

# 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 السادس - أيلول 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. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

د. دريسي امينة جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)

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

الباحث علي قنات كلية الحقوق بصفاقس (تونس)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. أمال مكاوي، جامعة جيلالي اليايس سيدي بلعباس (الجزائر)

د. حنان ميساوي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)

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

د. عبد المومن بن صغير جامعة الدكتور مولاي الأهر سعيدة (الجزائر)

د. قادري لطفي محمد الصالح، جامعة قاصدي مرياح ورقلة (الجزائر)

د. محمد أحمد المنشاوي أستاذ القانون الجنائي (مصر)

م.م. علي مجيد العكيلي كلية القانون، الجامعة المستنصرية، (العراق)

أ. نسيمه أمال حيفري، جامعة، وهران، (الجزائر)

التدقيق اللغوي:

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

د. هامل شيخ، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت (الجزائر)

أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعريوج (الجزائر)

أ. لوبزة حوفا، 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 تكريماً لحرص

المركز على تشجيع الأبحاث و الجهود

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](mailto:law@jilrc-magazines.com)

## الفهرس

### الصفحة

- الافتتاحية 9
- المركز القانوني لنائب رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المعاصرة: م.م.علي مجيد العكيلى وم.د.لى علي الظاهري، لجامعة المستنصرية، (العراق). 11
- إجراءات البحث والتحري في التشريع الجزائري، الباحث يوسف مرين، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم (الجزائر) 33
- الاعتماد المستندي في التشريع الجزائري: د. أمال مكاوي جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس(الجزائر). 53
- يمين الاستيثاق في التشريع العراقي، د. عبد المنعم عبد الوهاب نقابة المحامين - البصرة (العراق). 69
- " حق العامل في المنافسة بين السر المهني و الحرية في العمل ": بنور سعاد كلية جامعة أحمد بن بلة ٢ وهران (الجزائر). 81
- رخصة البناء آلية لحماية النظام العام العمراني، الباحثة مزود فلة، جامعة جيجل (الجزائر). 107
- التهديدات الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية: دراسة من منظور القانون الدولي للبحار، د. لعمامري عصاد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر)، 119

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 فضله تتم الصالحات

تستمر مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة في عددها السادس بنشر مقالات علمية متنوّعة تعالج مواضيع مختلفة في القانون العام والخاص؛ كمساهمة من مركز جيل البحث العلمي في نشر الثقافة القانونية ومواكبة كل جديد بالساحة التشريعية سيما العربية، لتكون من أهم روافد القانون في المكتبات العربية الرائدة.

ولقد تضمن هذا العدد كسابقيه رصيذا كبيرا من الدّراسات والأبحاث المتخصصة تناولت مواضيع متنوعة خاصة ما تعلق بالقانون الدستوري وذلك من خلال بحث قيم حول المركز القانوني لنائب رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المعاصرة، وفي مختلف القوانين والتشريعات الجزائرية والعراقية، كما تضمن توصيات ونتائج عملية نأمل أن تجد من يتبناها، ويوظفها في خدمة المجتمعات من أجل التغيير نحو الأفضل.

ولقد ساهمت اللجنة العلمية الموقرة بشكل ملحوظ في دفع عجلة المجلة قدما فلم يؤلوا جهدا، ولم يبخلوا بملاحظاتهم عن طريق التحكيم العلمي الذي خضعت له كل البحوث، فمنها من رفض لأسباب منهجية أو حتى لاكتشاف سرقة علمية، ومنها من قبل للنشر بشرط إدخال بعض التعديلات، سواء من حيث المنهجية أو إثراء الموضوع معرفيًا، فشكل ذلك فرصة عظيمة للباحثين لتقييم بحوثهم. كما فتحت المجال للنقاش حول مواضيع كثيرة، وعليه نشكر الباحثين على رحابة صدرهم وعلى ثقتهم بالمجلة.

ومن جهة أخرى فإنّ هذا العدد هو ثمرة الجهود المضنية لأعضاء هيئة التحرير واللجنة الاستشارية لهذا العدد وللمدققين اللغويين، فلهم منا أسى عبارات الشكر والثناء والتقدير.

وفي الأخير أغتنم الفرصة لدعوة جميع الباحثين والمهتمين والمتخصصين في فروع القانون المختلفة بالانضمام إلى مسيرتنا العلمية من خلال المشاركة بالتحكيم وعضوية اللجنة العلمية، أو من خلال الاقتراحات وحتى الانتقادات.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير / د. سرور طالبي المل



## المركز القانوني لنائب رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المعاصرة

م.م.علي مجيد العكيلى - م.د.لمى علي الظاهري

كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق

### المقدمة

يعدّ منصب رئيس الدولة ، في كل الأنظمة الدستورية ، قمة الهرم للمناصب في الدولة ؛ ذلك إنّ شاغله هو رئيس الدولة. وتتفاوت مهام وصلاحيات رئيس الدولة حسب النصوص الدستورية ، والنظام السياسي ، المتبع في الدولة وتبعاً لذلك تتفاوت أيضاً مهام واختصاصات النائب باعتباره ينصب عن رئيس الدولة ؛ ولهذا فإنّ مركز نائب رئيس الدولة ، يعدّ من المراكز المهمة المؤثرة في البلاد ، إذ قد تتغير الأدوار وينقلب الحال ويصبح هذا النائب رئيساً للدولة . لذا فإنّ دراسة هذا المركز القانوني تبدو بالغة الأهمية من حيث دراسة المركز القانوني وطرق توليه المنصب فضلاً عن الاختصاص الذي يباشره أثناء غياب الرئيس والصلاحيات التي يتبناها الرئيس بوجوده ومسؤولية النائب سواء كانت السياسية أو الجنائية وعليه فإنّ نطاق بحثنا يقتصر على منصب نائب رئيس الدولة ، من خلال أربعة مباحث :-

يتناول المبحث الأول دراسة للمركز القانوني لتولي النائب وطرق اختياره فضلاً عن دراسة للشروط التي يجب أن تتوفر .

أما المبحث الثاني فخصص لدراسة الصلاحيات التي يمارسها.

أما المبحث الثالث فإنّه يتناول مسؤولية النائب سواء كانت سياسية أو جنائية.

أما المبحث الرابع فخصص لدراسة حالات إنهاء ولاية النائب .

### إشكالية البحث :

إن منصب نائب رئيس الدولة من المناصب الهامة والخطيرة في الدولة الحديثه، ولذلك لا بد من تنظيم واضح المعالم على مستوى النصوص الدستورية والتشريعية ويشمل شروط تولي مهام منصبه وطريقه اختياره وآليات تفعيل دوره في العمل الأساسي واختصاصاته ومسؤولياته.

وتزداد الحاجة إلى مثل هذا التنظيم في الدول التي أغفلت دساتيرها في تنظيم منصب نائب رئيس الدولة بصورة محكمة مثال ذلك دستور مصر الذي لا يستشف من دستورها إنه يفرض ضرورة وجود نائب لرئيس الدولة وهو الأمر الذي لا يخلو من مخاطر سوف نعرضها من خلال هذه الدراسة .

### المبحث الأول - أساليب وشروط تولي منصب نائب رئيس الدولة :-

يعدّ منصب نائب رئيس الدولة من المناصب التي لها أهمية بالغة في الحياة السياسية في الدول ، إذ قد يتولى هذا النائب رئاسة الدولة لصفة مؤقتة أو بصفة أصلية يكملها مدة الرئيس وحسب النصوص الدستورية ، لذا فإنّ دراسة المركز القانوني لهذا المنصب يفترض أن يقسم هذا المبحث على مطلبين :

\_ يتناول المطلب الأول منه دراسة أساليب تولي النائب لمنصبه واختلاف الدساتير في ما بينهم سواء كان بالتعيين أو بالانتخاب فضلاً عن دراسة قرار التعيين ، ومدى خضوع هذا القرار للطعن .

\_ أما المطلب الثاني فإنّه يبحث الشروط الواجب توفرها بمقتضى الأنظمة الدستورية .

### المطلب الأول :- أساليب تولي منصب نائب رئيس الدولة :-

اختلفت الدساتير في ما بينها بأسلوب تولي نائب الرئيس لمنصبه ، وذلك تبعاً للنظام السياسي للبلاد ، واختلاف الظروف السياسيّة والاجتماعيّة لكل بلد. وانقسمت الدساتير التي تشترط نصوصها على وجود هذا المنصب إلى أسلوبين:-

- أسلوب التعيين من قبل رئيس الدولة باعتباره هو الذي يبحث أن يكون له حق اختيار نائبه.
- أسلوب انتخاب بذات الطريقة التي يُنتخب بها الرئيس.

أما بالنسبة للدساتير التي أخذت أسلوب التعيين من قبل رئيس الدولة ، ومنها الدساتير المصريّة السابقة ١٩٥٨، ١٩٦٤، ١٩٧١، ٢٠١٢ ( دستور ) الذي نصت م<sup>٣</sup> منه (( يعين رئيس الجمهورية خلال ٦٠ يوماً على الأكثر من مباشرته من منصبه نائب له أو أكثر...))<sup>(١)</sup>

والدستور البحريني الذي نص في المادة ٣٤<sup>٢</sup> فقرة (أ) منه ((على أن يعين الملك في حاله تغيبه خارج البلاد وتعذر نيابة ولي العهد منه نائباً يمارس صلاحياته مدة غيابه))<sup>(١)</sup> ، والدستور اليمني إذ نصت م<sup>١</sup>، ب منه على أن (( يكون لرئيس الجمهورية نائباً يعينه الرئيس وتطبق بشأن النائب أحكام م<sup>٢</sup> ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠))<sup>(٢)</sup> وكذلك دستور السودان إذ يتضمن م<sup>٨</sup> منه أن (( يعين رئيس الجمهورية نواباً له...))<sup>(٣)</sup>.

غير أنّه هناك من الدساتير ما تشترط تعيين أكثر من نائب لرئيس الدولة فتعطيه الحق بتحديد هؤلاء النواب وهذا بحد ذاته يشكل توسيعاً بسلطة الرئيس وحرية بتعيين نوابه وعلى سبيل المثال نصت م<sup>٩</sup> من الدستور السوري على أنّه ((يتولى رئيس الجمهورية تسمية نائب أو أكثر وتفويضهم بعض صلاحياته...))<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبد الناصر أبو سميدهان ، حسين إبراهيم . موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري ، ط، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ٢٠١٢ ، ص ٢٥٥ .

(٢) دستور البحرين لعام ٢٠٠٢ .

(٣) دستور اليمن لعام ١٩٩٠ .

(٤) دستور السودان لعام ١٩٩٨ .

(٥) دستور سوريا لعام ١٩٧٣ .

حددت م<sup>٨</sup> منه الوضع القانوني لنواب الرئيس إذ نصّت ((بممارسة النائب الأول أو النائب الذي يسميه الرئيس، أما في حالة الموانع الدائمة ، وفي حالتي الوفاة والاستقالة ، وكان مجلس الشعب منحلاً فيمارس النائب الأول صلاحيات الرئيس في اجتماع مجلس الشعب الجديد لاختيار الرئيس الجديد))

وسار على هذا الاتجاه أيضاً الدستور السوداني إذ نصت صراحةً م<sup>٨</sup> منه على أن يعين رئيس الجمهورية نواباً له ويحدد أسبقيتهم واختصاصاتهم)) ، وبهذا النص فإنّ المشرع الدستوريّ تلافي مشكلة فقهيّة قد تثار بمسألة تحديد الاختصاصات وتحديد من منهم من يتولى الاختصاص .

وعليه فإنّ هذا الأسلوب غالباً ما يكون في الأنظمة الرئاسيّة أو على الأقل تلك الأنظمة التي تتبنى مقومات النظام الرئاسي ، حيث يكون الرئيس في تلك الأنظمة الرئاسيّة والشبيهة فيها ، هو رئيس الدولة وهو رئيس السلطة التنفيذية ، وتجتمع في يده تلك السلطة يباشرها بنفسه أو بواسطة معاونيه ، إلّا أنّه يظل المهيم على رسم السياسة العامة والإشراف على تنفيذها والمسؤول الأول عنها.<sup>(١)</sup>

ونصت م<sup>٣</sup> من الإعلان الدستوريّ المصريّ (( يعين رئيس الجمهورية خلال ٦ يوماً من مباشرته مهام منصبه ، نائباً له أو أكثر ويحدد اختصاصاته، فإذا اقتضت الحال إعفاءه من منصبه وجب أن يعين غيره، وتسري الشروط الواجب توفرها في رئيس الجمهورية والقواعد المنظمة لمسائلته على نواب رئيس الجمهورية)).<sup>(٢)</sup>

عليه فإنّ نص المادة أعلاه يلزم رئيس الجمهورية أنّ يعين خلال ستين يوماً على الأكثر من مباشرته مهام منصبه ، نائباً له أو أكثر. بيدّ أنّه يلاحظ أنّ المادة لم توضح الحل إذ لم يقم رئيس الجمهورية التعيين ثم العزل دون أن يوضح الأسباب الداعية لذلك يرى البعض ، ويحق أنّه كان من الضروري أن تكون طريقة اختيار نائب رئيس الجمهورية عن طريق الانتخاب وليس التعيين ، نظراً لأنّه الذي يحل محله إذا أصابه شيء .

ومما تجدر الإشارة هنا أنّ القرار الصادر بتعيين نائب أو أكثر يعدّ من قبيل أعمال السيادة التي تخرج من الاختصاص الولائي للقضاء باعتبار أنّ هذا القرار يتميز بصيغة سياسية. حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنّ رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة الذي يسهر على تأكيد سيادة الشعب ويرعى الحدود بين السلطات وهو رئيس السلطة التنفيذية . وإنّ له سلطة تعيين نائب أو أكثر له.

وإنّه إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاصاته أناب عنه نائب رئيس الجمهورية ، لما يتولى نائب رئيس الجمهورية رئاسة الدولة مؤقتاً لحين الفصل في الاتهام الموجه لرئيس الجمهورية حالت صدور قرار باتهامه طبقاً لنص م<sup>٨٩</sup> من الدستور ، ولما كانت الاختصاصات التي تخول لنائب رئيس الجمهورية تجعله يشارك الرئيس في تسيير دفة الحكم بالبلاد في الأحوال العادية أو القيام بها كاملة في الأحوال المؤقتة المشار إليها . الأمر الذي يجعل من التعيين في هذا المنصب عملاً سياسياً يتعلق بأمر الحكم مما يدخله في نطاق أعمال السيادة التي تتأى به عن رقابة القضاء ، ومن ثم فإنّ القرار

<sup>(١)</sup> د. علي الباز. نائب رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية العربيّة وفي الولايات المتحدة الأمريكية . مجلة الحقوق . العدد الرابع السنة الثانية عشر . الكويت . ص ٤٤

<sup>(٢)</sup> ان م/٣١ هي م مستحدثه ولا وجود لها في دستور ١٩٧١ الملغى .

- عبدالناصر أبو سميحان . حسين إبراهيم خليل ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ .

الصادر من رئيس الجمهورية بتعيين نائب رئيس الجمهورية أو الامتناع عن تعيينه ، إنمّا يصدر من رئيس الجمهورية باعتباره سلطة حكم لا سلطة إدارة مما يجعله عملاً من أعمال السيادة التي تخرج عن الاختصاص الولائي للقضاء.<sup>(١)</sup>

**المطلب الثاني :- شروط تولي منصب نائب رئيس الدولة ومدتها:-**

لطالما يتولى نائب رئيس الدولة نيابة الدولة مؤقتاً بسبب غياب رئيس الدولة ، فإنّ أمر شروط توليه هذا المنصب يجب أن تكون مشابهة لشروط توليه لرئاسة الدولة ، إلا أنّ الدساتير لم تتجه اتجاه واحد بهذا الشأن ، فهناك من اتجه إلى توافر ذات الشروط التي يتطلبها برئيس الدولة ، ومن هذه الدساتير الدستور العراقي لعام ٢٠٠٠ النافذ ، إذ نصت المادة (١٣٠) فقرة ثالثاً<sup>(٢)</sup> (( يشترط في أعضاء مجلس الرئاسة ، ما يشترط في عضو مجلس النواب على أن يكون :-

\_ أتمّ الأربعين سنة من عمره .

\_ متمتعاً بالسمعة الحسنة والنزاهة والاستقامة .

\_ قد ترك حزب البعث المنحل قبل سقوطه بعشر سنوات ، إذا كان عضو منهم .

\_ أن لا يكون قد شارك في قمع الانتفاضة في عام ١٩٩٩ أو الأنفال ، ولم يقترف جريمة بحق الشعب (...)).

كما وأخذ الدستور الأمريكي بهذا الاتجاه إذ نصت م/ الثانية على أنّه ((ينتخب مع الرئيس نائب الرئيس الذي يختار للمدة نفسها طبقاً للنظام الثاني...)) ، ثم تقرر الفقرة الخامسة (( لا يجوز لأحد أن يشغل منصب الرئاسة إلا إذا كان أمريكيًا بالمولد ، أو كان حاملاً لجنسية الولايات المتحدة وقت إقرار هذا الدستور . كما لا يجوز لأحد أن يشغل هذا المنصب ما لم يكن قد بلغ الخامسة والثلاثين من عمره . وما لم يكن قد أقام أربعة عشر عاماً داخل الولايات المتحدة (...))

وبهذا المعنى فإنّه ينبغي أن تتوافر الشروط في نائب الرئيس حتى يستطيع أن يشغل منصب الرئيس ، ويعود السبب في تبني الدستور هذا الاتجاه ، ذلك أنّ نائب الرئيس لا يتولى الرئاسة مؤقتاً في حالة المانع المؤقت فحسب. أو يشغلها مؤقتاً في حالة الموانع الدائمة (الاستقالة-الوفاة) وغير الدائمة (العزل) لحين انتخاب رئيس جديد ، بل إنّ نائب الرئيس الأمريكي يصبح رئيساً أصلياً مكماً لمدة الرئيس السابق ، وقد يحدث أن تكون المدة الباقية لفترة الرئاسة مدة طويلة...<sup>(٣)</sup>

أما الاتجاه الآخر من الدساتير فقد اتجهت إلى عدم تحديد شروط لتولي نائب رئيس الدولة ، بما يعني أنّ اختيار النائب يبقى سلطة تقديرية يتمتع بها الرئيس ، من هذه الدساتير على سبيل المثال نص المادة ٩٥ من الدستور السوري على أن ( يتولى رئيس الجمهورية تسمية نائب له أو أكثر وتفويضه بعد صلاحيته (...)).<sup>(٤)</sup>

في حين فضل البعض من الدساتير<sup>(٥)</sup> أن تتوافر الشروط لتولي النائب بذات الشروط التي تتوافر بتولي بعض المؤسسات الدستورية كمجلس الوصايا أو هيئة النيابة أو عضوية الأمة وعلى سبيل المثال نص المادة ٦٢ من الدستور الكويتي الذي يشترط بنائب الأمير ذات الشروط لتولي عضوية مجلس الأمة المنصوص عليها في المادة ٨٢ والتي نصت على أنّه

(١) عبد الناصر أبو سهدانه ، حسين إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ .

(٢) م / ١٣٨ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

(٣) د. علي الباز، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

(٤) الدستور السوري ، لعام ١٩٧٣ .

(٥) الدستور القطري لعام ٢٠٠٣ .

(يشترط لعضوية مجلس الأمة أ- أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية وفقاً للقانون. ب\_ أن تتوافر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب أن لا تقل سنة يوم الانتخاب ثلاثين سنة ميلادية. د- أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها).<sup>(5)</sup>

هذا وبعد استعراض بنصوص الدساتير السابقة اختلاف بشأن تحديد أو عدم تحديد شروط تولي النائب يرجع وبالدرجة الأساس إلى مسألة اختلافها بشأن صلاحيات التي يمارسها النائب بحالة عجز الرئيس الدائم أو شغول منصبه أو عند غيابه وهذا ما سوف نثبته عند دراستنا لصلاحيات ما يمارسه النائب .

**المبحث الثاني:-الصلاحيات الدستورية لنائب رئيس الدولة وطبيعة دوره:-**

اختلفت الدساتير في الصلاحيات التي تمنح للنائب لممارسته دوره في دورة مع وجود رئيس الدولة ، وإن كانت متفقة إلى أن يمارس النائب الصلاحيات الدستورية أثناء غياب الرئيس ، حيث لا يقتصر دوره على مجرد مهام الرئاسة أو نواب الرئاسة مؤقتاً عند خلو منصب الرئاسة بصفة مؤقتة أو دائمة ، كما إنّ بعض الأنظمة تجيز للرئيس تفويض نائبه في ممارسة بعض صلاحيته.

فعليه ولدراسة هذه الصلاحيات قسم هذا المبحث على مطلبين يتناول :-

- **المطلب الأول :-** دراسة للصلاحيات الدستورية بصفتها الأصلية أي التي يمنحها الدستور للنائب .
- **أما المطلب الثاني :-** فإنه خصص لدراسة الصلاحيات التي ينيب بها رئيس الجمهورية نائبه لمزاومتها .

**المطلب الأول:- الصلاحيات الدستورية بصفة أصلية :-**

من المتفق عليه أنّ نائب رئيس الدولة يُعَدُّ رئيس احتياطي ، يزاول مهام رئاسة الدولة في غياب رئيس الدولة ، ولذا بطبيعة الحال ، فإنّه يمارس مهام دور رئيس الدولة التي نصّ عليها الدستور في غياب الرئيس ، ولكن اختلفت الدساتير فيما بينها بمسألة مزاولة الصلاحيات تبعاً لاختلاف خلو المنصب سواء ، كان خلو مؤقت أو دائميّ ويقصد بالمانع (الخلو) المؤقت هو خلو المنصب الذي تعقبه عودة الرئيس لمنصبه بعد زوال سبب الخلو ، ومن أبرز حالات الخلو لمنصب رئيس الدولة :

● تكليف رئيس الدولة المؤقت.

● الحرب وسفر رئيس الدولة.

● اتهام رئيس الدولة بارتكاب جريمة جنائية.

أما المانع المؤبد ( الدائم) فهو حالة خلو منصب الرئيس ؛ بسبب حدوث المانع الدائم له ، إذ يمارس هذه الوظيفة لفترة مؤقتة يتولى بعدها رئيساً جديداً سواء بالانتخابات أو بالتعيين وفقاً لنصوص الدستور . ومن أبرز حالاته :-

● وفاة رئيس الدولة

● عجز رئيس الدولة الدائم.

<sup>(5)</sup> الدستور الكويتي لعام ١٩٦١ .

• استقالة رئيس الدولة.

• عزل رئيس الدولة.

• إدانة رئيس الدولة بجريمة جنائية.<sup>(١)</sup>

فهناك اتجاه يسند مهام رئيس الدولة لنائبه في حال قيام مانع مؤقت أو الدائم على حد سواء ، وهذا ما اتجه إليه قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م ( قانون نواب رئيس الجمهورية العراقي بنص م٩٠ ثانياً... يحل نائب رئيس الجمهورية محل الرئيس عند غيابه - ثالثاً- يحل النائب الأول لرئيس الجمهورية عند خلو منصبه لأي سبب كان وعلى مجلس النواب انتخاب رئيساً جديداً خلال مدة لا تتجاوز ٣٠ يوم من تاريخ الخلو .

وكذلك دستور الإمارات العربية المتحدة ، الذي يسند إلى نائب رئيس الاتحاد طبقاً للمادة (٥) مهمة ممارسة جميع اختصاصات رئيس الاتحاد عند غيابه لأي سبب من الأسباب .

واستناداً لذلك فإن نائب الرئيس يتولى رئاسة الدولة مؤقتاً بحكم النص الدستوري ، وليس بموجب إنابة من الرئيس ، وبالتالي فهو يتولى جميع اختصاصات رئيس الدولة ، وليس بعضها فحسب ، وعلى ذلك فلا يملك رئيس الدولة - عند غيابه - أن يحدد الاختصاصات التي يمارسها نائبه .

أما الاتجاه الآخر من الدساتير فإنه ميز بين حالة قيام المانع المؤقت وخلو المنصب ومن هذه الدساتير الدستور السوداني - حيث نصت م٨١ ((في حالة قيام مانع مؤقت بسبب المرض أو لأي سبب آخر ينوب النائب الأول لرئيس الجمهورية))<sup>(١)</sup>

أما م١١ - فأشارت إلى حالة خلو منصب رئيس الجمهورية في الحالات الاستقالة - العجز الدائم عن ممارسة السلطة وفقد الأهلية والوفاء ، وأدنته في تهمة الخيانة العظمى /يتولى الرئاسة المؤقتة ويقوم بتصريف أعباء منصب رئاسة الجمهورية النائب الأول لرئيس الجمهورية ، ويليه في التسلسل الرئاسي نائب رئيس الجمهورية ، فرئيس المحكمة العليا ويجب أن يتم اختيار رئيس الجمهورية الجديد خلال مدة لا تتجاوز ستين يوماً من تاريخ خلو المنصب (م١١/١) .

وعليه فإنّ المشرع الدستوري أقام نوعاً من أنواع التفرقة في مهام النائب تبعاً لزمان توليه وفي حالة قيام مانع مؤقت لغياب رئيس الدولة فإنّ النائب يمارس مهام الرئيس ، أما في حالة خلو المنصب لسبب دائم والتي حددها المشرع لخمس حالات ( الاستقالة ، العجز الدائم ، فقد الأهلية ، الوفاة ، وإدانته تهمة الخيانة العظمى ) فإنّ دور النائب يقتصر على (( تصريف أعباء المنصب )) وهو تعبير دقيق لأنّه يتخلف عن الحلول الكامل ، إذ يقتصر عمل من يحل محل الرئيس على مجرد تسيير الأمور الجارية ، فلا يصدر قرارات رئيسية لا تقتضها الضرورة ، كما هو الشأن بالنسبة للوزارات المستقلة ، لفترة ما بين قبول استقالتها وتشكيل وزارة جديدة .

أما الدستور الموريتاني (١٩٩) فميز بين قيام حالة المانع المؤقت لغياب رئيس الدولة ، وحالة الشغور الدائم . وإحالة م٤ مسألة تحقق الشغور والمانع النهائي على أساس طلب عن رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الوطنية أو الوزير الأول ، حيث يفوض رئيس الجمهورية بعض سلطاته للوزراء بمرسوم في حالة قيام المانع المؤقت ، أما في حالة

<sup>(١)</sup> أردلان نور الدين، المسؤولية الجزائرية لرئيس الدولة في التشريعات الداخلية ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، ط١ ، ٢٠١٤ ، ص١٤٠ .

<sup>(١)</sup> د. علي الباز ، نائب رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية العربية ، وفي الولايات المتحدة الأمريكية -ج٢- مجلة الحقوق ، السنة الثالثة عشر، العدد الأول ص١٥

الشغور الدائم فإن م ٤ من الدستور الجديد تنص على أنه في حالة شغور أو مانع اعتبره المجلس الدستوري نهائياً، يتولى رئيس مجلس الشيوخ نيابة رئيس الجمهورية بتسيير الشؤون الجارية ويقوم الوزير الأول وأعضاء الحكومة وهم في حالة استقالة بتسيير الشؤون الجارية، وليس لرئيسي بالإجابة أن ينتهي وظائفهم، وإن يستشير الشعب عن طريق الاستفتاء ولا أن يحل الجمعية الوطنية.<sup>(١)</sup>

### المطلب الثاني :- الصلاحيات التي ينيب بها رئيس الجمهورية:-

من المعلوم أنّ هناك فرقاً كبيراً من أن يقرر الدستور سلطة الرئيس في تحديد اختصاصات نوابه وبين أن يجيز له تفويض صلاحياته واختصاصاته سواء المستمدة من الدستور أو المهتمدة من القوانين العادية. على أن يكون التفويض جائز بنص دستوري، حيث أنّ القاعدة الأساس للتفويض يشترط وجود نصّ دستوريّ أو قانونيّ يسمح بالتفويض أولاً وأن يكون التفويض جزئياً أي بعض الصلاحيات - وإلا انقلب التفويض إلى حلول<sup>(٢)</sup>، وإلى انتقال السلطة كاملة من المفوض على المفوض إليه وهو مالا يجوز دستورياً.

واختلف الدساتير بمسألة جواز التفويض الرئيس الثاني من عدمها، فهناك من يقرر صلاحية الرئيس بتفويض جزء من اختصاصاته لنائبه من هذه الدساتير دستور الجزائر - حيث نصت م/١١ فقرة ٥ أنّه (( يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض جزءاً من صلاحياته لنائب رئيس الجمهورية وللوزير الأول مراعاة أحكام المادة ١١ من الدستور)).

وعليه فإنّ المشرع الدستوري الجزائري أجاز التفويض الجزئي وقيده بشروط م/١١ التي قررت بأنّه لايجوز بأي حال من الأحوال ان يفوض رئيس الجمهورية سلطته في تعيين نائبي رئيس الجمهورية والوزير الأول وأعضاء الحكومة أو إعفاءهم من مهامهم، ولا في تطبيق الأحكام المنصوص عليها الموا ١١ إلى ١٢ من الدستور؛ وذلك السلطات الواردة في الفقرات من ٤ و ٩ والفقرة ٣ من م/١١ من الدستور.<sup>(٣)</sup>

وكذلك نصت م/٨٢ من الدستور الصيني الشعبية ١٩٨٢ على أن يساعد نائب رئيس الجمهورية الصين الشعبية في أداء أعماله، ويجوز لنائب رئيس الجمهورية الصين الشعبية أن يمارس مما يسند إليه الرئيس من وظائف واختصاصات الرئيس.<sup>(٤)</sup>

غير أنّ الدستور التونسي أفرد حالة بأن يفوض الرئيس لنائبه تفويض كلي - حيث عدل هذا الدستور لمواجهة هذه الحالة بالذات وفي ضوء تقدم الرئيس حبيب بورقيه في السن، فأصبح الفصل معدلاً من الدستور ينص على مايلي، لرئيس الجمهورية، إذا تعذر عليه القيام بمهامه بصورة وقتية أن يفوض كامل سلطاته، أو البعض منها إلى الوزير الأول ويعلم

(١) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي دار الفكر العربي. ط٦ - الاسكندرية - ١٩٩٦ - ص ٢٤٠

(٢) يقصد بالحلول أن يتغيب صاحب الاختصاص الأصلي أو يقوم مانع يحول دون ممارسته لاختصاصه أو يمتنع عن ممارسته اختصاصه، فيحل محله في ممارسة اختصاصه عينه المشرع. د. عصام البرزنجي وآخرون - القانون الاداري - بغداد - ١٩٩٠ - ص ٢٢٤

(٣) ان احكام من ١١٩ الى ١٢٤ من الدستور فهي خاصة على التوالي لسلطة الرئيس في تقرير حالة الطوارئ، الحالة الاستثنائية، التهيئة العامة، اعلان الحرب، وقت العمل بالدستور، في حالة الحرب، الموافقة على الهدنة والسلام- اما الفقرات من ٤-٩ في الفقرة ١٣ من م/١١ - فهي خاصة على التوالي بسلطة الرئيس لقيادة القوات المسلحة، تولي مسؤوليات الدفاع الوطني، تقرير السياسة العامة للامة تحديد صلاحيات اعضاء الحكومة رئاسة مجلس الوزراء، رئاسة الاجتماعات المشتركة لاجهزة الحزب والدولة، حق العفو وحق الغاء العقوبات او تخفيضها وازالة كل نتائجها القانونية. د.علي الباز، المرجع السابق، ص ١٤٦

(٤) دستور الصين الشعبية عام ١٩٨٣.

بذلك رئيس مجلس الأمة ، وعند شغور منصب رئاسة الجمهورية بسبب الوفاة أو الاستقالة أو أعجز الثاني ، يتولى فوراً الوزير الأول مهام رئاسة الدولة لما بقي من المدة الرئاسية ، ويوجه رسالة في ذلك إلى رئيس مجلس الأمة ، يؤدي اليمين الدستورية المنصوص عليها بالفصل الواحد والأربعين أمام مجلس الأمة أو عند التعذر مكتب مجلس الأمة أو أمام رئيس مجلس الأمة.<sup>(١)</sup>

وعليه فإنّ الدستور باعتباره الوثيقة الأعلى لتوزيع الاختصاصات وبيان كيفية ممارستها اعتبر التفويض الكلي في هذه الحالة تفويض ليكن نوعاً من الحلول الاختياري أي بإرادة الأصيل لا يقوه القانون لما هو الأصل.<sup>(٢)</sup>

كما أنّ هناك من الدساتير تتجه إلى عدم تفويض الرئيس من نائبه وفي هذه الدساتير دستور السودان ، والإمارات العربية ، وسوريا .

#### • المبحث الثالث :- مسؤولية نائب رئيس الدولة :-

تنوع المسؤولية بطبيعة الحال إلى نوعين فهي : أما أن تكون مسؤولية سياسية ، أو مسؤولية جنائية، وعليه ولدراسة مسؤولية النائب قسم هذا المبحث على مطلبين يتناول :

#### • المطلب الأول :- مسؤولية السياسة للنائب .

#### • أما المطلب الثاني :- فإنه خصص لدراسة المسؤولية الجزائية.

#### • المطلب الأول :- المسؤولية السياسية لنائب رئيس الدولة :-

تختلف الأنظمة الدستورية في كيفية تنظيمها لأحكام مسؤولية نائب رئيس الدولة وكيفية مسألتته، وذلك تبعاً لاختلاف النظام السياسي المتبع.

فمن المعلوم أنّ الأصل في النظام البرلماني التقليدي عدم مسؤولية رئيس الجمهورية ونوابه من الناحية . ولكن بررت قواعد جديدة في الدساتير البرلمانية في مجال اختصاصات رئيس الجمهورية لم تكن مألوفة في النظام البرلماني والتقليدي فقد منحت بعض الدساتير رئيس الجمهورية ونائبه اختصاصات واسعة وهامة استقلالاً عن الوزراء واعتبرت هذه القواعد الجديدة بمثابة انحراف عن النظام البرلماني ، ولما كان رؤساء بعض الدول يتمتعون بسلطات وصلاحيات واسعة ومتنوعة ، فإنّ انعدام المسؤولية السياسية على هذا النحو يحدث خللاً جسيماً لرئيس الدولة يتناقض مع المبدأ الدستوري المسلم به أي أنّ السلطة والمسؤولية متلازمان ، فالذي يبار السلطة يجب أن يكون مسؤولاً عن مباشرتها ، الأمر الذي فرض نفسه على المشرعين الدستوريين لوضع حلول تتضمن تحقيق المسؤولية السياسية لرئيس الدولة.<sup>(٣)</sup>

<sup>(٣)</sup> د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢

<sup>(١)</sup> د. عبد الناصر أبو سهدانة ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

<sup>(٢)</sup> د. رافع شبر ، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق ، مكتبة سنهوري ، بغداد، ٢٠١٢ ، ص ٥١ .

أما النظام الرئاسي، فإنّ رئيس الدولة يعدّ هو صاحب السلطة التنفيذية قانوناً وله أن يستقل لتعيين وزرائه وعزلهم، ومن ثم فإنّهم يسمون سكرتيرين للرئيس، وهم مرؤوسون لهم إدارياً، ويقتصر عملهم عن تنفيذ السياسة التي يرسمها الرئيس، وبالتالي فهو مسؤول عنه ويسأل وحده أمام الشعب.<sup>(١)</sup>

هذا ومع وجود القواعد الأساسية للأنظمة السياسية غير أنّ الدساتير لم تسير على نسق باتباعها لتلك القواعد، فالدستور الأمريكي على سبيل المثال الذي يعدّ النموذج للنظام الرئاسي لم ينص بشكل مباشر على المسؤولية السياسية للرئيس ونائبه، ونص فقط في م/٢ فقرة ٤ على (( أن يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع الموظفين المدنيين للولايات المتحدة من مناصبهم عند اتهامهم وإدانتهم لعدم الولاء أو الخيانة أو الرشوة أو سواهم من الجنايات أو الجح الخاطئة)).<sup>(٢)</sup>

أما بشأن تنظيم المسؤولية السياسية للنائب لم تتخذ الدساتير اتجاهاً واحداً بشأنها، فهناك من نظمت كيفية مساءلة نائب بأسلوب يختلف عن مساءلة رئيس الدولة، وهناك دساتير خلت من أيّ نص يبيّن كيفية المساءلة (الإمارات العربية، سوريا، السودان) وهناك من ساوت بين كل من الرئيس ونائبه.<sup>(٣)</sup>

أما في العراق ومع أنّ الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، اعتنق النظام البرلماني بعدم مؤولية الرئيس سياسياً، إلا أنّ قانون نواب رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ٢٠١١ نص في الفقرة ٥ من م/٥ على مسؤولية النائب سياسياً والتي تضمن (مجلس النواب مسائلة نائب رئيس الجمهورية بناءً على طلب مسبب بالأغلبية لعدد أعضائه).<sup>(٤)</sup>

أما الدستور الجزائري فاعتبر أنّ النائب مسؤول أمام رئيس الجمهورية فحسب إذ نصت م/١١ منه على أنّ نائب رئيس الجمهورية والوزير الأول، وأعضاء الحكومة مسؤولون أثناء ممارسة كل منهم لمهامه أمام رئيس الجمهورية.

#### المطلب الثاني :- المسؤولية الجنائية لنائب رئيس الجمهورية :-

المقرر أنّ رئيس الجمهورية يُسأل كغيره من الأفراد عن الأفعال المجرمة بنص في قانون العقوبات، فضلاً عن ذلك يُسأل من الجرائم التي يرتكبها أثناء مباشرته لوظيفته كما هو الحال في جريمة الخيانة العظمى، وهكذا قرر الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٥ مثلاً، مسؤولية الرئيس في حالة ارتكابه لجريمة الخيانة العظمى على أن تتولى محاكمته محكمة خاصة تسمى المحكمة العليا للعدالة، تتكون من أعضاء منتخبين من بين أعضاء مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية يتم انتخابهم بالتساوي بواسطة هذين المجلسين، ويكون اتهام الرئيس بواسطة مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية، وذلك بقرار موحد يوافق عليه كل منهما على حدة في تصويت علني وبالأغلبية المطلقة كل من أعضاء المجلسين.<sup>(٥)</sup>

<sup>(١)</sup> د. حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، المكتبة المصرية العامة للكاتب، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٨١، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

<sup>(٢)</sup> د. عبد الله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة، ١٩٨١، دون مكان نشر، ص ١٤٨.

<sup>(٣)</sup> د. سعد محمد خليل، تولية رئيس الدولة في الفكر السياسي الإسلامي الحديث، دون مكان نشر، ولا سنة طبع، ص ٢٣٠، د. علي الباز، المرجع السابق، ص ١٨٧.

<sup>(٤)</sup> د. علي الباز، المرجع السابق، ص ١٨٧.

<sup>(٥)</sup> دستور الجزائر لعام ١٩٩٦.

<sup>(٦)</sup> د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٥٢.

جدير بالذكر أنّ المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة ونوابه لا تخضع لقواعد القانون الجنائي العادي ؛ ذلك أنّ الحصانة القانونية التي يتمتع بها الرئيس تحول دون القبض عليه أو على نائبه وعلى جميع الموظفين الذين يشغلون وظائف عامة مدنية في الحكومة الفيدرالية وفقاً لنص المادة الثانية من دستور ١٧٨ الأمريكي<sup>(٤)</sup>.

وعليه لا يمكن ملاحقة الرئيس ونائبه جزائياً ؛ بسبب جزمة ناشئة عن الوظيفة إلا إذا كانت الجريمة خيانة عظمى<sup>(٥)</sup> ، فأغلب الدساتير تنص على المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية في صلب الدستور ، ومنه الدستور اللبناني لعام ١٩٢ في المادة (٨٩) منه على آلية اتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية في حالة المسؤولية الجنائية<sup>(٦)</sup>.

ويمكننا تعريف المسؤولية الجنائية للرئيس ( تحمّل رئيس الجمهورية تبعة أفعاله التي تعدّ جرائم ذات الصبغة السياسية الدستورية ) كما ويمكننا تعريف المسؤولية الجنائية بأنها ( انحراف رئيس الجمهورية عن الأطر الدستورية الموسومة له ، وخرقه القواعد الدستورية الأمرة ) .

أما الدستور العراقي فقد نصت المادة (٦١ سادساً - ب) من دستور ٢٠٠٠ العراقي على ( إعفاء رئيس الجمهورية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب ، بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا في إحدى الحالات الآتية :-

- الحنث في اليمين الدستوري.
- انتهاك أحكام الدستور .
- الخيانة العظمى .

وقبل الخوض في إيضاح إجراءات اتهام رئيس الجمهورية ونائبه لابدّ لنا من القول إنّ المسؤولية الجنائية مقررة في الدساتير إلى جانب المسؤولية السياسية وأحياناً مقررة لوحدها مما يدلّ دلالة واضحة على أهمية هذه المسؤولية ، ولما كان رئيس الجمهورية ، يمثل سيادة البلاد من أن يأتي فعلاً يعدّ إخلالاً سافراً بمبادئ الدستور ولما كان نائب رئيس الجمهورية يمارس عملياً صلاحيات الرئيس فإنّ ذلك يعني سريان هذه المسؤولية عليه كما سرت على رئيسه .

في حين اكتفت أغلب الدساتير بالاكْتفاء بالخيانة العظمى ومنها الدستوري الفرنسي لعام ١٩٥ أما الدستور الأمريكي في النظام الرئاسي فقد حدد اتهام رئيس الجمهورية في ثلاث حالات هي ( الخيانة العظمى ، والرشوة ، وغيرها من الجنايات والجنح الخطيرة)<sup>(٧)</sup>

مما يعني أنّ المشرع الدستوري في العراق قد أوكل لرئيس الجمهورية أو لنائبه صلاحيات فعلية وليست شرفية لأنّ عبارة انتهاك أحكام الدستور يعني انتهاك الصلاحيات المنصوص عليها دستورياً ، أما الحنث في اليمين الدستوري ، فإنّه مما لا شك فيه. أنّ اليمين الدستوري تحتوي على واجبات واختصاصات ، وهذا يعني أنّ للرئيس ونائبه صلاحيات فعلية ، وليس هذا وحسب بل أنّ أحكام المادة (١٣٣-ثانياً - ج) من دستور ٢٠٠٠ العراقي أشارت إلى أنّ ( لمجلس النواب إقالة أي عضو من أعضاء مجلس الرئاسة بأغلبية ثلاثة أرباع عدد أعضائه ، بسبب عدم الكفاءة أو النزاهة ..).

<sup>(٤)</sup> د. حازم صادق ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

<sup>(٥)</sup> حسن الحسن ، الأنظمة السياسية في لبنان وسائر البلدان العربية ، منشورات صادر ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩٣ .

<sup>(٦)</sup> د. محمد المجذوب ، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم النظم السياسية في العالم ، ط ٣ ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٣٥ .

<sup>(٧)</sup> د. حازم صادق ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

ومما يدعو للريبة أو الشك أنّ تشديد المسؤولية والاختصاصات أو الصلاحيات كلاهما في علاقة طردية فكلما زادت الصلاحيات شددت المسؤولية .

جدير بالذكر أنّ إجراءات اتهام رئيس الجمهورية ونائبه لكي يقعا تحت طائلة المسؤولية الجنائية هي :

- أغلبية مطلقة .
- إدانة المحكمة الاتحادية العليا .
- ارتكاب أفعال عدت جرائم دستورية .

فالأغلبية المطلقة اللازمة لإعفاء رئيس الجمهورية أو أي عضو من أعضاء مجلس الرئاسة هي ( نصف+واحد) والواضح أنّ هذه الأغلبية مطلوبة كما أشرنا في حالتي سحب الثقة عن رئيس مجلس الوزراء , ونحن نرى هذا اتجاه ديمقراطيّ ؛ وذلك لأنّ تحديد أغليات معينة (كأغلبية الثلثين) مثلاً حجر عثرة في وجهه الديمقراطية فيكفي رأي الأغلبية لتحقيق هذه النصوص الدستورية .

أما الإجراء الثاني فهو إدانة المحكمة الاتحادية العليا لرئيس الجمهورية أو لنائبه ، والملاحظ أنّ الدستور استعمل لفظ (الإدانة) ، والأخيرة تختلف كما نعلم عن (الاتهام) ؛ لأنّ الإدانة تقتضي توافر الأدلة التي حولت الاتهام إلى إدانة وهذه منتقد برأي ؛ وذلك لأنّ مجرد اتهام رئيس الجمهورية وهو رمز سيادة البلاد جعلت منه شخصاً غير كفؤ وغير مرغوب فيه وبالتالي سيحدث عند اتهام رئيس الجمهورية بإخلال المادة (٦) من الدستور والتي تتعلق بشروط المرشح لرئاسة الجمهورية وخاصة الفترة الثالثة التي توجب أن يكون المرشح ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية ، ومشهوداً له بالنزاهة والاستقامة والإخلاص للوطن وفي اعتقادنا كان الاتهام وحده يكفي للإعفاء .

ويرى جانب من الفقه<sup>(١)</sup> أنّ التعليق إدانة المحكمة الاتحادية العليا لرئيس الجمهورية مرهون بموافقة مجلس النواب ، محل انتقاد ، ويرون أنّه من الأفضل أن تناط سلطة الاتهام بالمحكمة الاتحادية العليا أو حصر عملية الاتهام ، والمحكمة بالبرلمان الاتحاديّ حيث يتولى مجلس النواب الاتهام في حين يقوم مجلس الاتحاد بالمحاكمة ، وهذا ما أخذ به الدستور الأمريكي عام ١٧٨٠<sup>(٢)</sup> ويستأنف هذا الرأي إلى القول بأنّ نص المادة (٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٠ يشترط موافقة مجلس النواب بالأغلبية المطلقة على إعفاء الرئيس بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا ، سيكون مثيراً للجدل في حالة عدم موافقة المجلس على الإعفاء ، والأسباب سياسيّة ، إذ من المعروف أنّ الرئيس من يدعمه في المجلس النيابيّ مما قد يؤدي إلى عدم الحصول على الأغلبية المطلقة .

وفي اعتقادنا أنّ هذا الرأي محل نظر حيث نرى أن يتم الاتهام من مجلس النواب ، ويعفى رئيس الجمهورية ونائبه بمجرد الإدانة من المحكمة الاتحادية العليا ، حيث أنّ قرار الإدانة يكفي للإعفاء دون حاجة للتصويت عليه .

أما الإجراء الثالث فهو إدانة الرئيس من المحكمة الاتحادية العليا بارتكاب الخيانة العظمى ، انتهاك أحكام الدستور ، الحث باليمين الدستوريّ . ولكن حري بنا أن نقول إنّ المحكمة الاتحادية العليا ، هي من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٠ فقرة سادساً تختص بـ (الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية مجلس الوزراء) ، وهذا يعني بالضرورة أنّ جهة الاتهام

(١) ETIENNE (P) : Lanotion de police administiyative , Th. Paris, 1978 . p.p.246-247 .

(٢) Burdeau(G) : Traite descibnce politique , Paris, 1952 . p.14

تختلف عن جهة الإدانة وعبارة ( الفصل ) تقتضي أن يكون القرار باتاً وملزماً للسلطات كافة ، وهذا ما جاء في أحكام المادة ( ٤٩ ) من الدستور ، وهذا يؤكد رأينا سالف الذكر ، فبمجرد الفصل بإدانة الرئيس أو نائبه بارتكاب الجرائم التي نص عليها الدستور يعفى رئيس الجمهورية ونائبه وبصورة تلقائية دون حاجة لتصويت مجلس النواب ؛ ذلك لأنّ مرحلة الإدانة مرحلة خطيرة يستحال معها العمل مع الشخص المدان ، وإذا كان هذا الأمر لسان حال قانون العقوبات المطلق على الأفراد فكيف يكون الحال مع أعلى مركز قانوني في الدولة .<sup>(١)</sup>

لتحقق أحكام المادة (٦-سادسا-ب) لا بدّ من أن تكون هناك مبررات قانونية ؛ لأنّ المبرر أو المسوغ القانوني مطلوب في أي قرار إداري .<sup>(٢)</sup> أو حكم قضائي .<sup>(٣)</sup> إنّ مبرر المسؤولية الجنائية لرئيس ونائبه ( نائب الرئيس) ، هو صدور قرار بإدانته بالجرائم الآتية ( الخيانة العظمى - انتهاك أحكام الدستور الحث باليمين الدستوري ) ولبيان هذه الجرائم ومبرراتها ، فإنّنا سنراعي تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :-

#### الفرع الأول: الخيانة العظمى:-

لقد تطرق الغالب الأعظم من الدساتير إلى حالة تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية ونائبه ، على ارتكاب موت ، الرئاسة هذا الجرم ، لقد اختلف الفقه<sup>(٤)</sup> حول تحديد معنى خيانة العظمى إذ أنّ أغلب الدساتير نصّت على فعل الخيانة العظمى دون التطرق إلى تعريفها. وعموماً فقد تصدى الفقه<sup>(٥)</sup> إلى تعريف الخيانة العظمى فقد عرضها الفقيه (موريس دفرجييه) بأنّها : ( الجرم السياسي الذي ينطوي على إساءة استعمال الرئيس لوظيفة لتحقيق عمل ضد الدستور والمصالح العليا للبلاد).<sup>(٦)</sup>

وقد تناولت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي لعام ١٧٨١ تعريف الخيانة العظمى لأنّها ( تكون فقط بنشوء حرب ضد الولايات المتحدة الأمريكية أو بالانضمام في صفوف أعدائه أو تقديم العون والتسهيلات لهم).<sup>(٧)</sup>

وعرّفها جورج فيدل ( كلّ إهمال خطير في أداء المهام الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية أو من يمثله )<sup>(٨)</sup> ، وهناك من أشار إلى الحالات التي تعدّ خيانة عظمى وهي ( خرق الدستور ، وتجاوز حدود السلطات الدستورية ، وإساءة التصرف في المصالح العليا للدولة ) .

وهناك اتجاه آخر يرى أنّ الخيانة العظمى تنار في حالة وقوع خلاف خطير بين البرلمان ورئيس الجمهورية في حين ذهب الفقه المصري<sup>(٩)</sup> إلى أنّ جريمة الخيانة العظمى ذات مضمون متغير يدخل فيه صفة عامة الإخلال الجسيم من جانب رئيس الجمهورية ، وعدم مراعاة أحكام الدستور .

<sup>(١)</sup> د. سمير داود ، د. لمى علي ، د. علي مجيد ، بحوث دستورية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٣٠ .

<sup>(٢)</sup> د. حسن عثمان محمد ، اصول القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، بيروت ٢٠٠٤ ، ص ٥٧٥ .

<sup>(٣)</sup> القاضي مدحت محمود ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته ط ٣ المكتبية القانونية ، بغداد ٢٠٠٩ ص ٧ .

<sup>(٤)</sup> ينظر (م. ١٠٦٠ من الميثاق الفرنسي ، المادة ٦٨ من دستور ١٩٥٨ الفرنسي م. ٥٨ من دستور ١٩٧١ الملغى المصري .

