

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي



Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 28 - سبتمبر 2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المشرفة العامة ومديرة التحرير: سرور طالبى المل



التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كوميلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعدي-سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبوسمهانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

التدقيق اللغوي:

د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعدي/سوق أهراس/الجزائر).

د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت/الجزائر).

د. محمد حسام عبدالنواب عبدالمجيد، (جامعة بني سويف - مصر)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. الأخصر أبو علاء عزي (جامعة محمد بوضياف-المسيلة-الجزائر)

أ. م. د. مازن خلف ناصر، (الجامعة المستنصرية - العراق)

د. بن طربة معمر (جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم/الجزائر).

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • التفشيش في الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني: "دراسة تحليلية مقارنة بالتشريع العُماني"، د. أحمد أسامة حسنية (جامعة ظفار، سلطنة عُمان).
- 39 • المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع، د. بن ويراد أسماء (جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر).
- 61 • دعوى المسؤولية على شركات العمالة، د. خالد ابوظه (جامعة ظفار- سلطنة عمان).
- 83 • مركز الأجنبي في القانون الجزائري، أ. محمد رفيق بكاي (جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر)، أ. نسيمة قناوي. محامية لدى مجلس قضاء مستغانم، الجزائر.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

اخترنا لكم لهذا العدد من المجلة، ثلاثة مقالات وبحث معمق تناولوا بالدراسة مواضيع مختلفة مسلطين الضوء على بعض التشريعات العربية.

بحيث تناول المقال الأول الاشكاليات القانونية التي يثيرها تفتيش مأموري الضبط في الجرائم الإلكترونية في كل من التشريع الفلسطيني والعُماني ومدى امكانية إسقاط قواعد التفتيش التقليدية على هذه الجرائم التي باتت تهدد الحقوق والحريات.

أما المقال الثاني، فلقد سلط الضوء على حالة انضمام المساهم في شركة المساهمة وما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات بموجب القانون، وبين ما يجري فعلا على أرض الواقع، خاصة لما يفضل المساهم التخلي عن تلك الامتيازات والسعي وراء الربح.

ليتناول المقال الثالث الجوانب الاجرائية والموضوعية لدعوى المسؤولية التي ترفع من قبل العامل على شركات العمالة وذلك باعتبار أن حماية العامل هو محور اهتمام كل التشريعات الوطنية.

لينتقل البحث الأخير للتعلمق في موضوع مركز الأجنبي في القانون الجزائري، حقوقه وواجباته والقيود المفروضة عليه خاصة فيما يخص تحركاته داخل الاقليم الجزائري.

هذا وتبقى المجلة ترحب بالمقالات والأبحاث الأصيلة والمتخصصة، كما تعدكم أسرة التحرير بالاستمرارية في تشجيع الباحثين الجاديين وتوجيههم وتصويب أخطائهم.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي المل / المشرفة العامة ومديرة التحرير

التفتيش في الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني:

"دراسة تحليلية مقارنة بالتشريع العماني"

د. أحمد أسامة حسنية، أستاذ قانون الإجراءات الجزائية المساعد، كلية الحقوق، جامعة ظفار، سلطنة عُمان.

Abstract:

Inspection is the most serious procedure in investigation, which carried out by law enforcement officer to search for physical evidence relating to a crime that is being investigated, in the controls and guarantees stipulated in the Code of Criminal Procedure or some special provisions.

It is of importance because of the resulting evidence that is considered as the final word to convict the accused after being prosecuted by the Public Prosecution of the competent court or acquitted of what is attributed to him.

This important of inspection increased by the emergence of cybercrime, which is threatening the rights and freedoms through the use of the computer with its physical and moral evidence and open the door to face it, which has resulted of many legislation laws of their own, and what follows of legal problems, especially when the law is allocated only to the substantive aspect without including the procedural aspect, which raised a query about the possibility of dropping the rules of traditional inspection or is it a waste of the principle of procedural legality!

We have reached for conclusion that the Palestinian legislator in the Gaza Strip and the legislator of Oman agree in terms of the absence of provisions relating to the inspection of cybercrimes and referral under the provisions of the Code of Criminal Procedure, unlike the legislator in the West Bank. And that the issue of the inspection of moral evidence had been agreed upon in the legislative position of the State.

The study included several recommendations, the most important of which is the need to unify the legislative confrontation of these crimes in Palestine between Gaza and the West Bank, and the need to rephrase some of the articles contained in the cybercrimes resolution, Article 32 in the second paragraph to specify the number of times which may be renewed inspection order, and an amendment to the Cybercrime Law of Oman to include the procedural aspects as well as the substantive aspect of the legislative regulation of these crimes.

Keywords: Inspection, Cybercrime, Cybercrime Act, physical evidence, moral evidence, law enforcement officer, Public Prosecutor's Office.

الملخص:

التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق، وهو يعد أخطر هذه الإجراءات التي يقوم بتنفيذها مأموري الضبط القضائي للبحث عن أدلة مادية تتعلق بجريمة تحقق وقوعها، وذلك وفق الضوابط والضمانات التي نص عليها في قانون الإجراءات الجزائية أو بعض النصوص الخاصة. فهو على قدر من الأهمية نظرًا لما ينجم عنه من أدلة تعتبر بمثابة القول الفصل لإدانة المتهم بعد تقديمه من قبل النيابة العامة للمحكمة المختصة أو تبرئة ساحته مما هو منسوب إليه. هذه الأهمية للتفتيش زادت وتعاظمت بظهور الجريمة المعلوماتية التي باتت تهدد الحقوق والحريات من خلال استخدام الحاسب الآلي وما يحتويه من أدلة تنقسم إلى مادية ومعنوية وبتات تفتح الباب أمام مواجهتها، الأمر الذي نجم عنه إصدار العديد من التشريعات قوانين خاصة بها، وما شكله إصدار هذه القوانين من إشكاليات قانونية خصوصًا عندما يخص القانون فقط للجانب الموضوعي دون تضمينه الجانب الإجرائي وهو الأمر الذي يفتح الباب أمام التساؤل عن إمكانية إسقاط قواعد التفتيش التقليدية على هذه الجرائم أم أن ذلك فيه إهدار لمبدأ الشرعية الإجرائية.

وتوصلنا لنتيجة مفادها أن المشرع الفلسطيني في قطاع غزة والمشرع العُماني يتفقان من حيث خلوهما من نصوص خاصة بالتفتيش في الجرائم الإلكترونية والإحالة بموجبهما على نصوص قانون الإجراءات الجزائية وهو على خلاف الأمر بالنسبة للمشرع في الضفة الغربية الذي أفرد لهذه الجرائم قانونًا خاصًا بها، وأن مسألة تفتيش الأدلة المعنوية بات محل اتفاق في الموقف التشريعي لجل الدول، وتضمن البحث عدة توصيات أهمها ضرورة توحيد المواجهة التشريعية لهذه الجرائم في فلسطين بين شقي الوطن وضرورة إعادة صياغة بعض المواد الواردة في القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية خصوصًا المادة 32 في فقرتها الثانية بتحديد عدد المرات التي يجوز بموجبها تجديد أمر التفتيش، وإجراء تعديل على القانون العُماني الخاص بجرائم تقنية المعلومات ليشتمل على الشق الإجرائي إلى جانب الجانب الموضوعي للتنظيم التشريعي لهذه الجرائم.

كلمات مفتاحية: التفتيش، الجرائم الإلكترونية، قانون الجرائم الإلكترونية، الأدلة المادية، الأدلة المعنوية مأموري الضبط القضائي، النيابة العامة.

مقدمة:

ينصب موضوع هذا البحث على إجراء التفتيش كأحد إجراءات التحقيق وأهمها، نظرًا لأن النيابة العامة باعتبارها خصمًا شريكًا في الدعوى وبناءً على ما أجاز له قانون الإجراءات من إمكانية الولوج إلى مخزن سر الإنسان والتفتيش في أماكن عدة من أجل الوصول لدليل إدانته أو براءته مما هو منسوب إليه. هذا التفتيش الذي كان يتخذ في السابق صورة تفتيش المساكن أو المركبات أو حتى الأشخاص أنفسهم لغاية الوصول للدليل

المادي الملموس الذي ستركز عليه فيما بعد جهة الاتهام وصولاً لتحقيق العدالة الجنائية في أفضل صورة ممكنة، وهو الأمر الذي كان لا يثير صعوبات للجهة المخولة قانوناً بتنفيذ أمر التفتيش وهم مأموري الضبط القضائي نظراً لأهم وقتها كانوا يبحثون عن شيء مادي وملموس كقطعة مادة مخدرة أو سلاح ناري أو سكين أستخدم في جريمة قتل مثلاً، إلا أن ظهور الجرائم المعلوماتية أحدث إشكاليات عدة وصعوبات جمة نظراً لطبيعة الدليل المبحوث عنه الذي يكتسي بالصفة المعنوية الغير ملموسة أو غير مرئية.

• إشكالية البحث:

إن هدف سلطة التحقيق والاتهام هو الوصول للفاعل الحقيقي مرتكب الفعل الجرمي باستخدام الإجراءات القانونية وتوفير الضمانات القانونية اللازمة، ولما كان التفتيش أحد هذه الإجراءات باعتباره يبحث في مستودع سر الأشخاص المتهمين، وأمام تنامي ظاهرة جرائم تقنية المعلومات لجأ المشرع في أغلب البلدان لإصدار قوانين خاصة بهذا النوع المستحدث من الإجرام، واقتصر العديد منها على المعالجة الموضوعية للجرائم دون الالتفات للجانب الإجرائي، فإن ذلك يطرح تساؤل جوهري يتمثل في موقف المشرع الفلسطيني من تنظيم الأحكام الخاصة بإجراء التفتيش في الجرائم الإلكترونية، وهل ما جاء به المشرع يعتبر كافياً لتجاوز أزمة الشرعية الإجرائية أم أنه ما زال قاصراً عن تحقيق الهدف الذي من وراءه قد عرف القرار بقانون المنظم لأحكامه طريقه إلى النور؟ هذه الإشكالية تطرح بدورها عدة أسئلة تتفرع عنها تتمثل في:

1. هل تعتبر القواعد الناظمة للتفتيش في قانون الإجراءات الجزائية كافية لإنجاز تفتيش نظم الحاسب الآلي في ظل غياب أفرادها بنصوص إجرائية في قطاع غزة؟
2. هل المشرع في سلطنة عُمان بسكوته عن تنظيم إجراءات ضبط الجريمة وإجراءات التحقيق فيها في قانون جرائم تقنية المعلومات أحال ضمناً بشأن هذه الإجراءات على ما ورد في قانون الإجراءات الجزائية.
3. هل الأدلة في جرائم تقنية المعلومات تتشابه مع باقي الجرائم؟
4. ما هي السمة الغالبة على الأدلة في هذا النوع من الجرائم وكيف يمكن التغلب على صعوبات ضبطها؟
5. هل أورد المشرع في المحافظات الشمالية قيود زمنية على إجراء التفتيش في هذه الجرائم أم لا؟
6. هل نظم المشرع الفلسطيني التفتيش في حالة أن كان الحاسوب محل التفتيش مرتبط بنهاية طرفية خارج المكان المحدد للتفتيش؟ وهل وفق في ذلك أم أنه جاء قاصراً فيما أورده ولا يلبي الغاية الجوهرية من وراء تنظيم هذه الفرضية؟

• أهمية البحث: يمكن إظهار هذه الأهمية من ناحيتين:

1. الناحية النظرية:

تُترجم أهمية هذا البحث الذي يحاول الغوص في ثنايا الجانب الإجرائي والقوانين المستحدثة في هذه الجرائم للوصول للهدف المنشود وهو الإجابة عن إشكاليات قانونية يطرحها هذا الإجراء التحقيقي، وما يمثله ذلك من إضافة في شق بات يؤرق المهتمين بالتطور التشريعي لمواجهة الجرائم المستحدثة.

2. الناحية العملية:

تتمثل أهميته العملية في كونه يلامس الصعوبات القانونية والعملية التي قد تعترى إنجاز مذكرات التفتيش عندما يتعلق الأمر بهذا النوع من الجرائم الذي يحتاج إلى توخي الدقة والحذر وإحداث توازن بين المصلحة العامة والحريات الأساسية.

• أهداف البحث:

نهدف من وراء هذا البحث إلى تسليط الضوء على المقتضيات القانونية التي تنظم أحكام هذا الإجراء بصفته أحد أهم وأخطر إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية، وهو الأمر الذي سيتمخض عنه رصد الإيجابيات التي وردت في المقتضيات القانونية العامة والخاصة المنظمة له، وبما يوصلنا لقناعة مفادها تحقيق المقاربة القانونية بين وضعين مختلفين لتراب وطني واحد الأمر الذي قد يكون له دورًا في دق ناقوس الخطر على الانقسام القانوني في الأراضي الفلسطينية. ويهدف أيضا إلى تبيان موقف التشريع في سلطنة عُمان بشكل يجلي الغموض الذي يكتنف هذا الإجراء بشكل بات يفرض نفسه وبقوة في ظل تنامي هذه الظاهرة الجريمة الأمر الذي قد يدفع المشرع للتدخل لتنظيم أحكام ومقتضيات هذا الإجراء الذي يبحث عن الحقيقة لنصل لمرتبة القناعة التامة بالإدانة في جرائم تتسم بالغموض والسرعة والدقة وتنطلق من أمور لا نكاد نراها بل نشعر بخطرنا بعد أن تدهمنا نتائجها.

• منهج البحث.

سنعتمد في ثنايا هذا العمل على المنهج الوصفي التحليلي لوصف الظاهرة القانونية وتحليلها بصفحتها الكلية للأجزاء التي تتكون منها من أجل فهم المعضلة القانونية التي تطرحها مسألة تفتيش نظم الحاسب الآلي، ومستعنين بالمنهج المقارن بإحداث مقارنة قانونية بين المقتضيات القانونية الواردة في القانون الفلسطيني مع القانون العُماني لنقف عند حدود الاتفاق والافتراق، ومستعنين بآراء الفقه والعمل القضائي كلما أسعفنا ذلك.

• خطة البحث.

سنعتمد التقسيم الثنائي من خلال مبحثين:

المبحث الأول: ماهية تفتيش نظم الحاسب الآلي.

المبحث الثاني: تفتيش الحاسب الآلي بين الضوابط والصعوبات.

المبحث الأول: ماهية تفتيش نظم الحاسب الآلي.

التفتيش باعتباره أحد أهم الإجراءات التحقيقية التي تستهدف الوصول إلى دليل ترتكز عليه سلطة التحقيق والادعاء سواء للإدانة أو البراءة بات هو الشاغل الأكبر للحقوقيين في ظل تنامي ظاهرة الإجرام المعلوماتي. ويرجع ذلك إلى أن التفتيش في ظل البيئة الرقمية إما أن يكون في حالة جرائم ارتكبت على المكونات المادية للحاسب الآلي،¹ وهنا لا مانع يمنع دون أن يتم تطبيق القواعد الكلاسيكية² على تفتيش مكونات الحاسب الآلي،³ ولكن ليس دوماً الأمور تسير بهذه البساطة لأن مكونات الحاسب الآلي تتكون من مكونات مادية ومعنوية هذه الأخيرة التي تثير الإشكال القانوني في ظل عدم النص الصريح عليها في مضمون قانون الإجراءات الجزائية.⁴ وهذا الأمر ينطبق فقط على المحافظات الجنوبية في ظل غياب اللحمة القانونية بينها وبين المحافظات الشمالية من فلسطين التي أصدر فيها قانوناً خاصاً بالجرائم الإلكترونية يحتوي على الشقين الموضوعي والإجرائي.⁵

المطلب الأول: مفهوم التفتيش

إن كانت الجرائم باعتبارها ظاهرة اجتماعية فرضت على المشرع تنظيم إجراءات التحقيق فيها وتوفير الضمانات المختلفة للمتهمين بما يحقق الانسجام بين قانون الإجراءات الجزائية مع أحكام القانون الأساسي الذي كفل العديد من الحقوق والحريات، وهو ما نص عليه المشرع الفلسطيني عندما أكد على عدم جوازية القبض على أحد أو تعريضه للتفتيش أو الحبس أو تقييد الحرية إلا بموجب أمر قضائي ومع مراعاة أحكام القانون.⁶

¹ عرفت المادة رقم (1) من قانون المعاملات برنامج الحاسب الآلي بأنه (مجموعة معلومات إلكترونية أو تعليمات تستعمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات إلكترونية بغرض الوصول إلى نتائج محددة) ووفق المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013 الحاسب الآلي بأنه أي جهاز إلكتروني سواء كان ثابت أو منقول، وسواء كان سلكي أو لاسلكي و يحتوي على نظام لمعالجة البيانات أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها أو تصفحها وينجز وظائف محددة بحسب البرامج والأوامر المعطاة".

² وهي القواعد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

³ أنظر: عبد الوهاب حومد، نظرات قانونية معاصرة على قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات في التشريع المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع/ السنة الرابعة، 2000، ص 9.

⁴ وهذا يرجع لطبيعة نظم الحاسب الآلي التي قد تكون رقمية، أو تناظرية، أو النظام المختلط. للمزيد من التوسع راجع: هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة، 1992، ص 19 وما بعدها.

⁵ وهو ما سنوضحه لاحقاً في المبحث الثاني.

⁶ المادة (11) والمادة (17) من القانون الأساسي الفلسطيني.

ونفس الأمر في النظام الأساسي للدولة العُماني بتأكيدهِ على أن الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون. وتنصيصه على عدم جوازية القبض على إنسان أو القيام بتفتيشه أو حجزه أو حبسه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفقاً لأحكام القانون¹.

الفرع الأول: تعريف التفتيش

لا تعتبر التعريفات من وظائف المشرع وهو ما تحقق في حالة التفتيش، فبالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني و العُماني لم يرد فيهما تعريفاً للتفتيش، وبالتالي المشرع ترك مهمة تعريفه للفقه والقضاء.

فعرّفه الفقه بأنه (إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي الذي لا يتم إلا بمذكرة من النيابة العامة أو في حضورها بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنائية أو جنحة)² وعرفه آخرون بأنه (البحث في مستودع سر شخص للوصول إلى أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة ونسبتها إلى المتهم)³. وفي تعريف آخر هو (بحث عن شيء يتصل بواقعة جرمية تم ارتكابها و يعتبر إجراء مفيد في كشف الحقيقة عنها، وعمّن ارتكبها، وقد يقتضي التفتيش إجراء البحث في محل له حرمة خاصة)⁴. ويعرف أيضاً بأنه (إجراء تحقيق يختص به المحقق ويستهدف التنقيب في مستودع السر عن الأدلة المادية لجريمة قد وقعت فعلاً ويتم رغم إرادة صاحب الشأن)⁵. أو هو عبارة عن إجراء تحقيقي تقوم به النيابة أو تأذن به من أجل الحصول على عناصر الحقيقة لجريمة تحقق وقوعها في محل يتمتع بالحرمة بغض النظر عن إرادة صاحبة⁶. ودأب القضاء على تعريف تفتيش المنازل بأنه " البحث عن الحقيقة في مستودع السر فيما"⁷. فجوهر خطورة هذا الإجراء يكمن في مساسه بحقوق دستورية تتمثل بالحق في حرمة المسكن وحرمة الحياة الخاصة⁸.

الفرع الثاني: أنواع التفتيش.

يعرف التفتيش عدة أنواع وفقاً لمعيار المحل الذي ينصب عليه، أي مستودع السر أو الوعاء الذي يحتفظ به الإنسان بالأشياء التي تفيد في إثبات الجريمة وهي على النحو التالي:

¹ المادة 18 من النظام الأساسي للدولة العُماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم 96/101 و المعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/99

² طلال أبو عفيفه، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 236

³ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، 1971، ص 481

⁴ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 449.

⁵ حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 105.

⁶ عبد القادر جرادة، موسوعة الإجراءات الجزائية في التشريع الفلسطيني، المجلد الثاني، عدد بئر السبع، غزة، 2009، ص 452.

⁷ قرار محكمة النقض المصرية في 1962/12/17 م، مجموعة أحكام النقض، السنة (13)، رقم (205)، ص 853.

⁸ طلال أبو عفيفه، مرجع سابق، ص 246

أولاً:- تفتيش الأشخاص

ويقصد به تحسس ملبسه كما يعني تفحص تلك الملابس بدقة وإخراج ما يخفيه الإنسان فيها ويشتمل أيضاً على فحص الجسد فحصاً ظاهرياً. أو (هو التفتيش الذي ينصب على ملابس المتهم وجسمه أو أي شيء يحمله كحقيبة أو ماشابه ذلك)¹

والتفتيش الذي نحن بصدد الحديث عنه أعلاه هو التفتيش الواقع على الأشخاص باعتباره إجراءً تحقيقياً وهو مشروط بوجود اتهام موجه للشخص المراد تفتيشه، وهو يختلف عن التفتيش الذي ينجزه مأموري الضابطة القضائية عند القبض على الأشخاص مستنديين في ذلك على نص المادة 38 من ق.إ.ج.ف، فإن كان كلاهما يعتبر تفتيشاً قضائياً إعمالاً للمادة (30) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، ولكن ما يفرق بينهما أن الأول يعد إجراءً تحقيقي في حين أن الثاني لا يعدو أن يكون إجراءً وقائي ناجم عن توافر القبض وهو يفهم من المادة(36) التي تجيز لمأمور الضبط أن يفتش الشخص المقبوض عليه لتجريده من أدوات أو أجهزة قد يلحق بنفسه أو بغيره ضرر بموجبهما. وهو نفس الأمر في المواد(42 و46 و77) من قانون الإجراءات الجزائية العُماني.² مع الإشارة لضرورة مراعاة الضوابط القانونية المتعلقة بتفتيش الأنثى عندما ينصب التفتيش على أنثى وهو ما نص عليه ق.إ.ج.فلسطيني في المادة (47) و التي أكدت على أنه إذا تعلق الأمر بتفتيش أنثى فلا يتم ذلك إلا من خلال أنثى مثلها، وكذا فعل المشرع العُماني بموجب نص المادة (78) من ق.إ.ج.ع.

ثانياً: تفتيش المساكن.

يقصد بتفتيش المساكن هو(التنقيب في المنزل عن أدلة في شأن جريمة ارتكبت)³ ويقصد بالمنازل⁴(كل مكان مسور يستخدم للسكنى بصفة دائمة أو مؤقتة)⁵. ولقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها(يبحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها).⁶والجدير ذكره في هذا الصدد هو استعمال المشرع الفلسطيني مصطلح (دخول المنازل وتفتيشها)في المادة (39) من ق.إ.ج.ف للدلالة على تفتيش المساكن وتمييزها عن

¹ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، غزة، فلسطين، 2014، ص315

²تنص المادة 42 من ق.إ.ج.ع على (لمأمور الضبط القضائي في حالات التلبس بالجنايات والجناح المعاقب عليها مدة تزيد على ثلاثة أشهر أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر إذا قامت أدلة قوية على ارتكاب الجريمة) والمادة 46 جاءت لتنص صراحة على جواز التفتيش بقولها (من يقوم بتنفيذ القبض من مأموري الضبط القضائي أن يفتش المقبوض عليهم...) وأكدت على ما سبق المادة 77 من نفس القانون (لمأموري الضبط القضائي تفتيش المتهم في الحالات التي يجوز فيها قانوناً القبض عليه)

³محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، تنقيح فوزيه عبد الستار، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017، ص507.

⁴جدير ذكره هنا أن قانون الجزاء العُماني وقانون الإجراءات الجزائية أيضاً لم يرد فيهما تعريف للمنزل أو البيت، وهو عكس موقف المشرع الفلسطيني في المادة رقم (5) الذي عرف بيت السكن بأنه (أية بناية أو عمارة أو أي قسم من بناية أو عمارة اتخذها المالك أو الساكن إزاء ذلك سكناً له ولعائلته و خدمه أو لأي منهم..)

⁵رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، الطبعة الرابعة عشر، دار الجيل للطباعة، 1982، ص298.

⁶نقض 31 مارس سنة 1959، مجموعة أحكام النقض، س 10، رقم 87، ص17، 391 ديسمبر سنة 1962، س 13، رقم 205، ص853.

الدخول،¹ بينما استخدم المشرع العُماني في المادة (79) ق.إ.ج.عُ عبارة (لا يجوز دخول أي مسكن) ثم أردفها بالمادة 80 (لا يجوز تفتيش المساكن إلا بإذن..). والحقيقة أن موقف المشرع العُماني يمتاز بالترقية الصريحة بين دخول المنازل وتفتيشها، فالدخول هو مجرد تجاوز حدود هذا البيت والتمتع في محتوياته، أما التفتيش هو البحث والتنقيب في محتويات هذا البيت فيكون التمييز المتبع أدق من الناحية القانونية مقارنة بموقف المشرع الفلسطيني الذي استخدم صياغة التعقيب بقوله (دخول المنازل وتفتيشها) أي أن التفتيش يلي عملية الدخول، وهو ما يؤكد من وجهة نظرنا رجاحة الصياغة التشريعية للمشرع العُماني في هذا الصدد، مع الإشارة إلى أن الحماية جديرة لكلاهما فدخول المنازل يتعارض مع الحماية الدستورية لحرمة المنازل لذا فإن إعمال النص بواجبها يجب أن يقدر بقدرها خصوصاً أن عملية الدخول قد لا تكون بهدف التفتيش بل ربما نتيجة تنفيذ مذكرة قبض بحق متهم. وتفتيش المساكن فيه انتهاك لحق الخصوصية المكفول دستورياً، وبالتالي هم مصلحتين على قدم المساواة من مقدار الحماية الواجب توفيره من وجهة نظرنا.

رابعاً :- تفتيش وضبط المراسلات والاتصالات

المقصود بالمراسلات في هذا الصدد كافة الرسائل التي تكون مكتوبة وسواء كانت مرسلة بطريق البريد أو بواسطة بريد مضمون مع علم الوصول أو بريداً عادياً وتشمل أيضاً البرقيات.² في حين أن المحادثات السلكية أو اللاسلكية، فهي تعتبر من قبيل الرسائل الشفوية. ولكن سواء تعلق الأمر بالرسائل الشفوية أو الكتابية فكلاهما محلاً للحماية القانونية والتي أحاطتهما بإجراءات وضوابط تحدد كيفية ضبطهما والتفتيش الواقع عليهما، وهو ما أكدته نص المادة (51) من قانون إجراءات جزائية فلسطيني (أ. للنائب العام أو أحد مساعديه أن يضبط لدى مكاتب البرق والبريد الخطابات والرسائل المتعلقة...) والفقرة (ب) من نفس المادة (كما يجوز له مراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وإجراء تسجيلات لأحاديث...).

وكذلك المادة (7) من قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية الذي عاقب كل من التقط أو اعترض أو سجل أو تنصت عمداً وبدون وجه حق بالحبس مدة لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن (3000) دينار. وهذا ما أكدته محكمة النقض بالقول (إن مدلول كلمتي (الخطابات والرسائل) المشار إليهما في المادة 206 المذكورة، وإباحة ضبطها في أي مكان خارج منازل المتهمين طبقاً للإحالة على الفقرة الثانية من المادة 91، يتسع في ذاته لشمول كافة الخطابات والرسائل والطرود والرسائل التلغرافية، كما يندرج تحته المكالمات التليفونية لكونها لا تعدو أن تكون من قبيل الرسائل الشفوية لإتحادهما في الجوهر وإن اختلفا

¹ وهو نفس موقف المشرع الجزائري الذي استخدم مصطلح المنازل في المادة (44) من قانون الإجراءات الجزائية كمرادف للمساكن الواردة في المادة (45) من نفس القانون.

² سلامة الشامي، جرائم الإعتداء على الحق في الخصوصية في ضوء التطور التكنولوجي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، فلسطين، 2017، ص 30 وما بعدها

في الشكل¹. وسواء تعلق الأمر بضبط المراسلات المكتوبة أو الشفوية والاتصالات فإن كان البعض يرى في إجراء ضبطهما وتفتيشهما أنه من إجراءات الاستدلال²، فإن المستقر عليه فقهاً وقضياً أنه يعتبر من إجراءات التحقيق، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض بالقول (لا يملك رجال الضبط القضائي ممارسة رقابة المكالمات التليفونية لكونها من إجراءات التحقيق لا من إجراءات الاستدلال..)³ وهذا يجد سنده أيضاً في موقف المشرع العُماني في المادة(5) من قانون الاتصالات التي نصت (يحظر مراقبة وسائل الاتصالات ومضمونها أو تفتيشها أو إفشاء سرّيتها أو تأخيرها أو مصادرتها أو اعتراضها أو استغلالها إلا بإذن مسبق من المحكمة المختصة)⁴.

المطلب الثاني: خصوصية تفتيش الحاسب الآلي

إذا كان التفتيش يعرف بأنه (التنقيب عن أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة التي وقعت ونسبتها إلى المتهم) و محل التفتيش في الجرائم العادية هو البحث عن الأدلة المادية التي توصلنا للحقيقة، فإن محل التفتيش في الجرائم الإلكترونية هو مكونات الحاسب الآلي والذي يتكون من مكونات مادية وأخرى معنوية وله شبكات اتصال سلكية ولا سلكية،⁵ وهذا ما بات يعرف بخصوصية أو بذاتية تفتيش الحاسب الآلي⁶.

فالحاسب الآلي يتكون من نوعين من المكونات أحدهما مادية وهو عبارة عن الجسم المادي للحاسب الآلي والذي يتكون من وحدة الإدخال ووحدة المعالجة المركزية وهذه الأخيرة تتكون من وحدة التحكم والسيطرة ووحدة الحساب والمنطق إضافة إلى وحدة التخزين والتي تتكون من الذاكرة الرئيسية والذاكرة المساعدة، ويتكون أيضاً من وحدة الإخراج والتي تشمل الشاشة والطابعة. أما المكونات المعنوية والتي تمثل خصوصية للتفتيش في جرائم الحاسب الآلي فتتمثل في التطبيقات التكنولوجية التي تجري داخل المكونات المادية للحاسب، وتعد من قبل المكونات المعنوية أيضاً المعلومات والبيانات و برمجيات الحاسب⁷ هذا على المستوى المحدود أو الوطني وهو ليس الصورة الوحيدة فقط لأنه قد يكون للحاسب الآلي شبكات اتصال سلكية ولا سلكية محلية ودولية الأمر الذي سيفرض مشاكل تقنية وقانونية كما سنرى لاحقاً.

¹ حكم لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 989 لسنة 31، مكتب في، 13، رقم 135 بتاريخ 12-02-1962.

² سمير الأمين، المشكلات العملية في مراقبة التليفون والتسجيلات الصوتية والمرئية وأثرهما في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، 1996، ص1 وما بعدها.

³ نفس الحكم القضائي السابق، 1962.

⁴ قانون تنظيم الاتصالات العُماني رقم 2002/30، والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/67.

⁵ هلالى عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المهتم المعلوماتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص200.

⁶ أسامة المناعسة و جلال الزعبيو صايل الهواوشة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2001، عمان، ص264.

⁷ هلالى عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص24 وما بعدها.

ووفقاً لما سبق بيانه فإن بتفتيش نظم الحاسب الآلي في هذا الصدد يقصد به (الولوج إلى مكونات الحاسب الآلي وملحقاته للبحث عن ما يتصل بجريمة معلوماتية وقعت أو يفيد في الكشف عنها)¹. وبناء على هذا التعريف نجد أن المكونات التي يخضع لها التفتيش في جرائم الحاسب الآلي تنقسم إلى ما يلي:

الفرع الأول: تفتيش مكونات الحاسب الآلي المادية.

إن تفتيش المكونات المادية للحاسب الآلي في حقيقة الأمر لا يثير أية صعوبة، ويرجع ذلك إلى أن مسح الجريمة هنا يحتوي على الأدلة المادية التي تدل بصورة واضحة على وقوع الجريمة وإمكانية نسبها لشخص معين تعتبر متاحة إلى حد كبير²، ولكن يجب الإشارة إلى أن تفتيش أي مكون من مكونات الحاسب الآلي المادية يعرف اختلافاً لنوع الحاسب المراد التفتيش عليه ومكان تواجده، فالحاسب الآلي قد يكون مكتيباً وقد يكون حاسب آلي محمولاً وهو الأمر الذي يحتاج إلى تبيانه وفق الآتي³:

● الحاسب الآلي المكتبي: يخضع تفتيش المكونات المادية للحاسب الآلي المكتبي لقواعد تفتيش الأماكن، أي هل تواجد هذا الحاسب في أماكن خاصة أم عامة⁴، فإن كان المكان خاصاً أخذ التفتيش لمكونات الحاسب الآلي نفس حكم تفتيش الأماكن الخاصة وهو ما يوجب علينا التفرقة بين ما إذا كان هذا المكان الخاص يعتبر منزل المتهم ذاته أو احد ملحقاته. فإن تواجد الحاسب الآلي في مكان خاص فلا يجوز إذن تفتيشها إلا بتوافر الحالات التي من الجائز فيها تفتيش مسكن المتهم وبنفس الضمانات المقررة قانوناً للتفتيش في هذا المكان⁵، في حين أنه إذا كان هذا المكان الخاص هو منزل شخص آخر غير المتهم هنا لا يجوز القيام بتفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش منزل غير المتهم ووفق نفس الضمانات المقررة في القانون للتفتيش في هذا المكان⁶. لأن هذا المكان قد يعود لأحد الشخصيات المتمتعة بحصانة فوجب احترام الضمانات المحددة لذلك، وقد يكون لشخص عادي عندها ووفق الأصل أن لا يتم تفتيش مسكنه وما يحتويه إلا بإذن جديد، ولكن يستثنى من ذلك

¹صفاء حسن نصيف، التحديات الإجرائية المتصلة بالجرائم المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، 2016، ص 266.

²خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 158

³بكري يوسف بكري، التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 69

⁴يوسف العفيفي، الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدم لنيل الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013، ص 120.

⁵نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلال، دار الفكر الجامعي، طبعة 2013، ص 237

⁶هلالى عبد اللاه احمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي، وضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 73.

وجود إمارات أو دلالات على وجود معلومات مخزنة على الحاسب الآلي المتواجد في هذا المنزل تفيد في كشف الحقيقة فيجوز عندها امتداد التفتيش وفق نفس المذكرة.¹

ولكن ماذا لو كانت هذه المكونات موجودة في مكان عام بطبيعته كشارع عام أو من تزه عام، أو كانت طبيعته بالتخصيص كالمطاعم والمقاهي؟ ففي هذه الحالة تأخذ حكم هذا المكان بحيث لا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها قانوناً تفتيش هذا المكان.²

● الحاسب الآلي المحمول والهاتف المحمول: وفق المستقر عليه أنها تخضع لذات قواعد تفتيش الأشخاص، مع ضرورة التفرقة بين ما إذا كان هذا الحاسب مع المتهم أو مع شخص آخر حيث يجب مراعاة القواعد الخاصة بكل حالة على حدة، إضافة إلى ضرورة التفرقة بين ما إذا كانت هذه المكونات المادية متصلة بنهاية طرفية موجودة مع شخص آخر حيث تخضع لقواعد تفتيش شخص غير المتهم بالنسبة للنهاية الطرفية، وبين ما إذا كان متصل بنهاية طرفية موجودة في مكان آخر حيث تخضع لنفس قواعد تفتيش الأماكن فيما يتعلق بهذه النهاية الطرفية.³

وبناءً على ما سبق فإن ارتكابه ذا النوع من الجرائم من خلال استخدام الحاسب الآلي يعطي سلطة التحقيق القيام بكافة الإجراءات التحقيقية بما فيها التفتيش، وأن يمتد هذا التفتيش لأي مكان يمكن أن تتواجد فيه أدلة تدل على مرتكب الفعل الجرمي والتأكد من نسبته إليه ولكن شريطة أن يسبق ذلك وجود إذن مسبق لدخول هذه الأماكن والتفتيش بمحتوياتها بما فيها أجهزة ونظم الحاسب الآلي للوصول لأدلة تؤكد الاتهام الموجه لهذا الشخص المراد تفتيش مسكنه وما يحتويه من معدات.⁴

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول جواز تفتيش أنظمة وملفات الحاسب الآلي:

إن كانت المكونات المادية للحاسب الآلي محل اتفاق فقهي بجوازية أعمال القواعد التقليدية عليه، فإن الخلاف قد ظهر فيما يتعلق بالمكونات والأدلة المعنوية التي يحتويها الحاسب الآلي، فقد انقسم الفقه في ذلك لتيارين رئيسيين الأول يقر بعدم جوازيه إخضاعها للتفتيش والتيار الآخر يؤكد على الجواز في هذا الصدد ونستعرض كلاهما ونختتم بالموقف التشريعي المتعلق بهذا المضمون:

1. التوجه الأول: هذا الرأي ينفي تماماً إمكانية القول بإخضاع المكونات المعنوية للحاسب الآلي للتفتيش، مستندياً في ذلك على طبيعة التفتيش التي يرونها مخصصة للأدلة المادية للجريمة وهو ما يتنافى مع طبيعة

¹ مع الإشارة إلى أن تفتيش منزل المتهم يتعين أن يسبقه توجيه اتهام واستصدار إذن تفتيش لهذا المنزل وما يحتويه، أما تفتيش منزل شخص آخر غير المتهم فقد يتم دون توجيه اتهام مسبق من النيابة العامة ويتم دخوله بدون إذن مسبق لارتباطه بالجريمة التي يتم البحث بشأنها، وهي من ضمن الحالات الإستثنائية الواردة بموجب المادة 48.ق.إ.ج.ف

² عادل عزام سقف الحيط، جرائم الدم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2011، ص 239

³ بكري يوسف بكري، مرجع سابق، ص 70

⁴ أسامة المناعسة، مرجع سابق، ص 278

الأدلة المعنوية في الجرائم الإلكترونية.¹ هذا الرأي وُجد صداه لدى جانب من الفقه الفرنسي الذي يرى أن النبضات والإشارات الإلكترونية الممغنطة لا تعد من قبيل الأشياء المادية المحسوسة التي يجوز ضبطها وتفتيشها.² ويضيف هذا الرأي أن القول بإجازة إخضاع المكونات المعنوية من تطبيقات وغيره قد يمس حقوق الملكية والبراءة الفكرية التي هي محلاً لحماية القانون في الأصل.

2. الاتجاه الثاني: يرى بجوازيه ضبط وتفتيش المكونات المعنوية للحاسب الآلي، مستعينين بذلك بسند يتمثل في أن المشرع غالباً ما ينص في القوانين الإجرائية على ضبط أي شيء يتعلق بالجريمة أو يفيد باكتشافها بحيث يكون النص واسعاً لدرجة يستغرق فيها مفهوم المكونات المعنوية من بيانات وأنظمة إلكترونية، وهو الموقف الذي نجده منسجماً مع العديد من التشريعات ومنها القانون الكندي الذي نص في المادة 487 على أنه (تمنح سلطة إصدار إذن الضبط لأي شيء طالما توافرت أسس معقولة للاعتقاد بان جريمة وقعت أو يشتبه في وقوعها أو أن هناك نية ارتكاب جريمة بواسطته) ونفس الأمر نجده لدى المشرع اليوناني في نص المادة 251 من قانون إجراءات جزائية يوناني التي أعطت سلطات التحقيق صلاحية القيام بأي شيء يكون ضرورياً من أجل جمع الأدلة وتوفير الحماية لها، وهو ما دفع الفقه اليوناني لتفسير عبارة (أي شيء) بأنها تتسع لتضم البيانات والصور المخزنة في أنظمة الحاسب الآلي أو المعالجة إلكترونياً، ويساند هذا القول ما ذهب إليه بعض الفقه بالقول أنه يمكن إخضاع المكونات المعنوية لنظم الحاسب الآلي للتفتيش إذا ما تم تحويل هذه الأدلة إلى شيء ملموس من خلال طباعة هذه المعلومات على ورق يجعل منه شيء مادياً يستند عليه رجال الاختصاص في الإثبات الجنائي.³

● موقف المشرع:

سنعمد للتطرق لموقف كلاً من المشرع الفلسطيني والمشرع العماني للقول بجوازية تفتيش نظم الحاسب الآلي وفق النص أم لا.

1. المشرع الفلسطيني:

أ. الضفة الغربية: بموجب قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 عمده المشرع الفلسطيني إلى إصدار نصوص خاصة بالجرائم الإلكترونية وأفردها بإجراءات خاصة بها وأقر بجوازية تفتيش نظم الحاسب الآلي بموجب المادة 32 من هذا القرار بقانون، والذي أعطى بموجبها للنيابة العامة أو من تنتدبه من مأموري الضبط القضائي تفتيش وسائل تكنولوجيا المعلومات ذات الصلة بالجريمة.

¹ سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 112 وما بعدها.

² أحمد أسامة حسنية، الجريمة الإلكترونية بين الشرعية الجنائية والإجرائية، بحث قدم للمؤتمر العلمي المحكم لمواجهة التشريعية للتطور التكنولوجي، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ومنتشور في مجلة العلوم الإنسانية التي تصدر عن جامعة الأزهر، المجلد 19، عدد خاص، 2017، ص 30

³ إيهاب ماهر السنباطي، الجرائم الإلكترونية، قضية جديدة أم فئة مختلفة؟ التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، أعمال الندوة الإقليمية حول الجرائم المتعلقة بالكمبيوتر، المملكة المغربية، 19-20 يونيو، 2007، ص 17

ب. قطاع غزة: بالرجوع للواقع التشريعي في قطاع غزة ونظراً للانقسام السياسي الحاصل والذي أثر على المنظومة التشريعية، فإن المشرع لم يفرد هذه الجرائم بقانون خاص بها وكل ما يتوافر في هذا الخصوص هو المادة 262 مكرر من قانون عقوبات رقم 3 لسنة 2009 المعدل لقانون عقوبات رقم 74 لسنة 1936، الأمر الذي يدفعنا للارتكاز على قانون الإجراءات و تحديداً نص المادة (1/50) والذي يقضى بأنه لا يجوز التفتيش إلا عن الأشياء المتعلقة بالجريمة التي يتم التحقيق بشأنها، الأمر الذي يفهم منه أن غاية التفتيش هي الكشف عن الحقيقة وفي سبيل ذلك يكون محلاً للتفتيش الأشياء التي تفيد في إظهار الحقيقة ولفظ الأشياء يتسع إذن ليشمل المكونات المادية والمعنوية أي أن المشرع لم يحظر اتساع النص ليشمل الأدلة المعنوية، فإذن هو إقرار ضمني بجواز تفتيش المكونات المعنوية لأن القاعدة تقضي (بأن كل ما هو ليس بمحظور فهو مباح) أضف إلى ذلك أن إعمال التفسير المنطقي لمُدلول الأشياء الوارد في تلك الفقرة يمتد ليشمل الأشياء المادية والأشياء المعنوية.¹ وفي سبيل تجاوز هذه الإشكالية فإننا نتفق مع الرأي القائل بأن أفراد التفتيش في هذه الجرائم بنصوص خاصة مستقلة يعتبر حل أمثل وأفضل من إعمال النصوص التقليدية على الجرائم التقنية أمام سكوت المشرع لأن ذلك قد يؤدي بنا للمساس بالشرعية الإجرائية.²

2. المشرع العُماني:

نظراً لخلو القانون الخاص بمكافحة الجرائم التقنية العُماني من تنظيم الشق الإجرائي لهذه الجرائم وإحالة أمر تلك الإجراءات على مقتضيات قانون الإجراءات الجزائية العُماني. و بالرجوع لنصوص هذا الأخير وتحديداً المادة 76 نجدها تنص على أن عضو الإدعاء العام له أن ينتقل إلى أي مكان -كلما قدر أن ذلك يفيد التحقيق- ليثبت حالة (الأمكنة والأشياء) وكذلك المادة 85 من ذات القانون التي نصت أن على مأمور الضبط القضائي أن يقصر بحثه على "الأشياء أو الآثار التي صدر بشأنها أمر التفتيش" ولما كانت هاتين المادتين تستخدمان مصطلح (الأشياء) فهو موقف يتفق مع موقف المشرع الفلسطيني. فالمشرع العُماني إذن سار في نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفلسطيني بإجازة التفتيش لنظم الحاسب الآلي ضمناً من خلال إحالته على الأحكام العامة للتفتيش، خصوصاً أن قانون الإجراءات الجزائية العُماني قد تم تعديله في عام 2011 وهو نفس العام الذي صدر فيه القانون الخاص بجرائم تقنية المعلومات.³

¹ ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015، ص 379.

² عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات في الجرائم الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، العدد السابع، 2014، ص 154 وما يليها.

³ أصدر قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات وفق المرسوم السلطاني رقم 2011/12. وتم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/96.

المبحث الثاني: تفتيش الحاسب الآلي بين الضوابط والصعوبات.

إن القول بجوازية التفتيش لنظم الحاسب الآلي في الجرائم التقنية لا يعني إطلاق يد الجهة صاحبة الاختصاص دون قيد أو ضابط بما يكفل الحقوق والحريات الدستورية، وهو لا يعني في نفس الوقت أن إجراء التفتيش لن يواجه صعوبات وإشكالات عملية، وهو ما سوف نستعرضه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: قيود تفتيش الحاسوب

تنقسم هذه القيود والضوابط إلى نوعين قيود وضوابط مكانية وأخرى زمنية نستعرض كلاً منها في فرعين:

الفرع الأول: القيود المكانية .

سنتناول القيود المكانية من زاويتين، الأولى التفتيش في الأماكن المملوكة للمتهم أو لغيره داخل إقليم الدولة، أما الزاوية الثانية سنتناول تفتيش الحاسب الآلي في الأماكن المملوكة للمتهم أو لغيره خارج إقليم الدولة وذلك على النحو التالي:-

أولاً: حالة التفتيش في الأماكن المملوكة للمتهم أو لغيره داخل إقليم الدولة.

إن تفتيش المكان المملوك للمتهم أو لغيره من الأشخاص المشاركين أو غير المشاركين في الجريمة لا تثير الصعوبات لأنها محددة مسبقاً قيود التعامل مع المسكن وملحقاته بموجب قانون الإجراءات الجزائية، ولكن الإشكال يدق ناقوس الخطر عندما يكون الأمر يتعلق بتفتيش نظم الحاسب الآلي وهذا الأخير مرتبط بنهاية طرفية مع حاسب آخر أو شبكة إنترنت خارجية متواجدة في مكان آخر في داخل إقليم الدولة، فهل يجوز امتداد التفتيش لها أم لا؟

القول الراجح هو جوازية امتداد إجراء التفتيش لها طالما أن ذلك يفيد في نهاية المطاف في الوصول إلى أدلة وأثار توصل الأجهزة المختصة لإثبات الجريمة، وإن كان ذلك مشروط فيه أن يكون هناك احتمال وجود أدلة تتعلق بالجريمة محل الاتهام ويفيد ضبطها وتفتيشها في إظهار الحقيقة، ومع ضرورة استيفاء ضوابط تفتيش هذه الأمكنة التي تتواجد فيها هذه الأجهزة أو الحواسيب المحتوية على المعلومات،¹ فوجود هذا الحاسوب في مكان معد للسكنى يوجب على أجهزة التحقيق مراعاة ضوابط تفتيش المنازل، في حين أنه لو كانت هذه المعلومات متوافرة على أجهزة حاسوب مرتبط بحاسوب آخر متواجد في مكان غير معد للسكنى عندها تخضع لنفس ضوابط تفتيش الأشخاص².

¹ أسامة المناعسة وآخرين، مرجع سابق ص 281، هذا الرأي اخذ به القانون الألماني والهولندي، مع اشتراط أن تكون البيانات الموجودة في الحاسب الأخر مفيدة وضرورية لإظهار الحقيقة، عادل سقف الحيط، مرجع سابق، ص 241

² بكري يوسف بكري، مرجع سابق، ص 80

وهذا الرأي السابق بيانه محل انتقاد من وجهة نظرنا، لأن القول بذلك يعني منح سلطة التحقيق مبرراً للدخول والتفتيش في العديد من الأماكن التي قد تبين المعلومات المتوافرة على الحاسوب محل التفتيش أنها مرتبطة بمعلومات أخرى على حواسيب أخرى في أماكن غير المكان الموجود فيه هذا الحاسب، مع العلم أن كل الأجهزة الحديثة الذكية تعتمد على نظام المزامنة التي تربط بين جهازين أو أكثر من خلال بريد إلكتروني أو تبادل معلومات تلقائي دون أن تكون لتلك الحواسيب الأخرى أية علاقة بالجريمة التي يتم التفتيش بشأنها. هذا الخلاف حسمه المشرع بموجب القرار بقانون رقم (10) الصادر بشأن الجرائم الإلكترونية الذي أكد فيه المشرع الفلسطيني وتحديداً في المادة الثاني والثلاثون في فقرتها الرابعة على أنه لوكيل النيابة أن يأذن لمأموري الضابطة القضائية أو من يستعينون بهم من أهل الخبرة بالنفاذ المباشر إلى أي وسيلة من وسائل التكنولوجيا وإجراء التفتيش فيها بقصد الحصول على البيانات والمعلومات، وهو ما أكدته المقتضيات الواردة في (ف/2/33) من نفس القرار السالف الذكر والمتعلقة بالضبط والتحفظ على كامل نظام المعلومات أو جزء منه.

ثانياً : امتداد التفتيش لخارج إقليم الدولة.

