

# مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد

17

السابع عشر

مدير النشر  
أقارة وليد  
رئيس التحرير  
د نبيلة بن يوسف  
ن. رئيس التحرير  
د محمد فيصل ساسي



ISSN 2392-5175

EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES  
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ [revuenadwa.jimdo.com](http://revuenadwa.jimdo.com) email/ [revue.nadwa@gmail.com](mailto:revue.nadwa@gmail.com)

N°

17

Directeur  
De La Publication  
Kara Ouahid  
Redacteur En Chef  
Nabila Ben Youcef  
Vice , Redacteur En Chef  
Mohamed Faycal Sassi



ISSN 2392-5175

## التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي. تحوز على الترتيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالإضافة الى أعداد خاصة ) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمشياتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة - أ. قارة وليد

رئيسة التحرير - د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير: د. ساسي محمد فيصل

### اعضاء هيئة التحرير

- أ.مقراني ريمة - أ.شيباني نضيرة -

أ.ثوابتي ايمان ريمة سرور - أ.عماروش سميرة- سويح دنيا زاد

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

## مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

الترقيم الدولي : ISSN2392-5175



مجلة الندوة للدراسات القانونية  
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (17) - ديسمبر / 2017

## الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات- عضو نقابة المحامين- مصر
- أ.د فوزي أوصديق-رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني- استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار-استاذ التعليم العالي- مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة-كلية الحقوق و العلوم السياسية -جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - استاذ التعليم العالي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- أ.د . بوعزة ديدن - استاذ التعليم العالي-كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- أ.د . بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم . السودان- مصر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور- خنشلة - الجزائر
- د . اسعد حورية - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . نجاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدامارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) - مصر
- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار- تونس
- د . بوزيان راضية - استاذة محاضرة - عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر- قسم إدارة الأعمال- جامعة شقراء- المملكة السعودية
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1. قسنطينة - الجزائر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تيوك - المملكة السعودية - مصر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن

- د . خلف الله عبد السلام محمد- استاذ محاضر- كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - ليبيا
- د . خضراوي الهادي- استاذ محاضر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بخوية ادريس - استاذ محاضر- كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهيدي- الجزائر
- د . السبي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة محمد خير- الجزائر
- د . عثمانية كوسر - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور - الجزائر
- د . حساني خالد - أستاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - الجزائر
- ا . محديد حميد - اعضاء هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور - الجزائر
- ا . ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

\* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

\* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيباً أبجدياً، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.

\* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

\* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

\* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

\* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

\* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقاً في أي مجلة أخرى .

\* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

\* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

\* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة

## قواعد النشر في

### مجلة الندوة للدراسات القانونية :

\* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.

\* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

\* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

\* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .

\* تقدم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

\* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .

\* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

\* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain

\* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في

أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان

المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.

## فهرس البحوث و الدراسات

- 01- أثر اختلال شرط تعدد الشركاء على الشركة - "دراسة في قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015  
د. مؤيد حسن الطوالبه- استاذ القانون التجاري - كلية المدينة الجامعية بعجمان ص004
- 
- 02- الحقوق المالية للموظف العام في ضوء قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني 2015/ 2016  
أ . عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم  
ص042
- 
- 03- نطاق الحماية الجزائية للصفقات العمومية قبل صدور قانون مكافحة الفساد.  
أ. بن غفور حفصة باحنه - كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سيدي بلعباس - الجزائر-  
ص 069
- 
- 04- ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية ) رؤية قانونية  
د. ايناس خلف الخالدي - كلية الدراسات القضائية والأنظمة- جامعة أم القرى - السعودية  
ص090
- 
- 05- دور العقار الصناعي في تنمية الاستثمار  
د. بن طيبة صونية - أستاذة محاضرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة العربي التبسي- الجزائر  
ص114
- 
- 06- إجراءات التحصيل الجبري لإشتراقات الضمان الإجتماعي عن طريق الجدول

---

أ.بريـح محي الدين - أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن  
احمد- الجزائر ص 132

---

07- الأحكام العامة للسـمسار أو الوسيط البحري

### Dispositions générales du courtier maritime

أ. بن غالم بومدين و أ.د واعلي جمال - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة  
تلمسان - الجزائر ص 144

---

08- الإبلاغ عن الفساد وتبييض الأموال في إطار الصّفقات العمومية

أ. جاوي حورية - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيارت - الجزائر ص 165

---

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات

المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمان الرحيم



## أثر اختلال شرط تعدد الشركاء على الشركة "دراسة في قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

د. مؤيد حسن الطوالبه

استاذ القانون التجاري المساعد

كلية المدينة الجامعية بعجمان - الإمارات العربية المتحدة

### ملخص

الشركة هي عبارة عن عقد ويشترط لا برامة توافر الشروط الموضوعية العامة الرضا والمحل والسبب وايضاً ان عقد الشركة يتطلب مجموعة من الاركان أو ما يسمى الشروط الموضوعية الخاصة وهي تعدد الشركاء وتقديم الحصص واقتسام الارباح والخسائر ونية المشاركة وهناك أيضاً شروط شكلية فرضها المشرع من اجل اكمال اجراءات تأسيس الشركة وهي شرط الكتابة وشرط التسجيل في السجل التجاري. ويعد شرط تعدد الشركاء شرط ابتداء وشرط انتهاء بالنسبة إلى الشركة وقد وضع المشرع احكام خاصة تحكم عدد الشركاء ، في كل نوع من انواع الشركات ، وبذلك بتحديد الحد الادنى للشركاء أو المؤسسين والحد الأعلى لبعض الشركات . وقد وضع المشرع الاتحادي في قانون الشركات التجارية الجديد بعض المعالجات للحد من انقضاء الشركة اذا اختل فيها شرط تعدد الشركاء ، وقد كانت هذه المعالجات موفقه ، قياساً لما كان عليه الحال في القانون الملغى ، الا ان تلك المعالجات لم تكن شاملة لجميع المشاكل التي تعترى الشركات بمناسبة اختلال شرط تعدد الشركاء مما سيؤدي بالضرورة إلى انقضاء الشركة وتصفيتهما لهذا السبب دون ان تكون قد واجهة تعثر في الامور المالية مثلاً. ولذلك ارتأيت ان ابحث في هذه النقطة لمحاولة وضع الاقتراحات والحلول للحد من انقضاء الشركة بسبب نقصان أو زيادة عدد الشركاء في الشركة.

## **Abstract**

**The company is a contract required for the conclusion of the availability of public objective conditions of satisfaction and shop and why and also held the company requires a set of Staff or the so-called special objective conditions of a multiplicity of partners and provide quotas and the sharing of profits and losses and the intention to participate and there are also conditions formality imposed legislator in order to complete the company establishment procedures which writing requirement and the requirement for registration in the commercial register.**

**The requirement of multiple partners from the requirement and the requirement for the end of the legislature company has special provisions governing the number of partners, in every kind of companies, thereby determining the minimum or the founding partners and the upper limit for some companies. Federal legislator has put in the new Commercial Companies Law, some processors to reduce the expiration of the company if the misfire condition multiple partners, were these processors Mumvgah, compared to what was the case in the law repealed But these treatments were not inclusive of all the problems plaguing companies on the occasion of the disruption of multiple partners clause which will necessarily lead to the expiration of the company's liquidation and for this reason without having interface tumble in financial matters, for example. Therefore I suggested to look at this point to try to put the suggestions and solutions to curb the expiration of the company due to the decrease or increase the number of partners in the company.**

مقدمة

تعد الشركات التجارية العامود الفقري للاقتصاد الوطني حيث تمارس نشاط استثماري من خلال المشاريع الاقتصادية المختلفة ، ولذلك أولاهها المشرعين عناية كبيرة من خلال سن قانون الشركات لتنظيم عمل تلك المؤسسات من جميع النواحي بدءاً من ابرام العقد وصولاً إلى مرحلة الانقضاء والتصفية . وقد كان للمشرع الاتحادي اهتمام كبير في سن الاحكام الخاصة المنظمة للشركات من خلال اصدار قانون الشركات الجديد رقم 2 لسنة 2015 والذي جاء عوضاً عن القانون السابق قانون الشركات التجارية الاماراتي رقم 8 لسنة 1984 ، حيث عالج المشرع في القانون الجديد الكثير من الاحكام الجوهرية التي لم ترد في القانون السابق ومنها ما يتعلق في معالجة أوضاع الشركات والمحافظة على استمرارها في نشاطها ، واعطاء الاستثناءات الخاصة لجعل الشركة بعيدة عن شبح الانقضاء والحل ، حيث ان القانون السابق لم يضع معالجات لحالات التعثر التي قد تصيب الشركة وتؤدي بها إلى الحل والتصفية ، بينما نجد ان القانون الجديد قد وضع الكثير من تلك المعالجات التي غفل عنها القانون السابق للمحافظة على نشاط الشركة خصوصاً وان دولة الامارات العربية المتحدة تعد مركز استقطاب للاستثمار العالمي وهذا الامر يقتضي وضع الكثير من المعالجات والقوانين والأنظمة لتشجيع الاستثمار ومعالجة حالات التعثر والاختلالات المتعددة التي قد تصيب الشركة أثناء مدة حياتها . وقد صدر قانون الشركات الجديد لذلك وكذلك تبعة قانون الافلاس لسنة 2016 لمعالجة حالات التعثر المالي . ومن تلك المعالجات التي تناولها قانون الشركات التجارية الجديد لسنة 2015 انه وضع حل لحالة اختلال شرط تعدد الشركاء في كافة أنواع الشركات لمحاولة اعطائها الفرصة للاستمرار ، اذ ان تحديد عدد الشركاء في الحد الأدنى والحد الأعلى يعد من الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة وهي عبارة عن أحكام قانونية تقتضيها طبيعة الشركات . بيد ان تلك المعالجات لم تكن كافية للمحافظة على حياة الشركة وكان لابد من معالجة الموضوع للوقوف على مدى كفاية تلك المعالجات وإبداء الرأي والاقترح بخصوص وضع الحلول للإبقاء على حياة الشركة كونها مؤسسة اقتصادية ومالية تسهم في دعم الاقتصاد الوطني

**اهمية البحث**

تكمن اهمية البحث في كون أن شرط تعدد الشركاء، يتحكم بمصير الشركة ،اذ أن المشرع منحه أهمية بالغه من ناحية بقاء الشركة أو حلها أو تغيير شكلها القانوني ، ويعد هذا الشرط ، شرط ابتداء وشرط انتهاء، وهو أحد

الشروط الموضوعية الخاصة لتكوين أي شركة من الشركات التي نص عليها قانون الشركات التجارية الاتحادي. بالإضافة لخلو المكتبة القانونية من أي بحث متخصص لمثل هذا الموضوع وخصوصاً بعد صدور قانون الشركات التجارية الاتحادي الجديد رقم 2 لسنة 2015.

### مشكلة البحث

تدور مشكلة البحث حول استمرار الشركة في نشاطها وانقضائها نتيجة تخلف شرط تعدد الشركاء أو اختلاله إذ انه يعد شريان حياة الشركة أو فقداها ، وان المعالجات التي جاءت بها أحكام القانون هي عبارة عن استثناءات ولياجوز التوسع في الاستثناء ، ومع ذلك نجد أن هذه المعالجات لم تشمل جميع الشركات التي نص عليها القانون ، سواء الشركات المستحدثة أو الشركات التي كان ينص عليها القانون السابق. وتبرز المشكلة من خلال التساؤلات التالية:-

1. ماهي الشروط اللازمة لتكوين الشركة؟
2. ما مدى أثر اختلال الشرط على فقدان الشركة لحياتها؟
3. هل أن المعالجات القانونية كانت كافية من اجل استمرار الشركة؟
4. ما حكم الحالات التي لم يعالجها المشرع ، والمتعلقة باستمرار الشركة؟
5. هل أن المعالجات القانونية عن طريق الاستثناء كانت كافية لاستمرار الشركة؟

### منهج الدراسة

سنعتمد في بحثنا هذا على المنهج الوصفي التحليلي لمناقشة شرط تعدد الشركاء لجميع الشركات التي أوردها المشرع وبيان المعالجات القانونية المستحدثة والحالات التي لم ينص المشرع عليها، وذلك من خلال خطة بحث علمية مقسمة إلى ما يلي:-

المبحث الاول - شروط تكوين الشركة

المطلب الاول - الشروط العامة

المطلب الثاني - الشروط الخاصة

المطلب الثالث الشروط الشكلية

المبحث الثاني - أثر اختلال الشرط على شركات الاشخاص

المطلب الاول - شركة التضامن

المطلب الثاني - شركة التوصية البسيطة

المبحث الثالث - أثر اختلال الشرط على شركات الأموال

المطلب الاول - الشركة ذات المسؤولية المحدودة

المطلب الثاني - الشركة المساهمة العامة

المطلب الثالث - الشركة المساهمة الخاصة

المطلب الرابع - شركة الشخص الواحد

## المبحث الاول

## شروط تكوين الشركة

تنص المادة (8) الفقرة (1)، من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015، على تعريف الشركة بانها " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة." وقد جاءت الفقرة (2) من ذات المادة لتبين ماهية المشروع الاقتصادي بقولها " يشمل المشروع الاقتصادي في حكم البند (1) من هذه المادة كل نشاط تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري، أو غير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي."

هذا وقد عرفت المادة (654) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987، الشركة بانها " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة". ومن ما ورد يتضح أن الشركة عقد ولا بد من توافر الشروط العامة للعقد، وايضا أن النصوص أشارت إلى الشروط الخاصة لعقد الشركة، هذا بالإضافة إلى ما يتطلبه القانون من شروط شكلية لتكوين الشركة. وسنرى ذلك تباعا وكما يلي:-

## المطلب الاول

## الشروط الموضوعية العامة

لابد لنشوء عقد الشركة صحيحاً من توافر الاركان العامة التي يتطلبها القانون في أي عقد، وهي الرضا والمحل والسبب. وسنعرض لها كما يلي :-

## اولاً - الرضا

الرضا هو التعبير عن ارادة المتعاقدين ويتكون من الايجاب والقبول، اذ يجب أن يصدر الايجاب ويقترن به القبول عند انعقاد الشركة بناء على رضا جميع الاطراف، ويجب أن ينصب الرضا على جميع بنود عقد الشركة، ك رأس المال ونوع النشاط الاقتصادي ومقدار حصة كل شريك في الشركة وطبيعة الشركة وايضاً الشكل القانوني

الذي تتخذه الشركة بالإضافة إلى طريقة ادارة الشركة وكافة الشروط والالتزامات والحقوق المتولدة عن عقد الشركة.<sup>1</sup>

ومن الجدير بالذكر أن الرضا لا يكفي أن يكون موجوداً إنما يتطلب الأمر أن يكون الرضا صحيحاً ونحالياً من عيوب الرضا،<sup>2</sup> وهي الاكراه والغلط والتدليس مع الغبن والاستغلال . ويمكن تصور وقوع عيب الغلط كما اذا قبل المتعاقد الاشتراك في الشركة معتقداً أنها ذات مسؤولية محدودة واتضح أنها شركة تضامن ، عند اذاً يحق له طلب بطلان العقد لوقوعه في الغلط.<sup>3</sup>

هذا وبالنسبة للأهلية المطلوبة للتعاقد فهي لكل من اتم إحدى وعشرين سنة ميلادية<sup>4</sup> . وتجدر الإشارة إلى امكانية السماح للقاصر المأذون أن يكون طرفاً في عقد الشركة ، فقد اختلف الرأي حول ذلك الامر بين من يذهب إلى امكانية تعاقد الصغير المأذون بالتجارة بمزاولة التجارة مطلقاً لأي نوع من أنواع الشركات، في حين يرى اخرون أن الإذن الذي يعطى للصغير المميز لممارسة التجارة هو تجرية له ولا بد من حماية القاصر من الرجوع عليه بديون الشركة التي قد تستغرق كل أمواله عندما يكون مثلاً شريكاً متضامناً. وبناءات على تلك المعطيات فانه لا يمكن للقاصر أن يكون طرفاً في عقد لشركة تضامن ، اما اذا كان المطلوب من التعاقد هو تكوين شركة اموال كشركة ذات المسؤولية المحدودة أو الشركة المساهمة العامة ، فانه يمكن للقاصر أن يكون شريكاً في عقد تلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة لضمان عدم التنفيذ على الأموال الخاصة للقاصر اذ اصاب الشركة افلاس.<sup>5</sup>

ثانياً- المحل

المحل هو الغرض الذي تأسست الشركة من اجله، أي المشروع الاقتصادي،<sup>6</sup> الذي تقوم عليه الشركة أيأ كان النشاط المتخذ وفقاً للفقرة الثانية من المادة (8) من قانون الشركات . ويجب أن يكون محل عقد الشركة مشروعاً

<sup>1</sup> د. فايز نعيم رضوان - الشركات التجارية - الطبعة الاولى - مطابع البيان التجارية - دبي - 1989 - ص 32.

<sup>2</sup> المواد (176- 198) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بقانون رقم (1) لسنة 1987.

<sup>3</sup> د. شريف محمد غنام - الشركات التجارية - دار احمد منصور للطباعة - مصر - 2008 - ص 42.

<sup>4</sup> المادة (18 / 1) معاملات مدنية اتحادي.

<sup>5</sup> د. فوزي محمد سامي - الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة - مكتبة الجامعة - الشارقة - 2015 - ص 28

<sup>6</sup> المادة (8) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 " يشمل المشروع الاقتصادي في حكم البند (1) من هذه المادة كل نشاط تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري ، أو غير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي"

وجائزاً في الواقع القانوني وممكن التحقق ضمن الواقع المادي<sup>1</sup>. ومن الجدير بالذكر أنه يجب أن يراعى في غرض الشركة أو محلها الوحدة والتخصص في الاغراض الرئيسية.

هذا ويختلف محل عقد الشركة بمعناه السابق عن محل التزام الشريك الذي يتمثل في تقديم حصته في الشركة، والحصة هي مقدار من المال يقدمه الشريك وهذا المال قد يكون نقداً أو عينياً أو منفعة أو عملاً، وإذا كانت الحصة عينياً أو منفعة أو عملاً فإنه لا بد من تقويمها بالنقد<sup>2</sup>، وقد ورد في الفقرة (2) من المادة (76) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2016 بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة "تكون الحصص نقدية أو عينية أو أحدهما ويتم الوفاء بها كاملة عند التأسيس" وعليه

ثالثاً - السبب

ان مدلول السبب في عقد الشركة هو الباعث الدافع للتعاقد لتكوين الشركة، وذلك لتحقيق رغبة الشركاء بقيام مشروع اقتصادي لا فتسام الارباح، وحيث أن تحقيق الربح هو امر مشروع، فان سبب الشركة سيكون مشروعاً أيضاً. أما اذا كان سبب الشركة غير مشروع فتكون الشركة باطلة بطلاً مطلقاً، وقد يثبت ذلك عندما تأسس شركة مثلاً لا يكون سببها جني الارباح واقتسامها إنما لمنافسة شركة اخرى منافسة غير مشروعة بهدف التأثير عليها والتسبب في انقضائها.<sup>3</sup>

هذا وان السبب في عقد الشركة قد يختلط بالمحل ومرد ذلك أن سبب التزامات الشركة لا يتعدى الرغبة في قيام الشركة بالغرض الذي أنشئت من اجله لاقتسام الربح، لذا ينصرف مفهوم السبب في عقد الشركة إلى موضوعها وهو النشاط التجاري الاقتصادي الذي تمارسه. وهنا لا بد أن يكون كالمحل مشروعاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب وإلا بطل العقد الشركة.

<sup>1</sup> د. فايز نعيم رضوان - المرجع السابق - ص 33

المادة (657) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي والتي تنص على "يشترط أن يكون راس مال الشركة من النقود أو ما في حكمها مما يجري به التعامل وإذا لم يكن من النقود فيجب أن يتم تقدير قيمته"

<sup>3</sup> د. فايز نعيم رضوان - المرجع السابق - ص 34

## المطلب الثاني

## الشروط الشكلية

## أولاً- تعدد الشركاء:

بما أن الشركة عقد فان إبرام هذا العقد يستلزم بالضرورة وجود أكثر من شخص ففكرة العقد بمقتضى القواعد العامة تقوم على "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". لذا لا بد من وجود شخصين كحد أدنى وهذا العدد يختلف حسب نوع وشكل الشركة. حيث تطلب المشرع أن يكون الحد الأدنى في شركة التضامن اثنان والحد الأعلى مفتوح.<sup>1</sup> كذلك أوجب المشرع الاتحادي على شركة التوصية البسيطة بان يكون الحد الأدنى للشركاء شريكين لكل فئة أي متضامن وموصي دون تحديد الحد الأعلى.<sup>2</sup> اما بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقد جاء نص المادة (71) من قانون الشركات الاتحادي ليحدد الحد الأدنى بشريكين والحد الأعلى خمسين شريكاً، بالإضافة إلى جواز تأسيس شركة من شخص واحد طبيعي أو اعتباري تعرف بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة. وتجدر الإشارة الى أن المشرع الاتحادي حدد الاحد الأدنى لمؤسسي الشركة المساهمة العامة بخمسة اشخاص<sup>3</sup>، في حين أنه حدد الاحد الأعلى لعدد المؤسسين للشركة المساهمة الخاصة بشخصين وعلى أن لا يزيد العدد على مائتي مساهم<sup>4</sup>.

## ثانياً- تقديم الحصص -

على كل شريك في الشركة أن يساهم بنصيب يطلق عليه (الحصة) لتكوين رأس المال الشركة اللازم لتحقيق الهدف من الشركة. إضافة إلى كون الشركة عقد معاوضه يأخذ فيها اطراف العقد مقابل لما يقدمونه. ولا يشترط أن تكون الحصص متساوية ولكن يجب أن تكون الحصة قابلة للتقدير النقدي.

<sup>1</sup> المادة (39) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>2</sup> المادة (62) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>3</sup> المادة (105) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>4</sup> المادة (255) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

وتصنف الحصص حسب قانون الشركات الاتحادي إلى نقدية وعينية<sup>1</sup>، وايضاً يمكن أن تكون الحصص عملاً بشرط أن يكون الشريك متضامناً<sup>2</sup>. وتجدر الإشارة إلى عدم امكانية أن تكون الحصص سمعة أو نفوذ<sup>3</sup>. ونرى ذلك تباعاً:-

**أ- الحصص النقدية.** في الغالب أن تكون الحصص المقدمة من الشريك نقديه بصوره محدد من النقود. والتزام الشريك بتقديم مثل هذه الحصص يبقى علاقة مع الشركة كعلاقة المدين بالدائن . ويترب على ذلك اعتبار الحصص ديناً في ذمة الشريك ويجوز للشركة أن تطالبه بها في الميعاد المحدد بالاتفاق. وعند عدم الاتفاق على موعد محدد فان الحصص تستحق مباشرة بعد ابرام العقد . وللشركة مطالبة الشريك بالحصص واستيفاء الفوائد الاتفاقية والقانونية عن التأخير بالدفع وقد يصار إلى مطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يحصل نتيجة التأخير<sup>4</sup>.

**ب- الحصص العينية:** وقد تكون الحصص المقدمة من الشريك عينيه. ويراد بها كل مال منقول أو غير منقول تكون له قيمة مادية يمكن تقديرها بالنقد. والمال غير المنقول هو العقار . كأن تكون الحصص ارضاً أو بناء. أما المال المنقول فقد يكون من طبيعة مادية كالآلات والبضائع. وقد تكون من طبيعة معنوية كحقوق الاختراع أو العلامات التجارية أو حقوق الملكية والادبية. ومن الجدير بالإشارة إلى أن الفقرة (3) من المادة (18) من قانون الشركات الاتحادي تجيز أن تكون الحصص المقدمة من الشريك دين في ذمة الغير يحولها الشريك إلى ذمة الشركة عن طريق حوالة الحق ، وهنا لا تبرى ذمة الشريك قبل الشركة الا باقتضاء تلك الديون. وبهذا فان التزام الشريك لا ينقضي الا اذا استوفى الدين بالكامل. وقد تكون الحصص على سبيل التملك وهنا تدخل في ملكية الشركة وتسري عليها أحكام عقد البيع<sup>5</sup>. وقد تكون على سبيل الانتفاع وتسري عليها أحكام عقد الايجار<sup>6</sup>.

**ج- الحصص الصناعية :** من الممكن أن تكون حصص الشريك عمل يقوم به ويطلق عليه الحصص الصناعية. بيد انه لا يجوز أن يكون جميع الحصص صناعية بل يجب أن تكون هناك حصص نقدية أيضاً كي تكون ضماناً للدائنين ولكي يكون التنفيذ عليها. هذا مع الاخذ بالاعتبار من تنص عليه المادة (19) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 بعدم جواز تقديم الحصص الصناعية الا من قبل الشريك المتضامن ، وعليه فان هذا النوع

<sup>1</sup> المادة (17) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>2</sup> المادة (17) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>3</sup> المادة (17) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>4</sup> المادة (19) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>5</sup> المادة (18) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>6</sup> المادة (18) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

من الحصص لا يثبت الا في شركات الاشخاص التضامن والتوصية البسيطة. وبناء على ما تقدم فان العمل الذي يقدمه الشريك كحصة يتمثل بما يكون للشخص من خبره فنية أو تجارية أو ادارية يضعها تحت تصرف الشركة وينبغي أن يكون العمل ذو قيمة واهمية ملموسة وعلى الشريك أن يقوم بالعمل طول مده بقاءه في الشركة. ومن الجدير بالذكر أنه اذا كانت حصة الشريك هي العمل فان كل كسب ينتج عن هذا العمل يكون من حق الشركة ما لم يكن الشريك قد حصل على هذا الكسب من حق براءة اختراع الا اذا اتفق على خلاف ذلك.<sup>1</sup>

**د- الاعتبار التجاري أو السمعة التجارية:** وهو ما يتمتع به الشخص من ثقة في الوسط التجاري تحدد مدى اهمية ائتمانه عند التعامل. وعليه فانه يمكن تصور تقديم السمعة التجارية في راس المال الشركة على اساس أنها تؤدي إلى تقوية ائتمان الشركة عند ممارستها لنشاطها. اما صيغة تقديم هذه الحصة فتشتمل باضافة الاسم المدني للشريك (العنوان التجاري) عنوان الشركة التجارية أو اسمها، مع الاخذ بالاعتبار أن المشرع الاماراتي لا يجيز أن تكون حصة الشريك ما يتمتع به من سمعة أو نفوذ<sup>2</sup>، وعليه فان هذا النوع من الحصص غير جائز طبقاً لقانون الشركات الاتحادي.

### ثالثاً- اقتسام الربح والخسارة.

ان المشروع الاقتصادي المتمثل بالشركة اما أن يؤدي إلى الربح أو إلى الخسارة وبكلا الحالتين فان على الشركاء اقتسام ما ينتج من ربح أو خسارة والاصل في توزيع الربح أو الخسارة هو الاتفاق فقد تكون الانصبة متساوية أو مختلفة وذلك بحسب اتفاق الشركاء عند ابرام العقد وتبعاً لحصة كل شريك على أن لا يخالف القواعد المقررة في القانون بخصوص اشراط شرط بحرمان أحد الشركاء من الربح أو استثناء احد الشركاء بالربح دون تحمل الخسائر أو أن يكون له فائدة ثابتة بصرف النظر عن قيمة الارباح أو الخسائر المتحققة خلال السنة المالية، واذا ما ورد مثل هذا الامر وحسب ما يعرف بالشرط الاسدي فان العقد يعد باطلاً.<sup>3</sup> وتجدر الاشارة إلى أنه اذا لم يتم تحديد كيفية توزيع الارباح والخسائر في عقد الشركة فتكون أنصبة الشركاء بحسب نسبة حصته في راس المال وكذلك يتحمل الخسائر بمقدار تلك الحصة التي يمتلكها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المادة (18) الفقرة (4) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>2</sup> المادة (17) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

<sup>3</sup> المادة (29) الفقرة (3) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

<sup>4</sup> المادة (29) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

هذا وقد اشار المشرع الاتحادي إلى حالة ما اذا كانت حصة الشريك مقصوره على عمله فانه يجب أن يعين في عقد الشركة نصيب هذا الشريك في الربح والخسارة ، اما في حالة تقديمه فضلاً عن عمله حصه نقدية أو عينية فيكون له نصيب في الربح أو الخسارة عن حصته بالعمل ونصيب آخر عن حصته النقدية أو العينية.<sup>1</sup> كما يمكن الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من الاشتراك في الخسارة ولكن بشرط أن لا يكون قد تقرر له أجر عن عمله.<sup>2</sup>

#### رابعاً- نية المشاركة.

وهو شرط ينصرف مدلوله إلى معنى دقيق يتحدد "بموقف نفسي" بمفهوم الرغبة لدى الشركاء في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة التي تترتب على استغلال مشروع اقتصادي معين . وجدير بالذكر أن الشركاء في الشركة تجمعهم إرادة تنفيذ فكرة واحدة ، تتمثل في التفاهم على إنشاء الشركة ، وتقديم حصصهم في رأس مالها، لكي تنهياً لها أسباب العمل والديمومة ويتعاون الشركاء على أنجاح الشركة ، وتحقيق الأغراض التي تأسست من أجلها. وهذا يعني العمل على إدارة الشركة ومراقبة أعمالها ، وبالتالي الاشتراك في الربح وتحمل الخسارة معاً<sup>3</sup> . وتجدر الإشارة إلى أن محكمة تمييز دبي قد عبرت عن ذلك الموقف في أكثر من حكم لها حيث تشير إلى " من المقرر أنه يشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أنه يشارك في الربح أو الخسارة"<sup>4</sup>

ولهذا الموقف النفسي في الواقع مظهران .

1. التعاون الفعلي الجاد بين الشركاء لغرض بلوغ الهدف الذي تسعى الشركة إلى تحقيقه.
2. مساهمة الشركاء المتكافئة على قدم المساواة في اداره الشركة والرقابه على اعمالها وحساباتها.

<sup>1</sup> المادة (29) الفقرة (2) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

<sup>2</sup> المادة (29) الفقرة (4) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

<sup>3</sup> د. فوزي محمد سامي - مرجع سابق - ص46

<sup>4</sup> " الطعن 257 سنة 93 جلسة 94/4/2 العدد 5 ص272" و" الطعن 316 سنة 95 جلسة 4/14/ العدد 7 ص 307"

وتجدر الإشارة إلى أن نية المشاركة تتواجد في جميع أنواع الشركات ، سواء شركات الأشخاص أو شركات الأموال، وإن كان وجودها أوضح وأظهر في شركات الأشخاص. ويعود ذلك الأمر إلى أن عدد الشركاء يكون دائماً اقل في شركات الأشخاص عنه في الأموال وأيضا ات شركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### الشروط الشكلية

لا يعد عقد الشركة من العقود الرضائية التي تقتصر على مجرد توافر الرضا بل لا بد من افراده في قالب شكلي أي لا بد من كتابته وشهره وعليه فإن الشروط الشكلية لعقد الشركة تتمثل بما يلي :

**أولاً- الكتابه :** لا يمكن قيام الشركة دون وجود عقد مكتوب وهذا ما اشترطه القانون عندما نص على قيام الشركاء باعداد عقد تأسيس الشركة. وعليه فإن الكتابة شرط ضروري واذا تخلف بطل العقد لان المشرع ينص أيضاً على توثيق العقد واشهاره فاذا لم يكن مكتوب فلن يتم ذلك. وتنص المادة (14) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 على " يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة وكل تعديل يطرأ عليه محرراً باللغة العربية وموثقاً أمام الكاتب العدل، وإلا كان العقد أو التعديل باطلا، فإذا كان العقد محرراً بلغة أجنبية بالإضافة إلى اللغة العربية فتكون النسخة العربية هي المعتمدة والمعمول بها بالدولة." وكذلك الأمر بالنسبة إلى قانون المعاملات المدنية الاتحادي حيث أوجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.<sup>2</sup>

هذا وان الكتابة التي استلزمها المشرع في قانون الشركات التجارية، يجب أن تكون رسمية وموثقة أمام الجهة الرسمية المختصة بالنسبة لجميع اشكال الشركات<sup>3</sup>

مما تقدم نجد أن المشرع قد جعل كتابة عقد الشركة التزام على الشركاء القيام به ، ورتب على تخلف هذه الكتابة البطلان، ومن ثم تكون الكتابه على هذا النحو، ركنا من أركان العقد وليس مجرد وسيلة لاثباته.<sup>4</sup> هذا وان

<sup>1</sup> د. عبد الفضيل محمد احمد - الشركات - مكتبة الجلاء - مصر - 1999 - 69

<sup>2</sup> الفقرة (1) من المادة (656) من قانون المعاملات الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987

<sup>3</sup> الفقرة (1) المادة (14) من قانون الشركات التجارية لسنة 2015

<sup>4</sup> د. مصطفى البنداري - الشركات التجارية - الطبعة الثانية - مكتبة الجامعة - الشارقة - 2005 - ص 134

الكتابة المطلوبه هي ليست فقط لازمه عند تكوين الشركة أما أيضاً عند ادخال أي تعديل يطرأ على عقدها ، كالاتفاق على زيادة رأس المال أو تخفيضه أو إطالة مدة الشركة أو تقصيرها ، وإلا كانت هذه التعديلات باطلة.<sup>1</sup> والجدير بالذكر أن النصوص القانونية اعلاه توجب ضرورة الكتابة بصرف النظر عن طبيعة الشركة ،مدنية كانت ام تجارية،وتشمل جميع اشكال الشركات المحددة بالمادة (9) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015.

ومن الجدير بالملاحظة أن وجوب كتابة عقد الشركة لايتقيد بنصاب الاثبات الكتابي<sup>2</sup> إنما يخرج بذلك عن قاعدة حرية الاثبات في المعاملات التجارية بشكل عام ، وبذلك فان شرط الكتابة قد جعل من عقد الشركة عقداً شكلياً، اصبحت الكتابة فيه ضرورية لانعقاده وإثباته.<sup>3</sup> وهذا ما كدته محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر في 2005 حيث جاء فيه " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه ولئن كان الأصل أنه يجوز الإثبات في المواد التجارية بغير الكتابة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة 35 من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن قانون الشركات التجارية رقم 8 لسنة 1984 المعدل بالقانونين رقم 13 لسنة 1983، 4 لسنة 1990 قد وضع استثناء من هذا الأصل فاشتراط الكتابة لقيام عقد الشركة وإثباتها عدا شركة المحاصة ، ونص في المادة العاشرة منه على أنه "لاتقبل الشهادة عند الخلاف بين الشركاء لإثبات ما يخالف ما ورد في عقد الشركة أو مايجاوزه" مما مفاده أنه في العلاقة بين الشركاء لايجوز لأيهام إثبات ما يخالف ما ورد بعقد الشركة أو يجاوزه إلا بكتابة،وبالتالي فلايجوز لأحد الشركاء أن يثبت في مواجهة الشريك الآخر صورية ما ورد بعقد الشركة من شروط وبنود إلا بالكتابة"<sup>4</sup>

هذا وقد تضمنت المواد "42،65،73،110،265" من قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015 على البيانات التي يجب أن يشملها عقد تأسيس الشركة ونظامها الاساسي ،ويبدو أن هذه البيانات جاءت على سبيل المثال لا الحصر حيث أن هناك بيانات اخر يمكن اضافتها من قبل الشركاء في العقد ، ويرى جانب من الفقه أن هذه البيانات هي عبارة عن الحد الأدنى التي يجب أن يشملها عقد الشركة<sup>5</sup> . ومن هذه البيانات ماورد

<sup>1</sup> الفقرة (1) المادة (14) من قانون الشركات التجارية لسنة 2015

<sup>2</sup> وهو مبلغ (5000) درهم فما فوق .

<sup>3</sup> د. مصطفى البنداري - المرجع السابق - ص135

"الظعن رقم 2005/252-جلسة 2005/12/25" - عيسى بن حيدر - الشركات التجارية - مجموعة القواعد القانونية والأحكام

<sup>4</sup>الصادرة من محكمة تمييز دبي منذ عام 1988 إلى عام 2007 - مكتبة المستقبل - دبي -2008.

<sup>5</sup> د. فايز نعيم رضوان - المرجع السابق - ص64

- في المادة 42 الفقرة 1 من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 بخصوص بيانات عقد شركة التضامن " يجب أن يشتمل عقد تأسيس شركة التضامن بوجه خاص على البيانات الآتية:
- أ. الاسم الكامل لكل شريك وجنسيته وتاريخ ميلاده ومحل إقامته.
- ب. اسم الشركة وعنوانها واسمها التجاري أن وجد والغرض من أنشائها.
- ج. مركز الشركة الرئيس وفروعها أن وجدت.
- د. رأس مال الشركة وحصص كل شريك والقيمة المقدرة لها وكيفية تقديرها وميعاد استحقاقها.
- هـ. بدء الشركة ونهايتها أن وجدت.
- و. كيفية إدارة الشركة مع بيان أسماء الأشخاص الذين لهم حق التوقيع نيابة عن الشركة ومدى صلاحياتهم.
- ز. بدء السنة المالية ونهايتها .
- ح. نسبة توزيع الأرباح والخسائر.
- ط. شروط التنازل عن الحصص في الشركة أن وجدت. "

في حين نرى أن المادة (65) من ذات القانون والخاصة باحكام شركة التوصية البسيطة قد نصت في الفقرة 2 من ذات المادة على " يجب أن يشتمل عقد شركة التوصية البسيطة على بيان الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين فإذا لم يتضمن العقد تحديداً لصفات هؤلاء الشركاء بالشركة ، اعتبرت الشركة شركة تضامن وأصبح جميع الشركاء فيها شركاء متضامنين" اما بخصوص باقي البيانات فقد احالة الفقرة 1 من المادة 65 من ذات القانون إلى الاحكام الخاصة لشركة التضامن في كل ما لم يرد به نص وعلية يمكن تطبيق أحكام المادة 42 على عقد الشركة الخاصة بالتوصية البسيطة مع التاكيد على الحكم الوارد في الفقرة 2 من المادة 65 .<sup>1</sup>

اما بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة فقد احالة المادة 73 من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 إلى المواد 42 و43 بكل ما يتعلق من بيانات يجب أن يتضمنها عقد

الفقرة (2) المادة (65) " تسري على شركة التوصية البسيطة جميع الأحكام الخاصة بشركة التضامن ، مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل المتعلقة بالشريك الموصي":<sup>1</sup>

الشركة .<sup>1</sup> ونجد أن المادة 110 من ذات القانون والخاصة بمحتويات عقد ونظام الشركة المساهمة العامة قد نص على بعض البيانات الضرورية لكيان الشركة المساهمة وخصوصيتها حيث جاء فيه

1" يجرر المؤسسون فيما بينهم عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي، مشتملا على البيانات الآتية:  
أ - اسم الشركة ومركزها الرئيسي.

ب- الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة.

ج- الاسم الكامل لكل مؤسس وجنسيته وتاريخ ميلاده وموطنه وعنوانه.

د- مقدار رأس مال الشركة وعدد الأسهم التي ينقسم إليها رأس المال والقيمة الاسمية لكل سهم، والمقدار المدفوع من قيمة كل سهم.

هـ - تعهد المؤسسين بالسعي لإتمام إجراءات التأسيس.

و- بيان تقريبي لمقدار المصروفات والأجور والتكاليف المتوقع أنفاقها في عمليات التأسيس والتي تلتزم الشركة بأدائها بسبب تأسيسها.

ز - بيان عن الحصص العينية واسم مقدمها وقيمتها المبدئية والشروط الخاصة بتقديمها وحقوق الرهن والامتياز المرتبة على هذه الحصص أن وجدت •

2. يجب أن يكون كل من عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة مطابقاً للقانون والقرارات التي تصدر نفاذاً له وأن يتضمن الأحكام والاختصاصات وصلاحيات مجلس الإدارة والجمعية العمومية للشركة، وتصدر الهيئة نموذج عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، وتلتزم الشركات بهذا النموذج."

وبذات البيانات واجب المشرع الاتحادي على الشركة المساهمة الخاصة حيث تنص المادة 265 على " فيما عدا أحكام الاكتتاب العام تسري على شركة المساهمة الخاصة فيما لم يرد به نص خاص بجميع الأحكام الواردة في هذا القانون في شأن شركة المساهمة العامة وتحل "الوزارة" محل "الهيئة" في كل موضع وردت فيه. " وبذلك لم يفرد المشرع نص خاص إنما اكتفا بالإحالة إلى أحكام الشركة المساهمة العامة .

يتم تأسيس وتسجيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة على النحو المبين في المادتين (42،43) من هذا القانون

ثانياً- التسجيل في السجل التجاري : التسجيل في السجل هو شرط شكلي ثاني يأتي مع شرط الكتابه من خلال التسجيل في السجل التجاري<sup>1</sup> لدى السلطة المختصة وهي بحسب المادة رقم (1) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 هي السلطة المحلية المختصة بشؤون الشركات في الإمارة المعنية . وتعرف بالدائرة الاقتصادية.

ولقد أخضع المشرع الاتحادي الشركات لإجراءات التسجيل في السجل التجاري بهدف إخطار الغير بميلاد الشركة وحتى يكون على دراية بما يحيط الشركة قبل التعامل معها . وإذا كانت الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية بمجرد تكوينها ، فإن الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية الا بعد اتباع قيد عقد الشركة لدى السلطة المختصة في الإمارة المعنية<sup>2</sup>

وتخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات القيد. وتتمثل اجراءات القيد طبقاً للمادة (15) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 على قيد عقد الشركة، وكل تعديل يطرأ عليه بالسجل التجاري لدى السلطة المختصة ليكون العقد نافذاً إذا لم يسجل العقد كان غير نافذ في مواجهة الغير، وإذا اقتصر عدم القيد على بيان أو أكثر من البيانات الواجب تسجيلها، كانت هذه البيانات وحدها غير نافذة في مواجهة الغير. وقد جاء في حكم لمحكمة تمييز دبي " إحتجاج الشركاء أو الشركة على الغير بالشخصية الاعتبارية للشركة أو بدء عملها ، غير جائز إلا بعد قيدها في السجل التجاري ونشر محررها الرسمي في النشرة التي تصدرها وزارة الاقتصاد والتجارة .لابغني عن ذلك التصديق على عقد تأسيسها لدى كاتب العدل أو تسجيلها لدى غرفة تجارة وصناعة دبي"<sup>3</sup>

وقد الزم المشرع الاتحادي الشركات بإخطار السلطة المختصة والمسجل كتابةً خلال (15) خمسة عشر يوم عمل عند حدوث أي تعديل أو تغيير في البيانات المقيدة للشركة بما في ذلك اسمها أو عنوانها أو رأس مالها أو عدد الشركاء فيها أو شكلها القانوني،<sup>4</sup> وذلك لتثبيت تلك التغيرات في السجل التجاري . وتجدد الإشارة إلى أن المشرع

يقصد بنظام السجل التجاري تخصيص سجل يقيد به أسماء التجار والصناع وكافة البيانات المتعلقة بتجارتهم أو صناعتهم أفراداً كانوا أو شركات . ويتم تنظيم السجل التجاري في دولة الامارات العربية المتحدة وفقاً للقانون رقم 5 لسنة 1975 في شأن السجل التجاري. د. عبد الحكم محمد عثمان مبادئ قانون المعاملات التجارية - مطبعة البيان - دبي - 1995 - ص198.

تنص المادة (21) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 على "  
تكتسب الشركة اعتباراً من تاريخ قيدها بالسجل التجاري لدي السلطة المختصة شخصية اعتبارية وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات .  
الصادرة بموجبه

2

3 " الطعن رقم 2003/320، صعن 2003/423، طعن 2003/465، طعن 2003/489 - جلسة 2004/4/4

4 الفقرة (3) من المادة (15) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

الاتحادي قد رتب جزاءات على مديرو الشركات أو أعضاء مجلس ادارتها اذا خالفوا الالتزام بأخطار السلطة المختصة والمسجل خلال خمسة عشر يوم عمل ، وقد تمثل هذا الجزاء بمسئوليتهم بالتضامن بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير .<sup>1</sup>

### ثالثاً- مساهمة المواطنين

لقد تطلبت المادة (10) الفقرة (1) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 شرطاً يمكن أن يعد شرطاً شكلياً ثالثاً يضاق إلى الشروط الشكلية الاخرى سالفه الذكر، وقد جاء هذا الشرط من دواعي الحرص على المصالح الوطنية لدولة الامارات العربية المتحدة<sup>2</sup>، حيث يجب أن يكون من ضمن الشركاء في الشركة شركاء مواطنون يحملون الجنسية الاماراتية وبنسبة معينة في شركات الأموال ، في حين أن المشرع قد فرض في ذات الفقرة على أن تكون جميع جنسيات الشركاء المتضامنين من جنسية مواطني الدولة في شركات الاشخاص ، اذ تنص على مايلي " فيما عدا شركة التضامن والتوصية البسيطة التي يجب أن يكون جميع الشركاء المتضامنين في أي منها من المواطنين يجب أن يكون في كل شركة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن واحد وخمسين بالمائة من رأس مال الشركة".

هذا ويهدف المشرع الاتحادي من أيراد شرط المواطنة ، الصالح الوطني لدولة الامارات العربية المتحدة، وذلك نظراً للدور المهم الذي تلعبه تلك الشركاء في واقع الاقتصاد الوطني والقومي بوجه عام ، ومن ثم لا بد من توافر عنصر السيطرة على تلك الشركات التجارية.<sup>3</sup>

ومن الجدير بالذكر أن شرط نسبة المواطنة في تأسيس الشركات ، يجب أن يكون متوفر عند تأسيس الشركة وأثناء مدة حياتها لان الامر متعلق بالنظام العام ، ويترتب على تخلف الشرط البطلان المطلق<sup>4</sup> وهذا ما تؤكد صراحة الفقرة 3 من المادة 10 من قانون الشركات الاتحادي والتي تقضي بما يلي " يقع باطلاً أي تنازل عن ملكية أية حصة لشريك من شأنه أن يؤدي إلى الاخلال بالنسبة المحددة وفقاً للبندين (1،2) من هذه المادة"

<sup>1</sup> الفقرة (4) من المادة (15) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

<sup>2</sup> د. فايز نعيم رضوان - مرجع سابق - ص 67

د.حسين يوسف عنانيم - قانون الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة - دراسة نقدية

<sup>3</sup> مقارنه مجلة الشريعة والقانون -العدد الاول -1987 . ص397-403

<sup>4</sup> د. مصطفى البنداري - مرجع سابق - ص142

## المبحث الثاني

## اثر اختلال الشرط على شركات الاشخاص

طبقاً لأحكام المادة (9) من قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 فإن شركات الاشخاص هي كل من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة فقط بعد أن تم الغاء شركة المحاصة . ومن مميزات شركات الاشخاص أنها تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء وعليه فإن الغلط الواقع في شخص الشريك يعد غلطاً جوهرياً يبنى عليه بطلان عقد الشركة، هذا من جانب ومن جانبٍ اخر أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته في الشركة من غير رضا باقي الشركاء لأن المتصرف اليه قد لا يحظى بثقة الشركاء.<sup>1</sup>

مما تقدم سوف نفرد لكل شركة مطلب خاص لبيان مدى تأثر تلك الشركة سواء بالانقضاء أو الاستمرار عند وجود اختلال في شرط تعدد الشركاء الذي هو شرط ابتداء وانتهاء وكما يلي :-

## المطلب الاول

## شركة التضامن

تعرف شركة التضامن بأنها " شركة التضامن هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين يكونون مسئولين شخصياً وبالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة."<sup>2</sup>

ويلاحظ على التعريف أن المشرع اشترط أن يكون الشريك المتضامن في شركة التضامن شخص طبيعي حيث لا يجوز للاشخاص الاعتبارية كالشركات أن تكون شريكا في شركة التضامن ، إذ أن شركة التضامن تقوم على الاعتبار الشخصي وعليه فإن شخص الشريك وما يتمتع به من ثقة وامانه هي من اهم مقومات الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركة التضامن .ويلاحظ أيضا أن ما ورد في الفقرة (1) من المادة (10) من قانون الشركاء أن الشريك المتضامن ، الشخص الطبيعي ، يجب أن يكون من مواطني دولة الامارات العربية المتحدة ، أي متمتع بالجنسية الاماراتية. ونعتقد أن ذلك الامر مطلوب لكون الشريك في الشركة يحمل صفة التاجر<sup>3</sup> ويتمتع

<sup>1</sup> د. مصطفى كمال طه - الشركات التجارية - الطبعة الاولى - مكتبة الوفاء - الاسكندرية - 2009 - ص73

<sup>2</sup> المادة (39) من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015

المادة (40) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 يكتسب الشريك المتضامن صفة التاجر، ويعتبر مزاولاً للأعمال التجارية بنفسه باسم الشركة، ويترتب على إشهار إفلاس شركة التضامن إشهار إفلاس جميع الشركاء بقوة القانون

<sup>3</sup>

بالمسؤولية المطلقة حيث يسأل بجميع امواله تجاه دائني الشركة ، ولو لم يكن يتمتع بالجنسية الوطنية لدولة الامارات العربية المتحدة لكان من الصعب التنفيذ على اموال الشريك لمصلحة دائني الشركة من المتعاقدين معها واصحاب الحقوق.

هذا ولمعالجة مدى تأثير شركة التضامن باختلال شرط تعدد الشركاء، فلا بد من التطرق إلى ذلك من خلال نقطتين نتناول في الاولى أثر اختلال الشرط على الشركة وفي الثانية مدى قوة المعالجة القانونية لتلافي حالة الانقضاء وكما يلي :-

### اولاً- اثر الاختلال على استمرار الشركة

من خلال هذه النقطة لابد من الرجوع إلى أحكام المادة 39 من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 لبيان أن عدد الشركاء يجب أن لا يقل عن شريكين متضامنين عند التأسيس ويستمر هذا العدد بالحد الأدنى إلى الوقت المحدد للشركة ما لم تكن مستمره وغير محددة المدة. اما من حيث تحديد الحد الأعلى نجد أن المشرع الاتحادي قد اغفل ذلك الامر، رغم أن شركة التضامن القائمة على الاعتبار الشخصي ليست من الشركات التي يجذب فيها زيادة عدد الشركاء عن حداً معين كما فعلت بعض التشريعات الاخرى كالتشريع الاردني حيث حدد المشرع الحد الأعلى بعشرين شريكاً.<sup>1</sup> وكذلك الامر بالنسبة إلى التشريع العراقي.<sup>2</sup>

وأياً كان الامر من حيث تحديد عدد الشركاء بالحد الأدنى أو الأعلى ، فلا بد من بيان الحالات التي أشار اليها المشرع والتي تؤدي بالضرورة إلى انقضاء شركة التضامن عند اختلال عدد الشركاء وكما يلي :-

أ- لقد جاء في الفقرة (4) من المادة (55) من القانون الاتحادي بشأن الشركات حكم يبين فيما اذا كانت شركة التضامن مكونه من شريكين فقط وقام أحد الشريكين بالانسحاب منها ، فان ذلك الامر يؤدي إلى اختلال شرط تعدد الشركاء وبالتالي سوف يؤدي إلى حل الشركة ، وهذا مايفهم من مفهوم المخالفة للنص ، حيث منح المشرع الشريك المتبقي مدة زمنية محددة لادخال شريك متضامن اخر لغرض استمرار الشركة في نشاطها ، وهذا الحكم هو من حالات الاستثناء التي وردة على حكم النص الاساسي وهو الانقضاء . وهو حكم لم يكن موجود في القانون الملغى . وحسناً فعل المشرع الاتحادي بايراد مثل هذا الاستثناء لتلافي حالة انقضاء الشركة والمحافظة على الشركات الوطنية من الانقضاء حيث تعد هذه الشركات الصغيرة نواة الاقتصاد

<sup>1</sup> الفقرة (أ) من المادة (9) من قانون الشركات الاردني رقم (22) لسنة 1997 المعدل بقانون رقم (57) لسنة 2006

<sup>2</sup> الفقرة (3) من المادة (6) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل في 2004

والعمود الفقري للاقتصاد القومي الوطني لان اكثر هذه الشركات هي شركات عائلية ومثل هذا النوع القائم على اساس العائلة يعد نت أجح التجمعات المالية على المستوى العالمي اذا أن معظم الشركات الكبرى في العالم كانت نواتها الشركات العائلية<sup>1</sup> الصغيرة ومثلها شركة التضامن .