( M.Durerger:Institutions politiaues ET droit constitutionne, paris.p 840 )

<sup>(٥)</sup> موريس دفرجييه ، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسيّة الكبرى ، ترجمة جورج سعد ، المؤسسة الجامعية بيروت ، ١٩٩٢ ، ص ٢٣٠ .

<sup>(٦)</sup> د.حازم صادق ، المرجع السابق ص ٤١٧ .

<sup>(٧)</sup> د. حازم صادق ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ .

<sup>(٨)</sup> د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في النظم السياسيّة ، الدولة ، السلطة الحقوق والحريات العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٣٢٠ .

وعموماً فالواضح أنّ جريمة الخيانة العظمى هي جريمة سياسية ذات طابع جنائي، وإنّ السلطة المختصة لتوجيه الاتهام هي مجلس النواب حسب أحكام المادة (١٦ سادساً).<sup>(٩)</sup>

أما الإجراءات الحاكمة فلم يرد في الدستور نص يبيّن كيفية المحاكمة ولكن بالرجوع إلى النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام ٢٠٠٠، والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠٠٠، فقد نصت المادة (٣٢) على مساءلة أعضاء مجلس الرئاسة من قبل مجلس النواب، أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد أشارت إلى أنّ لمجلس النواب إجراء التحقيق مع أي عضو من أعضاء مجلس الرئاسة، أما نص المادة (٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، فقد بيّن أنّ رئيس المحكمة يدعو أعضاء المحكمة للانعقاد قبل اليوم المحدد بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً، إلّا في الحالات المستعجلة وتبدأ المحكمة بالنظر بالقضية لجلسة علنية تصدر قرار الإدانة بأغلبية الثلثين.<sup>(١٠)</sup>

أما مسوغات الإقالة حسب الخيانة العظمى فقد أشار الفقه إلى عدة مسوغات منها:

**أ. الخطأ السياسي :-** وهو القيام بفعل أثناء مباشرة الوظائف والاختصاصات أو العمل السياسي لا يؤدي النتيجة المرجوة منه، وأدى إلى ضرر عام تعارض مع المصالح العليا الأساسية للدولة.<sup>(١١)</sup>

**ب. نظرية المخاطرة السياسية وتحمل التبعية :-** وهي قيام رئيس الجمهورية بفعل يقض عنه ضرراً فادحاً، وكان هذا الضرر عامّاً شمل المصلحة العليا، فإنّه يعدّ مسؤولاً عنه ويتعين عليه الاستقالة.<sup>(١٢)</sup>

**ج. الإثراء بلا سبب :-** وهو قيام رئيس الجمهورية بفعل قدم فيه مصلحته الشخصية، وأثرى بلا سبب، وأضر بالمصلحة العامة للدولة.<sup>(١٣)</sup>

ونحن نرى أنّ السبب الحقيقي لإقالة رئيس الجمهورية، هو عدم احترامه لمبدأ الشرعية وبالتالي أصبح ناقضاً لليمين الدستوري، وكافراً بالمبادئ التي آمن بها، وبالتالي تحققت مسؤوليته ولا بدّ أن يقال جزاءً وفاقاً للفعل المخالف. وهذا ما يؤيد أنّ لرئيس الجمهورية ونائبه صلاحيات حقيقية وسلطات فعلية: لأنّ المبدأ العام هو تلازم السلطة والمسؤولية.<sup>(١٤)</sup>

الفرع الثاني :- انتهاك الدستور :-

لقد أشار الدستور العراقي إلى وجود حالتين إلى جانب الخيانة العظمى وهما، انتهاك أحكام الدستور، والحنث باليمين الدستوري، فنصت المادة (٦١) من دستور ٢٠٠٠ العراقي على إقالة رئيس الجمهورية في ثلاث حالات هي: الخيانة العظمى، وانتهاك الدستور، والحنث باليمين الدستوري. وبالنسبة للسلطات التي تطرقت إلى انتهاك الدستور فإنّها قد سكتت عن تحديد محتوى أو مضمون حالات انتهاك القواعد الدستورية، فالدستور العراقي لعام ٢٠٠٠، أوكل واجب حماية القواعد الدستورية إلى رئيس الجمهورية، إذ نصت المادة (٦١) على أنّ (رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة، هو رمز وحدة الوطن، يمثل سيادة البلد، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور)، وكذلك نصت المادة (٧١) من الدستور على أن (يؤدي رئيس

(٩) د. رافع شبر، المرجع السابق، ص ٣.

(١٠) مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة في تطبيق اختصاص المحكمة، الدار البيضاء، النجف، ٢٠٠٧، ص ٨٦.

(١١) د. آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٨، ص ١٨٢.

(١٢) د. محمد فوزي نويجي، مسؤولية رئيس الدولة، دار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧٩.

(١٣) حيدر محمد الأسدي، تحرك رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى، ط ١، دون مكان نشر، ولا سنة نشر، ص ٥٤.

(١٤) د. سمير داود، د. لمى علي، د. علي مجيد، المرجع السابق، ص ٣٠.

الجمهورية اليمينية أمام مجلس النواب بالصيغة المنصوص عليها في المادة ٥٠ من الدستور ) ، والتي تتضمن التزام رئيس الجمهورية بحماية القواعد والمبادئ التي تضمنتها وثيقة الدستور .<sup>(١)</sup>

وانتهاك أحكام الدستور ( هو كل فعل نتج عنه مساس بوثيقة الدستور)<sup>(٢)</sup> ولما كان المشرع الدستوري قد أورد حالتين على حدة ؛ فإن ذلك يعني أنّ المشرع رأى هاتين الحالتين تختلفان عن حالة الخيانة العظمى ، ولكن نحن نختلف ذلك ، ونرى أنّ فعل الخيانة العظمى يحتوي هاتين الجريمتين .

هذا ويرى البعض الآخر<sup>(٣)</sup> أنّ انتهاك الدستور ، يمثل انتهاك الدستور في أي عمل يصدر عن رئيس الجمهورية ، ويعدّ خرقاً للأحكام الواردة في وثيقة الدستور وتتمثل بالآتي :-

- ١ . مخالفة نص من نصوص الدستور .
- ٢ . وقف العمل كلياً أو جزئياً بأحكام الدستور .
- ٣ . تغيير الدستور جزئياً ( بتعديل نصوصه ) أو كلياً ( بإلغائه وإنهاء وجوده ) دون اتباع الإجراءات والشكليات الرسمية الواجبة التطبيق .

يترتب على ذلك أنّه يتوجب على رئيس الجمهورية أو نائبه حماية قواعد الدستور ، والالتزام بالمبادئ الواردة فيه ، وممارسة اختصاصه في الحدود المقررة دستورياً .

هذا وأخذ المشرع الدستوري اللبناني في دستور ١٩٢٢ ، هذا الاتجاه معبراً بذلك عن تحديد ذاتية مستقلة لحالة انتهاك الدستور ، إذ نصت المادة (٦٠) على أنّ ( لا تبعة على رئيس الجمهورية حالة قيامه بوظيفة إلاّ عند خرقه الدستور ) . ولا يمكن في هذه الحالة اتهام رئيس الجمهورية إلاّ من مجلس النواب بموجب قرار يصدره بأغلبية ثلثي مجموع أعضائه .

#### الفرع الثالث:- الحنث باليمين الدستورية :-

الحنث : أن يقول الإنسان غير الحق ، والحنث: حنث اليمين إذا لم تبر . والحنث: الذنب العظيم والأثم . وفي القران الكريم ، قال تعالى : ﴿ وَكَانُوا يُصِرُّونَ عَلَى الْحِنثِ الْعَظِيمِ ﴾ [سورة الواقعة ٤٦] ، وجاء في التفسير ، يصرون أي يداومون ويقومون (على الحنث العظيم) ، والمراد بالحنث العظيم) نقض العهد المؤكد باليمين ، أو الذنب العظيم ، وهو الشرك وغير بعيد أن يكون الحنث إشارة إلى إصرارهم على الإيمان الكاذبة ، بأنّه :- لا يبعث ولاجزاء . ومن ثم فإنّ المراد بالحنث) من الناحية اللغوية ، الرجوع في اليمين<sup>(٤)</sup> ويراد به اصطلاحاً ، نقض العهد المؤكد في اليمين والمأخوذ على رئيس الجمهورية . ومحتوى هذا العهد ورد في صيغة اليمين الدستورية التي يؤديها رئيس الجمهورية ، إذ نصت المادة (٧) من دستور ٢٠٠٠ العراقي على أن ( يؤدي رئيس الجمهورية ، اليمين الدستورية أمام مجلس النواب ، بالصيغة المنصوص عليها في المادة (٥)

<sup>١</sup> أحمد نجير الزاملّي ، إقالة رئيس الجمهورية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠١٢ ، ص ٨٣ .

<sup>٢</sup> د. رافع شبر ، دراسات في مسؤولية رئيس الدولة العراقية ، مركز العراق للدراسات ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١١١ .

<sup>٣</sup> د. رافع شبر ، القواعد الإجرائية لاتهام ومحكمة رئيس الدولة في الدساتير ذات نظام المجلسين التشريعيين ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ٣٤ .

<sup>٤</sup> العلامة محمد حسين الطبطبائي ، مختصر تفسير الميزان ، إعداد كمال مصطفى شاكر ، ط١ ، مدني ٢٠٠٦ ص ٥٩٧

-العلامة ابن منظور ، لسان العرب ج ٣ ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ٢٠٠٠ ص ١٣٨

-د. رافع شبر ، القواعد الإجرائية لاتهام ومحكمة رئيس الدولة في الدساتير ذات نظام المجلسين التشريعيين، المرجع السابق ، ٣٣

من الدستور) وقد ورد اليمين الدستورية في نص المادة (٥) من الدستور على النحو الآتي ( أقسم بالله العلي ، أن أؤدي مهماتي ومسؤولياتي القانونية ، بتفان وإخلاص ، وأن أحافظ على استقلال العراق وسيادته ، وأرعى مصالح شعبه ، وأسهر على سلامة أرضه وسمائه وإرادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي ، وأن أعمل على صيانة الحريات العامة والخاصة ، واستقلال القضاء ، والتزام بتطبيق التشريعات بأمانة والله على ما أقول شهيد )) .

فالواضح أنّ اليمين الدستورية تحتوي عدة التزامات ملزمة لرئيس الجمهورية وللنائب أي نائب رئيس الجمهورية ، وهذه الالتزامات تشكل مجموعها كتلة واحدة وأي إخلال بها يعني إخلال بمجموعة الصلاحيات الدستورية مرتباً للحنث في اليمين الدستورية .

#### • الفرع الرابع:- عدم الكفاءة أو النزاهة:-

لقد أشار الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في أحكام المادة (٣٦ ج) إلى حالة إقالة أي عضو من أعضاء مجلس الرئاسة من قبل مجلس النواب لعدم الكفاءة والنزاهة .

فما المقصود فيه؟ وما هو المعيار أو الضابط في تحديده؟ وهل يرجع مجلس النواب في هذه الحالة إلى المحكمة الاتحادية لإدانتها بعدم الكفاءة والنزاهة ، وهل (عدم الكفاءة) جريمة يمكن أن يقال بموجها رئيس الجمهورية ونائبه؟ فهذا قصور واضح في الدستور يجب رفع مثل هذه المادة المعيبة والتي لا بد أن ترفع من بين نصوص الدستور ولا إصابتها بلعدوى ، إذ كما هو معروف أنّ النظام السياسي الموجود هو نظام برلماني ، والمعروف بأنّ الرئيس ونائبه في النظام هو مجرد رمز يتمتع بصلاحيات تشريفية<sup>(١)</sup>.

هذا وتبتعد الدساتير في مثل تلك الأنظمة بأجراء أكثر من نص يسأل بموجبه رئيس الجمهورية<sup>(٢)</sup>

وجدير بالذكر أن المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية ونائبه غير متحققة في هذا الغرض الرابع لأسباب كثيرة

أهمها:

\_ إنّ المسؤولية الجنائية مقررة في أغلب الدساتير وهي ذات صفات وشروط وبالتالي لا يستطيع الدستور العراقي أن يحدد عن هذه الدساتير .

\_ إنّ المسؤولية الجنائية لا تحقق ما لم يكن الفعل المرتكب من قبل الرئيس أو نائب الرئيس يمثل خرقاً حقيقياً للنصوص الدستورية .

ولا شك أنّ المشرع الدستوري قد أسهب في ذكر الحالات التي بموجها تتم مساءلة رئيس الجمهورية أو نائبه ، لرئيس الجمهورية كما رأينا سابقاً لا يمتلك صلاحيات أو سلطات فعلية ، وإنّما صلاحياته بمجملها صلاحيات شرفية ، وكان الأولى أن تكون مسؤولية أو إقالته لا يجوز إلا في حالة الحنث باليمين ، والخيانة ، أي يجب أن تكون محصورة ، ولا تبقى

(١) نصت المادة (٧٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على صلاحيات رئيس الجمهورية وهي (اولاً) (إصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء (ثانياً) المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب ، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمها (ثالثاً) يصادق ويصدر القوانين (رابعاً) دعوة مجلس النواب المختص للانعقاد خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات وفي الحالات الأخرى المنصوص عليها في الدستور (خامساً) منع الأوسمة والنياشين بتوجيه من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للقانون (سادساً) قبول السفراء (سابعاً) إصدار المراسيم الجمهورية (ثامناً) المصادقة على أحكام الإعدام التي تصدرها المحاكم المختصة (تاسعاً) يقوم بمهمة القيادة العليا للقوات المسلحة للأغراض التشريعية والاحتفالية (عاشرًا) ممارسة أية صلاحيات رئاسية أخرى واردة في هذا الدستور .

(٢) احمد نخير الزامللي ، إقالة رئيس الجمهورية ، المرجع السابق ص ٩٠

صلاحيه مطلقة لمجلس النواب في أن يحرك مسؤولية الرئيس أو نائبه متى ما شاء , فهذا أصبح إخلالاً واضحاً بمبدأ ملازم السلطة مع المسؤولية , إذ أورد الدستور نصوص المسؤولية وهي تفوق السلطة التي منحها الرئيس .

• **المبحث الرابع: - انتهاء تكليف نائب الرئيس:-**

تنتهي ولاية نائب الرئيس وعلى حد سواء مع الرئيس , بأسباب اعتيادية وأخرى بأسباب استثنائية (للدراسته تلك الحالات قسم هنا المبحث على مطلبين :

**المطلب الأول: انتهاء ولاية النائب لأسباب اعتيادية .**

**أما المطلب الثاني : فإنه خصص لدراسة إنهاء تكليف النائب لأسباب عادية أو استثنائية .**

• **المطلب الأول: انتهاء ولاية النائب لأسباب عادية:-**

من الطبيعي أن تنتهي ولاية النائب مع نهاية ولاية الرئيس التي تكاد تكون متطابقة في أغلب دساتير الدولة العربية والتي حددتها أغلبية الدساتير بمدة أربع سنوات وانتخاب رئيس ونائب جديد حسب الأصول المرتبة إن لم تنص وبشكل مباشر على ولاية النائب , بل سعت إلى تحديد مدة الرئاسة بشكل عام وعلى سبيل المثال نص م ٧٢ فقرة أولاً - أ - تنتهي ولاية رئيس الجمهورية بانتهاء دورة مجلس النواب .<sup>(١)</sup>

ونص م ٢٩ من الإعلان الدستوري المصري - مدة الرئاسة أربع سنوات ميلادية تبدأ من تاريخ إعلان نتيجة الانتخاب ولا يجوز إعادة انتخاب رئيس الجمهورية إلا لمدة واحدة تالية .<sup>(٢)</sup>

أما الدساتير الأجنبية , فقد سار البعض منها على تحديد مدة النائب بأقل من مدة رئاسة رئيس الدولة , وعلى سبيل المثال , الدستور السويسري لعام ١٩٩٦ في م ١٧٦ / فقرة ٢ الذي نص على انه (تنتخب الجمعية الاتحادية لرئيس المجلس الاتحادي ونائبه من بين أعضاء المجلس الاتحادي لمدة سنة )<sup>(٣)</sup> .

كما وتنتهي ولاية النائب أيضاً بوفاته كنهاية طبيعية لإنهاء الولاية وتشير الدساتير عادة إلى حالة خلو منصب الرئيس ونائبه عند الوفاة كحد سواء وعلى سبيل المثال نص م ٥٣ من دستور الإمارات (عند خلو منصب الرئيس أو نائبه بالوفاة ....)<sup>(٤)</sup>

• **المطلب الثاني :- انتهاء ولاية النائب لأسباب استثنائية:-**

تنتهي ولاية النائب لأسباب استثنائية , وذلك قد تكون لأسباب إرادية بناء على طلبه مثل تقديم استقالته التي تكون بمحض إرادته , ودون أدنى مشاركة من تأثير من جهة تعرف الاستقالة بأنها أداء الرغبة التحريرية بترك العمل بشكل نهائي .

على أن يقدم طلب الاستقالة إلى الرئيس وحسب النص الدستوري أو القانوني , فالدستور السوري على سبيل المثال نص على (أنه يتولى رئيس الجمهورية تسمية نائب له أو أكثر ... وقبول استقالتهم وإعفاءهم من مناصبهم) .

<sup>(١)</sup> دستور العراقي لعام ٢٠٠٥

<sup>(٢)</sup> د. عبد الناصر أبو سمهدانة , المرجع السابق , ص ٢٥

<sup>(٣)</sup> د. علي يوسف شكري . نائب رئيس الدولة . للمنشور . مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية , العدد الاول . ص ٩٩ .

<sup>(٤)</sup> دستور الإمارات لعام ١٩٧١ .

غير إنّ هناك من الدساتير لم تنص على أمر تقديم استقالة النائب بل أوردت فقط مسألة استقالة رئيس الدولة ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٢ حيث نص م ٧٥ منه أولاً . لرئيس الجمهورية تقديم استقالته تحريراً إلى رئيس مجلس النواب . وتعدّ نافذة بعد مضي سبعة أيام من تاريخ إيداعها لدى مجلس النواب . ولكن بالقياس على هذه المادة باعتبار أنّ مجلس النواب هو الذي اختار رئيس الدولة ، وبالتالي فإنّ طلب الاستقالة يجب أن يقدم إلى ذات الجهة ، وعليه فطالما أنّ النائب يختار من قبل الرئيس وحسب نص م/١ من قانون ال ٢٠١ ، وبالتالي فإنّ أمر تقديم استقالة النائب يجب أن يقدم إلى رئيس الجمهورية .

كما وتنتهي ولاية النائب لسبب خارج عن إرادته عن طريق الإقالة ، والتي يقصد بها انتهاء الولاية بفعل الإدانة بجريمة جنائية أو بناءً على قرار صادر من الجهة التي يخولها الدستور هذه الصلاحية. وأشار لهذه الحالات اغلب دساتير العربية ومنها الدستور المصري ، والسوري، والعراقي.

بالنسبة للدستور العراقي لسنة ٢٠٠٢ ، فقد نص في المادة ١٣٥ .ب- تسري الأحكام الخاصة بإقالة رئيس الجمهورية الواردة في هذا الدستور على رئيس وأعضاء الرئاسة .

وبالرجوع إلى نص المادة التي نصت على إقالة رئيس في الفقرة سادساً من المادة ٦١ التي اختصت بصلاحيات مجلس النواب بإعفاء رئيس الجمهورية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب ، بعد إدانته في المحكمة الاتحادية العليا في إحدى الحالات الآتية :-

- الحنث في اليمين الدستورية .
- انتهاك الدستور .
- الخيانة العظمى .

لما ونصت فقرة ج- من ١٣٨ (( لمجلس النواب إقالة أي عضو من أعضاء مجلس الرئاسة بأغلبية ثلاثة أرباع عدد أعضائه بسبب عدم الكفاءة أو النزاهة)).

هذا فضلاً عن إنّ إقالة النائب تتم بطريق آخر عن طريق رئيس الجمهورية ، حيث أجاز قانون رقم ١ لسنة ٢٠١١ ، الحق لرئيس الجمهورية بتقديم طلب إعفائه نائبه على أن يكون الطلب مسبباً ويعرض على مجلس النواب للتصويت عليه بالأغلبية المطلقة.

وعليه فالمشرع الدستوري أورد ثلاث حالات للإقالة ولكن يجب أن تنتهي الإقالة بموافقة مجلس النواب بخصوص م) ٦ والتي جاءت بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية استقرت موافقة أغلبية المطلقة والتي قصرت على حالات محددة (الحنث عن اليمين الدستورية، انتهاك الدستور، الخيانة العظمى).

أما فقرة ج من م/١٣٨ فأطلقت النص بعبارة عدم الكفاءة أو النص . ومفهوم عدم الكفاءة مفهوم واسع . أما قانون ١ لسنة ٢٠١١ فمنح صلاحية لرئيس الجمهورية بتقديم الطلب دون تقيد. إلا أنّ الواقع العملي أشار إلى خلاف النصوص الدستورية والقانونية ، حيث أقدم رئيس الوزراء بتاريخ ١٩/نيسان ٢٠١٦ إلى إعفاء نواب رئيس الجمهورية . بعد موافقة مجلس النواب.

إلا أننا نرى أنّ هذا الإجراء هو خرق دستوري واضح ؛ وذلك لأنّ م<sup>٨</sup> التي حددت مهام مجلس الوزراء وصلاحياته وهي ليست محل للنقاش وصریح ولا غموض فيه ولا اجتهاد في مورد النص ، وإنّ رئيس الجمهورية يختار نوابه والذين تبدأ ولايتهم وتنتهي مع بداية وانتهاء ولاية رئيس الجمهورية والذي له وحده الحق باختيار وقبول طلب استقالة نائبه كما لرئيس الجمهورية الطلب من مجلس النواب على إعفاء نائبه بالأغلبية المطلقة على شرط أن يكون الطلب مسبباً ، وهذه الصلاحية لرئيس الجمهورية حصراً بالاختيار والإعفاء وقبول طلب الاستقالة بموجب قانون نواب رئيس الجمهورية استناداً لنص م<sup>٩</sup> من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ السالف الذكر ولا يوجد أي نص يشير إلى صلاحية رئيس الوزراء بالإعفاء أو إلغاء منصب نائب الرئيس.

كما أنّ مجلس النواب قد أخفق عندما صوت لصالح قرار رئيس الوزراء ، وذلك لمخالفة هذا القرار النصوص الدستورية والقانونية ، وعليه فإنّ موافقة مجلس النواب لا تتغير من حالة عدم المشروعية ونقلها إلى مشروعة بل أنّ ما بني على باطل فهو باطل.

#### • الخاتمة:-

ليس خفياً إن منصب نائب رئيس الدولة الواحد أهم المناصب في الهيكل العام لنظام الحكم في الدولة حيث يحل نائب رئيس الدولة محل الرئيس في ممارسه اختصاصاته عنده حدوث مانع لرئيس الدولة بصوره مؤقتة أو بصوره دائمة ومن خلال دراستنا للموضوع تبين لنا أهم الاستنتاجات وكالاتي :

١. يعدّ دور النائب من الأمور المهمة والتي لها أهمية وخطورة كبيرة في الحياة السياسية ، إذ تتجلى الأهمية الواقعية لخطورة هذا المنصب في أنّ نائب الرئيس سوف يكون الرئيس المؤقت أو الرئيس النائب ذات يوم ، وقد يكون هو الرئيس المقبل أيضاً.

ولهذا فإنّ هذه الأهمية تتطلب ضرورة مراعاة عوامل عدة عند اختيار هذا النائب حتى يكون أهلاً لتولي مثل هذه السلطات الخطيرة وليست الأهلية هنا هي مجرد توفر تلك الشروط الشكلية التي تطلبها الدستور بل يجب أن تتسع لجوانب متعددة منها حكمة وقوة شخصية وتوجهاته السياسية والحزبية لإدارة البلاد بشكل ينسجم مع السياسة العامة للبلاد ومطابقاً الأحكام الدستور .

وعليه فإنّ مسألة تولي النائب يجب أن تخضع لذات المعيار وهو الانتخاب ، إذ يملك أن يتولى نائب رئيس الجمهورية الذي تولي منصبه بأداة التعيين لا الانتخاب رئاسة الدولة وبصفة مؤقتة بل وبصفة أصلية مكماً لمدة الرئيس السابق في بعض النظم دون أن يكون منتخبا من الشعب.

٢. نحن نتفق مع ما ذهب إليه بعض الدساتير بمنح الرئيس صلاحية أنابه جزء من اختصاصه لنائبه وهذا مايعزز دور النائب لممارسة مهامه جزء في رئاسة الدولة مع وجود الرئيس .

من صلاحياته المستقبلية في حالة غياب الرئيس وان ممارسته في هذه الصلاحيات تعتبر كتعبير لممارسة مهامه كاملاً عند غياب الرئيس ولا نتفق مع ماذهب إليه المشرع إلى التفويض الكامل لأنه يقلب الحال إلى فكرة الحلول .

٣. من وجهة نظرنا وحسب النص الدستوري العراقي أنّ النائب مسؤول عن أعماله ولو لم تكن المسؤولية جاءت بشكل مباشر وصریح لكن تفهم من خلال صلاحية الرئيس بإعفاء النائب وقيده المشرع وحسناً فعل بموافقة الأغلبية

المطلقة لمجلس النواب وبالتالي وبشكل غير مباشر إذا ما تجاوز النائب مهامه للرئيس تطلب أعضائه وبموافقة مجلس النواب الذين يملكون الحق بالإقالة .

٤. ندعو من يتولى المناصب العليا للبلاد بالتزام بالنصوص الدستورية والقانونية ولاسيما بمسألة إقالة نواب رئيس الجمهورية في العراق وإتباع الطرق الدستورية أو القانونية كما نوهنا عنها سابقاً .

• قائمة المراجع:-

• أولاً : القران الكريم

• ثانياً : المؤلفات

١. احمد نهير الزاملي, إقالة رئيس الجمهورية, رسالة ماجستير, مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية, ٢٠١.
٢. اردلان نور الدين المسؤولية الجزائية لرئيس الدولة في تشريعات الداخلية, ط١, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة ٢٠١ ص١٤
٣. د. ادمون رباط, الوسيط في القانون الدستوري, دار العلم للملايين, بيروت, ١٩٦٦.
٤. العلامة ابن منظور, لسان العرب, دار صادر للطباعة والنشر, بيروت, ٢٠٠.
٥. العلامة محمد حسين الطبطبائي, مختصر تفسير الميزان, إعداد كمال مصطفى شاکر, دور مكان نشر, ٢٠٠.
٦. القاضي مدحت المحمود, شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦ وتعديلاته, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٩.
٧. د. حازم صادق, سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي, المكتبة المصرية العامة للكتاب, القاهرة, ٢٠١.
٨. حسن الحسن, الأنظمة السياسية في لبنان وسائر البلدان العربية, منشورات صادر, بيروت, ٢٠٠.
٩. د. حسين عثمان, النظم السياسية والقانون الدستوري, دار الجامعة, الإسكندرية, ١٩٨٩.
١٠. د. حسين عثمان محمد, أصول القانون الإداري, دار المطبوعات الجامعية, بيروت, ٢٠٠.
١١. د. رافع شبر, القواعد الإجرائية لاتهام ومحاكمة رئيس الدولة في الدساتير ذات نظام المجلسين التشريعيين. مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١.
١٢. د. رافع شبر, دراسات في مسؤولية رئيس الدولة العراقية, مركز العراق للدراسات, بغداد, ٢٠٠٩.
١٣. د. رافع شبر, فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق, السنهوري, بغداد, ٢٠١.
١٤. د. سعد محمد خليل, تولية رئيس الدولة في الفكر السياسي الإسلامي الحديث دون مكان نشر ولا سنة طبع .
١٥. د. سليمان الطماوي, السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي, دار الفكر العربي, الاسكندرية, ١٩٩٩.

١٦. د. سمير داود و د. لى علي و د. علي مجيد، بحوث دستورية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٧. د. عبد الله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة، دون مكان نشر، ١٩٨٨.
١٨. د. عبد الناصر أبو سمهدانة، حسين ابراهيم، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٩. د. عصام البرزنجي، القانون الإداري، بغداد، ١٩٩٠.
٢٠. د. علي الباز، نائب رئيس الدولة في الانظمة الدستورية العربية وفي الولايات المتحدة الامريكية، مجلة الحقوق، العدد ٤، السنة الثانية عشر، الكويت.
٢١. د. علي يوسف الشكري، نائب رئيس الدولة، بحث منشور، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول.
٢٢. د. محمد المحذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان واهم النظم السياسية في العلم، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠.
٢٣. د. محمد عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، الدولة، السلطة الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٤. د. محمد فوزي نويجي، مسؤولية رئيس الدولة، دار الجامعة، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٥. مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء، النجف، ٢٠٠٠.
٢٦. د. موريس دفرجييه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة: جورج سعد، المؤسسة الجامعية بيروت، ١٩٩٢.
٢٧. ETIENNE (P) : Lanotion de police administiyative , Th. Paris, 1978 .
٢٨. Burdeau(G) : Traite descibnce politique , Paris, 1952
٢٩. M.Durerger:Institutions politiaues ET droit constitutionne, paris. 0

• الدساتير:-

- الدستور الأمريكي عام ١٧٨٨
- الدستور الفرنسي عام ١٩٥٥
- الدستور المصري عام ١٩٧٧ الملغى
- الدستور العراقي عام ٢٠٠٥
- الدستور السوري عام ١٩٧٧
- الدستور الجزائري عام ١٩٩٦

- الدستور السودان عام ١٩٩٦
- الدستور الصين الشعبية عام ١٩٨٨
- الدستور البحريني عام ٢٠٠١
- الدستور اللبناني عام ١٩٩٢
- الدستور القطري عام ٢٠٠٥
- الدستور الكويت عام ١٩٦٢
- الإعلان الدستوري المصري عام ٢٠١١
- الدستور اليمني عام ١٩٩١
- الدستور الإماراتي عام ١٩٧١
- الدستور الموريتاني عام ١٩٩١ .



## إجراءات البحث والتحري في التشريع الجزائري

الباحث يوسف مرين، عضو مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.

### الملخص

إن البحث والتحري عن الأنشطة الإجرامية عمل ضروري؛ لكي يستطيع العاملون في مجال مكافحة الجريمة التوصل إلى حقيقة هذا النشاط، وإزالة جميع الغموض الذي يكتنفه ويحيط به، وجمع البيانات وكل الأدلة على وجودها وإثباتها، ومعرفة دوافعها وأسبابها، والتعرف على الفاعلين "الجنّة" تمهيداً لاتخاذ الإجراءات المناسبة من قبض تفتيش، مصادمة أو غيرها من أعمال ضبط الجريمة ويقصد بالمشروعية أو الأساس النظامي للتحريات، تلك القواعد النظامية التي تخول الجهة القائمة على التحريات سلطة اتخاذ تلك الإجراءات، ولخطورة هذه الإجراءات على الحرية الشخصية، فإنه ينبغي الالتزام بالقواعد النظامية التي تحمي وتكفل عدم التعرض لها، والمساس من دون مبرر نظامي بما يسمح بإجراء التحريات، وهذا لتقييد رجال الشرطة والعاملين في مكافحة الجريمة ويعتبر من الضمانات القوية والمهمة التي تحيط بحريات الناس وحقوقهم بسياج يقمهم من العدوان، ويمنع من انتهاكها والتعدي عليها دون مبرر يوجب ذلك القاعدة العامة هي أن كل ما يحرمه المشرع من الإجراءات يعتبر غير مشروع وكل مخالفة لأوامره يستوجب بطلان الإجراء هذا إن لم يتبع الأمر المسألة الجنائية والمدنية والتأديبية، ومن أبرز هذه الإجراءات شيوعاً التعذيب بالضرب والإيذاء ونحوه، أو الحرمان من الطعام والشراب والوضع في الحبس لفترة طويلة.

### مقدمة

حرصاً على احترام حقوق وحرّيات الأشخاص وعملاً بما كرسه دستور الجزائر، سعى المشرّع في المجال الجزائري إلى ضبط قواعد إجرائية من شأنها أن تكفل هذا الاحترام، وحيث أن مكافحة الجريمة وتسييل العقاب على مرتكبيها يقتضي بالدرجة الأولى البحث عن مرتكبها وجمع الأدلة لإثبات إدانتهم فإن المشرع خصص باب في قانون الإجراءات الجزائية ينظم هذه المرحلة المهمة معالجا في ذلك الأشخاص المنوط بهم مهام البحث والتحري والتي تختلف من حيث طبيعتها وخطورة الإجراء.

أكثر من ذلك فإن المشرع ساير التغيرات التي جعلت من بعض الأعمال الإجرامية تأخذ أبعاد جديدة وأشكال معقدة و في هذا الشأن تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية، حيث عزز من صلاحيات الضبطية و أحدث إجراءات جديدة خاصة سواء على الصعيد الوظيفي أو التقني .

إذن ما هي إجراءات البحث و التحري في التشريع الجزائري و ما مدى نجاعة التعديل في عمل الضبطية القضائية؟ وهل وفق المشرع بين وظيفة البحث و التحري من جهة و حريات الأفراد من جهة أخرى؟

ولذلك يأتي هذا البحث ليتناول دراسة إجراءات البحث والتحري وفق اعتماد منهج استقرائي تحليلي لأهم نصوص قانون الإجراءات الجزائية، وفق مبحثين خصصنا الأول لتحديد هؤلاء الأشخاص الذين يمارسون مهام البحث و التحري في الحالات العادية ونخصص الثاني إلى الحالات الغير العادية أين يتم اللجوء إلى طرق وأساليب خاصة للكشف عن فئة معينة من الجرائم مع التعرض في نفس الوقت إلى الضوابط الواردة في إجراءات البحث و التحري.

#### المبحث الأول : البحث و التحري في الحالات العادية

لا بأس أن نشير أولا إلى الأشخاص المنوط بهم التحريات الأولية ، و ثانيا إلى إجراءات البحث و التحري التي يتولاها هؤلاء في الحالات العادية ، وذلك على المنوال التالي :

#### المطلب الأول : الأشخاص المنوط بهم إجراءات البحث و التحري

حددت المادة<sup>١</sup> من قانون الإجراءات الجزائية<sup>١</sup> هؤلاء الأشخاص، وهم كالاتي :

١- ضباط الشرطة القضائية .

٢- أعوان الضبط القضائي .

٣- الموظفون و الأعوان المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي .

#### الفرع الأول : ضباط الشرطة القضائية

تنص المادة<sup>١</sup> من قانون الإجراءات الجزائية (المعدلة)<sup>٢</sup> على ما يلي : يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية

١- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

٢- ضابط الدرك الوطني .

٣- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين، ومحافظي و ضباط الشرطة للأمن الوطني.

٤- ذو الرتب في الدرك ، و رجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل<sup>٣</sup> والذي تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة.

<sup>١</sup> - القانون ٠٦-٢٢ المؤرخ في ٢٦ جوان ٢٠٠٦ يعدل و يتمم الأمر رقم ٦٦-١٥٥ و المتضمن القانون الإجراءات الجزائية.

<sup>٢</sup> - الأمر ١٥-٠٢ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠١٥ يعدل و يتمم الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية عدد ٢٨ لسنة ٢٠١٥، ص ٢٨-٢٩.

<sup>٣</sup> - الأمر ١٥-٠٢، المرجع السابق، ص ٢٩.

٥- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين و حفاظ و أعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضوا ثلاث سنوات على الأقل بهذه الصفة والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية و الجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة.

٦- ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

يحدّد تكوين اللجنة المنصوص عليها في هذه المادة و تسييرها بموجب مرسوم ، ويمكن تصنيفهم إلى ثلاث فئات :

الفئة الأولى: و تشمل رؤساء المجالس الشعبية البلدية ، ضباط الشرطة ، محافظو الشرطة و ضباط الدرك .

الفئة الثانية: و تشمل ضباط و ضباط الصف في الأمن العسكري ، و يتم تعيينهم بموجب قرار مشترك بين وزير العدل ووزير الدفاع الوطني .

الفئة الثالثة : و تشمل ذو الرتب في الدرك و رجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل، وكذا مفتشو الأمن الوطني الذين قضوا ثلاث سنوات بهذه الصفة، ويتم تعيين هؤلاء بموجب قرار وزاري مشترك، وهم لا يتمتعون بهذه الصفة إلا بناء على امتحان يجري من طرف لجنة خاصة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : أعوان الضبط القضائي

ليست لهم صفة ضابط الشرطة القضائية، و حسب المادة<sup>9</sup> ١ من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة<sup>2</sup> هم :

١- موظفو مصالح الشرطة .

٢- ذو الرتب في الدرك الوطني .

٣- رجال الدرك .

٤- مستخدمو مصالح الأمن العسكري .

ويقوم هؤلاء بمقتضى المادة<sup>2</sup> ٢ من نفس القانون المعدلة<sup>3</sup> بمعاونة ضباط الشرطة القضائية في مهامهم، وقد أضيفت لهم اختصاصات عدة بموجب تعديل القانون المذكور.

<sup>١</sup> - لوجاني نور الدين، أساليب البحث و التحري الخاصة و إجراءاتها، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي الموسوم ب علاقة النيابة العامة بالش رطة القضائية احترام حقوق الإنسان و مكافحة الجريمة، المديرية العامة للأمن الوطني، أمن ولاية إليزي، ١٢ ديسمبر ٢٠٠٧، دون صفحة.

<sup>٢</sup> - الأمر ٩٥-١٠ المؤرخ في ٢٥ فيفري ١٩٩٥، يعدل و يتمم الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية عدد ١١ لسنة ١٩٩٥، ص ٤.

<sup>٣</sup> - القانون ٨٥-٠٢ المؤرخ في ٢٦ جانفي ١٩٨٥ يعدل و يتمم الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية ٥ لسنة ١٩٨٥، ص ٧٩.

### الفرع الثالث: الموظفين و الأعوان المكلفين ببعض مهام الضبط القضائي

وقد حدّدهم مشرعنا في قانون الإجراءات الجزائية بمقتضى المواد ٢١ و ما بعدها، و كذا في بعض القوانين الخاصة، كموظفي مصالح الغابات... الخ، وهم موظفون فنيون تقنيون، خبراء، لهم مؤهلات خاصة، خولت لهم صلاحيات لا يستطيع مباشرتها رجال الضبط القضائي إلا أنهم يقومون بمباشرتها تحت إشراف هؤلاء.

و للإشارة فإن المادة ٢٦ من القانون المذكور تضيف الحرس البلدي، كما أن للولاية سلطات في مجال الضبط القضائي، إلا أنها تعتبر حالة استثنائية خاصة بالجرائم ضد أمن الدولة، و يكمن دور الوالي في الإبلاغ فقط<sup>١</sup>.

### المطلب الثاني: إجراءات التحري العادية و الضمانات القانونية المخولة للمشتبه فيه

و فيما يلي سنتعرض لتحريات الضبطية القضائية في الحالات العادية، و الضمانات التي خصّ بها المشرع المشتبه فيه بارتكاب الجريمة.

### الفرع الأول: إجراءات البحث و التحري العادية

تشكل التحريات الأولية اختصاص أصيل لرجال الضبطية القضائية وهي تمثل الاختصاص النوعي لها، و مجالها واسع إلا أن المشرع قد خصها بمواد معدودة، تشكّل الإطار القانوني لها وذلك راجع إلى الإحالة إلى أحكام المواد المتعلقة بإجراءات التحري في حالة الجريمة المتلبس بها، وهو ما سنحاول التعرض إليه من خلال التعرض لأعمال البحث و التحري التي تقوم بها الضبطية القضائية في الحالات العادية، و التي يمكن تلخيصها ضمن المراحل التالية:

#### ١- تلقي الشكاوى و البلاغات

تشير المادة ١٧<sup>١</sup> من قانون الإجراءات الجزائية<sup>٢</sup> على ما يلي: "يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين ١٢ و ١٣ و يتلقون الشكاوى و البلاغات و يقومون بجمع الاستدلالات و إجراء التحقيقات الابتدائية".

وهكذا تستهل الضبطية تحرياتها عند اتصالها بالجريمة بناء على طرق معينة منها: الشكاوى و البلاغ، أما الأولى أي الشكاوى وهو ما يطلق عنه بالتظلم عن سوء فعل الغير فغالبا ما تصدر من نفس الشخص المضرور أو أحد أقاربه شفاهايا قصد متابعة الجاني كما يمكن تقديمها كتابة من الشخص المعنوي المتضرر من الجريمة أو من محاميه، و يعرف الإبلاغ عن الجريمة أي الأخبار عنها سواء حصل من شخص مجهول أو معلوم من المجني عليه أو غيره من الأفراد أو من جهة عمومية أو خاصة شفاهاة أو كتابة عن طريق الهاتف أو الصحف أو أية وسيلة من وسائل الإعلام، و للإشارة فإن الشكاوى أو البلاغ إذا ما قدمت إلى ضابط الشرطة القضائية وجب عليه قبولهما و إذا امتنع علمهما و رفضهما فإن ذلك يكون تحت مسؤوليته الإدارية، و لا يشترط أن تكون الجريمة المشكو عنها خطيرة أو بسيطة، مستوفية أو ناقصة الأركان، وإنما يكفي أن تتضمن

<sup>١</sup> - لوجاني نور الدين، المرجع السابق.

<sup>٢</sup> - القانون ٠١-٠٨ المؤرخ في ٢٦ جوان ٢٠٠١ يعدل و يتمم الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية ٣٤ لسنة ٢٠٠١، ص ٥.

الشكوى وقوع جريمة<sup>1</sup> إضافة إلى الشكوى و البلاغ، قد تكتشف الضبطية القضائية وقوع الجريمة تلقائيا بحكم طبيعة مهامها فتقوم بأعمال البحث والتقصي، كما يمكنها أن تقوم بعملها بناء على تعليمات السيد وكيل الجمهورية كما جاء بصريح عبارة نص المادة<sup>2</sup> ٦ إجراءات جزائية المعدلة<sup>2</sup> وهو ما يتوافق مع فحوى المادة<sup>3</sup> ٣ من نفس القانون<sup>3</sup>.

## ٢- جمع الاستدلالات :

تنص المادة<sup>١</sup> ١ في فقرتها الأخيرة من نفس القانون المذكور على ما يلي: "و يناط بالضبط القضائي مهمة البحث و التحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات و جمع الأدلة عنها و البحث عن مرتكبها مادام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي"<sup>4</sup>.

و يقصد به القيام بمختلف الإجراءات التي تؤكد وقوع الجريمة و معرفة مرتكبها و الظروف التي حصلت فيها ، و من إجراءات التحري التي تفيد التحقيق الحصول على الإيضاحات و المعلومات اللازمة من المبلغ أو الشاكي و الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة وضبط الأشياء المتعلقة بها أو إقامة الحراسة عليها و سماع أقوال الشهود و كل من لديه معلومات عن الواقعة و مرتكبها و الدخول إلى المنازل و تفتيشها وفقا للشروط المقررة قانونا بنص المادة<sup>٦</sup> ٦ من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة و التي تنص على ما يلي "والتي تحيل أيضا إلى أحكام المواد من ٤٤ إلى ٤٧ من نفس القانون و المتعلقة بحالة التلبس بالجريمة" التي سنتناولها بالدراسة في المبحث الثاني عند التطرق لعمل الضبطية القضائية في الحالات الغير العادية.

## ٣- توقيف الأشخاص المشتبه فيهم

حتى يتمكن ضابط الشرطة القضائية من القيام بالتحريات الأولية على الوجه الأكمل و الصحيح و من تدوين ما قام به من أعمال في محاضر واضحة و مفيدة أجاز له القانون توقيف المتهم ووضعه تحت الحراسة لمدة لا تتجاوز الثمانية و الأربعين ساعة<sup>٤</sup> ٤ ساعة على شرط أن يخطر بذلك وكيل الجمهورية في الحال، وإذا ما أراد ضابط الشرطة القضائية و مقتضيات التحقيق أن يوقف الشخص لمدة تزيد عن ثمانية و أربعين ساعة<sup>٤</sup> ٤ ساعة عليه بطلب يقدمه قبل انقضاء هذا الأجل إلى السيد وكيل الجمهورية المختص و بعد أن يقوم هذا الأخير باستجواب الشخص و بعد فحص ملف التحقيق يجوز له و بإذن كتابي أن يمدد حجزه لمدة لا تتجاوز ثمانية و أربعين ساعة أخرى، وللإشارة فانه لا يجوز توقيف الأشخاص الذين لا توجد أي دلائل ضدهم إلا المدة الكافية لأخذ أقوالهم و يمكن تمديد المدد الأصلية للتوقيف تحت النظر بنص القانون و بإذن كتابي من السيد وكيل الجمهورية<sup>٥</sup>.

## ٤- تحرير المحاضر

تنص المادة<sup>١</sup> ١ إجراءات جزائية على ما يلي: "يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم و أن يبادروا بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات و الجنح التي تصل إلى علمهم، و علمهم بمجرد انجاز أعمالهم أن

<sup>١</sup> - جلالى بغدادى، التحقيق دراسة و مقارنة، نظرية و تطبيقية، الديوان الوطنى للأشغال العمومية، الجزائر ١٩٩٣، ص ٣٢.

<sup>٢</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق، جريدة رسمية عدد ٨٤ لسنة ٢٠٠٦، ص ٠٧.

<sup>٣</sup> - أحمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هوم، ط٣، ٢٠١٣، ص ١٧.

<sup>٤</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق، ص ٠٥.

<sup>٥</sup> - جلالى بغدادى، المرجع السابق، ص ٣٥.

يوافوه مباشرة بأصول المحاضر التي يحررونها مصحوبة بنسخة منها مؤشر عليها بأنها مطابقة لأصول تلك المحاضر التي حرروها وكذا بجميع المستندات والوثائق المتعلقة بها وكذلك الأشياء المضبوطة<sup>1</sup>.

وأمام صعوبة تقديم رجال الضبطية القضائية لنتائج أعمالهم التي قاموا بها شفها للسيد وكيل الجمهورية، فقد أوجب القانون على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم يوقعون عليها و يبينون فيها الإجراءات التي قاموا بها ووقت ومكان اتخاذها و اسم وصفة محرريها، و أن يبعثوا بأصولها فوراً إلى وكيل الجمهورية المختص مصحوبة بنسخ مطابقة للأصل و بجميع المستندات والوثائق المتعلقة بها و بالأشياء المضبوطة، ولا يكون للمحضر قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحاً في الشكل و محرراً أثناء مباشرة الوظيفة من طرف ضابط مختص أورد فيه ما رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه هو، وهكذا فإن رجال الضبطية يحررون محاضر عن كل عمل من أعمالهم : محضر سماع الشهود ، محضر التفتيش ، محضر المعاينة... الخ.

#### الفرع الثاني : الضمانات القانونية المخولة للمشتبه فيه بالجريمة

لقد خص المشرع المتهم بعدة ضمانات قانونية، وهي ما تناوله مشرعنا بمقتضى المواد المتعلقة بحالة التلبس بالجريمة و ما يليها إجراءات جزائية المحال إليها بمقتضى المادة<sup>6</sup> من نفس القانون وهو ما سنتناوله عند التعرض للتحريات الغير عادية.

#### المبحث الثاني : البحث و التحري في الحالات الغير عادية

و تتمثل في حالة التلبس بالجريمة، وكذا في بعض الجرائم التي خصها المشرع بأحكام خاصة، والتي سنتعرض لها كالاتي :

#### المطلب الأول : حالة التلبس بالجريمة و الضمانات القانونية المخولة للمشتبه فيه

و فيما يلي سنتعرض أيضا للتحريات المرتبطة بحالة التلبس بالجريمة و أهم الضمانات المخولة قانونا .

#### الفرع الأول : أعمال التحري المرتبطة بحالة التلبس بالجريمة

لقد جعل المشرع الجزائري في نص المادة<sup>1</sup> إجراءات جزائية على عاتق رجال الضبطية القضائية نوعين من التحريات، وإذا كان عمل الضبطية القضائية صعب نوعاً ما في الحالات العادية ، فإنه أسهل إلى الحد المعقول في حالة الجريمة المتلبس بها، فقد ترتكب الجريمة و هي توفر لنا أدلة الإثبات و الجاني يكون معروفاً أو نتعرف عليه بسرعة لذلك لا بد على الشرطة القضائية أن تتحرى و عليها أن تقوم بذلك بأسرع ما يمكن حتى لا تضيع الأدلة المتوفرة نوعاً ما، لذلك فهي تتمتع بسلطات استثنائية خصها بها المشرع بالنظر للسلطات التي تكون لها في الحالات العادية، فقبل أن نتعرض لهذه السلطات الخطيرة

<sup>1</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق.

والتي فيها مساس بالحقوق والحريات الفردية، لا بأس أن نعرف أولا حالات التلبس بالجريمة فقد تدخل المشرع لتعدادها ولا يتدخل ضابط الشرطة القضائية لإثارها تلقائياً<sup>١</sup>.

### ١- حالات التلبس

حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في قانون الإجراءات الجزائية بمقتضى نص المادة ٤ منه، وهي

**الحالة الأولى:** حالة التلبس بامتياز أو التلبس الفعلي أو الحقيقي: وهي حالة الجريمة المرتكبة في الحال معناه أن ليس هناك فارق زمني بين ارتكاب الشخص الركن المادي للجريمة و اكتشاف ضابط الشرطة القضائية لذلك، فيضبط في ذلك الحين مثلا السارق يكتشف و يده في الجيب، ويضيف المشرع أو الشاهد عقب ارتكابها في الحقيقة يقصد بعبارة [ في الحال] نكون في حالة شروع لأن الركن المادي لم يكتمل أما عبارة [ عقب ارتكابها] شوهد بعد ارتكاب الركن المادي.

**الحالة الثانية:** حالة التلبس الاعتباري: تنص المادة المذكورة أعلاه [تعتبر...], في الحالة الأولى الوقت منعدم بين ارتكاب الجريمة وبين اكتشافها، بينما في هذه الحالة الوقت قريب جدا و هنا العامة الذين يتبعونه بصياح هم في الحقيقة شهود ولكن ذلك في وقت قريب جدا أو أشياء توجد في حيازته مثلا في السرقة يوجد عنده الشيء المسروق أو وجدت آثار ..... فرما مازال لديه السلاح لأجل الطعن أو الضرب، فالمشرع يعطي فرضيات:

١- يتبع بالصياح.

٢- توجد أشياء في حوزته.

٣- وجدت دلائل.

**الحالة الثالثة:** حالة التلبس بقوة القانون: هنا في الحقيقة ابتعدنا عن حالة التلبس بالجريمة، لأن المشرع في الحالتين الأولى و الثانية أستعمل معيار الوقت و الصياح و أشياء بحيازة الشخص، أما الحالة الثالثة لم يستعمل المشرع أي شيء، هذه أعتبرها المشرع حالة تلبس بالرغم من أنها ليست لها هذه الصفة و ذلك من أجل أن يردع للجرائم التي ترتكب في المنازل<sup>٢</sup>.