تتوافر هذه الحالة عندما يقوم مرتكب الفعل الجرمي بإخفاء وتخزين معلومات على حاسوب آخر موجود خارج إقليم الدولة، فهنا تطرح إشكالية قانونية تتمثل بتساؤل عن جوازية امتداد التفتيش لمثل هذه الحواسيب أم لا؟ في حقيقة الأمر أن الإجابة على هذه الإشكالية وهذا التساؤل عرف تباين في مواقف التشريعات والنظم القانونية، فالتشريع الفرنسي مثلاً لم يعط سلطات التحقيق الحق في امتداد التفتيش في هذه الحالة لخارج إقليم الدولة وجعله محصوراً فقط داخل الإقليم وهو ما يؤيد موقفنا السابق الإشارة إليه.¹ في حين أن بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الهولندي² مثلاً نجده يسمح للسلطة المختصة بالتحقيق بأن تجري التفتيش داخل الأماكن الموجودة بها البيانات المطلوب التفتيش عنها أينما كانت سواء داخل الإقليم أو خارجه شريطة أن يكون هذا التدخل مؤقتاً ومفيداً في إظهار الحقيقة.³

وحقيقة هذا الاختلاف في التعامل التشريعي من وجهة نظرنا تعود إلى أن الجرائم التقنية تمتاز بأنها عابرة للحدود وقد ترتكب على أكثر من إقليم وبالتالي هي تطرح إشكالية تنازع الاختصاص الإيجابي،⁴ لأن كل دولة ارتكبت الجريمة أو جزء منها على أراضيها تصبح هي المختصة في مواجهة التشريعية وهو الأمر الذي تداركه المشرع الفلسطيني في القرار بقانون الصادر في الضفة الغربية عندما أكد بموجب المادة الثانية أن أحكام هذا القرار تطبق على الجرائم الواردة فيه سواء تم ارتكابها كلياً أو جزئياً في داخل فلسطين أو خارجها، وسواء كان الفاعل أصلياً أم شريكاً، ومع اشتراطه أن تكون هذه الجرائم معاقب عليها خارج فلسطين وهو ما يعرف بشرط

¹ورد لدى: نفس المرجع السابق، ص 81

²المادة 125 من قانون مكافحة جرائم الحاسب الآلي الهولندي.

³خالد الحلبي، مرجع سابق، ص 165

⁴راجع في ذلك: نور الدين الواهلي، الاختصاص في الجريمة الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، العدد السابع، 2014، ص 136

الازدواج في التجريم والذي يعتبر أحد شروط مبدأ شخصية النص الجزائية باعتباره أحد المبادئ التي وردت في قانون العقوبات النافذ، وأضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة الحالات التي سوف تطبق فيها أحكام نفس القرار السابق عندما يتعلق الأمر بجرائم معينة في حالة أن تم ارتكابها خارج فلسطين وكان (الجاني فيها فلسطينياً أو مرتكبة ضد مصالح أو أطراف فلسطينية، أو ضد مصالح وأطراف أجنبية...) وأردف ذلك أيضاً بموجب الفقرة الثانية من المادة الثالثة بأن تتولى المحاكم النظامية والنيابة العامة وفقاً لاختصاصيهما النظر في الدعاوى التي تكون موضوعها أحد الأفعال المجرمة بموجب هذا القانون وهذا ما يمكن لنا وصفه بأنه موقف محمود للمشرع لأنه بذلك يحسم جدل ويضع حلاً لإشكالية قانونية تثيرها هذه النوعية من الأفعال الجرمية. أم المشرع في المحافظات الجنوبية والذي يعتمد على القواعد العامة الواردة في الشق الإجرائي لمعالجة مثل هذه الإشكاليات لخلوه من نص خاص وصریح يعالج هذه الجرائم، فنجد أنه حدد اختصاص المحاكم في المادة (165) قانون إجراءات جزائية فلسطيني بالقول "إذا وقع في الخارج فعلاً يعد من الجرائم التي تسري عليها أحكام القانون الفلسطيني، ولم يكن لمرتكبها محل إقامة في فلسطين، ولم يضبط فيها، ترفع عليه الدعوى أمام المحكمة المختصة في العاصمة القدس. كما نصت المادة (166) من نفس القانون السابق على " إذا ارتكب فعل بعضه داخل نطاق اختصاص المحاكم الفلسطينية وبعضه خارج نطاق اختصاصها، وكان ذلك الفعل يؤلف جرمًا تنطبق عليه أحكام قانون العقوبات الفلسطيني فيما لو ارتكب بأكمله ضمن نطاق اختصاص المحاكم الفلسطينية، فكل شخص ارتكب أي جزء من ذلك الفعل ضمن نطاق اختصاص المحاكم الفلسطينية، تجوز محاكمته بمقتضى قانون العقوبات الفلسطيني كما لو كان قد ارتكب ذلك الفعل بأكمله ضمن نطاق اختصاص تلك المحاكم"، ونصت المادة 163 من نفس القانون على أن الاختصاص يتعين بالمكان الذي ارتكبت فيه الجريمة أو محل إقامة المتهم، أو بالذي يقبض على المتهم فيه. وبالرجوع للقرار بقانون الخاص بالجرائم الإلكترونية في المحافظات الشمالية نجد فيه أن المشرع قد أكد على أن أحكام هذا القرار تطبق على أي من الجرائم الواردة فيه، إذا ما ارتكبت كلياً أو جزئياً داخل فلسطين أو خارجها، وحتى في حالة أن امتد أثرها داخل فلسطين، ونص كذلك على تطبيق أحكام هذا القرار على الجرائم المنصوص عليها بموجب أحكامه و التي ترتكب خارج فلسطين (في حالة أن كان مرتكبها فلسطينياً أو ارتكبت ضد مصالح فلسطينية.....).

وهو الأمر الذي نراه متوافقاً مع موقف المشرع في سلطنة عُمان حيث نجده جاء منسجماً مع موقف المشرع الفلسطيني في قطاع غزة نظراً لإتحادهما في علة خلوهما من أحكام إجرائية خاصة بجرائم الحاسوب وهو ما تتلمسه في المادة 141 من ق.إ.ج، والمادة 143 من نفس القانون التي أكدت على انه في حالة أن تم ارتكاب جريمة خارج السلطنة تسري عليها أحكام القانون العُماني ولم يكن لمرتكبها محل إقامة في السلطنة ولم يضبط فيها ترفع عليه الدعوى العمومية أمام المحكمة المختصة في مسقط، وهو الأمر الذي ينسجم مع طبيعة الجرائم التقنية التي قد يتم التفتيش عن أدلتها داخل الإقليم ولكن يقوم المجرم بنقل البيانات والأدلة لدولة أخرى، أو أن يكون مرتكبها خارج هذه البلاد ونتيجتها تحققت داخل فلسطين أو عُمان مما يجعلها تخضع لمبدأ الإقليمية

كون الجريمة أو جزء منها كفيل ارتكابه على أرض فلسطين أو عُمان لإعمال أحكام قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية لأن ارتكاب الجريمة يتبعه تحريك المتابعة الجزائية.¹

الفرع الثاني: القيود الزمنية

وهو ما يفرض علينا تناول الوقت الذي يجوز فيه التفتيش، ومسألة التلبس بالجريمة، إضافة لمسألة التفتيش لحظة القبض على الشخص.

أولاً: وقت التفتيش.

إن الجرائم التقنية تثير إشكالية قانونية تتعلق بالوقت الجائز فيه التفتيش، كون المستقر عليه في أغلب التشريعات أن تفتيش المنازل يجب أن يكون نهاراً ولا يجوز دخولها أو تفتيشها ليلاً، إلا إذا تعلق الأمر بجريمة متلبس بها أو كانت حالات الاستعجال تستوجب ذلك، ومرجع ذلك ضرورة مراعاة حرمة المنازل والطمأنينة، ويكتفي في غير هذه الأحوال بترصد المكان حتى الصباح، ومع التأكيد على أنه إذا بدأ التفتيش نهاراً ولم ينتهي حتى إسدال الظلام ستاره فإنه يجوز الاستمرار فيه عندها²، وهذا ما نجد صداه صراحة في قانون الإجراءات الفلسطيني الذي أكد على أن تفتيش المنازل يجب أن يكون في النهار³، ولا يجوز دخولها ليلاً، إلا إذا كانت الجريمة تلبسيه، أو كانت حالة الاستعجال تقتضي ذلك، مع العلم أن هذا القانون حدد حالات التلبس⁴ إلا أنه لم يحدد حالات الاستعجال وترك تقديرها للسلطة القائمة على التفتيش، وهذا يعني حصر مسألة الدخول ليلاً في أضيق الحدود. وهو الأمر الذي يطرح إشكالاً أمام طبيعة الجرائم التقنية التي يعتبر الوقت المفضل لارتكابها هو ساعات الليل لما يحتاجه مرتكبي هذه الجرائم من هدوء عال ونسبة متابعة ومراقبة أقل مما يسهل عليهم ارتكاب الجريمة. هذا الإشكال تداركه القرار بقانون رقم (10) الصادر بشأن الجرائم الإلكترونية إذ جاء خالياً من اشتراط وقت زمني معين لإنجاز التفتيش حيث أنه لم يوردها ضمن الشروط الواردة في المادة 32، وهو ما يفهم منه أن التفتيش جرائم الحاسوب غير مقترن بزمان وغير محظور إنجازه ليلاً.

وهذه تمثل نقطة اقتراب مع موقف المشرع العماني حيث نص في المادة 79 بأن دخول المساكن لا يجوز إلا في الأحوال المبينة وفق القانون أو بناءً على توافر طلب المساعدة، دون أن يرفق ذلك بحصر وقته بالنهار. فالمشرع العماني أجاز إمكانية الدخول ليلاً أو نهاراً ولم يجعله خاضعاً لوقت وإن كان يتعين على رجال الإجراء

¹ هذا القول يستقيم بخلو التشريع من قانون خاص بهذه الجرائم المستحدثة وعدم تنظيمها إجرائياً الأمر الذي يدفعنا نحو تطويع النصوص العامة وإسقاطها عليها. أما بوجود قانون مستقل منظم لأحكامها موضوعياً وإجرائياً فإن ذلك من شأنه أن يحسم أي خلاف.

² حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 169، وراجع كذلك المادة (358) من التعليمات القضائية الصادرة عن النائب العام الفلسطيني سنة 2006

³ تنص المادة (357) من التعليمات القضائية للنائب العام 2006 "يحظر على القائم بالتفتيش مباشرة التفتيش ليلاً؛ ذلك أن ظرف الليل يعتبر نوعاً من أنواع الإكراه بالنسبة للمتهم، خاصة عندما يكون قد غط في نومه، ويؤتى به بعد إيقاظه لتنفيذ التفتيش".

⁴ راجع المادة (26) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001

العام مراعاة حرمة المنازل والطمأنينة الواجب حمايتها وبما لا يتعارض مع المصلحة العامة. وذلك لمكافحة التدرع بالوقت القانوني للتفتيش للتهرب من العقاب وينسجم إلى حد كبير مع طبيعة الجرائم المعلوماتية والتقنية سريعة الإخفاء والاختفاء.

ثانياً: تفتيش نظم الحاسب الآلي التي تكون بحوزة المقبوض عليه:

بالرجوع للمادة (1/38) من ق.إ.ج.ف التي أجازت لمأموري الضابطة القضائية في الحالات التي يجوز فيها أن يقبض على المتهم فله أن يقوم بتفتيشه، ومن هذه الحالات القبض على المتهم حالة صدور مذكرة إحضار له من قبل النيابة العامة وهو ما قرره المادة (1\111) من نفس القانون، ويضاف إلى ما سبق أنه يجوز لمأموري الضبط القضائي في حالة القبض على المتهم دخول المنازل بحثاً عن الشخص المتهم وتفتيشه دون تفتيش المنزل، وفي ذات السياق نصت المادة (113) من ذات القانون على " تكون مذكرات الإحضار نافذة في فلسطين وفي أي وقت من الليل والنهار." بحثاً عن المتهم وتفتيشه وهو الأمر الذي يفهم منه جوازية دخول المنازل بموجب مذكرة الإحضار ليلاً وهو ما يُعتبر استثناءً على قاعدة عدم دخول المنازل ليلاً. ونفس الأمر أجازته المشرع العُماني بموجب المادة 77 التي أجازت قانوناً تفتيش المتهم في الحالات التي يجوز فيها القبض عليه، وهنا قد يطرح مسألة تواجد جهاز حاسب آلي أو هاتف نقال مع المتهم في مثل هذه الحالات الأمر الذي يفهم منه ونتيجة لغياب نص صريح في قانون الجرائم التقنية جوازية تفتيش مثل هذه الأجهزة بحثاً عن دليل ما قد يكون متعلقاً بالجريمة، أي أعمال القاعدة التي تقضي بأن كل ما لم يحظره المشرع فهو مباح.

ثالثاً: توافر حالة من حالات التلبس:

إذا كان كلاً من المشرعين العُماني والفلسطيني بموجب قانون الإجراءات الجزائية قد أجازا دخول المساكن في حالة التلبس وهو ما يفهم من نص المادة 48 قانون إجراءات فلسطيني وتحديداً الفقرة الثالثة منها التي جعلت من حالة توافر حالة التلبس سبباً لدخول المنازل بدون الحصول على مذكرة، وهو نفس الموقف القانوني المنصوص عليه بموجب المادة 79 من ق.إ.ج.ف العُماني التي أكدت على عدم جوازية الدخول للمنازل إلا بتوافر حالة مبينة في القانون والتي منها ما أورده المشرع في المادة (80) من نفس القانون وهي حالة التلبس بالجريمة فحينها يجوز الدخول والتفتيش. وبناء عليه ما هو الموقف القانوني في حالة أن ضبطت أجهزة وحواسيب تقنية في داخل المسكن عند القيام بضبط الجريمة المتلبس بها في غير حالات التلبس بجريمة إلكترونية؟

الإجابة تكمن في نص المادة 50 من ق.إ.ج.ف والمادة 83 من ق.إ.ج.ف وهي أن هذه الحواسيب طالما أنها لا تتعلق بالجريمة المتلبس بها تأخذ حكم الأوراق المختومة أو المغلفة نظراً لأن غالبية الحواسيب والأنظمة تحتوي على كلمة سر تجعل منها غلاف لمحتوى هذه النظم، وبالتالي يتعين على مأمور الضبط القضائي عندها فقط إثباتها في المحضر وعرضها على الإدعاء العام دون أن يقوم بفضها أو فتحها، وما يؤيد وجهة نظرنا هو ما ورد

بموجب المادة (32/3) من القرار بقانون¹ التي أكدت على ذلك بالقول (إذا أسفر التفتيش في الفقرة (2) من هذه المادة، عن ضبط أجهزة أو أدوات أو وسائل ذات صلة.....يتعين على مأموري الضبط القضائي تنظيم محضر بالمضبوطات وعرضها على النيابة العامة..).

المطلب الثاني: صعوبات إجراء التفتيش في الجرائم التقنية

يمكن لنا إيجاز هذه الصعوبات من خلال تقسيمها إلى صعوبات تتعلق بالشغور التشريعي الخاص بالتفتيش في مثل هذه الجرائم وهو الأمر الذي يفرض صعوبة تطويع النص الخاص الوارد في بعض التشريعات الوطنية، إضافة إلى صعوبات أخرى جوهرها الجريمة والمجرم والجهة المختصة بإنجازه. وسنبينه وفق الآتي:

الفرع الأول: صعوبات قانونية تتعلق بتطويع النصوص الخاصة:

وهو ما سوف نتناوله من خلال عدة نصوص وردت في مضمون التشريعات الخاصة وأهمها:

1. قرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية.

في سبيل تجاوز الصعوبات الناجمة عن إعمال القواعد العامة التقليدية الواردة في التفتيش، لجأ المشرع بموجب أحكام هذا القرار لوضع حد للشغور التشريعي الإجرائي الخاص بهذه الجرائم ليتجاوز مسألة الاختصاص المكاني لأحكامه بموجب صريح المادة الثانية والتي يفهم منها اقتراحها من مفهوم مبدأ الصلاحية الذاتية للأحكام التي وردت بموجبه، وأيضا يُحسب له تجاوزه مسألة الصعوبات الفنية التي قد تعرقل تنفيذ هذا الإجراء التحقيقي عندما اشترط بموجب الفقرة الخامسة من المادة الثانية والثلاثون أن يكون مأمور الضبط القضائي مؤهلاً للتعامل مع الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم وذلك بعد أن نص على جواز تفتيش نظم الحاسب الآلي بموجب الفقرة (1) من نفس المادة. وتجاوز أيضا الخلاف في مسألة جواز النفاذ لنظم حاسب آلي متصلة بنهاية طرفية عندما أجاز بموجب الفقرة الرابعة إمكانية النفاذ لأي وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات وإجراء التفتيش فيها. وفتح المجال أمام التعاون الدولي من أجل مكافحة هذه الظاهرة الإجرامية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية بموجب أحكام المادة 42 من نفس القرار الوارد أعلاه. ما سبق ذكره يُحسب للمشرع إلا أنه ومن وجهة نظرنا لازال هناك بعض الأمور التي قد يتسبب التوسع فيها بموجب أحكام هذا القرار إلى إهدار حريات الأشخاص وتعريضهم لتأبيد الإجراء ومثالها ما نص عليه المشرع بموجب (ف.2/م.32) على جواز تجديد أمر التفتيش أكثر من مره مادامت مبررات هذا الإجراء قائمة دون أن يحدد مضمون هذه المبررات ، أو أن يضع حد أقصى لذلك، وبالتالي ترك أمر تقديرها لسلطة التحقيق وهو ما قد يترتب عليه انتهاكات خطيرة للحقوق والحريات، ونفس الأمر نلمسه أيضا من خلال المواد (31-36-39-40).

¹القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية.

2. القرار بقانون رقم 15 لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية.

بالرجوع إلى نصوص هذا القانون الخاص وتحديداً (6) والتي تنص في فقرتها رقم 9) الإشراف والرقابة و التفتيش على مقدمي الخدمات...) الأمر الذي يفتح باب التساؤل حول إقرار المشرع بأن هناك تفتيشاً خاصاً بالبحث عن الأدلة في نظم المعلومات والبيانات المدخلة، وهو الأمر الذي يثير أيضاً إشكالية قانونية من جهة أخرى إذا ما علمنا أن المشرع وفق المادة 32 من القانون الخاص بالجرائم الإلكترونية يجيز القيام بتفتيش أنظمة الحاسب الآلي، بل أكثر من ذلك أضافت المادة 32 في فقرتها الرابعة أنه يجوز لوكيل النيابة أن يأذن بالنفذ المباشر لمأموري الضابطة القضائية أو من يتم الاستعانة بهم من أهل الخبرة، إلى كل الوسائل التكنولوجية، وهو الأمر الذي يفهم منه أنه يجوز الاستعانة بموظفي وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات استناداً على م. 47 من القانون سابق الذكر التي أجازت للوزارة منح موظفيها الذين عادة ما يقومون بأعمال الضابطة القضائية صفة الضبطية القضائية، فهل يقصد المشرع هنا أن يحيل النص الوارد في المادة (32) من قانون الجرائم الإلكترونية على ما ورد في المادة (47) قانون معاملات إلكترونية، أم أن الأمر ناجم عن تضارب في الموقف التشريعي خصوصاً أن المشرع سبق له ومنح وزير التكنولوجيا الفلسطيني صلاحية القيام بالتفتيش وهو الأمر الذي يطرح تساؤل حول طبيعة هذا التفتيش، هل هو من قبيل التفتيش الإداري أم من قبيل التفتيش القضائي؟ وإذا سلمنا بأنه من قبيل التفتيش القضائي فهل يجوز أن يتم هذا التفتيش من قبل الوزير أو من ينوبه ألا يعد ذلك من قبيل التداخل في الصلاحيات وانتهاك لمبدأ استقلال أعمال النيابة العامة خصوصاً أن الوزير هنا هو سلطة تنفيذية؟ من وجهة نظرنا أنه كان يتعين تعديل الفقرة التاسعة لتصبح أكثر انسجاماً مع ما ورد في قانون إجراءات جزائية من جهة ومع القانون الخاص بالجرائم الإلكترونية من جهة أخرى بتقييد هذه الصلاحية في حدود ما تطلبه النيابة العامة.¹

3. قانون المعاملات الإلكترونية العُماني رقم 2008/69

إن التأييد في قراءة مقتضيات هذا القانون توصلنا لنفس النتيجة السابقة التي أوردناها في التشريع الفلسطيني، وهو ما يفهم منه أن المشرع الفلسطيني باعتباره قانون أحدث، فهو من سار على خطى المشرع العُماني باعتباره التشريع الأقدم من حيث تاريخ الإصدار. وبالرجوع لمقتضيات هذا القانون وتحديداً المادة 25 التي حددت اختصاصات السلطة المختصة،² وبالتحديد الفقرة (د)- ممارسة الرقابة والإشراف والتفتيش على أنشطة مقدمي خدمات التصديق...- وبالرجوع أيضاً لنص المادة 53 في فقرتها رقم 3- التي جعلت من رفض

¹ من وجهة نظرنا أن هذا التعارض قد يلجأ القاضي إلى حسمه في حالة ثارت إشكالية قانونية أمامه بخصوص هذه النصوص مستعيناً بذلك بقاعدة النص الخاص يقيد العام (والخاص هنا قانون المعاملات والعام هو قانون الإجراءات الجزائية) أو يلجأ إلى إعمال مبدأ النص اللاحق يلغي السابق وهو ما قد يتوافر في حالة ثار الخلاف بشأن التضارب بين النص الوارد في قانون المعاملات رقم 15 لسنة 2017 وقانون الجرائم الإلكترونية رقم 10 لسنة 2018.

للتوسع حول هذا الموضوع راجع: سامي، جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2000.

² وفق المادة رقم (1) من المرسوم السلطاني رقم 2008/69 عرفت السلطة المختصة بأنها (هي هيئة تقنية المعلومات).

تقديم تسهيلات للسلطة المختصة أو لأي من موظفيها للقيام بالمراقبة والتفتيش على أي نظام حاسب آلي، جريمة معاقب عليها. وهو الأمر الذي يفهم منه أن المشرع العُماني أيضا أقر بوجود خصوصية للتفتيش في الأنظمة المعلوماتية والأمور التقنية بدليل تجريمه لأفعال فنيين وتقنيين يرفضون أو على الأقل لا يقدموا التسهيلات الواجبة عليهم للجهة المختصة وهي هنا هيئة تقنية المعلومات التي أعطاها المشرع صلاحية التفتيش. فهل هذا التفتيش التي قصده المشرع يعتبر من قبيل التفتيش القضائي أم الإداري؟ من وجهة نظرنا أن هذا التفتيش وفي غياب التنصيص على الإجراءات الخاصة بهذا النوع من الجرائم في قانون مكافحة الجرائم التقنية العُماني والإحالة على ق.إ.جما يتعلق بشأن التحقيق فيها، يفهم منه أنه يعتبر من قبيل التفتيش الإداري¹ الذي تقوم به الإدارة لمراقبة الالتزام بقوانين وأنظمة الهيئة وحماية حقوق وحرية الأفراد عليها في النظام الأساسي للدولة.

الفرع الثاني: الصعوبات العملية:

من الشائع الحدوث أن يواجه إجراء التفتيش بعض الصعوبات والتي بدورها من الممكن أن تؤثر على ما ينجم عن هذا الإجراء من أدلة، هذه الصعوبات يمكن أن نرجعها إما لطبيعة الجريمة التقنية² المعتمدة على الجانب الفني التقني، وإما صعوبات تتلخص بالضحية في هذا النوع من الجرائم أو بحجم الخبرة لدى الأجهزة المختصة لمباشرة هذا الإجراء، وهو ما سنورده على التوالي:

أولاً: صعوبات تتعلق بالجريمة والضحية.

القالب التقليدي للجرائم والذي كان يعتمد على الماديات في إنجاز وتحقيق النتيجة الجرمية من قبل الجاني يمكن القول أنه أصبح متجاوزاً في ظل تنامي ظاهرة الجرائم الإلكترونية أو التقنية كما يسميها البعض، فإن كانت الجرائم التقليدية تمتاز بترك المخلفات والآثار في مسرح الجريمة بشكل يسهل إلى حد ما الوصول للجاني، فإن الجرائم التقنية تمتاز باعتمادها على تقنيات عالية تجعل من الوصول للجاني واكتشافه أمراً معقداً إلى حد كبير، ويرجع ذلك في حقيقته إلى أن الجاني يستخدم العديد من الأمور الفنية والتقنية والبرمجيات ويستخدم كلمات سر وجدُر نارية لحماية قاعدة بياناته ويجعل مسألة الولوج إليها أمراً معقداً، أضف إلى ذلك أنه من الممكن أن يعتمد الجناة في هذه الجرائم أسلوب (حرق الأدلة) وهي تقنية تعتمد على ربط المعلومات ببرنامج يترتب على محاولة فتحة أو اختراقه مسح جميع المعلومات المخزنة في داخل النظام وهو الأمر الذي سيترتب عليه ضياع أدلة الجريمة، أو أن يعتمد الجاني أسلوب التشفير للمعلومات التي تظهر على شكل رموز

¹ سيد حسن البغال، قواعد الضبط والتفتيش والتحقيق في التشريع الجنائي، ط(1)، دار الإتحاد العربي للطباعة، مصر، 1966م، ص88 وما بعدها.
² سواء أستخدم مصطلح الجريمة الإلكترونية أو المعلوماتية فالأمر سواء فهو مجرد اختلاف في المصطلح لا غير، وهو ناجم أنه لحد اللحظة لم يتفق الفقه على تعريف جامع مانع للجرائم التي تستخدم التقنية الحديثة والذكية إما كأداة للجريمة أو أن تقع عليها أو أن ترتكب من خلالها. راجع في ذلك: غازي عبد الرحمن هيان الرشيد، الحماية القانونية من جرائم المعلومات ((الحاسب والإنترنت))، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، الجامعة الإسلامية في لبنان، كلية الحقوق، 2004، ص107 وما بعدها.

وأحرف وأرقام يجعل من مسألة تحليلها عملية معقدة للغاية. فهذه الصعوبات جميعها ستقف حائلاً أمام سرعة اكتشاف هذه الجرائم التي تمتاز بأنها فنية تقنية تعتمد على الذكاء والدهاء وسرعة الإخفاء والاختفاء وتمتاز أنها لا تجعل من الحدود حائلاً يقف أمام تنفيذها فهي تمر عبر الشبكات الوطنية والدولية.¹

إضافة لهذه الصعوبات المتعلقة بالجريمة أيضاً هناك صعوبات تواجه اكتشاف الجرائم الإلكترونية وتتمثل في ضحايا هذه الجرائم الذين لا يدركون خطورة الأفعال المرتكبة بحقهم الأمر الذي ينجم عنه صعوبات تواجه إجراء التفتيش، فأغلب الضحايا في هذه الجرائم يفضلون التكتّم على تعرضهم لهذه الجرائم وإبقائها مخفية دون الإبلاغ عنها،² وذلك لأن أغلب ضحايا هذه الجرائم هم من الشركات الكبرى والبنوك ومؤسسات التأمين والشركات الاستثمارية الضخمة التي تخشى من التبليغ الذي قد يعرضها لخسائر أكبر بكثير من خسائر الجريمة التي ارتكبت بحقهم نتيجة تراجع ثقة الزبائن بحجم الأمان و الائتمان على أموالهم لدى هذه المؤسسات والشركات.³

مع العلم أنه في بعض الأحيان قد تكون مثل هذه الأشخاص المعنوية هي الجاني ولكن بصورة غير مباشرة من خلال استخدام بعض المتمرسين في هذا المجال لغايات معينة تريد تحقيقها.⁴

ثانياً: الصعوبات المتعلقة بنقص الخبرة لدى الجهات المختصة بالتفتيش

هذه الصعوبات يمكن إجمالها في الأسباب التي تؤدي إلى نقص الخبرة في إجراء التفتيش في هذا النوع من الجرائم الذي يرجع إما لأن من يقوم بإجراء التفتيش غير مختص في أمور الكمبيوتر والإنترنت ونظم المعلومات، أو أنه غير متابع للمستجدات المتتالية لعالم التطور التكنولوجي، وهو الأمر الذي دفع بالعديد من الدول لإنشاء فرق خاصة بالجرائم الإلكترونية كسلطنة عُمان التي يتوافر لديها دائرة خاصة بالاحتيايل والابتزاز الإلكتروني، والقانون الفلسطيني الذي استحدث فرقة لمكافحة الجريمة الإلكترونية وكذا الأردن التي باتت يتوافر لديها إدارة خاصة بالجرائم الإلكترونية. وذلك في سبيل توفير فئة متخصصة من الضباط والأفراد المتمرسين والعارفين بأمور التكنولوجيا وكيفية التعامل مع هذه الجرائم.⁵ ورغم التطور الكبير الحاصل على أداء هذه الفرق في سبيل الحد من هذه الظاهرة الإجرامية إلا أن مواجهة هذه الجرائم يتطلب التطور الدائم والمستمر.

¹ أحمد حسنية، مرجع سابق، ص 32

² عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، 2007، القاهرة، ص 380

³ محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 17 وما يليها.

⁴ محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاسها على قانون العقوبات، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية للكتاب، 2003، ص 55 و 56، وأنظر أيضاً: محمد

سامي الشوا، الغش المعلوماتي كظاهرة إجرامية مستحدثة، بحث مقدم لمؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 25-26 أكتوبر، 2009، ص 516-518.

⁵ حسين الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 526.

الخاتمة:

حاولنا خلال هذا البحث أن نسلط الضوء على التفتيش في الجرائم التقنية أو المعلوماتية باعتباره أحد أهم إجراءات التحقيق وأكثرها خطورة وحاولنا تقصي موقف التشريعين العماني والفلسطيني من خلال تحليل بعض النصوص التي وردت بخصوص التعامل التشريعي الإجرائي في مواجهة هذه الجرائم، وهو الأمر الذي أوصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج:

1. اعتمد المشرع العماني أسلوب المواجهة التشريعية المباشرة للجرائم التقنية بإفراده قانون خاص بهذه الجرائم في سبيل الحد منها.
2. المشرع العماني عندما أصدر القانون الخاص بجرائم تقنية المعلومات رقم 2011/12 اقتصر فيه على تحديد الجانب الموضوعي في التجريم والعقاب دون التطرق للجانب الإجرائي الخاص بهذه الجرائم.
3. إن المشرع العماني بموجب القانون رقم 2011/12 الخاص بالجرائم التقنية أحال على قانون الإجراءات الجزائية كل ما يتعلق بالشق الإجرائي الخاص بالبحث والتحري والتحقيق المتعلق بهذه الجرائم.
4. أن قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني وفق الموقف التشريعي في قطاع غزة، والتشريع الإجرائي العماني يتفقان من حيث خلوهما من أفراد نصوص خاصة بتفتيش النظم المعلوماتية رغم الإحالة الضمنية التي تفهم من نصوص القوانين الأخرى الخاصة بالجرائم الإلكترونية.
5. أن القول بجوازية أو عدم جوازية التفتيش في الجرائم التقنية أصبح متجاوزاً في ظل التنامي الكبير لهذه الجرائم، وأنه لا يمكن أن يقف هذا الخلاف عائقاً أمام اكتشاف الجرائم وإنزال العقاب بمرتكبها.
6. المشرع العماني والمشرع الفلسطيني استخدموا أسلوب الازدواجية في المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والاتصالات والمعاملات، ويتضح ذلك من إصدارهم النصوص قانونية خاصة بالمعاملات الإلكترونية إلى جانب نصوص قانون الجرائم المعلوماتية، رغم أن موضوعهما واحد وهي وسائل التكنولوجيا، إلا أن شق التجريم المتعلق بالجانب التقني ونظم الحاسب الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية يوحي بهذه الازدواجية.

7. أن التفتيش في الجرائم التقليدية إن كان لا يعرف صعوبات تحول دون اكتشاف الجريمة، فإن الجرائم التقنية غنية بالمصاعب الفنية و التقنية التي تجعل أمر اكتشافها يكتنفه الصعوبات البالغة.
8. أن الطبيعة العابرة للحدود لمثل هذه الجرائم سوف تفتح الباب واسعاً أمام تنازع الاختصاص الإيجابي بين العديد من قوانين الدول التي ترتكب على أراضيها هذه الجرائم أو جزء منها فقط.
9. إن تضمين قانون المعاملات الإلكترونية سواء فل الموقف التشريعي الفلسطيني أو العُماني نصوصاً خاصة بالتفتيش يبرهن على تبني المشرع سياسة التفريق بين التفتيش في الجرائم العادية والجرائم التقنية.
10. أن المشرع الفلسطيني في الضفة الغربية نأى بنفسه عن الخلاف والجدل بشأن أعمال القواعد التقليدية في التفتيش عندما يتعلق الأمر بالجرائم المعلوماتية عندما أصدر القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018.

ثانياً: التوصيات:

1. إن الازدواجية التشريعية والتضخم التشريعي القانونية بات يفرض ضرورة توجه الجهات المختصة لتوحيد العمل التشريعي وتفعيل دور المجلس التشريعي للوصول لمنظومة موحدة بين شقي الوطن.
2. نتمنى على المشرع في فلسطين تعديل المادة (39) من قانون ق.إ.ج. ف، ليستوعب التفتيش الواقع على نظم الحاسب الآلي المتواجدة داخل المنازل في حال تعلق الأمر باتهام موجه لصاحب المنزل بارتكاب مثل هذه الجرائم لتضاف عبارة (ونظم الحاسب الآلي المتواجدة داخل المسكن).
3. نتمنى على المشرع العُماني تعديل القانون الخاص بمكافحة الجرائم التقنية بتضمين القانون أحكام إجرائية خاصة بهذه الجرائم.
4. تعديل المادة (77) من قانون الإجراءات العُماني بإضافة فقرة ثانية إليها لتصبح على الوجه التالي (ب. إذا كان من ضمن الأمتعة الموجودة مع المقبوض عليه وفق الحالة الواردة في الفقرة (أ) أجهزة حاسوب أو أنظمة إلكترونية فيتعين تفتيشها ممن هو مؤهل فنياً).
5. تعديل المادة (80) من قانون الإجراءات الجزائية العُماني بإضافة عبارة (سواء تمثلت تلك الأشياء ببيئتها المادية أو على هيئة نظم حاسب آلي) إلى الفقرة الأخيرة من هذه المادة.
6. تعديل المادة (83) من ق.إ.ج.عُ لتصبح على الوجه التالي (إذا وجدت في مسكن المتهم أوراق مختومة أو مغلقة بأية طريقة أو وجدت حواسيب أو أجهزة تقنية محمية بكلمة مرور، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفضها)

7. تعديل (ف 32/2) من القرار بقانون النافذ في المحافظات الشمالية ليحدد بموجبه المشرع عدد المرات التي يمكن تجديدها أو تبين الأمور التي قد توجب هذا التجديد وعدم ترك الأمر رهين تقدير سلطة التحقيق والادعاء.

قائمة المراجع

• الكتب:

1. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
2. أسامة المناعسة، جلال الزعبي، صايل الهواوشة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2001.
3. حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
4. حسين الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
5. خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
6. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، الطبعة الرابعة عشر، دار الجيل للطباعة، 1982.
7. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2000.
8. ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015.
9. ساهر الوليد، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، غزة، فلسطين، 2014.
10. سمير الأمين، المشكلات العملية في مراقبة التليفون والتسجيلات الصوتية والمرئية وأثرهما في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 1996.
11. سيد حسن البغال، قواعد الضبط والتفتيش والتحقيق في التشريع الجنائي، ط(1)، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر، 1966م

12. طلال أبو عفيفة , الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني , دار الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن، 2011.
13. عادل عزام سقف الحيط, جرائم الدم والقدح والتحجير المرتكبة عبر الوسائط الالكترونية, الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2011.
14. عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، 2007 القاهرة.
15. عبد القادر جرادة، موسوعة الإجراءات الجزائية في التشريع الفلسطيني، المجلد الثاني، عدد بئر السبع، غزة، 2009.
16. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، 1971.
17. محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
18. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاسها على قانون العقوبات، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية للكتاب، 2003.
19. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، تنقيح فوزيه عبد الستار، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017.
20. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلال , دار الفكر الجامعي , طبعة 2013.
21. نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية , الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
22. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة، 1992.
23. هلالى عبد الله احمد , تفتيش نظم الحاسب الآلي , وضمانات المتهم المعلوماتي , دراسة مقارنة, الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
24. هلالى عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
25. يوسف بكري، التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

● الرسائل العلمية:

1. سلامة الشامي، جرائم الاعتداء على الحق في الخصوصية في ضوء التطور التكنولوجي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، فلسطين، 2017.
2. غازي عبد الرحمن هيان الرشيد، الحماية القانونية من جرائم المعلومات ((الحاسب والإنترنت))، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، الجامعة الإسلامية في لبنان، كلية الحقوق، 2004.
3. يوسف العفيفي، الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، 2013.

● مقالات و أبحاث و أوراق عمل:

1. أحمد أسامة حسنية، الجريمة الإلكترونية بين الشرعية الجنائية والإجرائية، بحث مقدم لمؤتمر المواجهة التشريعية للتطور التكنولوجي، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ومنشور في مجلة العلوم الإنسانية التي تصدر عن جامعة الأزهر، المجلد 19، عدد خاص، 2017.
2. إيهاب ماهر السنباطي، الجرائم الإلكترونية، قضية جديدة أم فئة مختلفة؟ التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، أعمال الندوة الإقليمية حول الجرائم المتعلقة بالكمبيوتر، المملكة المغربية، 19-20 يونيو، 2007.
3. صفاء حسن نصيف، التحديات الإجرائية المتصلة بالجرائم المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، 2016.
4. عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات في الجرائم الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، العدد السابع، 2014.
5. عبد الوهاب حومد، نظرات قانونية معاصرة على قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات في التشريع المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع/ السنة الرابعة، 2000.
6. محمد سامي الشوا، الغش المعلوماتي كظاهرة إجرامية مستحدثة، بحث مقدم لمؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 25-26 أكتوبر، 2009.
7. نور الدين الواهلي، الاختصاص في الجريمة الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، العدد السابع، 2014.

● تشريعات وقوانين:

- النظام الأساسي للدولة العُماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم 96/101 و المعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/99.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2003.

- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001
- قانون الإجراءات الجزائية العُماني رقم 99/97 والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/96.
- قانون تنظيم الاتصالات العُماني رقم 2002/30، والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/67.
- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بموجب المرسوم السلطاني رقم 2011/12.
- قرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية رقم 15 لسنة 2017
- قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية
- قانون المعاملات الإلكترونية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم 2008/69 والمعدل بموجب أحكام المرسوم السلطاني رقم 2010/98.
- قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936
- قانون الجزاء العُماني رقم 7 لسنة 2018.
- التعليمات القضائية للنائب العام الفلسطيني، 2006.

المساهم في شركة المساهمة بين القانون والواقع

د. بن ويراد أسماء ، كلية الحقوق ، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر.

ملخص:

إن انضمام المساهم لشركة المساهمة يمنحه حقوقا وواجبات تشكل له مركزا قانونيا داخل هذه الشركة يميزه عن باقي المراكز القانونية فيها. غير أن الواقع أظهر تخلي المساهم عن العديد من هذه الحقوق والواجبات وسعيه وراء الربح، وهذا ما ساهم في توسيع الفجوة بينه وبين الشركة. لذا أصبح من الضروري إيجاد حلول من شأنها تقليص هذه الفجوة والتقريب بين المساهم والشركة و تقوية علاقتهما، وتمكينه من المركز الذي منحه له القانون فيها.

كلمات مفتاحية:

المساهم، شركة المساهمة، المركز القانوني، الحقوق، الجمعيات العامة، التصويت.

Résumé:

La participation de l'actionnaire à la société par actions lui confère des droits et des obligations qui constituent une position juridique au sein de la société qui le distingue du reste des positions juridiques qui y sont situés.

Cependant, la réalité a montré que l'actionnaire avait abandonné bon nombre de ces droits et obligations et sa recherche du profit, ce qui avait contribué à creuser le fossé qui les séparait de la société.

Il est donc nécessaire de trouver des solutions qui réduisent cet écart, rapprochent l'actionnaire et la société, renforcent leurs relations et leur permettent de se soustraire au statut que lui reconnaît la loi.

Mots-clés:

Actionnaire, société anonyme, statut juridique, les droits, les assemblées générales, le vote.

مقدمة:

إنه وبمجرد اكتساب الشخص أسهما في شركة المساهمة سواء كان ذلك بالاكتتاب في رأس مالها أثناء بداية تأسيسها أو بشراء الأسهم أو اكتسابها عن طريق تنازل أحد المساهمين له عنها أو بالميراث أو الهبة أثناء حياة الشركة، تنشأ علاقة قانونية تربط بين المساهم والشركة، حيث يكتسب حقوقا عليها و يترتب عليه التزامات اتجاهها.

إن اكتساب المساهم لحقوق و التزامات داخل شركة المساهمة وممارسته لها يجعل له دورا هاما داخلها، و مركزا مختلفا عن المراكز الأخرى، التي يمكن أن توجد ضمن إطار شركة المساهمة كمراكز حملة السندات والصكوك الأخرى.

لذا يثير موضوع مركز المساهم في شركة المساهمة اهتماما قانونيا وفقهيا وقضائيا لأهميته في مجال شركات المساهمة، لأن قوامها لا يتم إلا بمشاركة المساهم أو مجموعة المساهمين في رأس مالها. فالمساهم لا يعتبر شريكا فحسب وإنما عضوا فعلا يمارس دوره في الشركة بما له من حقوق تخولها أسهمه¹. فحق التصويت مثلا ليس فيه إجبارا للمساهم على ممارسته وإنما يخضع لحرية، وبممارسته يتحدد معه دور المساهم كعضو كامل الحقوق داخل الشركة. كما أن حقوق المساهم الأساسية لم تحدد حصرا بنصوص قانونية فحسب، وإنما ورد بعض منها في نصوص القوانين، والأخرى فرضتها الطبيعة العملية لشركة المساهمة وترجع أهمية توضيح مركز المساهم القانوني في شركة المساهمة إلى كونه مشاركا في رأس مال الشركة وما يستلزم ذلك تطويقه بحماية كافية عن طريق المشاركة في الجمعيات العامة بالحضور والتصويت وما يرتبط بهما من حقوق أخرى، ما يميزه عن المراكز القانونية الأخرى لأصحاب الصكوك الأخرى كالسندات مثلا فهم يقفون من الشركة موقف الدائنين ولا يتدخلون في إدارتها، وتنحصر حمايتهم القانونية في الحصول على دين القرض والفائدة عند نهاية الأجل المحدد بعقد القرض².

وإذا كان موقع المساهم داخل الشركة يتحدد بنصوص قانونية أو نظامية تجعله يتدخل إيجابيا كي يمارس حقوقه - خاصة المعنوية- كحق الرقابة أو التفيتش مثلا أو الحضور والتصويت داخل الجمعيات العمومية، إلا أن الواقع العملي كشف عكس ذلك. فننادرا ما يمارس المساهم دورا داخل الشركة ومرد ذلك راجع إلى سيكولوجية المساهم في البحث عن الأرباح دون اهتمامه بأداء أي دور داخل الشركة. وقد أدى إنشاء شركات وسيطة للتعامل في الأوراق المالية إلى اتساع هذه الفجوة، فأصبحت الشركات تتفرغ لإنجاح مشروعها

¹ - أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المقارن، دار الفكر العربي، مصر، ص. 526.

² - محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج1، ط1، دار النهضة العربية، 1973، ص. 357.

وتركت مسألة التعامل في الأوراق المالية لشركات مختصة. وهذا يمثل أحد الأسباب التي أدت إلى غياب المساهم عن حضور الجمعيات العامة بالرغم من تأكيد المشرع على إلزام المساهم بالحضور لاجتماعات الجمعية العامة ومنح تيسيرات لعملية الحضور إلا أن الواقع العملي كشف غير ذلك. فتوزيع صكوك الأسهم على عدد كبير من المساهمين أدى إلى غيابهم عن الجمعية العامة وانقيادهم وراء قلة من الشركاء بمنحهم توكيلات على بياض للحضور والتصويت ما عزز من عدم اكتراثهم بالحضور. وهذا ما يعطي البحث في هذا الموضوع أهمية قصوى، من أجل محاولة إيجاد بعض الحلول لتضييق تلك الفجوة بين مركز المساهم قانونا وبين الواقع .

وهنا يتبادر إلى الأذهان عدة تساؤلات أهمها ما هي الأسباب التي قد تؤدي بالمساهم في شركة المساهمة للتخلي عن حقوقه المعنوية و الاكتفاء ببعض الحقوق المالية؟ وما الذي أدى إلى تنامي هذه الظاهرة؟ وما السبيل إلى إرجاع المساهمين إلى مقاعد الجمعيات العامة وجعلهم أكثر فعالية في حياة الشركة؟ وما هي الحلول التي قد تؤدي إلى تضييق الفجوة التي أصبحت تفصل المساهم عن شركته ؟

إن دراسة الموضوع بالاعتماد على القانون الجزائري لوحده ستكون قاصرة عن توضيح الصورة وإيجاد كل الحلول خاصة فيما يتعلق بمركز المساهم في شركة المساهمة باعتبار أن القانون يعتبر فتي في مجال شركات المساهمة ككل، مما يحتم علينا الاستعانة بقوانين وتشريعات أخرى خاصة تلك التي لها إرث كبير فيما يخص هذه الشركات بمختلف تسمياتها. ونخص بالذكر هنا القانون الفرنسي، حيث أن المشرع الفرنسي أصدر خلال السنوات الماضية نصوصا عديدة تهدف إلى دعم مركز المساهم في شركة المساهمة.

وبذلك سيتم الاعتماد في هذه الدراسة وبشكل أساسي على المنهج التحليلي، وذلك فيما يخص النصوص التي جاء بها القانون التجاري المعدل والمتمم وفي بعض الأحيان على المنهج المقارن عند الرجوع للتشريعات والأنظمة الأجنبية ونقصد هنا التشريع الفرنسي.

ولالإحاطة بكل جوانب هذا الموضوع يستوجب تقسيم البحث إلى ما يلي:

المبحث الأول: المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة

المطلب الأول: مفهوم المساهم في شركة المساهمة

المطلب الثاني: بيان المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة

المبحث الثاني: المركز الواقعي للمساهم في شركة المساهمة

المطلب الأول: غياب المساهمين عن الجمعيات العامة

المطلب الثاني: حضور المساهمين وغياب فعاليتهم

المبحث الأول

المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة

إن اكتساب المساهم للسهم داخل شركة المساهمة يمنحه جميع الحقوق اللصيقة به ويبقى المساهم متمتعاً بها مادام مالكا لهذا السهم ولا يجوز حرمانه منها أو المساس بها وهذا ما يدل على المركز القانوني المهم الذي يكتسبه المساهم بمجرد امتلاكه لسهم داخل شركة المساهمة. ولذلك ومن أجل الوقوف على حقيقة المركز القانوني للمساهم داخل شركة المساهمة يجب الوقوف أولاً على مفهوم المساهم (المطلب الأول) ثم على الطبيعة القانونية لحقوق المساهم والتزاماته في شركة المساهمة من خلال بيان المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المساهم في شركة المساهمة

إنه ومن أجل الإلمام بمفهوم المساهم في شركة المساهمة يجب بداية معرفة تعريف المساهم لغة وتعريفه قانوناً وفقهاً.

أما لغة فلم يرد لكلمة المساهم تعريف لغوي محدد فهي مشتقة من كلمة سهم ، وهو في اللغة يطلق على عدة معان منها: النصيب المحكم¹ تقول: لي في هذا الأمر سهمة² أي نصيب وحظ من أثر كان لي فيه، يجمع على أسهم و سهام وسهمان وسهمة ، وساهم في الشيء اشترك فيه، ومنه مساهم وشركة مساهمة³ و السهم قدح الذي يقارع به ، ومنه قوله تعالى: "فساهم فكان من المدحضين"⁴. وقد جاء في حديث للنبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجلين احتكما إليه في مواريث أنه قال لهما: "اذهبا فتوخيا ، ثم إستمها ، ثم ليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القسمة بالقرعة، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه فيما أخذ وهو لا يستيقن أنه حقه..."⁵ .
و السهم واحد النبل و السهم مقدار ستة أذرع في معاملات الناس و مساحاتهم⁶.

أما من زاوية القانون فإن معظم التشريعات والقوانين المختلفة بما فيها التشريع الجزائري لم تقم بتعريف المساهم حيث أن هذا الأخير اكتفى بتعريف السهم⁷.

¹- إسماعيل ابن حماد الجوهرى، الصحاح، ج5، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص 1956.

²- ابن منظور ، معجم لسان العرب، دار الصادر بيروت، ط1، ج 12، دون سنة الطبع، ص 314.

³- مجمع اللغة العربية، معجم الوجيز ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، 1991، ص 326.

⁴- سورة الصافات، الآية 141 .

⁵- ابن منظور، المرجع السابق، ص 314.

⁶- الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار الفكر ، بيروت ، 1999 ، ص 1014.

⁷- المادة 715 مكرر 40 ق.ت.ج. (الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، متضمن القانون التجاري الجزائري المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413 الموافق ل25 أفريل 1993 ج.ر. عدد 27 لسنة 1993).

والقول بذلك لا يعني أنه لم تكن هناك محاولات فقهية لتحديد مفهوم المساهم، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول: "أن المساهم هو كل من يملك سهماً أو أكثر من أسهم الشركة، سواء حصل عليها عن طريق الاكتتاب فيها عند بدء تكوين الشركة، أو آلت إليه ملكيتها بعد تأسيسها بأية طريقة من طرق اكتساب الملكية"¹. كما عرف قسم ثاني من الفقهاء المساهمين مطلقين عليهم وصف "أعضاء" بأنهم: "بأنهم جميع الأعضاء في الشركة من مؤسسين موقعين على عقدها و مكتتبين بأسهم عند تأسيس وزيادة رأس مالها ومن مكتسبين ملكية لهم فيها لأي سبب من أسباب كسب الملكية من بيع، هبة، ميراث، وصية"². وراح قسم آخر من الفقهاء يطلق مصطلح الشريك في تعريفاتهم للمساهم مع احتفاظهم بنفس التعريف السابق.

