

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)
مخبر السيادة والعولمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة
صادرة عن مخبر السيادة والعولمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد السادس (العدد الأول)
جانفي - 2020 م / جهادى الأولى 1441 هـ



جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)
مخبر السيادة والعولمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة
صادرة عن مخبر السيادة والعولمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد السادس (العدد الأول)
جانفي 2020 م - جمادى الأولى 1441 هـ



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مخبر السيادة والعولمة

مخبر السيادة والعولمة

حي المصلى - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)

رقم الهاتف / الفاكس: 025.58.55.45

البريد الإلكتروني للمجلة: LSMLAW213@yahoo.fr



منشورات مخبر السيادة والعولمة

قواعد النشر في مجلة الدراسات القانونية عبر التسجيل في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP)

لإرسال مقال علمي لمجلة الدراسات القانونية التابعة لمخبر السيادة و العولمة بجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) حسب الإجراءات المعمول بها من قبل المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي(Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية في نطاق البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP) يستوجب أولاً إتباع الخطوات التالية:

- 1- الدخول لموقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (Algerian Scientific Journal Platforms):
www.asjp.cerist.dz
- 2- اضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني + كلمة السر + تذكرني + أضغط على كلمة تسجيل.
- 3- تظهر بعد ذلك استمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: اسم و لقب + بريد إلكتروني + كلمة السر وتأكيدها + البلد + لغة التواصل + إدخال الحروف التي يراها المعني ، ثم أضغط على : أقبّل شروط الاستخدام وقواعد الخصوصية + إرسال.
- 4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل ، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة و الضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.
- 5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية و حدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى ، ثم اختر (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة ، وابتحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف:NC/ الدورة : نصف سنوية).
- 6- أدخل عن طريق: انتقل للمجلة ، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال ، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليمات المستخدم تشتمل على: اسم المستخدم + كلمة السر المحددة سابقاً ، بعدها أضغط على تسجيل الدخول.
- 7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم أضغط على إرسال مقال).
- 8- افتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية. و سيكون بإمكان صاحب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر ولوجه لحسابه في موقع البوابة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعولمة)

- أولا** – يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :
- 1- أن تكون متسمة بالعمق والجدية ، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
 - 2- أن يكون البحث مكتوبا بالإعلام الآلي ، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية ، والكلمات المفتاحية .
 - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة وأن لا يقل عن 15 صفحة (A4) بخط 14. نوع الخط (Simplified Arabic) ، إذا كان المقال باللغة العربية ، وإذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون أيضا بخط (14) .نوع الخط Times New ROMAN .
 - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة (بشكل أوتوماتيكي إلكتروني) وقائمة المراجع في آخر المقال (بشكل كلاسيكي عادي) ، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كاملة (نوع الخط 12 Simplified Arabic باللغة العربية ، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
 - 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية .
 - 6- أن لا يكون المقال جزءا من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه
 - 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية ، مؤتمر إقليمي أو دولي ، يوم دراسي ، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي .
- ثانيا - تخضع الأبحاث المرسلة إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها .
- ثالثا - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية .
- رابعا - يحكم عضوان في كل مقال ، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسلة بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم .
- خامسا - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها .
- سادسا - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير ، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر .
- سابعا- لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة .
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة .
- تاسعا: يرفض أي مقال لم يستوفي الشروط الشكلية المحددة سابقا بشكل تلقائي دون الرجوع للموضوع .
- عاشر: يرفق المقال المراد نشره بتصريح شرعي يتم تحميله من موقع المجلة في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (تعليمات للمؤلف) ويتم توقيعه من المعني وإرساله مع المقال عبر البوابة الإلكترونية للمجلات الوطنية .
- الحادي عشر: يتم إرسال تعهد بنقل حقوق تأليف ونشر المقال إلى السيد رئيس تحرير المجلة بعد إخطاره بقبول مقاله للنشر ، ويتم تحميله من موقع المجلة ، وهذا في ظرف أسبوع إلى : houcine16@gmail.com
- الثاني عشر: أي استفسار يرجى الاتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر : LSMLAW213@yahoo.fr

فريق تحرير مجلة الدراسات القانونية

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

الرئيس الشرفي

الأستاذ الدكتور . يوسف حميدي / رئيس جامعة المهديّة

المدير العام مسؤول النشر

الدكتور. الحسين عمروش

(مدير مخبر السيادة والعولمة)

رئيس التحرير

الدكتور. الحسين عمروش

جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر)

محررين مساعدين

- | | | |
|--|---|---|
| د. منصور مجاجي - جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر) | ★ | د. محمد مصطفاوي - جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر) |
| د. القوسي همام- جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية) | ★ | د. عبد العزيز برقوق- المركز الجامعي بتيبازة (الجزائر) |
| د. ياسين صباح رمضان ياسين- جامعة زاخو (العراق) | ★ | د. تومي يحيى - جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر) |
| د. أحسن عمروش- جامعة خميس مليانة (الجزائر) | ★ | د. باخويا دريس- جامعة أحمد دراية بأدرار (الجزائر) |
| د. محمد الداہ عبد القادر- جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا) | ★ | د. عبد الله طرابزون- جامعة اسطنبول (تركيا) |
| د. معاذ يوسف الذنبيات- جامعة الطائف (السعودية) | ★ | د. البخيت مصطفى- جامعة بغداد (العراق) |
| د. بن ناصر وهيبّة - | ★ | د. مصحح عمر- جامعة الشارقة |
| د. قسوري فطيمة - جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر- الجزائر) | ★ | د. أحمد محمد أحمد الزين - جامعة ظفار (سلطنة عمان) |
| د. قوي بوهنية - جامعة قاصدي مرباح بورقلة (الجزائر) | ★ | د. الرباع جواد- جامعة ابن زهر (أكادير- المغرب) |
| د. ياسين صباح رمضان ياسين- جامعة زاخو (العراق). | ★ | د. خالد جمال الجعارات- جامعة الشرق الأوسط (الأردن) |
| د. الغناي توفيق- كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة (تونس) | ★ | د. يوسف ناصر- الجامعة الاسلامية العالمي (ماليزيا) |
| د. كمال محمد أمين- جامعة ابن خلدون بتيارت (الجزائر) | ★ | د. نجيب عوينات- جامعة جدة (المملكة العربية السعودية) |
| د. قاسم النعيبي- جامعة دمشق ، والأكاديمية السويسرية الملكية للاقتصاد والتكنولوجيا. | | |

سكرتير:

د. الحسين عمروش . جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر)

د. جمال رحال . جامعة يحيى فارس بالمديّة (الجزائر)

اللجنة العلمية لمجلة الدراسات القانونية- مخر السيادة والعولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

<https://www.asip.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

من داخل الجزائر

- أ. د. علي أبو هاني. جامعة يحيى فارس المدينة.
أ. د. سليمان ولد خسال. جامعة يوسف بن خدة، الجزائر.
أ. د. منصور مجاجي. جامعة يحيى فارس المدينة.
أ. د. مجاهدي إبراهيم، جامعة البليدة 02.
أ. د. بوشناق جمال. جامعة يحيى فارس المدينة
أ. د. شمشيم رشيد. جامعة يحيى فارس المدينة
د. عمروش الحسين. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. أحمد لكحل. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. توفيق شندارلي. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. توفيق قادري، جامعة البليدة 2.
د. إسطنبولي محي الدين. جامعة البليدة 2
د. عاشور فاطمة، المركز الجامعي بتيبازة.
د. محمد طاهر أورحمون، جامعة الجزائر.
د. عبد الصديق شيخ. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. محمد مصطفاوي. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. بن يوسف القينعي، جامعة يحيى فارس المدينة.
د. هارون حسان أروان. جامعة يحيى فارس المدينة
د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس
د. كريم حرز الله، المركز الجامعي تيبازة
د. زرقط عمر، جامعة يحيى فارس المدينة
د. لخضر حليس جامعة يحيى فارس المدينة
د. مصطفي بوضياف، جامعة يحيى فارس المدينة
د. هنية شريف، جامعة البليدة 2
د. بوحية وسيلة. المركز الجامعي بتيبازة.
د. صفاي العبد. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. قسوري فطيمة - جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر- الجزائر)
د. مراد طنجاوي. جامعة يحيى فارس المدينة
د. بن عمار مقتي. جامعة ابن خلدون. تيارت.
- د. طيبي سعاد، جامعة خميس مليانة
د. ذبيح زهيرة. جامعة يحيى فارس المدينة.
د. يحيوي محمد. جامعة يحيى فارس المدينة
د. أسامة غربي. جامعة يحيى فارس المدينة
د. حلیم لعروسي، جامعة يحيى فارس المدينة
د. جبدل كريمة. جامعة يحيى فارس المدينة
د. بن تغري موسى، جامعة يحيى فارس المدينة
د. هشام فخار، جامعة يحيى فارس. المدينة
د. جمال عياشي، جامعة يحيى فارس المدينة
د. أحسن عمروش، جامعة خميس مليانة.
د. خالد بوشمة. جامعة البليدة 2.
د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 1.
د. رايح عمورة، جامعة أحمد بوقرة بومرداس.
د. عبد القادر عمري، جامعة يحيى فارس المدينة
د. جبار رقية، جامعة يحيى فارس جامعة المدينة
د. رواب جمال، جامعة خميس مليانة
د. عبد الرحمان بن جيلالي، جامعة خميس مليانة
د. نبيلة بن عائشة، جامعة يحيى فارس المدينة
د. ستي عبد القادر، جامعة يحيى فارس المدينة
د. أعمار شريف أسية، جامعة يحيى فارس المدينة
د. جديلي نوال، جامعة يحيى فارس المدينة
د. لحاق عيسى، جامعة عمار ثلجي بالأغواط
د. مصطفاوي عايدة، جامعة البليدة 2.
د. نسمة حشود. جامعة البليدة 2.
د. ميسوم بوصوار. جامعة يحيى فارس بالمدينة.
د. عمار زعي. جامعة الوادي.
د. عبد العزيز برقوق. المركز الجامعي بتيبازة.
د. كرنيش بغداد. جامعة البليدة 2.
د. مسكر سهام. جامعة البليدة 2.

من خارج الجزائر

- د. مصبح عمر ، جامعة الشارقة
د. نجيب عوينات ، جامعة جدة (المملكة العربية السعودية)
د. يوسف ناصر ، الجامعة الاسلامية العالمي (ماليزيا)
د. خالد جمال الجعارات ، جامعة الشرق الأوسط
(عمان-الأردن)
د. عماد ملوخية ، جامعة الاسكندرية بمصر
د. الربيع جواد ، جامعة ابن زهر (أكادير - المغرب)
د. أحمد محمد أحمد الزين ، جامعة ظفار (سلطنة عمان)
د. البخيت مصطفى ، جامعة بغداد (العراق)
د. عبد الله طرابزون ، جامع اسطنبول (تركيا)
د. الدحيات الدكتور عماد ، جامعة الامارات العربية المتحدة

- د. محمد حميد مضحي المزمومي ، جامعة الملك عبد العزيز
بجدة (المملكة العربية السعودية).
د. حسن زرداني ، جامعة القاضي عياض بهراكنش
(المملكة المغربية)
د. القوصي همام ، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية).
د. ياسين صباح رمضان ياسين ، جامعة زاخو (العراق).
د. محمد الداہ عبد القادر ، جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا).
د. معاذ يوسف الذنبيات ، جامعة الطائف
(المملكة العربية السعودية)
د. الغناي توفيق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة
د. قاسم النعيمي ، جامع دمشق ، والاكاديمية السويسرية الملكية
للاقتصاد والتكنولوجيا.

- د. ولد خسال سليمان. جامعة يوسف بن خدة، الجزائر
- د.محي الدين إسطنبولي، جامعة البلدة 2
- د. محمد مصطفاوي، جامعة يحي فارس المهدية.
- د. الحسين عمروش. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المهدية.
- د. جمال عياشي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المهدية
- د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المهدية
- د. زرقط عمر، جامعة يحي فارس المهدية
- د. سايب فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس
- د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.
- د. يحي تومي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المهدية.
- د. عبد القادر عهري. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المهدية.
- د. جيدل كريمة. جامعة يحي فارس المهدية
- د. العبد صفاي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المهدية.

افتتاحية العدد الأول / المجلد السادس - جانفي 2020 (ASJP) (العدد 11 / جانفي 2020) من مجلة الدراسات القانونية

بسم الله و الصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه.
الحمد لله حمدا كثيرا ، والشكر له سبحانه شكرا جزيلا ، يليق بنعمه التي لا تحصى ، وفي مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام دينا ، وأكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما ، محمد بن عبد الله الذي نصلي ونسلم عليه صلاة وسلاما دائمين إلى يوم الدين .

في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية محكمة ومعتمدة ، من خلال عددها الحادي عشر / (جانفي 2020) ، وهي مصنفة ضمن المجلد السادس (العدد الأول) وفقا لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي (Dgrsdt) ، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية والمقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة ، والباحثين ، وطلبة الدكتوراه في كل فروع القانون والعلوم السياسية والدراسات المقارنة ، قصد تطوير البحث العلمي والارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص .

وبخصوص تصنيف مجلة الدراسات القانونية عربيا وعالميا ، فقد تم بحمد من الله وفضله اعتمادها بموجب التقرير السنوي الرابع للمجلات للعام 2019 ، الصادر من قبل فريق مبادرة معامل التأثير والاستشهادات المرجعية العربي " Arcif (عمان – الأردن) ، بعد انعقاد فعاليات الملتقى العلمي بعنوان: "مؤشرات الإنتاج والبحث العلمي العربي والعالمي في التحولات الرقمية للتعليم الجامعي العربي" بالتعاون مع الجامعة الأمريكية في بيروت بتاريخ 3 أكتوبر 2019 ، وبعد دراسة وتحليل 4300 عنوان مجلة عربية علمية أو بحثية والصادرة من 1400 هيئة بحثية وعلمية في 20 دولة عربية ، ونجاح 499 مجلة علمية فقط ، لتكون مجلة الدراسات القانونية معتمدة ضمن المعايير العالمية لمعامل أرسيف (Arcif) في تقريرها لسنة 2019 ، وكان معامل المجلة: 0.0233 ، والتفاصيل الخاصة بالتصنيف محددة في الشهادة تحت رقم: L19/260 ARCIF بتاريخ: 13/10/2019 ، والمقدمة من فريق مبادرة معامل التأثير والاستشهادات المرجعية العربي " ارسيف Arcif" (عمان – الأردن).

الرجوع للمصدر: تقرير معامل أرسيف (ARCIF) لعام 2019/ معامل التأثير والاستشهادات المرجعية العربي " ارسيف Arcif":

<https://emarefa.net/arcif/ar/%d8%aa%d9%82%d8%b1%d9%8a%d8%b1-2019/>

د.الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

مخبر السيادة والعولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

التاريخ: 2019-10-13

الرقم: ARCIF / 260 L19

سعادة أ. د. رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية المحترم
جامعة يحيى فارس بالمدينة، مخبر السيادة و العولمة / الجزائر
تحية طيبة وبعد،،،

تقدم إليكم بفائق التحية والتقدير، و نهدبكم أطيب التحيات وأسمى الأمانى.

يسر معامل التأثير والاستشهادات المرجعية للمجلات العلمية العربية (Arcif - ARCIF)، أحد مبادرات قاعدة بيانات "معرفة" للإنتاج والمحتوى العلمي، إعلامكم بأنه قد أطلق تقريره السنوي الرابع للمجلات للعام 2019، خلال الملتقى العلمي "مؤشرات الإنتاج والبحث العلمي العربي والعالمى في التحولات الرقمية للتعليم الجامعي العربي" بالتعاون مع الجامعة الأمريكية في بيروت بتاريخ 3 أكتوبر 2019.

يخضع معامل التأثير "Arcif" لإشراف "مجلس الإشراف والتنسيق" الذي يتكون من ممثلين لعدة جهات عربية ودولية: (مكتب اليونسكو الإقليمي للتربية في الدول العربية ببيروت، لجنة الأمم المتحدة لغرب اسيا (الإسكوا)، مكتبة الاسكندرية، قاعدة بيانات معرفة، جمعية المكتبات المتخصصة العالمية/ فرع الخليج). بالإضافة للجنة علمية من خبراء وأكاديميين ذوي سمعة علمية رائدة من عدة دول عربية وبريطانيا.

ومن الجدير بالذكر بأن معامل "Arcif" قام بالعمل على جمع ودراسة و تحليل بيانات ما يزيد عن (4300) عنوان مجلة عربية علمية أو بحثية في مختلف التخصصات، والصادرة عن أكثر من (1400) هيئة علمية أو بحثية في (20) دولة عربية، (باستثناء دولة جيبوتي وجزر القمر لعدم توفر البيانات). ونجح منها (499) مجلة علمية فقط لتكون معتمدة ضمن المعايير العالمية لمعامل "Arcif" في تقرير عام 2019 .

ويسرنا تهنئتم وإعلامكم بأن **مجلة الدراسات القانونية** الصادرة عن **جامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مخبر السيادة و العولمة**، قد نجحت بالحصول على معايير اعتماد معامل "Arcif" المتوافقة مع المعايير العالمية، والتي يبلغ عددها 31 معياراً، وللاطلاع على هذه المعايير يمكنكم الدخول إلى الرابط التالي: <http://e-marefa.net/arcif/criteria>

و كان معامل "Arcif" لمجلتكم لسنة 2019 (0.0233). مع العلم أن متوسط معامل أرسيف في:

- تخصص "القانون" على المستوى العربي كان (0.082)، وصنفت مجلتكم في هذا التخصص ضمن الفئة (الثالثة Q3)، وهي الفئة الوسطى.
- تخصص "العلوم الاجتماعية (متداخلة التخصصات)" على المستوى العربي كان (0.087)، وصنفت مجلتكم في هذا التخصص ضمن الفئة (الثالثة Q3)، وهي الفئة الوسطى.

و بإمكانكم الإعلان عن هذه النتيجة سواء على موقعكم الإلكتروني، أو على مواقع التواصل الاجتماعي، وكذلك الإشارة في النسخة الورقية لمجلتكم إلى معامل "Arcif" الخاص بمجلتكم.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام والتقدير

أ.د. سامي الخزندار
رئيس مبادرة معامل التأثير
"Arcif"



محتوى العدد الأول / المجلد السادس - جانفي 2020 (ASJP)
(العدد 11 / جانفي 2020) من مجلة الدراسات القانونية

- 1- المسؤولية الجزائرية لمتعهد الدخول عبر الانترنت - د. حدة بوخالفة ، أستاذة محاضرة (ب)- جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي.....01
- 2- التفريق باللعان (دراسة تحليلية مقارنة)- د. إغات ربيحة ، أستاذ محاضر أ - جامعة الجزائر 1.....18
- 3- المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي - أ.م. د. حاتم غائب سعيد - جامعة الفلوجة - العراق.....37
- 4- تفعيل لوجستيات الموانئ الجاقّة نظام الثقل من الباب إلى الباب- أمينة بورطال ، باحثة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان.....55
- 5- الطلاق الثلاثة بلفظ واحد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م - د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل - أستاذ الفقه المقارن المساعد ، جامعة نيالا - كلية القانون والشريعة - بالسودان.....73
- 6- الإحالة في التجريم والعقاب وتأثيرها على القانون الجنائي للأعمال - موفق نور الدين ، أستاذ مساعد قسم أ ، جامعة محمد لمين دباغين (سطيف2).....113
- 7- النظام القانوني للتمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل في الجزائر - ميلود بن حوحو - طالب دكتوراه - تخصص: القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة.....125
- 8- وقف تنفيذ القرارات القضائية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية - د. عبد الصديق شيخ ، جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة.....143
- 9- مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية (دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016)- عبد الرزاق بحري ، طالب سنة ثالثة دكتوراه - جامعة المدينة.....152
- 10- ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري - د. سبتي عبد القادر - أستاذ محاضر أ- كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة المدينة).....170
- 11- النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري- سفيان ذبيح- طالب دكتوراه (تخصص قانون خاص)- جامعة خميس مليانة.....

185

12- Protection sociale de l'enfant en danger selon la loi 15-12, BACHIR Mohamed, Doctorant en droit procédural, Faculté de droit, Université d'Oran2, Algérie.....199-215

University of MEDEA (Algérie)
Laboratory of sovereignty and globalization
Faculty of Law and political science

International academic and scientific journal

**JOURNAL
OF LEGAL
STUDIES**

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and
globalization (University of MEDEA - Algérie)**

**Volume 06 -Issue 01
JAN 2020**



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039

المسؤولية الجزائرية لمتعهد الدخول عبر الانترنت

د. حدة بوخالفة (*)

تاريخ إرسال المقال: 2018/10/03

تاريخ قبول المقال: 2019/07/13

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

ملخص: متعهد الدخول عبر الانترنت هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوفر للأفراد وشركات مزودي خدمات الانترنت الأخرى الوصول إلى الانترنت ، ويقدم أيضاً خدمة بناء واستضافة موقع ويب. هذا النوع من مزودي خدمة الإنترنت غير مسؤول مسؤولية جزائية عن المحتوى الإلكتروني غير المشروع الذي يتم نقله عبر مواقع الويب ، لأنه لا يستطيع الإطلاع عليه ومراقبته ، ما لم يكن على علم بعدم مشروعيته ولم يبلغ السلطات المختصة أو أوقف بثه.

الكلمات المفتاحية: متعهد الدخول ، الانترنت ، مقدم خدمة الانترنت ، المحتوى الإلكتروني ، المسؤولية الجنائية .

Abstract:

An Internet access provider is that natural or moral person who provides individuals and other Internet service provider companies access to the Internet .also heprovides a service , Web site building and hosting .This type of Internet Service Provider is not responsible for the criminal liability for illegal content transmitted over the websites , because he can not read and monitor it, Unless it is aware of his illegitimacy and does not have notified the competent authorities or stopped broadcasting.

Keywords: The access provider Internet,Internet ,Internet Service Provider, electronic content, criminal liability.

(*) أستاذة محاضرة (ب) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ،
boukhalfahadda@yahoo.fr



مقدمة :

يقوم مقدمو الخدمات الفنية بتشغيل الأنترنت عن طريق تقديم الوسائل الفنية اللازمة لذلك ، و من بين هؤلاء مقدم خدمة الدخول ، الذي تقع على عاتق مجموعة من الإلتزامات أهمها توصيل المستخدم بالشبكة المعلوماتية .
و لأن العمل عبر قنوات الأنترنت قد ينتج عنه تجاوزات ترتب أضرار لمستخدميها ، فقد وجب دراسة النظام القانوني لمتعهد الدخول ، كأحد أشخاص الأنترنت الذي تدور حولهم تساؤل عن مسؤوليتهم الجزائية عن المحتوى غير المشروع الذي يمر بقنواتهم .
و عليه قسمنا هذه الدراسة لمبحثين ، نتناول في المبحث الأول تعريف متعهد الوصول و الطبيعة القانونية لخدمته ، أما المبحث الثاني فخصصناه إلى تحديد حالات المسؤولية الجزائية لمتعهد الوصول و شروط قيامها .

المبحث الأول: تعريف متعهد الوصول عبر الأنترنت و طبيعة خدمته

يعتبر مقدمي خدمة الأنترنت الأشخاص الذين يعملون على تسهيل خدمات الأنترنت و تحسينها لاستفادة المستخدم منها و سنتعرف على متعهد الوصول فيما يلي .

المطلب الأول: تعريف متعهد الوصول (مقدم خدمة الدخول)

لقد عرف متعهد الوصول بحسب الخدمة التي يؤديها و دوره في تشغيل الأنترنت و ذلك إلى عدة تعريفات نحاول حصرها في الفروع التالية .

الفرع الأول : التعريف الفقهي و يقصد بمتعهد الوصول¹ ، أي شخص طبيعي أو معنوي ، يقوم بدور فني لتوصيل المستخدم –الجمهور- إلى شبكة الأنترنت ، و ذلك بمقتضى عقود إشتراك تضمن توصيل العميل إلى المواقع التي يريدها².

و أيضا هو تلك المؤسسة التي تزود المستخدم بالوسائل الممكنة لدخول الأنترنت³ ، و ربطه بالحاسب الرئيسي ، حيث يمكن المستخدم من الوصول إلى المواقع التي يرغبها و الحصول على حاجاته من المعلومات و الخدمات ، فهو كما وصفته الأستاذة سيديان : نقطة دخول و خروج من الأنترنت⁴.

¹متعهد الدخول هو أحد وسطاء خدمات الأنترنت ، و له مسميات عدة ، فيطلق عليه مود الدخول إلى الأنترنت FAI أو متعهد الوصول أو مقدم خدمة الأنترنت أو مورد الخدمة . أنظر في ذلك : بسام فنوش الجنيد ، المسؤولية المدنية عن الإعلانات التجارية عبر الأنترنت ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2018 ، و أيضا : طاهر شوقي مؤمن ، الرقابة على محتوى الأنترنت ، مجلة معهد دبي القضائي ، العدد 3 ، السنة 2 ، معهد دبي القضائي ، دبي ، 2013 ، ص 199 .

²Pierre Trudel , La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information , disponible en ligne sur <http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/documents/activites/vermeys.ppt>, visité le : 12/11/2014, à l'heure 12/30 .

³Responsabilité des prestataires techniques, École supérieure de l'éducation nationale ,disponible en ligne sur



و "مورد المنافذ يقوم بتقديم خدمات ذات طبيعة فنية بإمداد مشتركه بالوسائل المادية التي تمكنهم من استخدام الشبكة (الانترنت) فهو ليس في الأصل المورد للمعلومة أو الخدمة و قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو جمعية أو شركة تجارية"⁵.

الفرع الثاني : التعريف التشريعي

1- عرفه القانون الفرنسي المتعلقة بتنظيم قطاع الاتصالات على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يستغل شبكة الاتصالات عن بعد و المفتوح للجمهور و يورد لهذا الأخير خدمة الاتصال عن بعد"⁶.

2- و عرفه قانون حق المؤلف الأمريكي بأنه : مقدم خدمات الوصول عبر شبكة الانترنت ، أو المشغل المنوط به تقديم التسهيلات اللازمة لنقل و توجيه أو توفير روابط الاتصال الرقمي بين النقاط ، أ، المحتويات التي يحددها المستخدم بدون تعديل للمحتوى الذي يقوم بنقله أو استقباله⁷.

و تجدر الإشارة إلى أن الأشخاص المسؤولين عن الأماكن العامة و التي تعرف بتسمية مقاهي الانترنت ، هي إحدى صور مقدمي خدمة الدخول ، و هي المكان الذي يمكن للمرء فيه أن يستعمل الحاسوب للاتصال بالانترنت و في الغالب يكون ذلك بمقابل مادي ، و عادة تحسب الأجرة بالساعة أو بالدقيقة .

http://www.esen.education.fr/fileadmin/user_upload/Modules/Ressources/Outils/mot_juriste/6-07-1_responsabilite_prestataires_tech.pdf , visité le : 17/03/2014, à l'heure 19/41 , p1.

⁴Valérie Sédallian . La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique , disponible en ligne sur <http://lthoumyre.chez.com/pro/1/resp19990101.htm> , visité le : 07/10/2015 , à l'heure 18/30, p123 .

⁵لينا إبراهيم يوسف حسان ، التوثيق الإلكتروني و مسؤولية الجهات المختصة به ، ط 1 ، دار الراية للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009 ، ص 26 .

⁶عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص-ص 114-115 . و أنظر أيضا : القانون الفرنسي رقم 659-96 ، الصادر في 26 جويلية 1996 ، المتضمن تنظيم قطاع الاتصالات .

⁷طارق جمعة السيد راشد ، المسؤولية المدنية للناشر الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية ، القاهرة ، 2018 ، ص 42 .



و لقد عرفها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي⁸ المتعلق بتحديد شروط و كفاءات فتح و استغلال مؤسسات التسلية و الترفيه ، في المادة 4/3 ما يلي : "... نادي الأنترنات : هو فضاء عمومي يضع تحت تصرف مستعمليه وسائل الإعلام و الاتصال التي تسمح بالدخول إلى شبكة الأنترنات ، بغية ربط علاقات مع الغير لأغراض شخصية و/أو مهنية و يمكن أن يقدم خدمات التلقين الأولى في مجال الأنترنات و البريد الإلكتروني ."

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لخدمة الوصول

إتجه الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لخدمة الدخول إلى رأيين و التي سنوضحها بالشكل التالي .

الفرع الأول : عقد الدخول إلى الشبكة

تمثل عملية تقديم خدمات الوصول عبر الانترنت في تمكين مستخدمي الشبكة المشتركين مع متعهد الوصول (les abonnés) ، بموجب عقد تقديم خدمات الدخول بالوسائل والأجهزة الفنية اللازمة⁹ ، لدخولهم إلى شبكة الأنترنات ، و عقد الدخول للشبكة يطلق عليه أيضا عقد الاشتراك في الأنترنات و هو عقد يبرم بين العميل أو المشترك ، و بين الشركة التي تقدم خدمة الانترنت¹⁰.

و يعرف عقد تقديم خدمات الدخول بأنه عقد ملزم لجانبين¹¹ ، محله تزويد العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الالتحاق بشبكة الأنترنات ، وبالنسبة للمشارك دفع قيمة الاشتراك حسب ما اتفق عليه¹² . و "بالنسبة للوسائل التي يتيحها متعهد الدخول من أهمها البرنامج الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر و الشبكة"¹³.

و من خلال التعريف يتضح أن المستخدم أو المستفيد من هذه الخدمة لا يتدخل في عمل مقدم خدمة الدخول ، فهو يتعاقد معه على أداء عمل ذي طبيعة فنية ، و بصورة مستقلة ، فالمستخدم لا يملك سلطة

⁸المرسوم التنفيذي رقم 05- 207 ، الصادر في 4 جوان 2005 ، المتضمن تحديد شروط و كفاءات فتح و استغلال مؤسسات التسلية و الترفيه ، الجريدة الرسمية العدد 39 ، المؤرخة في 5 جوان 2005 .

⁹Guide Permanent Droit et Internet, E 1.2., Fourniture d'accès, mars 2002, Éditions Législatives

¹⁰محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2002 ، ص 26 .

¹¹يقع على عاتق مقدم الخدمة التزام بتقديم اسم للمستخدم user name و كلمة السر و العنوان الإلكتروني ، إضافة إلى التزام تكميلي يتمثل في تقديم المساعدة التليفونية المسماة بالخط الساخن و التي تهدف إلى مساعدة العميل في حل المشاكل الفنية التي قد تصادفه و كل هذا عن طريق التلفون . أنظر في ذلك : خالد مهدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة - ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص – ص 99 – 100 .

¹²Guide Permanent Droit et Internet, E 1.2., Fourniture d'accès.

¹³خالد مهدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 99



إصدار الأوامر أو تعليمات أو توجيهات لمقدم الخدمة من الناحية الفنية ، الأمر الذي يفهم منه أن مقدم خدمة الدخول لا يرتبط مع المستخدم بعلاقة عمل¹⁴.

و يلاحظ أن "عقد توريد خدمة الدخول إلى شبكة الانترنت يمكن أن يتعلق بأعمال مختلفة من حيث موضوعه ، و منها خدمة الوصول المباشر للانترنت ، و هي تتيح للمستهلك وصولا غير محدود للانترنت ، و من ثمة الاستفادة من خصائص محددة عن طريق كلمة السر و موديم و رقم وصول"¹⁵. ونجد أن مختلف نماذج عقود الدخول إلى الشبكة ، إما أن تكون لمدة غير محددة ، أو مدة محددة مع مواصلة دفع الاشتراك قبل تجديد العقد نظير مدة أولية¹⁶.

و أيضا " من أهم تلك الخدمات توريد العميل بنظام الباحث الآلي الذي يسهل له السباحة عبر الشبكة و التقاط المواد المبتغاة و تجنب المواقع و المعلومات غير الموعوب فيها و كذلك خدمة إنشاء خطوط دقيقة تسهل الربط المباشر و السريع بالشبكة و المادة المعلوماتية المطلوبة"¹⁷.

إن ما يميز دور متعهدي الوصول أنهم "يرتبطون بأكثر من علاقة تعاقدية سواء أكانت مع المستخدم للانترنت أو مع غيره ، حيث يلتزم بإمداده بالمعلومة المطروحة على الشبكة من خلال القيام بالأعمال الفنية المطلوبة لاتصاله بها ، و تربطه علاقة عقدية مع مورد المعلومات أو منتجها و غالبا ما يرتبط بعقد التوريد للمعلومات ، مؤداه توريد المستخدم بالمعلومات التي إتفق المورد على توريدها و بثها عبر الشبكة"¹⁸. فهو "عقد خاص بشبكة الاتصال ، يبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج بضائعهم أو الحصول على بيانات علمية أو ثقافية أو ترفيهية و بين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك"¹⁹.

و حتى يتم تحقق ربط المستخدم بالانترنت يجب توفر بعض الشروط و هي :

- وجود جهاز الحاسوب لدى الشخص الذي يرغب في الاشتراك بالشبكة ، و جهاز مودم ، و الذي يعتبر وسيلة ربط بالشبكة و قد يكون خارجيا أو داخليا .

¹⁴ علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الانترنت، د ط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2012، ص 143 .

¹⁵ أسامة أحمد بدير ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني -دراسة مقارنة - ، د ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 112 .

¹⁶ إيمان مأمون أحمد سليمان ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراه (غير منشورة) ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، مصر ، 2005-2006 ، ص 66 .

¹⁷ محمد حسنين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دارالجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 216 .

¹⁸ محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، ص 29 .

¹⁹ أحمد عبد الكريم سلامة ، الانترنت و القانون الدولي الخاص فراق أو تلاق ، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت ، 1- 3 ماي 2000 ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أبوظبي ، ص 8 .

- إسم الدخول وكلمة السر ، حيث يجب تزويد المستخدم بهما ، و هي وسيلة أمان تحول دون سرقة المعلومات و الإطلاع عليها بصورة مخالفة للقانون فبدون معرفة هذا الاسم لا يمكن للمستخدم الدخول إلى الكمبيوتر الآخر و الحصول منه على البيانات التي يحتاجها.
- تحديد اشتراك الحصول على الخدمة ، و هو المبلغ الذي يلتزم المستخدم بتقديمه إلى الجهة المجهزة للخدمة.

الفرع الثاني : عقد تقديم المساعدة الفنية

تمكن هذه الخدمة مستخدم الإنترنت من مواجهة حلال مشاكل الفنية التي تعترضه ، وتسهم هذه النوعية من العقود في إتمام العمليات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية وبصفة خاصة إبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية الواردة على المنتجات ذات تقنية عالية ، وتمهدها المساعدة عن طريق الهاتف .

و تعمل هذه الخدمة على حل العديد من المشاكل الفنية المتعلقة بدخول المستخدم على شبكة الانترنت ، من خلال التليفون ، و يمثل هذا الالتزام أهمية كبرى في علاقة مقدم الخدمة بالمستخدم ، حيث من المتصور أن يواجه هذا الأخير أعطالا فنية في أحد الأجهزة أو البرامج الخاصة بعملية الاتصال بالانترنت ، وذلك على النحو الذي يفقد معه شريان التواصل مع عملائه ، و من ثمة يجب أن يلتزم مقدم الخدمة بالتصدي لمثل هذه الأمور ، من خلال تقديم الإصلاحات الفنية اللازمة²⁰.

و من ثمة يمكن القول أن خدمة المساعدة الفنية (الخط الساخن) تدخل في الإطار التعاقدية ، و ذلك بوصفها التزاما ناشئا عن عقد مستقل ، و بالتالي إذا أخل بها متعهد الوصول سوف يسأل مسؤولية عقدية ، و يترتب على هذا الرأي الأخير خضوع هذه الخدمة إلى التنظيم العقدي²¹.

و يطلق على هذه الخدمة عادة اسم الخط الساخن hotline ، و هذا لأنها تحقق مساعدة المستخدم الذي يستعمل الانترنت لأول مرة ، و ذلك بإزاحة كل العوائق التي تواجهه ، و تبدو أهميتها أيضا في تحسين إتمام العمليات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ، و بصفة خاصة إبرام العقد الإلكتروني الوارد على منتجات ذات تقنية عالية²².

²⁰ علاء التميمي ، المرجع السابق ، ص 153 .

²¹ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 ، ص 86 .
"أما التزامات العميل فإنه يلتزم بسداد الاشتراك المتفق عليه و أن يراعي القوانين و الأعراف السائدة و احترام قواعد الاستخدام" .
للزيد أنظر : محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، ط1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 76 .

²² محمد منصور حسين ، المسؤولية العقدية للإلكترونية ، بحث منشور على الموقع www.arablawninfo.com ، تاريخ الولوج

23 ماي 2014 ، على الساعة 27/13 ، ص 12 .



و مقدم الخدمة الذي يتعهد "بالمساعدة الفنية يجب أن يقوم بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان و من خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة ، كإلزامه بأن يحدد للعميل الوقت الذي يجوز له الدخول إلى الخط الساخن و الوقت المحدد للرد عليه و اللغة أو اللغات التي تقد بها هذه الخدمة"²³.

المبحث الثاني : المسؤولية الجزائية لمتعهد الدخول

إن الأصل أن متعهد الوصول لا تتم مساءلته عن المحتوى الإلكتروني غير المشروع ، إلا أن الفقه و القضاء شهد بعض التطبيقات لقضايا تتم فيها مساءلة مقدم خدمة الدخول.

المطلب الأول : حالات المسؤولية الجزائية لمتعهد الوصول

و يمكن حصر حالات المسؤولية الجزائية لمتعهد الوصول كالتالية .

الفرع الأول : كسريك في الجريمة

تقوم المسؤولية الجزائية لمقدم خدمة الدخول إذا شارك في ارتكاب جرائم عبر الانترنت ، أو المساعدة في نشر المضامين غير المشروعة أو سهل للفاعل الأصلي قيامه بذلك ، كتقديم الأجهزة و التقنيات اللازمة لحدوث هذه التجاوزات .

كما يمكن مساءلته إذا كان يقدم خدمات إضافية إلى جانب عمله الأصلي ، مثل اقتراح المادة المعلوماتية التي يتم بثها ، هنا يكون بمثابة متعهد معلومات أو منتج و يسأل بالتالي عن عدم مشروعية تلك المادة ، وكذلك الحال في حالة تعهده بالإيواء أو التخزين أو نقل المعلومات أو تجهيز مؤتمرات المناقشة ، هنا تثور مسؤوليته طبقاً لأحكام المركز القانوني الجديد الذي هو فيه .

الفرع الثاني : علمه بالمحتوى الإلكتروني

حيث تقوم المسؤولية الجزائية لمتعهد الوصول إذا كان على علم بالمادة المعلوماتية غير المشروعة أو مضمون الرسالة المخالفة للقانون ، أو كانت المخالفة على درجة كبيرة من الوضوح ، خاصة إذا اتسمت بالطابع الإجرامي ، و لم يتم باتخاذ الإجراءات اللازمة نحو وقف إذاعتها عبر الانترنت ، تقوم المسؤولية هنا على مدى العلم بالمحتوى غير المشروع و إمكانية السيطرة عليه أو وقفه .

و في هذه الحالة يمكن مساءلته أيضاً إذا تعهد صراحة بمراقبة المضمون المعلوماتي ، ففي هذه الحالة يكون مقدم الخدمة قد أزم نفسه ، و يجب أن يعمل على التقيد بهذا الالتزام ، و يتخذ الإجراءات اللازمة بأن يضع الأجهزة التقنية و الفنية لمراقبة المحتوى الإلكتروني عبر قنواته .

²³ خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 100.



و "يجب على متعهد الوصول أن يقدم إلى سلطات التحقيق أي بيانات تتعلق بعملائه متى طلب منه ذلك ، فهو يقوم بالحصول على بيانات تحقيق الشخصية المتعلقة بكل مشترك في بداية التعاقد"²⁴. و إلا تقوم في حقه المسؤولية الجزائية عن إخفاء معلومات عن متهم أو الاشتراك في الجريمة التي ارتكبها الشخص محل المساءلة .

إلا أننا نرى أن متعهد الوصول لا يتعدى دوره الفني في تقديم خدمة الدخول إلى الانترنت و لذلك لا يسأل عن المحتوى غير المشروع الذي يبث عبر منافذه ، إضافة إلى أنه يعمل بشكل حيادي يمنعه من تعديل أو تغيير محتوى هذه المعلومات ، و عليه لا يكون مسؤولاً جزائياً عن الأخطاء الجزائية التي ترتكب عبر منافذه ، إلا أنه ملزم من ناحية أخرى بتوقيف هذا البث أو إخطار السلطات المختصة بذلك إذا ما وصل إلى علمه عدم مشروعية هذا المحتوى .

المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية الجنائية لمتعهد الوصول

هناك شروط يجب توفرها حتى يمكن مساءلة متعهد الوصول جزائياً عن المحتوى الإلكتروني غير المشروع ، و التي يمكن حصرها فيما يلي .

الفرع الأول : العلم الفعلي بالمحتوى غير المشروع

القاعدة في هذا المجال أن المورد أو الوسيط يعد غير مسئول عن المعلومات المنشورة على الشبكة ، وعن المعلومات التي يتولى عملية نقلها ، أو التي يؤويها. بالمقابل فإنه يعد مسؤولاً إذا كان يعلم بالطابع غير المشروع لها ، أو إذا كان يعلم بالظروف التي تجعل عدم مشروعيتها واضحاً و ظاهراً²⁵.

و تظهر المعرفة الفعلية في وجهين ، الأول أن يكون مقدم خدمة الوصول عبر الانترنت على علم بالطابع غير المشروع للمحتوى الإلكتروني أو النشاط المسيء للغير ، كأن يكون التصرف على الانترنت غير مناسب أو يضر بالغير .

و الوجه الثاني للمعرفة الفعلية هو علمه بالوقائع و الظروف التي يكون فيها المحتوى غير المشروع واضحاً بما يدفع أي مجال للقول بعكس ذلك ، كأن تكون صور عري أو فيديوهات إباحية أو كلمات فيها تحريض على الفسق ، أو تعدي على أمن وسلامة الدولة ، ففي هذه الحالة لا يمكن لمقدم خدمة الانترنت الدفع بعدم معرفته

²⁴ محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، ص – ص 176-177 .

²⁵Pierre Trudel , o p. cit, p12 .



للطابع غير المشروع للمحتوى أو التصرف الضار ، بل يجب عليه المبادرة في غلق الموقع وتحذير المستخدم منه .

و في قضية برودجي (prodigy case's) ، و هي شركة مجهزة الخدمات ، في عام 1995 أقرت المحاكم الأمريكية حكم يقضي بالتعويض في حق الشركة برودجي لصالح الطرف المدعي ، على الرغم من أن الشركة لم يكن باستطاعتها مراجعة المحتوى الإلكتروني و البيانات التي تبثها عبر الموقع كتلك المتعلقة بالجانب المالي²⁶. فالشركة هنا لا تملك الأجهزة التقنية لمعرفة المحتوى الإلكتروني و هل هو ضار بالغير أم لا ، و لذلك فالحكم عليها هنا جاء غير منصف نظرا للظروف التقنية التي تعمل بها هذه الشركة .

و مما جاء فإن القضاء لا يفرض المعرفة الفعلية لمتعهد الوصول ، إلا أنه بالمقابل يقيم مسؤوليته الجزائية إذا تم إثبات معرفته الفعلية و توفر الوسائل التقنية ، أو تم تبليغه بذلك من السلطات المختصة أو الطرف المضرور من المحتوى غير المشروع ، و بالرغم من ذلك لم يسارع إلى إيقاف بثه²⁷.

و يجب القول أن هؤلاء المزودين لا يقع على عاتقهم الالتزام بالمراقبة ، و لذلك عدم قيامهم بمراقبة المعلومات لا يعد خطأ ، كما لا يفترض علمهم بمحتوى المعلومة التي تمر عبر قنواتهم ، و استنادا إلى ذلك كله فإن مسؤوليتهم تبدأ بمجرد إخطار الغير لهم لوجود المحتوى غير المشروع²⁸.

الفرع الثاني : عدم التصرف

هناك بعض التصرفات التي أقرتها القوانين و التي يجب على متعهد الوصول القيام بها فور علمه بالطابع غير مشروع للمحتوى الإلكتروني .

²⁶Yves Poulet , Jean-François Lerouge,La responsabilité des acteurs del'Internet , disponible en ligne sur www.crid.be, visité le 23/04/2015 , à l'heur 12/23 , o p. cit, p-p 17-18.

²⁷قضية Netcom: تتمثل وقائع هذه الدعوى في قيام المدعو Erlich Denis عضو سابق في إحدى الكنائس بنشر كتابات السيد Ron Hubbard على BBS و المحمية بحقوق المؤلف و كانت ال BBS متصلة بالانترنت من خلال شركة Netcom من إحدى شبكات متعهدي الوصول الأمريكية ، فقامت الكنيسة بتحريك الدعوى ضد شركة Netcom بتهمة التقليد إلا أن المحكمة الأمريكية قد استبعدت مسؤولية شركة Netcom عن جريمة التقليد ، لأن الحكم بغير ذلك يعني مساءلة كل متعهدي الوصول على شبكة عن معلومات لا يمكنهم التدخل بمنعها. وقائع القضية منشورة على الموقع : http://www.loundy.com/CASES/RTC_v_Netcom.html ، تاريخ الولوج : 2016/05/12 ، الساعة 45/18.

²⁸محمد عرسان أبو الهيجا ، علاء الدين فواز الخصاونة ، المسؤولية التقصيرية لمزودي خدمات الانترنت عن المحتوى غير المشروع - دراسة في التوجيه الأوروبي و القانون الفرنسي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 - ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 42 ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الإمارات العربية المتحدة ، أفريل 2010 ، ص 62.

أولاً: الإخطار

و يقصد بالإخطار هنا إخطار السلطات المختصة أو الجهة المعنية ، فمقدم خدمة الانترنت ملزم الانترنت ملزم بتبليغ السلطات بالمحتوى غير المشروع متى علم بوجوده²⁹.

و "بموجب نص المادة 8-1/6 من القانون الفرنسي حول الثقة في الاقتصاد الرقمي تأمر مقدمي خدمات الإنترنت ، بصورة عاجلة وبغض النظر عن صفاتهم أو طبيعة الخدمة التي يقدموها ، باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف بث أي مضمون ثبت عدم مشروعيته. وبالطبع تقوم مسؤوليتهم في حال عدم استجابتهم لهذا الأمر"³⁰ ، و المقصود بالإجراءات اللازمة هنا هي إخطار السلطات المختصة.

و "كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أقرت في عام 2004 نصوصا تقرر المسؤولية الجزائية على عاتق مزودي خدمات الانترنت في حالة عدم الإبلاغ عن وجود

مواد غير مشروعة عبر قنواتها بموجب الفصل 13032 usc 42"³¹.

و من جهة أخرى هناك الإخطار من جانب السلطات المختصة أو مستخدمي الانترنت³² ، أي أن تقوم السلطات المختصة بإرسال إخطار إلى متعهدي خدمة الوصول ، بوجود محتوى غير مشروع ، و إلزامهم بحذفه أو وقف بثه .

و نص المشرع الجزائري على هذا الإخطار في التعديل الأخير لقانون العقوبات³³ ، حيث نصت المادة 2 منه التي استحدثت بموجب المادة 394 مكررا 8 ، على أن مقدمي خدمة الانترنت ملزمين بسحب المحتوى بعد

²⁹Étienne Montero, La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, disponible en ligne sur : www.crid.be , visité le 11/03/2015, à l'heure 14/30 , p 280 .

³⁰ أحمد قاسم فراح ، النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنت - دراسة تحليلية مقارنة - ، مجلة المنارة ، المجلد 13 ، العدد 9 ، جامعة آل البيت ، الأردن ، 2007 ، ص 34 .

³¹ أكمل يوسف السعيد يوسف ، المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الانترنت ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد 50 ، جامعة المنصورة ، مصر ، أكتوبر 2011 ، ص 29 .

³² من التقنيات المستخدمة لزيادة الأمن عبر الشبكة الانترنت هي تقنية الكشف المبكر عن الدخلاء التي تستخدم برامج ذكية تكشف عن أي نشاط هجومي عبر مراقبة دقيقة للشبكة و يجب أن يكون لهذا النظام المقدرة على جمع المعلومات عن العمليات التي تتم في الشبكة و تحليلها و تأمين مصادر الشركة ثم الكشف عن أي عمل تخريبي.أنظر في ذلك : إيمان محمد الطاهر ، الحماية المدنية لمستخدمي البريد الإلكتروني ، مجلة الرافيدين للحقوق ، المجلد 12 ، العدد 54 ، جامعة الموصل ، العراق ، 2012 ، ص 181 .

³³ الأمر رقم 66-155 ، الصادر في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، المؤرخة في 10 جوان 1966 .



إخطارهم من طرف السلطات المختصة التي نص عليها القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال و مكافحتها في المادتين 13 و 14 منه ، ونصت المادة 13 على إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحته ، و أتي صدر هذا الإخطار في شكل أمر أو حكم قضائي صادر من السلطة القضائية .

و "وفقا للقانون الفرنسي 719-2000 المادة 8/43 الصادر في 1 أوت 2000 ، المعدل للقانون 30 سبتمبر 1986 الصادر عن المجلس الدستوري ، و الذي جاء فيها أن التبليغ الذي يتضمن الشكليات اللازمة ، يعتبر مزود الخدمات مبلغا و يتحمل المسؤولية عن المضمون إذا لم يتصرف بالسرعة اللازمة لمحوه من النت وهذا التبليغ يتضمن الشكليات التالية :

- تاريخ التبليغ .
 - إذا كان المبلغ شخصا طبيعيا يجب أن يتضمن التبليغ : اسمه و مهنته و محل إقامته و جنسيته و تاريخ و مكان ولادته ، أما إذا كان شخصا معنويا فيتضمن التبليغ شكله و اسمه و مركزه و اسم ممثله القانوني .
 - اسم و محل إقامة المرسل إليه ، و إذا تعلق الموضوع بشخص معنوي عنوان مركزه .
 - وصف دقيق للأفعال موضوع النزاع و مكان تمركزها بدقة .
 - الأسباب التي من أجلها يجب سحب المضمون مع تحديد النصوص القانونية و تعليل الوقائع .
 - نسخة عن الرسالة إلى الكاتب ، أو إلى ناشر المعلومات ، أو إلى القائم بالنشاط غير المشروع ، و التي يطلب فيها المتضرر وقف أو سحب أو تعليل عدم اتصاله بالكاتب أو الناشر³⁴.
- و بالنسبة للإخطار من جانب مستخدمي الانترنت ، فيكون عن طريق وسائل معينة ، و لذلك يجب على مقدمي خدمة الانترنت إنشاء خط خاص أو توفير الوسائل اللازمة لتمكين العملاء من الاتصال بهم ، كأن يوفر لهم موقع خاص لهذه الشكاوى أو رمز يمكن أن يضغط عليه للتبليغ ، كما تم استحداثه في الكثير من المواقع مثل ، غوغل و يوتوب و غيرها ، فعلى مستخدم الانترنت الذي يكتشف المحتوى غير المشروع أو يكون ضحية عمل إجرامي عبر الانترنت ، أن يتصل بمقدم الخدمة للتبليغ عن ذلك لإزالتها أو وقف بثها.

³⁴ أودين سلوم الحايك ،مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية ،دون طبعة ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس – لبنان ، 2009 ، ص – ص 176-177 .

و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الإخطار و لكن بمعاقبة كل شخص - أي أشخاص الانترنت - على أي نوع من الإخطارات الكاذبة ، التي قد تشير بوجود احتمال اعتداء على النظام المعلوماتي أو المضمون الإلكتروني ، و ذلك في المادة 135 من القانون المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية³⁵. و هذه المادة يمكن تطبيقها على مستخدم الانترنت و مقدم الخدمة ، فالمشرع استخدم مصطلح كل شخص ، و المقصود بذلك كل شخص يستخدم الأنترنيت سواء كان من الزوار أو العاملين فيها .

كما أنه يتعين على مقدمي خدمة الأنترنيت الاحتفاظ بكل البيانات التي تساهم في تحديد الشخص صاحب المحتوى غير المشروع³⁶، حيث يجب على مقدم الخدمة الاحتفاظ بملفات الدخول التي تحتوي على عنوان ال IP للحاسبات التي تتصل بالموورد و التي تسمح بالوصول إلى كل المستخدمين³⁷. و عليه أيضا ، تسليم هذه البيانات للسلطات المختصة للبحث و معرفة المؤلف صاحب المعلومة ، أو الشخص الذي قام بإعادة نشرها ، حتى يتم تعويض المضرور .

و من جهتنا يمكن القول أن هذا الإخطار يجب أن يتناول النقاط التالية :

- يجب أن يحدد تاريخ الإخطار و المعلومات المتعلقة به ، حيث يمكن أن يكون موضوع الإخطار يختلف عن موضوع المسؤولية الجزائية و التي تتضمن محتوى غير مشروع أو أي اعتداء من الجرائم المعلوماتية .
- طبيعة الحقائق و موقعها على الانترنت ، و هل تتضمن تحديد لأشخاص مقدمي الخدمة المعنيين بهذه المواقع ، أي الذين يؤدون مهامهم عبر هذه القنوات .
- تحديد القواعد القانونية و الواقعية التي تجعل المحتوى المحدد غير قانوني ، أو العنصر الذي يترتب عليه عدم المشروعية .

³⁵المادة 135 ، القانون رقم 03-2000 ، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية ، الصادر في 6 أوت 2000 ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، المؤرخة في 6 أوت 2000 ، حيث نصت : " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة مالية من 10.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل شخص يصدر عمدا عن طريق لاسلكي كهربائي إشارات أو نداءات نجدة كاذبة أو خادعة ."

³⁶Etienne Montero, o p.cit, p280.voir aussi : Morgan Lavanchy, La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse ,disponible en ligne sur www.droit-technologie.org, visité le 10/11/2014 , à l'heur 12/30,p-p 44-49.

³⁷Morgan Lavanchy, ibid,p50 .



– وضع التبريرات التي تشير إلى سبب عدم الاتصال بمقدم الخدمة أو عدم استجابته في حالة الاتصال الفعلي و المباشر به أي تحديد نسخ التي تم التبادل بها مع مقدمي الخدمة عند الاتصال سواء عند الاستجابة منهم أو لا .

ثانيا : عدم وقف البث

و معنى ذلك أن يعلم مقدم خدمة الانترنت بالمحتوى غير المشروع للمعلومات سواء علم بذلك عن طريق الغير أو أن يكتشف ذلك بنفسه ، أو أن يتم إعلامه بأي طريقة كانت ، كأن يكون إخطار صادر عن السلطات المختصة ، و رغم إعلامه فإنه لا يبادر بمنع بث هذا المضمون غير المشروع ، أو أن يوقف تداوله و العمل على محوه من الموقع الإلكتروني³⁸.

و قد نص المشرع الجزائري على هذا التصرف في المادة 12 من القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها³⁹ (المذكور سابقا) ، و أيضا في التعديل الأخير لقانون العقوبات⁴⁰ و بموجب المادة 2 منه يعاقب مقدمي خدمة الانترنت على عدم إيقاف بث المحتوى غير المشروع و السماح بالدخول إليه أو نشره و تداوله عبر قنواتهم ، فمقدمي خدمة الانترنت مكلفين بحذف

³⁸عبد الفتاح محمود كيلاني ، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة بنها ، مصر ، 2012 ، ص 502 .

³⁹القانون رقم 04-09 ، الصادر في 05 أوت 2009 ، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال و مكافحتها ، الجريدة الرسمية العدد 47 ، المؤرخة في 16 أوت 2009 ، حيث جاء في المادة 12 منه : " ... يتعين على مقدمي خدمات الانترنت ما يأتي : أ- التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون الإطلاع عليها بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين و تخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممن . ب- وضع الترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحوي معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة و إخبار المشتركين لديهم بوجودها. " .
⁴⁰الأمر رقم 66-156 ، المتضمن قانون العقوبات. حيث نصت المادة 2 التي استحدثت المادة 394 مكرر 8 على ما يلي : " يعاقب بالجس من سنة إلى ثلاث سنوات و بغرامة مالية من 2000.000 دج إلى 10.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، مقدم خدمات الانترنت بمفهوم المادة 2 من القانون 04-09 المؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق ل5 غشت سنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها ، الذي يقوم أعذاره من الهيئة الوطنية المنصوص عليها في القانون المذكور أو صدور أمر أو حكم قضائي يلزمه بذلك : أ- بالتدخل الفوري لسحب أو تخزين المحتويات التي يتيح الإطلاع عليها أو جعل الدخول إليها غير ممكن عندما تتضمن محتويات تشكل جرائم منصوص عليها قانونا . ب- بوضع ترتيبات تقنية تسمح بسحب أو تخزين المحتويات التي تتعلق بالجرائم المنصوص عليها في الفقرة أ من هذه المادة أو لجعل الدخول إليها غير ممكن. " .



المحتوى غير المشروع و منع الوصول إليه ووضع الأجهزة و التقنيات اللازمة لمحوه و إزالته من النظام المعلوماتي الذي يوجد فيه .

و انطلاقا من هذه الهادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري وضع عدة التزامات على عاتق مقدمي خدمة الدخول للانترنت تتحدد فيما يلي :

الالتزام بعدم نشر أي محتوى يعد جريمة أو صادر عن جريمة طبقا لنص القانون ، أي أن مقدمي خدمة الانترنت الذين يتضح لهم وجود محتوى يشكل جريمة في حد ذاته أو ناتج عن جريمة يعاقب عليها القانون ملزم بعدم نشره متى اكتشف عدم مشروعية المحتوى الإلكتروني ، سواء بنفسه أو عن طريق الغير أو عن طريق السلطات المختصة .

1- سحب الرابط أو حجب الموقع أو العمل على حذف المحتوى الإلكتروني⁴¹ بمجرد اكتشافه لعدم مشروعيته ، فمقدم الخدمة هنا ملزم بالتصرف بإيقاف بث المضمون و الإوقع في حقه المسؤولية القانونية لنشر محتوى ناتج عن جريمة أو يشكل جريمة بمقتضى القانون .

2- يلزم مقدم خدمة الإنترنت بوضع الوسائل الملائمة لمنع المحتوى غير مشروع ، بحيث لا يستطيع مستخدمي الإنترنت الوصول إليه ، كما يسهل على مدير النشر الإلكتروني ، أو صاحب الموقع حجباها أو جعل الولوج إليها مستحيلا ، أو أي مقدم خدمة آخر يصل إلى علمه عدم مشروعية المحتوى الإلكتروني .

3- يلتزم مزود خدمة الإنترنت أيضا بوضع الوسائل و التقنيات الكفيلة التي تسهل على مقدمي خدمة الإنترنت الآخرين التعرف على مضامين المحتوى غير المشروع و الإخبار عنها من قبل مستخدمي الإنترنت سواء كانوا من الزوار أو الضحايا ، ففي هذه الحالة يمكن لكل شخص قام بالولوج للانترنت الإخطار عن طريق الوسائل التي وفرها له مقدمي الخدمة ، للإبلاغ عن أي محتوى غير مشروع قد تضمن جريمة أو ناتج عن جريمة .

إذا فالمشرع الجزائري نص على التزام قانوني أصلي تمثل في سحب المحتوى الإلكتروني و توفير الوسائل القانونية اللازمة لمنع الوصول إليه ، أما الالتزام القانوني التبعي فيتمثل في إيقاف البث ، فمقدم الخدمة ملزم

⁴¹ الهادة 12 من القانون رقم 09 – 04 ، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.



يأيقاف بث المحتوى غير المشروع فور علمه بذلك ، فهذا الالتزام الثاني يترتب تلقائيا مباشرة بعد إبلاغ مقدم الخدمة من طرف السلطات المختصة .

كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد ربط التزام مقدم خدمة الإنترنت بسحب المحتوى وتوفير الوسائل اللازمة لمنع الوصول إليه ، بعملية الإخطار من طرف السلطات المختصة ، حيث نلاحظ أن هذا الالتزام حسب المشرع ، لا يصبح قائما في حق مقدم الخدمة إلا بعد ثبوت تبليغه رسميا من طرف السلطات المختصة أو بصدور أمر أو حكم قضائي يلزمه بذلك .

خاتمة :

إن الدور الذي يقوم به متعهد الوصول عبر الإنترنت في توفير نقاط الاتصال للمستخدم ، لا ينفي عنه الالتزام بمحاربة جميع أشكال الاعتداءات التي تحدث بشكل يومي و متكرر على الشبكة المعلوماتية بما يؤدي بالإضرار بالمحتوى الإلكتروني و يجعل الإنترنت محيط غير مستقر للاستفادة منه .

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

1- القوانين الجزائرية :

- الأمر رقم 66-155 ، الصادر في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، المؤرخة في 10 جوان 1966 .
- القانون رقم 03-2000 ، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية ، الصادر في 6 أوت 2000 ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، المؤرخة في 6 أوت 2000 .
- القانون رقم 09-04 ، الصادر في 05 أوت 2009 ، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها ، الجريدة الرسمية العدد 47 ، المؤرخة في 16 أوت 2009 .
- المرسوم التنفيذي رقم 05-207 ، الصادر في 4 جوان 2005 ، المتضمن تحديد شروط و كفاءات فتح و استغلال مؤسسات التسلية و الترفيه ، الجريدة الرسمية العدد 39 ، المؤرخة في 5 جوان 2005 .

2- القوانين الأجنبية :

- القانون الفرنسي رقم 96-659 ، الصادر في 26 جويلية 1996 ، المتضمن تنظيم قطاع الاتصالات .
- Guide Permanent Droit et Internet, E 1.2., Fourniture d'accès, mars 2002, Éditions Législatives.

**ثانياً: المراجع****1- بالعربية :**

- أحمد قاسم فراح ، النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنت - دراسة تحليلية مقارنة - ،مجلة المنارة ، المجلد 13، العدد 9، جامعة آل البيت ، الأردن، 2007 .
- أحمد عبد الكريم سلامة ، الانترنت و القانون الدولي الخاص فراق أو تلاق ، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت ،1- 3ماي 2000 ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أبو ظبي .
- أسامة أحمد بدير ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني -دراسة مقارنة - ، د ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- أكمل يوسف السعيد يوسف ، المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الانترنت ،مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ،العدد 50 ، جامعة المنصورة ، مصر ، أكتوبر 2011 .
- أودين سلوم الحايك ،مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية ،دون طبعة ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس – لبنان ، 2009.
- إيمان مأمون أحمد سليمان ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراه (غير منشورة) ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، مصر ،2005-2006.
- إيمان محمد الطاهر ، الحماية المدنية لمستخدمي البريد الإلكتروني ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12 ، العدد 54 ،جامعة الموصل ، العراق ، 2012.
- بسام فونش الجند ، المسؤولية المدنية عن الإعلانات التجارية عبر الانترنت ،مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2018 .
- خالد ممدوح إبراهيم ،إبرام العقد الإلكتروني –دراسة مقارنة - ، الطبعة الثانية ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، 2011 .
- سمير حامد عبد العزيز الجمال ،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 .
- طارق جمعة السيد راشد ، المسؤولية المدنية للناشر الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية ، القاهرة ، 2018.
- طاهر شوقي مؤمن ، الرقابة على محتوى الانترنت ، مجلة معهد دبي القضائي ، العدد 3 ، السنة 2 ، معهد دبي القضائي ، دبي ، 2013 .
- عبد الفتاح بيومي حجازي ،النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، 2002.
- عبد الفتاح محمود كيلاني ، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة بنها ، مصر ، 2012
- علاء التميمي ،التنظيم القانوني للبنوك الإلكترونية على شبكة الأنترنت ،دط ،دارالجامعة الجديدة ،مصر ، 2012 .
- لبنا إبراهيم يوسف حسان ، التوثيق الإلكتروني و مسؤولية الجهات المختصة به ، ط1 ، دار الولاية للنشر و التوزيع ،عمان ، 2009 .
- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ،ط1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 .
- محمد حسنين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دارالجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003.



- محمد منصور حسين ، المسؤولية العقدية الإلكترونية ، بحث منشور على الموقع www.arablawinfo.com ، تاريخ الولوج 23 ماي 2014 ، على الساعة 27/13.
- محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2002.
- محمد عرسان أبو الهيجا ، علاء الدين فواز الخضانة ، المسؤولية التقصيرية لهزودي خدمات الانترنت عن المحتوى غير المشروع - دراسة في التوجيه الأوروبي و القانون الفرنسي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 - ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 42 ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، الإمارات العربية المتحدة ، أبريل 2010 .

2- إلهام حذري :

- Étienne Montero , La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, disponible en ligne sur : www.crid.be , visité le 11/03/2015, à l'heure 14/30
- Morgan Lavanchy, La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse ,disponible en ligne sur www.droit-technologie.org, visité le 10/11/2014 , à l'heure 12/30,
- Pierre Trudel , La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information , disponible en ligne sur <http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/documents/activites/vermeys.ppt> , visité le : 12/11/2014, à l'heure 12/30 .
- Responsabilité des prestataires techniques, École supérieure de l'éducation nationale ,disponible en ligne sur http://www.esen.education.fr/fileadmin/user_upload/Modules/Ressources/Outils/mot_jur_iste/6-07-1_responsabilite_prestataires_tech.pdf , visité le : 17/03/2014, à l'heure 19/41.
- Valérie Sédallian . La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique , disponible en ligne sur <http://lthoumyre.chez.com/pro/1/resp19990101.htm>, visité le : 07/10/2015 , à l'heure 18/30.
- Yves Pouillet , Jean-François Lerouge, La responsabilité des acteurs del'Internet , disponible en ligne sur www.crid.be, visité le 23/04/2015 , à l'heure 12/23 .

التفريق باللعان (دراسة تحليلية مقارنة)

د. إلغات ربيحة (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/11/25

تاريخ إرسال المقال: 2019/07/27

ملخص : من خلال هذا المقال تطرقنا لواحد من أهم مواضيع الأحوال الشخصية ، ويتعلق بصورة من صور فك الرابطة الزوجية باعتباره يرتب أثرا على العلاقة الزوجية من جهة ، وله آثار تنصرف إلى النسب من جهة أخرى ، وهو موضوع اللعان. واللعان ثابت بالنصوص القرآنية شرعه الله ، إذا رمى الزوج زوجته بالزنا ، ولم يستطع إثباته ، أو نفي نسب ولدها منه ، بمعنى أنها أنت به من الزنا ، أو يقذفها بهما معا ، فيرميها بالزنا ، وينفي نسب الولد عنه ، وتطلب الزوجة إقامة حد القذف عليه ، ويطلب هو إقامة حد الزنا عليها وحينئذ يأمر القاضي بالملاعنة.

الكلمات المفتاحية: اللعان ، الطلاق ، الزوجين ، النسب ، الإسلام.

Abstract: Through this article we discussed one of the most important issues of personal status, and related to the image of the dissolution of the marital bond and as it affects the marital relationship on the one hand, and has implications to the descent, which is the subject of tenderness. Al-La'an is consistent with the Koranic texts. Allah has forbidden the husband to commit zina, and he cannot prove it, or deny his son's share of it, in the sense that it resulted in adultery, or throwing it with them. And he is asked to set the limit of adultery on them and then the judge orders the meat.

Keywords: liane, divorce, couple, descent, Islam.

(*) أستاذ محاضر أ-كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر 1 ، Ilrebiha2019@gmail.com

مقدمة

ينعقد الزواج بالإرادة اتفاقا فلا زواج مع تخلفها مطلقا، والأصل في العقود أن ما تبرم به تنفسخ لأجله ولكن عقد الزواج دون العقد الأخرى يتميز بما لا يتوفر إلا فيه من الأمور التي قد تطرأ عليه فتؤدي إلى التفریق بين الزوجين وذلك عن طريق اللعان، الذي يعتبر قذف الزوجة بالزنا.

واللعان مقترن بالفقه، ومع قلة النصوص الواردة فيه رغم وجودها حاول الفقه الإحاطة به من كافة جوانبه العملية ومن ثم يكون تحليل الآراء الفقهية المقارنة في مجال اللعان غاية في الأهمية.

ولقد غدّ الحكم في كل من قذف امرأة بالزنا ولم يثبت ما ادعاه عليها بأربعة شهود، أن يحد حد القذف وهو ثمانون جلدة، ولا تقبل شهادته لقوله [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاقِقُونَ] ⁽¹⁾، والمراد بالمحصنات النساء ههنا المتزوجات العفيفات، وكان هذا الحكم عندما يقذف الرجل امرأة أجنبية، أو زوجته بالزنا أول الأمر.

ثم حدث أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي (ص) فقال له النبي (ص): «البينة أو حد في ظهرك» فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلا مع امرأته ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي عليه الصلاة والسلام يقول «البينة أو حد في ظهرك» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق لينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۚ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَيَذَرُهَا الْعَذَابَ إِنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) ⁽²⁾، فكان هذا أول بيان لحكم اللعان من كتاب الله.

هذا النص القرآني والأساس من حديث النبي (ص) لم يعتبره الفقه كافيا لممارسة اللعان ودرى شبه القذف و الزنا به على ما طرأ عليه من جزئيات لم ينظمها النص فأدلى الفقه في هذا الباب بدوله وكشف اللبس على العديد من الإشكالات العملية المرتبطة رأسا بضبط مفهومه وحجه الشرعية والقائمة بالخصوص على طبيعته، شروط وجوبه وآثاره. ففيمما يتمثل اللعان فقها وما هي مقوماته؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنبحث في هذا الموضوع: مفهوم اللعان ضمن مبحث أول ومقوماته ضمن مبحث ثان.

(1) - سورة النور - الآية 04.

(2) - سورة النور - الآية 06-09.

البحث الأول: مفهوم اللعان

يقتضي التعرض لمفهوم اللعان التطرق له من حيث التعريف ، الحجية والطبيعة التي ينشأ بها.

المطلب الأول: تعريفه اللعان وحجيته

لا يستوي مفهوم اللعان إلا باستواء تعريفه ، وباراز حجيته الشرعية التي تؤكد جوازه.

الفرع الأول: تعريف اللعان

لا يمكن الوقوف على تمام تعريف اللعان إلا من خلال التدقيق في معناه لغة ومن ثم اصطلاحاً أو شرعاً.

أولاً- تعريفه لغة

جاء في لسان العرب: أَيْبَتَ اللَّعْنُ ، كَلِمَةٌ كَانَتْ الْعَرَبُ تُحَيِّي بِهَا مُلُوكَهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَقُولُ لِلْمَلِكِ أَيْبَتَ اللَّعْنِ مَعْنَاهُ أَيْبَتَ أَيُّهَا الْمَلِكُ أَنْ تَأْتِيَ مَا تُلْعَنُ عَلَيْهِ .

وَاللَّعْنُ الْإِبْعَادُ وَالطَّرْدُ مِنَ الْخَيْرِ وَقِيلَ الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ مِنَ اللَّهِ وَمِنَ الْخَلْقِ السَّبُّ وَالذُّعَاءُ وَاللَّعْنَةُ الْأَسْمُ وَالْجَمْعُ لِعَانٌ وَلَعْنَاتٌ وَلَعْنَةٌ يَلْعَنُهُ لَعْنًا طَرَدَهُ وَأَبْعَدَهُ وَرَجُلٌ لَعِينٌ وَمَلْعُونٌ وَالْجَمْعُ مَلَاعِينٌ⁽³⁾.

ولعنه لعنا: طرده وأبعده ، وتلاعن القوم ، ولعن بعضهم بعضاً ، ولاعن امرأته: ملاعنة ولعانا .
واللعن: مصدر لاعن كقابل ، من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد سمي به لا بالغضب للعه نفسه ، والسبب قبلها والسبق من أسباب الترجيح⁽⁴⁾ ، ومصدر لاعن سماعي لا قياسي ، والقياس الملاعنة ، وكثيراً من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد ، يقال منه اللعن ، أي لعن نفسه ، ولاعن إذ فاعل غيره ، ومنه رجل لعان بفتح العين إذ كان كثير اللعن لغيره ، وبسكونها إذا لعنه الناس كثيراً⁽⁵⁾.

