في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها و مجال الصفقات العمومية في حين ان المادة الثانية لم تجيز التحكيم إلا في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية ذكر المادتين للمجالات على وجه الحصر يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء، و نفي كل مادة مجالات لم تضمنها، لا بد من ان يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة و تفادي أسلوب التخصيص على وجه الحصر و التخيير من اجل ضمان تكامل النصوص<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني : نظام وإجراءات التحكيم :

لقد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري منظما لإجراءات التحكيم لذا سندرس محكمة التحكيم -هيئة التحكيم- ( الفرع الأول) ثم نعالج الخصوم ( الفرع الثاني) و نتعرض إلى نظام التحقيق في الخصومة ( الفرع الثالث)، و نبين ولاية القضاء على أحكام التحكيم ( الفرع الرابع).

#### الفرع الأول : هيئة التحكيم :

#### البند الأول : التشكيلة القانونية :

تشكل محكمة التحكيم من محكم أو علة محكمين بعدد فردي، دون ان يضع المشرع حد أقصى للعدد المادة ( 107 ). أما اشتراط العدد الفردي حينما تكون التشكيلة جماعية فذلك لان أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات، و لا يمكن الحصول على الأغلبية دون ان يكون العدد فرديا و لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا و قانونيا إلا بعد القبول الصريح<sup>4</sup> للمحكمة أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم المادة ( 1015 ) فقرة 01 وفي تحديد الطبيعة القانونية لهيئات التحكيم انقسم الفقه إلى اتجاهين يرى أولهما:أنهما لا تعدو ان تكون لجان إدارية و ليست محاكم قضائية، حيث على عكس المحاكم القضائية و التي تكون قائمة مسبقا و مشكلة من قضاة تعينهم الدولة للنظر في أي نزاع إليها و ذهب ثانيهما إلى اعتبار هيئات التحكيم هيئات قضائية متخصصة<sup>5</sup> و لا تستند مهمة التحكيم إلى الشخص الطبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية المادة ( 1014 ) فقرة 01 من ( ق،، م، ا، ج).

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص: 93-95

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 342

<sup>3</sup> - - خلف الله كريمة، المرجع نفسه، ص: 96

<sup>4</sup> - سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص: 268

<sup>5</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية المرجع السابق، ص: 116

## البند الثاني : شروط المحكمين :

لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم<sup>1</sup> " ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم إذا علم المحكم انه قابل للرد ينجر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"<sup>2</sup> ويجوز رد المحكم لحالات محصورة المادة (1016) من (ق،م،ج).

ولئن كانت منازعات الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة فان المؤهلات المطلوبة في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات يجب ان تتلاءم مع هذه الصفات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع، و ان الفصل في منازعات الصفقات الدولية يتطلب ان يكون المحكم على دراية كبيرة باللغات الأخرى حتى يتمكن من الإطلاع على مستندات النزاع ان كانت بلغة مغايرة عن لغته الأم<sup>3</sup>.

## البند الثالث : شكل التحكيم :

يحصل الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم بمقتضى محضر أو عقد رسمي أو عرفي و يجب ان يعين اتفاق التحكيم موضوعات النزاع و أسماء المحكمين و إلا كان باطلاً، و يجوز لهم في العقود المتعلقة بالأعمال فقط ان يعينوا مسبقاً محكمين، و تذكر أسماؤهم في العقد و في هذه الحالة يجب ان يثبت شرط التحكيم بالكتابة و يوافق عليه الأطراف في العقد، و إلا كان الشرط باطلاً و إذا لم يعين الخصوم محكمين أو رفض احدهم عند قيام النزاع ان يعين من جهته محكماً، فان رئيس المحكمة أو الجهة القضائية الواقع بدائرتها العقد ان يصدر أمر بتعيين المحكمين على عريضة تقدم إليه<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني : الخصوم :

تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

- عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين .
- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها المادة (976) من (ق،م،ج)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- المادة (1014) من (ق،م،ج)، المرجع السابق.

<sup>2</sup>- المادة (1015) من (ق،م،ج)، المرجع السابق.

<sup>3</sup>- خلف الله كريمة، المرجع نفسه، ص: 108.

<sup>4</sup>- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ن قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة،

2005/2004، ص: 75.

<sup>5</sup>- رشيد خلوفي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، الجزائر، دون طبعة، سنة: 2010-2011، ص: 197.

### الفرع الثالث: نظام التحقيق في الخصومة:

يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من قبل الطرف الذي يهيمه التعجيل إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم المادة (1010) من (ق،م،ج)، و يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يجدد اجل لإنهائه و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة 04 اشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو إخطار محكمة التحكيم و يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف أو من طرف رئيس المحكمة المختصة. و تطبق على الخصومة التحكيمية الأجل و الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك المادة (1019) من (ق،م،ج)<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: ولاية القضاء على أحكام التحكيم:

في قرار التحكيم يقبل الاستئناف أمام القضاء إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، المادة (1033) من (ق،م،ج) و الاستئناف ينشر الدعوى أمام القضاء و لم يضع القانون الجديد أسبابا لإبطال الصيغة التنفيذية التي يكتسبها الحكم التحكيمي و كان القانون السابق قد وضع أسباب للإبطال فالقانون الجديد أكثر انسجاما مع المنطق طالما ان القرار التحكيمي بذاته قابل للاستئناف بحكم قضائي قابل للنقض كما كل الأحكام القضائية الاستئنافية<sup>2</sup>.

### البند الأول: دعوى بطلان حكم التحكيم الإداري:

أما عن تعريف دعوى بطلان أحكام التحكيم في مجال المنازعات الإدارية، فإننا يمكن تعريفها بتلك الدعوى التي يرفعها ذوي الشأن أمام محكمة الدرجة الثانية أو أمام محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، في مصر التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع و يهدف رافعها إلى استصدار حكم قضائي ببطلان حكم التحكيم في منازعة إدارية. ولما كان الهدف الأساسي من التحكيم هو الإسراع في الفصل في النزاع و هو ما يقتضي عدم تعرض الحكم التحكيمي بعد صدوره لطرق الطعن المختلفة التي يطعن بها عن الأحكام القضائية، لكن من ناحية أخرى لا يمكن ان يسمح النظام القانوني بتنفيذ أحكام التحكيم دون رقابة القضاء و إلا كان ذلك خروجاً عن السياسة التشريعية في الدولة و لقيم المجتمع و النظام العام.

و للموازنة بين هذين الاعتبارين السابقين، قرر المشرع المصري و على خلاف السائد في فرنسا عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم بأي من طرق الطعن العادية و غير العادية، و لكنه أجاز في ذات الوقت رفع دعوى بطلان أحكام التحكيم لأسباب حددها حصرا في قانون التحكيم<sup>3</sup>، و تنص المادة (1058) من (ق،م،ج) على انه " يمكن ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة (1056) أعلاه<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص: 269

<sup>2</sup> - مناني فراح، المرجع السابق، ص: 180. \* المادة (1034) من (ق،م،ج) تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"

<sup>3</sup> -- ذويب حسين صابر، المرجع السابق، ص: 20-21

<sup>4</sup> - المواد: (1056-1058) من (ق،م،ج)، المرجع السابق.

## البند الثاني : تنفيذ أحكام التحكيم.

لصحة حكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا، فإنه لا بد ان يكون قطعيا منهيًا للخصومة حائزا لحجية الشيء المقضي فيه، بحيث لا يمكن نقض حقيقته و في هذا الصدد نصت المادة (1031) من (ق،م،ج) " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه " <sup>1</sup>.

تبرز فكرة النظام العام عندما تصطدم بحكم تحكيم يمس الأسس و المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهنا تكون المشكلة سواء كان التحكيم وطنيا أو أجنبيا حيث يؤدي ذلك إلى منع تنفيذ حكم التحكيم كليا أو جزئيا، أو يؤدي إلى عرقلة الوصول إلى الغاية التي تبتغيها الأطراف و هي اللجوء إلى التحكيم تعريف أسرع لحل المنازعات، المشرع الفرنسي فرق بين التحكيم الدولي و التحكيم الداخلي، فحظر طرق الطعن و لم يسمح إلا بطلب البطلان أو منع التنفيذ و ذلك في مجال التحكيم الدولي. أما في مجال التحكيم الداخلي فلا يصح ان توضع أحكام التحكيم في وضع يسمو على أحكام القضاء، و لقد أرسى المشرع المصري ذلك في المادة: (52-53-54) من القانون المصري و المقابل لها المواد: (204-211-215-216-217) إلا انه قد حدد حصرا أسباب يجب توفرها لرفع دعوى البطلان لعل من أهمها في رأينا - هو بطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في مصر.

أما الحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الإبطال، عكس الحكم التحكيمي الدول الصادر في الجزائر قابل للإبطال ضمن شروط الإبطال الستة المادة: (1056) من (ق، م، ج) <sup>2</sup>.

### الخاتمة :

إضافة إلى ما تم توضيحه، فإن وسيلة التحكيم تعد مسالة قانونية و إجرائية بالغة الأهمية بحيث يعد وصفه وسيلة فنية ذات طبيعة قضائية، يركز على سلطان حرية الإرادة بين الأطراف كاتفاق رضائي يهدف إلى حسم النزاع و إصدار حكم يلزم الطرفين. كما انه يحافظ على الجانب الودي و استمرار العلاقات بين المحكمتين من خلال البعد السري لطابعه و كذا السرعة في التحكيم من خلال بساطة الإجراءات و اختيار المحكمين بكل حرية، كل هاته المحاسن تعد مبررات تدفع باللجوء إليه واعتماده، و بالرغم من كل هذا فان التحكيم يتسم بالتكلفة العالية و التي توجب دفع أتعاب أعضاء هيئة التحكيم.

و للإشارة فقط، ان اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية الدولية خاصة يؤثر نوعا ما على فكرة القانون العام للدولة ( حصانة الدولة) و سيادة القانون الداخلي -السلطة القضائية و التنفيذية-، و هذا يعتبر خلاف فقهي و قانوني كبيرين و خاصة ما تجلبه نظرية العولمة و التحولات السياسية و الاقتصادية و المالية التي يشهدها المجتمع الدولي الحالي.

من جانب آخر يمكن القول ان حقيقة التحكيم و طابعه الفني، يعتبران وسيلة فعالة تلعب دورا في جلب الاستثمار الأجنبي ( مجال الصفقات الدولية)، لما توفره من ضمانات قانونية للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع نفسه، ص: 117

<sup>2</sup> - مناني فراح، المرجع السابق، ص: 154-156

و أصحاب المال و كذا دفع المستثمرين الوطنيين للتفتح على المناقصات و طلبات العروض و معرفة نشاطات و قوانين الدول الأخرى.

لقد اقر المشرع الجزائري في (ق،م،ا) عدم الترخيص بطلب التحكيم لأشخاص القانون العام بموجب المادة (1006) دون بعض الاستثناءات الخاصة وفي هذا الصدد نضيف صوتنا إلى ما توصل إليه استنادنا بالبحث عمار بوضياف من حيث ان المشرع لم يوفق إلى حد ما في صياغة وضبط قواعد الاختصاص عند ربط نص المادتين: (800) و(975) من (ق،م،ا) و كذلك الوضع بين المادتين: (975) و (1006) من ذات القانون في الترخيص لإعمال التحكيم في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها و مجال الصفقات العمومية بحيث سجلنا تعارض كبير.

وفي الأخير يبقى التحكيم إلى جانب القضاء أسلوب يساهم في تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية.

قائمة المراجع :

• الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر، رقم: 76 المؤرخة في : 08 ديسمبر 1996 معدل بـ :  
- القانون رقم : 02 - 03 المؤرخ في 10 ابريل 2002 - ج، ر، رقم: 25 المؤرخة في: 14 ابريل 2002.  
- القانون رقم : 08 - 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 - ج، ر، رقم: 63 المؤرخة في: 16 نوفمبر 2008.  
- القانون رقم : 16 - 01 المؤرخ في: 06 مارس 2016 - ج، ر، رقم: 14 المؤرخة في: 07 مارس 2016.

• النصوص القانونية :

قانون رقم : 09/08 الصادر في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج، ر، رقم: 21 المؤرخة في 23/04/2008.