ومن الملاحظ أن جميع هذه التعريفات الفقهية متشابهة في المعنى مختلفة في الصياغة، وهي تقوم كلها على أمرين جوهريين، أولهما تملك المساهم لسهم أو أكثر من أسهم الشركة، وهذا ما يترتب عنه الأمر الثاني وهو اكتساب المساهم مركزاً قانونياً يترتب عليه بعض الالتزامات ويخوله مجموعة من الحقوق. وعليه يمكن تعريف المساهم بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يمتلك سهماً أو أكثر من أسهم الشركة وتكون له تبعاً لذلك حقوق والتزامات فيها".

فإذا كان هذا تعريف المساهم إلا أنه وللإلمام بمفهومه ومعرفة موقعه في شركة المساهمة يستلزم البحث عن مركزه القانوني فيها.

المطلب الثاني: بيان المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة

إن للمساهم في شركة المساهمة مركز قانوني مهم تمنحه إليه العلاقة التي تنشأ بينه وبين الشركة منذ اكتسابه لسهم أو أكثر من رأس مالها. غير أن شركة المساهمة تصدر عدة قيم منقولة³ غير السهم.

تنشأ عنها عدة علاقات قانونية و بالتالي عدة مراكز قانونية. وهذا ما قد يحدث خلطاً لدى البعض في التمييز بين المركز القانوني للمساهم و باقي المراكز القانونية الأخرى التي يحتلها أصحاب القيم المنقولة الأخرى التي تصدرها شركة المساهمة . و أمام هذا الخلط كان من الضروري التوضيح والتمييز بين المركز القانوني للمساهم و المراكز القانونية الأخرى في الشركة (الفرع الأول) و تحديد الطبيعة القانونية لحقوق المساهم في شركة المساهمة (الفرع الثاني).

¹ -علي الزيني، أصول القانون التجاري، ج 2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1945، ص 268.

² -أكرم ياملكي، الوجيز في القانون التجاري العراقي، ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1972، ص 196.

³ - كان المشرع الجزائري في إطار التشريع القديم يمنع شركة المساهمة من إصدار السندات في ما عدا الأسهم (المادة 699 قبل التعديل)، إلا أنه تدخل سنة 1993 وأدرج تعديلاً أجاز بموجبه إصدار قيم منقولة أخرى غير الأسهم وأورد لها تعريفاً بمقتضى نص المادة 715 مكرر 30 من القانون التجاري على أنها " سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة و تكون مسعرة في البورصة أو يمكن أن تسعر و تمنح حقوقها مماثلة حسب الصنف و تسمح بالدخول بصورة مباشرة أو غير مباشرة في حصة معينة من رأس مال الشركة المصدرة أو حق مديونية عامة على أموالها"

الفرع الأول: تمييز المركز القانوني للمساهم عن المراكز الأخرى في الشركة

للتعرف على مركز المساهم بشكل أكثر وضوحا يجب تمييزه عن باقي المراكز الموجودة في شركة المساهمة كمركز حامل السند، ومركز حامل حصص التأسيس و يتم ذلك عن طريق التمييز بين السهم والسند و بين حصص التأسيس.

أولا: التمييز بين السهم والسند

قد تحتاج شركة المساهمة أثناء مزاولة نشاطها إلى أموال جديدة بالإضافة إلى رأسمالها لمواصلة مشروعاتها و التوسع فيها. وللحصول على هذه الأموال قد تلجأ الشركة إلى أحد الطريقتين، إما أن تزيد رأسمالها وذلك بإصدار أسهم جديدة و إما أن تقترض ما يلزمها من أموال. و في الغالب تفضل شركات المساهمة الاقتراض على الزيادة في رأس المال، لاسيما إذا كانت ناجحة وذلك لأن زيادة رأس المال تؤدي إلى زيادة عدد المساهمين، فتتباطئ نسبة الربح، كما يخشى أن يتغير تكوين الجمعيات العامة فتنتقل الإدارة إلى أيدي أخرى. ولتفادي هذه المساوئ التي قد تنشأ عن إصدار أسهم جديدة، تقوم الشركة بالاقتراض من الجمهور و ذلك بإصدار سندات للاكتتاب العام¹. كما يعتبر المكتتب في هذه السندات دائنا للشركة بمقدار ما اكتتب فيه من سندات و يكون له ضمان عام على جميع أموال الشركة.

ويعتبر السند "صك قابل للتداول يمثل مديونية على الشركة للغير نتيجة لتقديم الغير قرضا للشركة يسدد بعد فترة محددة طويلة الأجل، و يحصل صاحب الصك على فائدة يتفق عليها بصورة دورية"². أما السهم فقد عرفه المشرع التجاري الجزائري في المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري الجزائري بأنه: "سند قابل التداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأس مالها".

وقد عرف الفقه الأسهم "بأنها صكوك متساوية القيمة و قابلة للتداول بالطرق التجارية و التي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأسمالها وتخول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة لاسيما حقه في الحصول على الأرباح"³.

ومن خلال التعريفات السابقة يستخلص أن السند يتفق مع السهم في أن كلا من هما أوراق مالية غير قابلة للتجزئة⁴، وكلاهما يمثلان صكا يجسد حق حامله، أي أنه يتفق معه من حيث الشكل وكذا طريقة نقل ملكيتهما فكلاهما يتداولان بالطرق التجارية⁵، غير أن السهم و السند يتميزان عن بعضهما بما يلي:

¹ - محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 144.

² - محمد سمير الضبان عبد الله العظيم هلال، المحاسبة المالية في شركات الأموال، الدار الجامعية، 2000، ص 144.

³ - أبو زيد رضوان، الشركات في القانون المقارن، دار الفكر، القاهرة، دون سنة طبع، ص 526.

⁴ - المادة 715 مكرر 32 ق.ت.ج.

⁵ - المادة 715 مكرر 30 ق.ت.ج.

- يمثل السهم حصة في رأسمال الشركة بينما يمثل السند قرضا للشركة أي أحد الالتزامات الخارجية المستحقة للشركة.
- إضافة إلى أن حامل السهم يعد شريكا في الشركة بينما حامل السند يعد دائما للشركة، وتترتب على ذلك حامل السهم له جميع الحقوق في الشركة مثل: حق الحضور في الجمعيات و حق التصويت و حق الرقابة على أعمال مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، في حين أن حامل السند يعتبر غريبا و من ثم فليس له حق تدخل في الإدارة¹. غير أن ما تجدر ملاحظته أن هناك بعض القوانين من بينها القانون الجزائري تجيز لأصحاب حملة السندات تكوين هيئة تمثلهم و تستطيع هذه الهيئة حضور اجتماعات الجمعيات العامة و المشاركة في المناقشات و لكن دون أن يعطيها ذلك حق التصويت في الاجتماعات و لا حق التدخل في تسيير الشركة² حيث لها دور استشاري فقط³.

يمثل السند قرض لأجل، أي يستحق الدفع بحلول الأجل المحدد و لكن السهم يمثل ملكية، ومن ثم لا يجوز رد قيمة السهم إلا إذا تم انقضاء الشركة و تصفيته باستثناء حالات استهلاك الأسهم و حتى في هذه الحالة يمنح المساهم الذي استهلك أسهمه تمتع للبقاء على علاقة بالشركة، و تسمى أيضا أسهم الانتفاع تخوله حق التصويت في الجمعيات العامة سواء أكانت عادية أو غير عادية، وحقا في الأرباح السنوية وكذا حقا في فائض التصفية، وهذا يؤكد أن المساهم يظل عضوا في الشركة، في حين أن حامل سند الاستحقاق تنقطع صلته بالشركة بمجرد استيفاء قيمة سنده. وهذا ما أكد عليه الفقه الفرنسي⁴ و قد اعتبر أحد الفقهاء " حامل السند شريكا من الدرجة الثانية"⁵ ذلك نتيجة ظهور أشكال مختلفة من السندات التي تجعل من حاملها مساهما احتماليا، وهذه القيم هي سندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم وسندات الاستحقاق⁶* ذات قسيمات اكتتاب بالأسهم إضافة لشهادات الاستثمار و شهادات الحق في التصويت.

¹ - M. SALAH, Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, EDIK, Coll. Droit des affaires, éd. 2001, p.58.

²- المادة 715 مكرر 1/91 ق.ت.ج

³- المادة 715 مكرر 2/91 ق.ت.ج

⁴ - Ph. MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 8ème éd., 2001, n° 334, p. 357, D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, Dalloz, 14ème éd., 2001, n° 429, p. 209.

⁵- "le doyen Hamel considère l'obligataire comme un associé de second rang" A. VIANDIER, La notion d'associé, L.G.D.J., Paris, 1978, n° 163, p.161:

* - تعتبر سندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم، وسندات الاستحقاق ذات قسيمات اكتتاب بالأسهم من قبيل سندات الاستحقاق المركبة، وهي تختلف عن سندات الاستحقاق البسيطة لكونها تسمح لحاملها ترك صفته كدائن ليصبح شريكا في الشركة المصدرة، إما بطلب تحويل سندات الاستحقاق التي يملكها إلى أسهم، أو باستعمال قسيمات الاكتتاب للحصول على أسهم جديدة. راجع المواد من 715 مكرر 114 إلى 715 مكرر 125 ق.ت.ج. بالنسبة لسندات الاستحقاق القابلة للتحويل إلى أسهم، و راجع المواد من 715 مكرر 126 إلى 715 مكرر 132 ق.ت.ج. بالنسبة لسندات الاستحقاق ذات قسيمات إكتتاب بالأسهم. أما بالنسبة لشهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت فهي تقسيم للسهم، لذلك حين الجمع بين الشهادتين نجد سهما كاملا، حيث تمثل شهادات الاستثمار الحقوق المالية للسهم وتمثل شهادات الحق في التصويت حقوقا أخرى غير الحقوق المالية المرتبطة بالأسهم. راجع المواد من 715 مكرر 61 إلى 715 مكرر 72 ق.ت.ج. عن هذه المفاهيم راجع :

وعبارة شريك من الدرجة الثانية جاءت واضحة لأنها تبين أن حامل مثل هذه القيم لا يعتبر مساهماً أو بمعنى أوسع شريكاً إلا إذا اختار تحويل السندات إلى أسهم¹ أو احتفظ بالقسمة لممارسة حق اكتتاب الأسهم²، أو تم إعادة تكوين السهم بموجب الجمع بين شهادات الاستثمار وشهادات الحق في التصويت³.

صاحب السهم يتحمل نتائج مساهمته في الشركة من ربح أو خسارة و بالتالي يعتبر نصيبه في الربح من عام لآخر بحسب حالة الشركة. في حين أن صاحب السند يعتبر دائناً للشركة و يحصل على فوائد دورية ثابتة بغض النظر حققت الشركة أرباحاً أم منيت بخسائر⁴. إضافة إلى أن لحائز السند " الحق في استيفاء قيمة سنده في الميعاد المتفق عليه ولا يجوز للشركة أن تفرض عليه التسديد المسبق إلا إذا وجد شرط صريح في عقد الإصدار"⁵.

• يمثل المركز المالي للشركة الضمان المقدم لحملة الإسناد بحيث لا يحصل حملة الأسهم على أية مبالغ عند انقضاء الشركة إلا بعد استلام حملة السندات جميع المبالغ المستحقة لهم. بل أكثر من ذلك فقد تصدر السندات بضمن بعض الأصول المحددة ويطلق عليها سندات بالرهن أي أنها ستكون مضمونة مقابل أصل أو مجموعة أصول محددة.

ثانياً: التمييز بين الأسهم و حصص التأسيس

ظهرت حصص التأسيس لأول مرة في سنة 1958 بمناسبة تأسيس شركة قناة السويس، كمكافأة مؤسسي الشركة والحكومتين الفرنسية و المصرية على ما قدموه من جهود و مساعدات في سبيل إنجاح هذا المشروع⁶. وتعرف حصص التأسيس بأنها: "صكوك قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة بغير قيمة اسمية و تمنح أرباحها نصيباً في أرباح الشركة و ذلك مقابل ما قدموه من خدمات أثناء تأسيس الشركة"⁷. وبما أن أصحاب حصص التأسيس لهم نصيب من الأرباح و عليه فإن المبالغة في تقدير هذا النصيب سوف يلحق أضراراً كبيرة بنصيب المساهمين .

- M. SALAH, Les valeurs mobilières, op. cit., pp. 109 - 182

¹ - المادة 715 مكرر 124 ق.ت.

² - المادة 715 مكرر 127 ق.ت.ج.

³ - المادة 715 مكرر 67 ق.ت.ج.

⁴ - عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 19.

⁵ - "la société ne peut imposer à l'obligataire le remboursement anticipé des obligations, sauf clause expresse du contrat d'emission" M. SALAH, op. cit., n° 46, p. 60.

⁶ - محمد أمين كامل ملش، الشركات، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1957، ص 248.

⁷ - نغم حنا نئيس، النظام القانوني لزيادة رأس مال شركة المساهمة، دون دار النشر، 2002، ص 121.

ولقد حظرت كثير من التشريعات هذا النوع من الصكوك ، منها التشريع الجزائري فقد جاء في نص المادة 715 مكرر 31 من القانون التجاري بأنه: "يحظر إصدار حصص المستفيدين أو حصص المؤسسين ، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 811".

وفي المقابل نجد كثيرا من التشريعات الأخرى قد أجازتها و لكن بقيود¹. و قد اختلف الفقه في تكييف هذه الحصص و هذا راجع إلى الاختلاف حول طبيعة مركز صاحب هذه الحصة في الشركة. إذ يرى البعض منه² أنه مساهم من نوع خاص، بينما يرى آخر³ أنه دائن ، أو أنه له حق من طبيعة خاصة ينفرد بها دون سائر الحقوق المترتبة عن الصكوك التي تصدرها شركة المساهمة.

لكن في حقيقة الأمر أنه من الصعب مقارنة أو مطابقة مركز صاحب حصة التأسيس مع المساهم و هو الشريك بحصة من رأس المال، و لا مع مركز حامل سند القرض و هو الدائن للشركة بدين مؤكد تربطه بالشركة علاقة تعاقدية، و لذلك يتبين أن صاحب حصة التأسيس بمثابة دائن بحق أو دين احتمالي. و حصص التأسيس و إن اتفقت مع الأسهم من حيث أنها قيم منقولة قابلة للتداول بالطرق التجارية و كلاهما يمنحان لصاحبهما نصيبا من الأرباح، إلا أن ثمة فروق جوهرية بينهما و أهم هذه الفروق ما يلي:

- حصة التأسيس لا تدخل في تكوين رأسمال الشركة، حيث لم يقدم صاحبها حصة نقدية أو عينية و بذلك تختلف عن السهم الذي يمثل حصة نقدية أو عينية في رأس مال الشركة.
- الصك الذي تمثله حصة التأسيس ليس له قيمة اسمية و إنما يحدد له نصيب في الأرباح و ذلك بخلاف السهم الذي يحمل بيانا بقيمته الاسمية بحيث لا يجوز إصداره - كأصل عام - بأقل أو أعلى من هذه القيمة.
- لا تخول حصص التأسيس أصحابها الحق في التدخل إدارة الشركة، بخلاف السهم حيث يخول صاحبه حق الإدارة و التصويت في الجمعيات العامة.

ومن خلال ما تقدم تبين جليا أن ملكية المساهم للسهم تجعله في مركز قانوني يختلف عن باقي المراكز في الشركة و هو مركز متميز من حيث ما يتمتع به من حقوق و ما يتحمله من التزامات. وإذا كان هذا المركز القانوني للمساهم يمنحه حقوقا داخل الشركة هذا ما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه الحقوق.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحقوق المساهم في شركة المساهمة

عند انضمام المساهم لشركة المساهمة يلتزم بتقديم حصته في رأس مالها سواء كانت نقدية أو عينية، والتي تنتقل ملكيتها على الشركة ويقدم المساهم مقابلها اسهما تعبر عن حقوقه في الشركة. ومن هنا تقوم علاقة

¹ - من بين هذه التشريعات، نجد قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 في مادته 34 / 1 و التي جاء بها: "لا يجوز انشاء حصص التأسيس أو حصص الأرباح إلا مقابل تنازل عن التزام منحتة الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية".

² عبد الأول عابدين محمد بسيوني، المرجع السابق، ص. 18.

³ - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص. 527.

قانونية بين المساهم والشركة، هذه العلاقة ثار حولها عدة تساؤلات خاصة في تحديد طبيعة حق المساهم اتجاه الشركة المصدرة للأسهم. وأمام غياب النصوص التشريعية التي من المفترض أن تفصل في هذا الموضوع، ترك المجال لاجتهاد القضاة والتي لم تكن موحدة وإنما انقسمت إلى عدة اتجاهات .

أولاً: الاتجاه القائل بأن حق المساهم حق دائني

إن السهم حسب أصحاب هذا الاتجاه يمثل حق دائني للمساهم اتجاه الشركة المصدرة له¹، وهذا الرأي ذهب إليه الاتجاه التقليدي في فرنسا و إنجلترا²، و أرجع أساس ذلك إلى أن المساهم عندما يقدم حصة في رأس مال الشركة تنتقل ملكيتها الى الشركة التي لها شخصية معنوية مستقلة عن المساهمين .

و حق الدائنية هذا لا يتأثر البتة بطبيعة الأموال التي تتكون منها الذمة المالية للشركة حيث يستمر دائماً بوصفه حقاً منقولاً حتى لو كانت ثروة المدين كلها عقارات ويظل هذا الحق قائماً طوال حياة الشركة، حيث يعتبر المساهم دائماً بمقدار الحصة التي قدمها ودائناً بنصيبه في الأرباح التي تكسبها الشركة، وحتى بعد حل الشركة وتصنيفها فإنه يكون دائماً بحقه في فائض التصفية.

وقد انتقد هذا الاتجاه من حيث أن حق الدائنية كما هو مستقر في النظرية العامة للالتزام يفترض وجود تعارض في المصالح بين أطراف علاقة الدائنية (الدائن والمدين)، بينما علاقة المساهم بالشركة مبنية على نية المشاركة التي تعتبر أحد أركان عقد

الشركة، كما تجد المساهمين يسعون دوماً لإنجاح مشروع الشركة لأن أي ربح تحققه سوف يكون لهم نصيب فيه³.

ثانياً: الاتجاه القائل بأن حق المساهم حق ملكية

وحسب أصحاب هذا الاتجاه⁴، فإن حق المساهم أعمق من علاقة الدائن والمدين، فهو حق خالص يستطيع المساهم التصرف فيه بالمقابل أو دون مقابل، عن طرق التداول أو التنازل عنه كما يجوز رهنه والحجز عليه كما أنه ينتقل إلى الورثة وهذا ما يؤكد أن حق المساهم من قبيل حق الملكية⁵.

وقد تم انتقاد هذا الاتجاه من جهة أن المساهم عندما يقدم حصة في رأس مال الشركة، فإن الحصة تخرج من ملكه لتدخل في ملك الشخص المعنوي الممثل للشركة وبالنتيجة فإن هذه الحصص لا تبقى ملكاً

¹ -G.RIPERT et R.RENNE,Traité de droit commercial, T.1, 18éd., L.G.D.J.,Paris, 2001,p. 308 ;et PH.MERLE, op.cit.,n. 205,p. 282.

² - يعقوب يوسف صرخوة، والأسهم وتداولها في شركة المساهمة، دار النهضة العربية، 1982، ص 89.

³ - D.PAUL, Droit commercial, 1 éd.,édition Paris, 1970, p.446 .

-حسين فتحي، التنظيم القانوني لاسترداد وشراء الشركة لأسهمها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 30، أبو زيد رضوان، الشركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي القاهرة، 1983، ص. 10 .

⁴ - مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الارشاد، بغداد، 1969، ص. 164.

⁵ - أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، المرجع السابق، ص 110.

للمساهمين لا على سبيل الملكية الفردية و لا على سبيل الشيوخ فيما بينهم و لا من أهم نتائج الشخصية المعنوية هو وجود ذمة مالية مستقلة لها¹.

ثالثا: الاتجاه القائل بالطبيعة المزدوجة لحق المساهم اتجاه الشركة

وقد وقف أصحاب هذا الاتجاه² موقف وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث قالوا أن حق المساهم في شركة المساهمة هو ذا طبيعة مزدوجة. وحسب أنصار هذا الاتجاه، فإن حق المساهم في الشركة ما دامت قائمة وتمارس نشاطها هو حق دائنية بمقتضاه يعتبر المساهم دائنا للشركة بحصته التي قدمها في رأسمال الشركة، ودائنا بحقه في الربح وفي فائض التصفية.

أما بعد التصفية وحل الشركة، فإن حق المساهم هو حق ملكية تام. فالمساهمون في هذه الحالة يعتبرون ملاكا على الشيوخ للأموال التي كانت ملكا للشركة المساهمة عندما كانت تتمتع بالشخصية المعنوية.

وهذا الاتجاه لاقى التأييد من محكمة النقض المصرية حيث قررت في قرار لها: "حصة الشريك في الشركة تخرج من ملكه وتصبح للشركة و يكون للشريك بعد ذلك إلا مجرد حق في نسبة معينة من الأرباح أو نصيب في رأسمالها عند التصفية، والنصيب هذا يعتبر دينا في ذمة الشركة يجوز لدائنه أن ينفذوه عليه تحت يدها أما إذا انقضت الشركة وتمت تصفيتهما وتحدد الصافي من أموال الشركة فإن هذه الأموال تعتبر ملكا شائعا للشركاء وتجري قسمته بينهم"³. و يعتبر هذا الرأي هو الأرجح بين الآراء السابقة.

فإذا كان ما سبق أعلاه يحدد المركز القانوني للمساهم إلا أن الواقع شيء آخر.

المبحث الثاني: المركز الواقعي للمساهم في شركة المساهمة

لقد عزز المشرع الجزائري المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة وميزه عن جميع المراكز القانونية لأصحاب السندات المختلفة، ومنحه كل الحقوق التي من شأنها أن تعطيه دورا هاما وفعالا في الشركة، لا يقل أهمية عن دور مسيرتها وأعضاء مجلس إدارتها، وذلك لأن المساهم ليس شريكا في الشركة فحسب، وإنما هو عضو فيها، وهذا ما يسمح له بممارسة دور الرقابة على كيفية تسييرها وعلى أعمال وتصرفات مسيرتها من أجل ضمان حسن سير أعمال الشركة.

إن الدور الرقابي الذي منحه المشرع للمساهم في شركة المساهمة مستمد من مجموعة الحقوق الأساسية التي يكتسبها باكتسابه لسهم من أسهم الشركة كحق الاطلاع على وثائق ومستندات الشركة، وحقه

¹ - بشرى خالد تركي المولى، التزامات المساهم في الشركة المساهمة، دار النشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 23.

² - M. ANDRE, La société anonyme traité pratique, 2ème éd., Paris, 1954, p.12.

مرتضى ناصر نصر الله، المرجع السابق، ص. 164، محمد أمين كمال ملش، المرجع السابق، ص 250.

³ - نقض مدني مصري في 1975/02/05، مقتبس عن المرجع: فتاحي محمد، تداول الأسهم في شركة المساهمة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس سنة جامعية 2008/2007 ص 43.

في إخطاره بكل ما يجري في الشركة، و بمواعيد الجمعيات العمومية وكذا حقه في طرح استفسارات وأسئلة على أعضاء مجلس الإدارة. وصولاً إلى حق التصويت في الجمعيات العمومية. وممارسة المساهم لهذه الحقوق هو الذي يسمح له بالكشف عن الأخطاء والتجاوزات التي قد يقع فيها أعضاء مجلس الإدارة، كما تسمح له بمناقشة أعضاء مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات فيما تقدم من تقارير حول أعمالهم التي تطرح أمام الجمعية العامة للمصادقة عليها.

وهذا ما يمكنه من معالجة الأخطاء الواقعة قبل فوات الأوان وتضرر الشركة ومحاسبة من قام بهذه الأخطاء حيث يمكن له إقامة دعاوى المسؤولية على ذلك العضو ومطالبته بالتعويض إذا اقتضى الأمر ذلك.

إذا كان هذا هو المركز القانوني للمساهم الذي منحه إياه المشرع واهتم به إلا أن الواقع العملي مختلف كثيراً عن ما هو قانوني نظري. فالمساهم في شركة المساهمة نادراً ما يهتم ويشارك بدوره في حياة الشركة، ذلك أن معظم المساهمين في مثل هذه الشركات هم من المضاربين، همّهم الوحيد هو الأرباح التي يحصلون عليها، خاصة في الشركات المقيدة في البورصة، حيث يتم مراقبة حركة السهم وعلى هذا الأساس يتم التصرف في هذه الأسهم وبيعها دون أن يهتموا بمصلحة هذه الشركة أو ما يجري بها. وبذلك فهؤلاء المساهمون يتخلون عن حقوقهم التي منحهم إياها القانون، مهتمين فقط بالجانب المالي منها.

وهذا الأمر هو الذي أضعف دور الجمعيات العامة في تسيير الشركة ومراقبتها، ونقل كل السلطات بيد القائمين على الإدارة بالشركة والذين وللأسف وفي الكثير من الأحيان يبحثون عن تحقيق مصالحهم الشخصية حتى لو كان ذلك على حساب مصلحة الشركة.

لذا أصبح للمساهم مركز واقعي مختلف تماماً عن مركزه القانوني في الشركة وهذا الواقع نتج عن ظاهرة غياب المساهمين وتخليهم عن حضور الجمعيات العامة وممارستهم لحقوقهم القانونية (المطلب الأول)، كما قد يحضر المساهمين لاجتماعات الجمعية العامة و تغيب فعاليتهم فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غياب المساهمين عن الجمعيات العامة

الجمعية العامة تعتبر فرصة متاحة للمساهمين لمناقشة واقع الشركة، ومستقبلها مع أعضاء مجلس إدارتها ومديرها، ومشاركتهم في صنع القرارات أو المصادقة عليها، حيث يخرج المساهم بصورة متكاملة و واضحة بعيداً، عن أي ضبابية فيما يخص الشركة ومستقبلها.

كما أنه وبحضور المساهم واستماعه و استفساره، يمكنه ذلك من التأكد من أي معلومة قد تنشر أو قد نشرت عن الشركة، وبالتالي يتخذ قراراً سليماً اتجاه استثماره بعيداً عن الشك والتخمين، نابع عن شفافية ومصادقية.

غير أن غياب المساهمين عن الجمعيات العامة يضيّع الفرصة منهم، ويكونون بذلك قد تخلوا عن عدة حقوق أساسية منحها لهم القانون على غرار حق الحضور في الجمعيات¹، وحق التصويت فيها، وليس هذا فحسب بل فرض على القائمين على إدارة الشركة إعلام المساهمين بمواعيد الجمعيات، ودعوتهم شخصيا لحضورها. وكذا لم يشترط المشرع حيازة المساهم عددا من الأسهم لحضور الجمعيات العامة، فكل حامل سهم له الحق في ذلك² وكل هذا عبارة عن وسائل مساعدة منحها المشرع للمساهم تسهيلا له ممارسة حقه في الحضور والتصويت في الجمعية. غير أن الواقع العملي أثبت أن المساهمين أنفسهم غير مدركين لقيمة وأهمية ما بيدهم من سلطة شرعية وقانونية ممثلة في الجمعية العامة.

إن غياب المساهمين عن الجمعيات العامة أصبح ظاهرة شائعة استفحلت في معظم الشركات المساهمة عبر العالم خاصة في الشركات الكبرى في الدول ذات الاقتصاد الضخم وهذا الغياب له أسباب منها ما هو مادي (الفرع الأول) ومنها ما هو معنوي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسباب المادية لغياب المساهمين

تختلف أسباب غياب المساهمين عن الجمعية العامة ويمكن أن نجعلها حسب غالبية الفقهاء فيما

يلي:

أولا: عدد المساهمين الضخم في شركات المساهمة

حيث أن شركات المساهمة تطرح أسهمها في الاكتتاب العام وقد يصل عدد المساهمين في مثل هذه الشركات إلى ملايين المساهمين وهذا ما يجعل حضور كل المساهمين للجمعيات العامة امرا شبه مستحيل لصعوبة وجود المكان الذي يجمع كل هؤلاء لحضور الجمعيات العامة سواء كانت التأسيسية أو العامة³.

ثانيا: بعد المسافة بين مكان انعقاد الجمعية ومواطن المساهمين

من المعروف أن أغلب الشركات تتخذ من عاصمة الدولة مقرا لها، وذلك لتسهيل عملها وقربه من الإدارات الحكومية، ومعظم الاجتماعات تتعقد بمقر الشركة والذي قد يكون بعيدا عن مواطن المساهمين الذين يكونون من مناطق مختلفة من الدولة، وقد يكونون أجنب عن الدولة، وهذا ما يجعل أمر حضورهم للجمعيات العامة صعبا ومكلفا⁴، ولذا نجدهم يتقاعسون عن حضور هذه الجمعيات⁵.

¹ - المواد 674 إلى 685 ق.ت.ج. نظمت كيفية انعقاد الجمعيات العامة.

² - المادة 684 ق.ت.ج.

³ - P.VIGREUX, Le droit des actionnaires dans les sociétés anonymes, théorie et réalité 1ère éd., édition Paris, 1953, p.27.

⁴ - P.VIGREUX., op.cit., p. 28.

⁵ - دحو مختار، سيادة الجمعية العامة العادية في شركة المساهمة بين القانون والواقع، مجلة الراشدية للدراسات القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة معسكر، جوان 2011، العدد3، ص106.

ثالثا: عامل الوقت

وينظر للوقت كسبب من أسباب غياب المساهمين عن الجمعيات العامة وذلك من زاويتين:

1- من حيث إهدار وقت كبير لانتظار التحاق كل المساهمين بالاجتماع أو على الأقل النصاب القانوني

ذلك أن اجتماع الجمعية العامة يشمل كل المساهمين كقاعدة عامة ولكي يتحقق ذلك يحتاج إلى وقت طويل فمثلا، المساهم الذي يسكن الجزائر العاصمة أين يوجد مقر الشركة يلتحق في الوقت المناسب. في حين أن المساهم الذي يسكن أقصى الجنوب فيستغرق وقتا كبيرا. ولذلك فإن عملية تجميع المساهمين تحتاج وقتا طويلا لاكتمال النصاب حتى يكون الاجتماع صحيحا، ولتحقيق حق المساهم في حضور الجمعية العامة. وهذا ما يمثل صعوبة كبيرة قد يستحيل معها تجميع هؤلاء المساهمين في وقت واحد¹.

2- من حيث أن الجمعيات العمومية في حد ذاتها تأخذ وقتا طويلا في اجتماعاتها

ذلك أن هذه الجمعية السنوية يتم السرد فيها خلاصة السنة المالية للشركة، بالإضافة إلى بعض البروتوكولات والتقاليد التي يقوم بها القائمين على الإدارة، مثل خطب الشكر والولاء التي تطول وهذا ما قد يهدر وقت المساهم الذي يكون له أعماله المهمة وانشغالاته، خاصة إذا كان من صغار المساهمين فإنه يرى أنه حضوره للجمعية ما يكون إلا مضيعة للوقت.

رابعا: التقارب الزمني في مواعيد الجمعيات العمومية للمساهمين

حيث أن المشرع سمح للمساهم بأن يكون مساهما في عدة شركات في آن واحد²، فإن كان كذلك فسوف يكون مدعوا لكل الجمعيات العامة لهته الشركات.

والمشكل الذي يقع فيه المساهم في هذه الحالة هو أن أغلب الجمعيات العامة للشركات تجتمع في وقت واحد من السنة، وقد تتصادف اجتماعاتهم في نفس اليوم وربما في نفس الساعة، وهذا ما يجعل حضور المساهم في كل الاجتماعات أمرا مستحيلا، الشيء الذي يشكل عقبة له لممارسة حقه في الحضور في الجمعيات العامة والتصويت فيها.

خامسا: عدم مراعاة إجراءات استدعاء المساهمين للجمعيات العامة

ألزم المشرع الجزائري رئيس شركة المساهمة أو القائمون بإدارتها باستدعاء المساهمين لحضور الجمعيات العامة في الأجل القانوني، وذلك بإعلامه بالتاريخ المحدد لانعقاد الجمعية العامة قبل خمسة وثلاثون (35) يوما على الأقل من تاريخ الانعقاد وذلك برسالة موصى بها³. كما يجب عليهم أن يبلغوا المساهمين،

1 - عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، 2008، ص 90.

2 - المادة 612 ق.ت.ج.

3 - المادة 816 و 817 ق.ت.ج.

أو أن يضعوا تحت تصرفهم كل المعلومات والوثائق اللازمة¹ والتي من شأنها أن تعلمه بوضع الشركة المالي، ومشاريع القرارات التي قدمها مجلس الإدارة وغيرها من الوثائق والمعلومات التي من شأنها أن تمكن المساهم من ممارسة حقه في التصويت أو المناقشة عن علم ودارية.

وكل هذه الإجراءات هي إلزامية ويترتب عن مخالفتها جزاء². غير أن هذه الإجراءات قد لا تراعى في بعض الشركات سواء من حيث الأجل المحددة، أو من حيث دقة الاستدعاء وإيصاله لعناوين المساهمين، وقد تكون العناوين البريدية للمساهمين قديمة، و وقوع مثل هذه الأمور يمثل سببا مهما من أسباب غياب المساهمين عن الجمعيات العامة.

هذا عن الأسباب المادية التي تعرقل حضور المساهم للجمعية العامة وقد يكون لغياب المساهم أسباب أخرى معنوية وسيكولوجية.

الفرع الثاني: الأسباب المعنوية لغياب المساهمين عن الجمعية العامة

قد تكون الحالة المعنوية للمساهم عائقا آخر لحضور اجتماعات الجمعية العامة، وهذه الحالة تنتج عن عدة عوامل تؤثر على رغبة المساهم في حضور الجمعية العامة، وتجعله ينفر ويمتنع عن حضورها. وقد يكون هذا الامتناع راجع أساسا إلى طبيعة المساهم وقد يكون مكتسبا من خلال مواقف تواجهه أثناء اجتماعات الجمعيات العامة ما يجعله يعزف عن حضورها.

أولا: المساهم صاحب سيكولوجية المضاربة

حيث أن هناك من المساهمين من لا يهتموا في الشركة التي يساهمون فيها، إلا بجانب الربح، وهم الذين يطلق عليهم بالمساهمين السلبيين³ لأن همهم الوحيد هو الغنيمة التي يكسبونها من الشركة، دون أن يلتفتوا إلى الأمور الإدارية بها، وكل اهتمامهم هو مراقبة حركة الأسهم في سوق الأوراق المالية والمضاربة عليها. فهم يعتمدون عند دخولهم للشركة على نجاحها وسمعتها في الأوساط التجارية. وعلى مستوى ارتفاع أسعار أسهمها في سوق الأوراق المالية.

ويقول عنهم بعض الفقهاء أنهم مساهمين مؤقتين⁴ لأن بقاءهم في الشركة لن يطول كثيرا، فإذا ما حققت الشركة خلال إحدى السنوات أرباحا قليلة أو خسارة خرج المساهم منها بحثا عن شركة أخرى تحقق ربحا أكبر⁵

1- المادة 678 ق.ت.ج.

2- المواد 816 و 817 و 818 ق.ت.ج

3- عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 1986، عدد 1، ص. 505.

4- P.VIGREUX,op.cit.,p. 32.

5- عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 94.

، ولذا فإن سيكولوجية مثل هؤلاء المساهمين تعتبر السبب الأهم في عدم حضورهم اجتماعات الجمعية العامة.

ثانيا: الأسلوب الروتيني الممل

قد تعاني بعض الجمعيات العامة من الرتابة والسرد في بنودها، كما أن بعضها يقدم محتوى روتيني يصيب بعض المساهمين بالملل والنعاس فيما لو حضروا، عدا عن ملئه بكلمات المديح والولاء للسلطات العليا بالشركة والثناء عليها، وهذا يعد سببا معنويا هاما يؤدي إلى غياب المساهم عن اجتماعات الجمعية العامة.

ثالثا: إهمال وتجاهل المساهم داخل الجمعية العامة

قد يعاني بعض المساهمين أثناء اجتماعات الجمعية العامة خاصة صغار المساهمين من الذين يملكون عدد قليل من الأسهم من التجاهل والإهمال من طرف بعض رؤساء المجالس، حيث لا تؤخذ استفساراتهم بعين الاعتبار وقد لا يلتفت إليها أساسا وهذا ما يشعرهم بأن حضورهم بدون فائدة ولذا تجدهم يعزفون عن حضور هذه الاجتماعات.

رابعا: عدم الاختصاص المالي والتقني

لأنه للمشاركة في مناقشات تكون دائما تقنية ولتقديم انتقادات بناءة والتصويت في النهاية بشكل مثمر، فإن المساهم مطالب بتوافره لى اختصاص لدراسة المستندات الموضوعة تحت تصرفه. في حين أن أغلب المساهمين يكونون غير مختصين. فتقنية المداولات والمستندات تحبط المساهمين إذن وتؤدي إلى وعيهم بعدم اختصاصهم، الأمر الذي يبعدهم فعلا عن المشاركة في الجمعيات العامة، و حتى في الأحوال التي يحضرون فيها تلك الاجتماعات قد يصوتون بطريقة عمياء على مقترحات مجلس الإدارة¹.

إذا كانت هذه أسباب غياب المساهمين عن اجتماعات الجمعية العامة و التي جعلت للمساهم مركزا واقعيا مخالفا لمركزه القانوني في الشركة إلا أنها ليست الوحيدة التي أدت إلى ذلك فقد نجد أن المساهمين قد يحضرون اجتماعات الجمعية العامة دون أن يحركوا ساكنا فيها.

المطلب الثاني: حضور المساهمين وغياب فعاليتهم

إن أسلوب تعاطي المساهمين ومجالس إدارات شركات المساهمة مع الجمعيات العمومية مرض عضال قائم وموجود لا تكاد تسلم منه الشركات. فالمساهمون أنفسهم غير مدركين لقيمة وأهمية ما بيدهم من سلطة شرعية وقانونية، ممثلة في الجمعية العامة، لمساءلة مجالس الإدارات واستيضاح أمور كثيرة مخفية ومسكوت عنها والاكتفاء في كثير من الأحيان بالسؤال عن أمور "سطحية" راضين عن الغنيمة بإقرار بند توزيع الأرباح.

¹ - عبد الفضيل محمد أمين، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، القاهرة، 1986، ص 30 و 31.

في بعض الأحيان يكون هؤلاء المساهمون مجبرون على الصمت وعدم السؤال عن أشياء إن تبدت تسيئ لهذه الإدارات ، والمحصلة أن الجميع سواء بالنسبة للمساهمين 'المتهاونين' في حقوقهم أو بالنسبة لمجالس الإدارات الضارين بحقوق ومصالح الأقليات من المساهمين عرض الحائط، يفرغون هذه الجمعيات العمومية من أهم أهدافها وهي مراقبة إدارات الشركات وأعمالها كخطوة مهمة في سبيل تقويم عمل هذه الشركات.

وفي هذا الصدد يجمع المراقبون على أن هناك أسئلة محورية لا يتطرق لها المساهمون في الجمعيات العمومية للشركات¹، وإن تطرقوا فإنما يكون لاستيضاح سطحي و تكون الإجابة أكثر سطحية. وهذه الأسئلة من وجهة نظر المراقبين تعد بمنزلة نماذج استرشادية للمساهمين، وتمس أمورا جوهرية داخل كل شركة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة كل شركة والنشاط الذي تمارسه لذا على المساهم التساؤل حول التالي:

ما علاقة الشركة بذوي الصلة؟ ومن هم الأطراف ذووا الصلة الذين يوصي مجلس الإدارة للجمعية العمومية بالموافقة على التعامل معهم؟ حيث عادة يأتي هذا البند مختصرا ضمن جدول أعمال الجمعية العامة و يسهب القائمون على الإدارة في توضيحه ويتحاشون الخوض في تفاصيله، وربما يكون ذلك بابا خلفيا ينفذ منه البعض لتحقيق مصالح شخصية من خلال التعامل مع شركات أو أطراف ذات علاقة مباشرة أو غير مباشرة بإدارة الشركة، و في مثل الحالات التي تكون تعقد اتفاقيات بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فقد فرض المشرع أخذ إذن مسبق من مجلس الإدارة و مصادقة الجمعية العامة على هذه الاتفاقيات²، و هذا نظرا لخطورة مثل هذه التصرفات على مصلحة الشركة، و التي قد تهمش مقابل تحقيق مصالح شخصية لأحد أعضاء مجلس الإدارة، لكن و رغم هذا نجد المساهمين يستهينون بمثل هذه الأعمال فلا نجد أحد يسأل عن التفاصيل.

وكذا ما هي خطة الشركة التشغيلية للسنوات الخمس المقبلة، ما طبيعة أنشطتها الاستثمارية؟ فمن خلال هذه الخطة القابلة للطبع للتطبيق، وما يمتلكه مجلس الإدارة من طموح واقعي ومدى قناعة المساهمين بهذه الخطة، يستطيع المساهمون والمستثمرون أن يطمئنوا على استثماراتهم بناء على معرفة وجهة الشركة المستقبلية ونظرة المجلس في الإدارة الشركة، بيد أن مساهمين كثيرين لا يجتهدون كثيرا في طرح هذا السؤال على مجالس الإدارات.

إضافة إلى ضرورة التساؤل عن كيف تم التصرف في الأصول الشركة المؤثرة و لماذا ؟ فقد يتم أحيانا كثيرة الخروج من استثمارات دون إحاطة المساهمين علما. كما يتم التصرف في الأصول الشركة دون علم المساهمين، فلماذا تم الخروج من هذه الاستثمارات؟ وما الخطط البديلة لاستغلال السيولة الناتجة عن بيع هذه الأصول؟ و ما هو تبرير مجلس الإدارة لمثل هذه التصرفات؟

¹ - مأخوذ من استطلاع قامت به جريدة القبس الكويتية، العدد 29، 14665، مارس 2014.

² -المادتان 628 و 629 ق.ت.ج.

بعض المساهمين لا يدرون شيئاً عن بيع أصول الشركة إلا من خلال تقرير مجلس الإدارة الذي يوزع عليهم قبل الجمعية بأيام أو حتى أثناء انعقاد الجمعية و رغم ذلك فإنهم لا يستفسروا عنها أثناء انعقاد الجمعية العامة وهذا الإهمال قد يخفي الكثير من أخطاء مجلس الإدارة و يتستر عليها¹.

كما يجب أن يتساءل المساهم هل استغلت الشركة حقها في شراء أسهمها؟ و كم وصلت نسبة أسهم الخزينة لدى الشركة؟ لماذا لم تفعل الشركة حقها القانوني في شراء أسهمها؟ (إذا لم تكن الشركة قد استغلت هذا الحق أو استغلته في حدود ضيقة)، فتعاقس الشركة في ممارسة هذا الحق يكشف عن عدم قناعتها بأداء السهم نتيجة ضعف قوى الدفع الناتجة عن أداء الشركة وخطتها التشغيلية.

وما ماهية الاستثمار الحقيقي و ما هي النتائج المحققة منه؟ وهل خرجت الشركة عن طبيعة عملها ونشاطها الأصلي؟ فقد لوحظ في الفترة الأخيرة انصراف شركات كثيرة غير استثمارية تلقاء المضاربة في الأسهم وتجاهل أنشطتها الأساسية، فما خطة الشركة في تنمية هذه الأنشطة وجعل الشركة رائدة في السوق؟ وما نسبة النمو المحددة وغير الفضفاضة التي يتعين عندها محاسبة مجلس الإدارة في العام المقبل إذا لم تتحقق نسبة النمو تلك؟ ويلاحظ خلال الجمعيات العمومية إعطاء نسب فضفاضة من قبيل أن نسبة النمو لا تقل عن كذا، ليهرب رئيس مجلس الإدارة أو من يمثله من المسؤولية إذا قلت النسبة عن هذا السقف.

وطرح التساؤل كذلك عن تفاصيل أبواب الميزانيات؟ حيث لا يتعمق المساهمون كثيراً في السؤال والاستيضاح عن أبواب الميزانيات، لاسيما السؤال عن المصاريف والنفقات، سواء المصاريف التشغيلية والإدارية وغير الإدارية ومقارنتها بالإيرادات فإذا ما زادت المصاريف على الإيرادات أو اقتربت منها فإن ثمة خللاً واضحاً يجب أن يسأل المساهمون عن هذا الخلل وأسبابه.

ومن بين الأسئلة المهمة لماذا يوصي مجلس الإدارة بتوزيع مكافآت على الإدارة؟ فالكثير من الشركات توزع مكافآت على أعضاء مجلس الإدارة في حين يكون أداؤها متواضعا أو تكبدت خسائر، بالنسبة لبعض الشركات بالطبع، فعن أي عمل يريد أن يكافأ مجلس الإدارة نفسه و هل هذه المكافآت مطابقة لما نص عليه القانون²؟

ومن الضروري طرح الأسئلة التالية: لم توصي الجمعية العامة بزيادة رأس المال؟ ماذا الموافقة على الاستدانة من خلال إصدار سندات؟ وما الخطط التشغيلية الفعلية التي وضعتها الشركة لاستغلال هذه الأموال؟ وما العائد المتوقع من هذه الفرص ومدى ملائمة هذا العائد مع تكلفة الأموال المقترضة؟ حيث يجب أن يناقش المساهم تفاصيل الخطط التي وضعتها الإدارة والتي استدعت زيادة رأس المال حتى لا تصبح الزيادة عبئاً على الشركة.

¹ -عماد محمد أمين السيد رمضان، المرجع السابق، ص 96.

² -المادتان 727 و 728 ق.ت.ج.

وما قيمة الديون والسلف المترتبة على الغير؟ ما نوعية المدينين ونسبة الديون المشكوك في تحصيلها من بين إجمالي هذه الديون، والمخصصات المأخوذة لها في المقابل؟ وما علاقة الشركة بالشركات التابعة؟ وما هي الصفقات والتعاملات التي تتم بين الشركة الأم والشركات التابعة؟ لاسيما إذا كانت الشركات التابعة ليست مملوكة بنسبة 100/100 وهناك أطراف أخرى، حرصا على ألا تكون هناك شبهات تنفيح للأطراف والملاك الآخرين في الشركة التابعة على حساب المساهمين¹.

ومن تحت هذه الأسئلة يمكن أيضا أن تتفرع أسئلة أخرى كثيرة يمكن للمساهمين أن يتوجهوا بها لمجالس الإدارات لاسيما مع قراءة الميزانيات جيدا، حتى يفعل دور الجمعيات العمومية وتصبح أكثر قدرة على ممارسة دورها في مراقبة إدارة الشركات.

بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا لماذا لا يجتهد المساهمون في طرح هذه الأسئلة، وما السر من وراء سلبية المساهمين؟

وهنا يظهر أن الأسباب لا تختلف كثيرا عن أسباب غياب المساهمين عن الجمعية العامة السالفة الذكر، حيث أن غالبية الحضور هم من أصحاب النظرة القصيرة الأمد المضارين وليسوا من المستثمرين طويلي الأجل. يشترتون اليوم ليبيعوا غدا بربحية معقولة.

كما لا يهتم هؤلاء المستثمرون كثيرا بالأمر المستقبلي للشركة وخططها المستقبلية وأدائها المتوقع وتأثير ذلك في سعر السهم، وبالتالي لا يهتم الكثيرون بمناقشة البيانات المالية باستفاضة. إضافة إلى عدم تعامل رؤساء مجالس الإدارات أو من يمثلونهم بالنسبة لبعض الشركات المساهمة بشكل شفاف وواضح مع صغار المساهمين بدعوى أنهم لا يملكون النسبة التي تمثل ثقلا يتلاءم مع حجم الأسئلة التي يطرحونها، وبالتالي عرقلة حق الأقليات في الجمعيات العمومية في السؤال والمحاسبة وحتى النقاش، وتفاضل بعض الإدارات لحقوق هؤلاء. وذلك بعكس التعامل مع كبار الملاك من المساهمين خصوصا الكبار منهم، والذين تمنح لهم وسائل وآليات أخرى لمعرفة أخبار وتطورات الأمور داخل الشركة أولا بأول سواء من خلال الاتصال المباشر أو اللقاءات المباشرة وبالتالي ليسوا في حاجة للسؤال والنقاش في الجمعية العامة.

عدم وجود جهة فنية رقابية يمكن أن تنصف صغار المساهمين وتضغط على إدارات الشركات للأخذ بملاحظاتهم، لذلك أصبح حضور هؤلاء الصغار للجمعية وعدمه سواء، وبات حضور الجمعية أمرا يهم أصحاب الأغلبية وأعضاء مجلس الإدارة والموالين لهم.

وهذه الأسباب مجتمعة هي التي تبلور وتشكل المركز الواقعي للمساهمين داخل الشركة ونخص بالذكر صغار المساهمين وهذا ما يبتعد كليا عن المركز القانوني المفترض للمساهم داخل شركة المساهمة.

¹ - محسن السيد، أسئلة تغيب أو تغيب عن الجمعية العامة، جريدة القبس الكويتية، العدد 14665، 29 مارس 2014

الخاتمة:

من خلال ما سبق يظهر أنه صار واجبا على المشرع الجزائري المسارعة لإيجاد الحلول تقلص الفجوة التي نشأت بين المساهم و شركة المساهمة، ولعل أهم مقترحات تقدم في هذا الشأن:

من المقترح تدخل المشرع الجزائري للقيام بالتعديلات اللازمة لأحكامه من أجل توسيع مجال حق الإطلاع وتطوير نوعيته ليشمل وثائق أخرى تظهر ضرورة للمساهم بهدف إبداء رأيه عن دراية أثناء المناقشة في الجمعيات العامة وتسهيل التصويت على القرارات التي تهم حياة الشركة، دون التغاضي عن عامل السرعة في وصول المعلومات للمساهم، لأن المعلومة التي تصل متأخرة لا تؤدي الهدف المرجو منها، ولذا أصبح ضروريا استعمال الوسائل الاتصال التكنولوجية للتواصل مع المساهم ولضمان اعلام نوعي وسريع يشجعه على الارتباط بالشركة و الاهتمام بما يحدث فيها.