### ٢- السلطات الاستثنائية للضبطية القضائية

السلطة الأولى: بمجرد ارتكاب الجريمة يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يخطر السيد وكيل الجمهورية ثم ينتقل إلى مكان ارتكاب الجريمة على سبيل الالتزام حتى يح تفض بمعالم و أدلة الإثبات في مكان الجريمة و يتحقق منها حتى لا تضيع الأدلة الموجودة في عين المكان، المادة ٤ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي تنص على ما يلي: "يجب على ضابط الشرطة القضائية الذي بلغ بجناية في حالة تلبس أن يخطر بها وكيل الجمهورية على الفور ثم ينتقل بدون تمهل إلى مكان الجناية ويتخذ جميع التحريات اللازمة وعليه أن يسهر على المحافظة على الآثار التي يخشى أن تختفي، وأن يضبط كل ما يمكن أن يؤدي إلى إظهار الحقيقة، وأن يعرض الأشياء المضبوطة على الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجناية للتعرف عليه".

١ - عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري و التحقيق، دار هومه للطباعة، الجزائر ٢٠٠٣، ص ٢٨.

٢ - جلالى بغدادى، المرجع السابق، ص ٣٧.

السلطة الثانية : عندما يتواجد ضابط الشرطة القضائية في عين المكان له سلطة أن يمنع الأشخاص الحاضرين مغادرة مسرح الجريمة فهناك أشخاص يريد الاستماع إليهم<sup>1</sup> ، سلطة المنع من تغيير معالم الجريمة ربما كان شخص ساقط جثته هنا يمنع من لمسه لأن ذلك يغير من معالم الجريمة فهو يمنع الأشخاص التعامل مع الجثث بأي طريقة كانت، هذه السلطة المخولة له بمقتضى المادة<sup>50</sup> من القانون المذكور التي تنص على ما يلي : "يجوز لضابط الشرطة القضائية منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراء تحقيقاته .

و على كل شخص يبدو له ضروريا في مجرى استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته أن يمثل له في كل ما يطلبه من إجراءات في هذا الخصوص، وكل من خالف أحكام الفقرة السابقة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشرة أيام وبغرامة ٥٠ دينار."

السلطة الثالثة : الاستماع إلى الشهود و ذلك عندما يمنع الحاضرين من مغادرة مقر الشرطة و ليس فقط مسرح الجريمة، و لكن عندما يستمع له لا يحلفه لأنه لازال لم يكن لديه المركز القانوني للشاهد، حتى يعتبر كذلك لا بد أن يكون من الغير ليس من طرف الدعوى، يمثل أمام الهيئة القضائية التي استدعته ثم يلتزم باليمين و الإدلاء بشهادته و أخيرا بقول الحقيقة.

السلطة الرابعة : وهي سلطة خطيرة، و هو أن ضابط الشرطة القضائية يستطيع التعرض لحرية التنقل الأشخاص، وحرية التنقل حق مضمون دستوريا معناه لا يحق للشخص أن يزج الشخص الآخر في تنقله ولا أن يسلبه حريته، فضايط الشرطة القضائية يستطيع أن يوقف للنظر الأشخاص في مقر الشرطة و المقصود وضع الشخص و احتجازه في مقرات الشرطة، و ليس في الحبس فهو عمل خطير ؛ لأن الشرطة تستطيع أن تتعسف أمام حجز الشخص لعدم وجود أي دليل ضده أو تتجاوز المدة أو تتجاوز الصلاحية.

السلطة الخامسة : سلطة تفتيش الأماكن أو المنازل (المكاتب، المحلات ، المنازل....)و ذلك للبحث على أدلة الإثبات مثلا إذا تعلق الأمر بمخدرات يجري التفتيش ربما توجد كميات أخرى، التزوير قد يوجد أجهزة تزوير أو أوراق مزورة أخرى، وحرمة المسكن محمية دستوريا، و من بين الضمانات القانونية هنا ضابط الشرطة القضائية ملزم بالحصول على إذن مكتوب من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، وهذا منصوص عليه في المادة<sup>4</sup> من نفس القانون المعدلة<sup>2</sup> التي تنص : "لا يجوز لضابط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يحوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل والشروع في التفتيش"، وفي غياب ذلك يعد ضابط الشرطة القضائية مرتكبا جريمة انتهاك لحرمة المنزل ويحاكم و يستطيع صاحب المنزل المقاومة<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني : الضمانات القانونية المخولة للمشتبه فيه

وفي مواجهة هذه السلطات، هناك ضمانات مخولة للشخص المشتبه فيه و بمقتضى القانون .

<sup>1</sup> - أحمد حزيق، المرجع السابق، ص ١٩ .

<sup>2</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق، ص ٦ .

<sup>3</sup> - أحمد حزيق، نفس المرجع السابق، ص ١٩ .

## ١- بالنسبة للشخص الموقوف للنظر

أولاً : أن تكون هناك دلائل جديّة لتوقيف الأشخاص للنظر.

ثانياً : مدة التوقيف للنظر لا يمكن أن تتجاوز<sup>٤</sup> ٤٨ ساعة ولا يمكن توقيف الأشخاص الذين لا توجد دلائل ضدهم كافية إلا المدة الكافية لأخذ أقوالهم، وإن أراد ضابط الشرطة القضائية تمديد المدة أكثر من<sup>٥</sup> ٤٨ ساعة عليه أن يطلب إذن من وكيل الجمهورية من المفروض عليه أن يراقب ضابط الشرطة القضائية في هذه المسألة المتعلقة بالحجز وعلى ضابط الشرطة القضائية أن يقيّد في سجل خاص بدأ مدة التوقيف للنظر، وتنص على هذه السلطة المادة<sup>٥</sup> من نفس القانون<sup>١</sup> بنصها على ما يلي : " إذا رأى ضابط الشرطة القضائية لمقتضيات التحقيق ، أن يوقف للنظر شخصاً أو أكثر ممن أشير إليهم في المادة<sup>٥</sup> ، فعليه أن يطلع فوراً وكيل الجمهورية بذلك و يقدم له تقريراً عن دواعي التوقيف للنظر.

ولا يجوز أن تتجاوز مدة التوقيف للنظر ثمان وأربعين<sup>٤</sup> ساعة، غير أن الأشخاص الذين لا توجد أية دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحاً، لا يجوز توقيفهم سوى المدة اللازمة لأخذ أقوالهم." و تضيف المادة المذكورة : "يمكن تمديد آجال التوقيف للنظر بإذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص :

-مرة واحدة عندما يتعلق الأمر بجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

-مرتان إذا تعلق الأمر بالاعتداء على أمن الدولة.

-ثلاث مرات إذا تعلق الأمر بجرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و جرائم تبييض الأموال و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

- خمس مرات إذا تعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية ...".

ثالثاً : تطلب المشرع أن يسمح للشخص الموقوف بأن يتصل بعائلته بكل حرية وهذا منصوص عليه صراحة في المادة<sup>٥</sup> مكرر<sup>١</sup> التي تنص : " ويجب على ضابط الشرطة القضائية أن يضع تحت تصرف الشخص الموقوف للنظر كل وسيلة تمكنه فوراً من الاتصال فوراً ومباشرة بعائلته، ومن زيارتها له، وذلك مع مراعاة سرية التحريات...".

و تطلب القانون أيضاً أن تسجل في سجل خاص مدة الاستجابات و الفترة الزمنية التي تفصل بين استجابات و آخر بالنسبة للشخص الموقوف تحت النظر، وهي ضمانات من الضمانات القانونية نصت عليها المادة<sup>٥</sup> إجراءات جزائية<sup>٢</sup>، غاية المشرع هنا حتى لا يتعرض الشخص الموقوف لاستجابات مستمر ممل و يتعرض لتعذيب نفسي أو معنوي.

رابعاً : تطلب كذلك المشرع في نهاية التوقيف للنظر أن يخطر ضابط الشرطة القضائية لزومياً الشخص الموقوف لإجراء فحص طبي على المعني بالأمر إلا إذا تنازل الشخص عن ذلك، وهو ما تنص عليه صراحة المادة<sup>٥</sup> مكرر<sup>١</sup> صراحة في فقرتها الثامنة<sup>٣</sup> التي تنص : "و عند انقضاء مواعيد التوقيف للنظر، يتم وجوباً إجراء فحص طبي للشخص الموقوف إذا ما طلب

١ - الأمر ١٥-٠٢، المرجع السابق، ص ٣١.

٢ - الأمر ١٥-٠٢، المرجع السابق، ص ٣٢.

٣ - الأمر ١٥-٠٢، نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

ذلك مباشرة أو بواسطة محاميه أو عائلته و يجرى الفحص الطبي من طرف طبيب يختاره الشخص الموقوف من الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة، و إذا تعذر ذلك يعين له ضابط الشرطة القضائية تلقائياً طبيباً".  
تضم شهادة الفحص الطبي ملف الإجراءات".

## ٢- بالنسبة لإجراء التفتيش

و من بين الضمانات القانونية أيضاً ما جاء في المادة ٤٤ إجراءات جزائية المعدلة<sup>١</sup> التي تنص :

١- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في ارتكاب الجناية فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا استدعي ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته.

٢- وإذا جرى التفتيش في مسكن شخص يشتبه بأنه يحوز أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش، وإن تعذر ذلك اتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

كذلك لا يستطيع ضابط الشرطة القضائية إجراء التفتيش في كل وقت، ولكن فقط من الساعة<sup>٥</sup> صباحا حتى<sup>٨</sup> مساء، هذا ما هو منصوص عليه في المادة<sup>٤٧</sup> من قانون الإجراءات الجزائية<sup>٢</sup> و لو أن المادة المذكورة تنص على استثناءات فيما يخص ميعاد التفتيش بقولها: "...إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانونا. غير أنه يجوز التفتيش و المعاينة و الحجز في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل قصد التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد<sup>٣٤</sup> إلى<sup>٣٤</sup> من قانون العقوبات وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة وملحقاتها، وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور، إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة.

وعندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال و الإرهاب و كذا الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة و الحجز في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل "... لا يتقيد كذلك بهذا الوقت إذا تعلق الأمر بتفتيش محلات عمومية طالمدخلها كل الجمهور فهو يدخل أيضا، و على سبيل الذكر فإن المنزل هنا نأخذ به معناه الواسع (قد يكون مجرد قاعة صغيرة، قد يكون مجرد غرفة في الفندق... المهم مكان خصصه الشخص للسكن)، كما يتعين عليه أن يحتفظ بالسر المهني للمكان الذي فتحه، مثلا جاء للبحث عن أوراق مزورة أدوات التزوير إذا اكتشف أشياء أخرى لا علاقة لها بهذه الجريمة لا يأخذها و لا يكشف أسرار الناس و إذا ما ضبط ضابط الشرطة القضائية أشياء لها علاقة بالجريمة يضعها في أحرار و يوقع عليها ثم يسلمها إلى القضاء.

إذا أراد ضابط الشرطة القضائية أن يجري التفتيش في مكتب المحامي أو الموثق أو الطبيب أي أشخاص مرتبطين بالسر المهني، وفي سبيل جمع أدلة الإثبات و أداء مهامه على ضابط الشرطة القضائية أن يكون له ترخيص و عليه أن يكون مصحوبا بأحد أعضاء الهيئة المعنية مثلا فيما يتعلق بالمحامي عليه أخذ أحد أعضاء نقابة المحامين لأنه عند التفتيش قد

<sup>١</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق، ص ٦.

<sup>٢</sup> - القانون ٠٦-٢٢، المرجع السابق، ص ٦.

يطلع على الوثائق التي يحوزها المحامي أو الطبيب، و عندئذ المحامي أو الطبيب يكون قد أفشى السر المهني، الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون ٣٠٧١<sup>١</sup>.

المطلب الثاني: إجراءات البحث و التحري الخاصة في بعض الجرائم

على الرغم من الإجراءات الاستثنائية التي تعرضنا لها بما فيها من اعتبارات تمس نوع ما بحريات الأشخاص و تنقلاتهم إلا أنه فيه إجراءات وردت في التعديل الأخير بموجب القانون ٢٠٠٦<sup>٢</sup> تهتم بالمساس المباشر للحريات للأفراد تتعلق بجرائم هي كذلك وردت على سبيل الحصر، أولا نحاول تعريف هذه الإجراءات الخاصة تم نتطرق إلى مشروعيتها و نطاق تطبيقها.

الفرع الأول: تعريفها، مدى شرعيتها و نطاق تطبيقها

إن إجراءات التحري و البحث الخاصة هي عمليات و أساليب تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة السلطة القضائية في البحث و التحري على جرائم خطيرة و تتميز بما يلي:

- تنظيم هذه الإجراءات لها طابع دولي و وطني مرتبط بالتغيرات العالمية في نطاق الإجرام.

- لا يقيم اللجوء إليها في ظروف استثنائية.

- لا يمكن استخدامها إلا بإذن صريح و مكتوب من السلطة القضائية.

- تتعارض مبدئيا بمبدأ المشروعية: إشهار حرمة الأشخاص و حياتهم الخاصة.

- مدى مشروعيتها هذه الإجراءات.

الناحية الفنية: ليس مفهومها في بعض الوسائل، المونتاج، الوسائل المستعملة، تشابه في الأصوات المسجلة.

الناحية الأخلاقية: استخدام وسائل تتعارض مع مبادئ الحرية المكفولة دستوريا.

الناحية القانونية: تستنبط المعلومات و تكشف خفية دون علم المعني .

كذلك من حيث التعبير لا يكون حرا فيما يدلي به حيث لو كان على علم لما صرح بذلك، كذلك تستعمل أساليب تمويهية توقع الشخص محل المتابعة في الغلط إذ أنها تقوم على الحيلة و الخدع .... الخ.

لكن ما يجب معرفته هو أن هذه الأساليب و الإجراءات كما ذكرنا سابقا و تنظيمها أصلا يستمد شرعية من الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية مثلا مصادقة الجزائر لمعاهدة ONU المتعلقة بمكافحة الفساد المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي ٤٢/٨<sup>٢</sup>.

و التي كانت أساس صدور قانون ٠١٠٦<sup>٣</sup> المتعلق بمكافحة الفساد.

<sup>١</sup> - أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من القانون ١٣-٠٧ المؤرخ في ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣ يتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

<sup>٢</sup> - مرسوم رئاسي رقم ٠٠٤-١٢٨ مؤرخ في ١٩ أبريل ٢٠٠٤، يتضمن التصديق، بتحفظ، علم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣، جريدة رسمية عدد ٢٦ لسنة ٢٠٠٤ الصادرة بتاريخ ٢٥ أبريل ٢٠٠٤.

<sup>٣</sup> - القانون ٠١-٠٦ مؤرخ في ٢٠ فيفري ٢٠٠٦، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

- اتفاقية ONU ١٩٨٥ مصادق عليها بالمرسوم الرئاسي<sup>١</sup> ٤١٩٥ المتعلقة بالاتجار الغير مشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية وقد صدر في هذا الإطار قانون<sup>٢</sup> ١٨٠.

- اتفاقية ONU المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي<sup>٣</sup> ٤٥٢٠٠ المتعلق بتمويل الإرهاب و مكافحته.

- اتفاقية ONU المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي<sup>٤</sup> ٥٥٠٢ المتعلق بالجريمة المنظمة العابرة للحدود.

ونجد أنه تم تعريف التسليم المراقب livraison contrôlée في قانون جرائم الفساد و جرائم التهريب<sup>٥</sup>، و لقد تعرض ق.إ.ج في تعديله الأخير إلى تعريف الإجراءات الأخرى كالتسرب، التردد الإلكتروني، اعتراض المراسلات، مراقبة تنقل الأشخاص والأموال<sup>٦</sup>.

- نظام استخدام أساليب التحري الخاصة : طبقا لما ورد في قانون الإجراءات الجزائية نجد أن الجرائم التي تستعمل فيها الإجراءات الخاصة وردت على سبيل الحصر، ذكرت في مختلف المواد المنظمة للإجراءات الخاصة أو يشار بموجب مواد أخرى و هي :

• جرائم المخدرات.

• الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

• الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

• جرائم تبيض الأموال.

• جرائم الإرهاب.

• جرائم الصرف .

• جرائم الفساد<sup>٧</sup>.

### الفرع الثاني : أشكال و صور إجراءات البحث و التحري الخاصة

نظرا لضرورة جمع الأدلة بمختلف الطرق فإنها تأخذ صور تختلف باختلاف الوسائل المستعملة و من حيث الشيء محل التحري وهذا ما سنحاول التعرض إليه :

<sup>١</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار الغير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨ المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٤١/٩٥ المؤرخ في ٢٨ جانفي ١٩٩٥.

<sup>٢</sup> - قانون ١٨-٠٤ مؤرخ في ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٤، يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية وقمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بهما.

<sup>٣</sup> - الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ٠٩ ديسمبر ١٩٩٩، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي ٢٠٠٠-٤٤٥ المؤرخ في ٢٣ ديسمبر ٢٠٠٠.

<sup>٤</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠ والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي ٥٥-٠٢ المؤرخ في ٠٥ فيفري ٢٠٠٢.

<sup>٥</sup> - القانون ١٧-٠٥ مؤرخ في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٥ يتضمن الموافقة على الأمر ٠٦-٠٥ مؤرخ في ٢٣ أوت ٢٠٠٥ والمتعلق بمكافحة التهريب.

<sup>٦</sup> - لوجاني نور الدين، المرجع السابق.

<sup>٧</sup> - القانون ٠٦-٢٢، مرجع سابق.

#### ١- مراقبة الأشخاص و تنقل الأشياء و الأموال

في الحقيقة لم يعالج المشرع كيفية هذا الإجراء مفصلا كما هو الحال في التسرب أو اعتراض المرسلات..... إلخ و إنما نجد في تعديل المادة<sup>١</sup> مكرر ما يوحي بضرورة المراقبة طالما مدد الاختصاص الإقليمي للضباط عبر كافة الوطن في الجرائم الخطيرة عموما هو أسلوب يسمح باستخلاص معلومات و كشف تنقلات المتهمين، وهذا يدخل ضمن العمل الشرطي الميداني والخاصية في ذلك هو الامتداد الإقليمي حتى يكون فيه تتبع دائم و فعال.

لا نخلط بين مراقبة الأشياء الذي هو إجراء ظاهري يتم في مختلف المرافق و بين التسليم المراقب الذي هو أسلوب من أساليب البحث و التحري الخاص بالضبطية.

#### أ - من الناحية الإجرائية :

↔ تقوم على شرط الحصول على إذن الوكيل المختص.

↔ المهة : لم يحدد القانون مدة المراقبة كما فعل ذلك في التسرب.

↔ تقوم على وجوب تدوين المعلومات و نتائج التحري.

#### ب- من الناحية العملية :

- أعوان و ضباط مؤهلين.

- العمل تحت إشراف وكيل الجمهورية .

- الاستعانة بالضباط المختصون إقليميا لمعرفةهم و درايتهم الميدانية .

- التنسيق بين مختلف الأجهزة الأمنية و عدم التعطيل.

- إعداد خطط العمل و الوسائل المادية لدراسة الصعوبات، العقوبات و الطوارئ.

- طلب إذن من وكيل جمهورية في حالة التفتيش و الإجراءات الأخرى التي تتطلب الإذن عند انتهاء المحاضر، و في حالة

الإثبات يتم إعداد الملف الجزائي و يرسل إلى وكيل الجمهورية الذي رخص بالإجراء.

#### ٢- اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور :

قنّ المشرع هذه الأساليب في إطار التحري و التحقيق في الفصل الرابع من الباب الثاني المتعلق بالتحقيق بموجب المواد<sup>٦٥</sup> مكرر<sup>٥</sup> إلى<sup>٦٥</sup> مكرر<sup>١</sup>.

فالمادة<sup>٦٥</sup> مكرر<sup>٥</sup> تنص على اعتراض المراسلات، اعتراض أو تسجيل أو نسخ مراسلات التي تتم عن طرف ووسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية.

و هنا نفرق بين هذا الإجراء و وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة بطلب صاحب الشأن يخضع لتقدير الهيئة القضائية بعد تسخير المصالح البريدية، أما تسجيل الأصوات و النقاط الصور: يكون سواء في مكان عام أو خاص، ومن صفات هذا الإجراء السرية المادة ٦٩ مكرراً.

عدم المساس بالسر المهني (٦٩ مكرراً) مثل مكتب المحامي، المحضر، الموثق، المترجمان الرسمي و الطبيب<sup>١</sup>، حيث هذا لا يعني أن فاته الفتات مستثناة ولكن للضبطية أن تلتزم السرية، لذلك الأشخاص من حيث صفة الشخص، أعضاء الحكومة، قضاة المحكمة، الولاة رئيس المجلس و النائب العام<sup>٥٧</sup> ق.إ.ج المعدلة<sup>٢</sup> على أن لا يكونوا محل متابعة إلا بأمر من النائب العام لدى المحكمة العليا و إجراء تحقيق من أحد أعضاء المحكمة العليا.

أما الطبيعة القانونية لاعتراض المراسلات و المكالمات الهاتفية فهي عبارة عن إثبات حالة و يرى البعض الأمر أنه تفتيش وخصائصه هي :

- ↔ يشترط إذن مسبق من وكيل الجمهورية.
- ↔ قائم على جرائم ذكرت على سبيل الحصر ٦٩ مكرراً.
- ↔ الميعاد ٠ أشهر قابلة للتجديد ٦٥ مكرراً.
- ↔ تدوين النتائج و التقارير الإخبارية ٦٩ مكرراً.
- ↔ تضبط التسجيلات و توضع في أحرار ذلك أنها أدلة مادية مثل الإجراءات العادية.
- ↔ حق الضباط الإطلاع على هذه الصور و سماع التسجيلات .

### ٣- التسرب :

هو تقنية من تقنيات التحري والتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية وذلك تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية وتقديم المتسرب لنفسه على أنه فاعل أو شريك.

قد قنّ المشرع الجزائري هاته التقنية بموجب القانون ٢٢٠٦ المؤرخ في ٢٠٠٦ المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الذي عرف التسرب في نص المادة 65 مكرراً<sup>١</sup>.

من شروطه : شرط الحصول على ترخيص السلطة القضائية لدينه<sup>٦٩</sup> مكرراً<sup>١٥</sup> : ضرورة الحرس على أمن العون المتسرب وحصول على إذن من الوكيل الجمهورية يتضمن :

الشروط الشكلية:

-صدوره عن الوكيل.

<sup>١</sup> - عبد الله أوهابية، المرجع السابق، ص ٢٩.

<sup>٢</sup> - القانون ٩٠-٢٤ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٩٠، يعدل و يتم الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية عدد ٣٦ لسنة ١٩٩٠، ص ١١٥٥.

- أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان.

الشروط الموضوعية:

١- التسبب : التأكد من جميع العناصر التي تحصل عليها التحقيق لتقدير ضرورة إجراء التسرب :

- ذكر طبيعة الجريمة على أن لا تخرج على الجرائم السبعة.

- يتضمن هوية ضابط الشرطة الذي تتم عملية التسرب تحته.

- أن يذكر مدة التسرب على أن لا تتجاوز ٥ أشهر قابلة للتجديد.

- لا يضم إذن التسرب بملف الإجراءات إلى بعد انتهاء عملية التسرب حتى يحافظ على طابعه السري.

٢- من حيث الأشخاص: المادة ٦٥ مكرراً ١ الفقرة الثانية.

• ضباط الشرطة القضائية.

• أعوان الشرطة القضائية.

٣- من حيث الجرائم: المادة ٦٥ مكرراً ١ وردت في الجرائم السبع سواء عند التحقيق الابتدائي أو التلبس.

٤- مدة العملية: ٥ قابلة للتجديد أو حتى قبل إنهاء ٥ أشهر ٦ مكرراً ١ الفقرة الثالثة.

هنا يطرح إشكال : طريقة إنهاء المدة في بعض الأحيان من غير الممكن توقيفها مباشرة فيه خطر على المتسرب و عليه راع المشرع هذا الجانب في المادة ٦٥ مكرراً ١ حيث تنص أنه في حالة عدم التمديد يمكن للمتسرب مواصلة النشاطات دون مسؤولية جزائية للوقت الكافي الذي يضمن أمنه و تقدر بـ ٥ أشهر و في حالة عدم الكفاية للقاضي المختص تمديدها ٥ أشهر أخرى على الأكثر.

الفرع الثالث : العمليات المبررة و الإعفاء من المسؤولية

وردت بموجب المادة ٦٥ مكرراً ١ وهي أفعال و إن كانت غير مشروعة و لا تقوم المسؤولية على المتسرب الذي ارتكبها ذلك أنها أعمال مبررة بموجب القانون<sup>١</sup>.

-اقتناء، حيازة، تسليم، إعطاء مواد ، منتجات ، وثائق ..... متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

-استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم ، وسائل ذات طابع قانوني أو مالي، وسائل النقل، التخزين أو الإيواء، إذن وردت على سبيل الحصر، فالعبرة بالتواطؤ و ليس بالتحريض، أي في إطار القانون.

كذلك من الخصائص المذكورة، المادة ٦٥ مكرراً ١ لا يجوز في أي من الأحوال سماع المتسرب حتى و لو باسم مستعار، بل يمكن فقط سماع الضابط الذي هو تحت مسؤوليته و كشاهد فقط.

<sup>١</sup> - القانون ٥٦-٢٢، المرجع السابق.

### ١- استعمال هوية مستعارة:

حماية للمتسرب أقر المشرع عقوبات صارمة حسب المادة ٦٥ مكرراً ١.

٥ سنتين ← ٥ سنوات و ٥٠.٠٠٠ دج إلى ٢٠٠.٠٠٠ دج لمن يكشف هوية المتسرب.

٥ سنوات ← ١٠ سنوات و ٢٠٠.٠٠٠ دج إلى ٥٠٠.٠٠٠ دج في حالة أدى هذا الكشف إلى أعمال عنف أو ضرب أو جرح على المتسربين، أبنائهم، أزواجهم.

١ سنوات ← ٢ سنوات و ٥٠٠.٠٠٠ دج إلى ١.٠٠٠.٠٠٠ دج، إذا أدى الكشف إلى وفاة أحد هؤلاء الأشخاص.

### ٢- حالات بطلان إجراء التسرب:

تكون حالة عدم مراعاة الشروط الشكلية أو الموضوعية أو مخالفة الحالة التي يبرر فيها الأعمال الغير مشروعة قانونا المادة ٦٥ مكرراً ١ أي أنها تأخذ صفة التحريض على الإجرام وليس بالتواطؤ، وهنا نكون أمام المادة ٤ قانون العقوبات تنص على "يعتبر فاعلا كل ما ساهم مساهمة مباشرة في ارتكاب الجريمة أو حرص على ارتكابها بالهبة، الوعد، التهديد، بالإساءة في استعمال السلطة...."

### ٣- التسرب من الناحية العملية:

إن العون أو الضابط الذي سيتسرب داخل جماعة إجرامية خطيرة على أنه فاعل أو شريك لابد أن يدعي أنه من محترفي هذا الفعل الإجرامي، والمتمثل في تجارة المخدرات مثلا، الأمر الذي يتطلب أن يملك إمكانيات مادية معتبرة تثبت احترافيته الإجرامية إذا صح التعبير.

بالنسبة إلى استعمال هوية مستعارة، نقول في هذا الصدد أن الجماعة الإجرامية التي سيتسرب العون داخلها لا يمكن أن تطمئن إليه ببساطة بمجرد أن يفصح لها عن هويته الخفية شفويا، وعليه لابد أن تكون بحوزته وثائق إدارية ورسمية تتضمن هويته المستعارة وهذا ما يعني التنسيق مع مختلف المصالح الإدارية والأمنية لاستخراج الوثائق اللازمة لهذه الهوية كبطاقة التعريف، رخصة السياقة جواز السفر.

الأمر الذي من الضروري تقنينه عن طريق مراسيم تنظيمية تكفل بتبيان الجوانب العملية والتقنية لعملية التسرب<sup>١</sup>.

### خاتمة

من خلال ما تعرضنا إليه في مناقشتنا لموضوع إجراءات البحث و التحري، فإنه تتضح إرادة المشرع في مكافحة الجريمة بكل أنواعها بطريقة متقنة و فنية و مدى حرصه في ذلك على مشروعية الإجراءات و توافقها مع حقوق و حريات الأفراد. قام المشرع الجزائري سنة ٢٠٠٠ بتعديل قانون الإجراءات الجزائية فوسع من دائرة اختصاص ضباط الشرطة القضائية، مع وضع آليات جديدة للتحري و التحقيق في الإجرام الخطير و مكافحته بتقنين استخدام أساليب التحري الخاصة، وأبقى على نفس التوجه من خلال التعديل الأخير لسنة ٢٠١١.

<sup>١</sup> - لوجاني نور الدين، المرجع السابق.

وتبين بأنّ استخدام أساليب التحري الخاصة في المهام الغير عادية، ليس خرقاً لحق الإنسان في خصوصية حياته وحرمتها كما يدعي العاملون في مجال حقوق الإنسان، لأنها تخدم المصلحة العامة بالدرجة الأولى وهي فوق الاعتبارات الذاتية والفردية، كما أن استخدامها يتم تحت سلطة وإشراف الهيئة القضائية التي تتكفل بحماية المصلحة العامة وفقاً لمبادئ الدستور.

و يمكننا القول في الختام أن نصّ المشرع الجزائري على استخدام أساليب التحري الخاصة، من شأنه أن يضمن فعالية أعمال ضباط الشرطة القضائية، وتدعيم مختلف الأدلة الجنائية التي يتوصلون إليها، لاسيما أن أساليب التحري التقليدية التي لم تعد كافية لمحاربة حجم ونوع الإجرام المستحدث على المستوى الدولي والوطني و آثاره التخريبية.

وفي هذا الإطار قامت الجزائر لأجل اعترافية أكبر بإرسال الأشخاص المكلفين بضبط الجرائم و القضاة و النيابة إلى تكوينات في الخارج في مختلف الميادين لدى الدول المتقدمة في هذه المجالات مثل فرنسا و إسبانيا أما من الجانب الهيكلي فإنه تم تنصيب 4 أقطاب متخصصة<sup>1</sup> على مستوى الجزائر العاصمة، قسنطينة، وهران و ورقلة.

ولعل أهم نتيجة متوصل إليها تكمن في الآتي :

- ضرورة الموازنة بين الحريات الشخصية و المصلحة العامة.

ومن أهم التوصيات لهذا الموضوع :

- ضرورة خلق جهاز على مستوى وزارة العدل لحفظ ومتابعة الهوية الحقيقية للمتسرب، حيث أنه في الوقت الحالي لا يعلم الهوية الحقيقية للمتسرب سوى رئيسه المباشر ولا يمكن تصور ما قد يحدث إذا توفي هذا الرئيس أو تم فصله أو قام نزاع بينه وبين المتسرب.

قائمة المصادر و المراجع :

أولاً : الاتفاقيات و الوثائق الدولية

١- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار الغير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٤

٢- اتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ٠٩ ديسمبر ١٩٩٩ .

٣- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠ .

ثانياً : الأوامر

١- الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل و المتمم.

٢- الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل و المتمم.

<sup>١</sup> - القانون ٠٥-١١ المؤرخ في ١٧ جويلية ٢٠٠٥، يتعلق بالتنظيم القضائي.

٣- الأمر رقم ١٠٩٥ المؤرخ في ٢٥ فيفري ١٩٩٩ يعدل و يتمم الأمر الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ١ لسنة ١٩٩٩ الصادرة بتاريخ ٠١ مارس ١٩٩٥.

#### ثالثا : القوانين

١- القانون ٠٢٨٥ المؤرخ في ٢٦ جانفي ١٩٨٨ يعدل ويتمم الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٥ لسنة ١٩٨٨، الصادرة بتاريخ ٢٧ جانفي ١٩٨٥.

٢- القانون ٢٤٩ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٩٩، يعدل و يتمم الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٣٦ لسنة ١٩٩٩، الصادرة بتاريخ ٢٢ أوت ١٩٩٩.

٣- القانون ٠٨٠ المؤرخ في ٢٦ جوان ٢٠٠٠ يعدل و يتمم الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٣ لسنة ٢٠٠٠، الصادرة بتاريخ ٢٧ جوان ٢٠٠٠.

٤- القانون ١٨٠٤ المؤرخ في ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٠، يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الإستعمال و الإتجار الغير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، الصادرة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٠.

٥- القانون ١١٠٥ المؤرخ في ١٧ جويلية ٢٠٠٠، يتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٥ لسنة ٢٠٠١، الصادرة بتاريخ ٢ جويلية ٢٠٠٠.

٦- القانون ١٧٠٥ المؤرخ في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٠ يتضمن الموافقة على الأمر ٠٦٠ مؤرخ في ٢٣ أوت ٢٠٠٠ والمتعلق بمكافحة التهريب.

٧- القانون ٠١٠ مؤرخ في ٢٠ فيفري ٢٠٠٠، يتعلق بالوقاية من الفساد.

٨- القانون ٠٧١٣ المؤرخ في ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣ يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٥ لسنة ٢٠١٤، الصادرة بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠١٣.

٩- القانون ٢٢٠٦ المؤرخ في ٢٦ جوان ٢٠٠٠ يعدل و يتمم الأمر رقم ١٥٥٦ و المتضمن القانون الإجراءات الجزائية.

١٠- القانون ٠٢١٥ المؤرخ في ٢٣ جويلية ٢٠١٤ يعدل و يتمم الأمر ١٥٥٦ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد ٤ لسنة ٢٠١٤ الصادرة بتاريخ ٢٣ جويلية ٢٠١٤.

#### رابعا : المراسيم

١- المرسوم الرئاسي رقم ٤١٩٥ المؤرخ في ٢٨ جانفي ١٩٩٩ المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار الغير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية لسنة ١٩٨٨.

- ٢- المرسوم الرئاسي ٤٤٥٠٠ المؤرخ في ٢٣ ديسمبر ٢٠٠٠ المتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية لمنع تمويل الإرهاب المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ٠٩ ديسمبر ١٩٩٩.
- ٣- المرسوم الرئاسي ٥٥٠٢ المؤرخ في ٠٥ فيفري ٢٠٠٠ المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠.
- ٤- مرسوم رئاسي رقم ١٢٨٤ مؤرخ في ١٩ أفريل ٢٠٠٠، يتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم ٣١ أكتوبر ٢٠٠٠، جريدة رسمية عدد ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ الصادرة بتاريخ ٢٥ أفريل ٢٠٠٠.

#### خامسا : الكتب

- ١- جلالى بغدادى، التحقيق دراسة و مقارنة، نظرية و تطبيقية، الديوان الوطنى للأشغال العمومية، الجزائر ١٩٩٣
- ٢- عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائرى، التحري و التحقيق، دار هومه، الجزائر ٢٠٠٣
- ٣- أحمد حزيب، مذكرات فى قانون الإجراءات الجزائية الجزائرى، دار هومه، ط٣، الجزائر ٢٠٠١.

#### سادسا : المقالات

- ١- لوجانى نور الدين، أساليب البحث و التحري الخاصة و إجراءاتها، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسى الموسوم ب علاقة النيابة العامة بالشرطة القضائية احترام حقوق الإنسان و مكافحة الجريمة، المديرية العامة للأمن الوطنى، أمن ولاية إليزي، ١٢ ديسمبر ٢٠٠٠.



## الاعتماد المستندي في التشريع الجزائري

د. أمال مكاوي ، أستاذة محاضرة أ. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس بسبيدي بلعباس.

### الملخص :

ظهر نظام الاعتماد المستندي نتيجة للبعد المكاني بين البائع والمشتري، وهذا النظام ابتدع كوسيلة للتوفيق بين الحاجات المتباينة للبائع والمشتري والتابعين لبلدين مختلفين .

حيث أن العملية التجارية تتم بالغالب دون أن يلتقي المشتري (المستورد) بالبائع (المصدر) التقاء شخصيا، وإنما يتم الاستعانة بوسيط يثق به كل منهما لحماية حقوقهما، ولتأكيد التزامهم بتنفيذ عقد البيع، هذا الوسيط هو البنك الذي يتعهد أمامه المشتري بدفع ثمن البضاعة متى استلم المستندات التي تضمن له ملكية البضاعة المشحونة.

الكلمات المفتاحية: الاعتمادات المستندية، المستورد، المصدر، المستفيد، البنك

### Résumé :

Le système de crédit documentaire est apparu en raison de l'éloignement entre le vendeur et l'acheteur.

Ce système a été découvert comme moyen de conciliation des différents besoins du vendeur et de l'acheteur appartenant à deux pays différents.

L'opération commerciale se concrétise souvent sans que l'acheteur (importateur) et le vendeur (Source) ne se rencontrent personnellement.

L'utilisation d'un intermédiaire jouissant de la confiance des deux parties préservant les intérêts réciproques et confirmaient l'engagement de la concrétisation du contrat est exigée,

Cet intermédiaire est la banque devant laquelle l'acheteur s'engage à payer le prix de la marchandise des qu'il reçoit les Documents lui garantissent la propriété de la marchandise.

Mots clés: crédits documentaires, importateur, exportateur, le bénéficiaire, la banque

### مقدمة:

تعتبر المصارف إحدى الدعائم الكبرى والأساسية في بناء الهيكل الاقتصادي للدولة، وفي تطوير وتنمية مختلف قطاعات الاقتصاد، كما أن قطاع التجارة يمثل أهمية كبيرة بالنسبة للاقتصاديات كافة الدول، لذا تقوم المصارف بتمويل عمليات التجارة الداخلية والخارجية (استيراد وتصدير).

وتعد الاعتمادات المستندية من أهم طرق ذلك التمويل، وهي بذلك تعتبر الوسيطة بين المستوردين والمصدّرين لتقييم شبكة تمتدّ بينها وبين فروعها الخارجية أو مراسلها من البنوك الأجنبية، لتعمل على التّقارب فيما بينهم وتوفّر الثّقة والأمان لمعاملاتهم، حيث إنّه في مجال هذه المعاملات التجاريّة يهتمّ المستورد والمصدّر بقدرة الطّرف الآخر على الوفاء، ويمثل ذلك عنصر قلق وشكّ لهم .

فلو بدّلنا الطرفين بمؤسّسات لها سمعتها الممتازة ومكانتها العالية وذات القبول العام، والثّقة لوجدنا الحلّ لإزالة ذلك القلق والشكّ، في الاعتمادات المستندية، فإنّ المستورد المحلّي يطلب من مصرفه أن يفتح اعتماداً مستندياً لصالح المصدّر الأجنبي يتعهّد بموجبه أن يدفع قيمة البضاعة حين تقديم المستندات الخاصّة بها، مطابقة لشروط الاتّفاق بالاعتماد المستنديّ، ونجد هنا أنّنا استبدلنا في نفس تعهّد المستورد المحلّي بتعهّد أحد المصارف.

وكذلك نجد أنّ المصدر الأجنبيّ يقبض قيمة البضاعة في بلده بمجرد تقديمه لمستندات الشّحن إلى بنكه المحلّي، وأنّ المستورد المحلّي يدفع قيمة البضاعة بعد وصول المستندات إلى بنكه المحلّي. وقد نجحت غرفة التجارة الدّولية في إرساء قواعد وأسس موحّدة لإرشاد إدارات المصارف والمعاملين معها في عمليّات الاعتمادات المستندية حيث أصدرت عدّة لوائح كان آخرها لائحة الأصول والأعراف الموحّدة للإعتمادات المستنديّة برقم ٥٥ لسنة ١٩٩٦ .

بعدّ الاعتماد المستندي إحدى العمليّات البنكية ذات الطبيعة الفدّة والبارزة والتي تجد مجالاً واسعاً في التّجارة الدّولية، حيث تؤمّن هذه العمليّة البنكيّة عمليّات الاستيراد والتصدير في عقود التّجارة الدّولية<sup>١</sup>، بما تكفله الاعتمادات المستنديّة من ضمانات لأطراف الاعتماد، وهذا لم تعد وظائف البنوك قاصرة على أداء الدور التقليدي لها، وهو الوساطة بين المقترضين والمقترضين بهدف تحقيق الرّبح، بل لقد لعبت البنوك دوراً مهمّاً عن طريق الاعتماد المستندي في تحقيق أهداف، وأغراض الأطراف في عقد البيع الدّولي للبضائع، وكوسيلة لتسوية التّجارة الدّولية بهدف تنفيذ عقد البيع الدّولي للبضاعة. وقد ازدادت أهميّة الاعتمادات المستندية نتيجة لتطوّر العلاقات التّجاريّة الدّولية، وذلك لتقدّم وسائل النقل والاتّصالات، فلم يعد الأمر يقتصر على وسائل الاتّصال القديمة كالبريد والتلّكس والفاكس... الخ<sup>٢</sup>.

بل دخلت نظم حديثة للاتّصالات ساهمت في تطوير إجراءات الاعتمادات المستندية، مثل شبكة (سوفت) التي أصبحت تقوم بالعمليّة في ثوان.

لهذا ارتأيت البحث في هذا الموضوع، معتمدة على المنهج الوصفي الملائم لهذا النوع من المواضيع، وطرحت الإشكالية التالية:

فيما تكمن الاعتمادات المستنديّة باعتبارها آلية ائتمانية؟

لذا سوف نتناول في هذا المطلبين بإيجاز غير مخلّ، هذه الاعتمادات المستنديّة.

نتعرض في المطلب الأول إلى: الاعتماد المستندي كآلية ائتمانية.

<sup>١</sup> صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة، (الائتمان المصرفي. الضمانات المصرفية. الاعتمادات المستندية)، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ١٠٩.

<sup>٢</sup> صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

أما المطلب الثاني فيتمحور حول: أنواع الاعتمادات المستندية.

**المطلب الأول: الاعتماد المستندي كآلية إئتمانية:**

مع اختلاف التعريفات المتعددة للاعتماد المستندي، إلا أنها تتفق فيما بينها من حيث بعض الجوانب. فالقواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية قد عرّفته في مادتها الثانية، بأنه هو العملية التي يقوم فيها البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب العميل (طالب فتح الاعتماد) بالدفع إلى شخص ثابت أي المستفيد أو لأمره، أو بأن يدفع أو يقبل أو يشتري حوالات خارجية مسحوبة من قبل المستفيد أو أن يخوّل بنكا آخر بالدفع أو بقبول المسحوبات أو شراءها، أو دفعها وذلك مقابل مستندات معينة، ويجب أن تكون مطابقة لمستند الاعتماد و شروطه.

و بناء على ذلك فإننا سوف نتعرّض في الفروع التالية لنقاط مهمة و هي كمايلي.

**الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي**

**الفرع الثاني: أطراف الاعتماد المستندي**

**الفرع الثالث: مستندات الاعتماد المستندي.**

بداية نعرض مفهوم الاعتماد المستندي، وهذا في الفرع الأول

**الفرع الأول: مفهوم الاعتماد المستندي :**

يعتبر الاعتماد المستندي أحد وسائل الدّفع الهامة لإتمام المعاملات المتعلقة بالتجارة الخارجية، فالمشتري في نطاق التبادل الدولي لا يرغب في دفع قيمة بضاعة لم يستلمها والبائع لا يرغب أن يقوم بشحن بضاعة لم يقبض ثمنها، وإذا قبل المشتري بدفع قيمة البضاعة بشيك أو حوالة فمن يضمن له أن شحن البضاعة سوف يتم في موعده، وأنّ البضاعة تتفق مع شروط العقد المبرم بين البائع و المشتري.

وكما ورد في نشرة أصول الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية رقم ٥٠ لعام ١٩٩١<sup>1</sup> مفهوم له وهو " أية ترتيبات مهما كان شكلها أو نوعها يقوم بها البنك ( فاتح الاعتماد ) بناء على طلب الزبون ( طلب فتح الاعتماد) لتعليماته يقوم بـ "

- الدفع إلى أمر شخص ثالث ( المستفيد) أو يقبل ويدفع قيمة السحوبات المسحوبة من المستفيد .
- أن يخول بنكا آخر بالدفع أو بقبول السحوبات أو شرائها أو دفع قيمتها، وذلك مقابل مستندات معينة بشرط أن تكون مطابقة لأحكام وشروط الاعتماد.

أما المشرع الجزائري فتطرق إلى الاعتماد المستندي في المادة 81 من قانون المالية لسنة ٢٠١١ التي تعدل و تتمم أحكام المادة ٦٩ من الأمر ١٠٩٩٠١ المؤرخ في ٢٩ رجب ١٤٣٣ الموافق ل ٢٦ يوليو ٢٠١٠ و المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠ التي جاءت كما يلي: ( لا يتم دفع مقابل الواردات الموجهة للبيع على حالها إلا بواسطة الاعتماد المستندي أو التسليم المستندي ) .

<sup>1</sup> - المادة ٠٢ من قواعد الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٣

و مع ذلك تبقى الشكوك التي تنتاب البائع من الأمور الطبيعية، هذا من ناحية و من ناحية أخرى، إذا قبل البائع شحن البضاعة إلى المشتري قبل استلام قيمتها فمن يضمن التزام المشتري بسداد قيمة الكمبيالات أو المستندات في عقد البيع؟

إنّ نمو التبادل الدولي و إزالة شكوك البائع و المشتري يمكن أن يتحقق من خلال الاعتماد المستندي، فهذا الأخير يمثل تعهداً أن يصدر من قبل أحد البنوك بناء على طلب أحد العملاء يلتزم بموجبه البنك بسداد قيمة الكمبيالات أو المستندات المقدمة إليه لصالح شخص أو طرف آخر هو المستفيد وفقاً لشروط و ضوابط معينة يتضمنها خطاب الاعتماد المستندي<sup>1</sup>.

و يسعى البنك الذي يصدر خطاب الاعتماد بالبنك المصدر، و الشخص الذي يرغب في فتح الاعتماد لدى البنك فيسمى طالب الاعتماد وهو يمثل المشتري أو المستورد، أما الشخص الذي يصدر خطاب الاعتماد لصالحه فيسمى بالمستفيد والذي يمثل المصدر أو البائع.

فالاعتماد المستندي يمثل أداة ضمان يقدمها البنك لخدمة عملائه فهو يضمن حقّ البائع أو المستفيد في الحصول على قيمة مبيعاته في فترة لاحقة لشحنها و لكن قبل استلامها من قبل المشتري كما يضمن للمشتري حقّ الحصول على البضاعة وفقاً للشروط المتفق عليها، حيث لا يتمّ الدّفع إلاّ بعد التأكّد من أنّ الشّحن تمّ بالشكل المطلوب، و أنّ الشروط المتفق عليها تمّ تنفيذها. و بالتالي فهو يحقق منفعة مزدوجة لكل من البائع و المشتري :

فهو يحقق رغبة البائع في الحصول على قيمة مبيعاته نقداً، كما أنّه يحقق رغبة المشتري في الحصول على البضاعة بالائتمان، بالإضافة إلى أنّه يزيل مخاوف و شكوك كلّ من البائع و المشتري.

وبناء على ما سبق يمكن القول أنّ الاعتماد المستندي يمثل في جوهره<sup>2</sup>:

\_ عملية بنكية يقوم خلالها البنك بدور الوسيط الملتزم والمطمئن لكلّ من البائع والمشتري.

\_ عملية بنكية تساعد على بناء الثقة المتقدمة بين طرفي العقد و من تمّ تعمل على نموّ التبادل الدولي.

حيث يقوم البنك فاتح الاعتماد بإبلاغ البائع أنّ له حوالة يمكن له أن يقبضها بشروط محدّدة دون الرجوع إلى المشتري، بشرط أن يقدم المستندات التي تثبت شحن البضاعة للمشتري.

\_ عملية بنكية يضمن بموجبها البنك للبائع دفع قيمة بضاعته المحدّدة بمواصفات معيّنة، والتي يتمّ شحنها من ميناء الشّحن و يضمن للمشتري عدم قيامه بالدّفع إلاّ بعد قيام البائع بشحن البضاعة، فبعد التأكّد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها.

\_ عملية بنكية تكون مرتبطة بمدة محدّدة مبدئياً، قد تكون ثلاثة أشهر تقريبا تحدّد بالتاريخ، ويمكن تمديد المهلة لمدة محدودة أخرى باتفاق أطراف الاعتماد.

\_ عملية بنكية يتعيّن أن تلتزم البنوك من خلالها بأصول التعامل المتعارف عليها وبالشروط العامة الموحّدة الصادرة من غرفة التجارة الدولية، وعند حدوث خلاف بين الأطراف يتعدّد التفاهم عليه يتمّ اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية.

<sup>1</sup> سعيد عبد العزيز، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ١٠٩.

<sup>2</sup> سعيد عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٠٩.

\_ أن عملية تنفيذ الاعتمادات المستندية تتمّ غالبا بين بنكين، أو أكثر بنك الإصدار وبنك مبلغ الاعتماد و الذي يكون بنكا آخر في بلد البائع أو بلد المصدر<sup>1</sup>.

و باستقراء مفهوم الاعتماد المستندي وفقا للمادة الثالثة من التعديلات رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٦ " أن الاعتمادات المستندية في طبيعتها معاملات منفصلة عن عقود البيع، التي تكون أساس تلك الاعتمادات و لا ترتبط البنوك بهذه العقود و لا تلتزم بها حتى و لو تضمن الاعتماد إشارة إلى تلك العقود".

و هكذا نستنتج أن الاعتمادات المستندية في طبيعتها معاملات منفصلة عن عقود البيع التي تكون أساس تلك الاعتمادات و لا ترتبط البنوك بهذه العقود، و لا تلتزم بها حتى و لو تضمن الاعتماد إشارة إلى تلك العقود.

#### الفرع الثاني: أطراف عقد الاعتماد المستندي.

إذن يتضح أن هناك ثلاثة أطراف لعقد الاعتماد المستندي، وهي الأطراف الأساسية ويأتي إلى جانبهم طرف رابع و هو البنك الذي يقدم المشورة أو التأكيد أو التعزيز وفي ما يلي التعريف بكل طرف:

#### أ الطالب أو المستورد (معطي الأمر):

وهو عميل البنك المحلي الذي يطلب فتح الاعتماد المستندي لصالح أحد المستفيدين في الخارج، ويعدّ المشتري الذي سيدفع قيمة البضاعة بعقد أصول مستندات الشحن و أوراق ملكية البضاعة.

#### ب البنك المصدر:

و هو البنك التجاري المتعهد بالدفع عند تقديم مستندات شحن البضاعة للمصدر، وهو المتلقي للأمر بفتح الاعتماد المستندي،

و بذلك فالعلاقة بين البنك والمصدر يحكمها الاعتماد المستندي، أما العلاقة بين البنك والمستورد فيحكمها طلب فتح الاعتماد و الذي يتضمن شروطا معينة.

#### ج المستفيد:

وهو الشخص أو الجهة المفتوح لصالحها الاعتماد الذي يعدّ موردا أو مصدرا للبضاعة، وهو الذي سوف يحصل قيمة البضائع المصدرة أو الواردة ببيانها بالاعتماد المستندي، وبالتالي غالبا ما يكون مصدر بضاعة مشحونة إلى بلد المستورد.

#### د البنك الذي يقدم المستورد:

وهو البنك الموجود والمقيم في وطن المستفيد، وغالبا ما يكون مراسلا للبنك المحلي.

ولكل طرف التزامات معينة اتجاه الأطراف الأخرى يفضل معالجتها في مبحث آخر مستقل<sup>2</sup>.

