

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 الخامس - يوليو 2016



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2414-7931

المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقل فصيحة، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

د. رائد محمد فليح النمر جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس

د. دريسي امينة جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - الجزائر

د. عدنان خلف حميد البدراني رئيس فرع العلاقات الدولية بجامعة الموصل (العراق)

الباحث علي قنات كلية الحقوق بصفافس، تونس

أ. نسيمّة أمل حيفري، جامعة، وهران

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. ابراهيم قسم السيد محمد طه، كلية القانون، جامعة السودان المفتوحة .

د. حنان ميساوي، كلية الحقوق بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

د. رايح وهبيّة، جامعة مستغانم، الجزائر

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

أ. منتهى أحمد محمد خميس النعيمي - جامعة بغداد - العراق .

التدقيق اللغوي:

د. شامخة حفيظة طعام المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر

أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، الجزائر

أ. لويذة حوفاف، 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 كاملا 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 • الشرط الكتابي في العقد الإلكتروني: دراسة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧ م، د. مرتضى عبد الله خيرى عبد الله جامعة نيالا الحكومية في السودان واستاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية في سلطنة عمان.
- 29 • النطاق القانوني لمسؤولية الناقل في عقد النقل البحري للبضائع، بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري الجزائري: الأستاذة دريسي أمينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لياابس، سيدي بلعباس، الجزائر
- 49 • تطبيق نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر-دراسة حالة بنك التنمية المحلية- د. بوهنة كلثوم والأستاذة شيخي حفيظة، المركز الجامعي -مغنية- الجزائر
- 63 • الحكم القضائي المنعدم، د. عبد المنعم عبد الوهاب نقابة المحامين - البصرة - العراق
- 87 • الخطأ المرفقي كأساس المسؤولية الادارية للمرافق العمومية الاستشفائية، زروقي خديجة - جامعة أحمد بن بلة غليزان -الجزائر -
- 105 • القرصنة الإلكترونية؛ الضرر الاقتصادي والفكري، طه عيساني - باحث دكتوراه في القانون - جامعة الجزائر ١
- 123 • حماية المستهلك في ظل حرية المنافسة في الجزائر : د. عاقل فاضيلة، جامعة باتنة، الجزائر

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016

الافتتاحية

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

تضمن العدد الخامس من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعتمدة مجموعة من المقالات المحكمة تناولت مواضيع راهنة تشغل الباحثين ورجال القانون على حد السواء، مسلطة الضوء على بعض الاشكاليات الأساسية المرتبطة بالعقود الإلكترونية والدفع الإلكتروني وكذلك القرصنة الإلكترونية.

كما تناول العدد النطاق القانوني لمسؤولية الناقل في عقد النقل البحري للبضائع، بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري الجزائري، والخطأ المرفقي كأساس للمسؤولية الادارية للمرافق العمومية الاستشفائية، والحكم القضائي المنعدم واخيرا لحماية المهتمك في ظل حرية المنافسة في الجزائر.

وبهذه المناسبة لا يفوتني أن أزمي الشكر للباحثين الأفاضل الذين أثرت مقالاتهم صفحات العدد، داعية الباحثين من مختلف مجالات العلوم القانونية المساهمة بالأعداد المقبلة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للزملاء أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية الذين لم يدخلوا بملاحظاتهم القيمة إذ يرجع لهم الفضل في تقييم وتصويب المقالات المرسلة للنشر بالمجلة.

وفي الأخير أذكر بأهداف مركز جيل البحث العلمي الذي يسعى منذ تأسيسه إلى تشجيع الباحثين وتمتين أدبيات البحث العلمي، ولتكون هذه المجلة إحدى المجالات القانونية الرائدة في الساحة العلمية، هذا ونرحب بكل اقتراح وانتقاد لنتقي بمستوى النشر في الوطن العربي.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير / د. سرور طالبي المل

الشرط الكتابي في العقد الإلكتروني:

دراسة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧ م

د. مرتضى عبد الله خيرى عبد الله

جامعة نيالا الحكومية في السودان واستاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية في سلطنة عمان

Abstract

writing considers as a mean of human expression because it contain a content and ideas, and certain perceptible concepts, writing is used in the scope of the contracts for the expression of the individuals will, and what tended to, Writing is one of the most important means of proof, add to that that the legislator requires writing sometimes, And makes the non-existence of it from the reasons for non-conclusion of the contract. Therefore, writing has a major role in the contract conclusion when it is formality, legislature requires writing to take place, writing either regular or electronic, the second being characterized as an electronic support by Computer, and without that, writing is consistent with the first, it is regarded as a way of expressing and carrying ideas and perceptible concepts, The legislator has equated between ordinary writing and electronic writing, making the purpose fulfilled by electronic writing when writing requires by law, and it must, regardless of law purpose for it or its impact on the legal action.

ملخص البحث

تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل التعبير الإنساني لأنها تحتوي على مضامين وأفكار ومفاهيم معينة قابلة للإدراك ويتم استخدام الكتابة في نطاق العقود للتعبير عن إرادة الأفراد وما اتجهت إليه، وتعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات أضف إلى ذلك أن المشرع يتطلبها في بعض الأحيان ويجعل عدم وجودها من أسباب عدم انعقاد العقد، وعليه فإن للكتابة دورا كبيرا في انعقاد العقد عندما يكون شكلياً، ويتطلب المشرع الكتابة لانعقاده، والكتابة إما عادية أو الكترونية والثانية تنسم بأنها تتم على دعامة إلكترونية بواسطة جهاز الحاسب الآلي ودون ذلك فهي تتفق مع الأولى من حيث اعتبارها وسيلة للتعبير، وحمل الأفكار و المفاهيم القابلة للإدراك وقد ساوى المشرع بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية فجعل الغرض متحققاً بالكتابة الإلكترونية كلما تطلب القانون الكتابة واشترطها بغض النظر عن غاية اشتراطه إياها أو أثرها في التصرف القانوني.

مقدمة

يعرف العقد في فقه القانون بأنه توافق بين الإيجاب والقبول على محل معين¹ وقد عرف قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"² ومهما اختلفت الصيغة التي عرف بها العقد إلا أنها تلتقي في المضمون الذي أرادت التعبير عنه وتجسيد ماهيته، وهي في سبيل ذلك تظهر دور إرادة أطراف العقد في إبرامه، وهو ما يعرف لدى فقهاء القانون بمبدأ سلطان الإرادة³ وذلك لأن أطراف العقد لهم الإرادة الحرة في إبرامه ما لم تخالف إرادتهما قاعدة أمره في القانون فيقع اتفاقهما باطلاً في حدود تلك المخالفة باعتبار انتماء تلك القاعدة للنظام العام وفي نطاق تقسيمات العقود من حيث تطلبها لشكل معين فإنها تقسم إلى عقود شكلية وأخرى رضائية وثالثة عينية⁴ فأما العقود الشكلية فهي تلك التي لا يتم إبرامها إلا باستيفاء الشكل الذي تطلبه القانون للانعقاد ومثالها عقود التصرفات الواردة على العقار أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالمركبات والسفن والطائرات⁵ وعليه فإن جزاء عدم استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون للانعقاد يتمثل في بطلان العقد كما أو اتفق شخص مع آخر على بيع العقار المملوك له خارج دائرة تسجيل الأراضي أما العقد الرضائي فإنه العقد الذي ينعقد بمجرد توافقه لإرادتين لطرفين دون أن يتوقف الإبرام على استيفاء شكل معين أو على تسليم العين التي تتعلق بمحل العقد⁶ أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يتم إلا بالتسليم ومثاله عقد الرهن الحيازي وكذلك عقد الهبة في القانون المدني⁷ والعقود الشكلية على النحو الذي أسلفنا يتوقف انعقادها على اتخاذ الشكل الذي تطلبه القانون لهذا الانعقاد.

وقد يكون الشكل المطلوب استيفاؤه قانوناً هو الكتابة فلا ينعقد العقد عندئذ رضائياً بل لابد من كتابته كركن للانعقاد، وتعتبر الكتابة متحققة لهذه الغاية مهما كان الشكل الذي اتخذته سواء بخط اليد أو بالطباعة على الآلة الكاتبة أو بواسطة جهاز الحاسوب ومهما كانت اللغة المستخدمة في الكتابة. وإذا أمعنا النظر في العقود التي تتطلب للانعقاد ركن التسجيل فإن الركن ينطوي على استخدام الكتابة في سجلات رسمية معينة على النحو الذي يرسم حدوده القانون وتبدو أهمية الكتابة في إثبات العقود بشكل عام ومن المعروف أن الكتابة تعتبر وسيلة فاعلة من وسائل الإثبات على اختلاف الحقوق التي تأتي الكتابة لإثباتها، وقد يتطلب القانون الكتابة صراحة للإثبات في حالات لا يجيز فيها الإثبات بسواها وإن كان من الممكن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى الإثبات بالإقرار القضائي أو باليمين الحاسمة غير أن ذلك يعتمد على ضمير الخصم وإذا كان حال العقود العادية مدى الدور الذي تلعبه الكتابة فيها كما أسلفنا فما هو دور الكتابة في العقود الإلكترونية سواء في مجال انعقاد العقد أو إثباته؟ وإذا كان هذا هو دور الكتابة في حياة العقود العادية فما هو دورها في

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ص ١١١، ١١٢.

(٢) المادة ٣٣ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م

(٣) د. أحمد عز الدين أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ١٩٤٥م، ص ٢٧، ود. إسماعيل غانم، النظرية العامة لمصادر الالتزام، ١٩٦٨م، ص ٣٩

(٤) د. ابوزر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة، طه، سنة ٢٠٠٤م، ص ٥٨

(٥) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٣٨.

(٦) محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص ٣٨

(٧) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر،

العقود الإلكترونية وتأتي أهمية هذا البحث من الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني ووسائل إفرانها في مجال إلكتروني معين، ومن طريقة الاحتفاظ بها إلكترونياً واسترجاعها واستخراجها على شكل وثائق ورقية، لاسيما وأن العقود الإلكترونية قد انتشرت انتشاراً واسعاً بغض النظر عن مسميات تلك العقود أو غاياتها نظراً للسهولة واليسر في إبرامها من حيث توفير الجهد أو الوقت أو المال، وقد يتطلب تنفيذ تلك العقود إجراءات عادية تخرج عن النطاق الإلكتروني في حال تعلق الأداء بشيء مادي لا يرتبط بالتعاقد الإلكتروني وقد يكون الأداء ذا طبيعة إلكترونية كإجراء برنامج إلكتروني حيث يلزم البائع بتمكين المشتري تحميل البرنامج على جهاز الحاسوب. وإذا كان العديد من الباحثين والشارحين قد تصدوا لبحث موضوع العقود الإلكترونية وانعقادها إلا أن بحث موضوع الكتابة الإلكترونية مازال بأمر الحاجة لدراسة قانونية متخصصة لتحديد هويتها وأثرها في التصرفات القانونية وبالأخص في العقود الإلكترونية، وعليه فإن الإشكالية التي يعالجها هذا البحث تتمثل فيما يلي: ما هو مفهوم الكتابة في العقود الإلكترونية وما مدى الدور الذي تلعبه في مجال هذه العقود؟

المبحث الأول: التعريف بالكتابة الإلكترونية وبيان شروطها

تستمد العقود الإلكترونية هذا الوصف بالإشارة إلى الوسيلة التي استخدمت في إبرامه فهو قد أبرم بواسطة الانترنت¹ ومن المتصور إمكان إبرام التعاقد الإلكتروني مشافهة بالحوار الصوتي الذي يتم بين العاقدين من خلال ما يسمي بالمنتدى الحواري أو الدردشة² كما نشير إلى أن الغالب الأعم من العقود الإلكترونية يتم إبرامها بالكتابة الإلكترونية المتبادلة بين العاقدين، فالكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي "كتب، يكتب، كتاباً"، والكتاب اسم لما كتب مجموعاً³ والكتابة تشمل المحررات الرسمية التي تصدر عن الموظف المختص أو من يقوم بتوثيقها وفقاً للصلاحيات الممنوحة له في القانون⁴ والمحررات العرفية التي يدونها الأفراد تعبيراً عن إرادتهم بغض النظر عن اللغة أو الهيئة التي تتخذها هذه المحررات أو الصورة التي يتم إخراجها بها فيستوي في ذلك أن تكون مكتوبة باللغة العربية أو بإحدى اللغات الأجنبية كما يستوي أن يكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، ويستوي أيضاً السطح الذي استخدم لإخراجها وتثبيتها عليه كما لو كانت على ورق خاص أو على أية رقعة أمكن تثبيت الكتابة عليها أما الكتابة الإلكترونية فهي تلك التي يتم إدراجها على دعامة إلكترونية قابلة للاسترجاع والاستنساخ بواسطة جهاز الحاسب الآلي مهما كان نوعه أو مكوناته المادية. وفيما يلي نتعرض لتعريف الكتابة وبيان شروطها.

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) في المادة ٢ من القانون النموذجي رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي⁵ كما

(١) د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، ص ٢٥

٢ د. أسامة أحمد شوقي المليجي " استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني " دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٣٤ ، ص ١٠٢

٣ د. مصطفى موسى العجامة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ص ١٣٤

٤ د. علاء حسين مطلق، الدليل الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ط١، سنة ٢٠١١م، ص ١١٣

٥ د. عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، سنة ٢٠٠٧م، ص ٧٥

عرفت المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٦م رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما في تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"^١ أما البيانات أو المعلومات فقد عرفت ذات المادة من القانون السوداني بأنها "البيانات والنصوص والصور والأشكال والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شبه ذلك" فالكتابة الإلكترونية تستمد من كلمات أو رموز أو إحصائيات حيث ينبي علمها التعبير الإرادي اللازم للتعاقد الإلكتروني^٢ وعلى ذلك يمكن القول إن الكتابة الإلكترونية تتماثل مع الكتابة العادية حيث تصلح للتعبير عن الإرادة المتجهة إلى إحداث أثر قانوني معين ووصولها إلى علم الأشخاص الموجه إليهم هذا التعبير الإرادي، ومن أول التشريعات العربية التي صدرت في شأن المعاملات الإلكترونية كان القانون التونسي فقد نص في الفصل الأول منه على "يضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية وتخضع المبادلات والتجارة الإلكترونية في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون إلى التشريع والترتيب الجاري بها العمل، و يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني و صحتها قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، كما عرفت المادة (٢) في الفصل الثاني شهادة المصادقة الإلكترونية بأنها " الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإيماء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها"^٣ وعلى الرغم من اختلاف وسيلة إعداد الكتابة الإلكترونية عن الكتابة العادية ذلك أن الأولى تعد بواسطة الحاسب الآلي في شكل معادلات وخوارزميات تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات إلا أنهما تتفقان فيما بعد من حيث قابلية كل منهما للدلالة والتعبير عن مضمونه ومحتواه.

فالكتابة الإلكترونية تختلف في طريقة إعدادها وإخراجها، لكنها حين تخرج في صيغتها النهائية على شاشة الحاسب تصبح مشابهة للكتابة العادية في الصيغة والحروف والترابط والجمل والمفهوم والدلالة، بل يكاد يختفي الفارق بينها وبين الكتابة العادية إذا ما تم استخراجها من الحاسب الآلي وطباعتها على ورق، غير أنه وفي حالة توافر شروط محددة في الكتابة الإلكترونية تصبح سجلاً إلكترونياً قابلاً للاعتداد به المعني المقصود في القانون، ويكون هذا السجل بالتالي حجة على من صدر عنه في المضمون الذي يحتوي عليه.

المطلب الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

الكتابة الإلكترونية وسيلة يتم استخدامها للتعبير والدلالة عن فكرة معينة يراد إظهارها إلى حيز الوجود وإيصالها إلى الآخرين مهما كانت الغاية التي تنطوي عليها تلك الفكرة وبغض النظر عن مضمونها والأشخاص المخاطبين بها وهي شأنها شأن الكتابة العادية وعلى ذلك يمكن القول إنه لا بد أولاً^٤ من أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات دلالة واضحة المعني وأن تقبل بالتالي الفهم والإدراك، وقد نصت المادة (٣) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٦م على شروط أخرى للكتابة الإلكترونية بقولها " إذا اوجب القانون إن تكون المعلومات المقدمة إلى شخص آخر ثابتة بالكتابة فان تقديمها في شكل سجل الكتروني يفي بهذا الغرض إذا توافرت الشروط التالية:

١ د. الوراق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم ١٤٣٠هـ - ديسمبر ٢٠٠٨م، ص ١٢٥

٢ صدر قانون المعاملات الإلكترونية في السودان في العام ٢٠٠٧م.

٣ القانون التونسي بشأن المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية أول قانوني صدر في هذا الشأن.

(٤) د. حسن جميعي " إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت " دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٩ .

١/ أن يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.

٢/ أن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات، بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها".

الشرط الأول: إمكانية الدخول للمعلومات واستخراجها بأي طريقة

ولعل هذا الشرط وهو وضوح دلالة الكتابة الإلكترونية ينسجم مع المنطق وتتطلبه طبيعة الكتابة الإلكترونية التي تحتاج إلى نظام معالجة الكتروني وسيط يسمح بقراءتها وإظهارها على نحو مفهوم قابل للإدراك بينما لا تتطلب الكتابة العادية ذلك لأنها تكتب مباشرة على دعامة ورقية وتخرج بمجرد كتابتها ذات دلالة واضحة ومعني مفهوم.

الشرط الثاني: إمكانية الحفظ وضرورة معرفة منشي الرسالة:

وقد نص البند (ب) من الفقرة (٣) من المادة (١) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٠م على هذا الشرط، ومؤدي ذلك أن تكون الكتابة الإلكترونية بمجرد اكتمال إنشائها وتعبيرها عن مضمون معين قابلة للحفظ والتخزين إلكترونياً بالهيئة التي أنشئت بها وذلك لإمكان الرجوع إليها واستخراجها على تلك الهيئة فلا بد إذن من أن يكون نظام المعالجة الإلكترونية قابلاً لحفظ الكتابة الإلكترونية لاسترجاعها واستخراجها. وكذلك يتعين اتباع نظام معين من شأنه التثبت أن الكتابة الإلكترونية قد تم إنشاؤها من قبل شخص معين تسند إليه وفي حال إرسالها إلى آخر يتعين تحديد تاريخ ووقت إرسالها وتسلمها وعليه فإن من المناسب التمييز بين الكتابة الإلكترونية من حيث ماهيتها والوظيفية التي تضطلع بها وهي التعبير عن الأفكار والمفاهيم والإرادات والتصرفات القانونية وغيرها مما يجعل من قابليتها للإدراك شرطاً أساسياً وبين الكتابة الإلكترونية من حيث وظيفتها في الإثبات والحجية وهي من هذه الزاوية فقط يتوجب أن تسند إلى شخص معين لتكون حجة عليه في الإثبات، ومن المعلوم أن العديد من الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين أصحاب البريد الإلكتروني تحمل معلومات ثقافية واجتماعية وعلمية ودينية وغيرها وهذا يقودنا إلى التأكيد أن الكتابة الإلكترونية مثلما هي الكتابة العادية أوسع نطاقاً من مجرد المعاملات والتصرفات القانونية الإلكترونية فالأخيرة تتطلب توافر شروط السجل الإلكتروني بغايات الاعتداد بها قانوناً ويمكن القول أن الكتابة تكون إلكترونية طالما أدرجت على دعامة إلكترونية وكانت قابلة للفهم والإدراك وتستمد بالتالي قيمتها من مقدار المعرفة التي تشتمل عليها بينما تكون الكتابة الإلكترونية التي تشمل على تصرف قانوني غير ذات أثر ما لم تكون قابلة لإسنادها إلى شخص من أصدرها.

المبحث الثاني: الشرط الكتابي في العقود الإلكترونية

من المعلوم أن القانون يتطلب الكتابة في بعض الأحيان كشرط شكلي من شروط انعقاد وتصرفات قانونية معينة وفي أحيان أخرى فإن القانون يتطلب الكتابة وسيلة لإثبات التصرفات القانونية وإسنادها إلى من صدرت عنه ومن المعلوم أن القانون إذا تطلب الكتابة لانعقاد العقد فإن تخلفها يعني عدم انعقاده جزاءً على عدم مراعاة الشكل الذي تطلبه القانون، أما إذا تطلب القانون الكتابة لغايات الإثبات فيكون من الصعب التوسل بدعوى أمام القضاء لإثبات الحق ما لم تتوفر بيئة كتابية بذلك الحق لاسيما وأنه يندر في الكثير من الحالات اللجوء إلى الشهادة دون اعتراض من الخصم أو

الاستفادة من اليمين الحاسمة كوسيلة من وسائل الإثبات، فهل ينطبق ذلك على الكتابة الإلكترونية من حيث الدور الذي تلعبه في سياق العقود الإلكترونية .

المطلب الأول: شرط الكتابة (التسجيل) في انعقاد العقود

يطلب قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في إبرام بعض العقود ركن الرسمية المتمثل بالتسجيل مثلما هو الحال في العقود الواردة على العقارات والعقود الواردة على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالمركبات والسفن والطائرات والمقصود بهذا الركن أن يعتمد أطراف العقد إلى المثول أمام الجهة التي تختص بتسجيل التصرف في سجلها الخاص ليقع هذا التصرف صحيحاً، فإذا لم تتم مراعاة هذا الركن وقع التصرف باطلاً وبغض النظر عن غاية المشرع في إلزامه تحقيق ركن التسجيل لغايات صحة التصرف فإن التسجيل بحد ذاته ينطوي على الكتابة لأنها وسيلة للتعبير واضحة الدلالة على إرادة أطراف ذلك التصرف وفي نفس الوقت وسيلة لإثباته لاسيما وأنها تشمل على توقيع أولئك الأطراف والتسجيل كركن شكلي من أركان بعض العقود كالعقود العقارية وإن كان يشتمل على الكتابة إلا أنه يختلف عن الكتابة بحد ذاتها عندما يتطلب القانون مراعاتها لإبرام تصرف قانوني معين فلا يكون عندئذ منعقداً ما لم يتم كتابة فالتسجيل كركن شكلي لقيام بعض التصرفات القانونية ولذا يتطلب مثول أطراف العقد أمام الموظف المختص وقيامه بتوثيق العقد في السجل الخاص وفقاً للإجراءات الشكلية المقررة قانوناً وعليه فإن التسجيل كركن شكلي يتحقق بتعبير طرفي العقد عن إرادتهما أمام الموظف المختص وإفراغ ذلك في السجل الخاص بالمادة (٢٩) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٤م تنص على أنه "تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون" ومن المعلوم ان الشكلية المتعلقة بالتسجيل هي أساسا التصرفات المتعلقة بالعقارات، وبعض التصرفات المتعلقة بالمنقولات المادية الشبيهة بالعقارات كالسفن وبعض المنقولات المعنوية كالمحل التجاري وبعض الشركات التجارية^١ وجميع أشكال الشهر والعلانية هي إجراءات لاحقة على إبرام التصرف وتكوينه والهدف منها تأمين العلاقة القانونية وتيسير العلم للغير بما يبرم من تصرفات لحمايتهم من المخاطر التي يمكن أن يحدثها التصرف إذا ظل سرياً وغير معلن وهو ما يسمح لهم بالقيام بما يشاءون من تصرفات دون خوف من عدم تحقيق هذه التصرفات لغاياتها نتيجة لوجود تصرفات سابقة عليها قد ترد على محل الالتزام نفسه دون أن يعملوا بها ومن أمثلة تلك الأشكال التسجيل والقيود وإعلان التصرف^٢ وتختلف الشكلية المطلوبة لانعقاد عن شكلية الشهر حيث تعد الأولى أسلوباً مفروضاً للتعبير عن الإرادة يستلزمه القانون لإنشاء بعض التصرفات القانونية ومن ثم تعد ركناً أو شرطاً لإبرام التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف، في حين أن الثانية هي مجرد إجراءات غريبة عن التصرف القانوني ولاحقه على إبرامه ومن ثم لا تعد شرطاً لانعقاده وإن كانت شرطاً لفاعليته والاحتجاج ببعض آثاره على الغير^٣ والاختلاف بين الشكلية المطلوبة لانعقاد وشكلية الشهر يبدو أقل وضوحاً من الناحية العملية حيث تقترب النتائج المترتبة على تخلف الشهر وتتشابه مع تلك المترتبة على تخلف الشكل في الكثير من الأحيان خاصة عندما يخرج المشرع عن إطار الجزاء الطبيعي لتخلف أشكال الشهر وهو عدم سريان التصرف في مواجهة الغير ليقرر جزاءات أخرى أشد قوة لبعض التصرفات وذلك مراعاة منه لاعتبارات معينة كما فعل بشأن الشهر المقررة للتصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله حيث قرر بأن عدم القيام بشهر هذه التصرفات

١ د. عبد العزيز المرسي حمود "مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية" مرجع سابق، ص ٦٧ .

٢ محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، سنة ٢٠٠٤م، ص ٣٢

٣ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، لجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية - العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر، ص ٢٨

بطريق التسجيل يترتب عليه إن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون لمثل هذه التصرفات التي لم تسجل من اثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن^١ ومن تطبيقات شكلية التسجيل:

١/ عقد الشركة

قيد المشرع المتعاقدين في عقد الشركة حتى تكون بوصفها اعتبارية أن يتم تسجيلها وفق القانون وقد نص على ذلك في المادة (٧٢٤) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٠م بأنه:-

١/ لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يصدرها القانون.

٢/ للغير أن يتمسك بالشخصية الاعتبارية للشركة رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار إليها.

٢/ الرهن الحيازي

هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين^٢ هذا وأعتبر المشرع الرهن الحيازي غير نافذ في حق الغير إلا إذا سجل بالجهات التي يناط بها تسجيل العقد، و حيث نص على ذلك في المادة (٧٧) بأنه " لا يعتبر رهن العقار حيازياً نافذاً بالنسبة للغير إلا إذا سجل بالجهة التي يناط بها قانون التسجيل إلى جانب حيازة الدائن المرتهن"^٣، وبذلك نخلص إلى أن المشرع قيد إرادة المتعاقدين لتمام الرهن الحيازي بالتسجيل حماية لرد مال المرهون له وعدم التصرف فيه من قبل الراهن قبل استيفاء المرهون لديه.

المطلب الثاني: شرط الكتابة (الكتابة) في انعقاد العقود

تتحقق الكتابة بالصياغة المكتوبة للعقد بما يتضمنه من شروط بغض النظر عن الوسيلة التي كتب بها سواء بالآلة الكتابة أو بخط اليد، ويتطلب القانون في بعض الأحيان الكتابة لانعقاد العقد كما هو الحال في اتفاق التحكيم حيث تنص المادة (٩) من قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٠ على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة"^٤ فالاتفاق على التحكيم في موضع معين لا يسلب اختصاص القضاء، وإنما يمنعه من نظر النزاع في شأنه إذا أثير الدفع باتفاق التحكيم^٥ وبالنظر إلى الأثر الكبير المترتب على قبول الدفع باتفاق التحكيم وهو امتناع القضاء عن نظر النزاع فقد اشترط المشرع أن يكون ذلك الاتفاق مكتوباً وفي ضوء ما قدمنا فقد أصبح من الضرورة بمكان التعرض إلى مدى إمكان الاعتداد بالكتابة الإلكترونية لتحقيق ركن الشكل في العقود التي تتطلب الكتابة لغايات انعقادها لا يختلف اثنان على أن المشرع إذا تطلب الكتابة لانعقاد عقد معين فإن هذا العقد يكون قد تحقق ركنه الشكلي بمجرد تدوينه ولا أثر بعد ذلك للغة التي كتب بها أو الوسيلة التي استخدمت الكتابة بها كأن يكون بخط اليد أم بالآلة الكتابة أم بواسطة الحاسوب، أو على دعامة الكترونية وعلى شكل محرر الكتروني طالما كان بالإمكان

١. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص ٨٩

٢. المادة (٣٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤.

٣. د. عوض أحمد الزعبي، الوجوب في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، دار وائل للنشر، عمان/الأردن. ص ٤٥

٤. قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٠م والذي تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٥م

٥. د. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٠٣

حفظ هذا المحرر واسترجاعه ونسخه وقد أكد قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢ على قيام الكتابة الإلكترونية مقام الكتابة العادية عندما يتطلب القانون الكتابة لأية غاية كانت^١ وعليه يمكن القول إن القانون إذا تطلب الكتابة العادية لانعقاد العقد، فإن إفراغه في محرر الكتروني يجعل ركن الشكل متحققاً بالنظر إلى تساوي الأثر القانوني للكتابة الإلكترونية والكتابة العادية.

المبحث الثالث: الشكلية الالكترونية

يمكن أن يتجاوز الدور الذي تقوم به الكتابة من مجرد إثبات التصرف القانوني إلي دور أكبر من ذلك، ففي الحالات التي يتطلب القانون الكتابة كشرط لصحة التعاقد يثور التساؤل عن صحة العقد الذي يبرم عن طريق الوسائل الالكترونية فقد نصت المادة (٦) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦ م على:-^٢

(١) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً.

(٢) تسري أحكام الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

وكما تنص المادة (٧) من نفس القانون على انه "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات او الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:-

١/ وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

٢/ كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

وقد تبنت بعض التشريعات الدولية والوطنية مثل الولايات المتحدة وفرنسا وتونس والأردن والإمارات العربية المتحدة والبحرين ما يشابه صياغة هذه الأحكام ونصت على دور الكتابة الالكترونية في استيفاء الشكل المطلوب لانعقاد التصرفات القانونية الشكلية الورقية وقد ظلت العلاقة بين الكتابة والدعامة الورقية التي تدون عليها الورقة وثيقة لفترة طويلة من الزمن حيث يسود الاعتقاد بان "كتابة= ورق"^٣ وإن المعاملات عبر تقنيات الاتصال الحديثة تتم بصورة غير مادية وفي ظل غياب الدعامة الورقية فقد بدا هذا النوع الجديد من المعاملات يفرض نفسه بقوة في ظل ازدهار التجارة الالكترونية وانتشار استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض بشأن العقود الالكترونية وإبرامها بل وتنفيذها في بعض الحالات والكتابة العادية مثلما هو معروف يتم تحريرها وفقاً للعادة على الورق بغض النظر عن الطريقة الوسيلة المستخدمة في الكتابة، أما الكتابة الإلكترونية فيتم تحريرها على دعامة الكترونية وتخزينها عليها بحيث يسهل الرجوع إليها في أي وقت من خلال شاشة الحاسوب^٤.

١ د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم ١٤٣٠ هـ - ديسمبر ٢٠٠٨ م، ص ٦٣

٢ استهدت كافة التشريعات في العالم بالقانون النموذجي الصادر من لجنة الاونسترال بالأمم المتحدة لسنة ١٩٩٦م

٣ د. محمد احمد إسماعيل، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، ص ٣٥

٤ د. محمد أبو زيد "تحديث قانون الإثبات". مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية، ٢٠٠٢، ص ١٠٥

المطلب الأول: كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً

تعد الرضائية باعتبارها احد نتائج مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية المعنى بها لدى إنشاء العقود والالتزامات، فالأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم بيد أن القانون قد يتطلب إفراغ تلك الإرادة في شكل معين، وهنا ينقلب العقد من كونه عقد رضائي إلي عقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده فقط، وإنما يلزم بالإضافة الي التراضي إتباع شكل خاص يقرره القانون، ومن مظاهر الشكلية المقررة اشتراط القانون إفراغ التراضي في شكل مكتوب، فالكتابة هنا ليست لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً¹ وذلك مثل عقد الشركة وإذا كان الأصل هو قيام الكتابة بدور الإثبات وهو ما يتحقق أيضاً مع الكتابة الالكترونية فهنا يثور التساؤل عما إذا كان يتحقق في الأخيرة أيضاً الدور الاستثنائي المتمثل في اعتبارها ركناً من أركان التصرف القانوني؟

أولاً: موقف الفقه من مدى إمكانية اعتبار الكتابة الالكترونية ركناً من أركان التصرف

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلي فريقين، أولهما يعتبر أن للكتابة دوراً وحيداً يتمثل في الإثبات فقط، والفريق الثاني يضيف على دورها في الإثبات دور آخر يتمثل في صلاحيتها للقيام بدور الكتابة المتطلبة للتصرف وإبرامه.

الرأي الأول: صلاحية الكتابة الالكترونية للإثبات فقط

وفقاً لأنصار هذا الرأي فإنه إذا تطلب القانون شكلاً معيناً يجب أن يتم فيه تصرف قانوني معين فإذا تخلف هذا الشكل اعتبر هذا التصرف باطلاً، فإن هذا الشكل الذي يتطلبه القانون والذي عادة ما يكون تطلب إتمام تلك التصرفات كتابة لا يمكن للكتابة الالكترونية أن تكون وسيلة لإتمام ذلك الشكل ومن ثم لا تصلح لأن تكون وسيلة لإتمام التصرفات مدللين على ذلك ببطلان عقد الزواج الذي يتم عبر شبكة الانترنت، ويضيفون كذلك أن اعتبار الكتابة وسيلة لإثبات التصرفات الالكترونية التي تتم عبر الوسائل الالكترونية لا يجعلها ركناً شكلياً من أركان التصرف القانوني لأن الدور الذي تلعبه الكتابة التقليدية حينما تكون ركناً شكلياً لا يمكن أن تقوم به الكتابة الالكترونية² والتصرفات القانونية التي تعتبر الشكلية ركناً من أركانها كعقد هبة العقار وعقد الرهن الرسمي عادة ما تنطوي على خسارة لأحد الأطراف أو عدم تعادل بين الادعاءات المتقابلة ولهذا يتطلب القانون لإتمامها تحريرها على ورقة رسمية بواسطة موظف مختص رغبة من المشرع تنبيه الواهب أو الراهن مثلاً إلي خطورة التصرف الذي يقدم عليه كل هذا لا يمكن تحقيقه مع الكتابة الالكترونية التي تتسم بالسرية في بعض الأحيان والسرعة في أحيان أخرى وعدم معرفة أطراف التعاقد ببعضهم البعض في أحيان كثيرة³ وفي الفقه الفرنسي فقد تأثر بالتعديل التشريعي الذي اقتصر على مجرد تعديل لنصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات، الأمر الذي دعاهم إلي حصر مجال الكتابة الالكترونية في الإثبات وذلك وفقاً لما حققه المشرع، واستند الفقهاء إلي أن الأعمال التحضيرية لمشروع قانون سنة ٢٠٠٢م كانت تقتصر على الكتابة المتطلبة لإثبات التصرف دون الكتابة اللازمة لصحته واعتبروا أن تلك الشكلية قد قررت لحماية الأطراف وتوعيتهم بخطورة التصرفات التي يقدمون عليها كما أن القانون ذاته لا يشمل التصرفات القانونية التي تكون الكتابة لصحتها⁴ وقد تم انتقاد هذا الرأي القائل بصلاحية الكتابة الالكترونية للإثبات

١. د. عبد السلام على المزوعي " النظرية العامة لعلم القانون . القواعد العامة في الإثبات " دار الكتب الوطنية . بنغازي ، ط ١ ، ١٩٩٤ ، ص ٩ .

٢. د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص ٧٦، ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ١٧٠.

٣. د. عبد العزيز المرسي حمود " مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية " مرجع سابق ، ص ٦٥ .

٤. د. ثروت عبد الحميد " التوقيع الإلكتروني " مكتبة الجلاء الجديدة . المنصورة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢٨ .

فقط دون سواها لأنه خلط بين الشكلية التي تستلزم كتابة العقد والشكلية التي تتطلب رسمية التصرف، كذلك فإن إبرام تصرف من خلال الكتابة الالكترونية لا يعني بالضرورة أن أطراف التعاقد قد تسرعوا في إبرامه فلا اختلاف بين كتابة الكترونية أو كتابة تقليدية ففي كليهما يتاح للأطراف الإلمام بكافة جوانب العقد والعلم بكافة ما يترتب من التزامات ومخاطر، وكذلك فإن القول بجهل أطراف التعاقد ببعضهم البعض فهو قول مردود، ففي التصرفات أو العقود الشكلية سواء تلك التي استلزم القانون إتمامها في شكل مكتوب أو إفراغها في شكل رسمي يكون جميع الأطراف على علم بهوية بعضهم البعض، ففي بعض عقود الشركات يعلم كل طرف مع من يساهم ومن هم شركاه، كذلك فإن عقد الهبة يعلم الواهب فيه شخصية الموهوب له ويعلم الموهوب له الشيء الموهوب فالقول السابق لا يمكن تعميمه على كافة التصرفات القانونية التي تبرم في الشكل الالكتروني وإنما على بعضها فقط، والبعض الآخر يبني رفضه لجعل الكتابة الالكترونية مقررة لانعقاد على انه من غير المنطق أن يتم إبرام بعض العقود المهمة كعقد الزواج بالوسائل الالكترونية فهو مبرر لا يكفي لاستبعاد الكتابة الالكترونية من القيام بدور الشرط الشكلي في التصرفات الشكلية حيث إن معظم القوانين التي أجازت هذه المسألة قد أوجدت بعض الاستثناءات المتعلقة ببعض العقود، والتصرفات المهمة ومن أهمها المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا إذ لا يجوز إبرام تلك التصرفات بالوسائل الإلكترونية وعلى هذا فإن رفض تلك المسألة قد استند إلى استثناء يؤكد القاعدة ولا ينفمها¹.

الرأي الثاني: صلاحية الكتابة الالكترونية للإثبات والانعقاد

وفقاً لهذا الرأي فإن الكتابة الالكترونية لا تقتصر على دور الإثبات وإنما تصلح أيضاً للقيام بدور الكتابة اللازمة لانعقاد التصرف القانوني، ووفقاً لأنصار هذا الرأي من الفقه الفرنسي فإن ما نص عليه قانون سنة ٢٠٠٠م بشأن تطويع قواعد الإثبات وبخاصة المادة (٧١٣) منه التي عرفت الكتابة بأنها " كل تتابع للحروف والعلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة مفهومة، أيا كانت دعامتها أو شكل إرسالها"، يجعل هذا التعريف يتسع نطاقه ليشمل ليس فقط للكتابة المقررة للإثبات وإنما يشمل الكتابة المتطلبة لانعقاد التصرف وذلك متى تطلب القانون وجود كتابة².

ثانياً: موقف التشريعات من مدى إمكانية تحقق الشكلية مع الكتابة الالكترونية

ورد بقانون ااونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦م في المادة (٧٦) منه على انه " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً وكذلك ورد بالتوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ٢٠٠٠م إلزام الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية بان تجعل من الممكن إبرام العقود عن الطريق الالكتروني وأن تنص بصفة خاصة على أن النظام القانوني المطبق على العملية التعاقدية لا يمثل عقبة في سبيل استخدام العقود الالكترونية ولا يؤدي إلى حرمانها من الأثر والصلاحية القانونية³ وفي القانون الفرنسي فقد صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي والذي أقر صراحة بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية بالوسائل الالكترونية، وقد نصت المادة (١١١) منه " على انه حينما تكون الكتابة متطلبة لصحة التصرف القانوني فإن هذا التصرف يمكن إنشاؤه أو حفظه في شكل الكتروني"، وفي الفقرة

١. د.محمد أبو زيد " تحديث قانون الإثبات . مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية . مرجع سابق، ص ٢٧٦

٢. د.بشار طلال أحمد مومني " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " عالم الكتب الحديث . الأردن ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣١ ، ١٣٢ .

٣. د. احمد عبد التواب بهجت، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والامريكي، دار النهضة العربية، ص ١٥

الثانية من ذات المادة نص على أن "عندما يشترط في بيان معين أن يكتب بخط يد الذي يقع عليه الالتزام، فإن هذا الأخير يمكن له أن يضع هذا البيان في شكل الكتروني إذا ما توفرت الشروط التي تكفل بطبيعتها أن هذا البيان لا يمكن أن يصدر إلا من خلال الملتزم نفسه"، وكذلك نصت المادة (١٣٦) (١) على أنه "عندما يشترط إرسال عدة نسخ فإن ذلك يمكن استيفاؤه من خلال الكتابة الالكترونية إذا كانت تلك الكتابة يمكن طباعتها من قبل المرسل إليه " فالقانون الفرنسي تبني وحدة مفهوم الكتابة والتي تعني وحدتها في الإثبات وفي صحة التصرف^١ وفي التشريعات الوطنية فقد نصت المادة (٧) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية بدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ٢٠٠٦ م منه أنه " إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوباً أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة فإن المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الالتزام بالفقرة (١) من المادة (٩) من القانون"، وتقضي الفقرة (١) من المادة المعنية من القانون بأنه "إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل معلومات لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ مستند أو سجل معلومات لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ هذا المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل الكتروني شريطة مراعاة ما يلي:-

١/ حفظ السجل الالكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به أو بشكل يمكن من إثباته انه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت من الأصل.

٢/ بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً.

٣/ حفظ المعلومات إن وجدت هذه المعلومات التي تمكن من استبانة منشأ الرسالة الالكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

وكذلك نصت المادة (٩) من قانون التوقيع الالكتروني المصري لسنة ٢٠٠٦ م على ان " للكتابة الالكترونية وللمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " فيما نصت المادة (٧) من قانون المعاملات الالكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٦ م على انه " إذا اوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة أو رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك"، وكذلك نصت المادة (٣) من القانون نفسه على أنه " إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات المقدمة إلى شخص آخر ثابتة بالكتابة فإن تقديمها في شكل سجل الكتروني يفي بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية:-

(١) أن يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.

(٢) أن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها.

١. د. ممدوح خيرى هاشم " مشكلات البيع الإلكتروني عبر الإنترنت " دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٧٤

المطلب الثاني: عدم كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً

أوردت التشريعات الدولية والوطنية العديد من الاستثناءات على مبدأ الشكلية الالكترونية وقدرة الكتابة في استيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً، و من ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٧) من القانون المدني الفرنسي والتي أدخلت فيه بمقتضى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي بعض الاستثناءات على مبدأ إجازة الشكلية الإلكترونية تشمل:-

١/ العقود العرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواثيق والتركات

٢/ التصرفات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية سواء كانت مدنية أو تجارية إلا إذا كانت قد أبرمت بواسطة شخص من أجل حاجات مهنته^١.

وكذلك نصت المادة (٤) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة ٢٠٠٠م على استبعاد العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة من إطار الشكلية الالكترونية من ذلك ما يلي:

١- إنشاء الوصية وتعديلها.

٢- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

٣- معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

٤- الوكالات المتعلقة بالأحوال والمعاملات الشخصية.

٥- الإشعارات بإلغاء أو فسخ خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

٦- لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

٧- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول.

ومن ذلك أيضاً ما قرره قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي لسنة ٢٠٠٠م من عدم كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكل المطلوب قانوناً في عقود الزواج والطلاق والوصايا وعقود البيع الواردة على الأموال غير المنقولة وبصفة عامة الحقوق العينية الواردة على العقار، حيث نصت المادة (٢) من القانون على أن "يسري هذا القانون على السجلات والتوقيعات الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من أحكامه ما يأتي:

١ - المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

٢ - سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

٣ - السندات القابلة للتداول.

١. د. إبراهيم الدسوقي أو الليل " الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية " مجلس النشر العلمي . جامعة الكويت ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧٠ .

٤- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير العقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشرة سنوات وتسجيل اي حقوق أخرى متعلقة بها.

٥- أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل.

٦- أيه مستندات أو معاملات أخرى يتم استثناءها بنص قانوني خاص .

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (٢) من قانون البحرين بشأن التجارة الالكترونية لسنة ٢٠٠٢م على أنه:- "

١- تسري أحكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الالكترونية

٢- يستثنى من أحكام هذا القانون:

(أ) كافة المسائل التي ينعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٧م بشأن تنظيم القضاء وتعديلاته.

(ب) مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج والطلاق والحضانة والتبني والميراث وإنشاء الوصايا وتعديلها.

(ج) المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية.

(د) السندات القابلة للتداول

(هـ) سندات الملكية.

فيما نصت المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية لسنة ٢٠٠٢م على انه"

١/تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون.

٢/يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون أحكام الزواج والطلاق.

المطلب الثالث: دور الكتابة الالكترونية في الإثبات

بما أن صفة الكتابة المقروءة تتوفر في الكتابة المثبتة على الدعامات الالكترونية، فان مدى حجيتها في الإثبات ترتبط بمدى أن تكون (الأحرف والرموز والأرقام والإشارات) ذات فحوى ومدلول، فإذا حققت الكتابة الالكترونية هذه الوظيفة فإنها تمنح قوة ثبوتية مساوية للقوة الثبوتية المقررة للكتابة الخطية^١ وقد اشترطت بعض التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني تحقيق الكتابة الالكترونية لهذه الوظيفة لمساواتها بالكتابة الخطية، فالمادة (٢) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦م نصت على انه:-

١/ عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا.

٢/ تسري أحكام الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام واكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

١ د. الياس ناصيف ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٧

وكذلك تنص المادة (٨) من نفس القانون على انه " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:-

١- وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

٢- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

وقد تبنت بعض التشريعات ما يشابه صياغة هذه الأحكام، فقد اشترطت المادة (١٣) من القانون المدني الفرنسي على " أن تكون الأحرف أو الأرقام أو الرموز التي تعبر عن البيانات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة عند عرضها على الشخص المقرر أن تقدم إليه وبغير ذلك تفقد صفتها كعنصر من عناصر دليل الإثبات"^١ وبذات المعنى اخذ المشرع في إمارة دبي فقد نصت المادة (٧٧) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على أن " لا تفقد المعلومات التي تشير إليها الرسالة الإلكترونية دون تفصيل أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ، متى كان الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها"، وكذلك نصت المادة (٧/أ/ب) من قانون التجارة الإلكترونية في مملكة البحرين على انه في " حالة الإلزام بتقديم أصل المستند إلي شخص معين فانه يجب إن يكون السجل الإلكتروني قابلاً للدخول عليه واستخراجه وحفظه وعرضه بشكل قابل للفهم من قبل هذا الشخص"، أما المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠٢م فقد أضفى حجية كاملة على الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية وساوى بينهما وبين ما هو مقرر من الكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وذلك في حال استيفاء هذه الكتابة والمحركات لشروطها المنصوص عليها في هذا القانون وفق الضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية، ونجد انه وضع قرينة قانونية على صحة هذه المحركات والكتابة الإلكترونية في حال أن كان هناك ارتباط بينهما وبين الشخص الموقع وسيطرته وحده على الوسيط الإلكتروني وذلك تأكيداً منه على سلامة المحرر الإلكتروني المادية بصدوره ممن وقعه، فالمشرع المصري قد أحال فيما يخص حجية هذه المحركات والتوقيعات الإلكترونية بالإثبات إلى القواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الإلكتروني وذلك لتقرير حجية لهذه المحركات الإلكترونية^٢ و المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢م اوجب لكي يكون للمحرر الإلكتروني الموقع عليه الكترونياً حجة بالإثبات أن يكون موثقاً هو والتوقيع الإلكتروني وذلك وفق ما تطلبه في هذا القانون من إجراءات التوثيق المرتبط بالمحرر والذي يحدد شخصية صاحبه^٣ وفي قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢م نصت المادة (٣١) على انه " إذا اوجب القانون أن تكون المعلومات المقدمة إلى شخص آخر ثابتة بالكتابة فان تقديمها في شكل سجل الكتروني يفي بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.

١. د. احمد عبد التواب بهجت، ابرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والامريكي، المرجع السابق، ص ١٥

٢. د. محمد محمد سادات، حجية المحركات الموقعة الكترونياً في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط ١، سنة ٢٠١١م، ص ٣٣٤

٣. د. محمد احمد اسماعيل، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ٤٩

٢ - إن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها.

مبدأ التكافؤ الوظيفي: (الشكلية الالكترونية)

يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي المساواة في الحجية ما بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية، وقد جاء بهذا المبدأ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٩م حيث نصت المادة (٦/أ) منه على انه "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً"، وقد عرفت المادة الثانية من نفس القانون رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"، وقد أخذت معظم التشريعات في العالم بمفهوم التكافؤ الوظيفي الذي نصت عليه قواعد الاونسترال، وقد ساوى المشرع المصري بين حجية الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية إذ نصت المادة (١٩) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني لسنة ٢٠٠٠م على أن "للكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في إحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية" فالمشرع المصري اقر للكتابة الالكترونية حجية مساوية بقوتها الثبوتية للحجية المقررة للكتابة المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات ومن التشريعات الأخرى التي أثارت مسألة الاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية ومساواتها وظيفيا مع الكتابة الخطية قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي إذ نصت المادة (٩) منه على انه "إذا اشترط القانون ان يكون خطيا اي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فان المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط"، وكذلك نص قانون التجارة الالكترونية لمملكة البحرين في المادة (٧/٩) على مبدأ التكافؤ الوظيفي ما بين الكتابة الالكترونية والخطية إذ نصت هذه المادة على "إذا اوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون، وكذلك نصت المادة (٧/١) من قانون المعاملات الالكترونية لسنة ٢٠٠٠م على انه "إذا اوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة، او رتب أثرا قانونيا على عدم الالتزام بذلك فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقا عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك"، يتضح من كل ذلك أن معظم التشريعات المقارنة أخذت بما جاء به قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٩م فيما يختص بالنظير الوظيفي.

الخاتمة

نخلص من هذا البحث إلى أن الكتابة الإلكترونية كالكتابة العادية تصلح كوسيلة للتعبير الإرادي في مجال التعاقد الإلكتروني ويجب بالتالي أن تتسم بالوضوح وذلك لإمكانية الفهم عن طريقها.

أما أهم النتائج التي توصلنا إليها في خاتمة البحث فتمثل فيما يلي:

١. أن القانون السوداني اعتد بالكتابة الإلكترونية وأقامها مقام الكتابة العادية سواء في وظيفتها في انعقاد العقد أو في إثباته.

٢. كل شروط الكتابة التقليدية المتمثلة في إمكانية قراءتها وكذلك استمراريتها وعدم قابليتها للتعديل أو الإضافة إلا بترك اثر واضح يدل على التعديل يمكن تحقيقها في الكتابة الالكترونية.
 ٣. استعمالاً لحق الخصم في تقديم صور عن بيانات موجودة تحت يده والتأشير على تلك الصور بأنها صورة طبق الأصل، فإن لهذا أن يستخرج صورة عن السجل الإلكتروني المحفوظ تحت يده ويكتب عليها طبق الأصل فالأصل في هذه الحالة هو السجل الإلكتروني المحفوظ لديه شريطة أن يكون هذا السجل موثقاً نظراً لأن السجل غير الموثق لا يجوز حجية في الإثبات.
 ٤. يمكن قبول الكتابة الالكترونية في العقود الالكترونية والإثبات الالكتروني إذا توافرت شروطها المبينة في تشريعات المعاملات الالكترونية أو التوقيع الالكتروني وذلك في كافة مجالات الكتابة التقليدية طالما أنها أصبح لها ذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية ومن ثم ليس ما يمنع من استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون لإبرام عقد وتسجيلها و الاحتجاج به في مواجهة الغير من خلال الكتابة الالكترونية طالما أدت الغرض الذي من اجله استلزم القانون أو الأطراف شكلاً معيناً.
 ٥. اعتبر المشرع السوداني الكتابة الالكترونية بديلة للكتابة التقليدية بصفة عامة سواء كانت للإثبات أو للانعقاد حيث نصت المادة (٧١) على انه " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة بالكتابة او رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك".
 ٦. أن الكتابة التقليدية على وسيط ورقي، والكتابة المستحدثة والقائمة على وسيط الكتروني يحققان ذات الوظيفة في الإثبات، وذلك من خلال اعتراف المشرع صراحة بذلك.
- أما أهم التوصيات التي يمكن إبدائها في نهاية هذا البحث وتمثل في :
١. تعديل نصوص الإثبات التقليدية في القانون المدني لمنح الحجية القانونية للكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني بما يتلاءم مع التكنولوجيا المتقدمة.
 ٢. تفعيل دور لجنة المصادقة الالكترونية السودانية ووضع قانون خاص بها، والاشتراط على الجهة المرخص لها بمزاولة أعمال التصديق باستخدام كادر فني مؤهل مع ضرورة أن يكون من ضمنه الجانب القانوني.

قائمة بأهم مراجع البحث

أولاً: المراجع القانونية

١. د. إبراهيم الدسوقي أو الليل " الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية " مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت ، ٢٠٠٣.
٢. د. ابوذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة، ط٥، س٢٠٠٣م.
٣. د. احمد عبد التواب بهجت، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والأمريكي، دار النهضة العربية.

٤. د. احمد عز الدين أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ١٩٤ م.
٥. د. أسامة أحمد شوقي المليجي " استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني " دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ م.
٧. د. بشار طلال أحمد مومني " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " عالم الكتب الحديث. الأردن ، ط ١، ٢٠٠٤ م .
٨. د. ثروت عبد الحميد " التوقيع الإلكتروني " مكتبة الجلاء الجديدة . المنصورة، ٢٠٠٢ م
٩. د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠ م.
٩. د. حسن جميعي " إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت " دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ م.
١٠. د. عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الالكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، سنة ٢٠٠٠ م.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت.
١٢. د. عبد السلام على المزوي " النظرية العامة لعلم القانون . القواعد العامة في الإثبات " دار الكتب الوطنية . بنغازي ، ط ١، ١٩٩٤ م.
١٣. د. عبد العزيز المرسي حمود " مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي.
١٤. د. علاء حسين مطلق، الدليل الالكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ط ١، سنة ٢٠٠١ م.
١٥. د. عوض أحمد الزعبي، الوجيو في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.
١٦. د. محمد احمد إسماعيل، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار النهة العربية،
١٧. محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، سنة ٢٠٠٤ م
١٩. د. محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٨ م.
١٨. د. محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ١، سنة ٢٠٠٤ م.
١٩. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، لجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية - العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر.
٢١. د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة ٢٠٠٩ م.

٢٠. د. ممدوح خيرى هاشم " مشكلات البيع الإلكتروني عبر الإنترنت " دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٧
٢١. الياس ناصيف ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٩٧
٢٢. د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر.
- ثانيا: الرسائل الجامعية والأبحاث
١. د. الواصل عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم ١٤٣٣ هـ - ديسمبر ٢٠١٠ م.
٢. محمد احمد إسماعيل، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية،
٣. ثالثا: التشريعات والقوانين:
٤. قانون المعاملات الإلكترونية السودانية لسنة ٢٠١٠ م
٥. قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠١٠ م
٦. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١ م
٧. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٩ م
٨. نظام المعاملات الإلكترونية السعودي لسنة ٢٠٠١ م
٩. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة ٢٠٠١ م
١٠. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لسنة ٢٠٠١ م
١١. قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠١ م

النطاق القانوني لمسؤولية الناقل في عقد النقل البحري للبضائع

بين الاتفاقيات الدولية و القانون البحري الجزائري

الأستاذة دريسي أمينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر

ملخص:

نطاق مسؤولية الناقل البحري للبضائع هو تحديد المدة التي يسأل فيها الناقل عن الضرر الذي يلحق بالبضائع و هذا ما يتجلى من خلال البحث في بداية مسؤوليته ونهايتها، وتحديد الأضرار التي تلحق بالبضائع والتي يلتزم الناقل بالتعويض عنها والمتمثلة في الهلاك و التلف و التأخير، وتحديد الأشخاص المسؤولين الذين يجوز للمرسل إليه أو صاحب الحق في البضاعة من الرجوع عليهم .

الكلمات المفتاحية: مسؤولية ، الناقل البحري ، النطاق الزمني، النطاق المادي ، النطاق الشخصي

Résumé

Le domaine de responsabilité du transporteur maritime de marchandise est de déterminer la portée de la responsabilité dans le temps a propos des dommages subis par les marchandises et est reflété par la recherche du début et de la fin de la responsabilité de celui-ci; ainsi que la détermination des dommages qui déclenchent l'obligation du transporteur d'indemnisation des pertes ; des dommages ; et du retard. Et déterminer les personnes responsable des préjudices dont le destinataire ou ayant droit aux marchandises a droit de recours.

mots clés :

Responsabilité, transporteur maritime, la portée dans le temps, la portée matérielle, la portée personnelle .

مقدمة:

يحتل النقل البحري مكانا رائدا في الاستغلال التجاري ، فالتبادل التجاري يعد ضرورة حتمية لا مناص منها بسبب حاجة الدول الصناعية للمواد الخام التي تقوم باستيرادها من الدول الفقيرة، وحاجة هذه الأخيرة للمواد المصنعة والمواد الاستهلاكية، وهو ما يدفعها لاستيرادها من الدول المصنعة.

وتجدر الإشارة أن جانبا كبيرا من المبادلات التجارية يتم بالبحر وذلك نظرا لقلّة تكاليفه مقارنة بالنقل الجوي، ويضاف إلى ذلك قدرة السفينة على نقل حمولات كبيرة تفوق تلك التي يمكن للطائرات نقلها حتى في المرحلة الراهنة من تطورها ولهذا يعتبر نقل البضائع بحرا أهم الطرق التي يتم بموجبها تنفيذ المبادلات التجارية لهذه البضائع¹.