ويجب أن يجيز للمساهم ما يسمى الحضور الافتراضي تماشيا مع التطور التكنولوجي ، إضافة إلى تمكينه من إنابة زوجه أو مساهم آخر إذا تعذر عليه الحضور أصالة ، ذلك أن هذه التقنيات من شأنها معالجة ظاهرة غياب المساهمين في الجمعيات العامة. متبعا في ذلك منهج المشرع الفرنسي¹ في تطوير حق حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها باستعمال وسائل التطور التكنولوجي، ويجيز للمساهم التصويت عن بعد كما سبق الإشارة، حتى لا يجد هذا الأخير مبررا لعدم حضوره الجمعية ومناقشة جدول أعمالها، ومن ثم، يبقى دائما متصلا بالشركة ولو كانت تفصله عنها مسافات طويلة.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية.

القرآن الكريم:

- سورة الصافات، الآية 141 .

المعاجم والموسوعات:

- ابن منظور ، معجم لسان العرب، دار الصادر بيروت، ط1، ج 12، دون سنة الطبع.

¹- V. arts. 41 à 45 du décr. n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la 3^{ème} partie de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F. du 05 mai 2002, P 8717. et art. 38 du décr. n° 2006-1566 du 11 décembre 2006, J.O.R.F., 12 Décembre 2006.

- مجمع اللغة العربية، معجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم، 1991.

- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1999.

- اسماعيل ابن حماد الجوهري، الصحاح، ج5، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1979.

الكتب:

- أبو زيد رضوان، الشركات في القانون المقارن، دار الفكر، القاهرة، دون سنة طبع.

- أبو زيد رضوان، الشركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي القاهرة، 1983.

- أكرم ياملكي، الوجيز في القانون التجاري العراقي، ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1972.

- بشرى خالد تركي المولى، التزامات المساهم في الشركة المساهمة، دار النشر والتوزيع، عمان، 2010.

- عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركة المساهمة، دار الفكر الجامعي، 2008.

- علي الزيني، أصول القانون التجاري، ج2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1945.

- عماد محمد أمين السيد رمضان، حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، 2008.

- محمد سمير الضبان عبد الله العظيم هلال، المحاسبة المالية في شركات الأموال، الدار الجامعية، 2000.

- محمد أمين كامل ملش، الشركات، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1957.

- محمود سمير الشرفاوي، القانون التجاري، ج1، ط1، دار النهضة العربية، 1973، ص357.

- نغم حنا نبيس، النظام القانوني لزيادة رأس مال شركة المساهمة، دون دار النشر، 2002.

- يعقوب يوسف صرخوة، والأسهم وتداولها في شركة المساهمة، دار النهضة العربية، 1982.

- حسين فتحي، التنظيم القانوني لاسترداد وشراء الشركة لأسهمها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الارشاد، بغداد، 1969.

المجلات العلمية:

- دحو مختار، سيادة الجمعية العامة العادية في شركة المساهمة بين القانون والواقع، مجلة الراشدية للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، جوان 2011، العدد3.

- عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية من قرارات أغلبية المساهمين في الجمعيات العامة، مجلة

البحوث القانونية والاقتصادية، 1986، القاهرة، عدد 1.

-محسن السيد، أسئلة تغيب أو تغيب عن الجمعية العامة، جريدة القبس الكويتية، العدد 29، 14665،
مارس 2014.

النصوص التشريعية:

-الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، متضمن القانون التجاري
الجزائري المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 08-93 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413 الموافق لـ 25 أبريل 1993
ج.ر. عدد 27 لسنة 1993.

ثانيا:المراجع باللغة الاجنبية.

الكتب:

- M. SALAH, Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, EDIK, Coll. Droit des affaires, éd. 2001.
- Ph. MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 8ème éd., 2001.
- D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, Dalloz, 14ème éd., 2001.
- A. VIANDIER, La notion d'associé, L.G.D.J., Paris, 1978.
- G.RIPERT et R.RENNE, Traité de droit commercial , T.1, 18éd.,L.G.D.J.,Paris, 2001.
- P.VIGREUX, Le droit des actionnaires dans les sociétés anonymes, théorie et réalité 1ère éd., édition Paris.
- M. ANDRE, La société anonyme traité pratique, 2ème éd. , Paris, 1954.

النصوص التشريعية:

- décret. n° 2002-803 du 03 mai 2002 portant application de la 3^{ème} partie de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F. du 05 mai 2002, P 8717.
- décret n°67-236 du 23 mars 1967, mod.par l'art .39 du décr. n° 2006-1566 du 11 Décembre 2006, J.O.R.F.,12 Décembre 2006.

دعوى المسؤولية على شركات العمالة

الدكتور خالد ابوظه، استاذ القانون التجاري المساعد بكلية الحقوق بجامعة ظفار- سلطنة عمان.

ملخص الدراسة

تناولت الدراسة الجوانب الإجرائية والموضوعية لدعوى المسؤولية التي ترفع من العامل على شركات العمالة وذلك باعتبار أن حماية العامل هو محور اهتمام كل التشريعات الوطنية وقد توصلت الدراسة إلى نتائج وتوصيات ومن أهم النتائج أهمية النيابة في نشؤ علاقات وروابط قانونية غير مباشرة ودورها في إمكانية نيابة الوسيط عن صاحب العمل وكما أن من أهم التوصيات اقرار مسؤولية مهنية لوكالات التشغيل الخاصة في ظل القانون الاجتماعي

ABSTRACT

This study dealt with the objective and procedural aspects to present the responsibility that support the worker in the employed companies to maintain on worker's protection since it is considered the cornerstone of all national legislation. Moreover, the most important results and recommendations in this study were the vital role of prosecution in creating legal indirect relations, connections and their role in place of the employer and the necessity to mediate professional responsibility to private employment agencies in the light of social law.

مقدمة

إن حماية العامل هي محور اهتمام التشريعات كافة ومنظمة العمل الدولية والشغل والشاغل لكل من عنى بأمر حمايته، حيث صارت حمايته هدفاً أساسياً من أهداف التشريع، وعلى الصعيد المحلي لم يختلف هذا الاهتمام بالعامل، فبالنظر إلى التبع التاريخي لتطور تشريعات العمل في مصر أصبحت سياسة حماية العمال تمثل الخط الأساسي في تشريعات العمل. وتتركز تلك الحماية في تنظيم علاقته مع صاحب العمل بوضع ثوابت وآليات تساعد على توزيع المسؤوليات فيما بينهم، من حيث حقوق العامل وممن يطلبها، ومعرفة نوع وحدود العلاقة حيث يرتبطان غالباً بعقد عمل، وبالتالي توفر تلك العلاقة الثنائية بين العامل وصاحب العمل قدراً معقولاً من الحماية له ذلك من خلال السياق القانوني المقرر لها.

الأهمية العلمية للدراسة:

هذه الأهمية تعكس التطور الذي حدث للوساطة في إبرام عقد العمل عن ذي قبل بسبب محدودية الدور الذي كانت تلعبه فيما مضى إلى اضطلاعها بأدوار عدة وهو ما قد يؤثر على المفهوم القانوني لعقود الوساطة. بوجه عام. وعقود العمل بوجه خاص.

تبرز أهميتها العلمية. أيضاً. في أهمية الحماية القانونية للعامل في مواجهة وكالات التشغيل الخاصة بعد التطور الذي حدث في عملها عن ذي قبل في ظاهرة تمثل جزءاً من نسيج المجتمع المصري في الوقت الحالي ويحتاج العامل فيها إلى كل الضمانات وخاصة أن أغلب التشريعات والاتفاقيات تركز على حماية العامل المهاجر. داخل دول المهجر. دون أن تنظر إلى الوسيلة التي تنقل العامل إلى هذه الدول، وتوفير حماية له في مواجهتها حتى يمكن فيما بعد أن يستفيد من الحماية في دول المهجر.

والمسئولية المدنية (التعويض) - دائماً وأبداً - تدور حول جبر الضرر الواقع على المضرور، فهي وسيلة إصلاح أو جبر الضرر الناتج عن التقصير، وعلاقة وكالة التشغيل بالعامل، وفقاً لهذه الروابط، تحتل تقصير الوكالة في عملها، سواء كان تقصيراً ناتجاً عن الإخلال بحدود النيابة (التزام قانوني)، كأن تكون خرجت عن حدود النيابة، وتعاقدت مع العامل بشروط مخالفة، لما قرره صاحب العمل، أو أن يكون التقصير، ناتجاً عن عدم الالتزام بعقد التوظيف الخاص الذي يربطها بالعامل والخروج عن حدوده (التزام عقدي)، كأن تكون أهملت في البحث، أو أن تكون قصرت في إجراء الترشيح، وذلك بعدم الجدية في إجراء الاختبار، أو أن يكون التقصير نتج عن عدم إخبار العامل قبل التعاقد على عقد العمل بأي معلومات كان من الممكن لو علمها العامل، ما أقبل على التعاقد (التزام قانوني) - علاوة على ذلك - حالة قيام الوكالة بالنصب على العامل.

كما تدور المسئولية المدنية لوكالات التشغيل الخاصة حول الروابط القانونية التي تربطها بالعامل ويرتب الإخلال بأي منهم مسئوليتها المدنية، فالإخلال بعقد التوظيف الخاص يمثل إخلالاً عقدياً ومن ثم يترتب

مسئوليتها العقدية، والإخلال بحدود نيابتها مع صاحب العمل، يمثل إخلالاً قانونياً ويرتب مسئوليتها التقصيرية أما الالتزام بالإخبار فالإخلال به يمثل إخلالاً قانونياً ومن ثم يترتب مسئوليتها التقصيرية.

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا الموضوع إلى المباحث الآتية:

خطة البحث:

المبحث الأول: الدعوى المرفوعة من طرفي عقد العمل.

المبحث الثاني: أساس المسؤولية والتعويض عنها.

المبحث الثالث: صور أخرى لحماية العامل.

المبحث الأول:

الدعوى المرفوعة من طرفي عقد العمل

يثير الجانب الإجرائي لدعوى المسؤولية التي ترفع من طرفي عقد العمل على شركات العمالة، نقاط مختلفة ، مثل مسألة المحكمة المختصة بالنزاع⁽¹⁾ سواء كان اختصاصاً مكانياً أو اختصاصاً نوعياً⁽²⁾، كما يثير من ناحية أخرى، القانون الواجب التطبيق على النزاع

المطلب الأول: المحكمة المختصة بالنزاع.

أولاً: الدعوى المرفوعة من العامل

(أ) المحكمة المختصة بالنزاع

1- الاختصاص المكاني (المحلي)⁽³⁾:

لا يثير الاختصاص المكاني أية إشكالية. نظراً لكون الطرفين وطنين (الشركات. العامل)، حيث تطبق القاعدة العامة في ذلك، والقاعدة العامة في الاختصاص المكاني، هي اختصاص محكمة موطن المدعي عليه، وقد حددها المشرع لتحقيق المساواة بين طرفي الخصومة، فالمدعي هو الذي يختار الوقت الذي يرفع فيه دعواه، ويستطيع أن يعد مستنداته، قبل رفعها، فيجب الموازنة بين مركزي الخصمين، فترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعي عليه، وهذه القاعدة تطبق على جميع الدعاوي، ما لم يوجد نص يقرر قاعدة خاصة، وهي تطبق سواء كانت الدعوى تقريرية أو منشئة أو دعوى إلزام، كما تطبق أمام القضاء العادي والقضاء الاستثنائي، ويؤكد هذا

(1) د. فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، 1997م، ص 213، 214.

(2) د. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م، ص 179 وما بعدها.

(3) د. محمد المنجي، دعوى التعويض، المرجع نفسه، ص 196.

نص المادة 49 من قانون المرافعات⁽¹⁾، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه ما لم ينص القانون على غير ذلك، فإن لم يكن للمدعي عليه موطن في الجمهورية، يكون الاختصاص للمحكمة، التي تقع في دائرتها محل إقامته، وإذا تعدد المدعي عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم. وعلى هذا، فإن المحكمة المختصة، محلياً بدعوى المسؤولية التي ترفع من العامل، يجب أن ترفع في موطن الشركة باعتبارها مدعي عليها، وغذا كان للشركة فروع أخرى، فترفع الدعوى وفقاً للمركز الرئيسي، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع⁽²⁾، ويلاحظ أن الاختصاص المحلي لا يتعلق بالنظام العام وهو ما قضت به محكمة النقض: أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الاختصاص المحلي أو المركزي وضعت لمصالح المتقاضين خاصة ولا شأن بالنظام العام⁽³⁾، وعلى هذا فيجوز للأطراف الاتفاق على رفع النزاع أمام المحكمة المتفق عليها، غير أن هذا الاتفاق يصعب تحقيقه في قضايا التعويض عامة، وبالأخص في دعوى التعويض المرفوعة من العامل.

2- المحكمة المختصة بالنزاع نوعياً:

يقصد بالاختصاص النوعي الاختصاص الذي يرجع إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمتها، والقاعدة أن الاختصاص النوعي، بنظر دعوى التعويض إنما ينعقد للمحاكم العادية أي المدنية، وذلك أياً كانت المسؤولية الموجبة للتعويض سواء عقدية أو تقصيرية، والمقرر قانوناً أن الاختصاص النوعي هو من النظام العام وهو ما عبر عنه قضاء النقض "أن مؤدى نص المادة 109 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الاختصاص بسبب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام"⁽⁴⁾، لذا فإن مسألة الاختصاص النوعي تعتبر قائمة في الخصومة، ومطروحة دائماً أمام محكمة الموضوع، ويعتبر الحكم الصادر فيها في الموضوع مشتملاً على قضاء ضمني⁽⁵⁾.

أما فيما يتعلق بتقسيم الدوائر داخل المحكمة نفسها من تجارية، مدنية، تعويض، عمالي، ضرائب، أحوال شخصية، فأى الدوائر يرفع العامل أمامها دعواه.

بادئ ذي بدء نوضح أن تقسيم المحكمة الواحدة، إلى دوائر هي مساءلة تنظيمية، الغرض منها زيادة نشاط المحكمة، هذا التقسيم يكون حسب نوع القضايا، (مدني، تجاري، أحوال، ضرائب ...) ولكن لا يكون تقسيم للاختصاص، وإنما هو توزيع وتقسيم تنظيمي فالاختصاص يكون للمحكمة وليس للدائرة⁽⁶⁾، ومن ثم فإذا رفع

(1) صدر قانون المرافعات رقم 13 لعام 1968 في 9 صفر 1388، 7 مايو 1967.

(2) المادة 52 من قانون المرافعات المصري.

(3) طعن مصري رقم 1178، س 51 ق، جلسة 27/11/1989 م.

(4) طعن مصري 1120 س 54 ق جلسة 15/12/1991 م.

(5) د. محمد المنجي، دعوى التعويض، مرجع سابق، ص 192.

(6) د. فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 215، 216 وما بعدها.

العامل دعواه أمام المحكمة المدنية، وفقاً للاختصاص المكاني المشار إليه، فهي المحكمة المختصة بهذه الدعوى، حتى وإن وزعت أمام الدائرة التجارية حيث قضى بأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة في دائرتها التجارية مدنية النزاع غير مقبول، بل أن الأمر لا يقتصر على ذلك فقط. بل يمتد حتى وإن وزعت أمام دائرة أخرى غير المدنية أو التجارية، حيث إن جزاء عدم احترام التوزيع، لا يرتب الحكم بعدم الاختصاص.

وعلى هذا فما على العامل إلا أن يتحرى الدقة في الاختصاص المكاني، حتى يتجنب عدم الاختصاص المحلي، أما الاختصاص النوعي فيكون للمحكمة المدنية التي تتولى بعد ذلك، توزيع الدعوى، وفقاً للنظام المعمول به والتي غالباً توزع على الدوائر التعويضية، وبناء على كل ما سبق فإنه لا تأثير ناتج عن تجارية شركات إلحاق العمالة على دعوى المسؤولية من حيث المحكمة المختصة محلياً، وكذلك الاختصاص النوعي على النحو المشار إليه، والسؤال الآن هل يمتد التأييد على القانون الواجب التطبيق على النزاع، أم أن الأمر يختلف برمته، هذا ما نوضحه في المطلب الآتي:

(ب) القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية، التي ترفع من العامل على شركات إلحاق العمالة، هل تطبق أحكام القانون المدني، أم تطبق أحكام القانون التجاري وفقاً لتجارية الشركة على النحو المشار إليه. في البداية نطرح تساؤلاً، وهو عن طبيعة دعوى المسؤولية التي تتعلق بخطأ مرتكب من جانب الشركة، سواء كان خطأ قانونياً أو خطأ عقدياً، بمعنى هل دعوى المسؤولية مثلها مثل الخلاف الذي يدور حول الالتزامات بين الجانبين مثل الأجر، أو غيرها من الالتزامات الأخرى، وبالتالي ينطبق عليها النتائج المترتبة على اعتبار أن العمل يعتبر عملاً مختلطاً، أم أنها تختلف عن هذه الالتزامات، وبالتالي لا ينطبق عليها مفهوم الأعمال المختلطة على النحو المشار إليه. لا بد أن نشير أولاً إلى أن هذا الخلاف يختلف في علاقة العامل بشركات العمالة عن علاقتها بصاحب العمل، فالعلاقة الأخيرة تحكمها مبادئ وقواعد أخرى، وهي مساءلة الإسناد، والتي سيجي ذكرها عند الحديث عن الدعوى المرفوعة من صاحب العمل. دعوى المسؤولية، تختلف عن الالتزامات المتبادلة بين الطرفين من حيث القانون الواجب التطبيق على أي نزاع، فالأخيرة تحكمها قاعدة الأعمال المختلطة، والتي يقصد بها الأعمال التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطراف التعاقد، ومدنية بالنسبة للطرف الآخر، أما دعوى المسؤولية فهي تخضع لقواعد القانون المدني في كل ما يتعلق بها من أمور مثل التقادم. أو شرط الإعفاء من المسؤولية أو الإثبات ونفيه، فلا علاقة بين دعوى المسؤولية وغيرها من الالتزامات الأخرى، ومن ثم تطبق قواعد القانون المدني في دعوى المسؤولية بين العامل وشركات العمالة، ولا تأثير لتجارية الشركة على الدعوى حيث لا علاقة بين الدعوى، وبين الالتزامات التي ينطبق عليها مفهوم المادة الثالثة السابقة الذكر.

ثانياً: الدعوى المرفوعة من صاحب العمل

(أ) المحكمة المختصة بالنزاع

1-الاختصاص المكاني:

تنص المادة 22 من القانون المدني المصري على أن: يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقادم فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات. كما تنص المادة 28 من قانون المرافعات المصري (تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري، ولم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك، ففيما عدا الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج)⁽¹⁾.

ويتضح من هذا أن الاختصاص المكاني بدعوى المسؤولية التي ترفع على الشركة، من قبل صاحب العمل الأجنبي، تختص بها محاكم الجمهورية، وذلك وفقاً للمقر الرئيسي الذي تقطن فيه الشركة، وبهذا يحق لصاحب العمل، أن يلجأ إلى المحاكم المصرية، لرفع دعواه، وفقاً لما محدد في هذا الشأن، ولكن يثور تساؤل هام، عما إذا كان للشركة فرع في دولة صاحب العمل، فهل يجوز له أن يرفع دعواه، وفقاً لاختصاص المحكمة التي يوجد فيها الفرع. في اعتقادي أن هذه المسألة تمثل اختصاصاً أصيلاً لمحاكم الجمهورية طالما أن الدعوى ترفع على مصري، وذلك وفقاً لمفهوم المادة 28 من قانون المرافعات والتي تنص على أن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، فإذا كان المشرع قد خص محاكم الجمهورية بالدعاوي التي ترفع على مصري. حتى ولو يكن له موطن في الداخل. فطالما أنه مصري فترفع الدعوى وفقاً للاختصاص المصري، ولا يؤثر في ذلك وجود فرع للشركة في الخارج.

2-الاختصاص النوعي:

وفقاً للمادة 22 مدني، والتي وضعت الأساس في قواعد الاختصاص، وفقاً لإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى، وحيث أن دعوى المسؤولية التي ترفع من صاحب العمل، على الشركة ترفع داخل النطاق المصري، ومن ثم تسري عليها القواعد المقررة في هذا الشأن، وهي لا تختلف عما ذكرناه في دعوى المسؤولية المرفوعة من العامل، حيث ترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية.

(ب) القانون الواجب التطبيق على دعوى صاحب العمل

إذا ما تم رفع دعوى المسؤولية، تبرز مسألة هامة، تتمثل في تنازع القوانين على اعتبار أن صاحب العمل أجنبياً، وبالتالي تظهر مشكلة تنازع القوانين، وأي قواعد الإسناد، تطبق في هذا ولكن الأمر يحتاج إلى بيان جوهر مشكلة تنازع القوانين.

(1)د. رضا السيد عبد الحميد، الشركات التجارية في القانون المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ط2005م، ص25.

* ماهية التنازع:

إن تحديد مجال تنازع القوانين يتحدد بالمسائل التي ذات عنصر أجنبي، فإذا ما وجدت مسألة تنطوي على عنصر أجنبي، يثار التساؤل عن القانون الذي يحكم كل هذه المسائل إذا ما عرض نزاع أمام القضاء⁽¹⁾، وذلك مثل مسألة الزواج بين أجنبي ووطني، ومن أكثر المسائل التي يبرز فيها الطابع الدولي موضوع النيابة وهو شكل علاقة الشركة مع صاحب العمل الأجنبي، حيث تنوب الشركة عن صاحب العمل، في إبرام عقد العمل، وعلى هذا فإن إمكانية وجود تنازع قوانين. أمراً. لا مفر منه لوجود عنصر أجنبي في العلاقة، وهو صاحب العمل ومن هنا تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على النزاع⁽²⁾.

* قاعدة الإسناد:

بادئ ذي بدء نوضح أن أي ضرر يحدث لصاحب العمل أساسه وجود عقد النيابة، وبالتالي فإن أي إشكالية تتعلق بتنازع القوانين تطبق هنا قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقد، وهو ما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطننا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

وعلى هذا فإذا ما اتفق صاحب العمل والشركة على القانون المطبق في حدوث أي نزاع، يطبق قانون الاتفاق (الإرادة) وهذا هو الأساس في هذه الحالة أو أن يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه ثم أخيراً القانون الذي تم فيه العقد ومن ثم فيتم الإسناد إلى أي من هذه القواعد الثلاث، وعلى هذا فقد يتفق صاحب العمل مع الشركة على تطبيق قانون معين على أي نزاع ينشأ بينهما، ويسري هذا الأمر أياً كانت نوع الدعوى المرفوعة من صاحب العمل سواء دعوى مسئولية أو دعوى بطلان، وإذا لم يتم الاتفاق فينظر إلى القانون الأقرب في التطبيق على النزاع.

والصعوبة تكمن في حالة عدم وجود اتفاق بين الشركة وصاحب العمل يحدد القانون الذي يطبق على النزاع الناشئ بينهما، وذلك لأن قاعدة الإسناد التي تطبق في حالة عدم وجود هذا الاتفاق هي قانون الدولة التي تم فيها العقد⁽³⁾، وتكمن الصعوبة في معرفة المكان الذي تم فيه العقد، أهو دولة صاحب العمل أم دولة شركات إلحاق العمالة.

والأصل في التعاقد بين الشركة وصاحب العمل هو التعاقد بين غائبين وقد تعددت الاتجاهات والنظريات حول معرفة زمان العقد ومكان العقد الذي يبرم بين غائبين، أي نظرية استلام القبول، أم نظرية تصدير

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين، طبعة دراسة، 1996م، ص 11.

(2) د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة الثالثة، 1980. ص 376 وما بعدها.

(3) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1986م، ص 123.

القبول، أم نظرية استلام القبول، وأخيراً نظرية العلم بالقبول⁽¹⁾، وعلى فرضية أن التعاقد تم بالتليفون بين الشركة وصاحب العمل وهذا هو الأغلب، فيعتبر ذلك تعاقداً بين حاضرين من حيث زمان انعقاد العقد، إذ لا توجد فترة زمنية بين صدور القبول (الشركة)، وعلم الموجب به (صاحب العمل)، أما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد فإن التعاقد بالتليفون يعتبر تعاقداً بين غائبين، أي أن العقد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب (صاحب العمل)، باعتبار أنه المكان الذي علم فيه بالقبول، وذلك تطبيقاً لنظرية العلم بالقبول، حيث تعد هذه النظرية تطبيقاً للقواعد العامة من أن الإرادة لا تنتج آثارها إلا من الوقت الذي تصل فيه إلى علم من وجهت إليه، كما أنها النظرية التي أخذت بها معظم التقنينات المدنية⁽²⁾.

المبحث الثاني: أساس المسؤولية والتعويض عنها.

يتعلق الجانب الموضوعي بدعوى المسؤولية التي ترفع من العامل على الشركة بتأسيس الدعوى فهل تؤسس وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية أم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويعد هذا الجانب من النقاط الهامة في مسألة الدعوى، وعلّة ذلك حتى يتجنب العامل رفض دعواه، إذا ما أسس دعواه وفقاً لإحدى قواعد المسئوليتين، ففضي برفضها وبالتالي سترفض الدعوى إذا ما رفعت مرة أخرى، ولم يتغير السبب تأسيساً على قوة الأمر المقضي به وهذا تقليلاً من حماية المضرور (العامل).

وحتى يتجنب العامل هذا الأمر. عليه أن يستند في كل من الخطأ التقصيري والخطأ العقدي، فتعدد علل التعويض أو أسبابه، بمثابة وسائل دفاع أو طرقه⁽³⁾، فتحديد طبيعة المسؤولية تعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض، ولا يعتبر تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها لأن سبب الدعوى هو الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو في ماله مهما تنوعت المسؤولية⁽⁴⁾، وهو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض⁽⁵⁾، وعلى محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها، وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى، ولا يعد ذلك منها تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها⁽⁶⁾.

وفي جميع الأحوال، فإن محكمة الموضوع لا تستطيع أن تحكم بما لم يطلبه المضرور، فلا يسوغ لها أن تقضي على أساس المسؤولية التعاقدية، ما دامت قد رفعت على أساس التقصيرية، ومن هنا كان قولنا: على العامل أو حتى صاحب العمل أن يؤسس دعواه على الاثنين معاً، وعلى المحكمة أن تقضي بما تراه وفي هذا فائدة للعامل فإنه يتجنب إذا ما أسس دعواه على أحدهما ثم خسرها، ثم رفع دعوى أخرى تأسيساً على

(1)د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1985م، ص 48، 50.

(2)د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 418 وما بعدها، وأيضاً راجع: د. صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.

(3)طعن مدني رقم 57 س 8ق، ج 1939/1/5، موسوعة عبد المعين، الكتاب الأول، (ج 2) ص 25.

(4)د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص 268 وما بعدها.

(5)طعن مصري مدني رقم 5196، س 62ق، 1993/9/20م.

(6)د. محمد المنجي، مرجع سابق، ص 269.

المسئولية الأخرى رفض الدعوى تأسيساً على قوة الأمر المقضي به، لأن ذلك دالاً بالاقضاء على انتفاء مسئولية المدعي عليه قبل المدعي عما دعاه، أي كانت المسئولية التي أسس عليها دعواه.

المطلب الأول: الحكم الصادر بالتعويض وكيفية حصول العامل عليه

يُقدر التعويض بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور⁽¹⁾ وفي جميع الأحوال. للمحكمة الهيمنة على تقدير التعويض، ولو كان متفقاً عليه وقصره على ما يوازي الضرر الحقيقي، ومتى حكمت المحكمة بتعويض للمضرور (العامل . صاحب العمل) تظهر جزئية هامة، تتمثل في كيفية حصول المضرور على قيمة هذا التعويض، إذا لم تلتزم الشركة به، وتوجد عدة طرق يمكن للمضرور بها الحصول على التعويض وهي إما عن طريق الشركاء، أو عن طريق موجودات الشركة، أو عن طريق خطاب الضمان لدى جهة الإدارة، وأخيراً التأمين ضد المسئولية،

المطلب الثاني: مسئولية الشركاء عن التعويض

يقصد بمسئولية الشركاء عن التعويض، مدى مسئولية الشركاء في شركة إلحاق العمالة عن قيمة التعويض الصادر من المحكمة لصالح المضرور (العامل . صاحب العمل) نشير أولاً إلى أن الفعل الضار الصادر عن الشركة لا يندرج تحت مفهوم المادة 169 حيث يعتبر هذا الفعل صادراً من فرد واحد وليس هناك تعدد أو شركاء في الفعل، فالشركة تمثل كياناً واحداً ولا يعتبر الفعل المرتكب منها فعل مشترك، ومن هنا كان الفارق بين التضامن في التعويض على أساس التعدد في الاشتراك في الفعل الضار، وبين وحدة الفعل الضار الذي ترتكبه الشركة فلا تعدد هنا كما لو كان الفعل ارتكب من فرد واحد، كما أن المحكمة عندما تقرر التعويض ضد الشركة، لا تعد المسئولية عن التعويض، ولا تحدد نسب فيما بينهم (كما في حالة الخطأ التقصيري)، على اعتبار أن الشركة تمثل كيان واحد وهذا هو الفرق بين تضامن المسئولين عن التعويض، وبين مسئولية الشركاء عن التعويض، غير أن هذا لا يعني أن الشركاء لا يسألون عن التعويض الصادر من المحكمة وإنما يسألون باعتباره ديناً في ذمة الشركة فكيف يسألون إذن عن هذا الدين.

وبالرجوع إلى الشكل القانوني لشركات إلحاق العمالة والتي تدور ما بين شركات المساهمة شركات التوصية بالأسهم وشركات ذات المسئولية المحدودة، فإن مسئولية الشركاء عن التعويض الصادر تدور بين قدر ما ساهموا فيه من رأس مال الشركة وهذا هو الأغلب، حيث يعد هذا النوع هو السائد في كل شركات المساهمة، وأيضاً في شركات ذات المسئولية المحدودة، وبالتالي لا تمتد المسئولية عن التعويض إلى أموالهم الخاصة، أما النوع الآخر من مسئولية الشركاء فهو يوجد بنسبة قليلة جداً، حيث يتواجد هذا النوع في شركات التوصية بالأسهم فقط، ونظراً لأن الغالب الأعم في شركات الإلحاق هو شركات ذات المسئولية المحدودة لسهولة تأسيسها، وقليل من شركات المساهمة ولأن هذه الشركات تكون مسئولية الشركاء فيها محدودة، فيمثل هذا

(1) استئناف القاهرة، استئناف رقم 497 س69ق، د المدنية السادسة، ج10/11/1953 موسوعة عبد المعين، الكتاب الأول، ج2، ص230.

ضعف لضمانة المضرور، حيث لا يستطع المضرور أن يرجع على الشرك بالحكم الصادر بالتعويض الذي أصدرته المحكمة، في أمواله الخاصة، ولا يكون أمام العامل إلا ذمة الشركة التي هي من ذمة الشركاء، وهذا ما نوضحه في المطلب القادم.

المطلب الثالث: ذمة الشركة

تمتع الشركة بذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء المالية، هذه الذمة قد تكون عقاراً أو منقولاً ويعد ما ساهم فيه الشرك مالا للشركة ينقل إليها، وتدخل في ذمتها فلا يكون للشريك حقاً فيه حيث تنقل ملكية الحصص التي يقدمها الشركاء لتكون رأس مال للشركة، وتسكن في ذمتها ولا يكون للشريك إلا الحق في الحصول على نصيبه من الأرباح والموجودات عند تصفية الشركة وعلى هذا يكون للشركة حرية التصرف كيفما شاءت في الحصة مادام الشرك قد تجرد من ملكيتها وكانت قد قدمت للشركة على سبيل التملك⁽¹⁾، ومن ثم فإن رأس مال الشركة يعد كله ملكاً للشركة، سواء أكان منقولاً أو حصة عينية أو عقاراً⁽²⁾.

وعلى ما تقدم فإن المسؤولية عن ديون الشركة تكون في ذمتها المالية الممثلة في رأس المال، المكون من حصص المساهمين ولا دخل للشركاء في ذلك إلا بقدر مساهمتهم في رأس المال وبالتالي يصبح ما في ذمتها بما تحمله من حصص سواء منقولة أو عقارية حق لدين الغير يستطيع أن يستوفي منه حقه.

وبالتالي فإن للمضرور سواء العامل أو صاحب العمل يستطيع أن يستوفي قيمة التعويض بالرجوع على الشركة وما فيها من حصص المساهمين.

إلا أنه يلاحظ أن دائي الشرك طالما بقيت الشركة لا يكون لهم حق في اقتضاء حقهم عن طريق التنفيذ على تلك الحصص، وإنما يقتصر حقهم في التنفيذ على نصيب المساهم في الأرباح، طبقاً للقواعد العامة، في حجز ما للمدين لدى الغير⁽³⁾.

غير أن هذه الضمانة. أيضاً. غير كافية لما فيها من صعوبة ولقلة رأس مال الشركة ولعدم وجود موجودات لهذه الشركات في الغالب الأعم، ومن ثم فلا بد أن يكون هناك طريق آخر يستطيع المضرور أن يستوفي منه حقه، وهذا ما نوضحه في الجزئية التالية:

المطلب الرابع: خطاب الضمان

يمثل خطاب الضمان أهم الضمانات القانونية التي يمكن من خلالها للمضرور أن يستوفي منه قيمة التعويض الصادر له من المحكمة، فقد نصت الفقرة 3 من المادة 22 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 على أن: تقدم الشركة خطاب ضمان غير مشروط وغير قابل للإلغاء صادراً من أحد البنوك العاملة في جمهورية

(1) د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، طبعة دراسية، 2001م، 2002، ص 132.

(2) د. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسئولياته قانوناً، رسالة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1977، ص 10 وما بعدها.

(3) د. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 132.

مصر العربية بمبلغ 100 ألف جنيه لصالح الوزارة المختصة وأن يكون هذا الخطاب سارياً طوال مدة سريان الترخيص ويتعين استكمال قيمة الخطاب بمقدار ما خصم من غرامات أو تعويضات مستحقة طبقاً لأحكام القانون وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إخطار الشركة المرخص لها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.

وعلى الرغم من أهمية هذه الضمانة القانونية غير أن نص القانون يشوبه الغموض فإذا كان القانون أعطى للإدارة مكنة خصم أية مبالغ من قيمة خطاب الضمان وهو بمثابة تأمين للإدارة، إلا أنه لم يحدد الحالات التي يتم فيها الخصم، واكتفى أن يضع قاعدة عامة مفادها أن يكون الخصم طبقاً للقانون ولم يحدد الحالات التي يقرها القانون من غرامات كما أن خصم الغرامات أمر يتعلق بالإدارة، وهو غالباً يكون بخصوص أعمال التفتيش ومخالفة الشركة للواجبات التي لا بد أن تلتزم بها، كما أن مفهوم التعويضات مهم، فهل يقصد به الإدارة أم المضرور (العامل، صاحب العمل) أم كلاهما وكيف يتم خصم التعويض مثلاً، وهو غالباً يتقرر بحكم قضائي في الغالب الأعم والذي يكون قد صدر بعد حين من الدهر.

كما أن قيمة خطاب الضمان ضعيفة مقارنة بطبيعة عمل الشركات وإمكانية وقوعها في الخطأ كثيراً ومع كثير من الأفراد كما أنها تشمل الغرامات والتعويضات ومن هنا يبرز أهمية وجود نظام تأميني مستقل.

المطلب الخامس: التأمين ضد المسؤولية

في الحقيقة، إن مسألة حصول المضرور على قيمة التعويض المحكوم به من المحكمة لصالحه سواء العامل أو صاحب العمل من خلال الطرق القانونية السابقة أمر محفوف بالصعوبة فالرجوع على الشريك نفسه أمر يكاد يكون مستحيل، نظراً لصعوبة وجود الشريك الذي يحصل منه على التعويض عن طريق ماله الخاص، أما الرجوع على ذمة الشركة الممثلة في رأس مالها، والذي يكون من أسهم الشركاء فلا يقل صعوبة عن سابقه وذلك لقلّة رأس المال ذاته، كما أن الرجوع على موجودات الشركة بالحجز عليها أمر يحتمل المخاطرة، نظراً لعدم وجود موجودات للشركة في الأصل، ولم يكن حال الطريق الثالث أكثر أمناً على الرغم من أهميته نظراً لقلّة قيمة خطاب الضمان القانوني ولغموض النص القانوني الذي ينص على خصم التعويضات منه.

كل ذلك جعلنا أن نسلك طريقاً آخر. متعارف عليه في الوسط القانوني، وهو طريق التأمين وهذا الطريق قد يبدو غريباً فيما نتحدث عنه، ولكنه قد لا يكون غريباً عند النظر إلى أهميته، والتأمين يتعدد من حيث أنواعه وأشكاله، إلا أن الذي نعنيه هو التأمين ضد المسؤولية أو التأمين من المسؤولية، فهو يستهدف ضمان المؤمن له ضد المخاطر الذي قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابه من ضرر فالشخص يؤمن نفسه ضد الأعباء أو الديون التي قد تثقل ذمته المالية فتهددها بعجز جسيم، أو لا تقدر على الوفاء بها، فهذا النوع من التأمين يستهدف تعويض الأضرار التي تصيب الذمة المالية من جراء ما يلتزم به من تعويض الغير، ولهذا

يوصف بأنه التأمين من الديون ويلاحظ أن المؤمن لا يقوم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير، وإنما يعوض الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمؤمن له⁽¹⁾.

ويتميز التأمين من المسؤولية بأن مبلغ التأمين لا يكون محدداً لأنه لا يعرف مدى ما يلتزم به المؤمن به المؤمن له وما تتعرض له ذمته المالية من أضرار، نتيجة الحالات التي تنعقد فيها مسؤوليته، وصور التأمين من المسؤولية متعددة ولكن أهمها التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات⁽²⁾.

وعلى هدي ما تقدم وفي ظل صعوبة حصول المضرور على قيمة التعويض من الشركة، وبالتالي عدم جبر الضرر الواقع عليه فلماذا لا يكون هناك تأمين من المسؤولية الناشئة عن إحقاق العمالة بالخارج، وخاصة في ظل زيادة المخاطر التي يتعرض لها العامل نتيجة لتطور عمل الشركات. بوجه خاص. كما أنه من ناحية أخرى، يفتح الطريق أمام القضاء في التشديد من الحكم الصادر بالتعويض، وذلك لوجود مظلة تأمينية، ممثلة في التأمين الذي تلتزم به الشركات.

وعلى غرار التأمين الاجتماعي للعاملين المصريين في الخارج وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي الحالي رقم 79 لعام 1977⁽³⁾، والذي يوفر الأمان الاجتماعي في حالات الشيخوخة والعجز والوفاة، وعلى هدي الجهود الدولية أيضاً. لتوفير سياق من الأمان الاجتماعي في دول المهجر من المساواة في التأمينات الاجتماعية مع مواطني هذه الدول، فلماذا لا يمتد هذا الأمان الاجتماعي. أيضاً. ليشمل التأمين من المسؤولية الناشئة عن إحقاق العمالة بالخارج عن طريق هذه الشركات مع ضرورة أن يكون هذا التأمين إجبارياً⁽⁴⁾ للشركات وليس اختيارياً.

المبحث الثالث: صور أخرى لحماية العامل

لا تقتصر حماية العامل على الرجوع بالتعويض على شركات إحقاق العمالة وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية فحسب وإنما يمكن له أن يرجع عليها بدعوى الإثراء بلا سبب، وله أيضاً. الرجوع بالتعويض على كلا من صاحب العمل، والإدارة ممثلة في وزارة القوى العاملة والهجرة وهذا ما نوضحه على النحو التالي:

المطلب الأول: رجوع العامل بالتعويض على الشركة بدعوى الإثراء.

المطلب الثاني: رجوع العامل بالتعويض على صاحب العمل.

المطلب الثاني: رجوع العامل بالتعويض على الإدارة (وزارة القوى العاملة والهجرة).

(1) د. حسام الأهواني، المبادئ العامة في التأمين، بدون دار نشر، 2002، 2003م، ص 27، د. نبيلة رسلان، أحكام التأمين، 1989م، ص 28، 29.

(2) د. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، الطبعة الأولى، 1990، 1991م، ص 4.

(3) د. محمد إسماعيل، حقوق العمال المهاجرين في التأمينات الاجتماعية، 1988، ص 185 وما بعدها.

(4) د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، 1996م، ص 18 وما بعدها.

المطلب الأول: رجوع العامل بالتعويض على الشركة بدعوى الإثراء

تعد دعوى الإثراء بلا سبب إحدى وسائل الحماية للمضرور متى توافرت شرائطها وهي تأتي في مصاف دعاوي المسؤولية الأخرى (العقدية ، العمل غير المشروع) وهو ما جعلها تتمتع بالاستقلالية فيجوز للمفتقر أن يرجع على المثري بهذه الدعوى متى انعدم السبب القانوني للإثراء ونشير إلى هذا بإيجاز على النحو التالي:

* سبب تمييز دعوى الإثراء (دعوى أصلية):

تتميز دعوى الإثراء بلا سبب بأنها دعوى مستقلة بذاتها، وتنفصل عن دعوى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها (العقدية . التقصيرية)، كان للمدعي الخيار بين الدعويين⁽¹⁾، فهي تقف جنباً بجنب معهما، ولم يكن هذا التمييز واعتبارها دعوى أصلية بالأمر اليسير، حيث تعددت الاتجاهات الفقهية⁽²⁾، سواء في مصر أو فرنسا حول اعتبارها دعوى أصلية أو احتياطية، والسبب في ذلك يرجع إلى وجود دعوى أخرى، تقوم بجانبها، ومن ثم لا يجوز للمفتقر الرجوع بدعوى الإثراء، لأنها دعوى احتياطية يجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر⁽³⁾، إلا أن المشرع المصري أكد على أصلية هذه الدعوى، عندما نص عليها في مواده معتبراً إياها في مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية وهذا ما نوضحه في التالي:

* شروط دعوى الإثراء بلا سبب:

تنص المادة 179 من التقنين المدني المصري على أنه: كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد، كما تنص المادة 180، تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

ويتبين من هذا أن للدعوى شروط نوجزها على النحو التالي:

1- إثراء المدين: ويقصد به الفائدة التي يحققها المدين سواء كانت مادية أو معنوية، أو كانت بشكل مباشر أو غير مباشر.

(1) د. السنهوري، الجزء الأول، ص996.

(2) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مطبعة مصر 1954م، ص531، 536.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في عقد العمل الفردي، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1957م، ص565 وما بعدها، د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص500.

2- افتقار الدائن: ويقصد به الخسارة التي يتكبدها الدائن مثل: مالا ينفقه، أو المنفعة التي تفوته.

3- وجود علاقة سببية بين الافتقار والإثراء: بمعنى أن يكون إثراء المدين نتيجة افتقار الدائن.

4- انعدام السبب القانوني للإثراء: بمعنى أن يكون للمثري حق لإثرائه سواء القانون أو العقد، فمتى كان للمثري حق فيما كسبه، وكان سبب لإثرائه، فليس للمدين أن يرجع عليه بالتعويض⁽¹⁾.

* مدى إمكانية استفادة العامل من مدى الإثراء:

متى توافرت الشروط المشار إليها لدعوى الإثراء فإنها تنشأ للعامل حقا في طلب التعويض في مواجهة شركات الحاق العمالة، ويحق للعامل (المفتقر) بصفته مدعي تعويض في ذمة الشركة، بصفته مدعي عليها (المثري) ويكون ذلك بشكل مستقل على النحو المشار إليه.

إلا أن الأمر ليس بهذا اليسر، حيث يقع على العامل عبء الإثبات فقضي بأن الإثراء بلا سبب عبء إثبات وقوعه دائماً على عاتق المفتقر، وعليه أن يثبت الآتي:

- أن هناك إثراء في جانب الشركة (المثري) ومقدار هذا الإثراء.

- أن هناك افتقار في جانبه، ترتب عليه إثراء للشركة (المثري).

- أن الإثراء بلا سبب قانوني، إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً، ولا يكلف المثري إثبات هذا السبب، فإذا ادعى (المفتقر) الا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك⁽²⁾ بالنظر إلى هذه الإثباتات نجد أن الأمر يزداد صعوبة أمامه في إثبات ذلك خاصة فيما يتعلق بالإثبات الأخير وهو ألا يكون للإثراء سبب قانوني فمن المقرر أن للشركة حق قانونياً في أن تحصل من العامل على نسبة 2% من أجره وهو ما نص عليه قانون العمل (م21) ومن ثم فإن هذا يفند أي محاولة لإثبات أن الإثراء بلا سبب قانوني، وهو ما نؤكد عليه. أيضاً. من حق الشركة في الحصول على هذه النسبة، إلا أن الإشكالية ليست في هذه النسبة، وإنما الإشكالية في الحصول على مبالغ أكثر مما هو مقرر، وهو ما يحدث بالفعل وبالتالي فما تحصل عليه الشركة زيادة عن هذه النسبة. هو ما يجعل إثراءها بلا سبب قانوني، وما نعول عليه في طلب التعويض.

وعلى العامل هنا. أن يثبت حصول الشركة على مبالغ تزيد عما هو مقرر، بجميع وسائل الإثبات، لأن الإثراء والافتقار من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومتى ثبت العامل افتقاره وإثراء الشركة فإنه يفرض هنا ألا سبب قانوني لإثراء الشركة، وإذا ادعت أن هناك سبباً قانونياً لإثرائها فعليها أن تثبت ذلك⁽³⁾.

(1) د. محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص562، 564، د. السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص964، 984.

(2) د. السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص1007.

(3) د. السنهوري، المرجع نفسه، الجزء الأول، ص1007، 1008.

المطلب الثاني: رجوع العامل بالتعويض على صاحب العمل

الأصل أن الموكل (صاحب العمل) لا يسأل عن الخطأ الذي يرتكبه وكيله (الشركة) فالوكيل إذا كان ينوب عن الموكل في التصرف القانوني أو العمل القانوني محل النيابة فينصرف إليه آثاره إلا أنه لا ينوب عنه في الخطأ الذي يرتكبه في حق الغير، بسبب تنفيذ الوكالة، ويلتزم الوكيل وحده بتعويض الغير الذي أضره بخطئه، طالما لم يقر الموكل وكيله عن هذا الخطأ، بقصد إضافة آثاره إلى نفسه⁽¹⁾.

ومن ثم فإن إمكانية رجوع العامل على صاحب العمل على أساس ارتكاب الشركة خطأ، بخروجها عن حدود وکالتها أمر مستبعد، إلا في حالات معينة.

1- يمكن للعامل الرجوع على صاحب العمل إذا كان القانون ينص على مسئوليته هو (صاحب العمل) بالإضافة إلى مسئولية الوكيل، حيث يسأل الموكل عن خطأ وكيله.

2- يمكن للعامل الرجوع على صاحب العمل وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، حيث تعدد صور مسئولية الموكل عن خطأ وكيله، منها إذا ما ارتكب الموكل خطأً جر إلى خطأ الوكيل، كأن يكون أهمل في رقابته حيث تجب عليه رقابته، أو كان الخطأ الذي ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذ لتعليمات تلقاها منه، ويكون الموكل في هذه الوضعية مسئولاً عن خطأه الشخصي لا عن خطأ الوكيل، كما يسأل الموكل إذا كان الوكيل مرتبباً به ارتباط التابع بالمتبوع⁽²⁾.

3- كما يمكن للعامل أن يرجع على صاحب العمل على أساس النيابة، وذلك إذا ما ارتكبت الشركة تدليساً، بمعنى أنه إذا ارتكبت الشركة تدليساً جر العامل إلى التعاقد معها، فإن العقد يكون أولاً قابلاً للإبطال، ويجوز له أن يرجع على صاحب العمل بالتعويض، كما يجوز بالبع أن يرجع على الشركة، كما لو كان التدليس صدر من صاحب العمل، فيكون الموكل مسئولاً عن خطأ الشركة، ويرجع ذلك إلى أن التصرف الذي يمضيه باسم الموكل، يعقد بإرادة الوكيل فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصيل.

ومن ثم فإن المجال متسع لرجوع العامل على صاحب العمل، إذا ما توافرت حالة من هذه الحالات المشار إليه عالياً، ويلاحظ أن صاحب العمل يسأل هنا عن خطئه الشخصي وليس بكونه الموكل وفقاً للحالات المشار إليها غير أن مسألة أن يكون صاحب العمل متبوع، والشركة تابع، فهو أمر مستبعد، لصعوبة أن تكون الشركة كون صاحب خاضعة لتوجيه ورقابة صاحب العمل، وهي تباشر عملها، أما إذا كان صاحب العمل يباشر التوجيه والرقابة على الشركة، فتصبح الشركة هنا تابعاً وصاحب العمل متبوع، وبالتالي يسأل صاحب العمل مسئولية تقصيرية قبل العامل.

(1) نقض مصري مدني رقم 21 س 32 ج 14/11/1967.

(2) د. السنهوري، مرجع سابق، الجزء السابع، ص 513.

