

مركز جيل البحث العلمي



مجلة علمية دولية محكمة

العدد الثاني – أكتوبر 2016

ISSN 2415-4946



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المشرفة العامة: د. سرور طالبي المل

### رئيس اللجنة العلمية:

د. عمر بن سعيد - جامعة خنشلة - الجزائر

### هيئة التحرير:

د. بومدين بلخثير جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر

د. شريف بجماي - جامعة أدرار - الجزائر

د. عدنان خلف حميد البدراني - جامعة الموصل - العراق

أ. أمينة شنعة - المركز الجامعي - غليزان - الجزائر

### اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. منتبى أحمد - جامعة بغداد - العراق

د. عدنان خلف حميد البدراني - جامعة الموصل - العراق

د. بن سعيد صابرينة - جامعة باتنة - ملحقة بريكة - الجزائر

د. مقراني زكرياء - جامعة مستغانم - الجزائر

د. طحطاح علال - المركز الجامعي - خميس مليانة - الجزائر

د. حكيم سياب - جامعة الجزائر - الجزائر

د. اوبوزيد لامية - جامعة الجزائر - الجزائر

د. عبد السلام أحمد علي بنى حمد - جامعة الإسراء - الأردن

د. نواره حسين - جامعة تيزي وزو - الجزائر

د. مخفي أمين - جامعة مستغانم - الجزائر

د. أبكر عبد البنات آدم إبراهيم - جامعة جوبا - جنوب السودان

د. زرقان وليد - جامعة سطيف ٢ - الجزائر

### التدقيق اللغوي:

منصور بويش - جامعة الجزائر ٢ - الجزائر

بلقاسم فداث - جامعة البليدة ٢ - الجزائر

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالبحوث والدراسات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

### أهداف المجلة:

تهدف مجلة جيل الدراسات المقارنة إلى نشر المعرفة الإسلامية الأصيلة في جميع اختصاصاتها، وتسعى إلى تشجيع البحوث العلمية الأكاديمية ذات القيمة العالية في مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع مراعاة دقة الأسلوب وسلامة اللغة والالتزام بالموضوعية والمنهجية العلمية.

### مجالات النشر بالمجلة:

تنشر المجلة البحوث والمقالات العلمية المتعلقة بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي في المجالات المختلفة: المعاملات (الإقتصاد والنظام المالي)، الأحوال الشخصية، الفقه الجنائي، القضاء، الفقه الدولي والعلاقات الدولية، مقاصد الشريعة، إسهامات فقهاء الشريعة والقانون في المنظومة القانونية المعاصرة، التأصيل الشرعي للقضايا القانونية المعاصرة.

# قواعد النشر

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

- أن يكون البحث المقدم ضمن الموضوعات التي تعنى المجلة بنشرها.
- ألا يكون البحث قد نشر أو قدم للنشر لأي مجلة، أو مؤتمر في الوقت نفسه، ويتحمل الباحث كامل المسؤولية في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر.
- أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على:
  - أ- عنوان البحث.
  - ب - اسم الباحث ودرجته العلمية، والجامعة التي ينتهي إليها.
  - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
  - ث - ملخص للدراسة في حدود 150 كلمة وبحجم خط 16.
  - ج - الكلمات المفتاحية بعد الملخص.
- أن تكون البحوث المقدمة بإحدى اللغات التالية: العربية ، الفرنسية والإنجليزية
- أن لا يزيد عدد صفحات البحث على (20) صفحة بما في ذلك الأشكال والرسومات والمراجع والجداول والملاحق.
- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائية.
- أن يلتزم الباحث بالخطوط وأحجامها على النحو الآتي:
- اللغة العربية: نوع الخط (Traditional Arabic) وحجم الخط (16) في المتن ، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (12).
- اللغة الأجنبية: نوع الخط ( Times New Roman ) وحجم الخط (14) في المتن، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (10).
- تكتب العناوين الرئيسية والفرعية للفقرات بحجم 16 نقطة مثلها مثل النص الرئيسي لكن مع تضخيم الخط.
- أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word في نهاية كل صفحة.
- أن يرفق صاحب البحث تعريفاً مختصراً بنفسه ونشاطه العلمي والثقافي.
- عند إرسال الباحث لمشاركته عبر البريد الإلكتروني، سيستقبل مباشرة رسالة إشعار بذلك.
- ترفض الأبحاث المطبوعة على برنامج Microsoft Word للوحات الذكية
- تخضع كل الأبحاث المقدمة للمجلة للقراءة والتحكيم من قبل لجنة مختصة ويلقى البحث القبول النهائي بعد أن يجري الباحث التعديلات التي يطلبها المحكمون .
- لا تلتزم المجلة بنشر كل ما يرسل إليها .

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

[comparative@jilrc-magazines.com](mailto:comparative@jilrc-magazines.com)



## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • التواصل والاتصال في الإسلام - دراسة مقارنة: أ بكر عبدالبنات آدم - جامعة بحري- السودان.
- 27 • الحماية القانونية للأطفال العمال " دراسة مقارنة " طارق عفيفي صادق أحمد - جامعة حلوان - جمهورية مصر العربية.
- 45 • آجال ممارسة حق الشفعة بين النص القانوني والإجتهاد القضائي المغربي، كمال قويع، جامعة الناظور - المغرب.
- 57 • التعديل الانفرادي لعقدي امتياز المرفق العام والأشغال العمومية: دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا ومصر، محفوظ عبد القادر- جامعة وهران - الجزائر2.
- 77 • وضعية الطفل المحروم من العائلة في التشريع الإسلامي و القانون الوضعي، أنور الإسلام نقيب المركز الجامعي تيبازة و أ. فوزي لواتي جامعة الجزائر1.
- 95 • التوافق بين النظام المحاسبي المالي و القانون الجبائي في الجزائر: أ/ بلعوجة حسينة جامعة تلمسان - الجزائر وأ/ إسماعيل توزالة مديرية التجارة تلمسان- الجزائر.
- 113 • الحماية التشريعية لصاحب الحق في البيئة: دراسة مقارنة في إطار التشريعات المحلية والتشريع الإسلامي، أ/ صلاب سيد علي- جامعة سطيف 2- الجزائر.
- 121 • تعيين القائمين بالإدارة الأولين في شركة المساهمة في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - (مع التشريع الفرنسي)، أ/ شنعة أمينة المركز الجامعي أحمد زبانه - غليزان - الجزائر .

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

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

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016



## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين النبي العدنان الصادق الأمين، أما

بعد:

9

يطيب لي أن أفتتح العدد الثاني من مجلة جيل الدراسات المقارنة حرصاً مني و من إدارة مركز جيل البحث العلمي على استمراريتها خاصةً وأننا نصبو من خلالها إلى نشر المعرفة الإسلامية الأصيلة في جميع اختصاصاتها وحث الباحثين على إجراء دراسات مقارنة بين مختلف الأنظمة التشريعية تحقيقاً للهدف الأساس للمركز والمتمثل بنشر ثقافة البحث العلمي وتشجيع الباحثين على الكتابة والنشر.

وعلى غرار العدد الأول، فقد تضمن هذا العدد ثماني بحوث ساهم بإعدادها باحثين من السودان والمغرب ومصر والجزائر. تناولوا فيها مواضيع مقارنة بين الشريعة والقانون أو بين مختلف التشريعات الوطنية في مجال التواصل والاتصال الحماية القانونية للأطفال سيما العمال والمحرومين من العائلة، حماية البيئة، العقود والشركات.

تبقى هذه المجلة مفتوحة للجميع، وعليه نغتنم الفرصة لدعوة الباحثين للمساهمة في الأعداد المقبلة سواءً بالنشر أو بالانضمام إلى اللجنة العلمية التحكيمية.

ولا يفوتني في الأخير أن أتقدم لأسرة تحرير المجلة بعظيم الشكر على الجهود المبذولة لإصدار هذا العدد راجيين من الله تعالى أن يجد فيه الباحثون مادتهم العلمية وأن تكون رصيدياً إضافياً للمكتبات العربية.

وما توفيقنا إلا بالله العلي العظيم.

المشرفة العامة / د.سرور طالبي المل



## التواصل والاتصال في الإسلام - دراسة مقارنة

أبكر عبدالبينات آدم - جامعة بحري- السودان

11

### ملخص

تهدف الدراسة إلى معرفة دور التواصل والاتصال في تنمية الحاجات الفسيولوجية والبيولوجية التي تنم عن التوافق والتفاعل بين الأفراد والجماعات. وبما أن التواصل هو العمود الفقري في تحقيق الحد الأدنى من المعرفة بأحوال الآخرين من خلال استخدام مستويات الاتصال المختلفة، فإن الإسلام في جوهره ليس نقيضاً لفكرة التواصل الاجتماعي بجوانبه المادية والمعنوية للوصول بالإنسانية إلى مصاف التربية الرشيدة، من خلال الثورة المعلوماتية والطفرة العلمية التي نعيشها بفضل الشبكة العنكبوتية التي غزت الفضاء. وقد أكدت الدراسة دور التواصل البشري في بناء العلاقات المتشابكة والمعقدة التي يفرزه الواقع المعيش بلثى تحولاته. استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي للكشف عن دور الرسائل التواصلية والاتصالية في تبادل الآراء والأفكار والقناعات لبناء مجتمع خالي من معوقات التواصل وفق التعاليم الإسلامية.

### Abstract

The study aims to find out the role of contactation and communication in the physiological and biological needs that reflect the adjustment and interaction between individuals and groups develop. Since contactation is the backbone to achieve a minimum of knowledge of other conditions through the use of different communication levels, Islam in its essence is not the antithesis of the thought of the social network material and moral aspects of the reach of humanity to the level of good education, through the information revolution and scientific boom in which we live, thanks to the world wide web, which invaded space. The study emphasized the role of human contactation in the construction of interlocking and complex relationships that produced by the reality of life in all transformations. The researcher used descriptive and analytical to find out the role of communicative and communication messages in the exchange of views, ideas and convictions to build a society free from the constraints of communication in accordance with Islamic teachings.

### مقدمة

لقد أدركت المجتمعات البشرية منذ القدم بأهمية الاتصال ودوره في تفعيل العلاقات الاجتماعية بين الأفراد والجماعات في تطوير وتنمية القدرات النفسية والعقلية، فكثيراً ما يحتاج الشخص لأخيه الآخر لتلبية حاجياته وضرورياته، لأن عدم تلبيتها يعني انعدام صفة الحياة الاجتماعية بين الناس، وتوقف كل حركات وسكنات البشر، لذلك لا بد من توفر عنصر الاتصال حتى يستطيع الإنسان أن يشبع غريزته بصورة إيجابية. فالإنسان بطبعه مخلوق اجتماعي، وكائن يألف التواصل

لخلق بيئة صالحة تصلح التعايش، أو بناء علاقات الصداقة والانتماء، فالفطرة الطبيعية تكفل للإنسان أن يكون اجتماعياً على اختلاف الأعراق والأجناس والألوان والأديان، وترفض الانطواء والانعزال والانقطاع والانكفاء على الذات والاستغناء عن الآخرين. فالعقل الواعي والمدرك يستطيع أن يرسل الإشارات الرسالية بشكل جيد دون الاعتماد على الردود أو الانفعالات النفسية، ومن هنا أننا نستطيع ترقية التواصل بأنفسنا وبالآخرين، فالتواصل والاتصال مرحلة من مراحل تكوين العلاقات بين الآخرين، حيث يبدأ الإنسان التعريف بنفسه كما قال أرسطو: "أعرف نفسك يعرفك الناس" ثم بالآخرين من خلال استخدام الوسائط الاتصالية المختلفة، لأن عملية التواصل ضرورة حتمية تعتمد على عنصر المهارة الذاتية والإتقان والثقة بالنفس.

أهمية الدراسة: تبرز أهمية الدراسة في أنها تسعى لمعرفة العلاقة بين التواصل والاتصال في الإسلام، والكشف عن دور العملية الاتصالية في بناء التفاعل الإيجابي بين مرسل الرسالة والمتلقي.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى معرفة أثر الرسائل التواصلية والاتصالية في تنمية الجوانب السيكلوجية التي تساعد في التواصل الاجتماعي.

مشكلة الدراسة: تكمن مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات التالية:

١. هل هنالك علاقة بين التواصل والاتصال في الإسلام؟

٢. إلى أي مدى تسهم عملية التواصل والاتصال في بناء العلاقات الإنسانية؟

٣. ما هي ضوابط ومعوقات التواصل والاتصال في الإسلام؟

منهجية الدراسة: استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن للإلمام بأهمية التواصل والاتصال في حياة الإنسان.

مفهوم التواصل لغة واصلاحاً

لغة: التواصل Contactation هو الاقتران والاتصال والترابط والالتئام والإبلاغ والاعلام والاجتماع وغيرها<sup>١</sup>.

أما اصطلاحاً: هو نقل معلومة ما من شخص إلى آخر، وإخباره بها وإطلاعه عليها<sup>٢</sup>. وعرفه (لاكان): "بأنه نقل معلومات Information من مرسل إلى متلقي بواسطة قناة محددة، بحيث يستطيع المتلقي فهم الرسالة وفك رموزها والاستفادة منها، مع ضرورة وضع الاعتبار للتفاعلات التي تحدث أثناء عملية التواصل"<sup>٣</sup>. بينما يرى بعض علماء الاتصال بأنه هو التفاعل الايجابي الناتج عن استعمال الحواس في إرسال الخطاب واستقباله، النابع من رغبة صادقة في صلة الآخر والاتصال بوجوده عن طريق الفهم والافهام والمنطق للوصول إلى المعرفة الحقة<sup>٤</sup>. كما عُرّف بأنه عبارة عن علاقة ترابط بين شخصين أو أكثر بوسائل مختلفة (كاللغة أو الرموز أو الكتابة أو الأصوات) تتوخى أهدافاً واضحة. وقد ذهب آخرون بأنه هو التبليغ والتوعية والتوجيه عن طريق الاتصال بالجماهير<sup>٥</sup>. فالتواصل هو الآلية التي بواسطتها تبني العلاقات الإنسانية، من خلال الاستخدام الأمثل لوسائل الاتصال المختلفة، لتحقيق غرض التواصل أما بالتأثير أو الاقناع أو الاعراض أو نقل المعلومات،

١- ابن منظور (١٣٠٠هـ). لسان العرب. دار الجليل، بيروت، ط٢، ص١٣٤.

٢- عبدالكريم، لاكان (بدون تاريخ). مقدمة في وسائل الاتصال. مكتبة دار زهران، جدة، ط١، ص٢٢.

٣- الجاز، هاشم (٢٠٠٠م). الاعلام السوداني. مطبعة جامعة القرآن الكريم، امدرمان، ط١، ص٤.

٤- محمد نصر، حسني (٢٠٠٠م). مصدر سابق، ص١٣.

٥- الشنقيطي، سيد محمد (١٩٩٤م). نحو تأصيل الدراسات الاتصالية. دار القرآن الكريم للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ص٤٣.

وذلك باستخدام وظائف وجدانية مثل التبادل Exchange والتبليغ Transfert والتأثير Impact<sup>1</sup>. وعلى ما سبق يرى الباحث أن التواصل هو فن التعامل مع الآخرين من خلال الاتصال لبناء علاقات التعايش، واحترام الآخرين وتقديرهم، فالتواصل هو ربط شيء بشيء، ويتمثل في وصول فكرة أو كلمة أو معنى أو إحساس من شخص إلى آخر بهدف إحداث تأثير في سلوكه وقيمه وأخلاقه. وبمعنى آخر هو سلوك أفضل لنقل المعلومات والمعاني والأحاسيس والآراء من مرسل الرسالة إلى المستقبل بغرض التأثير والتوجيه والإقناع بما يحقق الأهداف والأغراض. فالاتصال الذي يحقق أهداف الدعوة الإسلامية هو عبارة عن تبادل الأفكار والمعلومات والآراء لتحقيق غرض ما أو إثارة فهم جديد لم يكن معروفاً من قبل، أو هو عملية نقل الأخبار والأفكار والمشاعر والمهارات والخبرات بين شخص أو أكثر باستخدام رموز (كلمات+ صور+ حركات). لذلك من الضرورة بمكان أن يبدأ الشخص بنفسه أولاً ثم بالآخرين، حتى يستطيع أن يحقق معاني الوحدة والتواصل الاجتماعي، والتعايش السلمي من خلال ممارسته للشعائر التعبديّة والعباديّة، فكل العبادات تحقق معاني التواصل عند الاتصال برب العالمين، وهذا يشير إلى أهميّة التواصل الاجتماعي من خلال الترافق بالإشارات التواصلية للقيم الآنية والمستقبلية. إذن فالتواصل هو جوهر العلاقات الإنسانية، ومحقق تطورها، ومنظومة اجتماعية يحقق المعاني السامية، ولكي يضمن الفرد استمرارية الترابط والتفاعل بينه وبين أفراد المجتمع يجب أن ينطلق من الأبعاد المعرفية والسيكولوجية.

يرجع أصل كلمة الاتصال Communication إلى اللفظ اللاتيني Communis ومعناها Commn أي مشترك. وجاء في معجم أكسفورد بأنه: إبلاغ أو نقل أو تبادل الأفكار والمعرفة من المصدر إلى المتلقي، وهذا ما يعرف بالاتصال المتبادل بين شخص أو أكثر بواسطة رموز أو منبهات أو إشارات كلامية أو صورية أو حركية<sup>3</sup>. وقد عرفه كارل هوفلاند Carl Hovelaned بأنه: "العملية التي يقدم من خلالها القائم بالاتصال منبهات (رسالة) كي يعدل في سلوك الأفراد أو الآخرين (مستقبل الرسالة)"<sup>4</sup>. ويرى شلبي بأنه هو بمثابة إرسال واستقبال المعلومات بهدف إحداث تغيير إيجابي فهو عملية فعالة وهامة في ممارسة العملية التعليمية Educational Processing والمعرفية Knowledge<sup>5</sup>. أيضاً عرفه روجز Rogers بأنه: "عملية نقل المعلومات والآراء والأفكار والاتجاهات من المصدر إلى المستقبل بغرض التأثير وإحداث تعديل في السلوك"<sup>6</sup>. ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج أن الاتصال هو عملية نقل المعلومات Information لتفعيل الصورة الذهنية كي تسهم في أمر أو طلب ما بغية تحريك مفاهيم الحياة الاجتماعية. وقد مارسه سفراء الرسول صلى الله عليه وسلم لنشر الدعوة الإسلامية، والتي من خلالها نجحوا في إرساء دعائم الدعوة بين الملوك والأمراء، بعد أن تقصوا الحقائق والمعلومات التي تؤكد حقيقة البعثة النبوية. وعلى الرغم من عدم توفر وسائل الاتصال حتى تلك اللحظة إلا أن مجلس دولة المدينة المنورة كانت بمثابة المؤسسة الإعلامية التي تستقى منها برامج الاتصال علي كافة الأصعدة، لذلك فإن الاتصال كظاهرة اجتماعية تقام غالباً بين طرفين لتحقيق هدف أو أكثر من خلال نقل حقائق ومعلومات وأفكار أو آراء في اتجاهات قد تكون مضادة ولكنها تسعى لتحقيق تفاهات متبادلة أي بمعنى أنه يحقق النسق الاجتماعي الذي يتم فيه إحداث تغيير في الممارسات بواسطة رموز ودلالات مصحوبة بأهداف وغايات يرمي إليها المصدر، عندما يرسل رسالة لعدد من الجهات. لذلك يمكن القول أنّ فاعلية الاتصال في الإسلام يعني المشاركة والتفاعل وفي نقل الأفكار والمعلومات في إضافة واقع جديد تساعد في نشر الدعوة

- بدر، أحمد (١٩٧٤م). الاتصال بالجمهير والدعاية الدولية. دار القلم، الكويت، ط١، ص٥١.

- محمد نصر، حسني (٢٠٠٠م). مقدمة في الاتصال الجماهيري. مكتبة الفلاح، الامارات، ط١، ص١٧.

- محمد نصر، حسني (٢٠٠٠م). مصدر سابق، ص١٧.

- هارولد، لاسول (١٩٤٨م). شكل ووظيفة الاتصال في المجتمع. نيويورك، ط١، ص١٨.

- عبدالرحمن، ناصر محمد (١٩٩٥م). الاتصال العلمي في التراث الإسلامي. دار غريب للطباعة، القاهرة، ط١، ص١٨.

- الطنوبي، محمد عمر (١٩٩٥م). الاعلام الزراعي. دار مشاة المعارف، الإسكندرية، ط١، ص٤٦.

الإسلامية. فإذن التواصل في الإسلام هو عملية يتم بمقتضاها التفاعل بين الأفراد والمجتمعات بمختلف مستوياتهم الثقافية والاجتماعية والسياسية والفكرية في مضامين معينة من حيث الشكل والمحتوى Content Form، وفي هذا التفاعل يتم نقل الأفكار والمعلومات بين الأشخاص بالصورة الذهنية<sup>1</sup>. بل هنالك من يري أنه عملية تفاعل وتبادل المعلومات بين طرفين أو أكثر أحدهما مرسل الرسالة والآخر مستقبل الرسالة تهدف في مضمونها إلى إثارة سلوك المستقبل<sup>2</sup>. بينما يرى آخرون بأنه الوسيلة الاجتماعية التي يستخدمها الشخص لتنظيم أو لتغيير أنماط من الحياة الاجتماعية والسياسية والفكرية، ونقل أشكالها ومعناها من جيل إلى جيل عن طريق التغيير أو التسجيل أو التعليم<sup>3</sup>. أيضاً يري محمود عودة: بأنه: "عملية تبادل المعلومات والأفكار والأخبار التي تتم بين الأشخاص دون وجود قنوات أو عوامل وسيطة"<sup>4</sup>. ويرى الباحث أن استخدام هذه الوسيلة الفعالة في نشر الدعوة الإسلامية قد لعبت دوراً هاماً في تحقيق أهداف التواصل الفردي والجماعي التي وصلت بالدعوة إلى منتهاها، فكان سفراءه صلى الله عليه وسلم يمثلون جسر التواصل المباشر استخدموا فيها كل فنون الخطابة والفصاحة وإقامة الحجة لمعرفة التغذية الراجعة Feedback من مستقبلي الرسالة وهم الملوك والأمراء ومن هنا يتضح خصوصية وأهمية الاتصال بين المرسل والمستقبل لاعتماده على عنصر المواجهة، وبالتالي يستطيع كل طرف أن يكشف مدي قابلية الرسالة لإحداث التغيير المطلوب.

فالتواصل بأنواعه المختلفة هو جزء من العملية الاتصالية التي تهتم بالذات الإنسانية منذ قديم الزمان. وقد استخدم الرسول صلى الله عليه وسلم التواصل كمحور من محاور الاتصال اليومي مع أصحابه في شتى ضروب الحياة امتثالاً لقوله تعالى: {ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُنْتَدِينَ}<sup>5</sup>. فالحوار والمجادلة التي هي أحسن هو أحد المقومات الأساسية التي قامت عليها عملية نشر الدعوة الإسلامية، لذلك يختلف أسلوب القرآن الكريم في مخاطبة العقل والحوار عن أساليب السحرة والكهنة الذين يخاطبون الوجدان والعواطف استناداً على أفعال ألهمهم وأصنامهم. وقد استمر بناء العلاقات الإنسانية على المحورين الشخصي والجماعي بفضل تأثير التواصل الذي يقوم على مبدأ الأمانة والتحلي بالقيم الأخلاقية الفاضلة التي تعكس نفسية الداعي والمدعو في أمر الدعوة لقوله تعالى: {لَهُ مُعَقِّبَاتٌ مِّن بَيْن يَدَيْهِ وَمِنْ خَلْفِهِ يَحْفَظُونَهُ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ بِقَوْمٍ سُوءاً فَلَا مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُمْ مِّن دُونِهِ مِن وَالٍ}<sup>6</sup>. فالإنسان كغيره من الكائنات الحية له مطالب وحاجيات أساسية لا يمكن تحقيقها إلا عن طريق التفاعل مع الآخرين عن طريق بث رسائل واقعية وأخلاقية موحدة<sup>7</sup>. فالتواصل هو محور حياة الإنسان وبه يستطيع الفرد نقل الأفكار وتسليمها للآخرين، كما هو محور كل التفاعلات الاجتماعية التي تؤدي إلى استقرار المجتمع مثل الحياة الاجتماعية والسياسية والدينية والاقتصادية وغيرها. وقد تناولت الدراسة التواصل كأحد المحاور الأساسية التي يستطيع الإنسان على ضوءها تغيير نمط حياته وأصلاح حاله والتعامل مع الآخرين بالحكمة والموعظة الحسنة. وحتى تكون الدعوة إلى الله تعالى دعوة شاملة يجب أن تكون قنوات الاتصال ووسائله وأساليبه لا تخرج عن منهج الكتاب والسنة، علماً بأن للمصدرين دورٌ كبيرٌ في تنمية الوعي العقلي والفكري للأمة المسلمة.

<sup>1</sup> - رشقي، جههان (1997م). مصدر سابق، ص 303.

<sup>2</sup> - عبدالغفار، محمد (1990م). إدارة سلوكيات الأفيال في المنظمات. دار النهضة، القاهرة، ط 1، ص 302.

<sup>3</sup> - إمام، إبراهيم (1964م). مصدر سابق، ص 175.

<sup>4</sup> - عودة، محمد (1971م). مصدر سابق، ص 45.

<sup>5</sup> - سورة النحل: 125.

<sup>6</sup> - سورة الرعد: 11.

<sup>7</sup> - عبد الكريم، لاکان (2001م). مقدمة في وسائل الاتصال. مكتبة دار زهران، جدة، ط 1، ص 30.

فالارتباط بمستوياته المختلفة يمثل الأنموذج الأمثل في انتشار الدعوة الإسلامية خلال الفترتين المكية والمدنية. وقد تكمن أهمية البحث في الكشف عن أهمية التواصل والاتصال كوسيلتين لتحقيق الحد الأدنى من المعرفة بأهمية الدعوة في توجيه حياة المسلمين، والوصول بالإنسانية إلى مصاف التربية الرشيدة، وتفعيل دور الدعوة بنقل الأخبار والمعلومات إلى المدعوين أو إلى المتلقين بصورة تحقق الغرض من الرسالة الإعلامية بجانب مدى فاعلية الرسالة المرسله التي تؤثر في العلاقة بين المرسل والمتلقي<sup>1</sup>.

فالنظر لمصادر الإسلام، من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، يجد بكل وضوح وجلاء أنّ كثيراً من وصايا الإسلام وواجباته وأحكامه تدعو إلى إزالة معوقات التواصل بين الأفراد والجماعات، ولم يأت الإسلام لهدم الإنسانية، إنما جاء لهدم الحواجز التي يمكن أن تفصل الإنسان عن أخيه الآخر ونبذ العصبية والكبر والغرور والحقد والحسد وسوء الظن... وغيرها، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>2</sup>. فالمجتمع الذي لا أخلاق له، والذي يفصل بين أبنائه بالحقد والحسد والبغضاء والكبر، ولا يثق المرء بأخيه، والذي لا يقوم على قاعدة الحب والإخلاص والصفاء، لا يمكن أن يرتقي أو يبني حضارة إنسانية. فالتعاليم الإسلامية يبني المجتمع على المحبة والتواصل والتعاون والإخاء والتكافل، أي مجتمع خالي من الحواجز النفسية والاجتماعية المتشابكة، لقوله تعالى: {وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَاناً وَكُنْتُمْ عَلَىٰ شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ} 3، وقال تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ} 4. ويقول رسول الله عليه وسلم: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحيمهم كمثل الجسد الواحد إن اشتكى منه عضو تداعت سائر الأعضاء بالسهر والحمى"<sup>5</sup>.

عناصر التواصل والاتصال: يقوم الاسلام بطبيعته على عمليات التواصل والتخاطب كغيره من الديانات الإلهية الأخرى فهو رسالة سماوية لكافة الناس، لذلك فإن واجب التبليغ يقوم على توفر العناصر التالية:

١ - الرسالة Message: وتعني مجموعة المعاني التي يرسلها المرسل للمستقبل لابلغ معلومة لفظاً أو كتابة أو رمزاً. أو هي مجموعة من الأفكار والاتجاهات والآراء والأحاسيس التي يرغب المرسل في إيصالها للمستقبلين بواسطة وبدون واسطة كقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من محمد رسول الله إلى ملك الروم... "6. لذلك يمكن القول إن رسائله صلى الله عليه وسلم تمثل قمة في الديمقراطية والحرية فمن شاء آمن ومن شاء كفر، لقوله تعالى: {وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ إِنَّا أَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ نَاراً أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا وَإِنْ يَسْتَغِيثُوا يُغَاثُوا بِمَاءٍ كَالْمُهْلِ يَشْوِي...} 7.

٢ - وسيلة Media: وهي الجهة التي تحمل الرسالة لايصالها للمستقبل.

٣ - قناة Channel: وهي بمثابة الربط الذي ينقل الرسالة إلى المستقبل.

١ - إمام، إبراهيم (١٩٦٤م). أصول الإعلام الإسلامي. دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ص١٢.

٥ - الترمذي، محمد بن عيسى (بدون تاريخ). الجامع الصحيح. تحقيق أحمد شاکر، وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، حديث رقم ٣٤٥. أو مسند الإمام أحمد، ج١: ص٣٨١، حديث رقم: ٨٩.

- سورة آل عمران: ١٠٣.

- سورة الحجرات: ١٣.

- العسقلاني، ابن حجر (١٢١٣هـ). فتح الباري في شرح صحيح البخاري. ج١٠ حديث رقم ٤٣٩.

- الزهري، محمد (١٩٩٢م). فن الاتصال اللغوي ووسائل تنميته. مكتبة الفلاح، الكويت، ط١، ص٣٤.

- سورة الكهف: ٢٩.

٤ - المصدر Source : وهو مرسل الرسالة.

٥ - المستقبل أو المتلقي Reciver: وهم الأفراد أو الجماعات الذين يستقبلون الرسائل الاتصالية، بحيث تتحول تلك الرسائل إلى أفكار وأحاسيس عاطفية أو وجدانية يمكن أن يلعب دوراً وظيفياً في تحقيق الهدف من الاتصال.

٦ - المرسل Messenger: وهو الفرد الذي يقوم بعملية الاتصال، ويعتبر مؤسس الرسالة، أو المسؤول عن تحقيق الهدف من الاتصال.

٧ - الهدف Destination: خلق علاقات إنسانية اجتماعية ترابطية.

مواصفات الرسالة الاتصالية: تختلف رسائل التواصل والاتصال بين الأفراد والجماعات وفق المواصفات التالية:

\* تحديد الموضوع.

\* تحديد هدف الرسالة.

\* تحسين اختيار وسيلة الرسالة.

\* ترتيب الأفكار بشكل منطقي.

\* الاستخدام الدقيق والجيد للغة.

\* التحكم في استخدام الصوت والحركات المصاحبة للوجه.

لذلك يرى بعض خبراء الإعلام أن دقة الرسالة الاتصالية تكمن في توفر تلك المواصفات سالف الذكر، حتى لا تكون الرسالة مشوشة، وبالتالي لا يستطيع مستقبل الرسالة فك تلك الرموز وتحليلها. وقد تفقد الرسالة قيمتها العلمية والمعرفية، إذا انعدمت رجوع الأثر أو ما يسمى بالتغذية الراجعة Feedback، فالمقصود هنا أن يحاط مرسل الرسالة بثقافة المستقبلين حتى يتجنب الآثار السالبة التي تنجم ما بعد الإرسال!

مفاهيم التواصل: لكي يتم التواصل بين مرسل الرسالة والمستقبلين لابد من أستحضار بعض المفاهيم الأساسية في تبادل الرسائل، والتي منها:

● زمنية التواصل Time of Contaction : للحصول على تواصل يمكن أن تفضي إلى نتائج أكثر إيجابية أن يختار المتحاورين الوقت المناسب.

● تحديد المكان Place: إنَّ اختيار المدى الملائم لبيئة الحوار يساعد إيجاباً على تفعيل عملية التواصل، لأن شعور الفرد بالارتياح دليل على قبول الآخر واحترامه.

● لغة التواصل Language of Contaction أو التشفير Code: يعتبر فن اختيار اللغة من العمليات الملحة لكل فرد يريد أن يكون علاقة مع الآخرين على اختلاف ثقافتهم وبيئاتهم، بل من المسائل الضرورية لنجاح عملية الاتصال بشقيه الفردي والجماعي، لذلك يرى بعض علماء الاتصال أن من أهم أسباب نجاح عملية التواصل هو اختيار مرسل الرسالة للكلمات التي تسهم في سياق المعنى المفهوم، من خلال إيماءاته ومفرداته، ونبرة صوته<sup>٢</sup>. فالكلمة هي مادة اللغة التي قد تكون في

- علي سلامة، جمال (٢٠١٢م). تحليل العلاقات الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ ص٥٠.

- عودة، محمد (١٩٧١م). أساليب الاتصال والتغيير الاجتماعي. دار المعارف القاهرة، ط١ ص٢١.

متناول كل إنسان وباختلاف الصياغة الفنية وطريقة النطق تختلف قيم اللغة عند المستمع، وعلى ذات النسق تختلف المهارات من حيث الاهتمام بمحتوى ومضمون الرسالة مع مراعاة الفروق الفردية والعوامل التي تساعد في إحداث التأثير والتغيير.

● السياق Formula: وتعني القدرة على طرح الموضوع مجال التواصل من جميع ميادينه المختلفة، وإبراز مواطن القوة والضعف، للوصول إلى الغاية المبتغاة، والذي لا يتأتى ذلك إلا بتوفر المميزات التالية:

١. الوضوح: أي القدرة على استخدام الأسلوب السهل في عرض وطرح الأفكار.
٢. الاختصار: إن الاختصار في الطرح وعدم الإطالة المتعمدة يعد من أهم أسباب نجاح عملية التواصل والاتصال، ونعني بالاختصار في المعلومات أي الدقة في اختيار الألفاظ مع عدم التكرار والغموض، فحينما يكون الحديث مختصراً هذا يدل على قوة الحجّة، والإمام الجيد بالأمر، مما يكسب الاستمرارية في الاستماع.
٣. البساطة: أي استخدام الألفاظ والتعبيرات المناسبة عندما يريد الإنسان أن يبني علاقة تواصل مع الآخرين.

٤. الموضوعية والمنطقية: فالذي يريد البحث عن بناء علاقة لابد من توفر الموضوعية والمنطقية في الطرح، والصدق الذي يعكس حقيقة مشاعر التواصل، أي بمعنى أن تتطابق أحوال المرسل مع أفعاله. هذا بجانب الاتزان لمراقبة الذات.

فالتواصل هو الميكانيزم الذي بواسطته يتم بناء العلاقات الإنسانية، ومن خلالها تعبر كل رمز من رموز لغة الرسالة عن هيئة الصوت والكلمات التي تخرج من مرسل الرسالة، وللتواصل أشكال وأنماط منها:

\* التواصل اللفظي: هو عبارة عن نسق من العلامات اللغوية الدالة والمشاركة بين المرسل والمستقبل من حيث الصوت والمفردات والتركيبات، والتي يمكن أن تكون شفاهياً أو كتابياً.

وهنا يستطيع الإنسان أن يتصل بالآخر بكل سهولة، فالذي درس قواعد الاتصال، والإتيكيت، والإدارة الفعالة لديه من القدرة الكافية على استمالة المستمعين إليه بشكل وآخر، وقد مرّت البشرية بالعديد من المراحل استطاعت من خلالها أن يكتسب القدرة على الاتصال والتواصل، على الرغم من التغييرات الجذرية التي قد طرأت على الحياة العامة، والتي قد ساهمت كثيراً في كبح قدرته على فهم المعاني، وكيفية نقلها للآخرين، وهذا ما يطلق عليه (نظرية الانتقالات) وهي النظرية التي تقسم مراحل تطور الاتصال على الأنماط التالية:

\* الاتصال بالإشارات والعلامات، وتنضوي تحت العصور التالية:

١. عصر اللغة: وهي التركيز على اللغة المستعملة في التواصل بوصفها جزء من العادات والتقاليد والقوانين التي يولد الوظيفة الوصفية للتخاطب والتبادل.

٢. عصر الكتابة: فقد استغرق الإنسان ملايين السنين حتى توصل إلى القدرة على استخدام اللغة كأداء من أدوات الكتابة. وقد مرت الكتابة بالعديد من المراحل، منها:

- الحفني وحبيب، نادية دعاء (٢٠١٢م). الإتيكيت وفن التعامل مع الآخرين. مكتبة الدار العربية للكتاب، القاهرة، ط١ ص١٣٤. ١

- رشقي، جههان (١٩٩٧م). الأسس العلمية لظريات الاعلام. دار الفكر العربي، القاهرة، ط٢، ص٢١. ٢

- نجيب، عمارة (١٩٨٢م). المدخل لدراسة الاعلام الإسلامي. دار الفكر، القاهرة، ط١، ص٢١. ٣

- زاهد، زهير غازي (٢٠٠٠م). العربية والامن اللغوي. مؤسسة الوراق، عمان، ط٢ ص٣٣. ٤

أ. مرحلة الكتابة التصويرية: وهي الاعتماد على الصور والأشكال في التواصل.

ب. مرحلة الكتابة على أساس النطق: وذلك باستخدام الرموز والحروف في عملية التواصل.

٣. عصر الطباعة: تعد الطباعة إحدى أبرز الابتكارات البشرية في عملية التواصل والاتصال.

٤. عصر الاتصال الجماهيري: ظهرت الصحافة كنمط من أنماط التواصل، وكنشاط يساهم في إبداع الجمعية البشرية، وفي تحقيق أعلى متطلبات التواصل على المستوى الفردي والجمعي والجماهيري International Commnucation .

٥. عصر الاتصال التفاعلي: شهد النصف الثاني من القرن العشرين تطور أشكال تكنولوجيا الاتصال، ولعل أبرز مظاهر تلك التكنولوجيا ظهور الحاسبات الالكترونية، وتكنولوجيا الأقمار الصناعية. ويقوم الاتصال على الأنماط التالية:

1. البصري: وهو الشخص الذي يرى العالم من حوله عبارة عن معاني مجردة يمكن تحويلها إلى صور ومشاهد تعبر عن حوادث بعينها، فيصبح الإنسان أكثر تأثراً بالنمط الصوري القائم على المشاهدة.

2. السمعي: وهو الشخص الذي يعتمد على حاسة السمع في استقبال المعلومات، وفي رؤية العالم من حوله اعتماداً على فاعلية الاستماع أكثر من الرؤية، فالإنسان له مقدرة فائقة على الاستماع دون مقاطعة، وذلك حين يجيد اختيار الألفاظ والعبارات التي تناسبه، فيركز على نبرات الصوت، كما أنه يميل للمعاني التجريدية النظرية التي تناسب تفسير المعاني.

3. الحسي: وهو الشخص الذي ينصب اهتمامه على الشعور والأحاسيس أكثر من السمع والبصر، فإذا حكى عن تجربة معينة سيحكىها من خلال ما شعر به وما أحس به، ولذلك فإن قراراته مبنية على المشاعر والعواطف المستنبطة من التجربة الذاتية ومن خلال استقصاء التواصل الشخصي أو الجماهيري.

\* التواصل غير اللفظي: ويقصد به مجموع الرسائل الاتصالية التي لا تعتمد على اللسان، وهي على نوعين:

١- جملة العلامات غير اللغوية.

٢- جملة الحركات وهيئات الجسم.

\* التواصل المرئي: وهو مجموع الرسائل الاتصالية التي تعتمد على الصور والأشكال الغرض منها بناء علاقة تفاعلية من خلال إظهار قبول وتقدير وتوافق بين الآخرين.

ومن خلال تلك المعطيات فإن الله تعالى قد خلق الناس شعوباً وقبائل ليس لتناحر والخصام، بل للتعارف والوثام، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ} 1، وقدّر الله تعالى أن يختلف الناس في ألوانهم ولغاتهم ومعتقداتهم، للنهوض بجميع التكليف والوفاء بجميع الحاجات، بل يعتبر الاختلاف في السمات والصفات آية من آياته، فلا يقتضي اختلاف الألسن والألوان، والطبائع، والمواهب، التنازع والشقاق، لقوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ} 2، وليس غريباً إن يدعو الإسلام إلى التعارف والتواصل مع من يخالفهم في اللغة والجنس والمعتقد، لأنّه تعالى جعلهم مسلمين، لقوله تعالى: {وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ} 3. ومن

١- الحجرات: ١٣.

٢- سورة الروم: ٢٢.

٣- سورة يونس: ٩٩.

أقدار المولى عزّ وجلّ أن جعل التواصل أحد مطلوبات الحياة، وبمقتضى هذا الخلق كرم الإنسان ورزقه من الطيبات، لقوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}1، وبمقتضى هذا التكريم يجب لكل إنسان حق الاحترام والتقدير، وتقدير مبدأ وحدة الخلق، أي أنهم جميعاً إخوة، وهذا يفرض عليهم أن يتواصلوا فيما بينهم، لقوله تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهَا لِنَ أَنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ}2. فالاختلاف بين البشر سنة إلهية لذلك منح الله تعالى الإنسان الحرية في الاختيار فيما يعمل ويدع، لقوله تعالى: {وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ}3، فعلى المسلم يكون يقيناً بأن مشيئة الله لا راد لها، كما أنه لا يشاء إلا ما فيه الخير لخلقه. فالتواصل في الإسلام يقوم على مكارم الأخلاق والاحترام والتواضع، والمسلم يؤمن بأن الله تعالى يأمر بالعدل والاحسان، ويحب المقسطين، حتى مع المخالفين في العقيدة، ويكره الظلم ويعاقب الظالمين، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ}4. وعلى ذات النسق خلق الله تعالى البشرية من آدم وحواء وبث منهما رجالاً ونساء لإقامة الجسر التواصل والمحبة والسكينة، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا}5، هذه الآية تفيد أن الناس مشتركون في النسب وهم أمة واحدة، غير أن حكمة الخالق سبحانه وتعالى جعلهم مختلفين في الألسن يتكلمون لغات ولهجات مختلفة، ومختلفون في الألوان فمنهم الأبيض والأسود والأحمر والأصفر، وقد شاءت قدرته تعالى أن يخلق الناس بطائع اجتماعية متغايرة ليتعارفوا فيما بينهم. فالتعارف مبدأ إسلامي، وقد هيا الله سبحانه وتعالى أسباب يساعد في بناء العلاقات الاجتماعية بين الأمم بوسائل متعددة أهمها ممارسة العبادات، فالمسلم حين يؤدي صلواته المفروضة يريد أن يكون علاقة التواصل مع الله سبحانه وتعالى بالطاعة والخضوع إليه، ثم من بعد ذلك إرساء دعائم الإخوة بين المسلمين بعضهم بعضاً. ولذلك من الحكمة ضرورة إعمال العقل في الدعوة إلى الله سبحانه وتعالى لقوله تعالى: {ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُنْتَدِينَ}6. وقد هيا الله تعالى رسوله صلى الله عليه وسلم منذ بداية دعوته أن يطلق عدة رسائل اتصالية سواء لأصحابه رضوان الله عليهم أو للمنكرين من حوله، فجاءت الرسائل إما لفظية أو كتابية، فبدأ بالتواصل اللفظي في مكة المكرمة، بالتواصل الكتابي عندما استقر به المقام في المدينة المنورة، فأرسل سفراءه إلى الملوك والامراء يحثهم فيها إلى الدخول في الإسلام، فساهمت الكتابة في توسيع نطاق الدعوة في أرجاء المعمورة فدخل الناس في دين الله أفواجا، فاتبعوا في ذلك حكمة الانصات والاستماع، لقوله تعالى: {وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ وَاغْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ}7. وهذا دليل على اهتمام الإسلام بالطرائق غير المنطوقة لنقل الرسائل التواصلية التي تساعد في بناء العلاقات الدولية، وهذا يمثل نوع من العدالة الإلهية لتأكيد خاصية التفاعل مع الآخرين والاندماج معهم، لقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ

1 - سورة الإسراء: ٧٠.

2 - سورة الأعراف: ١٨٩.

3 - سورة هود: ١١٨.

4 - سورة المائدة: ٨.

5 - سورة النساء: ١.

6 - سورة النحل: ١٢٥.

7 - لقمان: ١٩.

الْفَحْشَاءَ وَالْمُنْكَرَ وَالْبَغْيَ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ<sup>1</sup>. هكذا جاءت مقاصد الشريعة الإسلامية ليحض المسلمين على التعارف والتزاور وإظهار الود والحنان بين أطراف الأسرة الواحدة، والمجتمع الواحد، فأرسى الكثير من القواعد والآداب التي تكفل للإنسان عملية التواصل والاتصال كغيره في استراتيجيات التعامل مع الآخرين، فهذه الآداب تعبر عن روح التسامح والتألف بقيم الإسلام، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى من عضو تداعى..."<sup>2</sup>. فقد كان صلى الله عليه وسلم مثلاً في الإساءة الحسنة يعرف كيف ومتى يتحدث مع الآخرين، وكيف يستميلهم مراعاة لظروفهم وإمكانية الاستماع إليه، فكان كثيراً ما يقول: "خاطبوا الناس على قدر عقولهم"<sup>3</sup>. فالإنسان بطبيعته يميل إلى أبناء جنسه ويأنس بهم، من خلال دافعه الطبيعي والفطري. فالحاجة تفرض عليه أن يتواصل مع الآخرين، فهو لا يستطيع أن يوقر كل حاجاته بنفسه، فقد يمرض فيحتاج إلى الطبيب، وهو بحاجة إلى العامل في البناء وغيره، وهو يشتري من السوق، ويبيع إنتاجه، وبالتالي فإن طبيعة الحياة تجعل المصالح مشتركة، والحاجات متداخلة بين الناس، وهذا يفرض على الإنسان حالة التواصل مع محيطه الاجتماعي. فهذا التواصل يبقى في مستواه الأدنى، وفي حالته البسيطة الساذجة. إذ أن المجتمع يحتاج إلى نوع من التواصل بشكل أرق، وهذا يختلف من مجتمع إلى آخر، وقديماً كان الناس يعيشون في بيئة تواصلية أكثر سهولة، حينما كانت الحياة على بساطتها، بل كان الناس يعيشون في مناطق جغرافية محدودة، ولكننا اليوم، ومع التطور الذي صاحب واقع الحياة، تغيرت درجة التواصل الاجتماعي. ولعل من أبرز مضمات التواصل الاجتماعي هو:

\* التقارب النفسي الروحي: الحياة بطبيعتها فيها ضغوط ومشاكل، خصوصاً في هذا العصر، فيحتاج الإنسان إلى من يتضامن معه نفسياً، وإلى من يقترب منه روحياً، ليخفف عنه الآلام، ويرفع من معنوياته، وكذلك يحتاج الإنسان إلى من يستشيريه ليستفيد من رأيه، وإلى من يدخل السرور إلى قلبه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من لقي أخاه بما يسره سره الله يوم القيامة". وقال صلى الله عليه وسلم: "من أحب الأعمال إلى الله ادخال السرور على المسلم أو أن تفرج عنه غماً أو تقضي عنه ديناً أو تطعمه من جوع".

\* التعاون في تيسير شؤون الحياة، لقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى} 4.

\* الإستخلاف في الأرض، لقوله تعالى: {وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئاً وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ} 5، أي أن الله كرم الإنسان وأنعم عليه بحواس التواصل وجعل له ملكة يستطيع تتبع آيات الله في الكون وتحويلها إلى علوم تؤهله لتصديق الوحي، وتأطير العبودية له، والعمل في الدنيا مع الاستعداد للأخرة بقناعة ويقين.

\* تحقيق حاجات الإنسان الاجتماعية: وتتمثل في الشعور بتقدير الآخرين لسد متطلبات الحياة. وتنقسم حاجات الإنسان الاجتماعية إلى حاجيات مادية ونفسية وبيولوجية، ويتم تنظيم تلك الحاجيات عن طريق التواصل الشخصي أو الجمعي أو الجماعي حتى لا يؤدي ذلك إلى نزاع وصراع نفسي قد يعيق إشباع الإحتياجات الاجتماعية الثقافية والفكرية.

\* إطاحة فرصة المشاركة الفاعلة بين الطرفين، وتبادل وتقاسم الأدوار إرسالاً واستقبالاً.

- سورة النحل: ٩٠.

- العسقلاني، ابن حجر(١٢١٣هـ). فتح الباري في شرح صحيح البخاري. دار العلم، بيروت، ط٣، ج ١١٠، حديث رقم ٤٣٩.

- العسقلاني، ابن حجر(١٢١٣هـ). فتح الباري في شرح صحيح البخاري. دار العلم، بيروت، ط٣، ج ١١٠، حديث رقم: ١٦٢.

- المائة: ٢.

- سورة النحل: ٧٨.

\* الاستجابة الفورية والمباشرة وهذا يساعد مرسل الرسالة على معرفة مدى القبول أو الرفض بصورة مباشرة.

\* تقوية العلاقات الاجتماعية والفكرية.

\* عدم التقيد بالظروف الزمانية والمكانية، وبالتالي يتم التعارف والتفاعل مباشرة.

\* تحقيق الأهداف الاجتماعية عندما تتوفر القواسم المشتركة.

ولكي ينجح عملية التواصل الذاتي علينا بالآتي:

\* تغيير وتحسين الذات.

\* امتلاك أكبر قدر من الطاقة الفكرية والمعرفية.

\* توجيه الإدراك العقلي بطريقة سليمة يستطيع الفرد من خلالها السيطرة على إنفعالاته النفسية.

\* استعادة الطاقة الإيجابية.

ولإدخال كل تلك العمليات في التواصل علينا الاهتمام بالنفس للسيطرة على السلوك التي هي نقطة البداية للتغيير وتحسين الذات، لقوله تعالى: ﴿لَهُ مُعَقَّبَاتٌ مِّن بَيْنِ يَدَيْهِ وَمِنْ خَلْفِهِ يَحْفَظُونَهُ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ بِقَوْمٍ سُوءًا فَلَا مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُمْ مِّن دُونِهِ مِن وَالٍ﴾<sup>1</sup>.

وعلى ما سبق لا يتصور الإنسان أن يسير مركب الحياة بدون أن يتواصل الناس مع بعضهم البعض، فالتواصل هو سنة الحياة، وبدون التواصل يعيش كل إنسان بمعزل عن الآخرين وهذا بلا شك ليس من مقاصد الشرائع السماوية وغاياتها، فالإنسان يسعى للتواصل مع الآخرين لما يجنيه من ثمار كثيرة، منها تحقيق أهدافه وغاياته لن تدرك بدونها، فالتأخر في الكون يرى أن التواصل هو فطرة طبيعية بين الكائنات الحية، فنرى التحل على سبيل المثال يتواصل فطرياً مع بعضه البعض من أجل إنشاء خلية التحل التي تسهم كل نحلة فيها بمجهود معين، وينطبق الأمر بالأحرى على الإنسان الذي كرمه الله تعالى بنعمة العقل والتفكير وفضله على سائر مخلوقاته، فالتواصل في الإسلام هو مؤشر على ديناميكية حركة الحياة. والعكس حيث يتسم المجتمع بعدم التواصل بين أفرادها تصاب بالخمول والسكون والسلبية. فالإنسان بطبعه يحب الاجتماع مع أخيه الإنسان والتكلم معه، ويستطيع أن يشبع رغباته الفطرية الذي يحقق له متعة الموانسة، ويزيل عنه الكثير من الهموم والمشكلات. فالتواصل حين يجتمعون فيما بينهم يؤكدون معاني التواصل، حيث يقف الإنسان مع أخيه الإنسان إذا ما تعرض للعدوان، ويقف الغني مع الفقير في محنته ويسد حاجته إلى غير ذلك من الثمار التي لا تتأتى بدون التواصل. وخلاصة، يمكن القول أن التواصل هو سلوك اجتماعي ينمي شخصية الإنسان ويقويها ويثريها، كما أنه فرصة لتبادل المعلومات والمعارف المختلفة بما يعود بالنفع على الجميع.

قيم التواصل وضوابطه: لكي يحقق التواصل أهدافه ينبغي أن يضبط بقيم شرعية توجه النوايا بصورة مثالية، ومن أهمها:

\* القيم الإسلامية: وهي من أكثر القيم تأثيراً، وتتمثل في الآتي:

أ - إخلاص النية لله سبحانه وتعالى، وحسن الظن بالناس، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ} 1. فالتقوي والعمل الصالح من المخاطب أحد ضروب الحكمة، لقوله تعالى: {يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَن يَشَاءُ وَمَن يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ} 2.

ب - التعارف ونشر قيم الخير والسلم بين الناس، وتطوير مهارات التواصل وتنميتها بنية خالصة يقصد منها تحقيق مصلحة المجتمع.

ج- قيم تقدير المخاطب واحترامه، والإقبال عليه بوجه طلق 3.

د- الصدق والأمانة والحياء والتواضع والرفق بالآخرين والخضوع للحق.

\* ضوابط التواصل: تشمل ضوابط التبليغ والإرسال مثل حسن البيان والرفق بالمخاطب ومخاطبته بالحكمة والموعظة الحسنة، لقول رسول الله صلى الله عليه والسلام: "إِنَّ اللَّهَ رَفِيقٌ يُحِبُّ الرَّفْقَ، وَيُعْطِي عَلَى الرَّفْقِ مَا لَا يُعْطِي عَلَى الْعُنْفِ"<sup>4</sup>، فالرفق بالمتلقي ومخاطبته بالحسنى والكلمة الطيبة في التلقي وحسن الاستقبال والإنصات والإقبال وعدم المقاطعة والتثبت ضرورة واقعية لنجاح عملية التواصل، لقوله تعالى: {إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ} 5. أيضاً هنالك ضوابط التلقي والاستقبال كالتخلق بأداب الإسلام والإلتزام بقيم التواصل، والتدريب الجيد على استخدام وسائل التواصل، والتحلي بمكارم الأخلاق وتعزيز الأعمال الصالحة لقوله تعالى: {إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ} 6. وقال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ} 7. لقوله صلى الله عليه وسلم: "اتق الله حيثما كنت واتبع السيئة الحسنه تمحها وخالق الناس بخلق حسن"<sup>8</sup>.

معوقات التواصل والاتصال في الإسلام: للتواصل عدة معوقات منها:

\* المعوقات النفسية : وهي المشاعر النفسية السلبية التي يخفيها أحد أطراف التواصل خاصة التي تحد من قدرته على التبليغ أو الإستجابة، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَّمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} 9، وتصنف كالتالي:

أ - معوقات الإرسال: وتشمل آفات التعالي والإعجاب بالنفس، وهي من الخصال التي تنفر المخاطبين.

1 - سورة الحجرات: 12.

2 - البقرة: 269.

3 - عودة، محمد (1971م). أساليب الاتصال والتغيير الاجتماعي. دار المعارف، القاهرة، ط1، ص76.

4 - الزهري، أبو الفضل، بدون تاريخ). موسوعة الحديث الشريف. حديث رقم: 98.

5 - سورة النور: 51.

6 - سورة العصر: 3.

7 - سورة البقرة: 153.

8 - ابن رجب (2001م). جامع العلوم والحكم. مؤسسة الرسالة. بيروت، ط2، ج1: 395 حديث رقم 118.

9 - سورة الحجرات: 11.

ب - معوقات الإستجابة : وتشمل آفات الكبر والجحود واحتقار الآخرين، وغيرها من المعوقات التي تحول دون استجابة المخاطبين للمتصف بها.

ج- المعوقات السلوكية : وهي نوعان:

١. معوقات التبليغ : وتشمل آفات الغضب والعنف في الخطاب اللذان يحولان دون تواصل المتخاطبين فيما بينهم، كالتأنيب والانتقاد والاهانة والتنكيل والسخرية وغيرها.
٢. معوقات الإعراض: وتشمل آفات الغفلة التي تحول دون تفعيل عناصر التواصل بين الناس.

### المقارنة بين التواصل والاتصال

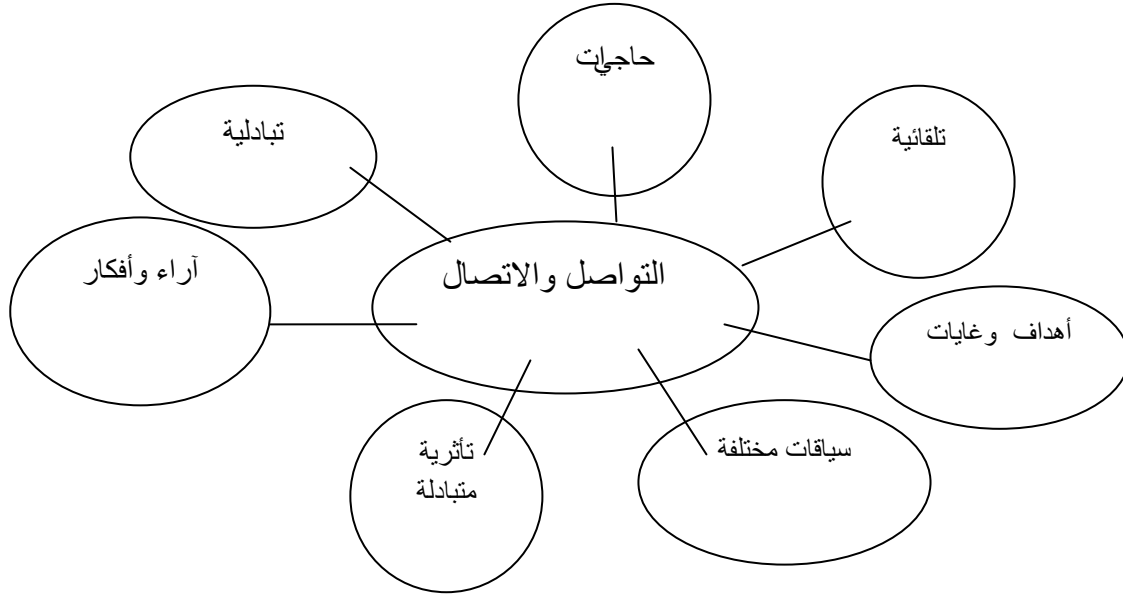
يقوم الاتصال على نقل المعلومات من مرسل الرسالة إلى المتلقي، من خلال تطبيق وظيفة المرسل والمستقبل للتعبير عن آرائهما. وبمقتضى هذه العملية يتم التواصل بين الطرفين لبناء علاقات اجتماعية غالباً ما تفضي إلى احترام الآخر، والتفاعل مع المحيط الاجتماعي.

