UNIVERSITE MOHAMED EL BACHIR EL IBRAHIMI
BORDJ BOU ARRERIDJ

مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية محكمة سداسية

تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البشير الإبراهيمي -برج بوعريريج-

الجزائر

الجلد 6 العدد 2 ديسمبر 2021

ر د م 2477-9970

مجلة البيبان

للدراسات القانونية

والسياسية

مجلة البيبان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية سداسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة برج بوعريريج

مدير النشر الشرفي:

أ.د، بوبترة عبد الحق – رئيس جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج.

مدير المجلة:

أ.د، فرشة كمال – عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

رئيس التحرير:

د، لخضر رفاف – أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

نائب رئيس التحرير:

أ، رفيق زاوي – أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

مستشار التحرير:

أ، عياش حمزة – أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

أمانة التحرير:

أ، عجيري عبد الوهاب – أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

أ، عاشور ميلود – كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعريريج.

اللجنة العلمية للمجلة (محرر مساعد)	
أ.د اقلولي محمد	جامعة تيزي وزو، الجزائر
أ.د طالبي حليمة	جامعة عنابة، الجزائر
أ.د سرور محمد	جامعة البويرة، الجزائر
أ.د ضيف الله عقيلة	جامعة الجزائر 03، الجزائر
د. بن مرزوق عنترة	جامعة المسيلة، الجزائر
د. الكر محمد	جامعة الجلفة، الجزائر
د.دخان نور الدين	جامعة المسيلة، الجزائر
د. آيت منصور كمال	جامعة بجاية، الجزائر
د. إقروفة زبيدة	جامعة بجاية، الجزائر
أ.د زوايمية رشيد	جامعة بجاية، الجزائر
د. شرون حسينة	جامعة بسكرة، الجزائر
د. سامية يتوجي	جامعة بسكرة، الجزائر
د. فرحاوي عبد العزيز	جامعة سطيف –2–، الجزائر
أ.د بلمامي عمر	جامعة سطيف –2– ، الجزائر
د. جدي الصادق	جامعة سطيف –2–، الجزائر
أ.د. فرشة كمال	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. دوار جميلة	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
أ.د. هدفي العيد	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. ميهوب يزيد	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. حسين بن داود	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. خضري محمد	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. ماني عبد الحق	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
د. البشير بن يحي	جامعة برج بوعريريج، الجزائر
أ.د محمد نعمان سعيد النحال	الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين
أ.د جابر سعيد عوض	جامعة القاهرة، مصر
أ.د عماد خليل ابراهيم	جامعة الموصل العراق

مقاييس وشروط النشر

- ترسل المقالات المقترحة لهيئة أمانة التحرير لترتيبها وتصنيفها.
- تعرض المقالات على اللجنة العلمية لتحكيمها.
- تحرر المقالات باللغة العربية أو الفرنسية أو الأنجليزية ويتعين على أصحابها مراعاة أبجديات المقال الأكاديمي.
- يذكر صاحب المقال اسمه ولقبه ورتبته العلمية وصفته ومؤهلاته المهنية.
- يجب ألا يكون المقال قد سبق نشره أو قدم إلى مجلة أخرى.
- ترتب المراجع في نهاية المقال حسب الطرق المنهجية المتعارف عليها ووفقا للتسلسل العلمي المنهجي " **كل صفحة غير مسترسل**" **(Not de bas de page à recommencer chaque page)**
- ترفق المقالات بملخصين لا يتجاوز **15** سطرا، واحد بلغة المقال والثاني بالغة العربية أو الأنجليزية أو الفرنسية حسب لغة المقال مع ذكر الكلمات المفتاحية.
- لا تقل المقالات عن 10 صفحات ولا تتجاوز المقالات 30 صفحة.
- تكتب المقالات على ورقة 21 سم × 29 سم والهوامش 02 يمين ويسار و2.5 أعلى وأسفل الصفحة ومقاس الكتابة بصيغة خط: **Traditional Arabic** حجم 18 بالنسبة للمتن و14 بالنسبة للهوامش وبصيغة **Times New Roman** بالنسبة للغات الأجنبية حجم 14 بالنسبة للمتن و12 بالنسبة للهوامش.
- تكتب العناوين بخط سميك في أول السطر، وتترك مسافة **1** في أول كل فقرة جديدة.
- يكتب في رأس الصفحة (**En-téte**) اسم ولقب المؤلف ثم ترك مسافة ثم عنوان المقال.
- **التهميش وقائمة المراجع:**

أولا– توثيق القوانين ترتب حسب قوتها ثم من الحديث إلى الأقدم كما يلي: (الدستور، الإتفاقيات، القوانين العضوية، القوانين العادية، الأوامر، المراسيم، التعليمات، ...)

ثانيا– توثيق الكتب

يتم كتابة المراجع في التهميش وترتيبها في قائمة المصادر والمراجع حسب الأحرف الهجائية للقب الكاتب مع إهمال (أل) التعريف في الترتيب.

– المؤلف، العنوان، دار النشر، الطبعة –إن وجدت–، المدينة والبلد، السنة، الصفحة (ص).

تنسحب هذه القاعدة على الكتب والتقارير التي تصدرها الهيئات والمنظمات الرسمية والجمعيات.

ثالثا: المذكرات والأطروحات العلمية: المؤلف، العنوان، نوع البحث، الكلية والجامعة، تاريخ المناقشة، الصفحة (ص).

رابعا – توثيق الدوريات والملتقيات

– **المقالات**: المؤلف، العنوان، المجلة، المؤسسة المصدرة للمجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).

– **أشغال الملتقيات**: إسم ولقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة.

خامسا– توثيق المواقع الالكترونية:

اللقب، الإسم، عنوان المقال، تاريخ النشر، الموقع المختصر عبر https://bitly.com، تاريخ التصفح.

ملاحظة:

– إذا كان مرجع مذكور سابقا نكتب: المؤلف، مرجع سابق، ص. **أو**: المرجع نفسه، ص... في حالة تتابع المرجع دون فاصل بينهما.

– العلامات آخر الكلمة كالنقطة والفاصلة وغيرها تكون ملاصقة لها، وكذلك حرف الواو أول الكلمة، مثال: (مجلة البيان؛... ومجلة الحقوق)

- ترسل أو تودع المقالات بأمانة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريريج مطبوعة في نسخة ورقية **أو** على البريد الالكتروني للمجلة واحدة بصيغة (**WORD**) والثانية بصيغة (**PDF**) المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.
- تملك المجلة حقوق نشر المقالات المقبولة ولا يجوز نشرها لدى أيه جهات أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي منها.

لا تنشر المقالات التي لا تتوافر على مقاييس البحث العلمي أو مقاييس المجلة المذكورة.

وتحرص المجلة على عدم نشر الأبحاث التي تتعارض مع القيم والمبادئ المعمول بها في الجزائر، أو ما يتعارض تصريحاً أو تلميحاً مع فلسفة الجامعة الجزائرية، أو أخلاقيات النشر العلمي؛ مع ما يجدر التنبيه إليه من أنّ مضامين الأبحاث وأفكارها المنشورة في المجلة تعبّر عن آراء أصحابها، ولا تتحمل المجلة مسؤولية المضامين الفكريّة المنشورة فيها، وأنّ لهيئة التحرير الحق في إجراء أية تعديلات شكلية بما يتناسب وتعليمات المجلة ذات الصلة، وأن المجلة لا تتقاضى أية رسوم مالية مقابل تحكيم أبحاثكم ونشرها.

ولمزيد من المعلومات التفصيليّة حول تعليمات النشر: شكلا ومضمونًا، يرجى الإتصال بهيئة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسيه برج بوعريريج العناصر، أو الاتصال على الهاتف: **00213.35.81.68.85**، أو على الفايبر/ واتساب: **00213.660.49.78.50**

المقالات المنشورة لا تعبر بالضرورة على رأي المجلة

للاتصال: كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد البشير الابراهيمي – برج بوعريريج
الهاتف : 00.213.35.81.68.85
البريد الالكتروني: revue_droit@univ-bba.dz

الفهرس

الرقم	عنوان المقال	الصفحة
01	اللجنة العلمية للمجلة	03
02	مقاييس وشروط النشر	04
03	فهرس العدد	07
11	**الحماية القانونية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري** **The legal protection for the intellectual property in the electronic trade environment within the Algerian legislation** **د/ بن صابر فتيحة** **كلية الحقوق والعلوم السياسية** **جامعة مصطفى إسطمبولي معسكر – الجزائر–**	167
12	**الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته** **National Commission for the Prevention and Control of Corruption** **أ/ رابح روابحية** **كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة، الجزائر**	185
13	**تفويضات الهيئات التابعة للجماعات الإقليمية** **Mandates of regional community bodies** **د/ رضا بوشقورة** **جامعة العربي التبسي، تبسة – الجزائر–** **ط.د/ تقي دغبوج** **جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس– الجزائر–**	207

14	**تطهير العقار الفلاحي وفق المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018** **ط. د/ نوردين مسلي** **جامعة محمد الشريف مساعدية – سوق أهراس – الجزائر–**	226
15	**الحصة بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفقا للقانون التجاري الجزائري** **The share to work in the limited liability company in the Algerian Commercial Law** **ط.د/ مزوز صورية، جامعة الجيلالي ليابس – سيدي بلعباس –**	246
16	**رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية (دراسة تحليلية مقارنة)** **د. ياسر مبارك رابح مصطفى، د. توفيق قريب الله نمر** **كلية القانون، جامعة البحر الأحمر –السودان–.**	266

الحماية القانونية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري

The legal protection for the intellectual property in the electronic trade environment within the Algerian legislation

د/ بن صابر فتيحة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مصطفى إسطمبولي معسكر – الجزائر–

ملخص:

أدى التطور التكنولوجي وظهور التجارة الالكترونية معاً إلى استحداث صور جديدة للملكية الفكرية، بحيث تطورت من مصنفات تقليدية مكتوبة ومطبوعة إلى مصنفات رقمية في شكل الكتروني متاحة على الشبكة العنكبوتية العالمية، إمّا كلياً ومجاناً أو جزئياً ومحمية بنظام آلي في سبيل الاطلاع عليها أو الترويج والإعلان عن بيعها كالكتب الالكترونية وبرامج الحاسوب، وهذا ما سهل عملية الحصول عليها وانتهاكها عن طريق القرصنة أو الاختراق، ويُعرف بوصفه تعديّاً على حقوق الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية وما آثار إهتمام الخبراء ورجال القانون حول سبل حمايتها من التعدّي.

والمشرع الجزائري أولى حماية جنائية ومدنية لها بحيث أعطى الجرائم الواردة عليها وصف جنحة التقليد ومن ثم تترتب عليها عقوبات صارمة فضلاً عن تعويضات مدنية

الكلمات المفتاحية: الملكية الفكرية، جريمة التقليد، النشر الالكتروني، الجريمة الالكترونية.

Abstract:

The technological development, with the emergence of the electronic trade, hassled to the introduction of new ways of the intellectual property; the traditional written and printed works have been transformed into digital ones available on the internet, either totally or partially free, and some of them are automatically protected to be retrieved, sold, or thriven like: the electronic books or computer applications, All these items are easy to be hacked electronically, so the intellectual property is

violated in the light of the electronic trade. This has raised the experts and magistrates' interest for protecting them.

The Algerian legislator has given a criminal and civil protection, and he describes the crime, related to this field, as counterfeiting misdemeanour followed with severe penalties, besides civil compensations.

Key words: the intellectual property, the crime of counterfeiting, the electronic publishing, the electronic trade.

مقدمة:

بعد ظهور عصر العولمة والتقدم التكنولوجي والتوجه نحو الرقمنة حصل تغير جذري على مستوى مجالات عدّة، اقتصاد، عدالة، تعليم... وأصبحت معظمها تعتمد على المجال الالكتروني، ومن بين القطاعات التي تأثرت بهذه التغيرات التجارة التي تطورت من الشكل التقليدي إلى الشكل الالكتروني، وبفعل ظهور الشبكة الدولية العنكبوتية للأنترنت أصبح الترويج للتجارة وتسويقها وحتى التبادل فيها عن طريق الانترنت أكثر مرونة مما كانت عليه.

كما مس التطور التكنولوجي مجال المعلومات التي لم تعد قاصرة على الكتاب الورقية فحسب، بل تعددت إلى أنواع متطورة كالكتاب الرقمي ومواقع بيع للكتب الالكترونية أو لبرامج الكمبيوتر عبر الانترنت وفي مجال التجارة الالكترونية، وعلى قدر ما كان هذا التطور إيجابياً سواءً من حيث تسهيل التجارة بالنسبة لصاحب الملكية الفكرية من جهة أم في حصول المستهلك عليها من جهة ثانية، مما أدى الى زيادة مخاطر الجرائم الواردة عليها في شكل متطور، وظهور العديد من صور التقليد المصنفات الأدبية والفنية عن طريق القرصنة أو الاختراق وغيرها من الجرائم المعلوماتية.

وهذا ما جعل معظم الدول تعدّل قوانينها وتشدد العقوبة على مرتكبي جرائم على أعمال الملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي وضع حماية قانونية على هذه الحقوق من أجل حماية حقوق الملكية الفكرية من الاعتداءات بأي وسيلة كانت.

أهمية الدراسة: وتكمن أهمية موضوع الدراسة في العديد من المواضيع الراهنة نظرا لانتشار تسويق الملكية الفكرية عبر التجارة الالكترونية وخاصة في ظل جائحة كورونا، ووجود عدة إشكالات وغموض حول حمايتها، لذا كان الهدف من الدراسة هو تسليط الضوء حول الطبيعة القانونية للملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية والحماية المقررة لها من قبل المشرع الجزائري.

إشكالية الدراسة : تنطلق من محاولة الإجابة على الأسئلة الآتية:

هل توجد حماية قانونية للأعمال الفكرية الواردة في بيئة التجارة القانونية في التشريع الجزائري؟ وما نوع هذه الحماية وما نوع التشريع الخاص بحمايتها؟

هيكلية الدراسة: وللإجابة على هذه الإشكالية وتحليل جزئيات البحث قمنا بتقسيم الموضوع إلى مبحثين في الأول دراسة الحماية الجزائية للحقوق الملكية الفكرية الواردة في بيئة التجارة الالكترونية، وفي المبحث الثاني قمنا بدراسة الحماية المدنية للحقوق الملكية الفكرية الواردة في بيئة التجارة الالكترونية، متبعين المنهج التحليلي في الدراسة.

المبحث الأول: الحماية الجنائية للملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري

نظم المشرع الجزائري حماية جنائية على الجرائم الواردة على الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، بحيث قرر تدابير عقابية قمعية على كل من يعتدي على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، ونظمها في الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وكيف الجريمة المرتكبة بوصف جنحة التقليد، ومن هذا المنطلق سنتطرق إلى الجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية العقوبات المقررة لها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أعمال الملكية الفكرية المعروضة في إطار التجارة الالكترونية والجرائم الواردة عليها

توجد العديد من الأعمال التي تعرض على الانترنت في إطار التجارة الالكترونية والتسويق الالكتروني،

بحيث الاعتداء عليها يعد اعتداء على الملكية الفكرية المحمية قانونا وجريمة يحميها القانون، ومن هذا المنطلق سنتطرق أولا إلى ذكر بعض الأعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية ثم إلى الجرائم الواردة عليها فيما يلي:

أولا: نماذج أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية

مع ظهور شبكة الانترنت وبروز التجارة الالكترونية اتجه العديد من تسويق منتجاتهم المادية أو الفكرية الكترونيا بما فيهم المؤلفين وأصحاب البرامج وغيرها من الأعمال، ومن بين أكثر الأعمال شيوعا في مجال التجارة الالكترونية نذكر:

1. المصنفات الرقمية:

يقصد بالمصنفات الرقمية بأنها المصنف الإبداعي العقلي الذي ينتمي إلى تقنية المعلومات، والذي يتم التعامل معه بشكل رقمي، ومن بينها:[1]

- **برامج الحساب الآلي:** وهي مجموعة من التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة تسمح بتنفيذ مهمة معينة، وتنقسم إلى برامج تشغيل تؤدي وظيفة تشغيل الحساب وبرامج تطبيقية لمعالجة المشاكل الخاصة لمستخدمي الحاسوب مثل تطبيق تنظيم عمل إحدى الشركات.
- **قواعد البيانات:** وهي عبارة عن بيانات ومعطيات تم تجميعها وترتيبها في شكل رقمي عن طريق بذل جهد فكري ومادي وتشمل النصوص والصور والأصوات المحفوظة رقميا.

2. عقد النشر الالكتروني:

يعدّ النشر الالكتروني آلية حديثة لاستغلال المصنفات الأدبية والفنية، ويعرف حسب فقهاء القانون بأنها استخدام التقنيات الحديثة في كافة عمليات توليف وترقيم المصنفات، وإتاحتها أو بثها من خلال الوسائط الالكترونية لاسيما الشبكة الانترنت أو أي تقنية أخرى مستجدة بصورة مباشرة أو غير مباشرة للجمهور وبعد إذن المؤلف أو صاحب الحق"

[1]- بقنيش عثمان، مصطفى هنشور وسيمة، حماية الملكية الفكرية عبر الانترنت في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 01، العدد 02، ص 362-363.

ويعرف بأنه توزيع المعلومات عبر شبكة حاسوبية أو تحميل المعلومات على أحد الوسائط الالكترونية المشغلة من طرف الحاسوب" [1]

وعرف المشرع الجزائري بمقتضى المادة 84 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه: " العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر وذلك في شكل طباعة خطية أو سمعية أو سمعية بصرية."[2]

ويعدّ عقد النشر الالكتروني من بين عقود التجارة الالكترونية حسب ما نصت عليه الاتفاقية الدولية للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1969.[3]

ثانيا: الجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية

توصف الجرائم الواردة على اعتمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية بأنها اعتداء على الحق الأدبي للمؤلف، ومن بين المؤلفات التي يتم الاعتداء عليها في إطار التجارة الالكترونية نجد البرامج والمصنفات الأدبية، ويكون ارتكاب الجريمة عليها في الشكل الآتي: [4]

1) الكشف غير المشروع عن البرامج:

يكون الكشف المشروع للبرامج عن طريق كشفها للعلن دون إذن من مالكها عن طريق كسر حماية البرنامج باختراقه والحصول على الشفرة السرية للبرنامج، أو عن طريق قرصنة الرقم التسلسلي للنسخة من البرمجة.

[1]- عجة الجيلالي، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2015، ص 248

[2]- الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، الجريدة الرسمية العدد 44.

[3]- عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 249.

[4]- نايت أعمر علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2015/2014، ص 80-81.

2) التعديل في مشروع البرنامج دون إذن المؤلف والمساس بسلامته

أحيانا قد يكون التعدي على حقوق المؤلف عن طريق التعديل في البرنامج والمساس بسلامته، سواء عن طريق تغير في الإجراءات البرنامج أو الحذف أو الإضافة في البرنامج من شخص آخر دون إذن مالكه.

3) استنساخ البرنامج دون إذن المؤلف

يعدّ اعتداء على حقوق المؤلف إذا تم استنساخ البرنامج دون إذن صاحبه ويكون في شكل نسخ عدد أكثر مما هو متفق عليه مع المؤلف، أو بطريقة الاقتباس أو التشويه عن طريق حذف أجزاء من البرنامج، أو عن طريق النسخ باسم المؤلف الحقيقي أو باسم شخص آخر إما اسم الجاني أو اسم مستعار.

ويسمح عملية النسخ عن طريق نسخ نسخة واحدة في حالتين وهما: الأولى بغرض استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من اجله ووفقا للشروط التي كانت قائمة عند اكتسابه، أما الثانية فتكون في حالة النسخ لتعويض نسخة مشروعة الحيازة من البرامج وذلك بغرض التوفيق أو خشية ضياعه، أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال.[1]

المطلب الثاني: التكييف القانوني للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية والعقوبات المقررّة لها

كيف المشرع الجزائري الأفعال المجرمة الماسة بحقوق المؤلف على أنها جنحة، ووصف الاعتداء على انه تقليد ومن هنا نصبح أمام "جنحة تقليد" التي نص عليها في الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف، وكما جرم المشرع الجزائري هذه الأفعال قرر عقوبات جزائية على كل من يرتكبها، سنتطرق إليها فيما يلي:

أولا: التكييف القانوني للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية

وصف المشرع الجزائري الجرائم الواردة على حقوق الملكية الفكرية بأنها جنحة تقليد حسب نص المادة 151 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف حيث نصت على انه " يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال الآتية:

[1]- المادة 52-53 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

- الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة المصنف أو أداء الفنان أو العازف.
- استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة.
- استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء.
- بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء.
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء"

ووفقا للمادة المذكورة أعلاه ولأنواع الأعمال الملكية الفكرية في ظل التجارة الالكترونية نجدها تحمل نفس الوصف وهو جنحة التقليد ومن هذا المنطلق سنعطي لمحة تعريف الجنحة وشروطها وأركانها فيما يلي:

1.تعريف جنحة التقليد:

لم يعرف المشرع الجزائري جنحة التقليد في معنى واضح وإنما حدد الأفعال المجرمة لها والتي تم ذكرها أعلاه، بينما الفقه أعطى عدّة تعاريف للجريمة نذكر منها:

عرفها الفقيه عبد الرازق السنهوري بأنها كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق الآتيف في مصنفات الغير واجبة الحماية. [1]

وتعرف بأنها كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق المؤلف في المصنفات الواجب حمايتها أي كانت طريقة الاعتداء أو صورته"[2]

كما تعرف كذلك بأنها اعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة عن طريق القيام بنشر واستغلال المصنف أو عرضه أو بيعه دون إذن المؤلف.[3]

2. أركان جريمة التقليد:

لها ركنان مادي ومعنوي

[1]- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المالي الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، الحقوقية، 1986.

[2]- بن حليمة ليلى، جنحة التقليد في التشريع الجزائري والتشريع الأردني، مجلة آفاق للعلوم، العدد 08، جوان 2017، ص 121.

[3]- المرجع نفسه، ص 122.

- **الركن المادي لجريمة التقليد:** يتمثل الركن المادي لجريمة التقليد في أي نشاط مادي يقوم به الجاني لاستغلال المصنف المحمية بطريقة غير مشروعة، بحيث لا تعد جريمة إذا انقضت آجال حماية المصنفات كأن تؤول إلى الملك العام أو أصبحت مرخصة لاستعمال العام.[1]

- **الركن المعنوي:**

الركن المعنوي في جريمة التقليد هو القصد الجنائي بعناصر أي توفر عنصري العلم والإرادة، بحيث يجب أن يكون الجاني على علم بأن المصنفات أو البرامج محمية وتتجه إرادته إلى التقليد بمختلف صوره سواء عن طريق النسخ أو التعديل.

وهذا العنصر هو ما يعدّ تحدي بالنسبة للحماية الملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية بحيث يصعب إثبات عنصري العلم والإرادة في الجاني.

ثانيا: العقوبات الجنائية المقررة للجرائم الواردة على أعمال الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية

فرض المشرع الجزائري عقوبة واحدة على كافة صور الاعتداء محل جنحة التقليد، ونظمها بمقتضى المواد من 153 إلى 160 من قانون حقوق المؤلف وتتمثل هذه العقوبات في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية كما يلي:

1) العقوبات الأصلية:

نصت المادة 151 على العقوبات الأصلية للجنحة التقليد وهي الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار (500.000دج) إلى مليون دينار جزائري (1.000.000 دج) سواء حصل النشر في الجزائر أو في الخارج.

[1] – نادية زواني، الاعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2002، ص 126.

2) العقوبات التكميلية:

نصت المادتين 157و158 من الأمر 03-05 على العقوبات التكميلية للجنة التقليد وهي غلق المؤسسة والمصادرة ونشر حكم الإدانة.

- **المصادرة:** تقرر الجهة القضائية المختصة في الحكم في جنحة التقليد بمصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو إقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير الشرعي لمصنف أو أداء محمي.
ومصادرة وإتلاف كل عتاد أنشئ خصيصا لمباشرة النشاط غير المشروع وكل النسخ المقلدة.[1]

- **غلق المؤسسة:** يمكن للجهة القضائية المختصة غلق المؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه لمدة مؤقتة لا تتجاوز 06 أشهر، أو تقرر الغلق النهائي عند الاقتضاء.[2]

- **نشر حكم الإدانة:** يمكن نشر أحاكم الإدانة بأمر من الجهة المختصة أو بطلب من الطرف المدني كاملة أو بشكل مجزأ في الصحف التي تعينها، وتعليق هذه الأحكام في الأماكن التي تحددها ومن ضمن ذلك باب مسكن المحكوم عليه وكل مؤسسة أو قاعة حفلات يملكها.[3]

وكما نظم المشرع الجزائري حماية الجزائية للملكية الفكرية في بيئة التجارة الالكترونية فانه نظم حماية مدنية لحقوق المؤلف من أجل حماية أصوله وطلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن التعدي الذي طال أملاكه، وسنتطرق إلى هذا النوع من الحماية في المبحث الآتي.

المبحث الثاني: الحماية المدنية لحقوق الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية

تقتضي طبيعة الحقوق الذهنية أو المعنوية غير الملموسة أن يتخذ الفقه حيالها موقفا خاصا، ولما كانت تلك الحقوق كذلك كان من الطبيعي ألا يهدأ بال مالكها ما لم يشعر بتوافر حماية فعالة لحقوقه، ما

[1]- المادة 157 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.
[2]- فقرة 02 من المادة 156 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف الذكر.
[3]- المادة 158 من الأمر 03 -05 المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

دام لا يستطيع حيازتها بين يديه أو الحبس عليها أو غير ذلك من التصرفات التي ترد على المنقولات المحسوسة، لذلك تبدو الحماية القانونية للحقوق الذهنية ذات أهمية قصوى.

تمثل الحماية المدنية التي أقرها التشريع للمصنفات شكلا مهما من أشكال الحماية القانونية التي تتمتع بها، وتبدو أهميتها أكثر حينما نعلم أنّها تنصب على موضوعين مهمين من مواضيع الحماية يتعلق الأول بالتنفيذ العيني، والثاني بالتعويض.[1]

المطلب الأول: الحجز التحفظي

يجوز للمؤلف مقاضاة من قام بنسخ، نشر، تعديل أو ترجمة للمصنف دون الحصول على ترخيص بذلك من مؤلفه، ويحق له أيضا طلب مجموعة من الإجراءات التحفظية بمقتضى القانون، فالغرض من هذه الإجراءات هو وقف الضرر الحاصل للمؤلف، فهي إجراءات من شانها أن تحافظ على دليل الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون وتؤدي في حالة صحة الإجراء التحفظي إلى حسم النزاع فيما بعد لمصلحة طالب الإجراء.[2]

من هنا سوف نتطرق إلى تعريف الحجز التحفظي وكذا إجراءاته.

الفرع الأول: تعريف الحجز التحفظي للمصنفات

أوردت تعريفات عدة للحجز التحفظي على المصنّفات المقلّدة نذكر من بينها أنّه "اجراء تحفظي يمكن بواسطته لمؤلف المصنف المحمي أو ذوي الحقوق المطالبة بالحصول على حجز الوثائق والنسخ الناتجة من الاستنساخ غير المشروع أو التقليد وذلك في غياب ترخيص قضائي مسبق"

[1]- بن زيطة عبد الهادي، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 61 -62

[2]- نجوى أبو هيبة، "الحقوق المجاورة لحق المؤلف في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد"، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 45.

كما يعرف الحجز التحفظي للمصنفات بأنّه: " إيقاف لأية عملية ترمي إلى الاستنساخ غير المشروع للمصنفات والأداءات الفنية"[1].

وتكمن أهمية الحجز التحفظي في وضع أموال المدين الموصوفة بأنها منقولة تحت يد القضاء حتى لا يتصرف فيها، وب الآتي يمنع الدائن من استحصال حقوقه منها، والمقصود بالضرورة هنا هو سوء نية المدين في اللجوء إلى التحايل وتهريب أمواله بأية طريقة كانت.

من ذلك يعدّ الحجز على المصنفات المقلّدة من الوسائل العامة التي تكفل حماية حق المؤلف على مصنفه، إذ أن الحجز على النسخ المقلدة للمصنف الذي يتم الاعتداء عليه يحقق فوائد أهمها نشر المصنف ومنع تداوله بين الجمهور، مما يؤدي إلى وقف الاعتداء على المؤلف من تاريخ تنفيذ الحجز على النسخ المقلّدة وحفظ النسخ المحجوزة من التلف.[2]

الفرع الثاني: إجراءات الحجز التحفظي للمصنفات

يلجأ المؤلف إلى الحجز لوقف الاعتداء على مصنّفة ويتم تنظيم هذا الإجراء بقواعد قانونية يتضمنها قانون حق المؤلف، ويطلب المؤلف المعتدي على حقّه من المحكمة المختصة إصدار أمر بوقف نشر المصنّف محل الاعتداء، ووضعه تحت يد القضاء عن طريق الحجز عليه، ذلك بهدف وقف الاعتداء على المصنّف المحمي ومنع المعتدي من التصرف بنسخ المصنف الذي تم تقليده أو تداوله بين الجمهور، لما يترتب على مثل هذا التصرف والتداول غير المشروع من أضرار مادية أو أدبية للمؤلف.

يتم التنفيذ على المصنّف المقلّد والأدوات التي استعملت في إنتاجه في حالة الحكم بتعويض الضرر الذي أصاب المؤلف من بيع هذه المواد، واستحصال مبلغ الضرر من ثمنها.

لذلك نصت المادتين 145 و146 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية[3] 2003على اختصاصات ضابط الشرطة القضائية والأعوان المحليين في مجال حماية حقوق المؤلف بالشكل الآتي:

[1]- عكاشة محي الدين، محاضرات في الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 48.

[2]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 63.

[3]- الأمر رقم 05/03المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

المادة 145 من الأمر رقم 03-05 نصت على أن: "يتولى ضابط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة معاينة جرائم المساس بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة ".

كما أشارت المادة 1/146 من الأمر نفسه إلى أنه: "فضلا عن ضباط الشرطة القضائية يؤهل الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة للقيام بصفة تحفظية بحجز نسخ دعائم المصنفات أو الأداءات المقلدة، شريطة وضعها تحت حراسة الديوان"

من خلال ما تقدم نجد أن إثبات الاعتداء على الحقوق المحمية بالنسبة لغالبية المصنّفات يتم بواسطة محاضر ضبّاط ورجال الشرطة القضائية، أو محاضر الضبط التي يقدمها مندوبو منظمات المؤلفين الذين يكون لهم الحق في التدخل في حالة الاعتداء على حق المؤلف وفق الشروط والإجراءات التي يحددها القانون، أثبتت التجارب العلمية أن مثل هؤلاء المندوبين يقومون بالدور المنسوب إليهم على أحسن وجه مما يساهم في فعالية إجراءات الحجز على النسخ المقلّدة.

تكون إجراءات الحجز دائما أمام الجهة القضائية المختصة وهي المحاكم التي يوجد بها العتاد، النسخ المقلّدة، دعائم المصنّفات المقلدة، أماكن البيع، أماكن التوزيع وأماكن الاستنساخ، فتكون تلك المحكمة هي المختصة بالحجز والإجراءات التحفظية الأخرى.

عدّت المادة 144 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر بأنه: "يمكن لمالك الحقوق المتضررة أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه، أو يضع حدا لهذا المساس المعاين والتعويض عن الأضرار التي لحقته."[1]

جعل المشرع الإجراءات التحفظية تسبق الفصل في الدعوى وتسمح للمؤلف أو تساعده وتعطيه سلطات واسعة في إثبات الاعتداء الواقع على مؤلفه، مما يسد الباب على الشخص المعتدي من التهرب أو

[1] – –الأمر رقم 05/03 ،المتعلق بحقوق المؤلف السالف ذكره.

إخفاء معالم جريمته إلى حين الفصل في الدعوى، وهو إجراء فعال لحماية حق المؤلف بكل أنواعه يهدف إلى استبعاد التحايل وطرق الغش والكسب غير الشرعي.[1]

إن الحديث عن عملية الحجز التحفظي في مواد البرمجيات أدى إلى ظهور إشكاليات عملية تتمثل في صعوبة توقيع الحجز على البرمجيات، خاصة إذا كانت عملية التقليد الجارية بشأنها لم تخرج إلى الشكل الملموس، وبقيت مجسدة في إطار الحاسوب الذي ثبتت فيه.

المطلب الثاني: دعوى تعويض الضرر

تعد الدعوى المدنية التي يرفعها المتضرر سبيلا طبيعيا لتعويضه، وبالنسبة لحقوق المؤلف يمكن لصاحب الحق التقدم أمام القضاء والمطالبة بتعويض من جراء ما لحق حقوقه المالية من أذى، وعليه فالتعويض يشكّل رد اعتبار لهذه الذمة المالية بتعويضها وجبرها، خاصة إذا علمنا أن الضرر لا يستقر في الجانب المادي فقط بل يستغرق الجانب المعنوي والأدبي للمؤلف من سمعة واعتبار أو شرف.[2]

يقوم التعويض من الضرر وفقا للقواعد العامة مما لحق المؤلف من خسائر مالية وما فاته من كسب، في حين يقوم التعويض الأدبي أساسا على ترضية المؤلف المتضرر كلّما ترتب اعتداء مس شخصيته وسمعته فهو إذن يخفف من وقع الضرر الأدبي، ولكن لا يزيله نهائيا.

ولقيام دعوى تعويض الضرر يجب توفر أركان المسؤولية التقصيرية وهي ك الآتي:

أولا: الخطأ

يعد الخطأ ركن المسؤولية التقصيرية الأول، وهو في الوقت نفسه أساسها، وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ التقصيري حسب النظريات الواردة في هذا الشأن.

غير أن المستقر عليه فقها وقضاء أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي.

[1]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 66 -67.

[2]- -بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 68 ،69.

يتمثل الخطأ مثلا في عملية تقليد البرمجيات في هذا السلوك الذي يعد انحرافا عن مسار الرجل المعتاد، النسخ غير المشروع أو توزيع البرامج، فهي سلوكا تعد مساسا بالحقوق المالية والمعنوية للمؤلف وتسبب له الأضرار، وهذه الأخيرة تستوجب التعويض بالدعوى المدنية وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.[1]

ثانيا: الضرر

هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقين بسلامة جسمه، ماله، عاطفته، أو حريته شرفه أو غير ذلك.

ولما كان المساس بالحق المالي للمؤلف في الحقوق الذهنية يشكل ضررا ماديا، فإنه من المتصور جدا حدوث ضرر مادي ومعنوي كذلك للمؤلف أو المبرمج نتيجة المساس غير المشروع بحقوق ملكيته الفكرية

بالنسبة للجانب المادي في حق المؤلف والذي يتضرر كثيرا نتيجة الجرائم المادية بالبرمجيات، كالقرصنة والتقليد، فإن المؤلف يطمح من وراء تسويق برمجياته إلى نشر الفائدة بقدر ما يرغب في تحصيل مداخيل تكافئ نسبيا عمله الفكري الذي تتعاظم قيمته الفكرية المعنوية الحقيقية عن سعره في السوق.

الواقع يبين لنا أن برمجيات الشركات العالمية تباع النسخ المقلدة منها بسعر ربما أقل بـ 90 %من سعرها الحقيقي، مما يسبب ضررا حقيقيا للشركات المنتجة.