ب- الفقرة (3) من المادة (296) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 حيث هذه الفقرة لتؤكد حكم الفقرة (4) من المادة (55) سالفه الذكر ، اذا ورد فيها تأكيد على اختلال الشركة نتيجة نقص عدد الشركاء في الشركة المكونة من شريكين ومضت مدة الستة اشهر دون أن يستطيع الشريك المتبقي من ادخال شريك متضامن اخر في الشركة ضمن شروط القانون بكونه شخص طبيعي يحمل جنسية دولة الامارات العربية المتحدة ويبلغ سن الرشد القانوني.

مما تقدم نجد أن المشرع قد بنى الحكم بحل الشركة على اساس اختلال عدد الشركاء بالحد الأدنى وهو في حالة انسحاب أحد الشريكين وبقاء شريك واحد . اما فيما يتعلق بوفاة أحد الشريكين في شركة التضامن فلم يبين المشرع الاتحادي في قانون الشركات لسنة 2015 حكم ذلك إنما جاء بحكم جامع لكل من شركة التضامن والتوصية البسيطة بحل الشركة عند وفاة أي من الشركاء بصرف النظر عند العدد المتبقي ، ومنح المشرع معالجة لذلك نشير لها لاحقاً. ونرى أن يكون هناك نص خاص متعلق بحالة وفاة أحد الشريكين في شركة التضامن وان تكون المعالجة من خلال ادخال شريك اخر خلال ستة اشهر اسوةً بحالة الانسحاب لاحد الشريكين وذلك في حالة عدم رغبة الورثة من الاستمرار بالشركة ، أو أن يتم تحويلها إلى شركة شخص واحد لتلافي حالة الانقضاء للحفاظ على ديمومة النشاط الاقتصادي المتمثل في الشركة.

### ثانياً - مدى قوة المعالجة القانونية لتلافي حالة الأنقضاء

لقد تناول المشرع الاتحادي في قانون الشركات التجارية رقم (2) لسنة 2015 ، مجموعة من المعالجات لتلافي حالة انقضاء الشركة التضامنية عند وجود حالة الاختلال في شرط تعدد الشركاء ، إضافة إلى المعالجات الاخرى لتلافي الانقضاء لأسباب غير متعلقة بعدد الشركاء. وتعد هذه المعالجات ذات أثر وفعال ويتم الثناء عليها لأنها تنقذ الشركة من حالة الحل والانقضاء ، علماً أن قانون الشركات التجارية السابق لم يأتي بمثل هذه المعالجات إنما

الشركة العائلية هي الشركة المملوكة بالكامل لاشخاص طبيعيين ينتسبون لعائلة واحدة تربطهم قرابة الاصول حتى الجد الرابع، أو لاشخاص اعتبارية مملوكة بالكامل لأفراد عائلة واحدة تربطهم على كستوى الشركة العائلية ذات القرابة ، بغض النظر عن الشكل الذي تنتخذه الشركة. أنظر د. فوزي محمد سامي - الشركات التجارية - المرجع السابق ص 291

كان ينهي حياة الشركة بمجرد وجود حالة اختلال . بيد أن تلك المعالجات لم تكن كافية إلى حد ما وكما سيأتي من خلال مايلي:-

أ- ما ورد في الفقرة (4) من المادة (55) من قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015 ، لقد كان المشرع موفقاً بإيراد مثل تلك المعالجة التي لم تكن موجودة في نصوص القانون السابق ، ومن هنا فق منح المشرع الشريك المتبقي في شركة التضامن المكونه من شريكين فرصه في العثور على شريك اخر من الاجل الاستمرار في الشركة بعدما انسحب الشريك الاخر، وقد منح المشرع الشريك المتبقي مدة ستة أشهر وهي مدة تعد ممتازة للبحث عن شريك بمواصفات قانونية ، أي أن يكون مواطن ويبلغ سن الرشد القانوني وان يتحمل جميع الالتزامات المترتبة على الشركة . هذا وان هذه المدة تعد اطول من التي منحها المشرع الاردني وهي ثلاثة اشهر ، علما أن المشرع الاردني لا يحمل الشريك المنظم مسؤولية عن الالتزامات السابقة للشركة قبل انضمامه . هذا ولم يتناول المشرع الاتحادي حالة امكانية اعطاء فرصة للشريك الوحيد في شركة التضامن من تحويل الشركة إلى شركة شخص واحد عند عدم القدرة على إيجاد شريك اخر لاستمرار الشركة، في حين اعطي هذا الحق لورثة الشريك الوحيد المتوفي في شركة الشخص الواحد في استمرار الشركة مع جميع الورثة بعد تحويل الشركة إلى شكل اخر من اشكال الشركات المشار لها قانوناً .

ب- ماورد في الفقرة(3) من المادة 296 من قانون الشركات الاتحادي ، وهو عبارته عن اعادة الحكم الوارد الفقرة 4 من المادة 55 سالفه الذكر ولكن أورد الحكم هنا ضمن الفصل الخاص في اسباب انقضاء الشركات، ولم يأتي باي معالجة اخرى . ولقد سبق أن تكلمنا في مسألة وفاة أحد الشريكين في شركة التضامن حيث أن المشرع لم يشر لمعالجة حالة النقص في عدد الشركاء في مثل هذه الحالة إنما ورد حكم عام يتناول كلاً من شركتي التضامن والتوصية البسيطة حيث تنحل الشركة في حالة الوفاة أو الافلاس أو الاعسار أو فقدان الأهلية، والمعالجة كانت من خلال الاتفاق على خلاف ذلك الحكم من قبل الشركاء في عقد الشركة. ومن ذلك نستطيع أن نقول أنه في حالة وفاة أو افلاس أو فقدان الأهلية لأحد الشريكين في شركة التضامن سوف لن يؤدي إلى انقضاء الشركة اذا ما كان الشريكين قد قررا استمرار الشركة بإدخال الورثة أو شركاء اخرين ، هذا من جانب ومن جانب اخر اذا ما حصل سهو لمثل هذا الامر بأن الشركاء لم يقوموا بتثبيت شرط الاستمرار فأن أحكام الفقرة 1 من المادة 297 يمكن أن تسعفنا في تلافي مسألة الانقضاء رغم أن حكم الفقرة المذكورة ينص على حالة وجود عدة شركاء متبقين وليس شريك واحد. وهي تعد معالجة جيدة من القانون ولكن حبذا لو أن تلك النصوص

الخاصة بحالة الوفاة أو الاعسار أو فقدان الأهلية، قد شملت مسألة الشركة المكونة من شريكين ، واعطائها حكم الاستمرار اما بإدخال شريك اخر خلال مدة معينة أو اكمال .

## المطلب الثاني

### شركة التوصية البسيطة

شركة التوصية البسيطة هي شركة تتكون من شريك متضامن أو أكثر يكونون مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن التزامات الشركة ويكسبون صفة التاجر، ومن شريك موصٍ أو أكثر لا يكونون مسؤولين عن التزامات الشركة إلا بقدر حصتهم في رأس المال ولا يكتسبون صفة التاجر.<sup>1</sup>

مما تقدم يتضح أن هذا النوع من الشركات يتكون من فئتين من الشركاء شركاء متضامنون لا يقل عددهم عن شريك واحد و ايضاً شركاء موصون لا يقل عددهم عن شريك واحد وذلك بالحد الأدنى ، علماً أن فئة المتضامنون هم من الاشخاص الطبيعية فقط وتسري عليهم جميع الاحكام الخاصة بشركة التضامن.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للشركاء الموصون فانه ، وفقاً لأحكام المادة 63 من قانون الشركات الاتحادي ، أن يكونوا أشخاص طبيعية أو اعتبارية . وبذلك فان الاحكام الواردة في الفصل الثاني بخصوص شركة التوصية البسيطة هي تنطبق فقط على فئة الشركاء الموصون ودورهم في الشركة ، أما المتضامنون فيتم تطبيق أحكام شركة التضامن عليهم .

ومن الجدير بالذكر أن هذا النوع من الشركات يعد من أقدم أنواع الشركات حيث ظهرت في القرون الوسطى بسبب حظر إقراض النقود بالفائدة<sup>3</sup> .

وبالرجوع إلى أحكام قانون الشركات الاتحادي وبخصوص الاختلال في شرط تعدد الشركاء نجد أن حكم الفقرة 4 من المادة 55 بخصوص شركة التضامن ، لا ينطبق على شركة التوصية البسيطة حيث أن انسحاب أحد الشريكين المتضامين لا يؤثر على الاستمرار الشركة لان شركة التوصية البسيطة يمكن أن تتكون من شريك واحد متضامن وفقاً لنص المادة 62 من قانون الشركات الاتحادي . وكذلك الأمر بخصوص أحكام الفقرة 3 من المادة

<sup>1</sup> المادة (62) من قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015

<sup>2</sup> الفقرة (1) من المادة (65) من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015

<sup>3</sup> د.مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص 138

296 الخاصة بانقضاء شركة التضامن عند انسحاب أحد الشركيين المتضامنين وانتهاء مدة الستة أشهر التي منحها المشرع إلى الشريك المتبقي لإكمال العدد. في حين نجد أن حكم الفقرة 2 من المادة 296 هو حكم خاص بانقضاء شركة التوصية البسيطة عند انسحاب الشريك المتضامن الوحيد في الشركة ، حيث لم ينص المشرع على احقية الشركاء الموصيين بالبحث عن شريك متضامن أو أن يتحول أحد الشركاء الموصيين إلى شريك متضامن. ونجد ضرورة منح فرصة للاستمرار للشركة وخاصة عندما يكون الشريك الموصي شخص اعتباري ، وتمارس الشركة نشاط اقتصادي ناجح ، فمن غير الصحيح إنهاء الشركة بمجرد خروج الشريك المتضامن مع امكانية البحث عن شريك اخر أو ان يتحول أحد الشركاء الموصيين إلى متضامن أن كان عددهم أكثر من شريك ويتمتعون بالأهلية الكاملة أو بالرخصة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ، مع الاخذ بالاعتبار أحكام المادة (54) من قانون الشركات الاتحادي بخصوص المسؤولية.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الاتحادي قد ساووا بين شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة عندما يتعلق الأمر بحالة الوفاة أو الإفلاس أو فقدان الأهلية، طبقاً للمادة 296 الفقرة 1 ، غير أن الوضع لا يستقيم بالنسبة لشركة التوصية البسيطة حيث أن الشريك الموصي لا يؤثر إفلاسه ولا وفاته ولا فقدانه للأهلية على الشركة لان مسؤوليته تكون محدودة ويمكن أيضا ادخال شريك بديل عنة في الشركة أن كان الشريك الموصي الوحيد .

ومن الجدير بالذكر أن جميع الأحكام القانونية الخاصة بالوفاة والإفلاس وفقد الأهلية القانونية ، سألفة الذكر والتي تحكم حالة الاختلال في عدد الشركاء هي أحكام مكمله حيث يمكن الاتفاق على خلافها اذا وجد نص في عقد الشركة ينص على استمرار الشركة<sup>2</sup>. اما في حالة السهو الواقع من قبل الشركاء في عدم أيراد شروط في العقد تقضي باستمرار الشركة فان المادة 297 من قانون الشركات الاتحادي قد تكفله في معالجة الامر من خلال اتخاذ قرار بإجماع الشركاء خلال سنتين يوماً ، من وقوع حاله الوفاة أو الإفلاس أو فقدان الاهلية، باستمرار الشركة فيما بينهم مع الالتزام بقيد هذا الاتفاق لدى السلطة المختصة. وحسناً فعل المشرع الاتحادي في اعطاء مثل هذه الاستثناءات من اجل الحفاظ على المشاريع الاقتصادية والمتمثلة بالشركات وبحسب شكلها القانوني خصوصا مع وجود حزمة التشريعات الخاصة في تشجيع الاستثمار ومعالجة جميع قضايا التعثر المالي والتوقف عن الدفع . بيد أن الامر لا يخلو من وجوب وضع معالجة للحالات التي تم طرحها اعلاه وخصوصا فيما يتعلق بالأحكام الخاصة

<sup>1</sup> المادة (54) " إذا أُنضم شريك إلى الشركة كان مسؤولاً مع باقي الشركاء بالتضامن في جميع أمواله عن التزامات الشركة السابقة شريطة قيام الشركة بالإفصاح له عنها مسبقاً، كما يكون مسؤولاً مع باقي الشركاء بالتضامن في جميع أمواله عن التزامات الشركة اللاحقة لانضمامه إليها، وكل اتفاق بين الشركاء على خلاف ذلك لا يحتج به في مواجهة الغير .

<sup>2</sup> المادة (296) شركات اتحادي لسنة 2015

بوجود شريكين فقط وانسحاب أحدهما ، وهذه الحالة عاجلها المشرع بحكمة ، إلا أن حالة الوفاة والافلاس وفقدان الأهلية يمكن معالجتها بذات ما تم معالجته من التشريع ، بمنح مدة زمنية معينة لإكمال العدد المطلوب لاستمرار الشركة ، وكذلك الامر فيما يتعلق ببقاء شركاء موصين بعد انسحاب الشريك المتضامن ، اذ ليس هناك ضير في ادخال شريك متضامن للإبقاء على حياة الشركة واستمرارها ، أو أن يتم النص على امكانية تحول الشركة إلى شكل اخر من اشكال الشركات كالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو المساهمة الخاصة أو شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وجميع هذه الشركات لا تؤثر على مركز الشريك الموصي من حيث المسؤولية المحدودة ، خصوصا وان الفصل السابع من قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 والخاص بتحول الشركات قد سمح بتغيير الشكل القانوني للشركات ولم يعترض على حالة التحول من شركات المسؤولية المطلق إلى شركات المسؤولية المحدود ، لان هذا الامر لا يؤثر على حقوق المتعاقدين مع الشركة واصحاب الحقوق ، لان الشركاء هم اصلاً شركاء موصون ونحن بصدد إيجاد حل لعدم حل الشركة اذا بقي فيها شركاء موصون نتيجة انسحاب الشركاء المتضامنون.

### المبحث الثالث

#### أثر اختلال الشرط على شركات الأموال

للاستدلال على شركات الأموال فانه يتخذ الاعتبار السائد أو الغالب في الشركة ، فاذا كان الاعتبار المالي هو الذي له اهمية بالدرجة الاولى في تكوين الشركة وفي نشاطها ، عندئذ يقال أن الشركة من شركات الأموال . وتنضوي تحت هذا المفهوم الشركة المساهمة العامة والشركة المساهمة الخاصة والشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>1</sup> ، وبما أن شركة الشخص الواحد هي استثناء يرد على كل من الشركة المساهمة الخاصة والشركة ذات المسؤولية المحدودة ، فإنها تعد من شركات الأموال ، وخصوصاً أن مسؤولية المؤسس أو المالك تكون محدودة بقدر رأس المال الذي يمتلكه في الشركة . وسوف نعرض لكل تلك الشركات ومدى تأثرها نتيجة اختلال شرط تعدد الشركاء من خلال الآتي:-

<sup>1</sup> د. فوزي محمد سامي - مرجع سابق - ص 92

## المطلب الاول الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تنص الفقرة (1) من المادة (71) من قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015 على " الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الشركة التي لا يقل عدد الشركاء فيها عن اثنين و لا يزيد على (50) خمسين شريكاً، ولا يسأل كل منهم إلا بقدر حصته في رأس المال."

يطلق على هذه الشركة ، تسمية الشركة ذات المسؤولية المحدودة وهي ترجمة لتسمية الشركة باللغة الفرنسية . الا أن هذه التسمية لا تنطبق على المسمى ذلك اذ أن الشركاء هم الذين تكون مسؤوليتهم محدودة وليس الشركة .<sup>1</sup> هذا وقد حدد المشرع الاتحادي الحد الأدنى لعدد الشركاء في هذه الشركة بشريكين والحد الأعلى لعدد الشركاء بخمسين شريكاً ، وبالتالي فان هذا العدد يجب أن يتوفر عند تأسيس الشركة وطوال مدة حياة الشركة وان أي اختلال في هذا العدد سيقود إلى مخالفة النص القانوني وبالتالي تقتضي المعالجة للأوضاع ووفقاً لما يلي :-

## اولاً - الاختلال في عدد الشركاء بالحد الأدنى.

لم يرد في قانون الشركات الاتحادي لسنة 2015 أي حكم خاص في حالة اذا انسحب أحد الشريكين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو حالة وفاة أحد الشريكين أو فقدته للأهلية ، أما ورد حكم عام في المادة (300) منه ينص على عدم حل الشركة في حالة وفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو شهر افلاسه أو شهر اعساره ما لم يوجد نص في عقد تأسيسها ينص على غير ذلك ، على أن تنتقل حصة كل شريك إلى ورثته ، ويكون حكم الموصي له حكم الوارث.

وهذا هو النص الوحيد الذي يعالج حالة النقص في عدد الشركاء ، الا أنه يتناول حالة وجود عدد من الشركاء في الشركة وليس شريكين فقط . وذا ما طبقنا هذا الحكم على حالة الشريكين في الشركة ، فنجد أن حالة انسحاب أحد الشريكين ستؤدي بالضرورة إلى اختلال شرط تعدد الشركاء و لا يمكن معالجته وفق أحكام المادة 300 لان حالة الانسحاب لا ينتج عنها وجود ورثة أو موصى لهم كحالة الوفاة ، وهنا لابد من وضع معالجة قانونية لهذه الحالة ويمكن تطبيق أحكام الفقرة 4 من المادة 55 من ذات القانون الخاصة بشركة التضامن على حالة الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمنح الشريك الوحيد المتبقي مدة قانونية للبحث عن شريك آخر<sup>2</sup> أو أن يقوم بتحويل

<sup>1</sup> د. فوزي محمد سامي - مرجع سابق - ص 296

ورد حكم في المادة رقم (8) الفقرة (2) من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 ، بمنح الشريك المتبقي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة مدة ستة أشهر لا كمال العدد .

الشكل القانوني للشركة إلى شكل شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وذلك لتلافي حالة الانقضاء ما لم يكن لديه الرغبة في حل الشركة. حيث أن هذا النوع من الشركات عادة ما يمارس المشاريع الاقتصادية المتوسطة ذات القيمة وتعد عامل دخل جيد في الاقتصاد الوطني ولذلك لا بد من المحافظة على الشركة من الحل وإيجاد الحلول التشريعية اللازمة لاستمرارها.

أما فيما يتعلق بحالة وفاة أحد الشريكين أو فقدانه للأهلية، فإنه يجوز تطبيق أحكام المادة 300، لمعالجة عدم حل الشركة واستمرارها من خلال دخول الورثة إذا ما رغبوا في ذلك وكذلك الموصي لهم، بينما حالة الإفلاس لأحد الشريكين، وإن كانت لا تؤثر على مركز الشركة إذا أن إفلاس الشركاء لا يقود إلى إفلاس الشركة كما هو الأمر بالنسبة إلى شركات الأشخاص التضامن والتوصية البسيطة بالنسبة للمتضامنين، ومن هنا يمكن معالجة الأمر بإخراج هذا الشريك وإدخال شريك آخر و بالتالي لا بد من مدة زمنية للبحث عن شريك أو شركاء لإدخالهم في الشركة وبانقضاء المدة، مع عدم التمكن، فإنه يمكن أن يتم تحول الشركة إلى شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة إذا رغب الشريك المتبقي بذلك.

### ثانياً- الاختلال في عدد الشركاء بالحد الأعلى

وفقاً لأحكام المادة 71 الفقرة الأولى سالفه الذكر، فإن الحد الأعلى للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة هو خمسين شريكاً، وعليه يجب أن لا يزيد عدد الشركاء عن هذا الحد المقرر قانوناً. أما في حالة الزيادة لأي من الأسباب، نجد أن حكم المادة 75 من القانون الاتحادي لسنة 2015 قد تولى مسألة معالجة مثل هذه الحالة حيث تنص على " 1. إذا زاد عدد الشركاء في أي وقت بعد تأسيس الشركة على الحد المقرر بالمادة (71) من هذا القانون وجب على المدير أو المديرين حسب الأحوال إخطار السلطة المختصة خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ حصول تلك الزيادة.

2. فيما عدا انتقال ملكية حصة الشريك بطريق الإرث أو بحكم قضائي بات يجب على الشركة تصحيح وضعها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار، ويجوز للسلطة المختصة مد هذه المدة لثلاثة أشهر أخرى، وإلا اعتبرت الشركة منقضية، ويكون الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية في أموالهم وبالتضامن فيما بينهم عن الديون والالتزامات المترتبة على الشركة من تاريخ زيادة عدد الشركاء.

3. يستثنى من أحكام البند (2) من هذه المادة الشركاء الذين يثبت عدم علمهم بتلك الزيادة أو اعتراضهم عليها. " ونجد هنا أن المعالجة لحالة الاختلال في عدد الشركاء بالحد الأعلى المقرر قانوناً، يأتي من خلال واجب

يقع على عاتق المدير أو المديرين بأخطار السلطة المختصة بتلك الزيادة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ حصول تلك الزيادة. ونجد أن المعالجة هنا هي عبارة عن اجراء معين بإخبار السلطة المختصة ، والاسراع بتعديل الاوضاع خلال ثلاثة اشهر ، واذا انقضت المدة قبل اتمام المعالجة يمكن الطلب من السلطة المختصة بمد المدة إلى ثلاثة اشهر اخرى . وبخلاف هذا الامر فقد يتعرض الشركاء في الشركة إلى جعل مسؤوليتهم عن ديون الشركة والالتزامات تمتد إلى اموالهم الخاصة وبالتضامن مع حل الشركة . ونرى بان هذا الحكم شديد حيث يمكن اعطاء خيارات اخرى للشركاء لإنقاذ الشركة والمشروع الاقتصادي القائم من خلال منحهم حق التحول إلى الشركة المساهمة الخاصة أو العامة<sup>1</sup> ، اذا كان هناك صعوبة في اخراج شركاء من الشركة ، هذا بالإضافة إلى المدة القانونية التي منحها المشرع للشركاء لتسوية الاوضاع ، وهي الثلاث اشهر ومثلها اذا وافقت السلطة المختصة على ذلك .

اما فيما يتعلق بحالة زيادة العدد بسبب دخول الورثة والتي استثناها المشرع من حكم المادة 75 شركات اتحادي ، نجد أن المعالجة الواردة في المادة 77 شركات اتحادي الخاصة بعدم امكانية تجزئة الحصة ، قد تعالج الحالة المتعلقة بزيادة العدد بسبب دخول الورثة إلى الشركة حيث تنص على " تكون حصة الشريك غير قابلة للتجزئة، فإذا امتلكها أشخاص متعددون دون أن يُحدّثوا من يُمثّلهم في مواجهة الشركة، اعتُبر الشخص الذي ورد اسمه أولاً في عقد التأسيس هو الممثل، ويجوز للشركة أن تحدد لمالكي الحصة وقتاً لإجراء هذا الاختيار، على أن يكون من حقها بعد انقضاء هذا الوقت بيع الحصة لحساب مالكيها، وفي هذه الحالة يكون للشركاء حق الأولوية في شرائها، وإذا استعمل حق الأولوية أكثر من شريك قسمت الحصص بينهم بنسبة حصة كل منهم في رأس المال ما لم يتفق على غير ذلك." وهنا يمكن اعطاء مدة زمنية للورثة لاختيار من يرونه مناسباً ليمثلهم في تلك الحصة تجاه الشركة ويكون بمثابة وكيل عنهم في الشركة .

ونقترح على المشرع الاتحادي أن يجري تعديل على المادة 71 بإزالة الحد الأعلى وترك العدد مفتوح كما هو الامر بالنسبة لبضع التشريعات التي لم تضع حدا اعلى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، هذا مع العلم أن المشرع الاتحادي لم يضع حدا اعلى بالنسبة إلى شركة التضامن والتي يجب تحديد العدد بالحد الأعلى فيها اسوة بالتشريعات المقارنة.

ذات الامر اشارا اليه المشرع المصري في قانون الشركات المادة 60 . للمزيد راجع د. مصطفى كمال طه - المرجع السابق -

## المطلب الثاني

## الشركة المساهمة العامة

تعد الشركة المساهمة العمود الفقري للاقتصاد والمال في عصرنا الحاضر ، وقد تنامت واتسع نطاقها حتى كادت تحتكر التجارة والصناعة وتستأثر وحدها بالمشروعات الكبرى التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة ويحتاج تنفيذها مدة زمنية طويلة ، وذلك لكونها الاقدر من غيرها من اشكال الشركات على جمع رؤوس الأموال ولأن حياتها مستقلة عن حياة المساهمين فيها . هذا و لا تقتصر أهمية الشركة المساهمة على من يتصلون بالحياة التجارية بل أنها تهم الجمهور الذي يستثمر مدخراته فيما تصدره من أوراق مالية.

وقد جاء تعريف الشركة المساهمة العامة ضمن قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 في المادة (105) اذ تنص على :-

" شركة المساهمة العامة هي الشركة التي يُقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون بجزءٍ من هذه الأسهم بينما يُطرح باقي الأسهم على الجمهور في اكتتاب عام، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر حصته في رأس المال."

هذا وأشار المشرع الاتحادي إلى امكانية تأسيس الشركة المساهمة العامة من خمسة اشخاص كحد ادنى لعدد المؤسسين<sup>1</sup>. وقد أعطى المشرع الاتحادي الحق في تأسيس الشركة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري ، حيث أنه لم يحدد طبيعة الشخص المؤسس عند بيان عدد الشركاء بالحد الأدنى .ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع الاتحادي قد اجاز تأسيس الشركة المساهمة العامة ، كحالة استثنائية إلى شخص اعتباري واحد هو الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية أو أي شركة مملوكة بالكامل من قبل أي منهما. وذلك في الفقرة 2 من المادة 107 والتي تنص على " يجوز للحكومة الاتحادية أو للحكومة المحلية وأية شركة أو جهة مملوكة بالكامل من قبل أي منهما أن تكون مساهماً في شركة مساهمة عامة أو أن تؤسس بمفردها شركة مساهمة عامة كما يجوز لها أن تشرك معها في تقديم

<sup>1</sup> المادة (107) شركات اتحادي لسنة 2015

رأس المال عدداً أقل مما نُص عليه في البند (1) من هذه المادة " ومن هنا نجد أن عدد المؤسسين في الحد الأدنى هو خمسة والاستثناء هو أقل من ذلك العدد اذا كان المؤسس الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية أو شركة مملوكة لأي منهما . بيد أن الامر لا يخلو من وجود التباس بسبب الفقرة (ب) من المادة 107 ومع ما ورد من حكم في المادة (4) والتي تنص على " فيما عدا القيد وتجديد القيد بسجل الشركات المستثناة لدى الوزارة والهيئة والسلطة المختصة كل فيما يخصه، لا تسري أحكام هذا القانون على:

ب- الشركات المملوكة بالكامل من قبل الحكومة الاتحادية أو المحلية وأية شركات أخرى مملوكة بالكامل من تلك الشركات وذلك كله فيما ورد بشأنه نص خاص في عقودها التأسيسية أو أنظمتها الأساسية " . ومن هنا اذا كانت المادة (4) الفقرة (ب) قد استثنت الشركات المملوكة بالكامل للحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية من سريان قانون الشركات رقم 2 لسنة 2015 عليها ، فما الداعي لإعطاء استثناء على عدد المؤسسين اذا كانت الحكومة الاتحادية أو المحلية أو شركة اساساً هي مملوكة لأي منهما . وان كان قصد المشرع حالة التأسيس الجديد وان القانون لا يسري على الشركات القائمة المملوكة للحكومة عند صدور القانون ، فنقول أن ذلك الامر لا يمنع من استثناء أي شركة تؤسسها الحكومة سواء الاتحادية أو المحلية من سريان قانون الشركات التجارية عليها لان المادة 4 قد جاءت بالمبادئ العامة التي تنطبق على جميع الشركات المنظمة أحكامها لاحقاً في فصول خاصة .

وعليه نرى أن هنا تداخل بالأحكام ولا بد من وضع ومعالجة للحد من الالتباس من خلال شطب الاستثناء الوارد في المادة 107 من قانون الشركاء والاكتفاء بما ورد المادة 4 ويكون عدد المؤسسين وفقاً لنظام الشركة المراد تأسيسها من قبل الحكومة الاتحادية أو المحلية ، والابقاء على الحد الأدنى لعدد المؤسسين بخمسة مؤسسين .

ومن الجدير بالذكر أنه لا توجد أي مشاكل قد تعترض الشركة المساهمة اذا احتل شرط تعدد الشركاء لان المشرع حدد الحد الأدنى بخمسة مؤسسين وهو لغايات القيام بالإجراءات الخاصة بأخذ الموافقات لحين اجراء عملية الاكتتاب والتي سيدخل من خلالها عدد غير معروف من المكتتبين ويشكلون مع المؤسسين مجموع المساهمين في الشركة . اذا هذا العدد هو لغاية التأسيس فقط . اما عن الحد الأعلى فلا يوجد حدا اعلى لعدد المساهمين بالشركة لان الشركة لا تنظر إلى الاعتبار الشخصي إنما الاعتبار المالي لكونها شركة يحكمها النظام وليس العقد.

## المطلب الثالث

الشركة المساهمة الخاصة<sup>1</sup>

وضع المشرع الاتحادي ، ضمن أحكام قانون الشركات التجارية رقم (2) لسنة 2015 ، أحكام خاصة بالشركة المساهمة الخاصة حيث ورد في المادة (255) الفقرة (1) تعريف للشركة المساهمة الخاصة بأنها " شركة المساهمة الخاصة هي الشركة التي لا يقل عدد المساهمين فيها عن اثنين و لا يزيد على مائتي مساهم ويُقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة الاسمية تدفع قيمتها بالكامل دون طرح أي منها في اكتتاب عام، وذلك عن طريق التوقيع على عقد تأسيس والالتزام بأحكام هذا القانون فيما يتعلق بالتسجيل والتأسيس، ولا يسأل المساهم في الشركة إلا في حدود ما يملكه من أسهم فيها."

مما تقدم يتضح أن الحد الأدنى للمساهمين في الشركة هو شخصين والحد الأعلى هو مائتي مساهم ، ولم يحدد المشرع نوع المساهم أن كان شخص طبيعي أو شخص اعتباري ، وعليه فمن الجائز أن تؤسس الشركة المساهمة الخاصة من اشخاص طبيعيين أو اشخاص اعتباريين أو من كليهما ويساندا في هذا الامر ما ورد في الفقرة (3) من ذات المادة اعلاه أنه يجوز أن تؤسس الشركة من شخص اعتباري واحد يكون مالك لرأس المال بالكامل . ومن ذلك يتبين أنه لا يجوز أن يقل عدد المؤسسين عن اثنين أن كانوا اشخاص طبيعية ، ويجوز ذلك أن كان المؤسس شخص اعتباري كحالة استثنائية. والسؤال المطروح في ضوء ذلك أنه هل يمكن أن تستمر الشركة اذا كانت قد تكونت من مؤسسين اشخاص طبيعيين وانسحب أحدهما اثناء حياة الشركة ام أنها تنقضي ام أن هنالك استثناء بمنح المؤسس المتبقي مدة قانونية للبحث عن ما هم بديل ؟ في حقيقة الامر لم يرد حكم في قانون الشركات الاتحادي يعالج مثل هذه الحالات ، وعليه أن انسحاب أحد المؤسسين اثناء حياة الشركة سوف يؤدي إلى الاخلال في الشركة ، لان تحديد العدد بالحد الأدنى هو شرط ابتداء وانتهاء على عكس الشركة المساهمة العامة التي يدخل فيها عدد غير محدد من المكتتبين ليصبحوا مساهمين في الشركة وبالتالي لا بد من معالجة شبيهة بالمعالجة التي أوردها المشرع في الفقرة 4 من المادة 55 بمناسبة انسحاب أحد الشريكين في شركة التضامن ، أي لا بد من منح المؤسس المتبقي مدة للبحث عن مساهم معه في الشركة لتلافي الانقضاء .

لمزيد من المعلومات حول الشركة المساهمة الخاصة في قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015 يمكن الرجوع إلى - د - شريف محمد غنام، الشركات التجارية ، ط1، الامارات، مطبعة الفجيرة الوطنية، 2016م - د. سوزان علي حسن، الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، الامارات، مكتبة الجامعة، 2015م.

اما بخصوص الحد الأعلى للشركة المساهمة الخاصة فقد حدده المشرع الاتحادي بمأتي مساهم ولا يجوز تجاوز هذا الحد ، وهذا ما يؤكد الحكم الوارد في الفقرة 2 من المادة 255 حيث تنص على " يستثنى من الحد الأعلى لعدد المساهمين المقرر بالبند (1) من هذه المادة ما يأتي:

أ. الشركات المساهمة الخاصة القائمة وقت صدور هذا القانون، ولا يجوز لتلك الشركات زيادة عدد مساهمها بعد العمل بأحكام هذا القانون.

ب. انتقال ملكية المساهم بطريق الإرث أو بحكم قضائي بات.

يتضح من حكم النص اعلاه أن هناك استثناء على الحد الأعلى لعدد المساهمين وهو أن كانت الشركة قائمة قبل نفاذ القانون بعدد من المساهمين يتجاوز الحد الأعلى المحدد ، إذ أن قانون الشركات الملغى رقم (8) لسنة 1984 لم يضع حداً أعلى لعدد المساهمين في الشركة المساهمة الخاصة. أما الاستثناء الثاني هو في حالة دخول عدد من المساهمين إلى الشركة يؤدي إلى تجاوز الحد الأعلى ، حيث أن المشرع اجاز حالة التجاوز اذا كان بسبب دخول المساهم عن طريق الارث أو عن طريق حكم قضائي بات . بيد أن السؤال المطروح في هذا السياق اذا تجاوز عدد الشركاء في الشركة المساهمة الخاصة عن مائتي مساهم فما هو حكم مصير الشركة ، أن لم تكن الزيادة نتيجة ما ورد في حكم الفقرة 2 من المادة 255 ، هل تنقضي ام أن المشرع عالج مثل هذه الحالة؟ في حقيقة الامر لم يرد نص في قانون الشركات التجارية لسنة 2015 ، يعالج مثل هذه الحالة ، وبحسب مادة الاحالة 265 ، من ذات القانون ، والتي تنص على " فيما عدا أحكام الاككتاب العام تسري على شركة المساهمة الخاصة فيما لم يرد به نص خاص جميع الأحكام الواردة في هذا القانون في شأن شركة المساهمة العامة وتحل "الوزارة" محل "الهيئة" في كل موضع وردت فيه." وبالرجوع إلى أحكام الشركة المساهمة العامة أيضاً لم يعالج المشرع مثل هذه الحالة لان الحد الأعلى للمؤسسين والمكتتبين لم يحدد بالحد الأعلى اساساً ولا يجوز تحديده لعدم معرفة من سيكتتب وكم عددهم . وعلية لا بد من وجود معالجة قانونية لذلك للمحافظة على استمرار الشركة في مزاوله النشاط الاقتصادي . ونقترح أن يتم تعديل الحكم الوارد في الفقرة (1) من المادة 255 وجعل الحد الأعلى غير محدد اسوة بما كان عليه قانون الشركات الملغى .

## المطلب الرابع

## شركة الشخص الواحد

تعد شركة الشخص الواحد ابتداءً جاء به قانون الشركات الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 وذلك من أجل مواكبة التطور الاقتصادي وتشجيع الاستثمار إذ تنص المادة (8) الفقرة (3) على " استثناءً من البند (1) من هذه المادة يجوز أن تؤسس الشركة أو أن تكون مملوكة من شخص واحد وفقاً لأحكام هذا القانون". وبالرجوع إلى نص المادة (71) الفقرة (2) من ذات القانون نجد أنها تنص على " يجوز لشخص واحد مواطن طبيعي أو اعتباري تأسيس وتملك شركة ذات مسؤولية محدودة ولا يسأل مالك رأس مال الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال الوارد بعقد تأسيسها، وتسري عليه أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة الواردة في هذا القانون فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

وبذلك تكون هذه الشركة استثناءً على أنواع الشركات المنصوص عليها بالقانون . وتعدّ هذه الشركة من الشركات التجارية لأنها لا تعدو على كونها وحدة اقتصادية تمارس نشاطاً متخصصاً.<sup>1</sup>

ونلاحظ أن المشرع الاتحادي قد اجاز أن تؤسس الشركة من شخص طبيعي أو اعتباري ويجب أن يكون من مواطني الدولة أي يحمل الجنسية لدولة الامارات العربية المتحدة. ومن الملاحظ أن المشرع لم يضع أحكام خاصة لمثل هذا النوع للشركات ، إنما فقد نص على تحديد مسؤولية المؤسس أو المالك ، واحال ما تبقى من الاحكام التي تخضع لها شركة الشخص الواحد إلى أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة .

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع الاتحادي قرن اسم الشركة باسم مالكيها سواء كان شخص طبيعي أو اعتباري ، على أن يتبعه عبارة شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة<sup>2</sup> . ويبدو أن اتجاه المشرع إلى ذلك هو من أجل التفرقة بين هذا النوع من شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وبين شركة الشخص الواحد المساهمة الخاصة<sup>3</sup> ، علماً أن الأخيرة لا يجوز تأسيسها أو تملكها الا من قبل شخص اعتباري فقط دون ذكر لجنسية المالك

<sup>1</sup> - 2010 حول شركة الشخص الواحد أنظر هوأ إبراهيم الحيدري - شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة - منشورات الحلبي - بيروت

<sup>2</sup> الفقرة (1) من المادة (72) قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015

<sup>3</sup> الفقرة (3) من المادة (255) قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015

أو لنسبة المواطنة ، ويعود ذلك إلى تحقق النسب في الشخص الاعتباري المؤسس أو المالك ، علماً أن الشخصية الاعتبارية للشركة الجديدة سوف تكون مستقلة عن الشخصية الاعتبارية لشركة الشخص الواحد المساهمة الخاصة.

كما تقدم أن المشرع الاتحادي قد اجاز تأسيس أو تملك شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة ، وكذلك شركة شخص واحد مساهمة خاصة ، وهذا الامر بحد ذاته يعد أنجاز كبير قد قدمه المشرع للمستثمرين ، ولتشجيع الاستثمار. ومن الواضح أن شركة الشخص الواحد ومن خلال النصوص القانونية ، أن الحد الأدنى والأعلى لعدد الشركاء هو واحد فقط . وعليه فهو شرط ابتداء وشرط انتهاء. ولكن ما هو الحكم القانوني المترتب على زيادة العدد في الشركاء والذي قد يتحقق فقط ضمن اطار شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، التي يمكن تأسيسها أو تملكها من قبل شخص طبيعي مواطن ، و لا يمكن أن ينطبق الامر بالنسبة لحالة التأسيس أو التملك ، من قبل الشخص الاعتباري في كل من النوعين لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد المساهمة الخاصة ، وحقيقة الامر أن حالة الزيادة تتحقق عند وفاة المالك أو المؤسس الوحيد . وبالرجوع إلى أحكام المادة (299) الفقرة (1) من القانون الاتحادي للشركات لسنة 2015 والتي تنص على " 1. تنحل شركة الشخص الواحد بوفاة الشخص الطبيعي أو بانقضاء الشخص الاعتباري المؤسس لها، ومع ذلك لا تنقضي الشركة بوفاة الشخص الطبيعي في شركة الشخص الواحد إذا رغب الورثة في استمرارها مع توفيق وضعها وفقاً لأحكام هذا القانون ويجب عليهم اختيار من يتولى إدارة الشركة نيابة عنهم، وذلك خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ الوفاة."

وهنا نلاحظ أن المشرع حاول انقاذ شركة الشخص الواحد من الانقضاء في حالة وفاة مؤسسها أو مالكيها ، بمنح الورثة الراغبين بالاستمرار مدة ستة اشهر لتوفيق أوضاع الشركة ، على أن يمثلهم في الشركة خلال مدة الستة اشهر ، شخص من بينهم يتم الاتفاق عليه. وهنا نجد أن المحاولة ممتازة من قبل المشرع للمحافظة على المشروع الاقتصادي القائم ، بيد أن الامر مختلف بعد انقضاء الستة اشهر حيث أن الشركة بعد تسوية الاوضاع لم تبقى شركة شخص واحد إنما سوف تأخذ شكل شركة اخرى وبالغالب ستكون شركة ذات مسؤولية ، وبالنتيجة أن المشروع باقى وشركة الشخص الواحد لم تعد موجودة ، وهذا الامر ما نسعى اليه من خلال اعطاء حلول متعددة في سبيل بقاء المشاريع قائمة اذا ما شابها اختلال في شرط تعدد الشركاء.

## خاتمة

الشركة عقد والعقد يقوم على اركان أو شروط كما يسمى من قبل البعض ، وهذه الشروط تقسم إلى ثلاث اقسام شروط موضوعية عامة تسري على كافة انواع العقود وشروط موضوعية خاصة فقط لعقد الشركة وهنالك الشروط الشكلية التي نص عليها المشرع في قانون الشركات التجارية وهي شروط اجرائية متعلقة بتسجيل الشركة . ومن بين هذه الشروط كان لشرط تعدد الشركاء الاثر المباشر للتحكم في مصير الشركة اذا اختل وتناقض مع احكام القانون وقد عالج المشرع بعض حالات الاختلال في هذا الشرط لمنح الشركة فرصة الاستمرار في مزاولة النشاط الاقتصادي . ومع ذلك فقد كانت تلك المعالجات موفقة ولكن في بعض الحالات لا نجد لها معالجة قانونية مما يؤدي إلى انقضاء الشركة وهو الامر الذي لا يرغب به المشرع ، حيث ان قصد المشرع المحافظة استمرار المشاريع وتشجيع الاستثمارات واستقطاب روس الاموال ، لتحقيق الاهداف السامية بوصول دولة الامارات العربية المتحدة إلى المركز الاول عالمياً في شتى المجالات . ومن كل ذلك خرجنا بنتائج وتوصيات ، وكما يلي :-

## النتائج

1. حدد المشرع الاتحادي في قانون الشركات الجديد الحد الادنى لعدد الشركاء في جميع الشركات بينما حدد الحد الأعلى فقط لشركتي ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة الخاصة.
2. وضع المشرع استثناء على حالة انسحاب أحد الشركيين في شركة التضامن بمنحه مدة ستة أشهر لإيجاد شريك متضامن اخر طبيعي مواطن ، وبخلاف ذلك تنقضي الشركة .
3. تنقضي شركة التوصية البسيطة بخروج الشريك الوحيد المتضامن من الشركة. ولا يسمح للشركة بالاستمرار مع الشريك الموصي حتى ان كان شخص اعتباري.
4. لم يرد نص في القانون يعالج حالة نقص عدد الشركاء عن اثنين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وانما المعالجة كانت لحالة تجاوز الحد الأعلى.
5. أورد المشرع استثناء على عدد المؤسسين بالحد الادنى في الشركة المساهمة العامة بإمكانية التأسيس بعدد اقل ان كان المؤسس الحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية.
6. بموجب المادة (4) من قانون الشركات التجارية الاتحادي لسنة 2015 لا تسري احكام القانون على الشركات المملوكة بالكامل للحكومة الاتحادية أو الحكومة المحلية.

7. تؤسس الشركة المساهمة الخاصة من مؤسسين شخص طبيعي أو اعتباري ولا يجوز تجاوز عدد المؤسسين مائتي مؤسس.

8. شركة الشخص الواحد على نوعين اما شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة تؤسس من قبل شخص طبيعي أو اعتباري مواطن ، أو شركة شخص واحد مساهمة خاصة تؤسس من شخص اعتباري دون تحديد لجنسية المؤسس.

### التوصيات

1. نوصي بتحديد الحد الأعلى لعدد الشركاء المتضامنين في شركة التضامن أسوةً ببعض التشريعات حيث ان هذه الشركات تقوم على الاعتبار الشخصي لا المالي .
2. نوصي بإلغاء تحديد الحد الأعلى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، اذ ان معظم القوانين الحديثة قد اتجهت إلى ذلك ، وكان قانون الشركات السابق الاتحادي الملغي ، قد اطلق العدد في هذا النوع من الشركات.
3. نوصي بوضع معالجة مشابهة لما عليه الحال في شركة التضامن ، لحالة انسحاب أحد الشريكين ، بمنح الشريك المتبقي مدة للبحث عن شريك لتلافي الانقضاء ، في كل من الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة المساهمة الخاصة المكونة من مؤسسين .
4. نوصي بالسماح للشريك الاعتباري الموصي في شركة التوصية البسيطة ، بالبحث عن شريك متضامن عوضاً عن الشريك المتضامن الوحيد المنسحب ، لتلافي الانقضاء خصوصاً وان الشخص الاعتباري الموصي قادر على ذلك .
5. نوصي بإضافة فقرات قانونية للمواد 297 و 299 و 300 تسمح بحالة التحول إلى شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة مع تصحيح جميع الاوضاع فيها ، وذلك لتلافي الأجل والانقضاء والمحافظة على المشروع الاقتصادي .

## المراجع

## اولاً - الكتب

1. د. فايز نعيم رضوان - الشركات التجارية - الطبعة الاولى - مطابع البيان التجارية - دبي - 1989
2. د. شريف محمد غنام - الشركات التجارية - دار احمد منصور للطباعة - مصر - 2008-
3. د. فوزي محمد سامي - الشركات التجارية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة - مكتبة الجامعة - الشارقة - 2015
4. د. عبد الفضيل محمد احمد - الشركات - مكتبة الجلاء - مصر - 1999
5. د. مصطفى البندارى - الشركات التجارية - الطبعة الثانية - مكتبة الجامعة - الشارقة - 2005
6. عيسى بن حيدر - الشركات التجارية - مجموعة القواعد القانونية والأحكام الصادرة من محكمة تمييز دبي منذ عام 1988 إلى عام 2007 - مكتبة المستقبل - دبي - 2008
7. د. عبد الحكم محمد عثمان مبادئ قانون المعاملات التجارية - مطبعة البيان - دبي - 1995 - ص 198
8. د. مصطفى كمال طه - الشركات التجارية - الطبعة الاولى - مكتبة الوفاء - الاسكندرية - 2009
9. د. شريف محمد غنام، الشركات التجارية ، ط1، الامارات، مطبعة الفجيرة الوطنية، 2016م -
10. د. سوزان علي حسن، الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، الامارات، مكتبة الجامعة، 2015م
11. هـوا إبراهيم الحيدري - شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة - منشورات الحلبي - بيروت - 2010

## ثانياً - المجالات القانونية

1. د. حسين يوسف عنانيم - قانون الشركات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة - دراسة نقدية مقارنه - مجلة الشريعة والقانون - العدد الاول - 1987 .

### ثالثاً - القوانين

1. قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015
2. قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بقانون رقم (1) لسنة 1987
3. قانون الشركات الاردني رقم (22) لسنة 1997 والمعدل بالقانون رقم (57) لسنة 2006

## الحقوق المالية للموظف العام في ضوء قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني 2015/2016

عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم  
الإمارات العربية المتحدة

### مقدمة

من المعروف أن الدولة تتكون من مؤسسات وهيئات لتحقيق أهدافها وضمان سير أعمالها، إلا أنها لا تستطيع تنفيذ أعمالها بنفسها ولا يمكنها القيام بأدوارها إلا بوجود أشخاص موظفين لتنفيذ أعمالها والقيام فيها على أكمل وجه، ويسمى الموظف التابع للدولة ومؤسساتها بالموظف العام، وهو على قدر كبير من الأهمية بغض النظر عن طبيعة عمله أو مسماه الوظيفي، وسواء كان من كبار الموظفين أو من الموظفين الصغار، وذلك نظراً للأعمال التي يقوم بها من خلال المهام الموكلة إليه.

ويتوقف تقدم أية دولة ونجاحها إلى حد كبير على مدى نجاح الموظفين فيها، ويقاس مدى رقي الدولة وتحضرها بمدى مستوى موظفيها من حيث الكفاءة والعلم والمستوى الإداري والثقافي لهم، لذلك فقد نصت أغلب الدول في دساتيرها على أن الوظائف العامة حقاً للموظفين، يطبق على قدم المساواة، وذلك بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي حمل في طياته التأكيد على حق التوظيف والمساواة في تولي الوظائف العامة بين الأشخاص تبعاً لقدراتهم ودون تمييز بينهم غير كفاءتهم.

ويعد قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين بمثابة وسيلة للحفاظ على حقوق الموظف المالية من رواتب وعلاوات، وبموجب ذلك يصبح الموظف العام الركن الأساسي لقيام الوظيفة العامة لأنه هو الذي يتولى القيام بهذه الوظائف، وبذلك فإن الموظف العام هو الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها.

ويعد الموظف الوسيلة الأهم والمحرك الفعلي للإدارة؛ حيث أن لولاه لما قامت الإدارة بنشاطاتها ومهامها المختلفة على أكمل وجه، ولكون الموظف هو الوسيلة الأساسية والذي بموجبه تقوم الإدارة بمهامها المختلفة.

ومن هنا فقد جاء هذا البحث لتوضيح حقوق الموظف العام في القانون الإداري وفقاً لقانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية لدولة فلسطين، كما أن هذا البحث سيركز على حقوق الموظف المالية من حيث الرواتب والعلاوات فقط، كنوع من التخصص في البحث.

### أهمية الدراسة

تطور دور الدولة في العصر الحديث تطوراً كبيراً، وازداد عدد الموظفين زيادة كبيرة حتى أصبح يعد في كثير من بلاد العالم بالملايين وبنات الموظفون يمثلون نسبة غير قليلة من سكان كل دولة ويرجع ذلك إلى اتساع وظائف الدولة والتي أصبحت تمتد وتشمل كثيراً من الخدمات العامة في مختلف الميادين سعياً لتطوير المجتمع وتحقيق آماله في الكفاية والعدل ووفاء بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية .

لذلك تبرز أهمية هذه الدراسة بأنها من أحد الدراسات التي ألقت الضوء على الحقوق المالية للموظف العام (الرواتب والعلاوات) في قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين.

### أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح الحقوق المالية للموظف العام ( الرواتب والعلاوات) التي منحه إياها قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين، وذلك من خلال تسليط الضوء على حق الموظف العام في الحصول على الراتب، وشروط استحقاقه للراتب، وكيفية تحديد الراتب، ومدى الحماية القانونية للراتب، وتوضيح الحالات الاستثنائية التي بموجبها يتم خصم جزء من الراتب، وتوضيح العلاوات التي يحصل عليها الموظف العام وكيفية استحقاقها.

### مشكلة الدراسة وتساؤلاته

#### تبلور مشكلة الدراسة في الأسئلة الآتية:

● هل يختلف مفهوم الراتب في قانون الموارد البشرية لدولة الإمارات عن مفهومه في قانون الخدمة المدنية لدولة فلسطين، وهل المرتب الذي يتقاضاه الموظف العام حق له مقابل الوظيفة أو أنه مرهون بالخدمة الفعلية التي يقوم فيها؟.

● ما هي شروط استحقاق الموظف العام للراتب؟

- كيف يتم تحديد الراتب في ظل قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وكيف يتم تحديده في قانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين؟.
- ما مدى الحماية القانونية للراتب الذي يتقاضاه الموظف العام؟.
- ما هي الاستثناءات التي يتم بموجبها خصم على الراتب الذي يتقاضاه الموظف العام؟.
- ما هي أوجه الاختلاف والتشابه في العلاوات التي يحصل عليها الموظف العام في ظل قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وفي قانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين؟.

### منهجية الدراسة

مما لا شك فيه أن كل بحث يختلف عن الآخر من حيث طبيعته الذاتية، مما يؤدي إلى اختلاف منهجه وأدوات دراسته، وفي ضوء ذلك وبالنظر إلى طبيعة البحث، فإن المنهج المتبع فيه هو المنهج التحليلي؛ بهدف بيان حقائق الأمور من خلال الاستعانة بقانون الموارد البشرية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني، كما استخدم الباحث المنهج المقارن لتوضيح أوجه الاختلاف والتشابه بين القانونين فيما يخص الحقوق المالية للموظف العام.

### تقسيم الدراسة

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** الحقوق المالية للموظف العام (الراتب)، وتم عرضه من خلال خمسة مطالب على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** حق الموظف العام في الراتب.

**المطلب الثاني:** شروط استحقاق الراتب.

**المطلب الثالث:** تحديد المرتب.

**المطلب الرابع:** الحماية القانونية للراتب.

**المطلب الخامس:** الاستثناءات على خصم الراتب.

**المبحث الثاني:** الحقوق المالية للموظف العام (العلاوات)، وتم عرضه من خلال خمسة مطالب على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** العلاوة الدورية.

**المطلب الثاني:** العلاوة التشجيعية.

المطلب الثالث: العلاوة الاجتماعية.

المطلب الرابع: علاوة تسوية المؤهلات العلمية.

المطلب الخامس: علاوة الفنية للمهندسين والفنيين المواطنين.

تمهيد

صدر قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية بمرسوم رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2011م. وجاء هذا القانون مكوناً من خلال خمسة عشر فصلاً، وذلك بهدف توضيح جميع الحقوق والواجبات والمهام التي تتعلق بالموظف العام الذي يعمل لدى مؤسسات الدولة وهيئاتها، وبمختلف المستويات الإدارية.<sup>1</sup>

وكما صدر قانون الخدمة المدنية الفلسطيني المعدل رقم (4) لسنة 2005م، بقرار من مجلس الوزراء رقم (45) لسنة 2005م باللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م، وجاء هذه القانون منظماً في ستة أبواب مقسمة إلى فصول.<sup>2</sup>

وبما أن هذا البحث جاء لتسليط الضوء على الحقوق المالية للموظف العام حيث منح القانون مزايا مالية عديدة، تنشأ منذ التحاقه بالوظيفة العامة، كما تضمن الإشارة إلى جميع التشريعات في جميع الدول على حماية هذه الحقوق وعدم المساس بها إلا بمقتضى أحكام القانون، لذا فإن البحث سيركز على المواد التي تناولت موضوع رواتب الموظفين وعلاواتهم في كلا القانونين في مباحث مستقلة.

<sup>1</sup> قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2011م.

<sup>2</sup> قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م، المعدل بقرار مجلس الوزراء رقم (45) باللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م.

## المبحث الأول

## الحقوق المالية للموظف العام "الراتب"

لا ريب أن أهم الحقوق التي أقرها القانون للموظف هي الحقوق المالية باعتبار وظيفتها الاجتماعية والمهنية، فهي من ناحية تجعل الموظف يطمئن على مستقبله المعيشي، ومن ناحية ثانية تحفزه على الأداء الجيد وتطوير مهاراته، لذلك فإن المساس بها دون مراعاة الضمانات التي يقرها القانون لفائدة الموظف، يعد انتقاصاً من وضعه القانوني ومركزه المالي، وبالتالي إخلال بالتزامات الإدارة إزاء الموظف.<sup>1</sup>

يتعين على السلطة الإدارية أن تؤمن حصول الموظف على حقوقه التي حددها له القانون، ومن المنطقي أن يقوم بوظيفته وهو مطمئن وآمن من أية مسؤولية تفوق الاختصاصات المحددة لوظيفته ولمركزه الوظيفي. وبما إن مركز الموظف العام هو مركز تنظيمي تحدده القوانين واللوائح. فإنه ينتج عن ذلك أن للموظف حقوقاً وواجبات، تحددها قواعد عامة آمرة، تطبق بطريقة موحدة ومتساوية، بالنسبة لكافة الموظفين، ولا يجوز للإدارة الاتفاق مع الموظف على مخالفتها.<sup>2</sup>

يقابل الالتزامات الملقاة على عاتق الموظف العام والتي تختلف عن تلك المقررة للعاملين في القطاع الخاص مجموعة من الحقوق والضمانات تزيد عن تلك المقررة في قانون العمل، ويتعلق الأمر بالراتب الأساسي والعلاوات التي يشتمل عليها والتي تتطور بصورة مستمرة.<sup>3</sup>

## المطلب الأول

## حق الموظف العام في الراتب

**مفهوم الراتب في دولة الإمارات:** المقابل المالي الذي يتقاضاه الموظف من ميزانية الدولة بشكل دوري ومنتظم (كل شهر بصفة عامة) نظير ما يؤديه من أعمال ومهام أثناء خدمته حسب درجته الوظيفية.<sup>4</sup>

وقد عرف المشرع الإماراتي في المادة رقم (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2011م الراتب **الإجمالي:** "بأنه الراتب الأساسي مضافاً إليه ما يحصل عليه الموظف من علاوات وبدلات".

<sup>1</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 2013م، ص 208.

<sup>2</sup> د. أعاد علي الحمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة، مطبعة الفجيرة الوطنية، الطبعة الثالثة سنة 2008م، ص 211.

<sup>3</sup> د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، وسائل تنفيذ النشاط الإداري، بدون دار نشر، سنة 2015، ص 226.

<sup>4</sup> د. موسى مصطفى شحادة، الوظيفة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2012م، ص 166.

حيث نجد أن قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2012م في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية قد فرق في المادة رقم (1) بين الراتب الأساسي والراتب الإجمالي، حيث جاء فيه.

أ- أن الراتب الأساسي: هو الراتب المقرر لبداية مربوط الدرجة الوظيفية وما يطرأ عليه من زيادات.

ب- أن الراتب الإجمالي: هو الراتب الأساسي مضافاً إليه ما يحصل عليه الموظف من علاوات وبدلات.<sup>1</sup>

كما يستحق الموظف الراتب عند التعيين وفقاً لنص المادة (22) من اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، حيث يمنح الموظف عند تعيينه الراتب الأساسي لبداية مربوط الدرجة الوظيفية المعين عليها الوارد بجدول الرواتب، ويستحق الموظف راتبه من تاريخ مباشرته الفعلية للوظيفة.<sup>2</sup>

**مفهوم الراتب في القانون الفلسطيني:** قد عرفت المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م **الراتب:** بأنه الراتب الأساسي الشهري الذي يستحقه الموظف ويتقاضاه مقابل قيامه بمهام الوظيفة التي يشغلها، ولا يشمل العلاوات أو البدلات من أي نوع كانت.<sup>3</sup>

والمرتب "الراتب" حق للموظف غير مستمد من الوظيفة وحدها بل على ما يؤديه الموظف فعلاً عن عمله، فالمرتب مرهون بقيام الموظف بعمله فهو يرتبط بالخدمة الفعلية لا بالوظيفة.<sup>4</sup>

يرى الباحث من خلال التعاريف السابقة أن المشرع الإماراتي أحسن في الصياغة وفي دلالة الألفاظ والعبارات بوضوح، كما أنه توسع في تعريف الراتب مضافاً إليه العلاوات والبدلات، بينما في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني عرف الراتب دون أن يشمل العلاوات أو البدلات من أي نوع كانت، وهذا يدل على أن المشرع الفلسطيني قد ضيق في النص القانوني للتعريف بالراتب، فكان من باب أولى أن يتوسع المشرع الفلسطيني في نطاق النص ليشمل التعريف بالراتب والعلاوات والبدلات كما هو الحال في قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية في دولة الإمارات العربية، وذلك لهذه العلاوات والبدلات من أهمية بالغة للموظف العام لتحسين مستواه المعيشي في ظل غلاء المعيشة الذي يتكبده الموظف العام في دولة فلسطين.

<sup>1</sup> اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2012م في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

<sup>3</sup> قانون رقم (4) لسنة 2005م بتعديل قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م، المرجع السابق.

<sup>4</sup> د. نبيلة عبد الحليم كامل، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1996م، ص 234.

\* نظراً للأوضاع السياسية الراهنة ولسبب عدم اكتمال النصاب القانوني للمصادقة على هذه التعديلات لوجود عدد غير قليل من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني رهن الاعتقال في سجون الاحتلال الإسرائيلي.

علماً بأن قانون الخدمة المدنية الفلسطيني لم يطرأ عليه أي تعديل أو تغيير منذ صدوره فيما يتعلق بمصطلح الراتب ليشمل العلاوات والبدلات، وذلك بسبب غياب المجلس التشريعي الفلسطيني عن الانعقاد بصورة متكاملة منذ عام 2006م حتى يومنا هذا، كما لم يصدر أي قرار من مجلس الوزراء الفلسطيني لإعادة النظر في صياغة النص القانوني والتوسع في مصطلح الراتب ليشمل العلاوات والبدلات.

## المطلب الثاني

### شروط استحقاق الراتب

يجب توافر عديد من الشروط لاستحقاق الموظف لراتبه وهي على النحو الآتي:

1. صدور قرار تعيين للموظف من السلطة المختصة بالتعيين ومباشرة الموظف الفعلية لوظيفته.<sup>1</sup> وهذا ما قرره المادة 22 من اللائحة التنفيذية رقم (13) لسنة 2012م للمرسوم بقانون رقم (11) لسنة 2008م بأن ( يمنح الموظف عند تعيينه الراتب الأساسي لبداية مربوط الدرجة الوظيفية المعين عليها الوارد بمجدول الرواتب، ويستحق الموظف راتبه من تاريخ مباشرته الفعلية للوظيفة).<sup>2</sup>
  2. استمرار العلاقة الوظيفية التنظيمية بين الموظف والإدارة، بمعنى أن لا يكون الموظف قد استقال أو أحيل إلى التقاعد أو انتهت خدمته لأي سبب من الأسباب.
  3. عدم صدور قرار من السلطات المختصة بحرمان الموظف من راتبه أو جزء منه لسبب قانوني كصدور قرار المحكمة بحضم جزء من راتب الموظف المقرر كنفقة لزوجته رغم مباشرة الموظف لوظيفته واستمرار العلاقة بينه وبين الدولة.<sup>3</sup>
- يرى الباحث أن هذه الشروط تعتبر قاعدة عامة في كل من القانونين الإماراتي والفلسطيني حيث يتبين أن استحقاق الموظف لراتبه يكون من تاريخ مباشرته للوظيفة الفعلية، ويكون بقرار من السلطة المختصة بالتعيين، فيستحق الموظف راتبه من خلال العلاقة الوظيفية التنظيمية بين الموظف والإدارة، أي مباشرة وظيفته واستمرارها بشكل منتظم.

<sup>1</sup> د. موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 170.

<sup>2</sup> اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> د. موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 170.

## المطلب الثالث

## تحديد المرتب "الراتب"

## في دولة الإمارات:

يتم تحديد الراتب الإجمالي لكل وظيفة عامة في وزارات الدولة المختلفة، وفقاً لما تقرره المادة (20) من قانون الموارد البشرية الاتحادي، المعدلة بالقانون رقم (9) لسنة 2001م عن طريق جداول درجات ورواتب موحد يصدر بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح هيئة الموارد البشرية وفقاً للأسس التالية:

أ- يحدد لكل وظيفة الدرجة المقررة لها ويكون تحديد الدرجة مرتبطاً بالوظيفة.

ب- يكون للوظائف مساران، يسمى الأول "المسار الإداري" ويسمى الثاني "المسار المهني أو الفني" ويكون لكل منهما تصنيف خاص حسب نوع الوظيفة.

ج- اعتماد الراتب الإجمالي.<sup>1</sup>

كما يتم تحديد الحد الأدنى للراتب الموظف المواطن وذلك ما نصت عليه المادة (21) من قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية على:

"يحدد بقرار من مجلس الوزراء الحد الأدنى للراتب الإجمالي للموظفين المواطنين على أن يعاد النظر فيه كلما اقتضت الضرورة ذلك".<sup>2</sup>

## في دولة فلسطين:

بينما يتحدد الراتب الأساسي في قانون رقم (4) لسنة 2005م بتعديل قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م على النحو التالي:

قسم المشرع الفلسطيني الموظفين إلى خمس فئات بالإضافة إلى الفئة الخاصة والفئة العليا، وتحدد الرواتب وسائر الحقوق المالية لشاغلي الوظائف وفقاً للدرجة الوظيفية الواردة في قرار التعيين وفقاً لأحكام القانون، كما تم شرح هذه الفئات بالتفصيل في سلم الرواتب في الملاحق.

الفئة الخاصة: تشمل هذه الفئة على رؤساء الدوائر الحكومية الذين يعينون بدرجة وزير كرئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية ورئيس ديوان الموظفين العام ورئيس سلطة المياه ورئيس هيئة الشؤون المدنية ورئيس سلطة الأراضي، ويتقاضى هؤلاء مرتب ثابت كالوزراء حيث لا فرق بين وزير قديم يدخل الوزارة لأول مرة، كما لا ينظر إلى مؤهلاتهم العلمية أو ندرة تخصص أي منهم، وذلك لأن التعيين في هذه الفئة يدخل ضمن نطاق التعيينات

<sup>1</sup> قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق.

السياسية التي يسعى رئيس الدولة من خلالها مراعاة الاعتبارات السياسية والاجتماعية والإقليمية السائدة في الدولة كتمثيل الأحزاب السياسية في المجلس التشريعي في الحكومة، والتوزيع الطبقي والإقليمي للمسؤولين وذلك حسب متطلبات كل مرحلة سياسية من المراحل التي تمر بها الدولة.

الفئة العليا: يدخل ضمن نطاق هذه الفئة الموظفين الذين يباشرون الوظائف التخطيطية والرقابية العليا، ويشرفون على تحديد أهداف الدوائر الحكومية في مجالات اختصاصها، ويقومون بوضع الخطط والبرامج واتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة لتنفيذها.

الفئة الأولى: وتشمل هذه الفئة كل من يعين بوظيفة مدير أو مستشار ممن لديهم مؤهلات علمية وخبرات عملية قانونية وإدارية.

الفئة الثانية: وتشمل الموظفون الذين لديهم مؤهلات تخصصية في المهن الطبية والهندسية والإدارية والقانونية والمالية والمحاسبية والاجتماعية والثقافية والتربوية، وتضم هذه الفئة موظفي الدوائر الحكومية التي تتطلب مهارات تخصصية محددة، ويتم اختيارهم من بين الأشخاص المتوفرين على مهارات إدارية وقيادية وذلك لشغل وظائف إدارية وإشرافية متوسطة كرؤساء الأقسام والشعب والوحدات الإدارية.

الفئة الثالثة: وتشمل هذه الفئة الموظفون ذوو التخصص الفني والكتابي وأعمال السكرتارية من كتابة ومراسلات وطباعة وحفظ وثائق وغيرها.

الفئة الرابعة: وتشمل هذه الفئة الموظفين ذوي الاختصاصات الحرفية في مجالات التشغيل والصيانة والحركة والنقل والورش الميكانيكية ومحطات القوى وغيرها.

الفئة الخامسة: وتشمل وظائف الخدمات كالحراس والسعاة ومن في حكمهم<sup>1</sup>.

يرى الباحث من خلال ما أورده قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية فيما يتعلق بتحديد الراتب الإجمالي لكل وظيفة أن الراتب مرتبط بالوظيفة التي يشغلها الموظف في مؤسسات الدولة وهذا من البديهي أن جعل المشرع في نصه القانوني التدرج في السلم الوظيفي حسب الفئة المصنفة للموظف، فكلما زادت الدرجة الوظيفية زاد معدل الدخل للموظف بزيادة الراتب، وهذا في رأي الباحث يبين أن المشرع قد جعل النص كقاعدة عامة لجميع الموظفين في الدولة بالتسلسل الوظيفي مع الراتب الإجمالي.

<sup>1</sup> د. عدنان عمرو. المرجع السابق، ص 227-228. مشار إليه المادة رقم (9) من القانون والجدول رقم (1) الملحق بالقانون والمعدل عام 2005م.

في حين نرى أن المشرع في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني حدد الراتب لكل وظيفة حسب فئتها ودرجتها، مرتبطاً بذلك من تاريخ شغلها لأول مرة، بل يعتد بجملة اعتبارات أخرى خاصة بمكانة الوظيفة الاجتماعية والمظاهر التي يحتاجها الموظف.

كما يرى الباحث أن أغلب التشريعات قد حددت الراتب بمقتضى السلم الوظيفي وهو ما يعرف ( بجدول الدرجات والرواتب) مع الأخذ بالاعتبار اختلاف الراتب من دولة إلى دولة حسب مقتضيات مستوى المعيشة ومقدار دخل الأفراد فيها.

وفي كلا القانونين نجد أن المشرع قد حدد الراتب وفقاً للسلم الوظيفي في كل دولة، وكما يحدد الحد الأدنى للراتب، تاركاً لمجلس الوزراء إعادة النظر في جدول الرواتب كلما اقتضت الضرورة ذلك.

وبالرغم من اختلاف صياغة الألفاظ والعبارات إلا أننا نجد المفهوم القانوني في المواد سالفة الذكر يشير إلى مبدأ موحد وهو ربط الراتب بالدرجة الوظيفية التي يشغلها الموظف وحسب الفئات والتصنيفات التي أوردتها جدول درجات ورواتب الموظفين لكل دولة.

وقد بين الجدول رقم (1) درجات ورواتب الموظفين المواطنين المرفق بقرار مجلس الوزراء رقم (23) لسنة 2012م في شأن تعديل قرار المجلس رقم (9) لسنة 2008م بتعديل جدول الدرجات والرواتب والعلاوات الدورية للموظفين، كما بين الجدول رقم (2) من دليل الموظف العام، فئات الوظائف وسلم الرواتب، في دولة فلسطين.<sup>1</sup>

كما يجوز لمجلس الوزراء إعادة النظر في جدول الرواتب والعلاوات كلما اقتضت الضرورة ذلك في ضوء الدراسات الخاصة بتكلفة المعيشة والإمكانيات المالية للدولة وتقديم الاقتراحات بشأنهما إلى مجلس التشريعي للمصادقة عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جدول رقم (1) بشأن رواتب الموظفين المواطنين العاملين بالوزارات والجهات الاتحادية الخاضعة لأحكام قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، جدول رقم (2) فئات الوظائف وسلم الرواتب. مرفق في نهاية البحث.

<sup>2</sup> دليل الموظف العام. مركز الميزان لحقوق الإنسان وديوان الموظفين، الطبعة الثانية، 2007م، ص 15.

## المطلب الرابع

## الحماية القانونية للراتب

أن المرتب حق مكتسب للموظف لا يمكن أن يخضع لأي تغيير أو تعديل إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، فإنه مع ذلك يمكن للإدارة، عند الاقتضاء وفي أي وقت تشاء، مراجعة نظام الأجور بتعديل قيمة المرتبات دون أن يمنح ذلك أي حق للموظف بالاحتجاج عليها بدعوى وجود حق مكتسب، طالما أن هذه المراجعة والتغيير تكتسي أيضاً صبغة عامة ومجردة، وما دام الموظف يوجد دائماً في وضعية نظامية إزاء الإدارة، التي تنسحب فيما تنسحب عليه، على مركزه تجاه مرتبه الذي لا يعدو أن يكون مركزاً نظامياً عليه. والقاعدة العامة: تقتضي أن المرتب يصرف للموظف مقابل العمل الذي ينجزه لصالح الدولة طبقاً لأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها والتي تربط استحقاق المرتب بقيام العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة.<sup>1</sup>

وقد خص المشرع المرتب بحماية خاصة، فلا يمكن للإدارة أن تجري أية اقتطاعات أو حجز على مرتب الموظف إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وذلك لما للمرتب من وظيفة اجتماعية تتمثل في كونه المورد الأساسي للموظف في معيشته، ووسيلته لمواجهة تكاليف وأعباء الحياة. ويتعرض مرتب الموظف إلى خصم كلي أو جزئي إما نتيجة لأحكام القانون، وإما بمقتضى إرادة الموظف، أو نتيجة حكم قضائي.<sup>2</sup>

نظراً لأهمية الراتب في حياة الموظف العام باعتباره الوسيلة التي يعتمد عليها هو وأسرته تحمي تشريعات الوظيفة العامة عادة راتب الموظف من الحجز إلا بأمر من الجهة المختصة وغالباً ما تكون السلطة القضائية وذلك: 1. وفاءً لنفقة محكوم بها من القضاء المختص، وخاصة القضاء الشرعي في قضايا النفقة لمن تجب لهم النفقة شرعاً كالزوجة والوالدين.

2. أو لسداد ما يكون مطلوباً منه للحكومة سواء لسبب يتعلق بأداء وظيفته أو لاسترداد ما يكون قد صرف له بغير وجه حق.

وفي كل الأحوال لا يجوز أن يزيد ما يخصم من راتب الموظف في هاتين الحالتين عن ربع الراتب الإجمالي، وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 210-211. مشار إليه، الدكتور جورج شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، 2004، ص 527 وما بعدها. غازي كرم، القانون الإداري، الأفاق المشرقة ناشرون، 2010، ص 99 وما بعدها. الدكتور ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 300. الدكتور أعاد حمود، الوجيز بالقانون الإداري، مرجع سابق، ص 180.

<sup>2</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 212.

<sup>3</sup> د. موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 170-171.

يرى الباحث أن المشرع كفل حماية الراتب للموظف العام في كل من القانونين ولا شك بأن أغلب القوانين حرصت على حماية المرتب الذي يتقاضاه الموظف، وذلك لما له من أهمية بالغة لدى الموظف في حياته المعيشية. فقد كفلت جميع النصوص التشريعية والتنظيمية حماية الراتب ولم تسمح بالاعتداء والخصم الكلي أو الجزئي فيه إلا بمقتضى أحكام القانون وفي الظروف الاستثنائية كالنفقة ويكون بمقدار لا يتجاوز عن ربع الراتب الإجمالي فقط.

وتعتبر المنازعات الخاصة بالرواتب من اختصاص محكمة العدل العليا حيث تشملها الرقابة القضائية لضمان حماية هذا الحق المالي للموظف من الاعتداء عليه، أي كانت الوسيلة إلغاء أو تخفيضاً أو إيقافاً.<sup>1</sup>

### المطلب الخامس

#### الاستثناءات على خصم الراتب

تنص تشريعات الوظيفة العامة على عدم جواز الحجز على راتب الموظف العام إلا بأمر من الجهة المختصة نظاماً بتوقيع الحجز على أموال المدنين، وأن لا يتجاوز المقدار المحجوز كل شهر ثلث أو ربع صافي الراتب الشهري، وذلك للوفاء بدين مستحق للدولة أو للجهة الإدارية التابع لها الموظف (كبدل انتقال خطاً، أو أضرار لحقت بالدولة نتيجة لخطأ الموظف) أو للوفاء بنفقة محكوم بها من القضاء.<sup>2</sup>

ومن هذه الاستثناءات التي نصت عليها القوانين في كل من دولة الإمارات ودولة فلسطين ما يلي:  
في دولة الإمارات: نصت المادة رقم 9/247 من قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992م على أنه "مع عدم الإخلال بما ينص عليه أي قانون آخر، لا يجوز الحجز على ما يأتي" ومنها الفقرة رقم (9) الأجر والرواتب إلا بقدر الربع من الأجر أو الراتب الأساسي وعند التراجع تكون الأولوية لدين النفقة.<sup>3</sup>

#### في دولة فلسطين

نصت المادة رقم 12/268 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م على أنه: "تستثنى الأموال التالية من الحجز" ومنها الفقرة رقم (12) ما زاد على ربع رواتب الموظفين وأجور العمال.<sup>4</sup>

#### في دولة الإمارات

<sup>1</sup> د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع لسنة 2005م، ص 115.

<sup>2</sup> د. نواف كنعان، الخدمة المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2008م، ص 107.

<sup>3</sup> قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992م.

<sup>4</sup> قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.

نصت المادة 96 من قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية رقم (21) لسنة 2001م على أنه: "لا يجوز إجراء خصم أو توقيع حجز على المبالغ الواجبة الأداء من الحكومة للموظف بأية صفة كانت إلا وفاء لنفقة محكوم بها من القضاء أو لسداد ما يكون مطلوباً منه للحكومة سواء لسبب يتعلق بأداء وظيفته أو لاسترداد ما يكون قد صرف له بغير وجه حق.

ولا يجوز أن يزيد ما يخصم من هذه المبالغ في هاتين الحالتين على ربع راتبه الإجمالي. وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة.<sup>1</sup>

### في دولة فلسطين

نصت المادة 51 من قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م على أنه: "لا يجوز الحجز على الأجور والرواتب والمكافآت وملحقاتها عن علاوات وبدلات وما يستحق من معاشات ومكافآت أو ما يقوم مقامها (وفقاً لقانون التقاعد العام) إلا بمقدار الربع، وفي حالة تزامم الديون تكون لديون النفقة المقررة أولوية في الاستيفاء".<sup>2</sup>

يرى الباحث من خلال ما سبق من النصوص القانونية أن منع الخصم أو الحجز المقصود يشمل كل ما يحصل عليه الموظف من مرتبات، وأن المقدار الذي يتم خصمه أو الحجز عليه من الراتب كل شهر يجب ألا يتجاوز ربع الراتب، وفي حالة تزامم الديون تكون الأولوية في الخصم أو الحجز لدين النفقة. ومن الأمثلة التطبيقية القضائية على خصم الراتب في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة ودولة فلسطين ما يلي:

### في دولة الإمارات

القرار الصادر من محكمة الشارقة الشرعية رقم 2015/3081 بتاريخ 2015/5/12م ما قرره المحكمة من استقطاع مبلغ وقدره (469239 درهماً) أربعمائة وتسعة وستون ألفاً ومائتان وتسعة وثلاثون درهماً عبارة عن متجمد نفقة واستقطاع مبلغ (9000 درهماً) تسعة آلاف درهماً شهرياً عبارة عن نفقة الأولاد من راتب المنفذ ضده في حدود ربع الراتب، وتحويله إلى خزينة محكمة دبي لصالح التنفيذ الشرعي (935/2014).

القرار الصادر من محكمة الشارقة الشرعية رقم 2015/3082 بتاريخ 2015/5/12م ما قرره المحكمة من استقطاع مبلغ وقدره (2500 درهماً) ألفان وخمسمائة درهم شهرياً عبارة عن نفقة شهرية واستقطاع المبلغ المتراكم وقدره (8000 درهماً) ثمانية آلاف درهم شهرياً على أقساط شهرية بواقع (500 درهماً) خمسمائة درهم من راتب

<sup>1</sup> قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية رقم (21) لسنة 2001م.

<sup>2</sup> قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م.

المنفذ ضده، وإيداعه في حساب المنفذ لدى مصرف أبو ظبي الإسلامي على أن يكون الاستقطاع اعتباراً من أول مايو 2015م.

القرار الصادر من محكمة الشارقة الشرعية رقم 2015/535 بتاريخ 2015/1/27م ما قرره المحكمة لاقتطاع المبالغ التالية من راتب المنفذ ضده: مبلغ (40967) أربعون ألف وتسعمائة وسبعة وستون درهماً بواقع (2000) ألفين درهم شهرياً اعتباراً من تاريخ 2015/3/1.

ومبلغ (2500) ألفين وخمسمائة درهم شهرياً اعتباراً من تاريخ 2015/3/1 وحتى إشعار آخر على أن يتم اقتطاع المبلغ وتحويله للمحكمة بموجب شيك ولصالح طالبة التنفيذ.<sup>1</sup>

### في دولة فلسطين

القرار الصادر من محكمة بداية رام الله رقم 2014/0000 بتاريخ 2015/5/4 ما قرره المحكمة من الحجز على ربع راتب المحكوم عليهم لقاء مبلغ (14688) شيقل ومبلغ (100) دينار أتعاب محاماة شهرياً وتحويله إلى حساب دائرة التنفيذ في بنك فلسطين.

القرار الصادر من محكمة بداية رام الله رقم 2014/0 بتاريخ 2015/5/5 ما قرره المحكمة من الحجز على ربع راتب المحكوم عليها لقاء مبلغ (2840) شيقل شهرياً، وتحويل المبالغ المحجوزة إلى حساب دائرة التنفيذ لدى بنك فلسطين.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني

#### الحقوق المالية للموظف العام "العلاوات"

يقصد بالعلاوات: مبلغ من المال يستحقه الموظف دورياً كل سنة ويضاف إلى الراتب الأساسي لأسباب معينة فيزداد بها ذلك الراتب، وذلك وفقاً للشروط والضوابط النظامية المقررة في كل دولة.<sup>3</sup>

#### المطلب الأول

#### العلاوة الدورية

#### (تعريفها وشروط استحقاقها)

أ- تعريف العلاوة دورية: وهي علاوة تقرر للموظف كل سنة بشروط معينة، وتعتبر حقاً له إذا توافرت شروطها، وتضاف إلى راتبه الإجمالي، وهي تقرر لمواجهة غلاء المعيشة، ولذلك لا يجوز حرمانه منها أو تأجيلها إلا

<sup>1</sup> قرار محكمة الشارقة الشرعية. ملحق في نهاية البحث.

<sup>2</sup> قرار محكمة بداية رام الله. ملحق في نهاية البحث.

<sup>3</sup> د. نواف كنعان، الخدمة المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص 108.

وفقاً للقانون، كما في حالة تأديبه. وتنظم هذا الأمر المادة 32 من قانون الموارد البشرية الإماراتي بقولها ( تستحق العلاوة الدورية السنوية للموظف، بناءً على مستوى تقييم أدائه السنوي، وتضاف إلى راتبه الأساسي).<sup>1</sup>

كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2012م في اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م في نص المادة 32 (يستحق الموظف علاوة دورية سنوية تضاف إلى راتبه الأساسي وذلك بناءً على مستوى تقييم أدائه السنوي وفقاً لنظام إدارة الأداء، ويستحق العلاوة الدورية في أول يناير أو أول يوليو التالي لانقضاء سنة على الأقل من تاريخ تعيينه وفقاً لنظام إدارة الأداء).<sup>2</sup>

كما تعتبر العلاوة الدورية علاوة تدفع سنويا تشجيعاً للموظف ومساعدته له على مواجهة تكاليف الحياة التي تتزايد بتقدمه في السن، لذا تمنح له علاوة اعتيادية تشكل الوسيلة الطبيعية لزيادة الراتب إلى جانب الترقية التي تعتبر وسيلة استثنائية.<sup>3</sup>

وقد نص قانون الخدمة المدنية الفلسطيني في نص المادة 52 على ( يمنح الموظف الذي أمضى سنة فأكثر في الخدمة علاوة دورية سنوية تصرف له في الأول من كانون الثاني "يناير" من كل عام وبالحد الأقصى لعدد العلاوات المقررة ما لم يصدر قرار من جهة ذات اختصاص بحجبها أو بتأخيرها عنه وفقاً لأحكام هذا القانون).<sup>4</sup>

يرى الباحث أن هناك توافق بين كل من القانونين الإماراتي والفلسطيني في شأن العلاوة الدورية السنوية من حيث المدة المستحقة للعلاوة وهي سنة فأكثر ، ولهذا تكون هذا العلاوة بشكل دوري وسنوي يستحقها الموظف العام، ولا شك بأن هذه العلاوة الدورية السنوية تعتبر حقاً كونها تواجه غلاء المعيشة الذي يعاني منه الموظف العام.

ويبين الجدول رقم (1) العلاوة الدورية للموظفين المرفق بقرار مجلس الوزراء رقم (35) لسنة 2009م في شأن تعديل قرار المجلس رقم (9) لسنة 2008م بتعديل جدول الدرجات والرواتب والعلاوات الدورية للموظفين، الملحق بهذا البحث.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> د. حمدي أبو النور السيد، الشامل في القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 2013م، ص 165.

<sup>2</sup> اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> د. عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 231.

<sup>4</sup> دليل الموظف العام، المرجع السابق، ص 15.

<sup>5</sup> جدول رقم (1) بشأن رواتب الموظفين المواطنين العاملين بالوزارات والجهات الاتحادية الخاضعة لأحكام قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية

حيث نجد أن قرار مجلس الوزراء رقم (35) لسنة 2009م كان قراراً صائباً في إجراء التعديل على قرار رقم (9) لسنة 2008م، وذلك أن هذا التعديل قد جاء في صياغة واضحة لمواجهة غلاء المعيشة. يرى الباحث أن العلاوة الدورية السنوية التي أقرها المشرع في قانون الخدمة الفلسطيني بالنسبة واحد وربع في المائة من الراتب الأساسي لكافة فئات الجدول رقم (2) عن كل سنة خدمة، يلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد أوجد فجوة واسعة في العلاوة الدورية السنوية على أن جعلها واحد وربع في المائة من الراتب الأساسي دون أن يأخذ بالاعتبار الغلاء المعيشي الذي يواجهه الموظف العام. في حين أن المتضرر من هذه المسألة هو الموظف العام، وذلك لغياب المجلس التشريعي الفلسطيني منذ عام 2006م وفي ظل عدم صدور أي قرار من مجلس رئيس الوزراء الفلسطيني إلى هذا اليوم، لا شك بأن الموظف العام في ظل الظروف التي يمر بها من غلاء المعيشي الذي يواجهه الموظف هو الذي يتحمل هذه الأعباء وحده دون غيره.

#### ب- شروط استحقاق العلاوة الدورية

- 1- يستحق الموظف العلاوة الدورية بعد انقضاء سنة على الأقل من تاريخ تعيينه، أو من تاريخ منحه العلاوة الدورية السابقة، وتستحق في أو يناير (شهر 1) أو أول يوليو (شهر 7) التالي لانقضاء سنة على الأقل من تاريخ تعيينه.<sup>1</sup> وبذلك حدد المشرع تاريخين تستحق فيها العلاوة. هما: أول يناير وأول يوليو، واشترط لاستحقاق العلاوة انقضاء سنة من تاريخ التعيين أو من تاريخ منح العلاوة الدورية السابقة، وأن العلاوة تمنح إلى ما لا نهاية، لعدم وجود نهاية للربط المالي.<sup>2</sup> وذلك على غرار قانون الخدمة المدنية الفلسطيني أن جعل المشرع العلاوة الدورية في الأول من يناير من كل عام وقد نصت المادة 52 من قانون الخدمة المدنية على منح الموظف الذي أمضى سنة فأكثر من الخدمة علاوة دورية سنوية تصرف له في الأول من يناير من كل عام.<sup>3</sup> يرى الباحث أن العلاوة الدورية تستحق في موعدها المقرر متى حل موعدها، في حين أن المشرع الإماراتي أحسن في اختيار تاريخين لمنح العلاوة للموظف.
- 2- لا يجوز حجب العلاوة الدورية المستحقة للموظف إلا إذا وجد المانع القانوني للحرمان منها.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> د. موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> د. أعاد علي الحمود القيسي، المرجع السابق، ص 214.

<sup>3</sup> قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 2005م، المرجع السابق.

## المطلب الثاني

## العلاوة التشجيعية

## (تعريفها وشروط استحقاقها)

أ- تعريف العلاوة التشجيعية: هي عبارة عن مبلغ مالي يمنح للموظف بقرار من السلطة المختصة تشجيعاً له ومكافأة له بسبب حصوله على تقرير ممتاز. ومنح العلاوة التشجيعية لا يؤثر في استحقاق العلاوة الدورية وذلك طبقاً لتوافر شروط تحددها القوانين.<sup>2</sup>

وهي تعتبر منحة تمنحها الإدارة للموظف إذا توافرت شروطها، وسمحت بذلك ظروف العمل وميزانية الإدارة، وبالتالي فإنه يمكنها ألا تقررها للموظف رغم استحقاقه لها بسبب هذه الظروف أو تلك الميزانية.<sup>3</sup> والعلاوة التشجيعية هي عبارة عن علاوة تمنح للموظف إذا تحققت شروطها القانونية وفي حدود الإعتمادات المخصصة بالميزانية ولعدد أو نسبة محددة من الموظفين الذين تنطبق عليهم الشروط.<sup>4</sup>

## ب- شروط استحقاق العلاوة التشجيعية

- 1- الحصول على العلاوة التشجيعية بناءً على تقريره في السنتين الأخيرتين بدرجة ممتاز.<sup>5</sup>
- كما هو الحال في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني في نص المادة 3/56 التي تنص على أنه يجوز للدائرة المختصة منح الموظف علاوة تشجيعية تعادل العلاوة الدورية المقررة إذا حصل على تقرير كفاية الأداء بمرتبة ممتاز عن العاملين الأخيرين على ألا يزيد عدد الموظفين الذين يمنحون هذه العلاوة عن 20% من عدد الموظفين العاملين على هذه الدرجة فإذا قل عددهم عن خمسة تمنح لواحد منهم.<sup>6</sup>
- 2- ألا يمنح العامل هذه العلاوة أكثر من مرة كل سنتين.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> د. موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 215.

<sup>3</sup> د. حمدي أبو النور السيد، المرجع السابق، ص 165.

<sup>4</sup> د. عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 231.

<sup>5</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 215. مشار إليه المادة 39 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 11 لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>6</sup> قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م، المرجع السابق.

<sup>7</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 215.

- وهذا ما عبرت عنه المادة 3/56 في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني بقولها على ألا يتكرر منحها للموظف إلا بعد سنتين على الأقل من تاريخ منحها له.<sup>1</sup>
- 3- ألا يزيد عدد العاملين الحاصلين على هذه العلاوة في السنة الواحدة عن 10% من عدد العاملين في وظائف كل درجة من كل مجموعة نوعية على حدة.<sup>2</sup>
- في حين حدد المشرع في قانون الخدمة المدنية في نص المادة 3/56 على ألا يزيد عدد الموظفين الذين يمنحون هذه العلاوة عن 20% من عدد الموظفين العاملين على هذه الدرجة فإذا قل عددهم عن خمسة تمنح لواحد منهم.<sup>3</sup>
- 4- كما يجوز منح هذه العلاوة بقرار من الوزير مكافأة نقدية خاصة على أي من اقتراحات الموظف في تطوير أداء العمل.<sup>4</sup>

### المطلب الثالث

#### العلاوة الاجتماعية

في دولة الإمارات نصت المادة رقم (1) من قرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2010م بشأن نظام العلاوة الاجتماعية لأبناء العاملين على أنه " تمنح الموظفة المتوفى عنها زوجها أو التي تعول أولادها من زوجها العاجز عن الكسب أو من زوجها العاطل عن العمل هذه العلاوة عن أولادها المواطنين الذين تعولهم من زوجها المتوفى أو العاجز عن الكسب أو العاطل عن العمل، حتى ولو كانت مطلقة من أيهما، ما دامت هي القائمة بالإعالة، وتثبت حالة العجز عن الكسب بقرار طبي صادر من جهة طبية رسمية، كما تثبت حالة عدم عمل الزوج بموجب إقرار تقدمه الموظفة يفيد بعدم عمل الزوج في القطاع العام الاتحادي أو المحلي أو أي من الهيئات أو المؤسسات التابعة لها، أو في القطاع الخاص أو في أي جهة أو منظمة دولية أخرى تعمل داخل الدولة أو خارجها، وذلك تحت طائلة المسؤولية القانونية، على أن تصرف هذه العلاوة من الموازنة السنوية الخاصة للوزارة أو الجهة الاتحادية".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م، المرجع السابق.

<sup>2</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 215.

<sup>3</sup> قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م، المرجع السابق.

<sup>4</sup> د. هالة عبد الحميد شعت، المرجع السابق، ص 215.

<sup>5</sup> قرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2010م بتعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم (6) لسنة 1981م بشأن نظام العلاوة الاجتماعية لأبناء العاملين.

في دولة فلسطين تصرف العلاوة الاجتماعية للزوجة شرط أن تكون الزوجة غير موظفة والأولاد تحت سن الرشد ما لم يكن يتابع دراسته في أية مؤسسة تعليمية معترف بها وإلى أن يتمها أو يكمل الخامسة والعشرين أيهما أسبق، أو كان معاقاً أو أصح كذلك وبنسبة تحددها اللجنة الطبية العليا، أو كانت البنت غير متزوجة أو غير موظفة أو مطلقة أو أرملة وغير موظفة، وإذا كان الزوجان موظفين فتدفع العلاوة للزوج فقط، كما يبدأ صرف العلاوة عن المواليد وحالات الزواج ابتداء من تاريخها كما يتوقف صرفها من تاريخ الوفاة أو الطلاق أو الزواج.<sup>1</sup>

### في دولة الإمارات

يمنح الموظفون العاملون في الحكومة الاتحادية علاوة اجتماعية عن الأولاد على النحو التالي:

1. (600) درهم شهرياً عن كل ولد وبدون حد أعلى لعدد الأولاد.
2. يقتصر صرف هذه العلاوة على المواطنين المتمتعين بجنسية دولة الإمارات العربية المتحدة في حكم القانون رقم (17) لسنة 1972 وتعديلاته.<sup>2</sup>

### في دولة فلسطين

يصرف للموظف 60 شيكلاً عن الزوجة الأولى غير الموظفة ويصرف له عن كل ولد أو بنت أو عن الزوجة الثانية (20) شيكلاً شهرياً حتى بلوغ الولد / البنت سن "18" عاماً.<sup>3</sup>

ويستمر الصرف عن الأبناء بعد سن "18" عاماً في الأحوال التالية:

1. إذا كان الابن طالباً ثانوياً أو جامعياً حتى إتمام دراسته أو بلوغه سن "25" عاماً أيهما أسبق.
2. إذا كان الابن معاقاً أو أصبح غير قادر على العمل وبنسبة إعاقة تحددها اللجنة الطبية العليا.
3. إذا كانت البنت غير متزوجة وغير موظفة.
4. إذا كانت البنت مطلقة أو أرملة وغير موظفة.

### ويصرف للموظفة عن أبنائها في الحالات التالية:

1. أن تكون الموظفة أرملة أو مطلقة شريطة ألا يكون زوجها موظفاً.
2. إذا كان الزوج معاقاً وغير قادر على العمل.<sup>4</sup>

### يوقف صرف العلاوة الاجتماعية في الحالات التالية:

<sup>1</sup> د. عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 230.

<sup>2</sup> د. موسى مصطفى شحادة، ص 178.

<sup>3</sup> دليل الموظف العام. المرجع السابق. ص 16.

<sup>4</sup> دليل الموظف العام. المرجع السابق. ص 16-17.

1. عن الأولاد الذكور متى بلغوا سن الرابعة والعشرين.
  2. عن البنات من تاريخ زواجهن ويعود منح هذه العلاوة لهن إذا طلقن أو تزلجن.
  3. عن الأولاد الذين يعولون أنفسهم ولو كانوا أقل من سن الرابعة والعشرين.<sup>1</sup>
  4. يوقف صرفها من تاريخ حدوث وفاة أحد الأبناء أو الزوجة أو الزوج أو من تاريخ تعيين أحد الأولاد أو البنات أو الزوجة.<sup>2</sup>
- يرى الباحث من خلال ما سبق أن العلاوة الاجتماعية الذي منحها المشرع الإماراتي تمنح للموظفة سواء كان زوجها توفي أو عاجز عن الكسب أو عاطل عن العمل أو مطلقة، نرى أن المشرع توسع بالنظر إلى العلاوة الاجتماعية باعتبارها علاوة تعيل هذه الموظفة على الأعباء المعيشية التي تعولها.
- في حيث أن المشرع الفلسطيني لم يمنح هذه العلاوة إلا إذا كانت الزوجة غير موظفة قاصراً بذلك على العلاوة للزوجة غير الموظفة، كما يتبين للباحث أن المشرع الفلسطيني لم يتوسع في هذه العلاوة وجعلها محصورة في نطاق ضيق للزوجة غير الموظفة.
- في حين يتوقف صرف هذه العلاوة في حالات متعددة وهي الوفاة أو الطلاق أو الزواج كما عبر عنه المشرع الفلسطيني.
- كما أن المشرع الإماراتي والمشرع الفلسطيني أوردوا حالات استثنائية للصرف هذه العلاوة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال في حين نجد أن كلا القانونين نجد أن العلاوة تقتصر على ما دون سن الرشد لكل الأبناء. ويتبين للباحث أن المشرع الإماراتي كان الأسبق في أن جعل هذه العلاوة حتى ولو طلقت الزوجة سارية بمقتضى القانون، في حين أن المشرع الفلسطيني قد ضيق في منح هذه العلاوة على الزوجة غير الموظفة.

#### المطلب الرابع

##### علاوة تسوية المؤهلات العلمية

في دولة الإمارات نصت المادة (28) من اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية على:

1. " يستحق الموظف المواطن علاوة شهرية لدرجة الماجستير وما يعادلها أو درجة الدكتوراه وما يعادلها

وفقاً للآتي:

1000 درهم لدرجة الماجستير.

2000 درهم لدرجة الدكتوراه.

<sup>1</sup> د. موسى مصطفى شحادة، ص 178 - 179.

<sup>2</sup> دليل الموظف العام، المرجع السابق، ص 17

2. يشترط لاستحقاق هذه العلاوة أن تتفق الدرجة العلمية مع طبيعة عمل الموظف وذلك دون الإخلال بالحقوق المكتسبة قبل العمل بهذه اللائحة.

3. اعتباراً من صدور هذه اللائحة تمنح هذه العلاوة لمستحقيها حتى لو تطلب شرط شغل الوظيفة الحصول على الشهادة العلمية.<sup>1</sup>

في دولة فلسطين وهي ما تسمى بعلاوة الاختصاص تضاف إلى راتب الموظف الحاصل على المؤهلات العلمية العليا المبينة في الجدول رقم (3) الملحق بالبحث<sup>2</sup>، المبلغ المحدد مقابل كل مؤهل إلى طبيعة العمل بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2005 بلائحة طبيعة العمل والعلاوة الإدارية (علماً بأنه لم يطلق على هذا المبلغ علاوة اختصاص).<sup>3</sup>

يرى الباحث أن المشرع الإماراتي أحسن صنعاً عندما قرر لشهادة الماجستير 1000 درهم و لشهادة الدكتوراه 2000 درهم، وبذلك يكون قد توسع في منح الشهادات العلمية العلاوة، وفي رأي الباحث كان من باب أولى تحديد العلاوة تبعاً للتخصص، ولكن ما أقدم عليه فيه تشجيع على الإقدام على الدراسات العليا بشتى مجالاتها على غرار المشرع الفلسطيني الذي حددها بتخصصات محصورة وعلاوات معينة بانتقائية مع العلم بأن التعليم له أثر إيجابي في تطوير وتحسين الأداء والجودة في العمل، حتماً بذلك سيرقى بالمؤسسات وهو ما سار عليه المشرع الإماراتي ونؤيده في ذلك.

## المطلب الخامس

### العلاوة الفنية للمهندسين والفنيين المواطنين

في دولة الإمارات نصت المادة 29 من اللائحة التنفيذية من قانون الموارد البشرية على أنه "يمنح المواطنون شاغلوا الوظائف الهندسية والفنية والزراعية علاوة فنية بالنسب المقررة في الجدول رقم (4) الملحق بالبحث"<sup>4</sup>

#### 1- شروط منح العلاوة الفنية للمهندسين والفنيين المواطنين:

أ- أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية أو ما يعادلها أو دبلوم فوق الثانوية أو ما يعادله في مجال التخصص مما يؤهله لشغل الوظائف الهندسية والهندسية المساعدة أو الفنية (جيولوجيا/حاسب آلي) أو الزراعية والزراعة المساعدة.

<sup>1</sup> اللائحة التنفيذية، لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرجع السابق.

<sup>2</sup> جدول رقم (3) علاوة الاختصاص.

<sup>3</sup> دليل الموظف العام، المرجع السابق، ص 16.

<sup>4</sup> جدول رقم (4) العلاوة الفنية للمهندسين والفنيين المواطنين

ب- أن يكون مزاولاً عملاً هندسياً أو هندسياً مساعداً أو فنياً أو زراعياً أو زراعياً مساعداً بالجهة التي يعمل بها ويستمر صرف هذه العلاوة في حال تولي وظيفة إشرافية.

ت- ألا يكون شاغلاً لوظيفة وكيل وزارة أو وكيل مساعد.

2- يستمر صرف العلاوة الفنية للمواطنين العاملين في مجال الحاسب الآلي من حملة الثانوية العامة الذين سبق صرف العلاوة لهم بناءً على موافقة اللجنة الفنية المختصة بالمسميات الوظيفية في مجال الحاسب الآلي بالهيئة العامة للمعلومات في الفترة الماضية وبنفس القواعد السابقة.<sup>1</sup>

في دولة فلسطين لم يذكر المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية العلاوة الفنية للمهندسين، وقد غفل المشرع عن ذكر هذه العلاوة حيث يعتبر التشريع الفلسطيني حديث النشأة ولم يطرأ عليه أي تعديل من تاريخ إقراره نظراً لتعطل المجلس التشريعي الفلسطيني كما أشرنا سابقاً.

حيث يرى الباحث أن التشريع الفلسطيني شابه نقص في أن يدرج هذا البند (العلاوة الفنية للمهندسين) في قانون الخدمة المدنية، مما قد يخل بالتوازن في سلم العلاوات وما سيكون له أثراً سلبياً على حقوق الموظف الفلسطيني.

