جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة
مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص

مجلة الصدى

للدراسات القانونية والسياسية

Numéros

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن مخبر النظام القانوني

للعقود والتصرفات في القانون الخاص

Eissn : 2830-8360
Issn : 2710-8783

revueechos@gmail.com

المجلد الرابع
العدد: 2
جوان
2022

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/817

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية

الصدى للدراسات القانونية والسياسية، مجلة دولية علمية محكمة، تصدر إلكترونيا وورقيا عن مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص بجامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، وبإشراف هيئة علمية من مختلف الجامعات داخل الجزائر وخارجها.

المراسلات:

توجه جميع المراسلات والاقتراحات والمواضيع المقترحة للنشر عبر إيميل المجلة

العنوان الإلكتروني للمجلة

revueechos@gmail.com

للاتصال بمكتب التحرير:

الهاتف:

0779124127

العنوان:

Rue Thniet El Had Khemis Miliana, Wilaya de Ain Defla, Algérie

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ.د. برابح محمد الشيخ

مدير المجلة:

أ. د. جبّار جميلة

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

رئيس التحرير:

أ. د. عبد الرحمن بن جيلالي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

هيئة التحرير:

د. محمد بن حاج الطاهر	أ. د. ياكر الطاهر	د. لدرع نبيلة
د. بن ناجي مديحة	د. خالد تلعيش	د. عشير الجيلالي
أ. د. رواب جمال	د. بودومي عبد الرحمن	د. شاوش أسماء

الإخراج والتنسيق والمتابعة

أ. د. عبد الرحمن بن جيلالي

الهيئة العلمية الاستشارية للمجلة

رئيس الهيئة العلمية: أ. د. جبار جميلة

من داخل الجزائر

أ. د. عبد الرحمن بن جيلالي	جامعة خميس مليانة		د. هاني صوادقية	جامعة البليدة 2
أ. د. ياكر الطاهر	جامعة خميس مليانة		د. كحيل حكيمة	جامعة البليدة 2
أ. د. رواب جمال	جامعة خميس مليانة		د. بوكموش سرور	جامعة البليدة 2
أ. د. يعيش تمام شوقي	جامعة بسكرة		د. رقية سكيل دحماني	جامعة الشلف
أ. د. عبد الحق مرسلي	جامعة تمنراست		د. عبوب زهيرة	جامعة الشلف
أ. د. خالد تلعيش	جامعة الجلفة		د. قلواز فاطمة الزهراء	جامعة الشلف
أ. د. شريط وليد	جامعة البليدة 2		د. كريم كريمة	جامعة سيدي بلعباس
أ. د. أحمد رباحي	جامعة الشلف		د. لدرع نبيلة	المركز الجامعي تيبازة
أ. د. محمد أحمد لريد	جامعة سعيدة		د. حربي لمياء	المركز الجامعي تيبازة
د. عشير الجيلالي	جامعة خميس مليانة		د. بنت الخوخ مريم	المركز الجامعي تيبازة
د. مديحة بن ناجي	جامعة خميس مليانة		د. صدوقي ياسمينة	المركز الجامعي تيبازة
د. شاوش أسماء	جامعة خميس مليانة		د. سطوطح غنية	المركز الجامعي تيبازة
د. محمد بن حاج الطاهر	جامعة خميس مليانة		د. أعراب نادية	المركز الجامعي تيبازة
د. قرمال بوعلام	جامعة خميس مليانة		د. بوصوفة الزهرة	المركز الجامعي تيبازة
د. إلياس بودربالة	جامعة خميس مليانة		د. بودريات نوال	المركز الجامعي تيبازة
د. سردو محمود	جامعة خميس مليانة		د. نوال لصلج	جامعة سكيكدة
د. عزيزة شبري	جامعة بسكرة		د. بوسيدة فيصل	جامعة سكيكدة
د. رحال عبد القادر	جامعة الجزائر 1		د. حمامدة لامية	جامعة سكيكدة
د. فوزية عمروش	جامعة الجزائر 1		د. رواق أمال	جامعة سكيكدة
د. بن صالح رشيدة	جامعة الجزائر 1		د. أسماء خليفي	جامعة سكيكدة
د. شلغوم رحيمة	جامعة الجزائر 1		د. سيعد فضيلة	جامعة سكيكدة
د. قاشي علال	جامعة البليدة 2		د. بوشاور وفاء	جامعة سكيكدة

د. بن زكري راضية	جامعة أم البواقي		د. خالدي خديجة	جامعة تبسة
د. حميدي حياة	جامعة الجزائر 3		د. بخوش إلهام	جامعة تبسة
د. تريعة نوارة	جامعة بومرداس		د. حافظي سعاد	جامعة تلمسان
د. معماش صلاح الدين	جامعة بومرداس		د.رمضاني فاطمة الزهراء	جامعة تلمسان
د. بوحملة كوثر	جامعة بومرداس		د. حوالف حليمة	جامعة تلمسان
د. لعروسي حليم	جامعة المدية		د. عبد الحكيم بوجاني	جامعة عين تموشنت
د. موسى بن تغري	جامعة المدية		د. غربي صورية	جامعة عين تموشنت
د. إيمان مخانشة	جامعة سطيف 2		د. فرقاق معمر	جامعة مستغانم
د. عبد الحميد عائشة	جامعة الطارف		د. عبد الحليم موساوي	جامعة بشار
د. مقدم رشا	جامعة الطارف		د. قديري محمد توفيق	جامعة تيارت
د. زكرياء بن تونس	جامعة البويرة		د. معزوز ربيع	المركز الجامعي تندوف
د. غجاتي فؤاد	جامعة البويرة		د. بن سولة نور الدين	جامعة معسكر
د. داود كمال	جامعة المسيلة		د. دروازي عمار	جامعة الجلفة
د. بكراوي محمد مهدي	جامعة أدرار			

من خارج الجزائر

– أ. د. رحاب يوسف، جامعة بني سويف مصر	– د. محمد جبر السيد عبد الله جميل، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، فرع القاهرة، مصر
– أ. د. سادات محمد محمد، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة	– د. فرحان المساعيد، جامعة آل البيت المملكة الأردنية الهاشمية
– أ. د. محمد الأحمد شواخ، كلية الحقوق، جامعة دار العلوم، الرياض، المملكة العربية السعودية	– د. همام القوصي، خريج جامعة حلب، سوريا
– أ. د. ملوخية محمد فوزي عماد، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية	– د. خالد كاظم عودة، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق
– أ. د. أحمد علي علي لقم، كلية العلوم الشرعية، مسقط، سلطنة عمان	– د. نبيل العبيدي، كلية القانون، جامعة الكتاب، العراق
– د. يوسف ناصر، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا	– د. الصالحي بان، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق
– أبد محمد الأمين، الجامعة الاسلامية منيسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية	– د. خيري مرتضى عبد الله، كلية الحقوق، جامعة الشرقية، سلطنة عمان
– د. سهيل محمد الأحمد، جامعة فلسطين الأهلية	– د. الزوي ما شاء الله، كلية القانون، جامعة بن غازي، ليبيا
	– د. لخريف كمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب

– د. عواطف زرارة، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة – د. جيهان فقيه، الجامعة اللبنانية، لبنان – د. يدك محمد طلعت، وزارة العدل، مصر – د. كشتي نبيلة، كلية الحقوق الزقازيق، مصر	– د. الرباع جواد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب – د. عبد القادر محمد الداه، جامعة نواكشط العصرية، موريتانيا

قواعد النشر في المجلة:

ترحب مجلة "الصدى للدراسات القانونية والسياسية" بنشر البحوث الجادة والأصيلة، والتي لم يسبق نشرها في مجلة أخرى، ولا تكون جزءاً من كتاب منشور، أو رسالة جامعية يعدها الباحث.

هيئة التحرير:

- تعطى الأولوية في النشر للبحوث والعروض والتقارير حسب الأسبقية الزمنية في ورودها لهيئة تحرير الدورية، وذلك بعد إجازتها من هيئة التحكيم، ووفقا للاعتبارات العلمية والفنية التي تراها هيئة التحرير.
- تقوم هيئة التحرير بالقراءة الأولية للبحوث العلمية المقدمة للنشر بالمجلة للتأكد من توافر مقومات البحث العلمي، وتخضع البحوث والدراسات والمقالات بعد ذلك للتحكيم العلمي والمراجعة اللغوية.

الشروط الشكلية والمنهجية:

ينبغي ألا يزيد حجم البحث على ثلاثين (30) صفحة، على الشكل التالي:

- Page size (taille de la page) : Taille personnalisée (16 cm x 23 cm).
- Fonts (polices): Sakkal Majalla (14) and Times New Roman (12).
- Single-spaced (Interligne Simple) and justified (justifiée).
- Margins (marges) : Top (haut) 1.5 cm, Bottom (bas) 1.5 cm, Lefte (gauche) 2 cm, Right (Droite) 2 cm, Binding position (position de la reliure) : Right (Droite).

ترسل البحوث والدراسات عبر البريد الالكتروني للمجلة، مع الالتزام بالقواعد المتعارف عليها عالمياً في شكل البحوث، بحيث يكون المحتوى حسب التسلسل: ملخص، مقدمة، موضوع البحث، خاتمة، ملاحق (الأشكال والجداول إن وجدت)، الهوامش، المراجع المعتمدة.

على الباحث أن يرفق بحثه بنبذة تعريفية موجزة عن مؤهلاته ومصدرها، فضلا عن إسهاماته العلمية، إضافة إلى ذلك إرفاقه لتعهد بأصالة البحث المرسل، وبعدم نشره في مجلة أخرى.

عنوان البحث:

- يجب أن لا يتجاوز عنوان البحث (20) كلمة، وأن يتناسب مع مضمون البحث، ويدل عليه، أو يتضمن الاستنتاج الرئيسي.
- نبذة عن الباحث صاحب المقال.

ملخص البحث:

- يجب تقديم ملخص للبحث باللغة العربية واللغة الانجليزية في حدود (100) كلمة.
- يرفق مع البحوث والدراسات باللغة الفرنسية أو الانجليزية ملخص باللغة العربية في حدود (150 إلى 200) كلمة.

الكلمات المفتاحية:

الكلمات التي تستخدم للفهرسة لا تتجاوز عشرة (10) كلمات، يختارها الباحث بما يتواكب مع مضمون البحث، وفي حالة عدم ذكرها، تقوم هيئة التحرير باختيارها عند فهرسة المقال وإدراجه في قواعد البيانات بغرض ظهور البحث أثناء عملية البحث.

الهوامش:

يجب إدراج الهوامش في شكل أرقام متسلسلة في نهاية المقال، مع مراعاة أن يذكر اسم المصدر أو المرجع كاملا عند الإشارة إليه لأول مرة، فإذا تكرر يستخدم الاسم المختصر، وعليه سيتم فقط إدراج المستخدم فعلاً من المصادر والمراجع والهوامش.

عروض الكتب:

- تنشر المجلة المراجعات التقييمية للكتب (العربية والأجنبية) حديثة النشر، أما مراجعات الكتب القديمة فتكون حسب قيمة الكتاب وأهميته.
- يجب أن يعالج الكتاب إحدى القضايا أو المجالات العلمية المتعددة، ويشتمل على إضافة علمية جديدة.
- يعرض الكاتب ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز وأوجه القصور، وإبراز بيانات الكاتب كاملة في أول العرض (اسم المؤلف، المحقق، المترجم، الناشر، مكان النشر، سنة النشر، الطبعة، السلسلة، عدد الصفحات).
- ألا تزيد عدد الصفحات عن (35) صفحة.

عروض الرسائل والأطاريح الجامعية:

- تنشر الدورية عروض الأطاريح والمذكرات الجامعية (أطاريح دكتوراه، ومذكرات الماجستير) التي تم إجازتها بالفعل، ويراعى في موضوع العرض أن تكون حديثة، وتمثل إضافة علمية جديدة في أحد حقول الدراسات العلمية المختلفة.
- إبراز بيانات الأطروحة كاملة في أول العرض، (اسم الباحث، اسم المشرف، الكلية، الجامعة، الدولة، سنة الإجازة).
- أن يشمل العرض على مقدمة لبيان أهمية موضوع البحث، مع ملخص لمشكلة الموضوع وكيفية تحديدها.
- ملخص لمنهج البحث وفروضه وعينته وأدواته، وخاتمة لأهم ما توصل إليه الباحث من نتائج.
- ألا تزيد عدد صفحات العرض عن (35) صفحة.

تنبيه هام

- المؤلف مسؤول مسؤولية كاملة عما يقدمه للنشر في المجلة، وعن توافر الأمانة العلمية، سواء لموضوعه أو محتواه، ولكل ما يرد بنصه، وفي الإشارة إلى المراجع ومصادر المعلومات.
- جميع الآراء والأفكار والمعلومات الواردة في البحث تعبر عن رأي كاتبها وعلى مسؤوليته هو وحده، ولا تعبر عن رأي أحد غيره، وليس للمجلة أو هيئة التحرير أي مسؤولية في ذلك.
- ترسل الدورية لكل صاحب بحث أجيز للنشر نسخة إلكترونية من العدد المنشور به البحث على البريد الإلكتروني ونسخة ورقية (في حالة طبع المجلة ورقيا)، علما بأن المجلة لا تدفع أي مكافآت مالية عما تقبله للنشر فيها.
- لا يسمح بطبع أو نسخ أو إعادة نشر للمجلة أو لجزء من البحوث المنشورة بها إلا بإذن خطي من مدير المجلة، وكل مخالفة لذلك يتحمل صاحبها مسؤولية المتابعة القضائية.

كلمة العدد

الحمد لله الذي جعل العلم للعلماء سببا، وأغناهم به وإن عدموا مالا ونسبا، وجعل لكل شيء سببا، ثم الصلاة بدوام الأبد على الرسول المصطفى محمد وبعد.

يطل علينا العدد الثاني من المجلد الرابع من مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية التي تصدر عن مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص بجامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، كشعلة مرافقة للباحثين المتخصصين في مجال العلوم القانونية والسياسية لتنير دربهم، أساتذة كانوا أو طلاب دكتوراه، من داخل الجزائر ومن خارجها...

وإذ تثمن هيئة التحرير جهود جميع الباحثين وتشكرهم على اختيارهم مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية منصة علمية رائدة لنشر أبحاثهم الأكاديمية وأوراقهم العلمية والإسهام في صدور هذا العدد، بانتظار العدد المقبل.

والله من وراء القصد، وهو الموفق والهادي إلى سواء السبيل...

الأستاذ الدكتور: عبد الرحمن بن جيلالي

رئيس هيئة تحرير المجلة

فهرس محتويات العدد

الرقم	المقال	الصفحة
1	**جهود الاتحاد الإفريقي لمواجهة آثار التغيرات المناخية في إفريقيا** د.ميرود خديجة سلمى، جامعة الجزائر 1	1 - 14
2	**جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي** رأفت حميد ريس المعموري خريج كلية المستقبل، جامعة بابل، العراق ماجستير من الجامعة العالمية بإيران	15 - 50
3	**الجرائم المستحدثة في قانون مكافحة الفساد (جريمة الرشوة وجريمة المحاباة)** د.عبوب زهيرة، جامعة الشلف	51 - 70
4	**رد المبيع بالإقالة دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنه بالفقه الإسلامي** د. مرتضى عبد الله خيري، جامعة الشرقية، سلطنة عمان د. مشاعر ادريس خير الله، جامعة الخرطوم، السودان	71 - 97
5	**حق الدائن في تعديل الفائدة و أثره على عقد القرض** د. راقية عبد الجبار علي، كلية القانون- جامعة بغداد (العراق) كلية القانون- الجامعة المستنصرية (العراق)	98 -115
6	**حيازة الملكية العقارية عن طريق استصلاح الأراضي في ضوء التشريع الجزائري والفقه الإسلامي** د. عشير جيلالي، جامعة خميس مليانة د. قاشي علال، جامعة البليدة 2	116 - 156

7	**مكافحة المضاربة غير المشروعة بين النصوص القانونية والعمل الميداني(دراسة على ضوء القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة)** د. مسعود بوعبد الله، جامعة سيدي بلعباس د. نعيم خيضاوي، جامعة أدرار	175 - 157
8	**الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة** د. أحمد بولعراس، جامعة قسنطينة	199 - 176
9	**دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** سهام زروالي، جامعة الشلف	212 - 200
10	**الثّقة كأداة لتحليل المنظمة** ناجية حمدي، جامعة تيزي وزو نصير سمارة، جامعة الجزائر 3	233 - 213
11	**Revisiting resolution 181 about the partition plan for Palestine: Was it a failure of international law?** **Zakaria Guedjali**, Doha Institute for graduate studies, (Qatar)	243 - 234

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4، العدد 2
السنة 2022، ص1- ص14

جهود الاتحاد الإفريقي لمواجهة آثار التغيرات المناخية في إفريقيا

African Union's efforts to address the effects of climate change in Africa

د.ميرود خديجة سلمى [1]

[1] جامعة بن يوسف بن خدة (الجزائر)

KHADIJAMIROUD@GMAIL.COM

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/04/16	2022/04/25	2022/06/25

الملخص:

بعد تأسيس الاتحاد الإفريقي لوحظ وجود العديد من التحديات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن أبرزها تمثلت في التحدي المناخي الذي لا تتحمل الدول الإفريقية مسؤولية حدوثه، نظرا لما يصاحبه من أخطار مستقبلية التي تتمثل في موجات الجفاف والإجهاد الغذائي والمائي، يقترن هذا مع إرهاق قدرة الحكومات على تلبية حاجات الشعوب والتأثير على جميع حقوق الإنسان من التعليم والسكن والصحة والتنمية، لذلك انتهج الاتحاد الإفريقي سياسة مواجهة هذه الظاهرة وآثارها على الشعوب الإفريقية بوضع العديد من المبادرات والاستراتيجيات أهمها استراتيجية تغير المناخ لسنة 2014.

الكلمات المفتاحية:

الاتحاد الإفريقي - البيئة - تغير المناخ - استراتيجية المناخ – الشعوب الإفريقية.

Abstract:

After the establishment of the African Union, the African Union noted that there are many political, social and economic challenges, but most notably the climate challenge that African countries are not responsible for, given the attendant future risks of droughts, food and water stress and conflict in some regions, coupled with the fatigue on the capacity of Governments to meet the needs of peoples, the loss of natural forest,

المؤلف المرسل : ميرود خديجة سلمى

animal and plant benefits of African countries and the impact on all human rights in education, housing and health.

key words:
African Union- The environment -Climate Change - Climate Strategy- African people.

مقدمة:

إن أبرز المشاكل في هذا العصر تتمثل في ظاهرة التغيرات المناخية وما يصاحبها من عوامل وأخطار متعددة حالية ومستقبلية تؤرق الإنسانية، بحيث شهد عالمنا المعاصر في العقد الأول من القرن الحادي والعشرين ازدياد مخاطر التغيرات المناخية تسببت فيها عمليات طبيعية داخلية أو قوى خارجية أو تغيرات في بنية الغلاف الجوي، أو التلوث البيئي، وخاصة التلوث الجوي وكل عمليات القضاء على الغابات، إلا أن لب مشكلة التغيرات المناخية هي إرباك قدرة الأرض على امتصاص غاز ثاني أكسيد الكربون ومختلف غازات الاحتباس الحراري الأخرى، حيث تعيش الإنسانية بشكل يتجاوز وسائلها البيئية اليوم.

فقدت أصبحت التغيرات التي طرأت على مناخ الكرة الأرضية والتي كانت في يوم من الأيام بطيئة لدرجة لا نشعر بها، إلا أنه أضحت الآن ظاهرة واسعة وواضحة جدا ولعل من بين علاماتها الأكثر ظهورا للعيان هي تلك الصفائح الجليدية الآخذة في الذوبان أو الاختفاء في القطب الشمالي والجنوبي، والارتفاع الشديد لدرجات الحرارة، وظواهر أخرى لا تحصى، تظهر أن تغير المناخ إنما هو حقيقة واقعة فعلا، كما بدأت التغيرات المناخية في التأثير على الناس والمجتمعات خاصة الأكثر فقرا في العالم، وعلى مدى العقود القادمة ستؤدي إلى مجموعة من الآثار التي تشكل خطرا على الانسان، يهدد موارده الطبيعة التي يستمد منها قوته وغذاءه بالإضافة إلى تشريد المواطنين والتأثير على أنماط الهجرة ومعدلاتها وتهديد صحة الإنسان بانتشار الأوبئة والأمراض الفتاكة.

ومن بين أكثر القارات تعرضا لظاهرة التغيرات المناخية نجد القارة الإفريقية، فمناخ القارة يعرف ارتفاعا كبيرا في درجات الحرارة وتقلبات كبيرة في مجال تساقط الأمطار التي تسبب فيضانات أو عدم انتظام تساقط الأمطار، مما يؤدي إلى مشكل آخر وهو الجفاف الذي تعاني منه عدة دول وعلى رأسها دول القرن الإفريقي التي تعاني من انعدام الأمن الغذائي

بوصول نسبة المجاعة فيها إلى 17 مليون شخص، بالرغم من أن إفريقيا لا تتحمل مسؤولية حدوث ظاهرة التغيرات المناخية، فنسبة انبعاث الغازات الدفيئة منها لا تتعدى خمسة (5) في المائة.

وللحد من هذه الظاهرة عملت الأمم المتحدة جاهدة على إيجاد حلول لحث الدول على الحفاظ على النظام المناخي العالمي والاعتماد على الاقتصاديات الصديقة للبيئة وذلك من خلال الالتزام باتفاقية تغير المناخ لسنة 1992 وبروتوكولها، إلا أن الاتحاد الإفريقي وباعتباره القائم على شؤون القارة، فإن الرؤية المتجددة للقادة الأفارقة تسعى إلى إفريقيا متكاملة ومزدهرة يسودها السلم وتصبح قوة ديناميكية في الساحة الدولية باحترام حقوق الإنسان والديمقراطية، وهذا بالتعاون المشترك بين الدول الإفريقية والمنظمات الدولية الإقليمية المختلفة، سعى منذ تأسيسه سنة 2002 إلى مواجهة هذه الظاهرة التي تعتبر أحد أكبر التحديات التي عرفها منذ تأسيسه على غرار الحروب الأهلية والمجاعة والفقر، من خلال الانضمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ سنة 2009 ووضع استراتيجيات ومؤسسات تعمل على حماية القارة الإفريقية من آثار هذا التغير المناخي.

يكتسي موضوع التغيرات المناخية أهمية كبيرة بالنسبة لسياسة الاتحاد الإفريقي منذ تأسيسه فقد عمل جاهدا ولم يتوانى على وضع استراتيجيات ومبادرات وإصدار قرارات تخص مواجهة هذه الظاهرة فهو من خلال مواجهة ظاهرة تغير المناخ في القارة يعمل بالاضافة على حماية البيئة الإفريقية على حماية البيئة العالمية ككل.

من خلال ما سبق تثار الاشكالية التالية:

ماهي جهود الاتحاد الإفريقي في مواجهة آثار ظاهرة التغيرات المناخية في القارة الإفريقية ؟

وللاجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي من خلال توضيح وعرض آثار التغيرات المناخية في القارة الإفريقية وصولا إلى الجهود التي بذلها الاتحاد الإفريقي لمواجهة هذه الآثار من خلال وضع استراتيجية تغير المناخ الإفريقي للتكيف مع هذه الظاهرة ومواجهتها.

المبحث الأول : ظاهرة التغيرات المناخية في القارة الإفريقية

تعد مشكلة تغير المناخ مشكلة عالمية اثرت في بلدان الاتحاد الإفريقي فلم لم يعد بالإمكان تجاهلها لاعتبارها ذات بعد عالمي فالنشاط البشري هوالسبب الرئيسي في تغير المناخ وهويؤثر على العلاقات الإنسانية بشدة[2].

المطلب الأول: تأثر بلدان الاتحاد الإفريقي بظاهرة التغيرات المناخية

يدل مصطلح التغيرات المناخية حسب الهيئة الحكومية الدولية لتغير المناخ على كل تغير للمناخ سواء كان ذا مصدر طبيعي كظاهرة النينو، أو ناتجة عن النشاطات البشرية إلا أن التغيرات الجوهرية في مناخ الأرض تعود للنشاط الإنساني،[3] كما اعتبرتها الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة للتغير المناخي لسنة 1992 بأنها تلك التغيرات في المناخ والتي تعود بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى النشاط البشري الذي أدى إلى تغير في تكوين الغلاف الجوي العالمي والذي يلاحظ، بالإضافة إلى التقلب الطبيعي للمناخ على مدى فترات زمنية مماثلة". كما يعتبر تغير المناخ هو مجموعة التغيرات الطويلة الأجل للأحوال الجوية وفي نظام المناخ سواء كانت هذه التغيرات طبيعية أو بفعل تأثيرات بشرية[4].

ونلاحظ أن معظم التعاريف التي تعني بالتغيرات المناخية ترتكز على الأسباب التي ولّدت هذه الظاهرة، وعليه فإن التغيرات المناخية ناتجة عن أسباب طبيعية نتيجة التفاعل الداخلي بين عناصر النظام المناخي ومؤشرات وعوامل طبيعية أو عوامل خارجية تؤثر على مناطق الكرة الأرضية، أو تحدث بسبب الأنشطة الصناعية التي يقوم بها الإنسان.

تعد دول القارة الإفريقية من بين أكثر الدول في العالم تضررا بهذه الظاهرة بالرغم من كونها غير مسؤولة تماما عن ارتفاع درجة حرارة الكرة الأرضية، فقد أكد أنطونيو غوتريش "إن مساهمة القارة الإفريقية في تغير المناخ ضئيلة ولكن القارة تعاني من بعض أكثر آثاره حدة وتدميرا، ما لم تخفض الانبعاث على وجه السرعة سيكون لتغير المناخ عواقب خطيرة تعيق التنمية المستدامة والأمن في جميع أنحاء إفريقيا"[5].

وقد ساهم في ذلك عدم قدرتها على التأقلم مع التغير المناخي الحاصل لها، مما أدى إلى تدهور الأنظمة الأيكولوجية وتقليص الغطاء النباتي وغيرها من الظواهر، كما أقر التقرير الصادر عن الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ سنة 2007 أن القارة الإفريقية هي

واحدة من أكثر القارات عرضة لتغير المناخ وهي حالة تتفاقم عبر الزمن خاصة مع انخفاض القدرة على التكيف[6].

وقد ساهم أيضا في تأثر البلدان الإفريقية بظاهرة التغيرات المناخية هو النطاق العالمي للتغيرات المناخية، فجو الكرة الأرضية لا يتعامل مع الغازات المسببة للاحتباس الحراري وفقا للدولة المنشأ، فالغازات الدفيئة وانبعاثاتها الصادرة مثلا عن الولايات المتحدة الأمريكية تشكل تغير المناخ في دول أخرى ما يعنى أنه لا توجد دولة واحدة تستطيع الفوز في المعركة ضد تغير المناخ بمفردها، والعمل الجماعي ليس خيارا إنما هو إلزامي.[7]

المطلب الثاني: مظاهر تأثر بلدان الاتحاد الإفريقي بظاهرة تغير المناخ

تتوفر اليوم أدلة كافية على أن التغيرات المناخية سيكون لها آثار سلبية على القارة الإفريقية، بحيث كشف التقرير الاستراتيجي الإفريقي لعام 2009-2010 على ارتفاع درجة الحرارة جراء التغيرات المناخية مظاهر بحوالي 0.5 درجة مئوية على مدار القرن العشرين[8]، هي المسؤول الأول عن موجات الجفاف والفيضانات والعواصف، كما أشار التقرير إلا أن درجات الحرارة في أجزاء من شرق ووسط إفريقيا ومنطقة جنوب إفريقيا أخذت في الارتفاع المتزايد، إضافة إلى نقص المياه في غرب تشاد ودارفور بالسودان، أيضا أكد تقرير التنمية البشرية لسنة 2007 على أن منطقة إفريقيا جنوب الصحراء تعتبر من بين أكثر المناطق في إفريقيا تأثرا بتغير المناخ الحالية والمستقبلية لانخفاض قدرتها على التكيف لاعتبارها أكثر المناطق فقرا في العالم[9].

وأيضا نجد ارتفاع مستوى سطح البحر بمعدل يتراوح بين 1 و2 ملمتر في السنة منذ عام 1992 نتيجة للتمدد الحراري في المحيطات، فالجليد الذائب مسؤول بنسبة كبيرة عن ارتفاع مستوى سطح البحر في إفريقيا، وقد تراجع أحجام المساحات الجليدية والمناطق المغطاة بالثلوج في قمة جبل كليمنجارو بتنزانيا بنسبة 90 % وجبال كينيا بحوالي 90 % من كتلته الجليدية، نجد أيضا جفاف بحيرة فكتوريا وبحيرة التشاد وأجزاء من نهر النيل وانخفاض حوالي 40 إلى 60 % من المياه في النيجر وبحيرة السنغال[10].

كما يتوقع العلماء زيادة ظاهرة الجفاف في الجزء الجنوبي الشرقي من القارة مصحوبا بظاهرة التقلبات الجوية المعروفة باسم الأنزو، وزيادة معدل سقوط الأمطار على

الجبال في شرق إفريقيا، فقبل ظهور تغير المناخ كانت إفريقيا تعاني من إجهاد الغذاء والماء فهذه الظاهرة لم تزد الأمور إلا سوءا يهدد الأمن والموارد وسكان الساحل ويزيد الهجرة ويزيد الضغط على التخطيط المستقبلي للتنمية.[11]

وارتفاع درجة حرارة الجو سيؤدي إلى تغير أنماط النماذج الإحيائية للنباتات والحيوانات، هذا سوف تكون له تداعيات سلبية على التنوع البيولوجي في القارة الإفريقية، أما في المناطق الساحلية فسوف يؤدي ارتفاع مستوى سطح البحر إلى غمر أجزاء كبيرة من المناطق الساحلية المنخفضة لشمال إفريقيا خاصة شمال دلتا النيل، وفي الجزء الأوسط من غرب إفريقيا. مما سينتج عنه فقدان مساحات من الأراضي الزراعية المجاورة بسبب زيادة ارتفاع منسوب المياه المالحة وسوف يترتب على هذا اندفاع التجمعات البشرية إلى هجرات من أماكنها المعتادة، وبالتالي تغير أنماط الاستيطان والسياحة والصناعة والنقل والصحة وما يتبع ذلك.

سوف تؤثر التغيرات المناخية عموما على المستوى الصحي للسكان، بحيث كشف تقرير منظمة الصحة العالمي لسنة 2000، أن تغير المناخ بحد ذاته أدى إلى انتشار الملاريا من 3 مناطق غرب كينيا إلى 13 منطقة، ما سيؤدي إلى انتقال العدوى إلى دول كرواندا وتنزانيا[12]. فالملاريا يعتبر من أهم الأمراض المعدية التي تهدد الصحة العامة في القارة الإفريقية، حيث تعرف إفريقيا انتشارا كبيرا لهذا المرض الذي يحصد مليون نسمة سنويا خاصة في دول جنوب الصحراء الكبرى.

كما أكد الإتحاد الإفريقي من خلال مجلس السلم والأمن في مارس 2016 وجود صلة الترابط بين التغيرات المناخية وهشاشة الأمن والسلم في إفريقيا، وتظهر هذه الصلة في القارة من خلال تدمير التنمية وإلحاق أضرار وخسائر اقتصادية، وفي مجال الاستثمار في الطبيعية، وضعف التمويل، فالتهديد البيئي يؤثر على الأمن الوطني والدولي، إذ يعتبر مشكلة أمنية من خلال تهديد ندرة المياه وذوبان قطب الغطاء الجليدي[13].

وأكد المجلس أيضا أن تأثير هذه الظاهرة من الدوافع المحتملة للعنف بين الطوائف، خاصة في المجتمعات الرعوية. لذلك لابد على الدول الأعضاء على المستوى الدولي أن تستفيد من الخبرة في التخفيف من آثار تغير المناخ، بما في ذلك المساهمة في بناء القدرات

الوطنية للدول الأعضاء على الحصاد والاستخدام المستدام وإدارة المياه الجوفية، وتنسيق الجهود الدولية في التخفيف من حدة آثار تغير المناخ، ولابد من التضامن مع الدول الأكثر تضررا من تغير المناخ في إفريقيا، وتقديم المساعدة الإنسانية إلى البلدان الأكثر تضررا من الأزمات الإنسانية المتعلقة بتغير المناخ[14].

كما اعتبر العديد من الباحثين بوجود صلة بين الصراع والحرب الأهلية في رواندا وبين ندرة الأراضي، فقد أدى ضغط تنظيم الأراضي وندرتها إلى الصراع في رواندا، إضافة إلى النمو السكاني، وتصنف حول النزاعات والحروب الناتجة عن تغير المناخ حرب دارفور على أساس أنها أول حرب بسبب تغير المناخ شهدها العالم فقد نشب صراع ضخم نظرا لأسباب سياسية واقتصادية، بحيث لجئت الحكومة السودانية إلى معالجة المشاكل المحلية بدعم من المليشيات لتقوم بدلا منها بالقمع لأي مقاومة، وقد جعلت موجات الجفاف مع المجاعة والإضطرابات من السهل انتشار هذه النزاعات[15]،كما يصنف أيضا الصراع في مالي الذي بدأ في 2012 ديسمبر من الصراعات الناتجة عن تغير المناخ، فقد تأثر بالتقلبات الموسمية، بحيث في فترة الجفاف يرتفع الصراع لاستغلال المتمردين لفترة الجفاف أو الظروف الجافة[16].

تعاني الجزائر كغيرها من الدول الإفريقية من مظاهر تغير المناخ، فقد أشارت العديد من الدراسات أن هذه الظاهرة قد مست الجزائر ويمكن ملاحظتها من خلال ارتفاع درجة الحرارة الفصلي، وسقوط الأمطار في غير موسمها، والفيضانات القوية في المناطق الداخلية (الهضاب العليا)، ومن بين أمثلة تغير المناخ نجد برودة الطقس الشديدة التي شهدتها بعض المناطق في الشرق الجزائري بالتحديد منطقة قسنطينة بفيفري سنة 1990، أين انخفضت درجة الحرارة إلى 13 تحت الصفر، ونوفمبر 2001 بفيضانات باب الوادي بالجزائر العاصمة وسنة 2003 تساقط الثلوج في تيارت والبيض.[17]

المبحث الثاني : إستراتيجية الإتحاد الإفريقي لتغير المناخ لسنة 2014

إدراكا من الإتحاد الإفريقي أن إفريقيا هي القارة الأكثر تضررا من تغير المناخ على مستوى التنمية في القارة، وسوء تكيفها وضعف قدراتها على الحد من المخاطر بسبب الكوارث الطبيعية وغيرها، دفعت هذه الأسباب بالاتحاد الإفريقي إلى وضع استراتيجية خاصة لمواجهة التغيرات المناخية في القارة الإفريقية.

المطلب الأول: مضمون الاستراتيجية الإفريقية لتغير المناخ

جاءت استراتيجية الاتحاد الإفريقي الخاصة بالتغيرات المناخية لوضع الإجراءات الضرورية للتخفيف والتكييف مع هذه الظاهرة.

الفرع الأول: مفهوم الاستراتيجية الإفريقية لتغير المناخ

بعد أن أكدت التقارير الصادرة عن الفريق الحكومي الدولي المعني بتغير المناخ أن تغير المناخ أصبح حقيقي، وإفريقيا القارة الأكثر عرضة للخطر من تغير المناخ، وسيؤدي تغير ظواهر الطقس والمناخ القاسية مثل الجفاف والفيضانات وارتفاع منسوب مياه البحر، والعواصف والانهيارات الأرضية والخسائر الاقتصادية والاجتماعية كما ذكر أعلاه إلى ضرورة وضع استراتيجية خاصة لمواجهة التغيرات المناخية تدعى الاستراتيجية الأفريقية لتغير المناخ لسنة 2014 [18].

إن الاستراتيجية الإفريقية لتغير المناخ هي ركيزة أساسية في السياسة البيئية للاتحاد الإفريقي، إن هذه السياسة توجه البلدان الإفريقية نحو تعزيز القدرة على التكيف والمرونة مع تغير المناخ من أجل الحد من ضعفها، ولمتابعة انخفاض الكربون معتمدة على مبادئ الاقتصاد الأخضر، والتنمية المستدامة والحد من الفقر، ويوجه الحكم ونظم المعرفة والتخطيط والهياكل الإقليمية والوطنية أو الدولية للتصدي لتغير المناخ.

تعتمد الاستراتيجية على ركائز أساسية لتنفيذها، وهي تشجيع البحث والتعليم والوعي والإرشاد، دمج جوانب تغير المناخ في التخطيط والميزانية عملية التنمية وتعزيز التعاون الوطني والإقليمي والدولي، ويتم تفعيل هذه الركائز من خلال الاعتماد على مبادئ الحوكمة من قبل الحكومات للحد من آثار تغير المناخ والمجتمعات والنظم الإيكولوجية والبيئة بشكل عام، ومن خلال تطوير التشريعات والسياسات والأطر المؤسسية والإدارية على المستوى القاري والإقليمي والوطني، والمساءلة المتبادلة من قبل الاتحاد الإفريقي للأعضاء على المستويات الوطنية والإقليمية والعالمية[19].

الفرع الثاني: أهداف الإستراتيجية الإفريقية لتغير المناخ

تهدف هذه الاستراتيجية إلى توفير إطار وآليات متكاملة ومنسقة وتقديم التوجيه الدول الأعضاء والشركاء، حول التحديات والفرص لتغير المناخ في القارة، لتحسين سبل

معيشة الأفارقة وبيئتهم، وتنفيذ برامج تغير المناخ كأولوية، بهدف تحقيق التنمية المستدامة، والحد من الفقر وتحقيق الأهداف الإنمائية للألفية مع التركيز بشكل خاص على الفئات الأكثر ضعفا، على وجه الخصوص النساء والأطفال. والهدف العام لهذه الاستراتيجية هو تمكين القارة من تحقيق مناخ الاقتصادي جيد.

كما تهدف الاستراتيجية إلى أن تكون إطارا عالميا لمكافحة تغير المناخ في القارة، ويتم تجسيد هذه الاستراتيجية عن طريق الشراكة وزيادة التعاون في مختلف المجالات، والمؤسسات على المستويات العالمية والإقليمية والوطنية، ووفقا لاختلافات الدول الإفريقية .

المطلب الثاني: الإجراءات المتخذة من قبل الاتحاد الإفريقي لتنفيذ الاستر اتيجية

هناك العديد من الإجراءات التي يتبعها الاتحاد الإفريقي لتنفيذ استراتيجية تغير المناخ، أهمها مؤسسات والبرامج ذات الصلة تتحدث بصوت واحد للتعامل مع آثار تغير المناخ على جميع المستويات والمبادرات الإفريقية، والتكيف مع تغير المناخ لتطوير الموقف الإفريقي المشترك.

وتعزيز القيادة السياسية بشأن تغير المناخ على المستويات القارية والإقليمية والوطنية، والتأكد من أن مبدأ الإنصاف ينطبق على جميع المستويات في عملية تغير المناخ على المستويات القارية والإقليمية والوطنية، وضمان تنفيذ القرارات والإتفاقيات المتعلقة بالمناخ من قبل الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي، أهمها اتفاقية تغير المناخ وبروتوكول كيوتو وغيرها من الإعلانات التي قام الاتحاد الإفريقي بإلزام الدول بتنفيذها، ودعم التعليم متعدد التخصصات، التدريب والتوعية المتعلقة بتغير المناخ.

ودمج التكيف بشكل فعال مع تغير المناخ، وتدابير التخفيف في خطط التنمية، ووضع آليات لتنفيذها كخطة 2063 للعمل على التصدي للتحديات البيئية بما في ذلك تغير المناخ، وضمان التنمية المستدامة، والحد من الفقر، وتقديم المساعدة الفنية إلى البلدان لتعزيز القدرات في تحديد المشاريع، وإعلان الجزائر على تغيرات مناخ، تطوير موقف مشترك للمجتمع الإفريقي، والحاجة للتحدث بصوت واحد في مفاوضات اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وفي جمعية الاتحاد اعتمد إعلان الجزائر على التغيرات مناخي

للموقف الاتحاد الإفريقي، وبحاجة للحديث وبصوت واحد في مفاوضات عن نظام قانوني جديد ملزم بخصوص تغير المناخ العالمي.

يعد التكييف مع تغير المناخ ذوأهمية بالغة بالنسبة للاستراتيجية السابقة الذكر، لأنه يمثل أولوية قصوى بالنسبة لإفريقيا، وبالتالي هناك حاجة ملحة لتنفيذ تدابير وإجراءات التكيف، ولا سيما من خلال توفير الموارد المالية العامة والتقنيات الجديدة السليمة بيئيا، وبناء القدرات بطريقة يمكن التنبؤ بها في الوقت المناسب، ووضع تدابير التكيف قصيرة الأجل وطويلة الأجل، ويتم تمويل التكيف من قبل البلدان المتقدمة المسؤولة عن الأضرار الاقتصادية والاجتماعية لتغير المناخ، بسبب المساهمة التاريخية لهذه البلدان في انبعاث الغازات الدفيئة.

كما تدعم تنفيذ الاستراتيجية الإفريقية لتغير المناخ كل من مجموعة المفاوضين الأفارقة (AGN) التي تمثل المجموعة الهيئة الفنية لهيكل التفاوض الإفريقي، والذي يشارك في المفاوضات الفنية خلال مؤتمرات ومفاوضات تغير المناخ، تقوم بإعداد وصياغة النص والمواقف المشتركة، معتمدة في ذلك على القرارات والرسائل الرئيسية من لجنة رؤساء الدول والحكومات الإفريقية حول تغير المناخ، والمؤتمر الوزاري الإفريقي المعني بالبيئة والموارد الطبيعية، بحيث تدعم المجموعة البنك الإفريقي للتنمية وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة ولجنة الأمم المتحدة الاقتصادية.[20]

ومنذ تأسيس AGN لعبت دورا مهما في مفاوضات تغير المناخ والحفاظ على الموقف الإفريقي الموحد بشأن هذه القضية[21].

نجد أيضا لجنة رؤساء الدول والحكومات الإفريقية حول تغير المناخ (CAHOSCC) التي تضم مجموعة من الخبراء الأفارقة ووزراء وأعضاء من المفوضية المعنية بتقديم توجهات سياسية ومناصرة الموقف الإفريقي الموحد والدفاع عنه، التي تعتبر أساس الالتزامات الإفريقية خلال قمم الأمم المتحدة حول تغير المناخ التي تساهم في اعتماد الاتحاد الإفريقي لبرامج العمل الرفيعة المستوى حول تغير المناخ في إفريقيا، كما تعمل على التشجيع الدائم على مشاركة البلدان الإفريقية في كافة اجتماعاتها لمناقشة المسائل المتعلقة بتغير المناخ وتطبيق البرامج المقترحة حول هذه المسألة على الصعيد الوطني.

تعقد اللجنة اجتماعات دورية كل سنة وذلك لمناقشة مدى التزام الدول المتقدمة بالتزاماتها اتجاه الدول الإفريقية، والتي أبرزها نقل التكنولوجيا السليمة بيئيا وتقديم المساعدات المالية للقيام بالوفاء بالالتزامات الوطنية للدول الإفريقية، وتقوم اللجنة خلال اجتماعاتها بمناقشة حدة آثار تغير المناخ في القارة والطرق اللازم اتباعها للتكييف والتخفيف من حدة هذه الظاهرة خاصة لدى الفئات الضعيفة من أطفال ونساء، ومن أنشطة اللجنة الرئيسية هي المشاركة في اجتماعات مؤتمرات اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ ومناقشة أعمالها خلال المؤتمر قبل انعقاده.[22] وتقريب وجهات النظر والاستراتيجيات المتعلقة بمشاركة إفريقيا على المستوى العالمي بخصوص تغير المناخ وتحقيق التنمية المستدامة.

خاتمة:

في الأخير نستنتج من خلال هذه الدراسة أن الاتحاد الإفريقي بعد أن أدرك وجود ظاهرة التغيرات المناخية وآثارها الحالية والمستقبلية على بلدان القارة الإفريقية، خاصة وجود الصلة بين التغيرات المناخية وتوقيف وتيرة التنمية، انتهج سبيل لمواجهة هذه الظاهرة من خلال وضع استراتيجية خاصة بتغير المناخ سنة 2014 تلتزم الدول الإفريقية بتنفيذها، وتضمن مشاركة الاتحاد الإفريقي في جميع المفاوضات الدولية لتغير المناخ والتي تبلور فيها إفريقيا انشغالاتها بصورة فعالة بهدف تعزيز آليات التشاور والتنسيق المتبادل في قضية تغير المناخ وتقديم صوت موحد لإفريقيا في المنتديات العالمية لتغير المناخ.

فالاتحاد الإفريقي يساهم بشكل فعال في مواجهة آثار التغيرات المناخية على مستوى القارة الإفريقية، بالتالي فهو يعمل على حماية البيئة الإفريقية من خلال الجهود التي يبذلها، وأيضا حماية البيئة العالمية في الوقت نفسه، لذلك على الدول الإفريقية اعتماد هذه الاستراتيجية لتنفيذها على أرض الواقع، وتبادل الخبرات والمعلومات والتعريف بالاستراتيجة لشعوب القارة وباقي بلدان العالم .

قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1-MamadouDiakhité and cheikh tidjanr n'bongo, estherine lising, Climate diplomacy in Africa –policy brief-November 2016.

2- بيتر وستبروك الأرض من القلق العالمي إلى الأمل الكوكبي، ترجمة حافظ شمس الدين عبد الوهاب، المركز القومي للترجمة -القاهرة - الطبعة الأولى 2016،

3- كاميلا تولين، مناخ إفريقيا يتغير، ترجمة رجب سعد السيد، المركز القومي للترجمة -القاهرة -الطبعة 2014.

4-خلف حسين علي الدليمي،جغرافية الصحة دارا لصفاء للنشر والتوزيع،عمان الأردن،الطبعة الثانية 2015 .

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1-SAIDA NIAZI, évaluation des impacts des changements climatiques et de l'élévation du niveaux de la mer sur le littoral de Tétouan (Maroc), thèse de doctorat, l'université Mohamed 5 faculté des sciences, Rabat, 2007.

2- بوسبعين تسعديت، آثار التغيرات المناخية على التنمية المستدامة في الجزائر – دراسة استشرافية- أطروحة دكتوراه جامعة امحمد بوقرة كلية العلوم الاقتصادية بومرداس 2015/2014

3-أمينةدير، اثر التهديدات البيئية على واقع الأمن الإنساني في إفريقيا دراسة حالة – دول القرن الإفريقي

4- عمر خلف ا لله، التهديدات البيئة وفعالية الاستجابة في إفريقيا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم العلوم السياسية، 2011-2012 .

5- مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2013 .

6- وهيبة زيبري، التهديدات البيئية وإشكالية الأمن الغذائي، مذكرة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.

ج- التقارير:

1- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير البيئة والتنمية،محاربة تغير المناخ "التضامن الإنساني في عالم منقسم " 2007-2008.

2- Climate change and security in Africa, the games papers clear risk , nuanced impacts , December 2014 , global military advisor council on climate change.

هـ- المقالات على مو اقع الأنترنت:

1- حالة المناخ: درجات الحرارة قياسية وطقس منحرف، الموقع الرسمي لمنظمة العالمية للأرصاد الجوية،www.wmo.int/ar

2-peace and security council585th meeting,30 march 2016, Addisbaba, Ethiopia, www.au.int

3-African group of negotiators on climate change, https://africangroupofnegotiators.org/

4-partnersand key stakeholders,https://africangroupofnegotiators.org/about-

5-The Committee of African Heads of State and Government on Climate Change meet in Malabo,https://au.int/fr/node/29249

6-Verasonguwe ,(the executive secretary of the economic commission for Africa – ECA-) realizing a climate resilient and prosperousAfrica , united nations , www.un.org .

7-Stratégie Africaine sur les changements climatiques, l'union Africaine, Mai 2014, www.un.org/fr/africa

الهوامش:

1. برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير البيئة والتنمية ، محاربة تغيير المناخ "التضامن الإنساني في عالم منقسم " 2007-2008 "،ص 19.
2. بيتر وستبرو ك ،الأرض من القلق العالمي إلى الأمل الكوكبي ، ترجمة حافظ شمس الدين عبد الوهاب، الطبعة الأولى 2016، المركز القومي للترجمة، ص 14.
3. SAIDNIAZI, evaluation des impacts des changementsclimatiquets de l'élévation du niveaux de la mersur le littoral de Tétouan (Maroc), thèse de doctorat, l'université Mohamed 5 faculté des sciences, Rabat, 2007, page 11.
4. وهيبة زبيري، التهديدات البيئية وإشكالية الأمن الغذائي، مذكرة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص 23.
5. نقلا عن انطونيو غوتريش الرئيس التنفيذي للأمم المتحدة ، الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة .
6. أمينة دير ، اثر التهديدات البيئية على واقع الأمنالإنساني في أفريقيا دراسة حالة – دول القرن الأفريقي - مذكرة ماجستير ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2013-2014 ، ص 60.
7. تقرير التنمية البشرية، 2007-2008، المرجع السابق ص 4

8. حالة المناخ: درجات الحرارة قياسية و طقس منحرف ، الموقع الرسمي لمنظمة العالمية للأرصاد الجوية www.wmo.int/ar،
9. عمر خلف ا لله ، التهديدات البيئة و فعالية الاستجابة في أفريقيا ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 3 ، كلية العلوم السياسية و الإعلام ، قسم العلوم السياسية ، 2011-2012 ، ص 67 .
10. أمينة دير، المرجع السابق ، ص 61.
11. climate change and security in Africa , the games papers clear risk , nuanced impacts , December 2014 , global military advisor council on climate change, p.06
12. خلف حسين علي الدليمي، المرجع السابق ، ص 207.
13. كاميلا تولين، مناخ أفريقيا يتغير، ترجمة رجب سعد السيد، المركز القومي للترجمة -القاهرة -الطبعة 2014، ص 185.
14. peace and security council585th meeting,30 march 2016, Addisbaba, Ethiopia, www.au.int
15. كاميلا تولين ،المرجع السابق ص 177
16. climate change and security in Africa , op cit,p07..
17. نقلا عن بوسبعين تسعديت ، أثار التغيرات المناخية على التنمية المستدامة في الجزائر – دراسة استشرافية- أطروحة دكتوراه جامعة امحمد بوقرة كلية العلوم الاقتصادية بومرداس 2015/2014، ص 196.
18. Stratégie Africaine sur les changements climatiques, l'union Africaine, Mai 2014, www.un.org/fr/africa -, p21.
19. Stratégie Africaine sur les changements climatiques, ,op.cit ,p35.
20. - partnersand key stakeholders,https://africangroupofnegotiators.org –
21. African group of negotiators on climate change, https://africangroupofnegotiators.org/
22. Meeting of the Committee of African Heads of State and Government on Climate Change (CAHOSCC),https://au.int/.

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4 ، العدد 2
السنة 2022 ، ص15–ص50

جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي
The crime of torture in the Iraqi Penal Code

رأفت حميد ريس المعموري
خريج كلية المستقبل، جامعة بابل، العراق
ماجستير من الجامعة العالمية بإيران
raft3481@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/06/13	2022/06/17	2022/06/25

الملخص:

المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، وحرية الإنسان وكرامته مصونة، ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية. بكل هذه العبارات الخالدة وغيرها من المبادئ السامية جاء دستور جمهورية العراق الدائم، معلناً- من الناحية النظرية- قدسية الحرية الفردية وضماناتها واعتباراتها التي تعلو على كل اعتبار آخر. إذ أن ليس هدف الاجراءات الجزائية إثبات الجرم على المتهم بل تقصي الحقائق وليس بأي حال من الأحوال بمنأى عن احترام حقوق المتهم، فلا قيمة للحقيقة التي يوصل إليها على مذبح الحرية.

الإيذاء القاسي العنيف الذي يفعل فعله ويفت من عزيمة المعذب ويحمله على قبول بلاء الاعتراف للخلاص منه، اهتم في الواقع بإبراز آثار فعل التعذيب بأكثر من اهتمامه بجوهر الفعل ذاته ثم إنه يوحي بأن التعذيب لا يتحقق إلا إذا أدى إلى حمل المعذب على الاعتراف فعلاً وهو أمر غير صحيح فالتعذيب يقع بمجرد توافر عناصره الذاتية وسواء أدى إلى حصول الاعتراف فعلاً أم لم يؤد إلى ذلك طالما كان القصد منه إيقاعه كما أن هذا التعريف يصف لنا التعذيب بأنه الإيذاء القاسي العنيف وحقيقة الأمر التي سنراها لاحقاً بأنه لا يشترط في التعذيب إن يكون جسيماً لكي تقع الجريمة فهي تقع سواء أكان كذلك أم لم يكن عالجت بعض جوانب التعذيب في تعريفها له، ولكن أيا منها لم يتطرق إلى تعريف التعذيب كجريمة من خلال أركانه. ولكنها اتفقت بأن التعذيب ما هو إلا صورة من صور الإكراه، سواء أكان إكراها مادياً فقط كما عرفه البعض، أو مادياً ومعنوياً أيضاً كما يرى البعض الآخر. وبما أن الإكراه هو ضغط على إرادة الغير من شأنه أن يولد في نفسه رهبة، تدفعه إلى سلوك ما، ما كان يقدم عليه لولا هذا الضغط. وهو على نوعين،

اكرهاً مادياً، هو ضغط مادي على الإرادة ينجم عنه انعدامها كلياً لمن بوشر عليه. وإكراها معنوياً هو ضغط غير مادي على الإرادة يلجئ الشخص إلى ارتكاب فعل مضر.

الكلمات المفتاحية: الجريمة، التعذيب، القانون العراقي

Abstract:

The accused is innocent until proven guilty in a fair legal trial, human freedom and dignity are inviolable, and everyone has the right to be treated fairly in judicial and administrative procedures. With all these eternal expressions and other lofty principles, the permanent constitution of the Republic of Iraq came, declaring - in theory - the sanctity of individual freedom, its guarantees and considerations that transcend all other considerations. Since the aim of the criminal procedures is not to prove the guilt of the accused, but rather to investigate the facts, and in no case is he exempt from respecting the rights of the accused, so there is no value for the truth that he reaches on the altar of freedom.

The cruel, violent abuse that he does, weakens the resolve of the torturer and forces him to accept the affliction of confession to get rid of him. In fact, he cares about highlighting the effects of the act of torture more than he cares about the essence of the act itself. Then it suggests that torture can only be achieved if it leads to actually making the torturer confess, which is not a matter. True, torture occurs as soon as its subjective elements are available, and whether it actually leads to a confession or not, as long as it is intended to inflict it. This definition also describes torture as cruel, violent harm, and the truth of the matter that we will see later is that torture does not require that it be serious in order for the crime to occur. It takes place, whether it is or not. It deals with some aspects of torture in its definition, but none of them addresses the definition of torture as a crime through its elements. But they agreed that torture is only a form of coercion, whether it is physical coercion only as some know it, or material and moral as well, as others see it. And since coercion is a pressure on the will of others that would generate in him awe, which would push him into some behavior, which he would not have done without this pressure. It is of two types, a material compulsion, a material pressure on the will that results in its complete lack of will for the one who started it. Moral

coercion is a non-physical pressure on the will that causes a person to commit a harmful act.

Keywords: crime, torture, Iraqi law

مقدمة:

المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، وحرية الإنسان وكرامته مصونة، ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية. بكل هذه العبارات الخالدة وغيرها من المبادئ السامية جاء دستور جمهورية العراق الدائم، معلناً- من الناحية النظرية- قدسية الحرية الفردية وضماناتها واعتباراتها التي تعلو على كل اعتبار آخر. إذ أن ليس هدف الاجراءات الجزائية إثبات الجرم على المتهم بل تقصي الحقائق وليس بأي حال من الأحوال بمنأى عن احترام حقوق المتهم، فلا قيمة للحقيقة التي يوصل إليها على مذبح الحرية.

ولما كانت جريمة التعذيب هي أكثر الجرائم انتهاكاً لهذه المبادئ والحقوق الانسانية والدستورية، فضلاً عن تفشيها من الناحية العملية في بلد كان مهداً للشرائع التي جرمت منذ أقدم العصور التعذيب وحظرته وعاقبت عليه في وقت كان وسيلة مشروعة في شرائع لحقتها بعد آلاف من السنين وكانت مصدراً لكثير من القوانين المعاصرة في بلدان تفتخر الآن باحترامها لحقوق الإنسان ونبذها للتعذيب.

وإذا عرفنا أن التعذيب يكاد يكون اجراء روتينياً في التحقيق وخاصة في الجرائم ذات الطابع السياسي، ليس في العراق فحسب بل في أغلب دول العالم حتى تلك التي تدعي احترامها لحقوق الانسان.

وإنما يجعل التعذيب من أجدر مواضيع البحث القانوني وأخطرها بأنه وباختصار شديد عدم احترام القانون من قبل القائمين على تنفيذه، بتعبير آخر هو صورة عدم احترام السلطة للقانون، وبالتالي فإن الخطر مضاعف إذا كان الخصم والحكم جهة واحدة. وبهذا لا يمكن بناء دولة مؤسسات وهناك آفة اسمها التعذيب تنخر في عظامها.

المبحث الأول

ماهية التعذيب

سوف تناول في هذا المبحث التعذيب في ثلاثة مطالب، أولها تعريف التعذيب وثانيها صوره أما علة تجريم التعذيب فهو ما سوف نتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف التعذيب

لم يعرف المشرع العراقي التعذيب في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969. ولعله أراد بذلك فسح المجال أمام الفقه للاجتهاد، وعدم تقييده بتعريف محدد قد لا يكون جامعاً مانعاً مع مرور الزمن وتقدم أساليب التحقيق والاستجواب. لكنه عاد مؤخراً في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم 10 لسنة 2005 فعرف التعذيب في المادة (12) الفقرة (الثانية ه) عندما نص على ((التعذيب يعني التعمد في تسبب الألم الشديد والمعاناة، سواء أكان بدنياً أو فكرياً على شخص قيد الاحتجاز أو تحت سيطرة المتهم، على أن التعذيب لا يشمل الألم والمعاناة الناجمة عن العقوبات القانونية أو ذات علاقة بها)). إننا نرى أن المشرع الموقر لم يكن موفقاً في تعريفه للتعذيب هذا، وإن كان قد تبنى بعض الاتجاهات الجيدة، كتبنيه لفكرة وقوع التعذيب بصورتيه المادية والمعنوية والتي توسع من نطاق المسؤولية الجزائية، إلا أنه عاد وضيق من نطاقها حين اشترط أن يكون المجني عليه محتجزاً أو تحت سيطرة الجاني، وبالتالي فإذا ما كان المجني عليه غير محتجزاً وليس تحت سيطرة الجاني لا يمكن تطبيق هذا النص. وهذا الاتجاه لا يتفق مع ما تبناه المشرع في المادة 333 عقوبات – كما سنرى لاحقاً- حين شمل في صفة المجني عليه في جريمة التعذيب مع المتهم الشاهد أو الخبير وهما غير محتجزين عادة وليسا تحت سيطرة أحد.

ومما يؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه يشترط لتحقق الجريمة أن يتسبب الفعل الجرمي بألم شديد وهذا لا يتفق مع الرأي الراجح في الفقه من تحقق جريمة التعذيب بغض النظر عن جسامة الفعل أو النتيجة، كما سنرى ذلك لاحقاً عند معالجة هذا الأمر في موضعه. أضف إلى ذلك أن التعذيب من جرائم الاعتداء على الأشخاص والتي تقع حتى ولو لم يلحق المجني عليه أذىً وذلك لخطورة الفعل الاجرامي أصلا.

وفي إطار القانون الدولي[1] أننا نجد في اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة، تعريفاً للتعذيب وذلك في المادة الأولى من هذه الاتفاقية والتي نصت على: ((1- لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد بـ ((التعذيب)) أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث، أو تخويفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث – أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها))[2].

يتميز هذا التعريف بأنه يوسع من مفهوم التعذيب ليشمل الضغوط المادية والمعنوية على المجني عليه ولا يقصرها على المادية فقط وهذا واضح من المقطع الأول منه.

أما ما يلاحظ على هذا التعريف فإنه أراد استيعاب أمور متعددة ومختلفة في تعريف واحد وبالتالي فإنه خلط بين أربعة جرائم يختلف فيها القصد الجنائي، وهي جريمة التعذيب للحصول على اعتراف أو معلومات، وجريمة التعذيب بقصد المعاقبة على ارتكاب عمل أو الاشتباه في ارتكابه، وجريمة التعذيب بقصد التخويف أو الإرغام- على حد تعبير التعريف-، وأخيراً التعذيب لأسباب تمييزية[1].

وهذا بالتالي يفقد التعريف الدقة والتركيز وكان من الأولى على المشرع الدولي أن يفرد لكل جريمة تعريف ويشير بعد ذلك – إن شاء- إلى: أن لأغراض هذه الاتفاقية فإن مصطلح التعذيب يعني أحد هذه الجرائم.

أما الفقه القانوني فقد عرف البعض منه التعذيب بأنه الإيذاء البدني المتضمن لمعنى الانتزاع أو الاعتصار والاستخراج بالقوة، وهو أشد أنواع التأثير الذي يقع على المتهم ويفسد اعترافه، ويشل إرادته بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها فتتعطل إرادته وقد تنمحي على نحو لا تنسب إليه فيه غير حركة عضوية مجرده من الصفة الإرادية[2]. وبنفس المعنى عرف

التعذيب بأنه: نوع من الإكراه المادي الذي يتخذ صورة الضرب المتكرر، كما قد يكون ناشئاً عن ضعف مقاومة المتهم لمنع الطعام أو الحرمان من النوم[3].

من استقراء هذه التعاريف نجد بأنها ركزت على أثر الركن المادي للتعذيب على إرادة المجني عليه وشلها بما يعدم اختياره الحر. وما يؤخذ عليها بأنها ضيقت من نطاق الركن المادي للتعذيب إذ حصرته في الإكراه المادي دون المعنوي وبالتالي فهي ضيقت من نطاق المسؤولية في هذه الجريمة الخطيرة.

وقد عرف التعذيب كذلك بأنه (الإيذاء القاسي العنيف الذي يفعل فعله ويفت من عزيمة المعذب ويحمله على قبول بلاء الاعتراف للخلاص منه)[4] لكن هذا التعريف قد اهتم في الواقع بإبراز آثار فعل التعذيب بأكثر من اهتمامه بجوهر الفعل ذاته ثم إنه يوحي بأن التعذيب لا يتحقق إلا إذا أدى إلى حمل المعذب على الاعتراف فعلاً وهو أمر غير صحيح فالتعذيب يقع بمجرد توافر عناصره الذاتية وسواء أدى إلى حصول الاعتراف فعلاً أم لم يؤد إلى ذلك طالما كان القصد منه إيقاعه كما أن هذا التعريف يصف لنا التعذيب بأنه الإيذاء القاسي العنيف وحقيقة الأمر التي سنراها لاحقاً بأنه لا يشترط في التعذيب إن يكون جسيماً لكي تقع الجريمة فهي تقع سواء أكان كذلك أم لم يكن.

في حين عرفه البعض الآخر من الفقهاء بأنه ((اعتداء على المتهم. أو إيذاء له مادياً ونفسياً. وبهذا المعنى فإن التعذيب صورة من صور العنف أو الإكراه، ويتحقق ذلك المعنى بكل نشاط يبذله (الجاني) إيجاباً أو سلباً لإيذاء (المجني عليه) مادياً أو معنوياً، متى اتحد مضمون إرادة الجاني مع نشاطه أي أن القصد الجنائي هنا هو إرادة الإيذاء متمثلاً في محاولة اكراه المتهم على الاعتراف)[1]. يتميز هذا التعريف بأنه يوسع من عناصر الركن المادي لجريمة التعذيب إذ لا يقصرها، كما في التعاريف السابقة، على الإكراه المادي فحسب بل يشمل معه الإكراه المعنوي أيضاً. ولكن ما يأخذ عليه في الوقت نفسه أنه يضيق من نطاق المسؤولية الجزائية باشتراطه وقوعهما معاً على المجني عليه حين ذكر ((إيذاء له مادياً ونفسياً)) وكان من الأولى عليه أن يستعمل حرف العطف (و) بدلاً من (أو) ليوسع من ذلك – أي من نطاق المسؤولية-. وبنفس المعنى ذهب البعض إلى أن تعذيب المتهم يخضع لصور متعددة منها ما يعتبر إكراها مادياً ومنها ما يعتبر إكراها أدبيا. والجامع بينهما هو الألم أو

المعاناة البدنية أو النفسية أو العقلية التي تصيب المتهم من جراء استخدام أحد وسائل التعذيب[2].