و يمكن بيان ماهية الاعتماد المستندي بعملية إصدار اعتماد تقليدية، مع العلم أن الشروط قد تختلف من حالة إلى أخرى.

<sup>1</sup> سعيد عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٠٩.

<sup>2</sup> على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية و مسؤوليته، دار النهضة العربية، مصر، ص ١٤٥-١٤٤.

فمثلا: مستورد جزائري و مصدر فرنسي يتفقان على صفقة بيع أدوات كهربائية، فنجد أنّ المستورد الجزائري يتقدم إلى أحد البنوك المحلية (عادة البنك الذي يتعامل معه)، ويطلب منه إصدار اعتماد مستندي لصالح الفرنسي بقيمة البضائع المتفق عليها بين المصدر والمستورد.

فيقوم البنك الجزائري بإصدار اعتماد مستندي بناء على تقديره للحالة المالية لعميله الجزائري، فقد يرى البنك الجزائري أن يدفع عميله الجزائري مبلغا معينًا تحت الحساب، وعادة ما يكون ذلك لأول مرة لطلب العميل فتح اعتماد مستندي، ومن ثمّ يصدر البنك الجزائري اعتمادا مستنديًا لصالح المصدر الفرنسي، يعد فيه بالدفع عند استلامه أوراقا ثبوتية معينة حددها المستورد عند طلبه فتح الاعتماد.

ومن أمثلة هذه الأوراق: فاتورة البيع، وثيقة التأمين، ورقة من الجمارك... إلخ.

وبعد إصدار الاعتماد المستندي، فإنه يصبح بمثابة عقدين البنك و المصدر يدفع قيمة البضاعة بمجرد استلام المستندات المحددة في عقد الاعتماد المستندي، وذلك بغض النظر على القدرة المالية للمستورد لأنّ المتعهد بالدفع هو البنك وليس المستورد، ثمّ يقوم البنك المحلي الجزائري بعد ذلك بإرسال إشعار إلى بنكه المراسل في البلد المصدر أي فرنسا (أو البنك المصدر نفسه إذا كان مراسلا للبنك المحلي)، و بالتالي يقوم البنك المراسل أي البنك الأجنبي الفرنسي بإشعار المصدر بإجراء الشّحن للبضاعة، وكذلك يقوم بسحب كمبيالة وهي أمر للبنك المحلي الجزائري (بنك المستورد) بدفع مبلغ الاعتماد.

ويقوم بتسليم هذه الكمبيالة ومستندات الشّحن لبنكه أي البنك المصدر الفرنسي، ومن ثمّ يقوم البنك المصدر الفرنسي بإرسال هذه الأوراق والمستندات إلى بنك المستورد الذي يفحص المستندات ليتأكد من أنّها مطابقة لتلك التي تمّ التعاقد على استلامها في عقد الاعتماد المستندي، فإذا كانت صحيحة فإنه يقوم بتوقيع الكمبيالة والدفع لبنك المصدر الذي يقوم بدوره بالدفع للمصدر أمّا بنك المستورد فيقوم بالتفاهم مع عميله المستورد عن طريقة الدفع هل تكون نقدا أو على أقساط؟

وهنا يجب التأكيد على أنّ بنك المستورد وقد دفع لبنك المصدر مقابل استلامه مستندات معينة وليس البضاعة نفسها وهذا مفهوم عقد الاعتماد المستندي، و الذي يكون لمدة معينة (له تاريخ بداية وتاريخ انتهاء صلاحية).

ولعلّ من الواضح أنّ عمليات الاعتمادات المستندية من أهمّ العمليات المصرفية لتمويل الصادرات و الواردات، ومن أدقّها وأكثرها تعقيدا ونظرا لاختلاف النظم و القوانين الخاصة بالتجارة الدولية من بلد لآخر، و لتحديد مسؤولية البنوك في وساطتها بين المستوردين و المصدرين ولكونها تتعامل في مستندات لا علاقة لها بالعقود المباشرة بين المصدر و المستورد.

و انطلاقا من أهمية هذه الأخيرة و دلالتها على تنفيذ أحد الأداءات في العقد، و وجود البنك، و حلول تعهده لشخص محل التزام الطرف صاحب الأداء المقابل ينهض الاعتماد المستندي، ليمارس دوره و بباشر وظيفته لدفع حركة التجارة الدولية قدما و تطويرها، و تلافي مؤثراتها السلبية.

و تعد المستندات جوهر الاعتماد المستندي، فهي في الحقيقة تؤدي وظيفة مزدوجة، فمن ناحية هي أداة لإثبات تنفيذ البائع للشروط التي تضمنها خطاب الاعتماد<sup>1</sup>، وهي من ناحية أخرى وسيلة لنشوء حق قانوني للبنك مصدر الاعتماد، إذ أنّها تمثل البضاعة المشحونة ومن ثم فإن حيازة البنك لها تخوله صفة الدائن المرتهن.

<sup>1</sup> فوثيقة الشحن تثبت إبرام عقد النقل و بالتالي فهي دليل على تحلي البائع عن حيازته للبضائع.

إذ تمكنه من حجز البضاعة وبيعها إذا لم يكن قد استوفى حقوقه من عميلة المشتري. وللاعتدال المستندي مستندات جوهرية ورئيسية وأخرى إضافية، نعرضها في هذا الفرع الفرع الثالث: مستندات الاعتماد المستندي.

ويمكن القول وبصفة عامة، أن هناك ثلاثة مستندات جوهرية ورئيسية وأخرى إضافية، يتطلب وجودها في جميع الاعتمادات المستندية تقريبا، ولا تكاد تخلو صفقة في التجارة الدولية من اشتراط تقديمها. ويمكن حصرها في مايلي كالآتي<sup>1</sup>:

#### أ-المستندات الرئيسية:

هي المستندات التي لا يخلو خطاب الاعتماد المستندي من ذكرها وتطلبها، وتشمل:

١- مستندات النقل: وأهم هذه المستندات هي وثيقة الشحن أو سند الشحن البحري. وأهمية هذه الوثيقة ترجع إلى إشارتها إلى أن البضائع قد تم شحنها، وتحدد حالة البضائع وظروفها الظاهرة. حيث يشار فيها عادة بعبارة: "لا توجد أدنى تحفظات حول ظاهر البضاعة".

٢- مستندات الثمن: وتضم بصفة أساسية الفاتورة التجارية، وهي مستند جوهرية يعده البائع بنفسه ويشير فيه إلى اسمه وعنوانه، بالإضافة إلى اسم وعنوان الأمر، أي المشتري. علاوة على مجموعة من البيانات التي تتعلق بشروط البيع، وطبيعة البضائع وكميتها وزنها و ثمن الوحدة منها و الثمن الإجمالي، للبضاعة، ثم أخيرا تاريخ تحرير هذه الفاتورة. وبالإضافة إلى هذه الفاتورة التجارية يوجد ما يعرف بالفاتورة القنصلية، وهي وثيقة تحمل تأشيرة الدولة الموجهة إليها البضاعة والتي تحمل نفس بيانات الفاتورة التجارية، إلا أن تحريرها يتم عادة بطريقة تسمح بتسهيل تبيان التعريف الجمركية المناسبة.

كما تستخدم هذه الفاتورة القنصلية كشهادة منشأ، وذلك بإثبات أن البضاعة ليست قادمة من دولة محلا للمقاطعة. ومع ذلك فإنها لا تغني عن شهادة المنشأ، نظرا لأن هذه الأخيرة تحدد بشكل مفصل منشأ المواد الخام المصنوعة منها السلع المصدرة ومكان إنتاجها، وتصدر هذه الشهادة عادة عن الغرفة التجارية أو الصناعية في دولة صنع البضاعة المبيعة.

٣- مستندات التأمين: ويقصد بها وثائق التأمين التي يقوم المصدر أي البائع بإرسالها ضمن المستندات المطلوبة وفقا لشروط الاعتماد، وتختلف المخاطر المغطاة في وثيقة التأمين باختلاف طبيعة البضاعة وأسلوب شحنها والمدة التي تستغرقها في الطريق وظروف الدول التي تعبر منها البضاعة.

ب- المستندات الإضافية: هذه المستندات لا يقدمها المستفيد من تلقاء نفسه، بل يشترطها العميل الأمر لتنفيذ خطاب الاعتماد وتشمل الآتي:

<sup>1</sup> على الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص. ١٤٥. ١٤٤٠.

١- **شهادة الوزن:** تقبل البنوك في حالة النقل غير البحري ختماً أو إقراراً مضافاً على مستند النقل محرراً بواسطة الناقل أو وكيله، يوضح فيه وزن البضاعة إلا إذا تطلب الاعتماد مستنداً مستقلاً يفيد الوزن، في هذه الحالة تقدم شهادة بالوزن بمعرفة المستفيد يبين فيها أوزان العبوات مع بيان الوزن الإجمالي و الوزن الصافي و القائم لكل وحدة، أما إذا اشترط الاعتماد أن تقدم شهادة الوزن من جهة خارجية محددة فيجب تقديمها معتمدة من هذه الجهة.

٢- **شهادة المنشأ:** وهي تحدد منشأ البضاعة و تستخرج من الغرفة التجارية، أو من الهيئة المكلفة بالصادرات و الواردات أو من المنتج، حسب ما تحدده القوانين المصرفية لذلك البلد، المهم في الأمر أن تقدم من الجهة التي تم تحديدها في الاعتماد المستندي.

٣- **شهادة التحليل:** وهي تحدد المواصفات الفنية و الطبيعية للبضائع و يتم استخراجها من المصنع المنتج للبضاعة، أو من أي جهة يحددها المستندي.

٤- **مستندات أخرى:** قد يتطلب الاعتماد المستندي وثائق أخرى، كشهادة الجودة أو شهادة صلاحية للاستهلاك الآدمي أو شهادة خلو البضاعة من الإشعاعات، إلى غير ذلك من المستندات التي عكفت غرفة التجارة الدولية على تحديدها و تبيانها، من خلال إصدارها لللائحة القواعد و النظم الموحدة للاعتمادات المستندية، لتلتزم بها جميع البنوك العالمية المشتركة في الغرفة، و تستعملها في تفسير أي من بنود عقد الاعتماد المستندي.

ونود الإشارة إلى أن الأصول و الأعراف المتعلقة بهذا الأخير، قد تم نشرها لأول مرة في عالم ١٩٣٣ ثم أدخلت عليها بعض التعديلات في سنة ١٩٦٢، إلى غاية سنة ١٩٧٧ أين تدخلت اللجنة التنفيذية لغرفة التجارة الدولية، و قامت ببعض التعديلات على الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات، و قد نشرت في كتيب في مارس سنة ١٩٧٧، و بدأ العمل به ابتداءً من أول أكتوبر ١٩٧٧ تحت المرجع رقم ٢٩.

و تواصلت سلسلة التعديلات إلى سنة ١٩٨٨ أين أصدر الكتيب رقم ٤٠ لللائحة الأصول و الأعراف الدولية للاعتمادات المستندية، ثم في سنة ١٩٩٣ صدر الكتيب رقم ٥٠، إلى أن جاءت اللائحة المعتمدة حالياً للأصول و الأعراف الدولية للاعتمادات المستندية في سنة ١٩٩٥ تحت رقم ٥٥، و القابلة كذلك للتعديلات حسب ما تتطلبه التطورات الحاصلة في التعاملات التجارية الدولية، و خاصة التطورات الحاصلة في مجال تقنيات الاتصال، وبالتحديد مجال الاعلام الالي<sup>2</sup>

والجزائر كبلد نامي تسعى جاهدة لولوج الاقتصاد العالمي من خلال سعيها للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، لذا فقد عملت على تنفيذ هذه الأعراف الموحدة على معاملاتها البنكية و التجارية، من خلال النص على ذلك صراحة في قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠ على اعتماد تقنية الاعتماد المستندي في إبرام الصفقات التجارية الخاصة بالتصدير و الاستيراد، وبالتالي فلها تجربة متواضعة نوعاً ما في هذا المجال، نظراً لعدم معرفة المتعامل الاقتصادي لخبايا هذا العقد الائتماني سواء كان مصدراً أو مستورداً.

<sup>1</sup> لقد شرع في إعداد النص الأولي لتوحيد أحكام الاعتماد المستندي من طرف اللجنة الخاصة بالشيك و السفنجة لدى غرفة التجارة الدولية في سنة ١٩٢٧، و عرض في مؤتمر أمستردام في ١٩٢٩ ليصادق عليه و يعتمد من طرف الدول المشاركة، للمزيد من المعلومات، بردان رشيد، "أحلكم الاعتماد المستندي و دور غرفة التجارة الدولية في تقنين القواعد و العادات الموحدة"، مقال منشور في مجلة الآداب و العلوم الإنسانية، العدد ٣، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، أبريل ٢٠٠٤، ص ٢٨٦.

<sup>2</sup> يعيش العالم الآن ثورة صناعية ثالثة هي ثورة المعلوماتية، و يعد الكمبيوتر المحرك الأساسي لهذه الثورة، لذا فقد نصت المادة ٢٠ \ من القواعد و الأصول الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٣، على أن المستندات الصادرة عن وسائل تقنية حديثة كالكمبيوتر، تعتبر مستندات أصلية مقبولة بشرط أن يُؤشر عليها بعبارة "أصل" و موقعة عند اللزوم.

لذا فقد أحدث هذا الخروج القانوني المفاجئ ضجة و صدمة في أن واحد بالنسبة لهذا الأخير، وبالخصوص المتعاملين الاقتصاديين المتخصصين في مجال الاستيراد ، وبالتحديد المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

و للاعتماد المستندي أنواع عدة منها ما هو قابل للإلغاء، ومنها ما هو غير قابل له ومؤيد و معزز.

هذا ما سنعرضه فيما يلي في المطلب الثاني:

### المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية

يمكن تصنيف الاعتمادات المستندية إلى عدّة تصنيفات تركز إمّا على النّظر إلى قوّة الالتزام الّذي تولّده على عاتق البنك لصالح المستفيد و إمّا بالنّظر إلى إمكان أو عدم إمكان نقل الاعتماد أو تحويله و ذلك على النّحو التّالي:

#### الفرع الأول: اعتمادات مستندية قابلة للإلغاء.

#### الفرع الثاني: اعتمادات مستندية غير قابلة للإلغاء.

#### الفرع الثالث: اعتمادات مستندية غير قابلة للإلغاء و معزّزة.

و بالإضافة إلى ما سبق توجد عدّة أنواع أخرى من الاعتمادات المستندية، وذلك بحسب الغرض منها، و سوف نتناول بعضها من هذه الصّور وفقا لارتباطها بموضوع البحث.

لم تكن أنواع الاعتمادات المستندية وليدة تقسيمات علمية في الأصل، و إنّما جاءت فكرة الاعتماد ذاتها نتيجة ما أملتة الاحتياجات العملية في كلّ حالة، و ما زالت الاحتياجات العملية تنشق كلّ يوم عن جديد في هذا المجال، يحتاج إلى التأمّل و التّفكير، و تنقسم الاعتمادات المستندية إلى صرور عدّة تبعاً إلى الزاوية الّتي ينظر إليها منها، و لقد تبنت القواعد والعادات الموحّدة للاعتمادات المستندية تقسيم الاعتماد المستندي من حيث قوّة الالتزام المصرفي إلى اعتماد قابل للإلغاء، واعتماد غير قابل للإلغاء و اعتماد مؤيّد أو معزّز، أولاً نعرض النوع الأول:

#### الفرع الأول: الاعتمادات المستندية القابلة للإلغاء:

في هذا النوع من الاعتمادات يقوم البنك فاتح الاعتماد بإخطار المصدر بأنّه قد تمّ فتح اعتماد مستندي لصالحه لديه، و أنّه مجرد وسيلة للمشتري الأجنبي، و كذلك يبلغه أنّه لن يكون مسؤولاً عن أيّ التزامات إلّا في مواجهة عمليات المستورد، وللبنك حقّ قبول أو رفض الدّفْع للمصدر، كما يحق له القيام بتعديل أيّ شرط فيه أو إلغائه كلياً في أيّ وقت دون الرجوع إلى المستفيد قبل إلغائه أو تعديله، لذلك فإنّ هذا النوع من الاعتمادات يعدّ من أضعف الأنواع و أقلّها استخداماً، بل يمكن القول أنّه لا يكاد يستعمل تقريبا في تمويل عمليات التجارة الخارجيّة. حيث لا يترتب عليه أيّ نوع من الضمانات أو الالتزامات على البنك الفاتح للاعتماد اتّجاه المستفيد<sup>1</sup>، و بالإضافة إلى سلطة البنك في إلغاء الاعتماد فقد يأتي الإلغاء أيضا من المستورد نفسه فيأمر بنكته بعدم الدّفْع إلى المصدر إذا ما ظهر أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى اضطراب العلاقات

<sup>1</sup> Xavier Tarneaud, « les techniques de financement du commerce extérieur », Edition presses universitaires de France, 1982, page 107.

التجارية بين المشتري و البائع وأخيرا يحق للبنك الفاتح للاعتماد إلغاءه إذا فقد الثقة في عميله المستورد و لكن لا يستطيع البنك إلغاءه بدون سبب و إلا سوف يكون مسئولاً أمام عميله المستورد<sup>1</sup>.

و من تم فإن الاعتماد المستندي القابل للإلغاء على هذا النحو قد أفرغ الاعتمادات المستندية من مضمونها كأداة فعالة لحقوق طرفين يبحثان عن من يضمهما في مواجهة بعضهما البعض، و من الجدير بالذكر أن القواعد و الأعراف المستندية قبل عام ١٩٩١ كانت تنص على أن الاعتماد المستندي هو في الأصل قابل للإلغاء ما لم يرد نص في متن الاعتماد يخالف ذلك، و نتيجة لندرة استخدام الاعتماد المستندي القابل للإلغاء فقد راعت النشرة رقم ٥٠ من سنة ١٩٩٦ هذا الاعتبار، و نصت على أن الاعتماد المستندي يعد بالأساس غير قابل للإلغاء ما لم يرد نص أو شريط يخالف ذلك في شروط الاعتماد المستندي، و هذا ما نعرضه في الفرع الثاني :

### الفرع الثاني: الاعتمادات المستندية غير قابلة للإلغاء:

و يعد هذا النوع من أكثر الأنواع استعمالاً في تمويل عمليات التجارة الخارجية، لأنه الأكثر أماناً لحقوق المصدر قياساً على النوع السابق حيث يتعهد فيه البنك فاتح الاعتماد تعهداً رسمياً لا رجوع فيه و يصبح لدينا شخصياً، و ملتزماً التزاماً مباشراً تجاه المصدر نفسه، و ذلك بشرط تقديم المستندات المنصوص عليها و استيفاء الشروط المتفق عليها و إذا ما قام المصدر بالوفاء بالتزاماته فان البنك أو المستورد لا يستطيع أي منهما رفض الدفع إلى المصدر حتى في حالة إفلاس المستورد الأجنبي نفسه، و كذلك لا يستطيع أي منهما في سبيل التنصل من الدفع الاحتجاج أو التعلل بأي سبب من الأسباب المتعلقة بالعقد الأصلي بين المصدر و المستورد

و إن كان ممكن للمستورد نفسه الاحتجاج بها في إطار العلاقة الشخصية بين المصدر و المستورد دون أن يخل ذلك بالتزامات البنك مصدر الاعتماد في مواجهة المصدر و بنكه، و مع ذلك هناك سبب واحد يستطيع البنك من خلاله رفض الدفع إلى المصدر، و هو سبب الغش الواضح من المصدر أو الغش في بيانات سند الشحن أو العيب أو النقص في المستندات المنصوص عليها في خطاب الاعتماد<sup>2</sup>، كما لا يجوز تعديل أو إلغاء هذا النوع من الاعتمادات إلا باتفاق جميع الأطراف المتعاقدة<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الاعتمادات المستندية المعززة أو المؤيدة:

إذا كان بنك المستورد فاتح الاعتماد بنك غير معروف في بلد المصدر، فإنه عادة ما يطلب المصدر من بنك المستورد تعزيز الاعتماد من أحد البنوك في بلد المصدر أو أحد بنوك من الدرجة الأولى في العالم، و الذي قد يقع في دولة ثالثة بمعنى أن يضيف البنك الجديد التزامه بجانب التزام بنك المستورد، و ما توافق البنك الجديد على إضافة تعزيزه شكلاً هذا الأمر تعهداً شخصياً ومباشراً جديداً في اتجاه المصدر

و يصبح هذا التعهد تعهداً نهائياً لا رجوع فيه للبنك المعزز للاعتماد، بالإضافة إلى التعهد الأصلي للبنك الفاتح للاعتماد، بالدفع أو بالقبول الكمبيالات المرفقة للمستندات بشرط استيفاء الشروط الواردة بالاعتماد .

<sup>1</sup> Marie – laure bemonde. Droit de crédit , 3<sup>e</sup> Edition, ,economica,1999,PARIS ,page168.

<sup>2</sup> Marie – laure bermond .op. Cite. Page 169.

<sup>3</sup> Patric fontaine et carole gresse : gestion des risques internationaux .édition Dalloz , 2003 , p 437

و جدير بالذكر أنه في حالة الاعتمادات المستندية المعززة يجب أن يكون مفهوما جيداً أننا أمام اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء، و يعد هذا النوع من الاعتمادات من أكثر الاعتمادات قوة و ضمانا و أمانا للمصدر. حيث يستطيع الحصول على قيمة صادراته فور تقديم مستندات الشحن المطابقة إلى بنكه المحلي المعزز الاعتماد دون الحاجة إلى انتظار موافقة بنك المستورد، و يطلب تعزيز الاعتماد المستندي أو تأييده في الأحوال التالية :

إذا كان بنك المستورد من البنوك غير المعروفة في بلد المصدر أو ليس من بنوك الدرجة الأولى في بلد المستورد، و قد يطلب المصدر تعزيز الاعتماد عند عدم وجود سابقة تعامل مع المستورد أو علم المصدر بان المستورد ذو مركز مالي ضعيف<sup>1</sup>.

و بالإضافة لأنواع الاعتمادات المستندية السابقة لذكر، فهناك أيضا صور و أشكال أخرى نعرفها في الفرع الرابع

#### الفرع الرابع: أهم صور و أشكال الاعتمادات المستندية الأخرى:

يوجد العديد من الأشكال المختلفة للاعتمادات المستندية في الحياة العملية، و ذلك بحسب الغرض منها و العملية التي تستخدم فيها.

و سوف نقتصر هنا على عرض أهم هذه الصور، و هي الاعتمادات الدائرية أو الاعتمادات القابلة للتحويل، و الاعتمادات المقابلة، و أخيرا اعتمادات ذات الشرط الأحمر.

#### أ\_ الاعتمادات الدائرية:

و يقصد به الاعتماد الذي يتجدد تلقائيا بنفس الشروط الواردة فيه بعد استخدامه بنفس المبلغ لعدد معين من الدورات دون الحاجة إلى إدخال تعديل بزيادة القيمة أو مدّ أجله، و ذلك إذا كانت صفات البضائع و ثمنها لم يتغير، و يجنب هذا النوع المصدر مشقة إنشاء اعتماد جديد بمناسبة كل عملية شحن<sup>2</sup>.

كما يتميز هذا النوع بأنه سهل الاستعمال، و يمكن استخدامه بالنسبة للصفقات ذات المبالغ الصغيرة، و تكلفته قليلة، و يتخذ هذا النوع من الاعتمادات أشكالاً عديدة منها:

١\_ الاعتماد المستندي المجمع: و هذا الشكل يسمح بإضافة الرصيد غير المستعمل من الدورة السابقة إلى الدورة الحالية .

٢\_ الاعتماد المستندي الغير المجمع: و هذا النوع لا يسمح بالشحن الجزئي للدورات و بالتالي يسقط الرصيد الغير المستعمل لكل دورة و لا يجوز إضافته أو تعليته على الدورات التالية لاستعمال الاعتماد، و الوضع الغالب في الاعتمادات المستندية أنها تكون مجمعة تشترط حق الشحن الجزئي حتى يمكن تنفيذ الدورات التالية .

#### ب\_ الاعتماد القابل للتحويل:

و هو الاعتماد الذي يعطي الحق للمستفيد الأول بأن يحوّل حق استعماله لمستفيد أو مستفيدين آخرين في نفس البلد أو في بلد آخر و يجيب النص صراحة في الاعتماد على أنه قابل للتحويل.

<sup>1</sup> Marie – laure bermond .op. Cite. Page 169.

<sup>2</sup> عبد القادر عثمان، وسائل الدفع في التجارة الخارجية ، الاعتمادات المستندية و التحصيلات من المنظور التطبيقي، الطبعة الأولى ، بدون دار النشر، مصر ، ١٩٩٣ ،

و تتم عملية التحويل بأن يتقدم المستفيد الأول بطلب إلى البنك المكلف بالدفع طالبا منه تحويله كليا، أو جزئيا لطرف أو أطراف آخرين، و القاعدة العامة في هذا الشأن هي أن المستفيد الأول (المصدر) هو الذي يتحمل كافة التكاليف و العمولات و المصروفات المتعلقة بالتحويل، إلا إذا نص في الاعتماد على غير ذلك.

و يتم التحويل مرة واحدة و بذات الشروط، باستثناء بعض الشروط التي يمكن تخفيضها ك مبلغ سعر الوحدة المنتجة، و تاريخ الاستحقاق، و تاريخ الشحن.

و في حالة تخفيض القيمة أو وحدة السعر يكون للمحوّل إليه الحق في استبدال فواتيره هو محل تلك الخاصة بالمستفيد الثاني، بنفس الشروط الواردة في الاعتماد الأصلي<sup>1</sup>.

### ج- الاعتمادات المقابلة:

ينتشر هذا النوع من الاعتمادات المستندية في الولايات المتحدة الأمريكية، و يستعمل عادة لتمويل عمليات تجارية متعددة الأطراف<sup>2</sup>.

و الاعتماد المقابل هو اعتماد عادي يفتح من جانب البنك المبلّغ أو البنك المصدر للاعتماد بواسطة المستفيد الأول من الاعتماد الأصلي، حيث يطلب هذا الأخير من البنك المبلّغ أو البنك فاتح الاعتماد الأصلي، بأن يفتح له اعتماد مستندي آخر على قوة الاعتماد المستندي الأصلي الوارد إليه من أحد المستوردين الأجانب، و ذلك لمصلحة مستفيد أو مستفيدين آخرين.

و يحق للبنك قبول أو رفض هذا الطلب إذا ما صادف طلب المستفيد و موافقة البنك، فإن البنك يأخذ في اعتباره مدى ما يتمتع به المستفيد من سمعة طيبة و مركز مالي قوي، فضلا عن صدور الاعتماد المستندي الأول من أحد بنوك الدرجة الأولى بالإضافة إلى تعزيزه لإمكان حصوله على حقه.

و يمكن حصر أسباب اللجوء إلى طلب فتح الاعتمادات المقابلة فيما يلي :

ـ إذا كان الاعتماد المستندي الذي في حيازة المستفيد الأول غير قابل للتحويل، و كان المستفيد الأول أي المصدر مضطرا إلى استيراد أو شراء بضائع أو مواد خام لإنتاج البضاعة التي تعاقد عليها مع المستورد الأجنبي .

ـ إذا كان المنتج الأصلي للبضاعة لا يرغب في كشف شخصيته للمستورد الأجنبي

ـ إذا كان المستفيد الأول من الاعتماد مجرد وسيط أو موزع للمنتج الأصلي للبضاعة على مستوى مناطق معينة و لا تتوفر لديه الإمكانيات المالية الكافية لتغطية قيمة البضاعة التي حصل عليها من المنتج الأصلي .

### د- الاعتمادات ذات الشرط الأحمر :

يتضمن هذا النوع من اعتمادات شرط أو بند، بمقتضاه يتم دفع مبلغ معين إلى المستفيد قبل تسليم مستندات الشحن مقابل إيصال بذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد أحمد خير، مقال بعنوان: "التسهيلات المصرفية بالنقد الأجنبي، أنواعها و قواعد منحها و مجالات التطبيق في البنوك المصرية"، معهد الدراسات المصرفية، مصر،

١٩٨٠، ص ١٠.

<sup>2</sup> حسن دياب، الاعتمادات المستندية التجارية، و دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، مصر، ١٩٩٩، ص ٤٤.

ويكثر استخدام هذا النوع عادة في تجارة الصوف في كل من أستراليا و نيوزلندا وجنوب إفريقيا، ويهدف هذا النوع من الاعتمادات إلى تلبية حاجات مصدّر الصوف إلى تسليم دفعات مقدرة من أصل ثمن البضاعة التي تم التعاقد عليها، وذلك حتى يتمكن المصدر من تجميع الأصواف من الموردين، و تخزينها في ميناء الشحن وإعدادها للتصدير.

ثم يقوم البنك بخصم ما دفعه مقدما من الفاتورة النهائية، وبذلك يعد هذا النوع من الاعتمادات بمثابة آلية من آليات التمويل السابق للشحن .

#### الخاتمة:

تحتل البنوك الجزائرية مركزا حيويا في النظام الاقتصادي و المالي الجزائري، بما لها من تأثير إيجابي على التنمية الاقتصادية، من خلال تعبئة المدخرات الكافية، و التوزيع هذه الأخيرة على الاستثمارات المختلفة.

كما أن قطاع التجارة هو الآخر يمثل أهمية كبيرة بالنسبة للاقتصاد الجزائري، فعن طريق الاستيراد يمكن توفير احتياجات الدولة التنموية من السلع لدعم التنمية الاقتصادية، ومن السلع الوسيطة لزيادة حجم الإنتاج وتنويعه و تحسين جودته.

وعن طريق التصدير يتم تشجيع و تنمية الصناعات الوطنية، و إيجاد أسواق خارجية لها و دعم إمكانيات التنمية الاقتصادية، و توفير مورد هام من الدخل بالعملات الأجنبية.

و تقوم البنوك الجزائرية بتمويل عمليات التجارة الداخلية و الخارجية (الاستيراد و التصدير)، و هي بذلك تعتبر عن طريق وساطتها المالية بين المستوردين و المصدرين، الصلة التي تقيم شبكة تمتد بينها و بين فروعها الخارجية، أو مراسلها من البنوك الأجنبية، لتعمل على التقارب فيما بينهم و توفير الثقة و الأمان لمعاملاتهم التجارية.

و هذا ما يحدث فعلا في حالة الانتماء المصرفي الممنوح من طرفها، وبالأخص الاعتماد المستندي. فبالرغم من أن الجزائر بذلت جهودا ومحاولات مستمرة خلال السنوات الماضية، بغرض إرساء أسس و قواعد موحدة، لإرشاد إدارات البنوك و المتعاملين الاقتصاديين معها، فيما يتعلق بتطبيق الاعتماد المستندي في مجال التجارة الخارجية، إلا أن تخوف هؤلاء من هذه التقنية الائتمانية، رغم بساطتها، أرجأ و أحبط تلك المحاولات.

و لكن إزاء الأهمية البالغة للدور الاقتصادي الذي تؤديه عمليات الاعتماد المستندي، فقد تحرك المشرع الجزائري أخيرا وبصورة جديّة هذه المرة، وفرض تطبيق هذه التقنية الائتمانية في مجال التجارة الخارجية و خاصة استيراد السلع.

بحيث تؤكد هذه الأخيرة على أن دفع الواردات يكون إلزاميا عن طريق استخدام تقنية الاعتماد المستندي بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين، و هذا يعني بالأخص أن وسائل الدفع الأخرى التي كانت مستعملة من طرفهم، مثل التحويل الحر، أو الاعتماد الوثائقي، لا ينبغي أن تستخدم لاستيراد البضائع كالمواد الأولية مثلا المستعملة في إنتاج السلع من طرف المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

<sup>1</sup> Didier-Pierre Monod, Moyens et technique de paiement internationale, Edition , ESKA, France, 1993, P.110.

ولقد كان رد المتعاملين الاقتصاديين و أرباب العمل الجزائريين على هذه المادة متفاوتا، حيث أجمعت غالبيتهم أن استعمال الاعتماد المستندي باهظ التكلفة، حيث ستكون هناك تكلفة إضافية سوف تقع على عاتقهم تتراوح بين ٥% إلى ١٠%.

لكن رغم أن الأمر مبالغ فيه من طرفهم، لكن لو حُللت المعطيات الاقتصادية بنوع من الدقة، لوجد أن رأيهم مبالغ فيه، فالجزائر استوردت في عام ٢٠٠٠، حوالي ٣٨ مليار دولار أمريكي، و الاعتماد المستندي قد يكلفها من ٢ إلى ٤ مليار دولار، منها ٦٠٠ مليون دولار تدفع كأعباء إضافية بالعملة الصعبة للبنوك الأجنبية، إذن هذه الأرقام تظهر أن الأمر فيه نوع من المبالغة، و التخوف من المتعاملين الاقتصاديين إزاء هذه العملية.

و كنتيجة لهذا الموضوع فنرى أنه ورغم التضارب الحاصل في الآراء بين مؤيد و معارض لاعتماد هذه التقنية الائتمانية يبقى المجال مفتوحا، لمزيد من النقاش و المفاوضات بين الحكومة الجزائرية و المتعاملين الاقتصاديين المعنيين بتطبيق الاعتماد المستندي، و الذي يكتسي أهمية بالغة لأنه يوقر الأمان و الائتمان لكل من المصدر والمستورد معا.

و نخلص في الأخير لبعض التوصيات:

\_ يجب ملء الفراغ القانوني الموجود في موضوع الاعتماد المستندي، لأنه ستؤدي حتما إلى فتح باب المنازعات بين أطرافه، و لتجنبها أيضا لابد من تضافر جهود كل من الساهرين على تنظيم قواعده، وأعرافه (غرفة التجارة الدولية) والقائمين على تنفيذها (البنوك)، والجهات الفاصلة في المنازعات المترتبة بشأنه (مرفق القضاء).

\_ القضاء على البيروقراطية الإدارية، لتسهيل الإجراءات و تشجيع التعامل بهذه التقنية، وخلق الثقة بين البنك و متعامليه.

## قائمة المصادر والمراجع:

### المصادر:

#### ١ - الاتفاقيات الدولية:

\_لائحة الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة ٥٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٩٣.

\_ لائحة الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية برقم ٥٥ لسنة ١٩٩٩

#### ٢ - القوانين الداخلية:

الأمر ٠١٠٩ المؤرخ في ٢٩ رجب ١٤٣٣ الموافق ل ٢٢ يوليو ٢٠١٠ المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠ الجريدة الرسمية العدد رقم ٤.

قانون المالية لسنة ٢٠١٠ التي تعدل و تتمم احكام المادة ٦٩ من الامر ٠١٠٩ المؤرخ في ٢٩ رجب ١٤٣٣ الموافق ل ٢٢ يوليو ٢٠١٠ و المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠

## المراجع

### ١-الكتب:

#### باللغة العربية:

- \_حسن السيدي، قضايا مصرفية معاصرة، (الاتئمان المصرفي . الضمانات المصرفية . الاعتمادات المستندية)، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠٠٣، ٢٠٠٣.
- \_حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية ، و دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، مصر، ١٩٩٩
- \_سعيد عبد العزيز، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣، ٢٠٠٣.
- \_عبد القادر عثمان، وسائل الدفع في التجارة الخارجية ، الاعتمادات المستندية ، و التحصيلات من المنظور التطبيقي ، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، مصر، ١٩٩٣.
- \_على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للائتمانات المستندية في عقود التجارة الدولية و مسؤوليته، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة الطبعة

#### باللغة الأجنبية:

- \_Didier-Pierre Monod, Moyens et technique de paiement internationale, Edition , ESKA, France, 1993.
- \_Marie – laure bemon. Droit de crédit , 3<sup>e</sup> Edition , economica, 1999, PARIS
- \_Patric fontaine et carole gresse : gestion des risques internationaux .édition Dalloz , 2003
- Xavier Tarneaud, « les techniques de financement du commerce extérieur », Edition , presses universitaires de France, 1982

### ٢-المقالات:

- \_بردان رشيد، "أحكام الاعتماد المستندي و دور غرفة التجارة الدولية في تقنين القواعد و العادات الموحدة"، مقال منشور في مجلة الآداب والعلوم الإنسانية، العدد ٣، جامعة الجيلالي اليباس ، سيدي بلعباس، أيريل ٢٠٠٣
- \_محمد أحمد خير، مقال بعنوان: "التسهيلات المصرفية بالنقد الأجنبي ، أنواعها و قواعد منحها و مجالات التطبيق في البنوك المصرية" ، معهد الدراسات المصرفية، مصر، ١٩٨١



## يمين الاستيثاق في التشريع العراقي

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

### ملخص :

يمين الاستيثاق يمين قضائية تشترك مع نوعي اليمين القضائية الرئيسيين : اليمين الحاسمة واليمين المتممة بخصائص معينة ، وتختلف عن كل منهما بخصائص أخرى ، وهذا ما أثار اختلافاً فقهيًا في نسبتها إلى أي منهما ، وما يترتب على ذلك من تحديد لطبيعتها القانونية . يتناول هذا البحث التعريف بماهية يمين الاستيثاق وبيان تطبيقاتها في التشريع العراقي .

### المقدمة

تعد اليمين إحدى وسائل الإثبات التي أقرتها وقتنت أحكامها الشرائع القانونية لغالبية المجتمعات الإنسانية في عصرنا الراهن ، وذلك على الرغم من اختلاف المذاهب الفكرية لتلك الشرائع ، وتباين نشأتها وأصولها التاريخية .

واليمين في الإثبات قسمان : يمين قضائية يتم تأديتها في مجلس القضاء وفي ذات الدعوى موضوع النزاع ، ويمين غير قضائية ، وهي كل يمين تم تأديتها في غير مجلس القضاء أو في غير الدعوى موضوع النزاع . وللمتمسك بهذه اليمين الأخيرة إثباتها أمام المحكمة المختصة بكافة وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً .

وقد درجت التشريعات القانونية ومباحث الفقه القانوني على تقسيم اليمين القضائية بالنظر إلى الأثر المترتب عليها في الدعوى إلى نوعين : يمين حاسمة ويمين متممة . فاليمين الحاسمة هي اليمين التي أجاز القانون لكل خصم في الدعوى أن يطلب توجيهها لخصمه عندما يعجز هو عن إثبات دعواه أو دفعه بدليل معتبر قانوناً . أما اليمين المتممة فهي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل لتستكمل بها قناعتها بالحكم في موضوع الدعوى .

وقد خصص المشرع العراقي الفصل السادس من الباب الثاني من قانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٦ لبيان أحكام اليمين القضائية بنوعها : اليمين الحاسمة واليمين المتممة . كما وأسهمت الكتب والمراجع القانونية المعنية بدراسة وسائل وأدلة الإثبات في القانون بالبحث في نوعي اليمين القضائية سالف الذكر ، وإيضاح الأحكام القانونية لكل منهما ، وتفصيل الشرح والتعليق على كل حكم من تلك الأحكام .

غير أن ثمة أيما قضائية أخرى ، مُعَرَّفَةٌ في القانون بأسمائها صراحة أو دلالة ، ولكن لا يمكن اعتبار أي منها من حيث الأثر المترتب عليها في الدعوى صورة لليمين الحاسمة أو اليمين المتممة . من هذه الأيمان القضائية يمين الاستيثاق ،

التي أوجب المشرع العراقي على المحكمة توجيهها في حالات محددة نص عليها في القانون المدني وقانون الإثبات . إذ مع أن هذه اليمين تشترك مع كل من نوعي اليمين القضائية الشائعين : اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، بخصائص معينة ، لكنها في ذات الوقت تختلف عن كل منهما بخصائص أخرى ، مما لا يصح معه نسبتها إلى أي منهما . وتبعاً لذلك ظهرت عدة اتجاهات فقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين .

ومن هذه الاتجاهات ما رَجَّح نسبة هذه اليمين إلى أحد نوعي اليمين القضائية الشائعين ، مستنداً في ذلك إلى أن حَصُرَ ذكر هذين النوعين من اليمين القضائية في القانون إنما يعكس رؤية المشرع القانوني بعدم وجود نوع آخر سواهما . ومنها ما وضعها ضمن نوع ثالث معتبراً إياها صورة خاصة لليمين القضائية ومستنداً في ذلك إلى أن تميز هذه اليمين بخصائص تختلف مع بعض خصائص نوعي اليمين الشائعين يفرض عدم جمعها مع أي منهما ضمن ذات النوع ، وإن تشابهت معه في بعض من خصائصه الأخرى ، فالمنطق العلمي يقضي بأن ما يُنسَب إلى نوع بعينه لا بد وأن لا يتعارض في خصائصه مع خصائص ذلك النوع .

أن الإشكالية التي يثيرها موضوع تحديد الطبيعة القانونية ليمين الاستيثاق ، تتعدى دائرة الاختلاف الفقهي النظري ، بالنظر لما تمليه الحاجة لمعرفة القواعد الواجبة التطبيق عند عدم وجود نص خاص بها ، حيث أن التسليم بكون يمين الاستيثاق صورة لليمين الحاسمة يفترض ، في حالة عدم وجود نص خاص بها ، أن يصار إلى تطبيق الأحكام الخاصة باليمين الحاسمة ، وكذا الأمر فيما لو كانت هذه اليمين صورة لليمين المتممة فسيصار عندئذ إلى تطبيق الأحكام الخاصة باليمين المتممة ، وكل ذلك بناء على القاعدة القانونية التي تقضي بتطبيق النص العام عند انعدام وجود النص الخاص . أما لو سلمنا بأن ليمين الاستيثاق طبيعة قانونية متميزة عن الطبيعة القانونية لكل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، فسيصار حينذاك إلى تطبيق القواعد العامة لليمين بشكل عام ، وهي ذات القواعد العامة التي تحكم نوعي اليمين الشائعين على حد سواء .

ويسعى هذا البحث وبالمستعانة بالمنهج التحليلي للنظم إلى دراسة أوجه الإشكالية المشار إليها وما يتصل بها من تساؤلات وصولاً إلى بيان وافٍ عن يمين الاستيثاق وطبيعتها القانونية ، والخصائص المميزة لها ، وحالات تطبيقها في التشريع العراقي . لذا قسمت هذا البحث على مطلبين ، أفردت المطلب الأول للتعريف بماهية يمين الاستيثاق ، وخصصت المطلب الثاني لبيان تطبيقاتها في التشريع العراقي . ثم أنهيت البحث بخاتمة توجز مضمونه .

### المطلب الأول : ماهية يمين الاستيثاق

للإحاطة بماهية يمين الاستيثاق فقد وزعت البحث فيما على ثلاثة فروع . أفردت الفرع الأول للتعريف بها وبخصائصها ، وخصصت الفرع الثاني لتمييزها عن الأيمان القضائية الرئيسية ، وتناولت في الفرع الثالث طبيعتها القانونية .

### الفرع الأول : تعريف يمين الاستيثاق وخصائصها

الاستيثاق في اللغة من الوثاقه . وهي مصدر قولك وَثِقَ يَثِقُ بِهِ (بكسر الأوسط) أي ائتمنه . والوثاقه هي الشيء المُحَكَّمُ المُتَّبَت. يقال استوثقت من فلان وتوثقت من الأمر إذا أخذت فيه بالوثاقه ، أي تَبَّتُ منه ، وصار عندي مُحَكَّمًا<sup>(١)</sup> .

(١) ينظر : محمد جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، مج ٩ ، حرف و ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٢١٥ وما بعدها .

أما في القانون ، فلم يورد المشرع في سائر البلاد العربية التي أخذت بيمين الاستيثاق تعريفا لها . في حين عرّفها جانب من الفقه القانوني بأنها : يمين شُرعت - في حالات خاصة - لتعزيز قرينة قانونية<sup>(١)</sup> ، ووجب المشرع على المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها لمن كانت القرينة لصالحه<sup>(٢)</sup> .

فالمشرع هنا ، لم يجز القضاء بناء على قرائن قانونية محددة إلا بعد تعزيزها بيمين يؤديها من كانت القرينة القانونية لصالحه حتماً<sup>(٣)</sup> ، مضمونها أن ذمته غير مشغولة بما قررته القرينة لصالحه ، فإذا حلفها ، حكمت المحكمة لصالحه ، وإذا نكل عنها خسر الدعوى . ويأتي هذا المنحى من المشرع استثناء من القاعدة القانونية التي تقضي بان القرينة القانونية<sup>(٤)</sup> تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات<sup>(٥)</sup> . وذلك تحوطا منه كي لا تكون القرينة القانونية

(٢) ١ حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، ج ١ ، القواعد العامة واليمين والإقرار ، ط ٢ ، شركة العرفان للطباعة ، بغداد ، ٢٠١٦ ، ص ٩٩٩ . كذلك وبنفس المعنى ينظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، إثبات الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٥٨٩ . احمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ، ط ١ ، مكتبة العلم للجميع ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٠ .

(٣) كما وعُرِّفت يمين الاستيثاق بأنها : "يمين يوجهها القاضي إلى الخصم لتؤيد أو لتؤكد دليلاً قائماً في الدعوى على براءة ذمته ، يرى المشرع انه غير كافٍ للحكم لمصلحة هذا الخصم على أساسه" . ينظر : محمود جمال الدين زكي ، النظرية العامة للإثبات ، ط ٢ ، طبعة منقحة ومزودة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٨٢٠ . وعُرِّفت أيضاً بأنها : "يمين يوجهها القاضي إلى المدعى ليحلف أن ذمته غير مشغولة بالدين ، أو إلى ورثة المدعى ليحلفوا بأنهم لا يعلمون بوجود الدين" . ينظر : عباس العبودي ، شرح قانون الإثبات ، ط ٣ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٣١٨ . وسوف نتبين فيما يلي من حديث أن التعريف الذي أورده الأستاذ حسين المؤمن ، والذي يتطابق من حيث المعنى مع ما أورده الدكتور عبد الرزاق السنهوري والأستاذ احمد نشأت في بياحهما عن هذه اليمين ، هو أكثر التبع اريفاً دقة في وصفه ليمين الاستيثاق ، وأكثر شمولاً في احتوائه لجميع حالات تطبيقها التي سنفضلها في المطلب الثاني من هذا البحث .

(٤) حسين المؤمن ، مصدر سابق ، ص ٩٩٩ وما بعدها .

٢ والقرينة القانونية كما عرفتها المادة/٩٨-أولاً من قانون الإثبات : "هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت" . فيفهم من هذا النص أن القرينة القانونية من عمل المشرع وان سندها هو نص القانون ، إذ لا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص قانوني ، لأنها إعفاء استثنائي من عبء الإثبات الذي تقضي به القواعد العامة . والقرائن القانونية على نوعين : الأول : قرائن قانونية بسيطة أو غير قاطعة ومثالها ما نصت عليه المادة /٢٣ من قانون الإثبات من أن التأشير على سند بما يفيد براءة ذمة المدعى يعد قرينة على الوفاء حتى يثبت العكس . فالقرينة هنا تنقل محل الإثبات من الواقعة المتنازع فيها (وهي سداد الدين) إلى واقعة أخرى (وهي التوقيع على السند بما يفيد براءة ذمة المدعى) ، فإذا أثبت من وقع عليه عبء الإثبات الواقعة الأخرى فإن الواقعة التي يريد إثباتها تعد قد ثبتت بالقرينة القانونية ولكن مع جواز إثبات عكسها ، فإذا لم يستطع الخصم إثبات عكسها فيجب على القاضي حينئذ أن يأخذ بحكم القرينة القانونية حتى لو كانت لا تنطبق مع الواقع في القضية المع روضة ، لان دلالة القرينة القانونية يفرضها المشرع وليس للقاضي سلطة تقدير مدى مطابقتها للواقع . أما النوع الثاني فهو : القرائن القانونية القاطعة ، وتكون على نوعين ، الأولى تتعلق بموضوعها بالنظام العام ، وهذا النوع من القرائن القانونية القاطعة لا يجوز إثبات عكسها مطلقاً بأي دليل من أدلة الإثبات ، لان هذه القرائن إنما قررت لحماية المصلحة العامة . ومن أمثلة القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام حجية الأحكام القضائية التي حازت درجة البتات ، حيث نصت المادة /١٠٦ من قانون الإثبات : "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة" . أما الثانية فيتعلق موضوعها بحماية المصلحة الخاصة ، وهذا النوع من القرائن القانونية القاطعة يجوز إثبات عكسها من طريقي الإقرار أو اليمين حيث نصت المادة /١٠١ من قانون الإثبات : "يجوز قبول الإقرار . واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام" . ومثال هذه القرائن ، القرينة موضوع هذا البحث والتي قررتها المادة /٣١١ف٣ من القانون المدني . فهذه القرينة يجوز إثبات عكسها ، أما بتنازل من تقررت لمصلحته وإقراره الصريح بمشغولية ذمته بالدين ، أو بإقراره الضمني عند نكوله عن اليمين الواجب عليه حلفها لتعزيزها لهذه القرينة . فيستدل من ذلك أن الاستنباط الذي بنى المشرع على أساسه هذه القرينة لا يطابق الواقع في هذه الحالة الفردية فلا محل للأخذ به . ينظر : عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ وما بعدها . حسين المؤمن ، نظرية الإثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين ، ج ١ ، ط ١ ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٤٨ ، ص ١٠٣ . سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، ط ١ ، بلا دار نشر ، بغداد ، ١٩٦٦ ، ص ١٣٤ .

(١) المادة/٩٨-ثانياً من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٢) ينظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨٩ .

(٣) محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج ٢ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٨٨٩ .

(٤) قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٦٠ .

(٥) عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٩٠ .

التي قررها لاعتبارات معينة منفذا لتهرب من قررت لمصلحته عن الوفاء بما في ذمته من التزام ، وعلى الوجه الذي سنفصله في عند الحديث عن تطبيقات يمين الإستيثاق .

وتختص يمين الإستيثاق بما يلي :

- ١ - أنها يمين تكميلية اقراها المشرع لتعزيز قرينة قانونية . فهي دليل تكميلي في الدعوى يعزز الدليل الأصلي فيما الذي هو القرينة القانونية التي قررها المشرع<sup>(٦)</sup> . وعليه فان توجيهها يجب أن يسبقه تمسك الخصم بالقرينة القانونية المعرنة وثبوتها لمصلحته وذلك بان يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها<sup>(٧)</sup> .
- ٢ - أنها يمين إجبارية . ولهذه الخاصية وجهان ، الأول هو أن المحكمة ملزمة بتوجيه يمين الإستيثاق من تلقاء نفسها لمن تقررت القرينة القانونية لمصلحته<sup>(٨)</sup> . أما الوجه الثاني فهو أن من توجه إليه هذه اليمين ليس مخيرا بين حلفها من عدمه ، وإنما عليه أن يحلفها ليكسب الدعوى ، فان نكل عنها خسر دعواه .
- ٣ - أنها يمين مخصوصة وغير مردودة . فهي مخصوصة بمعنى أنها توجه حصرا إلى الخصم الذي شرعت القرينة القانونية لمصلحته دون خصمه الآخر في الدعوى ، وهي غير مردودة بمعنى أنه لا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على خصمه .
- ٤ - أنها يمين واجبة الأداء من قبل المأمور بها في ذات الدعوى المنظورة ، فلا يجوز للمحكمة الموافقة على أرجاء حلفها إلى مرحلة لاحقة من مراحل التقاضي ، لأن القضاء في هذه الدعوى إنما يتوقف على حلفها أو النكول عنها .
- ٥ - أنها يمين فاصلة في الدعوى المعروضة أمام المحكمة ، حيث يعزز حلفها القرينة القانونية التي سبق وثبتت لمصلحة احد طرفي الدعوى ، مما يلزم المحكمة بالقضاء لصالحه . أما النكول عنها فيؤدي إلى دحض تلك القرينة القانونية<sup>(٩)</sup> ، ليفقد من تقررت القرينة لمصلحته الدليل الأصلي في دعواه ، مما يوجب على المحكمة الحكم ضده .
- ٦ - وهي ، أخيرا ، يمين منهية للنزاع بين طرفي الدعوى ، حيث يترتب على القضاء بها عدم قبول أية دعوى جديدة بنفس الحق وان ارتكن المدعي فيها إلى أدلة أخرى ، أو لإثبات كذب اليمين التي حلفها خصمه<sup>(١٠)</sup> .

