

مجلة جيل

الأبحاث القانونية المعمقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

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

العدد الرابع - جوان 2016



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2414-7931

المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقل فصيلا، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر
د. راند محمد فليح النمر جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن
د. وهيبة رابح، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر
الباحث علي قنات كلية الحقوق بصفاس، تونس
أ. نسيمه أمال حيفري، جامعة، وهران

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. ابراهيم قسم السيد محمد طه
مستشار قانوني أول بوزارة العدل /السودان / متعاون بجامعة الزعيم الأزهري /
أكاديمية السودان للعلوم المالية والمصرفية
د. دريسي امينة
جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر
د. سفيان سوائم
جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس
د. عدنان خلف حميد البدراني
رئيس فرع العلاقات الدولية بجامعة الموصل (العراق)
د. محمد بلحاج الفحصي
كلية الحقوق بجامعة عبد المالك السعدي طنجة المغرب.

التدقيق اللغوي:

د. شامخة حفيظة طعام المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر
أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، الجزائر
أ. لويزة حوقاف، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً 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 الدورية العلمية تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث و المجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

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

بالنسبة للمقالات:

- تنشر المجلة المقالات 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 بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المقالات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وأن لا 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، وأن لا يتعدى حجم العمل 20 صفحة مع احتساب هوامش، مصادر و ملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث و آخر 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 و إلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية أو الألمانية.
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقالة.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي و اتخاذ القرار في غضون أسبوع 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.
- تهمشن معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التمهيش:

١. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب و اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 ٢. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 ٣. المجلات و الدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب و اسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 ٤. الرسائل الجامعية: لقب و اسم الطالب، عنوان المذكرة ، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 ٥. التقارير الرسمية : جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير ، صفحة الاقتباس.
 ٦. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
٧. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • يمين عدم الكذب بالإقرار في التشريع العراقي، د. عبد المنعم عبد الوهاب نقابة المحامين - البصرة - العراق
- 27 • أثر التعديل الدستوري لسنة 2016 على المجلس الدستوري الجزائري في مجال الرقابة الدستورية. د حنان ميساوي، أستاذة محاضرة قسم ب، الملحقة الجامعية، مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.
- 43 • التضامن البيئي بين الأشكال والآليات -مقاربة قانونية- أ/ خرموش اسمهان - جامعة محمد لمن دباغين سطيف ٢، الجزائر.
- 51 • رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد على منازعات الصفقة العمومية في التشريع الجزائري. الأستاذة هموب فوزية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.
- 67 • اليمين في التشريع المدني المغربي الواقع والآفاق، أنوار بوهلال كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بمكناس: المغرب.
- 87 • الطفولة المحرومة من العائلة في الجزائر: أنظمة الحماية القانونية وأساليب الرعاية الاجتماعية، الأستاذ نور الإسلام نقيب كلية الحقوق المركز الجامعي: مرسلني عبد الله تيبازة، الأستاذ: فوزي لواتي، كلية الحقوق جامعة الجزائر ١ .
- 103 • التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة، الباحثة ميسوم فضيلة جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم - الجزائر .
- 121 • الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، د. سولم سفيان ، أستاذ محاضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس - الجزائر.
- 141 • أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الإلكتروني عبر الإنترنت في ضوء نصوص القانون السوداني: ((دراسة تحليلية مقارنة))، الباحثة معاني عثمان محمد أحمد كلية الدراسات العليا، قسم القانون، جامعة النيلين السودان .

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 © 2016

الافتتاحية

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

تضمن العدد الرابع من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة مجموعة من المقالات العلمية تناولت مواضيع هامةً مست مختلف فروع القانون بشقيه العام والخاص، كما تناولت -بالإضافة إلى القوانين الجزائرية- عدة تشريعات عربية سيما العراقية، المغربية والسودانية.

ففيما يخص التشريع الجزائري، فلقد كان للتعديل الدستوري الأخير نصيبًا من الدراسة من خلال تناول أثره على المجلس الدستوري خاصةً في مجال الرقابة الدستورية، كما تطرق العدد للحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية وكذلك للتعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة، ولأنظمة الحماية القانونية و أساليب الرعاية الإجتماعية للطفولة المحرومة من العائلة. وأخيرًا رقابة القضاء الإستعجالي على منازعات الصفقة العمومية.

أما فيما يخص التشريعات العربية، فلقد نشر بهذا العدد دراستين قيمتين حول يمين عدم الكذب بالإقرار في التشريع العراقي واليمين في التشريع المدني المغربي "الواقع والآفاق".

كما تناول العدد موضوعًا جديدًا بالدراسة نظرًا للإشكالات المطروحة فيه وللتوصيات الجديرة بالإتباع فيما يخص أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الإلكتروني عبر الإنترنت في ضوء نصوص القانون السوداني .

وفي مجال القانون الدولي - سيما القانون البيئي- تعرض العدد للتضامن البيئي بين الأشكال والآليات مقارنة قانونية.

وبقدر ما كان هذا العدد متنوعًا من حيث المواضيع، جاء التنوع من حيث أعضاء لجنة التحكيم التي تتوسع مع كل عدد لتضم أساتذةً وباحثين جادين وصارمين لا يسمعون بتمرير أي بحث مشكوك في أصالته أو يشوبه أخطاء منهجية أو نقص بالتوثيق أو بالأمانة العلمية.

وبهذه المناسبة أتقدم بالشكر والثناء لأسرة تحرير المجلة، ولكل الباحثين المساهمين بالعدد ولرحابة صدورهم من خلال تقبل الملاحظات والالتزام بتعديل أبحاثهم للتوافق مع المعايير الموضوعية للنشر بالمجلة.

وكالعادة ندعوا في الأخير الباحثين والمهتمين بالمساهمة في الأعداد المقبلة أو الإنضمام إلى فريق عملنا.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير / د. سرور طالبي المل

يمين عدم الكذب بالإقرار في التشريع العراقي

د. عبد المنعم عبد الوهاب نقابة المحامين - البصرة - العراق

مقدمة :

يعدّ الإقرار من أقوى وسائل الإثبات، فهو يتصل بالحقيقة الواقعية، لأنه إخبار عن هذه الحقيقة من نفس فاعلها. وعليه فالصدق فيه مؤكد، ولهذا اكتسب حجية في فض المنازعات والفصل فيما بين المتخاصمين أمام القضاء. فالإقرار - في جميع التشريعات القانونية قديمها وحديثها - حجة قاطعة على المقر، ويترتب عليه الحكم لصالح المقر له. ولكن قد يحدث أحيانا عند مواجهة المقر بإقراره أمام القضاء، أن يدفع أنه كان كاذبا فيه، مما يثير الشك في صحة ذلك الإقرار، ويزعزع ثقة القضاء بالحكم تبعاً له.

ولما كان القضاء ساحة للعدل وإحقاق الحق، فإن العدالة تقتضي التحقق من صدق دفع المقر الكذب بإقراره، والاطمئنان لصحة ذلك الإقرار قبل الحكم تبعاً له، لذا جاءت يمين عدم الكذب بالإقرار وسيلة لإثبات صدق هذا الدفع من عدمه، ويترتب عليها الحكم لأحد طرفي الدعوى.

وتتجلى أهمية يمين عدم الكذب بالإقرار في الإثبات المدني، كونها أداة فعالة تمكّن محكمة الموضوع من تمحيص ادّعاء المقر المُكذِّب لإقراره، والاطمئنان لصحة ذلك الادعاء من عدمه، وبما يعينها على الفصل في الدعوى المعروضة أمامها... علاوة على أنها تشكل وسيلة حاسمة للنزاع المعروض أمام المحكمة، حيث لن يقبل بعدها أي دليل يناقض مضمونها.

وبرغم هذه الأهمية البالغة ليمين عدم الكذب بالإقرار في الإثبات المدني، إلا أن أغلب التشريعات العربية المعاصرة قد خلت من النص عليها، مما انعكس سلباً على إسهام الفقه القانوني العربي بدراستها والبحث في أحكامها. فالمراجع الفقهية العربية في الإثبات والمرافعات المدنية تخلو من الإشارة - مجرد الإشارة - إلى يمين عدم الكذب بالإقرار، سوى ما انفردت به شروحات قوانين المرافعات والإثبات العراقية من توضيح لأحكامها الواردة في التشريع العراقي.

من هنا تبرز إشكالية هذا البحث، حيث يسعى باستخدام المنهج التاريخي إلى تبيان الأصول الفقهية والتشريعية ليمين عدم الكذب بالإقرار، وباستخدام المنهج الاستقرائي إلى بيان أحكامها الواردة في قانون الإثبات العراقي النافذ، معززة بما أصدره القضاء العراقي من قرارات بشأنها.

وستتناول في هذا البحث استعراض ما يتصل بيمين عدم الكذب بالإقرار في أربعة مطالب. تناولنا في المطلب الأول مشروعية يمين عدم الكذب بالإقرار في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي، وخصّصنا المطلب الثاني للتعريف بها

وبخصائصها، وعرضنا في المطلب الثالث شروط توجيهها، وفصلنا في المطلب الرابع الأحكام المترتبة عليها. ثم أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن خلاصة مركزة لمضمونه .

المطلب الأول : مشروعية يمين عدم الكذب بالإقرار.

نتناول في فرعين مستقلين مشروعية يمين عدم الكذب بالإقرار في الفقه الإسلامي ، وفي التشريع العراقي .

الفرع الأول : مشروعية يمين عدم الكذب بالإقرار في الفقه الإسلامي.

للفقه الإسلامي ثلاثة آراء في موضوع قبول دعوى المقرّ الكذب بإقراره .

الرأي الأول: ويقول بعدم قبول هذه الدعوى وذلك للتناقض بين الإقرار الصادر عن المقر، وادعائه الكذب به.

إضافة إلى أن قبول مثل هذا الادعاء من المقر يعتبر بمثابة رجوع عن إقراره، وهذا لا يجوز، لأن الإقرار ملزم شرعا.

والتحليل عند أصحاب هذا الرأي إنما يترتب على الادعاء الصحيح، بينما ادعاء المقر الكذب بإقراره غير صحيح لتناقضه مع إقراره السابق. وبناء على ذلك قضاوا بأن يؤمر المقر بتسليم المقر به إلى المقر له. وهذا هو مذهب الإمام أبو حنيفة وتلميذه محمد بالقياس، ووجه القياس عندهما: أن الإقرار حجة ملزمة شرعا كالبيّنة، بل هو أولى منها، وأن احتمال الكذب فيه يكون أبعد.^١ وهو مذهب الشافعية أيضا،^٢ وبه قال بعض فقهاء الجعفرية.^٣

وهذا الرأي أخذت اللائحة الشرعية المصرية فجاء في المادة ١٢/١ منها: ((إذا ادعى المقر أنه كاذب في إقراره لا يقبل منه، ويعامل بإقراره)). وجاء في المذكرة الإيضاحية لللائحة: ((هناك قول شرعي في هذه المسألة ، وهو عدم قبول هذه الدعاوى بالكلية، ولا بد من معاملة المقر بإقراره، ولما كان الغالب في هذه الدعاوى الكذب، والقصد فيها مجرد التحايل، رؤي أن تسير المحاكمة على هذا القول...)).^٤

الرأي الثاني: يرى قبول ادعاء المقر الكذب بإقراره، على أن يحلف المقر نفسه باعتباره منكرًا للقبض والتسليم، وذلك بناء على قاعدة ((اليمين على المنكر))، وهذا قول للجعفرية.^٥

- (١) ينظر: القاضي محمد بن فراموز الشهير ب(ملا خسرو) ، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢ ، مطبعة أحمد كامل، ١٣٣٠ هـ، ص ٣١٧. محمد علاء الدين محمد أمين بن عابدين، قرّة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار على الدر المختار، ج ٢ ، المطبعة الأميرية، ١٢٩٩ هـ، ص ١٣٢. سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ٢ ، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٨٨٩ ، ص ٢٧٦.
- (٢) ينظر: الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في الفروع، مطبعة البابي والحلي، مصر، ١٩٥٩، ص ٤٩٤
- (٣) ينظر: المحقق أبي القاسم نجم الدين بن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام ف ي مسائل الحلال والحرام ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة الآداب في النجف، ١٩٦٩، ص ١٥٦.
- (٤) ينظر: الشيخ أحمد إبراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية ، ١٩٢٨ ، ص ١٦١ ، نقلا عن مجيد حميد السماكية ، حجية الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية موازنة ومقارنة بالقانون مدنيا وجنائيا ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٧٠ ، ص ٥٦٠.
- (٥) ينظر: الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ٤ ، المطبعة الحيدرية في النجف ، ١٣٦٢ هـ ، ص ٥٩.

أما الرأي الثالث: فيرى قبول دعوى المقر الكذب في إقراره، ويُحَلَّف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا في إقراره، فإذا حلف قضي له بموجب الإقرار، وإذا نكل فلا شيء له. وهذا هو مذهب القاضي أبو يوسف استحسانا،^(٩) وهو القول المفتى به عند الأحناف.^(١٠) وهو قول للجعفرية أيضا.^(١١) ووجه الاستحسان عند أبي يوسف: أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون صك الدين قبل القبض، ثم يأخذون المال، وعليه فلا يكون الإقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة، فلهذا يُحَلَّف المقر له بأن المقر لم يكن كاذبا في إقراره. وأضافوا في تبرير رأيهم، أنه وبالنظر لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات فيما بينهم فقد يتضرر المقر مدعي الكذب لو ألزم بإقراره، إلا أن المقر له لا يضره اليمين إن كان صادقا، لهذا يصار إليها.^(١٢)

هذا إذا كانت دعوى الكذب في الإقرار مرفوعة من المقر ذاته، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من ورثته فيُحَلَّف المقر له، كما يُحَلَّف وارث المقر بأن مورثه لم يكن كاذبا فيما أقر. وإذا كانت الدعوى مرفوعة على ورثة المقر له، فاليمين بالعلم عليهم وصيغتها: إنا لا نعلم أن المقر كان كاذبا في إقراره.^(١٣)

وفي حالة تأويل دعوى الكذب في الإقرار من المقر كأن يدعي المواضعة أو التلجئة،^(١٤) فيمكن للمدعي أن يثبت دعواه بالبينة،^(١٥) فيُقضى له بموجبها، ويبطل إقراره، وإلا فاليمين على المنكر. كما ويسع المقر له أن يثبت بالبينة أيضا استواء الظاهر والباطن في الإقرار، فيقضى له عندئذ، وتبطل دعوى الكذب في الإقرار، ويلزم المقر بما أقر به، وإذا لم يستطع إثبات ذلك بالبينة، طلب اليمين في ذمة خصمه مدعي الكذب باعتباره منكرا دعوى الصدق في الإقرار، فإذا حلف ردت دعوى الصدق، فلم يلزمه شيء قبل المقر له، وإذا نكل قضي عليه بما أقر به وردت دعوى الكذب.^(١٦)

وبالرأي الذي قال به القاضي أبو يوسف أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في المادة ١٥٨ منها: ((إذا ادعى أحد كونه كاذبا في إقراره الذي وقع فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا ..)).^(١٧)

الفرع الثاني: يمين الكذب بالإقرار في التشريع العراقي.

أولا: في ظل القانون المدني رقم ٤ لسنة ١٩٥٥ النافذ:

(٦) ينظر: محمد علاء الدين محمد أمين بن عابدين، مصدر سابق، ص ١٣٣. سليم رستم باز، مصدر سابق، ص ٢٧٦. علي حيدر، الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، ج ١٣، مطبعة غزة، ١٩٣٢، ص ١٠٦. نقلا عن مجيد حميد السماكية، مصدر سابق، ص ٥٥٨.

(٧) علي حيدر، مصدر سابق، ص ١٠٦. الشيخ أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٨) ينظر: المحقق أبو القاسم نجم الدين بن الحسن الحلبي، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٩) ينظر: القاضي محمد بن فراموز الشهير ب(ملا خسرو)، مصدر سابق ٣٦٧. محمد علاء الدين محمد أمين بن عابدين، مصدر سابق، ص ١٣٣.

سليم رستم باز، مصدر سابق، ص ٢٧٦. علي حيدر، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(١٠) ينظر: الإمام محمد بن علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٢، مطبعة محمد علي صبيح بمصر، ص ٢٢٥. الإمام محمد أمين الشهير ب(ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، ج ٢، دار الطباعة العامرة، ص ٦٣٧. محمد علاء الدين محمد أمين بن عابدين، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(١) المواضعة لغة مصدر واطئ بمعنى وافق فلان في الأمر. أما التلجئة فهي من الإلجاء، وهو الإكراه والاضطرار، وأصل معناها: أن يلجئك الغير إلى أن تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره. وهي تقابل مصطلح الصورية. ينظر: جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج ١، حرف الألف، و ج ١٥، حرف الواو، دار المعارف، القاهرة.

(٢) علي حيدر، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٣) مجيد حميد السماكية، مصدر سابق، ص ٥٦٣.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، ط ٥، مطبعة شعاعكو، بيروت، ١٩٦٨، ص ٣١١.

ظل العمل بنص المادة ١٥٨ من مجلة الأحكام العدلية ساريا في جميع المحاكم العراقية^(٩) حتى دخول القانون المدني رقم ٤ لسنة ١٩٥٥ حيز النفاذ عام ١٩٥٥،^(١٠) حيث أوقفت المادة ١٣٨^(١١) منه العمل بنصوص مجلة الأحكام العدلية.^(١٢) وقد جاء القانون المدني خاليا من أي نص على يمين الكذب في الإقرار، متأثرا بذلك بالقانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨ الذي أبقى على ما قرره المادة ١٢ من اللائحة الشرعية المصرية التي أخذت بالذي قال به الإمام أبو حنيفة وتلميذه محمد كما أسلفنا.

ثانيا: في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٥ الملغى:

أعاد قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٥ العمل بأحكام يمين الكذب في الإقرار حيث نصت المادة ١١/١ منه: ((إذا أقر المدعي عليه بالسند المبرز العادي أو المصادق من الكاتب العدل وادعى الكذب بالإقرار، جاز له أن يطلب تحليف المدعي اليمين بعدم الكذب بالإقرار، ولا يسمع هذا الادعاء على السندات المنظمة رأسا من الكاتب العدل ولا على الإقرار الواقع بحضور المراجع الرسمية ذات الاختصاص إذا صرح في السند بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص)). وعلى ذلك سار القضاء العراقي.^(١٣)

ويلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع العراقي قد فَرَّقَ بين حالتين: الأولى، قَبِلَ فيها ادعاء المدعي عليه الكذب بالإقرار وأجاز له طلب تحليف المدعي اليمين بعدم الكذب بالإقرار وذلك عندما يكون سند الإقرار عاديا أو مصادقا عليه من قبل الكاتب العدل. وفي الحالة الثانية لم يقبل سماع الادعاء بالكذب في الإقرار إذا كان سند الإقرار منظما رأسا من الكاتب العدل، أو أن الإقرار تم بحضور ومشاهدة وتأييد الموظف المختص للواقعة موضوع الإقرار. ويعود السبب في هذا التفريق إلى أن السند المنظم للإقرار في الحالة الثانية إنما هو سند رسمي أثبت حالة مادية بحضور الموظف المختص فلا مجال لادعاء الكذب فيه أو إنكار مضمونه، إلا إذا ثبت تزويره بالطرق المعتبرة قانونا وذلك استنادا إلى حكم المادة ٤٥/٥ من القانون المدني^٢ النافذة حينذاك.

وتعقيبا على الحالة الأولى يرى الأستاذ القاضي عبد الجليل برتو، العضو السابق في محكمة تمييز العراق أنه ليس ثمة ما يبرّر استثناء السند المنظم رأسا من قبل الكاتب العدل من قبول الادعاء بالكذب في الإقرار الوارد فيه، وذلك لأن تنظيم هذا

(٥) جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((أن المدعي يدعي أنه كاذب بالإقرار الصادر منه بقبضه خارج دائرة الطابو حصته من ثمن الدار المبيعة، فكان على المحكمة أن توجه اليمين إلى المدعي عليه بأن المدعي غير كاذب بإقراره بقبضه حصته من الثمن ..)) (القرار رقم ١٩٣٧/١٠٥ في ١٩٣٧/٢/٢٧ قضاء محكمة التمييز، حسين جميل، بند ٥٢٧، ص ٣٥٦. نقلا عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، القواعد العامة والإقرار واليمين، ج ١، نسخة تحت الطبع، ص ٩٥٧).

(٦) نصت المادة ١٣٨٢: ينفذ هذا القانون بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

(٧) جاء في نص المادة ١٣٨١: ١- من وقت نفاذ هذا القانون، لا يعمل بالنصوص التي تشتمل عليها مجلة الأحكام العدلية فيما عدا الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس عشر في القضاء إلا إذا تعارض نص من النصوص التي يشتمل عليها هذان الكتابان صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون.

(٨) جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((إذا أنكر الخصم صحة جريان المحاسبة التحريية، وطلب تحليف خصمه اليمين، صرفت هذه اليمين إلى ادعاء الكذب بالإقرار)) (القرار رقم ١٩٥٦/٢١٤٣/ح/١٩٥٦ في ١٩٥٦/١/١٢. المبادئ القضائية، عبد الرحمن العلام، بند ١٢٤١، ص ٣٨٢. نقلا عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٩٥٧). وجاء في قرار آخر: ((أن دعوى الكذب بالإقرار بشأن سند الدين المنظم من الكاتب العدل لا تسمع إذا تضمن السند المذكور صراحة وقوع تسليم وتسلم المبلغ أمام كاتب العدل)) (القرار رقم ١٩٦٤/٦/٢ في ١٩٦٤/٦/٢. نقلا عن عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ٢، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٥٣٢).

(٩) نصت المادة ٤٥/١: ((تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته لو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا)).

السند تم بناء على إخبار من قبل المقر وليس بمشاهدة من قبل الكاتب العدل، وبالتالي فإن مثل هذا الإقرار يحتمل الصدق والكذب معا.^(١)

ثالثا: في ظل قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦ النافذ:

أبقى قانون المرافعات المدنية النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦ العمل بيمين الكذب في الإقرار، ومؤكدا في الوقت ذاته الاستثناء الوارد عليها في نص المادة ١١/١ من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه فيما سبق، فنصت المادة ١٠/١ منه: ((١- إذا أقر المدعى عليه بالسند العادي أو المصدق من الكاتب العدل وادعى الكذب بالإقرار، جاز له أن يطلب تحليف المدعي اليمين بعدم الكذب بالإقرار. ٢- لا يسمع هذا الادعاء بالنسبة للسندات المنظمة من الكاتب العدل إذا صرح فيها بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص)). واستقر القضاء العراقي على هذا الاتجاه لعقد من الزمان.^(٢)

رابعا: في ظل قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٧ النافذ:

ألغيت المادة ١٠/١ مرافعات مدنية بموجب المادة ١٤/٤ ثانيا من قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٧. ولم يرد في قانون

الإثبات الجديد نص يعالج يمين الكذب بالإقرار.

لقد أثار سكوت المشرع العراقي بعدم النص على يمين الكذب بالإقرار في قانون الإثبات، بعد إلغائه النص عليها في قانون المرافعات المدنية، تساؤلا واختلافا لدى القضاء والفقهاء القانوني في العراق على حد سواء. فأما عن التساؤل فمضمونه: هل المشرع العراقي بعدم النص على يمين الكذب بالإقرار في قانون الإثبات إنما أراد تعليق العمل بها، أم أنه ترك أمر توجيهها من عدمه إلى محكمة الموضوع إن شاءت أمرت بها، وإن شاءت أغفلتها، وحسبما يتراءى لها من ظروف الدعوى وأحوالها؟^(٣) وأما عن الاختلاف فيتمثل بعدم استقرار قضاء محكمة التمييز، بعد نفاذ قانون الإثبات، على رأي واحد بقبول أو عدم قبول منح الخصم حق تحليف خصمه يمين الكذب بالإقرار، فبينما ذهب في قضائها إلى عدم جواز توجيه هذه اليمين بعد صدور قانون

ويبدو أن المشرع العراقي قد استشعر الحاجة إلى حسم الخلاف حول هذا الموضوع فأصدر بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ تعديلا على قانون الإثبات يقضي بإضافة الفقرة رابعا إلى المادة ٣ من القانون، وجاء فيها: ((أ- إذا أقر المدعى عليه بالسند المبرز العادي أو الرسمي وادعى الكذب بالإقرار، جاز له أن يطلب تحليف المدعي اليمين بعدم الكذب بالإقرار. ب- لا يسمع هذا الادعاء بالنسبة للسندات المنظمة من الكاتب العدل أو الإقرارات الحاصلة أمام الجهات الرسمية ذات الاختصاص إذا صرح فيها بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص)). وعلى هذا المنحى استقر القضاء العراقي منذ نفاذ هذا النص وحتى الآن.^(٤)

(٢) عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٧، ص ٢٩٨.

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((أن ادعاء المدعى عليه بأن إقراره في الورقة بأن عقد البيع هو غير صحيح، وأن حقيقته رهن، إنما هو ادعاء الكذب بالإقرار، ويتعين على المحكمة أن تمنحه حق تحليف المدعي اليمين)) (القرار رقم ١٤٣/٣م/١٩٧٢ في ١٩٧٣/٧/١، النشرة القضائية، س ٣٤، ٣٤، ١٧٥. نقلا عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٧).

(٤) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٤.

(١) عادت لتقرر في العديد من أحكامها منح الخصم حق توجيه يمين الكذب بالإقرار لخصمه.^(١) ومع أن ثمة اتجاها في الفقه القانوني العراقي يرى أن يمين عدم الكذب بالإقرار لازالت باقية وأن توجيهها يستند إلى القواعد العامة.^(٢) فإن مثل هذا الرأي لا يبرر لمحكمة التمييز تسميتها لهذه اليمين الموجهة طبقا للقواعد العامة بـ ((يمين الكذب بالإقرار)) وذلك أولا: لأن المشرع العراقي لم ينص عليها بالاسم في متن قانون الإثبات، وثانيا: لأن محكمة التمييز ذاتها وكما أشرنا سالفًا قد قررت بأنه لا مورد لتوجيه هذه اليمين بعد صدور قانون الإثبات

المطلب الثاني : التعريف بيمين عدم الكذب بالإقرار وخصائصها.

يمكن تعريف يمين عدم الكذب بالإقرار بأنها: اليمين التي أجاز القانون للمقر بسند عادي أو موثق من الكاتب العدل والمكذّب لما يتضمنه ذلك السند، أن يطلب توجيهها لخصمه على أنه لم يكن كاذبا بإقراره.

وتختص يمين عدم الكذب بالإقرار بالخصائص التالية:

أولا : أنها يمين قضائية يتم تأديتها في المحكمة وفي ذات الدعوى موضوع النزاع.

ولدعوى الكذب بالإقرار صور شتى منها: لو أبرز المدعي سندا عاديا يتضمن أن له بذمة المدعى عليه مبلغا من المال عن قرض. وحينما عرض السند على المدعى عليه أجاب: بصحة توقيعه أو بصمته أو ختمه أو إبهامه الواردة على السند، وأضاف: إنني وإن كنت أعطيت هذا السند، غير إنني في الحقيقة لم أقبض هذا المبلغ، وأن ذمتي غير مشغولة للمدعي بشيء. ومن صورها: أن يواجه البائع الممتنع عن تسليم المبيع (المدعى عليه) بالسند المنظم من الكاتب العدل المتضمن إقراره بالبيع وقبض الثمن، فيجيب: بأنه وإن كان أقر أمام الكاتب العدل بقبض الثمن، إلا أنه لم يقبضه حقيقة، لأن المشتري قد طلب منه الإسراع بتوثيق البيع على أن يتم التسليم والاستلام بينهما لاحقا.

ومن صورها أيضا: أن يتأول المقر بسند الدين الكذب بإقراره الوارد فيه، فيزعم أن إقراره إنما كان مواضعة،

وبقصد

مساعدة المقر له في ضائقته المالية. أو أن يتأول المقر بعقد الوديعة الكذب بإقراره الوارد فيه، ويقول أن هذا العقد صوري، وأن حقيقة العقد هبة وليست وديعة.

ففي جميع صور دعوى الكذب بالإقرار يقر المدعى عليه بالسند العادي أو المصادق عليه من قبل الكاتب العدل والمبرز في الدعوى، ويدفع بالكذب بإقراره الوارد بالسند دون بينة تحريرية أو شفوية، لذا أجاز له القانون حينئذ أن يطلب من المحكمة تحليف المدعي (المقر له) بأن المقر لم يكن كاذبا بإقراره الوارد بالسند المبرز.

ثانيا : أنها وسيلة إثبات منحها القانون للمقر المكذّب لإقراره:

فهي يمين قررها القانون لمصلحة المدعى عليه (المقر) في دعوى الكذب بالإقرار حصرا، فله أن يطلب توجيهها لخصمه المدعي (المقر له)، وله أن لا يطلب ذلك. وعليه فإن المحكمة لا تملك توجيهها إلى المدعي (المقر له) من تلقاء نفسها¹. كما ولا تملك أيضا أية سلطة في رفض توجيهها عندما يطلبها من قررت لمصلحته. فيتضح من ذلك اختلاف يمين عدم الكذب بالإقرار عن اليمين المتممة، التي أناط القانون بالمحكمة توجيهها للخصم من تلقاء نفسها²، واتفاقها مع اليمين الحاسمة التي لا توجه إلا بطلب من الخصم¹.

¹ جاء في قرار التمييز: ((لا توجه يمين الكذب بالإقرار بعد صدور قانون الإثبات)) (القرار رقم ٣٤/م/١٩٨٠ في ١٣/٤/١٩٨٠، مجموعة الأحكام العدلية، ٢٤، س ١١، ص ٩٠).

² جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((للمدعى عليه حق طلب تحليف المدعية يمين عدم الكذب بإقراره الوارد في سند الكمبيال المطالب بمبلغه والمصدق من الكاتب العدل طالما أن السند جاء خاليا من الإشارة إلى أن تسليم المبلغ تم أمام الكاتب العدل)) (القرار رقم ١١٣٣/مدنية منقول/٨٦ في ٦/٧/١٩٨٧، مجموعة الأحكام العدلية، ٣٠، ١٩٨٧، ص ٧٢). وجاء في قرار آخر: ((أن طلاق الزوجة قبل الدخول بها ومطالبتها بنصف المهرين المعجل والمؤخر ودفع الزوج إنها أفرت بحجة عقد الزواج استلامها معجل مهرها لا يجعلها عاجزة عن إثبات دفعها بعدم استلامها المهر المعجل إلا بعد تحليف الزوج بعدم

ثالثاً: أن طلب توجيهها يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات الأخرى:

إذ لما كانت يمين عدم الكذب بالإقرار هي وسيلة إثبات قد منحها القانون للمقر لعجزه عن إثبات ادعائه الكذب بإقراره، لذا فإن طلب توجيهها يتضمن التنازل عما عداها من طرق الإثبات الأخرى بالنسبة لموضوع دعواها طالما بقي المقر مصراً على توجيهها للمقر له² لأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الإثبات إذا بقي مصراً على توجيهها³. غير أنه يجوز للمقر طالب اليمين أن يلجأ إلى وسائل الإثبات الأخرى لإثبات صحة ادعائه، على أن يرجع قبل ذلك عن طلبه بالتحليف وقبل أن يحلف خصمه اليمين.⁴

رابعاً: يجوز توجيهها في كل دعوى مدنية، وفي جميع مراحل التقاضي، عدا مرحلة التمييز:

حيث أجاز القانون للمقر طلب توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار لخصمه المقر له في كل دعوى مدنية، ومهما كانت قيمتها، وفي أي حال من أحوال الدعوى، وأمام كافة أنواع محاكم الموضوع ودرجاتها ما دام لم يصدر فيها حكم نهائي⁵. غير أنه لا يجوز طلب توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار لأول مرة أمام محكمة التمييز، ولا إرجاء توجيهها إلى ما بعد النظر بالدعوى تمييزاً⁶، وذلك لأن محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم... وبالتالي فهي ليست درجة من درجات التقاضي حتى تقوم بتحليف الخصم اليمين الحاسمة أمامها⁷، إذ لا يناط بمحكمة التمييز إلا مراقبة تطبيق القانون وسلامة الإجراءات المتخذة من قبل المحاكم.⁽¹⁾

كذب المدعية بإقرارها بالقبض بموجب حجة عقد الزواج وإنما استلمت مهرها المعجل ((القرار رقم ٤٦٢/موسعة/١٩٨٢ في ١٦/١٠/١٩٨٣، مجلة القضاء، العددان الأول والثاني ١٩٨٤، ص ١٨٢)).

¹ د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٥٩.

جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: ((إذا أقرت المدعية بصحة بسمتها إبهاماً إلا أنها دفعت بعدم تسلم المبلغ المثبت بالورقة فعلى المحكمة منحها حق توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار للمدعى عليه)) (القرار ٦٥٣/شخصية أولى / ٢٠٠٩ في ١٨/٢/٢٠٠٩. القرار منشور على موقع السلطة القضائية العراقية على الشبكة العنكبوتية www.iraqja.org).

² جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((وجد أن محكمة الموضوع حلفت المميز عليه اليمين بعدم كذب المميز في إقراره دون أن يطلب المميز تحليفه اليمين صراحة)) (القرار رقم ١٢٠/٣/٩٧١ في ٢٦/١١/١٩٧١. نقلاً عن عبد الرحمن الغلام، مصدر سابق، ص ٥٣٧).

³ نصت المادة ١٢٠ من قانون الإثبات: ((للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل. لتبني بعد ذلك حكماً في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به)).

⁴ نصت المادة ١١٤-أولاً من قانون الإثبات: ((لكل من الخصمين بإذن من المحكمة أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر)).

⁵ نصت المادة ١١١-أولاً من قانون الإثبات: ((طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقي طالبها مصراً على توجيهها)).

⁶ المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ٣، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ١٠٥٢.

⁷ نصت المادة ١١١-ثانياً من قانون الإثبات: ((يجوز لمن وجه اليمين أن يرجع عن ذلك قبل أن يحلف الخصم)).

(١) جاء في نص المادة ١١٦-ثانياً من قانون الإثبات: ((يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى...)).

(٢) نصت المادة ١١١-ثالثاً من قانون الإثبات: ((لا يجوز تحليف اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز، ولا إرجاء تحليفها إلى ما بعد النظر في القضية تمييزاً)).

(٣) المحامي محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص ١٠٥٥.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٥٣٤.

(٢) جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((إذا أقرت المدعية بصحة بسمتها إبهاماً إلا أنها دفعت بعدم تسلم المبلغ المثبت بالورقة فعلى المحكمة منحها حق توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار للمدعى عليه فإذا رفضت ذلك يجعلها خسرت ما توجهت به اليمين)) (القرار رقم ٦٥٣/شخصية أولى / ٢٠٠٩ في

١٨/٢/٢٠٠٩ منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء على الشبكة العنكبوتية www.tqmag.net).

(٣) عبد الرحمن الغلام، مصدر سابق، ص ٥٢٩.

خامسا : أنها يمين حاسمة للدعوى :

ففي دعوى الكذب بالإقرار، إذا أقر المدعى عليه (المقر) بالسند المبرز في الدعوى، ودفع بالكذب بإقراره، ومنحته المحكمة حق توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار لخصمه (المقر له) ولم يظلمها، خسر الدعوى.^(٤) وإن طلب توجيهها وحلفها خصمه، خسر ما توجهت به اليمين.^(٥) وإن نكل الخصم عن حلفها حكمت المحكمة برد دعواه.^(٦)

فيمين عدم الكذب بالإقرار كما اليمين الحاسمة، يترتب على حلفها أو النكول عنها حسم النزاع القائم، وانتهاء الدعوى.^(٧) وهذا اختلاف ثانٍ بينها وبين اليمين المتممة التي لا تحسم النزاع، بل هي مجرد إجراء تتخذه المحكمة من تلقاء نفسها رغبة منها في تحري الحقيقة.^(٨)

سادسا: أنها يمين مردودة:

إذ يجوز لمن وجهت له يمين عدم الكذب بالإقرار أن يردّها على خصمه الذي وجهها إليه، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز: ((للمدعي أن يرد يمين عدم الكذب بالإقرار على المدعي عليه)).^(٩) وهذا اختلاف ثالث بينهما وبين اليمين المتممة التي لا يجوز ردها على الخصم الآخر.^(١٠)

سابعاً: أنها صورة من صور اليمين الحاسمة:

تبين لنا مما سبق بيانه عن خصائص يمين عدم الكذب بالإقرار، أنها يمين اختيارية لا يجوز للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ودون طلب من المكلف بها. وأن من شرّعت هذه اليمين لمصلحته هو الخصم العاجز عن إثبات دفعه الكذب بإقراره الوارد بالسند الكتابي. وهي يمين يجوز ردها على من وجهها. كما أنها يمين تحسم النزاع القائم حتماً نهائياً، وتنهي الدعوى المعروضة أمام المحكمة... وتلك خصائص لليمين الحاسمة، لذا يصح القول بأن يمين عدم الكذب بالإقرار هي صورة من صور اليمين الحاسمة،^(١١) وتنطبق عليها الأحكام العامة لليمين الحاسمة الواردة في الفصل السادس من الباب الثاني من قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٤ المعدل.

المطلب الثالث: شروط توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار:

يجب توافر الشروط التالية في الدعوى لتوجيه يمين عدم الكذب بالإقرار:

أولاً: أن يكون موضوع الدعوى مطالبة المدعي (المقر له) بإلزام المدعى عليه (المقر) بما سبق وأقر به. كأن يطلب المدعي في دعواه إلزام المدعى عليه بتأدية مبلغ الدين بالنظر لحلول أجله وعدم وفائه بالتسديد.

ثانياً: أن يكون دليل إثبات الادعاء المبرز في الدعوى من قبل المدعي (المقر له) إما سندا كتابيا عاديا، أو رسميا. وأن يتضمن السند إقرارا من قبل المدعى عليه (المقر) بتصرف قانوني معين.

(٤) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، - القواعد العامة والإقرار واليمين، ج ١، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٤٨، ص ٢٠٢.

(٥) نصت المادة/١١٤-ثانياً من قانون الإثبات: ((اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى)).

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

(٧) القرار رقم ٩٩١/٤م/١٩٧١ في ٢٩/٤/١٩٧٤. النشرة القضائية س ٤٤، ص ٢٨١. نقلا عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٩.

(٨) نصت المادة/١٢٣ من قانون الإثبات: ((لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر)).

(٩) وهو رأي الأستاذ حسين المؤمن. ينظر: المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٧.

ولكن لا يجوز توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار في العقود التي أوجب القانون شكلا معيناً لانعقادها. ذلك لأن الشكلية فيما تعتبر ركناً من أركان انعقادها. ¹ فإذا لم تستوف هذه العقود الشكل الذي قرره القانون لها فلا ينعقد العقد. ومثال ذلك التصرفات القانونية بالبيع أو الهبة أو الرهن الواردة على العقار، حيث أوجب القانون لانعقادها التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ^(٢) أو الواردة على السيارات، حيث أوجب القانون تسجيلها لدى دائرة المرور، ^(٣) أو الواردة على المكائن، حيث أوجب القانون تسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل. ^(٤)

ثالثاً: أن دعوى الكذب بالإقرار تفترض ابتداء وجود إقرار في سند كتابي يدعي المقر أنه كان كاذباً فيه، لذلك لا تتوجه يمين عدم الكذب بالإقرار فيما لو أنكر المقر صدور السند المبرز في الدعوى عنه، وثبت نسبة السند إليه بطريق المضاهاة، لأن بين إنكار الإقرار الوارد في السند المبرز والدفع بطلب يمين عدم الكذب بالإقرار فيه تناقض يمتنع معه سماع دفعه هذا. ^(٥) وهذا ما قضت به الهيئة العامة لمحكمة التمييز، حيث جاء في قرار لها: ((أن وكيل المميز كان قد أقر بصحة توقيع موكله في الكمبيالة وانشغال ذمة موكله بالمبلغ المدعى به، لذا فإن دفعه بعد ذلك بالكذب بالإقرار مناقض لما سبق أن أقر به مما يوجب عدم سماعه... لذا فلا مبرر لتحليف المميز عليها يمين عدم الكذب بالإقرار...)). ^(٦)

يفهم مما سبق، وكشرط لتوجيه يمين عدم الكذب بالإقرار، أنه يجب أن يصرح المدعى عليه أمام المحكمة بصدور السند عنه، بالألّا ينكر خطه أو توقيعيه أو بصمة أيهما الموجودة على السند المبرز، وذلك لأن إنكار الخط أو التوقيع أو بصمة الإبهام إنما يعني عدم صدور السند عن المدعى عليه، أي أن الإنكار إنما يشمل جميع السند شكلاً ومضموناً، وبالتالي فإن المحكمة ستلجأ إلى عرض السند على خبراء الخطوط للفصل بصحة عائدة الخط أو التوقيع أو بصمة الإبهام للمدعى عليه من عدمه، هذا إذا كان الإنكار ينصب على اصطناع السند. ^(٧) أما إذا كان المدعى عليه يدفع بتزوير السند ووجدت المحكمة قرائن تؤيد دفعه هذا، فتقرر إحالة الموضوع إلى المحكمة المختصة للفصل فيه. ^(٨) فإذا ثبتت صحة السند ونسبة الخط أو التوقيع أو بصمة الإبهام لمنكرها قضت

(١) جاء في نص المادة/١٩٠-١ من القانون المدني العراقي: ((إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل...)).

(٢) نصت المادة/٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل: ((١- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة. ٢- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)).

(٣) نصت المادة/٥ من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١: ((١-تسجل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات وما يستثنى بقانون خاص. ٢- لا تمنح إجازة التسجيل للمركبة إلا بعد توفر شروط المتانة والأمان. ٣- عند انتقال ملكية المركبة إلى شخص آخر بأحد أسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد الحضور لدى ضابط التسجيل والاعتراف أمامه بذلك لتأشير ذلك في سجل التسجيل ودفع الرسم المقرر لنقل الملكية. ٤- تعتبر سجلات التسجيل قرينة لإثبات الملكية ما لم يثبت العكس)).

(٤) نصت المادة /٣٠ من قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨: ((أولاً- تسجل الماكنة لدى الكاتب العدل في المنطقة الموجودة فيها. ثانياً- لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة)).

(٥) المحامي محمد علي الصوري، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٧.

(٦) القرار رقم ١٤٧/٣/٩٦٩ في ١٢/٢٦/١٩٧١. نقلاً عن عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص ٥٣٦.

(٧) جاء في المادة/٤٠ من قانون الإثبات: ((إذا أنكر من نسب إليه السند خطه أو إمضاءه أو بصمة إبهامه أو أنكر ذلك من يقوم مقامه أو ادعى الوارث الجهل به وكان السند منتجاً في الدعوى قررت المحكمة إجراء المضاهاة مع إيداع السند صندوق المحكمة...)).

(٨) نصت المادة/٣٦ من قانون الإثبات: ((إذا ادعى الخصم تزوير السند وطلب التحقيق في ذلك ووجدت المحكمة قرائن قوية على صحة ادعائه أجبته إلى طلبه وألزمته أن يقدم كفالة شخصية أو نقدية تقدرها المحكمة لضمان حق الطرف الآخر. وعلى المحكمة في هذه الحالة إحالة الخصوم على قاضي التحقيق للتثبت من صحة الادعاء، وعندها تقرر المحكمة جعل الدعوى مستأخرة لحين صدور حكم أو قرارات بخصوص واقعة التزوير)).

المحكمة للمدعي بناء عليه.^(١) أما إذا لم تثبت صحة السند فترد دعوى المدعي. وفي كلتا الحالتين لن يكون هناك مبرر قانوني لتوجيه يمين عدم الكذب بالإقرار.

ولو أقر المدعي عليه أثناء المرافعة بصحة دعوى المدعي، ثم وقيل ختام المرافعة رجوع عن إقراره، ودفع بأنه كان كاذبا فيه، وطلب تحليف خصمه يمين عدم الكذب بالإقرار، فلا يسمع منه هذا الدفع، لعدم جواز الرجوع عن الإقرار،^(٢) ولأن المقر قد ناقض ما أقر به سابقا، وهذا التناقض مانع من سماع دفعه.^(٣) وهذا ما قضت به محكمة التمييز.^(٤) كذلك لا محل لتوجيه يمين عدم الكذب بالإقرار فيما إذا أقر المدعي عليه بالدين الوارد بالسند المبرز من المدعي، وادعى الوفاء كُلاً أو جزء بعد الإقرار، أي بعد كتابة سند الدين، لأنه سيكون حينئذ قد أيد المدعي على أنه لم يكن كاذبا بإقراره.^(٥)

رابعا: أن يدفع المدعي عليه (المقر) بالكذب بإقراره الوارد بالسند. كأن يقول: إني وإن كنت أقررت بالسند المبرز باستقراض مبلغ كذا من المدعي (المقر له)، إلا أنني حقيقة لم استلم منه شيئا. فالمدعي عليه (المقر) في هذه الحالة يقر بواقعة الاستقراض، وينكر الاستلام.

والكذب بالإقرار إنما يرد على الإقرار الوارد في السند العادي، والسند الرسمي الموثق من الكاتب العدل، أو أية جهة رسمية أخرى. ولا يرد على السندات الرسمية المنظمة من الكاتب العدل أو أية جهة رسمية مختصة أخرى، حيث نصت المادة ٣-٣٠٠ رابعا من قانون الإثبات: ((ب - لا يسمع هذا الادعاء بالنسبة للسندات المنظمة من الكاتب العدل أو الإقرارات الحاصلة أمام الجهات الرسمية ذات الاختصاص، إذا صرح فيها بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص)). ويقصد بالتوثيق تصديق الكاتب العدل، أو أية جهة رسمية أخرى، على توقيع أو بصمة إيهام كل من ذوي العلاقة في السند المنظم منهم وعلى اعترافهم بمضمونه.^(٦) أما التنظيم فيقصد به تدوين السند من الكاتب العدل، أو الموظف المختص، حسب طلب ذوي العلاقة على أوراق معدة لهذا الغرض.^(٧) ففي السند الموثق لدى جهة رسمية لا يتعدى دور الجهة الموثقة له عن التأكد من صفة ذوي العلاقة وأخذ توقيعهم أو بصمات إيهامهم على السند المنظم من قبلهم واعترافهم بمضمون التصرف القانوني الوارد فيه، ودون الخوض بتفاصيل ذلك المضمون. أما في السند المنظم فالجهة الرسمية هي التي تنظم السند وفقا لنموذج معد سلفا، وتثبت فيه كافة تفاصيل مضمون التصرف القانوني بين ذوي العلاقة.

(١) جاء في قرار محكمة التمييز: ((أن المميز بعد أن أنكر توقيعه في الكمبيالة وثبتت عائدة التوقيع له بنتيجة معاملة التطبيق لا يكون له حق الدفع بالكذب بالإقرار وتحليف خصمه اليمين)) (القرار رقم ٥٦٩/٥٦٧/٩٦٧ في ١١/١١/١٩٦٧ نقلا عن عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص ٥٣٧).

(٢) نصت المادة ٦٨-٦٨ ثانيا من قانون الإثبات: ((لا يصح الرجوع عن الإقرار)).

(٣) نصت المادة ٦٤-٦٤ أولا من قانون الإثبات: ((أ- إذا ناقض المقر ما كان قد أقر به سابقا، كان هذا التناقض مانعا من سماع دعواه أو دفعه)).

(٤) جاء في قرار محكمة التمييز: ((تبين أن المميز قد أدلى بإفادة أمام الجهات الإدارية الرسمية ... وقد أيد أمام المحكمة صدور هذه الإفادة منه فأصبح هذا الإقرار ملزما له ولا يسمع منه ادعاء يخالفه (...)) (القرار رقم ٥٤١/حقوقية/٦٣ في ٢٩/٩/١٩٦٣. نقلا عن المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٦٢٥).

(٥) ينظر: المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٦٠.

(٦) ينظر قرار محكمة التمييز في الهامش ٢٩ أعلاه.

(٧) نصت المادة ١١٩-١١٩ ثالثا من قانون الإثبات: ((كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين)).

وتبعاً لذلك فَرَّقَ المشرع العراقي بين حالة ادعاء الكذب بالإقرار بالسند العادي أو السند الرسمي الموثق من الكاتب العدل أو أية جهة رسمية أخرى، وحالة الكذب بالإقرار بالسند الرسمي المنظم من الكاتب العدل أو أية جهة رسمية أخرى ذات اختصاص فقبل الدفع بالحالة الأولى، ولم يقبل الدفع بالحالة الثانية.

ويلاحظ أن المشرع العراقي كان أكثر دقة في صياغته لنص الفقرة رابعا من المادة ٣٩ وفقاً للتعديل الأخير على قانون الإثبات، عن صياغة نص المادة ١٠٠ مرافعات مدنية الملغاة، حيث حصرت الفقرة ١ من المادة الملغاة السند في دعوى الكذب بالإقرار أما بالسند العادي أو السند المصدق من الكاتب العدل، بينما قضت الفقرة رابعاً من المادة ٣٩ النافذة بقبول الادعاء بالكذب بالإقرار الوارد في السند العادي، وكل سند رسمي موثق للإقرار سواء صدر عن الكاتب العدل أو سواه من الجهات الرسمية الأخرى.^(١)

خامساً: ألا يكون لدى المدعى عليه (المقر) أي دليل يثبت دفعه الكذب بالإقرار. وذلك لأن تحليف المقر له اليمين على أن المقر غير كاذب في إقراره إنما يجري فيما إذا لم يكن للمقر دليل على دعواه أنه كاذب في إقراره، أما لو وجد هذا الدليل، فلا داعي لهذه اليمين. كما لو أقر أحد بسند لآخر بدين، وعندما عرض هذا السند عليه أجاب: إنني أعطيت هذا السند للمدعي تلجنة (أي سوريا)، وأبرز مستنداً بذلك وبتوقيع المدعي.^(٢)

سادساً: أن يطلب المدعى عليه (المقر) من المحكمة تحليف خصمه يمين عدم الكذب بالإقرار. إذ لما كانت يمين عدم الكذب بالإقرار صورة من صور اليمين الحاسمة، لذا فلا تملك المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها.^(٣)

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على يمين عدم الكذب بالإقرار.

إذا وجهت يمين عدم الكذب بالإقرار إلى المدعي (المقر له) فليس له إلا واحد من ثلاثة خيارات: إما أن يحلف اليمين وفق الصيغة المقررة من قبل المحكمة، فيكسب دعواه. وإما أن ينكل عن حلف اليمين، مثبتاً للمحكمة ما دفع به خصمه، فتحكم المحكمة برد دعواه. وإما أن يرد اليمين على خصمه الذي وجهها إليه،^(٤) فينتقل حينها التكليف بحلف يمين عدم الكذب بالإقرار إلى المدعى عليه (المقر)،^(٥) الذي لن يكون أمامه إلا خياران، إما أن يحلف اليمين وفق الصيغة التي تقرها المحكمة فتقضي له المحكمة برد دعوى خصمه المدعي، ويكسب هو الدعوى. وإما أن ينكل عن حلف اليمين المردودة عليه، فيثبت بذلك كذب دفعه وصحة إقراره الوارد بالسند المبرز بالدعوى، فتقضي المحكمة لخصمه المدعي.^(٦)

(١) جاء في قرار محكمة التمييز: ((للمدعي أن يرد يمين عدم الكذب بالإقرار على المدعى عليه)) (القرار رقم ١٩٧١/٤م/٩٩١ في ١٩٧٤/٤/٢٩. النشرة القضائية س ٥٤، ص ٢٨١. نقلاً عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٩).

(٢) جاء في المادة ١١٩-ثالثاً من قانون الإثبات: ((وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسرها توجهت به اليمين)).

(٣) نصت المادة ١١٩-ثالثاً من قانون الإثبات: ((كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسرها توجهت به اليمين)).

(٤) جاء في قرار محكمة التمييز: ((للمدعي أن يرد يمين عدم الكذب بالإقرار على المدعى عليه)) (القرار رقم ١٩٧١/٤م/٩٩١ في ١٩٧٤/٤/٢٩. النشرة القضائية س ٥٤، ص ٢٨١. نقلاً عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٩).

(٥) جاء في المادة ١١٩-ثالثاً من قانون الإثبات: ((وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسرها توجهت به اليمين)).

(٦) عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ط ٣، ١٩٨٤، ص ٢٦٨.

(٧) د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، ص ١٧٩. نقلاً عن محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص ١١٤٨.

(٨) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٩) د. آدم وهيب الندواوي، شرح قانون الإثبات، ط ٢، بغداد، ١٩٨٦، ص ٣٦.

والنكول عن اليمين موقف سلبي يمتنع فيه الخصم عن حلف اليمين عندما توجّه له ، وهو إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء فلا يردها على خصمه ولا يحلفها فيعتبر ناكلا، أو أن يقع ممن ردت عليه اليمين ولا يحلفها.^(٨)

والنكول عن اليمين قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا يستفاد منه من سلوك الخصم،^(٩) كأن يسكت عندما توجه إليه اليمين ولا ينازع فيها أو يعرض أو يغير أو يعدل في صيغتها،^(١٠) أو يعمل على تهريبه من الحلف كأن يعطي جوابا غامضا أو ناقصا

أو مقتصرًا على ادعاء الجهل والنسيان.^(١١) ولكن لا يعد نكولا عن اليمين غياب المكلف بتوجيهها عن الجلسة المقررة لحلفها من قبل خصمه، وإنما يعتبر قد صرف النظر عن توجيهها، لأن النكول عن اليمين إنما يكون في الجلسة المقررة لحلفها، وليس قبل ذلك.^(١٢)

وفي جميع خيارات الحلف أو النكول السابقة، فإن النزاع ينحسم في الدعوى إما لصالح من حلف اليمين وإما ضد من نكل عنها، أي لصالح من كان النكول لمصلحته. وإن الحكم الصادر في الدعوى، سواء كان بناء على الحلف أو النكول، يعتبر حائزا على قوة حجية الحكم المقضي فيه، ولا يصح الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن القانونية.^(١٣)

ويمكن طلب تحليف يمين عدم الكذب بالإقرار بالنيابة، ولكن لا تجوز النيابة في حلفها.^(١٤) فيجوز لثائب المقر كالوكيل بالخصوص، إذا لم يتمكن من إثبات دفعه بكذب موكله بإقراره، أن يطلب من المحكمة توجيه يمين عدم الكذب بالإقرار إلى المقر له، وتكليفه بحلفها، لأن طلب التحليف من متمامات المخاضة المخول بها الوكيل بالخصوص.^(١٥) ومثل الوكيل بالخصوص الوصي والولي والمتولي، فلأي منهم أن يطلب تحليف الخصم.^(١٦) ولكن يجب أن توجه يمين عدم الكذب بالإقرار للمقر له شخصيا لا إلى نائبه، لأن الأمر يتصل بشخص من توجه إليه اليمين دون وكيله.^(١٧) فإذا كان التوكيل في طلب توجيه اليمين جائزا لأنه من قبيل طلب الحق من الغير ، فإن حلف اليمين أمر شخصي لا يجوز فيه التوكيل لكونه عملا متعلقا بذات شخص الحالف كما يمليه ضميره وذمته، لهذا لا تجوز النيابة في الحلف.^(١٨)

ويجوز لورثة المقر تحليف المقر له يمين عدم الكذب بالإقرار، كما يجوز للمقر أن يطلب تحليف ورثة المقر له هذه اليمين، غير أن اليمين هنا لا توجه بصيغة البتات، وإنما بصيغة عدم العلم،^(١٩) لأن واقعة المدانة جرت بين المقر وصاحبه المتوفى (المقر له)، أي بأن يحلف كل وارث أنه لا يعلم بأن المقر كان كاذبا في إقراره،^(٢٠) ولا يكتفى بيمين أحدهم لأن النيابة لا تجري في الحلف. فإذا وجهت اليمين إلى جميع الورثة وحلف بعضهم فقط، فلا يفيد حلف هؤلاء أمام نكول الآخرين.^(٢١)

(١) جاء في قرار المحكمة التمييز: ((إذا كانت المحكمة قد ثبتت صيغة اليمين وأهملت وكيل المستأنفة لبيان أن كان يطلب توجيه اليمين من عدمه فان تخلف عن الحضور فللمحكمة أن تعتبره قد صرف النظر عن توجيه اليمين)) (القرار رقم ٢١٧/استئنافية عقار/٢٠٠٩ في ٢٥/١/٢٠٠٩. منشور على موقع السلطة القضائية العراقية على الشبكة العنكبوتية www.iraqja.org).

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج٢، ط٤، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٨٤.

(٣) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٢٢.

(٤) نصت المادة/١١٢ من قانون الإثبات: ((تجري النيابة في طلب التحليف، ولا تجري في اليمين)).