ثانياً- تعريفه اصطلاحاً

اللعان اسم يجري بين الزوجين من الشهادات ، بالألفاظ المعروفة ، يسمى ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة ، من تسمية الكل باسم الجزء ، ولم يسم باسم الغضب ، وهو أيضاً موجود فيه ، لأنه في كلامها وكذلك في كلامه وهو أسبق ، والسبق من أسباب الترجيح .

جاء في حاشية ابن عابدين: "هو شرعاً شهادات أربع ، كشهود الزنا (ومؤكدات بالإيمان مقرونة شهادته باللعن) وشهادتها بالغضب ، لأنهن يكثرن اللعن ، فكان الغضب أدرع لها ، قائمة شهادته مقام حد القذف في حقه ، وشهادتها مقام حد الزنا ، أي إذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنهما حد الزنا ، لأن الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد . وعرفه صاحب تنوير الأبصار بقوله⁽⁶⁾: "شهادات مؤكداً بالإيمان مقرونة باللعن ، قائمة مقام

(3) - بن منظور ، لسان العرب ، بيروت ، دار صادر (387/13).

(4) - حاشية ابن عابدين - مرجع سابق - ص: 3/ 507.

(5) - بن الهمام - فتح القدير - مرجع سابق ص: 4/ 276.

(6) - شرح الخرشني - مرجع سابق 3/ 263.



حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنا في حقها". وجاء في شرح الخرشي: قال ابن عرفة⁽⁷⁾: "اللعان حلف الزوج على زنا زوجته ، نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه". وفي الروضة البهية⁽⁸⁾: "هو الملعنة بين الزوجين في إزالة حد ، أونفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم". وفي مغني المحتاج⁽⁹⁾: "كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف ، من لطح فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نفي ولد". وعرفه الحنابلة في التنقيح المشبع⁽¹⁰⁾ "شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب ، قائمة مقام حد القذف في جانبه ، وحد الزنا في جانبها".

ومن التعاريف السابقة نستطيع أن نضع التعريف التالي:

اللعان: أربع شهادات من الزوجين أمام الحاكم مؤكدة بالإيمان ، مقرونة شهادة الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنا في حقها.

قد تعرض فقهاء المذاهب الإسلامية وغيرهم لتعريف اللعان شرعا ، وسنبين ذلك فيما يلي:

1- الحنفية: جاء في البناية شرح الهداية⁽¹¹⁾ قال العتبي: ومعناه شرعا ، عبارة عما يجري بين الزوجين

من الشهادات الأربع.

وقال ابن عابدين⁽¹²⁾ شهادات مؤكدة بالإيمان ، مقرونة شهادته باللعن ، وشهادتها بالغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ، وشهادتها مقام حد الزنا في حقها ، ويستخلص من هذا قوله: مؤكدة بالإيمان أي: مقويات بها لأن لفظة أشهد بالله محمولة على الشاهدة عن يقين وعلى القسم . ومؤدى مقرونة شهادته باللعن: أي بعد الرابعة بأن يقول اللعنة بالله عليه إن كان من الكاذبين ، وشهادتها بالغضب ، لأن النساء عادة يكثرن اللعن على أنفسهن فلا تبالي بذكره حينئذ لاعتيادها عليه كما جاء في الحديث: « فهن يكثرن اللعن ، ويكفرن العشير » (وهو الزوج).

2- المالكية: قال الكشناوي⁽¹³⁾: هو حلف الزوج علي زنا زوجته ، أو نفي حملها اللازم له: هذا ما جاء في

أسهل المدارك شرح إرشاد السالك.

وقال الأزهري: حلف الزوج على زنا زوجته ، أو نفي حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه إن أوجب

نكولها حدها بحكم القاضي ، وهذا هو تعريف ابن عرفة من المالكية⁽¹⁴⁾.

(7) - الروضة البهية 181/2.

(8) - مغني المحتاج: 367/3.

(9) - تنوير الأبصار - مرجع سابق 408/1 ، البدائع للكاساني 175/3 ، المبسوط 21/6.

(10) - التنقيح المشبع - ص 249.

(11) - البناية شرح الهداية 728/4.

(12) - حاشية بن عابدين 483/3.

(13) - حاشية بن عابدين 482/3 - وحاشية الطحاوي على الدر المختار 203/2.

(14) - أسهل المدارك ، شرح إرشاد السالك ، 173/3.

3- عند الشافعية: قال المليباري في إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين⁽¹⁵⁾: كلمات خمسة جعلت كحجة للمضطر إلى قذف الزوجة التي لطخت فراشه أو إلى نفي ولد علم أو ظن مؤكدا أنه ليس منه.

4- قال الحنابلة: قال ابن المفلح، في المبدع في شرح المقنع⁽¹⁶⁾ شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب، قائمة مقام حد قذف في جانبه، وحد زنا في جانبها.

الفرع الثاني: حجية اللعان

إن التعرض لحجية أي نظام من المنظور الشرعي يقتضي التعرض للمصادر الناصة عليه بدأ بكتاب الله وسنة نبيه وانتهاء بإجماع أئمة الفقه والاجتهاد.

أولا- حجية اللعان من القرآن الكريم

جاء في سورة النور: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ] إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ۚ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ۚ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ۚ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ]⁽¹⁷⁾.

ولقد بينت هذه الآيات الكريهات أن عقوبة من يقذف المحصنات عامة، ثم من يقذف من الأزواج زوجته وهذه العقوبة التي جاء بها القرآن الكريم جلد ثمانين جلدة إلا إذا أتى بأربعة شهداء. يراد بالمحصنات في الآية الكريمة العفائف وهذا ما ورد في الجامع لأحكام القرآن في سورة النور، فكلمة المحصنات تأخذ المعنى الخاص بها حسب موقعها في النص على النحو التالي:

- 1- العفائف: وهي المرادة في الآيات القذف كما ذكرنا.
- 2- المتزوجات كما في قوله تعالى في بيان المحرمات من النساء [وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ]⁽¹⁸⁾.

3- الحرائر: حسب الجامع لأحكام القرآن لقوله تعالى [وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ]⁽¹⁹⁾ حيث قال سعيد بن جبير: هي في رمة عائشة رضي الله عنها خاصة. وقال قوم هي في عائشة وسائر أزواج النبي (ص) قاله ابن عباس وغيره، وقيل هذه الآية وعيد لمن قذف المحصنات ولم يعلن التوبة حيث أصر على المعصية.

(15) - إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين 152/4.

(16) - المبدع في شرح المقنع 73/8.

(17) - سورة النور، الآية 4-9

(18) - سورة النساء، الآية 24.

(19) - النساء، الآية 25.

ثانيا- حجية اللعان من السنة النبوية

1- عن عكرمة عن ابن عباس: أن هلال بن أمية كذف امرأته عند رسول الله (ص) لشريك بن سمحاء ، فقال النبي (ص): «البينة أو حد في ظهرك»، فقال يا رسول الله ، إذا رأى أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة ، فجعل (ص) يقول: البينة ، وإلا فحد في ظهرك ، وقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ، ولينزلن الله I في أمري ما يبرئ ظهري من الحد: فنزلت الآيات في سورة النور من 6 إلى 9 قال تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ).

فانصرف النبي (ص) ، فأرسل إليهما فجاءا فقام هلال بن أمية فشهد ، والنبي(ص) يقول: الله يعلم أن أحدهما كاذب فهل منكما من تائب؟ ثم قامت فشهدت فلما كان عند الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، وقالوا لها: إنها موجبة ، قال ابن عباس: فتلكأت ، ونكصت ، حتى ظننا أنها سترجع ، فقالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فضمت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين ، سابع الأليتين ، خدلج الساقين فلو لشريك ابن سمحاء ، فجاءت به كذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن» أخرجه البخاري والترمذي وابن ماجه . قال أبو داوود⁽²⁰⁾: وهذا مما تقرده به أهل المدينة.

2 - وعن كليب وهو ابن شهاب ، عن ابن عباس أن النبي (ص) أمر رجلا حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا ، أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول: «إنها موجبة» أخرجه النسائي.

3 - وجاء في صحيح البخاري⁽²¹⁾: عن سهل بن سعد الساعدي: أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم ، أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا ، أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك ، فسأل عاصم رسول الله عن ذلك ، فكره رسول الله(ص) المسألة وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله(ص) ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله (ص) فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها ، فقال عويمر ، والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء الرسول (ص) وسط الناس فقال: يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله (ص) قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فأذهب فأت بها. قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله⁽²²⁾.

ثالثا- حجية اللعان من الإجماع

بعد التعرض لحجية اللعان طبقا لمصدري التشريع الإسلامي وهما: القرآن والسنة ، نتعرض إلى المصدر

(20) - سنن أبي داوود ، مرجع سابق ص 62/3.

(21) - فتح الباري - ط الخشاب- 370/3.

(22) - الرسالة للشافعي - ص148 ، ورد أيضا في الأم 111/5.

الثالث وهو الإجماع ، قال ابن حزم في مراتب الإجماع⁽²³⁾ .

اتفقوا على أن الزواج الصحيح: هو عقد الذكر المسلم البالغ العاقل الذي ليس بسكران ولا محدود في قذف ، لا أحرص ولا أعمى إذا قذف بصريح الزنا زوجته البالغة العاقلة الحرة المسلمة ، التي ليست محدودة في زنا ولا قذف ، وقذفها وهي في عصمته بزنا ذكر أنه رآه منها بعد نكاحه لها ، مختارة للزنا غير مكروهة ، وكان الزوج قد دخل بها ووطأها ، أو لم يدخل بها ، ثم لم يطأها بعدما ذكر من اطلاعه على ما رأى ، ولم يطلقها بعد قذفها ، ولا مات ، ولا ولدت ، ولا اتضح نكاحها ، فإن اللعان بينهما واجب .

تختلف طبيعة اللعان الخاصة باختلاف نظرة الفقه إليه ، بحيث تبرز له طبيعته من حيث لزوم تدخل القضاء في الفصل به من عدمه ، من حيث كونه موجب للتفريق بين الزوجين أديا أم مؤقتا ، وكذا من حيث صورته التي يصدر بها .

الفرع الأول: طبيعة اللعان من حيث لزوم تدخل القضاء

اختلف الفقه في ضرورة تدخل القضاء للزوم اللعان ونفاذه بين أقوال مؤسسة على اجتهاد خالص: فقد ذهب الأحناف⁽²⁴⁾ ورواية عن أحمد اختارها الحنفية⁽²⁵⁾ أن الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الحاكم بعد الانتهاء من اللعان⁽²⁶⁾ . وقال مالك⁽²⁷⁾ وزفر⁽²⁸⁾ والليث والحنابلة⁽²⁹⁾ أن الفرقة بين الزوجين تقع بينهما بانتهاء اللعان بينهما ، ولا حاجة لتفريق الحاكم. وقال الشافعي: منفردا بهذا الرأي: إذا انتهى الزوج من لعانه وقعت الفرقة وحرمت عليه زوجته ولو لم تلتعن ، وهناك قولان انفرد بهما أصحابه .

وستتناول بالدراسة أهم هذه الآراء مبينين حجج كل فريق ، وما استنبطوه من القرآن والسنة .

أولا- أدلة القائلين بأن الفرقة لا تقع باللعان وتحتاج إلى المحاكم

إذا رجعنا إلى نص الحديث المذكور نرى أنه بعد أن تم اللعان بين الزوجين قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق بالثلاث ، وكان هذا قبل أن يفرق بينهما النبي (ص) .
ووجه الاستدلال أن قول عويمر كذبت عليها ، إن أمسكها على أنها زوجته بعد اللعان ، وإلا فلا يصح أن يمسك أجنبية أو تمت الفرقة بتهام اللعان ، ثم إن هذا كان بحضرة النبي الكريم ولم ينكره فكان إقرار منه على فعل عويمر وأنه حين طلق إنها كانت زوجته ، فثبت بهذا أمران:
- أن الفرقة تقع باللعان ،

(23) - مراتب الإجماع ، لابن حزم ص 80-8

(24) - جاء في الجوهرة: وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة الزوجية القائمة ، ويقع طلاق الزوج عليها ، وظهاره وإلاؤه 71/5 .
وراجع أحكام القرآن للجصاص ، 71/5 ، وفتح القدير 253/3 .

(25) - الروضة البهية 182/2 .

(26) - الإنصاف ، 350/9 .

(27) - الروض النضير ، 194/4 . التاج المذهب 267/2 .

(28) - وقال في مجمع الأنهار 425/1 ، ويحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق

(29) - بن رشد ، بداية المجتهد 73/2 .

- أن إقرار النبي (ص) لعويمر دليل على أن الزوجة بعد اللعان محل للطلاق ، وفي رأينا أن هذا الدليل الذي ذكره الأحناف ليس نضا في موضع النزاع ، بل يؤيده شطرا من النزاع وهو أن الفرقة لم تتم بمجرد اللعان ، ولكن ليس فيه أي إشارة إلى أنه يقع بتفريق من القاضي ، ولكن روايات أخرى تنص صراحة على أن النبي (ص) فرق بينهما.

هذا ولقد رُد على الإمام الشافعي في رأيه بما يلي:

قال الشافعي أن الفرقة تتم بين الزوجين إذا أتم الزوج لعانه ، قبل أن تلعن الزوجة ، وحجته أن:

- لفظ الطلاق كاللعان ، فكما أن لفظ الطلاق لا يتوقف على غير كلام الزوج كذلك اللعان ،
- إن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين فإذا تمت الفرقة بلعان الرجل كما ذهب إليه الشافعي ، وبانت الزوجة فأى لعان يتم؟! وأن النبي (ص) فرق بين المتلاعنين بعد لعانها بوقوع الفرقة ، قيل هذا القول مخالف عن قول السنة وفعل النبي⁽³⁰⁾.

فيما رُد على الأحناف بأن حديث عويمر العجلاني:

- ليس فيه دلالة على ما ذهب إليه الأحناف إذ أن عويمر طلق زوجته ثلاثا ففرق (ص) بينهما ، والتفريق هنا لم يكن اللعان بالطلاق الثلاث ، حيث بانت زوجته ففرق بينهما.

- وأما الفرقة بين الزوجين لا تقع إلا بلفظ يدل على الطلاق صريحا أو كناية ، فينقص هذا الدليل أن كثيرا من أنواع الفرقة تقع بغير ذلك والأمثلة كثيرة كالفرقة بالردة وبالرضاع ، فإن الفرقة تقع بكل منهما مع أنه لا يوجد فيها لفظ الطلاق.

ثانيا- أدلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج إلى المحاكم

أما أصحاب هذا الرأي فقد استدلوا:

- بحديث بن عمر: قال رسول الله (ص) للمتلاعنين حسابكما على الله إن كان أحكما كاذب ، قال رسول الله (ص) مالي ، لا ملك إن كنت أصدقت عليها فهو بما استحلتت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها. متفق عليه. وجه الاستدلال بهذا الحديث قوله (ص) لا سبيل لك عليها بعد إتهام اللعان بينهما ، فدل ذلك على أن الفرقة وقعت بمجرد لعانها ، وما جاء من روايات أخرى من أن النبي (ص) فرق بين المتلاعنين فيجب أن تحمل على هذا وأنه (ص) فرق بينهما لأن الفرقة وقعت باللعان فهو مخير عن الحكم الذي تقرر باللعان نفسه.

- ما ورد عن علي قال: مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبدا ، رواه الدارقطني.

- عن علي وبن مسعود قالوا: مضى في السنة أن لا يجتمع المتلاعنين ، رواه الدارقطني.

فهذان الحديثان يفيدان صراحة بعدم جواز اجتماع المتلاعنين بعد تلعانها ، فإذا لم تقع الفرقة باللعان وانتظر حتى يفرق الحاكم بينهما كانت هناك فترة اجتمع فيها المتلاعنان وهذا لا يصح ، فلم يكن بد من أن تقول أن الفرقة تمت بلعانها.

(30) - زاد المعاد 103/4.

ولقد رُد على هذا الرأي المستند على هذه الروايات بما يلي:

- عن سهل بن سعد في المتلاعنين: لا يجتمعان أبدا ، رواه أبو داوود ،
- وعن ابن عباس: أن النبي (ص) قال: المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا ، رواه الدارقطني .
يقول أستاذنا الجليل الشيخ حسن محمود للتوفيق بين هذه الروايات⁽³¹⁾: "هذه الأحاديث تفيده أن تفریق الرسول (ص) حاصل قبل إخباره بأن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ، فأفاد ذلك أن عدم الاجتماع ناشئ عن تفریق الرسول وليس ناشئاً عن حصول الفرقة باللعان ويكون معنى قول علي وقول ابن مسعود أن لا يجتمع المتلاعنين على حال التلاعن بعد التفریق ، وبذلك تبين النصوص كلها ، لا يكون بعضها دالا على حكم ما يفيد غيرهما ، وتكون هذه الروايات كلها متفقة مع الأحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفریق الحاكم .

هذا ما يتفق مع ما روي في الكتاب والسنة من أن اللعان شهادات من الزوجين فاشتبهت الشهادة في الحقوق أمام الحاكم التي لا تثبت حكمها إلا عند الحاكم ، وبحكمه فلا تثبت الفرقة باللعان بل تثبت بحكم الحاكم بالتفریق بين المتلاعنين .

- والرد على الدليل الثالث: بأن ردة الزوجة لا توجب الفرقة حالا بل لا بد من انتظار العدة إذا ما مضت ثلاث حيضات بانت الزوجة ووقعت الفرقة وكذلك الفرقة باللعان فهما وإن كان لا يفترقان إلا بعد تفریق القاضي .

الفرع الثاني: طبيعة اللعان من حيث لزوم الفرقة بين المتلاعنين

هذا هو ما ذهب إليه عثمان ، وهو رأي ضعيف لم أجد من تابعه فيه فيما اطلعت عليه ، إلا ما ذكره بن حجر ، من أن بن زيد البصري تابع عثمان في ذلك ، وأدلة هذا الرأي:
- أن اللعان ليس من ألفاظ الطلاق ، لا الصريح منها ولا الكناية ولو كان ذلك لوقعت به الفرقة متى تم سواء أكان أمام الحاكم أم كان عند غيره ، لا فرق في الحالين بينهما . نجدهم يقولون ألا يقع إلا أمام القاضي . ووجه هذا الدليل قياس اللعان أمام الحاكم على اللعان عند غير الحاكم فيما أن الثاني لا يقع به فرقة كذلك يجب ألا الفرقة بالأول .

- وأما ما أورده الجمهور من أن النبي (ص) فرق بين المتلاعنين فالسبب في ذلك ليس اللعان وإنما هو الطلاق الثلاث ، فالتفریق من البينونة بالطلاق لا باللعان .

ويرد على هذا الرأي آيات ذكرناها أهمها أن رسول الله (ص) فرق بين المتلاعنين ، ومضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ، ثم لا يجتمعان أبدا ، وفي حديث بن عباس في هلال بن أمية أن رسول الله (ص) فرق بينهما .

(31) - فقه القرآن والسنة ، ص 163 .

الفرع الثالث: طبيعة اللعان من حيث كونه فسحا أو طلاقا

ذكرنا رأي الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان وهل تتم بمجرد اللعان أم بقضاء القاضي ، والآن نشير إلى هذه الفرقة هل هي فسخ أو طلاق؟

- ذهب مالك⁽³²⁾ والشافعية⁽³³⁾ والظاهرية⁽³⁴⁾ والزيدية⁽³⁵⁾ والحنابلة⁽³⁶⁾: إلى أن الفرقة باللعان فسخ للنكاح وليست بطلاق ، وقال بهذا الرأي أيضا من الأحناف أبو يوسف والحسن بن زياد ، وحجتهم أن هذه الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فكانت فسحا كفرقة الرضاع.

- أما أبو حنيفة فقد ذهب إلى أنها طلاق بائن قياسا على فرقة الغبن لدى الحاكم وأنها فرقة من جانب الرجل فهي طلاق⁽³⁷⁾.

ذكر صاحب الروض النظير ، وهو من الزيدية حجة المذهب باعتبار الفرقة فسحا لعدة أسباب:

- أن اللعان ليس صريحا في الطلاق ، ولم ينو به الزوج الطلاق حتى لا يقع ،

- ثم لو كان طلاقا لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة ،

- لو كان طلاقا ، فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينو به الثلاث فيكون رجعيا ،

- إن الطلاق بيد الزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع ، واستدلوا أيضا بما رواه أيضا بن عباس في المتلاعنين أنهما يفترقان بغير طلاق.

الفرع الرابع: طبيعة اللعان من حيث التأييد في التحريم والتأقيت

إذا تمت الفرقة باللعان سواء بحكم الحاكم أو بتام اللعان ، فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريما مؤبدا بحيث لا يجوز للزوجين أن يعودا إلى بعضها ولو بعقد جديد؟ أم أن الفرقة بينهما مؤقتة سرعان ما تعود الزوجية إذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه وأقيم عليه الحد؟

انقسم الفقهاء إلى رأيين ، فمنهم من قال أن التحريم باللعان تحريم مؤبد كالتحريم بالرضاع ، ومنهم من قال أنه تحريم مؤقت كسائر أنواع الفرقة التي تتم بحكم القضاء.

أولا - قول الجمهور

الجمهور على أن الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك أن الحياة الزوجية مبنية على المحبة والثقة وأي ثقة يتبدلها زوجان تم اللعان بينهما أمام جماهير الناس ، قال في الروض النظير: إن الحكمة تقتضي تأييد التحريم ، فإن النظرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه لا تزول أبدا لأن الزوج إن كان صادقا عليها

(32) - بن رشد ، بداية المجتهد 73/2 ، الخرشي 275/3.

(33) - المهذب 134/2.

(34) - بن حزم ، المحلى ، مرجع سابق 143/10

(35) - التاج المذهب 263/2.

(36) - زاد المعاد 103/3.

(37) - فتح القدير 255/3.



فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الأشهاد وإن كان كاذبا فقد أضاف إلى ذلك تهمتها بهذه الفرية العظيمة⁽³⁸⁾.

ورواية بن عمر أن النبي (ص) قال لا سبيل لك عليها. وفي البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن بن عمر أن النبي (ص) قال: المتلاعنين إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا، فهذه النصوص تفيد أنها حرمت عليه حرمة مؤبدة.

وقد رد على هذا الدليل قول بن شهاب: مضت سنة المتلاعنين، ليس فيه ما يدل على أن السنة هي سنة النبي (ص) فقد تكون وقد لا تكون، إذا وجد الاحتمال سقط الاستدلال.

وأما قوله لا سبيل له عليها هو بمثابة إخبار عن الفرقة التي تمت بينهما، إذ أنها حرمت عليه، والحرمة سواء كانت مؤقتة أم مؤبدة لم يصدق القول فيها أنه لا سبيل له عليها ويكون معنى قوله (ص) لا سبيل لك عليها ما لم تتزوجها من جديد وببعد جديد.

وإلى هذا ذهب الجعفرية⁽³⁹⁾ والشافعية⁽⁴⁰⁾ والزيدية⁽⁴¹⁾ والحنابلة⁽⁴²⁾ والظاهرية⁽⁴³⁾ والمالكية⁽⁴⁴⁾ الإباضية⁽⁴⁵⁾، ومن الأحناف أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد⁽⁴⁶⁾.

ولقد كانت حجج الجمهور:

ما روي عن الزهري في قصة المتلاعنين، ففرق رسول الله (ص) بينهما وقال لا يجتمعان أبدا.

وعن عمر بن الخطاب يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا⁽⁴⁷⁾.

وقال سعيد بن جبير إن كذب نفسه ردت إليه مادامت في العدة.

وعن بن عمر عن النبي (ص) أنه قال: " المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا " الروايات التي جاء

(38) - الروض النضير، 4/192.

(39) - الروضة البهية، 2/184، حيث جاء فيها: والتحریم مؤبد ولو كذب نفسه، المختصر النافع 235.

(40) - نهاية المحتاج 6/198.

(41) - الروض النضير 4/196.

(42) - المهذب عند الحنابلة أن الفرقة باللعان فرقة مؤبدة هذا ما جزم به الغزالي في الوجيز، وقدمه في المحرر والحاوي الصغير والفروع. وهناك رواية أخرى أنه لا تحرم إذا كذب نفسه وقد حاول صاحب الإنصاف التوفيق بين المذهب والرواية الثانية فقال: ينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما لم يفرق الحاكم بينهما، فأما إن فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحال، (أنظر: الإنصاف: 121/8).

(43) - بن حزم، المحلى، 10/144.

(44) - بن رشد، بداية المجتهد 5/75، الخرشي 3/275.

(45) - شرح النيل 9/545.

(46) - مجمع الأنهر، 1/464.

(47) - زاد المعاد 4/104، أما بن القيم فقد قال في زاد المعاد بعد أن ذكر هذه الرواية إشارة إلى قوله المتلاعنين إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا، الرواية مطلقة، ولا أثر لتفريق الحاكم في دوام التحريم، فإن الفرقة الواقعة بنفس اللعان أقوى من الفرقة الحاصلة من تفريق الحاكم، وفي رأي أن منشأ الخلاف أن من أجاز التكذيب ومن لم يجز، الخلاف حول وقوع الفرقة بتفريق الحاكم.

فيها ، فمضت سنة المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا.

ثانيا- قول الحنفية

قال أبو حنيفة ومحمد أن الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة إذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة وأقيم عليه حد القذف فإن له أن يعود إلى زوجته بعقد جديد.

وروي هذا عن التابعين: سعيد بن المسيب وإبراهيم والشعبي وابن جبير.

ولقد اعتمد القائلون بالحرمة المؤقتة على أن:

- عموما آيات النكاح في القرآن الكريم ليس فيها ما يشير إلى التحريم المؤبد في اللعان كقوله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ)⁽⁴⁸⁾ فهذه نصوص التحريم ثم ذكر الله تعالى: (وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ)⁽⁴⁹⁾ ، وقوله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ)⁽⁵⁰⁾.

فالله تعالى قد بين في كتابه الحكيم ما حرمه على المسلمين من النساء وما أباحه ، وليس فيه ما يدل

على أن الزوجة التي فرق بينها وبين زوجها باللعان أنها محرمة على زوجها.

- إن الفرقة باللعان بحكم الحاكم ، فكل فرقة كانت من جانب الحاكم لا توجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب ، ويمكن الرد على هذا الدليل أن التفريق بسبب العيب لا يمنع الزوجين العودة إلى حياتهما الزوجية إثر تفريقهما مباشرة ، بينما لا يجوز ذلك في اللعان ، فالقياس مع الفارق.

فالقاضي إذا فرق بين الزوجين بسبب العيب مثلا ثم أراد الزوجان أن يستأنفا حياتهما الزوجية جاز ذلك أما التفريق بسبب اللعان فحتى يجوز لهما العودة إلى حياتهما الزوجية ، لا بد أن يكذب الرجل نفسه ويقيم الحاكم عليه الحد.

- لو كذب الملاعن نفسه بعد أن تم اللعان ، وقبل وقوع الفرقة ، أي قبل أن يفرق الحاكم بينهما لوجب

حد القذف على الرجل ولا يفرق القاضي بينهما. وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف أيضا مع أنه من القائلين بالتحريم المؤبد.

وعلى هذا فإذا كذب الرجل نفسه بعد تفريق الحاكم فيجب ألا يختلف الحكم في الحالين ، لأنه طالما

أن تكذيب الزوج نفسه قبل التفريق كان سببا لزوال اللعان ، فيجب أن يكون كذلك الحكم فيما لو كذب نفسه بعد التفريق.

(48) - سورة النساء الآية 23.

(49) - سورة النساء الآية 24.

(50) - سورة النساء الآية 03.

المبحث الثاني: مقومات اللعان

يشتمل اللعان على أربعة أركان هي: الملعن ، الملاعنة ، سببه ، لفظه ، كما يشمل شروطا تتضمنها هذه الأركان يلزم توفرها للقول بصحته.

المطلب الأول: الملعن

يشترط في الملعن أن يكون بالغا عاقلا حرا أو مملوكا عدلا أو فاسقا. ويشترط الإسلام في الزوج لا في الزوجة.

وفي لعان الكافر روايتان ، أشهرهما أنه يصح وكذا القول في المملوك ويصح طلاقه وإقراره بالقتل . ويضيف جعفر بن الحسن الهدلي: ربما هذا موقف شاذ منا ، نظرا إلى تعذر العلم بالإشارة وضعيف ذلك ، إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل ، ولا يصح اللعان مع عدم الإشارة المعقولة وعدم النطق لم يكشف إلا باللعان.

ونفي ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان ولو أفاقت صح ، وإلا كان النسب ثابتا والزوجية باقية ، ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه ولم يثبت ، وإذا عرف انقضاء الحمل لاختلاف شروط الالتحاق أو بعضها وجب إنكار الولد ، واللعان لئلا يلتحق بنسبه من ليس منه ، ولا يجوز إنكار الولد للشبهة ، ولا للظن ولا لمخالفة صفات الولد لصفات الواطئ.

المطلب الثاني: الملاعنة

بعد التعرض للركن الأول وهو الملعن ، نتطرق للركن الثاني وهي الملاعنة: ويشترط فيها البلوغ وكمال العقل وسلامة الحواس كالخرس والصمم مثلا ، وأن تكون متزوجة بعقد دائم ، وفي اعتبار المدخول بها خلافا لما روي أنه لا لعان قبله ، أي قبل الدخول ، وفيه رأي بجواز ذلك وقال ثالث بثبوته بالقذف دون نفي الولد ، ويثبت اللعان بين الحر و المملوكة ، وفيه رواية بالمنع. وهناك رأي آخر بثبوته بنفي الولد دون القذف. ويصح لعان الحامل لكن لا يقام عليها الحد إلا بعد الوضع (ولا تصير الأمة فراشا بالملك) ، فهل تصير فراشا بالوطء ، ففي ذلك روايتان: أشهرهما أنها دنست فراشا ولها ولد ، إلا بإقراره ، لو اعترف بوطئها ولو نفاه لم يفتقر إلى لعان.

بالنسبة لأهلية الزوجة: فهل يصح اللعان للزوجة الصغيرة أو المجنونة:

قال الحنفية: إذا كانت كافرة أو صغيرة أو مجنونة فلا حد لعدم الإحصان ولا لعان لذلك. وقال الحنابلة⁽⁵¹⁾: إذا قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما. وقال الشافعية⁽⁵²⁾ إذا قذف زوجته الصغيرة وهي ممن لا يوطأ عزره القاضي تعزيرا ولا يحد. وقال المالكية⁽⁵³⁾ وإذا كانت صغيرة في سن لا توطأ فيه فلا حد ولا لعان ، وإن كانت صغيرة في سن توطأ فيه

(51) - الإنصاف، 244/9.

(52) - مغني المحتاج ، 382/3.

(53) - شرح الخرشي ، 2723/3.

فإنه يلاعن وحده.

المطلب الثالث: سببه

وهو الركن الثالث من أركان اللعان ويتضمن أمران: القذف ، إنكار الولد.

الفرع الأول: القذف

لا يترتب اللعان به إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة ، فلو رمي الأجنبية تعين الحد ولا لعان ، وكذا لو قذف الزوجة ولم يدع المشاهدة ولو كان له بيّنة فلا لعان ولا حد . وكذا لو كانت المقدوفة مشهورة بالزنا ، ويتفرع على اشتراط المشاهدة سقوط اللعان في حق الأعمى بالقذف لتعذر المشاهدة ويثبت في حقه بنفي الولد ، ولو كان للقاضي بيّنة فعدل عنها إلى اللعان ، ولو قذفها بالزنا إضافة إلى قبل النكاح فقد وجب الحد و القذف ولا يترتب عليه نفي الولد ، ولا طلاق للمقدوفة من زوجها إن كان القاذف أجنبيا .

والقذف هو رمي الزوجة أو غيرها بتهمة الزنا ، أو رمي الرجل البالغ العاقل الحر المسلم بالزنا ، ويترتب عليه إما إحضار البيّنة وهي أربعة شهود ، أو اعتراف من المقدوف أو تنازل عن حقه ، فإذا لم يتم ذلك لا بد من تطبيق حد القذف على القاذف ، وحده ثمانون جلدة (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۚ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)⁽⁵⁴⁾.

فهذه الآية تدل على أحكام القذف عموما ، وهي مفصلة في كتب الفقهاء ، فقال العلماء: إن لهذه الآية مناسبة ، وسبب نزولها ما قيل في عائشة رضي الله عنها .

ويرى رأي آخر أنها نزلت بسبب القذف عامة لا في تلك المناسبة أم الواقعة ، وقال ابن المنذر: لم نحد في أخبار رسول الله (ص) خبرا يدل على تصريح القذف .

وظاهر كتاب الله تعالى مستغنى به ودالا على القذف الذي به يوجب الحد ، والعلماء على ذلك مجمعون ، والآية ذكرت النساء دون الرجال لأنهن أهم من الرجال ، ورميهن بالفاحشة أشبع وأضر للنفوس ، وقذف الرجال داخل في حكم الآية وحصل الإجماع على ذلك .

وأوضحت الآية عقوبة القاذف وهي أشد العقوبات في الشريعة الإسلامية ، عقوبة حسية وهي الجلد لقوله تعالى: (فاجلدوهم ثمانين جلدة) ، وعقوبتان معنويتان وهما الوصف بالفسق ، وعدم قبول شهادتهم مدى الحياة ، إلا الذين تابوا وأصلحوا من بعد القذف ، فالعقوبة المعنوية أشد على النفس وقعا من العقوبة الحسية . قال رسول الله (ص) « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا: وما هن يا رسول الله ، قال: الشرك بالله ، والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا - وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات .»

(54) - سورة النور الآية: 04-05.

الفرع الثاني: إنكار الولد

بعد التحدث عن السبب الأول وهو القذف ، هناك سبب ثاني متمثل في إنكار الولد أو نفي الولد ، ولا يثبت اللعان لإنكار الولد حتى تضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئها ، ما لم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل ، وتكون موطوءة بالعقد الدائم.

ولو ولدته تاما لأقل من ستة أشهر لم يلحق به وانتفى عنه بغير لعان.

أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تالاعنا ، ولا يلحق الولد حتى يكون الوطاء ممكنا والزوج قادرا.

وإذا كان الوطاء من صبي فولدت لم يلحق به ولو كان له عشر سنوات ، فما زاد لحق بها لها كان البلوغ في حقه ، ولو كان نادرا ، وإذا أنكر الولد لم يلعن يجور اللعان حتى يبلغ ويرشد ويفكر ، ولو مات قبل البلوغ أو بعده ولم يذكره ألحق به ، وورثته الزوجة والولد.

ولو وطأ الزوج دبيرا ، فحملت ألحق به لا إمكان استرسال المهني ، ولا يلحق ولد الخصي والمحبوب ، ولا

ينتفي ولد أحدهما إلا باللعان تنزيلا لا على سبيل الاحتمال ، وإن بعد.

وإن كان الزوج حاضرا وقت الولادة ، ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار ، لم يكن له إنكاره بعد ذلك ،

إلى أن يؤخره بها جرت العادة به ، كالسعي إلى الحاكم.

ولو أمسك على نفي الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع لاحتمال أن يكون التوقف للتردد بين

أن يكون حملا أو ريحا ، ومن أقر واعترف بالولد صريحا أو ضمنا لم يكن له إنكاره بعد ذلك ، مثل أن يبشر به ، فيجيب بها يتضمن الرضا ، كأن يقال له مثلا: بارك الله لك في مولودك فيقول: آمين ، أو إن شاء الله ، أما لو قال مجيبا: بارك الله فيك ، أو أحسن الله إليك ، لم يكن إقرارا.

وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول فادعته الزوجة ، وادعت أنها حامل منه فإن أقامت البينة لعنها

وحرمت عليه ، كان عليه المهر.

وإن لم تقم البينة كان عليه نصف المهر ولا لعان ، وعليها منه سوط ، وقيل لا يثبت اللعان ما لم يثبت

الدخول ، ولا يتوجب عليه الحد لأنه لم يقذف ، ولا أنكر ولدا يلزمه الإقرار به.

ولو قذف امرأته ونفى الولد وأقام البينة سقط الحد ، ولم ينتف الولد إلا باللعان ، ولو طلقها طلاقا بائنا

فأنت بولد يلحق به في الظاهر ولم ينتف إلا باللعان.

ولو تزوجت المطلقة فأنت بولد لدون ستة أشهر من الدخول الثاني ولتسعة أشهر فما دون للفرق

الأول ، لم ينتف عنه إلا باللعان ، ويشترط في نفي الحمل أن يثبت أنه لم يطاها لأمد يلحق به ، كما يشترط أيضا الاستبراء بحيضة واحدة.

وهناك رأي آخر يتم الاستبراء بثلاث حيضات خلافا للشافعي وابن حنبل في هذا الشرط. كما يشترط

نفيه قبل وضعه ، فإذا سكت حتى وضعته حد ، ولم يلعن خلافا لأبي حنيفة. فقال الشافعي: يلعن إذا سكت

لعذر ، فإن قذفها من غير رؤية ، ولا نفي حمل لم يلعن في المشهور من آراء الفقهاء.

المطلب الرابع: صيغة اللعان

بعد التعرض للأركان الثلاثة سالفه الذكر نتطرق للركن الرابع من أركان اللعان ، ويتمثل في صيغة أو لفظ أو كيفية اللعان.

لا خلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان ، لأنها وردت في القرآن الكريم ، وقضى بذلك رسول الله (ص) بين المتلاعنين.

- قال الأحناف والحنابلة والإمامية: اللعان أن يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من زنا أو نفي الولد .
وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين ، فيما رماها به من زنا أو نفي الولد ، وهذا ما جاء في طاهر الرواية عند الأحناف ، وجاء في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا بد أن يقول أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا ، وهي تقول: أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا ، لأنه إذا ذكر بلفظ الغائبة مثل رميتها ممكن فيه شبهة واحتمال.

- وقال مالك: اللعان أن يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل شهادة منها: أشهد بالله أنني رأيتها تزني أو أن هذا الحمل ليس مني ، ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم قي الخامسة تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

وما ذهب إليه مالك بخلاف ظاهر الكتاب والسنة ففي القرآن الأحاديث التي ذكرت ، لا يوجد ما يشترط إلى أنه يشترط أن يقول أنه رآها تزني . أما الشافعية فيشترطون ذكر اسم الزوجة في اللعان .

قال الشافعي: اللعان أن يشهد بالله أربع أنه لمن الصادقين فيما رمى به زوجته فلانة بنت فلان ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ، ثم الإمام ويذكره بالله ويقول: إني أخاف إن لم تكن صدقت أن تبوء بعنة الله فإن أراد أن يمضي أمره بوضع يده على فيه ويقول: أن قولك على لعنة الله إن كانت من الكاذبين كموجبة لعنة الله إن كنت من الكاذبين وكذلك لا ضرورة إلى ذكر اسم الزوجة لأن الإشارة إلى زوجته تغني عن ذكر اسمها واسم أبيها.

الفرع الأول: صيغة اللعان عند الحنيفة

جاء في الهداية: "أولاً أن يتدئ القاضي بالزوج . ثانياً: ويأمره فيشهد أربع مرات ويقول في كل مرة أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، يقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويشير إليها في جميع ذلك . ثالثاً: تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به ، وهذا في حالة عدم وجود ولد ، وأما إذا كان اللعان من أجل نفي الولد فقال أبو بكر الجصاص وغيره عن أبي الحسن الكرخي - رحمه الله - إن الحاكم يأمر الزوج أن يقول: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي ولدك ، هذا فيقول ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتك به من نفي ولدك هذا ، ثم يأمرها القاضي فتقول: أشهد بالله أنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي

هذا، فتقول ذلك أربع مرات ثم تقول في الخامسة وأن غضب الله علي إن كنت من الصادقين فيما رميتني به من نفي ولدي هذا.⁽⁵⁵⁾

الفرع الثاني: صيغة اللعان عند المالكية

قال القرطبي - رحمه الله - يقول الحاكم للملاعن: قل أشهد بالله لرأيتها تزني ورأيت الزاني كالمهود في المكحلة وما وطئتها بعد رؤيتي. وإن شئت قلت: لقد زنت وما وطئتها بعد زناها. قال يردد ما شاء من هذين اللفظين أربع مرات، فإن نكث عن هذه الأيمان أو عن شيء منها حد، ثم يقول في الخامسة: علي لعنت الله إن كنت من الكاذبين. أو قال: إن كنت كاذبا فيما ذكرت عنها.

وإذا نفى حملا قال: أشهد بالله لقد اسبرأتها وما وطأتها بعد - وما هذا الحمل مني، ويشير إليه فيحلف أربع مرات ويقول في كل يمين منها: واني لمن الصادقين في قولي هذا عليها، ثم يقول في الخامسة: «علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين». و إن شاء فيقول أربعاً: أشهد بالله لقد رأيتها تزني واني لمن الصادقين⁽⁵⁶⁾ فإذا فرغ الرجل من اللعانة، قامت المرأة بعده فحلفت بالله أربعة أيمان تقول فيها أشهد بالله إنه لكاذب، أو أنه لمن الكاذبين فيما ادعاه علي وذكر عني - وإذا كانت حاملا قالت: وإن حملي هذا منه، ثم تقول في الخامسة: وعلي غضب الله إن كان صادقا أو إن كان من الصادقين في قوله ذلك⁽⁵⁷⁾.

قال خليل- رحمه الله - ثم تشهد هي أربع شهادات بالله ما زנית⁽⁵⁸⁾ وإنه لمن الكاذبين وتخمس بأن غضب الله عليه إن كان من الصادقين.

الفرع الثالث: صيغة اللعان عند الشافعية

قال الشافعي: اللعان أن يقول الإمام للزوج قل أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان ويشر إليها إن كانت حاضرة من الزنا، ثم يعود فيقولها حتى يكمل ذلك أربع مرات فإذا أكمل أربعاً أوقفه الإمام وذكره بالله، إني أخاف إن لم تكن صدقت أن تبوء بلعنة الله، فإن رآه يريد أن يمضي أمر من يضع يده على فيه ويقول إن قولك: وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين موجبة إن كنت كاذبا فإن أبي تركه، وقال: وقل علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميت به فلانة من الزنا، قال الشافعي: فإن قذفها بأحد يسميه بعينه واحد أو اثنين أو أكثر، قال مع كل شهادة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان و فلان و فلان، وقال عند الإلتعان وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا بفلان أو فلان أو فلان، وإن كان معها ولد فنفاه أو بها حبل فانتفى منه قال مع كل شهادة أشهد بالله أي لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وأن هذا الحمل إن كان بها حمل، حمل من الزنا ما هو مني، وقال في الإلتعان وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها من الزنا،

(55) - أحكام القرآن للحصاص 289/3.

(56) - الجامع لأحكام القرآن 192/12.

(57) - أسهل المدارك شرح إرشاد السالك 175-174/2.

(58) - الجامع لأحكام القرآن 196/12.

وأن هذا الولد ولد زنا ما هو مني ، فإذا قال هذا فقد فرغ من الإلتعان.

المرأة: قال: ثم تقوم المرأة فتقول: أشهد بالله أن زوجي فلان وتشير إليه إن كان حاضرا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، ثم تعود إليه إن كان ذلك أربع مرات ، فإذا فرغت من الرابعة أوقفها الإمام وذكرها بالله تعالى ، وقال لها احذر أن تبوءي بغضب من الله ^{٥٩} إن لم تكوني صادقة في أيمنك ، فإن رآها تمضي ، قال لها قولي: وعلي غضب الله إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، فإذا قالت ذلك فقد فرغت من اللعان⁽⁵⁹⁾.

الفرع الرابع: صيغة اللعان عند الحنابلة

قال في الشرح الكبير: وصفة اللعان أن يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير إليها ، ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى تسمية ونسب ، وإن لم تكن حاضرة أسماها حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها ، حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة أن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ثم تقول هي: أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتشير إليه إن كان حاضرا ، وإن كان غائبا أسمته ونسبته ، فإذا أكملت أربع مرات ، تقول في الخامسة: وأن غضب الله علي إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا⁽⁶⁰⁾.

الفرع الخامس: المكان والوقت الذي يتم فيه اللعان

قال صاحب المهذب وغيره: والمستحب أن يكون اللعان بحضور جماعة ، لأن بن عباس وابن عمر ، وسهل بن سعد رضي الله عنهم ، حضروا اللعان بحضرة النبي (ص) على حداثة سنهم ، والصبيان لا يحضرون المجالس إلا تابعين للرجال ، فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ولأن اللعان بني على التغليف للردع والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في الردع والمستحب أن يكونوا أربعة لأن اللعان سبب للحد ، ولا يثبت الحد إلا بأربعة شهود ، ويستحب أن يحضر ذلك العدد ولقوله تعالى: (تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ)⁽⁶¹⁾.

ويرى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ρ قال: «ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم ، رجل حلف يميننا على مال مسلم فاقطعه ، ورجل حلف يميننا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلته أكثر مما أعطى وهو كاذب ، ورجل منع فضل الماء فإن الله ^{٦٢} يقول: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ماء لم تعمله يدك»⁽⁶²⁾.

(59) - الشافعي ، الأم ، 280-279/5. وورد أيضا في المهذب 127/2 ، وكذلك في الوجيز 91/2.

(60) - الشرح الكبير بذييل المغني 5/9.

(61) - سورة المائدة الآية 106.

(62) - فيض القدير للمناوي 330/3.



ويستحب أن يتلاعنا من قيام لما روي عن بن عباس رضي الله عنه في حديث هلال بن أمية فأرسل إليهما فجاءاه ، فقال هلال فشهد ، ثم قامت فشهدت⁽⁶³⁾.

وقال الغزالي أما الزمان: فبالتأخير إلى وقت العصر وأن لم يكن طلب حلف يوم الجمعة ، وأما المكان: فأشرف مواضع البلد وهو مقصورة الجامع ، وفي مكة عند المقام وفي المدينة بين المنبر والمدفن (الروضة الشريفة) وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي حق الذمي الكنيسة ، والبيعة لليهودي⁽⁶⁴⁾.

خاتمة

نستنتج مما سبق أن اللعان طريق من طرق الفرقة بين الزوجين ، وهو ثابت بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وهو أن يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل واحدة منها: "أشهد بالله أنني رأيتها تزني أو أن هذا الحمل ليس مني" ، ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ، ثم قي الخامسة تقول: "أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين".

واللعان يفرق في الحال بين الزوجين ، لأنه ليس من السهل أن تعود حياة زوجية يملؤها الصفاء والهودة بعد أن عكر صفوها تهم باطلة وادعاءات كاذبة تحيل نعيم الأسرة إلى جحيم لا يطاق. كما يؤدي إلى نفي نسب الولد عن الزوج الملعان.

(63) - المهذب للشيرازي 126/2.

(64) - الوجيز 91/2.

المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي

The legal status of the liquidators of commercial companies in Iraqi law

أ.م. د. حاتم غائب سعيد (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/11/28

تاريخ إرسال المقال: 2019/08/07

ملخص: يتم تحديد المركز القانوني للمصفي في الشركات التجارية من خلال الدور الذي يقوم به المصفي أثناء مباشرة مهامه باعتباره وكيلاً قانونياً عن الشركة (تحت التصفية) وليس وكيلاً عن الشركاء، فهو وكيل عن الشخص المعنوي، وتلتزم الشركة بكافة تصرفاته والأعمال التي يجريها ما دامت في حدود صلاحياته، واتخاذ الإجراءات القانونية لاستيفاء حقوق الشركة لدى الغير ومطالبة الشركاء بتقديم ما تبقى من الحصص. وأن يوفي ما في ذمة الشركة من ديون للغير. وله بيع أموال الشركة المنقولة والعقارية في أي طريقة يتم الاتفاق عليها، وإقامة الإجراءات القضائية المتعلقة بأموال الشركة ومصالحها. وتعيين أي محام أو خبير أو أي شخص آخر لمساعدته في القيام بواجباته في تصفية الشركة. ودعوة الدائنين والمدينين إلى اجتماعات عامة للتحقق من مطالبهم وسماع اقتراحاتهم

الكلمات المفتاحية: المصفي، التصفية، المركز القانوني، الشركات التجارية، الواجبات.

Abstract

The legal position of the clearer person in the commercial firms is determined through the role done by the him when starting his tasks as a legal deputy for the firm (under clearing) not as a deputy for the partners and he is a deputy for the morale person. The firm is obliged to do all his manners and works done by him since they are within his authorizations and doing the legal measures to fulfill the full rights of the others and requesting the partners to submit what left

(*) أستاذ محاضر "ب" - كلية القانون - جامعة الفلوجة - العراق - hatemsaid507@yahoo.com



from shares, to pay the debts incurred on the firm, having the right to sell the trabsferrable and real estate property of the firm in any way they agree on and doing the judicial procedures concerning the firm property and its interests. Then, any lawyer, expert or any other person is appointed to help him to achieve his duties for clearing the firm by inviting the indebtors and debtors into general meetings in order to find out their requirements and discussing their suggestions

مقدمة

أولاً- أهمية الموضوع

الأصل أن تعيين المصفي وعزله هو من عمل الشركاء ، فلهم ان يضمنوا عقد الشركة أو في اتفاق لاحق الطريقة التي يتم بها تعيين المصفي أو عزله ، ومتى ما وجد مثل هذا الاتفاق يجب أعماله أحكامه وتتم التصفية بالكيفية التي تم الاتفاق عليها بين الشركاء ، وإذا لم يتضمن عقد التأسيس كيفية تعيين المصفي أو عزله ولم يتفق الشركاء لاحقاً على ذلك فان المحكمة تتولى تعيينه بناء على طلب أحد الشركاء ولأسباب مقبولة ، ولدائني الشركة حق طلب تعيين المصفي حفاظاً على حقوقهم ومنعاً لتعسف الشركاء ، وللمحكمة ان تقضي بتعيين المصفي إذا تم تصفية الشركة لبطانها حتى لو كان الشركاء قد اتفقوا في عقد التأسيس على طريقة تعيين المصفي ، ويمكن ان يقوم بالتصفية شخص واحد أو يتعدد المصفون ويتم عزل المصفي بذات الطريقة التي تم بها التعيين ، ولكن لا يمنع أي من الشركاء أن يطلب من المحكمة عزل المصفي متى ما تقدم بالمسوغ والمبرر القانوني لذلك ، حتى لو كان تم تعيين المصفي من قبل المحكمة ، وإذا قضت المحكمة بعزل المصفي وجب تعيين مصفٍ آخر بدلاً منه ، وذلك إذا تعذر تعيينه من قبل الشركاء ، وتحدد سلطات المصفي ومهامه من قبل الشركاء أو من قبل المحكمة إذا كان التعيين من قبلها ، وإذا لم تحدد مهام المصفي يجب ان تكون غاية المصفي إنهاء الآثار التي خلفتها الشركة في الواقع القانوني باستيفاء حقوقها وسداد ديونها وتحديد صافي موجودات الشركة تمهيداً لقسمتها على الشركاء.

ثانياً-أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1-توضيح القواعد القانونية الواجب إتباعها في حال تعيين وعزل المصفي في الشركات التجارية.
- 2-بيان الأعمال التي تقع على عاتق المصفي ، والإعمال التي يُمنع من القيام بها أثناء التصفية.
- 3-معرفة الدور الذي يقوم به المصفي في المحافظة على أموال الشركات ، وحقوق الغير حتى تنتهي إجراءات التصفية.

ثالثاً- إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية:

- 1-ما هي القواعد القانونية التي يمكن اللجوء إليها إثناء التصفية ؟
- 2-ما هو المركز القانوني للمصفي سواء أكان شخصاً طبيعياً (مصنف واحد أو عدة مصفين) أو معنوياً؟
- 3-ما هو دور القضاء في تعيين المصفي وعزله ؟

رابعاً- منهجية البحث

لغرض الوصول إلى الهدف من هذا البحث والإجابة عن التساؤلات المطروحة فقد اعتمدت المنهج التحليلي المقارن ، من خلال الاستعانة بالمؤلفات القانونية ، وبعض القوانين ذات الصلة المباشرة بالموضوع والرسائل العلمية مع بيان رأينا بها.

خامساً- خطة البحث

لغرض الإحاطة بكافة جوانب الموضوع القانونية تم تقسيم البحث إلى قسمين كما يأتي:

- ❖ القسم الأول: التعريف بالمصفي وأنواع التصفية حسب القانون العراقي.
- ❖ القسم الثاني: واجبات المصفي القانونية والأعمال الممنوع القيام بها في القانون العراقي.

القسم الأول: التعريف بالمصفي وأنواع التصفية.

بمجرد وجود سبب من أسباب انقضاء الشركة تنتهي سلطة وصلاحيات الهيئة العامة والمدير المفوض للشركة، ويتولى تمثيل الشركة شخص يسمى المصفي يمنح صلاحيات وأجور محددة عند تعيينه لغرض تسيير إجراءات التصفية سواء كانت تصفية اختيارية أو إجبارية، ولغرض الإحاطة بالموضوع سوف أتناوله بما يأتي:

أولاً: التعريف بالمصفي والتصفية.

إن حصر موجودات الشركة واستيفاء حقوقها واتخاذ الإجراءات القانونية كافة لتسديد ما بذمة الشركة تجاه الغير من أولويات الأعمال التي يلجأ إليها المصفي⁽¹⁾. ولغرض الإحاطة بالموضوع سوف أتناول تعريف المصفي والتصفية بالنقاط الآتية:

1- المصفي: هو الشخص أو الأشخاص الذي يعهد إليهم تولي أمور تصفية الشركة⁽²⁾. ويقوم بعمله لحساب الشركة بصفته وكيل عنها وليس بصفة وكيل عن الشركاء أو الدائنين، ولذلك يكون للمصفي وحده الحق في توجيه المطالبة لمديني الشركة ويدفع لدائني الشركة حقوقهم من أموال الشركة، ويتقاضى أجراً على العمل الذي يقوم به ومن الممكن أن يكون المصفي شخصاً طبيعياً واحداً أو أكثر من بين الشركاء أو غريباً عن الشركة. وقد يكون المصفي شخصاً معنوياً – كأن تعهد الهيئة العامة في الشركة بالتصفية إلى شركة مختصة، ويلجأ إلى هذا الإجراء عندما تتطلب أعمال التصفية خبرة فنية وحسابية معينة⁽³⁾.

⁽¹⁾ لا توجد أوصاف محددة لمن يتم تعيينه مصفياً في حالة عدم ذكر شروط معينة في القانون أو الاتفاق، ويمكن تعيينه أجنبياً عن الشركة أي ليس المدير المفوض أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد الشركاء، كون مهام المصفي تنحصر في تدقيق سجلات وحسابات ووثائق الشركة وحصر ديونها وحقوقها، وهو الذي يحمل الشركاء المسؤولية عن تلك الأعمال التي لحقت بالشركة من جرائم واتخاذ الإجراء اللازم إذا كان فعلهم يشكل جرماً. وللمزيد انظر عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون التجاري الأردني، ج4، عمان، 1997، ص374.

⁽²⁾ المادة(534) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. والتي نصت على انه "يقوم بالتصفية عند الاقتضاء جميع الشركاء أو احد المصفين أو أكثر، يتم تعيينهم من اغلب الشركاء، وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي تولى القاضي تعيينه بناء على طلب احدهم، وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلّة تعين المحكمة المصفي".

⁽³⁾ احمد محمد محرز، الوجيز في الشركات التجارية-شركات الأشخاص-التضامن-المحاصة-التوصية البسيطة-شركات الأموال- ذات المسؤولية المحدودة-التوصية بالأسهم-المساهمة، القاهرة، 2003، ص213.

2-التصفية: هي حزمة الإجراءات او مجموع الأعمال القانونية المتتابعة التي تؤدي إلى إنهاء الوجود القانوني وتوقف نشاط الشركة واستيفاء حقوقها وحصر موجوداتها وسداد ديونها، ووضعها بيد الشركاء لتقسيمها فيما بينهم كل حسب نصيبه⁽⁴⁾، أو بمعنى آخر تسوية المراكز القانونية للشركة بهدف تقسيم ما تبقى من الأموال بين الشركاء، وغالباً ما ينص عقد الشركة إلى الطريقة التي تتم فيها التصفية، وإذا خلا العقد من سبل التصفية فيتم اللجوء إلى القضاء⁽⁵⁾، والمشرع ينظر إلى التصفية باعتبارها عملية ضرورية ولازمة لانقضاء الشركة⁽⁶⁾ بقصد تمكين المتعاملين من استيفاء حقوقهم مهما كانت أسباب الانقضاء⁽⁷⁾.

وأرى بان المركز القانوني للمصفي يتضح من كونه وكبلا عن الشركة وليس وكبلا عن الشركاء في حدود الاختصاصات والصلاحيات الممنوحة له خلال مدة التصفية، وبالتالي فان الأعمال التي يقوم بها تعتبر ملزمة للشركة ونافذة بحقها طالما لم يتجاوز الصلاحيات الممنوحة له، والتصفية هي كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يوزع على الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً.

ثانياً: سبل تعيين المصفي وعزله ومركزه القانوني في القانون العراقي.

متى ما انقضت الشركة ودخلت مرحلة التصفية انتهت سلطة مديرها وحل بدلا عنه شخص آخر يسمى المصفي، توكل إليه مهمة إجراء العمليات اللازمة لتصفية الشركة، ويكون هو صاحب الصفة الوحيدة في تمثيلها، والأصل إن تتولى الهيئة العامة للشركة تعيين مصف أو أكثر وعزله وكما يأتي:

1- تعيين المصفي: يتم تعيين المصفي وفق الإجراءات الآتية:

أ-لم يتضمن قانون الشركات العراقي المعدل نصاً خاصاً بتعيين المصفي، وفوض الهيئة العامة بذلك وتحديد اختصاصه⁽⁸⁾. وفي حالة تحقق المسجل من إن أسباب تصفية الشركة لم تنطوي على الغش أو على عمل غير

(4) فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001ص147.

(5) مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات-شركات الأشخاص-شركات الأموال-أنواع خاصة من الشركات، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، الإسكندرية، 2008، ص128.

(6) المادة(1/158) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

(7) فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، ط1، بغداد، 2007، ص134.

(8) المادة(159) التي تعدها بموجب المادة (124) من قانون تعديل قانون الشركات رقم 21 لعام 1997- الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، رقم 64 صادر بتاريخ 2004، وأصبحت على الشكل الآتي: يكون قرار تصفية الشركة مسبباً، ويرسل القرار وأسبابه إلى المسجل خلال 14 أربعة عشر يوماً من تبني القرار، وللمسجل حق طلب معلومات إضافية أو المداولة مع الجمعية العمومية للشركة بغية التحقق من أسباب التصفية.



أ.م.د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

قانوني، يصدر قرار الشركة بالتصفية ويعين المصفي خلال 10 أيام من ثبوت أسباب التصفية، وبلغ المسجل الشركة تلك المعلومات، وتتولى الشركة عندئذ نشر هذه المعلومات في النشرة وفي صحيفة يومية واحدة⁽⁹⁾. ويتم تعيين المصفي من قبل الشركاء في حالة التصفية الاختيارية⁽¹⁰⁾، ولهم الحرية المطلقة في التعيين، فبإمكانهم إن يضمنوا عقد الشركة كيفية تعيين المصفي، أو باتفاق لاحق طريقة وشروط تعيين المصفي ولهم إن يقرروا إن يعهدوا بالتصفية إلى القائمين على إدارة الشركة أو إلى بعض الشركاء أو أجنبياً عليهم، فإذا وجدت هذه الشروط في العقد أوجب القانون عليهم احترامها وتطبيقها دون غيرها. وقد يكون المصفي المدير المفوض نفسه⁽¹¹⁾، كون المدير المفوض يعتبر مطلعاً على أمور الشركة وإمكانه اتخاذ كافة الإجراءات الأولية لعملية التصفية ومن جملتها قبول طلبات الغير تمهيداً لتسويتها من قبل المصفي الذي يتم تعيينه لاحقاً⁽¹²⁾، وعالج المشرع المصري تعيين المصفي وتحديد بعض الاختصاصات العائدة لهم وبسلطة مفوضي المراقبة والجمعية العامة بالشركة الفعلية⁽¹³⁾.

ب- إذا لم تعين الشركة العامة المصفي على الرغم من تحقق سبب من الأسباب المؤدية إلى انقضاء الشركة، فإن قانون الشركات منح المسجل صلاحية تعيين المصفي خلال (30) يوم من تاريخ تبليغه بقرار التصفية، وذلك في حالة تراخي الهيئة العامة في تعيينه لمدة طويلة يستوجب الإسراع في تعيينه بقصد الحفاظ على حقوق دائئي الشركة⁽¹⁴⁾.

ج- إذا حلت الشركة بسبب خلاف بين الشركاء، فالمحكمة تعين أجنبياً للقيام بالتصفية في حالة التصفية الإجبارية، رغم شروط العقد الذي عهد لأحد الشركاء القيام بالتصفية، وينطبق هذا الحكم إذا تعارضت مصالح الشركاء بشأن التصفية⁽¹⁵⁾.

د- في حالة سكوت العقد عن كيفية تعيين المصفي تقوم المحكمة بتعيين المصفي وتحديد إتعا به بناء على طلب احد الشركاء، ويجب شهر القرار الصادر بتعيين المصفي أو عزله، وبيان اسم المصفي وطريقة التصفية

(9) المادة (160) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدلة بالمادة (125) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 64 لسنة 2004.

(10) www.almoahasb1.com (10).

(11) احمد محمد محرز، مصدر سابق، 2003، ص 198.

(12) باسم محمد صالح، د. عدنان احمد ولي العزاوي، القانون التجاري – الشركات التجارية، المبادئ العامة-شركات القطاع الخاص-شركات القطاع الاشتراكي-شركات القطاع المختلط، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، د س ن، ص 104.

(13) المواد (220-225) من القانون التجاري المصري الجديد.

(14) - المادة (167) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

(15) مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص 131.



أ.م. د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

في السجل التجاري في صحيفة الشركات ويتولى المصفي متابعة إجراءات الإشهار⁽¹⁶⁾. وإذا تأخر تعيين المصفي اعتبر المدراء بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين⁽¹⁷⁾.

2-المركز القانوني للمصفي: عند الموافقة على تعيين المصفي يصبح في مركز قانوني يمكن إيضاحه من خلال النقاط الآتية:

أ-يُعد المصفي وكيلًا عن الشركة في حدود الاختصاصات الممنوحة له خلال مدة التصفية. ويقوم بإيداع المبالغ التي يقبضها في أحد البنوك لحساب الشركة تحت التصفية خلال أربع وعشرين ساعة من وقت القبض⁽¹⁸⁾، وإقامة أي دعوى أو اتخاذ أي إجراءات قانونية باسم الشركة بصفته ممثلًا عنها لتحصيل ديونها والمحافظة على حقوقها والتدخل في الدعاوي والإجراءات القضائية المتعلقة بأموال الشركة ومصالحها⁽¹⁹⁾، وتعيين أي محام أو انتداب خبير أو أي شخص آخر لمساعدته في القيام بواجباته في تصفية الشركة⁽²⁰⁾، ودعوة الدائنين أو المدينين إلى اجتماعات عامة للتحقق من مطالبهم وسماع اقتراحاتهم⁽²¹⁾.

ب- قد يحدث في العمل ان يزود الدائنون المصفي بوكالة صريحة أو ضمنية عنهم، وفي هذه الحالة تكون للمصفي صفتان، تمثيل الشركة والدائنون في ذات الوقت، وله بناء على هاتين الصفتين مطالبة الشركاء المتضامين بدفع نصيبهم في ديون الشركة ولو تجاوزت قدر حصصهم في رأس مالها. وللدائنين حق مراقبة أعماله وتصرفاته.

ج-إذا أناب المصفي مصفي غيره في إجراء محدد أو عدة إجراءات خاصة بالتصفية، فان المصفي الأصيل يكون مسؤولاً عن عمل المصفي النائب.

(16) محمد فريد العريني، الشركات التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الإشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

2009، ص74.

(17) محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص144.

(18) محمود مختار احمد بريري، الشخصية المعنوية للشركات التجارية-شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1985، ص 92.

(19) محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 179.

(20) احمد محمد محرز، مصدر سابق، ص212.

(21) المادة(2/1/158) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل.

3- عزل المصفي: يتم عزل المصفي عن ممارسة إعماله في تصفية شركات الأشخاص من خلال ما يأتي:

أ- يتم عزل المصفي بذات الطريقة التي عين بها ، وفقا للقاعدة (من يملك التعيين يملك العزل) فإذا تم تعيينه من قبل الهيئة العامة فيتم عزله بقرار منها ، فان كان تعيينه بالإجماع أو بالأغلبية الشركاء فان عزله يتطلب الإجماع أو الأغلبية⁽²²⁾.

ب- وان عينته المحكمة فلا يعزل إلا عن طريقها⁽²³⁾ ، كما يجوز للمحكمة عزله بناء على طلب احد الشركاء ولأسباب مقبولة تبرر ذلك ، وفي حالة عزل المصفي بقرار من المحكمة فيجب ان يتضمن القرار على تعيين المصفي الذي يحل محله⁽²⁴⁾. وتحدد خلفه لكي تتم إجراءات التصفية بذات الطريقة التي تم بموجبها التعيين⁽²⁵⁾.

ج- ويجوز للمصفي أن يعتزل العمل من تلقاء نفسه ، من خلال إخطار الشركاء برغبته في الاعتزال وترك العمل كمصفي ، وعليه اختيار الوقت المناسب لذلك ، وخلاف ذلك أزم التعويض⁽²⁶⁾.

ثانياً: أنواع التصفية للشركات التجارية في القانون العراقي.

تكون التصفية برضا الشركاء بناء على طلب من الهيئة العامة للشركة يتضمن رغبة الشركاء في إنهاء الشركة وتصفيتها فتسمى التصفية الاختيارية ، وإذا لم يتفق الشركاء ولم تصدر الشركة قرار التصفية على الرغم من تحقق سبب من أسباب التصفية فتصدر المحكمة قراراً بالتصفية وتسمى التصفية الإجبارية ، وهذا ما سوف أتناوله بما يأتي:

1- التصفية الاختيارية.

يلجأ الشركاء إلى تصفية الشركة بإرادتهم ومحض اختيارهم في الحالات الآتية:

أ- **انقضاء مدة العقد:** تنشأ الشركة لأغراض منصوص عليها في العقد مما يقتضي حلها بانتهاء اجلها المحدد في العقد ، كون عقد الشركة من عقود المدة وليس من العقود الدائمة الازلية فتتقضي

(22) محمد فريد العريبي ، مصدر سابق ، ص74.

(23) مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص131.

(24) محمد فريد العريبي ، مصدر سابق ، ص74.

(25) احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص201.

(26) محسن شفيق ، الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص753.



أ.م.د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

الشركة إذا انتهت المدة المحددة في عقد التأسيس بحكم القانون كقاعدة عامة⁽²⁷⁾، فتمت تصفية الشركة تصفية اختيارية، إلا إذا وجد اتفاق بين الشركاء على تمديد المدة وبقرار من الهيئة العامة⁽²⁸⁾.

ب- صدور قرار التصفية من الهيئة العامة: إن إرادة الشركاء هي التي أسست الشركة وهي القادرة على إنهاؤها في أي وقت، ما دام قرار التصفية يصب في مصلحة الشركاء، إلا أن حق الهيئة العامة في حل وتصفية الشركة ليس مطلقاً بل نسبي في حالة إلحاقه ضرراً بمصالح الغير من الدائنين ودخولها في حالة الإفلاس، إلا في حالة تمكنها من دفع ما بذمتها من ديون، والهدف من هذا التقييد هو إغلاق الباب أمام الشركات العاجزة عن دفع التزاماتها هرباً من تطبيق نظام الإفلاس عليها⁽²⁹⁾.

ج- انتهاء التنفيذ أو استحالته: يتعين تصفية الشركة في حالة انتهاء من تنفيذ العمل في المشروع الذي أسست من أجله، كما هو الحال بان الشركة قد أسست لمد خط سكة حديد وتم انجازه، ويجوز للشركة الاستمرار في مشروع آخر بعد انجاز العمل في المشروع الأول ويبقى العمل نفسه⁽³⁰⁾.

كما تصفى الشركة في حالة استحالة تنفيذ المشروع لظروف خارجة عن إرادتها وقدراتها فيتم سحب الامتياز وتحل الشركة وتصفى⁽³¹⁾.

د- إرادة الأطراف وحسب نظام الشركة: يجوز للمؤسسين إيراد أي سبب مشروع وغير مخالف للنظام العام لغرض تصفية الشركة، بشرط أن تكون الشركة قادرة على الوفاء بالتزاماتها، فلا يُعتد بحل الشركة في حالة التوقف عن الدفع منعاً من التحايل على قواعد وأحكام الإفلاس، مثل تضمين عقد

⁽²⁷⁾ انظر قرار محكمة النقض المصرية في قرارها 1985 / 5 / 19 اذ قضت على انه "تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب ان يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين في العقد، وإذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل إلى الاستمرار في عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة".

⁽²⁸⁾ نادية محمد عوض، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 105.

⁽²⁹⁾ مروان بدري إبراهيم، تصفية شركات المساهمة، دار شتات للنشر والبرامجيات، القاهرة، 2010، ص 121.

⁽³⁰⁾ إذا وافقت الجهة القطاعية المختصة على التصفية وكان المشروع الذي تديره الشركة الموصى بتصفيته واجب الاستمرار لأهميته الاقتصادية وضمن خطة التنمية والقرارات التخطيطية، وجب عليها أن تحدد الإجراءات اللازمة لضمان استمرار المشروع سواء بتحويله إلى جهة أخرى أو دمج مشروع آخر أو أي إجراء مناسب آخر، المادة (161) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

⁽³¹⁾ فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 214.

أ.م. د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

الشركة بأنه يتم تصفية الشركة في حالة عدم تحقق أرباح مطابقة لتوقعاتهم أو تعرض الشركة لخسارة بنسبة معينة فيجوز للشركاء تصفية الشركة⁽³²⁾.

ونرى بان هذه الأسباب كلها أسباب اختيارية تخضع لإرادة الشركاء وبالتالي يمكن العدول عنها أو تعديلها بما يتلاءم مع مصالحهم بشرط تعديل بنود العقد لدى مسجل الشركات.

2- التصفية الإجبارية.

إذا اغفل عقد الشركة التطرق إلى التصفية وتوابعها وتعدرت التصفية الاتفاقية فيتم اللجوء إلى القضاء ، إذ أن الشركة مقيدة بقانون الشركات التي منحها الصلاحيات التي تمارسها والأنشطة التجارية المسموحة والممنوعة ، وللقانون حق الرقابة والإشراف بما يتماشى مع خطط التنمية في البلاد ، فإذا تجاوزت صلاحيتها تعرضت للتصفية الإجبارية من قبل المحكمة وكما في الحالات الآتية:

أ- **مخالفة قانون الشركات:** في حالة وجود نقص في الشروط الموضوعية العامة أو الخاصة أو الشكلية في عقد الشركة ، إذ يترتب بطلان الشركة وانقضائها ثم تصفيتها لتسوية حقوق بعض الشركاء أو الغير ، ويكون البطلان مطلقاً لمخالفتها النظام العام كما هو الحال بقيام شركة نقل بنقل أشياء مسروقة أو شركة تمارس نشاطها التجاري بالمخدرات أو وقوعها داخل منطقة سكنية تلحق ضرراً بالصحة العامة ، وقد يكون البطلان نسبياً لمصلحة احد الشركاء دون غيره كعيب نقص الأهلية أو الرضا فيلجأ الشركاء إلى حل تصفية الشركة⁽³³⁾.

ب- **الإخلال بالالتزامات:** إذا أخلت الشركة بالتزاماتها وتوقفت عن دفع ديونها فأنها تتعرض لشهر الإفلاس وتدخل في مرحلة التصفية لتسوية ديونها وبيع موجوداتها وتوزيعها على الدائنين ، ويُعجز الشركة عن سداد ديونها مبرراً لتصفيتها⁽³⁴⁾.