إن النقل البحري للبضائع يقوم بدور هام في الحياة الاقتصادية لمختلف الدول، إذ إنه يعد عاملا مؤثرا في خطة التنمية الاقتصادية، ويمثل العمود الفقري والركيزة الأساسية لحركة التجارة الخارجية، وحدثت تطورات تكنولوجية جذرية للنقل البحري في الفترة الواقعة ما بين اتفاقية بروكسل عام ١٩٢٢م/١٩٦٦م واتفاقية هامبورغ عام ١٩٧٤م مما دفع البعض أن يطلق عليها الثورة التكنولوجية في الملاحة البحرية²، ومن مظاهر هذه الثورة مشاركة الدول النامية في النقل البحري للبضائع³، وإذا كان الأصل أن للنقل البحري أهمية كبيرة في الاستغلال التجاري للبيئة البحرية فإن مسؤولية الناقل الناتجة عن عقد النقل البحري تعد من المسائل التي تحتل الصدارة في مجال القانون البحري⁴. هذه المسؤولية تُعدُّ حجر الزاوية في القانون البحري ، نظراً لكثرة القضايا التي تعرض أمام المحاكم والمتعلقة بالنقل البحري، ونظراً لما تثيره من منازعات بين الشاحنين والناقلين وبين هؤلاء وشركات التأمين التي يحيل إليها الشاحنون حقوقهم قبل الناقل⁵.

و تمثل مسؤولية الناقل البحري أهم موضوعات عقد النقل البحري، لأن الغالبية العظمى من المنازعات في العمل تدور حول هذه المسألة، لذا كانت موضع اهتمام الفقه. و يجب الإشارة في هذا السياق أن دراستنا سوف تقتصر على مسؤولية الناقل البحري في إطار عقد النقل البحري للبضائع هذا الأخير يضع على عاتق الناقل البحري التزاما بتحقيق نتيجة Obligation de résultat هي نقل البضائع وتسليمها سليمة و كاملة إلى المرسل إليه، أو من يمثله في الميعاد المتفق عليه لذلك تقوم مسؤولية الناقل البحري بمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة ، وإذا أراد الناقل التنصل من المسؤولية عليه قطع رابطة السببية بين هذا الخطأ المتحقق أو المفترض والضرر الذي أصاب المرسل إليه⁶ ، الأمر الذي يقتضي من الناقل، أو من يمثله المحافظة على البضائع أثناء شحنها، رصها، نقلها، وتفريغها، ثم تسليمها إلى المرسل إليه أو من يمثله. فإذا لم تتحقق هذه النتيجة و هلكت البضائع أو تلفت أو تأخر وصولها، قامت مسؤولية الناقل البحري عن تعويض الضرر المترتب على ذلك على أساس عدم تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه قانونا⁷.

¹ أنظر هـ. دويدار ، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤ ، الصفحة ٢٣٧ .
² حلو عبد الرحمن أبو حلو، التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري - دراسة مقارنة - ، مجلة المنارة، المجلد ١٣ ، العدد ٨، الصفحة ١٠٤ .
³ سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨ (قواعد هامبورغ)، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، الصفحة ٥١١.
⁴ دريسي أمينة ، حالات دفع مسؤولية الناقل البحري (الحالات المتعلقة بالتابعين البحريين و الحالات المتعلقة بالمنشأة البحرية) ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، ٢٠٠٨، الصفحة ٢.
⁵ احمد محمد حسني، عقد النقل البحري في القانون البحري المصري الجديد الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٩٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١ ، الصفحة ١٧٧.
⁶ حلو عبد الرحمن أبو حلو، المقال السابق ، الصفحة ١٠٤.
⁷ دريسي أمينة ، الرسالة السابقة ، الصفحة ٢ و ٣ ، و راجع أيضا المواد ٧٧٣ و ٧٧٤ و ٧٧٥ و ٧٧٦ و ٧٨٠ و ٧٨١ و ٧٨٢ من الأمر رقم ٧٦ - ٨٠ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٦ المتضمن القانون البحري الجزائري، الجريدة الرسمية ١٠ أبريل ١٩٧٦، العدد ٢٩، الصفحة ٤٩٦ ، المعدل

إشكالية البحث :

يرتبط بمسؤولية الناقل البحري للبضائع موضوع مهم ألا وهو تحديد النطاق الزمني، المادي، والشخصي لهذه المسؤولية. فالناقل البحري للبضائع غير مسؤول عن البضائع إلا خلال المدة المقررة قانوناً، كما أنه لا يسأل إلا عن الأضرار التي ورد النص عليها قانوناً، وعلاوة على ذلك يبقى الناقل البحري مسؤولاً عما يلحق بالبضائع من ضرر متى أصدر سند شحن مباشر في حالة النقل المتتابع .

ولنا أن نتساءل عن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع ومن ثم يجب تحديد لحظة بداية ونهاية هذه المسؤولية، و النطاق المادي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع فنحدد الأضرار التي يلتزم الناقل بالتعويض عنها، و النطاق الشخصي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع فنحدد الأشخاص المسؤولين في مواجهة الشاحن ، أو المرسل إليه، أو صاحب الحق في البضاعة و هل يجوز للناقل أن يتنصل من مسؤوليته عما لحق بالبضائع من ضرر في حالة إصدار سند شحن مباشر. وإن الإجابة على هذه الأسئلة سيتم على ضوء أحكام القانون البحري الجزائري و مقارنتها باتفاقية بروكسل لتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن و المبرمة في بروكسل بتاريخ ٢٥ أوك١٩٢٢ و التي صادقت عليها الجزائر سنة ١٩٦٦^١. و الإشارة لبعض الأحكام التي استلهمها المشرع من اتفاقية هامبورغ ١٩٧٧^٢.

ونظراً لطبيعة موضوع هذه الدراسة، سوف نتبع المنهج التحليلي و المنهج العلمي المقارن القائم على دراسة النصوص القانونية وتحليلها، والأحكام القضائية ، وذلك من خلال دراسة القانون البحري الجزائري، واتفاقيتي بروكسل عام ١٩٢٢ م، ١٩٦٨ م، واتفاقية هامبورغ عام ١٩٧٧ م.

خطة البحث :

المبحث الأول: النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

المبحث الثاني: النطاق المادي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

المبحث الثالث: النطاق الشخصي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

المبحث الأول: النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

حدد المشرع الجزائري النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري بالفترة الممتدة بين تكلفة بالبضائع في ميناء الشحن وإلى غاية تسليمها للمرسل إليه أو ممثله القانوني في ميناء الوصول^٢. ويتعين في هذا السياق تحديد متى تبدأ مسؤولية الناقل البحري للبضائع ومتى تنتهي؟ .

بالقانون رقم ٠٥-٩٨ المؤرخ في ٢٥ يونيو ١٩٩٨، الجريدة الرسمية ٢٧ يونيو ١٩٩٨، العدد ٤٧، الصفحة ٣، والقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، الصفحة 8 .
^١ المرسوم رقم ٦٤ - ٧١ المؤرخ في ٢ مارس ١٩٦٤ المتضمن مصادقة الجزائر على معاهدة بروكسل لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن المبرمة في ٢٥ أوت ١٩٢٤، الجريدة الرسمية ٧ أويل ١٩٦٤، العدد ٢٩، الصفحة ٤٢٩ .
^٢ المادة ٨٠٢ من القانون البحري الجزائري المعدل و المتمم .

المطلب الأول : بداية مسؤولية الناقل البحري للبضائع

يعد الناقل مسؤولاً عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضائع " منذ تكلفه بها " والتكلف بالبضاعة هو التصرف القانوني الذي يقبل بموجبه الناقل البضاعة بقصد نقلها¹. ولقد أكد المشرع أن عقد النقل البحري يبدأ بمجرد أخذ الناقل البضاعة على عاتقه².

ومما لا شكّ فيه أن عملية التكلف بالبضاعة تختلف عن عملية شحنها³ كما أن العمليتان قد لا تتزامنان في الكثير من الأحيان، غير أن المؤكد أن عمليّة الشحن غالباً ما تتم في وقت لاحق لعملية التكلّف بالبضاعة. ويعتبر الشحن من الالتزامات الأساسية للناقل البحري⁴، و يلاحظ أنه غالباً ما يسند الناقل البحري لمقاولي الشحن مهمة شحن البضائع على السفينة، فإذا تضررت البضاعة في هذه المرحلة فهل تقوم مسؤولية مقاول الشحن وتسقط مسؤولية الناقل البحري⁵؟

إن الناقل هو المسؤول الوحيد عن الأضرار التي تلحق بالبضائع في مواجهة الشاحن أو المرسل إليه، وإنّ عملية الشحن حتى ولو نفذها أشخاص آخريين - مثل مقاول الشحن- فإنها تتم تحت مسؤولية الناقل البحري لأنه يتعاقد مع مقاولي الشحن بموجب عقود مستقلة تماماً عن عقد النقل البحري للبضائع، وتخوّل له تلك العقود الرجوع على هؤلاء المقاولين متى تبث ارتكابهم لخطأ. وهو ما أكدته الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا التي قضت بمسؤولية الناقل البحري عن الخسائر التي تعرضت لها البضائع خلال عمليّة الشحن واستندوا في قضائهم على المادة ٨٠٥ من القانون البحري⁶ التي تحدد النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع، غير أنّه يجوز للناقل الرجوع على مقاول الشحن في حالة ارتكابه خطأ ومطالبته بالتعويض عن الخسائر والتلف الذي لحق بالبضاعة⁶.

ويستخلص ممّا تقدّم أن مسؤولية الناقل البحري تبدأ منذ تكلفه بالبضاعة، وعلاوة على ذلك يسأل الناقل عن الخسائر والأضرار التي تتعرض لها البضائع أثناء عملية الشحن حتى ولو أسندت هذه العملية لمقاول الشحن لأن شحن البضائع يعتبر من الالتزامات التي ربّتها القانون على عاتق الناقل البحري.

ويلاحظ أن اتفاقية بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن والمبرمة في ٢٥ أوك١٩٢٤، قد أخذت بعين الاعتبار الخطورة التي تصاحب عقد النقل البحري فقضت التزام الناقل بضمان سلامة البضاعة من حيث الزمان على المرحلة البحرية من النقل حيث نصت: "نقل البضائع ينسحب إلى الوقت الذي ينقضي بين شحن البضائع في

¹ René Rondière ; droit maritime ; 2^{ème} édition, Dalloz , paris,1981 , p 138.

² انظر الفقرة الأولى من المادة ٧٣٩ من القانون البحري الجزائري و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل في النسخة الفرنسية للنص القانوني عبارة la prise en charge de la marchandise للدلالة على عبارة أخذ الناقل البضاعة على عاتقه، و هي نفس العبارة التي استعملها المشرع في المادة ٨٠٢ من القانون البحري الجزائري للدلالة على عبارة التكلف بالبضاعة و من ثمة يكون المشرع قد استعمل عبارة "أخذ البضاعة على عاتقه" و " التكلف بالبضاعة" للدلالة على عبارة « la prise en charge de la marchandise » الواردة بالنسخة الفرنسية للنصوص القانونية.

³ شحن البضاعة هو عملية مادية يقصد بها وضع البضاعة على ظهر السفينة في ميناء القيام المتفق عليه في العقد تمهيداً لنقلها إلى ميناء الوصول، راجع في هذا الصدد : عادل علي المقدادي، القانون البحري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية، ٢٠٠٢، الصفحة ١١٨.

⁴ الفقرة الأولى من المادة ٧٧٣ من القانون البحري الجزائري.

⁵ الغرفة التجارية البحرية لمحكمة العليا الجزائرية، ١٧-٠٣-١٩٩٨، ملف رقم ١٦٣٤٢٣، مشار إليه في القانون البحري في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، طبعة ٢٠٠٩-٢٠١٠، الصفحة ١٩٧.

⁶ هادف محمد الصالح، التزامات ومسؤولية الناقل البحري، نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، العدد ٦٥، ٢٠١٠، الصفحة ٨٨.

السفينة وتفريغها منها¹. ولقد أثار هذا النص القانوني جدلاً فقهياً حول مدى اشتغال المرحلة البحرية على عمليتي الشحن والتفريغ².

و في هذا السياق يرى جانب من الفقه أن عملية الشحن تندرج ضمن المرحلة البحرية³، ويبرر هذا الاتجاه موقفه على أساس فكرة الحراسة، إذ يكون الناقل مسؤولاً عن البضاعة طالما كانت بعهدته وأنه بمجرد استلام الناقل للبضاعة في ميناء الشحن فإنه يصبح مسؤولاً عنه، ويؤكد البعض أن هذه المسؤولية تبقى قائمة سواء أحصل التسليم بالميناء أو خارج الميناء، وهو ما اصطلاح على تسميته بالحراسة المطلقة⁴.

أما الاتجاه الثاني فيذهب لتفسير المرحلة البحرية تفسيراً ضيقاً وحرفياً، حيث يرى أن مسؤولية الناقل تبدأ من لحظة رص البضائع على السفينة ومن ثم لا يسأل الناقل عن الضرر الذي يلحق البضائع أثناء عملية الشحن، ويبرر هذا الاتجاه ذلك بفكرة الخطورة التي ترتبط بالمرحلة البحرية من النقل، حيث لا تتوافر المخاطر إلا في الجزء البحري من النقل⁵.

ويرجع بعض الفقه معيار فكرة الحراسة لتحديد بداية النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع والذي يجعل الناقل مسؤولاً عن البضائع ما دامت في حراسته، ويؤكد هذا الاتجاه أنه لا يمكن تصور أن تكون البضائع بعهد الناقل ولا يكون مسؤولاً عنها بحجة أن مسؤولية الناقل تقتصر فقط على المرحلة البحرية فقط⁶. كما أنّ من بين أسس توحيد المسؤولية أن ترتكز فترة سريان الضمان على أساس واحد، وليس هناك أفضل من الحراسة كأساس لذلك.

وبتقديرنا فإن فكرة الحراسة تصلح كمعيار لتحديد بداية مسؤولية الناقل البحري للبضائع غير أنّ اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ السالفة الذكر نصت صراحة على أن مسؤولية الناقل البحري تبدأ من شحن البضائع على السفينة، أي أنّ أحكام الاتفاقية تطبق على المرحلة البحرية من النقل⁷، وهو ما أكدّه البعض الذي أقر بسريان أحكام الاتفاقية على المرحلة البحرية من النقل حيث تستبعد الفترة السابقة للشحن واللاحقة للتفريغ⁸.

وتجدر الإشارة أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية بروكسل لتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن، وأن الاتفاقيات المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون⁹.

¹ راجع المادة الأولى (هـ) من إتفاقية بروكسل لتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن والمبرمة في ٢٥ أوت ١٩٢٤.

² سنكتفي بدراسة عملية الشحن في هذه الجزئية، أما بالنسبة لعملية التفريغ، فراجع أدناه الدراسة الخاصة بنهاية مسؤولية الناقل البحري للبضائع.

³ علي البارودي، مبادئ القانون البحري، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٠، الصفحة ٢٤٠، وعلي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، ١٩٨٣، الفقرة ١٦١، الصفحة ٢٠٥ و ٢٠٦.

⁴ راجع هذه المواقف الفقهية في مرجع لطيف جبر كومانتي، مسؤولية الناقل البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، الفقرة ٣٠، الصفحة ٥١، وأنظر علي البارودي، المرجع السابق، الصفحة ٢٤٠، ومحمود سمير الشرقاوي، عقد نقل البضائع بحراً، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ٤، السنة ١٩، القاهرة، ١٩٧٥، الصفحة ٨٠٥.

⁵ حسين النوري، دراسات في القانون التجاري البحري، القاهرة، بدون تاريخ نشر، الصفحة ٢٣٢، وأنظر رويني رودبير، مقال منشور في مجلة القانون البحري الفرنسي لسنة ١٩٦٦ نقلاً عن محمود سمير الشرقاوي، المقال السابق، الصفحة ٨٠٥.

⁶ لطيف جبر كومانتي، المرجع السابق، الفقرة ٣٠، الصفحة ٥٢.

⁷ المادة الأولى (هـ) من إتفاقية بروكسل التي سبق الإشارة إليها.

⁸ كمال حمدي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، الفقرة ٨١٣، الصفحة ٦٣٢.

⁹ المادة ١٥٠ من المرسوم الرئاسي رقم ٩٦ - ٤٣٨ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء

٢٨ نوفمبر ١٩٩٦، الجريدة الرسمية ٨ ديسمبر ١٩٩٦، العدد ٧٦، الصفحة ٦، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 ابريل 2002،

ومن ثم تطبق أحكام اتفاقية بروكسلي^١ ١٩٢٢ المصادق عليها من طرف الجزائر، وتستبعد أحكام القانون البحري في حالة وجود اختلاف بينهما، ولقد أكدت الأحكام القانونية على أنه: "...وتسري عند الحاجة الأحكام الخاصة بالاتفاقيات الدولية التي تناول هذا الميدان- النقل البحري للبضائع- والتي انضمت إليها الجزائر وذلك في النقل البحري المتميز بين الموانئ الجزائرية والموانئ الأجنبية"^١، وهو ما أجازه بروتوكول توقيع المعاهدة للدول المتعاقدة، حيث يمكنهم استثناء الملاحاة الساحلية الوطنية من نطاق تطبيق المعاهدة سواء تعلق الأمر بنقل عادي أو استثنائي^٢.

و تجدر الإشارة أن، معاهدة هامبورغ حددت النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري بالمدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل، سواء في ميناء الشحن، وأثناء النقل، وفي ميناء التفريغ^٣.

و أكدت أحكام المعاهدة على انه تُعدُّ البضائع في عهدة الناقل اعتبارا من الوقت الذي يتلقى فيها البضائع من الشاحن، أو من شخص ينوب عنه، أو من سلطة، أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن^٤.

و علاوة على ذلك فقد أكدت أحكام المعاهدة انه يندرج ضمن عبارتي الناقل، أو المرسل إليه مستخدم، أو وكلاء كل من الناقل أو المرسل إليه^٥.

ويلاحظ من خلال استقراء أحكام معاهد هامبورغ أن الناقل يكون مسؤولا عن البضائع المعهود إليه نقلها، منذ تواجدها في ميناء الشحن، وأثناء النقل، و في ميناء الوصول و يشترط لانعقاد مسؤولية الناقل البحري، في الحالات السالفة الذكر وجود البضائع في حراسة الناقل، أي في حوزته وتحت رقيبته. ومن ثمة فان مسؤولية الناقل البحري تشمل كافة العمليات، التي تندرج من لحظة استلام الناقل للبضائع من الشاحن في ميناء الشحن و إلى غاية تسليمها إلى المرسل إليه في ميناء التفريغ، وهذا ما يؤكد التزام الناقل بشحن البضائع على السفينة و رصها ونقلها، ثم تفريغها وتسلمها إلى المرسل إليه في ميناء الوصول^٦.

المطلب الثاني : نهاية مسؤولية الناقل البحري للبضائع

تنتهي مسؤولية الناقل البحري عند تسليم البضائع للمرسل إليه^٧، كما أن عقد النقل البحري ينتهي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني^٨، و التسليم تصرف قانوني يلتزم الناقل بموجبه بتسليم البضاعة المنقولة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني مع إبداء قبوله لها^٩.

الجريدة الرسمية المؤرخة في 14 ابريل 2002، العدد 25، الصفحة 13، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، العدد 63، الصفحة 8، و القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، العدد 14، الصفحة 3.

^١ المادة ٧٤٧ من القانون البحري الجزائري.

^٢ محمود سمير الشرفاوي، ومحمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، الفقرة ٤٠٧، الصفحة ٤١٤.

^٣ انظر الفقرة الثانية من المادة الرابعة من معاهدة هامبورغ.

^٤ انظر الفقرة الثانية (أ) من المادة الرابعة من معاهدة هامبورغ.

^٥ انظر الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من معاهدة هامبورغ.

^٦ لافي درادكة، النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري: دراسة مقارنة بين أحكام قانون التجارة البحرية الأردني وقواعد هامبورغ، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد9، 2007، الصفحة 124.

^٧ المادة ٨٠٢ من القانون البحري الجزائري.

^٨ الفقرة الأولى من المادة ٧٣٩ من القانون البحري الجزائري.

^٩ الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من القانون البحري الجزائري.

ويتحقق التسليم بعد تفريغ البضاعة من السفينة إلا أنه يجب عدم الخلط بين تسليم البضاعة وتفريغها¹.

إن التفريغ هو عمل مادي يتمثل في إنزال البضاعة من السفينة إلى البرّ في ميناء الوصول²، أو إلى الصنادل التي تقوم بنقلها إلى البرّ. فالتفريغ إذن هو واقعة ماديّة يمكن إثباتها بكلّ الطرق، في حين أن التسليم يعتبر تصرف قانوني.

ويتكوّن التسليم من عمليّتين الأولى تقديم البضائع من الناقل أو ممثله القانوني إلى المرسل إليه أو وكيله، والثانية تحقق هذا الأخير من البضائع وفحصها وقبولها، وهذا القبول هو الذي يؤكّد على استلام المرسل إليه للبضائع بصفة قانونية³. غير أنّ هذا القبول لا ينفي مسؤولية الناقل عن كل ضرر أو تلف أو خسارة تلحق البضائع التي أسندت له مهمة نقلها.

ولقد استقر القضاء الجزائري على مسؤولية الناقل البحري عن الخسائر التي تلحق بالبضائع خلال عمليّة النقل البحري وأثناء عمليّة التفريغ حتى ولو أسندت مهمة التفريغ للمؤسسة المينائية⁴. وهو ما نص عليه القانون البحري الجزائري الذي نص على مسؤولية مقاول المناولة تجاه من طلب خدماته إذا ثبت ارتكابه لخطأ غير انه لا يكون مسؤولاً عن الخسائر أو النقص إذا أثبتت الخبرة الحضورية أن ذلك قد حصل - أي الضرر - قبل أو بعد العملية التي تكفل بها⁵.

كما أكدت المحكمة العليا على انتهاء مسؤولية الناقل البحري بتسليم البضاعة للمرسل إليه أو من ينوب عنه قانونياً، وأنّ تفريغ البضاعة في الميناء لا يعتبر بمثابة تسليمها إلى المرسل إليه، ومن ثم لا يمكن إعفاء الناقل عن الضرر أو الخسائر التي تلحق بالبضائع خلال عمليّة التفريغ⁶.

و علاوة على ذلك قضت المحكمة العليا أنّ مقاول التفريغ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالبضائع التي تولى عمليّة تفريغها، كما أن وضع البضاعة بالميناء لا يعدّ تسليمًا وفق لنص المادة ٨٠ من القانون البحري الجزائري، إذ تمتد مسؤولية الناقل إلى غاية التسليم النهائي للمرسل إليه⁷. كما قضت ذات المحكمة في قضية أخرى أنه يجب عدم الخلط بين التفريغ والتسليم، وأنّ التفريغ حتى ولو كان من اختصاص المؤسسة المينائية، فإن ذلك لا يعفي الناقل من مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالبضائع إلى غاية تسليمها للمرسل إليه، أو إلى ممثله القانوني تسليمًا قانونياً⁸.

¹ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ١٤-٠١-١٩٩٠، ملف رقم ٦٢١٦٣، مشار إليه في : القانون البحري في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، طبعة ٢٠٠٩-٢٠١٠، الصفحة ١٩٨.

² عادل علي المقدادي، المرجع السابق، الصفحة ١٢٢.

³ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ١٧-٠١-١٩٩٤، ملف رقم ١١٢٣٨٣، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة ١٩٩٤، الصفحة ١٣٢.

⁴ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ٣٠-١٢-١٩٩٠، ملف رقم ٧٢٣٩١، مشار إليه في القانون البحري في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، الصفحة ١٩٧ و ١٩٨.

⁵ المادة 795 من القانون البحري الجزائري.

⁶ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ٣٠-06-١٩٩١، ملف رقم ١١٥٥١٨، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة ١٩٩١، الصفحة ١٠٣.

⁷ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ١٦-٠٥-١٩٩٨، ملف رقم ١٦٩٦٦٣، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة ١٩٩٩، الصفحة ١٥٢.

⁸ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ١٧-٠١-١٩٩٤، ملف رقم ١١٢٣٨٣، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة ١٩٩٤، الصفحة ١٣٢.

فإذا أوكل الناقل لمقاولة التفريغ مهمة تفريغ البضائع، فإن العقد المبرم بين الطرفين لا يرتب أي أثر قانوني إزاء المرسل إليه الذي لم يكن طرفاً في العقد، إذ يكون الناقل هو المسؤول الوحيد في مواجهة المرسل إليه أو ممثله القانوني، غير أنه يجوز للناقل الرجوع على مقاولة التفريغ أو أي متدخل في عملية النقل إذا ما ثبت خطأ أحد هؤلاء¹.

ومن ثمة فإن عقد النقل ينتهي وفقاً لأحكام القانون البحري الجزائري بتسليم البضائع إلى المرسل إليه، وأنّ عمليّة تفريغ البضائع تدخل ضمن تنفيذ عقد النقل سواء أقام بها الناقل بصفة شخصية²، أو طرف آخر بموجب عقد أبرمه مع الناقل البحري، فإذا رفض المرسل إليه استلام البضائع أو لم يتقدّم لذلك، أو إذا كان غير معروف جاز للناقل إيداع البضاعة في المستودع في مكان أمين على نفقة وتبعية المرسل إليه ويقوم فوراً بإعلام الشاحن بذلك والمرسل إليه إذا كان معروفاً³.

وبالرجوع إلى اتفاقية بروكسل⁴ ١٩٢٢ السالفة الذكر، فإن مسؤولية الناقل البحري تنتهي بتفريغ البضائع من السفينة، ومتى انتهت عملية التفريغ توقفت مسؤولية الناقل البحري عن السريان، ومن ثمة لا يسأل الناقل عن الأضرار التي تلحق بالبضائع في المرحلة اللاحقة للتفريغ والتي تبدأ مع نهاية تفريغ البضاعة من السفينة وحتى تسليمها للمرسل إليه. ويلاحظ أن، معاهدة هامبورغ نصت على أن الناقل يبقى مسؤولاً عن البضائع وذلك إلى غاية تسليمها إلى المرسل إليه أو إلى حين وضعها تحت تصرف المرسل إليه، وفقاً للعقد والقانون، أو العرف المتبع في التجارة المعينة في ميناء التفريغ، وذلك في الحالات التي لا يتسلم المرسل إليه البضائع من الناقل⁴.

وتجدر الإشارة، أن تحديد وقت حصول الضرر له أهمية كبيرة، فوفق التشريع البحري الجزائري تبدأ مسؤولية الناقل منذ تكلفه بالبضائع وتنتهي بتسليمها للمرسل إليه، أو إلى ممثله القانوني، أما في اتفاقية بروكسل⁵ ١٩٢٢ فتبدأ مسؤولية الناقل مع بداية الشحن وتنتهي بانتهاء التفريغ، ومن ثمة فالمرحلة السابقة للشحن والتي تبدأ من استلام الناقل للبضائع من الشاحن والمرحلة اللاحقة للتفريغ والتي تبدأ بمجرد الانتهاء من تفريغ البضاعة من السفينة، وحتى تسليمها للمرسل إليه لا تخضعان لأحكام الاتفاقية بل للحرية التعاقدية للطرفين وهو ما نصت عليه اتفاقية بروكسل⁵ ١٩٢٢.

وإن القول بسريان الضمان من التسليم في ميناء الشحن وحتى التسليم في ميناء التفريغ، كما نص على ذلك المشرع الجزائري ينسجم مع طرق النقل الشائعة، غير أنه لا ينسجم مع النقل بطريق الحاويات والذي تنقل فيه البضائع من مخزن البائع إلى مخزن المشتري، وهو ما يعرف باسم From door and door إذ يستلزم هذا النقل، نقل البضائع بواسطة عدة وسائل نقل مع الإبقاء على مسؤولية الناقل خلال جميع مراحل النقل وأياً كانت وسيلة النقل المستعملة، ويستلزم

¹ الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا الجزائرية، ٢٦-٠٥-١٩٩٨، ملف رقم ١٦٨٧٨٦، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، ٢٠٠١، الصرّفة

٢١١، وأنظر أيضاً: هادف محمد الصالح، المقال السابق، الصرّفة ٨٨.

^٢ حسب ما ورد في المادة ٧٨٠ من القانون البحري الجزائري.

^٣ المادة ٧٩٣ من القانون البحري الجزائري.

^٤ انظر الفقرة الثانية (ب) من المادة الرابعة من معاهدة هامبورغ.

^٥ المادة السابعة من إتفاقية بروكسل لتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن 1924.

هذا النوع من النقل توحيد قواعد المسؤولية¹، ونظرا لأهمية هذا النوع من النقل قامت الأمم المتحدة بعقد اتفاقية النقل المتعدد الوسائط سنة 1980².

المبحث الثاني: النطاق المادي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

يعد الناقل مسؤولا عن الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالبضائع خلال الفترة الزمنية التي يكون مسؤولا فيها عن سلامة البضائع³، وهذا باستثناء حالات الإعفاء المقررة قانونا⁴. ومن ثمة يسأل الناقل عن هلاك البضاعة، و تلفها، أو التأخر في تسليمها للمرسل إليه أو إلى ممثله القانوني.

المطلب الأول: هلاك البضاعة

يسأل الناقل البحري عن الخسائر التي تلحق بالبضائع⁵ des pertes subis par les marchandises، والخسائر نوعان خسارة كلية -أو هلاك كلي- وخسارة جزئية- أو هلاك جزئي-.

الفرع الأول: الهلاك الكلي

ويتحقق الهلاك الكلي بفقدان البضاعة كاملة كسرقة البضاعة⁶، ويندرج في الهلاك الكلي فقدان البضاعة لصفاتها الأساسية التي تتمتع بها في الأحوال العادية لأن ذلك يجعلها غير صالحة للتعامل التجاري⁷.

الفرع الثاني: الهلاك الجزئي

تتحقق الخسارة الجزئية متى فقد جزء من البضائع المنقولة⁸، فالخسارة الجزئية هي تعرض البضائع إلى نقص في وزنها أو مقدارها أو عددها⁹، ومع ذلك فقد جرت العادة على أن الناقل لا يكون مسؤولا عن النقص بسبب طبيعتها الخاصة، أو بسبب عملية النقل في حد ذاتها وهو ما اصطلاح على تسميته بعجز الطريق déchet de route، كما لو كانت البضاعة عبارة عن مواد سائلة وتبخّر جزء منها بسبب عوامل الجو، أو كانت البضاعة من الحبوب وسقطت كمية منها أثناء عملية الشحن أو التفريغ¹⁰.

¹ إبراهيم مكي، نظام النقل بأوعية الشحن، الكويت، 1970، الصفحة 54 وما يليها: حيث طرح الفقيه ضرورة توحيد أحكام المسؤولية في مختلف أشكال النقل.

² لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، الفقرة 30، الصفحة 52.

³ المادة 802 من القانون البحري الجزائري التي سبق الإشارة إليها.

⁴ لا يسأل الناقل عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضائع إذا كانت حاصلة بسبب تغيير الطريق لإنقاذ حياة الأشخاص أو الأموال في البحر أو المحاولة في ذلك أو بسبب كل تغيير معقول للطريق وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 775 من القانون البحري الجزائري ويجوز للناقل من المسؤولية إذا كان الضرر راجع لأحد حالات الإعفاء الواردة بالمادة 803 من القانون البحري الجزائري، كما يعفى أيضا من المسؤولية إذا ارتكب الشاحن بتعمد تصريحاً كاذباً بشأن نوع البضاعة أو قيمتها في وثيقة الشحن أو وثيقة أخرى مؤيدة للنقل، وهو ما نصت عليه المادة 810 من القانون البحري الجزائري.

⁵ المادة 802 من القانون البحري الجزائري السابقة.

⁶ عادل علي المقدادي، المرجع السابق، الصفحة 129.

⁷ مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، لإيجار السفينة، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، الصفحة 307.

⁸ لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، الفقرة 55، الصفحة 84.

⁹ عادل علي المقدادي، المرجع السابق، الصفحة 129.

¹⁰ محمود سمير الشرقاوي، ومحمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، الفقرة 373، الصفحة 373.

فالهلاك إما أن يكون كلياً أو جزئياً، كما قد يكون مادياً كاحتراق البضائع، أو حكماً مثل عدم العثور على البضائع المنقولة¹، وفي كل الأحوال لابد من إثبات الهلاك الذي تعرضت له البضائع.

الفرع الثالث : إثبات الهلاك

وسوف نميز في هذا السياق بين إثبات الهلاك الكلي وإثبات الهلاك الجزئي.

البند الأول : إثبات الهلاك الكلي

إن إثبات الهلاك الكلي للبضائع ينصب على إثبات استلام الناقل للبضائع وتكلفه بها، ويتحقق ذلك في نظرنا بالاستناد على سند الشحن الذي يعتبر دليل إثبات على استلام الناقل للبضائع كما أشارت إلى ذلك النصوص القانونية²، وإن كان جانب من الفقه يرى أن إثبات الهلاك الكلي يكون بكافة طرق الإثبات³، فإذا ادعى الناقل تسليم البضاعة للمرسل إليه وجب عليه إثبات ذلك، إذ لا يمكن في هذه الحالة إلزام المدعي بإثبات عدم استلام البضائع لأن الفعل السلبي يصعب إثباته مادياً⁴.

البند الثاني : إثبات الهلاك الجزئي

يتم إثبات الهلاك الجزئي-أي نقص البضاعة- من خلال التحفظات الكتابية التي يقدمها المرسل إليه أو ممثله القانوني، إلى الناقل قبل أو عند التسليم متى كانت الخسائر أو الأضرار ظاهرة⁵. أما إذا لم تكن الخسائر أو الأضرار ظاهرة فيتعين على المرسل إليه أو ممثله القانوني أن يبلّغ بها الناقل خلال ثلاثة أيام التالية لاستلام البضائع⁶، ولقد نصت معاهدة بروكسل على نفس الأحكام⁷.

¹ لطيف جبر كومانبي، المرجع السابق، الفقرة ٥٥، الصفحة ٨٤.

² المادة ٧٤٩ من القانون البحري الجزائري وفي كل الأحوال يجب التمييز في هذا السياق بين فرضين :

١-الإثبات في سند الشحن النظيف: فللمرسل إليه الذي بيده سند الشحن نظيف بإمكانه إثبات هلاك البضاعة بسهولة، ففي حالة الهلاك الكلي يثبت عدم إستلامه للبضاعة بصفة كلية، أما في الهلاك الجزئي فيثبت أنه تسلمها ناقصة بالمقارنة مع الكمية الثابتة بسند الشحن، وفي كل الأحوال يتعين على المرسل إليه توجيه إخطار للناقل عند تسلم البضاعة وهي مصابة بضرر كلي أو جزئي .

والسؤال المطروح هل يجوز للناقل أن يثبت خلاف البيانات المدرجة في سند الشحن و هو السؤال الذي أجابت عنه المادة ٧٦١ من القانون البحري الجزائري بنصها أن البيانات الواردة بسند الشحن تعتبر ثابتة بالقرينة بالنسبة لاستلام البضاعة من قبل الناقل في الحالة و الكمية المبينة في السند إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك، غير انه لا يقبل اثبات ما يخالف البيانات الواردة في سند الشحن إذا انتقل السند إلى الغير و كان هذا الأخير حسن النية ، و يستفاد من ذلك انه يجوز للناقل أن يثبت عدم صحة البيانات الواردة بسند الشحن في علاقته بالشاحن غير انه يفقد هذا الحق إذا انتقل السند إلى حامل من الغير حسن النية.

٢-الإثبات عندما ما يكون سند الشحن غير نظيف: فإذا اشتمل سند الشحن على تحفظات أدرجها الناقل عند استلامه البضائع في ميناء الشحن، فإن إثبات الضرر من قبل المرسل إليه يكون مسألة عسيرة، لأن هذه التحفظات تعتبر قرينة على تسلم الناقل للبضائع حسب الوصف المدرج في سند الشحن، ويتعين على المرسل إليه الذي يريد الإستفادة من التعويض وإقامة مسؤولية الناقل البحري أن يهدم هذه القرينة ، وإثبات ما يخالفها أي أن يثبت المرسل إليه أن البضائع سلمت للناقل يعي الوصف المحدد في سند الشحن، وهي مسألة جائزة، كما يجوز للمرسل إليه علاوة على ذلك أن يثبت خطأ الناقل الذي أدى إلى حصول الضرر وبذلك يستطيع قطع رابطة السببية بين التحفظات المدرجة في سند الشحن وبين الضرر الذي لحق البضاعة .

³ كمال حمدي، القانون البحري: السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، إستغلال السفينة(إيجار السفينة-نقل البضائع والأشخاص-القطر-الإرشاد)،

الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الفقرة ٧٠٦، الصفحة ٥٢٧.

⁴ كمال حمدي، المرجع السابق ، الفقرة ٧٠٦، الصفحة ٥٢٧ .

⁵ الفقرة الأولى من المادة ٧٩٠ من القانون البحري الجزائري.

⁶ الفقرة الثانية من المادة ٧٩٠ من القانون البحري الجزائري.

⁷ الفقرة السادسة من المادة الثالثة من بروتوكول ١٩٦٨ لاتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن ١٩٢٤.

المطلب الثاني : تلف البضاعة

يعتبر تلف البضاعة من الأضرار الأكثر شيوعا في منازعات عقود النقل البحرية.

الفرع الأول : تعريف التلف

عرف البعض تلف البضائع بأنه : " كل عطب في مادة الشيء يؤثر على قيمته بحسب الاستعمال الذي أعد له"¹ ، ويقصد بالعطب في مادة الشيء أو بسوء حالته أنه لم يعد صالحا للاستخدام الذي أعد له ، أو أنه لم تعد له الفعالية المطلوبة للاستخدام الذي أعد له².

ويعرفه البعض الآخر بأنه "سوء حالة الشيء عند الوصول عمّا كان عليه من حالة جيدة وقت الشحن في مكان القيام"³.

فالتلف هو وصول البضائع كاملة من حيث العدد، أو الوزن، أو المقدار، أو ناقصة أي تعرضت لهلاك جزئي، ولكونها مصابة بعطب في كل الشحنة أو في جزء منها، كتعفن شحنة من الفاكهة، أو تحطم الأجهزة... إلخ⁴. ويكون الناقل وفقا للأحكام التشريعية⁵، مسؤولا عن التلف الذي يلحق البضاعة ويكتشف في ميناء الوصول، حيث يفترض أنّ الناقل قد استلم البضائع من الشاحن في حالة جيدة ما لم يدرج تحفظات في سند الشحن تخص حالة البضاعة.

الفرع الثاني : إثبات التلف

يخضع إثبات التلف لنفس الأحكام الخاصة بإثبات الهلاك⁶، ماعدا حالة العيب الذاتي للبضاعة التي يجوز فيها للناقل أن يثبت ما يخالف البيانات الواردة بسند الشحن سواء في مواجهة الشاحن أو في مواجهة الغير الذي انتقل إليه سند الشحن، وذلك لأن العيب الذاتي للبضاعة يعتبر من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية⁷.

ولقد استقرت المحكمة العليا على إقرار مسؤولية الناقل البحري عن الخسائر والأضرار التي تلحق البضائع ، منذ تكلفه بها وإلى غاية تسليمها للمرسل إليه أو إلى ممثله القانوني على نحو ما أشارت إلى ذلك الأحكام التشريعية، ذلك أن الناقل يكون ملزما خلال هذه الفترة بالعناية والمحافظة على البضاعة⁸.

ويرى جانب من الفقه أن النقل البحري يمكن أن يلحق تلفا يسيرا ببعض أنواع البضائع ، مثل بعض الكدمات التي تصيب السيارات المنقولة عادة بدون أغلفة، كما أنّ بعض البضائع قد تتعرض لتلف يسير رغم أن الناقل يبذل العناية

¹ ثروت أنيس الأسبوطي، مسؤولية الناقل الجوي، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، ١٩٦٠، الصفحة ٢٨٨.

² لطيف جبر كومانبي، السابق، الفقرة ٦٣، الصفحة ٩١ و ٩٢.

³ طالب حسن موسى، العقود التجارية: مقدمة عامة، عقد النقل، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٣، الصفحة ٥٠.

⁴ كمال حمدي، المرجع السابق ، الفقرة ٧٠٧، ص ٥٢٧.

⁵ المادة ٨٠٢ من القانون البحري الجزائري.

⁶ راجع أعلاه الدراسة الخاصة بإثبات الهلاك.

⁷ أنظر المادة ٨٠٣ (ز) من القانون البحري الجزائري ، وراجع موقف لطيف جبر كومانبي، المرجع السابق، الفقرة ٦٣، الصفحة ٩٣.

⁸ العرفية التجارية والبحرية للمحكمة العليا، ٠٦-٠٢-١٩٩١، ملف رقم ٧٦٣٥٧، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، ١٩٩٣، الصفحة ١٠٨.

المعقولة للمحافظة عليها خلال الرحلة البحرية ، واقترح هذا الجانب وجوب التسامح في الأضرار البسيطة، ومع ذلك يبقى لقاضي الموضوع تقدير التلف الحاصل ومدى جواز التسامح فيه¹.

المطلب الثالث : التأخير في التسليم

لقد نص المشرع صراحة في المادة ٨٠٥ من القانون البحري على مسؤولية الناقل البحري في حالة هلاك البضاعة أو تلفها، بينما لم يشر لمسؤوليته في حالة التأخير في تسليم البضاعة بموجب النص القانوني السالف الذكر، وهذا على غرار إتفاقية بروكس^{١٩٢} التي لم تدرج هذا الضرر ضمن النطاق المادي لمسؤولية الناقل البحري.

غير أنه يلاحظ من إستقراء نص المادة ٨٠٥ من القانون البحري أن الأحكام القانونية أدرجت تأخر الناقل في تسليم البضاعة في خانة الأضرار التي يلتزم الناقل بتعويض المرسل إليه عنها، حيث جاء في النص القانوني أن الناقل يكون ملزماً بتعويض المرسل إليه في حالة التأخير في تسليم البضائع بمقدار يعادل مرتين ونصف من أجره النقل المستحقة الدفع². ويعتبر الناقل قد تأخر في تسليم البضائع إذا لم يسلمها في الوقت المتفق عليه ، وفي حالة عدم إتفاق الطرفين على مدة معينة ففي الوقت المعقول المطلوب من ناقل حريص³. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حذى حذو معاهدة هامبورغ ١٩٧٨ التي أقرت مسؤولية الناقل عن الضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضاعة⁴.

ويؤكد البعض أن التأخير في تسليم البضائع الموجب للتعويض هو التأخير غير العادي، ويتم تحديد ما إذا كان التأخير عادي أو غير عادي وفق العرف الجاري به في المعاملات التجارية⁵، ويرى البعض الآخر أن التأخير في التسليم لا يكون موجبا للتعويض ولا يقيم مسؤولية الناقل إلا إذا أحمق ضررا بالشاحن⁶.

وفي كل الأحوال يسأل الناقل إذا تأخر في تسليم البضائع المعهود إليه نقلها عن الميعاد المتفق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق على مدة معينة للنقل، فينبغي أن لا يتجاوز الناقل الوقت المعقول المطلوب من ناقل حريص لتسليم البضائع، والناقل الحريص هو الناقل العادي، والضابط هنا ضابط مادي إذ ليست العبارة بظروف الناقل الشخصية وإنما بظروف النقل في حد ذاتها⁷.

ويقع على عاتق المرسل إليه عبء إثبات التأخير لأنه هو الذي يدعي حصوله، و يختلف عبء الإثبات بين ما إذا كان ميعاد التسليم قد حدد بشكل صريح في سند الشحن أم أنه لم يحدد صراحة.

فإذا كان تاريخ التسليم محددًا في سند الشحن، فيمكن للمرسل إليه إثبات التأخير في التسليم بالمقارنة بين تاريخ التسليم المحدد بسند الشحن و بين تاريخ التسليم الفعلي المدون في وصل التسليم. أما إذا لم يتفق الطرفان على تاريخ محدد للتسليم ، فيتعين على المرسل إليه أن يثبت زمان الوصول المفترض لبضاعة من نفس النوع و بالنسبة لناقل اعتيادي في مثل ظروف الناقل، و يثبت بعد ذلك أن التسليم تم في وقت لاحق لما يفترض أن يجري فيه. و علاوة على ذلك، يتعين على

¹ لطيف جبر كومانبي، المرجع السابق ، الفقرة ٦٣، الصفحة ٩٣.

² الفقرة الأولى من المادة ٨٠٥ من القانون البحري الجزائري.

³ الفقرة الأولى من المادة ٨٠٥ من القانون البحري الجزائري.

⁴ الفقرة الأولى من المادة الخامسة من معاهدة هامبورغ، ١٩٧٨.

⁵ عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد المقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، الصفحة ١٩٦.

⁶ عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١، الصفحة ٤٢٨.

⁷ عدلي أمي خالد، عقد النقل البحري، (قواعد وأحكام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، الصفحة ٧٣.

المرسل إليه إثبات الضرر الذي صاحب التأخير لأنه لا مصلحة للمرسل إليه في المطالبة بالتعويض إذا لم يلحقه أي ضرر، لأن ذلك هو الذي يتفق مع القواعد العامة في المسؤولية التي تستلزم توافر أركانها الثلاثة من خطأ، وضرر، و علاقة سببية بينهما¹.

المبحث الثالث: النطاق الشخصي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع.

إن تحديد النطاق الشخصي لمسؤولية الناقل البحري للبضائع يستوجب التمييز بين النقل المتتابع والذي يتحقق بإصدار سند شحن مباشر و النقل البحري الذي يظهر فيه الناقل البحري المتعاقد و الناقل الفعلي.

المطلب الأول: النقل المتتابع بموجب سند الشحن المباشر

يعتبر الناقل البحري هو المسؤول عن الخسائر والأضرار التي تلحق البضائع، أو الضرر الذي قد يتعرض له المرسل إليه أو صاحب الحق في البضاعة بسبب تأخير تسليمها، و لذلك فرض المشرع وجوب ذكر اسم الناقل في سند الشحن، وفي حالة عدم ذكره، أو إذا ذكر بصفة غير دقيقة، أو غير صحيحة، عدّ مجهزة السفينة التي تحمل البضاعة على متنها هو الناقل²، و ذلك حتى يتسنى للمرسل إليه معرفة الشخص الذي يتعين الرجوع عليه و مطالبته بالتعويض.

و الأصل أن يقوم الناقل الذي أبرم عقد النقل البحري بتنفيذ العقد برمته إلى غاية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني، غير أنه قد يحصل أن يعين الناقل في عقد النقل إسم ناقل آخر أو ناقلين آخرين يتولى كل واحد منهم تنفيذ جزء من النقل الذي قد يكون بحري، نهري، بري، جوي، أو عن طريق السكك الحديدية، ويسمى سند الشحن في هذه الصورة بسند الشحن المباشر أو بوثيقة الشحن المباشرة³. ورغم أن الناقلين المتعددين الذين وردت أسماؤهم في وثيقة الشحن المباشرة سيباشرون عملية نقل قد تكون بحرية، نهريّة، برية، جوية، أو عن طريق السكك الحديدية فإنه لا يمكنهم إصدار وثائق شحن منفصلة لمسافات النقل المتممة من طرفهم، إلا إذا أشاروا صراحة في وثيقة الشحن التي يصدرونها إلى أن البضائع يتم نقلها بوثيقة شحن مباشرة، كما أنه لا يمكن الاحتجاج بالاشتراطات والتحفظات المدرجة في وثائق الشحن المنفصلة إلا بين الناقلين المتعاقبين⁴.

إن إصدار وثيقة شحن مباشرة لا ينفي مسؤولية الناقل البحري، إذ يبقى مسؤولا عن تنفيذ المهام المترتبة على الناقل الذي سيباشّر تنفيذ جزء من النقل أيا كانت صورته خلال فترة سريان وثيقة الشحن المباشرة وإلى غاية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه⁵، غير أن ذلك لا ينفي مسؤولية الناقلين الآخرين، إذ يبقى كل واحد منهم مسؤولا عن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على وثيقة الشحن المباشرة في مسافة النقل الذي قام به، وذلك بالتضامن مع الناقل الذي أصدر وثيقة الشحن المباشرة⁶.

¹ لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، الفقرة ٦٤، الصرحة ٩٥.

و راجع أيضا المادة 124 معدلة من القانون المدني الجزائري التي تنص: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

² المادة ٧٥٤ من القانون البحري الجزائري.

³ المادة ٧٦٣ من القانون البحري الجزائري.

⁴ المادة ٧٦٤ من القانون البحري الجزائري.

⁵ الفقرة الأولى من المادة ٧٦٥ من القانون البحري الجزائري و المعدلة بالقانون رقم ٩٨-٠٥ السابق.

⁶ الفقرة الثانية من المادة ٧٦٥ من القانون البحري الجزائري و المعدلة بالقانون رقم ٩٨-٠٥ السابق.

ومن ثمة يجوز للشاحن أن يختار الرجوع على الناقل الذي تعاقد معه أو على كل واحد من الناقلين المتتابعين، ويتمتع الناقل الذي يكون قد دفع تعويضا لصاحب البضاعة نظرا لمسؤوليته التكافلية والتضامنية الناتجة عن وثيقة الشحن المباشرة بحق الرجوع على الناقلين الآخرين و المسؤولين بموجب هذه الوثيقة¹. ولا يستطيع الناقل الذي دفع التعويض ممارسة حقه في الرجوع على كل ناقل يثبت بأن الضرر المدعى به لم يحصل على المسافة التي باشر فيها عملية النقل.²

وعلاوة على ذلك، إذا لم يتمكن الناقل الذي دفع تعويضا لصاحب البضاعة من أن يثبت في أي جزء من النقل التابع لوثيقة الشحن المباشرة تعرضت البضائع للخسائر والأضرار، عد كل واحد من الناقلين مسؤولا بنسبة أجرة الحمولة التي قبضها³. وتجدر الإشارة أنه، في حالة إصدار وثيقة شحن مباشرة فإنه يسري القانون الخاص بكيفية النقل المطبق و ذلك بالنسبة لإجراء النقل الذي لا يتم بالطريق البحري⁴.

المطلب الثاني : الناقل البحري المتعاقد و الناقل الفعلي

يلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على النقل المتتابع عن طريق إصدار سند شحن مباشر⁵، و حدد الالتزامات المترتبة على كل ناقل متى تحقق الضرر، بينما سكت عن تحديد وضعية الناقل الفعلي ومدى مسؤوليته عن تحقق الضرر. وهذا على خلاف بعض التشريعات العربية وعلى رأسها قانون التجارة البحرية المصري الذي ميّز بين الناقل المتعاقد و الناقل الفعلي و حدد مسؤولية كل واحد منهما في حالة تحقق الضرر⁶، وهو الحكم الذي أخذ عن معاهدة هامبورغ⁷ 1978. فإذا عهد الناقل المتعاقد مع الشاحن إلى ناقل آخر بتنفيذ النقل كله أو بعضه، و هي الصورة التي ورد النص عليها بموجب الفقرة الأولى من المادة العاشرة من اتفاقية هامبورغ و التي أكدت على مسؤولية الناقل المتعاقد عن عملية النقل برمتها سواء ما تولاه بنفسه من عملية النقل، أو ما نفذه الناقل الفعلي الذي تولى تنفيذ جزء من الرحلة، بل و يعتبر الناقل المتعاقد مسؤولا عن أي فعل أو تقصير في جانب الناقل الفعلي، أو مستخدموه، أو تابعوه، أو وكلاؤهم، و هو ذات ما نصت عليه الفقرة الأولى و الثانية من المادة 243 من قانون التجارة البحرية المصري.

ويرى جانب من الفقه معلقا على النص القانوني المصري السالف الذكر على أنه يجوز للشاحن أو صاحب الحق في البضاعة، متى لحق بالبضاعة ضرر أن يرجع بالمسؤولية على الناقل المتعاقد، بل و له الحق في الرجوع على الناقل الفعلي أيضا إذا لحق بالبضاعة ضرر أثناء وجودها في حراسته⁸.

و في نظرنا فإنه إذا عهد الناقل المتعاقد مع الشاحن مسؤولية نقل البضائع بصفة كلية أو جزئية إلى ناقل آخر و هو المسمى الناقل الفعلي، فإن المسؤول الوحيد إزاء الشاحن هو الناقل المتعاقد، غير انه يجوز لهذا الأخير الرجوع على الناقل الفعلي بشأن الأضرار التي حصلت أثناء وجود البضائع في حراسته، خاصة أمام سكوت المشرع الجزائري عن تحديد علاقة

¹ الفقرة الأولى من المادة ٧٦٦ من القانون البحري الجزائري.

² الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من القانون البحري الجزائري.

³ المادة ٧٦٧ من القانون البحري الجزائري.

⁴ المادة ٧٦٩ من القانون البحري الجزائري.

⁵ ولقد نصت اتفاقية هامبورغ على النقل المتتابع في المادة ١١ المعنونة بالنقل المتتابع.

⁶ الفقرة الأولى والثانية من المادة ٢٤٣ من قانون التجارة البحرية المصري.

⁷ راجع المادة ١٠ من معاهدة هامبورغ ١٩٧٨ المعنونة بالناقل و الناقل الفعلي.

⁸ فهر عبد العظيم صالح، مسؤولية الناقل البحري عن سلامة البضائع بين أحكام اتفاقية هامبورغ و القانون المصري، مقال منشور على الموقع www.eastlaws.com، الصفحة 13، تاريخ زيارة الموقع 25-04-2016 على الساعة 30 : 11 صباحا.

الناقل المتعاقد بالناقل الفعلي، و الإشارة صراحة إلى انه في حالة عدم ذكر اسم الناقل في سند الشحن فان مالك السفينة يعد هو الناقل الذي يجوز للشاحن الرجوع عليه .

ويؤكد البعض أن ما يميز بين الفرضين - أي حالة الناقل البحري المتعاقد و الناقل الفعلي وحالة النقل المتتابع بموجب سند الشحن المباشر- هو أنه في الوضع الذي يظهر فيه الناقل المتعاقد والناقل الفعلي: يعهد الناقل المتعاقد إلى الناقل الفعلي بتنفيذ النقل أو جزء منه من دون ترخيص من الشاحن بل وأحيانا دون علمه، أما في الوضع الذي يصدر فيه الناقل سند شحن مباشر فثمة اتفاق بين الناقل الأول مصدر سند الشحن والشاحن على تولي ناقل لاحق أو ناقلين لاحقين استكمال النقل الذي بدأه الناقل الأول¹.

لم يتطرق المشرع الجزائري ولا اتفاقية بروكسل¹⁹²⁴ للتمييز بين الناقل المتعاقد والناقل الفعلي، والسؤال الذي يطرح هل يجوز للناقل الذي تعاقد مع الشاحن على نقل بضاعة معينة من ميناء الانطلاق إلى ميناء الوصول أن يعهد بتنفيذ عقد النقل أو جزء منه لناقل آخر؟ .

إن سكوت المشرع عن الإجابة عن هذا السؤال جعل جانبا من الفقه يحيل إلى تطبيق الأحكام العامة في الوكالة² وذلك في العلاقة التي تجمع الطرفين ، وفي كل الأحوال يبقى الناقل المتعاقد هو المسؤول الوحيد في مواجهة الشاحن عن الأضرار التي لحقت بالبضائع.

خاتمة :

إن مسؤولية الناقل البحري للبضائع هي مسؤولية ذات طابع خاص يميزها طبيعة عقد النقل البحري الذي يمتاز بخصوصية مكان تنفيذه وهو البحر، هذا الأخير ينطوي على خطورة خاصة تستلزم سن أحكام قانونية تراعي هذه الخصوصية، ورغم أن الجزائر قد عمدت باكرا إلى المصادقة على إتفاقية بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن¹⁹²⁴، وإدراج جلّ أحكامها في القانون البحري عند سن أحكامه في¹⁹⁷⁷ مع إختلاف في بعض المسائل، ومع أن المشرع الجزائري حاول جاهدا تدارك ما أثبتته التطبيق العملي من قصور في الأحكام القانونية من خلال تعديل القانون البحري سنة¹⁹⁹⁹³، و²⁰¹⁰⁴، فإن دراسة نطاق مسؤولية الناقل البحري للبضائع جعلتنا نستخلص بعض النتائج ونكتشف بعض النقائص والشغرات قدمنا على إثرها بعض التوصيات.

¹ كمال حمدي، المرجع السابق، الفقرة ٧١٥، الصفحة ٥٣٥ .

² لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، الفقرة ١٤٤، الصفحة ١٧٠.

ولقد نص القانون المدني على الأحكام الخاصة بالوكالة في المادة ٥٧١ وما يليها من الأمر رقم ٧٥ - ٥٨ المؤرخ في ٢٣ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ٣٠ سبتمبر ١٩٧٥، العدد ٧٨، الصفحة ٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ١٠-٥٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية ٢٦ يونيو ٢٠٠٥، العدد ٤٤، ص. ١٧. .

³ انظر القانون رقم ٩٨-٥٠. المرجع السابق .

⁴ انظر القانون رقم ١٠-٥٤ المؤرخ في ١٥ غشت ٢٠١٠ الذي يعدل و يتم الأمر رقم ٧٦-٨٠ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٦ المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية ١٨ غشت ٢٠١٠، العدد ٤٦، الصفحة ٨.

ولقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج تتمثل في:

أولاً: إن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري ينصرف للحظة التي تكلف فيها الناقل بالبضاعة ويستمر إلى غاية تسليمها للمرسل إليه، وهذا على خلاف الأحكام المقررة في إتفاقية بروكسل 1924، حيث يتحدد الإطار الزمني لمسؤولية الناقل البحري من شحن البضائع على السفينة ويستمر إلى غاية تفريغها.

ثانياً: إن مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية على القانون الداخلي هو مبدأ دستوري كرسه الدستور الجزائري، ومن ثمة تسمو أحكام إتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن والمبرمة في ٢٥ أوك١٩٢، على القانون في حالة تعارض الأحكام الواردة في كليهما، خاصة وأن العديد من الأحكام القضائية أكدت على مسؤولية الناقل خلال الشحن إذ لا تنصرف هذه المسؤولية للمرحلة السابقة على الشحن وفي رأينا أن هذا الاتجاه القضائي يكون قد طبق معاهدة بروكسل ١٩٢، في حين أن أحكاماً قضائية أخرى أقرت بمسؤولية الناقل حتى قبل الشحن أي من تاريخ تكلفه بالبضاعة مطبقين بذلك المادة ٨٠ من القانون البحري.

ثالثاً: إذا رفض المرسل إليه استلام البضاعة، أو إذا كان المرسل إليه غير معروف، يعطى للناقل الحق في إيداع البضاعة في المستودع في مكان أمين، على نفقة وتبعية المرسل إليه مع إعلام الشاحن أو المرسل إليه بذلك- إذا كان معروفاً- وبذلك يعتبر الناقل قد نفذ التزامه بالتسليم وانتهت مسؤوليته بذلك.

رابعاً: لم يحدد المشرع المقصود بمصطلحي الناقل والمرسل إليه رغم أهمية إعطاء تعريف للعبارتين.

خامساً: إن تفرغ البضاعة في ميناء الوصول لا يعتبر مبرئاً لذمة الناقل بل يتعين على هذا الأخير تسليم البضاعة للمرسل إليه.

أهم التوصيات المستخلصة من الدراسة:

أولاً: إن تحديد المشرع للنطاق المادي لمسؤولية الناقل البحري في المادة ٨٠ من القانون البحري بالهلاك والتلف، واستبعاده للضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضاعة، ثم النص على وجوب التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير في التسليم، وتحديد المقصود بالتأخير في التسليم بموجب المادة ٨٠ من القانون البحري يستوجب إعادة صياغة المادة ٨٠ المشار إليها أنفاً وإدراج التأخير في تسليم البضائع في قائمة الأضرار التي يكون الناقل مسؤولاً عنها.

ثانياً: إن عدم وضع المشرع لأحكام قانونية تعرف الناقل البحري، وتميز بين الناقل المتعاقد والناقل الفعلي جعل بعض الباحثين يخلطون بين الناقل المتعاقد و الناقل الفعلي، وبين النقل المتتابع الذي يتولى تنفيذ عملية النقل فيه عدة ناقلين كل واحد في جزء محدد وذلك بموجب سند الشحن المباشر، والحقيقة أن هذا التمييز مأخوذ عن معاهدة هامبورغ التي وضعت أحكاماً خاصة بالناقل الفعلي والناقل المتعاقد وأحكاماً أخرى بالنقل المتتابع، حيث اكتفى المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون البحري بالنص على النقل المتتابع بموجب سند الشحن المباشر، أما الناقل المتعاقد والناقل الفعلي فيخضعان للأحكام العامة للوكالة، ويبقى الناقل المتعاقد هو المسؤول الوحيد في مواجهة الشاحن، ويستحسن أن يتدخل المشرع الجزائري في هذه المسألة بوضع نصوص قانونية يعالج من خلالها علاقة الناقل المتعاقد بالناقل الفعلي، وعلاقة كليهما بالشاحن، أو المرسل إليه، أو صاحب الحق في البضاعة.

قائمة المصادر والمراجع :

أولا المصادر :

١ - الاتفاقيات :

- معاهدة بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض الأحكام الخاصة بسندات الشحن المبرمة في ٢٥ أوك٢٠١٩٢ .
- إتفاقية هيئة الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر المبرمة في ٣١ مارس ١٩٢٧ ، والمسماة إتفاقية هامبورغ .

٢ - النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي:

- المرسوم رقم ٦٤-٧١ المؤرخ في ٢ مارس ١٩٦٦ المتضمن مصادقة الجزائر على معاهدة بروكسل لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن المبرمة في ٢٥ أوك٢٠١٩٢ ، الجريدة الرسمية ٧ أبريل ١٩٦٦ ، العدد ٢٩ ، الصفحة ٤٢ .
- الأمر رقم ٧٦-٨٠ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٧ المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية ١٠ أبريل ١٩٧٧ ، العدد ٢٩ ، الصفحة ٤٩ .
- الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٣ سبتمبر ١٩٧٩ المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ٣٠ سبتمبر ١٩٧٩ ، العدد ٧٨ ، الصفحة ٩٩ .
- المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية ٨ ديسمبر ١٩٩٦ ، العدد ٧٦ ، الصفحة ٦ .
- القانون رقم ٨٠٥٩٠ المؤرخ في ٢٥ يونيو ١٩٩٩ المتمم والمعدل للأمر رقم ٧٦-٨٠ المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية ٢٧ يونيو ١٩٩٩ ، العدد ٤٤ ، الصفحة ٣ .
- القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 ابريل 2002 ، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 14 ابريل 2002 ، العدد 25 ، الصفحة 13 .
- القانون رقم ١٥٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ الذي يعدل ويتمم الأمر رقم ٥٨٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٧ المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ ، العدد ٤٤ ، ص ١٧ .
- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 ، العدد 63 ، الصفحة 8 .
- القانون رقم ٠٤١ المؤرخ في ١٥ غشت ٢٠٠١ الذي يعدل ويتمم الأمر رقم ٧٦-٨٠ المؤرخ في ٢٣ أكتوبر ١٩٧٧ المتضمن القانون البحري ، الجريدة الرسمية ١٠ غشت ٢٠٠١ ، العدد ٤٤ ، الصفحة ٨ .

- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم ٤٣٨٩٦ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية 7 مارس 2016، العدد 14، الصفحة 3.

ثانيا: قائمة المراجع:

١ - الكتب باللغة العربية :

- إبراهيم مكي، نظام النقل بأوعية الشحن، الكويت، ١٩٧٥.
- احمد محمد حسني، عقد النقل البحري في القانون البحري المصري الجديد الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٩٦، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، ١٩٦٦.
- حسين النوري، دراسات في القانون التجاري البحري، القاهرة، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر.
- سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٤ (قواعد هامبورغ)، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- طالب حسن موسى، العقود التجارية: مقدمة عامة، عقد النقل، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٣.
- علي البارودي، مبادئ القانون البحري، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، ١٩٨٣. عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- عادل علي المقدادي، القانون البحري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية، ٢٠٠٠.
- عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، (قواعد وأحكام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٠.
- كمال حمدي، القانون البحري: السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، إستغلال السفينة (إيجار السفينة- نقل البضائع والأشخاص- القطر- الإرشاد)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- لطيف جبر كوماني، مسؤولية الناقل البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.

- مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، لإيجار السفينة، النقل البحري، الحوادث البحرية، التأمين البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- محمود سمير الشرقاوي، ومحمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- هـ. دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، 2000.
- القانون البحري في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2012.

2- المقالات:

- حلو عبد الرحمن أبو حلو، التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري - دراسة مقارنة-، مجلة المنارة، المجلد 1، العدد 1.
- فهد عبد العظيم صالح، مسؤولية الناقل البحري عن سلامة البضائع بين أحكام اتفاقية هامبورغ والقانون المصري، مقال منشور على الموقع www.eastlaws.com، تاريخ زيارة الموقع 25-04-2016 على الساعة 11:30 صباحاً.
- لافي درادكة، النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري: دراسة مقارنة بين أحكام قانون التجارة البحرية الأردني وقواعد هامبورغ، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 9، 2007.
- محمود سمير الشرقاوي، عقد نقل البضائع بحراً، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 4، السنة 19، القاهرة، 1975.
- هادف محمد الصالح، التزامات ومسؤولية الناقل البحري، نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، العدد 6، 2011.

3- المذكرات:

- دريسي أمينة، حالات دفع مسؤولية الناقل البحري (الحالات المتعلقة بالتابعين البحريين والحالات المتعلقة بالمنتشة البحرية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2000.

4- الكتب باللغة الأجنبية:

René Rondière ; droit maritime ; 2^{ème} edition Dalloz , paris,1981 .-

تطبيق نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر-دراسة حالة بنك التنمية المحلية

د. بوهنة كلثوم والأستاذة شيخي حفيظة
المركز الجامعي -مغنية- الجزائر

<mailto:wardarayhen@hotmail.fr>

ملخص:

- إن التطورات التي طرأت على الجهاز المصرفي في الجزائر منذ الاستقلال إلى غاية اليوم فرضت عليه التخلي عن الاقتصاد المخطط و الانتقال إلى اقتصاد السوق، الذي يستوجب تكريس الأداء الحسن و تطوير وسائل الدفع مما أدى بالسلطات النقدية إلى تحسين مستوى خدمات جهاز الدفع إلى المستوى العالمي في ظل السياسة الاقتصادية الجديدة.

- ومن خلال هذه الدراسة قمنا بالتعرف على أهمية النظام المصرفي الجزائري في تحريك عجلة الاقتصاد الوطني و جعله يتماشى مع الوضع الاقتصادي العالمي، مع محاولة إعطاء نظرة و لو عامة على كيفية بداية تطبيق نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر و لو أن مدة تطبيقه قصيرة.

الكلمات المفتاحية: نظام الدفع الإلكتروني- البطاقات البنكية-الجهاز المصرفي الجزائري-بنك التنمية المحلية.

مقدمة:

- لقد شهد تطور الأنظمة النقدية و المصرفية بعد الأزمة الاقتصادية و النقدية العالمية الكبرى (1929-1933) تغيرات متسارعة حاسمة، بخاصة بعد انقضاء الحرب العالمية الثانية و ظهور بواكر نظام نقدي دولي جديد جراء عقد اتفاقية بريتن ووردز ظهرت أدوات نقدية وفق آليات و قواعد جديدة دعمها التطور الحاصل في مجال الإلكترونيات الدقيقة الذي استغل في مجال الخدمات و المبادلات لا سيما في عرض خدمات الجهاز المصرفي حيث استخدم فيها جملة خدمات على رأسها بطاقات الدفع الإلكتروني، و يعود الفضل في استخدام هذه الأداة (البطاقات البلاستيكية الإلكترونية) إلى شركات البترول الأمريكية التي استخدمتها في مطلع العقد الثاني من القرن العشرين .

و في سنة 1950 أدخل الأمريكي Diners, Club هذه البطاقات في المجال التجاري و الخدماتي و استخدمها كوسيلة دفع هامة في الأعمال المصرفية، و ازداد استخدامها مع ازدياد فوائد و مزايا بطاقات الدفع الإلكتروني (سرعة إجراء المبادلات، تجنب مخاطر جمع النقود، فعالية الدفع...) و بخاصة عند إدخال شبكة الانترنت كما ازداد التعامل بها في داخل الدولة الواحدة أو بين الدول المختلفة لدرجة أنها أصبحت بديلا عن النقود كوسيط في عقد الصفقات و المبادلات.

و نظرا لهذه التحولات التي شهدتها العالم و كذا دخول الجزائر إلى اقتصاد السوق، و انضمامها في القريب العاجل إلى المنظمة العالمية للتجارة أصبح لزاما على البنوك الجزائرية في ضوء ما تشهده الساحة المصرفية من تغيرات أن تسعى

بخطوات متسارعة، نحو تطوير جودة الخدمات المصرفية المقدمة حتى ترقى إلى مستوى التحديات المتباينة التي تواجه العمل المصرفي من أجل مواكبة الدخول في عصرنة التجارة الإلكترونية و الدفع الإلكتروني.

ومن خلال هذه الدراسة سنحاول التعرف على واقع نظام الدفع الجزائري و مختلف معاملاته، أي مع إعطاء نظرة و عامة على كيفية بداية تطبيق هذا النظام و لو أن مدة تطبيقه قصيرة.

والإشكالية التي سوف نعالجها في هذا البحث كالآتي:

ما موقع الجهاز المصرفي الجزائري في ظل التطورات الحاصلة في أنظمة الدفع ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم البحث إلى محورين أساسيين:

أولاً: أنظمة الدفع

ثانياً: واقع نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر

-دراسة حالة بنك التنمية المحلية -مغنية-

أولاً: أنظمة الدفع

إن أنظمة الدفع لا يفرضها القانون بل تنتج عن مميزات ثقافية و تاريخية و اجتماعية و اقتصادية لأي بلد ما و كذا التطورات التكنولوجية و تشمل منظومة الدفع جميع الأدوات و الهيئات و الإجراءات و كذا المنظومات الإعلامية و وسائل الاتصال المستعملة من أجل إعطاء تعليمات و إرسال المعلومات بين المدين و الدائن حول المدفوعات و القيام بتسويتها بمعنى تحويل الأموال المناسبة.

و يمكن تعريف نظام الدفع: " بأنه مجموع التسويات لمجموعة من دوائر المتعاملين و ذلك من أجل تحويل قيم بين طرفين على الأقل، بأقل تكلفة و بأقل المخاطر و في وقت سريع في حدود ما تسمح به التكنولوجيا المتوفرة في وقت معين". ويمثل نظام الدفع بالنسبة لأي بلد مؤشر حسن التسيير، و بالأخص في نطاق اقتصاد السوق، فإذا كانت المبالغ الصغيرة تسدّد نقداً، فإن المبالغ الكبيرة تتطلب اللجوء إلى وساطة مصرفية و إلى وسائل أخرى غير الأوراق النقدية.

1-أنواع نظام الدفع:

1-1-أنظمة الدفع الكلاسيكية:

- إن وسائل الدفع التقليدية تعد أول الوسائل التي تم التعامل بها من قبل الأفراد و المجتمعات الاقتصادية، و تمثلت هذه الوسائل بالدرجة الأولى في النقود ثم الأوراق التجارية.

-النقود: تعرف أنها: " أي شيء يحظى بالقبول العام في التداول، وله قوة شرائية عامة، يستخدم وسيطاً في التبادل و مقياساً للقيمة".¹

1-د. الطاهر لطرش " تقنيات البنوك" ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4 ، سنة 2005، الصفحة 31.

2-د. الطاهر لطرش " تقنيات البنوك": مرج سابق، الصفحة 37

الأوراق التجارية: عرفها الدكتور علي البارودي بأنها: "محررات مكتوبة وفقا لأوضاع شكلية و بيانات يحددها القانون، قابلة للتداول بالطرق التجارية ويمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء به بمجرد الاطلاع ، أو في ميعاد معينة أو قابل للتعيين، و يستقرّ العرف على قبولها بديلا عن النقود في تسوية الديون¹."

2-1 أنظمة الدفع الحديثة:

- بعد التغيرات و التطورات الحاصلة على مستوى الأنظمة النقدية و المصرفية مع ظهور التجارة الإلكترونية، أصبحت أنظمة الدفع الحديثة هامة في العمل المصرفي و ازداد استخدامها و تحديثها مع التطورات الحاصلة في المجال الإعلام و الاتصال، و نلخص هذه الوسائل فيما يلي:

-النقود الإلكترونية: تعرف " بأنها مجموعة من البروتوكولات و التوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية"، و بعبارة أخرى فان النقود الالكترونية أو الرقمية هي المكافئ الالكتروني للنقود التقليدية التي اعتدنا تداولها².

-الشيكات الإلكترونية: هو مكافئ للشيكات التقليدية الورقية و هو رسالة الكترونية موثقة و مؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك ، و يقوم بمهمته كوثيقة تعهد بالدفع و يحمل توقيعها رقميا يمكن التأكد من صحته الكترونيا و هو يختلف عن التوقيع العادي المكتوب باليد حيث يتضمن ملف الكتروني آمن يحتوي على معلومات خاصة بمحدد الشيك ووجهة صرف هذا الشيك بالإضافة إلى المعلومات الأخرى: تاريخ صرف الشيك، قيمته، المستفيد منه، رقم الحساب و المحمول إليه .

-البطاقات الإلكترونية(النقود البلاستيكية): ظهرت هذه البطاقات مع تطور شكل و نوعية النقود، و تتمثل في البطاقات البلاستيكية المغناطيسية كالكارت الشخصي أو الفيزا أو الماستر كرت...الخ، ويتم استخدام هذه البطاقات (وهي عبارة عن وسيلة لتخزين النقد، أي بمثابة حافظات نقد الكترونية من خلال الصرف الآلي ATM).

سهلت تعامل العملاء مع المصارف على مدى 24 ساعة يوميا بما فيها الإجازات و العطلات الرسمية، و هذه البطاقة لا يمكن تزويرها و يمكن استخدامها عن طريق الانترنت، و تختلف هذه البطاقات باختلاف شرائح أنظمة التشغيل و هي تتمثل في :

*بطاقة الائتمان: هي بطاقات بلاستيكية صغيرة الحجم شخصية تمنح لأشخاص لهم حسابات مصرفية مستمرة و هي من أشهر الخدمات المصرفية الحديثة، و بموجب هذه البطاقات يستطيع المتعامل أن يتمتع بخدمات عديدة من محلات متفق عليها مع البنك.

*البطاقة الذكية: ظهرت هذه البطاقة بعد المشاكل التي اعترت البطاقة الائتمانية و خصوصا السرقة، و التي اخترعت سنة 1974، و بدأ استخدامها سنة 1981 من طرف شركة فليبيس.

-و تسمى البطاقات الذكية "لأنها مزودة بذاكرة ذكية أشبه بالعقل الذي يخزن معلومات متنوعة، يمكن استدعاؤها بطريقة منظمة في الوقت المطلوب، و كذلك لأنها تستطيع أن تجري العمليات الحسابية المعقدة و تحمي نفسها بنفسها، كما أنها لا تعتمد على غيرها أثناء تشغيلها¹."

¹ -د.محمد بن بلعيد" الأوراق التجارية المعاصرة -طبيعتها القانونية و تكييفها الفقهي"- دار الكتب العلمية بيروت، لبنان الطبعة 1 2006، الصفحة 24.
² -ممنير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي" البنوك الإلكترونية" دار الفكر الجامع، الإسكندرية، ط 1 ، 2006، الصفحة 47.

*البطاقات البنكية: العنوان العام للبطاقات المتعلقة في المبادلات المالية تسمى باللغة الإنجليزية (بطاقات المعاملات المالية) تارة أو (بطاقة الدفع) تارة أخرى، أو ما يسميه الاقتصاديون العرب بطاقات الائتمان و هي في حقيقتها بطاقات المعاملات المالية.

البطاقة البنكية تم تعريفها بأنها: "هي عبارة عن أداة تكون باسم إقراض، أو خدمات بنكية أو بطاقة بنكية أو بطاقة شيك مضمون، أو بطاقة سحب مباشرة، أو أي اسم أو عنوان آخر صدر برسم أو بغير رسم من مصدره لاستعمال حاملها للأغراض التالية:

-الحصول على النقود، السلع، الخدمات أو أي شيء آخر له قيمة على أساس القرض.

-شهادة أو ضمان لشخص أو مؤسسة، ليتمكن صاحبها من الحصول على قرض تحت الطلب .

2-أهمية أنظمة الدفع الحديثة في البنوك:

-تحقيق الميزة التنافسية: وهو ما يلاحظ في المعاملات المصرفية الالكترونية التي تمكن البنك من التعامل مع أسواقه المستهدفة و عناصر البيئة المحيطة به بصورة أفضل من منافسيه في الأجل الطويل.

-تحقيق الربحية في الأجل الطويل: إن استخدام البنوك لوسائل الدفع الحديثة يساهم في تحقيق المعاملات الربحية في الأجل الطويل و ذلك راجع إلى:

-انخفاض تكلفة الخدمات المصرفية التي تتم من خلال الانترنت عن الخدمات التي تؤدي بواسطة البنوك التقليدية.

-ارتفاع ربحية قطاع العملاء للخدمة المصرفية الالكترونية بسبب انخفاض حساباتهم السعريه إذا ما قورنت بعملات الخدمات المصرفية التقليدية حيث تأتي الملائمة الزمنية و المكانية للخدمة المصرفية في مرحلة متقدمة عن النظر في أولويات تفضيلاتهم مما يتيح للبنوك فرصة كبيرة في تسعير خدماته المصرفية.

-توزيع واسع الانتشار: تقتصر التغطية المصرفية التقليدية على نطاق جغرافي محدد عكس الأنظمة الحديثة الالكترونية فتغطيتها واسعة الانتشار حيث تصل الخدمات إلى العميل في أي مكان، كما للزبون فرصة الحصول على ما يرغب من خدمات مصرفية دون الحاجة إلى مبنى البنك أو الوقوف المطول في الصفوف.

-تحسين جودة الخدمات المصرفية: إن جميع المعاملات المصرفية الالكترونية بين العميل و البنك تنفذ بصورة سريعة و مبرمجة تنخفض فيها احتمالات خطأ الأداء إلى حد أدنى، كما أنها تفتح قناة تسويق مصرفي ذات كفاءة عالية، و كذا نقل التفاعل مع العميل و موظفي البنك إلى الانترنت.

-وسائل الدفع الالكتروني أكثر كفاءة و أمان: تفوّقت أنظمة الدفع على التّقد من حيث الكفاءة و الأمان و السهولة، حيث قالت "أن كون" رئيسة فيزا أنترناسيونال في منطقة وسط و شرق أوروبا و الشرق الأوسط و أفريقيا في كلمة لها أمام مؤتمر الاستراتيجيات المصرفية العالمية 2005: "تحقق وسائل الدفع الالكترونية فوائد كبيرة و متعددة للاقتصاد عموماً من خلال ما تتمتع به كفاءة و أمان، فعندما يزود أي اقتصاد بنظام الكتروني فانه يحقق أرباح، و أن حجم الإنفاق الاستهلاكي بواسطة بطاقة فيزا عبر منافذ البيع و الخدمة ارتفع بنسبة 39% خلال سنة 2004."

-كما قالت: "تحتاج النقود إلى الصك و النقل و التوزيع و الحظ و العد و القيد و الإتلاف بعد أن تبلى لكثرة الاستخدام، و في المقابل تكلفة المعاملة الواحدة بواسطة بطاقات فيزا تصبح أقل بكثير من تكلفة المعاملة النقدية".

-تعتبر أكثر أمان من حيث التصدي لحالات الغش و الاحتيال و توفر الراحة عند الدفع و تمكن من الحصول على خدمات عديدة و متميزة بالإضافة إلى الحوافز التشجيعية التي يمنحها البنك.

- و مما سبق فان وسائل الدفع الكلاسيكية تعد أول الوسائل التي تم التعامل بها من قبل الأفراد و المجتمعات الاقتصادية و التي تبقى مجرد وسائل تقليدية تعاني العديدة من المشاكل و الصعوبات للتعامل بها، و لهذا اقتضت الضرورة إلى التفكير في وضع وسائل أخرى تواجه هذه الصعوبات، فلجأت المجتمعات و الأفراد إلى التعامل بوسائل الدفع الإلكترونية و التي تقوم مقام الوسائل الأخرى ولكن بصورة جد سريعة و متطورة، تعد الأكثر شيوعا و استعمالا في الوقت الحالي، و تعتبر وسائل الدفع الإلكترونية من أهم سمات العصر الحديث حيث تحظى بالقبول العام و الثقة في التداول و إتمام المعاملات على المستوى المحلي و العالمي .

- و بالرغم من كل هذه التطورات في مجال الدفع الإلكتروني إلا أن النظام المصرفي الجزائري يعرف تخلفا كبيرا في هذا الميدان إذا ما قارناه بما وصلت إليه الدول المتقدمة .

ثانيا: واقع نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر مع-دراسة حالة بنك التنمية المحلية -مغنية-

١ / دراسة شاملة للجهاز المصرفي الجزائري

١.١ / تعريف النظام المصرفي الجزائري

" النظام المصرفي في بلد ما هو المؤسسات و القوانين و الأنظمة التي تتألف منها و يقصد به مجموعة المؤسسات التي تتعامل بالائتمان، و من تم تكون وظيفة النظام المصرفي هي توفير الائتمان اللازم على الصعيدين الفردي و القومي، أي تتعاطى الإقراض و الاقتراض، و هو يشمل الجهاز و المؤسسات المتخصصة و السلطات المسؤولة عن السياسة النقدية^١ .

- و بالنسبة للجزائر المستقلة فقد شهد النظام البنكي الجزائري منذ الاستقلال إلى يومنا هذا عدة تغيرات و إصلاحات و مر ذلك بعدة مراحل يمكن تقسيمها إلى ثلاث فترات، حيث امتدت الأولى من سنة 1971 إلى 1986 و تم خلالها خلق منظمتان تعملان على تنظيم عمل البنوك و هما مجلس القرض و اللجنة التقنية للمؤسسات البنكية، إلا أن هذه الفترة اعتبرت فترة نزع الاستقلالية من المؤسسات المالية، و جاءت ثاني مرحلة و الممتدة من سنة 1986 إلى 1989 و التي شهدت إصدار قانوني (88/06-86/12) اللذان يهدفان إلى مراجعة نظام التمويل الاقتصادي و إعادة الاعتبار للبنوك في هذا المجال إلا أنه لم يكن لهما تأثير كبير على عمل البنوك على آخر مرحلة متمثلة في الفترة ما بعد 1990 التي شهدت إصدار قانون النقد و القرض (90/10) المؤرخ في 14 أفريل 1990 الذي أعاد التعريف كليا لهيكل و عمل تسيير النظام المصرفي الجزائري و منح الاستقلالية للمؤسسات المالية، كما سمح بخصوصية البنوك.

٢.١ / تكوين و تطور النظام المصرفي الجزائري

- يمكن القول بأن النظام المصرفي الجزائري يتضمن ما يلي :

^١ -Abdelkrim Naas-Le système bancaire Algérien Edition Inas, 3 éme trimestre, 2003, Page 51.

*الدائرة المصرفية المالية: تشمل هذه الدائرة بنكا مركزيا و بنوك تجارية ذات طابع عام و أخرى ذات طابع خاص

-بنك الجزائر: أنشئ البنك المركزي بمقتضى القانون(144-62) الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1962 كمؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، ويرأسه محافظ يتم تعيينه بمرسوم رئاسي، و قد ورث البنك الجزائري اختصاصات بنك الجزائر الذي تم تأسيسه في عهد الاستعمار. و قد أوكلت كل المهام التي تختص بها البنوك المركزية في كل دول العالم، فهو المسؤول عن ممارسة احتكار الإصدار النقدي، تسيير احتياطات العملة الدولية، متابعة السيولة لدى البنوك الأولية .

-البنوك التجارية ذات الطابع العام و الخاص: هي المؤسسات التي تتعامل بالدين أو الائتمان القصير الأجل في سوق النقد و من أهم البنوك التجارية في الجزائر:

-البنوك التجارية ذات الطابع العام:

البنك الوطني الجزائري: أنشئ هذا البنك في 13 جوان 1966 و هو يعتبر أول البنوك التجارية التي تم تأسيسها، من خلال تأميم بعض البنوك الأجنبية المتواجدة على التراب الوطني منها: القرض العقاري للجزائر و تونس، القرض الصناعي و التجاري، البنك الوطني للتجارة و الصناعة في أفريقيا، و بنك باريس و هولندا، وتجدر الإشارة إلى أن اندماج هذه البنوك في البنك الوطني الجزائري قد تم في تواريخ مختلفة، فقد تكفل البنك الوطني الجزائري بمنح القروض للقطاع الفلاحي، و التجمعات المهنية للاستيراد و المؤسسات العمومية و القطاع الخاص.

القرض الشعبي الجزائري: أنشئ هذا البنك في 29 ديسمبر 1966، و قد انضم إليه البنوك الشعبية التالية: البنك الشعبي التجاري و الصناعي للجزائر، البنك الشعبي التجاري و الصناعي لوهران، البنك الشعبي التجاري و الصناعي لقسنطينة، البنك الجهوي التجاري و الصناعي لعنابة، البنك الجهوي للقرض الشعبي الجزائري، و تم تدعيمه بعد ذلك بضم البنك الجزائري المصري و شركة مرسيليا للقرض في 1972 تم ضم الشركة الفرنسية للقرض و البنك(CFCB)¹.

وهذا البنك يمنح القروض للقطاع الحرفي و الفنادق و القطاع السياحي و التعاونيات غير الفلاحية و المهن الحرة².

البنك الخارجي الجزائري: تأسس بتاريخ 01 أكتوبر 1967، و يعتبر آخر بنك تجاري يتم تأسيسه تبعا لقرارات تأميم القطاع البنكي، و قد تم إنشاؤه على أنقاض خمسة بنوك أجنبية هي: القرض اليوناني، الشركة العامة، بنك باركليز، قرض الشمال، البنك الصناعي للجزائر و المتوسط³.

وهذا البنك يمنح قروض لقطاعات مثل: سوناطراك و شركات الصناعات الكيماوية و البتر وكيماوية و بهذا استرجعت الدولة بهذه التأميمات سيادتها الكاملة على الجهاز المصرفي و المالي.

بنك الفلاحة و التنمية الريفية: تأسس بتاريخ 13 مارس 1982 تبعا لإعادة هيكلة البنك الوطني الجزائري و بنك الفلاحة و التنمية الريفية، فهو يعتبر بنكا متخصصا في القطاع الفلاحي، و كذلك تمويل أنشطة الصناعة الغذائية و الأنشطة المختلفة في الريف.

¹ -Amour Ben Halima-Le système Bancaire Algérienne-Texte et réalité Edition dahleb, Page 55.

8- الطاهر لطرش " تقنيات البنوك": مرجع سابق، الصفحة 189

³ -Abdelkrim Naas-Le système bancaire Algérien- Op.Cit, Page 51.

بنك التنمية المحلية: تأسس بتاريخ 30 أفريل 1985، وهو آخر بنك تجاري يتم تأسيسه في الجزائر قبل الدخول في مرحلة الإصلاحات، و ذلك تبعا لإعادة هيكلة القرض الشعبي الجزائري، وهو يقوم بالوظائف التالية: خدمة الهيئات المحلية على مستوى البلديات و الولايات، منح قروض قصيرة و متوسطة الأجل لتمويل عمليات الاستيراد و التصدير و كذلك للقطاع الخاص و الجماعات و الهيئات العامة المحلية.

-بنك البركة الجزائري: أول بنك إسلامي في الجزائر أنشئ بموجب قانون 90/10 في ديسمبر 1990 و هو عبارة عن مؤسسة مختلطة جزائرية سعودية، لا تختلف مهامه عن البنوك التجارية الأخرى، من حيث تحديد الفائدة و هامش الربح الذي يعتبر ربا في الإسلام، حيث أن هامش الربح في بنك البركة غير محدد مسبقا لأن عند تحقيق الربح ينظر فيه و يقسم عدلا، وهذا باعتبار-بنك البركة-إسلاميا فان مرجعه الفقهي هو الإمام مالك الذي أجاز هامش الربح.

-البنوك التجارية ذات الطابع الخاص:

-بنك آل خليفة:

- تأسس في عام 1997 كان البنك الخاص و الوحيد الذي استفاد من نظام جمع الودائع و الادخار و بالتالي دعم نشاطه بسرعة، ولكن هذا البنك تعرض إلى فضيحة مصرفية كبرى في أوائل 2003 بعد قيام مؤسسة بتحويل لدعم شركاته المتغيرة وكانت العديد من المؤسسات و الوكالات الحكومية تودع أموالها في هذا البنك، أثبتت تقارير لسنة 2001 مخالفة البنك لقوانين مصرفية خاصة بحركة رأس المال و استخدامه و لكن لم يتخذ أي إجراء ضد البنك حتى سنة 2003 و قدرت الحكومة المبالغ التي تصرف بها البنك بـ 1.5 مليار دولار، ليتم بعد أشهر إفلاسه .

البنك التجاري الصناعي BCIA: هو مؤسسة مساهمة خواص جزائريين تأسس من مجلس النقد و القرض بتاريخ

24 سبتمبر 1998، ومن مهامه: -رعاية المستثمرين الأجانب في ظل الشراكة.

-تحويل الاستثمارات الصناعية المنتجة للتقليل من الواردات.

-إقامة و إعادة حوصصة المؤسسات على مستوى اقتصاد السوق و عوامة التجارة الالكترونية.

بنك المؤسسة المصرفية العربية الجزائر ABC: يعتبر بنكا تجاريا خاصا حديث النشأة تأسس سنة 1998

بترخيص من مجلس النقد و القرض، حيث يساهم فيه مجموعة من الخواص الجزائريين.

*دائرة ادخارية استثمارية:

-بنك الجزائر للتنمية BAD: تأسس بتاريخ 7 ماي 1936 باسم الصندوق الجزائري للتنمية على شكل مؤسسة

عمومية ذات الشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، و في 30 جوان تغير اسمه ليصبح البنك الجزائري للتنمية باعتباره بنكا متخصصا في التنمية، و كانت مهمته تمويل و انجاز و تنفيذ برامج الاستثمارات المخططة من قبل إدارة التخطيط¹.

-الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط CNEP: تأسس بتاريخ 10 أوت 1964، و تتمثل مهمته في جمع-

1-محمود حميدات" مدخل إلى الاقتصاد"، ديوان المطبوعات، الطبعة 1، 2000، الصفحة 129.

الادخارات الصغيرة للعائلات والأفراد وتشجيعها، أما في مجال القرض فان الصندوق يسعى لتمويل مجموعة من العمليات منها: تمويل البناء و الجماعات المحلية....

-الصندوق الوطني للتأمين وإعادة التأمين CAAR: أنشأ بموجب قانون رقم 63-197 في 8 جوان - 1963 ويتولى كل أعمال التأمين.

-الشركة الجزائرية للتأمين SAA: تأسس بتاريخ 12 ديسمبر 1963، و تم تأميمها في ماي 1966، لاعتبارها

أداة مالية و أساسية لتوجيه الاستثمارات و الوظيفة الأساسية لهذا القطاع التأمين ضد الحرائق، الحوادث و السرقة.

٣١ / تشخيص الواقع المصرفي الجزائري: يواجه الجهاز المصرفي الجزائري ضغوط تحد من فعاليته و دوره فمن هذه الضغوطات ما تعلق بالخدمة المصرفية و طرق تقديمها، أو وسائل الدفع و تطويرها، أو عجز نظام الاتصالات السلكية و اللاسلكية الذي يلعب دورا مهما في تطوير الخدمة المصرفية، أو ما تعلق بتداول مبالغ هامة من النقود خارج الشبكة المصرفية، و سنحاول أن نشخص واقع الجهاز المصرفي من خلال هذه النقاط.

-فقدان الاحترافية: يقصد بفقدان الاحترافية في الخضوع الدائم النسبي للسلطات اتجاه المصارف في اتخاذ قرارات منح قروض المؤسسات العمومية، أضف إلى ذلك العلاقة غير العادية و المميزة مع القطاع العام مقارنة بالقطاع الخاص .

-عدم فعالية الجهاز المصرفي الجزائري: يمكن تحليل نجاعة و فعالية الجهاز المصرفي بالنسبة للوساطة المصرفية على مستويين هما:

*عدم الفعالية المالية: تقاس الفعالية المالية بكلفة إنتاج الخدمات التي تقدمها و المعلومات التي يضعها في متناول الزبائن و تقضي هذه المسألة أن يأخذ بعين الاعتبار تنوع الخدمات المقدمة، ولكن المنظومة المصرفية بقيت جامدة حول منتجات و أدوات مالية قديمة: جمع المدخرات، منح القروض مع قلة استعمال أشكال التكنولوجيا و أجهزة الإعلام الآلي بالمقابل استعمال الموارد البشرية بكثرة لمعالجة العمليات التجارية .

*عدم الفعالية الاقتصادية: تعتبر منظومة الوساطة ذات فعالية إذا قامت بتسيير جيد لنظام الدفع و إذا خصصت الموارد تخصيصا جيدا .

فعاليات تخصيص الموارد في البنوك التجارية لاسيما البنوك العمومية تكون تبعا لقدرات غير اقتصادية حيث تتسم هذه الوظيفة في البنوك الجزائرية بما يلي:

-إفراط في حجم القروض الممنوحة على المكشوف.

-طول عمليات دراسة ملفات القروض.

-ضعف عملية المراقبة و المتابعة.

- فرغم الجهود التي بذلتها السلطات النقدية إلا أنها تؤثر بشكل كبير على أداء البنوك الجزائرية بحيث يبقى لهذه الأخيرة مراعاة الواقعية في سياسة الإقراض، و من قواعد التسيير الجديدة التي اتخذت في هذا المجال، إقامة مركزية مراقبة المخاطر و مركزية لمتابعة عدم التسديد، و فيما يخص متابعة ملفات منح القروض فالملاحظ أن هناك ضعف في المراقبة الداخلية.

- و عليه فإن فقدان الاحترافية، نقص الصرامة، من الإجراءات التي تنظم عمليات القرض و غياب الرقابة التي تستند إلى استعلامات و هذا نتيجة عجز التأطير في المؤسسات المصرفية الجزائرية فنجد المدرسة العليا للمصارف التي تم تشغيلها مند 1996 و القدرة على تكوين متخصصين ما بعد التدرج إذ لا يتم اللجوء إليها إلا قليلا من قبل المصارف والتي يبدو أنها تكمل الجانب النوعي لإطاراتها فوجب على المصارف أن تتحمل جزء من المسؤولية و التركيز على القواعد المعمول بها دوليا وتنظيم الرقابة.

٤١ / إيجابيات الجهاز المصرفي الجزائري:

تتمثل إيجابيات الجهاز المصرفي الجزائري في عدة نقاط وهي:

- إن الجهاز المصرفي الذي ورثته الجزائر سنة 1962 كان مبنيا على القواعد التي تحكم السوق المصرفية الفرنسية، فاتخذت الجزائر إجراءات سمحت بتكوين النشاط الزراعي من طرف البنك المركزي و الخزينة العمومية و وضع حد لهروب رؤوس الأموال بإحداث عملية وطنية و هي الدينار الجزائري بعد إنشاء البنك المركزي في 13 ديسمبر 1962، ومنحه جميع امتيازات هيئة إصدار العملة، بالإضافة إلى تسيير احتياطات الصرف، و منح المساعدات المالية للدولة و عمليات القرض عن طريق الخصم، و التكفل بسندات الدولة .

- كما قامت السلطات الجزائرية بإنشاء بنوك وطنية تقوم بتمويل النشاط و تخفف العبء على البنك المركزي و الخزينة العمومية نتيجة الدور السليبي الذي قامت به المصارف الأجنبية في تهريب رؤوس الأموال إلى خارج الوطن و في سنة 1966 قررت الحكومة تأمين شبكة المصارف الأجنبية و إنشاء مصارف يكون رأس مالها جزائري عمومي 100% يتخصص كل واحد منها في تمويل قطاع معين، و في سنة 1967 أصبحت المصارف العمومية الجزائرية تحتكر جميع عمليات المصرف و الصرف و القرض فقد بلغت القروض الممنوحة للاقتصاد من طرف البنك المركزي بـ 1300 مليون دينار سنة 1963 منها 850 مليون دينار جزائري ممنوحة من طرف المصارف الجزائرية.

أما سنة 1974 فبلغت هذه القروض 6300 مليون دينار جزائري من طرف البنك المركزي و سنة 1993 بلغت القروض الموجهة للاقتصاد 966.3 مليار دينار جزائري، فمن خلال هذه الأرقام نستنتج أن إنشاء المصارف التجارية العمومية كان يهدف تحرير البنك المركزي من مهمة التمويل المباشر للاقتصاد. و لكن رغم هذه الإيجابيات التي ذكرت سابقا للجهاز المصرفي الجزائري المتمثلة أساسا في تمويل الاقتصاد، إلا أنها أقل من السلبيات سابقة الذكر، هذا ما جعل الجهاز المصرفي لم يقم بدوره مقارنة بالدول المجاورة التي تملك من الإمكانيات أقل منا بكثير.

٢ / دراسة حالة بنك التنمية المحلية -مغنية-

- عرفت وسائل الدّفع الإلكتروني في الآونة الأخيرة تطورا، ملحوظا حيث نجد نسب تعامل بتا تزايد في أكثر من 300 بلد. إلا أنها في الجزائر لم تعرف انتشارا واسعا و إنما ما تزال حديثة الولادة، حيث شرع بنك التنمية المحلية في استعمالها خلال الفترة الأخيرة و هذا ما سوف نعرضه فيما يأتي :

١٢ / التعريف ببنك التنمية المحلية

*نشأة بنك التنمية المحلية: أنشئ بنك التنمية المحلية لوكالة مغنية في 23 جانفي 1987 و هو عبارة عن مؤسسة مالية معتمدة من طرف بنك الجزائر، لها أعمال تجارية و اقتصادية، تخضع للقانون التجاري.

* و يضم الهيكل التنظيمي للبنك 11 موظفا موزعين كالآتي:

-المدير-نائب المدير-أمين المدير السكرتير-رئيس مصلحة الاعتمادات-رئيس مصلحة الصندوق-رئيس فصيلة الحافظة- أمين الصندوق-رئيس فصيلة الفرع الخارجي المكلف بالدراسات-مسؤول خلية المراقبة-عون الأمن و الرقابة-عون التنظيف.

٢٢ / الخدمات الخاصة ببنك التنمية المحلية

*فتح الحسابات: حسابات تخص الأفراد العاملين و يقدم الوثائق التالية (شهادة العمل، نسخة من بطاقة التعريف).

-حسابات التوفير.

-حسابات تخص التجار سواء كان التاجر طبيعيا أو معنوياً.

*جمع الأموال: حيث يقوم البنك في عملية البحث عن الودائع، و ذلك من أجل جمع الأموال عن طريق سياسة خاصة به.

*منح القروض: حيث يقوم بنك التنمية المحلية بتلبية احتياجات زبائنه المختلفة بمنح قروض مختلفة الأجل .

*الدفع.

*المقاصة.

*التحويلات ما بين البنوك.

٣٢ / البطاقات البنكية المستعملة في BDL

- دوافع إصدار بطاقات BDL : من بين أهم النقاط لبداية إصدار البطاقة الانتمانية لبنك التنمية المحلية BDL نجد ما يلي:

-منح وسيلة دخول للزبون.

-تعويض التعامل بالشيكات و الأوراق النقدية لتقليل تكلفة الاستعمال.

- تطوير استعمال الموزع البنكي الآلي و جهاز الدفع الإلكتروني

-الحصول على وضعية تنافسية.

-الحصول على استعمال دولي.

وجاءت هذه البطاقات لتلبية حاجيات الزبائن من بينها ما يلي:

-يمكن للزبون أن يستعمل البطاقة لاستحقاق مستلزماته عند التجار المؤهلين و الذين يمتلكون جهاز الدفع الإلكتروني TPE

-الإقراض لشراء هذه الحاجيات.

- الحصول على سيولة للشراء من الموزع الأوتوماتيكي المسمى DAB يكون أسبوعياً (7 أيام) و لمدة 24/24 سا

بشرط وجود رصيد لدى الزبون داخل البنك.

ويتم بواسطة هذه البطاقة اقتطاعان:

-اقتطاع أي: بمجرد الحصول على رخصة العملية، يحصل الاقتطاع من حساب الزبون.

-اقتطاع مؤجل: لتسوية جميع العمليات الشهرية أي يكون في نهاية الشهر ما عدا عمليات الموزع الآلي.

أنواع البطاقات المستعملة في BDL:

-صدر قانون استعمال بطاقات الدفع في 7 ماي 2002 أما التداول بها فكان ابتداء من 2006.

و بطاقة الدفع هي وسيلة تسهل عملية الدفع أو السحب للمبلغ المالي الذي يحتاجه الزبون و هي نوعان:

١/ بطاقات BDL: وهي بدورها نوعان

البطاقات الكلاسيكية CIB هي بطاقة موجهة لأصحاب الدخل المتوسط التي تسمح لهم بالقيام

* السحب أسبوعيا بسقف 10000 دج من الموزع الأوتوماتيكي ما بين البنوك و 5000 دج بالنسبة لبنك التنمية المحلية في الأسبوع.

*دفع أسبوعي بسقف قدره 10000 دج.

البطاقات الذهبية: هي بطاقة موجهة لفئة التجار و تستعمل:

*السحب أسبوعيا بسقف 30000 دج من الموزع الأوتوماتيكي DAB ما بين البنوك و 10000 دج بالنسبة لبنك التنمية المحلية.

*دفع أسبوعي بسقف قدره 30000 دج.

٢/ بطاقات VISA BDL: وهي نوعان

* بطاقات الدفع الإلكتروني المسبق: سعر البيع 2500 دج في السنة بصفة محدودة ، مصاريف السحب 3 أورو للسحب الواحد، مصاريف التخليص 2% من قيمة التمويل، تشغيل السحب 1000، إعادة السحب السري 11000، إعادة تصنيع البطاقة 2500، الإلغاء 1000.

ومن بين المهام التي تقوم بها بطاقة الدفع الإلكتروني المسبق VISA

-الزبون يودع الأموال قبل الحصول على البطاقة.

-لا يستطيع أن يصرف مبالغ أكبر من تلك التي أودعها في بطاقته يستطيع أن يستعمل بطاقته و يسحب أمواله عند أكثر من 20 مليون تاجر عبر دول العالم.

-يستطيع أن يسحب أمواله من أكثر من مليون موزع للأوراق المالية.

-يستطيع أن يدفع عبر الانترنت.

*البطاقة الذهبية: سعر البيع 1500 دج للسنة بصفة غير نهائية، مصاريف السحب 3 أورو للسحب، مصاريف الدفع 2% للعملية، الإعراض على البطاقة 100، إعادة الحساب السنوي 100، إعادة إصدار البطاقة 2500 و من بين المهام التي تقوم بها البطاقة هي:

-موجهة لشريحة من الزبائن ذات مستوى رفيع.

-الحساب البنكي بالعملة الصعبة إلزامي.

-تأمين تكميلي.

-الدفع لفائدة أكثر من 24 مليون تاجر.

-السحب من حوالي مليون موزع بنكي آلي و شباك بنكي آلي.

-الشروط الواجب إتباعها عند طلب البطاقة

حتى تتمكن من الحصول على البطاقة من طرف البنك يجب على حاملها إمضاء عقد يحتوي على المعطيات التالية:

-الخدمات التي تحتوي عليها البطاقة.

-الواجبات و الحقوق والمسؤوليات.

-الشروط المالية.

-شروط تعبئة الحساب.

-رصيد ضروري لتغطية النفقات و السحب.

مسؤولية حاملي البطاقة تتمثل في الإمضاء على ظهرها عند استلامها، كما يجب أن تعد البطاقة الشخصية أي تستعمل من طرف حاملها فقط.

-عند تسليم العقد يجب التأكد من الأمور التالية:

-التحقق من هوية حامل البطاقة.

-وضع تاريخ و إمضاء قسيمة السحب.

-تذكير الزبون بالتزاماته في حالة الضياع أو السرقة.

-استرجاع البطاقة عند استبدالها ببطاقة جديدة و إتلافها بحضور الزبون وإعلامه بالرقم السري.

4-2/ توجيهات استخدام بطاقة الدفع و الصرف الآلي بحكمة:

-إذا فقدت بطاقتك أو تمت سرقته، بلغ مؤسستك عن ذلك مباشرة.

-إذا اشتبهت باستخدام غير شرعي لبطاقتك، بلغ مؤسستك المالية مباشرة.

-احتفظ بإيصالاتك و لا تتركها حيث يراها الآخرون، فقد يكون رقم حسابك كاف ليستخدمه أي شخص لطلب البضاعة عبر البريد أو الهاتف على نفقاتك الخاصة.

-إذا كان لديك رقم تعريف شخصي فأحفظه و لا تتركه مدونا إلى جانب بطاقتك، ولا تختار رقم تعريف شخصي سهل التخمين مثل رقم هاتفك أو تاريخ ميلادك.

-لا تفسح أبدا عن رقم تعريفك الشخصي إلى أي شخص أبقه سريا.

-أعرف دائما ما هو المبلغ المالي المتوفر في رصيدك إذا كان بطاقة الدفع و الصرف الآلي مرتبطة بحسابك الجاري .

-إذا كانت بطاقة الدفع و الصرف الآلي الخاصة بك مرتبطة بحسابك الجاري، اطرح المبلغ المخصص و أي رسوم تابعة لعملية تجارية من الرصيد في سجل الرصيد مباشرة.ضع كشوف الحسابات و الإيصالات في مكان واحد تجدها فيه إن احتجتها لاحقا.

5-2/العوائق التي تمنع استعمال البطاقات البنكية في الجزائر

- من بين أهم هذه العوائق نجد ما يلي:

-غياب الحملات التحسيسية و العمليات الإشهارية التي تمدح و تعرف هذه البطاقات.

-لا يجب أن ننسى أن نسبة الأمية في الجزائر تقارب 30% و أنه ليس من النادر أن يطلب منك أحدهم في وكالات البنوك و مصالح البريد أن تملأ شيك فهل يعقل أن يطلعك نفس الشخص عن رقمه السري و أن يطلب منك أن تساعده في نقوده من الموزع الآلي.

-عدم وجود تنوع كبير في الخدمات و المزايا التي توفرها هذه البطاقات لمستلميها و التعطل الشبه الدائم للموزعات الآلية زاد من تعقد استعمال هذه البطاقات.

-قلة انتشار أجهزة الدفع الإلكتروني وحتى التجار و الباعة يبدون تخوفات من تحصيل مستحقاتهم بقبول البطاقات كوسائل دفع.

-من جهة أخرى يمكن الإشارة أن غياب هياكل و تقنيات تجارية لمراكز التسويق و التجارة الإلكترونية نجد مدى احتياج المستهلك لهذه البطاقات.

-كما أنه قد يكون الانتشار و توسيع مجالات استخدام الإعلام الآلي دور ضعف الطلب على البطاقات لأن الحاسوب رفعت من إنتاجية العاملين بشبائيك السحب و قضت بالتالي جزئيا على احتياج المستهلك الجزائري لهذه البطاقات.

-عدم الثقة في التسديد بالوسائل الإلكترونية.

-عدم وجود بنية تحتية فعالة و سريعة الاتصالات.

-ارتفاع التكلفة و الصيانة و إيجار الشبكات الخاصة بالعمليات المصرفية الإلكترونية.

-ارتفاع مخاطر المنافسة، مخاطر التشغيل، و تزايد جرائم السرقة، التزوير و الاحتيال.

-عدم المعرفة أو تجاهل عمل و نشاط البنك الإلكتروني.

خاتمة:

- خلال دراستنا لهذا البحث توصلنا إلى أن الجزائر و رغم الجهود المبذولة لتطوير استعمال هذه البطاقات على نطاق واسع و توسيع استخدام أجهزة الدفع تبقى تعاني من نقص كبير في هذا المجال مقارنة مع باقي دول العالم لذا يجب عليها أن

تسعى جاهدة لتحديث وسائل الدفع و القضاء على الحواجز التي تعيق من استعمال هذه البطاقات كالقضاء على الأمية، توفير أجهزة الدفع الإلكتروني، زيادة الحملات الترويجية لتوعية الأفراد....

- و بالنسبة لبنك التنمية المحلية محل دراستنا هذه نجد أن نسبة المستفيدين من خدمات البطاقات البنكية ما يعادل حوالي 80% و نسبة التداول هذه البطاقات هو حوالي 70% و الباقي أي 30% لا يستخدمونها، منهم من لا يتقن لحد الساعة بما تمنحه من امتيازات و البعض الآخر رغبتة في البقاء على الطريقة التقليدية و غيرها من الأسباب....

- و من خلال هذه النسب يتضح لنا مدى ارتفاع الوعي الثقافي للزبائن و إقبالهم على استخدامها و هي أرقام مرجحة للارتفاع في السنوات المقبلة من خلال الجهود المبذولة و الحملات التحسيسية لزيادة الإقبال عليها، كما يسعى البنك إلى إدخال وسيلة دفع جديدة ستصبح سارية المفعول في الآجال القريبة و هي تحويل الأموال عبر العالم (أي إرسال و استلام الأموال من جميع أنحاء العالم Money Gram).

-المراجع:

- 1- د. الطاهر لطرش " تقنيات البنوك " ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4 ، سنة 2005.
- 2- د. محمد بن بلعيد " الأوراق التجارية المعاصرة - طبيعتها القانونية و تكييفها الفقهي " - دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2006.
- 3- منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي " البنوك الالكترونية " دار الفكر الجامع، الإسكندرية، الطبعة 1، 2006.
- 4- د. شريف محمد غنام " محفظة النقود الالكترونية- رؤية مستقبلية " دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 1. 2007.
- 5- د. محمود حميدات " مدخل إلى الاقتصاد "، ديوان المطبوعات، الطبعة 1، 2000.
- 6- Abdelkrim Naas "Le système bancaire Algérien" Edition Inas, 3 éme trimestre, 2003.
- 7- Amour Ben Halima "Le système Bancaire Algérienne" Texte et réalité Edition dahleb.

الحكم القضائي المنعدم

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

ملخص:

تعتبر الأحكام القضائية التي حازت درجة البتات عنوانا للحقيقة القضائية، ويحيطها القانون بالحصانة من الطعن، والحجية في مواجهة الكافة، ضمانا لاحترام القضاء، واستقرارا للتعامل بين الناس. وحين يعتري الحكم عيب جوهري ينعدم وجوده القانوني، وتقضي المحكمة بإعدامه، فمن أين تستمد المحكمة سلطة إعدام الحكم القضائي؟. هذا ما سعيينا للإجابة عنه في هذا البحث.

مقدمة:

أثار الأخذ بنظرية الانعدام في العمل الإجرائي خلافا واسعا في فقه قانون المرافعات، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى تأصيل هذه النظرية ودعمها باجتهادات فقهية توضح ماهيتها وتبرز أهميتها القانونية وفائدتها العملية، وتؤكد في الوقت ذاته على تميزها بوجود وكيان مستقلين عن سائر النظريات الأخرى، ذهب جانب آخر إلى رفض هذه النظرية، وتبيان مواطن الخلل فيها وبيان القصور في آراء واجتهادات الداعمين لها، مع تأكيده على أن نظرية البطلان المعروفة في عموم فروع الفقه القانوني، ومنه فقه المرافعات، قادرة على تفسير واحتواء سائر الحجج والمبذرات النظرية للزاعمين الأخذ بنظرية الانعدام، مما تنتفي معه الحاجة إليها.

لكن وبرغم السجلات الفقهية المتقدمة بين أنصار نظرية الانعدام في فقه المرافعات ومعارضها، فإن هذه النظرية قد وجدت تأييدا كبيرا من القضاء، وذلك لقدرتها على تمكين المحاكم من تلافي ما قد يعتري الأعمال الإجرائية الصادرة عنها من عيوب جوهرية تعدم صيرورتها القانونية وتفقدتها الغاية المتوخاة منها، ولعلّ هذا ما أكسب هذه النظرية ميدانا مهماً للتطبيق على سائر الأعمال الإجرائية للقضاء بشكل عام، والأحكام الصادرة عنه بشكل خاص. فلم يعد يُنكر، حتى المعارضون لهذه النظرية، وجودها الفعّال ودورها المتزايد في ميدان الأعمال الإجرائية.

غير أنّ تفوق نظرية الانعدام في التطبيق لا يعني بأي حال سلامتها من النقص، وسموها عن النقد، فنظرية الانعدام لا تزال تواجه إشكالات على مستوى التبرير النظري لبعض ما ترسمه من مسالك إجرائية لتلافي عيب العمل الإجرائي، مما يقوي حجج معارضها، ويزيد في لائحة انتقاداتهم لها. من ذلك مثلا: أن تطبيق نظرية الانعدام على الحكم القضائي الذي أصابه عيب جوهري يمس كينونته، قد أفضى إلى ظهور نظرية الحكم المنعدم في فقه المرافعات، وهي نظرية تلقى تأييدا واسعا وتطبيقا متزايدا من القضاء، لكونها تتيح للمحكمة المختصة تلافي العيب الجوهري الذي أصاب الحكم الصادر عنها، فأعدم وجوده القانوني، وبما يفضي إلى تصحيح الخطأ القضائي، وإعادة ما انتزع ذلك الخطأ من الحقوق الموضوعية للمتخاصمين إلى أصحابها، أو من الإجراءات الشكلية للدعوى إلى مسارها المرسوم لها قانونا. ويقضي الحل الذي

قدمته نظرية الحكم المنعدم في هذا الشأن برفع دعوى أصلية للمحكمة المختصة، مضمونها المطالبة بتقرير انعدام الحكم الصادر عنها لما يتضمنه من عيب جوهري، ونظر دعواه مجددا وإصدار الحكم فيها وفقا للقانون.

ويواجه هذا الحل إشكالية جوهريّة مفادها: أن القاعدة القانونية تقضي بأن الحكم القضائي ومنذ صدوره، يكتسب حجية الأمر المقضي به، مما يمتنع معه على المحكمة التي أصدرته الخوض في موضوعه ثانية، أو نظر دعواه مجددا. إذن، كيف يسوغ للمحكمة قبول دعوى إعدام ذلك الحكم والنظر فيها مجددا ثم إصدار حكم جديد بها؟ وما هي السلطة التي تمكّنها من ذلك؟.