وعلى ضوء ما تقدم فإن صاحب العمل يسأل مسئولية تقصيرية في مواجهة العامل، أولاً عن خطئه الشخصي كأن يكون أهمل في الرقابة على النائب أو أن يكون خطأ الشركة إلا تنفيذاً لتعليمات صدرت منه، كما يسأل مسئولية تقصيرية. أيضاً. عن خطأ الغير (النائب) كأن تكون الشركة ارتكبت تدليساً جر العامل إلى التعاقد، كل ذلك في نطاق المسئولية التقصيرية.

ولا مجال لمسئولية صاحب العمل عن خطأ النائب في نطاق علاقة النيابة، ويرجع ذلك إلى أن النيابة بحكم كونها إحلالاً لإرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني، ينحصر مجالها في التصرفات القانونية، سواء أكانت عقوداً أو تصرفات بالإرادة المنفردة، أما المسئولية التقصيرية سواء عن خطأ الغير أو الخطأ الشخصي، فهي مؤسسة عن العمل غير المشروع وهو واقعة قانونية لا علاقة بالإرادة كمصدر للآثار القانونية، لذا فهي بعيدة في مجال التصرفات القانونية القائمة على الإرادة.

ومن ثم يتبين الوضوح أن الربط بين المسئولية التقصيرية عن خطأ النائب وبين موضوع آثار النيابة ينطوي على خلط بين متميزين من مجالات النشأ القانوني، وأن مسألة مسئولية الأصيل عن خطأ النائب لا يمكن الوصول إليه في نطاق علاقة النيابة⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن الأصيل (صاحب العمل) مسئول نحو الغير (العامل) في حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك في حدود قواعد النيابة ذاتها⁽²⁾، وليس كأثر من آثار النيابة.

المطلب الثالث: رجوع العامل بالتعويض على جهة الإدارة

يمثل رجوع العامل بالتعويض على جهة الإدارة (وزارة القوى العاملة والهجرة)، من الجوانب الهامة، التي توفر حماية للعامل إن لم يكن أهمهم على الإطلاق ولا يكون ذلك إلا بتطبيق أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة حيث أن مسئولية المتبوع (الإدارة) عن أعمال تابعة غير المشروعة مقرر بحكم القانون، لمصلحة المضروب وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل كفالة مصدرها القانوني وليس العقد، وقد نصت المادة 174 من القانون المدني على أن: يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه.

ويتبين من هذا النص حتى تتحقق مسئولية الإدارة باعتبارها متبوع لا بد أن تكون هناك تبعية بين الإدارة والشركة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى. أن ترتكب الشركة خطأ أحدث ضرراً للعامل في حال تأدية وظيفتها أو بسببها:

(1) د. جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 333.

(2) طعن مصري رقم 21 س 32 ق ج 14/11/1976.

الشرط الأول: أن تكون هناك تبعية بين الإدارة والشركة.

تشمل التبعية التي قصدها المشرع على أمرين: الأمر الأول، هو وجود عنصر السلطة الفعلية، والثاني، هو وجود الرقابة والتوجيه، أما الأمر الأول، والمتعلق بالسلطة الفعلية، فلا تعني وجود عقد يربط بين الإدارة والشركة، وهو ما عبر عنه المشرع، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، وإنما يكفي أن يكون للمتبوع (الإدارة) سلطة في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقه أداء عمله، وفي الرقابة عليه ومحاسبته⁽¹⁾ وهذا ما تحقق بشكل كبير في علاقة الإدارة بالشركة، حيث تحققت هذه السلطة من خلال مكنة الترخيص الصادرة من الإدارة إلى الشركة، بمزاولة أعمال الحاق العمالة بالخروج فليس هناك مجال لتحقيق التبعية الممثلة في السلطة الفعلية إلا من خلال هذا الترخيص الصادر من الإدارة فبدونه كيف تباشر الإدارة أعمال الرقابة والتوجيه والتي من خلالها تظهر هذه الرقابة والتوجيه⁽²⁾.

أما الأمر الثاني للتبعية يتمثل في رقابة الوزارة وتوجيهاتها للشركة ويكون ذلك من خلال الرقابة الإدارية عليها، وما تقوم به من أعمال التفتيش عليها، وفي هذا ما يكفي في تحقيق الرقابة والتوجيه بدون الرقابة الفنية وقد عبرت عن ذلك أحكام النقض بقولها: تقوم التبعية كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية ويستقل قاضي الموضوع في استخلاص علاقة التبعية متى ركن في استخلاصه إلى أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق، بل أن القضاء ذهب إلى أبعد من ذلك في امتداد التبعية. لتشمل. التبعية الأدبية وذلك بقوله: بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحمل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب، ومن ثم فإن التبعية لا تقتصر على التبعية الفنية فقط، بل تمتد إلى التبعية الإدارية وهو ما يتحقق بشكل كبير في علاقة الإدارة ممثلة في وزارة القوى العاملة والهجرة وبين العامل من وجود تبعية إدارية، وليس تبعية فنية مثل طريقة البحث عن العمل، أو غيره من النواحي الفنية التي تمارسها الشركة وهي بصدد ممارسة ومباشرة عملها وهذا ما يكفي في تحقيق مفهوم التبعية والذي من خلاله يستطيع العامل أن يرجع على الإدارة بالتعويض على أساس الخطأ المفترض، إذا ما وقع خطأ من الشركة سبباً ضرراً له.

الشرط الثاني: ارتكاب عمل غير مشروع.

يشترط لتحقيق مسؤولية الإدارة عن أعمال تابعها أن ترتكب الشركة عمل غير مشروع (خطأ) وهو ما يفهم من يكون المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، ومن ثم فلا بد من خطأ تتوافر فيه عناصره حتى تسأل الإدارة باعتبارها متبوع، فقد قضى بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة

(1) طعن مصري رقم 123 س 38 ق ، ج 19/5/1963.

(2) د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1999، 2000م، ص 516 وما بعدها.

مصدرها العمل غير المشروع وهي لا تتحقق إلا حيث تتحقق مسئولية التابع بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض⁽¹⁾.

الشرط الثالث: أن يكون الخطأ حال تأدية الوظيفة أو بسببها.

يضاف إلى ما تقدم لمسئولية المتبوع (الإدارة) عن أعمال تابعها (الشركة) أن يكون الخطأ المرتكب من الشركة قد وقع أثناء تأدية عملها أو بسببها وهو ما يستفاد من نص المادة 174 ويعد هذا الشرط أو الضابط هو الذي يربط مسئولية المتبوع بعمل التابع ويبرر مسئولية المتبوع⁽²⁾، ومن ثم فإذا كان خطأ الشركة قد وقع بعيداً عن عملها وارتباطها بالإدارة فلا مسئولية على الإدارة ولا يتحقق هذا الفرض إلا في حالة أن تقوم الشركة بعملها دون أن تحصل على ترخيص من الإدارة ففي هذه الحالة تنتفي العلاقة بينهما، وتنتفي علاقة التبعية، أما وأن الشركة تمارس عملها، بموجب الترخيص الصادر لها من الإدارة، فلا مناص من اعتبار الشركة تمارس عملها باعتبارها تابعة للإدارة وأي خطأ يصدر منها يعتبر حال تأدية عملها أو بسببها.

كيفية استفادة العامل بالرجوع على الإدارة:

متى تحققت شروط مسئولية المتبوع (الإدارة) عن أعمال تابعها على النحو المشار إليه كان للعامل الخيار بين عدة اتجاهات للاستفادة من هذه المسئولية.

أ- يجوز له أن يرجع على المتبوع (الإدارة) مباشرة بالتعويض دون حاجة لإخال التابع (الشركة) الدعوى وهو ما قضى به قضاء النقض للمضروور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى ولا تلتزم المحكمة في هذه الحالة بتنبية المتبوع إلى حقه في إدخال تابعه⁽³⁾، كما يلاحظ أن مطالبة المضروور العامل مطالبة قضائية يقطعها التقادم بالنسبة للمتبوع، وليس من شأنها قطع التقادم بالنسبة للتابع (الشركة)⁽⁴⁾.

ب- يمكن للعامل المضروور أن يرجع على الإدارة كمتبوع والشركة كتاب معاً متضمنين أمامه.

ج- كما يجوز له أن يكتفي بالرجوع على التابع الشركة دون الاستفادة من مسئولية الإدارة عن أعمال تابعها. وفي جميع الأحوال لا يجوز له أن يرجع تارة على الإدارة وتارة أخرى على الشركة، حيث لا يجوز أن يعوض عن الضرر مرتين، فعلى العامل هنا أن يختار أي من الأطراف الثلاث. لرفع دعواه. لجبر الضرر الواقع عليه، جراء فعل الشركة (الشركة، صاحب العمل، الإدارة) فلمهم في ذلك تعددت طرق الحماية التي من خلالها يمكن للعامل ولوجها لجبر الضرر الواقع عليه جراء عمل شركات إلحاق العمالة بالخارج.

(1) طعن مصري رقم 217 لسنة 21 ق، ج 16/12/1954.

(2) د. السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 880.

(3) طعن مصري رقم 309/299 ق ج 28/3/1968.

(4) طعن 3535 مصري لسنة 58 ق ج 5/1/1995.

الخاتمة

وبعد هذا العرض السابق للدراسة، نستعرض الآن بعض النتائج التي تم استخلاصها، وبعدها نوضح أهم المقترحات والتوصيات الهامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج.

1- لقد أبرزت الدراسة جانباً مهماً من جوانب العلاقات والروابط القانونية، وخروج هذه الروابط عن الإطار التقليدي، وتطورها، وعدم اقتصرها على الاتفاق المباشر بين الأطراف، ذلك من خلال آثار النيابة، وتأثير الغير بها، كطرف ثالث من حيث النتائج، وهو ما يبين أهمية النيابة في نشوء علاقات وروابط قانونية غير مباشرة، وفي ذات الوقت الارتباط المباشر من خلال العلاقة العقدية بينهما - هذا - بالإضافة إلى وجود رابط آخر، وهو الالتزام بالإخبار. ومن ثم تعددت الروابط والعلاقات القانونية، في آن واحد، وعدم اقتصرها على شكل واحد.

2- إن معايير منظمة العمل الدولية لم تراع أهمية النيابة في ظل العلاقات الدولية، فلم تتضمن الاتفاقية الحالية والمعبرة عن هذه المعايير، إمكانية نيابة الوسيط (الوكالات)، عن صاحب العمل، في عقود العمل، حيث منعت أن تكون الوكالة طرفاً في عقد الاستخدام، وهذا ما يمثل إشكالية في حالة التصديق على الاتفاقية من جانب مصر، كما أن المشرع المصري أغفل هذا، في القانون الحالي.

3- إمكانية عدم الاستفادة من دعوى المسؤولية المدنية، وبالتالي عدم جبر الضرر الواقع على العامل، من خلال عدم التوسع في الخبرة، بين المسئوليتين، فيما يتعلق بالمعنى المتواتر للخبرة، وهو التفضيل بين أي من الدعويين ترفع، العقدية أم التقصيرية.

4- تزايد الهجرة غير الشرعية، مما قد يشير إلى سبب ذلك إلى الشركات، ولو بشكل غير مباشر.

5- ومن النتائج الإيجابية في البحث، تعدد صور حماية العامل، من خلال تنوع وتعدد دعوى التعويض، التي يمكن أن يلجأ إليها العامل، فله أن يرجع على وزارة القوى العاملة، أو صاحب العمل، كما له أن يرجع على الشركة، ليس عن طريق دعوى المسؤولية فحسب، وإنما عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب.

ثانياً: التوصيات.

1- لمعالجة مسألة إمكانية عدم الاستفادة العامل من المسؤولية المدنية، نجد أن الباب مفتوحاً، لتقرير تنظيم قانوني، لمسئولية مهنية لوكالات التشغيل الخاصة، في ظل القانون الاجتماعي، يجمع في طياته من القواعد ما يراه مناسباً، للاستفادة من دعوى المسؤولية بنوعها، وخاصة أن القانون الاجتماعي، مؤهل لقبول ذلك، نظراً لقيامه على الجانب الحمائي للعامل، وعدم التقيد، بما هو مقرر في قواعد القانون المدني. وعلى

القضاء المصري أن يلعب دوراً خلاقاً، في النظر إلى جبر الضرر الواقع، على الطرف المتعامل مع المهني، بوجه عام، والعامل المتعامل مع الشركات، بوجه خاص، وأن يبرز من القواعد التي تساعد على تقنين هذه المسؤولية في القانون الاجتماعي، كما يفعل القضاء الفرنسي، في تقرير كل ما هو جديد.

2- للمساعدة في مواجهة الهجرة غير الشرعية، على الشركات أن تطور من عملها، واستحداث طرق جديدة لجذب الشباب إليها، كأن يكون لها دور في تدريب العمالة، ورفع مستوى العامل، وزيادة الدور التثقيفي لها، وفي المقابل على الإدارة أن تحفز الشركات على العمل بتقرير حوافز مالية.. مثل المشرع الفلبيني، وأن تُفَعِّل العقوبات وتغلظها على الشركات المخالفة.

3- إن المجال أصبح متاحاً للعامل، لرفع دعوى تعويض على الشركات المخالفة، لتعدد الروابط القانونية، وإمكانية وقوع الشركات في الخطأ، وتنوع الضرر الواقع عليه، مثل تعديل عقد العمل من جانب صاحب العمل، أو إلغاءه، أو استمراره، أو في حالة عدم وجود صاحب عمل، وارتكابه غش نحوه، وكذلك إمكانية إثراء الشركة على حسابه بلا سبب، فعلى العامل ألا يتردد في رفع الدعوى، حتى يجبر الضرر الواقع عليه.

قائمة المراجع

1. د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مطبعة مصر 1954م.
2. د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة الثالثة، 1980.
3. د. حسام الأهواني، المبادئ العامة في التأمين، بدون دار نشر، 2003، 2002م، ص 27، د. نبيلة رسلان، أحكام التأمين، 1989م.
4. د. رضا السيد عبد الحميد، الشركات التجارية في القانون المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ط 2005م.
5. د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1999، 2000م.
6. د. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، الطبعة الأولى، 1990، 1991م.
7. د. صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.
8. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1986م.

9. د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1985م.
10. د. فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، 1997م.
11. د. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
12. د. محمد إسماعيل، حقوق العمال المهاجرين في التأمينات الاجتماعية، 1988.
13. د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، 1996م.
14. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في عقد العمل الفردي، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1957م.
15. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
16. د. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسئوليته قانوناً، رسالة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1977.

مركز الأجنبي في القانون الجزائري

الأستاذ/ محمد رفيق بكاي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر
الأستاذة/ نسيمة فناوي. محامية لدى مجلس قضاء مستغانم، الجزائر.

الملخص:

لقد أدّى التطوُّر العلميّ إلى زيادة في العلاقات الدوليّة؛ فأصبح العالم قرية صغيرة، عن طريق الأنترنت وغيره، وأصبح الفرد لا يستقرّ في بلده؛ بل يسعى إلى البحث عن أماكن أخرى للاستقرار فيها. والنتيجة الحتميّة التي لا مفرّ منها أنّ هذه الأخيرة تستقبل وفودًا كبيرة من المهجّرين، الذين يُطلق عليهم -بصفة قانونية الشخص- الأجنبيّ أو الأجنبي؛ وهذا نتيجة لعدة أسباب منها الحروب. وقد كرّست الجزائر -كغيرها من الدول- منظومة قانونيّة؛ من أجل مساندة الركب العالميّ، وقد أصبحت هذه الظاهرة حديث العام والخاص.
الكلمات المفتاحية: القانون الدوليّ الخاص- الأجنبيّ – مركز الأجنبي- القانون الجزائريّ.

Summary

He led the scientific developpement to the increase in international relations, bringing the world a Small village, this via the internet, etc., and become the individual does not continue in our country but seek to find other places to settle.The inevitable result of the inevitable that these recent delegations, substantial control of the displaced people who ask the bug as a legal alien or aliens and that as a result of several reasons including wars. Algeria, like other states I've dedicated legal system that in order to help control the knee the world and this phenomenon has become a modern public and private..

Keywords: private international law - foreign – status of foreigners - the Algerian law.

مقدمة

يتحدّد مركز أيّ كيان في المجال الدوليّ بمدى الاعتراف له بالحقوق وإلزامه بالواجبات الدوليّة بموجب قواعد قانونيّة، تعطي لهذا الكيان حقًا أو تحمّله التزامًا دوليًا؛ فيكون المخاطب بهذه القواعد القانونيّة هو نفسه محلّ التكليف بها.

وعلى كون أنّ الفرد هو شخص من أشخاص القانون الدوليّ العام فهو يُعدّ -من جهة أخرى- أحد أشخاص القانون الدوليّ الخاص، وتُعد رابطة الجنسية جوهر التمييز بين القانونيّين الدوليّين العام والخاص. وموضوع هذه الدراسة يكمن حول أشخاص القانون الدوليّ الخاص وعلاقته بالدولة التي يوجد على إقليمها والتي لا ينتمي إليها بجنسيّته، وهذا ما اصطلح على تسميته: مركز الأجنبيّ في هذه الدولة.

ويدخل موضوع مركز الأجانب ضمن الدراسات التي يتناولها القانون الدوليّ الخاص، حيث إنّ أن هذا الأخير يتعلّق بالروابط أو العلاقات القانونيّة ذات العنصر الأجنبيّ. والجزائر -كغيرها من الدول- وضعت ترسانة كثيرة من القوانين من أجل حماية هذه الفئة على أراضيها.

ومن هذا المنطلق فإن إشكاليّة دراستنا سوف تكون كالآتي: كيف تعامل المشرع الجزائريّ مع نظام الأجانب في ظلّ التحولات الراهنة؟

وللبحث في هذا الموضوع قمنا باتباع الخطّة التالية؛ فتطرقتنا في المبحث الأوّل إلى القواعد العامّة التي تحكم مركز الأجانب، أمّا المبحث الثاني فتناولنا فيه أحوال الأجنبيّ داخل الإقليم الجزائريّ.

المبحث الأوّل: القواعد العامّة التي تحكم مركز الأجانب

يتناول هذا المبحث المفاهيم العامّة حول الأجنبيّ والمركز القانونيّ له بصفة خاصّة، وكيفية معاملة الدولة وتنظيمها لمركزه القانونيّ، وهذا المبحث دراسة نظريّة حول القواعد العامّة التي تحكم مركز الأجانب.

المطلب الأوّل: ماهية الأجنبيّ والمبادئ المنظمة له

إن الغوص من دراسة أي مصطلح وجوب بحث أسباب قيامه؛ لأنّه لم يوجد من العدم؛ بل كانت هناك إرهابات أولى لقيامه، ليصبح كما هو الآن، وهذا الموضوع يعد من المواضيع المهمّة التي تناولها القانون الدوليّ الخاص، وخاصّة مع ازدياد الأجانب في أراضي الدول.

الفرع الأوّل: ماهية الأجنبيّ

للوصول إلى تعريف الأجنبيّ لا بدّ من البحث عن التطوّر التاريخيّ لحالة الأجنبيّ والمراحل التي مرّ بها، والتي جعلت الدولة تعترف به على إقليمها.

البند الأول: التطور التاريخي لمركز الأجنبي

كانت النظريات القديمة تنظر إلى الأجنبي نظرة التشكيك والارتياب، فالأجنبي كان يعد بمنزلة عدو يحق لأي فرد من أفراد الجماعة الوطنية قتله أو سلب ماله إن أراد ذلك¹، كما أنّ ظهور الزراعة وظهور رابطة اتصال الفرد بالأرض أصبح من الصعب لهذا الفرد التنازل عنها للأجنبي²؛ ممّا زاد معه الشك والريبة.

فقد كان الأفراد قديمًا يعيشون على شكل جماعات دينية، ثمّ أخذوا يعيشون على شكل جماعات إقليمية، وهذه الأخيرة أنكرت على كل فرد يعيش خارج هذه الجماعة الاعتراف له بالحقوق والحريات التي تمكّنه من العيش مع جماعة ما في حالة دخوله إليها. مما يفهم أنها لم تكن تعترف له بالشخصية القانونية. وكان دائمًا يعد شخصًا غريبًا عن الجماعة التي دخل إليها، وهو ما يصطلح عليه في الوقت الحالي بالأجنبي. وقد كانت الحضارات القديمة تعامل الأجنبي معاملة غير إنسانية، وقد مرّت هذه المعاملة عبر عدة مراحل، هي:

الفقرة الأولى: في عهد الحضارة الصينية القديمة

في ظل هذه الحضارة كان الفرق بين الصيني والأجنبي كالفرق بين الإنسان والحيوان، وتكررت هذه المعاملة في عهد الإقطاع وكان عبر جميع هذه المراحل يعد بمنزلة عبد يتم التصرف فيه بالبيع والشراء والهبة، بل أكثر من ذلك؛ فقد كانت تستباح حرمة وكرامته وحياته، واستمرّ هذا الوضع إلى أن تمّ الاعتراف بالأجنبي بحق الدخول والإقامة بموجب نظام الضيافة، وظهرت معها ملامح توفير الأمن على نفسه وماله، غير أنّ حق ممارسة الحقوق ظلّ مستبعدًا في هذه المرحلة، مثل حق التملك والزواج وما شابه ذلك من التصرفات القانونية³.

الفقرة الثانية: في عهد الرومان

لم يكن عند الأجانب حقوق قانونية ولم يكن في وسعهم الحصول على حماية قانونية⁴، ثمّ بدأت نظرة الأجنبي تتحسن بشكل سريع منذ تشريع قانون الشعوب الذي كان يحكم وينظم العلاقات القانونية بين الأجانب والرومان. ومع ضعف دور الإقطاع في الحياة السياسية والاقتصادية تحسّن وضع الأجنبي، كما تمكّنت الشعوب في عدة بلدان أن تحد من سلطات الملك، وكان ذلك تحت تأثير أفكار بعض الفلاسفة، مثل: "جان جاك روسو" و"لوك" و"مونتسكيو"، وما طرحوه عن سلطات الحكام وحقوق المحكومين وحرّياتهم في ضوء

¹- هشام خالد: القانون الدولي الخاص العربي نشأته مباحثه مصادره طبيعته دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 129.

²- عبد المنعم درويش: ماهية الأجنبي دراسة في فلسفة الجنسية، دار النهضة العربية، 1991، ص 17.

³- أحمد علي البدوي: المركز القانوني للأجانب، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 25.

⁴- عبد المنعم درويش: المرجع السابق، ص 39.

نظرية العقد الاجتماعي المطروحة من قبل الفيلسوف "روسو"، وقد أثمرت هذه الجهود لصالح حقوق الإنسان بغض النظر عن جنسه أو قوميته أو انتمائه السياسي (جنسيته).

ولقد أثرت هذه الأفكار فظهرت وثيقة الحقوق في بريطانيا ومنها مجموعة من الإعلانات منها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 في فرنسا، وإعلان حقوق الإنسان الأمريكي لعام 1787، وقد تطوّرت هذه المفاهيم إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحاضر، والتي تعرف بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹ الذي حدد أهم حقوق الإنسان وحرياته.

الفقرة الثالثة: في مدينة آثينا

كان مواطنو آثينا يحتقرون العمل اليدوي ويكرهونه؛ متأثرين في ذلك بالفكرة الفلسفية القائلة بأنه "يجعل الذهن غير قادر على اكتساب وممارسة الفضائل". وهذا الوضع دفع الكثير من الأجانب إلى الذهاب إلى مدينة آثينا للعمل فيها، لا سيما في الأعمال اليدوية التي يكرهها الأثينيون، وفي مرحلة لاحقة سيطر الأجانب على النشاط الصناعي والتجاري على حد سواء²، ونظرًا للحاجة إلى الأجانب لما يقومون به من أنشطة تجارية واقتصادية، كان يتم استقبال الأجانب استقبالاً يليق بهم. وبعد ذلك ظهرت طبقة Méteque تميزًا لهم من ناحية عن طبقة Xenos أي الأجنبي المار، وعن البربر الذين يعيشون خارج نطاق الحضارة الإغريقية. وقد كان أفراد طبقة Méteque يتمتعون بالحماية القانونية ذاتها التي يوفرها القانون الأثيني للأثينيين، ورغم صفتهم الأجنبية فهم يعدون جزءًا من المجتمع الأثيني؛ ولهذا يحق لهم التمتع بالحماية القانونية المطلوبة داخل المدينة أو خارجها، وقد كان يفرض عليهم بعض الواجبات كعدم التدخل في الشؤون السياسية ودفع جزية سنوية واختيار مواطن آثيني يمثله في علاقاته مع الدولة وأمام القضاء³.

ويمكن عد هذه الحقوق للوطنيين والأجانب، ولغرض تفعلّ هذا الإعلان أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حظر إبادة الجنس البشري لسنة 1948⁴، كما أقرت فيما بعد العهدين الدوليين: الأول:

¹-أعتمد ونشر بموجب القرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217(د-3) والمؤرخ في 10/12/1948 وللاطلاع على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

تصفح الموقع: www1.umn.edu/humanrts/arab/b001.html

²- عبد المنعم درويش: المرجع السابق، ص 53.

³- هشام خالد: المرجع السابق، ص 133.

⁴- أعتمد ونشر بموجب القرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 260 أ(د-3) والمؤرخ في 09/12/1948 وللاطلاع على اتفاقية حظر إبادة الجنس البشري

تصفح الموقع: www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62sgnrn.htm

لحقوق المدنية والسياسية¹، والثاني: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية² وبموجب العهد الأول أنشئت حقوق الإنسان وهدفها حث الدول على الالتزام بحقوق الإنسان³.

ثمَّ حل محلها مجلس حقوق الإنسان الذي أنشأه قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 3 نيسان 2006؛ حيث تم التأكيد فيه على جميع حقوق الإنسان العالمية.

الفقرة الرابعة: في الهند القديمة:

كانت طبقة "السودرا" طبقة أجنبية على المجتمع الهندي، وكان محظورا على الشعب الهندي ملامسة هذه الطبقة أو الاتصال بها على أي نحو، ولم يكن لأفراد هذه الطبقة حق العيش في حدود هذا المجتمع؛ بل كان مكانهم خارج حدود هذه المدينة. كما حُرمت هذه الطبقة من حق التملك؛ فهم لا يعدون جزءاً من المجتمع الهندوسي القديم، حتى على سبيل العبودية ومن ثم فلم يكن يُسمح لهم بالعيش داخل المجتمع؛ فمكانهم الطبيعي خارج المدينة، ومفاد كل هذا أنه تنفي الحماية القانونية لمن ينتمي إلى طبقة (السودرا)، فهم يعدون كأجانب، وتجب الإشارة إلى أن مدونة "مانو" لم تقرر حماية قانونية للأجنبي بل وضعتهم بعد طبقة (السودرا)، ويفهم من خلال مدونة "مانو" أن الأجنبي كان في مركز أدنى بعد الحيوان⁴.

والترفة بين الأجنبي والوطني تقوم على معيار واقعي، الذي بدأ يبتعد بنشوء الدول وتطورها في القرون الوسطى عن المفهوم الاجتماعي إلى حد كبير عن المفهوم القانوني الذي أخذ يترسخ ويتبلور في النصوص والتشريعات وبفعل الجنسيات وإن لم يقطع صلته بالمفهوم الاجتماعي⁵.

البند الثاني: تعريف الأجنبي وتصنيفاته:

سوف ندرس في هذه النقطة تعريف الأجنبي، ويتم التطرق فيه إلى تحديد المفهوم اللغوي والاجتماعي وكذا القانوني له؛ لنصل بعد ذلك إلى التصنيفات المقررة لهذا الأجنبي.

الفقرة الأولى: تعريف الأجنبي:

يختلف الأفراد المقيمون في الدولة الواحدة من حيث الجنسية، والانتماء، فمن توفرت فيه شروط التمتع بالجنسية في الدولة يعد وطنياً؛ وبالتالي فالأجنبي هو من لا تتوافر فيه شروط الجنسية، ويأخذ معنى

¹ عرض التوقيع و التصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة 2200 ألف (د-...) المؤرخ في ديسمبر 1966، وبدء النفاذ به في 23 مارس 1976، وللإطلاع على العهد تصفح الموقع: www.aihr.org.tn/arabic/convinter/conventions/HTML/pacte_civil_pollitique.html

² عرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، وبدء النفاذ به في 03 كانون الثاني/ يناير 1976، وللإطلاع على العهد تصفح الموقع: www1.umn.edu/humanrts/arab/b00_2.html

³ محمد الروبي: مركز الأجانب ج 1، دار النهضة العربية القاهرة، 2001، ص 15. وأيضاً أنظر صلاح أحمد حمدي: القانون الجزائري والمركز القانوني للأجنبي، بحث منشور في مجلة المقارن العراقية العدد (16) جامعة بغداد، 1925، ص 310.

⁴ عبد المنعم درويش: المرجع السابق، ص 23.

⁵ شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ط3، الاسكندرية، 1986، ص 231.

الأجنبي عدة تعريفات منها ما تناولها علم الاجتماع، ومنها ما تناولها التعريف اللغوي والتعريف القانوني. وكل هذه التعريفات تتداخل فيما بينها من حيث تعريفها للأجنبي¹.

أ- لغة :

الأجنبي هو الغريب البعيد الذي لا ينقاد، أو الجار من غير قومك أو البعيد. والأجنبي لفظ مشتق من جانب وتجنب وهي كلمة مرادفة لكلمة غريب، والأجنبي عكس الوطني وهو الذي لا ينقاد والبعيد منك في القرابة والغريب من البلد وهو لفظ مضاد لابن البلد أو لأهل البلد.

ب- قانونياً:

يدل لفظ أجنبي ذاته في اللغة الجارية الحديثة على المصدر وتحديده القانوني خاصة عندما ينصرف معناه الرائج بكونه اللفظ المقابل للوطني². وهذا المعنى يقود إلى قانون الجنسية الذي تتكفل أحكامه إما صراحة أو ضمناً بتحديد المقصود بالأجنبي. ويستخلص من هذا أن الأجنبي في علم القانون، هو الشخص الذي يتمتع بحق حال في جنسية الدولة التي يقيم فيها بصرف النظر عما إذا كان وجوده فيها بقصد عبورها والمور فيها فقط، أو بقصد التوطن والإقامة، سواء دخل فيها بحريته أو كان لاجئاً³.

فقانون الجنسية هو الذي يحدد من هو الوطني ومن هو الأجنبي؛ حيث يتم هذا التحديد غالباً عن طريق الاستنتاج وأحياناً عن طريق التصريح. وبهذا فإن الأجنبي الذي يقيم في دولة معينة لا يعد من مواطنها ما لم يكتسب جنسيتها سواء أكان الأجنبي عديم الجنسية أم متمتعاً بجنسية دولة أجنبية، أو كان متواجداً بصورة دائمة أو مؤقتة، أو كان مضطراً للدخول أو دخل بإرادته، أو كان حاملاً لعدّة جنسيات، ولم تكن إحداها جنسية الدولة التي يقيم فيها. وقد أقر القانون الدولي الخاص، مبدأ حرية الدول في تعيين رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية التي تضعها لتحقيق هذه الغاية.

الفقرة الثانية: تصنيفات الأجنبي الطبيعي:

ينقسم الأجنبي الطبيعي إلى فئتين، تضم الفئة الأولى الشخص الأجنبي الطبيعي غير العادي، وتضم الفئة الثانية الشخص الأجنبي الطبيعي العادي.

أ- الأجنبي الشخص الطبيعي غير العادي:

ينقسم الشخص الأجنبي الطبيعي غير العادي إلى فئتين، هما:

¹ - غالب الهداوي، حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب واحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1976، ص 80.

² - سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص وتعدد طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2004، ص 30.

³ - عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 58.

1- اللاجئ السياسي:

هو كل من يحمل جنسية دولة معينة غير أنه اضطر إلى الخروج منها خوفاً من التعرض للتعذيب والاضطهاد نتيجة أفكاره وآرائه السياسية، وتكون معاملة اللاجئ السياسي معاملة خاصة بمقتضى الاتفاقيات الدولية المتعلقة باللاجئين السياسيين¹، وبالتالي فإن اللاجئ السياسي هو الشخص المهتد في بلاده بصورة غير شرعية².

2- عديم الجنسية:

يعد عديم الجنسية أجنبياً من نوع خاص؛ لأنهم لا ينتمون إلى أية دولة مما يستوجب معاملتهم معاملة خاصة، وهذا ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم 11/08 عندما استثنت من مجال تطبيق هذا القانون ما تقتضيه الاتفاقيات الدولية³، والمقصود من ذلك المعاهدات المتعلقة بعديمي الجنسية، فمنها ما نصت عليه معاهدة نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 1954 التي خصت هذه الفئة بأحكام خاصة من حيث الدخول والإقامة والتنقل والتمتع بالحقوق، وبذلك فإن قانون 11/08 يطبق بما لا يتعارض مع الأحكام الواردة في اتفاقية نيويورك المنظمة إليها الجزائر⁴، كما تضمنت المواثيق الدولية هذه الفئة من الأشخاص الطبيعية، مثل اتفاقية جنيف للاجئين المؤرخة في 28/07/1951 وبروتوكول نيويورك المؤرخ في 31/1967 الخاص بالحماية الدولية المباشرة من طرف المفوضية العليا للاجئين التابعة للأمم المتحدة⁵. وعديم الجنسية هو الشخص الذي يعد أجنبياً من وجهة نظر قوانين الجنسية، في جميع الدول؛ بمعنى أنه لا تنطبق عليه صفة الوطني في دولة ما.

وينتج انعدام الجنسية عن أسباب متنوعة، منها التجريد من الجنسية على سبيل العقاب، بإسقاطها عن الوطني الأصل، أو سحبهما من الأجنبي المتجنس، أضف إلى ذلك ميلاد الأب عديم الجنسية، في دولة لا تأخذ إلاً بحق الدم، أو الميلاد لأب مجهول في هذه الدولة، وكذا انعدام جنسية الزوجة، نتيجة لما يقضي به قانون جنسيتها من فقدها للجنسية بالزواج من أجنبي، بينما لا يعطيها قانون الزواج جنسية، ويمكن تصور نفس الفرض بالنسبة للأولاد القُصَّر أيضاً، والاعتداد بقانون الدولة الذي اتخذته عديم الجنسية موطناً أو محل إقامة، وقد جاء بهذا الخصوص نص المادة 3/22 من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة انعدام الجنسية يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه، وذلك باعتبار أن الموطن أو محل الإقامة، هو بمنزلة ضابط إسناد

1 - الطيب زروتي: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 36.

2 - محمد سعادي: القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 289.

3 - قانون رقم 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، متعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ج ر العدد 36 الصادرة بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 05.

4 - الطيب زروتي: المرجع السابق، ص 366.

5 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 289.

احتياطي، ينبغي الاستعانة به إذا تعذر الإسناد على أساس جنسية الشخص¹، وهذا هو الحل الذي أخذت به الاتفاقيات الدوليّة المنظمة لحالة اللاجئين، التي أبرمت في جنيف عام 1933-1951 وهو أيضا المعيار المتبع أمام محاكم كثير من الدول. وأخيرا إذا تعذرت الاستعانة بالمعايير سابقة الذكر فيبقى معيار قانون القاضي الذي يفصل في النزاع.

ب- الشخص الأجنبي الطبيعي العادي:

ينقسم الشخص الأجنبي الطبيعي العادي إلى فئتين، هما: الشخص الأجنبي الطبيعي التعاهدي، والشخص الأجنبي الطبيعي غير التعاهدي.

1- الشخص الأجنبي الطبيعي التعاهدي:

هو الشخص الأجنبي العادي الذي يوجد في دولة أجنبية وتربطه بدولته معاهدة ثنائية تسيّر عدة مواضيع معينة تخصه فيها² ومن أمثلة هذه المعاهدات التي تربط الأجنبي بدولته ما يتعلّق بالتعاون القضائي، ومنها ما يتعلّق بالتعاون لحماية الاستثمار، ومنها ما يتعلّق بالإقامة وتنقل الأشخاص الطبيعيين، ومنها ما يتعلّق بتأشيرة الدخول والخروج، وكذا المعاهدات المتعلقة بتجنب ازدواج الضريبي.

2- الشخص الأجنبي الطبيعي غير التعاهدي:

هذا الصنف يتكفل بدراسته القانون الدولي الخاص على اعتبار أن الأجنبي هو ذلك الشخص الذي يوجد في بلد لا تربطه بدولته أية معاهدة ثنائية فيه تخصه كأجنبي. وترجع أهمية التمييز بين الوطنيين والأجانب من سكان الدولة إلى معرفة مدى الحقوق التي يتمتع بها كل فريق والواجبات التي تفرض عليه، فممارسة الحقوق السياسية والعامة مثلاً محصورة في الوطنيين، واحتراف بعض المهن محظورة على الأجانب، كما أنّ حقّ التملك قد يكون مقيدا للأجانب بعدم تملك أنواعا معينة من الأموال.

هذا وتوجد تصنيفات أخرى للأجنبي، تتمثل في:

- الأجنبي المكلف بمهمة دبلوماسية أو قنصلية: إن دخول هؤلاء يخضع للشروط المحددة في الاتفاقيات السياسيّة الثنائيّة وأساليب المعاملة بالمثل، مع العلم أن وجود هذه الفئة في الجزائر يتم على أساس الاعتماد الدبلوماسي المسبق من طرف الدولة الجزائريّة. ولذلك فإن السفير أو السفراء المفوضين فوق العادة، هم الذين يحملون جواز السفر الدبلوماسي ويتمتعون بالحصانة الدبلوماسية³.

¹ - علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 22.

² - سعيد يوسف البستاني: المرجع السابق، ص 215.

³ - علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 324.

- الأجانب المكلفون بمهمة في منظمة دولية بالجزائر: إن وجود هذا النوع من الموظفين¹ في الجزائر يتم على أساس الاعتراف الدولي، والموافقة الدولية المسبقة ضرورية، باعتبارها الدولة المضيفة لمقر الهيئة أو المنظمة الدولية التي يعمل فيها الشخص الأجنبي موظفًا أو خبيرًا أو مستشارًا؛ لذا فهو مجبر على تقديم الوثائق التي تدل على هذه الصفة عند المرور عبر الحدود.

- الأجنبي الذي يخضع للقانون العام: هو الأجنبي العادي، الذي يحق له الدخول، والتجول، والتنقل، والخروج، ولقد نظم المشرع الجزائري شروط الدخول والإقامة والتنقل للرعايا الأجانب، في الأمر 66-211 المؤرخ في 21/07/66 والمرسوم رقم 66-212 بنفس التاريخ².

- الأجانب العابرون هم:

- الموجودون على ظهر السفينة الراسية مؤقتًا في إحدى الموانئ الجزائرية.

- العابرون عن طريق الجو.

- العابرون للتراب الوطني.

وعلى حسب الحالات نميز نوعين من البحارة الأجانب:

النوع الأول: البحري المتوقف: عند مغادرة البحري المتوقف السفينة، بقصد زيارة أو شراء بعض اللوازم، يجب عليه أن يتحصل على رخصة التوقف من قبل السلطات المختصة، وهذه الرخصة لا تتجاوز مدة صلاحيتها 48 ساعة.

النوع الثاني: البحري العابر: عند دخول البحار إلى التراب الوطني، تسلّم له رخصة مرور البحار، تمكّنه من الالتحاق بوحده أو موطنه الأصلي، وعند الخروج تسحب منه هذه الرخصة، التي سلّمت له من طرف مصالح شرطة الحدود. وبالنسبة للمناطق الجنوبية للبلاد، تكون مدة صلاحية رخصة العبور (08) أيام.

- الأجانب الاعتباريون: تعرف الشخصية الاعتبارية على أنها الصفة التي يضيفها القانون على مؤسسة أو شركة أو هيئة... إلخ. وذلك طبقا للمواد 52/49 من القانون المدني الجزائري، إذن فالشخصية هي اعتبارية حقيقة قانونية³.

والشخص الاعتباري الأجنبي، يخضع للقانون الوطني بالنسبة لنظامه القانوني، من حيث نشأته وحياته وانقضائه، ومع ذلك يعامل معاملة الأجانب من حيث مدى تمتعه بالحقوق، وهذا ما ينطبق على الشركات

¹- محمد سعادي: المرجع السابق، ص 290.

²- علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 325.

³- نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 35.

الأجنبية حسب ما تضمنته المادة 5/50 من القانون المدني الجزائري¹. أما بالنسبة للجمعيات فقد حددها القانون رقم 31/90 المؤرخ في 04/12/1990 والذي خصص الباب الرابع منه للجمعيات الأجنبية من حيث تعريفها، وإنشائها، وكيفية ممارسة نشاطها، ووقفها.

الفرع الثاني: المبادئ العامة للمنظمة للمركز القانوني للأجانب

تتمثل هذه المبادئ في القواعد التي أقرها المشرع الدولي، لحماية حقوق الأجانب وبالأسس والأساليب التي تسير عليها التشريعات الوطنية لمختلف الدول العالم عند تنظيمها للمركز القانوني لهم.

البند الأول: مصادر القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي:

تتنوع هذه المصادر إلى ثلاثة أنماط تتمثل في القانون الداخلي، والقانون الدولي، والممارسات الدولية والإقليمية.

الفقرة الأولى: القانون الداخلي:

يعد هذا المصدر من المصادر الأساسية للقواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي، والتي تبين حالة الأجنبي في التمتع بالحقوق، حيث إن كل دولة تملك سيادة على إقليمها، والأشخاص القاطنين عليه. وبذلك تكون لها سيادة إقليمية، وشخصية تمارس معاً، ويعتقد بعضهم أن الدولة تستطيع أن تحظر دخول الأجانب كلياً أو جزئياً لإقليمها، كما أنها تملك التمييز في ذلك بين الأجانب، وقد حسّن التعاقد الحديث من تلك المعاملة بالسماح للأجنبي بالدخول، غير أن ذلك يتم بشروط تضعها الدولة المستقبلية².

ويتفرع عن ذلك المبدأ من حريتها في تنظيم شؤون الأجانب في حقوقهم وحرّياتهم والقيود التي ترد عليها عبر تشريعاتها الوطنية، يضاف إلى ذلك أن الشخص عبر الحدود يتحول من وطني بالنسبة لدولته إلى أجنبي بنسبة للدولة التي دخل أراضيها وبعد ذلك يكون تابعاً للدولة الأخيرة، مما يدفعها إلى تنظيم دخوله وخروجه، فسيكون مؤثراً في سلوكه سلباً أو إيجاباً في الدولة الوافد إليها أكثر من دولة جنسيته؛ مما يستدعي الدولة لتحديد شروط دخوله أراضيها حفاظاً على نظامها الأمني والصحي والاجتماعي والاقتصادي³.

ووفقاً لما تقدم فإنّ المشرع الوطني لكل دولة -بسبب غياب مشرع دولي ينظم وضع الأجانب- كان لزاماً عليه وضع قانونين أو بالأحرى فهو سيؤدي دوراً مزدوجاً، فيشرع للوطنيين وللأجانب⁴.

¹ - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975 المعدل والمتمم.

² - عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة، 2008، 2009، ص 283.

³ - عصام نعمة إسماعيل: ترحيل الأجانب، ط1، بيروت، ص ص 32، 34.

⁴ - غالب الداودي: القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1976، ص 23.

ويعتقد أن هذا الدور تستدعيه الضرورات العملية التي تفضي إليها ظاهرة حركة الأجانب عبر الحدود، وسماع الدول بالدخول إلى أراضيها والخروج منها، ومن الناحية التاريخية كانت الإمبراطورية الرومانية تعتمد قانونين، الأول: القانون الروماني لحكم العلاقات بين الرومان، والثاني: قانون الشعوب لحكم العلاقات بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان.

الفقرة الثانية: القانون الدولي:

يعد القانون الدولي مصدرًا مساعدًا في تنظيم مركز الأجانب من خلال القواعد الدولية التي تقوم على حقيقة تفوق الصفة الإنسانية للفرد على صفاته الوطنية والقومية والدينية. فضلًا عن تمتعه بالشخصية القانونية أينما حل، وهذه الحقيقة لا تعرف الحدود الجغرافية والإقليمية؛ أي أنها تتمتع بحضور عالمي شمولي كأنها تمثل القواسم المشتركة بين الدول، وهذه الحقيقة تفترض أن يعترف للأجنبي بالحد الأدنى للحقوق والحريات، ومنها حقه في الحياة والحرية والأمن الشخصي والكرامة والسكن والتنقل والعمل وممارسة المهنة، وهي حقوق يقف عندها الوطنيون والأجانب على قدم المساواة، كما يمكن أن يعترف له بأكثر من ذلك في ظل وجود الاتفاقيات الدولية بين الدولة الوافد لها الأجنبي ودولة خاضعة لجنسيته، وهذه الحقائق دفعت المجتمع الدولي إلى تبني عدة أفكار ومبادئ سجّلت على شكل إعلانات، وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإعلان حقوق الأشخاص في الدول التي ليست من وطنها لعام 1985.

الفقرة الثالثة: الممارسات الدولية والإقليمية:

هي الممارسات التي يقتضيها التعامل الدولي¹ والتي يعبر عنها في الغالب من خلال مبدأ المقابلة أو المعاملة بالمثل، وتختلف تطبيقات هذا المبدأ من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل تظهر تطبيقات المعاملة بالمثل في ثلاث فئات، هي:

- المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسيًا:

هي التي تنظم من خلال الاتفاقيات الدولية، فالأخيرة تكون المصدر الذي ينظم ممارسة الأجانب للحقوق على أراضي الدول الأعضاء في الاتفاقية، ونذكر منها على سبيل المثال اتفاقية انتقال الأيدي في الدول الأعضاء لمجلس الوحدة المصادق عليها العراق بقانون رقم 64 لسنة 1970². وهي التي ينظمها التشريع الوطني للدولة فيكون مصدر ممارسة الأجنبي للحقوق على أراضي الدولة.

- المعاملة بالمثل الثابتة واقعيًا:

¹ - عصام الدين القصي: المرجع السابق، ص 290.

² - غالب الهداوي، حسن الهداوي: المرجع السابق، ص 442.

هي التي لم تنظم آلية ممارسة الحقوق بموجها نصوص اتفاقية دولية أو نصوص تشريعية ووطنية، إنما استقر التعامل بها ومثلت بممارسة تاريخية استقرت على شكل عرف شائع يسمح لرعايا دولتين أو أكثر لممارسة نوع من الحقوق.

والمعاملة بالمثل الثابتة واقعيًا:

- تبادل الحق بالحق (المطلقة) : بموجها يعامل الأجنبي في الدولة التي يقيم فيها معاملة الوطني في الخارج، وإذا أجاز للعراقي تملك الأموال غير المنقولة في ألمانيا، يعامل الألماني في العراق بنفس المعاملة، وبالتالي يحق له تملك غير المنقول فيه.

- المقابلة بالمثل في معاملة معينة: بموجها يكون الأجنبي في الدولة والوطنيون في الخارج متساوين في التمتع بحق معين قد لا يتمتع به الوطنيون في الداخل، كما لو اتفقت دولتان على أن تعوض كل واحدة منهما رعايا الأخرى عن كل ضرر يصيبهم ولو كان ناشئًا عن عمل من أعمال السيادة.

- المقابلة بالمثل بالمساواة بالوطنيين: هو أكثر الأنواع شيوعًا، وتكون المساواة فيه إما عامة أو خاصة في نوع معين من الحقوق، وبموجب هذا الصنف يتساوى الأجنبي مع الوطني في التمتع بما سمح له به.

البند الثاني: القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي:

يتم وضع هذه القواعد من طرف مشرّع كل دولة، من خلالها يتم تنظيم آلية دخول الأجانب وإقامتهم وخروجهم، كما تقوم بتبيان حقوق الأجانب والتزاماتهم، وعلى المشرع في كل دولة أن يراعي عند وضع هذه القواعد ما استقر عليه العرف الدولي من مبادئ وما ارتبطت به الدولة من اتفاقيات، أي أن المشرّع يأتي بالقواعد القانونية ذات الصلة بالأجنبي عن طريق احترام القواعد الاتفاقية (الاتفاقيات والمعاهدات) المصدق عليها من قبل دولته، وهذا عن طريق احترام الحد الأدنى من الحقوق للأجنبي، وأي تجاوز من قبل المشرع على هذه القواعد الاتفاقية أو العرفية يحرك المسؤولية الدولية لدولته، كما يراعي فيها اعتبارات وطنية تتعلق بالأمن والمصالح الأساسية للدولة على الصعيد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، ويفسر اختصاص الدولة في وضع هذه القواعد على أنه اختصاص استشاري، وهو ما أكدته المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان¹.

ويرى الأستاذ " نيبواي " أن حقوق الأجانب تتلخص في الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية، واحترام جنسية الأجنبي، واحترام الشخصية ومراعاة مقتضيات التجارة الدولية، واحترام الملكية الخاصة. أما الأستاذ " فوشيل " فيحدد حقوق الأجانب بالنظر لطبيعته الإنسانية وما تقتضيه من متطلبات، وهذه المتطلبات حقه في الحياة، وفي حرمة السكن والتملك وحرية العقيدة.

¹ - المادة 01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

إنَّ الأحكام التي جاء بها الإعلان تعد من القواعد الإداريَّة التنظيميَّة التي تحرص جميع الدول على تنظيمها؛ فهي قواعد موضوعيَّة أمره لأنها تتعلق بالنظام العام¹.