أما المشرع الإماراتي في قانون الموارد البشرية فإنه أصاب عندما جعل العلاوة الفنية للمهندسين والفنية للمواطنين، بأن حدد النسب مما سيكون له من أثر إيجابي في نيل الموظف كافة حقوقه وهذا ما حرص عليه المشرع في طبيعته، ويؤيد الباحث المشرع الإماراتي كونه قام بتحديد هذه العلاوة مما يؤكد حرصه على نيل الموظف كافة حقوقه.

<sup>1</sup> اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرجع السابق.

## خاتمة

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة التعرف للحقوق المادية للموظف العام ( الرواتب والعلاوات) وذلك بإجراء مقارنة بين قانون الموارد البشرية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وقانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين، بهدف الكشف عن أوجه التشابه والاختلاف، وفي نهاية هذه الدراسة نلخص أهم النتائج التي توصل إليها الباحث :

## نتائج الدراسة

- توسع المشرع الإماراتي في تعريفه للراتب حيث لم يقتصر على الراتب فحسب وإنما أضاف إليه العلاوات والبدلات، بينما اقتصر المشرع الفلسطيني في تعريفه للراتب على الراتب الأساسي فقط. كما توصل الباحث إلى أن المرتب الذي يتقاضاه الموظف العام يرتبط بالخدمة الفعلية لا بالوظيفة.
- توصلت الدراسة إلى أن هنالك عدة شروط يجب أن تتوفر في الموظف العام لكي يستحق الحصول على الراتب، كما أن هذه الشروط لا تختلف في كلتا الدولتين وهما ( صدور قرارا تعيين الموظف من الجهة المختصة ومباشرة الموظف الفعلية لوظيفته، استمرار العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة، وعدم صدور قرار من السلطة المختصة بحرمان الموظف من راتبه أو جزء منه لسبب قانوني).
- كما توصلت الدراسة إلى أنه في دولة الإمارات العربية المتحدة يتم تحديد الراتب عن طريق جداول درجات ورواتب موحد يصدر بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح هيئة الموارد البشرية، بينما في دولة فلسطين تحدد الرواتب طبقاً لسلم الرواتب بناءً على الاقتراح المقدم من مجلس الوزراء للمجلس التشريعي الفلسطيني.
- كفلت جميع النصوص التشريعية والقانونية حماية الراتب ولم تسمح بالاقتطاع والخصم منه إلا بمقتضى أحكام القانون وفي الظروف الاستثنائية وأن يكون بمقدار لا يتجاوز عن ربع الراتب فقط.
- لم تختلف الحالات التي يتم بموجبها الخصم من الراتب في كلتا الدولتين، وهذه الحالات تتلخص في الوفاء بدين مستحق للدولة أو الجهة الإدارية التابعة لها الموظف، أو الوفاء بنفقة محكوم بها من القضاء.
- ثمة اتفاق في الرأي بين المشرع في الدولتين على أن العلاوة الدورية حق للموظف العام بعد مرور سنة من تاريخ تعيينه، كما أنها لا يجوز أن تحجب عنه إلا في حالات معينة، كما بدا واضحاً التشابه في العلاوة التشجيعية من حيث شروط استحقاقها للموظف، أما فيما يخص العلاوة الاجتماعية فثمة اختلاف في الرأي بينهم فقد توسع المشرع الإماراتي بالنظر إلى العلاوة الاجتماعية باعتبارها علاوة تعيل هذه الموظفة على الأعباء المعيشية، بينما المشرع الفلسطيني لم يتوسع في هذه العلاوة وجعلها محصورة في نطاق ضيق للزوجة غير الموظفة، أما فيما

يخص علاوة تسوية المؤهلات العلمية توصل الباحث إلى أن المشرع الإماراتي قد توسع في منح الشهادات العلمية علاوة دون تحديد للاختصاص ونرى في ذلك تشجيع على الإقدام على الدراسات العليا بشتى مجالاتها بعكس المشرع الفلسطيني الذي حددها بتخصصات محصورة وعلاوات معينة بانتقائية مع العلم بأن التعليم له أثر إيجابي في تطوير وتحسين الأداء والجودة في العمل، حتماً بذلك سيرقى بالمؤسسات وهو ما سار عليه المشرع الإماراتي ونؤيده في ذلك، وفيما يخص العلاوة الفنية للمهندسين فإن المشرع الفلسطيني قد غفل عن إدراج هذا البند في قانون الخدمة المدنية.

### توصيات الدراسة

يوصي الباحث في ختام هذا البحث بعدة توصيات، ولعل أهمها:

- يوصي الباحث بإعادة النظر في تعريف الراتب في قانون الخدمة المدنية في دولة فلسطين، بحيث يتوسع فيه كما هو الحال في قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في العلاوة الاجتماعية المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، إذا أنها تقتصر على حالات معينة وهي للزوجة دون الموظفة، ويتم إيقافها عند حالات معينة كالطلاق أو الزواج أو الوفاة؛ بحيث أن المشرع الفلسطيني منح العلاوة الاجتماعية للزوجة فقط دون الموظفة.
- يوصي الباحث بإعادة النظر في علاوة تسوية المؤهلات العلمية في قانون الموارد البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة حيث أنه ساوى بين جميع التخصصات التي تحمل درجة الماجستير والدكتوراه.
- يوصي الباحث بضرورة إدراج العلاوة الفنية للمهندسين في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني كما هو الحال في قانون الموارد البشرية الإماراتي، حيث أن وجود مثل هذه العلاوة يجعل السلم الوظيفي أكثر اتزاناً.

## قائمة المراجع

## المراجع العربية

## أولاً: القرآن الكريم

## ثانياً: الكتب

- د. أعاد علي الحمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة، مطبعة الفجيرة الوطنية، الطبعة الثالثة سنة 2008م.
- د. حمدي أبو النور السيد، الشامل في القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 2013م.
- دليل الموظف العام، مركز الميزان لحقوق الإنسان وديوان الموظفين، الطبعة الثانية، 2007م.
- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري وسائل تنفيذ النشاط الإداري، بدون دار نشر، سنة 2015م.
- موسى مصطفى شحادة، الوظيفة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2012م.
- د. نبيلة عبد الحليم كامل، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1996م.
- د. نواف كنعان، الخدمة المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2008م.
- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لسنة 2005م.
- د. هالة عبد الحميد شعت، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 2013م.
- ثالثاً: القوانين والقرارات
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.
- قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992م.
- قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م.

- قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م، المعدل بقرار مجلس الوزراء رقم (45) باللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م.
- قانون الخدمة المدنية في الحكومة الاتحادية رقم (21) لسنة 2001م.
- قانون الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية، المرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (9) لسنة 2011م.
- قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2012م في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (11) لسنة 2008م بشأن الموارد البشرية في الحكومة الاتحادية وتعديلاته.
- قرار مجلس الوزراء رقم (23) لسنة 2012م بشأن اعتماد جداول الرواتب في الحكومة الاتحادية.
- قرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2010م بتعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم (6) لسنة 1981م بشأن نظام العلاوة الاجتماعية لأبناء العاملين.
- قرار محكمة الشارقة الشرعية.
- قرار محكمة بداية رام الله.

## نطاق الحماية الجزائية للصفقات العمومية قبل صدور قانون مكافحة الفساد.

أ. بن غفور حفصة

باحثة في صف الدكتوراه- كلية الحقوق والعلوم السياسية-

جامعة سيدي بلعباس - الجزائر-

ملخص

إنّ الحماية الجزائية المقررة للمال العام هي أشد من تلك الحماية المقررة لإشباع الحاجات العامة و تقديم الخدمات ، فالجني عليه في جرائم الاعتداء على المال العام هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، لذلك تعتبر الجرائم الاقتصادية بما فيها جرائم الصفقات العمومية ذات طبيعة خاصة و مميزة لكون أنّ الضرر الناتج عنها تتحمله الدولة أو إحدى هيئاتها ، و نظرا لخطورتها كونها تمس بالاقتصاد الوطني فقد حظي هذا النوع من الجرائم باهتمام خاص في ظل التشريعات الجنائية حيث تلجأ الدول إلى تبني إستراتيجيات مختلفة في مجال التجريم و العقاب بهدف دحض هذه السلوكيات السلبية و الممارسات الخاطئة ، إذ يلاحظ بالنسبة للنظام الجزائي لهذه الجرائم أنّ من الدول من أفردت لها قوانين خاصة لا تدخل ضمن قانون العقوبات ، بينما جرّمتها دول أخرى وفقا للقواعد العامة من خلال إدماجها في قانون العقوبات ، و نظرا لكون هذه الجرائم تتغيّر و تتطوّر تبعا لتغيّر التوجه الاقتصادي للدولة فيلاحظ أنّ طبيعة التجريم و نطاقه تختلف من مرحلة إلى أخرى تبعا لاختلاف و تغيّر المعطيات الاقتصادية .

Le résumé

**Criminal protection prescribed for public money are most of those protections to public needs and the provision of services, the victim in offences against public money is the State or a public legal persons, for economic crimes, including crimes of public procurements of special nature and that the resulting damage is borne by the State or one of its bodies, and in view of the seriousness of being detrimental to the national economy was**

**this type of crimes of particular concern under criminal legislation, where States to adopt different strategies in the area of criminality and impunity in order to refute the negative behaviors and malpractice, noting for the penal system to such crimes that States have devoted special laws do not fall under the Penal Code, while other States have criminalized in accordance with General rules through incorporation in the Penal Code, and given the fact that these crimes change and evolve depending on the change of economic direction of the country, noted that the nature of criminality and scope vary from one stage to another, depending on The different and changing economic fundamentals.**

مقدمة

إنّ المشرع و بغرض تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المنوط بها اعترف لها بأهلية التعاقد التي تجعلها تخضع في إطار هذه العقود أحيانا للقانون الخاص و أحيانا أخرى لتشريع متميّز و مستقل هو تشريع الصفقات العمومية ، فهذه الأخيرة نظرا لكونها الوسيلة العملية لتجسيد الإدارة المركزية لرؤيتها المستقبلية الاقتصادية و السياسية ، و الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء ، فهي بذلك تعدّ أهمّ أنواع العقود الإدارية ، حيث يلاحظ أنّ أغلب البرامج و الخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المختصة إنّما يقع تنفيذها في جزء كبير منها عن طريق الصفقات ، و لهذا فهي تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة .

و عليه نظرا لما تمثله الصفقات العمومية من ثقل اقتصادي بالنسبة لخزينة الدولة نجد أنّ المشرع قد عمل دوما على ضبط نظامها القانوني ، و قد برز ذلك من خلال النصوص القانونية التي صدرت في مراحل سياسية و اقتصادية مختلفة ، حيث يلاحظ أنّ تنظيم الصفقات العمومية قد طرأت عليه عدة تعديلات تعكس حرص المشرع على ضمان شفافية الصفقة و نزاهتها ، فالصفقات باعتبارها أهمّ مسار تتحرّك فيه الأموال العامة فهي بذلك تعدّ مجالاً حيويّاً للفساد بمختلف صوره ، و لذلك أخضع المشرع طرق إبرامها و تنفيذها لإطار قانوني صارم فرض فيه على الإدارة إتباع إجراءات محددة لا تتسم فقط بالشفافية و الحياد و إنّما تؤدي بطبيعتها إلى جعل محاولات الاختلاس و الغش صعبة ما أمكن .

و لكن رغم الإجراءات المتخذة و الرقابة الممارسة إلا أنّ الصفقات ظلّت تشكّل الميدان الرحب لابتداع الممارسات الممنوعة ، حيث تبين أنّ نظام الحماية القائم غير كاف لتحقيق الثقة و الأخلاقيات المطلوبة في مجال الصفقات بدليل استمرار كل من المؤسسات العامة و الخاصة في إتيان الممارسات المنافية للمنافسة و أعمال الغش ، و بذلك أصبحت الصفقات العمومية أهمّ مجالات الفساد الذي مسّ القطاع العمومي .

و بما أنّ الفساد الإداري و المالي أصبح اليوم قضية دولية و ظاهرة عابرة للحدود تمس الأمن الدولي و تشكل عائقاً أساسياً للتنمية في مختلف مجالاتها ، أصبح التعاون الدولي للسيطرة عليها و التحكم فيها أمراً ضرورياً ، لذلك عمل المجتمع الدولي عبر المنظمات الدولية على وضع تشريع خاص للقضاء على الفساد و محاربتة و هو ما جسده اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد و مكافحته المعتمدة من قبل الجمعية العامة بنيويورك بتاريخ

31 أكتوبر 2003 ، و بهدف المشاركة في التعاون الدولي الرامي إلى مكافحة هذه الظاهرة الخطيرة التي فتكت بالاقتصاد الوطني و عطلت مشاريع التنمية ، كانت الجزائر من الدول العربية الأولى التي صادقت على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 04-128 المؤرخ في 19 أفريل 2004 المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، و بدخول هذه الاتفاقية حيّز التنفيذ بتاريخ 14 ديسمبر 2005 اتخذت الجزائر بتاريخ 20 فبراير 2006 خطوة جبارة و نوعية بقصد محاربة الفساد تمثلت في إصدارها للقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و الذي جاء للقضاء على مختلف أشكال و مظاهر الفساد و لعلّ أهمها الفساد في مجال الصفقات العمومية ، فنظرا لازدياد الوعي بالآثار السلبية للمتاجرة بالنفوذ و استغلال الوظيفة الإدارية و هدر المال العام ظهر للعيان أنّ هناك الكثير من التجاوزات القانونية التي تحصل في مجال الصفقات و التي تؤدي إلى إهدار المال العام و تبيده ، لذلك أولى المشرع الجزائري في ظل القانون 06-01 مكانة خاصة للوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية ، فضلا عن التجريم في هذا المجال و الذي ضمّ كل من جريمة المحاباة و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين و جريمة الرشوة في مجال الصفقات و جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالإضافة إلى جريمة تلقي الهدايا ، جاءت المادة 09 من هذا القانون لتؤسس جملة من المبادئ التي تتعلق بالتعاقد و كفياته في مجال الصفقات و محاولة ضبطه على نحو يكرس شفافية الصفقة و نزاهتها بما يكفل في النهاية الوقاية من الفساد و حماية المال العام .

و لكن إذا سلمنا أنّ القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته يعدّ أول بادرة تشريعية خاصة في الجزائر لمحاربة الفساد لا سيّما في مجال الصفقات العمومية ، فإنّه تجب الإشارة إلى أنّ التجريم في الصفقات العمومية لم يوجد بوجود هذا القانون ذلك أن ضرورة حماية المال العام هي التي تبرر ضرورة التجريم في مجال الصفقات ، و على الرغم من أنّ الأموال العامة تعددت صور حمايتها فمنها ما ورد في صلب الدستور و منها ما ورد في القانون المدني و منها ما تضمنه قانون العقوبات ، إلا أنّ خصوصية الصفقات اقتضت إفرادها بأحكام خاصة تكفل حمايتها من أيّ اعتداء قانوني أو مادي يمكن أن يعطل تحقيق الغرض منها ، و في هذا الصدد يطرح التساؤل حول ما إذا كان قانون العقوبات عاجزا فعلا عن استيعاب جرائم الصفقات العمومية أم أنّ ما أضافه قانون مكافحة الفساد في هذا الإطار زيادة في غير محلها ساهمت في التضخم التشريعي لا غير ؟ أو بمعنى آخر إلى أيّ مدى ساهم المشرع العقابي في توفير حماية جزائية معتبرة للصفقات العمومية في ظل مرحلة ما قبل صدور قانون مكافحة الفساد؟

إنّ الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي تحديد نطاق الحماية الجزائية للصفقات العمومية قبل صدور قانون مكافحة الفساد ، و في إطار معالجة هذا الموضوع رأينا أن نتبع خطة من محورين حيث يتناول :

**المحور الأول :** مظاهر التجريم في الصفقات العمومية في ظل المرحلة الانتقالية .

**المحور الثاني :** مظاهر التجريم في الصفقات العمومية في ظل قانون العقوبات .

## المحور الأول : مظاهر التجريم في الصفقات العمومية في ظل المرحلة الانتقالية ( 1962 -

( 1966

ظلت الجزائر إلى غاية سنة 1962 مستعمرة فرنسية يسري على ربوعها القانون الفرنسي<sup>1</sup>، و باستقلالها في 05 جويلية 1962 استلزم الأمر أن تستقل أيضا في سائر المجالات الأخرى لا سيما الاقتصادية و القانونية خاصة و ذلك بوضع منظومة من التشريعات التي تكرس هذا الاستقلال<sup>2</sup>، و لكن يلاحظ أنّ المرحلة الانتقالية و هي الفترة الممتدة من 05 جويلية 1962 إلى غاية 1966 قد تميّزت عموما بإبقاء المشرع الجزائري على تطبيق القانون الفرنسي<sup>3</sup>، فبحصول البلاد على استقلالها سنة 1962 اضطرت الدولة تحت دوافع و أسباب موضوعية للاحتفاظ بالتشريع الفرنسي إذ لم يكن من الممكن على الإطلاق أن يتمّ الإعلان رسميا بالتخلي نهائيا عن تطبيقه لأنّ ذلك ببساطة كان يستوجب الإعلان عن تشريع جديد و لما كان هذا الأخير غير متوفر و لم يتمّ تحضيره بعد اضطرت الدولة أن تعلن عن احتفاظها مؤقتا بالتشريع الفرنسي<sup>4</sup>، و ذلك بموجب الأمر رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 و الذي قضى بتمديد العمل بالتشريع الفرنسي المطبق في الجزائر في ذلك التاريخ باستثناء الأحكام التي تتعارض مع السيادة الوطنية أو تتضمن أفكارا استعمارية عنصرية تتنافى والممارسة العادية للحريات الديمقراطية،

وعليه ظلت الجزائر خلال هذه الفترة تخضع في مجال الإجرام لقانون العقوبات الفرنسي المعروف باسم قانون نابليون، مع الملاحظ أنّه ينبغي ألاّ يفهم أنّ هذا القانون المطبق خلال هذه الحقبة الزمنية القصيرة ليس قانونا وطنيا بل إنّّه قد أصبغ ب الصبغة الوطنية مادام أنّ المشرع الجزائري هو الذي قرر تطبيقه مع استبعاد كل النصوص التي تتعارض مع السيادة الوطنية<sup>5</sup>.

و عليه للوقوف على مظاهر الحماية الجزائية للصفقات العمومية في ظل هذه المرحلة ينبغي الرجوع إلى قانون العقوبات الفرنسي المطبق في الجزائر من سنة 1962 إلى سنة 1966، و كما أشرنا إليه سابقا فإنّ قانون العقوبات الفرنسي يعرف باسم " قانون نابليون " و يرجع تاريخه إلى سنة 1810 و قد خضع هذا القانون لعدة

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 18.

<sup>2</sup> عبد الله أوهابيبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص 50

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 51.

<sup>4</sup> 4 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر، الجزائر، 2001، ص 12.

<sup>5</sup> عبد الله أوهابيبية، المرجع السابق، ص 52.

تعديلات في تواريخ مختلفة قبل أن يتم إلغاؤه بموجب القانون رقم 62-1336 المؤرخ في 16 ديسمبر 1992 و الذي حدد تاريخ الفاتح من شهر مارس 1994 كأجل لبدأ قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر بموجب القوانين الأربعة المؤرخة في 22 جويلية 1992<sup>1</sup>، و في مجال الحماية الجزائية للصفقات العمومية و بالرجوع إلى قانون العقوبات الفرنسي المطبق في الجزائر خلال الفترة الانتقالية نجد أنّ هذا الأخير لم يورد تجريمًا خاصًا بالصفقات العمومية تحديداً، إنّما تناول في العديد من مواده تجريم التعدي على المال العام من قبل موظفي الدولة عموماً و ذلك في الفصل الثالث من الباب الأول الذي جاء بعنوان " الجنايات و الجنح ضد السلامة العمومية " و تحديداً القسم الثاني منه الذي جاء بعنوان " الجريمة الوظيفية و جنائيات و جنح الموظفين العموميين أثناء ممارستهم لوظائفهم " ، حيث تمّ في هذا القسم تجريم فعل الاختلاس و فعل الإلتلاف أو التحويل و ذلك بموجب المواد من 169 إلى 173 من قانون العقوبات الفرنسي<sup>2</sup>، و كذا تجريم فعل الغدر بموجب المادة 174 ق ع ف التي تعاقب الموظف الذي يحصل أو يحاول الحصول على المدفوعات التي لا يحق له بها أو على أية مبالغ يعلم أنّها غير مستوجبة أو تفيض عمّا هو مستوجب<sup>3</sup>، كذلك تضمّن هذا القسم تجريم التريب بكافة صوره و أشكاله و ذلك بموجب المواد من 175 إلى 183 ق ع ف حيث أعلن المشرع الفرنسي أنّ هدفه من هذا التجريم هو تحقيق مبادئ الحفاظ على المال العام و الحفاظ على سير المرافق العامة و استعمال السلطة العامة بصورة حسنة<sup>4</sup>، و بالرجوع إلى المادة 175 ق ع ف نجدتها تعاقب على جرم يعرف باسم " التدخل " حيث تتعلق هذه المادة بأخذ المصلحة من قبل شخص مناط بمهام و تحديداً الأشخاص الذين يدخلون ضمن مفهوم " الموظفين الرسميين و أعضاء الحكومة " و الذين يقومون بتلقي أي مصلحة كانت في القضايا الخاضعة لسلطتهم إذ تعاقبهم على هذا التدخل<sup>5</sup>، و الملاحظ على صعيد القانون الجزائري أنّ هذه الجريمة قد اتخذت تسمية ثانية و هي جريمة " أخذ فوائد بصفة غير قانونية " بينما اصطلح على تسميتها في مصر " جريمة التريب " <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، المرجع السابق ، ص 18.

<sup>2</sup> كليل صلاح مطر ، موسوعة قانون العقوبات العام و الخاص ، المجلد العاشر ، شرح القانون الفرنسي المعاصر و تفقيحه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003 ، ص 171 .

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص 264.

<sup>4</sup> محمد أحمد الجنزوري ، جريمة التريب في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء ، بدون طبعة ، بدون دار للنشر ، ص 09 .

<sup>5</sup> كليل صلاح مطر ، المرجع السابق ، ص 168 .

<sup>6</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد و المال و الأعمال ، الجزء الثاني ، الطبعة التاسعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص 99.

بتفحص هذا القسم كذلك نجد أنّ المشرع الفرنسي قد عالج جرمي الرشوة و استغلال النفوذ ضمن درجة خاصة مستقلة و هي الدرجة الرابعة التي حملت عنوان " رشوة الموظفين العموميين " و ضمت المواد من 177 إلى 183 ق ع ف ، حيث خصصت المادة 177 لجرمة الرشوة السلبية التي يرتكبها الموظفون العموميون و من هم في حكمهم ، أمّا جريمة استغلال النفوذ و التي نعني بها فعل صاحب النفوذ الذي يتاجر بنفوذه الحقيقي أو المفترض مقابل تذرعه بالطلب أو الأخذ أو القبول<sup>1</sup> فقد جاءت المادة 178 ق ع ف تعاقب على صرف النفوذ و لكن فيما يخص فقط التصرف السلبي المرتكب من قبل الموظف العام<sup>2</sup> ، في حين وجدت كل من جرمي الرشوة الايجابية و صرف النفوذ الايجابي المرتكبان من قبل الأشخاص الخواص تجرهما في إطار المادة 179 ق ع ف<sup>3</sup>.

### المحور الثاني : مظاهر التجريم في الصفقات العمومية في ظل قانون العقوبات

لقد تميزت سنة 1966 بحركة تشريعية واسعة تمثلت في تدخل المشرع الجزائري في مجالات حساسة جدًا تتعلق بممارسة الدولة الجزائرية لسيادتها و سلطاتها و محاولة تغيير الوضع القائم المتمثل في استمرار تطبيق التشريعات الفرنسية طبقا للأمر 66-157، و ذلك بوضع مجموعة من التشريعات المختلفة تهدف بها إلى جزأة النظم القانونية حيث شهدت هذه الفترة وضع تشريعات هامة أضفت على استقلال الجزائر السياسي استقلالاً في المجال القانوني ولا سيما في المجال التجريمي منه<sup>4</sup>، حيث صدر قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، و منذ هذا التاريخ و إلى يومنا هذا عرف قانون العقوبات الجزائري عدة تعديلات تماشياً مع متطلبات التحولات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي شهدتها الجزائر<sup>5</sup>.

و من خلال هذا المحور سنحاول تبيان مظاهر التجريم في الصفقات العمومية في ظل كل من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات و كذا مل تلاه من تعديلات ذات أهمية في مجال الحماية الجزائية للصفقات العمومية و التي صدرت قبل قانون مكافحة الفساد أي قبل تاريخ 20 فبراير 2006 .

**أولاً : مظاهر التجريم في ظل المرحلة من سنة 1966 إلى سنة 1975 .**

<sup>1</sup> محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 11

<sup>2</sup> لين صلاح مطر ، المرجع السابق ، 165.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص 174.

<sup>4</sup> عبد الله أوهابيه ، المرجع السابق ، ص 52

<sup>5</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، المرجع السابق ، ص 18.

تجدر الإشارة بداية إلى أنّ قانون العقوبات الجزائري قد تأثر كثيرا عند صدوره بقانون العقوبات الفرنسي الذي يعتبر مصدرا ماديا و تاريخيا له إذ استمدّ منه جلّ أحكامه و قواعده<sup>1</sup>، لذلك يلاحظ في مجال الحماية الجزائية للصفقات العمومية وبتفحص نص الأمر رقم 66-156 عند صدوره بتاريخ 08 جوان 1966 أنّه لم يتضمن أيّ قسم خاص بجرائم الصفقات العمومية تحديدا<sup>2</sup>، باستثناء نص المادة 123 منه التي جرمت فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو كما أسماها الدكتور عبد الله سليمان " جريمة استثمار الوظيفة العامة"<sup>3</sup>، و التي تعرف في قانون العقوبات الفرنسي ب " جنحة التدخل"<sup>4</sup>

و عليه اقتداء بما عمل به المشرع الفرنسي فأنّه يمكن القول أنّ أيّة وقائع ذات طابع إجرامي تتعلق بالصفقات العمومية كان يمكن إخضاعها لما تضمّنه الفصل الرابع من الباب الأوّل من الأمر 66-156 و الذي جاء بعنوان " الجنايات و الجنح ضدّ السلامة العمومية " و بوجه عام القسم الأوّل منه المتعلق بالاختلاس و الغدر و على وجه الخصوص القسم الثاني المتعلق بالرشوة و استغلال النفوذ<sup>5</sup>، غير أنّه في ظل التشريع الجزائري يلاحظ أنّ قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر 66-156 بالرغم من أنّه قد تضمّن قياسا بنظيره الفرنسي عديد النصوص الجزائية التي تهدف إلى حماية المال العام<sup>6</sup>، إلا أنّه نظرا لتوسع القطاع العام وتضخم الطلبات العمومية رأى المشرع العقابي أنّ هذه النصوص غير كافية و لا يمكنها أن تحقق الحماية المرجوة الأمر الذي استلزم إصدار نصوص خاصة تكون أكثر صرامة و التي تجسدت من خلال الأمر رقم 66-180 المؤرخ في 21 جوان 1966 المتضمن إنشاء مجالس قضائية خاصة بقمع الجرائم الاقتصادية<sup>7</sup> و الذي نصت المادة الأولى منه على :

" يهدف هذا الأمر إلى قمع الجرائم التي تمس بالثروة الوطنية و الخزينة العامة و الاقتصاد الوطني و التي يرتكبها الموظفون أو الأعوان من جميع الدرجات التابعون للدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات المحلية و

<sup>1</sup> عبد الله أوهابيبية ، المرجع السابق ، ص 53.

<sup>2</sup> بودالي محمد ، تطور تنظيم و تجريم الصفقات العمومية في الجزائر ، الملتقى الدولي حول الوقاية و مكافحة الفساد في الصفقات العمومية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجليلي ليايس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أفريل 2013 ، ص 12.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 03.

<sup>4</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الطبعة التاسعة ، المرجع السابق ، ص 99.

<sup>5</sup> بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 13.

<sup>6</sup> المواد 119، 120، 121، 122، 123، 126، 127، 128، 129 من الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 49 ، مؤرخ في 11 جويلية 1966.

<sup>7</sup> عبد المجيد زعلاني ، قانون العقوبات الخاص ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 ، ص 158.

الجماعات العمومية و لشركة وطنية و شركة ذات الاقتصاد المختلط أو لكل مؤسسة ذات الحق الخاص تقوم بتسيير مصلحة عمومية أو أموالا عمومية"<sup>1</sup>.

من خلال هذه المادة و بتفحص نص الأمر 66-180 نجد أنه قد تضمن النص على بعض مظاهر التجريم الخاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية حيث نصّ صراحة على جريمة المحاباة أو جريمة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية و ذلك في الفصل الأول منه و الذي جاء بعنوان " الجرائم التي يرتكبها موظفو القطاع المسير ذاتيا أو من يمثّلهم أو المستخدمون فيه "

و تحديدا بموجب البند " د " من الفقرة 02 من المادة 03 منه و التي جاء فيها مايلي<sup>2</sup> :

" تعتبر من الأفعال التي تضر بالثروة الوطنية و تعرض بصفة خطيرة مصالح الخزينة العامة و حسن سير الاقتصاد الوطني و مؤسساته....الفعل الذي يرتكبه أي موظف في القطاع المسير ذاتيا أو من يمثّله أو المستخدم فيه و الذي يخصص إلى...عقد و إنجاز صفقات تتجه بكل وضوح ضدّ مصالح الدولة و المؤسسات و المنظمات المشار إليها... "، كذلك يلاحظ أنّ الأمر 66-180 قد نصّ صراحة على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين الخاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية و ذلك في الفصل الثاني منه الذي جاء بعنوان " الجرائم الموصوفة والغش و الاستغلال الجاري ضدّ الثروة العمومية " و تحديدا في الفقرة الأولى من المادة 04 منه والتي جاء فيها ما يلي<sup>3</sup> :

"تعتبر كغش و استغلال من شأنه أن يمس بمجموع الثروة العمومية و حسن سير الاقتصاد الوطني:

الفعل الذي يرتكبه أي تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول أو بصورة عامة كل شخص يبرم و لو بصورة عرضية عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات العمومية أو المؤسسات العمومية المستقلة أو ذات المنفعة العمومية أو الشركات الخاصة بالاقتصاد المختلط أو مؤسسات القطاع المسير ذاتيا

و يضع لمصلحته سلطة أو نفوذ أعوان الهيئات المذكورة لزيادة الأسعار التي يتعاملون بها عادة أو بصورة طبيعية لتعديل صفة المواد أو مهل التسليم....." .

مّا سبق يمكن القول أنّ مظاهر الحماية الجزائية للصفقات العمومية في ظل هذه الفترة انحصرت في ثلاثة صور هي جريمة "أخذ فوائد بصفة غير قانونية" و جريمة " إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية " و جريمة " استغلال

<sup>1</sup>المادة 01 من الأمر 66-180 المؤرخ في 21 جوان 1966 ، المتضمن إنشاء مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية ، جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخ في 24 جوان 1966 .

<sup>2</sup>الفقرة 02 من المادة 03 من نفس الأمر .

<sup>3</sup>الفقرة 01 من المادة 04 من نفس الأمر .

نفوذ أعوان الدولة " ، أما بخصوص فعل الرشوة في مجال الصفقات فكان يخضع في ظل هذه المرحلة لذات النصوص العقابية العامة المنصوص عليها بموجب المواد 126 ، 127 و 129 ق ع ج و المتعلقة بجرمي الرشوة الايجابية و السلبية ، إذ يلاحظ أنّ المشرع قد اعتنق مذهب ثنائية الرشوة حيث خصص المواد 126 و 127 للرشوة السلبية التي يرتكبها الموظف المرتشي و المادة 129 للرشوة الايجابية التي يرتكبها الراشي صاحب المصلحة<sup>1</sup>.

و مما تجب الإشارة إليه أنّه منذ سنة 1966 و إلى غاية سنة 1975 و بالرغم من أنّ الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات قد عدّل مرتين الأولى بموجب الأمر 69-74 و الثانية بموجب الأمر 73-48 إلا أنّ النصوص العقابية الخاصة بالحماية الجزائية للصفقات العمومية ظلت على حالها و لم يطرأ عليها أي تغيير .

### ثانيا : مظاهر التجريم في ظل المرحلة من سنة 1975 إلى سنة 1982 .

عرفت هذه المرحلة واقعا اقتصاديا و اجتماعيا بالغ التعقيد عاشته البلاد آنذاك كنتيجة طبيعية للخروج من حقبة الاحتلال الطويل حيث تميزت هذه الفترة بتزايد المطالب الاجتماعية في سائر المجالات و قد تزامن ذلك مع ندرة وسائل الإنجاز و قلة الكفاءات و عجز كبير في القدرات و تسرب الأموال و هروبها نحو الخارج<sup>2</sup> ، و لما كانت الصفقات العمومية الأداة الأساسية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية تمّ إصدار الأمر 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والمؤرخ في 17 جوان 1967 و الذي كان الهدف الرئيسي من إصداره يتمثل أساسا في الاعتماد على الصفقات كآلية و أداة لتنفيذ المخطط الوطني في إطار السياسة الاقتصادية في فترة السبعينات من القرن الماضي<sup>3</sup> ، و عليه نظرا للإعتمادات المالية الضخمة التي تتطلبها الصفقات برزت ضرورة توفير حماية جزائية كافية و معتبرة لها خاصة و أنّ النصوص العقابية الواردة في الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات لم تكن كافية فضلا عن أنّ الأمر 66-180 المتضمن إنشاء مجالس قضائية خاصة بقمع الجرائم الاقتصادية كان غير ناجح مما استوجب إعادة النظر فيه من جديد حيث عرف هذا القانون إصلاحا هاما إذ تمّ إدماجه في قانون العقوبات بمقتضى الأمر 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل و المتمم للأمر 66-

<sup>1</sup> عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص 63.

<sup>2</sup> خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011 ، ص 03.

<sup>3</sup> محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم ، الجزائر ، 2005 ، ص 08.

156 و الذي بمقتضاه أدخلت أحكام هامة في قانون العقوبات تحت عنوان "الاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني"<sup>1</sup>.

و عليه يلاحظ مما سبق أنه أصبح للصفقات العمومية في هذه المرحلة تجريم خاص بها في ظل قانون العقوبات و هذا بمقتضى الأمر 75-47 الذي بموجبه أدرج المشرع كل من جريمة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين ضمن الفصل الخاص بالاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني<sup>2</sup>، حيث ألغى الأمر 75-47 محتوى المادة 423 الواردة في الأمر 66-156 و عوضه بنص جديد جاء فيه ما يلي :

" يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات و بغرامة من 10000 إلى 50000 دينار

- كل من يعمل لصالح الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون و يقوم لأغراض شخصية بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للدولة .

- كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول أو بصفة عامة كل شخص يبرم و لو بصفة عرضية عقداً أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو بالتعديل لصالحهم نوعية المواد الغذائية أو مهل التسليم .

- كل وسيط جديد يكون تدخله المأجور قد تمّ تحت أي شكل كان من دون حاجة حقيقية ثابتة"<sup>3</sup>.

من خلال هذه المادة يلاحظ أنّ هذا النص العقابي يجمع بين مظهرين من مظاهر التجريم في مجال الصفقات حيث يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية بموجب الفقرة الأولى من هذه المادة بينما يجرم استغلال نفوذ الأعوان العموميين بمقتضى الفقرة الثانية من نفس المادة ، و هذا بخلاف المرحلة السابقة أين كانت كل جريمة في ظل الأمر 66-180 تنفرد بنص عقابي على حدة .

مما سبق نستخلص أنّ التجريم في مجال الصفقات العمومية اتخذ ثلاثة مظاهر تمثلت في :

<sup>1</sup> عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 158.

<sup>2</sup> حررت المادة 423 في ظل الأمر 66-156 كما يلي:

"كل من أفشى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية عمومية للعمال أو مجلس لهم أو قام بالمساس بسلامته أو منع إجراءات الاقتراع أو غير نتيجته أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. ...."

<sup>3</sup> المادة 423 من الأمر 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 53 ، مؤرخ في 04 جويلية 1975.

- 1- جريمة " أخذ فوائد بصفة غير قانونية " و التي ظلت مجرمة بموجب المادة 123 ق ع ج .
  - 2- جريمة " إبرام الصفقات العمومية بصفة غير شرعية " و التي أدرجت في قانون العقوبات بموجب الأمر 75-47 و أصبحت مجرمة بمقتضى المادة 1/423 ق ع ج.
  - 3- جريمة " استغلال نفوذ أعوان الدولة " و المدرجة في قانون العقوبات كذلك بموجب الأمر 75-47 و الجريمة أيضا بموجب المادة 2/423 ق ع ج .
- أما بخصوص الرشوة في مجال الصفقات فلم يحض هذا الفعل بنص عقابي خاص و ظلّ خلال هذه المرحلة يخضع لذات النصوص العقابية العامة المتعلقة بالرشوة الايجابية و السلبية و المنصوص عليها بموجب المواد 126، 127 و 129 ق ع ج.

و عليه يلاحظ ممّا سبق أنّ جرائم الصفقات خلال هذه المرحلة أصبحت جميعها مدرجة ضمن قانون العقوبات و هذا بخلاف مرحلة ما قبل صدور الأمر 75-47 ، و بالرغم من أنّ قانون العقوبات عدّل سنة 1978 بموجب القانون رقم 78-03<sup>1</sup> و الذي تضمن تعديل الأمر 75-47 إلا أنّ التجريم في مجال الصفقات ظلّ على حاله و لم يلحقه أي تعديل و هذا إلى غاية صدور الأمر 82-04 المعدل و المتمم لقانون العقوبات .

**ثالثا : مظاهر التجريم في ظل المرحلة من سنة 1982 إلى سنة 2001 .**

ممّا لا شك فيه أنّ الوضع الاقتصادي للدولة هو الذي يؤطر السياسة الجنائية لحماية المال العام عامة و الصفقات العمومية خاصة نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية ، و في مجال تنظيم الصفقات العمومية يلاحظ في فترة الثمانينات أنّه قد صدر المرسوم رقم 82 - 145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 و المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي و الذي استند بحكم المرحلة التي صدر فيها على الميثاق الوطني و على الدستور و على نصوص تؤكد تأثره بالاتجاه الاشتراكي<sup>2</sup> ، بالمقابل و على صعيد الحماية الجزائية للصفقات العمومية يلاحظ خلال هذه المرحلة و تحديدا في بداية الثمانينات أنّ المشرع قد وسّع من نطاق التجريم في الصفقات العمومية ، فبتعديل قانون العقوبات بموجب الأمر رقم 82-04<sup>3</sup> و الذي كان يطبعه

<sup>1</sup> القانون 78-03 المؤرخ في 11 فيفري 1978 يتضمن تعديل الأمر 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 07 ، مؤرخ في 14 فيفري 1978.

<sup>2</sup> عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 21.

<sup>3</sup> الأمر 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 07 ، مؤرخ في 16 فيفري 1982.

التشدد<sup>1</sup> تم استحداث مظهر جديد من مظاهر التجريم في الصفقات ألا و هو جريمة الرشوة و ذلك بموجب المادة 423-2 المضافة بمقتضى الأمر 82-04 و التي جاء فيها ما يلي:

" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشرين سنة و بغرامة من 10000 إلى 50000 دينار كل من يقبض أو يحاول القبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو فائدة مهما كان نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون . "

يلاحظ في ظل هذه المرحلة كذلك أنه تم بموجب الأمر 82-04 تعديل نص المادة 423 إذ قام المشرع بإعادة تكييف كل من جريمة المحاباة و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من جنحة إلى جناية<sup>2</sup> عقوبتها " السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات و غرامة من 10000 إلى 50000 دينار " ، و فضلا عن هذا عرفت المادة 423 تعديلا ثانيا بموجب القانون رقم 88-26 المعدل و المتمم لقانون العقوبات<sup>3</sup> و الذي تميّز بتأطير كل من جريمة المحاباة و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من حيث أركان التجريم<sup>4</sup>.

مع نهاية الثمانينات و بداية التسعينات صدر دستور 1989 و الذي تمّ بموجبه التخلي عن النظام الاشتراكي نظرا للأزمة الاقتصادية التي انطلقت من أواسط الثمانينات<sup>5</sup> ، و لقد نتج عن المصادقة الشعبية على هذا الدستور ظهور مجموعة كبيرة من القوانين<sup>6</sup> ، فعلى صعيد تنظيم الصفقات العمومية و إثر تخلي الجزائر عن نظام الاقتصاد الموجه و تبنيها لنظام اقتصاد السوق استلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات فصدر المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد و المال و الأعمال ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية عشر، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 132.

<sup>2</sup> شنة زواوي، الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية "جنحة المحاباة نموذجا"، الملتقى الدولي حول الوقاية ومكافحة الفساد في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجبالي ليايس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 افريل 2013 ، ص 130.

<sup>3</sup> القانون 88-26 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 28 ، مؤرخ في 13 جويلية 1988

<sup>4</sup> أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الثانية عشر، المرجع السابق ، ص 132.

<sup>5</sup> خرشي النوي ، المرجع السابق ، ص 07.

<sup>6</sup> عمّار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 24.

نوفمبر 1991 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و الذي جاء تنويجا لأحكام المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر المتضمن إلغاء جميع الأحكام التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأيّ نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة .<sup>1</sup>

بالمقابل و تماشيا مع التوجه الاقتصادي و السياسي الجديد عرف قانون العقوبات بدوره تعديلات متتالية<sup>2</sup> انطلقا من سنة 1988 و إلى غاية 2001 ، غير أنّه و بتفحص هذه التعديلات يلاحظ أنّها لم تقدم جديدا على مستوى الحماية الجزائية للصفقات العمومية حيث لم توسع و لم تضيق من نطاق التجريم في مجال الصفقات .

و عليه وفقا لما سبق فإن الحماية الجزائية للصفقات اتخذت في ظل هذه المرحلة الصور التالية:

- 1- جريمة " إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية " و المنصوص عليها بموجب المادة 1/423 ق ع ج.
- 2- جريمة " استغلال نفوذ الأعوان العموميين " و المنصوص عليها بموجب المادة 2/423 ق ع ج.
- 3- جريمة " اخذ فوائد بصفة غير قانونية " و المنصوص عليها بموجب المادة 123 ق ع ج.
- 4- جريمة " الرشوة في مجال الصفقات العمومية " و المنصوص عليها بموجب المادة 423-2 المضافة بمقتضى الأمر 82-04 و الذي بموجبه أصبح لفعل الرشوة في مجال الصفقات تجريم خاص به في ظل قانون العقوبات و هذا خلافا لما كان عليه سابقا حيث كان يخضع لذات النصوص الجزائية التي تعاقب على الرشوة عموما و التي يتعدى نطاق تطبيقها مجال الصفقات .

رابعا : مظاهر التجريم في ظل المرحلة من سنة 2001 إلى سنة 2006 .

لقد سبقت الإشارة أنّه على اثر التحول الاقتصادي الذي عرفته الجزائر مطلع التسعينات بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه و تبنيها لنظام اقتصاد السوق استلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات فصدر المرسوم رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، لكن نظرا للنقائص التي كانت

<sup>1</sup>شروقي محترف ، الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ، 2008 ، ص 01.

<sup>2</sup>تمثلت هذه التعديلات فيما يلي:

-القانون 89 - 05 المؤرخ في 25 أبريل 1989 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 17 ، مؤرخ في 16 أبريل 1989 .

- القانون 90 - 15 المؤرخ في 14 جويلية 1990 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 29 ، مؤرخ في 18 جويلية 1990 .

- الأمر 95 - 11 المؤرخ في 25 فيفري 1995 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 11 ، مؤرخ في 01 مارس 1995.

تشوب هذا المرسوم بعد أكثر من عشر سنوات من العمل به من جهة و تماشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة و القائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني من جهة أخرى صدر المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24 جوان 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و الذي ألغى المرسوم 91-434 و جاء لتكريس عديد المبادئ المتعلقة بالصفقات<sup>1</sup> كمبدأ المساواة بين المتنافسين و مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات<sup>2</sup>.

بالمقابل و دائما في إطار تطبيق السياسات الاقتصادية الجديدة و القائمة على الخصوصية و الشراكة الأجنبية و الشفافية في تسيير الأموال العمومية<sup>3</sup> عني المشرع العقابي هو الآخر بوضع مجموعة من النصوص القانونية الكفيلة بتوفير حماية جزائية معتبرة للمال العام عامة و الصفقات العمومية خاصة باعتبارها تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة ، و قد برز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09<sup>4</sup> و الذي جاء تنويفا لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة<sup>5</sup>، و عني على وجه الخصوص بالجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني و جرائم الاعتبار، فعلى صعيد التجريم في الصفقات العمومية يمكن القول أنّ أهم ما جاء به هذا القانون هو أنّه خصّ فعل الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالمادة 128 مكرر1 المستحدثة و التي تمّ بموجبها إلغاء نص المادة 423-2 المضافة بمقتضى الأمر 82-04 و التي ورد فيها تجريم الرشوة في الصفقات العمومية لأول مرة<sup>6</sup>، كما أنّ المشرع العقابي و بموجب نفس القانون 01-09 قام بإلغاء نص المادة 423 ق ع ج و نقل محتواها إلى المادة 128 مكرر المستحدثة و التي تميزت من حيث طبيعة التجريم بتلطيّفها لجريمة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية و ذلك بتحويلها من جريمة " اعتداء على حسن سير الاقتصاد الوطني " إلى جنحة " محاباة " هدفها " قمع المساس بقواعد الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية " <sup>7</sup>.

<sup>1</sup>شروقي محترف ، المرجع السابق ، ص 01.

<sup>2</sup>المادة 03 من المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 52 ، مؤرخ في 28 جويلية 2002.

<sup>3</sup>محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 09.

<sup>4</sup>القانون 01 - 09 المؤرخ في 26 جوان 2001 ، يعدل و يتم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية ، عدد 34 ، مؤرخ في 27 جوان 2001.

<sup>5</sup>أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الثانية عشر، المرجع السابق ، ص 132.

<sup>6</sup>المادة 128 مكرر1 المضافة بمقتضى القانون 01-09 المعدل و المتمم لقانون العقوبات.

<sup>7</sup>أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الثانية عشر، المرجع السابق ، ص 132.

أخيرا تجب الإشارة أنّ قانون العقوبات و منذ تعديله بموجب القانون 01-09 و إلى غاية سنة 2006 شهد تعديلا آخر بموجب القانون 04-15<sup>1</sup> إلا أنّ هذا الأخير لم يقدم جديدا في مجال الحماية الجزائية للصفقات العمومية ، غير أنّ هذه المرحلة تميّزت بإدراج كافة جرائم الصفقات ضمن قسم واحد هو القسم المخصص للرشوة و استغلال النفوذ و الوارد في الباب الأوّل من الفصل الرابع الذي جاء بعنوان " الجنايات و الجنح ضدّ السلامة العمومية " .

بناء على ما تقدّم يمكن حصر مظاهر الحماية الجزائية للصفقات العمومية في ظل هذه المرحلة في الجرائم التالية :

- 1- جريمة "أخذ فوائد بصفة غير قانونية" و المعاقب عليه بموجب المادة 123 ق ع ج
- 2- جريمة " المحاباة " و المنصوص عليها بموجب المادة 128 مكرر/1 ق ع ج .
- 3- جريمة " استغلال نفوذ الأعوان العموميين " و المعاقب عليها بموجب المادة 2/128 ق ع ج .
- 4- جريمة " الرشوة في الصفقات العمومية " و المنصوص عليها بموجب المادة 128 مكرر/1 ق ع ج .

<sup>1</sup> القانون 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 71 ، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004 .

خاتمة:

من خلال العرض السابق نخلص إلى أنّ الحماية الجزائرية المقررة للصفقات العمومية في القانون الجزائري عرفت قبل صدور قانون مكافحة الفساد تطورات مرحلية بالموازاة مع تطور قواعد تنظيم الصفقات العمومية فاختلقت طبيعة التجريم و نطاقه من مرحلة إلى أخرى ، ولكن عموما يمكن القول أنّ أهمّ ما ميّز القانون الجزائري الجزائري في هذا الإطار هو تعدد و تنوع التجريم ، حيث يلاحظ أنّ المشرع الجزائري و بهدف الوصول للعقاب على كافة التجاوزات و السلوكيات السلبية المحتمل حصولها في مجال الصفقات قد وسّع من نطاق التجريم في هذا المجال حيث نجد أنّ قانون العقوبات قد تضمّن النص على أربعة جرائم تمثلت في جريمة المحاباة و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين و جريمة الرشوة في الصفقات و كذا جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، و لكن باستثناء هذه الأخيرة تعتبر كافة الجرائم الأخرى لاحقة لصدور النص الأصلي لقانون العقوبات ، و الملاحظ بشأن هذه الجرائم أنّها ذات الأفعال التي أعاد المشرع تنظيمها و صياغتها بموجب قانون الوقاية من الفساد و مكافحته فباستثناء جريمة تلقي الهدايا التي تعد من الصور المستحدثة في هذا المجال نجد أنّ كافة الجرائم الأخرى تصنف ضمن المظاهر التقليدية للفساد في الصفقات العمومية و إن كان بعض الفقه يرى بصدد جريمة تلقي الهدايا أنّها لا تعدو أن تكون صورة من صور الرشوة في مجال الصفقات لكون تلقي الهدايا يدخل في مضمون هذه الجريمة و من ثمّ فهي مجرد تكرار و حشو في غير محله ساهم في التضخم التشريعي لا غير .

و عليه نستخلص ممّا سبق أنّ قانون العقوبات لم يكن عاجزا فعلا عن استيعاب جرائم الصفقات العمومية غير أنّ مشكلة الفساد في هذا المجال تتعدى هذه النصوص التجريبية التي أعاد قانون مكافحة الفساد صياغتها و التي سبق لقانون العقوبات أن تضمنها لتتطلب تبني خطط و استراتيجيات جديدة لمكافحة هذه الجرائم ، حيث أنّ الإشكال لم يكن مرتبطا بهذه النصوص العقابية بحكم قابليتها للتعديل أو الإلغاء بقدر ما ارتبط بضرورة توفير مجموعة من الآليات الوقائية و كذا أساليب تحري جديدة للكشف عن هذه الجرائم عني المشرع الجزائري بتكريسها في ظل قانون مكافحة الفساد بما يحقق في النهاية منظومة جزائية متكاملة تضمن تفعيل القواعد الموضوعية للتجريم على مستوى جميع المراحل الإجرائية لإبرام و تنفيذ الصفقات العمومية .

قائمة المراجع و المصادر .