قانون رقم: 07/ 05 الصادر في : 13/05/2007 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 الصادر بالجريدة الرسمية العدد، 31 مؤرخة في 13/05/2007.

• النصوص التنظيمية :

مرسوم رئاسي رقم : 15/247 مؤرخ في 02 ذي الحجة، عام 1436 الموافق لـ 16/09/2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

• المؤلفات :

- كتب و مراجع متخصصة:

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة، دون طبعة.



- 2- احمد شرف الدين، عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها، جامعة عين شمس، بنك التعمير و الإسكان، دون طبعة، سنة : 2008، www.hdb-egy.com.
- 03- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، دون طبعة، سنة : 2008،
- 04- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات - دار الهدى - الجزائر - دون طبعة، سنة : 2010،
- 05- ذويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 2014
- 06 - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، جسور للنشر و التوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى سنة: 2013
- 07 احمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية ن دار الكتب و الوثائق القومية، مصر، الطبعة الأولى، سنة : 2014
- 08 - سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، دون طبعة، سنة : 2015
- 09 - رشيد خلوفي، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كليك للنشر، الجزائر، دون طبعة، سنة : 2010-2011
- 10- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، دون طبعة سنة 2009 .
- الرسائل و المذكرات :
- 1- خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة قسنطينة، سنة ، 2008/2007
- 2- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ن قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005/2004
- 3- خلف الله كريمة منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة 01 سنة: 2012/ 2013.

## إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية-دراسة تحليلية نقدية



حواسي يامنة : أستاذة مؤقتة

بجامعة زيان عاشور - الجلفة

باحثة بصف الدكتوراه بجامعة

الدكتور يحي فارس - الجزائر

الملخص :

يثير ظهور العنصر الأجنبي في النزاعات المتعلقة بالوصية عدة إشكالات ، من أهمها و أكثرها تعقيدا ، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها . و تحديد ماهية أو طبيعة هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مسألة تكييف ينهض بها القاضي من تلقاء نفسه طبقا لأحكام قانونه ، ورغم أن الصفة المالية تغطي في الوصية إلا أنها تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . و اعتبار الوصية من الأحوال الشخصية يقضي إخضاعها للقانون الشخصي، لهذا وضع لها المشرع و غيره من المشرعين العرب قاعدة إسناد واحدة.

**Abstract :**

Raises the appearance of foreign element in probate disputes several problematic, one of the most important and most complicated, problematic determine the applicable law. And what the nature of this Act added to the afterlife question the judge's adaptation of his own in accordance with the provisions of the law, although the financial capacity to overwhelm in the will unless they are personal affairs. And considering the will of personal spending subject to personal law, placing her legislator and other Arab legislators one attribution rule

تعد واقعة الوفاة سبب لانتقال الأموال وفق حالتين هما الميراث و الوصية ، فكلاهما يحقق الخلافة إما للوارث أو للموصى له في أملاك المورث أو الموصي ، وتلتقي الوصية و الميراث من حيث كون كل منهما خلافة بسبب الموت ، و يفترقان من حيث كون الخلافة في الميراث إلزامية تتم بقوة القانون ، في حين تكون الخلافة في الوصية اختيارية ، و الوصية سببا من أسباب انتقال حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية .

و نظرا لتحسن مركز الأجنبي و تمتعه بكافة الحقوق التي يتمتع الوطني ، باستثناء تلك التي حرم منها بنص قانوني خاص ، و من أهم الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي الحق في الزواج ، الطلاق ، الولاية ، وغيرها من حقوق الأسرة ، بما في ذلك الحق في الوصية ، إضافة إلى تقدم وسائل النقل و الاتصال ، الذي أدى إلى ازدياد حركة الأفراد عبر الحدود ، و انتقالهم من دولة إلى أخرى ، و هو الأمر الذي ساهم في إمكانية مباشرة الفرد لتصرفاته خارج إقليم وطنه ، كما يسمح بتوزيع تموقع الأموال على عدة دول .

كل هذه العوامل ساهمت في اقتحام العنصر الأجنبي في مجال الخلافة بسبب الموت ، و هذا ما يثير تنازع القوانين ، فقد يظهر التنازع بين قانون الموصي و قانون الموصى له وقانون محل إبرام الوصية ، و لا بد من اختيار قانون واحد من بين هذه القوانين لحكم النزاع .

فيعتبر إشكال القانون الواجب التطبيق على الوصية من أهم و أدق الإشكالات في مجال تنازع القوانين ، نظرا للاختلاف في تكييفها القانوني . و من هنا نطرح الإشكال التالي :

ماهو التكييف القانوني للوصية ؟ و من ثم ، ماهو القانون الواجب التطبيق عليها ؟

حل هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي المقارن ، و ذلك من خلال العناصر الآتية :

- أولا/تعريف الوصية
- ثانيا/التكييف القانوني للوصية
- ثالثا/القانون الواجب التطبيق على الوصية

❖ أولا/تعريف الوصية :

إن بيان تعريف الوصية يستلزم التعرض لتعريفها اللغوي ، ثم تعريفها الاصطلاحي و ذلك من الجانب الشرعي و الجانب القانوني .

أ-التعريف اللغوي للوصية :

تطلق الوصية في اللغة على عدة معان :

فيراد بها العهد إلى شخص ما القيام بشيء ما ، يقال أوصى الرجل بكذا ووصاه ، أي عهد إليه بأمر<sup>1</sup> ، و منه قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الخامس عشر ، الطبعة الثالثة ، 1993 ، داراحياء التراث العربي ، لبنان ، ص : 320 .

<sup>2</sup> -سورة المائدة ، الآية : 106 .

و منه الحديث النبوي الشريف ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « استوصوا بالنساء خيرا فإنهم عندكم عوان »<sup>1</sup>.

كما تطلق الوصية على الموصى به ، فيقال أوصيت له بمال إذا جعلته له<sup>2</sup>، ومنه قوله تعالى : (مِنْبَعِدِ وَصِيَّتِي لِيُوصِيَنَّهَا أُودَيْنِ)<sup>3</sup>.

الوصية بمعنى الإيصال ، يقال وصل الشيء وصله<sup>4</sup>، و أرض واصية اتصل نباتها<sup>5</sup>، و الاسم ، الوصاة ، و الوصاية ( بفتح الواو و كسرهما )<sup>6</sup>، و الوصية .

فتكون الوصية بمعنى المصدر و هو الايصال ، و تكون بمعنى المفعول و هو الاسم<sup>7</sup>، و منه فلا فرق في اللغة في الوصية و الايصال فكلاهما يتضمن ما إذا أوصى الشخص بماله لغيره ، أي وصل ما بعد موته ، بما كان في حياته ، بمعنى وصل القربة التي ستكون بعد موته بالقربات التي كانت في حياته .

ب- التعريف الاصطلاحي :

سنتعرض إلى تعريفها الشرعي ثم القانوني .

1- التعريف الشرعي للوصية :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للوصية :

عرفها الحنفية على أنها : « تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا أو منفعة »<sup>8</sup>، و هذا التعريف غير جامع ، إذ لا يشمل الإسقاطات كالإبراء.

و عرفها الشافعية بأنها تبرع مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت و ليس التبرع بتدبير و لا تعليق عتق<sup>9</sup>، و هذا هذا التعريف يشتمل على أنواع من التصرفات لا يعتبر من قبيل الوصية كالعطية .

في حين عرفها المالكية على أنها : « هبة الرجل ماله لشخص آخر أو الأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية ، أو لم يصرح به »<sup>10</sup>، و الملاحظ على هذا التعريف ، أنه ساوى بين الوصية و الهبة ، مع أنه هناك فروق بينهما ، و لو أن كلا منها يتم بطريق التبرع ، فالهبة تملك يثبت في الحال ، أما الوصية فتكون بالعين و بالدين و بالمنفعة .

<sup>1</sup>-رواه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوصايا بالنساء ، ص : 1926 . - رواه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب الوصية بالنساء ، ص : 58 .

<sup>2</sup>-ابن منظور ، المرجع السابق ، ص : 320 .

<sup>3</sup>-سورة النساء ، الآية : 12 .

<sup>4</sup>-أحمد بن فارس ، مجمل اللغة ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، 1984 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ص 927 .

<sup>5</sup>-الفيروز آبادي الشيرازي ، القاموس المحيط ، الطبعة الرابعة ، 1994 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ص : 1731 .

<sup>6</sup>-محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الرابعة ، 1990 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص : 457 .

<sup>7</sup>-محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، الجزء السادس ، د ط ، د ت ، دار الجيل ، لبنان ، ص : 33 .

<sup>8</sup>-ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدرر المختار ، الجزء السادس ، الطبعة الثالثة ، 1984 ، مكتبة الحلبي ، مصر ، ص : 691 .

<sup>9</sup>-الخطيب الشرسبي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الجزء الرابع ، د ط ، 1955 ، ص : 39 .

<sup>10</sup>-ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، د ط ، 2004 ، دار الحديث ، مصر ، ص : 121 .

أما الحنابلة فيعرفون الوصية على أنها: « التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث<sup>1</sup>. و الملاحظ على هذا التعريف أنه أدخل في مضمون الوصية ما لا يعتبر كذلك، كالعطية، كما أنه لا يشمل أنواع من الوصايا، كالوصية بحقوق العباد أو الوصية بتأجيل دين.

## 2- التعريف القانوني:

نظم المشرع الجزائري الوصية في القانون المدني، و ذلك في القسم الثاني من الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية، حيث اعتبر الوصية سبب من أسباب كسب الملكية، ( المواد 775- 777 )، و جاء في نص المادة 775 من القانون المدني الجزائري: « يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها<sup>2</sup>. و بهذا أحال تنظيم أحكامها إلى قانون الأسرة، و بالرجوع إلى هذا الأخير، نجد أن المشرع نظم أحكامها في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات ( المواد 184 - 201 ) و عرفها في المادة 184 قانون الأسرة الجزائري على أنها: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع<sup>3</sup>. و الملاحظ على هذا التعريف، أنه يخرج منه الوصية ببيع أو تأجير عين لشخص ما، حيث يعتبر من قبيل التصرف بعوض، و هذا ما يظهر من عبارة ' بطريق التبرع ' الواردة في التعريف، و بالتالي فتعريف المشرع الجزائري غير جامع لكل أنواع الوصايا. و بالرجوع للقوانين المقارنة، نجد أن المشرع المغربي عرفها في المادة 1738 من مدونة الأسرة المغربية: « الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته»، و عرفها القانون المصري على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت<sup>4</sup>، كما عرفها المشرع العراقي على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك<sup>5</sup> بلا عوض

### ❖ ثانيا/التكييف القانوني للوصية:

تكتسي عملية التكييف أهمية و فعالية كبرى لحل تنازع الاختصاص التشريعي، و يكون بإدخال العلاقة القانونية في فئة معينة، كفئة الأحوال الشخصية أو العينية تمهيدا إلى إسنادها للنظام القانوني المختص<sup>6</sup>. فالتكييف هو أول ما ما يتعرض له القاضي تعرض عليه مسألة تحتوي على عنصر أجنبي<sup>7</sup>، و يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص: «تحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي، بردها إلى فكرة مسندة معينة التي تشكل بدورها عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد، حتى يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل وفقا لقاعدة الإسناد هذه<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>-الماوردي، الإنصاف في معرفة الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، الجزء السابع، الطبعة الأولى، 1957، دار احياء التراث، لبنان، ص: 183.

<sup>2</sup>-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، 1975، ص: 1040.

<sup>3</sup>-القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984، ص: 922.

<sup>4</sup>-المادة 01 من قانون الوصية المصري.

<sup>5</sup>-المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

<sup>6</sup>-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 1994، دار العلوم العربية، ص: 174.

<sup>7</sup>-محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، د ط، 1994، منشورات الجامعة المفتوحة، ص: 51.

<sup>8</sup>-أمين رجا دواس، تنازع القوانين في فلسطين، الطبعة الأولى، 2001، دار الشروق، ص: 55.