المطلب الثاني: سلطة الدولة في تحديد مركز الأجانب

يتم التعرض في هذا المجال للمبدأ العام الذي يحكم سلطة الدولة في تحديدها لمركز الأجانب، ولبيان العوامل المختلفة التي قد تتأثر بها الدولة تنظيمها لمركزهم. والمعمول به دوليًّا في هذه الحالة هو أنه يحق لأية دولة تحديد القواعد القانونيَّة التي تحكم وضع الأجنبي بها كما أنها تتولى وحدها تحديد هذه الأحكام القانونيَّة بمقتضى مبدأ السيادة المقرر لها على إقليمها، وعلى الأشخاص المتواجدين بها. ما لم توجد معاهدة دولية نافذة بها تلزمها بمراعاة قواعد معينة، أو يتعلق الأمر باعتراف دولية يتعين عليها احترامها. ومن البديهي أنَّ مراعاة الدولة لهذه الاتفاقيات والأعراف الدوليَّة يؤدي حتمًا إلى التقليل من نطاق سلطاتها بهذا الخصوص².

الفرع الأول: سلطة الدولة في تنظيم مركز الأجانب والقيود الواردة عليها

يتناول هذا الفرع مضمون مبدأ حرية الدولة، والذي سيعالجه في النقطة الأولى، ثم القيود التي ترد على هذه الحرية في النقطة الثانية.

البند الأول: مضمون مبدأ سلطة الدولة:

لكل دولة الحرية في تنظيم مركز الأجانب في إقليمها وأصبح مبدأ الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي مبدأ مسلَّمًا به في كافة الأنظمة الوضعيَّة الحديثة وهو مبدأ يستجيب لاعتبارات التعامل الدولي، ومن جهة أخرى تطور الفكر الإنساني الذي لم يعد يتصور فيه وجود إنسان متجرد من شخصيته القانونيَّة، بعد إلغاء الرق وزوال نظام العبيد، إضافة إلى أن هذا الاعتراف قد أصبح تعبيرًا عن قاعدة دوليَّة تلتزم به الدول عند تنظيم مركز الأجانب فيها وتنعقد مسؤوليتها الدوليَّة عند مخالفتها³.

وعموما فإنَّ حرية المشرِّع في تنظيم مركز الأجانب في دولته ليست حرية مطلقة بل مقيدة بالمبدأ العام المعترف به والمجمع عليه عرفاً وقضاءً وفقهاً، وبموجبه لا تلزم الدولة قانونًا بمساواة الأجنبي مع الوطني في كافة الحقوق، لا سيما السياسيَّة والعامَّة، كما أنَّ للدولة حق تقييد إقامته أو إبعاده من إقليمها متى ما رأت المصلحة في ذلك، مع مراعاة قيد تمتعهم بالحد الأدنى المقرر للأجانب، واحترام الاتفاقيات التي تكون طرفاً فيها، والذي يمنح عادةً بموجبها بعض الامتيازات والمعاملة الخاصة لرعاياها⁴، ومن بين مظاهر سلطة الدولة مسألة دخول الأجانب إلى إقليمها، والتي انقسم الفقه الدولي بشأنها إلى مدرستين:

¹ - هشام علي صادق: مركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 03.

² - حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء الجزائر، 2013، ص 313.

³ - حفيظة السيد حداد: القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 296.

⁴ - أحمد مسلم: المركز القانوني للأجانب، مطبعة دار الكتاب العربي، ط 1، القاهرة، 1952، ص 15.

المدرسة الأولى: قادها الفقيه "فيتوريا"، الذي نادى بتقرير حق الأجنبي في دخول إقليم الدول المختلفة، وذهب إلى أن الدولة لا تملك حق منع الأجانب من دخول إقليمها؛ لأن السيادة الإقليمية التي تتمتع الدولة بها ليست مطلقة، بل يقيدتها الحق العام في الاجتماع والاتصال. ويبرر هذا الطرح على أنه في بداية العالم عندما كان كل شئ مشتركاً بين الناس كان للإنسان الحرية في أن يسافر ويرحل إلى أي بلد يشاء، وهذه الحرية لم تسلب نتيجة تقسيم المعمورة؛ لأنه لم يدخل في نيات الأمم بهذا التقسيم أن تقضي على العلاقات المشتركة بين الناس، وتعطي للدولة حق رفض دخول بعض الأفراد الأجانب إلى إقليمها متى كان الباعث له مشروعاً ومقبولاً¹.

المدرسة الثانية: تزعمها الفقيه "فاتيل" وهي مدرسة مناهضة لمدرسة "فيتوريا" وأصبح يشكك في نظريته (حق الاجتماع والاتصال) ويظهر ما فيها من مساس بحق السيادة الإقليمية، ذلك الحق الذي تتمتع به كل دولة في إقليمها، ولها الحق بموجب مبدأ السيادة بمنع الأجانب من دخول إقليمه سواء كان منعاً عاماً للأجانب كافة أو مقصوراً على بعضهم دون الآخر أو كان مطلقاً أو لحالات خاصة متى ما رأى صاحب السلطة أن في ذلك مصلحة للدولة.

الفقه الدولي المعاصر:

إن الفقه الدولي المعاصر اتخذ مدرسة وسطية بين المدرستين، وأصبح يميز بين نوعين من الأجانب، هما: الأجانب الذين يرغبون في الإقامة الدائمة بالإقليم، فهؤلاء يرى الفقه المعاصر أن للدولة الحق في تقييد إقامتهم، أو منعهم منعا باتا بشرط عدم التمييز بين الجنسيات أو الأجناس. وذلك استناداً على مبدأ حق الدولة في حماية مواطنيها من الأضرار التي قد تسببها إقامة الأجانب الدائمة، أما الفريق الثاني من الأجانب فهم الأجانب الذين يرغبون في دخول إقليم الدولة على سبيل العبور (ترانزيت) أو للإقامة الوقتية، وهؤلاء لا يحق للدولة أن تحظر عليهم الدخول في إقليمها إلا إذا اقتضت ذلك أسباب جوهرية سياسية أو أمنية أو اقتصادية أو غيرها من الأسباب التي تهدد كيان الدولة، وسواء سمحت الدولة للأجنبي بدخول إقليمها أو الإقامة فيها بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة فإنه يجب عليها أن تعامله وفقاً لأحكام معاملة الأجانب التي تلزم الدول أن تمنحه قدرًا من الحقوق بحيث لا يقل عن الحد الأدنى المقرر للأجانب، وهذا لا يمنع بالطبع معاملة بعض الجنسيات معاملة أفضل، وذلك ليس اعتماداً على الجنسية؛ إنما باتفاق خاص بين الحكومتين بحيث تعامل كل حكومة رعايا الأخرى معاملة خاصة عرفت عرفاً بالأجانب الأكثر رعاية².

البند الثاني: القيود الواردة على سلطة الدولة

هناك اتجاه يرى أن حرية الدولة في تحديد هذه الحقوق ليست مطلقة بل هي مقيدة بالتزامات دولية وإنسانية تفرضها العدالة الدولية، وتقضي بضرورة الاعتراف للأجنبي بالحقوق الأساسية التي ترافق الإنسان

¹ - حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1978، ص375.

² - حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر: المرجع نفسه، ص 359، 360.

وتلازمه أينما وجد. ويؤيد هذا الاتجاه الفقه والقضاء الدوليان، وتنادي به المحافل والمؤسسات الدوليّة، ولقد تم تأكيده في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبالتالي فإن التعامل الدولي يقوم على أساس وجود قواعد دولية مشتركة تلزم الدول الاعتراف للأجنبي بالقدر اللازم من الحقوق الأساسية التي لا تستقيم حياته دونها وتلازمه أينما وجد، ويمثل هذا القدر الحد الأدنى من الحقوق تكفله الدول للأجانب على أرض إقليمها، وأن إخلال الدول بهذا الالتزام عن طريق حرمان الأجنبي من هذه الحقوق كلها أو بعضها يعرضها، بموجب مبادئ القانون الدولي، للمساءلة الدوليّة¹.

من أهم هذه القيود:

الفقرة الأولى: القيود الاتفاقية:

قد تتعهد الدولة بمقتضى المعاهدات والاتفاقيات بمنح الأجانب من رعايا الدول المتعاهدة أطراف الاتفاقية حقوقاً تتجاوز الحد الأدنى من الحقوق المقررة بمقتضى العرف الدولي، وقد يصل الأمر إلى تحويل رعايا الدول المتعاهدة نفس الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون، بل قد تمنح لهم امتيازات تتجاوز حقوق الوطنيون أنفسهم؛ تشجيعاً للاستثمارات الأجنبية، وتتقرر هذه الاحكام عادة في معاهدات تنمية التجارة الدولية والتعاون الاقتصادي والثقافي فيما يسمّى بمعاهدة الإقامة.

الفقرة الثانية: القيود المقررة بمقتضى العرف الدولي (الحد الأدنى):

يقضي العرف الدولي بأن هناك قدرًا من الحقوق لا تستقيم الحياة بدونها، بحيث يجب أن يترك للأجانب كحد أدنى ولا يجوز للدولة أن تحرمهم من التمتع به، والحد الأدنى للحقوق القانونية هو قدر معين من الحقوق لا يصح للدولة المساس به، ويمكن الاستفادة من ذلك من خلال الإعلام العالمي لحقوق الإنسان من حيث حقه في الحرية، والأمن الشخصي، فلا يجوز استعباده أو استرقاقه ولا تعريضه للتعذيب والضرب، إضافة إلى سلامة نفسه وحرية في العقيدة والتعبير عن الرأي والمساواة أمام القانون.

الفقرة الثالثة: القيود التي تفرضها المصلحة الخاصة للدولة:

أ- مشكلة السكان: تتأثر الدولة عادة، وهي بصدد تنظيمها لمركز الأجانب بها، بمدى كثافة عنصر السكان فيها من عدمه، فإذا كانت الدولة تعاني من ضغط إقليمي وتتشدّد معه بشأن الشروط التي يجب توافرها فيه لتمكينها من العمل أو القيام بنشاط ما بإقليمها، أما إذا كانت الدولة مفتقرة لعنصر السكان، فإنها تولي اهتماماً للأجنبي؛ فتتسامح معه إلى حد بعيد وتفتح أمامه الأبواب لدخول إقليمها واستثمار أمواله بها، بل قد تمكّنه من ممارسة بعض الوظائف العامة بها رغم أن هذا الحق يبقى مقصوراً على مواطنها.

¹ - عبيدة عبد الحفيظ: الجنسية ومركز الأجانب في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 230.

ب- السياسة الاقتصادية للدولة:

إذا كانت الدولة تعرف ازدهارا اقتصاديا فإنها تعتمد عادة إلى وضع أحكام قانونية تسهّل عملية استقبال أصحاب رؤوس الأموال لاستثمار أموالهم وتسهيل استقبالها للعمال الأجانب من ذوي الخبرة للعمل على إقليمها، أما إذا كانت هذه الدولة تعرف ركودا اقتصاديا وتشكو من تفشي البطالة بها فإنها ستلجأ إلى التشدد حيال الأجانب لمنع هجرتهم إليها ولتفادي منافستهم لموظفيها في فرص العمل المحدودة المتاحة لهم بها.

ج- مقتضيات الأمن الوطني:

معنى ذلك أنه إذا تبين للدولة أن دخول طائفة معينة من الأجانب إقليمها من شأنه أن يمس استقرارها، فلدواعي الأمن ستقوم بوضع قواعد قاسية حيال هذه الطائفة من الأجانب لمنعهم من الدخول إلى إقليمها ولتفادي مساسهم بالأمن المدني بها.

خ- مبدأ المعاملة بالمثل:

يقضى هذا المبدأ أن تصبح الدولة ملزمة بمنح الأجانب التابعين لدولة أخرى نفس الحقوق التي تعترف بها هذه الدولة لرعاياها وعليه فإذا طلب شخص تأشيرة من دولة ما فإن طلبه سوف يقبل والعكس صحيح بالنسبة للدولة الثانية، ويستنتج أن هذه العوامل تؤثر عادة في موقف الدولة حيال الأجانب وهي التي تؤدي إما للتساهل معهم أو تدفعها للتشدد في معاملتها لهم¹.

الفرع الثاني: آليات تنظيم مركز الأجانب

آليات تنظيم مركز الأجانب هي الوسائل التي يستخدمها المشرّع لإدراك هدفه، ولا شك أن الأداة الصالحة هي التي تتضمن أحكاماً مؤذية لتحقيق الغاية، وباستقراء ما جرى عليه العمل في التشريعات المتنوعة يمكن القول أنّ الدول لجأت إلى دفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب على ثلاث وسائل فنية.

البند الأول: مبدأ تشبه الأجانب بالوطنيين ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية:

يتقرر تحديد الحقوق والالتزامات التي يخضع لها الأجانب، بمقتضى مقارنتها بالحقوق التي يتمتع بها الوطني، وهذا ما يعرف بتشبه الأجانب بالوطنيين، وتعني الدولة الأولى بالرعاية هو أن تتعهد الدولة بمعاملة رعايا الدولة الأخرى أحسن معاملة ويكون هذا بمقتضى معاهدة بين الدولتين.

الفقرة الأولى: مبدأ تشبه الأجانب بالوطنيين:

تلجأ الدولة إلى دفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب عن طريق تقرير مساواتهم بالوطنيين، وهذا هو مبدأ تشبه الأجانب بالوطنيين الذي تؤخذ به الدولة عادة في الفروض التي تقتضي فيها صالحها الوطني في معاملة

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 313.

الأجانب تشجيعاً لهم على القدوم إلى إقليمها والتوطن أو الإقامة فيها. وقد صرحت بعض الدول على تأييد هذا المبدأ بنصوص صريحة في تشريعاتها؛ حيث جاء في جانب من الفقه القول أنه مجرد امتناع المشرع عن أي قيد على الأجانب في التمتع بالحقوق، يعني هذا مساواة الأجانب بالوطنيين. ويجري العمل على إدراج هذا المبدأ في المعاهدات التي تبرم بين الدول الصديقة أو التي تربطها روابط اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية.

والجدير بالملاحظة أيضاً أن المساواة في الحقوق الناجمة عن تشبيه الأجنبي بالوطني، يمكن أن تتعدى تلك الحقوق العادية؛ فيمكن أن يرافقها بعض المزايا المتمثلة في بعض الإعفاءات أو التسهيلات أو الامتيازات التي لا يتمتع بها الوطنيون.

الفقرة الثانية: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

مؤدى هذا المبدأ أن تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على أفضل معاملة تلقاها الأجانب في الدولة الأولى؛ أي تمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على كافة المزايا التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط على رعايا دولة أجنبية أخرى هي الدولة الأكثر رعاية، وهذا الشرط يفترض وجود ثلاث دول، الدولتين الموقعيتين على المعاهدة المتضمنة للشرط وهما الدولة الملتزمة والدولة المستفيدة منه على هذا النحو الذي بيناه ودولة أجنبية عن المعاهدة وهي الدولة الأكثر رعاية، أي التي يتمتع رعاياها بأفضل معاملة تلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة بالشرط، وقد جرت الدول على إدراج هذا الشرط في معاهدة الإقامة والمعاهدات الخاصة بالشؤون المالية والجمركية وبصفة عامة في الاتفاقات الدولية التي تنعقد لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول.

وهذا الشرط لا يحدد مباشرة مضمون الحقوق التي تعهدت بها الدول الملتزمة لرعاية الدولة المستفيدة، وإنما يكتفي بتقرير مساواة حسابية ذات صبغة تلقائية وغير محددة مسبقاً، وهذه المساواة معيارها ليس معيار المعاملة التي يلقاها الوطنيون في الدولة الملتزمة كما هو مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين؛ وإنما معيارها هو المعاملة التي يتمتع بها من رعايا الدولة الأكثر رعاية.

ومؤدى هذا المبدأ هو قصر الحقوق والالتزامات المقدره بمقتضى المعاهدات على الدول الأطراف وامتداد الحقوق المدرجة بالمعاهدة المبرمة بين الدولة الملتزمة بالشرط والدولة الأكثر رعاية إلى الدولة المستفيدة بالشرط. أو يتعين القول أن الاستفادة بالحقوق والمزايا بدأ من تاريخ المعاهدة المقررة للحقوق والمزايا الممنوحة¹.

¹ - حفيظة السيد حداد: المرجع السابق، ص 321.

الفقرة الثالثة: التبادل في معاملة الأجانب

المقصود بهذا المبدأ هو المعاملة بالمثل، ومؤداه هو معاملة الدولة للأجنبي بنفس العاملة التي يتلقاها رعايا دولة ما، مثل دخول المستشفيات والمدارس إذا كانت دولة تعترف لرعاياها بذلك، ولا تصبح المعاملة بالمثل ملزمة إلا إذا ورد بها اتفاق بين دولتين أو أكثر أو إذا كانت القوانين الداخلية لدولة من الدول تقتضي لها ومن دون ذلك لا يمكن التمسك بهذا المبدأ.

وتختلف طرق المعاملة بالمثل من حيث الشكل والموضوع:

أ- المعاملة بالمثل من حيث الشكل:

1- المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسياً:

ينتج عن اتفاق دولي ترتبط بموجبه الدول الموقعة، والذي يتضمن منح رعايا كل دولة في إقليم الأخرى قدرًا من الحقوق وله صفة إلزامية بحيث لا تستطيع الدول الموقعة التخلي عنه بإرادتها المجردة، شريطة أن يكون هذا المبدأ منصوص عليه في معاهدة دولية¹.

2- المعاملة بالمثل المعترف بها تشريعياً:

لا تمنح الدولة للأجانب حقوقاً إلا إذا كان قانون بلده يعترف لرعاياها بنفس الحقوق إلا أن يتعذر التوصل إليها لأن كل دولة تنتظر المبادرة في التشريع من قبل الدولة الأخرى، وأخذ هذه الفكرة كل من السويد والنرويج ويوغوسلافيا سابقا والمكسيك، ولا يشترط أن يكون مدرجا في تشريع الدولة التي يتبعها.

ب- المعاملة بالمثل من حيث الموضوع:

وتنقسم المعاملة بالمثل من حيث الموضوع إلى:

1- تبادل الحق بالحق:

يعامل الأجنبي في الدولة المقيم فيها معاملة الوطني في الخارج؛ فمثلا تقرر الدولة منح الأجنبي حق ممارسة الطب إذا كانت دولة الأجنبي ستسمح لرعايا الدولة الأولى ممارسة هذه المهنة².

2- المعاملة بالمثل في معاملة معينة:

يكون الأجانب في الدولة والوطنيون في الخارج متساوين في التمتع بحق معين، قد لا يتمتع الوطنيون في الداخل به كاتفاق دولتين على تعويض كل واحدة منها رعايا الأخرى عن الضرر الذي يصيبهم ولو كان ناشئا على عمل من أعمال السيادة، وتعد مركز الممثلين الدبلوماسيين تبادلا من هذا النوع.

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص313.

² - حبار محمد: المرجع السابق، ص313.

3- المعاملة بالمثل بالمساواة بالوطنيين:

هو أكثر انتشارًا وتكون فيه المساواة إما عامة أو خاصة بنوع معين من الحقوق. غير أن السؤال المطروح في هذا المجال هو: هل يحق للأجانب التمتع بمركز أفضل من رعايا الدولة التي يقيمون فيها؟

هناك جانب من الفقه أجاب بالنفي؛ فليس للأجانب الحق في التمتع بحقوق أفضل من تلك التي يتمتع بها الوطنيون، وقد صدرت في هذا المجال اجتهادات قضائية ونصوص تشريعية تدعم هذه النظرة؛ فقد قررت محكمة التحكيم الأمريكية الأنجلو سنة 1941 بأن قتل الأجنبي نتيجة إطلاق نار من طرف شرطي للحيلولة دون هروب أحد المساجين لا يرتب الورثة حق المطالبة بتعويض؛ لأنَّ الأجانب لا يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها الوطني¹.

وهناك من الفقه من قال غير ذلك وفي رأيهم أن الأجنبي يتمتع بمركز أفضل مما يتمتع به الوطني؛ فهو يعترف بوجود حد أدنى من الحقوق تلتزمه كل دولة ولا تتجاوزته حتى في الأحوال التي لا تعترف فيه للوطنيين بذلك القدر من الحقوق.

المبحث الثاني: أحوال الأجنبي داخل الإقليم الجزائري

إن البحث في أحوال الأجنبي داخل التراب الوطني يقتضي بالضرورة البحث عن التشريعات الوطنية التي نظمت مركزه منذ دخوله الإقليم الجزائري إلى حين خروجه منه، والأجنبي صنفان: شخص طبيعي وشخص معنوي.

المطلب الأول: المركز القانوني للشخص الطبيعي الأجنبي بالجزائر

نظم المشرع الجزائري مركز الأجانب فوق الإقليم الجزائري من خلال عدة أحكام تضمنتها نصوص قانونية عدة. وهذا ناتج عن الكم الهائل من الأجانب الذين أصبحوا يدخلون الجزائر بصفة مستمرة كغيرهم من الوطنيين.

الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بدخول الأجنبي وإقامته وخروجه وتشغيله وفق التشريع الجزائري

لقد نظمت أحكام دخول الأجنبي وإقامته وخروجه وفق عدة قوانين، بموجبها تتم دراسة أحكام دخول الأجنبي وإقامته وخروجه، وذلك كما يلي.

¹ - حفيفة السيد حداد: المرجع سابق، ص 321.

البند الأول: الأحكام المتعلقة بدخول الأجنبي الجزائري:

بالرغم من أن القانون الدولي يعترف للدولة بالسيادة المطلقة على إقليمها، ومع ذلك فإن ضرورات التعامل الدولي اقتضت أن تسمح الدولة للأجانب بالقدوم إليها لأسباب، وأغراض مختلفة وقيدت ذلك بإلزامية مراعاة مصالحها وأمنها باستثناء مبدأ المعاملة بالمثل، وكذا ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية الخاصة بعديبي الجنسية¹، واللاجئين، قيد المشرّع دخول الأجانب الجزائر بإجراءات نظامية² بمقتضى قانون 11/08 السالف الذكر، والمتعلق بحالات دخول الأجانب وإقامتهم وتنقلهم في الجزائر وخروجهم منها.

الفقرة الأولى: الأحكام المتعلقة بدخول الأجنبي إلى التراب الوطني:

وضعت الدولة الجزائرية مصالح لمراقبة الحدود تتمثل في مصالح شرطة الحدود والجو، والتي تملك صحيفة مقيد عليها الأجانب المطلوبين، والمبعدين وغير المرغوب فيهم، والممنوعين من الخروج من الإقليم الجزائري. فيجب على الأجنبي عند دخوله الإقليم الجزائري أن يمتثل أمام مركز شرطة الحدود البرية والبحرية والجوية، وفق الشكليات التي تنص عليه المواد 04، 07، 08 من القانون 11/08³ وتتمثل هذه الشكليات فيما يلي:

أ- جواز السفر:

يجب على كل أجنبي يريد الدخول إلى التراب الوطني الجزائري أن يكون حاملا لجواز سفر ساري المفعول، أو وثيقة سارية المفعول ومتى تعلق الأمر بعديبي الجنسية أو اللاجئين السياسيين، يشترط في جواز السفر:

- 1- أن يكون من سلطات الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته بكونها الوثيقة الرسمية التي تسمح لمصالح الحدود الجزائرية لمراقبة جنسية كل أجنبي يدخل الجزائر للتأكد من هويته.
- 2- أن تتضمن البيانات الكاملة لحامله، وأن تحتوي على صورته، وتوقيعه، وختم السلطة التي سلمته له، ومدة صلاحيته، وهذه البيانات يجب توافرها في الوثيقة الرسمية التي تحل قانونا محل جواز السفر، والتي تسلم للأشخاص الذين لا يتمتعون بحماية سلطات دولتهم الأصلية كما هو الحال بالنسبة للاجئين السياسيين وعديبي الجنسية⁴، أما بالنسبة للأطفال الذين يكون سنهم خمسة (15) سنة فيجب أن يكونوا حاملين جواز سفر خاص بالشخص المرافق له، شريطة أن تذكر حالته المدنية ووجوب وجود صورة مرفقة مع الوثيقة.

¹ - دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي تحت قرار رقم 526 أ (د-17) والمؤرخ في 28/09/1954 وبدء حيز النفاذ في 06 يونيو 1960 وللإطلاع

على اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديبي الجنسية تصفح الموقع: www.unhcr.org/ar/4be7cc27457.html

² - المواد 4، 5، 7، 8 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 05.

³ - الطيب زروتى: المرجع السابق، ص 368.

⁴ - المواد رقم 4، 7، 8 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 05.

ب- وثيقة السفر:

هي وثيقة معتمدة دولياً بشأن تنقل اللاجئين السياسيين وعديمي الجنسية وتمنحها الدولة التي قبلت استقبالهم وإقامتهم فيها طالما أنهم لا يملكون الحماية من طرف بلدانهم الأصلية، وهي تقوم مقام جواز السفر؛ أو يمكن عدها جواز سفر خاصاً¹.

ج- الدفتر الصحي:

يشترط في الأجنبي أن يكون مزوداً بدفتر صحي مستوفٍ للتنظيم الصحي المعمول به دولياً وكذا التنظيم الصحي المعمول به في الجزائر، ويعد هذا الدفتر وسيلة للتأكد من خلو الأجنبي من أمراض معينة خاصة في حالة انتشار وباء معين وأمراض معدية كالكوليرا ومرض السل وغيرها من الأمراض المعدية. فتؤثر سلباً على الصحة العامة وهذا الإجراء يكفل حماية موانئ الجزائر صحياً وكذلك الأجانب الموجودين في الإقليم الجزائري².

خ- تأشيرة السفر:

تجب الإشارة أن جواز السفر وبطاقة السفر المتعلقين بالأجنبي قد لا تكفي لدخول الأجنبي إلى الإقليم الجزائري، بحيث أوجب المشرع على الأجنبي حصوله على تأشيرة السفر التي تمنحها السلطات القنصلية أو الهيئات الدبلوماسية الجزائرية المعتمدة بالخارج مع الإشارة إلى أن مدة صلاحية التأشيرة بحدها الأقصى تتحدد طبقاً للقانون 11/08 بسنتين على الأكثر.

وتتحدد مدة الإقامة المرخص بها لهذا الأجنبي، عند كل دخول إلى الإقليم الجزائري بمدة أقصاها 90 يوماً، وفق ما جاءت به المادة 08 من قانون 11/08³، فالمبدأ هو وجوب حصول الأجنبي على تأشيرة دخول تسمح له بدخول الجزائر، غير أن المشرع أورد في المادة 11 من قانون 11/08 خمس (5) حالات يتم فيها إعفاء الأجنبي من الحصول على هذه التأشيرة، وهذه الاستثناءات ذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر وهي:

1- الأجنبي الذي يتواجد على متن سفينة راسية في ميناء الجزائر، كما يطبق هذا الحكم القانوني أيضاً على الأجنبي الذي يتواجد بمطار جزائري في الجناح الدولي منه متى توقفت الطائرة التي تنقله لسبب من الأسباب.

¹ - ISSAD (M):.Droit international ; tome 2 privé .Les règles matériel, office des publication universitaire,1980 .,page 204.

² - حبار محمد: المرجع السابق، ص 316.

³ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 317.

2- البحار الأجنبية العامل على متن سفينة راسية في ميناء جزائري المستفيد من إجازة على اليابسة طبقا للاتفاقيات البحرية التي صدقت عليها الدولة الجزائرية.

3- الأجنبي العابر للإقليم الجزائري جوا.

4- الأجنبي عضو طاقم الطائرة المتوقفة بأحد مطارات الجزائر.

5- الأجنبي المستفيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو من اتفاقيات المعاملة¹.

ولا يختلف قانون 11/08 في أحكامه العامة عن المرسوم التنفيذي² رقم 212-66 المعدل والمتمم بوضع قيد التطبيق الأحكام العامة موضحا بالتفصيل الإجراءات التنظيمية لمنح التأشيرات، وأنواعها، ووثائق السفر، والجهة المانحة لها. ومن أنواع هذه التأشيرات التأشيرة الدبلوماسية، وتأشيرة المصلحة، وتأشيرة السياحة، وتأشيرة الأعمال، وتأشيرة التسوية³ ... إلخ، وقد تتخذ التأشيرة شكلين:

- التأشيرة العادية: هي التأشيرة التي سبق أن تطرقت إليها، والتي لا تزيد مدة صلاحيتها على السنتين، المسلمة من طرف البعثة الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية، وفي حالة دخول مجموعة من الأشخاص الأجانب المنتمين إلى هيئة واجدة تمنح تأشيرة جماعية بنفس الشروط⁴.

- التأشيرة الاستثنائية: هي التأشيرة التي تمنح للأجنبي الذي يتقدم بدون تأشيرة في حالة الاستعجال من طرف شرطة الحدود مع إعلام السلطات الإدارية المعنية بالأمر⁵، ويمكن منح تأشيرة الأجنبي العابر للإقليم الجزائري لمدة سبعة 07 أيام، الحامل لتأشيرة البلد المتوجه إليه، مع تقديم إكثبات إقامته بالجزائر. كما يمكن لسلطات مراقبة الحدود منح الأجنبي Un sauf-conduit لمدة تتراوح بين 02 و07 أيام لأعضاء طاقم السفينة أو الطائرة حسب ما ورد في القانون⁶.

الفقرة الثانية: حالات منع دخول الأجنبي الجزائري وجزاء مخالفة أحكام الدخول الشرعي:

أ- حالات منع دخول الإقليم الجزائري:

إن دخول الأجنبي إلى التراب الوطني لا يعني إعطائه هذا الحق بصفة مطلقة؛ بل بإمكان السلطات الوطنية في بعض الظروف منعه من دخول إقليمها إذا كان هذا الأجنبي يشكل تهديدا على النظام العام أو أمن

1 - الطيب زروتني: المرجع السابق، ص 369.

2 - أمر رقم 211-66 المؤرخ في 21 يوليو 1966 يتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، ج ر العدد 64 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 196 المعدل والمتمم.

3 - المادة 8 والمادة 11 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص ص 06.05.

4 - المادة 8 والمادة 12 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص ص 06.

5 - المادة 2/12 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص ص 06.

6 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 244.

الدولة أو مصالح الجزائر الأساسية والدبلوماسية. وهذا المنع يصدر بقرار من طرف وزير الداخلية¹، كما يمكن للوالي التي يرغب الأجنبي دخول ولايته منعه من ذلك لنفس الأسباب. كما يمكن للدولة أن تصدر هذا المنع حتى في مواجهة معاهدة دولية كمعاهدة جنيف للاجئين لسنة 1951.

وعندما يمنع الأجنبي من الدخول عن طريق الجو أو البحر فالشركة التي تنقله يتوجب عليها إرجاعه من حيث أقلعت به بوسائلها الخاصة ويكون بأمر من السلطات الحدودية المختصة، وفي حالة استجابة ذلك؛ يكون إرجاعه إلى البلد الذي منحه وثائق السفر أو إلى البلد الذي يقبل به حسب المادة 01/34 من قانون 11/08².

ب- جزاء مخالفة أحكام الدخول الشرعي للإقليم الجزائري للأجنبي:

تكمن أسباب دخول الأجنبي بصفة غير شرعية إلى التراب الجزائري أو إلى دولة أخرى عادة في انتهاء مدة التأشيرة أو الهجرة السرية، ويترتب على مخالفة هذه الأحكام جزاءات فتفرض عليه إما عقوبات مالية، أو بدنية (سجن)، وتتمثل هذه الجزاءات في:

1- إذا لم يمثل الشخص الأجنبي حين دخوله الإقليم الجزائري إلى شكلية الدخول التي نصت عليه المادتان 04، 07 من القانون رقم 11/08 المتمثلة في جواز السفر أو وثائق السفر المعتمدة في الجزائر والتأشيرة إن طلبت منه، يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة ما بين 10.000 دج إلى 30.000 دج حسب نص المادة 44 من نفس القانون³.

2- شركات النقل والسياحة وغيرها من المؤسسات التي ترتكب الأفعال التي نصت عليها المادة 1/46 من قانون رقم 11/08 والتي تقوم بصورة مباشرة أو غير مباشرة بتسهيل دخول أو نقل أجنبي إلى الإقليم الجزائري فهي تعد في نظر الإقليم الجزائري مؤسسة مجرمة وتعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 2000.000 دج⁴.

3- إذا قام شخص أو شركة بنقل أجنبي بدون وثائق سفر قانونية أو عند الاقتضاء للتأشيرة المطلوبة فإن هذا الناقل يعاقب بغرامة جزافية تقدر بـ 150.000 دج إلى 500.000 دج حسب نص المادة 1/35 من قانون 11/08⁵.

1 - المادة 1/34 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 08.

2 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 296.

3 - أنظر المادة 4 والمادة 7 والمادة 44 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 04، ص 09.

4 - المادة 46 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص ص 09، 10.

5 - المادة 1/35 من قانون 11/08 متعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 08.

ويكون الأجنبي في وضعية شرعية عند دخوله وتنقله فوق الإقليم الجزائري في حالة امتثاله لإجراءات تقديم أوراقه للسلطات المعنية كلما طلب منه ذلك وفقا للمادة 25 من قانون 11/08 ويعاقب بغرامة تتراوح بين 5000 دج إلى 20.000 دج حسب نص المادة 29 من قانون 11/08¹.

البند الثاني: الأحكام المتعلقة بإقامة الأجنبي وتنقله في الجزائر وجزاء مخالفة هذه الأحكام:

نظم المشرع الجزائري أحكامًا تتعلق بإقامة الأجنبي على التراب الجزائري، ساعيا في ذلك إلى توفير سبل الإقامة المريحة لهذا الأجنبي من جانب، وحفاظا منه على الأمن الوطني والسكينة العامة من جانب آخر، وفي حالة مخالفة هذه الأحكام كوجود الأجنبي في إقامة غير شرعية فإنه يرتب عليه جزاءات قانونية:

الفقرة الأولى: الأحكام المتعلقة بإقامة الأجنبي وتنقله في الجزائر:

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 11/08 نجد أنه قد ميز بين طائفتين من الأجانب؛ فهناك الأجنبي غير المقيم، تضم طائفة الأجانب غير الحاصلين على بطاقة الإقامة بالجزائر وطائفة الأجانب المقيمين في الجزائر، والحاصلين على بطاقة الأجنبي المقيم في الجزائر.

أ- الأجانب غير المقيمين في الجزائر:

يندرج ضمن هذه الطائفة الأجانب الذين يدخلون أرض الوطن للإقامة فيها لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ودون أن تتوافر فيهم نية الاستقرار في الجزائر أو نية ممارستهم لأي نشاط بها²، فإذا تعلق الأمر بالأجنبي العابر التراب الوطني فيصبح معفى من الخضوع لأية تأشيرة دخول أرض الوطن، أما إذا دخل هذا الأجنبي التراب الجزائري، ثم قام لسبب ما بتمديد مدة إقامته بها فيلزم في هذه الحالة بتقديم طلب للحصول على تأشيرة من السلطات المختصة بقصد الإقامة لمدة أقصاها 3 أشهر حسب المادة 13 من قانون 11/08³.

وتتمثل حالات الأجنبي العابر، كما ذكرتها سابقا، في أنه إما أن يكون الأجنبي موجودا على ظهر سفينة مارة بميناء الجزائر أو متواجدا على متن وسيلة نقل تعبر الجزائر برا أو بحرا، فيعفى من الحصول على التأشيرة لتسلم له السلطات المختصة بدلها إما رخصة للنزول وإما رخصة للعبور صالحة لمدة 7 أيام للحائز على تأشيرة عبور للإقليم الجزائري، ولمدة تتراوح بين اليومين و7 أيام للأجانب أعضاء طاقم السفينة أو الطائرة (تسمى اصطلاحا: إجازة التجول) وهذه الرخصة يتم تسليمها من طرف مصالح الحدود⁴.

وفي مثل هذه الحالات فإنه لا يتم تمكين الأجنبي من بطاقة الإقامة بالجزائر وإنما يؤثر له فقط بالمدة المسموح له بالإقامة خلالها بأرض الوطن بجواز سفره أو بوثيقة السفر التي يحوزها وحسب المادة 15 من

1 - حبار محمد: المرجع السابق، ص 318.

2 - حبار محمد: المرجع السابق، ص 318.

3 - المادة 13 من قانون 11/08 المتعلقة بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

4 - المادة 14 من قانون 11/08 المتعلقة بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

قانون 11/08 فإن السلطات الجزائرية تقوم بالحصول على صورة لهذا الأجنبي وأخذ بصمات له ليتم إدراجها في المعالجة المعلوماتية¹.

وكذلك يتعلق الأمر بأجنبي يستفيد من أحكام اتفاقية دولية أو اتفاقية تقوم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل مبرمة بين الجزائر والدولة التي يحمل الأجنبي جنسيته، وبالتالي فإن هذا الأجنبي يعفى من الخضوع لتأشيرة الدخول للجزائر ويكفيه أن يكون حائزا فقط على جواز السفر أو على بطاقة التعريف الوطنية الخاصة به وفق محتوى الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والدولة التي يحمل هذا الأجنبي جنسيته، فإذا رغب هذا الأجنبي البقاء لمدة تفوق المدة المتفق عليها بين الجزائر والدولة المتعاقدة، فإنه يصبح ملزما حينئذ بطلب رخصة من السلطة لتمديد مدة إقامته بالجزائر².

ب- الأجانب المقيمين في الجزائر:

يوجد حالتان للأجنبي المقيم في الجزائر، فيمكن للأجنبي أن يكون مقيما بصفة مؤقتة، ويمكن أن يكون مقيما بصورة دائمة، كما سيتم بيانه:

1- الأجنبي المقيم بصفة مؤقتة:

هو الشخص الذي لا ينوي الاستقرار بصورة دائمة فوق الإقليم الجزائري بل يرغب في الإقامة المؤقتة التي تفوق المدة التي يقيم فيها الشخص الأجنبي غير المقيم والتي لا تتعدى مدة إقامته أكثر من 90 يوما³. غير أنه يجب عليه الحصول على ضمان سفر Assurance de voyage وهذا ما نصت عليه المادة 4/4 من قانون 11/08 كما يجب عليه أن يقدم إكفالات للعيش حسب مدة إقامته فوق الإقليم الجزائري⁴.

2- الأجنبي المقيم بصورة دائمة:

وهو الشخص الأجنبي الذي يريد تحديد إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر والذي يمنح له من طرف الولاية التي يقيم فيها بطاقة الإقامة يكون مدة صلاحيتها سنتين حسب المادة 1/16 من قانون رقم 11/08⁵، ويجب على هذا الأجنبي أن يطلب بطاقة الإقامة خلال 15 يوم قبل إنتهاء صلاحية التأشيرة، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون 11/08⁶ وبذلك يصبح الأجنبي مقيما بصفة دائمة في حالة قبول طلبه كما يجب عليه الخضوع لإجراءات الإقامة في الجزائر عن طريق حصوله على بطاقة الأجنبي، لهذا وجب علينا التطرق إلى إجراءات الإقامة في الجزائر، من خلال معرفة أنواع بطاقة الإقامة، وطبيعتها، وشكلها، وشروط وإجراءات الحصول عليها.

1 - المادة 15 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

2 - حبار محمد: المرجع السابق، ص 319.

3 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 288.

4 - المادة 4/4 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 05.

5 - المادة 1/16 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

6 - المادة 18 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 07.

3- أنواع بطاقة الإقامة:

هناك نوعان من بطاقة الإقامة، أولهما: بطاقة الإقامة صالحة سنتين قابلة للتجديد، وثانيهما: بطاقة الإقامة 10 سنوات قابلة للتجديد، وهذا النوع من البطاقة يمنح لعدة فئات مختلفة، ومنها الطالب الأجنبي؛ حيث تمنح هذه البطاقة للطالب الأجنبي لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد ويجب أن لا تزيد عن مدة دراسة الطالب الأجنبي أو تكوينه وفقاً لما تضمنته المادة 3/16 من القانون 11/08¹. وكذلك تمنح للعامل الأجنبي بطاقة إقامة لمدة لا تزيد عن المدة المسموح له بالعمل من خلالها، المادة 4/16 من قانون 11/08²، وتمنح بطاقة الإقامة للعامل الأجنبي وفق شروط تتمثل فيما يلي، أن يكون العامل الأجنبي حاملاً للوثائق التالية: شهادة العمل، وتصريح بالعمل المؤقت، وتصريح بالعمل، وهذا حسب نص المادة 17 من قانون 11/08³.

4- طبيعة وشكل بطاقة الإقامة:

4.1- طبيعة بطاقة الإقامة:

تؤدي بطاقة الإقامة للأجنبي المقيم دورين؛ فمن جهة تعد بطاقة تعريف له، ومن جهة أخرى تعد شهادة تثبت إقامته الشرعية داخل الإقليم الجزائري، وتكون مدة صلاحيتها سنتين. والحصول على بطاقة الإقامة لا يعطي الأجنبي المقيم الحق في ممارسة نشاط مهني بل يجب عليه الحصول على تصريح بالعمل، كما يجب على الأجنبي الذي يرغب في الإقامة دون ممارسة نشاط مهني أن يقدم مصدر رزق له يضمن له الإقامة⁴.

4.2- شكل بطاقة الإقامة:

يجب أن تحتوي الإقامة على البيانات التالية: الاسم واللقب، والحالة المدنية، والحالة العائلية، والجنسية، والمهنة، وتاريخ دخول الجزائر، والعنوان الشخصي، والصورة وهي ضرورية، وتاريخ حصوله على البطاقة، وختم البطاقة التي منحتها هذه البطاقة، كما يجب أن يذكر في هذه البطاقة إن كان الأجنبي سائحاً أو طالباً له مصدر رزق كاف⁵.

5- شروط وإجراءات الحصول على بطاقة الإقامة:

من أجل الحصول على بطاقة الإقامة يجب أن تتوافر شروط، فيجب أن يوضح طالب الإقامة في طلبه، وهو الأساسي، هدف الإقامة، ويجب أن يرفق معه الحالة المدنية له، والحالة العائلية، وشهادة طبية. وعلى الأجنبي أن يبرر دخوله العادي والقانوني للجزائر (جواز السفر وتأشيرة الدخول)، كما يجب أن يقدم ضمان

¹ - المادة 3/16 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 06.

² - المادة 4/16 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

³ - المادة 17 من قانون 11/08 المتعلق بأحكام دخول وخروج وتنقل الأجانب، ص 06.

⁴ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 319.

⁵ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 310.

فيما إذا كان له مصدر رزق أو تصريح بالعمل. وبعد تحرير هذا الطلب يقدمه إلى محافظة الشرطة، أو إلى مستوى المجلس الشعبي البلدي وتمنح بطاقة الإقامة إلى والي الولاية.

6- الأجانب المعفون من بطاقة الإقامة:

قد يعفى بعض الأشخاص الأجانب من الحصول على بطاقة الإقامة وهؤلاء الأجانب هم:

- الأجانب المقيمون تحت غطاء شهادة السفر.
- الأجانب المقيمون تحت غطاء التأشيرة القنصلية، التمديد من ثلاثة أشهر إلى 06 أشهر للقصر أقل من 18 سنة.
- أعضاء البعثة الدبلوماسية والقنصلية وأعضاء عائلاتهم الذين لهم بطاقة دبلوماسية أو قنصلية ممنوحة من طرف وزارة خارجية.
- رعايا الدول التي تربطها بالجزائر اتفاقية معاملة بالمثل كاتفاقية الجزائر بالمغرب المؤرخة في 15 مارس 1965 المعدلة والمتممة ببرتوكول ملحق وقع بتاريخ 15 جانفي 1969¹، والاتفاقية الموقعة بين الجزائر وموريتانيا² حول إقامة الأشخاص وتنقلهم، والموقعة في نواكشوط بتاريخ 06 جويلية 1996³ جريدة رسمية العدد 14 مرسوم رئاسي 339/97 المؤرخ في سبتمبر 1997.

7- سحب بطاقة الإقامة من الأجنبي:

يمكن سحب بطاقة الأجنبي للأسباب التالية:

- إذا لم يستوفي الأجنبي شروط منح البطاقة (المادة 1/22 من القانون رقم 11/08) ففي هذه الحالة يخطر الأجنبي المعني وتعطى له مهلة 30 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار (المادة 2/22 من قانون 11/08)⁴، غير أنه يمكن تمديد مهلة 30 يوما على 15 يوم أخرى بموجب طلب مسبب صادر من الأجنبي (المادة 3/22 من قانون 11/08)⁵.

¹ - أمر رقم 68-69 المؤرخ في 02 سبتمبر 1969 يتضمن المصادقة على الاتفاقيات الجزائرية المغربية، ج ر العدد 77 الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1969.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 310.

³ - أمر رقم 70-04 المؤرخ في 15 يناير 1970 يتضمن المصادقة على الاتفاقيات الجزائرية الموريتانية، ج ر العدد 14 الصادرة بتاريخ 03 ديسمبر 1970.

⁴ - المادة 2/1/22 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 07.

⁵ - المادة 3/22 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 07.

ج- الجزاء المترتب على الإقامة غير شرعية للأجنبي:

من الإجراءات التي فرضها المشرع الجزائري ، التصريح بالأجنبي الذي يقطن في مسكن ما بحيث يتوجب على صاحب المسكن التصريح بوجوده عنده¹ (المادة 29 من قانون 11/08) وفي حالة مخالفة هذا الإجراء يتعرض لعقوبة تتمثل في غرامة تتراوح من 5000 دج إلى 20.000 دج حسب نص المادة 38 من قانون 11/08². كما يجب على المؤسسات من فنادق وغيرها التصريح بوجود هذا الأجنبي عندها وفقا للمادة 38 السالفة الذكر، وإذا خالفت المؤسسات ذلك تعد في نظر القانون الجزائري مؤسسة مجرمة (المادة 50 من القانون السالف الذكر)³.

وفي حالة التسهيل له بالإقامة فوق الإقليم الجزائري فإنها تعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 200.000 دج (المادة 50 من نفس القانون).

إذا رافقت إيواء الأجنبي إهانة إنسانية وفق المادة 2/46 من قانون 11/08 فإن الفاعل يعاقب بالحبس من 10 سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 600.00 دج (المادة 50 من قانون 11/08).

الأجنبي الذي لم يحترم مدة إقامته فوق الإقليم الجزائري في الحالات العادية والتي يجب أن لا تزيد عن 90 يوما وفقا للمادة 08 من نفس القانون، والتي يتوجب بمقتضاها الخروج من الإقليم الجزائري بعد انقضائها وفقا للمادة 09 من نفس القانون، فإنه يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين وبغرامة تتراوح من 10.000 دج إلى 30.000 دج (المادة 44 من قانون 11/08)⁴.

الأجنبي القاصر الذي كان يسكن مع والديه يجب عليه في أثناء بلوغه سن الثامنة عشرة الذهاب للمصالح الإدارية المعنية للحصول على بطاقة الإقامة وفقا للمادة 2/10 من قانون 11/08 وفي حالة عدم امتثاله لهذا الإجراء يعد شخصا أجنبيا مقيما بصورة غير شرعية فتكون عقوبته اتباعا لذلك غرامة تتراوح من 5000 دج إلى 20.000 دج (المادة 45 من قانون 11/08)⁵.

إذا غير الأجنبي محل إقامته سواء بصورة مؤقتة أو دائمة، فعليه التصريح بذلك للسلطات المعنية وفقا لنص المادة 27، وفي حالة المخالفة يعد مقيما غير شرعي، ويعاقب بغرامة تتراوح من 2000 دج إلى 15000 دج وفقا لنص المادة 40⁶.

وقد سعى المشرع الجزائري إلى مكافحة الزواج المختلط فنص في المادة 48 من نفس القانون على أنه إذا تعلق الأمر بشخص يقوم بإبرام عقد زواج مختلطا يقصد من خلاله الحصول على بطاقة المقيم الأجنبي

1 - حبار محمد: المرجع السابق، ص 325.

2 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 310.

3 - المادة 50 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 10.

4 - المادة 44 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 09.

5 - المادة 10 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 06.

6 - المادة 27 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 07.

بالجزائر أو بغرض الحصول على اكتساب الجنسية أو يقوم بمساعدة غيره للحصول على بطاقة الأجنبي المقيم بالجزائر أو تمكينه من الحصول على الجنسية الجزائرية، فإنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى 05 سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج، وتمنح نفس العقوبة لكل أجنبي يقوم بإبرام عقد زواج بأجنبية مقيمة بالجزائر إذا تبين أن إرامه لهذا الزواج منها كان بقصد حصوله على بطاقة المقيم الأجنبي بالجزائر أو بقصد اكتسابه الجنسية الجزائرية¹.

فإذا ارتكبت هذه الجرائم من طرف جماعة منظمة فإن العقوبة ترفع حينها لتصل إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 500.000 دج و 2000.000 دج. كما يمكن فرض عقوبات تكميلية تتمثل في مصادرة ممتلكاتهم كلياً أو جزئياً للأشخاص الطبيعيين الذين تمت إدانتهم لارتكابهم إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 48 المؤشر بها. وتتمثل هذه العقوبات التكميلية في:

- المنع من الإقامة في الإقليم الجزائري لمدة خمس (5) سنوات على الأكثر.

- المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه لمدة خمس (5) سنوات على الأكثر.

الفقرة الثانية: الأحكام المتعلقة بخروج الأجنبي من الجزائر والجزاء المترتب على مخالفة هذه الأحكام:

أدرج القانون رقم 11/08 نوعين من الأحكام المتعلقة بخروج الأجنبي من التراب الجزائري، منها ما يكون خروجه بصفة إرادية، ومنها ما يكون خروجه بصفة غير إرادية. ورتب المشرع الجزائري جزاءات عند مخالفة الأجنبي تطبيق هذه الأحكام.

أ- الأحكام المتعلقة بخروج الأجنبي من الإقليم الجزائري:

يجب التمييز في هذا المجال بين الخروج الإرادي، والخروج اللإرادي.