### الفرع الثاني : تمييز يمين الإستيثاق عن الأيمان القضائية الرئيسية

#### أولا : تمييز يمين الاستيثاق عن اليمين الحاسمة

تتميز اليمين الحاسمة عن يمين الإستيثاق بما يلي :

- ١ - توجه اليمين الحاسمة للخصم العاجز عن الإثبات<sup>(١١)</sup> ، فتكون هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بينما لا توجه يمين الاستيثاق إلا لخصم ثبت له الدليل بقرينة قانونية معتبرة ، فتأتي هذه اليمين تعزيزا للدليل الثابت في الدعوى .
- ٢ - اليمين الحاسمة لا توجه إلا بناء على طلب الخصم العاجز عن الإثبات في الدعوى ولا يجوز للمحكمة توجيهها من تلقاء نفسها ، بينما توجه المحلثة من تلقاء نفسها يمين الاستيثاق للخصم الذي شرعت القرينة القانونية لمصلحته ، ولا عبرة لطلبها من قبل الخصوم .

(٦) احمد نشأت ، مصدر سابق ، بند ٥٩٠ مكرر ، ص ١٥٩ . سليمان مرقس ، مصدر سابق ، بند ٢٣٠ ، ص ١٩٢ .

(٧) جاء في المادة ١١٨/ إثبات عراقي : "إذا عجز الخصم عن إثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا ك ان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه..." .

٣ - يجوز لمن وجهت له اليمين الحاسمة أن يردّها على خصمه الذي طلب توجيهها ، بينما لا يجوز لمن كلف بحلف يمين الاستيثاق أن يردّها على خصمه ، لأن حلفها أنّما يأتي تعزيزاً للقريئة القانونية التي ثبتت لصالحه .

### ثانياً: تمييز يمين الإستيثاق عن اليمين المتممة

وتتميز اليمين المتممة عن يمين الاستيثاق بما يلي :

- ١ - أن توجيه اليمين المتممة والأخذ بنتيجتها اختياري للمحكمة ، فهي إجراء تتخذه المحكمة موجهاً لخصم في الدعوى ، ولكن لا يلزمها بالحكم لصالحه . فالمحكمة غير ملزمة بنتيجة اليمين المتممة ، إذ لها أن تأخذ بها ، ولها أن لا تأخذ بها . كما وليس من اللازم أن يحكم على من نكل عنها<sup>(١)</sup> . بل ويجوز للمحكمة أن تعدل عن توجيهها قبل حلفها<sup>(٢)</sup> . بينما تُلزم المحكمة بالحكم لصالح من حلف يمين الاستيثاق ، فلا يجوز لها إهمال نتيجتها ، ولا يجوز لها العدول عن توجيهها .
- ٢ - يجوز للخصم الآخر أن يثبت كذب اليمين المتممة عند استئناف الحكم ، ويجوز لمحكمة الاستئناف أن تلغي أو تُعدّل حكم محكمة الدرجة الأولى المستند ليمين متممة ولو لم يثبت لها كذب اليمين ، بل يجوز لها أن توجه اليمين المتممة للطرف الآخر<sup>(٣)</sup> وحسب ما يترأى لها من الأدلة في الدعوى . بينما لا يجوز للخصم إثبات كذب يمين الاستيثاق ، كما ولا يجوز للمحكمة الأعلى إهدار نتيجة حلف يمين الاستيثاق لأنها يمين منهية للنزاع حتماً .
- ٣ - يجوز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لأي من طرفي الدعوى وحسب تقييمها للأدلة المبرزة فيها ، بينما لا يجوز توجيه يمين الاستيثاق إلا للخصم المكلف بها ، وهو الخصم الذي ثبتت القريئة القانونية لمصلحته .

### الفرع الثالث : الطبيعة القانونية ليمين الاستيثاق

لقد انقسم الفقه القانوني في تحديده لطبيعة يمين الاستيثاق إلى ثلاثة اتجاهات :

- (١) توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، جامعة بيروت العربية ، بلا سنة نشر ، ص ١٨٣ .
- (٢) علي هادي العبيدي ، قراءة في قانون البيانات المعدل ، بحث منشور في مجلة المنارة الصادرة عن جامعة آل البيت ، عمان ، مج ١١ ، ع ١ ، آذار ٢٠٠٥ ، ص ٣٢ .
- (٣) احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .
- (٤) سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، ج ٢ ، ط ٤ ، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، بند ١٤٤ ، ص ١٣١
- (٥) وهو رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري و الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . حيث يقول الدكتور السنهوري : أن يمين الاستيثاق يمين توجه في أحوال معينة .. على أن أحكام اليمين المتممة الأصلية لا تسري عليها إلا بعد تحوير كبير . فتوجيه اليمين هنا إجباري على القاضي ، وهو جوازي في اليمين المتممة الأصلية . والذي توجه إليه اليمين هنا هو احد الخصمين بالذات يعينه القانون ، بينما اليمين المتممة الأصلية توجه لأي من الخصمين . ولا يملك القاضي هنا إلا أن يقضي لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك في اليمين المتممة الأصلية . وهذه الفروق تقرب يمين الاستيثاق من اليمين الحاسمة ، وتبعدها عن اليمين المتممة ، ولكن مهمة هذه اليمين هي التي تلحقها باليمين المتممة ، إذ هي إتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله بهذه اليمين ... فهذه اليمين تبقى في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنّها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨٧ وما بعدها . كذلك ينظر : عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٥٣ .
- (٦) عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨٨ .
- (٧) وهو رأي الأستاذين احمد نشأت وحسين المؤمن . ينظر : احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٨١ . حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، مصدر سابق ، ط ١ ، ص ٢٢٢ .

بحكم القانون<sup>(١)</sup> ، أو "اليمين المتممة حتماً"<sup>(٢)</sup> .

يرى الاتجاه الأول<sup>(٥)</sup> أن يمين الاستيثاق هي يمين حاسمة ، وذلك لان حلفها يفضي إلى فصل المحكمة في الدعوى لصالح من حلفها . كما ويترتب على الحكم بها حسم النزاع القائم بين الخصمين في موضوعها بشكل نهائي . ويرى الاتجاه الثاني<sup>(٦)</sup> أنها يمين متممة ، وذلك بالنظر لكونها دليل تكميلي يضاف إلى الدليل الأصلي في الدعوى ، ويتمم قناعة المحكمة بالقضاء لصالح من يحلفها . فالمهمة المتوخاة من هذه اليمين ، وهي أتمام دليل يراه القانون ناقصا ويريد استكمالها بها<sup>(٧)</sup> ، هي التي تلحقها باليمين القهمة . فيما يرى الاتجاه الثالث<sup>(٨)</sup> أن هذه اليمين هي صورة خاصة من الأيمان القضائية ، فهي من جانب تقترب من اليمين الحاسمة لكونها يمين إجبارية ومخصوصة بطرف معين في الدعوى ، ولا يملك القاضي إلا أن يقضي لمصلحة من حلفها . وهي من جانب آخر تقترب من اليمين المتممة لكونها تأتي تكملة لدليل ثبت في الدعوى وهو القرينة القانونية ، ولا يجوز لمن وجهت إليه أن يردّها على خصمه كما هو الحال في اليمين الحاسمة . لذلك يرى هذا الاتجاه أن من الأصح تسمية هذه اليمين "اليمين المتممة".

ونرى أن الاتجاه الثالث الذي تبناه الأستاذ احمد نشأت والأستاذ حسين المؤمن هو أكثر الاتجاهات الفقهية واقعية في تحديده للطبيعة القانونية ليمين الاستيثاق ، وذلك لقدرته على تبرير ما تتمتع به هذه اليمين من خصائص مشتركة مع اليمين الحاسمة واليمين المتممة معا . فيمين الاستيثاق وان كانت تقترب من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، فتشترك مع كل منهما بخصائص معينة ، إلا أنها أيضا تبتعد عنهما ، فتتميز عن كل منهما بخصائص أخرى ، وعلى الوجه الذي بيناه في الفرع الثاني من هذا المطلب عند البحث في تمييزها عن اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، وبالتالي فلا تصح نسبتها لأي من تلك اليمينين منفردة ، وعليه يكون وصفها بأنها صورة خاصة من صور اليمين القضائية أكثر دقة ، وابلغ تعبيراً عن طبيعتها من أي وصف آخر ، وهذا بغض النظر عن تسميتها "اليمين المتممة بحكم القانون" أو "اليمين المتممة حتما" ، لأنها ستبقى في كلتا الحالتين يمين استيثاق ، لا يمين حاسمة ، ولا يمين متممة .

ويلحق بالحديث عن الطبيعة القانونية ليمين الاستيثاق بيان تعلقها بشخص الحالف ومدى علمه بالأمر الجاري عليه التحليف<sup>(٩)</sup> . فيمين الاستيثاق قد تأتي في بعض حالاتها يميناً عن واقعة شخصية حدثت من نفس الحالف أو جرت بمعرفته ، فتكون يميناً على البتات . وقد تأتي في حالات أخرى عن واقعة لا يد لشخص الحالف بها ولا معرفة له بحدوثها ، فتكون يميناً على عدم العلم . ولكنها تظل في جميع الأحوال يمين استيثاق . وعليه لن يصح ما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني في العراق من اعتبار يمين الاستيثاق المعروفة في التشريع العراقي صور من صور يمين عدم العلم<sup>(١٠)</sup> ، لان يمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق بل هي قد تكون أيضاً في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية<sup>(١١)</sup> ، وبالتالي فلا مبرر للخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق .<sup>١</sup>

(١) يقول الأستاذ احمد نشأت : " فهذه اليمين لا يسهل اعتبارها حاسمة ، لان القاضي ملزم بتوجيهها ، سواء أراد الخصم أو لم يرد ، ولا يسهل اعتبارها متممة ، لأنه يجب على القاضي أن يوجهها وان يأخذ بنتيجتها . وبعبارة أخرى يمكن القول بأنها حاسمة من وجه ومتممة من وجه آخر - حاسمة من حيث نيتها ، ومتممة لان القاضي هو الذي يوجهها ولو لم يرد الخصم . وقد يقال - كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي - أنها يمين حاسمة بحكم القانون ، لان القانون هو الذي أوجبه ، ولم يترك توجيهها مجرد إرادة الخصم وجعل نيتها حاسمة . ولكن أليس الأصح أن نعتبر عنها باليمين المتممة بحكم القانون ، لأن بها تتم قرينة حصول الوفاء المستنتجة من مضي ثلاثمائة وستين يوماً ، اي قرينة التخلّص بمضي المدة المذكورة ؟ أنني أميل إلى التسمية الأخيرة . . . احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

(٢) حسين المؤمن . ينظر : حسين المؤمن ، مصدر سابق ، ط ٢ ، ص ١٠٠٦ .

### المطلب الثاني : تطبيقات يمين الاستيثاق في التشريع العراقي

ليمين الاستيثاق ثلاثة تطبيقات في التشريع العراقي ، تقررت الأولى لتعزيز قرينة الوفاء بالدين ، وتقررت الثانية لتعزيز قرينة عدم حجية السند العادي تجاه الخلف ، وتقررت الثالثة لتعزيز قرينة عدم وجود المستند لدى الخصم أو عدم علمه بوجوده ، وتتناول كل من هذه التطبيقات في فرع مستقل .

#### الفرع الأول : تعزيز يمين الإستيثاق لقرينة الوفاء بالدين

نصت المادة ٤٣/٣ من القانون المدني العراقي على : " يجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم أن كانوا محجورين بأنهم لا يعملون بوجود الدين " (١).

فالمشرع هنا ، وبعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جدا ، وهي سنة واحدة (التقادم الحولي)، افترض في هذا

التقادم قرينة على الوفاء . وذلك لأن المألوف في التعامل أن الدائنين في هذه الحقوق أنما يتقاضونها فور استحقاقها ، وأنهم إذا ما أمهلوا المدين فلا يمهله أكثر من عام لسدادها ، لأن هذه الحقوق هي مورد عيشهم . وعليه فإذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، افترض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقضي بالتقادم (٢). ولكنه اوجب في ذات الوقت على المدين الذي يتمسك بهذه القرينة أن يعززها بيمين توجهها إليه المحكمة من تلقاء نفسها - سواء طلبها الدائن أم لم يطلبها - على أن ذمته غير مشغولة بالدين (٣). وهذه اليمين هي يمين الاستيثاق .

ويتضح مما سبق ، أن دفع المدين بالتقادم الحولي ، إذ يوجب عليه حلف اليمين بعدم مشغولية ذمته بالدين قبل الحكم برد دعوى خصمه الدائن ، فانه يلزم المحكمة أيضا بأن لا تقضي بسقوط حق الدائن بالتقادم إلا بعد تحليف المدين اليمين بعدم مشغولية ذمته بالدين موضوع الدعوى . وعليه ، فإذا حكم القاضي بسقوط حق الدائن بالتقادم الحولي من غير أن يُحلف المدين على انه أدى الدين فعلا ، يكون مخالفا للقانون (٤)، وموجبا للنقض .

(٣) تقسم اليمين القضائية وفقا لاعتبارات متعددة . من ذلك أنها تنقسم بالنظر إلى تعلق شخص الخالف بها وعلمه بالأمر الجاري عليه التحليف إلى يمين البتات ويمين عدم العلم . وقد نصت المادة ١١٧/ إثبات عراقي : " إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعله يحلف على عدم العلم " . فيمين البتات مضمونها تحليف الشخص على القطع والجزم أما على فعله هو ، أو على فعل الغير الذي جرى بمعرفته . أما يمين عدم العلم فمضمونها تحليف الشخص على علمه بصدور الفعل موضوع التحليف من شخص آخر ، أو عدم علمه بذلك . ينظر : محمد على الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج ٣ ، ص ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١١١٥ . حسين المؤمن ، القواعد العامة والإقرار واليمين ، مصدر سابق ، ط ١ ، ص ١٦٩ . سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٥٤٤ وما بعدها .

(٤) ويؤكد هذا الاتجاه أكثر على منحا هذا ، بان يلحق عبارة يمين عدم العلم بوضعها بين هلالين بعد مصطلح يمين الاستيثاق مباشرة . ينظر : عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ٣١٩ . عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات العراقي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٧٩ .

(٥) قادي عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٠ . كذلك ينظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨٨ . حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، ط ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٠٠٠ .

ويمين الاستيثاق هنا ، قد توجه إلى الخصم المدين ذاته فتكون حينئذ يمينا على البتات ، وقد توجه إلى ورثته أو أوليائهم أن كانوا محجورين ، فتكون حينها أما يمينا على البتات بعلمهم بحصول واقعة الوفاء ، أو يمينا على عدم علمهم بوجود الدين<sup>(١)</sup>. وهي في كلتا هاتين الحالتين يمينا استيثاق .

ولا يجوز توجيه هذه اليمين إلى وكيل المدين ، أو المصفي أو المدير لأعمال غيره ، بالنظر إلى أن الأشخاص الذين أجازت المادة ٤٣/٣ ف٣ مدني استحلأفهم قد ورد ذكرهم فيها على سبيل الحصر ، إلا إذا اقر ذلك الوكيل أو المصفي أو المدير لأعمال غيره انه قد دفع الدين بنفسه نيابة عن المدين ، فيجوز حينئذ توجيه اليمين إليه لأنها تنصب على تعلق واقعة الوفاء بشخصه هو<sup>(٢)</sup> ، وليس بشخص من يمثله

وحيث أن التقادم المسقط للحق لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع به أمام المحكمة<sup>(٣)</sup>، وهو من الدفع الموضوعية التي أجاز القانون للمتمسك بها إثارتها في أية حالة كانت عليها الدعوى<sup>(٤)</sup>، فلذا لم يتمسك المدين أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق بالتقادم بمضي سنة ، وقُضِيَ بإلزامه بقيمة الدين ، فيجوز له إبداء هذا الدفع في أمام محكمة الاستئناف ، وفي هذه الحالة يجب على محكمة الاستئناف أن توجه إليه اليمين (يمين الاستيثاق) على انه أدى الدين فعلا<sup>(٥)</sup>. ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع ابتداء ، أو تأجيله للدفع به ، أمام محكمة المحكمة المختصة بالنظر في الطعن بالحكم تمييزا وفقا لما تقضي به المادة ٢٠/٣ ف٣ من قانون المرافعات المدنية<sup>(٦)</sup>.

### الفرع الثاني: تعزيز يمين الإستيثاق لقرينة عدم حجية السند العادي (العرفي) تجاه الخلف

نصت المادة ٣٩ الفقرة ثالثا من قانون الإثبات العراقي: " إذا عجز المحتج بالسند عن الإثبات يُكتفى من الخلف بان يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة تعود لسلفه " .

يستفاد من نص الفقرتين أولا وثانيا من المادة أعلاه<sup>(٧)</sup> أن السند العادي (العرفي) لا يكون حجة على المدعى عليه إلا بعد أن يطلع عليه أمام المحكمة ويقر بصحة إمضائه أو بصمة إبهامه المثبتة عليه ، أو أن يسكت فيعتبر سكوته بمثابة

(١) وتقابل هذه المادة في التشريعات العربية المادة ٣٧٨/٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ٣٧٥/٢ من القانون المدني السوري ، والمادة ٤٤٢ من القانون المدني الكويتي ، والمادة ٣٦٩/٢ من القانون المدني البحريني ، والمادة ٣١٢/٢ من القانون المدني الجزائري ، والمادة ٤٠٧/٢ من القانون المدني القطري ، والمادة ٣٦٥ من القانون المدني الليبي .

(٢) جاء في المادة ٤٣١/١ من القانون المدني العراقي: "١- لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق التالية : أ- حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم عما أدوه من عمل وما تكبده من مصروفات . ب- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة و ثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم . ج- حقوق العملة والخدم والإجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات . ٢- ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات " .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٣ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٤٣ .

(٤) حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، مصدر سابق ، ط ٢ ، ص ٩٩٩ .

(٥) قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٨٨ .

(٦) ينظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨٩ .

(٧) محمد عبد اللطيف ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٣٤٣ .

(٨) عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٩٩٥ .

(٩) ينظر : آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٢٣٥ .

(١٠) قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٨ .

إقرار ضمني منه<sup>(١)</sup>. أما لو احتج بالسند العادي على وارث المندوب له الإمضاء أو بصمة الإبهام ، فيجوز له أن يدعي الجهل به ، أي انه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو بصمة الإبهام تعود لمورثه<sup>(٢)</sup>. ويترتب على ادعاء الوارث الجهل بالسند أن يفقد ذلك السند قيمته في الإثبات مؤقتا حتى يقيم المتمسك به الدليل على صدوره ممن نسب إليه<sup>(٣)</sup>. فإذا اثبت ذلك ، أهدرت المحكمة دفع الوارث الجهل بالسند ، واعتبرته صادرا عن مورثه . أما إذا عجز المحتج بالسند عن إثبات عائدة الإمضاء أو بصمة الإبهام للمورث ، فتكتفي المحكمة بان يحلف الخلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة تعود لسلفه<sup>(٤)</sup>. واليمين المعنية هنا هي يمين الاستيثاق ، جاءت تعزيزا لقريئة عدم حجية السند العادي (العرفي) تجاه الخلف ، بالنظر لعجز المحتج بالسند عن إثبات عائدة الخط أو التوقيع (الإمضاء أو بصمة الإبهام) لمورث الخلف . ومضمون حلف الخلف بعدم العلم في هذه اليمين يجب أن يتضمن شقين : الأول هو عدم علمه بحصول التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الإبهام من سلفه على السند المبرز ، والثاني هو عدم تعرفه على عائدة الخط الثابت على السند لسلفه . فان حلف الخلف هذه اليمين بمضمونها سالف الذكر رُدَّت دعوى المحتج بالسند ، وان نكل عنها اعتبر نكوله بمثابة إقرار منه بعائديه الخط والإمضاء أو بصمة الإبهام لسلفه ، وتقضي المحكمة لصالح المحتج بالسند . أما الخلف المعني بحلف يمين الاستيثاق هنا ، فهو الخلف العام والخلف الخاص على السواء<sup>(٥)</sup>.

#### الفرع الثالث : تعزيز يمين الاستيثاق لقريئة عدم وجود المستند لدى الخصم أو عدم علمه بوجوده

نصت المادة ٥٠٠<sup>٥</sup> إثبات عراقى: "إذا أنكر الخصم وجود الدفتر أو السند في حوزته أو تحت تصرفه ، ولم يقدم طالب الدفتر أو السند إثباتا كافيا بوجوده لدى ذلك الخصم ، فعلى المحكمة تحليل الخصم المنكر بان الدفتر أو السند المطلوب تقديمه لا وجود له أو انه لا يعلم بوجوده وانه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به ." فإذا طلب الخصم من المحكمة تكليف خصمه الآخر بتقديم دفتر أو سند تحت حيازته ، وأنكر الأخير صراحة وجود المستند المطلوب في حوزته أو تحت تصرفه ، ولم يقدم طالب المستند إثباتا كافيا يقنع المحكمة بوجود ذلك المستند لدى خصمه ، فعلى المحكمة - وطبقا للقواعد العامة- أن تعتبر طالب المستند عاجزا عن الإثبات ، وان ترفض طلبه . غير أن المشرع ، وتقديرا منه لصعوبة إثبات وجود المستند المطلوب لدى الخصم ، وتخفيفا منه لعبء إثبات ذلك ، ولكي لا يكون مجرد الإنكار منفذا للخصم يلوذ به للإضرار بحقوق خصمه ، فقد أورد حكما استثنائيا على خلاف القاعدة العامة يقضي بوجود تحليل الخصم المنكر يمينا على أن المستند المطلوب لا وجود له عنده ، ولا يعلم بوجوده أصلا<sup>(٦)</sup> ، وانه لم يهمل

(١) نصت المادة/٢٠٩ ف٣ مرافعات مدنية : "لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزا باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى" .

(٢) جاء في المادة/٣٩ إثبات عراقى : " : "أولا- إذا ابرز المدعي سندا عاديا لإثبات دعواه ، عرض على المدعى عليه ، وله أن يقر بإمضائه أو ببصمة إبهامه أو ينكرها ، ويعتبر سكوته إقرارا . ثانيا - يجوز للوارث بدلا من الإقرار أو الإنكار أن يدعي الجهل بالسند " . حسين عبد الهادي البياع ، شرح قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، ط١ ، مطبعة الاقتصاد ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٤٧ .

(٣) محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج١ ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٤٠٢ .

(٤) ادوار عيد ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج١ ، مطبعة المنبر ، بيروت ، ١٩٦١ ، ص ٢٢٣ .

(٥) محمد علي الصوري ، مصدر سابق ، ص ٤٠٣ .

(٦) الخلف بالمعنى القانوني وهو من يحمل محل آخر في جميع حقوقه وتعهدهاته أو في بعضها ، وهو على نوعين ، خلف عام وخلف خاص . فأما الخلف العام فهو من يحمل محل سلفه في جميع حقوقه وتعهدهاته ويعتبر ممثلا لسلفه فيها ، كالوارث لأنه يحمل محل المورث في جميع أمواله وحقوقه وتعهدهاته بقدر الأموال التي ورثها عنه ، وكالدائن العادي لان أموال مدينه (سلفه) بصفة عامة تعتبر رهنا لدينه فيستطيع أن يخلف فيها أو بعضها ، وكالموصى له بنصيب في التركة بمحدود نصيبه منها . أما الخلف

البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به<sup>(٧)</sup>. فإذا حلف الخصم هذه اليمين ، اعتبر طالب المستند عاجزا عن الإثبات ، وردت دعواه . أما إذا نكل عنها ، اعتبر ذلك إقرارا منه بوجود المستند تحت يده ، أو على الأقل انه يعلم بمكان وجوده<sup>(٨)</sup> ، فأجاز القانون حينئذ لطالب المستند أن يثبت ما يحتويه المستند بكافة طرق الإثبات الأخرى استنادا لنص المادة ٥٧ من قانون الإثبات<sup>(٩)</sup>. واليمين هنا هي يمين الاستيثاق ، ويجب أن يؤديها المعني بها بصيغتي البتات وعدم العلم . فهو يحلف على البتات بعدم وجود المستند المطلوب لديه ، وبأنه لم يهمل البحث عنه ، ويحلف على عدم علمه بوجود المستند أصلا . مع ملاحظة أن اعتبار طالب المستند عاجزا عن الإثبات عند حلف خصمه لهذه اليمين ، لا يمنحه حق طلب تحليل خصمه اليمين الحاسمة استنادا لنص المادة ١١٨ من قانون الإثبات<sup>(٩)</sup> ، وذلك لتطابق مضمون يمين الاستيثاق التي تم حلفها مع اليمين الحاسمة المطلوبة ، فكلا اليمينين تنصبان على واقعة عدم وجود المستند المطلوب عند الخصم وعدم علمه بوجود ذلك المستند أصلا ، وبالتالي فلا مصلحة من تكرار إجراء في الإثبات سبق استيفاءه ، ولا مبرر قانوني لحلف يمين سبق حلفها في ذات الدعوى وبذات المضمون ، وبالأخص أن يمين الاستيثاق التي تمّ حلفها من قبل الخصم هي يمين منهيبة للنزاع القائم ، وفاصلة في الدعوى المعروضة أمام المحكمة شأنها في ذلك شأن اليمين المطلوبة .

#### خاتمة

يمين الاستيثاق من الأيمان القضائية التي اخذ بها المشرع العراقي . وقد شُرعت هذه اليمين لتعزيز بعض القرائن القانونية ، حيث يترتب على حلفها توكيد براءة ذمة من تقررت القرينة القانونية لمصلحته من أية حقوق متعلقة بموضوعها لصالح خصمه . وليمين الاستيثاق خصائص مشتركة مع كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، غير انه من غير المتفق عليه فقها نسبتها إلى أي منهما بالنظر لاختلافها عن كل منهما بخصائص أخرى . ويتبين من خصائص يمين الاستيثاق أنها يمين إجبارية على المكلف بها ، وواجب على المحكمة توجيهها إليه من تلقاء نفسها ، وان الحكم في الدعوى متوقف على حلفها من عدمه . هذا وقد قنن المشرع العراقي في القانون المدني وقانون الإثبات الناقلين ثلاثة تطبيقات ليمين الاستيثاق .

الخاص فو من تلقى حقا خاصا عن سلفه كالمشتري فانه يكتسب حق الملكية على عين خاصة ، أو كالمترحم فان حقه يتعلق بشيء معين . ينظر : محمد علي الصوري ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤٠٣ .

(٧) سليمان مرقس ، الأدلة الخطي وإجراءاتها ، ج ١ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٣٦١ .

(٨) محمد علي الصوري ، مصر سابق ، ج ٢ ، ص ٥٠٤ .

(٩) المصدر السابق ، ص ٥٠٥ .

(١٠) نصت المادة ٥٦/١ إثبات عراقي : " إذا اقتنعت المحكمة بوجود الدفتر أو السند تحت يد الخصم المطالب بتقديمه ولم يقدّمه في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن خلف اليمين المذكورة في المادة السابقة كان لخصمه الحق في إثبات مضمون الدفتر أو السند بأي طريق من طرق الإثبات ، وجاز ل المحكمة تحميل الخصم الممتنع مصروفات ذلك الإثبات مهما كانت نتيجة الفصل في الدعوى " .

(١١) نصت المادة ١١٨ من قانون الإثبات : " إذا عجز الخصم عن إثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله إذا كان يطلب تحليل خصمه اليمين الحاسمة من عدمه ، فان طلب ذلك وكان الخصم حاضرا بنفسه حلفته المحكمة ، وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غايبا معلقا على النكول عن اليمين عن الاعتراض بناء على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة " .

### قائمة المصادر والمراجع:

#### أولاً: كتب اللغة

١- محمد جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، مج ٩ ، حرف و ، دار الحديث ، القاهرة، ٢٠١٣.

#### ثانياً: الكتب القانونية

- ٢- احمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ، ط ١ ، مكتبة العلم للجميع ، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣- ادوار عيد ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج ١ ، مطبعة المنبر ، بيروت، ١٩٦١.
- ٤- آدم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة نشر .
- ٥- توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، جامعة بيروت العربية ، بلا سنة نشر .
- ٦- حسين المؤمن ، نظرية الاثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين ، ج ١ ، ط ١ ، دار الكتاب العربي ، مصر، ١٩٤٨.
- ٧- حسين المؤمن ، نظرية الإثبات - القواعد العامة واليمين والإقرار ، ج ١ ، ط ٢ ، طبعة منقحة ومزودة ، شركة العرفان للطباعة ، بغداد، ٢٠١٦.
- ٨- سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، ط ١ ، بلا دار نشر ، بغداد، ١٩٦٦.
- ٩- سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، ج ٢ ، ط ٤ ، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ١٩٨٦.
- ١٠- سليمان مرقس ، الأدلة الخطية وإجراءاتها ، ج ١ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة، ١٩٦٧.
- ١١- عباس العبودي ، شرح قانون الإثبات المدني ، ط ٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١١.
- ١٢- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، ج ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦.
- ١٣- عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، القاهرة، ١٩٥٣.
- ١٤- عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات العراقي ، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠١١.
- ١٥- قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٦- قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٧- محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج ١ ، ج ٢ ، ج ٣ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١.
- ١٨- محمود جمال الدين زكي ، النظرية العامة للإثبات ، ط ٢ ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٨٣.

#### ثالثاً: البحوث المنشورة

- ١٩- علي هادي العبيدي ، قراءة في قانون البيانات المعدل ، بحث منشور في مجلة المنارة الصادرة عن جامعة آل البيت ، عمان ، مج ١ ، ع ١ ، آذار، ٢٠٠٩.

#### رابعاً: القوانين

- ٢٠- قانون الإثبات العراقي .
- ٢١- قانون المرافعات المدنية العراقي .
- ٢٢- القانون المدني العراقي .
- ٢٣- القانون المدني المصري .
- ٢٤- القانون المدني السوري .
- ٢٥- القانون المدني الكويتي .
- ٢٦- القانون المدني البحريني .
- ٢٧- القانون المدني الجزائري .
- ٢٨- القانون المدني القطري .
- ٢٩- القانون المدني الليبي .

## " حق العامل في المنافسة بين السرممي و الحرية في العمل "

بنور سعاد طالبة سنة ثالثة دكتوراه قانون اجتماعي -كلية الحقوق -وهران، جامعة أحمد بن بلة٢. (الجزائر)

### الملخص:

إن شرط عدم المنافسة في عقود العمل وإن كان يخدم مصلحة صاحب العمل لأنه من شأنه حماية مؤسسته من أي منافسة قد تضر بمصالحه، إلا أنه في المقابل يثير إشكالا باعتباره يشكل قييدا على حرية العامل في العمل، فهذا الشرط حتى وإن كان يهدف إلى حماية المصالح المشروعة لصاحب العمل، إلا أنه لا يلغي تماما حق العامل في العمل، ولقد سعى كل من التشريع والقضاء إلى تقييد هذا الشرط انطلاقا من مبدأ الموازنة بين حرية العامل الذي يعتبر مبدأ دستوريا وحماية المصلحة الاقتصادية للمؤسسة.

### مقدمة:

إن تطبيق شرط عدم المنافسة في عقود العمل يصطدم بوجود مبادئ دستورية سامية، تتمثل أساسا في حرية العمل ومبدأ المنافسة الحرة<sup>1</sup>، أو ما يعرف بحرية الصناعة والتجارة، إلا أن وجودهما لا يقف حجر عثرة في وجه أصحاب العمل في سبيل سعيهم إلى حماية مصالحهم، بل على العكس؛ فقد استندوا إليهما في سبيل ذلك، لدرجة التعسف والمغالاة في بعض الأحيان في فرض هذا الشرط<sup>2</sup>، خشية منافسة العامل لصاحب العمل بحكم إطلاعه أثناء تنفيذ العمل على أسرار العمل.

1 La clause de non concurrence semble difficilement compatible avec le respect de la liberté du travail. L'existence donc de ce principe fondamental de la liberté du travail et de cela de la libre concurrence ne fait pas complètement échec à la licéité des clauses de non-concurrence". Ernest Aly THIAW, La clause de non concurrence en droit du travail sénégalais, Université Gaston Berger de Saint-Louis - Maitrise 2009, publié sur le site : [http://www.memoireonline.com/04/11/4397/m\\_La-clause-de-non-concurrence-en-droit-du-travail-senegalais5.html](http://www.memoireonline.com/04/11/4397/m_La-clause-de-non-concurrence-en-droit-du-travail-senegalais5.html).

<sup>2</sup> بوقطة فاطمة الزهراء، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد ٠٣ لسنة

إن إعمال شرط عدم المنافسة فيه مساس بوضع العامل الاجتماعي و حرمانه من المنافسة قد يحرمه من المهنة التي توافق تجربته وتكوينه، والعامل عادة ما يقبل هذا الشرط تحت حاجته للعمل، هذا الشرط يثير تعارض قانوني وواقعي بين مصلحتين متقابلتين يكون من الضروري التوفيق بينهما.

إذا كانت الحرية جوهر المنافسة، ولا منافسة بدون حرية، وحرية المنافسة تسمح بالعمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط، ويجب الاستمرار في المنافسة من دون قيود<sup>1</sup>، انطلاقاً مما سبق كيف يمكن للعامل العمل بحرية في ظل وجود شرط عدم المنافسة من جهة، وواجب الحفاظ على السر المهني من جهة أخرى؟

### ١ - المبحث الأول: القيود الواردة على حق العامل في المنافسة

إن المستخدم وهو يستثمر أموال المؤسسة في تكوين وتأطير العمال، لا يمكنه احتكار العنصر البشري، بشكل دائم لمصلحة مؤسسته في ظل حركيات العمال المتزايدة في الاقتصاد الحديث<sup>2</sup>، وبما أن حركية العامل أصبحت حقيقة واقعة، فإن المؤسسات من خلال بند عدم المنافسة تعمل على التقليل من سلبيات حركية العمال خصوصاً المؤسسات المنافسة.

إلا أن تضمين شرط عدم المنافسة في عقد العمل والذي يمنع العامل من ممارسة نشاط مماثل لنشاط المؤسسة المستخدمة، يجد مبرره في عدة اعتبارات، منها:

أن العامل بحكم عمله لدى المستخدم يتمكن من الاطلاع على أسرار العمل وتوطيد العلاقات بعملاء المؤسسة الأمر الذي يغريه بترك المستخدم للاستفادة من مشروع خاص، وذلك على حساب المصالح الاقتصادية للمؤسسة (المطلب الأول)، كما أن العامل بعد انتهاء عقد عمله يستعيد كامل حريته في أن يمارس النشاط المهني سواء أ تعلق الأمر بالتعاقد مع مستخدم آخر، أم بإقامة مؤسسة يديرها لحسابه الخاص، ومقابل هذه الاعتبارات التي تملها مصلحة المستخدم هناك اعتبارات تتعلق بمصلحة العمال من حيث أن حرية العمل مبدأ دستوري يكفل للفرد حرية اختيار نوع العمل ومكانه والمتعاقد الذي يناسبه (يراجع المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ارتباط المنافسة بإفشاء الأسرار المهنية:

إن حرية العامل في المنافسة تتقيد بما تفرضه بعض القواعد الخاصة بحماية الأسرار الصناعية والتجارية لأن اطلاع العامل على أسرار المؤسسة قد يؤدي إلى استغلالها لمصلحته الخاصة، وذلك بإنشاء مؤسسة تمارس نفس نشاط المؤسسة المشغلة، أو من خلال العمل لدى مؤسسة منافسة، لذا يلجأ أغلب المستخدمين إلى إدراج شرط عدم المنافسة في عقود العمل.

ويعتبر قيد التزام العامل مبرراً بعدم منافسة صاحب العمل، بالإضافة إلى حسن النية في تنفيذ العقود واحترام شريعة المتعاقدين، بهدف الحفاظ على أسرار العمل الذي يعمل به العامل، فالعامل يملكه أن يطلع خلال فترة عمله على أسرار

<sup>1</sup> محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، متاح على الموقع الاتي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/13/abdelatef.htm>

<sup>2</sup> Chritian Bessy, L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail Dans Revue d'économie industrielle, 2009, p 12.

العمل المكلف به، وأن يتعرف على زبائن العمل، مما يشكل تهديد لمصلحة صاحب العمل والإضرار بالمؤسسة الاقتصادية التي كان يعمل بها العامل<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: منافسة العامل لصاحب العمل عن طريق كشف الأسرار المهنية

أن العامل وبحكم علاقة العمل يمكنه الوقوف على أسرار العمل، هذه الأسرار التي من شأنها أن تخلق منافسة شديدة في حالة الاطلاع عليها من قبل منافسين آخرين، ولهذا فالعامل ملزم بالحفاظ على هذه الأسرار خلال قيام علاقة العمل وبعد انقضائها لمدة معينة، تكون قد زالت عن هذه المعلومات صفة السرية، كأن تظهر طرق عمل جديدة، أو تزداع وتنتشر هذه الأسرار نتيجة التطور، لكن العامل يمكن له أن يستعمل هذه الأسرار لأهداف شخصية من خلال إنشاء مشروع شخصي قد يكون منافسا لمستخدمه وهنا يظهر مفهوم المنافسة في إطار علاقة العمل، حيث إن العامل مقيد بالتزام تشريعي بعدم المنافسة<sup>2</sup>.

وقد اتفقت التشريعات العمالية المقارنة على ضرورة التزام العامل بحفظ أسرار العمل<sup>3</sup>، أو المعلومات والوثائق التي يطلع عليها أثناء تنفيذ العمل وعدم الاطلاع عليها أو حيازتها<sup>4</sup>، وعلى كل معلومة من شأنها أن تستغل من طرف المنافس استغلالا تترتب عنه الخسارة لصاحب العمل<sup>1</sup>، نظرا للعلاقة التي ينشئها عقد العمل والتي تقوم في الغالب على ثقة المستخدم في عامله، هذه الثقة التي توجب عليه الالتزام بالمحافظة على أسرار المؤسسة التي يعمل بها والتي أمكن له الاطلاع عليها بسبب العمل<sup>2</sup>، لذلك اعتبر المشرع الجزائري المحافظة على الأسرار المهنية وعدم إفشائه من الالتزامات الجوهرية التي تقع على العامل، وهذا الالتزام لا يعدو أن يكون تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، حيث جاء في نص المادة السابعة الفقرة ٨ ما يلي: "لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات التكنولوجية أو أساليب الصنع وطرق التنظيم، وبصفة عامة مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة، إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها السلطة السلمية".

ولقد هدفت التشريعات من خلال فرض هذا الشرط لمنع التحايل من جانب العامل الذي قد يتخذ صورة الإسراع في إنهاء عقد العمل ليتمكن من بيع الأسرار لصاحب عمل منافس<sup>1</sup>، لأن الالتزام بالاحتفاظ بالأسرار المهنية لا يقتصر على مدة

١ خديجة زايدة، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، دنيا الوطن، ٢٠١٣، بحث منشور في الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2013/03/28/289540.html>

<sup>2</sup> Louis Vogel, Les clauses de confidentialité et de non-concurrence dans les contrats français et américains, Mémoire de Master, Droit Européen Comparé, Institut de Droit Comparé, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014-2015, p. ٠٦.

<sup>3</sup> يعتبر سرا مهنيا "كل ما توصل إليه العامل من خلال عمله أو بمناسته ويتكتم عليه حفاظا على مصلحة المؤسسة، وحسن سيرها كما هو الحال بالنسبة لظروف الانتاج وطريقة العامل والمواد المستخدمة ومقاديرها ومصادر الخام ومعاملات المحل والعلاء واتصالاته سواء كانت سرية بطبيعتها أو وهلا لتعليمات صاحب العمل"، همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٤٥٣.

<sup>4</sup> بشير هدي، الوجيز في علاقات العمل الفردية والجماعية، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٨٤.

<sup>1</sup> عبد السلام ديب، قانون العمل والتحويلات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٦٦.

<sup>٢</sup> عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية، ٢٠٠٧، ص ٤١٦.

<sup>1</sup> علي يحي آل زمانان، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، دراسة مقارنة في القانون المصري والسعودي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦٢.

العمل فقط، وإنما يظل ساريا حتى بعد انقضاء العقد. فالعامل ملزم بعدم إفشاء الأسرار المهنية للغير سواء أ كان شخصا أم مؤسسة بمقابل أو بغير مقابل، لم يسببه تسريب أسرار العمل من أضرار بمصلحة المؤسسة من اطلاع المنافسين على أسرارها أو ما من شأنه زعزعة الثقة فيها.

ويذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط أن يتحقق للمعلومات التي يفشيها العامل وصف السر الصناعي بالمعنى الكامل، وبالتالي يتعين أن يكون بصدد طريقة صناعية تحقق مصلحة عملية أو تجارية تطبقها صناعة ما ويحرص صاحب العمل على إخفاءها عن منافسيه الذين لم يكونوا ليعرفوها قبل الكشف عنها، كما أوجب الفقه التمييز بين السر المهني وبين ما يكتسبه العامل من خبرة مهنية<sup>2</sup>، فللعامل الحق في الحالة الأخيرة استغلال خبراته سواء لحسابه أم لحساب غيره بعد ترك العمل، كما أن الالتزام بالسر المهني لا يحول وبين استخدام ما اكتشف من أسرار أثناء العمل لمصلحة نفسه بعد انقضاء العقد ما لم تكن هذه الأسرار متضمنة اختراعا أو اكتشافا مسجلا باسم صاحب العمل وله وحده استغلاله<sup>3</sup>، وما لم يكن العامل قد التزم بشرط عدم المنافسة<sup>4</sup>.

فعلى غرار باقي التشريعات المقارنة<sup>5</sup>، اعتبر المشرع الجزائري إخلال العامل بالتزام المحافظة على الأسرار المهنية خطأ مهنيا يستوجب التسريح<sup>6</sup>، وإذا كان الأجير مسؤولا من الناحية المدنية عن إفشاء أسرار المؤسسة المستخدمة إذ نجم عن ذلك ضرر للمؤسسة، وإذا تعلق الأمر بمؤسسة ذات طابع صناعي<sup>1</sup> فإن عدم احترامه لهذا الالتزام لا يثير فقط مسؤوليته المدنية، وإنما أيضا مسؤوليته الجنائية

#### الفرع الثاني: منافسة العامل لصاحب العمل عن طريق كشف معلومات لا تستجيب لوصف الأسرار المهنية

كرس القضاء الفرنسي حماية لصاحب العمل من منافسة عامله في الحالة التي يساهم فيها هذا الأخير بالكشف عن معلومات لا تستجيب لوصف الأسرار الصناعية بالمعنى الدقيق، محملا العامل المسؤولية على أساس خيانة الأمانة، فقضى بأن تأسيس سكرتير تجاري لشركة منافسة مع آخرين بعد تركه العمل بالشركة التي كان يعمل بها، وتقديمه للشركة الجديدة معلومات هامة عن عملاء صاحب العمل السابق وعن أسعار البيع والشراء، يعد إخلالا بحكم الثقة التي أولاه إياها صاحب العمل، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه وذهبت إلى أن الالتزام بعدم المنافسة يظل ساريا فترة وقف عقد العمل أيضا، كما قضى أيضا بأنه بالرغم من عدم مسؤولية العامل عن إفشاء أسرار صناعية بالمعنى الدقيق، فإن قيامه بالكشف عن الأساليب الصناعية لدى صاحب العمل السابق لصالح صاحب عمل منافس يكون في حد ذاته، عدم لياقة ترقى إلى حد الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Louis Vogel, op.cit, p 28.

<sup>3</sup> صلاح محمد أحمد دعلي، إلتزام العامل بالأمانة والاحلاص في علاقات العمل الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١١٥.

<sup>4</sup> الياس يوسف، الوجيز في شرح قانون العمل، الرافضة، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ٦٨.

<sup>5</sup> المادة ٩٦ فقرة ٦ من قانون العمل المصري، المادة ٦١ فقرة ٦ من قانون العمل الاردني، المادة ٣٩ فقرة ٣ من مدونة الشغل المغربية.

<sup>6</sup> المادة ٧٣ فقرة ٢ من قانون ١١/٩٠ المتعلق بعلاقات العمل : " يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة... وتعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة - إذا أفضى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية بما أو أجازها القانون".

<sup>1</sup> عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص ٤١٧.

<sup>8</sup> LYON-CAEN, G. PELISSIER J. et SUPIOT .A , droit du travail, *Droit du travail*, Dalloz, 18ème éd. 1998, p 82.

وتثير المساءلة المدنية المترتبة عن إفشاء الأسرار المهنية صعوبات في الحالات التي يكون فيها المدعي وسيطا تجاريا، فهذا الأخير يؤدي عمله لحساب صاحب عمل واحد، مقابل أجر ثابت، فقد يقوم بالعمل لحساب جملة من أصحاب الأعمال لقاء عمولة يحصل عليها من كل منهم، في ظل علاقة تراخي فيها رابطة التبعية و تختفي بمقتضاها صفة رابطة العمل<sup>1</sup>، وتتخذ وضيعة الوسيط صورتين:

**الصورة الأولى:** تتعلق بحالة الوسيط الذي تتحقق فيه صفة العامل بالمعنى الصحيح، فإنه يسترد حريته وفقا للقواعد العامة، ويلتزم بذات القيود التي توجهها تلك القواعد، وبالتالي له أن يمارس حريته في الاتصال بعملاء صاحب العمل السابق، غير أن مساءلته المدنية تظل ممكنة عن أخطائه التي تجره إلى المنافسة غير المشروعة<sup>2</sup> مثل حالة تردد العامل على أماكن وعملاء يمثلون نطاق نشاط صاحب العمل السابق بناء على معلومات ما كان العامل ليحصل عليها لولا ثقة صاحب العمل السابق.

أما الصورة الثانية فهي حالة الوسيط الذي يمارس نشاطه على وجه الاستقلال لحساب أكثر من صاحب عمل فإن ما يترتب عليه من منافسة ضارة يجد أساسه في خيانة الأمانة، أو عدم اللياقة المكونين للخطأ المدني، فتعامل صاحب العمل مع وسيط يمارس نشاطه بصفة مستقلة لحساب أكثر من شخص يفترض غالبا أن يقوم هذا الوسيط بالتعامل مع أصحاب أعمال منافسين لما يتمتع به من حرية في عدم الالتزام بخدمة أي أحد من هم على حساب الآخرين<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: ممارسة العامل لنفس نشاط المؤسسة الاقتصادية

إن حرمان العامل من المنافسة قد يحرمه من مهنته الطبيعية، فلا بد أن تكون شروط عدم المنافسة ملائمة للحدود المتعلقة بالمهنة والمدة بما يتوافق والسماح للعامل بإمكانية العمل إذ لا ينبغي لها أن تحرم العامل من ممارسة نشاط موافق لتجربته وتكوينه.

والمستخدم من خلال النص على بند عدم المنافسة في عقود العمل، إنما يهدف إلى حماية المؤسسة من العمال الحاليين والسابقين الذين قد ينقلون خبراتهم سواء إلى مؤسسات منافسة قائمة أو أن يؤسس كل منهم مشاريعهم المستقلة مستفيدين من الخبرة والمعارف المكتسبة<sup>4</sup> سواء أثناء سريان عقد العمل (الفرع الأول)، أم بعد انتهاء عقد العمل (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> علي يحي آل زمانان، المرجع السابق، ص ٧١.

<sup>2</sup> المواد ٦، ٧، ١١ من الأمر ٠٣-٠٣ المؤرخ في ١٩/٠٦/٢٠٠٣ المتعلق بقانون المنافسة، ج.ر عدد ٤٣ سنة ٢٠٠٣ المعدل والمتمم بموجب القانون رقم ١٢/٠٨ المؤرخ في ٢٥/٠٦/٢٠٠٨، ج.ر عدد ٣٦ لسنة ٢٠٠٨، وبالقانون رقم ١٠/٠٥ المؤرخ في ١٥/٠٨/٢٠١٠، ج.ر عدد ٤٦ لسنة ٢٠١٠، حي ورد في نص المادة السادسة منه "تحضر الممارسات الأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تحذف أو يمكن أن تحذف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في سوق جوهري منه.

<sup>3</sup> Cité par : LYON-CAEN G., PELISSIER J. et SUIPIOT A , op.cit, p.٢٩١

<sup>4</sup> حسين بن الشيخ، الحماية القانونية للمعلومات والمعارف السرية في ضوء التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير في المهنة الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، ٢٠١٥، ص ٦٦.

## الفرع الأول: أثناء سريان عقد العمل

تدخل المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العمالية المقارنة، وألزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل في مجال نشاطه إلا إذا كانت هناك اتفاق مبرم يجيز ذلك<sup>5</sup>، فنص المادة<sup>6</sup> من قانون علاقات العمل جاء عاما يقضي بعدم شرعية المنافسة أثناء قيام علاقة العمل، وليس بعد انتهائها، وهو نص لا يتعارض مع حرية العمل<sup>6</sup>، على خلاف ذلك منح المشرع المصري للطرفين الاتفاق على عدم المنافسة حتى بعد انتهاء علاقة العمل<sup>7</sup>.

فقانون العمل الجزائري قام باقتصار شرط عدم المنافسة أثناء قيام علاقة العمل فحسب، دون امتداد أثره إلى ما بعد انتهاء علاقة العمل<sup>11</sup>، وطبقا المادة للسابعة منه تعد منافسة غير مشروعة لصاحب العمل قيام العامل بمزاولة عمل مماثل لنشاط المؤسسة، أو نشاط آخر إلى جانب نشاطه الأصلي في أوقات الفراغ دون إعلام صاحب العمل، وضمن موافقته، لتأثير ذلك على مردودية العامل، وكذا إمكانية كشف أسرار العمل.