يتصدى هذا البحث لدراسة مضمون هذه الإشكالية، واستكشاف مختلف جوانب موضوعها، وذلك من خلال الاستعانة بالمنهج التحليلي للنظم، وصولاً إلى حل موضوعي لها، والإجابة على ما تثيره من تساؤلات جديدة. وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة مطالب، خصصت المطلب الأول لبيان ماهية الحكم القضائي، وخصصت المطلب الثاني للتعريف ببطلان الحكم القضائي وانعدامه وبيان الخصائص المميزة لكل منهما، وتناولت في المطلب الثالث سلطة المحكمة في إعدام الحكم القضائي. ثم أنهيت البحث بخاتمة توجز مضمون البحث.

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي.

للإحاطة بماهية الحكم القضائي تناولت في هذا المطلب، وبخمس فروع مستقلة، تعريف الحكم القضائي لغةً واصطلاحاً، وأقسامه، ومقوماته وإجراءات إصداره، والآثار المترتبة على صدوره، ثم أخيراً معالجة القانون لتخلف أي من بياناته المطلوبة.

الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي.

أولاً/ تعريف الحكم في اللغة:

الحُكْمُ (بالضم) هو القضاء، وجمعه أحكامٌ. وقد حَكَمَ عليه بالأمر حُكماً وحُكوماً. وحاكمه إلى الحاكم خاصمه.^(١) والحُكْمُ: القضاء بالعدل، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ، قال تعالى: { وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا }^(٢). والعرب تقول: حَكَمْتُ وأَحَكَمْتُ وحَكَمْتُ بمعنى منعت ورددت.^(٣) وحَكَمْتُ السفية وأحكمتها إذا منعت مما أراد.^(٤) ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكِمٌ، لأنه يمنع الظالم من الظلم. والحاكم مُنَفِّذُ الحُكْمِ، وجمعه حُكَّامٌ. والمحكمة المخاصمة إلى الحاكم.^(٥) والمحكمة هي الهيئة التي تتولى الفصل في القضاء.^(٦)

(١) مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج٤، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بدون سنة طبع، ص٩٨.

(٢) من الآية رقم ١٢ من سورة مريم.

(٣) محمد جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مج ٢، حرف ح، دار الحديث، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥٣ وما بعدها.

(٤) محمود بن أحمد الزنجاني، تهذيب الصحاح، ج ٢، دار المعارف، مصر، ١٩٥٣، ص٧٢.

(٥) محمد جمال الدين ابن منظور، مصدر سابق، ص٥٤.

(٦) إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج ١، ط ٢، دار المعارف، مصر، ص ١٩.

أما وصف الحكم بالقضائي، فمن قضى يقضي قضاءً وقضياً، أي حَكَمَ وفَصَلَ. ومن ذلك قولهم: قضى القاضي بين الخصوم، أي قطع بينهم في الحكم،^(٧) وهو المعنى المراد.

ثانياً/ تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح القانوني:

للحُكْم في اللغة القانونية أكثر من دلالة؛ فالحكم بمعناه العام يشمل كل أمر أو قرار يصدر عن السلطة القضائية ولو لم يكن فاصلاً في خصومة،^(٨) كالأمر الصادر عن القاضي بمنع المدين من السفر خشية تهريبه عن سداد الدين، وكالقرار الصادر عن المحكمة بإيقاع الحجز على العين موضوع الدعوى وإيداعها لدى طرف ثالث لحين البت بعائديتها. فمثل هذه الأوامر والقرارات تصدرها السلطة القضائية المختصة إما وفقاً لوظيفتها الولائية (الإدارية)، وإما وفقاً لوظيفتها القضائية المرسومتين لها قانوناً، إلا أنها لا تبت في دعوى معروضة أمامها. وقد درج على تسمية هذه القرارات والأوامر أحكاماً، لأنها تعكس إرادة السلطة القضائية المصدرة لها بتطبيق أحكام القانون في مسألة معروضة عليها.

أما الحكم بمعناه الخاص، فلقد أدى تباين دلالاته كمصطلح في قوانين المرافعات والإجراءات المدنية العربية إلى انقسام الفقه القانوني العربي بشأنه إلى اتجاهين: فيعرفه الاتجاه الأول بأنه: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيباً صحيحاً ومختصة في خصومة أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها".^(٩) فالحكم طبقاً لرؤية هذا الاتجاه الفقهي هو كل قرار تصدره محكمة الموضوع، وفقاً لوظيفتها القضائية، في الدعوى المنظورة من قبلها، منذ إقامتها وحتى انتهائها. كالقرار بتكليف أحد طرفي الدعوى بالإثبات، والقرار بتعيين الخبير، والقرار بجعل الدعوى المنظورة من قبلها، منذ إقامتها وحتى انتهائها. كالقرار أخرى مرتبطة بها، وغيرها من القرارات الأخرى التي تصدرها المحكمة أثناء نظر الدعوى وقبل الفصل فيها. وهذه القرارات كما يستدل من

موضوعها، هي قرارات لا تفصل في الدعوى، وإنما تقوم بتنظيم السير فيها، أو تبت في طلب موضوعي أو دفع شكلي أو مسألة متفرعة عن موضوع الدعوى الأساس.^(١٠) فيتبين أن دلالة الحكم عند أصحاب هذا الاتجاه الفقهي هي أكثر شمولاً وأوسع مساحة. ويتطابق مسلك المشرع في مصر وغالبية الدول العربية مع رؤية هذا الاتجاه الفقهي، حيث أن قوانين المرافعات والإجراءات المدنية في تلك الدول تستخدم مصطلح الحكم بذات الدلالة والشمول.^(١١)

(٧) محمد جمال الدين ابن منظور، مصدر سابق، مج ٧، حرف ق، ص ٤٠٥ وما بعدها.

(٨) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦، ج ٣، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٦.

(٩) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٣. محمد حامد فهد، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله نوري، القاهرة، ١٩٤٤، ص ٦٠.

(١٠) ينظر: عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(١١) فقد جاء في المادة ١٧/١ مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٦٤: "يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة فيها، إعلاناً للخصوم...". وجاء في المادة ٥٥/٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة ١٩٨٣: "الحكم النهائي هو الذي يفصل في أصل النزاع أو الذي يفصل في جهة من جهاته أو في دفع أو دفاع متعلق به، ويكون نهائياً بالنسبة لما فصل فيه". وجاء المادة في المادتين ٢٩/٢ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري لسنة ٢٠٠٠: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض". وجاء في المادة ١٧/١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة ١٩٨٤: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم النهائي للخصومة كلها". وبمثل هذا النص جاء في المادة ١٢/٥ من قانون المرافعات المدنية الكويتي لسنة ١٩٨٤، والمادة ١٥/١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري

أما الاتجاه الفقهي الثاني فيُعَرَّف الحكم بأنه: "القرار القطعي الحاسم للدعوى الصادر من محكمة مشكّلة تشكيلا قانونيا في منازعة مطروحة عليها وفقا لقانون المرافعات المدنية".^(١) فالحكم طبقا لرؤية هذا الاتجاه هو القرار الحاسم الذي تنتهي به الدعوى،^(٢) وبذا يتميز عن سائر القرارات الأخرى التي تصدرها محكمة الموضوع أثناء السير في الدعوى وقبل الفصل في موضوعها. ويتطابق مسلك المشرع العراقي والمشرع السوداني مع رؤية هذا الاتجاه الفقهي. فالحكم في قانون المرافعات العراقي وقانون الإجراءات المدنية السوداني هو القرار النهائي الذي تصدره المحكمة وفقا لقواعد المرافعات، والذي يتم بمقتضاه حسم النزاع المعروض عليها.^(٣) أمّا القرار فهو الإجراء غير الحاسم في الدعوى.^(٤) ونلاحظ أن استخدام المشرع العراقي والمشرع السوداني لمصطلحي الحكم والقرار في قانون المرافعات المدنية، أكثر دقة من استخدامهما في سائر قوانين المرافعات والإجراءات المدنية العربية. وذلك لأن التمييز بينهما يفضي إلى تأكيد القاعدة التي تضمنتها سائر قوانين المرافعات والإجراءات المدنية العربية والتي تقضي بعدم جواز الطعن بالقرارات التي تصدرها المحكمة أثناء سير الدعوى إلا مع الحكم الفاصل فيها. فهذه القرارات لا تخضع لطرق الطعن كمبدأ عام إلا مع الحكم النهائي الذي يصدر في الدعوى،^(٥) إلا ما استثناه القانون بنص.^(٦)

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أننا سنعمد فيما يلي من صفحات هذا البحث مصطلح الحكم بالمفهوم الذي أخذ به المشرع العراقي، وتبناه الاتجاه الفقهي الثاني.

الفرع الثاني: تقسيمات الحكم القضائي.

تُقسَّم الأحكام القضائية باعتبارها متعددة: فهي تقسم من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه إلى أحكام قطعية وأحكام باثة، وتقسم من حيث مضمون الحكم إلى أحكام مقررّة وأحكام منشئة وأحكام ملزمة، وتقسم من حيث قابليتها للطعن إلى أحكام صادرة بدرجة أولى، وأحكام صادرة بدرجة أخيرة. وتقسم من حيث حضور الخصوم إلى أحكام حضورية وأخرى غيابية. إضافة إلى تقسيمات أخرى. وهذه التقسيمات جميعها واردة على سبيل المثال لا الحصر. ومهما

لسنة ١٩٩٤، والمادة ١٥ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٤، والمادة ٢٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني لسنة ٢٠٠١، والمادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية السوري لسنة ٢٠٠١.

(١) المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٤، والمادة ٢٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني لسنة ٢٠٠١، والمادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية السوري لسنة ٢٠٠١.

(٢) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مؤسسة الفليج للطباعة والنشر، الكويت، ١٩٨٤، ص ٨٦.

(٣) عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٤٢.

(٤) نصت المادة ١٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦: "القرارات التي تصدر أثناء سير المرافعة ولا تنتهي بها الدعوى لا يجوز الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها...". كما نصت المادة ١٥ من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٨: "لا يجوز الطعن في الأوامر التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها..".

(٥) نصت المادة ١٥ من قانون المرافعات المدنية العراقي: "للمحكمة أن تصدر قبل الفصل في النزاع ما تقتضيه الدعوى من قرارات، ولها أن تعدل عن هذه القرارات أو ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين ذلك في محضر الجلسة".

(٦) آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٣٤٧. كما جاء في المادة ٢١ من قانون المرافعات المدنية العراقي: "يجوز الطعن بطريق التمييز... في القرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأجرة حتى يفصل في موضوع آخر، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطين أو برفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني، أو قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم...".

قيل بشأن هذه التقسيمات فإن وصف الحكم يتحدد طبقاً لأحكام القانون وحدها، ولا عبء في تحديده لوصف المحكمة إن خالف وصفها وصف القانون له.^(١) وفي حدود هذا البحث، سنتناول في فقرتين مستقلتين تقسيم الأحكام من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه إلى أحكام قطعية وأحكام باتة.

أولاً/ الأحكام القطعية:

الحكم القطعي، ويسمى أيضاً الحكم غير البات، هو الحكم الحاسم للنزاع المعروض أمام المحكمة، والذي يقبل الطعن به بالطرق المرسومة له قانوناً. وعليه يدخل ضمن مفهومه كل حكم تصدره المحكمة ويكون فاصلاً في موضوع الخصومة المعروضة عليها، وبغض النظر عن المحكمة التي أصدرته ودرجتها؛ فقد يكون الحكم القطعي صادراً عن محكمة درجة أولى (محكمة بداءة أو محكمة أحوال شخصية أو محكمة عمل... إلخ)، كما قد يكون صادراً عن محكمة استئناف أو حتى محكمة التمييز، ولكن يجب أن يكون قابلاً للطعن به بطريق طعن يرسمه القانون، بمعنى أنه غير مستنفذ لطرق الطعن أو لمواعيدها المقررة له قانوناً، وهذا ما يميز الحكم القطعي عن الحكم البات.

ويكتسب الحكم القضائي بمجرد صدوره حجية الحكم، أو ما يُعرف بحجية الأمر المقضي به، وهي قرينة قانونية قاطعة أضفاها المشرع على الحكم القضائي القطعي لكونه يمثل عنواناً للحقيقة القضائية المطابقة تماماً للحقيقة الواقعية. فمقتضى قاعدة حجية الأمر المقضي به اعتبار المشرع أن الحكم قد صدر صحيحاً من حيث إجراءاته وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع. فالحجية قرينة ذات شطرين: الأول قرينة الصحة والثاني قرينة الحقيقة،^(٢) والحكم عنوان للحقيقة والصحة في آن واحد. وسنتعرف عند الحديث عن آثار الأحكام على ما يترتب من آثار قانونية على قاعدة حجية الأمر المقضي به.

ثانياً/ الأحكام الباتة:

الحكم البات هو الحكم النهائي الذي يضع حداً للنزاع المعروض أمام القضاء، والذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن القانونية.^(٣) ويكتسب الحكم القضائي درجة البات في واحدة من الحالات الثلاث التالية:

- ١ - إذا صدق الحكم عند الطعن به استئنافاً وتميزاً وتصحيحاً وردت جميع هذه الطعون.
- ٢ - إذا استنفذ الحكم جميع المواعيد القانونية للطعون، ولم يطعن به من المحكوم عليه المبلغ به أصولياً.
- ٣ - إذا أقر الخصم المحكوم عليه لوحده، أو اتفق مع خصمه، على إسقاط الحق بالطعن في الحكم.

(١) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٦٣. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٣٥. وبهذا المنحى استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق حيث جاء في قرار لها: "أن دعوى المميز علمها (المدعيان) ووفقاً لما جاء بعريضتهما تتضمن طلب منع تعرض المميز (المدعى عليهما) لهما بالانتفاع بالمأجور وقد صدر الحكم البدائي أيضاً بالوصف المشار إليه (منع تعرض) وعلى ذلك يكون هذا الحكم صادراً من محكمة بدرجة أخيرة غير قابل للاستئناف وعليه فإن وصف في المحكمة بأنه قابل للاستئناف لا أثر له، لأن العبء في ذلك لحكم القانون وليس لحكم المحكمة". القرار رقم ٦٦/الهيئة الاستئنافية عقلاً ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧٢٠. المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، إعداد دريد الجنابي وباسم الخفاجي، ج ١، المرافعات المدنية، بغداد، ٢٠١١، ص ٥٥.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ٦٣.

(٣) ويستثنى من ذلك إمكانية الطعن بالحكم، ولو كان باتاً، بطريقي إعادة المحاكمة واعتراض الغير على الحكم عند توافر الشروط المنصوص عليها في المادتين ١٩٧ و ٢٢٠ مرافعات مدنية عراقية، أو بطريق الطعن في الحكم لمصلحة من قبل الادعاء العام، وفقاً للمادة ٣ من قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٧.

ويترتب على اكتساب الحكم درجة البتات، عدم قبول أية دعوى جديدة في ذات موضوعه وبين نفس خصومه محلاً وسبباً^(٤) إذ باكتساب الحكم درجة البتات تثبت له قوة الحكم، أو ما يُعرف بقوة الشيء المقضي به. وهي قرينة قانونية قاطعة منحها المشرع للحكم القضائي البات، مضمونها أن ذلك الحكم قد أصبح نهائياً فيما فصل فيه من الحقوق ولا يجوز الطعن به.^(٥)

ومن المهم التمييز بين حجية الحكم أو حجية الأمر المقضي به، وقوة الحكم أو قوة الشيء المقضي به، حيث أن الأولى تترجح عند الطعن بالحكم بأي من الطرق القانونية، وتزول عنه عند إلغائه أو فسخه أو نقضه من المحكمة المختصة بنظر الطعن، بينما الثانية تبقى قائمة للحكم ولا تترجح لعدم جواز الطعن به. وهكذا فكل حكم يحوز قوة الأمر المقضي به، يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضي به، والعكس غير صحيح.^(٦)

وتبرز أهمية التمييز بين الأحكام الباتة والأحكام القطعية على مستوى تنفيذ الحكم القضائي، في أن الأحكام الباتة واجبة التنفيذ من قبل الدائرة المختصة لاكتسابها درجة البتات وعدم جواز الطعن بها، فيما الأحكام القطعية يتأخر تنفيذها بحكم القانون إذا طعن بها بطريق الاستئناف، أو بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي إن صدرت غيابية، إلا إذا كانت مشمولة بالنفذ المعجل إما بحكم القانون،^(٧) أو بنص صريح في متن الحكم.^(٨)

الفرع الثالث: إجراءات إصدار الحكم القضائي ومقوماته.

يمر الحكم القضائي قبل صدوره عبر سلسلة متتابعة من الإجراءات المقررة قانوناً والتي تمنحه كيانه ومقوماته كحكم قضائي، تبدأ من إعلان المحكمة ختام المرافعة في الدعوى المنظورة، مروراً بالمدافلة وتنظيم صيغة الحكم وتسببها، حتى تنتهي بالنطق بالحكم. وستتناول في أربع فقرات مستقلة إجراءات إصدار الحكم القضائي.

أولاً/ ختام المرافعة:

بعد أن يقدم الخصوم أو وكلاؤهم في الدعوى لوائحهم التحريية، ويدلوا بادعاءاتهم وأقوالهم ودفعوهم، ويبرزوا مستنداتهم وأدلتهم، وتنتهي كل إضافاتهم ومناقشاتهم، وتجد المحكمة أن الدعوى قد أصبحت مهيأة للفصل فيها، تسأل الطرفين عما إذا كانت لديهما أقوال أخرى، على أن يكون المدعى عليه هو آخر من يتكلم استيفاءً لحقه في الدفاع، ولأن خصمه المدعي كان أول من تكلم في الدعوى.^(٩) فإن أجابا بالنفي تقرر ختام المرافعة، ثم تصدر حكمها في الدعوى في اليوم ذاته، أو تحدد للنطق به موعداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من يوم ختام المرافعة.^(١٠)

(٤) نصت المادة ١٠/٨ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٤: "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً".

(٥) نصت المادة ١٠/٨ من قانون الإثبات العراقي: "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة".

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات مناطه وضوابطه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٨.

(٢) جاء في المادة ١٦/٨ من قانون مرافعات مدنية عراقية: "النفذ المعجل واجب بقوة القانون لأحكام النفقات والقرارات الصادرة في المواد المستعجلة والأوامر الصادرة على العرائض...".

(٣) جاء في المادة ١٦/٨ من قانون مرافعات مدنية عراقية: "١- إذا بني الحكم على سند رسمي أو على إقرار المدعى عليه بالحق المدعى به أو على نكوله عن حلف اليمين، وجب على المحكمة أن تقرر بناء على طلب المدعي شمول الحكم بالنفذ المعجل. ٢- للمحكمة أن تشمل الحكم بالنفذ المعجل بشرط الكفالة في الحالات الأخرى...".

(٤) آدم وهيب الندواوي، مصدر سابق، ص ٣٥٢.

ولا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر، ولا أن تقبل مذكرات أو مستندات من أحد الطرفين. ولكن يجوز لها فتح باب المرافعة مجددا إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يبرر هذا القرار.^(١) وللمحكمة فتح باب المرافعة مجددا إما من تلقاء نفسها، كما لو وجدت أنها لم تستوف إجراء معين في الدعوى، وإما بناء على طلب أحد الخصوم، كما لو استحصل على مستند هام ومؤثر في الدعوى، وطلب ضمه إلى الدعوى. والقرار بفتح باب المرافعة مجددا يقتضي تحديد موعد جديد للمرافعة وتبليغ أطراف الدعوى بموعدها الجديد أصوليا، فإذا لم تقم المحكمة بهذا الإجراء فإن جميع القرارات التالية لقرارها بفتح باب المرافعة مجددا لا يترتب عليها أي أثر قانوني.^(٢) هذا ويخضع القرار بفتح باب المرافعة مجددا من عدمه لسلطة المحكمة التقديرية، ولا يجوز الطعن به إلا مع الحكم الصادر في الدعوى.^(٣)

ثانياً/ المداولة:

بعد أن تقرر المحكمة ختام المرافعة، تدخل الدعوى المنظورة من قبلها مرحلة المداولة. والمداولة هي المشاورة بين

أعضاء

المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به.^(٤) وهذا إذا كانت المحكمة مشكّلة من هيئة قضائية، أما إذا كانت المحكمة مشكّلة من قاضي منفرد، فقد ذهب رأي فقهي إلى اعتبار تأمل القاضي في الدعوى وتدبره لكل ما يتصل بموضوعها بمثابة المداولة مع ذاته فيها.^(٥) ولم يرد نص صريح بالمداولة في قانون المرافعات المدنية العراقي، وإنما يفهم من نص المادة ١٥/٥ منه،^(٦) أن المشرع العراقي قد أقر ضمنا إجراء المداولة بين أعضاء هيئة المحكمة قبل إصدارهم الحكم في الدعوى، وذلك لأن عبارة "تصدر الأحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء..." الواردة في صدر المادة أعلاه تفصح بوضوح عن ذلك، حيث من غير المتصور أن يكون هناك اتفاق أو أكثرية على حكم دونما نقاش سابق حول مضمونه، ومداولة قد تمت بكل ما يخص شأنه بين مصدري ذلك الحكم.

ويجب أن تجري المداولة بين أعضاء هيئة المحكمة بصورة سرية، وذلك لضمان استقلال القضاة ومنع أي تدخل في عملهم هذا، وتمكينهم من إبداء رأيهم في موضوع المداولة بحرية تامة. وعليه يمتنع على أي شخص آخر غير هيئة المحكمة ولو كان قاضيا، حضور المداولة المقررة. وإذا تعذر حضور أحد أعضاء هيئة المحكمة التي نظرت الدعوى للاشتراك في المداولة، لتمتعه بإجازة اعتيادية أو مرضية، أو نقله أو لإحالة على التقاعد، أو لوفاته، أو لأي سبب آخر، فلا يجوز إحلال قاضي آخر بديلا عنه في المداولة، وإن تم تكليفه كعضو في هيئة المحكمة بأمر رسمي صحيح، وذلك لأن الحكم في الدعوى

(٥) نصت المادة ١٥/٥ مرافعات مدنية عراقية: "إذا تهيأت الدعوى لإصدار الحكم تقرر المحكمة ختام المرافعة، ثم تصدر حكمها في ذات اليوم أو تعدد للنطق به موعدا آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ تفهيم ختام المرافعة".

(١) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٣٥. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط ١، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١، ص ٦٦.

(٣) نصت المادة ١٥/٥ مرافعات مدنية ع: "تصدر الأحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على العضو الأقل درجة أن ينضم إلى أحد الآراء لتكوين الأكثرية".

(٤) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٥) آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٦) جاء في المادة ١٦/٥ مرافعات مدنية عراقية: "١- يوقع على الحكم من قبل القاضي أو من رئيس الهيئة وأعضائها قبل النطق به. ٢- يدون العضو المخالف رأيه وأسباب مخالفته ولا ينطق بالمخالفة وتحفظ بإضبارة الدعوى ولا تعطى منها صور".

يجب أن يصدر عن القضاة الذين حضروا جلسات المرافعة فيها. فيصير حينئذ إلى فتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى بهيئة المحكمة الجديدة وتلاوة محاضر المرافعة، ثم تقرر المحكمة ختام المرافعة وتحديد موعد لإصدار الحكم فيها.^(١) والمدولة ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لاتفاق أعضاء هيئة المحكمة على حكم في الدعوى المعروضة، فإن لم يتفقوا جميعاً، يؤخذ برأي الأكثرية المطلقة للأعضاء. فإن تعددت الآراء توجب على عضو المحكمة الأقل درجة أن ينضم إلى أحد الرأيين الآخرين ليشكل أكثرية له. والعلّة من وراء هذا الوجوب في الانضمام إلى أحد الرأيين لكي لا تترك الدعوى دون صدور حكم فيها.^(٢)

ثالثاً/ تنظيم الحكم وتسببه:

بعد الانتهاء من المدولة ينبري القاضي المنفرد، أو رئيس هيئة المحكمة أو من يكلف من أعضائها، إلى تحرير مسودة الحكم الذي تم التوصل إليه، ويتم تحريرها إما من قبل القاضي المعني وبخط يده، أو بإملائها على كاتب المحكمة. ويجب أن توقع مسودة الحكم من قبل القاضي المنفرد أو جميع قضاة هيئة المحكمة قبل النطق به، على أن يدون العضو المخالف للرأي بالحكم أسباب مخالفته في ذيلها دون أن ينطق باسمه ولا بأسباب مخالفته. وتحفظ مسودة الحكم المحررة بخط اليد في إضبارة الدعوى، ولا يجوز أن تعطى صورة منها.^(٣) فيفهم مما سبق أن الحكم القضائي يجب أن يكون مكتوباً، إذ لا يعتد قانون بحكم شفهي.^(٤)

هذا وقد حدّدت المواد ١٥/١٦ أو ١٦٥/١٦٥ مرافعات مدنية البيانات الواجب توافرها في الحكم القضائي،^(٥) والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين من البيانات: بيانات صدر الحكم، وبيانات منطوقه.

(١) ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٢) نصت المادة ١٥/١٦٥ مرافعات مدنية عراقية: "تصدر الأحكام باسم الشعب". ونصت المادة ١٦/١٦٥ منه: "بعد النطق بالحكم ينظم في مدى خمسة عشر يوماً أعلام يبين فيه المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره وأسماء القضاة الذين أصدره وأسماء الخصوم وأسماء وكلائهم وإثبات الحضور والغياب وخلاصة الدعوى وموجز ادعاءات الخصوم ودفوعهم = وما استندوا إليه من وقائع وحجج قانونية والقرارات التي سبق صدورها فيها ومنطوق الحكم وما بني عليه من علل وأسباب والمواد القانونية التي استند إليها ويوقع من قبل القاضي أو رئيس الهيئة ويختتم بختم المحكمة". وجاءت المادة ١٦/١٦٥ منه: "١- يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه. ٢- يدخل في حساب المصاريف أجور المحاماة ومصاريف الخبراء ونفقات الشهود وأجور الترجمة المقتضاة...".

(١) كذلك نصت عليه المادة ٦٧ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦ لسنة ١٩٧٩: "تصدر الأحكام، وتنفذ باسم الشعب".

(٢) المادة ٩ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ص ٢٠٥.

(٤) ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٥) المصدر السابق، ص ١٠٠٨.

(٦) نصت المادة ١٥/١٦٥ مرافعات مدنية عراقية: "١- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون. ٢- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت إليها".

أ/ بيانات صدر الحكم:

- ١ - اسم المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي، وذلك للتعرف على أن الحكم قد صدر عن محكمة مختصة وظيفياً بالدعوى موضوع الحكم، وذلك لأن الاختصاص الوظيفي للمحكمة من النظام العام.
- ٢ - تصدر الأحكام باسم الشعب.^(١) وحيث أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها،^(٢) يجب أن تصدر الأحكام باسمه حتى تكتسب شرعيتها وقوتها في الإلزام. وعليه يكون النص في متن الحكم القضائي على أنه صادر باسم الشعب قاعدة من قواعد النظام العام، ويترتب على إغفال ذكرها فقدان الحكم لعنصر جوهرى من عناصره.^(٣)
- ٣ - تاريخ إصدار الحكم، وهو تاريخ النطق به، وذلك لتحديد بدء مدد الطعن القانونية به.
- ٤ - بيان الاسم الكامل لقضاة هيئة المحكمة الذين أصدروا الحكم، أو القاضي المنفرد الذي أصدره، وذلك للتأكد من أن الحكم قد صدر عن محكمة مشكّلة تشكيباً صحيحاً وفقاً للقانون.
- ٥ - أسماء الخصوم في الدعوى بشخصهم وأسماء وكلائهم، وذلك لتحديد كل من المحكوم له والمحكوم عليه.
- ٦ - إثبات حضور الخصوم وغيابهم، وذلك لتمكين من صدر الحكم بحقه غيابياً من الطعن به لدى المحكمة نفسها التي أصدرته بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي إن رغب بذلك.
- ٧ - خلاصة وافية بالدعوى تتضمن موجزاً بادعاءات الخصوم فيها ودفعهم وما استندوا إليه من وقائع وحجج وأدلة قانونية.
- ٨ - بيان بالقرارات التي سبق للمحكمة اتخاذها خلال سير الدعوى.

ب // بيانات منطوق الحكم:

منطوق الحكم هو الفقرة الحكمية التي انتهت إليها المحكمة، وهو القالب الذي يصاغ فيه الحكم القضائي ليصبح قابلاً للتنفيذ،^(٤) إذ لا قيمة عملياً لحكم قضائي فاقد لإمكانية تنفيذه. وبمقتضى منطوق الحكم يحصل الخصم المحكوم له على الحماية القانونية، لذا يجب أن يكون صريحاً واضحاً لا لبس فيه، موجزاً لا يتضمن تفصيلات أو تفرعات لا لزوم لها، دقيقة في ألفاظه البسيطة والبعيدة عن التعقيد.^(٥) ويلحق بمنطوق الحكم القضائي بيان الأسباب التي بني عليها،^(٦) أو ما يعرف في الفقه القانوني بـ((التسبيب)).

(١) جاء في المادة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٥: "٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة."- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية".

(٢) عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٣٧.

(٣) المادة ١٧١ ف١ إثبات عراقي.

(٤) للتفصيل ينظر: أحمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص ١٦٧ وما بعدها. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، القاهرة ١٩٨٨، ص ٢٠٣ وما بعدها. نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٥ وما بعدها. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٣٧ وما بعدها. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٣٥٧ وما بعدها. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٧٢ وما بعدها.

(٥) المادة ١٦٦ مرافعات مدنية عراقية.

(٦) نصت المادة ١٦٦ مرافعات مدنية عراقية: "يتلى منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك، ويعتبر الطرفان مبلغين به تلقائياً إذا كانت المرافعة قد جرت حضورياً، حضر الطرفان أم لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار".

وتسبب الحكم القضائي يتحقق ببيان الأسباب القانونية والواقعية له. ويراد بالأسباب القانونية النصوص القانونية التي صدر الحكم القضائي طبقاً لها، أو أحد مصادر القانون المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون المدني.^(١) أما الأسباب الواقعية فهي الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم، ويشترط في الأسباب الواقعية التي يستند إليها الحكم القضائي أن تكون كافية ومنطقية ومستمدة من وقائع الدعوى وأدلتها، وليس من علم القاضي الشخصي،^(٢) إذ ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه من خارج المحكمة.^(٣) هذا وقد أسهبت كتب فقه المرافعات في بيان أهمية التسبب وضرورته للعملية القضائية وأطرافها.^(٤)

ويُضْمَنُ منطوق الحكم القضائي الحكم بمصاريف الدعوى، إذ يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه. ويدخل في حساب المصاريف أجور المحاماة ومصاريف الخبرة ونفقات الشهود وأجور الترجمة المقتضاة، وإذا تعدد المحكوم عليهم فللمحكمة الحكم بقسمة المصاريف بينهم بنسبة ما حكم به على كل منهم.^(٥)

رابعاً/ النطق بالحكم:

في الموعد المقرر سلفاً من قبل المحكمة يتلى منطوق الحكم سواء أ حضر طرفا الدعوى أم لم يحضرا، ويعتبران مبلغين به إذا جرت المرافعة حضورية بحقهما،^(٦) ويصدر غيابياً بحق مَنْ كانت المرافعة غيابية بحقه. ويقصد بالنطق بالحكم إفصاح المحكمة عن إرادتها في الدعوى المنظورة أمامها، ويتم ذلك بقراءة منطوق الحكم علناً من قبل القاضي أو رئيس هيئة المحكمة وبحضور جميع أعضائها.^(٧) وينطق بالحكم علناً ولو كانت المرافعة في الدعوى سرية. وتبرز الأهمية البالغة للنطق بالحكم في أن الحكم قبل النطق به ليس له وجود قانوني، ولو كتبت مسودته، فهو مجرد مشروع حكم، ومن حق المحكمة العدول عنه وفق القانون، ولكنه يصبح قائماً وموجوداً بعد النطق به، ولا يمكن للمحكمة العدول عنه، وتترتب عليه كافة آثاره القانونية.^(٨) إذ بمجرد النطق بالحكم القضائي تخرج الدعوى عن سلطة المحكمة التي أصدرته، وترفع يد المحكمة عنها، فلا يجوز لها تعديله أو الإضافة عليه، أو الحذف منه. ويكتسب حجية الأمر المقضي فيه، ويبدأ مع النطق بالحكم، سريان مدد الطعن القانونية فيه، ويصبح الحكم حقا للمحكوم له.^(٩)

بناء على ما تقدم فإنه لكي يكتسب الحكم القضائي صفته القانونية يجب أن تتوافر فيه المقومات التالية:

- (١) ويرى الأستاذ ضياء شيت خطاب رئيس محكمة التمييز في العراق سابقاً أنه لا يجوز إيداع هذه المهمة لدى كاتب الضبط في المحكمة، لأن هذا مما يقلل من هيبة المحكمة. ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ١١.
- (٢) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٨٥.
- (٣) آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٣٥.
- (٤) جاء في المادة ٤٦ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٠: "تؤلف لجنة تثبيت الملكية برئاسة قاضي بداءة المنطقة التي يقع فيها العقار أو الأسهم غير المسجلة ضمن منطقة أعمالها وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري المختصة وأحد موظفيها الفنيين أو ممثل عن وزارة المالية وممثل عن أمانة العاصمة أو البلدية إذا كان العقار واقعاً داخل حدودها، وكذلك محترار المحلة أو القرية".
- (٥) عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٢.
- (٦) آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٣٦.
- (٧) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص ١٠٩.

- ١- أن يكون صادرا عن محكمة مشكّلة تشكيلا صحيحا وفقا للقانون، وبذلك يخرج من عداد مفهوم الحكم القضائي كلّ قرار صادر عن هيئة مشكّلة للفصل في نزاعات ذات طبيعة معينة، ولو كان من أعضائها قاضيا، كلجنة تثبيت ملكية العقار مجددا وفقا لأحكام قانون التسجيل العقاري،^(١) لأن مثل تلك الهيئة ليست محكمة.
- ٢- أن يكون فاصلا وحاسما في منازعة رفعت عنها دعوى بين خصمين وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية، بالشكلية التي يحددها القانون.^(٢) وعليه يخرج عن وصف الحكم القضائي المعني بهذا البحث القرار الذي لا يحسم النزاع المعروض أمام المحكمة، ولو كان متخذا أثناء سير المرافعة في الدعوى، وكما مرّ بنا في الفقرة الخاصة بتعريف الحكم القضائي في الإصلاح القانوني.
- ٣- أن يكون الحكم مكتوبا ومستوفيا لبياناته القانونية كافة.
- الفرع الرابع: آثار الحكم القضائي.

يترتب على صدور الحكم القضائي ومن وقت النطق به النتائج التالية:

-أولا// اكتساب الحكم حجية الأمر المقضي فيه.

عرفنا أن حجية الحكم أو حجية الأمر المقضي فيه قرينة قانونية مفادها أن الحكم القضائي قد صدر صحيحا من الناحيتين الشكلية والموضوعية، لذلك فهو يعتبر حجة فيما قضى به.^(٣) وتستهدف حجية الأحكام استقرار الحقوق والمراكز القانونية ووضع حدّ لتجدد الخصومات وعدم تأييدها، وتفادي صدور أحكام متناقضة متعارضة مما يؤدي إلى مشكلات في تنفيذها، وفقد القضاء هيئته واحترام الناس له.^(٤) ويكتسب الحكم القضائي حجيته وإن كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا. وهذه الحجية تبقى ولا تزول إلا إذا أبطل الحكم أو عدل أو فسخ أو نقض من قبل المحكمة المختصة.^(٥) غير أنها لا تمنع من تصحيح ما قد يرد في الحكم القضائي من أخطاء مادية كتابية أو حسابية، ولا تمنع كذلك من تفسير الغموض الذي قد يشوب بعض فقراته شريطة ألا يمس كل ذلك بمضمون الحكم، وأن يتم وفقا للأصول المقررة قانونا على ما سنرى ذلك في المطلب اللاحق. ويترتب على حجية الحكم أو حجية الأمر المقضي به أثاران: أحدهما سلبى والآخر إيجابى. أما الأثر السلبى فهو عدم جواز طرح الدعوى ذاتها أمام القضاء مجددا، وعند إعادة طرحها ولو بإضافة أدلة جديدة إليها واقعية أو قانونية، فعلى المحكمة أن تحكم بعد قبولها لسبق الفصل فيها. أما الأثر الإيجابى فهو ضرورة احترام ما قضى به الحكم من قبل المحكمة والخصوم، ولا يجوز الطعن به إلا بالطرق المقررة قانونا.^(٦)

ويكتسب الحكم القضائي قوة الحكم، أو قوة الشيء المقضي فيه عند بلوغه درجة البتات، وذلك إما باستنفاده طرق الطعن المقررة له قانونا، أو بفوات مواعيدها، أو باتفاق الخصوم في الدعوى على إسقاط حقهم في الطعن. وحينها يكون حجة بما فصل فيه من الحقوق،^(٧) ولا يُقبل دليل ينقض حجيته.^(٨)

(١) عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

(٢) نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٣٣٤.

(٣) نصت المادة/ ١٠٥ إثبات عراقي: "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا".

(٤) نصت المادة/ ١٠٦ إثبات عراقي: "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام البتة".

(٥) سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج ٢، ط ٤، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٦، ص ١٦٦.

(٦) حسين المؤمن، نظرية الإثبات - القرائن وحجية الأحكام والكشف والخبرة، ج ٤، طبعة بيروت، ١٩٧٧، ص ١٥٧.

ولذلك تعد قوة الأحكام من النظام العام،^(٧) حيث تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها،^(٨) ولو لم يتمسك بها أي من الخصوم، كما يجوز التمسك بها في جميع مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، ويعدّ كل اتفاق أو تنازل عن التمسك بها باطلاً.^(٩)

ثانياً/ خروج النزاع من ولاية المحكمة:

بتلاوة الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة لما فصلت فيه بحكمها، ويخرج النزاع عن سلطتها، ولا يجوز لها إعادة النظر فيه سواء أرادت المحكمة إعادة النظر فيه من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصوم، أم حتى لو تبين لها لاحقاً عدم عدالة أو عدم صحة ما قضت به. لأن السلطة التي استنفذتها المحكمة بهذا الخصوص هي سلطتها القضائية، لذا لا تستطيع المحكمة العدول عما قضت به أو تعديله أو الإضافة إليه إلا وفقاً للقانون.^(١٠)

ثالثاً/ حسم النزاع بشأن موضوع الدعوى:

فالحكم هو وسيلة تكشف بها المحكمة عن عائدة الحق المدعى به في الدعوى التي أقيمت أمامها، وتزيل حالة التجبيل التي كانت تكتنف ذلك الحق. والأصل في الأحكام أنها كاشفة للحقوق، وليست منشئة لها. فالمحكمة عندما تقضي في النزاع المعروض أمامها إنما تكشف الحقوق المتنازع عليها، ولا تنشئ حقوقاً جديدة في واقع الأمر، كما لو قضت برفض دعوى الدائن فإنها تقرر حالة قانونية موجودة وهي عدم صحة الحق المدعى به في الدعوى، وبذلك يزول كل أثر للدعاء. ولكن الحكم قد ينشأ أحياناً مركز قانوني جديد لم يكن موجوداً قبل صدوره، كما في حالة الحكم بإشهار إفلاس التاجر، فهذا الحكم منشأ لمركز قانوني، وليس لحق جديد.^(١١)

الفرع الخامس: تصحيح وتفسير الحكم القضائي.

الكمال صفة مفتقدة في العمل الإنساني، لذا قد يعتري الحكم القضائي خطأ في بياناته، أو غموض في منطوق. ونتناول هاتين الحالتين كل منهما في فقرة مستقلة.

أولاً/ تصحيح الحكم القضائي:

بصدور الحكم القضائي ترفع يد المحكمة عن دعواه، ولا يمكن المساس به، ولا يؤثر في صحته وحجته ما قد يظهر فيه من أخطاء مادية بحتة، كتابية كانت أو حسابية، وإنما تصحح تلك الأخطاء من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم بناء على طلب تحريري من طرفي الدعوى أو أحدهما، وذلك بدعوة الطرفين للحضور أمام المحكمة في موعد محدد، وتثبت

(٧) جاء في قرار للهيئة التمييزية لمحكمة استئناف البصرة الاتحادية: "لوحظ أنه سبق للمدعي وأن أقام الدعوى على المدعى عليها بنفس الموضوع والسبب وقد ردت دعواه حينها، وبالتالي لا يجوز له إقامتها مجدداً حيث أن الأحكام التي تصدر عن المحاكم العراقية وتكتسب درجة اليقين تكون حجة بما فصلت به من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، عليه قرر تصديق القرار المميز ورد الطعون التمييزية". القرار ١١٠/ت/ب/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٦/٣٠. قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، جعفر المالكي وعبد السادة العبادي، ج ٤، مطبعة البصرة، البصرة، ٢٠١٢، ص ١٣٦.

(٨) آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٩) عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

(١٠) آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(١١) نصت المادة/١٦٧ مرافعات مدنية عراقية: "١- لا يؤثر في صحته ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وإنما يجب تصحيح الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو أحدهما . ٢- إذا وقع طلب التصحيح دعت المحكمة الطرفين لاستماع أقوالهما أو من حضر منهما بشأنه وأصدرت قرارها بتصحيح الخطأ الواقع. ٣- يدون قرار التصحيح حاشية للحكم الصادر ويسجل في سجل الأحكام ويبلغ للطرفين".

أقوالهما أو أقوال من حضر منهما، في محضر يرفق بإضبارة الدعوى، ثم تدون قرارها بتصحيح الخطأ المطلوب تصحيحه كحاشية للحكم، أي ألا تشطب الخطأ وتصححه، ويسجل قرارها في سجل الأحكام، ويبلغ به الطرف الغائب.^(١٢)

ويقصد بالخطأ المادي الكتابي، ذلك الخطأ الذي لو صحح لا يؤثر على الحق موضوع الحكم، ولا يتعارض مع منطوقه، كما لو ورد تعبير (المدعي) بدلا من (المدعى عليه)، وكان منطوق الحكم وفكرته أن الإلزام فيه يقع على عاتق (المدعى عليه) لا على (المدعي). ولا يعتبر خطأ ماديا إهمال المحكمة أو نسيانها إدراج بعض المطالب القضائية الواردة في الدعوى في منطوق الحكم، أو إغفالها لأي من البيانات الواجب توافرها في الحكم. أما الخطأ المادي الحسابي فهو الخطأ الذي يقع نتيجة إحدى العمليات الحسابية الأساسية من جمع أو طرح أو قسمة أو ضرب. وقرار المحكمة برد طلب تصحيح الخطأ المادي أو قبوله يكون قابلا للطعن به تمييزا من طرفي الدعوى خلال سبعة أيام من اليوم التالي للتبليغ به.^(١٣)

ثانياً تفسير الحكم القضائي:

المفترض أن يصدر الحكم القضائي واضحا بيّنا لا لبس ولا غموض ولا إبهام فيما قضى فيه، وبما يجعله قابلا للتنفيذ من قبل الدائرة المختصة بتنفيذه بسهولة ويسر. غير أنه من الوارد أن يشوب الحكم غموض كلي أو جزئي في منطوقه، فيستعصي على الدائرة المعنية بتنفيذه. ولقد أجاز القانون للجهة التنفيذية التي أودع لديها الحكم القضائي المتسم بالغموض أن تستوضح من المحكمة التي أصدرته عن ذلك الغموض، وعلى المحكمة الإجابة بتفسير النص الغامض.^(١٤) ويعتبر القرار الصادر من المحكمة بتفسير الجزء الغامض من الحكم متمما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره. وهو من حيث تاريخه يعتبر صادرا من تاريخ صدور الحكم الذي يفسره.^(١٥)

المطلب الثاني: بطلان الحكم القضائي وانعدامه.

قد يعتري الحكم القضائي عيب جوهري لتخلف أحد مقوماته أو لمخالفة بياناته الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته، مما يؤدي إلى اعتباره باطلا، أو منعدما. وتتناول في هذا المطلب وبأربعة فروع مستقلة توضيح مفهومي الحكم الباطل والحكم المنعدم، والتمييز بينهما ومعياري العيوب التي تعد الحكم القضائي.

الفرع الأول: الحكم الباطل.

يعد الحكم القضائي باطلا عند تخلف أي من البيانات والشروط المطلوبة لصحته. والبطلان المقصود به هنا هو عيب شكلي يؤدي إلى إحداث أثر عام في الحكم الباطل.^(١٦) فالحكم الباطل له وجود ويرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه.^(١٧) وقد تكون أسباب بطلان الحكم القضائي سابقة على صدوره، كبطلان عريضة الدعوى، أو لمخالفته قواعد المرافعات.^(١٨) وقد تكون أسباب البطلان متعلقة بذات الحكم القضائي، كعدم توقيعه من قاضي المحكمة التي أصدرته^(١٩) أو لصدوره بلا

(١٢) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٩٢.

(١٣) المادة/٢١٦ مرافعات مدنية عراقي.

(١٤) نصت المادة/١٠ من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠: "للمنفذ العدل أن يستوضح من المحكمة التي أصدرت الحكم عما ورد فيه من غموض، وإذا اقتضى الأمر صدور قرار منها أفهم ذوو العلاقة بمراجعتها دون الإخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم الواجب التنفيذ".

(١٥) آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٣٧.

(١٦) أمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٢.

(١٧) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٨٦.

(١٨) جاء في قرار للهيئة التمييزية في محكمة استئناف كركوك الاتحادية: "كان اللازم على المحكمة عدم إجراء المرافعة الحضورية العلنية تجاه المدعى عليه الثاني الذي لم يبلغ بقرار ترك الدعوى للمراجعة، وإن عدم التفات المحكمة لذلك أخل بصحة قرارها المميز ويجعله معدوما واعتبار

تسبب،^(١) أو لعب في التسبب. كما رتب المشرع البطلان كجزاء على مخالفة العديد من الإجراءات في قانون المرافعات المدنية، مثالها اعتبار التبليغ باطلاً إذا شابه عيب أو نقص جوهرى يخلّ بصحته أو يفوت الغاية منه.^(٢) ومن فقهاء القانون من عرّف البطلان بأنه تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً.^(٣) ومنهم من عرفه بأنه جزء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقر العمل القانوني لأحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانوناً، ويؤدي هذا الجزء إلى عدم فاعلية العمل القانوني وافتقاره لقيمته القانونية المفترضة له حالة صحته.^(٤) وهناك العديد من التعاريف الأخرى للبطلان التي تختلف في الصياغة، غير أنها تُجمع من حيث المضمون على وجود عيب جوهرى في الحكم، مما يترتب عليه تخلف صفة الصحة الواجب توافرها فيه.^(٥)

والحكم القضائي يبقى مرعياً ومعتبراً ومرتباً لآثاره، ولو كان في شق منه باطلاً، حتى يطعن به ممن خسر الدعوى كلاً أو جزءاً، وتقرر المحكمة المختصة بالطعن إبطاله أو تعديله أو فسخه أو نقضه.^(٦) أما إذا لم يطعن به واكتسب درجة البتات،

فإنه يحوز قوة الحكم، أو قوة الشيء المقضي فيه، ولا يجوز التمسك بالبطلان حينها، فالقاعدة التي تقضي بأن العمل الإجرائي يعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية، هي قاعدة عامة لا استثناء عليها، سواء أعلق موضوع البطلان بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة؛ إذ في جميع الأحوال يجب أن يصدر حكم يقرر البطلان^(٧) لكي لا ينتج الحكم الباطل آثاره القانونية.^(٨)

المرافعة الجارية بعد تجديد الدعوى باطلة، لذا قرر نقضه". المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم إقليم كردستان، سرور على وجمال صدر الدين، ط ١، مركز إنماء الديمقراطية وحقوق الإنسان، السليمانية، ٢٠١٠، ص ٢٠٦.

(١) جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: "وجد أن محكمة الاستئناف لم تحرر مسودة الحكم كما تقضي بذلك المادة ١٦/٦ من قانون المرافعات المدنية، كما أن نسخة الحكم المطبوعة بالآلة الكاتبة المحفوظة بإضبارة الدعوى لا تتضمن توقيع عضوي الهيئة كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٦ من القانون أعلاه، لذا قرر نقض الحكم". القرار رقم ١٨٧/١٨٧٠/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/٢٠٠٦. المختار من قضاء محكمة التمييز، دريد سلمان الجنابي، ج ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٠، ص ١٤.

(٢) جاء في قرار لمجلس شوري إقليم كردستان: "لدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه غير صحيح ومخالف للقانون حيث جاء الحكم المميز خالياً من الأسباب والعلل والمواد القانونية التي استندت إليها المحكمة في رد دعوى المدعين خلافاً لأحكام المادة ١٦/٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦، حيث أن الغاية من تسبب الأحكام هي توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن فهمه لوقائع النزاع وادعاءات ودفع طرفيه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وحيث أن مجرد ذكر عبارة (القرار الإداري مشروع وموافق للقانون وأن ادعاء المدعين لا سند له من القانون) في متن الحكم غير كافية لأنها عبارة عامة.. لذا قرر نقضه". القرار ١٣٩/١٣٩٠/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/٢٠٠٦. منشور على الموقع الإلكتروني للسلطة القضائية العراقية www.iraqja.net.

(٣) المادة ٢٦/٢٦ مرافعات مدنية عراقية.

(٤) فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٨.

(٥) عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٩.

(٦) فتحي والي، مصدر سابق، ص ٨ وما بعدها.

(٧) نصت المادة ١٦/٦ ف ٣ مرافعات مدنية عراقية: "الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى وفق الطرق القانونية".

الفرع الثاني: الحكم المنعدم.

أساس فكرة الانعدام في القانون هو أن العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان لا بد من وجوده أولاً، فإذا لم يوجد فإنه لا يمكن وصفه بصحة أو بطلان، حيث أن العمل القانوني كالكائن الحي لا يمكن وصفه بالصحة أو المرض، إلا إذا كان حياً ابتداءً.^(١)

ولقد انقسم فقه المرافعات المدنية في اعتباره لفكرة انعدام العمل القانوني في ميدان القانون الإجرائي إلى اتجاهين: يرى أصحاب الاتجاه الأول أن فكرة الانعدام ليس لها أي سند تشريعي صريح في قوانين المرافعات، وهي فكرة غير منطقية لأنها تسند تكييف واقعة الانعدام إلى واقعة أخرى خلافاً لمنطق البحث الصحيح الذي يفترض بحث التكييف في الواقعة نفسها، وهي فكرة خاطئة وغير دقيقة لأن النموذج للعمل القانوني يحدده القانون لا المنطق، كما أن تحديد القانون للنموذج القانوني الصحيح لا يعني بأي حال عدم ضرورة التفرقة بين مفهومي الانعدام والبطلان لأن ذلك يقود إلى خلط بينهما. كما أنها فكرة غير مفيدة لأنها لا تقوم على نظرية محددة ومسلم بها عند القائلين بها، وأن نتائجها كفكرة لا تزال محل شك وجدال حتى بين أنصارها، وبالتالي فهي فكرة لا لزوم لها، تغني عنها فكرة البطلان وتحتويها.^(٢)

ويرى أصحاب الاتجاه الثاني أن الانعدام فكرة مختلفة تماماً عن البطلان، وأن التفرقة الدقيقة بينهما - كما سئرى ذلك فيما بعد - هي التي تبرر علمياً ضرورة اعتمادها في القانون الإجرائي،^(٣) فهي من بديهيات الأمور التي يتضمنها روح القانون، وبالتالي فهي ليست في حاجة إلى نص المشرع عليها، إذ كيف يسوغ للمحكمة أن تعتد وتأخذ بحكم لم يصدر عن محكمة مشكّلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً، في حين القانون يفرض تشكيل المحاكم وفقاً لأسس معينة، ويحدد اختصاصات كل منها، وتلك من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام. ثم إن النزاعات المعروضة على القضاء منها ما يتعلق عند الحكم بها بالبطلان بأنواعه، ومنها ما يتعلق بالانعدام. فالانعدام كالألم التي تلد طفلاً ميتاً، والبطلان كالتي تلد طفلاً حياً لكنه مريض، وهكذا يكون الانعدام غير البطلان.^(٤)

ولم يتفق الفقه القانوني على رأي واحد في العمل القضائي المنعدم، فانقسموا تبعاً لاختلافهم في فرز وتحديد العناصر اللازمة لوجود العمل القضائي والعناصر اللازمة لصحته أو لإنتاج آثاره القانونية إلى ثلاثة مذاهب: فذهب فريق إلى أن العمل القضائي يكون منعدماً إذا كان لا يحتوي على الحد الأدنى من العناصر اللازمة لتحقيق مقصوده. وذهب فريق آخر إلى أن العمل القضائي يكون منعدماً إذا خالف قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام. فيما ذهب فريق ثالث إلى أن العمل القضائي الذي لا ينتج أي أثر قانوني أو الذي ينقصه أحد العناصر اللازمة ليكون صالحاً لترب الآثار القانونية الخاصة به يكون عملاً منعدماً.^(٥)

هذا ولم يورد المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي تعريفاً للحكم المنعدم كما فعل المشرع اليمني،^(٦) إلا أنه جاء في قرار تمييزي: "القرار المعدوم ليس له إلا المظاهر المادية للحكم من حيث الوجود والواقع، ولا تلحقه حصانة، ولا يكون بشأنه ميعاد طعن، ولا يرتب أثراً قانونياً".^(٧)

(١) عبد الحكيم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٠، ص ٣١٩.

(٢) فتحي والي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٣) المصدر السابق، ص ٤٦.

(٤) ينظر: فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٧ وما بعدها.

(٥) ينظر: أحمد أبو الوفا وآخرون، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٥، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٦) ينظر: لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، عمان، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

فالحكم المنعدم^(١) -إذن- وإن كان له وجود مادي يتجسد في مسودته التي أصدرتها المحكمة، إلا أنه من الناحية القانونية هو والعدم سواء، وذلك لإصابة كيانه بعيب جوهري أفقده ركنًا من أركان وجوده،^(٢) لذا لا يترتب أي أثر قانوني عليه، ولا يلزم الطعن به للتمسك بانعدامه، وإنما يكفي إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء.^(٣) ويُستلّم الفقه والقضاء بجواز رفع دعوى أصلية إلى المحكمة التي أصدرته، تتضمن الطلب بتقرير انعدامه.^(٤)

الفرع الثالث: التمييز بين الحكم الباطل والحكم المنعدم، وأهميته.

يتميز الحكم الباطل عن الحكم المنعدم بما يلي:

- ١ - أن البطلان عيب يعترى الحكم ولا يفقده طبيعته كحكم، أما الانعدام فهو شيء أعنف من ذلك وأبلغ في الخروج عن القانون، إذ لا يقتصر أثره على تعيب الحكم، وإنما يفقده أحد أركانه فيجعله والعدم سواء.^(٥)
- ٢ - لا يترتب على بطلان الحكم القضائي عدم تحقق آثاره كحكم، بينما الحكم المنعدم لا ينتج أي أثر قانوني.^(٦)
- ٣ - الحكم الباطل يقبل التصحيح بعد نقضه، أما الحكم المنعدم فلا يقبل التصحيح فهو كالميت، لذا لا يمكن وصفه بإمكانية الصحة.^(٧)
- ٤ - بطلان الحكم لا يتقرر إلا بنص في القانون لأن القانون يقرّ الوجود القانوني للحكم وإن كان باطلاً، بينما انعدام الحكم لا يحتاج إلى نص في القانون لتقريره، لأنه وإن كان له وجود مادي إلا أنه فاقد للوجود القانوني.^(٨)
- ٥ - الحكم الباطل يكون مرعياً ويجوز قوة الحكم، أو قوة الأمر المقضي به عند فوات مواعيد الطعن، بينما الحكم المنعدم لا تلحقه أية حصانة، ولا يكتسب أية حجية، ولا يزول عنه عيبه بفوات مواعيد الطعن، ويمكن الطعن به ولو بعد فوات المواعيد المقررة في طرق الطعن.^(٩)

١. ماهر معروف النداف، مصدر سابق، ص ٦٠. وللتفصيل في هذا الشأن ينظر: فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٦ وما بعدها.
٢. عرفت المادة ٥ من قانون المرافعات والتنفيذ اليميني لسنة ٢٠٠٠ الانعدام بأنه: "وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية ولا يحكم به في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون".

٣. القرار رقم ٢٠١/٤٨م/٢٠١ في ١٩/٥/٢٠١ صادر عن محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة التشريع والقضاء www.tqmag.net

٤. أطلق عليه الفقهاء الألمان مصطلح ((اللاحكم)) كدلالة على عدم وجوده.

٥. ضياء شيت خطاب، محاضرات أقيمت على المعهد القضائي العراقي سنة ٢٠٠٠.

٦. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٣٢.

٧. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٦٢ وما بعدها.

٨. أحمد أبو الوفا وآخرون، مدونة الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٤٤.

٩. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٦.