ثالثا: العلاقة السببية

لا يكفي في قيام المسؤولية المدنية حصول ضرر لشخص ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية.

ونصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية.[2]

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 63ص، 1995.

[2]- أمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني 2005، عدد 44، صادر 2005/06/26.

تكتسي مسألة تحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أهمية بالغة في وقتنا الحاضر نظرا لتشعب وتعدد وسائل الاتصال، التي تؤثر بدورها في طرق التقليد والقرصنة الفكرية، وأصبح من الممكن جدا القيام بعمليات تقليد جماعية باشتراك أشخاص منفصلين جغرافيا، وانطلاقا من ذلك يبدو، من الصعوبة بمكان تحديد الخطأ، ثم إثبات الضرر إلى تحقيق رابطة سببية بينهما. [1]

وفقا لأرجح الآراء، فإن المترتب على الحق الأدبي للمؤلف يكون مفترضا، إذ من غير المعقول أن يطلب من هذا المؤلف إثبات الضرر الذي لحقه.[2]

نظرا لقيام أركان المسؤولية التقصيرية فيجوز للمؤلف أو لمالك الحقوق ممارسة الدعوى المدنية، بطلب تعويض الضرر الناتج عن الاستغلال غير المرخص به للمصنف الفكري أو للأداء الفني

كما أكدت المادة 143 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأحقية المؤلف أو المالك رفع دعوى تعويض الضرر للقواعد العامة في المسؤولية المدنية الواردة في المادة 124 من القانون المدني.

وأضافت المادة 144 أنه: يمكن لمالك الحقوق المتضرر أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه أو تضع حدا لهذا المساس المعاين والتعويض عن الأضرار التي لحقته، ويتم تقدير التعويضات حسب أحكام القانون المدني مع مراعاة المكاسب الناجمة عن المساس بهذه الحقوق.[3]

الخاتمة:

لقد ظهر اهتمام دولي بضرورة حماية حقوق الملكية في إطار التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال الاتفاق على قواعد عامة تسري على كافة الأصعدة بما يحقق حماية أوسع نطاقا لهذه الحقوق على المستوى الدولي،

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171.

[2]- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 418.

[3]- -أنظر المواد 143 -144 من الأمر رقم 03-05، المرجع السابق.

وعليه فقد سعت الاتفاقيات والمنظمات الدولية منها اتفاقية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ومعاهدة برن التي كان لها دور في تعزيز وتجسيد هذه الحماية وترجمتها واقعيا، فتضافرت الجهود الدولية لإيجاد تنظيم قانوني أكثر شمولا يكفل حماية هذه الحقوق ويتأقلم مع مختلف التطورات التي يعرفها العالم. فتبنت هذه الفكرة العديد من هذه الاتفاقيات والمنظمات الدولية، وبذلك ظهر الاهتمام الدولي بحماية الملكية الفكرية وعلى الخصوص تلك الناشئة عن ثورة المعلوماتية، ومن هنا أصبحت تجارة المعلومات تشكّل الجانب الأكبر من جوانب التجارة الدولية، ولهذا لا يمكن نجاح التجارة الإلكترونية بدون دعم وحماية حقوق الملكية الفكرية.

وأكدت التشريعات على ضرورة منح الفرد حق الحماية لما ابتكره وتمكينه من التصرف به وتمنع غيره من التصرف في هذا الابتكار إلا بإذن منه، إذ أصبحت المعلومات تتحكم في ميزان القوة فمن يملكها يكون الأقوى، لذلك أصبح أمن المعلومات مطلباً جماعياً، منظمات شركات وأفراد، لاسيما أن الجريمة عرفت تطورا كبيرا أدى إلى انتهاك حرمة المعلومات، وتعرض أمنها للخطر.

لهذا حاولت معظم تشريعات الدول وضع قوانين للحد من التعدي على الملكية الفكرية في مجال الانترنت، وذلك عن طريق وضعهم لعقوبات لهذا التعدي الذي تعددت وتنوعت صوره، فلم يقتصر الأمر في مجال الحاسب الآلي على الشبكة التقليدية التي تضمنتها أغلب منازعات الملكية الفكرية وهي حماية صاحب الفكرة المبتكرة، بل تجاوز ذلك إلى تقليد وقرصنة هذه الأفكار.

وعليه، فإن أهم المبادئ الأساسية التي يجب على المشرع مراعاتها هو عدم الحجز التشريعي على التجارة الإلكترونية كونها يغلب عليها التطور والتغير، وكذا مراعاة الأعراف والعادات التجارية والطابع العالمي للتجارة الإلكترونية مع التأني في سن التشريع والتدخل عند الضرورة، إذ أنه يلزم التدخل التشريعي في مجال التجارة الإلكترونية متدرجا وحذرا حتى لا يؤثر سلبا على النشاط.

ويمكن أن نحكم على أن التشريعات السارية حاليا في الجزائر تُوفر بنية تشريعية للتجارة الإلكترونية، يلزم في المدى الطويل إيجاد الحلول التشريعية اللازمة سواءا باستحداث نصوص قانونية جديدة أو بتحويل نصوص قانونية قائمة لتغطية الفجوة التشريعية القائمة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: توثيق القوانين:

1–الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني 2005، عدد 44، صادربتاريخ 2005/06/26.

2–الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، الجريدة الرسمية، العدد 44.

ثانيا: توثيق الكتب:

1– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 63ص، 1995.

2– بن زيطة عبد الهادي، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

3–عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المالي الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، الحقوقية، 1986.

4–عجة الجيلالي، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2015.

5– نجوى أبو هيبة، "الحقوق المجاورة لحق المؤلف في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية الجديد"، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، 2002.

ثالثا: المذكرات والأطروحات العلمية

1– نادية زواني، الاعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002.

2– نايت أعمر علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2015/2014.

رابعا: المقالات والمداخلات

1- بقنيش عثمان، مصطفى هنشور وسيمة، حماية الملكية الفكرية عبر الانترنت في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد 01، العدد 02، ص 362-363.

2- بن حليمة ليلى، جنحة التقليد في التشريع الجزائري والتشريع الأردني، مجلة آفاق للعلوم، الجزائر، العدد 08، جوان 2017، ص 121.

خامسا: المحاضرات

1- عكاشة محي الدين، محاضرات في الملكية الأدبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001،

خامسا: توثيق المواقع الالكترونية

1- هند علوي، حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية، (تاريخ النشر) مارس 2007، 12-06-2021، 20.33 س، journal.cybrarians.info/index.php?option=com

الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

National Commission for the Prevention and Control of Corruption

أ/ رابح روابحية

كلية الحقوق والعلوم السياسية تبسة، الجزائر

الملخص:

إن قدم ظاهرة الفساد والتي عرفتها البشرية منذ الأزل لم تفيد بأي شكل من الأشكال في إيجاد التدابير أو الآليات اللازمة للوقاية من هذه الظاهرة ومكافحتها نظرا للتطور الرهيب والمتسارع الذي يميزها عن الظواهر، وهذا نتيجة لعدم القدرة عن حصر مصدرها من جهة، ونتيجة لارتباطها باتساع نشاط الدولة وتطوره وتعظم المنظومة القانونية المختلفة من جهة أخرى، حيث أن ظاهرة الفساد ما هي إلا نتاج للصعوبة الهائلة التي تواجهها الدولة في رقابة نفقاتها ونشاطاتها الضخمة التي حتمها توسع تدخلها في شتى المجالات أولا وما هي إلا إفرازات لما يعتري المنظومة القانونية من ثغرات وعدم التناسق بين مكوناتها والذي حتمته كثرتها ثانيا. حتى وصل الأمر إلى حد العجز الشبه كامل للمشرعين عن إيجاد أي وسيلة للوقاية من هذه الظاهرة نظرا لكونها كانت في كل مرة تستفيد من طول مدة إصدار التشريعات الموجهة لمكافحتها من جهة، فبينما تكون التشريعات غارقة في إيجاد حل للثغرة القانونية المكتشفة في منظومة قانونية ما أو في إيجاد آلية أخرى تدعم بها أجهزة رقابتها لتكافح بها فساد في مجال ما اليوم يكون الفساد قد تجاوز هذه الثغرة إلى أخرى أو مجال آخر.

الكلمات المفتاحية: الفساد؛ السياسة الجزائية؛ الوقاية، الرقابة؛ الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد؛ الرقابة اللاحقة.

Abstract:

The phenomenon of **corruption** ,which humanity has known since ancient times, has not in any way helped to find the necessary measures or mechanisms to prevent and combat this phenomenon in view of the terrible and rapid development that distinguishes it from phenomena. And the development of the legal system on the other hand, since the phenomenon of corruption is only a result of the enormous difficulty faced by the State in the control of its expenses and activities huge, which necessitated the expansion of its intervention in various fields first and whatare only secretions of the legal system loopholes and lack of Consistency between the components which

necessitated a second plentiful. This has reached the extent of the almost complete deficit of legislators in finding any means to prevent this phenomenon, since it has always benefited from the length often issuance of legislation aimed at combating it. On the one hand, legislation is submerged in finding a solution to the legal gap discovered in a legal system To find another mechanism to support its oversight bodies to combat corruption in the field of what is today, corruption has exceeded this gap to another or another area.

Keywords: Corruption, Penal Policy, Prevention, Control, National Anti-Corruption Authority, Subsequent Control.

مقدمة:

إن ظاهرة الفساد استفادت من ضيق نظرة المشرعين لآليات الوقاية منها ومكافحتها من جهة أخرى خاصة في ظل مفاهيم السياسة الجنائية التقليدية والتي اعتمدت على الاستقرار كمبدأ يحكم آليتها مما أنتج آليات ساكنة غير متطورة ذاتيا. كل هذا أثر سلبا على الوقاية من الفساد ومكافحته الأمر الذي حتم إيجاد آليات تتميز بالمرونة والتكامل وتتطور ذاتيا، هذه المميزات والتي من الصعب تجسيدها في تدبير وإنما الأسهل أن تجسد في هيكل فظهرت لنا هياكل متخصصة في مكافحة الفساد على اختلاف مسمياتها هذه هياكل والتي كان لها نصيب في التشريع الجزائري والذي جسد في استحداث المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والتي ستكون محل دراستنا في هذا المقال انطلاقا من الإشكالية التالية: **في ما يتمثل النظام القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته؟ وما هو دورها في مكافحة الفساد؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتخذ التقسيم الآتي والذي سنخصص فيه الفرع الأول لدراسة النظام القانوني لهذه الهيئة أما الفرع الثاني فسوف نخصصه لدراسة مهام واستقلالية الهيئة في الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الأول: النظام القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تماشيا مع مقتضيات وأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 128/04 المؤرخ في 19 افريل 2004 وتطبيقا والتزاما

بأحكام المادة (6) من الاتفاقية سالفة الذكر[1] استحدث المشرع الجزائري الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة (17) من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

أولا: الطبيعة القانونية للهيئة: إن التكييف القانوني الذي يمنح لأي هيكل بمناسبة استحداثه يعد من الأساسيات والمقومات التي يقوم عليها هذا الهيكل بغض النظر عن نوع الوظيفة التي ستسند إليه نظرا لما يرتبه هذا التكييف القانوني من أثار تحكم الهيكل وسلطاته واستقلاليته، وبالرجوع إلى المادة (18) من القانون 01/06 التي تنص على أن " **الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى رئيس الجمهورية...** "[2]، وهو نفس ما نصت عليه المادة (2) من المرسوم الرئاسي 413/06 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها[3]، وهو ما أكدته المادة 202 من القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري والتي نصت الأولى على " تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وهي سلطة[4] إدارية مستقلة[5]... "[1]، إذا فالمشرع كيف الهيئة الوطنية للوقاية من

[1] المادة 6:" تكفل كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات حسب الاقتضاء تتولى منع الفساد مع منح هذه الهيئة أو الهيئات ما يلزم من الاستقلالية لتمكينها من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة وبمنأى عن أي تأثير لا مسوغ له وينبغي توفير ما يلزم من موارد مادية وموظفين متخصصين وكذلك ما قد يحتاج إليه هؤلاء الموظفون من تدريب للاضطلاع بوظائفهم "من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أفريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26، لسنة 2004.

[2] المادة 18 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 50 لسنة 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2011، ص 7.

[3] المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالمرسم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012، ص 17.

[4] يلاحظ تذبذب المشرع في استعمال الألفاظ التي استخدمها في النصوص القانونية سالفة الذكر على مختلف درجاتها حيث يعبر مرة بمصطلح الهيئة ومرة بمصطلح السلطة.

[5] يعود ظهور السلطات الإدارية المستقلة إلى الدول الأنجلو سكسونية والتي تطورت في القانون الفرنسي إلى أن ظهرت في الجزائر في 3 أفريل 1990 وذلك بمناسبة صدور القانون رقم 07/90 الذي أنشأ المجلس الأعلى للإعلام كأول سلطة إدارية مستقلة ثم توالى ظهور هذا النوع من السلطات كمجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية وصولا إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

الفساد ومكافحته على أنها سلطة إدارية مستقلة علما أن فكرة السلطة الإدارية المستقلة تعتبر شكلا حديثا من أشكال ممارسة السلطة العامة، نظرا لما تحوزه من سلطات حقيقية واستقلالية في أداء وظائفها لعدم خضوعها للرقابة الرئاسية أو الوصائية.[2]

ثانيا: تشكيل الهيئة وهيكلتها: على الرغم من أن إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تم بموجب القانون 01/06 إلا أن تشكيلتها وهيكلتها لم يوردها المشرع في هذا القانون وإنما ترك اختصاص البت فيها للنص التنظيمي وهو ما تم بمقتضى المرسوم الرئاسي 413/06 والذي جاء علي بيان تشكيلة الهيئة وتعيينها بالإضافة إلى التطرق إلى هيكلتها.

1_ تشكيل الهيئة والتعين فيها: نصت على ذلك المادة (5) من المرسوم الرئاسي رقم 413/06[3]، هذا التعديل الذي يطرح علامة استفهام بشأن المقصود من استبدال عبارة **"تتشكل الهيئة من رئيس و6 أعضاء" بـ " تضم الهيئة مجلس يقظة وتقييم يتشكل من رئيس و6 أعضاء"**، هذا الاستفهام والذي في رأينا لا توجد له أي إجابة قانونية منطقية سوى المساس بالمركز النوعي والسلطوي لرئيس الهيئة والانتقال بالهيئة من السلطة الفردية إلى السلطة الجماعية والتي جسدت عن طريق مجلس اليقظة والتقييم.

إضافة إلى أن هذا التعديل أفرز إشكالا نوعا ما في تحديد رئيس الهيئة فبعدما كانت المادة (5) القديمة تذكر التشكيلة بداية بذكر رئيس الهيئة ومرورا بالأعضاء فإن المادة (5) الجديدة لم تعد تأتي

---

[1] المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2016، ص 35.

[2] أعراب أحمد "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010، ص 1و10.

[3] المادة5:"تتشكل الهيئة من الرئيس و(6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة (1) واحدة.

وتنهى مهامهم حسب الأشكال نفسها. "من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق، هذه المادة التي أصبحت بعد تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012 تنص على أنه " تضم الهيئة مجلس يقظة وتقييم يتشكل من رئيس وستة (6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

على ذكر رئيس الهيئة وإنما ذكر رئيس مجلس اليقظة والتقييم.[1] فهل يمكن اعتبار رئيس مجلس اليقظة والتقييم هو نفسه رئيس الهيئة استنادا للمادة (10) من المرسوم الرئاسي 413/06؟[2].

أما التعيين لأعضاء الهيئة فيتم بمرسوم رئاسي من رئيس الجمهورية الذي يملك سلطة التعيين وهنا يطرح التساؤل حول المعايير الواجب على رئيس الجمهورية مراعاتها حين ممارسة سلطته في تعيين أعضاء الهيئة.

هذه المعايير لم يأتي القانون 01/06 إلا على ذكر واحدة منها فقط والتي لم يذكرها بمناسبة الحديث عن شروط التعيين خصوصا وإنما بمناسبة النص على التدابير التي تضمن استقلالية الهيئة في المادة (19) من القانون سالف الذكر التي جاء فيه " تضمن استقلالية الهيئة بوجه خاص عن طريق اتخاذ التدابير الآتية:

– **التكوين المناسب والعالي المستوى لمستخدميها:** هذه المادة وإن كانت تضمنت أحد شروط التعيين ولو بطريقة غير مباشرة، إلا أنها لم توضح المعايير التي يقوم عليها التكوين المناسب والعالي المستوى من جهة، ولا كيفية مراعاته حين التعيين من جهة أخرى، كما أن استعملها لمصطلح "**مستخدميها**" جاء غير محدد، فهل المقصود منه الطاقم البشري للهيئة ككل، أو طاقمها الإداري فقط والمتمثل في الموظفين والأعوان العموميين العاملين بالهيئة دون رئيس الهيئة وأعضائها خاصة وأن التنظيم يستعمل لفظ العضو في كل مناسبة للتعبير عن تشكيلة الهيئة.[3]

2–هياكل الهيئة: إن حجم المهام التي أوكل بها المشرع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقوم بها أعضاء الهيئة فقط مما استدعى ضرورة استحداث تنظيم إداري وبشري يعمل إلى جانب تشكيلة الهيئة ويتولى مساعدتها على القيام بالمهام المسندة إليها. هذا ما تكفل به النص التنظيمي المتمثل في المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم

[1] المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، بعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22نوفمبر 2006 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012، ص 17.

[2] المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق.

[3] المادة 19 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق.

بالمرسوم الرئاسي 64/12 والذي جاء على التنظيم الذي يجب أن تتضمنه الهيئة في المادة (6) التي نصت على أنه " **تزود الهيئة لأداء مهامها بالهياكل الآتية:**[1]

–أمانة عامة: هذه الأمانة التي يرأسها أمين عام تحت سلطة رئيس الهيئة ويساعده في أداء مهامه نائب مدير مكلف بالمستخدمين والوسائل ونائب مدير مكلف بالميزانية والمحاسبة حيث تنظم المديريتان سالفتي الذكر في مكاتب[2]هذه المكاتب التي جاء عليها بالذكر تطبيقا لأحكام المادة (8) من المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 مارس 2013 المحدد للتنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والذي نص في المادة (2) منه على أنه " يضم التنظيم الداخلي للهيئة تحت سلطة الرئيس: وتتكون من:

1- المديرية الفرعية للمستخدمين والوسائل المنظمة من: مكتب المستخدمين والتكوين، ومكتب الوسائل

2- المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة المنظمة من: مكتب الميزانية، ومكتب المحاسبة[3]

_قسم مكلف بالوثائق والتحاليل والتحسيس.

_قسم مكلف بمعالجة التصريح بالممتلكات.[4]

_قسم التنسيق والتعاون الدولي.[5]

إلا أن المادة 14 من المرسوم الرئاسي 64/12 وبمناسبة حديثها عن تصنيف الوظائف التي يشغلها كل من الأمين العام ومدير دراسات ورئيس دراسات ونائب المدير ذكرت معهم رئيس القسم مما يعني أن من يتولون رئاسة الأقسام هم أيضا موظفون شأنهم شأن الأمين العام والموظفين الآخرين

[1] المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[2] باديس بوسعيود، مأسسة مكافحة الفساد في الجزائر 1999-2012، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 110.

[3] المادة 2 من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 21 مارس 2013 يحدد التنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتها.

[*] هذا القسم الذي حل محل مديرية الوقاية والتحسيس التي كان ينص عليها المرسوم الرئاسي 413/06 في المادة (6) منه قبل تعديله سنة 2012 بالمرسوم الرئاسي 64/12، أما القسم المكلف بمعالجة التصريح بالممتلكات فقد كان يسمى سابقا في ظل المرسوم 413/06 بمديرية التحاليل والتحقيقات.

*لم تكن المادة (6) من المرسوم الرئاسي 413/06 تنص على هذا القسم وإنما هو قسم استحدثه التعديل الذي أدخل على المرسوم سابق الذكر بمقتضى المرسوم 64/12.

مما يؤدي بنا إلى استبعاد فرضية أن يكون رؤساء الأقسام من أعضاء الهيئة إلا أن هذا التأكيد لا ينفي وجود فراغ قانوني في النص التنظيمي هذا الفراغ الذي يثير التساؤل حول أسباب سكوت أو تجنب التنظيم النص على من يتولى رئاسة القسم صراحة.[1]

3-كيفيات سير الهيئة إداريا: إن الحديث عن كيفيات سير الهيئة يقتضي منا أولا التطرق إلى خاصية تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية[2]، وذلك بالنظر لما ترتبه هذه الشخصية من أثار على سير الهيئة سواء في جانب الحقوق أو في جانب المسؤوليات.

- اعترف المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالتمتع بالشخصية المعنوية صراحة وذلك في المادة (18) من القانون 01/06 هذا الاعتراف الذي تم التأكيد على الإلتزام به على لسان المادة (2) من المرسوم الرئاسي 413/06،[3]إلا أن المادة (202) من الدستور والتي ضمت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلى المؤسسات الدستورية وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 لم تأتي في نصها على ذكر تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية رغم اعترافها لها بالاستقلالية المالية والإدارية.[4]

- الآثار المترتبة على تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية: إن تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية له عدة نتائج هامة، تتمثل أساسا في تمتعها بذمة مالية مستقلة إضافة إلى حصولها على أهلية التقاضي وكذلك أهلية إبرام التعاقدات

[1] المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[2] إنه وباستثناء مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية، ولجنة الإشراف على التأمينات فإن كل السلطات المستقلة في الجزائر تحوز على الشخصية المعنوية.

[3] نصت المادة 18 من القانون 01/06 على أن " الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية..." وهو نفس النص الذي جاء على لسان المادة 2 من المرسوم الرئاسي 413/06.

[4] نصت المادة 202 من الدستور على أنه " تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع توضع لدى رئيس الجمهورية.

تتمتع الهيئة بالاستقلالية الإدارية والمالية.

استقلال هذه الهيئة مضمون على الخصوص من خلال أداء أعضائها وموظفيها اليمين، ومن خلال الحماية التي تكفل لهم من شتى أنواع الضغوط أو الترهيب أو التهديد أو الإهانة أو الشتم أو التهجم أيا كانت طبيعته، التي قد يتعرضون لها خلال ممارسة مهامهم."

حسب ما تقتضيه الحاجة.[1]

_**أهلية الهيئة في التقاضي**: تكفل هذه الأهلية للهيئة حق اللجوء إلى القضاء وذلك بصفتها مدعيا أو مدعى عليها حسب الحالة[2] هذا الحق الذي مصدره المادة (9) من المرسوم الرئاسي 64/12 والتي نصت في فقرتها التاسعة على أنه " يكلف رئيس الهيئة بما يأتي .... تمثيل الهيئة أمام القضاء وفي كل أعمال الحياة المدنية..."[3]

_**أهلية الهيئة في التعاقد**: طالما أن أحد مهام الهيئة هو التعاون مع هيئات مكافحة الفساد سواء على الصعيد الوطني أو الدولي وذلك حسب المادة (20) من القانون 01/06[4] وطالما أن أحد مهام الموكلة لرئيس الهيئة بنص المادة (9) من المرسوم الرئاسي 64/12 هي تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية.[5]

_**تمتع الهيئة بذمة مالية مستقلة**: يقصد بالاستقلالية المالية تمتع الهيئة بذمة مالية أي أن تحوز على ميزانية مستقلة تملك في ظلها الاستقلالية التامة في تنفيذ ووضع سياساتها المالية بالإضافة إلى الحرية في تسيرها[6]

_**مسؤولية الهيئة**: إن الإقرار للهيئة بالشخصية المعنوية يحمل معه التصريح بواجبها في تحمل تبعية تصرفاتها مما يسمح للأشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين بمتابعتها أو حتى مطالبتها بالتعويض عما تسببت به من ضرر لهم.

[1] زوزو زوليخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 186-187.

[2] عثماني فاطمة التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 42.

[3] المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[4] نصت المادة 20 من القانون 01/06 في فقرتها التاسعة على أنه " تكلف الهيئة لاسيما بالمهام الآتية... السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي....".

[5] نصت المادة 9 من المرسوم الرئاسي 64/12 في فقرتها الحادية عشر على أنه " يكلف رئيس الهيئة بما يأتي.... تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية....".

[6] تياب نادية آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 198.

وفي حالة إثبات مسؤوليتها يقع على عاتقها دفع التعويضات،[1] حتى وإن كانت قيمة هذه التعويضات تفوق قدرتها المالية فإن الدولة تتكفل بذلك طالما أنها ملزمة بتكملة ميزانية الهيئة لدفع التعويض.[2]

_التسيير الإداري للهيئة: يتولى مهام التسيير الإداري للهيئة رئيس الهيئة وذلك بمساعدة أمينها العام وهذا حسب ما جاء بالمرسوم الرئاسي 64/12 والذي نص في المادة (9) منه والذي حدد المهام الإدارية التي تدخل في إطار صلاحيات رئيس الهيئة والتي تتمثل في: إعداد برنامج عمل الهيئة والسهر على تطبيق برنامج عمل الهيئة والنظام الداخلي، تمثيل الهيئة أمام القضاء وفي كل أعمال الحياة المدنية، ممارسة السلطة السلمية على جميع المستخدمين.[3]

ويساعده في ذلك مدير دراسات والذي تعتبر مهامه مرتبطة برئيس الهيئة حيث يضطلع بتحضير نشاطات الرئيس وتنظيمها وذلك في مجال: الاتصالات مع المؤسسات العمومية، والعلاقات مع الأجهزة الإعلامية والحركة الجمعوية.[4]

أما الأمين العام للهيئة فيتولى تحت سلطة الرئيس المهام التالية: ضمان التسيير المالي والإداري للهيئة، وتنشيط عمل هياكل الهيئة وتنسيقها وتقييمها، السهر على تنفيذ برنامج الهيئة، تنسيق الأشغال المتعلقة بإعداد مشروع التقرير السنوي وحصائل نشاطات الهيئة بالاتصال مع رؤساء الأقسام.

ويساعده في ذلك: نائب مدير مكلف بالمستخدمين، ونائب مدير مكلف بالميزانية والمحاسبة.[5]

يعين كل من الأمين العام للهيئة ومدير الدراسات المساعد لرئيس الهيئة ونائبا المدير بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من رئيس الهيئة وكذلك الحال بالنسبة إلى رؤساء الأقسام ورؤساء الدراسات

[1] ديب نذيرة استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 75-76.

[2] عثماني فاطمة، المرجع السابق، ص 45.

[3] المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[4] المادة 9 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[5] من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق، المادة 7

وهذا حسب المادة (14) المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي 64/12[1] نظرا لكون المادة السالفة الذكر قبل التعديل لم تكن تمنح رئيس الهيئة حق الاقتراح بالنسبة لهؤلاء حيث اكتفت فقط بالنص على طريقة تعيينهم.[2]

ـ تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات: أتاح المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أن تطلب من الإدارات والهيئات والمؤسسات العامة أو الخاصة أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أي وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أعمال الفساد،[3] وهذا ما يعتبر نوعا من الاستقلالية في مباشرة مهامها من خلال الاطلاع على المعلومات الشخصية وعموما أية معلومات ذات طابع سري وهذا بعد أداء اليمين من طرف أعضائها.[4]

الفرع الثاني: مهام الهيئة واستقلاليتها في الوقاية من الفساد ومكافحته:

إن إنشاء هيئة وطنية لمكافحة الفساد كهيكل فقط، لا يكفي لمواجهة الفساد بل إن حتى منحها كل ما يلزم من مقومات بشرية ومادية كذلك، لا يمنحها الكفاءة والفاعلية المرجوة. وإنما ما يجسد فاعليتها حقيقة هي صلاحية المهام المسندة إليها كعامل أول واستقلاليتها في ممارسة هذه المهام كعامل ثان، فكلما كانت المهام المنوطة بهذه الهيئة تدخل في صلب عملية الوقاية من الفساد ومكافحته وكلما كانت على درجة كبيرة من الحرية والاستقلالية كلما كانت هذه الهيئة ذات فاعلية في عمالها ضالعة في مجالها، لذلك فإن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تكتفي فقط بالإلحاح على ضرورة على الدول الأطراف بإنشاء هيئات لمكافحة الفساد ومنحها ما يلزم من موارد بشرية ومادية بل تعدت ذلك بتشديدها على ضرورة منح هذه الهيئات القدر اللازم من الاستقلالية في

[1] تنص المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12 على أن " وظائف الأمين العام ورئيس قسم ومدير دراسات ورئيس دراسات ونائب المدير وظائف عليا في الدول.

ويتم التعيين في هذه الوظائف بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس الهيئة...."

[2] كانت المادة 14 في ظل المرسوم الرئاسي 413/06 قبل تعديلها بموجب المرسوم 64/12 تنص على أن " يعين المديران بموجب مرسوم رئاسي.

يحدد تصنيف أعضاء الهيئة والمديرين بموجب نص خاص."

هذه المادة التي لم تتناول تشكيلة الأقسام بالإضافة إلى الأمين العام، كما لم تتناول تصنيف هؤلاء من حيث نوعية وظائفهم.

[3] زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص 186.

[4] خروفي بلال الحوكمة المحلية ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 115.

ممارسة أعمالها وضرورة تكليفها بسياسات ومهام تكفل المكافحة الفعالة للفساد من طرف هذه الدول،[1] وبالرجوع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي استحدثها المشرع بموجب المادة (17) من القانون 01/06 نجده أسند لهذه الهيئة الكثير من المهام المتنوعة في مجال مكافحة الفساد والوقاية منه والتي ضمنها في المادة (20) من نفس القانون السالف الذكر.

أولا: مهام الهيئة في الوقاية من الفساد ومكافحته: هذه المهام والتي حددها القانون 01/06 في المادة (20) في الآتي:

_اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

_تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد، لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة،[2] واقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.

_إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة على الفساد.

_جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لاسيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية، عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها.

_التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية للوقاية من الفساد ومكافحته، والنظر في مدى فعاليتها.

_تلقي التصريحات بالممتلكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتيها 1 و3.[1]

[1] المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أفريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مرجع سابق.

[*] إن عدم قصر المشرع مهام الهيئة الوطنية في الوقاية من الفساد ومكافحته على القطاع العام فقط بل كذلك القطاع الخاص والذي ذكر بأنه قد يكون محلا لتوجهات من الهيئة أو محلا لأي تدابير تدخل في إطار الوقاية من الفساد ومكافحته يجعل الهيئة جهة مشتركة لمكافحة الفساد بين القطاع العام والخاص على حد سواء.

_الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.

_ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحاليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته، التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين.

_السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات، وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي.

1- التقسيم التنظيمي لمهام الهيئة: إن المادة (20) من القانون 01/06 حين نصها على المهام الموكلة للهيئة في مجال مكافحة الفساد أوردت هذه المهام في كليات ليأتي بعدها المرسوم الرئاسي 413/06 المعدل والمتمم بتجزئة هذه المهام إلى جزئيات وذلك بمناسبة بيان المهام التي يتكفل بها رئيس الهيئة وكل قسم من أقسام الهيئة والتي هي كالتالي:

- قسم الوثائق والتحاليل والتحسيس يكلف بالقيام بكل الدراسات والتحقيقات والتحاليل الاقتصادية أو الاجتماعية وذلك على الخصوص بهدف تحديد نماذج الفساد وطرائقه من أجل تنوير السياسة الشاملة للوقاية من الفساد ومكافحته، ودراسة الجوانب التي قد تشجع على ممارسة الفساد واقتراح التوصيات الكفيلة بالقضاء عليها، من خلال التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وكذا على مستوى الإجراءات والممارسات الإدارية، على ضوء تنفيذها، إضافة إلى دراسة وتصميم واقتراح الإجراءات المتصلة بحفظ البيانات اللازمة لنشاطات الهيئة ومهامها والوصول إليها وتوزيعها، بما في ذلك بالاعتماد على استخدام تكنولوجيات الاتصال والإعلام الحديثة.[2]

دراسة المعايير والمقاييس العالمية المعمول بها في التحليل والاتصال والمتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته بغرض اعتمادها وتكييفها وتوزيعها، واقتراح وتنشيط البرامج والأعمال التحسيسية

[*] إن ذكر المشرع عبارة " وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتيها 1 و3 " في نهاية حديثه عن تكليف الهيئة بمهمة تلقي التصريح بالممتلكات ما هو إلا تذكير وتأكيد على عدم صلاحية الهيئة في تلقي تصريحات الممتلكات الخاصة برئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس المجلس الدستوري وأعضائه ومحافظ بنك الجزائر والسفراء والقناصلة والولاة والقضاة وأن صلاحياتها تقتصر فقط على تلقي التصريح بالممتلكات الخاص برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة بالإضافة إلى الموظفين المذكورين في القرار المؤرخ في 2 أفريل 2007 المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 16 جانفي 2017.

[2] المادة 12 من الرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

بالتنسيق مع الهياكل الأخرى في الهيئة، ترقية إدخال قواعد أخلاقيات المهنة والشفافية وتعميمها على مستوى الهيئات العمومية والخاصة، بالتشاور مع المؤسسات المعنية.

_قسم معالجة التصريحات بالممتلكات يكلف بتلقي التصريحات بالممتلكات للأعوان العموميين كما هو وارد في المادة (6) من القانون 01/06 مع مراعاة الاستثناءات الواردة فيها، واقتراح شروط وكيفيات إجراءات تجميع ومركزة وتحويل التصريحات بالممتلكات طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وبالتشاور مع المؤسسات والإدارات المعنية.

القيام بمعالجة التصريحات بالممتلكات وتصنيفها وحفظها.[1]

جمع واستغلال العناصر التي يمكن أن تؤدي إلى المتابعات القضائية والسهر على إعطائها الوجهة المناسبة طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، إعداد تقارير دورية لنشاطاته[2]

_قسم التنسيق والتعاون الدولي[3] يكلف بتحديد واقتراح وتنفيذ الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالعلاقات الواجب إقامتها مع المؤسسات العمومية والهيئات الوطنية الأخرى طبقا للمادة (21) من القانون 01/06 ولاسيما بغرض: جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن حالات التساهل مع الفساد،[4]القيام أو العمل على القيام بتقييم أنظمة الرقابة الداخلية وعملها الموجودة بغرض تحديد

[1] المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

[2] هذا القسم أيضا تم تغيير تسميته بموجب التعديل الذي جاء به المرسوم الرئاسي 64/12 وذلك من مديرية التحاليل والتحقيقات إلى قسم معالجة التصريح بالممتلكات مما جرده من مهمة التحقيقات وقصر مهمته على الجمع والاستغلال للمعلومات الواردة إليه فبعد أن كان له الحق في التحري عن الوقائع الخاصة بالفساد بالاستعانة بالهيئات المختصة أصبح الآن يجمع فقط هذا ما أدى به إلى التحول من وضعية المجمع والباحث والمبادر إلى وضعية المتلقي فقط مما أضعف دوره مقارنة بما كان سابقا.

[3] أستحدث هذا القسم بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 64/12 وحددت مهامه بمقتضى المادة 13 مكرر هذا القسم الذي يكشف عن عدم التناسق بين الوظائف المكلف بها وتسميته التي أطلقها عليه التنظيم حيث أن وظائفه وإن كانت في بعضها ذات علاقة بالتعاون الدولي إلا أنها في البعض الأخر لا علاقة لها بوظيفة التنسيق وهذا ما يطرح التساؤل حول أسباب هذه الحالة من اللاتناسق التي تكتسي هذا القسم إلا أن الثابت في جميع الحالات أن أي تناقض ولو كان بسيطا له أثاره.