و من أشهر القضايا التي درسها بارتن و هو بصدد بلورته لنظرية التكييف، وصية الهولندي، تتلخص وقائعها في أن هولنديا مات في فرنسا، بعد أن كتب وصية بخط يده، و عرضت مسألة صحة هذه الوصية على القضاء الفرنسي، و تم الطعن في هاته الوصية على أساس أن القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني، يمنع الهولنديين من اللجوء إلى الوصية الخطية، حتى و لو كان ذلك في بلاد أجنبية. و يعتبر القانون الهولندي عمل الوصية في شكل رسمي مسألة أهلية و رضا، تتعلق بحماية الموصي، و تخضع بالتالي للقانون الهولندي الذي يبطل هذا النوع من الوصية، بينما يعتبرها القانون الفرنسي مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات، و بالتالي تخضع لقانون محل الانعقاد، أي القانون الفرنسي الذي يقر بصحة الوصية، و نجد أن محكمة la seine في حكمها الصادر في 1994/03/23، قضت بأنه في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية بشأن نزاع حول صحة الوصية الخطية للهولندي، يعود الاختصاص للقانون الفرنسي في تكييف الشكل المطلوب، و بما أن القانون الفرنسي يعتبر شكل الوصية سواء كان خطيا أو رسميا مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات، فأخضعته بالتالي للقانون الفرنسي الذي يقضي بصحة هذا النوع من الوصايا<sup>1</sup>.

فعلى الرغم من تشابه قواعد الإسناد في قانون هاتين الدولتين فقد اختلف الحكم في النزاع لاختلاف وصف العلاقة<sup>2</sup>.

وباعتبار أن التكييف أهم خطوة يمر بها القاضي وصولا إلى إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، تواجهه صعوبة تكمن في اختلاف الأوصاف و التكييفات للأحوال و التصرفات من نظام قانوني لآخر<sup>3</sup>، و هو ما أدى إلى تضارب الآراء في تحديد القانون الذي يخضع له التكييف، إلا أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري، أخضع التكييف لقانون القاضي متأثرا بمذهب بارتن في التكييف<sup>4</sup>، فجاء النص كالاتي: « يكون القاضي هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه»<sup>5</sup>.

و تعد الوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته<sup>6</sup>، أو هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع كما ورد في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، و تحديد ماهية أو طبيعة هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مسألة تكييف ينهض بها القاضي من تلقاء نفسه، طبقا لأحكام قانونه، دون التقييد بالوصف الذي يضيفه الموصي على التصرف<sup>7</sup>.

و رغم أن الصفة المالية هي التي تطغى في الوصية إلا أنها تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>-نقلا عن: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، 2007، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: 42.

<sup>2</sup>-غالب علي الداودي حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، د ط، د ت، ص: 68.

<sup>3</sup>-علي عليسليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 41.

<sup>4</sup>-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، 2013، دارهومه، الجزائر، ص: 94.

<sup>5</sup>-و هو نفس موقف بعض التشريعات العربية: المادة 11 من القانون الأردني، المادة 03 من القانون المدني المصري، المادة 1/ 27 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

<sup>6</sup>-الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، د ط، د ت، دار الكتاب العربي، لبنان، ص: 333.

<sup>7</sup>-صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، د ط، 2006، دارالفكر الجامعي، مصر، ص: 393.

<sup>8</sup>-غالب علي الداودي، حسناهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 116.

و على خلاف القوانين التي تعتبر الوصية من مسائل الأحوال العينية، اتبع المشرع الجزائري نفس نهجه بشأن الميراث، معتبرا إياها تدخل ضمن فكرة الأحوال الشخصية، فنص المشرع في المادة 775 من القانون المدني على سريان قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها على الوصية، بل و أورد أحكامها في الفصل الأول من الكتاب الرابع لقانون الأسرة الجزائري ( المواد من 184 إلى 201 ). و على نفس النهج سارت معظم تشريعات الدول العربية، كمصر<sup>1</sup>، الأردن<sup>2</sup>، العراق<sup>3</sup>، ليبيا<sup>4</sup>.

#### ❖ ثالثا/القانون الذي يحكم الوصية :

تعتبر الوصية مثل الميراث، باعتبار أنها تؤول عن طريق الخلافة بسبب الموت، و نظرا لكونها من الأحوال الشخصية، يقتضي إخضاعها للقانون الشخصي، لهذا وضع لها المشرع الجزائري، و غيره من المشرعين العرب قاعدة إسناد واحدة<sup>5</sup>، و تختلف الوصية عن الميراث، في كون هذا الأخير خلافة بإرادة الشارع، أما الوصية فبسبب التصرف الإرادي، و كأى تصرف قانوني آخر لا بد من أن تستوفي الشروط الموضوعية و الشكلية . و عليه، و جب عليا بيان القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية ( أ )، ثم نتعرض للقانون الذي يحكم الشروط الشكلية للوصية ( ب ) .

و قبل ذلك يجدر التنويه، أن التفرقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية، و ما يعتبر منها من الشروط الشكلية، مسألة تكييف تخضع - وفقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري - لقانون القاضي .  
أ- القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية :

الشروط الموضوعية هي الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية أو وجودها القانوني، مثل الأهلية، و عوارضها، و القدر الجائز الايضاء به عند وجود و رثة، أو عند عدم وجودهم، و الأشخاص الذين يجوز الايضاء لهم و أهلية الموصى له لقبول الوصية أو رفضها، و شروط إجازة الوصية من الوراثة و شروط الرجوع عنها... الخ<sup>6</sup>. و لقد أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية للقانون الشخصي للموصي، أي قانون جنسية الموصي وقت موته، و هذا ما جاء في نص المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري: « يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته »<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>-المادة 17 من القانون المدني المصري .

<sup>2</sup>-المادة 18 من القانون المدني الأردني .

<sup>3</sup>-المادة 23 من القانون المدني العراقي .

<sup>4</sup>-المادة 16 من قانون نظام القضاء الجديد الليبي رقم 51 لعام 1971 .

<sup>5</sup>-محمد سعادي ، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ، الطبعة الأولى ، 2009 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ص : 127 .

<sup>6</sup>- غالب علي الداودي ، حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص : 146 .

<sup>7</sup>-القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، 2005 ، ص : 19 .

و على نفس النهج سار كل من المشرع التونسي<sup>1</sup>، المشرع السوري<sup>2</sup>، المشرع الإماراتي<sup>3</sup>، المشرع الكويتي<sup>4</sup>. وقد ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية من حيث الأحكام المطبقة عليها، تصرفات المريض مرض الموت، و المقصود بها التبرع ( المادة 776 ق م ج )، و التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بأية طريقة كانت بجيازة العين التي تصرف فيها ( المادة 777 ق م ج )، كما ألحق قانون الأسرة الجزائري بالوصية، الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة ( المادة 201 ق أ ج ) .

و الجدير بالذكر أن الشروط الموضوعية في الوصية، تنقسم إلى شروط متصلة بالوصية كوسيلة لانتقال التركة، و تخضع للقانون الشخصي للموصي، لأنه عنصر من عناصر الحالة الشخصية، و إلى شروط أخرى متصلة بالوصية كتصرف قانوني منفصل عن التركة، و تخضع للقانون الذي يحكم الأعمال القانونية<sup>5</sup>.

### 1- الشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كوسيلة لانتقال التركة :

تخضع هذه الشروط لقانون الموصي وقت موته، و تتمثل في مدى حرية الموصي في الايضاء، و ذلك من خلال :  
\*تحديد القدر الجائز للايضاء، فنصت المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : « تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة »<sup>6</sup>.

\*تحديد الأشخاص الذين يجوز الايضاء لهم فتنص المادة 187 قانون الأسرة الجزائري على أنه : « تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس »<sup>7</sup>. كما تنص المادة 189 قانون الأسرة الجزائري على أنه : « لا وصية لوارث، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي »<sup>8</sup>. كما نصت المادة 200 : « تجوز الوصية مع اختلاف الدين »<sup>9</sup>.

\*تحديد الأشخاص الذين لا يجوز الايضاء لهم، فقد نصت المادة 188، على أنه : « لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا »<sup>10</sup>.

### 2- الشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كتصرف قانوني منفصل عن التركة :

و تتمثل هذه الشروط في الأهلية ( المادة 186 قانون الأسرة الجزائري )، عيوب الرضا ( المواد من 81/ 90 ق م ج )، المحل ( المواد 92/ 95 ق م ج )، السبب ( 96/ 98 ق م ج )، و اختلف الفقه في تحديد القانون الذي يحكم هذه

<sup>1</sup> المادة 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية .

<sup>2</sup> -المادة 18 من القانون المدني السوري .

<sup>3</sup> -المادة 4/17 من قانون المعاملات الإماراتي .

<sup>4</sup> -المادة 45 من القانون رقم 5 لسنة 1961 لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

<sup>5</sup> -عبد جليل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 2008، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، لبنان، ص : 303.

<sup>6</sup> -القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابقا، ص : 923.

<sup>7</sup> -المصدر نفسه، ص : 923.

<sup>8</sup> -المصدر نفسه، ص : 923.

<sup>9</sup> -المصدر نفسه، ص : 923.

<sup>10</sup> -المصدر نفسه، ص : 923.



الشروط، فهناك من رأى بأن هذه الشروط لا علاقة لها بنقل التركة، إضافة إلى أن الوصية تصرف إرادي، و بالتالي وجب إخضاعها لقانون الموصي وقت الايضاء لا وقت الوفاة<sup>1</sup>.

في حين يرى البعض الآخر ضرورة إخضاع الأهلية لكل من قانون جنسية الموصي وقت الايضاء، و قانون جنسيته وقت الوفاة، و أساس الاعتداد بقانون جنسية الموصي وقت التصرف، هو أن الوصية تصرف قانوني إرادي يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة، أما أساس الاعتداد في نفس الوقت بقانون جنسية الموصي أو التصرف وقت الوفاة، فمرده إلى أن الوصية و رغم كونها تصرف قانوني، إلا أنها تصرف غير لازم، يجوز الرجوع فيها ما بقي الموصي حيا، و من هذا المنطلق، فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي، في حين أنه يرون بإخضاع عيوب الإرادة لقانون واحد هو قانون جنسية الموصي وقت الايضاء، ذلك أن عيوب الإرادة عندهم يجب النظر إليها عند عمل الوصية، لأنها الوقت الذي تصدر فيه الإرادة معيبة<sup>2</sup>.

و بالرجوع للقانون الجزائري نجده يخضع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، على أساس أن النص جاء عاما، و ذلك أفضل، حتى لا تخضع تركة الموصي لقوانين متعددة.

ب- القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للوصية:

الشروط الشكلية للوصية هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، و قد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي، أو التوثيق الرسمي لدى الموثق، أو المحكمة المختصة، و قد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود، و لذلك فإن أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، فقوانين بعض الدول تجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعا عليها من قبله دون حاجة إلى توثيقها رسميا كما في القانون الفرنسي، و في قوانين دول أخرى لا تجوز الوصية مالم تكن موثقة رسميا و يمتنع عن الوطنيين القيام بتحرير وصية عرفية في الخارج و الداخل، و تعتبر الوصية باطلة، إذا حررها بالشكل العرفي كما في القانون اللبناني<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنصت المادة 191 قانون الأسرة الجزائري على أنه: « تثبت الوصية:

- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.

- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل الملكية<sup>4</sup>.

ومن هنا نتساءل عن القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للوصية؟

لقد استثنى المشرع الجزائري - قبل التعديل - الشروط الشكلية للوصية من الخضوع للقاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات و المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، نظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الوصية، فهي من جهة وثيقة الصلة بالميراث، و من جهة أخرى تعتبر من التصرفات الإرادية، فجاء في الفقرة الثانية

<sup>1</sup>- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 277.

<sup>2</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني (تنازع القوانين)، د ط، 1999، دار الفكر الجامعي، مصر،

ص: 325، 326

<sup>3</sup>- غالب عي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 118.

<sup>4</sup>- القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص: 923.

من المادة 16 قبل التعديل : « غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية و كذلك الحكم في شكل التصرفات التي تنفذ بعد الموت »<sup>1</sup>.