وقد يحتاج الإنسان إلى حياة رغدة لتوفر لنفسها سبل العيش الكريم من خلال تنوع الظروف البيئية، وهنا تلعب علاقات التواصل دوراً مهماً في الحصول على تلك السعادة، فالعيش والعمل في إطار بيئة الاتصال سواء بين الأفراد أو المؤسسات، ضرورة واقعية لإرساء دعائم العلاقات الاجتماعية والثقافية والفكرية، خاصة عندما تتوفر الثقة بين الأطراف، وبالتالي يتم تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع على غرار حب الآخرين. لذلك فإنّ للاتصال دور كبير في تكييف الانسجام بين البشر، والذي من خلاله يمنح الإنسان الشعور بالتألف والتعايش، فالعمل بمقتضيات التواصل الجيد لا يتم إلا بالتراحم والتواصي. ومن خلال المقارنة بين العمليتين فإنّ الذين يعانون العزلة الاجتماعية لديهم نسبة مخاطر أكثر من أولئك الذين يتمتعون بقدر من التواصل والانسجام. فالكائنات الحية بأكملها، والإنسان خاصة في حاجة إلى التواصل، فالذين يفتقدون للعلاقات الداعمة غالباً ما تكون حياتهم مدمرة؛ لأنّ خياراتهم نحو بناء حياتهم كانت خاطئة، أو ذات خطورة على صحتهم البدنية والعاطفية والعقلية. لذلك عندما يتعرض الإنسان على معوقات التواصل تكون النتيجة زيادة ضغط الحياة التي تؤثر على الأبدان والعقول والقلوب، وبالتالي يدفع الإنسان ثمن غالي في التعامل مع الآخرين. فالتواصل هو بمثابة ملاذ آمن لكل إنسان، ولا يمكن تحقيق موجبات الأمن والطمأنينة إلا باستخدام عناصر بالصورة التي تحقق أهداف التواصل، والتي منها عرفة النوازع النفسية الروحية والمادية التي تساعد في بناء العلاقات الاجتماعية.

### خاتمة

من خلال الدراسة والتمحيص تبين أنّ التواصل والاتصال سمة من سمات التعاليم الإسلامية التي أشارت إليها مقاصد التشريع الإسلامي على المستوى الفردي والجمعي والجهادي. ولاشك أنّ التطور المذهل الذي طرأ على وسائل الإعلام، وما صاحبه من التقدم التكنولوجي قد دفعت بالإنسانية إلى الإهتمام بعناصر الرسالة الاتصالية دون اعتبار للظروف الزمانية والمكانية خاصة عندما أصبح العالم اليوم كقرية كونية بفضل انتشار الوسائط الإعلامية المختلفة. كما أكدت الدراسة أنّ التواصل والاتصال هما جوهر بناء العلاقات الإنسانية. ومحقق تطورها، ومنظومة اجتماعية يحقق المعاني السامية، ويضمن استمرار الترابط والتفاعل بين أفراد المجتمع انطلاقاً من الأبعاد المعرفية والسيكولوجية والحركية.

مخطط التواصل والاتصال



المراجع

- \* ابراهيم إمام (١٩٦٤م). أصول الاعلام الإسلامي. دار الفكر العربي القاهرة، ط١.
- \* ابن رجب (٢٠٠١م). جامع العلوم والحكم. مؤسسة الرسالة. بيروت، ط٢ ج١.
- \* ابن منظور (١٣٠٠هـ). لسان العرب. دار لسان العرب، بيروت، ط١.
- \* ابن هشام (١٩٩٩م). السيرة النبوية. مكتبة المجلد العربي، القاهرة، ط١.
- \* أحمد بدر (١٩٧٤م). الاتصال بالجماهير والدعاية الدولية. دار القلم الكويت، ط١.
- \* الترمزي، محمد بن عيسى (بدون تاريخ). الجامع الصحيح. تحقيق أحمد شاکر، وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢.
- \* الجاز، هاشم (٢٠٠٠م). الإعلام السوداني. مطبعة جامعة القرآن الكريم، امدرمان، ط١.
- \* الحفني وحبیب، ناديج دعاء (٢٠١٢م). الإتکیت وفن التعامل مع الآخرين. مكتبة الدار العربية للكتاب، القاهرة، ط١.
- \* الزهيري، محمد (١٩٩٢م). فن الاتصال اللغوي ووسائل تنمية. مكتبة الفلاح، الكويت، ط١.
- \* الشنقيطي، سيد محمد (١٩٩٤م). نحو تأصيل الدراسات الإتصالية. دار القرآن الكريم. للنشر والتوزيع، الرياض، ط١.
- \* الطنوبي، محمد عمر (١٩٩٥م). الإعلام الزراعي. دار مشاة المعارف، الإسكندرية، ط١.
- \* العسقلاني، ابن حجر (١٢١٣هـ). فتح الباري في شرح صحيح البخاري. دارالعلم، بيروت، ط٣.
- \* رشتي، جيهان (١٩٩٧م). الأسس العلمية لنظريات الاعلام. دار الفكر العربي، القاهرة، ط٢.
- \* زاهد، زهيرغازي (٢٠٠٠م). العربية والامن اللغوي. مؤسسة الوراق، عمان، ط٢.

- \* عبدالرحمن، ناصر محمد (١٩٩٥م).الاتصال العلمي في التراث الإسلامي. دارغريب للطباعة، القاهرة، ط١.
- \* عبدالغفار، محمد(١٩٩٠م).إدارة سلوكيات الأفراد في المنظمات.دار النهضة، القاهرة، ط١.
- \* عبدالكريم، لاکان(بدون تاريخ).مقدمة في وسائل الاتصال.مكتبة دار زهران، جدة، ط١.
- \* علي سلامة، جمال(٢٠١٢م).تحليل العلاقات الدولية.دار النهضة العربية، القاهرة، ط١.
- \* عودة، محمد(١٩٧١م).أساليب الاتصال والتغيير الاجتماعي.دار المعارف القاهرة، ط١.
- \* محمد نصر، حسني(بدون تاريخ).مقدمة في الاتصال الجماهيري. مكتبة الفلاح الامارات، ط١.
- \* نجيب، عمارة(١٩٨٢م).المدخل لدراسة الإعلام الإسلامي.دار الفكر العربي، القاهرة، ط١.
- \* هارولد لاسول(١٩٤٨م). شكل ووظيفة الاتصال في المجتمع، نيويورك، ط١.



## الحماية القانونية للأطفال العمال " دراسة مقارنة "

طارق عفيفي صادق أحمد - جامعة حلوان - جمهورية مصر العربية

### الملخص

تتناول هذه الدراسة الحماية القانونية للأطفال العمال والضمانات المقررة لهم في الأنظمة الوضعية في عدد من الدول العربية كالقانون العماني والقانون المصري وغيرهما، وبعض من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وذلك في إطار مبحثين، استعرضنا في الأول: التعريف بعمل الأطفال وأسبابه وآثاره وموقف الفقه الإسلامي منه. وفي المبحث الثاني، فقد أشرنا إلى أهم آليات ووسائل حماية الطفل العامل في القوانين المقارنة. وقد أنهيت بحثي بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

### Abstract

This study deals with guarantees to protect child workers in contemporary legal systems applied on Omani law compared to the law of Egypt and a number of Arab regimes and some of the relevant international conventions, and in the context of two sections, we reviewed in the first: the definition of child labor, its causes and effects, and the position of Islamic jurisprudence of it. In the second section, he pointed to the most important mechanisms and means to protect the baby boomer, in the framework of the laws of comparison.

### مقدمة

إذا كان من الصعب إن لم يكن من المستحيل القضاء علي ظاهرة عمل الأطفال في الكثير من المجتمعات، حتى صارت عمالة الأطفال ظاهرة عالمية، حتى في الدول المتقدمة في ظل تقلص القوة العاملة، كما في ألمانيا؛<sup>(١)</sup> ونظرا لما تمر به البلدان العربية من ظروف اقتصادية واجتماعية، ووجود الثغرات القانونية التي تسمح بانتهاك حقوق الطفل واستغلاله؛ فقد اهتم أيضا المشرعين العرب ونظرائهم في الأنظمة المقارنة بظاهرة الطفل العامل، وسعوا إلى حمايته بقواعد شتى وقوانين خاصة؛ وإن كان الاهتمام بالطفل العامل لم يظهر في بعض الدول العربية إلا في العقد الأخير من القرن الماضي.<sup>(٢)</sup> وهذا على الرغم من أن الإسلام كان من أسبق الشرائع اهتماما بالطفولة وضمان تمتع الطفل بحقوقه.

وقد تعددت مظاهر اهتمام المجتمع الدولي بظاهرة الطفل العامل، ومناهضة كافة صور استغلال الطفل في ظروف العمل القاسية، ومن أبرز هذه المظاهر إبرام اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (٩) لسنة ١٩١٩ م، بشأن الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل؛ وكذلك اتفقيتها رقم (٧) لسنة ١٩٢٢ م، بشأن تحديد الحد الأدنى للقبول للعمل بالبحر، ثم تلي ذلك

(١) د. خالدية مكّي، الحماية القانونية للعامل للقاصر في الجزائر، مجلة مصر المعاصرة، ابريل ٢٠١٢، ع ٥٠٦، س ١٠٤، ص ٢٩٩.

(٢) دخلت هذه الاتفاقية في النظام القانوني لسلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠١/٣٨) في ٢٤/٤/٢٠٠١ م.

الاتفاقية رقم (١٣) لسنة ١٩٧٦ م، بشأن الحد الأدنى للاستخدام .. الخ من الاتفاقيات ذات الصلة كالاتفاقية رقم (١٨) لعام ١٩٩٩ بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال.\* ولإلقاء المزيد من الضوء على هذه الظاهرة، نقسم هذه الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بعمل الأطفال وأسبابه وآثاره.

المبحث الثاني: آليات ووسائل حماية الطفل العامل.

## المبحث الأول : التعريف بعمل الأطفال وأسبابه وآثاره

تمهيد

يقوم الباحث في هذا المبحث بتوضيح مفهوم المصطلحات المتعلقة بالبحث، وهي: "العامل"، و"الطفل العامل"، و"حق الطفل في العمل"؛ هذا إلى جانب إشارته إلى الأسباب التي تدفع الطفل للنزول إلى بيئات العمل، والآثار التي يحتمل تترتب على ذلك (أي عمل الأطفال)، وأخيرا يشير إلى موقف الفقه الإسلامي من عمل الأطفال.

### أولاً: التعريف بالطفل العامل

يستلزم التعريف بالطفل العامل، أن نوضح أولاً مفهوم "العامل" في الأنظمة المقارنة محل الدراسة، حتى يأتي تعريفنا "للطفل العامل" متسقاً مع ما تأخذ به هذه الأنظمة.

#### أ - مفهوم العامل

عرف المشرع المصري العامل في المادة (١/أ) من قانون العمل الموحد رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ م، بأنه: "كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه". وقد اتفق معه في هذا التعريف كلا من المشرع العماني- في المادة (٦١) قانون العمل العماني الجديد رقم ٣٣/٢٠٠٥ م\* - والمشرع البحريني في المادة (٣/١) من قانون العمل في القطاع الأهلي الجديد رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ والمقابلة للمادة قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني القديم رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ م. وإن كانت المادة الأخيرة قد استخدمت عبارة "كل ذكر أو أنثى" بدلاً من عبارة "كل شخص طبيعي".

كما عرفه المشرع المغربي في المادة (٦) من مدونة الشغل رقم (٦٩٩) بأنه: "يعد أجيراً كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين لقاء أجر أياً كان نوعه، وطريق أدائه".

وعرف المشرع الجزائري "العمال" في المادة (٢) من قانون العمل رقم (١) ٩٩ بقوله: "يعتبر عمالاً أجراً في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملاً يدوياً أو فكرياً، مقابل مرتب في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، يدعى المستخدم".

(\* ) وقد عرفت المادة المشار إليها من القانون العماني "العامل المؤقت" - وهو أكثر الحالات انطباقاً على الطفل العامل محل الدراسة - بأنه: "العامل الذي تقل ساعات أو أيام عمله العادية عن ساعات وأيام العمل المقررة قانوناً" (م/١٠). والجدير بالذكر أن هذه المادة نقلت من القانون العمل العماني القديم رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ م.

## ب - مفهوم الطفل العامل

تعددت المسميات والمصطلحات المستخدمة للدلالة على الأطفال التي يضطروا للنزول العامل إلى بيئات العمل؛ فأحيانا يطلق عليهم "الأطفال العمال"، وفي أحيانا أخرى "العمال الأحداث"، وفي حالات أخرى يطلق عليهم "العمال القصر"، كما يطلق عليهم "الشبان العمال".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد استعمل المسميات السابقة مجتمعة؛ إذ نجد أنه قد استعمل "لفظ العمال القصر، والشبان العمال في الأمر رقم ٣/٧٥ المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، واستعمل لفظ صغار العمال، والعمال القصر في القانون رقم ١/٧٨ المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، كما استعمل لفظ صغار العمال، والعمال القصر أيضا في القانون رقم ٦٨/٢ المتعلق بعلاقات العمل الفردية، أما في تشريع العمل الحالي المتمثل في القانون رقم ١/٨٩ المتعلق بعلاقات العمل فاستعمل لفظ العمال القصر". أما المشرع العماني فقد استخدم اصطلاح "العامل الحدث" في الفقرة الأخيرة من المادة (١) من قانون العمل رقم ٢٠٠٧/٣٣م والذي عرفه بأنه: "كل شخص طبيعي بلغ الخامسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة؛ لذلك فقد حظر تشغيل الأحداث من الجنسين أو السماح بدخولهم في أماكن العمل قبل بلوغ سن الخامسة عشرة، بل وأجاز بقرار من وزير القوي العاملة رفع هذه السن في بعض الصناعات والأعمال التي تقتضي ذلك. وقد عرفت الموسوعة ويكيبيديا عمل الأطفال: "هو العمل الذي يضع أعباءً ثقيلة على الطفل، والذي يهدد سلامته وصحته ورفاهيته، العمل الذي يستفيد من ضعف الطفل وعدم قدرته عن الدفاع عن حقوقه، العمل الذي يستغل عمل الأطفال كعمالة رخيصة بديلة عن عمل الكبار، العمل الذي يستخدم وجود الأطفال ولا يساهم في تنميتهم، العمل الذي يعيق تعليم الطفل وتدريبه ويغير حياته ومستقبله". وإن كان هذا التعريف قاصر وينظر إلى عمل الطفل باعتباره في جميع الحالات عمل قسري؛ لذلك فإننا نرى أن عمل الطفل- في ضوء رأي بعض الفقهاء الإسلامي<sup>(١)</sup> - هو: كل مجهود - جسدي أو عقلي- يبذله الطفل، لمصلحة الغير وتحت رقابة هذا الغير وإشرافه، في سبيل تحقيق منفعة، أو إشباع رغبة أو سد حاجة للطفل".

### ثانيا: أسباب عمالة الأطفال

ترتبط ظاهرة عمالة الأطفال وخطورتها بدرجة رقي المجتمع وتحضره؛ لذلك فإننا نجد هذه الظاهرة تؤرق المجتمعات النامية بصفة خاصة، ومنها غالبية الشعوب العربية؛ لما تواجهه الأسر الفقيرة من ضغوط وظروف اقتصادية صعبة تؤدي بها إلى توجيهها للأطفال إلى سوق العمل مما يزيد من ظاهرة التسرب من التعليم، والهجرة من المناطق الريفية إلى الحضر لجني الأموال والإنفاق على أسرهم؛ هذا إلى جانب غياب الوعي بأهمية التعليم في هذه المجتمعات.<sup>(٢)</sup> هذا إلى جانب تهافت أرباب العمل - وخاصة في الأعمال الدنيا والشاقة والأعمال الموسمية- على الاستعانة بالأطفال لضالة ما

(١) د. يوسف القرضاوي، مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام، ١٩٩٤، ص ٣٩، د. عفاف عبد الغفور حميد، العمل وضوابطه الأخلاقية في القرآن الكريم، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ٧، ٢٤، ص ٧٥.

(٢) د. أحمد عبد الله، عمالة الأطفال في مصر، الظاهرة والمعالجة، إشكالية تطبيق اتفاقية حقوق الطفل، في الواقع المصري، أمديست، ١٩٩٩، ص ١٣٩، د. فاطمة شحاتة أحمد، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٧٧ وما يليها؛ وراجع أيضا: تقرير البنك الدولي الصادر في ١٩٩٨، القضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال؛ دليل عملي لاتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٨٢، مكتب العمل الدولي والاتحاد البرلماني الدولي، ٢٠٠٢، ص ٢٥؛ أضواء على ظاهرة عمالة الأطفال، مجلة عالم الفكر، المجلد ٣٠، يناير - مارس ٢٠٠٢، ص ١٣٦.

يحصلون عليه من أجر وسهولة توجيهمهم\* كما أدت التطورات الحديثة والتغيرات الاقتصادية المتلاحقة في المجتمعات المختلفة إلى زيادة الأعباء العائلية والضغط الأسرية مما ساهم في زيادة العنف العائلي والتفكك الأسري، الأمر الذي يدفع الكثير من الأطفال للهروب من أسرهم والبحث عن عمل للتعيش أو للإنفاق عن بعض أفراد أسرهم جبراً أو بالاختيار.<sup>(1)</sup>

### ثالثاً: حق الطفل في العمل

الحق في العمل هو أحد حقوق الإنسان الأساسية، التي يستمد وجوده وشرعيته من الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية<sup>(2)</sup>، والدساتير الوطنية، لا فرق بصده بين إنسان وآخر. ويتميز هذا الحق عن بقية حقوق الإنسان الأخرى باعتباره يتضمن حماية بعض الجوانب السلبية كالإرهاق الناجم عن الجهد الجسدي والعقلي والإجهاد؛ فهذا الحق لا يهدف فقط لتلبية حاجة الإنسان في التمتع بحق من حقوقه، بل أنه يعد ضماناً أساسية لحماية الإنسان في ذاته ويضمن رفاهيته واستمراره.

ويرتبط بحق الطفل في العمل حقه في التمتع بمجموعة الحقوق والضمانات المكفولة لغيره من العمال البالغين، والتي تكفل لهم بوصفها حقوقاً ترتبط بالصفة آدمية للعامل، لذلك فقد حرصت دساتير الدول المختلفة على النص أيضاً على هذه الضمانات ومن ذلك المادة (٦٣) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، والتي نصت على: "تكفل الدولة حق كل عامل في الأجر العادل والإجازات، والتقاعد والتأمين الاجتماعي، والرعاية الصحية، والحماية ضد مخاطر العمل، وتوافر شروط السلامة المهنية في أماكن العمل؛ وفقاً للقانون. ولا يجوز فصل العامل إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون. والإضراب السلمي حق، وينظمه القانون".<sup>(\*)</sup> فعلي سبيل المثال، لا يجب أن يفتقر مكان العمل إلى الحقوق الأساسية بالحياة والحرية وأمن الشخص. فبيئة العمل ليست منعزلة عن بقية العالم؛ إنها البيئة المادية المباشرة حيث يمضي العمال أكثر حياتهم، ومن المهم جداً احترام حقوق الإنسان الأساسية في هذه البيئة. وقد عبر عن ذلك "خوان سومافيا" مدير عام منظمة العمل الدولية بقوله: "الحق بالعمل اللائق هو ما تسعى منظمة العمل الدولية إلى تأمينه للعمال لكي يكسبوا رزقهم بحرية وكرامة وأمان".<sup>(3)</sup> ومن نافلة القول أن هذا الحق في رأينا يعد أبلغ تجسيد أو أصدق معيار للتحدث عن مدي تمتع الفرد بحقوقه آدمية، حيث لا يمكن الحديث عن الحق في العمل ما لم تكن كرامة العمال مصانة؛ فلا استرقاق لهم ولا يخضعون لأي ممارسة شبيهة بالرق، كما يجب ألا يكون لأرباب العمل وصاية على حياتهم الخاصة، كما يجب ألا تفرض عليهم أية شروط تعسفية. كما يجب أن يتمتع العامل وخاصة الطفل بحق اختيار العمل والحرية في قبوله.

<sup>(\*)</sup> وهذا الفرض لا يعمل فقط على اتساع ظاهرة عمالة الأطفال، بل أنه يساهم أيضاً في زيادة عدد العاطلين من البالغين، في المجتمع، للإستغناء عن العمالة المدربة والماهرة بالأطفال، للمزيد راجع د. ناهد رمزي، ظاهرة عمالة الأطفال في الدول العربية، المجلد الأول، ١٩٩٨، المجلس العربي للطفولة والتنمية، ص ٢٢؛ د. فاطمة زيدان، رسالتها السابقة، ص ٢٧٨.

<sup>(1)</sup> د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، رسالتها السابقة، ص ٢٨١.

<sup>(2)</sup> للمزيد انظر: المادة (٢٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمواد من (٦-٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ والمواد (٦)، ١٠، ٢٠، ٢٢ من الإعلان العالمي للتقدم الاجتماعي والتنمية ١٩٦٩؛ والمواد (١-٣) من إعلان فيلادلفيا؛ وإعلان كوبنهاجن بشأن التنمية الاجتماعية لعام ١٩٩٥م.

<sup>(\*)</sup> والمدير بالذكر أن هذه المادة تقابل في الدستور المصري الحالي - الصادر في عام ٢٠١٤ - المادتين (١٢، ١٣)، إذ أكدت المادة (١٢) على العمل كحق وواجب وعدم مشروعية العمل الجبري إلا بموجب القانون. بينما تضمنت المادة التالية لها على التزام الدولة بالمحافظة على حقوق العمال.

<sup>(3)</sup> خوان سومافيا، عمل لائق، عمل آمن، برنامج حول الصحة والسلامة في العمل والبيئة (العمل الآمن)، منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٥م.

#### رابعاً: الآثار المترتبة علي عمل الأطفال

لقد أصبح واضحاً - سواء علي المستوى المحلي أم الدولي- أن عمل الأطفال من أهم أسباب وروافد استغلال وسوء معاملة الطفل مما يقلل من فرص حصوله علي حقه في التعليم وغيره من الحقوق ذات الصلة بنمائه؛ هذا إلي جانب تعريض الطفل للمزيد من المخاطر التي تهدد صحته ( البدنية والنفسية) وكذلك حرمانه من حقوقه الأساسية كإنسان<sup>(1)</sup>. وهذا لاضطرار الطفل " إلي معاشية ظروف وأوضاع بالغة الخطورة والإساءة بدءاً برفع الأحمال الثقيلة المرهقة، مروراً بالتعرض لمؤثرات كيميائية وبيئية وأبخرة وغازات وحرارة وغبار وضوضاء .. الخ، وصولاً إلي المخاطر المتصلة بالتعامل مع الآلات والمكينات"<sup>(2)</sup> خاصة وأن هذه الأعمال ليست ذات قيمة حقيقية ولا تكسب الطفل أيه مهارة تذكر، لذلك فغالبا ما يتعرض الطفل للإهانة والمعاملة القاسية وقد يمتد الأمر في بعض الحالات إلي الاعتداء الجنسي علي الطفل<sup>(3)</sup> مما يخلف الكثير من الآلام النفسية للطفل والتعرض للإصابة ببعض الأمراض المزمنة ذات الصلة.<sup>(4)</sup> ناهيك عن الآثار الأخرى التي تلحق بالمجتمعات نتيجة انتشار ظاهرة عمالة الأطفال ومن أهمها انتشار الأمية والتسرب من التعليم ومواجهة ظاهرة تشرد الأطفال وجنوح البعض منهم، وسهولة وقوع الأطفال العاملين ضحايا لبعض الجرائم الخطيرة كجريمة الاتجار بالبشر بكافة صورها التي من المتصور أن يكون الطفل أحد ضحايا أو الضحية المستهدفة منها. وأخيراً قد يؤدي عمل الأطفال في بعض ظروف العمل القاسية أو غير الآدمية إلي إصابة الطفل بالعجز أو بالإعاقة سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة لتأثير طبيعة العمل علي نموه العقلي والبدني لإصابتهم بإحدى إصابات العمل لعدم خبرتهم في التعامل مع الآلات الخطرة أو التعامل مع الأثقال أو لإصابتهم بأحد الأمراض المزمنة أو بأحد التشوهات المرتبطة ببيئة العمل.<sup>(5)</sup>

#### خامساً: موقف الفقه الإسلامي من عمل الأطفال

إذا كان الفقه الإسلامي قد أجاز إجارة الصبي المميز بإذن وليه؛ إذا كانت هناك مصلحة ظاهرة للصبي من الإجارة، باعتبار أن مباشرتها مما تقضي به الضرورة. فإن الفقه الإسلامي قد سبق الأنظمة الوضعية في حظر تشغيل في الأعمال الضارة والخطرة والتي قد تفرض علي الأطفال استغلالاً لهم، وخاصة إذا كانت هذه الأعمال غير صحية؛ لذلك فإننا نجد أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد اتفقا علي أن تكون الظروف التي يعمل بها الأطفال مواتية لعمله وقدرته وقوته، كما أنه ينبغي اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الطفل العامل باعتباره واجب شرعي والتزام قانوني، يترتب علي مخالفته بطلان عقد عمل الطفل.<sup>(6)</sup>

(1) د. عبد العال الديري، الحماية الدولية لحقوق العمال في ضوء أحكام القانون الدولي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣م، ص ٢٦٩.

GAUTAUM (Hazarik), ARJUN(S.Bedi), Scchooling costs and child work in rural Pakistan, the journal of development studies, Vol. 19, No5 , 2003, P.29, 64.

(2) د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٧٩؛ وانظر: مقال بعنوان: أضواء علي ظاهرة عمل الأطفال، مجلة عالم الفكر، المجلد ٣٠، يناير- مارس ٢٠٠٢م، ص ١٣٩.

(3) FORASTIERI, Children at work , health and safety risks, Geveva, ILO, 1997, P. 85-92.

(4) لذلك فقد حددت الموسوعة الالكترونية " ويكيبيديا " أربعة جوانب أساسية يتأثر بها الطفل العامل هي: النمو الجسدي، والتطور المعرفي، والتطور العاطفي والتطور الاجتماعي والأخلاقي؛ للمزيد انظر: <http://ar.wikipedia.org/>

(5) د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة الدكتوراه السابقة، ص ١٨٨.

(6) انظر: د. أنيس حسيب السيد المحلاوي، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، دار الكتب القانونية، ص ٤٠٣.

## المبحث الثاني: آليات ووسائل حماية الطفل العامل

تتعدد الضمانات التشريعية التي حرصت عليها قوانين العمل، والقوانين المعنية بحماية الطفل، وكذا الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، والتي تضمن حماية المصلحة الفضلى للطفل العامل، وتكفل عدم استغلاله والاتجار به<sup>(١)</sup> وتتمثل أهم هذه الضمانات في: وضع حد أدنى لسن الطفل الممكن تشغيله، وضمان حقه في الحصول على التعويضات الجارية لما يلحق به من إصابات العمل؛ وتحديد ساعات العمل اليومي والأسبوعي، التي تتناسب مع عمره وتكوينه الجسدي، هذا إلى جانب حظر العمل الليلي، وتوفير أدوات السلامة والحماية المهنية، وفحص الطفل صحيا، ومناهضة استغلال الأطفال في العمل القسري؛ والحرص على حماية الطفل أخلاقيا؛ وتفعيل العقوبات المفروضة على مخالفة النصوص الحمائية للطفل العامل؛ وكفالة حق الطفل في السكن والرعاية الصحية والتغذية وطرق الملاحظة اللائقة؛ وأخيرا اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لإمكانية استفادة الطفل من الوسائل التقنية في المجال المعلوماتي في مجالات العمل؛ ونستعرض أهم هذه الضمانات على النحو التالي:

### أولا: تحديد الحد الأدنى لسن التشغيل أو الاستخدام

عني مؤتمر العمل الدولي بعقد سلسلة من الاتفاقيات والتوصيات، التي هدف من ورائها وضع حداً أدنى لسن الطفل للعمل في بعض القطاعات الخطرة أو الشائع استخدام الطفل بها كالقطاع الصناعي والزراعي؛ والملاحظ أن علي هذه الاتفاقيات أنها في البداية قد اعتبرت الحد الأدنى لتشغيل الصبي في (١) عاما ثم عدلت إلى هذه السن إلى (١٩) عاما؛<sup>(\*)</sup> وإن كان يجوز لكل دولة أن تزيد من هذه السن، إلا أن المادة (٤٢) من الاتفاقية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣م بشأن الحد الأدنى للاستخدام، قد أجازت لأي دولة لم يصل اقتصادها، والإمكانات التعليمية فيها إلى درجة كافية من التطور أن تضع حداً أدنى لسن في (١) سنة، وذلك شريطة التشاور مع أصحاب العمل والعمال المعنيين.<sup>(\*\*)</sup> أما عن موقف الاتفاقيات العربية المتعلقة بالعمل- والتي أبرمت تحت رعاية منظمة العمل العربية- فنجد أن المادة (٥٧) من الاتفاقية رقم (١) لسنة ١٩٦٦م، قد فرقت بين الأعمال الصناعية وغيرها إذ نصت علي: " يحدد تشريع كل دولة الأعمال التي لا يجوز تشغيل الأحداث بها من الجنسين قبل بلوغهم سن الثانية عشر من العمر، ولا يجوز تشغيل الأحداث في الأعمال الصناعية، قبل سن الخامسة عشرة، وذلك، فيما عدا المتدرجين منهم".

(١) كما أننا نجد أن لهذه الضمانات والحقوق بعدا دستوريا حرصت علي كفالتها للجميع دساتير الدول ومن ذلك المادة ٦٣ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ والتي تضمنت: " العمل حق وواجب وشرف لكل مواطن، تكفله الدولة على أساس مبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص ..... وتكفل الدولة حق كل عمل في الأجر العادل والإجازات، والتعاقد والتأمين الاجتماعي، والرعاية الصحية، والحماية ضد مخاطر العمل، وتوافر شروط السلامة المهنية في أماكن العمل، وفقا للقانون. ولا يجوز فصل العامل إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون. والإضراب السلمي حق، وينظمه القانون "

(\*) فإذا كانت كل من الاتفاقية رقم (٥) لسنة ١٩١٩م بشأن الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل في الأعمال الصناعية، والاتفاقية رقم (٧) لسنة ١٩٢٠م بشأن تحديد الحد الأدنى للقبول للعمل بالبحر، وكذلك الاتفاقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٣٢م بشأن السن الأدنى لعمل الأحداث في الأعمال غير الصناعية والتي قد اتفقت علي منع تشغيل الأطفال دون الرابعة عشر عام، إلا أن هذه الاتفاقيات عدلت ليصبح الحد الأدنى للتشغيل خمسة عشر عاما؛ حيث عدلت الاتفاقية الأولى بالاتفاقية رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٦م، وعدلت الثانية بالاتفاقية رقم (٦٠) لسنة ١٩٣٧م، وعدلت الاتفاقية الثالثة بموجب الاتفاقية رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٩م. ثم صدرت الاتفاقية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣م، والتوصية رقم (١٤٦) المعدلة لهذه الاتفاقية - والتي بدء نفاذها في عام ١٩٧٦م- والتي وحدت بين الحد الأدنى لسن التشغيل في جميع القطاعات.

(\*\*) ومن نافلة القول أن التوصية رقم (١٤٦) المعدلة للاتفاقية السابقة قد حثت جميع الدول الأعضاء على العمل بمحدد رفع الحد الأدنى للعمل تدريجيا إلى سن السادسة عشر، كما ألححت على ضرورة توحيد سن بدء تشغيل الأطفال . راجع: البند ثانيا من التوصية رقم ١٤٦ بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام، الصادرة عن مكتب العمل الدولي في دورته ٥٨ بتاريخ ٠٦/٠٦/١٩٧٣.

أما المادة (٦) من الاتفاقية رقم (٧) لسنة ١٩٧٧ م، والتي نصت على ما يلي: "١- لا يجوز تشغيل الأحداث من الجنسين في الأعمال الصناعية، قبل بلوغهم سن الخامسة عشرة، وذلك فيما عدا المدرجين منهم. ٢- لا يجوز تشغيل الأحداث من الجنسين قبل بلوغهم سن الثامنة عشرة في الصناعات الخطرة أو الضارة بالصحة، والتي تحددها التشريعات والقرارات واللوائح الخاصة بكل دولة... الخ". ونظرا لهذا التخفيف في المسلك التشريعي العربي، وتناقضه مع المسلك الدولي، فقد اختلفت مواقف المشرعين العرب بشأن تحديد الحد الأدنى لسن الاستخدام، فنجد أن المشرع السوري، والمغربي، والسوداني حددوا هذا الحد بسن الثانية عشر عام، بينما حدد المشرع السعودي، والأردني، واللبناني هذه السن بثلاثة عشرة عام، أما المشرع الكويتي، والبحريني، والموريتاني فقد حددتها بأربعة عشرة عام؛ وحددها المشرع العراقي، والليبي، والإماراتي، والقطري والعماني، بخمسة عشرة عام، أما المشرع التونسي فقد ميز بين نوعين من القطاعات هما: القطاع الفلاحي والأعمال الخفيفة في النشاط غير الصناعي حدد فيه الحد الأدنى بثلاثة عشر عام، بينما في القطاع الصناعي رفع السن إلى خمسة عشر عام؛ أما المشرع الجزائري،<sup>(\*)</sup> واليمن فقد رفع الحد الأدنى للتشغيل إلى سن السادسة عشر<sup>(١)</sup>. أما المشرع المصري فقد نص في المادة (٩٨) من قانون العمل على أن: "يعتبر طفلا- في تطبيق أحكام القانون - كل من بلغ الرابعة عشرة سنة أو تجاوز سن إتمام التعليم الأساسي ولم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة...". ولمزيداً من الاحتياط لضمان تقيد أرباب الأعمال بالحد الأدنى لسن العمل يشترط الكثير المشرعين ضرورة حصولهم على تراخيص إدارية لإمكانية استخدامهم لطفل أو أكثر في منشأتهم الصناعية أو محال أعمالهم التجارية.

#### ثانيا: الفحص والعناية الطبية بالطفل العامل

الرعاية الصحية حقا مكتسبا وأساسيا، بالنسبة للطفل أيا كانت ظروفه الاقتصادية أو الاجتماعية المحيطة به، وتجد مصدرها بدءا من دستور الدولة<sup>(\*)</sup> وانتهاء بالقوانين ذات الصلة به أو المعنية برعاية الطفل في الظروف الاستثنائية، كما في حالة الطفل العامل؛ إلا أنه تحوطا لرعاية الطفل العامل اتجه المشرع الدولي إلى توقيع عدد من الاتفاقيات التي تضمن كفالة حد أدنى من الرعاية الصحية للطفل العامل، ومن ذلك: الاتفاقية الدولية رقم (٧٧) المبرمة والمتعلقة بالفحص الطبي لتقرير لياقة الأحداث والشباب للعمل في الصناعة، والاتفاقية الدولية رقم (٧) المتعلقة بالفحص الطبي لتقرير لياقة الأطفال، والأحداث للاستخدام في المهن غير الصناعية<sup>(\*\*)</sup>، والاتفاقية العربية رقم (١) المبرمة بشأن مستويات العمل، والاتفاقية العربية رقم (١) المبرمة بشأن عمل الأحداث، واتفقت هذه الاتفاقيات على وضع معايير معينة لجدية الفحوص الطبية، الموقعة على الصغير والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:

(\*) فقد حددت المادة (١٨٠) من القانون الجزائري رقم (٣١/٧٥) المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص سن القبول في العمل بستة عشر عاما ولا يجوز الاستثناء على ذلك إلا بموجب إذن من وزير العمل والشؤون الاجتماعية وفقا للمادة (١٨٢) من القانون السابق. وأكد المشرع الجزائري على ذلك في القانون (٦/٨٢) المتعلق بعلاقات العمل الفردية، والقانون رقم (١١/٩٠) المتعلق بعلاقات العمل، حيث نصت المادة (١٥) من القانون الخير على أنه: "لا يمكن في أي حال من الأحوال، أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ستة عشر (١٦) سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهيدي التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بها". أما المادة (٦٤): "مع عدم الإخلال بنص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التعليم الصادر بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١، يحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عشرة سنة ميلادية كاملة، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغهم اثني عشرة سنة ميلادية. ويجوز بقرار من المحافظ المختص، بعد موافقة وزير التعليم، الترخيص بتشغيل الأطفال من سن اثني عشرة إلى أربع سنة في أعمال موسمية لا تضر بصحتهم أو نموهم ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة".

(١) د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز والنقض، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦ م، ص ٢٢١. (\*) وفي ذلك كانت تنص المادة (٦٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢: "الرعاية الصحية حق لكل مواطن، تخصص له الدولة نسبة كافية من الناتج القومي. وتلتزم الدولة بتوفير خدمات الرعاية الصحية والتأمين الصحي وفق نظام عادل عالي الجودة، ويكون ذلك بالمجان لغير القادرين...". وقد أكدت المادة (١٨) من الدستور الحالي على هذا الحق.

(\*\*) تم توقيع كلتا الاتفاقيتين في ١٩ سبتمبر ١٩٤٦ بمونتريال، وبدأ نفاذهما في ٢٩ ديسمبر ١٩٥٠.

- عدم جواز استخدام الأحداث والشباب والأطفال الذين تقل سنهم عن الثامنة عشر سنة في منشأة صناعية، وفي المهنة غير الصناعية ما لم يثبت فحص طبي دقيق لياقتهم للعمل الذي سيستخدمون لأدائه.

- يجب أن يكون من يقوم بإجراء الفحص الطبي، طبيب مؤهل تقرره السلطة المختصة، ويصدر بذلك شهادة طبية.

- تظل لياقة الأحداث والشباب والأطفال للعمل الذي يمارسونه خاضعة للإشراف الطبي حتى بلوغهم سن الثامنة عشرة. وهذا أمر منطقي حيث لا يجب حصر خضوع الصبي للفحص الطبي في عدد محدد من المرات أو قصره على لحظة التحاقه للعمل؛ ووفقا لذلك يجب إخضاع استمرار استخدام الطفل في العمل، لتكرار الفحوص الطبية على فترات لا تفصلها مدة أكثر من سنة.

وفي كل الأحوال يجب أن يتم تخويل السلطة المختصة الحق في طلب إعادة الفحص الطبي سواء في الحالات الاستثنائية أو بشأن سلطتها في مراقبة الفحص السنوي وذلك لضمان الإشراف بفاعلية على الحالة الصحية للطفل، وحمايته من المخاطر التي ينطوي عليها عمله. كما يجب تخويل السلطة المختصة تحديد المهنة التي تنطوي على مخاطر صحية شديدة، والتي يشترط للالتحاق بها إجراء أو إعادة الفحوص الطبية الخاصة بتقرير اللياقة للاستخدام أو للعمل حتى بلوغ سن الحادية والعشرين من العمر على الأقل. وتحقيقا للغاية من الحق من الرعاية الصحية للطفل والظروف الاقتصادية التي دفعته للنزول إلى سوق العمل يجب ألا يتحمل الطفل أو الشاب أو ذويه أية تكاليف مقابل الفحوص الطبية أو سداد أي مصروفات لرب العمل.

وفي كل الأحوال يلتزم رب العمل أن يحفظ ويضع تحت تصرف مفتشي العمل الشهادات الطبية الخاصة باللياقة للاستخدام أو للعمل التي تبين عدم وجود موانع طبية تحول دون الاستخدام أو العمل.

وقد ألزمت المادة (٣٣) من قانون العمل العماني (٢٠٠٩/٣٣٩) رب العمل أن يوفر لتابعيه وسائل الإسعاف الطبية في مقر العمل كأن يستخدم ممرضاً مؤهلاً - متى زاد عدد عماله في مكان واحد أو بلد واحد على مائة عامل- أو يكلف طبيب بمتابعتهم وأن يقدم لهم الدواء اللازم للعلاج -وذلك كله دون مقابل.

### ثالثا: كفالة الآليات القانونية لحصول الطفل العامل علي الأجر العادل لما أدائه من أعمال

نصت المادة (٦٩) من قانون الطفل المصري علي أن: " على صاحب العمل أن يسلم الطفل نفسه أو أحد والديه أجره أو مكافأته وغير ذلك مما يستحقه ، ويكون هذا التسليم مبرئا لذمته". والأصل أن يلتزم رب العمل باحترام مبدأ المساواة في الأجور بين العمال لكل عمل مساوي القيمة دون أي تمييز<sup>(١)</sup>، وأن ويرتكز أساسا على المردودية وإنتاجية العامل. وفي كل الأحوال يجب ألا يكون ما يحصل عليه الطفل أقل من الحد الأدنى للأجور.<sup>(٢)</sup> كما لا يؤدي بطلان العلاقة التعاقدية - عقد العمل- بين الطفل العامل ورب العمل إلى ضياع حق الطفل في الأجر المستحق عن العمل الذي قام به فعلا؛ وذلك إعمالا للقواعد العامة ولقواعد العدالة.\*

(١) انظر: المادة (٣٥) من قانون العمل المصري والتي تنص علي: " يحظر التمييز في الأجور بسبب اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

(٢) انظر: المادة (٣٧) من قانون العمل المصري.

(\*) وفي ذلك تنص المادة (١٣٥) من القانون الجزائري رقم (١١/٩٠) علي: "تعد باطلة وعلوية الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به، غير أنه لا يمكن أن يؤدي عقد العمل إلى ضياع الأجر المستحق عن عمل المؤدى".

وقد أعطي قانون العمل المصري لحق العامل- أيا كان جنسه أو عمره- في الأجر حق امتياز على جميع أموال المدين (رب العمل) من منقول وعقار، وتستوفي مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومع ذلك يستوفي الأجر قبل غيره من هذه الحقوق المشار إليها سابقاً.<sup>(1)</sup> كما أقر المشرع المصري مبدأ التضامن فيما بين أرباب العمل في حال تعددهم؛<sup>(2)</sup> كما يكون من تنازل له رب العمل عن الأعمال المسندة إليه- كلها أو بعضها- متضامناً معه في الوفاء بما هو مستحق من أجر للعامل وغيره من الالتزامات التي يفرضها القانون.<sup>(3)</sup> كما لا يخل باستحقاق هذا الحق (أي الأجر) حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها.<sup>(4)</sup>

ومن الحري بالقول أنه يجب أن يؤدي الأجر المستحق للطفل العامل بالعملة المتداولة قانوناً وأن يكون ذلك في أحد أيام العمل وفي مكانه، حتى لا يتحمل الطفل أية نفقات لاقتضاء أجره أو تعرضه للمشقة.<sup>(5)</sup>

#### رابعاً: الحق في التعويض عن إصابات العمل

" إن التعرض لإصابات العمل يعتبر من أهم المؤشرات المتعلقة لعمالة الأطفال، حيث إن ٦,٥% من الأطفال العاملين تعرضوا لإصابات عمل خلال أداؤهم لمهامهم أثناء العمل، وتتراوح تلك الإصابات بين كسور وجروح ورضوض؛ إضافة إلى إصابة الأطفال بتسمم أو صعوبة التنفس أو نزيف أو إصابات أخرى مختلفة".<sup>(6)</sup> هذا من جانب أما من جانب آخر تعرض الطفل العامل للعنف الجسدي أو المعنوي أو لكليهما معاً من قبل صاحب العمل، أو من زملائه في العمل أو الزبائن الذين يتعامل معهم. استخدام الأطفال صغار السن هي مشكلة خطيرة، في الواقع، فإن الأطفال الأصغر سناً أكثر عرضة للمخاطر الفيزيائية، والكيميائية، وغيرها منعا لتضارب الأحكام القضائية واختلاف الآراء حول أحقية العامل في تعويضه عما يصيبه من إصابات نتيجة حوادث المهنة وأخطارها، حرص المشرع المصري والأردني والفلسطيني علي سن قواعد مسئولية صاحب العمل عن أخطار المهنة ويلحق بالعامل من ضرر؛ فيكون للطفل العامل الحق في الحصول علي تعويض كامل لكل الضرر الذي لحق به.<sup>(7)</sup>

#### خامساً: تحديد ساعات العمل اليومي والأسبوعي بالنسبة للأطفال<sup>(\*)</sup>

لتحديد ساعات العمل اليومي والأسبوعي أثره علي الحالة الصحية للعامل وقدرته علي الوفاء بالتزاماته العائلية والاجتماعية، هذا إلي جانب اعتبارها أحد عوامل حسن استفادة رب العمل من قدرات العامل، وتنظيم العمل؛ ولما كانت ساعات العمل تقابل أوقات الراحة التي يجب أن يحظى بها العامل، التي لا غني عنها لما لها من عظيم الأثر في الحفاظ علي صحة العامل فإن التمتع بالراحة والعطلة ليس حقاً فقط، بل هو أيضاً التزام يقع احترامه على كل من العامل ورب العمل؛

(1) انظر: المادة (٧) من قانون العمل المصري.

(2) انظر: المادة (١/٨) من قانون العمل المصري.

(3) انظر: المادة (٢/٨) من قانون العمل المصري.

(4) انظر: المادة (٩) من قانون العمل المصري.

(5) انظر: المادة (٣٨) من قانون العمل المصري.

(6) راجع الرابط التالي: <http://ar.wikipedia.org/>

(7) د. محب الدين سعد، المرجع في أحكام التأمينات الاجتماعية، مطبعة مخيمر، بدون دار نشر ١٩٨٣م، ص ٢٨٥؛ منار حلمي عبد الله عدوي، أحكام تعويض إصابات العمل في ظل قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠م، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير- كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح- فلسطين، ٢٠٠٨م، ص ١٦ وما بعدها.

(\*) عرفت المادة (١) من قانون العمل العماني رقم (٣٥ / ٢٠٠٣) ساعات العمل بأنها: "الوقت الذي يكون فيه العامل تحت تصرف صاحب العمل ولا تدخل فيه فترات الراحة".

وبالتالي لا يجوز تعويض العطللة التي كان يجب الحصول عليها بأجر أو بأي مقابل مالي آخر، وكذلك يحق للعامل الذي يشتغل في يوم الراحة القانونية التمتع براحة تعويضية ماثلة لها، كذلك لا يجوز التنازل عنها- العطللة أو أوقات الراحة كلها أو بعضها-ويكون باطلا كل اتفاق أو شرط يقضي بغير ذلك، كما لا يجوز إرجاؤها إلا في الحالات الاستثنائية.

ونظرا لطبيعة الطفل وبنائه الجسدي وتأثير العمل الشاق علي نموه العقلي والجسدي، فقد صيغت المادة (٦٦) من قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٩م، علي النحو التالي: " لا يجوز تشغيل الطفل أكثر من ست ساعات في اليوم ويجب أن تتخلل ساعات العمل فترة أو أكثر لتناول الطعام والراحة لا تقل في مجموعها عن ساعة واحدة ، وتحدد هذه الفترة أو الفترات بحيث لا يشتغل الطفل أكثر من أربع ساعات متصلة. ويحظر تشغيل الأطفال ساعات عمل إضافية أو تشغيلهم في أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية...".<sup>(\*)</sup> أما المشرع العماني فقد حظر في المادة (٢٧٧) من قانون العمل، بقاء العامل الحدث في مكان العمل أكثر من سبع ساعات متصلة، وإن كان قد اتفق مع المشرع المصري في باقي الأحكام الواردة بالمادة (٦٦) من قانون الطفل. وفي كل الأحوال - وفقا للمادة (٧٧) عمل عماني- لا يجوز تشغيل الحدث لساعات إضافية أو إبقاؤه في مكان العمل بعد المواعيد المقررة له، كما لا يجوز تشغيله في أيام الراحة أو العطلات الرسمية.<sup>(\*)</sup>

#### سادسا: إتاحة أدوات السلامة والحماية المهنية

يمارس العامل -أيا كان جنسه أو عمره- المهام المكلف بها في بيئة العمل التابعة لصاحب العمل، لذلك يلتزم الأخير بحماية العامل من كافة الأخطار المحتمل أن يتعرض لها، وكذلك يلتزم رب العمل بتوفير كافة الوسائل التي تكفل سلامته من حوادث العمل وأمراض المهنة.<sup>(١)</sup>

وتعرف السلامة المهنية بأنها: " مجموعة الأنظمة والإجراءات والتدابير التي تؤدي لتوفير الحماية المهنية للعاملين والحد من خطر المعدات والآلات علي العمال والمنشأة ومحاولة منع وقوع الحوادث أو التقليل من حدوثها، وتوفير الجو المهني السليم الذي يساعد العمال علي العمل"<sup>(٢)</sup>.<sup>(\*)</sup>

<sup>(\*\*)</sup> وتطابق هذه المادة نص المادة (١٠١) من قانون العمل المصري والتي تضمنت الآتي: " يحظر تشغيل الطفل أكثر من ست ساعات يوميا، ويجب أن تخلل ساعات العمل فترة أو أكثر لتناول الطعام والراحة لا تقل في مجموعها عن ساعة واحدة، وتحدد = هذه الفترة أو الفترات بحيث لا يشتغل الطفل أكثر من أربع ساعات متصلة، ويحظر تشغيل الطفل ساعات عمل إضافية أو تشغيله في أيام الراحة الأسبوعية والعطلات الرسمية . وفي جميع الأحوال يحظر تشغيل الطفل فيما بين الساعة الثامنة مساء والسابعة صباحا".

ومما يحسب للمشرع العماني في تحديد ساعات العمل اليومي مراعاته لخصوصية شهر رمضان الكريم في المادة (٢/٦٨) من قانون العمل " ويكون الحد الأقصى لساعات العمل في شهر رمضان ست ساعات في اليوم أو ٣٦ ساعة في الأسبوع وذلك بالنسبة إلى العمال المسلمين"

<sup>(\*)</sup> أما بالنسبة لحق الطفل العامل في الحصول علي الأجازة السنوية فبعد أن أقر المشرع العماني حق العامل في الحصول عليها- بوجه عام- في المادة (٦١) من قانون العمل، وإجازته لتجزئة هذه الأجازة في المادة (٦٢) من ذات القانون حظر تجزئة هذه الأجازة بالنسبة للعمال الأحداث. ودعما لحق العامل الحدث في الحصول علي حقه في التعليم تضمنت المادة (٥/٦١) من قانون العمل العماني ما يلي: " يستحق العامل أجازة خاصة بأجر شامل على النحو الآتي : ..... -٥ خمسة عشر يوما في السنة لأداء الامتحان وذلك بالنسبة إلى العامل العماني المنتسب للدراسة بإحدى المدارس أو المعاهد أو الكليات أو الجامعات".

<sup>(١)</sup> للمزيد عن أهمية وسائل السلامة في حماية العامل راجع : وثيقة السلامة المهنية، أحد منشورات الإدارة العامة للتحليل والدراسات، المركز الوطني للمعلومات - اليمن، ص ٦ وما بعدها.

<sup>(٢)</sup> انظر: <http://aleppo-eng.org/vb/showthread.ph>

<sup>(\*)</sup> كما تعرف السلامة والصحة المهنية بأنها: " العلم الذي يهتم بالحفاظ على سلامة وصحة الإنسان، وذلك بتوفير بيئات عمل آمنة خالية من مسببات الحوادث أو الإصابات أو الأمراض المهنية أو بعبارة أخرى هي : مجموعة من الإجراءات والقواعد والنظم في إطار تشريعي تهدف إلى الحفاظ على الإنسان من خطر

## سابعاً: حظر العمل الليلي للأطفال

تستلزم الحماية الضرورية للطفل العامل اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال من العمل الليلي الذي يضر بصحة الطفل وأخلاقه؛ لذلك فقد ورد النص علي حظر العمل الليلي للأطفال، في المادة (٦٦) من قانون الطفل المصري<sup>(\*)</sup>، وفي المادة (٧٧) من قانون العمل العماني<sup>(\*\*)</sup>، وفي المادة (٢٠) من القانون الجزائري رقم (١٩٠) <sup>(\*\*\*)</sup>؛ وكذلك الأمر في المادة (٢) من الاتفاقية الدولية رقم (٦) لسنة ١٩١١م؛ وقرار مؤتمر العمل الدولي بشأن حماية الأطفال الصادر في ١٩٤٤م؛ وكذلك المادة (٢) من الاتفاقية الدولية رقم (٧٩) لسنة ١٩٤٤م؛ والتوصية رقم (١٥٣) لسنة ١٩٧٧م بشأن حماية عمال البحر الشباب. وعلي الرغم من أن المادة (٤٩) من الاتفاقية العربية رقم (١) لعام ١٩٦٦م بشأن مستويات العمل، والمادة (١٩) من الاتفاقية العربية رقم (١) بشأن عمل الأحداث، قد تضمنتا هذا الحظر، إلا أجازتا للمشرع الوطني أن يستثني بعض الأعمال لفترات محدودة وأن يحدد ما المقصود بفترة الليل طبقاً لما يتماشى مع وضع وظروف كل بلد. <sup>(\*\*\*\*)</sup>

ومن نافلة القول أن المشرع الفرنسي فقد عرف العمل الليلي بنصه في المادة (L213-1-1) من قانون العمل الفرنسي على أنه كل عمل ما بين الساعة التاسعة ليلاً والسادسة صباحاً يعتبر عملاً ليلياً، ومدة تسع ساعات أخرى متتابعة ما بين التاسعة ليلاً والسابعة صباحاً، ويدخل في كل الحالات مدة بين منتصف الليل إلى الخامسة صباحاً. وإن كان هذا المشرع قد أجاز استثناء تشغيل الأطفال ليلاً في حالات الضرورة أو الاستعجال-إذا كان العمال البالغين غير متوفرين حالاً-بالنسبة للأعمال المؤقتة التي تهدف إلي الوقاية من حوادث حالة أو لإصلاح نتائج الحوادث الواقعة على أن يتم تعويضهم بفترة راحة مناسبة في أجل ثلاثة أسابيع.

## ثامناً: مناهضة استغلال الأطفال في العمل القسري

يعد استغلال الأطفال في العمل القسري، الصورة الإجرامية في حق الطفل الأقدم من حيث الظهور والأكثر قسوة، خاصة بعد أن يتم نقل الطفل من موطنه الأصلي وترحيله إلي أماكن أخرى داخل الدولة (كالعمل في المدن) أو خارجها للعمل في الخدمة المنزلية أو الأعمال الدونية التي يحجم عنها أبناء الدول المنقولين إليها. ويدخل في إطار هذه الصورة استغلال الأطفال كعمالة في الصناعة بأقل الأجور، رغم خطورة أماكن العمل في الكثير من الصناعات التي يتم النج بهم فيها كاستخدامهم في المصانع والمناجم والورش اليدوية. وبرغم ما سبق تعد هذه الصورة من أيسر الصور التي يمكن محاسبة المسئول عن استغلال الأطفال والحصول منه أو من المستفيد من العمل علي التعويضات المناسبة؛ فهذه الصورة للتجارة

الإصابة والحفاظ على الممتلكات من خطر التلف والضياع " (انظر: = موقع دليل السلامة والصحة المهنية <http://www.education.gov.bh>) كما عرفت السلامة والصحة المهنية، بأنها: " مجال يهدف إلى حماية العاملين من مختلف المخاطر المرتبطة بالعمل أو شروطه من خلال معالجة العوامل التقنية أو الشخصية المؤدية إلى هذه المخاطر وتحسين بيئة العمل وشروطه بشكل يوفر تمتع العمال الدائم بصحة بدنية وعقلية واجتماعية مناسبة ". (انظر: المركز العلمي للسلامة والصحة المهنية. <http://www.salama-libya-org>).

<sup>(\*)</sup> حيث نصت فقرتها الأخيرة علي: "... وفي جميع الأحوال لا يجوز تشغيل الأطفال فيما بين الساعة الثامنة مساءً والسابعة صباحاً ". وتطابق هذه الفقرة، الفقرة الأخيرة من المادة (١٠١) من قانون العمل المصري.

<sup>(\*\*)</sup> والتي تنص علي: " لا يجوز تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة فيما بين الساعة السادسة مساءً والسادسة صباحاً ولا تشغيلهم تشغيلاً فعلياً مدة تزيد على ست ساعات في اليوم الواحد ".

<sup>(\*\*\*)</sup> والتي تنص علي: " لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذين يقل عمرهم عن تسعة عشر (١٩) سنة كاملة في أي عمل ليلي ".

<sup>(\*\*\*\*)</sup> حيث نصت المادة (٤٩) من الاتفاقية العربية رقم (١) لعام ١٩٦٦ على أنه: " يجوز أن يتضمن تشريع كل دولة، استثناء بعض الأعمال من الأحكام الخاصة بساعات العمل للاعتبارات المتعلقة بطبيعة هذه الأعمال ". أما المادة (١٥) من الاتفاقية العربية رقم (١٨) فقد نصت علي: "١: يحظر تشغيل الحدث ليلاً، ويجوز للتشريع الوطني أن يستثني بعض الأعمال لفترات محدودة. ٢: يحدد التشريع الوطني لكل دولة المقصود بالليل طبقاً لما يتماشى مع وضع وظروف كل بلد".

يمكن اكتشافها بواسطة أحكام الرقابة الحكومية البسيطة علي أماكن العمل المحتمل أن تكون موضعاً لاستغلال الأطفال فيها.