[4] كان من الأولى أن تنص المادة 13 مكرر من المرسوم الرئاسي 64/12 على جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن أفعال الفساد وليس جمع كل المعلومات الكفيلة بالكشف عن حالات التساهل مع أفعال الفساد لأن الكشف عن أفعال الفساد سيؤدي كنتيجة حتمية إلى كشف أفعال التساهل أما الكشف عن حالات التساهل لا يؤدي إلى اكتشاف ما أرتكب من أفعال فساد.

مدى هشاشتها بالنسبة لممارسات الفساد، تجميع ومركزة وتحليل الإحصائيات المتعلقة بأفعال الفساد وممارسته.

تطبيق الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالتعاون مع مؤسسات ومنظمات المجتمع المدني والهيئات الوطنية والدولية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك قصد ضمان تبادل للمعلومات منتظم ومفيد في توحيد مقاييس الطرق المعتمدة في الوقاية من الفساد ومكافحته وتطوير الخبرة الوطنية في هذا الميدان.

_أما رئيس الهيئة فيكلف بـ تمثيل الهيئة لدى السلطات والهيئات الوطنية والدولية، تنفيذ التدابير التي تدخل في إطار السياسة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.[1]

إعداد وتنفيذ برامج تكوين الإطارات الدولة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته.

تحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل.

2- مآل أعمال الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: إن كل مهام الهيئة من دراسات وأعمال ميدانية وجمع للمعلومات لا يمكن أن يخرج مآلها 3 جهات:

- **رئيس الجمهورية:** هذا ما نصت عليه المادة (24) من القانون 01/06 وأكدت عليه المادة (203) من الدستور.

إلا أن المواد التي نصت على هذا الالتزام والذي يعد بمثابة تقييد لحرية الهيئة في القيام بنشاطها وذلك نتيجة ما يجسده هذا الالتزام من إضفاء لنوع من الرقابة اللاحقة للسلطة التنفيذية على النشاطات السنوية للهيئة[2] لم تعين أي جهة أخرى يرفع لها التقرير بخلاف رئيس الجمهورية لذلك كان من الأولى أن توجه على الأقل نسخة من التقرير إلى السلطة التشريعية بوصفها جهة تشريع للقوانين وجهة رقابة على أعمال السلطة التنفيذية.[3]

كما لم تنص أيضا على مصير التقرير السنوي الذي تعده الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بعد عرضه على السلطة التنفيذية خاصة في ظل غياب الإشهار أو النشر للتقرير المرفوع

[*] إن التنفيذ لسياسة الوقاية من الفساد والتي كلف بها النص التنظيمي رئيس الهيئة يلزمها آليات تنفيذ هذه الآليات التي لم يتناولها لا المشرع ولا التنظيم فكل الآليات التي منحت للرئيس أو للهيئة ككل لا تتعدى سلطة التوجيه أو المساعدة والتنفيذ يقتضي وجود آلية إلزام هذا ما لا تحوزه الهيئة في مواجهة أي طرف.

[2] باديس بوسعيود، المرجع السابق، ص 116.

[3] أنظر المواد 112 و113 و114 و136 من الدستور

إلى رئيس الجمهورية في الجريدة الرسمية أو في وسائل الإعلام وذلك على خلاف المشرع الفرنسي والذي أكد على ضرورة نشر تقرير الهيئة المختصة في الجريدة الرسمية.[1]

- **السلطة القضائية:** والتي تكون الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في مواجهتها ملزمة بتحويل الملف الذي يتضمن وقائع ذات وصف جزائي ليس إلى النيابة العامة وإنما إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يتولى تحويله إلى النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، هذه الطريقة المتبعة في تحويل الملف من الهيئة إلى الجهات القضائية المختصة تجسد وزير العدل في هيئة قناة عبور أو همزة وصل بين الهيئة والجهة القضائية إلا أن حقيقة الأمر أن وزير العدل يجسد هيئة رقابة للسلطة التنفيذية على أعمال الهيئة في الطريق الثاني والذي من الممكن أن تتخذه أعمال الهيئة.

لذا فإن تقييد الهيئة في تعاملها مع السلطة القضائية بالنسبة لعملية تحويل الملفات ذات الطابع الجزائي بوزير العدل حافظ الأختام ما هو إلا إخضاع للهيئة لرقابة السلطة التنفيذية التي يمثلها الوزير سالف الذكر في السلك القضائي، وكذلك ما هو إلا حد من فاعليتها.[2]

- **الهيئات والمؤسسات العمومية والخاصة** : بينما كانت تنص المادة (20) من القانون 01/06 السالف الذكر على أن الهيئة لها سلطة تقديم التوجيهات التي تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة واقتراح التدابير ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد أصبحت في ظل المادة (18) من المرسوم الرئاسي 64/12 لا تملك في مواجهتهم سوى إصدار توصيات أو أراء أو تقارير أو دراسات ترسلها للهيئات المعنية وهذا ما يؤكد عدم تمتع الهيئة لأي آلية لتنفيذ سياسة الوقاية من الفساد في مواجهة حتى المؤسسات العمومية والخاصة.[3]

ثانيا: استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: إن تكييف المشرع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على أنها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يوحي برغبته في منح هذه الهيئة أقصى حد ممكن من الاستقلالية في أداء مهامها هذه

[1] حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، (أطروحة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 497.

[2] المادة 22 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق.

[3] المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 64/12، مرجع سابق.

الاستقلالية التي يثبت وجودها من عدمه عن طريق توافر عدة مؤشرات وآليات تكون كافلة وضامنة للاستقلالية الحقيقية أو مجسدة لاستقلالية صورية لا أساس لها على أرض الواقع فكثيرا ما يعطي المشرع مؤشرات تظهر الاستقلالية في ظاهرها لكنه وبالمقابل يحيطها بإجراءات وقيود تقضي عليها في الباطن، لذلك فإن الفصل في وجود استقلالية من عدمها يستلزم التدقيق في بعض الجوانب المتعلقة بالهيئة.

1- **تحديد تشكيلة وهيكلة الهيئة:** إن عدم معالجة المشرع لمسألة تشكيلة الهيئة وهيكلتها في النص المنشأ وتركه المجال للسلطة التنفيذية لتولي هذه المسألة عن طريق التنظيم يعد أول خطوة للمساس باستقلالية الهيئة نظرا لأن تحديد تشكيلة الهيئة وهيكلتها والشروط الواجب توفرها في أعضائها وموظفيها من طرف المشرع في نفس القانون يعد من الضمانات الأساسية التي تضمن استقلالية أعضائها وبالتالي استقلاليتها.[1]

2- **تعيين أعضاء الهيئة:** قبل التطرق إلى سلطة التعيين بالنسبة لأعضاء الهيئة فإنه تجدر الإشارة إلى أن لا التشريع ولا التنظيم ورد فيهما تحديد دقيق للمعايير التي يخضع لها الأعضاء المعينين غير النص على معيار من المفروض أنه من الشروط العامة لشغل أي وظيفة كمعيار لتعيين الأعضاء واعتباره شرطا خاصا من طرف النص التشريعي،[2] وكذلك النص على شروط غير واضحة وواسعة المعنى واعتبارها أساسا للتعيين في الهيئة من طرف النص التنظيمي،[3] لا هو مؤدى إلى فراغ قانوني وثغرة ليست بالهينة في أكثر الآليات الضامنة لاستقلالية الهيئة وعدم تبعيتها من جهة والكافلة لشرط الشفافية وفقا لما هو معمول به من جهة أخرى،[4] ونظرا لكون هذه الطريقة من التعيين لا تدعم الاستقلالية والفاعلية للهيئة بسبب غياب التمثيل الشعبي في التعيين أي التمثيل من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لاختيار الأعضاء، لذلك فإن تحقيق الاستقلالية المطلوبة لا يكون

[1] خالد الشعراوي الإطار التشريعي لمكافحة الفساد دراسة مقارنة لتشريعات بعض الدول، مركز العقد الاجتماعي، 2011، ص 31.

[2] أنظر المادة 19 من القانون رقم 01/06 في فقرتها الثالثة.

[3] راجع المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 في فقرتها الثانية.

[4] راجع المادة 3 من القانون 01/06 في فقرتها الأولى.

إلا عن طريق تغيير طريقة التعيين أولا وترك منصب الرئيس خاضعا لعملية الانتخاب من طرف الأعضاء ثانيا.[1]

3- **تبعية الهيئة لرئيس الجمهورية:** هذه التبعية والتي جسدها النص التشريعي من خلال المادة (18) من القانون 01/06 سالف الذكر، وأكدها المرسوم الرئاسي 413/06 ومن بعده الدستور في المادة (202) منه، طالما لم يفصل المشرع في نوع هذه التبعية ومعالمها فإنها تعد مظهرا من مظاهر المساس باستقلالية الهيئة.

خاصة في ظل وجود تناقض في النص القانوني فنفس النص الذي صرح للهيئة بالاستقلالية أي عدم خضوعها لأي رقابة وصائية أو سلطة رئاسية مما يؤدي إلى منع السلطة التنفيذية عنها هو نفس النص الذي صرح بتبعيتها لرئيس الجمهورية.[2]

هذا التناقض الذي جاء نتيجة الضغوطات الممارسة على الجزائر من طرف الأمم المتحدة والمنظمة العالمية للتجارة قصد منح الهيئة الاستقلالية من جهة ورغبة السلطة في إبقاء هذه الهيئات المستقلة عامة والهيئة على وجه الخصوص تحت وصايتها وهذا نابع من عدم توفر الإرادة السياسية لمكافحة الفساد.[3]

4- **تجديد عهدة أعضاء الهيئة:** نصت المادة (5) من المرسوم الرئاسي 64/12 على أن عهدة الأعضاء والمحددة بخمس (5) سنوات تكون قابية للتجديد مرة (1) واحدة إلا أن المادة مثلما لم تحدد معايير واضحة للتعيين بداية فإنها كذلك لم تحدد دواعي التجديد، وهذا في حقيقة الأمر يحد من استقلالية الهيئة من خلال كون التجديد قد يساهم سلبا عليها خاصة في حالة تأسيس التجديد للعهدة على معايير غير شفافة وغير نزيهة كالمساومات،[4] نظرا لأن الأصل العام في الهيئات المكيفة على أنها سلطات إدارية مستقلة وضمانا لاستقلاليتها وجوب أن تكون العهدة غير قابلة للتجديد.[5]

[1] ديب نذيرة، المرجع السابق، ص ص 47-48.

[2] خروفي بلال، المرجع السابق، ص 81.

[3] إعراب أحمد، المرجع السابق، ص 9.

[4] عميرو خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 77.

[5] وليد بوجملين سلطات الضبط الاقتصادية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 75.

5- **إنهاء مهام الرئيس والأعضاء:** نصت المادة (5) من المرسوم الرئاسي 64/12 على أن إنهاء مهام الرئيس والأعضاء للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته يتم وفق الأشكال التي تم بها التعيين مما يستفاد منه:

أن هذا الإنهاء لا يكون بمناسبة نهاية العهدة وإنما في شكل عزل.

أن لا القانون ولا التنظيم ضبط ممارسة هذه السلطة من قبل رئيس الجمهورية.

وتبعا لذلك تكون استقلالية الهيئة محدودة جدا وذلك من زاويتين:

أولهما: تولي رئيس الجمهورية لهذا الحق مما يؤكد تبعية أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته للسلطة التنفيذية.

ثانيهما: تكمن في عدم ذكر الأسباب والظروف الجدية والحقيقية والتي من شأنها إنهاء العهدة قبل المدة المحددة قانونيا بخمس (5) سنوات.[1]

6- **نسبية الاستقلال المالي:** على الرغم من نص المادة (18) من القانون 01/06 على تمتع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالاستقلال المالي وعلى الرغم من تأكيد المادة (202) من الدستور لهذه الخاصية إلا وهذا ما لا يعد مطلقا تكريسا للاستقلالية المالية للهيئة وذلك نتيجة التأثيرات التي تمارسها الدولة عن طريق تمويلها لها،[2] حيث أن الاعتماد على ميزانية الدولة يؤدي إلى تبعية الهيئة إلى السلطة التنفيذية، بحكم أن الدولة حين تقديمها هذه الإعانات فإنها تمارس نوعا من الرقابة عليها وحتى إمكانية التقاعس في تقديم الإعانات واردة خاصة عند عدم استجابة الهيئة لضغوطات الجهاز التنفيذي.[3]

وبالرجوع للحديث عن ممارسة الدولة نوعا من الرقابة على الهيئة فإن هذا قد أقره بالفعل المرسوم الرئاسي 413/06 والذي نص في المادة (24) منه على خضوع الهيئة للرقابة المالية والتي يمارسها عليها مراقب مالي يعينه الوزير المكلف بالمالية.[4]

[1] شيخ ناجية (المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، الملتقى الأول حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 23 و24 ماي 2007، ص 103.

[2] عثماني فاطمة، المرجع السابق، ص 50.

[3] أعراب أحمد، المرجع السابق، ص 10.

[4] المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06، مرجع سابق.

7- **فقدان الهيئة لسلطة حقيقية:** رغم ظاهرية استفادة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من تكييف قانوني صريح على أنها سلطة إدارية مستقلة وتطبيقا لذلك فهي لا تخضع لأي رقابة وصائية أو رئاسية،[1] كما أنها تتمتع بسلطة إصدار قرارات يعود اختصاصها الأصلي للسلطة التنفيذية لأن إنشاء مثل هذه السلطات الهدف منه ليس التسيير وإنما الضبط.[2]

إلا أنه بالرجوع إلى أحكام ونصوص القانون 01/06 وكذلك أحكام المرسوم الرئاسي 64/12 لا نجد لها أي مظهر من مظاهر السلطة والتي من المفروض أن تتمتع بها مثل هذه الهيئات والمكيفة على أنها سلطات إدارية مستقلة، فالمشرع لم يمنح للهيئة أي مهمة تتجاوز الجانب الاستشاري حتى بالنسبة لتحويل الملفات ذات الوصف الجزائي فقد قيدها بوزير العدل ومنعها من الاتصال مباشرة بالنيابة العامة رغم أنه منحها سلطة الاتصال بها لغرض الاستعانة بها لجمع الأدلة والتحري في الوقائع ذات العلاقة بالفساد وأكثر من ذلك هو أن حتى وصول الملف المحول إلى الجهات القضائية المختصة لا يعد تحريك للدعوى العمومية بل تبليغا فقط ليبقى تقدير التحريك من عدمه للنائب العام المختص.[3]

الخاتمة:

على الرغم من أن المشرع قطع شوطا كبيرا في بلورة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من الناحية للقانونية لتكون بذلك أداة فعالة للوقوف في وجه الفساد ومكافحته إلا أنه مازالت تنتظره أشواطا أكبر للوصول بها إلى الفاعلية المتوخاة من إنشاءها خصوصا في ظل النقائص الكبيرة التي تكشف عنها نصوصها القانونية من عدم وجود للاستقلالية الكافية والصلاحيات اللازمة والسلطة الحقيقية، هذا كله مضافا إليه ما سيكشف عنه ويفرزه الواقع العملي من نقائص أخرى، لذلك فإن الحديث عن الدور الذي تلعبه الهيئة في مواجهة الفساد والنتائج المحققة منها في حربها عليه مازال مبكرا جدا في إطار الوضعية الحالية للهيئة فبداية الخوض في موضوع الدور مقرون ببداية المشرع الخوض في موضوع النقائص.

[1] موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012، ص 127.

[2] باديس بوسعيود، المرجع السابق، ص 113.

[3] أنظر المواد 20، 22 من القانون رقم 01/06، مرجع سابق

من خلال العرض السابق نخلص إلى نتائج عدة أهمها:

_ أن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد تحتاج دعم فعلي لاستقلاليتها ليس فقط كم هائل من النصوص التشريعية والتنظيمية في غياب التطبيق.

_على المشرع الفصل في دور الهيئة لأن إعطائها مهام إدارية وأخرى قضائية يخول للقارئ أن لها دور قضائي في حين نجدها صندوق وصل بين الجهات القضائية ومعلومات حول الفساد لا تقل أهمية عن تلك التي قد يتحصل عنها العامة.

_ كثرة أعضاء الهيئة مع كثرة المهام المسندة لهم بموجب النص لكن عمليا لا نرى لها أي دور وما يؤكد ذلك هو استحداثها في 2006 وتعين أعضائها في 2010 ليأتي في 2016 تنصيب الفعلي لهؤلاء الأعضاء.

التوصيات:

_لابد من الاهتمام الفعلي بمسألة الاستقلالية لدعم نزاهة وشفافية عمل هذه الهيئة.

_دعم الرقابة على عمل الهيئة واعطائها مهام قضائية تتناسب مع تشكيلها وأيضا لتحقيق الهدف من وجودها.

_كما أن استقلال السلطة القضائية هو الضمان الحقيقي والفعلي لتمكين القضاء من النهوض بواجباته في إصدار أحكامه في مواجهة كل مرتكبي جرائم الفساد المحالين إلى القضاء، وفي هذه الحالة يصدر القضاء أحكاما وفقا للقانون وما تقتضيه مبادئ العدالة دون التأثير عليه من أية جهة أخرى.

قائمة المراجع والمصادر:

القوانين:

1_ القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 50 لسنة 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2011

2_المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أفريل 2004 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26، لسنة 2004.

.

3_المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالمرسم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012.

4_المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2016.

5_المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 7 فيفري 2012، بعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22نوفمبر 2006 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 08 لسنة 2012.

6_المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 نوفمبر 2010 المتعلق بتعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 69، لسنة 2010.

7_تعليمة رئاسية رقم 3 مؤرخة في 13 ديسمبر 2009 متعلقة بتفعيل مكافحة الفساد.

8_القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 21 مارس 2013 يحدد التنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتها.

الأطروحات والرسائل:

1_ باديس بوسعيود، مأسسة مكافحة الفساد في الجزائر 1999-2012، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

2_ تياب نادية آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3_ حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، (أطروحة دكتوراه)، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.

4_ خروفي بلال الحوكمة المحلية ودورها في مكافحة الفساد في المجالس المحلية دراسة حالة الجزائر، (مذكرة ماجستير)، قسم العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.

5_ ديب نذيرة استقلالية سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

6_ زوزو زوليخة جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.

7_ عثماني فاطمة التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

8_ عميرو خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012.

9_ موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012.

الكتب:

1_خالد الشعراوي الإطار التشريعي لمكافحة الفساد دراسة مقارنة لتشريعات بعض الدول، مركز العقد الاجتماعي، 2011.

2_وليد بوجملين سلطات الضبط الاقتصادية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011.

المداخلات:

1_ أعراب أحمد "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010.

2_ شيخ ناجية (المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، الملتقى الأول حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 23 و24 ماي 2007.

تفويضات الهيئات التابعة للجماعات الإقليمية

Mandates of regional community bodies

د/ رضا بوشقورة

جامعة العربي التبسي، تبسة – الجزائر–

ط.د/ تقي دغبوج

جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس– الجزائر–

ملخص:

ميز القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية بين الهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية فالهيئة العمومية هي إما إدارية أو صناعية وتجارية وتتميز هذه الأخيرة عن نظيرتها الإدارية كونها تستطيع تمويل أعباءها الاستغلالية كليا أو جزئيا عن طريق بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفة معدة مسبقا ولدفتر شروط عامة يحدد الأعباء والتقييدات العائدة على عاتق الهيئة وكذا الحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وعند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، وعلى هذا النحو فان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري شخص من أشخاص القانون العام موكل إليها تسيير مرفق عمومي تكون تاجرة في علاقاتها مع الغير وعلى خلاف ذلك تخضع الهيئة العمومية الإدارية لنفس القواعد المطبقة على الإدارة والى مبدأ التخصص، فيطبق عليها النظام المالي والمحاسبي المطبق على الإدارة وهو ما يجعل من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري النموذج الأنسب للتفويضات على عكس ما سار عليه تنظيم التفويضات في التجربة الجزائرية.

الكلمات المفتاحية: تفويضات؛ مؤسسة عمومية إدارية؛ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

abstract:

The directive law for public institutions distinguishes between public bodies and public economic institutions. The public authority is either administrative, or industrial and commercial, and the latter is distinguished from its administrative counterpart in that it can finance its exploitative burdens in whole or in part by selling commercial production carried out according to a pre-prepared tariff and a general conditions book that specifies the burdens and restrictions The authority, as well as the rights and powers associated with it, and, when necessary, the rights and duties of users In this way, a public institution of an industrial and commercial nature is a person of public law entrusted with the management of a public utility that is commercial in its relations with others. Otherwise, the administrative public body is subject to the same rules applicable to management and to the principle of specialization, so the financial and accounting system applied to management is applied to it. This makes the public institution of an industrial and commercial nature the most appropriate model for delegations, in contrast to the practice of organizing delegations in the Algerian experience.

Keywords: delegations; administrative public institution; public institution of an industrial and commercial nature.

مقدمة

الأصل أن يرد التفويض على مرفق من طبيعة صناعية وتجارية والاستثناء أن يكون محل التفويض مرفقا إداريا، ففي الوقت الذي يؤكد فيه الفقه[1] على التناسب بين تقنية التفويض والمرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري[2]، وذلك بالنظر لما تحققه من مرونة في التسيير وسهولة في التكيف مع الأنشطة الاقتصادية،

[1] – ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017، ص 25 وما بعدها.

[2] – « Les contrats de délégations de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l’administration, la charge d’assurer en tout en partie l’exécution d’un service

خالف التنظيم المطبق على تفويض المرفق العام في التجربة الجزائرية ذلك، فالمرافق ذات الطابع الربحي والتي وضعها النظام القانوني الجزائري في عهدة المؤسسات العمومية من نفس الطبيعة (م.ع.ص.ت) لم يفردها النص التطبيقي المنظم لتفويض المرفق العام بأحكام تخصها في هذا المجال وعلى العكس من ذلك فقد خص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعة الإقليمية، بتلك الأحكام التي أوردتها ذكرا وإجراء من خلال النص على كيفيات رقابتها[1].

إن تلك الصياغة العامة في عبارة " كل شخص عام مسؤول عن مرفق عام" لا تستثني المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من دائرة السلطات المفوضة ولكن عدم النص عليها صراحة وعدم تحديد إجراءات ورقابة خاصة بها يثير الإشكال بخصوصها، على النحو التالي:

ما مدى الارتباط بين الأهداف الاقتصادية لعقود التفويض والطبيعة القانونية للهيئات المحلية المفوضة ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية نقسم بحثنا الى مطلبين نخصص الأول منهما لتوضيح التلاؤم بين عقد التفويض والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فيما يكون الثاني لدراسة تطبيقات التفويض من طرف المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

المطلب الأول: تفويضات المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

بالرجوع لنص المادة 207 في صياغتها " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره "

public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial » -R.Chapus, le droit administratif général, tome 1, 15 e, Montchrestien, Paris,1996, p516

[*] – وإن كانت تخضع في رقابتها للجان الجماعات الإقليمية التي تتبعها، وهو ما يطعن في استقلاليتها، ويكرس الوصاية المفرطة.

نجد أن هذا الحكم يدخل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في نطاق التطبيق بوصفها شخص معنوي عام، يخضع للقانون العام مسؤول عن مرفق عام بإمكانه تفويض تسيير المرفق المسؤول عنه إلى مفوض له، فلماذا إذا لم يتناولها في التنظيم بصريح النص في المرسوم التنفيذي للتفويضات؟ كما أن النص التطبيقي والمتمثل في المرسوم التنفيذي 18-199 جاء على إطلاقه، دون تحديد لطبيعة هذا المرفق مما يستبعد فرضية أن التفويض يكون بناء على طبيعته، لا بناء على طبيعة الهيئة المسؤولة عنه.

إن ملائمة المرافق ذات الطابع التجاري لتقنية التفويض، في حقيقته فكرة جذورها ضاربة في الفقه المقارن لاسيما الفرنسي منه، باعتباره دائما من أصحاب السبق في إشراك الخواص في إدارة الشأن العام دون إنكار التجارب السابقة عنه كالنظام الانجليزي مثلا، إلا أن ذلك التقارب في التوجه القانوني يفرض دائما العودة للفقه الفرنسي لا لشيء سوى لاستخلاص الآثار والنتائج من التجربة المماثلة في الأحكام القانونية، دون إغفال المعطيات الخاصة لمحيط الجماعة الإقليمية الجزائرية، وفي البحث في حقيقة هذه الملائمة بين المرافق ذات الهدف الربحي وتقنية التفويض نسوق مثلا ما عبر عنه العميد هوريو [1] والذي جاء فيه:

"Par suite d'une sorte de politique administrative, il y a toute de services publics qui ne peuvent être exécuter que par le système de la concession. Ce sont les services publics que l'on considéré comme des entreprises économiques"

وهو طرح جاء به أيضا الفقيه R.Chapus عندما اعتبر أن التفويض يرد بالدرجة الأولى على المرفق العمومي ذي الطابع التجاري والصناعي، كما يمكن أن يكون على المرافق العمومية الإدارية:

« Les contrats de délégations de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, la charge d'assurer en tout en partie l'exécution d'un service public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial » [2]

[1] – وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية 2009، ص 229.

[2] -R.Chapus, le droit administratif général, tome 1, 15 e, Montchrestien, Paris, 1996, p516.

يوضح هذا التعريف تناول التفويض على انه قد يقع أيضا على المرافق الإدارية في عبارة qui peut être aussi"، وهي دلالة على أن الأصل في تقنية التفويض هو المرفق العمومي التجاري والصناعي وما المرفق العمومي الإداري إلا استثناء عن ذلك.

امتدت فكرة التأكيد على ملائمة المرافق ذات الطبيعة التجارية لتقنية التفويض إلى الفقه الحديث فتبناها الأستاذ Auby [1] حينما اعتبر قطاع المرافق العامة الصناعية والتجارية تشكل المجال الخصب والأمثل لتقنية التفويض، وقد امتد تأييد هذه الفكرة إلى اعتبار أن تفويض المرفق قرينة على انه ذو طابع صناعي وتجاري.

فالمرافق ذات الطبيعة الصناعية والتجارية تشكل الجزء الأكبر لمحل التفويض، على اعتبار أن تلك الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العمومية من قبل المستفيدين من خدماتها، كما يمكن أن يكون محل التفويض مرافق عمومية ذات طابع إداري.

جاذبية المرافق الاقتصادية لتقنية التفويض، هو طرح سانده أيضا بعض الباحثين الجزائريين في المجال، فمنهم من أشار إلى: "أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري توفر صيغة أكثر مرونة التسيير نظرا لتكيفها بسهولة مع الأنشطة الاقتصادية، أما القواعد التقليدية التي تحكم المؤسسة الإدارية فهي قاسية وجد صارمة، وتؤدي إلى البيروقراطية، مما يجعل استعمالها في نشاطات السوق امرأ مستحيلا ولا يمكنها تحمل منافسة المؤسسات الخاصة التي تعتبر الربح محركها الوحيد"[2]، كما جزم البعض منهم بأن "الأسباب

[1]- وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 230.

[2]- رابح مهداوي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية المحلية لتسيير المقابر والجنائز، لولاية الجزائر، مذكرة ماجستير، حقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 18.

الحقيقية التي استدعت اللجوء إلى أسلوب التفويض هو تحسين أداء المرافق العامة سواء على المستوى الوطني أو المحلي، وبالخصوص المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري"[1].

بالرجوع لمختلف التعريفات في عديد الأنظمة المقارنة، نجد ترجيح فرضية نجاعة التفويض الوارد على المرفق الصناعي والتجاري، فعلى سبيل المثال يعرف الأستاذ أحمد بوعشيق على أنه: "عقد إداري تعهد السلطة المفوضة للمفوض له، داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض باستغلاله وتدبير المرفق العام الصناعي والتجاري المحلي لمدة محددة تنتهي بانقضاء مدة العقد[2]".

ويضيف الأستاذ: "يعتبر التدبير المفوض طريقة حديثة في إدارة وتدبير المرافق العامة الاقتصادية ولاسيما المرافق العامة المحلية"[3].

وهو ما جسده مثلا المشرع التونسي بصريح النص[4]:

"للجماعة المحلية بمداولة من مجالسها أن تقرر استغلال مرافق عامة ذات صبغة اقتصادية صناعية وتجارية بواسطة عقود تفويض مرافق عامة محلية، يمكن بمقتضاها جماعة محلية بصفتها مانحة التفويض، شخصا عموميا أو خاصا بصفته صاحب التفويض التصرف في مرفق عمومي لا يكتسي صبغة إدارية يعود لها بالنظر على أن يكون المقابل المالي مرتبطا بالأساس بنتائج التصرف في المرفق العام موضوع التفويض وان يتحمل صاحب التفويض المخاطر المالية للنشاط المرفقي".

[1]– ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017، ص 26.

[2]– أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصر، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الثامنة 2004، ص 200.

[3]– احمد بوعشيق، المرجع نفسه.

[4]–الفصل 85 من القانون الأساسي عدد29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بالجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 مؤرخ في 15 ماي 2018.

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية في نصوص سابقة وحتى في النص الحالي "247/15 حينما جمع بين الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية"، لم يتعامل مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بنفس الكيفية بخصوص إمكانية خضوع هذا النوع من الهيئات لأحكامه:

فجعل من خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية بموجب الباب الأول من المرسوم الرئاسي 247/15 متوقف على شرط التمويل الكلي أو الجزئي الدائم أو المؤقت، للعملية المنجزة من طرف الدولة وذلك بناء على المادة السادسة منه، والتي نصت على ما يلي:

"لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

– المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية".

بينما لم يرد أي حكم خاص بشان هذا النوع من المؤسسات فيما تعلق بالتفويض، إذ لا يمكن استثنائها من نطاق التفويض لا بصفتها سلطة مفوضة ولا باعتبارها مفوض له وهو ما نجد دلالته في المادة من 207 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاء فيها:

"يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له....

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية". فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وعلى وجه الخصوص التابعة للجماعات الإقليمية مشمولة بأحكام هذه المادة، باعتبار خضوعها للقانون العام[1] من جهة وكذا

* – إن خضوع هذه الهيئات لقواعد القانون الخاص في معاملاتها مع الغير، لا يستثنيها من أحكام هذه المادة، كما أن عبارة المسؤول عن مرفق عام تجعل منها في صميم نطاق تطبيق التفويضات.

باعتبار أن تصرفها يكون لحساب الجماعة الإقليمية التابعة لها[1]، من جهة أخرى وهو ما يمكنها من مركز المفوض.

كما أن أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18 أعطت إمكانية لهذا النوع من الهيئات ذات الطابع الصناعي والتجاري، بدخول المجال التنافسي في مركز المفوض له وهو ما تعبر عنه المادة الرابعة من هذا المرسوم التنفيذي في صياغتها:

"يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة"، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له" بموجب اتفاقية تفويض".

إن المبرر الذي يجعل الجماعة الإقليمية تعمد إلى إنشاء هيئات عمومية من طبيعة صناعية وتجارية هو تسيير المصالح العمومية[2] المتكفل بها من طرف الجماعة الإقليمية وهي مهام لا علاقة لها بالمهام السيادية مما يخرجها من دائرة المرافق غير القابلة للتفويض تحت هذا المبرر.

وعلى اعتبار انه إذا كانت طبيعة المؤسسة المحلية، تمثل متغيرا، فان الثابت في معادلة التفويض هو عمومية الخدمة، ولا يجد الباحث مبررا لاستثناء المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري بوصفها هيئة مرفقية تقدم خدمات عامة، من أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 199/18، ذلك أن المؤسسة قد تأخذ بما هو أنسب للتسيير احد الشكلين إلا أن محل التسيير (المرفق العمومي) يظل ثابتا و هو ما تؤكده المادة الخامسة من المرسوم 200/83 في نصها على أن:

[1]- تنص المادة السادسة من المرسوم 83-200 على أن: " تتمثل مهمة المؤسسة في تنفيذ الأهداف المسندة إلى المرفق العام الذي تتولى تسييره " راجع المرسوم 83 – 200، الصادر في 19 مارس 1983 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 12 لسنة 1983.

[*] - المصالح العمومية المنصوص عليها في المواد 149 من قانون البلدية 11-10 و141 من قانون الولاية 12-07 والتي لم يرد ذكرها حصرا.

"تهدف المؤسسة إلى تسيير مرفق عام ذي طابع إداري أو صناعي وتجاري فهي حسب الحالة إدارية أو اقتصادي".

المطلب الثاني: تفويضات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري

يدار المرفق في حالة المؤسسة العمومية الإدارية عن طريق منظمة عامة، فطريقة الهيئة العمومية في هذه الحالة تمتاز عن طرق الإدارة الأخرى، بشكل يحقق نوعا من اللامركزية يطلق عليها الفقهاء اصطلاح اللامركزية المرفقية ويعرفها بعض منهم على أنها: "الهيئة العمومية التابعة للدولة والتي تدار بالأسلوب اللامركزي" هو تعريف وان كان يؤدي الغرض إلا انه ينطبق على المؤسسات العمومية المنشاة من طرف الجماعات الإقليمية، كما يعرفها الأستاذ عمار عوابدي[1] على أنها "منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي والإداري وترتبط بالسلطة المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة والوصايا وهي تدار بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها".

ويعطي الأستاذ محمد الصغير بعلي تعريفا موجزا ودقيقا للمؤسسة العمومية بشكل عام[2]: "مرفق عام مشخص قانونا".

أولا: عوائق تفويضات المؤسسة العمومية الإدارية:

عمليا اقر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية التفويض مع تحفظ أن لا تكون الخدمة بحكم طبيعتها أو بإرادة المشرع من المهام التي لا يمكن تأمينها إلا من طرف الجماعة الإقليمية ذاتها، من جهة أخرى يعرف المرفق الإداري بالمرفق الذي لا يمكن إدارته إلا من طرف الجماعة العمومية نفسها.

[1] – عمار عوابدي، القانون الإداري ، الطبعة الثالثة ، الجزء الأول ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 30.

[2] – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2001، ص 24.

ضمن نفس السياق وفي رد وزاري بتاريخ 02 ديسمبر1996 جاء في رد الوزير المكلف بالوظيفة العمومية " إن مرفق الاتصالات التابع للجماعة الإقليمية يمثل مهة من اختصاصات الجماعة الإقليمية، وهو نفس التوجه الذي أقرته المحكمة الإدارية لباريس حينما اعتبرت أن توزيع المعلومة البلدية تشكل مرفقا عموميا بلديا[1].

إن الطبيعة الإدارية أو الصناعية والتجارية للمرفق تحدد بدرجة أساسية تبعا لطبيعة النشاط وكيفيات تمويله وعمله وبصورة عامة فان تطبيق هذه المعايير يضفي على المرفق المحلي للاتصال الطبيعة الإدارية وفي المقابل يمكننا مثلا اعتبار إصدار نشرية بلدية والتي مصدر تمويلها بصفة أساسية هو العائدات الناتجة عن الإشهار، من طبيعة صناعية وتجارية، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للجماعة الإقليمية أن تعهد عن طريق اتفاقية تفويض تنفيذ الخدمة لمسير خارجي عن الجماعة، في قرار لمجلس الدولة بخصوص منازعة بين بلدية ومتعاقد معها، قدر أنها لا تأخذ طابع تفويض المرفق العمومي الاتفاقيات التي لا يكون فيها المقابل الذي يتحصل عليه المتعامل المتعاقد إما ناتجا عن ما يدفعه المرتفقين وإما بأي طريقة أخرى يكون فيها هذا المقابل مرتبطا بصفة جوهرية بناتج الاستغلال، وفي باقي الحالات يجب النظر إلى هذه العقود كصفقة خاضعة لأحكام قانون الصفقات[2].