و على نفس النهج سارت معظم التشريعات العربية ، فنص المشرع السوري في الفقرة الثانية من المادة 18 ق م على أنه : « و مع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، و كذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ». وهي نفس الصياغة التي جاء بها المشرع الجزائري قبل التعديل . و جاء في الفقرة الثانية من المادة 48 القانون الكويتي المنظم للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لسنة 1961 : « ... و مع ذلك يسري على شكل الوصية و التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف ». و كذلك نص المشرع التونسي في الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي : « تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي وقت وفاته ، و يخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت فيه ».

إلا أن المشرع الجزائري بعد التعديل ، حذف الفقرة الثانية من المادة 16 ق م ج ، و بذلك ألغى الإسناد الخاص بشكل الوصية و أخضعه للقاعدة العامة التي تسري على شكل العقود ، المنصوص عليها في المادة 19 ق م ج ، باعتبار أن الوصية تصرف إرادي كغيرها من التصرفات ، و تفاديا للتكرار .

و تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 19 ق م ج ، تخضع الشروط الشكلية للوصية لقانون محل الإبرام ، أو لقانون الموطن المشترك لكل من الموصي و الموصى له ، أو لقانونهما الوطني المشترك ، أو للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للوصية ، أي قانون الموصي وقت الوفاة ، طبقا للمادة 16 ق م ج .

و بناءا عليه يمكن للجزائري أن يوصي بشيء من تركته خارج الجزائر وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري باعتباره قانونه الوطني ، أو يوصي وفقا للشكل المعمول به في قانون محل الإبرام ، كما يمكن للأجانب إجراء الوصية في الجزائر وفقا للشكل المقرر في بلدانهم ، أو الشكل المقرر في القانون الجزائري<sup>2</sup> .

مع الإشارة إلى أن المادة الأولى من اتفاقية لاهي حول تنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الايصائية الموقعة في 5 أكتوبر 1961 اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا<sup>3</sup> :

- لقانون محل الإبرام .
- أو لقانون الجنسية التي حاز عليها الموصي ، إما وقت التحرير أو وقت الوفاة .
- أو لقانون موطن الموصي ، إما بتاريخ التصرف أو وقت الوفاة .
- أو لقانون محل الإقامة المعتادة للموصي ، إما عند التصرف أو وقت الوفاة .
- أو لقانون موقع العقار ، إذا كانت الوصية واردة على عقار .

كما وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ 26 / 10 / 1973 شكل الوصية كنموذج صالح في كل الدول الأعضاء ، و منها فرنسا ، و اشترطت فيها حضور شاهدين ، و شخص مخول ( ككاتب عدل مثلا ) ، توقيعها من قبل

<sup>1</sup>-الأمر 85/75 المتضمن القانون المدني الجزائري ، المذكور سابقا ، ص : 1040 .

<sup>2</sup>-محمد سعادي ، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص : 128 .

<sup>3</sup>-شبور نورية ، الميراث و التصرفات النافذة بعد الموت في اطار القانون الدولي الخاص ، 2010-2011 ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، ص : 84 .

الموصي، توقيع الشهود و الشخص المخول قانونيا، التاريخ - رغم أنه غير ضروري - وتسلم شهادة بذلك من الشخص المخول قانونا<sup>1</sup>.

خاتمة :

و مما سبق، فمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية من أهم المسائل القانونية في ظل تنازع القوانين، و لتحديد هذا الأخير، وجب على القاضي الوطني، و هو بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق، أن يصنف المسألة محل النزاع وفقا لقانونه الوطني، إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري، و الملاحظ أن لتكييف النزاع الايصائي أثر بالغ على الحل النهائي للنزاع، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع باختلاف تصنيفه. و بالرغم من الصفة المالية التي تغطي على الوصية، إلا أن المشرع الجزائري - و على غرار التشريعات العربية - صنفها في طائفة الأحوال الشخصية، و أخضعها للقانون الشخصي للموصي وقت موته ( قانون جنسيته )، و ذلك طبقا لنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري، و تفاديا من خضوع الوصية لعنة قوانين، لم يميز المشرع الجزائري بين الشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كوسيلة لانتقال التركة، و بين الشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كتصرف قانوني - كما نادى بهذه التفرقة بعض الفقهاء - فأحسن المشرع الجزائري باخضاعها لقانون واحد. كما أخضع شكل الوصية للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات ( قانون محل الإبرام )، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية كقانون الجنسية المشتركة، قانون الموطن المشترك، و القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

#### • التوصيات :

و نظرا للأهمية البالغة التي تكتسيها قواعد التنازع الدولي الخاص، كونها تضع الحدود الفاصلة بين القانون الأجنبي و القانون الوطني، فعلى المشرع الجزائري أن يخصص قانون خاص يجمع جميع مسائل التنازع الدولي في مختلف الفروع عامة، و خاصة ما تعلق منها بالوصية و الميراث. كما فعل ذلك المشرع التونسي، إذ أصدر مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة بتاريخ 1998/11/27، تجمع جل قواعد التنازع الدولي.

#### • قائمة المراجع :

أولا/الكتب :

- 1- أحمد بن فارس، مجمل اللغة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1984، مؤسسة الرسالة، لبنان.
- 2- أمين رجا دواس، تنازع القوانين في فلسطين، الطبعة الأولى، 2001، دار الشروق.
- 3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، 2013، دار هوميه، الجزائر.
- 4- الخطيب الشرسبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، د ط، 1955، دون دار النشر.
- 5- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، د ط، 2004، دار الحديث، مصر.
- 6- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 1994، دار العلوم العربية.
- 7- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، د ط، 2006، دار الفكر الجامعي، مصر.
- 8- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدرر المختار، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، 1984، مكتبة الحلبي، مصر.

<sup>1</sup>-المرجع نفسه، ص: 84.

9- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 2008، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان.

10- علي عيسليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، 2007، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

11- الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، الطبعة الرابعة، 1994، مؤسسة الرسالة، لبنان.

12- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، د ط، د ت، دار الكتاب العربي، لبنان.

13-- الماوردي، الإنصاف في معرفة الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، الجزء السابع، الطبعة الأولى، 1957، دار احياء التراث، لبنان.

14- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الرابعة، 1990، دار الهدى، الجزائر.

15- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، د ط، د ت، دار الجيل، لبنان،

16- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، 2009، دار الخلدونية، الجزائر.

17-- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، د ط، 1994، منشورات الجامعة المفتوحة.

18- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس العشر، الطبعة الثالثة، 1993، دار احياء التراث العربي، لبنان.

19- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني ( تنازع القوانين )، د ط، 1999، دار الفكر الجامعي، مصر.

#### ثانيا/الرسائل :

1- شبور نورية، الميراث و التصرفات النافذة بعد الموت في اطار القانون الدولي الخاص، 2010-2011، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان .

#### ثالثا/ النصوص القانونية :

1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، 1975.

2- القانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984.

3- القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، 2005.

## الطعن في ترقيم العقارات المسوحة وحجية دفتر العقاري في التشريع الجزائري



إعداد : هلالبي خيرة ، استاذة

( بالمركز الجامعي بافلو-الجزائر )

ملخص :

تعتبر الملكية العقارية مصدرا من المصادر المتجددة للثروة ومقوما فعلا للاستثمار والتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول ، لذلك اضطلعت معظم التشريعات المقارنة على انشاء وخلق نظم عقارية متكاملة من اجل ضمان استقرار الملاك والحائزين للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية بدايتها كانت بنظام مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الامر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 والمتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري بحيث يعتبر النواة الاولى لتطهير الملكية العقارية والذي من خلاله نلجأ الي الطعن في ترقيم العقارات المسوحة اذا تم مخالفة القواعد والإجراءات المعمول بها حيث ان المشرع الجزائري قد وفر مجموعة من الاليات القانونية من اجهزة قضائية وإدارية ، وبالتالي اثاره هذه الطعون في التقييمات النهائية لا يؤثر على الارتباط الموجود بين مسح الاراضي العام والحفظ العقاري فهذه الطعون هي حماية لأصحاب الحقوق الاصلية ، ومن جهة اخرى تصحيح للأخطاء المرتكبة اثناء عمليات المسح وهذا ما يضمن تحقيق الاستقرار في الملكية العقارية .

### Résumé :

Les biens immobiliers en tant que l'une des sources renouvelables de richesse et redresseur d'investissement économique et social pour les Etats ,pour cela la plupart des législations comparatives a été mises en place pour créer un système immobilier intégré afin d'assurer la stabilité des propriétaires et détenteurs de la propriété de biens immobiliers et droits immobiliers commence a balayer les terres publiques et la création du registre foncier qu'il 75. Le système 74 en date du 11/12/1975, contenant la préparation des terres publiques de l'enquête et la mise en place du registre des terres de sorte que soit le premier noyau de nettoyer la propriété réelle à travers laquelle le recours à contester la numérotation immobilière numérisée si elle est en violation des règles et procédures que le législateur algérien a fourni une série de mécanismes juridiques de services administratifs, judiciaires,

Et ainsi provoquer de tels appels dans la Altrgimat finale n'affecte pas le lien entre l'enquête de terres publiques et la conservation immobilier ces appels est de protéger les droits des propriétaires d'origine, d'autre part, la correction des erreurs commises au cours des enquêtes, ce qui est ce qui assure la stabilité de l'immeuble.

يعتبر العقار الثروة الأساسية التي كانت وما تزال و ستظل سببا في الخلافات بين الأفراد، و سبب الحروب بين الدول فقد عمل الإنسان منذ القدم على تنظيم هذه المساحات، و فرض على الكل إحترام هذا التنظيم المصطلح على تسميته بنظام الملكية العقارية، و ذلك لمحدودية المساحات العقارية القابلة للاستغلال من جهة، و رغبة في أن يكون العقار محل الاستغلال ذا مردودية أوفر للفرد و للجماعة من جهة أخرى.

إن الأهمية البالغة للملكية العقارية سواء كانت إقتصادية، إجتماعية، قانونية أو حتى سياسية، جعلت من البديهيات على كل دولة أن تنتهج سياسة معينة للوصول إلى توزيع عادل لضريبة العقار، و قد وصلت بعض الدول إلى ذلك، إذ نجد العقارات عندها تشكل المصدر الأساسي لإيرادات الخزينة العمومية. و لبلوغ ذلك يتحتم على الدول معرفة سعة و طبيعة الأملاك العقارية التي تشكل منها مساحتها و ذلك لا يتأتى إلا بإتباع ما يعرف بنظام الإحصاء العقاري المسمى في التشريع الجزائري بمسح الأراضي العام.

لقد تكفل المشرع الجزائري، بإيجاد وسائل قانونية، للخروج من الوضعية المتبعة و غير الدقيقة، التي ورثتها البلاد بعد الإستقلال، و لعل أهم تلك الوسائل الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، و كذا المراسيم المطبقة له، المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي و كذا المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم.

و نتيجة للتلازم الموجود بين مسح الأراضي العام والحفظ العقاري يقوم المحافظ العقاري بترقيم العقارات المسوحة علي اساس وثائق المسح المودعة وإعداد الدفاتر العقارية هذه الاخيرة التي يثار فيها اشكال عند الاخلال بأحد الاجراءات الخاصة بها مما يستوجب الطعن فيها امام الجهات القضائية المختصة.

وعليه و مما سبق نطرح الاشكالية الاتية :

ماهي القواعد والإجراءات القانونية للطعن في ترقيم العقارات المسوحة من اجل توفير حماية للملكية العقارية؟ وماهي حجية الدفتر العقاري؟

المبحث الاول : الطعن في ترقيم العقارات المسوحة :

ان تكريس التلازم بين مسح الأراضي العام والحفظ العقاري من شأنه ان يجعل الدفتر العقاري سندا ومنشأ للحقوق العينية وله علاقة بالترقيم العقاري وبالتالي فان فتح مجال الطعن في ترقيم العقارات المسوحة قد يؤدي الى افراغ عمليات المسح من محتواها وبالتالي يصبح كل عقار ممسوح ومرقم وتحصل صاحبه على دفتر عقاري بحيث لا يمكن لأي شخص ان يدعي خلافا لما يتضمنه الدفتر العقاري .