1 - الخروج الإرادي:

يعد خروج الأجنبي من التراب الجزائري ومغادرته له إجراء نظامياً، فيمكن لكل أجنبي أن يغادر الجزائر بإرادته وبكل حرية شريطة أن يراعي، حين مغادرته، الأحكام القانونية السارية المفعول وخاصة ما يتعلق منها بالأحكام المتعلقة بشرطة الحدود التي تفرضها ضرورات حماية الأمن الوطني، وحقوق الآخر بالجزائر، وقد فرق المشرع الجزائري بين مغادرة الأجنبي المقيم، الحاصل على بطاقة الأجنبي، وبين الأجنبي غير المقيم².

¹ - المادة 45 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 09.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 310.

1.1 - مغادرة الأجنبي الجزائري:

تخضع مغادرة الأجنبي المقيم التراب الجزائري قانونا لنفس الشروط التي يطلب توافرها فيه حين دخوله التراب الجزائري، والتي تمت الإشارة إليها، وهذا بعد انتهاء مدة إقامته المرخص له بها أو تخلف أحد أسبابها، كما يطلب منه الحصول على تأشيرة الخروج التي تسلم له من مصلحة الأجانب التابعة للولاية التي يوجد بها محل إقامته هذه الرخصة تسلم له عند إدلائه بالمستندات المطلوبة، وإرجاعه لبطاقة الإقامة التي سبق تمكينه بها، وبتقديمه الدليل على الوفاء بكل الالتزامات المفروضة بما فيها الالتزامات الجبائية المترتبة قانونا في جانبه، وكذا تسديده لرسم تأشيرة الخروج في شكل طابع جبائي¹.

1.2 - مغادرة الأجنبي غير المقيم الجزائري:

الأجنبي غير المقيم هو الأجنبي الذي تم تواجده بالجزائر أكثر من المدة الممنوحة له في التأشيرة القنصلية، ولمدة ثلاثة (3) أشهر بفضل اتفاقية المعاملة بالمثل أو لمدة ممنوحة بواسطة تأشيرة التمديد. فالأجانب الحاملون تأشيرة قنصلية يمكنهم مغادرة الجزائر قبل انتهاء مهلة ثلاثة (3) أشهر بتقديم جواز السفر ودون تقديم التأشيرة².

2 - الخروج اللإرادي:

الخروج اللإرادي هو إجراء يتخذ ضد الأجنبي غير مرغوب فيه داخل الإقليم الجزائري، ويتم من خلاله وضع نهاية لإقامة هذا الأجنبي على التراب الوطني وهذا يعد نتيجة لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، والخروج اللإرادي يكون بواسطة الإبعاد، أو الطرد، أو الترحيل³.

فقرار الإبعاد يتم إصداره في مواجهة الأجنبي المقيم بصورة نظامية إذا تبين أن تواجده هذا الأجنبي بالجزائر أصبح أمرا غير مرغوب فيه وتقرر للسلطات المعنية أن وجود هذا الأجنبي يشكل تهديدا للنظام العام أو لأمن الدولة، أو إذا صدر ضده حكم من القضاء الجزائري بعقوبة سالبة للحرية بسبب ارتكابه جُنحة أو جنائية، أو إذا لم يمثل للأمر الصادر ضده لمغادرة الإقليم الجزائري ضمن الأجل المحددة له للقيام بذلك، وقرار الإبعاد لا يتم تنفيذه في مواجهة الأجنبي المعني إلا بعد استنفاد طرق الطعن التي وضعها المشرع الجزائري في هذا الشأن من خلال المادة 31 من القانون 11/08⁴، فإذا تبث استحالة مغادرة الأجنبي التراب الجزائري يمكن لوزير الداخلية تحديد مكان إقامته في الجزائر لحين إمكان تنفيذ قرار الإبعاد الصادر له.

1 - الطيب زروتي: المرجع السابق، ص 352.

2 - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 312.

3 - الطيب زروتي: المرجع السابق، ص 352.

4 - المادة 1/31 من القانون 11/08، المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 08، والتي: "على أن الأجنبي يستفيد من مهلة تتراوح مدتها ما بين 48 ساعة إلى 15 يوم من تاريخ تبليغه بقرار الإبعاد من التراب الجزائري.

أما الطرد أو الترحيل إلى الحدود فهو إجراء يتخذ ضد الأجنبي المتواجد بصفة غير شرعية في البلد، لذا يعد قرار الطرد والترحيل جزاء لمخالفة الأجنبي نظم الدخول والإقامة الشرعية.

ويتخذ الخروج اللاإرادي من الإقليم الجزائري شكلين هما:

- حالة طرد وإبعاد الأجنبي من الإقليم الجزائري.

- حالة وضع الأجنبي في إقامة جبرية.

1 - تعريف حالي الطرد والإبعاد:

الإبعاد هو إجراء إداري تتخذه الدولة في حق الأجنبي المقيم على إقليمها لكي يغادره في أجل قصير وإلا أجبرته على ذلك وهو إخراج أجنبي من إقليم الدولة بغير رغبة منه، عندما يشكل وجوده أو نشاطه تهديدا للنظام العام في الدولة، أو لاستقلالها أو سيادتها.

أما الطرد فهو إجراء شرطي بحت يتم تحت إشراف الشرطة ويتخذ دائما شكل التدبير الأمني الحال والتقديري، ويعد الطرد إجراء أمنيا للحفاظ على الأمن العام ويكون الهدف منه حماية المصلحة العليا للبلاد¹، وطرده الأجنبي أو إبعاده عن إقليم الدولة يتخذ عدة حالات نص عليها المشرع الجزائري في القانون رقم 11/08 والتي تظم عدة حالات للطرد، هي:

- عندما يهدد الأجنبي النظام العام أو أمن الدولة وهذا ما نصت عليه 1/30 من القانون رقم 11/08².

- إذا لم يغادر الأجنبي الإقليم الجزائري وفقا للمادة 1/22 من نفس القانون في حالة سحب الإقامة منه أو في حالة عدم مغادرته الجزائر مدة 30 يوما دون تبرير أن ذلك كان بسبب قوة قاهرة حسب المادة 3/30 من نفس القانون.

ويمكن للأجنبي أن يستفيد حسب خطورة الفعل من مهلة تتراوح من 48 ساعة إلى 15 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بالقرار (م 2/31 من نفس القانون)³. ويقرر الوزير المختص حالة الطرد هذه كأصل عام وفقا للمادة 30 من نفس القانون، ويوصل إلى الحدود بقرار من الوالي المختص إقليميا (المادة 36 والمادة 42 من نفس القانون)⁴.

غير أنه يمكن للقاضي الاستعجالي أن يوقف تنفيذ قرار الطرد بسبب القوة القاهرة للأسباب التالية:

1 - مراد بسعيد: الإبعاد و/أو الطرد إلى الحدود في ظل قانون 11-08 (تعدد المقاربات ووحدة الهدف)، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح ورقلة الجزائر، يومي 21 و22 أبريل 2010، ص 229.

2 - المادة 1/30 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 07.

3 - المادة 30، 32، 7/31 و9/32 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 07، 08.

4 - المادة 36 والمادة 42 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 09.

1- أب أو أم الطفل المقيم في الجزائر إذا تبين أنه أو أنها تسهم في تعليمه وحاجاته (المادة 5/32 قانون 11/08).

2- الأجنبي القاصر وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 6/32 من نفس القانون).

3- الأجنبي اليتيم وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 7/32 من نفس القانون).

4- المرأة الحامل وقت اتخاذ قرار الطرد (المادة 9/32 من قانون 11/08).

2- حالة وضع الأجنبي في إقامة جبرية:

بتحليل المادة 1/37 من قانون رقم 11/08 نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للسلطات المعنية بإنشاء مراكز لإيواء الأجانب الموجودين في وضعيات غير شرعية ريثما يوصلون إلى الحدود أو إلى بلدانهم الأصلية. يتم وضع الأجنبي في مراكز بناء على قرار من الوالي المختص إقليميا لمدة تزيد عن 30 يوما قابلة للتجديد، إلى حين تكملة الإجراءات لتوصيله إلى الحدود أو إلى بلاده الأصلية وفقا لما نصت عليه المادة 2/37 من نفس القانون¹.

ويمكن وضع الأجنبي في إقامة جبرية في الحالات التالية:

01- الأجنبي الطاعن في قرار الطرد إذا رأت السلطات المعنية ذلك.

02- الأجنبي المعني بالطرد والذي يبرر عدم إمكانيته مغادرة الإقليم الجزائري فيوضع في إقامة محددة بقرار من الوزير المختص حتى يتمكن من ذلك.

03- الأجنبي العابر للإقليم الجزائري (المادة 2/34 من نفس القانون).

04- الأجنبي المطرود، والتي رفضت الشركة التي نقلته مرة أخرى ويكون مصاريف إقامته ومأكله على حساب الشركة التي نقلته إلى الجزائر (المادة 3/34 من نفس القانون)².

ب- جزاء مخالفة أحكام الخروج من الجزائر:

سبقت الإشارة إلى أن الخروج من الإقليم الجزائري يكون إما إراديا بعد انتهاء مدة إقامته وبعد إستكمال الإجراءات القانونية الناظمة لطريقة الخروج كما يكون خروجه من الإقليم الجزائري جبريا بحيث يجبر على الخروج في حالة مخالفته للناظمة القانونية بالجزائر ويكون هذا الجبر على الخروج، إما بقرار الطرد أو الإبعاد أو الترحيل، وعلى الأجنبي الذي صدر ضده هذه القرارات أن يسعى إلى تنفيذها سواء تعلق الأمر بقرار الطرد أو قرار وضع الأجنبي في إقامة جبرية، ويترب على ذلك جزاءات يتم تفصيلها على النحو الآتي:

¹ - المادة 2/37 قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، ص 09.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 311.

1- جزاء الامتناع عن تنفيذ قرار الطرد:

نص المشرع الجزائري على معاقبة الأجنبي الذي يمتنع عن تنفيذ قرار الطرد أو التوصيل إلى الحدود، ودخل مرة أخرى إلى الإقليم الجزائري دون تصريح بذلك؛ فتكون عقوبته الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات إلا إذا برر عدم إمكانيته الرجوع إلى بلده الأجنبي أو الذهاب إلى بلد آخر وفقا للإجراءات المعمول بها في اتفاقيات اللاجئين، واتفاقيات الأجانب بدون جنسية (المادة 42 من قانون 11/08) كما تقرر نفس العقوبة على الأجنبي الذي أخفى وثائق تنفيذ قرار الطرد أو التوصيل إلى الحدود على السلطات المختصة (المادة 3/42 من نفس القانون)¹.

2- جزاء الامتناع عن تنفيذ قرار الإقامة الجبرية أو مغادرتها دون إذن:

نص المشرع الجزائري على معاقبة الأجنبي الذي لم ينفذ قرار الإقامة الجبرية أو غادر مكان إقامته الجبرية وفقا للقانون الجنائي (المادة 43 من قانون 11/08)².

الفقرة الثالثة: الأحكام المتعلقة بتشغيل الأجانب وجزاء مخالفتها:

يعد تشغيل الأجانب من المواضيع المهمة في القانون الدولي الخاص، وخاصة أنه هناك علاقة بين العامل الذي يمكن أن يكون شخصا أجنبياً، ورب العمل الذي يكون من التراب الوطني لهذا تحكم هذه العلاقات أحكام خاصة، وفي حالة مخالفتها تفرض جزاءات.

أ- الأحكام المتعلقة بتشغيل الأجانب:

إذا كانت دراسة موضوع تشغيل الأجانب تكتسي أهمية على مستوى الاتفاقيات الدولية، والتشريعات العمالية المقارنة فإن أهمية هذه الدراسة تكتسي طابعاً آخر وخاصة مع تفتح الجزائر على العالم وهذا من خلال الاستثمارات الدولية من جهة، وجلب رؤوس الأموال الخارجية من جهة أخرى، وهذا التحول كله كرسه دستور 2016³، وبعد أن أصبحت الجزائر ورشة للشركات الأجنبية في العديد من القطاعات، وخاصة قطاع البناء الذي يشهد سيطرة اليد العاملة الأجنبية الصينية. وقد عملت الجزائر منذ الاستقلال على إصدار ترسانة من النصوص التشريعية والتنظيمية تتعلق بتشغيل الأجانب ومن بين هذه النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 21 يوليو 1966 متمم ومعدل بالأمر رقم 67-190 مؤرخ في 27 سبتمبر سنة

1967 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر.

- القانون رقم 81/10 المؤرخ في 11 يوليو 1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب⁴.

1 - المادة 3/42 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 09.

2 - المادة 43 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 09.

- الدستور الجزائري لسنة 2016، ج ر العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.³

4 - القانون رقم 81/10 المؤرخ في 11 يوليو 1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب ج ر العدد 28 الصادرة بتاريخ 14 يوليو 1981.

-المرسوم التنفيذي رقم 86-276 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 04/315 الذي يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية¹.

-المرسوم الرئاسي رقم 03-251 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر المعدل والمتمم للأمر 66-211 والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، وأخيرا القانون رقم 08/11 المؤرخ في 25/06/2008 والمتعلق بوضعية الأجانب.

ووقوفاً على دراسة تشغيل الأجانب لا بد من التطرق إلى الشروط التي يجب توافرها من أجل تشغيل الأجنبي والهيئات المخول لها مراقبة تطبيق الأحكام التشريعية المنظمة لتشغيل الأجانب والجزاءات المترتبة على مخالفة هذه الأحكام.

1- شروط تشغيل للأجانب:

يتوقف مزاولة العامل الأجنبي لنشاط مأجور في الجزائر على شروط وإجراءات جوهرية تضمنتها مختلف النصوص القانونية والتنظيمية منها القانون 81/10 والقرار 82/510 والقانون رقم 08/11 ومن هذه الشروط ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي.

1.1 - الشروط الموضوعية لتشغيل الأجنبي:

- أن يكون تشغيل الأجنبي وفقاً لاحتياجات التنمية الوطنية (المادة 01 من قانون رقم 81/10)².

- وجوب تمتع الأجنبي لمستوى تأهيل يساوي على الأقل المستوى التقني ما عدا حالة رعايا دولة أبرمت معها الجزائر معاهدة أو اتفاقية، وكذا الأشخاص الذين يتمتعون بصفة اللاجئ السياسي (المادة 3 من قانون 81/10)³.

- وجوب التصريح الصادر من هيئة صاحبة العمل لدى مصالح العمل المختصة إقليمياً بكل أجنبي يمارس نشاط مدفوع الأجر ويكون غير ملزم بجواز السفر.

- هذا ويضيف قانون العمل رقم 90/11 المتعلق بعلاقات العمل⁴ في مادته 21 شرطاً مفاده أنه يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وهذا يعني أن المشرع الجزائري سمح بتوظيف العمال الأجانب عند نقص

¹ - مرسوم رقم 86 - 276 مؤرخ 11 نوفمبر 1986، يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية ج ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 12 نوفمبر 1986 المعدل والمتمم

² - المادة 01 من قانون رقم 81/10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 947.

³ - المادة 3 من قانون 81/10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 947.

⁴ - قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ج ر العدد 17 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.

المؤهلات عند العمال الوطنيين، هذا ما أكدته المادة 8/05 من المرسوم 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب عندما نصت على عدم جواز تسليم رخصة العمل المؤقت للعامل الأجنبي إلا إذا كان منصب العمل المتوفر لا يمكن أن يشغله عامل جزائري سواء أكان عن طريق الترقية الداخلية أم عن طريق التوظيف الخارجي بما في ذلك اليد العاملة الوطنية.

- يجب على العامل الأجنبي أن يكون حائزا على الشهادات المهنية اللازمة، والمؤهلات المهنية للتوظيف الواجب شغلها وهذا ما نصت عليه المادة 3/5 من قانون 10/80.¹

- وجوب تمتع الأجنبي بالسلامة البدنية؛ لذا اشترط خضوعه للمراقبة الصحية التي تثبت توفر الشروط المحددة للتنظيم المعمول به.

1.2 - الشروط الشكلية لتشغيل العمال الأجانب:

يخضع عقد العمل في الجزائر مع أجنبي إلى شرطين شكلين يتمثلان في رخصة العمل المؤقتة وجواز العمل.

1.1.2- رخصة العمل المؤقتة:

هذه الرخصة تمنح للعمال الأجانب المدعوون لممارسة نشاط مدفوع الأجر ويكون هذا لمدة تقل عن ثلاثة أشهر أو تساويها ويتم عن طريق تحرير طلب معلل من الهيئة بعد أخذ رأي ممثلين، وهذه الرخصة لا يمكن تجديدها أكثر من مرة واحدة في السنة (المادة 08 من قانون 10/81).²

ويعفى من رخصة العمل المؤقتة العمال الأجانب المدعوون بصفة استثنائية للقيام بأعمال لا تتجاوز 15 يوما ودون أن يتجاوز حاصل مدة الحضور المجموعة 3 أشهر (المادة 09 من قانون 10/81) ويفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل ثلاثة (3) شروط لإعفاء العمال الأجانب من رخصة العمل المؤقتة، وهذه الشروط هي:

- أن يكون الأجانب مدعويين بصفة استثنائية من أجل القيام بأعمال. والطابع الاستثنائي لهذه الأعمال المطلوبة من أجل تدخل الأجانب يتم التأكد منه عن طريق وضع أساليب المراقبة (المادة 2/09 من قانون 10/81).³

- يجب أن لا تتجاوز هذه الأعمال 15 يوما.

- يجب أن لا يتجاوز حاصل مدة الحضور 3 أشهر.

1- المادة 3/5 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 05.

2- المادة 09 من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 948.

3- المادة 2/09 من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 948.

1.2.2- جواز العمل:

يمنح جواز العمل حسب المادة 11 من قانون 10/81 للأزواج الأجانب للمواطنين والمواطنات الجزائريين. ويتم منحه بشروط:

- يمنح جواز العمل بنفس الشروط والأشكال المتعلقة بتشغيل الأجانب، التي ذكرت سابقا حسب نص المادة 05 و06 (المادة 10 من قانون 10/81).

- لا يمكن أن تتجاوز مدة جواز العمل سنتين مع قابليته للتجديد (المادة 11 من قانون 10/81)¹.

- أن يكون المستفيدون من جواز العمل الأزواج الأجانب للمواطنين والمواطنات الجزائريين شريطة تقديم ما يثبت هذا الزواج الشرعي عن طريق وثائق الحالة المدنية، غير أن المشرع الجزائري في المادة 11 من نفس القانون² نص على إلزامية منح جواز العمل مع تجديده بقوة القانون لفئات معينة من الأجانب ذكرها على سبيل الحصر، وهم:

- الأرمال الأجانب من مواطنين ومواطنات جزائريين.

- المطلقون الأجانب من مواطنين ومواطنات جزائريين.

ولمّا نصّ المشرع الجزائري على ضرورة حصول هذه الفئات على جواز العمل بصفة إلزامية قيّده بشروط:

- أن تكون جنسية أبناء الأرمال والمطلقين الأجانب جزائرية.

- أن يكونوا مقيمين بالجزائر.

- أن يكون هؤلاء الأبناء تحت كفالة أو الحضانة المباشرة لهؤلاء الأجانب المطلقين والأرمال.

- يمنح كذلك جواز العمل لكل زوجة أجنبية يصاب زوجها الجزائري بعجز دائم يثبت قانونا.

3.1.2- الحصول على بطاقة مقيم:

يجوز للعامل الأجنبي الذي يرغب في الإقامة في الجزائر، بهدف ممارسة نشاط مأجور، الحصول على بطاقة مقيم لا تتعدى مدة صلاحيتها الوثيقة التي ترخص له بالعمل، غير أنه لا يمكن له الاستفادة من هذه البطاقة، إلا إذا كان حائزا على إحدى الوثائق الآتية: رخصة العمل - ترخيص مؤقت للعمل - تصريح بتشغيل عامل أجنبي بالنسبة للأجانب غير الخاضعين لرخصة العمل:

¹ - المادة 9، 10، من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 948.

² - المادة 11 من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 948.

وهكذا نلاحظ أن القانون الجزائري يشترط على الأجنبي الحصول أولاً على رخصة العمل، إذا كان يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة بالجزائر، وذلك عن طريق استخراج بطاقة مقيم. وأن امتلاكه رخصة العمل لا يعفيه من طلب الحصول على بطاقة مقيم، وهذا ما تؤكدته المادة 13 من المرسوم 1510/82.¹

1.2.4- التصريح بتشغيل الأجنبي:

يشترط القانون على كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل أجنبياً، أن يصرح به خلال 48 ساعة، لدى المصالح المختصة إقليمياً لوزارة العمل، وعند عدم وجود هذه المصالح لدى بلدية محل التشغيل أو محافظة الشرطة أو فرقة الدرك المختصة إقليمياً² كما يتعين على مستخدم الأجنبي أيضاً، أن يصرح بنفس الإجراء، عند إنهاء علاقة العمل. كما أن هناك التزاماً آخر ينبغي على الهيئة المستخدمة للعمال الأجانب أن تقوم به، وهو التصريح لدى مصالح العمل المختصة إقليمياً، بالقائمة الاسمية لمستخدميها الأجانب³ ويهدف هذا الإجراء إلى مراقبة العمالة الأجنبية ومدى استيفائها للشروط القانونية، فضلاً عن عدم مخالفتها للتشريع المنظم لتشغيل العمال الأجانب.

ب- رقابة العمال الأجانب:

تهدف رقابة العمالة الأجنبية إلى تمكين السلطات المختصة من مدى احترام الهيئات المشغلة لشروط تشغيلهم وعدم مخالفتها للتدابير والإجراءات المتعلقة بتشغيل العمال الأجانب، إضافة إلى عدم مخالفة العامل الأجنبي للترتيبات التي يقرها تشريع العمل.

ويمكننا أن نذكر من بين صور الرقابة ما ورد بالمادة 17 من القانون رقم 10/81 التي تلزم العامل الأجنبي أن يستظهر جواز أو رخصة العمل المؤقت للسلطات المختصة كلما طلبت منه ذلك. وقد تكرر هذا الالتزام في المادة 25 من القانون رقم 411/08، وكذلك وجوب إخطار مصالح العمل المختصة إقليمياً خلال 15 يوماً بنيته في نقض علاقة العمل وتوضيح الأسباب التي دفعته إلى مغادرة المنصب الذي يشغله⁵، وفي المقابل يتعين على الهيئة المستخدمة أن تُمكن الأعوان المؤهلين من كافة الوثائق والمستندات المرخصة لتشغيل الأجانب لديها عند

¹ - مرسوم رقم 510/82 المؤرخ في 25 ديسمبر 1982 يحدد كفايات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب ج ر العدد 56 الصادرة بتاريخ 28 ديسمبر 1982.

² - المادة 4 من القانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 947.

³ - المادة 17 من القانون رقم 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 06. ويلاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري استبدل جواز العمل برخصة العمل، وترخيص مؤقت للعمل مكان رخصة العمل المؤقت؛ والتي ورد النص عليهما بالمادة 4 من القانون رقم 10/81 متعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

⁴ - المادة 22 من القانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 949.

⁵ - من بين الشروط التي جاء بها القانون الجزائري، عدم تسليم جواز أو رخصة العمل المؤقت للعامل الأجنبي، إلا بعد التأكد أن منصب العمل لا يمكن أن يشغله عامل جزائري، وأن الأجنبي يحوز على الشهادات والمؤهلات المهنية اللازمة بتولي الشغل، وأن تتوفر فيه الشروط الصحية لممارسة العمل.

كل طلب، كما ينبغي أن تشعر مصالح العمل المختصة بكل نقض لعقد عمل لعمال أجني في ظرف 48 ساعة. وفي هذه الحالة يتعين على العامل الأجنبي المعني بالأمر أن يعيد جواز العمل أو رخصته للهيئة المستخدمة¹. وهناك أيضا آلية أخرى لمراقبة العامل الأجنبي؛ ويتعلق الأمر بإمكانية سحب جواز أو رخصة العمل المؤقت، وهي عقوبة إدارية؛ عندما يتبين أن المعلومات أو الوثائق المقدمة غير صحيحة، أو أنه يعمل في منصب آخر غير المنصب المحدد في الجواز أو الرخصة، أو أن المنصب الذي يشغله يمكن أن يشغله عامل جزائري، أو أن العامل الأجنبي غير مؤهل علميا للوظيفة الواجب شغلها، أو أنه لا يتمتع بالشروط الصحية لممارسة العمل².

ج- جزاء مخالفة الأحكام المتعلقة بتشغيل الأجانب داخل الجزائر:

إن مخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بتشغيل الأجانب داخل الإقليم الجزائري، يتم النظر إليها من زاويتين، الأولى: تتعلق بمخالفة رب العمل هذه الأحكام، والثانية: تتعلق بمخالفة الأجنبي نفسه، والتساؤل الذي يمكن طرحه هو ما مدى مساءلة العامل الأجنبي ورب العمل في حالة تجاوز أحدهما أو كليهما الأحكام الواردة في قوانين تشغيل العمال الأجانب.

1- جزاء مخالفة رب العمل للأحكام المتعلقة بتشغيل الأجانب:

إن المؤسسة أو الهيئة التي تشغل أجنبيا بصورة غير شرعية تعاقب بغرامة تتراوح بين 200.000 دج و800.000 دج حسب ما نصت عليه المادة 19 من قانون 10/81³، كما أن تشغيل الأجنبي مع تعريضه لإهانة إنسانية من طرف صاحب العمل، فإن الفاعل يعاقب من 5 إلى 10 سنوات سجن وبغرامة من 300.000 دج إلى 600.000 دج، وفقا لنص المادة 46/2 من قانون 11/08 والمادة 50 من نفس القانون.

2- جزاء مخالفة الأجنبي العامل للأحكام المتعلقة بالتشغيل:

حتى يعد الأجنبي عاملاً أو ممتهناً مهنة أو حرفياً شرعياً في الجزائر يجب عليه الحصول على تصريح بالعمل والخضوع لإجراءات للتمكن من ذلك وفق ما نصت عليه المادة 20 من قانون 11/08 وإلا يعد عاملاً غير شرعي في الجزائر، وبالتالي تكون عقوبته غرامة من 5000 دج إلى 200.000 دج (المادة 41 من نفس القانون) وتضاعف العقوبة في حالة العودة (المادة 1/41 من نفس القانون)⁴، كما تصادر الوسائل المستعملة في ذلك (المادة 2/41 من نفس القانون).

1 - المادة 18 من القانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 949.

2 - المادة 3/28 من القانون رقم 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 07.

3 - المادة 19 والمادة 20 من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 949.

4 - المادة 2/1/41 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 09.

الفرع الثاني: حقوق الأجنبي والتزاماته

نظمت البلاد الإسلامية في شريعته مركز الأجانب وكانت سبّاقة في هذا التنظيم على غيرها من التشريعات الأخرى، وقسمت الأجانب إلى قسمين: القسم الأول: المسلمين والذميين من أهل الكتاب من اليهود والنصارى والمجوس من العجم، والقسم الثاني: المستأمنين وهم الأشخاص الذين يدخلون الديار الإسلامية على غير نية الإقامة فيها فيطلبون الأمان المؤقت، فأقرت لكل هذه الفئات جملة من الحقوق والواجبات، وكذلك نظمت التشريعات الدولية الحديثة بما فيها الاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق الإنسان والتي لم تفرق الوطني والأجنبي في الحقوق الإنسانية التي يتطلبها وجوده البشري، وقد نصت على ذلك المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹.

أما التشريع الجزائري فقد نظم مركز الأجانب بمقتضى المادة 81 من دستور 2016²، فحياة الأجنبي في البلد المضيف تتطلب تمتعه بمجموعة من الحقوق التي تفرضها المواثيق الدولية خاصة فيما يتعلق باحترام حقوق الإنسان، ومنها ما تفرضه القوانين الداخلية للبلد المضيف، وكذا مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، وهذا كله يتمتع الأجنبي بالحقوق وتفرض عليه التزامات عليه احترامها.

البند الأول: الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي فوق الإقليم الجزائري:

يتمتع الأجنبي فوق الإقليم الجزائري بمجموعة من الحقوق المتعلقة به شخصيا، والتي يكتسبها بمقتضى الأحكام والتنظيمات التشريعية الخاصة بمركزه في الإقليم الجزائري، كما يتمتع كذلك بصفة استثنائية بحقوق اتفاقية نصت عليها الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر والبلد الأجنبي. وتتطرق بهذا الخصوص إلى الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي بمقتضى أحكام القانون الجزائري.

الفقرة الأولى: الحقوق السياسية:

من الحقوق المرتبطة بالحقوق السياسية حق الانتخاب وحق الترشح، فهذه الحقوق والالتزامات مقتصره على الوطنيين في البلد المضيف وليس للأجنبي حق الانتخاب ولا حق الترشح لهيئة النيابة العامة، والحصول على حق الانتخاب وحق الترشح يعد بمنزلة الولاء للبلد الذي يتحصل فيها الأجنبي على هذه الحقوق السياسية.

¹ - المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

² - المادة 81 من دستور الجزائري سنة 2016.

وقد نص قانون العضوية المتعلقة بالأحزاب السياسية¹ علي أن يكون مؤسس الحزب وأعضاؤه يتمتعون بالجنسية الجزائرية وألا يكون حائزا علي جنسية أخرى؛ فشرط الجنسية الجزائرية مع عدم ازدواجيتها يعد شرطا أساسيا للتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق الترشح وحق الانتخاب². وبذلك فقد اشترط المشرع الجزائري في الشخص الراغب في الترشح لرئاسة الجمهورية أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية الأصلية وفقاً للمادة 63 من دستور 2016.

ونفس الشرط المتعلقة بالجنسية الأصلية قد اشترط المشرع الجزائري سواء للبرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، الولائية والبلدية وفقاً لقانون الانتخابات³. حيث إن المشرع الجزائري لم يترك الفرصة للأجانب من أجل الترشح أو غيرها إلا في حالة اكتساب الجنسية الجزائرية.

وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي استبعد الأجانب المقيمين في فرنسا من المشاركة في الحياة السياسية؛ فالفرنسيون وحدهم ناخبون ومنتخبون في الانتخابات السياسية. باستثناء رعاية الجماعة الأوروبية الذين أعطتهم الحق في المشاركة في الانتخابات المحلية في الدولة الذي يقيمون فيها وهذا الموجب معاهدة ماستريخ حول الاتحاد الأوروبي⁴.

الفقرة الثانية: الوظائف العمومية:

إن الوظائف العمومية بصفة عامة تتطلب من الشخص الذي يريد الإلتحاق بها أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية وفقاً للمادة 74 من القانون العام للوظيفة العمومية⁵. أما الوظائف العسكرية فهي الأخرى تتطلب التمتع بالجنسية الجزائرية سواء بالنسبة لأفراد الجيش الاحتياطي وفقاً لقانون الخدمة الوطنية المؤرخ 15 نوفمبر 1974 العاملين وفقاً للقانون الأساسي لضباط الجيش الوطني الشعبي المؤرخ في 31/أكتوبر 1969، والقانون الأساسي لصف ضباط الجيش المؤرخ في 31 أكتوبر 1969.

وفيما يخص الوظائف المتعلقة بأمور سيادة الدولة، مثل القضاء الذي أشرطت فيها المشرع الجزائري للشخص الذي يريد الإلتحاق بها أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة لها وهذا طبقاً للقانون الأساسي للقضاة، وبالتالي فإن هذه الوظائف تقتصر فقط على الوطنيين دون الأجانب⁶.

¹ - قانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 فيفري 2012 يتعلق بالجمعيات ج ر العدد 02 الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2012.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 318.

³ - قانون عضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات ج ر العدد 50 الصادرة بتاريخ 28 غشت 2016.

⁴ - بيار ماير ، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقل: القانون الخاص الدولي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، بيروت، ص 864.

⁵ - أمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر العدد 46 الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

⁶ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 318.

ونفس الأمر يلاحظ على القانون الفرنسي الذي قصر الوظائف العامة على الوطنيين الفرنسيين فقط دون الأجانب، إلا فيما يخص مبدأ المعاملة بالمثل التي يمكن للأجنبي فيها ممارسة وظيفة عمومية مثل المحاماة مثلا¹.

كما قصر المشرع الفرنسي الوظائف على الوطنيين الفرنسيين فقط؛ لأنَّ الأجانب لا يتمتعون بروح الوطنية الفرنسية التي يتمتع بها الفرنسي تجاه بلده، غير أن المشرع الفرنسي قد فرض على المتشردين المقيمين في فرنسا القيام بالخدمة الوطنية؛ لأنَّ هؤلاء المتشردين ليس لهم بلد آخر يلجؤون إليه وهم ملزمون بالولاء لفرنسا وفكرة الخيانة مستبعدة عند هؤلاء الأجانب².

الفقرة الثالثة: الحريات العامة:

إن المواثيق الدولية حثَّت على جميع الدول احترام حقوق الإنسان والحريات العامة كحرية التفكير وحرية الرأي وحرية التدين التي نصت عليها المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وموازة مع هذه المادة فقد نص المشرع الجزائري في المادة 36 من دستور 2016. وبالنسبة لحرية التنقل فقد نصت عليها المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما نصت المادة في فقرتها الثانية التجول في العالم بالمغادرة من دولته أو حتى العودة إليها³.

وبالرجوع إلى المشرع فنجد أنه قد نص على حرية التنقل في القانون رقم 11/08 المتعلق بشروط دخول إقامة الأجانب وتنقلهم في الجزائر دون المساس بالسكينة العامة والأداب العامة، كما مكَّن المشرع الجزائري الشخص الأجنبي من اللجوء إلى القضاء للحصول على حقوقه، وهذا ما أكدته المادة 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁴، وبالرغم من هذه الحريات الممنوحة للأجانب فإنه يحق للدولة المضيفة أن تحد وتضيِّق منها إذا كانت تمس نظامها العام وأمنها الداخلي.

1- الحريات العائلية:

من بين هذه الحريات حرية الزواج وتكوين عائلة؛ حيث يمكن للشخص الأجنبي التزوج بإمراة وطنية، ونظمت التشريعات الوطنية حرية الزواج حتى لا تمنح إقليم الدولة للأجانب الإقامة والتوطن بسبب هذا الزواج، مع مراعاة الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة⁵ الجزائري فيما يتعلق بأركان الزواج وأهليته، وكذا الترخيص لمن يريد الزواج بزوجة ثانية.

¹ - بيار ماير، فانسان هوزيه ترجمة علي محمود مقل: المرجع السابق، ص 264، 265.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 318.

³ - زهير سناسني: قانون الأجانب في الجزائر، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 43.

⁴ - قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

⁵ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة ج ر العدد 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984 المعدل والمتمم.

كما أخضع المشرع الجزائري زواج الجزائري والجزائرية من أجنبية أو أجنبي لأحكام تنظيمية منها المادة 31 من قانون الأسرة؛ حيث يتأكد موثق العقود أو ضابط الحالة المدنية من توفر شرط الإقامة لهذا الأجنبي في دائرة اختصاصه ولا يمس هذا الزواج النظام العام.

ومن جهة أخرى وضع المشرع الجزائري ضوابط تحريمية كعدم زواج المسلمة بغير المسلم حسب المادة 30 من قانون الأسرة، كما وضع ضوابط إبطالية من جهة أخرى كإبطال المشرع الجزائري للزواج الأبيض المتمثل في التحايل على القانون سواء بهدف الحصول على إقامة في الجزائر أو الحصول على الجنسية الجزائرية؛ حيث نص المشرع الجزائري على معاقبة الشخص الأجنبي الذي يبرم عقد زواج مختلط بغرض الحصول على بطاقة الإقامة أو الجنسية الجزائرية بالحبس لمدة سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح من 50.000 دج إلى 500.000 دج ويعاقب الجزائري الذي يبرم عقد زواج بأجنبية من أجل الحصول على نفس الأغراض بنفس العقوبات (المادة 2/48 من قانون 11/08)¹.

وفي حالة ارتكاب مثل هذه الأفعال من طرف مجموعة منظمة فإن العقوبة تصل إلى 10 سنوات حبس وغرامة تتراوح من 500.000 دج إلى 2000.000 دج، وما عدا هذه الأوضاع فإنه يحق لكل جزائري أو جزائرية الزواج بأجنبي أو أجنبية².

2- الحريات الجموعية:

إن تكوين الجمعيات والقيام بنشاطاتها وفق القانون الجزائري يقتصر على الوطنيين دون الأجانب؛ فمن حق الوطنيين وحدهم تكوين هذه الجمعيات والقيام بنشاطاتها. وبالتالي فلا يجوز للأجانب تكوين أية جمعية مهما كان نشاطها، ولا يمكن لأية جمعية أن تنشط داخل التراب الوطني إلا في حالة وجود الاتفاقات الثنائية التي تبرمها الجزائر .

3- حرية وحق اللجوء:

يدخل ضمن هذا المجال الفئة الأولى من الأشخاص الطبيعيين الأجانب والذي يفرض على الدولة بفضل المواثيق الدولية كحق من حقوق الإنسان، وهذا ما نصت عليه المادة 1/14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³.

وقد انضمت الجزائر إلى معاهدة جنيف المؤرخة في 1951 الخاصة باللاجئين في 25 جويلية 1963، ومعاهدة نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 194 الخاصة بالأشخاص بدون جنسية في 08 جوان 1964. والتي نصت على حماية الأجنبي الموجود فوق الإقليم الجزائري في شخصه وماله. ومن خلال الاتفاقيات المصدق عليها

1 - المادة 2/48 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 10.

2 - المادة 3/48 من قانون 11/08 المتعلق بدخول وخروج إقامة الأجانب، ص 10.

3 - زهير سناسني: المرجع السابق، ص 47.

من طرف الجزائر وكذا من خلال دستور 2016 يتبين حق الأجنبي في اللجوء إلى الإقليم الجزائري سواء أكان يتمتع بجنسية والمعتبر لاجئاً سياسياً أم لا يتمتع بجنسية والمعتبر بدون جنسية، مع مراعاة النظام العام والسكينة العامة وأمن البلاد ومصالحها الوطنية¹.

الفقرة الرابعة: الحقوق الاجتماعية:

إن إقامة الأجنبي بصفة شرعية في أي بلد تكفل له نفس الحقوق التي يتمتع بها الوطني كالتمتع بالخدمات العمومية كالتعليم وخدمات الضمان الاجتماعي، والمساعدات العائلية، والتعويض عن حوادث العمل فيما يخص تشغيل الأجانب، والمساعدات الاجتماعية كالمساعدة الصحية ومنح التقاعد والمساعدة القضائية. وتعد هذه الحقوق من قبيل الحقوق التي تدخل ضمن حقوق الإنسان عامة² والتي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والتي انضمت إليها الجزائر بتاريخ 16 مايو 1989.

الفقرة الخامسة: الحق في الملكية الفكرية:

ينقسم الحق في الملكية الفكرية إلى قسمين: قسم يتعلق بالحقوق الأدبية والفنية، وقسم يتعلق بالملكية الصناعية.

1 - الحقوق الأدبية والفنية:

الملكية الأدبية والفنية تعد حقاً من حقوق الإنسان قبل أن تكون حقاً من حقوق المواطن وهذا ما تضمنته المواثيق الدولية لمعاهدة برن لسنة 1886، ومعاهدة جنيف لسنة 1952، ومعاهدة روما لسنة 1961، إضافة إلى اتفاقية مراكش لسنة 1994 التي تقر هذه الحقوق للأجانب والوطنيين على حد سواء، وقد انضمت الجزائر لاتفاقيات حماية حق المؤلف، مثل الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف بتاريخ 05 جوان 1973، واتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو) سنة 1975، وحماية الأعمال الأدبية والفنية مثل اتفاقية برن حول حماية الأعمال الأدبية والفنية بتاريخ 13 سبتمبر 1997.

هذا وقد قامت الجزائر بتنظيم العديد من التشريعات الخاصة بالحقوق الأدبية والفنية منها الأمر 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

2- الملكية الصناعية:

تعد الملكية الصناعية من الحقوق الإنسانية التي تحميها المواثيق الدولية، مثل اتفاق التعاون في ميدان براءات الاختراع الذي صدقت عليه الجزائر بتاريخ 15 أبريل 1999، واتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الذي صدقت عليها الجزائر سنة 1966، واتفاق التعاون بشأن البريات سنة 2000، كما صدقت الجزائر على

¹ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 226.

² - المواد من المادة 6 إلى المادة 27 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

اتفاق مدريد المتعلق بالتسجيل الدولي للعلامات سنة 1972، واتفاق لشبونة لحماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي الذي صدقت عليها الجزائر سنة 1972.

وقد نص المشرع الجزائري على الملكية الصناعية في العديد من التشريعات مثل الأمر 86/66 المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعي، بالإضافة إلى الأمر 65/76 المؤرخ في 16 جويلية 1976. المتعلق بتسميات المنشأ، والأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية ومعاهدة روما لسنة 1961 بالإضافة إلى الأمر الصادر سنة 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، والأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات¹.

الفقرة السادسة: حق الإيجار

مهما كانت طبيعة الإيجار سواء أكان إيجار مسكن أم إيجار محل مهني فإنه يعد حقاً من حقوق الشخص الأجنبي يتمتع به فوق إقليم أية دولة يقيم فيها. فإن كان الأجنبي يتمتع بحق العمل أو امتحان أية حرفة أو مهنة حرة فمن باب أولى أن يحصل على محل من أجل القيام بنشاطه وبالإيواء إذا توافرت فيه شروط العمل كالحصول على تصريح بالعمل وشروط الإيواء إذا حصل على بطاقة الإقامة وفقاً لأحكام القانون 11/08. غير أن حق البقاء أو الإخلاء من السكن مخصص للوطنيين فقط كحق مدني.

الفقرة السابعة: حق التوطن:

الشخص المتوطن هو الشخص الأجنبي الذي يتمتع بقسط كبير من الحقوق كحق العمل مقارنة بالأجنبي غير المتوطن، وحق ممارسة التجارة وحق مزاولة المهنة. ولا يمكن للشخص الأجنبي أن يتوطن في إقليم دولة ما حتى يصدر إذن يسمح له بالتوطن².

الفقرة الثامنة: حق التملك:

بخصوص حق تملك الأجنبي للأشياء يمكن أن ينصب على المنقولات أو العقارات، كما يمكن أن ينصب على الملكية الفكرية. فيجوز للأجنبي أن يملك المنقولات عن طريق الشراء، أما بخصوص بيعه لهذه المنقولات فإن هذا الأمر متعلق بأهمية الموضوع بالنسبة للتأثير على أهمية الاقتصاد؛ ففي هذه الحالة يتطلب الأمر الحصول على ترخيص من وزارة المالية وفقاً للمادة الثانية من المرسوم رقم 32/72 المؤرخ في 21 جانفي 1972³. فالشخص الأجنبي، كما سبق أن أشرنا إلى تملكه للحقوق الأدبية والفنية والحق في تملك الملكية الصناعية، يحق له ذلك وفقاً للقواعد العامة.

إن حق تملك العقارات مقتصر على الجزائريين فقط دون الأجانب، سواء تعلق الأمر بتملك العقارات الخاصة بالسكن أو بالمهنة أو بالتجارة أو بالحرفة، وسواء كان ذلك عن طريق التنازل (المرسوم رقم 32/72

¹ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 323، 325.

² - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 326.

³ - ISSAD (M) : op cit p :185

المؤرخ في 21 جانفي 1972) أو عن طريق الشراء (المادة 5 و07 من قانون رقم 10/81 المؤرخ في 07 جانفي 1981)¹.

الفقرة التاسعة: حق التقاضي:

يعد حق التقاضي حقًا مكرسًا للفرد بصفة عامة سواء كان وطنيًا أو أجنبيًا بموجب اتفاقيات حقوق الإنسان، فمن حق الأجنبي اللجوء إلى القضاء عن طريق محاكم الدولة التي يوجد فيها هذا الأجنبي وإنكار هذا الحق بالنسبة له يعد إنكارًا للعدالة .

وقد نص المشرع الجزائري على حق الأجنبي ونظمه بموجب المادة 41 والمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص بالدعاوى المرفوعة من الأجانب أو ضدهم، سواء كان العقد في الجزائر أو في دولة غيرها فيمكن للمحاكم الجزائرية أن تنظر في النزاع شريطة أن يكون طرف من الأطراف جزائريًا. إضافة إلى أن المشرع الجزائري عالج النزاعات المختلطة التي يكون أطرافها أجنب مع جزائريين سواء كان موضوعها العقود أو الأحوال الشخصية وفق ما جاء في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24.²

الفقرة العاشرة: ممارسة نشاطات مهنية:

سبق أن تطرقنا إلى الأشغال التي يقوم بها الأجنبي المتواجد في الإقليم الجزائري، فقيامه بممارسة أي نشاط أو مهنة مرهون بقيود نظمها المشرع الجزائري في قانون 11/08 المذكور سابقا كالحصول على ترخيص بالإقامة تصريح بالعمل أو تصريح بالعمل المؤقت، والذي تمنحه له الوزارة المعنية (المادة 17 من نفس القانون). وقد وضع المشرع الجزائري نموذج وخصائص التصريح بالعمل المؤقت (القرار المؤرخ في 26 أكتوبر 1983)³. وفي حالة مخالفة هذه الأحكام من طرف الأجنبي أو المستخدم تسلط عليه عقوبات جزائية.

البند الثاني: واجبات الأجنبي فوق الإقليم الجزائري:

إن تمتع أي فرد في المجتمع بجملة من الحقوق تقابله دائما إلزامه بجملة من الواجبات وكذلك الحال للأجنبي المتواجد فوق الإقليم الجزائري؛ فيجب أن يوفي به تجاه الدولة، ومن أهم تلك الواجبات عدم عقد الاجتماعات العامة أو إنشاء الجمعيات ذات الأغراض السياسية، وعدم إتيان أي فعل يضر بالصالح العام أو ممارسة الأفعال المخلة بالأداب العامة أو أي فعل مناهض لسياسة الدولة العليا، كما لا يجوز لهم التجسس لصالح دولتهم أو أية دولة أخرى.

¹ - المادة 5 والمادة 7 من قانون 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ص 146.

² - المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

³ - ISSAD (M) . op cit p193

الفقرة الأولى: احترام قوانين الدولة ونظامها العام والخضوع لسلطاتها:

تحرص كل دولة على وضع نظام قانوني فعال تضمن به أمنها القومي وسلامتها الداخلية، ومن الطبيعي أن يخضع لهذا النظام كل من يتواجد على إقليم الدولة سواء كان من الوطنيين أو من الأجانب، وإلا أدى ذلك إلى تقلص فعالية هذا النظام¹.

فالقانون وُضِعَ لكي يُطبق على الجميع دون تمييز، وبالتالي يخضع الأجانب لجميع القوانين السارية في البلاد، ويلتزمون باحترامها وعدم مخالفتها وإلا تعرض المخالف للمساءلة القانونية. ويرتبط بهذا الالتزام ضرورة الخضوع التام للسلطات القائمة في دولة الإقامة.

إذن فمن القواعد المسلّم بها في القانون المقارن أن الأجانب ملزمون، شأنهم في ذلك شأن الوطنيين، باحترام القوانين واللوائح المعمول بها في الدولة التي يتواجدون على إقليمها، كما يجب ألا يتضمن معاملاتهم وسائر تصرفاتهم خروجًا عن قوانين تلك الدولة.

وكذلك يجب أن يخضع الأجانب، كالوطنيين، لسلطات الدولة القضائية والإدارية. وأصبح واجبًا على الأجانب احترام القوانين واللوائح الوطنية، وبمكانة مبدأ عام لا يرد عليه استثناء إلا فيما يتعلق بما يقره العرف الدولي من عدم خضوع أعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي للسلطات القنصلية والإدارية المعتمدين لديها.

الفقرة الثانية: التكاليف المالية (أداء الضرائب):

الأصل هو المساواة بين الوطنيين والأجانب في تحمل التكاليف الماليّة والتعبئة المدنيّة، ويقصد بالتكاليف الماليّة: الأعباء التي يتحملها الأجنبي في ماله كالضرائب والرسوم والجمارك، والقاعدة المقررة في هذا المجال في القانون الجزائري هي أن الأجانب متى توفرت فيهم شروط الخضوع لتلك التكاليف يلتزمون بأدائها كالوطنيين سواء بسواء.

والعلة في ذلك أن الأجنبي يستفيد كالوطني من المرافق العامة للدولة، كما أنّ الدولة الإقامة تمثل مصدر دخل الأجنبي طوال إقامته، وكذلك هي موقع المال الخاضع للضريبة، فمثلا إذا مارس تجارة أو مهنة حرة يوجب عليه دفع ضرائب الخدمات التي تقدم له من طرف المرافق العامة للبلاد بحيث يخضع للنظام الجبائي العام فتفرض عليه ضريبة مباشرة².

¹ - عبد المنعم زمزم: مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2005، ص356.

² - محمد سعادي: مرجع سابق، ص330.

المطلب الثاني: مركز الشخص المعنوي الأجنبي

يؤدي الشخص المعنوي دورًا مهمًا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية على المستوى الداخلي، وتزداد أهمية هذا الدور على المستوى الدولي على حسب طول عمر هذا الشخص من جهة والإمكانات الضخمة التي تتوافر لهذا الأخير في الوقت الحاضر من جهة أخرى، ويثار التساؤل في هذا المقام أيضًا عن مدى تمتع الشخص المعنوي بالجنسية؟ وكذا تمتعه بالمواطن يعدان ضابطين يتحدد بموجبهما القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، كما أنهما ضابطان يتحدد بموجبهما الاختصاص الدولي للمحاكم.

الفرع الأول: القواعد العامة التي تحكم الأشخاص المعنوية العامة وتصنيفاتها

يدخل ضمن دراسة القواعد العامة التي تحكم الأشخاص المعنوية العامة معرفة مفهوم الشخص المعنوي، ومدى تمتعه بالجنسية، وكذا إمكانية تغيير الشركة لجنسيتها.