(٥) منير القاضي، شرح المجلة، ج٤، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩، ص ١٢٩.

(٦) علي حيدر، مصدر سابق، ج٤، ص ٤٤٣. نقلا عن المحامي محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص ١٠٦٩.

(٧) د. احمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ج١، ط٤، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٤٨١.

(٨) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٩) نصت المادة/١١٧ من قانون الإثبات: ((إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات، وإذا حلف على فعل غير يحلف على عدم العلم)).

(١٠) علي حيدر، مصدر سابق، ص ١٠٨. نقلا عن المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، نسخة تحت الطبع، مصدر سابق، ص ٩٥٩.

المحامي محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص ١٠٧٠.

ونواجه هنا حالة إذا ما كانت واقعة الإقرار على السند الكتابي قد حدثت بين المقر ونائب المقر له شخصياً. فلا يجوز في هذه الحالة تحليف الأصيل (المقر له) إلا على علمه بالواقعة. ولكن يجوز تحليف النائب عليها، على أن لا يضار الأصيل بنتيجة الحلف. فإذا لم يكن النائب ماثلاً في الدعوى جاز إدخاله فيها لتحليفه اليمين. فإذا خلف كسب الأصيل الدعوى. وإذا نكل خسر الأصيل الدعوى. ولكن يجب ألا يصيبه ضرر من نكول نائبه، فإذا أصابه رجوع على النائب الذي نكل. فلو وجهت إلى النائب اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره، وكان قد أدخل في الدعوى بصفته الشخصية أيضاً، فإذا حلف كسب الدعوى،

وإذا نكل لم يضر نكوله بالمحجور، ويصبح ملزماً نحوه بالدين.^(١)

ولما كانت النيابة تجري في طلب اليمين ولا تجري في أدائها، لذا يتعين ثبوت النكول ممن وجهت إليه اليمين أو ممن ردت عليه شخصياً. فلا يعتد بالنكول الصادر من وكيله.^(٢) فنكول الوكيل عن الحلف لا يعد نكولاً من قبل من وجهت إليه اليمين، وهذا ما قضت به محكمة التمييز.^(٣)

الخاتمة

يمين عدم الكذب بالإقرار، هي صورة من صور اليمين الحاسمة. قضى قانون الإثبات العراقي النافذ بمنح الحق بتوجيهها للمقر الذي يدعي الكذب بإقراره الوارد في سند كتابي عادي أو رسمي. غير أنه لا يسمع الادعاء بالكذب في الإقرارات المنظمة من قبل الجهات الرسمية المختصة. ويترتب على حلف هذه اليمين الحكم لصالح من حلفها، فيما يخسر الناكول عنها الدعوى. وبحلف هذه اليمين، أو النكول عنها، يحسم النزاع نهائياً، وتنتهي الدعوى، ويكتسب القرار الصادر فيها حجية الأمر المقضي فيه.

المصادر

أولاً: كتب اللغة والفقه والدراسات الفقهية:

- ١ المحقق أبي القاسم نجم الدين بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٣، ط ١، مطبعة الآداب في النجف، ١٩٦٩.
- ٢ الشيخ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية، ١٩٢٠.
- ٣ جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج ١ و ٢، دار المعارف، القاهرة.
- ٤ الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في الفروع، مطبعة البابي والحلي، مصر، ١٩٥٩.
- ٥ سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ٢، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٨٨٩.
- ٦ علي حيدر، الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، ج ٤ و ٣، مطبعة غزة، ١٩٣٠.

(١) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٢٩. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٣١.

(٢) المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٠٧١.

(٣) القرار رقم ٦٩٤/صليحية/٤٦ في ١٩٤٦/٦/٢٠. نقلاً عن المحامي محمد علي الصوري، المصدر السابق، ص ١٠٧٥.

- ٧ هجيد حميد السماكية، حجية الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية موازنة ومقارنة بالقانون مدنيا وجنائيا، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٧٥.
- ٨ الإمام محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، ج ٢، دار الطباعة العامرة.
- ٩ القاضي محمد بن فراموز الشهير بـ (ملا خسرو)، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج ٢، مطبعة أحمد كامل، ١٣٣٠ هـ.
- ١٠ الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ٤، المطبعة الحيدرية في النجف، ١٣٦٢ هـ.
- ١١ الإمام محمد بن علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٢، مطبعة محمد علي صبيح بمصر.
- ١٢ محمد علاء الدين محمد أمين بن عابدين، قررة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار على الدر المختار، ج ٢، المطبعة الأميرية، ١٢٩٩ هـ.

ثانيا. المراجع والكتب القانونية:

- ١٣ د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ج ١، ط ٤، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٤٨.
- ١٤ د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط ٢، بغداد، ١٩٨٠.
- ١٥ المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين، ج ١، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٤٨.
- ١٦ المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين، نسخة تحت الطبع.
- ١٧ د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦.
- ١٨ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج ٢، ط ٤، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٨٣.
- ١٩ عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٥.
- ٢٠ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦، ج ٢، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٢١ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.
- ٢٢ د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، القاهرة، بلا سنة نشر ومطبعة.
- ٢٣ عز الدين الديناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ط ٥، ١٩٨٥.
- ٢٤ د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٥ المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ٣، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٦ محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ٢، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٧ منير القاضي، شرح المجلة، ج ٤، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩.

ثالثا. الدوريات

٢٨ مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، ١٩٨٨.

٢٩ مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٨٣.

رابعا. القوانين

٣٠ قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥.

- ٣١ قانون التسجيل العقاري رقم ٤ لسنة ١٩٧٧
- ٣٢ قانون الكتاب العدول رقم ٣ لسنة ١٩٩٩
- ٣٣ القانون المدني رقم ٤ لسنة ١٩٥٥
- ٣٤ قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦
- ٣٥ قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨ لسنة ١٩٥٥ الملغى
- ٣٦ قانون المرور رقم ٤ لسنة ١٩٧٧
- ٣٧ مجلة الأحكام العدلية، ط ٥، مطبعة شعاعكو، بيروت، ١٩٦٨
- خامسا. المواقع الالكترونية
- ٣٨ موقع السلطة القضائية العراقية www.iraqja.org
- ٣٩ موقع مجلة التشريع والقضاء www.tqmag.net

أثر التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦ على المجلس الدستوري الجزائري في مجال الرقابة الدستورية.

د حنان ميساوي، أستاذة محاضرة قسم ب، الملحقة الجامعية، مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

ملخص:

نظرا للانتقادات الموجهة للمجالس الدستورية التي تضمنتها دستور سنة ١٩٨٩ وكذا تعديله سنة ١٩٩٩، سعى المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١٦ إلى تفادي هذه الانتقادات وسدّ الفراغ الذي شاب الدساتير السابقة في مجال الرقابة الدستورية، سواء من حيث تغيير تشكيلته وتحديد شروط عضويته وضمان استقلاليته واستقلالية أعضائه، أم من حيث توسيع جهات الإخطار إلى كل من الوزير الأول، والمعارضة البرلمانية وحتى الأفراد عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية، كما عمل على دسترة الطابع النهائي لآراء وقرارات المجلس وإعطائها القوة الإلزامية، وهذا كلّه سيؤدي إلى تفعيل دور المجلس الدستوري الذي كان ينحصر عمله في الرقابة الإلزامية والرقابة في مجال الانتخابات، أمام محدودية آلية الإخطار التي تعود أساسا إلى أسباب سياسية، كما أن هذا قد يؤدي إلى إرساء الديمقراطية التعددية خاصة فيما يتعلق بدسترة حقوق المعارضة وإلى بناء دولة القانون.

مقدمة:

تعتبر الرقابة الدستورية أهم مظاهر دولة القانون، باعتباره أهم ركائز مبدأ سمو الدستور وخضوع الجميع له، وفي سبيل ذلك تبنى المؤسس الدستوري الرقابة الدستورية عن طريق هيئة خاصة، وذلك من خلال دستور سنة ١٩٦٣^١، والذي جمّد بعد فترة وجيزة من صدوره، كما أن خلو دستور سنة ١٩٧٦^٢ من النص على هذا النوع وما نتج عنه من صدور نصوص غير دستورية، أدى إلى استحداث آلية للرقابة الدستورية، وأطلقت عليها نفس تسمية المؤسس الدستوري الفرنسي، وهي المجلس الدستوري الذي أناط به مهمة السهر على احترام الدستور، وذلك من خلال دستور سنة ١٩٨٩^٣.

* د حنان ميساوي، أستاذة محاضرة قسم ب، الملحقة الجامعية، مغنية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

١ - دستور سنة ١٩٦٣، مؤرخ في ١٠ سبتمبر سنة ١٩٦٣، جريدة رسمية رقم ٦٤، صادرة بتاريخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩٦٣.

٢ - دستور سنة ١٩٧٦، صادر بموجب أمر رقم ٧٦-٩٧ مؤرخ في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٦، جريدة رسمية رقم ٩٤، صادرة بتاريخ ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٦.

٣ - دستور سنة ١٩٨٩، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم ٨٩-١٨ بتاريخ ٢٨ فيفري سنة ١٩٨٩، جريدة رسمية رقم ٩، صادرة بتاريخ ١ مارس سنة ١٩٨٩.

والذي عرف تعديلات سواء من حيث تشكيلته أو جهات الإخطار سنة ١٩٩٦^١، مسيرة للتعديلات الواردة فيه، وأمام الانتقادات التي واجهت المجلس الدستوري في ظل هذا التعديل ووسمه بعدم الفعلية والفعالية في مجال الرقابة الدستورية، عمل المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١^٢ على تفعيل دور المجلس الدستوري وتعزيز مكانة الرقابة الدستورية وإرساء دولة القانون وتعميق الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات، وهذا ما جعلنا نتساءل عن أثر التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١ على فعالية المجلس الدستوري؟ وما هي الآليات التي استحدثها قصد تفعيل دوره في مجال الرقابة الدستورية لضمان سمو الدستور؟ وسنجيب عن هذه الإشكالية متبعين المنهج الوصفي، التاريخي والمقارن، وذلك بتقسيم دراستنا إلى مبحثين، الأول يتعلق بأثر التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١ على تنظيم المجلس الدستوري، والثاني تطرقنا فيه إلى أثره من خلال سعيه إلى تعزيز وتفعيل دور المجلس الدستوري.

المبحث الأول: تنظيم المجلس الدستوري.

شكلت تشكيلة المجلس الدستوري ومدى استقلاليته انتقادات كثيرة، نتيجة اختلال تمثيل السلطات وعدم التوازن بينها بغلبة الكفة إلى السلطتين التنفيذية ثم التشريعية على حساب السلطة القضائية، خاصة أن رئيس المجلس يتم تعيينه من طرف رئيس الجمهورية، حتى أصبحت إعادة النظر في تنظيم المجلس الدستوري مطلباً ديمقراطياً، لإرساء دولة القانون، لذا سعى التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١ إلى تحقيق هذا المطلب من عدة جوانب.

المطلب الأول: توسيع تشكيلة المجلس الدستوري.

تبنى المؤسس الدستوري الرقابة الدستورية عن طريق هيئة سياسية من خلال أول دستور له سنة ١٩٦٦^٣، والذي كان يتكون من سبعة أعضاء يمثلون السلطات الثلاث، إذ كان يتكون من ٣ أعضاء يمثلون السلطة القضائية، وهم الرئيس الأول للمحكمة العليا، ورئيسي الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا، أما السلطة التشريعية فكانت ممثلة بثلاثة نواب تعيّنهم الجمعية الوطنية، على خلاف السلطة التنفيذية التي كان تمثيلها ضعيفاً، إذ كانت ممثلة بعضو واحد يعينه رئيس الجمهورية. وما يلاحظ أن مشكلة التوازن لم تثر بسبب سيادة الحزب الواحد، أما رئيس المجلس الدستوري فينتخبه أعضاؤه. ونصت المادة ٢٣/٢ من دستور سنة ١٩٦٦ على أن الرئيس لا يملك صوتاً مرجحاً، وهذا التنصيب لا فائدة منه لسببين: أن الكل معيّن ويخضع للحزب نفسه، ومن جهة أخرى لا يمكن تحقيقه حسب التوزيع المحدد في المادة المذكورة^٤. غير أن هذا الدستور تم تعليق العمل به بعد ٢٣ يوم من إصداره، ولم يتم تنصيب المجلس الدستوري المنصوص عليه فيه^٥.

١ - التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ مؤرخ في ٧ ديسمبر سنة ١٩٩٦، جريدة رسمية رقم ٧٦، صادرة بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦.

٢ - التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، صادر بموجب قانون رقم ١٦-٠١ مؤرخ في ٦ مارس سنة ٢٠١٦، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية رقم ١٤، صادرة بتاريخ ٧ مارس سنة ٢٠١٦.

٣ - دستور سنة ١٩٦٣، المصدر السابق.

٤ - سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، الجزائر، سنة ١٩٩٣، ص ٤٠٦.

٥ - عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد الأول، سنة 2013، ص ٦٨.

أما دستور سنة ١٩٧٦^١، فلم يتطرق إلى موضوع الرقابة الدستورية، على الإطلاق وهذا تأثراً بالفكر الاشتراكي السائد آنذاك، وبالنظام الدستوري القائم على الحزب الواحد، وتجسيده لمبدأ وحدة السلطة وتعدد الوظائف، غير أن هذا الفراغ أدى إلى تجاوز الدستور في الكثير من القوانين، مما جعل بعض الأشخاص داخل الحزب الواحد يطالبون بإحداث هيئة تكلف بالرقابة على دستورية القوانين، الأمر الذي تمخض عنه صدور لائحة صادقة عليها المؤتمر الخامس لحزب جبهة التحرير الوطني المنعقد من ١٢ إلى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٨٨، والتي دعت إلى إنشاء هيئة للرقابة يشرف عليها رئيس الجمهورية.

عقب الأحداث التي عرقتها الجزائر سنة ١٩٨٨، والتي أدت إلى تحولات سياسية، اقتصادية واجتماعية، وتبني التعددية الحزبية، وتكريس الحقوق والحريات من خلال دستور سنة ١٩٨٨^٢، والذي استحدث آلية للرقابة الدستورية وهي المجلس الدستوري على غرار التجربة الفرنسية، وكذا دستور سنة ١٩٦٦^٣، لكن بأحكام مختلفة وتشكيلة مختلفة، إذ أصبح المجلس الدستوري في ظل دستور سنة ١٩٨٨، يتكون من ٧ أعضاء من بينهم الرئيس، ويتكفل المجلس الشعبي الوطني بانتخاب عضوين في حين تنتخب المحكمة العليا عضوين من بين أعضائها^٤، وما يلاحظ على هذه التشكيلة هيمنة السلطة التنفيذية بتعيين ٣ أعضاء مقابل عضوين ينتخبان من طرف السلطتين التشريعية والقضائية، إضافة إلى تعيين رئيس الجمهورية لرئيس المجلس الدستوري.

أما التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩^٥، فقد أثر بأحكامه على المجلس الدستوري، خاصة فيما يتعلق بتشكيلته، إذ أحدث مؤسسات دستورية جديدة، وهي الغرفة الثانية للبرلمان ومجلس الدولة، وأعطاهما نصيباً في عضوية المجلس الدستوري، على غرار الغرفة الأولى للبرلمان والمحكمة العليا، كما أنه أنشأ فئة جديدة من فئات التشريع وهي القوانين العضوية، وجعلها مجالاً للرقابة السابقة الإلزامية للمجلس الدستوري.

وما يلاحظ على تشكيلة المجلس الدستوري في ظل التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩، أن المؤسس الدستوري رفع عدد أعضائه إلى تسعة أعضاء، إذ يتولى رئيس الجمهورية تعيين ٣ أعضاء من بينهم رئيس المجلس، وتنتخب كل غرفة من غرفتي البرلمان عضوين من كل منهما، في حين ينتخب كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا ممثلاً واحداً عن كل منهما^٦. ويظهر من خلال هذه التشكيلة التمثيل غير الكافي للأعضاء الممثلين للسلطة القضائية، وهيمنة السلطة التنفيذية على الرغم من أن ممثلي السلطة التشريعية ارتفع إلى ٤ أعضاء، إلا أنه في الواقع تميل الكفة للسلطة التنفيذية من خلال تعيين رئيس الجمهورية لثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس، كما يمكن أن يكون العضوان المنتخبان من طرف مجلس الأمة من الثلث المعين من طرف رئيس الجمهورية. ونظراً للانتقادات التي عرفت تشكيلته المجلس الدستوري، وقصد تحقيق التوازن في تمثيل السلطات الثلاث، وتقوية شرعية المجلس الدستوري، عمل المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١ على تغيير تشكيلة المجلس الدستوري كما ونوعاً، إذ أصبح المجلس الدستوري يتكون من ١٢ عضواً بدل ٩ أعضاء في ظل التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩، ويتم تعيين ٤ منهم من طرف رئيس الجمهورية من بينهم الرئيس وكذا نائب رئيس المجلس، كما تنتخب كل غرفة من غرفتي البرلمان ممثلين عن كل منهما، مما يجعل السلطة التشريعية ممثلة هي الأخرى بأربعة أعضاء، وهو العدد نفسه

١ - دستور سنة ١٩٧٦، المصدر السابق.

٢ - دستور سنة ١٩٨٩، المصدر السابق.

٣ - المادة ١٥٤ من دستور سنة ١٩٨٩، المصدر السابق.

٤ - التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، المصدر السابق.

٥ - المادة ١٦٤ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦.

الذي يمثل أعضاء السلطة القضائية، إذ يقوم كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا بانتخاب عضوين.¹ وما يلاحظ على هذا التعديل أنه وازن بين السلطات الثلاث من حيث التمثيل، خاصة السلطة القضائية التي كانت ممثلة بعضوين فقط في التعديل الدستوري السابق.

كما تم استحداث وظيفة نائب رئيس المجلس الدستوري، الذي يعينه رئيس الجمهورية لفترة واحدة مدتها ثمان سنوات،² وهي مدة عهدة أعضاء المجلس الدستوري التي رفعها المؤسس الدستوري من 6 سنوات في ظل دستور سنة 1958³ والتعديل الدستوري لسنة 1999 إلى 8 سنوات في التعديل الدستوري لسنة 2011، على أن يجدد نصف عدد الأعضاء كل أربع سنوات. وتم أيضا إقرار ترجيح صوت رئيس المجلس الدستوري المعين هو الآخر لمدة 8 سنوات، وذلك في حالة تساوي الأصوات أثناء المداولات،⁴ غير أننا نرى لو أن التعديل الدستوري لجأ إلى انتخاب رئيس المجلس الدستوري وليس إلى تعيينه لكان في ذلك ضمنا أكبر لحياده واستقلالته، مما يضيف شفافية أكبر على العمل الدستوري، كما تضمن التعديل الدستوري لسنة 2011، لأول مرة الشروط الواجب توفرها في عضو المجلس الدستوري، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الثاني: دعم المركز القانوني لأعضاء المجلس الدستوري.

إضافة إلى رفع مدة العضوية في المجلس الدستوري، أقر التعديل الدستوري لسنة 2011 الشروط الواجب توفرها في الأعضاء سواء المعيّنين أو المنتخبين، على خلاف باقي الدساتير، إذ أضافت المادة 18 منه شروط عضوية المجلس وهي بلوغ أربعين سنة كاملة يوم تعيين أو انتخاب العضو،⁵ كما أنها اشترطت أيضا شرطا مهما لتجنب الانتقادات الموجهة إلى المجالس الدستورية السابقة، ووسمها بعدم الكفاءة؛ إذ عمد المؤسس الدستوري إلى اشتراط خبرة مهنية مدتها خمس عشرة سنة على الأقل، يجب توفرها في العضو، بل أكثر من ذلك حدد مجال هذه الخبرة، وحصرها في التعليم العالي في العلوم القانونية أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة، وبذلك يغلب على تشكيلة المجلس الدستوري تخصص ذوي الخبرة القانونية - الذي كانت تفتقر إليه المجالس الدستورية السابقة، خاصة أن هؤلاء الأعضاء مكلفين بالبت في مسائل قانونية دقيقة، والذي يجب أن يكون وفق كفاءاتهم وتكوينهم وقناعاتهم القانونية لا وفق اعتبارات سياسية، وهذا على خلاف الدستور الفرنسي الذي لم يتضمن شرط السن ولا الكفاءة لعضوية المجلس الدستوري، والذي اشترط في تعديله سنة 2007 أخذ رئيس الجمهورية للرأي العلي للجنة الدائمة المختصة في كل مجلس، أين يجب الحصول على موافقة ثلاثة أخماس على الأقل من الأصوات المعبر عنها داخل اللجنتين. كذلك الشأن بالنسبة للتعيينات التي يجريها رئيس كل مجلس، لا بد أن تعرض على اللجنة الدائمة المختصة في المجلس المعني لإبداء رأيها.⁶

1 - المادة 1/183 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المصدر السابق.

2 - المادة 4/183 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المصدر السابق.

3 - لم يحدد دستور سنة 1963 مدة العضوية في المجلس الدستوري.

4 - المادة 2/183 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المصدر السابق.

5 - اشترط الدستور الموريتاني لسنة 1991 المعدل سنة 2007 بلوغ 35 سنة لعضوية المجلس الدستوري، أما التونسي استبعد صراحة شرط السن، واكتفى بشرط الخبرة القانونية والتي تكتسب بالضرورة بمرور فترة زمنية معتبرة.

6 - l'article 13/4, 56 du constitution de la république française du 4 octobre 1958. www.conceil constitutionnel.fr.

إضافة إلى الشرطين السابقين، اشترط المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١ ولأول مرة أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة الأعضاء لمهامهم، وهذا تأثرا بالمشروع الفرنسي الذي نصّ على ذلك في المادة ٣ من الأمر رقم ١٠٦٥٨ المؤرخ في ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري.¹

ونشير إلى أن مسألة تحديد شروط عضوية المجلس الدستوري تفرض طرح مسألة أخرى، وهي مدى استقلالية أعضاء المجلس الدستوري تجاه السلطات التي تختارها سواء تعيينا أم انتخابا؟ وما مدى استقلالية المجلس الدستوري ككل؟

وهذا ما سنجيب عنه فيما يلي:

المطلب الثالث: ضمانات استقلالية المجلس الدستوري.

لقد تضمنت الدساتير الجزائرية المتضمنة لأحكام المجلس الدستوري بعض الضمانات لاستقلالية أعضاء المجلس الدستوري والتي تكمن في تحديد مدة عضويتهم وحصرها في ٦ سنوات بالنسبة لدستوري ١٩٨٩ و١٩٩٦، أما المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١ فقد رفع هذه المدة إلى ٨ سنوات، وهذا ما يدعم استقرار المجلس واستقلالية أعضائه، كما أن عدم القابلية للتجديد التي احتفظ بها هذا الأخير تدعم هذه الاستقلالية، وذلك بعدم فسح المجال للضغط على العضو من قبل الجهة التي اختارته وانصياعه لها خشية عدم تجديد عضويته.

كما احتفظ التعديل الدستوري الأخير بالزامية توقف عضو المجلس الدستوري عن ممارسة أية عضوية أو وظيفة أو تكليف بمهمة أو أي نشاط آخر أو مهنة حرة،² كما نصت المادة الثالثة من القانون العضوي رقم ٢٠١١³ على تنافي عضوية البرلمان مع عضوية المجلس الدستوري، ونصّت المادة العاشرة منه على أن عضو البرلمان يفقد تلقائيا صفة العضوية في البرلمان بمجرد تولّيه عضوية المجلس الدستوري، وهذا ما يعتبر ضمانا من ضمانات استقلالية المجلس الدستوري المنبثقة عن شرط الحياد والنزاهة التي يتوجب على العضو توخيها من خلال تصرفاته ومواقفه، وهذا ما تضمنته اليمين التي يؤديها قبل تولّيه مهامه في المجلس الدستوري.

ونشير إلى أن واجب التحفظ والنزاهة تبناه المؤسس الدستوري لسنة ١٩٩٦، وكذا الأنظمة المحددة لقواعد المجلس الدستوري، إذ أوجبت المادة ٥^٩ من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أعضاء المجلس الدستوري

- La dernière modification est la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008.

¹ - ordonnance n 58-1067, portant loi organique sur le conseil constitutionnel français.

^٢ - المادة ٢/١٥٤ من دستور سنة ١٩٨٩، المصدر السابق.

- المادة ٢/١٦٤ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، المصدر السابق.

- المادة ٣/١٨٣ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، المصدر السابق.

- نصت على ذلك المادة ٤٠ من مرسوم رئاسي رقم ١٤٣-٨٩ مؤرخ في ٧ غشت سنة ١٩٨٩، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، جريدة رسمية رقم ٣٢، صادرة بتاريخ ٧ غشت سنة ١٩٨٩.

- المادة ٥٤ من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، جريدة رسمية رقم ٤٨، صادرة بتاريخ ٦ غشت سنة ٢٠٠٠، الملغى

بموجب المادة ٦٧ من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، جريدة رسمية رقم ٢٦، صادرة بتاريخ ٣ مايو سنة ٢٠١٢.

^٣ - قانون عضوي رقم ١٢-٠٢ مؤرخ في ١٢ يناير سنة ٢٠١٢، يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية، جريدة رسمية رقم ١، صادرة بتاريخ ١٤ يناير سنة ٢٠١٢.

أن يتقيدوا بالزامية التحفظ، وألا يتخذوا أي موقف علني في المسائل المتعلقة بمداومات المجلس الدستوري، وألزمتهم المادة ٦٠ منه بقطع أية صلة مع أي حزب سياسي طيلة مدة عهدهم فور انتخابهم أو تعيينهم للابتعاد عن التأثيرات السياسية. وهذا ما نتمنى الاحتفاظ به عند تعديل النظام الداخلي للمجلس الدستوري، وفقا لمقتضيات التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦.

ونشير إلى أن المشرع استثنى الأنشطة العلمية والفكرية المتعلقة بمهام المجلس، والتي لا يكون لها تأثير على استقلاليتها أو نزاهته، وسمح للعضو بالمشاركة فيها بموجب ترخيص. كما رتب جزاء على الإخلال الخطير بواجبات عضو المجلس الدستوري أين يطلب من العضو المعني تقديم استقالته، ويفصل المجلس الدستوري في قضيته دون حضوره.^١

إضافة إلى ما سبق، استحدث التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦ ضمانا أخرى لم ترد في الدساتير السابقة، وذلك بدسترة الحصانة القضائية في المسائل الجزائية التي يتمتع بها كل أعضاء المجلس خلال عهدهم، ونص على عدم إمكانية متابعتهم أو توقيفهم بسبب ارتكاب جنابة أو جنحة إلا بتنازل صريح عن الحصانة من طرف المعني بالأمر وبترخيص من المجلس الدستوري.^٢

فإعطاء الحصانة القضائية لأعضاء المجلس الدستوري مكانة دستورية، يعدّ ضمانا ودعما أكبر لاستقلاليتهم في قيامهم بمهامهم، وتعزيز وظيفة عضو المجلس الدستوري ومركزه وجعله في منأى عن كل أشكال الضغط التي قد تمس استقلاليتها.^٣

أما بالنسبة إلى استقلالية المجلس الدستوري، فقد نص المؤسس الدستوري صراحة في المادة ١٨٨ من القانون رقم ٠١١٦ على أن المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور، كما نصت المادة ١٨٨ في فقرتها الأخيرة على أن المجلس الدستوري يتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية، فالتصريح بهذه الاستقلالية ضمانا في حدّ ذاتها، وعلى الرغم من عدم النص الصريح عليها في الدساتير السابقة إلى أنه يمكننا أن نستشف ذلك من خلال الأنظمة المتعلقة بعمل المجلس الدستوري، خاصة فيما يتعلق بالاستقلالية الإدارية والتي تظهر بداية في استئثار المجلس الدستوري نفسه^٤ بإنشاء نظامه الداخلي دون تدخل السلطات الأخرى، وهذا ما يمكن المجلس الدستوري من إبداء آرائه و اتخاذ قراراته وفقا لقناعاته القانونية بعيدا عن الضغوطات، مما يضمن حياده واستقلاليتها.

كما أن المجلس ينفرد بوضع نظام تأديبي لأعضائه من خلال نظامه المحدد لقواعد عمله، دون تدخل الجهات المعنية أو المنتخبة، ويتولى المجلس الدستوري مهمة الإشراف والمتابعة التأديبية في حالة الإخلال الخطير بواجبات عضو المجلس، أو في حالة الإخلال الخطير بالأحكام المتعلقة بالتنافس مع عهدة المجلس الدستوري.

كما تظهر الاستقلالية الإدارية في ضرورة تزويد المجلس الدستوري بهياكل ومصالح تتولى مهامها بكل استقلالية، دون تبعية لأي سلطة خاصة التنفيذية، كما هو الحال الآن، إذ يسوغ لرئيس المجلس الدستوري التوظيف حسب حاجة

١ - المادتان ٦٢، ٦٣ من النظام الداخلي المحدد لقواعد المجلس الدستوري لسنة ٢٠١٢، المصدر السابق.

٢ - المادة ١٨٥ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

٣ - رأي رقم ١٦/٠١ ر ت د/ مؤرخ في ٢٨ يناير سنة ٢٠١٦، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية رقم ٦، صادرة بتاريخ ٣ فبراير سنة ٢٠١٦.

٤ - المادة ٣/١٦٧ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

المصالح وفي حدود الوظائف الشاغرة، ما عدا ما له من سلطة الاقتراح فقط فيما يتعلق بتعيين الأمين العام والمدير العام لمركز الدراسات والبحوث الدستورية ومديري الدراسات والبحوث والمديرين ورؤساء الدراسات في المجلس الدستوري، والذين يعينون بموجب مرسوم رئاسي.¹

أما بالنسبة للاستقلالية المالية، فالنص عليها في الدستور يعمق هذه الاستقلالية، إذ لم يرد أي نص بشأنها ما عدا ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم ٤٣٩.٢١² بتسجيل الاعتمادات اللازمة لعمل المجلس الدستوري في التكاليف المشتركة بالميزانية العامة للدولة، وكما منح رئيس المجلس صفة الأمر بالصرف، والذي يمكنه تفويض إمضائه إلى الأمين العام أو إلى أي موظف يكلف بالتسيير المالي والمحاسبي للمجلس.³

وفي الأخير يمكننا القول أن دسترة استقلالية المجلس الدستوري سواء كهيئة أو كتشكييلة، يراعى فيها التوازن في تمثيل السلطات الثلاث، يعزز مكانته ويدعم عمله، فاستقلالية الأعضاء تستتبع استقلالية وحرية اتخاذ القرارات وإبداء الآراء باتباع الإجراءات اللازمة دون ضغط أو انحياز.

المبحث الثاني: دور المؤسس الدستوري في تفعيل عمل المجلس الدستوري.

إن محدودية عمل المجلس الدستوري التي نتجت عن حصر جهات الإخطار من جهة وعدم جدواها في الواقع من جهة أخرى، جعلت عمل المجلس الدستوري يركز على الرقابة السابقة في المجالات المحددة له دستوريا، والرقابة في المجال الانتخابي، الأمر الذي أدى بالمؤسس الدستوري إلى إعادة النظر في ذلك، لتفعيل دوره سواء من خلال توسيع جهات الإخطار وطرقه أو تحديد حجية القرارات أو الآراء الصادرة عنه.

المطلب الأول: تفعيل دور المجلس الدستوري من خلال توسيع مجال إخطاره.

سعى المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١ إلى تعزيز دور المجلس الدستوري قصد قيامه بمهامه بكل فعالية، وذلك بتفادي النقائص التي شابت الدساتير السابقة. خاصة فيما يتعلق بآلية الإخطار التي بموجبها يمكن للمجلس الدستوري أن يتدخل لرقابة مدى دستورية النص محل الإخطار، سواء على مستوى جهات الإخطار أم طرقه، فماهي المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١؟ وما مدى نجاعتها في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: الإخطار عن طريق السلطات السياسية.

إذا رجعنا إلى التجربة الدستورية في الجزائر، نجد أن دستور سنة ١٩٦٣ نص في مادته ٦٤ على أن المجلس الدستوري يفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية، بطلب إما من رئيس الجمهورية أو من رئيس الجمعية الوطنية، أما دستور سنة ١٩٨٩، فقد أعطى صلاحية الإخطار لكل من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني فقط، وبصدور التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩، وتبني ازدواجية البرلمان، تم توسيع جهات الإخطار إلى رئيس الغرفة الثانية في البرلمان، إضافة إلى رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني، وهذا ما جعل رقابة المجلس الدستوري تتسم

١ - المادة ٨ من مرسوم رئاسي رقم ٠٢-١٥٧. مؤرخ في ١٦. مايو. سنة ٢٠٠٢، يعدل و يتمم مرسوم رئاسي رقم ٨٩-١٤٣ مؤرخ في ٧ غشت سنة ١٩٨٩، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، جريدة رسمية رقم 36، صادرة بتاريخ ١٩ مايو سنة ٢٠٠٢.

٢ - المادة ١١ من مرسوم رئاسي رقم ٨٩-١٤٣، المصدر السابق.

٣ - تعد ميزانية المجلس الدستوري الفرنسي جزء من الميزانية العامة للدولة.

بالمحدودية، فكان من الضروري توسيع جهات الإخطار حتى يتمكن المجلس الدستوري من القيام بمهامه الرقابية بكل فاعلية، خاصة أن حصر الإخطار في السلطات السياسية العامة، واجه عدة انتقادات كون الشخصيات الثلاث المخولة لها صلاحية الإخطار، لها دور في صنع القانون الذي يمكن أن يكون محل إخطار، وهذا ما قد يؤدي إلى عدم تحريك آلية الرقابة تجاه النصوص التي وضعتها، مما سيفتح المجال لوجود تشريعات مخالفة للدستور، خاصة إذا كانت لها التوجه السياسي نفسه، إضافة إلى عدم التوازن من حيث صلاحية الإخطار التي لم تمنح للسلطة القضائية على الرغم من وجود ممثلها في تشكيلة المجلس، الأمر الذي أدى إلى حتمية توسيع جهات الإخطار أسوة بالتجربة الفرنسية¹ والتي كانت تحصر صلاحية الإخطار في رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ إلى غاية سنة ١٩٧٠، أين تم توسيع هذه الصلاحية إلى ٦٠ نائبا من الجمعية الوطنية و٦٠ عضوا من مجلس الشيوخ، غير أن المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١٦، بعد أن وسع دائرة الإخطار إلى الوزير الأول، على اعتبار أن مهامه الدستورية مرتبطة بتنفيذ القوانين والتنظيمات² والذي يمكنه الوقوف على عدم دستورتها وإن كان في الواقع قد لا يتغير الوضع كثيرا بحكم التبعية، قام بتوسيعها لتشمل الأقلية البرلمانية لكن بعدد أقل من النواب والأعضاء.

الفرع الثاني: توسيع صلاحية الإخطار إلى المعارضة البرلمانية.

ومن التعديلات الجوهرية التي وردت في التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، والتي سعت إلى تدعيم الديمقراطية التعددية، بدسترة حقوق المعارضة البرلمانية لدعم عملها وتفعيل دورها في الحياة السياسية³، وهي توسيع مجال إخطار المجلس الدستوري إلى المعارضة البرلمانية بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان، وذلك على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي لسنة ١٩٧٠، الذي أعطى الحق للأقلية البرلمانية في إخطار المجلس الدستوري، شريطة إثارته من طرف ٦٠ نائبا من الجمعية الوطنية أو ٦٠ عضوا من مجلس الشيوخ، غير أن المؤسس الدستوري الجزائري راعى خصوصية البرلمان الجزائري وبغية تسهيل عملية الإخطار من طرف المعارضة البرلمانية، خفض من النصاب المشترط للجوء إلى هذه الآلية حيث اشترط أن يتم الإخطار من طرف ٥٠ نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو ٣٠ عضوا من مجلس الأمة⁴.

وما يلاحظ أن المادة ١١ من التعديل الدستوري الحالي، حصرت حق إخطار المعارضة للمجلس الدستوري في القوانين فقط، بينما لم تحدد ذلك المادة ١٨ منه والتي تركت المجال مفتوحا دون تخصيص.

إن إعطاء حق الإخطار للمعارضة البرلمانية سيساهم إلى حد كبير في بناء دولة القانون وتعزيز الديمقراطية التعددية، وتفعيل دور المجلس الدستوري، الذي لم يكن ليباشر الرقابة الدستورية إلا بناء على إخطار من السلطات العمومية المحددة دستوريا، والتي في الغالب يكون لها الانتماء نفسه، الأمر الذي ينعكس سلبا على دستورية النصوص التشريعية، غير أن صلاحية المعارضة في الإخطار يجب أن تمارس بجدية بغية حماية الحقوق وحريات المواطنين الذين

¹ - L'article 61/2 du constitution de la république française.

^٢ - المادة ٩٩ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

^٣ - المادة ١١٤ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

^٤ - المادة ٢/١٨٧ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

- تم تبني هذا النوع من الإخطار في التشريعين المغربي والموريتاني، غير أنهما اشترطا نسبة لتمكين الأقلية البرلمانية من الإخطار، فبالنسبة للدستور المغربي لسنة ١٩٩٦ حددها فيما يعادل أو يفوق ربع أعضاء كل مجلس في البرلمان، أما في دستور سنة ٢٠١١ اشترط توفر خمس أعضاء مجلس النواب، أو أربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين، أما الموريتاني فحددها بالثلث كحد أدنى من نواب وأعضاء غرفتي البرلمان.

يمثلونهم، لا مجرد تعطيل العمل التشريعي فقط بسبب الاختلاف في الانتماء السياسي أو تعارضه، وبالتالي يجب قيام المعارضة بهذا الحق بكل فاعلية لتحقيق الغرض الحقيقي المرجو من خلال منحه إياه.

أما فيما يخص الإجراءات التي مسها التعديل والتي تخص الإخطار من طرف رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو^٥ نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو^٣ عضوا في مجلس الأمة، وهي تتعلق بالمواعيد، إذ مدد الفترة التي يتداول فيها المجلس الدستوري من^٢ يوما^١ إلى^٣ يوما من تاريخ إخطاره،^٢ وهذا لضمان فاعلية الاجتهاد الدستوري وتعزيز دوره في ممارسة وظيفة الرقابة، كما أعطيت لرئيس الجمهورية صلاحية طلب تخفيض هذا الأجل إلى^١ أيام في حال وجود طارئ، وهذا ما لم نجده في الدساتير السابقة، على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي الذي نص على صلاحية التأجيل للحكومة خلال مدة شهر، غير أنه خفض المهلة إلى ثمانية أيام في حالة الاستعجال.^٣

الفرع الثاني: الإخطار عن طريق الدفع بعدم الدستورية.

من المكتسبات التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة^{٢٠١١} والتي ستحدث نقلة نوعية في مجال الرقابة الدستورية، هي منح المواطن حق إخطار المجلس الدستوري، وإن كان بطريقة غير مباشرة عن طريق إحالة من الهيئات القضائية العليا، عن طريق آلية الدفع لعدم الدستورية، إذ تنص المادة^{١٨٨} منه على ما يلي: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع، ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور". وهو المحتوى نفسه الذي تضمنته المادة^{١٦١} من الدستور الفرنسي، والذي بموجبه أضاف التعديل الدستوري لسنة^{٢٠٠٥}، الرقابة اللاحقة إلى عمل المجلس الدستوري بعد أن كانت تقتصر على الرقابة السابقة المعتمدة منذ سنة^{١٩٥٥} إلى غاية تاريخ صدور هذا التعديل، خاصة بعد صدور القانون العضوي^٤ الذي أحالت إليه هذه المادة سنة^{٢٠٠٥}، وبذلك يعتبر هذا التعديل سواء في فرنسا أم الجزائر نقطة تحول هامة في مسار الرقابة على دستورية القوانين، ويشكل حماية إضافية للحقوق والحريات المكفولة دستوريا.^٥

وباستقراء المادة المذكورة نجد أنها حدّدت شروط اللجوء إلى الدفع بعدم الدستورية وهي:

- أن تثار مسألة عدم دستورية النص من طرف أحد الأطراف في الدعوى المرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية.

- أن يكون النص التشريعي محل الإخطار واجب التطبيق للفصل في الدعوى.

- أن يكون من شأن تطبيق هذا النص انتهاك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

١ - المادة ١٦٧ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، المصدر السابق.

٢ - المادة ١/١٨٩ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

٣ - L'article 61/3 du constitution de la république française.

٤ - La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009. www.legifrance.gouv.fr

٥ - رأي رقم ١٦ / ٠١ ر ت د / مؤرخ في ٢٨ يناير سنة ٢٠١٦، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية رقم ٦، صادرة بتاريخ ٣ فبراير سنة ٢٠١٦.

-أن يتم إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهما أعلى جهتين في الهرمين القضائيين العادي والإداري على التوالي.

كما أحالت المادة نفسها في فقرتها الثانية إلى القانون العضوي لتحديد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، وهو نفس ما نصت عليه المادة 1-6 من الدستور الفرنسي لدى تعديله سنة 2007، إذ بالفعل صدر القانون العضوي رقم 1023009 والذي حدد الشروط الواجب توفرها حتى يمكن للمحكمة أن تصدر قرارا بإحالة مسألة ذات أولوية دستورية إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض وهي:

-أن يكون الحكم المطعون فيه قابلا للتطبيق على النزاع أو على الإجراءات القانونية أو يمثل أساسا للمتابعات.

-الآن يكون قد أعلن عن مطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري إلا إذا تغيرت الظروف.

-أن تكون المسألة جدية لاستبعاد الدفوع الكيدية بقصد إطالة إجراءات الخصومة، كما يجب ألا يكون النص المطعون فيه بعدم الدستورية من النصوص التي أخضعها المؤسس الدستوري للرقابة السابقة من طرف المجلس الدستوري كالقوانين العضوية لسبق الفصل فيها، كما يجب أن يكون الطعن مكتوبا ومعللا ومنفصلا عن بقية إجراءات الدعوى الأصلية تحت طائلة عدم القبول.¹

وتوفر هذه الشروط، يتعين على المحكمة عند استلام الأدلة على عدم تطابق النص التشريعي مع الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، ومع الالتزامات الدولية لفرنسا، اتخاذ قرار الإحالة إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض- حسب الحالة - خلال ثمانية أيام من النطق به، مرفقا بالمدكرات القانونية أو الطلبات الختامية للطرفين، ويكون هذا القرار غير قابل للاستئناف، ويتم تأجيل النطق بالحكم إلى حين استلام قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض أو المجلس الدستوري إن تم إشعاره، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في المادة 2-3² من القانون العضوي للمجلس الدستوري الفرنسي.

وباستلام قرار الإحالة من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض، يتم البت فيها من قبلهما- فيما إذا توفرت الشروط المطلوبة- غير أنه يمكن تقديم الأدلة لأول مرة في طلب النقض أثناء الدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض في مذكرة منفصلة ومعللة، تحت طائلة عدم القبول، ولا يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه. وتقوم الهيئة المعنية بإصدار قرار الإحالة إلى المجلس الدستوري خلال 3 أشهر من تاريخ تقديم الأدلة، ويرفق هذا القرار الذي يشترط فيه التعليل بالمدكرات أو بالطلبات الختامية للأطراف إلى المجلس الدستوري.

وفي حالة عدم قيام الهيئات المعنية بإصدار قرار الإحالة تحال المسألة إلى المجلس الدستوري، ويتم إشعار المحكمة التي أحالت المسألة الدستورية ذات الأولوية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة، وكذلك الأطراف في غضون 8 أيام، كما يقوم بإشعار رئيس الجمهورية، الوزير الأول، ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ لإبداء ملاحظاتهم حول موضوع الإحالة، ويبت المجلس الدستوري خلال 3 أشهر من تاريخ الإحالة، ويمكن للأطراف تقديم ملاحظاتهم بصفة وجاهية في جلسة علنية، ويصدر المجلس الدستوري قراره معللا ويبلغ به الطرفين،

¹ - L'article 23-1, 23-2 du Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, www.legifrance.gouv.fr.

² - لا يتم تأجيل النظر في الدعوى عندما يحرم طرف ما من حريته جراء القضية، وعندما يلزم القانون المحكمة بالبت في الدعوى خلال فترة محددة، وفي حالة ما إذا كانت هذه الأخيرة ملزمة بإصدار حكم بصفة عاجلة.

ويرسله حسب الحالة إما إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض، وإذا لزم الأمر إلى المحكمة التي أثيرت فيها مسألة عدم الدستورية النص، كما يرسل قراره إلى الهيئات السياسية المذكورة سابقا، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية.¹ أما بالنسبة للمؤسس الدستوري الجزائري فستحدد الإجراءات المتبعة في حالة الدفع بعدم الدستورية بموجب قانون عضوي من المنتظر صدوره ونأمل أن يكون قريبا. غير أنه حدد بعض المواعيد والإجراءات في المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2011، إذ منح المجلس الدستوري مهلة 4 أشهر من تاريخ إخطاره لإصدار قراره، وعلى خلاف التشريع الفرنسي، نص على إمكانية تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها 4 أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري، ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار، وهذا من شأنه منح الوقت الكافي للمجلس الدستوري لفحص مدى دستورية النص محل الإخطار وبلوغ الهدف المرجو منه، وإن كان يؤدي ذلك إلى طول مدة الفصل في الدعوى الأصلية، كما أن ذلك يهدد استقرار المعاملات في المجتمع نتيجة إلغاء النصوص بعد تطبيقها نتيجة عدم دستورتها.

وفي الأخير يمكننا القول أن المؤسس الدستوري لسنة 2011 مَدَّ صلاحية الإخطار بطريقة غير مباشرة للأفراد عن طريق هيئات قضائية، بحيث لا يمكنهم إخطار المجلس الدستوري بأنفسهم، لما لذلك من تأثير سلبي على عمله بسبب عدم إلمامه بالجوانب القانونية، مما يؤدي إلى ورود إخطارات غير مجدية تعرقل عمله، لذا يعتبر الدفع بعدم الدستورية عن طريق الإحالة أحسن سبيل، والذي يجعل للسلطة القضائية السلطة التقديرية في ذلك، غير أنه لا يمكنها إثارة عدم الدستورية من تلقاء نفسها، وهذا يجعل سلطتها في الإخطار مقيدة بوجود نزاع بين الأفراد وإثارته من طرفهم، على الرغم من أن السلطة القضائية ممثلة في تشكيلة المجلس الدستوري، إلا أنها لا تتمتع بحق الإخطار المباشر مثلها مثل السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ومهما كانت الجهة المخطرة أو الطريقة التي تم بها الإخطار فإن المجلس الدستوري يمارس مهامه بالمراحل نفسها من تحقيق ومدولة قصد البت في مدى دستورية النصوص محل الإخطار، والتي تتمخض عنها آراء أو قرارات حسب الحالة.

المطلب الثاني: دسترة نتائج عمل المجلس الدستوري.

إن تعزيز مكانة المجلس الدستوري وتفعيل دوره لا يتطلب إعادة النظر في تشكيلته وطريقة سيره، وإنما يتطلب إعادة النظر في الآثار التي ترتبها نتائج عمله وإعطائها القيمة التي تستحق حتى تكون حجة على الجميع، وهذا ما سعى إليه المؤسس الدستوري لسنة 2011.

الفرع الأول: الآثار القانونية المترتبة عن عمل المجلس الدستوري.

على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي الذي تبنى فقط الرقابة السابقة² على القوانين العضوية، المعاهدات والقوانين العادية دون التنظيمات، وفقا لمبدأ سيادة القانون، أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بنوعين من الرقابة السابقة واللاحقة.

¹ - les articles 23-3- 23-11 du Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

² - les articles 54, 61 du constitution de la république française.

فبالنسبة للرقابة السابقة فهي تنقسم إلى نوعين، رقابة إلزامية تخص القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، أين يبدي المجلس الدستوري رأيه وجوبا بعد أن يصادق عليها البرلمان.¹

أما الرقابة الاختيارية، فهي التي يتوقف إعمالها على إخطار الجهات المعنية، وهو ما يستفاد من نص المادة ١٦٩ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩، والتي وردت شاملة، بحيث يفهم منها أن المعاهدات والقوانين والتنظيمات تخضع لرقابة المجلس الدستوري، أين يصدر رأي إذا تم إخطاره قبل نفاذها، ويصدر قرار في الحالة العكسية، أي فيما يخص الرقابة اللاحقة وهي النوع الثاني من الرقابة. غير أن صياغة هذه المادة أثارت إشكالية الرقابة اللاحقة لدستورية المعاهدات وكذا مصير المعاهدات التي أقر المجلس الدستوري بعدم دستورتها، خاصة أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات نصت صراحة في مادته ٢٧ على ما يلي: "مع عدم الإخلال بنص المادة ٤ لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذها" وفي حالة العكس تتحمل المسؤولية وفقا لأحكام القانون الدولي.²

لكن بمقارنة المادة ١٦٩ والمادتين ١٦٨ و١٦٩ نجد أن المؤسس الدستوري لم يقصد إخضاع المعاهدات للرقابة اللاحقة، كما هو الشأن بالنسبة للقوانين والتنظيمات بسبب عموم المادة ١٦٨، وذلك يعود إلى استعماله لمصطلح رأي فيما يخص المادة ١٦٥ التي تضمنت المعاهدات غير الدستورية، بينما استعمل مصطلح قرار في المادة ١٦٩ الخاصة بالقوانين والتنظيمات غير الدستورية، فلو كان الأثر المترتب عن عدم الدستورية في الحالتين لوحد الأثر الناتج عن ذلك في الحالتين في مادة واحدة كما فعل في المادة ١٦٨، ولم يميزهما من حيث الأثر خلال المادتين ١٦٨ و١٦٩ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩.³ وهذا ما جعل المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١٦ يعيد صياغة المادة ١٦٥ بتحديد آلية تدخل المجلس الدستوري غير الوجوبية فيما يتعلق بالمعاهدات والقوانين والتنظيمات أين يفصل المجلس الدستوري في مدى دستورتها برأي، وذلك من خلال المادة ١١٨ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، في حين لم يتم بتعديل المادتين ١٦٨ و١٦٩ واحتفظ بالصياغة نفسها، مما يفهم أن المعاهدات أصبحت تخضع للرقابة السابقة فإذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورتها لا تتم المصادقة عليها،⁴ أما القوانين والتنظيمات فلم يمسسها التعديل على الرغم من تغيير صياغة المادة ١٦٨ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٩، حيث بقيت تخضع للرقابة السابقة وفقا للمادة ١١٨ والرقابة اللاحقة التي تفهم من خلال استعمال المادة ١١٩ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦ لمصطلح قرار بنصها على ما يلي: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس". وبالتالي استبعاد المؤسس الدستوري للأثر الرجعي إذ يتم إلغاؤه من يوم قرار المجلس لا من تاريخ نشره، وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات القانونية، وحفاظا على الحقوق المكتسبة.

١ - المادة ١٦٦ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦، المصدر السابق.

٢ - محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، عدد ١، سنة ٢٠١٣، ص ٣٩-٥٩.

- نصر الدين بوسماحة، الرقابة على دستورية المعاهدات، مجلة المجلس الدستوري، عدد ٣، سنة ٢٠١٤، ص ٣٤، ٣٣.

٣ - الخير قشي، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، باتنة، العدد الرابع، سنة ١٩٩٥، ص ٣٠، ٢٩.

٤ - المادة ١٦٨ من التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦.

- المادة ١٩٠ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦.

كما قام المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١ بدسترة آثار النوع الجديد الوارد على الرقابة على دستورية القوانين، والمتعلق بألية الدفع بعدم الدستورية بإخطار من طرف أعلى جهازين في الهرم القضائيين العادي والإداري، إذ نصت المادة ١٩٦ من التعديل نفسه، على أن النص التشريعي غير الدستوري محل الإخطار وفقا لهذه الآلية يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري، وبالتالي ترك له السلطة التقديرية، وهو تقريبا ما نص عليه الدستور الفرنسي في تعديله لسنة ٢٠٠٠، أين حدّد في المادة ٦٢ منه آثار ونتائج عمل المجلس الدستوري، إذ نصّ على عدم تطبيق القوانين العضوية والتي تشملها الرقابة السابقة الإلزامية والقوانين العادية التي تخضع للرقابة السابقة الجوازية.

أما فيما يتعلق بالرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية، فإذا كان النص محل الإخطار غير دستوري فإنه يعتبر ملغى من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدّده هذا القرار، والحل الأخير هو الذي تبناه المؤسس الدستوري لسنة ٢٠١١، حفاظا على الحقوق والحريات.

الفرع الثاني: حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري.

من التعديلات الجوهرية التي أدرجت في التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١ دسترة الطابع النهائي لآراء وقرارات المجلس الدستوري وحجيتها، وذلك على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي الذي نص في مادته ٦٢ الفقرة الأخيرة¹ على ما يلي: "قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية"، وما يلاحظ أن هذا النص خص القرارات فقط لا آراء المجلس الدستوري على خلاف المؤسس الدستوري الجزائري.

فدسترة قوة الشيء المقضي فيه بالنسبة للآراء وقرارات المجلس الدستوري والنص على إلزاميتها بالنسبة للسلطات المحددة في المادة ١٩٦ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١١ من شأنه ضمان فاعلية الاجتهاد الدستوري وتدعيمه وتقويته وإعطائه المكانة المطلوبة.

نشير إلى أن الدساتير السابقة أغفلت ذلك مما أدى إلى فسح المجال أمام الطعن في قراراته²، وتم تدارك هذا النقص من خلال الأنظمة الداخلية للمجلس الدستوري³ خاصة ما ورد في المادة ٥ من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠١١ بنصها على ما يلي: "آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافة"، غير أن مصطلح "الكافة" ورد عاما بحيث يطرح مسألة مدى إلزامية آراء وقرارات المجلس الدستوري، فهل يقصد بها السلطات والهيئات العامة فقط أم تشمل الأفراد كذلك؟ وذلك على خلاف المادة ٤ من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠ والتي وردت دقيقة بذكرها صراحة إلزاميتها للسلطات العمومية، القضائية والإدارية فقط، على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي.

¹ - l'article 62 du constitution de la république française : " Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

² - عمار عباس، المرجع السابق، ص ٨١.

³ - المادة ٢ من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة ٢٠٠٠، المصدر السابق.

ولا يجوز الطعن في آراء و قرارات المجلس الدستوري بأي طريقة من طرق الطعن ولا تمتد الحجية المطلقة للقرار فقط إلى منطوق القرار، وإنما تندسحب إلى حيثياته التي تمثل السند الضروري للمنطوق وأساسه، غير أن المجلس الدستوري استثنى حالة تصحيح الأخطاء المادية، واعتبر أن هذه الأخيرة ليس من شأنها النيل من الحجية المطلقة للأمر المقضي فيه والتي تتمتع بها قرارات المجلس الدستوري، شريطة عدم مساسه بقوة الشيء المقضي فيه، ولا يكون المدعي هو الذي تسبب في الخطأ.

وبالتالي لا مجال لإعادة فحص دستورية النصوص التي قضى المجلس الدستوري بعدم مخالفتها للدستور أو الطعن فيها من جديد، وكذا عرض النص نفسه على المجلس الدستوري بعد القضاء بعدم دستوريته، إلا في حالة تعديل الدستور وفقا لتلك الأحكام، وهو ما تم بالفعل في فرنسا إذ تم تعديل الدستور للتحلل من إلزامية قرار المجلس الدستوري المؤرخ في ١٣ أوت سنة ١٩٨٨ الذي اعتبر أن حق اللجوء حق من حقوق الإنسان تأسيسا على ديباجة دستور سنة ١٩٤٤، والذي يفرض على الدولة دراسة طلب اللجوء ومنح حق الإقامة المؤقت لصاحب الطلب، فقامت الحكومة الفرنسية بتحالف مع رئيس الجمهورية باستدعاء السلطة المؤسسة الفرعية، وتم تعديل الدستور الذي اعتبر أن حق اللجوء ليس فقط حقا من حقوق الإنسان وإنما هو أيضا حق للدولة.

خاتمة.

أمام القيود التي كانت تثبط عمل المجلس الدستوري وتسمه بعدم الفاعلية، إما بسبب عدم استقلالية أعضائه أو لمحدودية جهات الإخطار، والتي لم يفعل أكثرها على أرض الواقع، مما جعل دور المجلس الدستوري يقتصر فقط على الرقابة السابقة أو بعض الإخطارات اللاحقة التي تتم عن طريق رئيس الجمهورية، عمل المؤسس الدستوري على التحرر منها سواء على مستوى تشكيل المجلس وضمان استقراره أم توسيع مجال الإخطار لزيادة فاعلية ودسترة الآثار المترتبة عن عمله.