وبهذا فإن التعذيب لوناً من العنف أو الإكراه المادي أو المعنوي، يمارسه رجل السلطة على المتهم لحمله على الاعتراف[3]. وأن المادي منه يشمل كل فعل مباشر يقع على الشخص فيه مساس بجسده ويؤثر على إرادته أيا كان مقدار التأثير، أما المعنوي فهو كل وسيلة تستهدف التأثير على إرادة المتهم وهو يتعلق بأمور نفسية[1].

مما يؤخذ على كل ما تقدم من تعاريف بأنها وأن عالجت بعض جوانب التعذيب في تعريفها له، ولكن أيا منها لم يتطرق إلى تعريف التعذيب كجريمة من خلال أركانه. ولكنها اتفقت بأن التعذيب ما هو إلا صورة من صور الإكراه، سواء أكان إكراها مادياً فقط كما عرفه البعض، أو مادياً ومعنوياً أيضاً كما يرى البعض الآخر. وبما أن الإكراه هو ضغط على إرادة الغير من شأنه أن يولد في نفسه رهبة، تدفعه إلى سلوك ما، ما كان يقدم عليه لولا هذا الضغط. وهو على نوعين، اكرهاً مادياً، هو ضغط مادي على الإرادة ينجم عنه انعدامها كلياً لمن بوشر عليه. وإكراها معنوياً هو ضغط غير مادي على الإرادة يلجئ الشخص إلى ارتكاب فعل مضر[2]. ويستوي في ذلك أن يكون الإكراه أو التهديد به أن ينصب على المكره في شخصيته أو ماله أو إيذاء غيره من أعزاءه[3].

المطلب الثاني: صور التعذيب

بما أن التعذيب كما عرفناه ضغط مادي أو معنوي على إرادة المجني عليه. فلا يشترط بذلك في جريمة التعذيب صورة معينة للفعل المادي أو المعنوي اللازم لقيامها شأنها في ذلك شأن جريمة القتل العمد[1]، بخلاف جريمة التزوير التي يشترط لتحققها أن تقع بإحدى الطرق المادية أو المعنوية التي حددها القانون[2]. وعلى ما تقدم فإن خطة دراسة صور التعذيب يمكن أن توضع في محورين إذ يتناول الأول صور التعذيب المادي في حين يعالج الثاني صور التعذيب المعنوي، وكما يمكن إن توضع الخطة على اساس الوسائل المادية أو المعنوية المتبعة في التعذيب، أو آثارها على المجني عليه. ولكننا نفضل أن نتبع منهجاً بحثياً آخر يلبي اعتبارات عملية معاصرة تركت بصماتها على بعض صور الإكراه المادي فجردتها من

مظاهر الإيلام وأن لم تجردها من علة التجريم أي شل إرادة المجني عليه ونقصد بذلك بعض وسائل التحقيق العلمية الحديثة التي تعدم إرادة المستجوب الحرة وتؤثر في اختياره.

وبهذا سوف نبحث صور التعذيب في فقرتين:

أولاً: صور التعذيب التقليدية

ونقصد بها الأفعال المادية أو المعنوية التقليدية، التي اعتاد رجال السلطة اتباعها في الأنظمة الدكتاتورية (البوليسية) والديمقراطية -على حدٍ سواء-، التي تنطوي على إيلام جسدي أو نفسي للخاضع لها. ولا يعتمد القائم بها على تقنية متطورة أو وسيلة حديثة. وبطبيعة الحال فلسنا نهدف هنا إلى حصر تلك الأفعال التي تعد من صور التعذيب التقليدية، وذلك لاستحالة حصرها من الناحية العملية أولاً، وعدم جدوى ذلك ثانياً، إذ لم يحدد المشرع طرقاً معينة لقيام الجريمة دون سواها. كما أنه وفقاً للقواعد العامة لا عبرة بالوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة ما لم يرسم القانون طريقة بعينها لذلك. ومع ذلك يمكن – على سبيل المثال – أن يعتبر تعذيباً سحق اصابع المجني عليه (كسرها) وقلع الأظافر، وممارسة الحرق (الكي)[3]. وكذلك قص الشعر أو الشارب أو البصق في الوجه، أو طلاء الوجه أو الجسم بطلاء أو زيت قذر، أو الإمساك بملابس المتهم بشدة وتمزيقها، أو دفعه بالقوة. أو ربط المجني عليه من قضيبه بسلك كهربائي و اطلاق قيده وجذبه منه[1]. أو انزال المجني عليه في الماء الملوث أو تهديده بإسقاطه فيه[2]، أو احضار زوجته وتهديده بارتكاب الفحشاء بها أو التهديد بذلك. وكذلك اجبار المجني عليه على التسمي بأسماء النساء أو ارتداء ثيابهن، أو وضع الجمة الخيل على فمه. أو تهديده بإخراج جثة أمه من مدفنها والتمثيل بها. أو اكراه بعض المجني عليهم على هتك عرض البعض الآخر أو لطم المتهم على صدغه أو قفاه. أو تسليط الضوء الشديد على الوجه وابقاء الشخص واقفاً مدة طويلة. وفضلاً عن صور التعذيب المادي والمعنوي الإيجابية سالفة الذكر، هناك صوراً للتعذيب سلبية تقع بالترك مثل حرمان المتهم من الاتصال بأهله أو وضع أكل له في زنزانته يكفي اسبوعاً مع حرمانه من السجائر والغطاء، أو وضعه بزنزانة مظلمة بمفرده لعدة أيام قبل الاستجواب[3].

ثانياً: صور التعذيب الحديثة

ان التطور العلمي الهائل الذي شهدته الحياة في مجالاتها المختلفة شمل وسائل التحقيق وأساليب الاستجواب وكان ذلك يشكل تحولاً كبيراً في مجال كشف الجريمة وتحقيق العدالة، إلا أنه كان باتجاهين متعاكسين إيجابياً وسلبياً بالنسبة للعدالة ففي الاتجاه الأول كانت الوسائل العلمية المشروعة[4]، والتي ينجم عنها ادلة علمية مادية ومعنوية كبصمات الأصابع والإذن والأسنان والصوت والبصمة الوراثية، وما إلى ذلك. أما الاتجاه الآخر فيشمل طائفة الوسائل العلمية الحديثة في هذا المجال وأن كان انطوائها على المساس بسلامة الجسد أمراً وارداً إلا أن مساسها بسلامة النفس وحرية الإرادة أمراً مؤكداً وذلك حينما يجري الاستجواب تحت تأثيرها، ومنها اساليب التنويم المغناطيسي واجهزة كشف الكذب والحقن بالمواد المخدرة، وسوف نعرض لهذه الأساليب الثلاثة كأمثلة لتلك الأساليب والصور الحديثة للتعذيب:

1- جهاز كشف الكذب ((البوليجراف))

يمكن أن يعرف جهاز كشف الكذب بأنه ذلك الجهاز الذي يقوم بتسجيل بعض التغييرات الفيزيولوجية ((ضغط الدم، التنفس، درجة مقاومة الجلد للتيار الكهربائي)) التي تظهر على الفرد من خلال التحقيق. ومن دراسة هذه التغيرات من خلال تحليل الرسوم البيانية التي سجلها الجهاز ومن تقييم كل الأدلة المتوفرة خلال التحقيق يمكن عند إذ التأكد من صدق أو كذب الشخص موضوع الاختبار في إجابته على الأسئلة الموجهة إليه. لذلك أطلق عليه اسم المفضاح، وهي تسمية مستمدة من وظيفته تلك لكونه يعمل على فضح اكاذيب المتهم وكشف خداعه[1]. إن لجهاز كشف الكذب آثاراً مختلفة على المراد اختباره فهو يؤدي إلى قلق المختبر من مجرد الاتهام وخوفه من احتمال خطأ الجهاز والألم الذي يصاحب تثبيت بعض اجزاء الجهاز على جسمه و الاضطراب الشديد الذي ينتابه عند سؤاله أسئلة شخصية محرجة بعيدة عن موضوع الجريمة[2]. وعلى ما تقدم فإن استخدام جهاز كشف الكذب يمثل ضغطاً نفسياً عنيفاً على الخاضع له وبالتالي فقد تعتري البريء حتى عند خضوعه له وخشيته من وقوعه في خطأ غير مقصود انفعالات تفسر على أنها محاولة تغيير الحقيقة. فضلاً على أن هذا الأسلوب يمثل اعتداءاً مادياً على حق المتهم في

الصمت[3]. أو في عدم الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب كوسيلة للدفاع وبذلك فإن استخدام هذا الجهاز هو من صور تعذيب المتهم الحديثة وبذلك فإننا ندعو إلى عدم استخدام هذا الجهاز في التحقيق لما ينطوي عليه من تعذيب للمختبر به.

2- الاستجواب تحت تأثير العقاقير المخدرة

اسلوب خاص من التحليل النفسي يتم عن طريق حقن الشخص بجرعة معينة في الوريد من إحدى العقاقير المخدرة[4]. والتي تؤدي إلى حالة من الغيبوبة الواعية لفترة معينة حسب كمية الجرعة يستمر الشخص خلالها مالكاً لقواه الادراكية ولكنه يفقد في نفس الوقت القدرة على التحكم في إرادته واختياره، مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء وأكثر رغبة في الافصاح والتعبير عما يختلج في كوامن نفسه.

3- التنويم المغناطيسي

هو إحداث حالة من النوم الاصطناعي لبعض ملكات العقل عن طريق الإيحاء بفكرة النوم فيضيق نطاق الاتصال الخارجي للنائم ويخضع لشخصية المنوم، بحيث تختفي الأنا الشعورية للنائم، وتبقى الأنا اللاشعورية تحت سيطرة المنوم، وهكذا تشل الوظيفة الأساسية لعقل الانسان.

المطلب الثالث: علة تجريم التعذيب

إن التعذيب عمل مجرم صراحة أو ضمناً في أغلب التشريعات الحديثة، وأن علة ذلك تعود لسببين اساسيين، أولهما أن التعذيب هو انتهاك سافر لحقوق الانسان، وثانيهما اعمالاً لمبدأ الشرعية الجنائية، إذ أن الركن المادي للتعذيب هو جريمة معاقب عليها بحد ذاته عادة. وفيما يلي بيان لهذين السببين في هذا المطلب:

أولاً: التعذيب انتهاك سافر لحقوق الانسان

يتمتع الانسان في ظل الشرعة الدولية لحقوقه[1]، وأغلب الدساتير الوطنية بمجموعة من الحقوق الأساسية[2]، التي لم تقنن إلا بعد جهود وتضحيات عديدة في مقارعة استبداد السلطة وهدرها لحقوق كل من يخرق قوانينها، حتى وإن كانت جائرة، بل إن هذه القوانين كانت في أغلب الأحيان هي خرق لحقوق الانسان وحرياته العامة أصلا.

ومن اهم هذه الحقوق، حق الانسان في الحياة والأمن والحرية وسلامة شخصه وصون كرامته[1]. وحقه في الخصوصية الشخصية[2]. والدفاع عن نفسه ازاء أي تهمة توجه إليه[3]. كما أن له الحق بأن يعامل، إذا كان متهماً، باعتباره بريئاً إلى أن تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة[4]. وبأن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والإدارية[5].

ثانياً: التعذيب يعدم الإرادة الحرة

الأصل في الاعتراف أو الشهادة أو رأي الخبير باعتباره دليلاً لإثبات حقائق معينة، يجب أن يكون اختيارياً ليعول عليه في إثباتها، وهو لا يعد كذلك – وإن كان صادقاً- إذا صدر نتيجة لإكراه مادي أو معنوي. إذ يجب أن يصدر كل من الاعتراف أو الشهادة أو الخبرة عن إرادة حرة خالية من الإكراه، لذلك فإن المنطق وجانب كبير من الفقه القانوني يذهب إلى أن الإكراه – وبالتالي التعذيب – يبطل الاعتراف[8]

المبحث الثاني

جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي[1] و أثرها الاجر ائي

بعد أن عرفنا التعذيب، وتعرفنا على صوره، وعلة تجريمه. صار لزاماً علينا بحثه في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 أولاً، ثم في أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (7)، ثانياً وثالثاً، واخيراً، بيان أثره على اجراءات الدعوى التي يقع فيها، وهذا ما سوف نفعله في مبحثنا الثاني هذا من خلال مطالب ثلاث.

المطلب الأول: جريمة التعذيب في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969

لقد عالج المشرع العراقي جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 في المادة 333 حين نص على:

((يعاقب بالسجن أو الحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة عذب أو أمر بتعذيب متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو للإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها.

ويكون بحكم التعذيب استعمال القوة أو التهديد)).

من تحليل هذا النص نجد بان لجريمة التعذيب أربعة أركان هي: الركن المادي، صفة الجاني، صفة المجني عليه، والركن المعنوي.

وسوف نعمل على تفصيل ذلك تباعاً، ولكن قبل الولوج في ذلك علينا أولاً تصنيف جريمة التعذيب، وتحديد إطار النشاط الاجرامي فيها، وذلك ليتسنى لنا تحديد النطاق القانوني الذي يجب أن تناقش فيه أركانها.

- تصنيف جريمة التعذيب وتحديد النشاط الاجرامي فيها:

على الرغم من ورود نص المادة (333) ضمن الفصل الثالث الخاص بجرائم تجاوز الموظفين لحدود وظائفهم من الباب السادس المتعلق بالجرائم المخلة بواجبات الوظيفة إلا أن جريمة التعذيب تعد في حقيقة الأمر من جرائم الاعتداء على الأشخاص شأنها في ذلك شأن جرائم القتل والجرح والضرب وهتك العرض والقبض على الأشخاص وحبسهم دون وجه حق والقذف والسب والتهديد. ولنا في إثبات ذلك، أي كون جريمة التعذيب من جرائم الاعتداء على الأشخاص حجتين اساسيتين:

1- إن المصلحة المحمية التي تشترك جميع جرائم الأشخاص في الاعتداء عليها هي حق الانسان في السلامة العامة لجسمه وعقله[1]. ولذلك فإن جرائم الاعتداء على الأشخاص تمثل عدواناً على المصلحة والحقوق اللصيقة بالإنسان سواء في الجانب العضوي أو الجانب المعنوي وتتمثل تلك الحقوق في الحق في الحياة وفي سلامة الجسم من ناحية والحق في المحافظة على شرفه واعتباره من ناحية اخرى وعليه فإن الجرائم التي توقع اضراراً بتلك الحقوق هي التي تشكل مجموعة جرائم الاعتداء على الأشخاص وفقاً لقانون العقوبات[2].

وبما أن جريمة التعذيب تمثل انتهاكاً سافراً لحقوق الانسان بالأخص حقه في الحياة وسلامة جسمه وعقله وكرامته- كما بينا ذلك سابقاً في علة تجريم التعذيب- إذاً فجريمة التعذيب من جرائم الأشخاص على ما تقدم ذكره.

2- إن جرائم الأشخاص من الجرائم المادية، ذلك أن الحدث المكون للجريمة حدث ضار بطبيعته، وبالتالي ليس بلازم تحقق النتيجة لوقوع الجريمة، أي ليس بالضرورة أن يصحب فعل الاعتداء المأ لتجريمه[3]. والحال نفسه بالنسبة لجريمة التعذيب فإن النشاط المادي للجاني يكتمل بمجرد حدوث فعل الاعتداء الذي يتمثل هنا في فعل تعذيب المتهم أو تهديده أو الأمر بذلك، حتى وأن لم يؤدِ هذا الفعل إلى إيذاء المجني عليه، وبالتالي حمله على الاعتراف أي أن عدم الإيذاء لا يحول دون اكتمال جريمة التعذيب، وسواء اتمَّ أو لم يتم

الاعتراف فإن الجريمة متحققة، وذلك متى ما ثبت قيام القصد الجنائي إلى جانب الفعل المادي[4].

وعلى ما تقدم نخلص إلى أن جريمة التعذيب هي من جرائم الأشخاص، وبالتالي فإن إطار النشاط الاجرامي فيها يكون في إطار النشاطات الجرمية لهذه الجرائم. والآن نأتي على بيان أول أركان جريمة التعذيب:

أولاً: الركن المادي

يمثل الركن المادي الوجه الظاهر للجريمة، وبه يتحقق اعتداء الفاعل على المصلحة المحمية قانوناً. وإذا انعدم الركن المادي انعدمت الجريمة[5]. وللركن المادي عناصر مكونة ثلاثة هي: السلوك الاجرامي والنتيجة الضارة وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة.

1- السلوك الاجرامي[1] في جريمة التعذيب

إذا ما رجعنا إلى نص المادة (333) عقوبات، نجد بأن السلوك الاجرامي في جريمة التعذيب له صورتين، الأولى هي ممارسة التعذيب بالفعل، والثانية هي الأمر بالتعذيب. وهذا ما سوف نأتي على بحثه الآن:

أ- ممارسة التعذيب فعلاً:

فيما يتعلق بالسلوك الاجرامي لجريمة التعذيب فإننا قد ذهبنا ومنذ البداية في تعريف التعذيب إلى تبني فكرة التعذيب المادي والمعنوي. وبذلك فإننا نرى بأن السلوك الاجرامي كعنصر من عناصر الركن المادي في جريمة التعذيب، وفق احكام المادة (333) عقوبات هو كل اعتداء مادي أو معنوي يقع من موظف أو مكلف بخدمة عامة على متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف أو الإدلاء بأقوال أو معلومات بشأن جريمة ما أو لكتمان أمر من الأمور أو اعطاء رأي معين بشأنها.

ولنا في تبرير اعتقادنا بهذه الفكرة- على الرغم من ذهاب البعض إلى حصر تحقق التعذيب بالاعتداء أو الإيذاء المادي فقط- حجج مختلفة؛ فقد بينا سابقاً بأن التعذيب ما هو إلا صورة من صور الإكراه، وأن الإكراه لا يكون مادياً فقط، بل يكون معنوياً كذلك. وفي كلتا صورتيه سواء أكانت العادمة منها للإرادة أم المنقصة فهو يشوب اجراءات التحقيق بالبطلان[2]. وبعبارة أوضح فإن المشرع عندما جرم التعذيب هدف إلى حماية آحاد الناس من

سطوة السلطة المتمثلة بالعنف الوظيفي، والذي لا يقتصر تحققه بأساليب مادية دون المعنوية. كما هدف كذلك إلى حماية حقوق الانسان في سلامة جسمه وعقله- كما بينا ذلك في علة التشريع- والتي يمكن هدرها في كلا الحالتين.

كما أنه لا يجوز افتراض إرادة المشرع، إذ من استقراء نص المادة 333 عقوبات نجد بأن النص جاء مطلقاً وبالتالي لا يجوز تخصيصه بغير مسوغ قانوني، إذ أن العام يعمل بعمومه، ولو أراد المشرع قصر التعذيب هنا على الإكراه المادي فقط لأفصح عن ذلك بصريح النص.

هذا ومما يدل على تبني المشرع العراقي العقابي لفكرة التعذيب النفسي وبأنه يساوي بينه وبين المادي منه هو ما نص عليه صراحة في المادة (421) عقوبات حين عالج جريمة القبض على الأشخاص أو حجزهم في فقرتها (ب) عند ما نص على ظروفها المشددة والتي جاء فيها: ((... ب- إذا صحب الفعل تهديد بالقتل أو تعذيب بدني أو نفسي)). وإذا ما اخذنا بنظر الاعتبار أن سياسة التشريع الجنائي واحدة لدى المشرع فإننا نستطيع أن نحتج بما أوردناه من تعريف للتعذيب[3] في موضوع تعريف التعذيب والذي ورد في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (10) لسنة 2005، حيث تبنى فكرة التعذيب البدني والفكري، وهذا هو نفس الاتجاه الذي تبناه كل من الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 وقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 وكذلك دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005، إذ تم النص في جميع هذه الدساتير على تحريم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي[1]، واخيراً فإن التعذيب المعنوي قد ينطوي على ضغط وإيلام للمجني عليه اكبر بكثير مما ينطوي عليه التعذيب المادي فإن الاعتداء على زوجة المجني عليه أو أحد محارمه أمامه أشد بكثير من مجرد تقييده بقوة[2]. وبهذا فإن الفعل المكون للركن المادي في جريمة التعذيب أما أن يكون مادياً يأخذ صورة الجرح[3]، أو الضرب[4]، أو اعطاء مواد ضارة[5]، أو بارتكاب أي فعل مخالف للقانون[6]، على جسم المجني عليه مباشرة أو هتك العرض[7] أو ان يكون معنوياً قد يتحقق بالاعتداء بصورة أو اكثر من الصور المذكورة اعلاه، على شخص اخر يهم المجني عليه بقصد إيلام المجني عليه نفسياً، كما قد يتحقق الاعتداء المعنوي بتهديد[8] المجني عليه نفسه بالاعتداء أو الإيذاء وذلك بقصد أن يحدث هذا التهديد في نفسه

ذات الأثر الذي يحدثه الاعتداء المادي. وقد يأخذ الاعتداء المعنوي أيضاً صورة الذم والقدح والتحقير[9]، أو القذف[10].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط في فعل التعذيب درجة معينة من الجسامة لتحقق الجريمة؟

هناك رأيان في هذا الموضوع، إذ يذهب الرأي الأول[1]، إلى عدم تحقق التعذيب إلا إذا وصل الفعل الذي يتحقق به التعذيب إلى درجة معينة من الجسامة والعنف، فلا يدخل – عند أنصار هذا الرأي- في مضمون التعذيب إلا الإيذاء الجسيم أو التصرف العنيف أو الوحشي. و يستشهد أنصار هذا الرأي في إثبات وجهة نظرهم بقرار قضائي يقوم به أحد رجال السلطة بالاعتداء على متهمين باستخدام (فلقة) دون أن يحدث بهم هذا الاعتداء اصابات يقرر لها علاج، ويصدر الحكم بعدم تحقق وقوع جريمة التعذيب[2].

أما الرأي الثاني[3] وهو الأرجح فيذهب إلى قيام جريمة التعذيب أيا كانت درجة جسامة التعذيب أو بساطته، وذلك لأن اشتراط أن يكون التعذيب (جسيماً) أو (عنيفاً) أو (وحشياً) ليس له سند قانوني من ناحية، ومن ناحية موضوعية اخرى، ربما تعذر وصف سلوك مثل إرغام (المتهم) على ارتداء ملابس النساء أو التسمي بأسمائهن[4] بأنه سلوك وحشي أو عنيف أو جسيم، ولكن من السهولة بمكان وصفه بالانحطاط والخسة، ولا خلاف حول أثره السيء على نفس الخاضع له، فضلا عن التسليم باعتباره تعذيباً. ومن الناحية القانونية فإن التفرقة بين الإيذاء الجسيم والإيذاء غير الجسيم- و القول بقيام الجريمة في الحالة الأولى دون الثانية- يعيد إلى الأذهان فكرة التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، والقول بعدم صلاحية الأخير لقيام الجريمة هي تفرقة مهجورة فقهاً وقضاءً، فضلاً عن افتقارها إلى الأساس القانوني[5].

أما نحن فنذهب إلى تأييد أنصار الرأي الثاني وذلك لأننا نعتقد – فضلاً عما قدموه من حجج – بوقوع التعذيب المادي والمعنوي، وبالتالي فإن باعتقادنا العبرة ليس بجسامة الفعل المرتكب بل بما يحدثه من أثر في نفس الواقع عليه وتأثير في إرادته بالتالي. وأن المثال الذي أورده أنصار الرأي الأول حول استخدام (الفلقة) في التعذيب بدرجة لم تحدث اصابات تحتاج إلى علاج، وكون ذلك بالتالي لا يمثل تعذيباً. لم يكونوا موفقين به، إذ أن

التأثير النفسي الذي يحدثه استخدام (الفلقة) في التحقيق قد يفوق بكثير التأثير المادي، وبالتالي فإننا نرى بأن التعذيب النفسي متحقق في هذا المثال، على الرغم من عدم جسامة الفعل كما يرى أنصار الرأي الأول.

هذا وإن المشرع العراقي في المادة (333) عقوبات نص على: ((... كل موظف أو مكلف بخدمة عامة عذب أو أمر بتعذيب متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو للإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو الكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها.

ويكون بحكم التعذيب استعمال القوة أو التهديد))

ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يشترط درجة عالية من الجسامة لتحقق جريمة التعذيب، بل على العكس من ذلك إذ يفهم من إيراده المقطع الأخير الخاص باستعمال القوة أو التهديد أنه أراد بذلك تضمن مفهوم التعذيب حتى ابسط صور الاعتداء، والواقع أنه ما كان له إلا أن يسلك هذا السبيل في تحديد مفهوم التعذيب وذلك لعدم تضييق نطاق المسؤولية الجزائية في الجريمة. ولكننا ننتهز الفرصة هنا ونأخذ على المشرع العراقي الموقر إيراده المقطع الأخير هذا من نص المادة اعلاه، وذلك لعده اسهاباً لا مسوغ له إذ أن مفهوم التعذيب أصلا يتسع ليتضمن استعمال القوة والتهديد، وبالتالي فإن إيرادها في النص ما هو إلا تكراراً. قد يفهم منه توكيداً فقط وهو أمر لا داعي له أصلا. هذا من ناحية ومن ناحية اخرى إذا كان قصد المشرع من استعمال القوة أو التهديد جرائم مستقلة وادخلها رغم ذلك في مفهوم التعذيب فإنه قد وقع في سوء فهم كبير، إذ لتحقق جريمة التعذيب لا بد من تحقق الركن المعنوي لها المتمثل بالقصد الجرمي الخاص- الذي سوف نأتي على بيانه لاحقاً في موضعه – وهو حمل المجني عليه على الاعتراف أو الإدلاء بأقوال أو لكتمان أمر من الأمور في جريمة ما أو لإعطاء رأي بشأنها والذي لا يشترط توافره لتحقق هاتين الجريمتين. وبالتالي فإننا ندعو مشرعنا الموقر إلى عطف نظره على هذه المادة ورفع هذا المقطع منها.

ب- الأمر بالتعذيب

يعرف الأمر بأنه ((كل تعبير يتضمن اداء عمل أو الامتناع عن عمل أو تحذير للتحوط من وقوع حدث. يصدر من رئيس يختص بإصداره إلى مرؤوس يختص بتنفيذه. تربطهما علاقة وظيفية عامة))[1]. وبذلك فإن الأمر وكما يذهب البعض هو إحدى وسائل ممارسة

الإدارة لسلطاتها وقد يأخذ صورة لائحية أو فردية[2]. وبالتالي فهو قرار اداري يمكن تعريفه بأنه عمل قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة بهدف إحداث أثر قانوني معين في المراكز القانونية[3]. وبالتالي وفق هذا التعريف الذي يعتبر المشروعية أولى عناصر الأمر أو القرار الإداري، من غير المتصور أن نجد أمراً لائحياً بالتعذيب في ظل الحظر الدستوري[4] أو التجريم القانوني للفعل. فإذا كان هناك أمر بالتعذيب فإنه بالتأكيد سوف يأخذ صورة القرار الفردي كما أن الصورة الأكثر انتشاراً له هي الأوامر الشفوية لا المكتوبة.

وفي بحثنا هذا لا يهمنا تعريف الأمر باعتباره من وسائل ممارسة الإدارة لسلطاتها، بل باعتبارها صورة من صور السلوك الاجرامي في الركن المادي لجريمة التعذيب، وفق احكام المادة (333) عقوبات، والتي لم تضع له تعريفاً في متنها، وتركت ذلك إلى الفقه الجنائي والذي يذهب إلى أن الأمر هو صورة التعبير عن إرادة الرئيس، تلك الإرادة التي على المرؤوس وجوب تنفيذها دون تجاوز ولا تقصير. ولعل اصطلاح (الأمر) إنما قصد به التدليل على هذا (الوجوب) وهو وجوب لازم بحكم العلاقة الرئاسية بين (صاحب الإرادة) أو مصدر الأمر و(منفذ الإرادة) أو المأمور.

وأن هذا الوجوب لازم في العلاقة الرئاسية حتى وإن جاء تعبير الرئيس عن إرادته في صورة اخرى غير صورة (الأمر)، (كالإذن) أو (الإقرار) أو (الموافقة) ... إلى غير ذلك من المسميات ما دامت كلها تعبر عن شيء واحد هو إرادة الرئيس، التي يعلم المرؤوس أنه لا يسمح له أن يتصرف خلافها[1]. وبالتالي فيجب أن يكون لمصدر الأمر السلطة على من صدر عليه الأمر، ولا يقصد بالسلطة أن يكون لمصدر الأمر الحق القانوني أو صفة اصدار أمر كهذا، لأنه لا حق لأحد ولا صفة في الأمر بتعذيب شخص اخر، وإنما المقصود أن تكون له سلطة اصدار الأمر قانوناً إليه أو بالأقل السلطة الأدبية أو القوة المادية اللازمة لتنفيذ ذلك الأمر[2].

وعلى ما تقدم يمكن تعريف (الأمر بالتعذيب) في هذا الصدد من وجهة نظر جنائية افصاح الرئيس بشكل إيجابي أو سلبي عن إرادته الملزمة للمرؤوس بممارسة العنف المادي أو المعنوي على (متهم أو شاهد أو خبير) لحمله على (الاعتراف بجريمة أو للإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها)[3].

وعلى هذا فإن الآمر بالتعذيب هو فاعل أصلي في الجريمة وفق احكام المادة (333) عقوبات وليس شريكاً فيها إذ أن الركن المادي كما مر بنا مثلما يأخذ صورة ممارسة التعذيب فعلاً فإن الصورة الثانية له هي الأمر بالتعذيب، وكلا الصورتين يمثل السلوك (الفعل) الاجرامي للركن المادي في الجريمة وهو العنصر الأول فيه – والذي بيناه فيما تقدم- أما العنصر الثاني فهو النتيجة الجرمية وهو ما سنعمل على إيضاحه في الفقرة التالية.

2- النتيجة الجرمية في جريمة التعذيب

يقصد بالنتيجة الجرمية التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الاجرامي، وهي بذلك تعد عنصر من عناصر الركن المادي في الجريمة، فيحقق عدواناً ينال مصلحة أو حقاً قدر الشارع جدارته بالحماية الجزائية، مما يعني أن للنتيجة الجرمية مدلولين أحدهما مادي، وهو التغيير الناتج عن السلوك الاجرامي في العالم الخارجي، والآخر قانوني هو العدوان الذي ينال مصلحة أو حقاً يحميه القانون.

وقد يبدو للوهلة الأولى لمستقرئ نص المادة (333) عقوبات أن النتيجة الجرمية المعاقب عليها في جريمة التعذيب هي (حمل المتهم أو الشاهد أو الخبير على الاعتراف بجريمة أو الإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها). ولكن ذلك غير صحيح، لأنه يؤدي إلى اعتبار اعتراف المتهم أو ادلاء الشاهد بأقوال أو اعطاء الخبير لرأي ما، عنصراً من عناصر الركن المادي للجريمة. وبالتالي لا تتحقق هذه الجريمة تامة إلا إذا اعترف المجني عليه أو ادلى بأقوال أو رأي، وهو ما لا سند له في القانون.

والحقيقة أن النتيجة الجرمية التي يعاقب عليها المشرع في هذا النص والتي تنتج عن الضغط المادي أو المعنوي الذي يقوم به الجاني على المجني عليه هي (الإيذاء) المادي أو المعنوي – وقد المحنا إلى ذلك سابقاً عندما صنفنا جريمة التعذيب ضمن جرائم الأشخاص، وذلك الإيذاء هو حدث غير مشروع يجرمه المشرع ويعاقب عليه، وهذه النتيجة هي ما يجب استقراؤها من نص المادة (333) عقوبات، وليس اعتراف المتهم أو ادلاء الشاهد بأقوال أو اعطاء الخبير لرأي وذلك لأن هذه النتيجة الأخيرة هي في حد ذاتها أمر مشروع إذ أن من المشروع أن يعترف المتهم أو يدلي الشاهد بشهادته أو يعطي الخبير رأيه في بعض الأحيان. أما

اللجوء إلى العنف فهو الوسيلة غير المشروعة والتي تؤدي حتماً إلى نتيجة غير مشروعة هي إيذاء المجني عليه الخاضع لذلك العنف[1].

وخلاصة القول إذن أن النتيجة المعاقب عليها في جريمة التعذيب هي، أي قدر يلحق المجني عليه من إيذاء مادي أو نفسي مهما تضاءل قدره أو اشتدت قيمته، وهو ما يفهم من نص المادة اعلاه، ومما يؤخذ على مشرعنا الكريم أنه لم يعالج النتيجة الجرمية في جريمة التعذيب بالشكل الصحيح، إذ اشار في المادة المذكورة اعلاه إلى الصورة الأقل خطراً فقط للجريمة واغفل الأكثر خطراً منها، فالملاحظ أن المشرع لم يعالج حالة ما إذا أدى التعذيب إلى موت المجني عليه، كما فعل المشرع المصري، إذ نص في المادة 126 من قانون العقوبات على ((كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر، وإذا مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمداً)). ونحن هنا لسنا في معرض استقراء هذا النص في القانون المصري الذي يحمل مواطن ضعف كما فيه مواطن قوة. إلا أننا ننتهز هذه الفرصة ونهيب بمشرعنا الكريم عطف نظره على هذا الموضع من نص المادة (333) عقوبات ليشير إلى حالة ما إذا مات المجني عليه نتيجة للتعذيب، الذي وقع عليه، ويعاقب على هذا الفعل بالعقوبة التي تتناسب مع أثره الخطير، ألا وهي عقوبة القتل العمد وعدم الركون إلى المبادئ العامة التي تحيل مثل هذه الواقعة إلى القصد المتعدي وبالتالي تكون العقوبة عليها هي عقوبة الضرب المفضي إلى موت، تحت ذريعة أن قصد الجاني لم يكن ازهاق روح المجني عليه بل مجرد إيذائه ولكن قصده تعدى من النتيجة البسيطة وهي الإيذاء إلى ما هو اكبر منها وهي ازهاق روح المجني عليه .

3- علاقة السببية

وأخيراً فقد يقع السلوك الاجرامي وتتحقق النتيجة الضارة ورغم ذلك ليس هناك مسؤولية جزائية والسبب يعود إلى عدم وجود علاقة السببية، إذاً فلتحقق المسؤولية الجزائية لابد أن ترتبط النتيجة الضارة بعلاقة السببية مع الفعل أو السلوك الاجرامي ارتباط السبب بالمسبب، أي أن تقوم بين النتيجة والفعل رابطة السببية، علماً بأن السببية تقوم حيث تكون النتيجة التي حدثت محتملة الوقوع وفقاً للسير العادي للأمور، بغض

النظر عما إذا كان الجاني قد توقعها أم لا، الأمر الذي يترتب عليه أن السببية عنصر في الركن المادي للجريمة عمدية كانت أو غير عمدية، فهي صلة بين ظاهرتين ماديتين ومن ثم فهي ذات طبيعة مادية وليست على صلة بالركن المعنوي ولا شأن لها به[1].

وعليه فلتحقق جريمة التعذيب تامة يجب أن تقوم علاقة السببية بين فعل التعذيب أو الأمر به والنتيجة الجرمية له وهي الإيذاء المادي أو المعنوي، وفي حالة عدم قيامها تنتفي المسؤولية الجزائية لتخلف عنصر من عناصر الركن المادي لجريمة التعذيب.

ثانياً: صفة الجاني (ركن خاص)

وهو من الأركان الخاصة التي تطلبها المشرع العراقي في المادة (333) عقوبات حين قال ((... كل موظف أو مكلف بخدمة عامة ...)).

وبالتالي لتحقق الجريمة يجب أن يكون مقترفها موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة وبذلك سوف نأتي على بيان المقصود بهذين المصطلحين:

1- الموظف

لقد عرف المشرع العراقي الموظف العام في قوانين الخدمة المدنية المتعاقبة حيث نص في المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية رقم 103 لسنة 1931 على ((الموظف كل شخص عهدت إليه وظيفة في الحكومة لقاء راتب يتقاضاه من الميزانية العامة أو ميزانية خاصة وتابع لأحكام قانون التقاعد)).

كما عرفه في قانون الخدمة المدنية رقم 64 لسنة 1939 في المادة الثانية منه أيضاً بأنه ((كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلة في ملاك الدولة الخاص بالموظفين)). وقد استقر المشرع العراقي على هذا التعريف الأخير في قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1956 والمرقم 24 لسنة 1960.

وقد عرف فقهاء القانون الإداري[2] الموظف العام بأنه ((الشخص الذي يعمل بصفة دائمة في مرافق الدولة أو القطاع الإشتراكي)).

وبناءً على ما تقدم من تعاريف المشرع وفقهاء القانون الإداري فلكي يعتبر الشخص موظفاً عاماً لا بد أن تكون علاقته بالحكومة تتسم بالدوام أو الاستقرار في خدمة مرفق عام تديره الدولة بالطريق المباشر أو بالخضوع لإشرافها وليست علاقة عارضة والملاحظ بأن

القانون الإداري يضيق من مفهوم الموظف العام وهو ما يتفق مع طبيعة هذا القانون بينما يذهب القانون الجنائي على الرغم من عدم تضمنه تعريفاً للموظف العام إلى التوسيع من نطاق مفهوم الموظف العام والسبب في ذلك هو أنه أراد أن لا يدع فرصة الإفلات من العقاب لشاغلي وظيفة عامة بسبب اختلاف التسمية المخصصة له وحسناً فعل المشرع الجنائي من هذه الناحية[1]. مما تجدر الإشارة إليه ليس شرط أن يكون الموظف مثبتاً بل يكفي أن يكون تحت التجربة مادام قد صدر به أمر التعيين من الجهة التي تملكه[2].

2- المكلف بخدمة عامة

وعلى العكس من الموظف العام فقد تبنى المشرع العقابي العراقي في قانون العقوبات تعريفاً خاصاً للمكلف بالخدمة العامة إذ نصت المادة (19) في فقرتها (2) ((المكلف بخدمة عامة: كل موظف أو مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة أو خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء واعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين (السنديكيين) والمصفين والحراس القضائيين واعضاء مجالس ادارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات و المنشآت التي تساهم الحكومة أو إحدى دوائرها الرسمية أو شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت. وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير اجر. ولا يحول دون تطبيق احكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته أو خدمته أو عمله، متى ما وقع الفعل الجرمي اثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه)). وبهذا فإن المكلف بخدمة العامة يختلف عن الموظف بعدم اشتراط صفة الدوام وعدم الاستقرار بعمله مع الحكومة أي يكفي ارتباطه بعقد مؤقت معها لتحقق صفة المكلف بخدمة عامة فيه.

والعبرة في توفر ركن صفة الجاني في جريمة التعذيب أن يكون الموظف أو المكلف بخدمة عامة متمتعاً بالسلطة التي تمكنه من مزاولة العمل عند ارتكابه هذه الجريمة وإن ظهر أن تعيينه كان باطلاً لبعض الأسباب، أو انتهت وظيفته أو خدمته أو عمله بعد ذلك.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن، هل يجب أن يكون الجاني مختصاً قانوناً باستجواب المتهم، أو سماع شهادة الشاهد أو رأي الخبير أو حتى سؤالهم لقيام جريمة التعذيب؟ كما وهل يجب أن تقع الجريمة في أوقات الدوام الرسمي؟

فيما يتعلق بجواب الشطر الأول من السؤال فنحن نذهب إلى تأييد الرأي القائل بعدم اشتراط أن يكون الآمر بالتعذيب أو القائم به مختصاً باستجواب المتهم أو سؤاله هو أو الشاهد أو الخبير بل قد لا تكون لديه الصلاحيات القانونية لذلك. فمن المتصور من الناحية العملية أن يقع التعذيب من خلال الاتصال المادي بالمتهم المراد اكراهه على الاعتراف أو الإدلاء برأي أو معلومات، سواء في المكان المحتجز به أو اثناء نقله من مكان إلى اخر. ولعل المثال الواضح لذلك هو قدرة مأمور السجن المودع به المتهم رسمياً على الطلب من رجال الضبط بتعذيبه وهم ليسوا مختصين باستجوابه أو سؤاله[3].

أما فيما يتعلق بالشطر الثاني من السؤال فنعتقد بأن وقوع الجريمة لا يرتبط ارتباطاً زمنياً بممارسة الوظيفة وإنما يرتبط ارتباطاً سببياً بها، فالعبرة في استخدام الموظف لسلطته على المجني عليه هذه السلطة التي خولته إياه الوظيفة العامة وبالتالي فإن قدرته على تعذيب المجني عليه جاءت بسبب سلطته عليه التي قد تمتد إلى ما بعد أوقات دوامه الرسمي وهي بأي حال من الأحوال جاءت بسبب وظيفته. وأخيراً فإننا نرى بأنه كان على المشرع العراقي عندما اشترط صفة الجاني لوقوع جريمة التعذيب أن يوسع من نطاق المسؤولية فيما يتعلق بالأشخاص الذين قد يشاركون في ارتكاب الجريمة من غير الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة وذلك بأن يفرد لهم نصوصاً خاصة كما فعل في جريمة الراشي[1]، ولا يركن للمبادئ العامة التي قد تحمل الفاعل ممن لم تتوفر به صفة الجاني المسؤولية عن جريمة الإيذاء مثلاً، أو الاشتراك بالجريمة وبالتالي يفلت من العقاب إذا افلت الفاعل الأصلي الذي يستمد منه اجرامه.

ثالثاً: صفة المجني عليه

وهو ركن خاص أيضاً اشترطه المشرع عندما نص في المادة (333) عقوبات على ((... عذب أو أمر بتعذيب متهم أو شاهد أو خبير...)).

وبهذا فلتطبيق نص المادة اعلاه وتحقق جريمة التعذيب يجب أن يكون المجني عليه متهماً أو شاهداً أو خبيراً وإلا فلا تتحقق جريمة التعذيب وإن تحققت جريمة اخرى قد تكون إيذاءً بحسب الأحوال وتحقق أركان هذه الجريمة، [2].

المطلب الثاني: أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (7) قانون العقوبات

لقد نص أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (7) القسم (3) العقوبات الفقرة رقم (2) على: ((يحظر التعذيب وتحظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة أو غير الانسانية)).

من استقراء هذا النص نجد بأنه قد أكد على حظر التعذيب وهو – كما مر بنا- جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969. وقد عملنا على تفصيلها سابقاً. كما عالج هذا الأمر موضوع المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة أو غير الانسانية، وإن ما يهمنا في بحثنا هذ – لصلته بجريمة التعذيب- هو المعاملة وليس العقوبة القاسية أو المهينة أو غير الانسانية.

وهي أيضاً جريمة نص عليها المشرع العراقي في قانون العقوبات في المادة 332 عقوبات حين قال: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: -

كل موظف أو مكلف بخدمة عامة استعمل القسوة مع أحد من الناس اعتماداً على وظيفته فأخل باعتباره أو شرفه أو أحدث المأً ببدنه وذلك دون الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون)).

ومما يلاحظ على هذا النص بأن جريمة استعمال القسوة تختلف عن جريمة التعذيب من حيث أركانها، وهي:

1- صفة الجاني، إذ أن مفهوم الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي نصت عليه المادة(333) عقوبات في جريمة التعذيب ينصرف إلى اعضاء الضبط القضائي ورجال الشرطة ومنتسبي سلطة التحقيق أو المحكمة، ولكن هذا النص في جريمة استعمال القسوة ينصرف إلى كل موظف أو مكلف بخدمة عامة في الدولة فقد يكون موظف في دائرة التسجيل العقاري[1].

2- صفة المجني عليه أن صفة المجني عليه في جريمة التعذيب هي ركن خاص فيها وبالتالي يجب أن تقع الجريمة على متهم أو شاهدٍ أو خبيرٍ في حين تقع جريمة استعمال القسوة على أي فرد من آحاد الناس قد لا يكون طرفاً في أي دعوى جزائية.

3- الركن المعنوي، إذ أن اهم ما يميز جريمة التعذيب عن جريمة استعمال القسوة هو القصد الجرمي إذ يشترط لوقوع جريمة التعذيب أن يكون لدى الجاني قصد خاص هو حمل المجني عليه على الاعتراف أو الإدلاء بمعلومات أو كتمانها بينما يكفي كركن معنوي لوقوع جريمة استعمال القسوة إيذاء المجني عليه بدافع الانتقام أو التلذذ أو التسلية دون قصد حمله على الاعتراف[1]. وبالتالي فإن الأمر قم (7) عقوبات جاء مؤكداً على مبادئ عامة قد تبناها المشرع العراقي مسبقاً فيما يتعلق بجريمة التعذيب أو استعمال القسوة وكان من الأولى عليه لو جاء مشدداً العقوبة على مرتكبيها كأسلوب من اساليب الضغط على الجناة للحد من وقوع هذه الجرائم.

المطلب الثالث: أثر جريمة التعذيب على اجراءات الدعوى التي تقع فيها

لقد أشرنا سابقاً بأن هناك جانباً كبير من الفقه القانوني يذهب إلى أن الإكراه – وبالتالي التعذيب- يبطل الاعتراف أو الشهادة أو الخبرة. إذ أنها يجب أن تصدر بإرادة حرة خالية من أي تأثير ناتج عن وعد أو وعيد[2]. وبالتالي لا يجوز الاستناد إلى الاعتراف أو الأقوال أو الرأي الذي يصدر من صاحبه في حالة فقدان الإرادة كما لو كان تحت تأثير أي نوع من أنواع الإكراه مادياً كان أم معنوياً.

وعليه فإن التعذيب يشوب الاعتراف أو الشهادة أو الخبرة بشائبة الإكراه متى ما كانت هناك علاقة سببيه بينها وبين التعذيب بحيث يكون الاعتراف أو الشهادة أو الخبرة ناشئة عن التعذيب وبسببه وهذا اتجاه سليم قد تبناه المشرع العراقي في المادة (218) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971، والتي نصت على ((يشترط في الإقرار ألا يكون قد صدر نتيجة اكراه مادي أو ادبي أو وعد أو وعيد. ومع ذلك إذا انتفت رابطة السببية بينها وبين الإقرار أو كان الإقرار قد أيد بأدلة اخرى تقتنع معها المحكمة بصحة مطابقته للواقع أو أدى إلى اكتشاف حقيقة ما جاز للمحكمة أن تأخذ به)).

من تحليل هذا النص نجد بأن المشرع العراقي قد تبنى اتجاهين يختلفان عن بعضهما اختلافاً جذرياً ففي الاتجاه الأول وهو الراجح يشترط لقبول الإقرار– كما نصت المادة اعلاه[1]- أن ينجم عن وسيلة مشروعة وبالتالي يرفض الإقرار الصادر عن الإرادة غير الحرة المشوبة بالإكراه المادي أو المعنوي[2] وبالتالي يعتبره اقراراً باطلاً لا يحق للمحكمة الاستناد عليه. وحسناً فعل بذلك إذ أن رفض الإقرار المشوب بالتعذيب فيه كفالة لضمانات المتهم واحترام لحقوق الانسان وتحقيقاً للعدالة التي تقتضي ((أن يفلت مئة مجرم من العقاب على أن يعاقب بريئاً واحداً)).

ولكننا نلاحظ أن المقطع الآخر من المادة اعلاه ينص فيه المشرع على أن انتفاء علاقة السببية بين التعذيب والإقرار ينفي بطلانه، وهذا اتجاه صائب أيضاً إذ أنه يعني أن المتهم لم يكن مجبراً على اقراره هذا لأنه – أي الإقرار – لم يكن وليداً للتعذيب بل أنه صدر عن المتهم باختياره ولم يكن للتعذيب أي دور في صدوره مطلقاً.

ولكن المثير للاستغراب هو ما نص عليه المشرع بعد ذلك من أن تأييد الإقرار المنتزع بالتعذيب بأدلة اخرى أو حقيقة ما يجيز للمحكمة أن تأخذ به وكأنما هذه الأدلة أو الحقيقة اضفت المشروعية على الأساليب غير المشروعة التي انتزع الإقرار من خلالها وهذا اتجاه منتقد إذ أن تأييد الإقرار الناجم عن الإكراه بأدلة اخرى أو حقيقة ما لا يرفع عنه شائبة الإكراه وكونه وليد اجراء غير مشروع وهذا بالتالي تجاوز على شرط اساسي من شروط صحة الاعتراف، وهو أن يكون صادراً من المتهم باختياره كما أن هذا الاستثناء الوارد في المادة اعلاه يعطي لسلطات الضبط والتحقيق أو المحكمة الحق في أن تلتمس الحقائق باعتدائها على المتهم أو الضغط على إرادته وكأنما غابت عن الأذهان قاعدة قانونية راسخة هي كون ما بني على باطل فهو باطل وأن هذا الاستثناء خطير جداً وقد يؤدي إلى ضياع حقوق المتهم وضماناته كما أنه اعتداء سافر على قرينة البراءة التي تعتبر المتهم بريئاً حتى تثبت ادانته والتي نص عليها الدستور العراقي الدائم

وبهذا فإننا نرى بأنه كان من الأولى على مشرعنا الكريم أن يكتفي بالمقطع الأول من هذه المادة ولا يورد عليها أية استثناءات. وهذا ما فعلته مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة رقم

(3)، الاجراءات الجزائية، القسم (4)، الخاصة بإيقاف وتعديل النصوص والتي جاء فيها ((تعلق أو تعدل النصوص التالية من قانون أصول المحاكمات الجزائية:

ل- يلغى كل ما جاء في المادة 218 بعد كلمة (اكراه).)).

وبالتالي سيكون نص المادة 218 بعد التعديل كالآتي:

((يشترط في الإقرار ألا يكون قد صدر نتيجة اكراه)) وهذا اتجاه جيد، إلا أننا كنا نفضل لو تم النص صراحة في المذكرة اعلاه على بطلان الاعتراف إذا كان ناجماً عن اكراه. لأن في ذلك ضمانة هامة للمتهم من التعذيب كما أننا كنا نفضل لو أن المشرع الجزائي أصلا قد حذا حذو المشرع العقابي والذي لم يقصر الحماية من التعذيب على المتهم فقط بل شمل معه الشاهد والخبير لأن كليهما معرض لهذه الجريمة. وعليه فإننا نغتنم هذه الفرصة وندعو مشرعنا الكريم إلى عطف نظره على هذه المادة آخذاً بنظر الاعتبار ما تبناه الدستور العراقي الدائم في المادة 37 الفقرة ج حيث نص على ((... ولا عبرة بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب.)). ويقرر بطلان الاعتراف أو الشهادة أو الخبرة إذا نتجت عن التعذيب تحقيقاً للعدالة وعقوبة اضافية على هذه الجريمة الشنيعة التي تنتهك حقوق الانسان لا حقوق من وقعت عليه فحسب. [1]

الخاتمة

بعد أن أكملنا هذا البحث المتواضع، نستطيع القول بأننا حاولنا الوقوف في المواضع التي استوجبت منا ذلك، وحاولنا ابداء الرأي في جميع المسائل التي استلزمت ذلك، لسلبيتها مثلاً، أو لقصورها، أو لكونها تحمل في طياتها جوانب إيجابية ينبغي التوسيع في بلورة ما تحمله من دلائل حسنة.

وفيما يلي نحاول استذكار اهم ما توصلنا إليه في متن هذا البحث بشكل موجز في عباراته تام في معناه، إذ أن كل ما توصلنا إليه معروض بالتفصيل في متن هذا البحث.

فقد وجدنا عند بحثنا في المبحث الأول أن المشرع العراقي لم يعرف التعذيب وترك ذلك للفقه الذي عرفه من وجهات نظر مختلفة يذهب فيها البعض إلى حصره في الإكراه المادي في حين يتوسع البعض الآخر في مفهومه ليشمل الإكراه المعنوي أيضاً وهذا ما ذهبنا إلى تأييده وبالتالي عرفنا التعذيب كخلاصة لذلك بأنه ((الضغط المادي أو المعنوي على إرادة

المجني عليه (المتهم أو الشاهد أو الخبير) بكل نشاط عمدي يبذله الجاني (الموظف أو المكلف بخدمة عامة) إيجاباً كان أم سلباً والذي يسبب إيلاماً أو معاناة جسدية أو نفسية أو عقلية للمجني عليه، لحمله على الاعتراف بجريمة ما، أو للإدلاء بأقوال أو معلومات بشأنها أو لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها)) . بعد ذلك ارتأينا أن نبحث صور التعذيب في المطلب الثاني من هذا المبحث في فقرتين الأولى لصور التعذيب التقليدية، أما الفقرة الثانية فكانت لبحث صور التعذيب الحديثة ونقصد بها التعذيب باستخدام الوسائل العلمية الحديثة، وقد دعونا لعدم استخدامها في التحقيق لما تنطوي عليه من تعذيب للمختبر بها.

أما ثالث مطالب هذا المبحث فقد عالجنا به علة تجريم التعذيب والتي لخصناها في سببين اساسيين الأول هو كون التعذيب انتهاك سافر لحقوق الانسان وذلك من خلال خرقه لحقوق وحريات كفلها له الإعلان والاتفاقات والعهود الدولية وكذلك الدساتير والقوانين الداخلية وقد بحثنا ذلك وحاولنا أن نقف عند كل تلك الحقوق والحريات. أما السبب الأساس الآخر فهو كون التعذيب يعدم الإرادة وهذا ما اتفق عليه معظم فقهاء القانون واتفق مع المنطق. هذا وعند بحثنا جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي وأثرها الاجرائي في المبحث الثاني ارتأينا معالجتها في ثلاثة مطالب الأول كان لبحثها في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969. والذي نص عليها في المادة 333 منه، والتي من تحليلها وجدنا أن لجريمة التعذيب وفقها أربعة أركان، ولكن قبل بحثهم فضلنا تصنيف جريمة التعذيب وتحديد النشاط الاجرامي فيها، وقد خلصنا إلى أن جريمة التعذيب من جرائم الأشخاص، وبالتالي فإن اطار النشاط الاجرامي فيها يكون في اطار النشاطات الجرمية لهذه الجرائم، وكان لنا في إثبات ذلك حجتين الأولى أن المصلحة المحمية التي تشترك جميع جرائم الأشخاص في الاعتداء عليها هي حق الانسان في السلامة العامة لجسمه وعقله وهي عينها المصلحة التي تطالها جريمة التعذيب بالانتهاك أما الثانية فهي أن جرائم الأشخاص من الجرائم المادية وهو نفس الحال بالنسبة لجريمة التعذيب المادية.

المصادر

1- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، الجزء الأول، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة- 1979.

2- د. احمد يوسف محمد السولية، الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة- 2006.

3- د. اكرم نشأت ابراهيم، علم النفس الجنائي، الطبعة السابعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 1998.

4- د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1975.

5-بدر السعد المنيع، قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية والتعليق على نصوصه، دون مطبعة، أو سنة طبع.

6-جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج1، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب المصرية، بالقاهرة، 1932.

7-د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

8- د. حسن علام، قانون الاجراءات الجنائية، المجلد الأول، مؤسسة روز اليوسف، القاهرة، 1982.

9-د. حكمت موسى سلمان، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، ط1، بغداد، 1987.

10-حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الخاص، ج1، في جرائم الأشخاص، مطبعة المعارف – بغداد 1963-1964.

11-د. رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، ط5، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1964.

12-رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

13-د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

14-د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، ط2، المطبعة العالمة 1975.

15-د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، شركة إياد للطباعة الفنية، 1982.

16-د. سليم ابراهيم حربة، القتل العمد وأوصافه المختلفة، ط1، مطبعة بابل، العراق، 1988.

17-شكر محمود سليم، الشهادة أمام القضاء المدني، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1988.

18-الأستاذ عبد الأمير العكيلي و د. سليم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، ج2، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، في جامعة الموصل، العراق، 1980-1981.

19-د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1986.

20-عبد المجيد عبد الهادي السعدون، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد- 1988.

21-د. علي محمد جعفر، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 1987.

22-د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مطبعة العربية الحديثة- 1986.

23-محمود شريف بسوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2003.

24-د. محمود صالح العادلي، استجواب المتهم في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

25-مراد احمد فلاح العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 2005.

26-منظمة الأمم المتحدة، الشرعة الدولية لحقوق الانسان، صحيفة الوقائع رقم 2، تنقيح (1).

27-د. موسى مسعود ارحومه، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة قان يونس بنغازي، ليبيا، 1999.

28-د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات القسم العام، سنة 1988-1989.

الدساتيروالقو انين

1- القانون الأساسي العراقي لسنة 1925.

2-الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970.

3-قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004.

4-دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005.

الاعلانات والقرارات الدولية

1-الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول / 1948.

2-القواعد النموذجية الدنيا لمعالجة السجناء المعتمدة بالقرارين 663 جيم (د-24) المؤرخ في 31 تموز/1975 و2076 (د-62) المؤرخ في 13 آيار/1977.

3-اعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري المعتمد بالقرار 1904 (د-18) المؤرخ 20 تشرين الثاني / 1963.

4-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد بموجب القرار 2200 ألف (د-21) المؤرخ 16 كانون الأول /1966.

الهوامش

(1) ان التعذيب جريمة بموجب القانون الدولي، وهو محظور تماماً وفق جميع الصكوك ذات الصلة، ولا يمكن تبريره في ظل أية ظروف. وهو حظر يشكل جزءاً من القانون العرفي الدولي ويعني ذلك أنه يلزم كل عضو في اعضاء المجتمع الدولي، دون اعتبار لما إذا كانت الدولة قد صادقت على المعاهدة الدولية التي تحظر التعذيب صراحة أو لم تصادق عليها، وتشكل ممارسة التعذيب على نحو منتظم وبشكل واسع النطاق جريمة ضد الانسانية، ولما كان بحثنا للتعذيب يقتصر على القانون العراقي الوطني دون الدولي- إذ نأمل ان نبحثه لاحقاً ان شاء الله- فسوف نشير هنا فقط إلى بعض الاتفاقيات أومواد منها أو القرارات التي

عالجت التعذيب في القانون الدولي وهي:- انظر المادة(5) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 الف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول /1948. 2) القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء المعتمدة بالقرارين 663 جيم (د-24 المؤرخ 31تموز/1957، و 2076 (د-62) المؤرخ 13آيار/1977. 3) المادة (7) الفقرة (1) من اعلان الامم المتحدة للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري المعتمد بالقرار 1904 (د-18) المؤرخ 20 تشرين الثاني/1963. 4)

(2) انظر : د. محمود شريف بسوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأول 2003، دار الشروق، ص695.

(1) علماً أنه في بعض الاحيان قد يختلف الوصف القانوني للجريمة باختلاف القصد الجنائي لها ففي حين تعتبر الجريمة الأولى جريمة تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، فقد تعتبر الصورة الثانية التي أوردها التعريف وأسماها تعذيباً أيضاً، جريمة إيذاء.

(2) انظر : د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، ط2، المطبعة العالمة 1975، ص 387وص145-46.

(3) انظر : د. رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة 2003، ص225.

(4) قرار لمحكمة جنايات طنطا 28 يونيه سنة 1927 مج28 عدد115 . انظر جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء2 الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، 1932، ص160.

(1) انظر : د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مطبعة العربية الحديثة- 1986، ص8-9.

(2) انظر : د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، الجزء الأول، المبادئ الاساسية للاجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة- 1979، ص422.

(3) انظر : د. عمر الفاروق الحسيني، المصدر السابق، ص 144.

(1) انظر: بدر السعد المنيع، قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية والتعليق على نصوصه، دون مطبعة، أو سنة طبع، ص 250-251.

(2) انظر:د.محمود صالح العادلي، استجواب المتهم في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي،2005،ص106.

(3) انظر : مراد احمد فلاح العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005،ص73.

(1) انظر: استاذنا الدكتور سليم ابراهيم حربة، القتل العمد وأوصافه المختلفة، ط1، مطبعة بابل، 1988، ص32.

(2) انظر : د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات القسم العام، سنة 1988-1989، ص 43-51.

(3) انظر : د. سليم ابراهيم حربة، المصدر السابق، ص 108.

(1) قرار محكمة النقض المصرية24 ابريل 1978، س 29 الطعن رقم 112 لسنة 49ق، رقم 78 ص457 (مجموعة احكام النقض)

(2) قرار محكمة النقض المصرية، 13 نوفمبر 1980- مجموعة احكام النقض - س31، الطعن رقم 3460، لسنة 49 ق، رقم 190، ص 977.

(3) محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، ط1، مطبعة الشرطة – بغداد، 1987.

(1) انظر : د. موسى مسعود ارحومه، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة قان يونس بنغازي، 1999، ص 145.

(2) انظر : د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، شركة إياد للطباعة الفنية، 1982، ص224.

(3) انظر : المادة (126) ف (ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971. وكذلك مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 3 الاجراءات الجزائية القسم 4 إيقاف وتعديل النصوص الفقرة (ج).

(4) مثل الأميتال والنبتول والافيبان... الخ وقد اصطلح على تسمية كل هذه العقاقير وما شابهها ((مصل الحقيقة)) لأنها كما يرى البعض (تساعد في كشف الحقيقة الكامنة في خبايا النفس احياناً) انظر: د. أكرم نشأت ابراهيم، علم النفس الجنائي، الطبعة السابعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع -1998، ص40.

(1) تتألف الشرعة الدولية لحقوق الانسان من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 المصدر السابق، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، المصدر السابق، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966. والبروتوكولين الاختياريين الملحقين، انظر الشرعة الدولية لحقوق الانسان، صحيفة الوقائع رقم (2) اصدارات منظمة الامم المتحدة ص 1.

(2) تقسم حقوق الانسان فقهاً إلى ثلاثة اجيال أولها الحقوق المدنية والسياسية و الجيل الثاني فيها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية أما الجيل الثالث فهي الحقوق البيئية والثقافية والتنموية.

(1) انظر الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المصدر السابق، المادة (3)، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المواد (6و9و10). وكذلك انظر دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005، المواد (5، و 37 الفقرة أ) .

(2) انظر : العهد الدولي، المادة (4) الفقرة 3(ب، د) .

(3) انظر: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة (4) الفقرة(3(ب،د)).

(4) انظر : الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة (11 الفقرة1) .

(5) انظر: الدستور العراقي الدائم، المادة 19 الفقرة السادسة.

(8) د. مأمون محمد سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، 1976، ص 559-560.

[1] لم ينفرد قانون العقوبات بالنص على التعذيب على باقي قوانين العراق بل شاركه في ذلك العديد منها، إذ نص على التعذيب كل من الدساتير والقوانين التالية:

أ- القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 الملغى في المادة السابعة منه.

ب- الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 الملغى في المادة (22) الفقرة (أ).

ج- قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 الملغى في المادة (15) الفقرة (ي)

د- دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005 المادة (37) الفقرة (ج)

هـ- قانون العقوبات العسكري رقم (13) لسنة 1940 الملغى في المادة (107)

و- قانون تصديق الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفعل العنصري والمعاقبة عليها في 1992/1/1 المادة (2) الفقرة (أ) (2).

ز- قانون تصديق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في 1992/1/1في المادة (7).

ح- قانون المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الانسانية رقم (1) لسنة 2003 الملغى المادة (12) الفقرة أولاً.

ط- قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (10) لسنة (2005) في الفرع الثاني، جرائم ضد الانسانية المادة (12) الفقرة أولاً.

[1] انظر : د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص،ج2،دار الفكر العربي، 1982-1983، ص114-115.

[2] انظر: د. مأمون محمد سلامة، نفس المصدر، ص 5.

[3] انظر : د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، 1982، ص282-283.

[4] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المصدر السابق، ص98.

[5] انظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، عام1992، ص177.