فحين أن قانون العمل المصري وبموجب النص الصريح للمادة<sup>5</sup> منه يحظر على العامل ممارسة نشاط مماثل للنشاط الذي يمارسه صاحب العمل أثناء مدة سريان عقده أو بالاشتراك في نشاط من هذا القبيل سواء بصفته شريكا أو عاملا، غير أن الإشكال المطروح هو ما مدى مشروعية اشتغال العامل عند مستخدم آخر أو لحسابه الخاص أثناء أوقات الفراغ؟ فالمبدأ أن العامل له حرية العمل في أوقات الفراغ لكن شريطة أن تكون حريته مقيدة بألا يكون عمله الجديد منافسا لعمل مستخدمه، أو من شأنه أن يحول زبائن المستخدم عن التعامل مع هذا الأخير، كما أنه يقتضي تنفيذ عقد العمل بحسن نية التزام العامل بالمحافظة على أسرار المؤسسة وعدم منافسة العامل لمستخدمه من خلال العمل لدى مستخدم منافس أثناء وقت الفراغ.

وتجدر الإشارة أن القضاء الفرنسي قد وسع من نطاق شرط عدم المنافسة، بحيث يفرض على العامل أن لا ينافس صاحب العمل أثناء مرحلة تنفيذ العقد حتى ولو لم ينص على الشرط في العقد وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بتلوز الصادر بتاريخ<sup>10</sup> ماي/ ١٩٩٠ ما يلي: " أن العامل ملزم أثناء مرحلة تنفيذ عقد العمل بواجب الاخلاص اتجاه صاحب العمل ولا يمكن له أن يمارس نشاطا منافسا ولو في غياب شرط صريح خاص في العقد". وتقر المحاكم عموما بشرعية الالتزام بعدم المنافسة رغم أن بعض الفقهاء يرى فيها مساسا بحرية العمل، ولا يمكن من ناحية أخرى القبول بإلحاق الضرر بصاحب العمل من خلال النشاط المماثل للعامل<sup>2</sup>، إلا إذا كان صاحب العمل عند تعاقد مع العامل، قد علم بوجود نشاط خاص للعامل منافس لنشاطه ورضي به، غير أن قيام صاحب العمل بالسماح للعامل بممارسة نشاط منافس لا يعني إعفاء هذا الأخير من التزامه بالأمانة والإخلاص للمؤسسة، بأن العامل يتحمل المسؤولية عند تجاوز حدود هذا الإذن ونطاقه.

<sup>5</sup> المادة ٧ من القانون رقم ٩٠-١١ المتعلق بعلاقات العمل تنص: " يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية: - ألا تكون لهم مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة أو زبونة أو مقاول من الباطن، إلا إذا كان هناك اتفاق مع المستخدم...".

<sup>6</sup> بن عزوز بن صابر، نشأة علاقة العمل الفردية في التشريع الجزائري والمقارن، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ٢٠١٠، ١٥٩.

<sup>7</sup> المادة ٦٨٦ من قانون العمل المصري: " إذا كان العمل الموكل ألى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل، أو الاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء عقد العمل أن ينافس رب العمل، ولا يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته".

<sup>1</sup> بشير هدي، المرجع السابق، ص ٨٧.

<sup>2</sup> Cass. Soc, 19 Nov, 1996, cah, Soc, Bull, 1997 N° 87.

ولا يعني الالتزام الضمني بعدم المنافسة تسخير العامل أو استعباده لمصلحة صاحب العمل، أو احتكار نشاطه، أو إلغاء حريته في العمل بما يخالف الأعراف والديساتير، إذ يكون للعامل الحق في الاستفادة من أوقات فراغه على النحو الذي يرضيه سواء بالعمل لحسابه أو بالعمل لحساب الغير ما لم يتفق صاحب العمل معه على خلاف ذلك، أو يكون في العمل الآخر منافسة لصاحب العمل الأول<sup>3</sup>، وفي القانون الفرنسي للعامل - دون أن يتجاوز الحد الأقصى المسموح به لساعات العمل المأجور<sup>4</sup> - أن يجمع بين عدة أعمال أو وظائف، فالمشرع الفرنسي يحظر القيام بأعمال تتجاوز الحد الأقصى لفترة تشغيل العامل المسموح بها وليس بإبرام أكثر من عقد عمل.

واستقر القضاء في الأحكام الصادرة ذات العلاقة على تعويض صاحب المؤسسة، الذي يثبت أنه يتضرر من عمل أي من عماله لدى مؤسسة أخرى منافسة، مشيراً إلى أنه يسقط عن صاحب العمل شرط المنافسة، في حالة إخلاله بالقوانين واللوائح العمالية، إضافة إلى عدم التزامه بتعاقداته القانونية حيال العامل، ومن أهم هذه الالتزامات تسديد الرواتب، وغيرها من الأمور الجوهرية إذ يسقط عن هذا الأخير شرط المنافسة.

#### الفرع الثاني: بعد انتهاء عقد العمل

بانتهاء عقد العمل تنتهي مبدئياً التزامات العامل نحو مستخدمه، بحيث يسترجع حريته في ممارسة أي نشاط مهني يختاره، سواء لحسابه الخاص، أم لحساب مستخدم آخر قد يكون منافساً للمستخدم الأول، ويعد هذا الحق أساسه القانوني في مبدأ حرية العمل باعتباره من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها أي شخص، مما يخول له اختيار النشاط الذي يريد ممارسته بصفة شرعية.

ومن البديهي أن حرية ممارسة النشاط المهني ليست حرة مطلقة إذ إنها تخضع للمقتضيات المتعلقة بالنظام العام، وتستوجب تجنب القيام بأي عمل يتضمن منافسة غير مشروعة من شأنها أن تلحق ضرراً بالغير، وإذا كانت التشريعات تهدف إلى حماية الأفراد والمؤسسات إزاء المنافسة غير المشروعة والنص على الجزاء المناسب في صورة الإخلال بتلك القواعد، فإن عدة مؤسسات صارت تسعى إلى تدعيم حماية مصالحها أمام حدة المنافسة المتزايدة وما قد يترتب عن ذلك من خطر تحول عمالها الذين اكتسبوا لديها كفاءة عالية وتجربة كبيرة إلى منافسين لها إثر انقطاع علاقتهم بهم.

وتجدر الإشارة أن الالتزام القانوني بعدم المنافسة يستغرق مدة عقد العمل ولا يمتد أثره إلى ما بعد انتهاء عقد العمل، بحيث يسترد العامل حريته الكاملة في ممارسة أي عمل، حتى ولو كان من نفس طبيعة ذلك العمل الذي كان يمارسه، ولو شكل منافسة للمؤسسة السابقة، إما لحسابه الخاص أو لحساب الغير<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض الفرنسية

<sup>3</sup> صلاح محمد أحمد دياب، نفس المرجع، ص ١٦٩.

<sup>4</sup> Article L324-2 du code du travail français: "Aucun salarié des professions industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles ne peut effectuer des travaux rémunérés relevant de ces professions au-delà de la durée maximale du travail, telle qu'elle ressort des lois et règlements en vigueur dans sa profession".

<sup>1</sup> أمينة ناعيمي، حدود شرط عدم المنافسة على ضوء مدونة الشغل، مقال منشور على الموقع الاتي:

http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes\_Ouvrages/ar/Etudes/travail/20%مدم20%المنافسة20%على20%ضوء20%مدونة20%الشغل.pdf

الصادر بتاريخ ٢٨ أبريل ١٩٨٨ الذي يعتبر مشروعا في إعداد العامل البسيط لنشاط مستقل من طرف العامل ينتج أثره بمجرد انتهاء الالتزام القانوني بعدم المنافسة.<sup>2</sup>

فالتزام العامل بعدم المنافسة هو التزام قانوني، كما يعد التزاما خاضعا لاتفاق؛ إذ يجوز لصاحب العمل أن يضع بندا في عقد العمل يقضي بحرمان العامل بعد انتهاء عمله من العمل لدى منافس له، أو أن يتخذ من نفس العمل الذي زاوله حرفة له، ونجد مثل هذه البنود في عقود العمل الخاصة بالصناعة الكيماوية أو بالنسبة للوسطاء التجاريين، غير أن هذا البند يعتبر في مواجهة العامل قييدا خطيرا على حرية العمل والتجارة.<sup>3</sup>

أما على مستوى التشريع الوطني نجد أن المشرع الجزائري اقتصر في تطبيق المادة السابعة من قانون علاقات العمل على فترة سريان عقد العمل فحسب دون امتداد أثرها إلى ما بعد انتهائه، رغم أن أعمال هذا الشرط تستدعيه هذه المرحلة أكثر من المرحلة المذكورة، بالنظر إلى أن منافسة العامل لصاحب العمل غير محتملة وغير مستبعدة<sup>4</sup>، إلا أن المشرع في المقابل تغاضى عن إلزام العامل بهذا الشرط بعد انتهاء علاقة العمل، وهو ما ادعى به بعض الفقه.<sup>5</sup>

إلا أن هذا الرأي يهدد مصلحة صاحب العمل، لأنه يتعارض مع التزام العامل بالمحافظة على السر المهني، الذي يبقى في ذمته إلى ما بعد انقضاء العقد<sup>1</sup> إلى جانب أنه يفسح الفرصة للعامل للتحايل بالإسراع في إنهاء علاقة العمل واختلاق الأعذار في لذلك بهدف استغلال أسراره الصناعية والتجارية لمستخدمه السابق في مشاريع منافسة.<sup>2</sup>

ولقد صدر عن التشريع الإماراتي تعليمية وزارية لتطبيق شرط عدم المنافسة رقم (١) لسنة ٢٠٠٠<sup>3</sup> جاء فيها: «لا يجوز لصاحب العمل أن يشترط حرمان العامل من العمل في الدولة (إلا بموجب أحكام المادلا ١٢<sup>3</sup> وفي حالة انطباق شروطها) بأن يضع على سبيل المثال فقرة في العقد تنص على "لا يجوز للعامل العمل في الدولة عند انتهاء العقد" ويعتبر ذلك كشرط لعدم المنافسة لمخالفة ذلك لمتطلبات المادة المذكورة وبالنتيجة لا يجوز وضع ختم الحرمان للعامل عند انتهاء العقد إذا تواجد هذا الشرط»، فيتولى المشرع الأردني النص صراحة في القانون المدني على إلزام العامل بهذا الشرط بعد انتهاء عقد

<sup>2</sup> Yves Serra, concurrence, Obligation de non concurrence, répertoire commercial Dalloz Mars 1996, p 6.

<sup>3</sup> بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص ١٦٠.

<sup>4</sup> ديب محمد، الالتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٧٧.

<sup>5</sup> أحمية سليمان، التنظيم القضائي لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ١٨٧، أيضا بشير هدي، المرجع السابق، ص ٨٧.

<sup>1</sup> تنص المادة ٦٨٥ من القانون المدني المصري على أنه: "يجب على العامل... أن يحافظ على أسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انتهاء العقد"، كما جاء في المادة ٦٨٦ "إذا كان العمل المؤكول للعامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل، أو بالاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل ولا يشترك في أي مشروع يقوم به منافسته".

<sup>2</sup> ديب محمد، المرجع السابق، ص ٧٧.

<sup>3</sup> تعميم إداري رقم ٠١ لسنة ٢٠٠١ لتطبيق نص المادة ٢٧ من قانون تنظيم علاقات العمل الاماراتي الاتحادي، رقم ٠٨ مؤرخ في ٢٠ ابريل ١٩٨٠، الجريدة الرسمية عدد، ٧٩ ص ٢٦.

<sup>3</sup> المادة ١٢٧ من قانون علاقات العمل الاماراتي تنص: "إذا كان العمل المنوط بالعامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل او بالاطلاع على اسرار عمله كان لصاحب العمل ان يشترط على العامل الا يقوم بعد انتهاء العقد بمنافسته او بالاشترك في اي مشروع منافس له ويجب لصحة هذا الاتفاق ان يكون العامل بالغا احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة وقت ابرامه وان يكون الاتفاق مقصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح العمل المشروعة".

العمل، إذ جاء نص المادة ٨١-١ منه: "إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالإطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل أن ينافس صاحب العمل أو يشترك في عمل ينافسه بعد انتهاء العقد"<sup>4</sup>.

### المبحث الثاني: اللجوء إلى شرط عدم المنافسة كقيد على حرية العمل

قد يقدر صاحب العمل أن الالتزام القانوني بالحفاظ على أسرار العمل لا يوفر الحماية الكاملة، باعتبار أنه لا يمنع العامل بعد إنهاء عقده من ممارسة نشاط مماثل لما يباشره صاحب العمل، مع ما يمثله ذلك من خطر عليه، إذا ما تمكن العامل بحكم عمله لديه من الاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملائه مما قد يدفعه إلى إنهاء عقده مع صاحب العمل بغية الاستفادة بما اطلع عليه من أسرار، في نشاط مستقل يقوم به منافسا لصاحب العمل أو بالعمل لدى مؤسسة منافسة، ذلك قد يدفع صاحب العمل إلى إضافة شرط إلى عقد العامل يمنعه من منافسته ومن القيام بنشاط مماثل لنشاط صاحب العمل بعد انتهاء عقده، يستفيد منه بما سبق وأن اطلع عليه من أسرار صاحب العمل<sup>15</sup>.

هذا الشرط وإن حقق مصلحة صاحب العمل إلا أنه يمثل قييدا خطيرا على حرية العامل في ممارسة ما شاء من نشاط بعد انتهاء عقده، باعتباره يهدد العامل في مورد رزقه لا سيما إذا كان العامل لا يجيد في غالب من الأمر إلا المهنة التي يستخدمه من أجلها صاحب العمل، و لهذا دعا المشرع إلى تحديد ضوابط يجب على صاحب العمل التقيد بها عند لجوئه إلى اشتراط عدم المنافسة بما يكفل تحقيق التوازن بين المصلحتين المتعارضتين: مصلحة صاحب العمل في الحفاظ على أسرار عمله ومصلحة العامل في استرداد حريته في العمل.

### المطلب الأول: ضوابط لجوء المستخدم إلى شرط عدم المنافسة

يمثل الالتزام بعدم المنافسة استثناء على حرية العمل المقررة دستوريا<sup>1</sup>، فقد أحاطه القضاء ببعض الضوابط المجتمعة، التي تضمن شرعية الالتزام التعاقدى بعدم المنافسة وبالتالي تحقيق التوازن بين مصلحة العامل والمستخدم<sup>2</sup>، فهذا الاستثناء التعاقدى على حرية العمل والتجارة جاء كضرورة لحماية المؤسسات الاقتصادية ودونه ما كان لهذه المؤسسات أن تستمر خصوصا في مجالات التقنية العالية، وكذا حمايتها من المنافسة غير البريئة للعنصر البشري والتي لا يمكن لعلاقات العمل أن تستقر بوجودها<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: مشروعية شرط عدم المنافسة

إن مشروعية الالتزام بعدم المنافسة مرتبطة بمجموعة من الشروط تضمن صحة هذا الالتزام<sup>4</sup>، فعلى خلاف أحكام القضاء الفرنسي<sup>5</sup> التي اعتبرت أن الأصل هو مشروعية الشرط بعدم المنافسة<sup>6</sup>، اعتبرت بعض التشريعات العربية أن الأصل

<sup>4</sup> القانون المدني الاردني رقم 1976/43، جريدة رسمية عدد ٢٦٤٥ الصادرة بتاريخ ٠١/٠٨/١٩٧٦.

<sup>5</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

<sup>1</sup> نص المادة ٣٧ من الدستور الجزائري الصادر بتاريخ ١٦ نوفمبر ١٩٩٦: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

<sup>2</sup> Maeliss vincent, op.cit, p, p 22.

<sup>3</sup> مهدي بخدة، المسؤولية العقدية في علاقات العمل، دراسة مقارنة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٣٠.

<sup>4</sup>Voir SERGE KAUDER, les différents aspects des clauses de non concurrence en France, mis a jour 2005.05.21, publié sur le site : [http://www.juritel.com/Liste\\_des\\_chroniques-1090.html](http://www.juritel.com/Liste_des_chroniques-1090.html).

<sup>5</sup> J.PELISSIER, ASUPIOT, A .JEMMAUD, Droit du travail, précis dalloz, 20<sup>ème</sup> ed, 2001, p 255.

<sup>6</sup> - cassation, soc., 08-05-1967 n° 65-12.776.

هو حرية العامل في العمل بعد انتهاء العقد وأن ما يرد عليها من قيد يتمثل في الالتزام بعدم المنافسة<sup>7</sup>، لا يكون مشروعاً إلا باجتماع مجموعة من الشروط، التي تجد أساسها القانوني إما في عقد العمل المبرم بين الطرفين أو طبقاً لما تقرره الاتفاقية الجماعية للعمل، مع مراعاة ما نص عليه القانون.

#### أولاً: الأساس القانوني لشرط عدم المنافسة

إن مصدر الالتزام بعدم المنافسة أساسه اتفاقي، ذلك أن الالتزام القانوني بعدم المنافسة ينتهي بانتهاء عقد العمل<sup>8</sup>، الأمر الذي يفرض على صاحب العمل الاحتياط وتضمين عقد العمل شرطاً يمنع العامل من منافسته بعد انتهاء مدة العمل بهدف حماية المؤسسة الاقتصادية من احتمالات من منافسة ضارة، ذلك أن العامل قد يستغل وبحكم تخصص عمله أسرار العمل لحسابه الخاص وضد المصالح الاقتصادية و المالية للمؤسسة.

#### ١ - القانون:

تدخل المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العمالية المقارنة، وألزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل في مجال نشاطه إلا إذا كانت هناك اتفاق مبرم يجيز ذلك، فنص المادة السابعة من قانون علاقات العمل جاء عاماً يقضي بعدم شرعية المنافسة أثناء قيام علاقة العمل، وليس بعد انتهائها، وهو نص لا يتعارض مع حرية العمل، واستناداً للمادة<sup>9</sup> المذكورة تعد منافسة غير مشروعة لصاحب العمل، قيام العامل بمزاولة نشاط آخر إلى جانب نشاطه الأصلي دون إعلام صاحب العمل.

وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي اقتدى بنظيره الفرنسي، فإن التشريعات المقارنة الأخرى أكدت تحمل العامل لهذا الالتزام كالقانون المدني<sup>1</sup> وقانون العمل المصريين<sup>2</sup>، والقانون المدني الأردني<sup>3</sup>، وجعلته نافذاً في حقه خلال فترة عمله، وبعد انتهائها.

- cassation, soc., 14-05-1992 n° 89-45.300.

- cassation, soc., 10-07-2002 n° 00-45.387.

cité par : Jean Pélissier, Lyon-Caen, Emmanuel Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4e édition 2008, p. 240, site internet : [http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER\\_2012/GrandsArrets46.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2012/GrandsArrets46.pdf)

<sup>7</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

<sup>8</sup> YUES ERRA, concurrence, Obligation de non concurrence, Répertoire c Commercial, Dalloz, Mares 1996, p 6. Disponible sur le site :

[http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/D2002.2941\\_Serra.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/D2002.2941_Serra.pdf)

<sup>1</sup> المادة ٦٨٦ من قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والمتمم: " إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالإطلاع على سر أعماله، كان للطرفين، أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل".

<sup>2</sup> حضرت المادة ٥٧ من قانون العمل المصري لسنة ٢٠٠٣ رقم ١٢ المؤرخ في ٠٧/٠٤/٢٠٠٣ على العامل: " ... أن يقوم بنفسه أو بواسطة غيره... العمل سواء بأجر أو بدون أجر، إذا كان في قيامه بهذا العمل ما يخل بحسن أدائه لعمله، أو لا يتفق مع كرامة العامل، أو يمكن الغير أو يساعده على العرف على أسرار المنشأة أو منافسة صاحب العمل"

<sup>3</sup> نص المادة ٨١٨ - ١ من القانون المدني الاردني: "إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالاطلاع على اسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة جاز للطرفين ان يتفقا على الا يجوز للعامل ان ينافس صاحب العمل او يشترك في عمل ينافس بعد انتهاء العقد"، القانون المدني الاردني رقم 1976/43، جريدة رسمية عدد ٢٦٤٥ الصادرة بتاريخ ٠١/٠٨/١٩٧٦.

## ٢ - العقد

القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن لأطراف العقد أن يضعوا ما شاء لهم من الشروط التي ارتضوا عليها شريطة عدم مخالفتها للقانون، ومن بين هذه الشروط شرط عدم منافسة صاحب العمل من قبل العامل أثناء سريان عقد العمل وبعد انتهائه خلال المدة المحددة لشرط عدم المنافسة.

ويمكن تعريف الالتزام التعاقدي بعدم المنافسة على أنه "ذلك البند الذي يلتزم العامل بموجبه بعدم ممارسة أي نشاط من طبيعته إحداه منافسة مع الطرف المتعاقد الآخر خلال سريان العقد أو خلال مدة محددة من انقضائه"<sup>4</sup>، ويعرفه جانب من الفقه العربي على أنه " ذلك الالتزام الذي يحظر على العامل القيام بعمل لحسابه أو لحساب غيره في أوقات فراغه"<sup>5</sup>، ويسمى والالتزام بعدم المنافسة بواجب الوفاء، يمنع على العامل أن تكون له أثناء العقد، مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة منافسة، وأما بعد إنهاء العقد فإن الالتزام قد يبقى قائما إذا اتفق عليه في عقد العمل<sup>6</sup>.

ويجب الأخذ بعين الاعتبار عند تطبيق هذا الاتفاق أنه يمثل قيد على حرية العمل، وشرط استثنائي وضع لمصلحة مشروعة لصاحب العمل، على أن لا يكون قيديا على حرية العامل في العمل وأن يمنع العامل عن العمل نتيجة هذا الشرط، أو أن يكون الهدف منه إجبار العامل على البقاء في العمل، وأن يكون للقضاء دور في تفسير الاتفاق تفسيراً ضيقاً لمصلحة العامل<sup>7</sup>.

## ٣ - الاتفاقيات الجماعية للعمل:

فالالتزام بعدم المنافسة قد يجد مصدره في القانون أو اتفاقات الأطراف، ويسمى في الحالة الأولى بعدم المنافسة تمييزاً له عن الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة، ففي حالة غياب مثل هذا الشرط في عقد العمل يمكن الرجوع إلى الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية للعمل باعتبارها الإطار القانوني الأمثل لتنظيم شروط العمل والتشغيل، وفي هذه الحالة تعتبر الاتفاقية الجماعية أو الاتفاق الجماعي مصدراً لشرط عدم المنافسة بحيث تأخذ صورتين:

الصورة الأولى: اشتمال الاتفاقية الجماعية للعمل صراحة على شرط عدم المنافسة<sup>1</sup>، وإن كان هذا الشرط نادراً ما يتم تناوله بالتفصيل في هذه الاتفاقيات، إلا أن القضاء الفرنسي استقر في كثير من الحالات على وجوب تحمل العامل

<sup>4</sup> Geneviève Helleringer, Les clauses du contrats essai de typologie, iextenso Edition, Paris France, 2003, p 55

<sup>5</sup> مهدي بخدة، المرجع السابق، ص ١٦٢.

<sup>6</sup> عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص ١٦٦.

<sup>7</sup> محمد خليل يوسف ابو بكر، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل بين التشريع وأحكام القضاء، جامعة الزيتونة، الاردن، ٢٠١٤، ص ٤٥٨.

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال المادة ٥٥ من الاتفاقية الجماعية لقطاع المحروقات المبرمة في ابريل ١٩٩٧، بين وزارة الطاقة والمناجم، والاتحادية الوطنية لعمال البترول والغاز والكيمياء التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين، المسجلة بالمفتشية المركزية للعمل بتاريخ ١٦ أكتوبر ١٩٩٧، وثيقة غير منشورة، والمادتين ٠٤ و ٠٥ من الاتفاقية الجماعية لقطاع الأشغال العمومية اللغري، المبرمة سنة ١٩٩٧، بين الشركة القابضة العمومية لأنجوا الأشغال الكبرى، والاتحادية الوطنية لعمال البناء والأشغال العمومية، والري التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين، المسجلة بالمفتشية المركزية للعمل بتاريخ ١٤ سبتمبر ١٩٩٧، وثيقة غير منشورة، والمادتين ٠٨ و ٠٩ من الاتفاقية الجماعية لقطاع الصناعات الغذائية المبرمة في مارس ١٩٩٧، بين الشركة القابضة العمومية للصناعات الغذائية القاعدية، والاتحادية الوطنية لعمال الصناعات الغذائية القاعدية التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين، المسجلة بالمفتشية المركزية للعمل بتاريخ ١١ أوت ١٩٩٧، وثيقة غير منشورة، والمواد من ٠٦ إلى ١٥ من الاتفاقية الجماعية لسونطراك المبرمة في نوفمبر ١٩٩٤ والمسجلة بمفتشية العمل لبيتر مراد رابيس بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٩٤ تحت رقم ٠١١٣. والموعدة بكتابة ضبط محكمة بئر مراد رابيس، بتاريخ ١٨

للاللتزامات الواقعة على عاتقه بموجب الاتفاق أو الاتفاقية بذلك الالتزام بعدم المنافسة، حتى في مثل غياب أي إشارة إليها ضمن عقد العمل، شريطة إعلام العامل بوجود هذه الاتفاقية وضرورة اطلاعه على أحكامها<sup>2</sup>.

**الصورة الثانية:** الاكتفاء بالإشارة إلى إمكانية إدراج شرط عدم المنافسة في عقد العمل، وفي هذه الحالة لا يكون الشرط نافذا في مواجهة العامل، إلا بنص صريح في عقد العمل، كما أن هذا الشرط قد يكون أحيانا شاملا لكل عامل في المؤسسة، وفي أحيان أخرى قد يشمل فئات معينة فقط من العمال لطبيعة مهامهم داخل المؤسسة وكذا المسؤولية المنوطة بهم، ومن تم فإن تمديد التزامات الشرط على باقي العمال الذين لا تشملهم أحكام الاتفاقية أو الاتفاق يكون باطلا<sup>3</sup>.

ولا يمكن للعقد الجماعي اللاحق أن يفرض على العامل التزاما بعدم المنافسة، طالما أن عقد العمل لم يفرض هذا الشرط، وبالرغم أن القضاء الفرنسي حرص على تأكيد عدم جواز انتقاص عقد العمل الجماعي من الحقوق التي قررها عقد العمل الفردي، إلا أن هذه المسألة خضعت فيما بعد إلى تطور لاحق<sup>4</sup>، حيث ظهر اتجاه حديث في القانون الفرنسي، ينادي بجواز تنازل العامل عن حقوقه المقررة بعقد العمل الجماعي، للمحافظة على منصب عمله، على اعتبار أن المبالغة في قدسية نظام الحماية، قد يكون سببا من أسباب البطالة، ويعيق نشاط المؤسسة في المنافسة.

#### ٤ - المبادئ العامة للقانون:

حين يرتبط العامل بعقد عمل مع المؤسسة المستخدمة يبدو امتناعه عن ممارسة نشاط منافس لمصلحة مؤسسة أخرى أمراً ضرورياً، ولم يتولى التشريع النص صراحة على هذا المبدأ في قوانين العمل، ورغم هذا فقد أقر الفقه والقضاء بوجود التزام ضمني على العامل بعدم منافسة صاحب العمل طوال فترة تنفيذ العقد انطلاقاً من مبدأ حسن النية.

في حالة خلو عقد العمل من أية مقتضيات تحظر على العامل منافسة صاحب العمل، فإن ذلك لا يعني على الإطلاق إباحة هذا التصرف له، لأن الالتزام بعدم منافسة العامل لصاحب العمل تستوجب مقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ عقد العمل، فلا يجوز للعامل - أثناء تنفيذ العمل - أن يعمل بعد انتهاء مواعيد العمل في عمل منافس لصاحب العمل سواء لحسابه الخاص، أو لحساب شخص آخر<sup>5</sup>.

فمبدأ حسن النية هو الأساس القانوني الذي يوطر التزام العامل بالوفاء للمؤسسة عن طريق كتمان السر المهني وعدم المنافسة كالتزامين لهما طابع خاص باعتبارهما استثناء على مبدأ حرية العمل، ويعتبر حسن النية مبدأً عاماً تقوم عليه

ديسمبر ١٩٩٤، وثيقة غير منشورة، مشار إليهم في: أحية سليمان، الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار لتنظيم علاقا العمل في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في

القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٢٦١.

<sup>2</sup> بوقطة فاطمة، المرجع السابق، ص ١٧١.

<sup>3</sup> ديب محمد، المرجع السابق، ص ٧٩.

<sup>4</sup> Voir Cass, Soc, 10 mars 2004, N° 01-47350, publié sur le site internet :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007473925&fastReqId=800361133&fastPos=1>

- Voir également par ex :

- Cass, Soc, 4 juin 2008, N° 04-40609, Bulletin 2008, N° 123.

- Cass, Soc., 27 février 2007, N° 05-44.984, Bulletin. 2007, N° 32.

<sup>5</sup> خديجة زايدة، المرجع السابق، ص ٢٠.

مختلف الالتزامات التعاقدية، ويوجد سنده في الشريعة الإسلامية، وكذا القوانين الوضعية<sup>1</sup> إلا أن أهمية هذا المبدأ تكمن في علاقات العمل، حيث يكون للاعتبار الشخصي دور هام في إبرام عقد العمل، فهذا الأخير من عقود الثقة التي تقوم على مبدأ حسن النية، سواء أثناء قيام علاقة العمل أو بعد انحلالها.<sup>2</sup>

ويجب وفقا لنص المادة 10 من القانون المدني تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية، وعقد العمل كأى عقد لآخر يخضع لهذه المبدأ، فيلتزم العامل بموجبه بتنفيذ التزامه اتجاه المؤسسة بأمانة وإخلاص، ولا شك أن مبدأ حسن النية في تنفيذ عقود يفرض على العامل التزامات تبعية لا يحتاج لنص صريح للاحتجاج بها في مواجهة العامل، كالالتزام بعدم المنافسة والالتزام بالولاء لصاحب العمل<sup>3</sup> وهي التزامات ضرورية لتنفيذ العمل بأمانة وإخلاص.<sup>4</sup>

#### ثانيا: شروط عدم المنافسة

إن مشروعية الالتزام بعدم المنافسة مقيدة بمجموعة من الشروط كرسها القضاء الفرنسي، حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية نحو افتراض المشروعية في شرط عدم المنافسة أصلا، وغير ذلك كاستثناء إذا جاء مقيدا لحرية العامل في العمل<sup>5</sup>، ثم عدلت عن هذا الموقف واعتبرت أن هذا الشرط لا يكتسب صفة المشروعية إلا إذا جاء ضمن الشروط المقيدة له، وذلك بموجب القرار المبدئي والتاريخي لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20/12/2006، والذي جاء فيه: "إن شرط عدم المنافسة لا يمكن أن يكون مشروعاً إلا إذا كان ضروريا لحماية مصلحة مشروع المؤسسة، محددًا في الزمان والمكان يأخذ بعين الاعتبار خصوصية عمل العامل ويتضمن تعويضا ماليا، هذه الشروط كلها مجتمعة إلزامية"<sup>6</sup>، وعليه وفي ظل غياب تنظيم قانوني لهذا الشرط من قبل التشريع الجزائري ستكون دراستنا له وفق التشريعات والاجتهاد القضائي المقارن.

<sup>1</sup> Article L. 1222-1 du droit travail français : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi », Article 1134 du droit civil français : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>2</sup> لقد تعددت وتنازعت الآراء الفقهية بشأن تحديد مفهوم مبدأ حسن النية، حيث هناك من أعطى مفهوما ذاتيا لهذا المبدأ، وهناك من أعطاه مفهوما موضوعيا، ومنهم من ألقاه بالنظام العام، كما ألقوه بالإنصاف، وهناك من أعطاه مفهوما مستقلا، كما قيل بأنه مبدأ قانوني عام، انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 83 وما بعدها

<sup>3</sup> Rép. min. n° 12211, JO AN 24 août 1998 : « L'obligation de loyauté interdit au salarié de développer, directement ou indirectement, pour son compte ou pour celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie ».

<sup>4</sup> ديب محمد، المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> J.PELISSIER, ASUPIOT, A JEMMAUD, Op, cit, p 255, p287.

<sup>6</sup> Selon un arrêt de la chambre sociale du 10 juillet 2002 (n° 00-45.135, Salembier c/ SA la Mondiale), désormais une « clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ces condition étant cumulatives».

### ١ - المصلحة المشروعة والجدية للمستخدم في اشتراط عدم المنافسة:

إن شرط عدم المنافسة قد وضع تحقيقاً لحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل من المنافسة التي قد يلجأ إليها العمال مستغلين الأسرار التي قد يطلعون عليها أثناء مزاولتهم لعملهم، وهذا الشرط لا يكون كافياً للقول بأن العامل ارتكب منافسة غير مشروعة للمؤسسة المستخدمة إلا إذا تم إثبات حدوث ضرر أصاب هذه الأخيرة.

كما تم إقرار هذا المبدأ لضبط حرجي المستخدم في إلزام العامل بعدم المنافسة في عقود العامل من خلال قرار لمحكمة النقض الفرنسية<sup>١</sup> الذي جاء فيه " أن المستخدم لا يمكن أن يلزم العامل بعدم منافسة في عقد العمل متى تبين نوعية الوظائف التي يشغلها العامل أنها لا تبرر إلزامه بعدم المنافسة، ذلك أن هذه الوظائف من حيث طبيعتها لا تهدد مصالح المستخدم أو المؤسسة"، فيجب الأخذ بعين الاعتبار خصوصية عمل العامل وذلك لمنع الاشتراطات التعسفية المدرجة في عقود العمل والتي لا تضع في الحسبان نوع العمل الذي يكلف به العامل، حيث يقتضي أن يكون على قدر من الكفاءة والتخصص والتجربة والذي يبرز وحده حقيقة وأهمية الأخطار الاقتصادية والتجارية لمزاولة أي عمل منافس، وهكذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للعامل المكلف بالتنظيف المبرم لمدة ٤ سنوات لا يعتبر شرطاً ضرورياً، لا غنى عنه لحماية المصالح المشروعة للمؤسسة.

فالالتزام بعدم المنافسة يجب أن ينشأ من الضرورة وهي حماية المصالح التنافسية للمؤسسة، ولا يكون هذا إلا إذا كانت طبيعة الأعمال التي يقوم بها العامل من شأنها أن تهدد هذه المصالح، وبالتالي يجب أن يثبت المستخدم وجود خطر حقيقي مصدره العامل في إفشاء معلوماته ومعارف السرية التي اطلع عليها بموجب عمله<sup>٢</sup>، ويرفض القضاء الفرنسي شرعية بنود عدم المنافسة المدرجة في عقود العمل الخاصة ب نادل مهني أو عون تسويق أو سائق شاحنة متقاعد، وذلك لكون هؤلاء العمال من حيث تصنيفهم الوظيفي لا يطلعون عادة على معلومات ومعارف حساسة للمستخدم<sup>٣</sup>.

وتتفق مصلحة صاحب العمل إذا كان العمل الموكل للعامل يسمح بالإطلاع على أسرار صاحب العمل ومعرفة عملاء المؤسسة<sup>٤</sup>، وعلّة هذا الشرط أن صاحب العمل قد يخشى منافسة العامل له بعد انقضاء العمل<sup>٤</sup>، إذ إن الالتزام الأخير لا يمنع العامل من استغلاله لحسابه الخاص<sup>٥</sup>، أما إذا كان العمل الذي يؤديه العامل في المؤسسة لا يسمح له بالإطلاع على أسرار الصناعة والتجارة أو بالاتصال بالعملاء، فلا يكون لصاحب العمل مصلحة مشروعة في تقييد حرية العامل<sup>٦</sup>، ومتى أدرج صاحب العمل في عقود مثل هؤلاء العمال شرط عدم المنافسة، كان الشرط باطلاً لانعدام أي مصلحة جدية تبرر الحد من حرية العمل، وتأسيساً على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، لأن هذا الشرط يقصد به الإضرار بمصلحة العامل<sup>٧</sup>.

<sup>1</sup> Cass. soc. 14-5-1992 n° 2041 : RJS 6/92 n° 735.

<sup>2</sup> حسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص ٦٨.

<sup>3</sup> Maeliss vincent, op.cit, p 23.

<sup>4</sup> المادة ١٩ من قانون العمل الأردني، المادة ١٨١ من القانون المدني الأردني، والمادتين ٦٨٦ و ٦٨٧ من القانون المدني المصري.

<sup>5</sup> محمد خليل يوسف أبو بكر، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

<sup>6</sup> محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ١٥٩.

<sup>7</sup> محمد حسين منصور، شرح قانون العمل العماني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٨٢.

<sup>8</sup> بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص ١٦٣.

## ٢ - كمال أهلية العامل وقت إبرام عقد العمل:

يجب أن يكون العامل بالغاً سن الرشد وقت إبرام عقد العمل الذي تضمن شرط عدم المنافسة حتى يدرك مدى خطورة الشرط على حريته، فالعامل يجب أن يكون كامل الأهلية وفقاً لطبقاً لنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني، لأن الأمر يتعلق بإبرام اتفاق يتضمن التزامه بعد منافسة صاحب العمل، أما المشرع المصري وبموجب المادة ٦٨٦ الفقرة الثانية اشترط صراحة لصحة هذا الاتفاق أن يكون العامل بالغاً سن الرشد، لما يشكله شرط عدم المنافسة من خطورة وقيود على حرية العمل وتأثيره على مورد رزق العامل مما يتطلب اشتراط المستوى الكامل من النضج والإدراك لإبرامه<sup>٨</sup>، ولا يكفي أن يقبله ولي العامل أو وصيه نيابة عنه إذا كان قاصراً، ويجوز للعامل الذي لم يبلغ سن الرشد أن يتمسك ببطلان هذا الشرط، لأن الاتفاق الذي يتضمنه والذي يقضي بعدم المنافسة يكون قابلاً للإبطال، لمصلحة العامل<sup>١</sup>، والعبرة في تحقيق سن الرشد تكون بوقت إبرام الاتفاق بعدم المنافسة وليس بوقت دخوله مرحلة التنفيذ عند انتهاء عقد العمل، ويتربط على تخلف سن الرشد ببطلان الاتفاق بعدم المنافسة دون أن يؤثر ذلك على عقد العمل الذي يظل صحيحاً<sup>٢</sup>.

## ٣ - التعويض المالي للعامل:

تعتبر القرارات الثلاث<sup>٣</sup> الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١ جويلية ٢٠٠٠ المحدد لشروط صحة اتفاق عدم منافسة العامل لصاحب العمل هي أول من تضمن النص على ضرورة إلزام صاحب العمل بدفع مبلغ مالي كتعويض للعامل الذي يعد في وضعية عدم منافسة، وتعتبر هذه القرارات ذات أهمية بالغة لإلزامها المستخدم دفع تعويض عن الفترة التي يلتزم فيها بعدم ممارسة نشاط ممارس له وإلا عد شرطاً بعدم المنافسة باطلاً<sup>٤</sup>.

وتوالى الأحكام القضائية الفرنسية في هذا المجال، موفرة حماية أكبر للعامل، وقضت بأن تعويض العامل يبقى قائماً في ذمة صاحب العمل بعد انقطاع علاقة العمل، وبغض النظر عن سببه، حتى ولو كان بالإرادة المنفردة للعامل؛ كتقديمه الاستقالة<sup>٥</sup>، أو دفعه بالمستخدم إلى إنهاكها بارتكابه لخطأ جسيم<sup>٦</sup>، كما أن مبلغ التعويض يجب تحديده قبل تحرير الشرط كذلك ألزمت محكمة النقض الفرنسية في قرار لاحق المستخدم بدفع التعويض المالي بعد انتهاء العقد، وليس أثناء علاقة العمل وتعود وقائع القضية بأن المستخدم اتفق مع العامل على أن يدفع له مبلغ مالي إضافي مدمج مع الأجر الشهري كتعويض مسبق عن فترة عدم المنافسة بعد انتهاء العقد، غير أن المحكمة اعتبرت أن التعويض يجب أن يدفع بعد نهاية العقد وليس أثناءه.

<sup>٨</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

<sup>١</sup> لبيب محمد شنب، المرجع السابق، ص ٢٤١.

<sup>٢</sup> محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص ٢٨٣.

<sup>٣</sup> (Cass. soc. 10 juillet 2002 n° 00-45135, Salembier c/ SA La Mondiale ; n° 00-45387, Barbier c/ SA Maine Agri et n° 99-43334 Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international).

<sup>٤</sup> حسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص ٧٠.

<sup>٥</sup> Cass. soc, 25 janvier 2006, N° 04-43646. Bulletin 2006 V N° 25 p. 24. « La stipulation du contrat minorant la contrepartie financière en cas de démission »,

Cass. Soc. Société Comimob c/ Mme X., 25 janvier 2012, n° 10-11590, Bull. 2012 V, n° 20.

<sup>٦</sup> Cass. Soc 22 mars 2006, N° 04-45546, Bulletin 2006 V N° 120 p 113,

Cass. Soc. Société Samse c/ Mme X., 8 avril 2010, n° 08-43056, Bull. 2010 V, n° 92.

فيما يحدد قرار آخر<sup>7</sup> لمحكمة النقض الفرنسية أن التعويض المالي يجب أن يكون جدياً، وقضت على أن التعويض المالي التافه لا يختلف في شيء عن عدم تقديم التعويض أصلاً، مما يترتب عنه عدم شرعية شرط عدم المنافسة، وتعود وقائع هذه القضية إلى أن المستخدم نص في عقد العمل على أن للعامل الحق في تعويض مالي يقدر بعشر (10 من) الأجر السنوي للعامل وهو ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية تعويضاً تافهاً لا يقوم به الالتزام.

إن القرارات المتعلقة بالتعويض المالي لاحظت تطور ملحوظ في السنوات الأخيرة على مستوى الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي أكد أن التعويض المالي يكون مقابل القيود التي يفرضها شرط عدم المنافسة على حرية العامل في إيجاد عمل جديد<sup>8</sup>.

#### ٤ - عدم جواز اقتران شرط عدم المنافسة بشرط جزائي مبالغ فيه:

قد يضع صاحب العمل بموجب اتفاق عدم المنافسة شرطاً جزائياً على العامل إذا ما قام بمنافسته كتعويض له عن الأضرار التي قد تصيبه جراء المنافسة، إلا أن المبالغة في هذا الشرط تجعله وسيلة ضغط لإجبار العامل على البقاء في خدمة صاحب العمل، ولقد تدخلت بعض التشريعات وأقرت بطلان الشرط الجزائي فقط<sup>1</sup>، مع الإبقاء على شرط عدم المنافسة صحيحاً عملاً بالقواعد العامة<sup>2</sup> التي لا ترتب بطلان الالتزام التبعي جراء بطلان الالتزام الأصلي، فيما اتجهت تشريعات أخرى إلى إقوار بطلان شرط عدم المنافسة بأكمله في حالة المبالغة في الشرط الجزائي<sup>3</sup>، لما يتضمنه من إهدار للمصلحة الجدية والمشروعة لصاحب العمل وللنية المشتركة في جملته<sup>4</sup>.

وللقضاة السلطة التقديرية في النظر في هذا الاتفاق المقيد لحرية العامل، والموازنة بين حرية العامل في العمل التي كفلها الدستور وبين حماية مصالح صاحب العمل الذي اتفق مع العامل على حمايتها<sup>5</sup>، ولقضاة الموضوع واسع النظر في الشروط الجزائية التي ضمنها صاحب العمل في الاتفاق المانع لمنافسته، وله الحق في أن يلغي أي شرط يجد فيه مبالغة أو يعدله<sup>6</sup> إلى الحد الذي يهتم بللغاية التي قصدها المشرع ورغب في حمايتها بالقانون.

#### الفرع الثاني: حدود الالتزام بشرط عدم المنافسة

يجب أن يكون الالتزام بعدم المنافسة محدوداً من حيث الزمان والمكان، فالبند المطلقة تمس بحرية العامل، وهذا الشرط يعتبر من الشروط الكلاسيكية عند نظر القضاء الفرنسي في مدى مشروعية بند عدم المنافسة، إذ جاء في قرار

<sup>7</sup> Les juges ont également précisé « qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie » Cass. Soc. Société Comasud c/ M. X., 15 novembre 2006, n° 04-46721, Bull. 2006 V, n° 341, p. 330.

<sup>8</sup> Louis Vogel, op.cit, , p 51.

<sup>1</sup> أكتفى المشرع الأردني بترتيب الشرط الجزائي فقط، أما شرط عدم المنافسة فيبقى صحيحاً، وهذا طبقاً لنص المادة ٨١٩ منه والتي جاء فيها " إذا اتفق الطرفان على تضمين العامل في حالة الإخلال بالامتثال عن المنافسة تضميناً مبالغاً فيه بقصد إجباره على البقاء لدى صاحب العمل كان الشرط غير صحيح".

<sup>2</sup> المادة ١٠٤ من القانون المدني: " إذا كان العقد فيه شق منه باطل، أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، غلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشرط الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

<sup>3</sup> مثل القانون اليمني المادة ٧٩٩، والقانون العراقي المادة ٩١١.

<sup>4</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

<sup>5</sup> حديجة زيادة، المرجع السابق، ص ٧٠.

<sup>6</sup> Louis Vogel, op.cit, p 110.

لمحكمة النقض الفرنسية في مارس ١٩٢٢ أن "من الممكن للاتفاقيات بين الأطراف أن تهدد فعلا حرية العمل والتجارة متى كانت تتضمن حظر دائم ومطلق، وبالتالي يجب أن تكون هذه الاتفاقيات محدودة من حيث الزمان والمكان.

#### ١ - حدود شرط عم المنافسة من حيث الزمان:

حماية المستخدم التجارية للأسرار لا يبرر حرمان العامل لعمله لمدة زمنية دائمة أو مبالغ فيها، فينبغي أن يكون الشرط لمدة محدودة، وهي المدة الضرورية لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة. فلا يجوز أن يكون المنع مؤبداً أو طوال حياة العامل<sup>7</sup>، ويرجع للقاضي سلطة تقدير مدى مناسبة مدة المنع وهي المدة المعقولة لمنع المنافسة على ضوء الظروف والملازمات المحيطة بالعمل<sup>8</sup>، حيث يتغير العملاء غالباً بعد مرور مدة معينة، وما يعتبر سر في وقت معين يشيع وينتشر بعد ذلك<sup>9</sup>.

شرط عدم المنافسة يعتبر قيوداً اتفاقياً على حرية العامل في العمل، ولم تترك بعض التشريعات العمالية إرادة الأطراف حرة في تقييد حرية العامل في العمل<sup>10</sup>، بل اشترطت لصحة الاتفاق على عدم المنافسة، أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة<sup>1</sup>، فالمفهوم الزمني يعد تطبيقاً لفكرة المصلحة في إدراج الشرط، فمصلحة صاحب العمل هي التي تبرر وجود الشرط، وهي التي تسند استمرار وجوده إلى فترة زمنية محددة.

ومن بين التشريعات التي تبنت معياراً جامداً في تحديد هذه المدة الزمنية، التشريع البلجيكي الذي حددها بسنة واحدة، و في التشريع الألماني خمس سنوات، والتشريع الإيطالي بثلاث سنوات بالنسبة للعامل العادي و خمس سنوات للعامل الفني<sup>2</sup>، وسارت بعض التشريعات العربية على هذا النحو في تحديد المدة الزمنية لمنع المنافسة مثل قانون العمل القطري الذي حددها بسنتين، والقانون الليبي الذي حددها بخمس سنوات لمن تقلد منصب مدير وثلاث سنوات في الأحوال الأخرى<sup>3</sup>.

في حين لم تقيّد بعض التشريعات هذا الالتزام من الناحية الزمنية شأن القانون المصري والأردني تاركين الأمر للقضاء للنظر في مدى التزام الشرط للقدر الذي تقتضيه مصلحة صاحب العمل، مستهدياً في ذلك بظروف ووقائع كل دعوى<sup>4</sup>، ومن أهم ما يدخل في تقديره: مدة الخدمة التي قضاها العامل لدى صاحب العمل، المدة المعقولة لتجديد العملاء، حركة التطور في أساليب الإنتاج وفنونه، التكوين المهني والفني للعامل، القدر المتاح من الأنشطة للعامل.

فتقدير ما إذا كانت مدة المنع معقولة أم لا، مسألة موضوعية تخضع للظروف المحيطة بالعمل، وهذا ما اعتمدت عليه محكمة تونس في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ جانفي ٢٠٠٠ عندما اعتبرت إدراج شرط عدم المنافسة دون تقييد بمعايير من شأنها حماية مصالح العامل وجاء في حيثيات قرارها: "وحيث أن منع المدعي من العمل بكامل تراب الجمهورية ولمدة خمس

<sup>7</sup> Geneviève Helleringer, , op.cit, p 64.

<sup>8</sup> محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

<sup>9</sup> محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص ٢٨٤.

<sup>10</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٤٦١.

<sup>1</sup> المادة ٦٨٦ من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص ٤٦٢.

<sup>3</sup> ديب محمد، المرجع السابق، ص ٩٤.

<sup>4</sup> أغلب الاتفاقيات الجماعية بفرنسا تحدد الحد الأقصى لمدة شرط عدم المنافسة بعشر سنوات.

سنوات سيحرمه من حقه في العمل الذي ضمنه له الدستور والميثاق العالمي لحقوق الانسان، والاتفاقية الدولية للتشغيل رقم ١٢ المتعلقة بسياسة الاستخدام...<sup>5</sup>.

## ٢ - حدود شرط عدم المنافسة من حيث المكان:

يجب أن يقتصر منع العامل من المنافسة على مكان معين بذاته وهو المكان الذي يمتد إليه نشاط صاحب العمل، وعليه إذا كان المنع مطلقا كان الشرط باطلاً، غير أن نظرة القضاء الفرنسي التي كانت في مصلحة صاحب العمل دعت في ما مضى إلى التوسع في نطاق مشروعية القيود المفروضة على حرية العامل من حيث المكان، فقضى بمشروعية القيد المكاني بصفة شبه مطلقة لعدم المنافسة خلال ثلاث سنوات في ثماني عشرة محافظة ويتعلق الأمر بشركة متعددة الجنسيات، بل وقضى بمشروعية القيد المكاني المطلق، لمنع العامل من مباشرة نشاطه من مكان قريب لمكان مباشرة صاحب العمل لنشاطه، بينما اعتبر ذات القيد المكاني مشروعاً في حالة ما إذا أريد الاعتداء به لمنع العامل من مزاوله مهنته في مكان بعيد عن مكان مزاوله صاحب العمل لنشاطه بما لا يهدد مصالحه<sup>7</sup>.

وعليه فتقدير النطاق المكاني الوارد في الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة يتم بمقتضى معيار مرن بحسب ما تقتضيه المصلحة المشروعة للمؤسسة، فيضيق كلما كان الشرط مستوعباً للأنشطة التي تتضمن التخصص المهني الدقيق للعامل، ويتسع النطاق المكاني للحظر حين لا يشمل شرط عدم المنافسة كل أنواع العمل ذات التكوين المهني أو الفني للعامل<sup>1</sup>.