ج- **توقف نشاط الشركة:** في حالة توقف نشاط الشركة عن أعمالها لمدة سنة دون عذر مشروع ، فيجوز للمحكمة تصفية الشركة تصفية إجبارية لتوقفها عن تحقيق المصلحة العامة التي أسست بموجها ، وسلطة المحكمة سلطة تقديرية ، فيما إذا كان توقف الشركة بحسن نية أو سوءها كما هو

⁽³²⁾ محمد فريد العربي ، مصدر سابق ، ص53.

⁽³³⁾ هيو ابراهيم الحيدري ، شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص425.

⁽³⁴⁾ الياس ناصيف ، تصفية الشركات التجارية ، ط1 ، ج 14 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011 ، ص74.

أ.م.د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

الحال في صعوبة الحصول على المكان المناسب ، ثم حصلت على هذا المكان في وقت لاحق ، أو توقف الشركة عن أعمالها الإنتاجية بسبب قوة القاهرة ، أو ركود السوق لفترة قصيرة⁽³⁵⁾.

د- خسارة الشركة: تصفى الشركة بشكل إجباري في حالة تعرضها لخسارة كبيرة تتعدى 75% من مقدار رأسمالها⁽³⁶⁾ ، كون رأس المال هو الأداة التي تساعد الشركة في إدارة أعمالها وأنشطتها ، والهلاك إما يكون مادي مثل شركة نقل تتكون من أسطول نقل بحري فغرقت بعض السفن ، أو شب حريق مصانع الشركة⁽³⁷⁾ ، فيتم تصفية الشركة فوراً للحفاظ على ما تبقى من رأس المال ، وقد يكون الهلاك معنوي في حالة سحب الامتياز الممنوح للشركة⁽³⁸⁾.

هـ- الإفلاس: يُعد إفلاس الشركة سبباً من أسباب انقضاءها ، ويكون في جميع أنواع الشركات ما عدى شركة المحاصة فلا يجوز شهر إفلاسها لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، ويترتب على الإفلاس تصفية الشركة وتوزيع ما تبقى من أصولها على الشركاء "قسمة غرماء" ، ونظراً لأهمية شخصية الشريك في شركات الأشخاص فانه إفلاس احد الشركاء يؤدي إلى زعزعة الثقة المالية التي وضعها الغير في الشريك المهلس⁽³⁹⁾.

و- أسباب داخلية أخرى: هناك أسباب داخل الشركة تلزم على التصفية كما في حالة عدم استطاعة الهيئة العامة باختيار مدير مفوض للشركة أو مجلس إدارة ، أو عدم التوافق والانسجام بين الشركاء وعدم استطاعتهم تحديد الموقع الجغرافي "المقر" للشركة أو موت احد الشركاء وورثه قصراً ولا يمكن لهم الاستمرار في الشركة ، أو تصفى بقرار من المحكمة وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص 367.

⁽³⁶⁾ المادة (2/589) من القانون التجاري الجزائري التي تفرض على الشركاء بحل الشركة اذا بلغت نسبة معينة (4/3) من مقدار رأسمال الشركة.

⁽³⁷⁾ احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص 228.

⁽³⁸⁾ مروان بدري ابراهيم ، مصدر سابق ، ص 88.

⁽³⁹⁾ محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، ص 327.

⁽⁴⁰⁾ عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 5، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص 103.



أ.م.د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

ولا بد من الإشارة هنا بان قرار المحكمة بالتصفية قابلاً للتمييز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ولا يخضع قرارها للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي⁽⁴¹⁾، وتطرق المشرع العراقي على قرار التصفية إذ نص على انه "لكل ذي مصلحة الطعن أمام المحكمة المختصة في صحة أي التزام مالي رتبته الشركة على نفسها خلال الأشهر الستة السابقة على صدور قرار التصفية"⁽⁴²⁾.

وارى بان تصفية الشركات سواء أكانت اختيارية أو إجبارية عن طريق القضاء هي إحدى الوسائل التي نظمها القانون بقصد محاكاة أوضاع الشركات التجارية المتعثرة وغير القادرة على معالجة تحدياتها المالية والاقتصادية والإدارية من خلال استيفاء ما لهم من حقوق تجاه الغير وسداد ديونها تجاه الغير، وتحويل كافة موجوداتها إلى مبالغ نقدية لغرض إجراء تسوية الديون وتوزيع ما تبقى بين الشركاء.

القسم الثاني: واجبات المصفي القانونية والإعمال الممنوع القيام بها في القانون العراقي.

تقع على المصفي جملة من الواجبات والإعمال التي يجب عليه القيام بها فور تعيينه، وحرم القانون على المصفي من القيام ببعض الإعمال وهذا ما سوف أتناوله بما يأتي:

أولاً: واجبات المصفي.

يقوم المصفي بجميع الأعمال والإجراءات التي تقتضيها التصفية وهي كما يلي:

1- يضع المصفي فور تعيينه يده على موجودات الشركة بما فيها سجلاتها ووثائقها وأوراقها ويتولى جردها ويعد تقريراً شاملاً عن حالة الشركة بما في ذلك الديون والحقوق التي لها أو عليها ومعرفة المركز المالي للشركة، ويرسل نسخة منه إلى المسجل⁽⁴³⁾، يقوم المصفي بجرد ما للشركة من أموال وما عليها من التزامات. وتحرر قائمة مفصلة بذلك وميزانية يوقعها المصفي ويقدم مدراء الشركات حساباتهم للمصفي ويسلمونه أموال الشركة ودفاترها ووثائقها⁽⁴⁴⁾.

2- بيع منقولات وعقارات الشركة بالمزايدة العلنية أو بالممارسة بشكل مباشر مع الغير أو إي طريقة أخرى ما لم ينص أمر تعيينه على إجراء البيع بطريقة معينة، واستيفاء حقوق الشركة، كمطالبة مديني الشركة بالوفاء ما بدمهم لها، ومطالبة الشركاء بباقي الحصص المتأخرة، وإيفاء ديون

⁽⁴¹⁾ المادة (2/158) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

⁽⁴²⁾ المادة (166) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

(43) فاروق إبراهيم جاسم، الموجز في الشركات التجارية، المكتبة القانونية، ط 1، بغداد، 2007، ص 136.

(44) المادة (186) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.



أ.م. د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

- الشركة تجاه الغير⁽⁴⁵⁾. واتخاذ جميع الوسائل الاحتياطية التي تقتضيها مصلحة الشركة ، قيد الرهون وقطع التقادم⁽⁴⁶⁾. ويستطيع التصرف بصفة منفردة في البضائع أو براءة الاختراع⁽⁴⁷⁾
- 3- يدعو المصفي خلال 10 عشرة أيام من تعيينه دائني الشركة وكل مدع بحق عليها بإعلان ينشر في صحيفتين يوميتين للاجتماع به في زمان ومكان معينين لتسوية الديون والحقوق التي على الشركة ، دون إدخال بحق كل ذي مصلحة في مراجعة الطرق القانونية الأخرى⁽⁴⁸⁾.
- 4- يقدم المصفي كل ثلاثة أشهر إلى المسجل حساباً مؤقتاً عن جميع أعمال التي أنجزها خلال فترة التصفية ، وعليه أن يدلي بما يطلبه الشركاء من معلومات أو بيانات أو إحصائيات بالقدر الذي لا يلحق الضرر بصالح الشركة ولا يترتب عليها تأخير أعمال التصفية. وللمسجل دعوته للتداول في إي أمر يخص الإجراءات القانونية للتصفية⁽⁴⁹⁾.
- 5- على المصفي دعوة الهيئة العامة للشركة للاجتماع خلال الشهرين الأولين من كل سنة مالية ومناقشة وتصديق ميزانية الحسابات والتقرير السنوي عن سير أعمال التصفية وتعيين مراقب حسابات للسنة الجديدة وله دعوته في أي وقت إذا اقتضت ذلك ضرورات التصفية⁽⁵⁰⁾.
- 6- يُعد المصفي عند انتهاء أعمال التصفية ، تقريراً ختامياً وحسابات ختامية يرفق بها تقرير مراقب الحسابات ، وتُعد تقريراً عن نتائج التصفية⁽⁵¹⁾. ويدعو الهيئة العامة لمناقشتها والتصديق عليها ويرسل نسخة من محضر الاجتماع مع قراراته إلى المسجل ويرفق به التقرير الختامي والحسابات الختامية وتقرير مراقب الحسابات⁽⁵²⁾.

(45) باسم محمد صالح ، د.عدنان احمد ولي العزاوي مصدر سابق ، ص104.

(46) علي عصام غصن ، الشركات المدنية في القانون اللبناني-دراسة مقارنة ، ط1 ، بيروت ، 2010 ، ص454.

(47) احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص203.

(48) المادة (170) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل .

(49) المادة (170) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل .

(50) المادة (173) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل .

(51) لطيف جبر كومانى ، الشركات التجارية-دراسة مقارنة ، الجامعة المستنصرية ، 2006 ، ص337.

(52) المادة (176) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997.

أ.م. د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

7- يوزع المصفي متبقي أموال الشركة على أعضائها بحسب حصصهم خلال (30 يوم) من تاريخ تبليغه بقرار شطب اسم الشركة ، على انه يجوز له تسديد جزء من هذه الأموال إلى الأعضاء خلال مرحلة التصفية بالقدر الذي لا يخل بالتزامات الشركة⁽⁵³⁾.

8- تمثيل الشركة أمام القضاء وقبول الصلح والتحكيم ومراعاة تعليمات المحكمة وأحكامها المتعلقة بال دائنين والمدينين في إشرافه على أموال الشركة وموجوداتها وتوزيعها على دائني الشركة⁽⁵⁴⁾.

وارى بان المصفي سواء أكان شخصاً طبيعياً مفرداً أو شركة تصفية يصبح الشخص المعني والمخول تحت إشراف وسلطة المحكمة القيام بأعمال التصفية واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسوية كافة متعلقات الشركة ، ويحل محل مجلس الإدارة الذي تنتهي سلطته بصور قرار التصفية وانتهاء عمل المدير المفوض في إدارة أعمال الشركة وعدم التدخل في شؤون التصفية ، ويقوم المصفي بتمثيل الشركة أمام القضاء والجهات الرسمية .

ثانياً: الأعمال التي لا يجوز للمصفي القيام بها في القانون العراقي.

يكون للمصفي حدود وصلاحيات معينة يستطيع عن طريقها ان يحقق الغرض الذي تم تعيينه لأجله ، ولكن صلاحياته محددة حسب بنود العقد بين الشركاء ، والذي يمنع المصفي من القيام بالإعمال التالية:

1- ليس للمصفي أن يبدأ شيئاً جديداً من أعمال الشركة ، إلا ما يكون لازماً لإتمام أعمال سابقة⁽⁵⁵⁾. وفي حالة قيام المصفي بإعمال لا تقتضيها التصفية ، كان مسئولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال وفي حالة تعددهم تكوم مسؤولياتهم تضامنية⁽⁵⁶⁾.

2- لا يجوز له أن يبيع من مال الشركة إلا بالقدر اللازم لوفاء ديونها ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، وللمصفي أن يبيع مال الشركة منقولاً وعقاراً أما بالمزاد أو بالممارسة ما لم يقيد أمر تعينه من سلطته هذه⁽⁵⁷⁾.

3- ليس للمصفي أن يبيع أموال الشركة جملة ، ولا يقدم هذه الأموال كحصة إلى شركة أخرى بقصد الدمج أو الانضمام إلا إذا صرحت له بذلك الجهة التي عينته⁽⁵⁸⁾.

(53) المادة (1/178) من قانون الشركات العراقي لسنة 1997 المعدل.

(56) محيي الدين محمد السلعوس ، تصفية شركات الأموال من الناحيتين القانونية (التجارية ، الضريبية) ، والمحاسبية ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ، 2006 ، ص 25.

(57) المادة (1/197) من قانون الشركات العراقي لسنة 1997 المعدل.

(58) محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، ص 424.

(59) المادة (2/197) من قانون الشركات العراقي لسنة 1997 المعدل .

أ.م.د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

- 4- لا يحق للمصفي أن يتنازل أو يتصرف بأي من ممتلكات الشركة إلا بموافقة مسبقة من الشركاء. ويمنع على المصفي أي عمل من شأنه إيقال الذمة المالية للشركة بالتزامات لا مبرر لها مثل (التبرع – البيع الجزافي) ويعتبر مسؤولاً مسؤولاً شخصية تجاه الشركاء إذا قام بمثل هذه التصرفات⁽⁵⁹⁾.
- 5- لا يجوز للمصفي وان كان قضائياً إن يخالف القرارات الذي اتخذها ذوي الشأن بالإجماع فيما يخص إدارة المال المشترك⁽⁶⁰⁾.
- 6- لا يجوز للمصفي بتغيير شكل الشركة القانوني من خلال الدمج أو الانضمام ، كما لا يجوز الموافقة على حلول احد الشركاء محل شريك آخر إثناء التصفية⁽⁶¹⁾.

ومن الجدير بالذكر فان مهمة المصفي تنتهي بانتهاء إجراءات التصفية وتحديد الصافي ، الذي يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة ، ويصبح الشركاء ملاكاً على الشبوع للصافي من الأموال الباقية التي وضعها المصفي بين أيديهم تمهيدا لتقسيمها بينهم. وإن التصفية ليست إعلان إفلاس لأن الإفلاس لا يقع إلا إذا عجزت الشركة عن تسديد ديونها ، وليس بالضرورة إن تكون التصفية بسبب خسارة الشركة وبالتالي عجزها عن تسديد ديونها ، فقد تصفى الشركة وهي موسرة ، كما لو انقضت المدة المحددة لتأسيسها ولم يرغب الشركاء في الاستمرار في الشركة ، أو عند انجاز العمل الذي تأسست من اجله ، أو عدم الانسجام بين أعضاء الشركة .

ثالثاً: الآثار القانونية لتصفية الشركات التجارية في القانون العراقي.

تعد تصفية الشركة المرحلة الأخيرة في حياة تلك الشركة ، والتي على ضوءها يتم التمهيد لتوزيع الأرباح والخسائر وقسمة موجودات الشركة وتسوية الحسابات المشتركة بين الشركاء أنفسهم وبين الشركاء والغير من دائني ومديني الشركة⁽⁶²⁾. ولغرض الإحاطة بالموضوع فسوف نتناول الآثار القانونية بالنقاط الآتية:

- 1- تتوقف الشركة فور تبليغها بقرار التصفية ، عن إحداث أي تغيير في عضويتها وعن ترتيب أي التزام جديد ، ويستمر نشاطها بالقدر اللازم لإيفاء التزاماتها وفق مواضيع أعمال التصفية⁽⁶³⁾.
- 2- احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية أثناء التصفية مع ذكر (تحت التصفية)⁽⁶⁴⁾. وهذا الاحتفاظ تبرره الضرورة العملية من ناحيتين :

(60) محمد فريد العريبي ، مصدر سابق ، ص 424.

(61) باسم محمد صالح ، د.عدنان احمد ولي العزاوي مصدر سابق ، ص 104.

(62) المادة (934) من قانون موجبات وعقود اللبناني.

(63) مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ص 130.

(64) سليم عبدالله احمد الجبوري ، الشركة الفعلية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2011 ، بيروت ، ص 236.

(65) المادة (168) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

الناحية الأولى: أن التصفية تتطلب اتخاذ بعض الإجراءات كإنهاء أعمال الشركة ، وتسوية حقوقها وديونها مما يستوجب بقاء الشخصية المعنوية للشركة⁶⁵.

الناحية الثانية: منع شيوع ملكية أموال الشركة بين الشركاء⁶⁶ ، فالشروع يعطي دائني الشركاء الشخصيين الحق في مزاحمة دائني الشركة عند التنفيذ على أموالها ، كما أنه يؤدي إلى وجوب إجماع الشركاء على إجراء من إجراءات الشركة⁽⁶⁷⁾.

3- احتفاظ الشركة بشخصية المعنوية في فترة التصفية يعني البقاء على الذمة المالية للشركة والمستقلة عن ذمم الشركاء ، والذي تكون ضمانا عاما لدائنيها وحدهم دون دائني الشركة⁽⁶⁸⁾.

4- لكل ذي مصلحة الطعن أمام المحكمة المختصة في صحة أي التزام مالي رتبته الشركة على نفسها خلال الأشهر الستة السابقة على صدور قرار التصفية⁽⁶⁹⁾.

5- تبقى الهيئة العامة للشركة قائمة خلال مدة التصفية ، ويعتبر مجلس إدارتها— إن وجد -منحلا ، وتنتهي مهمة المدير المفوض من تاريخ التبليغ بقرار التصفية⁽⁷⁰⁾.

6- تبقى الشركة محتفظة بعنوانها ويكتب بجانب العنوان (قيد التصفية)⁽⁷¹⁾ ، كما وتحفظ بموطنها القانوني في مركزها الرئيس. وبإمكان رفع دعاوى على الشركة كمدعي عليها في هذا الموطن ، ولا يشطب قيد الشركة أثناء فترة التصفية ، وإنما يتراخى هذا الشطب لحين الانتهاء من عمليات التصفية⁽⁷²⁾.

7- يعتبر المصفي ممثلا قانونيا للشركة ينوب عنها في التقاضي وبطالب بحقوقها ويتصرف في أموالها في حدود سلطته. ويجوز شهر إفلاس الشركة متى توقفت عن وضع ديونها التجارية في فترة التصفية⁽⁷³⁾.

(66) المادة(1/164) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

(67) فاروق إبراهيم جاسم ، مصدر سابق ، ص 138.

(68) المادة(138) من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981.

(69) www.ar.cyclopaedia.net/wiki

(70) علي عصام غصن ، مصدر سابق ، ص 451.

(71) المادة (166) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل .

(72) المادة (2/164) من قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 المعدل .

(73) مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ص 129.

(74) علي عصام غصن ، مصدر سابق ، ص 451.

(75) محمد علي سويلم ، مصدر سابق ص 140.



أ.م. د. حاتم غائب سعيد، مقال بعنوان: "المركز القانوني لمصفي الشركات التجارية في القانون العراقي"

وفي رأينا فان الأصل أن الشركة تزول بمجرد انقضاءها إلا أن هذا المبدأ يلحق ضرراً جسيماً على الشركة ، لان تسوية العلاقات القانونية والتجارية إثناء فترة التصفية تتعدد كثيرا بسبب حقوق الشركة والغير وديونها والغير ، سواء أكانت التصفية اختيارية أو إجبارية.

الخاتمة

في نهاية البحث تم التوصل إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وكما يلي:

أولاً- الاستنتاجات:

- 1- التصفية هي العملية الممهدة للقسمة ولا محل للتصفية في حالة لم تليها قسمة ، فالتصفية رخصه مقررة لمصلحة الشركاء الذي يبقى زمام الأمور في أيديهم باللجوء إلى التصفية الاختيارية قبل الإجبارية القضائية ، كما أن التصفية ضرورة يحتمها انقضاء الشركة وتهدف إلى تمكين دائني الشركة من الحصول على حقوقهم كون مصلحة الدائنين تتقدم على مصلحة الشركاء.
- 2- يتم تعيين المصفي لغرض العمل على إنهاء الشركات من خلال القيام ببعض العمليات التي تهدف إلى إنهاء نشاطها التجاري والتوقف عن أعمالها وتحويل موجوداتها إلى أموال نقدية لكي يسهل تسديد ديونها وتقسيم الباقي على الشركاء كل حسب نصيبه.
- 3- إن احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية طوال فترة التصفية تعتبر قاعدة منطقية ، لان إجراءات التصفية تتطلب القيام بالعديد من التصرفات القانونية باسم الشركة باعتبارها شخص معنوي ، والاحتفاظ بالشخصية المعنوية للشركة إثناء مدة التصفية ، يحول دون تحول أموالها إلى الشركاء كمالكين على الشيوع ، ويمنع مزاحمة دائني الشركة الشخصيين إثناء التنفيذ على أموالها.
- 4- إن الاستمرار لفترة زمنية طويلة للتصفية يؤدي إلى تخفيض الأرباح التي يمكن أن تحققها شركة الأموال خلال فترة التصفية وذلك من خلال إما إظهار وجود خسائر وهمية وإما من خلال زيادة مصاريف التصفية بطريقة وهمية.
- 5- لم يتم تحديد حد أقصى لعدد المصفين ، فبالإمكان تعيين أكثر من مصف ، وغالباً ما يحدد في عقد الشركة عدد المصفين والطريقة التي يتم فيها تعيينهم وعزلهم ، وممكن أن يختار المصفي من بين الشركاء وقد يكون المفوض نفسه ، وقد يكون أجنبياً وإذا لم يتم الاتفاق على المصفي فيتم اللجوء إلى القضاء بناء على طلب يقدمه احد الشركاء.
- 6- يتم عزل المصفي بذات الطريقة التي عين فيها ، فإذا كان تعيينه من قبل الشركاء سواء كان (إجماع- أغلبية) ، فان عزله يتم من قبلهم ، وإذا تم تعيينه من القضاء ، فان عزله لا يتم إلا من قبل القضاء ، متى ما توفر المسوغ القانوني لعزله.

ثانياً- التوصيات:

- 1- العمل على تضمين قانون الشركات العراقي نصاً يفوض أمر تعيين المصفي وعزله إلى الهيئة العامة ، وتتولى تحديد اختصاصه وإتاعابه ، وإرسال نسخة منه إلى مسجل الشركات لغرض نشره في النشرة الدورية وفي صحيفة محلية يومية.
- 2- أن يتم تحديد المدة القانونية التي يجب أن تبلغ بها شركات الأموال عن التوقف عن العمل وبدء إجراءات التصفية.وتحديد مدة التصفية بان لا تتجاوز 3 سنوات ومهما كانت الأسباب.
- 3- تحديد الطريقة التي يتم فيها بيع أموال الشركة من قبل المصفي مسبقاً ، وتحددها في عقد تعيين المصفي ، لغرض الحفاظ على أموال الشركة.
- 4- العمل على إنشاء هيئة رقابية ، تكون مهامها متابعة الإجراءات التي يقوم بها المصفي.لكي يضمن الشركاء عدم تجاوزه للصلاحيات الممنوحة له إثناء تعيينه.



تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة

نظام النقل من الباب إلى الباب

Activate the logistics of dry ports for door-to-door transportsystem

أمانة بورطال (*)

تاريخ إرسال المقال: 2019/03/12

تاريخ قبول المقال: 2019 /12 /07

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

المخلص:

يترتب على بزوغ عصر اقتصاديات اللوجستيات نوع من التكامل والاندماج بين النقل والتجارة الدولية بالكمية اللازمة في زمن محدد والى مكان محدد وبأقل تكلفة حيث يجسد الميناء الجاف نقطة وصل بين وسائل النقل البحري ووسائل النقل الداخلي لنقل وعبور البضائع ، ويسهل حركة النقل المتكامل للبضائع عبر مختلف وسائل النقل والتخليص الجمركي ، فهو الشريان الحيوي لتدفق الصادرات والواردات لأجل إنعاش وتنشيط حركة التجارة ، وأمام حساسية هذه المنشأة المينائية يتطلب إنشائها إتباع إجراءات قانونية وإدارية. الكلمات المفتاحية: الميناء الجاف ، النقل المتكامل ، إدارة الجمارك ، إجراءات ، لوجستيك ، خدمات.

Abstract:

The advent of the logistics economy is characterized by the integration and integration of transport and international trade with the required quantity at a specified time and to a specific location at the lowest cost. The dry port embodies a link between the means of transport and the means of internal transport for the transport and transit of goods. Customs clearance is the vital artery for the flow of exports and imports in order to revive and stimulate the movement of trade. In light of the sensitivity of this port establishment, its establishment requires legal and administrative procedures.

KEY WORDS: DRY PORT, INTEGRATED TRANSPORT, CUSTOMS, PROCEDURES, LOGISTIC,SERVICES

(*) باحثة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان ، amina.droit13gmail.com

مقدمة

يتطلب نمو حركة وحجم التجارة الدولية الطلب على خدمات النقل لاسيما النقل البحري باعتباره من أهم روافع الاقتصاديات الدولية على مستوى الكرة الأرضية تأثراً بتطور السوق العالمي ، فيمثل ما يقارب 85-90% من حجم المبادلات التجارية الدولية،¹ باستخدام مستجدات ظهرت حديثا ، كنظام التسليم في الوقت المحدد ونظام التحويلة الذي تقرضه حلقات النقل الدولي متعدد الوسائط،² بغية الحد من تكاليف التجارة في جميع أنحاء العالم حوالي 14.3% ، ورفع نسبة التجارة العالمية بنسبة 2.7% ،³ فأصبح يتطلب الأمر ضرورة الاهتمام بالبنية التحتية المينائية واللوجستية،⁴ الذي تجسد شرابين الاقتصاد ومركز بداية ونهاية للبضائع ، باعتباره يشكل مركزية النقل المتكامل عن طريق ربط الميناء البحري بالموانئ الجافة (dry ports) وشبكة من وسائط نقل أخرى،⁵ وقاعدة لوجستية للتجارة تنجز بداخله عمليات شحن وتفريغ وتخزين وتجميع وتوزيع الحاويات ، بمعدات حديثة ذات إنتاجية عالية،⁶ مع الاهتمام بسياسات تقديم الخدمات المتكاملة بأسعار تنافسية لاستقطاب الأنشطة التجارية.⁷

وهكذا أصبح يمثل إنشاء الموانئ الجافة العصر الحقيقي للعولمة في النقل الدولي ، مما أدى إلى المنافسة بين الشركات العملاقة فانتشرت العملية الإنتاجية للمنتج الواحد لأكثر من منطقة جغرافية ، الأمر الذي ظهرت معه الحاجة إلى ضرورة إدماج العملية اللوجستية في العملية الإنتاجية ، لتشكّل كل من الموانئ والنقل البحري حلقة من سلسلة الإمداد.⁸

¹ مالك الخضري ، لوجستيات النقل البحري ، مجلة النقل الالكترونية ، العدد العاشر ، تموز 2018 ، ص 01.

² سامي زكي عوض ، الدور اللوجستي للموانئ الجافة ومدى احتياج مصر لها في ظل إستراتيجية متكاملة للنقل ، رسالة دكتوراه ، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، 2002 ، مصر ، ص 03.

³ تقرير حول المسائل المتعلقة بأنشطة منظمة التجارة العالمية يقدمه المركز الإسلامي لتنمية التجارة إلى الدورة الثالثة والثلاثين

للجنة المتابعة المبنية عن اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادي والتجاري لمنظمة التعاون الإسلامي (الكومسيك) البند رقم

4 التجارة البينية فيما بين البلدان الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي 10-11 ماي 2017 ، أنقرة الجمهورية التركية ، ص 04 ، 05.

⁴ باسم غدير غدير / سائر صليبية ، البنى اللوجستية اللازمة لتطبيق نظام النقل متعدد الوسائط (دراسة حالة محطة حاويات مرفأ الأذقية) ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، سوريا ، المجلد 38 ، العدد 3 ، 2016 ، ص 463.

⁵ مريم فرح محمد حامد ، أثر اللوجستيات في الميزة التنافسية للنقل بالحاويات في ميناء بورتسودان (1995 إلى 2014) ، رسالة دكتوراه ، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا كلية الدراسات العليا ، 2015 ، ص 23.

⁶ سامي زكي عوض ، المرجع السابق ، ص 03.

⁷ مريم فرح محمد حامد ، المرجع السابق ، ص 23.

⁸ همام نزار عبيد ، العولمة في صناعة النقل البحري ، مجلة النقل الالكترونية ، العدد التاسع ، سوريا ، نيسان 2018 ، ص 01 ، 02.

أمانة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام التقل من الباب إلى الباب "

وأمام الأهمية التي يحظى بها الميناء الجاف سنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز أهم النقاط التي يثيرها هذا الموضوع في الممارسة القانونية والعملية محاولين الإجابة عن بعض الإشكالات بدءا بالتساؤل عن مفهوم الميناء الجاف والإطار القانوني له؟ وما هي المتطلبات الواجب مراعاتها لإنشائه؟ والإجراءات المتخذة لاستغلال الموانئ الجافة أمام إدارة الجمارك؟ والتساؤل عن مدى تأثير صناعة الخدمات اللوجستية على الميناء الجاف لتفعيل نشاط النقل متعدد الوسائط؟ لنخلص لأهم التوصيات التي يستحسن الأخذ بها.

1- الإطار المفاهيمي للموانئ الجافة:

يتجه اعتقادنا أنه ينطبق مصطلح ميناء على المكان الذي يتصل بوسط بحري فقط ، لكن فرضت التطورات الحديثة ظهور ما يسمى بالميناء الجاف الذي يختلف عن غيره من المنشآت الأخرى التي تقدم فيها خدمات النقل بوجه عام:

1-1 تعريف الميناء الجاف:

تقرض التطورات الحديثة التي جاء بها قانون الجمارك تنظيم منشآت ميناوية تسمى بـ "الميناء الجاف" ،⁹ كمنشأة مجهزة داخل البلاد التي تبعد الموانئ البحرية إتماما للتقل متعدد الوسائط¹⁰ ليتماثل نوعا ما مع المناطق التي تنشأ خارج الموانئ ،¹¹ لكنه يخضع لنظام خاص يعرف بالميناء الداخلي كميناء أو محطة لاستقبال البضائع يتموقع على اليابسة دون البحر ، فيشكل مركز تجميع البضائع القادمة من البحر لأجل توزيعها إلى الجهات الموردة بهدف تخفيف الضغط على الطاقة التخزينية والمساحة الجمركية التي تكتظ بها الموانئ البحرية ،¹² فهو إحدى محطات الحاويات الداخلية ،¹³ وموقع للتسهيلات اللوجيستية الذي تنفذ فيه

⁹ قررت شركة تسيير مساهمات الموانئ إنشاء العديد من الموانئ الجافة حيث ينطبق هذا المشروع على كل من ميناء الجزائر ، عنابة ، أرزيو ، بجاية ، جيجل ، الغزوات ، مستغانم ، وهران ، سكيكدة ، بحيث يتمركز ميناء الجزائر الذي يتضمن ميناء جاف على مستوى الروبية ويسير من قبل الشركة العمومية الجزائرية لخدمات الحاويات والذي يضاف إليه ميناء جاف يسير من طرف مؤسسة ميناء الجزائر وميناء جاف آخر يسير من طرف الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية.

وقد حاولت منغوليا تخطيط أربع موانئ جافة طوال السكك الحديدية العابرة لآسيا ، وأنشئت في إفريقيا موانئ جافة في كل من إثيوبيا وأوغندا وبوركينا فاسو والنيجر وأمريكا الجنوبية.

- تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة ، تلبية الحاجيات الخاصة للبلدان النامية غير الساحلية في إطار عالمي جديد للتعاون في مجال النقل العابر من أجل البلدان النامية غير الساحلية وبلدان المرور العابر النامية ، الدورة 66 ، 2011/07/25 ، وثيقة رقم: A/66/205 ، ص 10.

¹⁰ مريم فرج محمد حامد ، المرجع السابق ، ص 23.

¹¹ تطبيقا للمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 01-2 المؤرخ في 22 شوال عام 1422 الموافق لـ 6 يناير 2002 الذي يحدد النظام العام لاستغلال الموانئ وأمنها ، ج.ر عدد 01 06 يناير 2002 ، ص 03.

¹² أسماء شعبان ، أسماء شعبان ، الموانئ الجافة طريق مصر الى التجارة العالمية ، المجلة الالكترونية ، العدد 14 ، 2015 ، ص 20.

أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام التقل من الباب إلى الباب "

جميع إجراءات التخليص الجمركي والتخزين المؤقت¹⁴ التي تتطلب الدقة والتركيز لأجل تلافي المنازعات التي تثار عند ضياعها أو سرقتها،¹⁵ وتعمل حركة نقل البضائع إلى وجهتها النهائية.

نظم المشرع الجزائري الموانئ الجافة في الفصل الخامس من قانون الجمارك بموجب المواد من 66 إلى المادة 74¹⁶ بحيث يتبين لنا من فحوى المادة 66 أنه يجوز تفريغ البضائع في أماكن معينة لهذا الغرض للمكوث فيها تحت المراقبة الجمركية في انتظار التصريح المذكور لدى الجمارك، إذا لم تتضمن البضائع موضوع تصريح مفصل حدده المادة 75 حيث سماها في الفقرة الثانية منها بمخازن ومساحات الإيداع المؤقتة والموانئ الجافة.

كما تعرف الفقرة الثالثة من المادة 66 أنه يشكل الميناء الجاف موضع إيداع مؤقت خارج الميناء. وتشير المادة 02 من المقرر المؤرخ في 27 مارس 2011 المتعلق بالموانئ الجافة أنه يمثل الميناء الجاف مستودع مؤقت خارج الميناء، الذي يعتبر امتدادا طبيعيا للموانئ البحرية، ولا يمكن ربطه إلا بميناء واحد.¹⁷

1-2 تمييز الميناء الجاف عن مراكز أخرى:

يختلف الميناء الجاف عن المرفأ فيشمل النطاق الذي يحتضن المرفأ وما يضمه من خدمات،¹⁸ وما يميزه عن المستودع الجمركي الذي يستقبل الشاحنات والرسائل الواردة للآخرين، أين تظل البضائع بداخلها

¹³ سامي زكي عوض، المرجع السابق، ص 03.

¹⁴ بن عزوز إبراهيم، إجراءات فصل الإفراج عن البضائع عن التخليص الجمركي نظرة على قانون 04-17 المتضمن تعديل قانون الجمارك، مجلة نماء للاقتصاد والتجارة، العدد الثاني ديسمبر 2017، ص 204.

¹⁵ الهاحي فاطمة زهرة شريفة، الشراكة المينائية: امتياز نهائي الحاويات، رسالة دكتوراه، جامعة وهران 2، محمد بن أحمد، 2017/2016، ص 119، 197.

¹⁶ القانون رقم 07-79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 الذي يتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-98 المؤرخ في 22 أوت 1998 والأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 والقانون رقم 24-06 المؤرخ في 2006/12/26 والقانون رقم 12-07 المؤرخ في 2007/12/30 والأمر رقم 02-08 المؤرخ في 24 يوليو 2008 والأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 والقانون رقم 09-09 المؤرخ في 2010/12/30 والأمر رقم 01-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 والقانون 13-10 المؤرخ في 2010/12/29 والقانون رقم 12-12 المؤرخ في 2012/12/26.

¹⁷ يحدد المقرر المؤرخ في 22 ربيع ثاني 1432 الموافق لـ 27 مارس 2011 الذي يتعلق بالموانئ الجافة، ج.ر عدد 33 كيفية تسيير الموانئ الجافة والتزامات المستغل في مجال التجهيزات والصيانة وتصليح الهياكل اللازمة لتنفيذ الخدمة وكذا شروط ممارسة الرقابة الجمركية.

¹⁸ رصاع حياة، أثر التطورات العالمية الراهنة على صناعة النقل البحري العربي ومدى التكيف معها، مذكرة ماجستير، 2013/2012، ص 38.



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

إلى حين الإفراج عنها خلال المدّة القانونيّة المحدّدة لها،¹⁹ ألا وهو أنه يشار إلى الميناء الجاف في سند الشّحن على أساس أنه الوجهة التّهائيّة عبر ميناء محدّد.²⁰

وأضفى نهائيّ الحاويات نوع من الحداثة على المفهوم التقليدي للميناء الذي أصبح مواكبا لثورة الحاويات، أين أصبح جزء منه مخصّص للقيام بكلّ العمليات المتّصلة بالحاويات بمرعاة نوعها وحجمها والبضائع محلّ التّحوية ابتداء من استقبالها من أرض الميناء لإتمام عملية التفريغ والتّخزين إلى غاية تسليمها إلى صاحب الحقّ على البضائع، والطاقة الاستيعابية لساحات التّخزين داخل النهائي وذلك لأجل معرفة فيما إذا كانت كافية لمناولة وتشوين الحاويات والتفكير في طريقة للتّستيف كفيلة باستيعابها، وإلا يصدر قرار بوجوب نقلها إلى المستودعات الجمركيّة أو الموانئ الجافة.²¹

وإذا كان يعتبر الميناء الجاف صنف من المحطّات الطّرفية،²² فإنّه يختلف عن محطّة الحاويات التي تمثّل المكان الّذي يتم فيه تبادل الحاويات من وسيلة نقل لأخرى وتجرى فيها جميع العمليات اللّوجستية لأجل ضمان سلسلة الإمداد،²³ والتي ظهرت من جزاء الانتقال من مرحلة استخدام الأرصفة المينائية في عمليات تداول وتخزين الحاويات إلى مرحلة بناء ساحات للحاويات containers yards إلى حدّ إنشاء محطّات الحاويات containers terminals.²⁴

وتتميّز المراكز اللّوجيستية بمفهوم واسع كموقع تنجز فيه كافّة أنشطة الثقل واللّوجستيات وتوزيع البضائع، فيمثّل تجميع بين مركز التّوزيع والميناء الجاف ومحطّة الشّاحنات.²⁵

¹⁹ أسماء شعبان، المرجع السابق، ص 21.

²⁰ مريم فرج محمد حامد، المرجع السابق، ص 23.

²¹ الهاحي فاطمة زهرة شريفة، المرجع السابق، ص 119، 197.

²² تضع اتّفاقية الأمم المتّحدة الخاصّة بمسؤولية متعهّدي محطّات الثقل الطّرفية في التجارة الدّولية (فيينا 1991) التياعتمدها مؤتمر دبلوماسي في 19 نيسان/أبريل 1991 قواعد قانونية موحّدة تنظّم مسؤولية متعهّدي محطة النقل الطرفية عن هلاك وتلف البضائع الذي يحدث في النقل الدولي أثناء وجودها في محطة نقل طرفية، وعن تأخر متعهّدي المحطة الطرفية في تسليم البضائع.

https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods/conventions/liability_of_operators_of_transport_terminals

²³ باسم غدير غدير / سائر صليبية، المرجع السابق، ص 467.

²⁴ رصاع حياة/ فقيه عبد الحميد، المرجع السابق، ص 323.

²⁵ تقرير الجمعية العامّة للأمم المتحدة، تلبية الحاجيات الخاصّة للبلدان النامية غير الساحلية في إطار عالمي جديد للتعاون في مجال النقل العابر من أجل البلدان التّامية غير الساحلية وبلدان المرور العابر النامية، الدّورة 66، بتاريخ 2011/07/25، وثيقة رقم: A/66/205، ص 25.

2- الأداء الوظيفي للميناء الجاف:

توفّر الموانئ الجافة وظائف مشابهة لوظائف الموانئ البحرية وتدعم تطوير ممرات متعدّدة الوسائط ، فتتجزّ عملية النقل فيها عن طريق الشاحنات والقطارات وتخزين البضائع في المستودعات لأجل التخفيف على الموانئ البحرية في حجم المساحات المخصّصة لها ، وهو ما سنحاول إيجازه فيما يلي:

1-2 تقليل من تكّس الموانئ البحرية:

تحوّل الميناء بمفهومه الواسع الى حلقة من حلقات النقل تغيّر فيه واسطة النقل ، الأمر الذي لزم توافر مناطق خلفيّة للموانئ البحرية تتمثّل في موانئ جافة التي تسمح بسحب البضائع منها بسرعة لتلافي التكدّس داخل الميناء البحري الذي لا يتوافر على مخازن توضع فيها تلك البضائع ، وعدم قدرة المستودعات الجمركيّة على استيعاب الحاويات ، وزيادة الأعباء نتيجة تركها على أرصفة الموانئ البحرية لفترات طويلة ، فأصبح تنفّذ عمليات تجميع البضائع في الميناء الجاف بانتظار مواعيد وصول سفنها حسب الجدولة الموضوعّة مسبقا ، والبضائع الواردة وفور تفريغها من السفن مباشرة الى حين تسليمها لأصحابها ، وتحقّق أيضا قيمة مضافة كأنشطة الفرز والتجزئة والتجميع والتعبئة والتغليف ووضع العلامات التجاريّة ، فيترتّب على هذا الدور الذي تقوم به الموانئ الجافة زيادة إنتاجية الموانئ البحرية productivity بشكل ملحوظ دون أيّة استثمارات.²⁶

2-2 استكمال وربط حلقة النقل متعدّد الوسائط:

تعتبر الموانئ البحرية حلقة مهمة في سلسلة النقل التي تتغيّر في ظلّها وسيلة النقل من برية إلى بحرية وجوية ، وبالتالي عمليّة نقل البضاعة من بحرية إلى برية وجوية وبالعكس ، يل يتعدّى دور الميناء ليشمل مساهمة ملموسة في عملية التصنيع والتخزين والتراخيص ،²⁷ لضمان رفع كفاءة النقل الدولي متعدّد الوسائط²⁸ وصموده أمام المنافسة الدوليّة ، الذي أضحي يمثّل الثورة الثانية في مجال النقل فسمح بالانتشار الواسع للحاويات وإقامة وصلات برية land bridges ،²⁹ أين يقوم متعهّد النقل متعدّد الوسائط بإدارة الموانئ الجافة ،³⁰ باعتبارها احدى المتطلّبات الجديدة لتفعيل دور النقل متعدّد الوسائط ، الذي تتطلّب الخدمات المضافة بالميناء ضرورة ربطه بشبكة من السكك الحديدية وطرق برية ونهرية ، حيث أصبحت منطقة الميناء

²⁶ أسماء شعبان ، المرجع السابق ، ص 20 ، 21.

²⁷ محمود زنبوع ، أثر تفعيل النقل متعدّد الوسائط في تنمية التجارة البينية العربيّة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونيّة ، المجلد 22 ، العدد 2 ، 2006 ، ص 251 ، 264.

²⁸ يعرف النقل متعدّد الوسائط بموجب المادة 1/1 من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدّد الوسائط للبضائع لعام 1980 أنه نقل بضائع بواسطتين مختلفتين على الأقل من وسائط النقل ، على أساس عقد نقل متعدّد الوسائط من مكان في بلد ما يأخذ فيه متعهّد النقل متعدّد الوسائط البضائع في عهده الى المكان المحدّد للتسليم في بلد آخر...."

²⁹ همام نزار عبّيد ، العولمة في صناعة النقل البحري ، ص 03.

³⁰ مريم فرح محمد حامد ، المرجع السابق ، ص 23 ، 27 ، 29.

أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

تقدّم خدمات متكاملة في مجالات الإمداد والتّموين والتّوزيع ، إلى درجة أنّه تمكّن عدد كبير من العملاء الاستغناء في منشآتهم عن مراكز التخزين والتّوزيع ، وتشجيع إنشاء الموانئ الجافة تحقيقا للوجستيات الثقل الدولي متعدّد الوسائط ، من بحري / بري / جوي / تخزين / تعبئة / تغليف / توزيع... الخ.³¹

3- الشروط الواجب توافرها لإنشاء الموانئ الجافة:

استبعدت عمليّة منح تصاريح لإنشاء الموانئ الجافة في الجزائر للشركات الخاصّة أو المتعاملين الأجانب نظرا لخروجها عن نطاقها القانوني فأصبحت تمثّل طريق مباشر لكسب المال بشكل غير شرعي ، والتلاعب بأسعار الخدمات تفوق عمّا تكلفه الموانئ العموميّة ، ومنع تهريب الحاويات من السفن الى هذه المناطق مباشرة ، وهو ما جعل إنشاء هذه الموانئ الجافة استثناء عن الأصل فقط ، وذلك بعد حصول سلطات الميناء أو وكلاء الشحن على الموافقة المسبقة من قبل المدير العام للجمارك ، والذين يسمّون في صلب النصّ بالمستغلّين حسبما تنصّ عليه المادة 2/2 من المقرر المؤرّخ في 2011/03/27 المتعلّق بالموانئ الجافة .

ويجب أن يتطابق الميناء الجاف مع الأماكن المخصّصة لبنائه بمراعاة الشروط المنصوص عليها ، وذلك في أجل لا يتجاوز 06 أشهر تطبيقا لما جاء في المادة 20 من المقرر ذلك:

- يجب أن يكون البناء منشأ بطريقة لا تسمح بانقاص البضائع المودعة فيه .
- إلزامية بناء وتهيئة الميناء الجاف بطريقة تسمح بتوفير أحسن الظروف للعمليات التجارية والمراقبة الجمركية .
- يجب أن يكون سياج مساحة الميناء الجاف بعلو ثلاث أمتار على الأقل .
- تنصيب سكاثير وعتاد الوزن ونظام المراقبة المرئية .
- تجهيز الميناء بمعدات الإعلام الآلي والاتصالات .
- ربط الميناء بنظام الإعلام والتّسيير الآلي للجمارك SIGARD .
- يجب على المستغل أن يضع تحت تصرّف مصالح الجمارك محلات إدارية مجهزة بكلّ معدّات التسيير الإداري بما فيها أجهزة الإعلام الإداري .
- تنصيب نظام مكافحة الحرائق والسّرقا³² .
- يجب أن يتماشى الموقع الخاص لبناء الميناء الجاف مع تخطيط البنية الأساسية الشاملة للثقل بقدر المستطاع نظرا لما قد تكلفه عملية بناء الميناء في أماكن بعيدة عن مرافق الثقل من مبالغ كبيرة .
- ضرورة مراعاة مستوى أدنى من مختلف الوسائط المتّصلة بالميناء الجاف لنقل الحاويات وسهولة الوصول إليه واندماجها مع شبكة الطّرق الإقليمية أو المحلية للتوزيع التّهائي للبضائع³³ أو تجميعها من عميل أو لعميل واحد تمهيدا لتصديرها.³⁴

³¹ محمود حاتم عبد الحليم القاضي ، المرجع السابق ، ص 5 ، 6 ، 7 .

³² المادة 06 من المقرر المؤرّخ في 2011/03/27 المتعلق بالموانئ الجافة .

³³ مريم فرج محمد حامد ، المرجع السابق ، ص 24 ، 25 .



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

- ضرورة تموقع الموانئ الجافة في مناطق تتوسط الكثافة السكانية والمناطق الصناعية والإنتاج والاستهلاك ، لجذب العمالة وتجنّب مصاريف الانتقال ونفقات إسكانهم لضمان سهولة الاتصال بالمعاملين مع الميناء الجاف .

- تمكين الساحات التي تتموقع فيها الموانئ الجافة من التوسّع المستقبلي،³⁵ بحيث تقدّر المساحة الدنيا المخصصة لإنشاء الميناء الجاف بخمسة وعشرين ألف متر مربع (25000) م² حسب ما نصّ عليه المادة 07 من المقرر المتعلّق بالموانئ الجافة.

- يجب توافر الميناء الجاف على بعض المواصفات والشروط الضرورية للتّخزين ، نتيجة ارتباطه ببضائع مخزّنة في حاويات مستوردة وموجّهة للتصدير أو إعادة التصدير وفقا للشروط التي تفاوض عليها المستغلّ في إطار اتفاقي ، حسبما جاء في نصّ المادة 3 من المقرر المؤخّ في 2011/03/27 المتعلّق بالموانئ الجافة ، لاسيّما حينما يتعلّق الأمر بالبضائع المصنّفة للتحويل ذات طبيعة خطيرة ،³⁶ حيث نصّت المادة 4 من نفس المقرر صراحة بعدم إمكانية قبول البضائع التي يشكّل وجودها خطرا أو التي من شأنها أن تفسد نوعيّة البضائع الأخرى ، أو التي يتطلّب حفظها تجهيزات خاصّة ، إلا في الموانئ الجافة المجهّزة خصيصا لاستقبالها.

4- مشتهمات الملف الإداري لفتح واستغلال الميناء الجاف:

- يجب على الرّاعبين بفتح ميناء جاف تقديم ملف إداري يتضمن جملة من الوثائق الإدارية إلى رئيس مفتشية أقسام الجمارك المختص إقليميا:
- طلب يحمل اسم ولقب وعنوان المستغلّ .
- مخطط المساحة والموقع للأماكن
- نسخة من القانون الأساسي للمتعامل بالنسبة للأشخاص المعنويين .
- نسخة من مقرر الاعتماد المتعلق بمهنة مساعد النقل البحري 'وكلاء الشحن'
- نسخة من عقد الملكية أو عقد الإيجار موثق لا تقل مدته عن ثلاث سنوات .
- نسخة من شهادة مطابقة المحلات لمعايير الأمن مسلمة من طرف مصالح الحماية المدنية المختصة إقليميا
- ترخيص مسبق من مصالح المراقبة الصحية والبيطرية والصحة النباتية والمطابقة .
- كلّ ترخيص منصوص عليه في التشريع والتنظيم الساري المفعول والمنظمين لتخزين المواد الخطيرة .
- ضرورة تقديم بعض الوثائق لضمان التحويل كنسخة من سند الشّحن الذي يشير للبضاعة المراد تحويلها ، والميناء الجاف المعني بالتحويل .

³⁴ عبد القادر فتحي لاشين ، 2009 ، ص 179 .

³⁵ مريم فرح محمد حامد ، المرجع السابق ، ص 24 ، 25 .

³⁶ www.eco-Algeria.com

أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

ويرتبط البدء في استغلال الميناء الجاف بضرورة تقديم الوثائق الآتي ذكرها تطبيقا للمادة 10 من المقرر المؤرخ في 2011/03/27 أنه يرتبط:

- تقديم نسخة من السجل التجاري.³⁷

- تقديم نسخة من بطاقة التعريف الجبائي.

- اكتتاب تعهد عام مكفول أو مضمون ، معتمد من طرف قابض الجمارك المختص إقليميا والذي يحدّد فيه مبلغ 05 مليون دينار للسنة الأولى من استغلال الميناء الجاف ، في حين يحسب المبلغ على أساس 2 % من الحقوق والرّسوم المحصّلة خلال السّنة السابقة.

فضلا عن ذلك يجب أن يتضمّن التعهّد المذكور أعلاه التزام المستغلّ بدفع الغرامات المستحقّة في حالة معارضة مخالفات ، وتحملّ المصاريف المترتّبة عن نقل البضائع للإيداع الجمركي وفقا لما تنصّ عليه المادة 74 من قانون الجمارك الجزائري.

5- إجراءات تحويل الحاويات إلى الموانئ الجافة:

أمام معاناة الموانئ البحرية من الاكتظاظ والتكدّس والأضرار اللاحقة بالمتعاملين ، عمدت مصالح الجمارك الجزائرية استحداث إجراءات بسيطة لتحويل الحاويات بهدف مكافحة الغشّ عبر الموانئ وذلك عن طريق جمركة الحاويات قبل تحويلها إلى الموانئ الجافة ،³⁸ فربطت التحويل الجزئي للحاويات باتجاه الموانئ الجافة بالحصول على ترخيص مسبق تسلّم من قبل إدارة الجمارك ، تطبيقا للمادة 67 من قانون الجمارك المعدّل بالقانون رقم 04/17 الصادر بتاريخ 2017/02/14 ، والتي تقابلها أيضا المادة 17 من المقرر "أنّه يخصّ تحويل البضائع إلى الميناء الجاف كلّ الحمولة إلا في حالة ترخيص مسبق من إدارة الجمارك" ، إلى درجة أنّه يتدخّل أعوان تابعين للميناء الجاف لتنفيذ عملية إيصال البضائع تحت حراسة جمركية ،³⁹ حيث تنصّ المادة 15 من نفس المقرر إتمام عملية نقل البضائع بمرافقة جمركية ، ويجب على المستغلّ هو الآخر أن يضمن أمن وحراسة البضائع الهاكثة في الميناء الجاف حسب ما تؤكّده لنا المادة 11 من المقرر المؤرخ في 2011/03/27 ، مع مراعاة الأجل التي حدّدها المشرّع الجزائري في المادتين 16 و18 من نفس المقرر⁴⁰ لكن يلاحظ أنّه يشكّل

³⁷ تقتض صفة التاجر في مستغل الميناء الجاف الذي يقيد نفسه في السجل التجاري ، هذا الأخير الذي يشكّل أداة الاستعلام عن التاجر دون الحاجة إلى رضا التاجر وتصريحه.

- نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة سادسة 2004 ، الجزائر ، ص 155.

³⁸ تستقبل الموانئ الجافة حوالي 21 ألف حاوية شهريا و 250 ألف حاوية سنويا.

³⁹ www.eco-Algeria.com

⁴⁰ يجب مراعاة أجل نقل البضائع برفعها مباشرة لفترة لا تتجاوز أربع وعشرين (24) ساعة من التفريغ الفعلي للبضائع طبقا للمادة 16 من المقرر ، ومكّن المشرّع الجزائري إمكانية تحويل البضائع خارج ساعات العمل القانونيّة وعطلة نهاية الأسبوع وأيام العطل بترخيص مسبق من مصالح الجمارك المختصة إقليميا طبقا للمادة 18 من نفس المقرر.

أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

الترخيص عقبة كبيرة أمام التدفق السهل للبضائع ، ممّا يشكّل مصدر قلق للمهنيين والمحترفين العاملين في مجال التجارة البحرية ، الذين يرغبون تحويل جزء من سلعهم اتجاه الموانئ الجافة على أساس اختيارهم . والأكثر من ذلك أنّه أصدرت المديرية العامة للجمارك تعليمية تمنع فيها شركات الثقل البحري التي تدخل ميناء الجزائر العاصمة توجيه الحاويات حسب رغبتها بل توجه من قبل إدارة الجمارك بشكل اختياري ، بالنظر إلى مدى توافر العقار على مستوى الموانئ الجافة لأجل ضمان الشفافية خلال عملية التفتيش والتحرّي وتجاوز الممارسات الغير شرعية التي تحتلها هذه الشركات .

غير أنّ هذه التعلّمية أثّرت بشكل سلبي على شركات الثقل البحري خاصّة تلك التي تستحوذ على شرط الأسد من نشاط الاستيراد ونقل وحفظ البضائع بالموانئ الجافة ، حيث ترفض نقل الحاويات المتراكمة إلى الموانئ الجافة.⁴¹

وفضلا عن ذلك فقد أنشأت المديرية العامة للجمارك منذ 20 ماي 2018 نظام التحويل الآلي للحاويات من ميناء الجزائر العاصمة نحو الموانئ الجافة ، بغية تأمين السلسلة اللوجستية للتجارة الخارجية وتحسين فعالية مكافحة الغش ، كما أنشئت خلية مركزية على مستوى ميناء الجزائر ، غير أنّه تمّ الإقرار بتحويل الحاويات المعبأة ببضائع ذات طبيعة خاصّة خطرة والحاويات المبردة والبضائع المجمعة نحو الموانئ الجافة ، بناء على طلب بعض الممثلين في السلسلة اللوجستية للتجارة الدولية ، وليس لهذا الإجراء الجديد أي أثر على نوعية الخدمة المقدّمة للمتعاملين ولا على آجال جمركة البضائع أو المعالجة السريعة لتدفعها .

وتعلم المديرية العامة للجمارك المتعاملين الاقتصاديين إمكانية جمركة بضائعهم دون تحويلها إلى الموانئ الجافة ، وقيد هذا الإجراء التسهيلي للاختبار لإدخاله في نظام الإعلام للجمارك .

ويرخص للمستغلّ قيامه بجميع العمليّات اللازمة لتجميع وحفظ البضائع المودعة في الموانئ الجافة تحت الرقابة الجمركية حسبما تؤكّد لنا المادة 19 من نفس المقرّر ، ويتحمّل مسؤولية نقل البضائع الى الميناء الجافّ عن طريق بيان بالحمولة طبقا للمادة 15 من المقرّر ، مع الإشارة إلى أنّه قد تغلق الموانئ الجافة عند إخلال أيّ مستغلّ بالتزاماته اتجاه إدارة الجمارك ، والذي لا يمكنه التحرر منها إلا بعد تصفية وضعية البضائع والمنازعات الممكن معاينتها.⁴²

6- لوجستيات الموانئ الجافة:

تأثرت الموانئ الجافة بالمفاهيم اللوجستية التي ظهرت في الآونة الأخيرة والتي كان لها صدى كبير على منظومة النقل متعدد الوسائط فيشكل نقطة تلاقي جميع وسائط النقل من برية وبحرية وجوية ، الأمر الذي

⁴¹ www.eco-Algeria.com

⁴² فضلا عن ذلك يمكن غلق الميناء الجاف حسبما يؤكّده المشرع الجزائري في المادة 12 من المقرّر المتعلق بالموانئ الجافة بطلب من المستغلّ أو عدم تجديد عقد الإيجار في أجل أقصاه ثلاثة أشهر قبل انقضاء مدة عقد الإيجار ، أو انعدام النشاط خلال مدّة سنة أو إخلال المستغلّ بالتزاماته اتجاه إدارة الجمارك أو إفلاس أو وفاة المستغلّ .

أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام الثقل من الباب إلى الباب "

يستدعي منا التنويه لمصطلح لوجستيك برؤية تاريخية ، ومدى انعكاسه على الأنشطة اللوجستية المقدمة داخل الموانئ الجافة:

1-6 نشأة وتعريف اللوجستيك:

أمام متغيرات سياسة تحرير التجارة التي تهدف إلى بناء منظومة متكاملة لتحقيق وفرة في تكاليف الإنتاج والنقل والتوزيع ، وتحقيق عناصر السرعة والكفاءة والمرونة ، ظهر عصر جديد بعد الصناعة يعرف بعصر صناعة الخدمات اللوجستية ، كتعبير عن الخيط العام الذي كان مفتقدا لربط التجارة الدولية مع منظومة الخدمات المينائية التي تهدف إلى صناعة بيئة متناغمة الحلقات فتصنع اقتصادا عالميا مما يحقق قيمة مضافة دون خلق أعباء اقتصادية باهضة التكاليف.⁴³

يعتبر لفظ لوجستيك Logistics مفهوم حديث الظهور ذو دلالة شاملة ذي نشأة عسكرية كان أول تطبيق له في فرنسا أثناء الحرب العالمية الأولى ، والذي تطوّر أثناء الحرب العالمية الثانية عند توصيل الجنود بمعداتهم وذخائرهم في زمن ومكان معين بأقلّ خسارة ،⁴⁴ فيقصد به "فنّ نقل الجنود وإيوائهم وتموينهم" بمعنى ادارة تدفقات الأفراد والموارد لدعم المجهود الحربي عن طريق نقل الجنود والعتاد والمؤن والذخائر من المعسكرات والمستودعات في منطقة عسكرية معيّنة ، إلى ميادين القتال في مواقع أخرى بعيدة ، في أقصى وقت ممكن وبأقل تكلفة ممكنة.

وبعد ذلك امتدّ تطبيق اللوجستيات إلى مجال الاقتصاد وإدارة الأعمال بما يعرف باسم Businesslogistics ، وتبيّن من الدراسات التي أجريت أنّ حوالي 40 % في المتوسط من تكلفة إنتاج أي سلعة في الدول المتقدمة يمكن ردها إلى الأنشطة اللوجستية ، التي تنعكس بالإيجاب على عملية تخطيط وتنفيذ وتطبيق الرقابة والتحكّم في التدفّق والتّخزين الفعّال والمؤثّر للبضائع والخدمات والمعلومات المتعلقة بها من نقطة الانطلاق إلى نقطة الوصول لأجل تحقيق متطلّبات العملاء ، وتخفيض التكاليف ، وخلق المنفعة الزمنية والمكانية للسلعة ، وتحول الوقت إلى قوة اقتصادية مضافة لبلوغ قيمة إنتاجية مضافة تتحول إلى تدفق في الثروة لتحقيق ميزة تنافسية.⁴⁵

2-6 الأنشطة اللوجستية داخل الميناء الجاف:

تعتبر صناعة اللوجستيات من الخدمات الجديدة التي دخلت في سلسلة النقل ، والأكثر استخداما في مجال النقل البحري الذي امتدّ إلى وساط أخرى تطلّبت إقامة موانئ جافة تؤدّي مجموعة من الأنشطة والخدمات اللوجستية التي أصبحت من الوظائف الحديثة لأيّ ميناء من الموانئ الحديثة مما يجعله يتحوّل إلى مركز لوجستي ،⁴⁶ باعتبار أنّ التّخزين ووضع البضائع في المستودعات من أهمّ الخدمات اللوجستية التي تعمل

⁴³همام نزار عبّيد ، العولمة في صناعة الثقل البحري ، ص 05 ، 06 ، 11.

⁴⁴رضاع حياة/ فقيه عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 321.

⁴⁵مالك الخضري ، المرجع السابق ، ص 01.

⁴⁶همام نزار عبّيد ، العولمة في صناعة الثقل البحري ، ص 06 ، 11.



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام النقل من الباب إلى الباب "

على تحسين أداء النقل البحري وتخفيض تكاليفه،⁴⁷ والتي تطوّرت مع تطوّر تجارة الحاويات نقلا وتوزيعا وتستيفا وتفريفا وإنزالا،⁴⁸ بما أنّه تتأثر وظائف الميناء بعدة عوامل بما فيها التجارة المنقولة بحرا، وتخصّص الميناء في تداول البضائع والحاويات، والموقع الجغرافي للميناء.⁴⁹

وتعرف اللوجستيات امتداد للتجارة الدولية أنّها فنّ إدارة سلاسل الإمداد التي تغطّي العالم⁵⁰ بحيث لا يقتصر دور صناعة اللوجستيات في خدمات النقل بل يمتدّ ليشمل العمليات الإنتاجية من حيث التخطيط لجعل المنتجات، فتتكامل عملية النقل مع الأنشطة الأخرى، بإدارة المخزون عن طريق تنفيذ عمليات تجميع كافة السلع الوسيطة وثافة الصنع والمكونات لإجراء عمليات الفرز والتعبئة والتغليف بنمط يسمح باستغلال المساحات وال فراغات داخل الحاويات أو على سطح السفن، والمعالجة الصناعية ولصق العلامات التجارية، والتأمين والعمليات المصرفية والمستندية التي تعمل على تحسين مستوى الخدمة وتطويرها وزيادة الجودة وتقليل التكاليف فتحقق نوع من المرونة والسرعة، وإدارة أنشطة النقل وإعادة شحنها بعد ذلك إلى أسواق الاستهلاك النهائية⁵¹ بأقصر فترة زمنية وأقلّ تكلفة ممكنة *just in time delivery* لأجل تقديم خدمة التّزامن المحكم،⁵² والاستفادة من التخصص وتقسيم العمل،⁵³ والتّخزين والتّوزيع في المستودعات وتكنولوجيا المعلومات في إطار إدارة واحدة، فتعمل على تقليص الدورة المستندية والعراقيل البيروقراطية، فتعمل على

⁴⁷ قرار المجلس رقم 100/1639 المؤرخ في 2015/06/04 بشأن دراسة النهوض بالخدمات اللوجستية في مجال النقل البحري والبري في الدّول العربية"، مجلس الوحدة الاقتصادية، الأمانة العامة، القاهرة، ص 01.

⁴⁸ رضاع حياة/ فقيه عبد الحميد، المرجع السابق، ص 320.

⁴⁹ همام نزار عبّيد، العولمة في صناعة النقل البحري، ص 06.

⁵⁰ هبة أحمد محمد البغدادي، أثر تطبيق اللوجستيات على رفع كفاءة الأداء بالموانئ، دراسة تطبيقية عن ميناء الإسكندرية والدخيلة، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 2011، ص 01.

⁵¹ الجدير بالذكر في هذا الصدد أنه تتضمّن اللوجستيات حوالي 14 نشاط من نقل وتخزين وخدمة العملاء ومتابعة متطلبات العملاء ونظام المعلومات والرقابة على المخزون والتنبؤ بالطلب واختيار موقع المصنع والتخزين للتوزيع، التداول، الحصول على مواد وخدمات، خدمات ما بعد البيع للعملاء، العبوات والتعبئة، التخلص من الفاقد، وإعادة التصنيع، التعامل مع البضائع المرتجعة، وهكذا يلاحظ أنّنا نجد العديد من الأنشطة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنقل كالتخزين ونظم المعلومات والتداول والتعبئة.

- رضاع حياة/ فقيه عبد الحميد، المرجع السابق، ص من 321 إلى 325.

⁵² محمود حاتم عبد الحلّيم القاضي، دور السكك الحديدية والموانئ الجافة في تفعيل نشاط النقل متعدد الوسائط في الوطن العربي، المعرض الدولي للنقل ومستلزماته، دمشق 26-30 جولية 2005، ص 03.

⁵³ رضاع حياة/ فقيه عبد الحميد، المرجع السابق، ص 321، 322.

أمانة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام النقل من الباب إلى الباب "

استخدام أنسب المعدّات وإعادة توزيعها بأعلى كفاءة،⁵⁴ وما الغاية من وراء العملية اللوجستية لأجل تحقيق أكبر قدر من القيمة المضافة الحقيقية المؤكّدة وبشكل مستمر،⁵⁵ فتشمل جميع أنشطة مراكز التوزيع وأنشطة القيمة المضافة.⁵⁶

وهكذا استمرّ الإقبال على المتخصّصين في اللوجستيات لما لها من تأثير على تحقيق الربح، لعدم كفاية البرامج التدريبية التي تقوم بها الشركات للموظّفين الجدد لأجل تغطية المهارات والمؤهلات الفنية، وأمام الدور الذي تحقّقه الخدمات اللوجستية فقد أصبحت غاية كلّ ميناء التي تقدّم هي الأخرى هذه الخدمات إلى العملاء، وبالتالي تعظيم الإيرادات ومنح ميزة تنافسية للموانئ عن طريق رفع معدّلات الأداء لعملية إعادة هيكلة لتوفير العمالة ورفع درجات الخبرة المطلوبة، والمساعدة في تشكيل وتنويع الأنشطة اللوجستية المقدّمة للعملاء، ممّا يساعد على خفض التكاليف وتعزيز المركز التنافسي والإقليمي للميناء.⁵⁷

3-6 دور الصناعة اللوجستية في التّكامل:

أمام الحرية المتكاملة للتجارة واتّساع أسواق المنافسة التي أدّت إلى عالمية خدمات النقل، امتدّ نشاط شركات الملاحة العالمية إلى الاندماج أو الأتحاد لأجل تقديم خدمات نقل منتظمة مع امتداد نشاطها إلى النقل متعدّد الوسائط،⁵⁸ أين تعتبر ثورة التحوية أحد دوافعه، التي تستلزم وجود هيكلية في المرافئ،⁵⁹ بتحسين خدماتها من خلال الهياكل الأساسية والتكنولوجيا، بتدخّل العديد من الوكلاء لأجل تسليم البضائع وقت الحاجة لها، في المكان المطلوب وبأقلّ تكلفة وهو ما يسمّى لوجستيات خدمات النقل إلى المكان

⁵⁴ هبة أحمد محمد البغدادي، المرجع السابق، ص 01.

⁵⁵ محمود حاتم عبد الحليم القاضي، المرجع السابق، ص 03.

⁵⁶ الجدير بالذّكر إلى يتّسع مفهوم مراكز اللوجستيات عن مراكز التوزيع الذي يؤدّي:

- أنشطة متعلّقة بنقل البضائع: التخزين، تجميع البضائع، تعقب ما بعد الشّحن، النقل، التخليص الجمركي، مستندات الشّحن،

- أنشطة إدارية متعلّقة بتشغيل المركبات والحاويات: إدارة أساطيل النقل، تأجير حاويات ومركبات، إصلاح وصيانة المركبات، إمداد بالوقود، تنظيف الحاويات، مكاتب إدارية،

- أنشطة ذات قيمة مضافة: إعادة التعبئة، لصق العلامات التجارية، رقابة الجودة، الإصلاح، تجميع واختيار المنتجات.

- أيمن النحرابي، الموانئ البحرية العربية، المرجع السابق، ص 172.

⁵⁷ هبة أحمد محمد البغدادي، أثر تطبيق اللوجستيات على رفع كفاءة الأداء بالموانئ، دراسة تطبيقية عن ميناء الإسكندرية والدخيلة، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 2011، ص 01.

⁵⁸ محمود حاتم عبد الحليم القاضي، المرجع السابق، ص 05.

⁵⁹ مالك الخضري، النقل متعدّد الوسائط والخدمات اللوجستية في الدول النامية، مجلة النقل الالكترونية، العدد 11، سوريا،



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام التقل من الباب إلى الباب "

المناسب في الوقت المناسب والحالة المطلوبة وأقل تكلفة،⁶⁰ مع أنه قد يؤثر انخفاض تكاليف الخدمات اللوجستية على ارتفاع تكاليف التقل، وكثيرا ما يسعى الشاحنون على حلول نقل شاملة مع مرونة متزايدة للخدمات.⁶¹

وعليه تعتبر الإدارة اللوجستية الحديثة⁶² أهم مقومات نظام التقل متعدد الوسائط باعتباره النشاط الذي يربط بين المشروع الإنتاجي والخدمات والأسواق التي يتعامل فيها،⁶³ فهو أبرز العناصر المساهمة في تشكيل صناعة اللوجستيات الدولية، الذي يحقق نسبة دخول كبيرة بالمقارنة مع مجالات أخرى.⁶⁴ وتساهم العمليات اللوجستية من تخطيط وتنفيذ وإدارة ومراقبة،⁶⁵ في تنمية نشاط التقل متعدد الوسائط تحت إدارة واحدة وشبكة من المعلومات تساعد على اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب، وهو ما يكشف لنا ما انبثق عن ثورة اللوجستيات فكرة التسليم في الوقت المناسب، كأسلوب حديث في إدارة العمليات بالاعتماد على تكنولوجيا الحاسبات الالكترونية، في التنسيق بين برامج الإنتاج وعمليات الشحن والتقل والتصدير، أين يخرج المنتج من خطوط الإنتاج مباشرة إلى وسائل الشحن دون اجتياز مرحلة التخزين.⁶⁶

⁶⁰ محمود حاتم عبد الحليم القاضي، المرجع السابق، ص 05.

⁶¹ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية تقرير اجتماع الخبراء المخصص بالمعنى بالخدمات اللوجستية، المعقود في 2006/06/13، لجنة التجارة في السلع والخدمات والسلع الأساسية، 29 نوفمبر 2006، ص 03.

⁶² والجدير بالذكر أنه تعرف الخدمات اللوجستية أنها فن وعلم وإدارة تدفق البضائع والطاقة والمعلومات والموارد من منطقة الإنتاج إلى منطقة الاستهلاك، والتي تتضمن تجميع المعلومات والنقل والجرد والتخزين، التغليف، الصيانة والتموين بالوقود، الخ...

- قرار المجلس رقم 100/1639 المؤرخ في 2015/06/04 بشأن دراسة النهوض بالخدمات اللوجستية في مجال النقل البحري والبري في الدول العربية"، مجلس الوحدة الاقتصادية، الأمانة العامة، القاهرة، ص 01.

⁶³ محمود زنبوعة، الموجع السابق، ص 252.

⁶⁴ الجدير بالذكر أنه تقدر لوجستيات التقل البحري حوالي ثلثي من لوجستيات النقل الكلي التي تقدر حوالي 10.5 بالمائة، كما أثبتت الدراسات في و.م.أ أنه تصل التكاليف اللوجستية حوالي 21 بالمائة من الناتج القومي الإجمالي ويشكل النقل حوالي 46 بالمائة ويشكل التخزين حوالي 28 بالمائة وتكاليف إحضار المواد حوالي 20 بالمائة والنواحي الإدارية 6 بالمائة.

- رصاع حياة/ فقيه عبد الحميد، واقع اللوجستيات في موانئ الوطن العربي، مجلة المعيار، العدد الثامن عشر، جوان 2017، ص 324، 325.

⁶⁵ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية تقرير اجتماع الخبراء المخصص بالمعنى بالخدمات اللوجستية، المعقود في 2006/06/13، لجنة التجارة في السلع والخدمات والسلع الأساسية، 29 نوفمبر 2006، ص 02.

⁶⁶ همام نزار عبيد، العولمة في صناعة التقل البحري، ص 06.