١٠. لؤي جميل حدادين، مصدر سابق، ص ٢٥. وقد جاء في قرار للهيئة التمييزية في رئاسة محكمة بغداد / الرصافة الاتحادية: "لو حظ بان المحكمة قد اتجهت لفكرة الحكم المعدوم كون وفاة المدعى عليها مورثة المعارضين كانت قبل إقامة الدعوى، وبالتالي فالدعوى المنظورة أقيمت على شخص متوفى، وقضت بناء على ذلك بإبطال الحكم الغيابي المعارض عليه، وأنها قد جانبت الصواب في قرارها هذا، ذلك لأن الإبطال يرد على الأحكام التي تكون قائمة من الناحية القانونية إلا أنها مشوبة بعيب الأبطال في حين أن الانعدام معناه انعدام الوجود القانوني لقرار الحكم". القرار رقم ٢٠١/٥١م/٢٠١ في ٢٦/١٩٢٦ منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة التشريع والقضاء

٦ - لا يجوز رفع دعوى مبتدئة أصلية بالبطلان، بينما يجوز رفع دعوى أصلية بالانعدام^(١) ولو بعد فوات مدد الطعن القانونية.^(٢)

وتبرز أهمية التفرقة بين بطلان الحكم وانعدامه فيما يلي:

١ - أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً لكل آثاره القانونية إلى أن يقضى ببطلانه، ولا سبيل لتصحيح ما يعتريه من بطلان إلا بالطعن فيه بطريق الطعن المرسوم له قانوناً. أما الحكم المنعدم فليس له وجود يعتد به، ولا يترتب أي أثر قانوني على صدوره، ولا يستلزم الطعن به للتمسك بانعدامه، إذ هو والعدم سواء، ولكن يجوز رفع دعوى مبتدئة لطلب تقرير انعدامه.

٢ - أن التصحيح يلحق الحكم الباطل المطعون به بالمواعيد المقررة قانوناً ومهما كانت جسامة بطلانه، بينما لا يلحق الحكم

المنعدم أي تصحيح،^(٣) بل يجب أن تقضي المحكمة المختصة بانعدامه.

٣ - يترتب على انقضاء طرق ومواعيد الطعن القانونية بالحكم الباطل استنفاد سلطة المحاكم المختصة بالطعن النظر في الطعن به، وذلك لاكتسابه درجة البتات، وحيازته قوة الشيء المقضي به، بينما لا تسري مواعيد الطعن على الحكم المنعدم الذي ليس له من مظاهر الحكم القضائي إلا الوجود المادي، فلا يكتسب درجة البتات، ولا يحوز أية حجية، وعليه لا تنتهي سلطة المحكمة التي أصدرته بنظر دعواه مجدداً.^(٤)

الفرع الرابع: معيار العيب الذي يعدم الحكم القضائي.

يصعب وضع قائمة محددة للعيوب التي تعدم الحكم القضائي، وذلك لعدم إمكانية حصر الحالات التي قد تعرض له منذ تحريك الدعوى وحتى صدور الحكم فيها، لذا وجب وضع معيار عام للعيوب التي تسلب صفة الصحة عن الحكم القضائي فتحيله منعدم الوجود والأثر. وبالنظر إلى خلو قوانين المرافعات والإجراءات المدنية من نص يرسي مثل هذا المعيار فقد تصدى فقهاء المرافعات المدنية لهذه المهمة، إلا أنه اختلف في الاتفاق على معيار محدد. فذهب اتجاه فقهي إلى القول

١١. ضياء شيت خطاب، محاضرات أقيمت على المعهد القضائي العراقي سنة ٢٠٠٠.

١٢. عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٥٢.

١٣. أحمد أبو الوفا وآخرون، مدونة الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٣٤.

شوان مكي الدين، الحيثية القضائية (دراسة تحليلية لأصول صياغة الأحكام المدنية وتسبيبها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ١٢١.

(١) يميز فقهاء من المعارضين لفكرة الانعدام في العمل الإجرائي في درجة بطلان الحكم القضائي، فيصفون الحكم الباطل بـ((الحكم القابل للتصحيح))، بينما يصفون الحكم المنعدم بـ((الحكم غير القابل للتصحيح)). ولعل اختلاف التسميات هو أمر شكلي بالنظر إلى أن المقصود بها واحد. ينظر: د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٨٣ وما بعدها.

(٢) جاء في قرار محكمة استئناف بغداد- الرصافة بصفتها التمييزية: "أن حالة الانعدام القانوني لوجود حكم قضائي تجعل إمكانية الطعن به وبالطرق المرسومة قانوناً قائمة لأن حالة الانعدام تجعل من الحكم المذكور لا تلحقه حصانة ولا تفوت بشأنه مدد الطعن ولا تسدّ بوجهه طرق الطعن ولا يترتب أي أثر قانوني له لحكم قضائي". القرار رقم ٨٠/م/٢٠١١ في ٣٠/١١/٢٠١١.

(٣) فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٤) وهذا هو رأي الدكتور فتحي والي، ينظر: فتحي والي، المصدر السابق، ص ٦٢.

بأن تخلف أي عنصر من عناصر الحكم الأساسية يؤدي إلى اعتباره منعدماً. وقد رُذِّ على هذا القول بأن المشرع في عموم قوانين المرافعات، وإن كان قد سرد العناصر والبيانات الواجب توافرها في الحكم القضائي، إلا أنه لم يحدد ما هو الأساسي من تلك العناصر والبيانات، وبالتالي سيصعب الاتفاق عليها فقهاً.^(٥) وذهب اتجاه آخر إلى القول بأن المعيار هو النظر إلى تحقق وظيفة الحكم. فالحكم يرمي إلى تحقيق وظيفة معينة هي تطبيق القانون في حالة معينة على نحو يُحسَم به النزاع وتستقر به الحقوق استقراراً يحترمه الناس كما يحترم القانون، فإذا أصيب الحكم بعيب لا يُمكنه من تحقيق هذه الوظيفة فيجب إلا يعطى أية حجية، لأن إعطاء الحجية له في هذه الحالة يؤدي إلى نتيجة عكسية.^(٦)

ويبدو أن مسألة ترجيح اتجاه فقهي على آخر بشأن الأخذ بمعيار عام لتحديد العيوب التي تعدم صحة الحكم القضائي، ستكون مسألة ثانوية، وذلك بالنظر إلى أن عدم وجود نص تشريعي يحدد ماهية الحكم المنعدم عن سواه، قد منح المحكمة كلمة الفصل في اعتبار حكم ما منعدماً من عدمه، إضافة على أن التزايد المطرد لتأييد القضاء وتطبيقه لنظرية الانعدام في ميدان الحكم القضائي على وجه الخصوص، وما يتبع ذلك من وفرة وثرأ في التطبيقات القضائية للعيب المعدم للحكم، كل ذلك سيفضي بالتأكيد إلى استقرار القضاء على معيار للعيب المعدم للحكم القضائي ولو بعد حين.

وفيما يلي نوجز لتطبيقات قضائية قررها القضاء المحلي والعربي للعيب المعدم للحكم القضائي:

١ - صدور الحكم من غير السلطة القضائية المختصة والمشكلة تشكيلاً صحيحاً.^(٧) ويشمل ذلك إذا صدر الحكم عن شخص لا يعتبر قاضياً، أو من قاضٍ جاء تعيينه مخالفاً للقانون مخالفة صريحة أو فاضحة،^(٨) أو من قاضٍ لم يحلف اليمين القانونية، أو من قاضٍ زالت عنه ولاية القضاء بسبب العزل أو الإحالة إلى التقاعد أو الاستقالة أو الإيقاف المؤقت عن العمل، أو من قاضٍ تم توقيع الحجر عليه بحكم بات. كما ويعتبر معدوماً الحكم الصادر عن هيئة قضائية بقاضيين بدلاً من ثلاثة، وكذلك يعتبر معدوماً الحكم الصادر عن محكمة غير مختصة وظيفياً.^(٩)

(٥) فقد جاء في قرار للهيئة العامة في محكمة تمييز العراق الاتحادية: "أن الطعن المقدم من البنك المركزي وإن وصف بأنه استئناف، إلا أنه في حقيقته طعن تمييزي تختص بنظره محكمة استئناف بغداد بصفها التمييزية، وحيث أن المحكمة المذكورة قد تصدت بالنظر في الطعن بصفها الاستئنافية وليس التمييزية وأصدرت قراراً فيه خلافاً لقواعد الاختصاص التي هي من النظام العام، فيكون قرارها المميز معدوماً، وحيث أن الحكم المعدوم لا يفيد الحكم ولا تلحقه حصانة ولا يزول عيبه بانقضاء مدة الطعن، ولا يسد في سبيل التمسك بانعدامه أي سبيل، لذا قرر نقضه وإيداع الطعن إلى المحكمة المختصة". القرار ٢٥/هيئة عائلة ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢٨. المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، سلمان عبيد عبد الله، ج ١، ط ١، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٤٤.

(٦) جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية: "لوحظ أن عضو محكمة التمييز الاتحادية القاضي السيد (ع) كان ضمن أعضاء اللجنة المشكلة بموجب أحكام الأمر رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ المتعلق بجواز الطعن بقرارات لجنة المراجعة القضائية والتي أبدت رأيها بشأن موضوع إعادة السيد (ح) إلى القضاء، وبالتالي لا يحق له الاشتراك ضمن تشكيلة الهيئة الموسعة المدنية التي أصدرت قرارها في الموضوع، لذا يعتبر قرارها هذا معدوماً من الناحية القانونية ولا يترتب عليه أي أثر قانوني لصدوره عن جهة مخالفة تشكيلاً لأحكام.

= المادة ٩٢ من قانون المرافعات المدنية التي تقضي بعدم جواز نظر القاضي لطعن بدعوى سبق له الفصل فيها". القرار ٣٠٢/هيئة عائلة ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢٥.

(١) جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية: "وجد أن الدعوى هي طلب المدعي منع معارضة المدعى عليه بالانتفاع بالعقار العائد له، وقد صدر الحكم بمنع معارضة المدعى عليه للمدعي بالانتفاع بالعقار من محكمة البداية بدرجة أولى وأن النظر في الطعن التمييزي يكون من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية، وحيث أن محكمة استئناف كركوك بصفها التمييزية قد نظرت الطعن التمييزي، فيكون قرارها صادراً من غير ذي محكمة مختصة، ويكون بحكم المعدوم وليس له أثر قانوني وتكون إجراءات المحكمة البدائية بعد ذلك غير قانونية ومعدومة". القرار رقم ٢٣/هيئة مدنية عقار ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢٧. المختار من قضاء محكمة التمييز، دريد الجنابي، مصدر سابق، ص ١٧٣.

٢ - صدور الحكم خلافاً لقواعد الخصومة والمنازعة المنصوص عليها في قانون المرافعات.^(٦) ويشمل ذلك الحكم الصادر عمّن لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الدعوى، أو تم إعلانه بها بإجراء معدوم ثبت تزويره بحكم قضائي بات. كذلك يعتبر معدوماً الحكم الصادر عمّن أخرجته المحكمة من الدعوى قبل صدور الحكم فيها، حيث بخروجه تنتهي خصومته. ويعتبر معدوماً أيضاً الحكم الصادر عمّن توفي أو فقد أهليته قبل رفع الدعوى،^(٧) أو عمّن لم يكن ممثلاً فيها لا بشخصه ولا بالنيابة عنه.

٣ - صدور الحكم مخالفاً لقواعد تحريره. كما إذا صدر الحكم شفويًا، أي غير مكتوب، أو لم يوقع من قبل القاضي أو رئيس الهيئة أو أحد أعضائها إذا كانت المحكمة مشكلة من هيئة قضائية.^(٨) كذلك يعدّ الحكم منعداً إذا لم يذكر فيه إطلاقاً اسم المحكوم له والمحكوم عليه. ويعد الحكم منعداً أيضاً إذا كان خالياً من منطوق أو فقرة حكمية تلزم الخصوم ويركن إليها بحل النزاع.

المطلب الثالث: مصدر سلطة المحكمة بإعدام الحكم القضائي.

يُسَلَّم القضاء وفقه المرافعات الحديث برفع دعوى أصلية بطلب انعدام الحكم القضائي،^(٩) فمن هي المحكمة المختصة برؤية هذه الدعوى؟ وما هو مصدر سلطتها للقضاء بانعدام الحكم القضائي؟ فيما يلي نجيب على كل سؤال بفرع مستقل.

الفرع الأول: المحكمة المختصة بإعدام الحكم القضائي.

(٢) جاء في قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية: "لوحظ أن يوم صدور القرار المميز قد صادف عطلة رسمية بمناسبة عيد الفطر المبارك وليس ضمن أيام الدوام الرسمي فيكون معدوماً ولا أثر قانوني له ولا تلحقه الحصانة". القرار رقم ٣٥٣/شخصية أولي/٢٠١٦ في ٢٠١٦. النشرة القانونية، إعداد دريد الجنابي، ج ٤، ٢٠١٤، ص ٥.

(٣) جاء في قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية: "لوحظ أن الدعوى أقيمت أمام محكمة بداءة الأعظمية بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٠ وأن المدعى عليه فيها كان قد توفي في ٢٠١١/١١/٢٠ حسب القسام الشرعي وشهادة الوفاة، وبذلك يكون الحكم قد صدر على شخص متوفى كانت حياته قد انتهت عملاً بأحكام المادة ٣١٦ من القانون المدني، وبالتالي لا يملك أهلية التقاضي وحق الخصومة استناداً لأحكام المادتين ٣ و٤ من قانون المرافعات المدنية، وبهذا يكون الحكم الصادر بالدعوى معدوم الأثر القانوني ولا تلحقه الحصانة ولا يفوت بشأنه ميعاد طعن". القرار رقم ٤٠٢/١٤٠٢/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/٢٦. منشور على موقع العدل نيوز الإلكتروني www.thejusticenews.net

(٤) جاء في قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية: "لوحظ أن مسودة الحكم لم توقع من قبل عضو هيئة المحكمة القاضي (و)، لذا لا يعد الحكم المذكور حكماً بالمعنى القانوني لعدم توافر كافة الأمور الشكلية فيه المنصوص عليها في المادة ١٦٦ من قانون المرافعات المدنية، لذا قرر نقضه". القرار ١٨١/الهيئة الاستئنافية عراق/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/٢٠. المختار من قضاء محكمة التمييز، دريد الجنابي، مصدر سابق، ص ٤٣١.

(٥) ينظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٣٣ وما بعدها. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٦٢ وما بعدها. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة: ٢٠١٠، ص ٩١ وما بعدها. عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٣، ص ٢٨ وما بعدها. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(٦) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٧) جاء في قرار عن الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق الاتحادية: "أن الحكم المنعقد لا يفيد الحكم ولا تلحقه حصانة ولا يزول عيبه بانقضاء مدة الطعن ولا يسد في سبيل التمسك بانعدامه أي سبيل". القرار رقم ٢٥٥/هيئة عامة/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٢/٢٨. المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، إعداد دريد الجنابي، ج ١، بغداد: ٢٠٠٩، ص ١٤١.

(٨) طرّح جانب من فقه المرافعات أكثر من رأي بشأن المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً بنظر دعوى إعدام الحكم القضائي، معتمداً تقدير قيمة الدعوى كأساس لتحديد المحكمة =

لا جدال في أن المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم لن تستنفذ ولايتها بالنسبة للنزاع،^(١) ولم تنته سلطتها القضائية بنظر الدعوى موضوع الحكم المنعدم، لأن ما صدر عنها ليس له من الأحكام إلا شكله المادي فقط الذي لا يرتب أي أثر قانوني،^(٢) وعليه فالدعوى بطلب انعدام حكم ترفع إلى ذات المحكمة التي أصدرته، ووفق الإجراءات المتبعة لرفع الدعاوى،^(٣) سواء أكانت محكمة أول درجة أم محكمة استئناف أم محكمة التمييز. فإذا اطمأنت لانعدام الحكم تقضي بانعدامه وتعيد نظر الدعوى من جديد وتصدر حكمها فيه بضوء ما يتراءى لها من وقائع الدعوى وأسانيدها، ولا يجوز لهذه المحكمة أن تحيل الدعوى إلى محكمة أخرى، بالنظر إلى موضوع الدعوى أصلاً هو طلب تقرير انعدام حكم صدر عنها هي وليس طعننا بذلك الحكم.^(٤)

الفرع الثاني: مصدر سلطة المحكمة بإعدام الحكم القضائي.

عرفنا فيما سبق أن الحكم القضائي وبمجرد صدوره تثبت له حجية الحكم، أو حجية الشيء المقضي به. وأن هذه القاعدة تفضي إلى رفع يد المحكمة التي أصدرت الحكم عن دعواه، وتحول بينها وبين رؤية هذه الدعوى مجدداً، حيث تُسلب عن المحكمة سلطتها القضائية التي تخولها رؤية هذه الدعوى مجدداً أو الخوض في موضوعها.^(٥) ويترتب على ذلك إلزام المحكمة بعدم قبول أية دعوى جديدة بين ذات الخصوم وفي موضوع الحكم نفسه وسببه. ورأينا أن اكتساب الحكم القضائي لدرجة البتات يمنحه قوة الحكم، أو قوة الشيء المقضي به. وأن هذه القاعدة تمنع كل درجات المحاكم من قبول أي دليل ينقض حجيته، غير أن هاتين القاعدتين تخصان الحكم القضائي المستوفي لوجوده القانوني، حتى وإن شابه عيب محدود يخل بصحته، إذ أن ثبوت الحجية للحكم لا يقدح فيه أن تكون المحكمة التي أصدرته قد أخطأت في تطبيق القانون حتى ولو كان خطأها بالحكم في مسألة متعلقة بالنظام العام، إذ أن حجية الأحكام تعلق على قواعد النظام العام.^(٦) لذا فالحكم الذي يصدر عن المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية.^(٧)

أما الحكم المنعدم، الذي أوضحنا مفهومه ومميزاته في المطلب السابق، فلا يحوز حجية الحكم ولا قوة الحكم، ولو انقضت على صدوره سنين. وذلك لأن الحكم المنعدم - كما عرفنا - ليس له إلا الوجود المادي المتمثل بورقته، أما وجوده القانوني فعدم لانعدام مقوماته وعناصر وجوده، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني، ولا تحيطه أية حصانة، ولا يفضي

بالخوض المختصة بنظر الدعوى. فمن قائل أنها دعوى غير مقدرة القيمة، ومن قائل أنها تقدر على أساس قيمة ما قضى به الحكم المطلوب إعدامه، ومن قائل أن هذه الدعوى تقدر بنفس قيمة الدعوى الأولى، وعليه ستكون المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر هذه الدعوى في جميع الأحوال، وبغض النظر عن المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعدامه. ولا يخفى ما تتضمنه هذه الآراء إهداراً لسلامة التنظيم القضائي، إذ قد يصدر الحكم المنعدم عن محكمة استئناف أو محكمة التمييز، فكيف يسمح لمحكمة ابتدائية النظر بطلب إعدامه؟ ينظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٣٥.

(١) ينظر: فتحي والي، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) وهذه قاعدة عامة لا يستثنى منها إلا حالة صدور الحكم المعني غيابياً، حيث أجاز القانون الطعن به أمام المحكمة التي أصدرته بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، وحالتي الطعن بطريق إعادة المحاكمة واعتراض الغير على الحكم إذا كان الحكم صادراً عن المحكمة بدرجة أخيرة (الموالات/١٧ و١٩ و٢٢ مرافعات مدنية عراقية).

(٣) محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج٣، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٩٦.

(٤) المادة ١٦٦ ف٣ مرافعات مدنية عراقية.

(٥) عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٥٠، ص ٣٩٩.

(٦) المادة ٣٧ مرافعات مدنية عراقية.

إلى أية حقيقة واقعية كانت أم قانونية، ولا يكتسب أية حجية تجاه من صدر بحقهم وتجاه الكافة، ولا يتمتع بأية قوة تجعله ملزماً وقابلاً للنفوذ، فما كان عدماً لا ينتج عنه إلا العدم. أما ما يخص وجود الحكم المنعدم المادي المتمثل بورقته، فيكفي إنكاره والتمسك بانعدامه كحكم، لتمتنع الجهة المختصة عن تنفيذه، لحين إقامة دعوى أصلية أمام المحكمة التي أصدرته بطلب تقرير انعدامه.^(١)

وهكذا إذا كانت القاعدة القانونية المترتبة على صدور الحكم القضائي تقضي برفع يد المحكمة التي أصدرته عن دعواه، وانتهاء ولايتها على المنازعة القائمة فيها، فإن هذه القاعدة لا تشمل إلا الحكم القضائي المكتمل وجوداً صحيحاً وصفاً. وبالتالي يخرج الحكم المنعدم عن حكمها لكونه لا يتصف بالوجود والصحة. ونرى أن في ذلك المدخل المقبول قانونياً لتبرير قبول الطلب بدعوى جديدة بين ذات خصوم الحكم المطلوب تقرير انعدامه، وفي ذات محل وسبب دعواه، ويمنح المحكمة سلطة استمرار ولايتها على الدعوى وإعادة النظر فيها. إذ يترتب على انعدام الوجود القانوني للحكم انفصام عرى القيد الملزم للمحكمة باحترامه، وتغدو مسألة تقرير انعدامه من أول أولوياتها الواجب عليها الفصل فيها، حيث تلزمها القاعدة الأمر التي تقضي بعدم جواز امتناعها عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّ القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق،^(٢) في موضوع الدعوى الجديدة والفصل فيها، وإن لم تجد في القانون نصاً صريحاً يخولها ذلك، إذ عليها الاسترشاد بما قضت به الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني.^(٣)

وأخيراً تبرز الأهمية البالغة لتحديد مصدر سلطة المحكمة في تقرير انعدام الحكم في النقطتين التاليتين:

- ١ - لما كان القضاء هو ساحة العدل وإحقاق الحق عبر تطبيقه أحكام القانون،^(٤) فإن ذلك يوجب على المحكمة تبرير ما تتخذه من إجراءات وقرارات وفقاً للقانون، إذ لا يعقل أن تكون الجهة الراعية لتطبيق القانون هي أول المنتهكين له.
- ٢ - لتمكين المحكمة من تسبب حكمها الجديد، فعلاوة على أن تسبب الحكم يعدّ من عناصره الأساسية المقومة لوجوده وصحته، فهو - من جانب آخر - يحمل القضاة على ألا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمة لم تتضح معالمها أو مجملتها غابت أو خفيت تفاصيلها.^(٥)

خاتمة

تقوم نظرية الانعدام على أساس فكرة أن العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان لا بد من وجوده أولاً، فإذا لم يوجد فهو والعدم سواء. وتجد هذه النظرية تطبيقاً متزايداً في ميادين الأعمال الإجرائية، وخصوصاً الأحكام. وتلافياً لما قد يعتري الحكم القضائي من عيب جوهري يفقده وجوده القانوني، ويمنع من ترتب أي أثر عليه، فقد قدمت نظرية الحكم المنعدم حلاً إجرائياً يتمثل في فسخ المجال للمتضرر من الحكم المنعدم لرفع دعوى أصلية أمام المحكمة التي أصدرته بطلب تقرير انعدامه، وإنهاء وجوده المادي. وتبدو ثمة إشكالية في هذا الحل مفادها أن الأحكام القضائية متى صدرت حازت حجية الشيء المقضي به، فلا يجوز الخوض في موضوعها مجدداً، ولا يجوز قبول دليل ينقض حجيتها. ولقد انتهى هذا البحث إلى بيان حقيقة الإشكالية وما يتصل بها.

(١) ينظر: الهامش رقم (٧) ص ٧ من هذا البحث.

(٢) جاء في المادة ٥/٥ عراقياً: "القضاء ساحة للعدل وإحقاق الحق مما يقتضي صيانته من العبث والإساءة..".

(٣) الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي.

المصادر

المصادر بعد القرآن الكريم.

أولاً: كتب اللغة.

- ١ - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، ط٢، دار المعارف، مصر.
- ٢ - مجد الدين الفيروزآبادي، ج٤، القاموس المحيط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
- ٣ - محمد جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مج٢، حرف ح، دار الحديث، القاهرة، ٢٠١.
- ٤ - محمود بن أحمد الزنجاني، تهذيب الصحاح، ج٢، دار المعارف، مصر.

ثانياً: الكتب القانونية.

- ٥ - إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز - قسم المرافعات المدنية، ج١، منشورات الكندي، بغداد، ١٩٩٨.
- ٦ - إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣.
- ٧ - احمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١.
- ٨ - أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ٩ - أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- ١٠ - أحمد أبو الوفا وآخرون، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩.
- ١١ - أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ١٢ - آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
- ١٣ - حسين المؤمن، نظرية الإثبات - القرائن وحجية الأحكام والكشف والخبرة، ج٤، طبعة بيروت، ١٩٧٧.
- ١٤ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج٢، ط٤، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٨.
- ١٥ - شوان محي الدين، الحيثية القضائية (دراسة تحليلية لأصول صياغة الأحكام المدنية وتسبيبها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ١٦ - ضياء شيت خطاب، محاضرات أقيمت على المعهد القضائي العراقي سنة ٢٠٠٠.
- ١٧ - ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مؤسسة الفليج للطباعة والنشر، الكويت، ١٩٨٤.
- ١٨ - عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط١، دار السهنوري، بغداد، ٢٠١٦.
- ١٩ - عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٥٥.
- ٢٠ - عبد الحكيم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩.
- ٢١ - عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ٢٢ - عبد الحميد الشواربي، الدفع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٢٣ - عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٣.
- ٢٤ - عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦، ج٣، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥.
- ٢٥ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٥.
- ٢٦ - عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، القاهرة، ١٩٨٣.

- ٢٧ - عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط١، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١٣.
- ٢٨ - فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.
- ٢٩ - لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، عمان، ٢٠٠٠.
- ٣٠ - مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٣١ - محمد حامد فهيمي، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله نوري، القاهرة، ١٩٤٤.
- ٣٢ - محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج٣، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
- ٣٣ - موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٠.
- ٣٤ - نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٣٥ - نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.
- ٣٦ - وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، الإسكندرية، ١٩٧٤.

ثالثاً: قرارات المحاكم.

- ٣٧ - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، إعداد دريد الجنابي وباسم الخفاجي، ج١، المرافعات المدنية، بغداد، ٢٠١٥.
- ٣٨ - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، إعداد دريد الجنابي، ج٢، المرافعات المدنية، بغداد، ٢٠١٥.
- ٣٩ - قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، إعداد جعفر المالكي وعبد السادة العبادي، ج٤، مطبعة البصرة، البصرة، ٢٠١٥.
- ٤٠ - المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم إقليم كردستان، إعداد سرور علي وجمال صدر الدين، ط١، مركز إنماء الديمقراطية وحقوق الإنسان، السليمانية، ٢٠١٠.
- ٤١ - المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، إعداد سلمان عبيد عبد الله، ج٢، ط١، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٤٢ - النشرة القانونية، إعداد دريد الجنابي، العدد الثامن والأربعون، ٢٠١٠.

رابعاً: الدوريات.

- ٤٣ - مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثالث، السنة الخامسة والأربعون، ١٩٩٩.
- ٤٤ - مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقية، العددان الأول والثاني، السنة الثامنة والخمسون، ٢٠٠٠.

خامساً: القوانين.

- ٤٥ - الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
- ٤٦ - قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة ١٩٨٣.
- ٤٧ - قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة ١٩٨٤.
- ٤٨ - قانون الإثبات العراقي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤.

- ٤٩ - قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٧.
- ٥٠ - قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦ لسنة ١٩٧٧.
- ٥١ - قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٨.
- ٥٢ - قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٧.
- ٥٣ - قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري لسنة ٢٠٠٠.
- ٥٤ - قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٩.
- ٥٥ - قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني لسنة ٢٠٠٠.
- ٥٦ - قانون الإجراءات المدنية السوري لسنة ٢٠٠١.
- ٥٧ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٥.
- ٥٨ - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦.
- ٥٩ - قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٨٨.
- ٦٠ - قانون المرافعات المدنية الكويتي لسنة ١٩٨٨.
- ٦١ - قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٩.

الخطأ المرفقي كأساس المسؤولية الادارية للمرافق العمومية الاستشفائية

زروقي خديجة - جامعة أحمد بن بلة غليزان-الجزائر -

مقدمة

نظرا للتطور المتزايد الذي تشهده مهنة الطب تماشيا مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي بلغته العلوم الطبية، والذي أصبحت تسايه الصحة العمومية في الجزائر باقتناء معدات وأجهزة طبية حديثة ومتطورة وتوفير أطباء أكفاء على نحو يخدم مصلحة المريض بقدر يساهم في التكفل الجيد بصحة المواطن والسهل على سلامته الجسدية والنفسية، إلا أن ذلك غالبا ما يكون له آثار جانبية في غير مصلحة الطرف الضعيف والمتمثل في المريض نتيجة الأخطاء المرتكبة.

ترتب المسؤولية الادارية للمستشفى العمومي نتيجة خطأ مرتكب، والذي قد يكون من فعل الطبيب داخل المرفق الصحي نتيجة تدخله العلاجي أو الجراحي وما يترتب عن ذلك من أخطاء طبية التي ترتب المسؤولية الطبية للمرفق العمومي الاستشفائي، والتي تكون على حسب طبيعة العلاقة التي تربط المرفق الصحي بالطبيب المعالج، كما قد تكون ناتجة عن فعل الطبيب المعالج، فيعتبر خطأ مرفقي تسأل عنه المرافق العامة الصحية عن الضرر جراء نشاطها، سواء نتج عن سوء تسيير أو تنظيم هذا المرفق والذي تتمحور حوله هذه الإشكالية.

ولما كان الخطأ المرفقي قوام المسؤولية الادارية بصفة عامة ومسؤولية المرافق الصحية بصفة خاصة مما يدعونا الى طرح الاشكال التالي: ما هو الخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الادارية للمرفق العمومي الاستشفائي؟ وما هي صورته ونطاقه؟

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الادارية للمرفق العمومي الاستشفائي

المرافق العامة الإستشفائية التي نحن بصدد دراسة الخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الادارية لها تشمل جميع الهياكل الصحية التي تكون خاضعة للقانون العام وتكون ذات اختصاص عام تتكفل بتوفير العلاج لمختلف الامراض والإصابات، عموما فهي تشمل ثلاث فئات من المستشفيات تتمثل في المؤسسات العمومية الاستشفائية، والمؤسسة العمومية للصحة الجوارية¹، والمراكز الاستشفائية الجامعية²، كما تكون كذلك متخصصة تتمثل في المستشفيات المتخصصة في علاج أمراض أو اصابات معينة³، بالإضافة الى مراكز الاستجمام ومراكز إعادة التكييف⁴.

¹ مرسوم تنفيذي رقم ٠٧-١٤٠ المؤرخ في ١٩ ماي ٢٠٠٧ المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٣٣ لسنة ٢٠٠٧، ص ١٠.

² مرسوم تنفيذي رقم ٩٧-٤٦٧ المؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٧ المحدد لقواعد انشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٨١ لسنة ١٩٩٧، ص ٢٨.

³ مرسوم تنفيذي رقم ٩٧-٤٦٥ مؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٧ يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٨١ لسنة ١٩٩٧، ص ١٢.

⁴ المادة ١٥ من القانون رقم ٨٥-٠٥ المؤرخ في ١٦ فيفري ١٩٨٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد ٠٨ لسنة ١٩٨٥، ص ١٧٥.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ المرفقي

الفرع الأول: تعريف الخطأ المرفقي أو المصلحي

يعرف الخطأ المرفقي على أنه ذلك " الخطأ الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير المنتج للضرر الى المرفق العام ذاته، حتى ولو قام به ماديا أحد الموظفين ويرتب عليه مسؤولية الإدارة العامة عن الأضرار الناجمة وتحملها عبء التعويض، وتسأل في ذلك أمام القاضي الإداري"¹.

كما عرفه "فالين" على أنه: "الخطأ الذي لا يمكن فصله عن الواجبات الوظيفية حيث يعد من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظفون"، كما عرفه هوريو بأنه " الخطأ الذي لا يمكن فصله عن الواجبات الوظيفية"، وعرفه "دوجي" بقوله: "الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد"².

وفي تعريف آخر " فهو خطأ موضوعي ينسب الى المرفق مباشرة على اعتبار أن هذا المرفق قد قام بارتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه، فسواء أمكن نسب الخطأ لموظف معين بذاته، او تعذر ذلك فانه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون ومن ثم هو وحده الذي قام بارتكاب الخطأ"³.

من خلال هذا التعريف يمكن القول أن الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي تتحمل الدولة أو الشخص المعنوي بشأنه مسؤولية التعويض عن الأضرار الناجمة عن الخطأ دون الموظف حتى ولو كان هذا الأخير هو من ارتكبه.

وفي المجال الطبي: هو قصور في السير العادي للمرفق العام الاستشفائي الذي يمكن أن ينشأ عن القيام أو الامتناع عن سلوك إداري أو عن إهمال أو عن نقص في التنظيم الإداري أو خلل في السلوك المتبع، فتلتزم الإدارة بالتسيير الجيد للمرفق وتمويله بجميع الأدوات والمعدات وكل الوسائل التي تكفل تحقيق أهدافه، بذلك فكل تقصير أو إهمال من طرفها في تجهيز المستشفى والمتابعة والمراقبة من قبلها أو سوء كفاءة الأجهزة يمكن وصفه بالخطأ المرفقي.

فالخطأ المرفقي يختلف عن الخطأ الشخصي الذي يرتكبه الموظف العمومي إخلالا بالتزاماته وواجباته القانونية الذي يثير المسؤولية الشخصية له على الرغم من أن الخطأ المرفقي هو في الاصل خطأ شخصي مصدره الموظف الشخص الطبيعي لكن لاتصاله بمرفق المستشفى فإنه يتخذ صفة الخطأ المرفقي الذي يثير مسؤولية المرفق العمومي الاستشفائي⁴، حيث تنصهر شخصيته وراء الشخصية المعنوية للمرفق العام الاستشفائي الذي لا يمكنه أن يرتكب أخطاء مادية والتي يقترفها مستخدموه وتسند إليه.

¹ _ عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الادارية - نظرية تأصيلية وتحليلية- ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ط ٢، ٢٠٠٤، ص ١٢٢.

² _ عبد الفتاح صالح، مسؤولية الادارة عن اعمالها المادية المشروعة، مذكرة مقدمة لنبيل شهادة الماستر، بسكرة، ٢٠١٢ ص ٣١.

³ _ دنون سمير، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ببيروت، ٢٠٠٩، ص ١٧٢.

⁴ _ عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الادارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 1982 ص ٩١.

حيث يقول الفقيه "Delvové" بأن الأشخاص الطبيعية هي وحدها التي يمكنها ارتكاب الأخطاء، وأن الأفعال المخطئة للإدارة تصدر بالضرورة من أعوانها، فكأن مسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي هي بمثابة مسؤولية عن فعل الغير فأساس مسؤولية المستشفى عن أعمال مستخدمها هي مسؤولية عن فعل الغير إعمالاً لقواعد القانون المدني^١.

هناك فرضيات أخرى تقوم على أساسها مسؤولية المرافق العامة الاستشفائية كشخص معنوي مباشرة دون أن يكون خطأ مرتكب من قبل التابع، وذلك في حالة عدم ضمان الحد الأدنى من الخدمة المقررة قانوناً في حالة إضراب المستخدمين بموجب أحكام القانون رقم ٠٢٩٠ المؤرخ في ٠٦/٠٢/١٩٩٠ المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الاضراب^٢، والتي تقر المادة ٣/٨ منه بوجود ضمان الحد الأدنى من الخدمة في المرافق العمومية الاستشفائية، كذلك الأمر بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة من قبل هيئات المرفق العمومي والتي ينبغي أن ينسب الخطأ فيها مباشرة للشخص المعنوي وبالتالي تتحقق مسؤوليته عن الخطأ الشخصي لها^٣.

فالخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الإدارية ليس دائماً يكون مرتكب من قبل الغير الشخص الطبيعي المتمثل في الموظف ويسأل عنه المرفق العمومي الاستشفائي بل يمثل إخلالاً بالتزام قانوني يقع على عاتق الإدارة وينسب الخطأ الشخصي لها خاصة بعد الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي^٤، فمتى تحققت المسؤولية الجزائية للمرافق الصحية العمومية تلزم هذه الأخيرة بتعويض الضرر الناتج أو المترتب عن الجريمة الجنائية أمام المحاكم الإدارية استناداً إلى الحكم الجزائي.

تجب الإشارة أنه يرى بعض الفقه المؤيد لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية أن الخطأ المرفقي هو وحده أساس المسؤولية الإدارية ولا يعترف بالمسؤولية خارج نطاق الخطأ، باعتبار أن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة يشكل في حد ذاته خطأ يرتب المسؤولية، واتجاه آخر يرى بأن فكرة المساواة أمام الاعباء العامة هي أساس التزام الإدارة بجبر الضرر وأن الخطأ ما هو إلا شرط فقط لقيام المسؤولية

الإدارية، مما يدل على عدم وجود اجماع حول هذه المسألة من قبل فقهاء القانون العام، زيادة على ذلك هناك فئة ثالثة تعترف بوجود الخطأ المرفقي، إلا أنها تعتبر قيام المسؤولية ليس على أساسه بل على أساس الضمان أو الدولة المؤمنة باعتبار أن نسبة الخطأ إلى المرفق ما هو إلا تكييف قانوني^٥.

حسب رأينا أن الخطأ المرفقي هو ركن من أركان المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ وليس وحده أساس قيام المسؤولية الإدارية للمرافق الصحية العمومية، وأن هناك حالات تتحقق فيها مسؤولية هذه الأخيرة دون خطأ كالأخطاء المرتكبة في ظل المستجدات الطبية الحديثة.

٣ _ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ٦٤.^١

٣ _ القانون رقم ٩٠-٠٢ المؤرخ في ٠٦/٠٢/١٩٩٠ المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب جريدة رسمية عدد ٠٦ لسنة ١٩٩٠.

٣ _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، ١٩٨١، ص ١١٢٣.

٤ _ المشرع الجزائري اعترف بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية للقانون الخاص بموجب المادة ٥١ مكرر من تعديل قانون العقوبات لسنة ٢٠٠٤ الصادر بموجب قانون رقم ١٥/٠٤ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ جريدة رسمية عدد ٧١ لسنة ٢٠٠٤، ص ٠٩.

٥ _ سليمان حاج عزام، المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون اداري جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١١، ص ٢٢.

الفرع الثاني: صور الخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الادارية للمرافق العمومية الاستشفائية

الخطأ المرفقي قد ينسب الى شخص معين بذاته، تتحقق هذه الحالة إذا نسب الخطأ الى الطبيب أو مساعديه أو الممرضات، أو الى أي موظف آخر في المستشفى العمومي، أين يتم اسناده الى هذه الاخيرة وفق قواعد الاسناد التي تتحمل تبعه الافعال الضارة وجبرها، كما قد ينسب الى المرفق العمومي الاستشفائي بذاته وتتحقق هذه الحالة عند تعذر معرفة مصدر الفعل المادي الضار المنشأ لمسؤولية هذا المرفق والذي يأخذ إحدى الصور التالية:

أولاً : سوء تنظيم أو سوء ادارة المرفق العام الاستشفائي

تتحقق هذه الحالة عندما تصدر من المرفق العمومي الاستشفائي أعمالاً إيجابية لكنها تكون معيبة وسيئة سواء تعلق الأمر بتنظيمها أو بتسييرها مما يسبب أضراراً للمستفيدين من الخدمات التي يقدمها المرفق الاستشفائي العمومي، كأن تكون هذه الاخيرة مزودة بأجهزة مراقبة انتظام نبضات القلب لكنها معطلة ولا تعمل، أو أن تكون الانارة ضعيفة أو متكررة الانقطاع، كما يتحقق ذلك بأن يكون هناك عطل ميكانيكي، أو أن يكون هناك سوء في سير أنشطتها الطبية والعلاجية كتغيب طبيب التخدير ولا يتم استخلافه، أو أن تكون مصلحة الاستعجالات غير مزودة بطبيب مناوب، هذه الأخطاء تعتبر من قبيل الادارة السيئة للمرفق العمومي الاستشفائي أو المعيبة.

ثانياً: عدم أداء المرافق العمومية الاستشفائية الخدمات المنوطة بها

تتحقق هذه الحالة عند احجام أو امتناع المرفق الصحي العمومي عن تقديم الخدمات المنوطة به بأن يصدر منه تصرف أو فعل سلبي يرفض القيام بالتزاماته اتجاه المريض، كالامتناع عن تقديم الاسعافات الاستعجالية للمرضى الوافدين اليه، ورفض تقديم العلاج للمرضى من قبل الطبيب أو أعوان الاستقبال والتوجيه، ويستوي في ذلك عدم ضمان المستشفى للمريض مواصلة الاستفادة من مواصلة العلاج.

حيث يلزم قانون حماية الصحة وترقيتها المستشفى العمومي بقبول المريض أو تحويله الى مستشفى آخر إذا استحال تقديم العلاج له وكانت حالته تستدعي ذلك¹، كما يعتبر اخلالاً بالحق في مواصلة العلاج عدم تسليم المستشفى للمريض او المصاب ملفه الطبي ليتسنى له مواصلة العلاج لدى موفق استشفائي آخر، هذه الافعال تعتبر أخطاء مرفقة موجبة لمسؤولية المرافق العمومية .

ثالثاً: تأخر المرافق العمومية الاستشفائية في تقديم الخدمات

تعتبر هذه الصورة من أحدث صور الخطأ المرفقي التي تقرر فيها مسؤولية المرافق العمومية عن تأخر أداء خدماتها مما يترتب عليه ضرر للأفراد يوجب مسؤوليتها، كحالة المواعيد الطبية الطويلة والمتعلقة بالفحص أو تقديم العلاج او القيام بعملية جراحية بحجة انتظار الدور وعدم توفر مستلزمات هذا التدخل الجراحي أو عدم وجود طبيب متخصص في الحالة أو أن يكون الأخير في عطلة وغياب بديله أو تخلف فريق المناوبة² الذي من المفروض ان يكون دائماً موجود ومجهز لأي استعجال قد يطرأ، كذلك تأخر مصالح صيانة التجهيزات التقنية والمنشآت مما يضطر المرضى الى اللجوء الى المؤسسات

¹ المواد ١٥٢ - ١٥٣ - ١٥٦ من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² أقر المرسوم التنفيذي رقم ٩٧-٤٣٧ المؤرخ في ١٧ نوفمبر ١٩٩٧ المتضمن تعويض المناوبة، جريدة رسمية عدد ٧٨ لسنة ١٩٩٧ حوافز لأعضاء فريق المناوبة من اجل ضمان أداء مهمة المناوبة على أكمل وجه.

الاستشفائية الخاصة أو الانتظار طويلا مما يعرض حياتهم للخطر نتيجة تفاقم المرض أو حصول مضاعفات أو حتى موت المريض.

المطلب الثاني: الاعتراف بالخطأ الطبي كخطأ مرفقي ومعايير تقديره.

الفرع الأول: الاعتراف بالخطأ الطبي كخطأ مرفقي، وموقف التشريع الفرنسي من ذلك.

لقد مر الاعتراف بالخطأ الطبي كخطأ مرفقي بعدة مراحل تتدرج فيها من اشتراط الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، ففي بداية الاعتراف بالمسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية تم التمييز بين الخطأ الناشئ عن العمل الطبي والذي يكون مصدره الطبيب أو الجراح أو من في حكمهم حيث أن هذا الخطأ لا يعتبر خطأ مرفقيا إلا اذا بلغ درجة معينة من الجسامة على اعتبار أن عمل الطبيب عملا تقنيا وفنيا يحتاج الى مؤهلات علمية وكفاءة عالية ويتمتع باستقلالية تامة في أعماله الفنية.

بينما يعتبر العمل خطأ مرفقيا ذلك الخطأ الذي يكون ناتجا عن الأعمال العلاجية التي يتولى القيام بها مساعدوا الطبيب المعالج والمرضات وأفراد السلك الشبه طبي الذين تقتصر مهامهم في تنفيذ تعليمات الطبيب وتوجيهاته، فلا يشترط درجة من الجسامة لاعتبار الخطأ مرفقيا¹ منشأ للمسؤولية الادارية للمرفق العمومي الاستشفائي فإذا كان العمل علاجيا يكفي التعويض عنه توافر الخطأ اليسير، أما إذا كان العمل طبيا فنيا يشترط ان يكون الخطأ جسيما.

موقف مجلس الدولة الفرنسي

وكمرحلة مواءمة، وتطور العلوم الطبية وما عرفته من تقنية وتعقيدات تم التدرج من اشتراط الخطأ الجسيم في الاعمال الطبية الى الاكتفاء بالخطأ اليسير للقول بالمسؤولية الادارية للمرفق العمومي الاستشفائي اعمالا لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٢٤ الذي أقر بقبول الخطأ اليسير لقيام المسؤولية حتى ولو تعلق الامر بالأعمال الطبية² وذلك من أجل تحقيق التوازن بين مصلحة المرفق الاستشفائي من جهة بالنظر الى الصعوبات التي يتعرض لها في أدائه لمهامه، ومن جهة أخرى من أجل تمكين المريض المتضرر من الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة صعوبة الاثبات التي يقع فيها.

وكمرحلة أخيرة تم التدرج الى غاية افتراض الخطأ وذلك من أجل اعفاء المريض من عبء الاثبات الذي يستحيل عليه في غالب الاحيان اقامة الدليل ضد المرافق العمومية الاستشفائية بإثباته الخطأ المرتكب والضرر الناتج عنه والعلاقة السببية بينهما الذي يحول دون تمكنه من الحصول على التعويض³.

١- سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص ٣٣.

² _ Jean Prat, La responsabilité de la puissance publique au Maroc, imp. La Tour, Rabat 196 2006,p,519. " Mme V., à l'occasion d'une césarienne pratiquée sous anesthésie péridurale avait été victime d'une succession d'erreurs et d'imprudences de la part des divers intervenants médicaux, comprenant notamment l'administration de produits contre-indiqués. Après un arrêt cardiaque d'une demi-heure, elle était restée plusieurs jours dans le coma puis avait souffert d'une hémiplégié gauche. Il en était resté d'importants troubles neurologiques et physiques".

³ _ Abdelkader Khadir, la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, édition Houma, Alger, 2014,p 216.

حيث أصبحت المحاكم الادارية تصدر أحكاما بمسؤولية المرافق الاستشفائية العمومية في بعض القضايا التي يتعذر فيها إثبات الخطأ، حيث يستنتج القاضي وجود هذا الخطأ المفترض من وقائع وملابسات القضية¹.

وحسب رأينا الشخصي أن الخطأ اليسير يكفي لتحقيق المسؤولية الادارية للمرافق العمومية الاستشفائية نظرا لكثرة الاخطاء الطبية خاصة في الوقت الحالي وضياع حقوق الضحايا لصعوبة اثبات هذا الخطأ خاصة في المرافق العمومية، أين يجب على المشرع الجزائري تدارك هذا الوضع الذي أصبح يهدد حياة المرضى بشكل كبير وما نتج عنه من احجام للمواطنين على تلقي العلاج خوفا من الاخطاء التي أصبحت تهددهم.

الفرع الثاني: معايير تقدير الخطأ المرفقي

ان القاضي عند تقديره للخطأ المرفقي يعتمد على ضوابط مجردة وثابتة لكي يقرر ما إذا كانت الواقعة تمثل خطأ قائما أم لا بل يراعي في ذلك مجموعة من المعايير والتي تتمثل في :

أولا : الظروف الزمنية والمكانية التي يؤدي فيها المرفق الاستشفائي العمومي خدماته

إن الخطأ المرفقي الذي يقع في الظروف العادية يختلف عن ذلك المرتكب في الظروف الاستثنائية كحالة السلم أو حالة الأزمات، فمتى ارتكب خطأ في ظل الظروف الاستثنائية يجب ان يكون على درجة من الجسامه لإمكانية مسائلة المرفق العمومي عليه، لأن في حالة الظروف الغير عادية لابد من التخفيف من المسؤولية على المرفق العمومي.

فيجب رفع المسؤولية عنه بصفة نهائية الأمر الذي قضى به مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر بوجود تخفيف المسؤولية في حالة الحرب والكوارث، بل وإن المجلس ذهب الى ظروف أخف من ذلك كالساعة التي وقع فيها الخطأ إن كان في الليل أو النهار وإن كان وهل وقع في آخره أو في أوله² ، كذلك الأمر بالنسبة الى الطرف المكاني الذي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار فتقديم العلاج في مرفق استشفائي مجهز يختلف عن تقديمه في منطقة نائية أو جبلية.

من جانبنا نرى ان الخطأ الموجب للمسؤولية الادارية للمرفق الاستشفائي لاسيما في الظروف الاستثنائية هو ذلك الخطأ الناجم عن عدم قيام المرفق باستعمال الإمكانيات والتجهيزات التي تكون متوفرة لديها والتي في استطاعتها استخدامها لغرض تفادي الوقوع في الاخطاء نتيجة تلك الظروف.

ثانيا: الموارد المادية والبشرية المتوفرة لدى المرفق العمومي الاستشفائي بالنظر الى التزاماتها

ينبغي في هذه الحالة مراعاة حجم الالتزامات والأعباء الملقاة على عاتق المرفق العمومي بالنظر إلى المعدات والأجهزة، وكذلك الموارد البشرية من موظفين لديه لإمكانية مواجهتها والعمل على تقديم الخدمات المرجوة منها، ويتحقق هذا الاعتبار في المجال الصحي بتوفير الاجهزة الطبية والمعدات التقنية والمتطورة وكذا المواد الطبية والصيدلانية اللازمة لاستيعاب احتياجات المستفيدين من الخدمات الاستشفائية المطلوبة، وكذا توفير أطباء أكفاء في مختلف الاختصاصات والمساعدین لهم بالنظر إلى الالتزامات والأعباء الملقاة عليها مما يجعل الاطباء كثيرا ما يقعوا في اخطاء طبية سواء في العلاج أو في

¹ _ Marc Dupont , Claudine Bergoignan- Esper et Christian Paire , Droit hospitalier . Dalloz , 5 éd, Paris, 2005, p. 887.

² _ سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار افكر العربي، ١٩٨١، ص ٩٢٧.

التشخيص وفي وصف الدواء. فضلا الى الحاجة الى السرعة في تقديم العلاج دون خشية الوقوع في الخطأ، لذلك اشترك القضاء الاداري الفرنسي الخطأ الجسيم لمنح التعويض عن الاخطاء الطبية¹.

ثالثا: مدى استفادة المريض من المرفق الاستشفائي العمومي

يمكن كذلك تقدير الخطأ المرفقي بالنظر الى الواجب المنتظر من المرفق، أي هل المريض استفاد من خدمات المرفق أو لم يستفيد منها، فإذا كان المتضرر مستفيد من خدمات المرفق لا تقوم مسؤولية هذا الاخير إلا اذا كان الخطأ جسيما، أما إذا كان المتضرر غير مستفيد من خدماته أي لا علاقة له بالمرفق يكفي أن يكون الخطأ يسيرا، ففي هذه الحالة المتضرر لم يستفيد مباشرة من المرفق مقابل الضرر الذي تعرض له، كما أن مجلس الدولة الفرنسي يفرق بين ما اذا كان المستفيد يلجأ اختيارا إلى المرفق أو أن يكون مضطر إلى ذلك، وبين ما اذا كان المستفيد يحصل على خدمة المرفق مجانا أو بمقابل حيث يفرق بين الخطأ المرفقي في هذه الحالات².

فإذا كان لجوء المتضرر الى المرفق العمومي اختياريا فان القضاء اشترط ان يكون الخطأ جسيما حتى تتقرر المسؤولية الادارية أما إذا كان لجوئه اضطراريا يكفي الخطأ اليسير وهو الأمر الذي ينطبق على المستفيد بمقابل، أما الذي يحصل على خدمات المرفق مجانا فقد اشترط الخطأ الجسيم حتى تتقرر المسؤولية.

فالخطأ المرفقي لا تترتب عنه تلقائيا مسؤولية الادارة بل لابد أن تكون الافعال على درجة من الجسامه تقدر في كل قضية على حدة بحسب العناية التي يستلزمها قانونا المنتفع من المرفق³.

المبحث الثاني: تطبيقات الخطأ المرفقي المنشأ للمسؤولية الادارية للمرفق العمومي الاستشفائي

إن الأخطاء المنسوبة للمرافق العمومية الاستشفائية الذي ترتب مسؤوليتها ومن ثم التعويض عن الاضرار الناجمة عنها هي أخطاء مرفقية يتعرض لها المريض خلال فترة وجوده أو استفادته من خدمات المرفق العمومي لحين مغادرته منها والخطأ المرفقي قد يكون في تنظيم المرفق أو في سيره وهو ما سنتعرض له بالتفصيل كالتالي:

المطلب الأول: تطبيقات الخطأ الطبي في مجال تنظيم المرافق العمومية الاستشفائية

إن الخطأ المرفقي المتعلق بتنظيم المرافق العمومية الاستشفائية يشمل الأعمال التي تقوم بها المصالح الإدارية ومصالح التجهيزات والصيانة التقنية لهذه المرافق بالإضافة الى تنظيم المصالح الطبية الاستشفائية والمصالح الطبية التقنية لاسيما فيما يتعلق بنظام المداومة.

الفرع الأول: في مجال المصالح الادارية.

إن المرفق الاستشفائي يقدم نوعين من الخدمات، الخدمات الاستشفائية والمتعلقة بتقديم العلاج وخدمات فندقية تتعلق بتوفير الايواء اللازم والراحة والإطعام والشراب والنظافة التامة، حيث تسهر على استقبال المرضى وتوجيههم وضمان الإقامة المريحة لهم، فأى اخلال في تنظيم المصالح الادارية وحسن أدائها يعتبر اخلالا بالتكفل اللازم بالمريض مما يسبب له

¹ _ سليمان الطماوي ، المرجع السابق، ص ٩٢٩.
² _ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٩٢٨.

³ _ Jean Prat, op.cit., p. 119.

ضررا موجبا لقيام المسؤولية لهذه المرافق الموجبة لجبر التعويض، والإخلال في التنظيم يكون إما في مصالح التوجيه والاستقبال، أو في مصالح الخدمات الفندقية.

أولا : في مجال مصالح الاستقبال والتوجيه

من الأخطاء المحتمل حدوثها على مستوى مصالح الاستقبال والتوجيه هو الإخلال بالحق في حسن استقبال المريض، فالدستور الجزائري كرس حق جميع المواطنين في الرعاية الصحية، لأن المريض يملك جميع الحقوق المقررة للإنسان، فهو يحتاج الى اهتمام خاص ورعاية وعناية بالإضافة الى الحقوق اخرى بصفته كمريض¹، كحقه باستقبال حسن مراعاة لكرامته، والمساواة في الانتفاع بخدمات المستشفى العمومي ودون تمييز وفق ما أقره قانون حماية الصحة وترقيتها في العديد من نصوصه²، فلا يمكن المساس بحريته أو إجباره على القيام بأي فعل، فيجب الأخذ بعين الاعتبار ظروف المريض كذوي الاحتياجات الخاصة أو المسنين أو السجناء وحتى المرضى الذين المتوفين يجب أن تعامل جثثهم باحترام وتودع لدا مصالح حفظ الجثث بظروف لائقة ومن ثمة تسليمهم الى ذويهم.

كذلك من بين حالات تحقق الخطأ المرفقي في مجال المصالح الادارية ضياع أو سرقة أو إتلاف أموال المرضى سواء كانت نقود أو وثائق أو حاجيات خاصة بالمريض المودعة لدى المرفق العمومي الصحي سواء تم ايداعها بإرادته أو انتزعت منه بمناسبة قيام بالعمال الطبية أو عند وصوله إلى المستشفى وكان فاقدا للوعي، فتقوم مسؤولية المرفق العمومي الذي لا يمكنه التخلص منها إلا بإثبات أن سبب الضياع اقتضته ضرورة التدخل الطبي او أنه تلف بالنظر الى طبيعته مثلا اذا كانت مأكولات سريعة التلف مثلا.

لما كانت سيارة الاسعاف قاعة استشفاء متنقلة للاستعجالات تتم فيها تقديم الاسعافات الأولية فهي تساهم في إنقاذ حياة المرضى الذين يكونون في حالات حرجة والتي من الممكن تدارك حالته بتقديم المساعدة له على مستواها، مما يلزم صيانتها سواء من حيث تجهيزاتها بتصليح أي عطب ميكانيكي أو عطب في التجهيزات الطبية التي تكون بها كجهاز التنفس الاصطناعي، فيجب أن تكون دائما جاهزة لأي ظرف استعجالي قد يطرأ، فأى اخلال بجاهزية سيارة الاسعاف يعتبر خطأ مرفقي موجب لمسئوليتها.

ثانيا : في مجال مصالح الخدمات الفندقية

زيادة على الخدمات الصحية التي تقدمها المرافق الصحية من فحص وتشخيص وغيرها من الأعمال الطبية فإنها تقدم خدمات فندقية من مأكول ومشرب وإقامة التي يجب أن تكون في ظروف مريحة وحسنة تساعد المريض على الشفاء بتوفير له غرفة وسرير ملائم، والتهوية اللازمة، وأن يسمح له بالإقامة إذا كانت حالته الصحية تستدعي ذلك وبترخيص من الطبيب، كما يسمح لشخص آخر بمرافقته لمساعدته بترخيص من رئيس المصلحة، والسهل على نظافته البدنية له من قبل أفراد السلك الشبه طبي إذا كان عاجزا عن ذلك³.