كما ذهب القضاء الأردني إلى الأخذ بامتداد مصلحة صاحب العمل المشروعة إلى خارج الإقليم، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر في ٠٧ أوت ٢٠٠٧ أن العامل إذا عمل مديراً لشركة أو مسؤولاً وكان نشاطها يمتد إلى دول خارج الإقليم، وكان مطلعاً على عملاء الشركة وأسرارهما فإن من حق صاحب العمل اشتراط المنع من حيث المكان إلى مكان النشاط أو امتداد نشاط هذه الشركة خارج الإقليم<sup>2</sup>.

<sup>5</sup> الحكم الصادر عن محكمة تونس الابتدائية بتاريخ ٢٠٠٥/٠١/١٣، تحت رقم ٣٩١٣١، مذكور في: علي جلولي، القضاء الشغلي في تونس، دائرة الشغل، متاح على الموقع الأتي: <http://alijellouli.net/recherches-en-ligne/conseil-de-prud-hom>

<sup>6</sup> Cass. Soc. Société Dent Wizard c/ M. X., 13 juillet 2005, n° 03-45586, non publié au Bull.

- Cass. Soc. Société Alma Consulting Group c/ M. X., 15 décembre 2009, n° 08-44847, non publié au Bull.

- Cass. Soc. Société Lypsis c/ M. X. et société Effi, 23 octobre 2013, n° 12-16050, non publié au Bull.

<sup>7</sup> علي يحي آل زمانان، المرجع السابق، ص ٩٧.

<sup>1</sup> Maeliss vincent, op.cit, p, p 26.

<sup>2</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٤/١٢٩٩ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٠٨/٠٧ والذي جاء فيه: "أن شرط المنع جاء فيه حق القيام بأية أعمال منافسة لأعمال المدعية سواء لحسابها أو لحساب الغير أو بالاشتراك مع الغير طيلة مدة سريان العقد ولمدة سنة تلي انتهاءه، وذلك في المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة ولبنان ومصر والسعودية والكويت والبحرين وقطر وسلطنة عمان واليمن وسوريا وفلسطين- وأن لا يستخدم ما كان تحت يده من معلومات أو عناوين أو علاقات تعود للمدعية، وبعدم الاتصال مع أي من زبائن المدعية طيلة هذه المدة"، مذكور في محمد خليل يوسف أبو بكر، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

### ٣ - حدود شرط عدم المنافسة من حيث نوعية النشاط:

شرط عدم المنافسة كالتزام يقع على العامل وفاء للمؤسسة المستخدمة يجب أن يكون مقيدا بعمل معين يدخل في النشاط الأصلي أو الأعمال المرتبطة لمصلحة المؤسسة<sup>3</sup>، أما الأعمال التي لا تدخل في مهنة أو حرفة صاحب العمل، فلا يؤدي قيام العامل بها إلى منافسة صاحب العمل، وعليه فالاتفاق على حرمان العامل بعد انتهاء عقده من العمل يقع باطلا<sup>4</sup>.

وذهب القضاء الفرنسي إلى حد إقرار عدم مشروعية مباشرة العامل لأنشطة قريبة من نشاط صاحب العمل والتي تؤثر مباشرة على مصلحة صاحب العمل، من قبيل ذلك القضاء مشروعية منع الممثل التجاري ليس فقط من مباشرة مهنته، وإنما منعه من كل عمل يمكنه من اجتذاب عملاء صاحب العمل السابق<sup>5</sup>، لكن اقتصر القضاء الفرنسي في تقدير مشروعية عدم المنافسة على النظر للشرط في ضوء ما تقتضيه مصلحة صاحب العمل، يغير أخذ في الاعتبار ما قد يمثله ذلك من مساس بحرية العامل في العمل، مما أدى بالقضاء الفرنسي إلى الحكم بمشروعية شرط المنافسة رغم تقييده العامل من مباشرة مهنته الأصلية<sup>6</sup> في نطاق مكاني مطلق لمدة محددة، مع السماح له بممارسة أنشطة أخرى غير موجودة بالدولة، حيث يمكن أن يؤدي شرط عدم المنافسة بالعامل إلى الهجرة خارج الدولة للبحث عن عمل.

ولقد ساهم إدخال المعيار الشخصي للعامل في تخفيف حدة هذا الشرط، ترتب عنه القضاء بأن صحة الشرط تقتضي أن يترك للعامل قدرة ممارسة نشاط مهني بطريقة طبيعية، والبحث في ما إذا كان منع العامل من المنافسة يضعه أمام استحالة ممارسة مهنته، لا سيما وأن حرية العمل هي من الحريات الأساسية التي لا يجوز التنازل عنها، وقد ذهب الفقه إلى اعتبار أن القاضي في مراقبته لصحة شرط عدم المنافسة لا يقتصر على التحقق من عدم تجاوزه لما تقتضيه المصلحة المشروعة لصاحب العمل، بل أيضا أنه لا يستغرق حرية العامل في العمل أو يهدد مستقبله الاقتصادي بما يناهز العدالة.

إذا توفرت شروط مشروعية الالتزام بعدم المنافسة، فما هي الآثار المترتبة عليه من حيث تجاوزه ما تقتضيه مصلحة صاحب العمل أو باستغراقه لحرية العامل في العمل؟

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق شرط عدم المنافسة

إذا توفرت الشروط القانونية في الاتفاق على المنع من المنافسة، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا وملزما للعامل ويتعين عليه الالتزام به والعمل بمقتضاه، والامتناع عن ممارسة المهنة بوصفه عاملا أو شريكا أو صاحب عمل، أما في حالة مخالفته فإنه تترتب آثار على العقد، وأطراف العقد.

<sup>3</sup> محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٥٣٩.

<sup>4</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص ٤٦٦.

<sup>5</sup> فإذا تضمن عقد العمل شرطا بمقتضاه التزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل في كافة الأعمال حتى تلك التي لا يباشرها صاحب العمل وقع هذا الشرط باطلا، دون ان يترتب على ذلك بطلان عقد العمل نفسه.

<sup>6</sup> همام محمد محمود زهران، نفس المرجع، ص ٤٦٨.

### الفرع الأول: آثار الالتزام بعدم المنافسة على العقد

يمثل إخلال العامل بالتزامه بعدم المنافسة خطأ منه يجعل الإبقاء على علاقة العمل أمراً مستحيلاً، ويعتبر القضاء الفرنسي هذا الخطأ خطأ فادحاً يجيز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل دون مراعاة لمهلة الإخطار ودون تعويض<sup>1</sup>، وفي أحوال أخرى ينعت بالخطأ الجسيم ويسمح بصاحب العمل بناء عليه بالحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه جراء ذلك طالما أن إخلال العامل بالتزامه بالأمانة والإخلاص كشف عن نيته في الإضرار بصاحب العمل، فالعامل الذي ينشئ خلال سريان عقد عمله مؤسسة يقوم نشاطها الفعلي على تضييع المنتج الرئيسي الذي ينتجه صاحب العمل الذي قام بإجراء دراسات صناعية وتجارية حوله، وكان العامل قد شارك في هذه الدراسات قبل إنشاء مؤسسته، فإنه بذلك يرتكب خطأ جسيماً، كما يمكن لصاحب العمل أن يطالب العامل بتعويضه عن الأضرار التي أصابته جراء تحويل هذا الأخير لعملاء صاحب العمل إلى مشروع آخر، ولا يشفع للعامل تقديمه الاستقالة كنوع من الاعتذار عن خطئه لصاحب العمل. هذا ويعتبر المشرع الجزائري عدم امتثال العامل للشرط الاتفاقي بعدم المنافسة بالخطأ الجسيم الذي يسمح لصاحب العمل بتسريحه.

### الفرع الثاني: آثار الالتزام بعدم المنافسة على المتعاقدين

إذا توفو للاتفاق على عدم المنافسة كافة الشروط القانونية، انعقد الاتفاق صحيحاً، وصار ملزماً للعامل في حدود مضمون الاتفاق، أما في حالة الإخلال بهذا الالتزام فتترتب عنه آثاراً في ذمة المتعاقدين.

#### ١ - آثار الالتزام بعدم المنافسة على العامل:

إذا كان الأصل هو التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل تنفيذاً للاتفاق المبرم بينهما، إلا أن يرد على هذا الأصل استثناءات يجوز للعامل من خلالها التحلل من الالتزام بعدم المنافسة رغم استيفائه للشروط القانونية، ويحق للعامل أن ينافس صاحب العمل في حالات هي:

#### - فسخ صاحب العمل العقد أو رفض تجديده دون خطأ من العامل:

إذا كان العقد محدد المدة وفسخه صاحب العمل قبل انقضاء مدته دون أن يقع من العامل ما يبرر الفسخ، أو كان العقد غير محدد المدة وأنه صاحب العمل بإرادته المنفردة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بالاتفاق المانع من المنافسة<sup>2</sup> سواء كان الإنهاء مشروعاً لتوافر مبرراته أم تعسفياً، ما دام لم يقع من العامل ما يبرر هذا الإنهاء<sup>3</sup>، والقول بغير ذلك فيه إهدار لمصلحة العامل، حيث أن صاحب العمل يمنع عنه مورد رزقه مستخدماً حرته في العمل<sup>4</sup>، وعليه يتحلل العامل من هذا الاتفاق دون أن يتعرض لأي جزاء.

<sup>1</sup> Soc. 10 juillet 1990 : JCP G 1990, IV, p.342

<sup>2</sup> علي يحي آل زمانان، المرجع السابق، ص ١٠٤-١٠٥.

<sup>3</sup> محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢١٣.

<sup>4</sup> همام محمد محمود زهران، نفس المرجع، ص ٤٧٧.

## - وقوع من صاحب العمل ما يبرر فسخ العامل للعقد:

إذا وقع من صاحب العمل ما يبرر فسخ العامل للعقد، كما لو امتنع عن الوفاء بالتزاماته أو كلف العامل بعمل غير متفق عليه في العقد في غير حالات الضرورة، لأن صاحب العمل يكون هو الذي دفع العامل لفسخ العقد من خلال تصرفه الخاطئ لذا عامله القانون بنقيض قصده حين قرر حرمانه من التمسك بالاتفاق المانع من المنافسة<sup>1</sup>.

## ٢ - آثار الالتزام بعدم المنافسة على صاحب العمل:

أن الالتزام بعدم المنافسة له طبيعة استثنائية حيث يخالف مبدأ حرية العمل وحرية التجارة والصناعة، لذا فإنه لا يقوم ويرتب آثاره إلا إذا كشف الاتفاق بوضوح عن قصد المتعاقدين منه، فإذا أخل العامل بالتزامه بعدم المنافسة كان مسؤولاً قبل صاحب العمل مسؤولية عقدية، ويجوز لهذا الأخير أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله به، ويقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقديره، ويجوز الحكم بالتنفيذ العيني متى كان ممكناً، كغلق المؤسسة المقامة بالمخالفة للشرط<sup>2</sup>، أو بطلب إنهاء علاقة عمله لدى صاحب عمل منافس، وللقاضي في سبيل ذلك تحقيق ذلك باستخدام الغرامة التهديدية<sup>3</sup>، وإذا كان الاتفاق يتضمن شرطاً جزائياً لصاحب العمل أن يطالب بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية على أساس ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب استناداً إلى المسؤولية العقدية.

وتقوم المسؤولية كذلك قبل صاحب العمل الجديد الذي يستخدم العامل رغم علمه بشرط عدم المنافسة، وتكون المسؤولية هنا تقصيرية فيلتزم بالتعويض بعد إثبات خطئه ويتحقق ذلك بثبوت علمه عند التعاقد مع العامل بأنه ملتزم بعدم المنافسة، ويقتصر الأمر على التعويض دون الحكم ببطلان العقد، والقاضي يقيم النظرة الإجمالية لعناصر شرط عدم المنافسة في مجموعها.

## الخاتمة

إن شرط المنافسة مبدأ أقرته كل التشريعات العمالية لحماية حق صاحب العمل، بالرغم من أنه يضيف قيوداً على العامل، لكن هناك ضوابط ومعايير تسعى لعدم استخدام هذا الحق بشكل يصادر حرية العامل، مشيراً إلى أهمية الحفاظ على حقوق طرفي علاقة العمل، لإحداث توازن حقيقي، واستقرار في سوق العمل، فإذا كان شرط عدم المنافسة يهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي للمؤسسة سواء علاقتها بالعامل ومع مؤسسة منافسة أخرى تحقيقاً للشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية، فإن حماية هذا النظام تستدعي أيضاً حماية مصالح وحقوق العامل؛ أي النظام العام الاجتماعي عن طريق تقييد الحق في العمل بحدود قانونية وقضائية تحترم الحق في العمل وتقيده دون أن تلغيه.

طابع الحماية الذي يتسم به قانون العمل وإن كان محدوداً نسبياً في ما يخص الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد العمل، فإنه شبه غائب فيما يخص الالتزام بعدم المنافسة والالتزام بعدم إفشاء السر المهني، فهذان الالتزامان غير محددين بدقة مما قد يجعل صاحب العمل يتعسف في استعماله، ومن جهة أخرى فإن خضوعهما للقواعد العامة يجعل طابع الحماية منعزلاً؛ فالعامل هنا تطبق عليه القواعد العامة وليس قواعد قانون العمل، لذا كان من الأولى على المشرع الجزائي التدخل لسد الثغرات التي تعترى هذا الجانب وذلك بالنص في قانون العمل على تحديد الأحكام العامة لهذين

<sup>1</sup> محمد لبيب شنب، نفس المرجع، ص ٢١٤،

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٨

<sup>3</sup> هلم محمد محمود زهران، نفس المرجع، ص ٤٧٠.

الالتزامين لتتضح الأمور أكثر وتجنباً لأي لبس أو غموض، إذ كيف يعقل أن نضع الحد الفاصل بين ما يمكن أن يعتبر سرا مهنياً لا يجب إفشاؤه و بين ما يعد من قبل المنافسة أو عدم المنافسة وخاصة أمام التقدم العلمي والتكنولوجي.

#### قائمة المراجع والمصادر:

#### المراجع باللغة العربية:

##### ■ المؤلفات:

- أحمية سليمان، التنظيم القضائي لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ٢٠٠٠.
- اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية، ٢٠٠٠.
- الياس يوسف، الوجيز في شرح قانون العمل، رقم ٧ لسنة ١٩٨٨، الرابطة ١٩٨٨/١٩٨٨.
- بن عزوز بن صابر، نشأة علاقة العمل الفردية في التشريع الجزائري والمقارن، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١.
- صلاح محمد أحمد دياب، إلزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
- عبد السلام ديب، قانون العمل والتحويلات الاقتصادية، دار القصة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٣.
- محمد حسين منصور، شرح قانون العمل العماني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.
- محمد خليل يوسف ابو بكر، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل بين التشريع وأحكام القضاء، جامعة الزيتونة، الأردن، ٢٠٠١.
- محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.
- محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.
- مهدي بخدة، المسؤولية العقدية في علاقات العمل، دراسة مقارنة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠١.
- همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩.

##### ■ الرسائل الجامعية:

- أحمية سليمان، الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار لتنظيم علاقات العمل في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠.
- حسني بن الشيخ، الحماية القانونية للمعلومات والمعارف السرية في ضوء التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير في الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، ٢٠٠٩.
- ديب محمد، الالتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠١٣.

- علي يحي آل زمانان ، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، دراسة مقارنة في القانون المصري والسعودي، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

#### المقالات:

- أمينة ناعيمي، حدود شرط عدم المنافسة على ضوء مدونة الشغل، مقال منشور على الموقع:

[http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes\\_Ouvrages/ar/Etudes/travail/](http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes_Ouvrages/ar/Etudes/travail/)

[http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes\\_Ouvrages/ar/Etudes/travail/20130328289540.pdf](http://adala.justice.gov.ma/production/Etudes_Ouvrages/ar/Etudes/travail/20130328289540.pdf)

- بوقطة فاطمة الزهراء، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد ٠٣ لسنة ٢٠٠٠.

- خديجة زايدة، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، دنيا الوطن، ٢٠١٣، مقال منشور في الموقع الالكتروني الاتي: <http://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2013/03/28/289540.html>

- محمد عبد اللطيف، مقال تحت عنوان " الدستور والمنافسة"، متاح على الموقع الآتي: <http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/13/abdlatief.htm>

#### النصوص القانونية:

- الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ المعدل والمتمم، ج.ر عدد ٧٦ المؤرخة في ٢٠/١٦/١٩٦٦.
- الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٧ المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر رقم ١٥٦/٦١ المؤرخ في ٠٨ جوان ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون رقم ١١٩ المؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٩٦ المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد ١٧٤ لسنة ١٩٩٦.
- الأمر رقم ٣٠٣ المؤرخ في ١٩ جويلية ٢٠٠٠ والمتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد ٤٣ ن ٢٠ جويلية ٢٠٠٠.
- القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٠ المتضمن قانون العمل المصري، ج.ر عدد ١ المؤرخة في ٠٧ أبريل ٢٠٠٠.
- الظهير الشريف رقم ١٠٣.١.٠٣ المؤرخ في ١١ سبتمبر ٢٠٠٠ الصادر بتنفيذ القانون رقم ٦٥٩ المتعلق بمدونة الشغل المغربية، جريدة رسمية رقم ٥١٦ الصادرة في ٠٨ ديسمبر ٢٠٠٠.
- تعميم إداري رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ لتطبيق نص المادة ٢٧ من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي، رقم ٠٨ مؤرخ في ٢٠ أبريل ١٩٩٨، الجريدة الرسمية عدد ٧٩.
- القانون المدني الأردني رقم 1976/43، جريدة رسمية عدد ٢٦٤ الصادرة بتاريخ ١٩٧٦/٨/١٠.

#### الأحكام القضائية:

- الحكم الصادر عن محكمة تونس الابتدائية بتاريخ ١٣/١١/٢٠٠٦، تحت رقم ٣٩١٣، مذكور في: علي جلولي، القضاء الشغلي في تونس، دائرة الشغل، متاح على الموقع الآتي: <http://alijellouli.net/recherches-en-ligne/conseil-de-prud-hom>

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٤٢٩ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٨/٠٧.

المراجع باللغة الفرنسية:

▪ **Ouvrages :**

- J.PELISSIER, ASUPIOT, A JEMMAUD, Droit du travail, précis dalloz, 20<sup>ème</sup> ed, 2001.
- LYON-CAEN, G. PELISSIER J. et SUPIOT .A , droit du travail, *Droit du travail*, Dalloz, 18ème éd. 1998.
- Yves Serra, concurrence, Obligation de non concurrence, répertoire commercial Dalloz Mars 1996.
- Jean Pélissier, Lyon-Caen, Emmanuel Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, 4e édition 2008, site internet : [http://actu.dallozetudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER\\_2012/GrandsArrets46.pdf](http://actu.dallozetudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2012/GrandsArrets46.pdf)
- YUES ERRA, concurrence, Obligation de non concurrence, Répertoire c Commercial, Dalloz, Mares 1996, Disponible sur le site :
- [http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/D2002.2941\\_Serra.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/D2002.2941_Serra.pdf)
- Geneviève Helleringer, Les clauses du contrats essai de typologie, iextenso Edition, Paris France, 2003.

▪ **Articles :**

- Chritian Bessy, L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail Dans Revue d'économie industrielle, 2009.
- SERGE KAUDER, les différents aspects des clauses de non concurrence en France, mis a jour 2005.05.21, publié sur le site : [http://www.juritel.com/Liste\\_des\\_chroniques-1090.html](http://www.juritel.com/Liste_des_chroniques-1090.html).

▪ **Thèses et mémoires:**

- Louis Vogel, Les clauses de confidentialité et de non-concurrence dans les contrats français et américains, Mémoire de Master, Droit Européen Comparé, Institut de Droit Comparé, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014-2015.
- Ernest Aly THIAW, La clause de non concurrence en droit du travail sénégalais, Université Gaston Berger de Saint-Louis - Maitrise 2009, publié sur le site internet : [http://www.memoireonline.com/04/11/4397/m\\_La-clause-de-non-concurrence-en-droit-du-travail-senegalais5.html](http://www.memoireonline.com/04/11/4397/m_La-clause-de-non-concurrence-en-droit-du-travail-senegalais5.html)
- Maeliss vincent, la protection du secret en propriété industrielle, DEA en droit des contrats, université Lille 2 ,2000-2001.

▪ **Textes législatifs et réglementaires:**

-Rép. min. n° 12211, JO AN 24 août 1998 : « L'obligation de loyauté interdit au salarié de développer, directement ou indirectement, pour son compte ou pour celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie ».

-Article L324-2 du code du travail français : "Aucun salarié des professions industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles ne peut effectuer des travaux rémunérés relevant de ces professions au-delà de la durée maximale du travail, telle qu'elle ressort des lois et règlements en vigueur dans sa profession".

▪ **jurisprudences judiciaires :**

- Cass. Soc., 12 mars 1959, pourvoi n°57-11897, Bull. civ. 1959 IV N° 375 p. 307Publié au bulletin des arrêts des chambres civiles 1959 IV N° 375 p. 307, publier au site internet :<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19590312-5711897>.
- Cass, Soc, 10 mars 2004, N° **01-47350**, publié sur le site internet :<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007473925&fastReqId=800361133&fastPos=1>
- Cass, Soc, **4 juin 2008**, N° **04-40609**, Bulletin 2008,N° 123.
- Cass, Soc., 27 février 2007, N° 05-44.984, Bulletin. 2007, N° 32.
- Cass. soc. 14-5-1992 n° 2041 : RJS 6/92 n° 735-
- Cass. soc. 10 juillet 2002 n° 00-45135, Salembier c/ SA La Mondiale ; n° 00-45387, Barbier c/ SA Maine Agri et n° 99-43334 Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international.
- Cass. soc, 25 janvier 2006, N° 04-43646. Bulletin 2006 V N° 25 p. 24
- Cass. Soc. Société Comimob c/ Mme X., 25 janvier 2012, n° 10-11590, Bull. 2012 V, n° 20.
- Cass. Soc 22 mars 2006, N° 04-45546, Bulletin 2006 V N° 120 p 113.
- Cass. Soc. Société Samse c/ Mme X., 8 avril 2010, n° 08-43056, Bull. 2010 V, n° 92.
- Cass. Soc. Société Comasud c/ M. X., 15 novembre 2006, n° 04-46721, Bull. 2006 V, n° 341, p. 330.
- Cass. Soc. Société Dent Wizard c/ M. X., 13 juillet 2005, n° 03-45586, non publié au Bull.
- Cass. Soc. Société Alma Consulting Group c/ M. X., 15 décembre 2009, n° 08-44847, non publié au Bull.
- Cass. Soc. Société Lypsis c/ M. X. et société Effi, 23 octobre 2013, n° 12-16050, non publié au Bull.
- Cass. Soc, 19 Nov, 1996, cah, Soc, B, 1997 N° 87.

▪ **Les principaux sites internet juridiques :**

- <http://www.joradp.dz/>.
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.courdecassation.fr/jurisprudenc>
- <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/droit-social/>
- <http://www.jurisprudencemaroc.com/>



## رخصة البناء آلية لحماية النظام العام العمراني

الباحثة مزود فلة ماجستير في الحقوق، جامعة جيجل - الجزائر

### مقدمة

إن التصرف في الملكية العقارية هو حق مكرّس دستورياً ومن ثمة فإن أي تقييد لهذا الحق يعتبر اعتداء على حرية الأفراد، غير أن التسليم بهذا المبدأ يجعل الفرد متعسفا بصورة أو بأخرى في استعمال حقه للقيام بمختلف الأنشطة العمرانية على ملكيته العقارية دون أي اعتبار لما يترتب عن هذه الأنشطة من أضرار تصيب الجماعة في نواح كثيرة، كما قد تؤدي إلى تشويه المنطقة والتأثير سلباً على المحيط.

ومن المسلم به في أي مجتمع متحضّر أن تسيير حركة البناء وتشييد المدن وفق قواعد وأصول مرسومة ومحددة، وألا تترك لأهواء الأفراد حفاظاً على النظام العام بصفة عامة والنظام العام العمراني بالخصوص وهو ما يستوجب إجراء عملية رقابة على إنشائها وتشييدها عن طريق فرض ترخيصات قبل القيام بأي نشاط عمراني.

وباعتبار رخصة البناء من أهم التراخيص على الإطلاق التي تقيّد حرية التصرف في الملكية العقارية تحقيقاً للمصلحة العامة عموماً والمصلحة العمرانية خصوصاً، فإنه يمكننا التساؤل عن الدور الذي تلعبه رخصة البناء في مجال تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام العمراني؟.

و للإجابة على هذا التساؤل سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول ماهية رخصة البناء ، و في المبحث الثاني: إعمال فكرة النظام العام في قانون التهيئة والتعمير.

### المبحث الأول: ماهية رخصة البناء

تعتبر رخصة البناء من أكثر الوسائل فعالية في تنظيم عمليات البناء باعتبارها انعكاساً للشروط التقنية والتنظيمية للبناء التي تتضمنها قواعد التعمير، لذلك ومن أجل الحصول على هذه الرخصة لا بد على المعني احترام الشروط المحددة قانوناً وفي المقابل التزام الإدارة بالإجراءات اللازمة لإصدارها، وستعرض أولاً لمفهوم رخصة البناء (المطلب الأول)، ثم في المطلب الثاني سنتطرق لإجراءات إصدار القرار المتعلق برخصة البناء (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم رخصة البناء

رخصة البناء إجراء ضروري مسبق، يسلم لتشييد بناء وبدونها لا يمكن القيام بأي عمل من أعمال البناء، كما أنها إجراء ضروري لرقابة حركة البناء والتوسيع العمراني. وفي غياب تعريف تشريعي لرخصة البناء حيث تعرض المشرع لأحكامها سنحاول إعطاء تعريف لهذه الرخصة (الفرع الأول)، ثم سنتطرق لخصائص رخصة البناء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التعريف برخصة البناء

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون التعمير ولا في القوانين الأخرى رخصة البناء، بل اكتفى في المادة ٥٢ من القانون رقم ٢٩٩ بالنص على أنها رخصة تشترط في حالة تشييد بنايات جديدة مهما كان استعمالها، ولتتمديد بنايات الموجودة وتغيير البناء الذي يمسّ الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية وإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج، وهو المحتوى الذي نصت عليه المادة ٤ من المرسوم التنفيذي رقم ١٩١ التي جاء فيها: "يشترط كل تشييد لبنانية أو تحويل لبنانية تتضمن أشغالها تغيير مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال أو الواجهة والهيكل الحامل للبنانية والشبكات المشتركة العابرة للملكية على حيازة رخصة البناء....."

فمن خلال محتوى المادتين يتبين لنا بأن رخصة البناء وثيقة إدارية تسلم على شكل قرار إداري لكل شخص طبيعي أو معنوي متحصّل على ملكية أرض يريد إنجاز بناء جديد أو تغيير بناء موجود شريطة تقديم ملف كامل مدعم بكل النسخ التي تثبت الصفة.

وقد عرف الأستاذ الدكتور "عزري الزين" رخصة البناء بأنها القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص (طبيعيا أو معنويا) بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران<sup>1</sup>.

ولم يعف المشرع الجزائري من رخصة البناء سوى بنايات المتعلقة بالدفاع الوطني والتي تحمي بالسرية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص رخصة البناء

تتميز رخصة البناء ببعض الخصوصيات التي تميزها على الوثائق الأخرى:

- ١ - رخصة البناء قرار إداري مسبق فهي إجراء ضروري يسلم لتشييد بناء وبدونه لا يمكن البناء، وهو ما تؤكده المادة ٥ من القانون رقم ١٩٠ التي جاء فيها "يمنع القيام بتشديد أي بناية...دون الحصول المسبق على رخصة البناء...".
- ٢ - رخصة البناء قرار إداري انفرادي يصدر من جهات إدارية محددة قانونا في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير.
- ٣ - رخصة البناء مرتبطة بملكية العقار وهو ما أكدته المادة ٥ من القانون رقم ٢٩٩ التي نصت على ما يلي: "حق البناء مرتبط بملكية الأرض..... ويخضع لرخصة البناء.....".

<sup>1</sup> - عزري الزين، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان، ٢٠٠٥، ص ٤٠٤.

<sup>2</sup> - المادة ٥٣ من القانون ٢٩/٩٠، المؤرخ في ٠١ ديسمبر ١٩٩٠ المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد ٥٢، سنة ١٩٩٠.

### المطلب الثاني : إجراءات الحصول على رخصة البناء

تعتبر الإجراءات القانونية بطلب رخصة البناء الخطوة الأساسية التي يجب مراعاتها، لأن اتباع إجراءات معينة تضمن الرقابة الفعالة عن حركة البناء، فعلى المعني بالأمر تقديم طلب إلى الجهة المختصة (الفرع الأول) التي تقوم بفحص الطلب والتحقق فيه (الفرع الثاني)، ثم تقوم فيما بعد بإصدار قرار بشأن الطلب (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: طلب رخصة البناء

يقدم طلب رخصة البناء من قبل المالك أو الوكيل الذي يجب أن تتوفر لديه شروط خاصة، وضرورة تحضير ملف يحتوي على بعض المستندات والبيانات.

### أولاً : الشروط الخاصة بطلب رخصة البناء

حسب المادة ٤ من المرسوم التنفيذي رقم ١٩١ طلب رخصة البناء يجب أن يقدمه:

\* المالك الذي يملك القطعة الأرضية المراد البناء عليها بمقتضى عقد رسمي للملكية أو نسخة من شهادة الحيازة مسجلين ومشهرين لدى محافظة الشهر العقاري، والذي يجب أن تثبت هذه الصفة بعقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة حسب الحالة على النحو المنصوص عليه في القانون رقم ٢٥٩ المؤرخ في ١٨ نوفمبر ١٩٩٩ المتضمن القانون العقاري.

\* الوكيل وهو الشخص الذي يفوضه المالك الأصلي للقيام بطلب رخصة البناء لحسابه وباسمه ، الذي يجب أن يقدم توكيلاً طبقاً لأحكام القانون المدني يكون في شكل رسمي طبقاً لأحكام المادة ٣٢ من التقنين المدني الجزائري.

\* المستأجر المرخص له حيث يسمح القانون للمستأجر بالحصول على رخصة البناء ويتعلق الأمر بالأعمال الضرورية للعين المؤجرة.

\* الهيئة المخصص لها قطعة الأرض أو البناية، والتي يجب أن تقدم نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البناية.

\* كما يمكن للشخص المعنوي أن يقدم ملف طلب رخصة البناء، وذلك بتقديم نسخة من القانون الأساسي .

\* صاحب حق الامتياز : يحق له حسب المادة ٥ من القانون رقم ٠٢٩٧ المؤرخ في ١٩٩٧ المتضمن قانون المالية لسنة ١٩٩٨ الحصول على رخصة البناء طبقاً للتشريع الساري المفعول<sup>١</sup>.

### ثانياً: مضمون الطلب

بالإضافة إلى الوثائق التي تثبت صفة المالك التي نصت عليها المادة ٤ من المرسوم التنفيذي رقم ١٩١ ، يشمل الملف بعض الوثائق الخاصة بالبناء والتي يتولى تقديمها طالب رخصة البناء ويتعلق الأمر بالملف الإداري، الملف المتعلق بالهندسة المعمارية والملف التقني<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> المادة ٥١ من القانون ٠٢/٩٧، المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٩٧ المتضمن قانون المالية لسنة ١٩٩٨، ج ر عدد ٨٩، سنة ١٩٩٧.

### الفرع الثاني : التحقيق في طلب رخصة التجزئة

بعد إيداع ملف طلب رخصة البناء لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه، يقوم هذا الأخير بإرساله إلى الجهة المختصة في التحقيق في طلب رخصة البناء للتحقيق فيه ثم تقوم هذه الأخيرة بدورها بإرسال الطلب إلى الهيئات المحددة في القانون لاستشارتها حول طلب رخصة البناء.

#### أولاً : مضمون التحقيق في طلب رخصة البناء

تنص المادة ٤٦ من المرسوم التنفيذي رقم ١٩١ على أنه: " يتناول تحضير الطلب مدى مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي، أو في حالة انعدام ذلك، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وأو للتعليمات المنصوص عليها تطبيقاً للأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير.

وينبغي أن يراعي التحضير موقع البناية أو البنايات المبرمجة ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها وحجمها ومظهرها العام، وتناسقها مع المكان، اعتباراً لتوجيهات التعمير والخدمات الإدارية المختلفة المطبقة على الموقع المعني، وكذا التجهيزات العمومية والخاصة الموجودة أو المبرمجة.

كما يجب أن يراعي التحضير مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الأمن والنظافة والبناء والفن الجمالي وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي".

تم دراسة الملف من طرف الشباك الوحيد للبلدية، وذلك عندما يكون إصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>2</sup>.

وعندما يكون إصدار رخصة البناء من اختصاص الوالي أو الوزير المكلفة بالتعمير، يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي ملف الطلب مرفقاً برأي مصالح التعمير التابعة للبلدية في سبع نسخ إلى مصلحة الدولة المكلفة بالعمران قصد إبداء رأي مطابق وذلك في أجل الثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الطلب، ويتم تحضير الملف من طرف الشباك الوحيد للولاية.

#### ثانياً : المصالح المستشارة أثناء التحقيق

تجمع المصلحة المختصة المكلفة بتحضير طلب رخصة البناء لكي تفصل باسم السلطة المختصة، الاتفاقات والآراء طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

وتقوم باستشارة الشخصيات العمومية والمصالح المعنية بالمشروع والتي يجب أن تصدر رداً في أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ استلام طلب إبداء الرأي، وإذا لم تصدر رداً في هذه المدة تعد كأنها أصدرت أمراً بالموافقة، وهذا بعد تذكير مدته ثمانية وأربعين ساعة بالنسبة للمشاريع الصناعية المستقبلية للجمهور والمشاريع التي تراعى فيها ضوابط الأمن بالدرجة الأولى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة ٤٣ من المرسوم التنفيذي ١٩/١٥، مؤرخ في ٤ ربيع الثاني عام ١٤٣٦ الموافق ٢٥ يناير ٢٠١٥، يحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد ٠٧، المؤرخة في ١٢ فبراير ٢٠١٥.

<sup>2</sup> المادة ٤٨ من المرسوم التنفيذي ١٩/١٥.

<sup>3</sup> المادة ٤٧ من المرسوم التنفيذي ١٩/١٥.

### الفرع الثالث: إصدار القرار

بعد الانتهاء من دراسة الطلب والتحقيق فيه من الجهات المختصة بالتحقيق، فإنه يتعين على الإدارة أن تصدر قرارها بشأن الطلب، فقد يكون بالموافقة على الطلب إذا توفرت الشروط المطلوبة وقد يكون إصدار القرار بالرفض إذا لم تتوفر الشروط القانونية أو حالة عدم توافق الطلب لمخطط شغل الأراضي أو الأحكام العامة للتهيئة والتعمير، كما يمكن أن يكون طلب رخصة البناء محل تأجيل نتيجة اعتبارات تتعلق بتحضير المخططات العمرانية أو تغيير مرتقب في القواعد القانونية المتعلقة بالتعمير أو بداية إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية<sup>1</sup>.

#### أولاً: الجهة المختصة بمنح رخصة البناء

بين المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم ١٩١٥ الجهات المختصة بإصدار قرار رخصة البناء، وذلك في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي كصاحب اختصاص أصيل، بالإضافة إلى الوالي والوزير المكلف بالتعمير في حالات محددة قانوناً.

#### \* اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي

يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم رخصة البناء باعتباره ممثلاً للبلدية، إذا كانت الأشغال والبنائات توجد في قطاع مغطى بمخطط شغل الأراضي، أما في حالة غياب مخطط شغل الأراضي فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يصدر قرار رخصة البناء باعتباره ممثلاً للدولة بعد الإطلاع على الرأي الموافق للوالي، وهو ما نصت عليه المادة ٢٦٥ من القانون رقم ٢٩٩٠ التي جاء فيها: "تسلم رخصة التجزئة أو رخصة البناء من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي... ممثلاً للدولة في حالة غياب مخطط شغل الأراضي بعد الإطلاع على الرأي الموافق للوالي".

#### \* اختصاص الوالي والوزير المكلف بالتعمير

استثناء على مبدأ اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي بإصدار القرارات المتعلقة بإصدار قرارات التعمير اسند الاختصاص في ذلك إلى كل من الوالي والوزير المكلف بالتعمير في حالات محددة قانوناً.

طبقاً لنص المادة ٢٦٦ من القانون ٢٩٩٠ المتعلق بالتهيئة والتعمير يختص الوالي بإصدار القرار المتعلق برخصة البناء في حالات محددة تتمثل فيما يلي:

\* البنائات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهياكلها العمومية.

\* منشآت الإنتاج والنقل وتوزيع وتخزين الطاقة وكذلك المواد الإستراتيجية.

\* اقتطاعات الأرض والبنائات الواقعة في السواحل والأقاليم ذات الميزة الطبيعية والثقافية البارزة والأراضي الفلاحية ذات المردود الفلاحي العالي أو الجيد والتي لا يحكمها مخطط شغل الأراضي.

<sup>1</sup> عيسى مهزول، صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، جوسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٢٨.

ولقد جاء المرسوم التنفيذي رقم ١٩١٥ المتعلق بكيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها بالجديد مقارنة بما كان في المرسوم السابق ١٧/٣١ الملغى بموجبه ، فيما يتعلق باختصاصات الوالي في إصدار قرارات التعمير، حيث أضاف في هذا الصدد حالات جديدة في نص المادة ٤ منه، ويتعلق الأمر بالمشاريع التالية:

\* التجهيزات العمومية أو الخاصة ذات منفعة محلية.

\* مشاريع السكنات الجماعية التي يفوق عدد سكانها 20 وحدة سكنية ويقل عن ٦٠ وحدة سكنية.

ويختص الوزير المكلف بالتعمير بمنح رخصة البناء، كلما تعلق الأمر بالمشاريع ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية وذلك بعد أخذ رأي الوالي أو الولاية المعنيين.

ثانيا: تبليغ قرار منح رخصة البناء

طبقا لنص المادة ٥ من المرسوم التنفيذي رقم ١٩١٥ تبلغ السلطة المختصة المقرر المتعلق بطلب رخصة البناء مرفقا بنسخة من الملف إلى صاحب الطلب وإلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، كما توضع نسخة من هذا القرار تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي، وهذا بغية الاطلاع على الوثائق البيانية لملف الطالب وتحفظ السلطة التي سلمت رخصة البناء بنسخة واحدة من المقرر.

ويتم الحفاظ على نسخة المقرر الملصقة بمقر المجلس الشعبي البلدي لمدة سنة وشهر واحد، ذلك حتى يتسنى لكل شخص معني بالاطلاع على الوثائق البيانية لملف الطلب وذلك إلى غاية انقضاء هذه المدة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رخصة البناء تعتبر لاغية إذا لم يستكمل البناء في الأجل المحددة في القرار المتضمن رخصة البناء، وهو ما تؤكدته المادة ٢٦ من القانون رقم ١٥٠<sup>١</sup>، التي جاء فيها: "تصبح رخصة البناء غير صالحة إذا لم يشرع في البناء في أجل سنة ابتداء من تاريخ تسليمها"، وأنه يصبح تقديم طلب جديد لرخصة البناء إجباريا ولكن دون إتباع نفس الإجراءات إلا في حالة تطور إجراءات التهيئة والتعمير وتوجيهها باتجاه مخالف لهذا التجديد.

المبحث الثاني: علاقة رخصة البناء بالنظام العام العمراني

يلاحظ من خلال ما سبق أن قانون العمران يخضع تحضير وتسليم رخصة البناء إلى مقاييس متعلقة بالحفاظ على النظام العام العمراني، فقد تم تكريس علاقة رخصة البناء بالنظام العام بشكل واضح من خلال قانون ٢٩٩ ومراسمه التنفيذية التي بينت المعادلة بين هذه الرخصة وحماية النظام العام.

وستتناول في هذا المبحث مفهوم النظام العام العمراني (المطلب الأول)، ومدى تجسيد فكرة النظام العام العمراني في قوانين التهيئة والتعمير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم النظام العام العمراني

يعتبر النظام العام العمراني عنصرا من عناصر النظام العام بمفهومه التقليدي الذي يعني مجموعة من القواعد التي تهدف الدولة من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة العمرانية، ولتحديد هذا المفهوم بمعنى أوضح سنتطرق لتعريف النظام العام العمراني (الفرع الأول)، ثم مجالات النظام العام العمراني (الفرع الثاني).

<sup>١</sup> - القانون ١٥/٠٨، مؤرخ في ١٤ رجب ١٤٢٩، الموافق ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج ر عدد ٤٤، المؤرخة في ٠٣ أوت ٢٠٠٨.

## الفرع الأول: تعريف النظام العام العمراني

يقصد بقواعد النظام العام في مجال التعمير مجموعة القواعد التي تعتبر قيودا على الحق في بناء سكن حيث يجب ترشيد استعمال المساحات العقارية للبناء وألا يكون ذلك على حساب النشاطات الفلاحية والمساحات الحساسة والمواقع والمناظر ومن هذا القبيل اشترط القانون الإطار للعمران في الجزائر القانون<sup>١</sup> ٢٩٩ المعدل والمتمم بالقانون<sup>٢</sup> ٤٠٥ المؤرخ في ١ أوت ٢٠٠٠ المتعلق بالتهيئة والتعمير<sup>٣</sup>، ألا يكون ضارا بالاقتصاد الحضري وأن لا يخل بالتوازنات البيئية، وأن تكون متلائمة مع حماية المعالم الأثرية والتاريخية والثقافية، وأن يكون غير معرض للكوارث الطبيعية طبقا لنص المادة<sup>٤</sup> المعدلة والمتممة<sup>٥</sup>.

وعليه فإن النظام العام في مجال التعمير وكغيره من الميادين الأخرى يمثل مجموعة من القيود والتوجهات، ومن ثم فإن انتهاك هذه قواعد يولد المسؤولية الجزائية للمخالفين باعتبارها جرائم يعاقب عليها بنص خاص ولاعبارها قواعد قانونية من النظام العام وجوهرية مقترنة بجزاء ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية تعلوا على المصالح الفردية<sup>٦</sup>.

## الفرع الثاني: مجالات النظام العام العمراني

بالإضافة إلى الأبعاد التقليدية للنظام العام والمتمثلة في أساسا في المحافظة على الأمن العام والصحة العمومية، فإنه ومن خلال تفحص نصوص قوانين التعمير يمكن استخلاص أهم العناصر، والأهداف المرتبطة أساسا بالنظام العام العمراني، والتي لا يمكن حصرها نظرا لاتساع مفهوم النظام العام العمراني فيما يلي:

١- النظام العام الجمالي: حيث يجب أن تسعى كل عملية تجديد عمراني إلى جمال الإطار المبني وتحسين راحة المستعملين وكذا مطابقته للمعايير العمرانية السارية<sup>٧</sup>، وكذا أن يؤخذ في الحسبان الانسجام المعماري والعمراني والطابع الجمالي بالنسبة للمجموعة العقارية الأصلية عند تصميم البناية أو البنايات التي تكون موضوع عملية توسيع مشروع عقاري<sup>٨</sup>، لأنه من أهم أهداف قواعد التهيئة والتعمير المحافظة على المظهر الجمالي للشوارع والتنظيم والتنسيق في الأحياء.

٢- النظام العام البيئي: حيث نصّت المادة<sup>٩</sup> ٠ من القانون<sup>١٠</sup> ٢٩٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير على أن هذا القانون يهدف هو الآخر إلى إصدار القواعد العامة التي تهدف إلى تنظيم إنتاج الأراضي للتعمير، وتكوين و تعمير المباني في إطار تسيير مقتصد للأراضي والتوازن بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة والمحافظة على البيئة والأوساط الطبيعية.

٣- النظام العام الثقافي والحضاري: ويتمثل في الحفاظ على الطابع التاريخ الذي يعكس الخصوصية الحضارية للمجتمع، وهذا ما أكدته مواد قانون التهيئة والتعمير ومرسومه التنفيذي<sup>١١</sup> ١٩١.

<sup>١</sup> - القانون رقم ٠٥/٠٤ المؤرخ في ٢٧ جمادى الثانية عام ١٤٢٥ الموافق ١٤ غشت ٢٠٠٤، المعدل والمتمم للقانون ٢٩/٩٠ المتضمن قانون التهيئة والتعمير.

<sup>٢</sup> - عليان بوزيان، النظام العام العمراني في ظل قانون الترقية العقارية 04/11، مداخلة مقدمة للمشاركة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية، واقع وأفاق، يومي ٢٧ و٢٨ فيفري ٢٠١٢، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

<sup>٣</sup> - Projet de glossaire de l'urbanisme, assises nationales de l'urbanisme, direction de l'urbanisme, direction générale de l'urbanisme et de l'architecteur, ministre de l'habitat de de l'urbanisme, juin, 2001, p 04.

<sup>٤</sup> - المادة ٠٨ من القانون ٠٤/١١، مؤرخ في ١٤ ربيع الأول ١٤٣٢، الموافق ١٧ فبراير ٢٠١١، يحدد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية، ج ر عدد ١٤، المؤرخة ٠٦ مارس ٢٠١١.

<sup>٥</sup> - المادة ١٠ من القانون ٠٤/١١.

وبالرجوع للمادة ٠٧ من المرسوم التنفيذي رقم ١٧/٩<sup>١</sup>، نجدها نصت على أنه: " إذا كانت البناءات من طبيعتها أن تخل بالمحافظة على المكان أو بإصلاحه أو كذا بالآثار التاريخية يمكن رفض رخصة البناء أو تقييد منحها باحترام الأحكام الخاصة حسب الشروط التي نص عليها التشريع والتنظيم المطبقين".

أما المادة ٠٢ من القانون رقم ٠٩٠ فنصت على أنه: " لا تكون قابلة للبناء إلا القطع الأرضية التي تكون في الحدود المتلائمة مع ضرورة حماية المعالم الأثرية والثقافية".

٤\_ السكنية العامة والطمأنينة: يمكن القول هنا أنه من بين الاعتبارات التي يجب أن تؤخذ في الحسبان عند أي عملية عمرانية المحافظة طمأنينة السكان وهدوء المكان، حيث أكدت المادة ٠١ من المرسوم التنفيذي ١٧/٩ على أنه يمكن رفض منح رخصة البناء لسكن في حالات محددة حددتها المادة نظرا لمتطلبات الحفاظ على الأمن والسكنية والطمأنينة.

### المطلب الثاني: إعمال فكرة النظام العام في قانون التهيئة والتعمير

يقوم قانون التهيئة والتعمير على فكرة مؤداها أن البناء والتصرف في الملكية العقارية يعد مظهرا وشكلا لحق الملكية المكرس دستورا، ومن ثمة فإن القيود التي ترد على هذا الحق هي تلك الناجمة والنتيجة عن ضرورات المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام العمراني، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال دراسة أهمية قانون التهيئة والتعمير في حماية النظام العام العمراني (الفرع الأول)، وبالخصوص إلى دور رخصة البناء كأهم الآليات لحماية النظام العام العمراني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أهمية قانون التهيئة والتعمير في حماية النظام العام العمراني

يرتبط موضوع التهيئة والتعمير بموضوع قانوني هام هو الضبط الإداري في مجال البناء والتعمير، حيث تظهر أهميته خاصة بالنظر لتعلقه واتصاله بحق وحرية المالك أو الحائز في استعمال الأرض المملوكة أو الحائز لها ومن جهة أخرى لاتصاله بالنظام العام العمراني بكل أبعاده والمحافظة عليه، باعتباره شرطا ضروريا ولإلزاما لإجراء كل ما يتصل بعمليات البناء، وهذا ما جعل الدولة تتمثل في هيئات الضبط الإداري تتدخل في مجال البناء والتعمير لتنظيم كل الممارسات للحقوق والنشاطات ذات الصلة بالتهيئة والتعمير وذلك من خلال القانون ٢٩٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير الذي من خلاله تبنى المشرع توجه جديد للتحكم أكثر في قواعد التهيئة والتعمير ووضع حد للبناء الفوضوي والاستعمال اللاعقلاني للأراضي<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس كان لا بد من تنظيم حركة العمران من خلال التوفيق بين الحق في ممارسة مختلف الأنشطة المتعلقة بالتعمير والمصلحة الخاصة كحق مضمون، والنظام العام العمراني الذي يقتضي المحافظة على النظام العام، وكذا ضرورة مراعاة التنسيق العام في التعمير والمظهر الجمالي للمدينة<sup>3</sup>.

<sup>١</sup> المرسوم التنفيذي رقم ١٧٥/٩١، مؤرخ في ١٤ ذي القعدة عام ١٤١١ الموافق ٢٨ مايو ١٩٩١، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

<sup>٢</sup> ليلي رزوقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٣٤٦.

<sup>٣</sup> عزري الزين، تنظيم النشاط العمراني، تشريعا وقضاء في الجزائر، مداخلة مقدمة للمشاركة في الملتقى الدولي حول التسيير العقاري، يوم ١٠ و١١ جوان ٢٠٠٨، وزارة السكن والعمران.

وباعتبار أن الضبط الإداري إجمالاً ومنه العمراني يتميز بالانفراد فإن السلطة المختصة تمارسه من خلال إصدار القرارات الإدارية سواء في الحالة العادية التي تتخذ فيها هذه القرارات صور الرخص والشهادات العمرانية، أو قرارات إدارية بالهدم في حال الاستعجال لمواجهة وضعية البناء التي تهدد حياة الأفراد.

إن الملاحظة الدقيقة لقواعد العمران تبرز أنها قواعد رديئة كفيلاً بأن تحقق التوازن بين المصالح الخاصة للأفراد من خلال مختلف أعمال البناء وبين المصلحة العامة العمرانية بمقتضياتها، ويكمن دور الإدارة في التدخل لتحقيق ذلك من خلال فرض تراخيص إدارية تحترم قواعد العمران وهي القرارات المتعلقة بالبناء أو الهدم أو التجزئة أو غيرها، وإذا كان المشرع قد أخضع جميع الأنشطة العمرانية لضرورة الحصول على تراخيص أو شهادات إدارية فإن من حق الأفراد الحصول على القرارات المتعلقة بها وعلى الإدارة أن تقوم بواجبها اتجاه مختلف الطلبات في هذا الشأن وعلى اعتبار أن إفادة المالكين من مختلف التراخيص والشهادات الإدارية من عدمه فيه تأثير على مصالحهم الخاصة مما يجعل الإدارة ملزمة باحترام كافة الإجراءات الخاصة بإصدار هذه القرارات تحقيقاً للموازنة بين المصلحة الخاصة للأفراد والمصلحة العامة العمرانية<sup>1</sup>.

فلههدف من قواعد التعمير هو حماية المنافع والمصالح العامة، ليكون التوسع العمراني في الإتجاه المناسب ودون التضحية بالمناطق الخضراء ومع تشجيع طرق العمارة البيئية.