البند الأول: مفهوم الشخص المعنوي ومدى تمتعه بالجنسية:

الفقرة الأولى: مفهوم الشخص المعنوي:

سبق القول أن الشخصية المعنوية هي صفة يضيفها القانون على مؤسسة أو هيئة أو شركة، وقد قسم الفقه الأشخاص المعنوية إلى قسمين، قسم يشمل الأشخاص الاعتبارية العامة كالدولة وتفرعاتها الإقليمية، والعضوية، والقسم الآخر يشمل الأشخاص الاعتبارية الخاصة كالشركات والجمعيات والمؤسسات¹.

ويقصد بالشركة هي تلك الشركات العابرة للأوطان، مثل الشركات المتعددة الجنسيات التي تتحكم عليها الخضوع لتنازع القوانين في ممارساتها لنشاطاتها. والمقصود بالشركات المتعددة الجنسيات هي الشركات الصناعية التي تنتج وتبيع منتجاتها في أكثر من دولة².

الفقرة الثانية: مدى تمتع الشخص المعنوي بالجنسية:

قبل التطرق إلى معرفة مدى تمتع الشركة بالجنسية لا بد أولاً من دراسة مفهوم جنسية الشركة.

1- تحديد مفهوم جنسية الشركة:

جنسية الشركة هي الرابطة القانونية التي تربط الشركة بدول معينة والتي على أساسها تعد الأولى منخرطة في الاقتصاد الوطني للثانية؛ الأمر الذي يؤدي إلى خضوع هذا الشخص لسيادة الدولة المعنية والإفادة من حمايتها.

كما أنها تعد العلاقة القانونية القائمة بين الشركة ودولة معينة بمقتضاها تعد الشركة مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة المرتبطة بها فتخضع لسيادتها وتمتع بحمايتها. لقد انقسم الفقه بين مؤيد ورافض

¹ - ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري، مطبوعات لباد، ط3، الجزائر، 2006، ص ص 83، 84.

² - عثمان يقينش، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2012، ص 72.

للفكرة ولكن في النهاية حسم القضاء والتحكيم الدوليين ذلك وهو يتمتع الشركة بالجنسية وبالشخصية القانونية¹.

لقد اعترف القضاء للشركة بالشخصية القانونية وبكل حقوقها سواء من طرف القضاء الوطني أو القضاء الدولي. فقد أيد القضاء الوطني تمتع الشركة بالجنسية مثلما فعل مجلس الدولة الفرنسي بقرار 23 أبريل 1939 في قضية البنك المغربي ومحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1946، والمحكمة المعنية التابعة للأسان la seine الفرنسية بتاريخ 12 مارس 1971، ومحكمة النقض الفرنسية بقرار 30 مارس 1971، والمحكمة المدنية الفرنسية للأسان بتاريخ 18 أبريل 1972.

أما بالنسبة القضاء الدولي فهو الآخر أيد تمتع الشركة بالجنسية بموجب القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 26 مارس 1925، وكذا القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية مافروماتيس سنة 1928².

2- تصنيفات الأشخاص المعنوية:

2.1- مركز الشركة المتعددة الجنسية:

في هذه الحالة يمكن أن تتمتع الشركة بجنسيتين لدولتين مختلفتين؛ أي تستند على معيار ارتباط الشركة كمعيار التأسيس ومعيار المقر الإداري الرئيس، وفي هذه الحالة هناك فرضيتان:

الفرضية الأولى: إذا كان القاضي ينتمي إلى إحدى جنسيتي الشركة فهنا يطبق قانون الوطني على الشركة؛ وبهذا يتمتع بكل الحقوق التي يعطيها قانون الوطني³.

الفرضية الثانية: إذا كان القاضي أجنبيا فإن الفقه الراجح أعطى للقاضي سلطة تقدير أي قانون يأخذ به وأي الجنسيتين هي الجنسية الفعلية وتكون الأفضلية والترجيح في تحديد جنسية القانون الواجب التطبيق قانون جنسية الدولة، التي ترتبط بها الشركة من الناحية الاقتصادية.

في هذه الحالة قد اقتبس الفقه الأخذ بالجنسية الفعلية للشركة من خلال الجنسية الفعلية التي ينتمي إليها الشخص الطبيعي المتعدد الجنسيات في قضية نوتوبوهم سنة 1955، وقد رأى الفقه أن يعتد بالجنسية التي تربط الشركة بدولة معينة فعليا فتضفي عليها هذه الدولة الحماية الدبلوماسية، وتحرم الأخرى من هذا

¹- بكاي محمد رفيق: أثر نشاط الشركات المتعددة الجنسيات على البيئة، مذكرة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم الجزائر، 2015، 2014، ص 50.

²- محمد سعادي: المرجع السابق، ص 342.

³- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، دار هومه، ط10، الجزائر، 2008، ص 81.

الحق، وقد تبعتها القضاء الدولي في قضية برشلونة تراكش سنة 1970، حيث اعتمدت المحكمة جنسية التأسيس الكندية وليس جنسية مراقبي الشركة البلجيكيين الذين يملكون أكثر الأسهم في الشركة المذكورة¹.

2.2- مركز الشركة المنعدمة الجنسية:

تعامل الشركة المنعدمة الجنسية معاملة الأجانب في أية دولة وجدت فيها، كما أنها تحرم من الكثير من المعاملات كالتعامل في إطار الاتفاقيات الدولية التي تبرمها دولة الشركة مع غيرها من الدول التي تعطي بعض الحقوق لشركات الدولة المعنية بالاتفاقيات الدولية المبرمة بينها وبين هذه الدولة، كما تحرم من الحماية الدبلوماسية التي تضيفها دولة الشركة على شركاتها العامة بالخارج.

البند الثاني: تحديد جنسية الشخص المعنوي وفقا للقانون الجزائري:

تثير مسألة البحث في جنسية الشركة وفقا للقانون الدولي الخاص إشكالات قانونية مهمة تتعلق ببيان القانون الذي يحكم تغيير جنسية الشركة وبعده التصدي للحالة التي يتم فيها إنشاء شركة طبقا لقانون الدولة التي تقوم الشركة بإنشاء فروع ومكاتب أو وكالات بدول أجنبية، وكذا التصدي لتلك الحالة التي تقوم فيها شركة ما بإنشاء ما اصطلاح عليه: الشركات الوليدة.

الفقرة الأولى: تحديد القانون الذي يحكم تكوين الشركة وبيان مجال أعماله وحالة تغير جنسية الشركة:

1- تبيان القانون الذي يحكم تكوين الشركة:

لقد اختلف الفقه حول تحديد معايير ثبوت جنسية الشركة، منها:

- المعيار الأول: معيار جنسية المكونين للشركة أو معيار المراقبة:

يقوم هذا المعيار على أساس أن الشخص المعنوي يتبع في إرادته أشخاصا طبيعيين فيوجهونه سياسيا حسب مصالحهم وأهدافهم الوطنية بالرغم من استقلالته المالية وشخصيته القانونية².

وقد استند الفقه في الغالب في ذلك إلى أن جنسية الشركة تبقى بعد إنشائها مستقلة عن جنسية الشركاء الكونين لها، وأن هذا الاستقلال يضمن للشركة استمرارها كلما تغيرت جنسية الشركاء فيها³.

¹- بكاي محمد رفيق: المرجع السابق، ص 58.

²- محمد سعادي: المرجع السابق، ص 349.

³- حبار محمد: المرجع السابق، ص 333.

- المعيار الثاني: قانون مكان إنشاء الشركة l'incorporation

هو المعيار الذي يعتمد على مكان الشركة، والذي اعتمد على القاعدة اللاتينية التي تأخذ بتطبيق قانون محل الإبرام على شكل التصرف القانوني، ويرى بعضهم أنّ معيار الإنشاء أو التأسيس يعود أصلاً إلى المبادرات التي جاءت بها الهيئات الدولية كمؤتمر الشركات المنعقد في باريس سنة 1889، ولجنة خبراء القانون الدولي في تقريرها المقدم إلى عصبة الأمم سنة 1927.

وقانون الدولة هو دائماً قانون إنشاء أو إدماج الشخص المعنوي الذي يحدد شكلية المنح (كالتسجيل والإشهار) الذي تم تأسيس الشركة فوق إقليمها هو الذي يمنح هذه الأخيرة شخصيتها المعنوية؛ وبالتالي شخصيتها القانونية فتكتسب شخصيتها من هذه الدولة التي أسست فوق إقليمها ومن خلال نظامها القانوني وهو الموقف الذي دافع عنه الفقيه بيلي.

- المعيار الثالث: ممارسة الاستغلال:

وكان ممارسة النشاط هو الذي تتجسد فيه المصالح الاقتصادية والبشرية الحقيقية للشخص المعنوي وتكون رابطة الجنسية بموجبه حقيقية.

- المعيار الرابع: معيار المقر الإداري الرئيس:

يراد بمركز الإدارة الرئيس: المكان الحقيقي والفعلي لأجهزة الشخص المعنوي. والمركز الإداري الرئيس يشكّل العقل الموجّه لنشاط الشخص المعنوي؛ فهو المكان الذي تتمركز فيه الحياة القانونية للشركة والذي تسير فيه أمورها الحقيقية والتي يوجد فيه أجهزتها الرئيسة (مجلس الإدارة، وهيئات الرقابة، وانعقاد الجمعيات العمومية)¹.

2- موقف المشرّع الجزائري من معايير المركز القانوني للشركة كشخص معنوي:

أخذ المشرّع الجزائري بمعيار الاستغلال أو النشاط كمعيار لتحديد جنية الشركة والقانون الواجب التطبيق عليها. فقد نصت المادة 2/50 من القانون المدني على أن الشركات التي مركز إدارتها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعد مركزها في القانون الجزائري في الجزائر. وأكدت المادة 3/10 من القانون المدني على خضوع الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها في الجزائر للقانون الجزائري، وهذا ما أقرته المادة 2/557 من القانون التجاري الجزائري² التي تُخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للقانون الجزائري³.

¹ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 358، 359.

² - أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج ر العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

³ - ISSAD (M) op cit 214/215.

وبالتالي فإن نظام الشركة الأجنبية القانوني من تأسيس وطريقة الإسهام فيها واتخاذ القرارات تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإداري الرئيس، بينما تخضع في نشاطاتها والعمليات التي تقوم بها ميدانياً لقانون الدولة التي تمارس فيها هذه النشاطات، فكانت الشركة الأجنبية تنشط في الجزائر ومن ثمّ فهي تخضع للقانون الجزائري، وبالخصوص القانون التجاري الجزائري وغيره من القوانين التي تسيّر الاستثمارات والأعمال¹.

وقد أخضع المشرع الجزائري الشركة الأجنبية التي لها مركز إداري بالخارج وتمارس نشاطا في الإقليم الجزائري إلى القيد في السجل التجاري، كما أخضع أيضا ممثلي الشركة الأجنبية إلى نفس القيد في السجل التجاري وهذا ما نص عليه القانون التجاري.

الفقرة الثانية: بيان مجال أعمال قانون مركز إدارة الشركة:

إن الهدف من تحديد مركز إدارة الشركة الحقيقي والفعلي هو معرفة القانون الذي يحكم المسائل المختلفة التي تتعلق بتكوين هذه الشركة ولحكم كل ما يتعلق بمسألتها وحلها وتصفيته، إضافة إلى مسألة توزيع الحصص التي كانت تتكون منها الشركة قبل أن يتم حلها، ومن أجل تحقيق مبدأ وحدة القانون الذي يحكم كل المسائل المتعلقة بالشركة فقد استقر العمل على مد مجال أعمال هذا القانون لحكم كل ما يتعلق بمداوات الجمعيات العامة للشركة، ولكيفية إسقاط صفة الشريك في الشركة، ولبين القواعد التي تحكم ضبط علاقة الشركة بمسيريها، وكذا المسألة المتعلقة بحل الشركة وما يترتب عليها من آثار قانونية.

وإذا كان تطبيق قانون مركز الشركة الرئيس والفعلي يبقى المبدأ العام فإن ذلك لا يمنع من وجود قيود قد ترد على مجال أعمال هذا القانون، فيمكن أن تنازعه قوانين أخرى تتحدد هنا إما بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع أو بقانون موقع العقار أو بقانون محل ارتكاب الفعل الضار من الشركة بصفته شخصا اعتباريا، كما أنه قد ينازعه القانون الذي يحكم إفلاسها مع وجوب تطبيقنا للقانون الجزائري كلّما تعلق الأمر بالتصريح بإفلاس فرع يمارس نشاطه في الجزائر حتى لو كان هذا الفرع يتبع شركة يوجد مركز إدارتها الرئيس والفعلي خارج الجزائر.

الفقرة الثالثة: حكم حالة تغيير جنسية الشركة:

هناك طريقتان لتغيير جنسية الشركة، فقد تتم بنقل إرادي لمركز إدارة الشركة، وقد يتم نتيجة تغيير يلحق سيادة الدولة التي يوجد بها مركز إدارة الشركة².

¹- محمد سعادي: المرجع السابق، ص 359.

²- حبار محمد: المرجع السابق، ص 337، 338.

- الطريقة الأولى: نقل إرادي لمركز إدارة الشركة:

في هذه الحالة تفرق الفقه إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: يرى وجوب حل الشركة الأصلية والعدول عنها لتكوين شركة جديدة محلها، طبقاً لقانون الدولة التي يتم نقل مركز إدارة هذه الشركة. ومعنى ذلك أنه يجب حل الشركة القديمة وإنشاء شركة جديدة. وقد قال أغلب الفقهاء بهذا الاتجاه مثل الفقيه بيللي ونيبواي وهامل ولاغار¹.

- الاتجاه الثاني: يرى أنه لا مانع في احتفاظ هذه الشركة بجنسيتها الأصلية ولكنها تصبح خاضعة للقانون الدولي للدولة التي يتم نقل مركز إدارتها إليها.

ومن أجل اتباع هذا الرأي لا بد من التأكيد بداية من أن هذه الشركات نشأت طبقاً لقانون الدولة السابقة مع وجوب مراعاة كل التعديلات الضرورية المطلوبة لقيام هذه الشركة في ظل قانون الدولة التي انتقلت إليها لتصبح بذلك متماشية مع الأحكام المسطرة في قانون الدولة الجديدة، فإذا لم يتم مراعاة الأحكام الواردة في قانون الدولة الجديدة بصفة كلية أو جزئية فإن ذلك سيؤدي إلى حل الشركة إلا إذا تم تسوية قانونها الأساسي بما يتماشى وأحكام قانون الدولة الجديدة التي إنتقلت إليها هذه الشركة.

- الطريقة الثانية: تغيير جنسية الشركة بسبب حق سيادة الدولة التي تسبق إنشاء الشركة بها:

في هذه الحالة يكون للشركة مركز إدارة بإقليم تابع لسيادة دولة ما ثم أصبح هذا الإقليم خاضعاً لسيادة دولة أخرى، وهو ما حدث في الكثير من الدول الإفريقية التي كانت خاضعة للاستعمار وبعد استقلالها، ويكون حل هذا الإشكال عن طريق إبرام اتفاقية بين دولتين، غير أن هذا الحل قد لا يعتمد في كثير من الحالات، وهو ما حدث مثلاً عندنا؛ إذ أنه لم يتم التصدي له في اتفاقية إيفيل². وبعدها قررت محكمة النقض الفرنسية أن الشركات الموجودة في الجزائر تحتفظ بجنسيتها الفرنسية (قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1971)³.

¹ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 346.

² - حبار محمد: المرجع السابق، ص 336.

³ - محمد سعادي: المرجع السابق، ص 347.

الفقرة الرابعة: حكم الفروع والمكاتب والوكالات التابعة لشركة أجنبية وحالات الشركات الوليدة وحكم الجمعيات والمؤسسات:

1- حكم الفروع والمكاتب والوكالات التابعة لشركة أجنبية وحالة الشركات الوليدة:

يتخذ حكم الفروع والمكاتب والوكالات التابعة لشركة أجنبية وكذا حالة الشركات الوليدة صورتين، إما أن تنشأ شركة وفق قانون دولة ما ثم تقوم هذه الشركة بإنشاء فروع أو مكاتب أو وكالات تابعة لها بدول أجنبية. وإما أن يتم إنشاء شركة بدولة ما ثم يتم ما اصطلح على تسميته: الشركات الوليدة.

- الصورة الأولى عندما تقوم شركة، يتم إنشاؤها وفق قانون دولة ما، بإنشاء فروع تابعة لها بدول مختلفة عن الدولة التي يوجد بها مقرها الرئيس. ففي هذه الحالة لا يجري البحث عن مسألة الاعتراف بالشركة الأجنبية وإنما يجري البحث حول تحديد القانون المؤهل لحكم نشاط هذه الفروع والمكاتب والوكالات بالمعاملين معها، إضافة إلى تحديد المحكمة المؤهلة قضائياً للفصل في كل نزاع قد يطرأ بشأن كل نشاط يصدر من هذه الفروع والمكاتب والوكالات التابعة لشركة أجنبية.

وإذا جرت مثل هذه المسائل بالجزائر فيجب حتى تتمكن هذه الفروع والمكاتب والوكالات من ممارسة نشاطها بالجزائر فإن ذلك يقتضي منها الحصول على موافقة مسبقة من المصالح المختصة بالجزائر بصفتها الدولة المستقبلية لها.

كما يجب على هذه الفروع والمكاتب والوكالات أن تبقى ملزمة بمراعاة كل الأحكام القانونية الأمرة السارية المفعول بالجزائر، وكذا قوانين البوليس السارية المفعول بالجزائر، ومعنى ذلك أنه لا يمكن لهذه الفروع والمكاتب أن تمارس نشاطها بالجزائر إلا إذا استوفت شرط القيد المسبق بمصالح السجل التجاري، على أنه يلزم التسجيل على إلزامية الوجوب¹:

1- كل مقاوله تجارية يكون مقرها بالخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعاً أو أية مؤسسة أخرى.

2- كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطاً تجارياً في الجزائر وإذا قامت بمراعات القواعد الأمرة المقررة بشأن كل شركة تجارية وكل فرع تابع لشركة أجنبية تمارس نشاطها بالجزائر (المادة 2/20 من قانون رقم 08/04).

في حالة النزاعات التي تثار بشأن هذه الفروع والوكالات فإن الفصل فيها قضاء يتم وفق قواعد الاختصاص القضائي الدولي وهذا وفق المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الصورة الثانية: يتعلق الأمر في هذه الحالة عندما يتم إنشاء شركة وفق قانون دولة ما غير أنه عوض قيامها بإنشاء فروع تابعة لها بدول أجنبية، فإنها تفضل إنشاء شركات بدول أجنبية تتمتع بشخصيتها المستقلة

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 338.

عنها مع بقاءها في نفس الوقت تابعة لها وخاضعة لرقابتها؛ لأنها غالباً ما تكون لكل أو لأغلب رأسمالها، وقد سميت هذه الشركات بالشركات الوليدة.

ويتم اللجوء إلى إنشاء الشركات الوليدة لتجنب خضوع الشركة الأم للضرائب التي تفرض على الأرباح الخاصة بالشركات الأجنبية أو على فروعها، وهي ضرائب عادة ما تتجاوز قيمتها بكثير قيمة الضرائب التي تخضع لها الشركات الوطنية¹، وتحمل الشركات الوليدة جنسية الدولة التي يتم إنشاؤها لها، مما يؤدي إلى معاملتها على أساس الشركات الوطنية؛ ومن ثم تخضع لقانون الدولة التي يتم إنشاؤها لها، وهو المبدأ الذي جاءت به المادة 2/547 من القانون التجاري الجزائري.

2- جنسية الجمعيات والمؤسسات:

يتعلق الأمر في هذه الدراسة بالبحث في كل من جنسية الجمعيات والمؤسسات. وقد نص المشرع الجزائري على الجمعيات والمؤسسات بنوعها الوطنية والأجنبية في القانون رقم 06-12، وقد تعد هذه الأخيرة لها نشاط غير تجاري مربح؛ بل هي تسهم في نشر الوعي والرقى بالمجتمع إلى الأحسن. ويشترط في الجمعية حتى تتمتع بالشخصية المعنوية أن تتحصل مسبقاً على تصريح يتم إصداره إما من المجلس الشعبي الولائي بالنسبة للجمعيات الولائية، أو من وزارة الداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية، وبالنسبة للجمعيات ما بين الولايات حسب المادة 07 من القانون رقم 06-12 المؤشر به أعلاه. فإذا تم الترخيص لها بتأسيسها قانوناً فإنها تكتسب حينها الشخصية الاعتبارية (المادة 17 من قانون رقم 06-12)².

2.1- جنسية الجمعيات:

ما قيل عن جنسية الشركات التجارية يقال عن جنسية الجمعيات، حيث ينكر بعض الفقهاء إمكانية تمتع الجمعية بالجنسية في حين أن بعضهم الآخر يقف عند معيار مركز الإدارة الخاص بالجمعية لتحديد جنسيتها واعتماده كضابط إسناد لتحديد القانون الذي يحكمها مع اعتماده لفكرة رقابة الدولة على هذه الجمعية بالنسبة للحقوق التي يمكن أن تتمتع بها هذه الجمعية حين تمارس نشاطها بإقليمها ومتى كان مركز إدارتها موجوداً خارج إقليم الدولة³.

فالجمعيات قد تنفرد بإمكانية عدم حملها لأية جنسية وهو ما يتقرر للجمعيات الدولية، فمثل هذه الجمعيات لا تركز لنظام قانوني وطني؛ ولذلك فإنها لا تخضع لمبدأ التبعية لدولة ما، ويرجع هذا إلى عدم إستنادها في وجودها وفي ممارساته لنشاطها المنوط بها لاتفاقية دولية، وبالتالي لا يمكن إضفاء جنسية دولة ما على هذا النوع من الجمعيات، باعتمادنا لمعيار مركز الإدارة مثلاً؛ لأن المفروض لهذه الجمعيات أن تبقى

¹ - بكاي محمد رفيق: المرجع السابق، ص 40.

² - المادة 17 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، ص 39.

³ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 339.

مؤهلة لممارسة نشاطها في كل دولة من الدول التي تقر بوجودها، ويتحدد بكل الدول التي تكون طرفا في الاتفاقية المنشئة لهذه الجمعية.

وقد نظم المشرع الجزائري الجمعيات الخاصة الوطنية وكذا الأجنبية بأحكام القانون رقم 12/06، ومن خلال تحليلنا للمادة 59 وما بعدها من هذا القانون والمتعلقة بالجمعيات الأجنبية فإننا نستخلص ما يلي:

1- تكون الجمعية أجنبية وفقا للقانون الجزائري في حالتين:

- إذا كان لها مقر في دولة أجنبية، واعترفت بها هذه الدولة، وتم الترخيص لها بالإقامة على التراب الوطني.

- أن يكون لها مقر بالجزائر غير أنه يتم تسييرها كلياً أو جزئياً من طرف أجنبي (المادة 59 من قانون

الجنسيات)¹.

وهذا يعني أن المشرع الجزائري اتبع معيارين في تحديده للجمعيات الأجنبية، هما: معيار مقر الإدارة إذا كان لها مقر بالخارج وتم الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية طبقاً لقانون البلد الذي يوجد به مقر إدارتها، ومعيار الرقابة، ومن ثم إنشاء هذه الجمعية الأجنبية بالجزائر وتبين أن المسيرين لها أجنبي بصفة كليّة أو جزئيّة.

وفي كلتا الحالتين رخصت الهيئة المختصة لهذه الجمعية ممارستها نشاطها في الجزائر، أما إذا كان لهذه الجمعية مقر إدارة خارج الجزائر فإن الأمر لا يتعلق بالاعتراف بالشخصية الاعتبارية وإنما يصبح متعلقاً بمدى تمتع هذه الجمعية بالحقوق حين ممارستها نشاطاً بالجزائر.

2- إذا تعلق الأمر بإنشاء جمعية أجنبية في الجزائر فإن ذلك يقتضي حصولها على اعتماد مسبق من وزير الداخلية بعد أخذ الرأي المسبق من وزير الشؤون الخارجية والوزير المعني بمجال تدخل هذه الجمعية الأجنبية، وأن يصدر مقرر اعتمادها أو رفض اعتمادها بالجزائر في موعد أقصاه 90 يوماً.

3- إذا تعلق الأمر بجمعية تسعى لإنشاء علاقات الصداقة والأخوة بين الشعب الجزائري وشعب الدولة التي تنتمي إليها هذه الجمعية الأجنبية فإنه يشترط لتمكين هذه الجمعية من ممارسة نشاطها في الجزائر وجوب إبرام اتفاق لهذا الغرض بين الحكومة الجزائرية وحكومة الدولة الأجنبية التي تنتمي إليها هذه الجمعية².

4- نص المشرع الجزائري على إخضاع هذه الجمعيات الأجنبية فيما يخص نظامها القانوني لقانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارتها الرئيس والفعلي، وهذا ما أكدته المادة 3/10 من القانون المدني الجزائري³. كما بين المشرع الجزائري أيضاً أنه إذا مارست الجمعيات الأجنبية نشاطاً في الجزائر إما بنفسها أو بواسطة فروع تابعة

1- المادة 59 من قانون 12/06 المتعلق بالجمعيات، ص50.

2- حبار محمد: المرجع السابق، ص 338.

3- المادة 3/10 من القانون المدني الجزائري.

لها فإنها تخضع بشأن النشاط الذي تمارسه في الجزائر لأحكام القانون الجزائري وحده حسب ما نصت عليه المادة 4/10 من القانون المدني الجزائري¹.

2.2 - جنسية المؤسسات

تتمتع المؤسسات بالشخصية الاعتبارية، كما أنها تتمتع بمجرد تكوينها بذاتية تجعلها تستقل عن كل من الشركة والجمعية؛ ويرجع السبب إلى كونها تعد تجمع مال وليس تجمع أشخاص (المادة 49 من قانون 06-12 المؤرخ في 2012/01/12)².

فإذا تم تحديد جنسية المؤسسة في إطار القانون المقارن فإن هذا يتم بالوقوف عند جنسية مديرها أو بالأخذ بعين الاعتبار الغرض المقصود من إنشائها ولصفات المنتفعين بها.

ويميل الرأي الغالب إلى تحديد جنسية المؤسسة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيس والفعلي فتصبح ملزمة حينئذ بمراعاة الأحكام القانونية التي تفرضها هذه الدولة الأجنبية على المؤسسات الأجنبية، ولقد أخضع المشرع الجزائري المؤسسات لقانون مقرها الاجتماعي الرئيس والفعلي، شأنها في ذلك شأن الجمعيات والشركات التجارية، والقانون الذي يتم الوقوف عنده لتحديد النظام القانوني الذي يحكمها والذي يحدد لنا بالتبعية جنسيتها، فإذا مارست نشاطا في الجزائر فإنها تخضع فيما يتعلق بشأن هذا النشاط الذي تمارسه بالجزائر للقانون الجزائري وحده عملاً بنص المادة 3/10 و4 من القانون المدني الجزائري.

فالمشرع الجزائري يعتمد على معيار مركز الإدارة الرئيس والفعلي للمؤسسات كضابط إسناد لتحديد نظامها القانوني ولتحديد جنسيتها، ويترتب على ذلك أن هذه المؤسسات تعد أجنبية متى كان لها مقر إدارة رئيس وفعلي خارج الجزائر.

كما اعتمد المشرع الجزائري كذلك على معيار الرقابة إذا كان لهذه المؤسسات مقر بالتراب الوطني، غير أنه يتبين أنه إذا كان مسيرها سواء كانوا أجنبياً كلياً أو جزئياً فإنها تعد مؤسسة أجنبية، ويستنتج من خلال ما سبق تبيانه أن المشرع الجزائري اعتمد في تحديده لجنسية المؤسسات على المعيارين معاً، معيار مركز الإدارة الرئيسي والفعلي ومعيار الرقابة.

الفرع الثاني: حقوق الشخص المعنوي والتزاماته والجزاءات التي يتعرض لها نتيجة مخالفته لهذه الالتزامات:

إن الشخص المعنوي شأنه شأن الشخص الطبيعي يتمتع بحقوق بإقليم الدولة المضيفة، وبالمقابل تفرض عليه التزامات يتعين عليه احترامها. فإن خالف الشخص المعنوي الالتزامات المفروضة طبقاً لقانون البلد المضيف فإنه يمكن أن يتعرض لجزاءات.

¹ - المادة 4/10 من القانون المدني الجزائري.

² - المادة 49 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، ص 39.

البند الأول: حقوق الشخص المعنوي والتزاماته:

إن وضع الأشخاص المعنوية يختلف عن وضع الأشخاص الطبيعية متى تعلق الأمر بالحقوق التي يتمتع بها والالتزامات التي يتعين مراعاتها.

الفقرة الأولى: حقوق الشخص المعنوي الأجنبي:

إن الأشخاص الاعتبارية الخاصة لا تتمتع، حتى في إطار الدولة التي تقوم بإنشائها، بنفس الحقوق التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعية؛ فلا يمكن أن نتصور تمتع الأشخاص الاعتبارية الخاصة على سبيل المثال بالحق في الميراث والحق في ممارسة الحقوق السياسية أو تولي مناصب سياسية معينة في الدولة؛ لأن مثل هذه الحقوق تقتصر فقط على الشخص الطبيعي. كما أن الأهلية هي الأخرى تبقى مقصورة على الشخص الطبيعي وحده فتخضع إما لقانون جنسيته أو لقانون محل الإقامة.

أما فيما يخص الشخص المعنوي فإن العبرة تعطى هنا عادة لقانون مركز إدارته الرئيس الفعلي، فهنا تختلط فكرة جنسيته بموطنه. كما أنه إذا كان الشخص الطبيعي يتمتع بحرية شبه مطلقة في ممارسته لمختلف أنواع النشاطات والحقوق فإن الأمر يبقى مختلفاً للشخص الاعتباري؛ لأنه يصبح خاضعاً لمبدأ التخصيص وأن ذلك من شأنه أن يمنعه قانوناً من تجاوز الغرض الذي أنشئ لأجله، وبالتالي لا يمكن أن يسعى لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذي أنشئ لأجله؛ لأن مبدأ التخصيص يؤدي إلى التضييق من نطاق الحقوق التي يتمتع بها¹.

فإذا تم الترخيص لشخص اعتباري أجنبي لممارسة نشاط ما إما بصفته شخصاً اعتبارياً قائماً بذاته، أو إذا تعلق الأمر بفروع تابعة له بإقليم الدولة التي تم إنشائه بها، فإنه يبقى ملزماً بعدم تجاوزه نطاق الحقوق المسطرة له قانوناً قانون البلد المستضيف. فالأشخاص المعنوية الخاصة الوطنية كثيراً ما تتمتع بحقوق تتجاوز الحقوق المقررة عادة للأشخاص المعنوية الخاصة الأجنبية كما هو الحال بالنسبة للالتزامات الضريبية لحمايتها من المنافسة الأجنبية التي قد تؤدي إلى التقليل من فعاليتها ومن نشاطها.

الفقرة الثانية: الالتزامات التي يخضع لها الشخص المعنوي الأجنبي:

إن الرقابة التي تفرضها كل دولة على الأشخاص المعنوية الأجنبية المتواجدة بإقليمها لا تتم وفق نفس الإجراءات المطلوبة عادة للأشخاص الطبيعيين الأجانب؛ وبالتالي لا يمكننا إلزام الشخص المعنوي بحياته جواز السفر أو تأشيرة دخول حين دخوله إقليم دولة أجنبية، وإنما يكفي لهذه الدولة الاعتراف لهذا الشخص المعنوي الأجنبي والترخيص له بمباشرة النشاط المرتبط بغرضه الاجتماعي (هذا الترخيص عادة ما يكون محددًا بمدة زمنية معينة).

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 345، 346.

فإذا تعلق الأمر بشركة أجنبية أو بوكالة أو بفرع تابعين لها، فإنه يشترط فيهم الحصول على سجل تجاري خاص بهم يسلم لهم من مصالح السجل التجاري التابعة للدولة المستضيفة لهم ليتمكنوا من مباشرة نشاطهم، بالمساواة في ذلك بينهم وبين الشركات التجارية الوطنية، كما أنه يوجد بعض الالتزامات لا يمكن فرضها على الأشخاص المعنوية الخاصة؛ لأنها مقتصرة فقط على الأشخاص الطبيعية كواجب القيام بالخدمة الوطنية مثلاً.

البند الثاني: الجزاءات التي قد يخضع لها الشخص المعنوي الأجنبي:

إذا خالف الشخص المعنوي الأجنبي الأحكام القانونية المنظمة له، ولم يحترم الالتزامات المفروضة عليه والمنصوص عليها في قانون الدول المستضيفة، فقد تتمثل هذه الجزاءات في عدم الاعتراف به أو لسحب الترخيص الذي سبق تمكينه به، وقد يصل الجزاء إلى حل هذا الشخص المعنوي.

وقد تناول المشرع الجزائري هذه الجزاءات، والتي تتمثل فيما يلي:

الفقرة الأولى: الجزاءات المتعلقة بالشركات الأجنبية وكذا المكاتب والوكالات والفروع التابعة لها التي تمارسها نشاطها في الجزائر:

متى خالفت الشركات والمكاتب والوكالات والفروع التابعة لها أحكام القانون الجزائري فإنها تتعرض إلى الحل قضاء، أو منعها من ممارسة كل نشاط بالجزائر حتى لو كان ذلك مرتبطاً بالغرض الاجتماعي الذي أنشئت لأجله.

الفقرة الثانية: الجزاءات التي تتعرض لها الجمعيات والمؤسسات الأجنبية وكذا الفروع التابعة لها:

نص المشرع الجزائري في المادة 65 من قانون الجمعيات الجزائرية على أنه في حالة مخالفة الجمعية لنشاطها يقوم الوزير المكلف بالداخلية بسحب الاعتماد منها، إضافة إلى العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها ممثلو هذه الجمعيات الأجنبية.

فمتى توافرت هذه التجاوزات في حق المؤسسات والجمعيات الأجنبية أو الفروع التابعة لها تكون حينئذ عرضة لسحب الاعتماد الذي سبق منه له دون الإخلال بإمكانية متابعته جزائياً وفق الأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون العقوبات¹.

¹ - حبار محمد: المرجع السابق، ص 350.

الخاتمة

نستخلص من خلال دراسة مركز الأجنبي في ظل القانون الجزائري جملة من الاستنتاجات القانونية حول أحكام هذا الأجنبي القانونية داخل الدولة التي يتواجد على إقليمها، وكيفية ضبط هذه الأحكام، وكذا المعاهدات الدولية الموقعة والمصدق عليها من قبل الجزائر، ومن بين أهم هذه النقاط ما يلي:

عرفنا أن الأجنبي هو كل شخص لا يحمل صفة المواطنة أو رابطة الجنسية الجزائرية، ويجب على الأجنبي عند دخول التراب الجزائري أن يحمل مجموعة من الوثائق، هي: تأشيرة الدخول، وجواز السفر الساري المفعول، والدفتر الصحي. ومتى حصل الأجنبي على هذه الوثائق كان له حرية التنقل داخل الإقليم الجزائري.

وقد كفل المشرع الجزائري الأجنبي بجملة من الحقوق المتمثلة في المحافظة على كرامته الإنسانية وكذا حمايته من الاعتداءات على سلامته الجسدية وأملاكه وممتلكاته فهو في المقابل قيده بشروط من خلال منعه من القيام ببعض الأعمال والحريات وحصرها فقط على الوطنيين من الجزائريين مثل الحقوق السياسية.

أما بخصوص تشغيل اليد العاملة الأجنبية، فلا يمكن تشغيل الأجانب إلا في حالة عدم وجود كفاءة مهنية لدى العمال الوطنيين، غير أنه بالرجوع إلى الحياة العملية في الآونة الأخيرة أصبحت الجزائر من أكثر الدول المستوردة لليد العاملة الأجنبية من صينية و هندية وإسبانيا وغيرها، وهذا مؤشر سلبي على سياسة التشغيل بالجزائر؛ فكان من الأجدر تأهيل اليد العاملة الجزائرية من أجل تشغيلها، أضف إلى ذلك أن دفع أجور العمال الأجانب بالعملة الصعبة يؤدي إلى إضعاف الاقتصاد الجزائري.

وقد ألزم المشرع الجزائري الأجانب الذين يتوافدون على الإقليم الجزائري سواء من أجل التجوال أو الدراسة أو العمل باحترام القوانين الجزائرية، وعدم المساس بنظامها العام، والخضوع لسلطاتها ونظامها الضريبي المفروض عليهم، وفي حالة المخالفة يتعرضون لجزاءات قانونية تتمثل في الطرد أو الإبعاد، بعد فرض عقوبات جزائية عليهم تتمثل في الغرامات المالية والحبس.

ولكون الجزائر من الدول التي استقلت حديثا، كان لزاما على المشرع الجزائري أن يشدد الإجراءات في تنظيمه لتحركات الأجنبي منذ دخوله الإقليم الجزائري إلى خروجه منه، وهذا التشدد إيجابي كونه يخدم أمن الدولة وسلامة تراثها وكذا مواطنيها. كما أن الفكر الحديث يعمل على جعل الأجنبي لا يشعر بأنه يعيش في بلد غير بلده إلا أن هذا الفكر المثالي يصعب تطبيقه في الواقع لأن مصلحة البلاد العليا أسى وأعلى حتى يستوي الأجنبي بالوطني، وعلى هذا الأساس فإن التشريعات المحلية تخص من هو وطني دون ذكر أو تحديد من هو الأجنبي، وهذا المفهوم يبرز تحفظ الدول تجاه الأجانب، وتلزمهم مجموعة من الإجراءات والتدابير حتى يضمني الشرعية القانونية على إقامته، ثم المتابعة من طرف رجال الاستعلامات حتى مغادرة التراب الوطني.

ونظرا للتحويلات وسياسة الانفتاح لبلادنا، خاصة فيما يتعلق بتشجيع الاستثمارات للأجانب، يجب الأخذ بعين الاعتبار التغيرات الخاصة عندما يتعلق الأمر بالرعايا الأجانب الذين يرغبون في الاستثمار أو الدخول في

إطار الشراكة، وعلى هذا الأساس اتخاذ إجراءات جديدة أكثر ملائمة للوضع، حتى يتسنى للأجنبي الإقامة والعمل في إطار ملائم وذلك بمراعاة التنظيمات المعمول بها.

ومن بين أهم الصعوبات التي تعترض القيام بالعمل الحسن لرجال الشرطة، مشكلة اللغة التي تمثل العقبة الكبرى أمام مصالحي الأمن؛ حيث إن هذه الأخيرة تتعامل مع مختلف الجنسيات وكثيراً ما يكون هؤلاء الأجانب يحسنون اللغة الإنجليزية، وهي ليست اللغة المعتمدة في استعمالها على مستوى مصالحي الشرطة.

قلة الوسائل المادية للإعلام الآلي وشبكة السيربال sirpal ونظامه المتمثل في تحديد هوية المبحوث عنهم وكذا السيارات محل البحث، أضف إلى ذلك مختلف الوثائق أو الأشياء المفقودة أو المسروقة والذي لم يتم تعميمه على جميع المراكز.

جهل معظم الأجانب بأغلب القوانين الجزائرية؛ نظراً لعدم أداء السفارات والمصالح القنصلية لواجبها على أكمل وجه، والمتمثل في توعية هذه الفئة بكافة النظم الجزائرية والقوانين عند تسليمهم تأشيرة دخول الجزائر أو عند خروجهم النهائي منها.

الفراغ القانوني الموجود على مستوى المراسيم المحددة للتعامل مع الأجانب، وخاصة في تلاعب بعض الأشخاص بالتنظيمات والقوانين ومن بينهم الجزائريون أنفسهم الذين يستخدمون الأجانب بطريقة غير شرعية، ومنهم الذين يعملون دون رخصة، مما يزيد عدد المهاجرين غير الشرعيين.

ومن أجل تفادي هذه الصعوبات نقترح بعض التوصيات التالية:

- يجب على السلطات الجزائرية مراقبة الأجنبي، وخاصة في التعاملات التجارية التي يمكن أن تكون لها أهداف أخرى، وإخضاعه للمراقبة الدورية سواء في مكان النشاط أو في تصرفاته التجارية، واتصاله بالتجار هل هم جزائريون أم أجنبيون؟... إلخ.

- مراقبة الأجنبي في علاقاته واتصالاته وتنقلاته، وخاصة أنه يعد فرداً من الأفراد المقيمين في الجزائر؛ فهو يؤثر ويتأثر وخاصة يمكنه نشر بعض الأفكار التي تمس أمن الجزائر في شتى المجالات.

- الرقابة على الصحف والمطبوعات الأجنبية، غير مسموح بدخولها الجزائر، كأن تكون مطبوعات انقلابية أو مخالفة للنظام العام أو تحتوي على هجوم تجاه الدولة أو مطبوعات إباحية أو مخالفة للآداب، فعلى شرطة الحدود أن تقوم بحجزها ثم تبليغ المديرية العامة للأمن الوطني بإرسالية تتضمن ملخصاً صغيراً للمقالة أو المؤلف المحتجز، كما ترسل مصالحي الاستعلامات برقية بهذه المطبوعات أو المؤلفات في حالة الشك بدخولها، وهنا تؤول المهمة إلى رجل الاستعلامات الذي يقوم بالبحث عن هذه المطبوعات بين الأوساط الشعبية والأجهزة الإدارية، ويسعى لاكتشاف مهربها والمشاركين أو المسهمين في ذلك.

- التكتيف من مراقبة الأجانب وخاصة عند دخولهم التراب الجزائري.

- العمل على توحيد المعلومات في جميع الإدارات وخاصة الحساسة منها عن طريق وسائل التكنولوجيا الحديثة؛ للحد من خطورة الأشخاص الأجنبية الخطيرة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ/: المراجع العامة

1. غالب الهداوي وحسن الهداوي: القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد 1976.
2. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1978.
3. علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
4. محمد سعادي: القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 1986.
5. بيار مايروفانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقل: القانون الخاص الدولي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، 1998.
6. حفيظة السيد حداد: القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
7. ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري، مطبوعات لباد، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2006،
8. أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، دار هومه، الطبعة العاشرة، الجزائر، 2008.
9. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة 2008 ، 2009
10. هشام خالد: القانون الدولي الخاص العربي نشأته مباحثه مصادره طبيعته دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.
11. الطيب زروتي : دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
12. عثمان بقنيش: قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012.

13. حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.

ب/ المراجع المتخصصة:

1. عصام نعمة إسماعيل: ترحيل الأجانب، الطبعة الأولى، بيروت.
2. أحمد مسلم: المركز القانوني للأجانب، مطبعة دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1952.
3. غالب الدواودي: القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1976.
4. هشام علي صادق: مركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
5. شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الاسكندرية، 1986.
6. عبد المنعم درويش: ماهية الأجنبي دراسة في فلسفة الجنسية، دار النهضة العربية، 1991.
7. نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية، دار هومة، الجزائر، 2001.
8. محمد الروبي: مركز الأجانب الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
9. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
10. سعيد يوسف البستاني: القانون الدولي الخاص وتعدد طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.
11. ابن عبيدة عبد الحفيظ: الجنسية ومركز الأجانب في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
12. زهير سناسني: قانون الأجانب في الجزائر، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
13. عبد المنعم زمزم: مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة 2005.
14. أحمد علي البدوي: المركز القانوني للأجانب، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

ج - المذكرات الجامعية:

1. بكاي محمد رفيق: أثر نشاط الشركات المتعددة الجنسيات على البيئة، ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية مستغانم، الجزائر، 2014، 2015.

خ- المقالات

1. صلاح أحمد حمدي: القانون الجزائري والمركز القانوني للأجنبي، بحث منشور في مجلة المقارن العراقية العدد (16)، جامعة بغداد، 1925.

د - الملتقيات:

1. مراد بسعيد: الإبعاد و/أو الطرد إلى الحدود في ظل قانون 11-08 (تعدد المقاربات ووحدة الهدف)، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، يومي 21 و22 أبريل 2010.

هـ - الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- اتفاقية حظر إبادة الجنس البشري.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية
- و- المنظومة القانونية:

1- الدساتير:

1. الدستور الجزائري: لسنة 2016 الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
- 2- النصوص التشريعية
1. - أمر رقم 66-211 المؤرخ في 21 يوليو 1966 يتعلق بوضع الأجانب في الجزائر، الجريدة الرسمية العدد 64 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 196 المعدل والمتمم.
2. أمر رقم 68-69 المؤرخ في 02 سبتمبر 1969 يتضمن التصديق على الاتفاقيات الجزائرية المغربية، الجريدة الرسمية العدد 77 الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1969.
3. - أمر رقم 70-04 المؤرخ في 15 يناير 1970 يتضمن التصديق على الاتفاقيات الجزائرية الموريتانية، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 03 ديسمبر 1970.
4. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975 المعدل والمتمم.
5. - أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

6. -القانون رقم 10/81 المؤرخ في 11 يوليو 1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 28 الصادرة بتاريخ 14 يوليو 1981.
7. قانون رقم 11-84 المؤرخ في يتضمن 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية العدد 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984 المعدل والمتمم.
8. -قانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية العدد 17 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.
9. أمر رقم 06 - 03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.
10. قانون رقم 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، متعلق بدخول الأجانب وإقامتهم وخروجهم، الجريدة الرسمية العدد 36 الصادرة بتاريخ 2 يوليو 2008.
11. - قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
12. - قانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 فيفري 2012 يتعلق بالجمعيات الجريدة الرسمية العدد 02 الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2012.
13. - قانون عضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 50 الصادرة بتاريخ 28 غشت 2016.

3- النصوص التنظيمية:

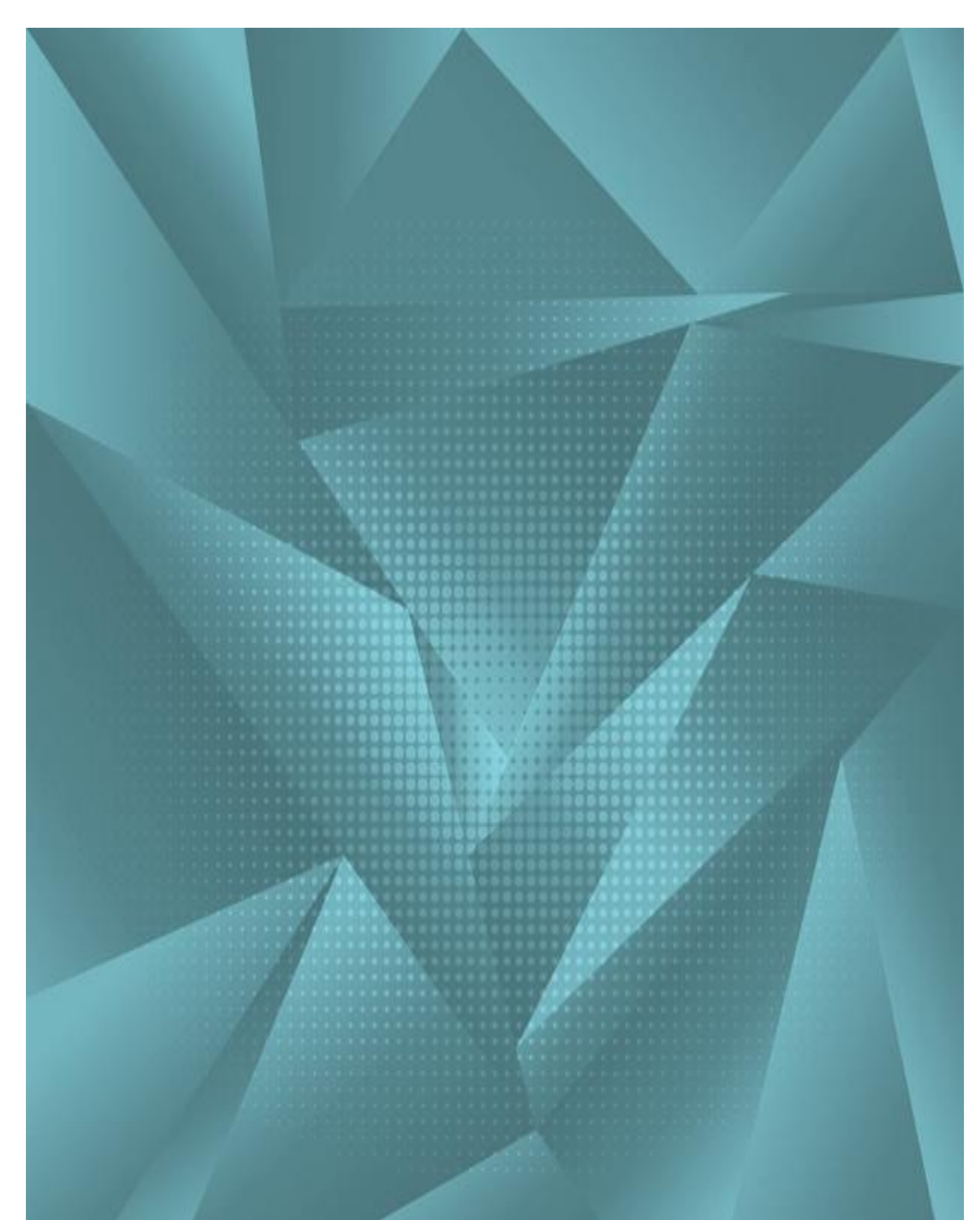
14. مرسوم رقم 510/82 المؤرخ في 25 ديسمبر 1982 يحدد كفاءات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب الجريدة الرسمية العدد 56 الصادرة بتاريخ 28 ديسمبر 1982.
15. مرسوم رقم 86 – 276 مؤرخ 11 نوفمبر 1986، يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية الجريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 12 نوفمبر 1986 المعدل والمتمم.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1. ISSAD (M) : Droit international ; tome 2 privé .Les règles matériel, office des publication universitaire,1980 .

3- Webographie

01- الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: www.joradps.dz



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018