[1] السلوك الاجرامي أو (الفعل) يراد به النشاط المادي الخارجي المكون للجريمة. وبالتالي فلا جريمة من دونه، لان القانون لا يعاقب على مجرد النوايا والرغبات والشهوات. انظر د. علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة الكويت، 1982، ص 139. كما ان المشرع العراقي كذلك عرف الفعل (أي السلوك الاجرامي) في المادة (19 الفقرة 4) عقوبات بأنه ((كل تصرف جرمه القانون، إيجابياً كان أم سلبياً كالترك أو الامتناع ما لم يرد نص خلاف ذلك))

[2] انظر: د. محمود صالح العادلي، استجواب الشهود في المسائل الجنائية، المصدر السابق، ص 106.

[3] راجع موضوع تعريف التعذيب من بحثنا هذا ص2.

[1] انظر: المادة (22 الفقرة أ) من الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 وكذلك المادة (15 الفقرة ي) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004. واخيراً المادة (37 الفقرة ج) من دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005.

[2] نتشارك في هذا الرأي مع د. محمد زكي ابو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، المصدر السابق، ص60. وكذلك د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المصدر السابق، ص 134.

[3] الجرح يعني المساس بانسجة الجسم والضغط عليها بما يؤدي إلى تمزيقها، وقد يكون أثرها ظاهراً وقد يكون مخفياً كحالة حدوث تمزق في الانسجة ادت إلى نزيف داخلي. وقد يستعمل الجاني أية وسيلة لذلك سواء مباشرة أو بالواسطة، أي باستعمال اعضاء جسمه أو بالاستعانة بآلة حادة أو جارحة. انظر، د. علي محمد جعفر، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1987، ص136.

[4] الضرب، المساس بالجسم مساساً من شأنه الضغط أو التاثير على الجسم كله أو جزء منه. وهو سلوك يتسم عادة بالعنف بدرجات متفاوتة غير أنه قد يتحقق الضرب دون عنف مباشر على الجسم كما في حالة توجيه موجات كهربائية على جسم المجني عليه أو اخذ اعضائه ولا يشترط فيه ان يقع بوسيلة معينة أيضاً. انظر، د. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، المصدر السابق، ص115.

[5] اعطاء مواد ضارة، يقصد به تقديم جواهر مؤذية مهما كانت طبيعتها بما فيها السموم. ينشا عنها اضطراب في الحالة الصحية للانسان. انظر، د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، 1986، ص263.

[6] ارتكاب فعل مخالف للقانون، وهو بان تصاب سلامة الجسم بالاذى لا بواسطة الجرح أو الضرب أو اعطاء مواد ضارة، وانما بوسائل اخرى لا تدخل في مفهوم هذه الاصطلاحات، كما لو حبس الجاني شخصاً في غرفة باردة جداً. وكالبصق في الوجه. انظر د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الخاص، ج1، في جرائم الاشخاص، مطبعة المعارف – بغداد 1963-1964، ص277.

[7] هتك العرض، يتحقق بكل فعل منافٍ للاداب يقع مباشرة على جسم المجني عليه ويبلغ حداً جسيماً من الفحش، أي يجب ان يكون على درجة من الجسامة والفحش حتى يوصف بكونه هتك عرض. انظر، د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، مطبعة جامعة الموصل -1997، ص115-116.

[8] التهديد هو ترويع المجني عليه والقاء الرعب في قلبه بتوعده بانزال شر معين به سواء أكان بشخصه أو ماله، والتهديد بشكل عام تعبير عن إرادة الجاني بإيقاع الاذى بالمجني عليه (أو بشخص يهمه أمره) على نحو يؤثر في نفسيته أو حرية ارادته. انظر، د. ماهر عبد شويش الدرة، نفس المصدر، 224.

[9] الذم: يعني اسناد فعل معين ولو في معرض الشك من شأنه النيل من كرامة المجني عليه وسمعته الادبية وشرفه بوسيلة من الوسائل التي حددها القانون (الاعمال والحركات والكلام والصراخ، الكتابة والرسوم والصور) . أما القدح فيعني الاعتداء على كرامة الغير أو شهرته أو اعتباره من دون بيان فعل معين، كما لو أطلق أحدهم على امرأة كلمة(زانية) دون ان يسمي الزاني. أما التحقير فهو كل فعل يخرج عن حكم الذم أو القدح ويحط من قدر الانسان وكرامته، كأن يقول شخص لاخر (يا ابله) أو (ياخنزير) وغيرها من الالفاظ النابية. انظر د. علي محمد جعفر، قانون العقوبات الخاص، المصدر السابق، ص 168-169.

[10] القذف، هو اسناد واقعة معينة (محددة) تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره عند اهل وطنه اسناداً علنياً عمدياً. =

= انظر، د. ماهر عبد شويش الدرة، قانون العقوبات القسم الخاص، المصدر السابق، ص 246.

[1] انظر، د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، المصدر السابق، ص 387-388. وكذلك انظر د. محمد زكي ابو عامر، الحماسية الجنائية للحريات الشخصية، المصدر السابق، ص 61-62.

(2) قرار محكمة جنايات طنطا 28 يونيه 1927، مج 28، عدد115، سابق الاشارة إليه، جندي عبد الملك، المصدر السابق، ص160.

[3] انظر: بدر السعد المنيع، المصدر السابق، ص 250. وكذلك انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، المصدر السابق، ص 136-137.

(4) قرار محكمة جنايات القاهرة، 15مايو 1978، سابق الاشارة إليه، نقلاً عن د. محمد زكي ابو عامر، المصدر السابق، ص58، هامش رقم 5.

[5] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، نفس المصدر، ص 137.

[1] انظر: د. حكمت موسى سلمان، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، ط1، بغداد، 1987، ص26.

[2] أنظر: د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المصدر السابق، ص 100.

[3] انظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري، مطبعة التعليم العالي في الموصل، 1989، ص145.

[4] انظر: دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005 المادة (37) الفقرة (ج).

[1] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، المصدر السابق، ص100.

[2] انظر: د. محمد زكي ابو عامر، المصدر السابق، ص56.

[3] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، المصدر السابق، 102.

[1] د. عمر الفاروق الحسيني، قانون العقوبات، ص 169-170.

[1] انظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، قانون العقوبات القسم العام، ص192.

[2] د. ماهر صالح علاوي الجبوي، القانون الاداري، المصدر السابق، ص 200.

[1] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، ص58-63.

[2] د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، ص 53.

[3] انظر: د. عمر الفاروق الحسيني، المصدر السابق، ص71.

[1] انظر : نص المادة (310) والمادة (313) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.

[1] انظر : د . عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المصدر السابق، ص76.

[1] انظر : د . سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، ص 392.

[5] انظر : المستشار عمرو عيسى الفقي، ضوابط الإثبات الجنائي، ص 9.

[1] إذ أنه عادة ما يستخدم مصطلح الاعتراف لدى فقهاء القانون الجنائي للتعبير اقوال المتهم على نفسه بدلاً من الإقرار الذي عادة ما يستخدم لدى فقهاء القانون المدني.

(2) أن نص المشرع الجزائي في المادة 218 الأصولية صراحة على اشتراط عدم صدور الإقرار نتيجة اكراه مادي أو ادبي، يؤكد بشكل واضح ما اتجهنا إليه في موضعه من أن المشرع العراقي العقابي قد تبنى فكرة التعذيب النفسي وبأنه يساوي بينه وبين المادي منه. انظر ص14-15 من بحثنا هذا.

(1) انظر: المادة (19) الفقرة (خامساً) من دستور جمهورية العراق الدائم.

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4 ، العدد 2
السنة 2022 ، ص51-ص 70

الجرائم المستحدثة في قانون مكافحة الفساد
(جريمة الرشوة وجريمة المحاباة)

The Crimes established in the law of deterioration
(Crimes of Bribery and Favoritism)

د.عبوب زهيرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف-
Zahira_abboub@yahoo.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/04/01	2022/04/27	2022/06/25

الملخص:

يشكّل الفساد خطر على استقرار المجتمعات وأمنها، وينعكس سلبا على القيم الأخلاقية والعدالة والمساواة والسيادة والقانون، وهذا ما يؤدي إلى زعزعة الثقة العامة وإعاقة برامج التنمية المستدامة.

ولاتكمن خطورة الفساد في كونه نشاطا يسبب كسب غير مشروع للبعض فحسب، بل تكمن الخطورة الحقيقية للفساد في كونه صورة من صور الجريمة المنظمة وفي ارتباطها بسائر أشكال الجريمة، كما أنّه لم يعد الفساد شأنا محليا يمكن مواجهته بقوانين وتدابير محددة، بل أصبح ظاهرة غير وطنية تمسّ المجتمعات والنظم الاقتصادية على المستويات الإقليمية والدولية، وهذا ما دفع إلى تضافر الجهود ما بين الدوّل لمواجهة هذه الظاهرة.

كما اهتمّت الجزائر في مواجهتها-ظاهرة الفساد- بإنشاء قانون مستقل يخص مكافحة جرائم الفساد، وهو القانون06-01 المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي نصّ على العديد من الجرائم، والتّي اخترنا منها جريمتي الرشوة، وجنحة المحاباة محددين أركانهما، والعقوبات المقررة عليها.

الكلمات المفتاحية: - الفساد، جنحة المحاباة، جريمة الرشوة، الموظف، الصفقات العمومية،العقوبات الأصلية، العقوبات التكميلية

Abstract:

Deterioration is a threat to the stability and security of societies, it is reflected in moral values, justice, equality, sovereignty and law, this leads to destabilization of public confidence and hinder sustainable development programs.

The gravity of deterioration lies not only in the fact that it is an activity that causes illicit gain to some, but the real danger of deterioration lies in its being a form of organized crime and in its association with other forms of crime, deterioration is no longer a local issue that can be faced with specific laws and measures, but it has become a non-national phenomenon affecting societies and economic systems at the regional and international levels, this has led to concerted efforts among countries to face this phenomenon.

Algeria was also interested on confronting –deterioration phenomenon- by the creation of an independent law to combat deterioration crimes. Law 06-01 concerning the prevention and control of deterioration, which provided for many crimes, from which we choose from them: Bribery and Favoritism offense crimes defining its elements, and the penalties imposed on them.

key words; Corruption, misdemeanor, bribery, employee**,** public deals, original sanctions, supplementary penaltie

مقدمة:

ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية أخذت تتزايد بالنظر إلى حجم الفضائح الاقتصادية وكذلك الخسائر المالية الطائلة التّي لحقت بالدولة، والتّي تتعدّى الملايير من الدولارات، لكن هذه المخاطر كلّها لم تكن حكرا على المستوى الوطني، وإنّما أصبحت شأنا عالميا، ولهذه الأسباب سارعت الجزائر للمصادقة بالتحفظ على اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد والمعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتّحدة، كما صادقت على اتّفاقية الإتّحاد الإفريقي للوقاية من الفساد ومكافحته، هذا على المستوى الدولي، أمّا على المستوى فلقد كيفت الزائر قوانينها الداخلية مع اتّفاقية مكافحة الفساد، إذ قام المشرّع بسنّ قانون مستقل وهو قانون 06-01، المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]، كما أدخل العديد من التعديلات على التشريع الداخلي خاصة في ضلّ قصور قانون العقوبات في مواجهة جرائم الصفقات العمومية، والتيّ ارتأينا من خلال هذه المداخلة دراسة جريمتين، في هذا الإطار ، وهما جريمة الرشوة، وجريمة المحاباة.

فمن خلال ما سبق ذكره يمكن طرح **الإشكالية التّالية:**

هل وفق المشرّع الجزائري من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في التصدّي لهتين الجريميتن؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطّة الدراسة إلى محورين، المحور الأول عالجنا فيه جريمة الرشوة، أمّا المحور الثاني فتناولنا فيه جريمة المحاباة، معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي الذي يناسب هذا الموضوع.

المحور الأوّل: جريمة الرشوة

تعدّ جريمة الرشوة ظاهرة اجتماعية متفشية بين أصحاب الوظائف العامة وحتّى بين مستخدمي المشروعات الخاصة، فالموظف يتمتع بسلطات خطيرة فهو مكلف بحكم القانون بأداء أعمال وظيفته في نزاهة كاملة تحقيقا للمصلحة العامة، إذ ليس له أن ينظر إلى أيّ ميزة أو فائدة في مقابله، طالما أنه يتقاضى راتبه المقرر له حسب الأنظمة والقوانين، كما ليس له أن يستغلّ سلطات وظيفته لتحقيق مصلحة خاصة لا يقرّها القانون.[2]

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بعد إلغاء المادة 128 مكرر01 التي تنصّ على ذات التجريم.

ولدراسة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يقتضي الأمر منّا التطرق إلى أركان هذه الجريمة(أوّلا)، والعقوبات المقررة لها وفقا لما جاء به قانون الوقاية من الفساد ومكافحته(ثانيا).

أوّلا: أركان جريمة الرشوة

لقيام جريمة الرشوة افترض المشرّع أن يكون الجاني موظفا عموميا، أو من في حكمه، ومن المخولين قانونا إبرام العقود أو الصفقات باسم الدولة أو الهيئات العمومية التابعة لها، بحيث يقوم هذا الموظف باستغلال الوظيفة الإدارية من أجل الحصول على المقابل، دون وجه حق[3].

1: الركن المادي لجريمة الرشوة

تنصّ المادة 27 من قانون مكافح الفساد06-01 [4]على" يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين سنة(20) وبغرامة من 1.000.000إلى 2.000.000، كل موظف عمرمي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد ابرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجكاعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

أو المؤسسات العمومية ذات الابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية"

من خلال نصّ المادة يتّضح لنا أنّ الركن المادي في جريمة الرشوة ما يلي: القبض، أو محاولة قبض الموظف العمومي عمولات مهما كان نوعها، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، وهذا بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية ، و عقد ، أو ملحق باسم الدولة.

لذلك ينقسم الركن المادي إلى عنصريين النشاط الإجرامي والمناسبة.

أ: السلوك الإجرامي

نحدّد السلوك الإجرامي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية استنادا إلى صورها العامة، والمتمثلة في الطلب، والقبول والأخذ.

أ-1: الطلب

هو مبادرة من الموظف العمومي يعبّر فيه عن إرادته في طلب مقابل لأداء وظيفته أو خدمته أو الامتناع عنه، وهذا الطلب يكفي لقيام الجريمة متى توافرت باقي الأركان حتّى ولم يصدر القبول من طرف صاحب الحاجة، بل حتّى ولو رفض هذا الأخير الطلب وسارع بإبلاغ السلطات العمومية، ولا عبرة بشكل الطلب فقد يكون شفاهة أو كتابة، كما قد يون الطلب كذلك صريحا، أو مستفادا من تصرفات الموظف.[5]

ولا يشترط في ذلك صدور قبول من صاحب المصلحة لقيام جريمة الرشوة، بل يكفي لتوافر النشاط الإجرامي أن يصدر عن الموظف بإرادته المنفردة إيجاب بالرشوة ولو لم يعقبه قبول لها ممّن توقّع الموظف أن يكون راشيا، فتقع الجريمة كاملة ولو رفض الراشي الاستجابة إلى هذا الطلب، وعلّة ذلك أنّ الموظف بهذا الطلب قد عرض العمل الوظيفي كسلعة للاتجار فيها فأخلّ بنزاهة الوظيفة.[6]

أ2: القبول:

يكون من الموظف حيال الوعد بعطية، بمقتضاها يعبّر الموظف عن ارادته في الموافقة على تلقي مقابل أدائه العمل الوظيفي في المستقبل، ويشترط في القبول أن يكون جديّا، وهذا

يتطلّب أن يكون الوعد بالعطية جديّا بدوره ولو في ظاهره فقط، ويستدلّ على ذلك بالقرائن من شواهد الحال.

مجرد قبول وقبض العمولة المعروضة على الموظف فعلا تقوم به جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، ومجرد قبول جدّي من الموظف تتمّ الجريمة.[7]

وهذا ما أكّدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1431 جلسة 193/14/24 بقولها" جريمة الرشوة لا تتمّ قانونا إلاّ بإيجاب من الراشي وقبول من جانب المرتشي إيجابا وقبولا حقيقيين، فإذا كان الشخص الذي قدمت له الرشوة قد تظاهر بقبولها ليسهل على أولي الأمر القبض على الراشي متلبسا بجريمة فإنّ القبول الصحيح الذي تتمّ به الجريمة يكون منعدما في هذه الحالة، ولا يكون في المسألة أكثر من إيجاب من الراشي لم يصادف قبولا من الموظف فهو شروع في الرشوة."8

أ3: الأخذ

وهو أخذ الأجرة أو الفائدة ، وهو ما يُقدّم نظير قضاء المصلحة ويعتبر من أجزاء الركن المادي لهذه الجريمة، وهذا المقابل يتنوّع ويختلف، فقد يكون مالاً أو منفعة، وقد يكون محاباة أو غير ذلك.

غير أنّ المنفعة أو الفائدة في مجال الصفقات العمومية لم يحددها المشرّع الجزائري، فهي عموما لا تختلف عن الأجرة أو الفائدة التي يقبضها المرتشي لقاء أدائه عملا، أو الامتناع عن أدائه، فالفائدة إذا هي المحل الذي يد عليه طلب المرتشي أو قبوله أو أخذه، وللفائدة معنى واسع يشمل كلّ ما يشبع حاجة، أيّا كان اسمها أو نوعها سواء كانت مادية أو معنوية، لذلك فالفائدة هي ما يدفع من رشوة أو عمولة إلى الموظفين أو المسؤولين في القطاعين العام والخاص لتسهيل وتسريع عقد الصفقات لرجال الأعمال والشركات الأجنبية.9

ب: المناسبة

تقتضي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أن يقبض الجاني عمولته بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

فتكون مناسبة قبض العمولة محددة في مرحلة تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن ابرام صفة أو عقد أو ملحق.

تتحمّل الجهات الإدارية والمرافق العامة التي يحصل العاملين بها على الرشوة خسائر كبيرة في حالة تقديم رشوة من العملاء وحصولهم على عطاءات أقلّ من قيمة الشيء المطروح للعطاء، أو لإرساء مزادات أو مناقصات على مورين أو متعهدين بالمخالفة للشروط والمواصفات الموضوعة، وما يترتب على ذلك من قبول توريدات غير مطابقة للمواصفات أو أقلّ جودة، وهو ما يطلق عليه بالفساد في مجال الصفقات العمومية.[10]

2: الركن المعنوي

تقتضي هذه الجريمة لقيامها توافر القصد الجنائي العام، ويقوم هذا الأخير متّى اتّجهت إرادة الجاني نحو قبض أو محاولة قبض عمولة من الصفقات العمومية مع علمه بأنها عمولة غير مستحقة وغير مبررة شرعا.[11]

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة

أقرّت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بضرورة الردع عن ارتكاب جرائم الفساد من خلال العقاب على مرتكبي جرائم الفساد، وإذا كانت الاتفاقية لم تضع عقوبات محددة لجرائم الفساد بما فيها الرشوة تاركة ذلك للتشريعات الداخلية للدول الأطراف في الاتفاقية، إلاّ أنّها أقرّت بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلى جانب الشخص الطبيعي، وهو ما جاء في المادة 26 منها كما يلي:" تعتمد كلّ دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تتّسق مع مبادئها القانونية لتقرير مسؤوليات الشخصيات الاعتبارية عن المشاركة في الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية...."، وهو ما استجاب له المشرع الجزائري إذ أقرّ المسؤولية الجزائية للشخصيين الطبيعي والمعنوي على حدّ سواء في جرائم الفساد بما فيها الرشوة، ووضع عقوبات مناسبة تنوعت بين العقوبات الأصلية(1) والعقوبات التكميلية(2).[12]

1: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة الرشوة وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

للإلمام بالعقوبات الأصلية لجريمة الرشوة، يقتضي منّا الأمر تحديد العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وكذا العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

أ: العقوبات الأصلية لجريمة الرشوة بالنسبة للشخص الطبيعي

لقد كان المشرّع أكثر تشددا في عقاب الشخص الطبيعي على هذه الجريمة مقارنة بباقي الجنح، حيث اعتبر فعل الرشوة في الصفقات العمومية جنحة مغلظة، وهذا راجع للآثار الخطيرة التي تنتج عن هذه الجريمة، والتّي تمس أساسا بالمال العام، وتحط من هيبة الدولة والإدارة العامة، كما أنّها تعيق التنمية المحلية لكونها تعرقل المشاريع العمومية في هذا المجال.

وعقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هي:الحبس من 10 إلى 20 سنة، وغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى عشرة مليون دج.

ب: العقوبات الأصلية لجريمة الرشوة بالنسبة للشخص المعنوي

نصّت المادة 53 من القانون 06-01 على" يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزئيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون طبقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

وبالتّالي في حالة ارتكابه لجريمة الرشوة فإنّه يعاقب بعقوبة أصلية تتمثل في الغرامة، فهي العقوبة الأكثر تطبيقا وانتشارا بالنسبة للشخص المعنوي لكونها أكثر ردعا، وأقلّ ضررا من الناحية الاقتصادية، وتقدّر من مرّة إلى خمس مرات الحدّ الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، أيّ من 1.000.000دج إلى 5.000.000دج.[13]

2: العقوبات التكميلية المقررة لجريمة الرشوة وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته :

يميّز المشرّع الجزائري بين العقوبات التكميلية14 المقررة للشخص الطبيعي، عن العقوبات التكمي--لية المقررة للشخص المعنوي.

أ: العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي

لقد حددت المادة09 المعدّلة بالقانون رقم 09-23 المتضمن تعديل قانون العقوبات، العقوبات التكميلية المطبقة على الشخص الطبيعي، والمتمثلة فيما يلي:

1: الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، ومضمون هذه العقوبة هو:

أ: العزل من جميع الوظائف ذات العلاقة بالجريمة.

ب: الحرمان من حقّ الترشّح والانتخاب وحمل أيّ وسام.

ب: عدم أهليته ليكون مساعداً محلّفا أو خبيرا أو شاهدا على أيّ عقد أو أمام القضاء إلاّ على سبيل الاستدلال، ولا أن يكون وصيّا أو قيّما.

ث: حرمانه من حقّ حمل السلاح ومن التدريس، أو أيّ عمل يتعلّق بذلك.

ج: سقوط حقوق الولاية كلّها أو بعضها.

2: تحديد الإقامة بإلزام المحكوم عليه بالإقامة في نطاق إقليمي معيّن ، لمدّة لا تتجاوز خمس سنوات يبأ تنفيذها من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

3: المنع من الإقامة وهو عكس الإجراء الأوّل.

4:المصادرة الجزائية للأموال، فبالرجوع إلى نصّ المادة02/51 من القانون 06-01 نجدها تنصّ" في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة وحقوق الغير حسن النيّة".

فالمصادرة هي أيلولة عائدات الجريمة والوسائل المستعملة في ارتكابها كالهاتف النقال المستعمل في الاتصال بالراشي مثلا، نهائيا للدول بحرمان الجاني منها، وإن كان هذا متصورّا في المنفعة المادية، إلا أنّه غير ممكن فيما يخصّ المنفعة المعنوية، كما أنّ تسلّم المرتشي محل الرشوة حكما كتسليمه مفتاح المخزن الذي يوجد فيه مقابل الرشوة، أو وضع المال تحت تصرّف المرتشي يستولي عليه حينما يشاء، لا يحول دون مصادرة هذه الأشياء إذا ما تمّ ضبطها من طرف الضبطية القضائية، في حين يمكن المطالبة بقيمة ما تمّ هلاكه، فيفهم من مضمون المادة أعلاه أنّ المصادرة هي أمر إلزامي تكون كلية وليست جزئية، فلأهمية هذه العقوبة لم يكتفي المشرّع بالإحالة على قانون العقوبات، بل أكدّ على وجوب الحكم بها في قانون رقم 06-01 من غير الالتفات إلى مدى تحقّق النتيجة من عدم تحققها، مقيّدا بذلك حكم المادة 09 المعدّلة بالقانون رقم 06-23 ، وتتمّ المصادرة حتّى وإن انتقلت المنفعة من الرشوة لأصول الجاني أو فروعه أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت الأموال على حالها، أو تمّ تحويلها، وفي كلّ الأحوال تحفظ حقوق الغير حَسن النية.

لقد أصاب المشرّع هنا، لأنّ الجاني عادةً ما يعمد إلى تحويل عائدات جريمته إلى زوجه أو أولاه، ليتحصّل عليها فيما بعد بطريق آخر يخفي حقيقة مصدرها غير المشروع مفوتّا بذلك على القاضي فرصة الحكم بردّها ومصادرتها.

5: المنع المؤقّت من ممارسة مهنة أو نشاط ذات صلة مباشرة بالجريمة.

6:الحظر من إصدار الصكوك أو استعمال بطاقات الدفع.

7: سحب جواز السفر أو رخصة السياقة.

8: نشر أو تعليق الحكم أو قرار الإدانة.[15]

ب: العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

حدّد المشرّع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات، وهي :حلّ الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدّة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدّة لا تتجاوز خمس سنوات مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة ناو نتج عنها تعليق ونشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية.[16]

المحور الثاني: جريمة المحاباة

يقصد بالمحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مترشّح لصفقة عمومية على مترشّح آخر دون وجه حقّ لتحقيق مصالح معينة، وهذامايخلّ بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، فهي الجنحة التي تثبت إفادة الغير بامتياز غير مبرر، إذ أنّ التفضيل يكون بخرق قواعد حرية الحصول ومساواة المترشحين، هذه الجنحة حددتها المادة 7 من قانون 3 جانفي 1991، المرتبطة بشفافية الإجراءات المنظمة للصفقات العمومية، ثمّ أدرجت في المادة 432-14 من قانون العقوبات، المكمّل بقانونيين 08 فيفري1995، و22جانفي1997.

تكمن الغاية من تجريم هذا الفعل في ضمان المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقات العمومية، واستبعاد التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في المعاملات.[17]

من خلال ما سبق ذكره وللإلمام بجريمة المحاباة18 ، لابدّ من تحديد أركانها(أوّلا)، و- العقوبات لمقررة لها(ثانيا).

أوّلا: أركان جريمة المحاباة

تقوم جريمة المحاباة على عدّة أركان، وتتمثل فيما يلي:

1: صفة الجاني في جريمة المحاباة

حصرت المادة 1/26 من قانون لوقاية من الفساد ومكافحته صفة الجاني في الموظف العمومي كما هو معروف في المادة 2/–ب.

وفضلا عن ذلك يشترط أن يكون للموظف العمومي شأن في ابرام الصفقات العمومية، أو تأثيرها أو مراجعتها.

2: الركن المادي لجريمة المحاباة

وينقسم هذا الركن إلى عنصريين:

أ : السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك الإجرامي لجنحة المحاباة بإبرام أيّ عقد أو صفقة أو ملحق، أو مراجعته أو تأشيره مخالفة لتشريعات والتنظيمات المعمول بها.[19]

ب: الغرض من السلوك الإجرامي

لايكفي لقيام الركن المادي في جريمة المحاباة قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة، أو اتّفاقية أو ملحق أو مراجعتها، أو التأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية، بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط،فإذا استفاد منه الجاني جاز أن يكون الفعل رشوة.[20]

3: الركن المعنوي

جريمة المحاباة تعدّ من الجرائم العمدية التي تتطلّب لقيامها توافر القصد النائي العام والخاص.

أ:القصد العام

الذي يتمثل في اتّجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع العلم بأنّ هذا الفعل محرّم قانونيا.

ويتجسّد الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه واتّجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلّق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.

ب : القصد الخاص

يتجسّد القصد الخاص في نيّة الموظف العمومي في إعطاء امتياز للغير، مع علمه بأنّها غير مبررة، ولا يستحقها ذلك الغير بموجب التشريعات والأنظمة المعمول بها في هذا المال، ويمكن استخلاص الركن المعنوي من الوقائع والظروف المحيطة بالجريمة.[21]

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

للإلمام بالعقوبات المقررة لجريمة المحاباة، يقتضي الأمر التطرّق إلى العقوبات الأصلية (1)، وكذا العقوبات التكميلية (2).

1: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة المحاباة :

للإلمام بالعقوبات الأصلية لجريمة المحاباة، يقتضي منّا الأمر تحديد العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وكذا العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

أ: العقوبات الأصلية المطبّقة على الشخص الطبيعي

من خلال نصّ المادة 26 من قانون مكافحة الفساد، نجد أنّ المشرّع الجزائري شدّدّ في إلحاق العقوبة على كلّ عون من أعوان الدولة الذي يثبت ارتكابه لجريمة منح امتيازات غير مبررة، وهذا يدلّ على حرص المشرّع على مكافحة هذه الجريمة بردع الجاني بأقصى عقوبة، حيث أنّه لم يكتفي بتوقيع هذه العقوبة على الجاني وحده، بل توسّع من مال التجريم لتشمل كلّ طرف ساهم في إبرام عقد أو صفقة أو مراجعتها، أو تأشيره، وأيضا نصّ التجريم جاء بصورة مطلقة حيث أنّه يشمل الصفقة العمومية من جانب، ويشمل أيضا الاتفاقية والملحق أيضا، وكلّ من قام باختراق والاعتداء على هذه التنظيمات يوقّع عليه الجزاء الذي جاءت به نصّ المادة26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.[22]

ب: العقوبات الأصلية المقررة للشخص الاعتباري

أقرّ المشرّع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، حيث نصّ المشرّع على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10، المعدّل والمتمّم لقانون العقوبات رقم 04-15 التي

تقضي"باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوي الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندا ينصّ القانون على ذلك." وأنّ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك."

استنادا إلى النصّ المذكور نجد أنّها حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من القانون الخاص، حيث استثنت منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

وقرّر المشرّع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتّي تساوي من مرّة(1) إلى خمس (5) مرات الحدّ الأقصى للغرامة المقرّرة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، وحسب المادة53 من قانون مكافحة الفساد، أي غرامة تتراوح ما بين1.000.000دج و5.000.000دج.

فلا يحكم على الأشخاص المعنوية إلاّ بالغرامة المالية، ونجد أنّ المشرّع قد لجأ إلى تغليظ الغرامات المالية والتّي تعتبر من أهمّ العقوبات بالنسبة للجرائم التّي تهدف إلى إثراء الذمّة المالية بدون سبب مشروع، ويرجع ذلك إلى أنّ غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والربح الغير المشروع، فمن المناسب أن تكون الغلبة لعقوبة تصيب الجاني في ذمتّه المالية.[23]

2: العقوبات التكميلية:

يميّز المشرّع الجزائري في إقراره للعقوبات التكميلية، بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وبين العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

أ: العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي

لا تكفي العقوبة التكميلية لأن تكون الجزاء المباشر للجريمة، فلا يحكم بها القاضي إلاّ إلى جانب عقوبة أصلية، مع ضرورة ذكرها في الحكم، فإن أغفلها القاضي فلا يجوز تنفيذها[24]، إلاّ أنه يجوز الحكم بها خارج العقوبات الأصلية استثناءا في الحالات التي نصّ عليها القانون صراحة، وهي إمّا اختيارية أو إجبارية.

فبالرجوع إلى نصّ المادة 09 من قانون العقوبات نجدها نصّت على 12 عقوبة تكميلية تُرتب على الشخص الطبيعي، نذكر مثلا:

-الحجر القانوني:

التي نصّت عليه المادة9 مكرر من نفس القانون، وهي حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوق مالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

-الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية:

نصّت عليها المادة 9 مكرر1 وحدّدت 6حالات، ويطبّق القاضي هذه العقوبة في حالة الحكم على الجاني بعقوبة جنائية لمدّة أقصاها 10سنوات من يوم انقضاء العقوبة الأصلية، أو الإفراج.

-تحديد الإقامة:

نصّت عليهاالمادة11 من قانون العقوبات، وهي إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في نطاق إقليمي يعينه الحكم لمدّة لا تتجاوز5سنوات.

-الإقصاء من الصفقات العمومية:

نصّت عليها المادة16 مكرر2 من قانون العقوبات، حيث أنّه يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أيّ صفقة عمومية، ويكون ذلك إمّا نهائيا أو لمدّة لا تزيد عن 10سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جناية، وخمس(5) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة، إضافة إلى عقوبات أخرى وهي المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال،المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة ، أو إلغاؤها مع منع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

ولقد نصّ قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أيضا على العقوبات التكميلية، حيث أنه يمكن تمديد أو حجز العائدات والأموال الغير مشروعة الناتجة من الجريمة، وذلك بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة، ومن جانب آخر يمكن أن تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال الغير مشروعة.[25]

ب: العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

يقصد بالعقوبات التكميلية تلك العقوبات التّي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التّي نصّ عليها القانون، وهي إمّا إجبارية أو اختيارية.[26]

أقرّت المادة53 من قانون الفساد ومكافحته المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وأحالت إلى قانون العقوبات لتحديد القواعد المتّبعة في ذلك، كما نصّت كذلك المادة50 من نفس القانون على العقوبات التكميلية، وأحالت إلى قانون العقوبات كذلك.

وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد بأنّ العقوبات المتّخذة بموجبه تتناسب مع الشخصية المعنوية وطبيعتها كما هو وارد في المادة18مكرر الفقرة الثانية منه، وهذه العقوبات هي:

حلّ الشخص المعنوي، غلق المؤسسة، أو فرع من فروعها لمدّة لا تتجاوز خمس(5) سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدّة لا تتجاوز خمس(5) سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو عدّة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدّة لا تتجاوز خمس(5) سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر أو تعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدّة لا تتاوز خمس(5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدّى إلى الجريمة بمناسبته.

بما أنّه تمّت دراسة وضع تعريفات لبعض هذه العقوبات، سنحاول الآن الإشارة إلى المستجدّة منها، وهي:

ب1: حل الشخص المعنوي:

يقصد به إنهاء وجود الشخص المعنوي من الحياة بصورة كليّة، فالحلّ بالنسبة للشخص المعنوي يقابله الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي، وتعدّ هذه العقوبة مساسا بالوجود القانوني للشخص المعنوي، وتعدّ عقوبة قاسية والمشرّع الجزائري لم يجعلها وجوبية، حيث ذكر واحدة أو أكثر من العقوبات.

لا توقّع عقوبة الحلّ بالنسبة للشخص المعنوي إلاّ بتوافر حالتين:

أن يكون الشخص المعنوي قد وجد بغرض ارتكاب نشاط غير مشروع، وغرض آخر احتياطي على أساسه تمّ تأسيس الشخص المعنوي قانونيا، أمّا الحالة الثانية تتمثل في خروج الشخص المعنوي عن الغرض الذي أنشأ من أجله بغرض ارتكاب جريمة.[27]

ب2 الوضع تحت الحراسة القضائية:

وهو إجراء شبيه بالرقابة القضائية المفروضة على الشخص الطبيعي، وبمقتضاه يتمّ تقييد حرية الشخص المعنوي، وهو يتمّ لمدّة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكب الجريمة بمناسبته.

وما تجدر الإشارة إليه أنّه عندما يعاقب الشخص المعنوي المرتكب للجريمة بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادّة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، فإنّ خرق الالتزامات المترتّبة على هذا الحكم من طرف شخص طبيعي يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 100.000 إلى 500.000دج، ويمكن أن تقوم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن خرق الالتزاماتالمترتّبة على الحكم، ويعاقب في هذه الحالة بغرامة تساوي من مرّة إلى خمس مرات الحدّ الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي[28].

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يمكن الخروج بالنتائج التّالية:

1: اعتماد المشرّع الجزائري مبدأ المساواة في العقاب في جريمة الرشوة بين الراشي والمرتشي، بحيث اعتبرّ كلّ منهما فاعلين أصليين في الجريمة، وذلك رغبة منه -المشرّع الجزائري- في عدم إفلات أي منهما من العقاب

2:وسّع القانون 06-01 المتّعلق بمكافحة الفساد من مفهوم الموظف، وذلك بإدخال فئات كانت سلفا غير معنية بالمسائلة الجزائية.

3: إقرار المشرّع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، بحث نوّع في العقوبات المطبّقة عليه بين الحلّ ، أو غلق المؤسسة، الغرامة، والمنع من مزاولة النشاط.

4: اعتماد المشرّع الجزائري سياسة التجنيح ، حيث اعتبر جرائم الصفقات العمومية جنحا، رغبة منه في ربح الوقت، واختصار الإجراءات.

من خلال هذه النتائج يمكن تعزيزها بجملة من **التوصيات:**

1-ضرورة وضع معايير فنية وعلمية في اختيار الموظف الكفء.

2-اصلاح نظام الأجور كإجراء وقائي يمنع الموظّف من الوقوع في بؤر الفساد.

3-أن يكون هناك قضاء مستقل في جرائم الفساد.

قائمة المراجع والمصادر

أوّلا: القوانين

1:قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير2006، الجريدة الرسمية، عدد14، مؤرخة في 08مارس2006، ص04، يتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ثانيا: الكتب

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،(جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال-جرائم التزوير)، الطبعة 13، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر،2012-2013.

2. عمّار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر2010، المعدّل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

3. عمر خوري، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2010.

4. محمّد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة،2004.

ثالثا:المذكرات والأطروحات

5. .عمار بوجطو، مكافحة جرائم الفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة أجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة14،الجزائر، 2006.

6. بزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة ماجستير، جامعة الصدّيق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق، 2007-2008.

7. بن يطّو سليمة، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، 2012-2013.

8. بوخدنة لزهر، بركاني شوقي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة التخرج لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر،2008.

9. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلّق بالفساد، مذكر ماجستير، تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، كلية الحقوق، 2011-2012.

10. عطة صوفيان، عروج يونس، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي15-247، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

11. مناصرية رشيدة، جنحة المحاباة في التشريع الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص قانون جنائي للأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق، 2014-2015.

12. هارون نورة، جريمة الرشوة في التشريع الجزائري، -دراسة على ضوء اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد- أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

رابعا: الملتقيات

13. أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة (غير منشورة)، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، يوم 20 ماي 2013، جامعة المدية، كلية الحقوق.

14. بوعزّة نضيرة، جريمة الرشوة في ظلّ القانون رقم 06-01 المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني حول "حوكمة الشركات كآلية للحدّ من الفساد المالي والإداري، 06و07 ماي 2012، كلية العلوم والاقتصادية وعلوم التسيير"، مخبر مالية ، بنوك وإدارة الأعمال

15. دليلة جلايلة، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة (غير منشورة)، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، يوم 20 ماي 2013، جامعة المدية، كلية الحقوق.

الهوامش:

[1] قانون رقم06-01 ممضى في 20فبراير2006، الجريدة الرسمية عدد14 مؤرخة في 08مارس2006، الصفحة04 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] هارون نورة، جريمة الرشوة في التشريع الجزائري، -دراسة على ضوء اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد- أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص.05.

[3] ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنّنا لا نرى وجودا لجريمة الرشوة في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، في حين أشارت الاتفاقية الإفريقية لمنع الفساد إلى ما يقترب من ذلك المعنى في المادة 11 مقطع 3 بنصّها"تلتزم الدول الأطراف باتّخاذ أيّ إجراءات أخرى قد تكون لازمة لمنع الشركات من دفع الرشاوي للفوز بمنح الصفقات."

زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلّق بالفساد، مذكر ماجستير، تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، كلية الحقوق، 2011-2012، ص.113.

[4] المادة27 من قانون06-01 السالف الذكر.

[5] بوعزّة نضيرة، جريمة الرشوة في ظلّ القانون رقم 06-01 المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني حول "حوكمة الشركات كآلية للحدّ من الفساد المالي والإداري، 06و07 ماي 2012، كلية العلوم والاقتصادية وعلوم التسيير"، مخبر مالية ، بنوك وإدارة الأعمال، ص.ص 07.08.

[6] عمار بوجطو، مكافحة جرائم الفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة أجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة14،الجزائر، 2006، ص.38.

[7] دليلة جلايلة، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة (غير منشورة)، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، يوم 20 ماي 2013، جامعة المدية، كلية الحقوق، ص.05.

[8] عادل مستاري، موسى قروف،.جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظلّ قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي العدد 05، سبتمبر 2009.ص.171.

[9] زوزو زليخة، المرجع السّابق، ص.117.

[10] عادل عبد العزيز السن، مكافحة أعمال الرشوة ، ورقة عمل مقدمة في ندوة تطوّر العلاقة بين القنونية الإداريين القطاع العام ومكافحة الفساد المالي الإداري، مجلة مكافحة الفساد في الوطن العربي، يونيو2008،الرباط، ص393، نقلا عن: زوزو زوليخة المرجع السابق، ص.95.

11 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص،(جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال-جرائم التزوير)، الطبعة 13، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر،2012-2013، ص.75.

[12] هارون نورة، المرجع السابق، ص.324.

[13] بن يطّو سليمة، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، 2012-2013، ص.ص114.115.

[14] العقوبات التكميلية هي تلك العقوبات التي لا يُنطق بها منفرد عن العقوبة الأصلية، ولابدّ من ذكرها في منطوق الحكم وقد حدّدت حصرا بنصّ قانوني.

[15] بن يطّو سليمة، المرجع السّابق، ص.ص 111.110.

[16] زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص.ص124.123.

[17] زوزو زوليخة، المرجع السّابق، ص.66.

[18] مرّت جريمة المحاباة بتطورين:

التطوّر الأوّل يتمثل في نقل جريمة المحاباة من قانون العقوبات إلى قانون مكافحة الفساد، حيث تمّ إلغاء المادة 128 مكرر من قانون العقوبات ونقل مضمونها إلى المادة 1/26 من هذا القانون بنصّها على" يعاقب كلّ

موظف عمومي يقو بإبرام عقد أو يؤشّر أو يراجع عقداً، أو اتّفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير."

أمّا التطوّر الثاني يتمثل في تعديل نصّ المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وبموجب هذا التعديل يعاقب "كلّ موظف عمومي يمنح عمداً للغير امتيازاً غير مبرر عند أبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشّح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات."

والنصّ في صياغته الجديدة مستلهم من المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي.

والتعديل الجديد الذي جاء به المشرع يهدف إلى تحسين الصياغة وإيضاحها، وكذلك أعاد به ترتيب أركان الجنحة التّي اكتملت فيها مواصفات جنحة المحاباة.

[19] بوخدنة لزهر، بركاني شوقي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة التخرج لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر،2008، ص.30.

[20] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، المرجع السابق، ص.120.

[21] أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة (غير منشورة)، الملتقى الوطني السادس "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، يوم 20 ماي 2013، جامعة المدية، كلية الحقوق، ص.10.

[22] عمّار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر2010، المعدّل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.341.

[23] زوزو زوليخة، المرجع السّابق، ص.ص72.71.

[24] عمر خوري، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2010، ص.ص149.148.

[25] المادة50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، نصّت على "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

[26] المادة3/04من الأمر66-156، مؤرخ في 08يونيو1966، المعدّل والمتمم.

27 محمّد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة،2004،ص.78.

[28] بزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة ماجستير، جامعة الصدّيق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق، 2008-2007، ص.145.

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4 ، العدد 2
السنة 2022 ، ص71–ص97

رد المبيع بالإقالة

دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنه بالفقه الإسلامي

الدكتور: مرتضى عبد الله خيري[1] الدكتورة: مشاعر ادريس خير الله [2]

[1] أستاذ القانون المدني المشارك، جامعة الشرقية، سلطنة عمان

KHEiRiLAW@hotmail.com

(2) أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد، جامعة الخرطوم، السودان

KHEiRiLAW@hotmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/06/13	2022/06/17	2022/06/25

الملخص:

تناولت الدراسة الأحكام الفقهية والقانونية في مسائل رد المبيع بالإقالة وأثرها على طرفي العقد (البائع، المشتري) وقد انتهج الباحث المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن وقد أسفرت الدراسة عن نتائج من أهمها أجاز القانون المدني الإماراتي الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي وذلك عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه واعتبر القانون هذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار الا في حالة اتفاق المتعاقدين صراحة على الإعفاء منه وخلصت الدراسة إلى توصيات من أهمها توصية للمشرع الإماراتي بإضافة الموضوعات المتعلقة بالخيارات التي لم تناولها في القانون المدني الإماراتي لسنة 1985م.

الكلمات المفتاحية: عقد البيع، رد المبيع- الإقالة، قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الفقه الإسلامي.

Abstract:

This study deals with jurisprudence and legal provisions handled in the Sale response. It also, demonstrates that influence on the parties in case of seller and purchaser. The writer of this study employs both descriptive and comparative methods since the study attempts to produce the findings of the most significant civil law agreement processed in the UAE as it revokes the contract without referring to

[1]. المؤلف المرسل: الدكتور مرتضى عبد الله خيري KHEiRiLAW@hotmail.com

judicial law. In case of short coming to commitments agreed upon, the contract is treated cancelled if it does not meet the responsibilities emerged of the law agreement. The law does not exempt excuses that case except for unenforceable contractors' agreement. This study concludes with recommendations to Emirati legislators by adjoining associated potions which the Emirati civil law has not been dealt with in attached the year, 1985.

Keywords: The Contract of Sale ,Dissolution, Return of the subjectmatter, The UAE Civil law,Islamic Jurisprudence.

مقدمة:

أحكام البيع تحتل أهمية بالغة في الحياة اليومية للفرد والمجتمع باعتبارها اكثر شيوعا في التعامل وقد ذاد من هذه الأهمية التطور المضطرد في الحياة الاقتصادية للأمم مما أدى إلي اتساع نطاق البيع سواء من حيث طبيعة محله او من حيث أطرافه او زمان او مكان انعقاده ، فقد تطورت العلاقات الفردية والدولية وتنوعت وأصبحت المعاملات المالية في المجتمعات الحديثة لا تقتصر على المواطنين بل تجاوزت حدود الإقليم وتعددت أساليب استخدام عقد البيع بفضل زيادة وسائل الاتصالات البشرية مما سبب ظاهرة التجارة الدولية وتقدمها وتنوعها. فالبيع جزء من المعاملات المالية التي لا يستغنى عنها الناس، وبدونه تتعرقل الحياة الإنسانية ان لم تتوقف ولذا اعتبرت الشريعة الإسلامية المال من الكليات الخمس التي يجب الحفاظ عليها فحفظ المال من مقاصد الشريعة. ولذلك تبدو أهمية هذا الموضوع ومكانته بالنسبة لكل التشريعات الإسلامية سواء الحديثة منها او القديمة وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع اهتماما كبيرا كما عنت التشريعات المدنية بهذا الأمر اهتماما كبيرا كذلك ومن ضمن هذه التشريعات القانون المدني الإماراتي، فكان من الأهمية بمكان معرفة الأسباب التي من أجلها يرد المبيع ومن هذه الأسباب الرد بالإقالة ولإبراز أراء الفقهاء المختلفة في هذه الأحكام كان اختيارنا لهذه الجزئية ومقارنتها بقانون المعاملات المدنية الإماراتي لمعرفة مدى موافقة هذه القوانين لأحكام الشريعة الإسلامية.

أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في الاتي:

أهمية دراسة النصوص التي وردت في الفقه الإسلامي والتي تتعلق بأحكام العقود والبيوع

دراسة ومعرفة أثر الإقالة على رد المبيع في الفقه الإسلامي

معرفة التشريعات الخاصة برد المبيع وبصفة أساسية قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

مشكلة البحث

1/ هل هناك أحكام خاصة برد المبيع في الفقه الإسلامي؟

2/ ما هو أثر الإقالة على رد المبيع؟

3/ كيف عالج قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية موضوع رد المبيع؟

4/ هل تختلف أحكام رد المبيع (الإقالة) في القانون المدني الإماراتي عن التشريعات الإسلامية الخاصة برد المبيع

أهداف البحث

إظهار اهتمام الشريعة الإسلامية بالمسائل التي تتعلق بأحكام البيوع لرد الحقوق إلى أهلها وبناء مجتمع معافي من الأمراض الاجتماعية

أجاز الفقه الإسلامي للمتعاقدين الرجوع لإقالة النادم إلى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور

لم يختلف المشرع الإماراتي عن نصوص الفقه الإسلامي في معالجة مسائل رد المبيع.

حدود البحث

سيكون لهذا البحث حدود معينة وهي قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م وكذلك في الفقه الإسلامي

منهج البحث

سوف يستخدم الباحث المنهج التحليلي في تحليل المشكلة ودراستها كما توجد فعلا، ووصفها وصفا دقيقا مع تحليل كل جزئية من جزئياتها وفقا للقوانين. كما يعتمد الباحث للوصول إلى حل مناسب لما يثيره موضوع البحث من إشكالية على دراسة نصوص القواعد القانونية المتصلة والتي وردت في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985م وفي الفقه الإسلامي والمقارنة بينهما.

خطة البحث:

المبحث الأول : التعريف بالإقالة وبيان مشروعيتها

المطلب الأول: تعريف الإقالة في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: حكم الإقالة ومشروعيتها

المطلب الثالث: اختلاف الفقهاء في حالة الإقالة

المبحث الثاني: رد المبيع بالإقالة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: أركان الإقالة

المطلب الثاني: شروط الإقالة

المطلب الثالث: الأحكام الفقهية لرد المبيع بالإقالة في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: الإقالة في القانون المدني الإماراتي

المطلب الأول: طرق رد المبيع

المطلب الثاني: أثر رد المبيع بالإقالة على طرفي العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

المبحث الأول

التعريف بالإقالة و بيان مشروعيتها

ونبين فيه التعريف بالإقالة وحكمها وبيان مشروعيتها واختلاف الفقهاء حولها

المطلب الأول: تعريف الإقالة في اللغة والاصطلاح

في اللغة :

قال ابن منظور" قاله البيع قيلا وأقال إقالة وحكي اللحياني (1) أن قلته لغة ضعيفة. واستقالتي: طلب إلى أن أقبله. وتقايل البيعان : تفاسخا صفقتهما، وتركتهما يتقابلان البيع أي يستقيل كل واحد منهما صاحبه، وقد تقايلا بعدما تبايعا أي تتاركا وأقلته البيع إقالة : وهو فسخه قال: وربما قالوا قلته البيع فأقالني إياه. وفي الحديث (من أقال نادما أاله الله من نار جهنم) (2) وفي رواية: إقالة الله عثرته أي وافقه على نقض البيع وأجابه إليه، يقال : أقاله يقيله إقالة . وتقايلا إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلي مالكه والثمن إلي المشترى إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما قال " وتكون الإقالة في البيعة والعهد . وفي حديث ابن الزبير: لما قتل عثمان قلت لا استقلها ابدأ أي لا أقبل هذه العثرة ولا أنساها، والاستقالة: طلب الإقالة، وتقيل الماء في المكان المنخفض : اجتمع، يقال تقيل فلان أباه وتقيضه تقيلا وتقيضا إذا نزع إليه في الشبه. ويقال أقال فلانا عثرته بمعنى الصفح عنه. وفي الحديث: أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم وأقال الله عثرتك وأقالها (3) .وفي المصباح المنير : أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع، لأنها رفع العقد (4) وقال المناوي" الإقالة أصلها رفع المكروه وهو في البيع رفع العقد بعد وقوعه (5) فالإقالة هي عبارة عن تراضي الطرفين (البائع والمشتري) على حل العقد السابق.

الإقالة في الاصطلاح:

عرفت الإقالة بتعريفات كثيرة، ولكن مؤداها واحد، وإن كان فيها بعض الاختلاف

عرفت الإقالة بأنها: ترك المبيع لبائعه بثمنه ويلاحظ على هذا التعريف أنه خص الإقالة في البيع مع دخولها في غيره كالإجارة والسلم وغيرها من عقود المبادلة المالية (6) وقوله (ترك المبيع يفهم منه أن الإقالة لا تصح إلا في جميع المبيع ولا تصح في بعضه ، وهذا خلاف ما ذهب إليه عامة أهل العلم (7) ويدخل في التعريف : ترك المبيع بحكم القضاء، وترك المبيع من دون رضا الطرفين، والإقالة لا تتم بذلك .

رفع البيع: ويلاحظ على هذا التعريف حصره الإقالة في البيع مع أنها تدخل في غيره من عقود المبادلات المالية كما سبق في التعريف الأول ، ولذا ذكر ابن عابدين أن تخصيصها

بالبيع لكون الكلام فيه، وإلا فهذا تعريف للإقالة مطلقا، لأن حقيقتها في الإجارة لا تخالف حقيقتها في البيع، ولهذا لم يذكر لها باب في غير هذا الموضع ونظيره النية مثلاً. تذكر في باب الصلاة ونحوها. وتعرف بالقصد الشامل للصلاة وغيرها (8).

الإقالة: رجوع كل من العوضين لصاحبه.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع، لأنه يدخل فيه رجوع كل من العوضين بحكم القضاة، وهو غير داخل في الإقالة، كما أن التعبير بالرجوع غير سليم، لأنه ربما يرجع البيع بسبب آخر غير الإقالة مثل العيب، أو ثبوت الغبن أو استحقاق المبيع لغير البائع وغير ذلك، وهذا التعريف في نظري، منصب على أثر الإقالة، وليس تعريفا لذاتها، والشيء لا يعرف بأثره، وإنما بما يظهر حقيقته وما هويته

ذكره زكريا الأنصاري فقال : هي ما يقتضي رفع العقد المالي بوجه مخصوص (9)

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين نوع العقد الذي ترد عليه الإقالة هل ترد على كل العقود؟ أو ترد على العقد اللازم فقط؟ كما ألو لم يبين الوجه المخصوص الذي أشار إليه.

الإقالة : رفع العقد السابق بلفظ (10) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع، لأنه لا يمنع أن تدخل فيه عقود جائزة مع أن الإقالة لا تدخل في العقود الجائزة لأن رفع هذه العقود لا يتوقف على الرضا من الجانبين، بل يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ متى شاء بخلاف الإقالة، ولا يمنع أن يدخل فيه رفع الإقالة بحكم القضاء، وهي كما ذكرت. لا تدخل فيه .ويرى الباحث أن الإقالة يراد بها عند الفقهاء : رفع عقد المعاوضة المالي اللازم للمستقبل باتفاق العاقدين. فقول : المعاوضة : يخرج النكاح فرفعه يكون بالطلاق .

وتقييده باللزوم يخر غير اللازم فإن فسخه لا يسمى إقالة لأنه لا يشترط فيه رضا المتعاقدين.

وقولنا : للمستقبل لأن العقد قد يكون لازما من جهته غير لازم للمقيل.

المطلب الثاني: حكم الإقالة ومشروعيتها

حكم الإقالة :

الإقالة دائرة بين الندب والوجوب بحسب حالة العقد ، فإنها تكون مندوبا إليها إذا ندم أحد الطرفين، لحديث رسول الله (ص) فيما يرويه أبو هريرة رضى الله عنه: (من أقال مسلما بيته أقال الله عثرته) وقد دل الحديث على مشروعية الإقالة، وعلى أنها مندوب إليها، لوعد المقيلين بالثواب يوم القيامة. وأما كون المقال مسلما فليس بشرط، وإنما لكونه حكما أغلبيا، وإلا فثواب الإقالة ثابت في إقالة غير المسلم، وقد ورد بلفظ: (من أقال نادما ...) . وتكون الإقالة واجبة إذا كانت بعد عقده مكروه أو بيع فاسد، لأنه إذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلي ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان، ويكون ذلك بالإقالة او بالفسخ. كما ينبغي أن تكون الإقالة واجبة إذا كان البائع غارا للمشتري وكان الغبن يسيرا، وإنما قيد الغبن (11) باليسير هنا، لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح (12) .

أولاً: الحكم التكليفي للإقالة

الإقالة في الأصل مباحه. وجائزة في الجملة. بعد انعقاد العقد ولزومه وإذا ندم أحدهما على الصفقة. وطلب الإقالة. استحب للآخر أن يقيله (13) لما رواه أبو هريرة أن النبي (ص) قال : (من أقال نادما بيعه أقال الله عثرته) ، وقد ذكر بعض علماء الحنفية أن الإقالة قد تكون واجبة ومثلوا لذلك بكون العقد مكروها أو فاسداً (14) . وحينئذ يجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة، ولأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان (15) وقد اعترض على ذلك بأن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر، وكذا للقاضي فسخه بلا رضاهما والإقالة يشترط لها الرضا (16) وقد صحح بعض علماء الحنفية ما ورد من وجوب الإقالة بأن المراد بالإقالة بأن المراد بالإقالة فيه مطلق الفسخ والرفع (17)

وبهذا يتضح أن ما ذكر من وجوب الإقالة يراد به المعنى اللغوي لا الإقالة بمعناها الخاص المعروف عند الفقهاء .

الأدلة على مشروعية الإقالة:

ثبتت مشروعية الإقالة بالكتاب والسنة والإجماع، والمعقول، أما الدليل من الكتاب فقوله تعالي: (وافعلوا الخير) (18)، فالآية المذكورة تدل بعمومها على مشروعية الإقالة لأن الأمر فيها ورد بفعل الخير، ولا شك أن إقالة النادم من فعل الخير.

الأدلة من السنة:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) من أقال نادما بيعه أقال الله عثرته) (19).

ما رواه أبو هريرة أيضا أن رسول الله (ص) قال: (من أقال مسلماً أقال الله عثرته).(20).

عن أبي شريح رضي الله عنه قال : قال رسول الله (ص) (من أقال أخاه بيعا أقال الله عثرته يوم القيامة) (21).

والدلالة من هذه الأحاديث ظاهرة لأن فيها حثا من الرسول (ص) على قبول الإقالة من طالبها، أن فاعل ذلك يلقى الثواب والأجر العظيم، وذلك بأن يقبل الله عثرته يوم القيامة.

عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله (ص) اقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود) .

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال: إن الحديث ورد بلفظ (إقيلوا) والإقالة في المبايعة هي فسخ البيع فالحديث بعمومه يشملها، والمراد موافقة ذي الهيئة على ترك المؤاخذة له أو تخفيفها.

أخرجه مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن امه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول : ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله (ص) فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشترى إلى رسول الله (ص) فذكرت ذلك له، فقال رسول الله (ص) تالي ألا يفعل خيرا، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله (ص) فقال يا رسول الله هو له (22).

ويمكن توجيه الدلالة بأن يقال إن النبي (ص) وصف الإقالة بأنها من أفعال الخير، وفعل الخير يستحب للإنسان أن يبادر إليه وذلك دليل على مشروعية الإقالة.

وأما الإجماع:

فقد أجمع العلماء على مشروعية الإقالة (23).

وأما المعقول :

1/ فإن الناس يحتاجون للإقالة كحاجتهم إلى البيع فتشرع، وذلك أن العاقد قد يندم على ما أقدم عليه، ولا يجد أمامه طريقا للتخلص من العقد إلا بالإقالة.

2/ أنها ترفع العقد فصارت كالطلاق مع النكاح (24).

حكمة تشريع الإقالة :

التعاون من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي في الشريعة الإسلامية، فالأفراد يجب عليهم أن يتعاونوا في جلب المصالح، قال تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) (25) وقد حث الرسول (ص) على السماحة في التعامل؛ فقد ثبت من حديث جابر أنه قال: (رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى وإذا اقتضى) (26)ومن مقتضيات السماحة أن يتوافر عنصر الرضا عند انعقاد العقد، وإذا ثبت العقد ثم ندم المتعاقدان أو أحداهما إما لظهور غبن أو لانعدام الثمن أو زوال الرجاحة أو غير ذلك، فإن ذلك الندم وعدم الرضا لا يبيحان فسخ العقد لأنه وقع صحيحا لازما، ولا سبيل لإزالة ذلك الندم وعدم الرضا إلا بالإقالة فشرعت تنفيسا لمن وقع في أمر لا يستطيع الخلاص منه، ألا وهو العقد الصحيح اللازم. ولا ريب أن من السماحة التي حثت عليها الشريعة الإسلامية إقالة النادم، لما فيها من الثواب العظيم، ففي الحديث الذي رواه أبو هريرة أن النبي (ص) قال: (من أقال نادما أقال الله عثرته) وروي أيضا أن النبي (ص) قال: (من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر في الدنيا يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه) (27) ويقضي مبدأ التعاون والتواد بين أفراد المجتمع أن يحس المسلم بأخيه المسلم ويتألم لألمه، لما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال : قال رسول الله (ص) : (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعي له

سائر الجسد بالسهر والحمى) (28) ومن قبيل ذلك الإحسان أن يقبل المسلم أخاه إذا ندم على العقد وطلب أن يفسخه، ليحصل على الثواب العظيم والأجر منه سبحانه وتعالى.

المطلب الثالث: اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة

إذا تقايل العاقدان البيع بأكثر من الثمن الأول أو بأقل أو بجنس آخر، أو إجلاء الثمن في الإقالة:

فعلى قول أبي حنيفة: تصح الإقالة بالثمن الأول ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل، أو الجنس الآخر، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده؛ لأنها فسخ في حق العاقدين، والفسخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول، فيكون فسخه بالثمن الأول، ويبطل الشرط الفاسد، فإذا تقابل العاقدان على أكثر من الثمن الأول أو أقل على جنس آخر، يلزم الثمن الأول لا غير (29)

والحكم هكذا على قول زفر لأن الإقالة عنده فسخ محض في حق الناس كافة. وعلى قول الشافعية والحنابلة: تبطل الإقالة في هذه الحالات بسبب الشرط الفاسد كما في البيع. وعلى هذا فلا يجوز في الإقالة الزيادة ولا النقصان عن الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن الإقالة فسخ على أي حال، وعلى هذا أذا تمت الإقالة، وزاد المبيع زيادة منفصلة متوالدة من الأصل، كولادة شاة، امتنعت الإقالة. وقال مالك: الإقالة بيع جديد، فيجوز فيها الزيادة أو النقصان. كما إذا باع شيئا بمئة دينار، ثم ندم البائع، فطلب من المشتري رد المبيع على أن يدفع اليه عشرة دنانير مثلا؛ لان الإقالة حينئذ بيع مستأنف، وعمل الناس في أيامنا على هذا الراي، فلا يرضى البائع بنقض البيع إلا إذا تنازل المشتري عن شئ من حقه. ولا يجوز عن مالك أن يشتري شيئا بمئة دينار مثلاً الى أجل، ثم ندم المشتري، فسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة دنانير نقداً أو إلى أجل؛ لأن ذلك ذريعة إلى بيع وسلف، كأن المشترى باع الشيء بتسعين، وأسلف البائع عشرة (30). وأما إن كان البيع الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك . وعلى قول أبي يوسف: تصح الإقالة بما ذكرا من الثمن، وشرطا من الزيادة والنقصان والأجل، لأنها بيع جديد. وعلى قول محمد: إذا كانت الإقالة بغير الثمن الأول، أو بأكثر منه فهي بيع إذ لا يمكن جعلها فسخا؛ لأن شأ، الفسخ أن يكون بالثمن الأول، وإن كانت بمثل

الثمن الأول أقل فهي فسخ بالثمن، ويبطل شرط النقصان، وكذلك إن أجل يبطل الأجل (31).

ثانياً : الشفعة فيما يرد بالإقالة :

يقتضي القياس ألا يكون للشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة إذا اعتبرت هذه الإقالة فسخا مطلقا، وهذا قياس على أصل محمد وزفر من الحنفية، لأن الإقالة عند محمد فسخ، إلا إذا لم يمكن جعلها فسخا فتجعل بيعا (32). وعن زفر: هي فسخ في حق الناس كافة، أما سائر الحنفية، وكذلك بقية المذاهب الأخرى، فإنها تعطي الشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة. فعلى اعتبار أنها فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث، كما هو عند أبي حنيفة، أو على اعتبار أنها بيع في حقهما، كما هو عند أبي يوسف، فإن الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقابل البيع بين البائع والمشتري، فمن اشترى دارا ولها شفيع، فسلم الشفعة، ثم تقايلا البيع، أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار، ثم بنيت بجنبها دار، ثم تقايلا البيع، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة. وعلى أصل أبي حنيفة تكون الإقالة بيعا في حق غير العاقدين، والشفيع غيرهما، فتكون بيعا في حقه فيستحق. وعلى أصل أبي يوسف تعد الإقالة بيعاً جديدا في حق الكل، ولا مانع من جعلها بيعا في حق الشفيع، ولهذا الشفيع الأخذ بالشفعة، إن شاء الأول، وإن شاء البيع الحاصل بالإقالة، ولهذا الشفيع الأخذ بالشفعة، إن شاء بالبيع الأول، وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة، أو بمعنى آخر من أيهما شاء: من المشتري لأجل الشراء أو من البائع لشرائه من المشترى بالإقالة، حيث تكون الإقالة بيعا من المشتري للبائع، وحيث تكون فسخ بيع فتؤخذ من المشتري فقط، ولا يتم فسخه إلا إن رضي الشفيع لأن الشراء له.