المطلب الاول : الاعتراض علي الترقيم النهائي :

يكون الترقيم نهائيا في حالة ما إذا كان قد تمخض عن الترقيم المؤقت كما لاحظنا سابقا بإنهاء المدد التي وضعها المشرع و عند غياب الإحتجاجات، أو عند ظهور دلائل قوية لا تدع مجالا للشك في أحقية الشخص للملك المعين

بعملية المسح. أو حالة ما إذا كان نهائيا منذ النشأة أو الميلاد، و نعي بذلك ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم رقم 76-63، حيث اعتبرت التقييم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يجوز مالكوها السندات أو العقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقا للتشريع المعمول به لإثبات حق الملكية<sup>1</sup>.

يعرّف الاعتراض بأنه الوسيلة القانونية التي يطالب بها الاشخاص بحقوقهم عندما يتعلق الامر بالترقيمات العقارية المنجزة علي اثر عمليات مسح الاراضي العام<sup>2</sup>، فجميع العقارات المسوحة والمرقمة من طرف المحافظ العقاري اجاز المشرع الطعن فيها من طرف الاشخاص الذين يدعون حقوقا لهم على العقارات المرقمة، سواء كان صاحب الطعن شخصا طبيعيا او معنوي .

ان الطعن على التقييم النهائي للعقارات المسوحة لا يمكن النظر فيه امام المحافظ العقاري وليست له سلطة الفصل فيه ولا محاولة مصالحه الاطراف بل ان المختص في هذا الطعن هو القضاء<sup>3</sup>

وبالتالي يجب على الطاعن هنا ان يتجه للقضاء المختص وهنا سواء كان التقييم نهائيا منذ التقييم الاول عند ايداع وثائق المسح او كان التقييم مؤقتا لمدة أشهر او لمدة عامين ثم انقضت هذه المدة وأصبح نهائيا .

#### المطلب الثاني : الاعتراض علي التقييم المؤقت :

نميز بين حالتين :

1- التقييم المؤقت لمدة 4 اشهر بالنسبة للمالكين الظاهرين و الذين لا يملكون سندات ملكية قانونية، و الذين يمارسون حيازة حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح يسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقدم المكتسب، يعتبر التقييم مؤقتا في هذه الحالة و لمدة 4 أشهر يجري سريانها من يوم التقييم، و يصبح التقييم نهائيا بعد إنقضاء هذه المدة إذا لم يكن هناك إعتراض، أو إذا سحب أو رفض الإعتراض<sup>4</sup>.

2- التقييم المؤقت لمدة سنتين : يجري سريانها ابتداء من يوم إتمام هذا التقييم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات إثبات كافية، و عندما لا يمكن للمحافظ العقاري إبداء رأيه في تحديد حقوق الملكية و يصبح هذا التقييم نهائي عند انقضاء مدة سنتين، إلا إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري، بالثبوت بصفة مؤكدة من أن

<sup>1</sup> عماد الدين رحايمية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية تيزي وزو، الجزائر، 15 مارس 2014.

<sup>2</sup> نعيمة حاجي، المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر، دارهومة، عين مليلة، الجزائر، 2009 ص 99.

<sup>3</sup> هذا ما اكدته المادة 16 من المرسوم رقم 76-63 المعدلة والمتممة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 والتي نصت على انه " لا يمكن اعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي الذي تم بموجب المواد 12 و13 و14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء

<sup>4</sup> مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري مذكرة لنيل ماجستير في العلوم ألقانونية تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2008-2009، ص 53.

الحقوق العينية الواجب شهرها في السجل العقاري و يكون قد اطلع عليها في غضون ذلك عن طريق أي شخص معين.<sup>1</sup>

ان القاعدة في الاعتراض على التقييمات المؤقتة هو ان يثار لدى المحافظ العقاري سواء تعلق الامر بالتقييم المؤقت لمدة 4 اشهر او التقييم المؤقت لمدة عامين والذي يجب ان يقدم خلال هذه المدة لكن يمكن ان يثار الاعتراض على التقييم المؤقت لدى القضاء في حالة ما اذا قام المحافظ العقاري بمحاولة صلح بين المعارض والمعارض عليه في التقييم المؤقت وكانت هذه المحاولة فاشلة فهذا يكون امام المدعي في اجل 6 اشهر لكي يرفع دعوى قضائية .

ان للمحافظ العقاري سلطة علي الاعتراضات المقدمة بشأن التقييمات المؤقتة بحيث ان له الحق في دراستها وإبداء رأيه فيها قبل انقضاء مدة التقييم المؤقت سواء كان التقييم ل 4 اشهر او لعامين .

يقوم المحافظ باستدعاء الاطراف كتابيا ويخصص لهم جلسة صلح تنعقد تحت اشرافه ويحاول اقامة الصلح بين الاطراف والوصول الى حل ينهي الخلاف.<sup>2</sup>

ونشير الى ان دور المحافظ يقتصر على تقريب وجهات النظر وليس له سلطة اجبار على اي من الاطراف ويحتمل ان تكون جلسة الصلح ناجحة او فاشلة .

أ- محاولة صلح ناجحة : في حالة ما اذا اتفق الاطراف على حل ينهي الخلاف بينهما يقوم المحافظ العقاري بتحرير محضر صلح ( محضر مصالحة ) يذكر من خلاله الاتفاق المتوصل اليه والذي تكون له قوة الالتزام الخاص وتشهر العناصر المستخلصة منه في السجل العقاري.<sup>3</sup>

وتبقى التقييمات المؤقتة على حالتها الى غاية انتهاء مدتها القانونية رغم اتفاق الاطراف اذ يحتمل تقديم اعتراضات اخرى من طرف اشخاص اخرين بشأن نفس التقييم .

وعندما تكون نتيجة المصالحة موضوع تغيير للعناصر المحتواة في وثائق المسح فهنا يجب على المحافظ العقاري بان يقوم بتبليغ نسخة من محضر المصالحة لمصالح مسح الاراضي وهذا لكي تقوم مصالح المسح بالتغييرات اللازمة في وثائق المسح لتكون متوافقة مع اتفاق الاطراف ومع السجل العقاري .

ب- محاولة صلح فاشلة : وفي حالة ما اذا كانت محاولات المصالحة بين الاطراف عديمة الجدوى يجرر المحافظ محضر عدم المصالحة ويبلغه للأطراف وللطرف المدعي مهلة 6 اشهر ابتداء من تاريخ تبليغ الذي يتلقاه من المحافظ لرفع الدعوى القضائية.<sup>4</sup> والتي يجب شهرها وتبليغها للمحافظ العقاري في نفس المهلة ويجب على المحافظ ان يعلق عملية التقييم الى غاية صدور حكم او قرار قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه

<sup>1</sup> المرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ررقم 30، المؤرخة في 1976/04/13، المادتين 13 و 14.

<sup>2</sup> المادة 15 من المرسوم 63-76 المعدلة والمتممة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123

<sup>3</sup> انظر المادة 15 من المرسوم 63-76 السالف الذكر.

<sup>4</sup> نصت المادة 516 من القانون رقم 09-08 على انه : " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالتقييم المؤقت في السجل العقاري للقائمة بين الاشخاص

الخاضعين للقانون الخاص ."



بالرجوع لنص المادة 14 من المرسوم رقم 76-62، إمكانية اللجوء إلى القضاء في أجل ثلاثة أشهر للفصل في النزاع، غير أن اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، فإنها تخضع لعدة قواعد أساسية وهي: مجال الإختصاص (أولاً)، المحكمة المختصة (ثانياً) والقوة الثبوتية لمخاض المسح (ثالثاً).

أولاً : مجال إختصاصالجهة القضائية :

إن مجال النزاع المطروح على القضاء وفقاً لنص المادة 14 من المرسوم رقم 76-62، محصوراً في الحدود بين الجيران ليس إلا، ولا يمتد هذا النزاع إلى غير ذلك من المنازعات ولا حتى إلى النزاع الذي قد يثور بين مطالبين لنفس الحق على العقار بمستندات مختلفة القيمة القانونية و بين المالك الحقيقي و من سجل العقار باسمه بناء على إجراءات المسح العام.

ثانياً : محكمة موقع العقار :

تعتبر المحكمة المختصة للفصل في النزاع، المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موقع العقار وهذا إستناداً إلى نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ثالثاً : القوة الثبوتية لمخاض المسح :

تستمد مخاض المسح القوة الثبوتية من المادة 14 من المرسوم رقم 76-62، و التي تكتسبها بمجرد مرور أجل ثلاثة أشهر، حيث تصبح نتائج لجنة المسح نهائية و لا يجوز الرجوع عنها إلا في حالتين و هما الغلط المادي أو ظهور المالك الحقيقي<sup>1</sup>.

المبحث الثاني : حجية الدفتر العقاري في اثبات الملكية العقارية :

إختلفت الآراء حول حجية الدفتر العقاري في الإثبات، فهناك فريق يرى بأنه سند ذو حجية مطلقة (أولاً)، بينما يرى فريق آخر بأنه سند غير قطعي في الإثبات (ثانياً). وقبل التطرق للحجية في الإثبات نعالج الطبيعة القانونية للدفتر العقاري

المطلب الاول : الطبيعة القانونية للدفتر العقاري :

انقسم الاساتذة والفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفتر العقاري فجانب منهم يرى بانه عبارة عن قرار اداري وآخرون يرون بأنه ليس بقرار اداري وإنما هو كاشف فقط للحق العيني بينما يؤكد جانب اخر من الفقه بأنه منشأ للحق العيني وليس كاشفاً له .

الفرع الاول : الدفتر العقاري عبارة عن قرار اداري :

يرى الاستاذ عمار بوضياف والأستاذ جمال عبد الناصر مانع بان الدفتر العقاري عبارة عن قرار اداري لان جميع عناصر القرار الاداري تنطبق عليه ويكون ذلك كالاتي :

<sup>1</sup> ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، بسكرة،

- الدفتر العقاري تعبير ارادي يخضع في تحريره للشكل الذي حدده القانون .
- الدفتر العقاري صادر عن هيئة ادارية : فحسب نص المادة 20 من الامر 75-74 : " تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري ..... " فالحفاظة العقارية هيئة داخلية تابعة لمديرية الحفظ العقاري يرأسها محافظ عقاري يخضع لوزارة المالية .

وهذا ما يؤكد ان الحفاظة العقارية هيئة ادارية.<sup>1</sup>

- الدفتر العقاري يصدر بالإرادة المنفردة : بحيث يحمل توقيع المحافظ العقاري وحده رغم ان عملية اعداد وتسليم الدفتر العقاري تتطلب اجراءات طويلة .

- الدفتر العقاري يحدث اثرا قانونيا : ان المشرع الجزائري عندما كلف المحافظ العقاري بإعداد وتسليم الدفتر العقاري للمالكين كان يهدف من وراء ذلك الى تثبيت الحقوق العينية الواردة على العقارات وهذا ما اكدته المادة 33 من المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة.<sup>2</sup> اما الفريق الثاني فيرى بان الدفتر العقاري ليس بقرار اداري فالدفتر العقاري هو منشأ للحقوق والمراكز القانونية ومن بينهم الاستاذ محمد كنانة الذي يرى بان عناصر القرار الاداري لا تنطبق عليه اذ انه لا يعد عملا انفراديا كما لا يحدث اثرا قانونيا بل هو كاشف للمراكز القانونية فقط ونتيجة لذلك يرى بان الدفتر العقاري مجرد شهادة ادارية وتوقيع المحافظ العقاري على الدفتر العقاري يقتصر على الاشهاد بمطابقة هذا الاخير للبطاقات العقارية والسجل العيني.<sup>3</sup> وحججهم في ذلك كالاتي :

#### ❖ الدفتر العقاري منشأ للحق العيني :

هناك عدة اراء ترى بان الدفتر العقاري ينشئ الحق العيني ومن بينهم :

- الاستاذة نعيمة حاجي بحيث ترى بأنه لو رجعنا الى اثار تأسيس السجل العقاري فنجد ان الحائز حيازة قانونية من حقه الحصول على دفتر عقاري مثبت للملكية وبالتالي ليس دور الدفتر العقاري دائما كاشفا للحق العيني او مجرد اشهاد على هذا الحق بل قد يكون منشأ وذلك بتحويل الحائز الى مالك اي انشاء حق جديد هو حق الملكية بعد ان كان غير موجود قبل عملية المسح.<sup>4</sup>

ما يمكن قوله ان الدفتر العقاري عبارة عن قرار اداري لان جميع عناصر هذا الاخير متوافرة فيه بما فيها ميزة احداث الاثر القانوني لكن رغم ذلك فالدفتر العقاري لا يعتبر منشأ للحق العيني دوما بل قد يكون منشأ وقد يكون كاشفا هذا من جهة اخرى ومن جهة ثانية اذا كان الدفتر العقاري يمثل صورة مطابقة للبطاقة العقارية هذا لا ينفي عنه صفة القرار الاداري .