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجافة نظام النقل من الباب إلى الباب "

فضلا عن كفاءة الجمارك في الإفراج عن البضائع وتكاليف الميناء كعناصر تقليدية يتم الاعتماد عليها لتسهيل كل من التجارة والنقل ، يمكن الأداء اللوجستي الحديث في الميناء خدمة للنقل متعدد الوسائط توفير وسائل النقل وتجنب الزحام نتيجة انتظار الشاحنات لنقلها برا خدمة للنقل متعدد الوسائط ، بالإضافة إلى أنشطة التوزيع الدولي والمحلي للبضائع سبق التنويه لها ، مع تقديم مشغل ميناء جاف خدمة تخزين البضائع المحتواة ، وذلك بفيية حماية البضائع من السرقة والأضرار التي قد تتعرض لها من جراء الظروف الجوية السيئة ، أو تقديمه لأماكن التخزين بأحدث المستويات من التجهيز ، فيكون قد أضاف قيمة إلى البضائع.⁶⁷

وتفيذا للنقل المتكامل يقتصر النطاق الشخصي للعمليات اللوجستية على مقاولي من الباطن يقومون بأنشطة فرعية أو مساعدة للعملية الإنتاجية الأساسية للشركة ، والتي تقدم من قبل متعدد النقل متعدد الوسائط أو شركات النقل البحري التي تقدم خدمات القيمة المضافة امتدادا لنشاطها البحري الرئيسي ،⁶⁸ وهكذا أصبحت الميناء الجاف نقطة لوجستية حديثة مجمعة وواحدة one stop-shop تلبي جميع حاجات الناقلين والشاحنين وجميع مستخدمي الميناء.⁶⁹

خاتمة:

وعليه فلا يقتصر دور الميناء كواجهة لأجل تسهيل عملية استقبال السفن وتداول التجارة من السفينة إلى الرصيف ، بل يعتبر حلقة مهمة جدا في سلسلة النقل كأحد مراحل العملية اللوجستية المتكاملة⁷⁰ لدرجة اعتباره أهم المراكز المنتجة للخدمات اللوجستية إن صح القول ، إلا أنه يؤخذ على الموانئ الجافة صعوبات قد تعرقل وظائفها ، لاسيما وأنه إذا كان اتجاه البيئة التجارية نحو العولمة يزداد اتساعاً بنسب كبيرة فليس هناك إلى حد الآن دليل واحد أنّ العالم العربي يشهد تطوراً مائلاً في ارتقاء معدلات التبادل التجاري فيما بين دوله ، حيث أنه ما لا تتجاوب صناعة النقل البحري العربي وصناعة الموانئ بدرجة كافية مع متطلبات التنمية والنمو ويرجع ذلك لأسباب عديدة منها:

- معاناة المتعاملون الاقتصاديون الخواص من أسعار الشحن والتفريغ والخدمات التي يعتمدها أرباب السفن وأصحاب الموانئ الجافة فتتفوق تكلفة نقل السفينة من البلد المصدر إلى البلد المستورد ، بعدما كانت تحدد قبل فتح السوق أمام المتعاملين الأجانب في قانون المالية لكل سنة.
- خطورة الموانئ الجافة في المرحلة التي تنقل فيها البضائع إليها من الموانئ البحرية إلى المستودعات الجمركية ، الأمر الذي يستلزم فيها أن تكون المسافة مؤمنة إلى غاية وصولها إلى الموانئ البرية.
- فرض خدمات إضافية للتفريغ والشحن وتحويل الحاوية من الميناء الرطب إلى الميناء الجاف بأسعار خيالية دون استشارة أهل الاختصاص والخبرة.

⁶⁷ أيمن النحراوي ، المرجع السابق ، ص 26 ، 27.

⁶⁸ رضاع حياة/ فقيه عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 323.

⁶⁹ همام نزار عبيد ، العولمة في صناعة النقل البحري ، ص 08.

⁷⁰ أيمن النحراوي ، تخطيط وإدارة واقتصاديات الموانئ البحرية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2014 ، ص 1 ، ص 26.



- عدم إقامة العنصر البشري صاحب الميناء الجاف في الجزائر والذي يتعدّد عليه متابعة نشاط شركاتهم من مقرّ إقامتهم الأصلي.

وعليه نوجز أهمّ التوصيات التي يستحسن الأخذ بها لتطوير الموانئ الجافة:

- ضرورة تطوير الموانئ الجافة بتحديد مواقعها في أنحاء البلاد وتحسين أداء التشغيل لكلّ منها، مع البحث عن المواقع الجغرافية التي تنطبق عليه مواصفات إنشاء الموانئ الجافة لأجل ضمان الهدف المرجو منها، مع إلزامية مراجعة مواقع الموانئ الجافة لضمان صحتها بناء على مبدأ ميناء جاف واحد في كلّ منطقة صناعية، وان كان يفضّل إنشاء ميناء جاف كبير بدلا من تواجد أكثر من ميناء جاف لا يستغلّ بطاقته الكاملة أين يقترح دمجها.

- اقتراح ضمّ الموانئ الجافة إلى المراكز اللوجستية ليتحوّل إلى كيان واحد دون الحاجة لاستثمارات إضافية، أين يمكن توفير أنشطة القيمة المضافة نظرا للحاجة إلى تواجد مركز توزيع وميناء جاف في ذات المكان.

- الاهتمام بكافة وسائل النقل بتطوير البنيات التحتية لها تسهيلا لتداول البضائع فيما بينها وتماشيا مع نظام النقل الدولي متعدد الوسائط.

- تطوير الموانئ الجزائرية ومستوى الخدمات وفقا لما يتماشى مع صناعة النقل البحري لمنافستها للموانئ العالمية.

- تسهيل إجراءات النقل الدولي واللوجستيات ابتداء من نقطة المنشأ إلى نقطة الاستهلاك بما يحقق سرعة وكفاءة حركة النقل بأقلّ تكلفة.

- تحسين الكفاءة الكلية للوجستيات بتوفير نظام تسليم سريع تنافسي ودقيق لتدفقات البضائع على المستوى الدولي والوطني.

- الابتعاد عن الأساليب اليدوية الأقل كفاءة بمقارنة مع تلك التي تحققها الموانئ البحرية، هذه الأخيرة التي تعتمد على أنظمة التبادل الإلكتروني للمعلومات التي أدخلت في مكاتب الجمارك بالموانئ البحرية، التي يلتزم المستثمر بتطبيقها بالتنسيق مع الجمارك وذلك عن طريق تتبع الحاويات بالأقمار الصناعية مما ينعكس سلبا على أداء الموانئ الجافة، الأمر الذي يتطلب إدخال التطورات الحديثة على الموانئ الجافة منذ وصولها ميناء الوصول إلى غاية دخولها الميناء الجاف.

- سدّ الفراغ التشريعي الذي يغفل تنظيم منظومة النقل متعدّد الوسائط والموانئ الجافة بسنّ تشريعات جمركية لمنح تسهيلات للمستثمرين المتعاملين داخل الموانئ الجافة وتشريعات خاصة تحدّد طبيعة التعامل بين وزارة النقل ووزارة المالية.

قائمة المراجع والمصادر

أولا: الكتب والمؤلفات:

- أيمن النحراوي ، تخطيط وإدارة واقتصاديات الموانئ البحرية ، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2014.
- أيمن النحراوي ، الموانئ البحرية العربية ، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر 2008.
- عبد القادر فتحي لاشين ، المفاهيم الحديثة في إدارة خدمات النقل واللوجيستيات ، طبعة ثانية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية لبحوث ودراسات ، 2009.
- نادبة فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، طبعة سادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.

ثانيا: المقالات القانونية:

- أسماء شعبان ، الموانئ الجافة طريق مصر إلى التجارة العالمية ، المجلة الالكترونية ، العدد 14 ، مصر ، 2015.
- باسم غدير غدير / سائر صليبية ، البنى اللوجستية اللازمة لتطبيق نظام النقل متعدد الوسائط (دراسة حالة محطة حاويات مرفأ الأذقية) ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، المجلد 38 ، العدد 3 ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، سوريا ، 2016.

- بن عزوز إبراهيم ، إجراءات فصل الإفراج عن البضائع عن التخليص الجمركي نظرة على قانون 04-17 المتضمن تعديل قانون الجمارك ، مجلة نهاء للاقتصاد والتجارة ، العدد الثاني ، ديسمبر 2017.

- رضاع حياة / فقيه عبد الحميد ، واقع اللوجستيات في موانئ الوطن العربي ، مجلة المعيار ، العدد الثامن عشر ، جوان 2017.

- مالك الخضري ، لوجيستيات النقل البحري ، مجلة النقل الالكترونية ، العدد العاشر ، تموز 2018 ، مقال متاح عبر الموقع

الالكتروني: http://mot.gov.sy/web/magazine/magazine_det.php?id=63

تاريخ زيارة الموقع 2019/03/10 على الساعة 17:20

- مالك الخضري ، النقل متعدد الوسائط والخدمات اللوجستية في الدول النامية ، مجلة النقل الالكترونية ، العدد 06 ، سوريا ، نيسان 2017 ، متاح عبر الموقع الالكتروني: <http://mot.gov.sy/web/magazine/magazine.php?mid=8>

تاريخ زيارة الموقع: 2019/03/10 على الساعة 18:17

- محمود حاتم عبد الحليم القاضي ، دور السكك الحديدية والموانئ الجافة في تفعيل نشاط النقل متعدد الوسائط في الوطن العربي ، المعرض الدولي للنقل ومستلزماته ، دمشق 26-30 جويلية 2005.

- محمود زنبوعة ، أثر تفعيل النقل متعدد الوسائط في تنمية التجارة البينية العربية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 22.

- هبة أحمد محمد البغدادي ، أثر تطبيق اللوجستيات على رفع كفاءة الأداء بالموانئ ، دراسة تطبيقية عن ميناء الإسكندرية والدخيلة ، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، الإسكندرية ، 2011.

- همام نزار عبيد ، العولمة في صناعة النقل البحري ، مجلة النقل الالكترونية ، العدد التاسع ، سوريا ، نيسان 2018 ، مقال متاح عبر الموقع الالكتروني: <http://mot.gov.sy/apps/library/download/?id=409>

تاريخ وتوقيت زيارة الموقع: 2019/03/10 على الساعة 16:44

ثالثا: رسائل دكتوراه ومذكرات ماجستير:

- الماحي فاطمة زهرة شريفة ، الشراكة المينائية: امتياز نهائي الحاويات ، رسالة دكتوراه ، جامعة وهران 2 ، محمد بن أحمد ، 2017/2016.

- رضاع حياة ، أثر التطورات العالمية الراهنة على صناعة النقل البحري العربي ومدى التكيف معها ، مذكرة ماجستير ، 2013/2012.



أمينة بورطال ، مقال بعنوان: " تفعيل لوجستيات الموانئ الجاقفة نظام النقل من الباب إلى الباب "

-سامي زكي عوض ، الدّور اللوجستي للموانئ الجاقفة ومدى احتياج مصر لها في ظلّ إستراتيجية متكاملة للنقل ، رسالة دكتوراه ، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ، 2002 ، مصر .

- مريم فرح محمد حامد ، أثر اللوجستيات في الميزة التنافسية للنقل بالحاويات في ميناء بورتسودان (1995 إلى 2014) ، رسالة دكتوراه ، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا كلية الدراسات العليا ، 2015 .

رابعاً: التّصوُّص القانونيّة:

- إتفاقية تسهيل التجارة 2013 التي دخلت حيزَ النفاذ في 22 فبراير 2017 .

- إتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع لعام 1980 .

- إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهدي محطات النقل الطّرفية في التجارة الدّولية (فيينا 1991)

- القانون رقم 07-79 المؤرّخ في 21 يوليو 1979 الذي يتضمّن قانون الجمارك المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 10-98 المؤرّخ في 22 أوت 1998 والأمر رقم 06-05 المؤرّخ في 23 أوت 2005 والقانون رقم 24-06 المؤرّخ في 2006/12/26 والقانون رقم 12-07 المؤرّخ في 2007/12/30 والأمر رقم 02-08 المؤرّخ في 24 يوليو 2008 والأمر رقم 01-09 المؤرّخ في 22 يوليو 2009 والقانون رقم 09-09 المؤرّخ في 2010/12/30 والأمر رقم 01-10 المؤرّخ في 26 أوت 2010 والقانون 13-10 المؤرّخ في 2010/12/29 والقانون رقم 12-12 المؤرّخ في 2012/12/26 .

- المرسوم التنفيذي رقم 01-2 المؤرّخ في 22 شوال عام 1422 الموافق لـ 6 يناير 2002 الذي يحدّد النظام العام لاستغلال الموانئ وأمنها ، ج.ر عدد 01 لـ 06 يناير 2002 .

- المقرر المؤرّخ في 22 ربيع ثاني 1432 الموافق لـ 27 مارس 2011 الذي يتعلق بالموانئ الجاقفة ، ج.ر عدد 33 كفيّة تسيير الموانئ الجاقفة والتزامات المستغل في مجال التجهيزات والصيانة وتصليح الهياكل اللازمة لتنفيذ الخدمة وكذا شروط ممارسة الرقابة الجمركيّة .

خامساً: التقارير:

- قرار المجلس رقم 100/1639 المؤرّخ في 2015/06/04 بشأن دراسة النهوض بالخدمات اللوجستية في مجال النقل البحري والبري في الدّول العربية " ، مجلس الوحدة الاقتصادية ، الأمانة العامة ، القاهرة .

- تقرير حول المسائل المتعلقة بأنشطة منظمة التجارة العالمية يقدمه المركز الإسلامي لتنمية التجارة إلى الدورة الثالثة والثلاثين للجنة المتابعة المنبثقة عن اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادي والتجاري لمنظمة التعاون الإسلامي (الكومسيك) البند رقم 4 التجارة البنينة فيما بين البلدان الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي 11-10 ماي 2017 ، أنقرة الجمهورية التركية .

- تقرير الجمعية العامّة للأمم المتحدة ، تلبية الحاجيات الخاصّة للبلدان النامية غير الساحلية في إطار عالمي جديد للتعاون في مجال النقل العابر من أجل البلدان النامية غير الساحلية وبلدان المرور العابر النامية ، الدّورة 66 ، بتاريخ 2011/07/25 ، وثيقة رقم: A/66/205 .

- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية تقرير اجتماع الخبراء المخصص بالمعنى بالخدمات اللوجستية ، المعقود في 2006/06/13 ، لجنة التجارة في السلع والخدمات والسلع الأساسية ، 29 نوفمبر 2006 .

سادساً: مواقع الكترونية:

www.eco-Algeria.com

mot.gov.sy/apps/library/download/?id=409

https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods/conventions/liability_of_operators_of_transport_terminals

<http://mot.gov.sy/web/magazine/magazinepage.php?id=5>

الطلاق الثلاثة بلفظ واحد

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية

وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/07/24

تاريخ إرسال المقال: 2019/04/11

ملخص:

الحياة الزوجية تم بناءً على الاتفاق والتراضي بين الزوجين، لكي تقوم على المحبة والتعاون والتعاطف والتسامح والعدل والإنصاف وهي السعادة في الحياة الزوجية، فإذا فقدت كل هذه الأشياء، ولا يمكن أن تستمر الحياة الزوجية بأي حال من الأحوال لاختلاف الأفكار والتصورات أو لبغضاء وكراهية تماثل قلب أحدهما على الآخر وعجزا عن أداء الحقوق وإقامة حدود الله فيهما، وعز عليهما الصبر، وليسو من العقل والحكمة والمنطق أن يلزم الإنسان أن يعيش مع آخر طيلة عمره وهو يكرهه ويبغضه، وقد يصل الأمر، إذا ألزم بذلك إلى قتلها وقتل نفسه ولما كانت الدواعي إلى الفرقة والانفصال قد لا تكون حقيقية فقد أمر الإسلام باتباع نظام معين، هذا النظام يقلل من نسبة الطلاق، ويوقف الفرقة الناشئة عن نزوة طارئة أو كراهية وقتية أو حالة نفسية عارضة.

الكلمات المفتاحية: الطلاق، الأحوال الشخصية، الشريعة الإسلامية، القانون السوداني.

(*) أستاذ الفقه المقارن المساعد، جامعة نيالا - كلية القانون والشريعة - بالسودان.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد (ص) وعلى آله وصحبه ومن سار على سنته إلى يوم الدين ..

أما بعد ،،،

فإن الحياة الزوجية تم بناءً على الاتفاق والتراضي بين الزوجين ، لكي تقوم على المحبة والتعاون والتعاطف والتسامح والعدل والإنصاف وهي السعادة في الحياة الزوجية ، فإذا فقدت كل هذه الأشياء ، ولا يمكن أن تستمر الحياة الزوجية بأي حال من الأحوال لاختلاف الأفكار والتصورات أو بغضاء وكرهية تملأ قلب أحدهما على الآخر وعجزا عن أداء الحقوق وإقامة حدود الله فيهما ، وعز عليهما الصبر ، وليس ومن العقل والحكمة والمنطق أن يلزم الإنسان أن يعيش مع آخر طيلة عمره وهو يكرهه ويبغضه ، وقد يصل الأمر ، إذا أزم بذلك إلى قتله أو قتل نفسه ولما كانت الدواعي إلى الفرقة والانفصال قد لا تكون حقيقية فقد أمر الإسلام باتباع نظام معين ، هذا النظام يقلل من نسبة الطلاق ، ويوقف الفرقة الناشئة عن نزوة طارئة أو كراهية وقتية أو حالة نفسية عارضة .

فإن الإسلام يأمر الرجل بالصبر على الزوجة وإن رأي منها ما يكرهه ، قال تعالى : " فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا " سورة النساء الآية (19) .

وكل امرأة تتصف بصفات حسنة ويوجد بها ما قد يكرهه الرجل وإذا شاء الرجل امرأه كاملة الأوصاف فقد لا يجد ، فإذا ثارت بين الزوجين مشاكل فقد شرع الإسلام سبيل العلاج ، ويكون باتباع الآتي :-

أولاً: وعظ الزوجة إن كان الخطأ من جانبها ، وتذكيرها بأحكام الله وما أوجب عليها من حقه .

ثانياً: فإن لم ترتد قلبه أن يهجرها ، ويكون الهجران في المضجع ، ولا يغادر المنزل .

ثالثاً: الضرب غير المبرح بأن لم يجد في الهجر شيئاً .

وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى : " وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ " سورة النساء الآية (34) .

وإذا لم تصلح الأمور أو كان الخطأ من قبل الزوج وفقد أمر الله بالتحكيم بينهما وذلك باجتماع رجلين واحد من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة بعد سماع كلام الزوجين ، وقد يوقف الله على أيديهما بينهما ، فإن بعض الناس لا يستطيعون حل مشكلاتهم بأنفسهم ، قال تعالى : " فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا " سورة النساء الآية (35) .

فإذا لم يجد ذلك شيئاً ، ولم يستطع الرجل البقاء مع زوجته فيكون العلاج الأخير هو الطلاق تقادياً من الشقاء الدائم .

فعلية أن ينتظر حتى تحيض زوجته ثم تطهر ثم يوقع الطلاق وهذا امتثالا لقوله تعالى : " يا أيها النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ " سورة الطلاق الآية رقم (1) .

فلا يجوز تطليقها في الحيض ، ولا في طهر جامعها فيه فإذا انتظر الزوج كل هذه الفترة ، ثم أوقع الطلاق ولا شك فإن أسباب الطلاق حقيقية وليست من الأمور الوقتية أو العارضة .

فإذا أوقع الطلاق على النحو الذي وصفناه ، فإن الحياة الزوجية لا تنقطع ، وعلى المرأة أن تبقى في بيت زوجها مدة العدة ، ومدتها ثلاث حيضات لمن تحيض وثلاثة أشهر للأيسة والحامل أجلها أن تضع حملها .

فإذا تركها حتى انقضت عدتها ، ورغبا في إعادة العلاقة الزوجية فإن الإسلام لا يمنع من ذلك ، فقد يكون الطلاق علاج للرجل وللمرأة فالمخطئ قد يبصر خطأه ، وقد لا يدرك إنه كان ظالما ، فترجع الحياة الأسرية إلى أفضل مما كانت عليه فإذا أعاد الزوج زوجته في عدتها ، أو أعادها بعقد جديد بعد انقضاء عدتها ، ثم حدث ما أوجب طلاقها مرة أخرى فإنه يعطي مثل الفرصة الأولى التي تحدثنا عنها .

فإن طلق الثالثة فإنها لا تنتظر في بيته ، بل تعود إلى منزل والديها ، ولا تحل له بعد ذلك حتى تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " سورة البقرة الآية (230) .

أما إذا طلق الزوج زوجته ثلاثة طلاقات بلفظ واحد ، اختلف الفقهاء إلى أربعة مذاهب منهم من قال أن الطلاق الثلاثة بكلمة واحدة يقع ثلاثا مطلقا سواء دخل بها أو لم يدخل .

ومنهم من قال يقع وحدة رجعية إذا كانت المرأة مدخولا بها ، ومنهم من قال لا يقع شيء في طلاق الثلاثة بكلمة وحدة ، ومنهم من فرق بين المدخول بها وبين غير مدخول بها فتقع ثلاثا في المدخول بها وتقع وحدة بغيرها .

من أجل هذا ، فإني رأيت أن أخص موضوع البحث في الطلاق الثلاثة بلفظ واحد في الإسلام وذلك لتبيان آراء الفقهاء ودليل كل مذهب وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م - دراسة مقارنة ويشمل هذه المقدمة العناصر التالي :

● مشكلة البحث :

1- هل يجوز للمسلم أن يطلق زوجته ثلاث طلاقات بلفظ واحد ؟

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

2- ما حكم الطلاق في الإسلام ؟

3- ما هي الحكمة من مشروعية الطلاق في الإسلام ؟

4- ما هو رأي قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م؟

● أهمية البحث : تتبع أهمية هذه الدراسة عن غيرها لأن طلاق الثلاث بلفظ واحد ، خروج بالطلاق عن وضعه الطبيعي وصورته الأصلية لأن الأصل أن يكون الطلاق مرة بعد مرة في طهر لم يجامع فيه وإن يتمكن عقب كل مرة من المراجعة ، ولما كان الطلاق الثلاث بكلمة وحدة أو بتكراره خروجاً على النمط الطبيعي للطلاق فقد اختلف فيه الفقهاء وأخذت بأيسرها وهو المذهب القائل بوقوع الثلاث بلفظ واحد طلقة رجعية ولأن هذا الرأي يتفق مع روح التشريع الإسلامي وهو ما يتمشى مع القاعدة المحكمة ويؤدي إلى جلب المصالح ودفع الضرر ، قال تعالى : " يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفاً " سورة النساء الآية (28).

وعن عائشة أم المؤمنين (رضي الله عنها) قالت فيما أصح عنها " ما خير رسول الله (ص) بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثم " أخرجه البخاري في كتاب الأدب حديث رقم (6126) .

● منهج البحث : أستخدم الباحث المنهج الاستنباطي لاستنباط النصوص وتفسيرها والمنهج الوصفي التحليلي لتحليل وتفسير المعلومات والبيانات لأنه منهج يصف الظاهرة كما هي كائنة ، ويفسرها ويحللها والمنهج المقارن حيث يقوم الباحث بطرح الإشكالية ثم يقارن بين الشريعة الإسلامية وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991.

● خطة البحث :

سوف أتناول بإذن الله سبحانه وتعالى هذا البحث في مقدمه وأربعة فصول وخاتمه فيما يلي :-

الفصل الأول : أتناول فيه الطلاق في الإسلام وفيه مبحثان : الأول تعريف الطلاق ، والثاني مشروعية الطلاق.

الفصل الثاني : الأصل في الطلاق وحكمة مشروعيته وفيه مبحثان : الأول حول الأصل في الطلاق ، والثاني بخصوص حكمة مشروعية الطلاق .

الفصل الثالث : أركان الطلاق ، وفيه ثلاث مباحث ، المطلق ، والمطلقة ، والصيغة.

الفصل الرابع : الطلاق الثلاثة بلفظ واحد في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 م . وفيه مبحثان : الأول حول طلاق الثلاثة بلفظ واحد في الشريعة الإسلامية ، والثاني رأى قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 في الطلاق الثلاثة بلفظ واحد .

الخاتمة : وأتناول فيها أهم النتائج وتوصيات البحث .

الفصل الأول: الطلاق في الإسلام

المبحث الأول: تعريف الطلاق

المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة .

طلقُ اللسان بالفتح والكسر وطلق الإبل هو ان يكون بينها وبين الماء ليلتان فالليلة الأولى : الطلق لأن الراعي يخليها إلى الماء ويتركها مع ذلك ترعى في سيرها ، فالإبل بعد التحويز وطوالق وفي الليلة الثانية قوارب المقني والقتب أطلاقا والسيروم أو نبت يستعمل في الإصباح أو هذا وهم والنصب والشوط وقد عدا طلقاً أو طلقين وحسن طلقا ويضم أي : بلا قيد ولا وثاق وناقاة طالق بلا حطام أو متوجهة إلى الماء بلا حطام⁽¹⁾ يعني إذا رفع القيد عنها كما يقال طلق الرجل زوجته إذا رفع قيد الزواج المعنون ولكن العرف قصر استعمال لفظ الطلاق ، وما أشتق منه على حل قيد المعنوي ، كما خص استعمال لفظ الإطلاق يحل قيد الحسي .

الطلق جاء أيضا بطلق المخاض عند الولادة والطلق وجع الولادة وطلق البلاد ، تركها الطالق من الإبل التي طلقته في المرعي ، وقيل هي التي لا قيد عليها ، وطلاق النساء لمعنيين : أحدهما حل عقده النكاح ، والآخر بمعنى التخلية والإرسال ويقال للإنسان إذا عتق طليق أي صار حراً⁽²⁾ .

وطلق يقال حبس فلان في السجن (طلقا وبضم) والصبواب بضميتين أي بلا قيد (ولا وثاق) ولا كيل وطوالق ، أي قد طلقت عن العقال فهي طالق لا تحبس من عن الإبل⁽³⁾ .

وطلق من باب ظرف ورجل (طلق) الوجه (وطلق) اليدين أي سمح وأمره طلق اليدين أيضا ورجل طلق اللسان (طليق) اللسان ولسان (طلق) وأطلق على الأسير خلاء وأطلق الناقة من عقالها (فطلقت) هي بالفتح وأطلق يده بالخير والتطبيق الأسير الذي أطلق عنه أساره وخلي سبيله⁽⁴⁾ .

المطلب الثاني: تعريف الطلاق اصطلاحا

(1) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1415 هـ – 1995م ص 814 .

(2) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور مج 10 دار صادر بيروت ط 1410 هـ – 1990م ص 226 .

(3) تاج العروس من جواهر القاموس محمد مرتضى الذبيدي مج 6 دار مكتبة الحياة – بيروت ص 426 .

(4) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ط 1329 هـ 1911 م ص 420

عرف الفقهاء الطلاق بتعريفات مختلفة باختلاف وجهة نظر كل فقيه ، ولكنها تدل في مجموعها على أن الطلاق هو حل رابطة الزوجية معنى الطلاق شرعاً : رفع الحل الذي به صارت المرأة محلاً للنكاح إذا تم العدد ثلاثاً كما قال الله تعالى :

" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " (5) ويوجب زوال الملك باعتبار سقوط اليد عند انقضاء العدة في الدخول بها وانعدام العدة عند عدم الدخول والاعتياض عند الخلع (6).

والطلاق السني وهو جائز (وبدعي) وهو الحرام فلا واسطة بينها على أحد الاصطلاحين والمشهور خلافه ، وهو انقسامه إلى سني وبدعي ولأولا ، إذا طلق الصغيرة والأيسة والمختلعة ومن استبان حملها منه ومن لم يدخل بها لا سنة فيه ولا بدعة (7).

وطلاق السنة ، الذي أذنت السنة فعله (8) ، أي سواء كان راجحاً أي لسبب رجحه لا من حيث كونه سنيا وقولنا أو مساويا أي لتعارض أمرين كما يأتي أو خلاف الأولى أي كما هو الأصل فيه لأنه أشد أفراد ، لها كانت أحكامه من كونه راجحاً ومساويا أو مرجوحاً وقيوده علمت من السنة أضيف إليها دون القرآن وإن كان الأذن فيه وقع في القرآن كما وقع في السنة والطلاق ، شرعاً أيضاً بمعنى حل قيد النكاح (9) وهو مشروع ، وكذلك الطلاق شرعاً : إزالة ملك النكاح ، إطلاق السنة وهو أن يطلقها الرجل ثلاثاً في ثلاثة أطهاره (طلاق البعدة) هو أن يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة أو ثلاثة في طهر واحد (طلاق السنة) هو أن يطلقها الرجل واحدة في طهر لم يجامعها ويتركها من غير إيقاع طلقة أخرى حتى تنقضي عدتها (10).

والطلاق شرعاً هو حل رابطة الزواج بلفظ صريح كانت طالق أو كناية مع نيته كأذهبي إلى أهلك (11).

وتعريف الطلاق شرعاً أيضاً هو رفع قيد النكاح الصحيح بلفظ مخصوص في الحال أو المال بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك عن الكناية والإشارة (12).

(5) سورة البقرة الآية (230) .

(6) المسبوط لشمس الدين السرخسي ج6 مطبعة السعادة – مصر 1324 هـ ص2.

(7) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملي ج7 شركة مطبعة مصطفى البابي 1357هـ – 1938 م – ص 2.

(8) حاشية الدسوقي على شرح الكبير محمد عرفة الدسوقي ج2 ص 361 .

(9) المغني لابي محمد بن عبد الله بنى أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ج7 – عالم الكتب – بيروت ص 6

(10) كتاب التعريفات السيد الشريف على بن محمد الجرجاني ط1 مطبعة الخيرية بجمالية – مصر 1306هـ ص 61 .

(11) منهاج المسلم أبو بكر جابر الجزائري دار الجيل – بيروت – لبنان – دار الكتب السلفية – القاهرة 1407هـ ص 413 .

المبحث الثاني: مشروعية الطلاق

أتفق الفقهاء على مشروعية الطلاق واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والقياس دليل مشروعية الطلاق من الكتاب :

قال تعالى : " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ⁽¹³⁾" وقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " ⁽¹⁴⁾.

وقوله تعالى : " وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ " ⁽¹⁵⁾.

وقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا " ⁽¹⁶⁾.

يقول الله سبحانه وتعالى : " إِذَا طَلَقْتُمْ نِسَاءَكُمْ فَطَلِقُوهُنَّ لَطَهْرَهُنَّ الَّذِي بَحَصَنَهُ مِنْ عَدَّتِهِنَّ ، طاهرا من غير جماع ولا تطلقوهن بحيضون الذي لا يعتدون به من قرئتهن ⁽¹⁷⁾ يقصد حيضهن ⁽¹⁸⁾ أن يطلقها طاهرا من غير جماع وتطليقة واحدة ⁽¹⁹⁾ وقوله (وأحصوا العدة) يقول وأحصوا هذه العدة وأقرأها فاحفظوها وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل وقوله (اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن يقول وخافوا الله أيها الناس ربكم فاحذروا معصيته أن تتعدوا حده ، لا تخرجوا من طلقتم من نسائكم لعدتهن من بيوتهن التي

(12) أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الزواج ، الطلاق ، وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب د0 أحمد محمود الشافعي ج1 1982م ص 3 .

(13) سورة البقرة الآية (236)

(14) سورة البقرة الآية (229)

(15) سورة البقرة الآية (232)

(16) سورة الطلاق الآية (1)

(17) القرء الحيض والطهر منه .

(18) جامع البيان عن تأويل أى القرآن لابي جعفر محمد بن جرير الطبري ج 28 ، دار الفكر ط 1415 هـ – 1995م – ص 164 .

(19) تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل للإمام محمد جمال الدين القاسمي ج9 دار الكتب العلمية – بيروت ط 1 ، 1418 هـ – 1997م ص 249 .



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

كنتم أسكتهموهن فيها قبل الطلاق حتى تنقضي عدتهن ، وتصف قوله " ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة يقول الله سبحانه وتعالى : لا تخرجوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة إنها فاحشة لمن عاينها أو علمها أى فصلة بجرمة شديدة القباحة (مبيته) أى ظاهرة في نفسها ظهوراً بيننا عند كل من أريد بيانها له ، وذلك كالبدء منها على الزوج أو أقاربه فإنه كالنشوز يسقط حقها من السكنى ، فيجوز له إخراجها لقطع الشر⁽²⁰⁾ .

وقوله تعالى : " تَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ " أى شرائع ومحاربه وقوله (ومن يتعد حدود الله) أى يخرج عنها ويتجاوزها إلى غيرها ولا يأتهم بها وقوله " فقد ظلم نفسه أى يفعل ذلك فإذا طلقها ثلاثاً جملة واحدة فقد تعدى حدود الله فيكون ظالماً⁽²¹⁾ .

وقوله " لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) يقصد هى الرجعة وكذا قال الشعبي وعطاء وقتادة والضحاك ومقاتل ابن حيان الثوري ، ومن هنا ذهب من ذهب من السلف ومن تابعهم كالإمام أحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى إلى أنه لا تجب السكنى للمبتوتة أى المقطوعة ، وكذا متوفي عنها زوجها⁽²²⁾ .

وجه الدلالة من هذه الآيات : ذكر أحكام الطلاق وتفصيله بهذه الكيفية لدليل على مشروعيته ولذلك لرفع الضرر عن أحد الزوجين وتقديراً من المشاكل والشقاء الدائم .

● دليل مشروعية الطلاق من السنة :

حدثنا إسماعيل بن عبد الله قال : حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنه) أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ص) فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ص) عن ذلك فقال رسول الله (ص) (مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وأن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء⁽²³⁾ . أن النبي (ص) نهى عن الطلاق في حالتين أحدهما أن المرأة حائضة وثانيهما أن تكون المرأة طاهرة من الحيض ولكن زوجها أتاها في هذا الطهر ، إنه عليه الصلاة والسلام خيره بين أمسكها وبين طلاقها في الطهر قبل أن يمسهما .

(20) نظم الدرر في تناسب الآيات والسور للإمام برهان الدين أبي الحسن إبراهيم ابن عمر البقاعي ج8 دار الكتب – بيروت ط 1415 هـ – 1995م ص 26 .

(21) المرجع السابق للإمام محمد جمال الدين القاسمي ص 253 .

(22) تفسير القرآن العظيم للإمام عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي ج4 مكتبة مصر – دار مصر للطباعة ص 387 .

(23) متن صحيح البخارى للإمام محمد بن إسماعيل البخارى قراءة وراجعة د0 محمد تامر – دار الحديث – القاهرة ط 1432 هـ – 2011م ص 878 .

وعن ابن عمر (رضي الله عنه) أن النبي (ص) قال " أبغض الحلال إلى الله الطلاق ⁽²⁴⁾ . ولم ينكر النبي (ص) الطلاق فإن لم يكن مشروعاً لم خير النبي (ص) ابن عمر بين الإمساك والطلاق ، وأيضاً وصف النبي (ص) الطلاق بالحل دليل على مشروعيته ، وقد فعل النبي (ص) ذلك بطلاقه لحفصه بنت عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ثم مراجعتها ⁽²⁵⁾ فلو لم يكن ذلك مشروعاً ما فعله رسول الله (ص). وبخصوص دليل مشروعية الطلاق من الإجماع ، فقد اجمع المسلمون سلفاً وخلفاً على مشروعيته الطلاق ولم يخالف في مشروعيته أحد من العلماء ⁽²⁶⁾ وذلك استناداً مما ذكر من مشروعية الطلاق في الكتاب والسنة .

وعن دليل مشروعية الطلاق من القياس ، فإن العشرة الزوجية إذا فسدت بين الزوجين ، ولم يكن في الاستطاعة دوامها يكون من العبث بقاء الزواج ، وإمساك الزوج زوجة لا يطبق معاشرتها . لها في هذا الإمساك من تفويت للمقصود من الزواج . وتضييع للمصالح المنشودة منه ، والتي شرع لأجلها ، وكذلك إن عقد النكاح عقد معاوضة فجاز إزالته بالطلاق كالبيع بالفسخ ⁽²⁷⁾ .

الفصل الثاني: الأصل في الطلاق وحكمته من مشروعيته

المبحث الأول : الأصل في الطلاق

الأصل في الطلاق إن يوصف بالكراهية فكل طلاق في ذاته مكروه ⁽²⁸⁾ فليس للرجل أن يطلق زوجته بدون سبب ، ولذا قال (ص) " ابغض الحلال إلى الله الطلاق ⁽²⁹⁾ ، ولا يراد أن الحلال ليس فيه شيء مبغوضاً لله تعالى ، بل جميع أفراد ممدوحة في نظر الشرع فهي محبوبة لأن المراد بالحلال ما قابل الحرام ، فيشمل المباح والمكروه والطلاق من أفراد المكروه المبغوض وهو أشد المكروهات بغضاً ، فالطلاق وأن جعله الشارع سبباً صحيحاً لفرقة الزوجين ، ولكنه يكرهه ولا يرضى عن استعماله بدون سبب ، ثم أن الأسباب التي تعرض

(24) سنن الكبرى للبيهقي ج7 ط 1 مطبعة مجلس دار المعارف العثمانية 1353 هـ ص 322

(25) سنن ابن ماجه لابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ج1 دار الفكر حديث (2016) ص50.

(26) مراتب الإجماع لابن حزم في العبادات والمعاملات والاعتقادات لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ص 71 .

(27) البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى ج3 ط 1 1367 هـ – 1948 م ص 150 .

(28) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج4 عبد الرحمن الجزيري ، دار الريان للتراث ص265

(29) سنن الكبرى للبيهقي ج7 ص 322 .

للطلاق تعترية الأحكام التكليفية الخمسة - فتارة يكون واجبا وتارة يكون حراماً وتارة يكون مكروهاً وتارة يكون مندوباً وتارة يكون مباحاً⁽³⁰⁾.

فيكون واجبا إذا كان ما لحق أحد الزوجين من الضر لا يرفع إلا الطلاق كعجز الزوج عن إتيان المرأة أو الأنفاق عليها وفات الإمسك بالمعروف وطالبت المرأة بحقتها لدفع الضر عنها ، ورأى الحكم المصلحة في الطلاق عند الشقاق وتيفن الزوج أن زوجته ترتكب الفاحشة إنما يكون الطلاق في هذه الحالة واجبا دفعا للضرر الذي يلحق بكل من الزوجين فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضر واجب لقوله(ص) " لا ضرر ولا ضرار "

ويكون حراما : إذا وقع في الأوقات التي نهى الله عن الطلاق فيها كأن تكون الزوجة في وقت حيضها أو نفاسها أو في طهر جامعها فيه قبل استبانة الحمل أو إذا ترتب عليه الزنا بها أو بأحسبة أو ترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل فالتطبيق في هذه الحالات مخالف للواجب الذي أمر الله به ومخالفة الواجب حرام . من أراد طلاق امرأة له قد وطئها : لم يحل له أن يطلقها في حيضها ولا في طهر وطئها فيه ، فإن طلقها في طهر لم يطأها فيه فهو طلاق سنة لازم⁽³¹⁾ كيفما أوقعة إن شاء طلقه واحدة ، وإن شاء طلقتهن مجموعتين وإن شاء ثلاثا مجموعة .

ويكون مكروها : إذا طلقها بدون سبب كانت الزوجة مستقيمة الأخلاق مؤدبة مطيعة لأوامر الله سبحانه وتعالى استناد لقوله تعالى : " فَإِنْ أَطَعْتُمْكُمْ فَلَا تُبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا " (32) إن الله سبحانه وتعالى نهى الأزواج عن الاعتداء على زوجاتهم بدون وجه حق طالما أنهن مطيعات لهم فيما أمر الله به . ويكون مندوباً : إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو أعدم ميله إليها وكانت فاسدة الأخلاق ولا تنبأ بأوامر الله عز وجل وأحكامه من صلاة والصيام أو زانية ونحوها .

(30) الواجب : هو ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والإلزام .

والحرام : هو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام .

والمكروه : هو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام .

والمندوب : هو ما طلب الشارع فعله من غير إلزام ولا يذم تاركه .

والمباح : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه .

(31) المحلى لابي محمد علي بن محمد أحمد سعيد بن حزم ج 11 ط 1390 هـ - 1970م دار الاتحاد العربي ص 449.

(32) سورة النساء الآية رقم (34) .

ويكون مباحاً: وذلك لرفع الضرر عن أحد الزوجين ورد ذلك في قوله تعالى: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " (33).

بينت الآية سنة الطلاق أى من طلق زوجته طلقته فليس له بعد ذلك غير طلقة ثالثة لا رجعة فيه ، وهذا يدل على إباحة الطلاق .

المبحث الثاني: حكمة مشروعية الطلاق

إن الإسلام حض على بقاء الحياة الزوجية إذا كان بقائها الخير والسعادة لأن الزواج رابطة مقدسة ، وعلاقة سامية يريد لها الإسلام أن تبقى وتدوم ، ويحرص الإسلام أشد الحرص على أن تكون المودة بين الزوجين قائمة ، ولكن القلوب قد تتنافر ثم تستحکم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة وقد يستحکم الخلاف بين الزوجين فتصبح الرابطة بينهما صورة من غير زوج ، وقيدا من غير رحمة فلا تثمر ثمرتها ولا تحقق ما أريد منها ، ولا يكون بها أعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة فيصبح الإبقاء عليها وسد الأبواب دون التخلص منها قسوة شديد وظلما لا يحتمل ، فقد تكون الزوجة عقيبا استعصى علاجه وبالرجل رغبة ملحة في النسل ولا يستطيع الأفاق على زوجة أخرى ، أو لا ترضى هي أن تكون لها ضرة .

وقد يكون الزوج سيئ الطبع يلحق بالأذى بزوجه بالقول والفعل أو الكيد لها والأضرار بها .

وفي كل هذه الحالات والأيسار عوا إلى الطلاق بمجرد ظهور خلافات يمكن التغلب عليها بواسطة الأهل أو الحكّمين ، فإذا لمس الرجل بوادر النشوز من زوجته فالإسلام قد رسم له المنهج الذى يتبعه ، وقد ذكره تبارك وتعالى في كتابه العزيز بما يتلاءم مع طبائع النساء المختلفة فيبدأ بالوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح متجنباً الضرب الشديد ومتجنباً الوجه والبطن والقبل والدبر حيث يحرم الضرب في هذه الأماكن فإذا لم يفلح ذلك لجأنا إلى الحكّمين ، فإذا لم يفلح الحكمان جاز لهما أن يتفقا على نوع من تجميد العلاقة بينهما فإذا لم يتم ذلك لجأ إلى الطلاق ، لذلك فالإسلام الحنيف قد شرع الطلاق حيث تدعو الحاجة إليه ليحفظ الزوجين اللذين ساءت الحياة الزوجية بينهما في كثير من المفاسد والشور ويستبدل كل منهما بزوجة وزوجا آخر يسكن إليه ويعاد له الحب والود .

وفي ذلك قال تعالى: " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا (34) وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا " (34).

(33) سورة البقرة الآية رقم (229).

(34) سورة النساء الآية رقم (34 ، 35).

فقد يكون بين الزوجين تباين في الأخلاق وتنافر في الطباع وقد يطلع أحدهما من صاحبه على ما لا يحب ويرضى من سلوك شخصي أو عيب خلقي وقد يصاب أحدهما بهرض لا يستطيع معه العشرة الزوجية حينما لا يصلح معهما إلا قوله تعالى: " وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَاهُمَا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً " (35).

ومن ثم فإن الإسلام قد أباح الطلاق للضرورة التي لو أغلف بابها لنجم عن ذلك شر مستطير ورحح الناس وضيق في حياتهم وارتكبت جرائم كثيرة تهدد أمن المجتمع وتؤدي بحياة الأزواج .

الفصل الثالث: أركان الطلاق

أولاً: المطلق

لما كان الطلاق من الأمور الخطيرة جعله الله في يد الزوج ، فلا يجوز لأحد غيره أن يوقعه إلا بإذنه ، سواء كان هذا الغير أباً أولياً أو قاضياً إلا في حالات خاصة وذلك قال النبي (ص) " الطلاق بيد من يملك بالساق " (36) ، وقد اتفق الفقهاء على أن المسلم العاقل البالغ الحر الذي ليس بسكران ولا مكروها ولا غضبان ولا محجورا عليه ولا مريضا ولا مخطئاً ولا هازلاً لزوجته التي تزوجها زواجا صحيحا جائز إذا لفظ به بعد النكاح مختاراً له حينئذ وأوقعه في وقت الطلاق بلفظ من ألفاظ الطلاق على سنة الطلاق فإنه طلاق (37).

كذلك اشترط الشارع الحكيم فيمن يوقعه شروطاً إذا توفرت جميعها كان الطلاق معتبراً ويعتد به شرعاً وإذا فقدت أو فقد بعضها لم يكن الطلاق معتبراً ويعتد به شرعاً وإذا فقدت أو فقد بعضها لم يكن الطلاق معقداً به شرعاً وهذه الشروط هي (البلوغ ، والعقل والاختيار ، والقصد ، والحرية) .

يشترط في المطلق شروط هي :

1- البلوغ: فلا يصح طلاق الصبي ، وإن كان مميزاً بالأنفاق جمهور الفقهاء ما عدا رأى الراجح للحنابلة فإنهم قالوا : يقع طلاق الصبي المميز . استدلل جمهور الفقهاء بأن يشترط في المطلق بلوغ بحديث عن عائشة أم المؤمنين بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها عن النبي (ص) قال : " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق " (38) .

(35) سورة النساء الآية رقم (130) .

(36) سنن ابن ماجه ج1 ص 672 .

(37) أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية د0 حسين عبد المجيد حسين ط1 1415 هـ – 1995م ص 39 .

(38) سنن ابن ماجه ج1 حديث (2041) ص 658 .

وأستدل الحنابلة بأن لا يشترط في المطلق البلوغ بل يكفي عن يكون مميزا بحديث عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي (ص) أنه قال " كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه⁽³⁹⁾ .

2- **العقل** : فلا يصح طلاق المجنون مطبقا كان دوريا حال جنونه ، ولا المغمى عليه والذي غاب عقله بسبب الخمي فصار يهدى ، ويصح طلاق السكران باتفاق الفقهاء إذا تناول المسكر المحرم باختياره أما من شرب مباحا فغاب عقله أو أكره على الشرب فلا يقع طلاقه استنادا بحديث النبي (ص) " الأعمال بالنية ، وبكل أمرء ما نوى " فيما ورد بسند عثمان قال : ليس لمجنون ولا سكران طلاق وقال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائر وقال عقبه بن نافع لا يجوز طلاق الموهوس⁽⁴⁰⁾ .

ويصح طلاق الغصبان مع تحقق قصد الطلاق وإذا خرج عن شعوره وإدراكه في أقواله وأفعاله بالمرة يكون حكمه حكم المجنون ، فيما ورد في حديث عن عقبه⁽⁴¹⁾ ابن نافع لا يجوز طلاق الموهوس لحديث النبي (ص) " الأعمال بالنية ولكل أمرئ ما نوى " يعني الغضب الذي أعتال عقله حتى لا يعلم ما يقول ، والوسواس أن يقفل على الشخص باب الإدراك والقصد أن يسد عليه طريق الوعي .

3- **الاختيار** : فلا يقع طلاق المكره باتفاق جمهور الفقهاء عدا حنفية لأن المكره على الطلاق وأنى أتى باللفظ المقتضى للطلاق إلا أنه لا يقصد الطلاق ، إنما يقصد دفع الأذى عن نفسه ، فلا يكون اختياره كاملاً فينتفي الحكم لانتهاء العقد والاختيار ولأن المكره مضطر إلى الطلاق ، وإذا كان الله سبحانه وتعالى وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه بقوله تعالى : " مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ " ⁽⁴²⁾ .
فكذلك يسقط مادون عن المكره ما دون الكفر ، فلا يقع طلاقه الذي أكره عليه ويشهد لهذا أيضا ما جاء أن رسول الله (ص) قال : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "

4- **القصد** : فلو نطق بالطلاق سهوا أو غلطا أو هزلا فلا يقع الطلاق عند الإمامية ويقع طلاق عند الحنفية من كل شخص ما عدا الصغير والمجنون والمعتوه فيقع طلاق الهازل والسكران من محرم والمكره والمخطئ والناسي وقد وافق مالك والشافعي أبا حنيفة في أصحابه بالنسبة للهازل وخالفه الإمام أحمد فلم يقع طلاق

(39) المرجع نفسه ص 881 .

(40) صحيح البخارى الجامع المسند الصحيح المختصر كتاب الطلاق باب الطلاق في الأغلاق والكراه والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره ص 881

(41) المرجع نفسه ص 881 .

(42) سورة النحل الآية رقم (106)

عنده ، واستدل أبو حنيفة ومن تبعه من الفقهاء بحديث عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (ص) " ثلاث جدهن جد وحزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ⁽⁴³⁾ .

5- الحرية :ولا يشترط أن يكون المطلق حراً ، ولا صحيحاً فيقع طلاق العبد على زوجته ويقع طلاق المريض إذا كان مرضه غير مؤثر على عقله ثم إنه للزوج إذا توفرت الشروط السابقة أن يتولى إيقاع الطلاق بنفسه وله أن يبين عنه غيره في ذلك عملاً بالقاعدة المقررة : أن من ملك تصرفاً قابلاً للإبادة فيه تولاه بنفسه أو تولاه غيره بالنيابة عنه والطلاق من التصرفات القابلة للإبادة .

ثانياً : المطلقة :

تكون المرأة مطلقاً إذا كانت زوجة للمطلق حقيقة أو حكماً زوجاً صحيحاً ، ولو قبل الدخول ، وتكون الزوجة زوجيتها حقيقة إذا لم يطرأ على زوجها الصحيح ما يرفع قيده في الحال ، ولا في المال وتكون الزوجة زوجيتها قائمة حكماً .

في الحالات الآتية :-

أ- المعتدة من طلاق رجعي أثناء عدتها .

ب- المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها لأن زواج يعتبر باقياً حكماً طوال مدة العدة .

ج- المعتدة من فرقة من فسخ لعقد الزواج بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام أو فسخ لإمتناع الزوجة غير الكتابية من أن تعتنق الإسلام ، أو أي دين سماوى بعد إسلام زوجها ⁽⁴⁴⁾ .

وطلاق المرأة المدخول بها غير الأيسة والحامل والصغيرة والتي لم يدخل عليها تكون الطلاق في طهر لم يواقعها فيه ، فلو طلقت وهي في الحيض أو النفاس أو في طهر الواقعة فسد الطلاق ، ورد في قوله تعالى : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة " ⁽⁴⁵⁾ .

أي لزمان عدتهن ، وهو الطهر بإجماع الفقهاء والطلاق للعدة أن يطلقها طاهرة من غير جماع ، وبالجملة فالطلاق حال الطهر لازم ، وإلا يكون سنياً ، والطلاق في السنة إنما يتصور في البالغة المدخول بها غير الأيسة والحامل ، وطلاق السنة هو الطلاق في طهر لم يصبها فيه أما طلاق البدعة هو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه ، ومن السنة أن يكون الطلاق مرة واحدة حسب الحالة في طهر لم يمس فيه أمتثالاً لقوله

(43) صحيح الترمذى بشرح الإمام بن العربي ج5 ط1 1350 هـ - 1931م ص 156.

(44) الزواج والطلاق في الإسلام بدران أبو العينين بدران ط 1985م ص 321 .

(45) سورة الطلاق الآية رقم(1).

تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ " (46). أنه بيان لعدد الطلاق وتقديره بالثلاث وأنه يملك في الإثنين الرجعة ولا يملكها في الثالثة (47). فيما روى عن هشام بن عروة عن أبيه قال كان الرجل يطلق ناسيا إن راجع أمراته قبيل أن تنقضي عدتها كانت أمرته فصب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك فشكت زوجها إلى النبي (ص) فأنزل الله تعالى " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ "

ثالثاً: الصيغة .

يقع الطلاق بكل لفظ يفيد رفع الحل الثابت بالزواج الصحيح حالاً أو مالم إذا صدر ممن يملك الطلاق ، وصادف محلاً لوقوعه ، سواء كان لفظاً أو كتابة أو إشارة وسواء أكان باللغة العربية أم بغيرها مع العجز عنها ، وسواء بطريق العبارة أو بطريق الكتابة وعلى هذا لا يقع الطلاق بالأفعال والطلاق بالإشارة مع القدرة على النطق لا عبارة به ، ولا تقوم مقام اللفظ في الطلاق إذا كان متمكناً من التلفظ ، فإن كان غير قادر على النطق كالأخرس أو معتقل اللسان ولا يعرف الكتابة والقراءة فيكون طلاقه بإشارة المعهودة لأن الإشارة في هذه الحالة هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن إرادته وقصده .

إذن لا يجوز بحال أن تنقض هذه العصمة والمودة والرحمة ، وهذا العهد والميثاق إلا بعد أن نعلم علماً قاطعاً لكل شك بأن الشرع قد حل الزواج ونقضه بعد أن أثبتته وأبرمه .

عند الإمامية لا يقع الطلاق إلا بصيغة خاصة وهي أنت (طالق) أو فلانه طالق أو هي طالق ، فلو قال الطالق أو المطلقة أو طلقت أو مطلقات وما إلى ذلك لم يكن شيئاً حتى ولو نوى الطلاق . لأن هيئة (طالق) لم تتحقق ولكن المذاهب الأخرى قد أجازت الطلاق بكل ما دل عليه لفظاً وكتابة وصراحة أو كتابة مثل أنت على حرام وأنت بتلة وبرية وأذهبي فتزوجي ، وحبلك على غاربك وألحقي بأهلك ، وما إلى ذلك كما أجازت أن يكون الطلاق مطلقاً ومقيداً مثل أن خرجت من الدار فأنت طالق ، وأن كلمك أبوك فأنت طالق وإن فعلت أنا كذا فأنت طالق وكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فيقع الطلاق بمجرد حصول العقد عليها ، وما إلى ذلك مما لا يتسع له المقام ، وقد أجازت المذاهب أيضاً الطلاق بتفويضه إلى المرأة وإلى غيرها ، إن المذاهب الفقهية لم تشترط الأشهاد لصحة الطلاق بخلاف الإمامية حيث اعتبروه ركناً (48) .

(46) سورة البقرة الآية رقم (229).

(47) النكت والعيون تفسير الهاوردي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الهاوردي ج1 دار الكتب العلمية ، بيروت ص 293 .

(48) الفقه على المذاهب الخمسة (حنفي – مالك – شافعي – حنبلي – جعفري) محمد جواد مغنية مكتبة الشروق الدولية ط 1428هـ – 2007م ص 345.

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

الفصل الرابع: الطلاق الثلاثة بلفظ واحد في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م .

**المبحث الأول : الطلاق الثلاثة بلفظ واحد في الشريعة الإسلامية ..
أولاً: العدد المشروع للطلاق وكيفية إيقاعه .**

لقد حدد الإسلام الطلقات التي يمتلكها الزوج على زوجته بثلاث تطليقات وشرع أن يوقع الزوج الطلاق على دفعات لا على دفعة واحدة ،

● **الحكمة من تعدد الطلقات :**

أن الرجل إذا أوقع الطلاق على زوجته مرة أولى عند وجود الداعي لذلك ثم ندم على ما فعل ، لكنه الشارع من التدرك أمره بمراجعة زوجته ما دامت في العدة بدون مهر ولا عقد جديدين ، ومن غير توقف على رضاها ، إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً لا تزال في العدة أو انقضت عدتها فله أن يقيدها إلى عصمته برضاها وبمهر وعقد جديدين ، ثم شرعت الطلقة الثانية لأن الزوجة قد لا يستقيم الأمر معها عند العودة بعد الطلقة الأولى ، ولا يستطيع الصبر على النزاع وفيما تدور في البيت الزوجية ، فيحتاج للخلاص فأبيحت له الطلقة الثانية ، وقد يسمح له الشرع إعادة زوجته بعد الطلقة الثانية رجاء استقامة الحال بينهما وبعد أن يكون كل من الزوجين قد روض نفسه على الصبر والاحتمال وجربت المرأة نفسها فإذا لم تقف التجارب وعلم أن البقاء على الريغة ليس فيه خير وأن الانفصال أحق وأولى له شرعت له الطلقة الثالثة ، ليتزوج كل من الزوجين بمن يوافقه فتحصل مقاصد الزواج .

● **الكيفية المشروعة لإيقاع الطلاق :**

كيفية المشروع في إيقاع الطلاق أن يطلق الرجل امرأته طلقة وحدة في حال طهرها الذي لم يمسه فيه فلم يشرع إيقاعه دفعة واحدة ولا أكثر من واحدة بلفظ واحد ، فإن قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق ثم طلقها مرة أخرى في نفس الطهر قبل أن يراجعها ، كان الطلاق في ذلك بدعيًا محظورًا لعدم موافقته المشروع في كيفية إيقاع الطلاق

ثانياً : حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

وقد اختلف أقوال الفقهاء في حكم هذا الطلاق إلى أربعة آراء :-

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

(1) مذهب الجمهور الفقهاء من أئمة المذاهب الأربعة الحنفية⁽⁴⁹⁾ والمالكية⁽⁵⁰⁾ والشافعية⁽⁵¹⁾ والحنابلة⁽⁵²⁾ والزيدية والظاهرية⁽⁵³⁾. وهو مروى عن ابن عباس وابي هريرة وابن مسعود وهو قول أهل العلم ومن بعدهم يرون أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثا مطلقا سواء دخل بها أو لم يدخل .

أدلة المذهب الأول : استدلوا من الكتاب والسنة والإجماع والقياس دليلهم من الكتاب قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْنًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229) فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا " ⁽⁵⁴⁾

وجه الدلالة : جاء في تفسير الجلالين⁽⁵⁵⁾ تدل الآية على أن التطلق الذى يراجع بعد اثنان أى فعليكم إمساكنه بعده بأن تراجعوهن من غير ضرر أى إرسالهن بإحسان أيها الأزواج من المهور إذا طلقتموهن أى الزوجان أى أن لا يأتيا بما حده لهما من الحقوق في قراءة (يُخَافَا) بالبناء للمفعول فإنه لا يقيما يدل اشتغال من الضمير فيه وقرئ بالقوافية في الفعلين (فيما اقتدت به) نفسهما من المال ليطلقها أى لا حرج على الزوج في أخذها ولا الزوجة في بذله الأحكام المذكورة ، فإن طلقها الزوج بعد الاثنان (فلا تحل له من بعد) أى بعد الطلقة الثالثة (حتى تنكح) أى تتزوج (زوجا غيره) ويطاها كما في الحديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قال أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلق فسأل النبي (ص) أتحل للأول ؟ قال لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول⁽⁵⁶⁾.

وهذا الآيات وردت مطلقة لم تعرف بين وقوع الطلقة بكلمة واحدة أو غيرها فيعمل على أساس المتلفظ به المطلق لأنه المالك للطلاق .

- (49) شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ط 1316 هـ ص 25 .
- (50) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل للإمام ابي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب معج 4 ، دار الفكر ط 1398 هـ - 1978م ص 39 .
- (51) المجموع شرح المذهب للنووي معج 17 دار الفكر ، ص 279 .
- (52) المغنى لابن قدامة ج 10 ط 1410 هـ - 1989م ص 498 .
- (53) اغاثة اللفهان من مصايد الشيطان للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزيه ج 1 ط 1 الأخير 1381 هـ ص 308 .
- (54) سورة البقرة الآيات (228 - 229)
- (55) تفسير الجلالين لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، ص 36 .
- (56) صحيح البخارى الجامع المسند الصحيح المختصر ص 879 حديث رقم (5261).



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

دليل المذهب الأول من السنة :

استدلوا بحديث : ابن عباس رضى الله عنه قال ، كان الطلاق على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر الصديق وستين من خلفه عمر بن الخطاب (ت) طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم⁽⁵⁷⁾.

قوله (عن ابن عباس قال : كان طلاق الثلاث في عهد رسول الله (ص) وأبي بكر الصديق (ت) وستين من خلفه عمر بن الخطاب ، طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم) وفي رواية عن أبي الصهباء (إنه قال لابن عباس أنعلم إنما كانت الثلاث تجعل واحد على عهد النبي (ص) وأبي بكر الصديق واحدة ؟ فقال : قد كان ذلك ، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم وفي سنن أبي داؤد ورد (عن أبي الصهباء) عن ابن عباس نحو هذا إلا أنه قال : كان الرجل إذا طلق امرأته قيل إن يدخل بها جعلوه واحدة⁽⁵⁸⁾ . هذه ألفاظ في هذا الحديث وهي معدود من الأحاديث المشككة ، وقد اختلف العلماء فيمن قال لأمرأته : أنت طالق ثلاثا : فقال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجماهير العلماء من السلف والخلق يقع ثلاث ، وقال طاوس وبعض أهل الظاهر لا يقع بذلك إلا وحدة وهو رواية عن الحجاج بن أرطاه ومحمد بن إسحاق والمشهور عن الحجاج بن أرطاة إنه لا يقع به شيء ، وهو قول ابن مقاتل ورواية عن محمد بن إسحاق وكذلك استدلوا بحديث قتادة ، ومن طلق امرأته ثلاثا لم تجعل له يملك ولا نكاح حتى تنكح زوجها غيره وطلاق ثلاثة في كلمة وحدة بدعة ويلزم إن وقع⁽⁵⁹⁾ وطلاق السنة مباح لقول النبي (ص) " الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى " وقال قتادة إذا قال إذا حملت فأنت طالق ثلاثا يغشها بند كل طهر مرة ، فإن استبان حملها فقد بانت منه⁽⁶⁰⁾.

وكذلك استدلوا بحديث الليثي بن سعد ، عن إسحاق بن أبي عروة عن أبي الزناد عن عامر الشعبي ، قال : قلت لفاطمة بنت قيس حدثني عن طلاقك قالت : طلقني زوجي ثلاثا : وهو خارج إلى اليمين ، فأجاز

(57) صحيح مسلم بشرح النووي حققه عصام الصبابطي وحازم محمد وعماد عامر مج5 دار الحديث - القاهرة - ط3 1419 هـ - 1998م ص 317 .

(58) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني دار الريان للتراث ج9 ط 1407 هـ - 1987 م ص 257 .

(59) الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النقراوى الأزهرى المالكي ج2 منشورات محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ص 49 .

(60) سيف تخريجة صحيح البخاري ص 881 .



ذلك رسول الله (ص)⁽⁶¹⁾، واستدل أيضا بحديث ما روى عن أم المؤمنين أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلقت فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحل للأول؟ قال لا حتى يدوق عسيلتها كما ذات الأول⁽⁶²⁾.
وجه الدلالة:

ذكر البخاري هذا الحديث تحت ترجمة من أجاز الطلاق الثلاث وقال ابن حجر⁽⁶³⁾ هو ظاهر في كونها مجموعة وقال ابن القيم في وجه استدلالهم بالحديث فلم ينكر صلى الله عليه وسلم ذلك⁽⁶⁴⁾ وهذا يدل على إباحة جمع الثلاث وعلى وقوعها إذ لو لم يتوقف رجوعها إلى الأول على ذوق الثاني عسيلتها خصوصا وأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يستفصل ولم يسأل هل طلقها ثلاثة مجموعة أو متفرقة ولو اختلف الحكم لاختلاف الحال لوجب الاستفصال لكنه لم يسأل ولم يستفصل فدل ذلك على إباحة جمع الثلاث وعلى وقوعها إذا لم يقع الثلاث لم يوقف رجوعها للأول.

دليل المذهب الأول من الإجماع:

فقد أجمع السلف على وقوع الطلاق بلفظ واحد ثلاثا من حكي الإجماع على لزوم الثلاث في الطلاق بكلمة واحدة في حديث فاطمة بنت قيس فقد طلقها زوجها ثلاثا فأجازه رسول الله (ص)، وثبت نقل عن أكثر المجتهدين من الصحابة والتابعين ومن تابعهم، أن الثلاث يعرض مجتمعه ولم ينكر عليهم ذلك منكر وقد خاطب عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الناس يامضاء الثلاث على من حلف بها وفيهم أصحاب الرسول (ص) وفيهم من كان يعلم ما كان عليه العمل في حياته (ص) ولم ينكر أحد.

فكان ذلك أكبر الحجة ما تقدم من ذلك لأنه⁽⁶⁵⁾ لها كان نقل أصحاب الرسول جميعا نقلا تجب به الحجة، وكما كان إجماعا على نقل برئيا من الوهم والذلل كان كذلك أجماعهم على الرأي بريئا من الوهم والذلل، وقد رأينا أشياء كثيرة قد كانت في عهد رسول الله (ص) على معاني فجعلها أصحابه رضي الله عنهم على خلاف تلك المعاني لها رأوا فيها ما قد خفي على من بعدهم فكان ذلك حجة ناسخة كما تقدم ومنها المنع عن بيع أمهات الأولاد وقد كان يبعن قبل ذلك فلما كان ما علموا به من ذلك لا يجوز لنا خلافة الي ما رأينا مما

(61) سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه مج 1 دار الفكر ص 651.

(62) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين أبي محمد محمود ج 4 دار الفكر ط 1422 هـ - 200 م ص 332.

(63) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ج 9 ط 1407 هـ - 1987 م ص 257.

(64) زاد المعاد في هدى خير العباد للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية ج 2 ط اليمنية بمصر ص 271.

(65) شرح معاني الآثار للطحاوي ج 3 دار الكتب العلمية، بيروت، ص 56.

تقدم فعلهم به كان ذلك ما وقفنا عليه من الطلاق الثلاث الموقع معا إنه يلزم ثلاثا ولا يجوز لنا خلافة إلى غيره ما روى أنه كان قبله على خلاف ذلك .

دليل المذهب الأول من القياس :

ومن القياس فقد إستدلوا بأن الطلاق الثلاث بكلمة وحدة يقع ثلاثا حتى ولو سلمنا بأنه طلاق بدعة يحرم تناوله وذلك قياسا على الظهار فإنه كما وصفه الله في محكم تنزيله " مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا " (66) فهو محرم ومع ذلك فإنه يترتب عليه أثره وهو تحريم الزوجة ولا فرق بينهما ، وكذلك القذف محرم ويترتب عليه أثره من الحد والرد بالشبه وغير ذلك فالطلاق يقع لذلك. والنكاح ملك يصح (67) إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك .

وعن دليل المذهب الأول من الآثار ، فقد نقل عن كثير من الصحابة رضی الله عنهم أوقعوا الثلاث ثلاثاً :

- 1- منها ما روى داود عن مجاهد قال كنت (68) عند ابن عباس رضی الله عنهما فجاءه رجل فقال له إنه طلق امرأته ثلاثا فسكت حتى ظننت أنه ردّها إليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس وان الله قال " وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا " (69) .
 - 2- ما روى مالك أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي ثمانى طلاقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانك قال هو ما يقولون (70) .
 - 3- ومن الآثار ما روى ان ابن عباس و ابا هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص سئلوا عن البكر يطلقها زوجها ثلاثا فكلمهم قالوا لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره (71) .
- وجه الاستدلال من هذه الآثار أن الصحابة رضوان الله عليهم أوقعها الثلاث جملة واحدة ولو لم يكن فيهم إلا عمر المحدث لكفي فإنه لا يظن فيه تغير ما شرعه النبي صلى الله عليه وسلم من الطلاق الرجعي فيجعله محرما وذلك يتضمن فرج الله على من لم تحرم عليه وأباحته لمن لا تحل له ولو فعل ذلك عمر رضی الله عنه لما أقره عليه الصحابة فضلا عن أن يوافقوه ولو كان عند عبد الله بن عباس حجة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(66) سورة المجادلة جزء من الآية (1).

(67) المغنى لابن قدامة ج7 ص 6 .

(68) السنن الكبرى البيهقي ج7 ص 337 .

(69) سورة الطلاق الآية رقم (2) .

(70) أوجز المسالك في موطأ مالك للشيخ مولانا زكريا الكاندهلوى ج1 دار الفكر ، بيروت ط الأولى 1429 هـ – 2008 م ، ص 6 .

(71) سنن أبي داود ج1 ص 503 .



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل . مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

أن الثلاث واحدة لم يخالفها ويفتي بغير موافقه عمر وقد علم موافقة له في العول وحجب الأم بالأثنين من الأخوة والأخوات وغير ذلك .

مناقشة أدلة الجمهور

أعترض المانعون من وقوع الثلاث⁽⁷²⁾ بما ذكره ابن القيم بان التحاكم في هذه المسألة وغيرها إلى من أقسم الله سبحانه وتعالى أصدق قسم وأبره أنا لا نؤمن حتى نحكمه فيما شجر بيننا ثم نرضى بحكمه ولا يلحقنا فيه حرج ونسلمه له تسليماً لا إلى غيره كائنا من كان اللهم إلا أن تجتمع أمته إجماعاً متقيناً لا نشك فيه على حكم فهو الحق الذي لا يجوز خلافه ويأبى الله أن تجتمع الأمة على خلاف سنة ثابتة عنه أبداً ونحن أوجدناكم من الأدلة ما تثبت المسألة به وبدونه ونحن نناظركم فيما طعنتم به في تلك الأدلة وفيما عارضتمونا به على أن لا نحكم على أنفسنا إلا نصاً عن الله أو نصاً ثابتاً عن رسول الله (ص) أو إجماعاً متيقناً لا شك فيه وما عدا هذا فعرضة للنزاع وغايته أن يكون سائغ الإتيان لا لازمة فلنكن هذه المقدمة سلفنا لنا عندكم وقد قال الله تعالى " فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ " ⁽⁷³⁾ . فقد تنازعنا نحن وانتم في هذه المسألة فلا سبيل إلى ردها إلى غير الله ورسوله البتة .

ورد على أدلة الجمهور بما استدلوها به من القرآن الكريم .

أولاً: بأن هذه الآيات عمومات⁽⁷⁴⁾ واطلاقات دخلها التخصيص والتقييد فإنها حينئذ لا تصلح للاستدلال بها لأنها تكون مخصصة أو مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع ما فوق الطلقة الواحدة .

ثانياً: إننا نسلم فرضاً أنها مطلقه لم يقيدها بشئ أو عامة لم يخصصها بشئ ومع ذلك فهي لا تدل على الدعوى لأن المطلق تحته الجائز والمحرم كما أن العام كذلك فإنه لا يدخل فيها طلاق الحائض ولا طلاق الموطوءة في طهرها .

ثالثاً: بأن المراد بالطلاق في الآية⁽⁷⁵⁾ الطلاق المأذون فيه وإيقاع الثلاث معا غير⁽⁷⁶⁾ مأذون فكيف يستدل على الالتزام بطلاق وقع على غير المأذون به .

(72) زاد المعاد لابن القيم ج2 ص 271 .

(73) سورة النساء الآية (59) .

(74) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج6 ط الأولى المطبعة

العثمانية المصرية 1357هـ ص 226 .

(75) زاد المعاد لابن القيم ج5 ص 260 .



أجاب الجمهور بأن الآية دلت على الأمر بتعريف الطلاق ولا مانع من دلالتها على الالتزام بطلاق وقع على غير الوجه المأمورية وهذا أمر مسلم فيما هو أكثر مخالفة حيث أن الظاهر جعله الله منكراً من القول وزوراً ومع ذلك لزم⁽⁷⁷⁾ حكمه وأعترض بأن قوله تعالى : " فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ "⁽⁷⁸⁾ . أن الطلاق إنما يكون للعدة فمتى خالف ذلك يقع طلاقه .

أجيب بأن الآية تدل على أن الطلاق يقع من الرجال على النساء في وقت عدتهن وهي الأظهار كما هو رأى الإمام مالك⁽⁷⁹⁾ والإمام الشافعي⁽⁸⁰⁾ ومن وافقهما والأمر من قبيل المطلق وهو مقيد هنا بالعدة فقط ومعناه إذا أردتم تطليق نساكنكم فليكن هذا الطلاق في الطهر الذى لم يجامع فيه ولا فرق في ذلك بين أن يكون مفراً أو مجموعاً كما هو مذهب الإمام الشافعي ومن وافقه في أن الجمع في الطلقات غير حرام متى كان في الطهر سواء كان مفراً أو مجموعاً والحرمة فيه للحيض لا للجمع ولأنه لا يلزمه من كونه معصية إنه لا يلزم وقوعه مفراً أو مجموعاً فإن الله سبحانه وتعالى قال بعد هذه الآيات " وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "⁽⁸¹⁾ . فإن طلق لغير العدة فقد عرض نفسه للضرر فلو لم يكن طلاقه واقعا ما كان ظالماً لنفسه الاعتراض الوارد على حديث فاطمة بنت قيس :

الأمر الأول : أن هذا الحديث رغم أنه صحيح فإن المستدلين به قد خالفوه فلم يعلموا بمقتضاه⁽⁸²⁾ في حق المبتوتة إذ أوجبوا لها أما النفقة أو السكنى كما يرى الإمام أبو حنيفة⁽⁸³⁾ وأصحابه أو السكنى فقط كما يرى الإمام

(76) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ج 4 ص 2086 .