وقد حظرت المادة الثالثة اتفاقية الحد الأدنى لسن الاستخدام رقم (١٣) لسنة ١٩٧٣م أن يقل الحد الأدنى لسن الحدث<sup>١٨</sup> سنة للقبول في أي نوع من أنواع الاستخدام أو العمل التي يحتمل أن يعرض للخطر صحة أو سلامة أو أخلاق الأحداث بسبب طبيعته أو الظروف التي يؤدي فيها.<sup>(\*)</sup>

والجدير بالذكر أن منظمة العمل الدولية قد نجحت في إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الطفل من العمل القسري ومن ذلك- بجانب الاتفاقيات السالف ذكرها-الاتفاقية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م بشأن حظر أسوأ أشكال عمالة الأطفال، والإجراءات الفورية للقضاء عليها:<sup>(\*\*)</sup> ووفقاً لهذه الاتفاقية (المادة ٣) يعد من أسوأ صور عمل الأطفال الواردة ما يلي:

- أ: كافة أشكال الرق أو الممارسات الشبيهة بالرق؛ كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والقنانة والعمل القسري أو الإجباري، بما في ذلك التجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في النزاعات المسلحة؛
- ب: استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لأغراض الدعارة، أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية؛
- ج: استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لمزاولة أنشطة غير مشروعة، ولا سيما إنتاج المخدرات بالشكل الذي حدد في المعاهدات الدولية ذات الصلة والاتجار بها.
- د: الأعمال التي يرجح أن تؤدي بفعل طبيعتها أو بفعل الظروف التي تزاوّل فيها، إلي الإضرار بصحة الأطفال أو الأخلاقي سلامتهم أو سلوكهم:<sup>(١)</sup>

### تاسعاً: الحماية الأخلاقية للطفل

لا تقل الحماية الأخلاقية للطفل عن كفالة حقوقه الأخرى- سالف الذكر- وحمايته الجسدية والنفسية من المخاطر التقليدية؛ لهذا حرصت المادة (٣) من الاتفاقية رقم (١٣) لسنة ١٩٧٣م بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام، علي الإشارة إلي ضرورة حماية الطفل وحظر تشغيله في الأعمال التي يحتمل بسبب طبيعتها أو ظروف أدائها إلي تعريض أخلاق الطفل للخطر. وعلي هذا النهج سبق وأن تضمن المبدأ التاسع من إعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩م، علي وجوب ألا يسمح

<sup>(\*)</sup> والجدير أنه يستبعد من نطاق هذه الاتفاقية الأطفال العاملين في مجال الترفيه (التمثيل، والموسيقا، والغناء، والألعاب البهلونية والسيرك... الخ).

Katherine Sand, Child performers working in the entertainment industry around the world: An analysis of the problems faced, Working papers, International Labour Office, Geneva, P. 2.

<sup>(\*\*)</sup> دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ١٩ نوفمبر ٢٠٠٠م.

<sup>(١)</sup> للمزيد راجع: د. طارق عفيفي صادق، النظام القانوني لحماية حقوق ضحايا الاتجار بالبشر - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والاتفاقيات والقوانين ذات الصلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٤م.

ILO global estimates of forced labour: results and methodology (Special Action Programme to Combat Forced Labour), Geneva, 2012.

للأطفال بالعمل في أي عمل يضر بصحته أو يعترض نموه الخلقي أو الأخلاقي، وكذلك حرصت علي هذا الأمر المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية رقم (١٨) لسنة ١٩٨١ م.<sup>(١)</sup>

كما اتفقت مختلف الأنظمة القانونية والفقهاء على حظر عمل الأطفال والمراهقين في الملاهي والنوادي الليلية وصالات الرقص، والفنادق الصغيرة وأي مكان صغير آخر يمارس فيه الرقص وتقدم فيه الخمور، باعتبارها من المناطق الخطرة.<sup>(٢)</sup>

### عاشرا: العمل الإلكتروني ودوره في مشكلة عمالة الأطفال

سبق أن تناولت في بحث سابق ما يمكن تسميته بـ"حق الطفل في استغلال شبكات المعلومات في العمل والتريح"، نظرا لما تنطوي عليه آلية العمل عن بعد أو ما يسمى بالعمل الإلكتروني<sup>(\*)</sup> من العديد من المزايا تنعكس بالإيجاب علي حياة الطفل وتقويه الكثير من المشاكل التي تترتب علي خروجه للعمل في بيئات العمل التقليدية والتي تهدد سلامتهم الجسدية والنفسية والأخلاقية، هذا إلي جانب أنه يمكن للطفل متابعة دراسته بجانب عمله عن بعد، وقدرته علي اختيار العمل الذي يتناسب مع قدراته وظروفه؛ كما يمثل العمل الإلكتروني عبر شبكات المعلومات فرصة لتدريب الطفل علي تحمل المسؤولية والمشاركة في الأعباء الاقتصادية والاجتماعية للأسرة، دو التعرض لسلبات العمل التقليدي كما سبق وان أشرنا.

إلا أنه لا يخفي على القارئ أن تطبيق هذا الفرض في أرض الواقع، يستلزم توافر معرفة بالجانب التقني لنظم المعلومات هذا إلي جانب الإلمام ببعض المعلومات الفنية أو الخبرة ببعض الأعمال القابلة للتنفيذ وأدائها عن بعد، وهو ما لا يتوافر للطفل المصري أو العربي بوجه عام إلا علي نطاق ضيق للغاية.<sup>(٣)</sup>

### وأخيراً: العقاب علي مخالفة النصوص الحمائية للطفل العامل (الحماية الجنائية والمدنية له)

يترتب علي مخالفة النصوص الآمرة والتي تميل إلي محاباة وحماية الطفل العامل، توقيع العقاب علي الشخص المخالف لها؛ والذي يختلف- الجزء الموقع علي المخالف- بحسب نوع القاعدة التي خولفت:

وحيث إن الأصل أن عقد العمل هو أحد عقود المعاوضة، التي تترتب التزامات متبادلة بين طرفيه (العامل ورب العمل)<sup>\*</sup> والذي يخضع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب

<sup>(١)</sup> للمزيد راجع: د. محمد أحمد إسماعيل، تنظيم العمل للأحداث، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٠٤؛ د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة الدكتوراه السابقة، ص ٢٩٤ وما يليها، هامش ١ ص ٢٩٥.  
<sup>(٢)</sup> للمزيد انظر:

Jessica Krieg, THERE'S No BUSINESS LIKE SHOW BUSINESS: Child Entertainers And The Law U. PA. Journal Of Labor And Employment Law [Vol. 6:2], P. 431

\* بعيدا عن الخلاف الفقهي بشأن التعريفات المقترحة من الفقهاء للعمل عن بعد، فإننا نشير إلى اتجاه بعض الفقهاء المصري (د. خالد السيد موسي، أثر التقدم التكنولوجي علي تطور أحكام عقد العمل، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠١١م، ص ٧٣) إلى ضابطين رئيسيين لتمييز آلية العمل عن بعد عن غيره من أنظمة العمل الأخرى. الأول: أن يتم العمل خارج الزمان والمكان المألوفين في الشركات ومقار العمل التقليدية، لمدة وقت محدد أو جزء علي الأقل من وقت العمل، سواء قام العامل بأداء العمل من منزله أو من مكان آخر. أما الثاني: فهو أن يكون هناك انفصال في المكان والزمان بين العامل والمؤسسة أو مقر العمل مع ضرورة التواصل عبر تقنيات الاتصال الحديثة. ونحن نتفق معه فيما يخص الضابط الثاني دون الأول؛ حيث أنه لا يشترط ان يتم العمل خارج الزمان والمكان المألوفين في الشركات فالعبرة في كيفية أداء العمل وليس بوقته.

<sup>(٣)</sup> للمزيد عن أهمية الثقافة التقنية والإلكترونية وهو الأمية المعلوماتية عن الطفل انظر بحثنا: الحماية القانونية لحقوق الطفل الثقافية في مجتمع المعلومات وحقه في التعويض عند الاعتداء عليها (التعليم والثقافة الإلكترونية- اللعب والترفيه- الهوية الثقافية) دراسة مقارنة، العدد من دورية الفكر الشرطي الإماراتية أكتوبر ٢٠١٥م.

يقررها القانون، وقد سبق أن رأينا أن المشرع قد تدخل لحماية مصلحة الصغير العامل بالعديد من النصوص الآمرة، وبالتالي فإنه لا يجوز الاتفاق علي ما يخالفها- وذلك حماية للصغير العامل ومصالحه-وإلا كان البطلان جزءا لكل شرط مخالف، حتى لو رضي بهذا الشرط الطفل أو وليه، لعدم جواز تنازل العامل عن الحقوق المقررة له قانونا؛\*\* لذلك فقد نصت المادة (٩) من قانون العمل المصري علي أن: "يقع باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به، إذا كان يتضمن انتقاصا من حقوق العامل المقررة فيه. ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة، أو بمقتضى العرف. وتقع باطلة كل مصلحة تتضمن انتقاصا أو إبراء من حقوق العامل الناشئة عن عد العمل خلال مدة سريانه أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كانت تخالف أحكام هذا القانون".

إلا أنه يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام السابقة إذا كان ذلك أصلح للطفل العامل. كما يفسر الشك في بنود العقد لمصلحة العامل الصغير. كما أرسى المشرع الوطني العديد من الجزاءات الجنائية علي من يخالف القواعد الآمرة المتعلقة بحماية الطفل العامل بصفة مباشرة أم تلك التي يستفيد منها الطفل العامل كغيره من العمال؛ ومن ذلك: نص المادة (٢٤) والتي تضمنت الآتي: "يعاقب صاحب العمل أو من يمثله عن المنشأة الذي يخالف أي من أحكام المواد ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠١، من هذا القانون والقرارات الوزارية المنفذة لها بغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه. وتتعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم الجريمة وتضاعف الغرامة في حالة العود".<sup>(١)</sup>

وتحقيقا لهذه الأغراض وضمان الرقابة الإدارية علي استفادة الطفل من كافة أشكال الرعاية ألزم كل من المشرع المصري (م/٦ من قانون الطفل) والعماني (م/٧ عمل) رب العمل الذي يقوم بتشغيل طفل أو أكثر بالآتي: ١. أن يعلق في مكان ظاهر من محل العمل نسخة تحتوي على الأحكام ذات الصلة بتشغيل الأطفال؛ ٢. أن يحرر أولا بأول كشفا موضحا به ساعات العمل وفترات الراحة الأسبوعية؛ ٣. أن يبلغ الجهة الإدارية المختصة بأسماء الأطفال الجاري تشغيلهم وسنهم وتاريخ تشغيلهم، وأسماء الأشخاص المنوط بهم مراقبتهم.

كما أنه يدعم التمتع بالحقوق السابقة كفالة اشتراك الطفل في النقابات والتجمعات المهنية، دون وجود قيود أو حواجز تتعلق بالسن أو مضي فترة زمنية معينة في ممارسة التخصص أو العمل الذي ينتسب إليه الأعضاء المشتركين في هذه النقابة العمالية.

<sup>(\*)</sup> ومن هذه الالتزامات، يلتزم العامل بأداء العمل في الزمان والمكان المحدد في العقد، وأن ينجز العمل المكلف به بدقة، وفقاً لأصول المهنة ووفق تعليمات صاحب العمل، إذا لم يكن في هذه التعليمات ما يخالف العقد أو القانون أو النظام العام والآداب، وأن يعتني بعناية الشخص المعتاد كافية بالألات والأدوات وكذلك المستندات وأية أشياء أخرى تكون مملوكة لصاحب العمل تسلم إليه أو توضع تحت تصرفه، وأن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لسلامتها؛ هذا إلى جانب عدد من الالتزامات الأخرى؛ أما التزام رب العمل الرئيسي فيتمثل في دفع مقابل ذلك العمل، وتوفير أدوات أدائه؛ راجع المواد (٣٢، ٥٦، ٥٧) من قانون العمل المصري.

<sup>(\*\*)</sup> وفي ذلك تنص المادة (١٧) من قانون العمل الجزائري رقم (١١/٩٠) علي: "تعد باطلة و عديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى التمييز بين العمال كيف ما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة، أو ظروف العمل على أساس السن والجنس، أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية والرقابة العائلية والقناعات السياسية والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها".

<sup>(١)</sup> انظر أيضا: المادة (١٤١) من القانون الجزائري رقم (١١/٩٠).

## الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة ضمانات حماية الأطفال العمال بين الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية بالتطبيق علي القانون العماني مقارنة بالقانون المصري وعدد من الأنظمة العربية وبعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وذلك في إطار مبحثين، استعرضنا في الأول: التعريف بعمل الأطفال وأسبابه وآثاره وموقف الفقه الإسلامي منه. أما في المبحث الثاني، فقد أشرنا إلي أهم آليات ووسائل حماية الطفل العامل، في إطار القوانين المقارنة.

وقد توصلنا إلي النتائج والتوصيات الآتية:

### أولاً: النتائج

- لم يظهر الاهتمام بظاهرة عمل الأطفال في بعض الدول العربية إلا في العقد الأخير من القرن الماضي، علي الرغم من تعددت مظاهر اهتمام المجتمع الدولي بهذه الظاهرة وقدمها. وأن حماية الطفل العامل باعتباره واجب شرعي والتزام قانوني، يترتب علي مخالفته بطلان عقد عمل الطفل.

- عمل الطفل: كل مجهود - جسدي أو عقلي- يبذله الطفل، لمصلحة الغير وتحت رقابة هذا الغير وإشرافه، في سبيل تحقيق منفعة، أو إشباع رغبة أو سد حاجة للطفل".

- الحق في العمل هو أحد حقوق الإنسان الأساسية، التي يستمد وجوده وشرعيته من الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية، والدساتير الوطنية، ويرتبط بحق الطفل في العمل حقه في التمتع بمجموعة الحقوق والضمانات المكفولة لغيره من العمال البالغين. والتي تكفل حمايته من المخاطر المرتبطة ببيئة العمل.

- تتمثل أهم هذه الضمانات في: وضع حد أدنى لسن الطفل الممكن تشغيله، وضمان حق الطفل في الحصول علي التعويضات الجارية لما يلحق به من إصابات العمل؛ وتحديد ساعات العمل اليومي والأسبوعي، التي تتناسب مع عمره وتكوينه الجسدي، هذا إلي جانب حظر العمل الليلي، وتوفير أدوات السلامة والحماية المهنية، وفحص الطفل صحياً، ومناهضة استغلال الأطفال في العمل القسري؛ والحرص علي حماية الطفل أخلاقياً؛ مع الحرص علي تفعيل العقوبات المفروضة علي مخالفة النصوص الحمائية للطفل العامل؛ وكفالة حق الطفل في السكن والرعاية الصحية والتغذية وطرق الملاحظة اللائقة؛ وأخيراً اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لإمكانية استفادة الطفل من الوسائل التقنية في المجال المعلوماتي في مجالات العمل.

### ثانياً: التوصيات

- يجب ألا يقل الحد الأدنى لسن الطفل العامل عن ١٥ سنة، مع بذل الجهود اللازمة لإمكانية استفادة الطفل من آليات العمل عن بعد، كالعمل الإلكتروني والعمل في المنزل.

- يجب ألا يؤثر الاعتراف بحق الطفل في العمل علي تمتعه بحقوقه الأخرى؛ كحقه في التربية وحقه التعليم وفي الصحة ... الخ؛ كما يجب إحكام الرقابة علي بيئات العمل لمراقبة واكتشاف الانتهاكات التي قد يتعرض لها الطفل.

- يجب ألا يتخذ إقرار حق الطفل في العمل ستاراً للتجار بالأطفال واستغلالهم، أياً كانت صورة هذا الاستغلال أو طريقته.

- يجب أن تحظى المشكلات المتعلقة بعمل الطفل، بالاهتمام الكافي في الإطار الأكاديمي وذلك بعمل الدراسات والأبحاث القانونية والاجتماعية والنفسية التي تسعى إلى حلها، ومعالجة آثارها؛ وخاصة ما تعلق منها بفئات الأطفال العاملين في المجالات ذات الخطورة الخاصة، كالأطفال العاملين في مجال الترفيه.

## المراجع

- د. أحمد عبد الله، عمالة الأطفال في مصر، الظاهرة والمعالجة، إشكالية تطبيق اتفاقية حقوق الطفل، في الواقع المصري، أمديست، ١٩٩٩م.
- د. أنيس حسيب السيد المحلاوي، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، دار الكتب القانونية، بدون تاريخ .
- د. خالدية مكي، الحماية القانونية للعامل القاصر في الجزائر، محلة مصر المعاصرة، ابريل ٢٠١٠، ع ٥٠، ص ١٠.
- د. خالد السيد موسي، أثر التقدم التكنولوجي علي تطور أحكام عقد العمل، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ٢٠١٠م.
- خوان سومافيا، عمل لائق، عمل آمن، برنامج حول الصحة والسلامة في العمل والبيئة (العمل الآمن)، منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٩م.
- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م.
- د. طارق عفيفي صادق، الحماية القانونية لحقوق الطفل الثقافية في مجتمع المعلومات وحقه في التعويض عند الاعتداء عليها (التعليم والثقافة الالكترونية- اللعب والترفيه- الهوية الثقافية) دراسة مقارنة، المجلد ٢، العدد ٩٥ من دورية الفكر الشرطي الإماراتية أكتوبر ٢٠١١م.
- د. عبد العال الديربي، الحماية الدولية لحقوق العمال في ضوء أحكام القانون الدولي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٢م.
- د. عفاف عبد الغفور حميد، العمل وضوابطه الأخلاقية في القرآن الكريم، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ٧، ع ٢.
- د. فاطمة شحاتة أحمد، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- د. محب الدين سعد، المرجع في أحكام التأمينات الاجتماعية، مطبعة مخيمر، بدون دار نشر، ١٩٨٣م.
- د. محمد أحمد إسماعيل، تنظيم العمل للأحداث، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- منار حلمي عبد الله عدوي: أحكام تعويض إصابات العمل في ظل قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير- كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح- فلسطين، ٢٠٠٠م.
- د. ناهد رمزي، ظاهرة عمالة الأطفال في الدول العربية، المجلس العربي للطفولة والتنمية، ١٩٩٩م.

المراجع الأجنبية

- Allianz Suisse, Le dernier "baby boomer" a 50 ans, www.allianz.ch.
- FORASTIERI, Children at work , health and safety risks, Geveva, ILO, 1997.
- GAUTAUM (Hazarik), ARJUN(S.Bedi), Scchooling costs and child work in rural Pakistan, the journal of development studies, Vol. 19, No5 , 2003.
- Katherine Sand, Child performers working in the entertainment industry around the world: An analysis of the problems faced, Working papers, International Labour Office, Geneva, 2003

المواقع الالكترونية

<http://aleppo-eng.org/vb/showthread.ph>

<http://ar.wikipedia.org/>

<http://www.education.gov.bh>

<http://www.salama-libya-org>



## آجال ممارسة حق الشفعة بين النص القانوني والإجتهاد القضائي المغربي

كمال قوبع - طالب باحث في قانون العقار والتعمير- الناظور - المغرب

45

### مقدمة

يقصد بحق الملكية إمكانية المالك التصرف في ملكه وحق استعمال الشيء المملوك له وإمكانية استغلاله أي تخول لصاحبه السلطات الثلاثة، وهي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف كما أنه لا يمكن أن ينزع منه هذا الحق، أي أحد إلا في إطار الحدود التي رسمها القانون وفي مدونة الحقوق العينية بمقتضى المادة<sup>١</sup> التي تنص على أن حق الملكية يخول لصاحبه حق استعمال واستغلال والتصرف فيه ولا يقيد ذلك إلا القانون والاتفاق<sup>١</sup>

وحق الملكية ليس مطلق بل هناك شروط وقيود ترد على عليه فرضتها النزعة الاجتماعية والاقتصادية، ومن هذه القيود نجد حق الشفعة التي تمثل نوعا من الإكراه القانوني لتكوين العلاقة التعاقدية

والشفعة لغة هي ضم شيئين وهي مشتقة من الشفع وهو العدد الثنائي ضد الوتر، الذي هو العدد الفردي<sup>٢</sup>، أما اصطلاحا فقد تعددت التعاريف الفقهية لمفهوم الشفعة من بينها تعريف أستاذنا مأمون الكزبري<sup>٣</sup> عرف الشفعة بأنه حق ممنوح لشريك في الشياح من أجل أن ينتزع لنفسه الحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء للغير في مقابل أن يدفع للمشتري الثمن والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع

وقد حظي حق الشفعة بأهمية كبيرة على مستوى التنظيم القانوني، ففي البداية كانت تخضع لقواعد الفقه الإسلامي خاصة الرأي الراجح والمشهور لدى الفقه المالكي، وبصدرور ظهير<sup>١٢</sup> غشت<sup>١٩١١</sup> المتعلق بقانون الالتزامات والعقود نصت على مجموعة من الفصول تتعلق بحق الشفعة من قبيل الفصل<sup>٩٧</sup>...، كما أن حق الشفعة خضع في تنظيمه كذلك إلى ظهير<sup>٢</sup> يونيو<sup>١٩١١</sup> المتعلق بالتحفيظ العقاري إلى غاية صدور مدونة الحقوق العينية التي ألغيت هذا الأخير

وبصدرور مدونة الحقوق العينية قام المشرع المغربي بتنظيم أحكام الشفعة واعتبرها سبب من أسباب كسب الملكية وعمل على تحديد شروطها وأجلها..

<sup>١</sup> الظهير الشريف رقم ١.١١.١٧٨ الصادر في ٢٥ من ذي الحجة ١٤٣٢ (الموافق ٢ نوفمبر ٢٠١١) بتنفيذ القانون ٣٩.٠٨ المتعلق بمدونة الحقوق العينية منشور بالجريدة الرسمية عدد ٥٩٩٨ بتاريخ ٢٤ نوفمبر ص ٥٥٨٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> إدريس الفاخوري، مدونة الحقوق العينية على ضوء قانون ٣٩-٠٨، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة ٢٠١٣.

<sup>٣</sup> مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة ١٩٨٧، ص ٣٣٨.

ويعتبر الآجل من الشروط الأساسية لقبول دعوى الشفعة ومؤداة عنه ، ويتعين على الشفيع أن يمارس حقه في الشفعة داخل أجل معين. وإلا سوف يترتب عليه سقوط هذا الحق، وقد حددت مدونة الحقوق العينية آجال ممارسة حق الشفعة في المادة ٣٠<sup>١</sup>.

وعلى هذا الأساس سأحاول مناقشة المادة ٣٠ من مدونة الحقوق العينية باعتباره المادة الوحيدة التي تنص على آجال ممارسة حق الشفعة، وذلك بمقارنته مع الظهير ٢ يونيو ١٩١١ الملغى، محاولاً بيان بعض الإشكالات المطروحة بخصوص الآجل القانوني المنصوص عليه في مدونة الحقوق العينية، وبالتالي فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي تنظيم آجال ممارسة حق الشفعة؟ ومدى توفيقه في سد الثغرات التي كانت تعترى الظهير ٢ يونيو ١٩١١؟

ولتوضيح هذه الآجال علينا التمييز بين الشفعة في العقار المحفظ ( الفقرة الأولى)، والعقار غير المحفظ (الفقرة الثانية)، والعقار في طور التحفيظ (الفقرة الثالثة)

#### الفقرة الأولى : آجال ممارسة الشفعة على العقار المحفظ

العقارات المحفوظة هي عقارات عمل أصحابها على تقديم مطالب من أجل تحفيظها ومرت بمسطرة إدارية وأحياناً بمسطرة قضائية قبل أن يصدر لها رسم عقاري يحدد وضعيتها القانونية والطبوغرافية بحيث يوضح على وجه الدقة والتحديد حدود الملك ومساحته، وموقعه، وكذا الحقوق المكتسبة على الملك المحفظ مع بيان أصحاب هذه الحقوق وغير ذلك من الطوارئ وهي تخضع لظهير ١٢ غشت ١٩١٣ والمعدل والمتمم بقانون رقم ١٤ المتعلق بالتحفيظ العقاري

بالرجوع إلى ظهير ٢ يونيو ١٩١١ نجد أن المشرع حدد آجال لممارسة الشفعة في العقار المحفظ، ففي أي وقت قام المشتري بتبليغ ذوي الحق في الشفعة بنسخة من عقد البيع يسقط حقهم في ممارسة حق الشفعة بمرور ثلاثة أيام من تاريخ التبليغ ، وإذا كان الشفيع قد حضر عقد البيع فأجل الشفعة يسقط داخل أجل شهرين، وفي حالة عدم توفر الشرطين فحق الشفعة يسقط بمرور سنة من تاريخ تقييد عقد البيع بالمحافظة العقارية.

وبصدور مدونة الحقوق العينية لم يعد الأمر كذلك، بل أن المشرع استغنى عن أجل ثلاثة أيام وأجل شهرين نظراً لما كان يطرح من مشاكل بين الفقهاء، وكذلك عدم ثبات المجلس الأعلى في قراراته على موقف محدد، تدخل المشرع المغربي في إزالة هذا الإشكال وأصبح بعد ذلك إذا أراد الشفيع أن يبادر إعلان رغبته في ممارسة حق شفعة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ توصله بالتبليغ (أولاً)، أما إذا لم يتوصل بهذا الأخير، فعليه أن يقوم ببيان رغبته في استشفاع الحصة المبيعة داخل أجل سنة من تاريخ تقييد عقد البيع بالمحافظة العقارية (ثانياً).

#### أولاً: أجل ثلاثون يوماً من تاريخ التبليغ

ينص المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في فصلا ٣٠ في الفقرة الأولى على أنه: "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصياً من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه داخل أجل ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل". وما يمكن فهمه من هذا النص أن المشرع أعطى للمشتري إمكانية تبليغ نسخة من عقد شراء إلى من له حق الشفعة (أي إلى الشركاء الذين لهم الحق في الشفعة)، وذلك بعد تقييد شرائه في الرسم العقاري أو إيداعه في مطلب التحفيظ، ويبدو أن

<sup>١</sup> الظهير الشريف رقم ١.١١.١٧٨ الصادر في ٢٥ من ذي الحجة ١٤٣٢ (الموافق ٢ نوفمبر ٢٠١١) بتنفيذ القانون ٣٩.٠٠٨ المتعلق بمدونة الحقوق العينية منشور بالجريدة الرسمية عدد ٥٩٩٨ بتاريخ ٢٤ نوفمبر ص ٥٥٨٧ وما بعدها.

هذا الإجراء هو اختياري أي يكون بإرادة المشتري وحتى المشرع لم يجبره حيث بدأت الفقرة الأولى من الفصل ٣٠ عبارة "يمكن للمشتري...".

وبهذا فالمشرع أعطى هذا الحق للمشتري وحده دون الشريك البائع، وهذا يخالف بعض التشريعات الأخرى مثل التشريع المصري الذي أعطى الحق للمشتري والشريك أو البائع معاً.

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة ٣٠ من م ح ع والتي تنص على أنه: "يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بياناً عن هوية كل من البائع والمشتري مع بيان عن الحصة المباعة وثمانها والمصروفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت، فإن لم يقع هذا التبليغ فحق الشفعة يسقط في جميع الأحوال...".

وبهذا يتضح لنا أن المشرع رتب الجزاء عند مخالفة أو عدم تضمين التبليغ بالبيانات المطلوبة والتي حددها المشرع مثل هوية كل من البائع والمشتري، ورقم رسم العقار... إلخ، والجزاء المترتب هو البطلان، وبهذا فالتشريع المصري<sup>1</sup> أو الجزائري<sup>2</sup> لم يختلف مع التشريع المغربي في هذه المسألة

وبالرجوع إلى ظهير ٢ يونيو ١٩١١ في فصله ٣١ كان ينص: "على أن الشفيع الذي يوجه له المشتري إنذاراً بموافقة البيع، بعد تقييد شرائه، والراغب في شفعة الحصة المباعة يجب أن يقوم بممارسة حقه هذا خلال أجل ثلاثة أيام من تاريخ توصله بالإنذار وإلا سقط حقه".<sup>3</sup>

يتضح لنا من خلال هذا الظهير الملغى أن المشرع لم يحدد الجهة المكلفة بالتبليغ، كما أنه لم ينص على أن هذا الأجل أجلاً كاملاً

وحسن فعل المشرع المغربي عندما عوض أجل ٣ أيام الذي كان منصوصاً عليه في الفصل ٣٢ من ظهير ٢ يونيو ١٩١١ الملغى بأجل ٣٠ يوماً لما كان يثيره من عدة إشكالات قانونية وعملية باعتباره أجلاً قصيراً يصعب معه ممارسة حق الشفعة، ويقول بعض الفقهاء أن أجل ٣ أيام كان من وضع المستعمر الفرنسي في عهد الحماية قصداً منه ضياع حق الملكية على الشفعاء.

بهذا نتوصل إلى أنه كيفما كانت الطريقة التي اعتمد عليها المشتري لتبليغ الشفيع فإنه لا يهم الطريقة المستخدمة في تبليغ، حيث يمكن الاعتماد على كل الوسائل التبليغ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، وما يهم هو أن يتوصل الشفيع شخصياً بهذا التبليغ<sup>4</sup>، وليس أحد أقاربه أو جيرانه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> تنص المادة ٩٤١ من القانون المدني المصري على أنه: "يشمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً: بيان العقار المجاز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه".

<sup>2</sup> تنص المادة ٨٠٠ من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة ٧٩٩ على البيانات التالية وإلا كان باطلاً. بيان العقار المجاز أخذه بالشفعة بياناً كافياً

بيان الثمن والمصاريف الرسمية، وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة ٧٩٩".

<sup>3</sup> أمال برونوس: "ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٥٨.

<sup>4</sup> وهذا ما نص عليه الفصل ٣٠٤ في فقرته الأولى بأن التبليغ لا يصح إلا إذا توصل به شخصياً من له حق الشفعة.

<sup>5</sup> جهاد سلطانة: "أجال الشفعة بين مقتضيات مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر مسلك العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٤٧.

وفي هذا الإطار لابد من الرجوع إلى الاجتهاد القضائي من أجل تأكيد هذه المسألة، حيث أكدت المحكمة الابتدائية بوجدة أنه: "حيث أن الثابت من وثائق الملف أن المدعي عليه وجه إشعار إلى المدعيان بشرائه لحقوق مشاعة من البائعات المذكورات سلفاً بتاريخ ٢٠١٤/٢٠، وتوصلت بإشعار والدتهن بتاريخ ٢٠١٤/٢٠ مما يكون معه التوصل غير شخص والتبليغ لا أثر له للاحتجاج عليهن بسقوط حقهن في الشفعة".<sup>١</sup>

وهذا فالمشرع حقا قام بتغيير مقتضيات المادة ٣ من ظهير ٢ يونيو ١٩١١ وقد استجاب لأصوات ودعوات الباحثين والمفكرين في هذا المجال، مما جعله يقوم بوضع تشريع يتلائم مع المنطق القانوني.

ولكن رغم كل هذا فإن المشرع المغربي وللأسف لم ينتبه صراحة إلى إشكالية أجل الشفعة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى الأولى<sup>٢</sup>، بحيث قد يحدث أحيانا أن يقدم الشفيع دعوى الشفعة داخل الأجل القانوني، لكن نظراً لخلل شكلي معين تصدر المحكمة قرار بعدم قبول الدعوى، وهذا القرار الذي صدرته المحكمة لا يمنع الشفيع من إعادة تقديم دعوى بل يحق له تقديم دعوى بعد تصحيح الخطأ الشكلي الذي أصيب الدعوى الأولى

فقد ذهب رأي فقهي إلى القول بأن أجل الشفعة هو أجل سقوط وليس أجل تقادم<sup>٣</sup>، في حين ذهب الرأي الثاني إلى القول بأن أجل الشفعة هو أمد تقادم يخضع للتوقف والانقطاع وهذا الموفق تبناه المجلس الأعلى محكمة النقض حالياً في قرار صادر بتاريخ ٢٠١٤/١٩: "إن بداية الأجل الجديد لممارسة حق الشفعة في حالة تقديم دعوى جديدة بعد الأولى التي حكمت بعدم قبول يبتدأ من تاريخ صدور الحكم بعدم القبول لا من تاريخ تبليغه"<sup>٤</sup>

والرأي في ما اعتقد أنه رغم غياب نص واضح يجيب على هذا الإشكال، فالمادة ٣٠ من مدونة الحقوق العينية قد أجابت على هذا الإشكال القانوني بشكل غير مباشر، وأعتبرته بأنه أجل سقوط وليس أجل تقادم وهو ما نستشفه في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ التي تنص على أنه: "... ويسقط هذا الحق الأخير إن لم يمارس خلال أجل ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل".

ثانياً: أجل سنة من تاريخ التقييد

حسب الفصل ٣٢ من ظهير ٢ يونيو ١٩١١، فإن المشرع المغربي جعل أجل سنة أجلاً عاماً تمارس فيه الشفعة، وإذا لم يبلغ الشفيع بواقعة البيع من طرف المشتري، ولم يحضر مجلس العقد فإن أجل ممارسة الشفعة يبقى هو أجل السنة ابتداءً من تاريخ التسجيل بالرسم العقاري.<sup>٥</sup>

والملاحظ أن أجل احتساب سنة يبتدئ من تاريخ التسجيل، والمشرع المغربي قد احترق في ظهير ٢ يونيو ١٩١١ المبادئ والأسس المبني عليها قانون التحفيظ العقاري خاصة المادة ٦٧ منه، ولكن بالرجوع إلى الفصل ٣٣ منه (ظهير ٢ يونيو ١٩١١) نجد أنه خالفهم في الفقرة الأولى من الفصل ٣٢، الشيء الذي كان ينتج عنه تضارب في مواقف القضاء.

<sup>١</sup> حكم قضائي منشور في رسالة الباحثة جهاد سلطانة، آجال الشفعة بين مقتضيات مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٤٧ وما يليه

<sup>٢</sup> شكر فووح، شكر الفتوح، مقارنة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية الجديدة والفقهاء المالكي والاجتهاد القضائي، منشور في مجلة القضاء المدني، عدد ٣، الجزء الأول (بدون سنة النشر) ص:

<sup>٣</sup> عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة، ص ٧٢

<sup>٤</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ ١٩٨٤/١٠/٠٣، زكرياء العماري، المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، عدد ٣، الجزء الأول بدون سنة النشر.

<sup>٥</sup> أمال برونوس: "ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ"، مرجع سابق، ص ٦٤.

وبالرجوع إلى المقتضيات الجديدة من م.ح.ع في فقرتها الثانية من المادة ٣٠ والتي تنص على أنه: "... حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال. أي عدم التبليغ عقد الشراء إلى ذوي الحق في الشفعة. بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد إذا كان العقار محفظ...".

ومن خلال هذه الفقرة يتضح أنه في حالة عدم تبليغ عقد الشراء إلى من له حق ممارسة الشفعة وبعد تقييد هذا العقد في السجل العقاري، فإن هذا الأجل يسقط بعد مرور سنة احتساباً من تاريخ تقييده.

وهذا يكتفي مشتري حصة شائعة في عقار محفظ أن يثبت تقييد شرائه في الرسم العقاري، وأنه مضت سنة على تاريخ التقييد، ولم يطلب الشريك الشفعة ليحكم بأن الحق في الشفعة قد سقط.<sup>1</sup>

وهنا نتساءل هل يمكن ممارسة حق الشفعة قبل التقييد عقد الشراء في الرسم العقاري ؟

بالرجوع إلى مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري نجد بأن انتقال الملكية لا يتم بقوة القانون كأثر لعقد البيع،<sup>2</sup> بل أن انتقال الملكية تكون نتيجة تقييد هذا العقد في السجل العقاري، بهذا لا يمكن ممارسة حق الشفعة قبل تقييد العقد بالسجل العقاري.<sup>3</sup>

وبالرجوع إلى الأحكام القضائية، نجد أن كل من محكمة النقض والمحكمة الابتدائية قد سمحا لمن له حق الشفعة في ممارستها قبل تقييد عقد الشراء بالمحافظة العقارية وهذا يخالف ما ذكر أعلاه

وهذا نجد المجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً) في أحد قراراته عد ٥٨٥ في ملف مدني بتاريخ ١٧/٦/٢٠١٢ على أنه يمكن للشفيع أن يمارس حق الشفعة ولو قبل التقييد في السجل العقاري.<sup>4</sup>

وكذلك المحكمة الابتدائية بوجدة والتي جاءت في أحد أحكامها بتاريخ ٢٠/١/٢٠١٥ على أن: "عقد البيع موضوع طلب الشفعة الذي تم إيداعه بغرض تقييده بالرسم العقاري بتاريخ ٢٠/١/٢٠١٥ حسب الثابت من خاتم الإدارة المثبت بها، وأنه فضلاً على ذلك بأنه على فرض عدم تقييده بالرسم العقاري، فإنه لا وجود لأي مقتضى في قانون التحفيظ العقاري أو غيره، يشترط تسجيل عقد البيع بالرسم العقاري ليسمح للشريك في العقار المحفظ بممارسة حقه في الشفعة".<sup>5</sup>

فإذا كان كل من محكمة النقض والمحكمة الابتدائية قد علالا قراراتهما بعدم وجود ما يشترط ضرورة تقييد عقد البيع في السجل العقاري من أجل ممارسة الشفعة على العقار المحفظ.

بصدور مدونة ح.ع لم يعد هناك مجال لتبرير القرارات بهذا المبرر، وبهذا جاء المشرع المغربي صريحاً في المادة ٢٩ التي تنص على أنه: "يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها، فإذا كان العقار محفظاً يتعين عليه إثبات تقييد البيع بالرسم العقاري".

<sup>1</sup> هدى مزور: "الإثبات في دعوى شفعة العقار"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٤٩.

<sup>2</sup> وبهذا نجد أن ظهير التحفيظ العقاري قد خالف مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربي بما جاء فيه في الفصل ٤٩١: "يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع..."، وهذا يفيد أن نقل الملكية هو أثر مباشر للعقد.

<sup>3</sup> أمال بزوسي: ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ مرجع سابق، ص ٥٠.

<sup>4</sup> محمد محجوبي: الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، مطبعة كاتب العربي دمشق، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ١٦٣.

<sup>5</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة رقم ١٣/١٠٣٠، ملف عقاري رقم ١١/٣٣٧٥ بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٥ غير منشور

وزيادة على ذلك فالمشرع المغربي أكد على ضرورة تقييد العقد في السجل العقاري، في المادة ٢٩ من م.ح.ع على أنه: "إذا كان العقار محفظاً فإن الحصة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري"

#### الفقرة الثانية: أجال الشفعة الواردة على العقار غير المحفظ

يقصد بالعقار غير المحفظ العقارات لم يسبق أن خضعت لنظام التحفيظ العقاري لكنها تخضع في تنظيمها لمدونة الحقوق العينية وإذا لم يرد النص القانوني فيها يرجع إلى قانون الالتزامات والعقود وفي حالة غياب النص القانوني يرجع إلى قواعد الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك وكذا العادات والأعراف المحلية

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من مدونة الحقوق العينية على أنه: "... فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد إذا كان العقار محفظاً أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ وبمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ".

ويتضح من خلال هذه الفقرة أنه يمكن للشفيع الذي يرغب في شفعة الحصة الشائعة في عقار غير محفظ أن يمارسه داخل أجل سنة من تاريخ العلم بتصرف شريكة في الحصة الشائعة (أولاً)، وتنص الفقرة الأخيرة من نفس المادة: "وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد"، بمعنى أن للشفيع إذا لم يعلم بالبيع فليس له الحق في ممارسة حق الشفعة لأمد طويل بل أن الحد الأقصى لهذا الأجل هو أربع سنوات (ثانياً)

#### أولاً: ممارسة الشفعة داخل أجل سنة

بالرجوع إلى القواعد العامة وبصفة خاصة المذهب المالكي، نجد أنه حدد أجال ممارسة حق الشفعة في أجلين اثنين هما:<sup>١</sup> شهرين اثنين، أجل سنة

ويسري على من حضر عقد البيع وكتبت شهادته في هذا العقد أجل شهرين، فإذا سكت هذا الشفيع خلال هذين الشهرين كاملين<sup>٢</sup> سقط حقه في ممارسة الشفعة، كما يقول الشيخ خليل في مؤلفه مختصر العلامة خليل وهو يتحدث عن ما يسقط حق الشفعة بقوله:

"إن قاسم أو اشترك... أو شهرين إن حضر العقد..."<sup>٣</sup>

وقد حدد كذلك أجل سنة بالنسبة للشريك الذي تعذر عليه حضور عقد البيع وعبر عن رغبته في ممارسة حق الشفعة، وهذا ما أكده الشيخ خليل في مختصره قائلاً: "أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة كأن علم فغاب، إلا أن يظن الأولوية قبلها فحق"<sup>٤</sup> وكذلك قول بن عاصم في تحفته: "والترك للقيام فوق العام \*\*\* تسقط حقه مع المقام"

وبالرجوع إلى قرارات المجلس الأعلى قبل صدور مدونة الحقوق العينية نجد أحد الباحثين يرى بأن أغلب الاجتهادات القضائية للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) تعمل على تطبيق أجل سنة على العقارات غير المحفظة.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> محمد ابن معجوز: "الشفعة في الفقه المالكي والتقنين المغربي"، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

<sup>٢</sup> ويبدأ هذا الأجل من تحرير عقد البيع وينتهي بانتهاء اليوم الأخير من أجل شهري.

<sup>٣</sup> خليل ابن إسحاق المالكي: "مختصر العلامة خليل"، مطبعة دار الرشد الحديثة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣، ص ١٧٥.

<sup>٤</sup> خليل ابن إسحاق المالكي: "مختصر العلامة خليل"، مرجع سابق، ص ٢٣١.

<sup>٥</sup> سعيد مستمر: "إشكالية أجال الشفعة في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ١١.

وما يلاحظ أن أغلب الفقه صراحة لا يقومون بإعطاء أهمية كبيرة لأجل شهرين، بحيث يقومون بتحديدده في بضعة أسطر وأجل سنة يقومون بالحديث عنه في عدة صفحات

وبالرجوع إلى مقتضيات مدونة الحقوق العينية الجديدة<sup>١</sup> ٣٩٠ أن المشرع احتفظ بأجل السنة الواحدة دون أجل شهرين، ولعل السبب في هذين هو الأسباب التي ذكرناها سابقاً.

لهذا جعل المشرع المغربي من العلم بالبيع نقطة انطلاق أجل سنة، إلا أنه سكت عن طريقة إثبات هذا العلم<sup>٢</sup>

وقد أكد المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)<sup>٣</sup> في عدة قرارات بأن الشفيع لا يسقط حقه إلا بعد مرور أجل سنة من تاريخ تاريخ العلم بالبيع الحاصل من المالك معه إلى المشفوع منه، ولذلك فالعبرة بتاريخ علم الشفيع بالبيع لا بتاريخ البيع ذاته...<sup>٤</sup> وبهذا فأجل سنة يبتدئ من تاريخ العلم لا من تاريخ العقد، هذا فالشريك الذي يطلب الشفعة بعد مرور أجل سنة يصدق في ادعاء عدم العلم.<sup>٥</sup>

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل المشرع المغربي قصد تاريخ الميلادي أو التاريخ الهجري مع العلم أن الفقه المالكي يعتمد كثيراً على التاريخ الهجري، نظراً لأن أصوله دينية، ولكن المشرع المغربي اعتمد على التاريخ الميلادي لا التاريخ الهجري حتى يستفيد الشفيع من<sup>٦</sup> ١٣ يوماً إضافية وهو التوجه الذي انتقده محمد خيرى<sup>٧</sup>

تجدر الإشارة إلى أن أجل الشفعة هي أجل سقوط لا أجل التقادم فهو يسري على الكافة على الغائب وعلى الصغير وعلى من لا أهلية له للتصرف في حقوقه، بهذا يأخذ المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) بقوله "أجل المطالبة بالشفعة أجل سقوط لا أمد تقادم فيسري في حق القاصرين إذا كان لهم نائب قانوني وتراخي في المطالبة بالشفعة إلى أن انقض أجل ممارستها".<sup>٨</sup>

والرأي في ما اعتقد أن أجل الشفعة يعد من مواعيد السقوط وليس مواعيد التقادم، مادام أن أجل ثلاثون يوماً أجل سقوط فتسري أيضاً على الغائبين، ومن لم تكن لديه أهلية التصرف، باعتبارها مدة لا تقبل الانقطاع

ثانياً: ممارسة الشفعة داخل أجل أربع سنوات

تنص الفقرة الأخيرة من الفصل<sup>٩</sup> ٣٠ من م ح ع على أنه: "وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد".

فأجل ممارسة حق الشفعة في العقار غير المحفظ في حالة إذا ادعى الشفيع عدم علمه بالبيع أربع سنوات، ابتداءً من تاريخ إبرام العقد.

<sup>١</sup> جهاد سلطانة: مرجع سابق، ص ١١.

<sup>٢</sup> تم تغيير هذه التسمية بمقتضى ظهير شريف رقم ١٠١١.١٧٠ صادر في ٢٧ من ذي القعدة ١٤٣٢ (٢٥ أكتوبر ٢٠١١) بتنفيذ قانون رقم ٥٨.١١ المتعلق بمحكمة النقض، المغيز بموجبه الظهير الشريف رقم ١٠٥٧.٢٢٣ الصادر في ٢ ربيع الأول ١٣٧٧ (٢٧ سبتمبر ١٩٥٧) بشأن المجلس الأعلى.

<sup>٣</sup> قرار محكمة النقض عدد ٤٣١٢ صادر بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٩ في ملف المدني عدد ٢٠٠٨/٤/١/٧١٤ والذي تم نشره بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد ٢ مايو ٢٠١١، ص ٢٢٢.

<sup>٤</sup> محمد محجوبي: "الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي"، مرجع سابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

<sup>٥</sup> جهاد سلطانة: مرجع سابق، ص ١٣.

<sup>٦</sup> محمد حيزري: "الشفعة وأجلها بين العقار المخفظ وغير المحفظ والعقار في طور التحفيظ"، مجلة المحاكمة، العدد ١٣ سنة ٢٠٠٧.

<sup>٧</sup> عبد الله درميش، عبد الله درميش، الشفعة في العقار المحفظ، مجلة المحاكمات المغربية، البيضاء، عدد ٢٤، سنة ١٩٩٦، ص ٢٥.

وبالرجوع إلى قرارات المجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض) كان يعمل بقاعدة فقهية بقوله الشيخ خليل: "وصدق أن أنكر علمه . وذلك ولو طال أمد الشراء أكثر من عشرين سنة، إعمالاً للأصل الذي هو الجهل"<sup>1</sup>، ولكن إعطاء للشفيع الحق إمكانية المطالبة بشفعته مهما طال الزمن أمر من شأنه أن يضر به المشفوع منه ويكون سبباً في النزاعات المستمرة<sup>2</sup>، وهذا ما أدى بالمجلس الأعلى إلى تعديل موقفه فأصبح يقيد قول الشيخ خليل: "وصدق أن أنكر علمه ببعض الاجتهادات الفقهية النابعة من المذهب المالكي، وعلى رأسهم "عبد الحكم" و"ابن المواز" اللذان رأى أن أجل ٤ سنوات أجل كافي لعلم الشفيع بالبيع الذي أجراه شريكه"<sup>3</sup>.

وهو نفس الرأي الذي أخذت به محاكم الموضوع وبهذا قضت محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها رقم ١٥٣ الصادر بتاريخ ٢٠٧٤/٢٠٧٤ ملف عدد ٨٦٠٧ أن: "أجل الأخذ بالشفعة بالنسبة للعقارات غير محفظة، يتعين حصره بالنسبة للشفيع الحاضر في أربع سنوات وهي مدة كافية لحصول العلم شريك جديد"<sup>4</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه كذلك ابتدائية الناظور بحيث عمدت على تقييد قول الشيخ خليل وحصرت مدة العلم في أربع سنوات ابتداء من تاريخ إبرام العقد<sup>5</sup>.

وبهذا فمدونة ح.ع قد حسمت في هذا الأمر ولم يعد الأمر بعد الآن الأخذ برأي الفقه المالكي، سواء الشيخ خليل أو ابن عاصم، وإنما المشرع قد حسم في هذا الأمر ولم يترك فيه فراغاً وهذا ما عبر عنه في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ "وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد".

فإذا لم يمارس هذا الحق خلال مدة أربع سنوات يسقط هذا الحق وحتى لا يبقى المشفوع منه تحت رحمة علم الشفيع معلقة وغير معروفة<sup>6</sup>.

لكن الإشكال المطروح هو ما دام أن المادة ٣٠ من م.ح ع قيدت أجل الشفعة في العقار غير المحفظ بمرور أربع سنوات على تاريخ إبرام العقد إذا لم يحصل العلم بالبيع، وهو نفس موقف الفقهاء المالكية<sup>7</sup>.

فإن الإشكال هو أن مدونة ح.ع لم توضح من المعني بهذا الأجل هل هو الشفيع الحاضر فقط؟ أم أن الغائب يسري عليه أيضاً نفس الحكم؟

وبهذا نستنتج بأن ممارسة هذا حق يكون داخل أجل سنة تبتدئ من تاريخ العلم بالبيع حسب مقتضيات المادة ٣٠ من م.ح ع. وهذا الأجل جاء استناداً إلى الفصل ٩٧ من ق.ل.ع الذي بدوره ينص على نفس الأجل وفي حالة عدم العلم بالبيع فمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام عقد بيع حسب مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ من م.ح.ع و بالتالي وضع حد للقاعدة القائلة: "الغائب على شفيعته حتى يحضر ولو طال غيبته"

<sup>1</sup> جهاد سلطانة: مرجع سابق، ص ١٤.

<sup>2</sup> أحمد الباش: "الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ١٨٧.

<sup>3</sup> جهاد سلطانة: مرجع سابق، ص ١٤.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص ١٥.

<sup>5</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور رقم ٤٢٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٠٥/٠٩ ملف عقاري رقم ٠٣/٦٧١.

<sup>6</sup> محمد حيزي: "الشفعة وأجلها بين العقار المحفظ والعقار غير المحفظ والعقار في طور التحفيظ"، مرجع سابق، ص ٢٠.

<sup>7</sup> شكير الفتوح: مجلة القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٨٧.

### الفقرة الثالثة: الأجال الواردة على العقار في طور التحفيظ

يقصد بالعقار في طور التحفيظ "ذلك العقار الذي قدم بشأنه مطلب التحفيظ ولازالت مسطرة التحفيظ سارية بشأنه، بحث لا يتوفر بعد على رسم عقاري خاص به يظهره من كافة العيوب والشوائب المرتبطة به".<sup>1</sup>

وفيما يتعلق بأجل ممارسة حق الشفعة على هذا النوع من العقار يبقى من اختصاص المادة ٣٠ من مدونة الحقوق العينية التي تنص: "... ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصياً من له الحق فيها ويسقط هذا الحق إن لم يمارسه خلال ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ توصل... فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد إذا كان العقار محفظاً، أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ وبمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ".

ويتضح من خلال هذا النص أن أجل ممارسة حق الشفعة بعقار في طور التحفيظ يكون بمضي سنة كاملة من تاريخ إيداع عقد الشراء إذا لم يتم تبليغ الشراء إلى الشفيع طبعاً، أما في حالة التبليغ فيجب ممارسة حق الشفعة داخل أجل ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل بالتبليغ.

وهذا فالمشرع لم يقرم بالزام المشتري بالخضوع لمسطرة معينة لإشهار حقه والمحافظة عليه بل أعطى له الحق وهو الاختيار بين النشر في الجريدة الرسمية عن طريق الخلاصة الإصلاحية وفق الفصل ٨٣ من ظهير التحفيظ العقاري، كما نسخ وعوض بمقتضى القانون ١٤٠٧ أو الإيداع في سجل التعرضات طبقاً للفصل ٨٤ من نفس الظهير المعدل والمتمم من نفس القانون، فإن بداية سريان أجل سنة يختلف باختلاف الطريقة المتبعة.<sup>2</sup>

ففي ظل المستجدات التي جاءت بها م.ح.ع، فقد تم وضع حدا لاختلاف فقهي وقضائي بخصوص المطالبة بالشفعة هل يجب سلوك مسطرة التعرض أو مسطرة الإيداع طبقاً للفصل ٨٤ من ظ.ت.ع، وذلك بنص المادة ٣٠ من م.ح.ع التي تنص على أنه: "إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به "

وهو ما أكدته محكمة الاستئناف في حكم صادر سنة ٢٠١٠<sup>3</sup> على القول بان: "كل دعوى أو منازعة أو مطالبة بحق عيني أو ترتيب حق عيني على عقار في طور التحفيظ يجب أن يمر بمسطرة التحفيظ طبقاً للفصل ٢ من ظهير التحفيظ العقاري وكذا الفصل ٨٤ المذكور أعلاه... فإنه كان يجب على المستأنف عليهما أن يتقدما بطلب الشفعة عن طريق سلوك مسطرة التعرض طبقاً للفصل ٢ من ظهير التحفيظ العقاري"

والرأي في ما أعتقد أن محكمة الاستئناف كانت على صواب كون أن طلب ممارسة حق الشفعة على العقار في طور التحفيظ يتعين أن يتم في إطار الفصل ٨٤ وليس عن طريق الخلاصة الإصلاحية، لأن مسطرة التعرض المنصوص عليها في الفصل ٨٤ تعتبر أكثر ضماناً من الخلاصة الإصلاحية المنصوص عليه في الفصل ٨٣

<sup>1</sup> إدريجي الفاخوري: "الحقوق العينية وفق القانون رقم ٠٨-٣٩"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة ٢٠١٣، ص: ٤٥

<sup>2</sup> جهاد سلطانة: مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

<sup>3</sup> حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ٢٤ بتاريخ ٢٠١١/٠٢ في الملف عدد ٢٠٠٩/١/٥١٨٣ تحت رقم ٤٤٧ غير منشور

فإذا كان المشرع قد حدد أجل مطالبة الشفيع بحقه في الشفعة وهو أجل سنة من تاريخ الإيداع متى كان الأمر يتعلق بعقار في طور التحفيظ كما جاء في ٣٠ من مدونة الحقوق العينية، فإن ممارسة الشفيع لمسطرة التعرض على الإيداع يتعين ضرورة القيام به داخل أجل التعرض وهو شهرين من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية<sup>1</sup>

وبالتالي فهل على الشفيع أن يتقيد بأجل التعرض أم أجل الشفعة؟ وان افترضنا انه يجب عليه إن يتقيد بأجل التعرض - أجل شهرين من تاريخ إعلان بانتهاء عملية التحديد - وانقضى أجل هذا الأخير وأسس الرسم العقاري. هل تسري على حق الشفعة مسطرة التطهير؟ أم انه نوع من حق خاص؟

فقد أجاب الأستاذ حسن فتوخ<sup>2</sup> على هذا الإشكال معتبرا إياه أنه بالرجوع إلى مضامين الفصل ٢٤ من ظهير التحفيظ العقاري لا تسعف للقول بضرورة ممارسة التعرض على الإيداع داخل أجل شهرين، واعتبرها توجي صراحة على أن هذا الأجل يسري تجاه كل من يدي حقا على مطلب التحفيظ، تحت طائلة سقوط حقه، مضيفا بأن ما يجري به العمل لدى مصالح المحافظة العقارية أنها لا تشترط أجل الشهرين لممارسة التعرض على الإيداع من جهة، ولا تعتبره تعرضا استثنائيا من جهة أخرى<sup>3</sup>

وهذا ما يستدعي القول إذن بأن هذا النوع من التعرضات لا يعتبر تعرضا عاديا ولا تعرضا استثنائيا، فهو تعرض غير مقيد بأجل معين، يمكن ممارسته من طرف الشفيع داخل أجل السنة من تاريخ إيداع المشفوع منه لعقد شرائه، وقبل اتخاذ المحافظ لقرار التحفيظ، لأنه بمجرد تحفيظ العقار تسري عليه عليه قاعدة التطهير من جميع العيوب والشوائب والمنازعات بمجرد تأسيس الرسم العقاري بالرغم أن أجل السنة لممارسة الشفعة من طرف الشفيع لا زال لم ينصرم بعد فبمجرد تأسيس الرسم العقاري، وتماطل الشفيع عن ممارسة حقه داخل أجل القانوني المنصوص عليه في المادة ٣٠ يعرض حقه في الشفعة للسقوط

#### خاتمة

بناء على ما سبق يتضح بأن المشرع المغربي قد تجاوز مجموعة من الإشكالات المطروحة في ظل الظهير ٢ يونيو ١٩١٩، بحيث تم إلغاء أجل ثلاثة أيام وأجل شهرين إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، ووضعت سقفا محدد لأجل الشفعة الوارد على العقار غير المحفظ في أجل أربعة سنوات من تاريخ إبرام العقد بعدما كان أجل غير محدد،

ولكن رغم تحديد هذا أجل لشفيع من أجل ممارسة حقه حتى لا يبقى المشفوع منه تحت رحمته دائما، فإنه يتعين إعادة النظر في مجموعة من الانتقادات الموجهة لهذا الأجل، أبرزه أن المشرع المغربي خصص مادة وحيدة لأجل الشفعة وهي المادة ٣٠، كما أنه لم يحدد بشكل دقيق آجال ممارسة الشفعة بشكل يتناسب وطبيعة الإجراءات خاصة عدم ربط أجل

<sup>1</sup> ينص المشرع المغربي في المادة ٢٤ من م.ح.ع على انه: " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل وذلك:

- في حالة المنازعة في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار

- في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه

- في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل ٨٤ من هذا القانون"

<sup>2</sup> حسن فتوخ : استاذ بمعهد العالي للقضاء ورئيس قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي بمحكمة النقض

<sup>3</sup> مدونة الفقه والقانون الإلكترونية، حسن فتوخ: شفعة العقار في طور التحفيظ عن طريق التعرض في ضوء قانون رقم ١٤.٠٧ المتعلق بالتحفيظ العقاري ومدونة الحقوق

العينية ، تاريخ الولوج ٢٠١٦.٠٤.٢٤ على الساعة ١٤:٢١، [www.juriste-arabe.blogspot.com](http://www.juriste-arabe.blogspot.com)

الشفعة بأجل الدعوى، وبالتالي يتعين على المشرع المغربي عدم الاكتفاء بمادة ٣٠ فقط وإنما يتعين إضافة أجل خاص لرفع الدعوى الشفعة أمام القضاء، وأن يكون في ذهن المشرع المغربي دائما غاية من هذا الحق ألا وهو جبر الضرر وليس الوقوع في الضرر.