إن الرد الوزاري المذكور أعلاه لا يمثل مرجعا ففي قرار جاء مناقضا له صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية لباريس بتاريخ 11 أكتوبر 1994، حكم القاضي الإداري بان العقد الذي تعهد البلدية بموجبه إصدار نشريتها الإعلامية مقابل العائدات الناتجة عن الإشهار هو صفقة عمومية!.

[1] -TA Paris,07juin1995, Voir sur ; https://www.legifrance.gouv.fr/

[2] -JOAN,07 avril.1997, question 45689, note, note Mireille Berbari et autre, p25.

أ– عائق التخصص:

إن خضوع الهيئة لمبدأ التخصص المنصوص عليه في القانون 200/83 يقصد به أن كل هيئة منوط بها القيام بأعمال محددة في نص إنشائها، وهي ملزمة بالتقيد بهذه الأعمال وأن لا تحيد عنها، بممارسة نشاط غير مذكور في نص الإنشاء[1] ويستخلص الفقهاء[2] من إعمال هذا المبدأ نتائج تتمثل في عدم قبول الهبات والوصايا لتحقيق غايات لا تدخل في اختصاصات الهيئة، وعدم مشروعية أي نشاط تقوم به الهيئة خارج تخصصها مع ترتب المسؤولية الناتجة عن الأضرار الناجمة عنه.

فهي تسعى فقط لتحقيق الأغراض المحددة والخدمات المعينة بالذات وذلك وفقا لنص إنشائها وبذلك تتعدد الأنظمة التي تحكم الهيئات العمومية وهذا باختلاف نوع الهيئة.

عند إنشاء هيئة عمومية يجب أن تحدد مهامها و النشاط الذي تمارسه، ولا يمكن أن تخصص ميزانيتها في نشاطات خارج هذا التخصص، وعلى الهيئة التقيد بالتخصصات الواردة في نص الإنشاء، إلا انه وفي إطار الأسباب والدوافع الاقتصادية، وبالنظر أيضا إلى الرغبة في التفتح على المجال التنافسي، فقد لوحظ أن العديد من الهيئات العمومية تسعى إلى ممارسة التعدد في النشاطات، والى ممارسة التحرر من مبدأ التخصص وهو الأمر الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى إصدار قرار حول التوسع الذي يمس مبدأ الحرية ففي قرار للمجلس مؤرخ في 07 جويلية 1994، ذكر المجلس أولا "انه ليس للهيئة العمومية تخصصا عاما ويشمل أكثر من المهام المنوطة بها، ولكن هذا المبدأ لا يفرض بحد ذاته أن هيئة عمومية وبالخصوص من طبيعة صناعية وتجارية أن تمارس نشاطات اقتصادية..."[3].

[1] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر، 2017، ص 351.

[2] – سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبوعات عين شمس، 1983، ص 34.

[3] -CE du 07 octobre 1994,relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur:www.Revue generaledudroit.eu.

« Ce principe ne s'oppose pas par lui même a ce qu'un établissement public s'il a un caractère industriel et commercial se livre a d'autre activités économiques….»

يمس هذا الرأي في ظاهره بالمبدأ الذي كان سببا في إحداث الهيئات المرفقية باختلاف نظمها القانونية و لكنه وضع شروطا تجعل من هذا الرأي يعد تحررا نسبيا من مبدأ التخصص وفي إطار ضوابط تبقي على المبدأ دون أن تجعل منه عائقا وهو ما يتجلى بوضوح في ما ذهب إليه المجلس في نفس القرار عندما وضع شروطا لممارسة هذا التوسع في الاختصاص:

« a condition dont posées a cette diversification, les activités en cause doivent être techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principal ,elle doivent également êtres a la fois d'intérêt général et directement utile a l'établissement , notamment par son adaptation a l'évolution technique…»

إن اجتهاد القضائي الفرنسي[1] استقر على نسبية التحرر من مبدأ التخصص في حدود الشروط التالية:

1- أن تكون النشاطات محل التوسع امتدادا طبيعيا لنشاط الهيئة، المنصوص عليه في قانونها الأساسي.

2-أن تكون هذه النشاطات تهدف إلى المصلحة العامة.

3- أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات التقنية.

انه ولمعرفة الطبيعة القانونية للهيئة العمومية، عما إذا كانت تجارية وصناعية أو غير ذلك، يجب الرجوع إلى نص إنشائها، فهو الذي يضفي عليها هذا الطابع أو ذاك ولكن هذا المعيار أيضا ليس دائما بهذا

[1] - CE du 07 octobre 1994, relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur: www. Revue generaledudroit.eu.

الوضوح لان الواقع الإداري يعكس وجود هيئات بوجهين (double visage)، وأمثلة ذلك في المنظومة الفرنسية [1]:

-غرف الصناعة والتجارة " CCI"، مهمتها تسيير مرفق عمومي، لأنها تتكفل بالدفاع عن الصناع والتجار، و إعلامهم وتكوينهم، وهي بهذا الشكل تخضع للقانون العام، ولكن هذه الغرف تتكفل بمرفق صناعي وتجاري عندما تستغله ضمن أحكام القانون الخاص عندما يستغل الموارد الغابية (ressources forestières)، ولكن هذا الديوان هو في الأصل مرفق عمومي من طبيعة إدارية عندما يسهر على حماية الغابات من حوادث الحرائق.

-الديوان الوطني للغابات " ONF"، نشاطه من طبيعة صناعية وتجارية.

-الموانئ المستقلة «les ports autonomes»، وهي هيئات عمومية تسيير مرافق صناعية وتجارية، عندما تقوم بتنصيب منشئات الموانئ، ونقل البضائع من والى الموانئ ولكنها تؤمن مرفقا عاما إداريا حينما تسهر على صيانة الموانئ وضبط المنشآت.

إن مسالة تحديد الطبيعة القانونية للهيئة العمومية لازالت تواجه صعوبات، فضلا عن الإشكال الذي يطرحه التوسع في المهام الممارس من قبل الهيئات المرفقية والذي يخضع للشروط الموضوعة من قبل الاجتهاد القضائي، والمبينة أعلاه، فكيف إذا تعامل التشريع والتنظيم الجزائري مع هذه المسالة ؟

تخضع المؤسسة العمومية الإدارية في ممارستها لنشاطها للأحكام القانونية العامة والتي يأتي على رأسها القانون 88-01، فجاء النص على مبدأ التخصص في المادة 43 منه على النحو التالي:

المادة 43: "تخضع الهيئات العمومية الإدارية للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص

[1] -Voir la raiponce de Ministère de l'intérieur, de l'outre Mer et des collectivités territoriales question écrite n 09135« **Gestion de service public communaux** », publiée dans le JO Senat ; 24-09-2009, page 2257.sur www.Senat.fr

تتمتع هذه الهيئات بنفس النظام المالي والمحاسبي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها".

إن خضوع المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري للتخصص مبدأ عززه النص القانوني مما يجعل احتمال ممارستها لأنشطة خارج هذا التخصص يدخل في دائرة الأعمال غير المشروعة، ولما كان الأمر كذلك فانه من باب أولى عدم تصور أن تكون لها إمكانية تفويض أنشطة تخرج عن هذا تخصصها.

ب– عائق الرقابة:

يبقى استقلال المؤسسة من الناحية الواقعية نسبيا يختلف من مؤسسة إلى أخرى فالمؤسسة العمومية الإدارية والتي تتألف إيراداتها بصفة أساسية من الإعانات التي يقدمها السلطة المركزية والجهة المنشاة يعتبر استقلالها قانونيا أكثر منه فعليا[1].

ومهما كانت درجة الاستقلال الإداري والمالي للمؤسسة العمومية فإنها تظل جزءا لا يتجزأ من السلطة المنشاة لها، ترتبط معها برابطة التبعية وتخضع لرقابتها المتمثلة فيما درج الفقه على تسميته بالوصاية الإدارية أو الرقابة الإدارية عن تفويض المرافق الإدارية:

عمليا اقر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية التفويض مع تحفظ أن لا تكون الخدمة بحكم طبيعتها أو بإرادة المشرع من المهام التي لا يمكن تأمينها إلا من طرف الجماعة الإقليمية ذاتها، من جهة أخرى يعرف المرفق الإداري بالمرفق الذي لا يمكن إدارته إلا من طرف الجماعة العمومية نفسها.

ج– تنافسية المؤسسة العمومية الإدارية:

[1] – احمد محيو، محاظرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 446.

يفرض البحث في الضوابط التي تحكم هذا النوع من الهيئات العمومية في المجال التنافسي التمييز بين خضوعها لقواعد المنافسة كسلطة متعاقدة، والذي هو أمر مفصول فيه بصريح النص، وبين مركزها في المحيط التنافسي، أو بعبارة أخرى التمييز بين كون المؤسسة العمومية سلطة مفوضة فتكون بذلك خاضعة لقواعد المنافسة وبين هذه المؤسسة كمتنافس، هذا الأخير يحتاج إلى مراعاة خصوصية المؤسسة العمومية الإدارية في النظام القانوني الجزائري أولا، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال تعميم تلك القرارات التي يبنيها مجلس الدولة الفرنسي على معطيات منظومته القانونية لتشمل المؤسسة العمومية الجزائرية

فما خلص إليه مثلا بعض الباحثين[1] كنتيجة مفادها إمكانية ممارسة المؤسسات العمومية الإدارية للأنشطة التجارية، استنادا لما اقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار سابق له، لا يمكن اعتماده كمبدأ بل لا يمكن إسقاطه بصورة مباشرة، على مقتضيات المؤسسة العمومية الإدارية في المنظومة القانونية الجزائرية ولتوضيح ذلك: جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي[2] "أن عدم وجود أي نص أو مبدأ قانوني يمنع الشخص العام من التقدم كعارض للتعاقد في إطار صفقة عمومية لاسيما وان هذه المؤسسات خاضعة للأحكام الجبائية".

دون مناقشة فرضية الخروج عن مبدأ التخصص، فالحكم بإمكانية ممارسة المؤسسة العمومية الإدارية للأعمال التجارية المبني على انعدام المانع القانوني من تعاقدها كمتنافس في إطار صفقة، أمر لا يستقيم، كما لا يمكن اعتبار هذا القرار مرجعا في تجربتنا لان هذا بالنسبة للتجربة الجزائرية مفصول فيه بموجب النص ولا مجال للاجتهاد فيه:

[1]- عبد القادر شايب الراس، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017، ص 40.

[2]- قرار مؤرخ في 08 نوفمبر 2000، بخصوص نزاع رفعته شركة J-L-Bernard c، ضد مقاطعة Dijonnaise التي منحت صفقة دراسات للمؤسسة العمومية الإدارية "المعهد الوطني الجيوغرافي"، تم إحالة الملف لمجلس الدولة الفرنسي للبت في مدى إمكانية تقديم المؤسسة العمومية الإدارية لعروض في الصفقات العمومية، القرار متاح على الموقع:

https://www.legifrance.gouv.fr/

"لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود الآتية:

– المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها".

وحتى وان كان لا يوجد هناك مانع من تعاقد المؤسسة العمومية الإدارية في مجال التفويضات بصفتها مفوضا له فان هذه المسألة تعتبر من قبيل المجازفة في السوق التنافسية التي تفتقر المؤسسة العمومية الإدارية لأبجدياتها، ماديا وبشريا، فضلا عن الموانع التي يفرضها قانون المنافسة في حالة تقدمها للتعاقد بصفتها مفوضا له والتي نوجزها فيما يلي:

تلتزم الدولة بعدم القيام بدعم مؤسساتها العمومية على حساب مؤسسات أخرى، حيث من شأن هذه الممارسات الإخلال بالمنافسة الحرة والنزيهة بين المتعاملين الاقتصاديين داخل السوق[1].

إن المؤسسات العمومية التابعة للجماعة الإقليمية والراغبة في النشاط في ميدان التفويض يجب أن تتمتع بقدر من الاستقلالية يمكنها من مجاراة مقتضيات السوق وفرضية التبعية لسلطة الوصاية تحول دون ذلك.

الخاتمة:

كخلاصة لملائمة التفويض المرخص به للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، فإنه بالنظر لتلك المعايير المبني عليها أشكال التفويض فإنها تمثل مؤشرات لنشاط من طبيعة ربحية، فرقم الأعمال والمنحة الإنتاجية والمخاطر التجارية والمخاطر الصناعية لا يمكن تصورها في مجال الأنشطة الإدارية وبالتبعية لا يمكن ربطها بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، يبقى الاحتمال أن التنظيم يمهد للاعتماد على ما رسخه

[1]– شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017، ص 64.

الاجتهاد الفرنسي من نسبية في التحرر من مبدأ التخصص لهذا النوع من المؤسسات[1] وان كان الأمر كذلك لنا في ذلك تجربة ونتيجة[2].

نصت أحكام القانون 87-20 المتضمن قانون المالية لسنة 1988 على ممارسة النشاطات الثانوية من قبل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري زيادة على مهمتها الرئيسية وفي هذا الإطار تم تحديد شروط القيام بهذه النشاطات بواسطة نص تطبيقي صادر سنة 1992[3]، ثم بالنص الصادر سنة 1998 وتم تدعيم هذا التوجه[4]، ولكن أول تقرير منشور لمجلس المحاسبة الجزائري جاء فيه ما يؤكد الانحراف عن الإطار التنظيمي المطبق والغموض في طريقة معالجة المنتوجات المنجزة من طرف المؤسسات والموجهة للبيع، ومن خلال فحص المجلس لفئة معينة من هذه المؤسسات الإدارية فيما تعلق بممارستها لأنشطة ثانوية وقف تقريره على أن الحصص العائدة إلى ميزانيات المؤسسات المعنية وبعد طرح الأعباء لم تتجاوز نسبة 0.08% من مبلغ الإعانات الممنوحة لها من طرف الدولة[5].

* - 1 أن تكون هذه النشاطات تهدف إلى المصلحة العامة.

2 أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات التقنية

3 أن تكون ذات فائدة مباشرة للمؤسسة وعلى وجه الخصوص فيما تعلق بتكيفها مع التطورات التقنية.

* - التجربة كانت بخصوص عدة مؤسسات والنتائج اقتصرت على ما ورد في التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019.

[3]- المرسوم التنفيذي 92-05 المؤرخ في 04 جانفي 1992 الذي يحدد كيفيات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها، ج ر عدد 02 لسنة 1992، ملغى.

[4]- المرسوم التنفيذي 98-412 المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، يحدد كيفيات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها.

[5]- للاطلاع: التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنة 2019، منشور على الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 2019، ص 56.وما بعدها.

قائمة المراجع:

المصادر:

1- القانون 01/88 المؤرخ في 2جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل و المتمم، ج ر عدد 50 لسنة 1988.

2- قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 مؤرخة في 03 يوليو 2011.

3- قانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 مؤرخة في 29 فبراير 2012.

4- القانون الأساسي عدد29 لسنة 2018 المؤرخ في 09 ماي 2018، يتعلق بالجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 مؤرخ في 15 ماي 2018.

5- المرسوم 200/83، الصادر في 19 مارس 1983 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 12 لسنة 1983.

6- المرسوم التنفيذي 92-05 المؤرخ في 04 جانفي 1992 الذي يحدد كيفيات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها، ج ر عدد 02 لسنة 1992، ملغى

7- المرسوم التنفيذي 98-412 المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، يحدد كيفيات توزيع المداخيل الناتجة عن الأشغال والخدمات المنجزة من طرف المؤسسات العمومية زيادة عن مهامها.

8- التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنة 2019، منشور على الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 2019، ص 56.

9- قرار مؤرخ في 08 نوفمبر 2000، بخصوص نزاع رفعته شركة J-L-Bernard c، ضد مقاطعة Dijonnaise التي منحت صفقة دراسات للمؤسسة العمومية الإدارية "المعهد الوطني الجيوغرافي"، تم إحالة الملف لمجلس الدولة الفرنسي للبت في مدى إمكانية تقديم المؤسسة العمومية الإدارية لعروض في الصفقات العمومية، القرار متاح على الموقع:https://www.legifrance.gouv.fr/

الكتب:

1- أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصر، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الثامنة 2004، ص 200.

2- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (النشاط الإداري، التنظيم الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2001.

3- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

4- عمار عوابدي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.

5- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبوعات عين شمس، مصر، 1983.

6- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2009.

مذكرات التخرج:

1- رابح مهداوي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية المحلية لتسيير المقابر والجنائز، لولاية الجزائر، مذكرة ماجستير، حقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2010-2011.

2- شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017.

3- عبد القادر شايب الراس، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017.

المقالات

1- أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2002.

2- ارزيل كاهينة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية وسياسية، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد الثالث لسنة 2017.

محاضرات

1- احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

مراجع باللغة الأجنبية

1- R.Chapus, le droit administratif général, tome 1 , 15 e, Montchrestien, Paris,1996.

2-TA Paris,07juin1995, Voir sur ; https://www.legifrance.gouv.fr/

3-JOAN,07 avril.1997, question 45689, note, note Mireille Berbari et autre.

4-CE du 07 octobre 1994,relative a la diversification des activités de EDF, publiée sur: https://www.Revue generaledudroit.eu.fr

5- la raiponce de Ministère de l'intérieur, de l'outre Mer et des collectivités territoriales question écrite n 09135« **Gestion de service public communaux** », publiée dans le JO Senat ; 24-09-2009, page 2257.sur www.Senat.fr

تطهير العقار الفلاحي وفق المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018

ط. د/ نوردين مسلي

جامعة محمد الشريف مساعدية – سوق أهراس – الجزائر–

الملخص:

تكمن أهمية هذه الورقة البحثية إلى تكريس دور الدولة في تطهير العقار الفلاحي من خلال ترسيم هذا المحور بصفة شرعية ودائمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى تشجيع الاستثمار على الأراضي الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك، حسب نظام منح هذه الأراضي سواء تعلق الأمر بحيازة الملكية العقارية الفلاحية أو الامتياز.

وعليه يهدف هذا المقال ليس فقط إلى التذكير بالمنظومة التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الإخلال بالتزام استغلال الأراضي، وإنما تحديد التدابير التي يجب أن يسمح باسترجاع الأراضي غير المستغلة وكذا إجراءات الحصول على العقار الفلاحي والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة بالدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتموا أعمال الاستصلاح، أما في ما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات تتعين المباشرة في مرحلة أو بعمليات الإحصاء غير جميع الولايات.

الكلمات المفتاحية: تطهير العقار الفلاحي؛ تأمين المستغلين؛ استغلال الأراضي الفلاحية.

Summary:

The importance of this publication lies in the dedication of the role of the state in purifying the agricultural real estate through the delineation of this axis in a legitimate and permanent manner, on the one hand, and on the other encouraging investment on the lands granted and expanding the productive base by gaining new lands suitable for agriculture.

The purpose of this publication is not only to mention the legislative and regulatory system in force in the area of violation of the obligation to exploit the land, but especially to determine the measures that should allow the recovery of unused land as well as an action To obtain the agricultural property and expedite the clearing of the deferred files under Law No. 10-03, which defines the terms and conditions of exploiting the agricultural lands belonging to the private property of the State and the handing over of the title deeds to the exploiters within the framework of the ownership of the agricultural real estate for those who have completed the reclamation works. Direct in-phase or non-census operations all states.

key words: disinfection of farmland; insurance of exploiters; Exploitation of agricultural land.

مقدمة

مما لاشك فيه أن البحث في إشكالية العقار ألفلاحي وتطهيره من بين المسائل التي استهلكت الكثير من جهد السلطات المتعاقبة على حكم الدولة الجزائرية بغض النظر على النظام القانوني المطبق على العقار ألفلاحي بكل أصنافه ووسائل إثباته واكتسابه، فان الوجهة المخصصة لها الأرض لها أهميتها وتؤثر في طبيعـة النصوص المطبقة عليها، وتنظم أحكام هذه النصوص حسب المكانة التي تحتلها وجهة الأرض والوظيفـة التي أوكلت لها في المجتمع لتطبيق السياسات التنموية المنتهجة، إن مسالة العقار ألفلاحي وتطهيره مرده في الواقع إلى سببين هما:

ارتباط الأرض بمعركة التحرير الأمر الذي أضفى عليها قداسة من حيث كونها مروية بدم الشهداء من جهة، واعتبارها رمز السيادة من جهة أخرى.

ارتباط الأرض الإنتاج والإنتاجية حيث شكلت في منظور السلطة الأداة التي تراهن عليها لتحقيق الاكتفاء الذاتي، ومن خلاله الاستقلال الاقتصادي بعد نجاحها في تحقيق الاستقلال السياسي

بيد أن هذين الارتباطين اصطدما بإشكالية عدم وجود نظام قانوني موحد لتطهير العقار الفلاحي، حيث ورثت الدولة الجزائرية أنظمة متناقضة لتسيير وتنظيم هذا العقار، وهذا التناقض هو الذي تسبب لاحقا في بروز ما يسمى بأزمة العقار ألفلاحي، إذ ونظرا لأهمية العقار ألفلاحي فقد جاء هذا المنشور إلى تكريس دور الدولة في تطهير العقار ألفلاحي من خلال ترسيم هذا المحور بصفة شرعية ودائمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى تشجيع الاستثمار على الأرض الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك، حسب نظام منح هذه الأراضي سواء تعلق الأمر بحيازة الملكية العقارية الفلاحية والامتياز، وعليه يهدف هذا المنشور ليس فقط إلى التذكير بالمنظومة التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الإخلال بالتزام استغلال الأراضي وإنما بالأخص إلى تحديد التدابير التي يجب أن تسمح باسترجاع الأراضي غير المستغلة وكذا إجراءات الحصول على العقار ألفلاحي والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيان استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتمُو أعمال الاستصلاح وكذلك فيما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات. ولعل أهم المسائل التي جاء بها هذا المنشور الوزاري، هي إعادة الاعتبار للملكية الخاصة وذلك برفع القيود على المعاملات العقارية وإرجاع الأراضي إلى ملاكها الأصليين كما انه ادخل منظورا جديدا في كيفية تدخل الدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية في المجال العقاري عن طريق خلق ميكانيزمات تسمح لها بتحقيق بعض الأهداف الاقتصادية والاجتماعية على حساب الملكية الخاصة للأفراد.

ويبقى الغموض بشان العلاقة بين المالك الذي هو الدولة، والفلاح الذي أصيغت عليه السلطة ألقاب إيديولوجية كالعامل، المستفيد، المستصلح، والمنتفع وهي ألقاب تبقى حبيسة الرؤية الأيديولوجية والتي لا تسمح لها بالانفلات من قيودها.

والإشكالية المطروحة في هذه الدراسة تتمثل في: **ما هو دور هذا المنشور الوزاري في تطهير العقار الفلاحي وهل جاء لمواصلة العمل بالتشريع المعمول به من قبل أم أن هناك إضافة جديدة؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم دراستنا كالآتي: **المبحث الأول** وتناولنا فيه تأمين المستغلين، أما **المبحث الثاني** فخصصناه لإجبارية استغلال الأراضي الفلاحية.

المبحث الأول: تأمين المستغلين

ينتظر من كافة المتدخلين، على جميع المستويات، تكريس المجهودات حول هذا المحور قصد ترسيم، بصفة دائمة وشرعية، العلاقة بين المستغل والأرض التي يستغلها ضمن منظور تشجيع الاستثمار على الأراضي الممنوحة وتوسيع القاعدة الإنتاجية بكسب أراضي جديدة صالحة للزراعة نتيجة ذلك.

حسب نظام منح هذه الأراضي، سواء تعلق الأمر بحيازة الملكية العقارية الفلاحية أو الامتياز، يجب اتخاذ كل التدابير الملائمة طبقا للتنظيم المعمول به في هذا المجال قصد:

تسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية الذين أتموا أعمال الاستصلاح والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة في إطار القانون رقم 10/03 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010

أما في ما يخص شغل الأراضي الفلاحية بدون سندات يتعين المباشرة، في مرحلة أولى، بعمليات الإحصاء عبر جميع الولايات.

المطلب الأول: المستفيدين في إطار القانون رقم 18/83 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية

اضطرت السلطة أمام تناقص وعاء العقار الفلاحي إلى تشجيع عمليات الاستصلاح والتي شهدت ركود نسبي رغم التدابير التشجيعية النصوص عليها في القانون المذكور أعلاه وقصد إنعاش الاستصلاح[1].

تبني هذا الإجراء أكثر من ضرورة بدا بإعادة تفعيل اللجان التقنية للدوائر بغية الإسراع في وتيرة إعداد الوثائق الإدارية ومعاينات انجاز أعمال الاستصلاح[2].

وفي هذا السياق صدر القانون رقم 18/38 بتاريخ 13 أوت 1983 يحدد كيفية حيازة ملكية الأراضي الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

ولتملك الأراضي عن طريق الاستصلاح، لابد من توافر شروط محددة وإتباع بعض الإجراءات نص عليها القانون.

يتبين من قانون الاستصلاح والمرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 10 ديسمبر 1983 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون المذكور سابقا، أن هناك شروطا تتعلق بالأراضي القابلة للاستصلاح وكيفية تعيينها واستغلالها، وشروطا خاصة بالمستصلح ذاته، حتى لا يقع خلط بين هذا القانون وقانون المستثمرات الفلاحية.

الفرع الأول: الأراضي القابلة للاستصلاح:

أن عملية الاستصلاح تنصب على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الصحراوية والسهبية عند توافر المياه، وكذلك الأراضي غير المخصصة طبقا لقانون 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر

[1] المنشور الوزاري المشترك رقم 750 / أو المؤرخ في 18 جويلية 2018 بين وزارة الداخلية ووزارة الفلاحة ووزارة المالية.

[2] عجة الجبلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 273.

1987 والتي يمكن استخدامها بعد الاستصلاح، ويستثني من ذلك الأراضي الغابية[3] الأراضي الموجودة ضمن المحيط المعماري، الأراضي الواقعة في المناطق المحمية[4] الأراضي التابعة للقطاع الخاص المعترف بها، الأراضي المخصصة لمشاريع الاستثمار العمومي بكافة أنواعه والأراضي التابعة للقطاع العسكري.

على العموم فإن الأراضي القابلة للاستصلاح هي تلك الأراضي التابعة للأملاك الوطنية والباقية بعد استبعاد الأراضي المنتجة، وقد تكون هذه الأراضي معزولة، أي خارج المحيط أو ضمن تجمعات زراعية موجودة فعلا أو احتمالا. ويتم حصر هذه الأراضي إما بمبادرة من الجماعات المحلية أو من طرف المتر شح بعد اخذ رأي المصالح التقنية التابعة للفلاحة، الري وأملاك الدولة، بعد ذلك يتوج العمل بقرار ولائي ينشر على مستوى البلديات حتى يتسنى للمواطنين تقديم احتجاجاتهم إن وجدت، لان هذا التحديد قد يقع على أراضي مملوكة للغير[5].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالمستصلح:

يقدم المترشح لاستصلاح الأرض طلبا مكتوبا إلى رئيس الدائرة التي توجد فيه قطعة الأرض المراد استصلاحها، وتسجل الطلبات مصحوبة بملف حسب الترتيب الزمني في دفترين يفتحان لهذا الغرض مقابل تسليم وصل إبداع ويخصص احد الدفترين للترشحيات الخاصة، بالقطع الأرضية الواقعة في المساحات المعنية.

ويشمل ملف الترشح على ما يأتي :

- طلب المترشح

- تحديد موقع القطعة أو القطع الأرضية المرغوب فيها ومساحتها التقريبية.

[3] بن برقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001 ص 31-32.

[4] المادة 13 من قانون التوجيه العقاري.

[5] المادة 22 من قانون التوجيه العقاري.

- برنامج عملية الاستصلاح المزمع القيام.

- مبلغ الاستثمار المخصص لها.

- مخطط مختصر في حالة قطع تقع خارج المساحات المعنية كلما كان ذلك ممكنا.

تسلم الملفات قصد دراستها للجنة التقنية التابعة للدائرة ويقتصر فيها على الممثلين المحليين لمصالح الفلاحة والري وإدارة أملاك الدولة[6].

وفي هذا الخصوص يتم إعداد عقود ملكية بوضع برنامج تطهير حسب كل بلدية وتحديد أجال الانجاز ومتابعتها.

أما بالنسبة لمستغلي الأراضي دون سندات تمت معالجة هذا الانشغال ضمن التعليمة الوزارية المشتركة رقم 162 المؤرخة في 13 فبراير سنة 2013 رغم النقائص، كما أن تسوية مرهونة بتوفر الشروط التالية:

- استغلال فعلي ومبرر

- عدم وجود منازعات خاصة أو نزاعات بين المستغلين

- استصلاح سابق لشهر يونيو 2011

وهنا نميز بين حالتين :

الحالة الأولى:إذا كانت المعاينة ايجابية مباشرة إجراء حيازة الملكية العقارية الفلاحية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول يهما.

[6] بن برقية يوسف، مرجع سابق، ص 32.

الحالة الثانية: إذا كانت المعاينة سلبية تعتبر الأرض غير مستغلة ويجب أن تكون موضوع استرجاع فوري قصد تخصيصها في إطار ترقية الاستثمار ألفلاحي طبقا للتنظيم[7].

المطلب الثاني: المستفيدين من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة في إطار الامتياز

إنّ قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحيّة التّابعة للأملاك الوطنية، صدر في ظل دستور 1976 و تطبيقا للقانون 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأملاك الوطنية الذي كان ساري المفعول آنذاك وقبل إلغائه بالقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية. ويعتبر هذا القانون إعادة نظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحيّة التّابعة للدولة التي نظمها قانون الثورة الزراعية والنّصوص المتعلقة بالتّسيير الذّاتي* للمزارع[8] حيث جعلها تستغلّ على شكل مستثمرات فلاحية جماعيّة كقاعدة عامة و الاستغلال الفردي كاستثناء طبقا لنص المادة 09 من قانون 19/87 والتي جاء فيها : " تستغلّ الأراضي جمعيّا و على الشّيوع حسب حصص متساوية بين كل عضو من أعضاء الجماعات المشتركة بصفة حرة، ويمكن استثنائيا استغلال الأراضي بصفة فردية حسب الحالات وضمن الشروط المحددة بموجب هجا القانون. . . "وبهدف المحافظة على الأرضي الشاسعة والخصبة والمختصة في الإنتاج، ويتم منح هذه الأراضي من طرف الدولة[9].

الفرع الأول: المستفيدين في إطار القانون رقم19/87

[7] ليلى زروقي، التقنيات العقارية (العقار الفلاحي)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001، ص 121 – 122.

* معنى التّسيير الذّاتي: أنّ الأرض ووسائل الإنتاج الفلاحي من الأموال المنقولة والعقاريّة الملحقة بأملاك الدولة، تسير من طرف مجموعة من العمّال طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 المعدل والمتمم بالأمر رقم 42/75 والمؤرخ في 1975/05/17 والخاص بالتّسيير الذّاتي في الفلاحة، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 1975.

[8] ليلى زروقي، استغلال الأراضي الفلاحيّة التّابعة للأملاك الوطنيّة، مجلة الموثق، الغرفة الوطنيّة للموثقين، العدد السابع، الجزائر، 2002، ص 27.

[9] بن رقية بن يوسف، الطبيعة القانونيّة للمستثمرة الفلاحيّة الجماعية في ظل قانون 19/87، الاجتهاد القضائي لغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم وثائق المحكمة العليا، الجزائر، 2004، ص 64.

يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استغلال الأراضي الفلاحية المحددة بموجب المادة 19 من القانون 84- 16 المؤرخ في 30 يونيو سنة 1984 المذكور أعلاه وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم. ويستهدف هذا القانون على الخصوص مايلي:

ـ ضمان استغلال الأراضي الفلاحية استغلالا أمثل.

ـ رفع الإنتاج والإنتاجية بهدف تلبية الحاجات الغذائية للسكان احتياجات الاقتصاد الوطني.

ـ تمكين المنتجين من ممارسة مسؤوليتهم في استغلال الأراضي.

ـ ضمان الاستقلالية الفعلية للمستثمرات الفلاحية.

ـ إقامة صلة خاصة بين دخل المنتجين وحاصل الإنتاج[10].

وعليه فقد أكد هذا المنشور على إلزامية تحويل حق الانتفاع إلى حق امتياز من طرف اللجان الولائية والإسراع في معالجة 9000 ملف المحصاة على المستوى الوطني بمساحة تقدر بـ 100 ألف هكتار[11].

الفرع الثاني: المستفيدين في إطار الاستصلاح عن طريق الامتياز:

يجب على كل مترشح للحصول على امتياز الأراضي في إطار هذا المرسوم أن يعد ويقدم للهيئة المؤهلة ملفا يحتوي على ما يأتي:

- طلب يحدد موقع الأراضي ومساحتها.

- استمارة دفتر الشروط مستكمل المعلومات حسب المطلوب قانونا.

[10] حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص72.

[11] راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، مرجع سابق.

– ملف تقني اقتصادي يتكون من: تفاصيل برامج الاستصلاح كشف وصفي وتقديره لأشغال الاستصلاح خطة إنجاز الاستصلاح مخطط التمويل الذي يبرز على الخصوص حصة مساهمة المترشح الشخصية وكذلك مبلغ القروض المالية التي يحتمل أن يحصل عليها وفي حالة عدم تكوين الملف التقني والاقتصادي المذكور أعلاه، يجب على المترشحين للحصول على امتياز الأراضي، أن يكتتبوا التزاما يتعهدون فيه بقبولهم برنامج الاستصلاح المعد مسبقا من قبل مدير المشروع، تحرر إدارة الأملاك الوطنية مقررا يتضمن الترخيص بالامتياز بعد قبول طلب الامتياز من طرف اللجنة التي يحدد تشكيلها وعملها بقرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري والمالية[12].

الفرع الثالث: فيما يخص الاستغلال بدون سندات

يتعلق الأمر بمستغلي الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ولكن ليس بحوزتهم سندات الاستغلال بالرغم من تواجدهم في الأماكن منذ عدة سنوات وحتى لعدة عشريان. كما يعتبر أيضا الأشخاص بدون سندات أولئك الذين بحوزتهم قرارات منح فردي في إطار الثورة الزراعية. بالنسبة لهذه الفئات من المستغلين، يتعين في مرحلة أولى الشروع في إحصاء شامل لمجموع الحالات باللجوء إلى لجنة التي تتفضلون بتنصيبها والتي ستشكل على وجه خاص من ممثلي مديرية المصالح الفلاحية والديوان الوطني للأراضي الفلاحية وأملاك الدولة مسح الأراضي والجماعات المحلية المعنية. وسيتم تحديد إجراءات التكفل بتسوية هذه الفئة من المستغلين بالنظر للوضعيات التي تم إحصاؤها وذلك حالة بحالة. وفي كل الحالات، يشكل حضور المعنيين في عين المكان والاستغلال الفعلي للأراضي وتسخير استثمارات هامة من قبل المعنيين شروطا مسبقة للتسوية[13] حسب الوثيقة المعلوماتية للمستغلين للأراضي الفلاحية بدون سندات.