وبالرجوع لعمليات التقييم للعقارات المسوحة التي يباشرها المحافظ العقاري نجد في حالة العقارات التي يملك اصحابها عقود الملكية معترف قانونيا بحجيتها هنا ترقم ترقيما نهائيا بمجرد ايداع وثائق المسح

<sup>1</sup> د.عمار بوضياف الاختصاص القضائي في الغاء الدفاتر العقارية مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي حول القضاء العقاري بجامعة سوق اهراس يوم 27-04-2004

ص 13

<sup>2</sup> د.عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 16-17.

<sup>3</sup> محمد كنانة- النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري -مجلة المحاماة مجلة متخصصة تصدر عن الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين لناحية باتنة-

العدد الثالث لسنة 2007 ص 56

<sup>4</sup> نعيمة حاجي ، المسح العام وتأسيس السجل العقاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، لبنان، ص 171

ويتحصل الملاك مباشرة على الدفتر العقاري في هذه الحالة يكون الدفتر العقاري كاشفا للحق العيني فقط وليس منشأ لان عقد الملكية الذي على اساسه تمت عملية التقييم النهائي يبقى هو مصدر الحق العيني .  
اما العقارات التي ترقم ترقيميا مؤقتا لمدة 04 اشهر فهي تخص الحائزين الذين ليست لهم سندات ملكية ،والذين يمارسون حسب وثائق المسح حيازة تمكنهم من اكتساب الملكية عن طريق التقدم المكسب فبعد انتهاء مدة 04 اشهر يصبح التقييم نهائيا ويتحصل الحائز على الدفتر العقاري ، ففي هذه الحالة يعتبر الدفتر كاشفا لحق العيني وليس منشأ له ، لان المعني قد تم التأكد بأنه قد استوفى شروط الحيازة عن طريق التقدم المكسب من خلال وثائق المسح وفي هذا الشأن اكدت المادة 827 من القانون المدني الجزائري بان من توفرت فيه شروط الحيازة يعتبر مالكا .

اما فيما يخص العقارات التي ترقم ترقيميا مؤقتا لمدة عامين هذا بالنسبة للعقارات التي ليس لأصحابها سندات ملكية ولا تتوفر فيهم شروط الحيازة عن طريق التقدم المكسب وخاصة شرط المدة وهو 15 سنة ، وبعد انتهاء مدة العامين يتحصلون على دفاتر عقارية ، فالدفتر العقاري هنا منشأ للحق العيني وليس كاشفا له .<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : الدفتر العقاري سند ذو حجية مطلقة في اثبات الملكية العقارية :

هناك جانب من الفقه يؤكد على أن الدفتر العقاري له حجية مطلقة، و هو سند قطعي في إثبات الملكية العقارية و لا يجوز الطعن فيه، كما قدموا في ذلك حججا سوف نراها على النحو الآتي :

1- يرى أصحاب هذا الرأي بأنه نظرا لما يمتاز به نظام الشهر العيني عن الشهر الشخصي في مسائل عدة، على وجه الخصوص إستحالة وجود أكثر من سند ملكية للوحدة العقارية الواحدة في نفس الفترة الزمنية، و أن البيانات التي تم تسجيلها في البطاقة العقارية تكون لها قوة ثبوتية مطلقة في مواجهة كافة الناس. فلا يمكن الطعن في التصرف الذي تم تسجيله، و حسب صاحب الرأي فإن المحكمة العليا قد أكدت هذه القوة الثبوتية في عدة قرارات، فباكتمال إجراءات الشهر و من ثم الحصول على الدفتر العقاري، يصبح التصرف القانوني مطهرا من كل العيوب و لا يمكن الطعن في صحته، فله قوة ثبوتية مطلقة تسري في مواجهة كافة الناس. تستند هذه القوة الثبوتية إلى الضمانات التي توفرها إجراءات الشهر، و بالتالي فآثار الشهر العقاري لا تقتصر على نقل الملكية فقط بل لها أيضا أثر تطهير السند من كل العيوب، و حسب المادة 23 من الأمر رقم 74/75، فإن المتضرر من الأخطاء التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه يكون له الحق في المطالبة بمسؤولية الدولة.<sup>2</sup>

2- يرى صاحب هذا الرأي أن الدفتر العقاري يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية، و يجب إضفاء القوة الثبوتية المطلقة عليه و يبرر رأيه بما يلي :<sup>3</sup>

<sup>1</sup> د. فريدة محمدي ، الحيازة والتقدم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر دار الهدى 2009 ص 56.

<sup>2</sup> علي فيلاي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد2، سنة2000، ص 126-133.

<sup>3</sup> مجيد خلفوني، الدفتر العقاري، مجلة التوثيق، الجزائر، العدد 8، 2003، ص 15-16.

لقد نصت المادة 33 من المرسوم رقم 73-32 أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي المحدث، ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة، المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية.

يتم إعداد الدفتر العقاري على أساس البطاقات العقارية المعدة بالإعتماد على وثائق مسح الأراضي و بعد تعميم هذه الأخيرة على التراب الوطني سوف يكون الدفتر العقاري مستقبلا الدليل الوحيد و القاطع على إثبات الملكية العقارية و هذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

و مع صدور الأمر رقم 75-74، بينت أحكامه بأن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني الذي يقوم على قاعدة و هي أن الدفتر العقاري يشكل سند الملكية الوحيد و تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في هذا الدفتر.

يعتبر الدفتر العقاري على حسب صاحب هذا الرأي الناطق الطبيعي للوضعية القانونية الحالية للعقارات، و لا يسلم لصاحبه إلا بعد القيام بإجراءات التحقيق العقاري المتمثل في عمليات المسح الصارمة و الطويلة، بحيث لا يمكن أي شخص أن يدعى خلافا لما يتضمنه الدفتر العقاري لأن الغرض من عمليات مسح الأراضي العام، هو إعطاء القوة الثبوتية المطلقة للحقوق تسهيلا لتداول العقارات، و بعث الائتمان العقاري، و ضبط الملكية العقارية. فهذا السند يعتبر بمثابة حسم للملكية العقارية يستمد روحه من وثائق المسح.

إذا حدث و إن أصيب شخص بأضرار نتيجة للأثر التطهيري للشهر العيني، فما عليه إلا اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للإحتماء بالقواعد العامة التي لا تخوله إلا الحق في المطالبة بتعويضات جبرا عما لحقه من ضرر، دون أن يخول له القانون الحق في إلتماس أي تعديل في الحقوق المقيدة.

### المطلب الثالث : الدفتر العقاري سند غير قطعي ( نسبي ) في اثبات الملكية العقارية :

يرى أصحاب هذا الرأي بأنه لا يمكن إضفاء الحجية المطلقة على الدفتر العقاري في مجال إثبات الملكية العقارية، و هو سند غير قطعي يمكن إثبات خلاله، و لهم في ذلك حجج متعددة سوف نراها فيما يلي:

1- يرى البعض بأن الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات و من ثم حصول أصحابها على دفتر عقارية، لا تكتسب الحجية المطلقة و ليست بمنأى عن الطعن فيها، سواء كانت هذه الحقوق ناتجة عن الترقيم النهائي. و هنا يتم الطعن فيها وفقا للمادة 16 من المرسوم رقم 76-63 و المادة 85 منه، أو كانت هذه الحقوق ناتجة عن التصرفات القانونية اللاحقة للترقيم النهائي، فالطعن يتم وفقا للمبدأ العام المقرر في المادة 24 من الأمر رقم 75-74، و أن الطعن في التصرفات اللاحقة يخص المتعاقدين و الخلف العام، أما الغير فهو محمي وفقا لما نصت عليه المادتان 85 و 86 من المرسوم رقم 76-63. و ما دام المشرع الجزائري قد أجاز الطعن في الترقيم النهائي، فهذا يعني عدم أخذه بالأثر التطهيري للترقيم النهائي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص 181-182

2- أما البعض الآخر، فيرى بأن الدفتر العقاري ليست له حجية مطلقة في إثبات الملكية العقارية، و دليله في ذلك أن المشرع الجزائري تبنى هذا الاتجاه<sup>1</sup>. فمن خلال المادة 16 من المرسوم 63-76، قلل من شأن القوة الشبوتية المطلقة للحقوق المقيدة ذلك أنه خرج نسبيا عن القواعد المقررة في ظل نظام الشهر العيني، بحيث خول للأشخاص إمكانية إعادة النظر في الحقوق الثابتة عن طريق القضاء.<sup>2</sup>

3- نفس الرأي أكداه الأستاذان زروق ليلي و حمدي باشا عمر، بأن إعادة النظر في الحقوق المقيدة تجعل القوة الشبوتية للقيود غير مطلقة.<sup>3</sup>

#### الخاتمة :

لقد إهتم المشرع الجزائري بعملية المسح نظرا لآثاره في العديد من المجالات، و هذا الإهتمام ظهر جليا من خلال توفير هياكل عديدة و على رأسها الوكالة الوطنية لمسح الأراضي لإنجاز عمليات المسح. و بشأن هذه العمليات تتعلق بحقوق الأفراد حول ملكياتهم العقارية، فقد أحاطها المشرع بإجراءات قانونية خاصة. و تم إصدار العديد من التعليمات من طرف وزارة المالية و التي تظهر كيفية سير عمليات المسح و تأسيس السجل العقاري و التي تعتبر الضمانة القانونية لسير هاته العملية، إضافة للطعن في الدفتر العقاري الذي يعتبر سبيلا منصفًا و عادلًا لحماية الملكية العقارية .

لكن رغم هاته الآليات القانونية التي وفرها المشرع لضمان الوصول إلى الهدف المنشئ لعملية المسح، إلا أنه من الناحية العملية و الواقعية، فهي غير كافية لضمان الفعالية المنتظرة منها، و عليه يجب إيجاد مكاميزمات أكثر نجاعة للوصول إلى الهدف الرئيسي من وجودها.

#### • قائمة المراجع والمصادر :

✓ النصوص القانونية :

المراسيم والقرارات :

- المرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 30، المؤرخة في 1976/04/13، المادتين 13 و 14.

- المحكمة العليا الغرفة المدنية، القرار رقم 108200، بتاريخ 1994/03/16، المجلة القضائية العدد 02، 1995.

✓ الكتب :

نعيمة حاجي، المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر دار هومه، عين مليلة، الجزائر 2009.

د. فريدة محمدي، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر دار الهدى 2009 ص 56.

<sup>1</sup> نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 122.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 108200، بتاريخ 1994/03/16، المجلة القضائية، العدد 02، 1995، ص 80.

<sup>3</sup> زهاري القيزي، علاقة مسح الأراضي العام بالحفظ العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 93

-المذكرات واطروحات الدكتوراه

-عماد الدين رحايمية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية تيزي وزو، الجزائر 15 مارس 2014.

- مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري مذكرة لنيل ماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر 2008-2009.

-ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، بسكرة، الجزائر، 2011-2012

- محمد سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 2004.

✓ المجالات والمقالات :

- د.عمار بوضياف الاختصاص القضائي في الغاء الدفاتر العقارية مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي حول القضاء العقاري بجامعة سوق اهراس يوم 27-04-2004 .

- محمد كنانة- النظام القانوني للدفر العقاري في التشريع الجزائري - مجلة المحاماة مجلة متخصصة تصدر عن الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين لناحية باتنة - العدد الثالث لسنة 2007

-علي فيلاي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد2، سنة2000.

-مجيد خلفوني، الدفر العقاري مجلة التوثيق، الجزائر العدد 8، 2003.

## ✓ نقارير :

## نادي قضاة المغرب يناقش بالمضيق الحكامة على ضوء قوانين السلطة القضائية الجديدة<sup>1</sup>



احتضن ساحل مدينة المضيق شمال المغرب يوم السبت 25 مارس 2017 ندوة وطنية كبرى نظمها المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بتطوان بتعاون مع وزارة العدل والحريات حول موضوع: "الحكامة القضائية على ضوء مشاريع قوانين السلطة القضائية".