إقالة الوكيل :

من ملك البيع ملك الإقالة، فصحت إقالة الموكل بيع وكيله، وتصح إقالة الوكيل بالبيع إذا تمت قبل قبض الثمن. فإن أقال بعد قبضه يضمن الثمن للموكل، إذ تعتبر الإقالة من الوكيل حينئذ شراء لنفسه. وبإقالة الوكيل بالبيع يسقط الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة ومحمد، ويلزم المبيع الوكيل. وعند أبي يوسف لا يسقط الثمن عند المشتري أصلا. وتجوز الإقالة من الوكيل بالسلم في قول أبي حنيفة. ومحمد كالإبراء، خلافا لأبي

يوسف. والمراد بإقالة الوكيل بالسلم: الوكيل بشراء السلم، بخلاف الوكيل بشراء العين. وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بإجماع الحنفية بخلاف الوكيل بالبيع، وعند مالك لا تجوز إقالة الوكيل بالبيع مطلقاً. واتفق الشافعية والحنابلة على صحة التوكيل في حق كل آدمي من العقود والفسخ، وعلى هذا فيصبح التوكيل بالإقالة عندهم ابتداء، سواء أقلنا : إن الإقالة فسخ على المذهب عندهم جميعا أم بيع . هذا، ولم يذكر الشافعية والحنابلة من له حق الإقالة من غير المتعاقدين سوي الورثة على الصحيح من المذهبين، أما حكم الإقالة الصادرة من الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء فلم يتطرقوا له. والمتولي على الوقف إذا اشترى شيئا بأقل من قيمته فإن إقالته لا تصح (33) .

المبحث الثاني

رد المبيع بالإقالة فقها

المطلب الأول: أركان الإقالة

أركان الإقالة على القول بأنها فسخ فهي:

- المقبل وهو الذي تطلب منه الإقالة.
- المستقبل وهو الذي يطلب الإقالة.
- الصيغة وهي العبارة الدالة على الرضا منهما.
- المقال فيه، وهذا الركن مختلف فيه، فمن العلماء يعتبره ركناً، ولذا ذهبوا إلى أن الإقالة لا تصح مع تلف المعقود عليه ([34]) والأكثرون لا يعتبرونه ركناً، ويعللون لذلك بأن من خواص الفسخ أنه يرد على المعدوم، كما يرد على الموجود بخلاف العقد، فإنه لا يرد إلا على موجود بالفعل أو القوة ([35]) ولذا ذهبوا إلى صحتها وإن كان المقال فيها تالفاً، وذكروا أن البدل يقوم مقام المبدل للضرورة، والبدل هو المثل أو القيمة نقوم مقامه في الرد ([36]) ويرى الأمام الكاساني أن ركن الإقالة الإيجاب والقبول الدالان عليها، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن، ويهي تتوقف على القبول في المجلس، نصا بالقول أو دلالة بالفعل. ويأتي القبول من الآخر بعد الإيجاب، أو تقدم السؤال، أو قبض

الآخر ما هو له في مجلس الإقالة أو مجلس علمها، لأن مجلس العلم في حق الغائب كمجلس اللفظ في الحاضر، فلا يصح من الحاضر في غير مجلسها ([37])

الألفاظ التي تنعقد بها الإقالة :

لا خلاف في أن الإقالة تنعقد صحيحة بلفظ الإقالة أو ما يدل عليها، كما لا خلاف في أنها تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي. ولكن الخلاف في صيغة اللفظ الذي تنعقد به إذا كان أحدهما ماضيا والآخر مستقبلا. فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلي أنها تصح بلفظين مستقبل والآخر ماض، كما لو قال : اقلني: فقال، أقلتك، أو قال له : جئتك لتقيلني، فقال: أقلتك، فهي تنعقد عندهما بهذين اللفظين كما ينعقد النكاح. ومع أن الإقالة بيع عند أبي يوسف، فإنه لم يعط الإقالة حكمه، لأن المساومة لا تجري في الإقالة، فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع. وأما محمد فهو يقول: أنها لا تنعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي، لأنها كالبيع فأعطيت بسبب الشبه حكم البيع، وذلك بأن يقول أحدهما: أقلت: والآخر : قبلت، أو رضيت، أو هويت، أو نحو ذلك ([38]). وتنعقد بفسختك وتاركت، كما تصح بلفظ "المصالحة" وتصح بلفظ "البيع" وما يدل على المعاطاة، لأن المقصود المعنى، وكل ما يتوصل إليه أجزاء ([39]).

المطلب الثاني: شروط الإقالة

و يشترط لصحة الإقالة ما يلي :

أ/ رضى المتقابلين: لأنها رفع عقد لازم ، فلا بد من رضى الطرفين، وسبب هذا الشرط على راي أبي يوسف ظاهر؛ لأن الإقالة بيع عنده، والرضا شرط من شروط صحة البيوع. وأما على رأي جمهور الحنفية، فلأن الإقالة فسخ العقد، والعقد وقع بتراضي العاقدين، فكذا فسخه. وهذا شرط متفق عليه.

ب/ اتحاد المجلس : لأن معنى البيع موجود فيها، فيشترط لها المجلس، كما يشترط للبيع.

ج/ أن يكون التصرف قابلا للفسخ: كالبيع والإجارة، عند أبي حنيفة وزفر؛ لأن الإقالة فسخ للعقد عندهما، فإن لم يكن محتملا للفسخ بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ لا تصح الإقالة.

وعند الصاحبين : لا يشترط هذا الشرط؛ لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع، والزيادة تحتمل البيع فيظل محل العقد محتملاً للإقالة.

وأما على أصل محمد: فإن الإقالة وإن كانت فسخا، لكن عند الإمكان ولا إمكان هنا لأنه إذا حصلت زيادة في المبيع يتعذر الفسخ.

د/ بقاء المحل وقت الإقالة: فإن كان هالكا وقت الإقالة لم تصح، فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط (). ويعنى هذا قيام المبيع وقت الإقالة؛ لأن الإقالة رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن؛ لأن الأصل هو المبيع، ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن؛ فإذا هلك المبيع لم يبق محل حكم المبيع، فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة، وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم، فتصح الإقالة ([40]).

هـ/ تقايض بدلي الصرف في إقالة الصرف، وهذا على قول من يقول: إنها بيع، لأن قبض البدلين إنما وجب حقا لله تعالى، وهذا الحق لا يسقط بإسقاط العبد. وهذا واضح على أثل أبي يوسف. وأما على أصل أبي حنيفة فلأن قبض البدلين إنما وجب حقا لله تعالى، والإقالة وإن كانت فسخا في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث، فتكون الإقالة بيعاً في حقه، وهذا شرط متفق عليه.

و/ ألا يكون البيع بأكثر من ثمن المثل في بيع الوصي، فإن كان لم تصح إقالته محل الإقالة.

محل الإقالة العقود اللازمة في حق الطرفين مما يقبل الفسخ بالخيار، لأن هذه العقود لا يمكن فسخها إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، وعلى ذلك فإن الإقالة تصح في العقود الآتية: البيع - المضاربة - الشركة - الإجارة - الرهن (بالنسبة للراهن فهي موقوفه على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه) - السلم- الصلح. وأما العقود التي لا تصح فيها الإقالة فهي العقود غير اللازمة، كالإعارة والوصية والجعالة، أو العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بالخيار، مثل الوقف والنكاح حيث لا يجوز فسخ أحدهما بالخيار ([41]).

الإقالة في عقد السلم

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى جواز الإقالة في السلم. فإذا أقاله رب السلم وجب على المسلم إليه رد الثمن إن كان باقياً، أو مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا إذا لم يكن باقياً. ([42]).

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة. استدلوا على ذلك:

أولاً : بما روي أبو هريرة عن النبي (ص) أنه قال: (من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) (3) حيث ندب النبي عليه الصلاة والسلام إلى الإقالة مطلقا، فيدخل فيه السلم، كما يدخل فيه البيع المطلق؛ لأن السلم نوع من البيع.

قال الكاساني: (ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظرا للعاقدين دفعا لحاجة الندم، واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر، لأنه بيع بأبخس الأثمان، فكا أدعى إلي شرع الإقالة فيه).

ثانياً : وبأن الحق لهما، فجاز لهما الرضا بإسقاطه، (6) إذ الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله. وخالفهم في ذلك ابن حزم فقال: (ولا تجوز الإقالة في السلم؛ لأن الإقالة بيع صحيح على، وقد صح نهي النبي (ص) عن بيع ما لم يقبض، وعن بيع المجهول، لأنه غرر، لكن يبرئه مما شاء منه ، فهو فعل خير) ([43]).

أثر الشروط الفاسدة في الإقالة:

إذا اعتبرنا الإقالة فسخا، فإنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بل تكون هذه الشروط لغوا، وتصح الإقالة. ففي الإقالة في البيع، إذا شرط أكثر مما دفع، فالإقالة على الثمن الأول، لمعتذر الفسخ على الزيادة، وتبطل الشرط، لأنه يشبه الربا، وفيه نفع لأحد المتعاقدين مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض. وكذا إذا شرط أقل من الثمن الأول، لتعذر الفسخ على الأقل، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله، والفسخ على الأقل للشرع، وهو هنا ثالث، فيعتبر بيعا جديدا في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض. وهلاك البدلين في الصرف لا يعد مانعا من الإقالة، لأنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة ، بل رده أو رد مثله، فلم تتعلق الإقالة بعينهما، فلا تبطل بهلاكهما .

المطلب الثالث: الأحكام الفقهية لرد المبيع بالإقالة في الفقه الإسلامي

إقالة الإقالة :

إقالة الإقالة إلغاء لها والعودة إلى أصل العقد، وهي تصح في أحوال معينة، فلو تقايلا البيع، ثم تقايلا الإقالة، ارتفعت الإقالة وعاد البيع وقد استثنى العلماء من إقالة الإقالة إقالة المسلم قبل قبض المسلم فيه، فإنها لا تصح، لأن المسلم فيه دين وقد سقط بالإقالة الأولي، فلو انفسخت لعاد المسلم فيه الذي سقط، والساقط لا يعود ([44]) .

ما يبطل الإقالة :

من الأحوال التي تبطل فيه الإقالة بعد وجودها ما يأتي :

أ/ هلاك المبيع: فلو هلك المبيع بعد الإقالة وقبل التسليم بطلت، لأن من شرطها بقاء المبيع، لأنها رفع العقد وهو محله، بخلاف هلاك الثمن فإنه لا يمنع الإقالة لكونه ليس بمحل العقد، ولذا بطل البيع بهلاك البيع قبل القبض دون الثمن. وهذا إذا لم يكن الثمن قيميا، فإن كان قيميا فهلك بطلب الإقالة. ولكن لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة فقالة السلم قبل قبض المسلم فيه، لأنها صحيحة سواء أكان رأس المال عينا أو دينا، وسواء أكان قائما في يد المسلم إليه أم هالكا. لأن المسلم فيه وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه .

ب/ تغير المبيع / كأن زاد المبيع زيادة منفصلة متولدة، كما لو ولدت الدابة بعد الإقالة، فإنها تبطل بذلك، وكذلك الزيادة المتصلة غير المتولدة كصبغ الثوب.

وعند المالكية تبطل الإقالة بتغير ذات المبيع مهما كان ، كتغير الدابة بالسمن والهزال، بخلاف الحنابلة ([45]).

اختلاف المتقايلين :

قد يقع الاختلاف بين المتقايلين على صحة البيع، أو على كيفيته، أو على الثمن، أو على الإقالة من أساسها. فإنهما إذا اتفقا على صحة البيع، ثم اختلفا في كيفيته تحالفا، فيحلف كل على نفي قول صاحبه وإثبات قوله. ويستثنى من التحالف ما لو تثايلا العقد ثم اختلفا في قدر الثمن فلا تحالف، بل القول قول البائع لأنه غارم. ولو اختلف البائع والمشتري، فقال المشتري: بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك، وقال البائع : بل تقايلنا، فالقول للمشتري مع يمينه في إنكاره الإقالة. فإن كان البائع هو الذي أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه ، والمشتري يدعى الإقالة يحلف كل على دعوى صاحبه ([46]).

المبحث الثالث

الإقالة في القانون المدني الاماراتي

الإقالة كما تقدم تعريفها اتفاق بين طرفي العقد على إنهاء أثره فهي عقد جديد بين طرفي عقد قديم يرفع به اثر العقد وقد أجاز المشرع الإماراتي التراضي أو التقاضي عند الرجوع عن العقد أو تعديله عندما نص على في المادة (267) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985م على أنه (إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون) وهو بذلك يشترط التراضي او التقاضي للرجوع في العقد أو تعديله أو فسخه طالما أن العقد كان صحيحا فالفسخ أما أن يكون فسخا اتفاقيا (الإقالة) أو الفسخ بحكم القضاء ، والفسخ بحكم الشرع.

المطلب الأول: طرق رد المبيع بالإقالة

الفسخ الاتفاقي (هو إنهاء العقد باتفاق العاقدين)، إذ إن فسخ العقد يكون بالوسيلة نفسها التي عقد بها العقد، فكما نشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه، كذلك يزول بإيجاب وقبول متوافقين على إلغائه، فالعقد : اتفاق ينشئ الالتزام، أما الإقالة فهي اتفاق يقضيه، ومحل الإقالة : الالتزامات التي نشأت من العقد الذي أقيل، وسببها: هو الباعث الذي دفع المتفائلين إلى هذا الإلغاء

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة إذا اتفق عليها بإرادتين سابقتين، وعلى أي حال فإن الإقالة التي هي فسخ اتفاقي لا تخل بالمعاوضة لأي من العاقدين، وإنما تدل على أن الرضا الكامل بالعقد غير متوفر، وأما الفسخ بحكم القضاء أو الفسخ الجبري: فيكون إذا لم يحدث الفسخ بالتراضي، أو لرفع فساد العقد. ففي البيع المشتمل على خيار العيب، وفي حالة الهلاك غير الكلي حيث يكون العقد في حاجة إلى فسخ. فإذا ظهر في المبيع عيب مشيت للخيار أو هلك بعض المبيع، فقد ذهب الجمهور إلى أن العقد ينفسخ بقول المشتري: رددت بغير حاجة إلى القضاء، وذهب الحنفية إلى أن المبيع إذا كان في يد البائع فينفسخ البيع بقول المشتري: رددت، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي. وأما إن كان المبيع في يد

المشتري فلا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي. فإذا كان العقد فاسدا - وذلك عند الحنفية- فإنه ينفسخ بحكم القاضي إذا رفع الأمر إليه وامتنع العاقدان عن الفسخ.

وقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي صراحة على الإقالة وذلك في المادة (268) فقد جاء فيها (للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده) فمن حق الطرفين أن يرفعا العقد تبعا للمصلحة، ويفهم من قيد الرضاء أن رضاء المتعاقدين في الإقالة شرط؛ لأن الكلام في رفع العقد اللازم أما رفع العقد غير اللازم فعائد إلى صاحب الخيار ولا يشترط فيه رضا الآخر بل يكفي علمه

ويمكن أن يتم التعبير عن الإقالة صراحة وذلك باستخدام أي وسيلة يمكن أن تؤدي إلي الإفصاح عن إنهاء أثر العقد بصورة مباشرة بدون الحاجة إلي تأويل الظروف المحيطة بالعقد مثل اتفاق الأطراف على إنهاء العقد القديم بموجب عقد مكتوب صراحة على انحلاله أو التعبير عن الإرادة التي يفهم منها مباشرة مضمون الإقالة. كما يمكن أن تكون الإقالة ضمنية تستنج من تصرفات المتعاقدين مثلا إذا ابرم الطرفان عقد بيع على شئ معين بموجب ثمن محدد ثم ابرما في وقت لاحق عقدا على نفس الشيء بثمن آخر فيعتبر العقد الجديد إقالة للعقد القديم. يرى الباحث أنه إذا اتفق الطرفان على عقد جديد ومهما كان وجهة النظر إليه هو إقالة ضمنية من العقد السابق وبالتالي فسخ له وفي ذات الوقت إنشاء علاقة جديدة أم كعلاقة جديدة فعلا أو كتعديل للعلاقة السابقة على أنه وفي الحالتين لا يكون هنالك محل للحديث عن العلاقة السابقة. ومما تقدم يرى الباحث أن القانون المدني الإماراتي قد اشترط للإقالة شروطا وهي :

أولاً: رضا الطرفين المتقايلين يجب أن يتفقا علة إنهاء العقد المبرم بينهما ومن ثم فليس للإقالة أثر إذا تمت برضا الطرف واحد دون الآخر باعتبار أن العقد قم تم بتراضي الطرفين فلا بد أن يكون الفسخ بتراض الطرفين أيضا.

ثانياً: أن يكون المعقود عليه مما يحتمل الفسخ لأن الإقالة تأخذ حكم الفسخ وعلى ذلك فإذا زاد المعقود عليه زيادة تمنع الفسخ فلا تصح الإقالة كما لا ترد الإقالة أيضا على العقود غير اللازمة لان لكل من طرفي العقد حق إنهائه دون موافقة الطرف الآخر إلا أن القانون لا يشترط بقاء المعقود عليه لحظة الإقالة فذا هلك جزء منه أو تلف او تصرف المتعاقد في

جزء منه فيجوز أن تتم الإقالة في الجزء المتبقي على أن يخصم من المقابل بقدر حصة الهالك أو التالفة أو الذي تم التصرف فيه كما في نص المادة المتقدمة.

وقد وضحت المادة (269) الإقالة حيث نصت على : (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد). فالإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق ثالث غيرهما، سواء قبل القبض أو بعده، إلا أذا لم يمكن جعلها فسخا فتبطل ، فالإقالة فسخ: هو أنها رفع لغة وشرعا، ورفع الشيء فسخه، وأما إنها بيع فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ راس ماله ببدل، وهذا معنى البيع، إلا انه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق العاقدين للتنافي (4)، فأظهرناه في حق ثالث غيرهما. وعلى هذا، فمن اشترى دارا، ولها شفيع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، ثم أقال العاقدان البيع، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانياً؛ لأن الإقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا.

الفسخ الاتفاقي

نصت المادة (271) على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

في هذه المادة أجاز المشرع الإماراتي الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الأعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين).

هذا الاتفاق يسمى "الشرط الفاسخ الصريح" تمييزاً له عن الفسخ القضائي الذي على فكرة "الشرط الفاسخ الضمني" ، والاتفاق الأول (الشرط الفاسخ الصريح) يقع الفسخ بمجرد تحقق الشرط، فيتجنب العاقدان به تدخل القاضي في تقرير الفسخ، الذي يقع بتحقيق الشرط، من تلقاء نفسه.

وفي حالة (الإخلال بالتزام) لا يملك القاضي سوى الحق من إخلال المدين بالتزامه، والحكم بوقوع الفسخ نتيجة لتحقيق الشرط.

وفي ذلك رفع عن المدين لتلك الحماية التي يوفرها له الفسخ القضائي بالخيار الذي يقرره له بين الفسخ والتنفيذ، وبالسلطة التقديرية التي منحها للقاضي إزاء طلبه.

نص القانون المدني الإماراتي على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد، او فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مبرر. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلاً، إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية ، بالنسبة إلى الالتزام في جملته حيث جاء في سياق المادة (272):

1/ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

ولكب الفسخ ثلاثة شروط وهي :

1/ أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين (التبادلية) ، أي دون العقود الملزمة لجانب واحد.

2/ أن يكون التنفيذ راجعا إلى المدين، أي أن المدين أخل بالتزاماته.

3/ أن يكون المتعاقد، طالب الفسخ، قد نفذ التزامه ، أو مستعدا لتنفيذه ، قادرا على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

ومع ذلك ، (في بعض الحالات) ، لا ضرورة للإعذار، مثلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين. بفوات ميعاد مثلا أو كان محله امتناعا عن العمل أتاه (او قام به) المدين، أو إذا صرح المدين عتابه أنه لا يريد القيام بالتزامه.

يجب التوضيح أن إذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتميا، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ.

وهذا الخيار يكون لكل من الدائن ، والمدين ، والقاضي .

فللدائن: بعد أن يرفع دعوى الفسخ: أن يعدل (قبل الحكم به) إلى طلب التنفيذ عينا أو بمقابل ، كما أنه له إذا كان قد رفع دعوى بطلب التنفيذ، أن يعدل عنه إلي طلب الفسخ.

وللمدين: قبل الحكم النهائي بالفسخ: أن ينفذ التزامه (فيتجنب الحكم به ، حين لا يبقى أمام القاضي إلا أن يقدر ما إذا كان نهائي هناك محل للحكم بالتعويض على المدين لتأخيره في تنفيذ التزام.

وللقاضي : إزاء طلب الفسخ، سلطة تقديرية قررتها له الفقرة (2) من المادة السابقة من القانون المدني التي بمقتضاها" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف له المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات، حيث ورد في سياقها.

2/ ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال او ينظره إلي اجل مسمى وله أن يحكم بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى.

أما المادة (273) فقد ورد في سياقها فيما يتعلق بحوث قوة طارئة للعقد في الفقرة:

1/ في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

والفرق بين الطوارئ الحادثة غير المتوقعة وبين القوة القاهرة هو أن الطوارئ الحادثة غير المتوقعة يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهنا يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا وأما القوة القاهرة فهي التي تتحقق فيها الاستحالة ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة فهي تستهدف بالنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي ولم تترك هذه الطوارئ لتقدير القاضي تقديراً ذاتيا وشخصيا بل قيد ذلك بأن اقتضت العدالة ذلك وهي عبارة تشير إلي توجيه موضوعي النزعة وعليه فإذا تثبت القاضي من قيام الطوارئ غير المتوقع عمد إلى أعمال الجزاء برد الالتزام الذي اصبح يجاوز السعة إلى الحد المعقول وشرط الحادثة الكارثة أن تكون حادثة استثنائية عامة كالفيضان مثلا والجراد ونحو ذلك مما لا يختص بالشخص كالحريق مثلاً. ثم نظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوة القاهرة في أن الطارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلا بل يجعله مرهفا يجاوز السعة دوان أ يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تقضي على انقضاء التزام وعلى هذا النحو يتحمل تبعاتها كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك يتقاسم تبعته الطرفان،

ومرجع هذه الأحكام منشؤها الإعذار في المذهب الحنفي والجوائح في المذهب المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام في المساواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عموماً ([47]).

وقد جاء في سياق الفقرة الثانية من المادة السابقة :

2/ وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين.

فالإلزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام. فالعقد إذن لا إذن لا ينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزما بالعقد وحكم عليه بالتعويض.

المطلب الثاني: أثر رد المبيع بالإقالة على طرفي العقد في القانون المدني الاماراتي

حسب المادة (274) من القانون المدني : "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض وعلى ذلك يترتب على الفسخ (القضائي أو الاتفاقي) زوال العقد يرتد أثاره إلى وقت إبرامه، ويعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل قيامه فيما بين العاقدين: يزول العقد بأثر رجعي في المادة (274) من القانون المدني التي تنص "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض " فإذا استحالت إعادة العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، فيحكم بالتعويض لصالح طالب الفسخ وهذا حسب المادة (274) من القانون المدني المشار إليه أعلاه. والتي تقرأ : (إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض) .أما في حالة انحلال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر فقد أجاز في حالة إذا ما تقرر أن يرج كل منهما ما استولى عليه القانون المدني الإماراتي لكل من طرفي العقد أن يحبس مأخذه ما دام الآخر لم يرد ما تسلمه أو تقديم ضمان لهذا الرد فقد ورد هذا في سياق المادة (275) إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو باي سبب آخر وعين على كل من

المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد.

الخاتمة

وقد توصلت من خلال هذا البحث إلى عدة نتائج وتوصيات ألخصها في الآتي :-

أولا : النتائج

1/ اشترط بعض الفقهاء عدة شروط للإقالة منها: رضي المتقابلين اتحاد المجلس، وأن يكون التصرف قابلاً للفسخ، أما القانون المدني الاماراتي فقط اشترط الإيجاب والقبول في المجلس بالتعاطي بشرط أن يكون المعقود علية قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضة صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض .

2/ نص القانون المدني الإماراتي على ان الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد وأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، متبعاً في هذا المذهب الحنفي .

3/ أجاز المشروع المدني الإماراتي الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي وذلك عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه واعتبر القانون هذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار الإ في حالة اتفاق المتعاقدين صراحة على الإعفاء منه .

4/ أجاز القانون المدني الإماراتي للمتعاقدين الآخر بعد إعذاره المدين على انه في حالة العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مبرر . وأجاز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً، إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ ، إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية ، بالنسبة إلى الالتزام في جملته .

ثانياً: التوصيات

1/ أوصي الباحثين والدارسين والعاملين في مجال القانون بتقديم دراسات متخصصة في أحكام المعاملات الشرعية.

2/ كما أوصي المختصين في مجال المعاملات الشرعية مع الأجهزة الإعلامية بالقيام بواجبهم الدعوى حول توعية للمجتمع وتبصيرا له بأحكام المعاملات الشرعية .

3/ أوصى المشرع الإماراتي بإضافة بعض أنواع الخيارات التي لم يتناولها في القانون المدني الإماراتي لسنة 1985م .

This Research was reached with numerous finding (outcomes) and recommendations which were summarized as following:

Firstly: Finding (Outcomes)

1. *Hanaf's* school jurist provided that: the valid dissolution should be subject to certain conditions such as: Party's consent, remains of the subject matter, in addition to the contract shall be able to avoidable, While the UAE civil law provided only in dissolution between present persons through offer and acceptance by negotiating, also provided that the subject matter doesn't exist and in the hand of concerned party at the moment of the dissolution, So if the subject matter has partially perished , dissolution applies proportionately on the other part.
2. The UAE civil law provided that dissolution as concerns given the right of contracting party's amount to rescission , and as concerns third parties rights to new contract, due to *Hanaf's* school.
3. The UAE civil law ratify that the parties may agree in case of non performance of the obligations deriving from the contract , the contract will be consider rescission without need to obtain court order , but such an agreement doesn't release the parties from their obligations of serving a formal notification, unless the parties agree that such notification is dispensed with.
4. The UAE civil law provided that in bilateral contracts, if one of the parties doesn't perform his contractual obligations, the other party may after serving formal notification to the debtor, demand the performance of the contract rescission, then the judge may order the debtor immediate to performance of the contract or grant him specified additional time, as he may order rescission with damages in any case if deemed justified.

ISSN : 2710-8783

Secondly: Recommendations

1. The researchers, candidate, and the specialist in legal field should render more specified studies in Islamic transaction rules.
2. The specialist in Islamic transaction should effective their duty among media to awareness the community with Islamic transaction rules.

The Emirates legislature should add some options haven't been mentioned in the
UAE civil law1985, such as: entitlement option, and the option of partial loss.

References:

1. AHkam El Quran – Ahmed Ali El Gasses – Darr Ehyah El Torath Al Araby- Bayrout 1405.
2. Sunnan Ibn Maga – Mohammed binYazeed Darr AlKetab Al Islami - Bayrout 1420.
3. Tabyeen AlHagaig –Fakhr Eldin Osman Al *Hanafi*- Darr AlKetab Al Islami743.
4. Nehayat Al Muhtag – Shams Eldin Osman Elramli-Darr Elfikr Bayrout 1984
5. Al Sharh Alkabeer Ala AlMughni Ibn Ghudammah-Mowafg El din ElMugadasi- Al Manarr edition– Cairo1373.
6. Nail Al A wtarr-Mohammed bin Mohammed Alshwakani- Jeel Darr-Bayrout 1984
7. ElGawaeed El Fighiyah – Zein Eldin abdelrahman Al *hanbali*- Darr Al Marrifa Bayrout 1997.
8. AHkam El Moamlat ElShariyeah- Ali Elkhafeef –Egypt 1363.
9. Standard of Contracts in Islamic Figh – Abdelhameed AlBaalli 1997.
10. Lysan ElArab- Ibn Manzor- Darr Ehyah El Torath AlAraby-Bayrout 1993.

الهوامش

[1]) على اللحياني (كان حيا قبل 207هـ)

[2]) أخرجه أبو داؤود.

[4]) المصباح المنير ج2 / 521 .

[5]) التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق محمد رضوان الداية ، الناشر ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، ط1 ، 1410 ج/ 81.

[6]) المهذب ، شيرازي ، الناشر دار المعرفة، بيروت 318/3.

[7]) روضة الطالبين للنووي،494/3، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 155/3.

[8]) حاشية ابن عابدين: 4/ 144.

[9]) اسنى المطالب شرح روض المطالب لزكريا الأنصاري : 74/2 .

[10]) وهبة الزحيلي في كتابة الفقه الإسلامي وأدلته : 713/4.

[11]) فتح القدير 489/6 - 491 .

[12]) شرح العناية على الهداية للبابرتي 486/6.

[13]) تبيين الحقائق 70/4.

[14]) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، د. عبد الكريم زيدان : ص 366.

[15]) فتح القدير لابن الهمام، 114/6

[16]) فتح القدير لابن الهمام 114/6.

[17]) حاشية ابن عابدين ، 146/4 .

[18]) من آية 27 ، سورة الحج.

[19]) تبين الحقائق للزيلعي، 7/4.

[20]) أخرجه أبو داوود 738/3 رقم الحديث (3460).

[21]) أخرجه الطبراني في الأوسط 272/1 رقم الحديث (889).

[22]) أخرجه مالك في الموطأ: 483/2 رقم الحديث (15) من كتاب البيوع،.

[23]) شرح الوجيز 280/4 والكافي لابن قدامه : 101/2.

[24]) الاختيار لتعليل المختار للموصلي : 11/2

[25]) من آية 2 سورة المائدة.

[26]) أخرجه البخاري في صحيحه: في كتاب البيوع باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف.

[27]) أخرجه مسلم، واللفظ له ، الحديث رقم (2699) صحيح مسلم، 2074/4.

[28]) أخرجه البخاري في صحيحه: 77/7 في باب رحمة الناس في البهائم.

[29]) القواعد النقية للشيخ محمود حمزة، ص 38،.

[30]) بداية المجتهد 2/140.

[31]) البدائع:5 ص 307، وفتح القدير: 5 ص 249،

[32]) البدائع 3395/7 - 3396.

[33]) أبو الحسن على بن سليمان المداوي الدمشقي الصالحي (885هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1419هـ 480/4، 356/5.

[34]) الفروع، شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح (ت 763هـ) راجعه عبد الستار احمد فراج ، عالم الكتب الطبعة الرابعة سنة 1405هـ: 123/4.

[35]) تقرير القواعد لابن رحب : 496/1 .

[36]) شرح الوجيز للرافعي: 282/4.

[37]) بدائع الصنائع ج5 / 309 .

[38]) بدائع الصنائع 3394/7،.

[39]) شرح العناية على الهداية 487/6

[40]) البدائع : 5 ص 308 وما بعدها.

[41]) المبسوط 55/29.

[42]) البدائع، 214/5.

[43]) المحلي، أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت 456هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدون تاريخ 115/9.

[44]) البدائع 3102/7.

[45]) بداية المجتهد 2/ 263.

[46]) مغني المحتاج

[47]) مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور عبد الرزاق السنهوري – ط،3 معهد البحوث والدراسات العربية ، 118 .

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4 ، العدد 2
السنة 2022، ص98-ص115

حق الدائن في تعديل الفائدة و أثره على عقد القرض

Creditor's right to adjust interest and its impact on the loan contract

د. راقية عبد الجبار علي[1] نهى عبد الجبار علي[2]
[1] كلية القانون- جامعة بغداد (العراق)
dr.raqiya@colaw.uobaghdad.edu.iq
[2] كلية القانون- الجامعة المستنصرية (العراق)
nuhaa2398@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/04/08	2022/04/26	2022/06/25

الملخص:

يعد عقد القرض أحد العقود المسماة في القانون المدني. ووجد عقد القرض لتقديم التسهيلات المالية للأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنوية بل حتى للدول، مما يؤدي إلى تنمية اقتصادية تعود بالفائدة على الدولة والأفراد والمؤسسات والشركات. نتناول في بحثنا مدى أحقية الدائن في عقد القرض بتعديل الفائدة خلال مدة القرض، وما مدى مشروعيته؟ خاصةً في عقد القرض البنكي حيث تتفق معظم البنوك المانحة للقروض على فائدة شهرية تفرض على القرض مع اشتراط قابلية الفائدة للزيادة في نسبتها عما جرى عليه الاتفاق.

وهنا يثار التساؤل الذي نحاول الإجابة عليه في هذا البحث عن مدى مشروعية هذا الاتفاق الذي يمنح البنك الحق في تعديل سعر الفائدة؟

الكلمات المفتاحية:

عقد القرض – تعديل الفائدة – عقد القرض البنكي – القانون المدني العراقي

Abstract:

The loan contract is one of the so-called civil law contracts. The loan contract was found to provide financial facilities to natural persons, moral persons, and even states, leading to economic

1. المؤلف المرسل: د. راقية عبد الجبار علي dr.raqiya@colaw.uobaghdad.edu.iq

development that benefits the state, individuals, institutions, and companies. In our research, we discuss the eligibility of the creditor in the loan contract to adjust interest during the duration of the loan, and how legitimate is it? Especially in the bank loan contract, where most loan-giving banks agree on a monthly interest charge on the loan, requiring interest to increase its proportion from the agreement.

Here is the question we are trying to answer in this search for the legitimacy of this agreement, which gives the Bank the right to adjust the interest rate?

keywords:

Loan contract - interest adjustment - bank loan contract - Iraqi Civil Law

مقدمة:

عقد القرض عقد من العقود المسماة في القانون المدني. اذ وجد لتقديم التسهيلات المالية للأشخاص سواء كانوا طبيعيين ام معنويين؛ بل يقدم أحيانا حتى للدول، مما يؤدي إلى تنمية اقتصادية تعود بالفائدة على الدولة والأفراد والمؤسسات والشركات، نتناول في بحثنا هذا مدى أحقية الدائن في عقد القرض بتعديل الفائدة خلال مدة القرض، وما مدى مشروعيته؟ خاصةً في عقد القرض البنكي حيث تتفق معظم البنوك المانحة للقروض على فائدة شهرية تفرض على القرض مع اشتراط قابلية الفائدة للزيادة في نسبتها عما جرى عليه الاتفاق.

وهنا يُثار التساؤل الذي نحاول الإجابة عليه في هذا البحث عن مدى مشروعية هذا الاتفاق الذي يمنح البنك الحق في تعديل سعر الفائدة؟

عرفت المادة (684) من القانون المدني العراقي عقد القرض بأن (القرض، هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها).

كما نصت المادة (686) على طبيعة عقد القرض كونه عقد عيني لا يتم إلا بقبض المعقود عليه حيث نصت على أنه (1- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها).

بيد أن المادة (171) من القانون المدني العراقي، قد حددت نسبة الفائدة بنص آمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته وهي 4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية يبدأ سريانها من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها.

على أنه أجازت المادة (172) من القانون المدني العراقي، الاتفاق على سعر آخر للفوائد شرط أن لا يزيد هذا السعر على 7%.

فإذا اتفق طرفي العقد على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى 7% وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار. ما عدا ما نص عليه قانون البنك المركزي، حيث ان القروض التي تمنحها البنوك الحكومية أو الخاصة، يجيز لها القانون الاتفاق على سعر فائدة يزيد عن مقدار 7%، خاصة أن المشرع العراقي قد نص في قانون التجارة العراقي على أن أعمال البنوك والمصارف تعد أعمال تجارية.

وبالتالي فالقروض التي تمنحها البنوك تعد تجارية مهما كان الهدف وراء تقديمها، هذا بالنسبة للبنك أما المقترض فقد يكون القرض بالنسبة إليه مدنياً أو تجارياً بحسب تعلقه بأعمال تجارته من عدمه، فإن تعلق بأعمال تجارته فهو تجاري بالنسبة له، أما إذا كان لأغراض بعيدة عن تجارته كأن يكون لغرض بناء دار أو للعلاج أو الدراسة أو الزواج .. الخ فهو مدني بالنسبة له.

- أهمية الموضوع.

لهذه الدراسة أهميتان أولهما نظرية والأخرى عملية:

أولاً: الأهمية النظرية للدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أنها تبحث موضوع من الموضوعات القانونية الشائعة في المجتمع. وفي تناولها عقود أصبح التعامل معها ضرورة في الوقت الحاضر، ألا وهو عقد القرض الذي لا بد من بيان مدى مشروعية الاتفاقات المفروضة حول سعر الفائدة المفروضة على العقد ومدى قابلية الفائدة للتعديل وأثرها على التوازن العقدي والتزامات المقرض والمقترض في عقد القرض، وتتمثل الأهمية النظرية لبحثنا هذا برفد المكتبة

القانونية بمرجع متخصص حول الاتفاقات الخاصة بسعر الفائدة المفروضة على عقد القرض.

ثانياً : الأهمية العملية للدراسة :

تكمن الأهمية العملية لدراستنا هذه في تسليط الضوء على الاتفاقات الخاصة بسعر الفائدة المفروضة على عقود القروض الممنوحة للأشخاص، في ظل القانون العراقي والقانون المقارن، مما يعود بالنفع في بحثنا هذا على العاملين في مجال البنوك والمصارف والمؤسسات المالية والمحامين والقضاة والدولة ومؤسساتها والأفراد العاديين المقدمين على الاستقراض من البنوك أو الشركات والأفراد الطبيعيين.

- إشكالية الدراسة الرئيسية.

نتيجة لإتساع العمليات المصرفية وخاصة العقود الممنوحة من البنوك وهي عقود قروض، يتم منحها للأفراد أو الشركات أو الهيئات العامة أو الخاصة لقاء فائدة يتم فرضها على المقترض، بيد أن السؤال الذي يُثار في اتفاقات القروض الممنوحة من قبل البنوك والمصارف والتي تتفق بموجبها على قابلية الفائدة للتعديل بالزيادة أو النقصان خلال مدة العقد وفقاً لارتفاع أو انخفاض سعر الصرف العراقي.

سنحاول ان نجيب في هذا البحث عن الأسئلة الآتية:

1- ما المقصود بعقد القرض؟
2- ما هي أهم خصائص عقد القرض التي تميزه عن العقود الأخرى؟
3- ما المقصود بالفائدة؟
4- ما هي أنواع الفائدة؟
5- ما أثر التغيير الحاصل في سعر الفائدة على عقد القرض والتوازن العقدي؟

- المنهج المستخدم.

سنتبع في بحثنا هذا المنهج الوصفي التحليلي لنصوص القانون المدني العراقي وقانون البنك المركزي والأنظمة والتعليمات الخاصة بالبنوك. كما سنتبع المنهج المقارن للاستفادة من تجارب التشريعات الأخرى في بيان مدى مشروعية هذه الاتفاقات المعدلة للفائدة والأثر المترتب عليها.

- التقسيم العام للدراسة.

المقدمة

المبحث الأول : ماهية عقد القرض

المطلب الأول : التعريف بعقد القرض

المطلب الثاني : التعريف بالفائدة وأنواعها

المبحث الثاني : التعديل الحاصل في سعر الفائدة وأثره على عقد القرض

المطلب الأول : حق الدائن في تعديل سعر الفائدة على المقترض

المطلب الثاني : أثر تعديل سعر الفائدة على التوازن العقدي

الخاتمة من النتائج والتوصيات ثم المراجع

المبحث الأول

ماهية عقد القرض

عقد القرض من احد العقود المسماة في القانون المدني و في هذا المبحث سنقوم بتعريف عقد القرض في القانون المدني و تعريف الفائدة و شروطها

المطلب الأول: تعريف عقد القرض

المادة (684) من القانون المدني العراقي عرفت عقد القرض على النحو الآتي: ((القرض هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها)) وهذه المادة نقلت حرفياً عن المادة (779) من مرشد الحيران، وليس لها مقابل في المجلة[1]. لأن المجلة لم تتعرض لعقد القرض.

وهي تقابل المادة (1892) من القانون المدني الفرنسي التي تقرر أن ((القرض عقد يسلم بمقتضاه أحد المتعاقدين للآخر مقداراً معيناً من الأشياء التي تستهلك بالاستعمال ويلتزم هذا الأخير بأن يرد إليه مقداره من عين نوعه وصفته)).

بادئ ذي بدء إن فقهاء القانون المدني يطلقون على القرض اسم (عارية الاستهلاك) تمييزاً عن عارية الاستعمال، وهي العقد الذي يسلم بمقتضاه أحد العاقدين شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال.

بيد أنه يلاحظ أن تعريف المشرع العراقي للقرض وإن شابه تعريف القانون المدني الفرنسي له، إلا إنه يختلف اختلافاً بيناً عن تعريف القانون المصري، حيث عرف القانون المصري عقد القرض في المادة (538) منه بأنه: ((عقد يلتزم به المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو اي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مصله في مقداره ونوعه)).

ويلاحظ أن المشرع المصري في تعريفه لعقد القرض يجعله عقداً رضائياً، على خلاف تعريف المشرع العراقي، حيث يجعله عقداً عيني وأنه من عقود التبرع.

إذاً القانون المدني المصري جعل من عقد القرض عقداً رضائياً لا عينياً وذلك لأن التسليم أو القبض لم يذكر فيه على أنه ركن من أركان العقد، بل نص صراحةً في المادة (539) على أن القرض ينشئ التزاماً في ذمة المقرض هو أن يسلم الشيء موضوع القرض إلى المقترض. والسبب الذي جعل المشرع المصري يتخلى عن فكرة العينية في القرض، هو أنها تقليد من التقاليد الرومانية البالية وقد بقي هذا التقليد بعد أن اختفى ما يبرره، فالعينية في العقود فكرة عتيقة بالية لم تعد تنسجم مع روح التشريعات الحديثة. هذا عن موقف المشرع المصري أما المشرع العراقي فقد أقر عينية القرض لا أخذاً منه بتقليد روماني لا يعترف به، وإنما مجاراةً للفكر القانوني الإسلامي، فالقرض عندهم من العقود العينية التي يشترط فيها القبض أو التسليم ولهذا السبب نص المشرع العراقي على أن القرض هو ((أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة ...)) وبناءً عليه فعقد القرض يعد عقداً عينياً لا ينعقد إلا بالقبض أو التسليم وأن الوعد بالقرض غير ملزم لأن القول بلزوم الوعد في العقود العينية لا ينسجم مع هذه الفكرة بل إنه إهدار لها[2].

وتسليم العين يتم بإعطائها فعلاً إلى المقترض ويجوز أن يتم بالقبض بمجرد الرضا إذا كان محل القرض في يد المقترض من قبل بأن كان مودعاً لديه أو كان قد قبضه باعتباره وكيلاً عن المقرض.

ويشترط في التسليم أو القبض أن يكون حقيقياً لا صورياً أو وهمياً فإذا تبين أن ما ذكره الطرفان في العقد من أن المقترض استلم العين المقترضة فلا قرض بينهما. ولا يشترط

أن يحصل التسليم من المقرض نفسه، بل قد يقع عن نائبه، كما لا يشترط أن يقع الاستلام من قبل المقترض نفسه فقد يقع من نائبه[3].

والأصل في القرض، في فقه القانون، أنه عقد من عقود التبرع، لأن المقترض ينتفع بالعين المقترضة، باستهلاكها، من غير مقابل، فهو لا يلتزم كقاعدة عامة إلا بأن يرد للمقرض مقدار ما استلمه منه، على أن صفة التبرع في القبض وإن كانت أصلاً فيه إلا إنها ليست من مستلزماته ويترتب على هذا أنه يجوز الاتفاق على أن يأخذ المقرض مقابلاً لانتفاع المقترض بالعين، ولما كان الأصل الغالب في القرض أن يقع على مبلغ من النقود، فإن هذا المقابل يأخذ صورة الفائدة[4].

أما في فقه الشريعة فيلاحظ أن صفة التبرع في القرض من مستلزماته فلا يجوز الاتفاق على أن يرد المقترض مقداراً أكبر مما استلمه لأن هذا ربا تحرمه الشريعة الاسلامية، ومع هذا فإن الإمام مالك يجيز أن يلتزم المقترض برد شيء بأفضل مما أخذه ما لم يكن عن عادة[5].

كما عرف المشرع الاردني عقد القرض في القانون المدني الاردني في المادة (636) بأنه: تمليك مال او شيء مثلي لاخر على ان يرد مثله قدرا ونوعا ووصفا الى المقرض عند نهاية مدة القرض.[6]

وتنص المادة (538) من القانون المدني الاردني على ما يأتي (القرض عقد يلتزم به المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته[7].

نستخلص من تعريف المشرع الاردني لعقد القرض، بأنه عقد رضائي وهو عقد ملزم لجانبين وعقد معاوضة.

ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني انه: لم يعد القرض من العقود العينية التي يعتبر التسليم فيها ركنا من أركان العقد وإنما لمن العقود الرضائية التي تنعقد بمحض إرادة المتعاقدين، محله دائماً شيئاً مثلياً، وهو في الغالب نقود، فينقل المقرض إلى المقترض ملكيتها على أن يسترد مثله في نهاية القرض، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة، ولقد أحسن المشرع على عدم النص عليها إعمالاً لحكم الله سبحانه وتعالى حيث

يقول وهو أصدق القائلين (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)[8]، وعقد القرض إضافة إلى أنه عقد رضائي، فهو عقد ملزم للجانبين، وهو في الأصل من عقود التبرع، وإن كان يجوز أن يكون عقد معاوضة. هذا بحسب ما اتجه اليه الفقه والقانون الاردني، ولقد أحسنت لجنة وضع مشروع القانون المدني الفلسطيني، قضاء كاملاً على فكرة العينية وذلك احتراماً لمبدأ الرضائية وتأكيداً له وفكرة العينية قائمة في القانون المدني الأردني فعقد القرض لا يتم وفقاً لأحكام المادة 1/637 من مشروع القانون المدني الأردني إلا بقبض المال أو الشيء المستقرض حيث تقول "يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشيء المستقر ويثبت في ذمة المستقرض مثله"، وأنظر كذلك المادة 1/604من مشروع القانون المدني العربي الموحد، حيث يأخذ هو الآخر بفكرة عينية عقد القرض[9] .

يتطابق حكم المادة مع المادة 538 من القانون المدني المصري، والمادة 450 من القانون المدني الجزائري، والمادة 636 من القانون المدني الأردني والمادة 506 من القانون المدني السوري مطابق، والمادة 537 مدني ليبي مطابق، وكذلك إلى المادة 754 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني متطابق . هذا التعريف يختلف بطبيعته مع عقد القرض البنكي، ولم يرد في تعليمات البنك المركزي الاردني تعريفا لعقد القرض البنكي ولكن جاء تعرفيه في تعليمات البنوك الاردنية. فقد عرف بنك الاردن القرض التجاري بأنه: قرض يتم منحه للعملاء لغاية معينة ويتم تسديده بموجب اقساط شهرية يتم الاتفاق عليها ما بين العميل و البنك و ينتهي القرض عند تسديده ، ويكون القسط شاملا الفوائد[10].

المطلب الثاني: تعريف الفائدة و أنواعها

الفائدة بالعربية تقابل المنفعة او المصلحة، والفائدة غالبا ترد على المال او العلم وعلى قدر او كمية منهما[11]. المحل في عقد القرض: محل القرض في الاصل هو الشيء المقترض الاصل في عقد القرض انه من عقود التبرع اي لايكون بفائده ومع هذا فقد يكون القرض بفائدة وذلك في حاله ما اذا انصب على مبلغ من النقود وهذا ما تؤكده الماده (692) من القانون المذي العراقي بنصها: (1- لا تجب الفائدة في القرض الا اذا اشترطت في العقد) وقد تشترط فوائد للقرض فيكون للعقد محلا آخر هو هذه الفوائد المشترطة القرض في الاصل عقد تبرع، فلا تجب فوائد على المقترض، حتى لو كان تجاريا، الا اذا كان هناك اتفاق

على ذلك بينه وبين المقرض وقد عرفت الفائدة في بلادنا في البداية على انها ربا، لسيادة احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات، فلم تعرف مجلة الاحكام العدلية الفائدة، بالرغم من انها التشريع المدني الرئيسي الذي كان سائدا في بلادنا في تلك الحقبة ولما لم يجد المشرع العثماني مناصا من تنظيم الفائدة التي فرضها على التعامل التجاري مع العالم العربي فقد حاول تحديدها[12]. والاصل في الفائدة ان تحتسب على اساس نسبة مئوية في السنة او المدة المتفق عليها من اصل المبلغ المقترض، او من اصل الدين، مدة بعد مدة، واذا احتسبت كذلك وصفت بأنها فائدة بسيطة، و اذا احتسب فائدة على مجموع اصل القرض او الدين وصفت بالفائدة المركبة، واذا كانت الفائدة مركبة وتقاعس المدين عن السداد مع مرور الوقت يمكن ان يكون مجموع الفوائد ضعف او اضعاف الدين.

وتوصف الفائدة بالقانونية اذا كانت وفق الحد الذي نص عليه القانون هو 4% في المسائل المدنية و 5% في المسائل التجارية بحسب القانون العراقي, وهو 9 % في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ولكن مع مراعاة ما ورد في اي قانون خاص وهو قانون البنك المركزي الذي اجاز للبنوك تحديد الفائدة بغض النظر عن حدها القانوني (المادة 43) و اذا لم يحددها البنك المركزي يترك امر تحديدها للبنوك المرخصة[13].

وتقوم فكرة دفع الفائدة على النقود بعد تاريخ استحقاقها على مبدأ تعويض الوقت عن الضرر الذي يمكن ان يلحق بالدائن لعدم دفع هذه النقود له في الوقت المحدد، او لتعويضه عن عدم حيازته او استعماله لها خلال المدة الواقعة بن تاريخ استحقاق دفع النقود وتاريخ دفعها فعلا، ومن هنا جاءت الفقرة 1 من المادة (١٦٧) من قانون اصول محاكمات المدنية الاردني التي تحكم بالفائدة دون ان يكلف الدائن اثبات تضرره من عدم الدفع، وهذا ما ايده الدكتور عبد الرزاق السنهوري في شرحه للقانون المدني المصري في المادة (٢٢٩) التي تنص على انه "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التأخير. وذات الامر في القانون المدني العراقي ونحن نؤيد ما جاءوا به و هنا يكون ان الفائدة المترتبة على عقد القرض تكون جزء من محل الالتزام وليس تعويضا عن ضرر نتج عن مدة القرض. اما الفائدة في احكام القضاء، فقد اجاز القضاء تقاضي الفائدة المركبة فقد خول القانون المعدل لقانون البنك المركزي سلطة

اصدار الاوامر في تحديد الحد الادنى والاعلى لمعدلات الفوائد دون تقييد بأحكام اي تشريع او نظام يتعلق بالفوائد او المرابحة ولم يرد في هذه التعليمات ما يمنع الحكم بالفائدة المركبة (تمييز حقوق ٩٠/١٩٨٧) وعليه وحيث ان الفائدة التي يستحقها البنك على القرض الفائدة المتفق عليها في عقد القرض كما تستحق عليه العمولة المتفق عليها (تمييز حقوق ٢٠٠٥ / ٤٢٤٤) . بعض التشريعات اعتبرت ان الفائدة هي تعويض عن مدة القرض واننا نخالف هذا الرأي اذ ان الفائدة هي جزء من محل الالتزام في عقد القرض ونخالف ان للبنك الحق بوضع شرط انه يستطيع رفع سعر الفائدة على المقترض من طرف واحد دون اخذ رأي المقترض على ذلك وان هذا يخالف ركن الرضا فانه يجب ان يتفق الطرفان في عقد القرض على سعر الفائدة الثابت والذي تم ذكره في العقد وان الزيادة يجب ان تكون على العقود الجديدة وان لا يسري شرط زيادة الفائدة على العقود التي ابرمت في السابق[14].

المبحث الثاني

التغير الحاصل في سعر الفائدة و أثره على عقد القرض

كما ذكرنا في السابق ان القانون المعدل لقانون البنك المركزي اعطى للبنوك سلطة اصدار الاوامر في تحديد الحد الادنى و الاعلى لمعدلات الفوائد دون تقييد بأحكام اي تشريع او نظام يتعلق بالفوائد او المرابحة، اي ان للبنك ان يحدد مقدار الفائدة في عقد القرض، و للبنك ايضا ان يضع شرطا في العقد انه يستطيع ان يغير في سعر الفائدة التي اتفق عليها المقترض من طرف واحد، و في هذا المبحث سنتحدث عن حق البنك في تعديل شرط الفائدة على المقترض و سنتناول ايضا اثر هذا التعديل على التوازن العقدي لعقد القرض.

المطلب الأول: حق البنك في تعديل شرط الفائدة على المقترض

في عقد القرض البنكي تعتبر الفائدة جزء من الالتزام وليس تعويضا عن مدة القرض وبتمكين البنوك من وضع شرط تعديل الفائدة يمكن ان يحدث خللا في ركن المحل في العقد ونحن نرى ان هذا الشرط يعتبر باطلا. ولما كان العقد وسيلة من وسائل العلاقات الاجتماعيه التي تنظم في اطار القواعد القانونية السائدة في المجتمع تبدو أهمية الحماية القضائية في المطابقة بين مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ، وان القاضي يعبر من

خلال حكمه عن مفهوم ذاتي لمضمون الالتزام الذي تعلق به هذا التعبير وان القاضي رجل قانون يتعمق في دراسة القواعد القانونية ويتأثر بالنظريات الفقهية والاجتهادات القضائية، فالقاضي يقوم بنشاط ذهني يمارسه تجاه النزاع المثار امامه بصدد عقد معين يباشره خلال مراحل تكوين العقد[15].

فالسلطة الممنوحة للقاضي في تعديل وتفسير عقود الاذعان، اشار اليها المشرع العراقي في المادة (167) والقانون الاردني المواد ٢٠٤،٢٤٠ في القانون المدني الاردني، فنص المادة 167 مدني عراقي : اذا تم العقد بطريق الاذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل ما اتفق على خلاف ذلك. وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من النص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك[16].

وقد ايد قرار محكمة التمييز سلطة القاضي في اعفاء المقترض من الشروط التعسفية هو شرط قدرة تعديل نسبة فائدة البنك من طرف واحد.

أصدرت محكمة التمييز قراراً نهاية كانون الأول / ديسمبر الماضي، تضمن أن أسعار الفائدة الجديدة في حال رفعها من البنك المركزي تسري على العقود الجديدة المنظمة بعد صدورها. وبشأن العمليات والعقود التي تسبق رفع السعر "العبرة تكون لما تم الاتفاق عليه عند التعاقد" اما عن الفائدة فقالت المحكمة إنه " لا يستطيع البنك الدائن بإرادته المنفردة رفع نسبة الفائدة عن النسبة المتفق عليها عند إبرام العقد في ظل صدور قرار جديد من البنك المركزي برفع نسبة الفائدة"، وفق قرار المحكمة. وأضافت أن "نسبة الفائدة المعمول عليها هي تلك التي جاءت باتفاق الطرفين مكتوبة بخط اليد في العقد دون غيرها من شروط مطبوعة". من المستقر عليه فقها وقضاء بأن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه"، وفق نص القرار.

وتضمن قرار القضية ١٢٠٨/٢٠١٩ ، أن "سلطة البنك المركزي في إصدار الأوامر والقرارات بتحديد الحد الأعلى والأدنى لمعدلات الفوائد لا يعني بحال من الأحوال اعتبار ما يصدره من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسري بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من

فوائد العقود السابقة على العمل بها . وهذا يعد أول قرار يصدر بعدم أحقية البنك برفع سعر الفائدة على العقود السارية، إذ إن قرارات البنك المركزي برفع سعر الفائدة تسري على العقود الجديدة . واعتبر القرار أن " الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه، وأن أسعار الفائدة الجديدة في حال رفعها من قبل البنك المركزي تسري على العقود الجديدة المنظمة بعد صدورها أما بالنسبة للعمليات والعقود السابقة على صدورها فإن العبرة تكون لما تم الاتفاق عليه عند التعاقد. المادة 43 من القانون رقم 19 لسنة 1979 المعدل لقانون البنك المركزي أعطى البنك "سلطة إصدار الأوامر في تحديد الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد دون التقيد بأحكام أي تشريع آخر بحدود مقدار الفوائد ، وذلك وفقاً للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وطبقاً للسياسة العامة للدولة". ورأت محكمة التمييز أن قرارات البنك المركزي" لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليها الحد الأقصى الذي تحدده تلك القرارات، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو مما يتصل بقواعد النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال".

وقالت المحكمة إن "العقود السابقة على صدور قرار برفع الفائدة تبقى محكومة بالاتفاق الجاري بين الطرفين، وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها ولا يغير من ذلك أن يرد شرط بالعقد المبرم بينهما على تخويل البنك الدائن رخصة رفع نسبة الفائدة المتفق عليها، ودون حاجة لموافقة مجددة من العميل المدين[17].

المطلب الثاني: أثر تعديل الفائدة على التوازن العقدي

في هذا المطلب سنتحدث عن سلطان الارادة، وهذ يعني ان للارادة السلطة في انشاء الالتزام في ابرام العقد وهي الشريعة والمنهج لالزام الاطراف به فهو مبدأ قانوني يقوم على فكرة قوامها ان الرضى يكفي لانشاء الالتزام[18] والعقد يتم بتوافق ارادتين او اكثر (ايجاب وقبول) وقد جاء تعريفه بالقانون المدني الاردني: (هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين

بقبول الآخر و توافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه و يرتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للاخر)[19].

يرتب عقد القرض ثمة التزامات على عاتق المقرض وعلى عاتق المقترض، وتبدأ:

أولاً - التزامات المقرض : وهي[20]:

1- يلتزم المقرض بنقل ملكية موضوع القرض إلى المقترض، ومحل الالتزام هنا دائماً يكون مالاً منقولاً، ولذلك تنقل ملكيته بمجرد العقد إذا كان معيناً بذاته ومملوكاً للمقرض، أما إذا لم يكن معيناً إلا بنوعه، فتنقل ملكيته إلى المقترض بإفرازه.

2- يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقترض، ويتبع في هذا الالتزام القواعد العامة، وبخاصة ما ورد بشأنه في عقد البيع، فإذا التزم المقترض في العقد، بترتيب تأمينات معينة للمقرض، جاز لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليم موضوع القرض إلى ما بعد تقديمها والتحقق من سلامتها[21].

ثانياً : التزامات المقترض : هي :

1- على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها.

2- يجب على المقترض أن يرد إلى المقرض عند نهاة القرض شيئاً مثل الذي تسلمه في مقداره ونوعه وصفته. فإذا كان الشيء المقرض نقوداً لزم رده بعين قيمته العددية أياً كان اختلاف أسعار قيمة الصرف بعد وقت القرض[22].

وهذا ما تقرره المادة (690) إذ إنها أشارت إلى عدم الاعتداد بانخفاض الأسعار أو ارتفاعها وإنما يلتزم المقترض بأن يرد مثل ما اقترضه، من المكيلات والموزونات والمسكوكات والأوراق النقدية.

بيد أن السؤال هنا يثور حول الفقرة (2) من المادة (692) من القانون المدني العراقي التي جاء نصها الآتي (1-وإذا دفع المستقرض فائدة تزيد على السعر الجائز قانوناً كان له أن يسترد الزيادة سواء دفع عن علم أو عن غلط).

هل هذا الأمر ينطبق على كافة القروض البنكية وغيرها؟

أم إنه يقتصر على القروض التي لا يكون أحد طرفيها بنك أو مصرف؟

الأصل أن تحديد سعر الفائدة قد تم تحديده بنص آمر سواء في القانون المدني العراقي أم قانون البنك المركزي العراقي، ولا تجوز مخالفته، وبالتالي ورود شرط في عقد القرض يبيح للمقترض الحق في زيادة سعر الفائدة أثناء مدة القرض، نعتقد أنه شرط غير مشروع وشرط تعسفي يضر بمصلحة المقترض.

وطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للقاضي ان يتدخل في العقد بالتعديل او الانهاء ، لان هذا حق مخول لأصحاب العملية التعاقدية ونزولا على اعتبارات العدالة ذلك فقد رأى المشرع ان يعطي القاضي الحق ومع ان يتدخل في العقد فينهيه او يعدل بنوده وذلك كاستثناء على القاعدة العامة[23] وهذا يتضح في عقود الاذعان فالمشرع اعطى القاضي سلطة تعديل العقد بأن يتدخل حماية للطرف الضعيف، فاذا كشف القاضي بحسب تقديره شرطا تعسفيا في عقد الاذعان فله ان يعدله بما يزيل اثر التعسف بل له ان يلغيه ومن هنا يتضح لنا مدى تأثير التقدير الذي يقوم به القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاذعان[24] وهذا ما اخذ به قاضي محكمة التمييز كما ذكرنا سابقا انه قد قام بإلغاء شرط تعديل نسبة الفائدة من طرف واحد (البنك) على المقترض ورأى انه شرطا تعسفيا ويؤدي بضرر على الطرف الضعيف (المقترض) ونحن نؤيد ما جاءت به محكمة التمييز في حكمها. وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني تعليق مهم على نص المادة ٢٠٤ مدني اردني حيث جاء فيه: ان للمحكمة الحق في اعادة التوازن بين المتعاقدين اذا كان العقد عقد اذعان وتضمن شروطا تعسفية، فأعطى المحكمة الحق في ان تعدل من هذه الشروط تعديلا يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف الضعيف، او تعفيه منه حسبما تقضي به العدالة. وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هنالك مناص من النص على بطلان كل ما اتفاق على خلاف ذلك[25].

خاتمة:

النتائج :

1- لم يعرف قانون البنك المركزي عقد القرض.
2- لم ينظم البنك المركزي تعديل سعر الفائدة بطريقة صحيحة.

3- وجود نقص في قانون البنك المركزي بما يخص تعديل الفائدة وهذا يمكن ان يضر بالمقترض.

4- هنالك جمله التزامات تلقي على عاتق المقرض والمقترض نظمها المشرع للمحافظه على التوازن العقدي لعقد القرض.

التوصيات : -

1- ان يرد تعريف للقرض البنكي في قانون البنك المركزي.

2- قيام المشرع بسن مادة تخص منع البنك بوضع شرط زيادة الفائدة على العقود المبرمة قبل ان يقوم البنك المركزي بزيادة نسبة الفائدة.

قائمة المصادروالمراجع:

بعد القرآن الكريم

أولا / قائمة المصادر:

أ- القوانين:

1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804
2- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932
3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
4- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949
5- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
6- القانون المدني الليبي لسنة 1954
7- القانون المدني الجائري رقم 58 لسنة 1975
8- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976
9- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984
10- قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988
11- قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004

ب- الأنظمة والتعليمات:

1- مرشد الحيران
2- مجلة الاحكام العدلية
3- الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز - القانون المدني -٢٠١٢.

4- مشروع القانون المدني الفلسطيني
5- مشروع القانون المدني العربي الموحد
6- بنك الاردن – تعليمات.
7- المذكرات الايضاحية للقانون المدني -ج1 -اعداد المكتب الفني, ادارة المحامي ابراهيم ابو رحمة, ط3, عمان, ١٩٩٢.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- د نبيل اسماعيل عمر ١٩٨٤ - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية -بنده - ص ١١ - منشأة المعارف – الإسكندرية.
2- د. زكي، محمود جمال الدين، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر 1953.
3- الذنون، حسن علي، العقود المسماة، شركة الرابطة، بغداد 1954.
4- رمضان -وليد صلاح -ص 643 - القوة الملزمة للعقدوالاستثناءات بالواردة عليها بين الفقه ا جامعة الأزهر.
5- السنهوري- عبد الرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الخامس.
6- عمر –نبيل اسماعيل ٢٠٠٨ - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية –دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.
7- المحلى، ج8.
8- مدغمش ودحمان - ٢٠٠٤ - موسوعة شرح القانون المدني الاردني – الجزء الخامس.
9- مدغمش، جمال عبد الغني، مجلة الأحكام العدلية، دار الاسراء – عمان، الأردن، 2005.
10- مرسي باشا، محمد كامل، العقود المسماة، منشأة المعارف – الاسكندرية، 2005
11- المنجد في اللغة العربية و الاعلام.