## قائمة المراجع

### المراجع العامة

خليل ابن إسحاق المالكي: "مختصر العلامة خليل"، مطبعة دار الرشاد الحديثة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.

مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة ١٩٨٧، ص ٣٣٨.

إدريس الفاخوري، مدونة الحقوق العينية على ضوء قانون ٣٩٠٨، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة ٢٠٠١.

### المراجع الخاصة

محمد محجوبي: الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، مطبعة كاتب العربي دمشق، الطبعة الأولى ١٩٩٣.

عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة

### الرسائل والأطروحات

أحمد الباش: "الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية ٢٠٠٤-٢٠٠٤.

هدى مزور: "الإثبات في دعوى شفعة العقار"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية ٢٠٠١-٢٠٠١.

جهاد سلطانة: "أجال الشفعة بين مقتضيات مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر مسلك العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية ٢٠١٤-٢٠١٤.

أمال برونوس: "ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية ٢٠٠٨-٢٠٠٨.

سعيد مستمر: "إشكالية أجال الشفعة في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية ١٩٩٩-١٩٩٩.

## الظواهر والمراسيم

الظهير الشريف رقم 1.11.1 الصادر في 25 من ذي الحجة 1433 (الموافق 2 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون 39.0 المتعلق بمدونة الحقوق العينية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5996 بتاريخ 2 نوفمبر 2011 وما بعدها

## المقالات والمجالات

مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 2 مايو 2010

شكير فتوح، شكير الفتوح، مقارنة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية الجديدة والفقهاء المالكي والاجتهاد القضائي، منشور في مجلة القضاء المدني، عدد 3، الجزء الأول (بدون سنة النشر)

عبد الله درميش، عبد الله درميش، الشفعة في العقار المحفظ، مجلة المحاكم المغربية، البيضاء، عدد 2، سنة 1999

محمد خيرى: "الشفعة وأجالها بين العقار المحفظ وغير المحفظ والعقار في طور التحفيظ"، مجلة المحاكم، العدد 13 سنة 2007

زكرياء العماري، المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، عدد 3، الجزء الأول بدون سنة النشر

## المواقع الإلكترونية

مدونة الفقه والقانون الإلكترونية [www.juriste-arabe.blogspot.com](http://www.juriste-arabe.blogspot.com)

## التعديل الانفرادي لعقدي امتياز المرفق العام والأشغال العمومية

### دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا ومصر

محفوظ عبد القادر - جامعة وهران - الجزائر 2

57

#### الملخص

إن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري تمس جميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في حالة غياب النص عليها، ومَرَدُّ ذلك كونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، غير أن حجم سلطة التعديل يختلف باختلاف العقود الإدارية؛ مما جعلها تظهر بشكل واضح وقوي في عقود الامتياز والأشغال العمومية، نظرا لصلتهما الوثيقة بسير المرافق العامة. ويولي التنظيم القانوني لهذين العقدين اهتماما كبيرا بتأطير وتقنين هذه السلطة، سواء على المستوى القضائي أم التشريعي، وذلك في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

#### Résumé

Le pouvoir de modification unilatérale concerne tous les contrats administratifs dont l'administration est bénéficiaire même en l'absence d'un texte explicite, et cela étant dû au caractère individuel des contrats administratifs du fait de leur attachement au service public. Toutefois L'étendue de ce pouvoir de modification unilatérale varie selon la nature des contrats administratifs, ce qui apparait de manière plus claire et plus présente dans les contrats de concessions et de travaux publics du fait de leur attachement étroit au bon fonctionnement du service public. Ainsi la réglementation juridique accorde à ces deux contrats une grande importance qui se manifeste par l'encadrement et la régulation de ce pouvoir que ça soit au niveau judiciaire ou législatif, et ceux que en France en Égypte et en Algérie.

#### مقدمة

رغم أن القرار الإداري يعد أنجع وأقوى الوسائل القانونية التي تستند عليها الإدارة العمومية للقيام بواجباتها ومهامها اليومية المتعددة، إلا أنه ومن منطلق كونه يقوم على الإلزام وفرض الأوامر فقد لا يكون كافيا في بعض الأحيان، كون الإدارة في ظل المعطيات الراهنة وجدت نفسها ملزمة على التخلي عن الأسلوب الأحادي واللجوء إلى الأسلوب الإتفاقي للتشارك مع

الخواص والاستفادة من خدماتهم وخبراتهم، وذلك بموجب تقنية العقد الإداري الذي أصبح يحتل مكانة جد مرموقة ضمن نظرية الأعمال القانونية للإدارة العمومية.

وقد "ظهرت العقود الإدارية تاريخيا باعتبارها أعمالا إدارية قانونية بعد القرار الإداري، وهذا عندما تنازلت الإدارة عن جزء من امتيازاتها لتبحث لها عن معاونين اقتصاديين واجتماعيين، للتكفل بالمشاركة الاجتماعية والمساهمة في تسيير المرافق العمومية وتنفيذ وإسداء الخدمات العمومية التي يحتاجها المواطنون، وذلك لسببين وهدفين متكاملين هما تخفيف الأعباء عن الإدارة ثم الانفتاح على النشاط الخاص بإشراكه في الشأن العام".<sup>1</sup>

وإن العقود الإدارية تنوعت وازدادت مجالاتها بتنوع نشاطات الإدارة العمومية، فظهرت عقود إدارية حديثة إلى جانب العقود الإدارية الكلاسيكية المعروفة.<sup>2</sup> ومهما يكن من أمر هذا التنوع والاختلاف، فإنه لا يمنع من القول بأنها كلها تبقى عقودا إدارية تتميز بنفس مميزات وخصائص العقود الإدارية، والتي من أبرزها على الإطلاق السلطات الاستثنائية المخولة لجهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد؛ ومن جملة هذه السلطات نجد سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

وإن سلطة التعديل الانفرادي تشمل جميع العقود الإدارية على اختلاف أنواعها<sup>3</sup>، ولكن مداها يختلف باختلاف العقود الإدارية ومدى اتصالها بالمرفق الذي أبرم العقد من أجله، واختلاف مدى مساهمة المتعاقد في تسيير المرفق العام، وفي طبيعة الخدمات التي يؤديها<sup>4</sup>، ولعل سبب ذلك يكمن في كون الأساس القانوني لهذه السلطة يتمثل في احتياجات المرفق العام.

حيث أن الربط بين مدى سلطة التعديل الانفرادي وبين الأساس الذي تقوم عليه- أي مستلزمات المرفق العام- يؤدي للقول أن سلطة التعديل يجب ألا يكون لها ذات المدى في التطبيق في كل نماذج العقود الإدارية<sup>5</sup>؛ فإذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الامتياز نظرا لكون الإدارة لها الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها، فإنها تكون في أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مجرد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر، كما هو الشأن في عقود التوريد<sup>6</sup>.

### أهمية البحث

ولما كان الأمر كذلك، وبما أن هناك بعض العقود الإدارية تتمتع بأهمية كبرى في الواقع العملي، وتشكل النسبة الأكبر من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية، وتلعب دورا جد فعال في إشباع الحاجات العامة (كعقد امتياز المرفق العام)

<sup>1</sup> - أنظر: عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع.01، مارس 2012، ص 394-395.

<sup>2</sup> - أنظر للمزيد من التفاصيل حول هذه العقود: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2008-2009، ص.52. وللمزيد من التفاصيل حول تزايد العقود الإدارية وتعددتها، أنظر: سعاد الشقراوي، تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الإنفاق والمكافأة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية الشرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ع2، يونيو 1995.

<sup>3</sup> - أنظر: يوسف المهيلمي، في سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية، ملخص مقال للأستاذ André De laubadère منشور بمجلة RDP، mars 1954، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، السنة 1، ع4، ديسمبر 1957، ص.145.

<sup>4</sup> - Péquignot George, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, 1944, p367-368.

<sup>5</sup> - علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص.216.

<sup>6</sup> - عبد العزيز خير الدين، حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانوني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 5، ع4، ديسمبر 1961، ص.5.

وتشييد البُنْأ التحتية للدولة (كعقد الأشغال العامة)؛ هذا من جهة، ولما كانت سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري تجد مجالا خصبا للتطبيق في هذه العقود نظرا للأحداث التي قد تصطدم بها أثناء التنفيذ، من جهة أخرى؛ تظهر أهمية دراسة سلطة التعديل الانفرادي لعقدي الامتياز والأشغال العمومية، كخطوة للبحث عن دورها في التنفيذ الحسن لهذه العقود وبالتالي سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعن الضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة هذه السلطة.

### إشكالية البحث والأهداف المرجوة منه

لكن قبل الانتقال إلى تلك التطبيقات، لا بد من التطرق لتساؤل مهم يفرض نفسه في هذا السياق؛ فإذا كان الفقه يجمع على أن سلطة التعديل تظهر في كل العقود الإدارية على اختلاف أنواعها، من جهة، وإذا كان المشرع الجزائري قد نص في المادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية<sup>1</sup> فقط على صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات، ونص في المواد 12 و 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على صفقة الأشغال العمومية، من جهة أخرى، فهل هذا يعني أن المشرع قصد أن يكون التعديل مقصور على تلك الأنواع من العقود الإدارية فقط؟

والجواب يكون بالنفي، إذ أن القول بأن المشرع حرم الإدارة من سلطة التعديل في باقي العقود يُعد تناقضا مع ما استقر عليه الفقه والقضاء من ضرورة إعمال هذه السلطة في كل العقود الإدارية دون تمييز؛ كما أن سلطة التعديل مقررة للإدارة دون حاجة للنص عليها، وما تقنين المشرع لسلطة الإدارة في التعديل في تلك العقود إلا من باب التنظيم والتخصيص فقط، حيث أراد فرض النسب القسوي للتعديل، ولم يذكر تلك العقود إلا على سبيل المثال.

وإن ذلك لا يمنع من طرح التساؤل الآتي: كيف تطبق سلطة التعديل الانفرادي في عقود الامتياز والأشغال العامة؟ وما هي خصوصيتها في هذه العقود؟ وما النظام القانوني لإعمالها؟

### منهج البحث

نتبع المنهج التحليلي المقارن، اعتماداً على دراسة التشريعات والآراء الفقهية المختلفة والأحكام القضائية بالجزائر، مع وضع مقارنة مع النصوص الأجنبية، خاصة الفرنسية والمصرية، ومرد ذلك لكون فرنسا هي نظرية التعديل الانفرادي للعقد الإداري، سواء على المستوى القضائي، الفقهي، أو التشريعي، وكون الجزائر تشترك مع مصر من حيث البيئة القانونية، والمصادر التاريخية والمادية لقانونها الإداري؛ كما تكون الدراسة تحليلية لأهم النصوص القانونية الناظمة لسلطة التعديل ولعقدي الامتياز والأشغال العمومية بالجزائر، مروراً بمختلف النصوص التشريعية الجزائرية إلى أحدثها الصادر بتاريخ 16/09/2015.

### تقسيم البحث

إن هذه الدراسة التطبيقية لسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، سوف تقتصر على أهم وأشهر العقود الإدارية، بدءاً بعقد امتياز المرفق العام (المطلب الأول)، ثم عقد الأشغال العمومية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - أنظر: المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.

كان قبلها نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236، مؤرخ في 07/10/2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج. 75، الصادرة بتاريخ 08/12/2010، ص. 20.

### المطلب الأول : سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد امتياز المرفق العام

"عقد الامتياز<sup>1</sup> هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم-فردا كان أو شركة- على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تُصمّمها الإدارة عقد الامتياز<sup>2</sup>".

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في بعض النصوص القانونية، حيث أن م76 من الأمر 05-12 المتضمن قانون المياه<sup>3</sup>، عرفت عقد الامتياز باعتباره عقدا من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري أو طبيعي، عام أو خاص، قصد ضمان خدمة ذات منفعة عمومية.

وعرف القضاء الإداري الجزائري عقد الامتياز التابع للأمالك الدولة بكونه "عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."<sup>4</sup>.

ويمثل عقد الامتياز أحد أهم طرق إدارة المرافق العمومية؛ حيث أن هذه الأخيرة تُسيّر بواسطة الدولة بنفسها عن طريق الاستغلال المباشر، أو عن طريق أشخاص عمومية، أو بواسطة الامتياز<sup>5</sup>.

ومن ثمة، وبما أن الإدارة دائما تسعى لتحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها في كل العقود الإدارية. ومن باب أولى في عقد الامتياز الذي ينصب على تسيير مرفق عمومي يقدم خدمات للجمهور، وقصد الحفاظ على هذه المصلحة العامة يمكن تعديل عقد الامتياز كلما اقتضت ضرورات المرفق العام ذلك؛ حيث أن الإدارة مانحة الامتياز تملك سلطة التعديل الانفرادي لعقد الامتياز، مثله مثل باقي العقود الإدارية، وبنفس الشروط والحدود، إلا أن عقد الامتياز ونظرا لصلته الوطيدة بالمرفق العام وضرورات سيره الحسن بانتظام واطراد، ونظرا لما له من طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود، فقد أضفى على هذه

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل حول عقد الامتياز؛ أنظر: حمادة عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص.108؛ كما يعرف أيضا بكونه "عقد إداري، بمقتضاه يلتزم أحد الأفراد أو إحدى الشركات بتكليف من الدولة، وطبقا للشروط التي تُوضع له، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة الزمن تقاضي الأرباح"؛ حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961، ص.71، هامش رقم.1.

<sup>3</sup> - أنظر الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 24/07/2005، ج.ر.60 صادرة بتاريخ 4/09/2005، ص.3.

كما عرف المشرع أحد عقود الامتياز في م4 من المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، إذ جاء فيها: "امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"؛ ج.ر.3، لسنة 1989، ص.70.

<sup>4</sup> - قرار مجلس الدولة الجزائري، صادر في 09/03/2004، قضية رقم 1195؛ أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.98.

<sup>5</sup> - أنظر: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية: القرار الإداري-العقد الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص.494.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ رحالب أن :

« La concession de service public est l'un des trois modes classiques de gestion des services publics ; les deux autres étant la régie et l'établissement public » ; Voir : B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994, p7.

وللمزيد من التفاصيل حول طرق إدارة وتسيير المرفق العام، أنظر: طاهري حسين، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

السلطة نوعاً من الخصوصية؛ مما يستدعي التطرق لمضمون سلطة التعديل الانفرادي في عقد الامتياز(الفرع الأول)، ثم إبراز ذاتية وخصوصية سلطة التعديل الانفرادي في عقد الامتياز(الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مضمون سلطة التعديل الانفرادي في عقد امتياز المرفق العام<sup>1</sup>

تبرز سلطة التعديل الانفرادي بصفة خاصة في عقد الامتياز، لكونها تجد أساسها في فكرة المرافق العامة وانتظام سيرها، وهذه الأخيرة تشكل موضوع عقد الامتياز في حد ذاته<sup>2</sup>؛ إذ يمتاز عقد الامتياز بأن موضوعه ينصب على إدارة مرفق عام، فهو بهذه الخاصية يجعل من الملتزم بمثابة نائب عن الإدارة في تسيير المرفق العام<sup>3</sup>.

وبالتالي تستمد الإدارة مانحة الامتياز سلطة التعديل من المبادئ الحاكمة للمرافق العامة. ولعل أهمها ذلك المبدأ القاضي بضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد، والذي يسمح لها بإدخال ما تراه ضرورياً على العقد من تعديلات، تسمح له بمواكبة المستجدات الحاصلة.

ويقر الاجتهاد القضائي-اليوم- بأن الإدارة تستطيع أن تفرض على الملتزم التزامات لم ترد في العقد، كلما اقتضت احتياجات المرفق العام ذلك<sup>4</sup>، حيث أقر القضاء الإداري الفرنسي للإدارة بسلطة تعديل عقود الامتياز من جانب واحد بداية من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 10/01/1902 المتعلق بقضية<sup>5</sup> Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen، الذي أقر فيه بحق الإدارة في إلزام الشركة بتغيير وسيلة الإنارة من الغاز إلى الكهرباء، و بعد ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي صراحة سلطة الإدارة في تعديل هذا العقد لأجل تحقيق المصلحة العامة في قراره الصادر 11/03/1910 في قضية COMPAGNIE GENERALE FRANCAISE DES TRAMWAYS<sup>6</sup>، وكذلك في قراره الصادر في قضية compagnie générale des ministres des armées<sup>7</sup> بتاريخ 12/05/1933 أين أقر بحق الإدارة بإلزام صاحب الامتياز بزيادة كمية المياه المقدمة للأفراد.

وفي مصر، فقد سار الاجتهاد القضائي في نفس المسار، إذ جاء في أحد قرارات محكمة القضاء الإداري أن " الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون نائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها... والدولة تظل ضامنة ومسؤولة عن إدارة المرفق العام، وهي في سبيل ذلك تتدخل كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك... فتعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله..."<sup>8</sup>.

أما في الجزائر، فقد نص المشرع صراحة على سلطة الإدارة في التعديل في بعض النصوص القانونية والتنظيمية لعقود الامتياز، و منها م 8 / 2 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة التي نصت: "يتعين عليه حسب نفس

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل: علي الفحام، المرجع السابق، 106 وما بعدها.

أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2012-2013، ص. 103 وما بعدها.

<sup>2</sup> - محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص. 226.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص. 449.

<sup>4</sup> - B. RAHAL, OP CIT, p36.

<sup>5</sup> - CE 02/01/1902, note HAURIOU, GAJA, 16 édition, Dalloz, France, 2007, p58 et suite.

<sup>6</sup> - إذ أكد بأن من حق الإدارة أن تفرض على الملتزم بأن يزيد من عدد العربات من أجل المصلحة العامة رغم أن العدد محدد في دفتر الشروط، وهذا لكي تضمن السير العادي للمرفق من أجل الصالح العام. وحسب محافظ الحكومة ليون بلوم فإن الاحتياجات التي يتعين على المرفق العام من هذا القبيل توفرها ليس لها طابعاً جامداً، والدولة لا تستطيع أن تتخلى عن المرفق العام للنقل بمجرد إمضاء عقد الالتزام.

<sup>7</sup> - حيث قضت صحة قيام الإدارة بتغيير طبيعة الأشغال وموقع العمل المنصوص عليهما في العقد. CE, 14/04/1948, ministre des armées.

<sup>8</sup> - حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961، ص. 63.

الشروط إنجاز أو استعمال التعديلات والمنشآت الكبرى الإضافية التي قد يأمر بها منح الامتياز...<sup>1</sup> كما نصت م65 من دفتر الشروط المتعلق بمنح امتياز الأملاك الوطنية، وإعداده لاستغلال بحيرة ملاح (ولاية الطارف): "مراجعة دفتر الشروط: يمكن تعديل أحكام دفتر الشروط هذا أو تميمها طبقا للتنظيم الجاري به العمل"<sup>2</sup>.

بل ونظرا لأهمية سلطة التعديل الانفرادي في هذا النوع من العقود الإدارية، فقد ورد النص صراحة في إحدى التعليمات الوزارية<sup>3</sup> على أن "حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون التوقف على إرادة الملتزم، هو حق مستمد من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائما".

وفي ذات السياق، فإن المشرع المصري هو الآخر اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقد الامتياز، حيث نص في م5 من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أن "لمنح الالتزام دائما، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله،..."<sup>4</sup>.

والتعديل الوارد على عقد الامتياز قد يتناول-مثل باقي العقود- مقدار التزامات المتعاقد، كأن تفرض الإدارة على ملتزم النقل إطالة مسار الرحلة؛ كما قد يرد التعديل على طرق ووسائل التنفيذ، ولعل أبرز وأشهر مثال على ذلك يتجسد في قضية Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen، أين طالبت الإدارة من الملتزم إحلال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز؛ وفي هذه القضية، أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي، البحث عن مدى حق الإدارة في فرض التحسينات الجديدة على الملتزم، بإجباره على متابعة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمة La modernisation du service، فمن جهة لا يمكن إجبار ملتزم الإضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء، ومن جهة أخرى؛ لا يمكن تعطيل الصالح العام، فابتدع مجلس الدولة الفرنسي حلا وسط، إذ لم يُمكن الإدارة من أن تفرض على الملتزم مثل هذا الالتزام، وفي نفس الوقت حررها من الالتزام الواقع على عاتقها بأن تضمن للملتزم عدم المنافسة؛ ومن ثمة سمح للإدارة- بعد إنذار الملتزم- أن تتعاقد مع ملتزمين جدد يكون في وسعهم مجازاة التقدم العلمي الحديث<sup>5</sup>؛ ولعل الفضل في ذلك يرجع لمذكرات واقتراحات مفوضي الدولة، والذي يعكس بحق الدور الإنشائي للقاضي الإداري الفرنسي.

والجدير بالذكر أن الإدارة وإن كانت تملك سلطة تعديل عقد الامتياز انفراديا، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، إلا أن هذا التعديل يجب أن يكون في الحدود والقيود الواردة على سلطة التعديل، فيجب ألا تستهدف الإدارة من هذا التعديل مضايقة الملتزم، أو تحميله ما لا يطيق<sup>6</sup>.

وعلى كل، فإن سلطة التعديل الانفرادي لعقد الالتزام وإن كانت مقررة ومكرسة للإدارة، فقها وقضاء وتشريعا، كما سبق بيانه، إلا أن لها من الذاتية والخصوصية ما يميزها عن نظيرتها في باقي العقود الإدارية، فكيف ذلك؟

<sup>1</sup> أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 96-308، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المؤرخ في 18/09/1996، ج.ر.55، صادرة بتاريخ 25/09/1996، ص 12.

<sup>2</sup> أنظر: المرسوم التنفيذي 03-280، المؤرخ في 23/08/2003، يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح (ولاية الطارف)، ج.ر.51، صادرة في 24/08/2003، ص 32.

<sup>3</sup> أنظر: التعليم رقم 94.3/842، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، ص.7، الفقرة ب.

<sup>4</sup> ورد ذكر هذه المادة ومواد أخرى متعلقة بتعديل عقد الامتياز في القانون المصري، مع المزيد من الشرح، في: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.453 وما بعدها.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص.457، 458.

<sup>6</sup> - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لتقسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د.د.ن، الطبعة الأولى، 1994، ص.150.

### الفرع الثاني: خصوصية سلطة التعديل الانفرادي لعقد الامتياز

حتى بداية القرن العشرين، كان يُنظر لعقد الامتياز على أنه ذو طبيعة عقدية بحتة Purement contractuel، رغم تعلق موضوعه بالمرفق العام، وتم تفسير ذلك على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، بمعنى أن عقد الامتياز يتضمن اشتراطات لمصلحة المنتفعين بالمرفق منحهم إياها الإدارة مانحة الامتياز<sup>1</sup>؛ ثم ظهر رأي آخر، حيث كان البعض يعتبر عقد الامتياز وليد أمر انفرادي من جانب السلطة العامة Acte unilatéral de la puissance publique<sup>2</sup>.

وقد أدت الانتقادات الشديدة الموجهة للنظريات السابقة، إلى ظهور نظرية جديدة مفادها أن عقد الامتياز ليس عقد مدني ولا أمر انفرادي، وإنما هو عقد إداري ذو طبيعة مُرْغَبَة، يتحلل إلى شقين؛ أحدهما تعاقدية والآخر لائحي<sup>3</sup>، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ De Laubadère أنه لا يتصور غياب العنصر التعاقدية مطلقاً، فالمتعاقدين مع الإدارة هو شخص خاص ما كان ليقدم على التعاقد إلا إذا ضمن حقوقه المالية طوال المدة المحددة في العقد.

« Il est en effet impossible que la concession ne comporte pas d'élément contractuel, parce que le concessionnaire est un particulier intéressé qui n'accepte de gérer le service que si ses intérêts financiers sont sauvegardés, et leur fixité contractuellement garantie pour l'avenir<sup>4</sup> ».

ويقصد بالنصوص اللائحية أو التنظيمية لعقد الامتياز، تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وسيره، وهي لا ترد فقط في وثيقة العقد، بل يرد بعضها في القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بالامتياز<sup>5</sup>؛ أما النصوص التعاقدية، فتتمثل في تلك المتعلقة بمدة العقد وبالامتيازات المالية الممنوحة للملتزم، وبصفة عامة الأعباء المالية المتبادلة بين الطرفين، وهي نصوص لا تهم الغير من الأفراد بل تطبق فقط على العلاقة بين السلطة مانحة الامتياز والملتزم، ولعل المعيار المميز بين النصوص التعاقدية والنصوص التنظيمية هو كالاتي<sup>6</sup>:

تعتبر نصوصاً تعاقدية تلك التي لا تدعو الحاجة لوجودها لو أن المرفق تم استغلاله مباشرة من طرف الإدارة، أما النصوص التنظيمية فهي تلك التي لا بد من وجودها حين تستغل الإدارة المرفق العام بنفسها.

وسلطة تعديل عقد الامتياز انفرادياً ترد على الشروط التنظيمية فقط دون التعاقدية؛ ولعل الحكمة من ذلك ترجع لكون التعديل في النصوص اللائحية لا يمس حرمة العقد ولا يخل بمركز تعاقدية، والواقع أن الدولة وهي تعدلها إنما تتدخل بوصفها صاحبة السلطة العامة المكلفة بحماية الصالح العام، وهي إذا ما مست الشروط التنظيمية بالتعديل فإنها لا تخل بشروط عقدية، بل إنها تتناول تنظيم نظام قانوني خاص بمرفق عام<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - " إلا أن غالبية الفقه الفرنسي، وعلى رأسه Jéze، Duguit، Hauriou، قد انتقدوا هذه النظرية على أساس أنه لا يمكن تطبيق نظرية الاشتراطات لمصلحة الغير المدنية في هذا الصدد، لكونها تتطلب أن يكون شخص الغير المنتفع بالشرط معيناً بذاته وقت التعاقد، في حين أن المنفعين بالمرفق لا يمكن تحديدهم مسبقاً، وكذلك فإن تعلق موضوع عقد الامتياز بمرفق عام يستدعي خضوعه للنظام القانوني للمرافق العامة والذي يتميز بطبيعة خاصة، من مقتضاها بحسب الأصل أن كل ما يتعلق بإدارة وتسيير المرافق العامة يخضع للاختصاص المطلق للسلطات العامة... "؛ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 496.

<sup>2</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص. 73.

<sup>3</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 496.

<sup>4</sup> - B. Rahal, OP CIT, p11.

<sup>5</sup> - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص. 227.

<sup>6</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص. 73.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 451.

وإذا كان القول بأن التعديل لا يمس سوى النصوص اللائحية دون التعاقدية معمولاً به في كل العقود الإدارية، بل ويعتبر من المبادئ العامة في تحديد مجالات أعمال سلطة التعديل الانفرادي؛ إلا أن خصوصية عقد الامتياز وطبيعته المركبة جعلت لهذه القاعدة بعض الذاتية، التي تميزها عن تلك المعمول بها في باقي العقود الإدارية؛ ولعل ذلك يبرز من ناحيتين:

\*أولاً: تعرف قاعدة عدم مساس سلطة التعديل الانفرادي في باقي العقود الإدارية بالمزايا المالية للمتعاقد-وخاصةً السعر-الإجماع L'unanimité من الفقهاء؛ في حين أنهم اختلفوا بخصوص تعديل الرسم في عقد الامتياز<sup>1</sup>؛ إلا أن الرأي المسلم به حالياً " فقها وقضاً وتشريعاً، هو أن المقابل المالي الذي يدفعه المنتفعون هو من قبيل الشروط اللائحية، ذلك لأن النصوص التي تحدد هذه الرسوم هي جزء من قواعد تنظيم المرفق<sup>2</sup>؛ وترجع هذه الخصوصية لعقد الامتياز في كون هذه الرسوم لا تمثل فقط أرباح الملتزم، بل تتضمن المقابل الذي يدفعه المنتفعون إزاء استعمال خدمات المرفق، وتعتبر بالتالي من صميم قواعد تنظيم وسير المرفق العام<sup>3</sup>، وعلى هذا الأساس قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة لا تستطيع المساس بالمزايا المالية الممنوحة للملتزم، باستثناء الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين<sup>4</sup>.

\*ثانياً: إذا كانت طبيعة عقود الامتياز تفرض منح عقد الامتياز لمدة طويلة نسبياً، بما يتيح للملتزم تعويض ما صرفه في إدارة واستغلال المرفق بتحقيق الأرباح المتفق عليها، إلا أن ذلك لا يعني منح الامتياز للأبد؛ لأن من شأن ذلك تنازل الدولة

<sup>1</sup> - رغم الاتفاق الذي ساد أرجاء فقه القانون الإداري حول عدم جواز تعديل المزايا المالية للمتعاقد، إلا أنه قد نشب نقاش فقهي حاد لا جرم إبرازه، حيث ثار التساؤل حول مدى سلطة الجهة مانحة الامتياز في تعديل الرسم Taxe بإرادتها المنفردة، وهو السؤال الذي انشق الفقه الفرنسي للإجابة عنه لفريقين، أحدهما منكر لهذه المكنة، والثاني مؤيد لها، ولعل مرد ذلك كله يعود لاختلافهما في تحديد الطبيعة القانونية للرسم، على النحو الآتي:

\*الفريق الأول: يسلم بالطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد الرسم، وبالتالي ينكر على الجهة مانحة الامتياز سلطة التعديل المنفرد للرسم، وهذا الرأي ينطلق من فكرة مفادها أن المتعاقد مع الإدارة (الملتزم) كان يهدف من وراء إبرامه العقد إلى الحصول على بعض المزايا المالية، وما كان ليتعاقد مع الإدارة لو لا رغبته في تحصيل الرسوم من المنتفعين من المرفق الذي يتولاه، وبما أنه يسعى لتحقيق الربح فإن الرسم بالنسبة إليه يعتبر أحد العناصر التعاقدية التي لا تستطيع الإدارة تعديلها إلا بعد موافقته.

\*الفريق الثاني: يسلم بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم، وبالتالي يعترف للجهة مانحة الامتياز بسلطة التعديل المنفرد للرسم، ويتزعم هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان Bonnard و Jéze، إذ يفرقان في عقد الامتياز بين نوعين من الشروط، شروط تعاقدية (لا يمكن للإدارة تعديلها انفرادياً) وشروط تنظيمية أو لائحية (وهي الشروط المتعلقة بسير المرفق العام)، ويذهبان للقول أن الرسم هو شرط تنظيمي، وبالتالي ترد عليه سلطة التعديل الانفرادي.

أما في مصر فلا يثار هذا التساؤل، نظراً لحسم المشرع لهذه المسألة، حيث أنه اعتبر الرسم من الشروط اللائحية المتصلة بتسيير المرفق العام، وبالتالي يحق للإدارة تعديله انفرادياً، وذلك بموجب م5 من القانون رقم 129 لسنة 1948 الخاص بالتزام المرافق. للمزيد من التفاصيل، أنظر:

علي الفحام، المرجع السابق، ص.253. ص.255.

عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.164، 165.

<sup>2</sup> - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص.227.

<sup>3</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.507؛ ويرى في السياق ذاته، الأستاذ ب رجال أن: =

= « Le tarif est une clause réglementaire et non contractuelle, parce que le tarif du service fait partie des règles d'organisation du service » ; B. Rahal, OP CIT, p13.

؛ -CE, 11/01/1895, chemin de fer d'ORLEANS, rec31 ;

أشار إليه: يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977، ص.81، هامش رقم.1.

عن سلطتها في تسيير المرفق العام، وهو ما لا يجوز، كما أنه لا فائدة من ذلك في عصر التطور العلمي الذي يسمح بإنجاز أعمال المرفق في أقرب الأوقات<sup>1</sup>.

إذًا، فعقد الامتياز هو عقد زمني وليس مؤبد، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في التعليمات رقم 3.94/842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، حيث حدد مدته بين 30 إلى 50 سنة؛ وهو نفس الموقف الذي اتخذته نظيره المصري، إذ حدد مدة الامتياز بـ 33 سنة<sup>2</sup>.

لكن إذا كان تعديل المدة يعتبر من إحدى أبرز صور سلطة التعديل في سائر العقود الإدارية، إلا أن الأمر يختلف في عقود امتياز المرفق العام؛ حيث لا تملك الإدارة بإرادتها المنفردة أن تستقل بتعديل هذه المدة، إذ أن النصوص الخاصة بالمدة هي من النصوص التعاقدية، التي تمس بالمزايا المالية للمتعاقد<sup>3</sup>.

إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن للإدارة الحق في إعفاء الملتزم من مهمته لتحل هي محله في تسيير المرفق العام، بطريقة التسيير المباشر؛ حيث يمكن وضع نهاية لعقد الامتياز عن طريق الاسترداد Le rachat، قبل نهاية مدته، والذي يفرض من السلطة مانحة الامتياز بشكل انفرادي<sup>4</sup>.

وحسب الأستاذ De Laubadère، فإن الإدارة يحق لها وضع حد للامتياز قبل نهاية أجله، إذا ما أرادت إلغاء المرفق إذا رأت أنه أصبح دون فائدة، أو إن هي أرادت تسييره بالاستغلال المباشر<sup>5</sup>.

ولعل صفة الأمر في ذلك، هي أن شرط المدة ولو كان مزية تخص الملتزم، إلا أنه في ذات الوقت يهيم فكرة تنظيم المرفق العام؛ أي أنه إذا كان شرطًا تعاقديًا، إلا أنه يفقد صفة الثبات عندما يصل الأمر إلى ضرورات تنظيم المرفق، أين يخضع شرط المدة في هذه الحالة- لنظام العقد الإداري<sup>6</sup>.

وفي الأخير يمكن القول أن سلطة الإدارة في تعديل عقد الامتياز ليست حقا مجردا، بل هي في الواقع حقوق تحمل طابع الواجب<sup>7</sup>؛ إذ يتعين على الإدارة أحيانا أن تتدخل للحفاظ على السير الحسن للمرفق العام.

#### المطلب الثاني : سلطة التعديل الانفرادي في عقد الأشغال العمومية<sup>8</sup>

يجد عقد الأشغال العمومية<sup>9</sup> في التشريع الجزائري، أساسه القانوني في المادتين 29 و29 من تنظيم الصفقات العمومية؛ غير أن المشرع وإن اعتبر عقد الأشغال العمومية كعقد إداري، إلا أنه عزف عن تعريفه<sup>1</sup> تاركا ذلك للفقهاء والقضاء.

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.502.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.502.

<sup>3</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.70.

<sup>4</sup> - B. RAHAL, OP CIT, p17.

<sup>5</sup> - أشار إليه: علي الفحام، المرجع السابق، ص.417.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص.417.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.458.

<sup>8</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص.426 وما بعدها.

<sup>9</sup> - للمزيد من التفاصيل حول عقد الأشغال العمومية؛ أنظر : نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعمامة : دراسة في القانون المقارن، د.د.ن، ط 3 ، 2001.

وبالرجوع لما قاله الفقهاء في هذا الصدد، نجد أن عقد الأشغال العمومية هو "إعداد مادي لعقار، يُنفَّذ لحساب جهة إدارية، بهدف تحقيق مصلحة عامة"<sup>2</sup>؛ أو هو "مقابلة بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد"<sup>3</sup>.

ومن استقراء مختلف التعاريف التي قيلت في عقد الأشغال العمومية<sup>4</sup>، يتضح بجلاء مدى ارتباط هذا العقد بالمرفق العام، ومن ثمة بالمصلحة العمومية، والتي-باعتبارها الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي- تلعب دورًا بارزًا في مدى ومقدار هذه السلطة في عقد الأشغال العمومية. ففي عقود الأشغال العمومية "يُقال أن التنفيذ يحتفظ دائمًا بالكثير من المفاجآت، حتى أن تعديلات أساسية في شروط العقد تصبح مسألة مُلحَّة وتفرض نفسها بقوة على الإدارة ذاتها،"<sup>5</sup>؛ إذ أن المرافق العمومية تتسم بنوع من المرونة، تسمح لها بالتكيف مع ما يستجد من ظروف، وإن هذه المرونة لا تتجسد في الواقع لو تمسك المتعاقد مع الإدارة بالقوة الإلزامية للعقد وبكونه شريعة المتعاقدين، وإنما لا بد من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، طبقاً لمبدأي قابلية المرافق العمومية للتغيير، وسير المرفق العام بانتظام واطراد؛ مما يستدعي تعديل نظام المرفق العام محل عقد الأشغال العمومية كلما لزم ذلك.

ولما كانت الوسيلة التي تستعمل من خلالها الإدارة سلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العمومية، تتجسد فيما يسمى: الأوامر المصلحية Les ordres de service، فلا بد إذًا، من التطرق للنظام القانوني للأوامر المصلحية (الفرع الأول)، ثم تبين مضمون سلطة التعديل الانفرادي في عقد الأشغال العمومية (الفرع الثاني).

### الفرع الثاني: النظام القانوني للأوامر المصلحية

يمكن تعريف الأمر المصلحي<sup>6</sup> بأنه ذلك الأمر الصادر من الإدارة إلى مقاول الأشغال العمومية، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها<sup>1</sup>؛

Eric Gherardi , le régime du contrat de travaux publics : exemple d'une exception singulière au droit commun, article publié sur internet, google.com.

<sup>1</sup> - في حين عرفه المشرع الفرنسي م2 من تقنين الصفقات العمومية الفرنسي، إذ جاء بها ما يلي:

« Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage».

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.427.

<sup>3</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.74.

<sup>4</sup> - تبرز هذه التعاريف أن عقد الأشغال العمومية لا بد لقيامه من توافر الأركان الثلاثة الآتية : أن يكون موضوعه عقارًا، أن يتم تنفيذه لحساب شخص معنوي، أن يستهدف تحقيق الصالح العام.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.225.

<sup>6</sup> - قبل التعريف بالأمر المصلحي لا بد من تمييزه عن ما يسمى بالأمر التغييري الصادر من قبل المهندس في عقد المقاولة؛ إذ أن هذا الأخير هو "سلطة يباشرها المهندس في عقد المقاولات، وبموجبها يصدر للمقاول أمراً يطلب منه إجراء بعض التعديلات على العمل، رغم أنها غير واردة في العقد الأصلي"، ولعل أبرز مواطن الاختلاف بينه وبين الأمر المصلحي تكمن في أن الأمر التغييري في عقد المقاولة يتم في شكل ملحق تعاقدي، وأنه لا يكون إلا إذا وُجد شرط صريح في العقد الأصلي يجيزه، إضافة إلى وقوعه على عقد من عقود القانون الخاص، وذلك خلافاً للأمر المصلحي؛ للمزيد من التفصيل حول الأوامر التغييرية في عقود المقاولات، أنظر : نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاولة " دراسة في عقد الفيديك النموذجي"، مداخلة أثناء مؤتمر "عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة"، منشور عبر موقع WWW.GOOGLE.COM.

أو هو قرار إداري صادر عن السلطة المتعاقدة لفائدة مقاول الأشغال العمومية من أجل تنفيذ العقد.<sup>2</sup>

وتترتب عن كون الأمر المصلي عبارة عن قرار إداري، العديد من النتائج القانونية، وذلك كالآتي:

1- الأمر المصلي ملزم للمقاول الذي صدر إليه؛ إذ أنه تنفيذي يتعين على المقاول احترامه وتنفيذ ما جاء به<sup>3</sup>.

والتزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية، لا يقتصر فقط على تلك المتعلقة بالتنفيذ الدقيق للعقد، بل يمتد لمختلف التعديلات التي قد تفرضها الإدارة<sup>4</sup>.

2- التزام المقاول بتنفيذ الأمر المصلي، يقابله حقه في طلب التعويض؛ إذا ما ثبت وقوع عيب حقيقي على عاتقه<sup>5</sup>.

ولصحة الأمر المصلي عليه أن يراعي مجموعة من الأشكال والإجراءات التي حددها المشرع لصدوره<sup>6</sup>.

فالقاعدة العامة في الأمر المصلي أن يصدر في شكل كتابي، أي أن المقاول من جهة لا يلتزم بتنفيذ سوى ما وُجّه إليه كتابةً، ومن جهة أخرى، فهو لا يستند في طلب التعويض إلا على الأوامر الكتابية<sup>7</sup>؛ وفي هذا الصدد أكدت المادة 12/8 من دفتر الشروط الإدارية العامة (د ش إ ع) على ضرورة إصدار الإدارة المتعاقدة أوامر مصلحية كتابية مسببة ومعللة، إلا أن المشرع لم يشترط صورة كتابية محددة لا بد من إتباعها، فيكفي فقط ما يعبر عن نية الإدارة صراحة.

ووفقا للمادة 12/5 من (د ش إ ع)، لا يقبل تنفيذ المقاول للأعمال الإضافية من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون بموجب أمر من الإدارة المتعاقدة، وإلا فإن الإدارة غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات؛ إلا أن مجلس الدولة الجزائري أجاز حصول المقاول عليها، رغم عدم تلقيه أمر كتابي من الإدارة و يكون ذلك في حالات تتمثل في الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد لكنها ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 2005/07/12 في قضية ق. ع. ب. ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة حيث جاء فيه: "... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.460.

<sup>2</sup> - « un acte administratif unilatéral émis par le pouvoir adjudicateur à l'intention du titulaire du marché, tenu de l'exécuter » ; Voir : S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002, p. 287 et 288.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.460.

<sup>4</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.430،429.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص.431.

<sup>6</sup> - الأمر بالخدمة يكون على عدة نسخ ويحتوي إجباريا على :

\* تاريخ الإنشاء، موقعا من طرف المصلحة المتعاقدة.

\* تاريخ التبليغ موقعا من طرف المتعاقد معه.

\* رقم الترتيب التسلسلي بالنسبة للصفحة.

\* رقم التسجيل في السجل الخاص بالأوامر بالخدمة.

\* مواصفات الصفحة أو/ والملحق.

\* تحديد الموضوع والمحتوى الدقيق للأمر بالخدمة

\* الوضع الاجتماعي ومحل إقامة الشريك المتعاقد معه الموجه إليه الأمر بالخدمة.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.461.

الشباب ايسياخم بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلق أي أمر بذلك من طرفه ولا من صاحب المبنى<sup>1</sup>.

كما أن الشكل الكتابي ليس له مدى مطلق، فيمكن الاتفاق في العقد على شرعية الأمر الشفوي<sup>2</sup>، وبالتالي التحرر من هذه الشكلية؛ ولعل ذلك راجع لمتطلبات المرفق العام، وضرورة السرعة في التصدي لكل طارئ.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد احترم الأمر الشفوي، إذا اعترفت به الإدارة، أو إذا كان العرف الإداري قد دأب على العمل بالأوامر الشفهية، أو إذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفوي أصبح ضرورياً بخطأ الإدارة<sup>3</sup>.

وإضافة لشرط الكتابة، فقد استوجب المشرع صدور الأوامر المصلحية من طرف مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري فقط، مقررًا بذلك الاختصاص الشخصي في إصدار هذا النوع من القرارات.

وإذا ما صدر الأمر المصلي من الإدارة صحيحاً وُوجّه للمقاول، فإن هذا الأخير يمكن أن يقبل به صراحة، وذلك بتوقيعه بالاستلام دون تحفظ؛ كما يمكن أن يكون قبوله ضمنياً، وذلك بالشروع في تنفيذ ما جاء به الأمر؛ إلا أن للمقاول كذلك أن يرفض تنفيذ هذا الأمر، وذلك حين يرفض التوقيع، أو يوقع مع إدراج التحفظات<sup>4</sup>.

وفي حالة الرفض على المقاول أن يتظلم بالطريق المشروع، وذلك خلال المدد التي يحددها العقد أو دفتر الشروط، وعادة ما تكون قصيرة<sup>5</sup>؛ يترتب على فواتها سقوط حق المقاول في التظلم، ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في احترام هذه المدد ويعتبرها أمرة، و يقيم مسؤولية المقاول عن كافة ما يترتب عن فوات هذه المدد<sup>6</sup>. ولقد حدد د ش إ ع لصفقات الأشغال العمومية، هذه الآجال، حيث منح للمقاول مُدَدًا قصيرة للاعتراض على الأمر المصلي خلالها؛ فنص في م 12/7 على ما يلي: "عندما يرتئي المقاول أن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال عشرة أيام..."، وألزم في م 30/1 على المقاول، في حالة تجاوز التعديل الوارد بالأمر المصلي للنسب المقررة قانوناً، إخبار المهندس الرئيس بطلب كتابي في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ أمر المصلحة.

إلا أن الإدارة يمكن أن تتنازل عن التمسك بانتهاء هذه المدة، شرط أن تكشف عن نيتها صراحة<sup>7</sup>.

ولا بد من الإشارة إلى أن الاعتراض الصادر من المقاول، لا يوقف تنفيذ الأمر المصلي؛ وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر في أحد أحكامه أنه: "إذا كان يجوز للمقاول أن يقدم في هذا الشأن اعتراضاً لرب العمل، إلا أنه مع ذلك ملزم بتنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة له من هذا الأخير"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية ق.ب.ع ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، ع 07، سنة 2005، ص 92-93.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.433.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.461.

<sup>4</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.435.

<sup>5</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.463.

<sup>6</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.436.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.462.

<sup>8</sup> - CE, 16/02/1966, Sieur Bernard ;

أشار إليه: علي الفحام، المرجع السابق، ص.437.

وفي هذا الصدد، فقد قرر المشرع الجزائري، أن اعتراض المفاوض لا يبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة، إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: مضمون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العمومية

من المُسلّم به أن للإدارة سلطة واسعة في الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العمومية<sup>2</sup>، إلا أن ذلك لا يعني اقتصرها على رقابة المفاوض وتوجيهه أثناء التنفيذ، بل إن لها كذلك سلطة تعديل بنود عقد الأشغال العمومية أثناء التنفيذ.

فعقود الأشغال العمومية تتمتع فيها الإدارة بسلطة واسعة في التعديل، وذلك نظرا لصلة محل هذا العقد الوطيدة بالمرفق العام؛ بل وتعتبر سلطة التعديل لعقد الأشغال العمومية محل ترحيب من الفقهاء، فحتى الفقيه Jéze.G - المعروف بإنكاره لهذه السلطة في باقي العقود الإدارية- قد اعترف بها في عقدي الأشغال العمومية والامتياز<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق قرر القضاء الإداري المصري، أن: "... سلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود الأشغال العامة، فإنها تبدو في أبرز مظاهر فيما يتعلق بالعقد المذكور، اعتباراً أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال..."<sup>4</sup>.

وعادة ما تتضمن عقود الأشغال العمومية النص على سلطة التعديل الانفرادي<sup>5</sup>، إلا أن المنظم الجزائري كرس بدوره هذه السلطة، حينما قنّتها في د ش إ ع؛ "فحق الإدارة في تعديل عقد الأشغال العمومية يظهر غالباً في دفاتر الشروط الإدارية العامة"<sup>6</sup>، مما يجعل الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العمومية يجد محله في القانون الجزائري، ضمن د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال.

حيث ألزم المشرع من خلال م 12/4 و 5، المفاوض بتنفيذ أوامر المصلحة، وبالالتزام بالتغييرات المفروضة عليه من طرف الإدارة؛ ومن ثمة فالمفاوض ملزم أثناء تنفيذ الأشغال العمومية، بالخضوع لتوجيهات الإدارة، ولمختلف التعديلات التي قد تفرضها على العقد أثناء التنفيذ؛ وفي السياق ذاته نصت م 29 على ما يلي: "عندما يُرتبّي، دون إجراء أي تغيير في موضوع الصفقة ضرورة تنفيذ الأشغال غير المدرجة في الجدول أو في التسلسل، أو تعديل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية، يعمد المفاوض فوراً إلى تطبيق أوامر المصلحة التي يتلقاها بهذا الشأن...".

وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام، والعكس كذلك<sup>7</sup>؛ ولما كان عقد الأشغال العمومية من أكثر العقود احتكاكاً بالمرفق العام، فإن للإدارة سلطة واسعة في تعديل بنوده، فلها تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها، ولها التعديل كذلك في طرق ووسائل التنفيذ، كما يمكنها تعديل مدة تنفيذ العقد؛ ومهما كانت صور التعديل، فقد

<sup>1</sup> - أنظر م 12/7 د.ش.إ.ع لصفقات الأشغال العمومية.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل حول السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العمومية؛ أنظر : بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص 27 وما بعدها.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص 439.

<sup>4</sup> - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 151.

<sup>5</sup> - إلا أنها تبقى كاشفة وليست منشئة لهذه السلطة.

<sup>6</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص 439.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 467.

تكون له مواضيع مختلفة، فقد تأمر الإدارة أحياناً بتغيير في المواد المستعملة، أو تعديل مقاسات الأشغال، أو إحلال نوع من الإسمنت محل نوع آخر<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري وضع معيار جزافي لحدود التعديل في عقد الأشغال العمومية، Une détermination forfaitaire، de la limite des changement، إذ تنص المواد 31،30 من د ش إ ع على ألا تتجاوز الإضافة أو النقص نسبة 20% من قيمة الأشغال العمومية، تحت طائلة فسخ العقد من طرف المقاول، مع حقه في التعويض في حالة إنقاص الأشغال لما دون تلك النسبة.

وإذا كان هذا القيد تشريعيًا، فإن هناك العديد من الحدود الأخرى التي استنبطها القضاء في هذا المجال؛ فسلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العمومية-مثل باقي العقود- ليست مطلقة، بل تخضع للقيود العامة الواردة على سلطة التعديل؛ وبالتالي لا يمكن أن تنصب سلطة تعديل عقد الأشغال العمومية إلا على تلك النصوص المتعلقة بالمرفق، دون ما يتعلق بالمنزاي المالية، فمن المسلّم به أن التعديل لا يمس الثمن بأي حال من الأحوال<sup>2</sup>.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي، قد أطر سلطة تعديل عقد الأشغال العمومية، بحيث أبرز أهم ضوابط هذا التعديل، والتي تلخص فيما يلي:

#### \*أولاً\*فكرة قلب اقتصاديات العقد وتغيير جوهره:

مهما كانت سلطة الإدارة في تغيير شروط عقد الأشغال العمومية، فإنه يجب ألا يغيب عن بالها أنها تتعامل مع مقاول، قدّر ظروفه جيدًا قبل أن يتعاقد معها، ومن ثمة فهي ملزمة حين تلجأ لتعديل العقد بألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب Le bouleversement de l'économie du projet، أو أن تغير من طبيعة العقد أو جوهره Substance du contrat<sup>3</sup>؛ فسلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العمومية غير محررة من القيود، وينبغي أن تدور التعديلات في الإطار الذي رسمه العقد، وألا تجعل الإدارة بهذا التعديل الأعمال الجديدة مغايرة في طبيعتها لتلك المتفق عليها في العقد<sup>4</sup>؛ وللقاضي سلطة تقدير مدى وجود مساس باقتصاد السوق من عدمه<sup>5</sup>.

#### \*فكرة الأعمال الجديدة:

ترتبا على الفكرة السابقة، لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المقاول تنفيذ عمل جديد، وإذا ما استلزم فرضه فيحق للمقاول المطالبة بفسخ العقد، أو المطالبة بالتعويض إذا ما كان قد نَقَدَ هذه الأشغال الجديدة<sup>6</sup>.

والأعمال الجديدة هي " التي يُعتَبَر موضوعها غريبًا عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة إطلاقًا؛ أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك نُصَّ عليها في العقد<sup>1</sup>".

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.440.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.441.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.478.

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ علي الفحام أنه "لا يمكن للإدارة أن تفرض على المقاول أي تعديل يترتب عليه تغيير في الاقتصاد العام للمشروع، أو يؤدي لقلب اقتصاد

العقد رأساً على عقب"؛ المرجع السابق، ص.443.

<sup>4</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.78.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.443.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص.445.

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلحات كثيرة تعبيراً عن العمل الجديد، منها "العمل الأجنبي عن موضوع العقد" "Travail étranger a l'objet du contrat"، "العمل الذي لا يمكن اعتباره مرتبطاً بتنفيذ العقد الأصلي Ne pouvant être regardé comme se rattachant à l'exécution du marché passé".<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال الجديدة L'ouvrage nouveau تختلف عن الأعمال غير المتوقعة L'ouvrage imprévu، والأعمال الإضافية Les travaux supplémentaires؛ إذ يسمح القضاء الإداري للإدارة بتكليف المقاول بتنفيذها عن طريق سلطتها في التعديل.<sup>3</sup>

ويقصد بالأعمال غير المتوقعة، تلك الأعمال التي لم تظهر في العقد، ولكنها ليست غريبة عنه، مثل تكليف المقاول بنقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض.<sup>4</sup>

أما الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد، لكن توقعتها قائمة الأسعار ووضعت لها أسعاراً؛ مثل تكليف المقاول بمد السد إلى مسافة إضافية نتيجة التغيير غير المتوقع لمجرى النهر<sup>5</sup>؛ وقد عرفها القضاء الإداري المصري بالقول: "الأعمال الإضافية في عقود الأشغال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية،..."<sup>6</sup>.

وتكمن التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية، في طريقة تحديد الثمن؛ ففي الأولى يقدر الثمن استقلالاً عن الثمن المتفق عليه في العقد، أما في الثانية فيُقدَّر بناءً على السعر الوارد في العقد.<sup>7</sup>

ويجب على الإدارة ألا تستعمل حقها في فرض أعمال غير متوقعة أو إضافية إلا بحسن نية، وإلا جاز للمقاول، علاوة على حقه في استيفاء ثمن الأشغال المنجزة، أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر.<sup>8</sup>

## الخاتمة

يمكن القول أن الإدارة إذا ما احترمت الشروط المقررة قانوناً لاستعمال سلطة التعديل، واكتفت بالمجال المحدد لذلك، وتقيدت بكل ما يرد على هذه السلطة من قيود، يمكنها بعد ذلك أن تستعمل سلطتها في التعديل الانفرادي، ما يستدعي دراسة الآثار القانونية التي تنتج عن استعمال سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وذلك ما حاولنا إبرازه من خلال تسليط الضوء على نوعين من العقود الإدارية، نظراً لشيوع العمل بهما ولكثرة تعديلهما انفرادياً من طرف الإدارة، وهما عقد امتياز المرفق العام، وعقد الأشغال العمومية؛ وما يمكن ملاحظته في ختام هذا البحث، ما يلي:

\* إذا كانت سلطة التعديل الانفرادي تنصب غالباً في باقي العقود على مدة تنفيذ العقد، إلا أن الأمر يختلف في عقود امتياز المرفق العام؛ حيث لا تملك الإدارة بإرادتها المنفردة أن تستقل بتعديل هذه المدة، كون أن النصوص الخاصة بالمدة

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.469.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.446.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470.

<sup>4</sup> - يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص.90.

<sup>5</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470.

<sup>6</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، د.د.ن، 2009، ص.56.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470، 471.

<sup>8</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.452.

هي من النصوص التعاقدية، التي تمس بالمزايا المالية للمتعاقد، وهذه من الخصوصيات التي تميز سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

\* أن سلطة الإدارة في تعديل عقد الامتياز ليست حقا مجردا، بل هي في الواقع حقوق تحمل طابع الواجب؛ إذ يتعين على الإدارة أحيانا أن تتدخل للحفاظ على السير الحسن للمرفق العام، وبما أن عقد امتياز المرفق العام من أكثر العقود صلة سير المرفق العام، كان لزاما على الإدارة مراقبة تنفيذ هذه العقود دوما، والتدخل كلما استدعت الظروف المستجدة ذلك، من أجل تعديل بنود العقد بجعله يتماشى والواقع.

\* أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري معترف بها بالنسبة لجميع العقود الإدارية، وتمتدع بها الإدارة حتى في غياب النص عليها، بل ولا يجوز لها التنازل عنها؛ ومرد ذلك لكونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، وهو ما جعل حجم سلطة التعديل يختلف باختلاف العقود الإدارية، تباعا لمدى مساهمة المتعاقد في تسيير المرفق العام، ومدى ارتباط العقد الإداري بنشاط هذا المرفق؛ وهذا ما يسمح لنا بالقول أن سلطة التعديل الانفرادي تجد لها مجالا خصبا للتطبيق في عقدي الامتياز والأشغال العمومية نظرا لصلتهما الوثيقة بالمرفق العام.

\* أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري الجديد (المرسوم الرئاسي 15-247) وعلى غرار سابقة الملغى (الرسوم الرئاسي 10-236)، لم يقن بشكل كافي سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقدي الامتياز والأشغال العمومية، بل اكتفى فقط بالنص على هذه السلطة في الصفقات العمومية، و أكد فقط على آلية الملحق كوسيلة لتعديل الصفقة، رغم الفروق الجوهرية التي تميز التعديل الانفرادي عن الملحق.

\* يتضح أن (د.ش.إ.ع) المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل قد نظم سلطة التعديل الانفرادي في عقود الأشغال العامة؛ إلا أنه نص قانوني قديم نسبيا، كونه صادر منذ سنة 1964، وما زال ساري المفعول إلى يومنا هذا دون إلغائه ولا تعديله، مما يستوجب الحث على تحيين مثل هذا النص، وجعله مواكبا للتحويلات الاقتصادية والمالية والتشريعية التي تعرفها ساحة العقود الإدارية بالجزائر اليوم؛ إضافة إلى الإشارة إلى أنه يستند في إصداره على قوانين فرنسية محضة<sup>1</sup>، وبالتالي ليس له اليوم أساس قانوني يسري في ظله.