غير أنه يلاحظ عليه ما يلي:

إن مسألة الضمانات المقررة لاستقلالية المجلس الدستوري من الأساسيات الكبرى لكنها تبقى غير كافية بالنظر إلى الجوانب التي تضعف استقلاليتها عن السلطات صاحبة الحق في التعيين سواء بالنسبة للأعضاء أم بالنسبة للمؤسسة نفسها.

هيمنة السلطة التنفيذية تبقى قائمة من حيث تعيين رئيس المجلس من قبل رئيس الجمهورية، كذلك من خلال تعيين نائب الرئيس واحتفاظه بصلاحيات تعيينه لمدة ثمان سنوات كاملة، ونرجو أن يعدل ذلك بحيث يصبح اختيار كل من الرئيس ونائبه يتم عن طريق الانتخاب، مما يحقق التداول على هذه المناصب بين ممثلي السلطات الثلاث، وهذا ما يمنح المجلس استقلالية أكبر.

كما أن منح الأقلية البرلمانية حق إخطار المجلس الدستوري يشكّل خطوة إيجابية تقف أمام النصوص غير الدستورية المصادق عليها في البرلمان، ولم تستطع المعارضة الاعتراض عليها بسبب الأغلبية، وبالتالي يمكنه هذا الحق من التصدي لمثل هذه النصوص.

كما أنه يهدف بناء دولة القانون ودعم الديمقراطية خطا المؤسس الدستوري خطوة نوعية بمنحه الأفراد الحق في الإخطار ولو بطريقة غير مباشرة، وذلك عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين، الذي يتم بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا من شأنه التقليل من عدم فاعلية الإخطار المخول للسلطات العامة بسبب عدم استقلاليته، مما يعمل على غريبة النصوص غير الدستورية التي يفرزها التطبيق.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية.

- 1- دستور سنة 1963، مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 1963، جريدة رسمية رقم 6، صادرة بتاريخ 1 سبتمبر سنة 1963.
- 2- دستور سنة 1997، صادر بموجب أمر رقم 977 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1997، جريدة رسمية رقم 9، صادرة بتاريخ 2 نوفمبر سنة 1997.
- 3- دستور سنة 1988، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 1889 بتاريخ 28 فيفري سنة 1988، جريدة رسمية رقم 9، صادرة بتاريخ 1 مارس سنة 1988.
- 4- التعديل الدستوري لسنة 1999، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 4386 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1999، جريدة رسمية رقم 7، صادرة بتاريخ 8 ديسمبر سنة 1999.
- 5- التعديل الدستوري لسنة 2001، صادر بموجب قانون رقم 011 مؤرخ في 6 مارس سنة 2001، يتضمن التعديل الدستوريين جريدة رسمية رقم 1، صادرة بتاريخ 7 مارس سنة 2001.
- 6- قانون عضوي رقم 021 مؤرخ في 12 يناير سنة 2001، يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية، جريدة رسمية رقم 1، صادرة بتاريخ 1 يناير سنة 2001.
- 7- النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، جريدة رسمية رقم 4، صادرة بتاريخ 6 غشت سنة 2000.
- 8- النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، جريدة رسمية رقم 2، صادرة بتاريخ 3 مايو سنة 2001.
- 9- مرسوم رئاسي رقم 1438 مؤرخ في 7 غشت سنة 1988، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، جريدة رسمية رقم 3، صادرة بتاريخ 7 غشت سنة 1988.
- 10- مرسوم رئاسي رقم 1570، مؤرخ في 1 مايو سنة 2000، يعدل و يتمم مرسوم رئاسي رقم 1438 مؤرخ في 7 غشت سنة 1988، يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، جريدة رسمية رقم 36، صادرة بتاريخ 1 مايو سنة 2000.
- 11- رأي رقم 170 ر ت د/ مؤرخ في 28 يناير سنة 2001، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية رقم 6، صادرة بتاريخ 3 فبراير سنة 2001.
- 12- الخير قشي، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، باتنة، العدد الرابع، سنة 1995.

١٣- عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد الأول، سنة ٢٠١١.

١٤- سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، الجزائر، سنة ١٩٩٣.

١٥- محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، عدد ١، سنة ٢٠١١.

١٦- نصر الدين بوسماحة، الرقابة على دستورية المعاهدات، مجلة المجلس الدستوري، عدد ٣، سنة ٢٠١١.

ثانيا: قائمة المصادر باللغة الفرنسية.

١٧- constitution de la république française du 4 octobre 1958. www.conceil constitutionnel.fr.

18- la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008 .

19 - La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009. www.legifrance.gouv.fr

20-Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, www.legifrance.gouv.fr.

التضامن البيئي بين الأشكال والآليات -مقاربة قانونية-

أ/ خرموش اسمهان - جامعة محمد لمين دباغين سطيف ٠ - الجزائر

ملخص

اتجهت الكثير من دول العالم والمنظمات غير الحكومية للإهتمام بالبيئة من خلال التشريع القانوني دوليا أو وطنيا، في محاولة لحماية البيئة بمختلف الإستراتيجيات اللازمة، والتي يعد التضامن البيئي أحد أشكالها، لذا وانطلاقا من أهمية التضامن البيئي كإستراتيجية لحماية البيئة، فإننا سنحاول من خلال هذا المقال تبيان أشكال التضامن البيئي وأهم الآليات التي يتضمنها في إطار المقاربة القانونية، باعتبار أن التضامن البيئي.

الكلمات المفتاحية: التضامن البيئي، الأشكال، الآليات.

مقدمة

لطالما أيقنت المجتمعات الإنسانية أن المشاكل البيئية هي مشاكل مستعصية تستلزم التعاون والإتحاد من أجل التصدي لها، والتقليل من حجم أثارها السلبية التي تنتقص من حقها في الانتفاع والاستمتاع بجميع الموارد الطبيعية والثروات المختلفة الأمر الذي أدى إلى إنشاء نوع من التعاطف والتضامن بين مختلف هذه الشعوب في إطار العمل التشاركي لحماية البيئة حماية لحقوقهم الأساسية.

إنّ الحقوق البيئية بدأت تتوسع تدريجيا، وأصبحت في أن واحد مادة دستورية، وقد بدأت الدساتير الوطنية تأخذ بعين الاعتبار المتطلبات البيئية في شكل حقوق أساسية، كما عرفت عملية دسترة الحقوق البيئية توسعا منذ انعقاد مؤتمر ستوكهولم سنة ١٩٧٠، كالدستور الإسباني لسنة ١٩٧٧، والنمسا في ١٩٨١، وألمانيا في ١٩٩١ وفرنسا سنة ٢٠٠٠، من خلال ميثاق البيئة، ولاشك أن التضامن البيئي بمختلف مستوياته يساهم بشكل خاص في الاعتراف وتكريس الحقوق البيئية المعترف بها دستوريا، ولكن أيضا في إنفاذ وفعالية الحقوق البيئية المكرسة دستوريا.

وإذ يعدّ التدهور البيئي انتهاكا كبيرا لحقوق الإنسان من خلال تأثيره السلبي على الظروف المعيشية مما يقلل من التمتع بهذه الحقوق الأساسية، الأمر الذي يستدعي تعزيز الإثراء المتبادل بين البيئة والإنسان من أجل حماية حقوقه، وعدم تجزئتها خاصة تلك المتعلقة بالبيئة كالحق بالماء، الحق في العيش في بيئة متوازنة صحية، الحق في الغذاء.

هذا ما دفع بالمجتمعات الإنسانية أفرادا وحكومات إلى التكتل وتوحيد الجهود من أجل حماية البيئة والمحافظة على استخدامها في إطار تعزيز الانتفاع والتمكين من جميع الحقوق الأساسية للإنسان من خلال عملية التضامن التي من شأنها إثراء السياسات البيئية الوطنية والدولية، لذا وانطلاقا من أهمية التضامن البيئي في المجال الحقوقي والقانوني فإننا سنتناول التضامن البيئي من خلال الإشكال الذي مفاده ما هي أشكال التضامن البيئي؟، وما هي آليات التضامن البيئي؟.

أولاً: أشكال التضامن: تتعدد أشكال وأنواع العملية التضامنية، سواء من أجل تكريس حقوق بيئية أو من أجل إنفاذها، ومن بين هذه الأشكال نجد:

١. التعاون: تتيح العلاقات بين الأفراد الكثير من الفرص عبر الوطنية في تكريس الحقوق المتعلقة بالمجال البيئي، ويعتبر التعاون العالمي إحدى هذه الميكانيزمات، التي تظهر من خلال تبادل الخبرات والمعلومات بين المجتمعات من خلال شبكات مجتمعية بين المنظمات والهيئات⁽¹⁾، مثل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مركز الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية، الإتحاد العالمي للمدن والبلدان المتحدة، وذلك من أجل تعبئة وزيادة برامج الدعم الدولية لصالح الجماعات المحلية، من أجل تطوير وتحسين مؤسسات يناد بها بناء قدرات المجتمعات المحلية من أجل إدارة بيئية فعالة، وتتجلى مظاهر هذا التعاون في جانبين هما⁽²⁾:

-استهداف القضايا ذات الاهتمام الواسع مثل حماية البيئة، وحماية الحقوق المتصلة بها، مثل الحق في المياه، الحق في العيش الكريم، والسلامة الصحية.

-رفع مستوى التعاون لدرجة عالية تمكن من أن يشمل جميع المستويات على مختلف الأصعدة الوطنية والدولية بغية تحقيق أهداف عالية الكمية، هذا ما أدى إلى ظهور أشكال جديدة للتعاون تتمثل فيما يلي:

- المشاركة بنشاط وكثافة في المنتديات واللقاءات الرسمية وغير الرسمية، الدولية والمحلية والعالمية، المتعددة الأطراف والثنائية والإقليمية في كل ما يتعلق بالشؤون البيئية، وما يرتبط بها من حقوق.

- تقديم الدعم المادي والمعنوي للدول النامية والضعيفة من أجل بناء نظم فعالة وقابلة للإنفاذ، تتسم بالثبات والاستقرار والشمول.

- تبادل المعلومات، الخبرات، المعارف والتكنولوجيا، من خلال الشراكات المتعددة الأطراف والثنائية والتعامل بليوننة، حسب ما تقتضيه الظروف المحيطة بالمجال والمسائل ذات الطبيعة البيئية.

4-تعزيز استقلالية السياسات في البلدان الأقل نمواً من خلال إتاحة الفرصة لهذه البلدان أن تسن منظومات تشريعية تعكس تطلعات شعوبها، وطموحها كدول سائرة في طريق النمو على مستوى مختلف الأصعدة.

٥-صنع القانون على المستوى الدولي، من خلال عقد الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي تعتبر الأفق الواسع الذي تتبلور فيه النصوص والسياسات القانونية بما يخدم مصالح الشعوب، و حماية المصالح العليا للدول في أن واحد.

٢. التكافل الاجتماعي: يقتضي النهج الحقوقي القائم على التضامن والمشاركة العامة، وتوسيع الحقوق الجماعية للأفراد، حيث أن كل فرد مرتبط بالآخرين، ومن المهم النظر في كيفية تعاطي الأفراد مع بعضهم لبناء مجموعة من الحقوق متماسكة⁽³⁾، ولا تقل أهمية اندماج الفئات المختلفة في المجتمع، عن أهمية النجاح في تحقيق الرفاهة والاستقرار الاجتماعي، وعدم

(1) BERNARD DRODENKO :Les enjeux juridiques de solidarité. L' exemple de l' eau..

(2) A E. DICK HOWARD:the in determinacy of constitutions. Op. cit, at 406-07(discussing the difficulty courts encounter in enforcing third generation like the right to a decent environment).

(3) See W. PAUL GORMLEY. The legal and decent environment: The expansion of human rights norms, 3GEO. Int'l. Evtl.L. Rev.85-95-96-105-110(1990)(discussing the difference in enforcing fundamental rights via jus cogens and vindicating solidarity rights via combined efforts of state, Individual, And community).

المساواة والإقصاء الاجتماعي من المظاهر التي تقوض الحقوق والحريات البشرية، ويعتمد المجتمع المتكامل على مؤسسات اجتماعية فعالة، تمكن الأفراد من العمل الجماعي، وتبني الثقة، وروح التضامن بين المجموعات، وتشمل هذه المؤسسات: المنظمات غير الحكومية، والجمعيات والتعاونيات غير الرسمية، إضافة إلى المعايير والقواعد السلوكية، وجميعها تؤثر على مستوى تكريس الحقوق البيئية، ويمكن قياس نجاح هذه المؤثرات من خلال قياس قدرتها على دمج الحقوق في التشريعات الداخلية وفعاليتها في إنفاذ هذه الحقوق.

٣. المشاركة والإدماج: إن حقوق الإنسان ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالبيئة، لذلك فقد أعطي حيز كبير لمقترَب الإدماج من قبل الأمم المتحدة *l'approche intégrée*، بوصف حقوق الإنسان مجموعة غير قابلة للتجزئة *indissociable-indivisible*، وقد تم إثراء ثقافة حقوق الإنسان بعنصرين هامين هما⁽¹⁾:

الحق في البيئة، الحق في التنمية، ولذلك تم إدراج الحق في البيئة و تكريسه ضمن قائمة الحقوق المعترف بها في إطار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾، وأقر بأن الحق في البيئة من الحقوق الأساسية، وقد اشتقت العديد من الحقوق من الحق في البيئة مثل⁽³⁾.

- الحق في الحصول على المعلومة البيئية *Le droit d'obtenir des informations environnementales*

- الحق في المساهمة في تسيير البيئة *Le droit de participer à la gestion de l'environnement*

- الحق في التقاضي ضمن المنازعات البيئية *Le droit d'engager un contentieux environnemental*

كما أنّ إعلان ستوكهولم بين أنّ مشاكل حماية البيئة في القانون الدولي لا بد أن ترتبط بمشاكل حقوق الإنسان، كما أن في بداية الثمانينات أغلبية الوثائق المتعلقة بحقوق الإنسان اعترفت بحق الإنسان في البيئة، و كرسه في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب لسنة ١٩٨١، الأمر الذي مكن من ظهور أنواع جديدة من الحقوق في البيئة. أعتدها الفقه القضائي و كرسها باعتبارها حقوقاً أساسية مثل⁽⁴⁾:

- الحق في الطبيعة *le droit au paysage*

- الحق في الشمس *le droit de soleil*

- الحق في النظر *la droit à la vue*

إنّ إدماج البيئة في حقوق الإنسان مكن من تعميق مبدأ التشاركية بينهما والاعتماد المتبادل، وخير مثال على ذلك الاعتراف بالحق في الإعلام في المجال البيئي وتوسيعه إلى الحق في المعرفة، فحصول العامة -الأفراد- على معلومة واضحة وموثوقة أصبح يشكل حق أساسي للإنسان يجب تكريسه في التشريعات القانونية المختلفة للدول-اتفاقية

(1) However. DINAH SHELTON notes that, In practice. The synergistic behavior required to enforce third-generation rights is also required to enforce first and second generation rights effectively. See supra note 1. At, p 123-124.

(2) MAHFOED GHEZALI : Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme. P 87.

(3) BERNARD DROBENKO : Op-cit P27.

(4) SHOUQIU CAI -Résultat et perspectives des recherches théoriques-de droit à l'environnement-du droit de l'environnement au droit à l'environnement- dialogue franco chinois- L'HARMATTEN- culture juridique et mondialisation- paris-France-2010.

أهاروس ٢٥ جوان ١٩٩٩ - المتعلق بحق المعلومة ومشاركة العامة في مسار القرار والوصول إلى العدالة في المجال البيئي⁽¹⁾.

" إن أفضل طريقة للتعامل مع القضايا البيئية هو ضمان مشاركة جميع المواطنين المعنيين. على المستوى المناسب و متاح لهم فرصة المشاركة في عمليات صنع القرار"، فالمشاركة ذات هدف شمولي لكافة أعضاء المجتمع في صنع القرار حول القضايا البيئية وهي تتميز بما يلي:

- تعدد الفواعل (قطاع عام، قطاع خاص، منظمات المجتمع المدني).

- إدارة أفضل للموارد البيئية.

- إنشاء برامج توعية وتدريب.

- الحصول على صناديق تمويلية لمجابهة الكوارث البيئي.

٤. **الإتحاد والعمل الجماعي:** فالحق في بيئة متوازنة إيكولوجيا، أعترف به لجميع الأجيال الحاضرة و المستقبلية، فالحق البيئي يدخل ضمن المصالح الموزعة، فهو لا يقتصر على فرد معين ولكن هو مكرس لمجموعة واسعة " مجموعة غير محددة"، هذا ما يمكن الفرد من التحرك من أجل الدفاع ليس في حالة المساس بحقه الشخصي فقط، و لكن حتى في حالة المساس بالمصالح الجماعية⁽²⁾، فاعتبار أن الحق في البيئة هو حق مختلط (فردى- جماعى)، وباعتباره حق من حقوق الجيل الثالث. فهو ذو بعد تضامني يستلزم الإتحاد، وتوحيد العمل والجهود، من أجل تكريس هذا الحق، وإنفاذه من خلال إعطائه الفعالية اللازمة من أجل الإحاطة بأوجه التمكين والرفاه البشري وتحقيق استدامتهما.

٥. **الجمعيات البيئية:** لا يستطيع الفرد أن يعيش في معزل عن بني جنسه، فحقوق التضامن هي توسيع لإمكانيات الأفراد، صحيح أن بعض نواحي المجتمع تؤثر على الأفراد، إلا أنه لا يمكن تقييمها على المستوى الفردي لأنها قائمة على علاقات، وتختصر هذه النواحي بالنسبة إلى المجتمع كله في مفهومي التماسك والتكامل الاجتماعي ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تكوين جمعيات تعنى بشؤون عامة. مثل: الشؤون البيئية وما يتصل بها من حقوق وواجبات⁽³⁾، فالفرد مرتبط بغيره بالعديد من المؤسسات، والمؤسسات الاجتماعية مثل "الجمعيات" تؤثر على هويات الأفراد وخياراتهم، فهي تنقل الشواغل العامة وتبلغ صداها للهيئات الرسمية من أجل إسماع صوتها ورأيها، وقد منحت مختلف التشريعات لهذه الجمعيات صبغة قانونية تمكنها من المطالبة بإقرار حقوق فئات معينة، تتأسس للدفاع عن هذه الحقوق باسم تلك الفئات أو المجموعات، لذلك فمن الضروري أن ينتمي الفرد إلى مجتمع يكفل له من يدافع عن حقوقه ويحميها لكي يستطيع أن ينعم بما يحقق من مكاسب تضاف إلى رصيده الحقوقي.

(1) YVES PETIT. Le droit international de l'environnement. A' la croisée des chemins. Globalisation versus souveraineté nationale- revue juridique de l'environnement-société française pour le droit de l'environnement- France-n=1/2011.

(2) SEBASTIEN VAN DROOGHENBROOK : cours de démentions collectives des droit de l'homme le droit de solidarité, P 11.

(3) la constitutionnalisation du droit de l'environnement : La charte adossée a' la constitution française. Xèmes journées juridiques franco-chinoises par Bertrand mathieh.

ثانيا: آليات التضامن البيئي: تعدد آليات التضامن البيئي بتعدد مجالات التدخل لتحقيق هذا التضامن

١. الإدارة التشاركية: تعتبر الإدارة التشاركية من أهم آليات التضامن البيئي لما توفره هذه الأخيرة من إدارة أفضل للموارد البيئية ولا يمكن تقدير أهمية مختلف الحقوق التي تصون كرامة الأفراد وحريةهم إلا في إطار الحوار المستمر مع الأفراد حوار يؤثر على وجهة السياسات العامة، فالقضايا البيئية التي تصلح لتكون موضوع نقاش بين الأفراد ومع المسؤولين عن وضع السياسات العامة كثيرة ومتعددة وتقتضي مسؤوليات التحاور على مختلف مستويات الحكم بتمثيل مصالح الناس في الحكم وإعلاء صوتهم تعبيرا عن آرائهم⁽¹⁾، فالإنسان يتميز بالقدرة على التفكير في غيره من البشر وفي حياته وفن السياسة المسئولة والخاضعة للمساءلة هو القدرة على توسيع آفاق الحوار ليحيط بمفهوم الاجتماعي الأوسع للحقوق البيئية ويدرك أهمية حاجات الناس وحريةهم في المستقبل كما في الحاضر

فنهج الحقوق البيئية هو خطوة مهمة نحو الإحاطة بأوجه التمكين و الرفاه البشري و تحقيق استدامتهما⁽²⁾.

٢. المواطنة البيئية: هي مسؤولية وهي واجب يتجسد في شكل سلوك، يقوم على أساس احترام الغير والدعوة إلى الاهتمام بالقضايا البيئية، وما يرتبط بها من حقوق ومنافع، فالمواطنة تعمق البعد العالمي للمسؤولية الأخلاقية للفرد اتجاه بيئته، ويدفعه للمشاركة الإيجابية والفعالة بدون التأثير بالحدود الجغرافية لمواجهة التحديات البيئية التي تؤثر على الانتفاع بالحقوق بالنسبة لأجيال الحاضر والمستقبل على حد سواء، فالهواء النقي والماء النظيف والتربة الصالحة للاستخدام، هي حقوق يجب أن توفر لكل إنسان بغض النظر عن جنسه أو أصله، والمواطنة البيئية تسعى إلى تمكين الأفراد من التمتع بالحقوق البيئية، ولا يكون ذلك إلا بناء على دعم قوي من قبل منظومة قانونية عادلة وشفافة، توازي بين تكافؤ الفرص بين الأفراد ذكورا وإناثا، وتمكينهم من المشاركة في وضع الخطط وصياغة الإستراتيجيات وبرامج العمل وصولا إلى مرحلة التقييم⁽³⁾، كما أن المواطنة تكسب الأفراد المهارة والسلوكيات التي تسهم في الإصلاح البيئي، وإعادة التوازن للنظام البيئي. كما تسعى المواطنة إلى نشر الوعي البيئي، وتشكيل الاتجاهات الإيجابية نحو البيئة، من أجل العمل على تحقيق تنمية مستدامة تضمن تبادل الخبرات على مستوى الأفراد والحكومات والقطاع الخاص والعام، ومختلف الفواعل الأخرى المعنية بشؤون البيئة، لأنها استثمار للمسؤولية وتحمل للأمانة والواجبات اتجاه البيئة، وفعاليتها مرتبطة بعمق المواطنة البيئية لدى الفرد.

٣. استعمال وسائل الضغط: وقد تعززت هذه القدرة بفعل ثورة الانترنت، فهي تساعد على نشر الأفكار والشواغل العامة بسرعة بين المواطنين في كافة أنحاء العالم، وبهذه الوسيلة أصبح بإمكان الأفراد التواصل فيما بينهم من أجل تنسيق الأفكار وبلورتها و طرحها على المستوى العالمي كشاغل رئيسي و عام يهم فئة واسعة من الأفراد، وبإمكان مجتمعات العلماء في هذا الإطار وغيرهم من أصحاب الاختصاص الولوج في هذه المواضيع البيئية من خلال تبادل الأفكار، من دون الخضوع لوساطة الدول، فأصبحت المؤتمرات تعقد على الانترنت بدون تحمل تكاليف أو أعباء السفر، يتم من خلالها طرح المواضيع ومناقشتها والخروج بنتائج تكون منطلقا لتأسيس النواة الأولى في بلورة الحقوق والقوانين، هذا التطور الذي ييسر الاتصال في العالم يغذي الشراكات الخلاقة، ويعمل على تمكين الأفراد ويفسح المجال أمام أشكال جديدة من التضامن ويسمح للأفراد

⁽¹⁾ تقرير التنمية البشرية ٢٠١٣. نهضة الجنوب في عالم متنوع. برنامج الأمم المتحدة البيئي.

⁽²⁾ CARLE BRUCH et al constitutionnel environmental law : giving force to environmental principales in africa , 26 colum JENVTL131, 133 , 2001.

⁽³⁾ http://www.khaya.com/http fedaaa.alwehda.gov.py رانيا نبيل زهران ، هبة رؤوف عزة : البيئة من مركزية الإنسان و الطبيعة إلى الاستخلاف متوفرة على الموقع

http://www.khaya.com/http fedaaa.alwehda.gov.py

بالتفاعل والتعبير عن شواغلهم الحقوقية وقيمهم في رحاب لمجتمع الدولي، فتناول هذه القضايا في أطر معينة وممارسة الضغط على الدول، بها تتمكن شبكات المجتمع المدني من طرح قضايا جديدة وسن تشريعات تكفل تكريس هذه القضايا، ووضع آليات فاعلة للتنفيذ، ومن الأمثلة المعروفة التي تظهر تأثير المجتمع المدني على القواعد العالمية نجد حركة نشر حق المرأة في الاقتراع عالميا والتي حققت هذا المطلب. كذلك حركة مناهضة الرق وحركة الصليب الأحمر التي تمخض عنها إنشاء اتفاقيات جنيف واللجنة الدولية للصليب الأحمر.

٥. إعمال ثقافة بيئية عامة: إن عملية إنشاء ثقافة بيئية عامة ترتبط بأمرين هما:

- وجود تربية بيئية، وذلك من خلال زرع قيم أخلاقية تسعى للاهتمام بالبيئة والمحافظة عليها وتقدير قيمتها الجمالية والنفعية في نفس الوقت، وذلك من خلال البرامج التعليمية المدرسية في مختلف الأطوار عن طريق محاولة ترسيخ أفكار إيجابية عن كيفية التعامل مع البيئة، والتذكير بالأهمية الكبيرة لهذه الأخيرة باعتبارها الوسيط الذي يعيش فيه الإنسان.

- نشر الوعي البيئي، وذلك من خلال الحملات التحسيسية سواء كانت عبارة عن تظاهرات وفعاليات ومحافل وطنية أو محلية من أجل التنويه بأهمية البيئة بما تحويه من موارد من أجل صيانتها في إطار تضامني يجمع كل الأفراد بغض النظر عن تعدد ثقافتهم وتعدد مشاريعهم، فنشر الوعي البيئي من شأنه أن يكفل ضمانات أكبر لحماية البيئة في إطار جماعي ومتناسق

ومتجانس.

خاتمة:

يعتبر التضامن البيئي آلية تشاركية تركز مفهوم المواطنة البيئية من جهة وتحمي حقوق الأجيال الحالية والمستقبلية في العيش بكرامة في ظل بيئة متوازنة إيكولوجيا من جهة أخرى، لذلك فهو يواجه تحديات كبيرة نتيجة اختلاف الغايات، الأهداف والمصالح، وهو ما يتطلب محاولة الموازنة بين المصالح العامة والخاصة للأفراد والجماعات لإيجاد نوع من التوافق بين هذه المصالح، والذي يضمن رضا جميع الأطراف، وهو الشيء الذي يكفل التضامن الأمثل لحماية البيئة بإعتبارها أهم المصالح الجديرة بالاهتمام دوليا ومحليا.

قائمة المراجع:

١. تقرير التنمية البشرية ٢٠١٠. نهضة الجنوب في عالم متنوع. برنامج الأمم المتحدة البيئي.
٢. رانيا نبيل زهران، هبة رؤوف عزة: البيئية من مركزية الإنسان والطبيعة إلى الاستخلاف متوفرة على الموقع
3. <http://www.khaya.com/http-fedaaa.alwehda.gov.sy>
4. A E. DICK HOWARD:the in determinacy of constitutions. Op. cit, at 406-07(discussing the difficulty courts encounter in enforcing third generation like the right to a decent environment).
5. BERNARD DRODENKO :Les enjeux juridiques de solidarité. L' exemple de l' eau.
6. CARLE BRUCH et al constitutionnel environmental law : giving force to environmental principales in africa , 26 colum JENVTL131, 133 , 2001.
7. However. DINAH SHELTON notes that, In practice. The synergistic behavior required to enforce third-generation right sis also required to enforce first and second generation rights effectively. See supra note 1. at.

8. la constitutionnalisation du droit de l'environnement : La charte adossée a' la constitution française. Xèmes journées juridiques franco-chinoises par Bertrand mathieh.
9. MAHFOED GHEZALI : Les nouveaux droits fondamental aux de l'homme
10. SEBASTIEN VAN DROOGHENBROOK : cours de démentions collectives des droit de l'homme le droit de solidarité.
11. See W. PAUL GORMLEY. The legal and decent environment: The expansion of human rights norms, 3GEO. Int'l. Env'tl.L. Rev.85-95-96-105-110(1990)(discussing the difference in enforcing fundamental rights via jus cogens and vindicating solidarity rights via combined efforts of state, Individual, And community).
12. SHOUQIU CAI -Résultat et perspectives des recherches théoriques-de droit à l'environnement-du droit de l'environnement au droit à l'environnement- dialogue franco chinois- L'HARMATTEN- culture juridique et mondialisation- paris-France-2010.
13. YVES PETIT. Le droit international de l'environnement. A' la croisée des chemins. Globalisation versus souveraineté nationale- revue juridique de l'environnement-société française pour le droit de l'environnement- France-n=1/2011.

رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد على منازعات الصفقة العمومية في التشريع الجزائري.

الأستاذة هيوب فوزية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة.

الملخص:

تتميز الدعوى الإدارية في منازعات الصفقة العمومية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري، باعتبار أن لها شقين: أولهما موضوعي يتصل بأصل الحق ويصدر فيها حكم ذو حجية دائمة، وثانيهما مستعجل يهدف طالبه إلى حماية وقتية لحين الفصل في الموضوع بحكم يحوز حجية مؤقتة متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية.

تتعدد صور منازعات الصفقات العمومية، فهناك منازعات تنشأ عند إعداد عقد الصفقة وإبرامها أو تنفيذها، فطبقاً للمرسوم الرئاسي ٢٤/٧٩ نجد أن منازعات الصفقات العمومية يمكن تصنيفها إلى صنفين حسب المراحل التي تمر بها وهي منازعات، مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها؛ أي منازعات مرحلة الإبرام، والمنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذها. وعلى ضوء ما تقدم ارتأينا تسليط الضوء في هذه المقالة على منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام أمام قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري، مبرزين أهميته في الحفاظ على شفافية ونزاهة مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

Résumé

L'action administrative dans conflits des marches publique a Caractérisé spéciale et défèrent par a pore les autre conflits de la justice administrative, comme ayant un double objectif premier est lié à l'origine de droit et par un jugement l'authentique permanente et d'autre part Exprimez buts lui ont demandé de protéger temporaire jusqu'à ce que le chapitre sur le sujet en vertu de la possession d'un authentique temporaire lorsque leur conditions objectives et formelles disponibles.

Il ya plusieurs images conflits des marches publique, il ya des conflits se trouve dans la préparation du contra de l'affaire et a conclu ou exécutés. Selon le décret présidentiel 15/247, nous trouvons que les différends conflits des marches publiques peuvent être classées selon les étapes d'une préparation et l'exécution. À la lumière de ce qui précède, nous avons décidé de mettre en évidence dans cette article dans les conflits sur les marchés publics dans le stade de la conclusion en face d'urgence pré contrat dans la législation algérienne en soulignant son importance de la transparence et de l'équité de la conclusion de Lamarche publique.

مقدمة:

حاول المشرع الجزائري جهدا إقرار قواعد قانونية لمكافحة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقة العمومية، ومن أنجع المحاولات صدور القانون^١ ٠٩٠ المتعلق بمكافحة الفساد، والذي كان له الفضل في تجريم العديد من الأفعال الواقعة على الصفقات العمومية، كجريمة المحاباة ومنح امتيازات غير مبررة، لتشكل هذه الجرائم مساسا بمبادئ الشفافية والمساواة بين المترشحين وحرية المنافسة، ونظرا إلى بطء إجراءات المحاكمة واقتصر الرقابة القضائية الجنائية على المرحلة اللاحقة لدخول الصفقة العمومية حيز التنفيذ،^(١) دفع المشرع إلى تكريس نوع آخر من الرقابة القضائية تسمى بالرقابة الوقائية، يمكنها التدخل في مرحلة مبكرة قبل إبرام الصفقة، وهذا ما تم تكريسه فعلا من طرف المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٩٠، ليكون وسيلة فعالة ضد الفساد الإداري في الصفقة العمومية خاصة في مرحلة التعاقد أي قبل إبرامها، وللمزيد من التوضيح ارتأينا من خلال هذه المقالة تسليط الضوء على مفهوم الاستعجال القانوني في منازعة الصفقة العمومية، وتوضيح شروطه وأحكامه مع تبيان دور قاضي الاستعجال والسلطات الممنوحة له في مجال الرقابة على صحة الصفقة العمومية واحترامها للمبادئ القانونية. وهذا من خلال الإجابة على الإشكالية التالية: ما هو مفهوم الاستعجال القانوني في منازعات الصفقات العمومية؟ وما هي المنازعات التي تندرج في نطاقه؟ وما هي سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في هذا النوع من المنازعات، وما مدى فعالية هذا النوع من الرقابة؟ وهل يعد رقابة لمشروعية الصفقة العمومية أو عرقلة لسير المرفق العام؟.

المبحث الأول: مفهوم الاستعجال القانوني في منازعة الصفقة العمومية وشروطه القانونية.

يمكن أن تتأثر العلاقة التعاقدية بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة الناتجة عن الإخلال بالمبادئ الهامة التي تقوم عليها صحة الصفقة العمومية، كالمنافسة والإشهار والمساواة؛ لأن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى إلغاء الصفقة برمتها، وهذا فيه إخلال باستمرارية المرافق العامة، وحتى يتجنب المشرع هذه الإشكالية القانونية الخطيرة كرس رقابة القضاء الإداري الاستعجالي القانوني، أي ما قبل التعاقد بغية الفصل في القرارات الإدارية المنفصلة قبل إبرام المعاهدة وتنفيذها، حتى لا يضطر لإلغاء الصفقة العمومية. فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة السير في العملية التعاقدية لحين الفصل في دعوى الاستعجال.

المطلب الأول: تعريف الاستعجال القانوني "ما قبل التعاقد" في منازعة الصفقة العمومية.

إن التطرق إلى خصوصية الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية يقتضي التطرق إلى تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد، وتعريف الصفقة العمومية بالمعيار العضوي والموضوعي لمعرفة قواعد الاختصاص النوعي، لتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعة الصفقة العمومية.

(١) بروك حليلة: "دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مقال منشور في مجلة المفكر، العدد الحادي العاشر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص ٣٠٥.

الفرع الأول: تعريف الاستعجال القانوني "ما قبل التعاقدى".

الطعن الاستعجالي المسبق مصدره التشريع الأوروبي، وبالتحديد اللجنة الأوروبية وقد فرضته الدول الأعضاء التي سعت إلى إنشاء طعن فعال عند خرق قواعد ومبادئ إبرام الصفقات العمومية.⁽¹⁾

حدا المشرع الجزائري هذا النهج بالنص على هذا النوع من الرقابة بموجب المادتين ٤٦٩ و٤٧٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٩٠/٨٠ تحت عنوان الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية والعقود. وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح الاستعجال القانوني في مجال الصفقة العمومية مصطلح مركب يشمل القضاء الاستعجالي، والصفقة العمومية، فرغم نص المشرع الجزائري في المواد ٩١٩، ٩٢٤، ٩٢٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ على الخصائص التي تقوم عليها الصفقة العمومية، إلا أنه أحجم عن وضع تعريف لها تاركا ذلك للفقه والقضاء، فقد عرّفها الفقه بأنها: "إجراء يهدف للفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات إشكالات تتعلق بتنفيذها، ولكن فقط بطريقة مستعجلة دون المساس بأصل الحق.

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به درء عدوان، يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه إذا ما فات الوقت".⁽³⁾

الفرع الثاني: تعريف الصفقة العمومية.

لم يتم تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر ضمن العقود الإدارية بنص تشريعي، وهذا لغياب النص الصريح والضماني بالرغم من تنظيم الصفقات العمومية بموجب مرسوم رئاسي خاص، بالإضافة إلى تحديد نصوص قانونية خاصة بها في مجال إجراءات القضاء الإداري، وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام الجهات القضائية الإدارية. فقد تم التطرق لإجراءات الاستعجال في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية ابتداء من المادة ٩٤ إلا أنها لم تحظ بنص يصنفها ضمن العقود الإدارية بنص خاص وصريح، مما يستدعينا إلى البحث عن الطبيعة القانونية للصفقات العمومية في الجزائر.

يمكن تعريف الصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا بأنها: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽⁴⁾ وعليه فالمعيار المميز للعقد الإداري إنما يقوم على المعايير والمقومات التالية:

أولا/ المعيار العضوي: العقد الإداري يجب أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخصا من أشخاص القانون العام: إما الدولة، الولاية، البلدية أو المؤسسة العامة بمختلف أشكالها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم ٢٤/٧٥

(١) كلوفي عز الدين: "نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٢٤.

(٢) قانون رقم ٠٩/٠٨ مؤرخ في ٢٣ فيفري ٢٠٠٨ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(٣) كلوفي عز الدين، المرجع نفسه، ص ٢٦.

(٤) بعلي محمد الصغير: "القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، حي النصر، عنابة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٢٦٥.

المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. من خلال الباب الأول الذي خصص للتعريف ومجال التطبيق في المادة ٠٢ منه^(١) م

وهذا ما أكدته المادة ٠ من ذات المرسوم ولقد اصطلح المشرع في المرسوم السالف الذكر المتعلق بتنظيم الصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام على شخص القانون العام بالمصلحة المتعاقدة وتمثل في:

١/ الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، الولايات والبلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والتقني.

٢/ المتعامل الاقتصادي: من خلال استقراء قانون الصفقات العمومية الجديد نجده حصر طرفي الصفقة في شخص معنوي عام يسمى المصلحة المتعاقدة وشخص أو عدة أشخاص اصطلاح عليهم المتعامل الاقتصادي مع الإدارة العامة بمفهومها الواسع، وهو غالبا شخص من أشخاص القانون الخاص، وهنا غير المشرع مصطلح المتعامل المتعاقد إلى المتعامل الاقتصادي، وهذا توحيدا للمصطلح مع قانون المنافسة. وللتوضيح أكثر والتأكيد على المعيار العضوي عمد المشرع في المادة ٠٧ من ذات المرسوم إلى استثناء العديد من العقود.^(٢)

ثانيا/ المعيار الموضوعي: يقصد به الرجوع إلى محل وموضوع العقد والذي يتصل بالمرفق العام بالرغم من الانتقادات التي وجهت إليه، خاصة بعد ظهور أزمة المرفق، ويقصد بموضوع الصفقة العمومية موضوع الخدمة التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة الذي يشمل الأشغال، اللوازم، الخدمات والدراسات، وبحكم أن الإدارة تبرم عقودا كثيرة فهي ليست كلها عقودا إدارية. بل يجب أن تسلك فيها طريق القانون العام.

نجد أن المرسوم الرئاسي سالف الذكر قد حدّد موضوع الصفقة العمومية أي تبنيه للمعيار الموضوعي في المادة ٠٢ وتحديدها بالأشغال واللوازم والدراسات والخدمات. وهو المنهج نفسه الذي تبناه المشرع في المرسوم الرئاسي السابق رقم ٢٣٦٠.

ثالثا: معيار الشرط الاستثنائي غير المؤلف: يذهب كل من القضاء الفرنسي والمصري إلى أن العقد لا يعتبر إداريا رغم إبرامه من شخص معنوي واتصاله بمرفق عام إذا لم يتضمن شروطا غير مألوفة، تختلف عن الشروط الموجودة في العقود الخاصة كإدراج بند أو قاعدة تعطي الطرفين أو أحدهما حقوقا، أو يحملها التزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية أو إرادة

(٢) نصت المادة ٧ من ذات المرسوم الرئاسي على: "ألا تخضع لهذا الباب العقود التالية: العقود المبرمة بين الهيئات

والمؤسسات العمومية الإدارية فيما بينها، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تزاوّل نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة، العقود المبرمة مع بنك الجزائر، العقود المبرمة مع المنظمات والهيئات الدولية، أو بموجب الاتفاقيات الدولية، العقود المبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، والعقود المبرمة مع الهيئة المركزية للشراء خاضعة للمرسوم الرئاسي ٢٤٧/١٥ وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

التعاقد في ظل القانون الخاص، ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الإحالة في العقد إلى دفتر الشروط الإدارية ليس شرطاً غير مألوف إلا إذا كان الدفتر يحتوي فعلاً على شروط استثنائية.^(١)

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية: " بأنه إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص جداً، الهدف منه الحفاظ على قواعد العلانية والشفافية بشكل فعال قبل إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة."^(٢)

الفرع الثالث: أسباب إدراج منازعات إبرام الصفقة العمومية لقضاء الاستعجال القانوني.

تعد منازعات الصفقات العمومية التي خصها المشرع بالاستعجال القانوني منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام، ليتم الفصل فيها بسرعة محافظة على المال العام. إن المتبع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ عدم إبقاء المشرع الجزائري لأهمية واضحة للقضاء الاستعجالي الإداري، فلم يتضمن القانون ٢٣٩٠ إلا مادة واحدة فقط هي المادة ١٧ التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء، أي دون الفصل بينهما. والمنحى نفسه كان متبنى في القوانين العضوية لتنظيم مجلس الدولة والمحكمة الإدارية، لكن سرعان ما تدارك المشرع هذا الفراغ القانوني وأعاد النظر في صلاحيات القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، وهذا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولعل أهم الأسباب التي دعت المشرع للاهتمام بالأمر:

١/ الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية، خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار والمبالغ المالية الكبيرة التي رصدتها الخزينة العمومية، وهذا للحفاظ على المال العام. وقد حدّد المشرع النصاب المالي لكل نوع من الصفقات حسب المادة ١٢ من المرسوم الرئاسي ٢٤/١٥ بمبالغ ضخمة.

٢/ منع الانتهاكات الخطيرة لقواعد الشفافية والمنافسة منعا لإبرام صفقات لا مشروعة.

٣/ رغبة المشرع في إضفاء أكبر قدر من الشفافية والمشروعية عند إبرام الصفقة العمومية، بموجب دعوى تصحيحية وقائية عكس دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة التي يمكنها إلغاء الصفقة ككل. ولذلك فقد تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي تعزيزاً لمبادئ المساواة والشفافية عند إبرام الصفقات.^(٣)

المطلب الثاني: شروط الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في منازعة الصفقة العمومية.

يخضع الاستعجالي السابق على التعاقد لجملة من الشروط يمكن أن تحكمها القواعد العامة في التعاقد، وهناك شروط خاصة لدراسة شروط رفع الدعوى الاستعجالية الإدارية قبل التعاقدية في مجال منازعات الصفقات العمومية. يجب علينا الرجوع إلى نص المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٩٠٠، فقد أكدت المادة على شرطين أساسيين كالإخلال

(١) سليمان محمد الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة،

مصر ٢٠٠٥، ص ٥٨.

(٢) المرجع نفسه، ص ٦٠.

(٣) بروك حليلة، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

بالتزامات الإشهار والمنافسة. وهو بذلك يخضع لشروط احترام قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي والشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

الفرع الأول: مراعاة قواعد الاختصاص القضائي.

تعدّ مسألة الاختصاص القضائي مسألة بالغة الأهمية في رفع الدعوى القضائية والاستعجال القانوني قبل التعاقد في منازعة الصفقة العمومية كغيره من الدعاوى الإدارية يجب احترامه لقواعد الاختصاص النوعي والمحلي .
أولاً: الاختصاص النوعي: لقد تبنى المشرع الجزائري في المادة ٨٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعيار العضوي في تحديد الجهة القضائية المختصة نوعياً، أي اختصاص جهات القضاء الإداري بتحديد أطراف النزاع وهي: الدولة، الولاية، والهيئات غير الممركزة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح التقنية للبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.^(١) والموقف نفسه تبناه المشرع في قانون تنظيم الصفقات العمومية في المادة ٠ منه، إلا أنه عمل على توسيع المعيار العضوي مقارنة بما جاء في المادة ٨٠ السالفة الذكر. فبالرجوع للمادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها منحت الاختصاص بنظر دعوى الاستعجالي القانوني بنصها في الفقرة الأولى منها.^(٢)

حصر المشرع اختصاص نظر هذه الدعوى للمحكمة الإدارية دون الإشارة إلى اختصاص مجلس الدولة، بغض النظر عن الجهة (المصلحة المتعاقدة) إن كانت هيئات إدارية مركزية قامت بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، بإصدارها قرارات إدارية مركزية منفصلة. والملاحظة المهمة في هذا الشأن هي إمكانية وقوع إشكال آخر بين قانون تنظيم الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أن هذا الأخير ركّز على المعيار العضوي وعمل على حصره وتضييقه لانعقاد قواعد الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية،^(٣) على عكس المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي لم يبين الموضوع بشأن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هل تعتبر عقوداً إدارية تخضع للمنازعة فيما لقواعد القانون الإداري، وجهات القضاء الإداري هي المختصة بالفصل في منازعاتها؟ أم أنها تخضع للقانون الخاص أي المدني أو التجاري، وهنا أيضاً يجب تحديد طبيعة العقد الذي تبرمه هذه المؤسسات حتى لا يتم المساس بقواعد الاختصاص النوعي في منازعات الصفقات العمومية، وهذا أمام تمسك القاضي الإداري الاستعجالي بعدم اختصاصه بالفصل في منازعات الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية الاقتصادية أو ذات الطابع الصناعي أو التجاري، وهذا ما أكدته مجلس الدولة وفقاً لما جاء في نص المادة ٠ من م ص ع.

(١) تنص المادة ٨٠١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن: الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، دعاوى القضاء الكامل، والقضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

(٢) تنص المادة ٩٤٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأولى على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

(٣) بربارة عبد الرحمان: "شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٩٤ .

ثانياً: الاختصاص الإقليمي: يجب تقديم الطعن في المادة الإدارية بغض النظر عن نوعها حسب قواعد الاختصاص المحلي أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلق بالأشغال العمومية فإنه يرفع الطعن أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.^(١)

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لرفع دعوى الاستعجال القانوني.

يقتضي البحث عن الشروط الموضوعية الرجوع إلى نص المادة ٩٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط متعلقة بالطاعن أي المدعي في الدعوى الاستعجالية وأخرى تتعلق بموضوع النزاع.

أولاً: الشروط المتعلقة بالطاعن: حصر المشرع حق الطعن أي إخطار المحكمة الإدارية من طرف كل من له المصلحة في إبرام العقد، والذي تضرر من إجراءات إبرامه أو من طرف الوالي مما يشكل تضييقاً لمجال الطعن.

١/ الطعن المقدم من المرشح المستبعد: وهو المرشح الذي قدّم عرضاً لكن تم استبعاده يمكنه تقديم طعن في أية مرحلة من مراحل الإبرام، وكذلك المؤسسة التي لم يسمح لها بتقديم عرض في طلب العروض المحدودة ويمكن تقديم الطلب جماعياً.^(٢)

٢/ الطعن المقدم من المرشح المهم: وهو المرشح الذي حرم فعلاً من الترشح بسبب خرق قواعد التزامات الإشهار والمنافسة، وتخصص الطاعن يكفي لقيام المصلحة بإبرام العقد، ولا يطلب منه إثبات ترشحه، وهذا ما اعتبره مجلس الدولة بأن المترشح المستبعد صفة تكون لكل طاعن له مصلحة في إبرام العقد، حتى وإن لم يقدم ترشيحه، أو لم يقبل ترشحه، كما يمكن أن تقدم الطعون من المتعاملين الذين لم تجدد عقودهم. وعليه فالدعوى لا تقبل من الغرباء كالتنظيمات المهنية والمتعاقدين من الباطن ولكن تثبت لكل من له مصلحة: كالمترشحين الذين حرموا من دخول الصفقة دون وجه حق، والمستبعدين منها والذين لم يشتركوا فيها للإخلال بقواعد العلانية.^(٣)

٣/ الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة: وفقاً للمادة ٩٤ فقرة ٢ ق ١ م ١ منح حق إخطار المحكمة للممثل الدولة على المستوى الإقليمي ألا وهو الوالي، فله تحريك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد إذا تعلق الأمر بعقد يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية دون أن يثبت المصلحة، كتضرره من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، وهذا الطعن لقي انتقادات كثيرة لندرة وقوعه وممارسته من طرف الوالي لعدم درايته بالمعلومات الكافية السابقة عن التعاقد؛ لأنه لا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المداولة أو شكوى المتضرر وفقاً لقواعد الوصاية على أعمال الهيئات اللامركزية.^(٤)

ثانياً: الشروط المتعلقة بموضوع النزاع في الصفقة العمومية.

إن الهدف الأساسي من إقرار رقابة القضاء الاستعجالي الإداري ما قبل التعاقد هو حماية نزاهة ومشروعية الصفقة العمومية وتحقيق مبدأ المساواة والشفافية أمام المرشحين، ومنها: الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. ويندرج ضمن هذا الشرط ما يلي:

(١) شيهوب مسعود: "المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ١٩.

(٢) بوشكيوة عثمان: "استعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الوابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي يومي ٢٩ و ٣٠ نوفمبر ٢٠١١، ص ١ إلى ١٢.

(٣) المرجع نفسه.

١/ خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية: يعتبر الإعلان أو إشهار الصفقة العمومية من الإجراءات الجوهرية التي تضمنها قانون تنظيم الصفقات العمومية^(١) ٢٣/٦ وحذا حدوه المرسوم رقم ٢٤/٧ وهذا في الفصل الثالث، القسم الأول والمتعلق بكيفية إبرام الصفقات العمومية، والقسم الثالث المتعلق بإجراءات الإبرام في المواد^(٢) وما بعدها، أما عن الأفعال التي تشكل انتهاكا لقواعد الإعلان فهي عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة أصلا، أو نشره في جريدة يومية واحدة مع اشتراط نشره في جريدتين وطنيتين باللغة العربية ولغة أجنبية^(٣)، ويعد انتهاكا لقواعد الإعلان كذلك عدم تضمين الإعلان بيانات الإلزامية، كما اعتبر القضاء الإداري أن كل خرق للقواعد المتعلقة بمدة استلام العروض مخالف لقواعد العلانية .

٢/ اختيار الإدارة لأسلوب إبرام غير قانوني: حدد المشرع في قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام آليات وإجراءات لا يمكن للإدارة الخروج عنها، وهذا ما أكدته المواد^(٤) وما بعدها، ويعد انتهاكا لهذا المبدأ قيام الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للتراضي^(٥).

٣/ المواصفات والخصوصيات التقنية: ويقصد بها قيام الإدارة بوضع مواصفات تتضمن عناصر تفضيلية لأحد المترشحين على حساب الآخرين، وهذا يعد منافيا لمبدأ المنافسة وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي عند قيام الإدارة بوضع مواصفات معقدة قصد حصر المنافسة، ويعد مساسا خطيرا بقواعد المنافسة.

٤/ الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق: يمكن الحرمان من الدخول في الصفقة بصفة قانونية كالإفلاس أو عدم الوفاء بالالتزامات الجبائية، فإذا توفرت هذه الشروط يمكن إقصاء المترشح، والعكس من هذا إذا تعسفت الإدارة من دون وجه حق أمكن للمترشح اللجوء للقضاء^(٦) ويختلف الإقصاء عن الاستبعاد الذي يقصد به إخراج العطاء من المنافسة لعدم احترامه للمواصفات التقنية، أو إذا تبين أن منح القبول للعرض من شأنه أن يؤدي إلى الهيمنة على السوق والإخلال بالمنافسة، كأن يكون المبلغ المقدم ضعيفا جدا والعكس من هذا إذا لم تحترم الإدارة هذه الشروط أمكن للمتضرر رفع دعوى استعجالية.

٥/ الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد: ضبط المرسوم الرئاسي^(٧) ٢٤/٧ في المواد^(٨) وما بعدها لتؤكد على ضرورة تأكد الإدارة من مؤهلات المترشحين، ومنعت الإدارة من التفاوض بعد فتح الأظرفة وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية في فرنسا بأن صفقة الدراسات المبرمة بين Cabinet oht est et sivoumat. بأنها باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني^(٩).

٦/ الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة يسبب أضرارا للطاعن: لا بد أن تشكل هذه الإخلالات ضررا للطاعن، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري بقوله الضرار المحتمل، وهو يخص المرشح، وهناك أيضا الضرر الناجم عن عدم إسناد الصفقة للمؤسسة التي كانت مرشحة للفوز، ويسمى الضرر المهني، ولا يقع على الطاعن عبء إثبات الضرر، وإنما يكفي أن يقدم بعض الأسباب التي تسمح بتقدير الضرر^(١٠).

(١) بوكحيل ليلى، بوسالم دنيا: "رقابة القاضي الإداري الاستعجالي في إبرام الصفقات العمومية الملتقى الدولي الرابع حول

قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي يومي ٢٩ و ٣٠ نوفمبر ٢٠١١، ص ١ إلى ١٦.

(٢) بعلي محمد الصغير: "الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٢٦٩.

(٣) تنص المادة ٩٤٦ ق م ا في الفقرة الثالثة منها بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد .

(٤) بوشكوية عثمان، المرجع السابق، ص ٩ .

الفرع الثالث: الشروط الشكلية لرفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

من أهم الشروط الشكلية لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية احترام المجال الزمني لممارسة الطعن، إضافة إلى التطرق إلى فكرة التظلم الإداري المسبق.

أولاً: الأجل القانوني لرفع الدعوى: لم يحدد المشرع الجزائري أجلاً أو مدة زمنية، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة ٩٤ من ق ١ م^(١) وتنص المادة نفسها الفقرة الثانية منها على أنه يمكن لممثل الدولة أي الوالي أن يخطر المحكمة إذا أبرم العقد أو كان سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، وهذا يعد تناقضاً في المادة نفسها.

إذ بعد إبرام العقد لا مجال للطعن السابق الاستعجالي، وإنما يمكن رفع دعوى إلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة، وهذا تناقض صريح بين الطابع الاستعجالي والوقائي للدعوى الاستعجالية الذي يستوجب رفع الدعوى قبل إبرام الصفقة، ولكن في فرنسا تم قبول الدعوى الاستعجالية حتى في مرحلة بعد الإبرام، ولكن سرعان ما تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الموقف مؤكداً على إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية قبل الإبرام وبعده لكن قبل التوقيع عليها، ويمكن للغير مخاصمة العقد ضمناً لمشروعية العقد الإداري.^(٢)

ثانياً: الطعن إداري المسبق: يمكن تعريف التظلم الإداري بأنه: "طلب يقوم به المتظلم للحصول على حقوقه وتصحيح وضعيته، ولكن أصبح إجراء اختياريًا في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية^{١٩٠٨}، فلصاحب المصلحة أن يختار إما اللجوء إلى طريق التظلم أو القضاء الاستعجالي، كونها الطريقة الأسهل والأفضل، لكن من شأن التظلم أن يفقد الطعن الاستعجالي محتواه في الرقابة السابقة على الصفقة.^(٣)

المبحث الثاني: إجراءات الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقدية وأثاره.

بعد استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية لرفع الدعوى الاستعجالية في منازعة إبرام الصفقات العمومية يأتي دور القاضي الاستعجالي، ويبدأ سريان الدعوى إلى أن يصدر حكم فيها.

المطلب الأول: إجراءات رفع الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقدية.

بعد رفع الدعوى وقبل الفصل فيه تمر بعدة مراحل تنتهي بصدور حكم فاصل في النزاع إجراءات وجاهية أو كتابية ودون وجود مدعي عام ولا بأس بالإشارة إلى أهم هذه المراحل بعجالة.

الفرع الأول: مراحل مباشرة إجراءات الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقدية.

تمر مرحلة رفع دعوى استعجالية في منازعة الصفقة العمومية بالمرحلة التالية:

أولاً: المرحلة المكتوبة: وتبدأ هذه المرحلة من تبليغ عريضة الطعن للمصلحة المتعاقدة ويمكن تبادل العرائض والمذكرات .

(١) بومقورة سلوى: "رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجيستر، جامعة عنابة، ٢٠٠٨، ص ١١٥.

(٢) بيبارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٣) بومقورة سلوى، المرجع نفسه، ص ١١٨.

ثانياً: المرحلة الشفاهية: تعد الجلسة العلنية إجبارية، ويمكن للقاضي الاستعجالي أن يسمح للأطراف بتقديم ملاحظاتهم الشفاهية، ويمكن تقديم دفع أو وثائق جديدة، ويفصل القاضي وفقاً لإجراءات الواجهة، ويجب إعلام الأطراف بطلبات الخصم تحت طائلة بطلان الإجراءات وتبليغهم بالوثائق.^(١)

ثالثاً: الأمر بإجراء الخبرة: يمكن للقاضي إجراء الخبرة وهذا كإجراء استثنائي لأنه لا يتماشى وأجل الفصل.