أولا : المراجع :

أ- الكتب :

- 1- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، الطبعة الرابعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- 2- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد و المال و الأعمال ، الجزء الثاني ، الطبعة التاسعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 .
- 3- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد و المال و الأعمال ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية عشر، دار هومة ، الجزائر ، 2012 .
- 4- خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011 .
- 5- شروقي محترف ، الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ، 2008 .
- 6- عبد الله أوهابيه ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، موفم للنشر، الجزائر، 2009
- 7- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 8- عبد المجيد زعلاني ، قانون العقوبات الخاص ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 .
- 9- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة ، جسر للنشر ، الجزائر ، 2001 .
- 10- محمد أحمد الجزوري ، جريمة التبرح في ضوء آراء الفقه و أحكام القضاء ، بدون طبعة ، بدون دار للنشر .
- 11- محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم ، الجزائر ، 2005 .
- 12- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 13- لين صلاح مطر ، موسوعة قانون العقوبات العام و الخاص ، المجلد العاشر ، شرح القانون الفرنسي المعاصر و تنقيحه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت -لبنان ، 2003 .

ب- المقالات :

1- بودالي محمد ، تطور تنظيم و تجريم الصفقات العمومية في الجزائر ، الملتقى الدولي حول الوقاية و مكافحة الفساد في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلاي ليايس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أفريل 2013 .

2- شنة زواوي، الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية "جنحة المحاباة نموذجاً"، الملتقى الدولي حول الوقاية ومكافحة الفساد في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلاي ليايس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 افريل 2013 .

ثانيا : المصادر :

أ-القوانين :

1- القانون 78- 03 المؤرخ في 11 فيفري 1978 يتضمن تعديل الأمر 75- 47 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل و المتمم للأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 07 ، مؤرخ في 14 فيفري 1978 .

2- القانون 88-26 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 28 ، مؤرخ في 13 جويلية 1988

3- القانون 89 - 05 المؤرخ في 25 أفريل 1989 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 17 ، مؤرخ في 16 أفريل 1989 .

4- القانون 90 - 15 المؤرخ في 14 جويلية 1990 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 29 ، مؤرخ في 18 جويلية 1990 .

5- القانون 01 - 09 المؤرخ في 26 جوان 2001 ، يعدل و يتمم الأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية ، عدد 34 ، مؤرخ في 27 جوان 2001 .

6- القانون 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 ، المعدل و المتمم للأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 71 ، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004 .

ب- الأوامر :

1- الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 49 ، مؤرخ في 11 جويلية 1966 .

- 2- الأمر 66-180 المؤرخ في 21 جوان 1966 ، المتضمن إنشاء مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية ، جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخ في 24 جوان 1966 .
- 3- الأمر 75 - 47 المؤرخ في 17 جوان 1975 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 53 ، مؤرخ في 04 جويلية 1975 .
- 4- الأمر 82- 04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 07 ، مؤرخ في 16 فيفري 1982 .
- 5- الأمر 95 - 11 المؤرخ في 25 فيفري 1995 ، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية عدد 11 ، مؤرخ في 01 مارس 1995 .

### ج- المراسيم :

- المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52 ، مؤرخ في 28 جويلية 2002 .

ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر

(التسوية الحاسوبية) رؤية قانونية

د. ايناس خلف الخالدي

كلية الدراسات القضائية والأنظمة

جامعة أم القرى - السعودية

### ملخص

إن موضوع البحث ينصب على قراءة متأنية ودقيقة للوثيقة الختامية التي تضمنت عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر ، وصولاً لرسم ملامح التصور الدولي المأمول والمستقبلي لنظام التسوية الحاسوبية عالمياً فالبحث يهتم بإيجاد الأجوبة المناسبة للأسئلة الآتية:

- 1- ما هي ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية) ؟
- 2- معرفة الأساس القانوني للتسوية الحاسوبية لارتباطه ارتباطاً وثيقاً بمعرفة اجراءات التسوية وانفاذ قراراتها
- 3- كيف نضمن توافر قواعد الشفافية والحياد والنزاهة في اجراءات التسوية الحاسوبية .؟
- 4- هل القرارات الصادرة بموجب التسوية الحاسوبية ملزمة ؟

### **Features global system for the settlement of the electronic on-line trade disputes (Computational settlement) Legal vision**

The subject of research focused on a careful reading of the minutes of the final document, which contained elements and principles of the dispute settlement process on-line, all the way to shaping the international perception hoped and future computing system settlement cares a global quest to find the appropriate answers to the following questions:

1. What are the features of the global system for the settlement of the electronic on-line trade disputes (Computational settlement)?
- 2-to know the legal basis for the settlement of computing as it relates closely to know the settlement procedure and enforcement of decisions
- 3-how to ensure the transparency and impartiality rules and integrity in computing the settlement procedure?.
- 4- Are decisions made under the settlement binding computing?

## مقدمة

الحمد لله المتفرد بالجلال والكمال ، له الفضل ، وله الثناء وإليه المآل ، أحمده - سبحانه وتعالى - حمد الشاكرين المقرين بنعمه { وَمَا بِكُمْ مِّنْ نُّعْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ } فله الحمد ملء السموات ، وملء الأرض ، وملء ما بينهما وملء ما شاء من شيء بعد وأصلي وأسلم على خير خلق الله أجمعين نبينا وحبيبنا محمد خاتم الأنبياء ، وسيد الفقهاء ، وإمام الأتقياء ، النبي الأمي الذي دانت له العلماء ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين .. أما بعد،،

نوضح مقدمة بحثنا هذا، من خلال الفقرات الست الآتية:

## أولاً: مدخل تعريفى بالموضوع:

بالتوازي مع الزيادة الحادة في المعاملات العابرة للحدود التي تبرم عن طريق الإنترنت ، تدير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الثالث) المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر مناقشات مستفيضة من سنوات<sup>1</sup> حول استخدام أدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تسوية المنازعات الناشئة من هذه المعاملات التي تتم عبر الاتصال الحاسوبي المباشر. ومن هذه الأدوات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية) التي انبثقت باعتبارها يمكن أن توفر خياراً بسيطاً وسريعاً ومرناً وفعالاً لتسوية هذه المنازعات انطلقت اليونسترال من قناعة لدى معظم الدول أن الآليات القضائية التقليدية في إطار الاحتكام القانوني لا توفر حلاً مناسباً للمنازعات التجارية الإلكترونية العابرة للحدود، وأن الحل - أي توفير تسوية سريعة للمنازعات العابرة للحدود وإنفاذها - يكمن في إيجاد نظام عالمي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاتصال الحاسوبي المباشر صالح للتعامل مع المنازعات القليلة القيمة والكبيرة الحجم التي تنشأ فيما بين المنشآت التجارية وبين المنشآت التجارية والمستهلكين وجرى أيضاً التأكيد على أن منازعات التجارة الإلكترونية العابرة للحدود، التي ستشكل نسبة مهمة من الشكاوى في السنوات المقبلة، تتطلب آليات مصممة حسب الحاجة لا تفرض تكاليف وتأخيراً وأعباءً لا تتناسب مع القيمة الاقتصادية المعنية.

وقد تمحض عن جهود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الثالث) المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر العديد من المشاريع في هذا الشأن ابرزها مشروع وثيقة ختامية تتضمن عناصر ومبادئ

<sup>1</sup> وتحديدًا من الندوة المعنونة " نظرة جديدة على تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر والتجارة الإلكترونية العالمية : نحو نظام انتصاف عملي وعادل للمنخرط في معاملات تجارية في القرن الحادي والعشرين (المستهلك والتاجر) ، التي عُقدت في فيينا، يومي ٢٩ و ٣٠ آذار/مارس ٢٠١٠ ،

عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر الصادرة في الدورة الثالثة والثلاثون بنيويورك، ٢٩ شباط/فبراير  
- ٤ آذار/مارس 1٢٠١٦ والتي ستكون محور هذا البحث

### ثانياً: تحديد فرضيات البحث:

إن موضوع البحث ينصب على قراءة متأنية ودقيقة للوثيقة الختامية التي تضمنت عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، وصولاً لرسم ملامح التصور الدولي المأمول والمستقبلي لنظام التسوية الحاسوبية عالمياً فالبحث يهتم بإيجاد الأجوبة المناسبة للأسئلة الآتية:

- 1- ما هي ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية)؟ وتأتي أهمية هذا التساؤل نظراً لأن معرفة الأساس القانوني للتسوية الحاسوبية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمعرفة اجراءات التسوية وانفاذ قراراتها
  - 2- كيف يمكننا أن نضمن توافر قواعد الشفافية والحياد والنزاهة في اجراءات التسوية الحاسوبية؟.
  - 3- هل القرارات الصادرة بموجب التسوية الحاسوبية ملزمة؟
- إن المشكلة وراء اختيار هذا الموضوع، تكمن في إيجاد الأجوبة المناسبة للتساؤلات التي ذكرناها سابقاً، وهذا ما سنحاول العمل عليه في هذه الدراسة - إن شاء الله تعالى.

### ثالثاً: أهمية موضوع البحث:

للبحث في هذا الموضوع أهمية علمية كبيرة، نظرية وعملية، وتكمن الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار موضوع البحث في الآتي:

- 1- أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر يمكن أن تساعد الأطراف في حل المنازعات بشكل بسيط وسريع ومرن ومأمون، دون الحاجة إلى الحضور الشخصي في اجتماع أو جلسة استماع
- 2- أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تتيح فرصاً كبيرة للمشتريين والبائعين الذين يدخلون في معاملات تجارية عبر الحدود، سواء في البلدان المتقدمة النمو أو البلدان النامية، للوصول إلى خدمات تسوية المنازعات
- 3- ومن جانب آخر، فإن الأهمية النظرية لموضوع البحث تكمن أيضاً في أنه يعتبر مدخلاً نظرياً للبحث في العديد من المسائل القانونية المثارة بشأن النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر، والتي لا يمكن الخوض فيها دون تحديد القواعد المنظمة للتسوية الحاسوبية، وغيرها من المسائل القانونية المرتبطة بموضوع بحثنا، وقد أشرنا إليها ضمن الفقرة الخاصة بتحديد فرضيات البحث.

<sup>1</sup>وثيقة رقم A/CN.9/WG.III/WP. 140 منشورة على الموقع الالكتروني

[www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online_Dispute_Resolution.html)

4- في الوقت الذي سيرشد هذا البحث بأهدافه ونتائجه وتوصياته ومقترحاته، المعنيين في هذا الموضوع لتفهم خطورته، فإنه سيضيف للمعنيين في مجال القانون دراسات خصبة في الأسباب والعوامل المؤدية إلى الدعم من جهة والرفض من جهة أخرى، لتطبيق قواعد التسوية الحاسوبية كما أن الأهمية العملية لموضوع البحث تكمن في خلو المكتبة القانونية من أي دراسات تتناول لبعض المسائل المتعلقة بموضوع بحثنا. ومثل هذا الوضع يجعل للبحث أهمية عملية تكمن في تقديم إضافة لبعض المسائل المتعلقة بالموضوع.

#### رابعاً: الأهداف المتوخاة من البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف الأساسية الآتية:

- 1- تحديد ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية)
- 2- تحديد قواعد تسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر
- 3- تقييم نظام التسوية الحاسوبية

#### خامساً: المنهجية المتبعة في البحث:

اعتمدنا في هذا البحث منهجاً تحليلياً يقوم بالأساس على تحليل مشروع الوثيقة الختامية التي تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر الصادرة في الدورة الثالثة والثلاثون بنيويورك، ٢٩ شباط/فبراير - ٤ آذار/مارس 1٢٠١٦ وصولاً إلى تقييم هذا المشروع وفائدته العملية

#### سادساً: منهج البحث:

يسعى هذا البحث إلى تسليط الضوء على ملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية) من خلال التقسيم التالي :

المبحث الأول : المبادئ الرئيسية التي يتركز عليها اليونسترال في وضع نظام عالمي لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

المبحث الثاني :التعريف بمشروع الوثيقة الختامية لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

المبحث الثالث : مراحل التسوية الحاسوبية واجراءاتها واطرافها

<sup>1</sup>وثيقة رقم 140 A/CN.9/WG.III/WP. منشورة على الموقع الالكتروني

[www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online_Dispute_Resolution.html)

المبحث الرابع : تقييم الوثيقة الختامية لتسوية المنازعات التجارية الإلكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية)

الخاتمة

**المبحث الأول : المبادئ الرئيسية التي يركز عليها اليونسטרال في وضع نظام عالمي لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر**

يمكن القول بان المبادئ الرئيسية التي يُعتمد عليها في اليونسטרال لوضع منظومة عالمية لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر هي :

١- يجب أن يقرّ نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر بأنه لا توجد في المرحلة الحالية بدائل من أجل تسوية المنازعات على نحو كفاء وفعّال فيما يخص المعاملات الإلكترونية الكبيرة الحجم والمتدنية القيمة عبر الحدود.

٢- إنّ نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر لن يُكتب له النجاح إلا إذا اتسم بالبساطة والكفاءة والفعالية والشفافية والإنصاف . والنظام الذي يتسم بتلك الخصائص من شأنه وحده أن يحظى بثقة التجار والمشتريين بمن فيهم المستهلكون على الدخول في معاملات إلكترونية كبيرة الحجم ومتدنية القيمة عبر الحدود تُسبّب، لولا وجود مثل هذا النظام، مخاطر تثني البائعين والمشتريين على حد سواء عن الدخول في مثل تلك المعاملات

٣- البساطة والكفاءة تتطلبان أقل قدر ممكن من الإقصاءات عن نطاق النظام . إنّ النظام الذي يبدأ بالاتصال والتحليل الحاسوبيين لن يسمح بسهولة بإصدار قرارات تتطلب تقديراً بشرياً أو تطبيق تعاريف صعبة مصممة للتمييز بين أنواع أطراف النزاع

٤- البساطة والكفاءة والفعالية تتطلب أن يكون نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر قائماً بذاته وأن يتفادى الحاجة إلى الإحالة إلى القواعد الوطنية للقانون الدولي الخاص وبعبارة أبسط، تتطلب الكفاءة والفعالية أن يتفادى النظام فتح الاعتقاد بأنّ قواعد القانون الدولي الخاص يمكن أن تُستخدم لحماية الطرف الأضعف في المعاملات الإلكترونية الكبيرة الحجم والمتدنية القيمة عبر الحدود

٥- الكفاءة والفعالية والشفافية تتطلب أن يشجع نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تسوية المنازعات التي تفضي إلى قرار ملزم . ذلك أنه لا يُتوخى فائدة كبيرة من توفير آلية لتسوية المنازعات تتيح للأطراف معاودة التقاضي بشأن ما تم البتّ فيه بالفعل . ومع ذلك فإنّ هذا يختلف تمام الاختلاف عن مسألة الاحتفاظ بخيار اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو الاستفادة من آليات تسوية المنازعات الأخرى من أجل تسوية المطالبات الواقعة خارج نطاق نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر<sup>1</sup>

- ٦- الكفاءة والفعالية والشفافية تتطلب أن يسمح نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر لمقدمي خدمات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر بدمج الأساليب الآلية من أجل إنفاذ القرارات على سبيل المثال، أساليب ردّ المبالغ المحصومة أو إبطال الدفع التلقائي.
- ٧- الشفافية والإنصاف يتطلبان أن يتلقى الطرف في معاملة إلكترونية كبيرة الحجم ومتدنية القيمة عبر الحدود إشعارًا واضحًا بخيار تسوية المنازعات وفرصة منفصلة لاختيار عدم الانخراط في معاملة إذا قرر ذلك الطرف تفادي عملية تسوية المنازعات المعروضة.
- ٨- الإنصاف يتطلب أن يكون نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر مصممًا بحيث يمكن أن تتفق الدول على أن يكون النظام نفسه بسيطًا وفعالًا وكفئًا وشفافًا. وقواعد القانون الدولي الخاص الموجودة لحماية الأطراف "الأضعف" من الإجراءات غير المنصفة ليست ضرورية عندما تتفق الدول منذ البداية على أن نظام تسوية المنازعات يعمل بحيث يوفر الحماية الكافية للطرف الأضعف. وبذلك فإنّ إنصاف النظام نفسه هو المحكّ النهائي الذي يدل على مدى اتسامه بالبساطة والكفاءة والفعالية والشفافية المطلوبة لكي يحل محل القواعد الوقائية للقانون الدولي الخاص
- ٩- البساطة والفعالية تتطلبان منذ البداية أن ترتبط المبادئ القانونية الموضوعية التي ستطبق في عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر بمجموعة مركزة ومحددة من المطالبات المستندة إلى الوقائع التي قد تُطرح، وبمجموعة مركزة ومحددة من التدابير الانتصافية التي قد تُقيم. وقد بيّنت نظم تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر القائمة من أجل المعاملات الإلكترونية أنّ الغالبية العظمى من المنازعات في المعاملات الإلكترونية الكبيرة الحجم والمتدنية القيمة تصلح تسويتها عبر مجموعة صغيرة ومميزة من المطالبات والتدابير الانتصافية. أما المسائل والمطالبات الأكثر تعقيدًا على سبيل المثال، الأذى الجسدي والأضرار التبعية وتحصيل الديون فينبغي استبعادها من نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: التعريف بمشروع الوثيقة الختامية لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

تعد مشروع الوثيقة الختامية التي تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الدورة الثالثة والثلاثون بنيويورك، ٢٩ شباط/فبراير - ٤ آذار/مارس 2٠١٦ وثيقة وصفية غير ملزمة تتضمن عناصر عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي

2- [www.uncitral.org/pdf/arabic/workinggroups/wg\\_3/crp2-a.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/arabic/workinggroups/wg_3/crp2-a.pdf)

<sup>2</sup> وثيقة رقم 140 A/CN.9/WG.III/WP. منشورة على الموقع الإلكتروني

[www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/.../ar/commission/.../3Online_Dispute_Resolution.html)

المباشر وتحديد الملاحظات التقنية<sup>1</sup> في تصميم وتنفيذ نظم تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر للمعاملات التجارية عبر الحدود

للتعريف بالوثيقة نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

### المطلب الاول: ماهية وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

تعرف وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر بانها آلية لحل المنازعات تُيسّر فيها الاتصالات الإلكترونية وغيرها من تكنولوجيات المعلومات والاتصالات استخدام مجموعة كاملة من الطرائق التقليدية لتسوية المنازعات بما فيها، على سبيل المثال لا الحصر، التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم والتقاضي و " أمناء المظالم " و "مواقع الشكاوى والحسم بقرار خبراء حسب الاقتضاء" ويتميز التعريف بان الية التسوية الحاسوبية يمكنها أن تشمل طرائق غير تقليدية لتسوية المنازعات غير تلك المبيّنة في النص، وأنّ هذا المجال ما زال يتطوّر. ولذلك، فالقائمة المقترحة من الوسائل شاملة بما فيه الكفاية وقادرة على مواكبة التطورات المستقبلية. إذ إنّ الإشارة الفضفاضة إلى الاتصالات الإلكترونية والتكنولوجيات الأخرى تترك الباب مفتوحاً أمام المستجدات في مجال التسوية الحاسوبية.

### المطلب الثاني: مبررات صدور وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

تعود مبررات صدور وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر عن لجنة القانون التجاري للأسباب التالية:

- 1- الزيادة الحادة في المعاملات التجارية عبر الحدود بالاتصال الحاسوبي المباشر أدت إلى بروز الحاجة إلى آليات لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات، وإحدى هذه الآليات هي تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر
- 2- أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر يمكن أن تساعد الأطراف في حل المنازعات بشكل بسيط وسريع ومرن ومأمون، دون الحاجة إلى الحضور الشخصي في اجتماع أو جلسة استماع
- 3- أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تتيح فرصاً كبيرة للمشتريين والبائعين الذين يدخلون في معاملات تجارية عبر الحدود، سواء في البلدان المتقدمة النمو أو البلدان النامية، للوصول إلى خدمات تسوية المنازعات<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: خصائص وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

تتميز الملاحظات التقنية الواردة في وثيقة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر بالخصائص التالية:

1 ويُقصد بالملاحظات التقنية أن تساعد كل فئات المشاركين المحتملين في أيّ نظام للتسوية الحاسوبية، ومن بينهم مديرو التسوية الحاسوبية ومنصاتها والأطراف المحايدة وأطراف المنازعة.

1- [www.uncitral.org/pdf/arabic/workinggroups/wg\\_3/crp2-a.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/arabic/workinggroups/wg_3/crp2-a.pdf)

- 1- تتميز الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة بالطابع غير الإلزامي إذ لا تفرض الملاحظات التقنية أيّ شروط قانونية تُلزم الأطراف أو أيّ أشخاص و/أو كيانات تدير إجراءات التسوية الحاسوبية أو تيسرها.
- 2- الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة ليست ملائمة للاستخدام كقواعد لأيّ إجراءات للتسوية الحاسوبية، لأنها ذات طبيعة وصفية محضة ولا تنشئ أيّ التزام على الأطراف أو على أيّ أشخاص و/أو كيانات تدير أو تيسر إجراءات التسوية الحاسوبية بأن تتصرّف على نحو معيّن. وبناءً على ذلك فإنّ استخدام الملاحظات التقنية لا يقتضي إدخال أيّ تعديل على أيّ قواعد للتسوية الحاسوبية قد يكون الطرفان قد اختارها<sup>1</sup>
- 3- أن الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تجسد مبادئ الحياد والاستقلالية والكفاءة والفعالية ومراعاة الأصول القانونية والإنصاف والمساءلة والشفافية التي هي مبادئ ضرورية لأيّ نظام للتسوية الحاسوبية، ولكن ليس مقصودًا من الملاحظات التقنية أن تكون ملخصًا جامعا أو مانعًا للنهج التي تجسّد هذه المبادئ. ولا تروّج الملاحظات التقنية لأيّ ممارسة من ممارسات التسوية الحاسوبية باعتبارها ممارسة فضلى.
- 4- أن الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة يُتوخى منها أن تكون إسهاما كبيرا في تطوير النظم اللازمة لتسوية المنازعات التي تنشأ من العمليات المنخفضة القيمة المتعلقة بالبيع أو عقود الخدمات عبر الحدود والتي تتم باستخدام الاتصالات الإلكترونية
- 5- أن الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة ستساعد كثيرا جميع الدول، ولا سيما البلدان النامية والدول التي تمر اقتصاداتها بمرحلة انتقالية، والقائمون على تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، ومنصات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، والأطراف المحايدة، والأطراف في إجراءات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، في وضع واستخدام نظم تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر
- 6- أن الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة تحفز تطوير تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر اختصارًا : التسوية الحاسوبية، باعتبارها شكلا من أشكال تسوية المنازعات، من خلال مساعدة المشاركين في أيّ نظام للتسوية الحاسوبية على الاضطلاع بإجراءات هذه التسوية.
- 7- نظرًا للتنوع الواسع للأساليب والممارسات الإجرائية في إجراءات التسوية الحاسوبية ، يُقصد من الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة أن تكون مفيدة بغضّ النظر عن هيكل نظام التسوية الحاسوبية أو إطاره.
- 8- يُقصد من الملاحظات التقنية الواردة في الوثيقة أن تساعد كل فئات المشاركين المحتملين في أيّ نظام للتسوية الحاسوبية، ومن بينهم مديرو التسوية الحاسوبية ومنصاتها والأطراف المحايدة وأطراف المنازعة.

9- يتوقع للملاحظات التقنية بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر أن تسهم إسهامًا كبيرًا في إنشاء نظم تسمح بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود عابرة للحدود مبرمة باستخدام اتصالات إلكترونية بشأن مبيعات أو خدمات منخفضة القيمة<sup>1</sup>

### المبحث الثالث : مراحل التسوية الحاسوبية واجراءاتها واطرافها

تشتمل عملية التسوية الحاسوبية على مراحل وكل مرحلة تشمل عدة اجراءات وللحديث عن هذه المراحل نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

#### المطلب الاول : التعريف باطراف التسوية الحاسوبية واختصاصاتهم

"التسوية الحاسوبية"، هي الآلية لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر تُيسر باستخدام الخطابات الإلكترونية وغيرها من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات  
"المدعى" هو الطرف الذي يستهل إجراءات التسوية الحاسوبية،  
"المدعى عليه" هو الطرف الذي يوجه إليه الإشعار بالإجراءات، اتساقاً مع التسميات التقليدية للسبل البديلة

لتسوية المنازعات بغير الاتصال الحاسوبي المباشر .

'المستهلك' شخص طبيعي يتصرف في المقام الأول لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية  
"المحايد" هو شخص يساعد الطرفين على تسوية المنازعة أو حلها

مدير خدمة التسوية الحاسوبية شخص يتولى ادارة وتنسيق منصة التسوية الحاسوبية من أجل التمكين من استخدام التكنولوجيا في تيسير عملية تسوية المنازعات حيث تتطلب التسوية الحاسوبية وسيطاً تكنولوجيا . فعلى عكس السبل البديلة الخاصة بتسوية المنازعات بغير الاتصال الحاسوبي المباشر، لا يمكن إجراء عملية التسوية الحاسوبية على أساس مخصص يقتصر على طرفي المنازعة والمحكم المحايد دون مدير منصة التسوية الحاسوبية .

الخطابات يمكن تعريف الخطابات التي قد ترسل أثناء سير الإجراءات بأنها " أي خطاب بما في ذلك أي بيان أو إعلان أو مُطالبة أو إشعار أو رد أو مذكرة أو تبليغ أو طلب يصدر بواسطة معلومات منشأة أو مرسله أو متلقاة أو مخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة  
منصة التسوية الحاسوبية نظام يتولى إنشاء الخطابات أو إرسالها أو تلقّيها أو تخزينها أو تبادلها، أو تجهيزها على نحو آخر ومن الافضل تبادل جميع الخطابات في إجراءات التسوية الحاسوبية من خلال منصة التسوية الحاسوبية .

العنوان الإلكتروني المحدد نظام معلومات أو جزء منه " يحدده الطرفان في عملية التسوية الحاسوبية من أجل تبادل الخطابات المتعلقة بتلك العملية.

**مهام مدير خدمة التسوية الحاسوبية**

يقوم مدير خدمة التسوية الحاسوبية بما يلي:

- أ - إرسال إقرار تسلّم عن أيّ خطاب تتلقّاه منصة التسوية الحاسوبية
- ب - تبليغ الأطراف بوجود أيّ خطاب تتلقّاه منصة التسوية الحاسوبية
- ج - إبقاء الأطراف على علم ببدء واختتام مختلف مراحل الإجراءات

**نطاق عملية التسوية الحاسوبية**

يمكن أن تكون عملية التسوية الحاسوبية مفيدة بصفة خاصة في حالة المنازعات الناشئة في إطار معاملات التجارة الإلكترونية المنخفضة القيمة العابرة للحدود . ومن شأن هذه العملية أن تنطبق على المنازعات الناشئة في إطار المعاملات بين المنشآت التجارية وكذلك المعاملات بين المنشآت التجارية والمستهلكين . ويمكن أن تنطبق عملية التسوية الحاسوبية على المنازعات الناشئة في إطار عقود البيع وعقود الخدمات على السواء .

**المطلب الثاني: البدء بإجراءات التسوية الحاسوبية**

يتم البدء بإجراءات التسوية الحاسوبية بالخطوات التالية

**أولاً طلب اجراء التسوية الحاسوبية**

تبدأ إجراءات التسوية الحاسوبية ، عقب إرسال المدّعي إشعاراً إلى مدير خدمة التسوية الحاسوبية

ويجب ان يحتوي الإشعار على ما يلي:

أ- الاسم والعنوان الإلكتروني لكلّ من المدّعي وممثّله إن وجد المأذون له بالتصرف نيابة عن المدّعي في إجراءات التسوية الحاسوبية؛

ب- الاسم والعنوان الإلكتروني لكلّ من المدّعى عليه وممثّله إن وجد المعروفين لدى المدّعي؛

ج - الأسس التي تستند إليها الدعوى؛

د - أيّ حلول مقترحة لتسوية المنازعة؛

هـ - اللغة التي يفضّل المدّعي أن تسير الإجراءات بها؛

و- توقيع المدّعي و/أو ممثّله أو وسيلة أخرى لتحديد هويته واعتمادها؛

ز - مكان المدّعي

**ثانيا الرد على طلب التسوية الحاسوبية**

يتولى مدير خدمة التسوية الحاسوبية إبلاغ المدّعى عليه والأطراف بأنّ هناك طلب لاجراء التسوية الحاسوبية

(الإشعار) موجود في منصة التسوية الحاسوبية من أجل بدء إجراء التسوية الحاسوبية

ويجب أن يتضمّن رد المدّعى عليه على طلب لاجراء التسوية الحاسوبية (الإشعار) ما يلي:

- أ- الاسم والعنوان الإلكتروني لكل من المدعى عليه وممثله إن وجد المأذون له بالتصرف نيابة عن المدعى عليه في إجراءات التسوية الحاسوبية
- ب- رد يفند الأسس التي استندت إليها الدعوى
- ج- أي حلول مقترحة لتسوية المنازعة
- د- توقيع المدعى عليه و/أو ممثله أو وسيلة أخرى لتحديد هويته واعتمادها
- هـ- إشعار بأيّ دعوى مضادة ، يتض من الأسس التي تستند إليها تلك الدعوى المضادة
- و- مكان المدعى عليه
- ويجب أن يُرفق كلٌّ من إشعار الدعوى والرد، قدرَ الإمكان، بكلّ الوثائق والأدلة الأخرى التي يستند إليها كل طرف، أو أن يتضمّن إشارات إليها

### المطلب الثاني: مراحل التسوية الحاسوبية

#### المرحلة الأولى: (التفاوض)

تسمّى المرحلة الأولى مرحلة "التفاوض"، حيث تنطوي على "التفاوض بين الطرفين عبر منصة التسوية الحاسوبية، فخلال هذه المرحلة يقوم المدعي والمدعى عليه بالتفاوض مباشرة بعضهما مع بعض عن طريق منصة التسوية وتبدأ المرحلة الأولى من الإجراءات إثر إبلاغ منصة التسوية الحاسوبية بردّ المدعى عليه، و: أ- إخطار المدعي بذلك؛ أو

ب- في حال عدم إرسال رد، مرور فترة زمنية معيّنة من إرسال الإشعار إلى المدعى عليه

#### المرحلة الثانية: (التسوية الميسّرة)

إذا فشلت المفاوضات عبر منصة التسوية الحاسوبية لأيّ سبب بما في ذلك عدم المشاركة أو عدم التوصل إلى تسوية خلال فترة زمنية معيّنة أو إذا طلب أحد طرفي المنازعة أو كلاهما الانتقال مباشرة إلى المرحلة التالية من الإجراءات، أي في حال إخفاق عملية التفاوض بحيث لم تسفر العملية عن تسوية الدعوى تنتقل العملية إلى المرحلة الثانية، وهي "التسوية الميسّرة"، يعيّن مدير خدمة التسوية الحاسوبية محكّمًا محايدًا يُسمّى هنا: المحايّد و يبلغ الطرفين به ذا التعيين وبتفاصيل معيّنة بشأن هوية المحايّد وفي هذه المرحلة من الأفضل أن يتخاطب المحايّد مع الطرفين لمحاولة التوصل إلى تسوية

#### تعيين المحايّد وصلاحياته

من أجل تعزيز الكفاءة وخفض التكاليف، يُفضل ألاّ يعيّن مدير خدمة التسوية الحاسوبية محايدًا إلى أن يلزم وجود محايدٍ من أجل عملية تسوية المنازعة وفقًا للقواعد الإجرائية المنطبقة. وفي اللحظة من عملية التسوية الحاسوبية التي يلزم فيها وجود محايدٍ من أجل عملية تسوية المنازعة، من الأفضل أن يُسارع "مدير خدمة التسوية الحاسوبية إلى تعيين المحايّد أي عموماً عند بدء مرحلة التسوية الميسّرة من الإجراءات. وعند التعيين،

من الافضل أن يُسارع مدير خدمة التسوية الحاسوبية إلى إبلاغ الطرفين باسم المحاييد وبأبيّ معلومات أخرى ذات صلة تتعلق بالمحايد أو تحدّد هويته  
ومن الافضل أن تكون للمحايدين خبرة مهنيّة ذات صلة، وكذلك مهارات في تسوية المنازعات، لكي يتمكّنوا من معالجة المنازعة المعنية . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون المحاييدون من المشتغلين بالقانون ويفضل أن تكون للمحايدين خبرة مهنية ذات صلة، وكذلك مهارات في تسوية المنازعات، لكي يتمكّنوا من معالجة المنازعة المعنية . بيد أنه، رهنا بأبيّ لوائح تنظيمية مهنية، لا يلزم بالضرورة أن يكون المحاييدون في عملية التسوية الحاسوبية من المشتغلين بالقانون المؤهلين.

وفيما يتعلق بعملية تعيين المحاييد، من الافضل ما يلي:

- أ- أن يؤكّد المحاييد، من خلال قبوله، أن لديه الوقت الذي يلزم تكريسه للعملية
- ب- أن يعلن المحاييد حياده واستقلاله وأن يفصح في أيّ وقت عن أيّ حقائق أو ظروف قد تثير شكوكًا محتملة بشأن حياده أو استقلاله
- ج- أن تُتاح للأطراف طريقة للاعتراض على تعيين المحاييد
- د- أن يتّخذ مدير خدمة التسوية الحاسوبية قرارًا بشأن ما إذا كان سيتمّ تبديل المحاييد
- هـ- أن يعيّن محايد واحد فقط لكلّ منازعة في أيّ وقت ، لدواعي الفعالية من حيث التكلفة
- و- أن يتاح لأيّ من الطرفين أن يعترض على تلقّي المحاييد معلومات تولّدت أثناء مرحلة التفاوض
- ز- إذا استقال المحاييد أو لزم تبديله أثناء إجراءات التسوية الحاسوبية، يعيّن مدير خدمة التسوية الحاسوبية بديلا، مع مراعاة نفس الضمانات التي تمّ تحديدها أثناء تعيين المحاييد الأول

### صلاحيات المحاييد

للمحايد ان يمارس الصلاحيات التالية:

- أ- أن يتاح للمحايد، مع مراعاة أيّ قواعد، أن يسيّر إجراءات التسوية الحاسوبية على النحو الذي يراه مناسبًا
- ب- أن يسيّر المحاييد الإجراءات دون إبطاء لا لزوم له أو نفقات غير ضرورية، وأن يتيح عمليّة تتّسم بالإنصاف والكفاءة لتسوية المنازعة، و أن يظلّ محافظا على استقلاله وحياده، وأن يعامل الطرفين على قدم المساواة
- ج- أن يسيّر المحاييد الإجراءات بالاستناد إلى الخطابات التي تُرسل أثناء الإجراءات
- د- أن يتاح للمحايد أن يسمح للطرفين بتقديم معلومات إضافية تتعلق بالإجراءات
- هـ- أن تكون للمحايد صلاحية تقديرية لتمديد المواعيد القصوى المحدّدة في أيّ قواعد

### المرحلة النهائية

إذا أخفق المحاييد في تيسير التسوية فإنّ من الافضل أن يُدكّر مدير خدمة التسوية الحاسوبية الأطراف، استنادًا إلى المعلومات التي قدمتها، بالخيارات المعروضة أمامها فيما يخص المرحلة النهائية من العملية، أو أن يطرح على الأطراف مثل تلك الخيارات، وأن يكفل أن تكون الأطراف على علم بالعواقب القانونية المترتبة على اختيارها.

#### المبحث الرابع: تقييم الوثيقة الختامية لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية)

ان قراءة متأنية لجهود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الثالث) المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر وتحديد مشروع الوثيقة الختامية التي تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية) يخرج بالملاحظات التالية:

1- المبادئ الأساسية التي ينبغي أن يسير عليها مديرو خدمات التسوية الحاسوبية.

اقترح ان يضاف للشفافية والخبرة والسرية باعتبارها المبادئ الأساسية التي ينبغي أن يسير عليها مديرو خدمات التسوية الحاسوبية نزاهة الإجراءات اذ لم يتم التطرق الى نزاهة الإجراءات رغم اهميتها اذ ينبغي أن تكون القواعد المنطبقة على عملية التسوية الحاسوبية واضحة و صريحة ومنصفة، وأن تُحدّد مختلف مراحل العملية بوضوح وتضع لها أطرًا زمنية سريعة ومرنة". ومن المنتظر أن تتضمن القواعد المنطبقة أحكاما تتعلق بالتبليغ ببدء الإجراءات والرد والدعوى المضادة وطريقة تقديم الأدلة كما ينبغي نشر بند نموذجي واحد أو أكثر من بنود التسوية الحاسوبية على الموقع الشبكي لمدير خدمات التسوية الحاسوبية لكي تستخدمه الأطراف المحتملة، وينبغي توفير الوسائل التقنية التي يمكن للأطراف من خلالها إبداء موافقتهم المستنيرة". وعلى مدير خدمات التسوية الحاسوبية ، متى كان ذلك مناسباً ومجدياً، أن يوفر آليات لتحقيق ما يلي:

أ- تيسير التسوية بين الطرفين دون تدخل محايد،

ب- تمكين الأطراف من الاعتراض على تعيين المحاييد،

ج- تعيين محايد بديل.

ويفضل ان يقدم مدير خدمات التسوية الحاسوبية، في حدود الإمكان ، خدمات التسوية بلغة يمكن للمستخدمين فهمها".

#### بخصوص بند الشفافية

اقترح ان يضاف لبند الشفافية ضرورة بأن يفصح مدير خدمات التسوية الحاسوبية عن قائمته التي تتضمن أسماء المحايدين، وعن موجز لجنسياتهم ووثائق تفويضهم .وعن ايّ علاقة تعاقدية بين مدير خدمات التسوية الحاسوبية وبائعين، بحيث يكون مستعملو الخدمة على علم باحتمال وجود تضارب في المصالح".

وينبغي أن تتاح جميع المعلومات المهمة على الموقع الشبكي لمدير خدمات التسوية الحاسوبية بطريقة ميسورة وفي متناول المستعملين".

**بخصوص بند الاستقلال**

اقترح ان يضاف لبند الاستقلال ضرورة أن يعتمد مدير خدمات التسوية الحاسوبية مدونة سلوك للمحايدين بغرض تزويد المحايدين بالإرشادات فيما يتعلق بتضارب المصالح وغير ذلك من قواعد السلوك وسيكون من المفيد أن يعتمد مدير خدمات التسوية الحاسوبية سياسات داخلية تتعلق بتحديد تضارب المصالح ومعالجته

**بخصوص بند الخبرة**

اقترح ان يضاف لبند الخبرة ضرورة قيام مدير خدمات التسوية الحاسوبية بتنفيذ سياسات شاملة تحكم اختيار المحايدين وتدريبهم ويمكن أن تساعد عملية الرقابة الداخلية في ضمان توافق قرارات المحايدين مع المعايير التي تم وضعها

**بخصوص بند السرية**

اقترح ان يضاف لبند السرية اعتبار التدابير والممارسات المناسبة لحماية البيانات، والتي تشمل ضمن جملة أمور الحفاظ على سرية الخطابات بين الأطراف في إجراءات التسوية الحاسوبية ومدير خدمات التسوية الحاسوبية والمحايد، عنصرا مهما في علاقة مدير خدمات التسوية بالأطراف، وهي تُساعد في تعزيز مناخ آمن لإجراء عملية التسوية الحاسوبية

**2- نفاذ قرارات التسوية الحاسوبية**

لم يتم التطرق في مشروع الوثيقة لنفاذ قرار التسوية الحاسوبية وتشمل المسائل العملية التي يمكن أن تُثار فيما يتصل بإنفاذ قرارات التسوية ما يلي: ما إذا كان قرار صادرا أو ينبغي أن يصدر في نسخة ورقية، وحاملا على النحو الواجب توقيع وختم المحايد و/أو مقدّم خدمات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، وما إذا كان قد أرسل إلى الطرفين؛ أو ما إذا كان يمكن لنسخة إلكترونية أو نسخة ورقية مستنسخة ضوئيا تحمل ما يلزم من توقيعات وأختام أن تُعتبر موثقة على النحو

الواجب؛ أو ما إذا كان ينبغي أن تطبق أي قواعد خاصة على تعريف التوثيق على النحو الواجب لقرارات التسوية الصادرة بالاتصال الحاسوبي المباشر. كما يبقى وجوب تحديد المقصود بتعبير "نسخة" من قرار التسوية الصادر بالاتصال الحاسوبي المباشر والظروف التي تُعتبر فيها هذه النسخة مقبولة عند التماس الاعتراف بالقرار وإنفاذه .

**3- تحديد القانون الواجب التطبيق**

لم يتم التطرق في الوثيقة للقانون الواجب التطبيق ويمكن لصك فعال بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر على الصعيد الدولي أن يتناول مسألة اليقين بشأن القانون الواجب التطبيق.

ويجوز للطرفين أن يتفقا على القانون الواجب التطبيق في العقد الذي يبرمونه عند إجراء المعاملة. وكثيرا ما يكون هذا الاتفاق مضمنا في أحكام البائع وشروطه العامة المنطبقة على المعاملة في معاملات البيع بالاتصال الحاسوبي

المباشر، على وجه الخصوص، قد لا يكون المشترون على علم بهذا البند رغم قبولهم بالشروط المنطبقة على البيع بالنقر على زر القبول.

وفي المقابل، يمكن للطرفين أن يتفقا على القانون الواجب التطبيق بعد نشوب النزاع. كما ينبغي ان يولى الاعتبار لما إذا كان يجوز أن تُطبّق القوانين الإلزامية واعتبارات السياسة العامة، على سبيل المثال، في حالات التحكيم بالاتصال الحاسوبي المباشر، وكيفية تطبيقها.

#### 4- لغة الإجراءات

تطرت الوثيقة للغة ولكن دون تفصيل يذكر ويُعد تحديد لغة الإجراءات في تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر أمراً بالغ الأهمية لنجاح التسوية، وذلك لأن جميع أنواع تلك التسوية تستند إلى التواصل الواضح والفعال بين الطرفين والشخص المحايد. ويمكن أن يحدّد الطرفان لغة الإجراءات في المعاملات بين المنشآت التجارية؛ أما في المعاملات بين المنشآت التجارية والمستهلكين، مثلاً، فقد تكون هناك قوانين إلزامية تُحدّد اللغة. وقد تعتمد اللغة التي ستستعمل على عدة عوامل، مثل هوية الطرفين أو لغة المعاملة موضوع النزاع أو لغة الموقع الشبكي الذي جرت عليه المعاملة أو لغة الموقع الشبكي الذي يدير تسوية المنازعة بالاتصال الحاسوبي المباشر. ويجوز للطرفين أن يتفقا على اللغة قبل نشوب النزاع أو بعد نشوبه. ففي معاملات البيع بالاتصال الحاسوبي المباشر، يجوز أن تتضمن الأحكام والشروط العامة بنداً من هذا القبيل. وفي حال عدم اتفاق الطرفين، يمكن أن تُحدّد لغة التسوية بوسائل أخرى، بما في ذلك الاستناد إلى أحكام وشروط معاملة البيع الأساسية، أو إلى الشروط التي يضعها مقدّم خدمات التسوية. غير أنه، نظراً إلى طابع تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، فقد تُقيّد استقلالية الطرفين في هذا الصدد بنطاق اللغات المتاحة على منصة تسوية المنازعات ذات الصلة. ولتحديد مكان الطرفين تأثير على لغة الإجراءات. وعلى سبيل المثال، فقد يصل طرف في بلد يستخدم اللغة الإنكليزية إلى المنصة باستعمال تلك اللغة، في حين قد تكون لغة المنصة مختلفة لطرف آخر كائن في بلد ذي لغة مختلفة.

وتحدّد الفقرة 4 من المادة 6 من اتفاقية الخطابات الإلكترونية، التي تتناول مكان الأطراف، أن مكان المعدات أو التكنولوجيا الداعمة أو المكان الذي يمكن الوصول منه إلى نظام المعلومات لا يكونان بالضرورة ذوي صلة بتحديد مقر عمل الطرف. وتتضمن الفقرة 5 من المادة 6 من تلك الاتفاقية قاعدة مشابهة فيما يتعلق باستخدام اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني خاصين ببلد معين. ولهذه القواعد فائدة خاصة لأن كثرة التنقل قد أفضت إلى انتشار استخدام الاتصالات الإلكترونية، على نحو قد يجعل مكان المعدات غير مفيد في تحديد مقر عمل الطرف.

#### 5- الاحتفاظ بنسخة ورقية

لم تتطرق الوثيقة لموضوع الاحتفاظ بنسخة ورقية من محاضر التسوية الحاسوبية إذ يمكن أن تكون هناك حاجة إلى عقد جلسات استماع للشهود أو الخبراء المستقلين في التسوية بالاتصال الحاسوبي المباشر. وهذه الجلسات تتم

بواسطة الفيديو أو الهاتف، وهي خدمات يمكن أن تُدمج في منصة تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر . وقد يتطلب الأمر الاحتفاظ بسجل لجلسات الاستماع تلك، إما إلكترونياً أو في شكل ورقي، لأسباب مختلفة؛ وينبغي أن يؤخذ ذلك في الاعتبار عند إنشاء نظام لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر

#### 6- مكان التسوية

لم يتم التطرق في الوثيقة الى حسم مكان التسوية رغم اهميته ففي التسوية بالاتصال الحاسوبي المباشر، قد يكون تحديد مكان التسوية أمراً شائكاً. فعلى سبيل المثال، قد يكون الطرفان أو المحايدين في مواقع جغرافية مختلفة، أو قد يكون الموقع الفعلي لأحد الطرفين مختلفاً عن العنوان الذي قدمه. وتفادياً لحدوث خلافات أثناء إجراءات التسوية وحدوثها، لاحقاً، بشأن الاعتراف بقرارات التسوية وإنفاذها، فعمل من المفيد حسم مكان التسوية، بدلا من تركه لاتفاق الطرفين. وقد يؤثر مكان التسوية أيضا على تطبيق القوانين الإلزامية واعتبارات السياسة العامة المتعلقة بالتسوية بالاتصال الحاسوبي المباشر وتترك المادة ١٤ من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي<sup>1</sup> مسألة الإنفاذ للقانون الداخلي الواجب التطبيق، حيث تسمح للدول بأن تضطلع بإجراءات لإنفاذ اتفاقات التسوية

#### 7- المرحلة النهائية من التسوية الحاسوبية

تطرت الوثيقة للمرحلة الختامية من التسوية الحاسوبية ولكن دون تفصيل يذكر اذ لم تتطرق الوثيقة الى الخيارات المعروضة أمام الاطراف في حال فشل التسوية الميسرة وكنا نتمنى ان يتم الاشارة الى احقية الاطراف باللجوء الى التوفيق او التحكيم او غيرها من الوسائل رغم ان مشروع القواعد الاجرائية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الثالث) المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر في الدورة الثالثة والثلاثون بنيويورك، 9-13 شباط/2015 تناول بتفصيل الية اللجوء الى التحكيم في حال فشلت التسوية الميسرة وهذه الاجراءات هي :

- ١ - عند انقضاء مرحلة التسوية الميسرة، يبادر المحايدين إلى إبلاغ الطرفين بموعد " يقدرمان بحلولة مدكراتهما الختامية . ولا يتجاوز هذا الموعد عشرة ) ١٠ ( أيام تقويمية من تاريخ انقضاء مرحلة التسوية الميسرة.
- ٢ - يقع على عاتق كل طرف عبء إثبات الوقائع التي ي ستندها في تدعيم " دعواه أو دفاعه . وتكون للمحايد صلاحية تقديرية لإلقاء عبء الإثبات على الطرف الآخر، إذا ما اقتضت ذلك وقائع الأمور، في ظروف استثنائية.

- ٣ - يجري المحايدين تقييماً للمنازعة بناء على المعلومات التي يقدمها الطرفان " ، وأخذاً بعين الاعتبار شروط الاتفاق، ويصدر قراراً تحكيم بشأنها . ويتولى مدير خدمة التسوية الحاسوبية إبلاغ الطرفين بقرار التحكيم، ويدون قرار التحكيم في منصة التسوية الحاسوبية.

<sup>1</sup> دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، الفقرات ٨٧ إلى ٩٢

- ٤ - يُصدّر قرار التحكيم كتاباً ويوقع عليه المحايد، ويبيّن فيه تاريخ صدوره " ومكان التحكيم. ويبين فيه بإيجاز الأسس التي استند إليها".
- 5- يجوز نشر قرار التحكيم علناً بموافقة كل الأطراف أو متى كان أحد الطرفين مُلزماً قانوناً بأن يُفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى.
- 6 - يكون قرار التحكيم نهائياً ومُلزماً للطرفين. وينقذ الطرفان قرار التحكيم " دون إبطاء.
- ٨ - في جميع الأحوال، يتخذ المحايد قراره من منطلق العدل والإنصاف، وفقاً لأحكام العقد، مع مراعاة أيّ وقائع وظروف ذات صلة ويأخذ بعين الاعتبار أيّ أعراف مهنية سارية على المعاملة

**خاتمة**

بعد أن انتهينا من دراسة جهود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الثالث) المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر وتحديد مشروع الوثيقة الختامية التي تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر الصادرة في الدورة الثالثة والثلاثون بنيويورك، ٢٩ شباط/فبراير - ٤ آذار/مارس 1٢٠١٦

وصولاً الى وضع تصور مبدئي لملامح النظام العالمي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية بالاتصال الحاسوبي المباشر (التسوية الحاسوبية) فإننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات والمقترحات، والتي سنعرض لها على النحو الآتي:

**أولاً: النتائج:**

- 1- ان مشروع الوثيقة الختامية لا تنشئ أيّ التزام على الأطراف أو على أيّ أشخاص و/أو كيانات تدير أو تيسر إجراءات التسوية الحاسوبية بالتصرف على نحو معين. وبناء على ذلك فإنّ استخدام الملاحظات التقنية لا يقتضي إدخال أيّ تعديل على أيّ قواعد للتسوية الحاسوبية قد يكون الطرفان قد اختارها.
- 2- تمثل التسوية الحاسوبية فرصة مهمة للحصول على تسوية المنازعات للمشتريين والبائعين الذي يرمون معاملات تجارية عابرة للحدود، في العالمين المتقدم والنامي على حد سواء.
- 3- ان نظام التسوية الحاسوبية يقوم على مبادئ الحياد والاستقلال والكفاءة والفعالية ومراعاة الأصول القانونية والإنصاف والمساءلة والشفافية.
- 4- أنّ التسوية الحاسوبية تساعد على معالجة المشاكل القانونية التي نجمت عن معاملات التجارة الإلكترونية عبر الحدود، ذلك أنّ الآليات القضائية التقليدية في الاحتكام إلى القانون قد لا تتيح حلاً ملائماً لمنازعات التجارة الإلكترونية عبر الحدود

**ثانياً : التوصيات**

- من خلال هذه الدراسة نرى من المناسب إبراز التوصيات والمقترحات الآتية:
- 1- تحويل مشروع الوثيقة الختامية المتضمنة عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر من الطابع غير الإلزامي الى طابع الزامي بفرض شروط قانونية تلزم الأطراف بادرة إجراءات التسوية الحاسوبية أو تيسرها. اذ ابقاء المشروع دون اي الزام يؤدي إلى تقليص الثقة في التجارة الإلكترونية والرغبة في استخدامها، وهو نقيض الهدف الذي ينشده نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر
  - 2- النهوض بالبحوث والتعاون من أجل التمكين من استعمال البيانات والبرمجيات بفعالية، خاصة الوثائق والمعاملات الإلكترونية، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية للتوثق من الهوية وتحسين الأساليب الأمنية

<sup>1</sup> وثيقة رقم 140 A/CN.9/WG.III/WP. منشورة على الموقع الالكتروني

3- تعزيز الثقة في البيئات الإلكترونية على الصعيد العالمي عن طريق تشجيع التدفق الآمن للمعلومات عبر الحدود، بما في ذلك الوثائق الإلكترونية، وبذل الجهود الرامية الى توسيع وتعزيز الهياكل الأساسية للمعلومات في آسيا والمحيط الهادئ وبناء الثقة والأمن في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ويوجد في العالم الآن عدة ممارسات جيدة لحل مثل تلك المسألة: اذ يوجد -في المفوضية الأوروبية - على أساس لائحة البرلمان الأوروبي والمجلس بشأن خدمات التعرف وتوفير الثقة فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية في السوق الداخلية (المشروع eIDAS) 1

4- أن يُدرج في المعاملات التي ستخضع لقواعد التسوية الحاسوبية بندُ تسوية المنازعات نموذجي يلزم بخضوع الاطراف المتنازعة الى عملية لتسوية المنازعات تنتهي بتحكيم مُلزم

5- يضاف ما ورد بخصوص المرحلة النهائية في مشروع القواعد الاجرائية والمتعلقة باجراءات التحكيم الى الوثيقة الختامية الصادرة في الدورة الثالثة والثلاثون اذ من المهم إمكانية اللجوء إلى التحكيم للكيانات التي توذُ وتستطيع اللجوء إليه، وذلك نظرًا لعدم توفُر إمكانية اللجوء إلى المحاكم وللحاجة إلى تسوية فعّالة للمنازعات المتدنيّة القيمة التي تنشأ عبر الحدود

6- اقترح ان يضاف نزاهة الاجراءات الى المبادئ الأساسية التي ينبغي أن يسير عليها مديرو خدمات التسوية الحاسوبية.