(77) زاد المعاد ج 2 ص 271 .

(78) سورة الطلاق الآية رقم (1) .

(79) حاشية الدسوقي على شرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير ج 2 ،

دار إحياء الكتب العربية ص 362 .

(80) المهذب للنووي مج 17 ص 279 .

(81) سورة البقرة الآية (229) .

(82) زاد المعاد ج 2 ص 272 .

(83) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزبن الدين ابن نجيم الحنفي ج 4 ط 1 المكتبة العلمية ص 216 .

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

مالك⁽⁸⁴⁾ فهم لم يعملوا به مع أن الحديث بمختلف روايته صريح في أنه لا نطق لها ولا سكنى فإذا كان صحيحاً فلم يعملوا به وإذا كان غير صحيح فلا يصح أن يحتج به المخالفين .

الأمر الثاني : أن روايات الحديث المختلفة قد جاءت بخمسة ألفاظ هي : طلقها ثلاثاً ، طلقها البتة ، طلقها آخر ثلاث طلاقات ، أرسل إليها بتطبيقه كانت باقية لها ، طلقها ثلاثاً جميعاً .

وأقوى هذه الروايات في الدلالة على الدعوى هو آخرها وهو قوله طلقها ثلاثاً جميعاً وهذه الرواية تقردها من بين روايات الحديث وهو ضعيف وعلى فرض صحتها فيكون مؤداها أنه إجتمع لها ثلاث تطليقات لا إنها وقعت بكلمة وحدة فإنه إذا طلقها آخر ثلاث تطليقات صح إن يقال طلقها ثلاثاً جميعاً وعلى هذا فقولها جميعاً تأكيداً للمعنى وليس معناه اجتماع الثلاث في آن واحد الذي هو محل النزاع وبقرينة الروايات الأخرى وايضا يمكن أن يقال ليس في الحديث التصريح بأنه أوقع⁽⁸⁵⁾ الثلاث في مجلس واحد فلا يدل على المطلوب وبأن عم استفصال الرسول (ص) هل كان في مجلس أو مجالس ؟ دل على أنه لا فرق في ذلك .

أجاب الجمهور على المناقشة الواردة على استدلالهم بحديث فاطمة بنت قيس بأنه (ρ) لم يتفصل لأنه كان الواقع في ذلك العصر عدم ارسال الثلاث وقولنا غالباً لثلاثاً يقال قد اسلفنا أنها وقعت الثلاث في عصر النبوة لأنها تقول نعم لكن نادره .

الاعتراض الوارد على حديث عائشة رضى الله عنها :

هذا الحديث صحيح ولا نزاع في ذلك كما لا نزاع⁽⁸⁶⁾ في أنه حجة على من أكتفي بمجرد العقد الثانی لكي يحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ولكن أين في الحديث أنه طلق الثلاث بضم واحد وهو محل النزاع ولا شك أن الحديث خال من الدلالة بل يمكن أن يقال أن الحديث حجة على من استدل به لأن المعروف في اللغة والشرع والعرف أنه لا يقال فعل ذلك ثلاثاً أو قال ذلم ثلاثاً إلا لمن فعله أو قاله مرة بعد مرة كما يقال قذفه ثلاثاً وسلم عليه ثلاثاً وشتمة ثلاثاً .

(84) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص 362 .

(85) المهذب للنووي مج17 ص 279 .

(86) زاد المعاد ج2 ص 271 .



ورد الجمهور ، قولكم لم يستفصل جوابه أن الحال⁽⁸⁷⁾ كان عندهم معلوما وأن الثلاث إنما تكون ثلاثا واحدة بعد واحدة وهذا مقتضى اللغة بالقرآن والشرع والعرف فخرج الكلام على المفهوم المتعارف من لغة القوم

مناقشة الإجماع

ورد على استدلال أدلة الجمهور بالإجماع⁽⁸⁸⁾ . بأنه لم يثبت فقد روى أبو داؤود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة وبأن طاوس وعطاء قالوا إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فهي واحدة وذكر بابن القيم في كتابه إغائة اللهفان قال الآخرون قد عرفتم ما في دعوى الإجماع الذي لم يعلم فيه مخالف أنه راجع إلى عدم العلم بانتفاء المخالف وعدم العلم ليس بعلمه حتى يحتج به ويقدم على النصوص الثابتة هذا إذا لم يعلم المخالف فيكف إذا علم المخالف وحينئذ تكون المسألة مسألة نزاع يجب ردها إلى الله سبحانه وتعالى ورسوله ومن أبي ذلك فهو أما جاهل مقلد وما متعصب صاحب هوى عاص لله تعالى ورسوله (ص) متعرض للحقوق الوعيد به قال تعالى : " فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ " ⁽⁸⁹⁾

فإذا ثبت أن المسألة مسألة نزاع وجب قطعاً ردها إلى كتاب الله وسنة رسول وهذه المسألة مسألة نزاع بلا نزاع بين أهل العلم الذين هم أهل وأهله والنزاع فيما من عهد الصحابة إلى وقتنا هذا ، وعن الاعتراض الوارد على أدلة الجمهور باستدلالتهم بالآثار ، ورد على الاستدلال الجمهور من فتاوى الصحابة رضوان الله عليهم بأنها أقوال أفراد ألا تقوم بها حجة .

الاعتراف الوارد على أدلة الجمهور باستدلالتهم بالقياس من قولهم :

أولاً : أن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك أجاب ابن القيم بأن المطلق⁽⁹⁰⁾ إذا جمع ما أمر بتفريقه فقد تعدى حدود الله وخالف شرعه .

(87) إغائة اللهفان ج1 ص 308 .

(88) إعلام الموقعين ج3 الطباعة المنبرية ص 42 .

(89) سورة النساء الآية رقم (59) .

(90) إعلام الموقعين ج3 ص 42 .



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل . مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

وتوثيق الجمهور⁽⁹¹⁾ من جهة اللزوم ظاهرة جدا وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرا بأنه يتعارض مع من قال أحلف بالله ثلاثة لا يعد حلقة إلا يمينا واحدة فليكت المطلق مثله ومن الاعتراض الوارد على القياس الذي يستدل به الجمهور رد هذا القياس بما يلي :

ثانياً: أن القياس في مقابلة النص⁽⁹²⁾ فلا يقبل .

ثالثاً: ثم أنه قياس معارض يمثله وذلك أنه يقال أن حرمة تمنع من ترتب أثره عليه قياسا على النكاح المحرم الشغار والمتعة وغيرها فإن النكاح المنهى عنه لا يترتب عليه شيء من آثار فكذلك الطلاق الثلاث في كلمة واحدة .

رابعاً: قياس مع الفارق وذلك أنه في الظهار والقذف لا يوجد لهما إلا وجه واحد وهو الحرمة فليس هناك ظهار حلال وآخر حرام ولا يمكن تقسيمه على ذلك مثلهما في ذلك مثل الردة فإنها إذا وجدت لا توجد إلا مع مفسدتها وعلى ذلك سائر الأفعال المحرمة فأما الطلاق والنكاح فكل منهما ينقسم إلى هذين القسمين فيمكن أن يكون منه للحلال ومنه الحرام ومنه الصحيح ومنه الباطل فيكون إلحاق الطلاق بالنكاح أولى من إلحاقه بالظهار .

(2) **الذهب الثاني:** القائلين بأن الطلاق الثلاث بكلمة وحدة يحتسب وحدة رجعية إذا كانت المرأة مدخولا بها لأن غير المدخول بها لا يكون طلاقاً رجيعاً باتفاق الفقهاء وإنما يكون بائناً⁽⁹³⁾ وبه قال الأمامية⁽⁹⁴⁾ وابن تيمية⁽⁹⁵⁾ وأبن القيم⁽⁹⁶⁾ ورأى طاوس وعكرمة والشوكاني وأفتى به بعض الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة ونقل مثله على ابن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وعبد الرحمن بن عوف والزيبر بن العوام رضي الله عنهم أجمعين .

(91) فتح الباري مج9 ص 362 .

(92) زاد المعاد ج2 ص 278 .

(93) إغاثة اللهفان لابن القيم الجوزية ج1 ص 308 .

(94) تهذيب الأحكام للشيخ الطوسي ج8 ص 56 .

(95) مجمع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج33 ط1 1386 هـ - ص 8 .

(96) زاد المعاد ج5 ص 223 .

وعن دليل المذهب الثاني من الكتاب : قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " (97) .

إن الآية أفادت بأن المشرع تفرق الطلاق مرة بعد مرة لأنه تعالى قال (مرتان) ولم يقل طلقان وليس مشروعاً كون الطلاق كله دفعه واحده فإذا جمع الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا واحدة فإذا جمع الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا واحدة والمطلق بلفظ الثلاث مطلق بواحدة لا مطلق وثلاث وما يدل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى حصر الطلاق المشروع في مرتين فلو كان جمع الطلاق في دفعة مشروعاً لم يكف الحصر صحيحاً ولم يكن الطلاق كله مرتين بل يكون منه ما هو مرتان ومنه ما هو مرة واحدة وهذا خلاف ظاهر في القرآن الكريم .

وكل طلاق مرتان والمرة الثالثة تحرمها عليه وهذا صريح في أن الطلاق المشروع هو المتفرق على دفعات في زمن الطهر لم يجامع فيها ومن الواضح المعلوم اتفاق الفقهاء في الملائع لو قال في اللعان أشهد بذلك أربع شهادات إنى صادق لكان ذلك شهادة واحدة .

وكذلك استدلووا بقوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ " (98) .

معنى الآية إذا طلقتم النساء وقاربت انقضاء عدتهن فأمسكوهن بأن تراجعوهن بمعروف من غير ضرر أو أتروكهن حتى تنتهي عدتهن بالرجعة بدون ضرر بهن بالتطويل الحبس ، فهذا حكم كل طلاق شرعي ، إلا أن يسبق بطلقتين قبله (99) . وقد أحتج ابن عباس رضي الله عنه تحريم جمع الثلاث بقوله تعالى : يأبها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن (100) . يقول إذا طلقتم النساء فطلقوهن لظهرهن الذي يحصينه من عدتهن ، طاهراً من غير جماع أولاً " يا أيها النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ " (101) . يقول إذا طلقتم النساء فطلقوهن لظهرهن الذي يحصينه من عدتهن ، طاهراً من غير جماع ولا تطلقوهن بيحضتهن الذي لا يعتدون به من قرائهن يقصد حيضهن (102) . أن يطلقها طاهراً من غير جماع وتطليقه واحدة (103) .

(97) سورة البقرة الآية رقم (229).

(98) سورة البقرة الآية رقم (231) .

(99) تفسير القرآن للإمام محمد جمال الدين ج 9 ص 253.

(100) تفسير القرآن للإمام محمد جمال الدين ج 9 ص 253.

(101) سورة الطلاق الآية (1)

(102) تفسير جامع البيان للطبري ج 28 ص 164 .

(103) تفسير القرآن للإمام محمد جمال الدين ج 9 ص 249 .



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : إن أداة⁽¹⁰⁴⁾ شرط من أدوات العموم فكان المولى سبحانه وتعالى قال أى الطلاق يقع منكم في أى وقت فحكمه هذا وقد خرج من هذا العموم بالنص المطلقة المسبوقة بأثنتين والطلاق قبل الدخول فبقى ما عداهما داخلا في لفظ الآية نصاً أو ظاهراً .
دليل المذهب الثاني من السنة :

استدلوا بحديث نافع بن عجير عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانه عن أبيه عن جده أن ركانة طلق امرأته (البتة) ثلاث في مجلس واحد فردها إليه النبي (ص) أصح ، لأنهم ولد الرجل وأهله أعلم به ، إن ركانه إنها طلق امرأته فجعلها النبي (ص) واحدة⁽¹⁰⁵⁾ .

واستدلوا بحديث اسماعيل عن أيوب عن عبد الله بن كثير روى عن حماد ابن يزيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس إذا قال " أنت طالق ثلاثا " بفم واحد فهي واحدة ، ورواه اسماعيل بن إبراهيم عن أيوب عن عكرمة هذا قوله ولم يذكر ابن عباس ، وجعله قول عكرمة⁽¹⁰⁶⁾ .

ومن الأحاديث المذكورة واضح الدلالة على أن الرسول(ص) قد احتسب الطلاق الثلاث في مجلس واحد واحدة وعن ابن عباس رضى الله عنه قال كان الطلاق على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر الصديق (ت) وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب ، طلاق ثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب (ت) إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم فأمضاه عليهم⁽¹⁰⁷⁾ .

وفي رواية عن أبي الصهباء إنه قال لابن عباس أتعلم إنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد الرسول (ص) وأبي بكر الصديق (ت) واحدة ؟ فقال : قد كان ذلك فإما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم .

وعن وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث واضح الدلالة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد احتسب الطلاق الثلاث في مجلس واحد واحدة⁽¹⁰⁸⁾ وضح المراد للرجل الذى قد فهم أن امرأته قد باتت منه ومما يدل على ذلك إنه نص في المسألة لا يقبل التأويل الذى في غيره من الروايات .

(104) أغاثة اللفهان ج1 ص 308 .

(105) سنن أبي داود للإمام ابو داود سليمان بن الاشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني ج1 شركة مكتبة ومطبعة مصطفى

البابى ط1 1371 هـ – 1952 م ص 503 .

(106) سنن أبي داود ج1 ص 509 .

(107) صحيح مسلم مج 5 ص 327 .

(108) فتح البارى ج9 دار الفكر ، ص 362.

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

دليل المذهب الثاني من المعقول : قالوا أن جمع الثلاثة بدعة محرمة والبدعة مردودة بالنص الحديث " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد " (109).

ويؤيد ذلك قوله سبحانه وتعالى " فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ " (110). وقوله : " وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ " (111).

وكذلك كل ما يعتبر له التكرار من حلف أو إقرار أو شهادة ، وقد قال النبي (ص) " افتستحقون الدية بإيمان خمسين منكم " (112) ، فلو قالوا تحلف خمسين يمينا أن فلانا قتله كانت يمينا واحدة .

وبخصوص مناقشة أدلة المذهب الثاني:

أولاً: الاعتراض على وجه الاستدلال بالأية الأولى .

(الطلاق مرتان) أن ما ذكر من المشرع في الطلاق هو ما كان بالمرة فهذا منقوض (113) لقوله تعالى في حق أمهات المؤمنين قال تعالى : " وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَمُوتْ مِيتَةً شَرًّا لَمَّا كَانَتْ مِنْ أَجْلِ أَمْرِهِمْ " (114). وقوله تعالى : " يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ " (115). كما أنه منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم (ثلاثة يؤتون) أمرهم مرتين (116). رجل من أهل الكتاب آمن بنبيه وآمن بى ومملوك أدى حق الله في حق موالية ورجل أدب جاريته فأحسن تأديبها وأعتقها وتزوجها .

فإعطاء الأجر مرتين لا يلزم أن يكون مرة بعد مرة فكذلك الطلاق ومضاعفة العذاب مرتين ليس بلازم كذلك أن تكون المرة بعد المرة .

الرد على هذا الاعتراض :

(109) صحيح البخارى الجامع المسند الصحيح المختصر كتاب الصلح حديث رقم (2697) ص 437 .

(110) سورة النور الآية رقم (6)

(111) سورة النور الآية رقم (7)

(112) صحيح البخارى كتاب الحدود باب القسامة ص 1106 .

(113) إغائة اللفان ج 1 ص 308 .

(114) سورة الأحزاب الآية (31).

(115) سورة الأحزاب الآية (30) .

(116) عمدة القارئ شرح صحيح البخارى ج 14 ص 332.



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل . مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

أجاب المستدلون بأن المراد بالمرتين والضعفين المثلان اللذان يمكن اجتماعهما إذ أن هناك فرقا ما يكون مرتين في الأمان⁽¹¹⁷⁾ وبين ما يكون مثلين وجزأين ومرتين في المضاعفة فالأول لا يتصور فيه اجتماع المرتين في آن واحد وأما الثاني فيتصور فيه اجتماع المرتين في آن واحد والطلاق من الأول لا من الثاني .

ثانياً: الاعتراض على وجه الاستدلال بالأحاديث

الاعتراض الوارد على حديث ركاة

وقد ناقش المخالفون هذا الحديث على الوجه التالي :

هذا الحديث رجحه أبو داود⁽¹¹⁸⁾ تطليق ركائه البتة ومعنى الارتجاع فيها تجديد العقد عليها عند من يراها بأئنه وعلى هذا الأساس يكون هذا الحديث غير صالح للاستدلال على دعوى وقوع طلقة واحدة .

وقد أجب عن هذا الاعتراض بأن المخالفين احتجوا به في أحكام كثيرة بمثل هذا الإسناد كحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم رد على أبي العاص ابن الربيع بابتته بالنكاح الأول⁽¹¹⁹⁾ وليس كل مختلف فيه مردود .

الاعتراض الثاني : معارضته لفتوى ابن عباس بوقوع الثلاث⁽¹²⁰⁾ ثلاثا كما تقدم في رواية عن ابن مسعود وغيره فلا يظن بابن عباس أنه كان عنده هذا الحكم عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم يفتى بخلافه إلا بمرجح له ورواى الخبر بما روى .

وأجيب على هذا الاعتراض بأن الاعتبار برواية الراوي لا راية لما يطرق رأيه من الحتمان النسيان⁽¹²¹⁾ إذ من الممكن أن ينسى الحديث مطلقاً أو لا يحضره الحديث وقت الفتيا أو لا يتفطن لوجه الدلالة على تلك المسألة منه أو يتأول تأويلاً مرجوحاً أو يقلد غيره في فتواه بخلافه لاعتقاده أن غيره أعلم منه .

أما كونه تمسك : مرجح فلم ينحصر في المرفوع لاحتمال التمسك بتخصيص أو تقييد أو تأويل وليس قول مجتهد حجة على مجتهد آخر .

الاعتراض الثالث :

(117) نيل الأوطار للشوكاني ج6 ص 222 .

(118) سنن أبي داود مج1 حديث رقم (2206) ص 438 .

(119) سنن أبي داود مج1 حديث رقم (2240) ص 445 .

(120) فتح الباري شرح صحيح البخارى ج9 ص 259 .

(121) نفس المرجع ص 259 .



د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

على استدلالهم في معنى حديث ابن عباس هو أن الطلاق الذي يوقعه المطلق الآن ثلاثا كان يوقع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعهد أبي بكر رضى الله عنه واحدا هو أخبار⁽¹²²⁾ عن اختلاف عادة الناس وليس أخبار بتغير الحكم.

أجيب على هذا الاعتراض بأن هذا القول بعيد جدا لأن الناس ما زالوا منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى الآن يطلقون ثلاثا ويطلقوا واحد وقد طلق رجال نساءهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فمنهم من ردها إلى واحدة كما ورد في حديث عكرمة عن ابن عباس وهو طلاق ركائة ابن عبد يزيد ومنهم من أنكر عليه ذلك وغضب غصبا شديدا وجعله متاعبا بكتاب الله ولم يعرف على وجه اليقين ما حكم به عليه ومنهم من الزمة الثلاث ليكون ما أتى به من الطلاق آخر الثلاث ومنهم من أقره لتأكيد التحريم المؤبدة الذى أوجب اللعان وعلى هذا فلا ينبغي أن يقال أن الناس كانوا يطلقون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة ثم صاروا يطلقون في عهد عمر ثلاثا .

ثالثاً : الاعتراض على وجه الاستدلال بالمعقول : أعترض الجمهور على دليل المعقول الذي إستدل به القائلون بالوقوع واحدة رجعية ، وهذا يعني أن الخطر لا ينافي وقوع المحذور فهناك أشياء قد حرمها الله تعالى ولم يمنه ذلك من ترتب آثارها عليها إذا وقعت كالظهار فإنه منكر من القول وزور⁽¹²³⁾ وهو محرم بلا شك وقد ترتب عليه أثره فلا تحل الزوجة المظاهرة منها إلا بعد قيام الزوج بالتكفير عن ظاهره وكذلك القذف والردة وطلاق الهازل فهذه أشياء محرمة ومنهى عنها ولكن مع ذلك تترتب عليها أحكامها وتتوقف عليها آثارها .

(3) المذهب الثالث : القائلون بعدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد وبه قال أبو عبيدة وهشام بن الحكم وبعض الظاهرية وبعض الأمامية . كما نص عليه ابن القيم بان القول بعدم⁽¹²⁴⁾ الوقوع جملة هو مذهب الإمامية ، وعن دليل المذهب الثالث من القرآن : قوله تعالى : "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِخْسَانٍ" ⁽¹²⁵⁾

(122) سبل السلام للإمام محمد بن اسماعيل الصنعاني شرح بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني ج 4 ط 2 1369 هـ - 1950 م ص 172 .

(123) المرجع السابق للشوكاني ج 6 ص 222 .

(124) زاد المعاد لابن القيم الجوزية ج 2 ص 259 .

(125) سورة البقرة الآية رقم (229) .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: نجد أن الآية شرطت في وقوع الطلاق أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك لأن التخير إذا وقع بين أمرين كان الإتيان بأحدهما صحيحاً ومقتضى ذلك أن الإمساك لا يصح إلا بعد المراجعة وأن الطلقة الثالثة لا تصح إلا بعد المراجعة كذلك إذا كان الأمر كذلك في الطلقة الثالثة فإن الحكم ينطبق على الطلقة الثانية لعدم الفرق بينهما .

وعن دليل المذهب الثالث من السنة : استدلوا بحديث عبد الله بن عمر إنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ص) فسأل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عنه رسول الله (ص) عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام " مره فليراجعها " ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإنشاء طلق قبل أن يمسه ⁽¹²⁶⁾.

ووجه الدلالة من هذا الحديث : فهذا الحديث يدل على أن الطلاق حينها يكون مخالفا لما وضعه الشارع فإنه لا يعتد به

وأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء وحجتهم أن هذا الطلاق مخالف لطلاق السنة وهو أن يطلق الرجل زوجته لأول مرة في طهر واحد لم يجامعها وتبعها بطلقة ثانية في طهر ثاني لها يجامع فيها وطلقة ثالثة في طهر ثالث أو طلاق ثلاثا في عدة واحد فإن هذا الطلاق يسمى طلاق السنة ⁽¹²⁷⁾. ويعتبر الطلاق المشروع في الإسلام هذا بخلاف طلاق الثلاثة بلفظ واحد فهو طلاق يدعي يجب رده ولا يترتب عليه أثر عملا بقول رسول الله (ص) من أحدث في أمرنا ما ليس فيه فهو رد " ⁽¹²⁸⁾.

وجه الدلالة من هذا الحديث : إن طلاق الثلاث ليس عليه أمر النبي (ص) إذ الذي كان عليه أمر النبي (ص) أن الثلاث تحسب واحدة ومن ثم يكون هذا العمل يعتبر مردوداً .

وبخصوص مناقشة أدلة المذهب الثالث ، فقد ورد على استدلاله بقوله تعالى : " فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ " ⁽¹²⁹⁾ بأنه لا يلزم أن يكون الطلاق دائماً بعد رجعه وذلك كما في الطلاق الأول ثم أن قياس الثاني على الطلاق الثالث قياس مع الفارق إذ الطلاق الثاني يمكن معه الرجعة بخلاف الثالث .

ورد على استدلال بالحديث من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ⁽¹³⁰⁾ بأنه يشهد للقائلين برد الثلاثة إلى الواحدة وأن عدم احتسابها شيء أصلا يتعارض مع نص الحديث فهو حجة عليكم لا شاهد لكم ولأن الرد عدم

⁽¹²⁶⁾ سنن الدارمي للإمام عبد الله عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدرامي ، دار أحياء السنة النبوية ص 160 .

⁽¹²⁷⁾ الطلاق في الإسلام مولانا محمد علي مكتبة صادر - بيروت - ص 94 .

⁽¹²⁸⁾ صحيح البخاري ص 437 .

⁽¹²⁹⁾ سورة البقرة الآية رقم (229) .

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

القبول ولا يلزم من عدم القبول عدم الصحة فكم من شيء صحيح غير مقبول وغير مثاب عليه وهو في الوقت ذاته صحيح كما أن رد البدعة يتحقق بإيقاع طلقة واحدة لا ثلاثة وبأن العموم الوارد في الحديث مخصص بأدلة القائلين بوقوع الثلاث .

مناقشة حديث ابن عمر الذي استدل به القائلون بعدم الوقوع ورد على استدلالهم بأن المقيس عليه أمر خلافي طال فيه نزع الفقهاء وما كان كذلك لا يصح أن يكون مقيسا عليه خصوصا وأن احتسابها على ابن عمر أرجح ، ومن الاعتراض الوارد على حديث ابن عمر ، فإنه طلق امرأته وهي حائض فأتي عمر بن الخطاب النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فقال مُر فليراجعها ثم يطلقها في قبل عدتها قال قلت فيعتد بها قال فمه أرايت أن عجز واستحقم⁽¹³¹⁾ فهذا خبر ابن عمر في هذا الحديث.

إنه اعتمد بتلك الطلقة ومع ذلك فقد روى في سائر أخبار ابن عمر أن الشارع أمره بأن يراجعها ولو لم يكن الطلاق واقعا لما احتاج إلى الرجعة وكانت لا تصح رجعة لأنه لا يجوز أن يقال راجع امرأته ولم يطلقها إذا كانت الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ولو صح ما روى أنه لم يراها شيئا كان معناه إنه لم يبينها منه بذلك الطلقة ولم تقع الزوجية .

(4) المذهب الرابع : القائلون بفرق بين المرأة المدخول بها وبين غير المدخول بها فتقع ثلاثا في المدخول بها وتقع واحدة بغيرها وبه قال جماعة من أصحاب ابن عباس وإسحاق راهوية والحسن البصري .

دليل المذهب الرابع: استدل أصحاب هذا الرأي من السنة والمعقول ، فدليلهم من السنة حديث أبي الصبهاء عن ابن عباس (رضى الله عنهما) نحو هذا إلا أنه قال كان الرجل إذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها جعله واحدة⁽¹³²⁾ .

أما المرأة المدخول بها جاءت في حديث قتادة ومن طلق امرأته ثلاثاً لم تجعل له بهلك ولا نكاح حتى تنكح زوجا غيره ، وطلاق ثلاثة بكلمة وحدة بدعة ويلزم أن وقع استناداً بقوله (ص) " الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى⁽¹³³⁾ .

وجه الدلالة من الحديث : في قوله قبل أن يدخل بها ، حيث جعل عمر الثلاث واحدة في حق غير المدخول بها فيبقى ما عداها وهي المدخول بها على الأصل وأن تجعل في حقها ثلاثاً .

(130) المرجع السابق صحيح البخارى ص 437 .

(131) المرجع السابق فتح البارى شرح صحيح البخارى ج9 ص 361 حديث (5252).

(132) فتح البارى ج9 ص 363 .

(133) صحيح البخارى الجامع المسند الصغير المختصر كتاب بدء الوحي حديث رقم (1) ص19.



أما من المعقول فإن العقل يؤيد هذا القول بالفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها فإن غير المدخول بها تبين بمجرد أن يقول لها زوجها أنت طالق فإذا قال ثلاثا يكون العدد لاغيا لوقوعه بعد البيونة لأنها بائن من الطلقة الأولى وليس له الحق في باقي طلاقات إي الثانية والثالثة .

مناقشة أدلة المذهب الرابع: قد ورد التنصيص على غير المدخول بها وغاية⁽¹³⁴⁾ ذلك أن يكون هذا تنصيماً على بعض أفراد مدلول الرواية الذي استدل بها أصحاب الرأي السابق وهي رواية صحيحة وهذا التنصيص لا يوجب اختصاص البعض بالحكم الذي وقع التنصيص عليه .

أما استدلالهم بالمعقول الذي ذكروه فإنه قول لا يستقيم ذلك من قوله أنت طالق ثلاثا كلام متصل غير منفصل فكيف يصح بعلة كلمتين وتعطى كل كلمة حكماً مستقلاً عن الآخر ولهذا قالوا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل النطق بالعدد فلا يقع شيء لأن الكل كلام واحد في الحكم فلا يصح ما ذكروه من القياس من قولهم طالق وطلاق وطلاق .

المبحث الثاني: رأى قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م في طلاق الثلاث بلفظ واحد

أولاً: تعريف الطلاق في قانون الأحوال الشخصية السوداني .

الطلاق هو حل عقدة الزواج بالصيغة الموضوعية له شرعاً⁽¹³⁵⁾ .

ثانياً : حالات وقوع الطلاق

يقع الطلاق : باللفظ الصريح ، أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة⁽¹³⁶⁾ ، فهذا ما نصت عليه المادة (129)⁽¹³⁷⁾ يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أى لغة وبما يقوم اللفظ من كتابة الإشارة والألفاظ الدالة على الطلاق قسمين صريحة وألفاظ تدل عليه بطريق المجاز وهو ما يسمى بالكناية .

(134) المرجع السابق للشوكاني ج6 ص 222 .

(135) المادة (128) من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م.

(136) المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م.

(137) المادة (129) من نفس القانون .

اللفظ قد يكون صريحاً إذا كان يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق ولا يستعمل عرفاً إلا فيه مثل : طالق ومطلقة وكل مشتقات الطلاق والتطبيق وكل لفظ يستعمله الناس لرفع قيد الزواج مثل على الحرام وأنت على حرام وغيرها من الألفاظ الصريحة .

وقد يكون اللفظ كناية إذا كان يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارف في الاستعمال قصره على معنى الطلاق بل تحتمل الطلاق وغيره كقوله أنت بائت ، أذهبي إلى أهلك حبلك على قارب⁽¹³⁸⁾ .

ثالثاً : أركان الطلاق :

1- المطلق : يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار لا يقع طلاق فاقد التمييز بسبب الجنون أو العته أو السكر المطبق أو الإكراه الملجئ أو غير ذلك من الأسباب المذهبة للعقل⁽¹³⁹⁾ ، وطبقاً لهذه النصوص يشترط في الزوج المطلق توافر الشروط الآتية :

- أن يكون عاقلاً : فلا يقع طلاق المجنون والجنون هو آفه تحل بالدماغ تبعث على الأقدام على ما يصاد مقتضى العقل من غير ضعف وكذلك المعتوه لا يقع طلاقه ، والعته هو نقص وخلل في العقل يجعل صاحبها متردداً في أقواله وأفعاله ولا يقع طلاق واحد منهم لعدم أهليتهم لإيقاعه لأنه تصرف لا يصح شرعاً إلا من كامل العقل الذي يقدر المصلحة من إيقاعه .

- أن يكون بالغاً : فطلاق الصبي لا يقع وإن كان مميزاً لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغاً ، كما أن الطلاق من التصرفات الضارة التي لا يكون الصبي أهلاً لها حتى يبلغ الحلم وأخذ القانون السوداني على رأى الجمهور واستدلوا بحديث رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر⁽¹⁴⁰⁾ .

- أن يكون مختاراً : قانون الأحوال الشخصية السودانية أخذ برأى الجمهور أن المكروه على الطلاق لا يقع طلاقه لأنه لم يصدر عنه بإرادته .

2- المطلقة (الزوجة) : تنص المادة (135)⁽¹⁴¹⁾ لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح قائم حقيقة أو حكماً طبقاً لهذين النصين فإن المرأة التي يقع عليها الطلاق يشترط فيها الأتي :-

(138) شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م.القسم الأول ، الزواج والفرقه ، د0 ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم ص 24 .

(139) المادة (134) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م.

(140) سنن ابن ماجه ج1 حديث رقم (2041) ص 658 .

(141) المادة (135) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م.

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

- أن يكون عقد الزواج بينها وبين زوجها قائم حقيقة والزوجية تكون قائمة حقيقة إذا كانت المرأة في عصمة زوجها .

- أن يكون عقد الزواج قائم حكماً وتكون الزوجية قائمة حكماً إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى لم يكمل الثلاث لأنه إذا كان المكمل للثلاث فقد زال الحل فلا فائدة من الطلاق إذ استند المطلق كل ما يملك⁽¹⁴²⁾.

وقد أعتبر الزواج قائماً حكماً في الطلاق الرجعي أثناء العدة لأن العلاقة بينهما لم تنته حيث يستطيع الرجل مراجعة زوجته ولو بدون رضاها وفي الطلاق البائن بينونة صغرى فمظهر قيام النكاح وجوب النفقة لها واستقرارها في بيت الزوجية وعدم حل زواجها من زوج آخر .

وبناء على ذلك لو قال الزوج لزوجته المدخول بها حقيقة أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق وقعت عليها بثلاث طلاقات لأن الأولى صادفتها والزوجية قائمة حقيقة والثانية والثالثة صادفتها وهي في العدة فكانت محلاً لوقوع الطلاق الثلاث فوقعت لأن جملة من هذه الثلاثة صيغة تامة لإنشاء الطلاق صدرت مرة بعد مرة من زوج أهل لإيقاعه وصادف محلاً لوقوعه .

3- الصيغة : صيغة الطلاق قد تكون منجزة وقد تكون معلقة وقد تكون مضافة إلي المستقبل ، لأن الطلاق من الإسقاطات كالعتق والإبراء فصح أن يكون بإحدى هذه الصيغ الثلاث عكس ذلك الزواج فهو من التمليكات كالبيع والهبة وهي لا يصح تعليقها على الشرط ولا إضافتها إلى المستقبل .

- الطلاق المنجز : هي التي تفيد وقوع الطلاق وترتيب آثاره في الحال ومثاله ، أنت طالق ، ويشترط في هذا النوع من الطلاق حتى يرتب إثارة في الحال وأن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق في الحال بأن يكون مستوفياً للشروط التي تصوغ له ذلك ، وأن تكون الزوجة سالحة لأن يقع عليها الطلاق .

- الطلاق المضاف إلى المستقبل (هو) إضافة الطلاق وترتيب آثاره إلى زمن مستقبل كقوله أنت طالق غداً أو أول الشهر المقبل وحكم هذا النوع من الطلاق إنه متى صدر من أهله وصادف محله أنعقد في الحال سبباً للطلاق ولكنه لا يقع ولا ترتب عليه آثاره إلا حين حلول الزمن المضاف إليه الطلاق فلا يقع إلا إذا جاء الغد أو أول الشهر المعين بشرط أن تكون المرأة حين حلول الوقت المضاف إليه لا تزال محلاً لوقوع الطلاق عليها حتى يصادف الوقوع محله .

- الطلاق المعلق : هو ما كانت صيغته معلقاً فيها حصول الطلاق على تحقيق أمر آخر بأداة من أدوات الشرط والتعليق وأدوات التعليق هي : أن ، إذا ، وكلما ، وما شابهها ومثال ذلك إن دخلت دار فلان فأنت طالق .

(142) المرجع السابق د0 إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ص 23 .

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

رابعاً: الطلاق المقترن بعدد وطلاق المتتابع

كان الطلاق قبل الإسلام لا يقف عند حد ، وكانت المرأة تعاني من ذلك أشد العناء ، وكان الأمر على ذلك في أول الإسلام ، وقد أفضى هذا إلى ظلم المرأة فكانت بعض الأزواج يطلق زوجته حتى إذا قاربت العدة على الانتهاء أرجعها ثم عاد فطلقها يريد بذلك إضرارها فلما جاء الإسلام رفع الظلم عن المرأة فقال تعالى : " وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَاراً لِّتَعْتَدُوا " ⁽¹⁴³⁾ . لما قصر الطلاق على ثلاث طلاقات ونزلت الآية الكريمة في قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِإِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ " ⁽¹⁴⁴⁾ . إلى أن قال تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " ⁽¹⁴⁵⁾ . ودلت هذه الآيات أن عدد الطلاقات ثلاث فقط لأنها رتب على كل مرة من المرتين إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان يكون بتركها حتى تنقضي عدتها ورتبت على الثالثة أنها لا تحل لهم حتى تنكح زوجاً غيره فدل هذا على إنه بالثالثة انتهى ملكه وحله فليس له إلا ثلاث طلاقات .

أما إذا اقترن الطلاق بعدد بأن قال : أنت طالق ثلاثاً وقد أخذ القانون السوداني بالرأي المذهب الثاني فلوا أوقع الرجل الطلاق الثلاث مرة واحدة لا تقع إلا طلقة وحدة فمن قال لزوجه أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق وإشارة بأصابع يده ثلاثاً فكل ذلك يحتسب واحدة والعدد لفظ وهذا ما نصت عليه المادة 130 ⁽¹⁴⁶⁾ حيث تقول " لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً ، أو كتابة أو إشارة إلا طلقة واحدة رجعية .

الطلاق المتتابع : اختلف الفقهاء كذلك في الطلاق المتتابع فالمذاهب الأربعة توقع هذا الطلاق فلو قال أحد لزوجه أنت طالق.. أنت طالق ، أنت طالق توقع هذه الطلاقات ولو كانت في مجلس واحد ولكن الفقهاء الذين قالوا إن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا وحدة قالوا إن الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا واحدة وقد أخذ بهذا الرأي قانون السوداني فقد ذكر بأن الطلاق المتتابع يقع طلقة واحدة إذا قصد به التأكيد فلو قال لزوجه ، أنت طالق ولكن لم تسمعه فقال لها مرة أخرى أنت طالق فهو يؤكد طلاقاً الأول ففي هذه الحالة يقع طلقة واحدة أما فيما عدا ذلك فيقع حسب ما أوقعت فلو قال لها في مجلس واحد أنت طالق وسمعت زوجته وعرفت قصده ثم قال لها ثانية أنت طالق وقع ثلاثاً وهذا ما أشارت إليه المادة (131) ⁽¹⁴⁷⁾ بقولها : يقع الطلاق المتتابع طلقة واحدة إذا قصد به التأكيد وإلا فيقع بعدده .

الخاتمة

⁽¹⁴³⁾ سورة البقرة الآية (231) .

⁽¹⁴⁴⁾ سورة البقرة الآية (229) .

⁽¹⁴⁵⁾ سورة البقرة الآية (230) .

⁽¹⁴⁶⁾ المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م .

⁽¹⁴⁷⁾ المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م .

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

تم بحمد الله وتوفيقه كتابه هذا البحث بالنتائج والتوصيات التالية :

أولاً: النتائج:

- 1- جعل الإسلام للرجل وقاية قبل الطلاق يحاول أن يصلح العلاقات بينهما امتثالاً لقوله تعالى : " وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا (34) وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا " سورة النساء الإيتان (34 ، 35) .
- 2- أن الحياة الزوجية تقوم على المحبة والتعاون والتعاطف التسامح والعدل والأنصاف ، فإذا فقد كل هذا الأشياء العلاج الأخير هو الطلاق .
- 3- المرأة المدخول بها إذا كانت صغيرة لم تحض أو كبيرة أنقطع حيضها أنقطاعاً حقيقياً أو حامل استبانة حملها يجوز طلاقها في أي وقت طلقه وحده .
- 4- الطلاق المقترن بعدد لفظ أو إشارة لا يقع به إلا واحدة .
- 5- المرأة المدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً يجوز طلاقها طلقه وحده في طهر لم يسمها .
- 6- إذا اختلف الزوجان في أن الطلاق كان في الحيض أو في النفاس أو في طهر مسها فيه فالقول قول مدعى الصحة مع يمينه .

ثانياً: التوصيات:

- 1- يوصي الباحث على الفرد والأسرة عليهما المشاركة في اختيار الزوجة الصالحة .
- 2- يوصي الباحث على الدول الإسلامية أن يوحد قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين دون تقييد بالمذاهب السنية الأربعة مع مراعاة الأدلة والحجج التي يستند إليها أي مذهب فإن ظهر بعد الفحص والتمحيص والتدقيق أنها أقوى من غيرها ويجلب صالح عام أو يرفع ضرر عام وجب الأخذ بها .
- 3- يوصي الباحث على المسلمين الالتزام بالقيم الأخلاقية والدينية وان لا يستعجلون بالطلاق في وقت الغضب .
- 4- يوصي الباحث على الدول الإسلامية إدراج مادة في قوانين الأحوال الشخصية يلزم على الراغبين في الزواج بأخذ دورة تدريبية في أحكام الزواج والطلاق وأثارهما على الفرد والمجتمع قبل الزواج وتيسير أمر الزواج للمسلمين .



قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم .

كتب التفسير

- (1) تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل للإمام محمد جمال الدين القاسمي ج9 دار الكتب العلمية – بيروت ط1 1418 هـ – 1997 م .
- (2) جامع البيان عن تأويل أى القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ج28 دار الفكر ط 1415 هـ – 1995 م .
- (3) نظم الدرر في تناسب الآيات والسور للإمام برهان الدين أبي الحسن ابراهيم ابن عمر البقاعي ج8 دار الكتب – بيروت ط1 1415 هـ – 1995 م .
- (4) تفسير القرآن العظيم للإمام عماد الدين أبو الفدا إسماعيل ابن كثير القرشي ج4 مكتبة مصر – دار مصر للطباعة .
- (5) الثكت والعيوب وتفسير الماوردي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ج1 دار الكتب العلمية – بيروت .
- (6) تفسير الجالين لجلال الدين محمد أحمد المحلى وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي .

كتب الحديث

- (7) متن صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر) للإمام محمد بن اسماعيل البخاري .
- (8) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني دار الريان للتراث ج9 ط1 1407 هـ – 1987 م .
- (9) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين أبي محمد محمود ج4 دار الفكر ، ط1422 هـ – 2002 م .
- (10) صحيح مسلم بشرح النووي حققه عصام الصباطي وحازم محمد وعماد عامر مج 5 دار الحديث ، القاهرة ط3 1419 هـ – 1998 م .
- (11) سنن أبي داود للإمام أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني ج1 شركة ومطبعة مصطفى البابي ط1 1371 هـ – 1952 م
- (12) سنن الدرامي للإمام عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدرامي دار إحياء السنة النبوية .
- (13) سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني شرح بلوغ المرام إبن حجر العسقلاني ج4 ط2 1369 هـ – 1950 م .
- (14) صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ج5 ط 1350 هـ – 1931 م .
- (15) سنن ابن ماجة ج1 لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه مج1 دار الفكر .
- (16) سنن الكبرى للبيهقي ج7 ط 1 مطبعة مجلس دار المعارف العثمانية .
- (17) البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى ج3 ط1 1367 هـ – 1948 م .



الكتب الفقهية :

مصادر الفقه الحنفي :

- (18) المبسوط لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي ج6 مطبعة السعادة 1324هـ مصر .
- (19) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ج4 .
- (20) شرح معاني الآثار للطحاوي ج3 دار الكتب العميلة – بيروت .
- (21) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم الحنفي ، ج4 ، ط1 المطبعة العلمية .
- (22) شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ط1316هـ .

مصادر الفقه المالكي :

- (23) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ج2 دار إحياء الكتب العلمية.
- (24) الفواكه الدواني على رسالة ابن يزيد القيرواني للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوى الأزهرى المالكي ج2 دار الكتب العلمية بيروت .
- (25) منهاج المسلم أبو بكر جابر الجزائري ، دار الجيل ، بيروت ، دار الكتب السلفية ، القاهرة 1407هـ .
- (26) مواهب الجليل ، شرح مختصر الخليل للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب مج4 دار الفكر ، ط2 1398هـ – 1978م .
- (27) أوجز المسالك في موطأ مالك للشيخ مولانا زكريا الكاندهلوى ج10 ، دار الفكر ، بيروت ، ط الأولى 1428هـ – 2008م .

مصادر الفقه الشافعي :

- (28) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملى ج7 مطبعة مصطفى البابى 1357هـ – 1938م .
- (29) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على شرح الشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ج3 ط 1377هـ – 1958م

مصادر الفقه الحنبلي :

- (30) المغنى لأبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسى ج7 عالم الكتب ، بيروت .
- (31) زاد المعاد في هدى خير العباد للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية ج2 ط مطبعة اليمنية بمصر .



المجلد: 06 العدد: 01 السنة: جانفي - جمادى الأولى 1441 هـ ص: 73 - 112

د. إبراهيم بابكر عبد الله فضل ، مقال بعنوان: " الطلاق الثلاثة بلفظ واحد(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م)

(32) أغاثة اللفغان من مصاديد الشيطان للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية ج1 ط الأخير 1381هـ – 1961م .

(33) المغنى لابن قدامة ج 10 ط 1410 هـ – 1989م .

(34) إعلام الموقعين لابن القيم ج3 الطباعة المنبرية .

(35) مجمع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج 33 ط 1386 هـ .

مصادر الفقه الظاهري :

(36) المحلى لابن محمد بن أحمد سعيد بن حزم الظاهري ج 11 دار الاتحاد العربي ط 1390 هـ – 1970م .

(37) مراتب الإجماع لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

مصادر الفقه الشيعي:

(38) تهذيب الأحكام للشيخ الطوسي ج 8 .

كتب اللغة

(39) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – دار الفكر – بيروت – ط 1415 هـ – 1995م .

(40) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور مج 10 دار صادر بيروت ط 1410 هـ – 1990م .

(41) تاج العروس من جوهر القاموس محمد مرتضى الذبيدي مج 6 دار مكتبة الحياة – بيروت .

(42) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ط 1329 هـ – 1911م .

(43) كتاب التعريفات السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ط 1 مطبعة الخيرية – بجمالية – مصر 1306 هـ .

الكتب الفقهية والقانونية

(44) الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري ج 4 دار الريان للتراث .

(45) أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الزواج ، الطلاق ، وحقوق الأولاد ونفقة د0 أحمد محمود الشافعي ج 1 1982م .

(46) أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية د0 حسين عبد المجيد حسين ط 1415 هـ – 1995م .

(47) الزواج والطلاق في الإسلام بدران أبو العينين بدران 1985م .

(48) الفقه على المذاهب الخمسة (حنفي – مالك – شافعي – حنبلي – جعفري) محمد جواد مغنية مكتبة الشروق الدولية ط 1428 هـ – 2007م .

(49) الطلاق في الإسلام مولانا محمد علي مكتبة صادر – بيروت .

(50) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 جمهورية السودان وزارة العدل .

(51) شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني 1991م (القسم الأول) الزواج والفرقة د0 إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم .

الإحالة في التجريم والعقاب

و تأثيرها على القانون الجنائي للأعمال

Referral in criminalization and punishment and its impact on criminal law of business

موفق نور الدين (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/11/28

تاريخ إرسال المقال 2019/09/21

ملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الإحالة التشريعية في القانون الجنائي في المجال الخاص بالأعمال الذي يقوم على السرعة ، و مدى تأثيره على هذا الأخير و كنتيجة في هذا البحث هو أن الإحالة في بعض الحالات تكون محمودة لكن في عالم الأعمال و التجارة من الأحسن تفادي الإحالة لها لها من أثر على السرعة و الأتتمان لها تأخذ من وقت في البحث عن الإحالات المنصوص عليها .
كلها مفتاحية: قانون جنائي للأعمال . الأعمال الإحالة القانونية . الإحالة في القانون .

Abstract:

This study aims at legislative referral In criminal law in the area of business based on speed, And its impact on the last, The result of this research is In some cases referrals are good ,But in business and commerce it is best to avoid referral Because of their impact on speed and warranty for what time it takes to search for referrals provided.

Keywords: Criminal Code of Business. Business, Legal Referral. Referral in law.

(*) أستاذ مساعد قسم أ ، جامعة محمد لمين دباغين (سطيف2)، مخبر : تطبيقات التكنولوجيا الحديثة على القانون ، البريد

الإلكتروني : nouri199191@gmail.com



مقدمة

بالتمعن في نصوص القانون الجنائي نجدها تشمل غالبا شقين الأول يعنى بالنموذج القانوني للجريمة و العقوبة المقررة لها ، فتاتي صبغة الشرط في التجريم و جواب الشرط يتمثل في العقوبة الجنائية المقررة لها رغبة من المشرع في الوصول إلى هدف القانون الجنائي إلى تحقيق أكبر قدر من الردع ، و زجر المخاطبين على إتبان السلوك الإجرامي ، و منه يحرس المشرع الجنائي – في الحالات العامة – على أن يأتي بيان نص العقوبة في صدر النص التجريمي ذاته .

لكن الملاحظ أنه في القوانين الجنائية الخاصة أن المشرع غالبا ما يتخذ أسلوبا مغايرا على القواعد العامة إذ يستخدم في هذا النوع من القوانين أسلوب الإحالة في التجريم و العقاب و في هذا الصدد يؤكد بعض الفقهاء أن استخدام أسلوب الإحالة في التجريم و العقاب هو إحدى السمات البارزة و الذاتية للقوانين الجنائية الخاصة و التي تمس عادة عالم الفساد و جرائم الأعمال ، و التي تتميز عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون الجنائي بصفة عامة .

فنجد أن هذه القوانين في الغالب الأعم تنظم مسألة قانونية ما ، و تتضمن في ذات الوقت الجزاء الجنائي كوسيلة لضمان و احترام هذا القانون ، كما هو الشأن في التشريعات المنظمة لعمل الشركات التجارية

و تتعد صور الإحالة التي يلجأ إليها المشرع بين إحالة إلى مواد القانون ذاته ، و الإحالة على قانون آخر ، و الإحالة على لائحة تنفيذية ، و أخيرا الإحالة على اتفاقية دولية و هذا ما يجعل خصوصية القانون الجنائي للأعمال تبرز جليا و تخلق لنا إشكالية مدى تأثير هذه الإحالة في النصوص التجريبية و العقابية على عمل القاضي و مدى نجاعة هذا الأسلوب في التشريعات الجنائية الخاصة بعالم الأعمال ؟

فالهدف من هذه الدراسة يتمحور حول إبراز الفجوة التي تثيرها التشريعات الجنائية للأعمال عن طريق الإحالة ، و مدى تأثيرها على المبادئ التي يقوم عليها عالم الأعمال من سرعة و ثقة و أئتمان .

وعلى هذا سيتم تقسيم هذا البحث إلى محورين نتحدث في المحور الأول عن أساليب الإحالة الأربع والمحور الثاني يتم التطرق إلى مدى فعالية هذا الأسلوب لما لقانون الجنائي للأعمال من خصوصية تمس المؤسسة و تبين مميزاتها ككيان استثماري له وزنه الاقتصادي في الدولة معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي و التحليلي للوصول على إجابات للإشكالية المطروحة



المحور الأول: أساليب الإحالة في القانون الجنائي الخاص

أولاً: صور الإحالة في مواد ذات القانون :

تتعدد صور الإحالة في هذا القانون ذاته فقد تكون الإحالة محددة و قد تكون إحالة عامة و قد تكون إحالة احتياطية و قد تكون إحالة على تعريفات واردة في نص القانون و على هذا سنسلط الضوء على أهمها :

1- الإحالة الخاصة أو المحددة :

أين يقوم المشرع عبر أبواب القانون الجنائي الخاص المختلفة و مواده بتحديد الالتزامات التي لا يجوز مخالفتها ، بعدها يضع نص منفصل يحدد العقوبة الجنائية واجبة التطبيق ، و قد يقتضي تحديد مفهوم الجريمة اللجوء إلى نص آخر¹ ، فعلى سبيل المثال تنص المادة 31 من القانون 01-05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال ، على أنه " يعاقب كل من يقوم بدفع أو يقبل دفعا خرقا لأحكام المادة 06 أعلاه ، بغرامة من 50,000 دج إلى 500,000 دج " فهذا النص يضمن الإشارة إلى المادة التي يعاقب على مخالفة أحكامها ، ولذلك يمكن أن نطلق على هذا النوع تسمية " الإحالة الخاصة أو المحددة " ، و تجدر الإشارة هنا أن هذا النوع من الإحالة لا تعتمده التشريعات العربية فحسب بل حتى التشريعات الغربية منها القانون الفرنسي مثلا نص المادة (ل 1-1146)²

2- الإحالة العامة :

قد تكون الإحالة عامة ، بحيث يكفي المشرع بتقرير عقوبة على ما يخالف القانون دون تحديد أحكام أو مواد معينة ، مثلا قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الخاص بنقل و زراعة الأعضاء ، القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 ينص على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى ، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون الحبس و بغرامة " .

كما نصت المادة 06 من الأمر 22-96 المتعلق بقمع الجرائم الخاصة بالصرف و حركة رؤوس الأموال المعدل و المتمم على أن " تطبق على مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من

¹ عمرو الوقاد ، الحماية الجنائية لعلاقات العمل ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، دس ، ص 104

² L'art, L 1146-1 al 2 Code du travail français dispose que « le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, prévu par les articles L 1142-1 et 1142-2 , est puni d'un emprisonnement d'un et d'une amende de 3750 euro »



و إلى الخارج، العقوبات المنصوص عليها في هذا الأمر، دون سواها من العقوبات، بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة"

فيتضح من النصوص أنه ينصرف أثره إلى كل مخالفة تخص أحكام القانون عامة دون أن يقيد نطاق تطبيقها نص آخر في ذات القانون.

3- الإحالة الاحتياطية :

قد لا يكتفي المشرع الجنائي الخاص باستخدام أسلوب الإحالة في التجريم والعقاب، و إنما قد يلجأ إلى ما يمكن تسميته "التجريم التحوطي"³، و المقصود منها أن الإحالة قد تأتي في ذات القانون أو في قانون آخر، لكن تأتي هذه الإحالة في شكل احتياطي، و أورد الأستاذ أحمد عبد الظاهر مثالا على ذلك أن المادة 60 من قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم 260 لسنة 1990 في شأن الأحوال المدنية أن "كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز خمسة جنيهات أو خمسين ليرة"

4- الإحالة إلى التعريفات :

غالبا ما تتضمن التشريعات الجنائية الخاصة مادة للتعريفات، بما أن النصوص تكون فيها نوع من التقنية وتتطلب شرح بعض المفاهيم، و ترد هذه المواد عادة في بداية القانون، بحيث تشكل مواده الأولى و باعتبارها تعريفات لازمة لتفسير بعض نصوص القانون الأخرى، بحيث تعد بمثابة التفسير التشريعي لبعض المصطلحات المستخدمة في مواد القانون خاصة قانون العقوبات، بحيث يستلزم الرجوع إلى هذه التعريفات من أجل تطبيق أحكام تلك المواد، و تطبيقا لذلك على نصوص التجريم و العقاب الواردة في بعض التشريعات الجنائية الخاصة، يمكن القول أن المشرع قد يحدد العقوبة في نص ما و يأتي تعريف الجريمة في نص خاص آخر⁴ و هو ما قام به المشرع الجزائري في القانون 05 – 01 المتعلق بتبييض الأموال في نص المادة 3 منه "تعتبر جريمة تمويل الإرهاب في مفهوم هذا القانون كل فعل يقوم به كل شخص بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة....من أجل ارتكاب الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المنصوص و المعاقب عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات".

يتضح مما سبق أنه يعتمد المشرع على صور عدة من الإحالة في نفس القانون فتارة تكون بصفة محدد و مبينة و تارة تكون عامة و شاملة، و تارة أخرى تكون إحالة تعريفية، أو احتياطية للوصول إلى غاية

³ أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 439

⁴ أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 443



تطبيق النص على شكل سليم و توضيحي نطاق التفسير للقاضي خاصة في الجنائي حتى يطبق القاضي التفسيرات التشريعية المحال إليها.

ثانيا : صور الإحالة إلى مواد في قانون آخر

قد تكون الإحالة إلى نص وارد في قانون آخر ، و قد يكون القانون المحال إليه قانون العقوبات ذاته أو قانون جنائي خاص أو قد تكون الإحالة مزدوجة بحيث يتضمن النص الواحد الإحالة في ذات القانون و إحالة على قانون آخر و هذا ما سيتم معالجته كالآتي :

1- الإحالة على قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية

قد يكون القانون المحال إليه هو قانون العقوبات أو الإجراءات فعلى سبيل المثال نصت المادة 20 من قانون 05 – 01 " دون الإخلال بأحكام المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية ، يتعين على كل الأشخاص الطبيعيين و المعنويين المذكورين في المادة 19 أعلاه ، إبلاغ الهيئة المتخصصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة..." كما نصت المادة 50 من القانون رقم 06-01⁵ على أنه " في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات "

كما نصت المادة 369 من القانون التجاري الجزائري على أنه " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات ، على الأشخاص الذين تثبت إدانتهم بالتفليس التقصير أو بالتدليس "

كما اعتمد المشرع المصري نفس السياق وفقا لنص المادة 37 مكرر (ج) في شأن مكافحة المخدرات بقوله " تعد جميع البيانات التي تصل إلى علم القائمين بالعمل في شؤون علاج المدمنين أو المتعاطين من الأسرار التي يعاقب على إفشائها بالعقوبة المقرر في المادة 310 من قانون العقوبات "

2- الإحالة على قانون خاص آخر :

⁵ قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، معدل و متمم ، بتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، الجريدة الرسمية ،



بالإضافة على ما سبق ، قد يكون القانون المحال إليه قانون جنائي خاص آخر أو قانون آخر فعلى سبيل المثال في المادة 66 من قانون 04-02⁶ على أنه " غير أن القضايا الجاري العمل فيها التحقيق قبل بداية العمل بهذا القانون تبقى خاضعة لأحكام الأبواب السالفة الذكر من الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 و المذكور أعلاه " .

و نفس النهج انتهجه المشرع المصري في قانون البيئة المصري رقم 04 لسنة 1994 أين نص في مادته 89 الفقرة الأولى " يعاقب بغرامة لا تقل عن مائتي جنيهه و لا تزيد على عشرين ألف جنيهه كل من خالف أحكام المواد 2 و3 فقرة أخيرة و 4 و 5 و 7 من القانون رقم 48 لسنة 1972 م في شأن حماية نهر النيل و المجاري المائية من التلوث و القرارات المنفذة له " ⁷

3- الإحالة المزدوجة :

يرى البعض من الفقهاء أن هذا الأسلوب غريب ، في الإحالة و المزج ، حين يقرر المشرع في إحدى مواد القانون مبدأ العقاب على مخالفة أحكام مادة أخرى ، و يحيل في شأن تحديد العقوبة إلى قانون آخر فنجد نص المادة 82 من قانون مهنة الصيدلة رقم 127 الذي ينص على أنه " كل مخالفة لأحكام المادة 76 يعاقب مرتكبها بالعقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 123 " و هذا النوع من الإحالة استعمله المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد⁸ في مادته 408 بقولها " يعاقب كل شخص أنتج أو تاجر في مواد غذائية غير صالحة للاستهلاك ، و تسبب في تسمم غذائي أو وفاة شخص أو عدة أشخاص ، طبقا لأحكام المادتين 431 و 432 من قانون العقوبات ، و المواد 71 و 72 و 73 من القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش "

4- الإحالة إلى مواد في مرسوم أو نظام :

قد يستخدم المشرع أسلوب الإحالة إلى مواد في لائحة تنفيذية ، بمعنى أن الجريمة التي تعد من قبيل الجرح قد تتوفر في حالة مخالفة أحد النصوص التنظيمية⁹ ، تنص المادة 36 من القانون 06-01 " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات و بغرامة من 50,000 دج إلى 500,000 دج ، كل موظف عمومي خاضع قانونا لواجب التصريح بممتلكاته و لم يقم بذلك "

⁶ قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية ، عدد 41

⁷ أحمد عبد الظاهر ، مرجع سابق ، ص 448

⁸ القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 ، يتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية ، عدد 46

⁹ J.J. De BRESSON , Inflation des lois pénales et réglementaires ou législations techniques, p 241

وفي نص المادة 06 من نفس القانون التي تتحدث عن كيفية التصريح بالملكيات نصت في فقرتها الأخيرة على ".... يتم تحديد كيفية التصريح بالملكيات بالنسبة لباقي الموظفين العموميين عن طريق تنظيم" وهو ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 06-415¹⁰، فلا يمكن معرفة تطبيق النص المعاقب على جريمة عدم التصريح بالملكيات إلا بمخالفة أحكام هذا المرسوم.

كما فعل الشيء ذاته في قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية أين نص في المادة 66 منه على الإبقاء بالعمل بالنصوص التنفيذية و ذكر المرسوم التنفيذي 95-335 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بتطبيق غرامة المصالحة.

وقد تختلط هذه الصورة للإحالة مع حالة التفويض التشريعي في التجريم والعقاب و لذلك يعالج الأستاذ أحمد فتحي سرور هذه الإحالة عند معالجته لمسألة طبيعة و حدود دور اللائحة في تحديد الجرائم و العقوبات¹¹، مؤكداً أن اللوائح التنفيذية لا تملك وضع جرائم و عقوبات بغير تفويض صريح من المشرع و إنما يجوز للمشرع أن يضع جرائم و عقوبات عند الإخلال ببعض الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية و في هذه الحالة يكون النص التشريعي متضمناً بذاته معنى التجريم والعقاب معا، و لكنه يقتصر في تحديد التجريم إلى الإحالة على بعض الأفعال المنصوص عليها في لائحة تنفيذية بشرط أن تكون هذه الأفعال مطابقة للمعايير التي وضعها التشريع.

5- الإحالة على الاتفاقيات و المعاهدات الدولية :

قد يلجأ المشرع إلى هذا النوع في التشريع الجنائي الخاص بحيث تقرر الإحالة إل إحدى نصوص الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها من طرف الدولة او تم الانضمام إليها لاحقاً و صدر تشريع لاحق عن الانضمام للمعاهدة أو الاتفاقية، و قد استعمل المشرع الجزائري هذا النوع من الإحالة في العديد من النصوص و القوانين نذكر على سبيل المثال المادة 02 من القانون 04-18¹² " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : المخدر : كل مادة، طبيعية كانت أم اصطناعية، من المواد الواردة في الجدولين الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 بصيغتها المعدلة بموجب بروتوكول سنة 1972

¹⁰ مرسوم رئاسي رقم 06-415 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لكيفية التصريح بالملكيات بالنسبة للموظفين العموميين

غير المنصوص عليهم في المادة 06، الجريدة الرسمية، عدد 74

¹¹ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، مصر، 2001، ص 53

¹² قانون رقم 04-18 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار

غير المشروعين بها، الجريدة الرسمية، عدد 83



المؤثرات العقلية : كل مادة ، طبيعية كانت ام اصطناعية ، أو كل منتج طبيعي مدرج في الجدول الأول أو الثاني أو الثالث أو الرابع من اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971"

كما نجد أن التشريعات الخاصة بمكافحة الإرهاب في القانون تتضمن غالباً الإحالة على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة و لا سيما فيما يخص مدلول الإرهاب لكن المشرع الجزائري في مسألة الجرائم الإرهابية لم يرد في نص المادة 87 مكرر ، احالة على اتفاقية دولية .

بعد تسليط الضوء على جملة الإحالات التي يمكن للمشرع أن يلجأ إليها في سياسة التجريم والعقاب في القوانين الخاصة ، هذا الأمر جعل الفقه يقف عند هذه الظاهرة و تقييماً خاصة و أن بعض القوانين تمتاز بالسرعة و الائتمان هما هو الحال بقوانين الأعمال و التجارة و الاستثمار ، مما قد يصعب من مهمة معرفة ما هو داخل دائرة التجريم و خارجها من كثرة التشريعات المبعثرة و كذا هل هذا الأمر أي الإحالة فيها مساس بمبدأ الشرعية الجنائية أم لا ؟ هذا ما سيتم معالجته في المحور الثاني :

المحور الثاني: تقييم لنمط الإحالة في سياسة التجريم والعقاب

ثار جدل حول مسألة الإحالة في القوانين الجنائية الخاصة بين الفقهاء فهناك من يرى أن الإحالة لا باس بها في مجال التجريم و العقاب و ليس هناك ما يمنع من إتباع هذا الأسلوب¹³ ، فيمكن أن نص على التجريم و يحيل على آخر للجزاء ، و العكس كذلك بأن يحيلك نص يتحدث عن العقوبة على نص التجريم فيما يرى البعض الآخر أن صياغة نصوص التجريم عندما يلجأ المشرع إلى التجريم مفهوم الإحالة تصبح تلك النصوص لا تتسم بالوضوح و الدقة¹⁴ ، كما أنه من الممكن أن يتعلق نص قانوني بتحديد عناصر الجريمة ، بينما يتم الإحالة على نص آخر لتحديد العقاب المقرر لهذه الجريمة .

و عليه يرى جانب من الفقه أن نمط الإحالة في التجريم و العقاب غير مقبول من ناحية الفن القانوني المجرد ، و من حيث أصول الصياغة التشريعية ، بالإضافة إلى انه يتعارض مع مقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية و هذا ما سيتم معالجته فيما يلي

أولاً: أسلوب الإحالة أسلوب يخرج عن أصول الصياغة التشريعية

يتناقض أسلوب الإحالة مع العديد من أصول الصياغة التشريعية و بيان ذلك أن هناك مبادئ تتعلق بلغة صياغة و بناء التشريعات ، سواء في البناء اللفظي أو الجمل أو العبارات و الفقرات ، فحسب رأي

¹³ عمر سالم ، شرح قانون العقوبات المصري ، القسم العام ، دار النهضة العربية مصر ، 2010 ، ص 38

¹⁴ عمرو ابراهيم الوقاد ، الحماية الجنائية لعلاقات العمل ، المرجع السابق ، ص 104

المستشار عليوة مصطفى، ينبغي أن تأتي الصياغة في مرحلتين: أولهما وضع الأحكام المراد النص عليها بأفضل طريقة ممكنة، و ثانياً: وضع تلك الأحكام في أفضل صيغة ممكنة¹⁵، وإذا كان التحلي بالدقة والوضوح أمر واجب في الصياغة بوجه عام، فهو أزم وأوجب في الصياغة التشريعية على وجه الخصوص، واضعاً في الاعتبار أن ميدانها هو تحديد الواجب والمحظور بطريقة ينتفي معها اللبس والغموض وما يقترن بذلك من جزاء، كي تؤدي هذه الصياغة إلى فهم المخاطبين بالتشريع لأحكامه، الأمر الذي يساعد على تحقيق التشريع للأهداف المنشودة من إصداره، لأنه قد يؤدي الغموض في النص إلى عدم تطبيقه على الوجه السليم.

و بتطبيق ما سبق على أسلوب الإحالة في التجريم والعقاب يمكن القول بأن النصوص المتضمنة لهذا الأسلوب تتعارض مع مقتضيات الوضوح الواجب توافره في النص التشريعي، و الحجة في هذا أن الإلهام بالنموذج القانوني للجريمة والعقوبة المقررة لها يستلزم الاطلاع على أكثر من نص في مواضع متفرقة من القانون، بل يلزم في بعض الأحيان الرجوع إلى قانون آخر مختلف لمعرفة العقوبة واجبة التطبيق أو حظر فعل ما دون الحديث عن العقوبة كما هو الحال في نص المادة 117 من قانون المالية لسنة 2017¹⁶ التي تحظر التعامل بالنقود الافتراضية أو الالكترونية و تحيل على كل من يخالف هذا للقوانين و التنظيمات المعمول بها بقولها "يمنع شراء العملة الافتراضية و بيعها و استعمالها و حيازتها".

العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الانترنت عبر شبكة الانترنت و هي تتميز بغياب الدعامة المادية كالقطع و الأوراق النقدية و عمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية

يعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم، طبقاً للقوانين و التنظيمات المعمول بها "

، و هذه النوع من الإحالة في العقوبة دون وجود نص تجريبي في قانون العقوبات قد تصبح من الناحية العملية خاصة في مجال المال و الأعمال و المؤسسات، و التي يتسم عالمها بالسرعة و الائتمان من الصعوبة بمكان معرفة كل هذه المخالفات إذا لم يجمعها تشريع و تقنين واحد، الأمر الذي يعيق تحقيق التشريع للأهداف المنشودة من إصداره، و يصادف معه القائمون على تطبيق القانون الكثير من المشقة و العناء للوقوف على حكم التشريع و تؤدي إلى عدم استقرار في الأحكام و المراكز القانونية.

و هذا ما لا يتماشى مع المبدأ القاضي بجمع شتات الأحكام المنظمة للموضوع في تقنين واحد و المبدأ الخاص بتبعية الحكم الواحد بين أكثر من مادة، و على ذلك فإن بعثرة الأحكام المنظمة للموضوع

¹⁵ عليوة مصطفى فتح الباب، أصول سن و صياغة و تفسير التشريعات، دراسة فقهية عملية مقارنة، ج 2، مكتبة كوميت، مصر

، د س ن، ص 992

¹⁶ قانون المالية 2018 المؤرخ في 28 ديسمبر 2017، الجريدة الرسمية، عدد 76، ص 54



موفق نور الدين، مقال بعنوان: "الإحالة في التجريم والعقاب وتأثيرها على القانون الجنائي للأعمال"

الواحد في أكثر من تشريع هو من أهم مثال عملية سن التشريعات ، سواء إنشاء أو تعديلا أو إلغاء ، لما يكون في هذا المسلك من صعوبة الوقوف على القواعد الحاكمة للموضوع الواحد ، حيث تتفرق النصوص المنظمة للموضوع الواحد بين عدة قوانين¹⁷ ، و هنا يتفادى المشرع إشكالية عدم التفتن في حال قيامه بإلغاء المادة المحال إليها و لم يضع المواد المحيلة ، كأن يحيل في مادة من مواد القانون التجاري على سبيل المثال فيما يخص الصك أنه يعاقب على إصدار شيك بدون رصيد وفقا لقانون العقوبات ، ثم يلغي نص قانون العقوبات ويبيح الفعل دون أن يتفتن إلى أن مواد القانون التجاري تحيل إلى المادة الملغاة.

ثانيا : تعارض أسلوب الإحالة مع مبدأ الشرعية الجنائية

يتعين أن تصاغ نصوص التجريم و العقاب سواء نص عليها في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له في تشريعات خاصة منفصلة ، على نحو يحترم فيه الدستور ، بوصفه أسى القوانين ، و هذا يؤدي بنا إلى إمكانية تعرض نصوص التجريم و العقاب لمغبة الحكم بعدم دستوريته ، إذا تصادمت مع مبدأ يقره الدستور كمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات¹⁸ ، و عليه ينبغي على المشرع عند صياغة القاعدة الجزائية أن يراعي وضوح النص بشكل يحول دون غموضه ، لما في ذلك من مساس بالحرية الفردية و تناقض مع مبدأ الشرعية الجزائية ، و هذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر على ذلك حيث تقول أن " من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون على درجة اليقين التي تنظم أحكامها في أعلى مستوياتها و أظهر هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود و أبلغها أثرا ، و يتعين بالتالي – ضمانا لهذه الحرية – أن تكون الأفعال التي تؤتمها هذه القوانين محدد بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها ، بهراعاة أن تكون دوما جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها..."¹⁹

والتساؤل الذي يثور هو مسألة التفريد التشريعي في النصوص الجنائية العامة ، و المراد بهذا الشكل من أشكال التفريد هو ما يقوم به المشرع في النص العام من تحديد العقوبة المناسبة لكل جريمة ، مع النص على الظروف المخففة و الظروف المشددة في بعض الحالات ، إضافة إلى النص على الأعذار القانونية المخففة والمعفية ، حسب درجة جسامته السلوك الإجرامي.

¹⁷ مجموعة مبادئ قسم التشريع في خمس سنوات ، مشار إليه في مؤلف عليوة مصطفى فتح الباب ، أصول سن وصياغة

وتفسير التشريعات ، المرجع السابق ، ص 1056

¹⁸ أحمد عوض بلال ، مبادئ قانون العقوبات المصري ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006 ، ص 7

¹⁹ لمزيد من التفصيل انظر حكم المحكمة الدستورية العليا ، جلسة 2 يناير 1993 ، مجموعة أحكام المحكمة ، ص 5 ، ص 103



و بإسقاط ما سبق على النصوص التشريعية الجنائية الخاصة ، لا سيما النصوص التي تتضمن استعمال أسلوب الإحالة العامة في التجريم والعقاب ، يلاحظ أن المشرع يضع عقوبة واحدة لكل من يخالف عدد غير محدود من الأحكام الواردة في نصوص القانون أو اللوائح الصادرة تنفيذا له ، و لا شك أن ذلك يتنافى مع التزام المشرع في تحقيق التفريد التشريعي ، و تخيير العقوبة المناسبة لكل جريمة ، إذا يبدو من غير المنطقي الادعاء بأن كل المخالفات محل التجريم تتسم بذات الدرجة من الخطورة ، ليعاقب عليها كنتيجة حتمية بنفس العقوبة و هذا ما ذهب إليه بعض الفقه بالقول " بعض تشريعات البيئة العربية اقتصر على تخصيص مادة واحدة لمختلف أنواع الجزاءات التي توقع على من يخالف أي حكم من أحكامها ، دون اعتداد كبير بجسامة المخالفة أو خطورة المخالف"²⁰.