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1- خوالدة - احمد مفلح عبدالله - ٢٠٠٧ - شرط الاعفاء من المسؤوللية العقدية –دراسة مقارنة بين القانون المدني الاردني و المصري - كلية الدراسات القانونية العليا- جامعة عمان العربية للدراسات العليا – رسالة دكتوراه.
2- التميمي - فتحي ماجد - ص ١١ - دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الاردني - رسالة ماجستير -جامعه عمان سلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة العربية .

الهوامش

(1) مدغمش، جمال عبد الغني، مجلة الأحكام العدلية، دار الاسراء – عمان، الأردن، 2005، حيث لم تتناول المجلة عقد القرض في أحكامها.

(2) الذنون، حسن علي، العقود المسماة، شركة الرابطة، بغداد 1954، ص207.

(3) الذنون، حسن علي، المرجع السابق، ص207.

(4) مرسي باشا، محمد كامل، العقود المسماة، منشأة المعارف – الاسكندرية، 2005، ص250.

(5) المحلى، ج8، ص78-79.

(6) القانون المدني الاردني – مادة 636

(7) السنهوري- عبد الرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الخامس -صفحة 419

(8) سورة البقرة – الآية 275

(9) الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز - القانون المدني -٢٠١٢

(10) بنك الاردن – تعليمات

(11) المنجد في اللغة العربية والاعلام

(12) السنهوري – عبد الرزاق - الوسيط في القانون المدني -الجزء الخامس – ص 439

(13) السنهوري- عبد الرزاق -الوسيط في القانون المدني. ج 5 ص 443 .

(14) http://www.lawjo.net/vb/showthread.php

(15) بن حديد - ابراهيم - انظر في - د نبيل اسماعيل عمر ١٩٨٤ - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية -بنده - ص ١١ - منشأة المعارف - الاسكندرية

(16) مدغمش ودحمان - ٢٠٠٤ - موسوعة شرح القانون المدني الاردني – الجزء الخامس -ص 47

(17) قرار محكمة التمييز -٢٠١٩/١٢٠٨

(18) التميمي - فتحي ماجد - ص ١١ - دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الاردني - رسالة ماجستير -جامعه عمان سلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة العربية

(19) نص المادة 87 من القانون المدني الاردني

(20) مرسي باشا، محمد كامل، العقود المسماة، منشأة المعارف – الاسكندرية، 2005، ص250.

(21) د. زكي، محمود جمال الدين، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر 1953، ص191.

(22) د. زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص198.

(23) رمضان -وليد صلاح -ص 643 - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات بالواردة عليها بين الفقه ا جامعة الأزهر

(24) عمر –نبيل إسماعيل ٢٠٠٨ - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية – دار الجامعة الجديدة الاسكندرية - ص ٢٤٥

(25) خوالدة - احمد مفلح عبدالله - ٢٠٠٧ - شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية –دراسة مقارنة بين القانون المدني الاردني والمصري - كلية الدراسات القانونية العليا- جامعة عمان العربية للدراسات العليا – رسالة دكتوراه - ص ١٢٨ - انظر كذلك في المذكرات الايضاحية للقانون المدني -الجزء الاول -اعداد المكتب الفني -ادارة المحامي ابراهيم ابو رحمة - الطبعة الثالثة -عمان - ١٩٩٢ - ص ٢٣٢

مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية
المجلد 4 ، العدد 2
السنة 2022، ص116-ص156

حيازة الملكية العقارية عن طريق استصلاح الأراضي في ضوء التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

The Acquisition of Real Estate Property through Land Reclamation in light of Algerian Legislation and Islamic Jurisprudence

عشير جيلالي [1] قاشي علال [2]
[1] جامعة الجيلالي بونعامة (الجزائر)
d.achir@univ-dbkm.dz
[2] جامعة علي لونيسي البليدة 2 (الجزائر)
Gachiallel2018@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/03/31	2022/04/26	2022/06/25

الملخص:

تعالج هذه الدراسة أحد مواضيع الملكية العقارية، وذلك في مجال استصلاح الأراضي في ظل قانون 83-18 ومدى انسجام المشرع الجزائري في هذا القانون مع ما جاء في الفقه الإسلامي فيما يعرف بإحياء الأرض الموات، حيث عالج الفقهاء موضوع إحياء الأرض الموات على أساس الحديث النبوي « من أحيا أرضا ميتة فهي له » بما يحقق المصالح العامة، وعليه فإن الدراسة تهدف إلى الوقوف على المقصود باستصلاح الأراضي في قانون 83-18 والأراضي المقصود استصلاحها، كما تهدف الدراسة إلى بيان الطبيعة القانونية لاستصلاح الأراضي في ظل قانون 83-18، كما تهدف أيضا إلى معرفة المركز القانوني للمستصلح بعد القيام بكل الإجراءات القانونية لاستصلاح الأراضي.

الكلمات المفتاحية:

العقار الفلاحي، استصلاح الأراضي، إحياء الأرض الموات، الملكية، الحيازة

Abstract:

This present study deals with one of the topics related to real estate ownership in the field of land reclamation under law 83-18 and to

المؤلف المرسل : عشير جيلالي d.achir@univ-dbkm.dz

which extent the Algerian legislator is in harmony with what is known in Islamic jurisprudence as "the revival of the dead land", In this regard, the Islamic jurists addressed the issue of the revival of the land died on the basis of the prophetic hadith « who revives dead land will possess it » in order to meet public interests. The study aims to identify what is meant by land reclamation in the law of 83-18 and the land intended to be reclaimed.It also aims to determine the legal nature of land reclamation in the law of 83-18, In addition, the study clarifies the legal status of the reclamation after carrying out all the legal procedures for land reclamation.

Keywords : Agricultural real estate, land reclamation, "revival of dead land", property, aquisition

مقدمة:

إن المشرع الجزائري جاء بقانون 83-18 من أجل تسوية موضوع ملكية العقار الفلاحي وذلك شريطة استصلاحه من خلال جعل العقار الفلاحي قابلا للاستغلال في النشاط الفلاحي والزراعي، وهذا وفق إجراءات حددها هذا القانون وكذا المراسيم التي جاءت بعده، وحيث أن المشرع الجزائري حدد في هذا القانون القصد من مفهوم الاستصلاح كونه جعل الأرض قابلة للفلاحة وصالحة للاستغلال كما نص على ذلك في المادة 08 من القانون السالف الذكر، وقد بيّن كذلك المشرع في ما يلي أعمال الاستصلاح وهي تعبئة المياه وتهيئة وتقنية الأراضي والتجهيز والسقي والتخفيض والغراسة والمحافظة على التربة قصد إخصابها وزرعها، وهذا على سبيل التمثيل لا الحصر ويكون هذا خلال مدة ثابتة هي خمس سنوات (05) لانجاز هذا الاستصلاح، ومما لا غنى لنا عنه هو شريعة الله عز وجل وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث قال:« من أحيا أرضا ميتة فهي له» وينجر عن هذا الإحياء ملكية للمحيي ما أحياه من الأرض.

ومن خلال هذا نجد أهمية دراسة في أن المشرع الجزائري يتماشي بشكل كبير مع ما ورد من أحكام في الشريعة الإسلامية التي سبقته إلى هذا وحذا حذوها في ملكية الأرض المحياة أو المستصلحة، حيث اعتبر كل من الشارع الحكيم والمشرع الجزائري الاستصلاح (الإحياء) كشرط جوهري تقف عليه ملكية العقار الفلاحي من عدم ملكيته، وهو الفعل

الذي ينجر عنه استحقاق ملكية الأرض المستصلحة أو المحياة بما يحقق المصالح العامة وعلى وجه الخصوص التنمية المستديمة في مجال الثروة الزراعية.

مما سبق ذكره فإن الإشكال الذي يطرح: **ما هي طبيعة الملكية التي يكتسبها المستصلح عند استيفاء الشروط القانونية ؟ وهل استصلاح الأراضي يؤدي إلى كسب الملكية أم إلى حيازتها؟**

وللإجابة على هذه التساؤلات اتبعنا المنهج التحليلي وهي التعرف على الاستصلاح في ظل هذا القانون من خلال شروطه وإجراءاته وآثاره وأحكامه، وعلى وفق هذا المنهج سنعالج الموضوع حسب التقسيم التالي:

المبحث الأول: الاستصلاح كطريقة قانونية لحيازة الملكية العقارية

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لفكرة الاستصلاح

الفرع الأول: مفهوم الاستصلاح

الفرع الثاني: إجراءات الاستصلاح

المطلب الثاني: شروط استصلاح الأراضي

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في محل الاستصلاح

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المستصلح

الفرع الثالث: كيفية الاستصلاح وحصر الأرض

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالاستصلاح

المطلب الأول: الرقابة على الاستصلاح

الفرع الأول: الرقابة على الاستصلاح في القانون 83-18 ومرسومه التنفيذي 83-724

الفرع الثاني: الرقابة على الاستصلاح في المرسوم التنفيذي92-289

الفرع الثالث: الرقابة على الاستصلاح في المرسوم التنفيذي97-483

المطلب الثاني: ملكية الأرض المستصلحة

الفرع الأول: عن طريق التصرف (عقد بيع)

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على عقد الملكية

الخاتمة

المبحث الأول: الاستصلاح كطريقة قانونية لحيازة الملكية العقارية

لقد عملت الدولة منذ الاستقلال ولغاية الثمانينات على توسيع نطاق الملكية الجماعية وتضييق نطاق الملكية الخاصة، وحددت وسائل وميكانيزمات قانونية للاستحواذ على الأملاك التابعة للخواص.

غير أن المشرع الجزائري ودون أن يعلن صراحة عن التوجه المكرس منذ الاستقلال والمجسد في دستور 1976 أصدر عدة نصوص تؤكد نية التحول وبوادر التراجع أهمها القانون رقم 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية بالاستصلاح.

الاستصلاح كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية معروف في تشريعات بلدان أخرى وكذلك يعرف في الشريعة الإسلامية بالإحياء، وعليه أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في القانون 83-18 المؤرخ في 1983/08/18 المتعلق بحيازة الملكية عن طريق الاستصلاح إلى جانب رفع حظر التعامل في الأراضي الفلاحية التابعة للخواص، ولكن الذي يهمنا هو الأول الذي حدد شروط اكتساب جزء من الأملاك الوطنية العقارية التابعة للدولة عن طريق استصلاحها وتمليكها للخواص بشروط.

ونص كذلك قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري على إمكانية اكتساب الملكية عن طريق الاستصلاح في الأراضي الصحراوية وكذا الرعوية والحلفائية[1].

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لفكرة الاستصلاح

الاستصلاح هو مصدر للفعل استصلح أي معناه طلب صلاح الشيء، فاستصلح الأرض: طلب صلاحها للزراعة أو البناء أو غيرهما، وهذا المعنى متمكن في ما ورد من تعريفات جاءت بها التشريعات الآتية، وهي القانون 83-18، والمرسوم التنفيذي 92-89، والمرسوم التنفيذي 97-483، وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: مفهوم الاستصلاح

إن قانون 83-18 المؤرخ في 1983/08/13[2] يهدف إلى تشجيع المواطنين على الهجرة إلى الجنوب لتعمير أراضيها واستصلاحها لتصبح قابلة للزراعة، وبذلك تحقق توازنا بين الشمال والجنوب من حيث الكثافة السكانية ومن حيث التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

والاستصلاح ليس بمصطلح غريب عن شريعتنا الغراء، فهي تعرفه تحت مصطلح الإحياء. فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول:« من أحيا أرضا ميتة فهي له »[3]، ولهذا السبب فإننا نتطرق إلى إحياء الموات في الشريعة الإسلامية، ثم استصلاح الأراضي طبقا لقانون 83-18.

أولا: في قانون 83-18

1- مفهوم الاستصلاح في القانون رقم 83-18

القانون رقم 83-18هو أول تشريع يملّك الأرض بشرط استصلاحها، ولذا قام المشرع الجزائري فيه بتعريف الاستصلاح في المادة رقم 08 منه كالتالي:« يقصد بالاستصلاح بمفهوم هذا القانون كل عمل من شأنه جعل الأرض قابلة للفلاحة صالحة للاستغلال »[4]. ويلاحظ أنه فتح المجال لكل أعمال الفلاحة وأعطى في الفقرة الموالية نماذج عنها، فقال:« ويمكن أن تنصب هذه الأعمال على أشغال تعبئة المياه والتهيئة وتنقية الأراضي والتجهيز والسقي والتخفيض والغراسة والمحافظة على التربة قصد إخصابها وزرعها ».

2- مفهوم الاستصلاح في المرسوم التنفيذي 92-289

بسبب تعلق هذا المرسوم بمساحات كبرى استصلاحية في الصحراء قصد إنشاء مستثمرات معدة لاستقبال الزراعات الإستراتيجية عرفته المادة02 من هذا المرسوم، بجميع الأعمال المتعلقة بما يأتي:

- تجنيد المياه
- التموين بالطاقة
- سبل الوصول إلى المساحات
- استصلاح الأرض وتهيئتها وسقيها وصرف مياهها

- انجاز مجموع الأعمال التي تدخل في سياق الإنتاج والمتعلقة بالزراعات المتعددة[5].

3- مفهوم الاستصلاح في المرسوم التنفيذي 97-483

يقع هذا المرسوم ضمن النصوص التي تشجع الاستثمار في الأرض باستصلاحها، وجاء في ظرف تشجيع الاستثمارات والتوجه نحو السوق العقارية، ولذا جاء تعريفه أوسع من سابقيه، ونصت المادة 02 منه على أنه:« يقصد بالاستصلاح كل عمليات الاستثمار الرامية إلى جعل طاقات الأملاك العقارية منتجة و إلى تثمينها »[6].

ثانيا: في الشريعة الإسلامية

الإحياء لغة جعل الشيء حيا، أي ذا قوة حساسة أو نامية، والموات ما لا روح فيه، أو الأرض التي لا مالك لها، أو الأرض الخراب الدارسة غير العامرة.

ومفهوم إحياء الموات:« إن إحياء الموات معناه جعل الأرض صالحة للزراعة عن طريق إزالة العوائق الزراعية من أحجار وأعشاب واستخراج الماء وتوفير التربة اللازمة للزراعة، وإقامة الأسوار عليها أو تشييد البناء فيها »[7].

والأرض القابلة للإحياء باتفاق المذاهب الفقهية هي الأرض التي لا يملكها أحد ولم يوجد فيها أثر الاستغلال. لكن اختلفوا في الملك بالإحياء، فحسب الشافعية والحنابلة لا يملك بالإحياء، لأن الأحاديث التي أجازت الإحياء مقيدة بغير المملوك، وأن سائر الأموال لا يزول الملك فيها بالترك. أما المالكية فإنهم عكس ذلك حيث قالوا:« يُملّك بالإحياء..... من عمارة الأرض، لعموم الحديث « من أحيا أرضا ميتة فهي له » فبعد ما صارت مواتا عادت إلى الإحياء من جديد. وفي هذا الشأن نص قانون التوجيه العقاري[8] في مادته 7/76 « بأن الأرض لا تعود إلى مالكها الأصلي إذا تم استصلاحها فعليا في إطار قانون 83-18»[9].

يفهم من هذا أنه إذا كانت هناك قطعة أرض مملوكة خاصة وأممت طبقا لقانون الثورة الزراعية وكان المستفيد قد استصلحها أي جعلها صالحة للزراعة فأنها لا تنتزع منه لأنها قد ملكت بالإحياء.

وقال الحنفية:« التسبب للحياة النامية ببناء أو غرس أو كرب (حراثة) أو سقي »[10].

وقال الشافعية:« بأن الإحياء الذي يملك به هو أن يعمر الأرض لما يريده وبما يهيئ للمحيي الانتفاع بالأرض »[11].

ويتضح من ذلك أن كل أرض موات يناسبها إحياء يقابل سبب مواتها، ولذلك اتسع تعريف الإحياء ليناسب أعراف الناس في كل زمان ومكان وكل حالة.

كذلك فإن إحياء الأراضي وإعمارها يساعد على زيادة الثروة العامة، والثروات الخاصة، ويساهم في تحقيق الاكتفاء الذاتي في الزراعة أو في الإسكان[12].

ولهذا لم تكتف الشريعة الإسلامية بتمليك المحيي ما أحيا من موات، بل أضافت إلى هذا التمليك الدنيوي أجرا وثوابا في الآخرة، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم:« من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر، وما أكله العوافي منها فهو له صدقة »[13].

ثالثا: الشروط والآثار المترتبة عن الإحياء

1- الشروط:

- أن يكون الإحياء بالبناء والغرس والزراعة والحرث وإجراء المياه فيها.
- ألا تكون مستغلة ارتفاقا لأجل البلدة لمحتطب أو مرعى أو شوارع أو طرقات، بمعنى أن تكون الأرض بعيدة عن العمران، ويرجع إلى العرف مدى البعد عن العمران.
- أن يكون الإحياء بإذن الحاكم طبقا للحديث: « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »[14]. لكن الذي عليه أكثر الفقهاء عدم اشتراط إذن الحاكم، لأن الإحياء عندهم سبب لاكتساب الملكية من غير الإذن، وعلى الحاكم أن يسلم حق المستصلح إذا رفع الأمر عند النزاع لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: « من أحيا أرضا فهي له»، وهذا خلافا للحنفية الذي اشترطوا إذن الحاكم وإقراره، وأما المالكية ففرقوا بين الأراضي المجاورة للعمران والأرض البعيدة عنها، فإن كانت مجاورة فلا بد فيها من إذن الحاكم، وإن كانت بعيدة فلا يشترط فيها إذنه، وتصبح ملكا لمن أحياها[15].
- لا يشترط أن يكون محي الأرض مسلما لعموم الحديث « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وهو مذهب جمهور الفقهاء خلافا لفقهاء الشافعية الذين اشترطوا أن يكون

المحيي مسلما ولو أذن له فيه الإمام (الحاكم) باعتبار أن الإحياء استعلاء، وهو ممتنع على غير المسلم بدار الإسلام.

- أن يتم الإحياء في مدة أقصاها ثلاث سنوات لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه:« ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»[16].

2- الآثار:

يثبت بإحياء الموات تمليك الأرض استدلالا من الحديث « من أحيا أرض ميتة فهي له »، ويفرض عليها العشر أو الخراج.

الفرع الثاني: إجراءات الاستصلاح

في هذا الإطار صدر مرسوم تطبيقي للقانون رقم 83-18 حدد إجراءات اكتساب ملكية فلاحية عن طريق الاستصلاح، إذ كل من يريد أن يستصلح قطعة أرضية يجب عليه أن يقدم طلبا مكتوبا إلى رئيس الدائرة التي توجد فيها قطعة الأرض المراد استصلاحها[17].

« يسجل الطلب مصحوبا بالملف الأصلي حسب الترتيب الزمني في دفترين يفتحان لهذا الغرض ويتم تسليم وصل إيداع، ويخصص أحد الدفترين للترشيحات الخاصة بالقطع الأرضية الواقعة في المساحات المعينة في المخطط، ويخصص الآخر للترشيحات التي تتم على أساس تحديد المواقع بمبادرة من المترشحين لاستصلاح الأرض »[18].

« ويرفق ملف الترشيح بما يلي:

- طلب المترشح
- تحديد موقع القطعة الأرضية ومساحتها التقريبية
- برنامج عملية الاستصلاح المزمع القيام به
- مبلغ الاستثمار المخصص للاستصلاح
- مخطط إذا كانت القطعة الأرضية خارج المساحات المعينة كلما كان ذلك ممكنا»[19].

بعد ذلك يسلّم الملف قصد دراسته للهيئة التابعة للدائرة التي تضم ممثلين عن المصالح الفلاحية، مصالح الري، وإدارة أملاك الدولة، ثم تقوم هذه اللجنة بإعطاء رأي تقني

بخصوص إمكانية تحقيق مشاريع الاستصلاح، وهذا الرأي قد يكون بالموافقة دون تحفظات أو يكون مشفوعا بتحفظات، وفي حالة إعطاء الرأي بعدم الموافقة لابد أن يدعم بأسباب، وللجنة أجل أقصاه شهر لإعطاء رأيها، وترسل الملف إلى المجلس الشعبي البلدي الذي توجد في دائرة اختصاصه القطعة الأرضية محل الطلب.

يجتمع المجلس الشعبي البلدي للتداول بشأن طلب استصلاح الأرض وما توصلت إليه اللجنة التقنية، سواء في دورة المجلس العادية أو في دورة غير عادية إن اقتضى الحال ويمكن للمجلس أن يوافق أو يرفض الملف حسب ما تبين له، ولكن المادة 13 من المرسوم 83-724 أوجبت في حالة الرفض أن يكون مسببا في المداولة، التي ترسل إلى الوالي ليوافق عليها حسب الأشكال والآجال القانونية. وفي حالة رفض الوالي لملف المترشح فيجب بيان سبب الرفض وتبليغ المترشح لاستصلاح الأرض بهذا الرفض لتمكينه من ممارسة حقه في الطعن في قرار الوالي وفقا للقانون، كذلك الأمر عندما يكون قبول الطلب مصحوبا بتحفظات.

« أما في حالة قبول الملف بالمصادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي بموجب قرار فيرسل قرار الوالي مصحوبا بمداولة المجلس الشعبي البلدي، ومخطط القطع أو القطعة الأرضية إذا اقتضى الأمر، إلى المديرية الفرعية للشؤون العقارية وأملاك الدولة، لإعداد عقد الملكية مشفوعا بشرط بطلانه، وفقا لنموذج العقد الذي حدده وزير المالية بموجب قرار مؤرخ في 14 يونيو 1984، ويسجل العقد ثم يشهر في المحافظة العقارية المختصة إقليميا.

وأخيرا يقوم المجلس الشعبي البلدي بتبليغ قرار الوالي إلى المترشح ليشرع في الاستصلاح في انتظار تسليم عقد الملكية»[20].

المطلب الثاني: شروط استصلاح الأراضي

لقد وضع قانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح شروطا يجب توفرها قبل البدء بعملية الاستصلاح، وهذه الشروط هناك ما هي متعلقة بالأرض القابلة للاستصلاح وشروط خاصة بالمستصلح وأخرى تتعلق بكيفية الاستصلاح وحصر الأرض.

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في محل الاستصلاح

لكي نصل إلى تحديد واقعي مباشر من قبل الجهة المخولة في هذا التحديد للأرض محل الاستصلاح أو الإحياء فلابد علينا من تحديد عام لهذه الأراضي بوصف طبيعتها القانونية ضمن تصنيف الأملاك العقارية، ثم الشروط الواجب توافرها في هذا المحل.

أولا: موقع أراضي الاستصلاح من تصنيف الأملاك العقارية

صنّف قانون التوجيه العقاري الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

- الأملاك الوطنية
- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة
- الأملاك الوقفية [21].

فإذا تلمسنا موقع الأراضي المراد بها الاستصلاح في النصوص التشريعية التي وردت به وجدناها تقع في دائرة الأملاك الوطنية الخاصة التي يستطيع الخواص تملكها كما حددها قانون التوجيه العقاري في مادته 25، ذلك أنها أراض تتحمل تملك الخواص إياها عن طريق الاستصلاح.

وكذلك بأنه:« تنصب حيازة الملكية بالاستصلاح على الأراضي التابعة للملكية العامة والواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة، وكذا على الأراضي الأخرى غير المخصصة التابعة للملكية العامة والممكن استخدامها للفلاحة بعد الاستصلاح»[22].

أما المرسوم التنفيذي 92-289 فجعل نطاق الاستصلاح محددا بالأراضي المنوه عنها في المادة 18 من قانون 90-25 « وهي الأراضي الصحراوية التي تقع في منطقة تقل نسبة الأمطار فيها عن 100ملم، وهي من ضمن الأملاك الخاصة التابعة للدولة ».

أما القطع الأرضية الممنوحة بموجب عقد امتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 97-483 فأنها كذلك من ضمن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالأرض القابلة للاستصلاح

إن الأرض الخاضعة للاستصلاح هي الأرض التابعة للأملاك الوطنية والواقعة في المناطق الصحراوية.

ويقصد بالأراضي الصحراوية كل أرض في منطقة تقل نسبة الأمطار فيها عن 100 ملم في السنة، وكذلك الأرض الأخرى الغير المخصصة التابعة للملكية العامة والتي يمكن استخدامها بعد الاستصلاح حسب المادة 04 من قانون الاستصلاح، ويستثنى من هذه الأراضي ما يلي:

1 - الأراضي التابعة للقطاع الغابي « وهي كل أرض تغطيها غابة في شكل نباتات تفوق كثافتها 300 شجيرة في الهكتار الواحد، وتغطيها نباتات طبيعية متنوعة في قامتها وفي كثافتها »[23].

فلا يجوز القيام بتعرية الأرض الغابية دون رخصة مسبقة من الوزير المكلف بالغابات بعد أخذ رأي المجموعات المحلية المعنية ومعاينة وضعية الأماكن وذلك طبقا للمادة 18 من النظام العام للغابات الصادر بتاريخ 23 يونيو 1984.

علما أنه يمكن الاستثمار والاستصلاح فيها طبقا لما ورد بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 2001-87 المؤرخ 1987/04/05 المحدد لشروط وكيفيات الترخيص بالاستغلال[24].

2 - الأراضي الموجودة في المحيط العمراني،« وهي كل قطعة يشغلها تجمع بنايات أو مساحات خضراء أو حدائق، وكذلك كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في أجال معينة »[25].

3 - الأراضي الواقعة في المناطق المحمية مثل الحدائق ومواقع الآثار، وذلك طبقا للمادة 22 من قانون التوجيه العقاري.

4 - الأراضي التابعة للقطاع الخاص والمعترف بها، وهنا تجدر الإشارة أنه إذا أممت هذه الأرض في إطار قانون الثورة الزراعية وكان المستفيد قد قام باستصلاحها طبقا لقانون 83-18 فإنه لا تعود إلى مالكها الأصلي حسب المادة 7/76 من قانون التوجيه العقاري.

5 - الأراضي الرعوية الواقعة في المناطق السهبية وذلك حسب المادة 11،12 من قانون التوجيه العقاري التي جاءت بتعريف لهذه الأراضي. غير أنه استثنى من هذه الأراضي، الأرض التي تتوفر فيها الشروط الطبيعية المساعدة على الاستصلاح كإمكانية وجود الماء، ولقد نصت المادة 65 من قانون التوجيه العقاري على أن الأشخاص الذين كانوا يمارسون حق

الانتفاع على الأراضي الرعوية والحلفائية يحول هذا الحق إلى حق ملكية كلما كان استصلاح قطع أرض قابلة للحرث.

6 - الأراضي التابعة للقطاع العسكري طبقا للمنشور الوزاري رقم 435 الصادر بتاريخ 1984/04/18 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المستصلح

وقد نصت المادة 03 على ما يلي: « يجوز لكل شخص طبيعي يتمتع بحقوقه المدنية أو كل شخص اعتباري تابع للنظام التعاوني، جزائري الجنسية، أن يمتلك أراض فلاحية أو قابلة لذلك ضمن الشروط المحددة بموجب هذا القانون »[26].

وهذه الشروط الواجب توفرها في المستصلح هي كالأتي:

أولا: التمتع بالحقوق المدنية

اشترط قانون الاستصلاح في المستصلح أن يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية أي حقوق الأسرة، والحقوق اللصيقة بالشخصية والتي لا يمكن التنازل عنها أو نقلها. . . ولعل من أهمها في المجال أن يتملك الإنسان أو يكسب أو يعمل، وهذا ليس حق ملكية طبعا، أي يكون غير محجور عليه لسفه أو جنون.

ثانيا: الجنسية الجزائرية

حيث نص قانون 83-18على أن تكون جنسية المستصلح جزائرية وذلك حسب المادة 03 منه. وقد تكون الجنسية أصلية « يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية »[27]. وقد تكون مكتسبة وذلك بطريقتين وهما: أولا التجنس الذي نصت عليه المادة العاشرة (10) من قانون 05-01 ،أما الطريقة الثانية لاكتساب الجنسية هي الزواج المختلط ونصت عليه المادة التاسعة مكرر(09مكرر) من قانون 05-01. وفي هاتين الطريقتين لاكتساب الجنسية لابد من توفر الشروط المذكورة في المادتين السابقتين.

ومثل ذلك ما كرسه المرسوم التنفيذي 92-289 في المادة05 سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا جميع أعضائه جزائريون، غير أن المرسوم التنفيذي 97-483 لم يشترط الجنسية في المستصلح ما دام ليس له إلا حق امتياز، فإذا تحول هذا الحق إلى تنازل ليصبح

ملكا جرى عليه ما يجري على المستصلح في التشريعين السابقين واشترطت الجنسية الجزائرية فيه.

ثالثا: التعهد باستصلاح الأرض

أول ما ورد الاستصلاح كشرط يقيد كسب ملكية الأرض المستصلحة ورد في القانون رقم 83-18 فنصت المادة السادسة منه في فقرتها الثانية على أنه « يقيد نقل الملكية المعترف بها بشرط فاسخ يتمثل في انجاز برنامج استصلاح يعده الحائز وتصادق عليه الإدارة » فيجب على الشخص المقبل على الاستصلاح أو المستصلح أن يتعهد بالاستصلاح الفعلي لهذه الأرض الممنوحة له في إطار قانون الاستصلاح، وأن هذا الاستصلاح يكون في مدة زمنية محددة بخمس سنوات (05) باستثناء حالة القوة القاهرة [28] التي تمنع من 'نجاز هذا الاستصلاح في هذه المدة.

ويبقى الاستصلاح كذلك من جملة الشروط التي يجب أن يلتزم بها المستصلح ضمن أحكام المرسوم التنفيذي 92-289، إذ أوجب المشرع في دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم أن يلتزم بهذه البنود تحت طائلة الفسخ، ومن ذلك التعهد ببرنامج الاستصلاح، كما نصت عليه المادة السابعة (07) من دفتر الشروط ضمن الأجل المتفق عليه بحكم المادة التاسعة (09)، وكذلك ينجر الفسخ عن عدم الحفاظ على وجهة الأرض والأهداف المحددة لها في دفتر الشروط كما تقضي المادة الرابعة (04) منه.

أما في المرسوم التنفيذي 97-483 فإن عدم التزام المترشح للاستصلاح بأشغال الاستصلاح في أجالها المحددة في دفتر الشروط يعرضه لفسخ عقد الامتياز ، وذلك حسب المواد 04 و07 و18 من هذا الدفتر، أما إنجاز برنامج الاستصلاح فلا يؤدي إلى تمليك تلقائي للأرض محل الامتياز، ولكن إلى تجديد هذا الامتياز، أو تحويله إلى تنازل ولكن بمقابل طبقا لأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 97-483.

الفرع الثالث: كيفية الاستصلاح وحصر الأرض

ويقصد به العمليات المنجزة خلال فترة معينة وبشروط وفي برنامج يعده الحائز أو المستصلح لكي تصادق عليه الإدارة، وبعد ذلك يتم تحديد موقع الأرض من قبل لجنة أو من المترشح نفسه وذلك بشروط.

أولا: كيفية الاستصلاح

الاستصلاح يكون عن طريق تعبئة المياه، تنقية الأرض، السقي، الغراس والمحافظة على التربة بقصد إخصابها وزرعها، كذلك انجاز السكن المخصص للمزارع وعائلته وبنايات الاستغلال الزراعي[29].

ويجب أن يكون هناك برنامج الاستصلاح ينجز في خلال خمس سنوات إلا إذا كانت هناك قوة قاهرة (المادة 11 من قانون الاستصلاح) وعند تذرع المالك بأي سبب قاهر يرفع الوالي المختص بناء على طلب رئيس المجلس الشعبي البلدي قصد ادعاء شرط البطلان.

وفي حالة عجز المالك أو ورثته عن مواصلة عملية الاستصلاح، يجوز له تحويل حقوقه، على أن يوافق المشتري على الشرط الفاسخ، « لا يجوز نقل ملكية الأراضي الممتلكة في إطار الاستصلاح طبقا للشروط المحددة في الفصل الثاني من هذا القانون، إلا عند رفع الشرط الفاسخ المنصوص عليه في المادة 06 من هذا القانون »[30].

ثانيا: حصر الأرض

إن عبارة حصر الأرض تعني تحديد الأراضي محل الاستصلاح أو القابلة للاستصلاح، وقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد الأراضي المرشحة الاستصلاح لطريقتين وهما كالأتي:

1- حصر أو تحديد الأرض من طرف الإدارة

كما سبق لنا ذكره أن تحديد الأراضي يكون من طرف الإدارة وهذه الإدارة متمثلة في الجماعات المحلية و الوزارات وهي التي تبادر بتحديد الأرض.

أ- تحديد الأرض من طرف الجماعات المحلية

ففي إطار القانون 83-18، أوكلت مهمة تحديد المناطق القابلة للاستصلاح للجماعات المحلية، بعد اخذ رأي مصالح الفلاحة والري « تحدد المجموعات المحلية، داخل المناطق المحددة في المادة 04 من هذا القانون، بعد اخذ رأي مصالح الفلاحة والري »[31] وكذلك مصالح أملاك الدولة كما تشير المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724 ، وتبين المادة نفسها أن عمليات البحث والتحديد « تتم في الأراضي الواقعة في التجمعات الزراعية الموجودة فعلا أو احتمالا وحواليها، ولاسيما بفعل توافر مورد الماء " ويقصد من التجمعات

الزراعية الموجودة فعلا هي " كل نطاق يشكل قطعة واحدة تمارس فيه نشاطات فلاحية، والتي يكون مصدر التربة والماء فيها معروفا »[32].

وأما التجمعات الزراعية المحتملة، فيقصد منها مساحات مماثلة خالية من أي نشاط زراعي، ولكنها قابلة لتجميع عدد من المستغلين الفلاحيين، حيث أن موارد التربة والماء تكون معروفة أو في طريق الكشف عنها.

وهذه التجمعات عموما تدعى محيطات استصلاح، ولابد أن تكون محددة كما سلف من قبل الجماعات المحلية على أساس معطيات مقدمة من قبل المصالح التقنية للفلاحة والري ،« تحدد قائمة المساحات المعنية مواقعها بهذا الشكل بقرار من الوالي وتعلق في محلات المجلس الشعبي البلدي المعني . وهذه القائمة قابلة للمراجعة تبعا لتطورات المعطيات المتعلقة بالإمكانيات الزراعية أو موارد الماء »[33]. ثم تتعرض هذه المساحات لتقسيمها إلى قطع « تراعى في أبعادها المساحة الدنيا المتنازل عنها وأعمال التهيئة المحتملة ثم تعلق في محلات المجلس الشعبي البلدي المعني »[34].

ولابد لهذه القطع التي ستكون محل للمستصلحين أن لا تقل مساحتها عن مساحة مستثمرة قابلة للحياة اقتصاديا حسب الشروط الزراعية الاقتصادية المحلية، وذلك بتقدير من المصالح التقنية الفلاحية في الولاية كما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي 83-724.

ب-: تحديد الأرض من قبل الوزارات المعنية

قد تكون الإدارة التي أوكلت لها مهمة تعيين أو تحديد الأراضي محل الاستصلاح على المستوى الوزاري، ففي إطار التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 92-289 الذي نصت المادة الرابعة منه على أنه « يحدد قرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري، فيما يخص كل مساحة استصلاحية ما يأتي:

- ضبط حدود المحيط الاستصلاحي،
- عدد منسوبات المستثمرة ومساحتها،
- كيفيات الاستثمار ومجموع المترشحين »[35].

كما أناط المرسوم التنفيذي رقم 97-483 ضبط حدود مساحات الاستصلاح بقرار وزاري مشترك لوزراء الفلاحة والري والمالية بناء على معايير تقنية واقتصادية وبيئية.

ويلاحظ عمليا أن صدور القرارات بشأن محيطات الاستصلاح يتغير و يتقدم حسب ما ينجم عن دراسة التربة والماء في هذه المحيطات، ولذا فإن القرارات الوزارية المشتركة تصدر حينا بعد حين، لتزيد حصص هذه الولايات في المناطق الاستصلاحية.

والملاحظ أيضا أن تعيين الأرض محل الاستصلاح وتحديد مساحتها وموقعها في القانون يخضع بدرجة أساسية لمعايير موضوعية تتصل بالأرض، وعموما فتقييد الإدارة للأراضي محل الاستصلاح إجراء مناسب جدا، خاصة مع ضيق الأراضي ومحدوديتها وهو أكثر ضبطا لما يمكن أن يقع من تشاح وتزاحم على الأرض، ولذلك كان هذا الإجراء هو الأصل ثم يأتي اختيار المعنيين بالاستصلاح بعد فراغ الإدارة من تحديد المحيطات المستصلحة والإعلام بها إعلاما واسعا ما سبق، لتمكين المواطنين من تقديم احتجاجاتهم إذا مس التحديد ممتلكاتهم، ولإعلام المعنيين بالاستصلاح ليشاركوا في توسيع تحديد المحيط.

2- تحديد الأراضي بمبادرة من المترشح للاستصلاح

ليس للمترشح أن يقوم بالمبادرة الشخصية في تحديد الأرض محل الاستصلاح لشغلها بنفسه إلا في إطار القانون رقم 83-18 حيث نص المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيقه 83-724 على هذه الإمكانية في المادة السابعة منه « يمكن أن تشمل عملية تحديد المواقع التي تتم بمبادرة من المترشحين لاستصلاح الأراضي أية أرض أخرى ما عدا المساحات المعينة وما يتصل بها مباشرة ودون المساس بأحكام المادتين 02 و04 من القانون رقم 83-18 »[36] والتي تتلخص في ما يلي:

- أن تتم بعد نشر قرار الوالي بتحديد محيطات الاستصلاح.
- أن لا تقع على المحيطات المخول تعيينها للجماعات المحلية.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة باستصلاح الأراضي

إن هذه الملكية التي منحها القانون للمستصلح ليست مطلقة فهي مقيدة بشروط وجب على المستصلح الالتزام بها وإلا وقع تحت شرط البطلان والفسخ.

يؤدي عدم إتمام الأشغال إلى عدم تملك الأرض، مما يدل على أن هناك رقابة تنصب على القائم بالاستصلاح يترتب على نتائجها تثبيت الملكية الأرض أو انتزاعها من يد القائم على الاستصلاح.

المطلب الأول: الرقابة على الاستصلاح

حتى يرتب الاستصلاح آثاره القانونية، وجب على المستصلح أن يقوم بالأشغال المذكورة في البرنامج الذي قدمه سابقا كما ينص عليه القانون دون مخالفته، سواء من حيث الكيفية التي يمارس بها أشغاله أو من حيث المدة المتفق عليها والمنصوص عليها صراحة في قانون الاستصلاح، وهذه المهلة تؤدي دورا هاما في عدم ترك الأرض عطلا أو بورا، فكان على السلطة أو الإدارة التي منحت هذا الحق المستصلح الذي يتمثل في استصلاح الأرض أن تقوم بالإشراف عليه أو مراقبته، ويرجع أساس قيام معاينة السلطة أو الدولة للأشغال الجارية أو المنتهية على الأرض المرشحة للاستصلاح إلى اعتبارين أو سببين أساسيين، فالأول يتعلق بما يمليه القانون من واجبات على الدولة في سلطتها وولايتها العامة ومحافظتها على الأموال العامة، وأما الثاني فأساس المعاينة قائم على ما ورد من شروط تتبع عقد الاستصلاح تتيح للدولة متابعة أو مراقبة الأشغال.

الفرع الأول: الرقابة على الاستصلاح في القانون 83-18 ومرسومه التنفيذي 83-724

أشار القانون 83-18 إلى أن « على المالك أن يطلب رفع الشرط الفاسخ المشار إليه في المادة 6 أعلاه.

ويتم هذا الرفع بعد إثبات انجاز برنامج الاستصلاح حسب كيفيات تحدد بموجب مرسوم»[37]. غير أن تحديد كيفيات هذا الإثبات تكفل بها المرسوم التنفيذي 83-724 في مواده من 18 إلى 27 ومنه سنتعرض إلى تشكيلة لجنة المعاينة، عملها، وحالتي المعاينة: الايجابية والسلبية، ونتائجها.

أولا: تشكيلة لجنة المعاينة

تتكون هذه اللجنة من الأعضاء التالين:

- رئيس لجنة الفلاحة والتنمية في المجلس الشعبي البلدي
- الممثل المحلي للاتحاد الوطني للفلاحين الجزائريين
- الممثل المحلي للمصالح التقنية الفلاحية
- الممثل المحلي لمصالح الري
- الممثل المحلي لإدارة أملاك الدولة[38].

إن هذه التشكيلة قد لا تتوافر على مستوى الدائرة في كل الحالات نظرا لنقص الإطارات، ففي هذه الحالة تتكون هذه اللجنة على مستوى إطارات الولاية، وهو حال ولايات الجنوب عموما[39].

ثانيا: عمل لجنة المعاينة

هذه اللجنة يتعين بدء عملها وهو تقدير انجاز برنامج الاستصلاح ومعاينته، بعد إنهاء المستصلح لبرنامجه في حدود الخمس سنوات الممنوحة له، فيطلب المالك من المجلس الشعبي البلدي رفع الشرط الفاسخ كما هو منصوص عليه في المادة 19 من المرسوم التنفيذي 83-724 ولهذه اللجنة مدة أسبوع على الأكثر للقيام بمهمتها.

غير أن قانون الاستصلاح ومرسومه التنفيذي وحتى المنشور الوزاري رقم 435 الذي يتبعه لم يشر إلى خروج هذه اللجنة تلقائيا أو بتكليف من رئيسها أو الوالي المعني، وهذا ما ترك الكثير من الأراضي المستصلحة وغير المستصلحة دون رقابة، أي دون رفع الشرط الفاسخ أو فسخ عقد الاستصلاح، وبالتالي كان من المفروض أن تخرج اللجنة للمعاينة كلما انتهى الأجل الممنوح للمستصلح.

وتتم المعاينة ميدانيا، ويحرر محضر في مكان المعاينة، قياسا مع البرنامج المسطر أو المقدم من طرف المستصلح « يعد عقب كل عملية معاينة تقرير توجه نسخته الأصلية إلى المجلس الشعبي البلدي المعني ونسخة ثانية منه إلى المالك المعني»[40].

ثالثا: نتائج المعاينة

قد تكون هذه المعاينة إيجابية أي أن المستصلح وفي بالتزامه تماما وأنهى برنامجه، أو قد تكون سلبية أي أن المستصلح لم يف بالتزامه وقصر عن إنهاء البرنامج، ولكل حالة آثارها:

1-: المعاينة الايجابية

في هذه الحالة على رئيس المجلس الشعبي البلدي في غضون 15 يوما أن يُشعر الوالي لرفع الشرط الفاسخ.

ويتم رفع الشرط الفاسخ من قبل الوالي عن طريق قرار، وفي خلال شهر من إشعار رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويبلغ القرار إلى كل من المجلس الشعبي البلدي، والمالك المعني الذي عليه أن يودع القرار بالمحافظة العقارية لرفع الشرط الفاسخ عن العقد[41].

2- المعاينة السلبية

ونميز في هذه الحالة بين مرحلتين إذا كان المستصلح استنفذ مدة الخمس سنوات أم لم يستنفذها كلها و ينظر كذلك إلى الصعوبات التي واجهت المستصلح ويقصد بذلك القوة القاهرة التي قد تمنعه من إتمام برنامجه الاستصلاحي في الوقت المحدد.

بعد انتهاء مدة الخمس سنوات، ونتج عنها ما يلي:

- إذا لم تتم عملية الاستصلاح بسبب قوة قاهرة تثبتها اللجنة المختصة، فتمنح للمالك مدة إضافية بقرار من الوالي.
- إذا لم تمنع المستصلح قوة قاهرة، أعمل الشرط الفاسخ بادعاء الوالي قضائيا وذلك بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بناءا على محضر المعاينة.
- إذا ما كان المستصلح قد قام باستصلاح ما يزيد عن المساحة الدنيا المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724 « عندما تتجاوز قطعة الأرض المستصلحة بالفعل المساحة الدنيا المتنازل عليها في مفهوم المادة 6 من هذا المرسوم، فإن شرط البطلان لا يشمل إلا المساحة المتبقية »[42].

قبل انتهاء مدة الخمس سنوات:

إذا طلب المستصلح رفع الشرط الفاسخ قبل انتهاء المدة المحددة، وكان تقرير المعاينة سلبيا فله أن يستفيد من المدة المتبقية لإنهاء برنامجه الاستصلاحي، وليس للوالي أن يعجل بدعوى فسخ العقد.

الفرع الثاني: الرقابة على الاستصلاح في المرسوم التنفيذي92-289

سوف نعالج في هذا الفرع عمل اللجنة المراقبة، ونتائج الرقابة أو المعاينة.

أولا: عمل لجنة المر اقبة

« يبادر المشتري عند اعتقاده تمام انجاز البرنامج الاستصلاحي إلى إبلاغ الهيكل التنظيمي المختص باستصلاح الأراضي الصحراوية عن طريق مراسلة بريدية مسجلة مع إشعار بالاستلام.

ويجب على هذا الهيكل أن يتدخل في غضون 15 يوما الموالية لمعاينة انجاز برنامج الاستصلاح كما هو موصوف في المادة 7 أعلاه في عين المكان وبحضور المشتري.

يحرر محضر معاينة حضوريا لهذا الغرض »[43].

كما توجد كذلك رقابة تقنية على برنامج المستصلح تستأثر بها المحافظة بتوجيهها، « ويتعهد المترشح في مقابل ذلك بفتح مجال دخول المستثمرة في وجه ممثلي الهياكل المختصة قصد القيام بالمراقبة »[44].

ثانيا: نتائج المر اقبة

1. عند انتهاء برنامج الاستصلاح كما هو منصوص عليه في القانون أو المراسيم التنفيذية أو دفتر الشروط، وبذلك لابد من رفع الشرط الفاسخ الذي يهدد العقد ويصبح لهذا المستصلح كامل الحقوق على هذا العقار فيصبح تصرفه في هذه الأرض تصرفا مطلقا وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي 92-289 « يمنع المشتري من القيام بأية معاملة تجارية تخص الأراضي المكتسبة حسب كيفيات هذا النص قبل استكمال البرنامج الاستصلاحي، كما هو محدد في المادة 2 أعلاه، تحت طائلة سقوط حقه »[45].

2. عدم انتهاء البرنامج في المدة المحددة قانونا والمتفق عليها «يجب على المشتري أن ينجز برنامج الاستصلاح الموصوف في المادة 7 أعلاه في أجل قدره شهر وفقا للمخطط المرفق بهذا الدفتر للشروط». وفي حالة عدم إتمام البرنامج يفسخ العقد وذلك برفع مدير الأملاك الوطنية دعوى قضائية لفسخ العقد، إلا أن هناك استثناء قد تمنح مدة إضافية للمستصلح لإنهاء برنامجه الاستصلاحي وهي كالأتي:

- وجود قوة قاهرة تمنع المستصلح من إنهاء برنامجه « يمكن في حالة قوة قاهرة أن تمدد الآجال المحددة في المادة 9 أعلاه بمدة تساوي المدة التي تعذر فيها على المشتري الوفاء بالتزاماته »[46].
- تأخر الدولة في مساعداتها « إذا تأخر انجاز البرنامج الاستصلاحي لسبب عدم احترام الدولة أجال تدخلها، فان المهلة التعاقدية تمدد بمدة تساوي مدة التأخر المسجل »[47].

ومنه فإن المادة 20 من دفتر الشروط الملحق للقانون 92-289 قد منحت للمستصلح الذي لا يتقيد ببنود هذا الدفتر أو يخل بشروطه تنبيهين اثنين وذلك عن طريق البريد للامتثال لهذه الشروط، فإن لم يؤتيا ثمارهما فإن مدير الأملاك الوطنية بالولاية المختص إقليميا يرفع دعوى قضائية لمباشرة إجراءات فسخ العقد.

الفرع الثالث: الرقابة على الاستصلاح في المرسوم التنفيذي97-483

تقع مهمة المتابعة والمعاينة وتقييم هذا المشروع على عاتق الشركة العامة للامتيازات الفلاحية، ويقوم مدير المشروع الذي تعينه بمتابعة كل العمليات التي تدخل في مشروع الاستصلاح[48]، بمشاركة مدير المصالح الفلاحية، و كذا الهيئات اللامركزية[49].

ومن جهة أخرى « يلتزم صاحب الامتياز بانجاز برنامج الاستصلاح في الآجال المرجعية بدفتر الشروط هذا.

ويتعين عليه أن يرخص بالعبور لكل هيئة متخصصة تابعة للإدارة المحلية الفلاحية قصد التقويم الدوري لعمليات الاستصلاح.

يلتزم صاحب الامتياز بتزويد الإدارة بكل المعلومات التي قد تطلبها منه قصد متابعة عملية الاستصلاح.

يلتزم صاحب الامتياز بتوفير الأموال الضرورية لإنجاز عمليات الاستصلاح بصرف النظر عن عمليات الدعم والمساعدة التي تقدمها له الدولة و يتعين على صاحب الامتياز أن يمتثل للتنظيم الساري المفعول فيما يتعلق بعمليات جلب المياه، وعلى الخصوص الحصول على رخصة الاستغلال التي تسلمها المصالح المختصة »[50] .

تقوم هيئة متخصصة في المراقبة بالمعاينة لأشغال الاستصلاح التي يقوم بها صاحب هذه الامتياز، وقد تكون هذه المعاينة إيجابية كما قد تكون سلبية.

أولا : المعاينة الايجابية

إذا كانت المعاينة إيجابية نتحصل على النتائج التالية:

1. تجديد الامتياز بطلب مكتوب منه يرفعه إلى مدير الأملاك الوطنية المختص قبل انتهاء الامتياز بسنة، وما يثار هنا أن تمديد عقود الامتياز لا تمدد إلا لمدة سنة، مما لا يكون معه إمكانية طلب التجديد لاستنفاذ مهلة الطلب في مهلة الأشغال.
2. تحويل الامتياز إلى تنازل بالتراضي عن قطعة الأرض الواقع عليها الامتياز، في كل وقت، بعد الانتهاء من المشروع المعاين قانونا من طرف مديره مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 05 من هذا المرسوم[51].

ثانيا: المعاينة السلبية

إذا كانت المعاينة سلبية ولم يحترم المستفيد من عقد الامتياز شروط العقد وخاصة بما يتعلق بالبرنامج الاستصلاحي فان ذلك يمكن ن يسفر عن فسخ عقد الامتياز، بعد أن تبادر الإدارة ممثلة في مدير الأملاك الوطنية المختص بإعذار المستصلح مرتين برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، وإن لم يُجدِ ذلك نفعا فإن مدير الأملاك الوطنية يرفع دعوى قضائية لفسخ العقد.

وعلى العموم فإن كيفيات المعاينة لا تختلف كثيرا في المرسومين السابقين وهما المرسوم التنفيذي 92-289 والمرسوم التنفيذي 97-483 إلا في التفاصيل الخاصة في المعاينة

بنوعيها الايجابية والسلبية والتي قد تفضي في المرسوم التنفيذي 97-483 إلى التجديد و التنازل.

المطلب الثاني: ملكية الأرض المستصلحة

سنّ المشرع الجزائري للمترشح للاستصلاح أن يمتلك الأرض المراد بها الاستصلاح أو المستصلحة فعليا، حسب كل تشريع من تشريعات الاستصلاح بموجب عقد بيع يبرمه مع من يمثل الدولة.

ومما سبق ذكره سنتعرض في مبحثنا هذا إلى العقد الذي تبرمه الدولة مع المستصلح لهذه الأرض والآثار التي تنجم عن ذلك، وهذا ما سنستعرضه من خلال إجراءات إعداد عقد الملكية على الأراضي المستصلحة أو المرادة للاستصلاح، وهذه الإجراءات قد نصت عليها وبينتها تشريعات الاستصلاح السابقة، وأنها وإن اتفقت في كثير من الجوانب فإنها اختلفت في جوانب أخرى، وهذا ما يدعونا إلى معالجته في ثلاثة فروع حسب التشريعات الخاصة بالاستصلاح، وهي المرسوم التنفيذي رقم 83-742 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية المذكور سابقا، وهناك المراسيم التنفيذية التي جاءت بعده وهي المرسوم التنفيذي 92-289 والمرسوم التنفيذي 97-483.

الفرع الأول: عن طريق التصرف (عقد بيع)

لقد عرفت المادة 531 من القانون المدني البيع بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيئا أو حقا مالي أخر بمقابل ثمن نقدي، أما في عقد الاستصلاح فإن المشرع الجزائري لم يشترط مقابلا إلا الدينار الرمزي لكي يعتبر بأنه عقد بيع وليس عقد هبة وهذا ما نصت عليه المادة 06 من قانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

أولا: إجراءات إعداد عقد الملكية طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي 83-724

أحال القانون 83-18 بيان إجراءات إعداد عقد الملكية إلى المرسوم التنفيذي له وهو 83-724، وقد بيّن هذا المرسوم الإجراءات الخاصة، وذلك في كثير من المواد حيث تنص على أنه « يمكن أن تشمل عملية تحديد المواقع التي تتم بمبادرة من المترشحين لاستصلاح الأراضي أية أرض أخرى ما عدا المساحات المعينة وما يتصل بها مباشرة ودون المساس

بأحكام المادتين 02 و 04 من القانون رقم 83-18 المذكور سابقا » [52]. وكذلك المواد من 08 إلى 17 من هذا المرسوم، وقد تضمنت إجراءات إعداد عقد الملكية المراحل التالية:

1- إيداع ملفات الترشيح

إن إيداع ملفات الترشيح يكون في مقر الدائرة التي تقع بها القطعة الأرضية المراد بها الاستصلاح، حيث يقدم المترشح طلبا في وثائق نموذجية إلى رئيس الدائرة، وتسجل هذه الطلبات مصحوبة بملف حسب تاريخ ورودها لإعطاء الأولوية للطلبات حسب الأسبقية الزمنية إذا ما تضمنت الطلبات القطعة نفسها، ويكون هذا التسجيل « في دفترين يفتحان لهذا الغرض مقابل تسليم وصل إيداع »[53].

« ويحتوي الوصل على تاريخ تسليم الملف، أو استلامه إذا كان ذلك عن طريق البريد »[54].

ويخصص أحد الدفترين و يسمى السجل رقم 1 لطلبات قطع الأرضية الموجودة خارج المحيطات المحددة، أما السجل الثاني فيسمى السجل رقم 2 ويخصص لطلبات قطع الأرضية الموجودة داخل أو ضمن المحيطات المحددة والمعلن عنها في القوائم المشهّرة، وهذين السجلين لا يفتحان إلا بعد تحديد المحيطات وتثبيت القوائم بقرار ولائي، غير أن السجل رقم 2 لا يتم فتحه بعد ذلك إلا بعد نشر قوائم المحيطات وعدد القطع بها و تحديدها.

وفي وثيقة الطلب النموذجية يذكر الملف الواجب تقديمه، ويشتمل ملف الترشيح على ما يلي :

- طلب المترشح.
- تحديد موقع القطعة أو القطع الأرضية المرغوب فيها ومساحتها التقريبية.
- برنامج عملية الاستصلاح المزمع القيام به.
- مبلغ الاستثمار المخصص للاستصلاح.
- مخطط إذا كانت القطعة الأرضية خارج المساحات المعينة كلما كان ذلك ممكنا»[55].

وزيادة على هذه الوثائق فالمترشح يستطيع إثراء الملف بما يراه مناسبا لتقوية حظوظه لقبوله.

2- دراسة الملف

تمر هذه الدراسة بعدة مراحل نستعرضها فيما يلي:

فعلى مستوى « الدائرة فان لجنتها التقنية التي تقتصر فيها على الممثلين المحليين لمصالح الفلاحة و الري وإدارة أملاك الدولة التي تصدر رأيا تقنيا في إمكانية تحقيق المشاريع الاستصلاحية، ويمكن أن يكون هذا الرأي بالموافقة، أو الموافقة مع تحفظات، أو بالرفض المسبب، أما الإطار الزماني لعمل اللجنة فأقصاه شهر واحد لإصدار اللجنة رأيها »[56]، بدءا من تاريخ الاستلام، فهذه اللجنة اعتمدت في إصدار رأيها في إمكانية إنجاز المشروع على معايير منها الطبيعة القانونية للأراضي، والإمكانيات المصرح بها من طرف المستصلح.

« ثم بعد ذلك ترسل هذه الملفات إلى المجلس الشعبي للبلدية التي تقع فيه قطع الأرض محل الدراسة ليتداول فيها المجلس ولو في دورة غير عادية، لأن الأجل الممنوح للمجلس ابتداء من تاريخ استلام الملفات هو 15 يوما، وإذا كان هناك رفض من طرف المجلس الشعبي البلدي فلا بد أن يكون مسببا »[57].

« ثم ترسل مداولات المجلس البلدي إلى الوالي المختص ليوافق عليها حسب الأشكال والآجال القانونية المنصوص عليها في القانون.

ولا بد أن يصحب قرار الوالي بالرفض أو بالقبول مع تحفظات أو تعليمات تقنية بتبيين سببه، ويبلغ إلى المترشح الذي يخول له حق الطعن في قرار الوالي وفقا لما تقضي به القواعد الإدارية »[58].

ويوجه المنشور الوزاري المشترك 84-435 الولاة إلى بناء قراراتهم بالقبول أو بالرفض اعتمادا على نتائج مداولات المجلس الشعبي البلدي وكذا كل معلومة تتاح لهم.

وتقضي المادة 16 من المرسوم 83-724 السابق الذكر أن قرار الوالي بقبول ترشيح المعني يبلغ للمجلس الشعبي البلدي المختص ليبلغه إلى المعنيين فور التسليم، ويعتبر هذا القرار إذنا بالشروع في عملية الاستصلاح وتطبيق للبرنامج الاستصلاحي.

كذلك يعد القرار قبولا إذا لم يصل المعني أي رفض ولم يصدر أي قرار بعد انقضاء ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع المترشح ملفه، ويتعين على المجلس الشعبي البلدي أن يسلم في هذه الحالة شهادة تعترف للمترشح بصفة المالك.

3-: إبرام عقد الملكية

في حالة مصادقة الوالي على مداولة المجلس الشعبي البلدي بالموافقة، فإن الوالي يرسل هذا القرار - أي الموافقة - مصحوبا بمداولات المجلس ومخطط قطع الأرضية التي يراد بها الاستصلاح أو القابلة للاستصلاح إلى المديرية الفرعية للأملاك الوطنية، و التي على مستواها يبرم عقد الملكية الذي هو عقد بيع بين طرفين، فالأول المترشح للاستصلاح أما الطرف الثاني فهو الوالي بصفته ممثلا عن الدولة يساعده في ذلك نائب مدير شؤون أملاك الدولة، ويتم نقل الملكية مقابل الدينار الرمزي[59]. وذلك حتى يبقى على العقد طابعه التبادلي، كما أن رمزية الثمن لا تحوله إلى عقد هبة، لأنه معتبر ثمن بحكم القانون.

كما تضمن العقد شرط فاسخ يتمثل في انجاز البرنامج الاستصلاحي في غضون خمس سنوات بدءا من تاريخ الأشغال أثر تبليغ قرار الوالي بالموافقة « يقيد نقل الملكية المعترف به بشرط فاسخ يتمثل في إنجاز برنامج استصلاح يعده الحائز وتصادق عليه الإدارة»[60].

و يسجل العقد المحرر ثم يشهر في المحافظة العقارية المختصة إقليميا، طبقا للتنظيم المعمول به « ولا بد من الإشارة إلى أن هذا العقد لا يخضع لقاعدة الأثر الإضافي للشهر أو ما يعرف بالشهر المسبق »[61].

ثانيا: إجراءات إعداد عقد الملكية طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي 92-289

1- إيداع الملفات

قبل إيداع الملفات يجب أن يصدر قرار وزاري مشترك يضبط حدود الأرض و المحيطات المرشحة لعملية الاستصلاح وكذلك مساحاتها، لتكون محل نشر في الصحف وعلى مستوى مقر الولايات والدوائر و البلديات ليعلن فيها[62]:

- مقر وعنوان محافظة تنمية الفلاحة بالمناطق الصحراوية (وهي الهيكل المنوط به تنظيم العملية ومتابعتها).
- الوثائق المطلوبة من المترشحين
- موضوع العملية

- وجوب دفع كفالة إذا كان لها محل
- تاريخ آخر اجل لإيداع العروض

وحسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 92-289 فإنه « يجب أن يحدد قرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري فيما يخص كل مساحة استصلاحية ما يأتي:

- ضبط الحدود للمحيط الاستصلاحي
- عدد منسوبات المستثمرة ومساحاتها
- كيفية الاستثمار ومجموع المترشحين»

وتكون الوثائق المرتبطة بالمنافسة موضوعة تحت التصرف، متضمنة تحديدات المشروع و شخص المترشح من قبيل ضبط المساحات و ما يقع على عاتق الدولة من مساعدة والنبات الاستراتيجي كذا ما تطلب الإدارة أي المحافظة من ضمانات و شروط، والمعلومات التي قد يضيفها المترشح في عرضه ... ولا بد للملف أن يكون متكونا مما يلي:

- طلبا يبين فيه موقع الأرض ومساحتها
- صيغة دفتر الشروط المطلع عليها كما يجب

ملفا تقنيا واقتصاديا يشمل على ما يلي:

- تفاصيل برنامج الاستصلاح
- الكشف الوصفي والتقديري لأشغال الاستصلاح
- مخطط أشغال الاستصلاح
- محطة التمويل التي تبرز على الخصوص مبلغ الإسهام الشخصي للمترشح ومبلغ القروض المالية الذي يمكنه الحصول عليه
- نسخة طبق الأصل من القانون الأساسي للشركة المزمع انجازها بالنسبة للأشخاص المعنويين
- شهادة الجنسية

ويودع هذا الملف كاملا لدى محافظة تنمية الفلاحية بالمناطق الصحراوية التي تشرف على العملية وذلك في غضون 90 يوما من الإعلان.

2- دراسة الملفات

لكي تدرس الملفات المودعة لدى المحافظة المذكورة تمر بلجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم المترشحين.

فلجنة فتح الأظرفة تقوم بفتح الأظرفة التي تحتوي على العروض خلال 8 أيام من انتهاء آخر أجل، وباستدعاء من مدير المحافظة، وتتكون هذه اللجنة من ممثلين عن: المحافظة المعنية(رئيسيا)، وعن الولاية، وعن المصالح الفلاحية وعن مدير الري، وعن الفلاحين. وتقبل الأظرفة التي وصلت قبل الفتح[63].

وتمر بعد ذلك الملفات إلى لجنة تقييم المترشحين، والتي تحلل الترشيحات بناء على مقاييس أهمها:

- قوام برنامج الاستصلاح وآجال انجازه
- القرارات التقنية والمالية
- عدد مناصب العمل المطلوب توفيرها

وتتكون هذه اللجنة من: ممثل المحافظة رئيسا وممثل عن الفلاحين، ومدير الري وممثل عن شركة سونلغاز.

ثم تصدر اللجنة قراراتها والتي تبلغ إلى المترشحين في أجل قدره شهرين من قفل إيداع الملفات لتبين فيه أن الطلب[64]:

- مقبول حسب الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط
- مقبول مع تحفظات وللمترشح أن يرفع هذه التحفظات خلال شهرين
- غير مقبول

3- إبرام العقد

تُعِد محافظة تنمية المناطق الصحراوية مقررا يأذن بالبيع لمن قُبل ملفه، ويرسل إلى مدير الأملاك الوطنية المختص إقليميا لتحرير عقد البيع الإداري المشفوع بدفتر الشروط الموقّع من الطرفين، ويكون البيع بمقابل كما تقضي المادة 05 من دفتر الشروط وتمكين تسديده بالتقسيط، وفي العقد يصرح ببدء الانتفاع.