هذا ما يسّر الله جمعه حول مشروع الوثيقة الختامية التي تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر والحمد لله أولاً وآخراً، وصلّى الله على خير خلقه محمّد، وعلى آله وصحبه أجمعين

<sup>1</sup> <http://ec.europa.eu/dgs/connect/en/content/electronic-identification-and-trust-services-eidas-regulatory>

قائمة المراجع

## 1- باللغة العربية

أحمد شرف الدين: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية فة الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م.

: تسوية المنازعات الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2000-2001.

: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون - بجامعة الإمارات العربية المتحدة، مايو 2000.

أحمد جمال الدين موسى: النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، بكلية الحقوق - جامعة المنصورة، عدد 29 إبريل 2001.

أحمد الهوارى: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية فة الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م.

السيد عطية عبد الواحد: التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 16، أكتوبر 1999، كلية الحقوق - جامعة المنوفية.

بشار طلال أحمد مؤمنى: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2003.

حسين عبده الماحى: نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، بكلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد 31 إبريل 2002.

صالح جاد المنزلاوى: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

: تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، مقاله مقدمة لمجلة التشريع، العدد الخامس، إبريل 2005.

: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.

عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.

عبد الله ابن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية في الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م.

عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية في الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م.

عبد الواحد محمد الفار: الاختصاص القضائي الدولي في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 18، يونيو 1996.

كاترين ك. مان، سوا إيكيرت ساره كلياند نايت: ترجمة الشحات منصور، التجارة الإلكترونية العالمية، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

محمد أبو العينين: مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

مصلح أحمد الطراونة: تنفيذ حكم التحكيم الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بإحكام التحكيم الأجنبية

وتنفيذها لسنة 1958، دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا

والولايات المتحدة الأمريكية، ص 92، متاح في

[http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic\\_prev\\_conf2008.asp](http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf2008.asp)

2-باللغة الانجليزية

**Thomas Schultz : Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention?The Case for Architectures of Control and Trust,**

- P. 13, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896532](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896532)  
**Esther van den Heuvel: ONLINE DISPUTE RESOLUTION AS A SOLUTION TO CROSS-BORDER E-DISPUTES:**  
[www.oecd.org/dataoecd/63/57/1878940.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/63/57/1878940.pdf) , P.7,  
**Arakeeb Walaa: E-VERSION FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS: P.332,**  
[http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic\\_research.asp](http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp)  
**Di Bretherton, Melissa Conley Tyler: Online Alternative Dispute Resolution,**  
**P.16,**<http://www.strategicaction.com.au/ADR%20Online%20Research%20Report.pdf>,  
**Tania Sourdin : ODR – An Australian perspective on the digital divide, P. 10,**  
[www.odr.info/unforum2004/Sourdin1.doc](http://www.odr.info/unforum2004/Sourdin1.doc) ,  
**Eugene Clark and George Cho: Law and technology: what does the future hold for ADR?,P.6 ,** [www.iama.org.au/pdf/jlv20n03.pdf](http://www.iama.org.au/pdf/jlv20n03.pdf),  
**Isabelle MANEVY: Online dispute resolution: what future?**  
**P. 46 ,** [http://www.ombuds.org/cyberweek2002/manevy\\_odr01.pdf](http://www.ombuds.org/cyberweek2002/manevy_odr01.pdf)  
**Philippe Gilliéron: FROM FACE-TO-FACE TO SCREEN-TO-SCREEN REAL HOPE OR TRUE FALLACY? P. 10**[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=philippe\\_gillieron](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=philippe_gillieron),  
**Graham Ross: Challenges and Opportunities in Implementing ODR, Proceedings of the UNECE Forum on ODR, , P.2,**  
<http://www.odr.info/unece2003/pdf/ross.pdf>.  
**Joseph W. Goodman: THE PROS AND CONS OF ONLINE DISPUTE RESOLUTION: AN ASSESSMENT OF CYBER-MEDIATION WEBSITES , P.1,**  
<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2003DLTR0004.pdf>,  
**Thomas Schultz: RESOLVING OFFLINE DISPUTES IN AN ONLINE SOCIETY, P. 30,**  
<http://odrworkshop.info/odrworkshopproceedings2003.pdf>  
**Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz: Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Published by Kluwer Law International, P.26 .**  
**Li Hu ,Online Arbitration in China - AN OVERVIEW AND PERSPECTIVE: P.3,** [www.odr.info/unforum2004/Dr%20Li2.doc](http://www.odr.info/unforum2004/Dr%20Li2.doc) ,  
**Armagan E. YÜKSEL :Online International Arbitration, Ankara Law Review Vol.4 No.1 P.84 ,** <http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-2007-04-01/alr-2007-04-01-yuksel.pdf>  
**Julia Hörnle , Online Dispute Resolution -The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration, P.**

**2,http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Online%20Dispute%20Resolution%20-%20The%20Emperor's%20New%20Clothes%20-%20Benefits%20and%20Pitfalls%20of%20Online%20Dispute%20Resolution.pdf**

دور العقار الصناعي في تنمية الاستثمار

د/ بن طيبة صونية

أستاذة محاضرة بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة العربي التبسي - تبسة

sonia\_bent@hotmail.fr

## الملخص:

يشكل العقار الصناعي عاملا مهما في تحقيق الإستثمار، لذلك فقد اهتمت الدولة الجزائرية و في إطار مختلف سياساتها في تطوير و ترقية الإستثمار و تحقيق التنمية الإقتصادية بتنظيم و محاولة توفير المواقع العقارية المهيأة لإستقبال النشاطات الصناعية، و هذا من أجل تلبية الحاجيات العقارية لكل المتعاملين الإقتصاديين العموميين و الخواص، الوطنيين و الأجانب قصد تجسيد مشاريعهم الإستثمارية، ولتحقيق ذلك فقد اتبعت الجزائر سياسة الانفتاح الاقتصادي كأساس لتشجيع الإستثمار الخاص و استغلال الثروات الوطنية و جلب رؤوس الأموال، و هذا من خلال توفير الضمانات و الحوافز و منح الإمتيازات المختلفة و تهيئة المناخ المناسب لها، و إطلاق الحرية للقطاع الخاص في مزاوله نشاطه و إعادة الإعتبار لآليات السوق كأداة رئيسية في ضبط النشاطات الإقتصادية.

**الكلمات المفتاحية:** العقار الصناعي، التنمية الاقتصادية، الاستثمار، اقتصاد السوق، منح الامتياز، أسلوب التراضي، العوائق

**Summary:**

**The industrial real estate is an important compound of the achievement of investment, this is the reason why the Algerian state is striving to promote it and the frame work of its different politics aiming at improving and shoring up investment so as to achieve economic development through organizing this sector and provide real estate sites which are ready to receive industrial activities .**

**The objective of this operation reside in covering the needs in real estate field for all public economic operators and all the private sector such as the nationals foreigners in order to carry out their investment projects. for that purpose Algeria followed up the strategy of economic opening as a basis to encourage private investment and to benefit from the use of the national resources in attracting capitals, through the provision of guarantees and**

**incentives and in granting privileges so as to bring about the convenient climate and allowing freedom to the private sector in practicing business and reconsidering the mechanisms of the market as an essential means of determining economic activities.**

**مقدمة :**

إن ضروريات الدخول في اقتصاد السوق ، وتدعيم فكرة الاستثمار من الناحية القانونية يتطلب التعرض لمسألة سوق العقار ، و بصفة خاصة مسألة العقار الصناعي ، باعتباره الوسيلة المثلى للاستثمار ، لان المستثمر اصبح يهتم أكثر بعنصر الاستغلال كإحدى عناصر الملكية . فنشأت مناطق صناعية و مناطق للاستثمار ، غير أن هذا الأمر طرح إشكالية استغلال العقار الصناعي كمفهوم جديد للاستثمار، ودفع بالمشرع الجزائري الى البحث عن ضوابط قانونية وادارية وعملية وبسيطة لتنظيمه حيث أصدر قانون الاستثمار في سنة 1993 ، الذي أقر بمنح الامتياز مع إمكانية التنازل، و بقي الأمر هكذا حتى سنة 2007 ، أين عدل القانون وتم تكريس عقد الامتياز ، لكن هذه الفترة استغلها مستثمرون وهميون همهم الوحيد الحصول على العقار لأغراض ليس لها صلة بالمشروع الاستثماري ، كما تميزت هذه الفترة ببروز إشكالية الجهة المانحة للامتياز . و كان المستثمرين الحقيقيين يشكون من انعدام العقار الصناعي الذي يعتبر أهم مورد للمؤسسة الصناعية . وهذا نتيجة عدم تهيئته أو غلائه ، أو عدم وجوده أو بعده عن المواد الأولية ، مما أدى بالمستثمرين إلى عدم التحمس لإنجاز استثمارات .

و الحقيقة أن العقار الاقتصادي موجود لكن كيفية استغلاله و طبيعته و الجهة المسيرة له ، هو العامل الذي أدى بالمستثمر بتحجج بصعوبة إنجاز مشاريع استثمارية ، واعتبروا أن قانون الاستثمار لم يتجاوب معهم .

لذلك بادرت السلطات العمومية لوضع حد لأزمة العقار الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية ، بتعديل الأمر رقم 11\_06 ، بالأمر رقم 04\_08 الذي ألغى تماما التنازل ، واقتصر فقط على منح الامتياز بالمزاد العلني أو منح الامتياز بالتراضي ، لغلق الباب على المستثمرين الوهميين الذين يطمعون في الحصول على العقار لاكتسابه فقط .

كما قامت بإنشاء وكالات لتسيير ملف الاستثمار و العقار الموجه للاستثمار والتي من شأنها تقريب المستثمر من الإدارة العمومية ، و سرعان ما تداركت الأمر و عدلته من جديد بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 بإلغاء الامتياز بالمزاد العلني و الاكتفاء فقط بالامتياز بالتراضي لإعطاء المزيد من التسهيلات الإدارية من قبل الدولة ، مع تحسين المناطق الصناعية و وضعها تحت تصرف المستثمرين ، و جعلها من الجيل الثالث وفق المقاييس الدولية .

الأمر الذي يدعونا للتساؤل عن مراحل تنظيم العقار الصناعي في الجزائر ؟ وما مدى كفاية الوسائل القانونية للسياسة العقارية في الجزائر لضمان الاستثمار - ونخص بالذكر هنا وسيلة منح الامتياز.

للإجابة عن هذه التساؤلات تم تقسيم هذه الورقة البحثية الى محورين أساسين :

الأول : سيتم التطرق فيه الى مراحل تنظيم العقار الصناعي في الجزائر والإشكالات التي تعترضه.

الثاني وسيتم من خلاله تناول جهود الدولة في منح الامتياز للمشاريع الاستثمارية.

وقد اعتمدنا في ذلك المنهج الوصفي والتحليلي، بهدف وضع اليد على أهم مشكلات العقار.

### المبحث الأول : مراحل تنظيم العقار الصناعي في الجزائر

مر تنظيم العقار الصناعي في الجزائر بمرحلتين، الأولى كان التعامل فيها بالعقار مقصورا على الدولة فقط، أما الثانية

فقد تم من خلالها تنظيم العقار الصناعي في إطار المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 17/10/1993 المتضمن ترقية الإستثمار.

#### المطلب الاول : المرحلة الأولى في تنظيم العقار

كان التعامل بالعقار في هذه المرحلة مقصورا على الدولة فقط، خاصة بعد صدور الأمر 26/74 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن تكوين الإحتياجات العقارية البلدية، والذي منح للبلديات الإحتكار على جميع الأراضي العامة والخاصة، فكانت كل المعاملات في العقار تتم عن طريق البلدية، وكان الهدف من ذلك هو تطوير البلديات بتوفير تجهيزات عمومية وإجتماعية، ومكافحة المضاربة في العقارات والحفاظ على الأراضي الفلاحية، وتنظيم الإستثمارات العمومية والخاصة<sup>(1)</sup>.

وقد كان أول تنظيم قانوني حقيقي لما يسمى بالمناطق الصناعية سنة 1973 من خلال الأمر 73/45 المؤرخ في 18/02/1973 المتضمن إحداث لجنة إستشارية لتهيئة المناطق<sup>(2)</sup> الصناعية ، لكن مع مرور الزمن أصبحت هذه المناطق غير صالحة لتحقيق التطلعات، سيما بعد فشل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية في تسيير واستيعاب مشاكل العقار الصناعي . وهو ما أدى بالسلطات العمومية المعنية إلى محاولة إيجاد آلية قانونية لتنظيم أحسن<sup>(3)</sup> لهذه المواقع واستغلالها استغلالا اقتصاديا رشيدا.

## المطلب الثاني : المرحلة الثانية في تنظيم العقار

وكمرحلة ثانية لتنظيم العقار الصناعي فقد تم في إطار المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/17 المتضمن ترقية الإستثمار، أين تم تقسيم العقار إلى نوعين من المناطق، مناطق خاصة وأخرى حرة .

وقد أتى القانون المتضمن تطوير الإستثمار والصادر بالأمر 03/01 المؤرخ في 20/ 08/ 2001 بنوع جديد من المناطق وهي المناطق التي يتطلب تنميتها مساهمة من الدولة.

وقد ترك تحديد وتنظيم استغلال هذه المناطق من الناحية الجغرافية وطبيعة العقارات الواقعة عليها ، لصلاحيات هيئة جديدة تسمى المجلس الوطني للإستثمار، الذي يقوم بتحديدتها وتنظيمها على ضوء مخطط تهيئة الاقليم.

هذا وقد أدت مجموعة من الاسباب والعوامل الى تعطيل مشاريع التنمية مما الحق أضرار كبيرة بالاقتصاد الوطني ، نذكر منها:

- ظهور السوق الموازية للعقار وتأثيرها على واقع التنمية: فقد ظهرت خلال السنوات الماضية شبكات مضاربة في العقار، اتخذت أشكالاً عدة، وصنفت الثغرات القانونية وحولتها<sup>(4)</sup> الى مصدر للشراء السريع، وألحقت أضراراً كبيرة بالاقتصاد الوطني وعطلت مشاريع التنمية ، وكان لظهور شبكات المضاربة أسباباً، منها :

-فرض أسعار إدارية وارتفاع سعر التنازل .

- ثقل الإجراءات الخاصة بالحصول على حق الملكية.

- ضعف التغطية التقنية.

- إستخدام الأسماء المستعارة والصورية، وكذا تحويل جزء من الأراضي المخصصة لتشجيع الإستثمار وإدراجها بطرق احتيالية ضمن قوائم المساحات المخصصة للبناء الحضري، أو لممارسة أنشطة غير مرخص بها، وليس لها علاقة بالمشروع .

- عدم تحديد التجزئات داخل المناطق الصناعية بصفة واضحة وظاهرة، أدى إلى ظهور توسيعات غير قانونية.

هذه الأشكال المختلفة أدت إلى خلق سوق موازية للعقار، ومضاربة قلصت من فرص الاقبال على الاستثمار في الجزائر.

- **المشاكل الفنية والتقنية:** حيث واجهت الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 119/07 إشكاليات عديدة في مجال تسيير العقار من الناحية الإجرائية. فمثلا يتطلب إنشاء منطقة صناعية رخصة مسبقة تمنح من قبل السلطات المحلية (المجالس البلدية والولاية أو الولاية) على ألا تتجاوز مساحتها 10 هكتارات، أما إنشاء منطقة صناعية فتظل من صلاحيات وزارة الصناعة، على ألا تقل مساحتها دائما عن 10 هكتار، ولكن لم يتم تحديد حدها الأقصى، وقد تمّ تعيين هيئات خارجية تستند لها مهمة التسيير تضم المتعاملين والمستثمرين وممثلي الإدارة المركزية.

إن ملف العقار ارتبط دوما باعتبارات سياسية وذاتية أكثر منها اقتصادية وموضوعية، فإذا كانت الأطر القانونية قد ركزت على التسهيلات الممنوحة للمستثمرين فإن الواقع كان دوما يخالف هذه الأطر القانونية. وعلى سبيل المثال، فإن مناطق النشاط الصناعي التي يتم إنجازها من قبل الجماعات المحلية تبدو بعيدة جدا عن المواصفات وأدنى المقاييس الخاصة بظروف الإستثمار، بل تحويل مساحات عديدة لصالح مشاريع إنجاز سكنات وعقارات تجارية، حيث شهدت الكثير من المناطق التي أقامتها البلديات - قبل صدور قانون التوجيه العقاري رقم 25/90، إلى ذلك التناقص المستمر للمساحات القابلة للإستغلال، خاصة في محيط المدن الكبرى شمال البلاد، وفي المقابل ظلّت عقارات عدد من الشركات التي أوقفت نشاطها، أو التي تمّ حلّها بسبب الإفلاس أو لسبب آخر، غير مستغلة لسنوات، وبقي الغموض يكتنف مسألة تسيير العقار في مجال يخضع لمضاربات عديدة، كما كشف عنه تقرير خاص للوكالة الوطنية لتهيئة الإقليم، فالمناطق الصناعية التي يتم إنشاؤها وتسييرها بمقتضى منشور وزاري صادر عام 1975 كانت تخضع لإجراءات محددة وواضحة نظريا.

فبعد الدراسة الأولية يتم تشكيل ملف خاص وباقتراح من الوالي يتخذ الوزير المكلف بالعمران قرارا بإنشاء المنطقة الصناعية لتتبعها عمليات تقدير الكلفة والتمويل، ليتم بعدها الإنجاز ببيع قطع الأراضي المهيأة بقرار من لجنة خاصة يرأسها الوالي، لكن الواقع كشف تناقضات عديدة من بينها الإختلالات المسجلة بفعل تعدد الهيئات المكلفة بمنح قطع الأراضي، فإلى جانب الولاية، قدمت البلديات والهيئات

المكلفة بالإيجاز ووصاية المؤسسات العمومية قطع أراضي دون تحديد مضبوط للمساحات ودون مراعاة لطبيعة النشاط، بل وحتى دون تحديد نوع مشاريع الإستثمار المراد إقامتها على تلك المساحات. (5)

الأمر الذي أدى إلى كثرة المنازعات واستفحال ظاهرة الإحتلال غير العقلاني للعقار الصناعي، و ما أضفى على بعض النشاطات طابع العشوائية، وسجلت عدة حالات لمستفيدين لا يمتلكون شهادات أو عقود ملكية، كما سجلت حالات استفادة بمجرد وثيقة ادارية مسلمة من قبل الولاية، فيما لم يتم إنجاز أي مشروع على هذه الأراضي، وهو ما أدى إلى حدوث عواقب ميدانية، وأثر سلبي على عمليتي المراقبة والمتابعة، وفي مقابل هذه التجاوزات الخطيرة هناك غياب لأي إجراء قانوني ردعي أو تدبير إحترازي وعقابي في مستوى المخالفات المسجلة، هذا التساهل ضاعف من حجم المضاربة على العقار.

وقد اتخذت بعض التدابير القانونية كمحاولة لإحداث تغييرات هيكلية على آليات وأنماط التسيير الإداري المرتبط بالإستثمار، وتحسين المحيط الإقتصادي والضمانات الإقتصادية المرتبطة بالمحيط، فضلا عن محاولة تسوية أهم ملف مرتبط بالإستثمار وهو العقار، ويتزامن ذلك مع قرارات أخرى تضمنها الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المؤرخ في 2001/08/20 المعدل والمتمم، والمرسوم الخاص بإنشاء وتنظيم الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، بعد حل الوكالة الوطنية لترقية ودعم الإستثمار، التي كانت الجهة المسؤولة عن دراسة الملفات والمشاريع وتصنيفها، وتقديم التسهيلات اللازمة من الجوانب التقنية والقانونية والجبائية وما إلى ذلك.

وطبقا للمادة 04 من المرسوم رقم 121/07 المؤرخ في 2007/04/23 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 / 2006/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (6)، فإنه يجب على كل شخص طبيعي أو شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص الترشح لحق الامتياز أو التنازل - في إطار المشاريع المندمجة، عن طريق التراضي، على قطعة أرضية تابعة لأمالك الدولة، وذلك بتكوين ملف و إرساله إلى أمانة اللجنة، ويحتوي هذا الملف على طلب يبين فيه طبيعة المشروع الاستثماري، ودراسة تقنية واقتصادية يعدها مكتب دراسات معتمد، على ان يتم تحديد تشكيلة البناءات وعمليات التهيئة المزمع إنجازها وكذلك خصائصها، ومساحة القطعة الأرضية اللازمة وموقعها، والاحتياجات التي يقتضيها المشروع (ماء وغاز وكهرباء ونقل إلخ...)، وكذا نوع الارتفاعات والأضرار المحتملة، ومخطط إجمالي للإنجاز المزمع، يشتمل خصوصا على كشف و صفي وتقديري لعملية الأشغال، وخطة تمويل، تبين مبلغ التمويل الشخصي

للمترشح لحق الامتياز أو التنازل ، ومبلغ القروض المالية التي يمكن أن تمنح له أو يمكن أن تتوفر لديه، ونسخة من القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنوية.

و طبقاً لأحكام هذا الأمر يمنح الامتياز أو التنازل بالمزاد العلني أو بالتراضي، عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية ، و بشرط احترام قواعد التعمير المعمول بها ، ولمنح ضمان للمستفيد من الإمتياز فقد حددت المدة الدنيا للإمتياز بعشرين 20 سنة قابلة للتجديد.

– مع إمكانية التنازل إذا تعلق الأمر بمشاريع ذات طابع صناعي أو سياحي أو خدماتي، بشرط الإنجاز الفعلي لمشروع الإستثمار ووضعه في الخدمة وفقاً لبنود وشروط دفتر الأعباء المحدد عن طريق التنظيم، وبعد أن تتأكد من ذلك قانونا الإدارات والهيئات المؤهلة.

كما يستفيد صاحب الامتياز إذا ما أنجز مشروعه في الأجل المحدد في عقد الامتياز ،من طلب تحويل منح الامتياز إلى تنازل في ظرف السنتين اللتين تلي تاريخ أجل إنجاز المشروع.

ومع الكم الهائل من القوانين والتشريعات، إلا أن ذلك لم يؤدي إلى ما كان مرجواً منه، حيث يظل مشكل العقار عاملاً في عدم استقرار المستثمرين، وعلى سبيل المثال طول المدة الزمنية التي تستغرقها عملية رد هيئات منح قرار إستغلال العقار (الهيئة المكلفة بالعقار ولجنة التنشيط المحلي لترقية الإستثمار على مستوى الشباك الوحيد) قد يطول أحياناً ويصل لمدة سنة.

وعلى المستوى المحلي، وتطبيقاً لأحكام الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط وكميات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، فقد تم استحداث لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الإستثمارات وضبط العقار<sup>(7)</sup> ، حيث تكلف هذه اللجنة بناءً على المعلومات المقدمة من مصالح أملاك الدولة والصناعة، والأجهزة المكلفة بالعقار ب : اقتراح منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح، أو المحدود على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية. والمساهمة في الضبط والاستعمال الرشيد للإستثمار .

وعن الجانب الفني دائماً وتحديداً بالنسبة لمسح الأراضي، فإن السلطات المحلية لا تتوفر على هيئة مسح الأراضي المتوفرة على مستوى الولاية، وباستثناء الأراضي التابعة للخواص ، فإن الأراضي الأخرى تبقى طبيعتها وملكيته مجهولة ، وغالباً ما تمنح لمقاولين ومستثمرين بدون سندات إثبات، الأمر الذي يؤدي

إلى نزاعات بظهور المالكين الحقيقيين بعد منح الأراضي من طرف السلطات المحلية، ذلك أن إجراءات الإستثمار غالبا ما تصطدم بإشكالية التموقع<sup>(8)</sup>.

### المبحث الثاني: وظيفة الدولة في منح الامتياز للمشاريع الاستثمارية

وستتناول في هذا المبحث جهود الدولة في منح الامتياز للمشاريع الاستثمارية في قطاعي الإنتاج و الخدمات ، حيث تقوم الدولة بمنح الامتياز للمشاريع بالتراضي ممثلة في الوالي ، وعليه سيتم التطرق الى المطالب الآتية:

#### المطلب الأول الأساس القانوني لمنح الامتياز

يتمثل الأساس القانوني في منح الامتياز بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 03\_01<sup>(9)</sup> والتي أكدت أن المشرع الجزائري فتح الباب على مصراعيه لكل أشكال المستثمرين بما فيه الأجنبي ، و كل صور الاستثمار . كما أقر الأمر رقم 04-08 قيود على السلطات العمومية في منح الامتياز على أصناف من الأراضي ، عملا بنص المادة 02 منه والتي استثنت من مجال تطبيق أحكام هذا الأمر، أصناف الأراضي الآتية :

\_ الأراضي الفلاحية .

\_ القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية .

\_ القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات واستغلالها ومساحات حماية المنشآت الكهربائية و الغازية .

\_ القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة .

\_ القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية و الثقافية .”

والى جانب ذلك فقد نصت المادة 15 من القانون رقم 11\_11<sup>(10)</sup> التي عدلت الفقرة الأولى من المادة 03 من الأمر رقم 08\_04 على أنه : ” ... يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص ، و ذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية و مع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها .

ويتضح من نص هذه المادة أن منح الامتياز يكون عن طريق التراضي ، و هو النمط الوحيد الموجه لفائدة المستثمرين بجميع أشكالهم ، مع احترام الانتفاع فقط في العقارات الصالحة لانجاز المشاريع الاستثمارية ، التي تملكها الدولة .

بالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن للدولة منح أصول فائضة أو أصول متبقية غير مستغلة ، حيث عرفت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 153\_09 الأصول المتبقية على أنها ” تعتبر كأصول متبقية كل الأملاك العقارية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة و غير المستقلة المحلة المتوفرة ”<sup>(12)</sup>

كما عرفت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 153\_09 الأصول الفائضة على أنها: ” يقصد بالأصول الفائضة تلك الأملاك العقارية غير اللازمة موضوعيا لنشاط المؤسسة العمومية الاقتصادية ، و تتمثل لاسيما فيما يأتي :

\_\_ الأملاك العقارية غير المستغلة أو التي لم يتم تخصيصها لوجهة ما عند تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية .

\_\_ الأملاك العقارية التي لا يتطابق استعمالها مع الغرض الاجتماعي للمؤسسة .

\_\_ الأملاك العقارية المستقلة أو القابلة للفصل من مجمعات عقارية أوسع ، ملك للمؤسسات العمومية أو ملك للدولة و غير اللازمة لنشاطاتها .

\_\_ الأملاك العقارية التي تغير طابعها القانوني بحكم قواعد التعمير والتي أصبحت لا تدخل في إطار النشاط الرئيسي للمؤسسة العمومية .

\_\_ الأملاك العقارية المعروضة في السوق بمبادرة من المؤسسة العمومية . ”<sup>(13)</sup>

و تتم عملية الانتفاع بها من قبل المستثمرين بعد استرجاعها من قبل الدولة ممثلة في المدير الولائي لأملاك الدولة الكائن في محيط ولايته الأملاك المسترجعة ، و هذا ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم السالف الذكر ، على أنه ” تجسد عملية الاسترجاع من قبل الدولة بما يأتي :

\_\_ محضر تسليم يتم إعداده بين الممثل المؤهل للمؤسسة و مدير أملاك الدولة المختص إقليميا بالنسبة للأملاك العقارية التابعة للدولة و المحازة على سبيل الانتفاع من طرف المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الهيئة المتعهدة بالترقية للمنطقة الصناعية .

\_\_ إعداد عقد تحويل الملكية لفائدة الدولة ومحضر التسليم بالنسبة للأملاك العقارية التي تعود ملكيتها الكاملة للمؤسسات العمومية الاقتصادية أو للهيئة المتعهددة بالترقية للمنطقة الصناعية .

تقوم مصالح أملاك الدولة بتسجيل الأملاك العقارية المسترجعة في سجل الأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة .،،(14)

### المطلب الثاني : تعريف منح الامتياز

الامتياز عبارة عن عقد مرفق بدفتر الشروط ، و يعرفه الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي على أنه : “عقد إداري يتولى الملتزم - فرد كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة بسير المرافق العامة ، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز .” (15)

والملاحظ أن عقد الامتياز يتعايش مع نظام اقتصاد السوق في كنف احترام المستثمر للقوانين المعمول بها ، و دفتر الشروط .

كما يصدر منح الامتياز في شكل قرار صادر من الوالي ، حيث يسمح هذا القرار لإدارة أملاك الدولة من أجل تحرير عقد الامتياز، حيث نصت المادة 10 من الأمر رقم 08 \_ 04 على أنه : ” يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز .”

هذا و نستنتج من خلال عمل إدارة أملاك الدولة أنها تلعب عدة أدوار : دور المتعاقد ، دور الخبير ، دور موثق الدولة ، دور المالك للأملاك العقارية و المنقولة ، دور المتابع و المراقب و دور موقع الجزاء .

### المطلب الثالث : تحديد دور الدولة في منح الامتياز

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 11\_11 فقد نصت المادة 05 منه على أنه : ” يرنخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي :

\_\_ بناء على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمارات و ضبط العقار على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة و الأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية و مناطق النشاطات .

- بناء على اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة
- بناء على موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحي على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي .
- و بعد موافقة وزير القطاع المختص “.

نستنتج من خلال نص المادة 05 أعلاه ، أن المشرع الجزائري منح اختصاص منح الامتياز للوالي المختص إقليميا ، وذلك من خلال اقتراح لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمارات و ضبط العقار ، أو اقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة ، و من خلال موافقة الوكالة الوطنية للتنمية السياحية .

وإذا تبين للمستثمر أن قيمة الإتاوة مرتفعة ، فإنه يمكن له أن يطلب تخفيض إضافي بقرار من مجلس الوزراء ، و هذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 11-11 التي عدلت المادة 08 من الأمر رقم 04-08 على أنه : ” يمكن أن تستفيد المشاريع الاستثمارية بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار و بعد قرار مجلس الوزراء ، من تخفيض إضافي على مبلغ الإتاوة التجارية السنوية المحددة في المادة 09 أدناه ” (16) .

هذا ويعد المجلس الوطني للاستثمار هيئة عمومية تسهر على تطوير الاستثمار ، حيث نصت المادة 19 من الأمر رقم 03\_01 على أنه : ” يكلف المجلس على الخصوص بما يأتي :

- يقترح إستراتيجية تطوير الاستثمار و أولوياتها .
- يقترح تدابير تحفيزية للاستثمار مساندة للتطورات الملحوظة .
- يفصل في الاتفاقيات المادة 12 أعلاه .
- يفصل في المزايا التي تمنح في إطار الاستثمارات المذكورة في المادة 03 أعلاه .
- يفصل على ضوء أهداف تهيئة الإقليم ، فيما يخص المناطق التي يمكن تستفيد من النظام الاستثنائي المنصوص عليه في هذا الأمر .
- يقترح على الحكومة كل القرارات والتدابير الضرورية لتنفيذ ترتيب دعم الاستثمار وتشجيعه .

\_\_ يحث ويشجع على استحداث مؤسسات وأدوات مالية ملائمة لتمويل الاستثمار ، وتطويرها .

\_\_ يعالج كل مسألة أخرى تتصل بتنفيذ هذا الأمر .” (17)

هذا وتنص الفقرة الثانية من المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 09\_152 على أنه : ” عندما يتعلق الأمر بقطعة أرض تابعة للدولة تم إسناد تسييرها إلى هيئة عمومية مكلفة بالضبط و الوساطة العقارية ، يرخص منح الامتياز ... باقتراح من هذه الهيئة بناء على قرار من الوزير المكلف بترقية الاستثمارات .” (18) هذه الهيئة تسمى بالوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقارية حيث عرفتها المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 07\_119 بالوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري على أنه : ” تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تحت تسمية ” الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ” و تدعى في صلب النص ” الوكالة ” تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي .

تخضع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة و تعد تاجرة في علاقاتها مع الغير (19) ” .

ونظرا للعبء الكبير الموكل على عاتق إدارة أملاك الدولة التي تقوم بالأدوار المشار إليها سابقا ، فقد أوكلت الدولة للوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري تسيير أملاك العقار الصناعي التابع للأملاك الوطنية بصفتها عضو في اللجنة الولائية ، و لها أن تقترح المشاريع الصناعية المقدمة لها من قبل المستثمرين ، و هذا ما قضت به المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 09\_153 على أنه : ” يسند تسيير المحافظة العقارية المتكونة من الأصول المتبقية و الأصول الفائضة المسترجعة تدريجيا و الأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية إلى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و ذلك لحساب الدولة .

يتم هذا التسيير من طرف الهيئة المحلية للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري و على مستوى الولاية المعنية ، على أساس اتفاقية تبرم بين مديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا والهيئة المحلية المسيرة المعنية التي تعمل لحساب الوكالة الوطنية السالفة الذكر.” (20)

هذا وتسترجع الدولة أملاكها بدون مقابل ، لان الأصل أن هذه الأملاك تعود ملكيتها لها ، حيث نصت المادة 11 من المرسوم السالف الذكر على أنه ” يتم إدماج الأملاك العقارية الفائضة و الأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية ضمن الأملاك الخاصة للدولة مجانا “ (21)

و استجابة لذلك أنشأت الدولة هيئة عمومية مختصة في توفير العقار للاستثمار الصناعي تسمى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري من شأنها تقريب المستثمر من الإدارة العمومية ، و أداة ربط بين الدولة ممثلة في الوالي المختص إقليميا و المستثمرين الصناعيين .

#### الخاتمة:

بالرغم من أن الدولة تبنت اقتصاد السوق بمقتضى دستور 23 فبراير 1989 ، الذي كرس حرية التجارة والصناعة و تشجيع امتلاك الأفراد و الشركات لموارد الإنتاج أو الخدمات و تحرير السوق ، حيث أن الدولة لم تعد العون الاقتصادي أو ما يصطلح عليه الدولة المتدخلة و أصبحت دولة حارسة . إلا أن المستثمر ظل ولا يزال يستعين بالأملاك العقارية للدولة كمورد هام للمؤسسة . و مرد ذلك الى نقص العقار الاقتصادي ، و إذا وجد يكون بأسعار جد مرتفعة ، أو عدم وجود المساحة الكافية لإنجاز المشروع الاستثماري ، و الحقيقة أن هذا المشكل كان قائم منذ عقود ، لان العقار الاقتصادي كان مستغل من قبل المؤسسات العمومية الاقتصادية ، و بعدما نصت القوانين في مطلع التسعينيات من القرن الماضي على منح الأرضية لإنجاز المشروع الاستثماري بالدينار الرمزي ، بموجب قانون الاستثمار لسنة 1993 و قانون منح الامتياز لسنة 2007 ، الشيء الذي أدى بخلق مزاحمة حول طلب الاستفادة من ذلك من أشخاص لا علاقة لهم بإنجاز المشروع الاستثماري ، وإنما كان غرضهم فقط الكسب السريع من خلال اكتساب العقار . و بقي الأمر على ذلك حتى سنة 2009 حيث ألغى المشرع الجزائري التنازل و أبقى على الامتياز .

ورغم مختلف التسهيلات التي ما فتئت الدولة تعلن عنها من أجل إيجاد حل يرضي الجميع في مجال العقار ويسمح بجلب أكبر نسبة من الاستثمارات إلى الجزائر، إلا أن الواقع مازال بعيدا عما يتمناه المستثمرون الذين يطالبون في كل مرة بالمزيد من أجل الحصول على العقار .

قائمة الهوامش:

- 1- لكن الواقع أفرز استهلاك جزء كبير من الأوعية العقارية في إنجاز تخصيصات، محدثة بذلك احتجاز واحتكار العقار ، وهو ما أدى الى إلغاء قانون الاحتياطات العقارية .
- Chabane Benakezouh, Le droit des reserve fonciers, OPU,1990,P 16.
- 2- وقد صدر بمقتضى ذلك المرسوم التنفيذي رقم 55/84 المؤرخ في 1984/03/03 المتضمن إدارة المناطق الصناعية ، والمرسوم رقم 56/84 المتضمن تنظيم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية ، والقرار الوزاري المشترك في 1984/03/05 المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإدارتها.
- 3- صدر في 2003/07/21 عن مجلس مساهمات الدولة في دورته 16 القرار رقم 15 المتضمن انشاء أربع شركات تسيير مساهمات الدولة تتولى تسيير المناطق الصناعية محل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية.
- 4- **Mohamed BEN LAKHAL: Fiscalité et investissement, artisanat, promotion immobilière, tourisme, ENAL, 1987, p18.**
- **Mémento Pratique, immobilier, urbain, construction, gestion, Paris, EDF,1989. p213.**
- **Rachid HAMMIDOU: Le logement un déficit, COPYRIGHT, édition, OPU, CNAL, 1989, p 30.**
- 5- وقد تم تقسيم المناطق الخاصة الى مناطق مطلوب ترقيتها ( Z.A.P ) ومناطق التوسع الاقتصادي (Z.E.E) ، غير ان هذا النوع من المناطق لم يعرف الى حد الآن أي وجود واقعي ، وذلك لعدم صدور التنظيمات المرتبطة به، أو القرار الوزاري المشترك الذي ينظمها ويعين حدودها، كما أن الجماعات المحلية لم تقم بأي اقتراح لانشاء هذا النوع من المناطق .
- انظر في ذلك / د. بوجردة مخلوف ،العقار الفلاحي ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة الاولى، 2006، ص 59.
- 6- الاستثمار عن طريق الامتياز هو ترتيب ،بمقتضاه يستأجر القطاع الخاص أصولا من هيئة عامة لفترة من الزمن ، ويتولى مسؤولية تمويل استثمارات ثابتة جديدة محددة خلال تلك الفترة ، وهذه الأموال الجديدة يتم إنتقالها للقطاع العام في تاريخ انتهاء العقد.
- انظر / د .بن حمودة محبوب، بن قانة اسماعيل، أزمة العقار في الجزائر ودوره في تنمية الإستثمار الأجنبي، مجلة الباحث ، المركز الجامعي ، بورقلة ، 2007 ، ص 65.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 20/10 المؤرخ في 2010/01/12 المتعلق بتنظيم تلك اللجنة وتشكيلتها وسيرها .

- 8- مجلة ندوة القضاء العقاري، منشورات وزارة العدل، 1995، ص 13 .
- 9- نعيمى فوزي، إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر، دراسة ميدانية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، هدد 01، 2003، ص 147 وما بعدها.
- 10- قانون رقم 11-11، المؤرخ في 18 جويلية سنة 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، الجريدة الرسمية العدد 40، المؤرخة في 20 جويلية سنة 2011، ص 08.
- 11- الأمر رقم 08 \_ 04، المؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2008، يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 03 سبتمبر 2008 .
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 09 - 153، المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة و غير المستقلة المحلة و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 06 ماي سنة 2009.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 09\_153، السابق الذكر.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 09\_153، السابق الذكر.
- 15- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لل عقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر سنة 1991، ص 108 .
- 16- القانون رقم 11\_11، السابق الذكر.
- 17- الأمر رقم 03\_01، المرجع السابق.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم 09 - 152، السابق الذكر.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 07 \_ 119، المؤرخ في 23 أبريل 2007، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و يحدد قانونها الأساسي، الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 25 أبريل 2007.
- 20- المرسوم التنفيذي رقم 09\_153، السابق الذكر .
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 09\_153، السابق الذكر.

المصادر القانونية:

- الأمر رقم 08 \_ 04 ، المؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2008 ، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، الجريدة الرسمية العدد 49 ، المؤرخة في 03 سبتمبر 2008 .
- قانون رقم 11-11 ، المؤرخ في 18 جويلية سنة 2011 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ، الجريدة الرسمية العدد 40 ، المؤرخة في 20 جويلية سنة 2011 ، ص 08.
- المرسوم التنفيذي رقم 55/84 المؤرخ في 1984/03/03 المتضمن إدارة المناطق الصناعية .
- المرسوم رقم 56/84 المتضمن تنظيم مؤسسات تسيير المناطق الصناعية .
- مرسوم التنفيذي رقم 07 \_ 119 ، المؤرخ في 23 أبريل 2007 ، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و يحدد قانونها الأساسي ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، المؤرخة في 25 أبريل 2007.
- المرسوم التنفيذي رقم 09 - 153 ، المؤرخ في 02 ماي 2009 ، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة و غير المستقلة المحلة و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها الجريدة الرسمية العدد 27 ، المؤرخة في 06 ماي سنة 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 20/10 المؤرخ في 2010/01/12 المتعلق بتنظيم تلك اللجنة وتشكيلتها وسيرها .
- القرار الوزاري المشترك في 1984/03/05 المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإدارتها
- القرار رقم 15 الصلدر في 2003/07/21 عن مجلس مساهمات الدولة في دورته 16 المتضمن انشاء أربع شركات تسيير مساهمات الدولة تتولى تسيير المناطق الصناعية محل مؤسسات تسيير المناطق الصناعية.

قائمة المراجع بالعربية

- د. بوجردة مخلوف ، العقار الفلاحي ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة الاولى ، 2006.
- بن حمودة محبوب ، بن قانة اسماعيل ، أزمة العقار في الجزائر ودوره في تنمية الإستثمار الأجنبي ، مجلة الباحث ، المركز الجامعي ، بورقلة ، 2007 .
- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر سنة 1991 .

قائمة المجالات والمقالات القانونية:

- مجلة ندوة القضاء العقاري، منشورات وزارة العدل، 1995، ص 13 .
- نعيمى فوزي، إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر، دراسة ميدانية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، هدد 01، 2003، ص 147 وما بعدها.

- المراجع باللغة الاجنبية

- **Chabane Benakezouh**, Le droit des reserve fonciers, OPU, 1990,
- **Mohamed BEN LAKHAL**: Fiscalité et investissement, artisanat, promotion immobilière, tourisme, ENAL, 1987.
- **Mémento Pratique**, immobilier, urbain, construction, gestion, Paris, EDF, 1989.
- **Rachid HAMMIDOU**: Le logement un déficit, COPYRIGHT, édition, OPU, CNAL, 1989.

## إجراءات التحصيل الجبري لإشتراقات الضمان الإجتماعي عن طريق الجدول

أ / بربيع محي الدين

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن احمد - الجزائر

مقدمة :

يعد قطاع الضمان الإجتماعي نظام قانوني واجتماعي يهدف إلى تحقيق الأمن الإجتماعي والإقتصادي للأفراد - سواء كانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء وأيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه- عند تعرضهم للمخاطر الإجتماعية والمهنية عن طريق إستخدام وسائل فنية خاصة بهذا النظام ، وهو ما جعل المشرع الجزائري يولي إهتمام أكبر بهذا المجال من خلال وضعه لمنظومة قانونية خاصة بالضمان الإجتماعي تمتاز بإجراءات تولي إهتمام أكبر للتسوية الودية الداخلية قبل اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup> .

وبما أن إشتراقات الضمان الإجتماعي تعد إحدى الإنشغالات الرئيسية والدائمة لهيئات الضمان الاجتماعى باعتبارها المورد الرئيسي لها نظرا لأن الدولة تعتمد على هذا القطاع بشكل كبير لتمويل سياستها الإجتماعية ، فإن المشرع الجزائري أولى إهتماما كبيرا بهذا المجال بجعل مستحقات الضمان الإجتماعي تأتي في المرتبة الثالثة بعد مستحقات أجور العمال والخزينة العمومية<sup>2</sup> بل وكفل لها طرق خاصة في سبيل تحصيل هذه المستحقات، رغم أن القاعدة في قانون الضمان الاجتماعى، أن المكلف يقوم من تلقاء نفسه بتسديد الاشتراقات لهيئة الضمان الاجتماعى المختصة، والتي تعتبر التزامات ملقاة على عاتقه ، غير أنه أحيانا

<sup>1</sup>سماتي الطيب: " المنازعات العامة في مجال الضمان الإجتماعي على ضوء القانون الجديد " ، دار الهدى ، الطبعة 2010 ، الجزائر ، ص 5

<sup>2</sup>تنص المادة 67 من القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعى، ج ر عدد 11 ليوم 02 مارس 2008 على مايلي: " يضمن دفع المبالغ المستحقة لهيئات الضمان الإجتماعى إبتداءا من تاريخ حلول أجل الدين ، وذلك بإمتياز على منقولات وعقارات المدين الذي يأتي مباشرة بعد الأجر والمبالغ المستحقة للخزينة " .

كما تنص المادة 89 من القانون رقم 90-11 المتعلق المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بقانون العمل ، ج ر عدد 17 لسنة 1990 على مايلي: " تمنح الأفضلية لدفع الاجور وتسبيقاتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة العمومية والضمان الإجتماعى مهما كانت طبيعة علاقة العمل وصحتها وشكلها " .

لسبب أو لآخر لا يقوم المكلف المدين بتنفيذ هذه الالتزامات، فتقوم هيئة الضمان الاجتماعي بإتباع طرق التحصيل الجبري ضد المكلفين المدينين لتحصيل المبالغ المستحقة المنصوص عليها في المادة 45 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي ، والتي من بين هذه الطرق التحصيل عن طريق الجدول .

فالمشرع حول لهيئات الضمان الاجتماعي الاستعانة بمصالح الضرائب للحصول على ديونها بشكل أسرع ومضمون مراعاة للطبيعة القانونية الخاصة لهيئات الضمان الاجتماعي ، ومن هنا يجدر بنا معرفة الطبيعة القانونية لهيئات الضمان الإجتماعي أولا ، ثم التطرق لهذا الإجراء ثانيا .

### أولا : الطبيعة القانونية لهيئات الضمان الإجتماعي

يعد قطاع الضمان الاجتماعي من الوسائل الرئيسية التي تعتمد عليها الدولة في تنفيذ سياساتها الإجتماعية ، بحيث يهدف إلى توفير حماية أكبر للمستفيدين وذوي حقوقهم من جميع الأخطار الإجتماعية والمهنية التي يتعرضون لها .

ونظرا لتباين واختلاف الطبيعة القانونية لهيئات الضمان الإجتماعي وفق النصوص التنظيمية السابقة والسارية المفعول وجب التعرض لها كالتالي :

#### أ- الطبيعة القانونية لهيئات الضمان الإجتماعي وفق المرسوم 85-223 (الملغى)<sup>1</sup>

طبقا لنص المادة 2 من المرسوم رقم 85-223 المتضمن التنظيم الإداري للضمان الإجتماعي فإن هذه الأخيرة كانت تعد شخص من أشخاص القانون الإداري لكونها مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بصلاحيات القوة العمومية ، إذ نصت بقولها : " يعد الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية والصندوق الوطني للمعاشات مؤسستين عموميتين ذات طابع

<sup>1</sup>مرسوم رقم 85-223 المؤرخ في 20 أوت 1985 المتضمن التنظيم الإداري للضمان الإجتماعي ، ج ر عدد 35 ليوم 25 أوت 1985 الملغى بالمرسوم التنفيذي 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992 المتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي والتنظيم الإداري والمالي للضمان الاجتماعي ، ج ر عدد 2 ليوم 08 جانفي 1992 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 15-155 المؤرخ في 16 جوان 2016 ، ج ر عدد 33 ليوم 22 جوان 2015 .

إداري تتمتعان بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي ، وتخضعان للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل ولأحكام هذا المرسوم... " .

وما يؤكد ذلك ما تضمنته المادة 8 منه التي أكدت على مايلي : " تتمثل مهمة الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية ... تحصيل الإشتراكات ومراقبة هذا التحصيل والمنازعات المرتبطة به ... " .

وكذلك المادة 10 منه " تتمثل مهمة الصندوق الوطني للمعاشات ... تحصيل الإشتراكات الموجهة لتمويل خدمات التقاعد والمنازعات الخاصة به " .

على خلاف القانون رقم 83-15 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي الملغى<sup>1</sup> الذي أكد على إستعانة هيئات الضمان الإجتماعي بمصالح الضرائب لتحصيل الإشتراكات (المادة 59).

لكن المشرع وقع في تناقض كبير جدا بشأن الوضع القانوني لهيئات الضمان الإجتماعي ، فهو من جهة إعتبرها طبقا للمرسوم 85-223 مؤسسات عامة ذات طابع إداري ، لكن بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 83-15 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي فإننا نجد أخضع جل منازعات الضمان الاجتماعي لإختصاص القضاء العادي تحديدا أمام القسم الاجتماعي بإستثناء ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 83-15 على مايلي : " تدخل الخلافات التي قد تطرأ بين الإدارات العمومية والمجموعات المحلية بصفقتها هيئات مستخدمة وبين هيئات الضمان الإجتماعي في نطاق إختصاص القضاء الاداري " .

وإذا ما أردنا إعطاء تبرير لإحالة المشرع للجزء الأكبر من منازعات هيئات الضمان الإجتماعي لرقابة القضاء العادي رغم توافر المعيار العضوي هو "الإعتبرات الخاصة بمرفق الضمان الإجتماعي التي تشبه

<sup>1</sup> القانون رقم 83-15 المؤرخ بتاريخ 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي ، ج ر عدد 28 ليوم 05 جويلية 1983 الملغى بالقانون رقم 08-08 السابق ذكره .