الخاتمة

قد يكون استخدام أسلوب الإحالة مبررا في بعض الحالات ، إلا انه في حالات أخرى يتبين أن استخدام المشرع لهذا الأسلوب يفتقر إلى مبرر منطقي و على هذا يمكن أن يتجنب المشرع أسلوب الإحالة في التجريم والعقاب أو التقليل على الأقل من حالات استخدامه لها ، خاصة في القوانين الجنائية الخاصة لها تتميز به من سرعة في التعامل و الائتمان و لعل بيئة المال و الأعمال تقتضيها ضرورة الوحدة التشريعية كي تسهل على أصحاب المؤسسات و الشركات التجارية معرفة أحكام التجريم و العقاب دون عناء بشكل يساعد المؤسسة والقانون الجنائي والقاضي على حد سواء ، والحرص على استخدام الأسلوب التقليدي في صياغة النصوص التجريبية كلما أمكن ذلك ، و تجنب اللجوء إلى مادة التعريفات و الإحالة فيها ، لأن الأصل أن وضع التعريفات هي مهمة الفقه الذي يختص أساسا بتحديد مضمون الفكرة و بيان التكييف القانون لها و تأصيلها بردها إلى إحدى النظريات الأساسية في المجال القانوني ، أما وظيفة المشرع فهي وضع الأحكام القانونية اللازمة في المجتمع و حماية المصالح الجديرة بالحماية سواء اقتصادية اجتماعية أو تجارية.

قائمة المصادر و المراجع

- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية ، عدد 41
- قانون رقم 18-04 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004 ، يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها ، الجريدة الرسمية ، عدد 83

²⁰ ماجد راغب الحلو ، قانون حماية البيئة ، دار النهضة العربية ، مصر ، د س ن ، ص 327



- قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006، معدل و متمم، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 14
- القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد 46
- قانون المالية 2018 المؤرخ في 28 ديسمبر 2017، الجريدة الرسمية، عدد 76
- مرسوم رئاسي رقم 06-415 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لكيفيات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 06، الجريدة الرسمية، عدد 74
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، مصر، 2001
- أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2011،
- عمرو ابراهيم الوقاد، الحماية الجنائية لعلاقات العمل، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، د س
- عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية مصر، 2010.
- عليوة مصطفى فتح الباب، أصول سن و صياغة و تفسير التشريعات، دراسة فقهية عملية مقارنة، ج 2، مكتبة كوميت، مصر، د س ن .
- عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، 2006

النظام القانوني للتمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل في الجزائر

ميلود بن حوحو (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019 /06 /12

تاريخ إرسال المقال: 2018 /10 /03

ملخص: إن الأفكار الجيدة والابتكارات العظيمة تمثل بذرة لا يمكن أن تنمو إلا إذا ساندها دعم قوي من الحكومات والدول ، ويتمثل هذا الدعم في توفير مصادر التمويل ؛ هذا الأخير الذي يعد عصب الحياة الاقتصادية ، ولأن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الغالب لا تتوفر على الضمانات الكافية التي تؤهلها للحصول على تمويل مصرفي ؛ كما أن البنوك تكون مقيدة بتعليمات من البنك المركزي تحدد لها سقف الائتمان ، فإن البحث عن بدائل تمويلية أضحي أمرا لا بد منه . ولعل هذا ما تقطن له المشرع الجزائري بإقراره لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ؛ الذي نتطرق له بالبحث على ضوء أحكام القانون 21-04 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 ، وأحكام المرسوم التنفيذي 06-117 الذي يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل.

الكلمات المفتاحية: التمويل ، الاستثمار ، صندوق دعم الاستثمار للتشغيل.

Summary: Good ideas and great innovations are like a seed that can only grow if supported by strong government and state support, which is to provide sources of finance; core of economic life.

Because SMEs often do not have adequate collateral to qualify for bank financing; banks are constrained by central bank regulations that determine credit ceilings, the search for financing alternatives has become imperative.

(*) طالب دكتوراه – تخصص: القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة.

أستاذ مشارك بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، البريد الإلكتروني:

Dr.MiloudBenhouhou@gmail.com



This is what the Algerian legislator is aware of with the adoption of the Investment Support Fund for Employment, which we are discussing in light of the provisions of Law 04-21, including the Finance Act 2005, and the provisions of Executive Decree No. 06-117, which sets the basic law of the Investment Support Fund for Employment.

Keywords: Finance, Investment, Investment Support Fund for Employment.

مقدمة:

إن المنتجات الصناعية والتكنولوجية الضخمة التي نشاهدها في عالمنا المعاصر اليوم ما كان لها أن تكون ؛ لو لم يتلقى أصحاب الأفكار الدعم المالي اللازم لأفكارهم ومشروعاتهم ، والذي مكن لها الاستثمارية ، والنماء والتطور . وقد ساعد على تجسيد الكثير من تلك الإبداعات ظهور ما اصطلح على تسميته بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي حظيت بمكانة هامة في السياسات الاقتصادية للدول .

ومنذ ذلك الحين يشكل التمويل محطة لاهتمام الباحثين في المجالين القانوني والاقتصادي ؛ ومسألة تفكير دائم للحكومات والدول . وذلك لارتباطه الوثيق بفكرة التنمية الاقتصادية .

وقد باشرت الجزائر حزمة من الإصلاحات الاقتصادية منذ تسعينيات القرن الماضي في إطار التحول من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق . وفتح المجال أمام المبادرة الفردية في العديد من القطاعات ذات الطابع الاقتصادي .

ونظرا لمحدودية الاستفادة من التمويل المصرفي ؛ التي مردها لسببين: أولهما ؛ أن الضمانات التي تشترطها البنوك في عمليات التمويل من الصعب أن تتوفر في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وثانيهما ؛ القيود التي يفرضها البنك المركزي على البنوك من خلال تحديده لسقف الائتمان الذي يمكن للبنوك منحه للزبائن ؛ وذلك في إطار ممارسة صلاحياته في الرقابة والإشراف على الائتمان المصرفي . حيث يتدخل لتأطير القروض وتوجيهها خدمة للمصالح الاقتصادي العام .

وأمام هذا الوضع سعت الدول ومنها الجزائر إلى إيجاد طرق بديلة للتمويل ؛ ومن بين تلك الطرق في التشريع الجزائري "صندوق دعم الاستثمار للتشغيل" .

إن أهمية وسبب اختيار هذا الموضوع تظهران من خلال سعي الدولة إلى التنوع الاقتصادي والخروج شيئا فشيئا من التبعية لقطاع المحروقات ، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال دعم البدائل الاقتصادية الأخرى وفي مقدمتها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، ولا شك أن أهم صور ذلك الدعم إيجاد قنوات متعددة للتمويل . منها صندوق دعم الاستثمار للتشغيل موضوع دراستنا .



من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: فيما تتمثل الأحكام القانونية للتمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل؟

وإجابة منا عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الاستقرائي من خلال جمع المعلومات ذات الصلة بموضوع البحث وفحصها وتحليلها. فضلا عن إتباع خطة من محورين؛ يتعلق المحور الأول بعموميات حول صندوق دعم الاستثمار للتشغيل. في حين يتعلق المحور الثاني بقواعد ممارسة التمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل.

المحور الأول: عموميات حول صندوق دعم الاستثمار للتشغيل

بغية الإحاطة بشكل عام بصندوق دعم الاستثمار للتشغيل؛ ينبغي التطرق للإطار القانوني الذي يحكمه (أولا)، ومن ثم تعريفه وبيان طبيعته القانونية (ثانيا)، يليه وقوف على أهمية هذا الصندوق (ثالثا)، وانتهاءً بالآلية التي يتبعها الصندوق في تجميع المدخرات (رابعا).

أولا: الإطار القانوني لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل

يجد صندوق دعم الاستثمار للتشغيل أساسه القانوني في المواد من 58 إلى 62 من القانون 21-04 المؤرخ في 29 نوفمبر 2004 والمتضمن قانون المالية لسنة 2005.¹

وقد صدر تطبيقا لهذه المواد المرسوم التنفيذي 117-06 المؤرخ في 12 مارس 2006 الذي يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل.²

ويمثل هذا الصندوق ذروة نضج طويل لمفهوم دام قرابة عقد من الزمان، فهذا المشروع مستوحى من التجربة الناجحة لاتحاد عمال كيبيك، الذي أنشأ صندوق تضامن العمال الكيبيكي (FTQ)³؛ في ثمانينات القرن الماضي ولديه اليوم أكثر من 550.000 عضو. ورقم أعمال يتجاوز 7.5 مليار دولار كندي مما يجعله قطبا بامتياز معترفا به في كندا.

¹ القانون رقم 21-04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 85، مؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

² المرسوم التنفيذي رقم 117-06 المؤرخ في 12 مارس 2006، يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 15 مارس 2006.

³ التسمية الكاملة له هي: (Le fonds de solidarité des travailleurs du Québec) وله موقع إلكتروني متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.fondsftq.com/>



وسرعان ما جذب هذا المشروع انتباه السلطات العامة في الجزائر التي أعطته دعمها وأجرت له دراسة جدوى ونفذتها بخبراء وطنيين من أجل التكيّف مع المعطيات الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. وقد عبّر الشركاء الاجتماعيين عن اهتمامهم بهذه المبادرة.⁴

ثانيا: تعريف صندوق دعم الاستثمار للتشغيل وطبيعته القانونية

جاء في المادة 01/58 من قانون المالية لسنة 2005 السالف ذكره أعلاه ؛ (ينشأ صندوق لدعم الاستثمار للتشغيل يرمز إليه "ص.د.ا.ت" ، برأسمال متغير يلجأ إلى الطلب العمومي للدخار قصد تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وإلى توظيف الأموال في قيم منقولة.) ولا تقدم هذه المادة تعريفا دقيقا. بل تبين شيئا من طبيعته ؛ حيث أنه ذو رأسمال متغير. وبعض أهدافه وهو تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، والتوظيف في القيم المنقولة.

وجاء في المادة 01/2 من المرسوم التنفيذي 177-06 سالف الذكر ؛ (الصندوق شركة ذات أسهم برأس مال متغير). وهذه المادة أيضا لا تقدم تعريفا لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل بقدر ما تبين طبيعته وهو أنه من جهة ؛ شركة أسهم ومن جهة شركة ذات رأس مال متغير. الأمر الذي يتعيّن معه تعريف شركة الأسهم والشركة ذات الرأسمال المتغير.

وشركة المساهمة عرفها المشرع في المادة 592 من القانون التجاري⁵ بقوله: (شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم ، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن 07.

ولا يطبق الشرط المذكور في المقطع 02 أعلاه على الشركات ذات رؤوس أموال عمومية). أما الشركة ذات رأس المال المتغير فعرّفها المادة 02 من الأمر 08-96 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة⁶ بقولها: (...هي شركة أسهم هدفها تسيير حافظة القيم المنقولة وسندات دين قابلة للتداول).

⁴- أنظر: الموقع الإلكتروني الرسمي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، وهو متاح عبر الرابط الآتي: <https://www.fsie.dz/>

⁵- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 101 ، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975. المعدّل والمتمم.

⁶- الأمر رقم 08-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 ، يتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة (هت.ج.ق.م) (ش.أ.ر.م.م) (و.ص.م.ت) ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 03 ، مؤرخة في 14 جانفي 1996.



وتعرّف فقها بأنها: « شركة توظيف أموال تأخذ شكل شركة مساهمة ذات رأس مال متغير ، يتمثل غرضها الوحيد في تكوين وإدارة حافظة قيم منقولة وفقا لمبادئ انتخاب الصكوك وتحديد المخاطر ، مع الإعراض عن كل عملية تمويل أو سيطرة أو مضاربة»⁷.

وعليه يمكن القول إن صندوق دعم الاستثمار للتشغيل ما هو إلا هيئة من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة⁸(شركة استثمار ذات رأس مال متغير).

ويعزز هذا الطرح ما جاء في المادة 02/02 من المرسوم التنفيذي 177-06 سالف الذكر ؛ (زيادة على أحكام هذا المرسوم ، يخضع الصندوق إلى أحكام والأمر 08-96.....المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة...). وكذا ما جاء في المادة 60 من قانون المالية لسنة 2005 السابق ذكره أعلاه والتي نصت على أنه: (يستفيد صندوق دعم الاستثمار للتشغيل من أحكام المادة 63 من القانون رقم 11-02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003 ،⁹ ومن أحكام المادة 136 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة¹⁰). حيث بالإطلاع على نص هاتين المادتين نجدتها تتعلقان بالإعفاءات الجبائية التي تحظى بها هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة.

مما سبق يقدم الباحث تعريفا لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ؛ حيث يرى بأنه:«هيئة من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة في شكل شركات استثمار ذات رأس مال متغير تمول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عن طريق التوظيف في قيم منقولة.».

⁷- سميرة بوقامة ، شركات الاستثمار ذات رأس المال المتغير ، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق ، 2005 ، ص 11.

⁸- طبقا للمادة الأولى من الأمر 08-96 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة ، سبق ذكره . هناك نوعان من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة: الأولى ؛ شركات الاستثمار ذات رأس المال المتغير ، والثاني ؛ الصندوق المشترك للتوظيف.

⁹- القانون رقم 11-02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2003 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 86 ، مؤرخة في 25 ديسمبر 2002.

¹⁰- الأمر رقم 76 — 101 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 102 ، مؤرخة في 22 ديسمبر 1976. المعدل والمتمم.

ثالثا: أهمية صندوق دعم الاستثمار للتشغيل

لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل أهميتان ؛ الأولى اجتماعية تتجلى في ذلك السلوك التضامني تجاه المجتمع ؛ حيث يسعى كل عامل بقرار نابع من إرادة فردية إلى الاكتتاب في أسهم الصندوق مقابل الحصول على فوائد ناتجة من استثمار الصندوق لهذه الأموال¹¹.

ويتم استرداد هذه الأسهم ، نقدا من طرف الصندوق بصفة تلقائية سواء عند إحالة المساهم على التقاعد أو عند وفاته أو بسبب عجز بدني أو عقلي أو في حالة حدوث أمر يؤدي إلى انقطاع علاقة العمل¹².

كما أن استثمار الموارد في المشاريع الاقتصادية عن طريق تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بهدف إنشائها وتوسيع نشاطها ، يؤدي بالضرورة إلى توسيع شبكتها وبصفة تبعية المحافظة على مناصب العمل القديمة وفي نفس الوقت إنشاء مناصب شغل جديدة¹³.

ويحمي المشرع هذا الهدف الاجتماعي ؛ حيث جاء في المادة 01/15 من المرسوم التنفيذي 06-117 السالف الذكر ؛ (يسهر مجلس الإدارة على التأكد من أن الصندوق يزاوِل النشاطات التي ترمي إلى تحقيق هدفه الاجتماعي في حدود احترام القوانين والأنظمة المعمول بها).

أما الأهمية الثانية فهي اقتصادية ؛ وتتمثل في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عن طريق توظيف 50 ٪ من موارد الصندوق كاستثمار في القيم المنقولة التي تصدرها هذه المؤسسات في إطار ترقية التشغيل وحمايته¹⁴.

وهو تشجيع وتحفيز من المشرع لهذا النوع من المؤسسات بتوفير نسبة معتبرة من الدعم المالي ؛ وهي كذلك تطبيق لمقتضيات القانون 17-02 المؤرخ في 10 جانفي 2017 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة¹⁵. حيث أكدت المادة 15 منه على أن تدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات

¹¹- ريم شهاب حدادي ، الوسائل القانونية الجديدة لتمويل المؤسسات في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2011 ، ص 128.

¹²- المادة 10 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

¹³- ريم شهاب حدادي ، المرجع السابق ، ص 128.

¹⁴- المادتين 03 و 06 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

¹⁵- القانون رقم 17-02 المؤرخ في 10 جانفي 2017 ، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 02 ، مؤرخة في 11 جانفي 2017.



الصغيرة والمتوسطة من بين أهم أهدافها هو تسهيل حصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الأدوات والخدمات المالية الملائمة لاحتياجاتها.

رابعا: آلية تجميع مدخرات صندوق دعم الاستثمار للتشغيل

جدير بالذكر في هذا المقام أن الدولة هي التي تقدم الرأسمال الأصلي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل قصد تمكين إنشائه وانطلاق نشاطاته. وتشجيعا على الاكتتاب¹⁶.

أما آلية تجميع مدخرات الصندوق فهي الاكتتاب، هذا الأخير الذي يعرف بأنه: « عمل قانوني يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المكتتب، بشراء سهم أو أكثر من أسهم شركة المساهمة، ويدفع قيمتها الاسمية في المواعيد والنسب المحددة بعقدها ونظامها الأساسي ليصبح مساهما فيها، بعد اكتمال إجراءات تأسيسها¹⁷. وهو أيضا: « انضمام الشخص إلى عقد الشركة بتقديمه قيمة السهم، ويعطى المكتتب مقابلا لذلك سهما، يكتسب به صفة الشريك بعد إتمام إجراءات التأسيس¹⁸».

وبحسب المادة 01/59 من قانون المالية لسنة 2005 سالف الذكر؛ (لا يمكن أن يكتتب في أسهم صندوق دعم الاستثمار للتشغيل إلا الأشخاص الطبيعيون الذين لهم إقامة جبائية¹⁹ في الجزائر).

¹⁶- المادة 01/61 من قانون المالية لسنة 2005، سبق ذكره.

¹⁷- إلباس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الطبعة الثانية، الجزء السابع (تأسيس الشركة المغفلة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2008، ص 219.

¹⁸- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية –الأحكام العامة والخاصة "دراسة مقارنة"، الطبعة الثامنة، دار الثقافة، الأردن-عمان، 2016، ص 318.

¹⁹- بحسب المادة 03 من الأمر 76 – 101 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، سبق ذكره. (يخضع لضريبة الدخل، على كافة مداخيلهم الأشخاص الذين يوجد موطن تكليفهم بالجزائر.....

يعتبر أن موطن التكليف موجود في الجزائر بالنسبة إلى:

الأشخاص الذين يتوفر لديهم مسكن بصفته مالكين له، أو منتفعين به، أو مستأجرين له عندما يكون الإيجار في هذه الحالة الأخيرة قد اتفق عليه إما باتفاق وحيد، أو باتفاقات متتالية لفترة متواصلة مدتها سنة واحدة على الأقل.

الأشخاص الذين لهم في الجزائر مكان إقامتهم الرئيسية أو مركز مصالحهم الأساسية.

الأشخاص الذين يمارسون نشاطا مهنيا بالجزائر سواء أكانوا أجراء أم لا.

يعتبر كذلك أن موطن تكليفهم يوجد بالجزائر، أعوان الدولة الذين يمارسون وظائفهم أو يكلفون بمهام في بلد أجنبي والذين لا يخضعون في هذا البلد لضريبة شخصية على مجموع دخلهم).



ويتم الاكتتاب طبقا للقواعد العامة للاكتتاب في شركة المساهمة المنصوص عليها في القانون التجاري²⁰. مع مراعاة الأحكام الخاصة التي يخضع لها الصندوق.

ويحدد مبلغ القيمة الإسمية لمجموع الأسهم من الصنف "أ" والأسهم من الصنف "ب" المحددة في المادة 59 من قانون المالية لسنة 2005 والتي يصدرها الصندوق بمائتي دينار (200 دج). ويتم استرداد هذه الأسهم بهذه القيمة²¹.

هذا ومنحت المادة 61 من قانون المالية لسنة 2005 المكتبتين تخفيضا بنسبة 10٪ من القيمة الاسمية للأسهم. أي أن سعر السهم يصبح 180 دج بدل 200 دج.

غير أن لهذه الاستفادة سقف يحدد بمبلغ 22.200 دج في السنة. الأمر الذي يكشف عن رغبة المشرع الجزائري في تحفيز الاكتتاب في الصندوق.

وتسهيلا من المشرع لعملية الاكتتاب وتبسيط إجراءاته ؛ فضلا عن دفع قيمة الأسهم بالطرق المصرفية وممارسة الاكتتاب بالدفع مباشرة للصندوق أجاز أن يتم الاكتتاب بالاقتطاع مباشرة من المصدر لفائدة العمال وبالشروط التي حددتها المادة 62 من قانون المالية لسنة 2005 بقوله: (يرخص الاقتطاع من المصدر قصد الاكتتاب في صندوق دعم الاستثمار للتشغيل عندما يطلب العامل الأجير ذلك.

وعلى رب العمل أن يقوم بعملية الاقتطاع المنصوص عليها في الفقرة السابقة كلما كان عدد عمال المؤسسة المعنيين يساوي أو يتجاوز 10 عمال).

فالاقتطاع المباشر يكون جائزا بتوافر شرطين: الأول ؛ هو أن يكون يطلب من العامل الأجير. والثاني ؛ أن يكون عمال المؤسسة المعنية يساوي أو يتجاوز 10 عمال.

وبالرغم من أن السهم يعرف بأنه سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها²². إلا أن المادة 59 من قانون المالية لسنة 2005 نصت على أنه: (لا يمكن حائزي أسهم صندوق دعم الاستثمار للتشغيل ردها إلى هذا الأخير قبل حلول الأجل القانوني ولا التنازل عنها للغير).

²⁰- حيث نصت المادة 02/02 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره. على خضوع صندوق دعم الاستثمار للتشغيل إلى أحكام القانون التجاري. لاسيما أحكام المواد 715 مكرر 30 من القانون التجاري وما بعدها.

²¹- المادة 08 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

²²- المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري ، سبق ذكره.

وهذا الخروج عن القاعدة العامة مردّه إلى أن فكرة التداول تعني أن الأسهم عرضة لتقلبات الأسعار ، في حين أن قيمة أسهم صندوق دعم الاستثمار للتشغيل ثابتة وهي 200 دج ويتم استردادها بهذه القيمة عند حلول الأجل القانوني أي عند إحالة المساهم (العامل) على التقاعد أو عند الوفاة أو العجز البدني أو العقلي أو في حالة حدوث أي أمر يؤدي إلى انقطاع علاقة العمل.

المحور الثاني: قواعد ممارسة التمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل

من خلال هذا المحور نتعرف إلى المؤسسات الجديرة بالحصول على تمويل من صندوق دعم الاستثمار للتشغيل (أولا)، وكذا الآلية المتبعة من الصندوق في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (ثانيا)، والنظر في مدى خضوع المساهمات التمويلية لقواعد الحذر (ثالثا)، بالإضافة إلى التعرف على النظام الجبائي الذي يفرضه المشرع الجزائري على صندوق دعم الاستثمار للتشغيل سعيا منه لتحفيز هذا النمط التمويلي المستحدث (رابعا).

أولا: المؤسسات الجديرة بالحصول على تمويل من صندوق دعم الاستثمار للتشغيل:

حتى تكون المؤسسة طالبة التمويل من صندوق دعم الاستثمار للتشغيل جديرة بالتمويل ؛ ينبغي أن يتوافر شرطان ؛ أولهما أن تكون المؤسسة طالبة التمويل من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. وثانيهما ؛ أن تتخذ المؤسسة المذكورة شكل شركة مساهمة.

1. أن تكون المؤسسة الممولة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة: حيث جاء في المادة 01/58 من قانون المالية لسنة 2005 (ينشأ صندوق لدعم الاستثمار للتشغيل يرمز إليه "ص.د.ا.ت" ، برأس مال متغير يلجأ إلى الطلب العمومي للدخار قصد تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وإلى توظيف الأموال في قيم منقولة).

وهو ما أكدت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-177 سالف الذكر بقولها: (يهدف الصندوق إلى تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المؤهلة لتدخلات الصندوق...).

ولا يوجد تعريف دقيق للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، فالمؤسسات التي تعتبر في الدول المتقدمة صغرى ، تعتبرها الدول النامية كبرى ، كما يوجد أكثر من تعريف في الدولة الواحدة. ولقد تبنت الدول معايير مختلفة لتعريفها و من أهم المعايير الشائعة: معيار العمال ، معيار رأس المال ، معيار المبيعات والإيرادات ، معيار الإنتاج ، معيار التقنية المستخدمة ، معيار استهلاك الطاقة ولكن أكثر المعايير شيوعا هو عدد العاملين



بها ، وهنا يوجد أيضا اختلاف حول الحد الأعلى والأدنى لعدد العاملين مثلا في ألمانيا لا يزيد العدد على 49 عامل و في إنجلترا 200 عامل و300 عامل في اليابان²³. ورغم هذا الاختلاف نورد من تعاريف الفقه ما يلي:

- التعريف الأول: «المؤسسة الصغيرة والمتوسطة مجموعة أفراد وأموال لها كيان واقعي خاص ، تتمتع بالاستقلالية والذاتية ، وتتكون من عناصر مختلفة ليتم تعيينها في سبيل تحقيق غاية المؤسسة»²⁴.

- التعريف الثاني: «تلك المشروعات التي يدخلها حجمها دائرة المشروعات التي تحتاج للدعم والرعاية والنابعة من عدم قدرتها الفنية أو المالية على توفير هذا الدعم من مواردها وقدراتها وإمكاناتها الذاتية»²⁵.

أما مفهوم المؤسسة الصغيرة والمتوسطة قانونا يتحدد من خلال المادة 01/05 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة السابق ذكره أعلاه ؛ حيث جاء فيها: (تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة ، مهما كانت طبيعتها القانونية ، بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات :

- تشغل من واحد (1) إلى مائتين وخمسين (250) شخصا ،

- لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي أربعة (4) ملايين دينار جزائري ، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مليار (1) دينار جزائري ،

- تستوفي معيار الاستقلالية كما هو محدد في النقطة 3 أدناه²⁶).

ويعتبر ما جاء في هذه المادة تعريفا عاما ، يُتبعه المشرع بتعريفات مفصلة فيعرف المؤسسة الصغيرة جدا²⁷ ، المؤسسة الصغيرة²⁸ ، والمؤسسة المتوسطة²⁹ كل على حدى.

²³- عبد الرزاق حميدي ، عبد القادر عوينان ، " دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الحد من أزمة البطالة - مع الإشارة لبعض التجارب العالمية - " ، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي حول: " إستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة" ، جامعة محمد بوضياف ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، الجزائر- المسيلة ، يومي 15 و16 نوفمبر 2011 ، ص 02.

²⁴- ريم شهاب حدادي ، المرجع السابق ، ص 136.

²⁵- عبد الرزاق حميدي ، عبد القادر عوينان ، المرجع السابق ، ص 02.

²⁶- جاء في المادة 02/05 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، سبق ذكره. (...-3 المؤسسة المستقلة: كل مؤسسة لا يمتلك رأسمالها بمقدار 25٪ فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى ، لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة).



وقد أكد المشرع على أن تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالشكل المنصوص عليه في هذا القانون يشكّل مرجعا لنهج كل أشكال الدعم والمساعدة المنصوص عليها فيه (أي القانون) لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومساعدتها³⁰.

2. أن تتخذ المؤسسة الصغيرة والمتوسطة شكل شركة مساهمة: جاء في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 117-06 سالف الذكر؛ (يوظف الصندوق حدا أقصاه 50٪ من موارده كاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي لها وضع الشركات ذات الأسهم....).

وشركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم ، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء فيها عن سبعة شركاء³¹ ، واشتراط المشرع لشركة المساهمة من حيث الشكل القانوني ، يرجع إلى اعتبارها أهم شركات الأموال التي تستجيب لفكرة التمويل عن طريق التوظيف في قيم منقولة.

3. أن يكون لها وجود قانوني منذ ثلاث سنوات على الأقل: نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 117-06 سالف الذكر؛ (يوظف الصندوق حدا أقصاه 50٪ من موارده كاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتي يكون عمرها ثلاث (3) سنوات على الأقل.).

وعليه فإنه لا يمكن أن توظّف موارد الصندوق في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حديثة النشأة ؛ نظرا لما تنطوي عليه من درجة مخاطر عالية. فاشتراط المشرع لمدة ثلاث سنوات كعمر أدنى للمؤسسة المزمع

²⁷- تعرّف المؤسسة الصغيرة جدا بأنها مؤسسة تشغل من شخص (1) إلى تسعة (9) أشخاص ، ورقم أعمالها السنوي أقل من أربعين (40) مليون دينار جزائري ، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز عشرين (20) مليون دينار جزائري. المادة 10 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، سبق ذكره.

²⁸- تعرّف المؤسسة الصغيرة بأنها مؤسسة تشغل ما بين عشرة (10) إلى تسعة وأربعين (49) شخصا ، ورقم أعمالها السنوي لا يتجاوز أربعمائة (400) مليون دينار جزائري ، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز مائتي (200) مليون دينار جزائري. المادة 09 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، سبق ذكره.

²⁹- تعرّف المؤسسة المتوسطة بأنها مؤسسة تشغل ما بين خمسين (50) إلى مائتين وخمسين (250) شخصا ، ورقم أعمالها السنوي ما بين أربعمائة (400) مليون دينار جزائري إلى أربعة (4) ملايين دينار جزائري ، أو مجموع حصيلتها السنوية ما بين مائتي (200) مليون دينار جزائري إلى مليار (1) دينار جزائري. المادة 08 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، سبق ذكره.

³⁰- المادة 14 من القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، سبق ذكره.

³¹- المادة 592 من القانون التجاري ، سبق ذكره.



تمويلها يعني مُكنة تقدير حجم الاستقرار الذي تتمتع به هذه الأخيرة ؛ وأنه يمكن قياس مدى نجاحها ، الأمر الذي يجنب الصندوق خسارة الأموال التي قام باستثمارها وتوظيفها. ويحمي من جهة أخرى أموال المكنتبين. خاصة أنهم من فئة صغار المدخرين أي العمال.

ثانيا: آلية صندوق دعم الاستثمار للتشغيل في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

لا ينص المرسوم التنفيذي 06-117 المحدد للقانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، على الآلية التي من خلالها يباشر صندوق دعم الاستثمار للتشغيل عملية تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، لكن بالرجوع للموقع الرسمي للصندوق³² ، نجد يشير إلى أن آلية المتبعة هي "الرأسمال الاستثماري". وقد نظم المشرع أحكام الرأسمال الاستثماري بمقتضى القانون 06-11 المؤرخ في 24 جوان 2006 ، والمتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري³³. وكذا المرسوم التنفيذي 08-56 المؤرخ في 11 فيفري 2008 ، يتعلق بشروط ممارسة نشاط شركة الرأسمال الاستثماري³⁴.

وقد عرّف الأستاذ "جون لاشمان" "JeanLACHMANN" الرأسمال الاستثماري بأنه: « تقنية خاصة للتمويل لا تكتفي بالمساهمة بالمال فقط ، بل إنها تساهم أيضا بتسيير الشركة المستثمرة ؛ بشكل يجعل من الواجب عليها المساهمة في جميع مراحل نمو المؤسسة. إنها تقنية تمثل بدون شك تمويلا ذكيا.³⁵ وفي المادة 02 من القانون 06-11 سالف الذكر ؛ (تهدف شركة الرأسمال الاستثماري إلى المشاركة في رأسمال الشركة وفي كل عملية تتمثل في تقديم حصص من أموال خاصة أو شبه خاصة لمؤسسات في طور التأسيس أو النمو أو التحويل أو الخصومة).

³²- أنظر: الموقع الإلكتروني الرسمي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، وهو متاح عبر الرابط الآتي: <https://www.fsie.dz/>

³³- القانون رقم 06-11 المؤرخ في 24 جوان 2006 ، يتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 42 ، مؤرخة في 25 جوان 2006 ، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 72 ، مؤرخة في 31 ديسمبر 2015 ، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2017 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 77 ، المؤرخة في 29 ديسمبر 2016.

³⁴- المرسوم التنفيذي رقم 08-56 المؤرخ في 11 فيفري 2008 ، يتعلق بشروط ممارسة نشاط شركة الرأسمال الاستثماري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 09 ، مؤرخة في 24 فيفري 2008.

³⁵- Jean LACHMANN, Capital-risque et Capital-Investissement, Sans Edition, Ed, ECONOMICA, France-Paris, 1999, P47.



وبالرجوع إلى المادة 04 من القانون 11-06 المتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري ، نجدتها تحدد كيفيات تدخل الرأسمال الاستثماري في منح التمويل للمؤسسات ، بقولها:

(تتمثل كيفيات تدخل شركة الرأسمال الاستثماري فيما يأتي:

- رأسمال المخاطرة الذي يشمل:
- "رأسمال الجدوى" أو "رأسمال الانطلاقة": قبل إنشاء المؤسسة.
- "رأسمال التأسيس": في مرحلة إنشاء المؤسسة.
- "رأسمال النمو": تنمية طاقات المؤسسة بعد إنشائها.
- "رأسمال التحويل": استرجاع مؤسسة من قبل مشتر داخلي أو خارجي.
- استرجاع مساهمات و/أو حصص يحوزها صاحب رأسمال استثماري آخر).

وبما أنه من الشروط الواجب توافرها في المؤسسات الجديدة بالحصول على تمويل من صندوق دعم الاستثمار للتشغيل هو أن يكون عمرها ثلاث سنوات على الأقل على النحو السابق شرحه أعلاه. فإنه لا يمكن تصور تدخل الصندوق لعملية تمويل مرحلة رأس المال المخاطر. لأن هذه المرحلة تكون إما قبل إنشاء المؤسسة وتسمى رأسمال الجدوى أو الانطلاقة، وإما في مرحلة إنشاء المؤسسة وتسمى رأسمال التأسيس. وبالعكس من ذلك يُتصور تدخل الصندوق في صورة رأسمال النمو الذي يكون الهدف منه تنمية طاقات المؤسسة بعد إنشائها.

ثالثا: ضرورة خضوع المساهمة التمويلية لقواعد الحذر

إن الاحتياط من ضياع أموال المكتتبين التي تم بها المساهمة في رأسمال مؤسسة صغيرة أو متوسطة جعل القانون يفرض قواعد للحذر يكون من الواجب على صندوق دعم الاستثمار للتشغيل مراعاتها عند ممارسة دوره التمويلي ، ويمكن إيجاز هذه القواعد فيما يلي:

1. يوظف الصندوق حدا أقصاه 50٪ من موارده كاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وتتخذ هذه الاستثمارات شكل أسهم أو سندات مساهمة. والباقي أي 50٪ يستخدم في توظيفات تمنح أحسن الضمانات مثل قيم الخزينة³⁶. وهو ما يتيح التحكم في المخاطر وحماية لأموال المكتتبين.

³⁶- المادة 06 من المرسوم التنفيذي 117-06 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

2. لا تتعدى استثمارات الصندوق فيما يخص المؤسسة الصغيرة والمتوسطة حد 15% من رأس مال هذه المؤسسة³⁷. وهذا الحكم من جهة فيه حماية لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل باعتباره يحد من المخاطر التي يتعرض لها في حال خسارة المساهمة التمويلية فلا يؤدي ذلك إلى عجزه وإفلاسه وهو ينبع من فكرة تقسيم المخاطر ، وهو من جهة ثانية حماية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (الممولة) ، إذ يكون صندوق دعم الاستثمار للتشغيل دائما مالكا للحصة الأقل فلا يكون له تأثير على سير المؤسسة والقرارات المصيرية المتخذة فيها.

3. خضوع الصندوق لرقابة مجلس الإدارة ؛ فهذا الأخير هو الذي يسهر على التأكد من أن الصندوق يزاوِل النشاطات التي ترمي إلى تحقيق هدفه الاجتماعي في حدود احترام القوانين والأنظمة المعمول بها. ويحدد المستوى الذي لا تتجاوزه أعباء تسيير الصندوق ، فضلا عن تحديده لسياسة استثمار الصندوق ويسهر على تطبيقها. كما يقوم بالتقييم الدوري لعمليات المساهمات والتوظيف التي يمارسها الصندوق³⁸.

4. خضوع حسابات الصندوق لرقابة محافظين للحسابات تتوفر فيهما الشروط القانونية والتنظيمية التي تمنحها حق مزاوله عملهما. ويتم تعيينهما لعهد مدتها ثلاث سنوات ، قابلة للتجديد مرة واحدة ، من طرف الجمعية العامة العادية³⁹.

رابعا: الإعفاء الجبائي كوسيلة لتحفيز التمويل عن طريق صندوق دعم الاستثمار للتشغيل

كم هي السلع والخدمات والأغراض التي نحتفي بها اليوم وتشكل جزءاً من حياتنا المعاصرة ورمزا لرفاهيتنا؟! إن كل تلك الأغراض ما كان يمكن إنجازها لولا رعاية خاصة من السلطات العمومية. ومغامرة أصحاب المشاريع الصغيرة والمتوسطة. بل إن مجرد التمعن فيها للحظة والخوف من التعرض للإفلاس بسببها كان يكفي للعصف بالأفكار العظيمة والتخلي عنها. لقد أدركت الدول مدى أهمية المساندة المقدمة لأصحاب الأفكار المبدعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ؛ مع ما يتطلبه ذلك من مغامرة وجهد وصبر وتضحية⁴⁰.

وقد أدركت السلطات العمومية في الجزائر أهمية مساندة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكذا مساندة الجهات التمويلية لهذه المؤسسات ، حيث خص المشرع صندوق دعم الاستثمار للتشغيل بنظام جبائي تحفيزي يمكن الوقوف على أهم أحكامه في الآتي:

³⁷- المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

³⁸- المادة 15 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

³⁹- المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06-117 يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ، سبق ذكره.

⁴⁰- رفيق مزاهدية ، عبد الله بلعدي ، "شركة رأس المال المخاطر: رؤية شرعية ، قانونية ، واقتصادية" ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 08 ، الجزء 01 ، جامعة خنشلة ، الجزائر ، جوان 2017 ، ص 159.

1. نص المشرع في المادة 60 من قانون المالية لسنة 2005 السابق ذكره أعلاه ؛ على أن صندوق دعم الاستثمار للتشغيل يستفيد من أحكام المادة 136 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة سالف الذكر ؛ والتي مؤداها (تخضع للضريبة على أرباح الشركات الشركات مهما كان شكلها وعرضها باستثناء ج) هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة المكونة والمعتمدة حسب الأشكال والشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل...).

2. نصت المادة 60 من قانون المالية لسنة 2005 على استفادة صندوق دعم الاستثمار للتشغيل من أحكام المادة 63 من قانون المالية لسنة 2003،⁴¹ أهم الإعفاءات المقررة في هذه المادة مايلي:

- تعفى من الضريبة على الدخل الإجمالي أو الضريبة على أرباح الشركات لمدة خمس (5) سنوات ابتداء من أول يناير سنة 2008 ، مداخيل الأسهم والأوراق المماثلة لها ذات أقدمية تساوي أو تفوق خمس (5) سنوات مسجلة في التسعيرة الرسمية للبورصة أو متداولة في سوق منظم ، وكذا نواتج الأسهم أو حصص هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة.

- تعفى من الضريبة على الدخل الإجمالي أو الضريبة على أرباح الشركات نواتج وفوائض القيمة الناتجة عن عمليات التنازل عن الالتزامات والسندات المماثلة والأوراق المماثلة للخزينة المسجلة في تسعيرة البورصة أو المتداولة في سوق منظمة لأجل أقل من خمس (5) سنوات الصادرة خلال فترة خمس (5) سنوات ابتداء من أول يناير سنة 2008.

- تعفى من حقوق التسجيل ولمدة خمس (5) سنوات ابتداءً من أول يناير سنة 2008 العمليات المتعلقة بالقيم المنقولة المسجلة في التسعيرة الرسمية للبورصة أو المتداولة في سوق منظم.

3. وبحسب المادة 02/60 من قانون المالية لسنة 2005 سالف الذكر ؛ (تقرض على المداخيل الناتجة عن أسهم صندوق دعم الاستثمار للتشغيل ضرائب بحسب المساهمين عن طريق اقتطاع تحدد نسبته بمقدار:

- 1٪ محررة تسدد عن نسبة هذه المداخيل التي لا تتجاوز 50.000 دج في السنة.

- 10٪ غير محررة لها فوق ذلك المبلغ).

خاتمة: من خلال هذا البحث تعرّفنا على أهم الأحكام القانونية لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل ؛ كوسيلة مستحدثة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في التشريع الجزائري ، وقد توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات ؛ يمكن إيجازها في الآتي:

⁴¹- المادة 63 من قانون المالية لسنة 2003 ، سبق ذكره. وهي معدّلة بمقتضى الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 44 ، مؤرخة في 26 جويلية 2009.

فبالنسبة للنتائج:

- إن صندوق دعم الاستثمار للتشغيل هو هيئة من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة في شكل شركة استثمار ذات رأس مال متغير، مع التمتع بخصوصية جعلته يتمتع بنظام قانوني خاص.
- إن الصندوق يشكل تطبيقا عمليا للمساندة والدعم الحكومي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال تنويع مصادر التمويل؛ وهو يمثل إحساسا من السلطات العمومية بالأهمية الاقتصادية لهذه المؤسسات في التنمية من خلال توفير مناصب الشغل الأمر الذي ينجر عنه تراجع معدلات البطالة. وكذا تعزيز الدخل القومي الذي من شأنه أن يقلل من التبعية لقطاع المحروقات خاصة في ظل تدهور هذا القطاع في الآونة الأخيرة.
- التشجيع الواضح من المشرع على الادخار في الصندوق؛ تارة من خلال إقرار تخفيض القيمة الاسمية للأسهم، وتارة بالاعفاءات الجبائية التي تمس الضريبة على أرباح الشركات والدخل الإجمالي وكذا حقوق التسجيل.
- حماية المشرع لموارد الصندوق ومدخراته بضوابط ينبغي مراعاتها عند تقديم المساهمة؛ حيث لا تستثمر كتوظيفات في القيم المنقولة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلا 50٪ من موارد الصندوق ولا تتعدى استثمارات الصندوق فيما يخص المؤسسة الصغيرة والمتوسطة حد 15٪ من رأس مال هذه المؤسسة، بينما توظف 50٪ المتبقية في توظيفات تمنح أحسن الضمانات مثل قيم الخزينة. وهي إجراءات يتوخى منها درء الخطر وحماية صغار المكتتبين من العمال.

وبالنسبة للتوصيات:

- إن النشأة القانونية للصندوق كانت في سنتي 2005 و2006، أي منذ ثلاثة عشر (13) أو اثني عشر (12) سنة، لكن إلى الآن ماتزال معرفة الصندوق غائبة لدى الكثيرين سواء في أوساط الباحثين، أو حتى العمال باعتبارهم الفئة المعنية بالادخار عن طريق الاكتتاب في أسهم الصندوق، وكذا بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فهي كثيرا ما تجهل هذا المورد التمويلي الهام. فلا بد من القيام بحملات إعلامية مكثفة للتعريف بالصندوق في أوساط المهتمين.
- باعتبار أن صندوق دعم الاستثمار للتشغيل هو هيئة من هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة على النحو السابق بيانه أعلاه. فإننا نهيب بالمشرع الجزائري إلى تعديل الأمر 96-08 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة وإدراج أحكام صندوق دعم الاستثمار للتشغيل ضمن فصوله رغم خصوصيتها، بإفراده بمرسوم تنفيذي (06-117) يؤدي إلى عدم التعريف به وجهله من طرف الكثير من المهتمين.



قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

1. إلياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ، الطبعة الثانية ، الجزء السابع (تأسيس الشركة المغفلة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان-بيروت ، 2008.
2. فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية –الأحكام العامة والخاصة- "دراسة مقارنة" ، الطبعة الثامنة ، دار الثقافة ، الأردن- عمان ، 2016.
3. JeanLACHMANN, Capital-risque et Capital-Investissement, Sans Edition, Ed, ECONOMICA,France- Paris, 1999.

ثانياً: الرسائل العلمية:

1. ريم شهاب حدادي ، الوسائل القانونية الجديدة لتمويل المؤسسات في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2011.
2. سميرة بوفامة ، شركات الاستثمار ذات رأس المال المتغير ، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق ، 2005.

ثالثاً: المقالات والمجلات والدوريات:

1. رفيق مزاهدية ، عبد الله بلعدي ، "شركة رأس المال المخاطر: رؤية شرعية ، قانونية ، واقتصادية" ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 08 ، الجزء 01 ، جامعة خنشلة ، الجزائر ، جوان 2017.
2. عبد الرزاق حميدي ، عبد القادر عوينان ، " دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الحد من أزمة البطالة - مع الإشارة لبعض التجارب العالمية -" ، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي حول: " إستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة" ، جامعة محمد بوضياف ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، الجزائر- المسيلة ، يومي 15 و16 نوفمبر 2011.

رابعاً: القوانين:

1. الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 101 ، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975. المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 76 – 101 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 102 ، مؤرخة في 22 ديسمبر 1976. المعدل والمتمم.

3. الأمر رقم 08-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بتهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة (هد.ت.ج.ق.م) (ش.إ.ر.م.م) و(ص.م.ت)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، مؤرخة في 14 جانفي 1996.
4. القانون رقم 11-02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 86، مؤرخة في 25 ديسمبر 2002.
5. القانون رقم 21-04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 85، مؤرخة في 30 ديسمبر 2004.
6. المرسوم التنفيذي رقم 06-117 المؤرخ في 12 مارس 2006، يحدد القانون الأساسي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 15 مارس 2006.
7. القانون رقم 11-06 المؤرخ في 24 جوان 2006، يتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، مؤرخة في 25 جوان 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، مؤرخة في 31 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 77، مؤرخة في 29 ديسمبر 2016.
8. المرسوم التنفيذي رقم 08-56 المؤرخ في 11 فيفري 2008، يتعلق بشروط ممارسة نشاط شركة الرأسمال الاستثماري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09، مؤرخة في 24 فيفري 2008.
9. الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 26 جويلية 2009.
10. القانون رقم 17-02 المؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، مؤرخة في 11 جانفي 2017.

خامسا: مواقع الانترنت:

1- الموقع الإلكتروني الرسمي لصندوق تضامن العمال الكيبكي (FTQ) متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.fondsftq.com/>

2- الموقع الإلكتروني الرسمي لصندوق دعم الاستثمار للتشغيل، وهو متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.fsie.dz/>



وقف تنفيذ القرارات القضائية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

د. عبد الصديق شيخ (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/12/16

تاريخ إرسال المقال: 2019/12/03

الملخص:

أوجد المشرع القضاء الاستعجالي إلى جانب القضاء العادي للفصل في القضايا التي تتطلب سرعة النظر فيها باتخاذ تدابير وإجراءات سريعة ومؤقتة، تهدف للحفاظ على مصالح جميع الأطراف المتنازعة دون التطرق إلى أصل الحق المتنازع فيه الذي يعود اختصاص النظر فيه إلى قاضي الموضوع، كما أن الضرورة تقتضي أحيانا وقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية إلى حين الفصل في الاستئناف المرفوع أمام مجلس الدولة، وبذلك فإن وقف تنفيذ القرارات القضائية يشكل استثناء عن الأصل العام وهو الأثر غير الموقوف للطعن في المواد الإدارية.

الكلمات الدالة: قضاء الاستعجال- وقف التنفيذ- الأحكام القضائية- الاستئناف- مجلس الدولة.

Abstract:

There is an urgent judiciary in addition to the ordinary judiciary to adjudicate cases that require expeditious consideration by taking quick and temporary measures and procedures aimed at preserving the interests of all parties to the conflict without mentioning the origin of the disputed right, whose competence rests with the trial judge.

The execution of the judgment issued by the Administrative Court pending the decision of the appeal before the Council of State.

(*) أستاذ محاضر "أ"، جامعة يحيى فارس بالمدينة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، البريد الإلكتروني:

abdelseddik@yahoo.fr

مقدمة:

يؤدي اللجوء للقضاء العادي في كثير من الأحيان إلى المساس بمصالح المتقاضين وحقوقهم، وذلك لما يتميز به من إجراءات طويلة ومعقدة لدرجة يصعب تدارك الضرر الذي يمكن أن يلحق بهم ، لهذا أوجد المشرع القضاء الاستعجالي إلى جانب القضاء العادي أو ما يعرف بقضاء الموضوع للفصل في القضايا التي تتطلب السرعة في النظر فيها باتخاذ تدابير وإجراءات سريعة ومؤقتة ، تهدف للحفاظ على مصالح جميع الأطراف المتنازعة دون التطرق إلى أصل الحق المتنازع فيه الذي يبقى اختصاص النظر فيه إلى قاضي الموضوع.

لقد قام المشرع بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بمراجعة شاملة لأحكام قضاء الاستعجال في المواد الإدارية ، إذ أن أول ما يمكن ملاحظته بعد استقراء نصوص هذا القانون ، وخاصة المواد من (833 إلى 837 ومن 910 إلى 935) ، أن المشرع نظم قضاء وقف التنفيذ سواء بالنسبة للقرارات الإدارية أو القرارات القضائية بشكل غير مسبوق ، كما ميز بين وقف التنفيذ أمام قضاء الموضوع ، ووقف التنفيذ أمام قضاء الاستعجال ، الذي جاء تحت عبارة " تعليق التنفيذ " في نفس القانون باللغة الفرنسية وهذا أسوة بالمشرع الفرنسي¹.

يعتبر وقف التنفيذ من أهم دعاوى القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية ، بحيث يهدف إلى تجنب كل تنفيذ سابق للأوان قد يتسبب في ضرر غير قابل للإصلاح ، إلا أنه ورغم ذلك فهو يعد إجراء استثنائياً لا يتم اللجوء إليه إلا بتوفر شروط معينة حددها المشرع بكل دقة ووضوح ، وذلك بسبب خاصية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية وكذلك مبدأ الأثر غير الموقوف للدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية الإدارية ، كما أن تطبيقه من شأنه عرقلة الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية ، بالإضافة إلى خاصية الأثر غير الموقوف لطرق الطعن القضائية في المواد الإدارية باستثناء المعارضة².

لذلك فإن مجرد رفع دعوى إلغاء القرار الإداري لا يترتب عليها وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، لأن القول بخلاف ذلك سوف يؤدي إلى شل نشاط الإدارة الذي يقوم في معظمه على القرارات الإدارية ، وهذا يعني أن الطعن في مشروعية القرار الإداري أمام القضاء لا يمنع الإدارة من المضي قدماً في تنفيذ ذلك القرار وترتيب كل آثاره وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين ، ويعد في الوقت ذاته النتيجة المنطقية لامتنياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة³.

¹-Loi N° 08-09, portant Code de procédure Civile et Administrative, Art 919.

² أنظر المادة 955 من القانون رقم 09-08.

³ أن أساس القاعدة العامة في تنفيذ القرارات الإدارية يستمد من قرينة سلامة القرارات الإدارية والتي يراد بها تمتع كل قرار إداري بصحة ما تضمنه من أحكام لحين إثبات العكس ، وذلك بغية عدم شل نشاط الإدارة الذي يقوم في معظمه على القرارات الإدارية لضمان سير المرفق العام وإشباع الحاجات العامة.

تتميز إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري بطابعها الخاص والذي يختلف بعض الشيء عن إجراءات التقاضي أمام القضاء العادي ، وهذا ما نجده في نص كل من المادة 908 وكذلك نص المادة 909 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنصان على أنه ليس للطعن بالاستئناف والطعن بالنقض أثر موقوف . كما أن الضرورة تقتضي في بعض الأحيان وقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية إلى حين الفصل في الاستئناف المرفوع أمام مجلس الدولة ، وبذلك فإن وقف تنفيذ القرارات القضائية يشكل استثناء عن الأصل العام وهو الأثر غير الموقوف للطعن في المواد الإدارية ، حيث أنه بخلاف للدعاوى المدنية فإنه ليس للاستئناف أثر موقوف في الدعاوى الإدارية⁴ ، إلا أن الأمر قد يستدعي ضرورة وقف تنفيذ القرار القضائي وهو ما يصطدم بالأثر غير الموقوف للاستئناف⁵ ، لذلك عالج المشرع أحكام وقف تنفيذ القرارات القضائية⁶ في القسم الرابع من الفصل الثاني للباب الرابع بعنوان " في الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة " ، ضمن المواد 913 و914 من نفس القانون .

وعلى ضوء ما تقدم يتسنى لنا طرح الإشكالية التالية:

ما هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية التي يمكن وقف تنفيذها؟ وهل يجوز ذلك في أية مرحلة قضائية كانت؟

وعليه سيتم التطرق للموضوع من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: وقف تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية

المحور الثاني: وقف تنفيذ الأوامر الاستعجالية

المحور الثالث: وقف تنفيذ القرارات من قبل قاضي الاستعجال لنفس الجهة والقرارات الصادرة عن آخر درجة.

المحور الأول: وقف تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الرابع من الباب الثاني بعنوان " في وقف تنفيذ القرارات القضائية " ، في كل من المادة 913 و914 الأرضية الأساسية لنظرية وقف تنفيذ القرارات القضائية ، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى متفرقة .

لقد حاول المشرع بإقراره لإمكانية وقف تنفيذ القرارات القضائية إحداث نوع من التوازن بين أطراف الخصومة ، نتيجة الإقرار بمبدأ الأثر غير الموقوف للطعون في القرارات القضائية ، وفي هذا جاء في المادة 913 من قانون إجراءات المدنية والإدارية بأنه:

⁴المادة 908 من القانون رقم 08-09.

⁵خلافًا للاستئناف فإن للمعارضة أثر موقوف وفا لما جاء في المادة 955 من القانون رقم 08-09.

⁶ المقصود بوقف التنفيذ ، هو وقف تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات القضائية كما ورد في نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللغة الفرنسية les décisions ، وإن كان نلاحظ بأن المشرع يستعمل أحيانا عبارة قرارات قضائية كما ورد في عنوان القسم الرابع من الفصل الثاني للباب الثاني ، وأحيانا أخرى عبارة الأحكام القضائية كما جاء في عنوان الباب السادس من نفس القانون .

" يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية ، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها ، وعندما تبدوا الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف " ، وبذلك تفترض هذه المادة أنه في حالة صدور حكم قضائي عن المحكمة الإدارية ، يحق للمستأنف أن يطلب من مجلس الدولة وقف تنفيذه عند توفر الشرطين التاليين:

- أن تنفيذ الحكم من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها.

- أن الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء الحكم المستأنف.

وعليه فقد حصرت المادة 913 وقف تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية في الحالات التي يولد تنفيذها خسارة مالية فقط ، دون فتح المجال لحالات أخرى⁷ ، بمعنى أنه إذا تعرض المستأنف لأضرار غير مالية فلا يمكنه أن يطالب بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية ، وهكذا يكون المشرع قد سار في نفس الاتجاه الذي أقره قضاء مجلس الدولة حتى قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهو ما نجد في قراره الصادر بتاريخ 25 ماي 2004 ، بمناسبة فصله في قضية بلدية بسكرة ضد ورثة (ق. ص) ، حيث اعتبر أن تنفيذ قرار مجلس قضاء بسكرة من شأنه تعريض المستأنف وهي بلدية بسكرة إلى خسارة نهائية لمبلغ قد لا يقع على عاتقها في حالة قبول الاستئناف⁸.

أما المادة 914 من نفس القانون فنصت بأنه:

" عندما يتم استئناف حكم صادر عن المحكمة الإدارية قضى بإلغاء قرار إداري لتجاوز سلطة ، يجوز لمجلس الدولة ، بناء على طلب المستأنف ، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا الحكم متى كانت أوجه الاستئناف تبدوا من التحقيق جدية ومن شأنها أن تؤدي فضلا عن إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله ، إلى رفض الطلبات الرامية إلى الإلغاء من أجل تجاوز سلطة الذي قضى به الحكم.

في جميع الحالات المنصوص عليها في الفقرة أعلاه وفي المادة 912 من نفس هذا القانون ، يجوز لمجلس الدولة ، في أي وقت أن يرفع حالة وقف التنفيذ ، بناء على طلب من يهيمه الأمر".

يتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع قام بالتصحيح من قرارات وقف تنفيذ القرارات القضائية لتقتصر على أحكام المحاكم الإدارية التي قضت بإلغاء قرار إداري لتجاوز سلطة ، حيث تفترض هذه الحالة استئناف الإدارة لحكم المحكمة الإدارية الذي قضى بإلغاء قرارها ، حيث تطلب من القاضي وقف تنفيذ هذا القرار ، ويشترط في ذلك توفر ما يلي:

- إذا كانت أوجه الاستئناف تبدوا جدية من خلال التحقيق.

⁷ حياة جبار ، تطور قضاء الاستعجال الإداري على ضوء القانون رقم 08-09 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع

الدولة والمؤسسات ، كلية الحقوق لبن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2011 ، ص 26.

⁸ قرار مجلس الدولة رقم 49-177 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004 ، ص 230.

- أن تؤدي أوجه الاستثناء إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله ، وإلى رفض الطلبات الرامية إلى الإلغاء من أجل تجاوز سلطة الذي قضى به الحكم.

إلا أنه ووفقا للفقرة الثانية من نفس المادة فإنه يجوز لمجلس الدولة أن يرفع حالة وقف التنفيذ في أي وقت بناء على طلب من يهيمه الأمر ، حيث يلاحظ أن المشرع قد فتح المجال واسعا في طلب مراجعة الأمر الذي أصدره مجلس الدولة ، وذلك من خلال عدم وضعه لأجل محدد يمكن تقديم الطلب خلاله ، وإن كان لا يمكن تصور تقديمه قبل صدور قرار مجلس الدولة ، وهذا بالإضافة لسماحه بتقديم هذا الطلب إلى كل من يهيمه الأمر وهي عبارة عامة وغير دقيقة حيث كان يتعين على المشرع أن يحصر تقديم الطلب على أصحاب المصلحة فقط. بالإضافة إلى هاتين الحالتين لا بد من الإشارة إلى الحالة التي نصت عليها المادة 911 من نفس القانون ، وهي حكم عام أورده المشرع خطأ ضمن حالات وقف تنفيذ القرارات الإدارية وهو في حقيقته يتعلق بوقف تنفيذ القرارات القضائية⁹ ، حيث يجوز لمجلس الدولة وفقا لأحكام نص هذه المادة أن يأمر برفع وقف التنفيذ الصادر عن المحكمة الإدارية حالما متى توفرت الشروط التالية¹⁰:

- إذا كان من شأن هذا الأمر القضائي الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف.

- أن يكون وقف التنفيذ مؤقتا إلى غاية الفصل في موضوع الاستئناف ، وبذلك يجب أن يكون الاستئناف في دعوى الموضوع منشورا أيضا حتى يقبل مجلس الدولة رفع وقف التنفيذ المأمور به من قبل المحكمة الإدارية. إن ما يمكن ملاحظته كذلك من خلال صياغة كل من المادتين 913 و914 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أنهما تتعلقان بوقف تنفيذ الأحكام الفاصلة في الموضوع دون الأوامر الاستعجالية ، وهذا خلافا لصياغة النصين في نفس القانون باللغة الفرنسية حيث يفهم أن المادتين تتعلقان بالأحكام والقرارات وكذلك الأوامر القضائية¹¹.

المحور الثاني: وقف تنفيذ الأوامر الاستعجالية

يعد عدم توقيف الطعن بالاستئناف تنفيذ أحكام وأوامر المحكمة الإدارية نتيجة منطقية للقاعدة المقررة في المواد الإدارية التي تقضي بعدم جواز مساس الطعون القضائية بالطابع التنفيذي للقرارات الإدارية¹² ، وهي من أبرز المظاهر التي تميز المنازعة الإدارية عن الخصومة المدنية¹³ ، حيث أن الطابع التنفيذي

⁹ إن ما يؤكد ذلك هو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 914 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها أنه " في جميع الحالات المنصوص عليها في الفقرة أعلاه وفي المادة 912 من هذا القانون يجوز لمجلس الدولة ، في أي وقت أن يرفع حالة وقف التنفيذ ، بناء على طلب من يهيمه الأمر " ، وعليه فإنه كان يتعين على المشرع إدراج هذه الحالة مع باقي حالات وقف تنفيذ القرارات الإدارية. ¹⁰ مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص 175.

¹¹ -le sursis à exécution d'une décision.

¹² محمد بشير ، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1991 ، ص 104.

¹³ عمار بوضياف ، القضاء الإداري في الجزائر ، الطبعة الثانية ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 162.

للأوامر الاستعجالية لا يؤثر فيه الطعن بالاستئناف ، لأن القول بخلاف ذلك يجعل جهة الاستئناف مقيدة بما نتج عن تنفيذ الأمر الاستعجالي المستأنف ، خاصة وأن غالبية الأوامر يتم تنفيذها قبل الفصل في الاستئناف نظرا لطبيعة النفاذ المعجل التي تتميز بها الأوامر الاستعجالية¹⁴.

لذلك أجاز المشرع لمجلس الدولة وقف تنفيذ الأوامر الاستعجالية إلى غاية الفصل في الاستئناف المقدم ضدها ، حيث نصت المادة 945 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه:

" يجوز لمجلس الدولة ، أن يأمر بوقف تنفيذ الأمر القاضي بمنح التسبيق ، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا يمكن تداركها ، وإذا كانت الأوجه المثارة من خلال التحقيق جديده ومن طبيعتها أن تبرر إلغاءه ورفض الطلب " ، وبذلك يكون المشرع ، أقر بإمكانية الأمر بتوقيف الأوامر التي تتعلق بالتسبيق المالي إذا ما توافرت الشروط التالية:

- إذا كان تنفيذ الأمر من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا يمكن تداركها.

- إذا كانت الأوجه المثارة من خلال التحقيق جديده ومن طبيعتها أن تبرر إلغاء الأمر ورفض الطلب.

كما أنه لا بد من التأكيد على أن ولاية مجلس الدولة كجهة استئنافية لا يجب أن تتعدى سلطات القضاء الاستعجالي ، حيث يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا للضوابط التي يلتزم بها قاضي الاستعجال في المحكمة الإدارية¹⁵.

المحور الثالث: وقف تنفيذ القرارات من قبل قاضي الاستعجال لنفس الجهة والقرارات الصادرة عن آخر درجة

بعد أن استقر القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية على عدم جواز تقديم طلب وقف تنفيذ الأوامر والأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام قاضي الاستعجال لنفس الجهة القضائية ، فإنه وبموجب المادة 961 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح يمكن القيام بذلك ، حيث أحالت هذه المادة تطبيق الأحكام المتعلقة باعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى كل من المادة 381 و389 من نفس القانون ، وفي هذا السياق نصت المادة 386 من نفس القانون بأنه:

" يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال " ، وعليه فقد أصبح بالإمكان تقديم طلب وقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام قاضي الاستعجال لنفس الجهة القضائية.

لقد أحسن المشرع فعلا بأن أجاز تقديم طلب وقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام قاضي الاستعجال لنفس الجهة القضائية ، وهو تطور إيجابي ونوعي يسمح للطاعن المعترض صاحب المصلحة الذي لم يكن طرفا في الخصومة بأن يقدم طلب وقف التنفيذ.

¹⁴ بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، باتنة ، 1993 ، ص 223.

¹⁵ محمد براهيم ، القضاء المستعجل ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ، 2010 ، ص 216.

أما بالنسبة لوقف تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عن آخر درجة فقد استقر قضاء المحكمة العليا في ظل قانون الإجراءات المدنية وكذلك قضاء مجلس الدولة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم جواز وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الدولة ، ويعد هذا الاتجاه القضائي منطقي وسليم ، باعتبار أن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة تعد قرارات نهائية ، وهو ما أكده مجلس الدولة حتى في ظل قانون الإجراءات المدنية ، بموجب قراره رقم 09889 الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002 ، حيث أنه ومن بين أهم ما جاء في حيثياته " حيث ودون حاجة الفحص الأوجه المثارة فإن وقف التنفيذ يشكل استثناء للطابع التنفيذي للقرارات الصادرة عن الجهات القضائية من الدرجة الأولى وبالتالي فإن القرار الصادر ابتدائيا أو نهائيا عن مجلس الدولة لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ محلا لوقف التنفيذ"¹⁶.

إلا أن المشرع استثنى من ذلك حالة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، إذ أنه ووفقا للمادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقبل هذا الطعن في قرارات مجلس الدولة ، حيث نصت على أنه: " يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار المطعون فيه ، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال " ، وبذلك فإنه يمكن رفع طلب وقف تنفيذ هذه الأحكام والأوامر والقرارات ، أمام مجلس الدولة خلافا لما كان عليه الوضع في ظل قانون الإجراءات المدنية الملقى.

الخاتمة

قام المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمراجعة شاملة لأحكام وقف التنفيذ بشكل عام وأحكام وقف تنفيذ القرارات القضائية بشكل خاص ، حيث نظم وحدد العديد من الحالات التي تتعلق بها ، سواء تعلق الأمر بوقف تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية وكذلك وقف تنفيذ الأوامر الاستعجالية ، كما أجاز وقف تنفيذ القرارات من قبل قاضي الاستعجال لنفس الجهة القضائية ، بالإضافة إلى وقف تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عن آخر درجة ، وهذا عندما يتعلق الأمر بالطعن عن طريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة.

من خلال ما تقدم فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

- قام المشرع بمراجعة شاملة للقضاء الاستعجالي في المواد الإدارية ، ولا سيما قضاء وقف التنفيذ سواء بالنسبة لوقف تنفيذ القرارات الإدارية أو القضائية.

- تبين من خلال هذه الورقة البحثية أن المشرع حاول إدراج نوع من التوازن بين امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة ، بتوسيعه من آليات وقف التنفيذ سواء بالنسبة للقرارات الإدارية أو القرارات القضائية عن طريق الطعن بالاستئناف.

¹⁶ حياة جبار ، المرجع السابق ، ص 27.



- أجاز المشرع تقديم طلب وقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام قاضي الاستعجال لنفس الجهة القضائية ، وهو تطور نوعي يسمح للشخص صاحب المصلحة الذي لم يكن طرفا في الخصومة بأن يقدم هذا الطلب.

كما يمكن أن نتقدم بالاقترحات التالية:

- مراجعة أحكام المادة 913 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا سيما الفقرة الثانية منها ، التي تسمح لمجلس الدولة بالرجوع عن الأمر الذي قد يتخذه ويتعلق بإلغاء قرار إداري.

- عدم حصر طلبات وقف التنفيذ عند الطعن بالاستئناف في الحالات التي يولد تنفيذ هذه الأحكام خسارة مالية فقط ، وفتح المجال لحالات أخرى.

- يتعين على القضاء عدم الإطناب في توقيف الأوامر الاستعجالية ، وإلا ستفقد هذه الأخيرة فعاليتها وجدواها ، خاصة وأنها تشكل وسيلة توازن هامة أمام امتياز الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

-المؤلفات والمصادر:

- محمد بشير ، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1991.
- بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، باتنة ، 1993.
- عمار بوضياف ، القضاء الإداري في الجزائر ، الطبعة الثانية ، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008.
- مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2009.
- محمد براهيمي ، القضاء المستعجل ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ، 2010.

-الرسائل والمذكرات الجامعية:

- حياة جبار ، تطور فضاء الاستعجال الإداري على ضوء القانون رقم 08-09 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة والمؤسسات ، كلية الحقوق لبن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2011.



-النصوص القانونية:

- القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، صادر في الجريدة الرسمية العدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

-القرارات القضائية:

-قرار مجلس الدولة رقم 177-49 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004.



مبدأ الفصل بين السلطات

كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية

دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016

عبد الرزاق بحري (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019/07/24

تاريخ إرسال المقال: 2018/08/26

ملخص:

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات أحد أهم الضمانات القانونية وأبرزها في مجال المحافظة على نفاذ القواعد الدستورية وضمان ذلك ، إذ يقوم هذا المبدأ على دسترة اختصاصات كل سلطة على حدى ويعمل على تكريس الرقابة المتبادلة بينها وذلك في سبيل تحقيق التوازن المنشود الذي نتفادى به عدم تعسف أي سلطة أو تغولها على حساب السلطات الأخرى.

وقد بدت رغبة المؤسس الدستوري واضحة جدا منذ فتر الاستعمار في الأخذ بهذا المبدأ والعمل به ، إلا أن ذلك لم يتجسد فعليا حتى دستور 1989 ، أين مهد هذا الأخير لفكرة الفصل بين السلطات التي تطورت شيئا فشيئا لتصبح على ما هي عليه الآن ، حيث جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 ليدعم أكثر مركز هذا المبدأ في النظام الدستوري الجزائري بعد أن نص على تبنيه صراحة.

إن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وتكريس فكرة التوازن بينها له عدة تبعات على مستوى تنظيم السلطات وتفعيل الرقابة الدستورية في إطار حيادها من أجل ضمان عدم انتهاك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا ، ولهذا جاء التعديل الدستوري الأخير بجملة من الإجراءات الجديدة في مجال الرقابة المتبادلة بين السلطات والرقابة الدستورية على أعمالها ليكيفها جميعا مع المبادئ والقواعد الدستورية التي أقرها الشعب.

إن التعديل الدستوري لسنة 2016 يعتبر خطوة مهمة في إطار إجراءات تعزيز الفصل بين السلطات وتكاملها لاسيما في مجال الرقابة على دستورية القوانين ، والتي تم تدعيم تشكيلتها واستقلاليتها ، وكذا آليات

(*) الباحث. عبد الرزاق بحري ، طالب سنة ثالثة دكتوراه – جامعة المدية- أستاذ مؤقت بجامعة البليدة 02 ،

Abderezak.bahri@gmail.com

عملها لترقية أدائها والوصول بها إلى المستوى المطلوب الذي لا تزال نفتقده حقيقة رغم توسيع كل تلك النصوص في هذا المجال وذلك نتيجة لهيمنة فكرة تدرج السلطات بدلا عن توازنها. المصطلحات المفتاحية: (مبدأ الفصل بين السلطات / السلطة التشريعية / السلطة التنفيذية / السلطة القضائية / التعديل الدستوري / الرقابة الدستورية / توازن السلطات / المجلس الدستوري).

Summary:

The principle of separation of powers is one of the most important legal guarantees, most notably in the area of maintaining and guaranteeing the entry into force of the constitutional rules. This principle is based on the constitution-mentioning of the powers of each authority and the mutual supervision or control between them for the sake of achieving the desired balance which can help to avoid the expense of an authority upon the others.

Since the colonial era, the desire of the constitutional founder has been very clear in adopting and working on this principle. However, this has not been realised until the 1989 Constitution, where the latter paved the way for the separation of powers that gradually developed to become as it is now. So, the constitutional amendment of 2016 came to support the most central position of this principle in the Algerian constitutional system after the text explicitly stated that.

The adoption of the principle of separation of powers and the establishment of the idea of balance between them has several consequences on the level of regulation of the authorities and the activation of constitutional control within the framework of its neutrality in order to ensure that the rights and freedoms guaranteed constitutionally are not violated. Therefore, the recent constitutional amendment included a number of new procedures in the field of mutual control between the authorities and constitutional control on its work to adapt them all with the constitutional principles and rules adopted by the people.

The constitutional amendment of the year 2016 is an important step in the framework of measures to strengthen the separation of powers and their integration, especially in the field of control of the constitutionality of the laws, which was supported in its composition and independence, as well as the mechanisms of its work to upgrade its performance and reach the desired level, which we still miss, in fact, despite the expansion of all those texts in this area as a result of the dominance of the idea of the gradation of powers rather than their balance.

Key terms: (Principle of separation of powers / legislative authority / executive authority / judicial authority / Constitutional Amendment/ constitutional control / balance of power / Constitutional Council).



مقدمة:

لقد أحدث ظهور مبدأ الفصل بين السلطات ثورة في مجال تنظيم السلطات ، حيث أصبحت المبادئ الأخرى والممثلة في استقلالية القضاء ، وسمو الدستور ، وتدرج القواعد القانونية والاعتراف بالحقوق والحريات الأساسية لا تساوي شيئاً أما هذا المبدأ الأساسي لقيام دولة القانون.