رابعاً: صدور القرار الاستعجالي: يتمتع القاضي الاستعجالي بصلاحيات خصّه بها قانون الم ١٤٦ منه متجاوزاً صلاحيات القاضي الموضوع والقاضي الاستعجالي العادي، فهو يمارس رقابة كاملة على الالتزام بقواعد الإشهار والمنافسة وبإمكانه تسوية النزاع في الموضوع وللقاضي سلطات عديدة.^(٢)

الفرع الثاني: آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية وسلطات القاضي الاستعجالي فيها:

لقد حدّد المشرع الجزائري آجالاً قصيرة تتماشى والطابع الاستعجالي للمنازعة، كما خص القاضي الاستعجالي الفاصل في هذا النوع من المنازعات بسلطات واسعة حفاظاً على استمرارية المرافق العامة، وحفاظاً على المال العام وترشيده، لكن إذا ما قارناها بالقاضي الاستعجالي الفرنسي تبدو ضيقة نوعاً ما، وسنحاول دراسة هذه الصلاحيات وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. لكن نتطرق أولاً إلى الآجال الممنوحة للقاضي الاستعجالي في منازعة الصفقة العمومية قبل إبرامها للفصل فيها.

أولاً: آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية قبل التعاقدية.

لقد حدد المشرع الجزائري آجالاً للفصل في منازعة الصفقة العمومية أمام القضاء الاستعجالي القانوني بأجل عشرين يوماً من تاريخ إخطاره بالعريضة الافتتاحية، وذلك ضمن المادة ٩٤ من ق م ا^(١) وهذه المدة هي في صالح المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ولصالح الغير، كما أن المشرع لم يربط أي جزاء إجرائي على تجاوز هذه المدة.

ثانياً: سلطات القاضي الاستعجالي القانوني ما قبل التعاقدية.

١/ سلطة الأمر: فللقاضي الاستعجالي أن يأمر الإدارة بالامتثال لالتزاماتها، وهذا حسب المادة ٩٤ فقرة ٤^(٢) لكن الأمر جوازي وليس إجبارياً لأن المدعى عليه هي الإدارة المتعاقدة . ويقوم القاضي بالإلغاء الكلي أو الجزئي كإلغاء قرار رفض ترشح الطاعن، أو أن يأمر الإدارة بإعلام المرشحين المستبعدين بأسباب رفض عروضهم، أو الأمر بإعادة إجراءات المنافسة والإشهار، أو الأمر بتصحيح مضمون العقد، ويأمر بطرح طلب عروض جديدة.

(١) تنص المادة ٩٤٧ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "أن تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة ٩٤٦".

(٢) تنص المادة ٩٤٦ فقرة ٤ من ق م ا على أنه: "يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه".

(٣) تنص المادة ٩٤٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للمحكمة الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد".

٢/ سلطة تأجيل إبرام الصفقة: يمكن للقاضي الاستعجالي حسب المادة ٩٤^٥ أن يأمر بتأجيل العقد لمدة عشرين يوما لمنع الإدارة من توقيعه، ومنعها من التهرب من التزاماتها كإجراء تحفظي في انتظار صدور القرار النهائي في الموضوع، ويمكن أن يكون لهذا التأجيل سلبياته وإيجابياته، وخاصة تأثيره على استمرارية المرافق العامة من جهة والحفاظ على المشروعية الإدارية.

٣/ الغرامة التهديدية. مكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية القاضي الاستعجالي من أن يأمر بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الذي يحدده القاضي للمصلحة المتعاقدة للامتثال لالتزاماتها، وهذا تدعيما لمصادقية الأحكام القضائية.^(١)

المطلب الثاني: آثار الحكم الاستعجالي ما قبل التعاقد وطرق الطعن فيه.

يعدّ الطعن الاستعجالي القانوني وسيلة قانونية تسبق تدخّل القاضي الجزائي لمكافحة الفساد الإداري في الصفقة العمومية خاصة في مرحلة الإبرام، وبالرغم من الأهمية الكبيرة التي يكرسها هذا الطعن فهي تطرح آثارا عديدة، أهمها التأثير على سير المرفق العام وتنفيذ العقد، وهنا ترجع السلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي، فله ألا يلغي العقد مباشرة رغم الإخلال بقواعد المنافسة مثلا، لضمان استمرارية المرفق العام لأن إلغاء العقد من شأنه إضعاف العملية التعاقدية، وسنحاول التطرق إليها بإيجاز:

الفرع الأول: آثار الحكم الاستعجالي ما قبل التعاقد.

سننطلق في هذا الفرع إلى حجية الأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد وإلى كيفية تنفيذ هذا النوع من الأحكام.

أولا: حجية الأحكام الصادرة عن قضاء الاستعجال القانوني: لقد حمل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في طياته تغييرا جذريا في مسائل عديدة أهمها في مجال القضاء الاستعجالي، وهذا ما أكدته المادة ٩١^١ بنصها على أنه يفصل في القضايا الاستعجالية بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى موضوع.

ويقصد به أن الهيئة القضائية الفاصلة في دعوى الإلغاء هي نفسها الفاصلة في الدعوى الاستعجالية، وهذه المسألة تطرح عدة إشكالات: ما هو الغرض من توحيد الجهة النازرة في الدعويين؟ وهل تخدم هذه التشكيلة الطابع الاستعجالي، وهل يجب أن تقتزن دعوى الاستعجال بدعوى الإلغاء؟ وهذا ما يطرح إشكالات عديدة، فما هو مصير دعوى الإلغاء إذا ما قامت الإدارة بتصحيح الأخطاء في مرحلة الإبرام بعد أمر تعلقته من القاضي.^(٢)

أما عن حجية الحكم الصادر في هذه الدعوى فهو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الإداري، أي قضاء الموضوع ويحوز حجية الشيء المقضي فيه، فهو ليس حكما مؤقتا لا يتعلق بتدابير وقائية كما هو الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي بالطبيعة وفقا للمادة ٣٠ من ق ا م^(٣)، فإذا تضمن الحكم القضائي

(١) محمد براهيم: "القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٦، ص ٩٣.

(٢) تنص المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات المدنية على أن القاضي الاستعجالي يكون مختصا أيضا في المواد التي ينص

القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه.

(٣) محمد براهيم، المرجع نفسه، ص ١٠٠.

الاستعجالي القانوني إلغاء قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة فإن هذا الحكم يأخذ حجية الحكم بإلغاء الذي له الحجية العامة في مواجهة السلطات العامة، كما أن الحكم الاستعجالي القانوني يحمل نفس خصائص الحكم الاستعجالي، فهو مشمول بالنفاذ المعجل وغير قابل للمعارضة ولا الاعتراض على النفاذ المعجل، وهو يخضع للقواعد العامة للأحكام الاستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عكس المشرع الفرنسي.

ثانياً: تنفيذ القرار القضائي الاستعجالي ما قبل التعاقد: يصدر الأمر الاستعجالي مشمولاً بالنفاذ المعجل ولا يوقف الاستئناف تنفيذ هذا الأمر، فإذا اعتبر القاضي أن هناك مساساً بالتزامات الإشهار والمنافسة ولم تلتزم الإدارة المتعاقدة، ووقعت العقد أمكن للطاعن أن يبلغ بجنحة المحاباة^(١) ويمكن أن يشكل التسرع في التوقيع على الصفقة انحرافاً باستعمال السلطة، ويمكن الأمر الاستعجالي بوقف الصفقة وإعادة النظر في إجراءات إبرامها، مما يشكل دليلاً للقاضي الجزائي لإثبات جنحة المحاباة والانحراف باستعمال السلطة، وعلى القاضي الاستعجالي أن يحدد بدقة كيفية تنفيذ قراره.

معناه إن تم إلغاء إجراءات الإبرام يجب إعادة العملية من البداية، أما إذا ألغى تصرف واحد فقط فإنه يمكن مواصلة الإجراءات دون التصرف الملغى فقط. وإذا تم استبعاد المرشح من الصفقة دون وجه حق، وسبب له هذا ضرراً يمكنه أن يسلك طريق التعويض على أساس المسؤولية شبه الجنحية وعلى ما فاتته من كسب، وله الحق في المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه، ويمكن تعويضه بما فاتته من كسب ويقاس بالبرح الذي كان من الممكن الحصول عليه، أما إذا وقع العقد فله الحق في رفع دعوى التعويض محتجاً على صحة العقد، وله أن يطلب من القاضي وقف تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: طرق الطعن في القرار الاستعجالي ما قبل التعاقد.

الأمر الاستعجالي قبل التعاقد يفصل كأول درجة، ويمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة خلال ١٥ يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للمعني بالأمر، ويفصل مجلس الدولة في أجل ٤٨ ساعة من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابياً، والطعن بالاستئناف يخضع للقواعد العامة. ويتحقق قاضي الاستئناف من مدى احترام قاضي الدرجة الأولى للإجراءات لاسيما احترام مبدأ المواجهة، وهي رقابة شكلية يستطيع القاضي من خلالها ممارسة الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الدرجة الأولى، فيستطيع الرقابة على تفسيره لبنود العقد أو الإعلان عن الصفقة.^(١)

كما أن الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة يتطلب إجبارياً التمثيل بمحام، واستثنت المادتين ٩٠٨ و ٩٠٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من ذلك: الدولة الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية،^(٢) ويشترط أن يكون المستأنف طرفاً في الدعوى، وهذا طبقاً للمبادئ العامة للقانون. وأن يكون طلب الاستئناف ذا موضوع، فالاستئناف الذي يلي توقيع العقد يؤدي إلى عدم قبوله، وإذا تم توقيع العقد بتاريخ نظر الاستئناف يقرر القاضي بالأول وجه لنظره.

إن أهم آثار الاستئناف هو غياب أي أثر على القرار المطعون فيه: فالقرار الذي يتخذه القاضي الاستعجالي بتأجيل توقيع العقد ينفذ وينظر في الاستئناف، وفي حال قبول الدعوى يفصل المجلس دون إحالة.^(٣)

(١) بوكحيل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) تنص المادة ٩٠٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة ٨٠٠ من هذا القانون".

(٣) بومقورة سلوى، المرجع السابق، ص ١١٩.

خاتمة:

يتضمن الاستعجالي السابق للعقد احترام القواعد الخاصة بالتزامات الإشهار والوضع للمنافسة، ويمتد مجاله في هذا الإطار إلى مراقبة احترام كل تشريع أو تنظيم ينص على التزامات الوضع للمنافسة والإشهار عند إبرام العقود التي تدخل في اختصاصه، فهو جائز قبل إبرام العقد لممثل الدولة وكل من له مصلحة في إبرام العقد إذا تضرر من الإخلال بهذه الالتزامات. فيعتبر الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد طعنا استعجاليا في الموضوع، فهو يأخذ من الإجراء الاستعجالي بعض الخصائص كطابعه المعجل لكونه يعطي القاضي صلاحيات واسعة تقرّبه من قاضي الموضوع، فبإمكانه أن يأمر الإدارة بالقيام بالتزاماتها وتأجيل توقيع العقد، وتسليط غرامة تهديديه لإجبارها على احترام قراره، فهو يتيح للقاضي أن يلج في عمق العلاقة التعاقدية التي تكون حساسة بشكل خاص نظرا للأهمية الاقتصادية والمالية للعقود والصفقات العمومية، مما من شأنه أن يدعم آليات الرقابة الوقائية على العقود والصفقات العمومية، ويجعل هذا الطعن وسيلة مبكرة للوقاية من الفساد، ومن خلال هذه الدراسة يمكننا أن نخلص إلى جملة من النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج.

- ١/ محاكاة المشرع الجزائري لنظيره الفرنسي في مسألة تكريس الرقابة الإدارية السابقة على التعاقد للمحافظة على مبادئ مرحلة الإبرام، لكن تبقى العلاقة بين القاضي الإداري والمصلحة المتعاقدة محل نقاش خاصة فكرة توجيه الأمر لها.
- ٢/ سدّ الفراغ التشريعي في مجال منازعة الصفقات العمومية، وذلك بإعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة كسلطة الأمر والتأجيل وفرض الغرامة التهديدية، وهذا للفصل في دعوى حساسة تنسم بطابع الاستعجال وتقنية خاصة لمراقبة المال العام وترشيده. إلا أنه يمكننا إبداء بعض النقائص التي نأمل أن يأخذها المشرع الجزائري بعين الاعتبار. وبذلك تعد الصلاحيات الممنوحة للقاضي في الجزائر هزيلة بالمقارنة مع نظيرها في فرنسا والمتمثلة في إلغاء القرارات الإدارية المنطوية على الإخلال بالالتزام وبالإشهار والمنافسة.
- ٣/ سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية المتضمنة مخالفة قواعد العلانية والمنافسة.
- ٤/ رغم منح الوالي صلاحية مراقبة صحة إبرام الصفقات إلا أنه لم يحظ بأطر قانونية لممارسة هذه المهمة.
- ٥/ توحيد الجهة القضائية الإدارية الفاصلة في النزاع، وهي حسب المادة ٩٦ المحكمة الإدارية ولم يشر إلى صلاحية مجلس الدولة إلا كجهة استئناف، ويمكن هنا طرح إشكالية القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها الهيئات الإدارية المركزية في مرحلة إبرام الصفقة العمومية؟ والإشكال الآخر المتعلق بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطبيعة التجارية والصناعية.
- ٦/ عدم منح القاضي الاستعجالي القانوني صلاحية إلغاء البنود التعاقدية والقرارات في مرحلة إبرام الصفقة والمخالفة لقواعد العلانية والمنافسة.

ثانيا: الاقتراحات. يمكن اقتراح التعديلات التالية في المادة ٩٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- ١/ استبدال عبارة "يجوز" في الفقرة الثالثة بعبارة "يجب" حتى يستقيم المعنى لأن الطعن يمارس قبل توقيع العقد.
- ٢/ استبدال عبارة "تأجيل" في الفقرة الخامسة بعبارة "تعليق" لأنها تضمن عدم إبرام العقد خلال النظر في الطعن.

٣/ وجوب تبليغ الإدارة المتعاقدة والمرشح المستبعد بأجل التوقيع على الصفقة، وإذا خالفت هذا الإجراء أو إذا تم التوقيع على العقد خلال ذلك الأجل يمكنه أن يحوّل طلب الأمر الاستعجالي قبل التعاقد إلى طلب أمر استعجالي بعد التعاقد مع تحديد أجل ١٥ يوما على الأقل بين تاريخ التبليغ وتاريخ إبرام الصفقة، وتخفيض المدة إذا كان التبليغ الكترونيا لجميع المرشحين. وهذا الاجتهاد يسمح بالتصدي لمحاولات اللعب على قواعد الأجل. ويجب أن يحتوي التبليغ بالرفض على اسم الفائز بالصفقة وأسباب اختياره.

قائمة المراجع:

١/ الوثائق الرسمية.

القانون رقم ٠٩٠ المؤرخ في ٢٥ فيفري ٢٠٠٠ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المرسوم الرئاسي رقم ٢٤/٣٥ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

٢/ الكتب

١/ بعلي محمد الصغير: "القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٣.

٢/ بعلي محمد الصغير: "الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ٢٠٠٩.

٣/ بربارة عبد الرحمان: "شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، ٢٠٠٩.

٤/ محمد براهيم: "القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩.

٥/ كلوفي عز الدين: "نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر، الجزائر، ٢٠١٢.

٦/ سليمان محمد الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.

٧/ شهبوب مسعود: "المبادئ العامة للمنازعات الإدارية الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩.

٣/ الرسائل الجامعية:

١/ بومقورة سلوى: "رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، ٢٠٠٩.

٢/ تياب نادية: "آليات مواجهة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، ٢٠١٣.

٤/ المقالات والأيام الدراسية:

١/ بروك حليلة: "دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مقال منشور في مجلة المفكر، العدد الحادي العاشر، جامعة محمد خيضر بسكرة.

- ٢/ بوشكيوة عثمان: "استعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي يومي ٢ و ٣ نوفمبر ٢٠١٦.
- ٣/ بوكحيل ليلى، بوسالم دنيا: "رقابة القاضي الإداري الاستعجالي في إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي يومي ٢ و ٣ نوفمبر ٢٠١٦.
- ٤/ بومقورة سلوى: "رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي يومي ٢ و ٣ نوفمبر ٢٠١٦.

اليمن في التشريع المدني المغربي الواقع والآفاق.

أنوار بوهلال طالب باحث بسلك الدكتوراه مختبر القانون والتنمية بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بمكناس؛ المغرب

قائمة الرموز:

- ✓ ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- ✓ ق.م.م: قانون المسطرة المدنية المغربي.
- ✓ مج.ن.م (المج.أ.س): محكمة النقض المغربية (المجلس الأعلى سابقا).
- ✓ م.س: مرجع سابق.
- ✓ ع: عدد.
- ✓ ج.أ: الجزء الأول.
- ✓ ط.أ: الطبعة الأولى.
- ✓ صاد.بتا: صادر بتاريخ.
- ✓ ص: صفحة.
- ✓ مج.ق.م.أ،ع: مجلة قضاء المجلس الأعلى.
- ✓ مج.المع: مجلة المعيار.
- ✓ مج.اش: مجلة الإشعاع.

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على وسيلة إثباتية تحتل مكانة مهمة في المجتمعات الإسلامية والعربية بل وحتى الغربية؛ لأنها ترتبط بعقيدة الإنسان وضميره، إنها اليمن، حيث تطرقت هذه الدراسة إلى واقع التنظيم القانوني لليمن في التشريع المدني المغربي، محاولة الوقوف على ما به من نقاط خلل، كما اقترحت بعض الأفكار التي قد تزيد من تحسين تنظيم هذه الوسيلة الإثباتية.

إن وجود اليمن في القانون دليل على التقائه مع الدين والأخلاق، وأنه لا يستغني عن اللجوء إلى ذمة الإنسان

وضميره وعقيدته¹.

¹ الزحيلي، محمد مصطفى: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ج. ١ و ٢، ط. ١، ١٩٨٢ بيروت ص ٣٦٣.

وقد عرّفها شراح القانون بتعريفات مختلفة، إذ عرفها الأستاذ الصدة بأنها: "إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول وتعزيزاً له"¹ وعرفها الدكتور سليمان مرقس بأنها: "إخبار عن أمر مع استشهاد الله تعالى على صدق الخبر"².

ويتسم التنظيم القانوني لليمين باعتبارها وسيلة إثبات في التشريع المدني المغربي بالازدواجية بين قانون الالتزامات والعقود الذي خصها بالفصل ٤٦ وهو فصل الإحالة على قانون المسطرة المدنية،³ وقانون المسطرة المدنية الذي ضمّها في الفصول ٨٥ إلى ٨٨، وهذا الاشتراك في تنظيم اليمين بين قواعد الموضوع وقواعد الإجراءات أمر طبيعي؛ طالما أن المشرع المغربي تأثر بالنهج اللاتيني في قواعد الإثبات، إنه النهج القائم على التمييز بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي، وإن هذا الوضع التنظيمي غير الموحد لوسيلة الإثبات هذه ليدفع إلى طرح التساؤل الآتي:

- هل يحقق التنظيم المزدوج لليمين التكامل بين القانونين؟ أم أنه يساهم في خلق تنافر ولا انسجام بينهما؟ وكيف يمكن أن يتحسن التنظيم القانوني لهذه الوسيلة الإثباتية؟

إن العلاقة الموجودة بين قانوني الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية على مستوى الإثبات باليمين هي علاقة تنافرية بلا شك، ويظهر ذلك بوضوح من خلال استئثار القانون المسطري بتنظيمها دون قانون الموضوع، وفيما يلي نتطرق إلى إظهار هذه العلاقة التنافرية وأفاق جعلها رابطة أكثر تكاملاً بين القانونين من خلال التصميم الآتي:

المبحث الأول: واقع التنظيم القانوني لليمين في التشريع المدني المغربي.

المبحث الثاني: مظاهر قصور تنظيم اليمين في التشريع المدني المغربي وأفاق التحسين.

المبحث الأول:

واقع التنظيم القانوني لليمين في التشريع المدني المغربي.

إن اليمين في المادة المدنية المغربية- كما سبقت الإشارة إلى ذلك في المقدمة- منظم في ق.م.م المحال عليه أمر هذا التنظيم بموجب الفصل ٤٦ من ق.ل.ع.

وهذا التنظيم المخصصة له الفصول ٨٥ إلى ٨٨ من ق.م.م يشمل نوعين من اليمين: اليمين الحاسمة، واليمين الممتمة، فاليمين الحاسمة هي التي توجه من أحد الخصمين إلى الآخر بقصد حسم النزاع، فهي حسب أحد قرارات مج.ن.م (المج.أ.س) "وسيلة من وسائل الإثبات يوجهها الطرف الذي يعوزه الدليل"⁴، بحيث يتم اللجوء إلى هذه اليمين عادة عندما لا يوجد لدى الخصم دليل على الحق الذي يطالب به،⁵ واليمين الحاسمة بهذا المعنى تشكل نظاماً من أنظمة العدالة التي

¹الصدّة، فرج عبد المنعم: الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، ١٩٩٥ القاهرة، مصر، ص ٤١٩.

^٢مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، شبرا، مصر، ص ١٣٤.

^٣نص الفصل ٤٦٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "الأحكام المتعلقة باليمين مقررّة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية".

^٤ق.ع. ١٢٦ في الم. المدني ع. ٨٦/٦٧، ص.د. بتا. ٩٠/١/١٧ منشور بمج. المعيار ع. ١٧ ص ٧٧ وما يليها.

^٥منصور، محمد حسين: قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، طبعة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص ٢٢٤.

أريد بها تخفيف مساوئ تقييد الدليل في مذهب الإثبات القانوني،¹ فهذه اليمين حسب البعض هي بمثابة الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني، فيوجهها إلى خصمه؛ فإن حلفها هذا الأخير أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء، وإن نكل كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء، فوجب الحكم عليه بصحة هذا الإقرار،² واليمين الحاسمة من حيث طبيعتها بحسب قانون المسطرة المدنية المنظم لها هي إجراء تحقيقي سابق على الفصل في الموضوع.³ ونفصل أكثر في التنظيم القانوني لليمين الحاسمة من خلال قانون المسطرة المدنية في (المطلب الأول).

أما اليمين المتممة فهي التي يوجهها القاضي تلقائيا إلى أحد الأطراف ليستكمل قناعته عندما تكون وسائل الإثبات المدلى بها غير كافية، فهي وسيلة للبحث التكميلي الممهد للحكم.⁴ ونفصل أكثر الحديث عن التنظيم القانوني لليمين المتممة من خلال قانون المسطرة المدنية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني لليمين الحاسمة من خلال قانون المسطرة المدنية.

نعرض في هذا التنظيم لتوجيه اليمين الحاسمة وأدائها في (الفقرة الأولى)، وللنتائج المترتبة عن توجيهها في (الفقرة الثانية).

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء ٣، ص ٤٤٦.

² السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، الجزء الثاني، طبعة ١٩٧٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٥١٦.

³ الخليلي، أحمد: وجهة نظر ج. ٢، ط. ٢، ١٩٩٨، دار نشر المعرفة، الرباط، ص ٢٧١.

لكن ما تجب الإشارة إليه بخصوص طبيعة اليمين الحاسمة أن هناك اختلافا في تكييفها: إذ أن هناك من يكييفها تعاقدا أو صلحا لكن هذا التوجه تم انتقاده لسببين: الأول: أن كل تعاقد يفترض إيجابا وقبولا، والملاحظ في القبول هو ثبوت الخيار لمن وجه إليه الإيجاب بغير مسؤولية عليه، فإذا انتفى الخيار فليس ثمة تراض أو تعاقد.

الثاني: ليس في توجيه اليمين الحاسمة ما يمكن أن يستند عليه لتكييف صلحا، لأن في الصلح يتنازل كل من طرفيه على وجه التقابل على جزء من ادعائه، أما في اليمين الحاسمة فيترتب عن توجيهها قبول دعوى كاملة أو رفضها بحسب موقف الخصم الذي وجهت إليه هذه اليمين الحاسمة. تفاصيل أكثر يمكن الرجوع للمؤلف:

بادن، محمد: إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الإجتهد القضائي، ط. ١، ٢٠٠٢، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص ٤٧. ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج. ٣، ص ٤٤٥.

وهناك من يكييفها تصرفا قانونيا بإرادة منفردة:

ويستند هذا الاتجاه في تأصيل رأيه إلى أن توجيه اليمين الحاسمة ينتج أثره بمجرد هذا التوجيه، وأن قبول من وجهت إليه اليمين الحلف ليس قبولا لإيجاب؛ لأن من وجهت إليه اليمين ليس له إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على موجهها، أي لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحتكم هو إلى ضمير خصمه.

هذا الرأي أيضا لم يسلم من النقد؛ باعتبار أن قوام التصرف القانوني بالإرادة المنفردة يكمن في حرية صاحبه في إنشائه وفي تحديد آثاره على نحو معين، وهذا الأمر متخلف في شأن توجيه اليمين الحاسمة، وإن كان لا يتم إلا بمبادرة من الخصم المكلف بالإثبات. تفاصيل أكثر يمكن الرجوع إلى المؤلفين:

السنهوري، أحمد عبد الرزاق: م. س، ص ٦٧٧.

زهران همام محمد، محمود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. ٢٠٠٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٣٦٧.

وهناك اتجاه ثالث يكيف اليمين الحاسمة على أنها نظام خاص أقره القانون استجابة لمقتضيات العدالة: فإذا أعوزت المدعي كتابة أو بيعة ولم يتيسر له الحصول على إقرار، وأنكر خصمه دعواه أو دفعه أخفق في مسعاه، ولكن طريق اليمين الحاسمة تظل ممهدة له، ففي مقهوره أن يوجهها وفق أحكام القانون، وبذلك يتسنى له الاحتكام إلى ذمة خصمه ومروءته أو شعوره الديني. تفاصيل أكثر راجع:

زهران همام محمد، محمود: م. س، ص ٣٦٧.

ربولط، أدولف: قانون المسطرة المدنية في شروح، ط. ١٩٩٦، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص ٨٩.

الفقرة الأولى: توجيه اليمين الحاسمة وأداؤها.

نتحدث عن توجيه اليمين الحاسمة في (أولا)، ونترك أمر أدائها ل (ثانيا).

أولا: توجيه اليمين الحاسمة.

إذا رجعنا إلى الفصل ٨٥^١ من ق. م. م فإننا نستخلص منه أن اليمين الحاسمة يوجهها الخصم إلى خصمه حتى يحسم بها النزاع؛ ومقتضى ذلك أن الخصم الذي يعجز عن تقديم دليل على ما يدعيه يحتكم في شأن صحة ادعائه إلى قول خصمه تحت وطأة القسم الذي يوجهه إليه.

والقاضي ليس له أن يوجه هذه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، بل بناء على طلب من أحد الخصوم لأنها ملك للخصوم، وهذا ما أكدته مح. ن. م (المج. أ. س) "اليمين الحاسمة ملك للخصم الذي يبتغي منها إثبات دفعه في مواجهة خصمه"،^٢ وفي قرار آخر "اليمين الحاسمة ملك لأطراف النزاع لا ملك للمحكمة، فللخصوم وحدهم الحق في توجيهها لحسم النزاع".^٣

وعلى الرغم من أن هذه اليمين الحاسمة هي ملك للخصوم، ولا تملك المحكمة صلاحية توجيهها، فإن المتقاضي لا يسوغ له أن يوجهها مباشرة إلى خصمه، بل يفعل ذلك عن طريق المحكمة، أي أنه يتقدم بطلب توجيه اليمين الحاسمة للمحكمة إلى هذا الأخير ابتغاء الوصول إلى ثبوت حقه الذي يعوزه الدليل عليه.^٤

والمقصود بالخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة هو كل خصم مكلف بإثبات واقعة قانونية لا يملك دليلها، سواء كان مدعيا يريد إثبات حق يدعيه، أم مدعى عليه يريد إثبات دفع يدعيه أيضا،^٥ وهذا المعنى كرّسته مح. ن. م (المج. أ. س) في قرار لها ورد فيه "تعتبر اليمين الحاسمة وسيلة من وسائل الإثبات يوجهها الطرف الذي يعوزه الدليل".^٦

ثانيا: أداء اليمين الحاسمة.

حسب ما يستفاد من الفصول ٨٥ و ٧٨^٦ و ٨٥^٨ من ق. م. م فإن المشرع المسطري قد فصل على مستوى تنظيمه لإجراءات أداء اليمين الحاسمة، وتتمثل هذه الإجراءات في مكان وصيغة أدائها.

^١ ينص الفصل ٨٥ من ق. م. م: "إذا وجّه أحد الأطراف اليمين الحاسمة إلى خصمه لإثبات ادعاء أو ردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائيا..".

^٢ ق. ع ٣٣٠ في المل. التجاري، ع. ٩٢/٤١٥٤، صاد. بتا. ٢٠٠٠/٣/١، منشور بمج. ق. م. أ. ع. ٦٦، ص ٢٨٧ وما يليها.

^٣ ق. ع ٦٣٩ في المل. المدني، ع. ٧/١٧٢٩، صاد. بتا. ٢٠٠٩/٢/٢٥، منشور بمج. ق. م. أ. ع. ٧٢، ص ٧٣ وما يليها.
^٤ مرقس، سليمان: م. س، ص ٧٥٠.

^٥ نشأت، أحمد: رسالة الإثبات، الجزء ٢، ط. ٢٠٠٥، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، ص ٨١.

^٦ ق. ع ١٢٦ في المل. المدني، ع. ٨٥/٦٧، صاد. بتا. ١٩٩٠/١/١٧، منشور بمج. المع. ع. ١٧، ص ٧٧ وما يليها.

^٧ ينص الفصل ٨٦ من قانون المسطرة المدنية: "إذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية، أمكن تأدية اليمين أمام قاض أو هيئة منتدبة للتوجه عنده مساعدا بكتاب الضبط الذي يحرر في هذه الحالة محضرا بالقيام بهذه العملية.
إذا كان الطرف الذي وجهت إليه اليمين أو ردت يسكن في مكان بعيد جدا، أمكن للمحكمة أن تأمر بأن يؤدي اليمين أمام محكمة ابتدائية لمحل موطنه على أن تسجل له تأديته لهذه اليمين".

^٨ ينص الفصل ٨٨ من ق. م. م على ما يلي: "يمتلك للمحكمة أن تأمر دائما بعد اتفاق الأطراف على أن تؤدي اليمين طبقا للشروط التي تلزم دينيا ضمير من يؤديها.

في حالة حصول مثل هذا الاتفاق يثبت ذلك في الحكم الذي يحدد الوقائع التي تستوفي اليمين عليها، والأجل والمحل والشروط المحددة لإتمام تأديتها.

فعلى مستوى مكان الأداء فإن الفصل ٨٥ من ق.م.م نص على أنه "إذا وجّه أحد الأطراف اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاء أو ردها لحسم النزاع نهائياً، فإنّ الخصم يؤدي اليمين في الجلسة"، وقد ذهب مع.ن.م (المج.أ.س) فيما يمكن اعتباره تطبيقاً لهذا الفصل إلى القول: "لكن حيث إنه إذا كان الفصل ٨٥ من قانون المسطرة المدنية يقضي بأن اليمين الحاسمة تؤدى بالجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بطريقة قانونية، فإن هذا لا يعني أداءها في نفس الجلسة التي صدر الحكم بها، بل يمكن أداؤها بجلسة أخرى".¹

وإذا كان الطرف الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة أو ردّت يسكن خارج دائرة نفوذ المحكمة التي تثار الدعوى فيها، فإن هذه المحكمة لها أن تأمر بأن يؤدي اليمين أمام المحكمة الابتدائية لمحل موطنه، على أن تسجّل له تأديته لهذه اليمين (الفصل ٢/٨٦).

وهذا الفصل نفسه في فقرته الأولى (١/٨) نصّ على أنه "إذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية أمكن تأدية اليمين أمام قاض أو هيئة منتدبة للتوجه عنده مساعداً بكتاب الضبط الذي يحرر في هذه الحالة محضراً بالقيام بهذه العملية". لكن هذا التنصيص ألا يمكن اعتباره بمثابة الإشكال الكبير في ق.م.م والذي يجب تداركه؟ ذلك أن هذا القاضي المنتدب أو الهيئة المنتدبة المنصوص عليها في الفصل ١/٨ لم تأت في محلها.

على اعتبار أنها لا تخص الحالة التي يكون فيها مكان تنفيذ إجراء التحقيق خارج دائرة نفوذ المحكمة، بل تتعلق بالحالة التي يتعذر فيها على الطرف الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة حضور الجلسة، وكان مكان تواجده داخل دائرة نفوذ المحكمة. فمثل هذا التنصيص قد يفهم منه نزع الاختصاص عن المقرر في هذه الحالة بالذات، فاللجوء إلى هذا الانتداب يجب ألا يكون إلا في حالة وجود الشخص المعني خارج نفوذ المحكمة، ونحن فيما قلناه في هذه النقطة لا نختلف مع الأستاذ محمد المجذوبي الإدريسي.²

وانطلاقاً من الفصل ١/٨٨ الذي ينص على أنه "يمكن للمحكمة أن تأمر دائماً بعد اتفاق الأطراف على أن تؤدى اليمين طبقاً للشروط التي تلزم دينياً ضمير من يؤديها". بعض الفقه يذهب إلى إمكانية الاستناد إلى هذه الفقرة لكي يتفق الخصمان ليس فقط على صيغة أدائها، بل حتى على مكان أدائها، كأن يتفقا مثلاً على أدائها بدار للعبادة كالمسجد.³

هذا عن مكان أداء اليمين الحاسمة، أما عن صيغتها فالمشرع المسطري حددها في الفصل ٢/٨٥ بالعبارة الآتية "أقسم بالله العظيم".

تؤدى اليمين حينئذ بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بطريقة قانونية، وبحضور القاضي المنتدب أو الهيئة المنتدبة وكاتب الضبط الذي يحرر محضراً بالقيام بهذه العملية".

١.ق.ع ٥٨٦، صادر.بتا. ١٩٩٥/٢/٢٥، مشار إليه في مؤلف محمد بادن: إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي، ط. ٢٠٠٢ ص ٢٠.

٢.راجع موقف الأستاذ محمد المجذوبي الإدريسي في هذه النقطة: إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية، ط. ١، ١٩٩٦، مطبعة الكاتب العربي، دمشق، ص ١٨٠.

³Razon , Jean Paul : Les instructions judiciaire et la procédure civil du Maroc edi.1988. p.186.

وفي هذا السياق تنص مجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل ٤٩٥ على أنه "يكون أداء اليمين بجامع الخطبة أو بغيره من أماكن العبادة التي يعينها الخصم الذي وجهها وبحسب ديانة الذي يؤديها".

وذهب بعض الفقه¹ إلى القول بأن المشرع المسطري حينما جاء بهذه الصيغة فهذا دليل على تأثره بالشريعة الإسلامية ومسايرته لحديث روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم " لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليدر"².

والمشرع المغربي لئن كان قد حصر صيغة أداء اليمين في عبارة " أقسم بالله العظيم"، فإنه نصّ في الفصل ١٨٨ على إمكانية أن تأمر المحكمة بعد اتفاق الأطراف على أن تؤدي اليمين طبقا للشروط التي تلزم دينيا ضمير من يؤديها، وهذا يعني أن صيغة اليمين الحاسمة في ق.م.م هي ملك للخصم الذي يوجهها، وليس للقاضي فلا يحق له أن يعدّل في صيغة اليمين.

النقطة المالية نخصّصها للنتائج المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة.

الفقرة الثانية: نتائج توجيه اليمين الحاسمة.

من خلال استقراء الفصول المنظمة لليمين الحاسمة في ق.م.م نستخلص أن النتائج التي عالجتها هي أداء اليمين الحاسمة (أولا)، و ردّها (ثانيا).

أولا: أداء اليمين الحاسمة.

يترب عن أداء اليمين الحاسمة ممن وجهت إليه خسارة موجهها، وبالمقابل فإن الذي أداها هو الذي يحكم لفائدته، بعبارة أخرى أن أداء اليمين يترب عنه حسم النزاع، وهذا ما نص عليه الفصل ١٨٥ من ق.م.م، لكن الملاحظ أن هذا الفصل زاد عبارة أخرى على حسم النزاع وهي عبارة "نهائيا" فهل هذا يعني أن المشرع المسطري يقصد أن الحكم الصادر اعتمادا على هذه اليمين الحاسمة هو حكم نهائي لا يقبل أي طعن؟

بعض الفقه³ يعتبر أن عبارة "نهائيا" لم تكن لسياقها ضرورة ما دامت عبارة "الحسم النزاع" كافية في الدلالة على حجية هذه اليمين الحاسمة.

وهذه العبارة "نهائيا" كان لها تأثير على العمل القضائي المغربي؛ إذ أن أعلى هيئة قضائية في البلاد قد عرفت تذبذبا على مستوى مدى قابلية الأحكام الصادرة بعد أداء اليمين الحاسمة للطعن من عدمه وهكذا: ذهبت هذه المحكمة في أحد قراراتها إلى أن " توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يقصد به الاحتكام إلى ضميره، فإن أداها اعتبر النزاع منتهيا بين الطرفين بصفة لا رجعة فيها، ولا يقبل الحكم المبني عليها أي طعن من طرف الطاعن إلا بشأن خلل في إجراءات أداء اليمين"⁴.

والمحكمة نفسها ذهبت في قرار آخر إلى أن " ما نص عليه الفصل ٨٥ من قانون المسطرة المدنية من حسم النزاع نهائيا إنما يعني ثبوت الحق بشأنه لأحد الطرفين... اليمين الحاسمة لا أثر لها على قابلية الحكم أو عدم قابليته للطعن... والفصل ١٩ من قانون المسطرة المدنية يجيز الطعن بالاستئناف في جميع الطلبات التي تتجاوز ٣٠٠ درهم - تجدر الإشارة إلى أن الفصل ١٩ من قانون المسطرة المدنية تم تعديله بالقانون رقم ٣٥١ فأصبحت الطلبات التي تقبل الاستئناف أمام

¹ الجبوجي، المعطي: القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، ط. ١، ٢٠٠٢، مكتبة الرشد سطات، ص ١٢٨.

² رواه النسائي وابن ماجه ومسلم.

³ لبريس، نور الدين: نظرات في قانون المسطرة المدنية، ط. ١، ٢٠١٢، مطبعة الأمانة، الرباط، ص ١٠٢.

⁴ ق.ع. ١٩٣٤ في الم.ع. ٩١/٣٥٥٩، صاد. بتا. ١٩٩٤/٦/١، مشار إليه في مؤلف محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ط. ٢٠١٢، ص ١٨٠.

المحاكم الاستئنافية هي تلك التي قيمتها غير محددة أو تتجاوز قيمتها ٢٠٠ درهم، أما القضايا التي لا تتجاوز قيمتها ٢٠٠ درهم فإنها تقبل الاستئناف أمام الغرف الاستئنافية التي أحدثت حديثا بالمحاكم الابتدائية".^١

أمام هذا الوضع التشريعي الذي عوض أن يوحد العمل القضائي وهذا هو المفروض عليه فإنه يشتهه، ندعو المشرع المغربي إلى التدخل من أجل توضيح المقصود، فإذا كان قصده هو أن الأحكام الصادرة بناء على اليمين حاسمة لا تقبل الطعن فعليه أن ينص على ذلك صراحة، وإذا كان خلاف ذلك فهو مدعو إلى التدخل على الأقل من أجل حذف عبارة "نهائيا" التي تسمح بتأويلات متضاربة للفصل ٨٥ من قانون المسطرة المدنية.

ثانيا: ردّ اليمين الحاسمة.

ورد النص على ردّ اليمين الحاسمة باعتباره نتيجة لتوجيهها في الفصلين ١/٨٥ و ٢/٨٦ من ق.م.م، فمن وجهت إليه هذه اليمين قد يفضل ردها على توجيهها بدلا من أن يحلفها هو، لأنه غير متأكد بصفة قاطعة من صحة ما يطلب منه الحلف عليه، فلا يطعن في ضميره، بل يفضل أن يحتكم إلى ضمير خصمه فيردها عليه.^٢

والملاحظ أن المشرع المغربي المسطري لم يفصل في مسألة رد اليمين لا من حيث الشروط ولا من حيث النتائج أو الآثار،^٣ وهذا من جوانب النقص في تنظيم هذه الوسيلة الإثباتية.

ويرى البعض أن من شروط ردّ اليمين: أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين المتخاصمين، فإذا كانت الواقعة خاصة بشخص من وجهت إليه اليمين الحاسمة فإنه لا يقوم له الحق في الرد،^٤ ويجب أيضا أن يكون الرد عن الواقعة نفسها التي وجهت من أجلها اليمين، وإلا يكون بصدد يمين جديدة،^٥ وإذا ردّت اليمين على توجيهها فإنه لا يسوغ له ردها مجددا، بل يملك خيارين: الحلف أو النكول،^٦ وهذا بهدف عدم الوقوع في الحلقة المفرغة إلى ما لا نهاية.^٧

على إثر فراغنا من التحليل في إطار التنظيم القانوني لليمين الحاسمة حسب ق.م.م، نتقل فيما يأتي لتناول التنظيم القانوني لليمين المتممة من خلال هذا القانون.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لليمين المتممة في قانون المسطرة المدنية.

إن اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي تلقائيا إلى أحد الأطراف ليستكمل قناعته عندما تكون وسائل الإثبات المدلى بها غير كافية، فهي وسيلة للبحث التكميلي الممهّد للحكم.^٨

^١ ق.ع. ٩٨٦، صاد. بتا. ٢٠١٠/٣/٢، مشار إليه في مؤلف نور الدين لبريس: نظرات في قانون المسطرة المدنية ط. ٢٠١٢، ص ١٠٣.

^٢ العبودي، عباس: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط. ٢٠٠٥، دار الثقافة، عمان، ص ٣١٠.

^٣ فقد كانت الإشارة بسيطة ومقتضية إلى إمكانية الرد في الفصلين ١/٨٥ و ٢/٨٦.

^٤ بادن، محمد: إشكالات اليمين بين القانون والفقهاء الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي، ط. ٢٠٠٢، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ص ٢٢.

^٥ شهبون، عبد الكريم: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، ج ٣، ط. ١٩٩٠، النجاح الجديدة، ص ٥١٤.

^٦ وسنتطرق للنكول ضمن الفقرة الثانية من هذه الدراسة، باعتبارها من جوانب القصور في قانون المسطرة المدنية على مستوى اليمين الحاسمة.

^٧ الجبوجي، المعطي: م. س، ص ١٢٩.

^٨ ربولط، أدولف: قانون المسطرة المدنية في شروح، ط. ١٩٩٦، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص ٨٩.

إن اليمين المتممة حسب ما جاء في أحد قرارات مح. ن. م (المج. أ. س) "تكمل أدلة الإثبات وليست بديلا عنها، فلا توجه اليمين إلا إذا أقام المدعي دليلا اعتبرته المحكمة غير كامل، فلا يمكن أن تكون وحدها أساسا للقضاء بحق وقع إنكاره".¹ وهذه اليمين أيضا حسب ذات المحكمة "توجه من طرف قضاة الموضوع تلقائيا عندما يقدم الخصم دليلا غير كاف، وتؤدي طبقا للشكليات المنصوص عليها في الفصل ٨٧ من قانون المسطرة المدنية".²

أما عن طبيعة اليمين المتممة فقد تباينت الآراء حولها بين من يعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات أو إجراء من إجراءات التحقيق، أما الفقيه السهوري فيراها من وسائل التحقيق والإثبات في الوقت نفسه.³

لكن القضاء المغربي متضارب على هذا المستوى، فمح. ن. م (المج. أ. س) اعتبرت في أحد قراراتها أن اليمين المتممة إجراء تحقيقي، "إن الأمر باليمين المتممة يكون موضوع حكم تمهيدي، وتسجل تأدية اليمين قبل الفصل في النزاع؛ لأن توجيه اليمين المتممة من القاضي إجراء من إجراءات التحقيق"⁴، و التوجه نفسه كرّس في قرار آخر "تعتبر اليمين المتممة إجراء من إجراءات التحقيق، ويعتبر الحكم الصادر بشأنها حكما تمهيديا لا يقبل الطعن إلا مع الحكم في الموضوع".⁵

إلا أن هذه المحكمة ذهبت في قرار آخر إلى تكريس أن اليمين المتممة إنما هي وسيلة من وسائل الإثبات "... باعتبار اليمين المتممة وسيلة من وسائل الإثبات، يتعين تهيئتها واستيفائها مسبقا لتبين وجه الحكم في الدعوى".⁶

ولكننا حول طبيعة اليمين المتممة نميل إلى رأي الأستاذ السهوري الذي يعتبرها إجراء تحقيقيا ووسيلة إثبات في الوقت نفسه، وهذا الرأي نبنيه على كون ق. ل. ع أشار في الفصل ٤٠⁷ إلى أن اليمين وسيلة إثبات، وق. م. م نظم اليمين- بشقيها-⁸ ضمن إجراءات التحقيق.

وإن التنظيم القانوني لليمين المتممة في ق. م. م يستفاد منه أنه حدّد الجهة التي توجهها (الفقرة الأولى)، وأيضاً فيه إشارة إلى كونها تكمل الحجة الناقصة باعتبارها نتيجة لهذه اليمين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: توجيه اليمين المتممة.

من خلال الفصل ٨٧ من ق. م. م يمكن استخلاص أن توجيه اليمين المتممة لأي واحد من الخصمين سواء كان مدعياً أو مدعى عليه هو من حق القاضي وحده. لكنّ التساؤل المطروح: من هو الخصم الذي توجه له اليمين المتممة؟

¹ ق. ع. ١٧٢٦، صاد. بتا. ١٩٨٣/١١/٢٣، مشار إليه في مؤلف محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ص ١٨٦.

² ق. في الم. المدني ع. ٨٣/٢٥٩٩، صاد. بتا. ١٩٨٧/١٠/٢٧، مشار إليه في مؤلف محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي ص ١٨٦.

³ تفاصيل أكثر مؤلف السهوري: م. س ج. ٢، ص ٥٧٧.

⁴ ق. ع. ٣٠٩٤ في الم. المدني ع. ٩١/١٨٩٢، صاد. بتا. ١٩٩٣/١١/٢٤، منشور بمج. المع، ع. ٢٠، ص ١٥٩ وما يليها.

⁵ ق. ع. ٩٢ في الم. المدني ع. ٩٧/١٥٠٢، صاد. بتا. ٩٧/١/١٧، منشور بمج. اش، ع. ٢٤، ص ١١٩ وما يليها.

⁶ ق. ع. ٦٣٦٧ في الم. المدني، ع. ٩٤/١٠٥٩، صاد. بتا. ١٩٩٣/١٠/٩٢، مشار إليه في مؤلف نورالدين لبريس: نظرات في قانون المسطرة المدنية، ط. ٢٠١٢، ص ١٢٠.

⁷ ينص الفصل ٤٠٤ من قانون الالتزامات والعقود: وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

.....

٥) اليمين والنكول عنها.

⁸ ضمن الفصول ٨٥ إلى ٨٨، وهي الفصول موضوع الدراسة ضمن هذا المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من بحثنا.

إن الخصم الذي توجه له اليمين المتممة من تقدير القاضي، والغالب أنه يوجهها للخصم الذي قدم ما يجعل دعواه قريبة التصديق أو الذي يراه أجدر بالثقة.¹

وإذا تأملنا الفصل ٨٧ من ق. م. م يمكن القول أن توجيه هذه اليمين من عدمه هو أمر جوازي بالنسبة إلى القاضي، فلا إجبار عليه في توجيهها، فلجوؤه إليها يكون من تلقاء نفسه ورغبة منه في تحري الحقيقة، وفي استكمال الدليل الناقص منها² وبالتالي حسم النزاع.

لكن ما يجب الانتباه إليه هو أن هذه الصلاحية ليست مطلقة بل هي مقيدة بشروط، المشرع المغربي لم يتطرق إليها (أي لهذه الشروط) وبالمقابل انبرى العمل القضائي المغربي من أجل تكريسها، ويمكن تلخيص هذه الشروط³ في اثنين:

الشرط الأول: ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل: فاليمين المتممة تتم ما ينقص من الدليل القانوني ولكنها لا تقوم مقامه،⁴ ولقد أشارت مح. ن. م (المج. أ. س) إلى هذا الشرط في أحد قراراتها: "لا يمكن أن توجه لأحد الأطراف (أي اليمين اليمين المتممة) إلا إذا كانت حجة الطرف الموجهة له اليمين غير كافية وغير مقنعة".⁵

الشرط الثاني: ألا يكون في الدعوى دليل كامل: والمقصود بهذا الشرط هو منع القاضي من أن يكتفي بادعاء الخصم المجرد من أي دليل وتلبية رغبته بمجرد يمين يؤدها،⁶ وهذا ما أشارت إليه مح. ن. م (المج. أ. س). "لا توجه الكلام هنا عن اليمين المتممة) إلا إذا أقام المدعي دليلا اعتبرته المحكمة غير كامل...".⁷

فيما يلي نخوض في النتائج المنجزة عن توجيه اليمين المتممة.

الفقرة الثانية: نتائج اليمين المتممة.

إن ق. م. م لم يشر إلا إلى إكمال الحجة الناقصة باعتباره نتيجة مستهدفة من وراء توجيه اليمين المتممة، فلا وجود للتخصيص على إمكانية النكول.

إذا كان الأمر كذلك فهل هذا يعني أن المتقاضى الذي يوجه إليه القاضي اليمين المتممة لا يكون أمامه إلا خيار واحد وهو الحلف؟¹

¹ جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، ط ١٩٩٧، منشأة المعارف الإسكندرية، ص ٤٨٩. السنهوري، أحمد عبد الرزاق: م. س ج. ٢، ص ٥٧٧.

² الروبي، أسامة: الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، ط ٢٠٠٩، مطابع شتات مصر، ص ٣٠٦.

³ المشرع الفرنسي من خلال القانون المدني حدد هذه الشروط في الفصل ١٣٦٧: وهي ألا تكون الدعوى ثابتة بأدلة كاملة، وألا تكون خالية من أي دليل. والنص الأصلي لهذا الفصل ورد كالآتي:

Arti. 1367 du c.civ.fr :

Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, " que sous les deux conditions suivantes ; il faut : 1. Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2. Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger "ou rejeter purement et simplement la demande

أمركس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج ٥، م ٢، ط ٥، ١٩٩١، شبرا، مصر، ص ٦٨٢.

⁴ ق. صادر في الم. المدني، ع. ٩٠/٢٦٥٩، صاد. بتا. ٩٥/١١/٢١، مشار إليه في مؤلف محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ص ١٨٧.

⁵ بادن، محمد: مرجع سابق، ص ٢٦.

⁶ ق. ع. ١٧٢٦، صاد. بتا. ٨٣/١١/٢٣، منشور بمج. ق. م. أ. ع. م ٣٥ و ٣٦، ص ١٨ وما يليها.

بعض الفقه يعتبر أن اليمين المتممة إن وجهت إلى المتقاضي فحق لهذا الأخير أن ينكل عن أدائها أو يؤديها، على أنه لا يحق له أن يردّها، لأن القاضي هو الذي وجهها إليه لا الخصم، فالعلاقة تربط هنا بين القاضي ومن وجهت إليه اليمين لا بين الخصمين.²

وما تجدر الإشارة إليه أن الفقه يرى أن أداء اليمين المتممة أو النكول عنها لا يقيد القاضي، لأنها دليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة.³

بعد أن عرضنا من خلال هذه الفقرة الأولى للتنظيم القانوني لليمين بنوعها حسب ما هو منظم في ق. م. م على اعتبار أنه يستقل بتنظيمها دون ق. ل. ع، من خلال الفقرة الثانية نسلط الضوء على مظاهر القصور في تنظيم هذه الوسيلة الإثباتية بق. م. م، وكذلك نحاول اقتراح ما قد يفضي إلى تجاوز علاقة التنافر هذه، وبالتالي تحسين العلاقة بين القانونين.

المبحث الثاني:

مظاهر قصور تنظيم اليمين في قانون المسطرة المدنية وأفاق تحسين العلاقة بينه وبين قانون الالتزامات والعقود على هذا المستوى.

إن مظاهر القصور في تنظيم اليمين بقانون المسطرة المدنية تكمن في اقتصار هذا القانون على تنظيم جانبها الإجرائي فقط دون الجانب الموضوعي- الذي من حيث الأصل يجب أن يكون منصوصا عليه في قانون الموضوع (ق. ل. ع)، بل حتى على مستوى هذا الجانب الإجرائي هناك قصور ونقص في التنظيم.

هذا وإن التنظيم الأحادي لقانون الإجراءات دون قانون الموضوع لوسيلة إثبات لها وزنها داخل منظومة الإثبات المدنية، يؤسس لعلاقة تنافر وعدم انسجام بين قانون المسطرة المدنية وقانون الالتزامات والعقود على هذا المستوى.

لذلك نعتقد أن تحسين العلاقة بين القانونين رهين بالتنصيص في ق. ل. ع. م على قواعد موضوعية لليمين أسوة بالتشريع الفرنسي⁴ والتونسي⁵ خاصة وأنهما يعتبران مصدرين لقانون الالتزامات والعقود (المطلب الأول).

¹ لا توجد أيضا إشارة في القانون إلى مدى إلزامية هذه اليمين للقاضي إن هي أدبت، ولا تنصيص كذلك لمدى إمكانية الإدلاء بحجج أخرى بعد أداء اليمين، هذه من جوانب القصور التي يعرفها قانون المسطرة المدنية على مستوى تنظيم اليمين
² المجذوبي الإدريسي، محمد: م. س ص ١٩٢.

³ الندوي، آدم وهيب: دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، ط ١، ٢٠٠١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، ص ٢٩٨، انظر أيضا:

السنهوري، أحمد عبد الرزاق: م. س: ص ٥٨٦.

العبودي، عباس: م. س، ص ٣١٦.

⁴ القانون م. ف. نظم اليمين في الفصول ١٣٥٧ إلى ١٣٦٩، بحيث أن الفصل ١٣٥٧ هو القاعدة العامة لليمين في هذا القانون، أما اليمين الحاسمة "Du serment décisoire" فقد نظمها في الفصول ١٣٥٨ إلى ١٣٦٥، وبالنسبة لليمين المتممة "Du serment déferé d'office" فقد نظمها في الفصول ١٣٦٦ إلى ١٣٦٩.

⁵ مجلة الالتزامات والعقود التونسية نظمت اليمين في الفصول ٤٩٢ إلى ٥١٢ بحيث أن الفصول ٤٩٢ إلى ٤٩٦ هي عبارة عن القواعد العامة لليمين، أما اليمين الحاسمة فنظمتها المجلة في الفصول ٤٩٧ إلى ٥٠٧، وبالنسبة ليمين الاستيفاء- المتممة عندنا- فنظمتها هذه المجلة في الفصول ٥٠٨ إلى ٥١٢.

وكذلك بما أن التشريع المغربي يجد مصدره في التشريع الإسلامي فإن في هذا الفقه أيما غفل عنها التشريع المسطري، وإن من شأن استيعابها موضوعيا في ق. ل. ع وإجرائيا في ق. م. م أن يغني الترسنة القانونية المغربية على هذا المستوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحسين العلاقة بين القانونين عن طريق التنصيص على القواعد الموضوعية في ق. ل. ع والزيادة في التفصيل في الإجراءات في ق. م. م.

إن الملاحظة الأولى التي تسترعي الانتباه على مستوى تنظيم اليمين، هي انفراد القانون المسطري بهذا التنظيم دون قانون الموضوع- ق. ل. ع-، وإن هذا التنظيم المسطري لليمين تعتريه مجموعة من النقائص التي يجب تداركها سواء على المستوى الإجرائي (الفقرة الأولى)، أم الموضوعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: على مستوى الجانب الموضوعي.

لم يهتم ق. م. م بتنظيم مقتضيات موضوعية لليمين: وتتمثل في موضوع اليمين (أولا)، والآثار المترتبة عن أداء اليمين (ثانيا).

أولا: موضوع اليمين.

يتضح من خلال فصول ق. م. م المنظمة لليمين أن هناك فراغا قانونيا على هذا المستوى. وحسب الفقه فإن موضوع اليمين أو محلها يجب أن يكون واقعة قانونية وليست مسألة من مسائل القانون، لأن هذه الأخيرة من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم، وليس من الضروري إرشاد القاضي إلى نص القانون في مسألة الموضوع، وفي هذا السياق من الأقوال الماثورة في القانون الروماني أن القاضي يقول للخصوم: اذكروا لي الوقائع وأنا أذكر لكم القانون.¹

إذن فموضوع اليمين هو الواقعة القانونية، لكن هل كل واقعة تصلح لتكون محلا لليمين؟

يجيب الفقه² بنعم على هذا التساؤل؛ إذ يجوز توجيه اليمين في أية واقعة قانونية حتى لو تجاوزت هذه القيمة نصاب الشهادة ما دام هذا المتقاضى يعوزه الدليل على الواقعة المستحلف بشأنها، بحيث فاته تحصيل الدليل سواء جزاء إهمال أم إسراف في الثقة، حيث لم يعد له سبيل لكسب دعواه إلا الاحتكام إلى ضمير خصمه.