ثالثا: إجراءات إعداد عقد الملكية طبقا للمرسوم التنفيذي 97-483

لابد من التذكير أولا أن هذا المرسوم لا يملك المستفيد أو المترشح للاستصلاح إلا حق انتفاع في البدء، وهو المتضمن عقد الامتياز[65]، ثم تأتي إمكانية التنازل بعد الانتهاء من المشروع.

وعلى ذلك فمن الأفضل البدء بإجراءات إبرام عقد الامتياز ثم نثني على تحول الامتياز إلى تمليك.

1- إجراءات إبرام عقد الامتياز

تبادر السلطات المحلية وبإشراف من الوالي إلى اقتراح مشاريع الاستصلاح التي تخضع لدارسة أولية معدة من قبل اللجنة الولائية التقنية برئاسة مدير المصالح الفلاحية، ثم تحال إلى المؤسسة العامة للامتيازات الفلاحية لتأكيد جدواها وتحويلها إلى وزارة الفلاحية والصيد البحري للمصادقة على القرار الوزاري المشترك لتحديد المحيط.

وبعد نشر المشروع يتقدم المترشحون بملفاتهم أو تعهداتهم إلى اللجنة المنشأة بالقرار الوزاري المشترك رقم 318[66]، والتي يرأسها الوالي ومديرو المصالح الفلاحية، الري الأملاك الوطنية، العمل والحماية الاجتماعية، وممثل المجلس الشعبي الولائي، و رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، ممثل العامة للامتيازات.

تقوم اللجنة بدراسة ملفات المترشحين والتزاماتهم لتنتقي المترشحين حسب معايير من أهمها:

- سن المترشح وإقامته
- القدرات المالية والتقنية للمترشح وتأهيلاته

- عدد مناصب الشغل المتاحة [67].

وفي غضون شهر يبلغ المترشحون بنتائج قرار اللجنة بالقبول أو القبول مع التحفظات أو الرفض المسبب وفي حالة القبول تقضي المادة 08 من المرسوم 97-483 بأن إدارة الأملاك الوطنية تحرر مقررا يتضمن الترخيص بالامتياز ليرسل مع ملف المترشح إلى مدير الأملاك الوطنية المختص إقليميا لتحرير عقد الامتياز مرفوقا بدفتر الشروط الموّقع من الطرفين وبطاقة تعريف المشروع.

2- تحول عقد الامتياز إلى عقد ملكية

بناء على ما قضت به المادة 2/5 من المرسوم التنفيذي 97-483 فإنه يمكن تحويل الامتياز إلى تنازل بمقابل، وذلك لصالح المترشح ذي الجنسية الجزائرية فقط.

ولا يتم التنازل إلا بعد الانتهاء من المشروع المعاين قانونا من طرف مديره.

وفي حالة المعاينة الإيجابية يكون التنازل وفق الإجراءات والشروط المنصوص عليها في تنظيم الأملاك الوطنية، وتثبت العملية بعقد إداري محرر من طرف مصالح الأملاك الوطنية.

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا المقام أن الدولة اتجهت مؤخرا إلى الاحتفاظ بملكية هذه الأراضي العامة، بداية من سنة 1995 حيث درت العديد من النصوص القانونية الهادفة إلى تبني عملية الاستصلاح بمعطيات ومفاهيم جديدة، اقترنت أحيانا بآلية الامتياز وابتعدت عن هذه الآلية في أحيان أخرى.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على عقد الملكية

بالنسبة للشروع في الاستصلاح لا يتطلب إعداد عقد الملكية بل يكفي لذلك قرار الوالي بالموافقة على طلب المترشح كما سبق بيانه.

غير أن إعداد عقد الملكية وشهره في المحافظة العقارية يرتب آثارا بالنسبة للمترشح لاستصلاح الأرض، ومن هذه الآثار نذكر ما يلي:

أولا: انتقال ملكية الأرض للمستفيد

تحرر العقود الناقلة لملكية العقار في شكل رسمي ولا تنتقل الملكية إلا إذا تمت إجراءات التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية[68].

والملكية حق بمقتضاه يوضع الشيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن ينتفع به ويتصرف فيه كما يشاء وبحسب ما حدده القانون.

أو كما جاء في المادة 674 من القانون المدني " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالا يحرمه القوانين والأنظمة "، إذن قانون83-18 يؤدي إلى امتلاك الأراضي لصالح المترشح لاستصلاحها حيث جاء في المادة السادسة منه « يؤدي امتلاك الأراضي بموجب هذا الفصل إلى نقل الملكية لصالح المترشح لاستصلاح الأراضي ...».

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/04/24 ملف رقم 228753[69] حيث اعتبرت في قرارها أن هذا القانون ناقل للملكية كون الأرض محل النزاع ملك بلدي ومنحت للمطعون ضدهما سنة 1995 بموجب قرار ولائي بناء على تصريح لجنة تقنية وأن هذه الإجراءات تمت لصالحهما في إطار قانون 83-18 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، وأن المادة السادسة منه تنص أنه يؤدي امتلاك الأراضي بموجب هذا القانون إلى نقل الملكية لصالح المترشح للاستصلاح الأراضي، وعليه فإن دفع الطاعنين بحيازتهم واستغلالهم لهذه الأرض منذ سنة 1985 اعتمادا على وثائق مسلمة لهم من طرف البلدية لا يؤخذ في الاعتبار، وبالتالي لا مجال لمناقشة مدى حيازة الطاعنين إذ تعتبر حيازة الأحق بالتفضيل أم لا.

لكن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ، فهي ليست ملكية مستقرة أو تامة إلا إذا رفع الشرط الفاسخ والمتمثل في انجاز الاستصلاح في المدة المقررة لذلك وهي خمس (05) سنوات.

وتنتقل الملكية إلى الورثة وهي معلقة بهذا الشرط الفاسخ، أي عدم انجاز الاستصلاح في المدة المقررة يفسخ العقد بأثر رجعي.

ثانيا: عدم استرجاع الأراضي المستصلحة من طرف ملاكها الأصليين

من الآثار المترتبة على انتقال ملكية الأرض إلى المستصلح هو عدم استرجاعها من طرف مالكها الأصلي، حيث جاء قانون التوجيه العقاري90-25 المعدل والمتمم[70].

بأحكام تخص استرجاع الأراضي المؤممة أو المتبرع بها للصندوق الوطني للثورة الزراعية وكذا الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة من طرف ملاكها الأصليين.

حيث نصت المادة 76 منه على استرجاع حقوق الملكية للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية والذين أممت أراضيهم أو تبرعوا بها في إطار الأمر71-73 المتعلق بالثورة الزراعية، لكن هذا الاسترجاع استثنيت منه بعض الأراضي من بينها الأراضي التي منحت على شكل استفادة في إطار القانون 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية والذي نحن بصدد دراسته.

ولكن يستطيع الملاك الأصليين استرجاع حق الملكية إذا لم يتم الشروع في عملية الاستصلاح وكانت مدة خمس سنوات المقررة للمستصلح لم تنتهي بعد.

كذلك إذا كان الاستصلاح جزئي فلا يسترجعون إلا الجزء الغير مستصلح ويعوضون نقدا أو عينيا بالنسبة للمساحة المستصلحة أو تلك التي شرع في استصلاحها.

والتعويض العيني هو منح قطعة أرض مماثلة لتلك التي فقدها المالك الأصلي، وإذا تعذر ذلك يكون التعويض نقدا أي يمنح مبلغ مالي يتناسب وقطعة الأرض محل التعويض.

ثالثا: القيود الواردة على سلطة المستصلح المالك

إن الملكية الخاصة وإن كانت أوسع الحقوق نطاقا لأنها تخول المالك كافة السلطات المباحة شرعا وقانونا على الشيء بعناصره الجوهرية وملحقاته وثماره لاستعماله واستثماره والتصرف فيه، إلا أنها ليست مطلقة من كل قيد بل محددة بالقيود المختلفة التي ترد على سلطات المالك حتى لا تنقلب في يده تعسفا فتتعطل الوظيفة الاجتماعية للملكية عن تحقيق المصلحة العامة[71].

في هذا السياق جاء قانون 83-18 ببعض القيود على سلطات المستصلح المالك نظرا لوظيفة الاجتماعية للأراضي الفلاحية.

- لا يجوز نقل ملكية الأرض الممتلكة في إطار هذا القانون، إلا عند رفع الشرط الفاسخ وذلك بانجاز مشروع الاستصلاح في المدة المحددة. وهذا تجنبا لممارسة المضاربة بالأراضي الفلاحية، حيث تكتسب بالدينار الرمزي ويعاد بيعها دون أن يبذل المستفيد جهدا ونفقات في زيادة قيمة هذه الأرضي وجعلها صالحة للزراعة.

لكن إذا ثبت قانونا أن المالك بعد وفاته، عجز ورثته على مواصلة الاستصلاح يجوز لهم نقل ملكية الأرض للغير، بشرط أن يوافق المشتري على الشرط الفاسخ، والهدف من هذا ضمان تنفيذ المشروع الاستصلاح إذا عجز عن ذلك المستفيد.

- أن يحافظ المالك على الوجهة الفلاحية للأرض، وفق الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

ومعنى هذا أن يلتزم كل مالك لأرض فلاحية باستغلالها في النشاط الفلاحي إلا إذا تم تحويلها بموجب أدوات التعمير طبقا لما نص عليه قانون التوجيه العقاري وقانون التهيئة والتعمير[72].

هذا الالتزام أي الحفاظ على الوجهة الفلاحية للأرض نص عليه قانون التوجيه العقاري في المواد 33وما بعدها حيث توضع قواعد خاصة بتحويل الراضي الفلاحية والبناء عليها.

يمكن أن يرفق الاستصلاح بانجاز محلات ذات الاستعمال السكني كما جاء في المادة 9 من القانون حيث خصصت للمزارع وعائلته وخاصة بالاستغلال، وتلك التي تعد ملاحق عادية في المزرعة دون أن يذكر هذا القانون أي رخصة، بينما قانون التوجيه العقاري يشترط رخصة صريحة لانجاز البنايات على الأراضي الخصبة جدا أو الخصبة[73].

- الالتزام باستثمار الأرض: جاء هذا الالتزام في قانون التوجيه العقاري حيث أن المادة 48 تجعل هذا الالتزام على عاتق كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، ومن البديهي أن المستصلح عند إتمامه برنامج الاستصلاح وانتقال الملكية إليه بصفة باتة ومستقرة يكون خاضعا لهذا الالتزام.

لكن السؤال المطروح هو وضعية المستصلح من هذا الالتزام أثناء الاستصلاح؟ هل يعامل معاملة خاصة؟ نظرا للأعمال التي يتطلب منه القيام بها من توفير المياه وتخصيب التربة لجعل الأرض صالحة للزراعة، أم يقع عليه التزام وبالتالي إذا لم يستغلها مدة موسمين فلاحيين متتاليين تطبق عليه أحكام المواد 51،49،48 من قانون التوجيه العقاري[74].

في الحقيقة أن القانون رقم 83-18 صدر قبل قانون التوجيه العقاري الذي أتى بمفاهيم جديدة للملكية العقارية وخاصة الفلاحية التي لها وظيفة اجتماعية على أساسها تقيد سلطات المالك.

- الاستفادة من قروض لتمويل مشروع الاستصلاح ، فقد جاء في المادة 13 من قانون 83-18 أنه يمكن للملاك بطلب منهم الاستفادة من قروض التي تحدد مبالغها وكيفيات منحها بموجب قوانين مالية، وعدّلت هذه الفقرة بموجب قانون المالية لسنة 1985 المادة 19 منه[75]. وأصبحت تحدد هذه المبالغ وكيفيات منحها بموجب التنظيم، وفعلا جاء قرار وزاري مشترك (وزراء المالية، الفلاحة، الصيد)[76].

هذه القروض يمنحها بنك الفلاحة والتنمية الريفية وفق الشروط والكيفيات التي حددها القرار الوزاري المذكور.

المهم أن الملف المقدم للبنك لابد أن يحتوي على إثبات الملكية كما ذكرت المادة 14 من نفس القانون أنه يمكن للملاك في إطار قوانين المالية الاستفادة من الإعفاء من الرسوم والأتاوات المفروضة على مواد التجهيز، واللوازم الضرورية لتنفيذ برنامج الاستصلاح، لكن هذه الإعفاءات لم تتجسد في الواقع في إطار هذا القانون.

الخاتمة

وفي خاتمة هذه الدراسة، نؤكد أن قانون83-18 يعتبر أول قانون في الجزائر عمل على تنظيم العقار الفلاحي من خلال منح عقارات لأشخاص وذلك مقابل استصلاحها وفقا لشروط محددة تأتي على رأسها الاستصلاح الفعلي للعقار الفلاحي في أجل خمس سنوات، ونظرا للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية التي يؤديها العقار الفلاحي في إحداث ثروة بديلة عن

غيرها من الثروات دفع بالمشرع الجزائري إلى تشريع ما يناسب سياسة استصلاح الأراضي المهملة تحت شعار (الأرض لمن يخدمها)، وعليه توصلنا إلى النتائج التالية:

1. أن المشرع الجزائري كان متماشيا مع المبدأ النبوي من أحيا أرضا فهي له من خلال وضع سياسة استراتيجية لاستصلاح الأراضي المهملة قصد النهوض بالاقتصاد الوطني.
2. تمكين الطرف المستصلح من استيفاء حقه في ملكية العقار الفلاحي ضمن شروط قانونية محددة.
3. أن تَوجّه المشرع الجزائري لإصدار مثل هذه القوانين هو لتشجيع المواطنين للإقدام نحو الاستثمار الفلاحي والحد من ظاهر النزوح الريفي وتضخم المدن الكبرى وذلك بغية تحقيق الأمن الغذائي.

وبناء على ما سبق نقترح ما يلي:

1. ضرورة سن مراسيم تحدد لكل منطقة نشاط معين من أجل تفادي إضاعة الأوقات والأموال والجهود.
2. ضرورة وضع نصوص قانونية مشددة للجرائم الواقعة على العقار الفلاحي .
3. ضرورة تعميم الاستصلاح ليشمل المناطق الصحراوية بمراسيم تنفيذية.
4. تدعيم الشباب وتوجيههم نحو القطاع الفلاحي، وتدعميهم بالأموال والعتاد اللازم وتجسيد فكرة الأرض لمن يخدمها.

إنشاء مؤسسة لترقية العقار الفلاحي للانتقال من الاستصلاح إلى الإنتاج.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

القوانين:

1. القانون رقم 83-18 مؤرخ في 1983/08/13 يتعلق بحيازة الملكية العقارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1983/08/08، العدد 34.
2. القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1990/11/18، العدد 49.
1. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1975 العدد 78.
2. قانون المالية لسنة 1985 المؤرخ في 1984/12/24 الجريدة الرسمية العدد 72.
3. الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الجنسية، الجريدة الرسمية العدد 15.
4. المرسوم التنفيذي 83-724 يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 غشت سنة 1983 والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 13 ديسمبر 1983 العدد 51.
5. المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/06 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 جويلية 1992 العدد 55.
6. المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 1997/12/16، المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه. الجريدة الرسمية المؤرخة في 17 ديسمبر 1997 العدد 83.
7. المنشور الوزاري المشترك رقم 435 المؤرخ في 1984/04/18 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.
8. المنشور الوزاري المشترك رقم 323 المؤرخ في 1999/09/29 المبين لكيفيات انجاز برنامج استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.
9. المنشور الوزاري رقم 332 المؤرخ في 2000/07/18 الصادر عن وزارة الفلاحة في موضوع إستراتيجية تنفيذ المخطط الوطني للتنمية الفلاحية.

10. قرار وزاري مشترك رقم 318 المؤرخ في 1989/09/22 المحدد لتشكيل وعمل اللجنة الولائية المكلفة بدراسة ملفات المترشحين لحق امتياز قطع أرضية تابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة.
11. قرار وزاري مشترك رقم 7 المؤرخ في 1985/05/26 يحدد كيفيات الاستفادة من القروض لتمويل عمليات الاستصلاح الأراضي في إطار القانون رقم 18/83.
12. المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2002.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1. ابن حبان، **صحيح ابن حبان**. مؤسسة الرسالة، بيروت: 1414ه/1993م.
2. أبو القاسم الطبراني، **المعجم الأوسط**، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، دون تاريخ.
3. أبو يوسف، **كتاب الخراج**، دار المعرفة، بيروت. دون تاريخ.
4. إسماعين شامة، **النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري**. الجزائر دار هومة 2002.
5. الزحيلي محمد، **إحياء الأرض الموات**، دار المكتبي، دمشق، 1998.
6. الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المجلدات 4و5و6 ، دار الفكر، دمشق، 1985.
7. السيد سابق، **فقه السنة**، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت، 1971.
8. عبد الحفيظ بن عبيدة، **إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، سنة 2006
9. ليلى زروقي، **التقنينات العقارية الجزء 1، العقار الفلاحي**، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
10. ليلى زروقي، **حمدي باشا عمر المنازعات العقارية**، دار هومة، الجزائر، 2003.
11. مجيد خلفوني، **نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري**، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
12. محمد بن إسماعيل الصنعاني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**، المجلد 3، دار الفكر، بيروت، 1409ه 1988م.
13. محمد علي حنبولة، **الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة**، القاهرة، 1974.
14. النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، **كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي**، المجلد 15، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1422ه/2001م.

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1. بوشريط حسناء، **النظام القانوني للعقار الفلاحي في الجزائر**، أطروحة الدكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017.
2. عبد القادر جطو وخنيش عميروش، **حيازة الملكية العقارية عن طريق استصلاح الأراضي**، مذكرة ليسانس في القانون العقاري، جامعة البليدة، الجزائر، 2009-2010.

الهوامش

[1]) عبد القادر جطو وخنيش عميروش، حيازة الملكية العقارية عن طريق استصلاح الأراضي، مذكرة ليسانس في القانون العقاري، جامعة البليدة 2009-2010. ص12 وما بعدها.

[2]) انظر قانون رقم 83-18 مؤرخ في 1983/08/13 يتعلق بحيازة الملكية العقارية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1983/08/08، الجريدة الرسمية رقم34.

[3]) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المجلد 3، دار الفكر، بيروت، 1409ه 1988م.

[4]) انظر المادة 08 من قانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

[5]) انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/06 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية، الجريدة الرسمية رقم 55.

[6]) انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 1997/12/16، المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه.

[7]) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، المجلدات 4و5و6 ، دار الفكر، دمشق، 1985.

[8]) انظر القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1990/11/18، العدد49.

[9]) انظر المادة 7/67 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

[10]) الزحيلي محمد، إحياء الأرض الموات، دار المكتبي، دمشق، 1998.

[11]) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع، شرح المهذب للشيرازي، المجلد 15، طبعة 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1422ه – 2001م.

[12]) بوشريط حسناء، النظام القانوني للعقار الفلاحي في الجزائر، أطروحة الدكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017. ص31.

[13]) ابن حبان، صحيح ابن حبان.

[14]) الطبراني، المعجم الأوسط، ص290.

[15]) السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت 1971، ص170.

[16]) أبو يوسف، كتاب الخراج، ص65.

[17]) انظر المادة 08 من المرسوم التطبيقي 83-724.

[18]) د/ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص121.

[19]) انظر المادة 09 من المرسوم التطبيقي 83-724.

[20]) انظر المادة 15 16 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[21]) انظر المادة 23 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

[22]) انظر المادة 04 من قانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

[23]) انظر المادة 13، 14 من قانون رقم 90-25.

[24]) ليلى زروقي، حمدي باشا عمر المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2003.

[25] انظر المادة 20، 21 من قانون التوجيه العقاري.

[26]) انظر المادة 03 من قانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

[27]) انظر المادة 06 من قانون الجنسية 05-01 المؤرخ في 2005/02/27.

[28]) انظر المادة 11 من قانون رقم 83-18.

[29]) انظر المادة 08 من قانون83-18.

[30]) انظر المادة 17 من نفس القانون.

[31]) انظر المادة 5 من قانون 83-18.

[32]) المنشور الوزاري المشترك رقم 435 المؤرخ في 1984/04/18 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

[33]) انظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724 المؤرخ في 1983/12/10 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 83-18.

[34]) انظر المادة 05 من نفس المرسوم.

[35]) انظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289

[36]) انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724.

[37]) انظر المادة 10 من قانون 83-18.

[38]) انظر المادة 21 من المرسوم 83-724.

[39]) انظر المنشور الوزاري المشترك رقم 435 ص7.

[40]) انظر المادة 22 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[41]) انظر المادة 24 من المرسوم 83-724.

[42]) انظر المادة 27 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[43]) انظر المادة 12 من دفتر الشروط الملحق للمرسوم التنفيذي 92-289.

[44]) انظر المادة 18 من نفس المرجع.

[45]) انظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 92-289.

[46]) انظر المادة 11 من دفتر الشروط الملحق للمرسوم التنفيذي 92-289.

[47]) انظر المادة 10 من نفس المرجع.

[48]) المنشور الوزاري المشترك رقم 323 المؤرخ في 1999/09/29 المبين لكيفيات انجاز برنامج استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.

[49]) المنشور الوزاري رقم 332 المؤرخ في 2000/07/18 الصادر عن وزارة الفلاحة في موضوع إستراتيجية تنفيذ المخطط الوطني للتنمية الفلاحية.

[50]) انظر المادة 04 من دفتر الشروط الملحق للمرسوم التنفيذي 97-483.

[51]) انظر المادة 07 من دفتر الشروط الملحق للمرسوم التنفيذي 97-483.

[52]) انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724.

[53]) انظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 83-724.

[54]) المنشور الوزاري المشترك رقم 435 المؤرخ في 1984/04/18 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

[55]) انظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[56]) انظر المواد 10 11 12 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[57]) انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[58]) انظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي 83-724.

[59]) انظر المادة 3/6 من القانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

[60]) انظر المادة 2/6 من القانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية.

[61]) مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

[62]) إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري. الجزائر دار هومة 2002 ص52.

[63]) إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، ص53.

[64]) انظر المادة 9 من المرسوم 92-289 مرجع سابق.

[65]) انظر المادة 2 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم 97-483.

[66]) قرار وزاري مشترك رقم 318 المؤرخ في 19989/09/22 المحدد لتشكيل وعمل اللجنة الولائية المكلفة بدراسة ملفات المترشحين لحق امتياز قطع أرضية تابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة.

[67]) انظر المواد 6 ،7 من القرار الوزاري المشترك رقم 318.

[68]) انظر المادة 792- 793 من القانون المدني.

[69]) المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2002.

[70]) قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، الجريدة الرسمية رقم 55.

[71]) محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، القاهرة، 1974، ص549.

[72]) ليلى زروقي، التقنينات العقارية الجزء 1، العقار الفلاحي، الطبعة 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 139.

[73]) انظر المادة 34، 35 من قانون التوجيه العقاري.

[74]) إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، ص212.

[75]) انظر المادة 19 من قانون المالية لسنة 1985 المؤرخ في 1984/12/24 الجريدة الرسمية رقم 72.

[76]) قرار وزاري مشترك رقم 7 المؤرخ في 1985/05/26 يحدد كيفيات الاستفادة من القروض لتمويل عمليات الاستصلاح الأراضي في إطار القانون رقم 18/83.

مكافحة المضاربة غير المشروعة بين النصوص القانونية والعمل الميداني (دراسة على ضوء القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة)

Combating Illegal speculation Between legal texts and field work

د. مسعود بوعبد الله [1] د. نعيم خيضاوي [2]

[1] جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس الجزائر

aougroutmessaoud@gmail.com

[2] جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر

khidaoui.naim@univ-adrar.edu.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/06/04	2022/06/07	2022/06/25

الملخص:

شهدت الجزائر في الآونة الأخيرة ظروف صعبة على غرار بقية الدول، أدت إلى بروز ظواهر اجتماعية واقتصادية خطيرة، منها المضاربة غير المشروعة كظاهرة فتاكة بالاقتصاد الوطني والقدرة الشرائية للمواطن، الأمر الذي استلزم ضرورة التصدي لها ومكافحتها، ومن خلال هذا المقال الذي جاء كدراسة على ضوء القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، حاولنا الوقوف على أهم الآليات المستجدة التي جاء بها القانون أعلاه، وبيان دورها في ردع مقترفي هذه الجريمة وكذا أهمية العقوبات الجزائية والإدارية المشددة التي نص عليها في القضاء على الظاهرة، ومدى توافق محتوى النص القانوني مع الممارسات الميدانية لهيئات رقابة ومعاينة المضاربة غير المشروعة.

الكلمات المفتاحية: المضاربة غير المشروعة، الاقتصاد، القدرة الشرائية، مكافحة

المؤلف المرسل : خيضاوي نعيم khidaoui.naim@univ-adrar.edu.dz

Abstract:

Algeria has recently witnessed difficult conditions, like other countries, It has caused dangerous social and economic phenomena, including illegal speculation as a lethal phenomenon in the national economy and the purchasing power of the citizen.this necessitated the need to combat it, through this article, wich came as a study in the light of Law No.21-15 on combating illegal speculation, We tried to identify the most important emerging mechanismes that the above law brought, and the importance of severe penalties stipulated in eliminating the phenomenon, and the extent to wich the law text is consistent withe the field practices of Oversight Bodies.

key words: illegal speculation**,** Economy**,** purchasing power, combat**.**

مقدمة:

شرع الله تعالى المضاربة لحاجة الناس إليها، ولما يترتب عليها من منافع وتحقيق التعاون بين الطرفين[1]، فهي عقد على الشركة في الربح لمال من أحد الجانبين وعمل من الجانب الآخر كما عرفها الأحناف، وهي عند المالكية توكيل على تُجْرٍ في نقد مضروب مُسلَّمْ بجزء من ربحه إن علم قدرهما، وهي من المنظور الاقتصادي تحقيق الربح عن طريق استثمار المال وحده والمضاربة هي الفرق بين أسعار البيع والشراء مع الترقب لانتهاز الفرصة المواتية للشراء بأبخس الأثمان أو البيع بأغلاه، إلا أنها لم تُحظى بالاهتمام من طرف المشرعين بالقدر اللازم[2]، حيث لم يتم النص عليها صراحة في التشريعات، منها التشريع الجزائري الذي لم يوضحها جلياً سواء في قانون المنافسة الذي يعتبر مجراها الحقيقي[3] أو القانون المدني باعتبارها عقد من العقود المسماة ولا حتى في القانون التجاري على اعتبار أنها نوع من الشركات التجارية، إلا أن الجديد في ذلك هو مصطلح المضاربة غير المشروعة الذي أفرد له المشرع الجزائري قانون خاص ومستقل بذاته عندما رأى بأنه لم يعد بوسع قانون العقوبات من خلال المواد 172، 173 و 174 ردع هذه الجريمة والتصدي لها وملاحقة مرتكبيها، حيث جاء القانون رقم 21-15 المؤرخ في 2021/12/28، المتعلق بمكافحة المضاربة

غير المشروعة[4] نتيجة تفشي هذه الظاهرة في الجزائر في الآونة الأخيرة وما انجر عنها من مساس بأمن واستقرار المجتمع[5].

ولعل **أهمية** الموضوع تتجلى في مضمون القانون الآنف الذكر الذي جاء بتعريف شامل للمضاربة غير المشروعة وحدد الآليات الكفيلة بمكافحتها مما يستوجب دراسته والوقوف على أهم النقاط المستحدثة فيه.

من هنا فإن **الإشكالية** التي تتبادر إلى أذهاننا تمت صياغتها كمايلي: ما المقصود بالمضاربة غير المشروعة وما مدى نجاعة الآليات المستحدثة لمكافحتها بالرجوع إلى الهيئات المكلفة بالتصدي لها استناداً إلى العقوبات الجزائية والإدارية المقرر توقيعها على مرتكبي هذه الجريمة؟

وللوقوف على أهم الآليات المستجدة لمكافحة المضاربة غير المشروعة كما جاء بها المشرع الجزائري في القانون أعلاه وتّبيان مدى تطبيق ذلك من خلال الممارسات الميدانية اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي والذي يجد مبرراته في كون أنه المنهج الأنسب لطبيعة الموضوع وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن وملاحظة مدى توافقها مع الآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع، معتمدين في ذلك على الخطة ثنائية المباحث كما هو موضح أدناه:

مقدمـــــة

المبحث الأول: مفهوم المضاربة غير المشروعة وآليات مكافحتها

المطلب الأول: مفهوم المضاربة غير المشروعة

المطلب الثاني: الآليات المستجدة لمكافحة المضاربة غير المشروعة

المبحث الثاني: الهيئات المكلفة بمكافحة المضاربة غير المشروعة والعقوبات المقررة لها

المطلب الأول: الهيئات المكلفة بمكافحة المضاربة غير المشروعة

المطلب الثاني: العقوبات الجزائية والإدارية المستجدة لمكافحة المضاربة غير المشروعة

خاتمـــــة

المبحث الأول

مفهوم المضاربة غير المشروعة وآليات مكافحتها

حيث سنتطرق في هذا المبحث لتقديم تعريف المضاربة غير المشروعة كما نص عليها القانون رقم 21-15،المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة (مطلب أول)، ثم نبين أهم الآليات المستجدة الكفيلة بمكافحتها (مطلب ثاني)

المطلب الأول: مفهوم المضاربة غير المشروعة

في هذا المقام لابُدَّ من تعريف المضاربة غير المشروعة (فرع أول)، وبعد ذلك نبين أهم الأوجه الخاصة بها (فرع ثاني)

الفرع الأول: تعريف المضاربة غير المشروعة

جاء في أحكام الفصل الأول من القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة في المادة الثانية منه بأن المضاربة غير المشروعة يقصد بها " كل تخزين أو إخفاء للسلع والبضائع بهدف إحداث ندرة في السوق واضطراب في التموين، وكل رفع أو خفض مصطنع في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية بطريق مباشر أو غير مباشر أو عن طريق وسيط او استعمال الوسائل الإلكترونية أو أي طرق أو وسائل احتيالية أخرى." [6]

وقد ركز المشرع في هذا الصدد على مسألة الندرة التي عرفتها نفس المادة في فقرتها الأخيرة بأنها: "عدم وجود ما يكفي من سلع أو بضائع لتلبية احتياجات السكان بسبب زيادة الطلب عليها ونقص العرض. " [7]

من خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع قدم تعريف للمضاربة غير المشروعة وقرنه بتعريف الندرة كون أن هذه الأخيرة تُعتبر من بين الأسباب الأساسية لإحداث المضاربة غير المشروعة والزيادة في أسعار السلع دونما وجود مبرر شرعي لذلك.

الفرع الثاني: أوجه المضاربة غير المشروعة

من خلال ما نصت عليه المادة 2/2 من القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، السابق الإشارة إليه، فإنه يعتبر من قبيل المضاربة غير المشروعة:

أولاً: ترويج أنباء أو أخبار كاذبة عمداً بين الجمهور، بغرض إحداث اضطراب في السوق ورفع الأسعار بطريقة مباغتة وغير مبررة.

ثانياً: طرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار أو هوامش الربح المحددة قانوناً.

ثالثاً: تقديم عروض بأسعار مرتفعة عن تلك التي يطبقها البائعون عادةً.

رابعاً: القيام بصفة فردية أو جماعية أو بناء على اتفاقات، بعملية في السوق بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض والطلب.

خامساً: استعمال المناورات بهدف رفع أو خفض قيمة الأوراق المالية.

وفي هذا الصدد فإن مصالح مديرية التجارة وترقية الصادرات وتطبيقاً للتعليمات الوزارية، منها التعليمة الوزارية رقم 724 المؤرخة في 2020/04/05 المتضمنة للإجراءات المتخذة لضمان تموين السوق ومحاربة المضاربة، تقف ميدانيا على مسألة الندرة من خلال العمل الميداني اليومي الخاص بالمصالح الثلاث المكلفة بالمراقبة كلاً فيما يخصه، وتتمثل هذه المصالح فيما يلي:

- مصلحة ملاحظة السوق والإعلام الاقتصادي،
- مصلحة مراقبة الممارسات التجارية والمضادة للمنافسة،
- مصلحة حماية المستهلك وقمع الغش.

حيث أنها في الشأن تقوم بمطالبة المتعاملين الاقتصاديين بتقديم تصريحات يومية وأسبوعية وشهرية بكميات المواد المجلوبة، وكذا المخزنة على مستوى مخازن التموين الخاصة بهم، لمحاربة المضاربين والتفريق بين التجار النزهاء والمضاربين والوقوف على احتياجات كل منطقة عبر تراب الولاية.

هذا تقوم المصالح الخارجية للتجارة بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى المصالح المركزية عن طريق المديريات الجهوية للتجارة بغرض متابعة تطور الأسعار ومعرفة مدى توفر المواد الأساسية في السوق المحلية.

المطلب الثاني: الآليات المستجدة لمكافحة المضاربة غير المشروعة

حيث تضمن الفصل الثاني من هذا القانون في المواد من 3 إلى 6 ما يشير إلى ضرورة حرص الدولة على مكافحة المضاربة غير المشروعة قصد الحفاظ على القدرة الشرائية للمواطنين ومنع أي استغلال للظروف بغرض الرفع غير المبرر للأسعار، خاصة عندما يتعلق الأمر بالسلع والمواد الضرورية والواسعة الاستهلاك وذلك باعتماد آليات اليقظة كسبيل للحد من مشكل الندرة (فرع أول)، وتشجيع الاستهلاك العقلاني كآلية تتكفل بها هيئات خاصة للقضاء على المضاربة غير المشروعة في السوق (فرع ثاني)

الفرع الأول: اعتماد آليات اليقظة للحد من مشكل ندرة السلع في السوق

حيث أن هذه الإجراءات التي فرضتها الدولة جاءت كنتيجة للظروف التي تشهدا البلاد في مجال التموين العام بالسلع والبضائع خاصة منها الغذائية وذات الاستهلاك الواسع، وقد أرسلت وزارة التجارة وترقية الصادرات في هذا الأمر تعليمات صارمة لمصالحها الخارجية عبر كافة التراب الوطني حتى قبل صدور القانون الذي نحن بصدد دراسته، وقد أنشئت بهذا الخصوص لجان بموجب قرارات ولائية، منها القرار الولائي رقم 2020/464 المؤرخ في 2020/03/21، المتضمن إنشاء لجنة لليقظة والمراقبة الحينية والتصدي للمضاربين بولاية أدرار.

الفرع الثاني: تشجيع الاستهلاك العقلاني للسلع

وهنا يكمن دور جمعيات حماية المستهلك على وجه الخصوص والجمعيات الفاعلة في المجتمع من أجل تكثيف عملية التحسيس والإرشاد للمواطنين لنشر ثقافة الاستهلاك بما يتماشى ومتطلبات المجتمع وما يأمرنا به ديننا الحنيف كما جاء في الأثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: " نحن قوم لا نأكل حتى نجوع وإذا أكلنا فلا نشبع" ومعنى ذلك أننا قوم مقتصدون غير مسرفون.

الفرع الثالث: منع أي تخزين أو سحب غير مبرر للسلع والبضائع

وفي إطار ذلك فأن مصالح مديرية التجارة وترقية الصادرات من خلال فرق المراقبة تقوم بمراقبة محازن السلع والبضائع ودعوة المتعاملين الاقتصاديين إلى ضرورة التصريح

بالمخازن وقيدها في السجل التجاري والتصريح بمحتوياتها، لذلك فإنه يمنع عليهم تخزين أي سلعة في مخزن غير مصرح به أو سحب أي سلعة بغرض أحداث نُدرة في السوق.

كما أولى القانون أهمية بالغة للجماعات المحلية في هذا الإطار من خلال الإشارة إلى مساهمتها الفعالة في مكافحة المضاربة غير المشروعة وذلك من خلال:

1- تخصيص نقاط لبيع المواد الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع.

2- الرصد المبكر لكل أشكال الندرة في السلع والبضائع على المستوى المحلي.

3- دراسة وتحليل وضعية السوق المحلية وتحليل الأسعار[8].

ما تجب الإشارة إليه في هذا المقام هو أنه بالنسبة لتخصيص نقاط لبيع المواد الضرورية وذات الإستهلاك الواسع فإن الدولة تسعى إلى تحقيق ذلك، حيث نجد مثلاً أن الشركة الوطنية للحبوب والبقول الجافة تقوم بالتنسيق مع مصالح البلدية بخلق نقاط لبيع الحبوب بأسعار في متناول المستهلك البسيط، إلا أن الملاحظ هو عدم إمكانية خلق مثل هذه النقاط عبر كامل تراب الولاية، إضافة إلى محدودية المواد التي تباع في هذه النقاط وتركيزها على بعض المواد استهلاكية الضرورية وذات الإستهلاك الواسع دون أخرى.

كما أنه بالنسبة للرصد المبكر لنذرة السلع والمواد الضرورية في السوق المحلية فقد أُنشئت قبل صدور هذا القانون لجان اليقظة للتصدى للمضاربين إلاَّ أنه لابُدَّ من السهر على ديمومة عملها.

المبحث الثاني

الهيئات المكلفة بمكافحة المضاربة غير المشروعة والعقوبات المقررة لها

في هذا الصدد سنتطرق لبيان الأشخاص المؤهلون قانوناً لمعاينة جرائم المضاربة غير المشروعة، ودور النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم (مطلب أول)، ثم نختم ببيان العقوبات الجزائية والإدارية المستجدة في هذا الشأن (مطلب ثاني)

المطلب الأول: الهيئات المكلفة بمكافحة المضاربة غير المشروعة

أناط المشرع الجزائري مهمة معاينة جرائم المضاربة غير المشروعة لجهات خاصة نصت عليها المادة 7 من القانون 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، كما سنبين ذلك (فرع أول)، وبعدها نشير إلى نقطة هامة في هذا الإطار وتتعلق بدور النيابة العامة في تحريك الدعوى في جرائم المضاربة (فرع ثاني)

الفرع الأول: الأشخاص المؤهلون قانوناً لمعاينة جرائم المضاربة غير المشروعة

نصت المادة 7 من القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة على أن الأشخاص المعنيون بمعاينة جرائم المضاربة غير المشروعة هم:

1- ضباط وأعوان الشرطة القضائية

2- الأعوان المؤهلون التابعون للأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.

3- الأعوان المؤهلون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية[9].

وفي هذا الإطار سنركز على مسألة هامة تتمثل في التنسيق الذي أصبح معمول به لمعاينة مثل هذه جرائم، خاصة في إطار الفرق المختلطة (أمن وطني – تجارة)، فإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون رقم 09-415 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتجارة، تنص على أنه: "يمكن للأعوان الخاضعين لهذا القانون الأساسي الخاص عند الحاجة طلب تدخل أعوان القوة العمومية الذين يلزمون بمد يد المساعدة لهم عند أول طلب في إطار ممارسة مهامهم"، فإن الأمر هنا ومن أجل معاينة الجرائم المتعلقة بالمضاربة غير المشروعة أصبح يستدعي التنسيق أكثر في إطار فرق مشتركة (أمن وطني – تجارة) من أجل ضبط الجريمة وإعطائها الوصف الحقيقي والتكييف القانوني وفي نفس الوقت مساعدة الجهات القضائية في مسألة إثباتها وذلك بغرض الوصول إلى أحكام وجزاءات عادلة في هذا الصدد.

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في تحريك الدعوى في جرائم المضاربة

نصت المادة 8 من القانون 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، على أنها "تحرك النيابة العامة الدعوى تلقائياً في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"[10].

للعلم فإن الدعوى هي المطالبة بالحق عن طريق القضاء، حيث يلجأ المواطن إلى السلطة القضائية للحصول على الحماية، أما الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم ذلك بمقتضى القانون، كما أنه يجوز للطرف المضرور الحق في تحركها طبقاً للشروط المنصوص عليه قانوناً.[11]

ونظراً لخطورة المضاربة غير المشروعة فإن المشرع أعطى للنيابة العامة حق تحريك الدعوى العمومية بشأن الجرائم المتعلقة بها.

المطلب الثاني: العقوبات الجزائية والإدارية المستجدة لمكافحة المضاربة غير المشروعة

ترتبط العقوبة الجزائية بطبيعة الجريمة، فلكل جريمة عقوبة خاصة، ويمكن تعريف العقوبة بأنها جزاء جنائي يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة فلا يجوز توقيع عقوبة مالم ترتكب جريمة ثابتة بموجب حكم الإدانة في حق المتهم وكون العقوبة جزاء جنائيا فإنها مقررة لمصلحة المجتمع[12]، ومنه فإن هذا الأخير هو صاحب الحق في العقاب وهو وحده دون سواه من يملك التنازل عنه، ومن خلال هذه المطلب سنتطرق إلى أهم الأحكام الجزائية التي جاء بها قانون المضاربة غير المشروعة رقم 21-15 مركزين في ذلك على الظروف المشددة لهذه الجريمة (فرع أول)، ثم نختم ببيان أهم العقوبات الإدارية التي تأتي كتدابير احترازية في هذا الإطار، سواء التي نص عليها القانون أو التي جاءت في القوانين السابقة له (فرع ثاني)

الفرع الأول: الأحكام الجزائية والظروف المشددة لجريمة المضاربة غير المشروعة

ما يلاحظ في هذا الشأن هو أن المشرع رفع من سقف عقوبة جريمة المضاربة غير المشروعة والتي كان يعاقب عليها في ظل قانون العقوبات بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج، كما ورد في أحكام المادة 172 منه[13]، لترتفع في ظل القانون 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، المذكور سالفاً، إلى الحبس من (3) ثلاث سنوات إلى (10)عشرة سنوات وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج وفق ما نصت عليه المادة 12 من هذا القانون.

كما أن المواد من 13 إلى 15 من قانون 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، أشارت إلى الظروف المشددة لعقوبة المضاربة غير المشروعة والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- وقوع الأفعال على المواد التالية: الحبوب ومشتقاتها، البقول الجافة، الحليب، الخضر والفواكه، الزيت، السكر، البن، مواد الوقود، المواد الصيدلانية، وهنا ترتفع مدة الحبس من عشرة (10)سنوات إلى عشرين (20)سنة والغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

- ارتكاب الأفعال خلال الحالات الاستثنائية أو ظهور أزمة صحية طارئة أو تفشي وباء أو وقوع كارثة، مثل الكارثة الوبائية التي يشهدها العالم والجزائر المتمثلة في جائحة كورونا كوفيد 19، وما شهدته حالة السوق الوطنية من احتكار للسلع والسعي لأحداث الأزمات الاقتصادية من طرف بعض التجار غير المسؤولية والمهنية، وفي هذه الحالة فإن العقوبة ترتفع إلى السجن المؤقت من عشرين (20)سنة إلى ثلاثين(30)سنة وغرامة من 10.000.000 دج إلى 20.000.000 دج.

- ارتكاب الأفعال من طرف جماعة إجرامية منظمة: حيث أن العقوبة في هذه الحالة تكون السجن المؤبد[14].

وفي رأينا أن المشرع قد أحسن التدرج في تشديد العقوبات بالنظر لطبيعة المادة التي وقعت عليها جريمة المضاربة غير المشروعة والظروف المحيطة بها، وما إذا تم ارتكبها في ظروف استثنائية أو من طرف جماعات إجرامية، وهو ما يُعتبر في نظرنا إيجابياً إلى حداً بعيد.

الفرع الثاني: العقوبات الإدارية والتدابير الاحترازية لمكافحة المضاربة غير المشروعة

في إطار معاينة جريمة المضاربة غير المشروعة وإضافة إلى العقوبات الجزائية الآنف ذكرها فإن الأمر يتطلب أحيانا تسليط بعض العقوبات الإدارية، كتدبير احترازي، وهي عبارة عن وسائل قانونية أوجدها المشرع للحيلولة دون وقوع الجريمة. هذا وتتماثل العقوبة

الإدارية العقوبة الجزائية في كون أن كليهما ذا طبيعة ردعية، يقع عن سلوك آثم يتمثل في القيام بفعل أو الإمتناع عنه بما يمثل خرقاً لنص قانوني أو مخالفة أمر إداري.[15]

ومن تطبيقات ذلك في إطار النصوص القانونية المعمول بها في مجال مراقبة الممارسات التجارية والأنشطة و كذا حماية المستهلك وقمع الغش نجد التعليمات الوزارية سواء منها الصادرة قبل قانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة أو التي جاءت تمهيدا له نتيجة الظروف التي شهدتها البلاد في هذا الإطار والتي منها:

التعليمة الوزارية رقم 274 المؤرخة في 2020/04/05، المتضمنة الإجراءات المتخذة لضمان تموين السوق ومحاربة المضاربة الآنفة الذكر وكذا التعليمة الوزارية المؤرخة في 2020/03/19 والمتعلقة بالتدابير التي يتعين اتخاذها للتصدي للمضاربين، حيث سنشير إلى أهم هذه العقوبات الإدارية مايلي:

أولاً:الغلق المؤقت للمحل

يقصد بغلق المحل المنع من استمرار إستغلاله عندما يكون محلاً أو أداةً لأفعال تشكل خطراً على النظام العام، ويمنح المشرع الجهة الإدارية المعنية حق غلق المحلات التي تخالف القانون غلقاً إدارياً دون انتظار المحاكمة الجنائية ويصدربذلك قرار إداري بالغلق[16].

ورغم أن غلق المنشأة أو المحل يصيب المخالف في ذمته المالية إلاَّ أنه ينصب في جانبة الأكبر على منع الفرد من حقه في استغلال المنشأة التي يمتلكها أو يستأجرها من أجل تحقيق الأهداف التي يسعى إليها[17].

كما تُعتبر الغلق الإداري من أقسى العقوبات الإدارية حيث تُمنع المنشأة أو المحل من ممارسة النشاط طيلة فترة الغلق مما يترتب عليه تكبد خسائر كبيرة رادعة عن ارتكاب مخالفات أخرى في المستقبل[18].

حيث نص المشرع الجزائري على كونه تدبير احترازي خاصة في مجال الأنشطة التجارية[19]، يصدر بموجب قرار ولائي بناء على محضر معاينة لأعوان المراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، وباقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة.[20]

وإن كانت النصوص السابقة لقانون مكافحة المضاربة غير المشروعة والتي نظمت إجراءات الغلق في إطار الممارسات التجارية والأنشطة وكذا قانون الإجراءات الجبائية قد ربطتها بمدة محددة من 30 يوم 6 إلى أشهر، لكن الملاحظ في قانون مكافحة المضاربة غير المشروعة وفي نص المادة 3/17 منه والتي تنص على أنه في حالة الحكم بالإدانة يجوز للجهة القضائية أن تأمر بغلق المحل المستعمل لارتكاب الجريمة والمنع من استغلاله لمدة سنة واحدة (1) دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية. وهو ما يدل على خطورة الجريمة وأبعادها الوخيمة على الفرد والمجتمع وكذا الاقتصاد الوطني.

ثانيا: الترخيص بالبيع الفوري من طرف محافظ البيع للمواد الغذائية المحجوزة

حيث أنه وبموجب قرار ولائي يُرخّص لمحافظ البيع بالبيع الفوري للمواد الغذائية المحجوزة وذلك تطبيقاً للتعليمة الوزارية رقم 724 المؤرخة في 2020/04/05 لاسيما في فقرتها الثالثة التي تنص على وضع المواد المحجوزة تحت تصرف السادة الولاة لتوجيهها وتسييرها، حيث تنص المادة 43 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر أنه "عندما يكون الحجز على مواد سريعة التلف أوتقتضي حالة السوق ذلك أو لظروف خاصة، يمكن الوالي المختص إقليمياً، بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقرر، دون المرور بالإجراءات الإدارية المسبقة، البيع الفوري من طرف محافظ البيع بالمزايدة للمواد المحجوزة..."[21]

وكمثال على ذلك القرار الولائي رقم 2021/1290 المؤرخ في 2021/11/17 الصادر عن والي ولاية أدرار المتضمن الترخيص بالبيع الفوري للمواد الغذائية المحجوزة ذات الأسعار المقننة والمحدد هوامش ربحها في إطار محاربة التجارة التدليسية. وكذا القرار الولائي رقم 1330 المؤرخ في 2021/12/01 الذي جاء بعد اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، وطبقا لمحضر الجرد المعد من قبل الموظفون المكلفون بتحرير المحضر[22]، حيث تم الترخيص لمحافظ البيع بولاية أدرار بالبيع الفوري للمواد الغذائية المحجوزة.

ثالثاً: الإذن بالتحويل المجاني للمواد المحجوزة والسريعة التلف لفائدة هيئة ذات طابع اجتماعي و إنساني

حيث يكون هذا الإذن بموجب قرار ولائي بناء على اقتراح من السيد مدير الولائي المكلف بالتجارة يرخص في إطاره بتحويل السلع المحجوزة والسريعة التلف مجاناً لفائدة الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، كالهلال الأحمر الجزائري، ومديرية النشاط الاجتماعي، ودُور الطفولة المسعفة وذوي الاحتياجات الخاصة، وذلك ما أشارت إليه المادة 43 من القانون 04-02 السابق الذكر.

وكمثال على ذلك القرار الولائي المؤرخ في 2020/04/23 المتضمن الترخيص بالتحويل مجاناً (ولظروف خاصة) المواد الغذائية المحجوزة لفائدة المديرية المنتدبة للنشاط الاجتماعي ببرج باجي مختار لتوزيعها على العائلات المعوزة.

ويمكن الإشارة إلى أن الهدف من هذه التدابير الاحترازية هو:

أ- التصدي لجرائم المضاربة غير المشروعة حماية للفرد والمجتمع والاقتصاد الوطني.

ب- محاربة ظاهرة استحداث النذرة وخاصة في المواد الأساسية الواسعة الاستهلاك والتي بالضرورة تؤدي إلى تفشي جرائم المضاربة غير المشروعة.

ج- الحفاظ على القدرة الشرائية للمواطنين وخاصة ذوي الدخل المحدود منهم والمعوزين.

خاتمة:

وفي ختام دراستنا لهذا الموضوع يمكن القول أن جريمة المضاربة غير المشروعة ونظراً للظروف الاقتصادية والاجتماعية بل وحتى الصحية التي تعيشها البلاد، أصبحت مسألة مجتمع برمته، حيث لابُدَّ من تظافر الجهود والتنسيق الفعال بين مختلف أجهزة الدولة المختصة في مكافحة هذه الجريمة وكافة شرائح المجتمع وبالأخص منها فعاليات المجتمع المدني بغرض محاربة هذه الظاهرة السلبية والخطيرة وفقاً لما تقضي به النصوص القانونية والتشريعيات الواردة في هذا الشأن، وخاصةً القانون 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة.

من خلال ما سبق فإن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها تتمثل فيما يلي:

أ- النتائج:

1- إصدار قانون مكافحة المضاربة غير المشروعة في ظرف حساس لذلك شدد المشرع في العقوبات الواجب تطبيقها على مرتكبي الجرائم التي جاء بها هذا القانون، والتي قد تصل إلى السجن المؤبد.

2- حماية لحقوق التجار يجب التركيز على مسألة الدقة والموضوعية في إعداد وتحرير محاضر إثبات جرائم المضاربة غير المشروعة، من خلال التركيز على نية المخالف المساهم في إحداث الندرة أو الرفع والخفض في أسعار السلع أو البضائع، وفي نفس الوقت إعطاء المحاضر قيمتها القانونية ومنع التجار سيئي النية من الإفلات من العقاب.

ب- التوصيات:

1- ضرورة إصدار نصوص تنظيمية توضح أماكن تخزين المواد المحجوزة أثناء فترة التحقيق الابتدائي، لأن هذه العملية تمر بمرحلتين الأولى تتمثل في التحري وضبط السلع، أما الثانية فتتمثل في تحويل هذه المواد المحجوزة إلى الولاية، إذ لابُدَّ من توفير أماكن لحفظها تفادياً لضياع السلع أو البضائع.

2- ضرورة إنشاء فرق متخصصة للرصد المبكر لجريمة المضاربة غير المشروعة في العالم السيبراني.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

- القوانين:

أ- القوانين والأوامر:

1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

2- قانون الإجراءات الجبائية المستحدث بموجب المادة 40 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001، المتضمن قانون المالية لسنة 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 79، الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 2001، المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.

4- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23يونيو2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.

5- القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 29 مارس 2017، معدل ومتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966.

6- القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 99، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر2021.

ب- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 05-472 المؤرخ في 13ديسمبر2005، المتعلق بإجراءات جرد المواد المحجوزة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 81، الصادرة بتاريخ 14ديمسبر2005.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري "ظاهرة الحد من العقاب"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017.

2- محمد باهى أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة"الغرامة، الحل، الوقف، الإزالة، سحب وإلغاء التراخيص، الغلق"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

3- محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دون دار نشر، دون بلد، 2006-2008.

4- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، سنة 2000.

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1- ناصر حسين أبو جمه العجمي، الجزاءات التي توقعها الإدارة بمناسبة النشاط الإداري في غير مجال العقود والتأديب "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، تخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2010.

2- تاسة الهاشمي، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص: الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013-2014.

ج- المقالات في المجلات:

- سلمى لوصفان و فيصل بوخالفة، المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات التجارية عن جرائم المضاربة غير المشروعة في التشريع الجزائري زمن كورونا، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، سنة 2021، ص 515 ص 530 .

د- المقالات على مو اقع الانترنت:

- حكم المضاربة في الإسلام، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/15 على الساعة 16:40، يمكن الوصول إليه من خلال الرابط التالي:

https://mawdoo3.com/%D8%AD%D9%83%D9%85_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B6%D8%A7%D8%B1%D8%A8%D8%A9_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85

الهوامش:

1- حكم المضاربة في الإسلام، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/15 على الساعة 16:40، يمكن الوصول إليه من خلال الرابط التالي:
https://mawdoo3.com/%D8%AD%D9%83%D9%85_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B6%D8%A7%D8%B1%D8%A8%D8%A9_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85.

2- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، سنة 2000، ص 282.

3- راجع المواد من 6 إلى 10 وما بعدها من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.

4- القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 99، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر2021.

5- سلمى لوصفان و فيصل بوخالفة، المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات التجارية عن جرائم المضاربة غير المشروعة في التشريع الجزائري زمن كورونا، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، سنة 2021، ص 525.

6- أنظر المادة 02 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، السابق الإشارة إليه.

7- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 02 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، القانون نفسه.

8- أنظر المادة 05 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، السالف ذكره.

9- المادة 7 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، السابق الإشارة إليه.

10- المادة 8 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، من نفس القانون.

11- انظر المادة الأولى مكرر من القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 29 مارس 2017، معدل ومتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966.

12- تاسة الهاشمي، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص: حقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 10.

13- راجع المادة 172 (المعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم. (للعلم فإن المواد 172، 173 و 174 من قانون العقوبات قد تم إلغاؤها بموجب المادة 24 من القانون رقم 21-15، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، المذكور أعلاه).

14- أنظر المواد من 13 إلى 15 من القانون رقم 21-15 المؤرخ في 28 ديسمبر2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، السابق الإشارة إليه.

15- محمد باهى أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة"الغرامة، الحل، الوقف، الإزالة، سحب وإلغاء التراخيص، الغلق"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص19.

16- محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دون دار نشر، دون بلد، 2006-2008، ص141.

17- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري "ظاهرة الحد من العقاب"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017، ص313.

18- ناصر حسين أبو جمه العجمي، الجزاءات التي توقعها الإدارة بمناسبة النشاط الإداري في غير مجال العقود والتأديب "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2010، ص170.

19- تاسة الهاشمي، مرجع سابق، ص 29.

20- في حين أن المادة 146 من قانون الإجراءات الجبائية تنص على أنه "يتخذ قرار الغلق المؤقت من طرف المدير المكلف بالمؤسسات الكبرى ومدير الضرائب بالولاية كل حسب مجال اختصاصه.....ولا يمكن أن تتجاوز مدة الغلق 6 أشهر". أنظر قانون الإجراءات الجبائية، المعدل والمتمم بقوانين المالية وقوانين المالية التكميلية إلى غاية سنة 2019.

21- أنظر المادة 43 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23يونيو2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.

22- أنظر في الصدد المواد 3 وما ببعدها من المرسوم التنفيذي رقم 05-472 المؤرخ في 13ديسمبر2005، المتعلق بإجراءات جرد المواد المحجوزة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 81، الصادرة بتاريخ 14ديمسبر2005.

الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة

Oversight the decisions of the competition council in the judicial contro field practices of restrictive

د/ أحمد بولعراس

جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة (الجزائر)

البريد الالكتروني: boularesahmed103@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/04/30	2022/05/21	2022/06/25

الملخص:

بما أن مجلس المنافسة بصفته سلطة إدارية مستقلة مكلفة بضبط وتنظيم المنافسة فهو ملزم بممارسة صلاحياته في إطار الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بقانون المنافسة، مع ضمان خضوع قراراته على إختلافها لرقابة القضاء العادي ممثلة في مجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التجارية، على أن يباشر هذا الحق من طرف المؤسسات التي صدر في حقها قرار المجلس.

أما عن قرارات مجلس المنافسة التي يمكن أن تكون موضوع طعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام الجهة القضائية المذكورة فتتضمن: الأوامر، التدابير المؤقتة وكذا القرارات التي يسلط من خلالها مجلس المنافسة غرامات مالية في مواجهة المؤسسات المخالفة.

الكلمات المفتاحية:

الكلمات المفتاحية: ممارسات مقيدة للمنافسة، مجلس المنافسة ،قرار، أوامر، تدابير مؤقتة، طعن.

Abstract:

Since the Competition Council, in its capacity as an independent administrative authority charged with controlling and regulating competition, is obliged to exercise its powers within the framework of Ordinance No. 03-03, amended and supplemented, related to the competition law, while ensuring that its decisions are subject to the supervision of the ordinary judiciary represented by the Algiers Judicial Council, the Chamber of Commerce, provided that it proceeds This

right is on the part of the institutions against which the decision of the Council was issued.

As for the decisions of the Competition Council that may be the subject of an appeal for cancellation or stay of execution before the aforementioned judicial authority, they include: orders, temporary measures, as well as decisions through which the Competition Council imposes financial fines in the face of violating institutions.

key words:

practices of restrictive, the competition council, decision, orders, temporary measures, appeal

مقدمة:

تخضع قرارات مجلس المنافسة لرقابة المشروعية ومدى الملاءمة وكذا لوجوب تأسيسها، ومن أجل ذلك تتطلب فعالية الرقابة القضائية أن يكون القاضي المختص بحد ذاته قادرا على النطق بالأحكام بشكل سريع وأن يكون متحكما ومستوعبا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجديدة التي تمس المجالات الإقتصادية والتقنية والمالية وأن يلتزم بتعليل أحكامه وقراراته بدقة ووضوح، خاصة إذا ما علمنا بأن مجلس المنافسة يتمتع بسلطات واسعة للتدخل من أجل الرقابة وضمان حسن سير المنافسة في السوق بحيث يمكنه مثلا إتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة لتفادي وقوع ضرر محدق غير ممكن إصلاحه عند الإضرار بالمصلحة العامة الإقتصادية، وفي مواجهة ذلك بإمكان القضاء مراقبة قرارات مجلس المنافسة تفاديا لإفتراض تعسفه، فضلا عن الرقابة التي يمارسها على قرارات المجلس المأخوذة في إطار ممارسة دوره العقابي وبالتالي فإن مجلس المنافسة والقضاء هيئتان متناسقتان متكاملتان تضمنان التطبيق السليم لقواعد قانون المنافسة.

وعلى هذا الأساس فإن للهيئة القضائية دور مهم في ميدان المنافسة ويتجسد هذا الدور أكثر مع صدور الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم[1]، هذا الأخير الذي أقحم القضاء بشكل مباشر في مجال المنافسة على إختلاف فروعه وتخصصاته من أجل ضمان الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها قانون المنافسة لعل أهمها حماية المنافسة ومتابعة كل المخالفات التي تؤدي لعرقلتها من خلال تقويم عمل مجلس المنافسة وتصحيحه إن إستدعت الضرورة لذلك، بعبارة أخرى يختلف دور الهيئات القضائية في مجال المنافسة بإختلاف فروع قانون المنافسة التي تتدخل من خلاله.

وما يهمنا هنا ليست جميع الطعون المقدمة للطعن في قرارات مجلس المنافسة وإنما فقط تلك المرتبطة بمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة كيفما كانت طبيعة هذه القرارات، وهذا ما يدفعنا لمحاولة معرفة مدى خصوصية هذا النوع من الطعون بالنظر إلى الجهةالقضائية المختصة للفصل فيه وهل إلتزم المشرع الجزائري بالمبدأ العام القاضي بمنح إختصاص النظر في هذا الطعن للقضاء الإداري خاصة إذا ما علمنا بأن مجلس المنافسة هو سلطة إدارية مستقلة بصريح النص، وإذا كان الإفتراض بغير ذلك فما هو مبرر الخروج عن القاعدة العامّة؟

وللإجابة عن هذا الإشكال نقسّم هذه الدراسة إلى جزأين نناقش في الأول منه الطعن في قرارات مجلس المنافسة ثم نعرج في الثاني منه إلى وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة تبعا لإشتراط القانون طعنا في الموضوع أولا قبل إتخاذ أي إجراء بوقف التنفيذ على النحو الآتي.

المبحث الأول: الطعن في قرارات مجلس المنافسة

إن قرارات مجلس المنافسة قد تكون مخالفة لأحكام القانون فقد يرتكب المجلس خطأ إجرائي أو موضوعي بمناسبة نظره في الخصومة بشكل يعود بالضرر على المؤسسات بشكل خاص وعلى المنافسة في السوق بشكل عام وبالتالي المساس بالنظام العام الإقتصادي خاصة ونحن نعلم أن قرارات مجلس المنافسة مشمولة بالنفاذ المعجّل بقوة القانون، لذلك فإن منح وتكريس الطعن وإعادة النظر في قرارات مجلس المنافسة (المطلب الأول) سيسمح بحماية المؤسسة المتضررة من هذه القرارات بشكل مباشر من خلال الفصل في موضوع الطعن بإلغاء قرار مجلس المنافسة أو تعديله أو تأييده طبعا وفقا إجراءات خاصة نص عليها قانون المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقديم الطعن

وقد تناول قانون المنافسة أحكام الطعن في قرارات مجلس المنافسة في الفصل الخامس من الباب الثالث في المواد من 63 إلى 70 منه محدّدا بذلك إختصاصا حصريا للجهة القضائية التي تنظر في الطعن المقدم من الأطراف المتنازعة أو من الوزير المكلف بالتجارة (الفرع الأول) التي وهبها المشرع صلاحيات إستثنائية من أجل تقويم قرارات مجلس المنافسة وفق ما يقتضيه القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة

منح الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم للأطراف المتنازعة حق الطعن في جميع قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة من خلال المادة رقم 63 منه على إعتبار أن هذا الإجراء يعتبر من المبادئ الدستورية المهمة التي تضمن الشفافية وإستبعاد أي تعسف قد ينجم عن مجلس المنافسة بمناسبة المتابعات التي يباشرها في إطار إختصاصه.

وبالرغم من أن القاعدة العامة حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة هو مجلس الدولة، إلا أن المشرع نص على إستثناء ذلك في المادة رقم 63 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بأن خول إختصاص النظر فيها للغرفة التجارية مجلس قضاء الجزائر وذلك متى كان الطعن متعلقا بالقرارات التي لها علاقة بالممارسات المقيدة للمنافسة (بما فيها الأوامر والتدابير المؤقتة) لذا يجب أن يرفع أمامها[2]، وهي جهة قضائية إستئنافية لأحكام المحاكم الإبتدائية كقاعدة عامة وتنتمي للجهاز القضائي العادي أما بالنسبة لإختصاصها الإستثنائي في النظر في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هي مذكورة في المادة رقم 14 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم فإنها تنظر في تلك الطعون إبتدائيا ونهائيا بحيث يمكن الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا كما أن إختصاصها هذا وطني[3].

إنّ المشرع الجزائري ما زال يطرح النقاش حول مسألة هذا الإستثناء الذي وضعه على الإختصاص المبدئي للقضاء الإداري وتثبيته عندما يتعلق الأمر برفض الترخيص بعمليات التجميع الإقتصادي[4]، وعلى الخلاف من ذلك جميع الطعون الأخرى المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ينظر فيها القضاء العادي بتعبير أدق مجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التي تنظر في المواد التجارية[5].