وقد أصبحت أهم المشاكل السياسية في أي مجتمع تتمحور حول مشكلة السلطة ومكانتها بالنسبة للأشخاص والهيئات ، وقد اختلفت الآراء والتوجهات حول تركيز السلطة في مؤسسة أو شخص واحد كما كان سائداً في الأنظمة الدكتاتورية التي سادت لقرون طويلة في كثير من الدول ، والتي لا تزال سائدة في البعض إلى اليوم ، وحول فكرة توزيعها ومدى ضرورة هذه الفكرة و كيفية تجسيدها.

وعلى غرار المجتمعات التي عاشت هذه الجدلية ، استقى المجتمع الجزائري أهمية تجسيد الفصل بين السلطات وتوازنها ليضمن بذلك عدم استئثار أي شخص أو مؤسسة بجميع السلطات الذي يؤدي إلى التعسف والطغيان ، وبالتالي فقد قبل المجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات أن يحتكم إلى هذا المبدأ منذ نهاية الثمانينات مجسداً إزادته في الميدان على شكل تلك الأحداث التي عاشتها الجزائر آنذاك والتي أدت في مجملها إلى التأسيس لأول دستور ديمقراطي سنة 1989 ، الدستور الذي لم يغفل هذا المبدأ حتى وإن لم يصرح به مباشرة آنذاك ، إذ ترك هذا التصريح لدستور 2016.

لقد أصبحت فكرة الفصل بين السلطات وتوازنها ضامنة للكثير من العناصر الأساسية لقيام دولة القانون في الجزائر ، وفي مقدمتها عنصر حماية الدستور وتكييف جميع أعمال السلطات وفق نصوصه ، وقد كان المحرك الأساسي لتبني فكرة الفصل بين السلطات في التعديل الدستوري لسنة 2016 هو رغبة المؤسس الدستوري في الحد من طغيان السلطات على بعضها البعض ، وبالتالي الاحتكام لمواد الدستور والالتزام بالحدود المقررة لكل منها في إطار الرقابة الدستورية الصارمة التي لازلنا نأمل رؤيتها بعد هذا التعديل.

بعبارة تساؤلية استفهامية: "ما هي الإجراءات المتخذة لتعزيز مكانة الفصل بين السلطات وتدعيم توازنها ، التي تضمن حماية الدستور وقواعده من أي انتهاك قد يطالها؟"

للإجابة على هذه الإشكالية ، سأنتقل لتطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في الجزائر (المبحث الأول) ، ثم إلى توازن هذه السلطات وأثر ذلك كله في الرقابة على نفاذ القواعد الدستورية (المبحث الثاني).



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

المبحث الأول: تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في الجزائر

لقد كان اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات بنص واضح وصريح نتيجة لتطور دستوري طويل تبلورت فيه هذه الفكرة وخصوصياتها (المطلب الأول)، وساهمت فيه كل مرحلة في صناعة هذا المبدأ وتجسيده في التعديل الدستوري لسنة 2016 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تبلور فكرة الفصل بين السلطات في التطور الدستوري الجزائري قبل تعديل 2016

تنقسم مرحلة ما قبل دستور 2016 وما بعد الاستقلال على نوعين من الدساتير: دساتير نظام الحزب الواحد (الفرع الأول)، ودساتير التعددية الحزبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فكرة الفصل بين السلطات في دساتير نظام الحزب الواحد

يقصد بدساتير نظام الحزب الواحد ، كل من دستور الجزائر لسنة 1963 و دستور 1976 ، كما يطلق عليهما كذلك بدساتير برامج ، حيث كان هذان الدستوران قد وضعوا في فترة حكم حزب جبهة التحرير الوطني كحزب وحيد على هرم السلطات الثلاث ، إذ كان يشترط في كل من يتولى المناصب العامة في الدولة آنذاك أن يثبت انتسابه إلى هذا الحزب.

ويرجع مبدأ الفصل بين السلطات في بداية ظهوره إلى مجرد أفكار ساقها كثير من الفلاسفة والمفكرين وفي مقدمتهم "شارل مونتيسكيو" ، حيث يرجع سبب التسلط حسبهم إلى تركيز السلطة و احتكارها من طرف جهة واحدة ، وبالتالي فإن إقامة العدل و المساواة و ضمان الحقوق والحريات لا يتم إلا بتوزيع السلطات والفصل بين وظائف الدولة الأساسية المتمثلة في التشريع والقضاء وتنفيذ القوانين.¹

و تبعا لهذا ، فإن الفصل بين السلطات لم يكن مبدأ غريبا أو مجهولا ، و إنما كان منذ إرساء قواعد النظام السياسي طموحا بارزا في نص المادة الثانية من الوثيقة التي صدرت عن المجلس الوطني للثورة قبل الاستقلال.²

¹ د. عمار عباس ، العلاقة بين السلطات في الأنظمة السياسية المعاصرة و في النظام السياسي الجزائري ، مقال منشور على الانترنت ، موقع: 12:22 a (02/03/2017) ammarabbes.blogpost.com

² (في اجتماعه بطرابلس في ليبيا يوم 1959/12/16: " الفصل بين السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية العناصر الأساسية لكل ديمقراطية هي القاعدة في المؤسسات الدستورية الجزائرية".

عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

رغم هذا التنصيص وهذه النية قبل الاستقلال ، على اعتماد الفصل بين السلطات ، إلا أن النص لم يكن واضحا لدرجة جعلت منه آنذاك مجرد طموح راود من كتب هذه الوثيقة ظنا منهم بضرورة تكريس هذا المبدأ من أجل دولة تضمن الحريات والحقوق وتمنع التعدي عليها أو التعسف ضدها.

وقد عرف النظام السياسي الجزائري تطورا بارزا على مستوى العلاقة بين السلطات انطلاقا من أول دستور عرفته البلاد بعد الاستقلال سنة 1963 الذي لم يمتد طويلا ، ليتم تركيز السلطات الثلاث في يد الرئيس بعد الانقلاب الثوري أو ما اصطلح عليه بالتصحيح الثوري سنة 1965 ، وصولا إلى دستور سنة 1976 الذي غيب مبدأ الفصل بين السلطات هو الآخر على غرار سابقه نتيجة لطبيعة النظام السياسي القائم آنذاك على الإيديولوجية الاشتراكية والأحادية الحزبية ، وإن كنا قد رأينا فصلا هيكليا في الوظائف الثلاث (الوظيفة التشريعية ، الوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية) في صلب دستور 1976 لأول مرة³ ، لكن ذلك التقسيم للوظائف لم يكن كافيا لكونه كان يندرج في مجملتها تحت مسمى السلطة ، أي أن السلطة واحدة لا تتجزأ والوظائف التي تقوم بها تختلف من وظيفة إلى أخرى.

الفرع الثاني: تبلور خصوصيات الفصل بين السلطات في إطار دساتير التعددية الحزبية

وجد مبدأ الفصل بين السلطات مكانة هامة له في دستور 1996 بفضل أول تكريس له ضمن أول دستور تعددي سنة 1989 رغم غياب النص الواضح عليه صراحة ، والذي لم نره إلا في التعديل الدستوري لسنة 2016.

لقد أفرزت ظروف إعداد دستوري الجزائر لسنة 1989 و1996 المغايرة تماما لظروف الدساتير التي سبقتها ، محاولة لإقامة نوع من الفصل بين السلطات الثلاث ، و تأصيلا للتوازن بينها⁴.

إن المتفحص لتعاقب النصوص الدستورية في الجزائر ، لا يفوته إطلاقا ما جاء في ديباجة دستور 1989 ، التي كشفت نية المؤسس الدستوري في تبني مبدأ الفصل بين السلطات ، والتي جاء فيها: "إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ويضمن الشرعية على ممارسة عمل السلطات ، ويكفل الحماية القانونية ، ورقابة عمل السلطات العمومية"⁵.

³ نص المؤسس الدستوري على الفصل الهيكلي بين الوظائف الثلاثة وذلك في الباب الثاني من دستور الجزائر لسنة 1976 تحت عنوان: " السلطة و تنظيمها" (المواد من 104 إلى 182).

⁴ د. عمار عباس ، مرجع سابق.

⁵ ديباجة دستور 1989 ، فقرة 10.



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

وقد جاءت تسمية "السلطة" لكل من السلطات الثلاث لأول مرة في تاريخ الدستور الجزائري ، حيث أفرد دستور 1989 فصلا كاملا لكل منها ، يضاف إلى ذلك ما تضمنته لائحة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني التي جاء فيها: "إن المجلس الشعبي الوطني ، اعتبارا لمبدأ الفصل بين السلطات التي يكرسها الدستور ، والاختصاص المخول للمجلس الشعبي الوطني في مجال إعداد نظامه الداخلي والمصادقة عليه... يقر هذه اللائحة"⁶.

لقد كان المؤسس الدستوري في خلال هذين الدستورين يهدف إلى الحد من ظاهرة التعسف في إطار تركز السلطة في يد الحزب الواحد ومؤسسته التنفيذية قبل اعتماد هذا المبدأ ضمنيا في دستوري 1989 و1996 ، حيث أصبح عمل كل سلطة محددا ومحصورا⁷.

إلا أن الملاحظ ، ورغم حصر الدستور لصلاحيات كل سلطة ، يرى جليا تداخلا كبيرا جعل هذا المبدأ لا يرتقي لذلك التطبيق الفعلي ، والتجسيد الميداني الذي يحفظ لكل سلطة من السلطات الثلاث صلاحياتها وحدودها الدستورية ، وهذا ما تجلى في تفوق السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وجعل القضاء بمنأى عن استقلالته من خلال أداء الجهاز القضائي⁸ بعد أول دستوري تعددي ، وإلى غاية إقرار تعديل الدستور لسنة 2016.

المطلب الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات في التعديل الدستوري لسنة 2016

إن تداخل السلطات الثلاثة فيما بينها نتيجة لاختلال التوازن ، جعل المؤسس الدستوري الجزائري يقوم بالنص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات ، وذلك بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 2016 ، حيث أصبح كل من الفصل العضوي (الفرع الأول) ، والفصل الوظيفي (الفرع الثاني) جزءا مهما في النظام الدستوري في الجزائر.

⁶ (فقرة 01 ، مقدمة إقرار لائحة المجلس الشعبي الوطني المتضمنة نظامه الداخلي ، الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 1989. ج ر رقم 52.

⁷ د. عمار عباس ، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري ، مقال منشور على الانترنت ، موقع:

Ammarabbes.blogpost.com (03/08/2018) a 14:01

⁸ بقيت السلطة القضائية في الجزائر مكتوفة الأيدي في الكثير من القضايا ذات الأهمية الوطنية على غرار قضية سوناطراك وتورط مسؤولين جزائريين في رشواى من جهات إيطالية ، وكذا قضية شكيب خليل والعديد من القضايا الأخرى الهامة بالمال العام على سبيل المثال.

الفرع الأول: الفصل العضوي بين السلطات

إن النظام الرئاسي أو شبه الرئاسي الذي يقوم عليه النظام السياسي الجزائري لم يأخذ بذلك الدمج بين السلطات ، ولم يسمح بإمكانية الجمع بين وظيفتين على خلاف النظام البرلماني الذي يقوم على الجمع بين الوظائف التشريعية والتنفيذية أو القضائية معا مثل ما هو الحال في النظام البريطاني ، أو الأنظمة القائمة على الدمج بين السلطات على غرار نظام الجمعية الوطنية السويسري .

وقد أكد و شدد على هذا الأمر المؤسس الدستوري الجزائري حينما شرع تعديل الدستور سنة 2016 ، وإن لم يكن سباقا إلى ذلك ، باعتبار أن دستور 1996 نص صراحة على عدم الجمع بين المهام النيابية والوظائف الأخرى ،⁹ وبهذا فعلى كل نائب في البرلمان اختيار كوزير ، أن يقدم استقالته من المجلس الشعبي الوطني على أن يتم استخلافه ، وبالمقابل ، فإن على كل نائب منتخب لدى المجلس الدستوري في إطار تمثيل السلطة التشريعية في التشكيلة ، أن يتجرد من صفته النيابية و يخضع لإجراءات استخلافه ،¹⁰ طبقا لما جاء في القانون العضوي المحدد لحالات التنافي.¹¹

الملاحظ على التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 ، أنه لم يغير أيا من هذه التقاليد السابقة ، و إنما قام بالتأكيد عليها في إطار الفصل العضوي الفعلي للسلطات بما أنه قام بالنص صراحة على هذا المبدأ في كل من الديباجة (الفقرة 13) و المادة 15.¹²

⁹ (المادة 105 ، دستور الجزائر لسنة 1996 ، مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7/12/1996 ج ر عدد 76 .

¹⁰ د. عمار عباس ، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الجزائري ، مرجع سابق .

¹¹ (جاء في المادة 03 مايلي: " تتنافى العهدة البرلمانية مع :

وظيفة عضو في الحكومة .

العضوية في المجلس الدستوري .

وظيفة أو منصب في الهيئات أو الإدارات العمومية ..."

القانون العضوي رقم 12-02 المحدد لحالات التنافي مع العهدة البرلمانية ، الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012 ، ج ر 01 ، المؤرخة في 14 جانفي 2012 .

¹² (جاء في الفقرة 13 من الديباجة " يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية ، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ، ويتحقق فيه فتح الإنسان بكل أبعاده "

وجاء في المادة 15 " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية "



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

بالتالي ، وطبقا لما جاء في المادة 116 المعدلة من الدستور ، فإن النائب يتفرغ تماما لممارسة عهدته النيابية ، ولا يحق له الجمع بينها وبين وظائف أخرى أيا كانت ، يضاف إلى ذلك مسؤولية النائب في حضور أشغال اللجان والجلسات العامة تحت طائلة العقوبات المطبقة في حالة الغياب.¹³

بهذا ، فإن الفصل العضوي بين ممارسة وظيفتين تبعا لسلطتين مختلفتين يعتبر طلاقا ماديا كاملا بين الهيئتين التشريعية والتنفيذية ،¹⁴ والاهتمام بالمهمة النيابية والتفرغ الكلي لها أصبح ضرورة يعاقب عليها القانون في حالة مخالفتها.

الفرع الثاني: الفصل الوظيفي بين السلطات

يتمثل الفصل الوظيفي بين السلطات الذي أكد عليه التعديل الدستوري لسنة 2016 ، في تحديد اختصاص كل سلطة ضمن إطارها الأصلي ، وبالتالي ممارسة وظيفتها بكل سيادة واستقلالية لا سيما السلطة القضائية حيث أكد المؤسس الدستوري بموجب المادة 156 على أن: "رئيس الجمهورية ضامن لاستقلال السلطة القضائية" ، كعبارة جديدة في نص التعديل ، والتي تفرض على الرئيس أن يكفل استقلالية العدالة بكل الطرق المشروعة ليجعلها بعيدة عن كل الضغوطات المحتمل ممارستها عليها أثناء أداء وظيفتها باعتباره القاضي الأول في البلاد وحامي الدستور والحريص على تجسيد مفهوم الدولة بسيادتها وسلطاتها ومؤسساتها على الصعيدين الداخلي والخارجي بما فيها السلطة القضائية بهيئاتها.¹⁵

في إطار استقلالية القضاء التي شدد عليها دستور 2016 ، لا يفوتنا كذلك أن ننوه إلى الخطوة الجديدة نحو تكريس فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية ، وذلك بإضفاء الاستقلالية الإدارية والمالية للمجلس الأعلى للقضاء.¹⁶

دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، الوارد بنص القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

¹³ (المادة 02/116 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

¹⁴ (د. عمار عباس ، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الجزائري ، المرجع سابق.

¹⁵ (د. عبد المنعم نعيبي ، استقلالية وحصانة العدالة في الجزائر كما يراها دستور 2016 ، مقال منشور على الإنترنت ، المجلة

القانونية الإلكترونية ، موقع: 18:55(2018/08/06)www.alkanounia.com

¹⁶ (المادة 02/176 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

كما شدد المؤسس الدستوري في الفقرة الثانية من نص المادة 163، على معاقبة القانون لكل من يعرقل تنفيذ الأحكام القضائية مهما كانت صفته، و لهذا فقد عزز من عدم تدخل السلطة التنفيذية أو مساسها بعمل العدالة.

جاءت هذه الإضافات وغيرها، في التعديل الجديد، لتجعل من السلطة القضائية مستقلة تماما على غرار السلطتين التنفيذية والتشريعية اللذان تمتعا بهذه الاستقلالية الوظيفية وفق نصوص الدساتير المتعاقبة منذ سنة 1989 خصوصا ما تعلق منها بوظيفة التشريع، و إن كان ذلك صوريا فقط طبقا لما جاء في المادة 92 من دستور 1989 على أن المجلس الشعبي الوطني يتمتع بالسيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، و هو نفسه ما جاء في دستور 1996¹⁷ وأكدته التعديل الدستوري لسنة 2016¹⁸، رغم أن الواقع يشهد غير ذلك تبعا لذلك التفوق الواسع للسلطة التنفيذية في مجال التشريع.

و في مقابل ذلك، خول دستور 2016 على غرار سابقه، السلطة التنفيذية صلاحيات واسعة لممارسة هذه الوظيفة دون تدخل من السلطة التشريعية إلا في حدود ما نصت عليه النصوص الدستورية.¹⁹

وبهذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري لم يؤسس لأي حل يخص مسألة الأوامر التشريعية التي تمس مبدأ الفصل بين السلطات، و تجعل من رئيس الجمهورية يشرع هو الآخر على رأس السلطة التنفيذية تماما مثل البرلمان، بل أكثر منه، و رغم محاولة المؤسس الدستوري تقييد صلاحية التشريع بأوامر بإضافة عبارة "في مسائل عاجلة"، أي اشتراط حالة الاستعجال من أجل التشريع بأوامر، "أو خلال العطل البرلمانية"²⁰ التي عوضت عبارة "بين دورتي البرلمان" إلا أن هذا المسعى مبهم و غير محصور، إذ يمكن للرئيس أن يبرر أغلب الأوامر التشريعية بحالة الاستعجال، أو ينتظر عطلة البرلمان ليقر ما يشاء.

المبحث الثاني: أثر الفصل بين السلطات في ضمان نفاذ القواعد الدستورية

أصبح تبني مبدأ الفصل السلطات وتكريس توازنها يضمن عمليا تجسيد الرقابة المتبادلة (المطلب الأول)، وتفعيل الرقابة الدستورية (المطلب الثاني)، وبالتالي عدم انتهاك حرمة الدستور الذي يحدد اختصاصات كل السلطات ويجعلهم يحتكمون إليه، ويكيفون أعمالهم وفق نصوصه المرجعية.

¹⁷ (المادة 02/58، دستور 1996.

¹⁸ (المادة 02/112، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.

¹⁹ (د. عمار عباس، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الجزائري، مرجع سابق.

²⁰ (المادة 142، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

المطلب الأول: أثر الفصل بين السلطات في تجسيد الرقابة المتبادلة

إن الفصل بين السلطات الذي عمل المؤسس الدستوري على تعزيزه في تعديل الدستور لسنة 2016 ، يعتبر مطلباً ملحا و ضروريا في تحقيق الرقابة على عمل السلطات العمومية فيما بينها درءاً لمخالفة الدستور ، وتنقسم هذه الرقابة المتبادلة إلى رقابة السلطة التشريعية على عمل السلطة التنفيذية (الفرع الأول) ، و رقابة السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية

لا يعتبر الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات دلالة قطعية على عدم تأثير السلطات على بعضها البعض ، أو انعدام مجالات التعاون في إطار الرقابة المتبادلة ، بل على العكس ، حيث اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016 على آليات رقابية متنوعة تستعملها السلطات فيما بينها لاسيما فيما يخص رقابة السلطة التشريعية على السلطة الحكومية.

ويعود اعتماد هذه الآليات الرقابية الى أول دستور للجمهورية،²¹ وصولا إلى آخر تعديل دستوري لسنة 2016 ، أين قام المؤسس الدستوري الجزائري بالنص على العديد من الضمانات الرقابية التي تحد من تعسف السلطة التنفيذية.²²

و تنقسم هذه الآليات الرقابية إلى آليات تترتب عنها مسؤولية الحكومة و أخرى لا تترتب عنها مسؤوليتها، فكل من مناقشة مخطط عمل الوزير الأول ، و بيان السياسة العامة يثيران مسؤولية السلطة التنفيذية مجسدة في الوزير الأول و طاقمه الحكومي ، و بالتالي فالبرلمان يمارس الرقابة على الحكومة بموجب أحكام الدستور الواردة أساسا في الفصل الأول والثاني من الباب الثاني الخاص بتنظيم السلطات ، غير أن هذه الرقابة لا تمارس بالتساوي من طرف غرفتي البرلمان ، حيث خص المجلس الشعبي الوطني لوحده إمكانية إسقاط الحكومة برفض مخطط عمل الوزير الأول ، أو رفض بيان السياسة العامة باللجوء إلى ملتئم الرقابة

²¹ (المادة 28 و ما يليها ، دستور الجزائر لسنة 1963.

²² (المادة 48 و ما يليها ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

لإسقاطها أو رفض منحها الثقة،²³ و بالنتيجة يلتزم الوزير الأول بتقديم استقالته،²⁴ وإن كان ذلك الإجراء قد يترتب عنه احتمال حل المجلس الشعبي الوطني.²⁵

أما مجلس الأمة فليست له تلك الصلاحيات الممنوحة للمجلس الشعبي الوطني، إذ يقتصر دوره في مجال هذا النوع من الرقابة على إمكانية إصدار لائحة لدى تقديم مخطط عمل الحكومة أو بيان السياسة العامة.²⁶

ويتمحور جديد التعديل الدستوري في هذه الآليات حول المادة 98، فيخلاف النصوص الدستورية السابقة التي نصت على بيان السياسة العامة، أوجب المؤسس الدستوري بموجب الفقرة الأولى من هذه المادة على الحكومة أن تقدم سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة، و كأنه بذلك ينوي إيقاف الخروقات المتكررة للحكومة بعدم عرضها لهذا البيان السنوي الضروري لتقييم عملها مدة سنة كاملة.²⁷

أما بخصوص الآليات غير المرتبة لمسئولية الحكومة (الاستجواب، الأسئلة الشفوية و الكتابية، لجان التحقيق، استماع اللجان، مناقشة السياسة الخارجية، و مراقبة استعمال الاعتمادات المالية للسنة) فالأمر لم يختلف كثيرا عما سبق، باستثناء ما أضافه المؤسس الدستوري في المادتين 151 و 152 بمناسبة التنصيب على آليتي الاستجواب والسؤال، إذ قيد الحكومة بأجل 30 يوما كحد أقصى للجواب، حيث جاء هذا الإجراء ليدعم موقف النواب و يلزم أعضاء الحكومة بالرد في إطار زمني مغلق يحد من ظاهرة تهرب أعضاء الحكومة من الرد على النواب.

الفرع الثاني: رقابة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية

إن رقابة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية يظهر جليا من خلال تدخل السلطة التنفيذية في تشكيل وتسيير السلطة التشريعية، سواء في مرحلة التكوين أو ممارسة العمل، كما تتجلى هذه الرقابة بصورة أوضح في استعمال حق حل البرلمان.²⁸

²³ د. سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 148.

²⁴ المادة 95، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.

²⁵ المادة 147، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.

²⁶ د. سعيد بو الشعير، المرجع سابق، ص 148.

²⁷ د. سعيد بو الشعير، المرجع سابق، ص 167.

²⁸ ميلود خيرجة، آليات الرقابة التشريعية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص 23.

عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

وقد حافظ المؤسس الدستوري على مكتسبات السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية دون زيادة أو نقصان ، ولعل ذلك راجع لمكانتها المرموقة مقارنة مع البرلمان ، إذ أثبتت التجربة أن الحكومة دائمة التفوق عليه في شتى المجالات لا سيما في مجال التشريع.²⁹

إن الحكومة تلعب دورا مميزا في الانتخابات التشريعية ، فكل من إعداد قوائم الناخبين ، و قبول أوراق المترشحين يعود لصلاحياتها ، كما أن هذه السلطة تشرف على سير المعركة الانتخابية وعلى عملية الفرز وإعلان النتائج النهائية بما يضمن تجسيد رغبتها في الإتيان بالأغلبية المساندة لها باستعمال ما تشاء من طرق.³⁰

يضاف إلى ذلك دور الحكومة في التحكم في عمل البرلمان ، بداية من حق الوزير الأول في تهديد الدورة ،³¹ أو حق رئيس الجمهورية في طلب إجراء مداولة ثانية لقانون تم التصويت عليه وحاز الأغلبية.³²

أما حق حل البرلمان المخول قانونا لرئيس الجمهورية بمقتضى المواد 98 و 147 ، فيعتبر من أخطر الأسلحة التي يمكن للسلطة التنفيذية أن تستعملها مثلها حدث سنة 1992 ، و هو الحق الذي لا يوجد ما يقابله لدى السلطة التشريعية ، و هذا ما يتنافى و روح مبدأ الفصل بين السلطات و توازنها ، فالتوازن يقتضي تخويل البرلمان حق تقرير المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية مثلما كان معمولا به في دستور 1963 ،³³ وهذا ما غيبه التعديل الدستوري لسنة 2016 رغم إقراره الصريح لمبدأ الفصل بين السلطات.

المطلب الثاني: أثر الفصل بين السلطات وتوازنها في تفعيل الرقابة الدستورية

يعتبر احترام الدستور والرقابة على نفاذ أحكامه وقواعده أحد أبرز مقاصد مبدأ الفصل بين السلطات ، حيث تعمل الرقابة المتبادلة على تكريس التوازن بين السلطات الذي يضمن حماية الدستور وكافة الحقوق والحريات الواردة في نصوصه ، ولهذا جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 ليدعم تشكيلة المجلس الدستوري ويعزز توازنها ويوسع حق الإخطار (الفرع الأول) ، بما يحسن من أداء الرقابة الدستورية الذي لا يزال محل بحث وتقييم (الفرع الثاني).

²⁹ د. سعيد بو الشعير ، المرجع سابق ، ص 23.

³⁰ ميلود خبرجة ، المرجع سابق ، ص 23.

³¹ (المادة 02/135 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

³² (المادة 145 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

³³ (المادتان 55 و 56 ، دستور 1963.



الفرع الأول: تعزيز توازن المجلس الدستوري من حيث التشكيكية والإخطار

لقد كان لإقرار مبدأ الفصل بين السلطات والإفصاح عن ضرورة توازنها بموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، بالغ الأثر على الرقابة الدستورية في الجزائر.

ورغم أن التاريخ الدستوري الجزائري قد اقترن في مجمله بالرقابة الدستورية،³⁴ إلا أن هذه الأخيرة تكتنفها الكثير من الحدود التي جعلت المجلس الدستوري مجرد مؤسسة تابعة للسلطة التنفيذية، يدور في فلكها، و يقر آرائه وفق رغباتها³⁵، إذ تعود محدودية أداء المجلس الدستوري لمجموعة من الأسباب الداخلية و الخارجية، تتمثل الأسباب الداخلية في طبيعة تشكيلته، غير المتوازنة طبقا لدستور 1996، وكذا عدم كفاءتها في المجال القانوني بسبب غياب النص الذي يشترط ذلك، أما الأسباب الخارجية، فتتمثل في محدودية الإخطار وغياب النص على مدى حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري.³⁶

فلقد أخذ المؤسس الدستوري أغلب هذه النقائص التي تحيط بعمل المجلس الدستوري بعين الاعتبار في دستور 2016، فقام بإدراج العديد من الفقرات التي تعالج هذه المسائل.

وتبعاً لتكريس توازن السلطات، جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 مجسداً لهذا التوازن من خلال التعديل في تشكيكية المجلس الدستوري لتصبح مكونة من 12 عضواً بدلاً من 09 أعضاء، يمثل كل ثلث سلطة من السلطات الثلاثة (4 أعضاء لكل من السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية).³⁷

كما أضاف المؤسس الدستوري الجزائري شروطاً في أعضاء المجلس الدستوري المعيّنين أو المنتخبين، تتمثل في بلوغ سن 40 سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم، زيادة على ضرورة تمتعهم بخبرة مهنية مدتها 15 سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية أو في القضاء أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو وظيفة عليا في الدولة³⁸، أما في مجال الإخطار، ونتيجة لمحدوديته

³⁴ جاء النص على الرقابة الدستورية في كل دساتير الجزائر حيث تم التنصيص على إنشاء مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور، باستثناء دستور 1976.

³⁵ تم توجيه الكثير من الانتقادات لأداء المجلس الدستوري لاسيما بمناسبة تداوله لمشروع تعديل الدستور لسنة 2008، الذي كان يمس بالتوازنات الأساسية للسلطات وأقره المجلس الدستوري رغم ذلك.

³⁶ المادة 166، دستور 1996. (تعود صلاحية إخطار المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية، و رئيس غرفتي البرلمان فقط).

³⁷ المادة 183، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.

³⁸ المادة 184، دستور الجزائر المعدل سنة 2016، سبق ذكره.

عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

السابقة ، جاء تعديل الدستور لسنة 2016 بجهات جديدة بإمكانها مباشرة هذه الإجراء ، فلكل من الوزير الأول الممثل للسلطة التنفيذية ، أو 50 نائبا أو 30 عضوا من البرلمان أن يخطروا المجلس الدستوري بعدم دستورية أي قانون أو معاهدة أو تنظيم.³⁹

ولأول مرة جاء المؤسس الدستوري بصلاحيه الدفع بعدم الدستورية للأفراد ، حيث أصبح بإمكانهم الادعاء بانتهاك الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل نزاعاتهم للحقوق والحريات المكفولة بنص الدستور⁴⁰ ، كما تجدر الإشارة إلى أن دستور 2016 نص صراحة على إلزامية جميع آراء و قرارات المجلس الدستوري ، ونوه على أنها نهائية في مواجهة كل السلطات العمومية و السلطات الإدارية والقضائية.⁴¹

و ختاماً ، نص المؤسس الدستوري في آخر تعديل له سنة 2016 كذلك على استقلالية المجلس الدستوري إداريا وماليا ،⁴² ليجعله بمنأى عن كل الضغوطات والولاءات التي يمكن أن تؤثر على حياده وعمله.

الفرع الثاني: تقييم فعالية الرقابة الدستورية في إطار تبني مبدأ الفصل بين السلطات

إن الممارسات المستمدة من اختصاصات المجلس الدستوري تبين لنا مدى أهمية هذه المؤسسة في حماية أحكام الدستور و تلك التي حازت القيمة الدستورية ، ورغم حداثة الرقابة الدستورية في الجزائر إلا أننا لا ننكر مجهوداتها في توجيه عمل السلطات بما يتماشى وأحكام الدستور في معناها السليم والاصيل.⁴³

إن هذه الهيئة المختصة بالقضاء الدستوري في الجزائر تعتبر أولى المؤسسات مسؤولة في الحفاظ على الدستور و حمايته من التجاوزات المحتملة للبرلمان الذي أنيطت به سلطة التعبير عن الإرادة العامة لكن في إطار الدستور ، بل وتحت رقابة المجلس الدستوري الذي يمثل الأداة الوحيدة أمام البرلمان لإيقافه عن تخطي أحكام الدستور بدعوى أنه ممثل للشعب.⁴⁴

وقد جعلت الأهمية البالغة لهذا الجهاز منه محل تغييرات وإضافات جديدة على مستوى الشكل أو الأداء ، وذلك بالتوافق مع الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وتعزيز إجراءات توازنها حسب ما أقره دستور

³⁹ (المادة 03-02/187 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

⁴⁰ (المادة 188 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

⁴¹ (المادة 03/191 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

⁴² (المادة 184 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره.

⁴³ د. سعيد بوالشعير ، مرجع سابق ، ص 296.

⁴⁴ د. سعيد بوالشعير ، المرجع سابق ، ص 297.



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

2016 ، حيث أخذ المجلس الدستوري قسطا وفيرا من التعديل مس طبيعته التي أصبحت بموجب هذا التعديل مستقلة إداريا وماليا ،⁴⁵ وكذا دعم تشكيلته ليجعل منها أكثر توازنا بين السلطات الثلاثة الممثلة.⁴⁶

بهذا التوازن ، استطاع المؤسس الدستوري أن يجسد قليلا من حياد المجلس ونزاهته بعيدا عن الميول لإحدى السلطات ، وذلك على خلاف ما كان سائدا في السابق ، في إطار تشكيل المجلس من غالبية تمثل السلطة التشريعية بأربعة أعضاء في حين أن السلطة التنفيذية كان يمثلها ثلاثة أعضاء والسلطة القضائية بعضوين ،⁴⁷ وهذا ما كان يشكل مانعا كبيرا في تقدم المجلس الدستوري وأدائه المنوط به في إطار اختلال التوازن الذي كان يعيشه .

إلا أن الذي لايزال يعاب على تشكيلة المجلس هو بقاء سلطة التعيين للأعضاء الممثلين للسلطة التنفيذية على حالها ، خلافا لانتخاب بقية الأعضاء الممثلين للسلطتين الباقيتين كلهم من طرف الهيئات الممثلة ،⁴⁸ حيث أن رئيس الجمهورية لا يزال وفق تعديل 2016 يملك صلاحية تعيين من يختاره لعضوية المجلس ، بل أكثر من ذلك فهو يملك سلطة تعيين رئيس المجلس من بين أعضائه الممثلين للسلطة التنفيذية الأربع وحتى نائب رئيس المجلس الذي تم استحداثه في آخر تعديل فقط وهذا تعدي واضح على مفهوم توازن السلطات الذي نص عليه دستور 2016 ، خصوصا إذا علمنا أن رئيس المجلس الدستوري يلعب دورا محوريا في هذا الجهاز سواء كان ذلك في الجانب الاستشاري أو الجانب التنفيذي داخل المجلس كونه يملك صوتا مرجحا ، وكان الأولى من المؤسس الدستوري بهذا الصدد أن يترك الأمر لأعضاء المجلس في أول اجتماع لهم بعد تنصيبهم ليختاروا من بينهم رئيسا للمجلس.⁴⁹

إن مجلس الأمة ثلثة معين من طرف رئيس الجمهورية ،⁵⁰ فعند انتخاب العضوين الممثلين لهذا الهيكل لدى المجلس الدستوري ، يمكن أن يكون أحدهما من الثلث المشار إليه أو كلاهما مما يجعل لرئيس الجمهورية سلطة مباشرة أو غير مباشرة على المجلس.⁵¹

⁴⁵ (المادة 182 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .

⁴⁶ (المادة 183 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .

⁴⁷ (المادة 164 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .

⁴⁸ (المادة 183 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .

⁴⁹ د. رشيدة العام ، المجلس الدستوري الجزائري ، دار الفجر ، القاهرة ، 2006 ، ص 225 .

⁵⁰ (المادة 03/119 ، دستور 2016 .

⁵¹ د. رشيدة العام ، المرجع سابق ، ص 226 .



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

أما على مستوى إجراءات عمل المجلس الدستوري ، فلا يخفى علينا ما مس الدستور الجزائري في مجال توسيع سلطات الإخطار ،⁵² حيث لم تعد تقتصر على رئيس الجمهورية ورؤساء غرفتي البرلمان وإنما أضاف المؤسس الدستوري كل من الوزير الأول كجهة ثانية ممثلة للسلطة التنفيذية في الإخطار ، بالإضافة إلى الجديد بخصوص الدفع بعدم الدستورية بواسطة الإحالة عن طريق السلطة القضائية ممثلة في المحكمة العليا أو مجلس الدولة ،⁵³ كل هذا يجب أن يحسب لصالح توازن السلطات بعدما أصبحت كل سلطة تملك طريقين للإخطار ، زيادة على النص على حق الإخطار من قبل نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة ، وكل غرفة على حدى بعدما ثبت علميا أن رئيسي غرفتي البرلمان لا يستعملون هذا الحق إلا نادرا جدا .

إن مسألة استقلالية المجلس الدستوري طبقا لنص المادة 182 تكريسا لاستقلالية القضاء (القضاء الدستوري) ، لا تزال قيد الورق لا غير ، ذلك لأن الاستقلالية الإدارية والمالية لا تكفي لتجسيد رقابة دستورية ناجعة حال وجود الولاءات لسلطة معينة على غرار السلطة التنفيذية ورئيس الجمهورية كونه صاحب الفضل في التعيين ، كما أن مسألة أوامره التشريعية لا تزال بعد دستور 2016 تشريعا يفلت لكل أنواع الرقابة باعتبارها أوامر رئاسية تنطوي على معنى السيادة المحسدة لإرادة الشعب رغم احتوائها على الكثير من التجاوزات التي لا يستطيع حتى البرلمان تعديلها لأنه يصوت عليها أو ضدها جملة واحدة .

الخاتمة

إن إقرار مبدأ الفصل بين السلطات في ديباجة الدستور الجديد وفي صلبه ضمن المادة 15 كان له الكثير من التبعات على مستوى السلطات الثلاث ، و كان لهذا علاقة كبيرة بتكريس سمو الدستور و حمايته .

تبعاً لذلك قام المؤسس الدستوري الجزائري ، في هذا التعديل الأخير ، بتوسيع بعض صلاحيات السلطة التشريعية في مجال الرقابة بعدما قيد الحكومة بأجل الجواب على الأسئلة الشفوية والكتاتبية والاستجوابات وكذلك تشكيل بعثات الاستعلام في مواضيع معينة .

بينما شدد على استقلالية القضاء إداريا و ماليا (المجلس الأعلى للقضاء) ، وكلف رئيس الجمهورية بضمان استقلالية السلطة القضائية لتقوم بالمهام المنوطة بها كما ينبغي . و أسس دستوريا على معاقبة من يعرقل تنفيذ الأحكام القضائية أو سير العدالة .

⁵² (المادة 187 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .

⁵³ (المادة 188 ، دستور الجزائر المعدل سنة 2016 ، سبق ذكره .



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

إن تعزيز هذه الإجراءات يندرج في إطار الرغبة في تكريس حقيقي وفعلي لتوازن السلطات بعدما ثبت عمليا تفوق السلطة التنفيذية وهيمنتها على قمة هرم النظام السياسي في الجزائر بل تدخلها الكبير في عمل باقي السلطات.

كان لهذا التوازن أثره البالغ في البحث عن حماية أفضل للدستور من الانتهاك، إذ قام المؤسس الدستوري بتجسيد التوازن في تشكيلة المجلس الدستوري لتصبح كل سلطة ممثلة بأربع أعضاء على أن تعود رئاسة المجلس لمن يختاره رئيس الجمهورية من بين ممثلي السلطة التنفيذية وكذلك النيابة.

كما تجدر الإشارة إلى أن التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 لم يغفل توسيع سلطات الإخطار الى فئات تستحقه فعلا، على غرار الوزير الأول وكذا أعضاء ونواب البرلمان إضافة إلى إمكانية الدفع بعدم الدستورية بالإحالة عن طريق الهيئات العليا للسلطة القضائية.

كل هذه الإجراءات وغيرها قامت فعلا بتعزيز مبدأ الفصل بين السلطات ، وخطت خطوات كبيرة في مجال حماية الدستور وضمان نفاذ قواعده، إلا أنها لا تزال بحاجة إلى المزيد من النظر والتعديل أكثر للقضاء على ما أصبح يعرف بتدريج السلطات بدلا عن توازنها ، والذي جعل السلطة التنفيذية تهمين على باقي السلطات وتحد من أداء الأدوار اللازمة للمؤسسات الرقابية وفي مقدمتها المجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري.

قائمة المراجع:

1- الكتب:

- د. سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- ميلود خيرجة، آليات الرقابة التشريعية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011.
- د. رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر، القاهرة، 2006، ص 225.

2- المقالات العلمية:

- د. عمار عباس ، العلاقة بين السلطات في الأنظمة السياسية المعاصرة وفي النظام السياسي الجزائري ، مقال منشور على الانترنت ، موقع 12:22 a (02/03/2017) ammarabbes.blogpost.com
- د. عمار عباس ، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري ، مقال منشور على الانترنت ، موقع:

Ammarabbes.blogpost.com (03/08/2018) a 14:01



عبد الرزاق بحري ، مقال بعنوان: " مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية- دراسة تحليلية على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"

- د. عبد المنعم نعيمي، استقلالية وحصانة العدالة في الجزائر كما يراها دستور 2016. ،مقال منشور على الإنترنت ، المجلة القانونية الإلكترونية 18:55 a (06/08/2018)www.alkanounia.com
3- النصوص القانونية:

- دستور الجزائر لسنة 1963.
- دستور الجزائر لسنة 1976.
- دستور الجزائر لسنة 1989.
- دستور الجزائر لسنة 1996.
- دستور الجزائر المعدل سنة 2016، الوارد بنص القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
- القانون العضوي رقم 02-12 المحدد لحالات التنافي مع العهدة البرلمانية، الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012، جر 01، المؤرخة في 14 جانفي 2012.
- لائحة المجلس الشعبي الوطني المتضمنة نظامه الداخلي، الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 1989. جر رقم 52.

ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري

د. سبتي عبد القادر (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2020/01/05

تاريخ إرسال المقال: 2019/01/02

ملخص:

من أجل تأهيل النظام الاقتصادي الوطني للتنافس مع الأنظمة الاقتصادية الأجنبية ، تبنى المشرع مسألة حماية المنافسة داخل السوق وذلك بواسطة اعتماد سياسة وقانون حول المنافسة يكون الهدف الأساسي منهما هو تحقيق فاعلية وتنافسية الاقتصاد الوطني ورفاهية المستهلك ، وكل ذلك لا تقوم له قائمة على أرض الواقع ، إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات التجارية مؤطرة بضمانات قانونية نافذة ، يتحقق معها الموازنة بين سلطة الدولة في حفظ النظام العام الاقتصادي وتكريس حرية المبادرة والتنافس الحر والنزيه.

Abstract:

In order to qualify the national economic system to compete with foreign economic systems, the legislator adopted the issue of protecting competition within the market by adopting a policy and a law on competition whose main objective is to achieve the efficiency and competitiveness of the national economy and the welfare of the consumer. If the conditions of competition in order to enter the markets of commercial transactions are framed by valid legal guarantees, it checks the balance between the state's authority to maintain the economic public order and the establishment of freedom of initiative and free and fair competition.

(*) أستاذ محاضر أ- كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة المدينة): [Email : sebtiak@gmail.com](mailto:sebtiak@gmail.com)

مقدمة:

يعتبر الحق في حرية المنافسة من الحقوق الاقتصادية التي تحتاج إلى حماية أكثر من أي وقت مضى ، حيث عمدت الدول على تضمين دساتيرها صراحة لهذه الحقوق ، نظرا لاعتبارها لصيقة بحرية المبادرة ، أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص على ذلك صراحة في الدستور ، وإنما يستشف من إقراره بمبدأ أوسع منه آل وهو مبدأ حرية الاستثمار والتجارة⁽¹⁾ ، والذي من أسسه الحق في حرية المنافسة . وبذلك يعتبر الحق في المنافسة ذو قيم دستورية لصيقة مع حرية المبادرة التي كرسها الدستور⁽²⁾ وتضمنتها القوانين⁽³⁾ .

و المنافسة لا تعتبر هدفا في حد ذاته ، بقدر ما هي وسيلة يستعان بها ، من أجل الوصول إلى تحقيق التقدم والانتعاش الاقتصادي⁽⁴⁾ ، عن طريق ضمان توافر أكبر عدد ممكن من المقاولات داخل السوق ، بما سيمكن في الأخير من ضمان حرية الاختيار التام لدى المستهلك⁽⁵⁾ .

ويمكن القول أن حرية المنافسة لا يمكن الحديث عنها بعيدا عن أجواء الحياة الديمقراطية ، أي لا وجود للمنافسة في الأنظمة غير الديمقراطية ، علاوة على ترسيخ ثقافة المنافسة⁽⁶⁾ وذلك بجعل آليات السوق من عرض وطلب هي المحدد لسعر السلع والخدمات وتحقيق ديمقراطية اقتصادية تجعل كلمة الفصل للمستهلك ، وتكتسب حرية المنافسة أهميتها من كونها أهم فروع ممارسة حرية الاستثمار والتجارة المقررة دستورا ، وذلك لما لها من طابع اقتصادي ذلك لأنها تلعب دورا مهما في تشجيع التنافسية وتطوير الإنتاج .

وطالما كانت الحقوق والحريات لا تمنح من قبل الدولة وإنما تكتسب بالولادة وتنتهي بوفاة الشخص ، فإن حرية المنافسة ليست منحة وإنما هي حق أساسي للأشخاص⁽⁷⁾ ولذلك وفي ضوء التحول من اقتصاد موجه إلى

¹ - نصت المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أن: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها ، وتمارس في إطار القانون. وتعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال ، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية ، كما تكفل الدولة ضبط السوق وحماية حقوق المستهلك ، ويمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

² - نصت المادة 38 من دستور الجزائر لسنة 2016 على أنه: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة".

³ - انظر ما كرسه المادة 46 من القانون المدني الجزائري ، " ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية".

4- Michel Pedamon, droit commercial : commerçant et fond de commerce, concurrence et contrats de commerce, éditions Dalloz, 1994, p 445.

5- Jean Pierre Casimire et Alain Cauret, droit des affaires, édition Sirey, 1987, p 383.

¹ - في هذا الشأن نصت الفقرة 14 من ديباجة دستور الجزائر لسنة 2016 على أنه:

" يظل الشعب الجزائري متمسكا بخياراته من أجل الحد من الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجها لتفاوت الجهوي ويعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة".

⁷ - نصت المادة 38 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة".

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: " ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري "

اقتصاد حر فقد شهدت المنافسة في مساحة كبيرة من الحرية الواقعية تمثلت بالانفتاح الاقتصادي الكبير وقد قدمت المنافسة الجزائرية في سبيل انتزاع حريتها الكثير من المؤسسات الفاعلة في السوق. ولكي نضمن منافسة حرة وهادفة استجابة لبناء دولة القانون جاءت أهمية موضوع البحث لاسيما كيف وازن المشرع الجزائري بين حماية حرية المنافسة والمصلحة الاقتصادية العامة وكذلك حماية مصلحة المستهلك؟ حيث ينقسم هذا البحث إلى مبحثين:

- المبحث الأول: نتطرق فيه لمسألة تنظيم حرية المنافسة

- المبحث الثاني: نعرض فيه على الضمانات القانونية المطلوبة لحرية المنافسة.

المبحث الأول: تنظيم حرية المنافسة

المنافسة لغة: من مصدر التنافس ، وتنافس القوم في شيء: رغبوا فيه ، وهو عند العلماء: المسابقة إلى الشيء وكراهية أخذ غيره إياه ، وهو أول درجات الحسد⁽¹⁾. وكلمة منافسة مشتقة من الفعل نافس ، وهي نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق والمنافسة تقابل التنافس⁽²⁾.

وَأصل اصطلاح concurrence مشتق من الأصل اللاتيني Cum-Luder والتي تعني Jouer ensemble بمعنى يلعب في جماعة ، لذا كان مفهوم المنافسة في بداية شيوعه يعني حالة خصوصية ، وتنافس وصراع ونزاع وحالة عدااء مستمر⁽³⁾.

و تشير الكلمة في مجال الاقتصاد إلى وضع تتزاحم فيه الشركات من أجل الربح ،وتؤدي المنافسة بين الشركات على الزبائن إلى انخفاض السعر بينما تؤدي المنافسة بين الزبائن على شركة ما إلى ارتفاعه ، ويمكن للمشتريين أن يتنافسون فيما بينهم مما يؤدي عادة إلى ارتفاع الأسعار ، والمنافسة حجر أساسي في نظام المبادرة الحرة إذ يتنافس الناس على أحسن الجامعات وأحسن المهن وإلى غير ذلك. وتشكل المنافسة حافزا قويا للفضول والأداء الممتاز⁽⁴⁾.

وترد حرية المنافسة على أنشطة الأفراد وليس منظورا إليها في حد ذاتها ، ولكن في إطار علاقتها مع الآخرين فإنها تتعلق بالعلاقات بين الأفراد وبعضهم أو بين الأفراد والسلطات العامة ، ولذلك فإن أحكام حرية المنافسة تخاطب جميع الممارسين للنشاط الاقتصادي ، بما مؤداه حظر الاتفاقات التي يكون من شأنها الإضرار بالمنافسة ، وحظر استغلال الوضع المسيطر ، وفرض قيود على التركيز الاقتصادي ، ومنع تدخل السلطة العامة الذي يكون موضوعه أو من أثره الإضرار بقواعد المنافسة.

¹ -سعدى أوحبيب: القاموس الفقهي ، ج01 ، ط02 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، بدون ذكر سنة النشر ، ص 356.

² - أبو العز علي محمد أحمد: التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي ، ط01 ، دار النفائس الأردن ، 2008 ، ص36.

³ - أحمد محرز: الحق في المنافسة المشروعة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2004 صص07 و09.

⁴ - توفيق محمد عبد المحسن: بحوث التسويق وتحديات المنافسة الدولية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان 2001 ، ص 125.

ولدراسة تنظيم حرية المنافسة نتطرق إلى ما يلي:

- مضمون حرية المنافسة-حرية المنافسة والتحديات - حرية المنافسة ومحظورات السوق.

المطلب الأول: مضمون حرية المنافسة

تعتبر حرية المنافسة فرعا مهما من فروع حرية الاستثمار والتجارة ، وتمتاز بأهميتها الخاصة نظرا لطابعها الاقتصادي ، ذلك أنها تسمح بإحداث تنافسية صناعية وإنتاجية هامة. وتعني حرية المنافسة امتناع الدولة عن تقييد المنافسة ، أو تفضيل متنافس على حساب غيره ، وذلك كأن تقدم له مساعدات مالية ، مما يؤدي إلى الإخلال بقواعد المنافسة الحرة. وإضافة إلى القيود التي يفرضها مبدأ حرية التجارة والصناعة على الدولة ، فإنه يفرض على الخواص احترام هذا المبدأ حين ممارسة حريتهم في التجارة والصناعة ، ويمنع مثلا الاتفاق الذي به يمتنع شخص عن ممارسة نشاط اقتصادي كأن يتنازل عن مهنته أو حرفته وهو ما يسمى بئد عدم المنافسة⁽¹⁾ ، ولا مجال للحديث عن حرية المنافسة إلا في بلد ديمقراطي حر ، ومنه يمكننا القول أن حرية المنافسة تعتبر العجلة الأساسية التي تسير عليها حرية الاستثمار والتجارة ، فلا وجود لهذه الحريات بغير منافسة حرة بمعناها الواسع.

كما يمكن تبرير ممارسة حرية المنافسة إذا ما تم تحليل العملية التنافسية ذاتها ، فالمنافسة في حقيقتها هي ممارسة للحريات الاقتصادية من جهة والحق في حرية المبادرة من جهة أخرى.

أولا: حرية المنافسة كحق للعون الاقتصادي

يترتب على مبدأ حرية الاستثمار والتجارة حق كل عون اقتصادي في ممارسة الأنشطة الاستثمارية أو التجارية بكل حرية بشرط مراعاة قوانين الاستثمار والضبط الاقتصادي ، فيكون للخواص حرية مباشرة الاستثمار دون تدخل من السلطات العمومية. غير أنه للمشرع حق وضع قيود أو حدود تتعلق بالمصلحة العامة ، ذلك لأن الاعتراف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة في الدستور يضي عليه قيمة قانونية وحماية أسمى عن باقي النصوص القانونية التي تشير إلى هذا المبدأ ، غير أن المادة 43 من الدستور وضعت قيودا على مبدأ حرية الاستثمار والتجارة ، وهو أن تمارس هذه الحرية في إطار القانون ، ويعني ذلك تدخل السلطات العامة في تنظيم ممارسة المهن والأنشطة ، وقد يؤدي ذلك إلى التقليل من شأن مبدأ حرية المنافسة أو حتى المساس به. كما أن حرية المنافسة تفتح المجال واسعا للأشخاص لممارسة أي نشاط اقتصادي يروونه محققا لمصالحهم ، ونتيجة لذلك يفرض على الدولة واجب عدم التدخل في الاقتصاد لمزاحمة الخواص أو تقييد حرياتهم في مجال المنافسة.

¹ - جلال مسعد: مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر 2002 ، ص-ص 152-153.

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: "ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري"

إن توفر سوق يتنافس فيه المتعاملون الاقتصاديون منافسة حرة وفعالية يتطلب مجموعة من الشروط ، وهي وجود عدد كبير من الأعوان الاقتصاديين ، تجانس السلعة لدى المنتجين ، وحرية التدخل فيه من قبل الأعوان الاقتصاديين ، هذه الحرية تجد مصدرها في مبدأ حرية الاستثمار والتجارة ، غير أنه من الناحية العملية هذه الشروط يصعب تحقيقها كاملة أو مجتمعة فالاحتكار مثلا يعرقل ويشوه المنافسة الحرة. ولعلاج هذا الوضع الذي اختلت فيه المنافسة النزيفة تتدخل الدولة من خلال سن قوانين تمنع التعسف في وضعية الهيمنة على السوق⁽¹⁾ ، لذلك أنشأ مجلس المنافسة المكلف بالضبط الفعال للسوق والسيطرة على الاحتكارات⁽²⁾.

ثانيا: حرية المنافسة كحق للمستهلك

يختلف قانون المنافسة عن قانون حماية المستهلك في مجال إعمال كليهما ، حيث يتحدد مجال قانون المنافسة في ضبط العلاقات فيما بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق ، أما قانون حماية المستهلك فيضبط علاقات المحترفين بالمستهلكين ، غير أن حماية المنافسة أو المؤسسات داخل السوق قد تستتبع بالضرورة حماية المستهلك⁽³⁾ ، و يتضح ذلك من خلال حظر عمليات الاحتكار بهدف رفع الأسعار ، و البيع بخسارة التي قد تعرقل لعبة المنافسة ، و بما قد يؤدي إلى انسحاب الأعوان الاقتصاديين الأقل قدرة اقتصادية ، و بالتالي هيمنة الأعوان الاقتصاديين الأكثر قدرة على السوق ، بما يستتبعه ذلك من معاودة ارتفاع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا⁽⁴⁾.

ورفاهية المستهلك تشكل الغاية الأساسية من ارتباط قواعد المنافسة بالقانون الاقتصادي ، والتي يكون الهدف منها الفعالية الاقتصادية ، والمتمثلة في التزام المنتجين برفاهية المستهلك ، أخذًا بعين الاعتبار موارده المالية⁽⁵⁾.

¹ - انظر في ذلك: المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 12 ماي 2005 الذي يحدد كيفية الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعيات الهيمنة على السوق. (جريدة رسمية ، عدد35 الصادرة في 18ماي 2005).

² - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 يتعلق بالمنافسة معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25-06-2008 المتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية ، عدد 36 صادر بتاريخ 02-06-2008). و كذلك بالقانون 10-05 الصادر في 15 أوت 2010 ، (جريدة رسمية عدد 10 الصادرة في 18 أوت 2010).

³ - نصت المادة 01 من الأمر 03/03 يتعلق بالمنافسة على أنه: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتقادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية ، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

⁴ - ساسان رشيد : محاضرات في قانون المنافس الجزائري ، على الرابط التالي:

<http://dr.sassane.over-blog.com/article/14/01/2012> consulté le 03/07/2018.

⁵ - F.Jenny ، « pratiques verticales restrictives, concurrence et effience », cahier de droit de l'entreprise, 1989-4, P 05.

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: " ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري "

ثالثا: حرية المنافسة والحق في التنافس

إن الحفاظ على المسار التنافسي يتطلب تنظيم العلاقات الخاصة بين المتنافسين بعضهم ببعض ، وهو ما يستدعي من هؤلاء الأطراف الاحتكام إلى قواعد حسن السلوك في العلاقة التجارية التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية والأخلاق التجارية ، استجابة لمقتضيات قانون المنافسة.

والحق في المنافسة حق متميز ، يستمد طبيعته القانونية والحماية القانونية التي توفر له تبعا لذلك من نصوص القانون التي تجعله حقا مشروعاً لكل متعامل اقتصادي يحترف أعماله مادام ملتزم بالأصول القانونية⁽¹⁾. كما يجد مبدأ حرية المنافسة تطبيقاته حتى في مجال الصفقات العمومية ، حيث نستحضر هنا المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام⁽²⁾ ، والتي تضمنت إجراء طلب العروض المفتوح ، الذي يتيح لكل المتعاملين الاقتصاديين تقديم عروضهم ، الإجراء الذي يكرس مبدأ المنافسة ، كما نستحضر كذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23/05/1998 حول هذا المبدأ بقولها: "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا⁽³⁾. وبالتالي تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا اتجاه المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها ، و وفي هذا تكريس لحرية الاستثمار والتجارة التي تبناها دستور الجزائر لسنة 2016.

المطلب الثاني: حرية المنافسة والتحديات

تتعدد التحديات التي تواجه حرية المنافسة خاصة في الدول غير الديمقراطية ونبينها كالآتي:

أولا: الضغوط القانونية

لقد تضمن الدستور الجزائري وقانون المنافسة وكذلك قانون العقوبات قيودا على ممارسة حرية المنافسة ، حيث يتعرض من يخالفها إلى جزاءات رادعة كتلك المتمثلة في:
- عدم السماح بممارسة النشاط إلا بعد الترخيص المسبق⁽⁴⁾

¹ - تيورسي محمد:قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي،-دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه ، جامعة تلمسان ، الجزائر 2010- 2011. ص83.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ، (جريدة رسمية ، العدد 50 ، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015).

³ - LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI édition, Alger, 2007, p104.

⁴ - حيث جاءت المادة/ 09 فقرة 02 من القانون الجزائري المنظم للمنافسة على مايلي: ((يرخص للاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقنياً وتساهم في تحسين التشغيل ، أو منشأها السماح للمؤسسات

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: " ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري "

فرض الرقابة المسبقة على الإنتاج
تأميم المؤسسات أو حلها أو دمجها أو غلقها
تسليط العقوبات على المسيرين ، حيث أن هناك نتائج سلبية أثرت على الاقتصاد الوطني وتعطل المشاريع
نتيجة مخاوف الإطارات من تجريم التسيير⁽¹⁾.

ثانيا: الضغوط الإدارية

تتمثل الضغوطات الإدارية على حرية المنافسة في ما يلي:

- فرض الرقابة على المؤسسات من خلال انفراد الإدارة بتعيين مديري المؤسسات ،
- إلزام رؤساء المؤسسات إلى إتباع تعليمات الحكومة التي غالبا ما تتصف بالإدارية والغير تجارية أو إنتاجية⁽²⁾.
- القصور في إعلام المؤسسات بما يحتاجونه من دعم وامتيازات إلا المؤسسات الموالية للحكومة.

ثالثا: الضغوط الاقتصادية

تتمثل الضغوط الاقتصادية التي يمكن أن تمارس على الأعوان الاقتصاديين كما يلي:

- التحكم في أسعار بيع السلع والخدمات ،
- سحب المنتجات من السوق ومنع تداولها بعد توزيعها في السوق مما يتسبب في خسائر مالية باهظة للمنتجين والموزعين ،
- دعم المؤسسات العمومية الاقتصادية على حساب المؤسسات الاقتصادية الخاصة.

المطلب الثالث: حرية المنافسة ومحظوراتها

يوجب النظام العام الاقتصادي الجزائري على المنافسة أن تتحرك في إطار الحدود التي يفرضها مبدأ
المشروعية ، حيث يجب على المتنافسين وهم يبحثون على الزبائن أن لا يتعسفوا في استخدام هذا الحق- حرية
المنافسة- وإذا خرجوا عن هذا المبدأ فإن أعمالهم غير مشروعة Pratiques déloyales، وبالتالي حتى تؤدي
المنافسة دورها كضابط للمبادلات التجارية والاقتصادية عموما يجب أن تكون حرة ومشروعة⁽³⁾.

الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل
ترخيص من مجلس المنافسة)).

¹ - راجع المادة الثالثة من الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 ، الصادر في العدد الأربعين من الجريدة الرسمية لسنة
2015 ، المعدل والمتمم للأمر 155/66 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، بإضافة المادة السادسة مكرر من هذا القانون ، التي
قيدت تحريك الدعوى ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية واشترطت تقديم شكاوى مسبقا من الهيئات الاجتماعية
للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول.

² - نصت المادة 05 من الأمر 03/03 المعدل القانون رقم 12/08 لسنة 2008. على أنه: " يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات
التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي ، عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

³ - تيور سي محمد ، المرجع السابق ، ص 89.

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: "ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري"

وعليه ، وجب التصدي للممارسات التنافسية غير المشروعة ، وللصور التي تتخذها ، حيث تظهر هذه الممارسات كما يلي⁽¹⁾:

- استخدام وسائل مخالفة للقانون أو العادات والأعراف التجارية ، والتقييد في هذه الحالة يكون ناتجا عن نص قانوني أو قاعدة عرفية ، أي على شكل التزام شرعي قانوني بعدم المنافسة .

- ارتكاب أفعال مخالفة لأحد الالتزامات العقدية المتعلقة بعدم المنافسة ، أي أن التقييد يكون ناتجا عن الاتفاق أو الشرط الاتفاقي المدرج في العقد بعدم المنافسة .

المبحث الثاني: ضمانات تكريس حرية المنافسة

لقد كرس الدستور الجزائري الجديد لسنة 2016 حرية الاستثمار والتجارة ، كما عزز من حرية المنافسة ، وما إن تبنت الجزائر نظام اقتصاد السوق مع مطلع التسعينيات حتى عاشت الساحة الاقتصادية حالة لم يشهد لها مثيل من قبل ، وهي حالة واقعية فرضتها الظروف التي مرت بها مؤسسات الدولة وسلطاتها من إعادة الهيكلة والبناء على مختلف المستويات والأصعدة ، والمنافسة واحدة من المجالات التي أريد لها أن تشكل من جديد وبصورة تختلف عما كانت عليه في ظل النظام الاشتراكي ، لذلك سن المشرع الجزائري قانون يعنى بتنظيم حرية المنافسة ، وتضمن مجموعة من الضمانات التي تكرس لحرية المنافسة وتنظيمها ، حيث سنعالج هذه الضمانات عبر عدة مطالب .

المطلب الأول: إصدار قانون المنافسة

إن قانون المنافسة يمكن قبل كل شيء إدراكه كنظام قانوني للممارسة الحرة للمنافسة ، والتي هي عبارة عن تسابق بين الفاعلين الاقتصاديين من أجل تحقيق أقصى ما يمكن من النفع ، أو من أجل الوصول إلى أحسن نمو لعدلات رقم الأعمال لتدبير الموارد البشرية والمساهمة في النمو الاقتصادي والاجتماعي للدولة⁽²⁾ ، وذلك عن طريق اختيار ذكي للوسائل المساعدة على تجاوز المنافسين ، والتي يجب أن تكون مشروعة في إطار احترام النظام العام والأخلاق العامة للتجارة ، رغم أنه يصعب حصر الوسائل والطرق المشروعة للمنافسة .

إن حرية المنافسة دخلت مرحلة جديدة بصدور قانون المنافسة رقم 03-03 المعدل والمتمم والساري المفعول إلى غاية اليوم ، وقد ألغى القانون كل القوانين السابقة المتعلقة بالمنافسة ، وكان الهدف إحلال قانون

¹ - انظر في ذلك القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (ج.ر عدد 41 المؤرخ في 27 يونيو 2004). معدل ومتمم بالقانون رقم 06-10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. (ج ر رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

² - الجليلي أمزيد: الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ، العدد 79 سنة 2008 ، ص 15.

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: "ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري "

موحد وكامل ينظم حرية المنافسة بدل تبعثر نصوص المنافسة عبر عدة قوانين. وأصبح بالإمكان تنظيم حرية المنافسة بحيث أمكن التوفيق بين مبدأ الحرية ومبدأ المسؤولية في هذا القانون.

وما أحوج الجزائر إلى مثل هذا القانون لتنظيم مثل هذه الحريات وفق قواعد وأسس قانونية واضحة ويتم فيه بيان حقوق وواجبات المتنافسين، و يرسم طريقا واضح المعالم لممارسة حرية المنافسة بعيدا عن محظورات المنافسة والتزاما بقواعد المسؤولية من جرائم المنافسة ، ويعد إصدار مثل هذا القانون من أهم الضمانات المطلوبة لإرساء دعائم منافسة حرة.

المطلب الثاني: إحداه المجلس الوطني للمنافسة

إلى جانب إصدار قانون للمنافسة ، فإن إحداه مجلس وطني للمنافسة⁽¹⁾ يشكل ضمانا أخرى من الضمانات القانونية لتكريس حرية المنافسة ، أي عدم ارتباط المنافسة بأجهزة الدولة وتحريرها بكل أجهزة الرقابة السابقة ، ولذلك يعتبر المجلس جهازا محترف يرعى شؤون المنافسة والذي يشابه إلى حد بعيد مجلس المنافسة الفرنسي.

أما مظاهر استقلال أعضاء المجلس ، يتمثل في تعارض ممارسة وظيفتهم مع أي تمثيل نيابي أو وظيفة عامة أو أي نشاط مهني ، ويحضر عليهم الاحتفاظ بأي منفعة أو مصلحة في المشروعات الاقتصادية. وأي مخالفة لهذه المحظورات يستتبع قانون المنافسة عن إقالة العضو المخالف بقرار يصدر عن المجلس.

هذا وتتمثل اختصاصات المجلس حسب قانون المنافسة في ما يلي:

الفرع الأول: الاختصاص الاستشاري

يبدى مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة لها علاقة بالمنافسة متى طلبت منه الأشخاص المذكورة في المادة 35 من قانون المنافسة السالف الذكر ، كما تنص المادة من ذات القانون على أنه: "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة..." ، حيث تكون في هذه الحالة الاستشارة اختيارية من الهيئة التشريعية حول أي مشروع قانون أو مسألة لها ارتباط بالمنافسة ، أما المادة 38 منه فقد سمحت للهيئات القضائية باستشارة المجلس في أي قضية متصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة ، عموما يمكن استشارة مجلس المنافسة كل من المصالح التابعة لرئاسة الحكومة وكذا والوزارات وكذا البلديات والمؤسسات الاقتصادية كالبنوك سواء كانت من القطاع العام والقطاع الخاص.

¹ - لقد تم منح مجلس المنافسة الشخصية القانونية والاستقلال المالي بموجب المادة 23 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة. ليدخل المجلس ضمن السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر ، وفي هذا تعبير عن الوجه الجديد لدور الدولة في ضبط القطاع الاقتصادي.

الفرع الثاني: منح التراخيص

يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ القرارات وإبداء الرأي حول جميع المسائل التي تدخل ضمن اختصاصه، سواء كان ذلك بمبادرة منه عن طريق التدخل التلقائي La saisine d'office أو كلما طلب منه ذلك من طرف الأشخاص المؤهلة لذلك قانوناً⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك، أنه يملك حق إصدار مقررات و أوامر مؤقتة، تهدف إلى وضع حد لبعض الممارسات غير التنافسية. و الحق في التدخل الذي يملكه رئيس الحكومة في ما يتعلق بالترخيص لعملية التجميع في حالة صدور قرار بالرفض من مجلس المنافسة⁽²⁾.

الفرع الثالث: سلطة الرقابة

لقد عهد لمجلس المنافسة سلطة مراقبة القطاع العام والخاص في مجال المنافسة فيما يتعلق باحترامها للالتزاماتهما، خاصة فيمواد حماية النظام العام الاقتصادي وحماية المستهلك عن طريق حسن تنظيم ومراقبة وردع كل الأنشطة التي تدخل في مجالها، وهو ما يسمح بالتالي بتحقيق الفاعلية وهو ما جسده القانون نظريا عندنا من خلال منحه اختصاصات متعددة ومتنوعة.

المطلب الثالث: تنظيم أحكام تحريم الأفعال الهامة بالمنافسة

يشكل الاعتداء على المنافسة ارتكاب جرائم مختلفة، وهي جرائم تسيء إلى حرية المنافسة لما فيه من أضرار للاقتصاد الوطني وللمستهلكين، مما دفع بالمشروع إلى حماية تلك الحقوق والمصالح وتجريم تلك الممارسات.

ولجرائم المنافسة بعض الأحكام الخاصة التي تميزها عن غيرها من الجرائم العادية، حيث سنقوم بدراسة هذه الأحكام وتحديد موقف القانون والفقهاء منها.

الفرع الأول: المسؤولية المفترضة في جرائم المنافسة المضرة بالمستهلك

أن مجرد ارتكاب العون الاقتصادي للفعل المادي المنصوص على تجريمه، يعتبر قرينة على ارتكاب الفعل من جانبه، لهذا نجد أن المشراع بهذا الصدد أعطى للمحاضر التي يحررها أعوان المراقبة و وقع الغش قوة ثبوتية قاطعة، بحيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، و من ناحية أخرى قد يفترض المشراع العلم

¹- أنظر نص المادة 34 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

²- تنص المادة 21 من قانون المنافسة على ما يلي: "يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع".

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: "ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري"

بالواقعة الإجرامية⁽¹⁾، ككون العون الاقتصادي حرفيا مثلا، فيفترض معرفته بطبيعة منتجاته وحالتها وصلاحياتها.

إلا انه من جهة أخرى ، في هذا مساس بمبدأ دستورية القوانين ، وخاصة قرينة البراءة ، كما أنه ينقص من حضور العون الاقتصادي في محاكمة عادلة ، باعتبار أن محاضر أعوان الرقابة تضع العون الاقتصادي في موضع النيابة العامة بتحميله عبء الإثبات ، دون أن تكون له الوسائل المتاحة لهذه الأخيرة ، لهذا كان من الضروري على الأقل السماح للعون الاقتصادي بإحضار محاميه أو المحضر القضائي لحضور عملية الرقابة⁽²⁾ ، مع الإبقاء على السلطة التقديرية للقضاء.

الفرع الثاني: إمكانية تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر

حيث أن المادة 48 من الأمر رقم 03/03 نصت على أنه: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة ، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر ، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به" ، ومنه في حالة وجود جريمة وطبقا للتشريع المعمول به يمكن للطرف المتضرر ، أن يحرك الدعوى العمومية بواسطة شكوى مرفقة بإدعاء مدني⁽³⁾ ، وذلك طبقا لنص المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثالث: إلغاء عقوبة الحبس في الجرائم الماسة بحرية المنافسة

استنادا إلى نص المادة 57 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، فإنه: " يعاقب بغرامة قدرها (2.000.000 د ج) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر"⁽⁴⁾ ، وبذلك يكون المشرع قد أزال التجريم و العقاب على الممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة في المواد 06 و07 و10 و11 و12 من الأمر رقم 03/03 وأبقى فقط على الغرامات المالية التي يتولى مجلس المنافسة تطبيقها ، الأمر الذي يجعل الإحالة على وكيل الجمهورية في هذه الحالات

¹ - عادل عميرات ، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2015-2016 ، ص 264.

² - عادل عميرات ، نفس المرجع ، ص 265.

³ - عيساوي محمد ، القانون الجزائري للمنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر 2005 ، ص 129.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أن القانون القديم رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة الملقى ، قد خول القاضي الجزائي الاختصاص في الفصل في القضايا المرفوعة إليه وتوقيع عقوبات جزائية سالبة للحرية وأخرى عقوبات مالية. وللمزيد من التفصيل انظر:

ZOUAIMIA (R.), Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'Exemple du secteur financier, OPU, Alger, 2010, P. 08.

⁵ - أنظر المادة 14 من الأمر رقم 03/03 ، المرجع السابق.

د. سبتي عبد القادر ، مقال بعنوان: " ضمانات حرية المنافسة في القانون الجزائري "

مستبعد ، إلا عندما يقرر مجلس المنافسة عدم الاختصاص. وهذا استجابة إلى ميكانزمات اقتصاد السوق. كما أن عقوبة الغرامة أكثر ردا خاصة إذا كانت مبلغها كبير.

الخاتمة:

نخلص في الأخير إلى أن المشرع الجزائري يريد أن يتخذ المنافسة وسيلة من أجل الوصول إلى تحقيق التقدم والانتعاش الاقتصادي وحماية المستهلك ، كما أن حرية المنافسة لا تمنح من طرف الدولة ، وإنما يكسبها الشخص بولادته وتنتهي بوفاته ولذلك تحتاج هذه الحرية إلى قواعد قانونية لممارستها ، أي لا بد أن تكون هذه الحرية مسؤولة وتوافق والقانون.