وتتلخس هذا التوجه في بعض قرارات مح. ن. م (المج. أ. س) كالقرار الذي ورد فيه " المحكمة التي رفضت توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم بعله أن الفصل ٤٤ من قانون الالتزامات والعقود يمنع إثبات ما جاوزه ٢٥ درهم- بمقتضى التعديل الذي أدخل بالقانون رقم ٥٣٠ على هذا الفصل أصبح المبلغ ١٠٠ درهم- بشهادة الشهود وأن توجيه اليمين بمقتضى وجود بداية حجة غير كافية تكون قد خرقت الفصل ٨٥ من قانون المسطرة المدنية المستدل به، وعللت قرارها

¹ شهبون، عبد الكريم: م. س، ص ٥١٥.

² نشأت، أحمد: م. س، ج. ٢، ص ١١٥.

السنهوري، أحمد عبد الرزاق: مرجع سابق، ص ٥٣٩.

زهان هماد محمد، محمود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط. ٢٠٠٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص ٣٧٨.

تعليلًا فاسدًا¹، وفي قرار آخر² استبعاد طلب توجيه اليمين الحاسمة بعلّة أنه لا بد من الإدلاء بحجة كتابية مخالفة لمقتضيات الفصل³ ٨ من قانون المسطرة المدنية⁴.

بالإضافة إلى هذا هناك توجه لذات المحكمة تذهب فيه إلى حد إمكانية اللجوء إلى اليمين كوسيلة إثبات في مواجهة عقد مبرم بين الطرفين، بل وهذه اليمين تقوض هذا العقد كما هو واضح من القرار الذي جاء فيه "اليمين الحاسمة ملك للخصم... فيجوز له توجيهها ولو لتقويض ما ورد في العقد المبرم بين الطرفين"⁵.

ومن الشروط التي يشترطها الفقه في هذه الواقعة القانونية محل اليمين، أن تكون غير مخالفة للنظام العام، وهذا الشرط منصوص عليه صراحة في قانون الإثبات المصري الفصل⁶ ١١.

ويشترط أيضا في هذه الواقعة أن تكون شخصية؛ أي متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة لا تتعلق بشخص من توجه إليه إلا إذا كانت تنصب على مجرد علمه بتلك الواقعة⁷.

وأخيرا يجب أن تكون الواقعة محل اليمين، حاسمة في الدعوى، ذلك أن مهمة اليمين الحاسمة كما هو ظاهر من اسمها هي حسم النزاع، وهي بمجرد توجيهها إلى الخصم تكون الدعوى على وشك الانتهاء، فإذا حلفها الموجهة إليه خسر من وجهها، وإذا نكل الأول أو ردها على الثاني ربح هذا الأخير، لذلك فإن اليمين الحاسمة لا يمكن توجيهها إلا في الواقعة التي ينحسم بها النزاع⁸.

ثانيا: الآثار المترتبة على أداء اليمين.

إن ق. م. م. وكما أنه لم يتطرق لمحل اليمين فإنه بالمقابل لم يفصل في آثارها، فقد أشار إلى أدائها وأشار أيضا إلى ردّها. لكنه لم ينص على النكول عن اليمين، ولم ينص أيضا على الآثار المترتبة على الرد.

فبالنسبة إلى ردّ اليمين فمن ردّت عليه في غياب التنصيص هل له الحق في ردها من جديد؟

ما نستفيد منه ضمنا من الفصل⁹ ١٨٥ أنه من ردت عليه اليمين لا يمكن له ردها من جديد، وهذه الاستفادة الضمنية استقيناها من العبارة الواردة بهذا الفصل "أو ردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائيا"؛ فإذا ردت اليمين إذن فهذا يعني أن من ردت عليه لا يملك إلا خيارين: إما الحلف، أو النكول، فإذا حلف ربح الدعوى، وإذا نكل خسر الدعوى، وفي الحالتين طبعا ينحسم النزاع.

هذا عن ردّ اليمين، أما عن النكول فالمشرع المغربي لم يُحط النكول عن أداء اليمين بالتفصيل الكافي؛ ذلك أن الإشارة الوحيدة إليه وردت في الفصل¹⁰ ٤٠ من قانون الالتزامات والعقود، الذي حصر وسائل الإثبات ومن بينها النكول، بمعنى أنه رتبّ عن نكول من وجهت إليه اليمين ثبوت الحق في ذمته لفائدة خصمه.

¹ ق. ع. ٢٩٣٢، بالم. ع. ٠٢/١٢٠، صاد. بتا. ٢٥/٢/٢٠٠٢، مشار إليه في مؤلف محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ص ١٢١.

² ق. ع. ٦٨٤ في الم. ع. ٠٤/٥٨٧، صاد. بتا. ٢١/٦/٢٠٠٦، منشور بمج. المع، ع. ٣٨، ص ١٣٣ وما يليها.

³ ق. ع. ٣٣٠ في الم. التجاري ع. ٩٢/٤١٥٤، صاد. بتا. ١/٣/٢٠٠٠، منشور بمج. ق. م. أ، ع. ٥٦، ص ٢٨٧ وما يليها.

⁴ ساعد، نبيل إبراهيم: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، ط. ٢٠٠٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص ٢٣٢.

⁵ السنهوري، أحمد عبد الرزاق: م. س ص ٥٤٣.

وإذا رجعنا إلى بعض التشريعات المقارنة نجدتها تطرقت إلى النكول وأثاره كالمشرع المصري من خلال المادة ١١ من ق. الإث. التي ورد فيها " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردّها إلى خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

إذن النكول عن اليمين يعني خسارة الدعوى، وبعبارة الفقيه السنهوري: النكول عن اليمين الحاسمة هو إقرار ضمني بصحة الدعوى يحكم بمقتضاها.^١

لكن هذا المقتضى القانوني عن النكول يختلف عما يقوله الفقه الإسلامي (والذي كرس في المجلة التونسية للالتزامات العقود^٢- باعتبارها مصدرا لقانون الالتزامات والعقود المغربي-) فحسب ابن رشد المالكي نكول المدعى عليه لا يوجب للمدعي شيئا^٣ وإنما لا بد له من يمينه، فيكون نكول المدعى عليه شاهدا عرفيا لصالح المدعي لا بد أن يعضد بيمينه تكملة للنصاب،^٤ وإذا اعتبر نكول المدعى عليه في يمين الإنكار شاهدا عرفيا لصالح المدعي وجبت اليمين على هذا الأخير، لكن إذا نكل بدوره سقط حقه تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة بأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.^٥

تبين لنا إذن أن ثمة من يقول في إطار الشريعة الإسلامية بعدم ترتب أي أثر على النكول إلا إذا أدّى اليمين الطرف الآخر، وقد تأثر بهذا التوجه التشريع التونسي، وذلك ظاهر من الفصل ٥٠ من المجلة التونسية للالتزامات والعقود، لكن التساؤل الذي يفرض نفسه هنا: هل قانون المسطرة المدنية بعدم تطرقه للنكول يكون قد تأثر بذلك بهذا الفقه الإسلامي الذي لا يعترف للنكول عن أداء اليمين بأي أثر؟

لكن كيف يمكن تصديق ذلك والحال أن قانون الموضوع يعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات من خلال إشارته إليها في الفصل ٤٠، وإحالاته في الفصل ٤٦ إلى أن قانون المسطرة المدنية هو من يتكفل بتنظيم اليمين والنكول عنها؟ نعتقد أن المشرع المغربي عليه أن يتخذ موقفا واحدا في هذا الصدد؛ فإما أن يتبنى النكول وينظم أحكامه الموضوعية في ق. ل. ع، وإجراءاته في ق. م. م، أو يحذف الإشارة إليه مطلقا في قانون الالتزامات والعقود.

من خلال النقطة الموالية نتطرق إلى جوانب القصور في تنظيم اليمين في ق. م. م على المستوى الإجرائي.

الفقرة الثانية: على مستوى إجراءات اليمين.

على الوغم من أن ق. م. م قانون إجرائي ويغلب على تنظيمه لليمين الطابع الشكلي، إلا أننا نلاحظ وجود نقائص في جانب هذا التنظيم الإجرائي، وتكمن هذه النقائص في عدم تنصيبه على رقابة القاضي لمدى التعسف أو عدمه في توجيه اليمين (أولا)، وفي عدم تنصيب هذا القانون على المرحلة التي يمكن خلالها توجيه اليمين (ثانيا).

أولا: رقابة القاضي على مدى التعسف أو عدمه في توجيه اليمين.

^١ السنهوري، أحمد عبد الرزاق: م. س، ص ٥١٦.

^٢ للاطلاع على هذا الموقف نستعرض مقتضى الفصل ٥٠٣ من م. ل. ع. التونسية "إذا كان من وجهت عليه اليمين مطلوبا فلا يكفي نكوله لإثبات حق خصمه إلا بيمينه، فإن أداها أو رجع المطلوب في توجيهها عليه حكم له، وإن نكل حكم عليه ولو مع نكول المطلوب".

^٣ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. ٢، تحقيق عبد الله العبادي، ط. ١، ١٩٩٥، دار السلام للنشر والتوزيع، ص ٤٦.

^٤ بن معجوز، محمد: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ط. ١، ١٩٨٤، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص ٢٨٩.

^٥ بادن، محمد: م. س، ص ٥٥.

نشير في البداية إلى أن هذا المقتضى المنعدم في قانون المسطرة المدنية يلعب دورا إيجابيا في تدعيم دور القاضي المدني في عملية الإثبات، ومن المعلوم أن توجيه اليمين الحاسمة هو حق للخصوم، لكن من الواجب أن تعطى للقاضي الصلاحية ليمارس رقابته على توجيه هذه اليمين، وليطمئن إلى أنها ليست تعسفية.

إذا رجعنا إلى بعض التشريعات المقارنة، نجد مثلا التشريع التونسي يحدّد حالات في الفصل ٥٠ من المج. التونسية للالتزامات والعقود^١ لا يمكن أن توجه فيها اليمين الحاسمة، وإذا أراد المتقاضي أن يوجّهها في تلك الحالات فإن القاضي يتدخل ليمنعه من توجيهها، ومن بين تلك الحالات ما تسميه المجلة التونسية بالتعنّت بها.

والقضاء الفرنسي يذهب إلى ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية في قبول توجيه اليمين، رغم أن القانون المدني الفرنسي يكرّس ملكية الخصوم لليمين الحاسمة في الفصل ١٣٥، ويؤيده الفقه في هذا، لأنه يكيف اليمين الحاسمة صلحا وليس للقاضي أن يعترض على الصلح.^٢

أما التشريع المصري فإنه يعطي هذا الحق صراحة للقاضي من خلال المادة ١١١ من ق. الإث. وتنص على أنه "يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها".

ويعتبر الفقه أن اليمين تكون تعسفية؛ إذا كانت الوقائع المدعى بها غير محتملة الصدق، أو تكذّبها أو تناقضها المستندات، أو توافرت الأدلة على ثبوت الوقائع المتنازع عليها، أو إذا تبين للقاضي أنها من باب تأخير الدعوى أو استغلال ورع الخصم وشدة تدينه، أو حتى في حالة توجيه اليمين لإثبات واقعة مخالفة للنظام العام.^٣

وما ينبغي التأكيد عليه هو أن المنع من توجيه اليمين هو من الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى الكثير من الرؤية وحسن الفهم، فنية الخصم الذي يوجّه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لا يمكن الاهتداء إليها بسهولة، ومن العسير أن يحرم المتقاضي من حق الالتجاء إلى ذمة خصمه راضيا بيمينه، ظنا بأنه يقصد الكيد من تحليفه. وإذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين التعسفية، فلا بد في ممارسة هذا الحق من أن تكون النية التعسفية ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا قاطعا لا أثر فيه للشك أو الظن، وإلا انقلب الأمر من إيجابية للقاضي في الإثبات إلى تعسف وظلم.^٤

وعلى الرغم من عدم التنصيص على هذه الصلاحية في ق. م. م، إلا أن القضاء المغربي حاول تكريسها عمليا ويتعلق الأمر بقرارات صادرة عن مح. ن. م (المج. أ. س) من قبيل ما ورد في أحد القرارات، "المحكمة غير ملزمة بتوجيه طلب

^١ مضمون الفصل ٥٠٠ من م. ل. ع. التونسية:

" لا يجوز توجيه اليمين في الصور الآتية:

أولا - إن كانت يمين تهمة وأراد المتهم توجيهها على الطالب.

ثانيا - لإثبات معاملة يوجب القانون أن يكون إثباتها بحجة رسمية أو بالتسجيل.

ثالثا - لنفي أمرا شهدت به الحجة الرسمية إذا صرح المأمور الذي حرره أبان ذلك وقع بمحضره.

رابعا - لإثبات دعوى يمنع القانون القيام بها نظرا للنظام العام أو للأخلاق الحميدة.

خامسا - لإثبات أمر قد ألغي بحكم لا رجوع فيه.

سادسا - إن كان من البين عدم فائدتها أو قصد التعنيت بها".

^٢ مرقس، سليمان: م. س، ص ٧٥٨.

^٣ نشأت، أحمد: م. س، ص ١٤٤.

^٤ النداوي، آدم وهيب: م. س، ص ٢٨٩.

اليمين الحاسمة إذا ما ظهر لها بأن صاحبه يتعسف فيه"،¹ وفي قرار آخر "... كان على المحكمة قبل أن تقبل توجيه اليمين الحاسمة أن تتأكد بأنها ليست كيدية، وأن طالبها ليس متعسفا في توجيهها...".²

لكن مقابل هذا النوع من القرارات التي تعطي الحق للقاضي في التأكد من مدى تعسفية طالب اليمين الحاسمة، هناك قرارات أخرى تعتبر أن توجيه اليمين الحاسمة حق للخصوم وملك لهم، ولا دخل للقاضي في الرقابة على مدى التعسف أو عدمه، ومن تلك القرارات ما ذهبت إليه مح. ن. م. (المج. أ. س) "محكمة الاستئناف حينما رفضت توجيه اليمين التي وجهها الطاعن إلى المطلوب في النقض بعلّة أن هذه اليمين تعسفية ولا يستجاب لها إذا توفرت قرائن بسيطة تؤيد مزاعم الطاعن، تكون قد خرقت الفصل ٨٥ وطبقته تطبيقا سيئا مما يعرض قرارها للنقض،"³ وفي قرار آخر "اليمين الحاسمة ملك أطراف النزاع لا ملك المحكمة، فللخصوم وحدهم الحق في توجيهها لحسم النزاع".⁴

يتضح إذن من خلال القرارات السابقة وجود تناقض في التوجه لدى المحكمة الأعلى درجة في المملكة، والمفروض عليها أن توحد العمل القضائي لا أن تساهم في ذبذبته، لكن اللوم يلقي على المشرع الذي عليه أن يحدد موقفا واضحا من سلطة القاضي تجاه توجيه اليمين الحاسمة، فإما أن ينص صراحة على وجود هذه السلطة، وإما أن ينص صراحة على عدم وجودها، وأن اليمين الحاسمة ملك لأطرافها ولا دخل للقاضي فيها.

ثانيا: المرحلة التي توجه خلالها اليمين.

إن ق. م. م- الموكول له من طرف قانون الالتزامات والعقود تنظيم اليمين- وكما أنه لم ينص على سلطة القاضي بمراقبة مدى تعسف المتقاضي في توجيه اليمين الحاسمة، فإنه أيضا لم ينص على المرحلة أو المراحل التي يمكن توجيه اليمين الحاسمة خلالها؛ فهل توجيه اليمين الحاسمة محصور على المرحلة الابتدائية؟ أم أن عدم التنصيص يستفاد منه السكوت الذي يبيح توجيه اليمين في سائر أطوار الدعوى؟

في الواقع إذا رجعنا إلى مصدري التقنين المدني المغربي أي القانون المدني الفرنسي (الفصل ١٣٦)⁵ والمجلة التونسية للالتزامات والعقود (الفصل ٤٩٧)،⁶ فإننا نجد أن هذه المرحلة فيعطيان للمتقاضي الحق في توجيه اليمين الحاسمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل إن المشرع المصري أيضا من خلال المادة ٧١١⁷ من ق. الإث. نصّ على مقتضى نفسه، إذ أجاز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى.

¹ق. ع. ٩٨/٢٨/٧٥ في الم. ع. ٩٧/٢٨٥٧، صاد. بتا. ١٩٩٨/٠٧/٢٨، غير منشور، مشار إليه في مؤلف: محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ص ١٨١.

²ق. ع. ٣٩٩ في الم. المدني ع. ٠٥/٣١٥٦، صاد. بتا. ٢٠٠٧/١/٣١، منشور بمج. المع. ع. ٤٠، ص ٢٢٢ وما يليها.

³ق. ع. ٥١١١ في الم. المدني ع. ٩٨/٣/١٩٩٤، صاد. بتا. ١٩٩٩/١/٩، غير منشور، مشار إليه في مؤلف سعيد كوكبي: الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، ط. ٢٠٠٥، دار القلم، الرباط، ص ٩٠.

⁴ق. ع. ٦٣٩ في الم. ع. ٠٧/١٧٢٩، صاد. بتا. ٢٠٠٩/٢/٢٥، منشور بمج. ق. م. أ. ع. ٧٢، ص ٧٣ وما يليها.

⁵Artic. 1360 du c.civ.fr :

" Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la "

"demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

⁶النص الأصلي للفصل ٤٩٧ من م. ل. ع التونسية: "يجوز توجيه اليمين الحاسمة للنزاع في كل دعوى مطلقا وفي كل درجة من التقاضي، ولو لم يكن هناك بداية حجة لإثبات المطلب أو الدفع الموجه فيهما اليمين".

⁷تنص المادة ٢/١١٥ من قانون الإث. المصري على ما يلي: "يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى".

لم يعين المشرع المغربي إذن وقتا يتم فيه توجيه اليمين الحاسمة، ولكن لما كان توجيه اليمين الحاسمة يستتبع التنازل عمّا عداها من أدلة، ويؤدي إلى حسم النزاع نهائيا، فإن المستفاد من سكوت النص هو قبول توجيهها في أية حالة كانت عليها الدعوى، وفي سائر أطوار المسطرة من افتتاحها إلى حين إقفالها، بل إنه من الجائز أن يتقدم بطلبه (الخصم) بعد إقفال باب المرافعة وقبل صدور الحكم، ويتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تُخرج القضية من المداولة وتوجه إلى الخصم الآخر اليمين الحاسمة، فضلا عن هذا يجوز للخصم أن يتقدم بطلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، على أنه لا يحق ذلك أمام محكمة النقض لأنها ليست محكمة واقع بل محكمة قانون، و أن توجيه اليمين الحاسمة يتعلق بإثبات الواقع، وهو ليس من اختصاص هذه المحكمة¹.

أما عن توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء الاستعجالي فقد ثار خلاف حول جوازه من عدمه، فأجاز البعض ذلك على أن يقتصر أثر اليمين على التدبير المؤقت، في حين رأى آخرون عدم جوازه؛ لأن اليمين الحاسمة من شأنها أن تحسم النزاع نهائيا، وبالتالي تجعل الحكم الذي يصدر بناء عليها حاسما في أصل الدعوى، وهو ما يحظر على القضاء المستعجل التصدي له².

إذن يظهر أن هذا الفراغ التشريعي حول وقت توجيه اليمين يفتح الباب واسعا أمام التأويلات الفقهية المتضاربة، لذلك ندعو المشرع إلى التدخل من أجل تحديد نيته بهذا الصدد.

لقد حاولنا فيما مرّ معنا أن نوضح جوانب القصور في تنظيم اليمين من خلال ق. م. م سواء على المستوى الموضوعي أم الإجرائي، ومن خلال ما يلي نقترح على المشرع إغناء الترسنة التشريعية الخاصة باليمين باستيعاب أيمان الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: إغناء الترسنة التشريعية الخاصة باليمين باستيعاب أيمان الفقه الإسلامي³.

إذا كان قانون المسطرة المدنية يقتصر في تصنيفه لليمين إلى نوعين - حاسمة ومتممة -، فإن تنظيم الفقه الإسلامي لليمين حريّ بالمشرع المغربي أن يأخذه بعين الاعتبار؛ لأنه جاء شاملا وجامعا لكل الحالات والافتراضات، ولذلك تعددت أنواع اليمين بين تلك التي يحلفها المدعى عليه (الفقرة الأولى)، وبين التي يؤديها المدعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: يمين المدعى عليه.

يميّز فقهاء الشريعة في اليمين التي يؤديها المدعى عليه بين نوعين هما: يمين الإنكار (أولا)، ويمين التهمة (ثانيا).

أولا: يمين الإنكار.

¹المجدوبي الإدريسي، محمد. م. س، ص ١٧٦.

²مرقس، سليمان: م. س، ص ٧٨٤.

وفي هذا الخصوص نميل إلى الرأي الأول الذي يجيز الحلف متى تعلق بالتدبير المؤقت الذي لا يؤثر على أصل الحق. لقد اهتم فقهاء الشريعة الغراء باليمين اهتماما بالغا في موضعين، أحدهما اليمين الموجبة للكفارة، وخصصوا لذلك كتابا مستقلا في كتبهم باسم "كتاب الأيمان"، وثانيهما اليمين كطريق للحكم - وهذا ما يهمننا في هذه الدراسة - وخصصوا لذلك كتابا مستقلا في كتبهم باسم "باب اليمين في دعاوى" لتفاصيل أكثر أنظر:

محمود هشام، محمد: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ط. ١، ١٩٨٨، مطبعة عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود الرياض، ص ٣٢٦.

يقصد بيمين الإنكار تلك اليمين التي يوجهها المدعي للمدعى عليه عندما يعجز عن إثبات دعواه، وتسمى أيضا باليمين الدافعة،¹ وتعتبر يمين الإنكار وسيلة احتياطية، بحيث لا يلجأ إليها الخصم من أجل الإثبات إلا عندما يعوزه كل دليل آخر، فتسعه هذه الوسيلة التي يحتكم بها لضمير خصمه وذمته، أملا ألا يقدم الخصم على أداء يمين يعتقد أنها كاذبة، فيكسب دعواه نتيجة نكول خصمه.

ثانيا: يمين التهمة.

هي اليمين التي يحلفها المدعى عليه في دعوى غير محققة، كأن يتهم شخص شخصا آخر بأنه يظن أنه سرق له متاعه، أو بأنه لم يؤد له ما عليه من الدين وغير ذلك... ففي مثل هذه الحالات لا يمكن للمدعي أن يأتي بالبينة التي تؤيد دعواه، لأنه لا يتحقق مما يدعيه، والأصل أن هذه الدعوى تسقط ما دام المدعي ليس متحققا مما يدعيه، لأن من شروط الدعوى أن تكون في شيء محقق، لكن المالكية فرّقوا بين نوعين من الدعوى غير المحققة:

النوع الأول: دعوى بشيء يضر بسمعة المدعى عليه ممن يشهد له بالخير ومخالطة أهله ومجانبة أهل الشر، فهذه الدعوى لا تقبل ولا تتوجه فيها اليمين على المدعى عليه، بخلاف إذا ما كان المدعى عليه ممن يمكن أن يتهم بما ادعى عليه به، كأن يكون من أهل الشر والعدوان.²

النوع الثاني: دعوى بشيء لا معرفة فيه على المدعى عليه، كأن يقول المدعي: أظن أن لي على فلان ألف درهم من سلف، فهذه الدعوى تسمع كيفما كان المدعى عليه، ويطلب بالجواب عنها؛ فإن أقرّ حكم عليه، وإن أنكر فهنا اختلف فقهاء المالكية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم توجيه يمين التهمة مطلقا كيفما كان المدعى عليه، وذلك يفيد أنه لا يمين في الشك إذا لم تكن الدعوى محققة.³

القول الثاني: أن يمين التهمة توجه مطلقا، أي سواء كان المدعى عليه بارا أم فاجرا، ولكن إذا كان المدعى عليه مبرزا في العدالة، فإن يمين التهمة لا توجه إليه ولو اتهم بما فيه معرفة.⁴

القول الثالث: لا توجه يمين التهمة على المدعى عليه، إلا إذا أثبت المدعي أنه ممن يتهم بذلك، فإن أثبت ذلك حلف المدعى عليه ولم يكن له رد اليمين.⁵

هذا وإن يمين التهمة أقرب من طرف الفقه المالكي، واعتبرت استثناء من القاعدة القائلة: الأصل في الإنسان البراءة ما لم يثبت العكس، لذلك تعين تطبيقها في حدود ضيقة.⁶

¹ ابن فرحون، اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج. ١، ط. ٢٠٠٣، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص ١٤٧.

^٢ بن معجوز، محمد: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م. س، ص ٢٥٩.

^٣ الورشيري، أحمد بن يحيى: المعيار المعرب، ج. ١٠، دار الغزب الإسلامي، أخرجه مجموعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، ط. ١٩٨١، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، ص ٢٥٦.

^٤ التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، ج. ١، ط. ١٩٩٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٢٩٠.

^٥ ابن فرحون، اليعمري المالكي: م. س، ج. ١، ص ٢٦٢.

^٦ التيالي، سعاد: اليمين القضائية كوسيلة إثبات في المجال المدني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقدة في القانون الخاص، السنة ٢٠٠٢، ص ١٦.

هذا ما يمكن قوله باختصار عن اليمين التي توجه للمدعى عليه في الفقه الإسلامي، أما اليمين التي توجه للمدعي فنتطرق إليها فيما يلي:

الفقرة الثانية: يمين المدعي.

الأيمان التي توجه للمدعي في الفقه الإسلامي تتمثل في يمين القضاء (أولاً)، واليمين مع الشاهد (ثانياً).

أولاً: يمين القضاء.

يقصد بيمين القضاء اليمين التي يؤديها من أثبت حقا على غائب أو ميت أو صغير أو مجنون أو غير هؤلاء ممن لا يستطيع الدفاع عن نفسه، وإذا أثبت المدعي دعواه بالحجة الكافية فإنه يطالب بأن يحلف يمينا زيادة على بيئته التي أثبت بها دعواه،¹ وقد أوجبها المالكية والحنفية استحسانا واحتياطا على مال الغائب،² وتعتبر يمين القضاء واجبة- فيما ذكر- لذلك لا يحكم بما يدعيه المدعي إلا إذا حلفها.³

ثانياً: اليمين مع الشاهد.

هذه اليمين هي تلك التي توجه للمدعي لتعصيد دعواه إذا أقام شاهدا وعجز عن الآخر، سواء كان ذكرا أم امرأتين أو شاهدا عرفيا،⁴ ولقد اختلف الفقهاء حول مدى قبول الشاهد مع اليمين في الإثبات؛ فذهب الإمام أبو حنيفة وفقهاء آخرون إلى أنه لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وحجتهم⁵ في ذلك قول الله تعالى في سورة البقرة "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"،⁶ بينما ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل إلى جواز اعتماد اليمين مع الشاهد؛ ويستدلون في ذلك بما يروى عن أن رسول الله (ص) قضى بيمين وشاهد.⁷

ويرى جانب من الفقه⁸ أن اليمين مع الشاهد تقابلها في القانون الوضعي اليمين المتممة، لكننا لا نعتقد ذلك ونميل ونميل إلى رأي آخر،⁹ يعتبر أن اليمين المتممة من شروط توجيهها أن يكون هناك دليل ناقص، أما اليمين مع الشاهد فهي مكتملة للنصاب وبذلك فهما يختلفان.

اتضح لنا إذن من خلال استعراض أنواع اليمين في الفقه الإسلامي، أن هذا الأخير غني في هذا الصدد بما يتلاءم مع الواقع المعروض على القاضي، لذلك ندعو المشرع المغربي إلى الاستفادة من هذه الأيمان.

¹ يهود بن سعد الزكزي: فتح الجواد في شرح الإرشاد، مشار إليه في مؤلف سعيد كوكبي: الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، ط. ٢٠٠٥، دار القلم، الرباط، ص ٧٧.

² بادن، محمد: إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي، م. س، ص ٣٣.
³ بن معجوز، محمد: م. س، ص ٢٦٣.

⁴ بن فيحون، اليعمرى المالكي: م. س، ج. ١، ص ٢٥١.

⁵ لتفاصيل أكثر حول الفقهاء الذين لا يجيزون هذه اليمين يمكن الرجوع إلى مؤلف أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص: أحكام القرآن، ج. ١، ص ٥٤١.

⁶ الآية الكريمة: ٢٨٢ من سور البقرة.

⁷ أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد، ج. ٣، دار إحياء الكتب العربية، ص ١٣٣٧.

⁸ بفقير، محمد: دراسات قضائية، ج. ١، ط. ٢٠٠١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص ١٢٩.

⁹ الخليلي، أحمد: وجهة نظر، ج. ٢، ط. ١٩٨٨، دار النشر المعرفة، الرباط، هامش ص ٢٧١.

خاتمة:

إن اللجوء إلى اليمين كوسيلة إثبات لا يمكن الاستغناء عنه رغم التطورات التكنولوجية الحاصلة، لأنها مرتبطة بجانب عقائد الإنسان وضميره، لذلك فالتشريعات مدعوة إلى محاولة تحسين وتجويد تنظيم هذه الوسيلة الإثباتية، وقد قدّمنا من خلال دراستنا المتواضعة بعض المقترحات التي قد تكفل الارتقاء بتحسين اليمين، واعتمدنا بشكل كبير على الفقه الإسلامي في ذلك.

قائمة المراجع المعتمدة:

- Razon , Jean Paul : Les instructions judiciaire et la procédure civil du Maroc edi.1988.
- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.٢، تحقيق عبد الله العبادي، ط.١٩٩٥، دار السلام للنشر.
- ابن فرحون، اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج.١، ط.٢٠٠٠، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- بادن، محمد: إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي، ط.٢٠٠٢، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب.
- بن معجوز، محمد: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ط.١٩٨٤، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب.
- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، ج.١، ط.١٩٩٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الجبوجي، المعطي: القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، ط.٢٠٠٠، مكتبة الرشاد سطات.
- جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، ط.١٩٩٤، منشأة المعارف الإسكندرية.
- الروبي، أسامة: الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، ط.٢٠٠٠، مطابع شتات مصر.
- ريولط، أدولف: قانون المسطرة المدنية في شروح، ط.١٩٩٦، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- سعد، نبيل إبراهيم: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، ط.٢٠٠٠ منشأة المعارف الإسكندرية، مصر.
- سعيد كوكبي: الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي ط.٢٠٠٠، دار القلم، الرباط.
- شهبون، عبد الكريم: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، ج.٣، ط.١٩٩٩، النجاح الجديدة.
- العبودي، عباس: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط.٢٠٠٠، دار الثقافة، عمان.
- لبريس، نور الدين: نظرات في قانون المسطرة المدنية، ط.٢٠٠١، مطبعة الأمانة، الرباط.

- محمد المجدوبي الإدريسي في هذه النقطة: إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية، ط. ١٩٩٦، مطبعة الكاتب العربي، دمشق.
- محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، ط. ٢٠١٣، منشورات الدراسات القضائية.
- محمود هشام، محمد: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ط. ١٩٨٨، مطبعة عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود الرياض.
- مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج ٥، م ٢، ط. ١٩٩٥، شبرا، مصر.
- النداوي، آدم وهيب: دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، ط. ٢٠٠١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى: المعيار المعرب، ج ١، دار الغرب الإسلامي، أخرجه مجموعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، ط. ١٩٨١، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية.
- الخمليشي، أحمد: وجهة نظر، ج ٢، ط. ١٩٨٢، دار النشر المعرفة، الرباط.

الطفولة المحرومة من العائلة في الجزائر: أنظمة الحماية القانونية وأساليب الرعاية الاجتماعية.

الأستاذ نور الإسلام نقيب كلية الحقوق المركز الجامعي: مرسلني عبد الله تيبازة

الأستاذ: فوزي لواتي، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

ملخص:

مما لا شك فيه أن الأسرة الطبيعية والمعتدلة هي المناخ الطبيعي الذي ينشأ فيه الطفل سليما معافى من العلل النفسية والاجتماعية، ويصبح في مراحل لاحقة شابا قادرا على تحمّل مسؤولياته. لكن هذه القاعدة ليست دائما هي الأصل؛ وإنما قد يتعرض بعض الأطفال إلى ظروف وأسباب تحرمهم من الأسرة وتجعلهم في وضع يفرض على الدولة والمجتمع على حدٍ سواء ضرورة إيجاد أنظمة قانونية ومؤسسات رعائية، تضمن لهؤلاء الأطفال حياةً اجتماعية صحية ومتوازنة، تمنع جنوحهم وتحولهم إلى أفراد غير صالحين في المجتمع. وعليه فقد حاولت الدولة الجزائرية وضع أنظمة خاصة للتكفل بالطفولة المحرومة من العائلة ورعايتها، وحماية هذه الشريحة المهمة من المجتمع عبر أساليب وآليات قانونية ومؤسسية قادرة على الاستجابة لمختلف الحاجات النفسية والاجتماعية للطفولة المحرومة من العائلة.

الكلمات المفتاحية: الطفولة المحرومة، الحماية الاجتماعية، الآليات القانونية والمؤسسية.

Résumé :

Il est évident, que la famille constitue le berceau naturel dans lequel l'enfant grandit en toute santé physique et psychologique, pour qu'il devienne dans l'avenir un homme capable d'assumer toutes ses responsabilités sociales et économiques. Néanmoins, cette règle n'est pas toujours valide, car certains enfants peuvent être exposés à des conditions qui les privent de leurs familles. Ce qui oblige l'Etat et la société d'instaurer une plateforme juridique, institutionnelle et pastorale, pour garantir à ces enfants une vie sociale saine et équilibrée, et une prévention rapide et efficace, pour les empêcher de se transformer aux individus inaptes dans la société. En conséquence, l'Etat algérien a essayé d'assurer le développement de l'enfance privée de famille et son parrainage avec des règlements spéciaux, et la protection de cette importante classe à travers des méthodes et mécanismes juridiques et institutionnels capables de répondre aux différents besoins psychologiques et sociaux de ses enfants.

Mots clés : l'enfance privée de famille, protection juridique, parrainage social.

مقدمة:

تختلف حالة الأطفال عن حالة شرائح المجتمع الأخرى، فالأطفال لا يشكّلون خطراً فكرياً أو أمنياً على الدولة، ولا يهددون كيانها، وليست لهم أصوات يؤثرون بها على الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة، وأمام هذه المعطيات التي يتميز بها جميع الأطفال مهما اختلفت أصنافهم، فإن تخصيصهم بالرعاية والاهتمام أمر لا مفر منه حتى نضمن مستقبلاً أفضل لنساء ورجال الغد، ونبني مجتمعاً قوياً وامتكاملاً.

لم يقتصر اهتمام القانون سواء كان دولياً أم داخلياً على الطفل الذي يتواجد في ظل الظروف الطبيعية، بل اهتم أيضاً بالطفل المنتهي إلى ذوي الظروف الخاصة، وقزّر له مجموعة من الامتيازات والحقوق التي لا يتمتع بها الأطفال إلا من توافرت لديه ظروف تجعله في حاجة إلى حماية لا يحتاجها أصلاً الطفل الذي يعيش في ظل ظروف عادية، وهذا ما يعني أن التشريع يميّز بشأن حقوق الطفل الذي يعيش في ظل ظروف عادية وحقوق الطفل في ظل ظروف غير طبيعية.

لقد ألزمت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الدول الأطراف بضرورة إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل، خاصة لما يكون هذا الأخير مجهول الأبوين أو متخلى عنه أو حتى إن كان يتيماً أو عجز أبواه عن رعايته أو توفير وسائل المعيشة الضرورية له، كما جاء في مواد الاتفاقية التي تنص على أنظمة التكفل بالأطفال المحرومين بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئتهم العائلي، أو الذي لا يسمح لهم حفاظاً على مصالحهم الفضلى بالبقاء في تلك البيئة، والحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة، كما نصت المواد نفسها على أنظمة التكفل كنظام الكفالة مثلاً.

تأسيساً على ما سبق يعالج هذا المقال إشكالية أساسية تتلخص في السؤال التالي: ماهي الآليات القانونية والمؤسسية التي كفلها المشرّع للتكفل بهذه الشريحة من المجتمع؟

المبحث الأول: المؤسسات الإيوائية.

تعتبر المؤسسات الإيوائية من أقدم الخدمات التي عرفت كأسلوب لرعاية الفئات المحرومة من الرعاية الأسرية وكانت تعرف بعدة أسماء كالملاجئ والمراكز.

المطلب الأول: تعريف المؤسسات الإيوائية أو مؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة.

لا يوجد تعريف متفق عليه للمؤسسات الإيوائية، إلا أنّ هناك خصائص متفق عليها وهي:

"تعمل أساساً على توفير الرعاية على مدار الساعة للأطفال الذين يعيشون بعيداً عن أسرهم وتحت إشراف موظفين مدفوعي الأجر".¹

¹ - لمياء بلبل، واقع الرعاية البديلة في العالم العربي: دراسة تحليلية، المجلس العربي للطفولة والتنمية، د ط س، ٢٠٠٨، ص

وتعرف أيضا بـ"دار رعاية خيرية تقوم بتنمية الأطفال الأيتام واللقطاء وفاقدى الرعاية الوالدية غذائيا وصحيا وفكريا وتعليميا واجتماعيا بما يكفل خلق جيل قوي صحيح الفكر والبدن، وتختلف هذه الدور فيما بينها من حيث الأداء والمهام باختلاف الأنظمة الداخلية للجمعية الخيرية التي ترعاها وتوجه العاملين المؤتمنين عليها والمستفيدين منها".¹

وتتنوع هذه المؤسسات وتتباين فيما بينها من حيث الحجم، فنجد بعضها يضم كثيرا من الأطفال وقد يتجاوز عدّة مئات، في حين بعضها صغير الحجم يضمّ قليلا من الأطفال، كما قد تتنوع من حيث صنف الإدارة، فنجد بعضها حكوميا، وبعضها تابعا للجمعيات الخيرية أو الدينية وبعضها تابعا لشركات خاصة.²

أما التشريع الجزائري فقد عرّف المؤسسات الإيوائية في المرسوم التنفيذي ٠٤١٢ المتضمن القانون الأساسي لمؤسسات الطفولة المسعفة بما يلي: "تعتبر مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة مؤسسات عمومية ذات طابع اداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تكلف باستقبال الأطفال المحرومين من العائلة منذ الولادة إلى غاية سن ثمانية عشرة سنة (١ سنة) والتكفل بهم ليلا ونهارا وهذا في انتظار وضعهم في وسط عائلي".³

ونصل من خلال التعريفات السابقة إلى تعريف جامع للمؤسسات الإيوائية، التي هي عبارة عن مؤسسات أنشأتها الدولة للتكفل الاجتماعي بالأطفال المحرومين من الأسر.

لقد أنشئت مصلحة الطفولة المسعفة بموجب المرسوم ٨٣٨ المؤرخ في ١٨ مارس ١٩٨٠ المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها، والذي جاء حسب المادة الأولى منه ليستقبل الأولاد غير الشرعيين والأيتام ليؤويهم وليقوم بتربيتهم من ولادتهم إلى بلوغهم سن الرشد.⁴

وصدر المرسوم ٠٤١٢ الذي يهدف إلى تحديد القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة موضوع أحكام المرسوم رقم ٨٣٨.١ ولقد خصّصت الدولة سنة ٢٠١ ميزانية لمؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة يقدر مبلغها 3.131.548.250,00 دج أي ما يزيد عن ٣٠ مليار سنتيم موزعة على ثلاثة عشر بابا للنفقات مثل الخدمات الاجتماعية والتغذية والملابس، ويبلغ إجمالي الموظفين العاملين في هذه المؤسسات ١٣٤ موظف.⁵

المطلب الثاني: إجراءات الوضع في المؤسسات الإيوائية.

إذا فقد الطفل والديه، ولم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون الأسرة "ففي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة".

١ - محمد عزام فريد سخبطة، "المشكلات النفسية والاضطرابات السلوكية السائدة في المؤسسات الإيوائية وسبل الوقاية من مخاطر الإساءة والانحراف عند الأيتام"، متوفر على الرابط التالي: <http://www.nesasy.org/psyche/10955-4999>

٢ - لمياء بلبل، المرجع السابق.

٣ - Ministère de la solidarité nationale, établissements en charge des enfants privés de famille 2013, p 9.

٤ - المرسوم التنفيذي ٨٠-٨٣ المؤرخ في ١٨ مارس ١٩٨٠ المتضمن إحداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها، الجزائر: الجريدة الرسمية، عدد ١٢.

٥ - Ministère de la solidarité nationale-récapitulation des crédits exercice 2013 état -b- de pensees.

إذن فالسلطة الأبوية تنتقل إلى الدولة،¹ متمثلة في مصالح النشاط الاجتماعي والتضامن التابعة لوزارة التضامن الوطني، فتصبح هذه الأخيرة الوصية عن مصلحة الطفل وتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الأبوان.

وعليه فالدولة تقوم برعاية الأطفال المحرومين من العائلة، سواء تعلق الأمر بالذين هم تحت وصاية السلطات العامة بمقتضى حكم قضائي أو لغياب الأبوين مؤقتاً، أو المتخلى عنهم نهائياً من قبل ذويهم، وهو ما أكدت عليه المادة ٢٠ من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وقبل أن يوضع الطفل في هذه المؤسسات، وجب اتباع إجراءات معينة حسب حالة الطفل:

الفرع الأول: حالة اللقيط (المعثور عليه).

نصت المادة ٦٧ من الأمر ٢٠٧٠ المؤرخ في ١٩ فبراير ١٩٧٠ المتضمن الحالة المدنية على أنه يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به لضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له الرغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الموجودة في حوزته. ومن ثم يجب على أي شخص يعثر على مولود حديث الولادة في مكان ما، أن يدي بتصریح عن تلك الوقائع إلى ضابط الحالة المدنية.

وبعد الانتهاء من تحديد المحضر وتسجيله في سجلات الميلاد، يقوم ضابط الحالة المدنية بتحرير وثيقة مستقلة تقوم مقام عقد الميلاد تتضمن الاسم واللقب الذي منح له من قبل هذا الأخير، مع تاريخ ميلاد تقريبي. وتكون لهذه الوثيقة صفة التوقيت؛ لأنه إذا تبين فيما بعد أن هناك شهادة ميلاد، أو يأتي الأولياء الحقيقيون ليدلوا بتصريحاتهم عن أسماء أو تاريخ الميلاد الحقيقي للطفل، فإن كلا من المحضر ووثيقة الميلاد المؤقتة يمكن إلغاؤهما، لكن هذا بعد تقديم طلب من وكيل الجمهورية أو بناء على طلب ممن له مصلحة.²

بالإضافة إلى ذلك تؤخذ صورة شمسية للطفل توضع مع محاضر السماع التي يقوم بها رجال الشرطة، تدون فيها أقوال الشخص الذي عثر على الطفل، كما يكتب وصف دقيق على ظروف الالتقاط من المكان والعمر التقريبي للطفل ولونه، وهل قطع حبله السري بصفة جيدة، ويدون تاريخ هذا المحضر في دفاتر الحالة المدنية.³

ويقوم رجال الشرطة بأخذ المحضر إلى وكيل الجمهورية ليقوم هذا الأخير بطلب افتتاح لإجراء تحقيق، فيأمر قاضي التحقيق بالمعاينة، غير أنه في أغلب الأحيان ما تسجل هذه القضايا ضد مجهول، كما ويتقدم وكيل الجمهورية بتسخيره إلى المصالح المختصة بإيواء هذا النوع من الأطفال في المراكز الإيوائية.⁴

الفرع الثاني: حالة التخلي عن الأطفال في المصالح الاستشفائية.

الأطفال المتخلى عنهم ليسوا أطفالاً يتامى، فالطفل المتخلى عنه هو طفل يعاقب بجريمة أب طبيعي يرفض الاعتراف به وأم غير مؤهلة اجتماعياً ونفسياً للتكفل به لوحدها، مما يجعلها تتخلى عن مولودها في المصالح الاستشفائية. ويعتبر كل هذا من آثار ارتكاب تلك الجريمة الشنعاء. ولقد اعترف قانون الصحة العمومية رقم ٧٩٧٦ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٧، في

¹ - Nadia Ait Zai, l'enfant abandonne et la loi, mémoire magister, faculté de droit, Alger, 1988, p 96.

² - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، ١٩٩٥، ص ١٢٣.

³ - Nadia ait Zai, op. cit, pp 114-115.

⁴ - Ibid., p 118.

نص المادة ٢٤ فقرة ٣ للأمهات العازبات بأن يلدن أطفالهن دون ذكر أسمائهن، وألزم القائمين على مساعدة مثل هؤلاء الأمهات بالسر المهني، وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون العقوبات. كما نص قانون الصحة على أنه إذا كانت نزيلة بالمستشفى تطلب الاستفادة من سرية قبولها في المستشفى بقصد المحافظة على السر المتعلق بالحمل أو بالولادة، وجب تلبية طلبها ولا مجال لطلب أي وثيقة تعريف أو إجراء أي تحقيق.

ونشير إلى أن قانون الصحة العمومية السابق الذكر، قد ألغي بمقتضى القانون رقم ٠٩٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٢١ والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها. إن هذا الأخير لم ينص صراحة على الولادة تحت اسم مجهول، واكتفى بنص المادة ٧٣ والتي جاءت كما يلي: "إن وسائل وسبل المساعدة الاجتماعية والطبية لوقاية الأطفال من التخلي عنهم تنظم لاحقا عن طريق اللوائح التنظيمية"، إلا أنه لم يمنعها وهو يعترف بها ضمناً، وهذا وفقاً لما جاء في المادة ٢٠ منه، والتي تلزم الهيئة الطبية بحفظ السر المهني.

ويتم تخلي الأم العازبة عن ولدها وفقاً لحالتين:

الحالة الأولى: حالة التخلي المؤقت.

لقد حدّد الأمر ٧٩٧ المتعلق بقانون الصحة العمومية الإجراءات التي يتم التخلي بها عن الطفل، لكن هذا الأمر ألغى بمقتضى القانون رقم ٠٩٨٥ المتضمن حماية وترقية الصحة، وحوّلت بعدها آنذاك المصلحة المكلفة بالطفولة بما في ذلك اللقطاء والمعوقين إلى الحماية الاجتماعية التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية.^١ أما حالياً فأصبحت مصالح النشاط الاجتماعي تابعة لوزارة التضامن الوطني.

للطفل المحروم بصفة مؤقتة من بيته العائلي أو الذي لا يسمح حفاظاً على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة، الحق في خاصيتي الحماية والمساعدة اللتين توفرهما الدولة،^٢ حيث تلتزم الدولة باعتبارها طرفاً في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة ١٩٨٨ في حالة تخلي الأم عن ولدها مؤقتاً برعاية الطفل، وتقوم بجميع احتياجاته من إ طعام، علاج، إسكان، أي وضعه في المؤسسات الإيوائية، وهنا تمنح الأم مهلة قدرها ٣ أشهر، تكون كمهلة تفكير خاصة وأن الأم حين وضعها لولدها تكون في وضع نفسي صعب يحمل في طياته آثار الخطيئة التي ارتكبتها والخوف من العار ونظرة المجتمع اليها، وبعدها تؤكد تخليها عن ولدها أو استرجاعه، وبناء على ذلك يحدد وضعه في المؤسسة أو إدماجه في نظم الكفالة.

كما يمكن لأُم الطفل أن تتقدم بطلب الاسترجاع أمام الجهة المتواجدة بها طفلها، فتقوم مصالح المساعدة الاجتماعية بإجراء تحقيق حول كيفية عيش المرأة، وعن ظروفها الاجتماعية والاقتصادية، وبعدها يمنح لها تسريح ممضى من المصلحة المختصة إذا كان التحقيق إيجابياً، وهكذا تستعيد الأم العازبة ابنها. وقد بلغت في هذا السياق نسبة استعادة الأم العازبة لولدها عام ١٩٣٠. ٢١ % من إجمالي الأطفال المتخلى عنهم، أي ما يعادل ٤٨ طفل.^٣

^١ - Ibid., p120.

^٢ - المادة ٢٠ من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

^٣ - وزارة التضامن الوطني، إحصائيات الطفولة المحرومة من العائلة لعام ٢٠١٢.

الحالة الثانية: حالة التخلي النهائي.

يمكن للأُم العازبة أن تتخلى عن طفلها نهائياً أمام مصالح المساعدة الاجتماعية، وذلك بالإمضاء على محضر التخلي النهائي عن الطفل الذي أنجبته.

إنَّ ما يمكن قوله على هذا الإجراء من جهة؛ أنه إجراء خطير وغير ملائم، فكيف يعقل ألا تقوم الكفالة إلا بعد انتقاء مجموعة من الإجراءات القانونية التي تضمن للطفل الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية والخلقية، في حين أنَّ الأم تتنصل من جميع مسؤولياتها تجاه الطفل الذي أنجبته بمجرد القيام بإجراء إداري بسيط وهو تلقي الأقوال وتدوينها في محضر^١.

لكن لو وضعنا إجراءات معقدة من أجل تخلي الأم عن ولدها نهائياً من جهة ثانية، فإن الطفل سيكون الضحية الأكبر على اعتبار أن أغلب الأمهات العازبات لا يملكن الوعي اللازم، مما يجعلهن يقتلن أولادهن أو يقمن برمهم على حافة الطريق أو في المزابل إذا لم يستوفوا الشروط اللازمة للتخلي النهائي، ومن ثمَّ فالأفضل تبسيط إجراءات التخلي النهائي على تعقيدها. **المطلب الثالث: مهام مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة.**

تتمثل مهام مؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة وفقاً لنص المادة^٥ من المرسوم^٢ ٠٤١ في ما يلي:

- التكفل بالأطفال المحرومين من العائلة ليلاً ونهاراً بصفة مؤقتة أو دائمة في انتظار وضعهم في وسط عائلي؛
- ضمان الأمومة من خلال التكفل بالعلاج والتمريض.
- ضمان الحماية من خلال المتابعة الطبية والنفسية والعاطفية والاجتماعية.
- ضمان حفظ صحة وسلامة الرضيع والطفل والمراهق على المستويين الوقائي والعلاجي.
- تنفيذ برامج التكفل البيداغوجي والتربوي.
- مرافقة الأطفال والمراهقين أثناء فترة التكفل قصد اندماج مدرسي واجتماعي ومهني أفضل.
- ضمان سلامة الأطفال والمراهقين الجسدية والفكرية.
- ضمان التنمية المنسجمة لشخصية الأطفال والمراهقين.
- ضمان المتابعة المدرسية للأطفال والمراهقين.
- السهر على تحضير المراهقة للحياة الاجتماعية والمهنية.
- العمل على وضع الأطفال في الوسط العائلي.

يضمن التكفل بالأطفال المحرومين من العائلة فرقة تقنية متعدّدة الاختصاصات تتكون من أطباء، أخصائيين نفسانيين، ممرضين، مساعدين اجتماعيين، ومساعدات حاضنات. حيث يتبين من خلال المهام الموكلة لمؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة، أنّها مهام توفر الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية للطفل المحروم من العائلة، كما أن هذه المؤسسات تضمن من خلال فرقها التقنية تأهيل الأطفال والمراهقين المحرومين من العائلة للاندماج في المجتمع.

^١ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ١٢.

ونضيف في السياق نفسه أن الرعاية التي توفرها المؤسسات تختلف حسب سن وجنس الأطفال، وهذا ما سيظهر من خلال الجدول الآتي:

الجدول رقم ٥: مؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة "المسعفة" حسب السن والجنس لسنة ٢٠١٥.^١

مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة من ٦ سنوات إلى ١٨ سنة مختلط	مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة من ٦ سنوات إلى ١٨ سنة إناث	مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة من ٦ سنوات إلى ١٨ سنة ذكور	مؤسسات الطفولة المحرومة من العائلة من ٦ سنوات إلى ١٨ سنة ذكور	المجموع
٢	٤	٧	٣٧	٥٠
				مجموع المؤسسات

ونشير في ذات السياق إلى أن مجموع مؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة هو ٥٠ مؤسسة موزعة على ٣٨ ولاية، وهذا ما يدل على التطور في مجال إنشاء المؤسسات ورعاية الطفولة المحرومة، بعدما كان يبلغ عدد المراكز ٣٥ مركزا موزعا على ٢٦ ولاية سنة ٢٠٠٥.^٢

لقد بذلت مؤسسات التكفل بالطفولة المسعفة جهودًا معتبرة قصد تحسين الإقامة داخل المراكز، وهو ما يعكسه الانخفاض المحسوس في عدد وفيات الأطفال بالمراكز، حيث يؤشر هذا الانخفاض على تحسن الوضعية بعد المجهودات التي بذلتها السلطات العمومية من أجل تحسين التغطية الصحية عموماً.^٣ كما بلغت نسب الوفيات لدى الأطفال المحرومين من الأسر سنة ٢٠١٥ نسبة ٦.٨%، مع العلم أن الوفيات التي تحدث يكون سببها في الغالب الوضع الصحي للطفل قبل وضعه في المراكز المختصة، دون احتساب الوفيات التي تحدث قبل وضع الطفل في المركز.

وما يلاحظ أيضا من خلال دراسة أنجزتها وزارة التضامن الوطني سنة ٢٠٠٥ حول مراكز الأطفال المسعفين أن أغلبية المقيمين بهذه المؤسسات هم أشخاص بالغون لا يزالون يقطنون في تلك المؤسسات،^٤ مما جعل هذه المؤسسات تعاني بعض المشاكل في التسيير.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم رقم ٤١٢/٠٥ المتضمن القانون الأساسي لمؤسسات الطفولة المسعفة عالج هذا المشكل بالنص صراحة في المادة ٥٠ أن الأشخاص البالغين يستفيدون من التكفل إلى حين إدماجهم اجتماعيا ومهنيا. ولكن رغم

^١ - Ministère de la solidarité nationale, établissements en charge enfants privés de famille, op. cit, p 11.

^٢ - مخطط العمل الوطني للطفولة ٢٠٠٨-٢٠١٥: الجزائر جديرة بالأطفال، الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، ص ٣٠.

^٣ - المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة السكان والحاجات الاجتماعية، مشروع التقدير حول نظرة الإقصاء الاجتماعي للأشخاص المسنين والطفولة المحرومة من الأسرة، الدورة السابعة عشرة، ماي ٢٠٠١.

^٤ - مخطط العمل الوطني للطفولة، المرجع السابق، ص ٣٠.

التطور الحاصل في رعاية الأطفال المحرومين من الأسر داخل المؤسسات الإيوائية إلا أن هذا لم يمنع من تسجيل بعض النقائص، والتي نذكرها على النحو الآتي:¹

- ضعف مستوى إطارات هذه المراكز حيث لا تتعدى نسبة العمال المتخصصين ٣٣% من مجموع العمال المستخدمين.
- عدم التكيف وقدم التجهيزات، إضافة إلى قدم المقرات.
- نقص الوسائل والتجهيزات النوعية.
- قلة أجور العمال ذوي الكفاءات، فجزء من العمال البيداغوجيين والمؤطرين يتقاضون أجورهم من ميزانية الشبكة الاجتماعية وتشغيل الشباب.

ونصل في الختام إلى التأكيد على اهتمام الدولة بفئة الأطفال المحرومين من العائلة من خلال إنشاء المراكز والمؤسسات لاستقبالهم وتوفير الرعاية بمختلف أنواعها، والعمل على إدماج الأطفال في أوساط أسرية سواء عن طريق الكفالة أو الوضع في وسط عائلي مأجور، كما عملت الدولة على تكثيف نشاطات التوعية والإعلام من أجل استعدادهم من طرف الأم البيولوجية، حيث بلغت نسبة الاستعادة سنة ٢٠٠٩، ١٤.٩%، أي ما يعادل ٢٧ طفلا، وارتفعت هذه النسبة نتيجة للسياسة المتبعة من طرف الدولة إلى ٢١.٧%، أي ما يعادل ٤٨ طفل سنة ٢٠١١.²

المبحث الثاني: الأسر البديلة.

الأسر البديلة هي إحدى أشكال الرعاية البديلة للتكفل بالأطفال المحرومين من العائلة وتهدف إلى توفير الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية والمهنية للأطفال، فهي "تعويض الطفل عن أسرته الطبيعية التي حرم منها ليكتسب منها ما ينقصه من الاحتياجات الفردية والضرورية في تكوينه الاجتماعي والنفسي، ويستقي منها المبادئ والقيم الدينية والأسرية، والمفاهيم الاجتماعية العامة التي لا يمكن أن يحصل عليها في المؤسسة الإيوائية".³ ويُقصد بالأسر البديلة أنها مجتمعات مشابهة لمجتمع الأسرة، يعيش فيها الطفل وتعوضه نفسيا واجتماعيا وماليا عن رعاية الأسر.⁴

وتُعدّ الأسرة البديلة من أهم البرامج والآليات التي تساعد على رعاية الأطفال المحرومين من الأسرة من خلال توفيرها بيئة مشابهة للبيئة الأسرية، فالأسرة البديلة أحسن الأنظمة المتاحة في التكفل بالأطفال المحرومين من الأسر، وذلك يكون إما عن طريق:

- ◆ نظام الكفالة.
- ◆ نظام الأسر المأجورة.