المبحث الثاني: إجبارية استغلال الأراضي الفلاحية

إن مبدأ الدولة حسب هذا المنشور جاء ليكرس استغلال الأراضي الفلاحية أو ذات طابع فلاحي سواء كانت ملكية خاصة وتابعة للأملاك الخاصة للدولة ومهما كان شكل الاستغلال (حيازة الملكية العقارية الفلاحية _امتياز) وبالتالي يتعلق الأمر بالتذكير بالنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال

[12] ليلى زروقي، التقنيات العقارية، المرجع السابق، ص 56- 57.

[13] راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، المرجع السابق.

الإخلال بالتزامات استغلال الأراضي لا سيما المادة 20 من القانون 16/08 المؤرخ في 3 غشت 2008 والمتضمنة التوجيه ألفلاحي التي تنص انه يكون الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية إلزاميا على كل مستثمر فلاحي شخصا طبيعيا أو معنويا وهكذا وجب التسريع في الإجراءات المتعلقة بالاستغلال الإجباري للأراضي حسب مايلي[14]:

المطلب الأول: بالنسبة للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة

نص القانون رقم 03/10 والمراسيم المطبقة له على الشروط التي يجب أن تحترم في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وما يترتب على عدم احترامها. ومن أهم هذه الشروط أن هذا القانون يفرض على المستثمرين أصحاب الامتياز إدارة واستغلال مستثمراتهم بصفة مباشرة وشخصية علما أن المستثمرة الفلاحية سواء كانت فردية او مشكلة من اصحاب امتياز معددين، وبعد انتهاء الشكليات المطلوبة، تكتسب صفة الشخص المعنوي المتميز عن أعضائه. كما أن المستثمرين أصحاب الامتياز ملزمين بحماية الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية الملحقة بها والمحافظة على وجهتها الفلاحية، ويجب عليهم دفع الإتاوة التي يحدد وعائها سنويا بموجب قانون المالية. وبصفة عامة يلتزم المستثمرين اصحاب الامتياز باحترام القيود المفروضة عليهم بموجب أحكام المرسوم رقم 326/10 المؤرخ في 23-12-2011 المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وأهمها:

-منع التأجير من الباطن للأراضي والأملاك السطحية.

-استغلال صاحب الامتياز للأراضي الممنوحة له.

-عدم تغيير الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأملاك السطحية الممنوحة.

-عدم في الأراضي إلا بموجب رخصة من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

[14] ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء أخر التعديلات واحدث الأحكام، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 134-13.

ويترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الامتياز، بالامتيازات المذكورة أعلاه وبعد إثبات المخالفة بمحضر معاينة يعد محضر قضائي، إعذاره من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حتى يكف عن المخالفة ويتمثل لأحكام القانون المتعلق بالامتياز الفلاحي[15].

الفرع الأول: الأراضي الممنوحة في إطار نظام حيازة الملكية العقارية والفلاحية

في حالة غياب أعمال استصلاح لفترة خمس (5) سنوات (باستثناء القوة القاهرة) يقوم الوالي بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخطار القاضي المختص من اجل ادعاء الشرط الفاسخ إلا انه إذا أمر القاضي بإبطال العملية وبالتالي إلغاء المنح يحتفظ المعني بملكية التجهيزات والمعدات التي جلبها معه. إلى جانب ذلك يمكن أن يخص رفع الشرط الفاسخ فقط الجزء المستصلح فعلا في هذه الحالة يتم استرجاع باقي القطعة الأرضية ويعاد منحها طبقا للإجراء المعمول به.

وبالرجوع لأحكام هذا القانون والمرسوم التطبيقي نلاحظ أن الأراضي القابلة للاستصلاح يتم حصرها أي تحديدها إما بمبادرة من المجموعات المحلية المعنية بالنسبة للأراضي الواقعة في التجمعات الزراعية الموجودة فعلا أو احتمالا وحولها وتحدد المساحة ويجب استشار المصالح التقنية المعنية، كما يمكن أن تحدد هذه المساحات بمبادرة من المستصلح بالنسبة للأراضي الواقعة خارج المحيط وإذا أكدنا على هذه المسائل فإنها مهمة لمعرفة كيف يمكن تطبيقها بالنسبة للمستفيد من حق التمتع الدائم نلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن أهم شيء في اكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح هو إحياء ارض بور أي برنامج الاستصلاح الذي يشمل إعداد التربة وتهيئة المياه وانجاز المباني الضرورية لتحيق برنامج الاستصلاح هي التي تبرر منح الملكية بالدينار الرمزي، لان الأراضي موضوع التمليك هي أراضي صحراوية غير مستغلة ويتطلب

[15] كحيل حكيمة، تحويل حقل الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 03/10 مؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، طبعة ثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 14-15.

استغلالها انجاز برنامج استصلاح مكلف، حتى أن المشرع نص على إمكانية منح قروض للمستصلح وإعفاءات من الرسوم، ورغم أن المشرع نص على ضرورة انجاز برنامج استصلاح أقصاه 5 سنوات

الفرع الثاني: حالة الأراضي الممنوحة في إطار الامتياز (القانون رقم 10/03)

نظم المشرع حالة خاصة في منح الامتياز من خلال القانون رقم 10/03 المؤرخ بسنة 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة إذ نجد إن إدارة الأملاك الوطنية تمنح امتياز للأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، وكذا الأملاك السطحية لديها إلى أشخاص آخرين زيادة على أعضاء المستثمرة الفلاحية وهذا وفق شروط وإجراءات محددة نص عليها هذا القانون والمرسوم التنفيذي له رقم 326/10 فهذه الحالة لا نتطرق إليها لأنها غير معنية بتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز وما يلاحظ بخصوص أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية، إن هناك اختلاف في مصادر حقوقهم رغم انتمائهم إلى مستثمرة فلاحية واحدة والسبب لفي ذلك يرجع إلى الخصائص التي تميز بها حق الانتفاع الدائم الممنوح لهم، فهو حق عيني عقاري قابل لتنازل الانتقال وبهذا يمكن القول بان المستفيدين من حق الامتياز بصفة عامة هم: أصحاب المحررات المشهرة، وتشمل أصحاب العقود الإدارية، أصحاب العقود التوثيقية المحررة من طرف الموثق بمناسبة التنازل عن حق الانتفاع الدائم، وكذا أصحاب الشهادات التوثيقية التي بحوزة ورثة المستفيد بمناسبة انتقال حق الانتفاع الدائم إليهم.

بالإضافة إلى أصحاب المحررات ألمشهرة نجد المشرع قد أعطى حق الاستفادة من عقد امتياز إلى أصحاب القرارات الولائية بقوة القانون.

المطلب الثاني: بالنسبة لإنشاء المحيطات الجديدة والمصادقة عليها ودراستها

يجب احترام الشروط أدناه

– تكييف إجباريا المحيطات الجديدة التي من المحتمل إنشاؤها في المناطق الرعوية مع طابع هذه الأخيرة.

-توفير شروط القبول الاجتماعي ووفرة المورد المائي.

-وقف كل عملية منح الأراضي خارج المحيطات المنشاة طبقا لإحكام المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2017.

-الاعتماد على الدراسة التقنية والاجتماعية والاقتصادية كشرط أساسي لمنح أية ارض.

الفرع الأول: بالنسبة لتفعيل مردود المحيطات القديمة

تجدر الإشارة إلى أن إمكانات عقارية استفادت من أعمال هيكيلة (توصيل الكهرباء– فتح المسالك- تنقيب عن المياه) أنجزتها العامة للامتيازات الفلاحية تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم483-97 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 الذي يحدد كيفيات منع حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، وأعبائه وشروطه، المعدل والمتمم، غير أنها توجد حاليا في حالة إهمال جزئي أو كلي. في هذا الإطار يجدر التذكير بأهمية واستعجاليه السير على استغلال هذه المحيطات أو منحها طبقا للتنظيم المعمول به لجعلها منتجة حتى تصبح الوسائل المسخرة من طرف الدولة ذات مردودية.

يظهر جزء المحيطات المنجز من قبل مديري المصالح الفلاحية للولايات ثلاث حالات

الحالة التي تم تنصيب أصحاب الامتياز

يرسل مدير المصالح الفلاحية قائمة أصحاب الامتياز المنصبين، بعد مصادقة الوالي إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية التي يستدعي أصحاب الامتياز لإتمام الملف وتوقيع دفتر الشروط يرسل الملف بعد إتمامه من الطرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إلى إدارة أملاك الدولة لإعداد عقود الامتياز.

حالة المحيطات التي تم الانتهاء من تهيئتها وغياب أصحاب الامتياز

تخصص هذه المحيطات للمستثمرين ويتم منحها طبقا للإجراء المنصوص عليه في المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر 2017 والمذكور أعلاه

حالة المحيطات غير المهيئة كليا

تخصص هذه المحيطات للمستثمرين ويتم منحها طبقا للإجراء المنصوص عليه في المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14ديسمبر 2017 والمذكور أعلاه غير انه وبالنسبة لهذه الحالة فان إعادة المحيطات المعنية لحالتها السابقة تكون على عاتق المستثمرين المقبولين فضلا عن ذلك فان برنامج التطهير المباشر فيه منذ شهر غشت سنة 2017يجب أن يتابع بمواظبة، حيث أنه يجب إرسال وضعيات إلى الوزير المكلف بالفلاحة بصفة منظمة من اجل ضبط وضعية نهائية متصلة بهذه الفئة العقارية. في هذا الإطار تختلف التدابير الواجب اتخاذها حسب كون:

-المستثمر ليس بحوزته عقد الامتياز، وهي الحالات التي أعطيت فيها التعليمات بتأجيل إعداد الوثيقة.

-المستثمر بحوزته عقد الامتياز، في هذه الحالة يتم اعذاره من طرف المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعني من اجل معالجة الوضعية بمرور الأجل المحدد. يتم إخطار إدارة أملاك الدولة قصد القيام بإجراءات الفسخ الإداري لعقد الامتياز.

الفرع الثاني: الأراضي الممنوحة في إطار الاستفادة من العقار من اجل ترقية الاستثمار بالاستصلاح عن طريق الامتياز

تطبيقا لأحكام المنشور الوزاري المشترك رقم 1839 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2017 والمتعلق بالاستفادة من العقار في إطار ترقية الاستثمار عن طريق استصلاح الأراضي ودفتر الشروط الملحق. أعطيت تعليمات للمديرين الولائيين للديوان الوطني للأراضي الفلاحية لمباشرة. ضد المستفيدين الذين

اخلوا بالتزاماتهم وبعد اعذارهم من اجل استغلال الأراضي الممنوحة، إجراء فسخ عقد الامتياز أو إلغاء مقرر التأهيل حسب الحالة أما إذا كانت الأراضي ذات ملكية خاصة، هنا يتم إثبات عدم الاستغلال الفعلي للأراضي في هذا الإطار من طرف هيئة خاصة تنشا لهذا العرض تطبيقا للأحكام التنظيمية المعمول بها لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 83/12 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 والخاص بإجراء إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

لذا بات من الضروري إعادة تفعيل الهيئة الخاصة أو إنشائها عند الاقتضاء من أجل مباشرة في اقرب الآجال الممكنة الإجراءات التشريعية والتنظيمية المقررة في هذا الشأن

الفرع الثالث: بالنسبة للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة:

من اجل استغلال امثل للأراضي الفلاحية والمحافظة على طابعها ألفلاحي. أصبح من المستعجل الإسراع في معالجة المسالة المرتبطة بتنفيذ أحكام القرار رقم 1344 المؤرخ في 11 نوفمبر سنة 2012 المعدل والمتمم، بإحصاء كل الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتاحة أو التي لم تكن موضوع تخصيص قصد منحها في اقرب الآجال تصبح الأراضي متاحة نتيجة عدم التخصيص أو إسقاط حقوق المستغلين أو بسبب فسخ عقود الامتياز.

ونظرا لأهمية هذه العمليات، أصبح من الضروري وضع نظام خاص للمتابعة والتقييم بشرك مجموع الهياكل المعنية قصد ضمان تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما بهدف تدعيم وتامين المستغلين والإسراع في معالجة الملفات العالقة على مستوى اللجان الولائية من أجل إعداد عقود الامتياز ومرافقة المستثمرين الحقيقيين والسهر على إطلاق مشاريعهم[16].

[16] راجع المنشور الوزاري المشترك رقم 750، مرجع سابق.

الخاتمة :

ومما سبق ومن خلال هذا المنشور فقد أقرت الحكومة بتأخر عملية تحويل حق الانتفاع الخاص بالأراضي الفلاحية، إلى حق للامتياز، بسبب الملفات المؤجلة التي لم تستطع اللجان الولائية المختصة الفصل فيها، ونفس الملاحظة أبانها الجهاز التنفيذي بخصوص عملية استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز، وقدرت أن الحصيلة "تبقى غير مرضية" ولقد حدد هذا المنشور إجراءات تطهير العقار ألفلاحي عبر الاستغلال الفعلي والأمثل للأراضي الفلاحية في إطار استعمال الموارد الطبيعية المتاحة، وتامين ملاك ومستغلي الأراضي الفلاحة وربط المستغلين بالأرض أما فيما يخص استغلال الأراضي من دون سندات، تبين عدم التكفل بوضعية عدد هام من المستغلين، وعليه أمر المنشور الوزاري المشترك بإعادة تفعيل اللجان التقنية للدوائر المكلفة بمعاينة أشغال استصلاح الأراضي مع توفر شروط محددة هي الاستغلال الفعلي للأرض وعدم وجود منازعات خاصة أو نزاعات بين المستغلين، واستصلاح سابق لشهر جوان 2011، وفي حالة ما إذا كانت المعاينة ايجابية فيتم مباشرة إجراء حيازة الملكية العقارية الفلاحية.

وأشار البحث إلى حالة المستفيدين من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة في إطار الامتياز، ويتعلق الأمر بحالتين: الأولى تخص المستفيدين في إطار القانون رقم 19.87 وذكر رغم الآجال المحددة، لوحظ تأخر في غلق عملية تحويل حق الانتفاع إلى حق الامتياز في بعض الولايات، بسبب الملفات المؤجلة التي لم تستطع اللجنة الولائية الفصل فيها، وطالب المنشور بالإسراع في معالجة 9 ألاف ملف محصى على المستوى الوطني بمساحة تقارب 100 ألف هكتار على أن تعرف العملية تقدما قبل نهاية سنة 2018. وبالنسبة للمستفيدين في إطار الاستصلاح عن طريق الامتياز، فأكد المنشور كذلك أن الحصيلة التي تم إعدادها تبقى غير مرضية لاسيما في مجال إطلاق مشاريع من دون تمييز لفئة المستفيدين الشباب أو المستثمرين، وبالنسبة لمستغلي الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، طلب من ولاة الجمهورية القيام بإحصاء شامل لمجموع الحالات باللجوء إلى لجان سيتم تنصيبها تتكون من ممثلي مديري المصالح الفلاحية

والديوان الوطني للأراضي الفلاحية وأملاك الدولة ومسح الأراضي والجماعات المحلية، مع اشتراط حضور المعني بالأرض والاستغلال الفعلي لها مع تسخيره لاستثمارات هامة.

كما وضع المنشور الوزاري المشترك، آليات أخرى لسحب الأراضي الفلاحية غير المستغلة، وذكر في حالة غياب أعمال استصلاح لفترة خمس سنوات، باستثناء القوة القاهرة، يقوم الوالي بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخطار القاضي المختص من اجل ادعاء الشرط الفاسخ، وإلى جانب ذلك، يمكن أن يخص رفع الشرط الفاسخ في الجزء المستصلح فعلا في هذه الحالة يتم استرجاع باقي القطعة الأرضية ويعاد منحها. ونبه المنشور كذلك إلى عملية "تامين المستغلين "للأراضي الفلاحية، عبر تسليم سندات الملكية للمستغلين في إطار حيازة الملكية العقارية الذين أتموا أعمال الاستصلاح والإسراع في تطهير الملفات المؤجلة، رغم كل هذا إلا أن هناك نقائص حالت دون تحقيق الأهداف وهي:

-عدم إصدار جل النصوص التشريعية والتنظيمية التي نصت عليها أحكام قانون التوجيه العقاري، ولا سيما تلك المتعلقة بتجميع الأراضي الفلاحية وممارسة حق الشفعة واستغلال الأراضي السهبية والحلفائية.

– تأخير عمليات مسح الأراضي وعدم تأسيس الفهرس العقاري البلدي الذي نص عليه قانون التوجيه العقاري.

—عدم تصنيف الأراضي الفلاحية حسب جودتها وخصوبتها مما يجعل الحماية القانونية المنصوص عليها شكلية.

– انعدام توفر وسائل قانونية وتقنية لضمان الشفافية في المعاملات العقارية وتشجيع الاستثمار في المجال الزراعي سيما تنظيم العقود المتعلقة باستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للخواص بواسطة الغير مما يجعل التعامل فيها يتم خارج أي إطار قانوني.

—غياب الفعالية في الرقابة الإدارية وعدم تطبيق العقوبات على المخالفين جعل الاعتداء على الأراضي الفلاحية أي كان صنفها القانوني ورغم توفر الحماية القانونية كثير الوقوع وفي بعض الأحيان يقع بتواطؤ من المكلفين بالحماية.

ومن خلال هذه الراسة توصلنا للاقتراحات الآتية:

. إلزامية إشراك كل الفاعلين المكلفين بتنفيذ السياسة العقارية المطبقة في المجال الزراعي وسيما الديوان الوطني للأراضي الفلاحية واللجنة المكلفة بمراقبة عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

. توفير الوسائل المادية والبشرية الضرورية لهذه الهياكل

قائمة المراجع والمصادر

القوانين

1-الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 المعدل والمتمم بالأمر رقم 42/75 والمؤرخ في 1975/05/17 والخاص بالتّسيير الذّاتي في الفلاحة، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 1975.

2- القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة بالدولة وتسليم سندات الملكية للمستغلين في اطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية للذين أتموا أعمال الاستصلاح، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010.

3- القانون رقم 18/83، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، مؤرخ 13 أوت 1983.

4- المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 83/12 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 والخاص بإجراء إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

5- المرسوم رقم 724/83، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 18/83، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية المؤرخ في 10 ديسمبر 1983.

6-المنشور الوزاري المشترك رقم 750 والمؤرخ في 18 جويلية 2018 بين الداخلية والفلاحة والمالية

7- التعليمة الوزارية المشتركة رقم 162 المؤرخة في 13 فبراير سنة 2013.

الكتب

1- بن برقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001.

2- حمدي باشا عم، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائ، 2015.

3- عجة الجبلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

4- كحيل حكيمة، تحويل حقل الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 10_03 مؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، طبعة ثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

5-ليلى زروقي التقنيات العقارية (العقار ألفلاحي)، الجزء الأول، الطبعة الثانية الديوان الوطني للإشغال التربوية 2001.

6- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء أخر التعديلات واحدث الأحكام، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر2016.

المقالات

1- ليلى زروقي، استغلال الأراضي الفلاحيّة التّابعة للأملاك الوطنيّة، مجلة الموثق، الغرفة الوطنيّة للموثقين، الجزائر، العدد السابع، 2002.

2- بن رقية بن يوسف، الطبيعة القانونيّة للمستثمرة الفلاحيّة الجماعية في ظل قانون 19/87، الاجتهاد القضائي لغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم وثائق المحكمة العليا، الجزائر، 2004.

الحصة بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفقا للقانون التجاري الجزائري

The share to work in the limited liability company in the Algerian Commercial Law

ط.د/ مزوز صورية، جامعة الجيلالي ليابس – سيدي بلعباس –

ملخص

جسدت معظم القوانين المرونة التشريعية ضمن قواعد الشركات التجارية التي تقوم على الاعتبار المالي، ما انتهجه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري حيث أجاز ضمن نص المادة 567 مكرر منه تقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة شرط أن لا تدخل في تكوين رأسمالها كبداية نحو التوجه للمرونة في مواد شركات الأموال، إلا أن هذا التوجه الجديد يثير بعض الإشكالات القانونية نظرا لطبيعة الحصة بالعم وخصائص شركات الأموال التي يعد رأسمالها الضمان الوحيد لحقوق الدائنين. ما أدى إلى طرح تساؤلات حول التطور القانوني الذي عرفته الحصة الصناعية في شركة ذات المسؤولية المحدودة ؟ وفيما تتمثل الإشكالات التي تثيرها؟.

الكلمات المفتاحية: الحصة بالعمل؛ الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ حقوق الدائنين.

Abstract

The adoption of legislative flexibility within the law of commercial companies rules which was embodied on financial consideration which was adopted by the Algerian legislator within Article 567 bis of Law No. 15-20 of 30/12/2015 amending and supplementing Order 75-59 of 26/09/1975 and including Commercial Law where the provision of the share to work in the limited liability company is authorized unless it does not involve into the composition of its capital as a start towards flexibility in the material of the funding companies.

However, this new trend is characterized by having some legal problems because of the nature of the work and the characteristics of the funding companies, which the partners' liability is limited to the extent of their share in the company making its capital the only guarantee of the creditors rights, This prompts questions about the legal system to work in a limited liability company? what are the issues raised by the limited liability company?

Key words: the share to work; the limited liability company; the funding companies; the creditors right**.**

مقدمة

يتميز المجتمع الإنساني بعدم الاستقرار نظرا لتجدد احتياجاته وتنوعها، ما تشهده الحياة الاقتصادية في العصر الحالي من مؤشرات التطور الاقتصادي، حيث أصبحت جل النشاطات الاقتصادية والتجارية في شكل شراكة بين أشخاص طبيعية أو حتى في شكل تجمعات لعجز الفرد الواحد من تأسيس المشروعات الضخمة، ما ترتب عليه لجوء أغلب رجال الأعمال المبتدئين إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة لتناسبها مع المشاريع الصغيرة والمتوسطة، ما دفع بالجهود الفقهية والتشريعية حتى القضائية إلى تنظيم الشركة في جميع مراحل حياتها من أجل استغلال دورها في التنمية الاقتصادية للدول، لذا من المستقر عليه أن الوجود القانوني للشركة يتطلب توافر الأركان الموضوعية العامة اللازمة لصحة الشركة كعقد، إلى جانب الأركان الموضوعية الخاصة التي تُميز عقد الشركة عن غيره من العقود كتعدد الشركاء وتقديم الحصص، بالإضافة إلى اقتسام الأرباح والخسائر، نية المشاركة، فضلا على ذلك يجب أن ينصب العقد في شكل رسمي بتسجيله وشهره.

كما أن المال باعتباره المحرك الرئيسي للمشاريع الاقتصادية والتجارية جعل من تقديم الحصص مبدأ قانوني أوردته المادة 416 من القانون المدني كركن من أركان انعقاد الشركة من جهة، فضلا على كونه ركن أساسي لتجميع رأسمال كافي للشركة من أجل مباشرة غرضها من جهة أخرى؛ وبما أن الحصة بالعمل هي من بين هذه الحصص، فالمفروض قبول تقديمها في الشركات التجارية؛ إلا أن تقييد شركات الأموال لقبول هذا النوع من الحصص بصفة عامة، التي هي حتى في شركات التوصية البسيطة محظور تقديمها من طرف الشريك الموصي؛ لأنه مسئول في حدود حصته؛ أضحى في ظل الإصلاحات الاقتصادية الحديثة مغايراً حيث أصبحت تسمح بقبول تقديهما في شركات ذات المسؤولية المحدودة كاستثناء عن شركات التي تكون مسؤولية الشركاء محدودة، خاصة أنها الشركة الأكثر انتشارا في الجزائر؛ فالغاية من إدراجها كبديل اقتصادي ساهم في توجيه البحث إلى الحصة

بالعمل في ظل الحرية التعاقدية المحدِّدَة لرأسمال الشركة، بهدف الوقوف على الإصلاحات الاقتصادية التي اعتمدتها السياسة الجزائرية كخطوة أولى في قانون الشركات التجارية، معتمدين في ذلك على توضيح الإشكالات المحتمل نشوئها بغية إيجاد الحلول بشأنها من أجل متابعة المرونة في قانون الشركات خاصة أنه مجال خصب للنمو بالاقتصاد الوطني؛ لذا نطرح التساؤل حول التطور القانوني للحصة بالعمل في شركة ذات المسؤولية المحدودة؟ وما موقف المشرع الجزائري من الإشكالات التي تثيرها؟.

للإجابة عن الإشكال المطروح تم إتباع المنهج التحليلي والوصفي وفقا للخطة الآتية:

1- خصوصية الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

2- إشكالات قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

1- خصوصية الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة من الشركات الحديثة التكوين، حيث تصنف من بين أكثر الشركات انتشارا بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء، فضلا على سهولة تأسيسها وتبنيها للمشروعات المتوسطة والصغيرة، كما لها طبيعة مختلطة تجمع مميزات شركات الأشخاص وشركات الأموال[1]؛ أين يتوافق فيها الاعتبار المالي والشخصي[2]، فقد تم تبنيها من طرف المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 75-95 المؤرخ في1975/09/19 ثلاث أنواع من الشركات التجارية من بينها الشركة ذات المسؤولية المحدودة الشركات ذات المسؤولية المحدودة، من ثم إلى الإشكالات التي تثيرها بالحصة بالعمل.

[1]- جورج روبير وميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وتسليم حداد، المطول في القانون التجاري –الشركات التجاري-، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص26-25.

[2]- زايدي خالد، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000./2001

1-1- مراحل قبول الحصة بالعمل

لقد سبق القول بأن الحصة بالعمل أثارت العديد ثم سمح بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996[3]/09/09 بإنشائها من طرف شخص وحيد تحت تسمية "المؤسسة ذات الشخص الواحد و ذات المسؤولية المحدودة"[4].

كما عرفت هذه الشركة تعديلات جذرية بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المتضمن القانون التجاري، ومن بينها قبول "الحصة بالعمل" حيث يعتبر هذا التعديل خطوة من المشرع الجزائري نحو المرونة في مجال الشركات التجارية ليواكب به للتشريعات المقارنة، لذا تستلزم الدراسة التطرق إلى مراحل قبول الحصة بعمل.

من الإشكاليات حول قبولها في الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي؛ التي تتميز بالمسؤولية المحدودة للشركاء، حيث يكون رأسمالها هو الضمان الوحيد لحقوق الدائنين بما أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها هذه الخصائص[5]، اتجهت بعض التشريعات المقارنة[6] إلى جواز تقديم الحصة بالعمل فيها، الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري ولو كان متأخرا في ذلك مقارنة بهم، لذا تقتضي الدراسة توضيح موقفه القانوني قبل صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري و بعده.

---

[3]- الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/09/09 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، ج.ر العدد77 المؤرخة في 1996/12/11.

[4]- ليلى بلحاسل منزلة، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة –دراسة مقارنة–، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص01.

[5]- عرفت الشركة ذات المسؤولية المحدودة جدل فقهي حول تصنيفها ما بين شركات الأشخاص وشركات الأموال فكانت ثلاث اتجاهات؛ الأول يصفها ضمن شركات الأشخاص، أما الثاني فاعتبرها ضمن شركات الأموال، في حين توسط الاتجاه الثالث الرأيين واعتبروها شركة ذات طبيعة مختلطة، خاصة وأن تصنيفها مرتبط بمدى قبول حصة بعمل من عدمه؛ راجع معتوقي فريد، مرجع سابق، ص12.

[6]- التشريع الفرنسي من خلال القانون 15 ماي 2001 في المادة 7/223 بصفة صريحة ودون قيود التي كانت واردة في قانون 1982/07/10، راجع:

PAUL LE CANNU et BRUNO Dondero ,Droit des sociétés ,Livre 2,3éme édition ,Édition MONTCHRESTIEN, PARIS ,2010,p 146.

1-1-1 موقف المشرع الجزائري من الحصة بالعمل قبل صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري

نظم المشرع الشركة ذات المسؤولية المحدودة و المؤسسة ذات الشخص الوحيد في المواد القانونية من 564 إلى 591 من الفصل الثاني من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 والمتضمن القانون التجاري، حيث حددت المادة 564 من القانون التجاري البنية القانونية للشركة سواء بشريك وحيد أو بتعدد الشركاء:" تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في

حدود ما قدموا من حصص [1]، في نفس السياق حددت المادة 590 من نفس القانون الحد الأقصى لعدد الشركاء الذي لا يجب أن يتجاوز 20 شريك و إلا يتم تحويلها إلي شركة مساهمة في أجل سنة[2]، إن الحكمة التي ابتغاها المشرع من وراء ذلك المحافظة على خصائص شركات الأشخاص التي تقوم بناء على الثقة المتبادلة بين الشركاء[3]، أما بخصوص الجانب المالي للشركة كان المشرع يشترط لتأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة و/أو مؤسسة ذات الشخص الوحيد حد أدنى من رأس المال الذي يجب يتوافره حيث لا يجوز أن يكون أقل من 100.000 دج ، مقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية مبلغها 1000 دج[4]، لقد كان موقف المشرع الجزائري صريح من خلال تأسيس رأسمال عن طريق تقديم الحصص النقدية والعينية فقط، مع الحظر المباشر للحصة بالعمل عند الاكتتاب بالحصص حسب ما جاء في نص المادة 567:"يجب أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء وأن تدفع قيمتها كاملة سواء كانت الحصص العينية أو النقدية، فلا يجوز أن تمثل الحصص بتقديم عمل..."[5].

---

[1]- المادة 564 من القانون التجاري.

[2]- المادة 590 من القانون التجاري (قبل تعديله):" لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركة في الشركة ذات لمسؤولية المحدودة عشرين شريكا. وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة...".

[3]- محتوقي فريد، أحكام الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص130.

[4]- المادة 566 من القانون التجاري (قبل تعديلها).

[5]- المادة 567 من القانون التجاري.

وعليه كان موقف المشرع الجزائري حاسم؛ حيث له وجهين الأول حرمان الشريك من تقديم حصة بعمل بصفة صريحة، أما الوجه الثاني أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة في الغالب هي شركة أموال لأن تقديم الحصة بالعمل جائزة في شركات الأشخاص عموما، إذن يمكن أن يسري نفس حكم الحظر على شركة المساهمة لقيامهما على الاعتبار المالي[1].

بالرغم من المرونة التي بدأت تعرفها مواد قانون الشركات بالأخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، غير أن حظر الحصة بالعمل في شركات الأموال بصفة عامة لا يزال مكرّس من الناحية القانونية؛ سواء من حيث مساهمتها في تكوين الشركة أو من حيث مساهمتها في تجميع رأس المال، لعل ذلك راجع إلى عدم انسجام طبيعة الحصة بالعمل مع ميزات هذا الصنف من الشركات، ما سيتم تفصيله في العنصر الموالي.

1-1-2 أسباب استبعاد الحصة بالعمل في شركات الأموال

إن الغاية من الشراكة إما تحقيق أرباح أو بلوغ هدف اقتصادي معين، لذا يكون تحقيقه بواسطة المال الذي يتم تجميعه عن طريق تقديم الحصص، غير أنه تثير المواقف التشريعية تساؤلات حول أسباب تقييد تقديم الحصة بالعمل بنصوص قانونية خاصة سواء في تكوين عقد الشركة وكذا عند تجميع رأسمالها لاسيما في شركات الأموال، لِما فيه خروج عن الأصل العام الذي يقرّ بإمكانية تقديمها في الشركات بصفة عامة.

1-1-2-1 السبب المتعلق بالضمان العام للديون في شركات الأموال

يعتبر رأسمال شركات الأموال الضمان الوحيد للدائنين بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء عن ديون الشركة المقدرة بقيمة حصصهم فيها[2]، فهو الفرق الجوهري الذي يميزها عن شركات الأشخاص؛ حيث تكون مسؤوليتهم غير محددة، لتمتد إلى ذممهم المالية الخاصة، بناءً عليه تباينت الآراء الفقهية حول أسس استبعادها؛ والتي في معظمها ترجع إلى خصوصية حصة العمل كونها لا تصلح أن تكون ضمان للدائنين لأنه لا يمكن التنفيذ

[1]- محتوقي فريد، مرجع سابق، ص ص135-136.

[2] -SAMI FRIKHA, Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales ,publié le 11/09/2011 à14:50,vu le 08/03/2018 à 19:30 par le site:www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html

عليها[1]، وفي ذات الوقت لأنها لا تسمح الطبيعة المستمرة والمتعاقبة للحصة في تحقيق الاكتتاب الكامل والفوري مقارنة مع الحصة النقدية والعينية[2]، ما جعله سببا آخر لاستبعادها عند جمع رأسمال هذا النوع من الشركات[3].

إضافة على ذلك إن تقييم الحصة بالعمل لا يعني أنه يتم تقديرها نقدا، بل تقدير نسبة أرباح الشخص الذي ساهم بتقديم عمله، بناءً على ما يعود به من فائدة على الشركة[4]؛ مما سبق نخلص إلى أنه لا يمكن دمج الحصة بالعمل في رأسمال شركة ذات اعتبار مالي حتى لو كانت مسموح بتقديمها، ما جسده المشرع الجزائري صراحة فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ضمن نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري المعدل و المتمم بقوله: "يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته و ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة و لا يدخل في تأسيس رأس المال"[5]، لذا الشريك في شركات الأموال عليه أن يقدم الحصص التي تساهم في تكوين رأسمالها التي تصلح أن تكون ضمانة للغير[6].

فإن كان رأسمال أداة ضمان للدائنين، فهو كذلك وسيلة لتمويل المشروع الاقتصادي خاصة ضمن هذا النوع من الشركات التي تقوم على الاعتبارات المالية، ما يجعل الحصة بالعمل لا تساهم في بلوغ الغاية من هذه الشركات خاصة شركة المساهمة التي تخص المشاريع الضخمة التي تحتاج لموارد مالية متناسبة مع نشاطها، ما يحيلنا إلى البحث في كيفية تقويم الحصة بالعمل.

1-1-2-2 السبب المتعلق بتسديد قيمة الحصة وتقويمها

[1]- فتات فوزي، فتات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص92.

[2]-YVES GUYON, Droit des affaires ,tome1,6éme édition ,Edition ECONOMICA ,paris,1990, p103.

[3]-YVES CHAPUT, Droit des sociétés, 1er édition ,Editons PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE,PARIS,1993,p80 .

[4]-SAMIFRIKH, Op.cit, parle site www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html

[5]- المادة 567 مكرر من القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر 75-95 المؤرخ في 09/26/ 197.

[6] -YVES GUYON, Op.cit, p104.

يتم تقديم الحصص عن طريق الاكتتاب الكامل والتسديد الفوري للحصص العينية وقت إبرام العقد، أوعن طريق التسديد المتتابع مرة أو عدة مرات لمدة خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري سواء بنسبة الخمس على الأقل في شركة ذات المسؤولية المحدودة حسب ما جاء به تعديل المادة 567 / ف2 من القانون التجاري المعدل و المتمم: "..و يجب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس (1/5) مبلغ الرأسمال التأسيسي..." أو الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل في شركة المساهمة حسب ما جاء في المادة 596 من نفس القانون: "يجب أن يكتتب رأسمال بكامله و تكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة الربع (1/4) على الأقل من قيمتها الاسمية..."[1]، إذن تعد هذه النصوص القانونية أسباب حظر الحصة بالعمل لعدم إمكانية الوفاء الفوري والكامل بها؛ فالشريك صاحب الحصة بالعمل خدماته هي عبارة عن أعمال مستقبلية[2]، وتكون عند مباشرة الشركة نشاطها، فلا يمكن أن يتأسس رأس المال على قيم مستقبلية في شركات الأموال[3].