كما يجب أن يقدم للمريض خلال اقامته في المرفق الصحي العمومي الاكل اللازم الذي ينصح به الطبيب والذي يعتبر امتداد للعلاج بما يتناسب وحالة المريض الصحية، فيجب ان تكون منظم من حيث الكم والكيف ومراعاة شروط النظافة

¹ _ Jean – Marie Clément, Droit des malades et bioéthique. Berger- Levraut, Paris, 1996, p 9.

² _ المواد 11-13-91-10-156 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ _ المادة 196 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

في توريد المواد الغذائية وفي طبخها وتقديمها، زيادة على نظافة المكان والأدوات المستعملة للطهي، ويجب توزيع الاكل في أوانه مع مراعاة ظروف البرودة والحرارة لضمان التغذية الجيدة واحترام النظام الغذائي الخاص به، وإخلال بهذه التعليمات يسبب ضرر للمريض ويعتبر خطأ مرفقي موجب للمسؤولية وخاصة باستفحال هذه الاخطاء في الوقت الراهن وما أصبحنا نسمع عنه من عدم وجود أو كفاية الاسرة وحالات التسمم الغذائي وانعدام والتدفئة وغيرها من الاخطاء التي أصبحت متفشية في المرافق الصحية الجزائرية خاصة العمومية منها.

كذلك من الاخطاء التي أصبحت متفشية في المرافق العمومية الاستشفائية هي الاخلال بنظافتها التي تنعكس سلبا على صحة المرضى الذين أصبو يلجئون الى هذه المرافق للعلاج من مرض فيغادرون بأمراض لأنه لا يراعى فيها قواعد النظافة سواء من حيث المأكل والمشرب والإقامة وحتى العلاج مما يعرضهم للإصابة بما يسمى بالعدوى الاستشفائية (les infection nosocomiales) وما ينجر عنها من مشاكل صحية خطيرة، كما تساهم تلوث البيئة من جهة أخرى.

والسبب أن المرافق العمومية الصحية أصبحت لا تراعي قواعد رمي النفايات كالأدوية المنتهية الصلاحية والمواد الكيماوية والمواد المشعة وأوساط زرع البكتيريا والحقن المستعملة وغيرها من نفايات المستشفيات، وما أكثر المواطنين ضحايا العدوى الاستشفائية، فالمرافق الصحية بدلا من أن تقدم العلاج للمرضى أصبحت تزيدهم هما على هم لأن المريض لم يكن ليصاب لولا وجوده بالمرفق الاستشفائي¹، بالإضافة الى احتمال الإصابة بالتهاب الكبد الوبائي (hépatite B et A) والسيدا والتهابات الجلدية بسبب انعدام النظافة مما ينشأ مسؤولية المستشفيات.

والمشروع الجزائري وسعيا منه الى حماية المرضى والبيئة على حد سواء عمد الى اصدار نصوص قانونية لتحديد قواعد النظافة وتقرير العقوبات على مخالفتها إذا ما تسببت هذه المخالفات من أضرار فعمل على ادراج المسائلة على المحافظة على البيئة في المستشفيات ضمن السياسة الرامية الى الالتزام بأحكام قانون التنمية المستدامة، وذلك بموجب المواد 1 و 13 و 37 من قانون 2001 المتعلق بتهيئة الاقليم والتنمية المستدامة².

فينبغي على الدولة أن تسعى جاهدة باتخاذ جميع التدابير لحماية الصالح العام بإيجاد وسائل وميكانيزمات للتخلص من هذه النفايات دون الاضرار بالمواطن وكذا البيئة وفقا لمعايير دولية معمول بها باستعمال مواد التنظيف والتطهير بشكل سليم وبمعدات ملائمة ومتطورة.

الفرع الثاني: في مجال مصالح التجهيزات الطبية والهياكل التقنية

المرافق الصحية ينبغي أن تكون مجهزة بمختلف التجهيزات الطبية اللازمة التي يجب أن تكون على درجة من الجورة وأن لا تكون معطلة أو معيبة، والتي تعتبر ضرورية من أجل استخدامها في الاعمال الطبية والعلاجية، والذي يشكل عدم توافرها أو خلل أو عطب فيها أو سوء استعمالها خطأ مرفقي يوجب المسؤولية الادارية لهذه المرافق.

¹ المطالبة الحديثة بحقوق الإنسان من الجيل الثالث والتي شعارها الحق في بيئة نظيفة نجد لها تطبيقا في مجال الحفاظ على البيئة في داخل المستشفيات، ففي الولايات المتحدة الأمريكية هناك مستشفيات تراعى فيها الأبعاد البيئية لتحقيق وسط داخلي يساعد على الشفاء، وذلك بفضل منظمات صداقة البيئة في منشآت الرعاية الصحية التي تطالب ببناء مستشفيات في وسط طبيعي من المساحات الخضراء أسورها من الأشجار بدلا من الإسمنت المسلح والجديد مما يساعد على التعجيل بشفاء المرضى ويجنبهم خطر البيئة غير النظيفة في المستشفيات، عن سليما حاج عزام، المرجع السابق ص 48.

² القانون رقم 20/01 المؤرخ في 2001/12/12 المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة، جريدة رسمية عدد 77 لسنة 2001، ص 18.

ويتحقق الخطأ المرفقي للتجهيزات الطبية كحالة عدم توفر توفير جهاز التنفس الاصطناعي الذي لا يمكن الاستغناء عنه في غرفة العناية المركزة، وغياب أجهزة التعقيم والألبسة المستعملة في التشخيص والجراحة لتفادي العدوى وأجهزة التبريد لمنع تخثر الدم والمواد الحيوية، وإهمال تعقيم غرفة العمليات زيادة على إلزامية أن تتوفر المرافق الصحية على أجهزة المحارق¹ التي تعمل على معالجة بعض النفايات الاستشفائية عن طريق حرقها بواسطة محارق خاص ثم يتم بعد ذلك تطهير تلك النفايات والتخلص منها والمرافق الاستشفائية التي لا تتوافر على محارق عليها التعاقد مع المستشفيات التي تتوفر لديها لحرق نفاياتها، كما يجب ان تتوافر على مخزون من المواد الطبية والصيدلانية حتى لا يكون هناك نقص في هذه المواد². كذلك للأجهزة التقنية أهمية كبيرة حيث لا يمكن تصور مرفق عمومي استشفائي خال من مولدات الطاقة الكهربائية لحاجتها اليها وما ينجر عن الانقطاع المتكرر للتيار الكهربائي الخارجي من توقف أجهزة ويسبب أضرارا للمريض مما قد يؤدي الى الوفاة، فأى إخلال بهذه المولدات الكهربائية يعتبر خطأ مرفقيا موجبا للمسؤولية، كذلك الأمر بالنسبة لتجهيزات التدفئة المركزية والمكيفات الهوائية التي يترتب على الإخلال بصيانتها استحالة تمكن المريض من الإقامة المريحة التي تساعده على الشفاء خاصة إذا كانت حالته الصحية تستدعي ذلك كالمريض المصاب بحروق وشبكات الماء الصالح للشرب وكذا المنشآت الصحية وشبكات التطهير .

المطلب الثاني: تطبيقات الخطأ الطبي في مجال تسيير المرافق العامة الاستشفائية

الفرع الأول: الإخلال بالسلامة الجسدية للمريض

إن الأصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية بتقديم علاج لا بالشفاء، يراعى فيه الحذر والحيطه والتبصر وفق المعطيات الطبية والعلمية الحديثة المتفق والمتعارف عليها³ ، فالخطأ المرتكب بمناسبة تلقي العلاج يبدأ من مرحلة التشخيص الاولي الى غاية المراقبة اللاحقة.

أولا: الخطأ في التشخيص

تعتبر مرحلة التشخيص مرحلة سابقة على تلقي العلاج، يعتمد عليها في تقديم العلاج، بل وفي كل التدخلات والإجراءات الطبية اللاحقة، يتمكن من خلالها الطبيب التعرف على ماهية المرض ودرجة خطورته وتطوره وإمكانية الشفاء منه من عدمه وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه، ثم يقرر بناء على ما يجمعه من معلومات نوع المرض ودرجة تقدمه في وصف العلاج المناسب للمريض بما يتناسب وحالت المرض المشخص.

والخطأ في عملية التشخيص قد تؤدي لنتائج وخيمة لذا يجب على الطبيب أثناء القيام به طلب اجراء فحوصا وتحاليل والتصوير بالأشعة، كما له الاستعانة بأطباء آخرين ذوي اختصاص من أجل تشخيص الحالة على أكمل وجه وتفادي الوقوع في الخطأ الذي قد يؤدي بالمريض الى الموت أو تفاقم حالته الصحية .

¹ مرسوم تنفيذي رقم ٤٧٨-٠٣ مؤرخ في ٢٠٠٣/١٢/٠٩ المتعلق بكيفية تسيير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد ٧٨ لسنة ٢٠٠٣، ص ٠٥ .

² سليمان حاج عزام، المرجع السابق، ص ٤٨ .

³ الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، ن ابراهيم علي حمادي الحلبوسي منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٥٨ .

ثانيا: الخطأ في اختيار العلاج

يكون الطبيب حرا في اختيار العلاج الذي يقرره للمرض المشخص عملا بمبدأ الاستقلالية المهنية للطبيب في الأعمال الفنية التي يقوم بها والتي يجب أن لا تخرج عما أقره قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا مدونة أخلاقيات الطب، حيث يمنع على الطبيب وصف أي دواء غير وارد في المدونة الوطنية للأدوية وفق ما تقتضيه أحكام المادة ١٧ من قانون حماية الصحة وترقيتها مع الأخذ بعين الاعتبار قائمة الادوية المتكفل بها من قبل هيئات الضمان الاجتماعي، كما يجب على المريض تفادي الطرف الغير معمول بها في العلاج، لأن ذلك يعتبر إخلالا بالتزام تقديم صادق يتفق والمعطيات العلمية المكتسبة الحديثة والمتعارف عليها بين الاطباء^١.

ثالثا: الخطأ في مباشرة العلاج

قبل مباشرة العلاج ينبغي التأكد من وجود وتوفر جميع المستلزمات الضرورية لإجرائه وتقديمه، وقبل التدخل الجراح يجب التأكد من اختبارات فصيلة الدم، ووجود طبيب التخدير وكذا اختبارات تخثر الدم، كما يجب عليه فحص المريض قبل العملية الجراحية، وأن على الجراح أن يتأكد من عدم نسيان أي جسم غريب قطن أو مقص داخل جسم المريض قبل غلق الجرح، وأن يعمل على تفادي أي ظرف أو سبب من شأنه إحداث خطأ طبي^٢.

رابعا: الخطأ في الرقابة أثناء العلاج وبعده

يجب ضمان التقديم الجيد للعلاج والقيام بالرقابة في المرحلة المتزامنة مع تقديم العلاج وفي الفترة اللاحقة لتقديمه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالرقابة اللاحقة لعملية جراحية والإشراف على عملية الافاقة من ألبنج فأى إهمال في هذا الشأن يمكن أن يشكلا خطأ مرفقيا، وهو ما قضى به مجلس الدولة في قرار عنه صادر بتاريخ ١٧/١٠/٢٠٠٠ بين مستشفى عناية ضد س.م الذي أقر مسؤولية المستشفى عن الخطأ في الرقابة بسبب انتحار مريضة والحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي^٣.

خامسا: الخطأ في مجال طب الامراض العقلية

الخطأ في مجال طب الامراض العقلية يمكن أن يكون فنيا كالخطأ في التشخيص أو في اختيار العلاج، فيمكن أن لا يستجيب المريض للعلاج لعدم أخذه المهدئات والمسكنات اللازمة بسبب عدوانيته أو هيجانه، حيث أنه تنتج عن هذه الحالة أخطاء خاصة إذا تسبب في أضرار لنفسه أو لغيره، كما يمكن ان يكون الخطأ في رقابة هؤلاء المرضى فيقوموا بالاعتداء على أنفسهم أو على غيرهم، أقر مجلس الدولة الجزائري في قضية وفاة مريض بمستشفى الأمراض العقلية بتيزي وزو إثر تلقيه

^١ محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٦.

^٢ قرار مجلس الدولة، الغرفة الاولى الصادر بتاريخ ١٩/٠٤/١٩٩٩ في قضية بين مدير القطاع الصحي بأدرار ضد ز عاف رقية ومن معها، والمتعلق بمسؤولية المستشفى الخطأ الطبي، والذي قضى بقبول الاستئناف وتأييد القرار المستأنف فيه والقاضي بثبوت تعرض الضحية لعدة أخطاء طبية مما تسبب لها في العقم بالاستناد الى تقرير الخبرة والحكم بالتعويض عن الضرر الجسماني، عن الأستاذ عبد القادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الاول، دار هومة للنشر والتوزيع ٢٠١٤، ص ٦٤-٦٦. كذلك قرار مجلس الدولة، الغرفة الاولى الصادر بتاريخ ٣١/١٠/٢٠٠٠ في قضية مستشفى مستغانم ضد ب. ف، نقلا عن لحسين ب ن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج، ١، بوزريعة، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٢٣٧-٢٤١.

^٣ نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج، ٢، بوزريعة، الجزائر، ٢٠٠٤ ص

لضربات من مصاب عقلي متواجد بنفس المستشفى يشكل خطأ مرفقي لانعدام الحراسة وقيم علاقة مباشرة بين سوء سير عمل المستشفى وبين الوفاة¹.

سادسا: الخطأ في مجال التجارب الطبية ونزع وزرع الأعضاء

إذا كان التزام المرفق الصحي العمومي بإعلام المريض الذي سيخضع للتجارب الطبية أو لعمليات نقل وزرع الأعضاء وضرورة الحصول على رضاه يعتبر خاطئا ماسا بالسلامة المعنوية للمريض، فإنه يعد كذلك عدم مراعاة الشروط القانونية لهذا النوع من الأعمال الطبية التي تتم بالمرفق العمومية الاستشفائية²، زيادة على أن هذه الأخطاء تتخذ شكلا جزائيا اذا خرجت عما أباحه القانون³.

الفرع الثاني: الإخلال بالحق في السلامة المعنوية للمريض

أولا: الإخلال بالحق في حماية الحياة الخاصة وحرية الاختيار

إن حماية السلامة المعنوية للمريض تهدف الى التكفل بعدم المساس بخصوصية المريض خصوصا الحفاظ على أسراره التي كرسها العديد من النصوص القانونية⁴، كما له الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الهاتفية ومع ممارسي الصحة، كما له الحق في الحفاظ على صورته الخاصة أعراضه، ومن تطبيقات الإخلال بالسلامة المعنوية للمريض ما يلي:

١ - الإخلال بالتزام إفشاء السر الطبي

إن العبرة من تجريم إفشاء السر المهني هو تعزيز الثقة بين المريض والطبيب أو مساعديه أو الممرضات والحفاظ على سمعة الطبيب ومهنة الطب، حيث أقر القانون بأن الطبيب ملزم بالحفاظ على السر الطبي ما لم يقر القانون خلاف ذلك، يشمل كل ما يراه الطبيب ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهامه، ويلتزم الطبيب بصدد الحفاظ على السر المهني حماية الوثائق الخاصة بالمريض من أي فضول أو حب الاطلاع علميا، كما يلزم القانون الطبيب بأن يجعل معاونيه يحترمون متطلبات السر الطبي ويجب على الطبيب عند إعداداته للنشرات العلمية ألا يكشف هوية المريض، ولا ينبغي كشف السر الطبي بعد وفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق⁵.

¹ _ قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٢/٠٧/١٥ عن الغرفة الثالثة، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد ٠٢ لسنة ٢٠٠٢، ص ١٨٣ وما بعدها، كذلك قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا - مجلس الدولة حاليا - بتاريخ 13 جانفي 1991 وتتلخص وقائع القضية في انتحار مريض عقليا، بالمركز الاستشفائي الجامعي بسطيف، حيث تأيد قرار الحكم بالتعويض، لثبوت الخطأ المرفقي كذلك القرار الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٠٧/١٦ عن المحكمة العليا، الغرفة الإدارية منشور في المجلة القضائية، العدد الأول ١٩٩١، ص ١٢٠.

² _ المواد ١٦١ الى ١٦٨ من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ _ المادة ٣٠٣ مكرر ١٦ وما بعدها من قانون العقوبات.

⁴ _ المادة ٣٠١ من قانون العقوبات الجزائي، المادة ٢٣٥ من قانون حماية الصحة وترقيتها، المواد ٣٦ الى ٤١ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٢٧٦ المؤرخ في ٠٦ جويلية ١٩٩٢ المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد ٥٢ لسنة ١٩٩٢، ص ١٤١٩.

⁵ _ المواد من ٣٦ الى ٤١ من مدونة أخلاقيات الطب.

٢ - الإخلال بعدم التدخل في الشؤون العائلية للمريض

قضت المادة^{٥٥} من مدونة أخلاقيات الطب بالزامية عدم تدخل الطبيب في الشؤون العائلية للمريض، وهذه الأحكام لا تتنافى وأحكام المادة^{٤٨} من نفس المدونة التي تقضي بضرورة تبصير الطبيب أهل المريض وعائلته حول احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض عندما يقدم الطبيب العلاج لدى أسرة هذا المريض .

٣ - الإخلال بحرية الاختيار

أقر صريح نص المادة^{٤٢} من مدونة أخلاقيات الطب ضرورة احترام إرادة المريض واختياره ذلك لحماية المريض الذي يكون دائما بحاجة الى تقديم العلاج له والتكفل بحالته الصحية لكي لا يكون ذلك مبررا للمساسر بسلامته المعنوية وكرامته، فللمريض مطلق الحرية في مواصلة العلاج من عدمه عن طبيب معين، كما للطبيب نفس حرية الاختيار شريطة ألا أن يكون المريض في حالة خطر تستوجب التدخل العاجل^١.

المشرع الجزائري جعل كل من الطبيب والمريض على قدم المساواة في حرية الاختيار فليس لهما أن يتعسفا في استعمال هذا الحق، إلا أن حق الطبيب محدود بعدم وجود حالة الاستعجال وشرط ضمان مواصلة العلاج^٢.

إلا أن هذا المبدأ قد لا يمكن تطبيقه على إطلاقه في نطاق النشاط الطبي في المستشفيات العمومية نظرا لكون الطبيب هنا يعد من موظفي المرفق العام الاستشفائي يجب عليه تقديم خدماته الطبية لكل مريض يوجه إلى مصالحته، حيث أن العلاقة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام الاستشفائي ومستخدمي هذا المرفق هي علاقة تنظيمية لائحية، الشيء الذي يفقد حرية المريض في اختيار طبيبه والقبول بمن يقدمونه للعلاج عنده وفقا لبرنامج أعمال التشخيص والعلاج المعد سلفا من طرف المؤسسة الاستشفائية، كما أن المريض كذلك قد لا يمكنه الاختيار بين العلاج عند طبيب أو آخر، سواء بالنظر لقلة عدد الأطباء في المرفق أم لعدم وجود الطبيب الذي قصده للعلاج عنده، بالإضافة إلى ذلك فإن المستشفيات العمومية ملزمة بتقديم العلاج المستعجل لأي مريض بصرف النظر عن مقر سكنه^٣.

ثانيا : الإخلال بالحق في الإعلام والحصول على رضا المريض

ألزم المشرع ضرورة إحاطة المريض علما بكل المعلومات الأساسية والضرورية المتعلقة بحالته الصحية وبنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له^٤ " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

فبناء على المعطيات العلمية والطبية القائمة يلتزم الطبيب بتبصير المريض بكل ما يتعلق بوضعيته الصحية عن طريق تمكينه من كل المعلومات المتعلقة بمرضه وعلاجه وضرورة إخباره بكل العواقب المحتملة وبالمضاعفات أو تفاقم المرض أو

١ - المادة ٥٩ من مدونة أخلاقيات الطب.

٢ - المادة ٥٠ من مدونة أخلاقيات الطب.

٣ - المادة ١٥٥ من قانون حماية الصحة وترقيتها.

٤ - المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية لبران ٢٠٠٤، ص ١٤٧.

حتى الفشل في العلاج التي يحتمل أن تحدث من جراء التدخل الطبي حتى يكون على دراية كافية بكل المعلومات ويستطيع التعبير عن رضاه وأخذه القرار الذي يراه مناسباً عن علم ودراسة بحالته.^١

وهذا الالتزام يملئ على الطبيب التزاماً آخر يتمثل في ضرورة الاستعلام عن طريق متابعة كافة تطورات الميدان الطبي الحديث وتجديد معلومات^٢ وفق نص المادة^٣ ١ من مدونة أخلاقيات الطب.

كما نصت المادة^٤ ٤ من مدونة أخلاقيات الطب على "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحزر وصفاته بكل وضوح وأن يحصر على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً" بأن يسعى جاهداً من أجل ذلك والعمل على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض وأن يعمل على تبصير وتنوير المريض ومن حوله بمسئوليتهم، فهو بالإضافة إلى التزام الإعلام على العلاج وطبيعته يلتزم كذلك بتقديم النصائح والإرشادات والمعلومات الكافية عن أوضاعهم الصحية والتي من شأنها مساعدتهم على الحفاظ على الصحة والوقاية من الأمراض.

الالتزام بالإعلام لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، حيث أقر القانون إخفاء التشخيص في حالة المرض الخطير لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب بكل صدق وإخلاص بموجب المادة^٥ ٥ من مدونة أخلاقيات الطب لأن ذلك قد يخيف المريض وبالتالي يرفض تلقي العلاج، كما أن الالتزام بالإعلام يكون غير ممكن في حالات الاستعجال أين يتخلف فيها الحصول على رضا المريض.

السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يعتبر الالتزام بإعلام المريض التزام ببذل عناية أم التزم بتحقيق نتيجة؟

إذا كان الأصل في التزام الطبيب هو التزم ببذل عناية فإن التزم بإعلام المريض يعتبر والتزم بتحقيق نتيجة من حيث الوسيلة الواجب اتخاذها في إيصال المعلومات للمريض وهذا الالتزام يجد تبريره في ضرورة تبصيره وإحاطته بمخاطر المرض والمضاعفات المحتملة وأنه من الالتزامات المحددة والتي تنتهي إلى نتيجة معينة^٦ ، وأقرّ المشرع الجزائري صراحة بأن هذا الالتزام هو التزم بتحقيق نتيجة، وذلك من خلال النصوص القانونية سواء تلك المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها أو المتعلقة بمدونة أخلاقيات الطبي منها المادة^٧ ٤ من مدونة أخلاقيات الطب.

إن الالتزام بإعلام المريض وحده لا يكفي لمباشرة المتابعة الطبية فلا بد أن يقترن بالحصول على رضاه أي بموقفته على تلقي العلاج سواء كان صارحاً أو ضمناً بقبوله الوصفة وشراءه للدواء وذلك بعد تبصيره وإعلامه بحالته الصحية

١ _ فرق القضاء الفرنسي في هذا المجال بين نوعين من الأمراض فإذا تعلق الأمر بالأمراض التي تحتاج إلى جراحة تجميلية هنا يلتزم الطبيب بإعلامه حتى بالنتائج النادرة الحدوث طالما أن تحققها يؤدي إلى مخاطر جسيمة للمريض (انظر أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ٢ لبنان ٢٠٠٤ ، ص ٦٥ - ٦٩) أما الأمراض ذات الخطورة خاصة يكتفي الطبيب بإعلام المريض بالنتائج المتوقعة لتدخله الطبي دون المخاطر المفترضة ذلك حفاظاً على حالته النفسية من جهة ومن جهة أخرى لتفادي احتمال رفضه العلاج بصفة مطلقة (انظر مأمون عبد الكريم رضا المريض بالأعمال الطبية والجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ٢٠٠٦ ، ص ١٥٩).

٢ _ عدنان إبراهيم، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث علمي القى في المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت منشور من طرف منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢ بيروت لبنان ٢٠٠٤، ص ١٤٨.

٣ _ جاسم علي الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٤١.

٤ _ المادة ٤٤ من نفس المدونة والتي جاء نصها كالتالي : " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم للعلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته " وكذلك المادة ٤٣ و ٤٧ من نفس المدونة .

لمساعدته على اتخاذ القرار المناسب، ويعتبر الحصول على موافقة المريض المتبصر أو المستنير أساساً لشرعية التدخل الطبي والتي تنفي المسؤولية عن المشرف على العلاج من جهة، وحماية حرية المريض في الاختيار من جهة أخرى¹.

يشترك في الرضا، أن يكون حراً وواضحاً بعيداً عن كل تأثير أو ضغط كما يشترط في بعض الأحيان الكتابة كما في حالة التبرع بالأعضاء، واستثناءً على الزامية الرضا هناك حالات خاصة يستغنى فيها عنه مثل حالات التطعيم الاجباري والفحوص مثلاً، ويجب على الطبيب أن يحترم إرادة هذا الشخص بعد إعلامه بنتائج اختباره. إذا كانت إرادة الشخص رفض أو قطع العلاج يجعل حياته في خطر على الطبيب أن يقوم على إقناعه على الموافقة على العلاج الضروري².

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الخطأ المرفقي في المرافق العمومية الاستشفائية وتبين لنا أن هذا الخطأ هو قوام المسؤولية الادارية لهذه المرافق بالنظر الى تنوع أشكاله وتطبيقاته خاصة مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي يعرفه المجال الطبي وما ينجر عنه من أخطاء ترجع بالضرر على المنتفع بالمرفق والتي تكون موجبة للتعويض الذي تقتضيه المسؤولية الادارية لهذه المرافق، فالإخلال لا يقتصر على الإخلال بالالتزامات التي يملها القانون أو المتفق عليها بل يشمل الإخلال بالالتزامات المتداولة والمتعارف عليها الناشئة عن ممارسة مهنة الطب ومتطلبات التطور العلمي والتكنولوجي وضرورة مواكبته وختاماً لهذا البحث نورد النتائج التالية :

- على الرغم من كثرة المحاولات والبحوث في إيجاد معيار لتحديد الخطأ المرفقي، إلا انه لم يتم التوصل الى معيار جامع مانع لذلك، لذا نرى ضرورة ترك الامر للسلطة التقديرية للقاضي لإيجاد المعيار أو التكييف المناسب حسب ظروف ووقائع القضية، كما يجب اعتبار الخطأ المرفقي الغير جسيم الصادر عن هذه المرافق موجب للمسؤولية حتى لا يكون هناك تساهل من جانب المرفق في تكرار الأخطاء الامر الذي يؤدي الى الاستهانة بها.

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتحديد الحد الأدنى والحد الأقصى للتباطؤ في تقديم خدمات المرافق العمومية بصفة عامة والاستشفائية الخاصة خاصة ما أصبح يعرف عن هذه الاخيرة من تباطؤ خدماتها وإهمالها ضماناً لصحة المواطنين.

- تعدد وتنوع الأخطاء الطبية واستفحالها وتنوع صور الإخلال لدرجة يصعب حصرها، ينبغي على المشرع التوسع في تجريمها من تحقيق كفالة متوازنة للطبيب من جهة لان يكون أكثر حذر ويقظة وللمريض حماية لحياته الشخصية وصحته. إعادة النظر في قانون الصحة خاصة ما يتعلق بالأخطاء الطبية بتشديد المسؤولية على المرفق العمومية الاستشفائية، وضرورة اعطاء أهمية للبعد البيئي في المستشفيات.

¹ _ CASS 1^{2RE} CIV.7 octobre 1998, n° 1567P + B+R et 1568 p. Dalloz 1999 ; juris : 145.

² _ Marie-Laure Moquet-Anger, droit hospitalier. Edition Alpha, L.G.D.J ,2010 ? P.336.

قائمة المراجع

الكتب

- ١- الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، وإبراهيم علي حمادي الحلبوسي منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
 - ٢- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ٢٠٠٤.
 - ٣- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ٢ لبنان، ٢٠٠٤.
 - ٤- جاسم علي الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
 - ٥- سليمان الطماوي، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة، دار افكر العربي، مصر، ١٩٨٨.
 - ٦- دنون سمير، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت، ٢٠٠٩.
 - ٧- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، المجلد الثاني دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٩٨١.
 - ٨- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الادارية - نظرية تأصيلية وتحليلية- ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ط ٤، ٢٠٠٤.
 - ٩- عمار عوابدي، الاساس القانوني لمسؤولية الادارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة ، 1982.
 - ١٠- عبد القادر خيضر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع ٢٠١٠.
 - ١١- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، ج ١، بوزريعة، الجزائر، ٢٠٠٠.
 - ١٢- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣.
 - ١٣- مأمون عبد الكريم رضا المريض بالأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٣.
- ### المقالات والمذكرات والأبحاث
- ١- سليمان حاج عزام، المسؤولية الادارية للمستشفيات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون اداري جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١١.

٢- عدنان ابراهيم، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث علمي القي في المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت منشور من طرف منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢ بيروت لبنان ٢٠٠٠.

٣- عبد الفتاح صالح، مسؤولية الادارة عن اعمالها المادية المشروعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، بسكرة، ٢٠١٠.
المجلات القضائية

١- مجلة مجلس الدولة ، العدد ٠ لسنة ٢٠٠٠.

٢- المجلة القضائية، العدد الأول، ١٩٩٠.

Ouvrages

1 - Abdelkader Khadir, la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, édition Houma, Alger, 2014.

2 - Jean Prat, La responsabilité de la puissance publique au Maroc, imp. La Tour, Rabat 196 2006.

3 - Jean – Marie Clément, Droit des malades et bioéthique. Berger- Levraut, Paris, 1996.

4 - Marie-Laure Moquet-Anger, droit hospitalier. Edition Alpha, L.G.D.J , 2010 .

5 - Marc Dupont , Claudine Bergoignan- Esper et Christian Paire , Droit hospitalier . Dalloz , 5 éd, Paris, 2005.

Jurisprudence

1- CASS 1^{2RE} CIV.7 octobre 1998, n° 1567P + B+R et 1568 Dalloz 1999 .

النصوص التشريعية

١ - القانون رقم ٥٨٥ المؤرخ في ١٦ فيفري ١٩٨٠ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد ٥٨٥ لسنة ١٩٨٠.

٢ - القانون رقم ٢٩ المؤرخ في ٢٠*١٩٩٠ المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب جريدة رسمية عدد ٥ لسنة ١٩٩٠.

٣ - القانون رقم ٢٠٠ المؤرخ في ١٢/١١/٢٠٠٠ المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة. جريدة رسمية عدد ٧٧ لسنة ٢٠٠٠.

٤ - القانون رقم ١٥٣٣ قانون العقوبات الجزائري.

النصوص التنظيمية

١ - المرسوم التنفيذي رقم ٢٧-٣٣ المؤرخ في ٠٦ جويلية ١٩٩٩ المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد ٥ لسنة ١٩٩٢.

٢ - مرسوم تنفيذي رقم ٤٦٧٩٧ المؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٩ المحدد لقواعد انشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٨١ لسنة ١٩٩٩.

- ٣ - مرسوم تنفيذي رقم ٤٦٥٩٧ مؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٩ يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٨١ لسنة ١٩٩٩.
- ٤ - المرسوم التنفيذي رقم ٤٣١٩٧ المؤرخ في ١٧ نوفمبر ١٩٩٩ المتضمن تعويض المناوبة، جريدة رسمية عدد ٧٨ لسنة ١٩٩٩.
- ٥ - مرسوم تنفيذي رقم ٤٧٨٣ مؤرخ في ٠٩/٠٣/٢٠٠٠ المتعلق بكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد ٧٨ لسنة ٢٠٠٠.
- ٦ - مرسوم تنفيذي رقم ١٤٠٠٧ المؤرخ في ١٩ ماي ٢٠٠٠ المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد ٣٣ لسنة ٢٠٠٠.

القرصنة الإلكترونية؛ الضرر الاقتصادي والفكري

طه عيساني - باحث دكتوراه في القانون - جامعة الجزائر 1

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان تأثير القرصنة الإلكترونية على حقوق الملكية الفكرية في الوسط الرقمي؛ حيث ظهرت مصنفات جديدة ارتبطت بالحواسيب وتطورت أكثر باندماجها مع شبكة الانترنت، سميت بالمصنفات الرقمية.

وبالرغم من أنّ التكنولوجيا الرقمية ساعدت على الانتشار الواسع للمصنفات الرقمية وسهلت من تبادل البيانات والمعلومات بسرعة عالية وبتكلفة زهيدة، إلاّ أنّها في نفس الوقت ساهمت وبشكل واسع في تعدد أشكال الاعتداء على الحقوق الواردة على هذه المصنفات، خاصةً القرصنة الإلكترونية التي تسببت في إشكاليات كبيرة ليس على الصعيد القانوني فقط بل على الصعيد الاقتصادي والفكري.

ونظراً للطابع الدولي لهذه الاعتداءات من حيث سرعة انتشارها وحجم خسائرها وأضرارها الكبيرة، فقد تسارعت الجهود الدولية التي قادتها المنظمات الدولية، في إطار ما يعرف "بالتعاون الدولي" إلى استحداث آليات قانونية وأخرى تقنية تتلاءم أكثر والطبيعة التقنية المعقدة للوسط الرقمي. وهذا ما سينعكس إيجاباً على مستقبل صناعة البرمجيات والتداول الآمن للمصنفات في المحيط الرقمي.

• مقدمة

يعتبر الحق في التأليف من الحقوق الأساسية المعترف بها لكل إنسان، وهي حقوق كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الأمم المتحدة بتاريخ: ١٠ ديسمبر ١٩٤٤، حيث أكدت المادة ٢٧ على مبدأ مفاده: "لكل فرد الحق في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجه العلمي أو الأدبي أو الفني"، وبهذا أصبح هذا الحق يساوي حق الإنسان في العيش بكرامة. خاصة في عالم اليوم، أين أصبحت المعلومات الإلكترونية تعتبر هي الثروة التي تتنافس عليها أغلب الدول. ولذلك يمكن القول أنّ القرصنة الفكرية هي العدو رقم واحد في العصر الرقمي؛¹ فبفعل التطور التكنولوجي أصبح بإمكان القرصان المعلوماتي اليوم كسب مليارات الدولارات دون التحرك من مكانه، ودون الحاجة إلى عدد كبير من الأفراد أو المعدات. فيكفي وجود جهاز حاسب إلكتروني موصول بشبكة الانترنت للحصول على أي معلومة على شبكة الانترنت. هذا هو عصر المعلوماتية أو ما يصطلح على تسميته بالعصر الرقمي.

¹ يقول الكاتب يحيى محمد في وصف مخاطر القرصنة: "... ما هو هذا العصر الذي يصبح فيه شاب قد يكون هزلاً يضع نظارات، لا يتجاوز عمره العشرين سنة، أقوى من جميع قرصنة البحار ...".
=راجع : يحيى محمد، مخاطر القرصنة المعلوماتية على الحكومة الإلكترونية ، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس المدينة، العدد ٥، الجزائر، جويلية ٢٠١١، ص ٢٥٩.

ونظراً لكون المصنفات والبرمجيات المتاحة في الوسط الرقمي تعتبر من قبيل الإبداع الفكري الواجب حمايتها من أي استغلال غير مشروع، فقد رأى جانب من الفقه بضرورة حمايتها بقوانين رادعة تحول دون التعدي عليها، نظراً لقيمتها الاقتصادية وما قد يخلفه الاعتداء عليها من خسائر مالية كبيرة لأصحابها، ناهيك عن التسبب في عزوفهم عن الابتكار والتأليف. بينما يرى جانب آخر عكس ذلك ويفرض حمايتها بحجة عدم وجود آليات تكفل حمايتها في الوسط الرقمي. لأن موضوع القرصنة الفكرية له وجهين، الأول ذو طابع تجسسي في المجالات السياسية والعسكرية والاقتصادية، أما الثاني فله علاقة مباشرة بحقوق الملكية الفكرية بفرعها الأدبية والفنية والملكية الصناعية.

وهنا يثار التساؤل حول شرعية القرصنة الالكترونية بين من يرى أنّها حق مشروع ضد الاحتكار، أم هي انتهاك وتعدّي على حقوق الملكية الفكرية.

- لكن ما هي دواعي اللجوء إلى القرصنة الإلكترونية ؟

- وما هي آثارها اقتصادياً وفكرياً ؟

- وما هي الآليات القانونية والتقنية لمواجهةها ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سيتم الوقوف على هذا النوع من الاعتداءات الحديثة التي تطل الأمن المعلوماتي وذلك بالتعرض لكل ما يتعلق بالقرصنة الإلكترونية؛ بدءاً بتحديد مفهومها وصورها، مروراً بأساليب ارتكابها وتطبيقاتها في الوسط الرقمي -التركيز على البرمجيات كنموذج- وصولاً لآثارها اقتصادياً وفكرياً وإجراءات الوقاية منها ثم آليات حمايتها.

أولاً: القرصنة الإلكترونية في الوسط الرقمي

لطالما اختلفت النظرة إلى حقوق الملكية الفكرية بين دول الجنوب الفقيرة معلوماتياً ودول الشمال المتطورة اقتصادياً، فبينما تنظر إليها الدول المتقدمة على أنها وسيلة لحماية حقوقهم الفكرية ومصالحهم الاقتصادية، فإنّ دول الجنوب ترى بأنّها مجرد وسيلة للحدّ من حريتهم الفكرية والإضرار بمصالحهم الاقتصادية.

وهذه النظرة نفسها انعكست على القرصنة الفكرية؛ بحيث تُرجمت إلى صورة للصراع بين طرفين متناقضين، عالم الشمال المتطور تقنياً وتكنولوجياً وعالم الجنوب الفقير معلوماتياً، صراع ظاهره اجتماعي إلا أنّ آثاره كبيرة على الجانبين: الاقتصادي والفكري.

٠١ - القرصنة" الأسباب والدوافع"

في زمن "قراصنة البحار" كان من أهم أسباب اللجوء إلى القرصنة بعد الإستلاء على الغنائم، هو الثورة على القوانين ورفض الفوارق العرقية والطبقية، وأبلغ تعبير على ذلك ما عبر عنه القرصان الشهير (الكابتن بيلامي) بقوله: "إننا لا نخضع للقوانين .. لقد وضعت للأغنياء لكي يسرقوا تحت حمايتها الفقراء ... إنّنا نسرق الأغنياء تحميناً فقط شجاعتنا...".

لكن... هذه النظرة التقليدية للقرصنة تغيرت اليوم، فبعد أن كانت القرصنة شكلاً من أشكال الاحتجاج الاجتماعي والتمرد على القوانين القائمة، أصبحت اليوم مهنة منظمة تمارس في بيئة أكثر تطوراً، ومن طرف أشخاص محترفين يستهدفون كل المجالات الحيوية سيما: صناعة البرمجيات، والنُوت الموسيقية، والبيانات الشخصية للأفراد، ومصنفات النشر الالكتروني. ولعلّ من أشهر مجموعات القرصنة اليوم في البيئة الرقمية، مجموعة القبعات السوداء (Black Hat)، ومجموعة أنونيمس (Anonymous).

٠٢ - مفهوم القرصنة الإلكترونية

يُقصد بالقرصنة المعلوماتية أو الاللكترونية في مجال العلوم القانونية: كل شكل من أشكال الاعتداء على المنتجات الفكرية والمصنفات الرقمية، أو الحصول على نسخة منها دون موافقة صاحبها.

وعرفها خبير نظم المعلومات بمعهد التنمية الإدارية القطرية (علاء عبد الرزاق السالمي) بأنها: "سرقة المعلومات من برامج وبيانات بصورة غير شرعية، وتخزينها في ذاكرة الحاسوب أو نسخ برامج معلوماتية بصورة غير قانونية"¹

والقرصنة الاللكترونية كصورة من صور التعدي على حقوق الملكية الفكرية بدأت معالمها في الظهور مع بدايات انتشار الحواسيب، ثم تطورت أكثر مع ظهور شبكات الاتصالات العالمية؛ وقد أشارت لها اتفاقية تريبس بنصها: "... أن السلع والمواد المقرصنة هي كل سلعة تشكل نسخة نسخت دون الحصول على موافقة صاحب الحق سواء تصنف بصورة مباشرة أو غير مباشرة..."

ولذلك يمكن تقسيم القرصنة الاللكترونية إلى فئتين:

- الفئة الأولى تطل البرمجيات، وتشمل عمليات النسخ الكلي أو الجزئي للبرنامج، وسرقة أصل البرنامج وإزالة معالمه أو تغييره.²

- أما الفئة الثانية فتطل شبكة الانترنت، وما تحويه من بيانات مدخلة ومخرجة، أو مخزنة.³

٠٣ - من هم القراصنة ؟

إنّ المعنى اللّغوي لكلمة القراصنة مستمد من مصطلح "القرصنة"؛ وهي تعني في اللّغة العربية: السلب أو النهب أو السرقة والسطو، ويقابلها في اللّغة الفرنسية مصطلح (Piraté).⁴

ويستشف من هذا المعنى أن القراصنة هم السارقون أو اللصوص؛ فالقرصان إذن هو الشخص الذي يمتن السرقة أو السطو على ممتلكات الآخرين، أمّا كوسيلة للربح أو للترفيه.

أمّا القرصنة في مدلولها الاصطلاحي القانوني (القرصنة الاللكترونية): فتشير إلى الانتهاك العمدي لحقوق المؤلف بغرض الحصول على المصنفات والبرمجيات أو البيانات معالجة آلياً بشكل غير مشروع. ذلك أن القرصان المعلوماتي الذي يسمى اصطلاحاً "بالبهاكر أو الكراكر" يمارس اعتداءاته في هدوء تام مستخدماً التقنيات التكنولوجية التي تُتيح له الحصول على المنتجات الرقمية دون التسبب في تلفها تحسباً لإعادة الانتفاع بها تجارياً بإعادة نسخها أو نشرها إلكترونياً.

¹ . راجع: عبد الرزاق علاء السالمي، تكنولوجيا المعلومات، ط ٢، دار المناهج، عمان الأردن، ٢٠٠٧، ص ٤٣٢.

² . محمد حسين منصور، المسؤولية الاللكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٣٧.

³ . من بين أهم أساليب القرصنة الاللكترونية صناعة الفيروسات الاللكترونية واستخدامها في التجسس الإلكتروني؛ خاصة في ظل تزايد اعتماد الحكومات والشركات والأفراد على تخزين ملفاتهم السرية الاقتصادية والإدارية وحتى الشخصية على الحاسبات المتصلة بالإنترنت.

راجع في ذلك: عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الاللكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، عمان الأردن، 2006، ص ١٠٦.

⁴ . ذلك أن لفظ القرصنة أول ما استخدم في مجال البحار، وأطلق على عمليات النهب التي يقوم بها البحارة ضد السفن الأخرى، ثم استخدمت بعد ذلك في مجال المعلوماتية . وقد جاء في كتاب معجم القانون، أن سفينة القرصنة: "هي سفينة تتربص في عرض البحر لسلب السفن"

أنظر: كتاب معجم القانون الصادر عن مجمع اللغة العربية، طباعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأمريكية، مصر، ١٩٩٩، ص ٥٠٨.

وحسب خبراء علم الإجرام المعلوماتي، فإن قرصنة الانترنت يختلفون كلياً عن المجرمين العاديين من حيث عدة صفات.¹ كما أنّ أهدافهم أيضاً تختلف فليس جميع القرصنة يسعون لتحقيق أرباحاً مادية أو تجارية، فكثيراً ما نجد أنّ دوافع القرصنة في إثبات الذات والتحدي وإبراز قدراتهم في مجال المعلوماتية فقط.

لذلك قسم فقهاء المعلوماتية، قرصنة الإنترنت إلى صنفين:

أ - الهاكرز (Hackers): هم الهواة ويسمهم البعض " المجرمين المستخدمين"، لأنّ هجماتهم عرضية غير منظمة هدفها التباهي بقدرتهم على قهر نظام الحاسب، وهم لا يشكلون خطر كبير على أمن المعلومات.

ب - الكراكرز (Crackers): هؤلاء هم المجرمون المحترفون " المبرمجون"؛ فهم أكثر خطورة واحترافية، فهم يتشكّلون في شبكات متخصصة هدفها اختراق الأنظمة المعلوماتية والشبكات والقيام بعمليات النسخ غير المشروع والإتلاف واصطياد كلمات المرور، والتجسس المعلوماتي لفائدة جهات معينة، وقد يصل العائد المادي لهذه الجرائم المنظمة إلى أضعاف عائدات الجرائم التقليدية.

٤٠ - أساليب القرصنة الالكترونية

في عام ١٩٨٨ استنفرت دول العالم جهودها لمواجهة فيروس إلكتروني ينتقل عبر أجهزة الكمبيوتر، كان ذلك عبارة عن فيروس ابتكره الأخوين الباكستانيين (أمجد وباسط الألفي)؛ وقد كان هذا برنامج حاسوبي يظهر في شكل رسالة تحذيرية بأن جهاز الكمبيوتر مصاب بعطب، واعتبر ذلك البرنامج أول فيروس إلكتروني أطلق على تسمية: (فيروس المخ أو الدماغ Brain virus). ولم يدرك الأخوين " ألفي" أن هذا البرنامج الذي بدأ كتجربة سيصبح وبألاً، يغزو أغلب الحواسيب في العالم، فمع نهاية عام ١٩٨٨ كان هذا الفيروس قد انتشر في معظم أوروبا وأمريكا عبر الأقراص المرنة، إلاّ أنّه ولحسن الحظ، لم يكن البرنامج -على حد تصريح صانعيه- معداً للتخريب، وإلاّ لكانت الكارثة.

إلاّ أنّ ذلك لم يكن إلاّ البذرة لشجرة الفيروسات الخبيثة المنتشرة اليوم، فبعد ذلك بسنتين فقط استنفرت العالم لمواجهة حرب إلكترونية بطلها فيروس الدودة الإلكترونية المدمر (دودة موريس Moris Worm) الذي ضرب بدايةً منصات شركة البرمجيات (IBM)، وتوسّع بفضل شبكة الانترنت ليشمل الشركات والمؤسسات والإدارات التي تتعامل معها، وبلغ في نهاية العام ثلثي الحواسيب في العالم.

وبعد ذلك التاريخ بدأت الفيروسات تشهد انتشاراً وتنوعاً حسب الأهداف والمهام ودرجة الخطورة. فقد ظهرت أحصنة الطروادة، وفيروس مايكل أنجلو عام ١٩٩٠، ثم فيروس الحب سنة ٢٠٠٠، ثم فيروس السارز عام ٢٠٠٠... وغيرها.

ولعل انتشار هذا المارد هو ما عجل بازدهار صناعة البرمجيات، فبدأت برامج الحماية من الفيروسات (Antivirus) في الظهور والانتشار، بعد أن وُضعت شركات البرمجيات في حالة استنفار قصوى لابتكار مضادات لهذه الفيروسات، سيما وأنّ نسبة هامة من هذه الصناعة موجهة للأمن المعلوماتي.

^١ . راجع في ذلك : فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢، بيروت لبنان، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

^٢ . يمكن تعريف فيروس المخ بأنه بر نامج حاسوبي يشتغل بنظام (MS DOS) أو (Creefer) . ويمكن تحميله على القرص المرن Floppy disk.

٥٠ - الأثار الاقتصادية للقرصنة الإلكترونية

في عالم أصبح فيه الاقتصاد متصل بكافة مناحي الحياة الاجتماعية والسياسية، فمنذ ظهور القرصنة الإلكترونية أحصى العالم خسائر اقتصادية تقدر بمئات المليارات من الدولارات، شملت على وجه الخصوص (برمجيات الحاسب الآلي، والنُوت الموسيقية، والمعلومات الإلكترونية، والنشر الإلكتروني). وهذه القطاعات اليوم تمثل عصب الاقتصاد الرقمي.

ولقد أدركت أغلب دول العالم سريعاً خطورة هذا الوباء المستشري، وسرعة انتشاره وحجم خسائره مقارنة بغيره من أشكال الاعتداءات التقليدية، فلجأت الدول التي يعتمد اقتصادها على الصناعات الرقمية إلى وضع سياسات حماية وقائية للتقليل من حجم خسائرها الاقتصادية.

وبعيداً عن الخسائر المالية فقد وجدت هذه الدول أيضاً أنّ للقرصنة الإلكترونية عدة مخاطر أخرى ليس على الاقتصاد فقط بل حتى على الفكر، فإضافة إلى ارتفاع عدد الوظائف التي يتم فقدانها سنوياً بسبب القرصنة نظراً لعدد المصانع التي يتم إغلاقها، فإنّ حجم الاستثمارات في مجال التكنولوجيا الرقمية قد انخفض أيضاً بسبب إحجام المستثمرين ورفضهم الرّجّ بأموالهم في مشاريع مهددة بالفشل بسبب البيئة الرقمية غير الآمنة¹

وفي ندوة عقدتها منظمة الويبو حول القرصنة أكد المشاركون أنّ الارتفاع المروّع لمعدلات القرصنة التجارية للمنتجات الرقمية أصبح يشكل خطورة كبيرة على الصناعة والابتكار وتسبب في إلحاق أضرار كبيرة بالمصالح الاقتصادية، وهو نفس الرأي الذي أكدته إحصائيات القرصنة التي أعدها مكتب مكافحة القرصنة التابع لجمعية منتجي المصنفات السمعية البصرية (MPA): حيث قُدر حجم قرصنة المصنفات السمعية والبصرية بحوالي ٢,٥ بليون دولار أمريكي سنوياً، وما يثير المخاوف أكثر هو أنّ هذه النسبة في ارتفاع مستمر، وفي تفسير آخر لهذا الرقم المرتفع نجد أنّ ما نسبته ٥% من الأفلام الأمريكية لا تغطي تكاليف إنتاجها وتسويقها وتوزيعها.²

ومما تجدر الإشارة إليه أنّ العلاقة بين معدلات القرصنة الفكرية وعدد مستخدمي الانترنت هي علاقة طردية، فكلما زاد عدد المستخدمين ارتفعت معه معدلات القرصنة، ومن خلالها حجم الخسائر الاقتصادية.

وقد ذكر إتحاد برمجيات الأعمال (BSA)،³ أنّ ارتفاع عدد مستخدمي الانترنت أدى إلى ارتفاع مضاعف لمعدلات القرصنة حتى 700% سنوياً، في مقابل زيادة في المعدل القياسي لنقل البيانات وصل حتى ٥ كيلو بايت في الثانية.⁴

وفي مقارنة بين حجم الخسائر الاقتصادية والمالية، أشارت إحصائية أنّ القرصنة الإلكترونية تسببت في خسائر فاقت قيمتها ١ مليار دولار أمريكي في أولى بداياتها في العقد الماضي عام ١٩٨٠، بينما بلغت قيمتها ١١ مليار دولار في بداية الألفية الواحد والعشرون عام ٢٠٠٠، أما أحدث الإحصائيات فأشارت إليها منظمة إتحاد برمجيات الأعمال (BSA) بذكرها أنّ حجم

^١ . تسبب فيروس الحب عند أول ظهور له عام ١٩٩٩ في إغلاق مصنع لصناعة الحاسبات الشخصية أنشأته شركة دبل في إيرلندا، ودام هذا الإغلاق مدة يومين تكبدت خلالها الشركة خسائر كبيرة لأن الحاسبات هي المسؤولة عن عمليات الصناعة التي تعتمد على الانترنت. ما اضطر المصنّعون إلى إعادة إنتاج أكثر من ١٢٠٠٠ حاسب شخصي بسبب عدم اكتمال إنتاجها بسبب قرصنتها أثناء مرحلة التصنيع.

راجع في ذلك: محمد دباس الحميد وماركو إبراهيم نينو، حماية أنظمة المعلومات، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط ١، عمان الأردن، ٢٠٠٧، ص ٧٤.

^٢ . راجع: وثيقة الويبو رقم: WIPO /IP/HB98/20B .November 1998.

^٣ . إتحاد برمجيات الأعمال يصطلح على تسميته باللغة الانجليزية : Busines Software Alliance، والمعروف اختصاراً (BSA).

^٤ . راجع: رشا على الدين، مرجع سابق، ص ٥٧.

الخسائر بلغ ٥٨ مليار دولار عام ٢٠١ أي بنسبة نمو تقدر بـ ١٨.١ % سنويا مقارنة بقيمة ٣١ مليار دولار المسجلة قبل ٦ سنوات، وأشارت ذات الدراسة أنّ من أكثر صور القرصنة البرمجيات شيوعاً في العالم هي قيام الإدارات والشركات وحتى المؤسسات الحكومية بشراء نسخة واحدة من البرنامج وتثبيتها على أكثر من جهاز كمبيوتر واحد.^١

وللتدليل على قيمة الخسائر الاقتصادية ذكرت ذات المنظمة أنّها توقعت في سنة ٢٠١ أن تشهد صناعة البرمجيات نمواً وازدهاراً معتبراً بعد أن ارتفعت قيمة مبيعات أجهزة الكمبيوتر الشخصية بنسبة ١ % عالمياً، إلا أنّ حدث العكس بعد أن تم شراء ما قيمته ٩٥ مليار دولار من البرمجيات بشكل مشروع، ومقابل ذلك فإنّ قيمة النسخ التي تم الحصول عليها بشكل غير مشروع (المقرصنة) ارتفعت أيضاً لتبلغ ٥٩ مليار دولار أمريكي، أي بنسبة خسارة تقدر بـ ٦٣ % سنوياً عن كل دولار.

كما نشرت المجلة في عددها لعام ٢٠١ قائمة دولية لنسب القرصنة وفق تقسيمين؛ القائمة الأولى من (١٠٠٥ %) تمثل الدول التي تحتل المراتب الأولى عالمياً من حيث نسب القرصنة. أما القائمة الثانية من: (٥٠٠ %) تمثل الدول التي تحتل المراتب الأقل عالمياً من حيث نسب القرصنة.^٢ وهذا وفقاً للجدول التالي: (ينظر الملحق آخر المقال)

وموازة مع هذا التقرير نشرت المجلة تقريراً آخراً عن القيمة التجارية للبرمجيات المقرصنة لسنة ٢٠١؛ حيث احتلت فيه و م أ المرتبة الأولى عالمياً من حيث قيمة الخسائر بـ ٩.٥ دولار أمريكي،^٣ تليها الصين بـ ٧.٧٧ د أ، ثم روسيا بـ ٢.٨ د أ.

أمّا من حيث قيمة البرامج المستخدمة بشكل غير مرخص (المقرصنة)، فبلغت حسب الترتيب القاري كالتالي: آسيا بـ ١٨.٧ د أ، يليها الاتحاد الأوروبي بـ ١٦.٥ د أ، ثم أمريكا الشمالية بـ ١٠.٦ د أ، ثم أمريكا اللاتينية بـ ٧.٠٣ د أ، ثم وسط وشرق أوروبا بـ ٥.٦٥ د أ، أما الشرق الأوسط وإفريقيا فبلغت بـ ٤.٠٧ د أ.

ثانياً: خطة مواجهة القرصنة الإلكترونية

لا شك أن الحد من القرصنة الإلكترونية سيكون له فوائد كبيرة على الصناعة والاقتصاد ككل، فقد قدر خبراء الاقتصاد والمعلوماتية في دراسة أجريت سنة ٢٠١ نشرتها مجلة اتحاد برمجيات الأعمال، أنّ من شأن التقليل من معدلات قرصنة البرمجيات بنسبة ١٠ % فقط لمدة ٤ سنوات متواصلة وبصفة منتظمة بقيمة ٢.٥ % عن كل سنة، أن يؤدي إلى زيادة العائدات الاقتصادية العالمية بقيمة ١٤ مليار دولار، كما من شأن ذلك أن يخلق ٥٠ ألف وظيفة جديدة، ويولد عائدات ضريبية للحكومات بقيمة ٣ مليار دولار، بمتوسط يفوق ٨ %، بما يعود على الاقتصاد المحلي والعالمي بالفائدة.

وهو نفس الرأي الذي أثبتته دراسات أخرى أجريت مؤخراً، بعد أن نجحت العديد من البلدان في خفض نسب القرصنة إلى معدلات معقولة وفي ظرف وجيز بإتباعها خطط ومناهج متواصلة ومتكاملة تشارك فيها كل من:

- الحكومات بأجهزتها التشريعية والتنفيذية والقضائية: عن طريق إصدار قوانين مناسبة مع ضمان متابعتها وتنفيذها؛
- شركات إنتاج البرمجيات: بتبنيها سياسات حماية فعالة تعوق الوصول للبرمجيات دون ترخيص (الحماية القبلية)؛
- الأفراد: باعتبارهم مستهلكين إيجابيين يحترمون حقوق منتجي البرمجيات؛

^١ . استقصاء نشرته مجلة اتحاد برمجيات الأعمال (BSA) Business Software Alliance) شمل كل من قارة آسيا وأمريكا اللاتينية وإفريقيا، وهي تمثل أكبر بور القرصنة في العالم أثبت أن حوالي ٥١ % من المستخدمين يعتقدون خطأ أن هذا الفعل قانوني.

2 . Business Software Alliance, Eighth annual BSA Global Software 2010 Piracy Study, May 2011, P 03, Available at: www.bsa.org.

^٣ . دولار أمريكي: وسيشار إليه في بقية الصفحات اختصاراً بـ د أ.