١ - المجلس الاقتصادي والاجتماعي، المرجع السابق، ص ٦٦.

٢ - وزارة التضامن الوطني، إحصائيات الطفولة المحرومة من العائلة، ٢٠٠٦ - ٢٠١٢.

٣ - "معاناة الإيتام داخل الأسر البديلة"، متوفر على الرابط:

<http://www.socialar.com/vb/showthread.php?t=2256>

٤ - عبد الفتاح البيومي الحجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

المطلب الأول: الرعاية عن طريق نظام الكفالة.

تمثل الكفالة إحدى أهم الصيغ للتكفل بالأطفال المحرومين نهائياً من الأسرة. وقد أقرها الشرع والقانون كنظام بديل للتبني، وحتى الاتفاقيات الدولية أقرت هذا النظام، وهذا ما جاء في نص المادة ٢ من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٨ في الفقرة الثالثة، والتي اعتبرته نظاماً بديلاً عن التبني بالنسبة للمجتمعات الإسلامية.

الفرع الأول: مفهوم الكفالة وإجراءات انعقادها.

الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبني بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه، وتتم بعقد شرعي^١ وتعرف الكفالة أيضاً على أنها رعاية الطفل الفاقد لوالديه من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غير ذلك^٢.

إن كفالة الأفراد للأطفال في الجزائر تتميز بمجموعة من الخصائص نستنبطها من أحكام قانون الأسرة الجزائري في مواد ١٦٩ ١٦٠ على النحو التالي:

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني، وضع لغاية اجتماعية، وذلك لرعاية الأطفال اللقطاء وكذا مجهولي النسب، وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته.

- الكفالة عقد فيه ثلاثة أطراف هم: الكفيل، المكفول والهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل، فهي لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة، طبقاً للمادة ١١١ من قانون الأسرة.

- الكفالة هي التزام تبرعي بدون مقابل.

- الكفالة لا تعني انتساب المكفول إلى العائلة الكافلة بل يبقى أجنبياً، وعليه لا يمكن أن يرث المكفول كافلة حتى ولو منح هذا الأخير لقبه للطفل المكفول.

- الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

- الكفالة تحمي حقوق الورثة وتمنع التعدي على حقوق التركة، إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن له الحصول على الهبة أو الوصية.

الفرع الثاني: شروط الكفالة.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتي ١١١ و ١١٢ نجدتها قد حددت شروطاً عامة يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من توافرها، فعلى القاضي أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق، ويراقب إذا ما توفرت هذه الشروط أم لا.

١ - انظر المادة ١١٦ من القانون رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٩ يونيو سنة ١٩٨٤ معدل ومنتقم بالأمر ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ يتضمن قانون الأسرة الجزائري.

٢ - على هادي الحوات، رعاية الطفل المحروم: الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة، الطبعة الأولى، مركز الإنماء العربي، ١٩٨٩، ص ٢٧-٣٢.

- طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

يمكن للأطراف الأجانب التقدّم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة، وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة تستوجب على القاضي مراعاة القانون المطلب المقدم للكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد، وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانون الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فإن القاضي بمقدوره تحرير عقد الكفالة بعد التحقيق الذي يجريه¹ أما في حالة إذا ما كان الكافل والمكفول من جنسية واحدة، وقانونهما يجيز الكفالة فإنه يحزّر العقد. لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز الكفالة، لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني تلزم القاضي بأن يراعي القانونين معاً يوم تحرير العقد، في حين أن آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

- أن يكون الكافل عاقلاً متمتعاً بالأهلية الكاملة:

لقد نص قانون الأسرة في مادته 11 على هذا الشرط بعبارة عاقل، ويقصد بأن يكون الكافل عاقلاً، أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة؛ أي يجب أن يكون بالغاً سن الرشد وغير محجوز عليه بسبب الجنون أو العته؛ السفه أو الغفلة، وقد نظمها المقتن الجزائري في المواد 4 إلى 4 من القانون المدني².

- شرط القدرة:

يقصد بالقدرة الإمكانات المادية للكافل، فمن غير المعقول أن يطلب شخص معوز كفالة شخص وهو غير قادر على إطعامه ومنحه ملبساً أو مسكناً لائقاً، لذلك فالمطلوب من القاضي عملياً من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري أو أي وثيقة تثبت قدرة الشخص على إعالة المكفول، وإلا رفض طلب هذا الأخير.

و درءاً لهذه المشاكل التي قد تنجرّ عن مثل هذه الوضعيات، من المفروض أن تنظم بمقتضى التشريع الشروط المتعلقة بالوضعية المادية وكيفية إثباتها، وغيرها من الوثائق الضرورية التي تضمن الرعاية الجيدة للمكفول، والذي يكون في الغالب محروماً من أسرته ويحتاج إلى مزيد من العناية.

- شرط الزواج:

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد هناك نصاً قانونياً يلزم الكافل بأن يكون متزوجاً، لكن عملياً ومن خلال الشروط التي تفرضها الدولة في ملف الأفراد طالبي كفالة الأطفال المحرومين من الأسرة، تبين أن الزواج شرط ضروري للحصول على كفالة الطفل المحروم من العائلة³.

أما بالنسبة لشروط المكفول فلم ينص القانون على شروط خاصة متعلقة به، وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون الأسرة، حيث يستنتج أن المكفول لابد أن يكون قاصراً، كما نصت المادة 11 من القانون نفسه على وضعية الطفل المكفول، فيما أن يكون مجهولاً أو معلوم النسب.

¹ - انظر المادة 13 مكرر 1 من الأمر رقم 58-75- المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975- المتضمن القانون المدني.

² - عبد الحميد شنييتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، الطبعة الثانية، 2009، ص ص 154-155.

³ - Ministère de la solidarité nationale , protection de remplacement : kafala procédures et modalités 2013, pp 5-6 .

الفرع الثالث: إجراءات انعقاد الكفالة.

هناك ثلاث جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة وهي: الموثق، القاضي هذا فيما يتعلق بداخل التراب الوطني، أما في الخارج فهناك القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة.¹ وبعد إتمام إجراءات انعقاد الكفالة، يتكفل الكافل بجميع متطلبات المكفول ويمثل له الأب الراعي، كما يتمتع بالولاية القانونية عليه، ويضمن له التربية والرعاية والنفقة، وعليه فالكافل ملتزم على وجه التبوع دون التقصير، وهذا استنادا إلى نص المادة 11 من قانون الأسرة.

وإذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابة الأب له، فهذا لا يعني أنها ترتب الآثار نفسها بين الأبناء الأصليين وأبائهم، إذ أن أحكام نص المادة 12 من قانون الأسرة نصت صراحة على أنه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازته الورثة. ومن أهم الآثار التي تنجر عن عقد الكفالة: إمكانية تغيير لقب المكفول، حيث ارتأت الدولة إيجاد حل لهذه الفئة المكفولة مجهولة النسب من الأب، وذلك بمنح إمكانية إعطاء الكافل لقبه لفائدة المكفول ولتنشئته تنشئة سليمة دون أية عقدة نفسية، وتكون له القدرة على المشاركة في المجتمع، ولهذا صدر المرسوم التنفيذي رقم 249 الذي يتم المرسوم 153 والمتعلق بتغيير اللقب.

ويمكن للكفالة أن تنتهي بموت أحد أطراف العقد سواء الكافل أو المكفول، إلا أنه يمكن للورثة إبرام عقد كفالة جديد باسمهم، أما إذا لم يرغب الورثة في كفالته وكان مجهول النسب، هنا يمكن أن يأمر القاضي بتسليمه للمؤسسات المختصة في أمور المساعدات الاجتماعية والمختصة بحماية الطفولة.² وتنتهي أيضا بعودة المكفول إلى والديه الأصليين، وهنا يمكن لأمه الطبيعية أن تطلب من القاضي المختص إنهاء الولاية، وتطلب استرجاع حضانة الطفل، وهنا يجب التمييز بين حالتين: أ. الطفل الذي لم يبلغ 13 سنة: أي غير مميز؛ حيث تقدم الأم إلى القاضي المختص طلب استعادة الابن المكفول، وبعدها يقوم القاضي بإجراء تحقيق حول الأسباب مراعيًا مصلحة الولد المكفول، ومن ثم يصدر أمرا بالرفض أو القبول، وهو ما تنتهي معه حالة الكفالة.

ب. الطفل الذي بلغ سن التمييز: هنا يختار الطفل بين العودة إلى أمه أو البقاء عند العائلة الكافلة.³

إذن يتبين لنا من خلال عرض نظام الكفالة أنه أفضل نظام متاح لرعاية الأطفال المحرومين من العائلة لما يوقره من رعاية اجتماعية ونفسية وأخلاقية للطفل، كما أن الأسرة البديلة عن طريق نظام الكفالة هي خير بديل للأسرة الطبيعية.

ويعرف نظام الكفالة إقبالا كبيرا من الأفراد في المجتمع الجزائري، لما يحتويه هذا النظام من قيم أخلاقية واجتماعية، ودليل ذلك الإحصائيات المتحصل عليها من وزارة التضامن الوطني حول الأطفال المحرومين من العائلة لسنة

4: 2012

1 - الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 171.

2 - عبد القادر مدقن، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري: ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 55.

3 - عبد القادر مدقن، المرجع السابق، ص ص 53-54.

4 - وزارة التضامن الوطني، إحصائيات الطفولة المحرومة من العائلة، 2012.

الأطفال المسترجعون من طرف الأم البيولوجية			المجموع	الأطفال الموضوعون في إطار الكفالة				الأطفال المحرومون من العائلة			الولاية	
المجموع	أنثى	ذكر		في الخارج		وطنية		المجموع	أنثى	ذكر		
				أنثى	ذكر	أنثى	ذكر					
٠٧٦	٢٢١	٢٥١	١٣٨٦	٨٠	٦٤	٥٣١	٧١١	٧٠٨	٢٢١	٩٦٠	١٣١١	٤٨٦
				١٤٤		١٢٤٢						

يتضح من خلال هذا الجدول الإقبال الكبير على رعاية الأطفال المحرومين من العائلة عن طريق نظام الكفالة، إذ أن مجموع الأطفال المحرومين من العائلة لسنة ٢٠١١ بلغ عددهم ٢٢٠ وضع منهم في إطار الكفالة ١٣٨ أي نسبة ٦٢.٧% من إجمالي عدد الأطفال المحرومين من الأسر، أما عدد الأطفال الذين تمّت استعادتهم من طرف الأم البيولوجية والذي هو ٤٨ طفل وهو ما يمثل نسبة ٢١.٧% من إجمالي عدد الأطفال المحرومين من الأسر.

وما يلاحظ على هذه النسب أنّها متقاربة بين الذكور والإناث الموضوعين في إطار الكفالة، حيث بلغ عدد الذكور ٧١ وعدد الإناث ٥٣ داخل الوطن، أما خارجه فبلغ عدد الذكور ٦٤ والإناث ٨٠ وهو ما يجعل الفرص متساوية في حصول الذكور والإناث على رعاية بديلة في إطار الكفالة.

المطلب الثاني: الوضع في وسط عائلي أو الرعاية المأجورة.

إن هذه الصيغة الثانية من التكفل تختلف تماما عن الكفالة، ويتعلّق الأمر بحضانة مؤقتة تسمح للطفل المحروم من العائلة بالعيش في جو عائلي بدلا من المركز في انتظار وضعه في أسرة^١ حيث تلعب هذه الأسر دورا هاما في التكفل بالأطفال القادمين من قطاع النشاط الاجتماعي مقابل منحة شهرية تبلغ ١٣٠ دج للطفل السليم و ١٦٠ دج للطفل المعوق، لكنّه يبقى استقبالا تعاقديا يمكن فسخه في أي وقت على حساب الطفل.

كما أن الاستقبال بالحضانة المدفوعة الثمن لم يحقّق تماما أهداف الإدماج العائلي، وقد أحصي حتى نهاية سنة ٢٠٠٠ نسبة تتجاوز ٥% من الإخفاق لعدد من الأطفال استقبلتهم الأسر ويبلغ ١١٠ طفل، ويرجع أسباب ذلك إلى ما يلي:

- بسبب استقبال الأطفال من طرف أسر ذات مداخل محدودة في الغالب.

١ - المجلس الاقتصادي والاجتماعي، المرجع السابق، ص ٦٠.

- المنحة الشهرية المقدّمة عن كل طفل للحاضنات لرعاية الأطفال تبقى غير كافية^{١٣٠} دج للطفل السليم، و^{١٦٠} دج في حالة الطفل المعوق، لاسيما أنّها لا تدفع بشكل منتظم.

ويمكن تحسين نظام الأسر المأجورة بالحرص على سلسلة من الإجراءات التشجيعية:

- توفير الدولة للطفل الموضوع في وسط عائلي جميع الأدوات والخدمات الاجتماعية والطبية والمدرسية.
- الزيادة في مبلغ الحاضنة المأجورة، علماً أنّ المعدل اليومي لتكلفة الطفل الواحد يفوق^{٨٠} دج.

ولكن يبقى هذا النظام غير مشجع سواء من طرف الدولة أم من طرف الأسر، فالغالب في هذا الإطار أن الأسرة حينما تريد التكفل بطفل محروم من العائلة، فإن ذلك يكون عن اقتناع تام وكامل بمختلف التبعات المالية والتربوية والنفسية التي يجب تحملها، وهو ما يجعل عملية التكفل شاملة ونهائية تكون لها نتائج إيجابية على حياة الطفل المكفول^١.

الخاتمة:

إنّ وجود شريحة الأطفال المحرومين من العائلة جعل الدولة أمام حتمية الاهتمام بهم وترقيتهم باعتبارهم يملكون الحقوق نفسها مع الأطفال العاديين، بل يزيد عن ذلك تخصيصهم برعاية إضافية لا يحتاجها أصلاً الطفل الذي يعيش في ظل ظروف عادية. وقد حققت الدولة الجزائرية مكاسب معتبرة في مجال رعاية الطفولة من ذوي الظروف الخاصة، من خلال التقدم الملحوظ في مجال التكفل التشريعي والمؤسسي هذه الفئة، فقد وضعت لهذه الشريحة إطاراً قانونياً يضمن لها التمتع بجميع حقوقها، خاصة ما تعلق بضمان هوية الأطفال مجهولي النسب، وإعطائهم فرصة الاندماج في المجتمع، كما خصّصت الدولة مؤسسات ومراكز تتكفل بهم وتوفر لهم الرعاية الاجتماعية والنفسية، بالإضافة إلى سعيها إلى وضع الأطفال في وسط عائلي عن طريق نظام الكفالة أو الرعاية المأجورة.

ولكن، على الرغم من الجهود المبذولة إلا أنه تبين من خلال تحليل الوضعية العامة لشريحة الأطفال المحرومين من العائلة ضرورة مراجعة وتطوير الجانب التشريعي الخاص بالكفالة، وآليات الحماية، ووضع ميكانيزمات من شأنها تسهيل تطبيق القانون. فعلى الصعيد التشريعي يتوجب على المشرع الجزائري سدّ حالة الفراغ القانوني فيما يتعلق بنظام الكفالة من خلال النص على جملة من النقاط أهمها:

- ضرورة النص صراحة على إجراءات تسليم المكفول وكيفية انتقال الكفالة إلى الورثة، وكذا إجراءات عودة المكفول إلى والديه.

- ضرورة الحصول على موافقة زوجة الكافل، لأن موافقتها ضرورية في رعاية أفضل للمكفول.

- وجوب التحقق من الوضعية المادية للكافل حتى يضمن للمكفول حياة هنيئة.

- ضرورة العمل على ترقية الإدماج الاجتماعي للأطفال المكفولين، من خلال انتهاج سياسية حقيقية وفعالة في تمكين الأطفال المكفولين من الحصول على حقوقهم خاصة بعد بلوغهم سن الرشد.

^١ - المرجع السابق، ص (٦٠ - ٧٧ - ٨٠).

- أما على الصعيد الاجتماعي فإن الدولة الجزائرية مطالبة باتخاذ جملة من التدابير والإجراءات التي تهدف إلى تحسين وترقية مؤسسات الرعاية والإيواء الموجهة إلى هذه الشريحة من خلال العمل على:
- سدّ العجز في أعداد العاملين في مجال رعاية الأطفال المسعفين حتى يتلاءم عدد الأطفال مع عدد المشرفين.
 - محاولة الاستفادة من خريجي معاهد التربية والطفولة للعمل في هذا المجال.
 - دمج أطفال هذه المؤسسات في المجتمع الخارجي من خلال إشراكهم في بعض الأنشطة والمهام خارج المؤسسة.
 - زيادة الدعم المادي لهذه المؤسسات وتسهيل تمويلها من قبل المنظمات الدولية.
 - تطوير سياسة متابعة ومساندة الأطفال وعائلاتهم وعائلات الاستقبال.
 - إعطاء البالغين في المؤسسات الإيوائية الأولوية في إطار الشغل الذي تقرّه الأحكام المعمول بها، وفي إطار السكنات الاجتماعية بهدف إدماجهم بشكل متكامل في المجتمع.
 - إشراك المجتمع المدني عبر تشجيع انخراطه في تمويل هذه المؤسسات ومساعدتها في تأطير الأطفال بعد خروجهم من مراكز الإيواء والرعاية.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية.

أ- النصوص القانونية:

- ١- المرسوم التنفيذي ٨٣-٨٠ المؤرخ في ١٨ مارس ١٩٨٨ المتضمن إحداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها، الجزائر: الجريدة الرسمية، عدد ١٢٠١.
- ٢- القانون رقم ١١٨٤ المؤرخ في ٩ يونيو سنة ١٩٨٨ معدل ومتتم بالأمر ٠٢٠ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٠ يتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- ٣- الأمر رقم ٥٨٧٥- المؤرخ في ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥- المتضمن القانون المدني.
- ٤- اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٨.

ب- الكتب:

- ١- بلبل لمياء، واقع الرعاية البديلة في العالم العربي: دراسة تحليلية، المجلس العربي للطفولة والتنمية، د ط م، ٢٠٠٠.
- ٢- بن ملحّة الغوتي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠.
- ٣- الحجازي عبد الفتاح البيومي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى.
- ٤- الحوات على هادي، رعاية الطفل المحروم: الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة، مركز الإنماء العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.
- ٥- سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية، الجزائر: دار هومة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.

- ٦- شنيقي عبد الحميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩.
- ٧- مدقن عبد القادر، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري: ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٩.
- ج- التقارير:
- ١- مخطط العمل الوطني للطفولة ٢٠١٥-٢٠٢٠: الجزائر جديرة بالأطفال، الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة.
- ٢- وزارة التضامن الوطني، إحصائيات الطفولة المحرومة من العائلة لعام ٢٠١١.
- ٣- وزارة التضامن الوطني، إحصائيات الطفولة المحرومة من العائلة ٢٠١٢-٢٠١٥.
- ٤- المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة السكان والحاجات الاجتماعية، مشروع التقدير حول نظرة الإقصاء الاجتماعي للأشخاص المسنين والطفولة المحرومة من الأسرة، الدورة السابعة عشر، ماي ٢٠٠٩.
- د- مواقع الإنترنت:
- ١- محمد عزام فريد سخيطة، " المشكلات النفسية والاضطرابات السلوكية السائدة في المؤسسات الإيوائية وسبل الوقاية من مخاطر الإساءة والانحراف عند الأيتام"، متوفر على الرابط التالي: <http://www.nesasy.org/psyche/10955-4999>
- ٢- " معاناة الأيتام داخل الأسر البديلة"، متوفر على الرابط: <http://www.socialar.com/vb/showthread.php?t=2256>
- ثانيا: باللغة الفرنسية.

A- Livres :

1- Ait Zai Nadia, l'enfant abandonne et la loi, mémoire magister, faculté de droit, Alger, 1988.

B- Rapports :

2 -Ministère de la solidarité nationale, protection de remplacement : kafala procédures et modalités 2013.

3 - Ministère de la solidarité nationale, établissements en charge des enfants prives de famille 2013.

4- Ministère de la solidarité nationale-récapitulation des crédits exercice 2013 état -b- de penses.

التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة

الباحثة ميسوم فضيلة جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم - الجزائر

مقدمة

إن من أهم التصرفات التي يسعى الإنسان إلى إبرامها في حياته هو عقد الزواج، ولما كان هذا الأخير من أخطر الموضوعات¹ المتعلقة بحياته الشخصية، وذلك بالنظر إلى الغاية السامية التي يسعى لتحقيقها والمتمثلة في بناء الأسرة، فهو بذلك يحتل المرتبة الأولى من بين هذه التصرفات، فلا يعد عقد تملك أو انتفاع، بل هو ارتباط وثيق بين الزوجين مدى الحياة.

كما أنه عقد عظيم سماه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ،² كونه عقدا يحقق مصلحة العباد في الدنيا والآخرة عن طريق جلب المنفعة ودفع المفسدة أو حتى التقليل منها، بحيث يمنع الزواج حدوث الفوضى الجنسية، ولعل الأمراض الخطيرة المنتشرة التي أضحت تنتقل عن طريق العلاقات الجنسية خارج الإطار الشرعي للزواج أفضل دليل إلى ما توصلت إليه الدراسات العلمية مثل الإيدز والسيدا... الخ وغيرها من الأمراض المنتقلة عن طريق العلاقة الجنسية، مما يؤدي كذلك إلى ارتفاع نسبة سرطان الرحم لدى النساء، ولذلك حظى الخالق المرأة بالطهارة والعفاف، ومنع الاختلاط البغيض للأنساب والقطع العمدي للروابط البشرية التي جعلها الله شعوبا وقبائل ليتعارفوا.

فقد أولاه الشارع الحكيم وحتى القانون الوضعي استنادا إلى مبادئ الشريعة عناية فائقة، بوضع نظام دقيق لكل مسأله منذ المراحل السابقة لإبرامه حتى انحلاله بالطلاق أو بأية وسيلة أخرى.

وبالنظر إلى أهمية وخطورة هذا العقد أوجدت مرحلة سابقة عليه هي مرحلة الخطبة، وقد عرفها أحد الفقهاء بأنها "طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"³. فهي لا تعد تصرفا شرعيا مستقلا بل تمهيدا لتصرف آخر هو عقد الزواج، وهي المدخل الطبيعي الموصل إلى ارتباط الرجل بالمرأة في زواج صحيح، فكان الواجب على كل من المرأة والرجل التدقيق باختيار الآخر. خاصة أن الزواج شرع ليكون أبديا بين الزوجين، فهي وسيلة للتعارف والتحرر يتوصل من

¹ - عبد الله عمر، محمد حامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٣، صفحة ٢٣.

² - عقد الزواج من العقود المهمة في الإسلام ولأهميته فإن الحق سبحانه وتعالى لم يصف عقداً من العقود بما وصف به عقد الزواج؛ فقد وصفه بأنه الميثاق الغليظ، قال تعالى: " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنْتُمْ أَخَذْتُمْهُنَّ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مَبِينَا (٢٠) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (٢١) سورة النساء.

³ - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة ١، دار حامد للنشر، الأردن، ٢٠٠٩، صفحة ٢٤.

خلالها كل من الخاطبين إلى معرفة مدى صلاحية أحدهما للآخر، فإن تلاقت الرغبات أقدمًا على العقد بإصدار الإيجاب والقبول¹.

فالخطبة مجرد وعد لا عقد، وقد نصت المادة الخامسة المعدلة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى² على أن "الخطبة وعد بالزواج"، ولكل من الخاطبين العدول بأي وقت يشاءه قبل إتمام الزواج، وهو ما تؤكد المادة نفسها بالفقرة الثانية منها "يجوز للطرفين العدول عنها"، بحيث يترتب عن العدول عدة آثار، أما بالنسبة لأطرافها فقد يترتب كل من الخاطبين حقوقًا وواجبات خلال فترة الخطبة على الآخر سواء فيما يتعلق بدفع المهر أو الهدايا، والأهم من ذلك قد يتسبب أحدهما في إلحاق ضرر بالآخر، حيث تنص المادة الخامسة المعدلة بالفقرة الثالثة منها: "إذا تترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

وتكمن أهمية موضوع التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة في أهمية الموضوع في حد ذاته، حيث أقرت الشريعة والقانون بفكرة حق العدول، غير أن النوازع النفسية للأفراد في السعي لتحقيق مصالحها قد يؤدي إلى انقلابها إلى وسائل لتحقيق مفسد ومضار للطرف الآخر بحجة استعمال الحق.

فإذا ما تترتب على استعمال الحق مضرة للغير أو حاد صاحبه عما قصد منه شرعًا، عدّ ذلك تعسفًا وجب درؤُه، ويتحمل المتعسف تبعات ذلك وأهمها التعويض، لأن التعسف فيها يشكل من الخطورة من حيث آثاره الشيء الكثير³، وذلك لتعلق الضرر بالجانب المعنوي أكثر من الجانب المادي للمرأة بما يمس كرامتها أو هيبته، كما ترجع أهميته إلى أنه يتناول جانبًا عمليًا في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لما له من ارتباط كبير بواقع الناس. حيث تناول أهم الروابط التي تربط الأفراد في المجتمع وهي العلاقات الأسرية، ولأن الحاجة تدعو إليه، أين تترقب زيادة في نسبة كل من التعسف في حق العدول عن الخطبة، ومن ثم جاء هذا الموضوع ليبين بوضوح حدود استعمال هذين الحقين وتبعات تجاوزهما.

أما دواعي اختيار هذا الموضوع: ميولنا للموضوعات التي تمس الأسرة بصفة عامة، ولأنه موضوع كل المجتمع ذكورا وإناثًا، الذين يسعون إلى تكوين أسرة، وكذا الكم الهائل من القضايا المعروضة أمام القضاء.

ولقد اتبعنا خلال هذا الموضوع كلا من المنهج الاستقرائي، وذلك باستقراء النصوص القانونية وأدلة العلماء والفقه الإسلامي، والمنهج التحليلي لتلك الأدلة بين ما أقرته الشريعة وما توصل إليه فقهاء القانون، للوصول في الأخير إلى ما اعتمده المشرع الجزائري.

وعليه يمكن طرح الإشكالية القانونية التي يثيرها هذا الموضوع وهي كالآتي: هل يكون في كل الأحوال استعمال الشخص حق العدول عن الخطبة موجبًا للتعويض؟ أو هل منح استعمال هذا الحق سواء للرجل أو المرأة هو حق مطلق يستعملانه متى شاء؟ وعلى أي أساس قانوني تقوم مسؤوليتهم؟

¹- إبراهيم عبد الرحيم ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الطبعة ١، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩، صفحة ٥٠.

²- القانون رقم ٨٤-١١، المؤرخ في يونيو ١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد ٢ مؤرخة في ١٢ يونيو ١٩٨٤،

صفحة ٩١، المعدل و المتمم بالأمر رقم ٠٥-٠٢، المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٥، الجريدة الرسمية العدد ١٥٥، صفحة ١٩.

³- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون سنة النشر، صفحة ١٧٠.

وللإجابة عن هذه الإشكالية سوف نتبع الخطة الآتية: تكييف الخطبة وحكم العدول عنها من خلال المبحث الأول الذي نتناول فيه تكييف الخطبة في المطلب الأول، ثم حكم العدول عنها في المطلب الثاني، أما بالنسبة للمبحث الثاني سوف نتناول من خلاله المسؤولية الناجمة عن العدول عن الخطبة وآثارها، سنتناول المسؤولية الناجمة عن العدول عن الخطبة في المطلب الأول، بعد ذلك نتطرق إلى الآثار المترتبة عن هذه المسؤولية في المطلب الثاني.

المبحث الأول: تكييف الخطبة وحكم العدول عنها:

تعتبر الخطبة أول خطوة في سبيل تكوين الرابطة الزوجية، ونظرا إلى المقصد من تشريعها تكون وسيلة للتعارف والتقارب بين الخاطبين من أجل تحقيق الهدف منها، والذي يعد ممهدا للزواج.

الخطبة في اللغة: من الخطب وهو الشأن أو الأمر، وخطبة المرأة دعوتها إلى الزواج.

في الاصطلاح: عرفها المالكية بأنها التماس التزويج والمحاولة عليه.¹

والخطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها أو لوليها، كما يمكن أن تكون الخطبة صريحة أو بالتعريض.²

من خلال هذا المبحث سوف يتم التطرق إلى تكييف الخطبة في المطلب الأول ثم حكم العدول عنها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تكييف الخطبة:

بما أنه تترتب عن الخطبة آثار قانونية وشرعية هامة، انطلاقا من مركزها الحقوقي الذي تحتله بوصفها مرحلة تمهيدية وسابقة على إبرام عقد الزواج، فإنه لا بد من بيان مركزها كتصرف إرادي بين الخاطبين قبل التطرق لبعض الآثار، من خلال تحديد طبيعتها التي تردد بين كونها عقدا ملزما، ومجرد وعد به في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.

يرى الفقه أن الخطبة ليست عقدا، وإنما ممهدة وسابقة له،³ وتستمد طبيعتها هذه من معناها اللغوي الذي لا يكاد يفارق المعنى الاصطلاحي، وهو أنها طلب أو التماس المرأة للزواج، وبالتالي هي ذلك الإجراء الذي يقوم به راغب الزواج من أجل تبليغ نيته للمرأة التي يريد الارتباط بها، وأن أكثر ما يمكن أن يترتب على الخطبة هو تواعد بالزواج، وهذا ما يظهر من مباحث النكاح الموثقة بكتب الفقه الإسلامي وفي هذا ما يدل على انصراف الخطبة إلى الشروع في النكاح. فالخطبة في الشريعة ليست عقدا وإنما هي تمهيد للتعاقد، غير أن الخلاف الذي يقع بين الفقهاء هو مدى لزوم هذا الوعد،⁴ وقد

¹ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، طبعة، ١٠٠٧، دار الخلدونية، ٢٠٠٧، صفرحة ٦٦.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، الجزء ١، طبعة ٦٠٠٧، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٧، صفرحة ٧٠.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار وائل للنشر، دون بلد النشر، ٢٠١٠، صفرحة ١٣.

⁴ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، صفرحة ٦٧.

انقسم الفقه الإسلامي إلى مجموعتين فالأولى ترى أن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به،¹ أما المجموعة الثانية فهي ترى العكس وبالتالي الخطبة هي وعد ملزم.²

الفرع الثاني: طبيعة الخطبة في القانون.

لقد انقسم فقهاء القوانين الوضعية حول طبيعتها إلى فريقين، فممنهم من اعتبرها مجرد وعد بالتعاقد ومنهم من أعطاه الصبغة العقدية.

أولاً: النظرية العقدية للخطبة.

تقوم على أساس أنها عقد يتم بين الطرفين، وهو عقد صحيح وملزم، شأنه في ذلك شأن كافة العقود الملزمة لجانبين.

يعتبر هذا الاتجاه أن للخطبة صبغة عقدية إلزامية، بحيث أن ما يدور بين الخاطب والمخطوبة من إيجاب وقبول حول إتمام إجراءات الزواج يعتبر بمثابة عقد، ويرتكز أصحاب هذه النظرية على المفهوم العادي للعقد والأركان العامة التي يقوم عليها، فالعقد وفق التعريف الكلاسيكي هو اتفاق بين شخصين يلتزم كل منهما بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، طبقاً لنص المادة ٥ المعدلة من القانون المدني الجزائري.³

وبالنظر إلى لخطبة نجدها تستوفي كل شروط العقد ومتطلباته، فالخطبة عقد يستلزم سن خاصة وأهلية للتعاقد كغيره من العقود، كما أنها تنصب على عمل معين هو عقد النكاح مستقبلاً.

ثانياً: الخطبة وعد بالزواج.

ولقد أكدت الشريعة الإسلامية على أن الخطبة هي مجرد وعد، ولكل من الخاطبين العدول عنها بعد وقوعها وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري الإسلامي،⁴ فهي لا تعدو أن تكون وعداً وليست عقداً، وإن تمت باتفاق الطرفين، فلا تبيح ما يباح بعقد الزواج.⁵

لقد أكدت الشريعة الإسلامية والقضاء الجزائري على ذلك من خلال الأحكام المتعلقة بعدم الإقرار بنسب الطفل الذي حملت به أمه خلال فترة الخطبة، وذلك على أساس أن الخطبة لا تبيح ما يبيحه الزواج.

¹ - محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح (تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر)، المجلد الأول، الجزء ١، دون طبعة، دار طوق النجاة، لبنان، ١٤٢٢، صفحة ١٦.

² - فخري محمد ناجم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، صفحة ٢٤٤.

³ - تنص المادة ٥٤ المعدلة من الأمر ٥٨٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥-٠٩-٢٦ المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون ١٠-٠٥ المؤرخ في ٢٦ يونيو ٢٠٠٥ جريدة رسمية العدد ٤٤، صفحة ١٧: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

⁴ - تنص المادة ١/٠٥ من القانون ١١-٨٤ المؤرخ في ١٩٨٤-٠٦-٠٩ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر ٠٢-٠٥ المؤرخ في ٢٧-٠٢-٢٠٠٥، جريدة رسمية عدد ١٥، صفحة ١٩: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها...".

⁵ - وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها في غرفة الأحوال الشخصية الصادر في ١٩/١١/١٩٨٤- ملف رقم ٣٤٠٤٦، مجلة قضائية ١٩٩٠ عدد ١ صفحة ٦٧، حيث اعتبرت أن الخطبة ليست بزواج ولا تبيح المخالطة الزوجية، وأن ما يقع من في هذا يعد عملاً غير شرعي لا يثبت عنها نسب الأولاد.

ولما كان ولد الزنا غير ثابت النسب من أبيه، ولما كان الشرع الإسلامي لم يعتبر الزنا طريقا شرعيا لاتصال الرجل بالمرأة، فلا يرث ولد الزنا أباه، ولا أحدا من أقاربه ولا يرثه أبوه ولا أحد من أقاربه¹ لانتهاء سبب الثوارت بينهما وهو النسب والقرابة.²

ولقد استعمل المشرع في نص المادة⁵ المعدلة من قانون الأسرة الجزائري مصطلح "الوعد"، والأخير له دلالة في النظرية العامة للعقد في القانون المدني في نص المادة⁷ منه، حيث أن الوعد في التعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد إذا توافرت في هذا الوعد كافة شروط العقد، من رضا ومحل وسبب وشكل خلال أجل محدد، فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعد له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في الوعد إلا بموافقة الموعد له.³

ويبدو أن قانون الأسرة قد خالف القاعدة المقررة في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، بإجازته العدول لكلا الطرفين، وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في كلا القانونين، والجدير بالذكر أن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة، أما قانون الأسرة فهو قانون خاص والأصل أن الخاص يقيد العام، ومن ثمة فإن أحكام قانون الأسرة هي التي تؤخذ بعين الاعتبار.

المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة.

من خلال هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى مدى جواز العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية في الفرع الأول، ثم بعد ذلك مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.

الفرع الأول: مدى جواز العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية.

يعتبر العدول عن الخطبة نتيجة طبيعية لرفض أحد طرفيها الاستمرار فيها وإتمام الزواج، لأن كلا من الخطبة والزواج رضائيين، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما، ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية، فالخطبة وعد بالزواج ولا ترقى على مرتبة العقد، وأنه يجوز العدول عن الخطبة إذا ارتبط العدول بأسباب يقبلها العقل والمنطق.⁴

الفرع الثاني: مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية بالنسبة إلى الطرفين معا ولو طالبت فترة الخطبة، وهذا معناه أنه يجوز لكلا الخاطبين التخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة، فهما غير ملزمين بإتمام الزواج، وأن لكليهما حقا شرعيا في العدول، ولا يعد العدول المجرد سببا لأية مطالبة قضائية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الخامسة المعدلة السالفة الذكر: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".⁵

¹- فشر عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، صفحة 213.

²- انظر إلى نص المواد من الأمر المتعلق بقانون الأسرة الجزائري المعدل (138، 126، 41).

³- علي علي سليمان، النظرية العامة للتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 8، 2008، صفحة 46 و 47.

⁴- يوسف الفرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، دون طبعة، 1993، ص 60.

⁵- وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17/03/1992، ملف رقم 81129 من أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه حيث جاء فيه: من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنه، ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصدق (المادة 5 و 9 من قانون الأسرة الجزائري).

فإذا وقع العدول انقضت ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج أو إتمام مراسيم الدخول رغم معارضته أو عدم رضاه، لأن للخاطبين ممارسة حق العدول (م^١/٥)، ومن المعلوم أن ممارسة حق من الحقوق لا توجب الشخص بالتعويض وهو المبدأ^١، فالخطبة وإن تمت بتوافق الإيجاب والقبول من الطرفين، فإنها لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج في نظر المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: المسؤولية الناتجة عن العدول عن الخطبة وأثارها.

إن الخطبة لا تعدو حال الاتفاق أن تكون مجرد وعد بالزواج كما عرّفها قانون الأسرة الجزائري، كما أجاز العدول عنها كل من الشرع والقانون، فلا تلزم الخاطبين بإتمام الزواج، ولذلك فإن العدول في حد ذاته إن كان حقا لكل طرف فمتى كانت ممارسة الحق مجلبة للضرر بالطرف الآخر؟ وما طبيعة الأفعال التي يأتيها كل من الخاطبين أثناء العدول حتى تترتب مسؤوليته عنها؟ وما طبيعة هذه المسؤولية؟.

المطلب الأول: المسؤولية الناتجة عن العدول عن الخطبة.

لما كان العدول حقا يجيزه الشرع والقانون باعتبار الخطبة مجرد وعد غير ملزم للطرفين، وفي الوقت نفسه قد يصيب أحد الخاطبين الضرر من جراء عدول أحدهما عن إتمام وعده، لهذا ورد النص على التعويض عنه، فما مدى جواز هذا التعويض وما أساسه؟

الفرع الأول: مدى جواز التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

أجمع الفقهاء على أن الخطبة ليست زواجا وأنها مجرد وعد غير ملزم به، وأنها تمهيد أو مقدمة له ولكل من الخاطبين العدول عنها لسبب أو بدونه، ومن خلال هذه الحقيقة البسيطة برزت مشكلة واجهت الفقهاء المعاصرين تتصل بإمكانية أحد الطرفين المطالبة بالتعويض عن التناول عن هذا المشروع إذا انسحب الطرف الآخر دون مبرر. حيث بدت الآراء متناقضة فيما يخص مدى استحقاق التعويض عن هذا الانسحاب والتراجع عن الاستمرار في مشروع الزواج.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ذهب في قانون الأسرة إلى مذهب القائلين بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن العدول سواء أكانت أضرارا مادية أم معنوية من خلال نص المادة ٥/٥ المعدلة من قانون الأسرة الجزائري^٢.

الفرع الثاني: أساس التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

لقد ظهرت عدة نظريات حول هذا الأساس المعتمد في حالة الفسخ، والذي ينجّر عنه ضرر يلحق الخاطب أو المخطوبة وهو ما يستلزم الحكم بالتعويض^٣.

١- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، الجزء ١، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤، ص ٩٥.

٢- تنص الفقرة الثالثة من المادة ٥ معدلة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "... إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض...".

٣- عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، دون طبعة، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٢٠.

أولاً: نظرية المسؤولية العقدية.

هذه النظرية تعتمد على أن الأساس القانوني للتعويض هو المسؤولية العقدية، وأن من أنصار هذا الاتجاه الذي كيّف الخطبة على أنها عقد،¹ وهو ما لا يقبله العقل ولا المنطق، وبالتالي من المستحيل أن يترتب على العدول عنها أية مسؤولية عقدية، لأن هذه الأخيرة لا تقوم إلا بتوافر أركانها، وأولها وجود عقد سابق ثم الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية. أما طرفي الخطبة فلا يدخلان في إطار العقد، لذا جاز لكليها العدول عنها في أي وقت باعتبارها تمهيدا لعقد الزواج، والوعد لا يقيد الواعد أو الموعود له لأنه وعد ذو صبغة خاصة بخلاف ما نجده بالقواعد العامة التي تحكم الوعد بالتعاقد، فهي تلزم الواعد بإتمام العقد وذلك لأن عقد الزواج من العقود الخطيرة، والتي يجب التريث والتمهل عند إتمامه، لذا وضعت الخطبة للتفكير في إحداث آثاره، لأنه لا يقترن بمدة محددة بل هو عقد مدى الحياة.

فلا تعويض على أساس هذه المسؤولية، لأن التعويض بها يحكمه العقد وفق المبدأ العام القائل "العقد شريعة المتعاقدين" ولا وجود للعقد في العدول عن الخطبة للتحديث عن المسؤولية العقدية، ومن ثم استبعاد هذه النظرية كأساس للتعويض في حالة العدول عن الخطبة.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية.

لقد حاول بعض الفقهاء اعتمادها كأساس للتعويض في حالة الضرر الناتج عن فسخ الخطبة، والمعلوم أن المسؤولية التقصيرية والتي تضمنتها المادة ١٢ معدلة من القانون المدني،² تقوم عند توافر أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فيتحمل التعويض عن الأضرار الناتجة عن خطئه التقصيري، وهو الإخلال بالالتزام قانوني.

وبما أن مسألة العدول حق قانوني لكلا الخاطبين فإنه لا يمكن اعتماد هذه النظرية كأساس للتعويض، لأن أساس قيامها هو الخطأ وهذا الأخير لا نجده بفسخ الخطبة، لأن العادل لم يرتكب خطأ بسببه ألحق ضرراً بالغير، بل هو استعمل حقه المخول له شرعاً وقانوناً، لهذا كان من الواجب استبعاد هذه النظرية وهو ما جعل رجال الفقه يتجهون للبحث عن أساس آخر يعتمده القاضي ويكون سنداً لمبدأ الحكم بالتعويض عن الضرر المنجر عن العدول عن الخطبة.

ثالثاً: نظرية التعسف في استعمال الحق.

وهذا انطلاقاً من مبدأ حق العدول المقرر لكلا الخاطبين، وأن لكلٍ منهما استعمال هذا الحق، لكن هذا الاستعمال لا يكون مطلقاً حسب رغبات الشخص ونزواته، بل هو مقيد في كيفية استعماله، بالأولى يكون متعسفاً في ذلك، ومن هنا اعتمد الفقهاء مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق،³ وهو ما اعتمده المشرع الجزائري في المادة ٤ من القانون المدني الملغاة، والتي أدرج مضمونها في المادة مكرراً ١٢ جديدة من القانون نفسه.

¹ - ظهرت هذه الفكرة في الفقه الفرنسي منذ القرن التاسع عشر، حيث اعتبر الخطبة عقداً يرتب التزاماً بعمل، و يتحول عند الإخلال بالوفاء إلى تعويض، وذلك يتمشى مع نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي على أنه "الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها" وتحت هذا التأثير سار القضاء وبعض الفقهاء القانونيين، إذ اعتبروا أن التراضي يعدّ كافياً لتصبح الخطبة عقداً.

² - تنص المادة ١٢٤ معدلة من القانون المدني الجزائري العدل بموجب الأمر ١٠-٥٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية العدد ٤٤، صفحة ٢٦ على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

³ - سيد أحمد إبراهيم، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاء، الطبعة ٢، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٢، صفحة ١٢٦.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري.

المشرع الجزائري اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٢ معدلة من القانون نفسه، والتي يشترط لقيامها كل من عنصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فالعدول عن الخطبة بغير مبرر أو بقصد الإضرار بالطرف الآخر أو لسبب غير مشروع هو خطأ تقصيري يوجب التعويض.

ويرى بعض الفقهاء أن علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية هي علاقة طبيعية، حيث يتمثل جزاء التعسف فيه بالتعويض، كما أن حالة التعسف ما هي إلا صورة من صور الخطأ حيث تؤكد الصورة الثالثة بالمادة ١٢ مكرر جديدة "... إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة..." وبالتالي فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم فعلاً على فكرة الخطأ باعتبار أن صاحب الحق قد أخل بالغاية التي من أجلها قرر هذا الحق وبالتالي يكون قد أخل بفعله.^١

وتتمثل أركان المسؤولية الناجمة عن العدول عن الخطبة في ثلاثة أركان وهي كالتالي:

أولاً- عنصر الخطأ: ويتضمن الخطأ عنصراً مادياً ومعنوياً.

١ - **العنصر المادي:** يتمثل العنصر المادي في الانحراف عن السلوك المألوف بين الناس بتجاوز الحدود الواجب التزامها مما يؤدي إلى التعدي على حدود الغير،^٢ وتقاس درجة الانحراف بمعياريين: أولها معيار الانحراف في السلوك، فإذا تعدد الخاطب في عدوله عن الخطبة بالإضرار بالخطيبة يعد ذلك انحرافاً عن سلوك الرجل العادي ومنه تقوم مسؤوليته التقصيرية، وثانيها معيار ضرورة الاعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف، فقد يساهم المعدول عنه بفعله بدفع العادل للعدول عن الخطبة سواء من المخطوبة أو الخاطب، وعلى المدعي إثبات هذا التعدي بإقامة الدليل على توافر أركان المسؤولية التقصيرية.

٢ - **العنصر المعنوي:** يشترط لاعتبار السلوك خطأ ويرتب المسؤولية أن يكون مرتكبه مكلفاً أي مميزاً يعي ما يفعله، وهو ما نصت عليه المادة ١٢ معدلة من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة ١٠ من قانون الأسرة الجزائري، وبالنسبة للعدول عن الخطبة، فيما أن المشرع لم يشترط الأهلية الكاملة لتمام الخطبة فإنه تطبق الأحكام العامة.

وبما أن العدول لا يقتضي توافر شروط، فإنه لا يعد خطأ في حد ذاته ولا يوجب التعويض، وإنما يكون الأخير نتيجة ما يصاحب العدول من أفعال ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بالمعدول عنه، وهذه الأفعال تكون ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها وتعد ضمن آثارها وقد تكون أجنبية.

أ- الأفعال الناتجة عن الخطبة في حد ذاتها:

وهي الأفعال التي يأتيها الخاطب والمخطوبة، وتكون مرتبطة بالخطبة، كالأعمال التحضيرية لعقد الزواج من كراء فندق أو الإعداد لحفلة الزفاف أو إعداد بيت الزوجية على شكل معين، أو تحضير المخطوبة للملبوسات على مقاسها، والتي من شأن

١- علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، طبعة ٢، دار موفم للنشر، الجزائر، ٢٠١٠، صفحة ٦٣ و ٦٤.

٢- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، صفحة ١٢٠.

العدول عن الخطبة أن ينقص من قيمتها بعد ذلك، أو كأن يطلب الخاطب من مخطوبته ترك عملها أو دراستها حتى تتفرغ للزواج ثم يعدل عن خطبتها.¹

ب- الأفعال الأجنبية للخطبة.

لما كان العدول عن الخطبة حقا فإن الوعد بالزواج والعدول عنه لا يرتب أية مسؤولية، لكن إن لازمت العدول أفعال أخرى مستقلة استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بأحد المتواعدين، فإنها تستوجب التعويض على أساس أنها هي في حد ذاتها أفعال ضارة بغض النظر عن العدول، وذلك على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، عملاً بالمادة ١٢ المعدلة من القانون المدني، فلا يستظل بحماية المشرع من يخالفه، كأن تخرج المخطوبة مع خاطبها إلى المنتزهات والنوادي ودور اللهو، وتعرض بذلك سمعتها للأقويل، ثم تأتي بعد ذلك تدعي أن العدول ألحق ضرراً بها، فدعواها لا تقبل لأن الضرر مبناه مخالفة الشرع والقانون.²

٣- حالات انتفاء الخطأ:

لقد نص القانون المدني على حالات انتفاء المسؤولية رغم وجود التعدي، ومنها يمكن تطبيقه على التعسف بالعدول عن الخطبة، وذلك إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه، أو كانت هناك حالة الضرورة أو رضاء المضرور.³

ثانياً: ركن الضرر.

ويقصد به كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، والضرر نوعان ضرر مادي وآخر معنوي:

أ- الضرر المادي:

وهو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله، ويتمثل في الخسارة المالية أو الجسمانية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما بالنسبة للتعسف في العدول عن الخطبة فيتمثل في مصاريف التحضير للزواج، وكذا تفويت الفرصة في الزواج بسبب طول مدة الخطبة وبعدها يعدل الخاطب.

ب- الضرر المعنوي:

نجد المادة ١٨٤ مكرر جديدة من القانون المدني الجزائري⁴ تنص على أنه يشمل التعويض الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، كما أجازت الفقرة الثالثة من المادة ٥ المعدلة من قانون الأسرة الجزائري التعويض عن

¹ - إن مثل هذه الأفعال لم يستقر الفقهاء بشأنها، فمنهم من أقر بأنها أخطاء توجب التعويض، ومنهم من رأى أنها لا تترتب أية مسؤولية، ومنهم من وقف وسطاً، ولقد استقر قضاء المحكمة العليا بالجزائر على تعويض الأضرار الناجمة عن العدول، وهو ما يتضح من خلال قرار المحكمة العليا في غرفة الأحوال الشخصية الصادر في ١٩٩١/٠٤/٢٣، ملف رقم ٧٣٩١٩، مجلة قضائية، ١٩٩٣، عدد ١، صفحة ٥٤.

² - ولقد جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٧ بأنه: " من المستقر شرعاً بأن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زناً، وأن ابن الزنا لا ينسب لأبيه، ومن كان كذلك يستوجب رفض الطعن" المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ١٩٨٤/١٢/١٧، ملف رقم ١١٢٨٧، مجلة قضائية، ١٩٩٢، عدد ١، صفحة ٦٩.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١، صفحة ١٦٢.

⁴ - تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري نص على ذلك أيضاً في نص المادة ٤٧ من القانون المدني على أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

الضرر المعنوي الذي يتمثل في القذف واتهام المخطوبة في شرفها وسمعتها، ومنها ما يتعلق بالجانب العاطفي كعدول الخاطب بدون سبب يؤدي إلى أضرار معنوية للمعدول عنه، فهو عبارة عن الألم والحزن الذي يلحق الإنسان جراء فعل صادر من الغير، فألم الفراق في العدول عن الخطبة ضرر معنوي، وكذا إفشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول.

إضافة إلى جملة من الشروط التي أدرجها الفقه بخصوص توافرها في الضرر الذي يوجب التعويض، وهي تتمثل فيما يلي: المساس بحق أو مصلحة مشروعة مادية كانت أو معنوية، وأن يكون الضرر محققا، وأن يكون الضرر شخصا، وألا يكون سبق تعويض الضرر.¹

ثالثا: العلاقة السببية.

يعد موضوع العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر من المواضيع المعقدة جدا.²

فهي ركن جوهري بكافة صورها، تفرضها بدهاء المنطق ومقتضيات العدالة، فلا يكفي أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في إحداث الضرر، ويقع عبء إثباتها على المدعي (الدائن)، فقد ينتج الضرر عن سبب واحد ومباشر فتقوم المسؤولية مباشرة، وقد ينتج عن تعدد الأسباب، وفي هذه الأخيرة هناك نظريتان:

أ - نظرية تكافؤ الأسباب: مفادها وجوب الاعتداد بكل الأسباب المشاركة في إحداث الضرر، ولو كان بعضها بعيدا عن إحداثه، مما عرضها للنقد لأنها وسعت من إطار هذه المسؤولية.

ب - نظرية السبب المنتج: مفادها أنه إن تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر، فلا بد من فرزها و التمييز بين الأسباب التي تعتبر منتجة، و تلك التي تكون عرضية غير منتجة للضرر.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية من خلال المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري "... يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به...".

رابعا- نفي العلاقة السببية:

طبقا للمادة ١٢ من ق م ج تنفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي،³ والمتمثل في:

١- القوة القاهرة: هي كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يؤدي الى احداث الضرر، او هي حادث غير متوقع و غير ممكن الدفع يكون مصدره خارجيا عن الشيء الضار، و بالتالي فان القوة القاهرة هي حادث من فعل الانسان كالحرب و التشريع أو من فعل الطبيعة كالزلازل يكون غير ممكن التوقع و غير ممكن الدفع و خارج عن ارادة المدعي عليه.⁴

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٦٧.

² - انظر عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة ٣، دار الأمان، المغرب، ٢٠١٤، صفحة ١٢٨.

³ - لم يعرف المشرع الجزائري السبب الأجنبي وإنما ذكر بعض مواصفاته وصوره فالمادة ١٢ من القانون المدني أشارت إلى ذلك السبب الذي نشأ عنه الضرر، والذي لا بد للشخص المسؤول فيه، أي عدم نسبته إلى المسؤول كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

⁴ - علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، صفحة ٣٣٢.

٢- خطأ وعمل المضرور: قد يكون المضرور هو المتسبب في الضرر الذي أصابه، ويشترط في خطأ المضرور ما يشترط في السبب الأجنبي، أي يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع، ففي العدول عن الخطية يمكن أن تدفع المخطوبة الخاطب للعدول عن الخطية بخطئها كأن تشتم أهله مثلا.

٣- خطأ وعمل الغير: يقصد بالغير الشخص المتسبب في الضرر والذي يكون أجنبيا عن المدعى عليه، بمعنى ألا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه. ولا يعتبر من الغير الشخص الخاضع للرقابة بالنسبة لمتولي الرقابة ولا التابع بالنسبة للمتبوع. و يعدّ عمل الغير أو خطؤه سببا أجنبيا متى كان غير متوقع وغير ممكن الدفع مثله مثل القوة القاهرة.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية الناتجة عن العدول عن الخطية.

لما كان الشرع والقانون يجيزان لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطية، ولما كان العدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويضا، لكن هذا الأخير يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرارا مادية أو معنوية بالمعدول عنه، وهذه الأضرار قد تكون ناتجة عن تصرفات أجنبية، كما قد تكون غير أجنبية فإذا أقام المتضرر من جراء التعسف في العدول عن الخطية دعواه أمام القاضي، وتقرر أن هناك مسؤولية تقصيرية، فإن القاضي يحكم للمدعي بتعويض عادل عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به.

سنعالج في هذا المطلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي كفرع أول، ثم كيفية تقدير التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

يجوز للطرف المتضرر من العدول عن الخطية أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، مما لاشك فيه أن العدول قد يسبب أضرارا مادية أو معنوية¹ للطرف المعدول عنه، لذا سوف نتطرق إلى التعويض عن الضرر المادي أولا وإلى التعويض عن الضرر المعنوي ثانيا.

أولا: التعويض عن الضرر المادي.

يثبت الحق في الحصول على التعويض عن الضرر المادي بتوافر شرطين هما:

-ألا يكون لمن عدل مبرّر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعترف أساسا للتعويض، كالكشف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الخطية.

-أن تكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه، كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة، وفجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فيحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي، كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الزواج وأن عليها التخلي عن عملها، وبعد استئصالها بيوم يلغي الموعد ويفسخ الخطية.

والتعويض عن الضرر المادي يكون إما قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا، ولما كانت الخطية ليست عقدا فإن التعويض لا يكون اتفاقيا، كما لا يوجد في قانون الأسرة ما يحدّد هذا التعويض ولا طريقة حسابه، مما يخرج من دائرة التعويض القانوني،

¹ إن الواقع يزخر بأمثلة كثيرة تعد أضرارا سواء كانت أضرارا مادية أو معنوية للطرف المعدول عنه، قد تستمر الخطية لزمن طويل مما يؤدي بالمخطوبة إلى التقدم في السن، فيسبب لها ضررا يتمثل في تفويت الفرصة بالزواج، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها فتتقدم استئصالها أو تتوقف عن الدراسة استنادا للزواج، ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطية والعكس من ذلك قد يطلب من الخاطب إعداد منزل خاص في مدينة معينة ويكلفه ذلك مبالغ باهضة، ثم يحدث العدول من المخطوبة.. الخ.

إذ اكتفى المشرع بإقرار مبدأ التعويض عن العدول، فيبقى فقط التعويض القضائي الذي تمنح فيه السلطة الكاملة للقاضي في تقديره وكيفية دفعه.

والتعويض هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر، وليس إكراها على إتمام العقد، كما ذهب البعض إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم وأن التعويض فيه إكراه ضمني¹.

ثانياً: التعويض عن الضرر المعنوي.

إن التعويض عنه أمر ثابت بموجب أحكام القانون واجتهادات القضاء، يسري عليه ما يسري على الضرر المادي، غير أن الإشكال الحقيقي يكمن في إثبات هذا الضرر المعنوي²، لأنه غالباً ما يكون مرتبطاً بالآلم نفسية تلحق المعدول عنه أو المساس بشرفه، وذلك لأن الخطبة ليست بالأمر السري بل هي محل إشهار بين المحيطين به.