\* من بين الضمانات القضائية للمتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العمومية، أن القضاء الجزائري توسع في مفهوم الأوامر المصلحية (ODS: ordres de service)، بحيث لم يعد يشترط دائما أن تكون كتابة، بل أقر في بعض الأحيان ضرورة صدور هذه الأوامر في شكل شفوي؛ بل وإن مجلس الدولة الجزائري أجاز حصول المفاوض على التعويض عن الأعمال الجديدة، رغم عدم تلقيه أمر كتابي من الإدارة ويكون ذلك في حالات تتمثل في الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد لكنها ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية.

<sup>1</sup> - فمن خلال تأشيرته VISAS، يتضح أنه صدر بموجب المرسوم 53-405، والمرسوم 57-24، والقرار المؤرخ في 12/02/1957، وهي نصوص فرنسية لا يصلح أن تكون أساس له، بعد إلغاء الأمر 62-157 الرامي إلى تمديد مفعول التشريع النافذ إلى غاية 31/12/1963 باستثناء مقتضياته المنفية للسيادة الوطنية.

قائمة المراجع المستعملة

أولاً: الكتب

I. باللغة العربية

- ١) حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- ٢) خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د.د.ن، الطبعة الأولى، 1994.
- ٣) حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961.
- ٤) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
- ٥) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- ٦) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، د.د.ن، 2009.
- ٧) طاهري حسين، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- ٨) محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
- ٩) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية- القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- ١٠) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة- دراسة في القانون المقارن- د.د.ن، الطبعة 3، 2001.
- ١١) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري- دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- ١٢) يوسف المهيلى، في سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية، ملخص مقال للأستاذ André De laubadère منشور بمجلة RDP، mars 1954، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ج م ع، السنة 1، العدد4، ديسمبر 1957.

II. باللغة الفرنسية

- 1) GAJA, 16 édition, Dalloz, France, 2007.
- 2) S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002.

ثانياً: المقالات

أ) باللغة العربية

- ١) سعاد الشرقاوي، تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الإتفاق والمكافأة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية الشرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد2، يونيو 1995.
- ٢) نسرین محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاولة "دراسة في عقد الفيديك النموذجي"، مداخلة أثناء مؤتمر "عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة"، منشور عبر موقع [WWW.GOOGLE.COM](http://WWW.GOOGLE.COM).

٣) عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ع.01، مارس 2012.

4) عبد العزيز خير الدين، حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانوني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 5، ع 4، ديسمبر 1961.

#### ب) باللغة الفرنسية

- 1) B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994.
- 2) Eric Gherardi , le régime du contrat de travaux publics : exemple d'une exception singulière au droit commun, article publié sur internet, google.com.

#### ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

##### I. باللغة العربية

##### أ) الرسائل

- ١) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012.
- ٢) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري-الصفقات العمومية في الجزائر- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2008-2009.

##### ب) المذكرات

- ١) أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2012-2013، ص.103 وما بعدها.
- ٢) يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977.

##### II. باللغة الفرنسية

- 1) PÉQUIGNOT George, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, 1944.

#### رابعا: النصوص القانونية

##### أ) الوطنية

- ١) القانون 09-08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23/04/2008.
- ٢) الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17/06/1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.52، الصادرة بتاريخ 27/06/1967، ص.718.
- ٣) الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر.47، صادرة بتاريخ 22/08/2001، ص.4.
- ٤) الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 24/07/2005، يتضمن قانون المياه، ج.ر.60 صادرة بتاريخ 4/09/2005، ص.3.
- ٥) المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 24/07/2002، ج.ر.52، الصادرة بتاريخ 28/07/2012، ص.03.
- ٦) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07/10/2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر.75، الصادرة بتاريخ 08/12/2010، ص.20.

- (٧) المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18/01/2012، ج.ر.4، الصادرة بتاريخ 26/01/2012، ص.04.
- (٨) المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.
- (٩) المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر.3، لسنة 1989، ص.70.
- (١٠) المرسوم التنفيذي رقم 96-308، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المؤرخ في 18/09/1996، ج.ر.55، صادرة بتاريخ 25/09/1996، ص 12.
- (١١) المرسوم التنفيذي 03-280، المؤرخ في 23/08/2003، يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح (ولاية الطارف)، ج.ر.51، صادرة في 24/08/2003، ص 32.
- (١٢) القرار المؤرخ في 21/11/1964، ج.ر.6 صادرة في 19/01/1965، ص.46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل
- (ب)الأجنبية
- (١) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بتاريخ 08/05/1998، ج.ر.عدد 19 مكرر، الصادرة في 08/05/1998.
- 2) Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO 1965, page 945.
- 3) Décret n°2006-16 du 30 juin 2006;portant code des marchés publics.

#### خامسا: الاجتهاد القضائي

- (١) مجلة مجلس الدولة، ع 07، سنة 2005، ص.92،93.
- (٢) نشرة القضاة، العدد 06، طبعة 2011، ص.361.



## وضعية الطفل المحروم من العائلة في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

أ. نور الإسلام نقيب المركز الجامعي تيبازة

أ. فوزي لواتي جامعة الجزائر 1

77

### ملخص

تُشكّل الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، و المناخ الفطري الملائم الذي ينمو فيه الأبناء في جميع مراحل طفولتهم و صولاً إلى البلوغ، و بالتالي فإن غيابها يحرم الطفل من بيئة متوازنة وصحية. و لهذا فقد أحاطت الشريعة الإسلامية السماح هذه الشريحة من المجتمع بعناية خاصة أقرت و ضمنت لها حقوقها كفايةً و عينياً على الجماعة المسلمة، كأول شريعة سماوية تشمل هذه الفئة بأحكامها المتكاملة، وبالموازاة مع ذلك فإن التشريع الوضعي على اختلافه ( دولي أو وطني) رصد من جانبه جملة من الحقوق و الامتيازات للطفل المحروم من العائلة وعمل على حمايته بما يضمن تماسك و توازن المجتمع بمختلف شرائحه، و يحتوي أية تداعيات اجتماعية و اقتصادية قد يفرزها تهميش هذه الفئة. و عليه فإن هذا المقال يهدف للبحث في وضعية هذه الشريحة في إطار التشريع الإسلامي ومحاولة مقارنته بالقانون الوضعي بشقيه الدولي والجزائري للوقوف عند التقاطعات و الاختلافات ما بين التشريعين، و رصد جوانب التكامل و/أو القصور.

### Résumé

Il est certain que la famille constitue la cellule de base de la société, et le climat innée dont le quel l'enfant grandis d'une manière appropriée. Toutefois, son absence prive l'enfant d'un environnement équilibré et sain. Donc, la Shari'a islamique a pris cette classe avec un soin particulier par le biais de ses dispositions tolérantes qui assurent les droits de ses enfants par l'état et la communauté musulmane.

D'autre part, la loi positive a donné des droits et des privilèges spéciaux à ses enfants, afin d'assurer la cohérence et l'équilibre de la société pour contenir toutes répercussions économiques ou sociales qui peuvent être émergés à cause de la marginalisation de l'enfance prive de famille. En conséquence, cet article a pour but d'explorer la situation de cette dernière dans le cadre de la loi islamique, en essayant de la comparer à la fois avec le droit positif (international et algérien) en précisant d'un côté les similitudes et les différences, et la complémentarité et / ou les lacunes entre les deux législations.

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية المختلفة بشؤون الطفولة المحرومة من الوسط العائلي حيث أقرت لهم حقوقا و حرصت على حمايتهم و الحفاظ عليهم ، فمن باب أولى صانت الشريعة الإسلامية حقوق الأطفال الدينية و الأخلاقية و النفسية و غير ذلك من سائر الحقوق التي لا نجد لها مثيلا في باقي الشرائع .

و لم يكن اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الطفل المحروم من العائلة مقتصرًا على إقرار حقوقه فحسب، وإنما امتد إلى تكريس إجراءات خاصة تضمن توفير الحماية القانونية لهذه الفئة ، و من هذا المنطلق نجد أن الاهتمام الدولي بالطفل المحروم من العائلة كانت بدايته بإصدار إعلان جنيف لحقوق الطفل سنة ١٩٢٤ ، ثم اتفاقية حقوق الطفل التي شكلت منعطفًا حاسمًا في هذا المجال ، حيث أصبح ينظر إليها على أنها حقوق إنسانية لا يمكن التغاضي عنها .

مما لا شك فيه أن القانون الوضعي سواء كان ذو صبغة دولية أو وطنية قد اهتم بفئة الطفولة المحرومة من العائلة وأقر لها مجموعة من الحقوق و الامتيازات التي لا يتمتع بها الأطفال الذين يعيشون في ظل ظروف طبيعية، و هذا ما يعني أن القانون الوضعي قد ميز بين الأطفال المنتمين للأسر و يمارسون حياتهم بصفة عادية، و بين الأطفال المحرومين من أسرهم.

أسباب اختيار الموضوع : دفعنا لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب نذكر أهمها:

- رغبتنا و ميولنا للبحث في هذا الموضوع و دراسته نظرا لقلّة البحوث القانونية في هذا الميدان خاصة في المجال المقارن. كما أنّ أغلب الدراسات تركز على نقاطٍ محددة كالنسب أو الكفالة وتغفل البحث في الوضعية الحقوقية العامة لهذه الفئة.

- إنّ حفظ النفس و الدين و النسل تدخل ضمن مقاصد الشرع الإسلامي الحنيف، وبالتالي فمن باب أولى إبراز ما شرّعت ديانتنا السمحاء بخصوص هذه الشريحة لغاية حمايتها و صونها و تحصين مجتمعنا الإسلامي من كلّ أسباب الضعف و التفكك التي قد تصيبه.

- التزايد المستمر لهذه الشريحة في المجتمع مما يجعل تسليط الضوء عليها أمرا لازما وضروريا، حيث أصبحت آثارها تهدد كلاً من المجتمع والأسرة على حدٍ سواء وتمس باستقرار وتوازن النظم والمؤسسات الاجتماعية وخاصة مؤسسة الأسرة التي تمثل البنية الأساسية و الحيوية للمجتمع.

#### أهمية الموضوع :

يعتبر موضوع الأطفال المحرومين من العائلة من المواضيع ذات الأهمية البالغة لا سيما في ظلّ الواقع المرير الذي تعيشه هذه الفئة من استغلال في الشارع من طرف شبكات التسول والدعارة وعمالة الأطفال، وتنامي أعدادهم بشكل كبير وذلك لغياب الضوابط الدينية و الأخلاقية من جهة و الظروف الاجتماعية و السياسية من جهة أخرى. و لعلّ ما يزيد الأمر تعقيدا هو أنّ هذه الفئة معظمها من اللقطاء و غير الشرعيين حيث أظهرت الإحصائيات أن هناك ٣.٠ طفل غير شرعي يولدون في كلّ سنة الأمر الذي يجعل من هذه الشريحة تُشبّه بـ"القنبلة الموقوتة" لما تعانيه من مشاكل في وثائق الهوية وغياب التكفل، ما يجعلهم يعتبرون أنفسهم مواطنين من الدرجة الثانية، وهو ما يُنذر بتداعيات خطيرة على تماسك المجتمع و تكافله و أمنه.

إشكالية الموضوع: يعالج هذا البحث إشكالية أساسية تتلخص في التساؤل التالي: ماهي وضعية الطفل المحروم من العائلة في التشريع الإسلامي و القانون الوضعي بشقيه الدولي و الجزائري على وجه التحديد؟

المنهج المتبع: استخدمنا في هذه الدراسة المناهج التالية :

- المنهج المقارن: الذي يستخدم كأداة معرفية و تم إعماله أساسا عند المقارنة بين ما هو مُكْرَسٌ من حقوق لهذه الشريعة في الشريعة الإسلامية و ما هو معمول به في القانون الوضعي بشقيه الدولي و الجزائري بالتحديد، وهو ما يظهر جليا عند مقارنة النصوص الشرعية بالنصوص الوضعية .

- المنهج الاستنباطي: و ذلك من خلال محاولة استنباط النتائج المتوصل إليها من الدراسة و من مقارنة التشريعات ببعضها البعض، سواء الإسلامية أو الوضعية.

خطة البحث : ستم معالجة موضوع البحث من خلال العناصر التالية:

المبحث الأول: الطفل المحروم من العائلة في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: مكانة اللقيط في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني : وضعية اليتيم في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: الحماية القانونية للطفولة المحرومة من العائلة في القانون الوضعي

المطلب الأول : الحماية الدولية للطفولة للمحرومة من العائلة

المطلب الثاني : ضمان هوية الأطفال المحرومين من الأسر في التشريع الجزائري

المبحث الأول: الطفل المحروم من العائلة في الشريعة الإسلامية

لقد أولى الدين الإسلامي عناية خاصة بحماية حقوق الطفل المحروم من الأسرة و أمر بمنحه العطف والحنان وإحاطته بالعناية والرعاية ، والطفل المحروم من الأسرة في الشريعة الإسلامية إما أن يكون لقيطاً أو يتيمًا.

المطلب الأول: مكانة اللقيط في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: التعريف باللقيط

١- لغة : من فعيل بمعنى مفعول و التقطت الشيء جمعته و لقطت العلم من الكتب لقطا و أخذته من هذا الكتاب، و اللقطة بالضم ما التقطت من مال ضائع<sup>١</sup>. و اللقيط هو الطفل الذي يوجد مرميا على الطريق لا يُعرف أبوه و لا أمه، و اللقيط لأنه يلقط و الأنثى لقيطة<sup>٢</sup>.

٢- اصطلاحا

الطفل اللقيط هو الطفل الذي يلقي به أحد والديه في الطريق العام ،إما هروبا من تحمل مسؤولية الإنفاق عليه و كفائه وتربيته، وإما إخفاء لجريمة زنا كان ذلك اللقيط ثمرتها<sup>١</sup>. و يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه اعتمد على الظروف التي دفعت برمي اللقيط على الطريق.

<sup>١</sup> - مريم الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام ، المطبعة الإسلامية الحديثة ، القاهرة، ط ١ ، ١٩٩٢، ص ١٩ .

<sup>٢</sup> - وجيه عبد الله سليمان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية في قطاع غزة، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، ٢٠٠٦، ص ٢ .

### ٣- فقهيًا

عرّف الأحناف اللقيط على أنه "اسم المولود الذي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا<sup>٢</sup>، وبالتالي فتعريف الحنفية للقيط يستند إلى ظروف رميه بسبب الفقر أو خوفاً من تهمة الزنا. أما المالكية فيعتبرونه كل صغير آدمي لم يُعلم أبواه ولا رِقَهُ، ويرى الشافعية أن كلّ طفل ضائع لا كافل له يسمى "لقيطاً" أو "ملقوطلاً" باعتبار أنه يلقط، ومنبوذاً باعتبار أنه نبذ من أهله أي ألقى في الطريق ونحوه، أما عند الحنابلة فاللقيط طفل لا يُعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضلّ إلى سنّ معينة<sup>٣</sup>.

إضافة إلى التعاريف السابقة عرّف كشف القناع اللقيط على أنه "لا يُعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضلّ إلى سن مميّز<sup>٤</sup>، و يلاحظ أن هذا التعريف خالف التعاريف السابقة في كونه عرّف اللقيط على جهالة النسب ولم يقرنه بالظروف المحيطة. بناءً على التعاريف السابقة الذكر فإنه يمكننا تقديم تعريف دقيق للقيط يتلخص في أنّه كلّ صبي مولود، حديث العهد بالولادة و مجهول النسب عُثِرَ عليه في الطريق لأيّ ظرف كان.

### ٤- قانونيا

لم يورد القانون الوضعي بشقيه الدولي أو الوطني تعريفاً محدداً ودقيقاً للقيط، وهو ما نستشفه من نص المادة<sup>٢</sup> من اتفاقية حقوق الطفل التي شملت هذه الفئة ضمن شريحة الأطفال المحرومين بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئة العائلة أو الذين لا يسمح لهم حافظاً على مصالحهم الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، ولم تحدد سنه أو ظروف تركه من قبل والديه، بينما يستخلص من نص المادة<sup>٦١</sup> من قانون الحالة المدنية الجزائري أن اللقيط هو كل مولود حديث عهد بالولادة تركه أبواه لأي سبب كان، وعلى كل من وجده أن يصحّ به لضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه و يعاقب القانون على عدم القيام بذلك بموجب المادة<sup>٤٤</sup> ٤٤ من قانون العقوبات.

### الفرع الثاني: أحكام اللقيط

لقد حرص الإسلام على حماية الطفل اللقيط كونه نفس محترمة في الشرع الإسلامي تستحق الحفظ والرعاية، وعلى هذا الأساس كان التقاطه أمراً مطلوباً في الإسلام لأنّ في إنقاذه من الهلاك أو الضياع يكون بمعنى الإحياء له<sup>٥</sup> والله تعالى يقول "وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"<sup>٦</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على أن التقاطه يكون فرضاً إذا علّم أن تركه يؤدي إلى هلاكه، إذا كان موجوداً بعيداً عن المارة فإنه يجب على من رآه أن يلتقطه حفاظاً على حياته، أما إذا كان موجوداً في مكان عام فقد اختلف الفقهاء في أمره، فهناك من رأى أن التقاطه فرض كفاية وهناك من رأى أنه فرض عين، وهناك رأي ثالث يقول بأن التقاطه مندوب<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> - سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٣، ص ١٨٤.

<sup>٢</sup> - وجيه عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص ٤.

<sup>٣</sup> - محمد ربيع الصباحي، "أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية: دراسة فقهية تربوية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد ٢٥: العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ٧٩٣.

<sup>٤</sup> - مريم الداغستاني، المرجع السابق، ص ٢٠.

<sup>٥</sup> - المرجع السابق، ص ٢١.

<sup>٦</sup> - سورة المائدة، الآية رقم ٣٢.

ويتضح مما سبق أن التقاط اللقيط فرض كفائي في الأصل، لكن التقاطه قد يتعين على من يجده إن كان تركه يعرضه للموت والهلاك، كما أن التقاطه يدخل في إطار التعاون على الخير.

و حرّمت الشريعة الإسلامية قتل الطفل سواء كان شرعياً أو لقيطاً، وتوعد القاتل بالخسران في الدنيا والآخرة لقوله تعالى " قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ حَزَبُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ " <sup>2</sup>، فالطفل اللقيط كثيراً ما يكون عرضة لإزهاق روحه بغرض إخفاء جريمة الزنا وستر العار والرذيلة، وهو أمر شائع في مجتمعاتنا، حيث يلجأ أحد طرفي العلاقة - في الغالب الأم- إلى قتل المولود من خلال رميه في الشارع حيث يكون عرضة للموت.

و في حالة ما إذا لم يقر أحد بنسب اللقيط فإنه يبقى عند ملتقطه ويقوم بكفالتة وتربيته، أمّا إذا لم يرد التكفل به، أو تبين أن بقاءه تحت ولايته لا يخدم مصلحة اللقيط أو أن هذا الشخص لا يصلح أصلاً للولاية كالمجنون مثلاً، فإن الطفل يوضع في ملاجئ الأيتام <sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: حقوق اللقيط في الشريعة الإسلامية

يتمتع الطفل اللقيط كغيره من الأطفال بمختلف أنواع الرعاية الصحية والاجتماعية من طرف الملتقط أو الدولة عن طريق المراكز المختصة برعايتهم، وهو ما أكد عليه التشريع الإسلامي حيث عمل على حماية مجهولي النسب في المجتمع، ولم يجعل جهالة النسب سبباً لإبعاد الطفل أو عزله، كما أقرّ للطفل اللقيط مجموعة من الحقوق أهمها:

#### ١- الحق في النفقة

تقع مسؤولية رعاية الطفل اللقيط وحفظه على عاتق جميع أفراد المجتمع، و من بين هذه المسؤوليات مسؤولية التربية الجسمية التي تضمن له التنشئة السليمة <sup>4</sup>، فمما لا شك فيه أن الإنفاق عليه من أسباب حفظه و رعايته. حيث أنّ حق الإنفاق عليه مقرر في الشريعة الإسلامية و لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة اللقيط من ماله الخاص أو المال العام، فماله الخاص هو ما يوجد معه من ثياب و دراهم و نحوها أو ما هو وهب له، أما من ماله العام فهو الوقف على اللقطاء و الموصى به لهم <sup>5</sup>.

#### ٢- الحق في التربية و التعليم

إذا كانت مسؤولية تعليم و تربية الأطفال من واجبات الأسرة فإن مسؤولية التربية لمن لا يملكون أسراً من واجبات المجتمع كله، فالشريعة الإسلامية تسعى إلى إيجاد أسرٍ لهذه الفئة لتوفر لهم التربية السليمة، كما يدعو الدين الإسلامي الآباء و الأمهات إلى ضرورة تنشئتهم على الأخلاق الفاضلة و تلقينهم أسس و مبادئ العقيدة الإسلامية، و هو ذات الشيء الذي يقع على المرين لقول النبي صلى الله عليه و سلم: "...كلكم راعٍ و كلكم مسؤولٌ عن رعيته..." <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد ربيع الصباحي، مرجع سابق، ص ٧٩٧.

<sup>2</sup> - سورة الأنعام، الآية ١٤٠.

<sup>3</sup> - زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٩٠.

<sup>4</sup> - ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، دار الشهاب، باتنة، ٣، ١٩٩٨، ص ٢٠٤.

<sup>5</sup> - مرثم الداغستاني، المرجع السابق، ص ٧٠.

<sup>6</sup> - صحيح البخاري، حديث رقم ٨٥٣.

نستخلص من خلال أحكام الشريعة الغراء أنها تحث الأسر على تعليم الأولاد الصغار سواء كانوا شرعيين أو غير ذلك، و من ثم فالطفل اللقيط يستفيد من كل الرعاية و الاهتمام في تعليمه و تربيته كأى طفل عادي، لا بل يزيد عليه.

### ٣- حق الحضانة

من بين التعاريف الشاملة للحضانة في الفقه تعريف المالكية بأنها "الكفالة و التربية و القيام بجميع أمور المحضون و مصالحه ، و عرّف الشافعية الحضانة على أنها القيام بحفظ من لا يميز و لا يستقل بأمره و تربيته بما يصلحه و ووقايته عما يؤذيه"<sup>1</sup>.

و تتفق هذه التعاريف حول رعاية الطفل المحضون و تدبير شؤونه و تنشئته على أحكام الشريعة الإسلامية ، فالحق في الحضانة من الحقوق التي تثبت لكل صبي دون استثناء ، و من واجب كل شخص مكلف بها أن يرضى شؤون صغيره. غير أن وجوب القيام بحضانة الصبي تختلف ، فإمّا أن يكون عينيا في بعض المرات، و إما أن يكون كفائيا في مرات أخرى على حسب الحالة التي فصلها الفقهاء<sup>2</sup>.

ونظرا لأهمية الحضانة للطفل و بالأخص للطفل اللقيط، أوجبت الشريعة الإسلامية الحضانة كحق من الحقوق الأساسية ، حتى يتمتع الطفل بالعناية و الاهتمام سواء في الجانب المادي أو النفسي . فالطفل اللقيط الذي لم تُعرف أسرته يكون المجتمع مسؤولا عن حضانته و تربيته ، و يكون من واجب الحاكم أن يتولى دور الأب للجميع فيقوم بإنشاء دور الرعاية لتعويض حضانة الآباء و الأمهات<sup>3</sup> ، و بهذا يتمتع الطفل اللقيط بجميع الحقوق الممنوحة للطفل العادي ، فالشريعة الإسلامية كفلت هذه الفئة وعالجت أحوالها علاجا يضمن لهم حياة كريمة، و منحهم جميع الحقوق التي تصونهم وتحفظهم من الضياع والهلاك.

### المطلب الثاني : وضعية اليتيم في الشريعة الإسلامية

#### الفرع الأول : تعريف اليتيم

##### ١ - لغة:

اليتيم جمعه أيتام و يتامى و قد يتم الصبي بالكسر يتيم يتما بضم الياء و فتحها مع سكون التاء فهما و اليتيم كل شيء مفرد يعز نظيره فهو يتيم ، يقال درة يتيمة<sup>4</sup> ، حيث يظهر من هذا التعريف أن معنى كلمة اليتيم هو الشيء المنفرد. و قد عرّف ابن بري اليتيم على أنه الطفل الفاقد لأبوه ، و العجى هو من فقد أمه ، و اللطيم من فقد أبواه و اليتيم بالضم: الإفراد أو فقدان الأب ، و في الهائم فقدان الأم<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - سعدي زيان ، أحكام اللقيط : دراسة تأصيلية تطبيقية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، ٢٠٠٥/٢٠٠٦ ، ص١٩٨ .

<sup>2</sup> - المرجع السابق ، ص ١٩٩ .

<sup>3</sup> - البشري الشورجي ، رعاية الأحداث في الإسلام و القانون المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ٢٧ .

<sup>4</sup> - عمر بن مانع حماد الجهني ، حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، ٢٠٠٧ ص ٢٣ .

<sup>5</sup> - المرجع نفسه .

## ٢- اصطلاحا

اليتيم هو الصغير الفاقد الأب من الإنسان<sup>١</sup>، ويُعرّف أيضاً على أنّه الطفل الذي مات والده قبل البلوغ، فإذا بلغ زال عنه اسم اليتيم حقيقة<sup>٢</sup>. ويتضح من هاذين التعريفين أن اليتيم صفة تلزمُ الطفل الذي فقد أباه سواء كان ذكراً أو أنثى، وما يزال في سن الطفولة أي لم يبلغ الحلم بعد، لأن الأب هو الذي يعيله وينفق عليه.

## ٣- فقهيًا

عرّف ابن كثير اليتيم استناداً إلى القرآن الكريم أنّ اليتامى هم الذين لا كاسب لهم، وقد مات أبواهم وهم ضعفاء صغار دون البلوغ والقدرة على التكسب<sup>٣</sup>. ويُفهم من تعريف ابن كثير أنه اعتمد في تعريفه على عنصر الكسب على اعتبار أن الأب هو المتكفل بالنفقة على أولاده ومن ثم بنا تعريفه على العلة من وصف الطفل باليتيم.

و اتفق الفقهاء على أن اليتيم هو: من فقد أباه ولم يبلغ مبلغ الرجال، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيمًا، وقال شيخ الإسلام بن تيمية: في مجموع الفتاوى " اليتيم في الأدمين من فقد أباه، لأن أباه هو الذي يهذبه ويرزقه وينصره: بموجب الطبع المخلوق، ولهذا كان تابعاً في الدين لوالده، وكانت نفقته عليه وحضانتها عليه والإنفاق هو الرزق"<sup>٤</sup>، ومنه فتعريف اليتيم هو الصبي الفاقد لأبيه قبل البلوغ.

## الفرع الثاني: حقوق اليتيم

اليتيم في الإسلام يتمتع بكافة الحقوق الممنوحة للطفل العادي من غير نقصان، بل حتّى الإسلام على معاملة اليتيم معاملة خاصة وحسنة مراعاة لنفسيته لأنه حين فقد أباه شعر بالحاجة إلى من يحميه ويقوي عزمته لهذا لا بد من منح هؤلاء اليتامى مزيداً من العطف والاهتمام. ونذكر في هذا المقام أهم الحقوق التي تميزه عن الطفل العادي وهي: الحق في الكفالة والحق في حفظ أمواله وردها إليه عند بلوغه.

## ١- الحق في كفالة اليتيم

لقد جعل الإسلام إطعام اليتيم وكفالتة وكسوته من أعظم القربات إلى الله تعالى، ولقد بشر النبي (صلى الله عليه وسلم) القائم على أمر اليتامى والمتعهد بكفالتهم بقوله: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين"<sup>٥</sup> وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما. وقال بعض العلماء لعلّ الحكمة في كون كافل اليتيم تشبه منزلته في الجنة منزلة النبي (صلى الله عليه وسلم) لأن النبي شأنه أن يبعث إلى قوم لا يعقلون أمر دينهم فيكون كافلاً لهم ومعلمًا ومرشدًا، وكذلك كافل اليتيم يقوم بكفالة من لا يعقل أمر دينه ودنياه فيرشده ويعلمه ويحسن تربيته فظهرت مناسبة لذلك "كهاتين"<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> - محمد مجاهد طبل أبو حذيفة إبراهيم بن محمد، أدب معاملة اليتيم، دار الصحابة للتراث، طنطا، ط ١، ١٩٩٢، ص ٧.

<sup>٢</sup> - سمر خليل محمود عبد الله، المرجع السابق، ص ١٩٨.

<sup>٣</sup> - عمر بن مانع الجهني، المرجع السابق، ص ٢٨.

<sup>٤</sup> - محمد كمال صابر السوسي، حقوق الطفل اليتيم في الإسلام، مقدمة لليوم الدراسي : واقع الطفل الفلسطيني اليتيم في ظل الحصار، قسم العلوم التربوية، الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية، ٦/٤/٢٠٠٩م، ص ٢.

<sup>٥</sup> - صحيح مسلم، حديث رقم ٢٩٨٣.

<sup>٦</sup> - محمد مجاهد طبل أبو حذيفة إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ص ٨.

كما رغب النبي ( صلى الله عليه وسلم ) في كفالة اليتيم حين قال : " خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُحَسَّنُ إليه وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يُسَاءُ إليه " <sup>1</sup>.

## ٢- حق اليتيم في حفظ ماله وردة إليه عند بلوغه

لقد أمر القرآن الكريم بالاهتمام بشخص اليتيم و المحافظة على ماله حتى يصل سن البلوغ، حيث قال سبحانه و تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ" <sup>2</sup>، كما حذر من الاعتداء على مال اليتامى وأنذر من يعتدي عليه بقوله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا" <sup>3</sup>، ثم أمر برد مال اليتامى إليهم عند بلوغهم سن الرشد، فقال تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا" <sup>4</sup>.

لقد اشترط الشارع الكريم في اليتيم البلوغ و الرشد من أجل رد أمواله إليه ، كما حَبَّبَ الشرع تنمية و استثمار أموال اليتيم بما يعود عليه من زيادة في أمواله ، وقد ثبت عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة ... فدل ذلك على أهمية تنمية أموال اليتيم و عدم تركها حتى تنفذ مما يستخرج منها زكاة فالمقصود من الصدقة في الحديث الزكاة، خاصة إذا كانت الأموال من النقد " <sup>5</sup>.

ونبهنا الله عز وجل إلى عدم إعطاء اليتيم المال الحرام وأخذ مكانه المال الحلال، فقال سبحانه: "وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا" <sup>6</sup>.

## ٣- تخصيص اليتيمة ببعض الحقوق

يقصد بتخصيص اليتيمة ببعض الحقوق التي تتعلق بطبيعتها و كونها أنثى تتسم بالضعف و العجز ، مما يجعل الأطماع تزداد عليها ، لهذا حرص الشرع على إحاطتها بشيء من الرعاية و الاهتمام الخاصين <sup>7</sup>.

و من هذا المنطلق أقرت الشريعة الإسلامية حق اليتيمة على الولي أن يزوجها إذا رأى في ذلك مصلحة شرعية لها ، أما بالنسبة للولي الذي يريد أن يتزوجها فلا يحق له إلا بمحض إرادتها، قال الله تعالى : "... وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَّىٰ الْيَتَامَىٰ الَّتِي لَا تُؤْتَوْنَ لَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوَالِدِينَ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ... " <sup>8</sup> ، وفي هذا السياق قالت عائشة رضي الله عنها <sup>9</sup> في هذه الآية أن اليتيمة تكون عند الرجل لعلها أن تكون شريكته في ماله ، و هو أولى بها من غيره فيرغب أن ينكحها و يعضلها لمالها و لا ينكحها غيره كراهة أن يشاركه أحد في مالها <sup>9</sup> ، و قال النبي صلى الله عليه و سلم

<sup>1</sup> - رواه ابن ماجه ، حديث رقم ٣٢٢٩ ( حديث ضعيف).

<sup>2</sup> - سورة الأنعام، الآية رقم ١٥٢.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية رقم ١٠.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية رقم ٦.

<sup>5</sup> - عمر بن مانه الجهني ، المرجع السابق ، ص ١٤٦.

<sup>6</sup> - سورة النساء، الآية رقم ٣.

<sup>7</sup> - المرجع السابق ، ص 156.

<sup>8</sup> - سورة النساء الآية رقم ١٢٧.

<sup>9</sup> - تفسير الطبري ، الجزء الخامس، ص 191.

في هذا الشأن : تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو إذن لها وإن أبت فلا جواز علمها<sup>1</sup>. و عليه فمن كانت له ولاية على اليتيمة أن يراعي ضعفها وعجزها، وأن يزوجه لمن يرى فيه الصلاح حفاظا عليها وعلى أموالها.

إذن: من خلال الآيات والأحاديث النبوية السابقة التي تعطي لليتيم كافة حقوقه الشرعية والاقتصادية والإنسانية وتعلي من شأنه و تكرم من أكرمه ، فإن الإسلام لم ينسى الطفل اليتيم وشدد على الاهتمام به ورعايته أحسن رعاية والحفاظ على أمواله والعطف عليه والرفقة به، ومنحه التربية السليمة القويمة، وهذه حقوق اليتيم سواء كان ذكرا أم أنثى وليست هبات من الأفراد ولم يأت بها القانون الدولي أو ميثاق حقوق الأطفال ، وإنما اختص بها الإسلام لأنه شريعة سماوية متكاملة للدين والدنيا والعقيدة والحياة<sup>2</sup>.

و يستخلص من هذه الآيات والأحاديث عظم حق اليتيم ووجوب رعايته نفسياً وجسدياً ودينيًا وخلقياً لينشأ على صلاح واستقامة ، بارًا بمجتمعه ، نافعاً لأمته، حريصاً على غيرها، غير شاعر بشعور الحرمان من فقد أبيه أو أبويه وجميع أحكام اليتامى تنبني على رعاية مصالحهم وهذا ما يجعل اليتيم يشعر بأنه جزء من مجتمع متعاطف مع حالته. كما يتضح من خلال هذه النصوص أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفولة المحرومة من العائلة سواء كان الطفل لقيطاً أو يتيماً و ضمنت لهما التنشئة السليمة

#### المبحث الثاني: الحماية القانونية للطفولة المحرومة من العائلة في القانون الوضعي

بالموازاة مع تم التطرق إليه في المبحث الأول، حيث أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا لشريحة الطفولة المحرومة من العائلة، وكان لها السبق في ذلك، فإن القانون الوضعي بشقه الدولي أو الوطني أفردَ هذه الفئة من المجتمع التي تزايدت أعدادها بشكل لافت في عصرنا الراهن برعاية وحماية خاصة، وهو ما تجلّى في تلك الجهود التي بذلها المجتمع الدولي بالرغم من تأخرها، لغاية حماية ورعاية الطفل بشكل عام، و المحروم من العائلة بشكل خاص.

#### المطلب الأول : الحماية الدولية للطفولة للمحرومة من العائلة

##### الفرع الأول: الإهتمام الدولي بالطفل المحروم من العائلة قبل صدور اتفاقية حقوق الطفل

لقد أخذ الإهتمام بالطفل المحروم من الأسرة بعداً عالمياً منذ إعلان جنيف<sup>19٢٢</sup> ، ولعل من أهم ملامح هذا الإهتمام، مجموعة الصكوك الدولية التي اعتمدها المجتمع الدولي بغرض حماية هذه الشريحة المهمة من مجتمعاتنا الراهنة.

#### أ- إعلان جنيف عام ١٩٢٢

يعتبر إعلان جنيف<sup>١٩٢٢</sup> الخطوة الأولى في مجال الإهتمام بالطفولة على الصعيد الدولي وقد احتوى هذا الإعلان على خمسة مبادئ منها المبدأ الثاني المتعلق بالطفولة المحرومة من الأسرة، حيث نص على وجوب أن يحصل الطفل الجائع على الغذاء والمريض على العلاج واليتيم والمتشرد على المأوى والرعاية. وفي مجال تفعيل عصابة الأمم لإعلان جنيف عام<sup>١٩٢٢</sup> قامت بإنشاء مركز للأطفال غير الشرعيين<sup>3</sup>. وهذا ما يبرز النية الحقيقية للمجتمع الدولي في رعاية هذه الفئة والعمل على التخفيف عليها.

<sup>١</sup> - مسند الإمام أحمد ، حديث رقم ٨٤٩٥.

<sup>٢</sup> - اسماعيل عبد الفتاح كافي ، أدب الأطفال في الأدب المعاصر، مكتبة الدار العربية للكتاب، ط١، ٢٠٠٠، ص ٦٩.

<sup>٣</sup> - عباسية العسيري ، حقوق المرأة و الطفل من القانون الدولي الانساني، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ١١٨.

### ب- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨

تناول هذا الإعلان الصادر عن الجمعية العامة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ الإشارة إلى حقوق الطفل المحروم من الأسرة في المادة ٢٥ عندما نصَّ على أن: "للأمومة و الطفولة الحق في مساعدة و رعاية خاصيتين، و ينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء كانت ولادتهم ناشئة عن رباط شرعي أو بطريقة غير شرعية".<sup>١</sup>

و يُفهم من خلال هذه المادة أنها تشمل الأطفال اللقطاء والمحرومين من الأسر، حيث منحت نفس الحماية الاجتماعية للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين باعتبار أن هؤلاء الأطفال لا ذنب لهم في تلك العلاقة الآتمة غير القانونية التي كان هذا الطفل ثمرتها.

### ج. إعلان حقوق الطفل عام ١٩٥٩

عقب تأسيس منظمة الأمم المتحدة كبديل لعصبة الأمم واتجاه العالم نحو تعزيز حقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الطفل بشكل خاص، صدر هذا الإعلان مكوّنًا من ديباجة وعشرة مبادئ ولم يخصَّص هذا الإعلان مبدأ معيّن للطفولة المحرومة من الأسر أو اللقطاء بل أدمجهم مع الطفولة العادية في التمتع بمختلف أنواع الرعاية دون تمييز.

ولاشك أن هذا الإعلان يعتبر النواة الحقيقية لإصدار اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩، باعتباره الخطوة الأولى على الصعيد الدولي في مجال حماية وترقية حقوق الطفل والاهتمام به، إلا أن البعض أخذ عليه ذلك واعتبره قاصرًا لأنّه لم ينص صراحة على فئة الأطفال اللقطاء رغم أنه كان من الضروري النص صراحة على هذه الفئة باعتبارها الأكثر حاجة للرعاية والاهتمام.<sup>٢</sup>

### د. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦

تناول هذا العهد حقوق الطفل في مادتين من مواده البالغ عددها ٥٣ مادة بالإضافة إلى الديباجة، حيث ينص العهد في إطار حمايته للطفل المحروم من العائلة أنه في حالة وقوع الطلاق توجب الحماية اللازمة للأطفال وبالتالي تكون هذه المادة قد أرست مبدأ ضرورة وجود الطفل في كنف العائلة، باعتبارها من حقوقه الأساسية لينشأ بصورة سوية وسليمة، كما منح الطفل الأولوية في حماية حقوقه ومصالحه عند فسخ الزواج بين أبويه لأيّ سبب من الأسباب، وذلك حتى لا تهدر حقوقه وتضمن له المعيشة في عائلة وتجنّب الحرمان الأسري.<sup>٣</sup>

و في إطار حماية الطفل المحروم من الأسرة -دائما- نصّ العهد على المساواة بين الأطفال وعدم التمييز بينهم لأيّ سبب من الأسباب وضرورة تمتعهم بنفس الحقوق كالحق في الاسم والجنسية.<sup>٤</sup>

### هـ. العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦

لم ينص هذا العهد صراحة على فئة الأطفال المحرومين من الأسر، بل نصّ على وجوب إيجاد إجراءات خاصة لحماية الطفل من كافة صور الاستغلال وكل ما يضر به صحياً وأخلاقياً بأي شكل من الأشكال.<sup>١</sup> وأكثر ما يضرّ الأطفال صحياً وأخلاقياً هو حرمانهم من التربية والتنشئة الأسرية التي تضمن لهم الرعاية الصحية والأخلاقية.

<sup>١</sup> - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ الصادر عن الجمعية العامة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.

<sup>٢</sup> - فريد علواش، "حقوق الطفل في المواثيق و الاتفاقيات الدولية"، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السادس، أبريل ٢٠١٠، ص ١٠٨.

<sup>٣</sup> - انظر المادة ٣٣ من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية عام ١٩٦٦.

<sup>٤</sup> - انظر المادة ٢٤ من نفس العهد.

و يستشف من خلال الصكوك الدولية السالفة الذكر أنها لم تشر صراحة إلى الطفولة المحرومة من العائلة و من ثم لم توجد معالجة بأنظمة خاصة لهذه الفئة ، مما يفهم أنها كانت مهمشة و لم تحظ بالاهتمام الكافي باعتبارها فئة تحتاج لاهتمام أكبر بسبب ضعفها و عدم قدرتها على المطالبة بحقوقها .

### الفرع الثاني: الطفولة المحرومة من العائلة في ظل اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩

لقد كرسّت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ نفس المبدأ الذي نادى به الصكوك الدولية السابقة وهو مبدأ المساواة بين جميع الأطفال في التمتع بالحقوق الواردة في الاتفاقية، فلا فرق بين الأطفال ولو كانوا لقطاء أو محرومين من الأسر.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية حقوق الطفل تقرّ مبدأ المساواة بين الأطفال دون أي نوع من أنواع التمييز بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو أي موضع آخر، وهذا ما يعني أن الطفل اللّقيط يتساوى في الحقوق مع غيره من الأطفال الثابت نسيمهم وأن الدولة تلتزم بضمان تمتع كل طفل بالحقوق الواردة في الاتفاقية<sup>٢</sup>. حيث نصّت الاتفاقية على حماية الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية حفاظاً على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة، و الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

كما تحرص الدول الأطراف على توفير رعاية بديلة لمثل هذا الطفل، وتتمل أنظمة التكفل التي أقرتها الاتفاقية في الحضانه أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لإيواء الأطفال المحرومين من الأسر.

ونشير في الأخير أن جميع النصوص الدولية التي سبقت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩ لم تشر صراحة لرعاية الأطفال المحرومين من الأسر عكس الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي حسمت الأمر ونصّت صراحة على رعاية هذه الفئة، ووضعت أنظمة التكفل بها وراعت قيم المجتمعات الإسلامية وأقرت مبدأ الكفالة كنظام لرعاية الطفولة المحرومة من الأسرة ، و هذا ما يدل على أن المجتمع الدولي وضع هذه الفئة على خريطة الاهتمامات و أكسبها مكانة دولية .

### المطلب الثاني : ضمان هوية الأطفال المحرومين من الأسر في التشريع الجزائري

إنّ الجزائر من الدول المنضمة إلى اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩ ، فلا شك أنها تعمل على تكريس جميع الحقوق الواردة فيه و التي يتمتع بها الأطفال بما فهم المحرومون من الأسر كالحق في الحياة ، الرعاية الصحية ، التعليم ، الرعايا البديلة ، الحضانه... الخ من سائر الحقوق التي تركز لأي طفل ، لكن أهم الحقوق التي يحتاج إليها الطفل المحروم من الأسرة خاصة فئة اللقطاء هي الحقوق المنبثقة عن ضمان هويته لأن في ضمان هوية الطفل اللقيط ضمان لباقي الحقوق و الامتيازات المكرسة في التشريع الجزائري .

<sup>١</sup> - انظر المادة ١٠ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية عام ١٩٦٦.

<sup>٢</sup> - عبد العزيز محييمر عبد الهادي ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي : دراسة مقارنة ، لجنة التأليف و التعريب و النشر ، الكويت ، ط ١ ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٥ .

ووفقا لنتائج التحقيق الوطني الرابع متعدد المؤشرات لعام 2012-2013 (MICS4) فإن 99.6% من الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 5 سنوات قد تم تسجيلهم في الحالة المدنية، كما سُجِّلَتْ 1.040.0 ولادة حية بمصالح الحالة المدنية سنة 2015 أي بمعدل 2.80 ولادة حية مسجلة في اليوم الواحد<sup>1</sup>.

إن هذه العملية مهمة جدًا لأنه الفعل الذي يجعل من الطفل شخصا مميزًا، وبالتالي يثبت وجوده و يسمح له بالتمتع بحقوقه التي ترتبط بشخصيته القانونية<sup>2</sup>.

نسب تسجيل الأطفال الذين تقل أعمارهم عن خمس سنوات في الحالة المدنية	نسب تسجيل الذكور	نسب تسجيل الإناث	نسب تسجيل في الوسط الحضري	نسب التسجيل في الوسط الريفي
99.6%	99.6%	99.6%	99.7%	99.5%

يتبين من خلال هذا الجدول أن نسب التسجيل متساوية بين الذكور والإناث، وجدُّ متقاربة بين الوسط الحضري والوسط الريفي، وهذا ما يبيِّن أن جنس الأطفال أو محل إقامتهم لا يعتبران من معيقات تسجيل المواليد في الحالة المدنية وتمتعهم بالحق في الهوية الذي يضمن لهم حقوقهم.

#### الفرع الأول: طرق منح اسم ولقب للطفل المحروم من العائلة:

تنص المادتين 28 و 29 من القانون المدني الجزائري، على أنه يجب على كل شخص مهما كان وضعه أن يحمل اسماً يُعرف به ويتميز بواسطته عن غيره، فالاسم ضروري باعتباره من أهم المميزات التي تميّز الفرد عن باقي أفراد المجتمع<sup>3</sup> كما أن الشخص لا يستطيع أن يكون له مكانة في الحياة الاجتماعية، لأنه الوسيلة التي يتعامل ويعرف بها، إذ لا يستطيع الشخص بدونه أن يمارس حقوقه، ولهذا فإن أول إجراء يقوم به المسؤولون عن الطفل أو المكلفين برعايته أن يقوموا بتسجيله في مصلحة الحالة المدنية التي وقعت الولادة في دائرتها الإقليمية.

و حدّد القانون الجزائري مهلة خمسة أيام من اليوم التالي الذي يلي يوم الولادة وإلا تعرّض الشخص المكلف بالتصريح إلى عقوبات جزائية وفقاً للمدلول نص المادة 44 من قانون العقوبات<sup>4</sup>. وهذا من أجل منحه شهادة ميلاد.

ومن أهم البيانات التي تتضمنها شهادة الميلاد: المكان والزمان المولود به الطفل وجنسه واسمه ولقبه، كما نصت المادة 64 من قانون الحالة المدنية على أن الاسم يكون مختاراً من طرف الأب والأم أو الشخص الذي صرّح بالولادة، واشترطت نفس المادة على أن يكون الاسم المختار للمولود ذو خاصية جزائية واستثنى من هذا الشرط الأطفال الذين يولدون لأبوين

<sup>1</sup> - " سكان: الجزائر تسجل ارتفاعاً طفيفاً في نسبة الأشخاص المسنين في 2015"، وكالة الأنباء الجزائرية، متوفر على الرابط: <http://www.aps.dz/ar/societe/32290->

<sup>2</sup> - Suivi de la situation des enfants et des femmes : L'enquête par grappes à indicateurs multiples (Mics4) 2012-2013, Ministère de la Santé, de la Population et de la Réforme Hospitalière, Alger, 2015, p184.

<sup>3</sup> - عبد الحميد بن شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، ط2، 2009، ص 124.

<sup>4</sup> - انظر المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري.

يعتنقان ديانة غير الديانة الإسلامية، ثم جاءت الفقرة الثالثة منها ومنعت الأب والأم من منح أسماء غير مخصصة في الاستعمال أو العادة.

وزيادة على هذا، فقد خصّص المقتن الجزائري للأطفال المحرومين من الأسر (مجهولي النسب) طريقة لاختيار أسمائهم، وهو أن يقوم ضابط الحالة المدنية باختيار مجموعة من الأسماء يكون أحد هذه الأسماء اسماً له والآخر يتخذه لقباً له، وهذا ما نصّت عليه المادة ٦٤ من قانون الحالة المدنية على أنه يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصحح أية أسماء، يعين للطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

ونظراً لكون نص المادة ٦٤ من قانون الحالة المدنية لا يفصل في الإجراءات المتبعة لمنح الاسم للطفل المجهول النسب، فقد صدر بتاريخ ١٧/١١/١٩٨٧ منشور وزاري بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة العدل ووزارة الحماية الاجتماعية ووزارة العدل، يشرح كيفية منح ضابط الحالة المدنية الأسماء والألقاب لهذه الفئة من الأطفال، وهذا المنشور شأنه شأن المادة ٦٤ يعطي حماية للطفل اللقيط أو مجهول الأبوين ويفضل إدراجه في المجتمع بدون تهميشه.

ولقد حدّد هذا المنشور شرط تطبيق المادة ٦٤ التي تمنح لضباط الحالة المدنية في حالة عدم وجود المصحح المنصوص عليه في المادة ٦٤ من نفس القانون إمكانية منح أسماء الأطفال الذين عثر عليهم وللأطفال المولودين من أبوين مجهولين، كما أنّ هذا المنشور ميّز بين حالتين كون أن المولد ذكراً تمنح له مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب، أمّا الأنثى تمنح لها مجموعة من الأسماء آخرها اسم مذكر تتخذه كلقب عائلي وذلك من أجل عدم الكشف عن وضعيتها كونها طفلة لقيطة، لأن عدم منحها ذلك لا يحقق الغاية المنشودة من وراء منحهم أسماء وإدماجهم في المجتمع<sup>١</sup>.

وتطبق هذه الأحكام على أي شخص يقوم بالتصريح بولادة الطفل، وهو ما نصت عليهم المادة ٦٤ من قانون الحالة المدنية وهم: الأب والأم والأطباء أو القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة أو الشخص الذي ولدت الأم عنده. عملياً فإن الاسم يكون إمّا:

أ. من قبل الأم: حيث تقوم في بعض الحالات الأمهات العازيات باختيار اسم لمولودهن قبل أن تتخلين عنه ومن ثمّ تقوم مصالح النشاط بتدوينه في المحضر الذي تتلقاه، وتقوم بإرساله إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

ب. من قبل الأطباء أو القابلات: حيث أنّ الأم العازية تفرّ من المستشفى بمجرد وضعها للطفل في بعض الأحيان، حينها يقوم الأطباء أو القابلات باختيار الاسم.

إضافة إلى تمتع الطفل المحروم من الأسرة باسم يميّزه عن غيره، يملك الحق أيضاً في التمتع بلقب يسهل عليه الاندماج في المجتمع، حيث يعتبر اللقب أو الاسم العائلي "من العوامل المساعدة على تمييز الأشخاص بعضهم عن بعض تمييزاً يتصف بالكثير من الدقة والوضوح"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> - المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و وزارة العدل و وزارة الحماية الاجتماعية الصادر بتاريخ ١٧ جانفي ١٩٨٧ .

<sup>٢</sup> - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق، ص ١٢٣ .

### أ. منح الأم لقبها للمولود

لقد جرى العمل بهذا الأمر في الواقع حيث يمكن للأم أن تدلي بتصريحات إلى ضابط الحالة المدنية عن وقائع ميلاد ابنها ولا تملك في نفس الوقت أي وثيقة تثبت زواجها، فيسجل الطفل في هذه الحالة باسمها بمجرد اعترافها بنسبه، رغم أن القانون الجزائري لا ينص على هذا الإجراء، حيث يعتبره الأستاذ عبد العزيز سعد أن هذا الإجراء غير قانوني ويعتبر أيضاً ضابط الحالة المدنية الذي يسجل المولود المصرح به إليه على لقب أمّه قد تجاوز مهمته وحدود اختصاصاته التي تحتم عليه تلقي التصريحات بالولادات والمعلومات المتعلقة ببيانات و وثيقة الميلاد دون تدخل منه<sup>1</sup>.

### ب. منح لقب الكفيل للمكفول

صدر المرسوم التنفيذي رقم ٢٤٩٢ المؤرخ في ١٣ جانفي ١٩٩٩ المتعلق بتغيير اللقب، بناء على فتوى "الشيخ أحمد حماني"- رحمه الله- مفادها أنه يمكن منح الطفل مجهول النسب في إطار عقد الكفالة لقب كفيله دون أن يمس ذلك بالأحكام الشرعية كالنسب والميراث<sup>2</sup>.

حيث ارتأت الدولة إيجاد حل لهذه الفئة وذلك بمنح الكفيل إمكانية إعطاء لقبه للمكفول من أجل مصلحة هذا الأخير بغية تنشئته تنشئة سليمة بدون عقد نفسيّة كما يضمن له اللقب استقرارا عائلي واجتماعي أيضا<sup>3</sup>.

غير أنّ هنالك من اعتبر هذا الإجراء تبنياً غير معلن ، لأن فيه تغييراً لحقيقة النسب الأصلي للمكفول مجهول الأب وذلك لقوله تعالى: "... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ"<sup>4</sup>.

كما أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين أو اللقطاء أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي وتسجل في سجلات الحالة المدنية، أما الولد غير الشرعي المعلوم الأم فإن اللقب يكون لقب الأم، ويبرر أصحاب هذا الرأي على عدم شرعية هذا الإجراء بأنه يحمل في طياته مخالفة لأحكام قانون الأسرة التي توجب محافظة الولد المكفول على نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة ٦ من قانون الحالة المدنية.

ويرجع سبب الاعتراضات الناجمة عن صدور هذا المرسوم إلى عدم تحديد الطبيعة القانونية لهذا الاسم، فلا يظهر من خلال المادة ٥ مكرراً<sup>١</sup> إن كان حق استعمال أم حق شخصي لا يسقط عن صاحبه وينتقل إلى أولاده.

### الفرع الثاني : منح الجنسية الجزائرية للطفل المحروم من العائلة

تعتبر الجنسية تلك العلاقة القانونية التي تربط فرداً بدولة معينة والتي تضي عليه صفة التابع لهذه الدولة كما أنها من العناصر المكونة لشخصية الطفل وتضمن له التمتع بجميع الحقوق<sup>5</sup>.

<sup>١</sup> - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية ، دار هومة ، الجزائر، ط ١، ١٩٩٠، ص ١٠٦.

<sup>٢</sup> - Nadia Yonsi Hadad, « LAKAFALA en droit algérien », revue des sciences juridiques, économiques et politiques, N° 4, 1999, p 3.

<sup>٣</sup> - فريد محمدي، "من أجل توفير حماية أكبر للمكفول"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء ٤١، عدد ٠١ سنة ٢٠٠٠، ص ٦٩.

<sup>٤</sup> - سورة الأحزاب، الآية رقم ٤.

<sup>٥</sup> - الطيب زروقي ، الوسيط في الجنسية ، مطبعة الفسييلة ، الجزائر ، ط ٢، ٢٠١٠، ص ٢٩٠.

ولهذا فقد ضمن الأمر رقم ٨٦٧ المتضمن قانون الجنسية الجزائرية والمعدل والمتمم بالأمر رقم ٠١٠ الجنسية للطفولة المحرومة من العائلة، ونقصد بذلك الطفل غير الشرعي والطفل اللقيط.

أ. منح الجنسية الجزائرية للطفل المجهول الأب ومعلوم الأم على أساس النسب (الطفل غير الشرعي)

نصّت المادة السادسة من قانون الجنسية على أنه يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية، وبالتالي فإنه ينبثق عن هذه المادة أن أساس منح الجنسية الجزائرية هي رابطة النسب الموجودة بين الطفل ووالديه، فإمّا أن ينتسب الطفل إلى أبيه، وهذه الحالة ضمن القانون الجزائري حمايةً للطفل المحروم من العائلة في التمتع بحقوقه كبقية الأطفال العاديين.

إنّ إعطاء الجنسية للولد في هذه الحالة ليس معناه تصحيح نسبه والاعتراف بشرعيته، فهذه مسألة أخرى تخضع لأحكام قانون الأسرة حسب قواعد النسب، ويبقى الطفل غير شرعي ولو اعترفت الأم غير المتزوجة أن شخصاً ما هو أبوه. و من ثمّ فحصول الولد المحروم من العائلة وغير الشرعي على الجنسية الجزائرية الأصلية بناء على حق الدّم من ناحية الأم تكون بقوة القانون ومن وقت ميلاد الطفل.<sup>1</sup>

ب. منح الجنسية الجزائرية للطفل المجهول الأبوين أو اللقيط والطفل المجهول الأب وأم مسماة في شهادة ميلاد دون بيانات أخرى على أساس الإقليم

إنّ أساس الجنسية في هذه الحالة هو واقعة الميلاد بالجزائر، ولقد ذكرت المادة ٠١٠ من قانون الجنسية على سبيل الحصر حالات منح الجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الإقليم وهي:<sup>2</sup>

♦ حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

♦ حالة الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى دالة على جنسيتها.

وإذا كانت الجنسية الممنوحة للولد المجهول الأبوين جنسية أصلية تثبت من وقت ميلاده، إلّا أنّها تبقى قلقة غير مستقرة واقفة على شرط وهو عدم ظهور أحد أبوي الطفل خلال قصره، فإذا تحقق الشرط يفقد الولد الجنسية الجزائرية متى كان انتسابه إلى أجنبي.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة أن كثيراً من شرّاح القانون يعتبرون الولد المولود من أبوين مجهولين والولد اللقيط حالة واحدة، إلّا أنّ الأستاذ زروتي الطيب يرى عكس ذلك، حيث يعتبر كل حالة على حدى، ويبرر ذلك بأن الولد المولود من أبوين مجهولين لا يُعرف أبوه ولا أمه ولم يثبت نسبه إلى أيهما قانوناً ولكن المهم أن واقعة الميلاد في الجزائر محسومة، أمّا الطفل اللقيط فضلاً عن عدم معرفة والديه عثر عليه في الإقليم الجزائري وهو حديث العهد بالولادة، ممّا يفترض أن ولادته حصلت في الجزائر وهو ما يختلف عن الحالة الأولى التي حسمت ولادته في الجزائر.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص ٢٩١.

<sup>2</sup> - عبد الكريم بلعور، "الجنسية الأصلية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، عدد ٠١، مارس ٢٠١١، ص ١٥١.