الندوة عرفت حضور قامات قضائية وأكاديمية كبيرة فضلا عن ممثلين عن الجمعيات المهنية القضائية وكافة مكونات منظومة العدالة، وباحثين واعلاميين.

استهلّت أشغال الندوة بكلمة السيد وزير العدل والحريات المصطفى الرميد الذي استعرض من خلالها أهم محطات الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، والتي توجت بصدر القوانين التنظيمية المتعلقة بالسلطة القضائية، معتبرا أن المغرب من حقه ان يفتخر بهذه القوانين التي أتت لتكرس استقلال السلطة القضائية، وبأنها جد متقدمة حتى بالنسبة لديمقراطيات عريقة ما يزال فيها القضاء متداخلا مع السلطين التشريعية والتنفيذية.

وأضاف وزير العدل والحريات أن الوزارة ماضية في ورش تحديث المحاكم وتجهيزها من أجل تسهيل ولوج المتقاضين للعدالة وتقريبها اليهم، داعيا الجمعيات المهنية القضائية لمزيد من الانفتاح والحوار مع وزارة العدل حول تنزيل مشاريع الإصلاح المتعلقة بالقضاء، وردا عن سؤال يتعلق بمقرر المجلس الأعلى للسلطة القضائية أكد وزير العدل والحريات أنه خارج عن اختصاصه.

<sup>1</sup> - تقرير من انجاز، الأستاذ أنس سعدون، عضو نادي قضاة المغرب، عضو مؤسس للمركز الوطني لاستقلال السلطة القضائية، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة. المملكة المغربية.



وفي كلمة الدكتور عبد اللطيف الشنتوف رئيس نادي قضاة المغرب أكد انخراط نادي قضاة المغرب باعتباره كقوة اقتراحية في مناقشة كافة مشاريع القوانين الجديدة التي أعدتها وزارة العدل من خلال المذكرات التي يقدمها، مؤكداً عدم وجود نموذج عالمي واحد لاستقلال القضاء، لكن عدداً من التجارب المقارنة في الديمقراطيات العريقة والتي استعرضها وزير العدل والحريات في مداخلته لا تستند فقط الى النصوص وإنما تجد مرجعيتها الداعمة في ثقافة عريقة و متجذرة لاستقلال القضاء، لافتاً الانتباه الى أن نخوف نادي قضاة المغرب من عدد من الثغرات الواردة في قوانين السلطة القضائية المصادق عليها، أو في مشروع التنظيم القضائي يبقى تخوفاً مشروعاً مرده الخوف من تكرار أخطاء الماضي، وأشار الى أن الاستقلال الإداري والمالي للمحاكم يبقى من أهم النقاط المثيرة للجدل في المرحلة القادمة. داعياً الى تنزيل سليم للنصوص القانونية الجديدة، وتمكين السلطة القضائية من الموارد المالية اللوجستية الكافية لعملها.

وأكدت كلمة السيد الرئيس الأول لمحكمة النقض والتي تلاها السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتطوان على ضرورة الانخراط في ورش تنزيل الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة.

#### • الجلسة الأولى ترأسها الأستاذ محمد المنصوري رئيس المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بتطوان :



استهلت أشغال الجلسة الأولى بمداخلة الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي الأستاذ الجامعي المعروف ووزير العدل السابق في والتي تطرق فيها لفكرة العدالة من خلال المؤسسات القضائية التي تفتح مجالاً معرفياً غنياً يجمع بين الفلسفة والدين والقانون، فالتقاضون لا يطلبون فقط تطبيق القانون بشكل حرفي، أي العدل، وإنما يسعون الى تحقيق العدالة التي تعني الانصاف أو الاحسان المضاف الى العدل كما هو منصوص عليه في القرآن. مضيفاً بأن هذه الفكرة تطرح اشكالية التأويل بمناسبة تطبيق القانون في المجالات غير الجنائية، والتي تستوجب توافر عدة شروط وفي مقدمتها استقلال السلطة القضائية، وتخليق القضاء والجرأة، حيث يلجأ القاضي الى تأويل النصوص ويستعين تارة بمبادئ العدل والانصاف، وتارة أخرى بالاتفاقيات الدولية ليصل الى التطبيق العادل للقانون.

وأثار الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي في مداخلته عدة ملاحظات حول قوانين السلطة القضائية، داعياً إلى التنقيح في النظام الداخلي للمجلس على حصر اختصاص التأديب على أعضائه من القضاة دون غيرهم، وتحسين مسطرة اختيار القضاة بمناسبة مراجعة القانون المنظم للمعهد العالي للقضاء، بالنظر إلى تطور الحقول المعرفية، مما يفرض ضرورة توفر المترشح على النضج الكافي، مؤكداً أن ما يدرس اليوم في الجامعات المغربية يبقى جد متخلف عن ما يحتاجه القضاء المعاصر الذي تعرض عليه نزاعات في غاية التعقيد، ودعا إلى تحسين شروط عمل القضاة للنظر في النزاعات المعروضة عليهم وهم في وضعية ارتياح، وذلك من خلال مراجعة المدد المتطلب للترقية والوصول إلى الدرجة الاستثنائية وتقليصها لرفع أي شعور بالغبن لدى السيدات والسادة القضاة من شأنه التأثير على استقلاليتهم. كما دعا إلى إحداث مجلس للحكام يضم قضاة فوق سن الستين والذين برزوا بكفاءتهم ونزاهتهم وعطائهم وساهموا في تحسين العمل القضائي والتشريعي والفقهي، وتمكين كافة القضاة مند تعيينهم من وسائل العمل الكفيلة بتحقيق النجاعة، خاصة الحاسوب والربط بشبكة المعلومات التي تمكن الولوج إلى كافة قرارات محكمة النقض التي ينبغي تسهيل وتعميم نشرها لتكون في متناول القضاة والمحامين والمهتمين. وبخصوص الإشراف على المحاكم أكد وزير العدل السابق والعضو في الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي أن "الحكمة كالسفينة لا يمكن أن تعمل برأسين" داعياً إلى تصحيح العلاقة بين العمل الإداري والقضائي ومراجعة كل ما له علاقة بمحدود التداخل بين التأطير والإشراف الإداري والمالي واستقلال القضاء، ومراجعة العلاقة بين القضاء ووزارة الداخلية على مستوى الإشراف على الشرطة القضائية، والتعجيل بإخراج المحكمة الدستورية التي ستساعد على تحقيق استقلال القضاء خاصة على مستوى تفعيل الدفع بعدم دستورية القوانين.

وقدم الدكتور بنسالم أودجا مدير مديرية التشريع بوزارة العدل والحريات عرضاً حول موضوع: أي حكمة قضائية نريد؟ أكد فيه أن الحكامة تعبير عن ممارسة السلطة السياسية وإدارتها لشؤون المجتمع وموارده وهو التعريف المتداول والمعتمد من طرف أغلب الهيئات والمنظمات الدولية. ويدل على آليات ومؤسسات تشترك في صنع القرار وقيادات منتخبة وأطر إدارية مؤهلة، ومن شروطها تكامل العمل القائم بين الدولة ومؤسساتها وبين القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني في إطار تكريس قواعد المشاركة والشفافية والحاسبة والمساءلة.

أما الحكامة القضائية فتعني توحيد الجهود من أجل تحسين الأداء وتحقيق الفعالية والنجاعة في النظم القضائية والرفع من مستوى الجودة في الخدمات، وهي ممارسة لا تتم إلا بتوافر أركانها المتمثلة في الشفافية والفعالية وحسن التدبير والتقييم والتتبع للرقى بأداء الإدارة القضائية، وهي أداة أساسية في التواصل مع كافة المتدخلين. وحسب معايير المحكمة النموذجية تقوم الحكامة على تسيير الولوج إلى القضاء واقتضاء الحقوق ومساءلة الفاعلين في هذه السلطة.

وتساءل الدكتور بنسالم أوديجا عن أي حكمة نريد؟ مجيباً: "نريد حكمة قضائية تضع آليات بين السلطة الحكومية المكلفة بالعدل، والمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ووسائل عمل تشترك في صنع القرار وتتوافق عليه بما يحقق سير العدالة". مضيفاً: "نريد احترام القانون والتدبير الرشيد للشأن القضائي في ظل قواعد الشفافية والموضوعية والتشارك وتستجيب للمعايير الدولية".

وأشار الدكتور بنسالم أوديجا إلى أن النظام الأساسي للقضاة نص على استقلال السلطة القضائية محتفظاً للمسؤول القضائي بدور الإشراف الإداري على المحكمة، وألزمه بضرورة الخضوع إلى تكوين حول الإدارة القضائية، وخوله عدة سلطات من بينها تلك المتعلقة بالعتل السنوية والتغيب عن العمل ومراقبة الشواهد الطبية المدلى بها وسلطة انتداب القضاة داخل الدائرة الاستثنائية، وتقييم أداء القضاة، مؤكداً على ضرورة التمييز الدقيق بين مقومات

استقلال السلطة القضائية وهو شأن قضائي يندرج ضمن صلاحيات المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وما يرتبط بالوظيفة الادارية وهذا شأن يندرج ضمن صلاحيات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل، مؤكداً: "المسؤول القضائي ينبغي أن يكون خاضعاً لوزير العدل والحريات في كل ما له علاقة بتسيير المحاكم".

واختتم السيد مدير مديرية التشريع بوزارة العدل والحريات مداخلة بتحذير المسؤولين القضائيين من "الأناية وحب الذات والتمسك المتحجر بالصلاحيات عند الاضطلاع بالمسؤوليات وهو ما لا يمكن أن يفرز سوى الصراعات السلبية والحسابات الضيقة"، داعياً الى سعة الصدر والروح والمرونة في التعامل والتنسيق والتكامل كقيم ايجابية تثمر المواقف المنتجة وتخلق الآثار الطيبة التي تثمر في المستقبل.

وتواصلت أشغال الندوة العلمية بمداخلة الدكتور حسن التهامي الوزاني قاض بالمحكمة التجارية بطنجة حول موضوع: "تدبير المؤسسات القضائية من خلال القوانين الجديدة للسلطة القضائية على ضوء رؤية استثنائية للتجارب المقارنة" أشار فيها الى صعوبة التمييز بين ما هو قضائي أو اداري في الاشراف على المحاكم، وهو ما يبدو بوضوح من خلال المادة 21 من مشروع التنظيم القضائي الجديد التي تنص على أن الوزارة المكلفة بالعدل "تتولى الاشراف الاداري والمالي على المحاكم بتنسيق وتعاون مع المسؤولين القضائيين بها بما لا يتنافى واستقلال السلطة القضائية"، وهو ما يجعل العلاقة بين الوزارة والمحكمة شبيهة بالعلاقة مع المصالح الخارجية للوزارات، متسائلاً عن طبيعة هذه العلاقة هل هي تعاون أم تفويض، فالتعاون يكون مع السلط ولا يكون بين سلطة اي وزارة العدل كسلطة حكومية مكلفة بالعدل، وفرد وهو المسؤول القضائي، مرجحاً أن تكون طبيعة هذه العلاقة حسب الاستفادة من مشروع التنظيم القضائي علاقة تفويض، أي أن الوزارة تفوض جزءاً من صلاحياتها للمسؤول القضائي، بما يترتب عن ذلك من رقابة ومحاسبة من المفوض الى مفوض اليه، وهي رقابة تمارس عبر آلية التقارير التي ترفعها وزارة العدل والحريات الى المجلس الاعلى للسلطة القضائية بخصوص أداء المسؤولين القضائيين.