لكن ليست كل الأضرار المعنوية ناتجة عن ألم العدول طول فترة الخطبة، إذ من المتصور أن تكون الأضرار المعنوية التي لحقت المخطوبة بعد عدول الخاطب ترجع إلى أسباب تعود إليه وحده، كما لو قام بإثارة إشاعات حولها كيدا منها وتلويثاً لسمعتها قصد الإضرار بها.

الفرع الثاني: كيفية التعويض عن الضرر.

لم يحدد المشرع الجزائري قيمة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة ولا كيفية حسابه أو طريقة التعويض، مما يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها بالقانون المدني، وبالرجوع للمادة ١٣٣ معدلة من القانون المدني الجزائري³، نجد أن التعويض القضائي يأخذ شكلين: إما التعويض العيني أو التعويض بمقابل.

أولاً: التعويض العيني.

وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فبالنسبة للعدول عن الخطبة فإن كان العادل استولى على مال الطرف الآخر بسبب الخطبة، أي تسبب بضرر مادي للمعدول عنه، فإنه في هذه الحال يكون التعويض عينا بإرجاع ما استولى عليه⁴.

أما بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي، فلما كان الأخير يصيب مصلحة غير مالية، كالتشهير وتشويه السمعة، فإنه يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره والتعويض عنه، ومن تطبيقات التعويض العيني عن الضرر المعنوي: حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف، متضمناً ما ينطوي من مساس بحق من الحقوق الأدبية، كأن يكون العادل عن الخطبة صرح عن ذلك لوسائل الإعلام، أو صرح أنه قد عدل لاكتشافه أن تصرفات المخطوبة غير مسؤولة.

¹- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دون سنة النشر، صفحة ٧٤.

²- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢، صفحة ١٢.

³- تنص المادة ١٣٢ معدلة من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون مقسطاً كما يصح أن يكون إيراد مرتب، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً، يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

⁴ عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دون طبعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، صفحة ١٠٥.

ولكي يقضي بهذا التعويض (العيني) يجب توافر شرطين هما:

- أن يكون هذا التعويض ممكنا وغير مرهق للمدين به.

- أن يطالب به المضرور عملا بقاعدة "القاضي لا يحكم بما لا يطلب منه".

ثانيا: التعويض بمقابل.

هو أحد صور التعويض وهو الصورة الغالبة له، يقضي به القاضي عند عدم إمكان التعويض العيني، فإن كان الضرر ماديا في العدول يمكن تعويضه بالنقد، فالتعويض العيني هو أكثر طرق التعويض الملائمة لإصلاح الضرر، والأصل فيه أن يكون مبلغا معيناً من المال يعطيه دفعة واحدة للمضرور، أو مبلغا مقسما أو إيراد مرتب مدى الحياة.

وبالنسبة للأضرار المعنوية الناشئة عن العدول عن الخطبة، فعلى الرغم من أن تقدير الضرر بالنقود أمر صعب، باعتباره ينال من حق أدبي يصعب تقديره بالمال للمعتدى عليه، إلا أنه لا يمنع ذلك، لما له من أثر كبير في تحقيق ألم التعدي على شرف الإنسان واعتباره.

كما يخضع التعويض عن الضرر للقواعد العامة في القانون المدني، وذلك بأخذ بعين الاعتبار الظروف المصاحبة للأفعال التي كانت مصدرا للضرر، وثقافة الطرفين ومراكزهم الاجتماعية، وكذا السن والوظيفة.

قد يصيب المعدول عنها ضرر مادي، كأن تفقد وظيفتها، وضرر معنوي كأن تجرح في سمعتها وشرفها، فهنا تستحق التعويض عن الضررين، فالقاضي عليه أن يتبين الظروف الملائمة لرفع دعوى التعويض حتى يكون اقتناعه باستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم استحقاقه.

وبالرجوع للقضاء نجد أنه يؤكد على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض¹، فالفقرة الثانية من المادة⁵ المعدلة من قانون الأسرة الجزائري استعملت لفظ "جاز"، أما المادة¹² المعدلة من القانون المدني الجزائري استعملت لفظ "يلزم"، ودون أن نتغاضى على أن التعويض يكون نتيجة حتمية على وقوع الضرر، فإن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير وقوع الضرر، وفي تحديد مبلغ التعويض، دون أن تكون له السلطة في ضرورة التعويض أو عدمه.²

ولتقدير التعويض يجب على القاضي أن يبحث أولا عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة³، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء⁴ أن المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي، الذي يقدر

¹ - جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون، ولما كان من قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف، ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء، يكونون قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك نقض قرارهم المطعون فيه" قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في 12-25-1991، رقم 56097، مجلة قضائية، 1991، عدد 4، صفحة 102.

² - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، صفحة 105.

³ - فالعدول عن الخطبة هو حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، لكي لا يكون هناك إرغام على الزواج، لأن هذا الأخير لا يتم إلا بتراضي الطرفين، وللقاضي الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المعدول عنه وفق سلطته التقديرية، إذا ثبت له تعسف الطرف العادل عن طريق تغريبه بالطرف المعدول عنه، بما ألحق به من ضرر لا عن العدول في حد ذاته.

⁴ - عبير يحيى شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر، 2007، صفحة 88.

بمعيار السلوك المؤلف للرجل العادي إن وجد في الظروف نفسها، وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه، كان مسؤولاً عن التعويض عن هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض الشخص المضرور والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي.

خاتمة

إن فكرة الحق أصيلة في الفقه الإسلامي على اعتبار أن الحق منحة إلهية للإنسان منشؤها الحكم الشرعي الذي تستمد منه الأصول العامة للتشريع، فتعتبر الشريعة العامة كلها مصالح إما تدرأ مفسد أو تجلب مصالح، وعليه فإن الحق مقيد بما قيده الشارع الحكيم، وعلى صاحب الحق أن يتصرف في استعماله لحقوقه وفق ما قصده الشارع، فليس له مطلق الحرية كما نادى به المذهب الفردي، ولا ممنوع كما نادى به المذهب الجماعي الذي يرى أن حق الجماعة هو الأصل. وعليه سنخلص إلى مجموعة من النتائج المتوصل إليها وأهم التوصيات لذلك.

أولاً: أهم النتائج المتوصل إليها:

- إن ارتباط الحق بمصلحة شرع من أجلها يجعل الحق وسيلة لتحقيق هذا المقصد أو المصلحة، فلا يعتبر الحق غاية في حد ذاته، وإن حاد به عن المقصود منه شرعاً أصبح صاحبه في مركز غير محمي شرعاً ولا قانوناً، مما تقوم معه نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي من أقدم الأسس المعتمدة لأجل تقرير حماية الفرد عند استعماله لحق من حقوقه، والذي من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير.

- كما أن القول بأصالة التعسف في التشريع الإسلامي تجد أساسها من أدلة شرعية تثبت ذلك من القرآن والسنة من نصوص تمنع الإضرار بالغير، وتزيل الضرر عند وقوعه، أو من القواعد العامة كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "الأمر بمقاصدها".

- إن لهذا التعسف معيارين وهما كل من المعيار الذاتي والشخصي، ويتمثل في الباعث على التصرف، فإن كان الأخير يخالف القصد من مشروعية الحق عد صاحبه متعسفاً، وجب درء تعسفه وجبر الضرر المترتب عليه، أما المعيار الثاني الذي يضبطه فيتمثل في المعيار الموضوعي ويعتد بالضرر الناجم عن التصرف المشروع، دون مراعاة قصد صاحبه، فيعتبر متعسفاً إذا نجم عن تصرفه ضرر بالغير أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها، وهو معيار يقوم على أساس الموازنة بين الأضرار المترتبة والمصالح المنتظرة. كما لا تقتصر هذه النظرية في تطبيقاتها على الحقوق المالية فقط، وإنما اتسعت لتشمل باقي الحقوق ومن أهمها الحقوق الشخصية.

- إن الضرر يعتبر مسألة موضوعية يقع عبء إثباته على المدعي به ويخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا رقابة من قبل المحكمة العليا على تقدير قيامه من عدمه، غير أن بيان عناصره هو أمر ملزم للقاضي، لأن ذلك يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.

- إن القول بأن لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية الواسعة في مجال التعويض عن الضرر لا يعني أنها مطلقة، فالإلزامية تسبب الأحكام القضائية تحد من سلطته التقديرية مما يلزمه بوجوب التحري في الموضوعية وإلا تعرض للمساءلة القضائية.

-إن أساس التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري هو ترضية الطرف المضرور بمنحه تعويضا عادلا يكفل جبر الضرر الذي أصابه، ويكون مقياسه في ذلك بحسب جسامته الضرر وليس الخطأ، وهذا الأساس مستمد من الفقه الإسلامي وهو اتجاه المسؤولية التقصيرية في الوقت الحالي والتي أصبحت تركز على ركني الضرر والعلاقة السببية.

-إن تقدير استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة من الناحية القانونية يخضع لمطلق سلطة القاضي، لأن المشرع وضع شرط حصول الضرر، وترك للقاضي البحث في عناصره وشروط قيامه.

أما من الناحية العملية فقد اعتاد القضاء على الاستناد إلى جملة من الشروط يجب توافرها لاستحقاق التعويض عن الضرر للطرف المضرور، سواء كان الخاطب أو المخطوبة.

ثانيا: التوصيات.

- نقترح على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٥ المعدلة من قانون الأسرة، وهذا بالنص على إلزام القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت لديه الضرر وهذا تكرسا لما انتهجته المحكمة العليا في قراراتها وتكون صياغتها كالتالي " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين يحكم القاضي بالتعويض".

- نوصي المشرع الجزائري بتحديد معايير تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري لما لموضوع الأسرة من خصوصية.

-التقييد من سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد سقف أدنى من التعويض لكل حالة عن الخطبة حتى لا يتم تجاوزه.

-ضرورة تخصص القضاة في مجال شؤون الأسرة لما لهذا المجال من أهمية بالغة ونظرا لحساسيته.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع التشريعية.

١. قانون رقم ١١٨٤ المؤرخ في ٠٩ يونيو ١٩٨٠، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد ٢٤ المؤرخ في ١٢ يونيو ١٩٨٠، صفحة ٩١، المعدل والمتمم بالأمر ٠٢٠ المؤرخ في ٠٥٠٢٢٧، جريدة رسمية عدد ١، صفحة ١.
٢. الأمر ٥٨٧ المؤرخ في ٢٣ سبتمبر ١٩٧٧ المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ٣٠ سبتمبر ١٩٧٧، العدد ٧٨، صفحة ٩٩. المعدل بالقانون ١٥٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية، العدد ٤ ص ١.

ثانيا: المراجع الفقهية:

- إبراهيم عبد الرحيم إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الطبعة ١، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩.

-أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون سنة النشر.

-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (أحكام الزواج)، الجزء ١، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة ٢٠١٠.

- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار وائل للنشر، دون بلد النشر؛ ٢٠١٠.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء ١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة ٢٠٠٤.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة؛ ١٩٩٠.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر؛ ٢٠٠٠.
- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائري، ط ٢٠٠٠.
- جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة ١، دار حامد للنشر، الأردن؛ ٢٠٠٠.
- سيد أحمد ابراهيم، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، الطبعة ٢، دار الفكر الجامعي، مصر؛ ٢٠٠٠.
- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة ٢، دار الخلدونية، الجزائر؛ ٢٠٠٠.
- محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دون سنة النشر.
- محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح (تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر)، المجلد الأول، الجزء ١، دون طبعة، دار طوق النجاة، لبنان؛ ١٤٢٠.
- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر؛ ١٩٩٠.
- عبد الله عمر، محمد حامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر؛ ٢٠٠٠.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة ٢٠٠٠.
- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ٢٠٠٠.
- علي فيلاي، الالتزامات، (الفاعل المستحق للتعويض)، دار موفم للنشر، الجزائر، طبعة ٢٠١٠.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة ٣، دار الأمان، المغرب.
- عيسى حداد، عقد الزواج، (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، دون طبعة؛ ٢٠٠٠.
- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دون طبعة، دار النهضة العربية؛ ٢٠٠٠.
- عبير يحيى شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفلكل؛ ٢٠٠٠.

-يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة، دون طبعة، دار الشهاب، ١٩٩٣.

ثالثا: قرارات المحكمة العليا

١. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ١٩/١١/١٩٨٤، ملف رقم ٣٤٠، مجلة قضائية ١٩٩٩، عدد ١.
 ٢. قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ١٧/١١/١٩٨٤، ملف رقم ١١٢، مجلة قضائية ١٩٩٩، عدد ١.
 ٣. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ٢٢/١٠/١٩٩١، ملف رقم ٧٣٩، مجلة قضائية ١٩٩٩، عدد ١.
 ٤. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ٢٣/١١/١٩٩١، ملف رقم ٨١١، مجلة قضائية ١٩٩٩، عدد ٣.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر في ١٩/١١/١٩٩١، ملف رقم ٥٦٠، مجلة قضائية ١٩٩٩، عدد ٤.

الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

د. سولم سفيان

أستاذ محاضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس - الجزائر.

الملخص

لقد حاول المشرع الجزائري وضع القواعد اللازمة لحماية المتعاقد الضعيف من إدراج المتعاقد القوي شروطا تعسفية في العقد .

وعليه سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة على الإشكالية المتعلقة بمدى كفاية وفاعلية هذه القواعد في توفير الحماية من خلال تقسيم البحث إلى ثلاث مباحث ، تناولنا في الأول: ماهية الشروط التعسفية في العقود. وفي الثاني : مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة . أما المبحث الثالث فعرجنا فيه على مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد الخاصة الواردة في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الكلمات المفتاحية : الشروط التعسفية - عقود الإذعان - عقود الاستهلاك - مكافحة الشروط التعسفية .

abstract

Algerian lawmakers tried to establish rules to protect the weak against the imposition of unfair terms by the high contracting party .

Therefore, this study tries to answer the question on the adequacy and effectiveness of such rules on protection of low contractor through the following three sections:

I. The essence of unfair terms in contracts / II. forecasting unfair terms under the general rules./ III . forecasting unfair terms under the special rules contained in the law concerning the rules applicable to commercial practices.

Key words : unfair terms - adhesion contracts - consumer contracts - forecasting unfair terms.

مقدمة

يرتبط القانون ارتباطا مستمرا بالتطورات التي يعرفها المجتمع على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي ، باعتبار أن الوظيفة الأولى للقانون في المجتمع هي المحافظة على الحياة الاجتماعية وتنظيم الحقوق والمراكز القانونية ، لذلك نجده يضع مجموعة من القواعد الملزمة التي تضبط علاقات الأشخاص فيما بينهم وتحمي تصرفاتهم القانونية المبنية على حرية إرادتهم في إنشاء تلك التصرفات أو حرمتهم في التعاقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . فبمقتضى هذا الأخير يكون « العقد شريعة المتعاقدين » وبالتالي فإن العقد المبرم يعتبر عقدا متوازنا وملزما لأطرافه.

وفي الجزائر تأثر القانون المدني الجزائري الصادر في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٩ بمبدأ سلطان الإرادة كأحد الركائز الرئيسية التي يستند عليها نظام المعاملات المدنية بين الأفراد ، لكنه لم يطلق له العنان ، حتى لا تستبد الإرادة فتدشأ علاقات قانونية غير متكافئة دون النظر للمصلحة العامة أو للعدالة ، ولذلك قيدها بعدة قيود منها قيود تهدف إلى تحقيق مصلحة الأفراد مثل فرضه الشكلية كركن في بعض العقود ، و نظرية عيوب الرضا ، وقيود ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة مثل اشتراطه أن تبرم الاتفاقات في نطاق النظام العام والآداب العامة .

غير أن هذا المبدأ ما فتئ يعرف تدهورا و تراجع ملحوظا في المعاملات التجارية أو المدنية خلال القرنين ١٨ و ١٩م جراء اتساع رقعة النزعة الفردية ، و انتشار الصناعات الكبيرة التي جاء بها النظام الرأسمالي ، بحيث سادت فكرة التمركز والاحتكار بفعل ظهور مؤسسات وشركات تجارية ضخمة تمتلك الإمكانيات المالية والاقتصادية مما جعلها في مركز قوة، نظرا لاعتمادها في سياستها على تقنية عرض عقود نموذجية تنفرد بتحديد شروطها وصياغة مضمونها دون أن تقبل أية مناقشة من الطرف الآخر الذي لا يملك سوى الرضوخ أو الإذعان لها. ولذلك أطلق عليها اسم «عقود إذعان» . ولاشك أن مثل هذه العقود التي انتشرت في عصرنا الحالي المتميز بظاهرة استهلاكية محضة دخلت في ضروريات حياتنا، مثل عقد العمل ، وعقد القرض، وعقد التأمين ، وغيرها.

وعليه فإن جميع النظم القانونية في البلدان المتقدمة وحتى النامية ، أصبحت تهتم بإشاعة الاستقرار في المعاملات من خلال ترسيخ العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية ، وذلك بعدم الاعتماد المطلق على النظريات التقليدية في مكافحة الاختلال في التوازن العقدي ، وخلق آليات جديدة تسمح بإجراء رقابة على الشروط التعسفية من قبل المشرع أو القاضي ، أو من طرف أجهزة إدارية تنشأ لهذا الغرض .

وعليه سنحاول في هذا البحث الإجابة على الإشكالية التالية : ما مدى كفاية و فاعلية القواعد التي وضعها المشرع لمكافحة الشروط التعسفية في حماية المتعاقدين الضعيف ؟ .

أما بخصوص المنهج المتبع في هذا البحث ، فقد اعتمدنا المنهج الوصفي ، من خلال دراسة وصفية للنصوص القانونية المرتبطة بموضوع البحث والموزعة أساسا بين القانون المدني الجزائري والقوانين الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك .

كما اعتمدنا على منهج تحليل المحتوى أو المضمون من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية التي استعنا بها في الموضوع والمرتبطة أساسا بالشروط التعسفية وحماية المتعاقدين الضعيف منها .

إن دراسة موضوع الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية ، يقتضي منا في البداية الوقوف عند ماهية الشروط التعسفية (المبحث الأول) ، ثم استعراض مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة (المبحث الثاني) ، ومن

ثم التعرض الى مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد الخاصة الواردة في القانون رقم ٠٢٠٤ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية . وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على خطة قسمناها إلى ثلاث مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : ماهية الشروط التعسفية في العقود .

المبحث الثاني : مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة .

المبحث الثالث : مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد الخاصة الواردة في القانون رقم ٠٢٠٤ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

المبحث الأول : ماهية الشروط التعسفية في العقود .

حتى يمكن الوصول إلى مفهوم واضح للشروط التعسفية في العقود لابد أن نحدد تعريفا لها ، ثم نميزها عما يشتهر بها من شروط وذلك وفقا للتقسيم التالي :

المطلب الأول : تعريف الشروط التعسفية .

المطلب الثاني : تمييز الشروط التعسفية عما يشتهر بها من شروط .

المطلب الأول : تعريف الشروط التعسفية .

سنورد فيما يأتي تعريف الفقه للشروط التعسفية (الفرع الأول) ، ثم تعريف المشرع الجزائري لهذه الشروط (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف الفقه للشروط التعسفية .

تعددت تعريفات الفقه للشروط التعسفية واختلفت بتعدد واختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي ، وانقسموا حول هذا التعريف إلى مذاهب أربعة ، الأول يرى أنه من الصعب تحديد فكرة الشرط التعسفي لكن من الممكن الوقوف عليها عن طريق حصر أنواعها ، والمبادئ التي تحكمها في العقود النموذجية المدرجة في نماذج الاتفاقات المقترحة عادة من قبل المحترفين على المستهلكين^(١) .

أولا : القوانين

- ١- الأمر رقم ٧٥ / ٥٨ / المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
- ٢- القانون رقم ٠٢ / ٠٤ / المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٤ ، الجريدة الرسمية رقم ٤١ . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
- ٣- المرسوم التنفيذي رقم ٣٠٦ / ٠٦ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦ ، الجريدة الرسمية العدد ٥٦ . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
- ٤- الأمر رقم ٠٧ / ٩٥ ، المؤرخ في ١٩٩٥ / ٠٣ / ٠٨ ، المتضمن قانون التأمينات الجزائري المعدل والمتمم . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

ثانيا : الكتب

- ١- أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١١ .
- ٢- جمال الدين مكناس ، التأمين ، عقد التأمين ، الطبعة الثالثة ، مطبعة قمحة اخوان ، دمشق ، ٢٠٠٨ .
- ٣- جلال محمد إبراهيم ، أحكام الالتزام ، مصر ، ٢٠٠٠ .
- ٤- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد ٠١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة نشر .

أما المذهب الثاني فيرى أن الشروط تعتبر تعسفية إذا جاءت منافية لما يستوجبه التعامل من حسن نية ، ولما يجب أن يسود في هذا التعامل من نزاهة وشرف⁽²⁾.

وقد ذهب مذهب ثالث إلى أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق المهني الذي يستخدم تفوقه الاقتصادي ، ويخول لهذا الأخير الحصول على ميزة فاحشة⁽³⁾.

وقد ذهب مذهب رابع إلى أن الشرط التعسفي هو الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك ، بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك ، والمترتبة على عقد الاستهلاك⁽⁴⁾.

والحقيقة أن الشروط التعسفية واسعة الانتشار ، فهي تتعلق بتكوين العقد ، بتنفيذه أو بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽⁵⁾.

تعتبر لحظة إبرام العقد وموضوعه وبالذات تحديد ثمن السلعة أو الخدمة من أهم عناصر تكوين العقد : لذلك وبصدد لحظة إبرام العقد فإن المحترف يعتمد إلزام الطرف الآخر بالتعاقد بينما يعطي لنفسه - عادة - مهلة طويلة ، ليقرر خلالها التعاقد أو ليبيدي رغبته في عدم التعاقد.

أما بخصوص موضوع العقد فإن المحترف عادة ما يحتفظ لنفسه بحق تحديد ذلك الموضوع بإرادته المنفردة وإمكان تسليم موضوع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أو للاستخدامات المتفق على توجيهه إليها ، بل وربما يشترط المحترف توقيع الطرف عديم الخبرة أو الأقل كفاءة على إعلان علمه ومعرفته الحقيقية و الكاملة بشروط العقد وبحالة البضائع أو بطبيعة الخدمات بالرغم من جهله في حقيقة الأمر بكل هذه التفاصيل .

-
- ٥- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة نشر .
٦- عبد الفتاح عبد الباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، مصر ، ١٩٨٤ .
١- السيد محمد السيد عمران ، حماية العقد أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك ، ص ٣٣ .
٧- سعيد سعد عبد السلام ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان ، الولاء للطبع والتوزيع ، مصر ، ١٩٩٢ ، ص ١٦ وما بعدها .
٨- نبيل فرحان الشطناوي و د/ جمال النعمي ، حماية المؤمن له إزاء شرط سقوط الحق بالضمان في التشريع الأردني ، دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية الحقوق ، الإمارات ، العدد السادس والخمسون ، أكتوبر ٢٠١٣ .
٢- عبد الفتاح عبد الباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، مصر ، ١٩٨٤ ص ١٨٧ وما بعدها .

ثالثا : المقالات

- ١- السيد محمد السيد عمران ، حماية العقد أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك .
٢- سميح جان سفير ، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية ، العدد ٠٧ ، ٢٠٠١ .
٣- أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٤٨ .
٤- أيمن سعد سليم ، مرجع نفسه ، ص ٤٩ .
٥- سميح جان سفير ، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية ، العدد ٠٧ ، ٢٠٠١ ص ١٦ .

أما عن الثمن ، فإن هناك من الشروط ما توضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف، بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من جهة الطرف الآخر.

وقد ترد الشروط التعسفية أيضا ، في معرض تنفيذ العقد بصفة عامة ، فالالتزام المحترف باحترام الوعود والضمانات والتزامه بتحمل المسؤولية عن أعمال تابعيه ، عادة ما تكون محلا لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباء المحترف ومسؤوليته على حساب مصلحة المتعامل معه .

الفرع الثاني : تعريف المشرع الجزائري للشروط التعسفية .

ما يجب ملاحظته ابتداء أن المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات ، لم يأت بتعريف للشروط التعسفية في القانون المدني ، بل جاء ذلك بمناسبة إصدار القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽⁶⁾ في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة التي تكفل فيها بتحديد المفاهيم الواردة بهذا القانون ، بقوله : ((شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد)).

يتبين لنا من هذا التعريف أن المشرع الجزائري وضع أثر الشرط التعسفي على العلاقة التعاقدية ، وهو حدوث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه ، دون أن يأتي بما يفيد في تحديد معيار عدم التوازن الظاهر .

ولا يقصد بالتوازن في العقد المساواة ، لأنه عادة ما تتفاوت تلك الأداءات ، فلا يوجد عقد تتساوى فيه الأداءات المتقابلة، ولكن عندما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازنا .

والشرط التعسفي هو الذي يهدد هذا التوازن المنشود في العقد ، فيجعل التزامات أحد أطراف العقد أكبر بكثير من التزامات الطرف الآخر ، أو يلقي على عاتقه التزامات لا تقابلها حقوق في العقد ، وهذا النوع من الشروط ينطبق تطبيقه على العقود الملزمة للجانبين ولا ينطبق على العقود الملزمة لجانب واحد ، لان الأولى دون الثانية هي التي تكون فيها الأداءات مقابلة لكل من طرفيها.

المبحث الثاني : مكافحة الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة .

يقصد بالقواعد العامة ، القواعد الواردة في القانون المدني التي تكافح الشروط التعسفية ، باعتبارها الشريعة العامة التي تحكم المعاملات الخاصة بين الأفراد ، ومن خلال مراجعتنا لهذه القواعد نجد أن المشرع الجزائري ذكر في القانون المدني صراحة الشروط التعسفية في موضعين فقط ، الموضع الأول : أثناء تنظيمه لعقود الإذعان ، والموضع الثاني أثناء تنظيمه لعقد التأمين .

كما أن هناك قواعد أخرى تكافح شروطا لم يذكر المشرع صراحة أنها تعسفية ، لكن يمكن اعتبارها كذلك تبعا لمفهوم هذه الشروط .

وعليه نعالج في هذا المبحث القواعد التي تكافح الشروط التي ذكر المشرع صراحة أنها تعسفية (المطلب الأول) ، والقواعد التي تكافح الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية (المطلب الثاني) .

⁶ - القانون رقم ٠٢/٠٤ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٤ ، الجريدة الرسمية رقم ٤١ .

المطلب الأول : القواعد التي تكافح الشروط الذي ذكر المشرع صراحة أنها تعسفية

سوف نلقي نظرة في هذا المطلب على قواعد مكافحة الشروط التعسفية التي ذكرها المشرع صراحة في موضعين لا ثالث لهما ، الأول : أثناء تنظيمه لعقود الإذعان والثاني : أثناء تنظيمه لعقد التأمين .

الفرع الأول : قواعد مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إن من أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية انتشار عقود الإذعان التي تقوم على التفوق الاقتصادي لتعاقد في مواجهة الآخر ، فيستغل الأول هذا التفوق لفرض شروط تعاقدية قد يكون بعضها تعسفيا ، مما استدعى تدخل من المشرع لتوفير الحماية للطرف الضعيف بسن قواعد تكافح الشروط التعسفية التي يكون مصدرها عقود الإذعان .

أ- ماهية عقد الإذعان :

تنص المادة^٧ من القانون المدني الجزائري على أنه : ((يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها)) .

هذه المادة ذكرت ماهية عقد الإذعان ، كونه ذلك العقد الذي يرضخ فيه القابل للشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ، وهذه الصفة تنطبق على صور كثيرة من صور العقود التي لا يكون فيها تكافؤ أو توازن من الناحية الاقتصادية بين أطراف العقد ، ولا يشترط أن يكون أحد أطراف العقد سلطة عامة أو شخصا معنويا صاحب كيان اقتصادي كبير ، بل من الممكن أن تنطبق هذه المادة على العقود التي تبرم بين الأفراد العاديين إذا كان أحدهم لديه من الوسائل أن يضع شروطا مقررة في العقد لا يقبل فيها مناقشته من الطرف الآخر ، وكان الطرف الضعيف لا يملك سوى أن يتعاقد معه بهذه الصورة^(٧) .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص التالية :

- ١- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين .
 - ٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .
 - ٣- أن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة .
- وأمثلة هذه العقود كثيرة كالتعاقد مع شركات الكهرباء والغاز والماء ، أو التعاقد مع مصالح البريد ، وعقد النقل بوسائله المختلفة ... الخ^(٨) .

^٧ - أيمن سعد سليم ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ و ما بعدها .

^٨ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة نشر ص ١٩٢ .

^٩ - أيمن سعد سليم ، مرجع سابق ، ص ١٨ .

وقد انقسم الفقه في تحديد طبيعة عقد الإذعان ، فالبعض يرى أنه ليس بعقد فهو مركز قانوني منظم ينشأ بإرادة منفردة يشبه اللائحة وبالتالي يجب أن تنطبق عليه قواعد تفسير اللائحة وتعديلها وليس قواعد تفسير العقد وتعديله⁽⁹⁾.

لكن الرأي الغالب في الفقه يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ، ولا يمنع التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد من تكييفه بأنه عقد، وخضوعه للقواعد العامة التي تحكم العقود، مع العمل على حماية الطرف الضعيف (المذعن) في هذا العقد بوضع نصوص أو قوانين خاصة تحكمه وتحميه من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه الطرف القوي⁽¹⁰⁾

ب- جزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان :

نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه : ((إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)) .

والملاحظ أن هذا النص لم يبين المقصود بالشرط التعسفي، و ترك سلطة تحديده في عقود الإذعان للقاضي الموضوع دون أن يضع معيارا محددا يعين القاضي على تقديره ، سوى ضرورة مراعاة مقتضيات العدالة ، لهذا يخضع تقدير هذا الشرط للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ، والذي يملك سلطة واسعة، لكن يجب أن يقيم تقديره على أسباب سائغة ، وإلا تعرض حكمه للنقض .

أما عن المعيار الذي يسترشد به القاضي (مراعاة مقتضيات العدالة) لإعمال سلطة التعديل ، أو الإلغاء للشروط التعسفية ، فقد رأى الفقه أنه معيار مطلق وغامض ، لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر ، بل قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة ، لذلك فإن القاضي قد يلجأ إلى العدالة في مجال تفسير العقود الخاصة بالإذعان إذا التبس عليه الأمر في بيان ما إذا كان الشرط المعروض للتفسير تعسفيا أم لا . بالنظر إلى العناصر الداخلية أو الخارجية للعقد . وقد وضع المشرع هذا المعيار للاسترشاد به خشية أن يتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة⁽¹¹⁾.

والملاحظ أن اصطلاح العدالة يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة بين التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، دون أن يملك القاضي سلطة إبطال عقد الإذعان بناء على هذا الشرط ، ما دام هذا الشرط يستقيم العقد بدونه ولا يمثل الدافع الباعث على التعاقد .

١٠- عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١٩٣ .

11 - سعيد سعد عبد السلام ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان ، الولاء للطبع والتوزيع ، مصر ، ١٩٩٢ ، ص ١٦ وما بعدها .

يستطيع قاضي الموضوع - وفقا لهذا النص - إذا قدر أن شرطا ما تعسفيا أن يعفي الطرف المدعن منه ولا يجوز للطرف الأخر التمسك في هذا الصدد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما دام العقد من عقود الإذعان ، لأن هذا النص أخرج عقود الإذعان من تطبيق هذا المبدأ .

ويستطيع القاضي أيضا أن يعدل هذا الشرط بدلا من أن يلغيه ، وذلك بما يتفق ومصصلحة الطرف المدعن وفقا لما تقتضيه العدالة كما جاء في نص المادة السابقة .

هذا الحكم الوارد في المادة ١١ يعد متعلقا بالنظام العام ، ولا يجوز من ثم الاتفاق على مخالفته .

الفرع الثاني : قواعد مكافحة الشروط التعسفية في عقد التأمين

الموضع الثاني الذي ذكر فيه المشرع الجزائري صراحة اصطلاح (الشروط التعسفية) هو أثناء تنظيمه للأحكام العامة في عقد التأمين ، وإلى ذلك فقد أورد القانون المدني نصين مهمين قصد بهما حماية المستأمنين ، ويجعل الكفة متوازنة بينهم وبين شركة التأمين ، فقد نصت المادة ٦٢ من القانون المدني على أنه : ((يكون باطلا ، كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له ، أو المستفيد)) .

من خلال هذا النص نجد أن المشرع قد جعل النصوص التي تنظم عقد التأمين والتي تهدف في مجموعها إلى حماية المستأمنين نصوصا لا تجوز مخالفتها ، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المستأمنين ، أما إذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فإن الاتفاق يعد باطلا⁽¹²⁾ .

كما لاحظ المشرع بعض الشروط التي ترد أحيانا في عقود التأمين ، وتكون جائرة ، فنص صراحة على بطلانها . وتنص المادة ٦٢ في هذا الصدد على ما يأتي : ((يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم ، إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية .

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند ، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط .

- شرط التحكيم ، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة ، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

- كل شرط تعسفي آخر ، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه .

من خلال هذا النص يتبين لنا أنه ، وعلى خلاف عقود الإذعان . فقد حدد المشرع قائمة من الشروط إذا ذكرت في وثيقة التأمين يجب اعتبارها تعسفية ، وإذا عرض نزاع بشأنها وطلب المؤمن له إبطالها ، فيجب على القاضي أن يبطل هذه الشروط دون إبطال عقد التأمين . كل هذا في محاولة من المشرع تسهيل مهمة القاضي في تحديد الشروط التعسفية .

أما عن قائمة الشروط التي يجب أن تكون تعسفية إذا وردت في وثيقة التأمين على النحو التالي :

١٢- جمال الدين مكناس ، التأمين ، عقد التأمين ، الطبعة الثالثة ، مطبعة قمحة اخوان ، دمشق ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢ .

أ- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم ، إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية : مقتضى هذا الشرط هو سقوط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التأمين بعد وقوع الكارثة ، إذا كان سبب وقوعها مخالفة القوانين والنظم أيا كان حجم هذه المخالفة . مثل مخالفة المؤمن له لإشارات المرور ، أو لتجاوزه السرعة القصوى ، أو لسيوره في الاتجاه العكسي .

وقد تنبه المشرع الجزائري إلى هذه المسألة ، واعتبر أن إدراج شركات التأمين لمثل هذا الشرط في عقد التأمين ، ولا سيما في وثيقة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات من شأنه أن يحرم المؤمن له من مبلغ التأمين في معظم الحالات وعلى هذا الأساس يعد هذا الشرط تعسفيا ، ذلك أن الكارثة لا تقع عادة إلا نتيجة مخالفة إشارات المرور ، وهذه التجاوزات ما هي إلا مخالفات توقع عليها عادة عقوبة الغرامة المالية ، ولا تنطوي على عقوبة إجرامية للمؤمن له ، بل هي ناتجة عادة عن عدم حيطة أو رعونة . لذلك فقد نص المشرع على أن يقع باطلا كل شرط يقضي بسقوط الحق في الضمان بسبب مخالفة القوانين والنظم ، ولكنه استثناء عن هذه القاعدة ، وحتى لا يشجع المؤمن له على ارتكاب الجرائم الخطيرة ، مثل الجنائيات سواء كانت عمدية أو غير عمدية ، أو الجنح العمدية ، فقد قضى المشرع بصحة الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في الضمان بسبب مخالفة القوانين واللوائح إذا انطوت هذه المخالفة على جنائية أو جنحة عمدية .

ب- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول : مقتضى ذلك ، أن المشرع قد رأى أن الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في القيام بالالتزامات المترتبة على وقوع الكارثة على الرغم من أن لديه عذرا مقبولا يبرر هذا التأخر يعتبر شرطا تعسفيا ، لأن من العدل ألا يحرم من حقه في مبلغ التأمين إذا لم يقم بهذه الالتزامات بناء على هذا العذر ، ومن قبيل الأعذار المقبولة القوة القاهرة ، والحوادث المفاجئ ، الذي يمنع المؤمن له عن الإبلاغ عن وقوع الكارثة في المدة المحددة ، كأن يفقد الذاكرة بصورة مؤقتة أو دائمة ، أو أن يصاب في الحادثة بإصابة بليغة ، ويقع على المؤمن له إثبات مثل هذا العذر حتى لا يحرم من مبلغ التأمين ، إذا أخل بالتزامه ، وله أن يثبته بكافة طرق الإثبات ، لأن الإثبات في هذه الحالة يقع على واقعة مادية⁽¹³⁾ .

ولكنه وبمفهوم المخالفة فإن الشرط المتضمن في وثيقة التأمين الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين بسبب تأخره في التصريح بتحقيق الكارثة دون أن يكون له عذر مقبول ، يعد صحيحا ولا يعد تعسفيا⁽¹⁴⁾ .

¹³ - من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المؤمن له بموجب عقد التأمين والتي نصت عليها الفقرة الخامسة من المادة ١٥ من قانون التأمينات الجزائري رقم ٠٧/٩٥ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٣/٠٨ المعدل والمتمم ، التزامه بالتبليغ عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد اطلاعه عليه ، ضمن آجال محددة ، إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة .

¹⁴ - لم يبين المشرع الجزائري الجزاء الذي يترتب عن الإخلال بالإخطار عن تحقق الخطر ضمن الآجال القانونية . غير إنه جرى العمل بأن تضع شركات التأمين من بين الشروط التي تتضمنها وثائق التأمين شرطا يقضي بسقوط حق المؤمن له في الضمان إذا أخل بهذا الالتزام إذا لم يكن له عذر مقبول . لمزيد من التفصيل راجع : نبيل فرحان الشطناوي و جمال النعيمي ، حماية المؤمن له إزاء شرط سقوط الحق بالضمان في التشريع الأردني ، دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية الحقوق ، الإمارات ، العدد السادس والخمسون ، أكتوبر ٢٠١٣ .

ج- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط : سقوط حق المؤمن له في التأمين يخالف القواعد العامة التي تحكم إخلال المدين القيام بالتزامه ، ولذلك اعتبر المشرع الشرط المطبوع الذي يقضي بهذا السقوط إذا كان غير واضح يعتبر تعسفيا ، لأنه مخالف للأصل ، وبالتالي يعتبر استثناء، والاستثناء يجب أن ينص عليه صراحة ، كما لا يجوز التوسع في تفسيره ولا القياس عليه .

وإذا ورد شرط السقوط ضمن الشروط المطبوعة في وثيقة التأمين يجب - حتى يكون صحيحا - أن يبرز بشكل ظاهر ، بأن يوضع تحته خط ، أو يكتب بحجم خط أكبر من حجم الخط المكتوبة به الوثيقة ، ولا يحتج بهذا الشرط إذا كان مكتوبا بنفس خط وحجم الشروط المطبوعة الأخرى .

د - شرط التحكيم ، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة ، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة : وهو حكم خاص بعقد التأمين لا ينطبق على غيره من العقود . ويفيد بإبطال شرط التحكيم باعتباره تعسفيا ، إذا لم يرد في اتفاق خاص أو في ملحق الوثيقة منفصلا عن الشروط المطبوعة ، مع أن شرط التحكيم شرط عادي كالشروط الأخرى . وتبدو العبرة في ذلك ، هي حماية المؤمن له من استغلال المؤمن لتفوقه الاقتصادي والقانوني في عقد التأمين، لفرض وسيلة التحكيم على المؤمن له في حل المنازعات المتعلقة بعقد التأمين التي قد تنشأ بينهما .

هـ- كل شرط تعسفي آخر ، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه : فتحت الفقرة الخامسة من المادة ٦٢٢ المذكورة أعلاه ، المجال للقاضي أن يحكم ببطلان أي شرط تعسفي آخر ، غير الذي تم ذكره في الفقرات الأربع السابقة ، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه .

من استعراض هذا النص نجد أنه ينطوي على حماية جديّة للمؤمن له ، فهو بعد أن أورد شروطا معينة رآها جائرة ونص على بطلانها ، عمم بعد التخصيص فأبطل كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه ، فيكون تعسفا من جانب شركة التأمين أن تتمسك بمثل هذا الشرط ، ويعود لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كان لمخالفة الشرط أثر في وقوع الحادث المؤمن منه فيكون الشرط صحيحا ، أو ليس للمخالفة أثر فيكون الشرط تعسفيا ويقع باطلا ، فلا يعتد به ، وتذهب المحاكم إلى تفسير الشروط الغامضة أو غير المحددة الواردة في العقد ، لمصلحة المؤمن له ، لأن شركات التأمين هي التي أعدتها .

المطلب الثاني: مكافحة الشروط التي يستفاد ضمنا أنها تعسفية

يمكن تقسيم الشروط التي يستفاد ضمنا أنها تعسفية ولم تذكر صراحة بهذا الوصف في القانون المدني من حيث الجزاء المترتب عليها إلى ثلاثة أنواع :

- النوع الأول : شروط تؤدي إلى بطلان العقد .

- النوع الثاني : شروط تبطل ولا تبطل العقد .

- النوع الثالث : شروط لا تبطل ولا تبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها .

الفرع الأول : شروط تؤدي إلى بطلان العقد

هناك شروط تبلغ من الجسامّة إذا وردت في عقد من العقود يمكن اعتبارها تعسفية ، ونظرا لجسامتها لا تؤدي إلى بطلان الشرط فقط ، وإنما يمتد البطلان إلى العقد الذي تضمنها ، ومن هذه الشروط ، ما يعرف بالشرط الإرادي المحض ، حيث

نص القانون المدني الجزائري في المادة ٢٠٩ منه على أنه : ((لا يكون الالتزام قائما ، إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم)) .

فالشرط الإرادي المحض هو الذي يتوقف على محض إرادة الشخص وعلى مجرد مشيئته ، فهو الذي لا يتطلب سوى مجرد تعبير عن الإرادة ، فيكون وجود الالتزام ، إذا كان الشرط واقفا ، أو زواله إذا كان الشرط فاسخا رهينا بمحض إرادة أحد الطرفين . ومثاله " أهبك ألف دينار إذا أردت " (هذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة المدين) أو " أهبك ألف دينار إذا طلبت (وهذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة الدائن) أو أن يتفق في عقد الإيجار على أن يكون للمؤجر أو للمستأجر حق فسخ الإيجار في أي وقت يشاء (وهذا شرط فاسخ متعلق بإرادة الدائن أو المدين على حسب الأحوال)⁽¹⁵⁾ .

وإذا وقعنا في دائرة الشرط الإرادي المحض فإنه ينبغي أن نفرق بين ما إذا كان هذا الشرط متعلقا بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين .

- أما إذا كان متعلقا بمحض إرادة الدائن : فإن الشرط يكون صحيحا ويقوم الالتزام معلقا على إرادة الدائن وسواء أكان الشرط واقفا (كالتزام البائع في البيع بشرط التجربة) أم فاسخا (كالتزام المشتري الذي يحتفظ بحق الرجوع في البيع خلال مدة معينة) .

- أما إذا كان الشرط الإرادي المحض متعلقا بإرادة المدين : فتجب التفرقة بين ما إذا كان هذا الشرط فاسخا أم واقفا .

* فإذا كان الشرط فاسخا (كالتزام صاحب العمل في عقد العمل تحت الاختبار) وقع هذا الشرط صحيحا وكان الالتزام قائما ، لأن وجوده غير معلق على محض إرادة المدين

* أما إذا كان الشرط واقفا (كما لو التزم شخص بأن يهب متى شاء) فإن الشرط يقع باطلا ، ويقع معه باطلا الالتزام الذي علق عليه ، لأن مثل هذا الشرط يجعل الرابطة القانونية في الالتزام منحلة منذ البداية ، إن شاء المدين أقامها وإن شاء منع قيامها⁽¹⁶⁾ .

هذا الشرط يمكن اعتباره تعسفيا إذا فرضه أحد المتعاقدين على الآخر ، وجزاؤه هو بطلان الشرط ، وبطلان الالتزام المعلق عليه.

الفرع الثاني : شروط تبطل ولا تبطل العقد

هناك شروط يمكن أن تعتبر تعسفية لكنها لا تبلغ من الجساماة إلى حد أن بطلانها يبطل العقد الذي تحتويه ، فهي تبطل ويبقى العقد الذي احتوته صحيحا .

ومن أمثلة هذه الشروط :

١- الشرط الذي يرمي إلى استبعاد ضمان الاستحقاق في عقد البيع إذا كان هذا الضمان ناشئا عن استحقاق نشأ من فعل البائع . والجزاء في هذه الحالة هو أن ينعدم أثر الشرط ويبقى البائع مسؤولا عن الاستحقاق . حيث نصت الفقرة الأولى من

15 - جلال محمد إبراهيم ، أحكام الالتزام ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص ١٤٢ و ١٤٣

١٦ - جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

المادة ٣٧ من القانون المدني على أنه : ((يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)) .

٢- الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص ضمان العيوب الخفية من على عاتق البائع ، إذا كان البائع عالماً بها ، وتعتمد إخفاءها عن المشتري غشا منه ، حيث تنص المادة ٣٨ من القانون المدني الجزائري على أنه : ((يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان ، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه)) .

٣- شرط الإعفاء من المسؤولية المترتب على العمل غير المشروع ، ورد النص على هذا الشرط في المادة ١٧ من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

وببطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي)) .

الفرع الثالث : شروط لا تبطل ولا تبطل العقد ولكن يجوز للقاضي تعديلها .

هناك شروط يتفق المتعاقدان عليها تحقيقاً لمصلحتهم ثم يتبين عند تنفيذها تغير الظروف التي أبرمت فيها فتصبح تعسفية بالنسبة لأحد المتعاقدين ، ولا سيما إذا فرضت هذه الشروط بواسطة الطرف الأقوى في العقد ، ومن أمثلة هذه الشروط الشرط الجزائي⁽¹⁷⁾ .

أ- تعريف الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو عند التأخر فيه ، يستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد الأصلي ، أم في اتفاق لاحق عليه بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الإخلال بالالتزام ، وقد أجاز القانون هذا الاتفاق ، حين نصت المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري على أنه : ((لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه)) .

17 - لمزيد من التفصيل راجع : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة نشر ، ص ٧٩٥ .

ب- تدخل القضاء للحد من المغالاة في الشرط الجزائي

الذي يهمننا من هذه المادة هو الفقرة الثانية منها والتي اعترفت للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي بإنقاصه إذا كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة ، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الشرط بمثابة شرط تهديدي ، وبالتالي يجوز للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية ألا يعمل هذا الشرط ، وأن يقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة ، أي يجوز له في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي بالقدر الذي يتناسب مع الضرر.

وإذا أثبت المدعي أنه قد نفذ جزءاً من الالتزام بحيث أن الشرط الجزائي أصبح غير متناسب مع الضرر جاز للقاضي أن يخفضه بالقدر الذي يتناسب مع الضرر المترتب على إخلال المدعي بما تبقى من التزامه ، والقاضي له سلطة تقديرية في هذا الشأن دون رقابة عليه من المحكمة العليا .

المبحث الثالث : مكافحة الشروط التعسفية وفقاً للقواعد الخاصة الواردة في القانون رقم ٠٢٠٠ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

لقد ساهم تحول المجتمع المعاصر من مجتمع إنتاجي إلى مجتمع استهلاكي ، في انتشار ظواهر كثيرة تعبر عن تحكم فئة المنتجين أو المحترفين في فئة المستهلكين . ومن بين هذه الظواهر ظاهرة انتشار إدراج الشروط التعسفية في العقود ، مما استدعى تدخل المشرع لأجل حماية الطرف الضعيف في العقد من تعسف الطرف القوي ، وذلك مع عدم كفاية القواعد العامة في حماية المستهلك ، وهذا من خلال ظهور فروع جديدة من القوانين تتضمن قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التي تحكمها على رأسها القوانين المرتبطة بحماية المستهلك .

وعليه سنتناول طرق مكافحة الشروط التعسفية وفقاً للقواعد الخاصة التي تحكم عقود الاستهلاك . من خلال تحديد المشرع لقائمة الشروط التعسفية (المطلب الأول) ، أو من خلال اللجنة التي أنشأها المشرع لهذا الغرض والمسماة " لجنة البنود التعسفية " (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : مكافحة الشروط التعسفية من خلال تحديدها من طرف المشرع

لقد تولى المشرع الجزائري ذكر شروطاً محددة على سبيل الحصر ويعتبرها تعسفية دائماً ، بحيث لا يترك للقاضي الموضوع إذا واجهها في نزاع سلطة تقديرية إزاءها فهي تعسفية بقوة القانون .

وقد وردت هذه الشروط في الفصل الخامس من القانون رقم ٠٢٠٠ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠٠٠ يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، تحت عنوان " الممارسات التعاقدية التعسفية " . بالنسبة لعقود البيع التي تبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك ، وأيضاً ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم ٣٠/٦٠ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٠ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية .

الفرع الأول : تحديد المشرع للعناصر الأساسية للعقود

يعرف عقد الاستهلاك بصورة عامة بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع السلع أو تأدية خدمة ، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " .

من هذا المنطلق كان لزاما على المشرع ، وفي سبيل حماية حقوق ومصالح المستهلك (الطرف المدعن) النص على أهم العناصر الأساسية في عقد الاستهلاك ، المرتبطة أساسا بالحقوق الجوهرية للمستهلك ، واعتبار اشتراط العون الاقتصادي تعديلها أو إلغائها شرطا تعسفيا ، يستوجب على القاضي إلغاؤه .

وفي هذا الإطار ، نصت المادة ٣ من القانون رقم ٠٢٠ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠٠٠ يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي : ((بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه ، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم ، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية)) .

وتطبيقا لأحكام المادة ٣ المذكورة أعلاه ، صدر المرسوم التنفيذي رقم ٣٠/٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٠ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية . حيث نصت المادة ٠٢ منه على ما يلي : ((تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك ، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/ أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع)) .

وجاء في المادة ٠٣ من هذا المرسوم : ((تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة ٠٢ أعلاه ، أساسا بما يأتي :

- خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها .

- الأسعار والتعريفات .

- كفاءات الدفع .

- شروط التسليم وأجاله .

- عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم .

- كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/ أو الخدمات .

- شروط تعديل البنود التعاقدية .

- شروط تسوية النزاعات .

- إجراءات فسخ العقد)) .

الفرع الثاني : تحديد الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع .

نصت المادة ٢ من القانون رقم ٠٢٠ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠٠٠ يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي : ((تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

١- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك .

٢- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد .

٣- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك .

٤- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية .

٥- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها .

٦- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته .

٧- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة .

٨- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة .

تطبيقا لهذا النص من خلال الحالات المذكورة فيه ، يكون الشرط تعسفيا في عقد البيع المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك ، متى كان موضوعه أو الآثار المترتبة عليه ، تلغي أو تقلل من حقوق ومصالح المستهلك ، ويهدف حماية هذا الأخير ، يجب على القاضي أن يحكم بأنها تعسفية وليس له سلطة تقديرية في ذلك .

الفرع الثالث : تحديد الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود .

تنص المادة ٥٩ من المرسوم التنفيذي رقم ٣٠/٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٠ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية . على ما يلي : ((تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين ٢ و ٣ أعلاه

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ، بدون تعويض للمستهلك .

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ، إلا بمقابل دفع تعويض .

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي ، أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على ، تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده .

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد .

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه .

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك .

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق .

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطاته .

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

من خلال هذا النص يمكن أن نسجل الملاحظات التالية :

الأولى : أن هذه المادة تنطبق على كافة عقود الاستهلاك المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك ، لا تقتصر على عقود البيع مثل المادة السابقة عليها ، بل يمتد تطبيقها في حالة عقود تقديم الخدمات أيضا .

الثانية : أن المشرع ومن أجل حماية المستهلك من النفوذ الاقتصادي أو الاجتماعي للعون الاقتصادي ، والذي قد يستهدف الحقوق الجوهرية للمستهلك ، كما هو الحال بالنسبة للتعويض في حال قيام المسؤولية العقدية ، جعل الشروط التي تستهدف الإعفاء من المسؤولية شروطا تعسفية تستوجب الإلغاء . وهذا يمثل خروجاً على القواعد العامة⁽¹⁸⁾ .

الثالثة : أن التحديد المتعلق بحالات الشروط الواردة أعلاه ، وإن كانت تقيد القاضي بأن يحكم بأنها تعسفية ، إلا أنها لم تكن على سبيل الحصر . وعليه لا يمنع ذلك القاضي أن يحكم بأن شروطاً أخرى تعسفية ذلك أن نص المادة ٣٠٦ من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد وسعت من مفهوم هذه الشروط التعسفية ، واعتبرت أن وجود بند في العقد يخل بالتوازن العقدي لصالح البائع أو المحترف ، يعتبر شرطاً تعسفياً يستوجب الإلغاء .

المطلب الثاني : مكافحة الشروط التعسفية من خلال إنشاء لجنة متخصصة

لقد أوجد المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك الجزائري ، وبالضبط المرسوم التنفيذي رقم ٣٠٦/٠٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽¹⁹⁾ ، لجنة متخصصة في الشروط التعسفية ، مهمتها الأساسية مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، أطلق عليها اسم " لجنة الشروط التعسفية " *commission des clauses abusives*⁽²⁰⁾

وعليه سينصب بحثنا في هذا المطلب على عرض تشكيلتها ثم مهامها وأخيراً مدى القوة الإلزامية لتوصياتها وذلك وفقاً للتقسيم التالي : - الفرع الأول : تشكيل لجنة الشروط التعسفية . - الفرع الثاني : مهام لجنة الشروط التعسفية . الفرع الثالث : مدى فاعلية توصياتها .

18 - تنص المادة ١٧٨ من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، غير أنه ، يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . وببطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ."

19 - المرسوم التنفيذي رقم ٣٠٦/٠٦ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٦ ، الجريدة الرسمية العدد ٥٦ .

20 - لقد كان القانون الفرنسي سباقاً في إنشاء هذه اللجنة بموجب قانون الاستهلاك رقم ٣١٤/٩٤ الصادر في أبريل سنة ١٩٩٤

الفرع الأول : تشكيل لجنة الشروط التعسفية وإجراءات انعقادها .

أ- تشكيل لجنة الشروط التعسفية

تتكون لجنة الشروط التعسفية من سبعة (٠٧) أعضاء معينين بقرار من وزير التجارة على النحو التالي :

١- ممثل عن وزير التجارة ، مختص في مجال الممارسات التجارية ، رئيسا .

٢- ممثل عن وزير العدل ، مختصا في قانون العقود .

٣- عضو من مجلس المنافسة .

٤- متعاملين اقتصاديين (٠٢) ، عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود .

٥- ممثلين (٠٢) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني ، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود .

وتسير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة .

ويتم تعيين أعضاء اللجنة بواسطة قرار يصدر من وزير التجارة لمدة ثلاث (٠٣) سنوات قابلة للتجديد ، وتنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها . وفي حالة الانقطاع النهائي لعهد عضو من اللجنة كما في حالة الوفاة ، يتم استبداله بالأشكال نفسها ، ويتابع العضو الجديد مهام العضو الذي خلفه إلى غاية انتهاء العهدة .

ب- إجراءات انعقاد لجنة الشروط التعسفية

تعقد اللجنة اجتماعاتها بناء على دعوة رئيسها في دورة عادية كل ثلاثة أشهر ، وذلك للنظر في الموضوعات المحالة إليها من وزير التجارة أو جمعيات حماية المستهلكين أو من الجمعيات المهنية ، كما يمكن أن تعقد اللجنة اجتماعاتها بناء على طلب من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل في دورة استثنائية .

يكون الانعقاد صحيحا بحضور نصف أعضائها على الأقل . ومع ذلك ، يمكن للجنة أن تجتمع بعد ثمانية أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وإن لم يكتمل النصاب ، وتداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين .

وتؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية أصوات الحاضرين ، وفي حالة تعادل الأصوات ، يكون صوت الرئيس مرجحا .

وحق تستطيع اللجنة أن تقوم بوظائفها على أكمل وجه ، لها أن تستعين بخبراء من خارجها يفيدوها في أعمالها ، ويحق لأعضاء اللجنة الاتصال بكافة الجهات والحصول على المستندات والمعلومات اللازمة لأداء عملهم على أكمل وجه .

الفرع الثاني : مهام لجنة الشروط التعسفية .