<sup>3</sup> - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

ونخلص مما سبق؛ أن القانون الجزائري ضمن للطفل المحروم من العائلة والمجهول النسب حصوله على الجنسية مهما كانت أوضاعه، وهذا ما يضمن له ممارسة حقوقه والتمتع بها، كما يسهل له الاندماج في المجتمع بدون عقد ومشاكل نفسية واجتماعية.

#### الخاتمة

بناءً على ما تمّ عرضه في هذا المقال فإنه يمكننا القول بأنّ المنظور الشرعي الإسلامي يتمحور حول هذه الشريحة في ثلاثة مقاصد شرعية أساسية هي : حفظ النفس و الدين و النسل، و بالتالي فإن هذا المنظور يتميز بالتكامل في اعترافه بحقوق الطفل المحروم من العائلة حيث أثبت له وجوباً حقوقاً معنوية ( دينية ، نفسية و اجتماعية) و أخرى مادية تقع على عاتق الدولة ممثلة في إمامها، أو الجماعة المسلمة كفاية، أو عينياً على الفرد المسلم، و قد راعى الشرع الحنيف في ذلك المصالح الفضلى للطفل و أحاطه بعناية متوازنة، و ربط ذلك بثواب الدنيا و الآخرة.

وتبرز علاقة التكامل بشكل واضح ما بين التشريع الإسلامي الحنيف و القانون الوضعي- الجزائري على وجه الخصوص- من خلال اعتماد هذا الأخير على كثيرٍ من أحكام الشرع في إثبات نسب الطفل مجهول الهوية، و كفالة اليتيم و حماية حقوقه الاجتماعية و النفسية و الماديّ. بينما تتجلى من جانبٍ آخر بعض جوانب القصور في التشريع الوضعي بشقيه الدولي و الجزائري مقارنة بالشرع الإسلامي الحنيف وذلك في النقاط التالية:

- عدم النص صراحة على مصطلح اللقيط أو اليتيم في اتفاقية حقوق الطفل ، حيث أُدرجت حقوقهما مع حقوق الطفل عموماً مما يؤكد على عدم تخصيصهما بحقوق متميزة و مستقلة عكس التشريع الإسلامي الذي خصّهما بحقوق واضحة و مفصلة.

- لم تحظى فئة الطفولة المحرومة من العائلة من حقها كفئة تحتاج إلى رعاية و اهتمام خاصين فمن النادر أن تجد مواد تنص على حقوق اللقيط، أما اليتيم فلا توجد أصلاً ، عكس الشريعة الإسلامية التي خصصت للقيط حقوقاً ثابتة و منحتة مكانة متميزة تحفظ وجوده و تعيد الاعتبار له.

- بالرجوع إلى المادة ٢٠ من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، نجد أنها اكتفت بالنص على الرعاية البديلة دون الإشارة إلى الآليات التي تضمن استمرارها، و هو ما يعتبر تغرّة واضحة، لأنّ النص في مادة واحدة على الرعاية دون الإسهاب في شرحها و تفصيلها لا يضمن الاهتمام الفعلي بها.

- التعارض الضمني الواضح للمرسوم ٢٤٩٢ المتعلق بتغيير اللقب مع أحكام الشريعة، كونه يُقرُّ عن تبني غير معلن، بفعل تغييره لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول بمجهول الأب.

- الإجحاف القانوني الواضح في التشريع الجزائري، في كون أن فئة مجهولي النسب لا يوجد لهم أحكام خاصة بهم إلا ما ورد في المادة ٦ و ٦٧ و المادة ٧ من قانون الجنسية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- صحيح البخاري و مسلم.
- ٣- سنن ابن ماجة .
- ٤- مسند الإمام أحمد
- ٥- تفسير الطبري ، الجزء الخامس.

ثانياً: النصوص القانونية

- ١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ الصادر عن الجمعية العامة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.
- ٢- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦.
- ٣- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦.
- ٤- اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩.
- ٥- قانون العقوبات الجزائري.
- ٦- المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة العدل ووزارة الحماية الاجتماعية الصادر بتاريخ ١٧ جانفي ١٩٨٧ .

ثانياً: المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب

- ١- ابراهيم بن محمد محمد مجاهد طبل ابو حذيفة ، أدب معاملة اليتيم، دار الصحابة للتراث، طنطا، ط١ ، ١٩٩٢ .
  - ٢- بن شنيقي عبد الحميد ، مدخل لدارسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون، ط٢ ، ٢٠٠٩ .
  - ٣- البري زكريا ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
  - ٤- الداغستاني مريم ، أحكام اللقيط في الإسلام ، المطبعة الإسلامية الحديثة ، القاهرة، ط١ ، ١٩٩٢.
  - ٥- زروتي الطيب ، الوسيط في الجنسية ، مطبعة الفسيحة ، الجزائر، ط٢ ، ٢٠١٠ .
  - ٦- كافي اسماعيل عبد الفتاح ، أدب الأطفال في الأدب المعاصر، مكتبة الدار العربية للكتاب، ط١ ، ٢٠٠٠ .
  - ٧- سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية ، دارهومة ، الجزائر، ط١ ، ١٩٩٠ .
  - ٨- الهادي عبد العزيز مخيمر ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي: دراسة مقارنة ، لجنة التأليف و التعريب و النشر، الكويت، ط١ ، ١٩٩٨ .
  - ٩- علوان ناصح ، تربية الأولاد في الإسلام ، دار الشهاب ، باتنة ، ط٣ ، ١٩٩٨ .
  - ١٠- العسيري عباسية ، حقوق المرأة و الطفل من القانون الدولي الانساني، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٦ .
  - ١١- الشوربجي البشري ، رعاية الأحداث في الإسلام و القانون المصري ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٤ .
- ب- المجلات

- ١- بلعبيور عبد الكريم ، "الجنسية الأصلية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد ٠١ ، مارس ٢٠١١

- ٢- محمدي فريد ، "من أجل توفير حماية أكبر للمكفول"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء ٤١، عدد ٠١ سنة ٢٠٠٠.
- ٣- علواش فريد ، "حقوق الطفل في المواثيق والإتفاقيات الدولية"، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة بسكرة ، العدد السادس ، أفريل ٢٠١٠ .
- ٤- الصباهي محمد ربيع ، "أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية : دراسة فقهية تربوية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية ، مجلد ٢٥: العدد الأول ، ٢٠٠٩ .
- ج- مذكرات الماجستير
- ١- حماد الجهني عمر بن مانع ، حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، ٢٠٠٧ .
- ٢- سليمان وجيه عبد الله ، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية في قطاع غزة ، مذكرة ماجستير ، الجامعة الإسلامية غزة، ٢٠٠٦ .
- ٣- سعدي زيان ، أحكام اللقيط : دراسة تأصيلية تطبيقية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، ٢٠٠٦/٢٠٠٥ .
- ٤- عبد الله سمر خليل محمود ، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٣ .
- د- الملتقيات والأيام الدراسية
- ١ - السوسي محمد كمال صابر ، حقوق الطفل اليتيم في الإسلام، مقدمة لليوم الدراسي: واقع الطفل الفلسطيني اليتيم في ظل الحصار، قسم العلوم التربوية ، الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية، ٢٠٠٩/٤/٦ م.
- هـ- الإنترنت
- ١- "سكان: الجزائر تسجل ارتفاعا طفيفا في نسبة الأشخاص المسنين في ٢٠١٥"، وكالة الأنباء الجزائرية، متوفر على الرابط: <http://www.aps.dz/ar/societe/32290>
- ثانيا: باللغة الفرنسية

#### A- livres

1-Nadia Yonsi Hadad, « LAKAFALA en droit algérien », revue des sciences juridiques, économiques et politiques, N° 4, 1999.

#### B- rapports

1- Suivi de la situation des enfants et des femmes : L'enquête par grappes à indicateurs multiples (Mics4) 2012-2013, Ministère de la Santé, de la Population et de la Réforme Hospitalière, Alger, 2015, p184.

## التوافق بين النظام المحاسبي المالي و القانون الجبائي في الجزائر

أ. إسماعيل توزالة مفتش رئيسي للمنافسات والتحقيقات

أ. بلعوجة حسينة

الاقتصادية بمديرية التجارة تلمسان/ الجزائر

جامعة تلمسان / الجزائر

95

### الملخص

يدخل تبني الجزائر تطبيق المعايير المحاسبية الدولية IAS/IFRS في إطار ربط المؤسسة الجزائرية بمختلف التغيرات الاقتصادية الدولية، ولهذا اعتمدت الجزائر في مسيرتها من أجل تحقيق التوافق بين النظام المحاسبي المالي الجديد والنظام الجبائي على قوانين وإصلاحات مست على وجه الخصوص الضرائب، و بالموازاة مع كل هذه الجهود حظي القانون الجبائي هو الآخر بجملة من التغيرات والإصلاحات بهدف الوصول إلى جسر يسهل الاتصال بين الحاجيات المحاسبية و الجبائية ، وهذا ما يفرض على الدولة الجزائرية ضرورة تكثيف جهودها من أجل دراسة و حل مختلف الإشكاليات التي قد يطرحها هذا التباعد، و ذلك بعرض حلول موضوعية ووسيطية ليس من شأنها تغليب الأهداف الجبائية على الأهداف المحاسبية .

### Résumé

L'adoption de l'application des normes comptables internationales en Algérie, entre dans le cadre de la liaison de l'entreprise Algérienne avec les différentes variables économiques internationales, de ce fait l'Algérie a doté sur la réalisation de la compatibilité entre le nouveau système comptable financier et le système fiscal, en légiférant des lois et en faisant des aménagements qui ont touché notamment les impôt et en parallèle avec tous ces efforts le code des impôts, d'un ensemble de modifications et aménagements ; dans le but de faciliter la communication entre les besoins comptables et fiscaux.

L'Etat Algérien doit mettre en œuvre une batterie d'efforts pour étudier et résoudre les différentes problématiques, et ce, avec l'implantation des solutions objectives qui n'encouragent pas la prééminence des objectifs fiscaux sur les objectifs comptables.

### المقدمة

إن التطورات الاقتصادية دفعت بالجزائر إلى اجراء اصلاحات اقتصادية و جبائية من أجل مسايرة هذه الأوضاع، و لهذا اعتمدت الجزائر في مسيرتها من أجل تحقيق التوافق بين النظام المحاسبي المالي الجديد و النظام جبائي على قوانين و اصلاحات اقتصادية مست على وجه الخصوص الضرائب، لكن الدولة لم تتوقف عند هذا الاصلاح بل ارفقته بإصلاحات

متتالية عبر قوانين المالية و التكميلية، و كل هذه المساعي كان هدفها تحقيق التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي، و جعلهما أكثر تكيفا مع كل ما يطرأ من تغير في الساحة العالمية.

و على ضوء ذلك يمكن طرح الاشكالية التالية:

هل حققت الإصلاحات التي مست القوانين الجبائية التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي في الجزائر؟

و على هذا الأساس نحاول الاجابة على هذا السؤال عبر المحاور التالية:

- العلاقة بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي

- عوائق التقريب بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي.

- إجراءات تحقيق التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي.

- الآثار الجبائية والمحاسبية الناتجة عن تطبيق النظام المحاسبي المالي.

- دراسة عينة إحصائية

**المبحث الأول: العلاقة بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي**

تتم الحسابات الضريبية عادة انطلاقا من حسابات مالية، ما يؤدي إلى ارتباط المحاسبة بالجباية، وبالرغم من التكامل الموجود بينهما، إلا أن علاقة المحاسبة بالجباية ليست معيارا دوليا متفق عليه. هذا التواصل المستمر بينهما قد يؤدي إلى تعقيدات وتحديات لا يمكن تفاديها مستقبلا.

سيتم معالجة هذا العنصر من خلال تبين العلاقة بين المحاسبة والجباية، استجابة النظام المحاسبي المالي للنظام الجبائي الجزائري، وكذا الاختلاف بين هذين النظامين.

**المطلب الأول: العلاقة بين المحاسبة و الجباية**

إن القانون يلزم كل المؤسسات مسك الدفاتر المحاسبية وتسجيل مختلف العمليات والتحويلات التي تقوم بها أو تطرأ عليها وذلك حتى تتمكن الإدارة الجبائية من تحصيل الجباية المفروضة عليها مع العلم أن المؤسسة تعمل كل ما في وسعها من أجل تخفيض لربح الخاضع للضريبة بالطرق الشرعية وغير الشرعية. وعليه، فإن الهدف الرئيسي من حساب النتيجة الجبائية هو تعديل النتيجة المحاسبية وفق ما ينص عليه القانون حتى تتوافق مع النتيجة الجبائية.

حيث يتم تحديد الربح الخاضع للضريبة انطلاقا من معالجة النتيجة المحاسبية المحصل عليها في نهاية النشاط وفقا للتسجيلات المحاسبية المشار إليها خلال فترة استغلال المؤسسة والتي عادة ما تقدر بالسنة، حيث يتم إعادة المعالجة لهذه النتيجة وفقا للقواعد الجبائية المنصوص عليها في القانون الجبائي الجزائري لتحديد النتيجة الجبائية، وبالتالي تحديد الربح الخاضع للضريبة. كما توجد العديد من المواد المتضمنة في قانون الجبائي الجزائري والتي تتعلق بربط القياس المحاسبي باحتساب الضريبة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> براق محمد، بوسبعين تسعديت، تطبيق النظام المحاسبي المالي ومتطلبات تكييف النظام الجبائي الحالي، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول النظام المحاسبي المالي في مواجهة المعايير الدولية للمحاسبة IAS/IFRS و المعايير الدولية للمراجعة ISA، يومي 13-14 ديسمبر 2011، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر. ص 04

## المطلب الثاني: استجابة النظام المحاسبي المالي للنظام الجبائي الجزائري

عند إعداد المخطط الوطني للمحاسبة كانت الجزائر في ظل الاقتصاد المخطط، وعليه كان الهدف من إعدادها هو تلبية متطلبات الاقتصاد المخطط من المعلومات المحاسبية والمالية، وتوفير معلومات ذات أهمية وسهولة التجميع للمحاسبة الوطنية، لأغراض إحصائية وتنبؤية، دون الحاجة لإجراء إعادة ترتيب ومعالجة لها، والاستجابة لاحتياجات مستعملي المعلومة المحاسبية، لاسيما الهيئات البنكية والهيئة المركزية للتخطيط وإدارة الضرائب، بحيث يعكس المخطط الوطني للمحاسبة القواعد الجبائية التي تريد الدولة تطبيقها، فمثلا القوائم المالية التي تصدرها المؤسسات تشكل أساسا لحساب الضريبة المفروضة على المؤسسات كما هو الحال بالنسبة لجدول حسابات النتائج، وهو ما جعل من المحاسبة ترتبط ارتباط وثيق بالجبائية، وأصبحت تركز المحاسبة على نظرة قانونية للأحداث والتعاملات وليس على الواقع الاقتصادي لها، وهو ما يسهل من تطبيق القواعد الجبائية، لكن النظام المحاسبي المالي المستمد من المعايير المحاسبية الدولية ذات المرجع المحاسبي الانجلوسكسوني، يختلف تماما عن المخطط الوطني للمحاسبة، ذلك أن المبادئ والقواعد التي يحتوي عليها معدة وفق نظرة اقتصادية بحتة وليس نظرة قانونية وجبائية، بشكل يبرز بوضوح استقلالية القواعد المحاسبية عن القواعد الجبائية، بمعنى أن القواعد المحاسبية يتم إعدادها دون تحقيق أهداف القواعد الجبائية<sup>1</sup>.

## المطلب الثالث: الاختلاف بين النظام المحاسبي المالي والنظام الجبائي الجزائري

### الفرع الأول: اختلاف الأهداف الجبائية والمحاسبية

تختلف القوانين الجبائية المحددة للقواعد الجبائية الجزائرية عن مفاهيم وقواعد النظام المحاسبي المالي من حيث الأهداف، حيث يوجد بعض القواعد الجبائية التي تسعى لتعظيم الإيرادات الجبائية كما تتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فهي تعتبر وسيلة للاقتصاد السياسي والاجتماعي للدولة ما يجعل القواعد الجبائية تتجه نحو تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية للدولة، في حين أن النظام المحاسبي المالي الجديد يسعى إلى تعزيز الشفافية والمصادقية في عرض القوائم المالية مع إتباع حيادية تامة، فمهما كان نوع وطبيعة المصالح الخاصة للأطراف المستعملة فهي لا تعمل على تغذيتها على الأقل نظريا.

### الفرع الثاني: عدم موضوعية القواعد الجبائية والمحاسبية

تكون القاعدة سواء كانت جبائية أو محاسبية غير موضوعية إذا كانت تعطي الأولوية لخدمة مصالح طرف معين أو هي متأثرة بهذه المصالح، فسواء ما تعلق بالجانب الجبائي أو المحاسبي فإن كلاهما لا يتبعان طرق علمية دقيقة في تحديد آلية سير القواعد الصادرة عنهما، ما ينعكس ذلك عن عدم إعطاء صورة تعبر عن الحقيقة بموضوعية.

فمن الجانب الجبائي هناك بعض القواعد والقوانين الجبائية مثل تلك المتعلقة بالمؤونات التي تعمل على الرفع من إيرادات الدولة بطريقة غير عادلة، لأنها في الغالب ما تخدم أهداف الخزينة العامة أو أهداف وطنية باعتبارها وسيلة للاقتصاد السياسي، أما من الناحية المحاسبية فالقواعد والمفاهيم المحاسبية المتضمنة في النظام المحاسبي المالي تطرح مجموعة من الخيارات التي تبتعد نوعا ما عن الموضوعية العلمية التي تطرح حلا وحيدا أو طرقا تؤدي إلى نفس الحل على الأكثر، لكون أن هذه المعايير تنبع من هيئة دولية تتميز بتبعيةها لهيئة أمريكية والتي تخدم في حقيقتها مصالح المؤسسات العالمية الكبرى

<sup>1</sup> بربري محمد أمين، بكيجل عبد القادر، تطبيق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وأثر ذلك على النظام الجبائي، مداخلة لمقابلة ضمن الملتقى الوطني حول واقع وآفاق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات المتوسطة والصغيرة في الجزائر، يومي 06/05 - 07/05، جامعة الوادي، الجزائر، ص 05.

و منه فإن إدخال التعديلات على النظام المحاسبي وضمن الطريق الصحيح لإكمال المشروع يتطلب إعادة النظر وتنقيح القانون التجاري، والذي سيكون له اثر واضح على سير عمل المؤسسات وتنظيم الأنشطة الخاصة بها<sup>1</sup>.

وحسب التطبيقات المحاسبية التي أتت بها المعايير المحاسبية الدولية والنظام المحاسبي المالي الجديد، فإنه على المؤسسة أن توفر في قوائمها المالية وبالضبط في الملحق معلومات تخص المقاربة بين كل من النتيجة المحاسبية والعبء الضريبي الظاهر في جدول حسابات النتائج والعبء الضريبي الناتج عن تطبيق المعدل الضريبي الفعلي، وهذا ما يستلزم من المؤسسة إعداد جدول الانتقال من النتيجة المحاسبية إلى النتيجة الجبائية، أي النتيجة التي تشكل قاعدة لحساب الضريبة.

### المبحث الثاني: عوائق التقريب بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي

تتمثل هذه العوائق في الصعوبات الجبائية الناتجة عن تطبيق النظام المحاسبي المالي، حيث أدى تطبيق مبدأ أولوية الحقيقة الاقتصادية على الشكل القانوني إلى إحداث اختلافات هامة بين قواعد النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي الجزائري، و تتجسد هذه العوائق فيما يلي:

#### المطلب الأول: اهتلاك الأصول الثابتة وخسارة القيمة

يعتمد النظام الجبائي المطبق حاليا في الجزائر على طرق الاهتلاك المتمثلة في الاهتلاك الخطي، الاهتلاك المتزايد و المتناقص و هذا على أساس التكلفة التاريخية، في حين النظام المحاسبي المالي يحتوي على عدة مفاهيم جديدة في حساب الاهتلاك، هذا سيؤثر مباشرة على النتيجة الجبائية، فالجانب الجبائي هدفه تعظيم الموارد الجبائية من خلال الضرائب المفروضة، أما النظام المحاسبي المالي هدفه تلبية احتياجات مالية و اقتصادية من خلال مفاهيمه الاقتصادية.

#### المطلب الثاني: تغيير الطرق و التقديرات المحاسبية و تصحيح الأخطاء

يحدد النظام المحاسبي المالي هذا النوع من التغييرات و التصحيحات التي يجب أن تكون في الملاحق حيث لا تسجل في حساب النتائج بل تظهر مباشرة على مستوى الأموال الخاصة، و هذا يشكل خطرا على الادارة الجبائية بتضييع جزء من مواردها دون تقييم أولى لعواقب هذه الحالة.

#### المطلب الثالث: مؤونات أعمال الصيانات الكبرى

من الناحية الجبائية يسمح هذا النوع من المؤونات، أما محاسبيا فلا يسمح بذلك لأنها لا تتوافق مع تعريف الأصل، و يجب معالجتها محاسبيا كعنصر مستقل.

#### المطلب الرابع: عقود إيجار التمويل

من الناحية الجبائية، يتم تسجيل الملك المؤجر الموافق لعقد ايجار تمويل ضمن الأعباء عند المستأجر و ضمن الايرادات عند المؤجر كما بالنسبة لعقد ايجار بسيط، أما محاسبيا و وفقا للنظام المحاسبي المالي فإن الملك المؤجر يسجل لدى المستأجر الأصول بقيمتها العادلة، كما يخضع للاهتلاك أيضا بنفس الطريقة المستخدمة في اهتلاك الأصول المشابهة المملوكة، أما لدى المؤجر فيظهر الأصل موضوع عقد ايجار التمويل في بداية العقد ضمن الحقوق بمقدار مبالغ الدفعات المستلمة من المستأجر مقابل تسجيل ايرادات مبيعاته ضمن الخصوم و تسجل بقيمتها العادلة.

<sup>1</sup> أحمد زغدار، سفير محمد، خيار الجزائر بالتكيف مع متطلبات الإفصاح وفق معايير المحاسبة الدولية IFRS/IAS، مجلة الباحث، عدد 7، جامعة ورقلة،

٢٠١٠، الجزائر، ص ٨٦

### المطلب الخامس: المنافع الممنوحة للموظفين

تنص قواعد النظام المحاسبي المالي أن منافع الموظفين التي تمنحها المؤسسة لهم أثناء الخدمة، وكذلك منافع العاملين بعد التقاعد تدرج ضمن الحسابات كأعباء عندما ينجز الموظفون العمل المقرر مقابل تلك المنافع أو عند توفر الشروط التعاقدية للمؤسسة حيال مستخدميها. ويتم في كل عملية اقفال حسابات الدورة اثبات في شكل مؤونات مبلغ التزامات في هذا المجال في حين أن القواعد الجبائية لا تسمح اطلاقا بتشكيل مؤونات لالتزامات التقاعد و منافع ما بعد انتهاء الخدمة.

### المطلب السادس: الضرائب المؤجلة

يمتاز النظام الجبائي بالتحقيق الفعلي لهذه التكاليف لكي تندمج في النتيجة الخاضعة للضريبة، لذلك ليس للضرائب المؤجلة أي أثر على النتيجة الخاضعة للضريبة، في حين أن النظام المحاسبي المالي يستند إلى مفهوم التكاليف المفترضة التي تكون إلى حد كبير مندمجة في النتيجة المحاسبية، و هنا تطرح اشكالية الارجاع الجبائي لهذه التكاليف.

### المطلب السابع: تكاليف الاقتراض

إن تكاليف الاقتراض تؤدي إلى تحقيق منافع اقتصادية مستقبلية للمؤسسة، و تقييم بثقة، و بالتالي يمكن اضافتها لقيمة الأصل و إلا تسجل ضمن الأعباء المالية للدورة المعنية بها في حين أن القانون الجبائي يتجاهلها في تحديد تكلفة الأصل و يعتبرها كمصاريف مالية تحسم من الوعاء الخاضع للضريبة.

### المطلب الثامن: تحويل الحقوق و الديون بالعملة الأجنبية

يمكن للمؤسسة ممارسة أنشطة بالخارج بواسطة إبرام اتفاقيات و القيام بتعاملات بالنقد الأجنبي، و في إطار الشفافية المالية و الاقتصادية، فإن النظام المحاسبي المالي ينص على تحويل الحقوق و الديون بالعملة الأجنبية في نهاية كل دورة ضمن الأعباء و النواتج في جانبين<sup>1</sup>: أعباء في حالة الخسارة، و النواتج في حالة الربح، على عكس النظام الجبائي الذي يسمح للمؤسسات بتسجيل خسارة تحويل الصندوق و الديون بالعملة الأجنبية فقط في نهاية كل دورة محاسبية و هذا ما يمثل امتيازاً بالنسبة لهذه المؤسسات.

### المطلب التاسع: تقييم بعض الأصول و الخصوم على أساس القيمة العادلة<sup>2</sup>

إن خيار تقييم بعض الأصول و الخصوم على أساس القيمة العادلة وفقاً للمعايير المحاسبية الدولية للمحاسبة يعد عنصراً جديداً إلا أنه لا يتماشى مع النظام الجبائي لاعتماد القواعد الجبائية الحالية على مبدأ التكلفة التاريخية، فالأصل الثابت يسجل في المحاسبية المالية بتكلفته، كما يعاد تقييمه حسب صنفه، و بمجرد ذلك فإن كل الأجزاء المكونة له يعاد تقييمها و يحسب الاهتلاك انطلاقاً من القيمة المقدرة من جديد، و نظراً لارتباط القيمة العادلة بالقيمة السوقية أو القيمة المحددة من طرف الخبراء حسب التوقعات فإن هذا يعسر مهمة ادارة الضرائب من التأكد من صحة التقييم.

<sup>1</sup> Abdelhamid Djilali, Réflexion sur le projet du nouveau référentiel comptable algérien en rapport avec les norme IAS/IFRS, Séminaire portant sur la normalisation comptable internationale, 24 Septembre-03 Octobre.2005, Koléa, Alger, p21

<sup>2</sup> تعبر القيمة العادلة وفقاً للمعيار المحاسبي الدولي ٣٩ "الادوات المالية الاعتراف والقياس" عن القيمة التي يمكن بموجبها تبادل أصل أو تسوية التزام بين اطراف كل منهم لديه الرغبة في التبادل، وعلي بيئة من الحقائق يتعاملان بإرادة حرة. ووفقاً للمعيار الاميركي ١٥٧ مقياس القيمة العادلة، فان القيمة العادلة هو السعر الذي يمكن الحصول عليه من بيع اصل أو لتسوية التزام (سعر الخروج) في معاملة منتظمة بين المشاركين في السوق، في تاريخ القياس

### المبحث الثالث: إجراءات تحقيق التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي

إن التغيير الذي عرفه الاقتصاد الوطني خلال السنوات الأخيرة أي تبني النظام المحاسبي المالي الجديد أدى إلى إعادة هيكلة النظام الجبائي و هذا لمحاولة التوفيق بين النظامين، اذ يجب أن يأخذ التوحيد بعين الاعتبار الهدف المتمثل في تحقيق نظام مشترك و تسهيل التقارب بين الاحتياجات المحاسبية و الضرائب.

#### المطلب الأول: الأحكام الجبائية المتضمنة في قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٦

##### الفرع الأول: الاهتلاك

وذلك حسب نص المادة ٠٦ التي تعدل أحكام المادة ١٧-١ من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة لها وتحرر كما يلي: يطبق بقوة القانون نظام الاهتلاك المالي الخطي على كل التثبيلات. يرخص للبنوك والمؤسسات المالية والشركات الممارسة لعمليات القرض الاجباري، يماثل الاهتلاك المالي للقرض عند حساب الاهتلاك الجبائي للأموال المقتناة في إطار القرض الاجباري<sup>١</sup>.

#### المطلب الثاني: الأحكام الجبائية المتضمنة في قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٦

يتضمن قانون المالية التكميلي الصادر في جويلية ٢٠٠٦، عدة مواد قانونية ذات الصلة بالجهود المبذولة في إطار تكييف القواعد القانونية بالمفاهيم و القواعد الجديدة للنظام المحاسبي المالي.

##### الفرع الأول: استقلالية القانون المحاسبي عن القانون الجبائي

تنشأ ضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المادة ١٤ مكرر ٢ وتحرر كما يلي: يجب على المؤسسات احترام التعاريف المنصوص عليها في النظام المحاسبي المالي مع مراعاة عدم تعارضها مع القواعد الجبائية المطبقة بالنسبة لوعاء الضريبة. هذه المادة مكرسة للفصل بين المحاسبة بالنسبة للجباية وسمو القواعد الجبائية في مادة الضريبة على النتيجة، إذ على المحاسب تطبيق مبادئ والقواعد المحاسبية ثم تطبيق بعد ذلك القواعد الجبائية من أجل تحديد الربح الخاضع للضريبة، الاختلاف بين المحاسبة والجباية في النتيجة يعالج عن طريق الجباية المؤجلة<sup>٢</sup>.

##### الفرع الثاني: تجميع الشركات

في حالة ما إذا كانت الأنشطة الممارسة من طرف شركات أعضاء التجمع خاضعة لمعدلات مختلفة للضريبة على أرباح الشركات يخضع الربح المتأتي من هذا التوحيد للضريبة بمعدل ١٩% وفي حالة ما إذا كان رقم الأعمال تابعا لهذا المعدل المتفوق، وفي الحالة العكسية، يسمح بتوحيد الأرباح تبعا لصنف رقم الأعمال<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، أمر رقم ٠٢-٠٨ مؤرخ في ٢١ رجب عام ١٤٢٩ الموافق ل ٢٤ يوليو سنة ٢٠٠٨ يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد ٤٢، الصادرة بتاريخ ٢٤ رجب عام ١٤٢٩ الموافق ل ٢٧ يوليو سنة ٢٠٠٨، ص ٠٤.

<sup>٢</sup> Djelloule boubir, insuffisance dans l'application du SCF par les entités algériennes et opinion du CAC, programme de la fourme d'étude du 21-03-2015 par la conseil national de la chambre nationale des commissaires aux comptes en partenariat avec l'université Alger 03, p :65

<sup>٣</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، أمر رقم ٠١-٠٩ مؤرخ في ٢٩ رجب عام ١٤٣٠ الموافق ل ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٩، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية العدد ٤٤، الصادرة بتاريخ ٠٤ شعبان عام ١٤٣٠ الموافق ل ٢٦ يوليو سنة ٢٠٠٩، المادة ٠٣، ص ٠٤.

### الفرع الثالث: خصم المصاريف التمهيدية

في القانون الجبائي، المصاريف الاعدادية تسجل محاسبيا، و لكن مع دخول النظام المحاسبي المالي حيز التطبيق ابتداء من سنة ٢٠١٠، سيتم استبعادها من النتيجة الجبائية و ذلك بإتباع خطة الإطفاء الأولية، حيث يتضمن نص المادة الثامنة ما يلي: " تخصص المصاريف الأولية المسجلة في المحاسبة قبل بداية سريان النظام المحاسبي المالي من النتيجة الجبائية وفق مخطط الامتصاص الأولي"<sup>١</sup>. و عملا بمبدأ الحيطة و الحذر و سعيا لتفادي تحمل الأعباء المتعلقة بالمصاريف الأولية لنشاط ٢٠١٠، جاء نص المادة مؤكدا على أن:

- المصاريف السابقة حتى و إن كانت عولجت كخسارة و بصفة نهائية ستكون قابلة للخصم جبائيا.

- هذا النوع من المصاريف سوف لن يكون، لأنه لا توجد مصاريف مرسلة و مهتلكة انطلاقا من بداية سريان النظام الجديد.

و تبعا لأحكام النظام المحاسبي المالي فإن المصاريف التمهيدية ستسجل ضمن الأعباء كونها لا تستوفي شروط التسجيل ضمن الأصول.

### الفرع الرابع: مصاريف البحث و التطوير

من الناحية الجبائية، مصاريف البحث و التطوير في المؤسسة تخفض من النتيجة ب ١٠% من قيمة الدخل أو الربح، دون تتجاوز السقف المحدد ب. ١٠.٠٠٠ دج و شريطة أن يعاد استثمار المبلغ المسموح بتخفيضه في إطار هذا البحث.<sup>٢</sup>

### الفرع الخامس: إعادة تقييم الأصول

في اطار تعديل محتوى الماد ١٨٨ و ١٨٦ من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة، ينص قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٩ على:

- ضرورة إعادة دمج ربح القيمة الناتجة عن إعادة تقييم الأصول الثابتة ضمن النتيجة الجبائية في أجل أقصاه ٠٥ سنوات، من تاريخ دخول النظام المحاسبي المالي حيز التطبيق.

- تقييد فائض مخصصات الاهتلاكات المتأتي من عمليات إعادة التقييم في نتيجة السنة.

### المطلب الثالث: الأحكام الجبائية المتضمنة في قانون المالية لسنة ٢٠١٠

لقد تضمن قانون المالية لسنة ٢٠١٠ مجموعة من الأحكام الجبائية الجديدة تكيفا مع مضمون النظام المحاسبي المالي، نذكر منها<sup>٣</sup>:

- يمكن اعتبار العناصر ذات القيمة الضعيفة التي لا يتجاوز مبلغها خارج الرسم ٣٠.٠ دج كما لو كانت أعباء تحمل على السنة التي استخدمت فيها، و عليه فإنها لا تسجل ضمن الأصول الثابتة.

<sup>١</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، أمر رقم ٠١-٠٩، مرجع سابق، المادة ٠٨، ص ٠٤

<sup>٢</sup> Tazdait Ali, Maitrise du système comptable financier, edition ACG, 1er édition, Alger, 2009, p44

<sup>٣</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، قانون رقم ٠٩-٠٩ مؤرخ في ٣١ محرم عام ١٤٣١ الموافق ل ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٩ يتضمن قانون المالية لسنة

٢٠١٠، الجريدة الرسمية العدد ٧٨، الصادرة ب الخميس ١٤ محرم عام ١٤٣١ الموافق ل ٣١ ديسمبر سنة ٢٠٠٩

- السلع المكتسبة مجاناً تسجل ضمن الأصول بقيمتها الحقيقية.

- اهتلاك الأصول الثابتة يتم على أساس طريقة الاهتلاك الخطي، و مع ذلك يمكن للمكلفين بالضريبة و في ظل شروط معينة أن يطبقوا طريقة الاهتلاك المتناقص أو طريقة الاهتلاك المتزايد.

- في إطار عقود ايجار التمويل، يتم حساب اهتلاك الأصل المعني على أساس مدة متساوية لمدة عقد ايجار التمويل.

- المؤونات المكونة لمواجهة الأخطار المختلفة و المتعلقة بعمليات القروض طويلة و متوسطة الأجل لا يتم تجميعها مع الأنواع الأخرى من المؤونات.

- السقف المحدد لتكلفة حيازة السيارات السياحية و الذي تقبل به ادارة الضرائب هو ١.٠٠٠.٠٠٠ دج.

أما فيما يتعلق بمعالجة الاعانات و العجز المالي لدينا:

- يعالج نص المادة التاسعة بخصوص معالجة الإعانات مايلي: " تدخل إعانات الاستغلال و الموازنة المحصلة ضمن النتيجة الصافية للسنة المالية لتحصيلها".

- بالنسبة لإعانات التجهيز، فلم يطرأ بشأنها تعديل أما اعانات الاستغلال فهناك بعض التعارض مع النظام المالي المحاسبي من خلال اشارته إلى توجيه الاعانة للسنة المعنية بتدعيمها ثم يواصل ليربط تسجيل الاعانة بتاريخ تحصيلها حيث تؤخذ بعين الاعتبار في المخطط الجبائي، كما يحدد نص المادة السابقة تاريخ اعتمادها بتاريخ تحصيلها ما يمكن أن يؤدي إلى حدوث اختلالات

- و بالنسبة للعجز المالي فقد تم تخفيض المدة من خمسة إلى أربعة سنوات، فالمادة العاشرة من قانون المالية لسنة ٢٠١١ تنص على أنه: "في حالة تسجيل عجز في سنة مالية ما، فإن العجز الزائد ينقل بالترتيب إلى السنوات التالية الموالية إلى غاية السنة الرابعة الموالية لسنة تسجيل العجز.

**المطلب الرابع: الأحكام الجبائية المتضمنة في قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠١١**

**الفرع الأول: الأعباء القابلة للخصم**

تنشأ ضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المادة ٤١ مكرراً ٠٣ و تحرر كما يأتي:

لا تقبل كأعباء قابلة للخصم لتأسيس الضريبة، الفوائد والمبالغ المستحقة من الدخل، وكافة الحواصل الأخرى الناتجة عن السندات والديون والودائع و الكفالات، وأتاوى الامتياز أو التنازل عن رخصة الاستغلال وبراءات الاختراع أو بيع علامات صنع أو صيغ الصنع وغيرها من الحقوق المماثلة، والمكافآت عن الخدمات المقدمة المسددة أو المستحقة من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين أو المستقرين في دولة أجنبية، باستثناء الدول التي أبرمت معها الجزائر اتفاقيات جبائية، إلا إذا قدم المدين دليلاً يثبت أن النفقات لها علاقة بالعمليات الحقيقية و إنها لا تمثل طابعاً غير عادي أو مبالغاً فيه. كما تطبق أحكام الفقرة الأولى على كل عملية دفع تتم على حساب تمسكه الهيئة المالية المتواجدة خارج الجزائر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، الأمر رقم ١٠-٠١ المؤرخ في ١٦ رمضان ١٤٣١ الموافق ل ٢٦ أوت سنة ٢٠١٠ يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة

٢٠١٠، الجريدة الرسمية العدد ٤٩، الصادرة بتاريخ ١٩ رمضان عام ١٤٣١ الموافق ل ٢٩ أوت سنة ٢٠١٠، ص ٥٥.

## المطلب الخامس: الأحكام الجبائية المتضمنة في قانون المالية لسنة ٢٠١٥

### الفرع الأول: تجميع الشركات

حيث عدلت أحكام المادة ١٣ مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة لها و تحرر كما يأتي:

يمكن لتجمعات الشركات مثلما هي محددة في هذه المادة أن تختار الخضوع لنظام الميزانية الموحدة باستثناء الشركات البترولية بأحكام القانون التجاري. يتم الإقصاء التلقائي من محيط تجمع الشركات بالمفهوم الجبائي، لكل شركة تتوقف عن استيفاء الشروط المبينة في هذه المادة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: إعانات التجهيز

تدخل إعانات التجهيز التي تمنحها الدول أو الجماعات الإقليمية للمؤسسات ضمن نتائج السنة المالية الجارية عند تاريخ دفعها فيتم ربطها بالأرباح الخاضعة للضريبة لكل من السنوات المالية الموالية نسبيا لاستعمالها، ويتم ربط المبلغ المتبقي من الإعانات بالإرباح الخاضعة للضريبة، ابتداء من السنوات الخمسة الموالية.

غير أنه يتم ربط الإعانات الموجهة لاقتناء تجهيزات قابلة للاهلاك في مدة تتجاوز الخمس سنوات، وهي سنوات مدة الاهتلاك وفقا لشروط المحددة أعلاه<sup>2</sup> وفي حالة التنازل عن التثبيتات التي تم اقتنائها عن هذه الإعانات فإنه يطرح جزء الإعانة الذي لم يتم ربطه بعد، كأساس للضريبة من القيمة المحاسبية لهذه التثبيتات، وذلك من أجل تحديد فائض القيمة الخاضع للضريبة وناقص قيمة الواجب خصمه

## المطلب السادس: قانون المالية لسنة ٢٠١٥

### الفرع الأول: خصم المصاريف

لا تكون قابلة للخصم من أجل تحديد الربح الجبائي الصافي :

- مختلف التكاليف والأعباء وأجور الكراء الخاصة بالمباني غير المخصصة مباشرة للاستغلال؛

- الهدايا المختلفة باستثناء تلك التي لها طابع إسهاري ما لم تتجاوز قيمة كل واحدة منها مبلغ ٥٠ دج وإعانات

والتبرعات، ما عدا تلك الممنوحة نقدا أو عينا لصالح المؤسسات والجمعيات ذات الطابع الإنساني، ما لم تتجاوز مبلغا سنويا قدره واحد مليون دينار (٠.٠٠٠.٠٠٠ دج)

- مصاريف حفلات الاستقبال بما فيها مصاريف الإطعام والفندقة والعروض، باستثناء المبالغ الملتزم بها والمثبتة قانونا والمرتبطة مباشرة باستغلال المؤسسة<sup>3</sup>.

كما نص قانون المالية لسنة ٢٠١٥ على الإبقاء على المعالجة الجبائية للاهتلاكات على الأصول المقتناة في إطار عقود القروض الايجارية، المطبقة قبل دخول النظام الحاسبي المالي حيز التنفيذ.

<sup>1</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، قانون رقم ١٦-١١ المؤرخ في ٣ صفر عام ١٤٣٣ الموافق لـ ٢٨ ديسمبر سنة ٢٠١١، يتضمن قانون المالية لسنة ٢٠١٢، الجريدة الرسمية العدد ٧٢، الصادرة بتاريخ الخميس ٠٤ صفر عام ١٤٣٣ الموافق لـ ٢٩ ديسمبر سنة ٢٠١١، ص: ٤؛

<sup>2</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، قانون رقم ١٦-١١ المرجع السابق، ص: ٠٤-٠٥.

<sup>3</sup> الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة المالية، قانون رقم ٠٨-١٣ مؤرخ في ٢٧ صفر عام ١٤٣٥ الموافق لـ ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠١٣ يتضمن قانون المالية لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية العدد ٦٨ الصادرة بتاريخ الثلاثاء ٢٨ صفر عام ١٤٣٥ الموافق لـ ٣١ ديسمبر سنة ٢٠١٣ ص: ٠٥-٠٦.

المؤجر: تنص هذه المادة أنه في إطار عمليات القروض الايجارية المنجزة من طرف البنوك والمؤسسات المالية وشركات القرض الايجاري، يعد المؤجر جبائيا مالكا للعين المؤجرة. لهذا يتم تسجيله كأصل ثابت ويطبق عليه الاهتلاك الجبائي وهذا على أساس الاهتلاك المالي للقرض الايجاري، تسجل مبالغ الإيجار المقبوضة كنتائج<sup>1</sup>.

المستأجر: يعد المستأجر جبائيا مستأجر للعين المؤجرة، لذا تسجل المبالغ التي يسدها المستأجر لصالح المؤجر كتكلفة.

المبحث الرابع: الآثار الجبائية والمحاسبية الناتجة عن تطبيق النظام المحاسبي المالي.

إن تطبيق النظام المحاسبي المالي في البيئة الجزائرية خلف عدة آثار نتناولها فيما يلي:

#### المطلب الأول: الأثر الجبائي<sup>2</sup>

إذا كانت المحاسبة في النظام السابق مقيدة بإدماج القواعد الجبائية، فإن النظام الجديد يفرض استقلالية القانون المحاسبي بالنسبة للقانون الجبائي وهذا بالطبع ينتج عنه الفصل بين المحاسبة والجبائية، فإن التصريحات الجبائية لا يمكن إعدادها إلا بعد معالجة الجداول المالية للمؤسسات اعتبارا للقيود الجبائية. على خلاف النظام المحاسبي الحالي هناك تكامل بين الجبائية والمحاسبة وهذا يتطلب بالضرورة تغييرات كبيرة في النصوص الجبائية بحيث تكون مطابقة لأحكام المحاسبة المالية الجديدة، في حين في النظام الحالي النظام المحاسبي في أغلب الحالات هو الذي يخضع للنظام الجبائي حيث تتم المعالجة المحاسبية طبقا لمتطلبات النظام الجبائي ومثالا على ذلك يمكن ذكر مشكل اهتلاك الاستثمارات، ففي النظام الجديد يعتبر كتوزيع مباشر لقيمه وفقاً لمدة الاستعمال (العمر الاقتصادي)، ويمكن للقسط السنوي للاهتلاك أن يكون مخالفاً وفق للنظام المعمول به.

#### المطلب الثاني: الأثر على القوائم والكشوف المالية

ينجر عن تطبيق نظام المحاسبة المالية بعض التغييرات التي تطرأ على الكشوف والقوائم المالية و التي حددها مشروع القانون الخاص بهذا النظام وهذا توافقا مع المتغيرات المالية والمحاسبية الدولية، وجعل من هذه القوائم الكشوف ذات مصداقية تمتاز بالشفافية في تقديم المعلومات لمستخدميها بمختلف أشكالهم خاصة المستثمرين سواء الأجانب أو المحليين ولكن في المقابل سوف تجد المؤسسات صعوبة في الانتقال من النظام القديم إلى النظام الجديد وصعوبة في تكييف القوائم المالية للسنوات السابقة مع القوائم المالية الجديدة مما يخلق بعض الصعوبات في المقارنة وتقييم الأداء وخاصة مع تغيير محتويات هذه القوائم من أصول وخصوم تحت مسميات أخرى وأرقام حسابات مختلفة ليس للمؤسسة فقط وإنما لكل الهيئات المعنية من مدققين، مصلحة الجبائية، بنوك... الخ.

#### المطلب الثالث: أثر النظام الجديد على طرق التقييم والتسجيل المحاسبية

على عكس النظام المحاسبي السابق المبني على تصور يأخذ بعين الاعتبار خاصة القيود القانونية والضريبية، فإن النظام المحاسبي الجديد يتقيد بالتسجيل بصفة وفيه وفق المميزات و الحقائق الاقتصادية، المعاملات والأحداث الأخرى استجابة لمتطلبات المستثمرين الذين يريدون ويتطلعون للمعلومات تمتاز بالشفافية والمصدقية التي تعكس الوضعية الحقيقية للمؤسسة.

<sup>1</sup> Direction générale des impôts, cite web [www.DGI.gov.dz](http://www.DGI.gov.dz) consulté le (03/04/2015) à 14 :30

<sup>2</sup> كتوش عاشور، متطلبات تطبيق النظام المحاسبي الموحد IFRS/IAS في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد السادس، جامعة الشلف، الجزائر، ص 299.

### الفرع الأول: قواعد عامة للتسجيل

طريقة التقييم للعناصر المسجلة في المحاسبة تركز على القواعد العامة لمبدأ التكلفة التاريخية، غير أنه يمكن إجراء مع بعض الشروط منصوص عليها في المشروع الجديد ولبعض العناصر إجراء مراجعة لهذه الطريقة بالارتكاز على القواعد التالية:

- القيمة العادلة أو القيمة الصحيحة أو التكلفة الحالية - قيمة التحقيق أو قيمة البيع والشراء
- القيمة المحينة أو قيمة المنفعة

### الفرع الثاني: التغيرات التي تطرأ على طرق التقييم و التسجيل

من التغيرات التي تطرأ على الطرق المحاسبية نجد<sup>1</sup>:

- يمكن أن تلجأ المؤسسة إلى تغيير التقديرات أو الطرق المحاسبية إذا كان الغرض منها تحسين نوعية الكشوف المالية.
- يركز تغيير التقديرات والطرق المحاسبية على تغير الظروف التي تم على أساسها التقدير أو على أحسن تجربة أو على معلومات جديدة والتي تسمح بالحصول على معلومات موثوقة وذات مصداقية أكثر..
- تغير الطرق المحاسبية يخص تغير المبادئ والأسس والاتفاقيات والقواعد والتطبيقات الخاصة المطبقة من المؤسسة بهدف إنشاء وعرض القوائم المالية.
- لا يتم تغيير الطرق المحاسبية إلا إذا فرض في إطار تنظيم جديد أو إذا كان يسمح بتحسين عرض الكشوف المالية للمؤسسة المعنية.
- تحدد طرق و كفاءات أخذ تغيير التقدير والطرق المحاسبية بعين الاعتبار ضمن الكشوف المالية عن طريق التنظيم.
- يجب إعادة النظر في تقييم بعض العناصر في الميزانية الافتتاحية:
- الأصول المالية المملوكة لغرض التعاملات يجب تقييمها بالقيمة العادلة.
- مؤونات الأعباء يجب تحيينها إذا كانت لعملية التحيين أثر هام.
- الأصول والخصوم الخاصة بالضريبة المؤجلة التي تم تحيينها في القوائم المالية يجب إعادة ردها للقيمة الاسمية.
- الأصول البيولوجية يجب أن تقيم بالقيمة العادلة.

### المبحث الخامس: دراسة عينة إحصائية- خبراء محاسبين و محافظي الحسابات-

من أجل تدعيم بحثنا قمنا بدراسة تحليلية لاستبيان على عينة من الخبراء المحاسبين و محافظي الحسابات ( ٢ فرد)، حول مجموعة من الأسئلة التي تهدف إلى توضيح واقع التوافق بين النظام المحاسبي المالي الجديد و القانون الجبائي في الجزائر.

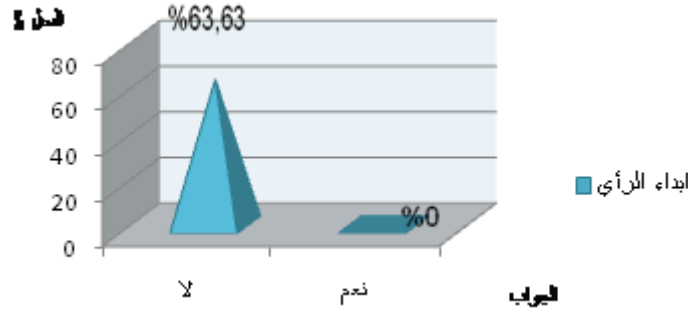
<sup>1</sup> مستخلص من المواد من ٣٧ إلى ٤٠ من القانون المضمن قانون المحاسبة المالية الجديد

المطلب الأول: دراسة تحليلية للاستبيان

التحليل الأول

رسم بياني يمثل رأي العينة حول ايجابية اعتماد الدولة للنظام المحاسبي على النظام الجبائي

106



إن اعتماد الدولة للنظام المحاسبي المالي قد يكون إيجابيا على النظام الجبائي، إلا أن كل المستجيبين لم يؤكدوا هذا الأمر، حيث عبرت نسبة 63.63% بالنفي، أما بالنسبة للممتنعين عن الإجابة فكانوا بنسبة 36.37%، ولقد أرجع المستجوبون الذين لم يروا أن تطبيق النظام المحاسبي المالي قد يكون ايجابيا على النظام الجبائي إلى عدم ملائمة التنظيم الجبائي وانعدام التأطير البشري المؤهل للنظام المحاسبي المالي.

التحليل الثاني

رسم بياني يمثل رأي العينة حول موافقة المعالجة المحاسبية لمتطلبات النظام الجبائي



لقد عبرت نسبة 54.45% بالنفي، مما يدل على عدم موافقة المعالجة المحاسبية لمتطلبات النظام الجبائي بالشكل التام و المضبوط.

التحليل الثالث

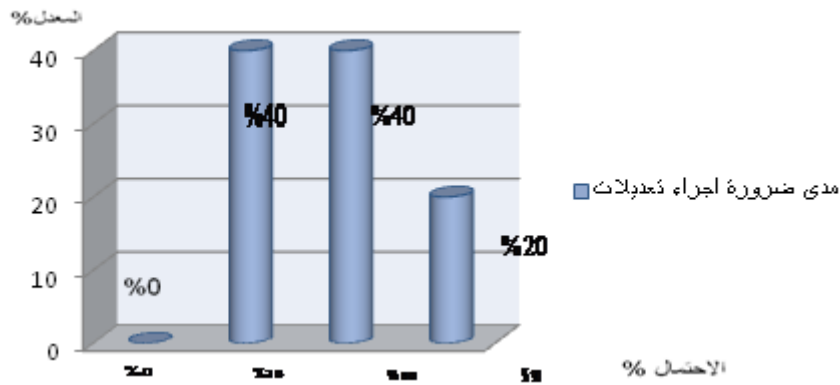
رسم بياني يمثل اقرار العينة حول مصادفتها لمشاكل أثناء ممارستها للمعالجة المحاسبية لبعض العمليات المتعلقة بالجباية (ضرائب ورسوم)



أقرت جل العينة بنسبة ٤٥.٤٥% أنها تصادف مشاكل أثناء المعالجة المحاسبية للعمليات الضريبية، في حين أكدت البقية بنسبة ٤٥.٤٥% العكس، وهذا دليل إما على عدم كفاءة الكثير من المحاسبين في مجال المحاسبة المالية، أو الممارسة الكيفية لها كل حسب خبرته ومفاهيمه في هذا المجال، وهذا مؤشر سلبي وخطير.

#### التحليل الرابع

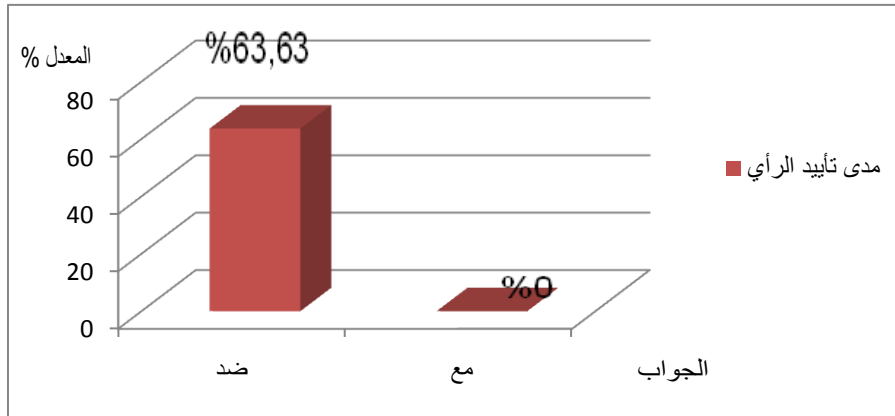
رسم بياني يمثل رأي العينة إزاء إجراء تعديلات مزيدة على مستوى القوانين الجبائية قصد التطابق مع أحكام المحاسبة المالية الجديدة



ترى أغلبية العينة على أنه يتطلب إجراء المزيد تغييرات في النصوص الجبائية بحيث تكون مطابقة لأحكام المحاسبة المالية الجديدة، وقيمت نسبة ٤٠% من العينة مدى ضرورة التغيير بنسبة ٣٠% و ٦٠%، أي بمتوسط ٤٥%، وهذا نتيجة للثغرات والنقائص التي لا زالت تفرزها القوانين الجبائية مما يلغى التوافق بأحكام المحاسبة المالية.

#### التحليل الخامس

رسم بياني يمثل موقف العينة من التوافق المحاسبي و الجبائي في الجزائر

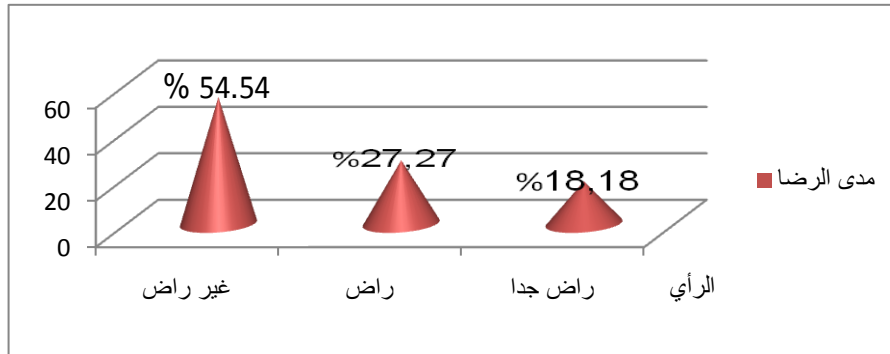


لم يؤيد أحد من المستجوبين ظاهرة التوافق الجبائي والمحاسبي حيث أعربت نسبة 63.63% من العينة على ذلك، مؤكدة على سببين هما تلاقي بعض النقائص و الثغرات التي خلفها النظام الحالي على التشريع الجبائي، واستقلالية النظام المحاسبي المالي الجديد عن النظام الجبائي، أما بقية العينة فامتنعت عن الإجابة.

#### التحليل السادس

رسم بياني يعبر عن مدى رضا العينة حول واقع المحاسبة المالية في الجزائر وبالأخص

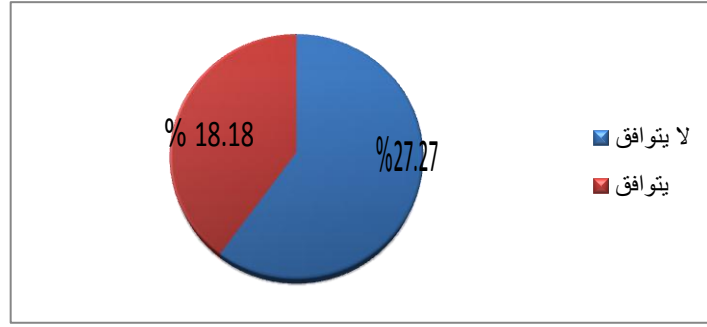
التأثير المتزايد للتنظيم الجبائي على ممارسة المحاسبة



إن أغلبية المستجوبين عبروا عن عدم رضاهم بنسبة 54.54% في حين عبرت نسبة 18.18% أنهم راضين جدا بهذا الأمر وعبرت نسبة 27.27% أنهم راضين فقط. وهذا يدل عن الواقع السلبي عما يدور في حقل المحاسبة في الجزائر في هذا الصدد.

#### التحليل السابع

رسم بياني عن رأي العينة فيما يخص توافق النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي



فيما يتعلق بتوافق النظام المحاسبي المالي الجديد و النظام الجبائي، فإن معظم العينة بنسبة 27.27% تقرر بأنهما لا يتوافقان، في حين الفئة المتبقية تقول بأنهما متطابقان.

#### المطلب الثاني: نتائج الدراسة

بعد الدراسة والتحليل خلصنا إلى ما يلي:

- هناك اجماع على عدم كفاية النصوص القانونية الجبائية.
- يؤكد هذا الاستبيان عن التوجه العام لدى المستجوبين في تفضيل استقلالية النظام المحاسبي المالي عن النظام الجبائي.
- نجد اجماع على ضرورة تكييف القوانين الجبائية مع المعالجة المحاسبية حسب النظام المالي لكونه مازال جديدا.
- اجماع على ضرورة إجراء تغييرات في النصوص الجبائية بحيث تكون مطابقة لأحكام المحاسبة المالية.
- عدم الرضا عما يجري في حقل المحاسبة في الجزائر وبالأخص التأثير المتزايد للتنظيم الجبائي على الممارسة المحاسبية.