في تسييرها النشاط الخاص ، هذا فضلا عن أنها تقوم على علاقات التأمين التي هي من طبيعة القانون الخاص<sup>1</sup> .

وبالرجوع إلى أحكام المادة 49 من القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، فإننا نلاحظ أن المشرع تراجع عن التناقض الذي كان قد وقع فيه بشأن الوضع القانوني لهيئات الضمان الإجتماعي ، إذ إعتبرها هيئات ذات التسيير الخاص بقولها : " تعد أجهزة الضمان الاجتماعي هيئات عمومية ذات التسيير الخاص تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال ...".

ويتبين من النص هذا أن هيئات الضمان الاجتماعي كغيرها من الهيئات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي تخضع للقانون الخاص وبالتالي فهي لا تحوز على إمتيازات وصلاحيات القوة العمومية ، كما أن منازعاتها هي منازعات عادية .

ب- الطبيعة القانونية لهيئات الضمان الإجتماعي وفق المرسوم التنفيذي 92-07 (السايري المفعول)

واستجابة للتناقض الذي كان سائدا في ظل المرسوم رقم 85-223 ( الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 92-07) الذي إعتبر هيئات الضمان الإجتماعي مؤسسات عامة ذات طابع إداري رغم خضوع حل منازعاتها للقضاء العادي بسبب خصوصية المرافق الإجتماعية بشكل عام ؛ فقد تدارك المشرع في ظل المرسوم التنفيذي رقم 92-07 -السايري المفعول- في المادة 02 منه بأن أخضع هيئات الضمان الإجتماعي السابق ذكرها للتشريع التجاري في علاقتها مع الغير . ومن تم فهي تفتقد لصلاحيات القوة العمومية لم تعد هيئات عمومية إدارية كما كان الحال في المرسوم 85-223 ، رغم أنها تقوم بخدمة عمومية المتمثلة في تقديم الآداءات الاجتماعية ، ولو كان الأمر خلاف ذلك لما نص المشرع على إمكانية الإستعانة

<sup>1</sup>مسعود شيهوب: " المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني ، نظرية الإختصاص " ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2013 ص 106 .

بمصالح الضرائب قصد تحصيل الديون المستحقة ، ولما نص أيضا على إمكانية اللجوء إلى القضاء المختص بعد استنفاد طرق التحصيل الجبري (المادة 66) .

ومن هنا تعتبر هيئات الضمان الإجتماعي مؤسسات عامة ذات طابع صناعي وتجاري تخضع منازعاتها للقضاء العادي وهو ما يستشف من نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على مايلي :

" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية .

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا ، التي تكون الدولة أو الولاية ، أو البلدية ، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " .

التي كرست من حيث الأصل المعيار العضوي كأداة لتوزيع الإختصاص بين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري وذلك بعد تبني الجزائر الإزدواجية القضائية الفعلية منذ دستور 1996<sup>1</sup> .

ولقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 1304 الصادر بتاريخ 2001/03/12 (بين خ ب ضد الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية ) بعدم اختصاصه بالنظر في الطعون بالبطلان الموجهة ضد قرارات لجنة الضمان الإجتماعي لكونها من اختصاص المحاكم الابتدائية على أساس المادة 01 من قانون الإجراءات المدنية الملغى<sup>2</sup> .

### ثانيا : إجراء التحصيل عن طريق الجدول

يتعين على هيئة الضمان الإجتماعي قبل اللجوء إلى الإجراءات المذكورة في نص المادة 45 أو أي دعوى أو متابعة ضرورة إعدار المدين ، وإذا لم يستجب في أجل معين تتم المتابعة وهو سنوضحه بالتفصيل.

<sup>1</sup> أعمار بوضياف : "المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية" ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 10 ، سنة 2012 ص 31.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 1304 الصادر بتاريخ 2001/03/12 (بين خ ب ضد الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية) منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 2 لسنة 2002 ، ص 163-164 .

أ-الإنداز : يعد الإنداز إجراء جوهري يجدر بهيئة الضمان الإجتماعي اللجوء إليه قبل القيام بترتب على عدم القيام به بطلان المتابعة التي تلجأ لها مصالح الضمان الإجتماعي ، الأمر الذي يجدر بنا التطرق لتعريف الإنداز وبيان شروطه وآثاره .

**1-تعريفه :** الإعداز هو أمر توجهه هيئة الضمان الاجتماعي إلى المكلف المدين لينفذ التزامه، يثبت من خلاله رسمياً تأخر المكلف في التنفيذ لسبب راجع إليه ، وبالتالي فالإنداز يتضمن طلب في صيغة أمر موجه إلى المكلف المدين بتسديد إشتراكات الضمان الإجتماعي في أجل 30 يوماً التالية لإستلامه بعدما تقاعس عن الوفاء بها في تاريخ إستحقاقها .

فالإعداز الذي نحن بصدد الحديث عنه لا يترتب عليه التعويضات والفوائد عن التأخير في التنفيذ وإنما الأمر يختلف في مجال الضمان الاجتماعي، حيث أن الزيادات وغرامات التأخير تترتب من تاريخ إستحقاقها و ليس من تاريخ الإعداز.<sup>1</sup>

**2-شروطه :** لا بد أن تتوافر في الإعداز مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية .

**1-2-الشروط الشكلية :** لقد نصت المادة 46 من القانون على جملة من الشروط الشكلية الواجب توافرها في الإعداز ، وذلك تحت طائلة بطلان البيانات وهي :

-اللقب أو الإسم التجاري للمدين .

-المبالغ المستحقة حسب طبيعتها ، وحسب فترة الإستحقاق : سواء تعلق الأمر بالإشتراكات الأساسية وكذلك الزيادات والغرامات على التأخير التي تحتسب من تاريخ الإستحقاق وليس من تاريخ الإعداز.

-الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتحصيل الجبري : حيث ان المدة الممنوحة للمكلف المدين بتسديد الإشتراكات هي 30 يوماً من تاريخ إستلامه الإعداز بعدما كانت في ظل القانون الملغى رقم 83-15 والمحددة ب 20 يوم ، كما يذكر في الإعداز طريقة تسديد المستحقات، سواء كان ذلك عن طريق شيك بنكي، أو يتم هذا التسديد عن طريق مصالح البريد شريطة أن يقوم المكلف المدين بتقديم الوصل الذي يثبت قيامه بذل ، وكذلك يذكر طريقة تقديم الاعتراضات .

<sup>1</sup>شريعة تكوك : " دور الإعداز في التحصيل الجبري لإشتراكات الضمان الاجتماعي في التشريع الجزائري " ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي ، عدد 8 ، جانفي 2014 ، ص 121 .

- ذكر العقوبات المترتبة عنها في حالة عدم الدفع : خاصة المواد من 6 إلى 12 ، ومن 22 إلى 23 من القانون رقم 04-17 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 83-14 المتعلق بالالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي .

## 2-2- الشروط الموضوعية :

ويطلق عليها بالشروط المتعلقة بالحق، فبالإضافة إلى الشروط الشكلية الواجب توافرها في الإعدار، لابد أن تتوفر مجموعة من الشروط في الالتزام محل الإعدار، فهئية الضمان الاجتماعي لا يمكنها إعدار المكلف المدين، بل يكون هذا الإجراء باطلا إذا لم تراعى الهيئة مجموعة من الشروط في الحق المراد اقتضائه، وتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون موضوع الإعدار إلتزاما مدنيا .

- أن يكون الإلتزام مستحقا وحال الأداء<sup>1</sup> .

- أن يكون الإلتزام معين المقدار .

- أن يكون محقق الوجود .

- ألا يكون المكلف تحصل على جدول الدين بالتقسيط .

## 3- آثار الإنذار :

الإعذار إجراء ضروري، ويقصد به إحاطة المكلف المدين بهذا الإعذار وإمهاله مدة للاستجابة، فهو يشبه نوعا ما التكليف بالوفاء ، أما فيما يتعلق بطرق تبليغ هذا الإعذار فقد حددتها الفقرة الاخيرة من المادة 46 من القانون رقم 08-08 على سبيل الحصر وهي إما برسالة موصى عليها مع وصل إستلام أو بواسطة المحضر القضائي أو عن طريق عون مراقبة معتمد لدى الضمان الاجتماعي بمحضر إستيلاء .

## ب- إجراء التحصيل عن طريق الجدول :

<sup>1</sup> يختلف الإلتزام المستحق وحال الاداء في مجال الضمان الإجتماعي بحسب الصناديق المعنية ، فإذا كنا أمام الصندوق الوطني للعمال الأجراء فهنا على المكلف تسديد اشتراكاته دفعة واحدة في ظرف 30 يوما التالية لمرور كل 3 أشهر مدنية ، إذا كان هذا الأخير يستخدم أقل من 10 عمال ، وفي ظرف 30 يوم التالية لمرور كل شهر إذا كان يستخدم أكثر من 9 عمال ، أما فيما يتعلق بالصندوق الوطني للعمال غير الأجراء الذين يمارسون عملا خاصا غير مأجور، يتم سنويا ويكون ذلك في أول مارس من كل سنة وينفع قبل أول ماي من تلك السنة .

تناول المشرع هذا الاجراء في المواد 47 إلى 50 من القانون 08-08 ، حيث يتم تحصيل المبالغ المستحقة لهيئات الضمان الاجتماعي بمقتضى الجدول ، هذا الجدول المعد من قبل مصالح هيئة الضمان الاجتماعي وفق نموذج يحدد عن طريق التنظيم المتضمن مستحقات الصندوق التي يجب أن تكون محددة وثابتة وموقعة من طرف مدير وكالة هيئة الضمان الاجتماعي وتحت مسؤوليته الشخصية .

ثم يرسل هذا الكشف أو الجدول الموقع عليه من طرف مدير الضمان الاجتماعي الى الوالي قصد التأشير عليه طبقا للمادة /3 47 في أجل 8 أيام من تاريخ توقيعه .

فالهدف من ذلك استصدار سند تنفيذي ، ولعل اللجوء الى هذا الإجراء عن طريق الوالي يعود لإعتبارات قانونية وهي توفره على صلاحيات السلطة العمومية التي تمكنه من اصدار سندات تنفيذية بينما صناديق الضمان الاجتماعي بما أنها أشخاص معنوية ذات تسيير خاص تخضع للتشريع التجاري في علاقتها مع الغير وبالتالي فهي لا تتمتع بصلاحيات القوة العمومية فلم يعد باستطاعة أعوان الضمان الاجتماعي اصدار سندات تنفيذية .

تعطى التأشيرة على شكل قرار ممضي من طرف الوالي على اثره يصبح هذا السند المقدم من طرف مدير الصندوق سندا تنفيذيا.

وبذلك يصبح سندا تنفيذيا نافدا نظرا لتمتع الوالي بصلاحيات القوة العمومية ، وبعد ذلك يرسل الكشف إلى مصالح الضرائب المختصة إقليميا قصد تنفيذه وفقا لإجراءات تحصيل الضرائب .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تأشيرة الوالي على جدول الدين تأخذ شكل قرار إداري وعلى إثر ذلك تباشر مصالح الضرائب المختلفة بمتابعة المدين من أجل تحصيل المبالغ المستحقة ، وهنا يجدر بنا التمييز بين حالتين :

### 1- حالة موافقة الوالي

-يقدم السند إلى مصلحة الضرائب المختصة إقليميا (مصلحة التحصيل) فيتولى تنفيذه وفقا لإجراءات تحصيل الضرائب ، المنصوص عليها في المواد 144 وما يليها من قانون الإجراءات الجبائية .

وهي إجراءات مختلفة عن تلك الإجراءات المتبعة في المادة 600 وما بعدها ق.إ.م.إ. سواء من حيث شروطها أو تطبيقها (تتمثل تلك الإجراءات لاسيما في الحجز التحفظي والتنفيذي ، والبيع في الزاد العلي للعقارات) نظرا لكونها إجراءات لا تحتاج إلى إذن من رئيس المحكمة ولا رفع دعوى قضائية مما يجعلها سريعة التطبيق، جدية وذات فاعلية في عملية تحصيل الدين الجبائي . ، وهو ما يعتبر إمتياز معترف به للإدارة الجبائية في تحصيل الدين الجبائي .

وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي :

\* إرسال إنذار للمدين بتسديد الدين : يشمل الإنذار على: قيمة الدين بالتفصيل ، الغرامات ، ومصاريف التنفيذ الخاصة بمصالح الضرائب .

\* إذا لم يستجب المكلّف المدين لهذا الإنذار في أجل 30 يوما من تاريخ تبليغ الإنذار ، تتم المتابعة التي إشتراط القانون أن تتم على يد أعوان الإدارة المعتمدين قانونا أو المحضرين القضائيين ، وتتجلى هذه المتابعة حسب المادة 145 من قانون الاجراءات الجبائية فيما يلي :

### الغلق المؤقت للمحل التجاري والحجز والبيع .

مع العلم بأنه يمكن أن يكون الجدول محل طعن بالإلغاء الجهات القضائية في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ إستيلاء التبليغ (م 50) ، وأن هذا الطعن لا يوقف التنفيذ (سواء تم أمام إدارة الضرائب أو أمام القضاء الإداري) وهذا بصريح المادة 49 من قا 08-08 .

### **2- حالة رفض الوالي**

لكن السؤال المطروح ماذا لو رفض الوالي التأشير على جدول الدين هل يمكن إعتبار ذلك قرار إداري بالرفض ؟

بالرجوع إلى القانون رقم 08-08 السالف الذكر فإنه لم ينص على إمكانية قيام هيئة الضمان الإجتماعي بالطعن بالإلغاء في قرار رفض الوالي إمضاء جدول الدين ، ولكننا نعتقد أن الطعن بالإلغاء هو مبدأ عام لا يحتاج إلى نص ، مادام أن قرار الرفض صادر عن إدارة عمومية يتوفر على كامل خصائص القرار

الإداري ، وبتطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية ، فإنه يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في قرار رفض الوالي التأشير على جدول الدين إن كان صريحا على اعتبار أن التظلم أصبح جوازي (المادة 830 ق إ م إ) .

أما إن إلترزم الوالي الصمت وفضل عدم التأشير على جدول الدين في أجل 8 أيام من تاريخ توقيعه من قبل هيئة الضمان الاجتماعي ، فإن سكوته هذا يكتيف على أنه قرار ضمني برفض التأشير ففي هذه الحالة تكون هيئة الضمان الاجتماعي ملزمة بتقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار حتى تقبل دعواها أمام المحكمة الإدارية<sup>1</sup> وذلك خلال أجل 4 أشهر المنصوص عليه في المادة 829 ق إ م إ ابتداءا من تاريخ إنتهاء أجل الممنوح للوالي قصد التأشير على جدول الدين ، ويعد سكوت الجهة الإدارية (الوالي) المتظلم أمامها خلال شهرين (2) بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم، لتستفيد هيئة الضمان الاجتماعي من أجل شهرين (2) إضافية لتقديم طعنها القضائي أمام المحكمة الإدارية ، كما يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا .

<sup>1</sup> من بين الشروط الشكلية لقبول الدعوى أمام المحكمة الإدارية ، وجوب إرفاق القرار محل الطعن مع عريضة الدعوى طبقا لنص المادة 829 من ق.إ.م.إ ، ففي حالة عدم حصول المدعي على القرار خاصة إذا كان ضمني ، فعليه إثبات أنه قدم تظلم واحترم الأجال المنصوص عليها في المادة 830 ق.إ.م.إ حتى تقبل دعواه شكلا .

خاتمة :

وفي الختام فإن انشغالات صناديق الضمان الاجتماعي الأساسية تتمثل في كيفية محافظتها على توازنها المالي والاستمرارية في منح الأداءات، وهذا لا يتأتى إلا عن طريق تحصيل مستحقاتها من المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. وفي سبيل ذلك حول لها المشرع صلاحيات واسعة والتي من بينها التحصيل عن طريق الجدول ، والملاحظ أنه رغم بساطة إجراءات التحصيل هذه ، إلا أن هيئات الضمان الاجتماعي قد لا تلجأ إليه بشكل رئيسي لإعتبارين هما :

\* قد يمتنع الوالي التأشير على جدول الدين خاصة إذا تعلق الأمر بمؤسسة عمومية تعرف صعوبات مالية مؤقتة .

\* كما أنه في كثير من الأحيان يكون المكلف مدينا لمصالح الضمان الاجتماعي ولمصالح الضرائب في آن واحد و تستنفذ هذه الأخيرة مستحقاتها بالأولوية و ذلك طبقا لحق الامتياز المنصوص عليه قانونا فهذه الحماية تجعل صناديق الضمان الاجتماعي مترددة في اتخاذ مثل هذا الإجراء (المادة 67).

قائمة المراجع\*- النصوص التشريعية

- 1-مرسوم رقم 85-223 المؤرخ في 20 أوت 1985 المتضمن التنظيم الإداري للضمان الاجتماعي ، ج ر عدد 35 ليوم 25 أوت 1985 الملغى بالمرسوم التنفيذي 92-07 المؤرخ في 04 جانفي 1992 المتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي والتنظيم الاداري والمالي للضمان الاجتماعي ، ج ر عدد 2 ليوم 08 جانفي 1992 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 15-155 المؤرخ في 16 جوان 2016 ، ج ر عدد 33 ليوم 22 جوان 2015
- 2- القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج ر عدد 11 ليوم 02 مارس 2008

- 3- القانون رقم 90-11 المتعلق المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بقانون العمل ، ج ر عدد 17 لسنة 1990
- 4- القانون رقم 83-15 المؤرخ بتاريخ 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي ، ج ر عدد 28 ليوم 05 جويلية 1983 الملغى بالقانون رقم 08-08 السابق ذكره.
- 5- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 1304 الصادر بتاريخ 12/03/2001 (بين خ ب ضد الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية) منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 2 لسنة 2002

## \* - الكتب

- 1 - سماتي الطيب : " المنازعات العامة في مجال الضمان الإجتماعي على ضوء القانون الجديد " ، دار الهدى ، الطبعة 2010 ، الجزائر
- 2-عمار بوضياف : " المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 10 ، سنة 2012.
- 3-مسعود شيهوب : " المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني ، نظرية الإختصاص " ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2013
- 4-شريفة تكوك : " دور الإعدار في التحصيل الجبري لإشتراكات الضمان الإجتماعي في التشريع الجزائري " ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي ، عدد 8 ، جانفي 2014

## الأحكام العامة للسمسار أو الوسيط البحري Dispositions générales du courtier maritime

الباحث / بن غالم بومدين  
الاستاذ الدكتور / واعلي جمال  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة تلمسان - الجزائر

### ملخص:

يعد السمسار البحري أو الوسيط البحري بوجه عام من بين الأشخاص الذين يكونون عصب حركة تداول التجارة الدولية والنقل البحري، مما يفسر الإهتمام التشريعي بتنظيم أحكامه سواء على المستوى الدولي أو الوطني، حيث أن الوسيط البحري في عقد السمسرة البحري يلتزم مقابل أجر أو عمولة و بموجب وكالة بالعمل كوسيط لإبرام عقود شراء السفن وعقود الإستئجار والنقل البحري والعقود الأخرى التي تتعلق بالتجارة البحرية، ويترتب على ذلك أن إلتزام السمسار البحري هو إلتزام عقدي أساسه عقد السمسرة و هو إلتزام ببذل عناية وهي عناية الرجل العادي الممارس لمهنة السمسرة البحرية والذي يتمتع بالمهارة المطلوبة قانونا من شخص يتخذ من الوساطة في العقود البحرية عملا له، ومن تم يجب على العميل إثبات خطأ أو تقصير السمسار البحري حتى تقوم مسؤوليته، الأمر الذي يجعل من المشرع البحري يبذل الجهد للتوفيق بين إعتبارين أولهما ضرورة حماية العملاء وهم الفئة التي تتلقى خدمة السمسرة البحرية، أما الإعتبار الثاني فهو حماية الوسيط البحري من خلال ترك مجال من الحرية له للعمل فيه للقيام بتقديم خدماته حسب ما تقتضيه أعراف المهنة و تقاليدها تشجعا للإستثمار في المجال البحري.

### الكلمات المفتاحية:

السمسار البحري، الوسيط البحري، عقد السمسرة البحري، العميل، الوكالة، الأجر، العمولة، إلتزامات الوسيط البحري، المسؤولية، التعويض.

## **Résumé:**

**Le courtier maritime ou le médiateur maritime constitué d'une manière générale, l'élément essentiel du mouvement des commerces maritimes, ceci démontre l'importance des règles juridiques qui régissent ce métiers tant sur le plan international que national, et considéré comme courtier maritime toute personne physique ou moral, qui en vertu d'un mandat s'engage moyennant une rémunération, à agir comme intermédiaire pour conclure des contrats d'achats et de vente de navires, des contrat d'affrètements et de transports maritimes et d'autres contrat relatifs au commerce maritime, il découle de ce contrat que l'obligation de courtier maritime et une obligation de nature contractuelle, il s'agit d'une obligation de moyen, le cocontractant peut invoquer l'erreur pour mettre en œuvre la responsabilité de courtier maritime. C'est pourquoi le législateur maritime s'est efforcé à recherche un équilibre afin de protéger d'une part le cocontractant et d'autre part le courtier maritime pour encourager les investissements dans le domaine maritime.**

### **Les mots clés:**

**Courtier maritime, médiateur maritime, contrat de courtage maritime, cocontractant, procureur, commission, obligations du courtier maritime, responsabilité, indemnisation.**

مقدمة:

لقد أدى إنتشار التجارة وإتساع المبادلات التجارية عامة وفي المجال البحري خاصة إلى ضرورة تدخل وسيط محترف عند إبرام العقود وذلك لخصوصية هذه المعاملات ويسمى هذا الأخير بالوسيط أو السمسار البحري وتكون مهمته التقريب أو التوفيق بين أطراف العقد، كأن يتوسط بين الجهز والشاحن في عقد النقل البحري أو بين البائع والمشتري في عقد بيع السفينة أو بين المؤمن و المؤمن له في عقد التأمين البحري، وهي من المهن البحرية التي لا يتطرق إليها كثيرا بالدراسات رغم أهمية الدور الذي تلعبه في الميدان العملي، حيث لا يكاد يخلو إبرام أي عقد بحري تقريبا من دون اللجوء إلى عملية وساطة أو سمسرة، وذلك للخبرة والمعرفة المطلوبة في إبرام هذه العقود والتي تتمتع بها هذه الفئة أو الطائفة من الوسطاء والسمسرة البحريون الممارسين لهذه المهنة والذين يعتبرون من الفئات المحترفة كثيرة الإطلاع.

لقد عرف الفقه الإسلامي هذا النوع من المهن وعرفها المسلمون الأوائل في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - حيث تعتبر من الأعمال التجارية المباحة و ذلك إستنادا لما روى عن الحكيم ابن حزم عن أبيه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض فإذا إستنصح الرجل أخاه فلينصح له " .

ونظرا لأهمية السمسرة البحرية إرتأينا في هذا البحث ومن خلال موضوع دراستنا الذي جاء للإجابة عن الإشكالية التي تطرح نفسها ألا وهي ما المقصود بعقد السمسرة البحرية قانونا ؟ ومن هو السمسار أو الوسيط البحري؟ وما هي الأحكام المقررة له في القانون الجزائري؟

للإجابة عن كل هذه التساؤلات عمدنا إلى تقسيم دراستنا بإتباع الخطة الآتية:

## المبحث الأول: أحكام عقد السمسرة

يستعين التاجر في كثير من الأحيان في مباشرة أعماله التجارية بعدد من الأشخاص فلا يستطيع التاجر غالباً أن يباشر نشاطه التجاري بشكل كلي منفرداً خاصة إذا كانت التجارة التي يقوم بها على قدر من الأهمية والتخصص، وبالتالي فهو يلجأ إلى طائفة من الأشخاص للتصريف أو الحصول على ما يحتاج إليه من السلع أو الخدمات وذلك للتوسط بينه وبين عملائه سواء كانوا من التجار أو من أصحاب المصانع ومن هؤلاء الأشخاص تأتي فئة السماسرة عامة والبحريون خاصة عندما يتولون مثل هذه الأعمال، وهذا ماسوف نوضحه من خلال تحديد ما المقصود بعقد السمسرة أو الوساطة؟ ومن هو السمسار أو الوسيط البحري وما هي أحكامه؟

### المطلب الأول: ماهية عقد السمسرة أو الوساطة التجارية

عرفت السمسرة منذ القديم نظراً لأهميتها في ميدان التعامل بين الأفراد سواء أكان هذا في المجال التجاري أو في مجال المعاملات المدنية، ونظراً لأهمية السمسرة في تسهيل عقد الصفقات التجارية أو المدنية بين الأفراد الذين لا يكونون على علاقة سابقة بينهم، فيتدخل السمسار بالتوسط والتقريب في وجهات النظر، وينتهي الأمر بين الطرفين غالباً بالإتفاق على عقد الصفقة دون أن يكون السمسار طرفاً في العقد، وهذا ما سوف نتناوله على التفصيل التالي:

### الفرع الأول: مفهوم عقد السمسرة

لقد تعددت التعريفات الفقهية بشأن عقد السمسرة، حيث منها من عرفته بأنه "العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص يدعى السمسار من قبل شخص آخر يسمى مصدر الأوامر أو مفوض السمسار بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل أجر".

وعرف أيضاً بأنه "العقد الذي بمقتضاه يتحصل السمسار على عمولة معينة من عميله نتيجة خدماته والمتمثلة في العثور على شخص يرضى التعاقد مع العميل على أساس الشروط التي وضعها". كما عرف كذلك بأنه "عقد يتعهد فيه السمسار لشخص آخر بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين و التوسط بينهما لإبرامه مقابل أجر"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عادة غالب يوسف صرصور: عقد السمسرة بين الواقع والقانون. دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري

الأردني

أطروحة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص. كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية. نابلس

فلسطين. 2008. ص. 10.

من خلال التعريفات السابقة نرى أن مهمة السمسار تقتصر على إيجاد متعاقد يرضى التعاقد مع العميل والشروط التي يريدها وتنتهي هذه المهمة إذا نجح في التقريب بين الطرفين وذلك بإبرام العقد بينهما ولا يقوم السمسار بهذه المهمة تبرعا منه، لكن تكون لقاء أجر يدفعه الوكيل، ويستخلص من التعريفات السابقة أن عقد السمسرة يتكون من العناصر التالية:

أولاً: أطراف العقد وهما السمسار والوكيل.

ثانياً: موضوع عقد السمسرة والمتمثل في العثور على شخص يرضى بإبرام العقد مع الوكيل أو الدخول في مفاوضات مع هذا الشخص لإقناعه بإبرام العقد.

ثالثاً: ضرورة وجود أجر أو عمولة يتقاضاها السمسار<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص عقد السمسرة

من خلال التعريفات السابقة لعقد السمسرة يمكن أن نستنتج خصائصه وهي على الأتي:

✓ إن عقد السمسرة من العقود الرضائية التي لا يستوجب القانون لإنعقادها إتباع أي شكل معين، ويكفي لإنعقاده تطابق الإيجاب والقبول بين السمسار مع العميل، ولبد فيه من توفر الأركان العامة لإنعقاد العقد من رضا خالي من العيوب ومحل وسبب، أما فيما يخص الكتابة فهي مقررة للإثبات فقط، كما يتعين توفر الأهلية اللازمة لإنعقاد عقد السمسرة وهي بلوغ سن الرشد بالنسبة للشخص الطبيعي وأهلية الأداء بالنسبة للشخص المعنوي في حدود النشاط التي يقتضيها الغرض من إنشائه، كما أن القانون قد يمنع بعض الفئات من الناس من القيام بعمليات السمسرة كما هو الحال بالنسبة لبعض الموظفين.

✓ أما محل عقد السمسرة<sup>2</sup> فهو موضوعه أي العملية المراد تحقيقها والمتمثلة في قيام السمسار بالعمل المطلوب منه والتي تنحصر في التوسط والتقريب بين جهات النظر بين الطرفين بهدف الوصول إلى إتفاق ويجب أن لا يكون التوسط بهدف تحقيق إتفاق مخالف للنظام العام أو الأداب العامة وأن لا يكون المحل مستحيلاً أي موجود أو ممكن، أما السبب في عقد السمسرة فهو الغرض المباشر من العقد ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والأداب العامة.

✓ إن عقد السمسرة من العقود التجارية وذلك لأن محل العقد هو السمسرة وهذه العملية تعتبر من الأعمال التجارية ولكن قد يعتبر عقد السمسرة في بعض الحالات تجارياً بالنسبة لأحد الأطراف ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر في العقد، ويترتب على ذلك اللجوء في مواجهة من يعتبر عقد السمسرة بالنسبة له تجارياً إلى كافة طرق الإثبات، وبالنسبة لمن تم إعتبره مدنياً له أن يتم إتباع قواعد الإثبات في المسائل المدنية.

<sup>1</sup> - عادة غالب يوسف صرصور: المرجع السابق. ص. 13.

<sup>2</sup> - علي البارودي: القانون التجاري. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1986. ص. 57.

✓ عقد السمسرة ليس عقد وكالة حيث أن السمسار لا يعتبر وكيل عن الطرف الذي كلفه بالتوسط ولا وكيلاً عن الطرف الآخر الذي يراد التوصل معه إلى إتفاق، كما لا يعتبر من جهة أخرى وكيلاً بالعمولة لأنه لا يتعاقد مع الغير بإسمه ولحساب موكله، ولكن مع كل ذلك يجتمع بين الوكالة التجارية والسمسرة أنها من صور الوساطة التجارية أي المساهمة في إبرام العقود والصفقات وإن اختلفت درجة المساهمة بين التدخل في تكوين العقد أو مجرد التقريب بين الطرفين المتعاقدين.

### المطلب الثاني: النظام القانوني للسمسار البحري

لقد أصبح من المتعذر الآن ومع إنتشار التجارة الدولية وإتساع المعاملات البحرية إبرام عقد من العقود البحرية دون تدخل الوسيط البحري أو كما هو متعارف عليه في الوسط العملي بالسمسار البحري حيث يقوم بالتقريب والتوفيق بين أطراف العقود على مختلف أنواعها وذلك للخبرة والمعرفة التي يملكها حيث غالباً ما يكون شخص متخصص في المهام والنشاطات التي يمارسها، فعلى ضوء كل هذا حري بنا أن نبين تعريف السمسار البحري ثم بعد ذلك الطبيعة القانونية لهذا الأخير .

### الفرع الأول: التعريف بالسمسار البحري

لقد عرفت المادة 631 من ق.ب.ج<sup>1</sup> السمسار البحري على أنه " يعد سمساراً بحرياً كل شخصاً طبيعياً أو معنوياً يلتزم مقابل أجر وبموجب وكالة بالعمل كوسيط لإبرام عقود شراء السفن وبيعها وعقود الإستئجار والنقل البحري والعقود الأخرى التي تتعلق بالتجارة البحرية"، إذن فالسمسار البحري حسب نص المادة هو الشخص الذي يقوم بالتوسط بين أطراف العقود البحرية المختلفة والتقريب بين وجهات النظر تمهيداً لإبرامها بعد أن تعددت مجالات الإستثمار البحري سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً تابع للقانون الجزائري بإستثناء مجال المحروقات حسب نص المادة 2 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 91-522<sup>2</sup> التي تنص على أنه " يمكن أن يمارس هذه المهام التي تتعلق بسفن المسافرين والبضائع والحمولات بإستثناء المحروقات"، ولا يعمل هذا السمسار إلا بناءً على تفويض<sup>3</sup> حسب نص المادة 632 ق.ب.ج التي تنص على أنه "توضع وكالة السمسرة البحرية كتابياً وتحدد فيها بوضوح حقوق وإلتزامات السمسار"، ولكن مع ذلك فقد يعهد الأطراف إلى السمسار البحري بالقيام بمهام قانونية أو أعمال مادية ومن أمثلة ذلك عن الأعمال القانونية أن يقوم

<sup>1</sup> - الأمر رقم 76-80 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 91-522 المؤرخ في 15 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 22 ديسمبر 1991 الذي يحدد شروط ممارسة مهام وكيل السفينة و وكيل الحمولة والسمسار البحري.

<sup>3</sup> - إيمان فتحي حسن الجميل: أشخاص الملاحة البحرية. الطبعة الأولى. مصر. 2010.

أحد أطراف العقد بتوكيل السمسار البحري في إبرام العقد نيابة عنه، وعن الأعمال المادية أن يعهد الأطراف إلى السمسار البحري لإتمام عمليات الشحن أو مشاركة الإيجار أو إنهاء بعض الأعمال الإدارية للصفقة، وعلى السمسار البحري القيام بمهامه على أكمل وجه ووفقا لما تقتضيه قواعد الأمانة وحسن النية وفي ذلك تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-522 على أنه "يجب على المستعمل، فضلا عن إحترام أحكام الأمر رقم 76.80 المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 1976 المذكور أعلاه والمتعلق بممارسة مهام وكيل السفينة و وكيل الحمولة و السمسار البحري، أن يقوم بما يلي: أن يؤدي إلتزاماته تجاه موكله حسب أعراف المهنة وتقاليدها، وأن يقدم نوعية جيدة من الخدمات، وأن يحترم القوانين والأنظمة التي تحكم النشاط، وأن يعمل بسرعة معقولة قصد تفادي الممارسات التدليسية، وأن يعنى العناية اللازمة بتداول الأموال التي يتولى تسيرها بإسم موكله. وكل إخلال بإحدى الإلتزامات المذكورة أعلاه يترتب عليه توقيف رخصة الممارسة أو سحبها"، كما يمكن من جهة أخرى لوكيل السفينة أو وكيل الحمولة أن يتولى أعمال السمسرة البحرية، بما أن السمسار البحري قد يباشر عمليات ونشاطات هذان الأخيرين وفي هذه الحالة تسري عليه القواعد التي تحكم نظامهما القانوني حسب ما جاء في نص المادة 638 ق.ب.ج التي تنص على أنه "يمكن للسمسار البحري الجمع بين نشاطاته ونشاطات وكيل السفينة والحمولة وفي هذه الحالة تسري أحكام مواد هذا الباب على العمليات التي تدخل في مجال عمل وكيل السفينة والحمولة".

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للسمسار البحري

تعتبر السمسرة البحرية عملا تجاريا ويعد تاجرا من يمارس أعمال السمسرة على وجه الإحتراف والسمسرة البحرية في الجزائر حرفة حرة ومباحة، حيث يتمتع السماسرة البحرليون بتنظيم قانوني خاص بهم حيث يزاولون مهامهم بعد إتمام الإجراءات القانونية والإدارية والحصول على ترخيص من وزير النقل طبقا لنص للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-522 التي تنص على أنه "يمكن أن يمارس هذه المهام التي تتعلق بسفن المسافرين والبضائع والحمولات بإستثناء المحروقات أشخاص طبيعيين أو شركات أو مؤسسات تابعة للقانون الجزائري، بعد الحصول على ترخيص من وزير النقل"، ويتوقف هذا الترخيص بممارسة مهام السمسار البحري على تقديم ملف يتكون مما يأتي بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، طلب يعده المعني يوضح فيه النشاط المطلوب ممارسته، تصريح يشهد بإمتلاك محل، كشف توضحي للمحل والتجهيزات، شهادة ميلاد، شهادة جنسية، شهادة السوابق العدلية لا تتجاوز 3 أشهر، أما بالنسبة للشركات أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري فيتكون الملف من طلب يعده المدير أو الوكيل المؤهل، نسخة من القانون الأساسي أو عقد الإنشاء، نسخة من العقد المتضمن تعيين المسيرين، شهادة تثبت إمتلاك محل، كما يجب على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين فضلا على ذلك تقديم شهادة أو وثيقة تثبت التأهيل المهني المطلوب والمتصل بالنشاط

المتمس وكفالة شخصية وتضامنية أو كفالة مصرفية يحدد مبلغها وزير النقل تبعا لطبيعة الترخيص، ويرسل الملف المصحوب بهذه الوثائق المذكورة في ظرف مسجل مع الإشعار بالإستلام إلى وزير النقل الذي يبلغ قراره خلال عشرين يوما التي تعقب تاريخ تقديم الطلب، وقد أضافت المادة 06 من ذات المرسوم التنفيذي 91-522 على كون أن هذه الرخصة شخصية وغير قابلة للتحويل وذلك بنصها على أنه "تسمح رخصة ممارسة الوظيفة بمزاولة هذا النشاط وتوضح منطقة التدخل، الرخصة شخصية وغير قابلة للتحويل". كما أن المشرع البحري الجزائري نظم عمل السمسار البحري في المواد من 631 إلى 638 منه والذي خصه بإمكانية ممارسة نشاطه إما في شكل أن يكون شخصا طبيعيا أو معنوي يلتزم مقابل أجر وموجب وكالة بالعمل كوسيط بين البائع والمشتري أو لحساب الطرفين معا شريطة أن يعين من قبلهما، وفي هذه الحالة يتوجب على السمسار البحري إخطار كل من الطرفين على أنه يتصرف لحسابهما، وأن يتجرد من أي إنحياز بتغليب مصلحة طرف على طرف آخر<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 634 ق.ب.ج بقولها "يجوز للسمسار البحري أن يلتزم بالعمل لحساب طرفين متعاقدين إذا عين من قبلهما، وفي هذه الحالة يتعين عليه إعلام كل من الطرفين بأنه يتصرف لحسابهما بكل تجرد مع الأخذ بعين الاعتبار لمصالح كل منهما"، إن الخدمات التي يقدمها السمسار البحري تكون مقابل أجر يحدد إما بموجب إتفاقية أو تعريف وفي حال إنعدام ذلك، فيتم تحديد الأجر بموجب العرف البحري شريطة أن يكون هناك عقدا مكتوبا بينه وبين أي طرف آخر، حسب نص المادة 635 فقرة 1 من ق.ب.ج التي أوجبت على أن "يحدد أجر السمسار البحري عن الخدمات التي يقوم بها بموجب إتفاقية أو تعريف وفي حالة إنعدام ذلك فبموجب العرف"، وهو ذات ما أشارت إليه المادة 10 من المرسوم السالف الذكر التي نصت على أنه "يحدد مبلغ الأجر لكل خدمة من الخدمات بإتفاق الأطراف، وإن لم يوجد فبالأعراف البحرية".

<sup>1</sup> - محمود شحماط: الموجز في القانون البحري الجزائري. دار بلقيس. الدار البيضاء الجزائر. طبعة 2014. ص 68.

## المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن عقد السمسرة البحرية و كيفية إنقضائه

إن مهمة السمسار البحري تنتهي عندما يتم الإتفاق بين الطرفين وإنعقاد العقد، وذلك بعدما أن قام هذا الأخير بإرشادها إلى فرصة تلاقي إرادتيهما، وعليه يجري تنفيذ العمل المطلوب منه قبل إنعقاد العقد وفق ما يشتمل عليه تعاقد مع العميل، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، حيث تكون إلتزامات وحقوق كل من السمسار البحري والعميل متقابلة من جهة، وترتب مسؤولية السمسار البحري في حالة الإهمال والتقصير من جهة أخرى، حتى نصل في نهاية الأمر إلى إنقضاء عقد الوساطة أو السمسرة البحرية بين الطرفين حسب الطرق التي يحددها القانون أو الإتفاق، هذا ما يقودنا إلى دراسة ذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول: حقوق و إلتزامات طرفي عقد السمسرة البحري

يقصد بأثار عقد السمسرة البحري ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق وإلتزامات في ذمة طرفيه السمسار البحري والعميل بإعتبار عقد السمسرة هو عقد ملزم للجانبين ويولد حقوق وإلتزامات متقابلة<sup>1</sup>، وهذا ما سوف نشرحه على الشكل التالي:

### الفرع الأول: بالنسبة للسمسار البحري

يلتزم الوسيط البحري بإلتزام رئيسي وجوهري هو إلتزامه بأداء العمل محل العقد، والمتمثل في التقريب بين المتعاقدين أي بين العميل والطرف الأخر الذي يتوفر لديه الرغبة في إبرام العقد مع الحرص على واجب إعلام الطرفين بكل تفاصيل العقد أو الصفقة، أو ما يسميه البعض بالإلتزام بتقديم المشورة أو النصيحة<sup>2</sup>، والغالب أن يقوم السمسار البحري بعملية التفاوض بين الطرفين والأصل أن مهمة السمسار البحري تنتهي بإتمام العقد فهو لا يسأل عن تنفيذ ما جاء بهذا العقد. لم ينص القانون التجاري الجزائري على أي تنظيم لأحكام عقد السمسرة مكتفياً بإعتباره عملاً تجارياً بحسب موضوعه ولو وقع مرة واحدة حسب نص المادة 02 من القانون التجاري<sup>3</sup> المعدلة في فقرتها 13 إلى الفقرة 20 التي تنص على أنه " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه:

<sup>1</sup> - أحمد محرز : القانون التجاري.النشر الذهبي للطباعة.طبعة1996.ص1.167.

<sup>2</sup> - أحمد بن مدني: الوساطة في المعاملات المالية السمسرة. بحث لنيل درجة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية. كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون. جامعة الجزائر. 2002.ص64.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 26 فبراير 2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري .

- كل عملية مصرفية أو صرف أو سمسة أو خاصة بالعمولة.
  - كل عملية توسط لشراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية و القيم العقارية.
  - كل مقاوله لصنع أو شراء أو بيع و إعادة بيع السفن للملاحة البحرية.
  - كل شراء و بيع لعتاد السفن أو مؤمن السفن.
  - كل تأجير أو إقتراض أو قرض بحري بالمغامرة.
  - كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية.
  - كل الإتفاقيات المتعلقة بأجور الطاقم وإبحارهم.
  - كل الرحلات البحرية "، أو عملا تجاريا بحسب شكله حسب نص المادة 3 فقرة 5 من ذات القانون التي تنص على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب الشكل كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية". وبما أن عقد السمسة البحري عقد ملزم لجانبين فإنه يفرض بطبيعته على الوسيط البحري إلتزامات أخرى هي من مستلزمات الإلتزام الرئيسي، حيث نصت المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> على أنه " لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام "، ومن الإلتزامات التي أقرها الفقه والقضاء وإعتبرها من مستلزمات الإلتزام الرئيسي للسمسار البحري هي:
1. الإلتزام بالعلم بظروف الصفقة ومخاطرها وبظروف الشخص المتعاقد والإلتزام بتقديم المشورة.
  2. الإلتزام بالأمانة والحياد و الإلتزام بالسر المهني.
  3. الإلتزام بقيد عمليات التوسط في دفاتره التجارية .
  4. الإلتزام بأن لا يكون طرف في الصفقة المكلف بالتوسط فيها.

<sup>1</sup> - الأمر 75-58 المؤرخ 26 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

### الفرع الثاني: بالنسبة للعميل

بما أن عقد السمسرة البحري عقداً تبادلياً فهو يولد التزامات متقابلة بين الطرفين، فيكون للسمسار البحري حقوق مقابل الإلتزامات المفروضة عليه، وهذه الحقوق هي ذات الوقت عبارة عن الإلتزامات الملقاة على عاتق العميل والمتمثلة أساساً في:

#### أولاً - أجر السمسار البحري:

إستحقاقه لهذه الأجرة ناتج عن قيامه بالعمل وإنجاز مهمته لصالح العميل وغالباً ما تكون نتيجة إتفاق بين الطرفين مع تحديد مقدارها، وفي العادة تمثل نسبة مئوية من قيمة العملية المكلف بها، أما إذا لم تحدد أجرة السمسار البحري بموجب الإتفاق ولم ينص القانون أو تعليمات رسمية على تحديدها ففي هذه الحالة فإن الأجرة تتحدد وفقاً للعرف أو أن المحكمة صاحبة الإختصاص هي التي تقدر الأجرة حسب الخدمات المقدمة فعلاً من السمسار البحري وهذا ما جاءت به المادة 635 فقرة 2 من ق.ب.ج التي نصت على أنه "بيد أنه لا يستحق الأجر إلا إذا أبرم العقد بمساعيه"، كما يمكن من جهة أخرى تخفيض الأجرة<sup>1</sup> إلى الحد الذي يتناسب مع الجهد المبذول من السمسار البحري حيث منح القانون الحق للعميل في اللجوء للقضاء لتخفيض الأجر للحد المعقول والمناسب، وفي جميع الأحوال يستحق السمسار البحري أجرته إذا كان قد سعى بما فيه الكفاية لعقد الإتفاق ولكن لظروف لا يد له فيها لم يتم إنعقاد العقد المطلوب بين الطرفين كتراجع العميل عن العقد أو الصفقة من جانب واحد، أو ظهور سوء نية العميل ومماطلته في التعاقد وبالتالي فإن عدم التعاقد لا يرجع إلى خطأ أو تقصير السمسار البحري، وستتعلق كامل الأجرة عن الخدمات المقدمة من طرفه إذا توافرت الشروط الآتية:

- 1- أن يكون السمسار البحري مكلفاً فعلاً من قبل من وسطه بالسعي لإيجاد المتعاقد الأخر، أي أن يقوم السمسار البحري بعمله مستنداً إلى عقد سمسرة بحري يربطه بالعميل.
- 2- أن يحقق السمسار البحري نجاحاً في مسعاه وذلك بإتمام الصفقة التي توسط في إبرامها، فإذا لم يتم العقد فلا يستحق السمسار البحري أجراً مهما كانت الجهود التي بذلها لأن عدم إتمام العقد تعد من مخاطر المهنة التي يتحملها الوسيط البحري، ويستحق الأجر بمجرد إبرام العقد بين الطرفين ولا يؤثر عدم تنفيذ العقد في إستحقاقه الأجر، لأن السمسار البحري لا شأن له في التنفيذ إلا إذا كان عدم تنفيذ العقد راجعاً إلى خطأ إرتكبه، أو إذا كان بالعقد الذي تم إبرامه بواسطة السمسار البحري شرطاً واقفاً أي أن العقد معلق على شرط فلا يستحق الأجر إلا إذا تحقق الشرط الواقف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري. مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع. طبعة 2. 1999. ص.84.

<sup>2</sup> - غادة غالب يوسف صرصور: المرجع السابق. ص.77.

3- أن يكون إبرام العقد نتيجة مباشرة لسعي السمسار البحري ولوساطته أي أن تقوم رابطة سببية بين سعي الوسيط البحري وإبرام العقد بين الطرفين، بمعنى أن الخدمات والجهد الذي بذله السمسار البحري مجهود فعلي وملمس.

بالمقابل هناك حالات لا يستحق فيها السمسار البحري الأجر مطلقا، رغم الخدمات والجهود التي بذلها في أداء عمله وهذه الحالات تتمثل أساسا في إذا لم تتوفر شروط إستحقاقه المذكورة سابقا، أو إذا عمل لمصلحة المتعاقد الآخر وبشكل يلحق الضرر بالعمل الذي وسطه وذلك لأن عقد السمسرة البحري يفرض عليه وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ مهمته ومن تم القيام بالعمل المكلف به بتجرد وحياد وأن يؤدي إلتزاماته تجاه موكله حسب ما تقتضيه أعراف المهنة وتقاليدها وأن يراعي مصلحة عميله<sup>1</sup>، أو عدم حصوله على الترخيص اللازم لمزاولة مهنة السمسرة البحرية، وأخيرا إذا توسط السمسار البحري في إبرام صفقة ممنوعة قانونيا كأن يتوسط في إبرام صفقة مخدرات، فهنا لا يستحق هذا الأخير الأجر مهما بلغت الجهود التي بذلها، حيث تبدو قانونية الصفقة واضحة بصفتها شرطا أساسيا لإستحقاق السمسار البحري الأجر عن المجهودات التي بذلها في التوسط بين طرفيه حتى يتم إبرام العقد بين أطرافه.

### ثانيا- حق السمسار البحري في مصاريف الوساطة:

أثناء تنفيذ الوسيط البحري لعقد السمسرة البحرية قد ينفق نفقات ومصاريف معينة، لكن وبما أن السمسار البحري يعتبر تاجرا فإنه يتحمل جانبا من تلك المصاريف لأنها تعتبر من مصاريف ممارسة المهنة، أما بالنسبة للنفقات التي لا تقتضيها مهنة السمسرة البحرية فإنها تعتبر حق للسمسار البحري حيث يمكنه المطالبة بها إذا تم الإتفاق على ذلك صراحة في العقد سواء نجح في إبرام الصفقة التي توسط فيها أو لم ينجح<sup>2</sup>. كما تجدر الإشارة هنا كذلك إلى أنه لا يمكنه المطالبة بمصاريف الوساطة التي أنفقها في تنفيذ العمل المكلف به، إلا إذا كان متحصلا على رخصة لمزاولة المهنة من وزير النقل، ومستوفي لجميع الشروط القانونية والإدارية من الهيئات المختصة التي تمكنه من القيام بأعماله من جهة، وتمكنه من جهة أخرى من سماع دعواه أمام القضاء في حالة نشوب نزاعات بينه وبين عميله أو بينه وبين الغير، وهو ذات الحال بالنسبة للمطالبة بالأجر.

<sup>1</sup> - مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2002. ص 140.

<sup>2</sup> - عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. الجزء I. عمان. 1998. ص 131.

### المطلب الثاني : مسؤولية السمسار البحري و إنقضاء عقد السمسرة

الأصل أن واجب السمسار البحري في تنفيذ المهمة المكلف بها هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزام بتحقيق نتيجة وهذه العناية هي عناية الرجل العادي والذي يتعين معه أن يقوم بالمهمة المطلوبة منه بالمهارة المطلوبة من شخص يتخذ من الوساطة في إبرام العقود مهنة وحرفة معتادة له، الأمر الذي يترتب عنه عدم قيام مسؤولية السمسار البحري إلا إذا أثبت العميل إهمال السمسار البحري أو تقصيره في القيام بالمهمة المكلف بها والذي يشكل خطأ عقدي يستوجب التعويض<sup>1</sup>. كما أن العقد الذي يجمع بين الوسيط البحري والعميل دائما يتمخض على نتيجة سواء كانت إيجابية بإيجاد طرف آخر للتعاقد معه، أو سلبية بعدم تحقق إبرام العقد المنشود وهو ما يعبر عنه بطرق إنقضاء عقد السمسرة البحري، فعلى ضوء ما تقدم سنبين بالدراسة العناصر التالية:

#### الفرع الأول: مسؤولية السمسار البحري

تحكم مسؤولية السمسار البحري بإعتباره وسيط بالعمل بالوكالة المادة 633 ق.ب.ج التي تنص على أنه " يتعين على السمسار البحري عند تعاقد كوسيط بالعمل في حدود الصلاحيات المعطاة إليه وطبقا للتعليمات المدرجة في وكراته ويحق له أن يستلم بإسم موكله جميع المبالغ المستحقة عند كل تعاقد مبرم إلا إذا أشرت على ما يخالف ذلك في الوكالة"، يفهم من هذه المادة أنها تلزم السمسار البحري بالعمل في حدود ما رسم له من طرف الموكل من صلاحيات وطبقا لبنود التعليمات المدونة، ومعنى ذلك أن يكون السمسار البحري مسؤولا قبل الموكل عن خطئه الشخصي وخطأ تابعيه وهو خطأ واجب الإثبات ومسؤوليته تشمل التعويض على كامل الضرر<sup>2</sup>، حيث أن المادة 636 ق.ب.ج تنص على أنه " يعد السمسار البحري مسؤولا عن أعماله بمقتضى أحكام القانون العام"، والمسؤولية هنا هي مسؤولية عقدية إتجاه العميل دائما لوجود عقد الوساطة بينهما حيث أن إلتزم السمسار البحري بأداء العمل المترسط فيه إلتزام رئيسي والمتمثل أساسا في واجب الإعلام و واجب الحياد والأمانة وكتمان السر المهني وكلها إلتزامات عقدية مصدرها عقد السمسرة، ويعتبر الإخلال بها خطأ عقدي يترتب المسؤولية العقدية على عاتق الوسيط البحري والذي يلزم بتعويض الضرر الذي يلحق العميل، ولما كان إلتزام السمسار البحري إلتزام ببذل عناية فإنه يتعين على العميل إثبات الخطأ في جانب الوسيط لكي تقوم مسؤوليته، أي إثبات أن السمسار البحري قد قصر في العناية المطلوبة منه وهو الشخص المحترف الفطن الذي له دراية وخبرة بالمهنة التي يمارسها إلى جانب إثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذا الخطأ أو التقصير والعلاقة السببية بينهما طبقا للقواعد العامة.