• الجلسة الثانية : ترأسها الدكتور سمير آيت أرجدال رئيس المحكمة الابتدائية بواد زم :



استهلت الجلسة الثانية بمداخلة الدكتور محمد الخضراوي نائب رئيس الودادية الحسنية للقضاة والتي تمحورت حول موضوع: "مقاربة العلاقة بين القاضي والمسؤول القضائي على ضوء السلطة القضائية" انطلق فيها من طرح التساؤل التالي: كيف يمكن تدبير العلاقات داخل المحكمة، وكيف يمكن تجسيد الديمقراطية داخل البيت القضائي؟ معتبرا أن هذا الموضوع يعتبر محل اشكال وطني ودولي يثار أيضا داخل الأنظمة القضائية المقارنة في الديمقراطيات العريقة، فالنقاش حول استقلال القضاء تطور من الاستقلال الخارجي في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية الى الاستقلال الداخلي أي استقلال القاضي عن زميله قاض أو مسؤول قضائي، متسائلا: كيف يمكن أن نحول المحكمة الى فضاء للعمل بروح ايجابية وجو أسري سليم يشجع على الابداع والاحترام ويحقق الكرامة. ودعا نائب رئيس الودادية الحسنية للقضاة الى تحديد الصلاحيات بدقة، وضبط اختصاصات المسؤولين القضائيين ونطاق اشرافهم الاداري بما لا يمس استقلال القضاء، مؤكدا على ضرورة احترام الآلية التشاركية المتمثلة في مكتب المحكمة والجمعية العامة المنصوص عليها في مشروع التنظيم القضائي الجديد، وتفصيل شروط اختيار المسؤولين القضائيين.

وركز الأستاذ ياسين العمراني عضو المكتب التنفيذي لنادي قضاة المغرب في مداخلته حول: " دور الجمعيات المهنية في بناء الحكامة القضائية (تجربة نادي قضاة المغرب)" اعتبر فيها أن هذا الأخير كان سباقا للمناداة بضرورة تفعيل الجمعيات العامة للمحاكم، من خلال عدة خطوات أهمها: مطالبة المكاتب الجهوية بإعداد تقارير حول ظروف انعقاد الجمعيات العامة؛ تكوين خلايا على مستوى المحاكم لتتبع طريقة انعقاد الجمعيات العامة؛ ووضع خط اخضر للتبليغ وفضح كل الخروقات التي يتم رصدها على مستوى المحاكم؛ فضلا عن القيام باستطلاع لواقع عمل الجمعيات العامة. وأضاف ياسين العمراني أن نادي قضاة المغرب "أكد غير ما مرة اعتماد وزارة العدل و الحريات لآليات غير ناجعة لتقييم فعالية الأداء القضائي وهنا نقصد آلية أو مؤشر الانتاج/و سرعة البت في القضايا، فالنجاحة القضائية حسب الظاهر من المواقف المعلنة لوزارة العدل تبنى أساسا على معيار الانتاج في علاقته بسرعة البت في القضائي ( عدد القضايا المسجلة = عدد القضايا المحكومة = عدد الأحكام المنفذة) وهي آلية لا تكفي بمفردها للوقوف عند درجة فعالية الأداء القضائي، و اعتمادها بشكل منفرد قد يكون له آثار عكسية خلافا للمأمول، و هنا يكفي للوقوف عند هذه الحقيقة الرجوع إلى تجربة المحكمة الابتدائية بالناظور. فقد ساهم سوء تدبير الموارد البشرية على مستوى الخريطة القضائية في تراكم كم هائل من الملفات بسبب بالمحكمة الابتدائية بالناظور = و كان الحل المعتمد من قبل وزارة العدل و الحريات هو الانتداب القضائي للقضاء على هذا المخلف، فتم اعتماد هذه الوسيلة، و بدأت عملية تصفية الملفات التي كانت تتم في غالبيتها بشكل غيابي في القضايا الجنحية...متسائلا هل تم تجاوز مشكل المخلف بهذه الطريقة وهل تحققت الحكامة القضائية؟

واردف قائلا: " الجواب يكمن في أن القضايا المحكومة غايبا طراً فقط عليها تغيير بسيط وهو تغيير رقم الملف و تاريخه بعد التعرضات التي قدمت اتجاه هذه الملفات، بمعنى أننا أعدنا إدراج هذه الملفات من جديد كمخلف مقنع فهل تحققت الحكامة ؟

واختتم مداخلته بالتأكيد على أن التركيز على مؤشر واحد في تقييم المنجزات لن يكون له نتائج دقيقة وموضوعية تمكن من تصورات فعالة لنجاحة المنظومة القضائية، و إنما يحتاج الأمر إلى اعتماد مؤشرات أخرى دون استثناء للمؤشر المتعلق بسرعة العدالة/بطء العدالة، ومن هذه المؤشرات مؤشر درجة الفعالية ومؤشر مستوى تقديم الخدمات القضائية وهو مؤشر يقوم على عناصر متعددة أهمها: مستوى الشفافية ومستوى التواصل ودرجة تسهيل الوصول إلى المعلومة.

وتطرق الأستاذة نزهة مسافر عضو المكتب التنفيذي لنادي قضاة المغرب لموضوع: "الجمعيات العامة للمحاكم" باعتبارها المؤسسة الموكل إليها تنظيم المصلحة الداخلية للمحاكم"، و هي إطار يشمل كافة القضاة العاملين بمحكمة معينة سواء قضاة الحكم أو قضاة النيابة العامة، بالإضافة إلى المسؤولين القضائيين وبحضور السيد رئيس كتابة الضبط، و تنعقد في الأحوال العادية في النصف الأول من شهر دجنبر من كل سنة، مع إمكانية عقد جمعيات استثنائية إن استدعتها الضرورة. وتتلخص اختصاصات الجمعية العامة استنادا لمقتضيات الفصل السادس من المرسوم الصادر بتطبيق مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 1974/7/15 فيما يلي:

- استعراض حصيلة عمل المحكمة خلال السنة القضائية من خلال الوقوف على المنجزات و تدارس العراقيل.  
- وضع برنامج الجلسات و تشكيل الهيئات القضائية.

- توزيع الأشغال و المهام بين القضاة وتوزيع القضايا بين مختلف الأقسام والغرف.

وتساءلت القاضية نزهة مسافر: هل تحظى الجمعيات العامة للمحاكم بتلك المكانة الممنوحة لها بمقتضى التشريع؟ هل تؤدي في الواقع ذلك الدور الذي من المفترض أن تضطلع به إسهاما منها في النهوض بمرفق له من الأهمية بكان هو مرفق القضاء؟ أم أننا لا نرى من جمعياتنا العمومية سوى الاسم فقط؟

واعتبرت القاضية نزهة مباشر أن واقع الجمعيات العامة يؤكد أنها تحولت الى فضاءات للصمت بسبب استئثار بعض المسؤولين القضائيين بسلطة توزيع المهام والشعب بين القضاة، مؤكدة أن مشروع التنظيم القضائي اشتمل على ثغرات، داعية الى مراجعته بشكل يكرس المقاربة التشاركية من خلال اعتماد أسلوب التصويت على مشروع الجمعية العامة الخاص بتوزيع الشعب و الغرف على القضاة، باعتباره أحد الآليات التي يجب التمرن عليها كمارسة ديمقراطية سامية في افق التنظيم القضائي الجديد وتحسين الجمعيات العامة للمحاكم من أي مؤثرات خارجية وتقوية سبل مناقشة النجاعة القضائية خلال انعقاد الجمعيات العامة للمحاكم وذلك بتقديم المعطيات الاحصائية الخاصة بكل هيئة و كل عضو من اعضاء الجمعية العامة، وتقديم نسب الالغاء والنقض الخاصة بكل هيئة وأعضائه. وعدم تشكيل الهيئات بشكل يتجاوز العدد محدد قانونا، وذلك لتكريس الاستقلال الداخلي و منع توجيه القضايا اثناء المداولات من طرف رؤساء الهيئات القضائية.

وقدم الأستاذ أنس سعدون عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية عرضا حول الجمعيات العمومية للمحاكم في التجارب المقارنة أكد فيه أن هذا الموضوع لم يسبق له وأن حظي بنقاش موسع الا بعد المصادقة على دستور 2011 حيث كان للجمعيات المهنية القضائية وعلى رأسها نادي قضاة المغرب السبق في اخراجه من دائرة النقاش المهني الضيق الى دائرة النقاش العمومي باعتباره مدخلا أساسيا لاستقلال السلطة القضائية، ولكون النجاعة تقتضي المشاركة عوض الاستئثار بالرأي الواحد.

واعتبر أنس سعدون أن مسودة مشروع التنظيم القضائي جاءت جد متخلفة على الممارسة القضائية التي طورت ممارسات رائدة في مجال عمل الجمعيات العامة للقضاة، كما جاءت متخلفة عن تطلعات كل الفاعلين والذين انتظروا تفعيلا أوسع للجمعيات العامة ومأسستها على صعيد محكمة النقض ليتفاجأوا بالعكس من خلال محاولة تعميم مكتب المحكمة كتنظيم متقدم ليشمل المحاكم الابتدائية والاستئنافية وتقييد صلاحيات الجمعيات العامة بنصب تعجيزي، وتحويلها الى مجرد هيئات استشارية أكثر منها تقريرية، وبالرغم من ان مشروع التنظيم القضائي الجديد الذي صادقت عليه الغرفة الأولى استجاب لأغلب الملاحظات التي سجلها نادي قضاة المغرب في مذكرته، فان النسخة الأولى من المسودة بحسب عضو نادي قضاة المغرب أنس سعدون تعكس تدبيرا غير جيد من الوزارة لزمنا اصلاح منظومة العدالة يصل الى حد التبذير بسبب عدم الاستفادة من التجارب الوطنية والدولية الرائدة وهي ذات

الملاحظة التي سبق تسجيلها على مسار تطور مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالسلطة القضائية، ومن بين الأمثلة التي قدمها المتدخل التجربة الفرنسية في التنظيم الداخلي للمحاكم حيث تتوزع الجمعيات العامة داخل المحكمة الواحدة الى جمعية للقضاة الجالسين؛ وجمعية للقضاة الجالسين والنيابة العامة؛ وجمعية لموظفي كتابة الضبط، وتجتمع هذه الجمعيات مرة في السنة على الأقل خلال شهر نونبر بمبادرة من الرئيس أو من أغلبية الأعضاء أو ثلثي الأعضاء، ومن صلاحياتها اصدار آراء بخصوص عدد الجلسات وتاريخ انعقادها وأوقات العمل؛ ومتطلبات ولوازم العمل بتنسيق مع كتابة الضبط؛ وظروف عمل القضاة والموظفين والمشاكل التي تعرضهم، وكل ما يتعلق بالتسيير الداخلي للمحكمة، كما تقوم جمعيات القضاة الجالسين والنيابة العامة بتبادل وجهات النظر بخصوص المحكمة ويحضرون للجمعية العامة. وهناك لجنة دائمة يرأسها الرئيس وتشكل هذه اللجنة من أعضاء منتخبين من طرف قضاة النيابة العامة والرئاسة، ووكيل الجمهورية، ومدير كتابة الضبط. والخلاصة أن الجمعية العامة للمحاكم بفرنسا تعتمد الآلية الديمقراطية في توزيع المهام؛ وتشرك القضاة وموظفي المحكمة في كل ما يتعلق بشأن المحكمة تجسيدا للمقاربة التشاركية وتعتمد على آليتي التصويت والانتخاب .

ودعا عضو نادي قضاة المغرب أنس سعدون في ختام مداخلته الى اصدار مدونة سلوك تنظم عمل المسؤولين القضائين والاهتمام بتكوين القضاة على تدبير الخلاف وعلى اعمال المقاربة التشاركية في التسيير الداخلي للمحاكم وتقوية أسلوب الاستشارات القبلية لكل القضاة والمستشارين قبل انعقاد الجمعيات العامة، وجعله أداة لتوسيع الديمقراطية التشاركية داخل بيئة الجمعيات العامة للمحاكم، فضلا عن نشر تقارير الجمعيات العامة. أشغال الندوة عرفت تكريم عدة شخصيات أثروا الساحة القضائية والقانونية الوطنية، وفي مقدمتهم الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي، والقاضية فادية بنميمون والمستشارة أمينة ناعمي والقاضية آمال حماني، والقاضية مليكة بكريم والقاضية ليلي ميقور والقاضية سناء حجاجي.



رئيس الغرفة الأولى بمحكمة النقض المستشار عبد العلي العبودي يسلم جائزة المرأة القاضية للأستاذة فادية بنميمون.



وزير العدل والحريات سلم ذرع التكريم للدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي



الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتطوان يسلم جائزة المرأة القاضية للقاضية آمال حماني



القاضية حجبية البخاري عضوة المجلس الأعلى للسلطة القضائية تسلم جائزة المرأة القاضية للمستشارة أمينة ناعمي

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 0615-2336