علاوة على ذلك أن موقف المشرع كان صريح حيث في المواد السابقة الذكر خص الاكتتاب، من ثم تسديد الحصص العينية والنقدية فقط؛ كما أنه يجب أن يتضمن عقد الشركة قيمة كل حصة، فإن تعذر ذلك فان القواعد العامة المنظمة لعقد الشركة تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة حسب المادة 419 من القانون المدني: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك"[4].

كما أن تعديل القانون التجاري الخاص بالشركة ذات المسؤولية المحدودة عند قبول الحصة بالعمل نظم إشكال تقييمها وأخضعه للحرية التعاقدية بموجب المادة 567 مكرر" يمكن إن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته؛ ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة..."، وبالرغم من ذلك يبقى مصطلح تقييم الحصة بالعمل غامض ويثير بعض الصعوبات؛ خاصة أن تقييمها يخضع لإرادة الأطراف التي قد لا تعتمد في تقييمها على المعايير الفنية التي يكتسبها مندوب الحصص، كما أن تقويم

[1]- المادة 596 من القانون التجاري.

[2] -RIPERT GEORGE et ROBLOT RENE ,Traité droit commerciale,13éme Edition, EDITON L.G.D.J, Paris, 1989, p130-131.

[3]- فوزي فتات، مرجع سابق، ص93.

[4]- المادة 419 من القانون المدني.

الحصة بالعمل يتداخل مع المساس بحق المساواة في اقتسام الأرباح والخسائر[1]؛ لاسيما في حال الاختلاف حول تقدير قيمتها، لأن الحل القانوني هو ترجيح الأحكام العامة التي تفرض أن تكون حصص الشركاء متساوية القيمة، ما قد يضر بباقي الشركاء.

ومن جهة أخرى استبعد بعض الفقهاء قبول الحصة بالعمل لما تشكله من تعدي على "مبدأ المساواة بين الشركاء" نظرا لإخلالها بشرط اقتسام الأرباح و الخسائر" الغرم بالغنم"[2]، خاصة إذا منيت الشركة بخسائر، ما يطرح تساؤل حول كيفية مشاركة صاحب الحصة بالعمل في الخسائر؟؛ معلّلين موقفهم على أساس أن مقدم الحصة لا يساهم في الخسائر لأنه يسترد حقه في ممارسة ذات العمل في شركة أخرى، أي يتحلل من التعهدات وكل الالتزامات التي كانت تربطه بالشركة[3]، في المقابل فسر البعض الآخر من الفقه أن الشريك صاحب الحصة بالعمل يساهم في الخسائر بطريقة غير مباشرة عن طريق حرمانه من الربح المقابل للمجهود الذي بذله[4]، وأن شرط جواز الإعفاء من الخسارة هو شرط ظاهري لأن الشريك الذي لا يتقاضى أجرا عن عمله، يكون قد تحمل في الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل[5].

إذن الشريك مقدم الحصة بالعمل يساهم في الخسائر لكن بما يتماشى وطبيعة الحصة بالعمل، ذلك بفقدان أجر عمله، في حين يتجه البعض الآخر إلى تفسير تحمل صاحب الحصة بالعمل الخسائر عن طريق تحمله لديون الشركة، غير أن هذا الخلط بين الفكرتين توضحه الناحية العملية حيث أن الائتمان ضروري لنشاط التجاري للشركات؛ فقد أصبحت في العقود الأخيرة الديون تعتبر كمصدر كبير للتمويل الاقتصادي؛ فهي تشترى وتباع، ليتم تبادلها في الأسواق المالية، إذن الشركة برغم مديونيتها قد تحقق أرباح، بالتالي لا يعني تحمل صاحب الحصة بالعمل الخسائر أن يتحمل ديون الشركة[6].

---

[1]- فتات فوزي، مرجع سابق، ص95.

[2]- كمال مصطفى طه، أصول القانون التجاري، مصر، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع.1997، ص 214-216.

[3]- فتات فوزي، مرجع سابق، ص94.

[4]- المرجع نفسه، ص 94-95.

[5]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص218.

[6]- Fabien Kenderian, La contribution aux pertes sociales, Revue des sociétés ,DALLOZ ,Paris 2002, p 617.

لقد سارت القواعد القانونية التي تكرس مشاركة صاحب الحصة بالعمل في تحمل الخسائر الشركة؛ بحيث أنه تحدد نسب أرباحه ضمن القانون الأساسي للشركة حسب ما ورد في نص المادة 567 من القانون التجاري فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة "تحدد كيفيات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة"، الذي يعد نفس النصيب في الخسارة حسب القواعد العامة الواردة في المادة 425/ف1 من القانون المدني، كما نظم المشرع من خلاله كذلك مسألة تقدير نصيب صاحب الحصة بالعمل خلال المادتين 425 /ف2 التي تنص على وجوب تقدير نصيب صاحب الحصة بعمل في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل[1]، مع جواز الاتفاق على إعفاء الذي يقدم الحصة بالعمل من المساهمة في الخسائر شرط أن لا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله وفقا لما جاءت به المادة 426/ف2 من نفس القانون[2]؛ أي تجسيدا لفكرة أن خسارته تكمن في ضياع جهده بلا مقابل من جهة، أو قد يتحمل بقدر قيمة الفائدة التي يعود بها عمله على الشركة.

علاوة على ما سبق تثير الحصة بالعمل بخصوص انحلال الشركة وتصفيتها إهدار لحق صاحبها في استرجاع حصته بعد استفاء الديون حسب ما جاءت به المادة 447 في فقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني؛ بحيث تقسم أموال الشركة بين سائر الشركاء كل بحسب قيمة الحصة التي قدمها في رأسمال الشركة كما هي مبيّنة في العقد أو ما يعادل قيمة الحصة وقت تسليمها ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصرت مساهمته على مجرد حق الانتفاع و ذلك بعد استفاء الدائنين ديونهم[3].

إن طبيعة الحصة بالعمل وإجماع الفقه على رفضها في الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي حيث مسؤولية الشريك بقدر حصته في رأسمال الشركة، لم يمنع المشرع الجزائري من إقرارها ضمن هذا النوع من

[1]- نص المادة 425 / ف2 من القانون المدني:" وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه".

[2]- نص المادة 425 / ف2 من القانون المدني:" وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه".

[3]- نص المادة 447 من القانون المدني.

الشركات لكن حصرها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقط مواكبا بذلك التشريعات المقارنة تماشيا مع الإصلاحات التي من شأنها تدعيم المبادرات الاقتصادية. وهو محور الدراسة في العنصر الموالي.

1-1-2 موقف المشرع الجزائري بعد صدور القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري

راجع المشرع الجزائري موقفه حول قبول الحصة بالعمل دون أن يجعلها تدخل في تكوين رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري من خلال نص المادة 567 مكرر: "يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة"[1]، نفس الحكم الوارد في القانون الفرنسي 2001/05/15 المتعلق بالتنظيم الاقتصادي الجديد خلال نص المادة 223-7[2] بعد ما كان يمنع إطلاقا تقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في سنة 1925 من ثم سمح بها مع بعض القيود القانونية الواردة ضمن القانون رقم 82-596 الصادر 1982/07/10 المتعلق باشتراك الحرفيين و التجار العاملين في الشركات العائلية[3] التي تم إلغائها بموجب قانون 2001-420 المؤرخ في2001/05/15[4].

بالرغم من تميز الشركة ذات المسؤولية المحدودة بخصائص شركات الأموال، إلا أن المشرع لم يرخص تقديم الحصة بالعمل ضمن شركة المساهمة التي تعد النموذج الأمثل لها[5]، ما جعل الباحثين يبررون الحظر بناءً على إجراءات تأسيسها المتعلقة بالمساهمات المكتتب بها، التي تتم خلال مواعيد قانونية من أجل تجميع رأس مال الشركة دون الحد الأدنى المقدر قانونا، لكن حتى منطقية تبرير عدم قبول الحصة بالعمل في شركة المساهمة كونها تحتضن المشاريع الضخمة، بالتالي حاجتها لأموال ضخمة لتسيرها لا يمنع من المرونة بخصوص قبول الحصة

[1]- المادة 567 مكرر من القانون التجاري.

[2] -PAUL LE CANNU et BRUNO DONDERO, Op.cit, p145.

[3] - محتوقي فريد، مرجع سابق، ص137.

[4]-ANNE CHARVERIAT et ALAIN COURET, Droit des affaires -sociétés commerciales, Edition FRANCIS LEFEBVRE ,Paris, 2003,p304.

[5]- فوزي فتات، مرجع سابق، ص97.

بالعمل في باقي شركات الأموال[1]، لاسيما في ظل التوجه الحديث الذي تم تجسيده من طرف المشرع الفرنسي خلال إصدار القانون 2009/01/01 حيث أجاز تقديم الحصة بالعمل في شركة التوصية بالأسهم **SAS** بموجب المادة 227-01 الذي يعد خطوة جريئة[2].

لكن المرونة التي اتبعها المشرع الجزائري عند سماحه بتقديم الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية خصوصا مع الأخذ بعين الاعتبار عدم دخولها في تأسيس رأس مالها، جاءت تلبيةً لبلوغ غايات متعددة أهمها تسهيل وتبسيط إجراءات إنشائها كونها الأكثر انتشارا في الجزائر، فضلا على أنها تناسب المدخرين الصغار، وذلك لتوفير مناخ ملائم للاستثمار بما يتماشى وحركية المنظومة الاقتصادية العالمية[3]. بالتالي مواكبة العولمة الاقتصادية من خلال خلق التنافسية التي تهدف إلى فتح المجال للمبادرات الاقتصادية لمحاولة الوصول إلي التكامل الاقتصادي وتطبيق سياسة التحرير الاقتصادي عن طريق تشجيع الاقتصاد من خلال إنعاش العمل والصناعة في الشركات من أجل تحفيز الاستثمار كذلك؛ أي بتحسين مؤشر مناخ الأعمال في الجزائر في ظل نظام الحرية الاقتصادية من ناحية زيادة الناتج المحلي الإجمالي والرفع من القيمة المضافة وغيرها من مؤشرات مناخ الأعمال[4]، كما تفسر التسهيلات الخاصة بإنشاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة للدور الذي أصبحت تلعبه هذه الأخيرة بكونها توجه استراتيجي نحو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد والقضاء على الاقتصاد الموازي[5]، أما الوجه الثاني لغايته اتجه نحو الحد من بطالة المتخرجين الجامعيين وتوجيه معارفهم الفنية واستغلالها

[1] -Denis Roger SOH FOGNO et Charles TALLA , L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA - Réflexion sur un vide juridique-, article a été publié aux Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang, T. 13, 2009, p 10;Vu par le site: www.ohada.com/content/newsletters/2436/Article-SOH-FOGNO

[2] -PAUL LE CANNU et BRUNO Dondero, Op.cit, p146.

[3] -التقرير التكميلي عن مشروع القانون الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ت.ت/ 01/ 38/ 2015 سبتمبر 2015، الفترة التشريعية السابعة، دورة الخريف 2015 ، لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات.

[4] - بالرغم سعي المشرع الجزائري من تحسين مناخ الأعمال في الجزائر إلا أنها احتلت في تصنيف البنك الدولي السنوي حول ممارسة أنشطة الأعمال "دوينغ بيزنس 2018" المرتبة 166 من بين 190 اقتصاد عالمي. ويعتمد تصنيف البنك الدولي على مؤشرات مختلفة منها بدء النشاط التجاري، واستخراج تراخيص البناء، وتسجيل الملكية، ودفع الضرائب، والتجارة عبر الحدود، وغيرها من المعايير.

[5] - محمد قوجيل ويوسف قريشي، سياسات دعم المقاولاتية في الجزائر، مجلة الأداء للمؤسسات الجزائرية، جامعة مرباح قاصدي -ورقلة-، العدد السابع، 2015، ص166.

في التنمية الاقتصادية للبلاد من خلال إتاحة لهم الاشتراك في شركات الخاصة بالمشاريع المتوسطة والصغيرة بمجرد تقديم معارفهم الفنية ما يساهم في تحسين ظروف المعيشية عن طريق خلق مناصب الشغل[1].

إن تحقيق الغاية المرجوة من التعديل الخاص بقبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري – المعدّل و المتمم- أخذى منحى آخر ساهم في طرح إشكالات قانونية ناتجة عن القصور القانوني المنظم لها.

2- إشكالات قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لقد منح إقرار المشرع الجزائري للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تسهيلات أكثر باعتبارها الشركة الأنسب للمشروعات المتوسطة والصغيرة، فهو بذلك يشجع النشاط التجاري والاقتصادي من جهة، ويفتح مجال العمل للشباب الأكفاء والمتخرجين من الجامعات الذين يعانون من البطالة من جهة أخرى، فضلا على ذلك ما تتميز به الشركة من جوانب ايجابية بخصوص الجانب المالي لها وغيره، إلا أنه لم ينظم المشرع بشكل دقيق قبول الحصة بالعمل حيث اكتفى فقط بنص المادة 567 مكرر من القانون التجاري، حيث أحال مسألة تقديرها وتحديد نسب الأرباح إلى إرادة الشركاء تغليبا منه للطابع الشخصي للشركة[2]، على خلاف ما تعرفه الحصص النقدية والعينية من تنظيم؛ خاصة الحصة العينية التي تخضع إلى مبدأ التقويم من طرف خبراء معتمدين من قبل القضاء مستخدمين في ذلك معايير فنية[3]، أما في حال الزيادة في قيمتها الحقيقية بقصد الغش يترتب عنها جزاءات جزائية[4]، من هذا المنطلق فإن قصور النظام القانوني للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ترتب عنه ظهور بعض الثغرات حول إمكانية تأسيس شركة برأسمال رمزي مع أنه الضمان الوحيد، فضلا على التداخل بين مهام الشريك إذا قدم الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات

[1]-SAMI FRIKHA, Op.cit; Vu par le site www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11

[2]- المادة 567 مكرر من القانون التجاري.

[3]- محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص10.

[4]- المواد 586 و800/ف1 من القانون التجاري تتعلق بالحصة العينية والجزاء المترتب عن تزيف قيمتها الحقيقية، إضافة إلى المواد 564 إلى غاية 588 من نفس القانون التي تنظم بصفة عامة الحصص النقدية والعينية والحقوق المالية الخاصة بهما.

المسؤولية المحدودة، كما يثير الحق في التصويت للشريك مقدم الحصة بالعمل تناقضات حول قيمتها القانونية في قرارات الجمعية العامة المتخذة، ما سيتم التطرق إليه من خلال العناصر الآتية.

2-1 الاكتفاء بتقديم الحصص بالعمل في ظل الحرية التعاقدية

يثير قبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو مؤسسة الشخص الواحد خطر حول الضمان الوحيد في المرحلة الأولى للشركة؛ وهو "رأسمال الشركة" خاصة و أن صدور القانون 15-20 المتضمن القانون التجاري جاء بسياق جديد يتمثل في إلغاء الحد الأدنى لرأسمال الشركة، حيث يحدَّد هذا الأخير بكل حرية بين الأطراف حسب ما ورد في نص المادة 566/ف1 "يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة الذي يقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية"[1]، ما يعني أنه قد تؤسس الشركة بمجرد تقديم حصة بعمل ورأسمال رمزي قد تكون قيمته دينار جزائري، ما يثير التساؤل حول إمكانية تأسيس شركة دون رأس مال، لكن بما أن القانون لا يمنع ذلك؛ كع أن الواقع العملي، بل حتى المنطق لا يؤيده حيث يستحيل تصور مشروع اقتصادي دون رأسمال كافٍ له كقاعدة عامة.

2-2 الإشكالات المتعلقة بالحقوق المالية و الإدارية

إن قانون الشركات التجارية يتعامل مع حق المساهم فيما يخص الأرباح بأنه حق مالي[2]. بناء على ذلك يتحصل صاحب الحصة بالعمل بوصفه شريك على حقوق مالية تتمثل في حصص ذات قيمة اسمية يترتب عليها حقوق إدارية، غير أن استقراء النصوص القانونية تثير فكرة المساس بمبدأ المساواة بين الشركاء، فالأصل في مقدم الحصة بالعمل أنه يتمتع بنفس حقوق باقي الشركاء، لكن عدم تعديل النصوص المنظمة لحق التصويت بشأن القرارات المتعلقة بحياة الشركة تطرح إشكال بخصوص القيمة القانونية لحق التصويت في قرارات الجمعية العامة؛ حيث أنه بموجب نص المادة 581 /1 من القانون التجاري يتحصل كل من يقدم حصة إلى الشركة على عدد من الأصوات تتناسب مع المساهمات التي يقدمها، لكن ما يهم بهذا الخصوص مدى تأثير هذا الحق

[1]- المادة 566 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

[2]- SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html.

في قرارات الجمعية العامة في ظل اشتراط النصوص القانونية المنظمة لحق التصويت أن المداولات والقرارات تؤخذ بتصويت واحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة حسب ما ورد في نص المادة 582 /1 من نفس القانون، كما لا يجوز تعديل القانون الأساسي إلا بموافقة أغلبية الشركاء الذين يمثلون ثلاثة أرباع رأسمال الشركة بموجب نص المادة 586 من نفس القانون، فصلاحيات اتخاذ القرارات تمنح للشركاء الذين يمثلون نصيب في رأسمال الشركة، بما أن قيمة الحصة بالعمل لا تدمج ضمن رأسمال[1]؛ يعني أن تصويته لا يؤثر على قرار الأغلبية المشار إليها سابقا، ما يجعل الاعتراف المشرع بحقه في التصويت حق ظاهري فقط، لذا يستلزم تفعيل حق تصويت صاحب الحصة بالعمل على سبيل المثال عن طريق تحديد شروط التصويت في الجمعية العامة مع الأخذ بعين الاعتبار وجود الحصة بالعمل ضمن النظام الأساسي؛ حيث يحددون عدد الأصوات المخولة لصاحب الحصة بالعمل وللأغلبية أثناء ممارسة حق التصويت، لكن القيام بذلك لا يحل مسألة صمت القوانين[2].

لذا لعل الحل قد يجد سنده عند التمعن في نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري:"...تحدد كيفيات تقدير قيمته و ما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة "[3]؛ يستشف من النص أنه لا يخص فقط تقييم الحصة بالعمل المقدمة من أجل تحديد نسبته في الأرباح ولكن أيضا لحساب الحصة في حق التصويت[4]. كما أن الحصة بالعمل لا تعتبر ضمانة لدائني الشركة لعدم إمكانية التنفيذ عليها وحجزها[5]، ما يمس بصورة غير مباشرة بالحق في المساواة بين الشركاء حيث للمقدم الحصة نفس امتيازات باقي الشركاء كأصل عام؛ حيث تثبت له مجموعة من الحقوق الإدارية كالحق في الإدارة والرقابة والحق في التصويت على القرارات المتعلقة بالشركة وبحياتها، لكن لا يساهم في ضمان ديونها كباقي الشركاء.

---

[1]- انظر المواد 581 و582 و586 من القانون التجاري.

[2]-SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html.

[3]- المادة 567 مكرر من القانون التجاري المعدل والمتمم.

[4]-SAMI FRIKHA, Op.cit ;vu par le site www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html.-

[5]- لقمش محمد لمين ، لقمش محمد أمين، أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص55.

2-3 الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة

تعد المؤسسة ذات الشخص الوحيد نوع من الشركة ذات المسؤولية المحدودة[1] وفقا للحكم المكرس بموجب نص المادة 564 ضمن الفقرة الثالثة من القانون التجاري: "يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء بمقتضى هذا الفصل"[2]، بالتالي قانونا لا يوجد ما يمنع تقديم الحصة بالعمل في المؤسسة ذات الشخص الواحد لأنه تسري عليها نفس الأحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ بمعنى أنه قد يكتفي الشريك الوحيد بتقديم حصة بالعمل و دينار رمزي في تأسيس مؤسسته.

إن تأسيس المؤسسة ذات الشخص الواحد يكون إما بطريق مباشر؛ فيتم بالإرادة المنفردة للشريك الوحيد أو بطريق غير مباشر لما تجتمع حصص الشركة في يد شخص وحيد سواء بشرائها أم نتيجة وفاة الشريك الثاني الذي يكون دون وارث في الشركة ذات شخصين، أو لأي سبب آخر[3]، أما التأسيس المباشر للمؤسسة ذات الشخص الوحيد هو ما قد يكون محل الإشكال، حيث قد يكتفي مؤسسها عند إنشائها بتقديم حصة بالعمل ودينار رمزي يمثل رأسمالها، تماشيا مع ما جاءت به أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيما يتعلق برأسمالها لأنهما تحكمهما نفس الضوابط القانونية[4]، ليظهر الإشكال جليا عند تقديمه للحصة بالعمل في التداخل بين الأعمال الفنية التي تمثل الحصة بالعمل وبين صلاحياته ووظائف الإشراف والتسيير التي يقوم بها كشريك وحيد؛ لذا يتوجب التميز بينهما؛ ثم أن الإشكال يطرح بشأن تقييم الحصة بالعمل في هذه المؤسسة حول كيف يتم تقييمها من طرف مقدمها من دون رقابة على القيمة الحقيقية لها[5].

---

[1]- ليلى بلحاسل منزلة، مرجع سابق، ص02.

[2]- المادة 564 /3 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

[3]- إلياس ناصيف، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006 ، ص 28؛ حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مركزا لدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص475-497.

[4]- المادتين 546 و566 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

[5]-SAMI FRIKHA, Op.cit; Vu par le site: www://samifrikha.blogspot.com/2011/09/les-apports-de-la-loi-relative_11.html.

أقر المشرع الجزائري صراحة الحصة بالعمل في شركة ذات المسؤولية المحدودة لكن كان حذِر؛ حيث استثناها من تكوين رأسمال الشركة بموجب نص المادة 567 مكرر من القانون التجاري، فقد كان موقفه مواكبا للنظام الاقتصادي الحر بشأن تنظيم أحكامها حيث ترك عبء تقييمها وتحديد أنصبة الربح و الخسائر لإرادة المتعاقدين، فضلا على القواعد العامة الواردة في القانون المدني الخاصة بالشركات بوجه عام، التي تعد المرجع الأساسي لتنظيمها.

و يمكن القول أن الدراسة تتلخص في النتائج الموالية:

1-الأصل أن المشرع اعترف بالحصة بالعمل في تكوين جميع الشركات بموجب المادة 416 من القانون المدني"...بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد..".

2-قيدت النصوص القانونية المنظمة لشركات الأموال في القانون التجاري الأصل العام؛ حيث استثنت تقديم الحصة بالعمل، بسبب المسؤولية المحدودة للشركاء؛ وباعتبار رأس مال الشركة هو الضمان الوحيد لحقوق دائنيها، فضلا على المسؤولية المحدودة للشركاء بقدر الحصة المقدمة في رأسمال.

3- واكب المشرع الجزائري التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي من خلال إدراج بعض المرونة في قواعد قانون شركات الأموال ذلك بقبول الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لكنه تحفظ فيما يخص الشركة التوصية بالأسهم والشركة المساهمة.

4- ساهم صدور القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30 في قبول تقديم حصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة دون أن يدخل ضمن تكوين رأس مالها، حرصا منه على الضمان الوحيد لكنه فتح المجال لجواز تكوين شركة برأسمال قيمته دينار جزائري حسب نص المادة 567/ ف1 منه.

5- التوجه التشريعي الجديد أعطى للحصة بعمل غايات هادفة وبالرغم من قبولها بشكل حذر إلا أنها تثير بعض الإشكالات بسبب قصور نظامها القانوني، الذي كان في نص وحيد من القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري؛ بالأخص فيما يتعلق بالحرية التعاقدية لرأسمال الشركة، وفيما يتعلق بالحقوق الإدارية لاسيما الحق في التصويت؛ في الأخير ما تثيره من تداخل بين عمل الشريك

الوحيد كمدير في المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة وبين تقديمه للحصة بالعمل.

انطلاقا من هذه الدراسة ومجموع النتائج المتوصل إليها نقدم بعض المقترحات قابلة للنقاش من أجل الإثراء للإلمام بكافة جوانب هذا الموضوع الثري:

1-إن قبول المشرع الجزائري للحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وتغليب الطابع التعاقدي على كيفيات تقييمها بنص قانوني واحد في ظل رأسمال مرن أثار بعض الإشكالات القانونية التي تستلزم من المشرع الالتفات اليها؛ سواء من ناحية قبولها في المؤسسة ذات الشخص الواحد نظرا للأحكام المشتركة بينها، أما من ناحية إحاطة الحصة بالعمل بضوابط قانونية من شأنها تفعيل دور مقدمها في قرارات الجمعية العامة خاصة حقه في التصويت؛ لذا يترتب عليه تعديل النصوص القانونية 582 و586 من القانون التجاري لتتناسب على النحو الذي يسمح لصاحب الحصة بالعمل ولأغلبية الشركاء الذين يمثلون رأسمال الشركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بحياة الشركة.

2- إضفاء المرونة على الشركة التوصية البسيطة بقبول الحصة بالعمل مع الإبقاء على الدور المنحصر في الأعمال التسيير الداخلية للشريك الموصي، ما يستلزم إعادة النظر في نص المادة 536 مكرر1 من القانون التجاري؛ بل الأبعد من ذلك مواكبة المواقف التشريعية الحديثة التي تنادي بقبول الحصة بالعمل في شركات الأموال مع دمجها في رأسمال الشركة مع اشتراط تعديل التزامات مقدم الحصة وترتيب جزاءات ردعية عن مخالفتها إضافة على ذلك تنظيم كيفية تقييم الحصة بالعمل بمثل ما تعرفه الحصة العينية من حرص بشأن تحديد قيمتها.

3- الفصل في الجدال الثائر بخصوص مشاركة مقدم الحصة بالعمل في خسائر الشركة عن طريق قيامه بنشاط لدعم الخسائر في حدود قيمة نصيبه في الأرباح.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب:

- إلياس ناصيف، شركة الشخص الواحد، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

- حسام الدين سليمان توفيق، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، مركزا لدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016.
- جورج روبير وميشال جرمان، ترجمة منصور القاضي وتسليم حداد، المطول في القانون التجاري –الشركات التجاري–، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- فتات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون التجاري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- ليلى بلحاسل منزلة، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة –دراسة مقارنة–، الجزائر، ابن خلدون للنشر والتوزيع، دون سنة طبع.
- محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية ،لبنان، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع،2009.
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مصر، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 1997.
- GOZIEN Maurice et VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence (2004), Droit des sociétés, 17éme édition, Paris ,EDITION LITEC.
- LE CANNU Paul et BRUNO Dondero, (2010), Droit des sociétés, Livre 2, 3éme édition, Paris, EDITION MONTCHRESTIEN.
- RIPERT GEORGE et ROBLOT RENE (1989), Traité droit commerciale, 13éme édition, Paris, EDITON L.G.D.J.
- YVES GUYON,(1990), Droit des affaires, Tome1,Paris, édition ECONOMICA
- ANNE CHARVERIAT et ALAIN COURET,(2003), Droit des affaires –sociétés commerciales, Paris, Edition FRANCIS LEFEBVRE

الأطروحات:

- زايدي خالد، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ،**2001**.
- محتوقي فريد، أحكام الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008.
- لقمش محمد أمين، أحكام التنازل عن الحصص و انتقالها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليباس سيدي بلعباس، الجزائر، 2008.

المقالات:

•محمد قوجيل ويوسف قريشي، سياسات دعم المقاولاتية في الجزائر، مجلة الأداء للمؤسسات الجزائرية، جامعة مرباح قاصدي –ورقلة– ،العدد السابع، 2015.

• Fabien Kenderian ,(2002) ,La contribution aux pertes sociales, Revue des sociétés ,DALLOZ .

مواقع الانترنيت:

• Denis Roger SOH FOGNO et Charles TALLA, 2009, L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA - Réflexion sur un vide juridique-, article a été publié aux Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang, p10, vu le 08/12/2018 par lesite:www.ohada.com

• SAMI FRIKHA, publié le 11/09/2011 à14:50, Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales, vu le 08/03/2018 à 19:30 par le site

www://samifrikha.blogspot.com

رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية (دراسة تحليلية مقارنة)

د. ياسر مبارك رابح مصطفى، د. توفيق قريب الله نمر

كلية القانون، جامعة البحر الأحمر –السودان–.

مقدمة

تناولت الدراسة موضوع خصوصية الرهن البحري في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م وهي دراسة تحليلية مقارنة بين قانون النقل البحري السوداني وبين الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالرهون البحرية وبعض التشريعات البحرية لبعض الدول العربية والأجنبية مع بيان أوجه الاختلاف والتطابق، والرهن البحري هو الامتياز الذي يترتب علي السفينة ضماناً للوفاء بدين متفق عليه، والرهن البحري وسيلة ائتمان هامة يلجأ إليها مالك السفينة للحصول علي المال اللازم لزيادة نشاطه البحري، وعقد الرهن البحري ليس من العقود الرضائية وإنما هو عقد شكلي لا يتم إلا بورقة رسمية، هدفت الدراسة إلي معرفة الرهون البحرية والحالات الخاصة للرهن البحري والعناصر المستبعدة منه وآثاره بالنسبة لأطرافه وللغير ووسائل انقضائه، واتبع الباحثان في كتابة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وتوصل الباحثان إلي عدد من النتائج والتوصيات، ومن النتائج أن الرهن البحري عقد يجمع بين الدائن المرتهن وهو مالك السفينة في كثير من الحالات وبين المدين الراهن، ويشترط لانعقاده توافر الأركان الموضوعية العامة للعقد (الرضا، المحل والسبب) كما أوجبت القوانين البحرية أن ينشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة، ومن التوصيات إضافة نص صريح في قانون النقل البحري لسنة 2010م يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعيّن تجديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخري مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهون البحرية أو القروض البحرية لا تعقد عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة.

Abstract

The study deals with the privacy of maritime mortgage in Sudanese Maritime Transport Law for the year 2010. It is a comparative analytical study for the Sudanese Maritime Transport Law and the international conventions related to maritime mortgages and some maritime legislations of Arab and foreign countries, to state the differences and similarities, Maritime mortgages are the privilege of a ship to guarantee the fulfillment of an agreed debt, it is an important means of credit used by the ship-owner to obtain the necessary fund to increase his activity. Maritime mortgaged contract is not a consensual contract, it is a formal contract that is made only by official paper. The study aims at knowing maritime mortgages and the special cases of them and the items that excluded from them and its effects on the parties, others, and on the ways of its expiry. The study follows a descriptive analytical and comparative approach, and come to a result that maritime mortgage is a contract that combines the bonded creditor, who is the owner of the ship with the mortgagee, it needs that the general objective substantive elements of the contract (consent, place and reason). It also required to be established by an official document issued only by the ship's owner. The study recommends that an explicit provision should be added to maritime transport law of 2010, that will include renewal five-year mortgage term,. The renewal is valid for another similar period starting from the date of renewal. The proposed duration justifies that maritime mortgages or loans are not usually held for a long term, because of the rapid decrease in the ship's value.

مقدمة

زيادة النشاط البحري جعلت مجهز السفينة في حاجة ماسة للائتمان البحري للحصول علي المال اللازم، والسفينة بوصفها مالاً منقولاً لم يكن في الإمكان رهنها رهناً رسمياً، ذلك أن هذا النوع من الرهون لا يمكن وروده إلا علي عقار، كما أن رهنها رهناً حيازياً يخرجها من حيازة مالكها لم يكن يتفق أصالة مع الهدف الجوهري الذي يسعي إليه الراهن من الحصول علي المال اللازم لاستغلالها، وترتب علي عدم إمكان رهن السفينة رهناً رسمياً أن المجهز البحري وثروته الرئيسة تتكون أساساً من السفن، ولم يكن في مقدوره الحصول علي ائتمان بحري؛ فكان عدم إمكان تقرير رهن رسمي علي السفينة مدعاة لوضع المجهّز في منزلق

قانوني حرج إذا ما أراد طلب الائتمان، ولا يخفي أثر ذلك من زعزعة الثقة في الائتمان البحري، والإبطاء في تقدم صناعة الملاحة البحرية وأدائها لمهامها علي المستويين الوطني، ومن الأسباب التي كانت تحول دون تقرير الرهن البحري علي السفينة رهناً رسمياً تعطل حق التتبع الذي يخوله الرهن الرسمي للدائن المرتهن في المنقول وذلك تطبيقاً لقاعدة أن الحيازة في المنقول تعتبر سند لملكيته، ويضاف إلي ذلك أن الرهن الرسمي يستلزم شهره كي يكون نافذ المفعول في مواجهة الغير، ولا تخضع المنقولات بصفة عامة للشهر بسبب كثرتها وتماثلها وسرعة انتقالها من مكان إلي آخر، كما نجد أن المنقولات عادةً إلا زهيدة القيمة لا تتناسب وإجراءات الرهن الرسمي المعقدة والنفقات اللازمة لانعقاده، بيد أن هذه الأسباب أصبحت منتفية تماماً حين يتعلق الأمر بالسفينة لانعدام تواجدها، فالسفينة لا يمكن اعتبارها منقولاً من المنقولات العادية نظراً لما تتمتع به من مركز قانوني فريد من نوعه بين سائر المنقولات فالسفينة لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول كسند لملكية السفينة، كما أن القانون يوجب تسجيلها وشهر التصرفات التي ترد عليها فيه لما لها من ذاتية خاصة ويضاف إلي ذاك أن السفينة تمثل قيمة اقتصادية هامة، فليس هنالك عائق قانوني يمنع من إجازة رهن السفينة رهناً رسمياً أسوةً في ذلك بالعقارات. أخذ المشرّع السوداني بأحكام معاهدة بروكسل لسنة 1926م والأخرى لسنة 1967م، وكذلك ما جاء باتفاقية جنيف 1993م الخاصة بحقوق الامتياز والرهون البحرية، ونص علي أحكام الرهن البحري في المواد من (35) إلي (43) منه، ونعرض في دراستنا للرهن البحري لإنشاء الرهن وتسجيله وآثاره وانقضائه مستعرضين التشريعات البحرية لبعض الدول.

أهمية الدراسة

1/ تسليط الضوء علي الرهون البحرية وفقاً لما جاء به قانون النقل البحري السوداني 2010م والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات العربية (المصرية والإماراتية والبحرينية) وبيان أوجه الاختلاف والتطابق.

2/ الرهن البحري يمثل وسيلة هامة للائتمان البحري باعتبار أن مجهز السفينة يلجأ إليه لتوفير الأموال اللازمة للاستغلال البحري وأثره الايجابي في القطاع الاقتصادي.

3/ معرفة الحقوق العينية التبعية علي السفينة.

أهداف الدراسة

بيان الحالات الخاصة للرهن كرهن السفينة المملوكة علي الشيوع وإجازة رهن السفينة في طور البناء رغم عدم اكتمال بنائها، وكذا توضيح العناصر المستبعدة من الرهن البحري، وتحديد ما هي آثار الرهن البحري بالنسبة لأطرافه وللغير ووسائل انقضائه.

مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة علي التساؤلات التالية:

ما مدي خصوصية الرهون البحرية؟

وهل هذه الخصوصية من شأنها أن تعزز الائتمان البحري؟

وهل السفينة وحدها تشكل محلاً للرهن البحري؟

وهل الرهون البحرية كفيلة بحماية الدائن المرتهن الذي يضطر إلي انتظار استيفاء أصحاب الامتيازات من الدرجة الأولي لحقوقهم؟

وهل استطاع المشرّع السوداني في قانون النقل البحري 2010م تضمين كل ما يتعلق بالرهون البحرية؟

منهج الدراسة

اتبعنا في كتابة هذه الدراسة المنهج الوصفيِ والمنهج المقارن

هيكل الدراسة

يقوم هيكل هذا البحث علي مقدمة ومبحثين، وجاء المبحث الأول بعنوان مفهوم الرهن البحري وانعقاده، والذي اشتمل علي ماهية الرهن البحري وانعقاده وتسجيله، ثم جاء المبحث الثاني بعنوان آثار الرهن البحري، واشتمل علي بيان آثار الرهن البحري بالنسبة للمتعاقدين وللغير وكيفية انقضائه، وأخيراً جاءت الخاتمة متضمنة النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم الرهن البحري وانعقاده

أولاً: ماهية الرهن البحري

الرهن في اللغة: رهن الشيء يرهنه رهوناً ثبت ودام فهو راهن، ويتعدى بالألف فيقال أراهنته إذا جعلته ثابتاً، وإذا وجدته كذلك أيضاً، ورهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به فهو مرهون، والأصل وجوده بالدين، فكل أمر يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتهنة، كما أن الإنسان رهين عمله، والمرتهن الذي يأخذ الرهن، والجمع رهون ورهان[1]. يعتبر الرهن من جملة التأمينات العينية التي أقرها المشرّع وذلك حماية للدائن المرتهن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه، والرهن هو حق عيني يقع علي عقار أو منقول، وجاء تعريف الرهن في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في المادة (727) بأنه (الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن علي عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم علي الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون). فالرهن عقد تابع يستلزم وجوده التزام أصلي يضمنه ويدور معه وجوداً وعدماً، فالرهن فرع وهو يتبع الأصل ولا يتبعه الأصل فقد ينقضي الرهن أو يبطل دون أن يتأثر الالتزام الأصلي[2].

الرهن البحري هو الامتياز الذي يترتب علي السفينة ضماناً للوفاء بدين متفق عليه، بمعني أنه عبء أو حق امتياز لمصلحة الدائن (المرتهن) ينشأ بواسطة شخص ما قد يكون مالك السفينة أو غيره المدين الراهن أو الراهن علي ما في ملكه (السفينة) لضمان مبلغ من المال أو ما يقوم بمال، والغاية الأساسية للرهن حماية الدائن وضمان الدين وفقاً للشروط والطرق القانونية التي حددها القانون[3]، وقد عرّف القانون الانجليزي نظام الرهن البحري منذ زمن غير قصير بمقتضاه يتقرر للدائن حق رهن علي السفينة دون انتقال حيازتها إليه، غير أن هذه الحيازة تنتقل إلي الدائن المرتهن حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالدين عند حلول الأجل، ولكي يرتب الرهن هذا الأثر كان يجب تقييده في سجل السفن[4]، وجدت ثلاث اتفاقيات دولية

1. المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي، المطبعة الأميرية بالقاهرة، 1921، ص 242
2. محمد كامل أمين، شرح القانون البحري، ج2 ، مطبعة مصطفي الحلبي 1945م، ص 687
3. إسماعيل عثمان ابو شو، النظام القانوني للسفينة وما يرد عليها في القانون البحري السوداني، الخرطوم 2013م، ص169
4 .HILL (CHRISTOPHER) at Maritime Law, London, Pitman, 1981, P.554

تتعلق بالرهون والامتيازات البحرية أولها أبرمت ببروكسل بتاريخ الحادي عشر من أبريل للعام 1926م تتضمن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالرهون والامتيازات البحرية، والهدف من هذه الاتفاقية تقليص قائمة الديون الممتازة التي كانت طويلة ورد الاعتبار إلي الرهن البحري وقامت بتقسيم الامتيازات إلي فئتين، الأولي وتسمي امتيازات الدرجة الأولي أو الامتيازات الدولية وهي تتقدم علي الرهون البحرية وهي محددة علي سبيل الحصر في خمس امتيازات، والاتفاقية الثانية تسمي بامتيازات الدرجة الثانية أو الامتيازات الداخلية ويتولي تحديدها المشرع الوطني، بشرط أن تأتي في المرتبة بعد الرهن البحري، ورغم التقدم الذي أحرزته هذه المعاهدة إلا أنها كانت محل الكثير من الانتقادات الشيء الذي أدي إلي إبرام اتفاقية ثانية أبرمت كذلك في بروكسل بتاريخ السابع والعشرون من مايو للعام 1967م والتي اهتمت بتقليل عدد الديون الممتازة إلا أنها لم تحض إلا بتصديق عدد قليل من الدول الأمر الذي جعلها لم تدخل حيز التنفيذ، وأمام عدد الإقبال الكافي علي الاتفاقيتين السابقتين تقرر في المنظمة البحرية الدولية ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية؛ تم إبرام معاهدة جديدة في جنيف بتاريخ السابع من مايو للعام 1993م تتعلق بالامتيازات والرهون البحرية[1].

تناول قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م الرهن البحري بصورة جيدة في الفصل الثامن منه المواد (35 – 43)، وأخذت كذلك العديد من الدول بنظام الرهن البحري في تشريعاتها مثال ذلك قانون الشحن البحري التجاري الانجليزي لسنة 1894م والذي عدل بقانون عام 1988م[2]، والقانون الفرنسي لسنة 1874م المعدل بقانون سنة 1885م، قانون التجارة البحرية الجديد المصري لسنة 1990م والقانون البحري الإماراتي 1981م وقانون التجارة البحري الأردني 1972م والقانون البحري الكويتي 1980م.والقانون البحري البحريني لسنة 1982م.

ثانياً: انعقاد الرهن البحري

ينشأ الرهن البحري بموجب عقد رسمي بين طرفيه وهما الدائن المرتهن، وهو الشخص أو الجهة التي تلتزم بتوفير المال المراد اقتراضه بضمان شيء هو (السفينة) والراهن وهو الشخص المالك أو الأشخاص

1. عبدالقادر حسين العطير بالوسيط في شرح قانون التجارة البحرية . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولي 2009م . ص 116
2. James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law –V2 BY David Joseph ,Oxford , London UK, 2016,P152

المالكون للشيء محل الضمان (السفينة) أو جزء منها أو عدة سفن مملوكة له بشرط تعيينها بذاتها، فقد نصت المادة (1/35) من قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م بأن عقد الرهن البحري (يجب أن يكون الرهن البحري بعقد مكتوب، ويقع على السفينة أو جزء منها أو عدة سفن معينة بذاتها، بضمان مبلغ معين.)، ولهذا يجب أن يصدر الرهن من مالك السفينة[1]، وتجدر الإشارة هنا أنه ليس بالضرورة أن يكون الراهن مديناً بالدين المضمون بالرهن، ولهذا يجب التفريق بين المدين الراهن والراهن فقط[2]. وعلي أي حال فالرهن البحري لا يعدو كونه ائتماناً اتفاقياً، وفي هذا يختلف عن الامتياز البحري الذي يفرضه القانون علي المدين البحري فرضاً، بينما يستطيع الدائن المرتهن للسفينة اكتساب هذه الصفة لأي سبب من أسباب المديونية، فالرهن البحري لا يترتب علي السفينة (وملحقاتها) إلا بموجب عقد بين الراهن من ناحية والدائن المرتهن من ناحية أخري[3]، ويشترط لانعقاد هذا العقد توافر أركاناً موضوعية تطلبها المشرّع لتمام انعقاد هذا العقد انعقاداً صحيحاً، وشروطاً أخري شكلية استلزمت نصوص القانون وجوب استكمالها في هذا الشأن، وتتشابه أركان الرهن البحري علي السفينة إلي حد كبير مع أركان الرهن التأميني (الرسمي) في القانون المدني، فإن أي حكم لم يرد بشأنه نص في القانون البحري يرجع فيه الي القواعد العامة التي تحكمه في القانون المدني وذلك وفقاً للمادة (738) من قانون المعاملات المدنية 1984م.

1/**الشروط الشكلية** لانعقاد الرهن البحري هي الكتابة، فالكتابة هي ركن يجب توافره في جميع الحقوق العينية المترتبة علي السفينة، فيجب أن يكون الرهن البحري بعقد رسمي مكتوب، وهذا ما نصت عليه المادة (1/35) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (يجب أن يكون الرهن البحري بعقد مكتوب، ويقع على السفينة أو جزء منها أو عدة سفن معينة بذاتها، بضمان مبلغ معين)، وعقد الرهن البحري يجب أن يكون بالكتابة وهي ليست شرط للإثبات بل شرط للانعقاد إذ يترتب علي مخالفتها بطلان العقد

1. توجب المادة (1/729) من قانون المعاملات المدنية 1984م ان يكون الراهن مالكاً للعقار، واذا كان الراهن غير مالك للسفينة المرهونة فان عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بسند موثق (المادة 730) من نفس القانون.
2. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . دار الجامعة الجديد للنشر . الإسكندرية 2001م . ص163
3. علي جمال الدين . القانون البحري . مشارطات السفن . طبعة 1986م . القاهرة . ص 128

وسواء كانت الكتابة بورقة رسمية أم بورقة عرفية، وتحتم رسمية[1] عقد الرهن ضرورة وجوب تخصص السفينة المرهونة والدين المرهون، ويتبلور تخصيص السفينة بتعيين عناصرها الذاتية (كالاسم والموطن والحمولة وميناء التسجيل والجنسية..الخ)، وضرورة هذا التعيين تبرز من أهمية قيدها للاحتجاج بها علي الغير[2]. يتبع القانون الانجليزي نموذجاً في الرهن البحري يعرف بسند الرهن (mortgage deed) يحتوي علي تفاصيل معينة، فإذا ما أراد أطراف العقد إضافة تفاصيل أخري فإنه يمكنهم ذلك بكتابتها في سند فرعي (collateral deed) علي أن يشار في السند الرئيسي إلي هذا السند الفرعي[3].

2/ **الشروط الموضوعية** لانعقاد الرهن البحري، من البديهي ضرورة أن تتوافر في عقد الرهن البحري الأركان الموضوعية العامة كالرضا والمحل والسبب، وكذا ملكية المدين الراهن للسفينة وأهليته القانونية للتصرف فيها . والقواعد القانونية واجبة التطبيق في هذا الشأن هي ذات القواعد القانونية العامة المقررة في قانون المعاملات المدنية 1984م، غير أن الطبيعة الخاصة لعقد الرهن البحري تتطلب هنا دراسة الأركان الموضوعية الخاصة بالرهن البحري وهي محل الرهن البحري (السفينة) والعناصر المستبعدة من الرهن البحري وهي أجرة النقل وتعويض الأضرار وكذلك مبالغ التامين.

أ/ **السفينة محل الرهن:** تعتبر السفينة الأداة الرئيسة التي تتم بواسطتها الملاحة البحرية، وهي تخضع في تنظيمها القانوني إلي القانون الدولي للبحار والقانون البحري في الوقت نفسه[4]، وقد تناولت المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية تحديد مفهومها، فعرفتها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لسنة 2008م في المادة الأولي، الفقرة (25) التي خصصت للتعاريف ومؤداها أن (السفينة تعني أي مركب يستعمل في نقل البضائع بحراً)

1. انظر سابقة بنك الاعتماد والتجارة /ضد/ الباخرة ميرامار وملاكها شركة بيروتي للنقل البحري . م أ/أس م/1993/79م . غير منشورة . انظر محمد علي خليفة . أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية . المكتب العربي . الإسكندرية 2003م . ص637
2. أميرة صدقي . الموجز في القانون البحري . دار النهضة العربية . القاهرة . 1999م . ص 183
3. James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law ,opcit,P161
4. محمد الحاج حمود . القانون الدولي للبحار . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولي . الإصدارة الأولي 2008م . ص 64

1/ مفهوم السفينة: تعريف السفينة لغةً فقد جاء لفظ السفينة صراحةً في قوله تعالي (**أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا**)[1].

وجاء تعريف السفينة في قانون النقل البحري لسنة 2010م في المادة الخامسة بأنها (يقصد بها كل منشأة ذاتية الدفع صالحة للملاحة تعمل أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية سواء استخدمت لأغراض تجارية أو غير تجارية أو في نقل الركاب وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها، جزءً منها وتأخذ حكمها)، القانون البحري المصري لسنة 1990م فقد نص في المادة الثالثة منه بان (السفينة هي كل منشاة تعمل عادةً أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلي الربح)[2]، ونصت المادة الثالثة من قانون التجارة البحري الأردني لسنة 1972م بان (كل مركب صالح للملاحة أياً كان محمولة وتسميته سواءاً كانت هذه الملاحة تستهدف الربح أم لم تكن تعتبر جزءاً من السفينة جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها وتعتبر السفن أموالاً منقولة تخضع للقواعد الحقوقية العامة مع الاحتفاظ بالقواعد المنصوص عليها في هذا القانون) وأيضا السفينة يمكن القول بأنها كل منشأة تقوم أو تخصص للقيام بالملاحة البحرية علي وجه الاعتياد[3]، يلاحظ أن التشريع السوداني والمصري والإماراتي اتفقوا في تعريفهم للسفينة في كونها منشاة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية بغض النظر عن تجاريتها، بينما وصفها المشرع الأردني بأنها مركب، وبالرغم من الفرق الواضح بين مدلول كلمة سفينة ومركب يمكننا القول أنه ليس هنالك فرق حقيقي بين جميع هذه المواد إذ تستخدم كل هذه التعبيرات في مناسبات مختلفة ويراد بها في كل تلك المناسبات تعريف السفينة.

التشريعات الدولية والوطنية بيّنت أن السفينة وحدها محل للرهن البحري ويتجلى ذلك من خلال نصوص لمواد الاتفاقيات الدولية الثلاث المتعلقة بالرهن البحري والقوانين البحرية الوطنية، فعلي الصعيد

1. سورة الكهف . الآية 79
2. جاءت المادة (1/11) من القانون التجاري البحري الإماراتي لسنة 1981م بنفس المعني، وكذلك المادة الاولي من القانون البحري البحريني لسنة 1982م
3. سميحة القليوبي . القانون البحري . القاهرة 1982م . ص 19

الدولي فقد قضت اتفاقية بروكسل لسنة 1926م بأن الرهون البحرية التي تنشأ أو تشهر وفقاً لقانون الدولة المتعاقدة التابعة لها السفينة تعتبر صحيحة ويجب احترامها في الدول المتعاقدة الأخرى مما يبيّن بأن محل الرهن البحري يمثل السفينة، ونصت اتفاقية بروكسل لسنة 1967م في المادة (1/10) بأنه (تكون لعقود الرهن والامتياز علي السفن البحرية حجية في الدول المتعاقدة بشرط أن تكون هذه الرهون والامتيازات قد انعقدت وسجلت طبقاً لقانون الدولة التي سجلت فيها السفينة) إن ذكر عبارة "الرهون علي السفن" يوحي بأن السفينة هي محل الرهن البحري[1]. أما بالنسبة لاتفاقية جنيف لسنة 1993م نصت في مادتها (1/10) " الرهون والحقوق العينية المنشئة علي سفن البحر هي معترف بها وتنفذ في الدول الأطراف"، والملاحظ على هذه الاتفاقيات الثلاث والمتعلقة بالرهن البحري ذكرت صراحةً مصطلح "السفينة" في معناها الظاهر مما يدل علي أنها لوحدها محل الرهن البحري، وعليه فيما يعتبر سفينة في القانون البحري يشمله الرهن البحري.

وعلي الصعيد الوطني ومن خلال استقراء نصوص القانون البحري السوداني لسنة 2010م نلاحظ أن موضوع الرهن البحري أدرجه المشرِّع ضمن الفصل الثامن ليبيّن أن الرهن البحري يقع علي السفينة، وهو الموقف الذي تبنته بعض التشريعات العربية فعلي سبيل المثال المشرّع المصري عالج موضوع الرهن البحري في قانون 1990م المتعلق بقانون التجارة البحرية الجديد في المواد (41-58) ضمن الفصل الثاني المعنون بالحقوق العينية علي السفينة وهي إشارة صريحة من المشرع المصري بجعل الرهن البحري يرد علي السفينة، وفي هذا السياق نصت المادة (41) من هذا القانون " لا ينعقد رهن السفينة إلا بعقد رسمي)، أما في الكويت فإن قانونه البحري 1980م كان صريحاً في مادته (58) حيث نصت بأنه (يرد الرهن البحري علي السفينة وملحقاتها اللازمة لاستغلالها)[2]. أما بالنسبة لقانون التجارة البحرية الأردني فإن محل الرهن يرد علي السفينة وملحقاتها اللازمة لاستغلالها وهذا بصريح نص المادة (63) من القانون[3].

1. مصطفي كمال طه . التوحيد الدولي للقانون البحري . دار الفكر الجامعي . الطبعة الأولي 2007م . ص 268
2. يعقوب يوسف سرخوه . الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي . دراسة مقارنة . دار الكتب . ج1ط2 .1988م . ص 160
3. عادل علي المقدادي . القانون البحري . دار الثقافة للنشر والتوزيع2009م . ص 56

باستقراء كل هذه المواد سواء التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية أو القوانين البحرية العربية ومنها قانون النقل البحري السوداني أبرزت بأن محل الرهن البحري هو السفينة.

ونجد أن موقف فقهاء القانون يرون أن الرهن البحري يرد علي السفينة فقط دون أن يشمل العمارات البحرية الأخرى[1]، فالرهن البحري يشمل السفينة حسب المعني المحدد لها في نص المادة (5) من قانون النقل البحري السوداني 2010م بما في ذلك هيكلها وتوابعها، فلا يعد رهن بحري ذلك الرهن الذي يترتب علي المنشآت التي لم تكتمل وصف السفينة، وإذا كان الأمر كذلك فإن المنشآت البحرية حتى تكتسب وصف السفينة[2] وبالتالي تكون محلاً للرهن البحري يجب أن تستوفي الشرطين المذكورين في نص المادة (5) من قانون النقل البحري السوداني وهما القيام بالملاحة البحرية والتخصيص للقيام بالملاحة البحرية. فبالنسبة لشرط القيام بالملاحة البحرية إذ لابد لإضفاء وصف السفينة علي المنشاة البحرية ان تقوم بالملاحة البحرية فهو شرط ضروري لذلك، فبذلك يفترض بداهةً صلاحية السفينة للقيام بهذه الملاحة، أي أن تكون قادرة علي مواجهة أخطار البحر، وأن تتمتع بنوع من الاستقلالية لها وبحارتها وتجهيزاتها الخاصة[3]. وعلي النقيض من ذلك فقد اتجه الفقه الراجح في فرنسا ومصر والسودان إلي أن مفهوم السفينة يستلزم توافر حد أدني من الاستقلالية للسير في البحر ومواجهة أخطاره، ونتيجة لذلك يخرج عن مفهوم السفينة الجسور العائمة والأحواض، كما لا ينطبق وصف السفينة علي المنشأة التي تعمل داخل الميناء مثل الأرصفة المتحركة والمراكب المعدة لنقل البضائع من السفن إلي الأرض أو العكس[4]. وما دام أن السفينة هي التي يرد عليها الرهن البحري فإنه يجب استبعاد أيضاً باقي المنشأة العائمة الأخرى كمراكب الملاحة النهرية ولباقي المنشأة التي لا تخصص للملاحة البحرية علي وجه الاعتياد[5].

1. عبدالحميد الشواربي ـ قانون التجارة البحرية ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ 1995م ـ ص46
2 بعض التشريعات الأجنبية قد أجازت رهن المراكب الداخلية رهناً تأمينياً أسوة في ذلك برهن السفن البحرية ومن أمثلة ذلك القانون الفرنسي لسنة 1917م ـ مصطفي كمال طه ـ أصول القانون البحري ـ الإسكندرية 2000م ـ دار المطبوعات الجامعية ـ ص 738
3. علي جمال الدين ـ القانون البحري ـ مرجع سابق ـ ص 231
4. عاطف محمد الفقي ـ قانون التجارة البحرية ـ دار النهضة العربية ـ 1998م ـ ص 40
5. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي ـ القانون البحري والجوي ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ الطبعة الأولي 2005م ـ ص 44،45

والشرط الثاني التخصيص للقيام بالملاحة البحرية، وبموجب هذا الشرط تكتسب المنشاة البحرية وصف السفينة إذا كلن تخصيصها أثناء بنائها للملاحة البحرية إذ ليس من الضروري أن تقوم المنشاة بالملاحة فعلاً؛ بل يكفي أن تكون مخصصة لمثل هذه الملاحة، وعلي هذا الأساس يمكن إسباغ وصف السفينة علي المنشاة البحرية وهي في المصنع من لحظة إتمام البناء بشرط ان تكون مخصصة للقيام بالملاحة البحرية[1].

2/ رهن السفينة وهي في طور البناء: السفينة وهي في طور البناء وإن لا يصدق عليها تعريف السفينة حسب المادة الخامسة من قانون النقل البحري 2010م السوداني؛ إلا أن المشرّع أجاز رهنها وهو استثناء الغرض منه تيسير الائتمان البحري اللازم لإتمام عملية البناء، ولكن بشرط وحيد هو أن يسبق الرهن إقرار من مكتب التسجيل الذي يقع ضمن اختصاصه مكان بناء السفينة علي أن يتضمن هذا الإقرار عنوان هذا المحل وطول السفينة وأبعادها الأخرى وحمولتها بالتقريب[2]. والمشرع المصري في القانون البحري تقضي المادة (1/15) بجواز رهن السفينة وهي في دور الإنشاء، غير أنه لكي يكون الرهن صحيحاً في هذه الحالة يجب أن يكون صادراً من المالك، ويستوي في ذلك أكان مالكها هو طالب البناء أو الباني، ولما كان غير الإمكان تسجيل السفينة في سجل السفن قبل تمام بنائها؛ فقد أوجب القانون أن يسبق الرهن إقراراً من المدين المرتهن يقدم إلي إدارة التفتيش البحري للميناء الواقع بدائرة محل إنشاء السفينة يبين فيه طول السفينة وأبعادها الأخرى علي وجه التقريب وكذلك حمولتها المحتملة ومكان الترسانة التي تنبي فيها[3]. وفد نصت اتفاقية بروكسل 1967م[4] في مادتها الأولي علي جواز رهن السفينة وهي في طور البناء، وكذلك معظم التشريعات البحرية منها علي سبيل المثال القانون البحري الفرنسي لسنة 1967 في مادته (45)، إلا أن القانون الانجليزي لا يجيز رهن السفينة وهي في طور البناء رهناً قانونياً وسبب ذلك أنها لا تكون خاضعة

1. مصطفي كمال طه . مبادئ القانون البحري . الطبعة الثالثة 1989م . ص 32
2. تقابل المواد (31/30) من القانون البحري البحريني لسنة 1982م
3. علي البارودي . حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . مقال منشور بمجلة الحقوق بجامعة الإسكندرية 1961م . العدد الثالث . ص 31
4. اتفاقية بروكسل لسنة 1967 الخاصة بشأن تسجيل الحقوق المتعلقة بالسفن تحت الإنشاء

للتسجيل، غير أنه يجوز رهنها رهناً عادلاً وهو الرهن الذي لا يتم في الشكل الرسمي، وإنما بمقتضي اتفاق عرفي ويكون تالياً في المرتبة ببعد الرهن القانوني[1].

3/ رهن جزء من السفينة: فإذا ما تحطمت السفينة وأصبحت حطاماً فإنها تكون قد فقدت صفتها كسفينة وذلك لزوال صلاحيتها للملاحة، فإن الرهن الذي كان مقرراً عليها ينتقل إلي الحطام، وهذا ما أشارت إليه المادة (35)[2] من قانون النقل البحري السوداني 2010م، ويري جانب من الفقه المصري أن هذا الحكم يقوم علي أن الحطام قد حل بنص القانون حلولاً عينياً محل السفينة وأن الحطام لم يعد سفينة بالمعني القانوني للاصطلاح[3] إلا أنه وللحطام قيمة مالية كبيرة فإنه يبقي حق الدائن المرتهن علي ثمن الحطام كنوع من الحلول العيني، بينما يري جانب آخر[4] أن بقاء الرهن علي السفينة إذا صارت حطاماً ما هو إلا تطبيق لمبدأ عدم تجزئة الرهن الذي مؤداه أن كل جزء من السفينة المرهونة ضامن لكل الدين، كما أن كل جزء من الدين مضمون بالسفينة كلها، ويري الباحث عدم التسليم بهذا القول وذلك أن مبدأ عدم تجزئة الرهن يفترض بداهة وقوع الرهن علي كل أجزاء السفينة ولا يعتبر الحطام من أجزاء السفينة لأنها تفقد هذا الوصف متي صارت كذلك، ويسري الرهن علي التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار المادية التي لحقت بالسفينة والتي لم يتم إصلاحها وذلك وفق الجزء الأخير من المادة (2/35) بقولها (يسرى الرهن البحري المنصوص عليه في البند (1) على التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار المادية التي لحقت بالسفينة ولم يتم إصلاحها) وبالرغم من أن هذه المادة تقابل نص المادة (2/11) بحري إماراتي معناً ونصاً؛ إلا أن القانون المصري يري بحق خلاف ذلك، حيث يعتبر هذه التعويضات المستحقة عن الأضرار التي تلحق بالسفينة خارجة عن نطاق سريان الرهن البحري[5]، وقد فسّر الفقه المصري باعث المشرّع في ذلك هو أن مالك السفينة يستعين بهذه التعويضات لجبر الأضرار التي تلحق به ومن ثم يستطيع الوقوف مرة أخري

1. أميرة صدقي . الموجز في القانون البحري . دار النهضة العربية بالقاهرة . 1999م . ص 54
2. تقابل المادة (1/43) بحري مصري، (1/100) بحري إماراتي
3. كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 139
4. مصطفي كمال . القانون البحري . مرجع سابق . ص 107
5. انظر المادة (2/43) بحري مصري

لمواصلة نشاطه البحري[1]. ويري الباحث إضافة علي ما ذكر في نص هذه المادة انه في حالة حطام السفينة يمكن نقل الرهن أو إقامة الرهن علي أموال المدين الأخرى، كما يحق للدائن ان يطالب بحقوقه ومديونياته أمام شركات التامين المؤمن لديها من قبل المدين. ويعود ذلك لزيادة ضمانات الدائن في حصوله علي حقوقه وأمواله المرتهنة، وربما لا يكفي حطام السفينة لسداد المديونية لذا ضرورة إلزام شركات التامين بتغطيتها.

4/ رهن السفينة المملوكة علي الشيوع: تجدر الإشارة إلي أن المشرّع السوداني في المادة (4/35) من قانون النقل البحري 2010م نص علي رهن السفينة المملوكة علي الشيوع ولكن بشرط فذكر أنه (لا يجوز رهن السفينة إلا بموافقة أغلبية الشركاء الذين يملكون وقت الرهن أكثر من نصف حقوق الملكية المشتركة للسفينة)، وحسناً فعل المشرّع وتطرق إلي الشروط الواجب توافرها لرهن الحصة الشائعة فيما يخص الأغلبية مثل ما ذهبت إليه بعض التشريعات[2]، فإذا كانت السفينة مملوكة لعدة أشخاص علي الشيوع فيكون رهنها من حق أغلبية الشركاء الذين يملكون أكثر من نصف قيمتها. ويمكن تعريف الشيوع البحري بأنه (حالة قانونية يتملك فيها أكثر من شخص واحد سفينة واحدة دون أن يكون لأي منهم حصة مفرّزة فيها أو ملكية مشتركة شائعة في عدة سفن)[3]، إذن فالسفينة لم تعد تابعة لشخص واحد وإنما أصبحت شائعة مملوكة لعدة أشخاص لأسباب قد تكون اختيارية حيث يكون سبب ملكية المشتاعين للسفينة هو الشراء، وقد تكون إجبارية إذا كانت ملكية السفينة قد آلت إليهم بطريق الهبة، الإرث أو الوصية. والجدير بالذكر أن الفقه قد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للشيوع البحري، فجانب يميل إلي اعتبار الشيوع البحري شركة تجارية بحسبان أن الأمر يتعلق باستغلال تجاري وبأنه شركة من نوع خاص، والجانب الآخر يعتبره شيوعاً عادياً مثل ما هو عليه الأمر في القانون المدني[4]. ويري الباحث أن الشيوع البحري في نظر

1. محمود سمير الشرقاوي . القانون البحري . الطبعة الثانية 1967م . القاهرة . ص 132
2. المادة (98) بحري إماراتي . والمادة (42) بحري مصري . والمادة(28) من القانون البحري البحريني
3. مصطفي كمال طه . القانون البحري . مرجع سابق . ص 44
4. احمد عبدالهادي . القانون البحري . الجزء الأول . القاهرة 1946م . ص 165

التشريع البحري السوداني ما هو إلا شيوع عادي نظمه قانون النقل البحري لسنة 2010م بأحكام خاصة، ومن قم يتعيّن الرجوع إلي الأحكام العامة في قانون المعاملات المدنية 1984م بشأن الملكية الشائعة[1] في المواضع التي لم يرد بشأنها نص خاص في قانون النقل البحري.

ب/ **العناصر المستبعدة من الرهن البحري:** هذا وقد استبعد المشرّع بعض العناصر من سريان الرهن البحري عليها وهي أجرة النقل والمكافآت والإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة وتعويضات التامين[2].

1/ **أجرة النقل:** يقصد بأجرة النقل الأجرة الإجمالية وهي المبلغ المستحق للمجهز دون خصم مصروفات الملاحة، وهي تشمل النولون الشحن وأجرة سفر الركاب كما أشارت لذلك المادة (28) من قانون النقل البحري 2010م[3] تعتبر الأجرة من الالتزامات الرئيسة الملقاة علي عاتق الشاحن في عقد النقل البحري إذ تنص المادة (1/106) من في قانون النقل البحري لسنة 2010م بأنه (يجب على الناقل أو من ينوب عنه إصدار سند الشحن بالبضائع التي تم شحنها في السفينة وتسليمه للشاحن أو لأي شخص يحدده ولا يمتنع عن ذلك إلا بسبب امتياز الأجرة أو ملحقاتها المقررة في هذا القانون)، وذلك باعتبار أن الأجرة من الثمار التي يكون للمدين الراهن أو الراهن حرية التصرف فيها، وقد حرص المشرّع علي ذكرها هنا لأنها تختلف عما يجري بشأنها في الامتيازات البحرية، وهو أيضاً يتعارض ومنطق حيازة المالك للسفينة بعد رهنها وفقدان ربحها وناتج استغلالها، وكذلك يمكن الاشتراط صراحةً في سند الشحن وفاء المرسل إليه بالأجرة في ميناء الوصول وذلك متى تم الاتفاق علي ذلك. وأن علة استبعاد أجرة النقل من نطاق الرهن تتمثل في كون الرهن الذي يقع علي السفينة يبقي حيازتها في يد المدين الراهن رغم أنها منقول، وطالما الأمر كذلك فإنه من حق المدين الراهن الاستمرار في استغلال السفينة، وما دام أن الأجرة هي نتاج ذلك الاستغلال فمن غير المنطقي رهن أجرة النقل، إذ ليس من فائدة لحيازة المدين الراهن للسفينة إذا كان الرهن يشمل أجرة النقل[4].

1. انظر قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م المواد (532 – 537)
2. انظر نص المادة (29) من قانون النقل البحري 2010م السوداني
3. تقابلها المادة (2/32) بحري مصري، والمادة (1/7) بحري إماراتي
4. إبراهيم مدحت حافظ . الحقوق العينية التبعية والحجز علي السفن طبقاً لقانون التجارة البحرية والمعاهدات النافذة في مصر . مجلة هيئة قضايا الدولة . العدد الثالث 1995م . . ص 166

وعلي خلاف الرهن البحري والذي يعتبر الأجرة مستبعدة من نطاقه؛ فإن الامتياز البحري يترتب علي أجرة النقل الخاصة بالرحلة التي نشأ خلالها الدين وهو من نصت عليه صراحةً المادة الثانية الفقرة الأولي من اتفاقية بروكسل لسنة 1926م (تعتبر ممتازة علي السفينة وعلي أجرة الرحلة التي نشأ خلالها الحق الممتاز وعلي ملحقات الرحلة كل من...) وعملاً بحكم المادة (30)[1] من قانون النقل البحري فإن حق الامتياز علي أجرة النقل يبقي قائماً ما دامت الأجرة مستحقة الدفع أو كانت تحت يد الربان أو ممثله، ويعني ذلك أن الامتياز إنما يرد علي الحق في الأجرة لا علي مبلغ الأجرة، ذلك أن ممارسة حق الامتياز علي أجرة النقل غير ممكن عملاً إلا إذا كانت لا زالت مستحقة في ذمة الشاحن أو كانت تحت يد الربان أو وكيل المجهز (وكيل السفينة) لم يقبضها المجهز بعد، إذ يستطيع صاحب الحق الممتاز في هذه الأحوال ان يوقع الحجز علي الأجرة تحت يد حائزها (حجز ما للمدين لدي الغير) أما إذا قبضها المجهز فإنها تفقد ذاتيتها بدخولها في ذمته وينقضي حق الامتياز عليها[2]. هذا وقد عدّدت المادة (28)[3] من قانون النقل البحري 2010م ما يعتبر من ملحقات السفينة والأجرة، وتعداد ملحقات السفينة وأجرة النقل وارد بالنص علي سبيل الحصر، فلا يجوز إضافة عنصر آخر إلي ذلك التعداد.

2/ **المكافآت والإعانات والمساعدات** هي التي تمنحها الدولة فذلك حرصاً من المشرّع علي ضمان استمرار المالك في نشاطه البحري وتمكينه من القدرة علي التنافس مع السفن والأساطيل التجارية الأجنبية، وذلك بتغليب المصلحة العامة المترتبة بهذا النص علي المصلحة الخاصة علي حقوق الدائنين المرتهنين، وقد استثنت هذه الإعانات والمساعدات من نطاق الرهن حتى يتحقق الغرض الذي تهدف إليه الدولة من خلال هذه المعونات، وتتحد علة استبعاد هذه الإعانات مع ما قيل بشأن الأجرة إذ أن المالك حينما يرهن سفينته فإن هذا الرهن يبقي حيازتها لديه، وهذه الإعانات يستفيد منها المالك أثناء الاستغلال، وعلي ما يبدو أن هذا الحكم فيه تحقيق للمصلحة العامة وتفضيلها علي حقوق الدائنين المرتهنين التي هي مصلحة خاصة، وما

1. تقابلها المادة (33) بحري مصري، والمادة (88) بحري إماراتي
2. عاطف محمد الفقي . قانون التجارة البحرية . دار الفكر الجامعي 2008م . ص 138
3. تقابل المادة (32) بحري مصري

ينبغي الإشارة إليه أن هذه الإعانات والمساعدات استثنتها اتفاقية بروكسل لسنة 1926م في المادة (4) الفقرة السادسة والتي تقرأ (لا تعد من ملحقات السفينة والأجرة التعويضات المستحقة للمالك بمقتضي عقد التامين أو المنح والمساعدات أو غيرها من الإعانات التي تمنحها الدولة) ، إذن فهذه المبالغ المتمثلة في المنح والإعانات لا يستفيد منها أي دائن مهما كان سند أفضليته لأنها ممنوحة لاعتبارات بعيدة عن الائتمان البحري لا يمتد إليها الضمان[1]. وهذا ما نصت عليه المادة(29) من قانون النقل البحري بقولها (لا تعد من ملحقات ديون السفينة وأجرة النقل التعويضات المستحقة للمالك نظير عقود التأمين أو المساعدة التي تمنحها الدولة) ونري أن المشرّع أصاب في استبعاد هذه الإعانات أو المساعدات التي تمنحها الدولة لأن الهدف منها بعيد عن فكرة الائتمان البحري وأن الغاية تدعيم مالك السفينة وهو ما لا يتأتى إذا تسني للدائنين اقتضاء حقوقهم الممتازة منها.