ومن هذا المنطلق وتطبيق هذه الخطة يمكن تقليص نسب القرصنة نظرياً، لكن واقعياً يحدث العكس دائماً. ولعل هذا ما يدعوننا إلى طرح التساؤل التالي:

- ما الذي يترك زهاء ٥٩% من مستخدمي البرمجيات في العالم يتجهون نحو القرصنة الالكترونية للبرمجيات؟ بالرغم من إدراكهم التام بأن حماية البرمجيات من شأنه أن يساعد في رفع نسبة النمو الاقتصادي!!!
- ثم ما الذي يدفع نحواً ٦١% من المستخدمين يحترفون القرصنة المنظمة ضد الشركات المنتجة للبرمجيات؟ بالرغم من علمهم بأن حماية شركات صناعة البرمجيات من شأنه أن يساهم في ابتكار العديد من البرمجيات المتطورة!!!

لا شك أن كل ذلك مرده إلى الارتفاع غير المبرر والسعر الباهظ لأسعار البرمجيات، لأن معظم المستخدمين بل حتى بعض الأجهزة الحكومية سيما في الدول النامية أقروا صراحة بلجوئهم إلى قرصنة البرمجيات عن طريق شراء نسخة أصلية وتبادلها بشكل غير مشروع فيما بينهم وتثبيتها على أكثر من حاسوب، بسبب عدم قدرتهم على اقتنائها؛ نظراً لارتفاع أسعارها من جهة، والاحتكار الذي تمارسه الشركات المنتجة للبرمجيات من جهة أخرى.

وفي هذا الصدد أكد بعض الخبراء الاقتصاديون أن أغلب المخالفين وبالرغم من كونهم يُولون عناية كبيرة لمسألة حماية حقوق منتجي البرمجيات، إلا أن ٨١% منهم يفضلون استخدام البرمجيات المقرصنة لأنها حسب رأيهم أكثر موثوقية من البرمجيات الأصلية.

وكإجابة على خطة مواجهة القرصنة سيتم استعراض أهم الجهود الدولية لمكافحة القرصنة الالكترونية:

١٠ - الأحكام التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية لمكافحة القرصنة الالكترونية

في بداية الألفية الواحد والعشرون راجت شائعات عن احتمال توقف أجهزة الكمبيوتر بسبب فيروس خطير سيغزو العالم كله في وقت شهدت فيه الانترنت انتشاراً واسعاً وتطورت فيه صناعة البرمجيات لتصبح أحد أهم أقطاب الاقتصاد العالمي، وأثر هذا مباشرة في الاقتصاد وجعل من القرصنة حديث العام والخاص فتحوّلت بذلك أنظار العالم من الحرب ضد الإرهاب العادي إلى الحرب ضد إرهاب أكثر تعقيداً وتطوراً هو الإرهاب الالكتروني (القرصنة الإلكترونية). وأيقن المجتمع الدولي حينها أنه لا بديل عن التعاون الدولي لوضع حد لهذه التهديدات، وتطبيقاً لذلك قامت العديد من الدول لإبرام اتفاقيات دولية كما عملت على تدعيم قوانينها الوطنية بما يضمن حماية أكثر للمبرمجين من أفراد وشركات بهدف إنقاذ الاقتصاد العالمي والتقليل من خسائر القرصنة، اعتقاداً منهم بأن القانون هو وحده الكفيل بوضع حد للقرصنة الالكترونية.

وبالرغم من كل محاولات توحيد الجهود الدولية في مواجهة القرصنة الالكترونية وإعادة الاعتبار لأصحاب البرمجيات، إلا أن كل هذه الجهود لم ترق لمستوى تطلعات المجتمع الدولي، فحجم الضرر الاقتصادي والفكري الذي سببته القرصنة يبقى في تزايد مستمر. لأن أغلب الدول ركزت جهودها على التصدي للصور التقليدية للاعتداء على المصنفات الرقمية كالدخول إلى النظام المعلوماتي بشكل غير مشروع، إلا أنها أغفلت القرصنة الالكترونية، مع أنها تمثل أكثر صور الاعتداء خطورة وأشدّها ضرراً في الوسط الرقمي.

ومع ذلك يمكن إيجاد بعض النصوص والتطبيقات القضائية لقوانين مكافحة القرصنة الالكترونية في ثنايا بعض التشريعات والقوانين المتخصصة التي تأثرت بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية المبرمة حديثاً فأقرت لذلك عقوبات تحد من أخطار القرصنة وتُحث على تبني تدابير تضمن الحماية لحقوق الملكية الفكرية الرقمية. ومن ذلك نذكر:

أ- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)

جاءت اتفاقية الجوانب التجارية المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية المعروفة باسم اتفاقية تريبس، المبرمة في ١٥/٤/١٩٩٥ بمدينة مراكش المغربية بأحكام جديدة بهدف ترقية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة سيما ما ارتبط منها بالوسط الرقمي، مثل: برامج الحاسوب وقواعد البيانات، وطبوغرافيا الدوائر المتكاملة.

فأكدت اتفاقية تريبس من خلال نص المادة ٤١ على ضرورة دعم وحماية حقوق الملكية الفكرية الرقمية بما لا يعوق التجارة الدولية وبشكل يتماشى مع خطورة وسرعة هذه الاعتداءات.^١

أما المادة ١٠ فقد نصت صراحة على حماية برامج الحاسب الآلي والبيانات المعالجة آليا (قواعد البيانات) سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، باعتبارها مصنوعات أدبية وفنية بتعبير اتفاقية برن.

هذا وتبنت الاتفاقية في المادة ٦٩ " مبدأ التعاون الدولي " كحل لمكافحة الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية بالطرق المستحدثة، مثل: تبادل المعلومات الإدارية بشأن السلع أو المواد التي تشكل انتهاك لحقوق الملكية الفكرية كالتقليد.

وبالرغم من أن اتفاقية تريبس عالجت جانب كبير من حقوق الملكية الفكرية في الوسط الرقمي، إلا أن أحكامها تبقى عمومية ينقصها التخصص أكثر، في عصر سمته الأبرز التطور التكنولوجي المتسارع في مجال المعلوماتية. ولعل هذا أدى بالدول مجتمعة إلى التفكير في إصدار اتفاقيات أخرى أكثر عمقا وتخصصا وملائمة للتحديات الرقمية، فجاءت تطلعات الدول في محلها بإقرار منظمة الويبو لاتفاقيات حق المؤلف والحقوق المجاورة بشأن الانترنت بتاريخ: ٢٢/٩/١٩٩٦.^٣

ب- اتفاقية الويبو للإنترنت بشأن حق المؤلف (WCT)

جاءت اتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف أو كما تسمى باتفاقية الانترنت استجابة لتطور صور النشر الإلكتروني للمصنفات عبر الإنترنت، فقد تم صياغة نصوصها لتستوعب كل الصور المستحدثة للاعتداء على المصنفات الرقمية المنشورة عبر الإنترنت مثل: القرصنة الإلكترونية والنشر الإلكتروني غير المرخص به.

وتضمنت هذه الاتفاقية العديد من الأحكام التدابير الحدودية المتعلقة بالقرصنة الإلكترونية والمساس بحقوق النشر الإلكتروني أدرجتها تحت مسمى " جدول الأعمال الرقمي".

ومن بين أهم الحلول التي قدمتها اتفاقية الويبو لحق المؤلف :

-اعتبرت المعاهدة من خلال نص المادة ١٢^٤ أن أي تحميل للمصنفات المنشورة على صفحات الموقع (البرامج والبيانات) يشكل صورة من صور النسخ غير المشروع لحقوق المؤلف إذا تمت بدون إذن أو تصريح من صاحب الحق أو بطريق

١ . انظر: نص المادة ٤١ من اتفاقية تريبس.

٢ . انظر: نص المادة ٦٩ من اتفاقية تريبس - التعاون الدولي-

٣ . لما رأته منظمة الويبو WIPO أن اتفاقية معاهدة تريبس تعد تستوعب التقنيات الرقمية التي تنامي العمل بها من خلال شبكة الانترنت ، اتجهت الجهود الدولية التي بذلت تحت مظلة الويبو إلى عقد للمؤتمر الدبلوماسي للويبو بتاريخ : ٢٠ ديسمبر / كانون الأول ١٩٩٦ ، الذي تمخض عنه إبرام اتفاقنا الانترنت:

الأولى متعلقة بحق المؤلف باللغة الإنجليزية (Wipo Copyright Treaty)، اختصارا: (WTC)، دخلت حيز التنفيذ في مارس ٢٠٠٢ . والثانية متعلقة بالتسجيلات الصوتية باللغة الإنجليزية : (Wipo Performances and Phonograms Treaty)، اختصارا: (WPPT)، دخلت حيز التنفيذ في ماي ٢٠٠٢ .

٤ . انظر نص المادة ١٢ فقرة ١ من معاهدة الويبو لحق المؤلف - الالتزامات المتعلقة بالمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق.

التحاييل على التدابير التكنولوجية، واقتُرحت الاتفاقية كحل للحد من القرصنة الالكترونية ضرورة تبني نظام التسيير الالكتروني لحقوق المؤلف الذي يُمكن صاحب الحق من التحكم في جميع نسخ المصنّف عند نشرها على الانترنت؛ بحيث يمنع الغير من استخدامها إلا بترخيص منه.

وتماشيا مع الجهود المبذولة للتقليل من مخاطر الاعتداء على المصنّفات الرقمية سيما البرمجيات، فقد اعتبرت المادة ١ من اتفاقية الويبو^١ كل هذه الاعتداءات بمثابة احتيال على التدابير التكنولوجية، كما تبنت المعاهدة من خلال نص المادة ١٢^٢ فقرة ٢ مبدأ الحل الشامل، كمعيار تقني يتماشى والطبيعة الرقمية التقنية المعقدة لهذه الحقوق من جهة، ويحترم المعلومات الضرورية لإدارة الحقوق من جهة أخرى.^٣

ج - اتفاقية بودابست لمكافحة الإجرام المعلوماتي

إن متطلبات تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الإجرام المعلوماتي أصبح الشغل الشاغل الذي يؤرق المنظمات الدولية وأصحاب الحقوق على المصنّفات الرقمية، وقد قامت الشركات المنتجة للبرمجيات بإيعاز من بعض الدول بإبرام أول اتفاقية متخصصة في مجال مكافحة جرائم الانترنت (Internet Crimes)، عُرفت باتفاقية بودابست لمكافحة الإجرام المعلوماتي أو الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الجريمة المعلوماتية.^٣

والمقصود بالمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق (right management information): المعلومات المشفرة التي تم إلحاقها بالمصنّف في صورة رقمية، وكذا التعديلات والتحويلات غير المرئية، التي تقتزن بالمصنّف والتي تمكن صاحب الحق من التعرف عليه.

لمزيد من التفصيل راجع : حسن جمعي، حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، مقال مقدم ل حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين المنظمة من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومعهد الدراسات الدبلوماسية المصري، القاهرة، من ١٣-١٦ ديسمبر ٢٠٠٤، ص٨، متاح على الموقع:

http://www.wipo.int/ORGARAB\SHARED\SEMINARS\2004\Cairo.Dec\docs\wipo_ip_dipl_cai_04_8.doc.

^١ . انظر نص المادة ١١ من نص معاهدة الويبو لحق المؤلف - الالتزامات المتعلقة بالتدابير التكنولوجية-

ويقصد بالأحكام والتدابير التكنولوجية في هذا النص كل تقنية أو إجراء يؤدي في إطار استخدا مه العادي إلى الحد من الاستخدام غير المشروع للحقوق المحمية.

Les mesures techniques définies comme « tout technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par le titulaire de droit d'auteur..., prévu au chapitre 3 de la directive 96/9/CE .

Voir : Séverine Dusollier, Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen, Cahiers de Recherches Informatique et Droit N° 18, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruylant- Bruxelles, 2000, p 42.

^٢ . انظر نص المادة ١٢ فقرة ٢ من معاهدة الويبو لحق المؤلف - الالتزامات المتعلقة بالمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق-

^٣ . تم توقيعها في العاصمة المجرية بتاريخ : ٢٣/١١/٢٠٠١ بحضور ٢٦ دولة أوروبية إضافة إلى م أ وكندا واليابان

وجنوب إفريقيا، وتم إقرارها بعد أربع ٤ سنوات من المفاوضات. تسمى باللغة الإنجليزية اصطلاحا : The Budapest Convention on cyber crime أو convention on cyber crimes.

وتعرضت الاتفاقية من خلال^٤ مادة مقسمة إلى ٤ فصول إلى مختلف صور الجرائم المتصلة بالحاسب والإنترنت، وركزت في الفصل الرابع خصوصاً على القرصنة الالكترونية للبرمجيات، تحت مسمى: "الإخلال بحقوق المؤلف إلكترونيًا"^١، وصنفتها ضمن أكبر الأخطار التي تتهدد اقتصاديات الدول في العصر الحديث.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية بودابست أشارت في مقدمتها بشكل صريح، إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار بالتوصية رقم: (NFR/88/2)، المتعلقة بالقرصنة في مجال حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وقد أوردت الاتفاقية في فصلها المعنون بـ: "الجرائم المتعلقة بانتهاك حقوق المؤلف والحقوق المجاورة"، جملة من الإجراءات والتدابير الوقائية التي تؤكد على حماية حقوق المؤلف من كل أشكال الانتهاك بما فيها الإجراءات التي نصت عليها الاتفاقيات السابقة.

وتأكيداً لجهود التعاون الدولي ركزت الاتفاقية على ضرورة إنشاء مراكز للاتصال وجمع المعلومات بخصوص الجرائم الجنائية المتعلقة بالكمبيوتر تعمل ٢٤ ساعة و٧ أيام، تعمل على تقديم المشورة التقنية وجمع الأدلة، وتبادل البيانات عن المشتبه فيهم وتحديد أماكن تواجدهم، سيما وأن القرصنة تأخذ صورة الجرائم الدولية العابرة للحدود.

٢ - الحلول التي قدمتها المنظمات الدولية المتخصصة لمكافحة القرصنة الإلكترونية

منذ بدء ظهور الاعتداءات التقليدية على حقوق الملكية الفكرية، تم إنشاء العديد من المنظمات الدولية والإقليمية للإشراف على إنفاذ اتفاقيات ومعاهدات تدعم حماية هذه الحقوق، وأصبح دور هذه المنظمات أكثر فعاليةً وتخصّصاً مع اقتران حقوق الملكية الفكرية بالتكنولوجيا الرقمية، سيما بعد ظهور القرصنة الالكترونية وما أفرزته من تأثيرات على الاقتصاد والتجارة. وهذا ما شجّع عدد كبير من الدول إلى التكتل في إطار منظمات دولية متخصصة للحد من الانتهاكات التي تظال برمجيات الحاسوب. ومن بينها:

أ - المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)

تعتبر المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)^٢ أول منظمة دولية متخصصة في حماية حقوق الملكية الفكرية للمبدعين، والمؤلفين، والمخترعين في جميع أنحاء العالم.

^١ . وحسب الأستاذ "يونس عرب": " فإن هذه الطائفة من الجرائم تنتمي إلى جرائم الأموال، وتشمل أنشطة الدخول أو التوصل غير المصرح به لنظام الكمبيوتر أو الشبكة بشكل مجرد أو لغرض ارتكاب فعل آخر ، وتخريب المعطيات وتزوير نظم الكمبيوتر أو تعديلها، وخلق البرمجيات الخبيثة والضارة ونقلها عبر النظم والشبكات، وأنشطة الاعتداء على الخصوصية باقتناص كلمات السر ...". =

=راجع: يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي المنظم بالمركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية، أبو ظبي، من ١٠-١٢ فيفري ٢٠٠٢، ص ٠٩، متاح على موقع مدرسة توت شامي التعليمية (School Tootshamy)، متاح على الموقع: www.tootshamy.com .

^٢ . المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، تأسست بتاريخ: ١٤/٠٧/١٩٦٧ و تم تعديلها بتاريخ: ٢٨/٠٩/١٩٧٩، مقرها جنيف بسويسرا.

يشار إليها بالانجليزية (wipo) اختصاراً لـ: world intellectual property organization. ويشار إليها أيضاً بالفرنسية (OMPI) اختصاراً لـ: organization mondiale de propriété Intellectuelle .

ومنذ إنشائها تولّت الويبو على عاتقها مهمة الربط والتنسيق بين الهيئات الدولية الفاعلة في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، مثل: المركز المضاد للقرصنة السمعية البصرية (ALPA)، والمركز السينماتوغرافي (CNC)... وغيرها من الهيئات الفاعلة.

إضافة إلى ذلك تقوم المنظمة بتقديم الدعم والمساندة والمشورة للبلدان الأعضاء فيها،¹ والبلدان الأخرى التي ترغب في الانضمام إليها، سيما البلدان النامية وإمدادهم بالمعلومات والبرامج والكتيبات اللازمة لذلك، وترجمتها إلى عدة لغات. أما في مجال الحماية فقد خصّصت الويبو اتفاقية نموذجية لحماية البرمجيات نصت في المادة الأولى منها على أن تشمل حماية البرمجيات "البرنامج" بمعناه الضيق (وصف البرنامج)، أو المستندات الملحقة به حسب نص المادة²، بشرط توفر الابتكار في جزء من مراحل إعداد البرنامج. كما حظرت بموجب المادة³ ممارسة بعض التصرفات بغير الرجوع إلى صاحب البرنامج، مثل: حظر النسخ الكلي أو الجزئي للبرنامج باستخدام الوصف المطابق للبرنامج الأصلي (البيانات الوصفية) أو باستعمال برنامج مقلّد، وحظرت أيضاً استعمال البرنامج من أجل عمل برنامج آخر مطابق له عملياً (الاستعمال الضيق).

وإضافة إلى كل ذلك فإن المنظمة لم تغفل دورها التقليدي في مساعدة الحكومات والدول والمنظمات في إعداد كوادرها البشرية والمساهمة في رسم سياستها التشريعية التي تتفق وقواعد حماية الملكية الفكرية ونشر المعرفة بحقوق الملكية الفكرية، وهي أيضاً تشرف على إدارة⁴ ٢ معاهدة دولية.²

ب- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)³

أبدت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية اهتمامها بالحاسب الآلي ومشكلاته القانونية، سيما ما يتعلق منها بحماية المعلومات والبيانات منذ سنة ١٩٧٧، إلا أنّ تطبيقات ذلك لم تتجسد إلا في العام ١٩٨٨ عند قيام المنظمة بتشكيل لجنة خاصة تُعنى بدراسة الجريمة المعلوماتية في الدول الأعضاء وأكملت لها مهمة إعداد دراسة مقارنة لمختلف قوانين الدول الأعضاء، وتمخّض عن عمل هذه اللجنة صدور تقرير مفصّل عن جرائم الحاسب الآلي عالم ١٩٨٧ تحت عنوان: "جرائم الحاسب الآلي- تحليل الأنظمة القانونية المختلفة".

وفي دراسة تحليلية لهذا التقرير نجد أنه حدّد الأفعال التي يمكن اعتبارها من قبيل الجرائم المعلوماتية (القرصنة المعلوماتية) في مختلف تشريعات الدول الأعضاء.⁴ وبناءً عليه أصدرت المنظمة توصية للدول الأعضاء تتعلق بالإجراءات

¹ يقصد بالبلدان الأعضاء: أي دولة عضو في اتحادي باريس أو برن ، أو أي دولة أخرى ليست عضو في الإتحادين ولكنها عضو في هيئة الأمم المتحدة أو إحدى وكالاتها المتخصصة ، ويتم الموافقة على العضوية بدعوة من الجمعية العامة للانضمام إلى اتفاقية المنظمة.

² بلغ عدد الدول الأعضاء في الويبو اليوم ١٧١ دولة أي حوالي ٩٠% من مجموع دول العالم، ويقارب عدد موظفيها ٦٩٠ يمثلون حوالي ٧٥ دولة. وتشرف على ٢١ معاهدة دولية أهمها: (اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٨٨٣- اتفاق مدريد لقمع بيانات مصدر السلع الزائفة والمضللة ١٨٩١- معاهدة واشنطن للدوائر المتكاملة ١٩٨٩- معاهدة قانون العلامات ١٩٩٤- اتفاقية برن لحماية الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٦- اتفاقي روما لحماية فناني الأداء ١٩٨١- اتفاقية جنيف لحماية منتجي الفونوغرام ١٩٧١- معاهدة الويبو لحق المؤلف ١٩٩٦- معاهدة الويبو للتسجيل الصوتي ١٩٩٦).

راجع: فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات. قانون البرمجيات، دار الكتاب الحديث، الكتاب الأول، القاهرة، 2006، ص ٧٥.

³ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ، تسمى (OECD) اختصاراً لـ: Organization for Economic Co-operation and Development

⁴ حدّد التقرير أهم الأفعال التي يمكن اعتبارها من قبيل الاعتداء على المصنفات الرقمية من ذلك : إدخال معلومات نظام الحاسب الآلي أو تعديلها أو محوها أو إتلافها أو استغلالها تجارياً بما يشكل انتهاكاً لحقوق أصحاب البرامج ، أو قرصنتها

والتدابير الأمنية لحماية المعلومات بتاريخ: ٢٦/١٩٩٢، ثم تمّ استبدالها بتوصية أخرى بتاريخ: ٢٠٠٧/٢٠٠٧ كخطوة أولى لمكافحة الجريمة المعلوماتية وحماية برمجيات الحاسب الآلي وشبكات المعلومات.

كما ينسب إلى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية دورها في إرساء مبادئ حماية الخصوصية ونقل وتدقيق المعلومات الشخصية، كقواعد إستراتيجية موجهة للأشخاص الطبيعيين لا تحمل طابع الإلزام القانوني مفصلة في ثمانية (٥) مبادئ أكدت في معظمها على ضرورة التعاون الدولي لحماية البيانات عن طريق وضع قواعد عامة تسترشد بها الدول أثناء صياغته تشريعاتها الداخلية، ويستعين بها الأفراد في شتى تبادلاتهم الإلكترونية.¹

ج- دور المجلس الأوروبي

إن اضطلاع المجلس الأوروبي بهذا الدور بدأ منذ سبعينات القرن الماضي، بعد إقرار المجلس عدد من الاتفاقيات ذات الصلة بمشكلات الحاسوب والإنترنت، بدايةً باتفاقية حق الأفراد في الخصوصية وحماية الأشخاص من إساءة استخدام البيانات المعالجة إلكترونياً بتاريخ: ١٩٨٠/٩١٧، ثم تلى ذلك إصدار التوصية الخاصة بحماية البيانات الشخصية من سوء الاستخدام وحماية تدفق المعلومات بتاريخ: ١٩٨١/١٢٨.

أما فيما يرتبط بالجريمة المعلوماتية، فإن المجلس الأوروبي لم يتدخل إلا بعد توسع وانتشار الجرائم الحديثة، عقب عقد المؤتمر الثاني عشر لرؤساء معاهد العلوم الجنائية عام ١٩٧٧ أين أقرت لجنة الوزراء في المجلس الأوروبي التوصية رقم: ١٢/٨١ بتاريخ: ١٩٨٠/١٦٢؛ التي أثار من جديد مشكلة الجريمة المعلوماتية والقرصنة الإلكترونية فجاءت التوصية رقم: ١٩٨٩/٠٩٨٩ في سبتمبر ١٩٨٩ بهدف وضع سياسة تشريعية جنائية موحدة لمواجهة الصور المستحدثة لهذه الانتهاكات، ومن بين أهم ما جاء في هذه التوصية تقسيم جرائم الحاسب الآلي إلى طائفتين:

- قائمة أساسية (Minimum List): تشمل كل الأفعال التي اتفقت جميع دول المجلس على خطورتها بوصفها جرائم معلوماتية بامتياز .
- أما القائمة الاختيارية (Optional List): فتشمل الصور الحديثة لجرائم المعلوماتية التي يُترك للدول مُطلق الحرية في مكافحتها، وتندرج تحتها القرصنة الإلكترونية.

ويرى جانب من الفقه أنه بالرغم من عدم إدراج القرصنة والفيروسات ضمن أفعال الطائفة الثانية، إلا أنّها تبقى أكبر خطر يتهدد البرمجيات وكان من الأجدر إدراجها ضمن القائمة الأساسية.²

واستمرت جهود المجلس الأوروبي في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية، إلى أن تكّلت جهوده بإصدار اتفاقية شاملة تتعلق بجرائم الحاسب الآلي بتاريخ: ٢٠٠٧/٢٠٠٧، وقد ظهرت في البداية كمسودة مشروع إلا أنّها شكّلت فيما بعد التزاماً في وجه الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي، وألّزمت بموجبها كل الدول بتعديل قوانينها الداخلية بما يتلاءم وفصول هذه

والحصول عليها بشكل غير مشروع. وتجريم الاعتداء على الحق الاستشاري للحائز الشرعي للبرنامج المحمي إذا كانت لدى الحائز نية استغلاله تجارياً.

لتفصيل أكثر راجع: نانلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية دراسة نظرية وتطبيقية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، بيروت لبنان، 2005، ص ٢٤٨.

^١ لتفصيل أكثر: على جبار الحسناوي، جرائم الحاسوب والإنترنت، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2006، ص ١٥٥.

^٢ نانلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤.

التوصية¹ وقد تضمنت هذه التوصية بعض الأحكام والإجراءات للحد من القرصنة الإلكترونية مثل: تجريم الدخول غير المشروع للنظام بشكل كلي أو جزئي، والنسخ غير المشروع، و منع اختراق نظم الحماية والالتقاط العمدي لبيانات الحاسب الآلي ومعلوماته، كما تبنت الاتفاقية مبدأ التعاون الدولي كآلية لمكافحة الجرائم المعلوماتية.

ومما لا شك فيه أن الخسائر الكبيرة التي تشهدها الدول المتقدمة صناعياً بسبب معدلات القرصنة المرتفعة للبرمجيات سيما النسخ غير المشروع (التقليد)، سيحتّم عليها مستقبلاً التفكير في إقامة تعاون جدّي فيما بينها خاصة وأنّ تكلفة إنتاج البرنامج مرتفعة جداً في حين أنّ استنساخها أسهل بكثير من حيث الوقت والجهد والتكلفة.

وكتقييم لعمل المجلس الأوروبي يُمكن القول أنّ الأحكام التي قدّمها أكثر فعاليةً نظراً لطابعها الإلزامي، ويُمكن اعتمادها كقوانين نموذجية لجميع الدول الأعضاء. ولعل هذا ما تجسد من خلال تبني منظمة الويبو الإرشاد المتعلق بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في مجتمع المعلومات عام ١٩٩٦².

• خاتمة

تحتفل أغلب دول العالم باليوم العالمي للملكية الفكرية، والذي يصادف تاريخ^{٢٦} أفريل من كل سنة، وعبر هذه المناسبة تحاول الهيئات الدولية الفاعلة دعم حماية الملكية الفكرية؛ من خلال التّحسيس بمخاطر الاعتداء على الحقوق الفكرية وإبراز أثر ذلك على الإبداع الفكري. ومن أجل تحقيق ذلك فهي تتبنى إضافةً إلى الإجراءات المدنية والجنائية سياسة دفاعية تقوم على نشر ثقافة الحماية التقنية (كحماية إستباقية)؛ والتي تعتمد أساساً على مبدأ " الوقاية خير من العلاج".

ومع ذلك تتفاجأ هذه الدول في كل سنة بتقارير معاكسة تعبر عن ارتفاع نسبة قرصنة البرمجيات الإلكترونية، وزيادة في الخسائر المالية تقدّر بمليارات الدولارات. ولعل السبب في ذلك يرجع بشكل أساسي إلى تنامي صور الاعتداء الحديثة التي تحدث بواسطة الفيروسات الإلكترونية وعمليات القرصنة بشكل رهيب. وهذا كله يؤكد أنّ المهمة ستكون أكثر تعقيداً في المستقبل، الشيء الذي سيحتّم على الدول والمنظمات مضاعفة جهودها -عن طريق تبني مبدأ التعاون الدولي- من أجل الحدّ من أخطار القرصنة الإلكترونية والتصدي لكل الصّور المستحدثة لانتهاك حقوق الملكية الفكرية في الوسط الرقمي.

ومن خلال إجراء مقارنة بين نسب القرصنة عبر السنوات الأخيرة نجد أنّ أغلب الدول الصناعية اقتنعت أخيراً بقصور أنظمة الحماية القانونية التقليدية (المدنية والجزائية) التي تبنتها سابقاً وأقرت بعجزها وعدم قدرتها لوحدها على استئصال القرصنة الإلكترونية؛ التي أصبحت بمثابة وباء ينخر اقتصاديات الدّول المتطوّرة ويهدّد أمنها المعلوماتي، وأيقنت أنّ هذه السياسات ستكون أكثر فعالية لو أُدمجت مع الحماية التّقنية الاستباقية؛ التي تقوم على مبدأ وضع عقبات تقنية تحول دون الوصول للمنتجات الرّقمية والبرمجيات المحمية إلاّ بإذن أو ترخيص من صاحبها، خاصةً وأنّ هذا النوع من الحماية قد قطع أشواطاً كبيرة سيما لدى شركات صناعة البرمجيات. ولم يبق على الدّول إلاّ تبني هذه التّقنيات ودمجها في تشريعاتها

¹ . تعلق الفصل الأول بضبط مصطلحات الاتفاقية، أما الفصل الثاني فقد خُصص للإجراءات الواجب اتخاذها على المستوى الوطني لكل دولة أو طرف مشارك وتعديل تشريعاتها بما يتوافق مع الاتفاقية، في حين تطرق الفصل الثالث للتعاون الدولي والإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق ذلك، وخُصص الفصل الرابع لآليات تطبيق التشريعات الدولية، أما الفصل الخامس تضمن أحكام نهائية. **لمزيد من التفصيل راجع: علي جبار الحسناوي، مرجع سابق، ص ١٥٢.**

² . أخذت اتفاقية الويبو عن المجلس الأوروبي الإر شاد الأوروبي لعام ١٩٩٩ المتعلق بانسجام مجتمع المعلومات، والتي تنص في المادة ٥ على: "... السماح بالنسخ العابر والقانوني... إذا كانت الغاية منه الاستخدام الشخصي بحسن نية... وليس الاستخدام لأغراض اقتصادية..."

أشار لذلك: **علي جبار الحسناوي، مرجع سابق، ص ١٥٢.**

الداخلية، وهذا ما ستكون له دون شك نتائج إيجابية على مستقبل صناعة البرمجيات ويساهم بشكل مباشر في التداول الآمن للبرمجيات على شبكة الإنترنت.

+ وفيما يلي أهم النتائج:

- ١ - إنَّ قوانين الملكية الفكرية التقليدية قد أصبحت عاجزة عن حماية البرمجيات وقاصرة عن مواكبة التطورات المستحدثة لهذه المصنّفات في الوسط الرقمي.
- ٢ - إنَّ عدم وجود عقوبات قانونية ملزمة وراعية للمُعتمدين على حقوق المؤلف في الوسط الرقمي سيما البرمجيات والنشر عبر الإنترنت، حثَّ على الدول التّوجه نحو اعتماد الحماية التّقنية كإجراء وقائي يمنع الوصول للمصنّف إلاّ بترخيص من صاحبه؛ وهذا النوع من الحماية أثبت نجاعته مقارنة بالحماية القانونية (المنطقية) التي تكون لاحقة عن وقوع الاعتداء.

وعلى ضوء هذه النتائج يتضح جلياً مدى اتّساع الهوة بين واقع التّطور التكنولوجي المتسارع وارتفاع مؤشر الاعتداء على البرمجيات من جهة، والوضع القانوني المتأخّر لقوانين الملكية الفكرية والقوانين الجنائية التي عجزت عن مسيرته من جهة أخرى.

وكمحاولة منّا لإيجاد توازن بين هذين النقيضين، سنستعرض جملة من الاقتراحات التي من شأنها أن تساعد على إيجاد بعض الحلول الممكنة للحد من انتشار الفيروسات الإلكترونية، واستئصال شأفة القرصنة الإلكترونية.

+ ومن بين الاقتراحات نذكر:

- ١ - وضع استراتيجيه أمنية شاملة لمكافحة القرصنة الإلكترونية، تعتمد على منظومة متكاملة (مدنية، جنائية، تقنية وأخلاقية)، تعتمد أساساً على مبدأ التعاون الدولي الفعال بين كل الدول الصناعية، وتبني سياسة تشريعية تتوافق مع ما جاءت به المنظمات والاتفاقيات الدولية من أحكام.
- ٢ - متابعة إنفاذ تدابير وإجراءات الحماية من طرف سلطة قانونية متخصصة؛ لأنّ قوانين مكافحة القرصنة لن يكون لها أي أثر إلاّ إذا أوكلت مهام الإشراف عليها إلى الجهات الحكومية نفسها؛ بحيث تخلق ترابط حقيقي بين الجانب التشريعي (القوانين المدنية والجنائية وقوانين الملكية الفكرية)، والجانب التنفيذي (الجهات المكلفة بالتنفيذ من شرطة وقضاة ومحامين متخصصين).
- ٣ - إقامة منظومة قانونية متكاملة تنظر إلى البرمجيات باعتبارها مصنّفات رقمية من نوع خاص، لأنّ الاعتقاد السائد كان يذهب إلى حماية برامج الحاسوب من خلال المنظور التقني فقط، إلّا أنّنا نأمل أن يتجّه التعاون الدولي نحو تبني أساليب أكثر فعالية وتطوراً في مواجهة الصور المستحدثة للقرصنة المعلوماتية، للوصول لتحقيق مفهوم "أمن البرمجيات" من خلال مسيرة القوانين الوطنية للتكنولوجيات المستحدثة وما جاءت به الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد بما يضمن توازن حقيقي يراعي مصالح المستخدمين من جهة، ويحفظ المصالح الاقتصادية للشركات المصنعة والمنتجة للبرمجيات من جهة أخرى.

وأخيراً ولكي نقول بكسب الرّهان الدولي ونجاح المعركة ضد القرصنة الإلكترونية لا بد من تبني سياسة ملائمة وناجعة تجمع بين التدابير القانونية والتقنية معاً، وهذا ما حاولنا تحقيقه من خلال ما اقترحتاه من حلول تُسهّم ولو بجزء يسير في لُجم القرصنة الإلكترونية، وتساهم في بناء فكر إيجابي يتجاوز الطرح التقليدي لهذه المسألة التي كانت تُعالج غالباً من

خلال ثنائية " الملكية والتعدي"، ليصل إلى تبني طرح مستقبلي جديد لمداول القرصنة الإلكترونية يراعي أكثر قيمتها الاقتصادية، ويؤسس لقيام "البيئة الآمنة لمجتمع المعلومات".

• المراجع والإحالات:

أولاً: باللغة العربية:

+ الكتب والمقالات :

- ١ - جلال محمد الزعبي وأسامة المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية، ط١، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠١.
- ٢ - حسن جميعي، حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، مقال مقدم لحلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين المنظمة من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومعهد الدراسات الدبلوماسية المصري، القاهرة، من ١٦١٣ ديسمبر ٢٠٠٢، ص٨، متاح على الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٩/٢٠، على الموقع:
http://www.wipo.int/ORGARAB/SHARED/SEMINARS/2004/Cairo.Dec/docs/wipo_ip_dipl_cai_04_8.doc.
- ٣ - رشا على الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٤ - عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية-المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2006.
- ٥ - عبد الرزاق علاء السالمي، تكنولوجيا المعلومات، الطبعة الثانية، دار المناهج، عمان الأردن، ٢٠٠٢.
- ٦ - على جبار الحسنوي، جرائم الحاسوب والانترنت، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2006.
- ٧ - فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، قانون البرمجيات، دار الكتاب الحديث، الكتاب الأول، القاهرة، 2006.
- ٨ - فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧.
- ٩ - كتاب معجم القانون الصادر عن مجمع اللغة العربية. طباعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأمريكية، مصر، ١٩٩٩.
- ١٠ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ١١ - محمد دباس الحميد وماركو ابراهيم نينو، حماية أنظمة المعلومات، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، ٢٠٠٢.
- ١٢ - مراد شلبياية، إدارة الشبكات، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٣ - نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية-دراسة نظرية وتطبيقية-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2005.
- ١٤ - يحيى محمد، مخاطر القرصنة المعلوماتية على الحكومة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، العدد٥، الجزائر، جويلية ٢٠٠١.

١٥ - يونس عرب، جرائم الكمبيوتر والانترنت، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي المنظم بالمركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية، أبو ظبي، من ١٢١ فيفري ٢٠٠٩، ص ٩٠، متاح على موقع مدرسة توت شامي التعليمية (Tootshamy School) (Tootshamy) متاح على الموقع: www.tootshamy.com. ٢٠١٥٢٠٩.

+ المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

١٦- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، المؤرخة في ٩ سبتمبر ١٨٨٦، والمعدلة أخيراً بتاريخ ٢٨ سبتمبر/أيلول ١٩٧٩.

١٧- اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الموقع في ستوكهولم بتاريخ ٤ جويلية ١٩٦٦ و المعدلة في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٩.

١٨- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الموقع بمراكش بتاريخ ١٩٦٤/٤١.

١٩- الاتفاقية الأوروبية الخاصة بانسجام حقوق المؤلف في مجتمع المعلومات الموقع في بودابست لعام ٢٠٠٠.

٢٠- معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حق المؤلف، الصادرة بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٩٦.

ثانياً: باللغة اللاتينية:

- 21- Séverine Dusollier, Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen, Cahiers de Recherches Informatique et Droit N° 18, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruylant- Bruxelles, 2000.
- 22- Directive 1999/93/ EE du parlement Européen et du conseil de 13 décembre 1999 sur une cadre communautaire pour les signatures électroniques J.O.N.L 13 du 19/01/2000 P.0012.0020. disponible sur : www.legifrance.gov.fr.
- 23- Business Software Alliance , Eighth annual BSA Global Software 2010 Piracy Study , May 2011, P 03 , Available at: www.bsa.org. 09/10/2015.
- 24- WIPO /IP/HB98/20B. Novembre 1998.
- 25- www.Iddn.org.

النسبة المئوية	القائمة الثانية الدول الأقل نسبة من حيث القرصنة	النسبة المئوية	القائمة الأولى الدول الأعلى نسبة من حيث القرصنة
٢٠%	وم أ	٩٣%	جورجيا
٢٠%	اليابان	٩١%	زمبابوي
٢٤%	أستراليا	٩٠%	بنغلاديش
٢٥%	السويد	٩٠%	اليمن
٢٧%	ألمانيا	٨٨%	ليبيا
٢٧%	المملكة المتحدة	٨٥%	العراق
٣٩%	فرنسا	٨٣%	الجزائر
٤٢%	سلوفاكيا	٨٧%	أندونيسيا
		٨٦%	أوكرانيا
		٧٨%	الصين

الملحق:

جدول يوضح نسب القرصنة العالمية لسنة ٢٠١٠

(حسب إحصائيات مجلة اتحاد برمجيات الأعمال - Business Software Alliance)

حماية المستهلك في ظل حرية المنافسة في الجزائر

د. عاقلية فضيلة، جامعة باتنة، الجزائر

ملخص:

ترتبط المنافسة الحرة ارتباطا وثيقا بالاقتصاد الحر، حيث لا يمكن أن نتصور واحدا منهما دون الآخر، هذا التوجه أثر كثيرا على المجتمع باعتباره المستهلك لكل ما يصنع وينتج ويسوق، وللدولة الجزائرية نصيب في هذا التحول. من خلال هذا التوجه وفي ظل المنافسة الحرة أصبح الاهتمام بالمستهلك والبحث عن إمكانية جذب السمة التي يبحث عنها كل محترف في النشاط الاقتصادي، وذلك باستعمال شتى الوسائل الحديثة في جلبه وإغرائه نتيجة المنافسة الشرسة الموجودة بين المتعاملين الاقتصاديين. إلا أن هذه المنافسة في تقديم مختلف السلع والخدمات أمام الاختيار الواسع في قبول العرض ساهمت في ظهور العديد من الممارسات المنافية لقواعد التجارة والمخالفة لقواعد المنافسة النزيهة والحرية وما يصحبها من تهديد لمصالح المستهلك، وطبيعة حماية المستهلك باعتباره محور العملية الاقتصادية.

الكلمات الدالة: منافسة، اقتصاد حر، حماية، المستهلك، أجهزة قانونية.

Abstract :

Free competition is closely linked to the free economy, where they can not imagine one without the other, this approach much impact on society as a consumer of all that is manufactured and produced and marketed, and the Algerian state's share in this transformation. Through this approach and under free competition became interest in the consumer and the search for the possibility lured attribute that all professional looking for in economic activity, using various modern means of sending him and impress him as a result of the fierce competition between dealers Alaguetsadaan.ela that this competition in the provision of various goods and services in front of the wide choice in accepting the offer contributed to the emergence of many practices contrary to the rules of trade and contrary to the rules of fair competition.

Between free competition and the accompanying threat to the interests of the consumer, and the nature of consumer protection as the focus of the economic process. Ask the following question:

Under free competition, as is the protection accorded by the Algerian state to the consumer?

To answer this question we will address the following themes:

-The first axis: the consumer site under freedom of competition.

-The second axis: Consumer protection under free competition, according to the jurisprudence of the Algerian legislation.

Axis III: Legal organes in charge of consumer protection in Algeria.

Conclusion: (results and suggestions).

مقدمة:

شهد العالم في السنوات الأخيرة نمواً غير مسبوق في حجم التجارة المحلية والدولية، وزيادة كبيرة في حركة رؤوس الأموال بين مختلف الدول، في ظلّ سيطرة اقتصاد السوق ونمو ظاهرة العولمة وتسارع وتيرة التطور التكنولوجي. وقد أدى ذلك إلى إحداث تغيير جذري في مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ما دفع بالمشرع الدولي والوطني إلى ابتكار أطر وآليات قانونية جديدة لمواكبة هذه التغيرات بهدف الموازنة مع متطلبات تحقيق النمو للأفراد والمجتمع، وتشجيع المنافسة الحرة وجذب الاستثمارات.⁽¹⁾

حيث أن الدول ورغبةً منها في تحسين معيشة الفرد وتحقيق مجتمع الرفاهية، وفي ظلّ مناخ العولمة وما تبعها من تغيير كبير في أنماط وحجم الاستهلاك، أصبحت السلع والخدمات متوفرة وتلبي كل ما يحتاجه الفرد في حياته، وبقدر ما توفره هذه الوفرة من جوانب إيجابية كبيرة، فإن لها سلبياتها الخطيرة على المستهلك، كونه العنصر الأساس الذي تقوم عليه التجارة في وقتنا الحالي، فهو مهدد بالعديد من المخاطر.

وفي هذا الإطار برزت حاجة ملحة لحماية الأطراف المنخرطة في حركة التجارة المحلية والدولية من خلال التركيز على تطوير قوانين اقتصادية حمائية تكون مرتكزا لعملية تنمية شاملة. بالنظر لما تلعبه هذه القوانين من دور في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية لأي مجتمع، متقدما أم ناميا، لأنه لا يمكن الآن لأية دولة أن تقوم بعملية إصلاح اقتصادي شاملة، دون وضع أو تعزيز أطر قانونية معينة تتواءم والحاجات الاقتصادية المحلية والدولية، وهذا بدوره ينعكس على التنمية والاستثمار واقتصاد الدولة.⁽²⁾

ولعل من أبرز الأطراف التي تحتاج الحماية القانونية في ظل هذه التطورات الطرف الذي يعتبر الأضعف في هذه الحلقة وهو المستهلك، لذا كانت حماية المستهلك هاجسَ القانونيين حول العالم باعتبارها العنصر الرئيس الذي تقوم عليه حركة التجارة والسوق في وقتنا الحالي.⁽³⁾ من هنا تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية لوضع الأطر الدولية والقوانين الحمائية للمستهلك باعتبار حقوقه واحدة من أهم حقوق الإنسان.

مما استلزم تدخل المشرع الجزائري كبقية المشرعين بوضع ترسانة من القوانين لحماية المستهلك، فأصبح بحاجة أكثر من أي وقت مضى إلى حماية قانونية من الغش في السلع والخدمات في مختلف مراحلها. والجدير بالذكر أن قانون المنافسة يختلف عن قانون حماية المستهلك في مجال أعمال كليهما، حيث يتحدد مجال قانون المنافسة في ضبط العلاقات فيما بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق، أما قانون حماية المستهلك فيضبط علاقات المحترفين بالمستهلكين، غير أن حماية

¹ انظر الورقة الخلفية الصادرة عن برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول الدورة الإقليمية الثانية حول التدريب القضائي على القوانين الاقتصادية، ضمن مبادرة الإدارة الرشيدة لخدمة التنمية في الدول العربية - مشروع التدريب القضائي على القوانين الاقتصادية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، ١٣-١٦ تشرين الثاني / أكتوبر ٢٠٠٨. منشورة على الموقع الإلكتروني www.undp-pogar.org

² يحتفل العالم كل عام في ١٥ آذار/مارس باليوم العالمي لحقوق المستهلك. وذلك نسبة إلى اليوم الذي أعلن فيه الرئيس الأمريكي الأسبق "جون كينيدي" في ١٥ مارس ١٩٦٣ في البيت الأبيض وأمام الكونجرس الأمريكي كلمته الشهيرة (إن كلمة مستهلك تشملنا جميعاً دون استثناء وبذلك فهي تشكل أكبر مجموعة اقتصادية تؤثر وتتأثر بكل القرارات الاقتصادية العامة والخاصة، لذا فإن لكل فرد الحق في العيش في أمان وسلامة، وحقه في الحصول على المعلومة الصحيحة ومنها التعليم، وحقه في أن يصغى إليه وتحترم آراؤه وأفكاره، وحقه في الاختيار الطوعي للسلع والخدمات دون ضغوط أو عوامل تؤثر على هذا الاختيار. وبتاريخ ٩ أبريل ١٩٨٥ اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة المبادئ التوجيهية لحقوق المستهلك واعتمدت تاريخ ١٥ آذار/مارس من كل عام يوماً عالمياً لحماية المستهلك تيمناً بما قاله الرئيس الأمريكي قبل أكثر من عشرين سنة من تاريخ اعتماد المبادئ التوجيهية. انظر شبكة المستهلك العربي <http://www.arbcon.net/consumer-rights.htm> انظر نص ما قاله حرفياً بالإنجليزية :

'Consumers by definition include us all,' 'They are the largest economic group.' Kennedy said in his Congressional Statement affecting and affected by almost every public and private economic decision.'

See: www.consumersinternational.org

³ انظر مقدمة أعمال الندوة العلمية التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات بعنوان "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" وذلك في مدينة العين بدولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٦ - ٧ ديسمبر ١٩٩٨م. منشورة بنسخة الكترونية على الرابط الإلكتروني http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/1998-med/1.pdf

المنافسة أو المؤسسات داخل السوق قد تستتبع بالضرورة حماية المستهلك، ويتضح ذلك من خلال حظر عمليات الاحتكار بهدف رفع الأسعار، والبيع بالخسارة التي قد تعرقل لعبة المنافسة، وبما قد يؤدي إلى انسحاب الأعوان الاقتصاديين الأقل قدرة اقتصادية، وبالتالي هيمنة الأعوان الاقتصاديين الأكثر قدرة على السوق، بما يستتبعه ذلك من معاودة ارتفاع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا. بعد هذا التمهيد لإشكالية الدراسة وأبعادها الفكرية والتاريخية، يمكن طرحها في الأسئلة الجوهرية التالية:

في ظل المنافسة الحرة، فيما تكمن الحماية التي توليها الدولة الجزائرية للمستهلك؟

وما هي الأوجه التي تمثل إخلالا بحماية المستهلك؟ ثم ما هي الآليات المختلفة التي يمكن اعتمادها لتأمين حماية المستهلك؟
أهمية الدراسة:

تتمثل في تسليط الضوء على موضوع في غاية الأهمية، ألا وهو حماية المستهلك، فالتحديات الراهنة التي تفرضها ظاهرة العولمة أفرزت آثارا سلبية على المستهلك، مما خلف تهديدا لسلامته وصحته، وكذا مصالحه المادية، الأمر الذي يقودنا إلى معرفة كل ما يتعرض له المستهلك، والبحث في الآليات التي تكفل له حق الحماية.

أهداف الدراسة:

بينما تهدف الدراسة إلى عرض أهداف وأبعاد هذه الحماية، ثم تسليط الضوء على الجوانب التي تمثل إخلالا بمبدأ الحماية، مع تقديم الآليات التي تحافظ على حماية المستهلك من الغش والخداع التسويقي الذي يمكن أن يمارس عليه بالنسبة للمنافسة الحرة، من خلال ما أقره المشرع الجزائري من حماية قانونية للمستهلك.

منهج الدراسة:

لقد تم الاستناد في معالجة هذا الموضوع إلى المنهجين الوصفي والتحليلي، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي في محاولتنا تقديم مسح لمختلف التعريفات والمفاهيم التي تمس الموضوع، والمنهج التحليلي في التعليق والتعقيب وتحليل المواد القانونية الواردة في البحث.

خطة الدراسة:

من أجل التحكم في الموضوع، والإجابة على إشكالية الدراسة والإحاطة بالتساؤلات الفرعية، تم الاعتماد على الخطة التالية:
المبحث الأول: واقع المستهلك في ظل حرية المنافسة.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة وفقا لأحكام التشريع الجزائري.

المبحث الثالث: آليات حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

خاتمة.

المبحث الأول: واقع المستهلك في ظل حرية المنافسة:

في هذا المبحث سيتم توضيح أهم العناصر الرئيسية لموضوع الدراسة: تحديد ماهية المنافسة (المطلب الأول)، واقع المستهلك في ظل المنافسة الحرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد ماهية المنافسة:

إن الاهتمام بالمنافسة في وقتنا الحالي لا يمكن أن ينظر إليه من وجهة نظر النصوص القانونية الموضوعية من قبل المشرع، وإنما لا بد من النظر إليها من أرضية الواقع، حيث إذا أردنا أن نقيس قوة المنافسة في أي بلد لا بد من الرجوع إلى ميزان السوق الذي يعبر عن حرية المنافسة.

أولاً: تعريف المنافسة: تعرف المنافسة في القاموس القانوني على أنها: "عملية التنافس الاقتصادي أو العرض المقدم من طرف عدة مؤسسات مختلفة ومتزاحمة لسلع وخدمات، محاولة بذلك إشباع حاجات متشابهة، مع وجود ظروف متقاربة وعكسية لدى هذه المؤسسات لكسب أو خسارة امتيازات الزبائن"⁽¹⁾.

ففي علم الاقتصاد نجد أن المنافسة كقيمة ليست هي المنفعة المرجوة، وإنما المعوّل عليه هو تلك الآثار التي ترتبها على الأداء الاقتصادي في أية دولة أو تكتل خاصة في:

- سباق المتنافسين في اختصار الوقت لابتكار وتقديم منتج جديد، ولا تكمن الميزة التي يسعى إليها المتنافسون في هذه الحالة - في خفض تكلفة الإنتاج وتقديم أسعار تنافسية، بل في تلبية التنوع والتغير السريع في رغبات وأذواق العملاء.
- سباق المتنافسين في تحسين جودة المنتج: وتتحقق الجودة عندما ينجح المنتج في تقديم السلعة أو الخدمة كي تشبع حاجات وتوقعات العميل المعلنة، وحتى تلك التي لم يفصح عنها، إذ لا يتردد العميل في أن يدفع أكثر في منتج أرفع جودة وأكثر انسجاماً مع توقعات المتنافسين.
- سباق المتنافسين في خفض التكلفة: تلعب التكلفة دوراً هاماً كسلاح تنافسي، إذ لا يمكن تحديد أسعار تنافسية دون ضبط مستمر للتكاليف - ولو لم يؤد ذلك إلى خفض قيمة الإنتاج - يساهم في زيادة القيمة المضافة والأرباح المحققة، ومن ثم تعزيز القدرة التنافسية للمؤسسات في السوق التنافسية.⁽²⁾

ثانياً: تعريف المنافسة الحرة: تعتبر المنافسة الحرة مظهراً من مظاهر حرية التجارة والصناعة، فالتجار أحرار في منافسة بعضهم البعض، إلا أن لهذه الحرية حدوداً، فالبعض يعتبرها: "مزاخمة بين التجار أو أرباب الصناعات الذين يحاولون جلب الزبائن نحوهم باستعمال بعض الوسائل، منها الجودة والسعر المعقول وموقع المحل التجاري..."⁽³⁾.

ثالثاً: ضبط المنافسة الحرة: من المعلوم أن أغلب النشاطات الاقتصادية موجهة إلى جمهور المستهلكين، لذا فمن واجب الدولة أن تتدخل وفقاً لوسائل جديدة من أجل حماية المستهلك. لكن هذا التدخل لا يكون في إطار التدخل في التسيير وتوجيه المنافسة وإنما في إطار ضبط المنافسة وتنظيمها. إذن فـضبط المنافسة حسب Chevallier يهدف إلى:

¹-Catherine Barreau- , droit de la concurrence G. Cornu, 6ème édition, année 2012,P56.

²- Marie-Anne Frison Roche, Marie Stéphanie Payet, Droit de la concurrence, Edition Dalloz, Paris, 2006,p25.

³- أحمد سيد مصطفى، القدرة الشرائية لشركتنا... ترف أم ضرورة؟ دار النهضة العربية بالقاهرة، ط 1، 2003، ص: 53

ضمان سير الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية المعقدة، وذلك لتحقيق الانسجام والتناسق لوجهات النظر المختلفة والقيام بالتحكيم فيما بين المصالح القائمة".

رابعاً: مفهوم قانون المنافسة: يعتبر قانون المنافسة فرعاً من فروع قانون الأعمال، وقانون المنافسة هو مزيج من عدة قوانين، إلا أنه يحمل في طياته خصوصيات يتميز بها عن هذه القوانين كونه يطبق على فئة معينة من المجتمع.

فقانون المنافسة له علاقة وطيدة بحماية المستهلك، إذ يهدف أساساً إلى حمايته وإشباع حاجاته ورغباته بأقل تكلفة وفي أحسن الظروف، وهو الهدف الذي ينشده كل اقتصاد.

إذن فقانون المنافسة يعرّف على أنه مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية من قبل السلطة العامة قصد تنظيم الحياة الاقتصادية فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، مع ضمان حقوقها والتزاماتها فيما بينها ومع غيرها، وعليه فقانون المنافسة يضمن للمستهلك حق الاختيار الحر بين عدد من السلع والخدمات، ويحقق خفض الأسعار، وهو ما يساعده على رفع قدرته الشرائية، لذا فإن تقييد المنافسة وإخراجها عن مسارها الطبيعي يعتبر عملاً غير مشروع وسلوكاً محظوراً يخل بأهداف المنافسة الحرة، الذي يعتبر وسيلة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.⁽¹⁾

المطلب الثاني: واقع المستهلك في ظل المنافسة الحرة.

أولاً:- تحديد ماهية حماية المستهلك.

توجد عدة إسهامات في مجال تعريف مفهوم حماية المستهلك، من بينها:

١- يعرف هذا المفهوم على أنه: "حفظ حقوق المستهلك وضمان حصوله عليها".⁽²⁾

يشير هذا التعريف إلى أن حماية المستهلك تتضمن الإقرار بوجود حقوق للمستهلك، ويجب أن تبذل كل الجهود لتأمين الاستفادة منها.

٢- هناك تعريف آخر لهذا المفهوم يتمثل في أن حماية المستهلك: "عبارة عن خدمة توفرها الحكومة أو المجتمع المدني لحماية المستهلك من الغش التجاري أو استغلاله، أو سوء تقديم خدمة ما عن طريق الاحتيال أو الخضوع لظروف معينة".

إذن نستنتج من هذا التعريف أن هذا المفهوم يجسد عملية تفعيل حماية المستهلك مما يقدم له من سلع وخدمات قد تلحق به أضراراً صحية، أو اقتصادية، أو اجتماعية سواء أكان على علم بهذا الضرر أم لم يكن مدركاً له.

على أساس أن معاناة المستهلك تمتد من أساليب الغش والخداع لفترات طويلة وفي أزمنة مختلفة، وهذا من خلال السلع والخدمات المقدمة له، والتي كانت تبدي في ظاهرها السعي إلى خدمته وإشباع حاجاته ورغباته، ولكن في حقيقتها كانت تهدف إلى استغلاله وتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح في المنافسة الحرة، وقد استفحل هذا الأمر إلى درجة نهب الكثير من الأفراد والجماعات والهيئات الرسمية منها أو غير الرسمية إلى ما يعانیه المستهلك من استغلال فاحش وغش تسويقي كبير، وما يترتب على ذلك من أضرار مادية ومعنوية، كما دفع ذلك المهتمين بالتسويق إلى لعب دور هام في هذا الشأن بما قدموه من توجيهات وتوصيات تكفل حماية المستهلك في تعامله مع منتجي وموزعي السلع والخدمات.

¹- د/ محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مقال منشور، مجلة الإدارة، عدد ٢٣، ص: ٢٥٢

- المرجع نفسه. ^٢

ومن ناحية أخرى، تقوم كثير من المؤسسات والمنظمات بترويج وبيع سلع غير صحية، مثل الأغذية المشبعة بالدهون والمعالجة بالمواد الحافظة الضارة.

وبالتالي أصبح المستهلك يعاني الكثير من المشاكل جزاء هذه المعروضات الهائلة، لذا أضحت مسألة حماية المستهلك من المشاكل التي طفت فوق الأحداث خلال السنوات الأخيرة، الشيء الذي طرح إشكالية القصور القانوني في تنظيم هذا الجانب من الحياة الاجتماعية والاقتصادية، والذي يحتم علينا جميعا الدفاع عن حقوق المستهلك باعتباره أساس النشاط الاقتصادي، والاستماع لصوته لاعتبارات عدة من بينها: تزايد المخاطر المرتبطة بالصناعات الاستهلاكية خاصة بسبب شروط العمولة وانفتاح الحدود الجمركية، طغيان هاجس الربح والتسويق، تزايد ضحايا الاستهلاك لمواد فاسدة وارتفاع الأسعار لبعض المواد الأساسية.