<sup>1</sup> - عادة غالب يوسف صرصور: المرجع السابق.ص.113.

<sup>2</sup> - محمود شحماط:المرجع السابق.ص.69.

كما أن مسؤولية السمسار البحري قد تكون تقصيرية وذلك لأن واجب الأمانة و واجب الحياد يفرض على الوسيط ولو لم يكن مفوضا إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة بأمانة وحسن نية ومع كل الظروف التي يعلمها عنها، حيث يكون السمسار البحري مسؤولا قبلهما عن ما يصدر عنه من غش أو خطأ جسيم لأن هذا الأخير مسؤول عن تبصير الطرفين بالظروف التي تحيط بالصفقة أو العقد، على أن مسؤولية الوسيط البحري في هذه الحالة وفي مواجهة الطرف الأخر أي الغير الذي لم يكلفه تكون تقصيرية دائما، ويقوم القاضي بتقدير وجود أركان المسؤولية التقصيرية، فإذا تم إثبات توافر هذه الأركان فإنه يحكم بالتعويض ويدخل في تقدير هذا التعويض حجم الضرر الذي أصاب الطرف الأخر الذي كان راغبا بإبرام العقد أو الصفقة مع العميل.

### الفرع الثاني : إنقضاء عقد سمسرة البحري

بإبرام عقد السمسرة البحري بين العميل والوسيط البحري يبدأ هذا الأخير بتقديم الخدمات المطلوبة منه، والتي قد ينجح في إتمامها فينفذ الإلتزام وينقضي عقد السمسرة البحري بصورة طبيعية، أو قد تطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذ الإلتزام أسباب تؤدي إلى إنقضاء عقد السمسرة البحري<sup>1</sup>، وبالرجوع للتشريع البحري الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يتناول هذا الموضوع كلية، حيث لا يوجد أي نص تكلم عن إنقضاء عقد السمسرة البحري، مما يوحي أن المشرع ترك مسألة تنظيمه للقواعد العامة في القانون المدني، مع الإشارة في هذا المقام أن القانون التجاري الجزائري لم يحكم عقد السمسرة عامة رغم أنه من العقود التجارية من جهة ومن المواضيع الهامة وكثير الإستعمال في الوقت الحاضر، فعقد السمسرة البحري إذن خاضع في مسألة إنقضائه لأحكام الشريعة العامة في العقود ومن تم فهو إما أن ينتهي وفقا للطرق العادية لإنهاء العقود المدنية والتجارية، وإما أن ينقضي وفقا للطرق الغير العادية لإنهاء العقود.

### أولا: إنتهاء عقد السمسرة البحري وفقا للطرق العادية:

عقد السمسرة البحري من العقود الزمنية ومن تم فهو إما أن ينقضي بتنفيذ الوسيط البحري للمهمة المكلف بها وهو الطريق العادي والمألوف لإنهاء أي عقد وذلك بتحقيق الهدف المرجو من وراء العقد<sup>2</sup>، كأن يجد السمسار البحري المتعاقد الأخر الذي يرغب في إتمام الصفقة و وفقا لشروط العميل فيتم التعاقد بينهم بمساعي السمسار البحري المبدولة وهذا ما أشارت إليه المادة 586 من ق.م. ج فقرة 1 بنصها على أنه "

<sup>1</sup> - سميحة القيلوبي: شرح العقود التجارية. دار النهضة العربية. القاهرة. طبعة 2. 1992. ص 110.

<sup>2</sup> - عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدني. العقود المسماة في المقابلة. الوكالة والكفالة. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. 1996. ص 94.

تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه "، وذلك بإسقاطنا أحكام عقد الوكالة على عقد السمسرة البحري، كما ينتهي عقد السمسرة البحري بإنقضاء الأجل المحدد لإبرام العقد حيث يمكن أن يكون عقد السمسرة مؤقتاً أو محدد<sup>1</sup>، كأن يطلب من الوسيط البحري البحث عن متعاقد يرضى التعاقد مع العميل لمدة محددة سنة مثلاً من تاريخ إبرام عقد السمسرة البحري وهذا الحكم ما نصت عليه المادة 586 فقرة 2 من ق.م.ج بقولها " .. أو بإنهاء الأجل المعين للوكالة"، وهو من الأسباب العامة لإنقضاء العقود.

كما يمكن من جانب آخر الحديث عن إنقضاء عقد السمسرة البحري قبل أن يقوم الوسيط البحري بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية مع العميل، كما هو الحال في إستحالة التنفيذ بعد شروع هذا الأخير في العمل ولكن أثناء هذا التنفيذ يصبح العمل مستحيلاً مثل صدور قانون يمنع التعامل في الأشياء المتعاقد من أجلها، والإستحالة المطلوبة هنا هي الإستحالة التامة والمطلقة سواء كانت مادية ترجع لأسباب طبيعية أو إستحالة قانونية مصدرها تشريعات جديدة تمنع التعامل في مكان مسموح به سابقاً

حيث نصت على ذلك المادة 307 من ق.م.ج بقولها " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"، ويترتب عن إستحالة تنفيذ العمل المتعاقد عليه والراجع إلى سبب أجنبي إنقضاء الإلتزامات المتقابلة بين المتعاقدان ويفسخ العقد بحكم القانون حسب نص المادة 121 معدلة من ق.م.ج " في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة ويفسخ العقد بحكم القانون"، كما أن المشرع الجزائري قد نص مرة أخرى على هذا السبب في إنقضاء عقد المقاولة في المادة 567 ق.م.ج التي تنص على أنه "ينقضي عقد المقاولة بإستحالة تنفيذ العمل العقود عليه"، ولا يعد هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة فإذا أثبت السمسار البحري أن العمل المعهود إليه قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي فإن العقد يفسخ من تلقاء ذاته، فينقضي إلتزام السمسار البحري بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي وينقضي معه إلتزامات العميل المقابلة وهذا دون حاجة لصدور حكم يقضي بالفسخ وحتى ولو صدر حكم فإنه يكون حكماً مقررماً لهذا الفسخ فقط وليس منشئاً له،

ثم إنه حتى ولو كان السمسار البحري قد بدأ في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه ثم أصبح عاجزاً عن إتمامها لسبب خارج عن إرادته فإنه يستحق تعويضاً عادلاً عن أعماله المنجزة عملاً بأحكام المادة 570 فقرة 3 من ق.م.ج التي تنص على أنه "وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المفاوض في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته"، وكانت الفقرات التي سبقتها في هذا الصدد تتحدث عن واجب رب العمل في دفع قيمة ما تم من أعمال وما أنفق لتنفيذه بقدر النفع الذي تحصل عليه من هذه الأعمال وذلك في

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري: القواعد العامة ( الوسيط في شرع القانون المدني.المقاواة.الوكالة.الوديعة.الحراسة). الجزء 7. دار النهضة العربية. طبعة 1996. ص 845.

حالة وفاة المقاول الذي كانت شخصيته محل إعتبار في العقد وهو سبب أجنبي يؤدي إلى إستحالة تنفيذ العقد.

هناك حالة ثانية من حالات الإنقضاء قبل تنفيذ السمسار البحري للإلتزام المكلف به، هي حالة إفلاس العميل أو السمسار البحري حسب نص المادة 244 من ق.ت.ج في فقرتها 1 التي تنص على أنه " يترتب بحكم القانون على حكم الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان"، فهذا الحكم مستمد من الأحكام العامة للإفلاس التجاري وبناءً عليه فإن إفلاس العميل أو السمسار البحري بعد إبرام عقد السمسرة البحري يؤدي إلى غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، مما يستتبع إنقضاء عقد السمسرة البحري<sup>1</sup>.

أما الحالة الثالثة من حالات الإنقضاء قبل تنفيذ السمسار البحري للإلتزامه هي حالة الفسخ<sup>2</sup>، التي جاءت به المادة 119 من ق.م.ج. التي تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدان بإلتزامته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات"، إذن فالفسخ لا يكون بسبب إستحالة التنفيذ كما هو في الحالة الأولى السالفة الذكر وإنما بسبب إخلال أحد الأطراف بالإلتزامات التي يربتها عليه العقد، حيث يحق للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو الفسخ، وهو ما ينطبق على السمسار البحري والعميل كليهما، بالإضافة إلى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء هذه المخالفة.

ينتهي عقد السمسرة البحري كذلك بإتفاق الطرفين وهو ما يسمى بالتقابل أو الإقالة فيتفق الوسيط البحري مع الموسط على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة حسب نص المادة 106 من ق.م.ج.فقرة 1 التي تنص على أنه " العقد شريعة المتعاقدان، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين"، كما يتفقان في الغالب على إثر هذه الإقالة بتسوية جميع الآثار الناجمة عن هذا العقد أو العمل، وفي حالة العكس فإن قواعد الإثراء بلا سبب هي التي تتكفل بتسوية الحساب بينهما عن طريق القضاء.

جاء المرسوم التنفيذي رقم 522.91 بحالة من حالات إنقضاء عقد السمسرة البحري وهي حالة سحب الترخيص الخاص بمزاولة المهنة من طرف وزير النقل حيث تنص المادة 8 فقرة 7 على أنه " وكل إخلال بإحدى الإلتزامات المذكورة أعلاه، يترتب عليه توقيف رخصة الممارسة أو سحبها"، كما جاء أيضا

<sup>1</sup> - هاني دويدار: النظام القانوني للتجارة. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. طبعة 1. بيروت. ص 754.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. 2003. ص 104.

في المادة 09 منه على أنه " يقرر سحب الترخيص مؤقتاً أو نهائياً وزير النقل، يصدر السحب المؤقت عند إرتكاب مخالفة متعمدة ما ضد التشريع أو التنظيم المعمول بهما أو ضد أعراف المهنة وتقاليدها ويصدر السحب النهائي في حالة تكرار المخالفة"، إذن في حالة سحب الترخيص سواء كان مؤقتاً أو نهائياً تنعدم معه صفة السمسار البحري لمزاولة نشاطه، وذلك طول فترة السحب إذا كان مؤقت وتندم معه الصفة كلياً إذا كان السحب نهائياً مما يستتبع إنتهاء عقد السمسرة وإخلاله تلقائياً، مع الإشارة أن هذه الحالة تشكل سبب من أسباب إخلال السمسار البحري بالإلتزامات الملقاة على عاتقه في عقد السمسرة البحري بينه وبين العميل نتيجة المخالفات المتعمدة التي يرتكبها ضد التشريع والتنظيم المعمول به أو ضد الأعراف والتقاليد الخاصة بممارسة المهنة ما يترتب عليه سقوط حقه في تلقي الأجر أو العمولة من جهة، ومن جهة أخرى ترتيب حق العميل أو المتعاقد الأخر في التعويض عن الضرر الذي قد يلحقه من هذا الإخلال إذا تمكن من إثباته أمام القضاء المختص.

#### ثانياً: إنتهاء عقد السمسرة البحري وفقاً للطرق الغير العادية:

لقد نص المشرع الجزائري على سببين خاصين بإنتهاء عقد المقاولة وهما أولاً تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة والثاني هو موت المفاوض، وهما السببين الذي ينتهي بهما عقد السمسرة البحري بإعتباره عقد يكيف على أنه من عقود المقاولة<sup>1</sup>.

#### أ. إنتهاء عقد السمسرة البحري بالإرادة المنفردة للموسط:

لقد جعل القانون في بعض العقود السلطة لأحد المتعاقدين لإنهاء العقد بإرادته المنفردة، ومن هذه العقود عقد المقاولة فلرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفق من مصروفات وما أنجزه من أعمال ومكان يستطيع كسبه لو أنه أكمل العمل الموكل إليه حسب نص المادة 566 ق.م.ج فقرة 1 التي تنص على أنه " يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفق من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال ومكان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل"، وعقد السمسرة البحري هو حسب الرأي الغالب<sup>2</sup> في الفقه نوع من أنواع عقود المقاولة لذلك فإن أحكام هذا العقد فيما يتعلق بطرق إنتهاءه هي التي تطبق على عقد السمسرة البحري، ولما كانت طبيعة عقد المقاولة تأتي في كون أنه من مصلحة المفاوض تنفيذ العقد الموكل إليه عيناً، وفي مقابل ذلك وفي بعض الحالات تكون من مصلحة رب العمل في عدم تنفيذ العقد، فقد حول المشرع لهذا الأخير سلطة إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة، ورعاية لمصلحة المفاوض خوله المشرع الحق كذلك

<sup>1</sup> - عبد القادر العطير: المرجع السابق.ص.366.

<sup>2</sup> - أحمد بن مدني: المرجع السابق.135.

في الحصول على تعويض عادل عن الأضرار الذي تلحق به مادية كانت أو أدبية عن حقه في إتمام العمل<sup>1</sup>،  
ومما يترتب عن ممارسة الموصل لحقه في إنهاء عقد السمسرة البحري بإرادته المنفردة:

- إنهاء عقد السمسرة البحري فلا يعود كل طرف ملزم بما تعاقد عليه، فلا يلزم الموصل بدفع الأجرة ولا يلتزم السمسار البحري من جهة أخرى بأداء العمل المعهود إليه.
- إلزام العميل بتعويض السمسار البحري عن كل ما أنفقته من مصروفات، كما يلتزم بتعويضه عن ما تم إنجازه من أعمال وعن ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

#### ب. إنهاء عقد السمسرة البحري بموت السمسار البحري:

تقضي المادة 569 من ق.م.ج على أنه "ينقضي عقد المقاولة بموت الماقل إذا أخذت بعين الإعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائياً ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية، إلا إذا لم تتوفر في ورثة الماقل الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل"، إذن فعقد السمسرة البحري بإعتباره نوع من عقود المقاولة، فإنه ينقضي بموت الوسيط البحري ولا ينتهي بموت الموصل أي العميل الذي هو رب العمل ذلك لأن شخصية العميل الموصل ليست محل إعتبار في عقد الوساطة، حيث أنه بخصوص وفات هذا الأخير فإن القواعد العامة هي التي تطبق والتي ترمي لبقاء العقد منتجا لأثاره القانونية، والتي تنصرف عند إذن إلى الورثة وهم الخلف العام للموصل العميل فيحلون محله في جميع الحقوق والإلتزامات طبقاً للمادة 108 من ق.م.ج التي جاء فيها أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، على أن إلتزام الورثة بدفع الأجرة للوسيط البحري تكون في حدود أموال التركة فقط، ويشترط لإنقضاء عقد السمسرة البحري بموت السمسار أي الوسيط البحري أن تكون شخصيته هذا الأخير محل إعتبار في التعاقد وهو ما أكدته المادة 569 من ق.م.ج<sup>2</sup> بنصها على أنه "ينقضي عقد المقاولة بموت الماقل إذا أخذت بعين الإعتبار مؤهلاته الشخصية و قت التعاقد"، هذا بالنسبة للوسيط البحري إذا كان شخصاً طبيعياً أما إذا كان عبارة عن شركة أو مؤسسة فعقد السمسرة البحري ينقضي بإلحلال الشركة مهما كانت أسباب هذا الإنقضاء حتى ولو كان إختيارياً بإتفاق جميع الشركاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن مدني: المرجع السابق.129.

<sup>2</sup> - أحمد بن مدني: المرجع السابق.ص.133.

<sup>3</sup> - عدنان إبراهيم السرحان:الرجع السابق.ص.174.

خاتمة:

من خلال ما تقدم نصل في هذه الدراسة إلى أن السمسار البحري أضح من الركائز الهامة التي تعتمد عليها التجارة البحرية، وأصبح همزة الوصل بين المتعاقدين حيث يساهم بشكل فعال في إبرام العقود البحرية والعقود المتصلة والملحقة بها على اختلاف أنواعها والتي كان من الصعب القيام بها لولا توسطه وذلك لما يتمتع به الوسيط البحري من الخبرة والمعرفة التي يمتلكها في الميدان الذي ينشط فيه، فهو يمارس نشاطا تجاريا خاضع للحصول على ترخيص من وزير النقل يزاوله إما في شكل شخص طبيعي أو في شكل شركة أو مؤسسة إقتصادية خاضعة للقانون الجزائري، حيث يلتزم السمسار البحري مقابل أجر أو عمولة وبموجب وكالة بالعمل كوسيط في إبرام العقود التي تتعلق بنشاطات التجارة البحرية الوطنية أو الدولية دون أن يكون طرفا فيها، تنفيذ هذه المهمة يجعل من الإلتزام المفروض عليه إلتزام ببذل عناية وهي عناية الرجل العادي الممارس لمهنة السمسرة البحرية والذي يتمتع بالمهارة المطلوبة قانونا من شخص يتخذ من الوساطة في العقود البحرية عملا له، الأمر الذي يترتب عليه أن تكون مسؤوليته عقدية في مواجهة العميل المتوسط نتيجة للعقد الذي يجمعهما، في حين تكون هذه المسؤولية تقصيرية في مواجهة الغير.

يستخلص أيضا في دراستنا هذه أن عقد السمسرة البحري ينقضي بأكثر من سبب، فقد ينقضي بالطرق العادية عن طريق تنفيذ الوسيط البحري لإلتزامه العقدي، أو بإنقضاء مدة العقد، أو حتى قبل تنفيذ الوسيط البحري لإلتزامه كإستحالة التنفيذ أو بالإفلاس أو بالفسخ أو بالإتفاق أو بسبب سحب الرخصة الخاصة بمزاولة المهنة هذا من ناحية، من ناحية أخرى قد ينقضي عقد السمسرة البحري بالطرق الغير عادية وذلك عن طريق الإرادة المنفردة للعميل أخذا بمصلحته والذي يترتب عليه تعويض السمسار البحري عن الأضرار التي تلحق به جراء هذا الإنقضاء أو بموت هذا الأخير عندما تكون شخصيته محل إعتبار في عقد السمسرة البحري.

على ضوء دراستنا للموضوع أيضا نقدم بعض الإقتراحات للمساهمة في ضبط الموضوع أكثر من الناحية القانونية، حيث نشير إلى أن المشرع الجزائري في القانون البحري أغفل بعض الجوانب القانونية المتعلقة بالسمسار البحري والتي أخضعها للقواعد العامة، والتي كان من الأجدى و الأجدر تنظيمها في القانون البحري أو في القانون التجاري بكثير من التفصيل وبجوانبها المتعددة خاصة مع زيادة وإنتشار المعاملات المالية التي تتم عن طريق الوسطاء السمسرة البحريون كحالات الرخص ومستلزمات العقد وحالات الإنقضاء.. وغيرها، خاصة في الوقت الحاضر وما يعرفه النشاط التجاري البحري الدولي مما زاد في أهمية هذا العقد وإنتشاره في الحياة اليومية.

قائمة المراجع :

- (1)- الأمر رقم 76-80 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998 و المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري (ق.ب.ج.).
- (2)- الأمر 75-58 المؤرخ 26 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 و القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري (ق.م.ج.).
- (3)- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 26 فبراير 2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري (ق.ت.ج.).
- (4)- المرسوم التنفيذي رقم 91-522 المؤرخ في 15 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 22 ديسمبر 1991 الذي يحدد شروط ممارسة مهام وكيل السفينة و وكيل الحمولة والسمسار البحري.
- (5)- غادة غالب يوسف صرصور: عقد السمسرة بين الواقع و القانون. دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري و القانون التجاري الأردني أطروحة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص. كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية. نابلس فلسطين. 2008.
- (6)- علي البارودي : القانون التجاري. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1986.
- (7)- إيمان فتحي حسن الجميل: أشخاص الملاحة البحرية. الطبعة الأولى. مصر. 2010.
- (8)- محمود شحماط: الموجز في القانون البحري الجزائري. دار بلقيس. الدار البيضاء الجزائر. طبعة 2014.
- أحمد محرز : القانون التجاري. النشر الذهبي للطباعة. طبعة 1. 1996.
- (9)- أحمد بن مدني: الوساطة في المعاملات المالية السمسرة. بحث لنيل درجة ماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية. كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون. جامعة الجزائر. 2002.
- (10)- عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري. مكتبة دار الثقافة و النشر و التوزيع. طبعة 2. 1999.
- (11)- مصطفى كمال طه: العقود التجارية و عمليات البنوك. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2002.

- (12)- عزيز العكيلى: شرح القانون التجارى. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. الجزء 1. عمان. 1998.
- (13)- سميحة القيلوبى: شرح العقود التجارية. دار النهضة العربية. القاهرة. طبعة 2. 1992.
- (14)- عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدنى. العقود المسماة فى المقاولة. الوكالة والكفالة. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط 1. 1996.
- (15)- عبد الرزاق السنهورى: القواعد العامة ( الوسيط فى شرع القانون المدنى. المقاولة. الوكالة. الوديعة. الحراسة). الجزء 7. دار النهضة العربية. طبعة 1996.
- (16)- هانى دويدار: النظام القانونى للتجارة. المؤسسة الجامعة للدراسات و النشر و التوزيع. طبعة 1. بيروت.
- (17)- علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية. 2003.

## الإبلاغ عن الفساد وتبييض الأموال في إطار الصّفقات العمومية

أ.جاوي حورية

باحثة و أستاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

(جامعة ابن خلدون بتيارت) - الجزائر

[houria-39@hotmail.fr](mailto:houria-39@hotmail.fr)ملخص:

إن الفساد مسّ كل جوانب الحياة و كذلك جريمة تبييض الأموال الأمر الذي جعل تظافر الجهود واجبا لا بد منه من أجل ردع المجرمين ، ومكافحة الجريمة أينما كانت من أجل تحقيق الشّعور بالعدالة و الرقي و الازدهار وحتى الامان، خاصة إذا تعلّق الأمر بالصّفقات العمومية و المال العام، ما يجعل التبليغ عن الفساد و تبييض الأموال أمرا ضروريا من قبل كل موظّف مخلص لواجبه المهني و كذلك واجبا مقدسا على كل مواطن علم بالشّروع في الجريمة أو قيام الجريمة المتعلقة بالفساد و تبييض الاموال، أن يخبر السّلطات المختصة للقيام بردع المجرمين و معاقبتهم ، وكذلك الحفاظ على المال العام وازدهار الاقتصاد و رفاه المجتمع ، لكن في المقابل لا بد من ضمانات لتوفير الحماية للمبلغين أو كاشفي الفساد.

Résumé:

**La corruption a touché tous les aspects de la vie, ainsi que le crime de blanchiment d'argent, qui a fait des efforts concertés et la nécessité de devoir, afin de dissuader les criminels, et la lutte contre la criminalité, où qu'ils soient dans le but de parvenir à un sens de la justice et le progrès et la prospérité et même la sécurité, en particulier en ce qui concerne les marchés publics, ce qui rend la dénonciation de la corruption et le blanchiment d'argent est nécessaire par chaque sincère officier de service professionnel, ainsi qu'un devoir sacré de tout citoyen conscient de l'initiation du crime ou le délit de corruption et de blanchiment d'argent, de dire aux autorités compétentes de faire pour dissuader les criminels et les punir, ainsi que de garder l'argent Général et croissance L'économie et le bien-être de la société, mais en contrepartie il doit y avoir des garde-fous pour protéger les lanceurs d'alerte ou les dénonciateurs.**

مقدمة :

تعتبر الصّنفقات العمومية مجالاً خصبا لارتكاب مختلف جرائم الفساد من رشوة ، ومحاباة وغيرها، وكذلك يمكن لها أن تصبح مجالاً خصبا لتبييض العائدات الإجرامية ، وهذا يُهدّد أو يُعَدِم قيام المصلحة العامة و يخلق تراجعاً على مستوى الصّنفقات العمومية و بالتالي ينشأ تخلّفاً إقتصادياً وتراجعا في المستوى الاجتماعي فتكثر البطالة والفقر وتنتشر السرقة و التعدي على ممتلكات الافراد.

كما نعلم أنّ الفساد هو آفة يصعب كِفاحها و كذلك جريمة تبييض الأموال، وهذا نظرا لخطورتها لأنهما من الجرائم التي تُرتكب بشكل سرّي و مُحكم و مُنظّم، فهما من الجرائم العابرة للحدود و يتعلقان بتواجد المال العام الذي يعتبر المادة المعرّية للمجرمين.

تحقيقاً للشعور بالعدالة و ردع المجرمين، لا بد من تضافر الجهود من أجل تحقيق النتيجة في الحد من الجريمة ومكافحتها .

ويعتبر التبليغ عن الفساد و تبييض الأموال وسيلة للقضاء عليهما ، وواجبا مقدّسا يقع على عاتق كل موظّف نزيه محبّ لوطنه ، وواجبا مقدسا على كل مواطن يتمتع بروح المواطنة .

إنّ القانون يعطي الحقّ للموظّفين في الإبلاغ عن الجريمة خاصة تلك المتعلقة بالصّنفقات العمومية والمال العام، كما يتعرّض الموظّف للتأديب أو حتى الطرد أو عقوبات أخرى ، و لقد صادقت الجزائر على إتفاقيات عدّة لمكافحة الفساد، فكان لا بد من حماية المبلّغين عن الفساد وجريمة تبييض الأموال .

فإذا كان للتبليغ دور في مكافحة الفساد في إطار الصّنفقات العمومية ، الأمر الذي يدفعنا لطرح التساؤلات

التالية: ما المقصود بالإبلاغ عن الفساد وتبييض الأموال ؟ و ما وسائله ؟ وما هي ضمانات حماية المبلّغين ؟

## المطلب الاول : الإبلاغ عن الفساد و تبييض الأموال في إطار الصفقات العمومية.

الفساد في الصفقات العمومية هو مجموعة من الأفعال المحرّمة يقوم بها موظّف عمومي قصد تحقيق مصلحة خاصّة ، ما يؤثر سلبا على تنفيذه ، كما يحقق مصلحة كذلك للمبيّض الذي يريد غسل أو تبييض عائداته الإجرامية المتأتية من جرائم أخرى مثل تجارة المخدرات والإتجار بالأعضاء وغير ذلك من الجرائم المنظّمة العابرة للحدود، وهنا لا بد على كل موظّف أو مواطن نزيه أن يبلغ على هذا النوع من الجرائم .

تعتبر من أعمال الفساد، الرّشوة، الإتجار بالوظيفة واستغلالها، وإساءة استعمال السّلطة ، والإثراء غير المشروع و كذلك تبييض عائدات الفساد .

الفرع الاول: مفهوم الإبلاغ عن الفساد و تبييض الاموال.

### أ- تعريف الإبلاغ عن جرائم الفساد و تبييض الأموال :

إنّ التبليغ أو الإبلاغ لغة هو أبلغ يُبلغ ، إبلاغًا ، فهو مُبلِّغ ، والمفعول مُبلِّغ :أبلغه الخبر ، أبلغه بالخبر ، أبلغ الخبر إليه / أبلغ الخبر له أوصله ، أعلمه ، أخبره به ، أبلغ النتيجة للطالب ، أبلغه السلام، أبلغ الشرطة عن المجرم : وشى به إليها<sup>1</sup>.

والتبليغ في مثل قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُبَلِّغُونَ رِسَالَاتِ اللَّهِ وَيَخْشَوْنَهُ وَلَا يَخْشَوْنَ أَحَدًا إِلَّا اللَّهَ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾<sup>2</sup> في هذه الآية نجد أن المبلغين يخافون الله ولا يخافون أحدا سواه فلا تمنعهم سطوة أحد عن إبلاغ رسالات الله<sup>3</sup> ، إذن الإبلاغ عن الجريمة يتطلب الخوف من الله تعالى و الشجاعة وعدم الخوف من المجرمين، و

<sup>1</sup> لسان العرب (محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل)، دار صادر - بيروت.

<sup>2</sup> الآية 39 من سورة الاحزاب .

<sup>3</sup> في تفسير ابن كثير (الآية 39 من سورة الاحزاب).

الإيمان بأنّ ما يقوم به هو محاولة تغيير المُنكر، عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من رأى منكم منكراً، فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))؛ رواه مسلم.

الإبلاغ عن الجريمة في الفقه يقصد به إخبار السلطات العامّة عن وقوع الجريمة والإرشاد

عن مرتكبيها بغية تقديمهم و القبض عليهم تمهيدا لمحاكمتهم<sup>1</sup>.

فالإبلاغ هو تقديم معطيات تؤسّس لقرائن جديّة عن وجود فساد ومساعدة السّلطة المختصة على كشف

الفساد. وليكون التبليغ موجبا للحماية، يشترط توفّر جملة من الشروط الإجرائيّة والشكليّة والموضوعيّة<sup>2</sup>.

نقول أنّ التبليغ هو الكشف عن الجريمة وإظهارها قصد مكافحتها و ردع مرتكبيها و الذي يُبلّغ يسمى

مُبلّغا أو كاشفا للجريمة، وهناك من الباحثين من يُجذب استعمال لفظ الكشف أحسن من التبليغ لأن معناه

قريب من معنى الوشاية، لكن في الحقيقة أنّ التبليغ هو الوصول أو الإيصال أي أنّ الشياء المبلّغ عنه صار بيد

الهيئات المختصة .

ب- تعريف المبلّغ: حسب المشرع التونسي المبلّغ هو كل موظّف عمومي أو أي شخص آخريقوم

عن حسن نية بإبلاغ السّلطات المختصة بمعلومات قصد الكشف عن الفساد في القطاع العام.

ويسمى كذلك بكاشف الفساد و يمكن للمبلّغ أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يبلّغ أو يكشف

أو يُدلي بمعلومات هامة تتعلق بجريمة فساد أو تبييض أموال .

كما للمبلغ حقوقا يتمتع بها تتمثل في:

<sup>1</sup> عن تركي بن عبد العزيز غنيم، التبليغ عن الجريمة في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، جامعة نايف

العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض 2006، ص 23 .

<sup>2</sup> مازن كرشيد، مستشار قانوني بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، النظام القانوني لحماية المبلّغين عن الفساد (على ضوء

القانون الأساسي عدد 10 المؤرخ في 07 مارس 2017 والمتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين) ص 7.

1- ضمان حمايته و حماية أفراد أسرته من أي تهديد أو ترهيب أو غير ذلك مما يسبب له عدم الأمان.

2- الحفاظ على سرية هويته .

3- الإعانة العدلية بخصوص ما يثار ضده من دعاوى .

4- عدم مواجهته بانتهاك سرية المعلومات المتعلقة بمهنته أو وظيفته .

5- مساعدته على تغيير مسكنه أو مكان عمله إذا دعت الضرورة.

### ج- وجوب الإبلاغ عن الجريمة :

لقد نصّ المشرّع الجزائري على ضرورة الكشف عن الجرائم بصفة عامة، خاصة منها تلك المتعلقة بالفساد وتبييض الأموال، و ضاعف عقوبة عدم الإبلاغ عنها لخطورتها حيث نصّ

في المادة 20 من قانون 15-06<sup>1</sup> أنه يتعين على الخاضعين لإبلاغ الهيئة المتخصصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتهب أنّها مُتَّحَصَل عليها من جريمة أو يبدو أنّها مُوجَّهة لتبييض الأموال .

كما نجد أنّ المشرّع الجزائري نصّ على وجوب التبليغ عن جرائم الفساد و معاقبة كل من لا يبلغ عنه وهذا حسب المادة 47 من القانون 06-01<sup>2</sup>

وتناولت المادة 32 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري بأنه يتعين على كل سلطة نظامية أو سلطة عمومية يصل إلى علمها أثناء مباشرة مهام وظيفية خبر جنائية أو جنحة إبلاغ النيابة العامة بغير توان وأن يوافيها بكافة المعلومات و يرسل إليها المحاضر والمستندات المتعلقة بها<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قانون 15-06 مؤرخ في 15 فبراير 2015 يعدل و يتم القانون 05-01 مؤرخ في 6 فبراير 2005 و المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهما ،

<sup>2</sup> القانون 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته،

<sup>3</sup> عن حسين بن عشي، جريمة الامتناع عن إخبار السلطات في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015، ص 308.

## الفرع الثاني : وسائل التبليغ .

أ- كتابيا: و هو أن يكتب المبلِّغ تقريرا مفصلا حول الجريمة المرتكبة و حول مرتكبها و يسلمه بشكل شخصي للهيئات المختصة بمكافحة الجريمة المنظمة و هيئات مكافحة الفساد .

ب- شفويا : يمكن للمبلِّغ أن يتجه إلى مكتب هيئات مكافحة الفساد والجرائم المنظمة و يدلي بأقواله و المعلومات التي بحوزته شفويا .

ج- استخدام وسائل الإتصال : نصت المادة 14 من إتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد على أن يدلي المبلِّغون والشهود والخبراء والضحايا بأقوالهم على نحو يكفل سلامتهم مثل الإدلاء بالشهادة عبر استخدام تقنية الإتصالات .

د- رقم أخضر مجاني : إنّ سهولة استعمال هذا الخط و مجانيته تساعد كثيرا في عمليات الإبلاغ عن الفساد و جريمة تبييض الأموال دون صعوبات و دون خوف .

الفرع الثالث: خصائص و دور الإبلاغ عن جرائم الفساد و تبييض الأموال في إطار الصّفات العمومية.

أ- خصائصه: يتميز التبليغ عن الفساد و تبييض الأموال بجملة من الخصائص تتمثل في :

1- التبليغ عن الفساد هو إلتزام دولي نصت عليه عدة إتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر مثل إتفاقية الأمم المتحدة<sup>1</sup> لمكافحة الفساد ، والإتفاقية العربية لمكافحة الفساد و إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته<sup>2</sup> .

2- يعد التبليغ واجب أخلاقي وإلتزام إجتماعي من الفرد نحو مجتمعه ، ولا يمكن الإعتداد بالسر المهني أو البنكي في مواجهة الهيئة المتخصّصة وهذا حسب المادة 22 من قانون 05-01<sup>3</sup> المتعلق

<sup>1</sup> انظر إتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة 4/58 في دورتها الثامنة .

<sup>2</sup> انظر إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المعتمدة بمابوتو بتاريخ 11 يوليو 2003.

<sup>3</sup> انظر المادة 22 من القانون 05-01 .

بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب .

## ب- دور التبليغ عن الفساد وتبييض الاموال .

ما هو متعارف عليه أنّ الفساد و تبييض الأموال هما من الجرائم الأكثر خطورة ، وهذا من حيث التأثيرات المدمرة على الأفراد والمجتمعات وحتى إقتصاد الدول ، الامر الذي يُكسب عمليات الكشف والتبليغ عن هذه الجرائم الأهمية البالغة في مكافحتها و ردع مرتكبيها و تحقيق تطور وإزدهار في مجال الصّفقات العمومية ، هذه الأخيرة التي تعتبر عصب نمو و تطور أي دولة.

ويتمثل دور التبليغ في ما يلي:

- 1- التقليل من الفساد و القضاء على عمليات تبييض الأموال .
- 2- تحقيق الشّعور بالاستقرار و العدالة الاجتماعية .
- 3- التنفيذ الجيّد للصّفقات العمومية و نجاحتها .
- 4- نشر الوعي بأهمية التبليغ عن الجريمة و التشجيع عليها .
- 5- تخويف و ترهيب الفاسدين و المفسدين و المبيّضين للعائدات الإجرامية من خطر كشف أفعالهم المجرّمة والقبض عليهم .
- 6- يُفسد خطط المجرمين و مُبتغياتهم الدنيئة المتمثلة في حب الإجرام و كسب المال القذر .
- 7- تفعيل دور الرّقابة الإدارية و المالية وبالتالي إزدهار المؤسسات العمومية والحفاظ على المال العام من النهب و الإحتلاس و التبيد .
- 8- نشر روح التضامن و التعاون في أوساط الموظفين والمواطنين في قمع الفساد .
- 9- تجسيد مبادئ الصّفقات العمومية المتمثلة في المنافسة و الشّافية و المساواة .

## المطلب الثاني : حماية المبلّغين عن الفساد و تبييض الأموال .

نصت المادة الرابعة عشرة من إتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد<sup>1</sup> أنه على الدول الأطراف أن توفر الحماية القانونية للمبلّغين والشهود والخبراء والضحايا الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال تجرّمها هذه الإتفاقية ، وتشمل هذه الحماية أقاربهم والأشخاص وثيقي الصلّة بهم من أي إنتقام أو تهريب محتمل ، إن المبلّغين يقومون بدور هام في الوقاية من الفساد و مكافحته ونتيجة لذلك في السنوات الأخيرة ، ظهرت جهود وطنية ودولية لمكافحة الفساد تتضمن تدابير و إجراءات تهدف إلى تشجيع وحماية كل من يكشف عن جرائم الفساد و تبييض الأموال.

إنه لمن الضروري منح الضمانات اللازمة لحماية المبلّغين ، من أجل إشعارهم بالفخر والطمأنينة والراحة النفسية .

### الفرع الأول :عدم الكشف عن هوية المبلّغ .

ضمانا لحماية كاشفي الفساد و تبييض الأموال في إطار الصّفقات العمومية لا بد للهيئات المختصة بتلقي المعلومات الخاصة بالجرائم أن تحرص كل الحرص على سرية المعلومات المتعلقة بالمبلّغين وذلك باستخدام الوسائل التالية :

- 1- إسم مستعار: أن يكون للمبلّغ اسم مستعار يحول دون الكشف عن هويته ، كما يمكن الاستماع إلى المبلّغ كشاهد أمام الجهات القضائية التي يجب عليها أخذ ما يلزم من التدابير الأساسية لحماية سرية هويته تجاه الغير .
- 2- تغيير مكان الإقامة: إذا تعرض المبلّغ للتهريب والتهديد أن تُيسر له عملية تغيير الإقامة مع ضمان الحماية له و لأفراد أسرته ،

<sup>1</sup> انظر الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010.

3- مساعدته على تغيير مكان العمل: حتى لا يتعرض لمضايقات من طرف مسؤوليه .

4- تمكين المبلّغ من أن ينتفع من الحماية: وهذا من كل ترهيب و تخويف أو تمييز،

أو من أي متابعة جزائية أو أي إجراء آخر يسبب له أضرارا نفسية أو مادية .

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا تتم حماية من يقدم معلومات خاطئة عمدا بقصد الإضرار بالغير .

### الفرع الثاني : الحماية على مستوى هيئات مكافحة الفساد.

على الهيئات المختصة في تلقي المعلومات مثل هيئة مكافحة الفساد أو خلية معالجة الاستعلام المالي (CTRF) أن تحرص كل الحرص على ضمان عدم تسرب المعلومات التي تتعلق بهوية المبلّغين وأماكن تواجدهم ويتم ذلك عن طريق :

1- الملف له رقم سري : يجب أن يكون للملف المتعلق بالمبلّغ رقما سريا يمنع التعرف

على هويته و مكان إقامته وغير ذلك من المعلومات التي تخصه.

2- معاقبة من يكشف عن هوية المبلّغ: على الدول أن تحرص على معاقبة و ردع كل من

يساهم في عملية تسريب معلومات تتعلق بالمبلّغين عن تبييض الأموال أو كاشفي الفساد في إطار الصّفقات العمومية.

3- معاقبة من يلجأ إلى الإنتقام من المبلّغ و ترهيبه : لقد نصت المادة 45<sup>1</sup> من قانون

مكافحة الفساد على تسليط عقوبة الحبس من ستة أشهر الى خمس سنوات و بغرامة من 50.000

الى 500.000 دج كل شخص يلجأ الى الإنتقام أو الترهيب أو التهديد بأية طريقة كانت أو بأي

شكل من الأشكال ضد الشهود أو الخبراء أو الضحايا أو المبلّغين أو أفراد عائلاتهم وسائر

الأشخاص وثيقي الصلة بهم .

<sup>1</sup> انظر المادة 45 من القانون 06-01.

نلاحظ أن الحماية شملت المبلغين وأقاربهم أيضا و هذا ضمانا لسلامتهم و تشجيعا لعمليات الإبلاغ عن جرائم الفساد و عمليات تبييض الأموال .

كذلك ضرورة إتخاذ الإجراءات العقابية بحق كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية أو بأماكن تواجد المبلغين و هذا حسب المادة 14<sup>1</sup> من إتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد.

4- **معاقبة الممتنع عن التبليغ عن الجريمة** : يُعد الموظف أو المواطن شريكا في الجريمة إذا كان على علم بالشروع في الجريمة أو ارتكابها خصوصا إذا كان قادرا على التبليغ والكشف عن الجريمة ، و قد يعجز أو يفشل في الإبلاغ عن الجريمة إما عن قصد أو تقصيرا ، و في كلتا الحالتين يكون مسؤولا عن عدم الإبلاغ عن الجريمة .

وهناك صورتان لعدم الإبلاغ :

أ- **خوفا من الجماعة** : هنا يمكن للموظف أن يصمت و يمتنع عن كشف الفساد في الصفقات العمومية ، أو أن يصمت إذا رأى أن هناك مؤشرات وأدلة تدل على أن هناك تعقيدات غير مبررة أو إجراءات غير واضحة تدل على أن هناك شيئا ما يحدث بطريقة غير طبيعية تتعلق بعمليات تبييض الأموال ، وهذا الامتناع سببه الخوف من تعرضه للتهديد أو القتل أو غير ذلك من الجماعة المجرمة ،

ب- **تواطؤا مع الجماعة**: قد يمتنع الموظف الكاشف للفساد و عمليات تبييض الأموال في إطار الصفقات العمومية و ذلك مع توفر القصد الجنائي الدال على تواطئه و اشتراكه في الجريمة بمقابل سواء كان ثمن سكوته رشوة مُغرية أو هدية متمثلة في سيارة فخمة أو غير ذلك من الهدايا التي لا تتناسب مع راتب الموظف، ما يدل على أنه قبض الثمن مقابل سكوته عن الفساد و تبييض الاموال، و يعتبر التواطؤ أخطر فعل مُجرم يساعد إلى حد كبير على تسهيل و تيسير عمليات تبييض الاموال في إطار الصفقات العمومية .

<sup>1</sup> انظر المادة 14 من إتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون 05-01 المتعلق بجريمة بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب على معاقبة كل خاضع<sup>1</sup> يمتنع عمدا و بسابق معرفة، عن تحرير أو إرسال الإخطار بالشبهة بغرامة من 100.000 الى 1.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد و بأية عقوبة تأديبية أخرى .

نص المشرع الجزائري في المادة 33 من نفس القانون السابق المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال على أنه يعاقب مسيرو وأعوان الهيئات المالية الخاضعون للإخطار بالشبهة الذين أبلغوا عمدا صاحب الأموال أو العمليات موضوع الإخطار بالشبهة بوجود هذا الإخطار أو أطلعوه على المعلومات حول النتائج التي تخصه بغرامة من 200.000 الى 2.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد و بأية عقوبة تأديبية أخرى .

وحسب المادة 181 من قانون العقوبات الجزائري 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 الى 100.000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها و لم يخبر السلطات فورا .

كذلك بالنسبة للإبلاغ عن جرائم الفساد نجد أن المادة 75 من قانون مكافحة الفساد 06-01 تنص على أنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة من 50.000 الى 500.000 كل شخص يعلم بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة او المؤقتة بوقوع جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون و لم يبلغ عنها السلطات العمومية المختصة في الوقت الملائم، من خلال هذه المادة نرى أنّ المشرع الجزائري أوجب التبليغ وفق شروط تتمثل في :

1- أن يبلغ عن أية جريمة فساد علم بوقوعها بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة معناه لا يمكن

الإمتناع عن التبليغ إذا كان موظفا مؤقتا وأن يكون التبليغ للهيئات المختصة .

2- أن يكون التبليغ في الوقت الملائم أي الوقت الذي يساعد الهيئات المختصة على القبض على المجرمين

و كذلك قبل وقوع الخسائر .

\*1 خاضع: الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الذين يجب عليهم القيام بالاخطار بالشبهة.

كما أن المشرع ضاعف من عقوبة عدم الإبلاغ عن جرائم الفساد مقارنة بتبليغه عن الجرائم الأخرى و هذا دليل على خطورة جرائم الفساد على الدولة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية و حتى السياسية .

### الفرع الثالث: تحفيز المبلغين.

من أجل تحقيق التعاون مع الدولة لمكافحة جرائم الفساد وتبييض الأموال أن تُستعمل الجوانب المالية مثل المكافآت و غيرها من أجل تحفيز المواطنين والموظفين والعاملين في مجال الرقابة سواء الرقابة المالية أو الإدارية أن يبلغوا عن الجريمة و يكشفوا عن نوايا و أفعال هؤلاء المجرمين الذين يسعون دائما لتحقيق المصلحة الخاصة والربح على حساب المصلحة العامة واستقرار الدول وازدهارها.

هناك عدة طرق للتحفيز نذكرها فيما يلي :

- 1- المبلغ يحمي مال الدولة له الحق في مبلغ مالي لذلك يجب على المختصين تقديم مكافآت مالية معتبرة تُسعدهم و تُعوضهم عن ما تعرضوا له من خوف أو تهيب أو غير ذلك .
- 2- الاستفادة من إمتيازات أخرى مثل الحق في السكن و الحصول على عمرة أو المساعدة على الذهاب لأداء مناسك الحج، ما يجعلهم يشعرون أنهم قدموا شيئا مفيدا للوطن .
- 3- الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها حسب سرعة الإبلاغ عن الجريمة وهذا يتعلق إذا كان المبلغ طرفا في الجريمة ثم تخلف عن الجماعة وأبلغ عن الفعل المجرّم فهنا يجازى بالإعفاء أو التخفيف للعقوبة .

و تكمن الحماية الكافية للمبلغين عن المخالفات ( إخفاء الهوية أو حماية الشهود)إنشاء مكافآت مناسبة<sup>1</sup> للمعلومات.

<sup>1</sup>Minnaar, Anthony. "A symbiotic relationship? Organised crime and corruption in South Africa." Unpublished conference paper, presented at the 9th International Anti-corruption Conference (Durban). 1999.P9

وتكريم كاشفي الفساد تكريماً علنياً يحفز الآخرين على القيام بمثل هذه الخطوات الجريئة<sup>1</sup>.

كما نص المشرع التونسي في قانون حماية كاشفي الفساد على المكافأة المالية التي يستحقها المبلغون لأنهم منعوا ارتكاب جريمة فساد في القطاع العام و كشفوا عن عملية فساد واسترداد الاموال.

### خاتمة :

وفي الختام نقول أن الإبلاغ عن الجريمة واجب وإلتزام أخلاقي نصت عليه الاتفاقيات الدولية وجل التشريعات، وهذا تجسيدا للنزاهة و مكافحة الفساد و جرائم تبييض الأموال و ردعا للمجرمين والكشف عن خططهم الإجرامية، من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية و الشعور بالأمن وتشجيعا للمنافسة الشريفة في إطار الصّفقات العمومية التي تعتبر أساس حماية المال العام من التبييد والاختلاس.

ومقابل ما سبق ذكره لا بد من ضمانات لحماية كاشفي الفساد و تبييض الأموال، في سياق الحد من الفساد و تشجيعا لعمليات الإبلاغ عن الجريمة .

ونظرا لأهمية الكشف عن الفساد في إطار الصّفقات العمومية أصبحت حماية المبلّغين من إهتومات التشريعات في العالم، لما لهم من دور فعال في الوقاية من جرائم الفساد وملاحقة المجرمين.

إنّ امتناع البعض عن التبليغ يتطلب المبادرة من الدولة تعزز من أهميته و دوره الفعال في مكافحة الفساد و الجريمة المنظمة، ويتحقق هذا من خلال إجراءات و مبادرات تحميه من أي تعسف أو تمييز أو تهريب، و تشعره بالفخر و الاعتزاز والأمان .

إذن المساعدة على التبليغ عن الفساد وحماية المبلّغين هو تعزيز للكشف عن مواطن و بؤر الفساد، و ردع لمرتكبيه وتكريس مبدأ النزاهة والشفافية والمساواة والواجبات التي تليها المواطنة و حب المهنة والاخلاص لها.

<sup>1</sup> فاطمة خليفة، إقتراح قانون حماية كاشفي الفساد: تشجيع كشف الفساد أم تقنينه؟، مجلة المفكرة القانونية، العدد 40، 2016، ص13.

قائمة المراجع:

- 1- الآية 39 من سورة الاحزاب .
- 2- تفسير ابن كثير (الآية 39 من سورة الاحزاب).
- 3- لسان العرب(محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل)، دار صادر - بيروت.
- 4- تركي بن عبد العزيز بن غنيم ،التبليغ عن الجريمة في النظام السعودي(دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ،كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية،الرياض2006.
- 5- مازن كرشيد ، مستشار قانوني بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ،النظام القانوني لحماية المبلّغين عن الفساد (على ضوء القانون الأساسي عدد 10 المؤرخ في 07 مارس 2017 والمتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلّغين).
- 6- عن حسين بن عشي ،جريمة الامتناع عن إخبار السلطات في التشريع الجزائري،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع،سبتمبر 2015.
- 7- فاطمة خليفة ،إقتراح قانون حماية كاشفي الفساد: تشجيع كشف الفساد أم تقنيه؟،مجلة المفكرة القانونية،العدد40 يوليو 2016.
- 8- قانون 15 -06 مؤرخ في 15 فريارة 2015 يعدل و يتمم القانون 05-01 مؤرخ في 6 فبراير 2005 و المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهما ,

- 9- القانون 06-01 الّرخ في 20 فبراير 2006 يتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته,
- 10- إتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4/58 في دورتها الثامنة.
- 11- الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010.
- 12- إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المعتمدة بمابوتو بتاريخ 11 يوليو 2003.
- 13- **Minnaar, Anthony. "A symbiotic relationship? Organised crime and corruption in South Africa." Unpublished conference paper, presented at the 9th International Anti-corruption Conference (Durban). 1999.**