وقد نصّ القانون 29/90 أيضاً على شهادات ورخص مسبقة أهمها رخصة البناء والتي تمكن الإدارة من الاضطلاع بمهمتها الرقابية وكذا الإشراف والتوجيه والإعلام بالوضعيات القانونية والإدارية للعقارات المعنية، كما أنه لا بد من الحصول عليها قبل الشروع في أي بناء أو إحداث تغيير أو هدمه، وضبطت إجراءاتها وكيفية الحصول عليها بالمرسوم التنفيذي ١٧/٩١ المحدد لكيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، والملغى بموجب المرسوم التنفيذي ١٩١٥ والذي يتضمن كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها.

وبالموازاة مع ذلك فقد فرضت الحكومة الجزائرية جملة من القيود على تشييد البناء، حيث أن أي بناء في محيط عمراني أو منطقة عمرانية جديدة يجب أن يستجيب لمجموعة من المقاييس والقواعد التقنية المحددة مسبقاً من قبل المشرع مضبوطة بقواعد تنظيمية، وفي ذات الإطار فإن أي توسع في التجمعات السكنية أو إنشاء المدن الجديدة يكون وفقاً لمخططات تقنية تسهر عليها الجهات الإدارية، وهذا للمحافظة على المحيط وعناصره الطبيعية ومن أجل مكافحة البناء الفوضوي، وما يصاحبه من أخطار ومن أجل تحسين الوجه الجمالي للمدن والتجمعات السكنية الحضرية.

### الفرع الثاني: دور رخصة البناء في المحافظة على النظام العام العمراني

إن فرض نظام التراخيص في عمليات البناء يهدف أساساً إلى التحقق من عدم التعارض بين المباني المزمع إقامتها ومتطلبات المصلحة العامة التي ينظمها قانون التهيئة والتعمير، لاسيما نظام المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، فقد تدخل المشرع الجزائري بوضع قواعد قانونية عامة وتفصيلية تنظم مجال تدخل كل من السلطة الإدارية ومالكي العقارات في مجال إقامة وتشييد البناء وذلك عبر أداة رخصة البناء بغرض ضبط وفرض سياسات

<sup>1</sup> - عزري الزين، دور القاضي في منازعات تراخيص البناء والهدم، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالتعمير، منشورات الساحل، الج ٢، ٢٠٠٨، ص ٢٥.

معينة متناسقة للبناء والتعمير، والتي أوضحت من الوسائل الرئيسية لاحترام قواعد التنظيم العمراني والمحافظة على الطابع الجمالي والحضاري للهدن ومنعا للهدايات الفوضوية والعشوائية التي تؤثر في رونق الجمالي والجانب الصحي والاجتماعي للتجمعات السكنية<sup>1</sup>.

فالهدف من وراء إصدار القرار المتعلق برخصة البناء فرض الرقابة القبلية على كل عملية إنجاز بناء جديد أو إدخال تعديلات على بناية قديمة طبقا لقواعد وأدوات التعمير ما عدا تلك المحمية بسرية الدفاع، حيث تسمح رخصة البناء للسلطات الإدارية بفرض سيطرتها على احترام ضوابط وقواعد البناء، والقواعد الصحية وغيرها من على الراغبين في تشييد مباني فوق أراضيهم، أو ترميم أو إصلاح البنايات القائمة ومن ثمة مراقبة التطور العمراني وتجنب البناء العشوائية التي تعتبر من أهم الظواهر التي تهدد المدن والقرى.

وتساهم رخصة البناء بشكل إيجابي في حماية البيئة من انعكاسات التوسع العمراني من خلال تقييد مشاريع البناء بمعطيات بيئية خاصة ومن خلال تقييد إجراءات الحصول على الرخصة بدراسات بيئية مسبقة<sup>2</sup>، وذلك من خلال إرفاق ملف رخصة البناء بمذكرة تبين نوع المواد السائلة، الصلبة والغازية المضرة بالصحة العمومية بالنسبة للبيانات ذات الاستعمال الصناعي وكذلك دراسة مدى التأثير في البيئة بهدف معرفة وتقدير الانعكاسات المباشرة وغير مباشرة للمشاريع على التوازن البيئي.

وبالرجوع للمادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي ١٧/٩١ المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء نجد أنها أكدت أنه إذا كانت البنايات من طبيعتها أن تمس بالسلامة أو الأمن العمومي من جراء موقعها أو حجمها أو استعمالها يمكن رفض منح رخصة البناء من أجل البناء أو منحه شريطة احترام البيئة والإنسان والمحيط الذي يعيش فيه<sup>3</sup>.

ومن هنا نصل أن المشرع الجزائري على رخصة البناء كآلية للرقابة المسبقة فلا يجوز القيام بأعمال البناء أو التعديل أو التغيير بدون الحصول عليها، كما تشدد المشرع في إجراءات منحها كدراسة الملف من الجهة المختصة ومنحها بوجود توفر الشروط المحددة في القانون، بالإضافة إلى منح السلطة التقديرية للهيئات المختصة لمنح أو رفض منحها لمن طلبها في حالة عدم توفر الشروط التقنية والقانونية المطلوبة فكل هذه القيود المذكورة لمنح رخصة البناء تدل على أن لها بعدا مرتبط بالأساس بحماية النظام العام العمراني.

### الخاتمة

من خلال هذه الدراسة الموجزة نصل إلى أن هناك ارتباط وثيق بين رخصة البناء كآلية للرقابة وأهميتها في الحفاظ على العقار باعتبار له وزن في الاقتصاد الوطني و الاجتماعي والحفاظ على الجانب الفني والجمالي للبنايات، حيث لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه رخصة البناء باعتبارها من أبرز الرخص العمرانية في مجال التنظيم العمراني والتوفيق بين حرية التصرف في الملكية العقارية والمحافظة على المصلحة العامة العمرانية بمختلف أبعادها، و عليه نقترح ما يلي :

<sup>1</sup> - مباركي ميلود، التدابير الوقائية والردعية للأعمال المخالفة لقواعد منح رخص البناء، مداخلة مقدمة للمشاركة في الملتقى الوطني الأول المنظم من طرف مخبر القانون العقاري والبيئة حول تأثير الرخص العمرانية على البيئة، يومي ١٥ و ١٦ ماي ٢٠١٣، جامعة مستغانم.

<sup>2</sup> - بناصر يوسف، رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، العدد ٠٠، جامعة الجزائر، ١٩٩٣، ص ٨٣٣.

<sup>3</sup> - الأمر الذي أكدته المادة ٠٥ من نفس المرسوم التنفيذي ١٧٥/٩١ الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير.

- ١ - رفع الإجراءات البيروقراطية الموجودة على ارض الواقع في الحصول عليها من أجل مراقبة أكثر جدية و فعالية للبناءات الموجودة في كل منطقة من البلديات الوطنية
- ٢ - تقليص آجال الحصول على رخصة البناء من أجل تسهيل انطلاق المشاريع الاستثمارية العالقة بسببها .
- ٣ - تفعيل الرقابة البعدية للبناء من أجل مراقبة مدى احترام صاحبها لما جاء في مخططات البناء حتى لا يتم تشويه النظام العام الجمالي للمدن .
- ٤ - تفعيل دور شرطة العمران و حماية البيئة في مراقبة البناءات الفوضوية التي تتم دون الحصول على رخصة البناء و التي تشوه النظام العام الجمالي، وتتعدى على المناطق المحميّة و مناطق التوسّع السياحي .

#### قائمة المصادر والمراجع:

- ١ - بناصر يوسف / رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، العدد ٠، جامعة الجزائر، ١٩٩٣ .
- ٢ - عزري الزّين / النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان، ٢٠٠٥ .
- ٣ - عزري الزّين / تنظيم النشاط العمراني، تشريعا وقضاء في الجزائر، مداخلة مقدمة للمشاركة في المنتدى الدولي حول التسيير العقاري، يومي ١ و ١٠ جوان ٢٠٠٥، وزارة السكن والعمران .
- ٤ - عزري الزّين / دور القاضي في منازعات تراخيص البناء والهدم، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالتعمير، منشورات الساحل، الجزائر، ٢٠٠٥ .
- ٥ - عيسى مهزول / صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٠ .
- ٦ - عليان بوزيان / النظام العام العمراني في ظل قانون الترقية العقارية 04/11، مداخلة مقدمة للمشاركة في المنتدى الوطني حول الترقية العقارية، واقع وأفاق، يومي ٢٧ و ٢٨ فيفري ٢٠١١، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة .
- ٧ - مباركي ميلود / التدابير الوقائية والردعية للأعمال المخالفة لقواعد منح رخص البناء، مداخلة مقدمة للمشاركة في المنتدى الوطني الأول المنظم من طرف مخبر القانون العقاري والبيئة حول تأثير الرخص العمرانية على البيئة، يومي ١٥ و ١٦ ماي ٢٠١١، جامعة مستغانم .
- ٨ - ليلي رزوقي وعمر حمدي باشا / المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٠ .
- ٩ - القانون ٢٩٩ المؤرخ في ٠١ ديسمبر ١٩٩٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد ٥٢، سنة ١٩٩٩ .
- ١٠ - القانون ٢٩٧ المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٩٩ المتضمن قانون المالية لسنة ١٩٩٩، ج ر عدد ٨٩، سنة ١٩٩٩ .
- ١١ - القانون ١٥٠٨ مؤرخ في ١٤ رجب ١٤٢٢، الموافق ٢ يوليو ٢٠٠٥، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر عدد ٤٤، المؤرخة في ٠٣ أوك ٢٠٠٥ .

١٢ - القانون ٠٤١، مؤرخ في ١٤ ربيع الأول ١٤٣١، الموافق ١٧ فبراير ٢٠١٠، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد ١، المؤرخة ٠٦ مارس ٢٠١٠.

١٣ - القانون رقم ٠٩٠ المؤرخ في ٢٧ جمادى الثانية عام ١٤٢٢ الموافق ١٤ غشت ٢٠٠٠، المعدل والمتمم للقانون ٢٩٩ المتضمن قانون التهيئة والتعمير.

١٤ - المرسوم التنفيذي ١٩١٥، مؤرخ في ٤ ربيع الثاني عام ١٤٣٣ الموافق ٢٥ يناير ٢٠١١، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد ٠٧، المؤرخة في ١٢ فبراير ٢٠١١.

١٥ - المرسوم التنفيذي رقم ١٧٩١، مؤرخ في ١ ذي القعدة عام ١٤٤١ الموافق ٢٨ مايو ١٩٩٩، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء

١٦ - Projet de glossaire de l'urbanisme, assises nationales de l'urbanisme, direction de l'urbanisme, direction générale de l'urbanisme et de l'architecteur, ministre de l'habitat de de l'urbanisme, juin, 2001.

## التحديات الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية:

### دراسة من منظور القانون الدولي للبحار

د/لعمامري عصاد، أستاذ محاضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر

#### ملخص:

بالرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 أكدت على حرية الملاحة في المضائق المستخدمة للملاحة الدولية، إلا أن إيران تهدد مرارا بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية كلما تعرضت لعقوبات دولية، مع العلم أن الإقدام على هذا الفعل يعد عملا غير مشروع في قواعد القانون الدولي، وبالتالي قد يبرر الإجراءات المضادة التي قد تتخذها الدول المتضررة من هذا الإغلاق ضد إيران، هذه الإجراءات التي ستكون لها، لا محالة، عواقب وخيمة على أطراف النزاع.

#### Résumé :

Bien que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 a affirmé la liberté de navigation dans les détroits servant à la navigation internationale, l'Etat Iranien menace d'une manière répétée de fermer le détroit d'Ormuz à la navigation internationale chaque fois qu'il est exposé à des sanctions internationales, sachant que la fermeture de ce détroit constitue un fait illicite en droit international, justifiant des contre-mesures qui peuvent être prises contre l'Iran par les Etats touchés par cette éventuelle fermeture. Ces mesures auront, inévitablement, des graves conséquences pour les parties au conflit.

## مقدمة

تزايد التهديدات الرسمية الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية، في حالة ما إذا أقدمت الدول الغربية، في إطار الضغوط الدولية الرامية إلى وضع حد للبرنامج النووي الإيراني، على فرض عقوبات تمس صادرات المحروقات الإيرانية، نظراً لما قد يترتب عنه من نتائج وخيمة على الاقتصاد الوطني الإيراني.

صاحب هذه التهديدات استعراضاً للقدرات العسكرية الإيرانية من خلال المناورات التي تجرّها بصفة منتظمة، خاصة تلك التي أجرتها مؤخراً في المضيق على بعد بضعة أميال بحرية من السفن الحربية الغربية الراسية في المنطقة لمحاربة "تنظيم الدولة الإسلامية"، في رسالة واضحة لهذه الدول حول القوة الدفاعية الإيرانية التي لا يمكن الاستهانة بها في حال أي اعتداء عليها.

كما تمكّنت إيران، بصفة نسبية، من خلال ما سبق أن توجّج الوضع الدولي، وهذا ما ظهر من خلال الارتفاع الملحوظ لأسعار النفط في الأسواق الدولية مباشرة بعد هذه التهديدات، ومن خلال ردود الفعل الدولية اللاحقة لها، إذ قررت السعودية إبرام صفقة مع الولايات المتحدة الأمريكية تتضمن شراءً<sup>٨</sup> طائرة مقاتلة من طراز "أف ١٥" وتحديث<sup>٧</sup> مقاتلة أخرى بقيمة 29,4 مليار دولار<sup>١</sup>، وتحدّت البحرية الأمريكية التهديدات الإيرانية بإرسالها لبارجتين تابعيتين للأسطول الخامس عبر المضيق، أما الصين فقد عمدت إلى إنشاء برنامج تخزين استراتيجي للنفط، يكفيها شهراً كاملاً من استهلاكها العام، وثلاثة أشهر للاستهلاك العسلوي<sup>2</sup>.

بالرغم من أن هناك من وصف التهديدات الإيرانية "بالجوفاء"<sup>3</sup>، إلا أن هذا الوصف لا تؤكده التصريحات الدولية الكثيرة المقابلة التي تباينت في مضمونها وحدّتها، فقد صرح المتحدث باسم وزيرة خارجية الاتحاد الأوروبي (Michael Mann) أن: "الاتحاد الأوروبي ينوي فرض سلسلة جديدة من العقوبات على إيران ولن نتخل عن هذه الفكرة"<sup>4</sup>. وقال مندوب خليجي لدى أوبك أنه: "إذا أغلقوا مضيق هرمز فهذا سيضر الصادرات الإيرانية وليس المنتجين الخليجيين فقط"<sup>5</sup>. أمّا المتحدث باسم وزارة خارجية فرنسا (Bernard Valero) فقد صرّح قائلاً: "ندعو السلطات الإيرانية لاحترام القانون الدولي وبشكل خاص حرية الملاحة في المياه الدولية والمضايق...مضيق هرمز هو مضيق دولي، ومن ثم فإن من حق كافة السفن بغض النظر عن جنسيتها العبور بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لعام 19٩٨ بشأن البحار والملاحة الدولية"<sup>6</sup>.

انطلاقاً من هذه التصريحات التي اخترناها، فإننا سنحاول من خلال هذه الدراسة البحث عن مدى حقيقة ومشروعية إمكانية إقدام إيران على إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية؟ وذلك بهدف معرفة الآثار القانونية التي

<sup>١</sup> - واشنطن: "صفقة بيع طائرات حربية للسعودية عنصر مهم في الأمن الإقليمي"، مقال منشور على الموقع الآتي:

[www.france24.com/ar/20111230](http://www.france24.com/ar/20111230)

<sup>٢</sup> - عز الدين سنقر، "إيران تدق طبول الحرب: من يستطيع إغلاق هرمز؟"، مجلة العرب الدولية، العدد ١٥٦٩، ٢٠١٢، ص ٢٥.

<sup>٣</sup> - راجع: برايان غيبسون، "تهديد إيران بغلق مضيق هرمز... مجرد خدعة؟ تهديد أجوف"، مجلة العرب الدولية، العدد ١٥٦٩، ٢٠١٢، ص ٣٠-٣١.

<sup>٤</sup> - أنظر: "إيران: إغلاق مضيق هرمز «يشبه شرب كأس من الماء»"، مقال منشور على الموقع الآتي:

<http://www.al-akhbar.com/node/28552>

<sup>٥</sup> - نقلاً عن الموقع الآتي: [www.sahmy.com/t227622-35.html](http://www.sahmy.com/t227622-35.html)

<sup>٦</sup> - أنظر: فداء أبو حسن، "تحذيرات غربية لإيران بشأن هرمز"، مقال منشور على الموقع الآتي: [www.palone.net/pnm/news](http://www.palone.net/pnm/news)

ستنجر عن هذا الإغلاق، خاصة وأن التصريحات الرسمية الصادرة عن أطراف النزاع، حول هذه الإشكالية، متعارضة إلى حد كبير.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا في بحثنا هذا منهجا تحليليا ارتكز على نقطتين أساسيتين هما:

أولاً: مدى جدية التهديدات الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية.

ثانياً: موقف القانون الدولي للبحار من إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية.

وقد تناولنا النقطة الأولى في نقطتين فرعيتين، إذ خصصنا النقطة الفرعية الأولى لتبيان قدرة إيران العسكرية لإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية<sup>(أ)</sup>، وفي النقطة الفرعية الثانية بياناً تداعيات إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية<sup>(ب)</sup>. ونفس التقسيم الثنائي اتبعناه في النقطة الثانية، إذ تناولنا في النقطة الفرعية الأولى النظام القانوني للمضايق البحرية في اتفاقية قانون البحار<sup>(أ)</sup>، وفي النقطة الفرعية الثانية طبقنا النظام القانوني للمضايق البحرية المقرر في اتفاقية قانون البحار على مضيق هرمز<sup>(ب)</sup>.

أولاً: مدى جدية التهديدات الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية

ومن المؤكد أن الاقتصاد الإيراني قد تضرر بشكل كبير من خلال العقوبات المفروضة على إيران بسبب برنامجها النووي، والمجتمع الدولي يكاد يعتاد التهديدات الإيرانية المتكررة بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية كلما تعرضت هذه الأخيرة لضغوطات دولية، إلا أن دول الخليج لا تخفي قلقها إزاء هذه التهديدات، وهذا ما يظهر من خلال الإجراءات الاحترازية التي تحاول اتخاذها، بالرغم من الموقف الأمريكي-الأوروبي الراض لإغلاق المضيق، والنوايا الأمريكية، الواضحة، بالتدخل عسكرياً لإعادة فتح المضيق في حال نفذت إيران تهديدها.

هذا التهديد المستبعد، على الأقل، في الوقت الراهن بسبب الاتفاق التاريخي الذي تم بين إيران والقوى الست الكبرى (مجموعة ١٤٥) حول برنامجها النووي في ٤/١٥/٢٠١٥، قد يتجدد مرة أخرى مع تجدد العقوبات على إيران التي تنتهج سياسة، إقليمية بالأخص، لا تستسيغها الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها لكونها، في نظرهم، تتعارض مع مصالحهم الإستراتيجية، وخير دليل على ذلك ما يحدث من توتر بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها، بضعة أسابيع فقط من دخول الاتفاق النووي حيز التنفيذ، بسبب إقدام إيران على تجربة سلسلة من الصواريخ الباليستية<sup>١</sup>.

إن الأهمية الإستراتيجية لمضيق هرمز تجعله بلا شك ورقة ضغط في يد إيران ستلجأ إليها، حتماً، كلما رأت أن مصالحها مهددة من الدول التي تعتبرها أعداء لها، إلا أن السؤال المطروح هل إيران جادة في تهديداتها بإغلاق المضيق أمام الملاحة الدولية؟

بالرغم من أن هذا السؤال يطرح باستمرار كلما هدّدت إيران بإغلاق المضيق، إلا أن الإجابة تتباين كلّ مرّة، ومع هذا فإننا نعتقد أن مدى جدية إيران في تنفيذ تهديدها يمكن أن يستشف من خلال القدرة العسكرية لإيران لإغلاق المضيق<sup>(أ)</sup> ومن تداعيات هذا الإغلاق<sup>(ب)</sup>.

<sup>١</sup> - راجع: « Essais de missiles en Iran : Washington veut des discussions lundi au Conseil de Sécurité », Article publié sur le site suivant : [www.algerie1.com/flash-dactu](http://www.algerie1.com/flash-dactu).

### (أ) قدرة إيران العسكرية لإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية

يثير هذا الموضوع جدلاً كبيراً بين المختصين، والتصريحات الرسمية الصادرة عن أطراف النزاع المحتمل متعارضة وتزيد من حدة هذا الجدل، فإيران تجزم بأنها قادرة على إغلاق المضيق، وهذا ما صرح به، مثلاً، قائد البحرية الإيرانية الأدميرال حبيب الله سياري قائلاً: "إغلاق المضيق يعتبر بالنسبة للقوات المسلحة الإيرانية أبسط من ارتشاف قذح من الماء"<sup>1</sup> وقال أيضاً: "الجميع يعرفون مدى أهمية مضيق هرمز واستراتيجيته، وهو تحت سيطرة الجمهورية الإسلامية الإيرانية بالكامل"<sup>2</sup>، وبدوره قائد الحرس الثوري الإيراني محمد علي جعفري يؤكد ذلك قائلاً بأن: "قوات الحرس الثوري مجهزة بأكثر الصواريخ تطوراً، وتستطيع أن توجه ضربات قاضية لسفن الأعداء وتجهيزاتهم البحرية"<sup>3</sup>.

بالمقابل، فإن الولايات المتحدة الأمريكية تؤكد على أنها لن تسمح بإغلاق المضيق، وهذا ما يتضح، مثلاً، من التصريح الذي أدلى به قائد الأسطول الأمريكي الخامس الأدميرال (William Gortyney) عندما اعتبر أن محاولة إيران إغلاق مضيق هرمز من "الأخطاء الجسيمة وسوء التقدير والعواقب"، وأضاف نائبه (Cosgrave Given) قائلاً: "أن الإيرانيين لن يغلقوا مضيق هرمز... كما أننا لن نسمح لهم بإغلاقه"<sup>4</sup>.

بالرغم من هذا الجدل، إلا أن هناك جملة من الوقائع التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، ومن بينها كون إيران أصبحت قوة إقليمية لا يمكن الاستهانة بها، نظراً لما تملكه من أسلحة ومعدات عسكرية متطورة، وأنها بلا شك أعدت نفسها لأسوأ الاحتمالات، وأنها زرعت عقيدة راسخة وروحا قتالية عالية لدى أفراد جيشها، بمختلف فروعها، لا يمكن تجاهل ما لهذا من دور فعال في حالة أية مواجهة عسكرية، بالإضافة إلى أن لها حلفاء تتقاطع مصالحها معهم حول الكثير من المواضيع ومن بينهم روسيا والصين، كما لها "أذرعاً" عسكرية خارجية كالحوثيين في اليمن وحزب الله في لبنان.

ولهذه الأسباب وغيرها، لا يجب الاستخفاف مطلقاً بقدرة إيران العسكرية للإقدام على محاولة إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية، خاصة وأن هناك بعض السوابق والدلائل الميدانية التي يمكن القياس عليها لتأكيد هذا الطرح، من بينها الدور الذي لعبته إيران في الحرب الأخيرة بين حزب الله وإسرائيل، وكذا الدعم الذي تقدمه للنظام السوري القائم لحد اليوم ومساندتها للحوثيين باليمن في مواجهتهم للتحالف العربي.

وإذا كانت إيران لا تضاهي الولايات المتحدة الأمريكية من حيث الإمكانيات العسكرية والقدرة الحربية، بصفة عامة، إلا أنه يصعب التكهن بالخسائر التي يمكن أن تتكبدها الولايات المتحدة الأمريكية إذا دخلت في مواجهة مباشرة مع إيران، كما حدث، مثلاً، في حربها على أفغانستان والعراق<sup>5</sup>؟

<sup>1</sup> - نقلاً عن : مركز الجزيرة للدراسات، "تقدير موقف إغلاق مضيق هرمز : خيارات دول الخليج"، مقال منشور على الموقع الآتي : <http://studies.aljazeera.net>، ص. ٢.

<sup>2</sup> - عز الدين سنيقرة، مرجع سابق، ص ٢٤.

<sup>3</sup> - نقلاً عن : عز الدين سنيقرة، "من يستطيع إغلاق مضيق هرمز؟ طبول الحرب"، مقال منشور على الموقع الآتي : <http://arb.majalla.com/2012/01/article55230723>

<sup>4</sup> - نقلاً عن: عز الدين سنيقرة، "من يستطيع إغلاق مضيق هرمز..."، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - أنظر: EUDELIN Hugues, « Le détroit d'Ormuz menacé par l'Iran », in : Revue Maritime N° 493, 2012, p. 92.

ومهما يكن، فإن إيران، بلا شك، قد أعدت كل الوسائل المتاحة لديها لتنفيذ تهديدها بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية، وهذا ما لم ينكره الجنرال (Dempsey Martin) رئيس هيئة الأركان المشتركة الأمريكية<sup>1</sup>، وإن كان قد أكد<sup>2</sup>، بالمقابل، أن بلاده اتخذت كل الوسائل المتاحة لإعادة فتح<sup>3</sup>.

#### (ب) تداعيات إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية

يعتبر بعض الكتاب إقدام إيران على تنفيذ تهديداتها بإغلاق المضيق "انتحارا"، وذلك في اعتقادهم لعدة أسباب يمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

- كون إيران تعتمد كثيرا على هذا الممر فهي تصدر عبره ما يقارب<sup>4</sup> 9% من نفطها<sup>4</sup>، وبالتالي فإن أي إغلاق للمضيق سيضر باقتصادها بشكل كبير، وستكون له عواقب وخيمة على علاقاتها الخارجية بالدول الحليفة وردود فعل داخلية قد تهدد نظام الحكم.

- كون إيران ستتمس بإغلاقها للمضيق بالمصالح الحيوية للعديد من الدول، فهي ستدخل، لا محالة، في مواجهة مباشرة مع هذه الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر أن مضيق هرمز "خط أحمر" وبالتالي ستطبق "مبدأ كارتر"<sup>5</sup>.

- كون إيران لن تحقق من إغلاقها للمضيق أية مكاسب، بل على العكس ستقحم جيشها في معركة خاسرة مسبقا، فهي إن استطاعت إغلاق المضيق فإنها لن تستطيع إغلاقه لفترة طويلة نظرا للترسانة العسكرية المتطورة جدا التي تملكها الدول التي ستواجهها، والتي يتواجد جزء منها في المنطقة وبالتالي فإن تدخلها سيكون سريعا وفعالاً.

- كون أن هذا الإغلاق لن يؤثر كثيرا، في نظرهم، على الاقتصاد العالمي، لأن الدول المتقدمة تملك خزانات تكفيها لتلبية احتياجاتها خلال هذه الفترة... الخ<sup>7</sup>.

وتوحي القراءة السطحية لهذه الأسباب أن إيران هي الخاسرة الوحيدة من هذا الإغلاق المحتمل للمضيق، وأنها لا تعي خطورة ما تهدد بالإقدام عليه! وهذا غير منطقي، لأن إيران واضحة منذ البداية من خلال تهديداتها أنها ستقوم بإغلاق

<sup>1</sup> - "رئيس هيئة الأركان المشتركة الأمريكية (Chairman of the Joint Chiefs of Staff): هو المرئب العسكري الأعلى في القوات المسلحة الأمريكية والمستشار العسكري الأول لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية ومجلس الأمن القومي الأمريكي ومجلس الأمن الداخلي الأمريكي ولوزارة الدفاع الأمريكية". نقلا عن: <https://ar.wikipedia.org>

<sup>2</sup> - أنظر: عز الدين سنيقرة، "إيمان تدق طبول الحرب..."، مرجع سابق، ص ٢٤.

<sup>3</sup> - ستعتمد إيران، إذا قررت تنفيذ تهديداتها بإغلاق مضيق هرمز، على عاملين أساسين؛ العامل العسكري، فالإيران العديد من الأسلحة والمعدات العسكرية المتطورة كالألغام، الصواريخ، الغواصات والزوارق السريعة المسلحة بالقذائف المضادة للسفن، بالإضافة إلى سلاح الجو؛ والعامل الطبيعي: المتمثل في إطلاقة إيران المباشرة على المضيق، بالإضافة إلى ضيق المضيق وقلة عمقه في بعض النقاط وكثرة الجزر الصغيرة فيه.

<sup>4</sup> - عز الدين سنيقرة، "إيران تدق طبول الحرب..."، مرجع سابق، ص ٢٥.

<sup>5</sup> EUDELIN Hugues, Op.Cit., p. 98.

<sup>6</sup> - للمزيد من التفاصيل حول مبدأ كارتر، راجع: علي ناصر ناصر، مضيق هرمز والصراع الأمريكي الإيراني، الطبعة الأولى، دار الفارابي، بيروت، ٢٠١٣، ص ٧٨-٧٩.

<sup>7</sup> - EUDELIN Hugues, Op.Cit., p. 98.

المضيق في حالة ما إذا مسّت مصالحها الإستراتيجية، أي وبعبير آخر فإنها ستطبق المثل القائل: «عليّ وعلى أعدائي»، فماذا ستخسر إذن إيران في هذه الحالة؟ وإذا كان هذا الإغلاق لن تكون له عواقب وخيمة على مصالح الدول الأخرى، فلماذا إذا ردود الفعل السريعة التي تعقب مباشرة التهديدات الإيرانية؟ ولماذا تتأثر، مثلا، أسعار النّفط بهذه التهديدات؟

كل هذه الأسئلة وأخرى قد تستدعي محاولة معالجة الموضوع من زاوية أخرى وأخذ هذه التهديدات على محمل الجد! لأن إغلاق مضيق هرمز ولو لفترة قصيرة سيضر كثيرا، مثلا، دول الخليج، خاصة وأنه يعتبر المنفذ البحري الوحيد لبعض هذه الدول (كالكويت، البحرين وقطر)، وشبه الوحيد للبعض الأخر (كالسعودية، الإمارات، وسلطنة عمان)<sup>1</sup>.

كما أنه من الصعب التكهن بخطورة المنعى الذي ستأخذه أية مواجهة عسكرية في المنطقة، والفترة التي قد يستغرقها هذا الإغلاق، بالإضافة إلى الطريقة التي ستتبعها إيران لتنفيذ تهديداتها، أي هل ستعمل على جعل الملاحه في هذا المضيق غير آمنة؟ أم أنها ستقوم بإغلاق المضيق بالكامل؟ وهل ستقتصر عملياتها على المضيق فقط أم ستوجه ضربات لبعض المنشآت الحيوية للدول المجاورة؟<sup>2</sup>

#### ثانيا: موقف القانون الدولي للبحار من إغلاق مضيق هرمز أمام الملاحه الدولية

يبدو مما سبق أن إيران قادرة، من الناحية العسكرية، أن تجعل الملاحه في مضيق هرمز غير آمنة، كما أنها تستطيع أن تقوم بإغلاق المضيق ولو لفترة وجيزة، وأنها لن تخسر كثيرا لأنها لن تقدم على هذا الفعل إلا في حالة ما إذا رأت أن مصالحها الإستراتيجية مهددة، بذلك فإن احتمال تنفيذ إيران لتهديدها قائم، ما يستدعي، بالتالي، البحث عن مدى مشروعية إقدام إيران على إغلاق المضيق في قواعد القانون الدولي للبحار؟

نظرا للأهمية الإستراتيجية للمضيق والمصالح المتضاربة لأطراف النزاع المحتمل فإن إجاباتهم المقدمة لهذا السؤال متعارضة، كما أنه كثيرا ما نسمع أو نقرأ إجابات عامة ومتسرعة كونها لا تبين بدقة الأساس القانوني المعتمد في استنتاجاتهم، لذلك فإننا نعتقد بأن الإجابة عن هذا السؤال تستوجب دراسة النظام القانوني للمضايق البحرية لئلا جاء في اتفاقية قانون البحار<sup>3</sup> (أ) ومن ثم تطبيقه على مضيق هرمز(ب).

#### (أ) النظام القانوني للمضايق البحرية في اتفاقية قانون البحار<sup>3</sup>

لم تقدم اتفاقية قانون البحار تعريفا للمضايق البحرية، وهذا على خلاف الفقه الذي قدم عدة تعريفات يمكن إجمالها في تعريف واحد أجمع عليه أغلب فقهاء قانون البحار وهو الذي يعرف المضيق على أنه: "كل ممر طبيعي بين ساحلين لا يتجاوز عرضها معينا، ويسمح بالاتصال بين جزئين من المجالات البحرية، ولا يهيم أن تعود هذه المجالات إلى

<sup>1</sup> - مركز الجزيرة للدراسات، مرجع سابق، ص 3.

<sup>2</sup> - راجع: EUDELIN HUGUES, Op.Cit., p. 99.

<sup>3</sup> - أقتصد باتفاقية قانون البحار، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982.

بحر واحد أو بحرين...كما لا يهم أيضا إذا كان الممر قائما بين جزيرة وإقليم أرض أو بين جزيرتين أو مجموعة من الجزر"<sup>1</sup>.

على الرغم من أن الاتفاقية أرادت من خلال جزئها الثالث أن تنظم فقط "المضايق المستخدمة للملاحة الدولية"، إلا أنها من خلال تنظيمها لنظام الملاحة في هذه المضايق نعتقد أنها قد تأثرت "بمعيار الجوار" الذي اعتمد عليه جانب من الفقه لتصنيف المضايق البحرية إلى نوعين، مضايق محاطة بإقليم دولة واحدة، وأخرى محاطة بإقليم أكثر من دولة<sup>2</sup>.

فالمضايق المستخدمة للملاحة الدولية لا تخرج في حقيقة الأمر عن أحد النوعين، وإن كانت الاتفاقية من خلال نص مادتها<sup>3</sup>، مثلا، قد صنفت، بدورها وبطريقة ضمنية، هذه المضايق إلى نوعين، مضايق تربط بين جزء من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة وبين البحر الإقليمي لدولة أجنبية، ومضايق تربط بين جزء من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة وجزء آخر من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة.

يتباين نظام الملاحة في المضايق بحسب نوعها على المنوال الآتي:

- إذا كان المضيق غير مستخدم للملاحة الدولية: وكان محاط بإقليم دولة واحدة فقط، فمياهه داخلية تخضع للسيادة التامة لهذه الدولة التي تتولى كل الأمور المتعلقة بالملاحة وغيرها<sup>3</sup>، أما في حالة ما إذا كان محاطا بإقليم أكثر من دولة واحدة فنظام المرور يتحدد بحسب عرض المضيق ونطاق البحر الإقليمي للدول المجاورة، إذ يطبق نظام المرور البريء، كما هو مبين في الفرع الثالث من الجزء الثاني من اتفاقية قانون البحار، في نطاق البحر الإقليمي لكل دولة وما خرج عن ذلك يخضع لنظام المرور الحرّ، هذا ما لم تتفق هذه الدول على خلاف ذلك<sup>4</sup>.

- إذا كان المضيق مستخدم للملاحة الدولية: فيطبق نظام المرور البريء الذي لا يوقف<sup>5</sup>، إذا كان المضيق يربط بين جزء من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة وبين البحر الإقليمي لدولة أجنبية<sup>6</sup>. ويطبق نظام المرور العابر الذي لا يجوز أن يعاقب، كقاعدة، إذا كان المضيق يربط بين جزء من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة وجزء آخر من أعالي البحار أو منطقة اقتصادية خالصة<sup>7</sup>. واستثناء عن القاعدة، يطبق نظام المرور البريء الذي لا يوقف، إذا كان المضيق مشكلا من إقليم دولة واحدة وجزيرة تابعة لنفس الدولة، ووجد في اتجاه البحر من الجزيرة طريق في أعالي البحار أو طريق

<sup>1</sup> - عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي والمشكلات البحرية العربية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥٩.

<sup>2</sup> - أنظر: مفيد شهاب، قانون البحار الجديد والمضايق المستخدمة للملاحة الدولية، دراسة ضمن قانون البحار الجديد والمصالح العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، ١٩٨٩، ص ٥٠٠.

<sup>3</sup> - جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي للبحار وفقا لاتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ مع دراسة عن الخليج العربي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٩، ص ٩٥.

<sup>4</sup> - راجع: VINCENT Philippe, Droit de la mer, Larquier, Paris, 2008, p. 64.

<sup>5</sup> - للمزيد من التفاصيل، راجع: جعفر عبد السلام، "النظام القانوني للمضايق أمام مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٧، ١٩٨١، ص ١٣٨-١٣٩.

<sup>6</sup> - لم تعتبر محكمة العدل الدولية هذا النوع من المضايق، من المضايق الدولية في قضية كورفو؛ للمزيد من التفاصيل، راجع: بدرية عبد الله العوضي، القانون الدولي للبحار في الخليج العربي، الطبعة الأولى، دار التأليف، الكويت، ١٩٧٧، ص ٤٧ وما بعدها.

<sup>7</sup> - المادة ٣٧ و ٣٨ من اتفاقية قانون البحار.

في منطقة اقتصادية خالصة بشرط أن يكون ملائماً بقدر مماثل من حيث الخصائص الملاحية والهدروغرافية، ويطبق نظام المرور الحر إذا وجد خلال المضيق طريق في أعالي البحار أو طريق بمنطقة اقتصادية خالصة يكون ملائم بقدر مماثل من حيث الخصائص الملاحية والهدروغرافية<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى هذا الاستثناء الخاص، هناك استثناء عام يرد على نظم الملاحة المذكورة أعلاه ككل<sup>2</sup>، جاء في المادة<sup>3</sup> من اتفاقية قانون البحار بنصها على ما يلي: "ليس في هذا الجزء - أي الجزء الثالث من اتفاقية قانون البحار - ما يمس النظام القانوني في المضائق التي تنظم المرور فيها، كلياً أو جزئياً، اتفاقات دولية قائمة ونافذة منذ زمن طويل، ومتصلة على وجه التحديد بمثل هذه المضائق".

يتبين مما سبق، أن اتفاقية قانون البحار حرصت على ضمان الملاحة في المضائق مهما كان نوعها، وإن كان اهتمامها انصب أكثر على المضائق المستخدمة للملاحة الدولية التي قررت لها، كقاعدة، نظام المرور العابر الذي يستتبع جملة من الواجبات تلتزم بها السفن و/أو الطائرات الممارسة لهذا المرور<sup>3</sup>، وواجبات أخرى على الدولة أو الدول المشاطئة للمضيق<sup>4</sup>، التي لها أن تعين فيه ممرات بحرية أو تستبدلها أو تقرر نظم تقسيم حركة المرور أو تستبدلها بعد أن تم اعتمادها من المنظمة الدولية المختصة<sup>5</sup>، كما لها، أيضاً، أن تعتمد قوانين وأنظمة بشأن هذا المرور تتناول كل أو بعض الأمور المذكورة في المادة<sup>6</sup> من اتفاقية قانون البحار.

#### (ب) تطبيق النظام القانوني للمضائق البحرية المقرر في اتفاقية قانون البحار على مضيق هرمز

يعتبر مضيق هرمز من أهم الممرات البحرية من حيث حركة السفن وحجم صادرات النفط المارة عبره<sup>6</sup>، وهو يربط البحر العالي لخليج عمان بالبحر العالي للخليج العربي، تطل عليه كل من إيران وعمان، وهو لم يخضع لأية اتفاقية دولية خاصة<sup>7</sup>.

يضم المضيق العديد من الجزر أبرزها تلك الواقعة على الجانب الإيراني، وهي جزيرة قشم، لاراك، هنجام، وجزيرة هرمز، أما مجموعة الجزر التي تقع على الجانب العماني فهي مسندم، جزر سلامة وبناتها، وجزيرة الغنم، كما أن هناك مجموعة من الجزر الصغيرة التي يتجاوز ارتفاعها عن سطح البحر عدة أقدام<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - راجع: LUCCHINI Laurent et VOELCKEL Michel, Droit de la mer : la mer et son droit, les espaces maritimes, Tome 1, Pedone, Paris, p. 399.

<sup>2</sup> - راجع: صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار : دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 107.

<sup>3</sup> - أنظر: المادة 39 من اتفاقية قانون البحار.

<sup>4</sup> - أنظر: المادة 44 من نفس الاتفاقية.

<sup>5</sup> - أنظر: المادة 41 من نفس الاتفاقية.

<sup>6</sup> - "الذي يصل إلى نسبة 40 في المائة من النفط العالمي، و 90 في المائة من صادرات نفط الخليج"؛ عز الدين سنيقرة، "إيران تدق طبول الحرب...."، مرجع سابق، ص 25.

<sup>7</sup> - راجع: محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 202-204.

بالرغم من أن المضيق صالح للملاحة البحرية في جميع أجزائه، إلا أن كثرة هذه الجزر وكثافة السفن المارة من خلاله تشكل خطورة على الملاحة البحرية في بعض أجزائه خاصة مع سوء الأحوال الجوية، ما دفع بالفضمة البحرية بين الحكومات إلى تحديد ممرين للملاحة فيه، الأول يتجه شرقاً للخروج من الخليج العربي، وهو يحاذي الجانب العماني ويبلغ عرضه واحد ونصف ميل بحري، والثاني يتجه غرباً للدخول إلى الخليج العربي ويحاذي الجانب الإيراني بعرض أربعة أميال بحرية وربع الميل، ويفصل بين الممرين شريط عرضه ميل بحري واحد لغرض تفادي الاصطدام بين السفن السائرة في الاتجاهين.<sup>2</sup>

يتبين مما سبق، أن مضيق هرمز مضيق محاط بإقليم دولتين هما إيران وعمان، وهو مستخدم للملاحة الدولية بين جزأين من أعالي البحار<sup>3</sup>، وأن الممرات الملاحية فيه تقع بأكملها ضمن المياه الإقليمية لسلطنة عمان<sup>4</sup>. بناء على ذلك، فإن تطبيق النظام القانوني للمضايق البحرية المقرر في اتفاقية قانون البحار على هذا المضيق يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن إقدام إيران على تنفيذ تهديداتها بإغلاق المضيق يعد فعلاً مخالفاً لأحكام الاتفاقية وبالتالي لقواعد القانون الدولي وهذا يعود لثلاثة أسباب رئيسية هي:

١ - إغلاق المضيق يعد انتهاكاً للسيادة الإقليمية لسلطنة عمان لأن بحرهما الإقليمي يشكل جزءاً من مياه المضيق، وفيه عينت الممرات الملاحية.

٢ - إغلاق المضيق يمس بحق عرفي نصت عليه اتفاقية جنيف حول البحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة لعام ١٩٥٨ وأكدها اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ وهو حق المرور البري لجميع السفن الأجنبية في المياه الإقليمية للدول الساحلية<sup>٥</sup>.

٣ - إغلاق المضيق يمس بحق المرور العابر الذي تتمتع به جميع السفن في المضايق المستخدمة للملاحة الدولية، والذي نصت عليه صراحة اتفاقية قانون البحار في مادتها<sup>٦</sup>، هذا الحق الذي يعتقد بعض الفقهاء أنه اكتسب الصفة العرفية، وبالتالي فهو ملزم لإيران بالرغم من أنها لم تصادق على اتفاقية قانون البحار<sup>٧</sup>، وبالرغم من إنكارها لهذه الصفة في إعلانها المصاحب لتوقيعها على الاتفاقية في ٢١/١٢/١٩٨٢<sup>٧</sup>.

١- راجع: علي ناصر ناصر، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢.

٢- "أعلنت سلطنة عمان في شهر أوت ١٩٧٨ عن نيتها في نقل تلك الخطوط الملاحية إلى منطقة تقع شمال جزر سلامة وبناتها (٣١ ٢٦ شمالاً و٥٦ ٣٤ شرقاً) ضمن المياه التي تعلق الجرف القاري العماني"؛ للمزيد من التفاصيل راجع: محمد الحاج حمود، مرجع سابق، ص ٢٠٠-٢٠١.

٣- علي ناصر ناصر، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٧.

٤- جمال سالم عبد الكريم النعاس، "الأبعاد الجيوستراتيجية لإغلاق مضيق هرمز دراسة في الجغرافيا السياسية"، مجلة جامعة عمر المختار، العدد ١٥، ٢٠١١، ص ٥.

٥- أنظر: المادة ١٤ من اتفاقية جنيف حول البحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة لعام ١٩٥٨ والمادة ١٧ من اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢.

٦- أنظر: محمد الحاج حمود، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

٧- «...L'interprétation de la République islamique d'Iran est donc la suivante:  
1) Bien que l'intention recherchée soit de faire de la Convention un instrument d'application

## خاتمة

إذا كان احتمال إقدام إيران على إغلاق مضيق هرمز يبقى قائما، إلا أنها لن تفعل ذلك إلا في حالة ما إذا لم تجد أمامها خيارات أخرى، ذلك لأنها تعي جيدا أن هذا الإغلاق سيضر بها كثيرا. بالمقابل، فإن دول الخليج وحلفاءها وعلى رأسهم الولايات المتحدة الأمريكية لن يستفيدوا من دفع إيران إلى هذا الخيار نظرا للأهمية الإستراتيجية للمضيق بالنسبة لهم، كما أنهم لا يريدون الدخول في مواجهة مباشرة مع إيران، ولهذا فإن التهديدات الإيرانية بإغلاق المضيق تجد صداها الدولي في كل مرة، بالرغم من أن هذا الإغلاق يعد فعلا مخالفلقواعد القانون الدولي للبحار التي تضمن حرية الملاحة البحرية في المضائق المستخدمة للملاحة الدولية.

تكرّست حرية الملاحة في هذا النوع من المضائق في تعامل الدول وتأكّدت بتنظيم اتفاق جديد كان نتاج توافقات دولية تمت في المؤتمر الثالث لقانون البحار وتبناها لحد الآن<sup>١٦</sup> طرف في اتفاقية قانون البحار. وبالرغم من أن إيران لم تصادق على هذه الاتفاقية إلا أن حرية الملاحة الدولية في مضيق هرمز تبقى مضمونة في قواعد القانون الدولي للبحار العرفية منها والاتفاقية.

بهذا توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- أن إيران قادرة من الناحية العسكرية أن تقوم بإغلاق مضيق هرمز أمام الملاحة الدولية.
- أن إغلاق إيران لمضيق هرمز أمام الملاحة الدولية يعد عملا غير مشروع كونه مخالف لقواعد القانون الدولي للبحار.
- أن التهديدات الإيرانية بإغلاق مضيق هرمز لها مبررات سياسية أكثر من ما هي قانونية.
- أن إغلاق إيران لمضيق هرمز سيبرر الإجراءات المضادة التي ستتخذها، حتما، بعض الدول المتضررة من هذا الإغلاق ضد إيران.
- أن إغلاق مضيق هرمز سيلحق أضرارا معتبرة بإيران وبالجماعة الدولية ككل.

générale et de caractère normatif, certaines de ses dispositions sont simplement issues d'un effort de compromis et ne visent pas nécessairement à codifier les coutumes ou les usages (la pratique) existant déjà et considérés comme ayant un caractère obligatoire. Par conséquent, il semble naturel et conforme à l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités que la Convention sur le droit de la mer ne crée de droits contractuels que pour les États parties à cette Convention.

Les considérations ci-dessus s'appliquent particulièrement (mais non exclusivement) à ce qui suit : **Le droit de passage en transit par les détroits servant à la navigation internationale (partie III, sect. 2, art. 38)**... », Déclaration d'interprétation de la République Islamique d'Iran lors de la signature de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, in : <https://treaties.un.org>.

وعلى هذا الأساس فإننا نوصي بضرورة تسوية الخلافات العالقة بين أطراف النزاع بالطرق الودية كتقديم تنازلات متبادلة تصاغ في أحكام توفيقية وملزمة، لأن هذا سيكون أفضل بكثير من المواجهة العسكرية التي يصعب تحديد مدتها ونطاقها ومدى خطورة العواقب الوخيمة التي ستنتج عنها.

### قائمة المراجع

١. "إيران: إغلاق مضيق هرمز «يشبه شرب كأس الماء»"، مقال منشور على الموقع الآتي:  
[www.al-akhbar.com/node/28552](http://www.al-akhbar.com/node/28552)
2. بدرية عبد الله العوضي، القانون الدولي للبحار في الخليج العربي، الطبعة الأولى، دار التأليف، الكويت، ١٩٧٧.
3. برايان غيبسون، "تهديد إيران بغلق مضيق هرمز... مجرد خدعة؟ تهديد أجوف"، مجلة العرب الدولية، العدد ١٠٦٩، ٢٠١١، (ص ص: ٣١٣).
4. جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي للبحار وفقاً لاتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ مع دراسة عن الخليج العربي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٩.
5. جعفر عبد السلام، "النظام القانوني للمضايق أمام مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٣، ١٩٨١، (ص ص: ١٣-٩١).
6. جمال سالم عبد الكريم النعاس، "الأبعاد الجيوستراتيجية لإغلاق مضيق هرمز دراسة في الجغرافيا السياسية"، مجلة جامعة عمر المختار، العدد ١١، ٢٠١١، (ص ص: ٣٩١).
7. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار: دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
8. عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي والمشكلات البحرية العربية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
9. عزالدين سنيقرة، "إيران تدق طبول الحرب: من يستطيع إغلاق هرمز"، مجلة العرب الدولية، العدد ١٠٦٩، ٢٠١٢، (ص ص: ٢٨٢).
١٠. "من يستطيع إغلاق مضيق هرمز؟ طبول الحرب"، مقال منشور على الموقع الآتي:  
[arb.majalla.com/2012/01/article55230723](http://arb.majalla.com/2012/01/article55230723)
١١. علي ناصر ناصر، مضيق هرمز والصراع الأمريكي الإيراني، الطبعة الأولى، دار الفارابي، بيروت، ٢٠١٠.
١٢. فداء أبو حسن، "تحذيرات غربية لإيران بشأن هرمز"، مقال منشور على الموقع الآتي:

١٣. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

١٤. مركز الجزيرة للدراسات، "تقدير موقف إغلاق مضيق هرمز: خيارات دول الخليج"، مقال منشور على الموقع الآتي: <http://studies.aljazeera.net> (ص ص٦٢).

١٥. مفيد شهاب، قانون البحار الجديد والمضايق المستخدمة للملاحة الدولية، دراسة ضمن قانون البحار الجديد والمصالح العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، ١٩٨٩، (ص ص: ٥١-٦٠).

١٦. واشنطن: "صفقة بيع طائرات حربية للسعودية عنصر مهم في الأمن الإقليمي"، مقال منشور في الموقع الآتي: [www.france24.com/ar/20111230](http://www.france24.com/ar/20111230)

17. « Essais de missiles en Iran : Washington veut des discussions lundi au Conseil de Sécurité », Article publié sur le site suivant : [www.algerie1.com/flash-dactu](http://www.algerie1.com/flash-dactu).

18. **EUDELIN Hugues**, « Le détroit d'Ormuz menacé par l'Iran », in : Revue Maritime, N° 493, 2012, (pp. 90-99).

19. **VINCENT Philippe**, Droit de la mer, Larcier, Paris, 2008.

20. **LUCCHINI Laurent et VOELCKEL Michel**, Droit de la mer : la mer et son droit, les espaces maritimes, Tome 1, Pedone, Paris.

21. <https://ar.wikipedia.org>.

22. [www.sahmy.com/t227622-35.html](http://www.sahmy.com/t227622-35.html)

٢٣. <https://treaties.un.org>.



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016