من خلال نص المادة ٠٧ من المرسوم التنفيذي رقم ٣٠/٦٦ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠٠ ، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، يمكن استخلاص أهم المهام التي تكلف بها هذه اللجنة كالآتي :

المهمة الأولى - إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية :

جاء في نص الفقرة الأولى من المادة ٠ من المرسوم المذكور سابقا ما يلي : ((تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص " اللجنة " (...)). وعليه من المهام الأساسية للجنة الشروط التعسفية صياغة توصيات تبلغ إلى وزير التجارة والمؤسسات المعنية تتعلق بالعقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي ، وتقوم اللجنة بأداء هذه المهمة نتيجة دورها الرقابي المناط بها في فحص كل هذه العقود .

المهمة الثانية - تقديم المشورة :

مقتضى هذه المهمة ، أنه يمكن لجميع الجهات التي تهتم بالشروط التعسفية سواء الحكومة ممثلة في وزارة التجارة ، عندما تريد تحيين النصوص القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية ، أو القضاء عندما يعرض أمامه نزاع حول الخاصية التعسفية لأحد الشروط التعاقدية . تستطيع هذه الجهات أن تستعين باللجنة لإبداء رأيها الاستشاري حول هذه الشروط التعسفية ، باعتبارها خبيرة بمسألة الشروط التعسفية .

المهمة الثالثة - مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها : وهو الاختصاص المرتبط أساسا بموضوع الشروط التعسفية .

المهمة الرابعة - نشر تقرير سنوي عن نشاطها :

تقوم لجنة الشروط التعسفية بنشر مجمل أعمالها السنوية وذلك في ختام كل عام ، وتنشر هذه الأعمال في صورة تقرير يتضمن الآراء التي قدمتها لمختلف الجهات والتوصيات التي أصدرتها في مجال الشروط التعسفية ، واقتراحاتها في هذا المجال . ويصدر هذا التقرير بطريقة منظمة ومفهرسة كل عام ، وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة .

الفرع الثالث : مدى فاعلية توصياتها .

وفقا للنصوص المنظمة للجنة الشروط التعسفية السابق شرحها ، فإن هذه اللجنة تقوم بمهام عديدة وتصدر توصيات متنوعة تتعلق بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك .

ولاشك أن أهمية هذه التوصيات وتلك المهام التي تقوم بها اللجنة تتمثل في توضيح فكرة هذه الشروط والعمل على محاربتها . رغم أنها توصيات غير ملزمة وبالتالي لا تعتبر قواعد قانونية عامة ومجردة ، وكذلك فهي ليست قرارات إدارية ملزمة وضعتها سلطة عامة في حدود اختصاصها ، ولكن لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه كجهة يمكن الرجوع إليها للاسترشاد بها في معرفة الخاصية التعسفية للشروط في عقود الاستهلاك .

وفي الأخير وجب أن ننوه بإنشاء هذه اللجنة من طرف المشرع الجزائري والذي يشكل إضافة كبيرة ميزت القانون الجزائري في هذه المجال لما تشكله من ضمانة إضافية لحماية المستهلك .

المطلب الثالث : مكافحة الشروط التعسفية من خلال جمعيات حماية المستهلك .

لم يكتف المشرع الجزائري بوسائل مكافحة الشروط التعسفية السابقة ، وإنما وضع تحت يد جمعيات حماية المستهلك وسائل ناجعة لمكافحة الشروط التعسفية وذلك في إطار الحماية القانونية للمستهلك ، وهذا من خلال الدعاوى التي يمكن

لهذه الجمعيات رفعها لحذف الشروط التعسفية (الفرع الأول) ، أو من خلال طلب التعويض لجبر الضرر الجماعي الذي لحق بالمستهلكين (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : دعوى حذف الشروط التعسفية .

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٥ من القانون من القانون رقم ٠٢٠ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠٠٠ يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي : ((دون المساس بأحكام المادة ٢ من قانون الإجراءات الجزائية ، يمكن جمعيات حماية المستهلك ، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون)).

وعلى هذا الأساس من حق جمعيات حماية المستهلك مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين ، ومن هذه الدعاوى دعوى بطلان الشرط التعسفي ، وإن كان نص المادة السابقة عام يشمل جميع الدعاوى من بينها دعوى إبطال الشرط التعسفي التي لم تذكر بالتحديد من قبل المشرع الجزائري .

الفرع الثاني : طلب تعويض لجبر الضرر الجماعي .

تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥ المذكورة سابقا على ما يلي : ((كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم)) .

وبناء عليه تستطيع جمعيات حماية المستهلك أن تطالب بتعويض الأضرار التي أصابت المصلحة الجماعية للمستهلكين من جراء وجود شروط تعسفية

خاتمة

من خلال استعراض التنظيم التشريعي لمكافحة الشروط التعسفية في الجزائر والرامي إلى حماية المتعاقد الضعيف يمكن أن نخلص إلى النتائج والاقتراحات التالية :

أولا : النتائج

- ١- إن الشروط التعسفية تتعلق بظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية ، واختلال التوازن بالالتزامات يرتبط باختلال مواقع المتعاقدين ، فهناك القوي والضعيف ، العالم والجاهل ، الممتن وعديم الخبرة
- ٢- إن مبدأ سلطان الإرادة ، ومؤسسة عيوب الإرادة لم يعد بإمكانها مقاومة الشروط التعسفية التي تؤدي إلى الإخلال في التوازن، وسبب ذلك تطور المجتمعات الحديثة ، وما صاحب ذلك من تقدم في المجالين العلمي والتكنولوجي ، مما استدعى إقرار إجراءات جديدة في هذا المجال .
- ٣- لقد وضع المشرع الجزائري في القانون المدني ، قواعد عامة لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، وترك لقاضي الموضوع فرصة الاجتهاد في تحديد الشروط التعسفية دون أن يعينه بمعايير واضحة تعينه على هذا التقدير .
- ٤- عقود الاستهلاك صورة متطورة للإذعان ، حيث يدعن أحد الأطراف لشروط الطرف الآخر ، مع أنها لا تتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه ، لذلك أعطى المشرع الحماية التشريعية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية مع عدم كفاية القواعد العامة لحمايته .

٥- حدد المشرع الجزائري شروطا إذا ذكرت في عقد الاستهلاك يجب أن تكون تعسفية .

٦- أنشأ المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك ، لجنة متخصصة للشروط التعسفية من مهامها الرئيسية إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية ، وإصدار توصيات تتعلق بهذه الشروط ، وهي لها دور كبير في توضيح هذه الشروط ومكافحتها .

ثانيا : الاقتراحات

- ١- التنصيص صراحة على حق المستهلك في رفع دعوى فردية ، تهدف إلى بطلان الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا ، لأن ذلك يحقق مصلحة المستهلك أكثر من بطلان العقد برمته .
- ٢- التنصيص على منح القاضي سلطة إبطال الشرط التعسفي من تلقاء نفسه أثناء نظره نزاعا لعقد تضمن هذا الشرط ، دون حاجة لأن يطلب المستهلك منه ذلك وذلك حماية لمصلحة المستهلك .
- ٣- التنصيص على منح جمعيات حماية المستهلكين ، حق التدخل في الدعوى التي ترفع من قبل المستهلك أمام القضاء المدني، والتي يطالب فيها ببطلان الشرط التعسفي وذلك للاستفادة من الإمكانيات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك .
- ٤- إن السماح لجمعيات حماية المستهلك بمباشرة جميع الدعاوى المتعلقة بمخالفة العون الاقتصادي لأحكام القانون دون تحديد قد يضر بمصلحة المستهلك ، الذي قد لا يجد فائدة من رفع دعوى تتعلق بمصلحته ، ولا يحق للجمعيات أن تفرض عليه هذه الدعوى، وعليه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يحدد هذه الدعاوى بدقة وبالذات موضوع بطلان الشرط التعسفي .

أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الإلكتروني عبر الإنترنت في ضوء نصوص القانون السوداني: ((دراسة تحليلية مقارنة))

الباحثة معاني عثمان محمد أحمد كلية الدراسات العليا، قسم القانون، جامعة النيلين السودان

المقدمة

أولاً:-موضوع البحث:-

يعد هذا البحث دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات المعاصرة في المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بتطبيق موادها ومعرفة مدى كفاية نصوصها لحكم المسؤولية الناشئة عن استخدام الإنترنت والأضرار المترتبة علي ذلك ، وفقا للنصوص الواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠م.

وذلك لما إكتسبه الإنترنت من أهمية ومساحة واسعة في حياتنا المعاصرة، حيث أصبح قناة مفتوحة ومتدفقة من المعلومات وأسلوب مبتكر للمعاملات التجارية والمدنية ووسيلة للتعبير عن الرأي والتعلم والتثقيف.

ثانياً:- أهمية البحث:-

يستمد هذا البحث أهميته من كون الإنترنت و_بالرغم من الجوانب الإيجابية التي شكلها_، إلا أنه ينطوي ويحمل في طياته العديد من الانحرافات والممارسات التي قد تسبب العديد من المشاكل وربما الجرائم، بشكل يؤثر علي المتعاملين بالإنترنت ويتسبب في ضياع أموالهم وحقوقهم.وعليه يمكننا تلخيص مدى أهمية البحث في النقاط الآتية:-

- بيان الطبيعة القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت.
- معرفة مدى كفاية نصوص قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠م لحكم المسؤولية الناشئة عن الإستخدام الضار للإنترنت.
- أهمية المساحة التي احتلها الإنترنت في حياتنا المعاصرة بشكل يشكل خطرا على مستخدميه إذا لم يتخذوا الحذر.

ثالثاً:- منهج البحث :-

سوف أتبع في دراستي هذه المنهج الإستقرائي التحليلي أجوب من خلاله جوانب مختلفة لموضوع(أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت) والتعرف علي تأثيرها بالنظام القانوني مع دراسة تطبيقات هذا الأمر في الفقه المقارن.

ماهمني بشكل أساسي تبين أن الخاصية الأساسية لمنهج البحث أنها تساعد على الفهم (بالمعني الواسع لهذا اللفظ) وبذلك فإنه بطريق مباشر يساعد على فهم كيفية البحث نفسه.

رابعاً:- هدف البحث:-

تكمن أهمية أي موضوع من خلال الهدف الكامن خلفه، فموضوع المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت في القانون السوداني، يخفي خلفه الكثير من الأهداف، والتي تتمثل في:-

- دراسة وتحليل التشريعات والقوانين المنظمة للمسؤولية التقصيرية، وبيان النواحي الإيجابية والسلبية فيها، ومقارنتها بالنصوص المشابهة لها في القوانين المقارنة.
- بيان القصور والنقص في هذه التشريعات وسد النقص فيها وتغطيته لعدم وجود تشريع خاص يغطي ويحكم المسؤولية التقصيرية الإلكترونية في السودان.
- بيان اتجاهات القضاء والأحكام القضائية المطبقة لهذه القوانين إن وجدت.

خامساً:- مشكلة البحث:-

تعد المسؤولية الإلكترونية الناشئة عن الفعل الضار والغير مشروع مسؤولية مستحدثة ظهرت مع تطور التكنولوجيا ووسائلها في حياتنا المعاصرة، ولذلك فالمشرع السوداني لم يدرج لها نصوص خاصة بها وترك تنظيمها للقانون العام المتمثل في نصوص قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠.

عليه، تعد مشكلة هذا البحث بشكل رئيس تتمثل في:-

- خلو القوانين السودانية وتشريعات البناء من النصوص التي تضمن التغطية الكاملة للمسؤولية الناشئة عن الاستخدام غير المشروع للإنترنت ووسائل التكنولوجيا، علي خلاف العقد الإلكتروني الذي سن المشرع السوداني قانون خاص يحكمه ويغطي جوانبه المختلفة.
- عدم وجود دراسات سابقة تحلل وتحدث عن هذه المسؤولية سواء في السودان أو في الدول العربية أو الغربية.
- ندرة المشاكل العملية التي تستدعي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاستخدام غير المشروع للإنترنت ووسائل التكنولوجيا، مما يستدعي مزيداً من البحث والتحليل لتطبيق القواعد القانونية.

خامساً:- هيكل البحث :-

لذا ووفقاً لما سبق سنقسم هذا البحث كما يلي:-

الفصل الأول:- مفهوم الإنترنت وتطوره :-

نتعرف من خلاله على مفهوم الإنترنت، نشأته وتطوره والمعاملات التي تتم من خلاله وذلك من خلال المباحث :-

المبحث الأول:- الإنترنت، نشأته وتطوره .

المبحث الثاني:- العمليات والمعاملات التي تتم عبر الإنترنت.

الفصل الثاني:- أركان المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت:-

من خلال هذا الفصل نتعرف علي مفهوم المسؤولية الناشئة عن الاستخدام المسيء والغير المشروع للإنترنت، ماهي أركانها ومدى ملائمة مفهومها لتطبيقها علي قواعد المسؤولية التقصيرية التي أوردها المشرع السوداني، وذلك من خلال المباحث التالية:-

المبحث الأول:- الفعل الضار في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت.

المبحث الثاني:- مدى ملائمة مفهوم الضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون السوداني .

الفصل الثالث:- آثار المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت:-

من خلاله نبين الأثر المتولد عن المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت ومدى الإعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية، وذلك من خلال المباحث التالية:-

المبحث الأول:- التعويض.

المبحث الثاني:- الإعفاء والتقدم في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت.

خاتمة:- أبين فيها مدى أهمية وجود نصوص تغطي موضوع المسؤولية التقصيرية بالإضائة إلي ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

ملخص البحث

يطرح هذا البحث من خلال هذه الدراسة تساؤلا رئيسيا يتمثل في مدى كفاية التشريعات المدنية السارية في السودان لحكم المسؤولية الناشئة عن الاستخدام غير المشروع للإنترنت ، وهو تساؤل له ما يبرره لأن معظم هذه التشريعات سنت قبل التغيير الكبير والثورة التي حدثت في عالم الاتصالات والتكنولوجيا، والتي أفرزت بدورها الإنترنت والعالم الواسع الذي دخل من خلاله، بشكل جعل العالم كأنه غرفة صغيرة وليس قرية حتي، فألغي المسافات وبدل أسلوب التواصل بين البشر.

عليه، فقد درست في هذا البحث أحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م فيما يتعلق بتطبيق المواد ومعرفة وتحليل مدى كفايتها لحكم المسؤولية الناشئة عن استخدام الإنترنت والأضرار المترتبة علي ذلك. وظهرت لي أهمية هذا الموضوع في نواح عديدة أبرزها عدم وجود دراسات سابقة في السودان والفقهاء المقارن تنطرق لموضوع المسؤولية التقصيرية عن أضرار الانترنت، فغالبية الدراسات ركزت علي التعاقد الإلكتروني والمسؤولية العقدية المترتبة عنه.

لذا فقد استهللت دراستي بتعريف الأنترنت وتطوره وبيان المعاملات الإلكترونية التي تتم من خلاله، ثم دخلت مباشرة لبان وتعريف المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن الضرر الناشئ عن الإنترنت، أحكامها وأركان الفعل الضار فيها وبيان وتحليل مدى ملائمة الضرر الإلكتروني لقواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، ثم بينت في الختام آثار المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت المتمثل في تعويض المضرور مع بيان مدى الفاء من هذه المسؤولية، إلغائها أو تخفيفها.

هذا وتجدر الإشارة ألي انه سوف نعالج البحث من خلال القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بكافة أجنحتها الثلاثة، المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء.

ABSTRACT

This research raises a key question about the sufficiency of the current civil legislations in Sudan that govern the liability arising from the illegal use of the internet, and this question is justified, because most of these legislations were enacted before the great change of communications and technology revolution in the world. The internet makes the world like small room and changed the style of communication between human.

So, this research studies the general rules in law of tort which contained in civil transactions act of 1984, regarding the application of materials and analysis of the sufficiency of the rule of liability, negative impacts arising from using the internet , and showed the importance of this subject in several aspects , notably the lack of previous studies in Sudanese law and comparative fiqh touches on the subject of tort damages of internet, and most of studies have focused on electronic contracting and liability of it.

So, the study defines the development of internet and the electronic transactions made through it, then it defines the liability of tort for electronic damage resulting from the use of the internet, and knows their rulings and harmful act in this liability of the rules of tort contained in civil transaction act 1984.

Finally the study showed the liability arising from the misuse of the internet, compensation in cases of extent of liability, cancellation and reducing it.

In conclusion, we should deal with the subject by the general rules of liability of tort, liability for the personal work, liability for the work of others and liability arising from things.

الفصل الأول

مفهوم الإنترنت وتطوره

بدأ عالم الإنترنت بشكل غريب ومعقد، ولكن ما لبث إن احتل مساحة واسعة في حياتنا المعاصرة، فأصبح تصفح بريدنا الإلكتروني أو قراءة الأخبار في المواقع هو أول شيء نبدأ به يومنا وروتين حياتنا اليومية، فالإنترنت أصبح لاغني عنه، وشكل إختصاراً للعديد من العمليات والمعاملات التي كانت سابقاً تكلفنا الوقت والجهد والمال لإنجازها، فإختصر كل هذه التفاصيل بكبسة زر واحدة.

عليه من خلال هذا الفصل نتعرف علي كيفية نشأة وظهور الإنترنت ومدى التطور الذي طرأ عليه من خلال السنوات القليلة المنصرمة، وذلك من خلال المبحثين التاليين:-

مبحث أول:- الإنترنت، نشأته وتطوره.

مبحث ثاني:- العمليات والمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت.

المبحث الأول

الإنترنت، نشأته وتطوره

يمكن تعريف الإنترنت بأنه شبكة اتصالات عالمية يمكن من خلالها تبادل المعلومات والرسائل تبعاً لوحدة متفق عليها، كما يمكن تعريفه بأنها شبكة اتصالات عالمية تعرف باسم الشبكة العنكبوتية فهي شبكة اتصالات عالمية يسمح بتبادل المعلومات بين شبكات أصغر تتصل وقد حول الإنترنت العالم كله إلى قرية صغيرة أو حتى غرفة واحدة، وسهل لأي شخص إمكانية التواصل مع الآخرين من أي مكان في العالم وذلك من خلال جهاز الحاسوب أو الموبايل.

عليه، الإنترنت عبارة عن شبكة اتصال عالمية تضم العالم كله في مكان واحد وتعمل وفق أنظمة وبيانات محددة تسمح بتبادل المعلومات بين شبكات أصغر حول العالم تتصل من خلالها الحواسيب حول العالم.

وقد كانت بداية الإنترنت الفعلية في الأصل في العالم ١٩٨٠م مع الجيش الأمريكي وذلك لمساعدته من خلال التواصل عبر أجهزة الحاسب الآلي، لكن لم يتم هذا الأمر إلا بعد أن أطلق مشروع أربنت عام ١٩٦٠م، من قبل وزارة الدفاع الأمريكية وقد كانت في البداية شبكة بدائية

لنقل البيانات بين أجهزة الحاسوب في ذلك الوقت، ثم ما لبث أن تطور هذا الأمر في السبعينات إلى شبكة (إن أس أف)، والتي شهدت تطورات كبيرة في عالم الاتصالات^٢، ومن الأمور التي ساعدت في إنتشار ونمو شبكة الأنترنت هو ربط المؤسسة الوطنية للعلوم بجامعة الولايات المتحدة حيث ساعدت الكلية علي تبادل الرسائل الإلكترونية وتبادل المعلومات من خلال شبكة الأنترنت، ومن هنا توسعت شبكة الإنترنت وضمت العديد من الجامعات والمؤسسات^٣. خاصة بعد إطلاق شركة مايكروسوفت لنظامها الشهير (ويندوز) دخل الإنترنت عالماً جديداً متطوراً.

فالإنترنت حقيقة هو ثورة القرن الواحد والعشرين فهو غير العالم تماماً، وحسب رأينا الشخصي فهو قد غير ملامح الحاضر والمستقبل وغير مفهوم أن كل شئ ممكن وغير مستحيل، خاصة أن الأنترنت بإمكانه التوصل لأية معلومات عن أية شركة أو مؤسسة في أي مكان في العالم كما وأن بإمكانه نقل المعلومات في لمح البصر. وأصبح وجوده اليومي ضرورة للأعمال وريادتها، هذا غير إمكانية التسوق وشراء المبيعات من المواقع وإجراء تعاقد إلكتروني مع أي شخص موجود في النصف الآخر من الكرة الأرضية.

كما يمكننا من متابعة الأخبار من خلاله وقراءة الصحف اليومية والتعلم عبره من خلال الدورات والكورسات الإلكترونية بل وأصبحت هنالك جامعات إلكترونية تدار كافة مسابقاتها وطلابها عبر الإنترنت.

عليه، ففي عصرنا الحالي لا غني عن الأنترنت فهو شغل مساحة واسعة في حياتنا وسهل الكثير من الصعوبات ووضع حلولاً للعديد من المعضلات لأنه ألغى المكان والموقع الجغرافي، فأصبح المكان لا يشكل مشكلة عندما يتعلق الأمر بالإنترنت.

^١إحسان العقلة، بحث عن مراحل تطور الإنترنت، موقع موضوع، يونيو ٢٠١٥، تاريخ الزيارة ٢٢/٦/٢٠١٦م.
^٢أ/ محمد جمعة جبالي، الإنترنت تاريخ من التطور المذهل، موقع إسكاي نيوز العربية، ١٢/٣/٢٠١٤م، تاريخ الزيارة ٢٠/٦/٢٠١٦م.
^٣موقع موضوع، مرجع سابق.

المبحث الثاني

العمليات والمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت

الإنترنت وبالمساحة الواسعة التي ملأها، وسع معه عدد المعاملات التجارية وغير التجارية التي تتم من خلاله، حيث تنوعت المعاملات والعمليات الإلكترونية التي يمكن للشخص إجرائها عبر الإنترنت، ويمكن تلخيصها علي سبيل الذكر لا الحصر في الآتي:-

١/ عمليات البحث عن المعلومات والكلمات:- حيث يمكن دائما إجراء أي بحث في أي موضوع وقراءة النتائج وتحميلها سواء كانت مواضيع في مواقع أو مقالات أو كتب أو بحوث والاستفادة منه بشكل عام في البحوث العلمية.

٢/ التسوق عبر الإنترنت:- فمن خلال الإنترنت يمكن للشخص التسوق ومعرفة المبيعات التي يحتاجها وبالمواصفات التي تناسبه ويمكنه الشراء والدفع عبر الإنترنت بواسطة البطاقات الذكية وإجراء عقد كامل وبمجلس عقد افتراضي عبر الإنترنت.

٣/ عمل وإجراء أية معاملات بنكية وفي أقل زمن ممكن، حيث يمكن فتح حساب وإجراء إيداع أو سحب للأموال دون الذهاب للبنك، وهو أمر تشجعه البنوك بذاتها حتى تخفف الضغط علي موظفيها.

٤/ حجز تذاكر الطائرات، أو التقدم للهجرة لأية دولة في العالم والتواصل مع هذه الدول قبل الذهاب إليها.

٥/ قراءة الصحف اليومية ومعرفة الأخبار الدولية عبر المواقع الإلكترونية لهذه الصحف أو القنوات الفضائية.

٦/ إستخدام الإنترنت يعتبر مصدر للربح للعديد من الناس، فيمكن الدخول في تداول أو إدراج فيديوهات تحقق نسبة مشاهدة عالية فتشكل ربح للشخص.

٧/ إمكانية التقدم من خلال الإنترنت لأية وظيفة والبحث عن الوظائف الخالية في كل المجالات.

٨/ إمكانية حضور برامج الترفيه وبرامج وقنوات التسلية والأفلام التي يمكن مشاهدتها في الإنترنت في أي وقت.

٩/ إمكانية عمل دورات تدريبية مهنية أو أكاديمية عبر الإنترنت، وذلك عبر مراكز ومواقع التعليم عن بعد والتي تتيح للشخص زيادة معرفته في أي مساق مهني أو علمي من خلال تسجيله لهذه الدورات التدريبية، ويمكن للشخص بعد إكمال هذه الدورات الحصول علي شهادة إكمال معتمدة لهذا المساق.

١٠/ إمكانية التواصل الاجتماعي التي يوفرها الإنترنت، حيث يمكن الشخص من التواصل مع كل أهله ومعارفه عبر مكالمات الفيديو أو الصوت وبشكل مجاني والتي تتم عبر الإنترنت بعد تنزيل برامج المكالمات هذه.

ولكن في ذات الوقت قد يشكل الإنترنت هاجسا ويتسبب في العديد من المشاكل نتيجة لسوء إستخدامه، فكما أن له محاسنه التي لا تحصي له أضراره وأثار استخدامه السلبية، وهنا يأتي دور الأسرة والمدرسة في توجيه الشخص، خاصة القاصر لإستخدام الإنترنت في الاتجاه المفيد والنافع فقط، ويمكننا إدراج أضرار الإنترنت في الأفعال الآتية:-

- ١/ إضاعة الوقت، حيث يقضي الشخص ساعات طويلة في تصفح المواقع وإدمان الجلوس علي الإنترنت وعدم الاكتفاء منه.
 - ٢/ قد يسبب إضرابات جسدية كارتعاش الأيدي أ وبصرية للعين كضعف النظر نتيجة الجلوس الكثير أمام الحاسوب، والضغط المتكرر علي لوحات المفاتيح.
 - ٣/ قد يتسبب في التعرف علي الرفقة السيئة والأصدقاء الفاسدين، خاصة إذا ما كان مستخدم الإنترنت قاصرا.
 - ٥/ يمكن من خلاله أن يتعرض المستخدم له للإساءة أو الابتزاز أو الاحتيال مما يسبب خسائر مادية ومعنوية للمستخدم.
 - ٦/ يعمل الإنترنت علي نشر المواقع اللأ أخلاقية ، مما يستوجب من الأسرة مزيد من الحرص والمتابعة إذا ما كان المستخدم صغيرا وقاصرا.
 - ٧/ قد يتسبب في عزلة اجتماعية للمستخدم والذي يقضي فيه أوقات طويلة علي حساب حياته الاجتماعية وعالمه الحقيقي.
 - ٨/ قد يتسبب في نشر مفاهيم دينية أو سلوكية خاطئة ، خاصة بين الشباب أو المستخدمين الصغار.
- عليه، فمزايا الإنترنت وفوائده لا تحصى، وقد تظهر معاملات وعمليات جديدة مستقبلا يمكن إجرائها عبر الإنترنت، كما أن أضراره كذلك خطيرة ومخيفة تستوجب المزيد من الحرص والإنتباه للمستخدم.
- ومن خلال هذا البحث، يهمننا بشكل خاص تضرر المستخدم للإنترنت من المعاملات الإلكترونية غير العقدية التي تنشأ عبر الإنترنت ، ومدى المسؤولية عليها من قبل القانون السوداني والقوانين المقارنة وهو ما سوف ندخل في مباشرة في الفصل القادم بإذن الله.

الفصل الثاني

أركان المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت

تعرف المسؤولية القانونية بأنها التي تربط علاقة الإنسان بغيره من خلال القانون، فالمقصود بها أن يلتزم الشخص بحدود معينة حددها القانون فمتى ما تجاوز هذه الحدود أصبح مسئولا بمقتضى القانون متي ما ترتب علي هذا التجاوز ضرر أصاب شخص آخر.

تنقسم المسؤولية القانونية لقسمين، مسئولية جنائية ومسئولية مدنية، والمسئولية المدنية بدورها تنقسم لأثنين، مسئولية عقدية وأخرى تقصيرية، وعليه بشكل عام المسئولية القانونية تمثل حالة الشخص الذي ارتكب أو فعل أمرا استوجب سؤاله قانونيا، ثم وفقا لنوع الفعل المرتكب تحدد المسئولية سواء كانت جنائية أو مدنية، ووفقا لوجود عقد وإخلال وضرر تحدد المسئولية المدنية هل هي عقدية أم تقصيرية.

المسؤولية الإلكترونية تعد مسئولية قانونية مستحدثة وقد ظهرت في الوقت الذي أصبحت فيه التعاملات الإلكترونية تحظى بقبول علي نطاق واسع وعلي المسئوليات المحلية والإقليمية والدولية ، ولذا كان لابد من وضع أسس قانونية تحكمها وتحمي المتعاملين بها والمستخدمين للمواقع الإلكترونية.

والمسؤولية القانونية الإلكترونية مثل المسؤولية القانونية التقليدية فيما لو شكل الفعل المتولد عن المعاملة الإلكترونية جريمة نص عليها القانون الجنائي، وقد سن المشرع السوداني قانون جرائم المعلوماتية في العالم ٢٠٠٠م، والتي تطبق أحكامه والذي تطبق أحكام متى تعرض المتعامل إلكترونياً أو المستخدم في نطاق شبكة المعلومات لاحتيال أو سرقة.

أما إذا كانت المعاملة الإلكترونية عقدية وذلك إذا ما كان الطرفين مرتبطين بعقد، وحدث إخلال بالتزامات الأطراف فهنا تطبق جميع أحكام المسؤولية العقدية متى سبب هذا الإخلال ضرراً للطرف الآخر. وقد جاء قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٠م لحكم المعاملات الإلكترونية، إنشائها وكيفية التعاقد فيها، توثيقها، وحالات الإخلال فيها والمسؤولية عن هذا الإخلال. وقد عرف القانون المعاملات الإلكترونية في المادة ٢ منه بأنها: يقصد بها العلاقات والتصرفات المالية والأحوال الشخصية وسائر المسائل القانونية غير الجنائية بما في ذلك

التصرفات الفردية أو العقود التي يتم إبرامها أو تنفيذها كلياً أو جزئياً عن طريق رسالة البيانات الإلكترونية.

ولكن المشرع السوداني لم يضع نصوصاً أو تشريعاً تبين الوضع القانوني في حال وقوع علي شخص دون أن يكون بينه وبين مرتكب الضرر عقد إلكتروني، فهنا تكون المسؤولية الإلكترونية في نطاق المسؤولية التقصيرية وهو ما نهتم به في دراستنا هذي عبر طرح السؤال عن مدى كفاية نصوص المسؤولية التقصيرية الواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠م والفقهاء المقارن لتغطية الأضرار عن المعاملات الإلكترونية غير العقدية والتي تسبب ضرراً لمستخدمها عبر الإنترنت، خصائصها والفعل الضار فيها. وذلك من خلال المبحثين:-

مبحث أول:- الفعل الضار وصوره في المسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت.

مبحث ثاني:- مدى ملائمة مفهوم الضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون السوداني.

مبحث أول

الفعل الضار وصوره في المسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت

المسؤولية التقصيرية يقصد بها تحمل الشخص لتنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عن من يتولي رقابته والإشراف عليه، فهي بشكل عام تنشأ خارج دائرة العقد، و مبنية علي الالتزام بعدم الإضرار بالغير والذي مصدره القانون، وقديماً في الجماعات البدائية الأولى اختلطت فكرة المسؤولية الجنائية بالمسؤولية التقصيرية، إذ كان للمضرور أن يقتصر بنفسه من محدث الضرر عن طريق الأخذ بالثأر، وكان يجد هذا في هذا الجزاء عقاباً للفاعل وتعويض للضرر غير أن هذه الفكرة أخذت بالتضاءل وحلت محلها فكرة الدية، وقد كانت الدية إختيارية في أول الأمر ثم أصبحت إجبارية، كما كان تحديد مقدارها متروكاً لاتفاق المضرور مع محدث الضرر. ثم تدخلت الدولة بعد ذلك فحددت مقدار الدية^١. ومن هنا نشأت فكرة المسؤولية الجنائية متمثلة في الجزاء والمسؤولية التقصيرية متمثلة في التعويض.

والمسؤولية التقصيرية تقوم علي ثلاثة أركان تتمثل في:-

١/ الخطأ:- وهو الفعل الضار الذي يرتكبه شخص في حق الغير وبشكل يكون به متعدياً ومتجاوزاً لحقه وحق الغير^٢.

^١د/أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٤م، ص ٢٩.

^٢ /مالك الشميري، بحث المسؤولية التقصيرية، المنندي القانوني للمحامي عصام الباهلي، الإنترنت، تاريخ الزيارة ٢٥/٦/٢٠١٥.

٢/ الضرر:- وهو الأذى الذي يصيب الشخص مما يستلزم من مسبب الضرر تعويض المضرور لأنه يمس حق من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء تعلق الحق أو المصلحة بالحياة أو المال أو الحرية أو الشرف¹.

٣/ علاقة السببية بين الخطأ والضرر:- وهي ضرورة حتى تتحقق المسؤولية التقصيرية، وذلك بأن يكون الخطأ هو الذي تسبب في وقوع الضرر، فإن لم تظهر هذه العلاقة لا تقوم المسؤولية.

وعليه فمتى ما أخل الشخص بواجب تلزم مراعاته كان ملزماً بجبر الضرر المتولد عن فعله²، متى ما توفرت علاقة السببية بين الفعل الخاطئ والضرر. والمادة ١٣٥ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٨م أكدت هذا الأمر بنصها على أن:- (كل من سبب ضرراً للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز)، فهي مسؤولية ثابتة ومحمية بقوة القانون ولا يجوز الحد ولا الإعفاء منها، ولكن في ذات الوقت متى ما أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، مثل أن يكون قد حدث بسبب القوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير كان غير ملزم بالتعويض عن هذا الضرر وما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٤ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٨م والتي أوردت أنه:- إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، يكون الضرر الناجم عنها إلكترونياً كلما كان محله البرامج والبيانات الإلكترونية أي في الحاسب الآلي على شبكة الإنترنت، وبهذا فالضرر الإلكتروني هو الذي يعطي المسؤولية التقصيرية صفتها الإلكترونية³، وعليه وإن اختلفت طبيعة الضرر من الشكل التقليدي للشكل الإلكتروني فالمسؤولية تظل قائمة وفقاً للقانون متى ما شكل الفعل ضرراً، وقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٨م في نص المادة ١٣٥ ألزم مرتكب الضرر بالتعويض ولم يستوجب إدراك الفاعل للضرر، فيكفي لتحقق المسؤولية أن يكون الفعل منطويماً على انحراف في السلوك.

عليه، فمن هذه الناحية فلا فرق بين المسؤولية التقصيرية العادية و المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، فكلتاها تقومان كلما قام الفاعل بما لا يحق له القيام به منحرفاً في سلوكه هذا عن سلوك الشخص المعتاد، ولعل هذا الأمر يعد مهماً جداً في نطاق الأفعال الإلكترونية الضارة لأنها تقع في كثير من الأحيان من عديمي أو ناقصي الإهلية في أثناء عبورهم لشبكة الإنترنت⁴.

عليه تتميز المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن المسؤولية التقصيرية العادية، أن الأولى تتحقق رغم عدم وجود مادي أو حضور فعلي لطرفي المسؤولية مرتكب الضرر والمضرور خلافاً للثانية التي يتلاقى طرفاها ويكون هنالك حضور واقعي لهما.

كما تثير المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أضرار استخدام الإنترنت مسألة قواعد الإسناد والقانون الواجب التطبيق وذلك في حالة وجود عنصر أجنبي في التعامل عندما يقع الفعل الضار أو يتحقق في بلد أجنبي، ولذا نجد أن المشرع السوداني قد اعتمد مكان الالتزام غير العقدي ضابطاً للإسناد وذلك في نص المادة ١/١ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٨م، ولكنه عاد واستثنى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار حتى وإن حدثت الوقائع في الخارج، فأعتمد القانون السوداني ضابطاً

¹المرجع نفسه.

²د. محمد عثمان خلف الله، النظرية العامة في المسؤولية التقصيرية، كلية القانون، جامعة النيلين، ص ٤.

³إننا نل على المساعدة، أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٢، العدد ٢٠٠، ص ٥٦.

⁴إننا نل على المساعدة، مرجع سابق، ص ٥٧.

للإسناد فإن كان فعل مشروع في السودان فلا مسئولية عليه حتى وإن كان يعد الفعل غير مشروع في البلد التي حدثت فيه وقائع الفعل الضار، لذا فالفعل الضار الإلكتروني يثير مسألة قواعد الإسناد والضوابط الواجب تطبيقها.

أركان الفعل الضار الإلكتروني:- أركان الفعل الإلكتروني الضار(هذا أفضل)

تتحقق المسؤولية التقصيرية الإلكترونية متى ما كان الفعل الضار إلكترونيًا أي الخطأ خطأ إلكتروني والضرر الناجم عنه إلكتروني، وعليه وكما الحال في المسؤولية التقليدية يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية الإلكترونية ثلاثة أركان:-

١/ خطأ إلكتروني.

٢/ ضرر إلكتروني.

٣/ علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً:- الخطأ الإلكتروني:- وهنا ينبغي التمييز من كون الخطأ حدث في نطاق المسؤولية التقصيرية الإلكترونية وبين كون الخطأ تم بوسيلة إلكترونية في نطاق مسؤولية تقصيرية عادية، ففي الحالة الأولى يكون الخطأ والضرر معنوي أي ليس له شكل مادي وذلك كمثال الضرر الذي يحدث في البرامج والبيانات المملوكة لشخص على شبكة الإنترنت، فهذه البيانات ليس لها وجود مادي فيزيائي لكنها في ذات الوقت تشكل حق مالي مستخدمها يحرض عليه من تعرض الغير ويكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب هذا التعرض¹.

وهذا الأمر يختلف فيما لو كان الإنترنت مجرد وسيلة ارتكب بها الخطأ في المسؤولية التقصيرية التقليدية أي أن محل الضرر لا يكون الحاسب الآلي، كما في الضرر الناجم عن القيد غير المشروع وهو القيد المالي على حساب العميل في المصرف نتيجة رسالة إلكترونية أرسلت باسمه دون علمه وموافقته، فتسببت في نقصان مالي من حساب العميل².

٢/ الضرر الإلكتروني:- يمكن تعريفه بأنه الضرر اللاحق بالمكونات المنطقية للحاسوب وفي أي من برامج وبياناته الإلكترونية على شبكة الإنترنت، وهذا فهو فعل قد يشكل ضرراً بالغاً وخسائر فادحة خاصة لو استهدفت شبكات تربط مؤسسات عديدة مع بعضها البعض، وقد تسبب في تعطيلها كما لو تم استهدافها بفيروس.

وبشكل عام يمكن إجمال الأضرار الإلكترونية فيما يأتي:-

١/ تعديل البيانات الإلكترونية أو تحريفها أو حذفها (في موقع إلكتروني مثلاً).

٢/ التدخل أو الاعتراض عند استعمال المستخدم للموقع أو الحاسوب.

٣/ تعطيل أجزاء من الحاسوب أو تغيير وظائف البرامج الإلكترونية.

وعليه، فكل ضرر إلكتروني يستوجب مرتكبه بالتعويض متى شكل خسارة مالية أو معنوية للمضرور، والأضرار الإلكترونية قد تلحق ببرامج وبيانات الحاسوب أو بشبكة تربط مؤسسات مع بعضها البعض أو بأي من المواقع الإلكترونية وهو ما نركز عليه بطبيعة الحال من خلال هذا البحث.

¹ نايل علي مساعدة، مرجع سابق، ص ٥٦.

² المرجع نفسه، ص ٥٨.

٣/ رابطة السببية:- وهي العلاقة التي تربط الخطأ الإلكتروني بالضرر الإلكتروني فهي ركن رئيسي لقيام هذه المسؤولية فلا يسأل مرتكب الفعل الضار الإلكتروني إلا عما يسببه من أضرار مرتبطة مباشرة بخطئه الإلكتروني، فمتى ما ثبت أن الضرر وقع لسبب أجنبي انتفت المسؤولية.

وعليه فالمسؤولية التقصيرية الإلكترونية عموماً متى ما توافرت أركانها الثلاثة استوجبت جبر الضرر والتعويض من مرتكبه، وحتى تتضح الصورة أدرجنا عدداً من الأفعال والتي تعد أضراراً إلكترونية ناشئة عن استخدام الإنترنت أو الحاسب الآلي وتشمل الآتي:-

١/ القرصنة الإلكترونية:- و تكون بتغيير البرامج والبيانات من حالتها الأولى لحالة أخرى قد تضر الحاسب أو البريد الإلكتروني ويكون هدف الفاعل قرصنة البرامج والبيانات إما لإعادة إنتاجها ونسخها وبيعها للاستفادة الشخصية أو المادية منها^١.

٢/ التجسس على البرامج والبيانات الإلكترونية، وذلك بالدخول للحسابات على المواقع على الإنترنت أو البريد أو الحاسوب لمعرفة محتوياتها.

٣/ الفيروسات:- وهي برامج إلكترونية تهاجم البيانات والمواقع على الإنترنت والبريد الإلكتروني فتسبب في التعطيل، وهي تكون دائماً قابلة للتكاثر فتتلف البيانات مثل فيروسات السرطان والدودة.

المبحث الثاني

مدي ملائمة الضرر الناشئ عن استخدام الإنترنت لقواعد المسؤولية التقصيرية

بداية، نقصد بقواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في عنوان البحث نصوص القانون التي أوردها المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠م، والواردة في الباب الثالث من المادة ١٣٨ إلى المادة ١٦٣ (المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المسؤولية عن عمل الغير، المسؤولية الناشئة عن الأشياء). وبعد أن بينا المسؤولية التقصيرية الإلكترونية نخضع هذه المسؤولية لنصوص قانون المعاملات

المدنية لسنة ١٩٨٠م لبيان مدى كفايتها وملائمة مفهومها لهذه النصوص، ومعرفة هل يستحق المتضرر إلكترونياً بمسؤولية تقصيرية التعويض من قبل المتضرر؟

أولاً:- المسؤولية عن الأعمال الشخصية:-

القاعدة العامة في المسؤولية عن الأعمال الشخصية بأن كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وإن كان غير مميز وهو ما نصت عليه المادة ١٣٨ من قانون المعاملات المدنية، وهي تقابل المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري والمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي.

^١ نانال علي مساعدة، مرجع سابق، ص ٦٠.

فالفعل الذي يسبب ضررا يلزم مرتكبه بجبر الضرر وإن كان غير مميز، كما بينت النصوص أن الفعل السلبي بامتناع الشخص عن تقديم يد العون للغير وحمايته من خطر يدهمه في النفس أو العرض أو المال لو كان في إمكانه تقديم المساعدة يعد في حد ذاته ضررا تقصيريا يستوجب المسؤولية¹، وقد بين المشرع السوداني أن هذه المسؤولية ثابتة ومحمية بالقانون ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الإيجابي والمتمثلة في حدوث الضرورة أو الدفاع الشرعي.

عليه فإذا أخضعنا المسؤولية الناشئة عن الضرر من استخدام الإنترنت يتضح لنا ما يلي:-

١/ تتكون المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت من ذات أركان المسؤولية التقليدية، فعليه نص المادة ١٣٥ نص عام يحتمل تطبيقه علي المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت. فالضرر موجود وإن اختلفت طبيعته فالاختلاف في طبيعة الضرر ومحل وقوعه في المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت.

٢/ الضرر الإلكتروني يكون دوما في صورة إيجابية فلا يتصور وجوده في شكل سلبي مثل الفعل التقصيري السلبي المتمثل في الامتناع عن تقديم يد العون فهو دوما يكون في صورة فعل إيجابي بارتكاب الضرر.

ثانيا:- المسؤولية عن عمل الغير:-

القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية أن الشخص لا يسأل إلا عن فعله الشخصي غير المشروع، أي إخلاله بواجب يلزم بمراعاته فإن أخل به يلزم بجبره، وتبعاً لذلك لا يسأل المرء عما يرتكبه الآخرون من الغير تسبب ضررا لغيرهم إلا إذا كانت هنالك علاقة ما تربط بين الشخص

وأولئك ، كصلة قرابة أو علاقة عمل بالتبعية القانونية، فهنا خرج القانون عن القاعدة العامة بسؤال الشخص عن الإخلال بواجبه الرقابي تجاه الغير مرتكب الضرر²، وعليه فالمسؤولية عن عمل الغير تعد مسؤولية استثنائية تتجاوز القاعدة العامة.

تشمل المسؤولية عن عمل الغير نوعين من المسؤولية وهما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع وقد بينتهم المواد ١٤١ أو ١٤٢ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠ م.

١/مسؤولية متولي الرقابة:- نصت عليها المادة ١٤٨ بأن:- (أ) كل من يجب علي قانونا

أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلي رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب وما ينبغي من العناية.

(ب) يعتبر القاصر في حاجة إلي الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم علي تربيته وتنتقل الرقابة علي القاصر إلي معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة علي الزوجة القاصر إلي زوجها أو إلي من يتولي الرقابة علي الزوج إذا كانت الزوجة في كنف متولي الرقابة.

عليه، فمسؤولية متولي الرقابة قائمة علي أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، فلتحقق هذه المسؤولية ينبغي وجود شخص مكلف قانونا أو بالاتفاق بالرقابة علي شخص آخر بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، وبين القانون

²إ.محمد عثمان خلف الله، مرجع سابق، ص ٤.

الرقابة علي القاصر حتى وصوله لسن الخامسة عشرة وبعدها تنتقل الرقابة إلي معلمه أو مشرفه في الحرفة، فمتى ما ارتكب هذا الشخص الخاضع للرقابة خطأ نسب هذا الخطأ للشخص القائم بالرقابة نتيجة لإخلاله بواجبه الرقابي. فمتى سبب الشخص الخاضع للرقابة فعلا سبب ضررا للغير كان المكلف برقابته ملزما بالتعويض عن الضرر.

وتنتفي هذه المسؤولية وفقا لنص المادة إذا أثبت المكلف أنه قام بواجبه بالرقابة وأن هذا الضرر كان واقعا رغما عن قيامه بواجب الرقابة كما لو كان أمرا قهريا لا سبيل لدفعه ومنع حدوثه.

٢/مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه:- وهي أيضا مسؤولية خارجة عن القاعدة العامة، وهي مسؤولية حديثة جاءت جراء تطور الحياة العصرية، وقد نصت عليها المادة ٤١٤ بأنه:- (١) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال

تأدية عمله أو بسببه، (٢) تقوم رابطة التبعية ولو يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى ما كانت له سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه.

وهي مادة تطابق نص المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري و١٧٥ من القانون المدني البحريني و٢٠٣ من القانون المدني القطري. وعليه فيشترط لتحقيق هذه المسؤولية وجود علاقة تبعية بين المتبوع والتابع، كمسؤولية رب العمل عن الموظفين التابعين له، ووقوع الخطأ من المتبوع أثناء تأدية وظيفته، وذلك لأن التابع يخضع لأوامر وتعليمات المتبوع وما كان ليرتكب الخطأ لولا وجوده في الوظيفة أو بسببها.

عليه فلو أخضعنا المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت لمسؤولية متولي الرقابة والمتبوع يتضح لنا الآتي:-

١/مسؤولية متولي الرقابة ونص القانون المتعلق بها أقرب وأكثر قابلية للتطبيق وذلك لأن الأضرار المرتكبة بواسطة الإنترنت قد تكون بفعل قاصر غير مدرك لعدم مشروعية الفعل، بل يمكننا القول أن صغار السن من غير المميزين يتفوقون أحيانا علي من هم أكبر منهم في إستخدام الإنترنت، فلذا متى ما شكل فعل الصغير ضرر إلكتروني كان الرقيب عليه مسئول عن جبر هذا الضرر.

٢/نصوص مسؤولية المتبوع تعد بعيدة بعض الشيء علي المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت ولكنها قابلة للتطبيق كما في حالة موظف مشرف علي إدارة موقع أو صفحة تسبب فعلة مثلا أو معلومة نشرها في ضرر لأخر مستخدم للموقع أو الصفحة.

ثالثا:- المسؤولية عن الأشياء:-

تعد بدورها خروجاً عن القاعدة العامة بسؤال الشخص عن فعله الشخصي فقط، وقد بينها قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في نصوص المواد ٤١٤ و٤١٥ والتي بينت أن الشخص الذي يتولي حراسة حيوان أو جماد يكون مسئولاً عن كل ضرر يحدثه هذا الشيء، حتى وإن ظل الحيوان أو تسرب الشيء (كالماء مثلا) وأحدث ضررا.

ومن مراجعتنا للنصوص يتضح لنا الآتي:-

صحيح أن الإنترنت يعد ضمن الأشياء التي تكون تحت حراسة شخص، ولكن لا يمكن تصور ضرره تسببه لضرر دون استخدام شخص له، وعليه ففي رائنا متى ما تسببت في ضرر تكون

المسؤولية ضمن المسؤولية عن الفعل الشخصي أو فعل الغير وليس المسؤولية الناشئة عن الأشياء، وذلك باعتبار أن الإنترنت يكون دوماً تحت تصرف وإدارة شخص فهو لا يتحرك (مثل الحيوان) وغير قابل للسقوط (مثل البناء)، فهو كيان غير مادي يأخذ شكلاً مادياً فقط باستخدام الشخص له. فلا تنطبق هذه المسؤولية على المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت.

الفصل الثالث

آثار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استخدام الإنترنت

القاعدة العامة أنه متى أثبت المضرور الضرر وعلاقة السببية الرابطة بين الفعل الخطأ والضرر الذي أصابه، استحق الجزء من مرتكب الضرر كأثر للمسؤولية التقصيرية. هذا سواء كانت مسؤولية تقصيرية تقليدية أو مسؤولية إلكترونية ناشئة عن ضرر الإنترنت، فلا فرق في الأثر المترتب على المسؤولية.

عليه من خلال هذا البحث، نبين أثر المسؤولية التقصيرية من خلال المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول:- التعويض.

المبحث الثاني:- الإعفاء من المسؤولية.

المبحث الأول

التعويض

يقصد بالتعويض بوجه عام جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، وهو يختلف عن العقوبة المقصود بها مجازاة الجاني على فعله وردع غيره، والتعويض يقدر بقدر الضرر الذي لحق بالمضرور في حين أن العقوبة تقدر بخطأ الجاني ودرجة خطورته¹. وقانون المعاملات المدنية لسنة 1987م نص على التعويض في الموالد 15 حتى 15² والتي بينت الأحكام الآتية:-

1/ يستحق المضرور التعويض متى ما أثبت الضرر على مرتكبه، وسواء كان المسئول عن الضرر شخص واحد أو أكثر من شخص، وفي الحالة الأخيرة يتضامن جميع مرتكبي الضرر في التعويض.

2/ مسؤولية الشركاء في الضرر تكون متساوية في التعويض عن ارتكاب الضرر ما لم تعين المحكمة نصيب كل منهم ووفقاً للضرر المرتكب.

3/ يكون الحكم بالتعويض بالتضامن على كل أنواع الفعل الضار بما فيها الإضرار الشخصي، الوظيفي أو المهني.

4/ المحكمة هي المسئولة عن تقدير التعويض بقياس جسامته الضرر وفوات الربح إذا تعلق الضرر بمعاملة تجارية، ويراعي في التقدير الظرف الملائمة. وهو أمر لم يورد له القانون تفسيراً، ماهي هذه الظروف وهل هي متعلقة بالمضرور أم بمرتكب الضرر، هذا بشرط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب. كما أن المحكمة كذلك هي التي تحدد طريقة دفع

¹د/محمد عثمان خلف الله، مرجع سابق، ص 174.

التعويض، فيمكن أن يكون التعويض مقسطاً أو إيراد شهري كمرتب، وفي هذه الحالة يلزم القاضي المدين (مسبب الضرر) بتقديم تأمين يضمن ثبات الإيراد، كما أنه (أي التعويض) يكون نقداً إلا إذا قرر قاضي المحكمة وبطلب من المضرور الأمر بإعادة الحال لما كان عليه، أو الأمر بأداء فعل معين متصل بالتعويض وذلك علي سبيل التعويض، وللمحكمة كذلك إنقاص مقدار التعويض أو زيادته وذلك وفقاً لمدي إشراك المضرور في إحداث الضرر.

٥/ يشمل التعويض أي ضرر أدبي أصاب المضرور كما لو كان الضرر في العرض أو الشرف أو السمعة أو المكانة الإجتماعية.

٦/ الحق في التعويض يورث، ما لم يتنازل عنه المضرور الأول.

بالإضافة لما سبق، يجوز دوماً وفقاً لنصوص القانون أن يتفق الأطراف قيمة التعويض ولا يكره شخص علي أن يتنازل عن حقه في التعويض.

لذا، نجد أن المشرع السوداني نظم التعويض عن الضرر عن المسؤولية التقصيرية، والأمر في نطاق المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاستخدام الضار للإنترنت تخضع لذات الأحكام، مادام الضرر الإلكتروني نتيجة طبيعية للخطأ.

المبحث الثاني

الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن استخدام الإنترنت وتقدم الدعوي فيها

المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية والمنصوص عليه قانوناً أنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية ولا الاتفاق علي إلغائها أو تخفيفها لأنها متعلقة بالنظام العام واستقرار المجتمعات. والمادة ١٥٥ من قانون المعاملات المدنية نصت علي أنه:- يقع باطلاً كل شرط أو نص يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة علي الفعل الضار.

وعليه، يقع باطلاً كل شرط أو اتفاق أو نص قانوني يحد أو يعفي من هذه المسؤولية، ويطبق ذلك في كل صور الشرط سواء كان بالإعفاء الكلي أو الجزئي أو التخفيف من التعويض أو تحديد مبلغ معين كبديل لما قد يحكم به القضاء، أو الاتفاق علي مدة معينة ينتهي فيها حق المضرور في المطالبة بحقه في التعويض خلاف نصوص التقادم التي أوردها القانون¹، فكل ذلك يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام.

لذا، فالقانون نص علي بطلان الإعفاء أو التخفيف في المسؤولية ولكنه لم يتعرض لحالة التشديد في التعويض، وإن كان لا يتعارض مع النص بإعتبار أنه يثبت الحق، فلا بأس من تشديد المسؤولية ما دامت موجودة.

تقدم دعوي التعويض:-

نصت عليه المادة ١٥٩ حيث جاءت كالآتي:-

لا تسمع دعوي التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد إنقضاء خمس سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ولا تسمع هذه الدعوي في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

¹د/محمد عثمان خلف الله، مرجع سابق، ص ١٨٧.

عليه يتضح من النص أن المادة حددت مدتين للتقادم ، الأولى خمس سنوات من علم المضرور بالضرر المسؤولية عن ارتكابه، والثانية خمسة عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار. أي أن هنالك أجل للتقادم قصير المدى وآخر طويل المدى، وفي رأينا أن المدى القصير منطقي وأكثر واقعية، أما الطويل المدى فمدته بالغة الطول بشكل يكفي لمحو كثير من التفاصيل في أذهان الشهود بشكل لا ينفع المضرور إذا أراد إثبات حقه في التعويض.

عليه، وكما أدرجنا في الفصول السابقة، ما يسري علي المسؤولية التقصيرية التقليدية من أحكام للتعويض يمكن تطبيقه علي المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت متى ما تولد ضرر عن هذا الاستخدام.

خاتمة:

عليه، في ختام هذا البحث رأينا أن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار عبر الإنترنت تقوم علي أركان ثلاثة متمثلة في الخطأ والفعل الضار المتولد عنه ورابطة السببية بينهما، والفعل الضار في المسؤولية الناشئة عن ضرر الإنترنت ليس هو ما يميز هذه المسؤولية عن المسؤولية التقليدية بل هو الضرر الإلكتروني الذي يحدث عبر الإنترنت في بيئات المواقع وطبيعته المختلفة.

لذا تتمثل أهم النتائج التي توصلنا إليها في الآتي:-

١/ تشابه المسؤولية التقصيرية الناشئة عن ضرر الإنترنت و المسؤولية التقصيرية التقليدية في الأركان الثلاث. والضرر الإلكتروني هو ما يميز الأولى عن الثانية.

٢/ الضرر الإلكتروني لا يتحقق إلا بفعل ضار إلكتروني.

٣/ في المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر عبر الإنترنت لا يلتقي الفاعل بالمضرور مباشرة وإنما يوقع به الضرر عن بعد.

٤/ قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في قانون المعاملات المدنية تحتمل التطبيق علي الفعل الضار عبر الإنترنت.

وقد رأينا أن أهم التوصيات التي يجب إيجادها وخلقها تتمثل في:-

١/ ضرورة إيجاد قواعد قانونية خاصة منظمة للفعل الضار الإلكتروني من حيث أركانها وجبر الضرر فيها سواء في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م أو في تشريع خاص ومنفصل.

٢/ ضرورة إتباع الحماية الإلكترونية من قبل مستخدمي الشبكة حتى لا يحدث لهم ضرر. فلا يسجلو دخزل لموقع مشبوه يضر ببيدهم الإلكتروني أو جهاز الحاسوب.

٣/ ضرورة عقد دورات تدريبية وإجراء دراسات قانونية وتعريف الناس بمخاطر استخدام الإنترنت، وخاصة القضاة والمحامين والأشخاص ذوي الصلة بالقانون حتى يتم اتخاذ الحذر عند استخدام شبكة الإنترنت.

٤/ ضرورة فرض رقابة ورعاية على الأطفال القصر عند استخدامهم لشبكة الإنترنت حتى لا يتسببوا في أفعال قد تضر بالمستخدمين الآخرين للشبكة.

مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016