مع الإشارة إلى أن عامل نزع الإختصاص من القاضي الإداري وتحويله لفائدة القاضي العادي لم يكن يطرح أي إشكال في إطار تطبيق الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) وقانون الإجراءات المدنية سابقا (الملغى أيضا)[6]، لكن لم يعد الأمر كذلك بعد صدور الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم خاصة إذا ما علمنا أنه تم سن هذا الأمر بعد تعديل الدستور سنة 1996 وبعد سن القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998

المعدل والمتمم المحدد لتنظيم إختصاص مجلس الدولة لاسيما المادة رقم 9 منه الشيء الذي يستدعي ملئ النقائص التي يعاني منها القانون الجزائري وبيان الغموض الذي يطغى عليه[7].

فتخويل الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة حق النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذا الطعن، وبهذا الصدد تشير المادة رقم 63 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم إلى الطعن في قرارات مجلس المنافسة وليس الإستئناف مما يستخلص منه بأن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر تنظر في القضية بصفة إبتدائية ونهائية وليس بصفتها قاضي درجة ثانية، فيمكن تشبيهها بالقضاء الإداري لأن مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية[8] فلا يقدم الإستئناف إلا ضد الأحكام القضائية سواء تعلق الأمر بمنازعة مدنية أو إدارية.

وبالرجوع إلى الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم وكذا إلى القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة يجعل الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر تنظر في الدعوى كقاضي إلغاء وكقاضي تعويض، بحيث يمكنها أن تلغي أو تعدل من القرار أو تؤيد قرار مجلس المنافسة كما يملك رئيس الغرفة إختصاصات وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة ذات الصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة[9].

الفرع الثاني: سلطات القاضي العادي

يمكن لقاضي الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة أن يحكم بتأييد قرار مجلس المنافسة أو بتعديله أو إلغائه (وهو هدف الطرف الطاعن عادة) على أن يكون قرار محكمة الإستئناف مسببا تسبيبا كافيا (أولا)، كما يمكن لهذه الأخيرة زيادة على ذلك أن تحكم بتعويض المؤسسة أو المؤسسات المتضررة من جراء الممارسات المذكورة في المادة رقم 14 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بما يتناسب وحجم الضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة (ثانيا).

أولا: إلغاء القرار المطعون فيه

تتخذ قرارات مجلس المنافسة بإعتبارها قرارات إدارية فردية ضمن إمتيازات السلطة العامة، فرغم كون الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر هي هيئة قضائية عادية إلا أنها

تستخدم تقنيات الرقابة التي يستعملها القاضي الإداري حيث أنها تنظر في مدى إحترام مجلس المنافسة لإختصاصاته التي خولها له الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم وكذلك مدى إحترامه للإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع[10].

كما يبحث القاضي عن مدى تطبيق مجلس المنافسة للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون المنافسة ومدى صحة التكييف بالنظر إلى النصوص القانونية المستند إليها ومدى تناسب العقوبة مع الفعل المقترف[11]، وفي حال ما إذا كان سبب الإلغاء يتعلق بالإجراء بكامله أو يتعلق بالأمر بحقوق الدفاع أو يؤدي إلى إفراغ الملف بإبعاد عناصر الإثبات ففي هذه الحالات فإن قرار الغرفة التجارية القاضي بالإلغاء يضع حدا للمتابعات، وفي الحالة العكسية فإن الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر العاصمة تنظر في القضية من ناحية الوقائع والقانون من جديد وتقضي إما:

- ترك مجلس المنافسة يواصل الإجراء ويقضي بقرار جديد، وهذا ما تفعله الغرفة التجارية في حالة إلغاء القرار لعدم القبول أو ألا وجه لدعوى رفعت دون تبليغ الطرف المعني.
- أن تنظر من جديد عما إذا كانت عناصر الملف تسمح للغرفة التجارية لدى المجلس الذي يؤول إليه الإختصاص أن تحل بقرارها محل قرار مجلس المنافسة في مجال الأوامر والعقوبات المالية وإجراءات النشر والإجراءات التحفظية أو تنفيذ الأوامر.
- أن تنظر الغرفة من جديد بعدما تأمر بإجراء تحقيق[12].

ثانيا: الحكم للمتضرر بالتعويض

يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به، وهذه الأخيرة المقصود بها القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها الإقليمي مكان وقوع الضرر الناجم عن الممارسات المذكورة[13]، تطبيقا لنص المادة رقم 48 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم حيث نصت:" يمكن كل شخص

طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرّر من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به ".

المطلب الثاني: إجراءات ممارسة الطعن

يمارس مجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التجارية رقابة سواء كانت هذه الرقابة داخلية أو خارجية على قرارات مجلس المنافسة من أجل التأكد من مشروعيتها ومدى قابليتها للإلغاء أو التعديل، وذلك على إعتبار أن قرارات مجلس المنافسة ذات طابع إداري وأعمالا قانونية إنفرادية والتي هي إمتياز من إمتيازات السلطة العمومية، فإذا ما تأكد القاضي التجاري لمجلس قضاء الجزائر العاصمة إحترام الأطراف المعنية للمواعيد القانونية (الفرع الثاني)، وللإجراءات الواجب إتباعها لاسيما منها شكليات عريضة الطعن (الفرع الأول) فإن هذا الطعن سيكون قابلا للنظر فيه.

الفرع الأول: شكليات عريضة الطعن

كغيره من الطعون يجب أن تحرر عريضة هذا الطعن حسب الطلبات إلغاء أو تعديل، بحيث تكون محررة وموقعة من طرف محام معتمد لدى المجلس القضائي أو لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة حسب الحالة[14]، محترمة شروط المادة رقم 15 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[15] مع وجوب إثارة أوجه الطعن بحيث تكون في نسخ يساوي عدد أطراف القضية، تطبيقا لنص المادة رقم 64 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم التي نصت على أن إجراءات هذا النوع من الطعون يسري عليه وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يرفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ضد قرارات مجلس المنافسة من قبل أطراف القضية طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية ".

كما يجب إرفاق تلك العريضة بقرار مجلس المنافسة المطعون فيه، أو نسخة من الطلب المؤشر عليه بالإستلام بالنسبة للقرار الضمني أو القرار غير المبلغ عملا بنص المادة رقم 69 فقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم التي قضت:" ... ولا يقبل الطلب إلا بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة ".

بالإضافة إلى ضرورة إيداع وثائق الإثبات المستند عليها وتقييد العريضة لدى أمانة ضبط مجلس قضاء الجزائر العاصمة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة[16] بعد دفع مصاريف التسجيل[17] ويسلمها للمدعي الطاعن بغرض تبليغها رسميا للخصوم.

في هذا الإطار، يمكن أي مؤسسة وفق مفهوم الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم تعتبر نفسها متضررة من قرار مجلس المنافسة أو من الممارسة المقيدة للمنافسة محل قرار مجلس المنافسة أن تتدخل في القضية بعد تقديم الطعن من أحد الأطراف المعنية أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة، تجسيدا لنص المادة رقم 68 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم:" يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافا في الطعن التدخل في الدعوى أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية ".

الفرع الثاني: آجـال الطعــن

أما عن مواعيد الطعن في قرارات مجلس المنافسة فتختلف آجال الطعن في قراراته على إختلاف طبيعتها، فيكون الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالموضوع كقرار تسليط العقاب وتوجيه الأوامر في أجل شهر واحد يسري من تاريخ إستلام المؤسسة المعنية للقرار، طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة رقم 63 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، بينما يكون الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة رقم 46 من نفس الأمر في أجل عشرين (20) يوما حيث جاء النص كالآتي:" تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية ... في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا إبتداء من تاريخ إستلام القرار.

يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر، في أجل عشرين (20) يوما ... ".

هذا، ولم يوضح نص المادة تاريخ سريان الأجل في هذه الحالة هل هو من تاريخ تبليغ القرار المتضمن هذه التدابير ،أو منذ تاريخ إتخاذ هذا الإجراء كونه من طبيعة خاصة لا يتخذ إلا في الحالات المستعجلة التي لا تحتمل التأخير.

المبحث الثاني: وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

إن السرعة التي تتطلبها النشاطات الإقتصادية تقتضي أن لا تكون الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة موقفة التنفيذ فهي تتمتع بإمتياز الأولوية وقرينة المشروعية، إلا أنه في نفس الوقت يتنافى مع حقوق الدفاع فالتطبيق الفوري لهذه القرارات لاسيما القمعية منها قد يولد آثارا يستحيل تداركها خصوصا في حال إلغائها من قبل القاضي المختص لاحقا.

وهذا ما يدفعنا لمحاولة إستقراء وفهم مبرّرات وجود وشروط وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة (المطلب الأول) ثم نشرح تباعا طرق الطعن المتاحة في الأمر بوقف التنفيذ من عدمه وفق ما ينص عليه القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبررات وشروط وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة

كأصل عام لا يؤثر الطعن في قرار مجلس المنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر الغرفة التجارية على نفاذ قرار مجلس المنافسة، غير أنّ لهذا المبدأ إستثناء مفاده إمكانية وقف تنفيذها متى توفرت مبرّرات لذلك (الفرع الأول) بطلب معلّل من المؤسسة المعنية متى تحققت شروط معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبررات مبدأ وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

إذا كان الحكم بالإلغاء له حجة مطلقة في مواجهة الكافة وأنه يؤدي إلى إعدام القرار الإداري وإزالة جميع آثاره بأثر رجعي وإعتباره كأن لم يكن، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إصداره فكيف ينتج حكم الإلغاء هذه الآثار إذا كان القرار قد قامت الإدارة بتنفيذه، ونتج جميع آثاره لأن مجرد الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء كمبدإ عام لا يوقف التنفيذ، ومعنى ذلك أن تنفيذ الإدارة للقرار الإداري على مسؤوليتها رغم الطعن فيه بالإلغاء قد جعل الحكم الصادر بإلغائه لا قيمة له من الناحية العملية إذ يصبح تنفيذه مستحيلا.[18]

ثم إن التعويض الذي يحكم به على الإدارة مهما كانت قيمته لا يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار لأنه لا يمكن أن يصحح الضرر الواقع، فإذا ما تم إلغاؤه بعد تنفيذه فإنه من الصعب منح التعويض المناسب لمثل هذا الضرر الناتج عن هذا الفعل الذي قد يصل إلى فقدان ثقة المتعاملين بالمؤسسة المعنية، إلى جانب هذه المبررات نجد أيضا أن

تطبيق الأثر غير الموقف للدعاوى على إطلاقها سيؤدي في بعض الأحيان إلى إلغاء دعوى الإلغاء ذاتها، ويحوّل قرار القضاء الذي يصدر بالإلغاء إلى قرار صوري مجرد من كل آثاره إذا ما أسرعت الإدارة ونفذت القرار دون إنتظار حكم القضاء في المنازعة، وهذا في الحقيقة يشكل أشد المساوئ التي تترتب على إطلاق تطبيق قاعدة الأثر غير الموقف للطعن في القرارات الإدارية بالإلغاء.

لذا، فإن آلية وقف التنفيذ هي العلاج الناجع لهذه المساوئ كذلك فإن قرار القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري من جانبه سيؤدي إلى سد الثغرة التي يفتحها تنفيذ القرار وهي إستحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند صدور قرار الإلغاء، وما يعنيه ذلك من حكم الواقع للقانون فضلا عن منع إنتاج قرار إداري غير مشروع لآثاره في حق ذوي الشأن.

إن الفائدة من وقف تنفيذ القرار الإداري تظهر بوضوح بالنظر إلى بطء القضاء بشقيه الإداري والمدني، بحيث يستغرق الفصل في الدعوى وقتا طويلا يعدم بذلك الفائدة الموجودة من إلغاء القضاء لقرار غير مشروع، لذلك يكون طلب وقف التنفيذ هو الحل الممكن لهذا البطء الشديد الذي يؤدي إلى نتائج خطيرة.[19]

ولعل أهم خصوصيات الطعن في الموضوع شأنه في ذلك شأن الطعن القضائي أمام القضاء الإداري أنه لا يوقف التنفيذ، بصريح نص المادة رقم 63 فقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، إذ لا يترتب على الطعن في قرارات مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة أي أثر موقف لها، وكإستثناء على الأصل العام يمكن شل قوتها التنفيذية بمعنى وقف تنفيذها حيث تجمّد آثارها متى كان مضمون تلك التدابير المنوه عنها بالمادتين رقم 45 و46 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم عندما تقتضي ذلك الظروف والوقائع الخطيرة.

هذا، ويفصل في طلب وقف التنفيذ رئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن ضوابط إختصاص القاضي في وقف التنفيذ بغض النظر عن مضمون القرار، خاصة ونحن نعرف أن رئيس المجلس القضائي كان يختص بالتدابير الإستعجالية الإدارية بموجب المادة رقم 171 مكرر (ملغاة) قبل صدور القانون رقم 08-09

المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي من بينها وقف تنفيذ القرارات الإدارية[20].

الفرع الثاني: شروط طلب وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

حتى يُقبل طلب وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة من طرف المؤسسة التي صدر في مواجهتها القرار لابد من أن يرفق طلب وقف التنفيذ بدعوى سابقة لها في الموضوع (أولا)، مع ضرورة أن تثبت المؤسسة المعنية أسبابا جدية لها وصف الإستعجال (ثانيا).

أولا: إلزامية الطعن في الموضوع بالإلغاء قبل طلب وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة

إن وقف التنفيذ ليس غاية في حد ذاته وإنما هو مجرد تمهيد لإلغاء القرار على الأقل من وجهة نظر طالبه، ولعل الحكمة من هذا الشرط أن الإقتصار على طلب وقف التنفيذ ما هو إلا تعبير عن خاطر من الكيد والإستهزاء بعمل مجلس المنافسة خاصة إذاكان الطاعن ينوي وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة دون الإلغاء[21]، وهو ما تشير إليه نص المادة رقم 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحيلنا إليها نص المادة رقم 69 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم[22] حيث تنص الأولى:" تقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة.

لا يُقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 أعلاه ".

فتقديم طلب أصلي موضوعه إلغاء قرار مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر ضروري قبل التقدم بطلب وقف التنفيذ ضمن الآجال القانونية، مع ضرورة أن يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر بصفته المخوّل بإصدار أمر وقف التنفيذ إستشارة الوزير المكلف بالتجارة حول رأيه في طلب المؤسسة صاحبة الطعن بصفته الوصي على النظام العام مع إستثناء الحالة التي يكون فيها الطاعن في موضوع القرار هو الوزير المكلف بالتجارة[23].

وتضيف المادة رقم 63 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم على أنه:" تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر

الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا إبتداء من تاريخ إستلام القرار.

يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر، في أجل عشرين (20) يوما.

لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة ".

يستخلص من نص هذه المادة قاعدتين: الأولى مفادها أن الطعن القضائي في قرار مجلس المنافسة لا يوقف تنفيذه، والثانية قاعدة إستثنائية تقضي بإمكانية وقف التنفيذ عن طريق تقديم طلب صريح من المدعي (الطالب) وبطبيعة الحال وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة تدبير كبقية التدابير الإستعجالية يستلزم بالدرجة الأولى توافر حالة العجلة لتحديد إختصاص القضاء المستعجل ولإصدار الحكم (الأمر) على أساسها، وهو المقصود من وراء قول المشرع بالظروف والوقائع الخطيرة والتي يعود تمييزها إلى السلطة التقديرية لقاضي الإستعجال غير أنه لا يمكن القول أن وقف التنفيذ مكنة مطلقة وإلا تحوّل قضاء الإستعجال إلى قضاء إختياري أو رغباتي، وإنما يجب أن تحده ضوابط أو شروط قانونية تتعلق بالقاضي في حد ذاته والمدعي والمدعى عليه وفكرة العجلة في حد ذاتها لتحديد الإختصاص وتقدير الحكم بها[24].

ثانيا: تقديم دفوع جدّية دون المساس بأصل الحق

وهو ما نصت عليه صراحة المادة رقم 63 فقرة 3 من الأمر رقم 03-03 بقولها:" ... غير أنّه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوائع الخطيرة ".

فالأسباب الجديّة تعتبر شرطا موضوعيا لوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة، إلى جانب عنصر الإستعجال والمراد من ورائها رجحان إحتمال الحكم بإلغاء القرار الإداري بناء على أساسها من خلال فحص ظاهر الملف والوثائق إعتمادا على الحس السليم والحكمة التي يتحلى بها القاضي الإستعجالي، وعليه يمكن للقضاء المختص بناء على طلب الطرف المعني الأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه إذا أثار دفعا جديا من شأنه أن يؤدي إلى إبطال

القرار، كما عليه إثبات أن مواصلة تنفيذ هذا القرار من شأنه إلحاق ضررا نهائيا لا يمكن تداركه فيما بعد[25].

وفي هذا الإطار، صدر بتاريخ 06 جويلية سنة 1987 القانون الذي يخوّل محكمة إستئناف باريس[26] الفصل في المنازعات الخاصة بقرارات مجلس المنافسة بعد أن كان من إختصاص مجلس الدولة في ظل المادتين رقم 15 و16 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر سنة 1986 مراعيا ما أبداه المجلس الدستوري الفرنسي من ملاحظات، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها كأثر للطعن، فقرّر القانون أن الطعن أمام محكمة إستئناف باريس لا يكون له أثر موقف كقاعدة عامة لكن الرئيس الأول لمحكمة إستئناف باريس يمكنه أن يأمر بوقف التنفيذ لحين الفصل في موضوع الدعوى بشرط أن يثبت الطاعن أن هناك خطرا جسيما يمكن أن يترتب على التنفيذ أو أن هناك وقائع جديدة ذات خطورة إستثنائية وأن تكون حدثت في تاريخ لاحق على صدور قرار مجلس المنافسة المطعون فيه وتراقب محكمة إستئناف باريس مدى التناسب القائم بين العقوبات المالية التي وقعها مجلس المنافسة وبين الأفعال المرتكبة والمبررة لتوقيع هذه العقوبات.

المطلب الثاني: الطعن في الأمر بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة

لم ينص الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم على إمكانية الطعن في أمر السيّد رئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة، وإنّما أحال بخصوص طلب وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة والإجراءات اللاحقة له بموجب المادة رقم 69 من نفس الأمر إلى القواعد العامّة المنصوص عليها في القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهنا نتساءل عن طرق الطعن المتاحة للمؤسسة المعنيّة بأمر وقف التنفيذ دون باقي طرق الطعن في الأمر الصادر عن رئيس مجلس قضاء الجزائر ولهذا سنتطرق لطرق الطعن العادية (الفرع الأول) وطرق الطعن غير العادية (الفرع الثاني) كما هي مذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية

جرت العادة على إمكانية الطرف المتضرّر أو الذي لم يقتنع بحكم أو قرار الجهة القضائية التي أصدرته أن يطعن في الحكم أوالقرار حسب الحالة، من أجل النظر في

الدعوى من جديد في المسائل المتعلقة بالقضايا المدنية والإدارية إمّا بالمعارضة (أولا) أو بطريق الإستئناف (ثانيا)، في هذا الإطار هل يمكن الطعن في أوامر الإستعجال الصادرة عن رئيس مجلس قضاء الجزائر المتعلقة بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة بصفته سلطة إدارية مستقلة بطرق الطعن المذكورة أم لا؟

أولا: المعارضة

هي طريق من طرق الطعن العاديةيركن إليها المحكوم عليه غيابيا للوصول إلى إلغاء أو تعديل الحكم أو القرار الذي صدر في غيبته بالإلتجاء إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار[27]، إذ ليس من العدل أن لا يسمع دفاع شخص في خصومة مرفوعة عليه لجواز أن يكون ذا عذر للتأخير عن الحضور[28].

ولأنّ المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية على غرار قانون الإجراءات المدنية الملغى[29] لم يشر إلى إمكانية الطعن بالمعارضة في أوامر الإستعجال التي يصدرها رئيس المجلس القضائي، فهل هذا يعني بأنه مباح على أساس أن ما لم يمنعه المشرع فهو مباح أو بعدم جواز الطعن في أوامر الإستعجال لغياب النص القانوني الصريح ؟

في الحقيقة المسألة مختلف فيها، فهناك من يرى بجواز الطعن بالمعارضة في أوامر الإستعجال الرامية لوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة للنظر فيها من جديد أمام نفس الجهة، على أساس أن ما هو ليس ممنوع فهو مباح[30] حتى في ظل غياب النص القانوني وهناك من قضى بعدم جواز المعارضة في هذا الإطار على أساس القياس مع المادة رقم 168 من قانون الإجراءات المدنية.

وقد إستمر هذا الخلاف إلى أن قضت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 142612 بتاريخ 16 مارس 1997، بأن الأوامر التي تصدر عن القضاء الإداري الإستعجالي غير قابلة للطعن فيها بالمعارضة على أساس الفقرة الأخيرة من المادة رقم 171 مكرّر من قانون الإجراءات المدنية، ويؤكد القرار بأن الفقرات الأخرى من هذه المادة لا تنص على حق المعارضة، والتزاما بمبادئ القانون فإنه يجب عدم التطرق لشيء لم يتطرق إليه المشرع[31].

ولأنّ المشرع في ظل القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية أيضا سكت بهذا الخصوص، فإنه لا يجوز أيضا الأخذ بطريق الطعن بالمعارضة في الأوامر التي تقضي

بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة على سبيل القياس، حتى وإن كان هذا التوجه يمس بأهم حق قضائي وهو الحق في الدفاع والطعن المكفول دستورا.

ثانيا: الإستئناف

يعتبر هذا النوع من الطعون طريق من بين طرق الطعن العادية التي يلتجئ إليها المتضرر من الحكم للحصول على حكم آخر من محكمة عليا بإلغائه أو تعديله، فهو يتضمن الشكوى من تصرفات قضاة محكمة أول درجة ويستفاد منها ضمن الطعن في كفاءتهم أو ذمتهم أو عنايتهم بتناول النزاع والفصل فيه أو تفهم الأسس التي يبني عليها الخصم دفاعه أو دعواه، وهو حق لكل من المدعي والمدعى عليه على السواء فلا يجوز أن يتمتع به خصم دون الآخر ضمانا للعدالة والمساواة بين الخصمين وصيانة لحقوق الدفاع[32].

يمكن الطرف المعني الذي صدر في حقه الأمر بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة أن يطعن بالإستئناف أمام مجلس الدولة من أجل إعادة النظر في الأمر المذكور تطبيقا لنص المادة رقم 10 من القانون العضوري رقم 98-01 المعدل والمتمم المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، بالإضافة لنص المادة رقم 937 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تخضع الأوامر الصادرة طبقا لأحكام المادة 920 أعلاه للطعن بالإستئناف أمام مجلس الدولة خلال خمسة عشر (15) يوما التالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ ".

أمّا عن وقف تنفيذ الأمر بوقف التنفيذ، وإذا كان الأصل في الإجراءات القضائية أنها توقف تنفيذ القرار الإداري فإن الإستثناء على الأصل أنه يوقف تنفيذه بطلب صريح من المدعي في الحدود القانونية، وكإستثناء عن الإستثناء يمكن أيضا وقف تنفيذ الأمر الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري وهو ما يعرف بوقف النفاذ المعجل[33]، ويبقى هذا الطعن من حق المدعي عندما يرفض قاضي الإستعجال الإستجابة له بخصوص ما طلبه من تدابير وقد يرفعه المدعى عليه في حال الإستجابة إلى تلك التدابير[34].

الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية

تناولها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 956 إلى 969 منه، ونظّمها حسب الترتيب الآتي: الطعن بالنقض (أولا)، إعتراض الغير الخارج عن الخصومة (ثانيا) وأخيرا إلتماس إعادة النظر (ثالثا).

أولا: الطعن بالنقض

هو طريقة من طرق الطعن غير العادية لا يهدف إلى مراجعة الحكم أو القرار ولا إلى تعديله أو تصحيحه، بل يرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصورة سليمة في الأحكام الصادرة عنها، فمجلس الدولة الناظر في قضايا النقض ليس مكلفا بإعادة النظر في الدعاوى وتصليح أخطاء قضاة الدرجة الأدنى، وإنما تنحصر مهمته في نقض الأحكام غير الصحيحة أو التي خالفت القانون وأما الحكم في الدعوى فإنها تحيله عندما تقضي بالنقض إلى جهة قضائية أخرى.[35]

من خلال تفصيلنا لأحكام الإستئناف بخصوص وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة وبالنظر لهذا التعريف، فنستخلص بأن مجلس الدولة ليس جهة نقض فيما يخص الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة بل يعد جهة إستئناف في كافة الأحكام الصادرة عن الغرف الإدارية بالمجالس القضائية (المحاكم الإدارية)، على إعتبار أن هذه الأخيرة عندما تصدر أمرا إستعجاليا فإنه يصدر بصفة إبتدائية ومجلس الدولة ينظر في القضية كجهة إستئناف[36].

ثانيا: إعتراض الغير الخارج عن الخصومة

عندما يصدر قاضي الأمور المستعجلة وهو في هذه الحالة رئيس مجلس قضاء الجزائر أمرا بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة، فيمكن أن يتسبّب هذا الأمر القضائي عند تنفيذه بضرر للغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة، يهدف هذا النوع من الطعون إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع، ويفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون[37] بنفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بحسب الحالة.

ولأنّ المشرع لم يمنح صراحة هذا الحق في ممارسة هذا النوع من الطعون على غرار باقي الطعون بإستثناء الطعن بالإستئناف، فلا يمكن الغير وإن كان متضررا أن يمارس هذا النوع

من الطعون، هذا بالإضافة إلى أن الأوامر الإستعجالية في أصلها هي مؤقتة يجوز العدول عنها، وهي لا أثر لها في أصل الحق وبالتالي فإن إعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو غير جائز القبول في الأوامر الإستعجالية الإدارية[38].

ثالثا: إلتماس إعادة النظر

لم يعرّف القانون هذا النوع من الطعون غير العادية، وإنما إكتفى بالقول بأن القرارات المعنية بهذا الطعن هي فقط التي تصدر من طرف مجلس الدولة[39]، وفي حالتين محددتين على سبيل الحصر دون غيرها نصت عليها المادة رقم 967 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" يمكن تقديم إلتماس إعادة النظر في إحدى الحالتين الآتيتين:

1-إذا إكتشف أن القرار صدر بناء على وثائق مزوّرة قدمت لأول مرة أمام مجلس الدولة،

2-إذا حكم الخصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم ".

وبالتالي، فإن قرار رئيس مجلس قضاء الجزائر المتضمن وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة لا يمكن الطعن فيه بهذا النوع من الطعون لغياب النص القانوني الصريح، كما أن المشرع إتخذ موقفا في هذا الإطار بحصر أنواع القرارات التي يمكن الطعن فيها بإلتماس إعادة النظر وهي قرارات مجلس الدولة حصرا وفي حالتين فقط.

خاتمة:

إن إستحداث مجلس المنافسة كسلطة إدارية مكلفة بضبط المنافسة لا يعني إقصاء دور القضاء الذي يبقى له دور تصحيحي لتقويم أعمال هذا الجهاز، وهذا ما يدفعنا للإعتقاد بأن علاقة مجلس المنافسة بالقضاء في الحقيقة هي علاقة تنسيق وتكامل من أجل الحفاظ على المنافسة والرقي بها.

ولكن من خلال الإطلاع على أحكام الأمر رقم 03-03 المعدّل والمتمم لاسيما أحكام الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة نجد بأن مشرعنا وعلى غير العادة قد منح إختصاص النظر فيها للقاضي العادي (التجاري) وليس للقاضي الإداري، كون المجلس سلطة إدارية مستقلة دون أن يبرر خروجه عن القاعدة العامة، لكن من الواضح أن المشرع الجزائري قد تأثر بنظيره الفرنسي بخصوص مسألة منح إختصاص

النظر في طعون مجلس المنافسة للقضاء العادي، وفي هذا الإطار عرف التشريع الفرنسي تطورا عبر قوانين المنافسة المتعاقبة وقد شكّلت هذه النقطة بالذات جدلا واسعا في مجلس الشيوخ الفرنسي قبل أن يستقر الأمر على ما هو عليه ويُفسر على أساس السعي لإعمال مبدأ حسن سير العدالة من خلال ضم جميع شتت منازعات المنافسة في نظام قضائي واحد وهو القضاء العادي نظرا لأن منازعات المنافسة مختلفة ومتعددة ولابد من تجميعها لتكون تحت رقابة محكمة النقض من أجل توحيد الإجتهاد القضائي تجنبا لتعارض الأحكام والقرارات.

ومن خلال التدقيق في النظام القانوني للطعون في هذا الإطار سجلنا بعض النقائص التي يتعذر معها إعمال القواعد العامة كون الموضوع يتعلق بإجراءات خصوصية لاسيما منها:

– تناقض قانون المنافسة مع أحكام القانون العضوي رقم 98-01 المحدد لإختصاصات مجلس الدولة بخصوص الجهة التي ينبغي أن تكون مختصة للنظر في الطعون تماشيا والمعيار العضوي إعمالا بمبدأ تدرج القوانين،

- تشتيت النظر في الطعن وكذا طلب وقف التنفيذ بين أكثر من قاضي بالرغم من أنها تشمل نفس القضية وليس هناك من هو أدرى بالقاضي الفاصل في الموضوع، ومع ذلك يمنح القانون إختصاص وقف تنفيذ الأوامر والتدابير المؤقتة لرئيس مجلس قضاء الجزائر وليس للقاضي التجاري لنفس المجلس القضائي،

- عدم إمكانية الطعن في أوامر مجلس المنافسة رغم خطورة هذا الإجراء مع إمكانية وقف تنفيذها فقط يطرح علامة إستفهام كبيرة نظرا لكون وقف التنفيذ يشترط طعنا في الموضوع،

– لم يوضح نص المادة رقم 63 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم من أين يبدأ سريان أجل الطعن في التدابير المؤقتة لكون الموضوع خطير مادام يتعلق بحالات إستعجالية،

– كما لم يبيّن النص ضرورة تمثيل مجلس المنافسة بمحام بمناسبة مرافعاته أمام الجهات القضائية علما بأن المجلس غير معفى من هذا الإجراء بنص المادة رقم 905 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية،

– حصر الطعن في قرارات مجلس المنافسة في أشخاص محددة ما يجعل الوضع غير مشجع على محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة،

– التضييق على حق المؤسسات في ممارسة حقها الدستوري بخصوص الطعن عندما يتعلق الأمر بإعادة النظر في أمر وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة بطريق الإستئناف فقط دون باقي طرق الطعن العادية وغير العادية.

وتبعا لهذه الملاحظات نأمل بأن يعيد المشرع الجزائري النظر فيها من أجل تسهيل مهمة القضاء العادي في القيام بدوره الرقابي على قرارات مجلس المنافسة.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

1- النصوص القانونية

أ- الدساتير

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المصادق عليه بتاريخ 28 نوفمبر 1996 (ج.ر عدد 76) المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 01 أفريل 2002 والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (ج ر عدد 63) ثم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 (ج ر عدد 14) وأخيرا التعديل الدستوري الموافق عليه بموجب إستفتاء 01 نوفمبر 2020 (ج. ر عدد 82) مؤرخة في 20 ديسمبر 2020.

ب- النصوص التشريعية

- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله (ج. ر عدد 37) مؤرخة في أول جوان 1998 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011 (ج. ر عدد 43) مؤرخة في 03 أوت 2011، والمعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 (ج. ر عدد 15) مؤرخة في 07 مارس 2018.

- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- القانون رقم 87-499 المؤرخ في 06 جويلية سنة 1987 المتعلق بتحويل منازعات قرارات مجلس المنافسة للهيئات القضائية العادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية مؤرخة في 07 جويلية 1987.

- الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة (ج. ر عدد 9) مؤرخة في 22 فيفري 1995 (ملغى).

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة (ج. ر عدد 43) مؤرخة في 20 جويلية 2003 المصادق عليه بالقانون رقم 03-12 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003 (ج. ر عدد 64) مؤرخة في 26 أكتوبر 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 (ج. ر عدد 36) مؤرخة 02 جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 (ج. ر عدد 46) مؤرخة في 18 أوت 2010.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج. ر عدد 21) مؤرخة في 23 أفريل 2008.

ج- النصوص التنظيمية

- القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة المعدل بالقرار رقم 01-20 المؤرخ في 02 فيفري 2020.

2- الكتب:

- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية)،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- عبد الحميد فودة، المعارضة في المواد المدنية والجنائية والشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- عبد الوهاب العثماوي ومحمد العثماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.ت.ن.
- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادي، رويبة، 2010.

3- **الأطاريح والمذكرات الجامعية:**

أ-الأطاريح

- جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع:" قانون الأعمال "، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 20122/12/06.

ب- المذكرات الجامعية

- بلعابد عبد الغني، الدعوى الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسة، قسم القانون العام، قسنطينة، 2008.

- مقيمي ريمة، القضاء الإستعجالي الإداري وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام تخصص: قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، 2013.

4- المقالات في المجلات:

- براشمي مفتاح، الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها،مجلة القانون، المجلد 7، عدد 1، المركز الجامعي أحمد زبانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، غليزان، 2018.
- بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ب.ت.ن.
- شيخ ناجية، دور الهيئات القضائية في حماية مجال المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 51، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، جوان 2019.
- قردوح ليندة، وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية كضمانة إستثنائية للمتقاضي، مجلة الشريعة والإقتصاد، المجلد السابع، الإصدار الأول، جامعة الأمير عبد القادر، كلية الشريعة والإقتصاد، قسنطينة، جوان 2018.

5- المقالات في الملتقيات والندوات:

- ليلى ماديو، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، بجاية، يومي 23 و24 ماي 2007.
- هديلي أحمد، سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، بجاية، يومي 23 و24 ماي 2007.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Les ouverages

- ZOUAIMIA Rachid, le droit de la concurrence, édition BELKEISE, 2012.

2- Site web

- www.asjp.dz
- **www.conseil de la concurrence.dz**
- www.jorap.dz

- www.legifrance.gouv.fr

الهوامش:

[1] الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بقانون المنافسة، جريدة رسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 20جويلية 2003 المعدل والمتمم.

[2] محمد الشريف كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادي، رويبة، 2010، ص 72.

[3] براشمي مفتاح، الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها،مجلة القانون، المجلد 7، عدد 1، المركز الجامعي أحمد زبانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، غليزان، 2018، ص 67.

[4] أنظر المادة رقم 19 فقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

[5] ZOUAIMIA Rachid, le droit de la concurrence, édition BELKEISE, 2012, p 229.

[6] الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[7] جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع:" قانون الأعمال "، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2012/12/06، ص 401.

[8] أنظر المادة رقم 23 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

[9] ليلى ماديو، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، بجاية، يومي 23 و24 ماي 2007، ص 281.

[10] تنص المادة رقم 34 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يختص المجلس القضائي بالنظر في إستئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى لو كان وصفها خاطئا ".

[11] أنظر المادة رقم 62 مكرر 1 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

[12] ليلى ماديو، مرجع سابق، ص 282.

[13] تنص المادة رقم 39 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية: ...

2-في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة إختصاصها الفعل الضار،... ".

[14] تنص المادة رقم 10 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الإستئناف والنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

أنظر أيضا المادة رقم 905 من نفس القانون.

[15] حيث نصت على أنه:" يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،

2-إسم ولقب المدعي وموطنه،

3-إسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له،

4-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي،

5-عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل والوثائق المؤيدة للدعوى ".

[16] أنظر المادة رقم 16 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[17] أنظر المادة رقم 17 من نفس القانون.

[18] عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 15.

[19] عبد الغني بسيوني عبد الله، نفس المرجع، ص 15.

[20] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج. ر عدد 21) مؤرخة في 23 أفريل 2008.

[21] بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ص 345.

[22] حيث تنص:" يتم طلب وقف التنفيذ المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 63 أعلاه طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يودع صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة طلب وقف التنفيذ ولا يقبل الطلب إلا بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة.

يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر رأي الوزير المكلف بالتجارة في طلب وقف التنفيذ عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية ".

[23] أنظر المادة رقم 69 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

[24] هديلي أحمد، سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، بجاية، يومي 23 و24 ماي 2007، ص 294.

[25] جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 455.

[26] القانون رقم 87-499 المؤرخ في 06 جويلية سنة 1987 المتعلق بتحويل منازعات قرارات مجلس المنافسة للهيئات القضائية العادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية مؤرخة في 07 جويلية 1987.

أُنظر الموقع الرسمي للجريدة الرسمية:

www.legifrance.gouv.fr

[27] عبد الوهاب العثماوي ومحمد العثماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.ت.ن، ص 809.

[28] عبد الحميد فودة، المعارضة في المواد المدنية والجنائية والشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 201.

[29] الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى).

[30] هديلي أحمد، مرجع سابق، 305.

[31] أنظر المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، ص 1997.

[32] بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الإستثنائية)،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 316.

[33] هديلي أحمد، مرجع سابق، ص 306.

[34] مقيمي ريمة، القضاء الإستعجالي الإداري وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام تخصص: قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، 2013، ص 83.

[35] مقيمي ريمة، نفس المرجع، ص 78.

[36] بلعابد عبد الغني، الدعوى الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسة، قسم القانون العام، قسنطينة، 2008، ص 70.

[37] أنظر المادة رقم 960 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[38] مقيمي ريمة، مرجع سابق، ص 82.

[39] أنظر المادة رقم 966 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

The Role of DNA in proving parentage in Islamic Law and man-made laws

سهام زروالي
كلية الحقوق جامعة حسيبة بن بوعلي شلف
Siham_zerouali@yahoo.fr

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/03/19	2022/04/05	2022/06/25

الملخص:

إن لموضوع النسب أهمية بالغة في المجتمع و لهذا السبب أعتمد فقهاء الشريعة و القانون على عدة طرق و وسائل لإثباته ، منها ما هو متفق عليه و منها ما أختلف فيه ، إلى أن جاء العلم الحديث باكتشاف جديد وهو البصمة الوراثية أو الحمض النووي ، وهي طريقة غاية في الدقة في معرفة القرابة بين البشر ، وقد تناولها العلماء المعاصرون بالبحث والتحليل من حيث دلالتها و مدى حجيتها على النسب إثباتاً ونفياً، و تهدف هذه الدراسة إلى مناقشة الدور الذي تلعبه هذه البصمة الوراثية في إثبات النسب و كيف تطرقت إليها كل من أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية .

الكلمات المفتاحية:

الكلمات المفتاحية: البصمة الوراثية – النسب – الإثبات – الشريعة الإسلامية – القوانين الداخلية

Abstract:

The issue of lineage is of great importance in society, and for this reason, jurists of Sharia and law relied on several methods and means to prove it, some of which are agreed upon and some of which differ, until modern science came with a new discovery, which is the genetic fingerprint or DNA, and it is an extremely method. In accuracy in knowing kinship between human beings, contemporary scholars have researched and

analyzed it in terms of its significance and the extent of its relevance to lineage in proof and negation. Mandatory laws.

key words: Genetic fingerprint (DNA)- Descent – Proof - Islamic law - Man-Internal laws

مقدمة:

إن لموضوع النسب أهمية كبيرة في المجتمع ، و ذلك لارتباطه بعدة جوانب اجتماعية أخلاقية، دينية و غيرها ، كما ان الشريعة الإسلامية اهتمت اهتماما بالغا بالأنساب و الاعراض وأحاطتها بكل العناية و التقدير ، و حرمت كل ما يؤدي إلى اختلاطها و ضياعها و هذا حتى يكون المجتمع طاهرا نقيا ، و قد جعلت الشريعة الاسلامية ثبوت النسب حقاً للولد يدفع به عن نفسه الضياع ، وحقاً للأم تدفع به عن نفسها تهمة الزنا ، وأيضاً حقاً للأب يحفظ نسبه وولده من كل دنس وريبة ، وقبل كل ذلك هو حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها في المجتمع.

و لهذا السبب اعتمد فقهاء الشريعة و القانون على عدة طرق و وسائل لإثبات النسب، منها ما هو متفق عليه و منها ما أختلف فيه، إلى أن جاء العلم الحديث باكتشاف جديد وهو البصمة الوراثية أو الحمض النووي، وهي طريقة غاية في الدقة في معرفة القرابة بين البشر، وقد تناولها العلماء المعاصرون بالبحث والتحليل من حيث دلالتها و مدى حجيتها على النسب إثباتاً ونفياً.

و في هذه المقال سوف نحاول تسليط الضوء على هذه الوسيلة العلمية في إثبات النسب و ذلك من خلال تعريفها وبيان خصائصها إضافة إلى ميادين إستخدامها هذا في" المبحث الاول " أما " المبحث الثاني " فخصصناه لدور البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات النسب في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية .

المبحث الأول

مفهوم البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية أو ما يعرف بالحمض النووي من أهم الاكتشافات العلمية في عصرنا الحديث ، و التي أحدثت ضجة كبيرة في وسائل الإعلام على مستوى العالم ، و قد كانت محل دراسة في العديد من المؤتمرات و الندوات العلمية .

المطلب الأول : تعريف البصمة الوراثية :

سنحاول في هذا المطلب الوقوف على تعريف البصمة الوراثية من الجانب اللغوي وكذا الاصطلاحي .

الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية لغة :

البصمة الوراثية هي مصطلح مركب من كلمتين "البصمة" و "الوراثة"

- البصمة : هي كلمة مشتقة من البصم و هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر ، يقال ما فارقتك شبرا و لا فترا و لا عتبا و لا بصما، قال البصم ما بين الخنصر و البنصر[1] . و قد أكد مجمع اللغة العربية لفظة البصمة بمعنى أثر الختم، تقول بصم بصما أي ختم بطرف إصبعه[2].
- الوراثة : هي من مصدر ورث أو إرث يقال ورث فلان و منه و عنه ورثا و إرثا أي صار إليه بعد موته ، أو ورث فلانا جعله من ورثته[3] أما علم الوراثة فقد عرف بأنه العلم الذي يدرس آلية انتقال الصفات الوراثية ما بين الكائنات الحية[4]

الفرع الثاني : تعريف البصمة الوراثية إصطلاحا :

إن لتعريف البصمة الوراثية من الناحية الاصطلاحية معنيان إحداهما علمي و الآخر فقهي أو قانوني ، فالبصمة الوراثية من الناحية العلمية معناها التركيب الوراثي الناتج عن الحامض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية ، و تعرف أيضا بأنها البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، و يمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم أو اللعاب أو المني أو البول ..[5]

أما من الناحية الشرعية و القانونية فقد تعددت و اختلفت تعريفات البصمة الوراثية و من أهم هذه التعريفات : "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأباء إلى الأبناء ،أو من

الأصول إلى الفروع ، و بمعنى أدق فإنها تعيين هوية الأنسان عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا متمركزة في نواة أي خلية من خلايا جسمه"[6]

أما بالنسبة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة فقد أقر التعريف الصادر عن المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية و الذي يقضي بأن البصمة الوراثية هي البنية الجينية للمورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه[7].

المطلب الثاني : خصائص و مجالات البصمة الوراثية :

تتميز البصمة الوراثية بتعدد خصائصها و تنوع المجالات المستعملة فيها ، و هذا ما يميزها عن غيرها من الوسائل العلمية الحديثة المستعملة في مجال الإثبات .

الفرع الأول : خصائص و مميزات البصمة الوراثية :

إن للبصمة الوراثية مجموعة من الخصائص و المميزات تجعلها في المرتبة الأولى ما بين وسائل الإثبات الأخرى كتحليل الدم و غيرها ، و من أهم هذه المميزات :

أولا : عدم التوافق و التشابه ما بين الأفراد عند تحليل البصمة الوراثية ، فمن الناحية العلمية مستحيل تطابق بصمة شخص ببصمة شخص آخر إلا في حالة التوائم المتماثلة .

ثانيا : تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية صاحبها، وذلك لأن نتائجها قطعية و لا تقبل الشك[8].

ثالثا : تظهر البصمة الوراثية على شكل خطوط عريضة تسهل قراءتها و التعرف عليها و حفظها و تخزينها في الحاسب الآلي لحين الحاجة إليها.

رابعا : يمكن التعرف على صاحب البصمة الوراثية حتى بعد وفاته بواسطة تحليل شيء من هيكله العظمي .

خامسا : يتميز الحمض النووي DNA بقوة ثبات كبيرة حتى في أقصى الظروف البيئية المختلفة سواء حرارة أو رطوبة أو جفاف ، بحيث أنه يقاوم عوامل التحلل و التعفن لفترات طويلة جدا[9] .

الفرع الثاني : مجالات استعمال البصمة الوراثية :

لقد أورد المتخصصون في علم الوراثة عدة مجالات يمكن أن تستخدم فيها البصمة الوراثية، و من أهم هذه المجالات نذكر ما يلي :

أولا : مجال النسب : تستخدم البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه و الاعتماد على الأدلة و الترجيح بينها في حالة التنازع حول المولود ، كما تستخدم كذلك في حالة إختلاط الأطفال في المستشفيات و الإشتباه في أطفال الأنابيب و غير ذلك في كل ما يتعلق بموضوع النسب[10] .

ثانيا : المجال الجنائي : تستخدم البصمة الوراثية أيضا في المجال الجنائي و هو مجال واسع ، بحيث تساعد في الكشف على هوية المجرمين في حالة ارتكاب جريمة قتل أو اغتصاب ، و في حالات الإختطاف بأنواعها و في جرائم إنتحال الشخصية و غيرها من الجرائم .

كما يمكن أستخدام البصمة الوراثية في حالة تحديد شخصية الأفراد أو نفيها كما هو الحال في حالة الجثث المشوهة من الحروب و الحوادث ، و كذلك في حالة عودة الأسرى والمفقودين بعد فترة غياب طويلة[11].

و بهذا نكون قد سلطنا الضوء في هذا المبحث و لو بالجزء البسيط حول المفهوم العام للبصمة الوراثية ، أما المبحث الثاني فسنحاول تبيان دور هذه الإخيرة في إثبات النسب في كل من القوانين الداخلية و الشريعة الإسلاميه .

المبحث الثاني

دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية

سنحاول في هذا المبحث بيان دور البصمة الوراثية في مجال النسب سواء من حيث الإثبات أو النفي و ذلك في كل من القوانين الوضعية لبعض الدول و كذا في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القوانين الوضعية :

للبصمة الوراثية أهمية بالغة في إثبات النسب ، بحيث أصبحت وسيلة علمية ضرورية ومسلم بها علميا و طبيا في مجال إثبات النسب أونفيه .

الفرع الأول : موقف القوانين من البصمة الوراثية :

أولا : التشريعات الغربية :

لقد أجازت بعض التشريعات الغربية اللجوء إلى البصمة الوراثية أو الدليل العلمي بشكل عام في مجال إثبات النسب أو نفيه ، بصورة مطلقة دون أي شرط أو قيد من هذه التشريعات نذكر التشريع الأنجليزي و الأمريكي و السويسري ، بحيث تقوم قواعد النسب في هذه القوانين على أساس الحقيقة البيولوجية .

أما المشرع الفرنسي فقد أخضع الإثبات عن طريق البصمة الوراثية إلى إجراءات وقواعد صارمة ، و في هذا المجال نصت المادة 6 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لتحديد الهوية إلا في نطاق دعوى قضائية كإجراء من إجراءات البحث و التحري أو التحقيق أو لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمي " . و يفهم من نص هذه المادة أنه في القانون الفرنسي لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية إذا لم تكن هناك دعوى قضائية[12].

ثانيا : التشريعات العربية :

في هذا المجال فقد نص قانون الأحوال الشخصية التونسي لسنة 1998 في المادة 01 منه على أنه " على الأم الحاضنة لابنها القاصر مجهول النسب أن تسند له اسما و لقبها العائلي أو تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية و يمكن للأب أو الأم أو النيابة العامة رد الامر إلى المحكمة الابتدائية لطلب اسناد لقب الاب للطفل الذي يثبت بالاقرار أو شهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني لهذا الشخص " . من خلال نص المادة يتضح لنا أن القانون التونسي قد إعترف بالتحليل الجيني أي البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة من وسائل إثبات النسب .

أما بالنسبة للقانون المغربي فقد ورد في الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية أنه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين ..." ، و ورد في الفصل 91 " يعتمد القاضي في حكمه في جميع المسائل المقررة شرعا في نفي النسب " ، و هكذا فإنه يتضح من خلال هذه النصوص ان المشرع المغربي لم يأخذ صراحة بالبصمة الوراثية و لم يتطرق إليها[13]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تأثر بالتطورات العلمية في مجال الإثبات عموما، و هذا ما يتضح من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه " يثبت النسب

بالزواج الصحيح أو بالأقرار البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب[14]. و يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على البصمة الوراثية كوسيلة في مجال اثبات أو نفي النسب بصورة ضمنية ، بحيث جاءت العبارة عامة و مطلقة مما يجعل تقنية البصمة الوراثية أو الفحص الجيني من بينها باعتبارها تعتبر من أهم و أشهر الطرق و الوسائل العلمية في مجال الإثبات.

الفرع الثاني : موقف الفقه من البصمة الوراثية :

بما أن البصمة الوراثية من المستجدات الحديثة، التي ظهرت بفعل تقدم العلوم بمجالاتها المختلفة، والتي فتحت باباً لإمكانية استخدام تقنيات جديدة كوسائل للإثبات أمام القضاء، فقد كانت محل دراسة من قبل الفقهاء في السنوات الأخيرة بهدف تحديد قيمتها الثبوتية، ومدى جواز العمل بها كدليل أمام القضاء.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في تكييف البصمة الوراثية لإثبات النسب على ثلاثة أقوال :

أولا : القول الأول : يرى أن البصمة الوراثية قرينة ظنية، لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من البينات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب ، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة وهذا قول القاضي وليد العاكوم وهو رأي عدد من المحاكم في الدول العربية .

ثانيا : القول الثاني : يرى أن البصمة الوراثية قرينة قطعية، وصلت نسبة النجاح فيها إلى 99.99 %وهذا قول عامة العلماء المعاصرين منهم نصر فريد واصل، علي محي الدين القرة داغي، محمد الأشقر، ومحمد رأفت عثمان، عبد القادر خياط ، وفؤاد عبد المنعم ، وقد أقرت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها التي انعقدت بدولة الكويت .

ثالثا: القول الثالث : يرى أن البصمة الوراثية بينة مستقلة أو دليل مباشر ، يثبت بها الحكم نفياً أو إثباتاً ، إذا توفرت الشروط اللازمة. وهذا قول بعض العلماء المعاصرين منهم إبراهيم عثمان، عبد الرشيد قاسم ، وعباس الباز[15].

المطلب الثاني : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية

من المتفق عليه أن البصمة الوراثية تعتبر طريق من طرق الإثبات تنتمي إلى باب القرائن ، و خلاف بين الفقهاء في جواز الاعتماد على القرائن في الاثبات .

كما أن من مقاصد الشريعة الإسلامية أن كل ما فيه نفع بشري فهو جائز و مباح ، ما لم يكن هذا النفع على حساب خسارة الغير ، و كل ما فيه ضرر فهو محظور و محرم ، ما لم يترتب على هذا الضرر تحقيق مصلحة عامة ، و مما لا شك فيه أن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية من الوسائل النافعة و التي تدخل في مقاصد الشريعة الإسلامية[16].

و من هذا المنطلق فقد إعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن البصمة الوراثية ، طريقة صحيحة شرعا لإثبات النسب و إستدلوا على ذلك بأدلة من السنة و القياس و قواعد الشرع

الفرع الأول : السنة :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي عليه الصلاة و السلام قال : يا رسول الله ولد لي غلام أسود ، فقال هل لك من أبل قال نعم ، قال ما الوانها ، قال حمر ، قال هل فيها من أورق ؟ قال : نعم، قال :" فأنّى هذا ؟" قال : لعله نزعه عرق ، قال : فلعل ابنك هذا نزعه عرق . "وجه الدلالة : إن الرسول عليه الصلاة و السلام أول من تحدث عن خصائص الحمض النووي ، كما في هذا الحديث ، فالحديث يظهر أن ما يحدث في الأبناء من تغير في الصفات الوراثية ، ليس بمعزلٍ عن الآباء والأجداد .وقد أثبت علم الوراثة أن في كل خلية من خلايا الجسم ، عدداً ثابتاً من الكرموسومات -كنَّى عنه النبي بالعروق – تحمل عوامل وراثية مسئولة عن الصفات التي تظهر في الإنسان ، وقد يكون تأثير العامل الوراثي سائداً في أحد الأبوين على الآخر ، فتظهر الصفة السائدة في الابن مشابهاً بذلك أحد الأبوين، وقد يكون تأثير العامل الوراثي خافياً مستتراً، فيطلق عليه في هذه الحالة العامل الوراثي الكامن أو المتنحي – وهو ما عبر عنه النبي بنزعة العرق، فإذا اتفق وكان كل من الأب والأم يحملان أحد هذه الصفات المتنحية، فإن ربع أولادهم تقريباً، ستظهر فيهم هذه الصفة المتنحية ، وذلك لاجتماع الصفتين من كلا الأبوين .ولأن النبي أثبت ولد الفزاري بالصفة الوراثية، لأن نتائج الحمض النووي دليل من الأدلة الشرعية، وبالتالي حجة تُبنى عليها الأحكام[17].

الفرع الثاني : القياس :

قال الفقهاء المعاصرون : يمكن قياس البصمة الوراثية على القيافة بجامع أن كليهما يعتمد على التشابه في عملية إثبات النسب ، وجمهور الفقهاء قبلوا القيافة طريقاً لإثبات النسب شرعاً ، والقائف إنما يتكلم عن حدس وفراسة ، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكمه، بل قد يقول الشئ ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، ومع هذا قبلوه طريقاً شرعياً لإثبات النسب، فلأن تعد البصمة الوراثية التي لا تخطئ نتائجها في الغالب، والتي تعتمد على الأساليب العلمية الدقيقة في إظهار النتائج، طريقاً لإثبات النسب من باب أولى، وهذا ما يسمى بقياس الأولى .وفي الحقيقة : إن الأخذ بالبصمة الوراثية –الصفة الجينية– هو الأقوى وهي الأصل، والقيافة –الصفة الشكلية – تابع لها، فالصفات الجينية للجنين من الأبوين تتحد أولاً في النطفة الأمشاج، قبل ترجمتها إلى الصفة الشكلية في الأرحام، كما أنه لا يمكن لإنسان أن يحيط بجميع الصفات الشكلية لإنسان آخر، بينما إذا استخدمنا الحمض النووي –البصمة الوراثية –فإنه يمكن لنا أن نحيط بكل الصفات الجينية[18].

الفرع الثالث : قواعد الشرع :

من أهم قواعد الشرع التي يمكن أن يستدل بها في هذا المجال ما يلي :

أولا : قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب :

أن السعي إلى المحافظة على النسل إيجاداً أو إبقاء، هو في الأصل من الفروض الواجبة على الأمة، وتحقيق هذا الواجب متوقف على البصمة الوراثية، خاصة في حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال، وكذا في الاشتباه في أطفال الأنابيب ، والذي يمكن بواسطتها معرفته، فيعتبر مشروعاً، وواجباً من هذا الوجه.

ثانيا : قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة :

إذا كان الأصل في العبادات الحظر، حتى يرد نص من الشارع بالطلب، لئلا يحدث الناس في الدين ما ليس منه، فإن الأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة، فلا يمنع منها شئ إلا ما منع بنص صريح الدلالة، صحيح الثبوت، ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة . والبصمة الوراثية حدث جديد وكشف حديث، لم يتم اكتشافه قبل عام 1984م .فلم يرد دليل يدل على منعها أو عدم استخدامها، فيجري عليها الأصل العام في الشريعة الإسلامية، وهو أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، ومما لا شك فيه أن البصمة الوراثية من الأشياء

النافعة جداً، فهي أفضل وسيلة علمية للتحقق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية التي تميز كل شخص عن غيره[19].

الفرع الرابع : رأي بعض فقهاء الشريعة :

لقد تقرر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة سنة 2002 على أنه :

أولا : لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي و اعتباره وسيلة إثبات الجرائم التي ليس فيها حد شرعي و لا قصاص .

ثانيا : استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة والسرية و لذلك يجب أن تقدم النصوص و القواعد الشرعية على البصمة الوراثية .

ثالثا : لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعا : لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الانساب الثابتة شرعا .

خامسا : يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب في الحالات التالية :

1- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال ، و كذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

2- حالات التنازع على مجهول النسب .

3- حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث و الكوارث أو الحروب[20].

أما الدكتور علي جمعة مفتي الديار المصرية ، فقد أفتى بعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات ولد الزنا ، بينما علماء الأزهر أجازوه معتبرين أنه سيقلل من جرائم الزنا[21].

خاتمة:

و في ختام بحثنا هذا الذي تطرقنا فيه لدور البصمة الوراثية في إثبات النسب ، وذلك من خلال عرض لمفهوم هذه البصمة سواءا من الناحية اللغوية أو العلمية ، و مجالات العمل بها و الدور الكبير الذي تقوم به في إثبات أو نفي النسب و ذلك في كل من القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، توصلنا لمجموعة من النتائج ندرجها فيما يلي :

- للبصمة الوراثية دور مهم للغاية في إثبات النسب أو نفيه ، فهي تساعد على التعرف على هوية كل إنسان بعينه دون غيره ، فهي تعد قرينة إثبات و نفي قوية لا تقبل الشك، لأن إحتمال تطابق هذه البصمة بين شخصين غير وارد .
- تعمل البصمة الوراثية على حل الكثير من الإشكالات خاصة في المجال الجنائي ، مما يجعلها وسيلة إثبات معترف بها لدى معظم دول العالم .
- كما تحافظ على الأنساب من الاختلاط و تجعل المجتمعات مستقرة باستقرار الأنساب و ثبوتها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

ج - القوانين:

1- القانون 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق ل 04 ماي 2005 ، يتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية رقم 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005 .

2- ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- إبن منظور ، لسان العرب الجزء الثاني ، طبعة جديدة ، دار المصادر ، بيروت، لبنان ، 2008 .
2- حسام الأحمد ، البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2010
3- محمد أحمد غانم ، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الازاريطة ، مصر، 2008
4- عبد الله المحلاوي ، الجينات الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، بدون طبعة ، مكتبة الحسن بيروت ، لبنان، 2014

ب-الأطروحات والمذكرات:

1- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون الجامعة الاسلامية بغزة، فلسطين ، 2012.
2- حبة زين العابدين ، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق بسكرة، الجزائر ، 2014 .

ج- المقالات :

1- زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد 26 الجزء الثاني .

الهوامش:

[1] - إبن منظور ، لسان العرب الجزء الثاني ، طبعة جديدة ، دار المصادر ، بيروت 2008 ، ص 97.

[2] - حبة زين العابدين ، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق بسكرة ، الجزائر، 2014، ص 11.

[3] - زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد 26 الجزء الثاني ، ص 343.

[4] - عبد الله المحلاوي ، الجينات الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، بدون طبعة ، مكتبة الحسن بيروت، لبنان ،2014 ، ص 63.

[5] - زياد حمد عباس الصميدعي ، مرجع سابق ، ص 344.

[6] - محمد أحمد غانم ، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الازراريطة ، مصر ، 2008 ، ص 60.

[7] - محمد أحمد غانم ، مرجع سابق ، ص 60.

[8] - عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون الجامعة الاسلامية بغزة ، فلسطين ، 2012 ، ص 54.

[9] - حبة زين العابدين ، مرجع سابق ، ص 10 .

[10] - عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، مرجع سابق ، ص54.

[11] - عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ، مرجع سابق ،ص ص54 ، 55 .

[12] - زياد حمد عباس ، مرجع سابق ، ص 359.360

[13] - حبة زين العابدين ، مرجع سابق ، ص 26.

[14] - القانون 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق ل 04 ماي 2005 ، يتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية رقم 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005 .

[15] - نقلا عن عائشة إبراهيم احمد المقادمة ، مرجع سابق ، ص 55.56.

[16] - زياد أحمد عباس ، مرجع سابق ، ص 355.

[17]- عائشة إبراهيم احمد المقادمة ، مرجع سابق ، ص 61 .

[18] - المرجع نفسه ، الموضوع نفسه .

[19] - المرجع نفسه ، ص 61 ، 62 .

[20]- حسام الأحمد ، البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2010، لبنان ، ص 173.

[21] - حبة زين العبدين ، مرجع سابق ، ص 37.

الثّقة كأداة لتحليل المنظمة

Trust as an instrument for analyzing the organization

ناجية حمدي [1] نصير سمارة [2]

[1] جامعة مولود معمري تيزي وزو

nadjiahamdi16@gmail.com

[2] جامعة الجزائر 3

nassirsemara@yahoo.fr

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/04/25	2022/04/26	2022/06/25

الملخص:

يَقْتَرح البحث تَصْنيفيَّة أشكال الثقة. ويَسْتَنِد بنائه إلى مناقشة وتصنيف العديد من تعريفات الثقة التي تزخر بها الأدبيات ذات الصلة. تُوَجَّه لقراءة عدّة أنماط تنظيمية، ولهذه التصنيفيّة صلة بتحليل أدائها. بإلقاء نظرة جديدة على المنظمات، تَفْتَح آفاقًا جديدة للبحث.

الكلمات المفتاحية: الثّقة؛ أداة؛ تحليل؛ المنظمة

Abstract:

We propose here a typology of the various forms of trust. It has been built up by discussing and classifying numerous definitions mentioned in literature. When compared different organisational types, this tool proves relevant to analyse the way they operate. Offering a renewed vision of organisations, the typology opens up unexplored research paths.

key words: Trust; reevant tool; analyse; organization.

المؤلف المرسل : نصير سمارة، *nassirsemara@yahoo.fr*

مقدمة:

جَذَبَت الثّقة في شكلها الشخصي، منذ الستينيات، انتباه العديد من الباحثين في علم النفس (Deutsch,1962 ;Rotter, 1967). ورَكَّزَت الدراسات في علم الاجتماع بشكل رئيسي، في الثمانينيات، على تحليل شكلها المُؤَسَسِي (Zucker, 1986) ولا شخصي (Shapiro, 1987). ورغم حُضُورها الدائم في المنظمة (Grey et Garsten, 2001) وبالرغم من وُجُود أعمال مُبْتَكَرَة (على سبيل المثال، مقالة: Zand,1972) سَلَّطَت الضوء على فعالية علاقات الثّقة في المشاريع، على سبيل المثال. لم تُكَرَّس البحوث الإدارية لدراستها حقًا إلا في منتصف سنوات التسعينيات[2]. تُغَذّيها انعكاسات أفكار علم النفس وعلم الاجتماع، خاصة ما تعلّق منها بتعريف المفهوم، وتَرْكيز الأبحاث على المسائل المتعلّقة بالرقابة والتنسيق. فعلى سبيل المثال، تحت زَخَم تأثير انعكاسات تأملات كل من: "ثُرَلِي_ Thorelli" (1986) و"بْرَادَاكْ_Bradach و إِيكُلْسْ_Eccles" (1989)، تَمَّ اعتبارها بديلا موثوقا للسوق والهراركية. تدريجيا، وعلى الرغم من كُثرة الأعمال المُتناثرة وغير المُتجانسة، هناك توافق على أن الثّقة هي آلية لتسهيل إقامة علاقات تَعَاوُنِيَّة مُناسبة للمنظمة المعاصرة (Hosmer, 1995). بعد عَرْض تصنيف أشكال الثّقة، المَبْنِيَّة على مناقشة عدّة تعاريف للثّقة، غالبا، ما تُستخدم في البحث، سَتُجَنَّد لقراءة أداء عمل عدّة أنواع تنظيمية. تُرَافِع هذه القراءة لصالح فائدة المفهوم لفكّ رموز كل من الأشكال المعاصرة للتنظيم المعروفة.

المبحث الأول: أبعاد التصنيفيّة:

يُبْنَى التصنيف من خلال اعتبار أن قرار الثّقة يتم بعد صُدور حكم بشأن سلوك المُتَلَقي وهذا في سياق بيئة مُؤثرة.