#### الخاتمة

إن تطور أعمال الشركات والأسواق المالية وحرية انتقال رؤوس الأموال عبر القارات كانت الجهود الأساسية لتطوير لغة المحاسبة في العالم، حيث فرضت المتغيرات الدولية التي حدثت في الساحة العامة خاصة في العشرية الأخيرة من نهاية القرن العشرين إلى غاية يومنا هذا عدة ضغوط، جعلت الجزائر تقدم على مجموعة من الإصلاحات من بينها تبني النظام المحاسبي المالي الجديد ولكن المشكل المطروح ليس في النظام المحاسبي المالي في حد ذاته وإنما في مدى توافقه مع النظام الجبائي و الإصلاحات التي أجريت على مستوى القوانين الجبائية. ففي سنة 2011 قمنا بإجراء دراسة تحليلية أعمق لهذا الموضوع و عبرنا عن النتيجة بدرجة ارتباط بين النظامين، قدرناها آنذاك ما بين (4% و 5%) أي بنسبة 45% تقريبا. فبالرغم من كل الإصلاحات التي قامت بها وزارة المالية في الجبائية إلا أنها تعتبر غير كافية في مجال التوفيق بين الجبائية والمحاسبة في الجزائر، إذ أن الصدام قائم بينهما، ما لم تتخذ إجراءات وتغييرات في القوانين أكثر قوة وشمولية تمكن من التقاء المحاسبة بالجبائية أو طرح قواعد جديدة و بالأساس منها.

لذا نعتقد أنه من الضروري تأهيل الإدارة الجبائية و تحسين الأنظمة الجبائية وكذا إعداد الاطارات الازمة التي من شأنها تسيير نظام المحاسبة المالية الجديد وإعداد تشريعات جبائية جديدة تتلاءم مع هذه الأخيرة، لأن الجزائر في الفترة الحالية

<sup>1</sup> بلعوجة حسينة، درجة التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي في الجزائر، جريدة أخبار اليوم، العدد 1966، بتاريخ 03 نوفمبر 2013، الجزائر، ص 11

مجبرة على تبني أنظمة العولمة بمختلف أشكالها التي فرضتها أدواتها (المنظمة العالمية للتجارة، المؤسسات العالمية الدولية، الشركات المتعددة الجنسيات والتكتلات الاقتصادية... الخ).

قائمة المراجع والمصادر:

المراجع باللغة العربية

المقالات، الدوريات و الصحف

- أحمد زغدار، سفير محمد، خيار الجزائر بالتكيف مع متطلبات الإفصاح وفق معايير المحاسبة الدولية IFRS/IAS، مجلة الباحث، عدد ٧، جامعة ورقلة، ٢٠١٠، الجزائر.

- كتوش عاشور، متطلبات تطبيق النظام المحاسبي الموحد SRFI/SAI في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد السادس، جامعة الشلف، ص ٢٩٩

- بلعوجة حسينة، درجة درجة التوافق بين النظام المحاسبي المالي و النظام الجبائي في الجزائر، جريدة أخبار اليوم، العدد ١٩٦٦، بتاريخ ٠٣ نوفمبر ٢٠١٠، الجزائر

-مداخلات الملتقيات العلمية

- براق محمد و بوسعين تسعديت، تطبيق النظام المحاسبي المالي ومتطلبات تكيف النظام الجبائي الحالي، مداخله ضمن الملتقى الدولي حول النظام المحاسبي المالي في مواجهة المعايير الدولية للمحاسبة SRFI/SAI و المعايير الدولية للمراجعة ASI، يومي ١٤١٣ ديسمبر ٢٠١٠، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر.

-بربري محمد أمين، بكيجل عبد القادر، تطبيق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وأثر ذلك على النظام الجبائي، مداخله ملقاة ضمن الملتقى الوطني حول واقع وأفاق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات المتوسطة و الصغيرة في الجزائر، يومي ٠٦٠٥ مآي ٢٠١٠، جامعة الوادي، الجزائر.

- القوانين، الأوامر و المراسيم

- أمر رقم ٠٨٠٢ مؤرخ في ٢١ رجب عام ١٤٢٢ الموافق ل ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠ يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية، العدد ٤، الصادرة بتاريخ ٢٢ رجب عام ١٤٢٢ الموافق ل ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠

- أمر رقم ٠٩٠١ المؤرخ في ٢٩ رجب عام ١٤٢٣ الموافق ل ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية العدد ٤، الصادرة بتاريخ ٠٢ شعبان عام ١٤٢٣ الموافق ل ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠

- الأمر رقم ١٠٠١ المؤرخ في ١٦ رمضان ١٤٢٣ الموافق ل ٢٦ أوت سنة ٢٠٠١ يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠٠١، الجريدة الرسمية العدد ٤، الصادرة بتاريخ ١٩ رمضان عام ١٤٢٣ الموافق ل ٢٩ أوت سنة ٢٠٠١

- قانون رقم ٠٩٠٩ مؤرخ في ٣١ محرم عام ١٤٢٣ الموافق ل ٣١ ديسمبر سنة ٢٠٠٠ يتضمن قانون المالية لسنة ٢٠٠١، الجريدة الرسمية العدد ٧، الصادرة ب الخميس ١ محرم عام ١٤٢٣ الموافق ل ٣١ ديسمبر سنة ٢٠٠٠

- قانون رقم ١١١٦ المؤرخ في ٣ صفر عام ١٤٢٣ الموافق ل ٢١ ديسمبر سنة ٢٠٠١، يتضمن قانون المالية لسنة ٢٠٠١، الجريدة الرسمية العدد ٧، الصادرة بتاريخ الخميس ٠٤ صفر عام ١٤٢٣ الموافق ل ٢٩ ديسمبر سنة ٢٠٠١.

- قانون رقم ١٣٠ مؤرخ في ٢٧ صفر عام ١٤٣٣ الموافق لـ ٣ ديسمبر سنة ٢٠١١ يتضمن قانون المالية لسنة ٢٠١١. الجريدة الرسمية العدد ٦١ الصادرة بتاريخ الثلاثاء ٢١ صفر عام ١٤٣٣ الموافق لـ ٣ ديسمبر سنة ٢٠١١.

#### المراجع باللغة الأجنبية

- 1- Abdelhamid Djilali, Réflexion sur le projet du nouveau référentiel comptable algérien en rapport avec les norme IAS/IFRS, Séminaire portant sur la normalisation comptable internationale, 24 Septembre-03 Octobre.2005, Koléa, Alger, p21
- 2- Djelloule boubir, insuffisance dans l'application du SCF par les entités algériennes et opinion du CAC, programme de la fourme d'étude du 21-03-2015 par la conseil national de la chambre nationale des commissaires aux comptes en partenariat avec l'université Alger 03, p :65
- 3- Tazdait Ali, Maitrise du système comptable financier, edition ACG, 1er édition, Alger,2009,p44

#### المواقع الإلكترونية

<http://www.DGI.gov.dz>



## الحماية التشريعية لصاحب الحق في البيئة: دراسة مقارنة في إطار التشريعات المحلية والتشريع الإسلامي

أ/ صلاب سيد علي - جامعة سطيف 2- الجزائر

113

### ملخص

تختلف المنظومات القانونية لدول العالم من حيث آليات وأشكال إقرارها بمفهوم صاحب الحق في البيئة، المعترف له بحق العيش في بيئة نظيفة ومتوازنة ولانقطة به، باعتباره محل التمتع بها، فمن النظم من جسدت هذا المفهوم على مستوى القواعد والنصوص الدستورية، بينما تذهب النظم الأخرى إلى ربط الاعتراف بفكرة صاحب الحق في البيئة بالنصوص القانونية والتنظيمية، وتعتبر الشريعة الإسلامية من أهم الشرائع السماوية التي عرفت الحق في البيئة منذ القرن 1، وأشارت بشكل صريح لصاحب الحق وكفلته بحماية لم تعهدها الديانات والتشريعات الوضعية من قبل.

### Abstract

The legal systems of the world differ in forms of recognition to the concept of the right- holder in the environment, which recognizes his right to live in a clean and balanced environment, as it is enjoyed, and systems substantiate this concept in the rules and constitutional texts, while other systems will connect His recognition of the idea of law in the legal and regulatory texts, and Islamic law considers most important right of all known religions in the environment since the 14th century and referred explicitly to the right-holder and include protection just religions and laws of man before.

### مقدمة

مع تزايد حدة المشاكل البيئية وتداعياتها الخطيرة على النظم والعناصر الطبيعية وعلى الإنسان خصوصاً، عبر نطاق واسع من دول العالم خلال العقود الأخيرة، والتي أدت إلى تحول كبير في مواقف المجتمعات الإنسانية المعاصرة تجاه قضايا البيئة، من خلال تصاعد درجة اهتمامها بالوضع البيئي الراهن، وإدراكها لحقيقة آثاره الوخيمة على استدامة البيئة الطبيعية وحياة الإنسان، برزت ضرورة الاهتمام بالجنس البشري وحماية محيطه البيئي المرتبط بتحقيق ازدهاره، في ظل بيئة نظيفة وصحية قادرة على الاستمرار والعطاء والتفاعل معها، يكون حتى الإنسان محل التمتع بها، من خلال الإقرار له بالوصول إلى تبني جملة من الآليات والوسائل، التي تمكنه من إعمال هذا الحق والدفاع عنه بصد مختلف الانتهاكات التي قد تمسّ به، فالمشكلات البيئية هي في جوهرها مشكلات تتعلق ب حياة الإنسان ورفاهيته.

في ظل هذه المعطيات والتغيرات العامة، شهد الاهتمام بحماية البيئة كحق إنساني تطوراً كبيراً وأولوية ضمن مختلف الجهود الدولية والقانونية، والتي عكست وبشكل واضح طبيعة وجوهر المكانة التي يحظى بها صاحب الحق في النظام البيئي، إذ اتجهت كثير من الدول إلى عقد المؤتمرات الهادفة إلى حماية البيئة، ووضع تشريعات وآليات قانونية لذلك، وأرادت مشيئة الخالق عز وجل أن يكون الإنسان هو المخلوق الوحيد والمميز عن باقي المخلوقات الأخرى، وعلى النحو الذي جعله مميزاً ومكرماً بذلك عن بقية المخلوقات، لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً".

#### أهمية البحث

لقد فرض مصطلح صاحب الحق في البيئة نفسه في قلب النقاشات والدراسات المتعلقة بالقانون البيئي وحقوق الإنسان على المستوى الدولي خلال العقود الأخيرة، وحتى في ظل الشريعة الإسلامية التي اهتمت به وكفلته بالحماية، فضلاً عن إثارته للعديد من القضايا خصوصاً ما تعلق منها بعملية التمكين والانتفاع بجميع جوانب وأبعاد الحق في البيئة، والحاجة إلى الحماية القانونية لحقه في البيئة، التي تعتبر من أهم الآليات الكفيلة بإعمال هذا الحق وممارسته، باعتبارها تمنح السلطة لصاحب الحق في مباشرة حقه في البيئة والانتفاع به في إطار مصلحته.

#### أهداف البحث

ترمي هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الحماية القانونية والتشريعية التي حظي بها مفهوم صاحب الحق في البيئة على مستوى التشريعات المحلية للدول والشريعة الإسلامية.

#### إشكالية البحث

للإحاطة بمختلف الجوانب المتعلقة بالبحث فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال يدور حول ما يلي: ما هي المكانة التي حظي بها مفهوم صاحب الحق في البيئة في إطار التشريعات المحلية للدول وفي إطار التشريع الإسلامي؟

#### منهج البحث

للإجابة على إشكالية الدراسة اقتضت طبيعة الموضوع تنوع الأدوات المنهجية وتعددتها، وفقاً للمضامين والأفكار المراد تفصيلها وبيان مدلولاتها وذلك على النحو التالي:

- المنهج القانوني والتحليلي: كان مهماً وأساسياً في بعض جوانب البحث، والهدف منه هو تحليل واستعراض الآراء الفقهية والمواقف المتعلقة بمختلف جوانب وجزئيات البحث، فضلاً عن تحليل مختلف النصوص القانونية والتنظيمية لتبيان مدى كفايتها أو قصورها لحماية وتمكين صاحب الحق في البيئة.

- المنهج الوصفي: وقد استخدمت هذا المنهج في وصف المركز القانوني الذي يحظى به صاحب الحق في البيئة ضمن مختلف الأطر والقواعد القانونية المتعلقة بحماية المجال البيئي والتشريع الإسلامي، وبيان أهميته ودوره في حماية المحيط البيئي.

تقسيم البحث: للإجابة على هذه الإشكالية سيتم معالجة البحث وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: صاحب الحق في البيئة في إطار التشريعات المحلية

أولاً: في الإطار التشريعي الجزائري

ثانياً: في إطار التشريعات والقوانين المقارنة

الفرع الثاني: صاحب الحق في البيئة في التشريع الإسلامي

أولاً: استغلال الإنسان في إدارة موارد البيئة

ثانياً: تسخير ما في البيئة للإنسان

الفرع الأول: صاحب الحق في إطار التشريعات المحلية

إن الاعتراف بالبيئة كحق أساسي للإنسان، يكون من خلال إصدار قوانين خاصة تتجه إلى حماية البيئة ومختلف عناصرها أو إلى حماية صاحب الحق في البيئة المعني بالاستفادة من هذا الحق، إذ تختلف النصوص القانونية والتنظيمية من حيث أشكال إقرارها بالشخص القانوني المعترف في هذا الحق، سواء على مستوى التشريع الوطني أو في إطار التشريعات الداخلية المقارنة.

أولاً: في الإطار التشريعي الجزائري

تعد الجزائر كغيرها من دول العالم التي أصدرت مجموعة من القوانين والتنظيمات المتعلقة بالمجال البيئي، إضافة إلى انضمامها وتبنيها للعديد من الاتفاقيات والنصوص ذات العلاقة بحماية البيئة، وتولمها مركز القيادة في العديد من الحملات الدولية في هذا المجال وبالأخص على المستوى الإفريقي، والتي نذكر من صورها العملية قيادة الجزائر للمفاوضات الدولية بشأن بروتوكول "كيوتو" حول الاحتباس الحراري باسم القارة الإفريقية، وكذا السبق الميداني للدولة الجزائرية في تكييف منشآتها الصناعية وفقاً لمتطلبات هذا البروتوكول<sup>(1)</sup>.

غير أنّ موقف المشرع الجزائري مهم، سواء من حيث عدم إقراره الصريح بالحق في البيئة أو بيان صاحب هذا الحق، وذلك بالرغم من الترسانة الهامة من القوانين والتنظيمات المتعلقة بحماية البيئة في الجزائر<sup>(2)</sup>، والتقدم الذي أحرزه التشريع الجزائري في هذا المجال مقارنة بالدول العربية الأخرى وبالأخص دول المغرب العربي<sup>(3)</sup>، من خلال صدور القانون رقم (٢٨٣) المتعلق بحماية البيئة<sup>(4)</sup>، والذي ألغى بموجب القانون (١٠٣) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة<sup>(5)</sup>، إذ أشارت قواعده لفكرة الحماية القانونية للمحيط البيئي باعتباره المجال الحيوي لحياة الإنسان، وليس باعتباره حقاً من حقوقه الأساسية المقررة له، غير أن دسترة الحق في البيئة وبيان صاحب هذا الحق في الدستور الجزائري المعدل لعام ٢٠١١ قد يكون خطوة إيجابية نحو تجسيد فعلي لهذا الحق وبيان صاحبه المعني بالاستفادة والتمكين منه، وذلك من خلال التشريعات الخاصة والتنظيمات المتعلقة بحماية البيئة.

وتجدر الإشارة إلى أن تشريعات العديد من الدول وخاصة الدول العربية منها، تتفق في معظم نصوصها القانونية على عدم الإشارة الصريحة إلى الحق في البيئة كحق أساسي من حقوق الإنسان، أو إلى الشخص القانوني صاحب هذا

<sup>1</sup> -R. Zerguine, la législation de l'environnement en Algérie, revue Algérie des sciences juridique économiques et politique, Volume xxx, N° : 01/2, 1992, p.94

<sup>2</sup> - Ibid, p.107.

<sup>3</sup> -Mohamed-Kahloula, la protection juridique de l'environnement dans le cadre de UMA, actes du 3 éme congrès annuel, du 04 au 07 mars 1990, p.87.

<sup>4</sup> - القانون رقم (٨٣-٠٣)، المؤرخ في: ٠٢/٠٢/١٩٨٣، المتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية رقم (٦)، الصادرة يوم: ٠٨ فيفري ١٩٨٣.

<sup>5</sup> - القانون رقم (٠٣-١٠)، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد (٤٣) بتاريخ: ٢٠/٠٧/٢٠٠٧.

الحق، بل اكتفت بالنص على الجانب الموضوعي للحق في البيئة وهدف حمايتها، الأمر الذي يجعل موقف هاته الدول محل غموض وعدم وضوح بالنسبة لمضمون هذا الحق، خاصة من حيث صاحبه.

يتبين مما سبق أنه بالرغم من التطورات التشريعية المسجلة في مجال حماية البيئة في الجزائر، فإن المشرع الجزائري لم يظهر أي موقف أو إرادة نحو تكريس هذا الحق ضمن القوانين والتنظيمات المتعلقة بالمجال البيئي، بل اكتفى بالنص على الجانب الموضوعي للحق في البيئة وهدف حمايتها، الأمر الذي انعكس على بيان صاحب الحق في البيئة.

#### ثانياً: في إطار التشريعات والقوانين المقارنة

تتجه العديد من دول العالم إلى تبني قوانين وتنظيمات خاصة بحماية البيئة، باعتبارها حقاً من حقوق الإنسان، وتتعرف من خلالها وبصياغة قانونية صريحة بصاحب الحق في البيئة المستفيد من هذا الحق، ونذكر من أمثلة هذا الاعتراف القانوني بصاحب الحق في البيئة ما جاء في القانون الكولومبي المتعلق بحماية البيئة الصادر سنة ١٩٧٠، والذي نص في المادة (٧) منه على أن: "لكل مواطن حق العيش في بيئة لائقة للإنسان"<sup>(١)</sup>، وكذا القانون الكندي الخاص بنوعية البيئة الصادر عام ١٩٧٠ في الفقرة الأولى من المادة (١) منه، التي تنص على أنه: "لكل شخص الحق في بيئة صحية"<sup>(٢)</sup>.

ويعترف قانون إدارة البيئة رقم (٤) لعام ١٩٨٨ في اندونيسيا بالحق في البيئة الصحية بموجب المادة (٩) منه، التي ورد فيها أن: "لكل شخص نفس الحق في بيئة طبية وصحية"<sup>(٣)</sup>، ويقر هذا القانون بتقديم المساعدة للمنظمات غير الحكومية التي لها دور كبير في النضال من أجل إعمال الحق في البيئة النظيفة، خاصة من خلال دورها في رفع الدعاوى القضائية نيابة عن الأفراد في صالح حماية هذا الحق وكفالاته، بينما يذكر القانون اليوناني رقم (٨٦١ ٦٩) أنّ الغاية العامة منه هي إنشاء إطار تشريعي لحماية البيئة والمحافظة عليها، من أجل تحسين نوعية حياة الإنسان، والمحافظة على شخصيته وصحته كعضو في المجتمع<sup>(٤)</sup>.

وفي كندا وبمدينة "Ontario" تحديداً، تم اقتراح مشروع قانون متعلق بالبيئة عام ١٩٨٨ يمنح للشعب الحق في الصحة، والحق في حياة بيئية مستدامة، والذي أسند إدارتهما للحكومة في صالح الأجيال الحاضرة والمستقبلية، ولقد سمح هذا المشروع كذلك للأفراد بالقيام برفع دعاوى قضائية باسم حقهم في بيئة ضد المسؤولين على التلوث أو تخريب البيئة<sup>(٥)</sup>، أما القانون الأمريكي المتعلق بالسياسة البيئية لسنة ١٩٦٦ فجاء فيه أن: "لكل واحد الحق في الاستفادة من بيئة سليمة، ويجب عليه أن يجتهد في الحفاظ عليها وتحسينها"، بينما نص القانون الفيدرالي المتعلق بحماية البيئة في روسيا لعام ١٩٩٠ في جزئه الثاني على أن: "الحقوق والالتزامات البيئية للمواطنين والسلطات العمومية"<sup>(٦)</sup>.

ومن المراسيم التي تعترف صراحةً بصاحب الحق في البيئة وتكفل له الحق في بيئة نظيفة وصحية، ما ورد في نص المادة (٦) من المرسوم المتعلق بحماية البيئة شنغهاي لسنة ١٩٩٦، والتي نصت على أن: "يستفيد المواطن من بيئة أفضل ويقع

<sup>1</sup> -Kromarek.P, Environnement et droits de l'homme, Paris, UNESCO, 1987, p.130.

<sup>٢</sup> - شعبة سعيداني، الإعراف بالحق في البيئة بين الضرورة والمعارضة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة "مولود معمري" تيزي وزو، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ٧٦.

<sup>٣</sup> - ماس أحمد سانتوسا، الحق في بيئة صحية، ص ٣٠٠. مقال متوفر على الموقع التالي

.www.1.umn.edu/humanrts/arab/m15.pdf

<sup>٤</sup> - فاتن صبري السيد الليثي، الحماية الدولية لحق الإنسان في بيئة نظيفة، مذكرة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة "الحاج لخضر"، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١٤٢.

<sup>5</sup> - Jean -Pierre Machelon, Du droit de l'environnement au droit à l'environnement, a la recherche d'un juste milieu, l'Harmattan, Paris, 2010, p.26.

<sup>6</sup> - Ibid, p.26-27.

واجب حماية البيئة والحفاظ عليها على عاتق المنظمات والأفراد<sup>(1)</sup>، وفي عام ١٩٨٨ نشرت وزارة الصناعة الخفيفة الصينية مرسوماً مؤقتاً متعلق بحماية البيئة في هذا الميدان، إذ توقعت المادة ٣ من هذا المرسوم أن: "العامل له الحق في الحياة وفي العمل في بيئة مناسبة ونظيفة وعليه التزام بأن يحافظ على البيئة بصفة إيجابية"، كما نشرت وزارة حماية البيئة الصينية في ميدان البناء العمراني عام ١٩٨٨ مرسوماً مؤقتاً يتعلق بالبيئة الحضرية، واعترفت بموجب المادة (٤) منه أن: "كل الهياكل سكان المناطق الحضرية يتمتعون بالحق في بيئة أفضل ونظيفة ويجب عليهم المحافظة على البيئة الحضرية وتحسينها"<sup>(2)</sup>.

وفقاً لما سبق يتبين أن مفهوم صاحب الحق في البيئة حظي بإقرار تشريعي مهم على مستوى مختلف القوانين الداخلية، وكذا المراسيم لمعظم دول العالم وبشكل متباين فيما بينها من حيث المفاهيم والمصطلحات القانونية المعبرة عنه، والواردة ضمن النصوص القانونية (كل شخص، كل فرد، المواطن، الشعب...)، وذلك حسب درجة الاهتمام التي تبديها كل دولة لموضوع حماية البيئة، ولفكرة صاحب الحق في البيئة المراد حمايته وكفالة هذا الحق له، سواء كان فرداً أو جماعة.

#### الفرع الثاني: صاحب الحق في البيئة في التشريع الإسلامي

من الخصائص الرئيسية لدين الإسلام الإنسانية<sup>(3)</sup>، إذ أوضح القرآن الكريم أموراً كثيرة تتعلق بالإنسان بوصفه محور الرسالة الإسلامية وخليفة الله، ووصيه في الأرض، وأن ما يحيط به ليس مجرد جماد ونبات وحيوان فحسب، بل من نعم الله عزوجل منحها له بصفته صاحب حق في الانتفاع بها والتصرف فيها، الأمر الذي يؤدي إلى أن تكون البيئة ومواردها حقاً من حقوق الإنسان الشرعية. ويمكن إجمال هذه الأمور في محورين أساسيين:

#### أولاً: استغلال الإنسان في إدارة موارد البيئة

يعتبر الإنسان أحد المخلوقات المتميزة عن باقي المخلوقات بالعقل، فقد كرمه الله تعالى وأنعم عليه بنعمة الاستغلال في إدارة واستثمار موارد البيئة وحياتها<sup>(4)</sup>، قال تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"<sup>(5)</sup>.

ومعنى الاستغلال أن الإنسان وصي على هذه الأرض بكل ما فيها وليس مالكاً لها، فهو مسير لمواردها ومستغل لخيراتها، وله حق على الموارد الطبيعية، وهنا تثار مسألة مهمة جداً تتعلق بملكية الإنسان لموارد الطبيعة، هل هي ملكية رقبة أو ملكية انتفاع؟

لقد جرت مناقشات كثيرة بخصوص هذا الموضوع، أسهب فيها الباحثون ومال في الكثير من الفقهاء إلى أنها ملكية انتفاع لأسباب عديدة نذكر من بينها:

١- إن محل الحق في البيئة له طبيعة خاصة، فهو تراث مشترك للإنسانية أو ملكية شائعة للجميع<sup>(1)</sup>، فحق الانتفاع بموارد البيئة مكفول لكل البشر، وليس مقتصر على فئة معينة من الناس.

<sup>1</sup> - Ibid, p.26.

<sup>2</sup> - Ibid, p.26.

<sup>٣</sup> - يوسف القرضاوي، الخصائص العامة للإسلام، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ١٩٨٦، ص ٥١.

<sup>4</sup> - Ba-Kader and Others, Islamic principles for the conservation of the natural environment, LUCN – MEBA, Gland. Switzerland, 1983, p. 13-14.

<sup>٥</sup> - سورة الإسراء، الآية ٧٠.

٢- إنَّ الوجود الإنساني في الأرض مؤقت، فيكون استخلافه فيها مؤقتاً بزمن محدود، الأمر الذي ينتج عنه أن يكون انتفاعه بالموارد الطبيعية مؤقت "وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ..."<sup>(2)</sup>، أي كل أمر مستقر إلى فناء أجله<sup>(3)</sup>.

وهذا التحديد للبقاء يترتب عليه تحديد الاستخلاف، وهو تحديد لحق الانتفاع، إذ يتضح في هذا السياق حق الأجيال القادمة في الانتفاع بموارد البيئة، وأن الناس يتوارثون عمارة البيئة جيلاً بعد جيل، لذا يجب على الإنسان أن يحفظ للأجيال التي تليه حقها في الانتفاع بما خلقه الله سبحانه وتعالى في هذا الكون من موارد وثروات طبيعية.

٣- إنَّ الحق في بيئة نظيفة من الحقوق العامة الخالصة لله، والتي لا يحق لأحد احتكارها أو منعها، فالبيئة لم تخلق لجيل دون جيل آخر، وإنما هي حق للبشرية جمعاء ومصدر حياة الأجيال القادمة<sup>(4)</sup>. وبهذا فإن استنزاف موارد البيئة لا يعد اعتداءً عليها فحسب، بل هو اعتداء على كل الأجيال باعتبارها مستخلفة، وأنها جميعاً لها حق في الموارد الكونية الطبيعية والانتفاع بها. في هذا الصدد يقول الشيخ "محمود شلتوت" أنه: "إذا كان المال مال الله وكان الناس جميعاً عباداً لله، وكانت الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله هي لله، كان من الضروري أن يكون المال وإن ربط باسم شخص معين لجميع عباد الله، يحافظ عليه الجميع وينتفع به الجميع"<sup>(5)</sup>.

٤- إنَّ الحالة الشعورية التي يعيشها الإنسان وهو يتصور ملكية الدائمة لموارد الطبيعة تثير فيه نوازع الأنانية، التي قد تدفعه إلى الإفراط في استغلال تلك الموارد<sup>(6)</sup>، الأمر الذي ينتج عنه نضوب الموارد الطبيعية أو استنزافها، وهذا ما تعانيه البيئة في الوقت الحالي.

يتبين مما سبق أن حق الإنسان على موارد البيئة ليس حق ملكية، بل حق انتفاع تقل فيه سلطات صاحبه عن سلطات المالك، إذ أن هذه الموارد هي عطاء وفضل من الله عزوجل لجميع البشر، والانتفاع بها لن يكون قاصراً على شخص دون آخر، لذا لا يجوز للمنتفع إهدار أو تدمير أصل أو عين المال المخصص للانتفاع به، باعتبار أن سلطة التصرف الشرعي والمادي في العين ليست من حق المنتفع، وإنما هي من حق صاحب العين<sup>(7)</sup>.

#### ثانياً: تسخير ما في البيئة للإنسان

إنَّ موجودات البيئة وعناصرها الطبيعية سخرت لإشباع حاجات الإنسان المتطورة والانتفاع بها منذ أن استخلفه الله في الأرض، قال تعالى: "وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"<sup>(8)</sup>. فالله كرم الإنسان وسخر له كثيراً من المخلوقات، خاصة ما يحيط به من عناصر البيئة، المتمثلة في الماء والهواء والحيوان والنبات، ليستخدمها لمنافعه المشروعة.

<sup>1</sup>-Ba-Kader and Others, Islamic principles for the conservation of the natural environment, op.cit, p.14.

<sup>٢</sup>- سورة البقرة، الآية ٣٦.

<sup>٣</sup>- أبوعلي الفضل بن حسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص ١٧٣.

<sup>٤</sup>- عبد الأمير كاظم زاهد، مقاربات استدلالية في الفقه المقارن، الطبعة الأولى، دار الضياء للطباعة والتصميم النجف الأشرف، (ب.ت)، ص ٥٤.

<sup>٥</sup>- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٥٧.

<sup>٦</sup>- عارف صالح مخلف، الإدارة البيئية، الحماية الإدارية للبيئة، الطبعة العربية، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص ١١٤.

<sup>٧</sup>- أحمد سلامة، حماية البيئة في الفقه الإسلامي، مطبعة الأحمدية، دبي، ماي ١٩٩٨، ص ٢٩٥.

<sup>٨</sup>- سورة الجاثية، الآية ١٣.

ولقد أشارت آيات كثيرة في القرآن الكريم إلى أن الكون مسخر للإنسان<sup>(1)</sup>، إذ سخر الله ما فيه من مخلوقات وموارد طبيعية ليستطيع الإنسان الانتفاع بها والتصرف فيها، قال تعالى: " وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِيَتَأْكَلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاجِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ"<sup>(2)</sup>. وقال تعالى: " هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"<sup>(3)</sup>.

من خلال هذه الآيات الكريمة يتبين أن الله تعالى قد سخر وهياً موارد البيئة لخدمة الإنسان ومنفعته، باعتباره صاحب حق في الاستفادة منها، إضافة إلى أنه وصي على إدارة تلك الموارد، من خلال تميمها وترشيد استغلالها، للحفاظ على الحياة والبقاء والتطور المستدام، وهذا التسخير لا يكون إلا بإرادة الله عز وجل.

فالأصل أن يستعمل صاحب الحق البيئة وعناصرها على الوجه المشروع الذي أذن به الشارع، وأراده عند تشريعه لهذا الحق ومنحه لأصحابه، وبأسلوب الذي يرضيه، عن طريق ممارسته في نطاقه دون الإضرار بالبيئة، أو الإفراط في استغلال مواردها التي يشترك فيها الجميع.

#### خاتمة

إنّ الاهتمام الكبير الذي شهده مفهوم صاحب الحق في البيئة خلال العقود الأخيرة والتحولت التي طرأت عليه، انطلاقاً من مركزية الإنسان في الكون وصولاً إلى الإنسانية باعتبارها صاحب الحق الجديد، قد جعله من أكثر المفاهيم أو المواضيع التي حظيت باهتمام ومتابعة كبيرة، وعلى مختلف الأصعدة القانونية والدينية والأكاديمية، وذلك بالنظر لمركزه القانوني الذي يحظى به في النظام البيئي وضمن مختلف الأطر والقواعد القانونية الموجهة لحماية حقه في البيئة. وبالنسبة للحماية القانونية المقررة في صالح صاحب الحق في البيئة، فقد حظي هذا الأخير بإقرار تشريعي مهم، فكل تشريع اهتم بصاحب حق معين تم تشخيصه في مختلف النصوص القانونية، غير أنه لا يزال إلى غاية الآن البحث عن السبل القويمة لإضفاء الحماية الفعلية على حقه في البيئة، بشكل يحقق مصلحته بصورة أساسية، مع الإشارة إلى أن قوانين حماية البيئة والاتفاقيات الدولية في هذا المجال، لم تنص على تعريف محدد لصاحب الحق في البيئة، بل اكتفت بوضع معيار ثابت لتحديد معناه، مكتفيةً بالإشارة إليه على أنه فرد أو جماعة. هذا ولقد أوضحت الشريعة الإسلامية بأن الإنسان صاحب الحق الوحيد في البيئة، باعتباره محور الرسالة الإسلامية وخليفة الله ووصيه في الأرض، وتسخير جميع مكونات البيئة ومواردها له.

#### قائمة المصادر والمراجع

##### أولاً: باللغة العربية

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- زاهد عبد الأمير كاظم، مقاربات استدلالية في الفقه المقارن، الطبعة الأولى، دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف الأشرف، (بدون تاريخ).

١ - سامح عبد السلام محمد، أثر نظرية التعسف في استعمال الحق في حماية البيئة، ٢٠١٣/١٠/٢٠، مقال متاح على الموقع التالي :

www.alukah.net/culture/0/61389

٢ - سورة النحل، الآية ١٤.

٣ - سورة البقرة، الآية ٢٩.

- ٣- سلامة أحمد، حماية البيئة في الفقه الإسلامي، مطبعة الأحمديّة، دبي، ماي ١٩٩٨.
- ٤- شلتوت محمد، الإسلام عقيدة وشريعة، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.
- ٥- الطبرسي أبو علي الفضل بن حسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.
- ٦- القرضاوي يوسف، الخصائص العامة للإسلام، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ١٩٨٦.
- ٧- مخلف عارف صالح، الإدارة البيئية، الحماية الإدارية للبيئة، الطبعة العربية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩.
- ٨- القانون الجزائري رقم (٨٣-٠٣)، المؤرخ في: ٠٥/٠٢/١٩٨٣، المتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية رقم (٦)، الصادرة يوم: ٨ فيفري ١٩٨٣.
- ٩- القانون الجزائري رقم (٠٣-١٠)، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد (٤٣)، بتاريخ: ٢٠/٠٧/٢٠٠٧.
- ١٠- شبة سعيداني، الإعراف بالحق في البيئة بين الضرورة والمعارضة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة "مولود معمري" تيزي وزو، الجزائر، ٢٠٠٠.
- ١١- صبري السيد الليثي فاتن، الحماية الدولية لحق الإنسان في بيئة نظيفة، مذكرة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة "الحاج لخضر"، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣.
- ١٢- سانتوسا ماس أحمد، الحق في بيئة صحية، مقال متوفر على الموقع التالي:  
[www.1.umn.edu/humanrts/arab/m15.pdf](http://www.1.umn.edu/humanrts/arab/m15.pdf)
- ١٣- محمد سامح عبد السلام، أثر نظرية التعسف في استعمال الحق في حماية البيئة، ٢٠/١٠/٢٠١٣، مقال متاح على الموقع التالي: [www.alukah.net/culture/0/61389](http://www.alukah.net/culture/0/61389)

### ثانياً: باللغة الأجنبية

- 1- Ba-Kader and Others, Islamic principles for the conservation of the natural environment, LUCN – MEBA, Gland, Switzerland, 1983.
- 2- Jean- Pierre Machelon, Du droit de l'environnement au droit à l'environnement, a la recherche d'un juste milieu, l'Harmattan, Paris, 2010.
- 3- Kromarek.P. (E.D), environnement et droits de l'homme, Paris, UNESCO, 1987.
- 4- Mohamed-Kahloula, la protection juridique de l'environnement dans le cadre d'UMA, actes du 3 éme congrès annuel, du 04 au 07 mars 1990.
- 5- R. Zerguine, la législation de l'environnement en Algérie, revue Algérie des sciences juridiques économiques et politiques, Volume xxx, N° : 01/2, 1992.

## تعيين القائمين بالإدارة الأولين في شركة المساهمة في القانون الجزائري

### - دراسة مقارنة - (مع التشريع الفرنسي)

أ/ شنعة أمينة المركز الجامعي أحمد زبانة - غليزان - الجزائر

121

#### ملخص

تتعلق هذه الدراسة بمعالجة قانونية لآليات تعيين القائمين بالإدارة الأولين في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، حيث وضع المشرع ضوابط قانونية لتعيينهم مهما كانت طريقة التأسيس سواء كان عن طريق اللجوء العلي للادخار<sup>1</sup> أو بدون اللجوء العلي للادخار<sup>2</sup>، حيث أن التعيين يتم مباشرة في القانون الأساسي إذا لم تلجأ الشركة للادخار، أما إذا ما لجأت الشركة للادخار عند تأسيسها فقد خول المشرع للجمعية العامة التأسيسية صلاحية تعيين القائمين بالإدارة الأولين. والجدير بالذكر أنه مهما كان تأسيس الشركة باللجوء العلي للادخار أو بدونه، فإنه يتوجب تعيين أشخاص مؤهلين تتوفر فيهم الشروط القانونية وفق النصاب والأغلبية المقررة قانونا للجمعية العامة التأسيسية.

#### المقدمة

تعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال، حيث أنها تبدأ كفكرة تجول في ذهن المؤسسين، فإذا اقتنعوا بها، سعوا وبادروا إلى تجسيدها على أرض الواقع وذلك بإتباع سائر الإجراءات القانونية لإنشاء هذا الكيان القانوني. والملاحظ أن المشرع الجزائري<sup>1</sup> قد وضع ضوابط قانونية لتأسيس هذا الصنف من الشركات، فقد ميز بين إجراءات التأسيس حسب طريقة تجميع رأس المال، فكرس أحكام قانونية من جهة لما يسمى "بالتأسيس عن طريق اللجوء العلي للادخار"، ومن جهة أخرى لما يصطلح عليه "بالتأسيس دون اللجوء العلي للادخار".

تتميز شركة المساهمة التي تتأسس باللجوء العلي للادخار أو ما يطلق عليه بالتأسيس "المتتابع"<sup>2</sup> أو المفتوح باستكمال إجراءات قانونية محددة<sup>3</sup>، يمكن تلخيصها في ثلاثة مراحل الأولى تشمل تحرير مشروع القانون الأساسي والنشر<sup>4</sup>، أما المرحلة الثانية فتتعلق بعملية التصريح بالاككتابات والدفعات، إذ أنه ونظرا لأهمية هذه العملية تشدد المشرع

<sup>1</sup> المادة ٥٩٥ إلى ٦٠٤ ق.ت.ج بالنسبة لتأسيس شركة المساهمة باللجوء العلي للادخار. أما المواد من ٦٠٥ إلى ٦٠٩ ق.ت.ج بالنسبة لتأسيس شركة المساهمة بدون اللجوء العلي للادخار.

<sup>2</sup> المادة ٥٩٥ وما بعدها ق.ت.ج. قبل تعديل الأمر ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون التجاري، ج.ر. ١٩ سبتمبر ١٩٧٥، ع. ١٠١، ص. ١٠٧٣. بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٨ المؤرخ في ٢٥ أبريل ١٩٩٣، الذي يعدل ويتمم الأمر رقم ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون التجاري، ج.ر. مؤرخة في ٢٧ أبريل ١٩٩٣، عدد ٢٧، ص. ٣.

<sup>3</sup> المواد من ٥٩٥ إلى ٦٠٠ ق.ت.ج.

<sup>4</sup> المادة ٥٩٥ ق.ت.ج.

الجزائري<sup>1</sup> من حيث الشروط الإجرائية والموضوعية. أما المرحلة الثالثة فتتمثل بقيام المؤسسين باستدعاء المكتتبين إلى جمعية عامة تأسيسية، حيث يمنع عقد جلسة هذه الجمعية إذا لم تستكمل الإجراءات القانونية الخاصة بعملية الاكتتاب، وقد اعتبر المشرع الجزائري<sup>2</sup> "الشركات التي تلجأ إلى الادخار العلي، الشركات ذات السندات المقبولة للتداول ابتداء من تاريخ تسجيلها، أو تلك التي تلجأ إلى توظيف سندات مهما كان نوعها إما إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو الوسطاء".

أما فيما يخص شركة المساهمة التي تتأسس بدون اللجوء العلي للادخار أو ما يسمى بالتأسيس الفوري أو المغلق فيلاحظ أن المشرع الجزائري<sup>3</sup> ألغى الأحكام القانونية الخاصة بالإجراءات القانونية المتعلقة بتحرير مشروع القانون الأساسي والنشر، وكذا استدعاء الجمعية العامة التأسيسية. وعليه، فإنه يستنتج أن هذا التأسيس يتميز ببساطة الإجراءات القانونية، حيث يقوم المساهمون بالتوقيع<sup>4</sup> إما بأنفسهم أو بواسطة وكيل مزود بتفويض خاص على القانون الأساسي الذي يتضمن تعيين القائمين بالإدارة الأولون وأعضاء مجلس المراقبة ومندوبي الحسابات الأولين<sup>5</sup>.

غير أنه تؤول صلاحية التعيين عند تأسيس شركة المساهمة باللجوء العلي للادخار سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي إلى الجمعية العامة التأسيسية. وبالتالي، فالمكتتبون لا يمكنهم أن يلتزموا مسبقاً بالتصويت على مرشح معين، وهذا للاحتفاظ بسيادة الجمعية العامة<sup>6</sup>، فهذه الأخيرة تقوم بصلاحية تعيين كل من القائمين بالإدارة الأولين وفق العدد المحدد في نظام الشركة الابتدائي الذي يجب أن لا يقل أو يتجاوز الحد القانوني.

<sup>1</sup> المواد من ٥٩٧ إلى ٥٩٩ ق.ت.ج.

<sup>2</sup> المادة ٤٣ من المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٠ المؤرخ في ٢٣ ماي ١٩٩٣ المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٣-٠٤ المؤرخ في ١٧ فبراير ٢٠٠٣، ج.ر. ٢٣ ماي ٢٠٠٣، ع. ٣٤، ص. ٢٠.

M. Salah et F. Zéraoui-Salah, Actualités législatives et réglementaires de droit économique pour les années 1997 à 2000, 1<sup>er</sup> trimestre 1998, Rev. Entrep. com, n° 1, 2005, p.125.

<sup>3</sup> المواد ٥٩٥، ٥٩٧، ٦٠٠، ٦٠١، ٢، ٣ و ٤، ٦٠٢، ٦٠٣ ق.ت.ج. في حالة ما إذا تأسست شركة المساهمة بدون اللجوء العلي للادخار.

<sup>4</sup> المادة ٦٠٨ ق.ت.ج. لم ينص المشرع الجزائري على توقيع المؤسسين على مشروع القانون الأساسي في حالة تأسيس شركة المساهمة عن طريق اللجوء العلي للادخار. المادة ٥٩٥ ق.ت.ج.

<sup>5</sup> فرحة زراوي صالح، ماجستير قانون الأعمال المقارن، محاضرات المصطلحات القانونية، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠٠٧-٢٠٠٨: "تعري صياغة المادة ٦٠٩ باللغة العربية خطأ مادي، حيث أورد المشرع المادة باللغة العربية صيغة الجمع (و) فيما يخص تعيين القائمين بالإدارة الأولين وأعضاء مجلس المراقبة الأولون، أما فيما يخص الصياغة باللغة الفرنسية فقد إستعمل صيغة التخيير (أو/OU) والملاحظ أن الصياغة باللغة الفرنسية هي الأصوب بإعتبار أن الأعضاء المعينون يتنمون إلى نظامين مختلفين. وبالتالي، فإنه من المستحسن على المشرع استدراك هذا الخطأ المادي في صياغة النص باللغة العربية".

المادة ٦٠٩ ق.ت.ج " يعين القائمون بالإدارة الأولون وأعضاء مجلس المراقبة ومندوبو الحسابات الأولون في القوانين الأساسية".

Art. 609 C. com. alg : " Les premiers administrateurs ou les premiers membres du conseil de surveillance et les commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts".

<sup>6</sup> Y. Guyon, *Droit des affaires*, T.1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 322, p.340 : " Les actionnaires ne peuvent donc pas s'engager à l'avance à voter pour tel ou tel

candidat...on a voulu par là sauvegarder la souveraineté de l'assemblée générale" .

### إشكالية البحث :

تنحصر إشكالية المقال في البحث عن كيفية تعيين القائمين بالإدارة الأولين في شركة المساهمة التي لجأت أثناء تأسيسها إلى الادخار. وذلك من خلال تبيان الجهة المختصة للقيام بالتعيين ومدة عضويتهم وكذا البحث عن هي الشروط الواجبة التوافر في الأشخاص المعينين.

### أهداف الدراسة :

تسعى هذه الدراسة إلى إظهار القواعد القانونية الخاصة بتعيين القائمين بالإدارة في التشريع الجزائري من خلال عرض مختلف طرق التعيين والشروط الواجب توافرها وكذا الهيئة المخولة لها صلاحية التعيين ومقارنتها بالتشريع الفرنسي بصورة أساسية وبعض التشريعات العربية استثناء وإظهار جوانب الاختلاف ومدى نجاعة القواعد القانونية المطبقة في التشريع الجزائري بالمقارنة مع التشريع الفرنسي أساسا.

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تسلط الضوء على دراسة طريقة تعيين القائمين بالإدارة الأولين في شركة المساهمة التي تعتبر النموذج الأمثل لشركات الأموال والتي تعتبر بمثابة المحرك الاقتصادي في سوق الأعمال، حيث أن هذه المعالجة القانونية للموضوع تعمل على توضيح لرجال الأعمال والذين لا يملكون المعلومات القانونية الكافية في هذا المجال طريقة تعيين الهيئة الإدارية المتمثلة في مجلس الإدارة، إذ أن القائمين بالإدارة الأولين والذين يجسدون مجلس الإدارة هم أصحاب القرار في الشركة.

### خطة الدراسة:

لمعالجة هذا الموضوع، فغنه تم تقسيم الدراسة إلى مطلبين أساسيين : المطلب الأول سيتم التطرق إلى المدة والشروط الموضوعية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين، أما المطلب الثاني فسيناول الشروط الشكلية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين. وكل مطلب مجزأ إلى فرعين على النحو الآتي. بالنسبة للمطلب الأول الذي سيتناول المدة والشروط الموضوعية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين سيتفرع إلى الفرع الأول مدة مزاولة القائمين بالإدارة لوظائفهم وإلى الفرع الثاني الشروط الموضوعية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين، أما المطلب الثاني الذي سيتطرق إلى الشروط الشكلية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين سيتفرع إلى الفرع الأول كيفية انعقاد واجتماع الجمعية العامة التأسيسية وإلى الفرع الثاني اتخاذ الجمعية العامة التأسيسية قرار التعيين

### المطلب أولا: المدة والشروط الموضوعية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين

#### الفرع الأول: مدة مزاولة القائمين بالإدارة لوظائفهم

تتولى الجمعية العامة التأسيسية تعيين القائمين بالإدارة الأولين عند تأسيس الشركة باللجوء العلني للادخار، وهذا سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي<sup>1</sup>، حيث تقدر "مدة عضوية" القائمين بالإدارة الأولين بستة (6) سنوات، وكل تعيين

<sup>1</sup> المادتين 600 ف. 20 و 611 ق.ت.ج: "تنتخب الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العادية القائمين بالإدارة. وتحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك ست (6) سنوات". وبالنسبة للتشريع الفرنسي:

Arts. L. 225-7 al. 2 et L.225-18 al. 1 C. com. fr" Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire. Dans le cas prévu à l'article L. 225-16, ils sont désignés

لمدة تزيد عن المدة القانونية يعتبر باطلاً<sup>1</sup>. غير أنه لا توجد أحكاماً خاصة في التشريع الجزائري والفرنسي فيما يخص تاريخ انتهاء مدة الوظائف. وعليه، تدخل جانب من الفقه الفرنسي<sup>2</sup>، حيث يرى هذا التيار الفقهي أن الأمر لا يتعلق بستة سنوات شمسية ابتداء من تاريخ قبول التعيين، وإنما تنتهي مدة التعيين التي تقدر بستة سنوات بحلول أجل انعقاد الجمعية العامة العادية التي تصادق على ميزانية السنة المالية للسنة السادسة.

وقد أباح المشرع الجزائري<sup>3</sup> تعيين على الأقل ثلاثة (٠٣) قائمين بالإدارة واثني عشرة (١٢) على الأكثر وهذا بخلاف المشرع الفرنسي<sup>4</sup> الذي حدد العدد الأقصى بثمانية عشر (١٨) عضواً، حيث ترك المجال للقوانين الأساسية بتحديد العدد الأقصى للقائمين بالإدارة ولكن دون تجاوز الحد الأعلى الذي حدده القانون.

### الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين

يتجلى من خلال استقراء النصوص القانونية للتشريع الجزائري أن المشرع اشترط جملة من الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر في الشخص المعين كقائم بالإدارة، هذه الشروط تتمثل في:

#### ١- الطبيعة القانونية للقائم بالإدارة

يجوز أن يكون القائم بالإدارة في التشريع الجزائري<sup>5</sup> شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث لا يجوز للشخص الطبيعي المعين كقائم بالإدارة من قبل الجمعية التأسيسية أن ينتمي لخمسة مجالس إدارية لشركات مساهمة يكون مقرها في الجزائر<sup>6</sup>، وهو نفس الحكم المستوحى من التشريع الفرنسي<sup>7</sup>. ويستنتج بمفهوم المخالفة، أن جمع عدد المناصب لا يطبق على الشخص الطبيعي المعين كقائم بالإدارة في شركة المساهمة التي يكون مقرها الاجتماعي خارج الوطن. أما فيما يخص الشخص المعنوي فإن القيد السالف الذكر والمتعلق بجمع عدد المناصب لا يطبق بشأنه سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي<sup>8</sup>. ومن ثم، يمكن أن يشغل الشخص المعنوي وظيفة قائم بالإدارة في عدة شركات مساهمة

dans les statuts. La durée de leurs fonctions est déterminée par les statuts sans pouvoir excéder six ans. Toutefois, en cas de fusion ou de scission, la nomination peut être faite par l'assemblée générale extraordinaire.

<sup>1</sup> المادة ٦١٤ ق. ت. ج.

<sup>2</sup> J. Hémar, F. Terré et P. Malibat, *Les sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, n°867, p. 745 .

<sup>3</sup> المادة ٦١٠ ق. ت. ج: " يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثني عشر عضواً على الأكثر".

<sup>4</sup> Art. L. 225-17 C. com. fr " La société anonyme est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins. Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui ne peut dépasser dix-huit".

<sup>5</sup> المادة ٦١٢ ق. ت. ج: " لا يمكن شخصاً طبيعياً الانتماء في نفس الوقت إلى أكثر من خمسة (٠٥) مجالس إدارة لشركات مساهمة توجد مقرها بالجزائر.

ويجوز تعيين شخص قائماً بالإدارة في عدة شركات، وفي هذه الحالة لا تطبق أحكام المقطع الأول على الممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين . ويجب عليه عند تعيينه اختيار ممثل دائم يخضع لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان قائماً بالإدارة باسمه الخاص، دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله.

وعندما يقوم الشخص المعنوي بعزل ممثله، يجب عليه العمل في نفس الوقت على استبداله".

<sup>6</sup> المادة ٦١٢ ف. أولي ق. ت. ج.

<sup>7</sup> Arts. L. 225-20 et L. 225-21 al. 1 C. com.fr : " Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français".

<sup>8</sup> المادة ٦١٢ ف. ٢ ق. ت. ج. وبالنسبة للتشريع الفرنسي :

سواء كان مقرها الاجتماعي داخل أو خارج الوطن. غير أن المشرع الجزائري<sup>1</sup> وهذا على غرار نظيره الفرنسي<sup>2</sup> ألزما بتعيين شخص طبيعي يمثل الشخص معنوي بصفة دائمة يتحمل المسؤولية المدنية والجزائية كما لو كان قائما بالإدارة باسمه الخاص، ولكن دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله، إذ من المقرر قانونا أن جمع عدد المناصب لا يطبق على الممثل الدائم للشخص الطبيعي. وعليه، فإنه يمكن لهذا الأخير أن يشغل عدة مناصب كقائم بالإدارة في شركة المساهمة سواء كان مقرها داخل الوطن أو خارجه وهو ما قام القضاء الفرنسي بتأكيد<sup>3</sup>. ويعتبر موقف المشرع الجزائري بشأن تعيين ممثل دائم للشخص المعنوي بالموقف المبرر ذلك أن مهام القائم بالإدارة هي وظائف "بشرية آدمية" محضة تتطلب وجود شخص طبيعي للقيام بها<sup>4</sup>. وبالتالي، فإنه يتوجب على الشخص الاعتباري حين تعيينه كقائم بالإدارة أن يقوم بتعيين شخص طبيعي لتمثيله من جهة، ولتولي مهام الإدارة عنه من جهة أخرى. والملاحظ أن تمثيل الشخص الطبيعي للشخص المعنوي المعين كقائم بالإدارة هو "نوع من تمثيل المصالح"، فالشخص الطبيعي يقوم بتمثيل المصالح العينية الخاصة بالشخص المعنوي وليس فقط بتمثيله كشخص<sup>5</sup>.

## ٢- صفة المساهم

يلزم المشرع الجزائري<sup>6</sup> أن يكون مجلس الإدارة ككل مالكا لعدد من الأسهم تمثل على الأقل ٢٠ بالمائة (٢٠%) من رأسمال الشركة تسمى هذه الأسهم بـ"أسهم الضمان"، حيث أن هذه الأخيرة تخصص كلها لضمان جميع أعمال التسيير التي سيقوم بها في المستقبل أثناء حياة الشركة، وهذا سواء كان القائمين بالإدارة أشخاصا طبيعيين أو المعنويين. وعليه، فإنه يتوجب على الجمعية العامة التأسيسية أن تقوم بتعيين القائمين بالإدارة من بين الأشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين الذين يتمتعون بصفة مساهم.

وبخلاف ما هو ساري به العمل في التشريع الجزائري فإن المشرع الفرنسي عدل عن هذا الشرط بموجب قانون تحديث الاقتصاد المؤرخ بتاريخ ٠٠ أوك٠٠<sup>7</sup>، إذ بمقتضى هذا القانون لم تعد وظيفة قائم بالإدارة في فرنسا مقتصرة على المساهمين فقط، وإنما يستطيع الأجنبي عن الشركة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يعين كقائم بالإدارة عند

Art. L. 225-20 C. com.fr : " Une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente.

Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement".

<sup>1</sup> المادة ٦١٢ ف. ٢ ق.ت.ج.

<sup>2</sup> Art. L. 225-20 al. 1 C. com. fr .

<sup>3</sup> Paris, 15 février 1990, Bull. Joly, 1990, p.523, n°136.

<sup>4</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات القانون التجاري، السنة الثالثة، غير مطبوعة، جامعة وهران، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.

<sup>5</sup> أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص. ١٩١.

<sup>6</sup> المادة ٦١٩ ف. ١ و ٢ ق.ت.ج: " يجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل على الأقل ٢٠% من رأسمال الشركة. ويحدد القانون الأساسي العدد الأدنى من الأسهم التي يجوزها كل قائم بالإدارة.

تخصص هذه الأسهم بأكملها لضمان جميع أعمال التسيير، بما فيها الأعمال الخاصة بأحد القائمين بالإدارة، وهي غير قابلة للتصرف فيها".

<sup>7</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, J.O.R.F. du 5 août 2008,

n°181, p.12471.

تأسيس الشركة من قبل الجمعية العامة التأسيسية. ومن ثم، فإن كل شخص يتمتع بكفاءة مهنية في ميدان التسيير والإدارة يستطيع أن يعين كقائم بالإدارة دون أن يكون بالضرورة مساهما في الشركة. والملاحظ أن بعض الفقه الفرنسي<sup>1</sup> أستحسن التعديل الذي قام به المشرع الفرنسي وقام بتأييده لأنه سمح لأشخاص ذو كفاءة علمية أو مهنية في التسيير بتعيينهم كقائمين بالإدارة من دون أن يكونوا مالكيين على أسهم في الشركة، كذلك فإن هذا التعديل القانوني ساهم في تبسيط وتيسير شروط تعيين أو تسمية القائمين بالإدارة ذلك أن اشتراط "صفة المساهم" في القائم بالإدارة لم تعد من النظام العام.

بيد أن القانون التأسيسي يمكن أن يشترط صفة "المساهم" لتعيين الشخص كقائم بالإدارة، أي أن يكون مالكا لعدد معين من أسهم<sup>2</sup>. وعليه، في حالة اشتراط مثل هذا البند التأسيسي، فإنه يجب أن يكون كل القائم بالإدارة مالكا لعدد من الأسهم، هذه الأخيرة تسمى "أسهم الضمان"، والجدير بالذكر أن تيار فقهي الفرنسي<sup>3</sup> انتقد وجود مثل هذه الأسهم، ذلك أنه يلاحظ في الحياة العملية أن الأشخاص المعينون كقائمين بالإدارة هم في الغالب أشخاص أجنبي عن الشركة يتمتعون بخبر مهنية عالية في مجال تسيير الأعمال الإدارية والمالية. ومن ثم، فإن اشتراط ملكية هذه الأسهم يؤدي إلى ظهور أسهم صورية، الأمر الذي يؤدي من جهة إلى وجود غش، ومن جهة أخرى يلاحظ أن مهمة الضمان التي تكفلها هذه الأسهم لم ترتقي إلى الهدف المنشود، إذ أنه عندما تنشأ مسؤولية القائم بالإدارة في حالة مثلا إفلاس الشركة أو توقفها عن الدفع يلاحظ أن الأسهم المسماة "أسهم الضمان" فقدت قيمتها وقد لا تغطي قيمة الديون.