يعتبر ظهور الحركات المدافعة عن حقوق المستهلك كرد فعل على الإهمال والقصور في متابعة حقوقه، الذي يعد أعلى أصول المؤسسات والمنظمات من المنظور التسويقي المعاصر، ومن ثم فقد طغت هيمنة المنتجين على فلسفة النشاط التسويقي؛ فكان ضروريا وجود من يدافع عن حقوق المستهلك أمام الفاعلين المهمين على العملية التسويقية، فجاءت حركة حماية المستهلك لتلعب هذا الدور.

ثانيا: الحقوق الرئيسية للمستهلك:

تهدف الحركات المهتمة بحماية المستهلك إلى تطوير المستوى المعيشي للأفراد كَمَا وكيفا في إطار عالم يفترض أن يتميز بعلاقات تسويقية شفافة، تتيح للمستهلكين الحصول على حاجاتهم ورغباتهم من السلع والخدمات دون تحمل تكاليف كبيرة من حيث الجهد؛ الأمر الذي يتطلب من الأطراف التي تشكل الطرف الآخر من المعادلة ونقصدهم المنتجين والبائعين أن يمارسوا مهامهم وفق قواعد صحيحة بما يؤدي إلى حصول المستهلك على كامل حقوقه، دون تعرضه بأي حال من الأحوال للغش أو الخداع التسويقي.

هذه الحقوق العامة التي أعلن عنها بداية الرئيس الأمريكي الأسبق (John Kennedy) في ١٥ مارس ١٩٦٦، إضافة إلى الحقوق التي أقرتها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بقرارها رقم (٢٤/٣٩) بتاريخ ١٥ أفريل ١٩٨٠ وتتمثل فيما يلي:

١- حق الأمان: أي حق المستهلك في الحماية من السلع والخدمات، وعمليات الإنتاج التي يمكن أن تحدث له أضرار فيما يتعلق بصحته وسلامته؛ وتعبير آخر فإن هذا الحق يعني أن المنتج لم يعد يمارس نشاطه الإنتاجي والتسويقي فقط في إطار المساءلة القانونية، بل يضاف إلى ذلك أن أداءه يتم تحت قيد المسؤولية الاجتماعية تجاه المستهلك.

٢- حق المعرفة: حق المستهلك في الحصول على المعلومات، مما يلزم المنتجين بتوفير الظروف الملائمة التي تمكن المستهلك من حيازة المعلومات الكافية عن المنتجات، وترتبط فعالية حصول المستهلك على هذا الحق والاستفادة منه، بمسألتين هما: كفاية المعلومات، ومصداقيتها.⁽²⁾

٣- حق الاختيار: ويُقصد به تمتع المستهلك بحق الاختيار أثناء عملية التبادل، وعدم إجباره على ما لا يرغب فيه، أي يجب أن تتاح له فرصة الاختيار ما بين المنتجات التي يحتاجها ويرغب في شرائها في إطار ظروف تنافسية عادلة، ووفقا لأسعار

1 - عنابي بن عيسى، القانون والحاسوب، ٢٠٠٨ منشورات الطليبي الحقوقية، ص ٢٣٤.

2 - المرجع السابق، ص ٢٣٩.

تنافسية ملائمة لدخله، وألا يقع المستهلك رهينة لسيادة حالة الاحتكار في السوق من طرف البائعين، لأنه عندئذ يكون قد فقد حق الاختيار.

٤- حق المستهلك في إسماع رأيه: يترجم هذا الحق في تمكين المستهلك من إبداء رأيه فيما يخص المنتجات المعروضة.

أما بالنسبة لحقوق المستهلك التي أضافتها منظمة الأمم المتحدة إلى الحقوق السابقة، فيمكن تلخيصها فيما يلي:⁽¹⁾

١- حق المستهلك في إشباع حاجاته الأساسية.

٢- حق المستهلك في الحصول على تعويض ملائم.

٣- حق المستهلك في التنقيف.

٤- حق المستهلك في الحياة في بيئة سليمة.

ثالثاً:- أبعاد حماية المستهلك.

تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الحماية لا يتضمن الفرد فقط بل يشمل في الوقت نفسه المجتمع، حيث أن حماية المستهلك في حد ذاته هي حماية للمجتمع وضمان لحقوقه؛ وعليه تكون الحماية الوقائية للمستهلك أكثر فاعلية من الحماية العلاجية بعد وقوع الضرر، وعادة للحماية بعدان:⁽²⁾

١- حماية المستهلك من نفسه.

وذلك نتيجة تعمده القيام باستهلاك أو استعمال منتج ما مع علمه التام بالأضرار الناجمة عن هذا الاستهلاك.

٢ - حمايته من أطراف أخرى.

حيث توجد عدة أطراف قد تؤدي عن قصد أو غير قصد إلى الإضرار بمصالح المستهلك كمقدم السلع أو الخدمات، حيث يلجأ إلى استعمال أساليب الغش والخداع في تركيبية مكونات المنتجات المقدمة إلى المستهلك، كما قد تتعدد هذه الأساليب إلى تضليله عن طريق إيهامه وإقناعه بأهمية السلع والخدمات المقدمة، كما تمتد هذه الحماية لتشمل الوقوف ضد ارتفاع أسعار السلع والخدمات المقدمة إلى المستهلك، بالإضافة إلى حمايته من معضلة الاحتكار وحجب السلع عنه بغية تخزينها وبيعها له بأسعار مرتفعة... الخ.

رابعاً:- مجالات الإخلال بحماية المستهلك.

توجد عدة مجالات يتم من خلالها الإخلال بحماية المستهلك منها:

١- الإعلان: وذلك من خلال انتهاج أساليب الخداع في الرسالة الإعلانية لغرض تضليل المستهلك والعمل على إقناعه بشراء منتج ما، وهذا بالتركيز على مختلف أساليب الإغراء المكتوبة في الإعلان.⁽³⁾

٢- الضمان: وهو الحق الذي يضمن للمستهلك أداء المنتج، ومستوى هذا الأداء بما يتناسب مع قيمته.

١ - المرجع السابق، ص ٢٣٤.

٢ - مرجع سابق، ص ٤٤٦-٤٤٧.

١٥٣ - http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/index_fr.htm, consulté le : 20/01/20

٣- التبيين: ونقصد بذلك أن المستهلك يعاني نتيجة لعدم معرفته أو جهله استعمال المنتج المقدم له نظرا لخلو هذا المنتج من وجود البيانات الدالة على كيفية استخدامه، أو بسبب عدم قدرة المستهلك على المعرفة أو الإلمام بكيفية الاستفادة من البيانات إن كانت موجودة، يضاف إلى ذلك مشكل الثقة في دقة ما يكتب على غلاف المنتج من بيانات.

٤- السعر: وهو مشكلة يعاني منها المستهلك ذو الدخل المحدود، وقد استغلت الكثير من المؤسسات قوتها في الأسواق وفرضت أسعارا لا تتلاءم مع القدرة الشرائية للمستهلك، وهو ما نلاحظه حاليا خاصة في الجزائر، حيث هناك مغالاة كبيرة في رفع أسعار السلع والخدمات.

٥- التوزيع: يتم الإخلال في هذه الحالة بحماية المستهلك من خلال توزيع المنتجات في أماكن بعيدة عن متناول المستهلك، مما يضطره إلى بذل جهد جسدي ونفسي لإشباع حاجته ورغبته، بالإضافة أيضا إلى عدم عرض المنتجات في الوقت المناسب، أو التمييز بين المستهلكين من حيث إمكانية الحصول على الكميات والأصناف الموزعة.

٦- التعبئة والتغليف: يمكن أن نلاحظ الإخلال بمبدأ حماية المستهلك من خلال هذا العنصر باستخدام بعض المواد غير الملائمة صحيا في تغليف المنتجات وخاصة الغذائية منها، أو تستخدم عبوات غير ملائمة للتعبئة كتلك المصنوعة من مواد قابلة للصدأ أو استخدام عبوات غير نظيفة... الخ.

٧- المقاييس والأوزان: ونقصد بذلك الغش في الأوزان والتلاعب في المقاييس المقررة للمنتجات، فالنقص في الأوزان وفي الأحجام والأطوال يسبب ضررا للمستهلك خاصة عندما تكون الأسعار مرتفعة.

٨- مواصفات المنتجات: قد يعتمد بعض المنتجين إلى الإخلال بحماية المستهلك عن طريق مواصفات المنتجات من وزن ولون وشكل... الخ، فعدم مطابقة مكونات المادة التي تحتويها العبوة نتيجة لإضافة مواد أخرى عليها يعتبر إخلالا بحماية المستهلك، يضاف إلى ذلك الغش الذي يتعرض له المستهلك من خلال لجوء بعض المنتجين إلى استعمال علامات تجارية وهمية.

٩- التخزين: يمكن أن نقف على حجم الضرر الذي قد يلحق بالمستهلك في هذه الحالة من خلال التلف والتفادم الذي يعتري المواد بسبب أخطاء التخزين.

١٠- النقل: يلعب النقل دورا هاما في إشباع الحاجات والرغبات، إلا أنه أحيانا يتسبب في حدوث أضرار صحية واقتصادية للمستهلك عندما تستخدم وسيلة نقل غير ملائمة.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة وفقا لأحكام التشريع الجزائري.

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى المراحل التي مرّ بها قانون حماية المستهلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التطور التشريعي لحماية المستهلك في الجزائر للفترة قبل ١٩٨١:

أولا:- في فترة الاستقلال وقبل سنة ١٩٨١.

كان المشرع الجزائري يحمي المستهلك طبقا للقواعد العامة في القانون المدني وفقا لنظريات عيوب الإرادة والعيوب الخفية، فكان يوقع التزام المتدخل طبقا للمسؤولية العقدية التي يرتبها على البائع في حالة إخلاله بالتزام تعاقدية، إضافة إلى إمكانية تحميله المسؤولية التقصيرية إذا كان المستهلك لا تربطه بالبائع المسؤول علاقة تعاقدية حسبما

تشرطه المادة ١٢ من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم^(١)، وبعد صدور القانون رقم ٠٢٨٩ المؤرخ في ٠٧ فيفري ١٩٨٩م أول قانون يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وتضمن هذا القانون ٣ مبادئ أساسية لحقوق المستهلك، تمحورت حول الالتزام العام بالسلامة الصحية، وضرورة مطابقة المنتج للمقاييس والمواصفات القانونية، والزامية الضمان، والزامية الإعلام، والزامية الأمن الاقتصادي.

ثانياً:- خلال الفترة ٢٠٠٩/٩:

من أجل التوفيق بين المصالح المتضاربة بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين، عمل المشرعون على حماية المنافسة والمتنافسين أنفسهم، ثم عملوا على حماية المستهلك، لذا قبل التكلم عن حماية المستهلك لا بد من أن نعرج أولاً على حماية المنافسة والمتنافسين بالدرجة الأولى ثم الانتقال إلى حماية المستهلك.

١ - حماية المنافسة والمتنافسين:

أ- حماية المنافسة: إن قواعد المنافسة أول ما تهدف إليه في الأساس هو ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية، بمعنى آخر حماية هذه الأخيرة من كل ممارسة من شأنها المساس بهاتين الغايتين اللتين تبقيان في حد ذاتهما وسيلتين توصلان إلى غاية أكبر، تتمثل في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد على وجه الخصوص. ويظهر جلياً من خلال حظر الممارسات التي يكون موضوعها أو من أثارها منع أو تضيق أو عرقلة الحرية التنافسية في السوق.

ب- حماية المتنافسين أنفسهم: إن حماية السوق، بوصفها هدفاً أسمى تتوخاه قواعد المنافسة، تحمل في طياتها أهدافاً أخرى متفرعة عنها ومكمّلة لها، تتمثل على وجه الخصوص في حماية المتعاملين الاقتصاديين من تصرفات منافسهم غير المشروعة. ومن ثم فكل قاعدة يكون ظاهر مهمتها حماية هياكل السوق، نجدها مبنية أيضاً على معاقبة السلوكيات غير المشروعة واللاتنافسية...^(٢)

٢ - حماية المستهلك:

لما كانت السوق عند الاقتصاديين عبارة عن تنظيم دقيق للعلاقات الاقتصادية يشارك فيها الجميع وبدرجات متفاوتة التأثير في تشغيلها، ونظراً للارتباط الوثيق القائم بين مبدأى شرعية المنافسة وحماية المستهلك بحيث أن التشريعات المنظمة للمنافسة تحرص على الدوام على أن تكون اللعبة التنافسية في صالح المستهلك من خلال حصوله على السلع والخدمات التي يرغب فيها بأفضل الأسعار والمواصفات،^(٣).

لمعرفة مضمون الحماية التي وفرها القانون للمستهلك، سوف نتطرق إلى، حماية المستهلك قبل التعاقد وحماية المستهلك بعد التعاقد.

^١ دكتور محمد الشريف، المرجع السابق، ص: ٥٣.

^٢ شعباني حنين، التزام المتدخل بضمن سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠١٢، ص: ٨.

^٣ انظر القانون رقم ٠٢/٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٢/٠٧ المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد ٠٦ المؤرخة في ١٩٨٩/٠٢/٠٨، الأمانة العامة لحكومة، الطبعة الرسمية، الجزائر سنة ١٩٨٩م.

أ- حماية المستهلك قبل التعاقد:

لقد أولى المشرع حماية كبيرة لحماية المستهلك قبل أن يقبل على إبرام العقد المتضمن شراء منتج أو طلب أداء خدمة من المهني، حيث نظم هذه الحماية في عدة نصوص تتضمن أحكاماً تفصيلية لمختلف الممارسات التجارية، سواء أكانت التزامات على عاتق المهني أم ممارسات محظورة عليه، وقد صنفها إلى شفافية الأسعار وحماية المستهلك من الممارسات غير الشرعية، وحماية المستهلك من الممارسات التديسية وحماية المستهلك من الممارسات غير النزهة.

✓ حماية المستهلك في مجال شفافية الأسعار:

تضمنت المواد 4 إلى 8 من الفصل الأول من الباب الأول القانون الذي يحدد القواعد التي تطبق على الممارسات التجارية، التزاماً يقع على عاتق المهني وهو ضرورة إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات وشروط البيع.

✓ الإعلام بالأسعار: نظم المشرع الجزائري الإشهار القانوني للأسعار لأول مرة في القانون رقم ٢٨٩.١⁽¹⁾ الصادر في 5 يوليو 1989 المتعلق بالأسعار، وذلك من خلال المادة 29 من الباب الرابع المعنون بـ

" القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية"، وقد ألغي هذا القانون بموجب الأمر ٩5٠٦⁽²⁾ الصادر في ٢٥ يناير 1995 المتعلق بالمنافسة، وقد نصّ هذا الأخير في المادة 54 منه على أن إشهار الأسعار إجباري، وقد تمّ إلغاؤه بالأمر ٣٠٣٠٣ الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة مع الإبقاء على العمل بصفة انتقالية بأحكام الأبواب الرابع والخامس والسادس منه، وبهذا أخرج المشرع الأحكام المتعلقة بالأسعار وإشهارها من النصوص المتعلقة بالمنافسة بغرض إفرادها بنص خاص، وبذلك صدر القانون ٢٠٤٠٣ المؤرخ في ٢٣ يونيو 2004 المتعلق بالممارسات التجارية الذي نظم الإعلام بالأسعار في الفصل الأول المعنون بـ "الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع" والواقع في الباب الثاني تحت عنوان "شفافية الممارسات التجارية"، وذلك في المواد ٨٧، ٦٥، ٨٤.

✓ الإعلام بالبيانات: كرسم بدأ الإعلام بالبيانات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة في المادة الثامنة من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على أنه "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت، وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة".

✓ الإعلام بشروط البيع وحدود المسؤولية: نصت المادة الثامنة من القانون ٢٠٤٠٣ سالف الذكر على ضرورة إعلام المستهلك بشروط البيع أو أداء الخدمة، وكذا بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية.

✓ حماية المستهلك من الممارسات غير الشرعية: أكد المشرع الجزائري على نزاهة الممارسات التجارية بموجب الباب الثالث من القانون ٢٠٤٠٣ المذكور أعلاه، حيث ثبت منع بعض الممارسات التجارية غير الشرعية، والمتمثلة في رفض البيع أو أداء الخدمة للمستهلك دون مبرر شرعي للبيع أو أداء الخدمة المشروط بتقديم مكافأة والبيع أو أداء الخدمة المزدوج.

✓ منع رفض البيع أو أداء الخدمة: تدخل المشرع لمنع رفض البيع أو تأدية الخدمة منذ صدور القانون ١٢٨٩ المتعلق بالأسعار الملغى، وذلك بموجب المادة 27 منه، ليعيد تنظيمه بموجب الأمر ٢٦٩٠ الملغى، في المادة ٥٨، أما في إطار القانون ٢٠٤٠٣ فقد نصت المادة ١٩ على منع رفض البيع أو تأدية الخدمة دون مبرر شرعي، بمعنى أنه عندما يلجأ المستهلك لشراء سلعة

¹ M. Vignal, droit de concurrence, Armand Colin 2 e édition, Paris 2003, P : 14+ P : 15-

² - نائل عبد الرحمان صالح، الحماية الجزائرية للمستهلك في القوانين الأردنية، مجلة الحقوق، ٤٤، ديسمبر ١٩٩٠، ص: ١١.

أو طلب خدمة ربما يتعرض لبعض الممارسات الشاذة عن هذا المبدأ، مما دفع المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى تجريم بعض هذه الممارسات، حيث نصت المادة^١ من القانون^{١٠٢٠} السابق ذكره على أنه "تعتبر كسلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة".

إن الهدف من وضع هذا النص هو تحقيق وفرة السلع والمنتجات، وتنظيم تداولها في الأسواق، وذلك بإقامة التوازن في توزيعها على المستهلكين من جهة، وحماية المستهلك من جهة أخرى.

كما نصت المادة^{١٦} من القانون الذي يحدد القواعد التي تطبق على الممارسات التجارية على منع هذه الممارسة، ولذلك من خلال البيع المشروط بتقديم مكافأة والبيع المزدوج. إن البيع أو تقديم الخدمة مقابل مكافأة يعتبر عملية خادعة بالنسبة للمستهلك عن طريق جلب انتباهه بهذه المكافأة إلى المنتج أو الخدمة المقدمة، مما يضر بمصلحته.^(١)

حيث يقدم على شراء المنتج فقط بسبب الإغراء المقدم من طرف هؤلاء، كما يؤثر على تنظيم المنافسة ونزاهتها داخل السوق، باعتبار أن هذه العروض تقتصر على فئة من المهنيين، وهم الذين يتمتعون بمراكز اقتصادية قوية، ومن أجل هذا تدخل المشرع في قانون سالف الذكر بمنع هذا البيع، وذلك بموجب المادة^{١٦} منه التي نصت على أنه "يمنع البيع أو عرض بيع لسلع، وكذلك أداء خدمة أو عرضها عاجلاً أو أجلاً مشروط بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات، إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية".

كذلك فقد منع المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون نفسه بيع منتج مقابل كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، وكذا اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة، وهذا حماية للمستهلك، حيث قد يشترط المهي على المستهلك شراء كمية مفروضة من السلعة التي أرادها أو شراء سلعة بسلعة أخرى أو تأدية خدمة مقابل خدمة أخرى أو مقابل شراء، وفي هذا إغراق لكاهل المشتري أو طالب الخدمة من الناحية المادية، إضافة إلى أن هذا النوع من البيع أو أداء الخدمة يؤثر على رضا المستهلك، حيث يضطر هذا الأخير إلى التعاقد دون أن يكون راضياً على ذلك، ويلجأ التجار وأصحاب المحلات إلى هذه البيوع أو تأدية الخدمات في فترة الأزمات أو قلة منتج معين داخل السوق، وذلك من أجل تحقيق الربح غير المشرع.

✓ حماية المستهلك من الممارسات التديسية: إن المستهلك قد يحتاج إلى سلعة أو خدمة معينة، فلا يستطيع الحصول عليها، إما لندرتها أو لقلتها جودتها، وذلك بسبب إخفاء بعض الموزعين والمنتجين للسلعة، مما يؤدي إلى عدم واقعية الأثمان، والتأثير على القدرة في الاختيار، وإحداث ظروف استثنائية تنعكس على مصالح المستهلكين، وهو ما يعرف بالاحتكار، الذي هو محل حظر من طرف المشرع الجزائري في إطار القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في المادة^٢ منه.

ويقصد بال حظر الانفراد بسلعة أو خدمة، والتحكم الكامل في معدلات و فترتها، وتحديد أثمانها ومستوى جودتها، سعياً للحصول على أكبر قدر من الأرباح عن طريق التواطؤ بين الأطراف، لغلق المنافسة أمام الموزعين أو المنتجين الآخرين.^(٢)

^١ - القانون رقم ٨٩-١٢ المؤرخ في ٥-٧-١٩٨٩ يتعلق بالأسعار - الجريدة الرسمية، عدد ٢٩، الصادرة في ١٩-٧-١٩٨٩.

^٢ - الأمر ٩٥-٠٦ المؤرخ في ٢٥-٠١-١٩٩٥ يتعلق بالمنافسة - الجريدة الرسمية، عدد ٩، الصادرة في ٢٢-٠٢-١٩٩٥.

✓ حماية المستهلك من الممارسات غير النزيهة: يطال عدد كبير من أساليب المنافسة غير المشروعة بضاعة المنافسين الآخرين ومنتجاتهم، ويحصل ذلك بأشكال مختلفة، من أهمها تقليد العلامة التجارية واغتصابها وإبدال البضاعة وتقليدها لخلق الالتباس حول مصدرها، كما قد يحصل هذا الأخير عن طريق الإشهار المضلل أو الإشهار غير الشرعي، هذه الممارسات كانت محل حظر بموجب قانون الممارسات التجارية.

ب - حماية المستهلك بعد التعاقد:

نظرا للمركز الأقوى الذي يتحلى به المهني بالنسبة للمستهلك، فقد يعمد إلى استعمال هذه القوة بشكل تعسفي في علاقاته مع المستهلك، سواء في عقود البيع أو أداء الخدمة، فقد يقتني المستهلك منتوجا أو يطلب خدمة معينة، ولا يحصل على فاتورة مقابل ذلك، لذا أوجب المشرع على المهني التعامل بالفاتورة مع المستهلك في حالة طلبها، وذلك حتى لا يضطر المستهلك إلى قبول التعاقد بشروط تعسفية، وحماية له، منع المشرع التعامل مع المستهلك بشروط تعسفية.

✓ وجوب التعامل بالفاتورة مع المستهلك في حالة طلبها: تعتبر الفاتورة الوثيقة الأكثر شيوعا في نشاطات الأعمال اليومية، وأهميتها واضحة في مجال القانون التجاري، إذ تتمخض على تحريرها التزامات على الطرفين ولقد أكدت الفقرة الثالثة من المادة ١٠ من القانون ٠٢٠ الذي يحدد القواعد التي تطبق على الممارسات التجارية على الالتزام بتسليم الفاتورة عند التعامل مع المستهلك، على أنه " يجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر المعاملة، ويجب أن تسلم الفاتورة إذا طلبها الزبون".

كما نصت المادة ٢٢ من المرسوم التنفيذي ٤٦٨^(١) المؤرخ في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٠ على أنه " يجب على البائع في علاقاته مع المستهلك تسليم الفاتورة إذا طلب منه".

✓ منع التعامل بشروط تعسفية مع المستهلك: من أجل حماية المستهلك من هذا النوع من التعامل تدخل المشرع الجزائري في إطار القانون ٠٢٠ السابق ذكره بوضع أحكام تمنع التعاقد المتضمن لشروط تعسفية، وذلك من خلال المادة 29 منه، التي نصت على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع".⁽²⁾

وعليه يمكن القول إن المشرع قد قصد عقود البيع المبرمة بين المستهلك والبائع، يعني أنه استبعد العقود المبرمة بين المهنيين، وفي هذا حماية واضحة للمستهلك، ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق المادة 29 في عقود البيع فقط دون العقود الأخرى، وهذا تقصير واضح في حماية المستهلك.

المطلب الثاني: التطور التشريعي لحماية المستهلك في الجزائر وفقا للقانون ٠٣٠ ونطاق تطبيقه:

أولا: - حماية المستهلك في الجزائر وفقا للقانون ٠٣٠.

جاء القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠ والمؤرخ في ٢٥ فيفري ٢٠٠٠ م ليضيف حماية أكبر للمستهلك لمواكبة مختلف التغيرات، ويساير الحركية التشريعية الدولية التي تشهد حيوية خاصة في مجال حماية المستهلك نظرا لتزايد

^١ - الأمر ٠٣-٠٣ المؤرخ في ١٩-١٧-٢٠٠٣ يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، عدد ٤٣، الصادرة في ٢٠-٠٧-٢٠٠٣.

^٢ - أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة ٢٠٠٥، ص ١٣١.

المخاطر التي تهدد مصالحه المادية والمعنوية. ومن خلال القانون رقم ٠٢٨٩ المؤرخ في 07 فيفري 1989 م المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.⁽¹⁾

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يُقحم نفسه في وضع تعريف للمستهلك بل اكتفى بوضع القواعد والآليات العامة لحمايته، لكن وفي وقت لاحق تبني المشرع الجزائري تعريفا قانونيا للمستهلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم ٣٦٩ المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، في مادته الثانية الفقرة التاسعة حيث عرّف المستهلك على أنه: " كل شخص يقتني بئمن أو مجاناً منتوجاً أو خدمة معدّين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به."⁽²⁾

من خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

* إن استعمال المشرع لعبارة " شخص يقتني" قد قصر دائرة الحماية على المقتني للمنتوج أو الخدمة فقط دون غيره، فالمستهلك حسبه لا يعني بهذه الحماية.

* اتساع نطاق تطبيق مفهوم المستهلك وقانون حماية المستهلك من حيث الموضوع مادامت كل الأموال يمكن أن تكون محلاً للاستهلاك، إذا كانت لغرض الاستعمال الشخصي.

* إن استعمال المشرع لعبارة " معدّين للاستعمال الوسيط أو النهائي" يعد توسعاً لا مبرر له؛ لأنها تناقض ما يلها من عبارة " لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " فلا يمكن التوفيق بين الاستعمال لأغراض استثمارية، والاستعمال لسد حاجات شخصية أو عائلية، وإلا فقد قانون حماية المستهلك كل خصوصيته وفلسفته التي يقوم عليها.

* إن عبارة " أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " ينبغي أن تمتد إليهم الحماية لأن الاقتناء تم لفائدتهم، فعقد الاستهلاك لا يقتصر على أطرافه فقط: المحترف/ المقتني، بل يمتد إلى الأشخاص الذين هم في كفالة المقتني.

من خلال هذه المادة يمكننا أن نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبني الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك، وذلك لكونه جعل الاستعمال الشخصي أو العائلي أساساً لصفة المستهلك، مما يفيد باستبعاد المهني، ومما يؤكد هذا الرأي ما جاء به المرسوم ٢٥/٨٧ المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، حيث نصت المادة 2 منه على أنه " يقصد بالمنتوج الاستهلاكي في مفهوم هذا المرسوم المنتوج النهائي الموجه للاستعمال الشخصي للمستهلك، لا تعتبر المواد المستعملة في إطار نشاط مهني كمنتوجات استهلاكية في مفهوم هذا المرسوم."⁽³⁾

¹ - المرسوم التنفيذي رقم ٠٥-٤٦٨ المؤرخ في ٢٠٠٥/١٢/١٠ يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية، وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، عدد ٨٠، الصادرة في ٢٠٠٥/١٢/١١، ص ١٨.

² - القانون رقم ٠٢/٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/٠٢/٠٧ المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، عدد ٠٦ المؤرخة في ١٩٨٩/٠٢/٠٨، الأمانة العامة لحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، ١٩٨٩.

³ - المرسوم التنفيذي رقم ٣٩/٩٠ المؤرخ في ١٩٩٠/٠١/٣٠ المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد ٠٥، المؤرخة في ١٩٩٠/٠١/٣١، الأمانة العامة لحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، ١٩٩٠ م.

ثانياً: - نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠٩^(١):

أ- نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠٩ من حيث الأشخاص:

تكتسي مسألة تحديد نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠٩ من حيث الأشخاص أهمية كبيرة من خلال تحديد الدائن والمدين بالحماية المقررة قانوناً لصالح المستهلك، هذا الأخير هو الدائن باعتباره الطرف الجدير والمستفيد من هذه الحماية لما تضمنه من حقوق، في مواجهة المتدخل فهو المدين بهذا الالتزام الذي ألقاه على عاتقه قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

ب- نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠٩ من حيث الموضوع:

تمثل المنتوجات التي يتم اقتناؤها من أجل الاستعمال النهائي موضوع ومحل التزام الحماية التي أقرها المشرع لصالح المستهلك بصفته دائناً في مواجهة المتدخل المدين بالحماية، وبالرجوع إلى المادة 02 من قانون حماية المستهلك نجد أنها تنص على ما يلي: "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى كل متدخل، وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك" فأحكام هذا القانون تطبق على المنتوجات التي قد تكون سلعة أو خدمات معروضة للاستهلاك.

ج- نطاق تطبيق القانون رقم ٠٣٠٩ في مجال عقود التجارة الالكترونية:

يقصد بالعقد هنا العقد الذي يجسد عملية الاستهلاك؛ أي العقد الذي يقتني بموجبه المستهلك السلعة أو الخدمة من المتدخل الأخير في عملية وضع المنتج للاستهلاك وهو عادة الموزع بالتجزئة، ويصطلح الفقه على هذا العقد بعقد الاستهلاك. لقد فرضت التجارة الالكترونية نفسها لتحدث ثورة جديدة في نطاق أنظمة التجارة في تاريخ البشرية، فبعد شبكة الأنترنت أصبح كل شيء قابلاً للشراء ببساطة بواسطة أي حاسب آلي متصل بالشبكة وفي أي مكان كان، وأضحت مختلف المنتجات المحلية والعالمية تتدفق على المستهلك من ملابس وكتب وموسيقى ومنتجات غذائية، وكذا خدمات البنوك والتأمين والنقل والسياحة والاشتراكات في الصحف والمجلات... وبذلك فتحت شبكة الأنترنت آفاقاً رحبة طليقة من القيود لا تعترف بالحدود أمام ممارسات جديدة للاستهلاك. وأمام تقنيات ثورة الاتصالات هذه، وما نتج عنها من بعد مكاني وجغرافي بين المتدخل والمستهلك يثور التساؤل حول كيفية حماية المستهلك في هذا النوع من التعاقد، ومدى إمكانية تطبيق قواعد حماية المستهلك وقمع الغش في هذا المجال، في وقت لم يخصص المشرع الجزائري تنظيمياً خاصاً لحماية المستهلك في مجال المعاملات الالكترونية.

المبحث الثالث: آليات حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم ٠٣٠٩:

إن إخلال المنتج بالتزاماته تجاه المستهلك كونه الطرف الضعيف، يعرض مصالحه للخطر وقد تلحقه أضرار نتيجة لذلك، ومن أجل السهر على تطبيق النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك لا بد من وجود أجهزة قوية وفعالة، ودونها يصبح قانون حماية المستهلك وقمع الغش مجرد حبر على ورق، ويفتقد لألية ردع المخالفين له، وعليه تم إنشاء أجهزة مختلفة مؤهلة لمراقبة تطبيق هذه النصوص، ومن أهم هذه الأجهزة نذكر:

¹ - مرسوم تنفيذي رقم ٢٥٤/٩٧ مؤرخ في ٠٨ يوليو ١٩٩٧م المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستردادها.

أولاً:- الهيئات الإدارية:

تعتبر الهيئات الإدارية تلك الجهة المنوط بها تنفيذ القواعد القانونية وبدقة: حيث تقوم بنقل التجريم والعقاب من مجال التشريع إلى الواقع الفعلي الذي يحقق الحماية للمستهلك على أرض الواقع.⁽¹⁾

حيث تضطلع الهيئات الإدارية باختلاف اختصاصاتها بدور فعال في حماية مصالح المستهلك، سواء ما تعلق منها بالدور الوقائي لتجنب إلحاق الضرر بالمستهلك أو العلاجي الردعي في حالة وقوع الضرر من طرف المخالفين، هذه الهيئات تمثل الجانب التطبيقي والعملية للحماية التي ينشدها المشرع من خلال القانون رقم ٣٠٩، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبدون هذه الهيئات تصبح تلك القوانين عديمة الجدوى ودون فعالية.

وتتمثل هذه الهيئات الإدارية في وزارة التجارة والهيكل التابعة لها، وهي:

أ- المديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنيين، وتضم ٥ مديريات فرعية وهي:

✓ مديرية المنافسة والخدمات، ✓ مديرية الجودة والاستهلاك،

✓ مديرية تنظيم الأسواق والنشاطات التجارية والمهن المقننة،

✓ مديرية الدراسات والاستكشاف والإعلام الاقتصادي، ✓ مديرية التقنين والشؤون القانونية.

ب- المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش وتضم ٥ مديريات فرعية وهي:

✓ مديرية مراقبة الممارسات التجارية والمضادة للمنافسة، ✓ مديرية مراقبة الجودة وقمع الغش.

✓ مديرية مخابر التجارب وتحليل الجودة، ✓ مديرية التعاون والتحقيقات الخصوصية.

ج- شبكة الإنذار السريع.

د- المصالح الخارجية لوزارة التجارة:

التي تم تنظيمها بموجب مرسوم تنفيذي رقم ٩١ المؤرخ في ٢٠ جانفي ٢٠١١ والتي تضم المديريات الولائية للتجارة وهي:

✓ مصلحة ملاحظة السوق والإعلام الاقتصادي ✓ ومصلحة مراقبة الممارسات التجارية المضادة للمنافسة.

✓ ومصلحة حماية المستهلك وقمع الغش، ✓ ومصلحة المنازعات والشؤون القانونية،

✓ ومصلحة الإدارة والوسائل. مضمون المادة ٩ من المرسوم التنفيذي رقم ٩١.

هـ- المديريات الجهوية للتجارة: وتضم ٣ مصالح هي:

✓ مصلحة التخطيط ومتابعة المراقبة وتقييمها، ✓ مصلحة الإعلام الاقتصادي وتنظيم السوق،

¹- أ. محمد عماد الدين عياض، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس بكلية الحقوق، جامعة ٢٠ أوت ١٩٨٨ بسكيكدة، حول "حماية المستهلك في ظل القانون رقم ٣٠٩/٠٩، نوفمبر ٢٠١٠، ص: ٠١.

✓ مصلحة الإدارة والوسائل، حيث تتولى هذه المصالح مهام تأطير وتقييم نشاطات المديرات الولائية للتجارة وإنجاز التحقيقات الاقتصادية المتعلقة بالمنافسة والتجارة الخارجية والجودة وحماية المستهلك وسلامة المنتوجات. مضمون المادة ١٠ و ١١ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٩١ .

و- الهيئات المتخصصة التابعة لوزير التجارة:

ويقصد بها الهيئات التي خول لها المشرع مهام وصلاحيات خاصة بحماية المستهلك، بموجب نصوص قانونية خاصة.

✓ المجلس الوطني لحماية المستهلكين.^(١) ✓ المركز الجزائري لمراقبة النوعية.^(٢)

✓ شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية^(٣)

ي- الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي:

يتمتع كل من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي بصلاحيات خولها لهما القانون، تحمي المستهلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كل حسب مجال تخصصه الإقليمي والصلاحيات القانونية المخولة لهما، سواء فيما يتعلق بقانون الولاية أو قانون البلدية، فالوالي تمتد سلطاته على مستوى كامل تراب الولاية في حين تمتد صلاحيات رئيس البلدية على مستوى بلديته.^(٤)

م- الجمارك:

تكتسي المنافذ الحدودية لكل دولة أهمية كبيرة كونها تتحكم في حركة دخول وخروج الأفراد والبضائع، من هنا يأتي الدور الكبير لجهاز الجمارك كونه الهيكل الذي تناط به مهمة حماية حدود الدولة سواء في المجال الأمني أو الاقتصادي، وكلاهما الهدف منهما حماية الفرد المستهلك مما يضره، سواء بمنع دخول البضائع أو تصديرها بصورة مخالفة للقانون ومراقبتها.

ر- مجلس المنافسة:

مما لا شك فيه أن تنصيب مجلس المنافسة كان يهدف بالأساس إلى ترقية وحماية المنافسة، وبالتالي ضمان حماية كافة عناصر العلاقة الاقتصادية وضمان التوازن فيما بينها، بما فيها حماية مصالح المستهلك الذي يعتبر الحلقة الأضعف في هذه العلاقة، كما يبرز ذلك من أحكام القانون المتعلق بالمنافسة الذي جاء ليضع أسس قانون المنافسة والقواعد التي من شأنها تنظيم الممارسات وتصرفات الأعوان الاقتصاديين.^(٥)

^١ - العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٣، ص: ٢٨٢.

^٢ - انظر المادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي رقم ١٢-٣٥٥ المؤرخ في ٠٢ أكتوبر ٢٠١٢ م، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلك واختصاصاته.

^٣ - المرسوم التنفيذي رقم ٣١٨/٠٣، المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٣ م، المتضمن إنشاء المركز الجزائري لمراقبة النوعية والزرع وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد ٥٩، الصادرة في ٠٥ أكتوبر ٢٠٠٣ م والذي عدل وتم المرسوم التنفيذي رقم ١٤٧/٨٩ المؤرخ في ٠٨ أوت ١٩٨٩ م.

^٤ - المرسوم التنفيذي رقم ٣٥٥/٩٦ المؤرخ في ١٩ أكتوبر ١٩٩٦م، يتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيورها.

^٥ - قانون رقم ٠٧/١٢ مؤرخ في ٢١ فبراير ٢٠١٢، يتعلق بالولاية، ج ر، العدد ١٢، الصادرة بتاريخ ٢٩ فبراير ٢٠١٢ م.

ز- الهيئات القضائية:

تحقيقاً لهدف القانون في الحفاظ على النظام في المجتمع وتحقيقاً للعدل بين الناس، كفل المشرع للمستهلك الذي كان ضحية مخالفة القاعدة القانونية، حق رفع الدعوى للمطالبة بحماية حقوقه، فحق الالتجاء إلى القضاء هو حق من الحقوق العامة المعترف بها لأفراد المجتمع، وهو يدخل في نطاق الحريات العامة المكفولة دستورياً.⁽¹⁾

س- جمعيات حماية المستهلك:

جمعيات حماية المستهلك هي هيئات تطوعية غير حكومية يؤسسها نشطاء من أفراد المجتمع المدني باختلاف ثقافتهم واختصاصاتهم، لا تهدف إلى الربح وإنما تهدف لحماية حقوق المستهلك من الممارسات المخلة بحقوقه، وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته بما له وما عليه من حقوق وواجبات، ورفع الدعاوى القضائية نيابة عنه ضد جشع التجار والمحتكرين.⁽²⁾

خاتمة:

تتضمن خاتمة هذه الدراسة مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات نلخصها فيما يلي:

أ - النتائج المتوصل إليها:

- موضوع حماية المستهلك يحظى باهتمام متزايد سواء على المستوى الوطني أو الدولي، لما يمثله هذا الموضوع من حساسية بالنسبة لقطاعات اجتماعية واسعة، كما أن هذا الاهتمام يعكس من جهة أخرى حجم التحديات الراهنة التي تواجه المجتمعات- خاصة العربية منها- بفعل الانفتاح الاقتصادي المتعاظم، والتدفق الإعلامي والمعلوماتي الكبير.
- تعتبر حقوق المستهلك واحدة من أهم الحقوق التي عني بها المشرع الوطني والدولي باعتبارها مرتبطة بتنمية المجتمعات، خاصة مع الثورة المعلوماتية، وفي ظل وجود المحتوى الإلكتروني الرقمي، وثورة الإعلانات التي غيرت مفاهيم الحاجات الكمالية إلى ضرورة في حياة المستهلك، حيث برزت حاجة أكبر لدراسة الإطار القانوني لحماية حقوق المستهلك .
- معظم دول العالم قد عبّرت عن رغبتها واستعدادها لحماية هذا المستهلك كونه الطرف الضعيف في علاقته بالمربي (المحترف) لافتقاره للمعلومات الكافية والضرورية حول السلعة أو الخدمة محل الاستهلاك، والتي تجعله يستخدمها أفضل استخدام بما يحقق له الغرض الذي من أجله قام بإبرام العقد.

¹ - المواد ١، ٢، ٤، ٥، ٤١، ٥١، من قانون رقم ٩٨-١٠ مؤرخ في ٢٢ أوت ١٩٩٨م، يعدل ويتم القانون رقم ٧٩-٠٧ المؤرخ في ٢١ يوليو ١٩٧٩م، والمتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية، عدد ٦١، الصادرة في ٢٣ أوت ١٩٩٩.

^٢ - المادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢٤١ المؤرخ في ١٠ يوليو ٢٠١١م، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيوره. المادة ٤٠ من الدستور ١٩٩٦م.

- نجد أن الأطر المنظمة لحماية المستهلك في الجزائر هي من الأهمية بمكان، يُستطاع معها تحقيق حماية فاعلة للمستهلك، بيد أن العائق الأساس الذي يحد من تحقيق مثل هذه الحماية هو الحاجة إلى إصدار المراسيم التطبيقية ذات الصلة بقانون حماية المستهلك، علاوة على أهمية تعزيز القدرات في مجال التعريف بقانون حماية المستهلك وبالقوانين ذات الصلة.

ب- الاقتراحات:

نرى أن المستهلك- خاصة في الجزائر- في أمس الحاجة إلى حماية متعددة الأبعاد (صحية، أسرية، اجتماعية، تسويقية، إعلامية، معنوية.....)

- يجب تفعيل الأساليب الترويجية في توعية المستهلك وتوجيهه بما يضمن حمايته وحفظ حقوقه، ونقصد بذلك تفعيل الاتصال، والذي يتم عن طريقه نقل المعلومات عن السلع والخدمات والأفكار للمواطنين لتعريفهم بتلك المنتجات وإقناعهم بقبول أو رفض ما تم الإعلان عنه من حيث مكوناته، ومقدار المنفعة التي يحصلون عليها.

- يجب نشر الوعي والثقافة بين الجماهير التي يحتمل أن تنتفع من هذه المنتجات، يضاف إلى ذلك التعرف على وجهات نظر المستهلك، ولكي نضمن فاعلية هذه الأساليب وتأثيرها فإن ذلك يعتمد أساسا على الفكر والتصميم الجيد للرسالة الترويجية، بالإضافة إلى الحملات الإعلانية المخططة.

- ويُقترح في هذا الإطار بالنظر في إيلاء الاهتمام بالعمليات الاستهلاكية التي تتم عبر الأنترنت، والتوعية بشأن هذا النمط الاستهلاكي المستجد، ووجوب وضع الأطر القانونية التطبيقية المرتبطة بتنفيذ قانون حماية المستهلك، علاوة على تعزيز تنسيق الجهود كافة من أجل تفعيل حماية المستهلك، وخاصة الجهود الحكومية والتربوية والأمنية والاجتماعية والاقتصادية والدينية ومنظمات المجتمع المدني الوطنية.

- كما يجب تعزيز القدرات للمختصين والمعنيين في مجال حماية المستهلك، خاصة المراقبين والمحققين في مدى وجود مخالفات استهلاكية من عدمه، علاوة على إيلاء الاهتمام بمحاولة إيجاد الحلول التشريعية والتقنية لمسألة إجراءات التفتيش والضبط والأدلة، مع التركيز على دور أجهزة الضبط الإداري والقضائي في ملاحقة الانتهاكات المتعلقة بحقوق المستهلك.

- كما يجب تعزيز حماية المستهلك من انتهاك حقوق العلامات التجارية وأثرها السلبي عليه، وما يحققه ذلك من لبس لديه يؤدي فيه إلى عدم التمييز بين ما هو ملائم لحاجاته وما هو ضار بصحته وحياته.

وختاما فإن هذا الموضوع "الحماية القانونية للمستهلك"، يعد ذا بعد قانوني واقتصادي ومجتمعي هام، خاصة في ظل هذا التحول العالمي الكبير من الشراء من السوق العادية إلى التسوق الإلكتروني الذي نمارسه يوميا عبر العالم الافتراضي. ولا نعرف ماذا بعد؟

أولا: المراجع العربية:

• المراجع العربية العامة:

١. العميدة د. حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص- الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٢. د. طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، صادر ناشرون، بيروت، ٢٠٠٠.
 ٣. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
 ٤. د. عبد الفتاح حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
 ٥. د. عبد الله عبد الكريم عبدالله، عقود نقل التكنولوجيا، منشورات صادر، بيروت، ٢٠٠٠.
 ٦. د. عبد الله عبد الكريم عبدالله، مكافحة جرائم المعلوماتية والانترنت "الجرائم الالكترونية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
 ٧. د. فاتن حوى، المواقع الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١.
 ٨. د. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، منشورات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، ١٩٩٥.
 ٩. د. محمد قاسم، القانون المدني - العقود المسماة "البيع-التأمين- الإيجار-، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
 ١٠. أحمد سيد مصطفى، القدرة الشرائية لشركتنا... ترف أم ضرورة؟ دار النهضة العربية بالقاهرة، ط١، ٢٠٠٠.
- المراجع العربية المتخصصة:
١١. د. أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
 ١٢. د. أسامة مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، المحلة - مصر، ٢٠٠٠.
 ١٣. أحمد محمد محمود خلف -الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة ٢٠٠٠.
 ١٤. د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون البناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، ط٣، دار اقرأ للنشر، بيروت، ١٩٨٨.
 ١٥. د. الياس ناصيف، العقود الدولية - العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
 ١٦. د. خالد ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
 ١٧. د. السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٣.
 ١٨. د. صالح المتزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٩. د. عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك - دراسة في القانون المدني والمقارن، منشورات الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٠.
٢٠. د. عبد الفتاح حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٢١. الأمم المتحدة، الورقة الخلفية الصادرة عن برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول الدورة الإقليمية الثانية حول التدريب القضائي على القوانين الاقتصادية، عمان، ١٦١٣ تشرين الثاني / أكتوبر، ٢٠٠٩.

• البحوث والمقالات:

٢٢. د. بول مرقص، التشريعات العربية اللازمة للتجارة الالكترونية، مقالة منشورة في المجلة العربية للفقهاء والقضاء الصادرة عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية - الإدارة القانونية لدى الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، العدد ٣٢، منشورات جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٣. د/ محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة، مقال منشور، مجلة الإدارة، عدد ٢٣، ٢٠٠٢.
٢٤. د. زياد عاشور، حماية المستهلك ومراقبة الأسواق اللبنانية، مقالة منشورة في نشرة حماية المستهلك، العدد ٥، ربيع ٢٠١١.
٢٥. د. عبد السلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، دراسة منشورة في مجلة العدل الصادرة عن نقابة المحامين في بيروت، العدد الثالث، السنة الواحدة والأربعون، ٢٠٠٧، قسم الدراسات، منشورات النقابة، بيروت، ٢٠٠٧.
٢٦. د. عبد الله عبد الكريم عبد الله ود. فتن حوى، مقالة مشتركة بعنوان: أسماء مواقع الانترنت والعلامات التجارية وتسوية المنازعات الناشئة بينهما، مقالة منشورة في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٥ - سنة ٢٠٠٩، بيروت، ٢٠٠٩.
٢٧. أ. علي عيسى، حقوق المستهلك في ظل التشريع القانوني، مقالة منشورة في نشرة حماية المستهلك الصادرة عن وزارة الاقتصاد والتجارة - مديرية حماية المستهلك، العدد ٢، صيف ٢٠٠١، منشورات وزارة الاقتصاد والتجارة، بيروت، ٢٠٠١.
٢٨. د. حداد العيد، الحماية المدنية والجناحية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة مقدمة ضمن أعمال المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا بطرابلس، ليبيا، بتاريخ ٣٠٢٧ تشرين الأول/أكتوبر، ٢٠٠٩، طرابلس (ليبيا)، ٢٠٠٩.

٢٩. د. حسني الجندي، دور الوسائل الالكترونية في المواد الجنائية، دراسة قانونية مقدمة ضمن أعمال المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية والذي نظمته أكاديمية شرطة دبي خلال الفترة من ٢٦ إلى ٢٨ أبريل ٢٠٠٣، منشورات مركز البحوث بالأكاديمية، دبي، ٢٠٠٣.

٣٠. أ. محمد عماد الدين عياض، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس بكلية الحقوق، جامعة ٢٠١٨ أواسط، بسكيكدة، حول "حماية المستهلك في ظل القانون رقم ٣٠٩/٢٠٠٩ نوفمبر ٢٠١٠".

٣١. د. فاديا كيوان، الفاعلون الجدد في إطار العولمة، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر السنوي الثاني حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بعنوان "حقوق المستهلك وواجباته - الأطر العامة والحالة اللبنانية"، والذي نظمته جامعة الحكمة بتاريخ ٢ آذار ٢٠٠٢، منشورات مركز الدراسات بجامعة الحكمة، بيروت، ٢٠٠٢.

٣٢. أ. ليندة عبد الله، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، بحث مقدم ضمن أعمال الملتقى الوطني الأول حول "حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي"، والذي نظمه معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي - الجزائر بتاريخ ١٤١٣ نيسان/أبريل ٢٠٠٢، منشورات معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي - الجزائر، ٢٠٠٢.

٣٣. د. وليد عبد الحي، إشكالية الفضاء الالكتروني، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول للملكية الفكرية الذي عقد في جامعة اليرموك الأردنية خلال الفترة من ١١ تموز ٢٠٠٢، منشورات جامعة اليرموك، اربد - الأردن، ٢٠٠٢.

٣٤. ١٩- العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٣.

٣٥. - شعباني حنين، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠٠١.

• معاهدات وقوانين وقرارات:

٣٦. الأمم المتحدة، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك الصادرة من منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ١٩٩٩، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٢.

٣٧. القانون رقم ٢٨٩/٠٢٨ المؤرخ في ١٩٨٩/٢٠٧ المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، عدد ٠٦، المؤرخة في ١٩٨٩/٢٠٨، الأمانة العامة لحكومة، الطبعة الرسمية، الجزائر، سنة ١٩٨٩م.

٣٨. القانون رقم ١٢٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/٢٠٥ يتعلق بالأسعار - الجريدة الرسمية، عدد ٢٩، الصادرة في ٩/٠٧١ - ١٩٨٩.

٣٩. الأمر ٠٦٩٥ المؤرخ في ١٩٩٥/١٢٠٥ يتعلق بالمنافسة - الجريدة الرسمية، عدد ٩، الصادرة في ١٩٩٥/٢٢٠٢.

٤٠. الأمر ٠٣٠٣ المؤرخ في ٢٠٠٣/١٩٩ يتعلق بالمنافسة - الجريدة الرسمية، عدد ٤٣، الصادرة في ٢٠٠٣/٣٧٢.

٤١. المرسوم التنفيذي رقم ٤٦٨٥ المؤرخ في ٢٠٧/٢٠١٦ يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية، وكيفيات كذلك - الجريدة الرسمية، عدد ٨، الصادرة في ٢٠٧/٢٠١٦.
٤٢. القانون رقم ٢٨٩/٠٧ المؤرخ في ١٩٨٩/٢٠٧ المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلكين ج ر، عدد ٦، المؤرخة في ١٩٨٩/٢٠٨، الأمانة العامة لحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، ١٩٨٩.
٤٣. المرسوم التنفيذي رقم ٣٩٩ المؤرخ في ١٩٩٠/٣٠ المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، ج ر، عدد ٥، المؤرخة في ١٩٩٠/٣١، الأمانة العامة لحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، ١٩٩٠ م.
٤٤. مرسوم تنفيذي رقم ٢٥/٨٧ مؤرخ في ٠٨ يوليو ١٩٩٩ م المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها.
٤٥. المرسوم التنفيذي رقم ٣١/٨٣ المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٠ م، المتضمن إنشاء المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزق وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد ٥، الصادرة في ٠٥ أكتوبر ٢٠٠٠ م، والذي عدل وتمم المرسوم التنفيذي رقم ١٤/٨٩ المؤرخ في ٠٨ أوت ١٩٨٩.
٤٦. المرسوم التنفيذي رقم ٣٥/٩٦ المؤرخ في ١٩ أكتوبر ١٩٩٦ م، يتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيرها.
٤٧. قانون رقم ٠٧١٢ مؤرخ في ٢١ فبراير ٢٠١٢، يتعلق بالولاية، ج ر العدد ١، الصادرة بتاريخ ٢٩ فبراير ٢٠١٢ م.

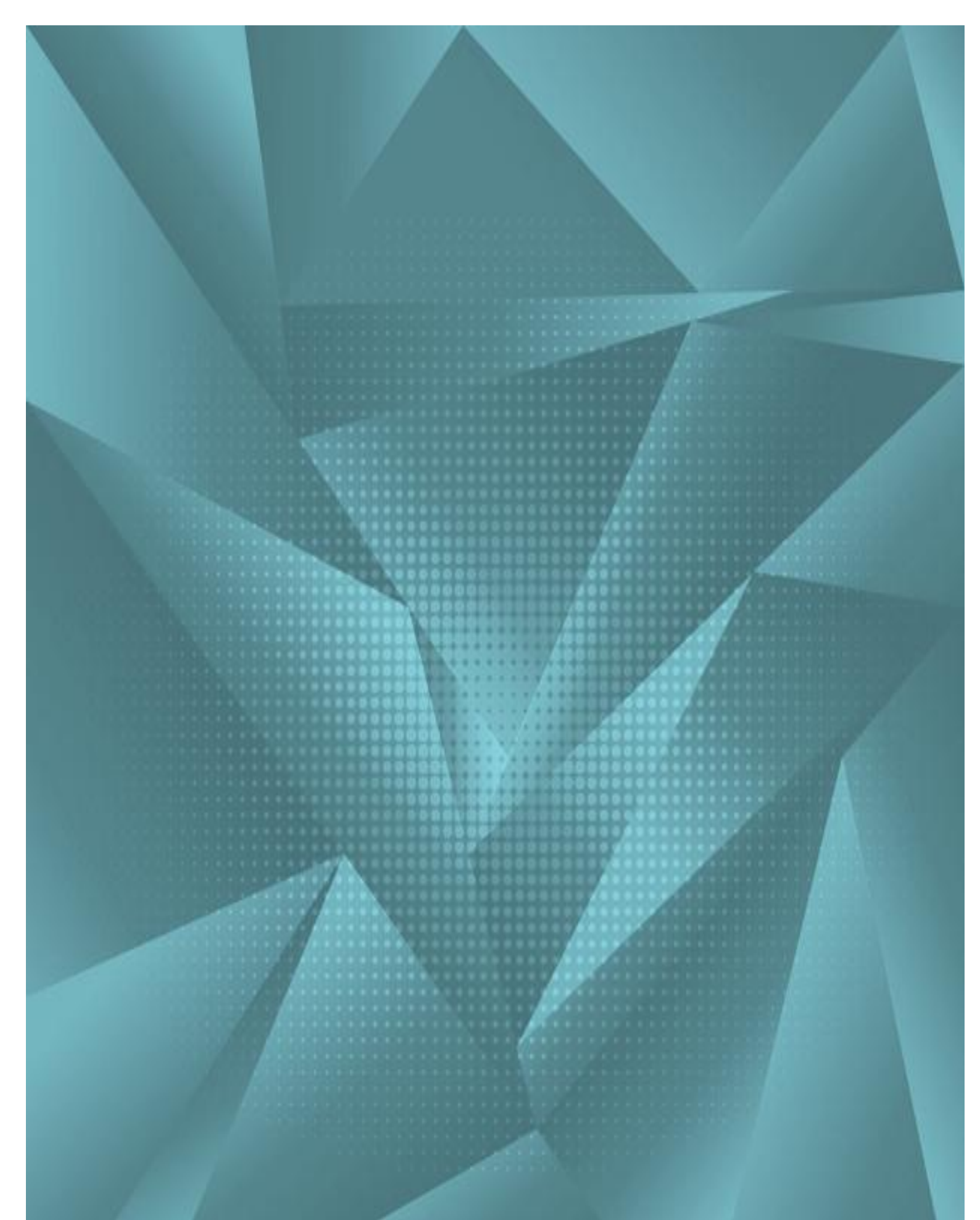
ثانيا: المراجع الأجنبية.

48. Vocabulaire juridique, G. Cornu, 6ème édition, PU F cité par (Pr. Catherine Barreau, droit de la concurrence
49. Marie-Anné Frison Roche, Marie stéphane Payet, Droit de la concurrence, Edition Dalloz, Paris, 2006..

ثالثاً: المصادر الإلكترونية.

مصادر ذات صلة بحماية المستهلك.

50. <http://www.arbcon.net/consumer-rights.htm>
51. www.consumersinternational.org
52. http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/1998-med/1.pdf
53. <http://www.arabhumanrights.org/cbased/ga/covenant-escr66a.html>
54. http://www.consumersinternational.org/media/33860/consumption_ar.pdf



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016