المطلب الأول: الثّقة والسلوك

كانت النظرة السلبية للسلوك، في البداية، افتراض سائد. يَتَصَرَّف الانسان بموجب هذا الافتراض وفقًا لمصالح يَحْكُم عليها بأنّها أعلى من مَجهوده، وأن الأخلاق هي من يَضَعُه على طريق التضامن (Durkheim, 1897)[3] ، ولهذا السبب فهو جدير بالثّقة (سواء فيما تعلّق بالمنظمة أو أعضائها)، التي تمّ تَجَاهُلها لوقت طويل. تُرَكّز الأبحاث، إن لم تكن

تقتصر، على فهم عمليات الترشيد على حساب أشكال الثّقة؛ والتي يُنْظَر إليها كسجل ما قبل عقلاني للنشاط الاجتماعي ومفهوم غير عملياتي كثيرا (Thuderoz, 1999, p.2)[4].

المطلب الثاني:النظرة السلبيّة للسلوك

تَعْتَبِر المُقاربة الاقتصادية الكلاسيكية، تحت تأثير أفكار "سْمِيثْ_Smith" (1776)، أن الانسان العامل يَتَصَرَّف بأنانية. وبعده، عرّف "تَايْلُور_Taylor" (1902) العامل بأنّه كَسُول وغير قادر على مُقاومة نداء الاسْتِرْخَاء. تَشْتَرك هذه المُقاربات في وجهة النظر السلبية عن الانسان العامل، وبهذا فهي مُكمّلة لبعضها. يُمَيَّز بين نوعين رئيسيين من السلوك السلبي: السلوكيات المُرتبطة بالاستحواذ على الموارد التنظيمية وتلك المُتعلّقة بالبحث عن أدنى جُهْد. وبناءً على النجاح المُحَقق، خاصة في مجالات الاقتصاد والإدارة، يتم تحسين هذه المُقاربات تدريجيًا. مع "وِيلْيَامْسُونْ_Williamson" (1975)، من المُحتمل أن يكون السلوك في العمل مدفُوعًا بالنوايا السيئة ولكن، علاوة على ذلك، الانسان لطيف. وتَماشيًا مع التحليل الاستراتيجي حيث يَعْجَز الفاعلين عن مُقاومة إغْرَاء "مُقَاوَمَة النظام" (Crozier et Friedberg, 1977)، يَفْتَرض "ويليامسون_Williamson" أن الأفراد لديهم هامش من الحرية يستخدمونه لتحقيق أهدافهم الشخصية[5]. ويُوَصِّف الانسان بأنّه انتهازي، ويَتَصَرَّف من خلال "البحث عن المصلحة الذاتية، وأيّ جُهد يَبْذُلُه فهو مُوَجَّه لخداع، تَضْليل، تَمْويه، إغْفَال، صَدْم أو تَضْليل شخص آخر" (Joffre, 1999, p.152) حتى عندما تَبْدُو أفعاله غير أنانية، فإنّها تنطوي على الخداع، لأنّها مَحْسُوبة دائمًا في هذا الاتجاه. في المجال الخاص فقط، من المُرَجّح أن يكون سُلوكه نزيه (Williamson, 1993)[6]. في مثل هذه المُقاربة، فإن علاقات التعاون "تَتَخَلَلُهَا الانتهازية الفردية"[7]. وبِالْكَاد يمكن رُؤْيَة التعاون من زاوية أنّه علاقة سِلْمِيَّة. علاوة على ذلك، فإن تَبَني مُقاربة رَفْض مفهوم الثّقة، من شأنها أن تُعَزّز النتيجة الطبيعية وهي: الريبة. إن الاستثمار في الهياكل الوقائية لتجنُب الانتهازية غالبا ما يُتَرْجَم على أنّه علامة على عدم الثّقة بسبب التَوتُّرات المُتَحَكَّم فيها والتي من المُحتمل أن تُوَلّد تَوتُرات مُتَضَارِبة (Ghoshal et Moran, 1996). كانت المُمارسات الإدارية، لعدّة عقود، مُقَيَّدة بفرضية عدم الثّقة (Salaman, 1979). تَنَاول الانتقادات المُوَجَّهَة للمُقاربة الكاريكاتوريّة للأنانية (Akerlof, 1983) سيكُون لها صدى مُتَأخِر. وإذا كانت المصلحة الشخصية، كمُكوّن

لشبكات التنشئة الاجتماعية ولها وزن مُتَغَيّر للغاية وفقًا للفترات الزمنية (Orléan, 1994)، فسيكون لها المكانة الغالبة، بل والحصرية، في تحليل العلاقات التعاونية لوقت طويل.

المطلب الثالث: النظرة الإيجابية للسلوك:

وفقًا لـ "دُورْكْهَايْم_Durkheim"، فإن الأفراد أكثر مَيْلاً للوفاء بالتزاماتهم، في بعض الأحيان، حتى على حساب مصالحهم الشخصية. يَخْلُق التعاون واجبات غير مرغوب فيها تُجْبِر القُوَّة الأخلاقية على احترامها. تُدْمِج غالبية الدراسات المُحَلِّلَة للثّقة البُعد الأخلاقي في تَعريفها (Hosmer, 1995). بالإضافة إلى ذلك، تَتَبَنَى هذه الدراسات فرضية مَفَادُها أن الشخص المَوْثُوق فيه يتَصَرَّف بشكل إيجابي وفقًا لمصالح الآخرين. تَتَجَلَّى قُوَّة الأخلاق بشكل خاص في مُصطلح "الواجب" الموجود في تعريف "هُوزْمِر_Hosmer" و"اليقين" عند "قْرَانُفِيتْ_Granovette" (أنظر الجدول أدناه). ولا يَزَال يُفْتَرَض أن السلوكيات انتهازية ولكن صادقة أيضا. يُصْبِح احترام الوعد المُقَدَّم من مظاهر هذا الالتزام، كما يَظْهَر في التعريفات التي غالبا ما يُسْتَشْهَد بها في علم النفس من خلال أعمال "رُوتَر_Rotter" (1980) وكل من: "كُوكْ و وُلْ_Cook et Wall" (1980) وأيضا تلك التي يتم تناولها غالبا في علم الإدارة من خلال مقال "مَاكْ أَلِيسْتَر_McAllister" (1995).

عندما تَكُون قضية العلاقة هي الأكثر أهمية، يُمكن للصدق أن يَفسح المجال لمفهوم النزاهة. يتم الرُجُوع إلى مجموعة من القيّم والمبادئ التي تَفْرض السلوك بقُوَّة (Mayer et al., 1995). على سبيل المثال، يَقْتَرح "رِينْغ وفَانْ دُو فِينْ_Ring et Van de Ven" (1994) تعريف الثّقة على أنّها: "الايمان بالنزاهة الأخلاقية أو الاحسان للأخرين". وإذا كانت العديد من تعاريف الثّقة تُؤَكّد على الدور الأساسي للصدق، إلا أن النِيَّة الحسنة هي أيضا بُعْد يَحْظَى بالتناول غالبًا. إنّها تَعْكِس جُهْدًا مَدْرُوسًا للحفاظ على العلاقة. وخِلاَفًا للصدق، تُعْتَبَر النوايا الحسنة صفة غامضة، تُنَاقَش أكثر من الصدق. تَنْطَوِي النية الحسنة على فكرة المُساعدَة والتضامن المُتَبَادَلَيْن. يُبْدي الشُركاء الاهتمام المُتبادل، ولا يَتَرَدَّدُون في بذل قُصارى جُهدهم (Mayer et al., 1995)، للخُروج من دَوْرِهم المُعْتَاد (Uzzi, 1997). في هذه الحالة، تُعتبر فكرة عدم خَيْبَة الأمل أمرا أساسيًا ويتم الكشف عن طابع الثّقة الجَذَّاب وحتى المُقَيَّد بشكل خاص.

المبحث الثاني: تعاريف الثّقة:[8]

وُجِدَت تعاريف للثّقة، تقريبًا، بعَدد الباحثين فيها. إلا أنّه يُمكن تَصْنيفُها إلى ثلاث تعاريف رئيسية، يَنْدَرج ضمن كل واحد منها مجموعة من التعاريف، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعاريف تُؤَكّد البُعد الأخلاقي، التفاؤل والصدق:

تُوجَد الثّقة عند إعْتِمَاد الفرد، مجموعة أفراد أو منظمة على واجب يَقْبَلُه طَوعًا فرد، مجموعة أفراد أو منظمة أخرى؛ فَحْوَى هذا الواجب هو الاعتراف وحماية حقوق ومصالح جميع المُشاركين في جُهد مُشترك أو في مُعاملة اقتصادية (Hosmer, 1995). واليقين من أن الآخرين يَتَصَرَّفُون في تجاه مصالحنا، على الرغم من الدوافع الاقتصادية المُشَجّعَة على التصرف بشكل مختلف (Granovetter, 2002). تَوَقُّعَات اجتماعية واسعة النطاق لفرد أو مجموعة أفراد مُقابل حقيقة أنّه يُمكن للمرء أن يُعَوّلَ على الكلمة، الوعد الشفهي أو الكتابي لشخص آخر أو مجموعة أشخاص آخرين (Rotter, 1980). نَسْب النوايا الحسنة لأفراد آخرين والاعتماد على أقوالهم وأفعالهم (Cook et Wall, 1980). يَعْمَل الشخص طَوَاعِيَّة على أساس أقوال، إجراءات وقرارات شخص آخر (McAllister, 1995).

المطلب الثاني: تعاريف تُسَلّط الضوء على دور الريبة:

هي فِعْل يَزيد من قابلية الفرد للتَعَرُّض لفرد آخر (Deutsch, 1962). أو هي الرغبة في أن يكون عُرْضَة لأفعال طرف آخر بناءً على تَوَقُّعاته بفعل شيء مهم للطرف الذي يَمْنَحُه الثّقة، بصرف النظر عن قُدرة هذا الأخير على مُراقبة الطرف الآخر أو السيطرة عليه (Kee et Knox, 1970). اسْتِعْدَاد الفرد لزيادة قابليته التأثّر بأفعال فرد آخر لا يُمكن التحكم في سلوكه (Zand, 1972). الاستعْدَاد المُتَعَمَّد ليكون عُرضة لأفعال طرف آخر بناءً على تَوَقُّع أنّه سيفعل شيئًا مُهمًا للطرف الذي يثق به، بغض النظر عن قُدّرة هذا الأخير على مُراقبة أو السيطرة على الطرف الآخر (Mayer et al., 1995). وتُعَرّف بأنّها افْتِرَاض أنّه في حالة الريبة، سيتصرّف الأشخاص، حتى لمُواجهة الظروف غير المُتَوَقَّعة، وفقًا للقواعد التي تحظى بالقبول (Bidault et Jarillo, 1995). والثّقة أيضا هي حالة الشخص، مجموعة أشخاص أو مؤسسة في زمان ومكان معينين، بناءً على العناصر العاطفية، البديهية أو على مجموعة من

المعلومات والمعتقدات، التَحَيُّزَات والأحكام المُسبقة ومن خلال عمليات التعلم في مواجهة كائن، آلية، حيوان، بيئة مادية، شخص، أشخاص أو منظمة من أيّ نوع، تُمَكّنُهم هذه المعارف من التوقّع يَقِينِيًا قليلا أو كثيرا، بشأن مستقبلهم أو رَدّ فعل سلوكهم في مثل هذه الحالة أو تلك (Bernouy et Servet, 1997).

المطلب الثالث: تعاريف تُؤَكّد دور الانتهازية:

تَرْتَبِط التَوَقُّعَات بحقيقة أن شريك التبادل لن ينخرط في السلوك الانتهازي على الرغم من الدوافع التي قد تكون لديه على المدى القصير والريبة بشأن النتائج على المدى الطويل (Bradach et Eccles, 1989). يُخَفِف هذا النوع من التوقّعات الخوف من أن يتصرّف شريك التبادل بانتهازية (Gulati, 1995). رغبة شخص ما في الاعتماد على تصرفات شخص آخر في موقف ينطوي على خطر الانتهازية (Williams, 2001). كما يُمكن تعريف الثّقة على أنّها اعتقاد فردي أو اعتقاد مُشتَرك ضمن مجموعة من الأفراد أو فرد في مجموعة:

أ- يَبْذُلُون جُهودًا بحسن نية تَفْضي لاتفاق بالتزامات صريحة أو ضمنية،

ب- صِدْق هذه الجهود كيفما كانت المفاوضات التي سبق خَوْضها.

ج- وأن لا تَسْتَغِل الآخرين بإفْرَاط حتى ولو كان الظرف يَسمح بِمُمَارَسَة الانتهازية معهم (Bromiley and Cummings, 1996).

المبحث الثالث: الثّقة والسياقات:

تُسَهّل حالة الريبة، حيث يكون للآليات التقليدية مصلحة مَحدُودة في ضمان تنسيق الأنشطة، في ظُهُور الثّقة. إنّها تُعتبر حَلّ لمُشكلة الريبة، ولا سيما من خلال قُدرتها على دعم العلاقات المُترابطة العالية. ومع ذلك، لا ينبغي أن تكون الثّقة عمياء. تَظَلُّ الآليات الرسمية وسيلة للحفاظ على العديد من السلوكيات الانتهازية.

المطلب الأول: الثّقة والريبة:

بالنسبة للعديد من المُؤلفين، خاصة في البحوث الأكاديمية الأولى، تُعتبر الريبة هي المُحَدّد الرئيسي للثّقة في المُعاملات. يَفْتَرض التصرف في سياق غير مُؤكّد أن يُشارك الفرد

طَواعية في حالة ضُعْف من خلال وضع ثقته في شخص آخر (Deutsch, 1962 ; Kee et Knox, 1970 ; Zand, 1972 ; Mayer et al., 1995 ; Bidault et Jarillo, 1995 ; Bernoux et Servet, 1997 ; cf. encadré). يُعَدُّ الالتزام بالثّقة، في البداية، قرارًا طوعيًا، ومن المُتَّفق عليه أنّه لا يُمكن إجبار الفرد رسميًا على الاستثمار في الثّقة[9]. يُبْدِي الفرد، عن عَمْد، ضُعْفَه تُجاه الآخر (Deutsch, 1962). لِوَعْيِه بِمَخَاطِر (Johnson-George et Swap, 1982 ; Lewicki et Bunker, 1996)[10] عدم قُدرته على التَحَكُّم في مُتَلَقي الثّقة (Kee et Knox, 1970 ; Zand, 1972 ; Mayer et al., 1995) أو على الأقل، أن هذا التحكم يصعب حسابه بشكل خاص لأنّه يَسْتَنِد على المعرفة الجُزئية (Bernoux et Servet, 1997) أو التَخْمينَات (Bidault et Jarillo, 1995) بخُصوص سُلوكه المُستقبلي. من المُحتَمل تَسهيل الالتزام المبدئي بالثّقة عندما يَكون لأحد أطراف العلاقة قُوَّة النُفُوذ (Zand, 1972). على سبيل المثال، غالبًا ما يَكون المدير هو بادئ علاقة الثّقة (Whitener et al., 1998). وغالبًا ما يتم تَمْتين الالتزام بالثّقة عن طريق بناء علاقة أكثر شخصية وفعّالة (Breton et Wintrobe, 1986) والتي، في أغلب الأحيان، مَدْعُومة بالآثار الإيجابية لتكرار التعاملات، ما قد يَفْتَح الباب لفهم أفضل لدور وتَوقُّعَات الشركاء على وجه الخصوص (Ring and Van de Ven, 1994).

يُؤَثّر مستوى الاعتماد المُتبادل على التعاون. وفي السياقات حيث يكون فيها هذا المستوى مُرتفعًا، يتم ضمان تنسيق الأنشطة بشكل أساسي بمُستوى عال من الثّقة (Wicks et al., 1998). بالنسبة لـ "طُومْسُون_Thompson" (1967)، فإن فَشل الآليات التقليدية (القواعد والسلطة)، في تنسيق الأنشطة المُترابطة بشكل مُتزايد، يُبَرّر اللجوء إلى التكيّف المُتَبَادَل. تَعْتَمِد فعالية هذه الآلية على جَوْدَة علاقات الثّقة التي تُوَحّد الجهات الفاعلة في التبادل: فكلّما ارتفع مستوى التَرَابُط، زاد الدور المركزي للثقة في دعمها للتَكَيُّفَات المُتبادلة.

المطلب الثاني: الثّقة والانتهازية:

تُعَرّف العديد من الأبحاث الثّقة من خلال ربطها بأحد استخداماتها المُحتملة: السلوك الانتهازي، دور حاسم (Bradach et Eccles, 1989 ; Gulati, 1995 ; Williams, 2001 ; cf.encadré). ومع ذلك، فإن العلاقة بين الثّقة – والانتهازية هي موضوع تفسيرات مُختلفة. في مجال البحوث، كأبحاث "بَارْني وهَانْسَن_Barney et Hansen" (1994) على

سبيل المثال، لا يَتَوَقّعَان ظُهور علاقات الثّقة إلا عندما يتم صَرْف خَطر الانتهازية بالكامل. يَتَحَدَّد ظُهور الثّقة من خلال سياق لا يمكن فيه لمُتَلقُوا الثّقة أن يتصرفوا بانتهازية، حيث لا وُجُود لحالة ضُعْف. ففي الشبكات المُغلقة، وعلى سبيل المثال، في الطائفة المَاسِيَّة التي وصفها "كُولْمَن_Coleman" (1988)، من المُرجّح أن تَخضع الانتهازية لعقُوبة قوية لدرجة تَجْعَل الثّقة ضرورية، وأنّه من غير العقلاني أن لا تكون جديرًا بالثّقة. تَبْدُو هذه المُقاربة أقلّ وضُوحًا في بعض الأحيان. فالمُرَجَّح أن يتم تَوجيه ظُهور الثّقة، ولكن أيضا تَطوّرها. من خلال تَجَنُّب التواطؤ بين الأشخاص من نفس الفئة المهنية، تَبْدُو المُنافسة كوسيلة لمُحاربة الانتهازية الجماعية، لا سيما من خلال تَجْنِيبِهَا إنشاء شَبَكَات ثقة أُفقية ضمن الهيكل التنظيمي (Breton and Wintrobe, 1986). تُجَنّب المنافسة أيضًا، داخل شبكة المؤسسات، النُمُو المُحتمل للجُمود الذاتي نتيجة التطور القويّ للغاية لعلاقات التضامن (Uzzi, 1997). بالنسبة لمؤلفين آخرين، إن الوجود المُشترك للثّقة والانتهازية أمر مُمْكن. فبالنسبة لـ "بْرُومَلِي وكَمِينْغ_Bromiley and Cumming" (1996)، لا تُؤدي بالضرورة السلوكيات الانتهازية إلى تَدْمير الثّقة إذا كانت مُعْتَدِلَة، وإذا لم يَحْصُل الانتهازي على "ميزة مُفْرَطَة" (أنظر الجدول). على العكس من ذلك، يَحْدُث أحيانًا أن الثّقة تُديم السلوكيات الانتهازية عندما يكون لديها "القُدرة على استيعاب السلوك المُنْحَرِف" (Neuville, 1988, p.88).

من خلال تَجَاوُز الفرضيات المُتعلّقة برؤية السلوك وتلك المُتعلّقة بالسياق، تَمَّ تحديد أربعة أنواع من الثّقة في الجدول الآتي:

المبحث الرابع: الأشكال التنظيمية والثّقة:

تُسْتَخْدَم أشكال الثّقة المُحَدَّدة أعلاه لتوضيح مبادئ العمل في العديد من السياقات التنظيمية: استحالة الثّقة في المنظمة التايلورية، والشكل غير مُختزل للبيروقراطية، والمُتناقضة لتنظيم لمشروع والمثالية للعشيرة.

المطلب الأول: المنظمة التايلورية والثّقة المُستحيلة:

افْتَرَضَ "تَايْلُور_Taylor"، أن الفرد انتهازي بطبعه، والثقة غير عقلانية. أَبْعَد من هذه الفرضية السلوكية، اعْتَبَر الأشكال التنظيمية القائمة على مبادئ التنظيم العلمي للعمل

(OST) غير قادرة على العمل مع علاقات الثّقة. تَعْتَمِد فعالية نظرية التنظيم العلمي للعمل (OST)، إلى حدّ كبير، على استقرار البيئة. إن إخضاع السلوك لقواعد علمية يَنْطَوي على إزالة جميع مصادر التقارب، بما في ذلك تَجَنُّب العلاقات المُترابطة. تمّ وضع المبادئ التنظيمية لمُواجهة العوامل المُولّدة للريبة. وأحد هذه العوامل، العلاقات بين الأشخاص، الذي يُعتبر هدف المُراقبة المُستمرة. فعلى سبيل المثال، يتم تصميم ورشات العمل لتجنُّب التقارب الجسماني بين الأفراد. وبالتالي، فيما يتعلّق بتجربة أُجْرِيَت مع شابات يَعْمَلْن في عمل رَتيب، يُسدي إليهن "تايلور_Taylor" النصيحة التالية: "سوف نَمْنَعُهُن من الدَردَشَة أثناء العمل بوَضْعِهِن على مسافة مُحترمة من بعضهن البعض" (N° 200).

تُرَكّز الأشكال التنظيمية القائمة على مبادئ التنظيم العلمي للعمل (OST) على آليات الرقابة والتنسيق الهادفة إلى تَجَنُّب العلاقات الشخصية بل وإزالتها. باعتبارها، من الناحية النظرية، "ميكانيكية" تهدف إلى كَسْر الثّقة، ولا يَزال هذا النوع من الدراسات ملائم لواقع حال اليوم.

المطلب الثاني: التنظيم البيروقراطي والثّقة غير المُخْتَزَلَة:

عكس التنظيم التايلوري، تَرَى البيروقراطية، بالفهم الفايبري، أن الأفراد جَديرُون بالثّقة، لأنَّهُم يَحترمون القواعد: "فَأَيَّة علاقة حقيقية للرقابة تنطوي على الحدّ الأدنى من إرادة الطاعة، وبالتالي مصلحة خارجية أو داخلية على الانصياع" (p.285). ولا تَنطوي القواعد على أيّ قُوَّة إلا إذا تَصرَّف الأفراد بصدق تُجاه منظمتهم، وتَضْمن الثّقة تَماسك النظام، فهي غير قابلة للاختزال. وإذا كان تحليل "فيبر_Weber" له أوجه تَشابه مع مبادئ نظرية التنظيم العلمي للعمل (OST) (يتم ضمان تنسيق الأنشطة من خلال اقْتِرَان تَوحيد النمط مع التَمَسُّك بالرسميات)، فإنّه يَنْظُر إلى العلاقة بين الأفراد والمنظمة من زاوية سِلْمِيَّة. تُعتَبر مُشكلة تعارض المصالح، مصدر الصراعات التي لا يُمكن التَغلُّب عليها على المدى الطويل في نظر "تايلور_Taylor"، وحَلّهَا يكون من خلال الالتزام بقواعد المنظمة، مهما كانت طبيعتها[11]. إن ضَمَان الالتزام بالقواعد مَرْهُون بِشَرْعَنَتِهَا بإجراءات عادلة، واستمرار الالتزام بالقواعد عَلامة على أن ثقة الفرد تُجاه المنظمة لم تَتَضَاءَل، ويتم الحفاظ عليها عن طريق مبدأ العدالة الإجرائية (تَنْطَبِق القاعدة على الجميع وعلى قَدَم المُساواة). في ظلّ هذه

الظُروف، لا يَنبغي أن تكون العلاقات الشخصية بين المُدير والمُنَفِذ، مَحْفُوظَة من القرارات التَعَسُّفية للرؤساء فقط، ولكن أيضا من زملاء العمل، ويجب على الأفراد الاستثمار فقط في شكل معين من الثّقة هي: الثّقة التنظيمية. وبناءً على ذلك، من المُحتمل تفسير وجُود علاقات ثقة بين الأشخاص كدليل على عدم الثّقة في النظام. على الرغم من الانتقادات البَاليَّة التي يُعاني منها التنظيم البيروقراطي، تَبْقى الأشكال البيروقراطية مُلائِمَة لواقع الحال. بتعبير أدق، إن الدراسة المُتَعَمَّقَة لهذه الأشكال هي طريقة مُتَمَيِّزَة لدراسة العلاقة بين الثّقة التنظيميّة والثّقة بين الأشخاص.

المطلب الثالث: المُنظّمات الحديثة والثّقة المُتناقضة:

تُقيَّم تعبئة علاقات الثّقة، في هذه الأشكال التنظيمية، حتى ولو لم يَتَأَثَر الأفراد بدوافع إيجابية أو أخلاقية. والحُكم على السلوك ليس ضروريًا. يُوَفّرُ الفرد، كثيرًا، من الجُهود ليُثْبت لزملائه ورؤسائه أن سلوكه جدير بالثّقة. ومع ذلك، تُجْبِرُه مبادئ الإدارة الدقيقة أيضا على الاستثمار في علاقات الثّقة بين الأشخاص دون أن يَسْتَنِد قراره إلى حكم صارم على سلوك الشخص الذي يَثِق به. يَفْضي هذا الوضع إلى وجود ثقة متناقضة. في إحدى التحاليل "الويبرية_Wébérienne" المُعاصرة، يَعْتَبِر "كُورْبَاسُون_Courpasson" (2000a ; 2000b) التنظيم الحديث كهيكل للتحكم والشرعية في نفس الوقت. وأَحَد انحرافاته، نَمُوذَج المشروع، الذي يَتَمَيَّز بوجود آليات حكم أكثر مركزية. تمامًا مثل الشكل البيروقراطي، حيث تلعب الشرعية فيه دورًا أساسيًا في المركزية ولها قُوَّة فقط إذا تمّ قبول النظام من قبل أعضائها. ومع ذلك، يتم ضمان التحكم من خلال تَعزيز شرعية السلطة بفضل الأدوات والاستراتيجيات المُسَهّلة للمُراقبة القَسريّة على ما يبدو. إن السَعي وراء السلطة لا يَهدف إلى الحدّ من الحُريّة بل تَوجيهها. فمبادئ التسيير هذه مُناسبة بشكل خاص لمُراقبة النُخب. منطقيا من هم في السلطة سيُقاومون الطاعة، وسيَقبلُون بقواعد المنظمة كقواعد خاصة بهم، وتَضَع النُخب نفسها في حالة عُبُوديّة. تَلْعَب السُمْعَة الحَسَنة، كمُحَرّك للتطوير المهني، دورًا مفتاحيًا في التحكم. وإذا كانت استقلالية النُخب ضرورية لحُسن سير العمل، فشرعيتُها مَشرُوطة بما تُحققُه من نتائج مُرضية. تَمْنَح الإدارة الاستقلالية في مُقابل

الالتزام الضمني بتحقيق الكفاءة المُتوقعة. تَظْهَر الأخطاء بسرعة، غير أن علاقات التضامن بين النخب تُعتبر وسيلة لإخْفَائها. ومع ذلك، فإن علاقات التضامن هذه مَحدُودة وهَشَّة. أَثْبَتَ التقييم بالنتائج أنّه أداة فعالة بشكل خاص لِفَكّ التضامن بين الأفراد، خاصة عند العَزْم على توزيع المُكافآت. لذلك، تَرْتَكِز استراتيجية التَحَكُّم على مَزيج دقيق من التعاون – المنافسة، تُجْبِر النُخب على الاستثمار في علاقات تضامن فعالة مع المنظمة والبقاء تحت سيطرتها. في هذه الأشكال التنظيمية، تُيَسِّر وتُوَجِّه علاقات الثّقة بين الأشخاص. فهي تُيَسِّر، من خلال السَماح بإشراك الأفراد في علاقات مُتَرابطة وتَسهيل تحقيق الأهداف. وتُوَجِّه، بِتَجْنيب تَحويل مَجْرى الثّقة لأغراض ضَارَة بالمنظمة. وبناءً على ذلك، حتى لو كان السلوك مَدْفُوعًا بدوافع أنانية، ففي النهاية، لن تَكون له أهمية تُذْكَر. بما أنّه سَيُحْكَم على الفرد و يُوصَف بأنّه "جَدير بالثّقة"، بمُجرَّد تحقيقه للنتائج. إن البحث عن الأخلاق، في هذه الأشكال التنظيمية، هو مَوْضِع تَرْحيب. وبشكل أكثر تحديدًا، يَبْدُو أن إِلْقَام الدراسات بالسلوك الأخلاقي في السياقات التي يَسْتَنِد فيها التقييم إلى نتائج الأفعال وليس إلى سلوك الأفراد، طَريق وَاعِد للتَحَقُّق.

المطلب الرابع: التنظيم العَشيريّ والثّقة المثالية:

في سياق يكون فيه تقييم النتائج (المُخْرَجَات) ليس دقيقًا جدًّا ودرجة التَرَابُط عالية، فإن تنظيم العشيرة، وفقًا لـ "أَوْتْشِي_Ouchi" (1980)، هو أَنْسَب طريقة للتنظيم. إذًا، من المُرجَّح أن يُعَزِّزَ السياق، في العشيرة، علاقات الثّقة، والسلوك أيضًا. ومُحاكاةً لتَبَصُّرَات "دوركهايم_Durkheim" بشأن التضامن العُضْوي، يَرى "أوتشي_Ouchi" أن أفراد العشيرة يتصرفون وفقا لمصالح تَفُوق مصالح العشيرة ككل. هذا السياق مُوَاتٍ لوجُود الثّقة المثالية. وتَقَع اسْتِدَامَتُها على وجُود الثّقة التنظيميّة والثّقة بين الأشخاص معًا (فيما يتعلّق بالإدارة). وفيما يتعلّق بالمنظمة، يتَصرَّف الأفراد بولاَء إذا وثِقُوا في المهمة المُؤَدَاة من قبل المنظمة. وبالتالي، فإن العشيرة هي نَمُوذَج مُراقبة فعالة بشكل خاص طالما أن أعضائها مُلتَزمُون بأهدافها. تُمَثِّل الثّقة التنظيميّة دِعَامَة لتنسيق الأنشطة من خلال العلاقات غير الرسمية. ويُمارس الأعضاء أيضا، من خلال هذه العلاقات، المُراقبة المُستمرة بضمان، على مدار

المعاملات، احترام كل عضو لقيَّم العشيرة. وفيما يتعلّق بالعلاقات الشخصية، يَرْتَبِط سلوك الإدارة ارتباطًا وثيقًا بالثّقة المَمْنُوحَة من قبل أعضاء العشيرة. فإذا كانت تَميل إلى جَنْيِ أرباح كبيرة من موقف ما، بإخْضَاع الأعضاء للعمل الصعب والقاسي على سبيل المثال، فإنّها بذلك تُخاطر بتدمير الثّقة. إن من خصائص العشيرة، كشكل تنظيمي نَمُوذَجي، ضمان عملها من خلال الجَمع بِتَنَاغُم بين الثّقة التنظيميّة والثّقة بين الأشخاص. إن ارْتِبَاط الفرد بعشيرته، لدَرَجَة الإدْمَان العاطفي، يَحُدُّ من المخاطر الانتهازية، وقبل ذلك، يَقُودُه لإظهار إرادته الفُضْلى للتغلب على المشاكل التي تُواجهُها عشيرته. ولتوسيع المَنْظُور المُقَدَّم، فإن الأعمال التي فَحَصَت حُدُود الثّقة المثالية لن تَكون بدون فائدة. فعلى سبيل المثال، دراسة التَحَوُّل المُحتمل من علاقة التَعَلُّق إلى علاقة الانْقِيَاد رُبَّما تُسلّط الضوء على شكلين مُتعارضين من الثّقة من الناحية الأخلاقية هما: الثّقة المثالية وثقة المُسْتَعْبِد.

نقاش:

يُصَاحِب الانتقال من البيروقراطية إلى نموذج ما بعد البيروقراطية، بالنسبة إلى كل من "قْرَايْ وقَارْسْتَن_Gray and Garsten" (2001)، المُرُور من الثّقة غير الشخصية إلى الثّقة الشخصية. ومن مَنْظُور مُمَاثِل[12]، فإن تعبئة تصنيفات أشكال الثّقة المُبَيَّنَة، ولا سيما تحليل المُرور من الثّقة غير المُختزلة إلى الثّقة المُتناقضة، يُلْقي الضوء على تَطور علاقة الفرد – المنظمة. وفي رأينا، كان هذا المُرور نتيجة تَدَهْوَر علاقة الفرد – المنظمة.

واستنَادًا لثلاث دراسات حالة نُفِّذَت في قطاع الاستشارات (Bornarel, 2004)، سَمَحَت إحْدَاهُم[13] بِمُعَايَنَة أن الأفراد الذين يُوضَعُون في سياق تنظيمي آمن (الولاء هو السمة القويّة لهذا السياق) يَنْخَرِطُون بشكل ضعيف جدًّا في علاقات شخصية مَوْثُوقَة. ولديهم الحريّة في إدارة أعمالهم الخاصة على النحو الذي يَرَوْنَه مُناسبًا. يَخْتَار معظم المُسْتَشَارين العمل بمُفردهم مع تبني سلوك مُتوافق مع قيَّم الشركة. يُقَدِّر الأفراد، طَوْعًا، جَوْدَة العلاقة بين الفرد – المنظمة ويَميلُون نحو علاقات الثّقة التي تَقْتَرب من الثّقة غير المُختزلة. في ضوء هذه الحالة، يَبْدُو أنّه كُلَّما امْتَصَ النظام الريبة (من خلال وُجُود القواعد والمعايير، وما إلى ذلك)، كُلَّما كانت العلاقة بين الفرد – المنظمة بجَودَة أفضل، كُلّما زَادت فَرْمَلَة علاقات الثّقة بين الأشخاص. وكانت الحالة الثانية[14] مُنَاسِبَة للإشارة إلى أنّه في سياق

قليل الرسمية لا يَسْتَنِد فيه سُلوك الأفراد إلى القواعد والقيّم، فإن العلاقات بين الأشخاص مُتَطَوِّرة جدًّا. ومع ذلك، فالانخرَاط في هذا النوع من العلاقات يتم تَقْديمُها كشرط للحفاظ على الفرد في السياق، والثّقة بين الأشخاص هي المَخرج الوحيد. بشكل عام، في عالم مُضاد للبيروقراطية حيث يكون غياب الإشارة إلى القواعد هو القاعدة، فإن العلاقة بين الفرد – المنظمة تَتَدَهْوَر. ويَضْطَر الأفراد المَحرُمون من مَزايا الثّقة غير المُختزلة إلى الانخراط في الثّقة المُتناقضة.

خاتمة:

يُعَدُّ اختبَار تَصْنِيفِيَّة أشكال الثّقة في مَجموعة من الأشكال التنظيميّة بمَثَابَة مثال تَوْضيحي، في رأينا، لقُوَّتِها التفسيرية في مجال تحليل عمل المنظمات. من منظور عملي، قد تكون تعبئة التَصْنيفيَّة مُفيدة لتَحديد وبدقّة التشخيص التنظيمي أو تَوَقُّع عَواقب الانتقال من شكل إلى آخر على علاقة الفرد – بالمنظمة. من وجهة نظر نظرية، تُساعدُنا لإلقاء نظرة جديدة على المنظمات، وقد أثَارت التَصْنيفيّة العديد من الأسئلة وفَتَحَت دُرُوب بحث مُثيرة للاهتمام لكل شكل تنظيمي. ومع ذلك، نَعتَقِد أن البحث بشأن الثّقة المُتناقضة هي الأكثر وَاعِدَة. ومن المُحتمل أن تكون أكثر حُضُورًا في المنظمات الحديثة أو المنظمات الجماعية (التي دَرَسَها "لازِقَا_Lazega"[15] على وجه الخصوص) التي تَلعَب فيها الشبكات الاجتماعية دورًا رَاجِحًا في التنسيق، التأثير والوصول إلى الموارد على وجه الخصوص، وتُسَلِّط الثّقة المُتناقضة الضوء على الدوافع الكامنة وراء استثمار الأفراد في العلاقات الشخصية، لا سيما في ضوء تَدَهْور العلاقة بين الفرد – المنظمة، وبالتالي يُرَافِع للانخرَاط في مَنظور نقدي فيما يتعلّق بعمل الشبكات الاجتماعية. ومع ذلك، هل يُمكن أن تكون النَظرة النقدية تُجاه مفهوم الثّقة شرط أساسي للمُغامرة في هذا المجال البحثي؟

الجدول 1: أشكال الثّقة[1]

السياق المُواتِ للثّقة	السياق غير المُواتِ للثّقة	
بدافع إرضاء المصلحة الذاتية. يَستثمر الأفراد، رغم كل شيء، في علاقات الثّقة. يتم تعبئتها للتغلب من عدم اليقين. إن صيانتها مشروطة بمزايا الاعتماد المتبادل، مما يُقلّل من إغراء الاستثمار في الانتهازية **ثقة مُتناقضة**	بدافع إرضاء المصلحة الذاتية. يتصرّف الأفراد بانتهازية. يتم التحكم في عدم اليقين من خلال الآليات الرسمية. البعض الآخر لديه وظيفة تُجَنّبُه كل التعبيرات المُمكنة للانتهازية. عن طريق إزالة علاقات التبعية على وجه الخصوص. **ثقة مُستحيلة**	نظرة سلبية للسلوك
يتصرّف الأفراد بدافع احترام التزاماتهم بصدّق، بل ويُبْدُون حسن النيّة، ويعملون على إرضاء مصالح الجماعة. يتم تعبئة الثّقة للتغلب على الريبة وتعزيز المُشاركة. وهي مشروطة باعتماد الفرد على المجتمع. **ثقة مثالية**	يتصرّف الأفراد بدافع احترام التزاماتهم بصدّق، بل ويُبْدُون حسن النيّة، ويعملون على إرضاء مصالح الجماعة. تُعدّ الآليات الرسمية أفضل طريقة للتعامل مع الريبة. تَثِق المنظمة في الأفراد حتى لا يَخْجَلُوا من هذه الآليات. **ثقة غير مُختزلة**	نظرة إيجابية للسلوك

[1] **المصدر**: فَهِمَت الأعمال الرائدة لكل من "دُوتْش وزَانْد_Deutsch and Zand" الثّقة على أنّها قرار مَحسُوب، تَظهَر فقط لمّا يكون للفرد مصلحة شخصية منها. سيكون لهذه الأعمال، في رأينا، تأثير كبير في المجال الإداري، ولاسيما من خلال الترويج لها بواسطة مقال "دَافِيس، مَايِر وشُورْمَان_Davis, Mayer et Schoorman".

Frédéric Bornarel, «La confiance comme instrument d'analyse de l'organisation », *Revue française de gestion*, n° 175, 2007, pp.95-109.

الهوامش:

1. Frédéric Bornarel, «La confiance comme instrument d'analyse de l'organisation », *Revue française de gestion*, nº 175, 2007, pp.95-109.2.

2. خاصة في الأعداد الخاصة من الدوريات التالية: أكاديمية المراجعة الإدارية العام 1998 (Academy of Management Review)، دراسات التنظيم العام 2001 (Organisation Studies) وعلم التنظيم العام 2003 (Organisation Science).

3. يُمكن القول، أن الأخلاقِ، كل ما هو مصدر التضامن، كل شيء يُجْبِر الانسان الاعتماد على الآخرين، ولتنظيم تحركاته على دوافع غير دوافعه الأنانية، والأخلاق أكثر صلابة من أيَّةِ روابط أخرى عديدة وقوّية (Durkheim, p.394).

4. تَجْدُر الإشارة إلى أن التعريف الأوّل المستخدم من قبل "دُويْتّشْ_Deutsch" العام 1985، يَعْتَبِر الثّقة خيارا غير عقلاني لشخص يُواجه حدثًا غير مُؤكد تكون الخسارة المتوقّعة فيه أكبر من الربح المُتوقّع.

5. إن الفاعلين انتهازيين، بالمعنى الذي يفهمه "ويليامسون_Williamson". ويُؤَكّد "بُودْرِي" (Baudry, 1999, p.54) نقلا عن كل من: "كْرُوزِيّ وفْرِيدْبِرْغ" (Crozier et Friedberg, 1977, p.91): "يُمكن ويَنبغي تحليل سلوك الفاعلين كتعبير عن استراتيجية عقلانية بهدف استخدام قوّته بالكامل لزيادة "مكاسبه"، من خلال مُشاركته في التنظيم".

6. يُمَيّز "ويليامسون_Williamson" (1993)، على صعيد العلاقات بين الأشخاص، بين نوعين من الثّقة: الثقة المَحْسُوبَة: علاقات الثّقة هي علاقات يتم حسابها عندما يكون الأشخاص في سياق علاقة عمل. الثّقة الشخصية: تَنْطَبِق فقط في المجال الخاص. تَتَمَيَّز بغياب الرقابة، التَوَقُّع الإيجابي للأعمال والتعبير الحَصِيف.

7. عبارة مُسْتَعَارة من "جُوفْر" (Joffre, 1999, p.147).

8. هذه التعاريف المُقَدَّمَة ليست شَامِلَة.

9. كانت هذه المُقاربة موضوع توافق في الأدب (Hosmer, 1995).

10. يُنْظَر إلى الثّقة غالبًا على أنّها تَتَبِع مُنْحَنى خَطي، تَرْتَفِع مع تِكْرَار المُعَامَلَات. تَتَعَارَض الدراسات مع هذه المقاربة. فمن المُمْكن ظُهور مستوى عال من الثّقة، منذ بداية العلاقات (Jarvenpaa et Leidner, 1999).
11. يُقَدّم "فيبر_Weber" التعريف التالي للطاعة: "تَعني حُدُوث فعل من يُطيع، إجمالاً، كما لو أنّه جَعل مُحتوى النظام هو الحَدّ الأقصى لسلوكه، وذلك ببساطة بسبب العلاقة الرسمية بالطاعة، دون النظر إلى قيمة النظام أو عدم قيمته" (p.288).
12. وُضِّحَ نموذج ما بعد البيروقراطية، في تحليلنا، من قبل منظمة المشروع. والثّقة غير الشخصية هي ما نُسميه تنظيمية وشخصية وما بين الشخصيات.
13. للحُصُول على عَرْضٍ دقيق، أُنظُر الحالة ب من الأطروحة.
14. الحالة أ من الأطروحة.
15. تَجْمَع المنظمة الجماعية بين "أعضاء من نفس المهنة، مُتَسَاوين، نظريا، في مستوى خبرَتهم ولكنهم مُتَخَصصين في مجالات مختلفة (Waters 1989 ; repris de Lazega, 1992).

قائمة المصادر والمراجع:

أ- الكتب:

1. Bernoux P., Servet J.M., *La construction sociale de la confiance*, Montchrestien, coll. « Finance et société», 1997.
2. Thuderoz C., « Introduction générale: pourquoi interroger la notion de confiance? », *La confiance. Approches économiques et sociologiques*, Thuderoz C., Mangematin V. et Harrisson D. (dir.), Gaëtan Morin éditeur, 1999, pp. 1-27.
3. Thompson J., *Organizations in action*, New-York, Mc Graw-Hill, 1967.
4. Weber M., *Économie et société*, tome 1, Plon, coll. « Agora », 1922, pp. 285-349.
5. Williamson O., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, New York, 1975.

6. Courpasson D., *L'action contrainte. Organisations libérales et domination*, Puf, 2000.
7. Crozier M., Friedberg E., *L'acteur et le système*, Éditions du Seuil, coll. « Points », 1977.
8. Durkheim E., *De la division du travail social*, Quadrige - PUF, 1897.
9. Granovetter M., « Préface » *La construction sociale de l'entreprise*, Huault (dir.), 2002, pp. 9-14.
10. Joffre P., « L'économie des coûts de transaction ou le marché et l'entreprise à la fin du XX^{e} *siècle*», *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise du XXI^{e}* siècle, Koenig G. (Coor.), Economica, 1999, pp. 143-170.
11. Salaman G., "The Determinants of Organizational Structure", *Work Organizations: Resistance and Control*, Salaman G. (édit.), Londres, 1979. Texte traduit en français: «Les déterminants de la structure organisationnelle », *L'analyse des organisations : une anthologie sociologique*, Seguin F. et Chanlat J.F., Les composantes de l'organisation, tome 2, Gaëtan Morin éditeur, 1987.
12. Smith A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Gallimard, 1776.
13. Taylor W., « La direction des ateliers », 1907, *Organisation du travail et économie des entreprises*, textes présentés par Vatin F., Les Éditions d'Organisation, 1990.

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1. Bornarel F., La confiance comme mode de contrôle social. L'exemple des cabinets de conseil, Thèse de doctorat, université de Paris 12, Val-de-Marne, 2004.

ج- المقالات في المجلات:

1. Akerlof G., "Loyalty Filters", *The American Economic Review*, vol. 73, n° 1, 1983, pp. 54-63.

2. Courpasson D., “Managerial Strategies of Domination. Power in Soft Bureaucracies”, *Organization Studies*, vol. 21, n°1, 2000b, pp. 141-161.
3. Deutsch M., “Trust and suspicion”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 2, 1958, pp. 265-279.
4. Ghoshal S., Moran P., “Bad for Pratice: A Critique of the Transaction Cost Theory”, *Academy of Management Review*, vol. 21, n°1, 1996, pp. 13-47.
5. Grey C., Garsten C., “Trust, Control and Post-bureaucracy”, *Organization Studies*, vol. 22, n° 2, 2001, pp. 229-250.
6. Gulati R.R., “Does Familiarity Breed Trust? The Implications of Repeated Ties for Contractual Choice in Alliances”, *Academy of Management Journal*,vol. 38, n°1, 1995, pp.85-112.
7. Hosmer L., “Trust: the Connecting Link Between Organizational Theory and Philosophical Ethics”, *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 2, 1995, pp. 379-403.
8. Jarvenpaa S., Leidner D., “Communication and Trust in Global Virtual Teams”, *Organization Science*, vol. 10, n°6, 1999, pp. 791-815.
9. Johnson-Georges C., Swap W., “Measurement of specific interpersonal trust: construction and validation of a scale to assess trust in a specific other”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 43, 1982, pp. 1306-1317.
10. Kee H., Knox R., “Conceptual and methodological considerations in the study of trust and suspicion”, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 14, 1970, pp. 357-366.
11. Lazega E., « Analyse de réseaux d’une organisation collégiale: les avocats d’affaires », *Revue française de sociologie*, n° 33, 1992, pp. 559-589.
12. Barney J., Hansen M., “Trustworthiness as a Source of Competitive Advantage”, *Strategic Management Journal*, vol. 15, 1994, pp. 175-190.

13. Lewicki R., Bunker B., “Developing and Maintaining Trust in Work Relationships”, *Trust in Organizations: Frontiers of Theory and Research*, Kramer R. et Tyler T. (coor.), 1996, pp. 114-139.
14. McAllister D., “Affect and Cognition Based Trust as Foundations for Interpersonal Cooperation in Organizations”, *Academy of Management Journal*, vol. 38, n°1, 1995, pp.24-59.
15. Mayer R., Davis J., Schoorman D., “An Integrative Model of Organizational Trust”, *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, 1995, pp. 709-734.
16. Meyerson K., Weick et Kramer R., “Swift Trust and Temporary Groups”, *Trust in Organi*-Neuville J.-P., « La tentation opportuniste. Figures et dynamique de la coopération interindividuelle dans le partenariat industriel», *Revue française de sociologie*, vol. 39, n°1, 1998, pp. 71-103.
17. Orléan A., « Sur le rôle respectif de la confiance et de l’intérêt dans la constitution de l’ordre marchand », *La revue du MAUSS*, n° 4, 2 semestre, 1994, pp. 17-36.
18. Ouchi W., “Markets, Bureaucracies and Clans”, *Administrative Science Quaterly*, vol. 25, 1980, pp. 129-141.
19. Ring P., Van de Ven A., “Developmental Processes of Cooperative Interorganizational Relationships”, *Academy of Management Review*, vol. 19, n° 1, 1994, pp. 90-118.
20. Rotter J. B., “A new scale for the measurement of interpersonal trust”, *Journal of Personnality*, vol. 35, 1967, pp.651-665.
21. Rotter J.B, “Interpersonal trust, trustworthiness, and gullibility”, *American Psychologist*, vol. 35, 1980, pp. 1-7.
22. Shapiro S., “The social control of Impersonal Trust”, *American Journal of Sociology*, vol. 93, n° 3, 1987.
23. Baudry B., « L’apport de la théorie des organisations à la conception néo-institutionnelle de la firme. Une relecture des travaux de Williamson », *Revue économique*, vol. 50, n° 1,1999,p p. 45-69.

24. Thorelli “Networks: Between Markets and Hierarchies”, *Strategic Management Journal*, vol.7, n° 1, 1986, pp. 37-51.
25. Uzzi B., “Social Structure and Competition in Interfirm Networks: The Paradox of Embeddedness”, *Administrative Science Quaterly*, vol. 42, 1997, pp.35-67.
26. Wicks A., Berman S., Jones T., “The Structure of Optimal Trust: Moral and Strategic Implications”, *Academy of Management Review*, vol. 24, n°1, 1998, pp. 99-116.
27. Williams M., “In Whom We Trust: Group Membership As an Affective Context for Trust Development”, *Academy of Management Review*, vol. 26, n° 3, 2001, pp. 377-396.
28. Williamson O., “Calculativeness, Trust and Economic Organization”, *Journal of Law & Economics*, avril 1993, pp. 453-486.
35. Whitener E., Brodt S., Korsgaard A., Werner J., “Managers as Initiators of Trust: an Exchange Relationship Framework for Understanding Managerial Trustworthy Behavior”, *Academy of Management Review*, vol. 23, n° 3, 1998, pp. 513-530.
29. Zand D., “Trust and Managerial Problem Solving”, *Administrative Science Quaterly*, vol. 17, n° 2, 1972, pp. 229-239.
30. Zucker L., “Production of trust: institutional sources economic structure”, *Research in Organisational Behavior*, vol. 8, 1986, pp.53-111.
31. Bidault F., Jarillo J.-C., « La confiance dans les transactions économiques », *Confiance, entreprise et société. Mélanges en l’honneur de Roger Delay Termoz*, (dir.) Bidault F.,Gomez PY. et Marion G., Eska, coll. «Essais», 1995.
32. Bradach J., Eccles, “Price, Authority, and Trust: From Ideal Types to Plural Forms”, *Annual Review of Sociology*, vol. 15, 1989, pp. 97-118.

33. Breton A., Wintrobe R., “Organizational Structure and Productivity”, *The American Economic Review*, vol. 76, n°3, 1986, pp. 530-538.
34. Coleman J., “Social Capital in the Creation of Human Capital”, *American Sociological Journal*, vol. 94, 1988, pp. 95-120 (Supplement).
35. Cook J., Wall T., “New work attitude measures of trust, organisational and personal need non-fulfilment”, *Journal of Occupational Psychology*, n° 53, 1980, pp. 39-52.

Revisiting resolution 181 about the partition plan for Palestine: Was it a failure of international law?

Zakaria Guedjali [(1)]

[(1)] doha institute for graduate studies, (Qatar)
Zgu002@dohainstitute.edu.qa

Received	Accepted	Published
06/06/2022	19/06/2022	25/06/2022

Abstract:

This paper seeks to revisit the decision of the partition plan of Palestine, it restudies resolution 181 by going back especially to the works of the United nations special committee on Palestine (UNSCOP) which prepared several reports studying the history and circumstances of the conflict and the several solutions that were proposed by the different acting parties. The paper tries to identify the arguments that were laid out by the committee in the reports whether they are legal, political or even biblical in order assess the final outcome and be able to judge if such a plan could be considered as a failure of international law or not.

key words:

Palestine, partition plan, UNSCOP, international law, resolution 181.

[1] - *Corresponding author: Zakaria Guedjali, zgu002@dohainstitute.edu.qa*

Introduction:

The discussion regarding whether the partition decision of Palestine was illegal or unsatisfactory has many underlying problems and sub questions, For instance the answer would depend on whether one is a realist which translates into power should shape international law and its absolutely legitimate,[1] in that sense we have no problem answering the question, but if someone is an idealist (constructivist, liberal..) then the decision would pose a problem especially considering that the members of the UNSCOP were mostly liberal.[2] A second point would be whether we are assessing the decision in 2022 or in 1947, this is both a legal and moral question for the corpus of IL changed (there was no self-determination for instance) and the factual situation got reversed. this goes hand in hand with whether one is Palestinian or Jewish because the jews very much welcomed the partition decision as legal at the time I believe it is the Palestinians that would want to go back to the decision at least at this stage of history.[3]

A final note here is whether someone's moral compass is of a consequentialist or categorical character, in the first, one would say that the land is for Arabs by principle, all of it, and jews should be kicked out, but then we would be hurting not just the jews but Palestinians in a sense that its factually impossible, and perhaps this categorical thinking is what led to Palestine not being a state nowadays. but for a consequentialist we need to think of all the Palestinians that could have a state immediately with a substantial gain in land, in the meanwhile we wouldn't have to displace millions of jews as well (this moral side isn't just important because the members of the committee are people and have moral compasses but it will be explained in the following paragraph).[4]

Section I: ex ante key points

There are two reasons why alluding to moral, historical, and generally non-legal claims when assessing an answer of a legal character is important. one needs to know that the corpus of international law was

very undeveloped at the time (even now there are still scholars criticizing this fact let alone at the time of the decision, positivist critique to IL to be noted), most of the major treaties that shape international relations today weren't in place, and in that sense its power not law that still decided most cases. this is clear on a practical level: two world wars this didn't mind any IL norms, maps of countries were being drawn as the big powers wish (Uti possidetis juris), but also on a theoretical level when we go back to the UNSCOP report which eludes not only to legal claims but to historical , factual , moral and even biblical/religious arguments , it is in this sense that I believe the best way to assess this decision is by analyzing the reports that made sure it was taken. Take the concept of self-determination for instance although invoked early in the 20th century it isn't until 1960s that it became a legal rule of customary IL and not just a political/moral argument, that is the reason why Arabs couldn't invoke such a concept when they were being colonized, and it is why neither the jews nor the Arabs eluded to it in the UNSCOP report, in fact amir faisal was merely point to the promises made by Britain to give independence to the Arabs that stood by t during WW1-2, it is in this sense that focusing on a technical answer could be misleading.

before diving into the main topic it is important to clear out of the way the fact that the UN had jurisdiction, as it inherited the powers of the organ that designed the mandate (de facto and de jure) system and which was dividing the territories in the first place, and it is in the same way that the decision should be considered binding and not a mere recommendation, plus the mandate system wasn't a voluntary project, although the historical developments suggest otherwise as professor Crawford pointed out , and perhaps it is here that we see the biggest failure of international law and not in the division itself.

Section II: the main arguments

Going to the main document before the partition decision, which is the report made by UNSCOP from April to September 1947, it should be noted that it is an elaborate file of 4 volumes that took into consideration the geographic, historic, economic…aspects of the conflict. It visited Palestine and was open to listen to all parties, this is especially important because unlike jews, Arabs refused to deal with it as a matter of principle (categorical morality) as mentioned by the committee,[5] which also explains that there were many works regarding the conflict previously,[6] and it especially uses the Peel royal commission report which at many instances confirms that the mandate became unworkable,[7] impossible and that Britain wont be staying any longer just because Arabs and jews can't agree.

It is on this bases that the committee proceeded to analyze each side's argument as a matter of IL and they could be summarized as follows:

	Argument	Committee's appraisal	Conclusion
Israel	1 Balfour declaration and the mandate system 2 Historical biblical arguments. 3 Humanitarian argument (displaced and forbidden from entry)	1 Does national home mean self-governing institutions? 2 Is there a historic link? 3 a solution is needed	The Balfour and mandate are international commitments
Palestine	1 Numerical majority 2/3 2 Natural right to a land they have been at for centuries 3 Acquired, legal rights based on McMahon-Hussein Anglo-French	1 undisputed, but the number of jews isn't small. 2 there wasn't a sovereign nation to claim the natural right	The legal rights based on treaties dismissed. What is left is the rights of property and being the

	Declaration of 1918, The Hogarth Message, the Basset letter, and the Declaration to the Seven. (pledge to give Arabs independence including Palestine) 4 both the mandate and the Balfour declaration are illegal (against article 22 of the covenant). 5 Arab states aren't bound by law made when they weren't party to it	3 note the Arab nationalism and absence of the Palestinian nationalism 4 it further discussed every legal document made brought up by the Arabs. 5 there I no reason to question the validity of the mandate	indigenous people and owners of the land. (but they have never possessed this land as a sovereign nation.)

Table 1: all arguments (legal and non-legal) made by both parties, constructed from the UNSCOP report Vol 1.

	Legal document	Committee's Appraisal
Israel	Balfour Declaration	Valid, international commitment
	Mandate	Valid, international commitment
Arabs	McMahon-Hussein	Palestine wasn't among the territories pledged for independence (miscommunication)
	Anglo-French Declaration of 1918	unable to reach agreement upon interpretation of the correspondence
	The Hogarth	Happened 2 months after

	Message	the Balfour declaration which king Feisal accepted
	the Basset letter	unable to reach agreement upon interpretation of the correspondence
	the Declaration to the Seven	unable to reach agreement upon interpretation of the correspondence

Table 2: Legal arguments by both parties according to the UNSCOP report vol 1.

This table illustrates how the main claim of the jews is that the mandatory power in Palestine was created with the specific purpose of creating a national home for the jews, and as such it is a clear international commitment by the league of nations nonetheless, here it is claimed that facilitating immigration is an obligation, and that there would be no displaced Arabs as a result of that, especially that there was no Arab state to begin with, and finally arabs will simply live as a minority once all jews arrive[8].

The committee's analysis wasn't easy because it was wrestling with the concept of "national home" which as it explained was never used before in IL[9] as for the historic links it went back to the British policy in Palestine 1922 which first recognized such a right of jews to the land "as a mutter of right not of sufferance"[10] only to conclude that although national home is ambiguous the mandate and declaration are indeed international commitments and that they didn't forbid the creation of a Jewish state but only it should be within Palestine not the whole of Palestine. having said all that, the committee confirms that there is a chance that immigration can be contrary to article 22 of the covenant and that Arabs will be displaced.[11]

As far as the Arab case goes the committee rejected most of the arguments especially that they boycotted its work, and couldn't elaborate nor defend their claims,[12] so it took their contribution in the general assembly as a basis for the opinion and dismantled it as explained in the table.

Here it is important to note that both parties have rejected the many offered solutions, by various sides, not only agreement wasn't reached, but no party accepted a single offer as the committee states "no solution could ever be devised that would fully satisfy both conflicting parties, and probably not even one party except at the expense of determined opposition by the other"[13] in fact the Arabs rejected even the a constitutional reform according to which Palestinians will be gradually given control over all departments of government, until the transition is complete, the only condition was guaranteeing the right of the Jewish immigrants.[14] Now the jews opposed this furiously and labeled it as surrendering to Arab terrorism, but Arabs rejecting it? it is perplexing.

We could analyze whether the mandate is constitutional or contrary to article 22[15] of the covenant which clearly stipulate the right of the inhabitants not migrants, we could also go over Britain pledges to give independence to all Arabs as explained in table 2 (England denied including Palestine in its promise)[16] but all of that would lead us to Palestine being a special case, or rather what all of this means is that simply realism dominated the picture, in fact nothing says it better than lord Balfour opening statement in the 8th session of the council of the league of nations:

"The mandates are not our creation. The mandates are neither made by the League, nor can they, in substance, be altered by the League....Remember that a mandate is a self-imposed limitation by the conquerors on the sovereignty which they obtained over conquered territories"[17] a clear statement that we do whatever we want and if we chose to give you independence that is because we decided to auto-

restrict because of our goodness, to question the ability of IL to act within this framework of brute power would be fruitless after this.

Conclusion

It is all of this that led to mainly one solution which is political partition with economic unity, but besides power, one needs to put him/her self in place of the committee and in the general assembly, faced not only with powers but a factual situation of two peoples present on a single land, with no legal framework that provides the tools to solve it, I doubt that the ICJ would have said anything different, had the demands of the Arabs been met and their questions sent to it, because the general picture would be the same.

If the conclusion is that it was complicated at that time, then it is even worse now, lets imagine saying that it was a wrong decision and then we try to invalidate it, that seems utterly impossible, and its results are hardly reversible, in fact it would even play in Israel's hands which is why perhaps the question to pose instead is whether or not we should consider it a viable solution and demand its activation before it becomes equally impossible to go back to the division of 1947, looking at how Israel keeps on expending, in fact if the partition was a failure for the reasons stated above, not enforcing it and letting the conflict grow and persist, that is the biggest failure of all.

Bibliography:

1. Adelman, Howard. United Nations' First Failure UNSCOP and the Partition of Palestine. 2009 .
2. Amezzian, Mohammed. The Role of the Arab Regimes in the Assassination of Palestine and the Nakba of 1948. Journal of Al-Tamaddun. Vol. 16, n 1, 2021.
3. Kattan, Victor. From Coexistance to Conquest: International law and the origins of the arab-israeli conflict 1891-1949. London: Pluto Press, 2009.

4. Mandel, Daniel. H.V. Evatt and the Establishment of Israel: The Undercover Zionist. Portland: Frank Cass Publishers, 2004 .
5. Reus-Smit, Christian. “The Politics of International Law”, in: Christian Reus-Smit (ed.). The Politics of International Law. Cambridge: Cambridge university press, 2004.
6. Shany, Yuval. “Legal Entitlements, Changing Circumstances and Internationality: a Comment on the Creation of Israel and the Status of Palestine”. Israel Law Journal. vol. 39, no. 3 , .(2016)
7. Terms of the British Mandate for Palestine confirmed by the Council of the League of Nations, 24 July 1922, 3 League of Nations Official Journal 1007. (Palestine Mandate) .
8. UNSCOP, Report to The General Assembly, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947).

[1]. Christian Reus-Smit, “The Politics of International Law”, in: Christian Reus-Smit (ed.), *The Politics of International Law*, (Cambridge: Cambridge university press, 2004), p. 15.
[2]. Howard Adelman, *United Nations' First Failure UNSCOP and the Partition of Palestine*,2009. (yet to be published book on the platform of York University available at: https://yorkspace.library.yorku.ca/xmlui/handle/10315/2669.
[3]. For example, the principle of retroactivity (intertemporal law) forbids us from applying self determination in a time where this wasn’t law.
[4]. Daniel Mandel alludes to the fact that Evatt might even harbor some anti-Arabism of a sort, and in a time of no clear international law, and it isn’t a court that is deciding then this becomes very relevant.
Read more: Daniel Mandel, *H.V. Evatt and the Establishment of Israel: The Undercover Zionist*, (Portland: Frank Cass Publishers, 2004), p. 51.
[5]. UNSCOP, *Report to The General Assembly*, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947). para. 156; Ibid., chapter 4, para. 11.

[6]. Peel report, Anglo-American committee, Woodhead commission, high Arab committee…
[7]. UNSCOP, *Report to The General Assembly*, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947). para. 73, 122. (also mentioned in the recommendations several times).
[8]. *Terms of the British Mandate for Palestine confirmed by the Council of the League of Nations*, 24 July 1922, 3 League of Nations Official Journal 1007. (Palestine Mandate).
(Check: Article 2, 4, 6 of the mandate clearly states that.).
[9]. Ibid,. para. 141.
[10]. Ibid,. para. 143.
[11]. Ibid,. para. 135.
[12]. Mohammed Amezzian, The Role of the Arab Regimes in the Assassination of Palestine and the Nakba of 1948, *Journal of Al-Tamaddun*, Vol. 16, n 1, 2021, p. 186; UNSCOP, Report to The General Assembly, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947). para. 156.
[13]. UNSCOP, Report to The General Assembly, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947). Chapter 4, para. 16.
[14]. Ibid,. para. 109.
[15]. League of Nations, Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, article 22.
[16]. UNSCOP, Report to The General Assembly, UN Doc. A/364(SUPP), (03 September 1947). para. 169. (**Britain stated the following "Palestine was in fact excluded. But they agree. that the language in which its exclusion was expressed was not so specific and unmistakable as it was thought to be at the time**") if this shows anything it's that it's a game of power not one of law.
[17]. Ibid,. Para. 180.

Djilali Bounaama Khemis Miliana University
Laboratory legal regime of acts and contracts
in private law

Journal THE ECHOES

of legal and political studies

International scientific journal

Laboratory legal regime of acts and contracts in private law

Volume 4
Issue : 2
Juin: 2022

Eissn : 2830-8360
Issn : 2710-8783
revueechos@gmail.com

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/817