والجدير بالذكر انه في حالة تعيين شخص كقائم بالإدارة ولم يكن مالكا للأسهم يوم التعيين، فإنه يعتبر مستقبلا بحكم القانون إذا لم يتم بتصحيح وضعيته خلال ثلاثة (٣) أشهر في التشريع الجزائري<sup>4</sup> وستة (٦) أشهر في التشريع الفرنسي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, n°375, p. 422 : " En faveur de la solution nouvelle, on a fait valoir qu'elle avait l'avantage de permettre à des personnes compétentes d'entrer au conseil sans être propriétaires d'actions et qu'elle simplifiait également les conditions de nomination des administrateurs dans les filiales de groupes".

<sup>2</sup> Art. L. 225-25 al. 1 C. com. fr " Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent ...".

<sup>3</sup> Ph. Merle, *op. cit.*, n° 375, p.423 : " Ces actions dites de garantie..., ont fait l'objet d'une double critique :  
- d'une part, dans les SA importantes, les administrateurs sont souvent des « managers » extérieurs à la société, ou des salariés d'autres sociétés du groupe choisis en raison de leurs compétence. Exiger d'eux qu'ils soient propriétaires de quelque actions de la société paraît totalement artificiel ;=  
=- d'autre part, la garantie offerte par ces actions était presque toujours illusoire : lorsque la responsabilité des administrateurs était mise en jeu, c'est que généralement la société était dans une situation proche de la cessation des paiements, et les actions avaient perdu beaucoup de leur valeur ".

<sup>4</sup> المادة ٦١٩ ف. ٣ ق. ت. ج: "إذا لم يكن القائم بالإدارة في اليوم الذي يقع فيه تعيينه مالكا للعدد المطلوب من الأسهم أو إذا توقفت أثناء توكيله ملكيته لها فإنه يعتبر مستقبلا تلقائيا إذا لم يصحح وضعيته في أجل ثلاثة أشهر".

<sup>5</sup> Art. L.225-25 al. 2 C. com. fr "Si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être =propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois".

### ٣- الأهلية القانونية الخاصة بالقائمين بالإدارة

لم يورد المشرع الجزائري نصا خاصا يتعلق بـ "الأهلية القانونية" لممارسة وظيفة قائم بالإدارة، والمقصود بـ "الأهلية" هو قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية، حيث يلاحظ أن القائم بالإدارة لا يمثل الشركة ولا يعتبر وكيلا عنها، فهو مجرد عضو في مجلس الإدارة وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup>، ذلك أن سلطة تمثيل الشركة تعود إلى رئيس مجلس الإدارة<sup>2</sup>. ومن ثم، فإن الأحكام العامة تقضي بأن تتوفر في الشخص المعين كقائم بالإدارة "الأهلية المدنية"<sup>3</sup>. وبالتالي، فإن "القاصر المرشد" يستطيع أن يعين كقائم بالإدارة باعتباره أنه يتمتع بنفس الأهلية القانونية التي يتمتع بها الشخص الراشد عند جمهور الفقهاء<sup>4</sup>. وتأسيسا لما سبق ذكره، فإنه لا يصح تعيين الشخص الراشد المصاب بالجنون أو العته كقائم بالإدارة ما دام أنه لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية مهما كان نوعها<sup>5</sup>.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري يلاحظ أن المشرع<sup>6</sup> "منح صفة التاجر لكل أعضاء مجالس الإدارة في الشركات التجارية بعنوان الشخص المعنوي الذي يضطلعون نظاميا بإدارته وتسييره، ويكون للأشخاص الأجانب الأعضاء في المجالس الإدارية والأعضاء في أجهزة التسيير والإدارة صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها، وهذا بغض النظر عن موطن إقامتهم عندما يعملون لحساب "الشخصية المعنوية"<sup>7</sup> التي يمثلونها". والجدير بالذكر أن جانب من الفقه الجزائري<sup>8</sup> انتقد منح القائمين بالإدارة صفة التاجر، ذلك أنهم "لا يمثلون الشخص المعنوي المتمثل في الشركة والقرارات المتخذة من طرفهم هي قرارات جماعية، حيث يحظر على القائمين بالإدارة اتخاذ قرارات فردية".

<sup>1</sup> Com., 27 mars 1990, Bull. civ. 1990, 4, n°102.

<sup>2</sup> F. Zéraoui, *La répartition des pouvoirs généraux entre le conseil d'administration et son président ?*, Rev. Entrep. Com, n°1, 2005, rejet n° 1, p. 30 : "Pouvoirs spécialement réservés au président du conseil d'administration : la direction et la représentation de la société (art. 638 al. 1 C. com)..., 2. Au titre de la représentation, c'est lui qui engage la société par sa signature lorsqu' il accomplit les actes en son= =nom et pour son compte, il la représente également en justice. Ce pouvoir est le corollaire du pouvoir de direction générale. A l'égard des tiers, il incarne la société".

<sup>3</sup> المادة ٤٠ ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (١٩) سنة كاملة".

<sup>4</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات الليسانس، السابقة الذكر.

<sup>5</sup> المادة ٤٢ ق.م.ج: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

<sup>6</sup> المادة ٣١ ق. ٩٠-٢٢، السالف الذكر. أيضا راجع المادة ٣ من أمر ٩٦-٠٧ المؤرخ في ١٠ يناير ١٩٩٦، يعدل ويتم القانون رقم ٩٠-٢٢ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٩٠ المتعلق بالسجل التجاري، ج. ١٤ ر. ١ يناير ١٩٩٦، ع. ٣، ص. ١٩.

<sup>7</sup> فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرجي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، إبن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، ٢٠٠٣، ص. ١٧٤: "لقد كرر المشرع نفس الخطأ اللغوي في النص بالصياغة العربية، حيث إستعمل كلمة "الشخصية المعنوية" بدلا من كلمة الشخص المعنوي،... يقصد بالعبارة الواردة في النص "الشركة"، أي الشخص المعنوي وهو الذي يتمتع بالشخصية المعنوية".

<sup>8</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع الأنف، ص. ١٨١: "ليس لأعضاء مجلس الإدارة الصفة التجارية لكونهم لا يديرون الشركة، فهم ينتمون إلى هيئة إدارية جماعية. ولذا، لا يحق لهم إتخاذ القرارات بصفة فردية".

وعليه، فإنه يستنتج أن "القاصر"<sup>1</sup> الغير المرشد لا يستطيع أن يعين كقائم بالإدارة، ولكن يستطيع أن يكون مساهما في الشركة باعتبار أن صفة المساهم لا تتطلب اكتساب صفة التاجر وفق التشريع الجزائري<sup>2</sup>، فالقاصر لا يمكن أن يكون تاجرا وهذا لحمايته من المخاطر اللصيقة بهذه الصفة<sup>3</sup>. وبالتالي، اشترط المشرع الجزائري<sup>4</sup> مجموعة من الشروط لكي يتمكن القاصر من اكتساب صفة التاجر ومباشرة الأعمال التجارية، تتمثل هذه الشروط في الترشيد، اكتمال ثماني عشرة سنة، الإذن، قيد الإذن في السجل التجاري<sup>5</sup>، والملاحظ أن الغاية في منح القائمين بالإدارة صفة التاجر هو جعل الأحكام القانونية تتناسب وتطبيق الأحكام المتعلقة بالإفلاس، لاسيما نص المادة<sup>6</sup> ٢٢ من القانون التجاري الجزائري.

إضافة إلى ما سبق ذكره، ينص المشرع الجزائري على إجبارية حصول الأجانب المعيّنين في المجالس الإدارية على "بطاقة التاجر الأجنبي"، باعتبار أن المشرع<sup>7</sup> منحهم صفة التاجر "بعنوان" الشخصية المعنوية<sup>8</sup> التي يضطلعون نظاميا بإدارتها وتسييرها". وبالتالي، يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع<sup>9</sup> حدد كفاءات حصول الأجانب على بطاقة التاجر. وعليه، يستوجب على القائمين بالإدارة الأجنبي الحصول على "بطاقة التاجر" التي يخضع تسليمها لأحكام تنظيمية محددة والتي تعتبر صالحة لمدة سنتين قابلة للتجديد<sup>10</sup>. وقد انتقد نفس التيار الفقهي<sup>11</sup> السابق الذكر منح أعضاء مجلس الإدارة صفة التاجر سواء كانوا من جنسية جزائرية أم لا، ذلك أنه من جانب لا يمارسون أعمال تجارية باسمهم الخاص، ومن جانب آخر يلاحظ أنهم لا يديرون الشركة، حيث أنهم ينتمون إلى هيئة جماعية، الأمر الذي يحظر عليهم اتخاذ قرارات فردية.

بالنسبة للتشريع الفرنسي يلاحظ أنه لا توجد أحكام من هذا القبيل، فالمشرع الفرنسي لم يمنح صفة التاجر للقائمين بالإدارة بعنوان الشخص المعنوي الذي يضطلعون بإدارته وتسييره، فالشركة وحدها هي التي تتمتع بصفة التاجر<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> يعتبر قاصرا كل من بلغ سن التمييز المحدد وفق التشريع الجزائري بثلاثة عشرة (١٣) سنة ولم يبلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشرة (١٩) سنة كاملة ( المادة ٤٣ من ج.م.ج المعدلة بموجب المادة ٢٠ من ق. ١٠-٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ يعدل ويتمم الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر ٢٦ يونيو ٢٠٠٥، ع. ٤٤، ص. ١٧٠).

<sup>٢</sup> المادة ٥٩٢ ف. أولى ق.ت.ج .

<sup>3</sup> M. Salah, Les sociétés commerciales, Les règles communes, La société en nom collectif, La société en commandite simple, T. 1, EDIK, éd., 2005, n°52, p.39: " Le mineurs ne peut être commerçant. Sa protection "contre les risque attachés à la qualité de commerçant" l'exige".

<sup>٤</sup> المادة ٥ ق.ت.ج.

<sup>٥</sup> راجع فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. ٣٤٠ وما بعدها لمزيد من المعلومات فيما يخص "القاصر المرشد" و"القاصر الجهل لممارسة التجارة".

<sup>٦</sup> فتية يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص. ١٥٣: "والظاهر أن المشرع منح هؤلاء (أعضاء مجلس الإدارة) صفة التاجر... وإلا كيف يبرر تطبيق كل الأحكام المتعلقة بالإفلاس عليهم".

<sup>٧</sup> المادة ٣١ ق. ٩٠-٢٢، السالف الذكر. أيضا راجع المادة ٣ من أمر ٩٦-٠٧، السابق الذكر.

<sup>٨</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع الأنف، هامش رقم ١٢٨٢، ص. ٣٣٥: "تعتبر عبارة "الشخصية المعنوية" الواردة في نص المادة ٣١ (قبل وبعد تعديلها) من القانون رقم ٩٠-٢٢ السالف الذكر غير مستحسنة من الناحية القانونية".

<sup>٩</sup> المادة ٣ من المرسوم التنفيذي رقم ٩٧-٣٨ المؤرخ بتاريخ ١٨ يناير ١٩٩٧، المتضمن كفاءات منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر، ج. ر. ١٩ يناير ١٩٩٧، ع. ٥، ص. ٤.

<sup>١٠</sup> المادة ٤ من المرسوم التنفيذي ٩٧-٣٨، السابق الذكر.

<sup>١١</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع الأنف، ص. ٣٣٤ وما بعدها.

<sup>12</sup> Art. L. 210-1 C. com. fr. : " Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions".

ومن ثم، ف"الأهلية المدنية" تكفي لأن يعين الشخص كقائم بالإدارة، الأمر الذي يفسح المجال للقاصر المرشد أن يعين كقائم بالإدارة، بحكم أنه يتمتع بنفس المركز القانوني الذي يتمتع به الشخص البالغ في إنجاز التصرفات المدنية<sup>1</sup>. إضافة إلى ذلك، يمكن تعيين الشخص الأجنبي كقائم بالإدارة دون أن يكون مجبر بإتمام الشروط القانونية المقررة بمقتضى النص التشريعي<sup>2</sup>، وعلى العكس لا يستطيع القاصر الغير مرشد أن يعين كقائم بالإدارة باعتبار أنه لم يبلغ بعد سن الرشد والمحدد بثمانية عشرة<sup>3</sup> (١) سنة كاملة<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الأردني، فإن المشرع<sup>4</sup> ينص أنه لا يجوز تعيين الشخص كقائم بالإدارة إذا كان عمره يقل عن إحدى وعشرين سنة وهذا على نقيض المشرعين الجزائري والفرنسي اللذين لم يحددا السن الأدنى للقائم بالإدارة. ومن ثم، استثنى المشرع الأردني القاصر سواء كان مرشدا أم لا من وظيفة القائم بالإدارة في شركة المساهمة.

#### ٤- حالات التنافي القانونية والمنع

يقصد بـ"حالات التنافي القانونية"<sup>5</sup> ظروف معينة يتنافى معها تعيين الشخص كقائم بالإدارة، حيث أنه إذا وجد الشخص الطبيعي أو المعنوي تحت تأثير هذه الأوضاع فإنه يستحيل تعيينه كقائم بالإدارة إلى أن تزول. نتيجة لذلك، فإن هذه الحالات تتميز بـ"الطابع النسبي"<sup>6</sup>. وقد حدد المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي النشاطات التي تتعارض مع ممارسة وظائف قائم بالإدارة، إذ يمنع تعيين قائم بالإدارة كمحافظ حسابات، ذلك أن مهام المراقبة تتعارض مع مهام التسيير<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Y. Guyon, , Droit des affaires, T.1, Droit commercial général et sociétés, Economica, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n°318, p. 334 : " L'administrateur doit être capable..., mais comme il n'a pas la qualité de commerçant, la capacité de droit commun suffit " .

<sup>2</sup> Art. L. 122-1 C. com. fr.:" Un étranger qui exerce sur le territoire français, sans y résider, une profession commerciale, industrielle ou artisanale, dans des conditions rendant nécessaire son inscription ou sa mention au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, doit en faire la déclaration au préfet du département dans lequel il envisage d'exercer pour la première fois son activité dans des conditions définies par décret".

<sup>3</sup> Art 414 C. civ. fr.:" La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis, à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance".

P. Bauvert, N. Siret, Droit des sociétés et autres groupements, Droit de l'entreprise en difficulté, ESKA, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 230.

<sup>4</sup> المادة ٨٩ مكرر من قانون الشركات الأردني.

<sup>5</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم ١٧٧، ص ٣٢٠. " يسميها المشرع في بعض النصوص القانونية "عدم الملائمات القانونية" ترجمة حرفية لـ "Incompatibilités légales" وهذه الكلمة غير مستحسنة لغويا إذ يقصد بالتعارضات "حالات التنافي القانونية".

<sup>6</sup> سعيد بوقرور، الأهلية القانونية لممارسة مهنة محافظ الحسابات في الشركات التجارية، مجلة المؤسسة والتجارة، ع ٤، ٢٠٠٨، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، ص ٨٧.

<sup>7</sup> المادة ٧١٥ مكرر ٤ ف. ٢ ق.ت.ج. وبالنسبة للتشريع الفرنسي:

Art. L. 822-10 al. 1 C. com. fr : "Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

<sup>1°</sup> Avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance;..".

وفي نفس الصدد، فقد منع المشرع الجزائري<sup>1</sup> الموثق والمحامي بالتدخل في إدارة أي شركة وذلك حفاظا على شرف المهنة والوظيفة وكذا استقلالها، كذلك منع المشرع<sup>2</sup> كل موظف يخضع لقانون الوظيفة العمومي مهما كان سلمه الإداري أن يعين كقائم بالإدارة، وهذا لأن المشرع حظر على الموظف ممارسة أي نشاط ذو مردود مادي. ويلاحظ أنه وبخلاف المشرع الجزائري فقد سمح المشرع الفرنسي للمحامي أن يعين كقائم بالإدارة، ولكن بشرط أن يكون قد مارس مهنة المحاماة لمدة لا تقل عن سبعة سنوات و أن يخضع أثناء تعيينه كقائم بالإدارة لمراقبة مجلس المنظمة<sup>3</sup>، كذلك الموثق يستطيع في التشريع الفرنسي أن يعين كقائم بالإدارة في الشركة ولكن يمنع عليه تلقي عقود الشركة المعين فيها كقائم بالإدارة<sup>4</sup> هذا بعدما كان في السابق يمنع عليه ذلك، ويضيف المشرع الفرنسي ويبين أن وظائف القائم بالإدارة تتعارض مع من يمارس وظيفة برلماني أو عضو في الحكومة وذلك بموجب الأمر المؤرخ بتاريخ ٢ أكتوبر ١٩٥٥ المعدل والمتمم بموجب قانون ٢ جانفي ١٩٧٥<sup>5</sup>.

أما بالنسبة للتشريع المصري، فقد أجاز المشرع<sup>6</sup> الجمع بين وظيفة المحامي ووظيفة القائم بالإدارة بدون أي شرط أو قيد، ذلك أن العضو في مجلس الإدارة في التشريع المصري لا يعتبر تاجرا. وعليه، فإن هذه الوظيفة لا تعتبر عاملا يؤثر على استقلالية وشرف مهنة المحاماة.

#### المطلب الثاني: الشروط الشكلية لتعيين القائمين بالإدارة الأولين

إن القاعدة التي اعتمدها المشرع الجزائري هي "أن تنتخب الجمعية العامة التأسيسية القائمين بالإدارة إذا ما لجأت شركة المساهمة إلى التأسيس المتتابع" وهذا على مثال نظيره الفرنسي. ومن ثم، فإنه لا بد على الجمعية العامة التأسيسية أن تجتمع وتتخذ القرار وفق النصاب المحدد في القانون<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> المادتين ١٩ و ٢٣ من ق. ٠٢-٠٦ المؤرخ في ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، السالف الذكر. راجع أيضا المادة ٢٧ من القانون رقم ١٣-٠٧ المؤرخ في ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣ المتضمن قانون المحاماة، ج. ر. ٣٠ أكتوبر ٢٠١٣، عدد ٥٥، ص. ٣.

<sup>2</sup> المادة ٤٥ من الأمر رقم ٠٣-٠٦ المؤرخ في ١٥ جويلية ٢٠٠٦ المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومي، ج. ر. ١٦ جويلية ٢٠٠٦، ع. ٤٦ ص. ٦ " يمنع على كل موظف مهما كانت وضعيته في السلم الإداري، أن يمتلك داخل التراب الوطني أو خارجه، مباشرة أو بواسطة شخص آخر، بأي صفة من الصفات، مصالح من طبيعتها أن تؤثر على إستقلاليته أو تشكل عائقا للقيام بمهمته بصفة عادية...".

<sup>3</sup> Décret n° 2004-397 du 4 mai 2004 modifiant le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, J.O.R.F du 7 mai 2004, n° 107, p. 8168.

<sup>4</sup> Décret n°2004-1304 du 26 novembre 2004 modifiant le décret n° 45-117 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut du notariat, J.O.R.F du 30 novembre 2004, n° 278, pp. 20329, 20330.

<sup>5</sup> Art. 15 de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, J.O.R.F. du 25 octobre 1958, p. 9727.

Art. 1<sup>er</sup> de la loi organique n° 72-64 du 24 janvier 1972 modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, J.O.R.F. du 25 janvier 1972, p. 1004.

<sup>6</sup> المادة ٥٢ من قانون المحاماة المصري رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨.

<sup>7</sup> المادة ٦٧٤ ف. ٢ و ٣ ق.ت.ج.

الفرع الأول: كيفية انعقاد واجتماع الجمعية العامة التأسيسية

١- إجبارية توافر النصاب القانوني

يلاحظ أن المشرع الجزائري أقر شروط محددة ومعينة لتداول أي انعقاد الجمعية العامة التأسيسية، حيث أوجب أن تنعقد هذه الجمعية وفق الشروط المقررة للجمعية العامة الغير العادية<sup>1</sup>. وبالتالي، لا تصح مداوات الجمعية التأسيسية إلا إذا كان عدد المساهمين والأصح المكتتبين الحاضرين أو ممثلي يملكون على الأقل النصف (½) من الأسهم في الدعوة الأولى، وعلى الربع (¼) في الدعوة الثانية، وإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير أي الربع يمكن تأجيل انعقاد الجمعية التأسيسية إلى شهرين على الأكثر مع الاحتفاظ بالنصاب القانوني الأخير أي الربع (¼)<sup>2</sup>. وهو نفس الموقف المستوحى من التشريع الفرنسي، فالمشرع الفرنسي هو الآخر أخضع الجمعية التأسيسية للشروط المقررة للجمعية العامة الغير عادية<sup>3</sup>، غير أن الملاحظ أن الجمعية التأسيسية لا تتداول بنفس النصاب القانوني المقرر في التشريع الجزائري، حيث أن الجمعية التأسيسية في التشريع الفرنسي لا تعقد جلساتها إلا إذا كان عدد المكتتبين الحاضرين أو الممثلين يملكون على الأقل الربع (¼) في الدعوة الأولى، وفي الدعوة الثانية الخمس، وفي حالة عدم اكتمال النصاب القانوني يمكن تأجيل الدعوة الثانية لانعقاد الجمعية التأسيسية إلى شهرين على الأكثر مع بقاء النصاب الخمس<sup>4</sup>. وعليه، فإنه يستنتج مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري على مثال المشرع الفرنسي أوجبا نصاب قانوني محدد لانعقاد الجمعية التأسيسية وبدون هذا النصاب لا تنعقد الجمعية التأسيسية ولا تستطيع اتخاذ قرار بشأن تعيين القائمين بالإدارة. وقد حاول بعض الفقه العربي<sup>5</sup> توضيح معنى مصطلح النصاب القانوني لانعقاد الجمعية وقد أقر على أنه "عدد الأسهم الحاضرة أو الممثلة، نسبة إلى مجموع رأس المال". وبالتالي، فجميع المكتتبين لهم حق حضور الجمعية التأسيسية، غير أنه يلاحظ أن هناك حالات قد يتعذر على المساهم "المكتتب" حضور الجمعية بنفسه لأسباب لإرادية، الأمر الذي يحتم عليه تفويض أشخاص آخرين لحضور الجمعية وهو ما سيتم الطرق إليه في الحين.

<sup>1</sup> المادة ٦٠٠ ف.٢ ق.ت.ج: "وتداول الجمعية التأسيسية حسب شروط اكتمال النصاب والأغلبية المقررة في الجمعيات غير العادية".

<sup>2</sup> المادة ٦٧٤ ف.٢ ق.ت.ج: "ولا يصح تداولها إلا إذا كان عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوة الثانية . فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير تأجيل اجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين على الأكثر وذلك م ن يوم استدعائها للاجتماع مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع دائما".

<sup>3</sup> Art. L. 225-9 al.2 C.com. fr " L'assemblée constitutive délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires".

L'article L. 225-9 al. 2 renvoie aux dispositions prévues par l'article L. 225-96 du Code de commerce français.

<sup>4</sup> Art. L. 225-96 al. 2 C. com. fr" Elle (L'assemblée générale extraordinaire) ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée".

<sup>5</sup> إلياس نصيف، الكامل في القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات البحر المتوسط ومشورات عويدات، بيروت، لب نان، الطبعة الأولى، ١٩٨٢، ص.٢٠٥.

## ٢- تمثيل المكتتبين في الجمعية العامة التأسيسية

من خلال استقراء النصوص القانونية يلاحظ أن المشرع الجزائري<sup>1</sup> سكت بشأن حق "المكتتب" في منح وكالة لتمثيله في الجمعية العامة وهذا بخلاف المشرع الفرنسي<sup>2</sup> الذي أقر صراحة على الحق في التمثيل بغرض المشاركة في القرارات الجماعية، غير أن الملاحظ أن المشرع اللبناني<sup>3</sup> حصر الأشخاص الذين تصدر لصالحهم الوكالة لحضور الجمعية التأسيسية، فهذه الأخيرة لا تكون صحيحة إلا إذا كانت محررة لفائدة أحد المكتتبين ويستثنى من هذا المنع الممثلون الشرعيون لفاقدي الأهلية. وبالتالي، فقد أكد جانب من الفقه اللبناني أنه لا تصح الوكالة في الحضور إلا إذا كانت صادرة لأحد المكتتبين أو لممثلي الشرعيون لفاقدي الأهلية<sup>4</sup>. وعلى العموم يلاحظ أنه يتوجب أن تكون الوكالة مكتوبة وممضية، إذ يجب أن تتضمن بيانات خاصة بالموكل، هذه الأخيرة تتمثل في اسمه، لقبه، عنوانه، وعدد الأصوات التي يحوزها أو يملكها<sup>5</sup>.

تنبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري<sup>6</sup> أقر أن "الشركاء في شركة المساهمة لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم". وبالتالي، لا يمكن مطالبتهم بما يفوق قيمة أسهمهم في الشركة مهما بلغت ديون الشركة، وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري لا يشترط أن يكتسب "المكتتب" المساهم صفة التاجر. وعليه، فإن جانب من الفقه الجزائري<sup>7</sup> يرى أنه لا يشترط في المساهم في شركة المساهمة أن يكون بالغا، فالقاصر يمكن له أن يكتسب صفة مساهم في شركة المساهمة<sup>8</sup>، غير أن الأحكام الخاصة بشركة المساهمة في التشريع الجزائري لا تنطبق على المساهمين القصر، الأمر الذي يحتم الرجوع إلى الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني<sup>9</sup>، والذي بمقتضاه ذهب جانب من الفقه جزائري<sup>10</sup> إلى الإقرار بإمكانية مشاركة المساهم القاصر المميز<sup>11</sup> في الجمعية وحجتهم في ذلك هو أنه من جهة يعتبر حضور الجمعية من قبيل الأعمال الإدارية التي لا تضر به، ومن جهة أخرى فإن القاصر المرشد يتمتع بأهلية مدنية وليس تجارية. غير أن الملاحظ أن إذا كان معتوها أو

<sup>1</sup> المادة ٦٠٠ ف. أولى من ق.ت.ج.

يستشف بالرجوع إلى أحكام المادة ٦٨١ من القانون التجاري أن المشرع الجزائري أقر إمكانية أن ينيب شخص آخر عن المكتتب في الجمعية.

<sup>2</sup> Art. L. 225-9 al. 1 C. com. fr: "Les souscripteurs d'actions prennent part au vote ou se font représenter dans les conditions prévues aux articles L. 225-106, L. 225-110 et L. 225-113".

<sup>3</sup> المادة ١٨١ من القانون التجاري لبناني.

<sup>4</sup> محمد فريد العريبي، محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص. ٢٢١.

<sup>5</sup> فاطمة حميدي جيلالي، الجرح المتعلقة بالجمعيات العامة في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحق وق، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص. ٩٨، ٩٩.

<sup>6</sup> المادة ٥٩٢ ف. أولى من ق.ت.ج.

<sup>7</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. ١٨٠: "يمكن تأسيس هذه الشركة (شركة المساهمة) حسب نظامين هما: النظام الكلاسيكي، أي شركة مساهمة ذات مجلس الإدارة أو النظام الجديد شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة. على كل، ليس للشريك في الشركتين صفة التاجر. فهو لا يقوم بالأعمال التجارية وفيما مسؤوليته، فهي بقدر الأموال التي قدمت يوم انضمامه إلى الشركة".

<sup>8</sup> M. Salah, *op. cit*, n° 52, pp.39 et 40: "...le mineur peut acquérir la qualité d'associé dans une S.A.R.L., de commanditaire dans une S. C.S ou dans une S.C.A. et d'actionnaire dans une S.P.A. En effet, ces qualités n'entraînent pas celle de commerçant et l'associé a sa responsabilité limitée au montant de son apport. "

<sup>9</sup> المادة ٤٣ ق.م.ج والمادة ٨٣ من ق.أسرة.ج.

<sup>10</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع الآنف، ص. ٣٤٠.

<sup>11</sup> القاصر المميز هو الشخص الذي من بلغ سن التمييز المحدد وفق التشريع الجزائري بثلاثة عشرة (١٣) سنة ولم يبلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشرة (١٩) سنة كاملة.

سفيها فينوب عنه الولي أو الوصي في غياب الوالدين، وفي حالة تعذر وجودهما فينوب عنه المقدم المعين من المحكمة بناء على طلب أحد أقاربه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: اتخاذ الجمعية العامة التأسيسية قرار التعيين

ينبغي الإشارة إلى أنه يجب المحافظة على النصاب القانوني المين أعلاه طوال انعقاد الجمعية التأسيسية وفي كل قرار مقترح. وعليه، فإن خروج المكتتبين من جلسة الجمعية يؤدي إلى عدم توافر النصاب القانوني. ومن ثم، عدم صحة قراراتها، نتيجة لذلك فقد ذهب جانب من الفقه الجزائري<sup>2</sup> إلى التأكيد على مراجعة النصاب القانوني أثناء افتتاح الجمعية التأسيسية وأثناء التصويت على كل قرار يخص جدول أعمال الجمعية التأسيسية.

وبالتالي، فإن السؤال يطرح حول كيفية مناقشة القرار الخاص بتعيين القائمين بالإدارة الأولين؟ وما هي الطريقة التصويت المعتمدة لاتخاذ قرار التعيين؟

#### 1- مناقشة الجمعية التأسيسية قرار تعيين القائمين بالإدارة الأولين

يستخلص من خلال استقراء أحكام القانون التجاري الجزائري أن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية مناقشة قرار موافقة على مشروع القانون الأساسي، تأسيساً لذلك تدخل جانب من الفقه الجزائري<sup>3</sup> وأقر على أن مناقشة القرار تسبق بالضرورة التصويت على القرار، ويرى نفس الفقه أن رئيس الجلسة هو الذي يفتح الجلسة بعد التحقق من النصاب القانوني السالف الذكر، وي طرح أمامه كافة الوثائق التي تثبت استدعاء المكتتبين، ويفتح باب مناقشة إقرار نظام الشركة وفق جدول أعمال الجمعية التأسيسية<sup>4</sup>. وعند الانتهاء من المناقشة تقوم الجمعية العامة التأسيسية بالتصويت على قرار إقرار نظام الشركة ولكن السؤال الذي يثير نفسه ما هي الطريقة المعتمدة في التصويت وما هو النصاب القانوني المقرر لاتخاذ القرار الخاص بتعيين القائمين بالإدارة الأولين؟

#### 2- تصويت الجمعية العامة التأسيسية على مشروع قرار التعيين

يجدر التذكير أنه يحق لكل مكتتب حضور جلسة الجمعية التأسيسية ولو بسهم واحد إما هو شخصياً أو بواسطة وكيل كما أنف قوله، حيث أن المشرع الجزائري نص على أن "لمكتتبي الأسهم حق الاقتراع بأنفسهم أو بواسطة ممثلهم"<sup>5</sup>. وعليه، فالسؤال المطروح كيف يتم التصويت الذي على أساسه تتخذ الجمعية التأسيسية قرار التعيين وما هي الطريقة المعتمدة؟

#### أ- شروط التصويت في الجمعية العامة التأسيسية

من المقرر قانوناً في التشريع الجزائري أن "لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها، دون أن يتجاوز ذلك خمسة (9%) بالمئة من العدد الإجمالي للأسهم. ولو كليل المكتتب عدد الأصوات التي يملكها موكله حسب نفس

<sup>1</sup> المادة 99 ق. الأسرة

<sup>2</sup> M. Salah, *op. cit*, n°70, p. 89: "La vérification du quorum s'impose à l'ouverture de l'assemblée et lors du vote de chaque résolution. Sans quorum, une assemblée ne peut délibérer valablement et il appartient, dans cette situation, au bureau de dresser procès-verbal de carence..."

<sup>3</sup> M. Salah, *op. cit*, n°71, p. 89: "Les débats précèdent nécessairement le vote des résolutions proposées".

<sup>4</sup> فاطيمة حميدي جيلالي، المدكرة السابقة الذكر، ص. 103، 104.

<sup>5</sup> المادة 602 ف. أولى ق. ت. ج.

الشروط ونفس الحد<sup>1</sup>. وعليه، فإن المشرع الجزائري أخضع التصويت لمبدأ "تناسب الأصوات" الذي يعتبر من النظام العام في التشريع الجزائري<sup>2</sup>، حيث أن كل مكتتب يتمتع بعدد من الأصوات يعادل عدد الأسهم التي أكتتب بها، دون أن يتعدى ذلك خمسة بالمئة من العدد الكلي للأسهم، وهو ما أكده جانب من الفقه الجزائري<sup>3</sup>. إلا أن المشرع الجزائري<sup>4</sup> نص على أن الجمعية العامة التأسيسية يمكن أن تنشأ أسهم عادية تتمتع بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي يحوزها بالفعل كل مكتتب، وبذلك فإن هذه الأسهم تعتبر ممتازة بالمقارنة بالأسهم العادية سواء كانت اسمية أو لحاملها، ولقد إنتقد جانب من الفقه الجزائري<sup>5</sup> مصطلح أسهم عادية ممتازة، باعتبار أن "الامتياز مرتبط بالسهم. وبالتالي، من غير المنطقي التحدث عن أسهم عادية"<sup>6</sup>، وكذا أن إنشاء مثل هذه الأسهم قد يمس بقاعدة تناسب الأصوات المقررة في التشريع الجزائري كقاعدة أمر<sup>7</sup>. غير أن جانب من الفقه العربي<sup>8</sup> يرى بأن إنشاء أسهم متعددة الأصوات من قبل الجمعية التأسيسية يسمح للمؤسسين باكتساب في أغلب الأحيان الأغلبية في الجمعية التأسيسية ولو لم تكن لديهم الأغلبية في رأس المال.

وعلى العموم سواء أنشأت الجمعية العامة التأسيسية مثل هذه الأسهم أم لا، فإنها تبت فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي (2/3) الأصوات المعبر عنها وهذا بمراعاة النصاب القانوني لانعقاد الجمعية والذي سبق وأن تم توضيحه، أي المكتتبين الحاضرين الذين يمثلون على الأقل النصف (1/2) من الأسهم في الدعوة الأولى، وعلى الربع (1/4) في الدعوة الثانية وإذا لم يكتمل النصاب الأخير لانعقاد جلسة الجمعية التأسيسية يجوز تأجيل اجتماع انعقاد الجمعية إلى شهرين على الأكثر مع بقاء النصاب المطلوب لصحة الاجتماع الربع (1/4)<sup>9</sup>.

ويستنتج مما سبق ذكره أنه إذا توفر النصاب القانوني لصحة انعقاد الجمعية، فإن هذه الأخيرة تبت في قرار تعيين القائمين بالإدارة الأولين وذلك عن طريق تصويت المكتتبين، حيث أن القاعدة تقضي بأن يجرى التصويت علنيا يمارسه

<sup>1</sup> المادة 603 ف. أولى ق.ت.ج.

<sup>2</sup> المادة 684 ق.ت.ج.

<sup>3</sup> M. Salah, *op.cit*, n°23, p.37: "...Le législateur a établi, dans cette forme de société, la règle de proportionnalité : le droit de vote attaché à l'action est proportionnel à la quotité de capital que ce titre représente, et il précise que chaque action donne droit à une voix au moins. Enfin, pour assurer le respect de la règle, le législateur déclare le droit de vote d'ordre public puisque toute clause contraire des statuts est réputée non écrite".

<sup>4</sup> المادة 715 مكرر 44 ق.ت.ج.: "يمكن تقسيم الأسهم العادية الإسمية إلى فئتين إثنين حسب إرادة الجمعية العامة التأسيسية،

تتمتع الفئة الأولى بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها، أما الفئة الثانية فتتمتع بإمتياز الأولوية في الإكتتاب لأسهم أو سندات إستحقاق جديدة".

<sup>5</sup> M. Salah, *op.cit*, n°11-2, p.25: "...Le privilège attribué à certains actionnaires(- le plus souvent, aux fondateurs de la société-) à la souscription en priorité de nouvelles actions constitue également une atteinte au principe de l'égalité entre les actionnaires".

<sup>6</sup> M. Salah, *op.cit*, n°10, p.23: "...Une remarque de terminologie s'impose. Dès lors qu'un privilège est attaché à ces actions, on ne saurait parler d'actions ordinaires...".

<sup>7</sup> المادة 684 من ق.ت.ج.

<sup>8</sup> مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1997، ص.

.416

<sup>9</sup> المادة 602 ق.ت.ج التي تحيل إلى المادة 674 ق.ت.ج.

المساهم "المكتتب" المساهم بكل حرية مهما كان عدد الأسهم التي يملكها، ولا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجريت العملية عن طريق الاقتراع<sup>1</sup>.

أما فيما يخص التشريع الفرنسي<sup>2</sup> يلاحظ أن المشرع الفرنسي هو الآخر نص على مبدأ التناسب " Le principe de "proportionnalité"، حيث أن كل شرط يخالف هذه القاعدة يعتبر كأن لم يكن، غير أن المشرع الفرنسي<sup>3</sup> خرق هذه القاعدة وأجاز إنشاء أسهم ذات صوت مضاعف أي إعطاء صوتين للسهم الواحد إذا ما توافرت شروط معينة<sup>4</sup>، ويستخلص من الشروط أن هذا النوع من الأسهم لا يتقرر إلا إذا نص عليه القانون الأساسي للشركة أو أقرته الجمعية العامة الغير عادية. يستنتج من الأحكام السارية المفعول، أن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة التصويت. وبالتالي، فقد اكتفى بالنص على أنه لا تؤخذ في الحسبان الأوراق البيضاء إذا ما اتخذ القرار عن طريق الاقتراع كما سبق ذكره. وتأسيسا على ذلك وجب البحث على مختلف الطرق المعتمدة في التصويت.

#### ب- طرق التصويت في الجمعية العامة التأسيسية

لم يبين المشرع الجزائري تطبقا لأحكام القانون التجاري طريقة التصويت، وملأ هذا الفراغ القانوني فقد تدخل الفقه الجزائري<sup>5</sup> وأقر على أن هناك طريقتين للتصويت، إما طريقة الأوراق وإما طريقة التعبير الصريح. تتجلى طريقة الأوراق في إعطاء المكتتب عند حضوره الجمعية ورقة، يدون فيها موقفه إما بالإقرار أو بالرفض أي المعارضة، أما فيما يخص طريقة التعبير الصريح فقد حاول جانب من الفقه الجزائري<sup>6</sup> توضيحه وأقر أن التعبير عن الرأي يتم بموجب "إما برفع اليد أو شفاهة بموجب المناداة اسميا على كل مساهم" مع بيان رأيه.

يجدر التنبيه إلى أن المشرع الجزائري كان قد بين كيفية ممارسة حق التصويت في إطار الأمر رقم ٥٩٧٥ المتعلق بالقانون التجاري<sup>7</sup>، غير أنه وبمقتضى تعديل هذا الأخير بموجب المرسوم التشريعي رقم ٠٨٩٣ المذكور سابقا، يلاحظ إلغاء كافة الإجراءات القانونية التي تبين طريقة التصويت في الجمعيات، وفي المقابل احتفظ بالأحكام الجزائية في حالة مخالفة

<sup>1</sup> المادة ٦٧٤ ف. ٣ ق. ت. ج.

<sup>2</sup> Art. L. 225-122 al. 1 C. com. fr: " Sous réserve des dispositions des articles L. 225-10, L. 225-123, L. 225-124, L. 225-125 et L. 225-126, le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite".

<sup>3</sup> Art. L. 225- 123 C. com. fr.

<sup>4</sup> Ph. Merle, *op.cit*, n°309, p.367 : "...Les conditions de création des actions à vote double sont les suivantes (art. L. 225-123) :

1. Le droit de vote double peut être attribué par les statuts ou par une assemblée générale extraordinaire. Il joue en principe pour toute assemblée.
2. Les actions doivent être entièrement libérées et le droit de vote double ne peut être accordé qu'aux actions pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins au nom d'un même actionnaire...".

<sup>5</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات ماجستير قانون الجنائي للأعمال، السابقة الذكر.

<sup>6</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات الليسانس، السابقة الذكر.

<sup>7</sup> المادتين ٦٤٥ و ٦٤٦ من الأمر رقم ٧٥-٥٩، السالف الذكر.

القواعد الإجرائية السابقة لانعقاد الجمعية العامة والأحكام الجزائية المتعلقة بضرورة تبليغ نموذج الوكالة<sup>1</sup>، وهو الأمر الذي قام جانب من الفقه الجزائري بانتقاده<sup>2</sup>. ومن ثم، فإنه يستحسن من المشرع الجزائري أن يتدخل ويقوم بتعديل أحكام القانون التجاري لإدراج الضوابط القانونية التي تحكم عملية التصويت في الجمعيات من أجل رفع اللبس الذي يشوب هذه العملية، ويجيز للمساهم إنابة زوجه أو مساهم آخر إذا تعذر عليه الحضور أصالة، لأن هذه التقنية من شأنها معالجة ظاهرة غياب المساهمين في الجمعيات العامة.

بالنسبة للتشريع الفرنسي فيلاحظ أن المشرع الفرنسي<sup>3</sup> وبخلاف المشرع الجزائري نظم عملية التصويت بضوابط قانونية، وأقر عدة طرق تساعد المساهم أي "المكتتب" في الإعلان عن رأيه اتجاه مشروع قرار التصويت، هذه الطرق تشمل التصويت بالمراسلة، التصويت بالطرق الإلكترونية، التصويت بالاقتراع، التصويت عن طريق التوكيل على بياض.

فيمثل التصويت بالمراسلة في أنه يسمح للمساهم أي "المكتتب" التعبير عن رأيه ولو لم يكن حاضرا في جلسة الجمعية، ويعتبر كل شرط كأن لم يكن<sup>4</sup>، والملاحظ أن طريقة التصويت هذه تتم بمقتضى استمارة تضعها الجمعية تحت تصرف المكتتب المساهم بناء على طلبه، ويجب أن تتضمن هذه الاستمارة مجموعة من البيانات الخاصة بالشركة، كراسمائها، مقرها، مدتها... إلخ، وبيانات أخرى تتعلق بطبيعة الجمعية.

وفي نفس السياق، فإنه يحق للمساهم "المكتتب" إما القبول أو المعارضة أو أن يمتنع عن التصويت، ويجب أن يصرح عن موقفه ثلاثة أيام قبل انعقاد جلسة الجمعية إذا لم يكن هناك بند تأسيسي يحدد أجل آخر<sup>5</sup>.

أما فيما يخص التصويت بالطرق الإلكترونية، فالملاحظ أنه ونتيجة للتطور التكنولوجي أوجد المشرع الفرنسي طريقة أخرى تستلزم استعمال وسائل سمعية بصرية متطورة، هذه التقنية خاصة بالاتصال عن بعد، حيث تسمح للمساهم "المكتتب" من جهة برؤية الجلسة وما يدور فيها من مناقشات، ومن جهة أخرى تخول له حق التصويت على القرار، وعلى كل فإن هذه الطريقة لا تكون صحيحة إلا إذا وجد بند تأسيسي يشترطها<sup>6</sup>.

ويجدر التنبيه أن عملية الانتخاب تتم عن طريق التصويت على المترشحين لمناصب القائمين بالإدارة وهذا إما عن طريق التعبير الصريح الذي يتم في الحياة العملية إما برفع الأيدي شأنه في ذلك شأن التصويت في البرلمان أو بالمناداة اسميا

<sup>1</sup> المواد ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨ ق.ت.ج.

<sup>2</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات الليسانس، السابقة الذكر.

<sup>3</sup> Arts. L. 225-96, L. 225-107 C. com. fr .

<sup>4</sup> Art. L. 225-107 al. 1 C. com. fr : " Tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en conseil d'Etat. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites".

<sup>5</sup> Arts. R. 225-75 à R. 225-78 C. com. fr.

<sup>6</sup> Art. L. 225-107 al. 2 C. com. fr " Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat".

على كل مكتب لإظهار رأيه بشأن المترشح<sup>1</sup>، وإما عن طريق الاقتراع وفي هذه الحالة فإنه لا تؤخذ بعين الاعتبار الأوراق البيضاء<sup>2</sup>، حيث تمنح للمكتب عند حضوره ورقة يدون فيها موقفه بشأن المترشحين<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق، يلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم في إطار أحكام الجمعيات العامة التي يتضمن جدول أعمالها تسمية القائمين بالإدارة الشركة بتبليغ أو بوضع تحت تصرف المساهمين والأصح في هذه الحالة المكتتبين معلومات معينة خاصة، تتمثل هذه الأخيرة في:

أ- اسم ولقب و سن المترشح والمراجع المتعلقة بمهنتهم ونشاطاتهم المهنية طيلة السنوات الخمسة الأخيرة، ولاسيما منها الوظائف التي يمارسونها أو مارسوها في شركات أخرى.

ب- مناصب العمل أو الوظائف التي قام بها المرشحون في الشركة وعدد الأسهم التي يملكونها أو يحملونها فيها<sup>4</sup>. وهذا تحت طائلة العقوبات الجزائية<sup>5</sup>.

وفي نفس الإطار، أكد المشرع الجزائري<sup>6</sup> أن قرار التعيين يؤخذ بـ"أغلبية ثلثي (2/3) الأصوات المعبر عنها" كما سبق ذكره. ومن ثم، فإنه يستنتج أن الأمر يتعلق باتخاذ قرار وليس بعملية تصويت لكل مترشح على حدى، فالجمعية العامة التأسيسية تقوم بالانتخاب بموجب العدد المحدد في نظام الشركة والمقدر بثلاثة قائمين بالإدارة على الأقل وإثني عشر على الأكثر، إذ لا يجوز للجمعية التأسيسية تعيين قائمين بالإدارة يقل أو يتعدى عددهم عن الحد القانوني. وبالتالي، فالقائمون بالإدارة المعينون هم الذين تحصلوا على أغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها.

أما فيما يتعلق بالتشريع الأردني، فإن عملية انتخاب القائمين بالإدارة تتم بالاقتراع السري<sup>7</sup>، وهو ما قام تيار من الفقه الأردني<sup>8</sup> بتوضيحه إذ يحق لجميع المكتتبين في الشركة الترشح، ولكل مساهم والأصح لفظ مكتب أن ينتخب عن نفسه، وإذا كان حائزا على وكالة فله الصلاحية أن ينتخب عن ذلك المساهم أيضا، ويرى هذا الجانب من الفقه أن الانتخاب يتم بقدر العدد المطلوب لعضوية مجلس الإدارة من بين المرشحين. وبالتالي، فالأشخاص المعينون كقائمين بالإدارة هم من تحصلوا على أغلبية الأصوات حسب العدد المحدد في النظام الأساسي للشركة والذي يجب أن يوافق النصاب القانوني الذي حدده المشرع الأردني الذي يتراوح بين ثلاث (3) وثلاثة عشر (13) شخصا.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فإن القاعدة المعمول بها في تعيين القائمين بالإدارة الأولين هي انتخابهم من طرف الجمعية العامة التأسيسية كما سبق ذكره، التي تتخذ قرار التعيين وفق شروط النصاب والأغلبية المقررة للجمعية العامة الغير العادية<sup>9</sup>، وتتم عملية التصويت على قائمة المترشحين في الواقع العملي في جلسة الجمعية برفع اليد<sup>1</sup>، ويجوز للقانون

<sup>1</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات الليسانس، السالفة الذكر.

<sup>2</sup> المادة 674 ف. 3 ق.ت.ج.

<sup>3</sup> فرحة زراوي صالح، محاضرات الليسانس، السابقة الذكر.

<sup>4</sup> المادة 678 الشطر. 5 ق.ت.ج.

<sup>5</sup> المادتين 818 و 819 ق.ت.ج.

<sup>6</sup> المادة 674 ف. 3 ق.ت.ج.

<sup>7</sup> المادة 132 ف. أ.ق. ش. الأردني.

<sup>8</sup> فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص. من 435 إلى 437.

<sup>9</sup> Art. L. 225-96 C. com. fr.

الأساسي للشركة أن يحدد عدد القائمين بالإدارة إجمالاً<sup>2</sup>. وبالتالي، قد يحدد الحد الأدنى والحد الأقصى مثال ذلك قد يحدد من ثلاثة إلى اثني عشر أو من خمسة إلى ثمانية عشر قائمين بالإدارة، الأمر الذي يمنح للجمعية العامة التأسيسية حرية أكثر في تحديد العدد. وتعتبر اللجنة الأوروبية للبورصة (La C.O.B) أن المساهم "المكاتب" له إمكانية ترشيح نفسه في جلسة الجمعية التأسيسية أثناء مناقشة جدول أعمال الجمعية المتعلقة بانتخاب القائمين بالإدارة، وهو ما أكده بعض الفقه الفرنسي<sup>3</sup>.

تجدد الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري أكد على إجبارية إعلان القائم بالإدارة قبول الوظائف التي أوكلت له وهذا على غرار نظيره الفرنسي والأردني<sup>4</sup>، ويجب إثبات هذا القبول في محضر جلسة الجمعية التأسيسية. وبالتالي، فإنه يستنتج أنه لا يؤخذ بالقبول الضمني، حيث أن الشركة تعتبر قائمة وموجودة من تاريخ قبول القائمين بالإدارة وليس من يوم التعيين<sup>5</sup>. ومن ثم، يبدأ احتساب مدة عضوية الشخص المعين كقائم بالإدارة في أول مجلس الإدارة من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة التأسيسية المتعلقة باختيار أول مجلس إدارة إلى أول جمعية عامة عادية تعقد للنظر في الميزانية وحساب النتائج للسنة المالية الموالية.

وعلاوة إلى ذلك، فإن المشرع الجزائري أخضع قرار تعيين القائمين بالإدارة من جهة إلى التسجيل لدى المركز الوطني للسجل التجاري<sup>6</sup>، ومن جهة أخرى إلى إجراءات النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية<sup>7</sup>، وهذا بغرض إعلان التعيين وإعلام الغير، حيث أن قرار تعيين القائمين بالإدارة لا يكون ساري المفعول اتجاه الغير إلا من تاريخ إعلامه بمقتضى إجراءات الشهر. وبالتالي، فإنه لا يمكن الاحتجاج بهذه التعيين اتجاه الغير إذا لم تحترم هذه الإجراءات الشكلية الخاصة بالتسجيل والنشر<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, LGDJ, Paris, T. 1, V. 7, 18<sup>ème</sup> éd., par M. Germain, 2002, n°1629, p.403 : " Le scrutin de liste peut être utilisé. Dans la pratique le vote à lieu à mains levées..." .

<sup>2</sup> Ph. Merle, *op.cit*, n° 373, p. 421 : "...Les statuts peuvent librement fixer le nombre des membres du conseil. Généralement ils prévoient un minimum et un maximum ( de 3 à 12 ; de 5 à 18...), ce qui donne plus de liberté à l'assemblée générale " .

<sup>3</sup> G. Ripert et R. Roblot par M. Germain, préc : " La C. O. B. estime qu'un actionnaire a toujours la possibilité de se porter candidat au cours de la réunion de l'assemblée, lors de la discussion de la partie de l'ordre du jour concernant l'élection des administrateurs " .

تجدد الإشارة إلى أن اللجنة الأوروبية للبورصة ( La C. O. B ) استبدلت بسلطة الأسواق المالية (A.M.F)

<sup>4</sup> المادة 600 ف. 2 ق.ت.ج، المادة 149 من ق.ش. الأردني، وبالنسبة للتشريع الفرنسي: Art. L. 225-7 al. 2 C. com. fr.

<sup>5</sup> فتيحة يوسف المولودة عماري، المرجع السابق الذكر، ص. 144.

<sup>6</sup> المادة 548 ق.ت.ج .

<sup>7</sup> المواد 12، 13، 14، ق. 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج. ر 18 أوت 2004، ع. 52، ص. 4.

<sup>8</sup> فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 467، 468: "تعتبر من قبيل "العقود التأسيسية" العقود التي تصدر عن الجمعية التأسيسية، وبما أن قرار تعيين القائمين بالإدارة الأولين يعتبر من بين عقود مرحلة تأسيس الشركة، فإنه من الإجمالي تسجيله وإشهاره وفقا لإجراءات التسجيل والشهر".

وفي الأخير ومن خلال الدراسة، فإنه يتبين لنا أنه لتعيين الهيئة الإدارية أثناء تأسيس شركة المساهمة باللجوء العلني للادخار المتمثلة في القائمين بالإدارة الأولين يتوجب أن تتوفر من جهة شروط موضوعية وشروط شكلية من جهة أخرى، حيث ألزم المشرع الجزائري أن يكون الشخص المعين كقائم بالإدارة من بين المساهمين في الشركة سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا أن وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي عدل عن هذا الشرط بموجب قانون تحديث الاقتصاد المؤرخ بتاريخ ٠١ أوت ٢٠٠٠، إذ فسح المجال لأشخاص ذو خبرة في مجال تسيير الأمور الإدارية خارج الشركة أن يكونوا من ضمن الهيئة الإدارية خاصة وأنه في أغلب الأحيان لا يكون لرجال الأعمال الخبرة والدراية الكافية للقيام بالأعمال الإدارية. ومن ثم، فإنه يستحسن على المشرع أن يتدخل وأن يحذو حذو المشرع الفرنسي بعدم اشتراط شرط صفة المساهم يسمح لذوي الكفاءة في ميدان تسيير الإداري أن يتم تعيينهم في الهيئة الإدارية.

### قائمة المصادر باللغة العربية

#### I- أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي

- الأمر رقم ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون التجاري، ج.ر. ١٩ سبتمبر ١٩٧٥، عدد ١٠١، ص. ١٠٧٣.
- المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٨ المؤرخ في ٢٥ أبريل ١٩٩٣، الذي يعدل ويتمم الأمر رقم ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون التجاري، ج.ر. مؤرخة في ٢٧ أبريل ١٩٩٣، عدد ٢٧، ص. ٣.
- المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٠ المؤرخ في ٢٣ ماي ١٩٩٣ المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٣-٠٤ المؤرخ في ١٧ فبراير ٢٠٠٣، ج.ر. ٢٣ ماي ٢٠٠٣، عدد ٣٤، ص. ٢٠.
- أمر ٩٦-٠٧ المؤرخ في ١٠ يناير ١٩٩٦، يعدل ويقسم القانون رقم ٩٠-٢٢ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٩٠ المتعلق بالسجل التجاري، ج.ر. ١٤ يناير ١٩٩٦، عدد ٣، ص. ١٩.
- المرسوم التنفيذي رقم ٩٧-٣٨ المؤرخ بتاريخ ١٨ يناير ١٩٩٧، المتضمن كفاءات منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر، ج.ر. ١٩ يناير ١٩٩٧، عدد ٥، ص. ٤.
- القانون رقم ٠٥-١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ يعدل ويتمم الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. ٢٦ يونيو ٢٠٠٥، ع. ٤٤، ص. ١٧.
- الأمر رقم ٠٦-٠٣ المؤرخ في ١٥ جويلية ٢٠٠٦ المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومي، ج.ر. ١٦ جويلية ٢٠٠٦، ع. ٤٦، ص. ٦.
- القانون رقم ١٣-٠٧ المؤرخ في ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣ المتضمن قانون المحاماة، ج.ر. ٣٠ أكتوبر ٢٠١٣، عدد ٥٥، ص. ٣.

#### II- المراجع العامة حسب التسلسل التاريخي

- إلياس نصيف، الكامل في القانون التجاري، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات البحر المتوسط ومشورات عويدات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٢.
- أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص. ١٩١.

- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧.

- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، ٢٠٠٣.

- محمد فريد العريبي، محمد السيد الفقي، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.

- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.

- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.

### III - المقالات الفقهية والمذكرات حسب التسلسل التاريخي

- سعيد بوقرور، الأهلية القانونية لممارسة مهنة محافظ الحسابات في الشركات التجارية، مجلة المؤسسة والتجارة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، عدد ٤، ٢٠٠٨.

- فاطيمة حميدي جيلالي، الجرح المتعلقة بالجمعيات العامة في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

### ٧- المحاضرات حسب التسلسل التاريخي

- فرحة زراوي صالح، ماجستير قانون الأعمال المقارن، محاضرات المصطلحات القانونية، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

- فرحة زراوي صالح، محاضرات القانون التجاري، السنة الثالثة، جامعة وهران، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.

## Bibliographie en langue française:

### I- Textes législatifs et réglementaires

- C. com. fr., éd., 2011 ( Code de commerce Français)

- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, J.O.R.F. du 5 août 2008, n°181, p.12471.

- Décret n° 2004-397 du 4 mai 2004 modifiant le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, J.O.R.F du 7 mai 2004, n° 107, p. 8168

- Décret n°2004-1304 du 26 novembre 2004 modifiant le décret n° 45-117 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut du notariat, J.O.R.F du 30 novembre 2004, n° 278, pp. 20329, 20330.

- Loi organique n° 72-64 du 24 janvier 1972 modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, J.O.R.F. du 25 janvier 1972, p. 1004.

## II- Ouvrages par ordre alphabétique

- P. Bauvert, N. Siret, *Droit des sociétés et autres groupements, Droit de l'entreprise en difficulté*, ESKA, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2001.
- Y. Guyon, *Droit des affaires*, T.1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., 2003,
- J. Hémar, F. Terré et P. Malibat, *Les sociétés commerciales*, Dalloz, 1972.
- Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008,
- M. Salah, *Les sociétés commerciales, Les règles communes, La société en nom collectif, La société en commadite simple*, T. 1, EDIK, éd., 2005

## III- Articles par ordre alphabétique

- M. Salah et F. Zéraoui-Salah, *Actualités législatives et réglementaires de droit économique pour les années 1997à 2000, 1<sup>er</sup> trimestre 1998*, Rev. Entrep. com, n° 1, 2005.
- F. Zéraoui, *La répartition des pouvoirs généraux entre le conseil d'administration et son président ?*, Rev. Entrep. Com, n°1 , 2005.

## V- Jurisprudence française par ordre chronologique

- Paris, 15 février 1990, Bull. Joly, 1990, p.523, n°136.
- Com., 27 mars 1990, Bull. civ. 1990, 4, n°102.





ISSN 2415-4946

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016