- حرية المنافسة التي تمارس حاليا في الجزائر هي حرية واقعية اكتسبها الأشخاص في ظل اقتصاد السوق ، وهم الآن يتطلعون أكثر لترقية حرية المنافسة بما يتماشى مع ما وصلت إليه الدول المتقدمة في هذا المجال .
- لكي نكرس حرية المنافسة لأبد من تفعيل عمليات الضبط المستقل عن الحكومة ، والذي يمارس من طرف المجلس الوطني للمنافسة والذي يعبر عن الوجه الجديد لدور الدولة.
- يمكن للحكومة التدخل تلقائياً والترخيص بالتجميع دون أي اعتبار لمجلس المنافسة ، وهذا ما يجعل الطابع الاستقلالي له بمجرد فكرة خيالية.

الاقتراحات:

- العمل على توفير بيئة تنافسية تستجيب إلى المعايير الاقتصادية الدولية.
- لتدعيم حرية المنافسة نقترح النص على حقوق العون الاقتصادي وعلى رأسها الحق في المنافسة والإنتاج وعدم التعرض للمصادرة وحق الحصول على المعلومات.
- كما نقترح النص في قانون المنافسة على تنظيم أحكام جرائم المنافسة أكثر ، مع وضع كل الضمانات للأعوان الاقتصاديين لممارسة أعمالهم بكل حرية ، ومنها عدم تقييد حريتهم ، التقليل من أثار المسؤولية المفترضة لمسيري المؤسسات ، إلغاء عقوبة الحبس وتعويضها بعقوبة الغرامة ، والحق في المحاكمة العادلة.
- يجب تبرير الزيادة في الجزاءات تبريرا واضحا ، بحيث يجب اطلاع الجهات الفاعلة الاقتصادية على المعايير التي يحسب على أساسها مبلغ الغرامة.
- يجب العمل على تفعيل ضمانات حرية المنافسة للزيادة من تنافسية القطاعات الصناعية والخدمية المحلية في مواجهة المنافسة الأجنبية سواء على الصعيد المحلي أو الدولي.
- تعزيز ثقافة المنافسة لدى المستهلك ولدى المؤسسات.
- تحيين قانون المنافسة بما يتماشى وقانون حماية المستهلك وقوانين الملكية الفكرية.
- تمديد مجالات الطعن في قرارات مجلس المنافسة إلى قرارات الترخيص من أجل ضمان تفعيل حرية المنافسة.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

- 01- القانون رقم 01-16 يتعلق بتعديل دستور سنة 1996 ، المؤرخ في 06 مارس 2016 (جريدة رسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016).
- 02- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 يتعلق بالمنافسة معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25-06-2008 المتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية عدد 36 صادر بتاريخ 02-06-2008). و كذلك بالقانون 10-05 الصادر في 15 أوت 2010 ، (جريدة رسمية عدد 10 الصادرة في 18 أوت 2010).
- 03- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (جريدة رسمية عدد 41 المؤرخ في 27 يونيو 2004). معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. (جريدة رسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010).
- 04- الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 ، (الجريدة الرسمية لسنة 2015)، المعدل والمتمم للأمر 66/155 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 05- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، (جريدة رسمية ، العدد 50 ، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015).
- 06- المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 12 ماي 2005 الذي يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعيات الهيمنة على السوق. (جريدة رسمية عدد 35 الصادرة في 18 ماي 2005).

المؤلفات:

- 01- سعدي اوحبيب: القاموس الفقهي ، ج 01 ، ط 02 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا.
- 02- أبو العز علي محمد أحمد: التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي ، ط 01 ، دار النفائس الأردن ، 2008.
- 03- أحمد محرز: الحق في المنافسة المشروعة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2004.
- 04- توفيق محمد عبد المحسن: بحوث التسويق وتحديات المنافسة الدولية ، دار النهضة العربية ، بيروت 2001.
- 05- جلال مسعد: "مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر 2002.
- 06- ساسان رشيد: محاضرات في قانون المنافس الجزائري ، على الرابط التالي:
http://dr.sassane.over-blog.com/article_14/01/2012 consulté le 03/07/2018.
- 07- تيورسي محمد: قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي-دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه ، جامعة تلمسان ، الجزائر 2010-2011.
- 08- الجيلالي أمزيد: الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ، العدد 79 سنة 2008.

- 09- عادل عميرات: المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، الجزائر 2015-2016.
- 10- عيساوي محمد: القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر 2005 .
- 11- ZOUAIMIA (R.), Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'Exemple du secteur financier, OPU, Alger, 2010.
- 12- LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI édition, Alger, 2007.
- 13- Michel Pedamon, droit commercial : commerçant et fond de commerce, concurrence et contrats de commerce, éditions Dalloz, 1994.
- 14-Jean Pierre Casimire et Alain Cauret, droit des affaires, édition Sirey, 1987.
- 15- F.Jenny, « pratiques verticales restrictives, concurrence et effience », cahier de droit de l'entreprise, 1989-4.

النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري Legal system of real estate in Algerian legislation

سفيان ذبيح (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2020/01/03

تاريخ إرسال المقال: 2019/06/11

الملخص:

تتناول هذه الدراسة الموسومة النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري تسليط الضوء على مهنة المرقي العقاري الذي يعد الفاعل الأساسي في قطاع الترقية العقارية ، حيث تكتسي هذه المهنة أهمية بالغة كونها تندرج ضمن قطاع حساس ألا وهو قطاع السكن خاصة في ظل أزمة السكن التي تعيشها البلاد ، هذا وقد حاولنا الإجابة على إشكالية تتمحور حول كيفية تنظيم المقتن الجزائري لمهنة المرقي العقاري وذلك من خلال التطرق للشروط الواجب توفرها في الراغبين أو الممارسين لهذه المهنة إضافة إلى أنواع المرقين العقاريين في التشريع الجزائري (أشخاص طبيعيين ومعنويين)، حيث انتهجنا للإجابة على هذه الإشكالية كلا من المنهجين الوصفي والذي يظهر من خلال عرضنا لمجموعة من المفاهيم الخاصة بمهنة الترقية العقارية، أما التحليلي حيث يتجلى في تحليلنا لمجموعة من النصوص القانونية الخاصة بهذا القطاع.

الكلمات المفتاحية: الترقية العقارية- المرقي العقاري- أنواع المرقي العقاري- شروط المرقي العقاري.

Abstract:

This study examines the legal system of real estate developers in Algerian legislation highlighting the profession of real estate promoter, which is the main player in the real estate promotion sector, where this profession is very important because it falls within the sensitive sector, namely the housing sector, especially in light of the housing crisis experienced by the country, We have tried to answer the problem of how to organize the Algerian standard of the profession of the real estate developer by addressing the conditions that must be provided by the applicants or practitioners of this profession in addition to the types of real estate agents in Algerian legislation (natural and moral persons) HEJNA to answer this problem both descriptive approaches which shows through our offer to a group of private real estate profession upgrade concepts, the analytical as reflected in our analysis of a set of legal provisions in this sector.

(*) طالب دكتوراه (تخصص قانون خاص)، عضو مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص (جامعة خميس مليانة): s.debih@univ-dbk.mz



Key words: REAL ESTATE PROMOTION - REAL ESTATE BROKER - REAL ESTATE DEVELOPERS - REAL ESTATE PROMOTER CONDITIONS.

مقدمة:

تنطوي مهنة المرقي العقاري على أهمية بالغة كونها تندرج ضمن قطاع أساسي وحساس لدى جميع الدول ألا وهو قطاع السكن حيث يحظى هذا القطاع باهتمام و ينطوي على خصوصية بالغة سواء من قبل المواطنين أو من قبل الدولة الجزائرية هاته الأخيرة سعت للنهوض بهذا القطاع ورصدت لذلك أغلفة مالية ضخمة إضافة إلى سن مجموعة من القوانين في محاولة منها لتنظيم القطاع و القضاء على أزمة السكن ، فالجزائر عانت من أزمة حادة منذ السبعينات في بداية ما يعرف بالانفجار الديموغرافي ، حيث كانت الدولة في البداية في ظل النظام الاشتراكي هي المهيمنة على القطاع وبعد التحول إلى النظام الرأسمالي فتحت الدولة الباب أمام الخواص لخوض غمار الترقية العقارية ومساعدتها على إيجاد حلول لأزمة السكن التي باتت تعيشها البلاد ، لكنها لم تنسحب كلياً منه بل استمرت في سعيها لإيجاد حلول خاصة وأن الباب لم يفتح بصورة كلية في هذا المجال بل نجد أن الدولة الجزائرية قامت بإنشاء دواوين خاصة بالترقية العقارية ، (مرقي العقاري عام) إلى جانب المرقي العقاري الخاص (الشخص الطبيعي أو المعنوي) و الذي يشترط فيه توافر مواصفات وشروط معينة حتى يتمكن من ممارسة هذه المهنة بصفة نظامية وفق ما يشترطه القانون ، وقد حاولنا في بحثنا هذا الإجابة على إشكالية فحواها:

كيف نظم المشرع الجزائري مهنة الترقية العقارية؟ وما هي الشروط التي استوجبها لممارسة هذه المهنة؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا بحثنا هذا إلى محورين اثنين ، تطرقنا في الأول إلى الشروط الواجب توافرها في ممارسة مهنة الترقية العقارية سواء في الشخص الطبيعي أو المعنوي وذلك بعد تحديد مفهوم من الترقية العقارية وفق التشريع الجزائري الخاص بها ، أما المحور الثاني فقد تناولنا فيه أنواع المرقي العقاري والمتمثل في كل من المرقي العقاري العام (التابع للدولة) والمتمثل في الدواوين الخاصة بالترقية العقارية وكذا النوع الثاني ألا وهو المرقي العقاري الخاص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، حيث اعتمدنا في بحثنا هذا على كل من المنهجين الوصفي والتحليلي ، وفيما يلي عرض لخطة البحث:

2- مفهوم الترقية العقارية والشروط الواجب توافرها في المرقي العقاري

1.2- مفهوم الترقية العقارية

1.1.2- تعريف الترقية العقارية في التشريع الجزائري

1.1.1.2- تعريف الترقية العقارية وفق القانون رقم (86-07) المتعلق بالترقية العقارية:

نصت المادة الثانية (2) من قانون (86-07) المتعلق بالترقية العقارية على أن تستهدف الترقية العقارية تطوير الأملاك العقارية الوطنية ، وتمثل هذه الترقية التي تكيف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال

¹- القانون رقم 86-07 مؤرخ في 04-03-1986 ، المتعلق بالترقية العقارية ، ج ر ج د ش العدد 10 ، مؤرخة في 5/3/1986 ، ملفى بموجب المرسوم التشريعي 93-03.

السكن في بناء العمارات أو مجموعات العمارات التي تستعمل أساسا للسكن ، كما تشمل بصفة ثانوية محلات ذات طابع مهني وتجاري تقام على أراضي خاصة أو مقتنيات عقارية أو مهنية أو واقعة ضمن الأنسجة الحضارية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة و التجديد ، كما يمكن أن تخصص العمارات أو مجموعات العمارات المبنية في هذا الإطار لسد الحاجات العائلية الذاتية ، أو للبيع أو الإيجار ، وذلك في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها في ظل هذا القانون ، حيث نجد أن المشرع هنا عرف الترقية العقارية استنادا إلى الغرض منها .

2.1.1.2- تعريف الترقية العقارية وفق المرسوم التشريعي رقم (93-03)² المتعلق بالنشاط العقاري :

عُرِّفَت الترقية العقارية في ظل هذا المرسوم على أنها نشاط عقاري يشمل مجموعة الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة ، كما يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية ذات الاستعمال السكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري ، وهنا نجد أن المشرع استعمل مصطلح نشاط عقاري بدل ترقية عقارية هذا في النص العربي ، أما النص الفرنسي فقد استعمل مصطلح *activité de la promotion immobilière*.

3.1.1.2- تعريف الترقية العقارية القانون رقم (11-04) المتعلق بنشاط الترقية العقارية:

عرفتها المادة 3 من القانون رقم 04-11³ على أنها: "مجموعة عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".

2.1.2- تعريف المرقي العقاري:

1.2.1.2- المرقي العقاري قبل صدور القانون رقم (11-04) المتعلق بنشاط الترقية العقارية:

1.1.2.1.2- المرقي العقاري وفق (القانون رقم 86-07):

أطلق عليه المشرع في ظل القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية " تسمية مكتب "

2.1.2.1.2- المرقي العقاري وفق (المرسوم التشريعي رقم 93-03):

أطلق عليه المشرع الجزائري تسمية "متعامل في الترقية العقارية" و ذلك بموجب المادة الثالثة (3) من هذا المرسوم .

3.1.2.1.2- المرقي العقاري وفق المرسوم التنفيذي رقم (01-105)⁴:

هذا المرسوم يحدد شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك أطلق عليه المشرع تسمية "متعهد في الترقية العقارية".

2.2.1.2- تعريف المرقي العقاري وفق القانون رقم (11-04) المتعلق بنشاط الترقية العقارية:

²- المرسوم التشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 03/3/1993 ، المتعلق بالنشاط العقاري ، والملغى بموجب القانون رقم 11-04.

³- القانون رقم 11-04 مؤرخ في 02/02/2011 ، المتعلق بنشاط الترقية العقارية ، ج ر ج د ش العدد 14 مؤرخة في 06/3/2011.

⁴- المرسوم التنفيذي رقم 01-105 مؤرخ في 23/04/2001 ، المحدد لكفاءات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار ، المعدل والمتمم ، ج ر ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/4/2001.

وهو القانون ساري المفعول حاليا الذي جاء بتسمية المرقي العقاري وأعطاه تعريفا في المادة 3 منه حيث جاء فيها أنه: "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات ، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

2.2- شروط ممارسة مهنة المرقي العقاري:

1.2.2- اكتساب صفة التاجر:

نصت على هذا الشرط المادة 4 من القانون رقم 11-04 في فقرتها الأولى ، حيث جاء فيها ما يلي: "يرخص للمرقيين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية "، وبالتالي إضفاء الطابع التجاري على الأعمال المتعلقة بالترقية العقارية ، وهذا وقد اشترط المشرع الجزائري لمنح الاعتماد بالنسبة للشخص الطبيعي أن يكون عمره 25 سنة على الأقل وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم (12-84)⁵ الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين ، ويكون بهذا الشرط قد خرج على القواعد العامة ولعل الهدف من ذلك هو ضمان التسيير الحسن للمشاريع العقارية التي تتطلب وعي كبير وخبرة عالية⁶.

2.2.2- التسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين و الحصول على الاعتماد:

حيث نصت المادة 4 من القانون رقم 11-04 في فقرتها الثانية على ما يلي:

"لا يمكن أن يدعي صفة المرقي العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلا في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين حسب الشروط و الكفاءات المحددة في هذا القانون" ، و عليه يجب على المرقي العقاري أن يتحصل على الاعتماد لممارسة المهنة ، وقد اعتبر المشرع في المادة 23 من القانون رقم 11-04 منح الاعتماد بمثابة رخصة لممارسة مهنة المرقي العقاري ، حيث يتطلب منح الاعتماد أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين وذلك مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية والإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول على الاعتماد⁷.

هذا ويتوجب للحصول على الاعتماد وتسليمه للمرقي العقاري توافر شروط معينة ، إضافة إلى ترتب جزاءات في حالة التنازل عنه أو تحويله ، وستنطبق فيما يلي إلى شروط الحصول على الاعتماد والجزاء المترتب على التنازل عنه أو تحويله:

⁵ -المرسوم التنفيذي رقم 12-84 مؤرخ في 20/02/2012 ، المحدد لكيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين ، ج ر ج د ش العدد 11 مؤرخة في 26/2/2012 ، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 13-96 ، ج ر ج د ش العدد 13 مؤرخة في 26/02/2013م.

⁶ - أومحمد حياة ، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11-04 ، مذكرة ماجستير ، تخصص (قانون العقود) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 26/02/2015 ، ص33.

⁷ - انظر المادة 23 من القانون رقم 11-04 سالف الذكر .

1.2.2.2- شروط الحصول على الاعتماد وكيفية تسليمه:

1.1.2.2.2- شروط الحصول على الاعتماد :

بالرجوع للمادة 21 من القانون رقم 04-11 نجد أنها اشترطت على المرقي الذي يلتمس الاعتماد أن يتمتع بحقوقه المدنية كاملة ، وذلك بغض النظر عن المخالفات الواردة في المادة 20 من القانون ذاته ، وأحالت كيفية منح الاعتماد على التنظيم في فقرتها الثانية.

1.2.2.2.2- 2- تسليم الاعتماد:

يتم تسليم الاعتماد من طرف الوزير المكلف بالسكن بعد موافقة لجنة اعتماد للترقية العقارية ، حيث تتكون هذه اللجنة حسب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 84-12 من :

- ممثل عن الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية ،

- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية ،

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ،

- المدير العام لصندوق الضمان الاجتماعي والكفالة المتبادلة للترقية العقارية أو مثله .

ويؤدي كل سحب للاعتماد من المرقي العقاري حسب المادة 57 من القانون رقم 04-11 إلى حلول صندوق الضمان قانونا محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البناء بموجب التزام مرقي عقاري آخر على حساب المرقي الأصلي وبدلا عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة ، حيث يمنع على كل مقتن من مواصلة إتمام إنجاز البناء بدلا من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد ، وقد أحالت الفقرة الثالثة من المادة إلى التنظيم إذا اقتضت الضرورة تطبيقها⁸.

ويترتب على سحب الاعتماد من المرقي العقاري شطبه من صندوق الضمان بحسب الفقرة الثانية من المادة 58.

1.2.2.2.3- الجزء المترتب على التنازل عن الاعتماد أو تحويله:

حيث لا يجوز للمرقي العقاري التنازل عن اعتماده أو تحويله لأي سبب من الأسباب حسب المادتين 26 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي لمهنة المرقي العقاري ، و المادة 22 من القانون رقم 11 04- والتي نصت على أنه لا يجوز للمرقي العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله ويؤدي كل تغيير الشكل والتسمية وعنوان الشركة خلال نشاطه وكذا تغيير المسير إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون ويفرض ضرورة تجديدها حسب نفس الأشكال والشروط المطلوبة للحصول عليها.

ويعاقب كل شخص يمارس مهنة مرقي عقاري بدون اعتماد طبقا لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁸- انظر المادة 57 من القانون رقم 04-11 سالف الذكر .

2.2. 3- الاحتراف والقدرة المالية:

حيث ورد هذا الشرط في المادة 12 من القانون رقم 04-11 والذي في حقيقة الأمر هو عبارة عن شرطين اثنين لكن ارتأينا مسايرة المشرع في طرحه وتثنيتهما معا ، حيث ينتج عن هذا الشرط استبعاد الأشخاص الذين ليست لديهم مؤهلات تقنية في مجال المشاريع العقارية والتي تتطلب مؤهلات تقنية كبيرة ، إضافة إلى الأشخاص الذين ليست لديهم موارد مالية كافية باعتبار مشاريع الترقية العقارية تتطلب سيولة مالية كبيرة . وحسب رأينا فقد أحسن المشرع الجزائري في نصه على هذين الشرطين ، أما الشرط الأول فيمكن للمرقي الاستعانة بأصحاب الخبرات من المحترفين في مجال الترقية العقارية ، أما اشتراطه للموارد المالية الكافية فقد جنب المتطفلين على المهنة من الولوج إليها من جهة ومن جهة أخرى جنب المرقي العقاري اللجوء إلى الاقتراض من البنوك خاصة وأن (المادة 36) من القانون رقم 04-11 تمنع على المرقي العقاري في البيع على التصاميم استعمال القروض المخصصة للبناء باعتبار الأقساط التي يتلقاها من المكتتبين مصدر تمويل أساسي بالنسبة له ، حيث نصت على :

"لا يمكن إبرام عقد البيع على تصاميم المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه عندما يلجأ المرقي العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء " .

وفي جميع الأحوال يمكن للمرقين العقاريين الممارسين نشاطهم قبل سنة 2011م ، حسب المادة 79 من القانون رقم 04-11 مواصلة نشاطهم ويتعين عليهم المطابقة لأحكام هذا القانون في أجل مدته 18 شهرا ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، دائما حسب المادة.

2.2. 3- شرط التأمين:

حيث يعتبر هذا الشرط أساسيا بالنسبة لممارسة مهنة المرقي العقاري وقد رتب المقتن الجزائري جزاءات في حالة مخالفة هذا الشرط من قبل المرقين ، وفيما يلي بيان لكيفية تنظيم المقتن للتأمين في الترقية العقارية والجزاءات المترتبة في حال إخلال المرقي بهذا الشرط.

2.2. 3.1- الانتساب لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

حيث نصت على هذا الشرط المادة 55 من القانون رقم 04-11 حين أوجبت على كل المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين أن ينتسبوا لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب المرسوم التشريعي رقم 01-93 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993 م ، والمتضمن قانون المالية لسنة 1993م ، الذي يدعى في صلب النص " صندوق الضمان " .

حيث توكل إليه مهمة السهر على وضع الضمانات و التأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

ويتعين على المرقي العقاري تسديد اشتراكاته والدفعات الإجبارية الأخرى المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان .

وبالرجوع إلى المادة 49 من القانون رقم 04-11 فقد أوجبت على المرقي العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه ، ويتعين عليه بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائهم الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة والتي يستفيد منها المالكون المتوالون على البناية .

2.2.3- الجزء المترتب على عدم التأمين :

حيث نصت المادة 74 من القانون رقم 04-11 على عقوبة المرقي العقاري غير المكتتب في التأمينات والضمانات المنصوص عليها في أحكام المادة 55 من القانون نفسه والمقدرة من شهر إلى سنتين (2) وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000) دج إلى مليوني دينار (2000.000) دج.

3- أنواع المرقي العقاري في التشريع الجزائري

1.3- المرقي العقاري العام

1.1.3- دور الجماعات المحلية في الترقية العقارية:

حيث تناولنا دور الجماعات المحلية في الترقية العقارية ، لا على اعتبارها مرقي عقاري وإنما للإشارة إلى الدور الذي تلعبه في هذا الميدان ، فقبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03-93 لعبت الجماعات المحلية دورا هاما في ميدان الترقية العقارية إضافة إلى إشرافها من الناحية التقنية على تحضير دفتر الشروط حيث تحدد فيه تركيبة المشروع في جميع النواحي الفنية ، وبعد صدور المرسوم التشريعي وفي ظل القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الذي أضفى الطابع التجاري على نشاطات الترقية العقارية أدى ذلك إلى تراجع دورها في المجال وذلك ببروز مهنيين في الميدان.

إلا أن ذلك لا يمنع من أنها تقوم ببعض العمليات في الترقية العقارية ، فالبليات مثلا تقوم بعمليات الترقية بالتنسيق مع الوكالات المحلية فيما يخص السكنات الاجتماعية التسهيلية دون السكنات الترفوية ، كما تتلقى البلديات من المجلس الشعبي الولائي بغرض تنفيذ مخططاتها السكنية والذي لعب دورا هاما في مجال الترقية العقارية عن طريق المساهمة في عملية البيع بالإيجار وكذا المساهمة في متابعة وتسيير ملفات السكن الريفي المدعم من طرف الصندوق الوطني للسكن⁹.

2.1.3- دواوين الترقية والتسيير العقاري (OPGI)

1.2.1.3- مفهوم الدواوين وطبيعتها القانونية:

1.1.2.1.3- مفهوم الدواوين :

تعتبر دواوين الترقية والتسيير العقاري مؤسسات عمومية وطنية (ذات طابع صناعي وتجاري) وهذا ما نصت عليه المادة 1 من المرسوم رقم 91-147: " تغير دواوين الترقية والتسيير العقاري القائمة عند تاريخ سريان مفعول هذا المرسوم والمدرجة في القائمة الملحقة في طبيعتها القانونية إلى مؤسسات عمومية وطنية ذات

⁹- بوسنة إيمان ، النظام القانوني للترقية العقارية ، دراسة تحليلية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011، ص 60، (نقلا عن أو محمد حياة ، المرجع السابق) ، ص 30.

طابع صناعي وتجاري"¹⁰ ، وتنافس الدواوين نشاطها في كامل التراب الوطني وتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي وتخضع لقواعد القانون التجاري حسب المادة 2 من المرسوم ذاته (91-147) من حيث القيد في السجل التجاري وحرية الإثبات وشهر الإفلاس ، وقد عدل المرسوم التنفيذي رقم 91-147 بالمرسوم التشريعي 93-03 في بعض مواده .

3.1.2.1-2- الطبيعة القانونية للدواوين :

اختلفت الطبيعة القانونية للدواوين باختلاف القوانين التي نظمها ففي ظل الأمر رقم 74-63 المؤرخ في 10-06-1974 م¹¹ ، حيث اعتبرها المشرع مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لها شخصية معنوية واستقلال مالي وتنافس نشاطها تحت وصاية الوالي . وقد أُلغِيَ هذا الأمر بموجب الأمر رقم 76-93¹² المؤرخ في 23-10-1976 م ، المتضمن شروط إحداث وتنظيم مكاتب الترقية والتسيير العقاري للولاية حيث اعتبر الدواوين مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي .

وبالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 91-147 فنجد أنه قد اعتبرها مؤسسات عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري¹³ .

وبصفة عامة تعتبر الدواوين أشخاصا "اعتبارية ذات طبيعة مختلطة" بحيث تخضع في نشأتها للتنظيم وهذا الجانب يلحقها "بالقانون العام" ، أما في "علاقاتها مع الغير فتخضع للقانون الخاص" ، ومنذ تأسيسها كانت صلاحياتها الأساسية تتعلق خاصة بتسيير المحلات ذات الطابع السكني ثم أصبحت تقوم بصفة رئيسية بانجاز العقارات المخصصة للسكن والموجهة للإيجار ، وفي إطار السياسة الاجتماعية للدولة أصبحت مهامها تتمثل في ترقية المرفق العمومي في ميدان السكن لاسيما بالنسبة للفئات الأكثر حرمانا وتكلف على سبيل التبعية بالترقية العقارية المبنية وفي الإنابة عن أي متعامل في الإشراف على المشاريع المسندة إليها والترقية غير المبنية وعمليات تأدية الخدمات قصد ضمان ترميم الأملاك العقارية وإعادة الاعتبار لها وصيانتها ، الملاحظ أن أعمال الترقية العقارية جاءت ضمن المهام الثانوية التي تكون على سبيل التبعية والمفروض أن تكون رئيسية

¹⁰ -المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12/5/1991 ، المتضمن تفسير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية للترقية والتسيير العقاري وتحديد كفاءات ذلك وتنظيم عملها ، ج ر ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/05/1991 .

¹¹ -الأمر رقم 74-63 المؤرخ في 10-06-1974 م ، المتضمن إنشاء وتحديد القانون الأساسي لدواوين الترقية والتسيير العقاري ، ج ر ج د ش العدد 49 مؤرخة في 18/06/1974 .

¹² - الأمر رقم 76-93 مؤرخ في 23/10/1976 م ، المتضمن شروط إحداث وتنظيم وسير دواوين الترقية والتسيير العقاري للولاية ، ج ر ج د ش عدد 12 مؤرخة في 9/2/1977 ، ص 229 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 82-502 المؤرخ في 1982 ، ج ر عدد 55 ، مؤرخة في 25/12/1982 .

¹³ -أومحمد حياة ، المرجع السابق ، ص 39 .

وإلا انحرفت عن الهدف الأساسي من إنشائها ، فإذا طغت أعمال التسيير والإدارة على نشاطات الترقية العقارية وجب تعديل التسمية إلى ديوان التسيير العقاري وترقيته¹⁴.

3.1.2.1.3-3 نشاطات الدواوين :

تنشط في إطار تجسيد سياسة ترقية الخدمة العمومية في ميدان السكن خاصة للفئات الاجتماعية الأكثر حرمانا ، حيث تتكفل على سبيل التبعية بترقية البناءات والإنابة عن أي متعامل في الإشراف على المشاريع و العمل على ترميم وصيانة الأملاك العقارية لإعادة الاعتبار لها ، كما تنشط في إيجار السكنات والمحلات ذات الاستعمال المهني التجاري والحرفي إضافة إلى جرد العمارات المكونة للحظيرة العقارية التي تسييرها ، إضافة إلى مراقبة النظام القانوني لشاغلي الشقق والمحلات الكائنة بهذه العمارات وكذا ضمان تنفيذ الأعمال من تنظيم و تنسيق ومتابعة ومراقبة لعمليات انجاز السكنات¹⁵.

3.1.3- المؤسسة الوطنية للترقية العقارية (EPLI)

1.3.1.3-1- تعريفها :

هي عبارة عن مؤسسة عمومية اقتصادية أنشأت من طرف شركة تسيير مساهمات الدولة خلفا لمؤسسة ترقية السكن العائلي (EPLF) التي تم حلها ، حيث تأخذ على عاتقها طلبات السكن للمواطنين ذوي الدخل المتوسط أقل أو يساوي 80 ألف دينار الذين لا تتوفر فيهم شروط السكن الاجتماعي التساهمي¹⁶.

2.3.1.3-2- اختصاصاتها:

تختص المؤسسة الوطنية للترقية العقارية (EPLI) فيما يلي:

- اقتناء أراضي الوعاء بغرض الشروع في أي عملية من شأنها المساهمة في تصميم وتمويل وانجاز مجموعات عقارية مثل: عقارات السكن الجماعي والفردى أو المحلات ذات الاستعمال المهني والتجاري.
- اقتناء أراضي الوعاء بغرض انجاز برامج تخصيص مجهزة بالمنافع العامة وتخصيص قطع للبيع إضافة إلى اقتنائها قصد إعادة تأهيلها وترميمها وإعادة هيكلتها على أن تكون مخصصة للبيع ، ناهيك عن تسيير مجموعات عقارية وتقديم الاستشارة و المساعدة في الميدان .
- تسيير الأملاك العقارية وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة سواء كان ذلك لصالحها أو لصالح الغير¹⁷.

¹⁴- مسكر سهام ، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية ، أطروحة دكتوراه ، تخصص قانون عقاري وزراعي كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة ، 2016/2015 ، ص 39.

¹⁵- عرباي باي يزيد ، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر ، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم القانونية ، جامعة باتنة ، 2010/2009 ، ص 29.

¹⁶- أو محمد حياة ، المرجع السابق ، ص 30.

¹⁷- عرباي باي يزيد ، المرجع السابق ، ص 30.

4. 1.3- الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL)

1. 4. 1.3- مفهوم الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL) وطبيعتها القانونية:

تم استحداث الوكالة الوطنية (AADL) بموجب المرسوم رقم 91-148 المؤرخ في 12 ماي 1991 كمؤسسة وطنية مكلفة بإنجاز عمليات السكن في إطار الترقية العقارية ، حيث تخضع في علاقاتها مع الغير إلى أحكام "القانون التجاري" طبقا (للمادة 5) من المرسوم 91-148¹⁸.

أما بخصوص "مهامها" فقد خول لها المرسوم سالف الذكر بموجب (المادة 2 منه) انجاز عمليات الترقية العقارية من خلال (انجاز أو تجديد الأملاك العقارية)، إضافة إلى أملاك أخرى ومنها :

- ترويج وتطوير السوق العقارية في الجزائر وترقيتها.

تأطير وتنشيط الأعمال التالية:

- القضاء على السكن غير الصحي ،

- تجديد وترميم الأنسجة العمرانية القديمة ،

- تغيير البيئة الحضرية ،

- إنشاء مدن جديدة ،

- إعداد أساليب مستحدثة من خلال برنامج عملها وتعميمها قصد تطويرها ،

- تصور المعلومات ونشرها على نطاق واسع باتجاه العاملين في السوق العقارية: (مقاولين ، مواطنين ، المؤسسات المالية ، السلطات العمومية ، منتجي مواد البناء ، مكاتب الدراسات ، مؤسسات الانجاز...الخ)¹⁹.

3. 2- المرفي العقاري الخاص

3. 2. 1- ظهور المرفي العقاري الخاص:

ظهر المرفي العقاري الخاص لأول مرة في الجزائر بصدور الأمر 76-92²⁰ المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 م ، والمتعلق بتنظيم التعاون العقاري في صورة تعاونيات عقارية ، وهي عبارة عن شركات مدنية هدفها الأساسي الحصول على ملكية السكن العائلي وهذا حسب (المادة 2) من هذا المرسوم.

وبصدور قانون رقم 86-07²¹ المتعلق بالترقية العقارية وجب في ظلّه على المكنتب (المرفي العقاري آنذاك) القيام بإنجاز عمليات الترقية سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص بحسب المادة الثامنة منه²².

¹⁸ - المرسوم التنفيذي رقم 91-148 مؤرخ في 12/05/1991 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره ، ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/05/1991.

¹⁹ - أو محمد حياة ، المرجع السابق ، ص 41.

²⁰ -الأمر رقم 76-92 مؤرخ في 23/10/1976 ، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري ، ج د ش العدد 12 ، مؤرخة في 1976/02/10م.

²¹ -القانون رقم 86-07 سالف الذكر.

²² -عربي باي يزيد، المرجع السابق ، ص 35.

أما في إطار المرسوم التشريعي رقم 03-93²³ فقد ظهر المرقي العقاري الخاص وهو شخص طبيعي أو معنوي ، ثم جاء القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية واعتبر المشرع كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء المشاريع الجديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات وذلك بحسب (المادة 3) من هذا القانون .

3.2.2- المرقي العقاري الخاص بشخص طبيعي:

حيث أن الأشخاص الطبيعيين تخصص أعمالهم في إطار الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة مما يجعلهم يخضعون للقانون المدني ، و يجب أن تتوفر فيهم شروط حتى يمكنهم القيام بأعمال الترقية العقارية ، فبغض النظر عن الشروط الواردة في القانون رقم 11-04 هناك شروط خاصة بالمرقي العقاري الخاص (الشخص الطبيعي) نصت عليها (المادة 6) من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 تتمثل في:

- أن يكون عمره 25 سنة على الأقل .
- أن يكون جزائري الجنسية .
- أن يقدم ضمانات حسن السلوك .
- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز المشاريع وفق النموذج الملحق بالقرار الوزاري المشترك المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقي العقاري .
- تبرير الكفاءات المهنية المرتبطة بالنشاط المتوفر لديه .
- اكتتاب عقد تأمين ضد العواقب المالية والمسؤولية المدنية والمهنية لنشاطاته .
- إثبات كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط ، ويقصد بها الشهادات العليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقي العقاري .
- عندما لا يستوفي الطالب الشروط المتعلقة بالكفاءات المهنية فإنه يتعين عليه أن يثبت الاستعانة بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط .

3.2.3- المرقي العقاري الخاص بشخص معنوي

3.2.3.1- تعريف المرقي العقاري الخاص بالشخص المعنوي:

قد يكون في شكل شخص واحد في إطار شركة ذات الشخص الوحيد (EURL) أو في شكل أشخاص متعددة في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة (SARL) أو في شكل شركة توصية أو شركة مساهمة (SPA) وهي تأخذ شكل شركات تجارية منشأة بموجب عقد توثيقي وفقا للمادة 324 مكررا 1قرة 2 من القانون المدني .

3.2.3.2- شروط المرقي العقاري الخاص بالشخص المعنوي:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري ،
- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية ،

²³ -المرسوم التشريعي رقم 03-93 سالف الذكر .

سفيان ذبيح ، مقال بعنوان: " النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري "

- أن يقدم المالك أو الملاك ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو ممارسة أحد موانع الممارسة المنصوص عليها في المادة 20 من القانون رقم 11-04 .

* كما يجب أن تتوفر في المسير المتعلقة بحسن السلوك والكفاءات المهنية الخاصة بالشخص الطبيعي .
* إضافة إلى ذلك نصت (المادة 7) من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 أنه يجب أن تتوفر لدى طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري محلات ذات استعمال تجاري تسمح بممارسة لائقة ومعقولة للمهنة وتكون مجهزة بوسائل الاتصال .

أما المادة 28 من المرسوم ذاته فقد جاء فيها أنه يمكن للمرقيين العقاريين الممارسين للنشاط عند نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية والذين يثبتون (5 سنوات) من النشاط مع انجازهم الفعلي لمشاريع عقارية طلب الحصول على الاعتماد بصفة مرقي عقاري ،وأضافت المادة أنه بالنسبة للذين يمارسون نشاطهم ولا تتوفر فيهم الشروط فإنه يمكن لهم طلب الاعتماد شرط إثبات استعانتهم بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في (المادة 6) من المرسوم ذاته .

خاتمة :

سعت الدولة الجزائرية للنهوض بقطاع السكن وتطويره والقضاء على الأزمة الحادة التي عاشتها وتعيشها البلاد ، حيث سنت في سبيل تحقيق ذلك عدة قوانين وذلك في محاولة منها لحل هاته الأزمة خاصة في ميدان الترقية العقارية حيث أن الدارس لها يلاحظ تلك الترسنة القانونية التي سنت في سبيل النهوض بقطاع السكن إلا أنه لا يزال يعاني نظرا لبعض المشاكل المتمثلة أساسا في نقص الرقابة والجديّة من جهة ومن جهة أخرى الصرامة في تطبيق القانون ، فالرقي بقطاع السكن والنهوض به يتطلب الجديّة والصرامة معا ، فالعمران بالنسبة لأي دولة يعتبر مقياسا للتقدم والتحضّر إضافة إلى كونه أنه يشكل الوجه العام للدولة ، فقطاع السكن يعتبر من القطاعات الحساسة حيث أن السكن إضافة إلى كونه حق من حقوق المواطنين كفله الدستور هو كذلك معيار أساسي من معايير الاستقرار السياسي بالنسبة للدول ، والمرقي العقاري كونه أحد الفاعلين الرئيسيين في هذا القطاع لم يحظى بالاهتمام المطلوب من قبل المشرع الجزائري لا أدل على ذلك عدم الاستقرار التشريعي إضافة إلى تحكم الدولة في القطاع من خلال الدواوين التي أنشأت خصيصا لهذا الشأن ، لذا توجب على المقتنن الجزائري تعزيز النصوص القانونية بأخرى من شأنها أن تسهم في النهوض بالقطاع ، هذا وقد خرجنا في بحثنا هذا بمجموعة من النتائج نلخصها فيما يلي :

- 1- مرت الترقية العقارية بعدة مراحل ميزها سيطرت الدولة الجزائرية على القطاع ،
- 2- التشريعات والقوانين التي سنت لتنظيم القطاع ميزها التذبذب وعدم الاستقرار ويتجلى ذلك خاصة في التباين بينه في ضبط وتحديد المصطلحات الخاصة بالقطاع ،
- 3- خروج المشرع الجزائري عن القواعد العامة في مسألة السن المسموح بها لممارسة مهنة الترقية العقارية حيث حددها ب25 سنة ، إضافة إلى شرط الجنسية الجزائرية ،
- 4- وضع جدول خاص بالمرقيين العقاريين هو من يمنح الاعتماد لممارسة المهنة حيث يعتبر هذا الاعتماد بمثابة الرخصة للممارستها ،

- 5- رصد المشرع الجزائري لعقوبات للممارسين غير الشرعيين للمهنة ،
6- اشتراط المشرع للاحتراف والقدرة المالية لتحسين القطاع والنهوض به ،
وعلى ضوء هذه النتائج حاولنا إعطاء مجموعة من الاقتراحات تتمثل في:
1- ضرورة الحزم في تطبيق القوانين المنظمة للمهنة و عدم التساهل فيها للنهوض بالقطاع ،
2- ضرورة ضبط النصوص القانونية الخاصة بالمجال ،
3- إعطاء الفرصة أكثر للخوادم في انجاز مشاريع كبرى لتخفيف العبء على الدواوين والوكالات التابعة للدولة ،
4- إبرام شراكات مع شركات أجنبية للاستفادة من التجارب الرائدة في المجال ،

الهوامش:

- 1- القانون رقم 86-07 مؤرخ في 04-03-1986 ، المتعلق بالترقية العقارية ، ج ر ج د ش العدد 10 ، مؤرخة في 03-1986 ، ملغى بموجب المرسوم التشريعي 93-03 .
2 - المرسوم التشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 1/3/1993 ، المتعلق بالنشاط العقاري ، والملغى بموجب القانون رقم 11-04 .
3 - القانون رقم 11-04 مؤرخ في 17/02/2011 ، المتعلق بنشاط الترقية العقارية ، ج ر ج د ش العدد 14 مؤرخة في 06/3/2011 .
4 - المرسوم التنفيذي رقم 01-105 مؤرخ في 23/04/2001 ، المحدد لكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار ، المعدل والمتمم ، ج ر ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/4/2001 .
5 - المرسوم التنفيذي رقم 12-84 مؤرخ في 20/02/2012 ، المحدد لكيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين ، ج ر ج د ش العدد 11 مؤرخة في 26/2/2012 ، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 13-96 ، ج ر ج د ش العدد 13 مؤرخة في 26/02/2013 .
6 - أومحمد حياة ، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11-04 ، مذكرة ماجستير ، تخصص (قانون العقود) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 26/02/2015 ، ص 33 .
7 - انظر المادة 23 من القانون رقم 11-04 سالف الذكر .
8 - انظر المادة 57 من القانون رقم 11-04 سالف الذكر .
9 - بوسته إيمان ، النظام القانوني للترقية العقارية ، دراسة تحليلية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 ، ص 60 ، (نقلا عن أومحمد حياة ، المرجع السابق) ، ص 30 .
10 - المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12/5/1991 ، المتضمن تفسير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية للترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفيات ذلك وتنظيم عملها ، ج ر ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/05/1991 .



- ¹¹ -الأمر رقم 63-74 المؤرخ في 10-06-1974 م ، المتضمن إنشاء وتحديد القانون الأساسي لدواوين الترقية والتسيير العقاري ، ج ر ج د ش العدد 49 مؤرخة في 18/06/1974.
- ¹² - الأمر رقم 93-76 مؤرخ في 23/10/1976م ، المتضمن شروط إحداث وتنظيم وسير دواوين الترقية والتسيير العقاري للولاية ، ج ر ج د ش عدد 12 مؤرخة في 9/2/1977 ، ص229 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 82-502 المؤرخ في 1982 ، ج ر عدد55 ، مؤرخة في 25/12/1982.
- ¹³ -أو محمد حياة ، المرجع السابق ، ص39.
- ¹⁴ -مسكر سهام ، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية ، أطروحة دكتوراه ، تخصص قانون عقاري وزراعي كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة ، 2015/2016 ، ص39.
- ¹⁵ -عرباي باي يزيد ، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر ، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم القانونية جامعة باتنة ، 2009/2010 ، ص29.
- ¹⁶ -أو محمد حياة ، المرجع السابق ، ص30.
- ¹⁷ -عرباي باي يزيد ، المرجع السابق ، ص30.
- ¹⁸ - المرسوم التنفيذي رقم 91-148 مؤرخ في 12/05/1991 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره ، ج ر ج د ش العدد 25 مؤرخة في 29/05/1991.
- ¹⁹ -أو محمد حياة ، المرجع السابق ، ص41.
- ²⁰ -الأمر رقم 76-92 مؤرخ في 23/10/1976 ، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري ، ج ر ج د ش العدد 12 ، مؤرخة في 10/02/1976م.
- ²¹ -القانون رقم 86-07 سالف الذكر.
- ²² -عربي باي يزيد ، المرجع السابق ، ص35.
- ²³ -المرسوم التشريعي رقم 93-03 سالف الذكر.

Protection sociale de l'enfant en danger selon la loi 15-12

BACHIR Mohamed (*)

تاريخ نشر المقال: 2020/01/15

تاريخ قبول المقال: 2019 /06/20

تاريخ إرسال المقال: 2018/06/10

Résumé :

Afin d'assurer une meilleure protection de l'enfance, le législateur algérien a exigé des nouvelles dispositions grâce à la loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, néanmoins en matière sociale car l'enfant est considéré comme une personne vulnérable et incapable de se défendre, cette protection trouve sa source dans le droit constitutionnel nonobstant la loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant la révision constitutionnelle.

Et pour mieux garantir la sauvegarde de cette catégorie de personnes vulnérables en pratique, le législateur algérien a adopté des mécanismes juridiques fiables, sachant que le juge des mineurs a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier cette situation conformément aux principes de l'égalité en appliquant des mesures procédurales qui permettent de pallier l'incapacité des enfants.

Mots de passe : Sauvegarde ; Enfant, juge des mineurs ; danger ; représentant légal ; incapable ; sanction.

Abstract

In order to ensure a better child welfare, the Algerian legislator required a new dispositions thanks to law n° 15-12 of July 15, 2015 relating to the protection of the child, nevertheless on social matters because the child is regarded as a person vulnerable and unable to defend oneself, this protection finds its source in the constitutional law notwithstanding the law n° 16-01 of March 6, 2016 carrying the constitutional revision.

(*) Doctorant en droit procédural, Faculté de droit, Université d'Oran2, Algérie.
Email : moh47bac@gmail.com

And for a better guaranteeing the safeguard of this vulnerable category of person in practice, the Algerian legislator adopted reliable legal mechanisms, knowing that the judge of the minors has the discretionary power to appreciate this situation in accordance with the principles of the equality by applying procedural measurements which make it possible to remedy the incapacity of the children.

Keywords: Safeguard; child; judge of the minors ; danger ; representative legal; incapable; punishment.

Introduction :

L'évolution législative en matière de la protection de l'enfant a reconnu généralement un progrès remarquable, néanmoins dans le domaine social, en commençant par la contribution de sa famille, car les parents ne considèrent pas l'enfant comme capable de protéger véritablement ses droits, cette protection est consacrée dans le code de la famille par le régime de la représentation légale (Tutelle, tutelle testamentaire et la curatelle).

Mais dans les cas de danger le législateur algérien a intervenu par des textes juridiques rigoureux contenant des sanctions pénales grâce à la loi 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant¹, qui nécessite par la suite une étude juridique analytique pour savoir les points faibles ainsi que les points forts quant à la formulation de ces textes.

De ce qui précède, la question qui se pose, **à quel point le législateur algérien a réussi en matière de protection sociale de l'enfant en danger néanmoins après la promulgation de la loi 15-12 ?** Et surtout avec les nouveaux mécanismes (dispositifs) créés par celle-ci.

Et afin de répondre à cette problématique nous allons répartir cette étude en deux grandes parties, dont la première intitulée est comme suit : Les

¹ Journal officiel n° 39 du 19 juillet 2015.



différentes notions relatives à l'enfant, et on va traiter en deuxième partie les mécanismes adoptés pour assurer la protection de l'enfant en danger².

Première partie : Les différentes notions relatives à l'enfant

Après examiner les textes de la loi 15-12 on remarque que législateur algérien a utilisé des définitions différentes, ce qui enrichit l'encyclopédie juridique et évite les débats contradictoires en doctrine. Encore la nouvelle loi a cité plusieurs types d'enfants en matière pénale.

1- L'enfant dans le cadre législatif et constitutionnel

On va étudier dans ce cadre la définition de l'enfant, puis les nouveautés en matière constitutionnelle liées aux enfants.

a. Définition de l'enfant

La définition de l'enfant en droit algérien n'est pas concrétisée qu'après la promulgation de loi 15-12, exactement à l'article 2 qui édicte que l'enfant est toute personne n'ayant pas atteint dix-huit ans révolus, et c'est le même sens qui veut dire le terme mineur, cette formulation n'est pas suffisante pour déterminer la signification de l'enfant, car le législateur algérien n'a pas précisé le sexe de la personne.

Et différemment à la définition précédente Le législateur français a défini le mineur Selon l'article 388 du code civil français comme suit : « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis».

La mise en danger de la moralité des enfants est conçue à travers du sexe de ces derniers. Un principe d'une autonomie corporelle reconnue aux mineurs

² Selon l'article 67 de la loi 15-12 la présence d'un avocat afin assister l'enfant est obligatoire dans toutes les étapes de la poursuite, de l'instruction et du jugement. Si l'enfant ou son représentant légal n'ont pas désigné d'avocat, le juge des mineurs procède d'office à la désignation d'un avocat ou charge le bâtonnier de le faire.



qui donne la possibilité d'utiliser des choix à l'égard de leur corps et particulièrement de posséder une sexualité carrément consentie. En l'état contemporain du droit, l'étude a révélé que le mineur pouvait avoir une sexualité et le législateur ne dénie pas cet état de fait, en outre la législation pénale maintient dans plusieurs cas une position protectrice au préjudice de l'autonomie³.

Ecore plus, le législateur algérien a indiqué que les représentants de l'enfant sont : son tuteur ou son testateur ou la personne qui le recueille ainsi que son curateur ou la personne qui en a la garde.

Notons que l'article 149 de la loi 15-12 abroge toutes les dispositions contraires à celle-ci, particulièrement les dispositions de l'ordonnance n° 72-03 du 10 février 1972 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence ainsi que les dispositions de l'ordonnance n° 75-64 du 26 septembre 1975 portant création des établissements⁴ et services chargés de la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence; également les articles 249 (alinéa 2) et 442 à 494 de l'ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale.

Et en ce qui concerne les dispositions transitoires les textes d'application des lois abrogées restent en vigueur jusqu'à la publication des textes d'application de la loi relative à la protection de l'enfant sauf de ceux qui lui sont contraires.

b. Les nouveautés de la révision constitutionnelle quant à l'enfant

La famille, la société et l'Etat protègent les droits de l'enfant, c'est une disposition édictée par la loi 16-01 du 6 mars 2016 portant la révision constitutionnelle⁵, cette protection doit être à la charge de L'Etat, cette dernière

³ Bertrand MARRION, le mineur, son corps et le droit criminel, thèse doctorale, université Nancy 2, faculté de droit, sciences économiques et gestion, 2010, page 353.

⁴ Comme le démontre l'article 43 de la loi 15-12 les établissements publics à caractère social sont tenus de conserver des espaces à la lecture.

⁵ Journal officiel n° 14 du 7 mars 2016.



que doit prendre en charge les enfants abandonnés ou sans affiliation. Cette loi a réprimé de plus la violence contre les enfants, c'est un avancement en principe considérable en matière de la sauvegarde de l'enfance.

En outre, la famille a bénéficié également de la protection de l'Etat ainsi que de la société, et c'est une autre protection au profit de l'enfant. Il faut citer également que L'Etat œuvre à faciliter pour les catégories de personnes vulnérables⁶ ayant des besoins spécifiques, et si l'enfant souffre de cette insuffisance ça veut dire qu'on est entrainé d'une double protection, donc c'est la jouissance des droits reconnus à tous les citoyens et leur insertion dans la vie sociale.

La cause génératrice de cette protection remonte à la vulnérabilité, ce qui permet le prolongement de cette sauvegarde aux personnes âgées, qui sont encore protégées par la famille et l'Etat⁷.

Mais seulement, il faut retenir que les obligations sont corrélatives, parce que les parents ont l'obligation d'assurer l'éducation de leurs enfants, et en revanche les enfants ont le devoir d'assurer aide et assistance à leurs parents, et tout ça sous peine de poursuites. Notant que l'article 7 de la convention internationale des nations unis édicte que l'enfant doit dans la mesure plus possible connaître ses parents⁸.

Il faut savoir que l'article 69 de la loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant la révision constitutionnelle édicte que l'emploi des enfants de moins de seize ans est puni par la loi, sachant que les autorités publiques adoptent des

⁶ L'expression de « personne vulnérable » est appropriée à celle d'incapacité, sachant que le terme « vulnérabilité » est utilisé en matière pénale ainsi que en droit civil. Voir Lydie DUTHEIL-WAROLIN, la notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse doctorale, Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges, 2004, page 16 et suivantes.

⁷ Voir l'article 72 de la loi n° 16-01.

⁸ Florence Laroche, Les droits de l'enfant, Dalloz, 1996, page 57.

stratégies de prévention et de lutte contre le travail des enfants, il est installé en 2003 la commission intersectorielle de prévention et de lutte contre le travail des enfants subdivisée en plusieurs départements ministériel et de l'organisation syndicale⁹.

2- Notions de différentes classifications d'enfants selon la loi 15-12

L'article 2 de la loi 15-12 a évoqué plusieurs définitions de termes relatifs à l'enfant néanmoins l'enfant en danger, l'enfant délinquant et l'enfant réfugié.

a. L'enfant en danger

Le législateur a commencé ces notions par la définition de l'enfant en danger, ce dernier dont sa santé, sa moralité, son éducation ou sa sécurité sont en danger ou susceptibles de l'être ou dont ses conditions de vie ou son comportement sont susceptibles de l'exposer à un danger probable ou endommageant son avenir, ou dont l'environnement atteint son bien-être physique ou psychologique or éducatif au danger. Pratiquement, il est donc intéressant de dire que les mesures procédurales de l'enfant en danger sont régies par des dispositions particulières, et ce permet d'améliorer la situation de la jeune victime¹⁰.

L'article 2 de la loi 15-12 énumère de manière exhaustive les différentes situations qui exposent l'enfant au danger et qui sont comme suit :

- la perte des parents de l'enfant qui reste sans soutien familial ;
- L'exposition de l'enfant à l'abandon et au vagabondage ;
- L'atteinte à son droit à l'enseignement ;
- la mendicité avec l'enfant ou son exposition à la mendicité ;

⁹ BOULENOUAR Azzemou, Journée d'étude en date du 29 /11/2011, Faculté de droit, Université d'Oran, page 30.

¹⁰ Daniel GADBIN, Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, BRUYLANT, Bruxelles, Belgique, 2004, page 327.

- lorsque les parents ou la personne chargée sont incapables d'assurer la sauvegarde de l'enfant et de maîtriser ses comportements qui nuisent à son bien-être physique, psychologique ou éducatif ;
- le manquement avéré et ininterrompu à l'éducation et à la sauvegarde ;
- la maltraitance de l'enfant et particulièrement par son soumission à la torture, l'atteinte à son intégrité physique, sa séquestration, sa privation de nourriture ou tout acte de brutalité de nature à influencer sur l'équilibre émotionnel et psychologique de l'enfant ;
- lorsque l'enfant est victime d'une infraction commise par son représentant ;
- lorsque l'enfant est victime d'une infraction commise par toute autre personne si l'intérêt de l'enfant exige sa protection ;
- L'exploitation sexuelle de l'enfant sous toutes ses formes; par son exploitation notamment dans la pornographie et la débauche et son implication dans des expositions sexuelles ;
- L'exploitation économique de l'enfant notamment, son emploi ou son astreinte à un travail l'empêchant de poursuivre ses études ou nuisible à sa santé et à son bien-être physique et/ou moral ;
- L'enfant victime des conflits armés ou de tout autre cas de trouble et d'insécurité ;
- L'enfant réfugié.

b. Enfant délinquant

L'enfant délinquant est celui qui a commis un fait incriminé et dont l'âge est moins de dix ans, l'âge à voulu est celui du jour de la commission de l'infraction.

c. Enfant réfugié

C'est l'enfant qui a été obligé de fuir son pays en passant par des frontières internationales et en sollicitant le droit d'asile ou toute autre forme de protection internationale, en référence des articles 1^{er} et 52 de la convention européenne des droits de l'homme qui obligent les Etats à garantir à toute personne qui relève de leur juridiction la jouissance des droits reconnue par la convention, donc elle exerce un contrôle permanent en cette question en se



servant du conseil de l'Europe que doit être informé des mesures prises par un Etat condamné pour se conformer à la décision rendue¹¹.

Deuxième partie : les mécanismes adoptés afin d'assurer la protection de l'enfant en danger.

Le rôle de l'organe national de la protection et de la promotion de l'enfance est telle que son nom l'indique c'est-à-dire de favoriser les enfants en danger à des actions et en se servant des entreprises, en outre les attributions de services du milieu ouvert sont indiquées dans les articles 21 et suivants.

1. L'organe national de la protection et de la promotion de l'enfance

L'institution d'un outil protégeant l'enfant est réalisée par la loi 15-12, cet instrument est présidé par un délégué national à la protection de l'enfance qu'on doit savoir ses attributions.

a. La création de cet organe

La création de l'organe national de la protection et de la promotion de L'enfance est faite auprès du Premier ministre, cette structure est présidée par le délégué national à la protection de l'enfance.

Cet organe est chargé de veiller à la protection et à la promotion des droits de l'enfant, comme il jouit de la personnalité morale ainsi que de l'autonomie financière. Et qu'il est prévu à l'article 11 de la loi 15-12 l'Etat est chargé de mettre à la disposition de cet organe tous les moyens humains et matériels qui lui sont nécessaires afin d'accomplir ses missions. Cet article renvoie les conditions et modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organe national de la protection et de la promotion de l'enfance à la réglementation.

¹¹ Laurence Gareil, L'exercice de l'autorité parentale, Laboratoire de droit civil de l'université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, page 400 et suivants.

b. Du délégué national de la protection de l'enfance

La nomination du délégué national à la protection de l'enfance est réalisée par un décret présidentiel, et ce parmi les personnalités nationales qui jouissent d'une expérience et réputées pour l'intérêt des enfants. Et selon l'article 13 de la même loi ce délégué est chargé de promouvoir les droits de l'enfant néanmoins de mettre en place les programmes nationaux et locaux de protection et de promotion des droits de l'enfant en collaboration avec des diverses administrations et les institutions ainsi que établissements, ce délégué est chargé également d'évaluer systématiquement ces programmes.

En outre le délégué national à la protection de l'enfance est confié de suivre les actions entamées sur le terrain en matière de la protection de l'enfance et la cohérence entre les divers intervenants, de plus ce délégué entame des actions de sensibilisation et d'information ainsi que de communication; il est encore pour mission de favoriser la recherche et de l'enseignement en matière des droits de l'enfant, et ce afin de concevoir les motifs économiques ainsi que les raisons culturelles de l'abondance, la brutalité et l'exploitation des enfants outre que le développement des politiques correspondantes pour leur protection.

Le délégué national à la protection de l'enfance peut également faire la formulation des avis sur la législation nationale liée aux droits de l'enfant afin de l'améliorer, comme il est chargé de soutenir la participation de la société civile dans le suivi et la favorisation des droits de l'enfant, comme il a pour mission de mettre en place le système national d'information sur la situation des enfants en cohérence avec les administrations et institutions intéressantes.

Le délégué national à la protection de l'enfance est chargé de :



- visiter les services dont la mission est de protéger l'enfant et présenter toute proposition capable de perfectionner leur organisation ou leur fonctionnement (article 14).

- transmettre les dénonciations relatives aux atteintes aux droits de l'enfant au service du milieu ouvert compétent lorsqu'il est saisi par tout enfant, son représentant légal ou toute personne physique ou morale afin d'entamer l'enquête¹² et prendre les mesures appropriées selon les règlements déterminés par la loi en vigueur.

- transmettre les dénonciations dont elles revêtent une qualification pénale au ministre de la justice, ce dernier qui saisit le procureur général compétent afin de mettre en mouvement l'action publique le cas échéant.

Les administrations ainsi que les institutions publiques en outre toute personne chargée de la sauvegarde de l'enfance doivent faciliter le travail du délégué national et de mettre à son service tous les éclaircissements qu'il demande à condition de ne pas les divulguer aux autres. En revanche, cette interdiction ne

¹² Le juge des mineurs, selon l'article 68 de la loi 15-12, informe l'enfant ainsi que son représentant légal des poursuites, il procède également aux investigations utiles afin de parvenir à la manifestation de la vérité, à la connaissance de la personnalité de l'enfant et à la détermination des moyens propres à son éducation.

Le juge des mineurs procède par lui-même ou charge les services du milieu ouvert, de faire une enquête sociale qui regroupe toutes les informations sur le plan matériel et moral de la famille, aussi sur le caractère et les antécédents de l'enfant, sur son assiduité et son comportement scolaires et sur les circonstances dans lesquelles il a vécu et a été élevé. Le juge des mineurs ordonne, s'il possible, un examen médical, psychologique et mental. Cette disposition est existée également en matière procédurale civile néanmoins à l'article 425 du code de la procédure civile et administrative qui donne au président de la section des affaires familiales des attributions de juge des référés et qui peut ordonner, dans le cadre d'une enquête, la désignation d'une assistance sociale, d'un médecin expert ou avoir recours, pour consultation, à tout service compétent en la matière.



s'applique pas à l'autorité judiciaire. Il faut citer dans ce contexte et selon l'article 18 de loi 15-12 que Le secret professionnel ne peut être opposé au délégué national à la protection de l'enfance¹³.

- contribuer à l'élaboration des rapports liée aux droits de l'enfant que l'Etat présente aux institutions internationales et régionales spécialisées. (Article 19)
- établir un rapport annuel sur la situation des droits de l'enfant et l'état d'exécution de la convention sur les droits de l'enfant, ce rapport doit soumettre au Président de la République, puis il doit être publié et vulgarisé dans les trois mois après la notification.

2- Services du milieu ouvert

La protection sociale des enfants au niveau local est confiée aux services du milieu ouvert, en cohérence avec les diverses institutions et établissements publics ainsi que les personnes chargées de la sauvegarde de l'enfance.

a. La création et le rôle des services du milieu ouvert

Ces services sont créés à raison d'un service par wilaya. Cependant, il peut être créé plusieurs services dans les wilayas à forte densité de population.

Les services précités doivent être constitués de fonctionnaires spécialisés principalement des éducateurs¹⁴, psychologues, assistants sociaux, sociologues et juristes selon l'article 21 de la loi 15-12, ce dernier nous a

¹³ Les personnes physiques et morales qui ont divulgué des renseignements dénonçant des atteintes aux droits de l'enfant au délégué national et qui ont agi de bonne foi sont dégagées de toute responsabilité (administrative, civile ou pénale) même si les enquêtes n'ont donné aucun résultat.

¹⁴ Il faut organiser des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert en prendre éventuellement des mesures de placement en famille. Voir Brigitte Hess Fallon, Droit de la famille, Edition DALLOZ, 6^{ème} édition, Paris, France, 2006, page 199.



renvoyé à la réglementation en vigueur quant aux conditions et les modalités d'application.

D'ailleurs, les services du milieu ouvert surveillent la situation des enfants en danger et soutiennent leurs familles. Et comme le relève l'article 22 de la loi 15-12 ces services sont saisis par l'enfant et/ou son représentant légal, la police judiciaire, le wali, le président de l'assemblée populaire communale, toute association ou institution publique ou privée exerçant dans le cadre de la protection de l'enfant, les assistants sociaux, les éducateurs, les enseignants, les médecins ou de toute autre personne physique ou morale, de tout ce qui peut former un danger pour la santé de l'enfant ou son intégrité physique ou morale.

À l'instar de l'article 3 de la loi 15-12, il est intéressant de constaté que l'enfant handicapé jouit du droit à la protection, aux soins, à l'enseignement et à la rééducation qu'encouragent son autonomie et sa participation certaine à la vie sociale, économique et culturelle.

La nouveauté c'est que l'enfant surdoué jouit d'une protection spéciale de l'Etat afin de développer ses facultés et dons, c'est une disposition protectrice exceptionnelle édictée par l'article 3, alinéa 3 de la loi relative à la protection de l'enfant.

Aussi, les services du milieu ouvert peuvent en outre intervenir d'office. Ils ne peuvent refuser la prise en charge d'un enfant qui réside en dehors de leur compétence territoriale ; nonobstant, ils peuvent dans ce cas demander l'assistance du service du milieu ouvert du lieu de résidence ou de domicile de l'enfant et/ou procéder à son transfert. Ils ne doivent pas montrer l'identité de la personne qui les a saisis sauf si cette dernière déclare son consentement.

Ajoutons que les services du milieu ouvert doit s'assurer de l'existence effective d'une situation de danger, et ce en se servant d'une enquête sociale¹⁵, et pour le faire il faut se déplacer sur le lieu où se trouve l'enfant et auditionner ce dernier puis son représentant légal sur les faits question de la saisine, pour la détermination de la situation de l'enfant et afin de prendre les mesures qui lui sont correspondantes.

En cas de nécessité impérieuse, les services du milieu ouvert se déplacent tout de suite au lieu où se trouve l'enfant, ils peuvent si possible demander d'intervenir auprès du parquet ou du juge des mineurs.

b. Mesures à prendre lors de l'existence de la situation du danger

Les services du milieu ouvert doivent s'assurer que le cas de danger n'est pas existant, ils en informent l'enfant et son représentant légal. Et dans le cas où la situation de danger est existante, ils doivent contacter le représentant légal de l'enfant pour aboutir à un accord sur la mesure la plus correspondante aux nécessités de l'enfant et à sa situation et qui permet de l'écarter du danger.

L'enfant âgé de treize ans au moins doit être associé à la prise de toute mesure l'intéresse, les services du milieu ouvert doivent nécessairement aviser l'enfant âgé de treize ans au moins et son représentant légal de leur droit de refus quant à l'accord, ce dernier est mentionné dans un procès-verbal dûment signé après lecture par toutes les parties.

Et selon l'article 25 de la loi 15-12 les services du milieu ouvert sont obligés de laisser l'enfant dans sa famille¹⁶ tout en proposant l'une des mesures conventionnelles suivantes :

¹⁵ Conformément à l'article 66 de la loi 15-12 l'enquête sociale est obligatoire en matière criminelle et délictuelle quant aux infractions commises par l'enfant, mais elle est facultative en matière contraventionnelle.

¹⁶ Notons que la famille est l'environnement naturel à l'épanouissement de l'enfant selon l'article 4 de la loi n° 15-12, il est donc strictement interdit d'après ce texte de



- Obliger la famille à prendre les mesures nécessaires convenues pour écarter l'enfant du danger dans les délais déterminés par le service du milieu ouvert;
- Donner l'aide nécessaire à la famille en coordination avec les institutions chargées de la protection sociale;
- Saisir le wali, le président de l'assemblée populaire communale compétents ou toute institution sociale pour la prise en charge sociale de l'enfant ;
- Prendre les précautions indispensables afin d'empêcher le contact de l'enfant avec toute personne qui peut menacer sa santé ou son intégrité physique ou morale.

D'autre part, les services du milieu ouvert peuvent d'office ou sur demande de l'enfant ou de la part de son représentant légal réviser la mesure conventionnelle d'une façon partielle ou totale.

c. La relation des services du milieu ouvert avec le juge des mineurs

L'article 27 de la loi 15-12 énumèrent les différents cas dont les services du milieu ouvert doivent saisir le juge des mineurs compétent et qui sont comme suit :

- Quand aucun accord n'est intervenu dans un délai de dix jours à compter de sa saisine;
- Lorsque l'enfant ou son représentant légal se rétracte;
- En cas d'échec de la mesure conventionnelle malgré sa révision.

Ensuite les services du milieu ouvert doivent à l'instant saisir le juge des mineurs compétent en cas de péril imminent où dans les cas où il est impossible de laisser l'enfant dans sa famille, principalement lorsque l'enfant est victime d'une infraction commise par son représentant légal. Comme ils doivent informer le juge des mineurs d'une façon périodique des enfants dont ils ont eu la charge et des mesures prises à leur égard.

séparer l'enfant de sa famille sous réserve si son intérêt supérieur l'exige, par un renforcement de garantie procédurale c'est que cette séparation ne peut être établie que par décision judiciaire.



d. Les dénonciations relatives à la protection de l'enfant en danger

Selon l'alinéa 2 de l'article 29 de loi 15-12, les services du milieu ouvert doivent informer le délégué national des suites données aux dénonciations qu'il leur a transmises et lui faire parvenir un rapport trimestriel détaillé sur tous les enfants dont ils ont eu la charge.

Et pour réaliser ses missions, l'Etat met à la disposition des services du milieu ouvert tous les moyens humains et matériels qui leur sont nécessaires pour la réalisation de leurs missions.

En outre, les administrations et les institutions publiques, ainsi que les personnes chargées de la sauvegarde de l'enfance sont tenues d'attribuer toutes les facilités aux services du milieu ouvert et doivent mettre à leur disposition toutes les informations qu'ils demandent¹⁷, à condition de ne pas les divulguer les informations aux tiers, à l'exception que L'interdiction édictée ne concerne pas à l'autorité judiciaire. Sachant que les personnes physiques et morales qui ont dénoncé des atteintes aux droits de l'enfant au service du milieu ouvert sont dégagées de toute responsabilité (administrative, civile et pénale), même si les enquêtes ne donnent aucun résultat, mais en prendre en considération le principe de la bonne foi.

Et en ce qui concerne les dispositions pénales, la loi 15-12 prévoit des sanctions à toute personne commettant des infractions telles qu'il est prévu à l'article 133 de cette loi qui prévoit une punition d'une amende de 30.000 DA à 60.000 DA, à toute personne empêchant le délégué national ou les services du milieu ouvert d'achever leurs missions ou entravant la bonne marche des recherches et enquêtes qu'ils accomplissent. Et dans le cas de récidive la peine

¹⁷ Il est nécessaire de dire que l'enfant a joui particulièrement d'un statut juridique fiable à travers des textes juridiques créés par la loi 15-12 et surtout en matière d'information, mais il reste la concrétisation de ces règles dans le coté pratique, il parait que le droit de l'information de l'enfant n'a pas encore effectivement reçu dans les droit internes de consécration formelle. Voir Daniel GADBIN, op.cit., page 333.



encourue est l'emprisonnement de deux mois à six mois, et une amende de 60.000 DA à 120.000 DA.

Conclusion

Après avoir essayé de répondre à la problématique posée à l'introduction relative à la protection sociale de l'enfant en danger, il paraît que le raisonnement juridique en matière pénale de la minorité basé sur l'incapacité ainsi que la représentation légale est insuffisant pour assurer l'autonomie de l'enfant, c'est pourquoi il faut l'aider à aboutir sa majorité.

A cet effet, l'enfant doit être proche de sa famille puisque c'est l'environnement naturel de son épanouissement, tout en respectant son intérêt supérieur, car avant la promulgation de la loi 15-12 les dispositions relatives à l'enfance en matière pénale étaient dissipées et caractérisée par la contradiction et l'insuffisance, c'est des critiques émanant de la doctrine sous forme des remarques.

Ces constatations permettent au législateur de revoir et réviser les textes juridiques néanmoins en matière de protection sociale de l'enfant, cette dernière est concrétisée en empruntant des mécanismes adoptés par la loi afin de protéger l'enfant contre toute atteinte éventuelle à son intégrité physique ou morale. L'ensemble de ces mécanismes ont pour point commun la compensation de l'incapacité et de la faiblesse des enfants, et par la suite d'assurer une meilleure protection à cette personne vulnérable, et de sauvegarder sa santé et son équilibre physique et mental.

Enfin, il apparaît que le législateur algérien a réalisé un avancement appréciable dans le cadre de la protection sociale de l'enfant en danger, il ne reste que l'application rigoureuse de ces textes afin d'assurer une meilleure protection des droits de l'enfant et d'une manière adéquate aux lois internationales liées à cette protection.



Référence :

I- ouvrages

1. Brigitte Hess Fallon, Droit de la famille, Edition DALLOZ, 6^{ème} édition, Paris, France, 2006.
2. Florence Laroche, Les droits de l'enfant, Dalloz, 1996.
3. BOULENOUAR Azzemou, Journée d'étude du 29 novembre 2011 organisée à la faculté de droits, Université d'Oran.

II- Textes juridiques :

1. Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant le code civil, journal officiel n°44 du 26 juin 2005, modifiée et complétée par la loi 05-10 du 20 juin 2005.
2. Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, journal officiel n°21 du 23 Avril 2008.
3. Loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, journal officiel n°39 du 19 juillet 2015.
4. Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant la révision constitutionnelle, journal officiel N° 14 du 7 mars 2016.
5. Code civil français.

III- Thèses

1. Lydie DUTHEIL-WAROLIN, la notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse doctorale, Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges, 2004.
2. Bertrand MARRION, le mineur, son corps et le droit criminel, thèse doctorale, université Nancy 2, faculté de droit, sciences économiques et gestion, 2010.



University of MEDEA (Algérie)
Laboratory of sovereignty and globalization
Faculty of Law and political science



International academic and scientific journal

JOURNAL OF LEGAL STUDIES

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and
globalization (University of MEDEA - Algérie)**

**Volume 06 -Number 01
JAN 2020**



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039