3/ **تعويضات مبالغ التأمين** نصت المادة (29) من قانون النقل البحري 2010م علي استبعاد تعويض التأمين من محل الامتياز مبناه أنه ليس من عناصر الذمة أو الثروة البحرية وإنما هو مقابل أقساط التامين التي يدفعها المالك، فبالرغم من أن عدم سريان الرهن البحري علي مبالغ التامين يخالف الأصل المقرر في المادة (1/742) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1984م والمتعلق بانتقال الرهن، فإن خروج مبالغ التأمين من الرهن البحري يقصد منه إتاحة الفرص لمالك السفينة للاستعانة بها لجبر الأضرار التي لحقت به ومن ثم يتسنى له مواصلة الاستغلال البحري[2]، وبذلك يكون الدائن المرتهن مطمئناً علي استيفاء ما يستحقه في حالة هلاك السفينة وتلفها دون مزاحمة الدائنين الممتازين له[3]، ويري الباحث تضمين نص صريح في القانون علي استيفاء الدائن المرتهن علي السفينة حقه من مبلغ التأمين بشرط وجود اتفاق صريح بينهما وقبول شركات التامين ذلك كتابةً، وذلك لأهمية مبلغ التامين بالنسبة للدائن المرتهن في أن مبلغ التامين يخرج

1. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . مرجع سابق . ص 179
2. حسين عبداللطيف حمدان . التأمينات العينية . دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن التامين والامتياز . منشورات الحلبي الحقوقية 2007م . ص 102
3. انظر أحكام الاتفاقية الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية المبرمة في بروكسل 1926م

من نطاق الامتيازات البحرية المادة(29) من القانون، وأن هذه الامتيازات البحرية تسبق قانوناً جميع أنواع الرهون البحرية، ولذلك أن الأولي هي من قبيل الضمانات القانونية أما الثانية فلا تتعدي كونها ضمانات اتفاقية.

ثالثاً: تسجيل الرهن البحري: من المبادئ المستقر عليها في القانون المدني أنه بمجرد أن ينشأ الرهن البحري مستوفياً لشروطه الموضوعية والشكلية يرتب آثاره فيما بين المتعاقدين، لكن لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بقيده. وإذا كانت السفينة تعد مالاً منقولاً إلا أن المشرّع أخضعها لبعض الإجراءات التي تطبق علي العقار إذ أوجب تسجيل كل السفن السودانية لدي مسجل تسجيل السفن وألزم قيد كل الحقوق التي يمكن أن ترد علي السفينة بعد تسجيلها[1]. فتسجيل السفينة هو إجراء قانوني يلتزم بمقتضاه مالك السفينة بوضع السفينة تحت الإشراف الإداري لدولة معينة وتكون السفينة خاضعة للقوانين الصادرة من تلك الدولة، وفي المقابل تلتزم الدولة بالسماح لتلك السفينة برفع عالم الدولة وتمنحها بعض الامتيازات الأخرى التي لا تتاح للسفن الأخرى غير المسجلة في الدولة[2].

1/أهمية تسجيل الرهن البحري: محل التسجيل في القانون البحري هو السفينة بوصفها الأداة الرئيسة للملاحة البحرية وأهم عناصر الثروة البحرية والتي يستخدمها المجهز للحصول علي الائتمان، فتسجيل السفينة له أهمية اقتصادية وقانونية، وتتجلي الأهمية القانونية لتسجيل السفن في وجوب التأشير في السجل الذي سجلت فيه بكافة التصرفات القانونية الواردة عليها كنقل ملكيتها ورهنها...وهذا ما يمكّن الأفراد من الاطلاع علي هذه التصرفات، أما الأهمية الاقتصادية فتتمثل في الاعتماد علي سجل السفن لمعرفة قوة الأسطول التجاري للدولة والذي تعتمد عليه لنقل صادراتها[3]. هذا من ناحية تسجيل السفينة محل الرهن، أما تسجيل الرهن البحري نجده أمر ضروري، إذ أن أحد أهم الأسباب لابتكار نظام تسجيل الرهون هو حاجة ملاك السفن للحصول علي القروض والائتمانات بضمان تلك السفن، كما أن أي دائن مرتهن

1. المادة (12) من قانون النقل البحري 2010م
2. مصطفي عربي. القانون البحري. كلية القانون بجامعة النيلين. الخرطوم. 2000م. ص 16
3. عاطف محمد الفقي. القانون البحري. مرجع سابق. ص 70

لا يقوم بتسجيل رهنه البحري فإنه لن يحصل علي أي من الفوائد المبينة في قانون النقل البحري وللخاصة بتحديد مرتبة استحقاق الرهن وحقي التقدم والتتبع، ولذلك يشترط للاحتجاج بالرهن البحري علي الغير أن يتم تسجيله، ومن أهم المميزات التي يوفرها تسجيل الرهن البحري هي حصول صاحبه علي مرتبة متقدمة عند ترتيب الديون الواردة علي السفينة، حيث أن ترتيب الرهون يحكم فقط وببساطة بتاريخ تسجيلها، وهذا ما ذهبت إليه المادة (2/38) من قانون النقل البحري بالنص (....تكون مرتبة الديون المضمونة برهن بحرى وفقاً لتاريخ تسجيل عقد الرهن....).وأما إذا سجل عقدان لرهن بحري أو أكثر علي سفينة أو علي حصة شائعة؛ فان ترتيبها فيما بينها يكون حسب أسبقية تسجيل تلك العقود وان كانت مسجلة في يوم واحد وذلك وفق نص المادة (3/38) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (إذا تم تسجيل أكثر من عقد رهن على السفينة أو حصة فيها، يكون ترتيبها وفقاً لأسبقية التسجيل في سجل السفينة).

2/ **إجراءات تسجيل الرهن البحري:** تتم عملية تسجيل الرهن البحري وفق المادة (36) من قانون النقل البحري 2010م وفق الإجراء التالي:

أ/ يقدم الدائن المرتهن صورة رسمية من عقد الرهن البحري لمكتب التسجيل مرفقة بطلب[1] موقع منه يشتمل علي البيانات التالية:

. الاسم الكامل لكل من الدائن والمدين ومحل إقامته ومهنته . تاريخ عقد الرهن البحري

. مقدار الدين المبين في عقد الرهن . الشروط الخاصة بالوفاء بالدين

. اسم السفينة المرهونة وأوصافها وتاريخ ورقم شهادة التسجيل أو إقرار ببناء السفينة

. المحل المختار للدائن في دائرة مكتب التسجيل الذي تم فيه قيد الرهن

ب/ يقوم مكتب التسجيل بتسجيل البيانات المشار إليها سابقاً في الصفحة الخاصة بالسفينة في سجل السفن، ويسلم مقدم الطلب (الدائن المرتهن) صورة (أو قائمتان تسلم إحداهما كما سبق واشرنا) من تلك البيانات المسجلة مع إثبات ذلك في شهادة التسجيل، ويجب التأشير علي الصورة أو النسخة الثانية

1. راجع المادة (103) من القانون البحري الإماراتي . والمادة (46) من القانون البحري المصري.

حسب الظروف بما يفيد قيد تسجيل الرهن في السجل، وان يقوم مكتب المسجل الذي جري قيد الرهن فيه بإخطار كافة مكاتب التسجيل الأخرى في الدولة (إذا كان هنالك أكثر من مكتب تسجيل) بذلك القيد وهذا ما أشار إليه القانون الانجليزي[1]. ويري الباحث إضافة كلمة (قائمتان) بدلاً عن (طلب) المنصوص عليها في المادة المشار إليها، وذلك ليتسني لاحقاً التأشير علي أحدهما هنا وتسليمها إلى مقدم الطلب (الدائن المرتهن) كإثبات له بتسجيل الرهن. والبيانات المشار إليها في النص لم ترد علي سبيل الحصر بل هي حد أدنى يمكن إضافة بيانات أخري إليه إذا دعت الظروف إلي ذلك، ويبقي أن جميع البيانات التي أوجب النص توافرها في الطلب تسمح بتحديد العناصر الجوهرية لعقد الرهن من حيث أطرافه والدين المضمون والسفينة المرهونة[2].

3/ تجديد تسجيل الرهن البحري: نصت المادة (49) من قانون التجارة البحرية المصري علي أنه (يحفظ قيد الرهن لمدة عشر سنوات من تاريخ إجرائه ويبطل أثر هذا القيد إذا لم يجدّد قبل نهاية هذه المدة) فأثر تسجيل الرهن البحري قاصر علي مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ التسجيل، المشرّع السوداني لم ينص علي مدة بقاء الرهن أو تجديده في قانون النقل البحري 2010م، وأري أن ذلك قصور واضح في التشريع، ويري الباحث إضافة نص صريح في القانون يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعيّن تجديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخري مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهون البحرية أو القروض البحرية لا تعقد عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة،. ويترتب علي عدم تجديد تسجيل الرهن في الميعاد (أي قبل نهاية مدة الخمس سنوات) أن يبطل التسجيل، ويعني ذلك سقوطه دون حاجة إلي إجراء محوه، وزوال الآثار التي تترتب عليه، علي أن ذلك بطبيعة الحال لا يمنع الدائن المرتهن من إجراء قيد

William Tetley. Marine cargo claims, edition,les edition yvon Blsis 1.,P3 Inc,Montrial,1988

2. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . مرجع سابق . ص 232

جديد للرهن تتحدد مرتبته من تاريخ حصوله[1]، واشتراط تجديد قيد الرهن محل نقد من جانب من الفقه[2] بحسبان أنه ينطوي علي تعارض من نظام الشهر العيني للسفينة حيث يمكن بمجرد الاطلاع علي الصفحة الخاصة بالسفينة المرهونة معرفة الحقوق والأعباء الواردة عليها.

4/ شطب الرهن البحري: قيد الرهن إجراء شكلي استلزمه القانون للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير وتمكينه من العلم بان السفينة ملكيتها غير خالصة وأنها مثقلة بحق عيني تبعي لصالح الدائن المرتهن، علي أن ثمة أحوال تجعل بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة بما يتعين معه إزالته ويحصل ذلك بشطب القيد ومحوه، وهذه الأحوال المتعددة منها ما يتعلق بالدين المضمون بالرهن، ومنها ما يتعلق بالرهن، ومنها ما يتعلق بالقيد ذاته، فالدين المضمون بالرهن قد يزول إذا كان باطلاً شكلاً أو موضوعاً أو قابلاً للبطلان وقضي ببطلانه، كذلك فهو قد ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء أو الإبراء أو التجديد أو المقاصة أو التقادم، وحيث يزول الدين أو ينقضي فان الرهن الذي هو ضمان للدين ينقضي بدوره ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ومن ثم يجب شطب ذلك القيد، وقد يكون الين صحيحاً قائماً ولكن الرهن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال وقضي ببطلانه، ويعني ذلك أن الرهن البحري ينقضي مع بقاء الدين وإذا كان القيد إنما يتعلق برهن صحيح قائم فان القيد في هذه الحالة يجب شطبه، وقد يكون كل من الدين والرهن صحيحاً وقائماً ولكن القيد نفسه قد يكون غير صحيح وفي هذه الحالة يجب الشطب[3].

وشطب الرهن البحري قد يكون اختياريا وقد يكون قضائياً، وقد عرضت المادة (39) من قانون النقل البحري السوداني 2010م لبيان كيفية شطب الرهن فنصت علي أنه (يشطب الرهن البحري من سجل السفينة، بناءً على اتفاق بين الدائن والمدين أو بحكم قضائي) ويبين من النص سالف الذكر أن شطب الرهن إما أن يكون بمقتضي حكم ببطلان الدين أو بانقضائه أو ببطلان الرهن، وإما أن يكون

1. التجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للتسجيل القديم، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمرار للتسجيل القديم ومن ثم يأخذ مرتبته وقت حصوله . انظر السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . ج10.1970م بند220
2. علي البارودي . مرجع سابق . بند 216
3. كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 129

باتفاق طرفي الرهن علي شطب الرهن، ويري الباحث أن المشرع السوداني أغفل بإضافة شرط بتقديم المدين إقراراً موقعاً من الدائن ومصدقاً علي توقيعه بموافقته علي الشطب وذلك لرفع الشك حول هذا الاتفاق.

كذلك أوردت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م وعلي ما سيرد البيان عند الحديث عن انقضاء الرهن أنه في حالة قيام السفينة بتطهيره من الرهون فإنه يجوز له أن يطلب شطب الرهن دون إتباع أي إجراءات أخري، ويكون الشطب بتأشير علي هامش القيد مع ذكر السند الذي اجري الشطب بمقتضاه. وإذا تبيّن ان سبب الشطب للرهن غير صحيح فان الأمر يقتضي رفع دعوي بإلغاء الشطب، فقد يحكم نهائياً بانقضاء الدين أو بانقضاء الرهن ويحصل شطب الرهن ثم ينقض الحكم أو يلغي من محكمة اعلي ويقضي بان الدين أو الرهن لم ينقضي أو يصدر حكم إبطال الشطب لصدوره من غير ذي أهلية أو من شخص شاب رضاءه عيب من عيوب الرضا، أو لأنه اجري بناء علي مستند قضي بتزويره، ففي مثل هذه الأحوال لابد من صدور حكم بإلغاء الشطب ويتعين التأشير علي هامش الشطب ذاته بإلغائه، وإذا ما الغي الشطب عاد للرهن مرتبته الأصلية ووجب تجديده خلال خمس سنوات من وقت إلغاء الشطب[1].

المبحث الثاني: آثار الرهن البحري

عقد الرهن البحري عقد من العقود الملزمة للجانبين يجمع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن ويرتب آثار بين طرفيه تتمثل في الحقوق والالتزامات الملقاة علي عاتقهما، ومن جهة أخري يرتب حقوقاً خالصة للدائن المرتهن في مواجهة الغير.

أولاً: آثار الرهن البحري بالنسبة المتعاقدين. يرتب الرهن الرسمي آثاراً بين طرفيه وهما الدائن المرتهن والمدين الراهن، فبالنسبة للمدين الراهن يبقي محتفظاً بحيازة سفينته المرهونة بغير استمراره في استغلالها لكن في مقابل ذلك تفرض عليه التزامات الغاية منها حماية الدائن المرتهن فإن عقد الرهن ينشئ له حقوقاً لاستيفاء دينه لكن قد تقع عليه بعض القيود الغرض منها إعادة التوازن بينه وبين المدين الراهن.

1. عبدالرزاق السنهوري . الوسيط . مرجع سابق . ج 10 . بند 230

1/ آثار الرهن البحري بالنسبة للمدين الراهن: تعتبر أكثر الحقوق المميزة التي تترتب عن عقد الرهن البحري هي بقاء حيازة السفينة المرهونة لدي المدين الراهن، وهو شيء يتناقض مع كون السفينة مال منقول وما تقتضيه إجراءات نقل المنقول، ولكن هل هنالك مبررات لذلك؟ ولما كان المدين الراهن يحتفظ بالسفينة المرهونة ويستغلها فان المشرع وحماية لمصلحة الدائن المرتهن فرض التزامات تقع علي عاتق المدين الراهن وتهدف بالدرجة الأولي إلي المحافظة علي محل الرهن وهو السفينة.

أ/ بقاء حيازة السفينة لدي المدين الراهن: لا يترتب علي رهن السفينة انتقال حيازتها الي الدائن المرتهن، بل تبقي الحيازة لدي المدين الراهن، ويعتبر أهم خاصية بشان الرهن البحري وهذا خلافاً لرهن المنقولات، ويعزي ذلك أن انتقال حيازة السفينة إلي الدائن المرتهن فيه تعطيل لاستغلالها وهو الغرض الذي من أجله أنشئ الرهن البحري، إن بقاء حيازة السفينة في يد مالكها وهو المدين الراهن لا يؤدي إلي حرمانه من سلطات المالك إذ له الحق في استعمال السفينة واستغلالها والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات كنقل ملكيتها أو إعادة رهنها وفي كل ذلك بطبيعة الحال ازدهار للاستغلال البحري[1]، إلا أن المشرّع السوداني اشترط أن تكون هذه التصرفات قبل أن يسارع الدائن المرتهن بتسجيل محضر حجز السفينة في سجل السفن وهذا ما نصت عليه المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م بقولها (يتبع الرهن البحري السفينة أو أي جزء منها في أي يد كانت، ولا يجوز التصرف في السفينة المرهونة بعد تسجيل الرهن في سجل السفينة)[2]، أما في حالة التصرف في السفينة قبل تسجيل محضر حجز السفينة والذي يؤدي إلي انتقال كامل أو بعض ملكيتها إلي مالك جديد؛ فان هذا المالك الجديد يصبح هو الراهن (المدين) ويعرف قانوناً بالحائز، والذي يجب ان يخطر بدفع الدين من قبل الدائن المرتهن قبل المضي في إجراءات التنفيذ علي السفينة وهذا ما نصت عليه المادة (41) من قانون النقل البحري 2010م[3]، يكون المالك الجديد

1. انظر المادة (740) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
2. تقابل المادة (51) بحري مصري، والمادة (1/107) بحري إماراتي
3. تقابل المادة (1/54) بحري مصري، والمادة (19/111) بحري إماراتي

(الحائز) بالخيار في التصرف بين أربعة إجراءات وفقاً للقواعد العامة[1]، وقد تعرض قانون النقل البحري 2010م في المادة (1/42) إلي الكيفية التي يمكن للمالك الجديد تفادي إجراءات الحجز والبيع، وذلك بإبلاغ الدائنين المرتهنين في سجل السفن وفي عناوينهم المختارة من قبلهم بملخص عقد شراء السفينة مع بيان تاريخه واسم البائع واسم السفينة ونوعها وحمولتها والمصاريف وقائمة بالديون المقيّدة مع تواريخها ومقدارها وأسماء الدائنين وذلك قبل البدء في إجراءات الحجز أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإعلان الذي وصله من الدائن المرتهن منبهاً له بدفع الدين. وعلي المالك الجديد أن يعلن صراحةً استعداده لدفع الديون المضمونة بالرهن سواءاً كانت مستحقة الأداء أم غير مستحقة بشرط أن تكون في حدود ثمن السفينة المعلن، أو حسب المادة (2/42) ان يقوم بإيداع الثمن في خزينة المحكمة البحرية المختصة طالباً شطب الرهون دون اتخاذ أي إجراءات أخري[2]. علماً بأن استعمال السفينة واستغلالها والتصرف فيها من طرف المدين الراهن ليس فيه ما يعطل حق الدائن المرتهن في التقدم والتتبع، فالسفينة لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول في سند الملكية، ويعزي ذلك ان مقتضيات المنقولات بالحيازة لا تتوافر في السفينة، كما أن المنقولات لا تتمتع بوسائل تعيين ذاتية، إلا أن السفينة لها عناصر ذاتية تجعلها متميزة عن غيرها من السفن الأخرى، ويضاف إلي ذلك ان القانون يوجب تسجيلها وشهر ما يرد عليها من تصرفات في سجلات خاصة وكل ذلك تنفي عن الحائز حسن النية[3].

ب/ المحافظة علي محل الرهن(السفينة): يعتبر بقاء حيازة السفينة المرهونة لدي المدين الراهن أهم خصوصية تميز الرهون البحرية رغم الطبيعة المنقولة للسفينة، ويكون من هذا المدين الراهن الاستمرار في استغلال سفينته لكن في مقابل ذلك تترتب عليه واجبات وخاصة الالتزام بسلامة الرهن، وقد عبّر الفقهاء عن المفهوم بالالتزام بسلامة الرهن، كل حسب طريقته، لكن مهما اختلفوا في العبارات إلا أن المعني

1. وهي (1) دفع الدين والحلول محل الدائن المرتهن.(2) تطهير السفينة من الرهن. (3) التخلي عن الشراء. (4) المضي في شراءها وتحمل إجراءات الحجز والبيع. انظر في ذلك المواد (755 و 2/756) من قانون المعاملات المدنية 1984م.
2. تقابل المادتين (54،55) بحري مصري . والمادة (2/111) والمادة (311) بحري إماراتي
3. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي . القانون البحري والجوي . مرجع سابق . ص 52

واحد؛ فنمهم من رأي أنه التزام المدين الراهن ببقاء محل الرهن بالحالة التي عليها وقت إنشاء الرهن، ومنهم من اعتبر بأنه التزام المدين الراهن بأن يضمن للراهن المرتهن الحصول علي المزايا التي يخولها له حق الرهن، وهناك من قال بأن يلتزم المدين الراهن ببقاء محل الرهن بالحالة التي تضمن الرهن فاعليته، أي كفايته لسداد الدين عند حلول الأجل[1]. وفي حالة تسبب المدين الراهن بخطئه في هلاك السفينة المرهونة فإن الدائن المرتهن له الحق بأن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً[2].

ج/ الحق في فك الرهن من الدائن المرتهن: وذلك بدفع جميع الأموال المتبقية تحت الرهن، غير أن هذا الحق لا يمكن استخدامه إذا قام الدائن ببيع السفينة تحصيلاً لدينه، أما إذا رفض الدائن دون أسباب في السماح للمدين الراهن بفك الرهن واستمر في إجراءات بيع السفينة المرهونة فإنه يكون عرضةً للمساءلة القانونية ودفع الأضرار التي تلحق بالمدين الراهن[3]، وقد جاء في سابقة بنك الاعتماد والتجارة /ضد/ أنور حسين وآخرين أنه (في حالة الرهن التأميني لضمان سداد القرض تنتقل حقوق المرتهن إلي عائد البيع ويكون المرتهن متعسفاً إذا أعاق البيع وتخلف عن تقديم بديل آخر مثل سداد الديون الأفضل بينما حقه مؤمن بالرهن)[4]

2/ آثار الرهن البحري بالنسبة للدائن المرتهن: مما لا شك فيه أن كل دائن مرتهن يسعي عند حلول أجل الدين في الحصول عليه، فإذا ما وفي المدين ما عليه من التزامات فلا إشكال يثار، أما إذا حل أجل الوفاء وامتنع المدين أو عجز عن الوفاء بالدين فيكون من حق الدائن الحجز علي السفينة المرهونة وبيعها قضائياً، ومن هذا المنطلق يكون الدائن المرتهن في مركز أقوي الأمر الذي قد يدفعه إلي إجبار المدين الراهن علي تملك السفينة المرهونة أو استيفاء حقه دون إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون. عليه سنوضح حجز السفينة المرهونة والإجراءات والقيود التي ترد علي حق الدائن المرتهن.

1. مصطفي كمال . القانون البحري . مرجع سابق . ص 159
2. عبدالحميد الشواربي . قانون التجارة البحرية . منشأة المعارف 1995م . ص 48
3. عبدالفتاح مراد . موسوعة القانون البحري . مركز الأهرام للترجمة والنشر . القاهرة . الطبعة الثانية . ص 106
4. الطعن بالنمرة م ع/ط م/1993/426م . غير منشورة . انظر محمد علي خليفة . ص 643

أ/ **حجز السفينة المرهونة:** تندرج السفينة في الضمان العام لدائني مالكها، فهي تعد عنصراً من العناصر الايجابية للذمة المالية لمالكها وحيث أن الأمر كذلك فإنه يجوز للدائنين توقيع الحجز عليها لاستيفاء الدين[1].وعلي هذا الأساس فإن الرهن البحري يخول حقاً للدائن المرتهن في مواجهة المدين الراهن، يتمثل هذا الحق في الحجز علي السفينة وبيعها وذلك في حالة امتناع أو عجز المدين الراهن عن الوفاء بالدين ويعتبر حق الحجز من أكبر الآثار التي يرتبها الرهن[2]. وعلي فإذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة فان الدائن المرتهن له الحق في المسبق لكل من المستفيدين من الرهون والامتيازات البحرية، وقد أوضح المشرع في المادة (40) من قانون النقل البحري 2010م حالات حجز السفينة المرهونة في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة أو علي جزء منها أو في حالة الشيوع[3]. فإذا كانت السفينة مرهونة بأكملها فإن للدائن المرتهن توقيع الحجز التنفيذي عليها توصلاً إلي صدور أمر من المحكمة ببيعها بالمزاد، أما في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي جزء من السفينة فقد نصت المادة (1/40) من قانون النقل البحري 2010م بأنه (إذا وقع الرهن على جزء لا يزيد عن نصف السفينة، فيجوز للدائن أن يحجز على الجزء المرهون ويبيعه، وإذا كان الرهن وقعاً علي أكثر من نصف السفينة، فيجوز للمحكمة بناءً على طلب الدائن بعد إجراء الحجز، أن تأمر ببيع السفينة بأكملها). ووفق أحكام هذا النص فإنه حيث يكون الرهن واقعاً علي جزء من السفينة هو النصف أو أقل من النصف فإن حق الدائن المرتهن يكون قاصراً علي حجز هذا الجزء وبيعه، وأنه إذا كان الرهن واقعاً علي أكثر من نصف السفينة فإنه يجب بجانب بقاء حق الدائن المرتهن في حجز هذا الجزء وبيعه يسكون له طلب بيع السفينة بأكملها. وشروط بيع السفينة بأكملها في هذا الفرض الأخير هي:

1. أن يكون الرهن واقعاً علي أكثر من نصف السفينة.

2. أن يقوم الدائن المرتهن بالحجز علي الجزء المرهون من السفينة.

3. أن يطلب الدائن المرتهن من المحكمة بيع السفينة بأكملها اذ لا تملك المحكمة الأمر بالبيع من تلقاء نفسها.

1. محمد عبدالفتاح ترك . الحجز علي السفينة . دار الجامعة الجديدة 2005م . ص 5

2. انظر المادة (51) من قانون النقل البحري السوداني 2010م

3. انظر المادة (52) من قانون التجارة البحرية المصري الذي عدّد حالات حجز السفينة المرهونة في حالة ما إذا كان الرهن واقعاً علي كامل السفينة أو علي جزء منها أو في حالة الشيوع

4. أن يصدر حكم قضائي ببيع السفينة بأكملها، والأمر في هذا الصدد جوازي للمحكمة تقدره حسب ظروف الحال[1].

ومرد الرخصة التي قررها المشرّع والتي تجيز أن تأمر المحكمة ببيع السفينة بأكملها ترجيح مصلحة الراسي عليه المزاد علي مصلحة الراهن الذي لم يعد يملك إلا أقل من نصف السفينة، والغالب ان تكون مصلحة جميع ذوي الشأن في الترخيص بهذا البيع الشامل لأنه يجذب المشترين ويعلي من قيمة السفينة، حيث يهيئ للمشتري ملكية مريحة لا ينقصها عناد شريك أو تعنت مشتاع[2]. وإذا بيعت السفينة بأكملها فان الدائن المرتهن لا يستوفي حقه إلا من ذلك الجزء من الثمن الذي يقابل الجزء المرهون من السفينة ويستأثر الراهن بباقي الثمن[3]، وفي حالة الشيوع فإن المالك في الشيوع رهن حصته في السفينة بموافقة المالكين لثلاثة أرباع الحصص علي الأقل، فقد نصت (2/40) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه (يجب على الدائن المرتهن في الحالتين المنصوص عليهما في البند (1) (أ) و(ب) إخطار باقي الشركاء بالبيع، علي أن يتم الإخطار قبل البيع بخمسة عشر يوماً، لدفع الدين المستحق أو اتخاذ إجراءات التنفيذ) ويراعي المشرّع بهذا الحكم أن بيع حصة أحد المشتاعين بالمزاد العلني قد يضر بمصالح المالكين الآخرين، ومن ثم فمن الخير التأني في بيعها لعل أحد المشتاعين، وهم بعد ذلك وشأنهم فإما أن يوافقوا بالدين ويخلصوا الحصة من الرهن؛ وإما أن يتخلوا عن زميلهم ويتركوا إجراءات البيع تمضي في طريقها المرسوم.

ومما هو مؤكد أن الدائن المرتهن في حالة امتناع المدين الراهن أو عجزه عن الوفاء يهمه الحجز التنفيذي وليس الحجز التحفظي، علي أساس أن هذا الأخير يقصد به توقيف أو تقييد إيجار سفينة بموجب أمر من محكمة مختصة ضماناً لمطالبة بحرية، ومن ثم فإن الحجز التحفظي له وظيفة تحفظية هدفه تقييد سلطة المدين علي مال معين حماية لحق الحاجز، علي خلاف الحجز التنفيذي الذي يرمي إلي إضافة إلي الوظيفة التحفظية مباشرة الوظيفة التنفيذية والغرض منه هو استيفاء الدائن الحاجز حقه من أموال المدين محل الحجز أو من ثمنها بعد بيعها جبرياً. ولكن ليس هناك ما يمنع من القيام بالحجز التحفظي علي السفينة

1. نصت المادة الرابعة من اتفاقية جنيف 1999م المتعلقة بالحجز علي السفينة علي انه لا يجوز الحجز إلا بأمر يصدر من محكمة أو من أي سلطة مختصة لدي الدولة المتعاقدة التي يدخل الحجز في دائرتها.
2. كمال حمدي ـ القانون البحري ـ الطبعة الثالثة 2007م ـ منشاة المعارف بالإسكندرية ـ ص 136
3. هاني دويدار ـ القانون البحري ـ مرجع سابق ـ الجزء الأول ـ ص 241

المرهونة طالما أنه إجراء قضائي مؤقت يتمثل أثره المباشر في الحفاظ علي مال أو علي حق المدين بوضعه تحت يد القضاء وتحقيقاً لمصلحة الدائن الحاجز حتى لا يقوم المدين بتهريبه أو أي تصرف من شانه تهديد الضمان العام، والجدير بالذكر أنه لا يشترط في الحجز أن يبدأ تحفظياً حتى يصبح تنفيذياً كل ما الأمر أنه يلزم أن يحوز الدائن الحاجز علي سند تنفيذي، إذ قد يبتدئ الحجز تنفيذياً إذا ما كان بيد الحاجز سند تنفيذي[1]

ب/ القيود الواردة علي حق الدائن المرتهن: والقيود علي التصرف في السفينة المرهونة تتحصل في:

1/ عدم جواز التصرف في السفينة المرهونة بعد قيد محضر الحجز في سجل السفن، وقد نصت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م علي ذلك، ورائد المشرّع من تقرير هذا الحظر هو حماية الدائن المرتهن بالحد من حرية المدين الراهن في التصرف في السفينة المرهونة[2] من وقت قيد الحجز في سجل السفن، وهذا الحظر لا يتقرر بمجرد تسجيل الرهن ذاته أو توقيع الحجز.

2/ بطلان بيع السفينة المرهونة لأجنبي، نصت المادة (43) من قانون النقل البحري 2010م بأنه (يقع باطلاً البيع الاختياري للسفينة المرهونة ما لم يوافق الدائن المرتهن على البيع كتابة)، لم ينص المشرّع علي بيع السفينة المرهونة لأجنبي صراحةً بل أشار الي ضرورة موافقة الدائن المرتهن كتابة علي ذلك البيع، وإذ كانت العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً فأنه لا يكون ثمة محل لتقرير ذلك البطلان إذ تنازل الدائن المرتهن عن الرهن علي أنه يجب أن يكون ذلك التنازل في عقد البيع ذاته، يري الباحث أن المشرّع السوداني قد أصاب في ذلك عكس المشرّع المصري في المادة (1/12) من قانون التجارة البحرية الذي تضمن النص البيع الاختياري للسفينة المرهونة لأجنبي بدلاً من شرط موافقة الدائن المرتهن، ونري أن الحكمة من تقرير بطلان بيع السفينة المرهونة لأجنبي أو الحصول علي موافقة الدائن المرتهن علي البيع هو الخشية من أن يقصيها المشتري عن البلاد فيضيع ضمان الدائن المرتهن أو يتعذر عليه الإفادة منه، وقد يترتب علي ذلك البيع فقد لجنسية السفينة المرهونة فيتعرض الدائن المرتهن إلي تطبيق قانون أجنبي قد لا يعترف بحقه، كما أنه

1. محمد عبدالفتاح ترك . الحجز علي السفينة . مرجع سابق . ص 56
2. والتصرف المحظور هو كل تصرف ناقل للملكية، فهو لا يقتصر علي البيع

إذا تغير علم السفينة فإن نفاذ الرهون التي ترتبت قبل تغيير العلم يتطلب إثبات القيود الخاصة بهذه الرهون في سجلات الدولة التي يتبعها العلم الجديد حتى تحتفظ هذه الرهون بمرتبتها بالنسبة إلي الرهون التي تترتب في ظل العلم الجديد،

ثانياً: آثار الرهن البحري بالنسبة للغير: إن قيد الرهن البحري من شأنه أن يجعل حق الرهن سارياً في حق الغير وذلك بغض النظر عن الآثار التي يرتبها هذا القيد فيما بين المتعاقدين أم لا، فيكون حينئذ للدائن المرتهن أن يتقدم علي باقي الدائنين العاديين كما يكون له سلطة تتبع السفينة في أيد كانت:

1/ حق التقدم أو الأفضلية: ويعني حق التقدم ان يكون للدائن المرتهن في مواجهة دائني الراهن التالين له في المرتبة والدائنين العاديين الأولوية في استيفاء حقه منى ناتج بيع السفينة المرهونة بالمزاد العلني، وان كان الدائن المرتهن يلي في المرتبة أصحاب حقوق الامتياز البحرية التي عددتها المادة (27) من قانون النقل البحري 2010م في كل فقراتها وسواء كان الحق الممتاز ناشئاً قبل قيد الرهن أو بعده فإن صاحبه يستوفيه قبل الدائن المرتهن، والامتياز جاء تعريفه في نص المادة (799) من قانون المعاملات المدنية 1984م بأنه (الامتياز حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه مراعاة لصفته ويتقرر بنص القانون) ومن هذا التعريف يتجلى الفرق بين الامتيازات والرهون عموماً ووجه الاختلاف بينهما يتمثل في كون الرهن ميزة تمنح للدائن لا للدين بخلاف حقوق الامتياز التي تعتبر بمثابة ميزة يوليها القانون للديون بغض النظر عن الدائنين إذ أن القانون هو الذي يمنح الدين حق امتياز ويجعله متقدماً علي سائر الديون[1]. وقد نصت المادة (38) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه:

(1/ يكون الرهن البحري من ديون الامتياز ويأتي في المرتبة الثانية بعد ديون الامتياز المنصوص عليها في المادة 27(1).

2/ تكون مرتبة الديون المضمونة برهن بحري وفقاً لتاريخ تسجيل عقد الرهن.

3/ إذا تم تسجيل أكثر من عقد رهن على السفينة أو حصة فيها، يكون ترتيبها وفقاً لأسبقية التسجيل في سجل السفينة)[2].

1. جلال وفاء محمدين. دروس في القانون البحري المصري الجديد. 1992م. دار النهضة العربية بالقاهرة. ص 16
2. تقابل المادة (50) من قانون التجارة البحرية المصرية

والنص السالف الذكر بعد تقريره يلي الامتياز في المرتبة يعرض لحالة تعدد الدائنين المرتهنين وترتيب الديون فيما بينها فيجعل العبرة بتاريخ القيد، فالرهن ذو القيد السابق مقدم علي الرهن ذو القيد اللاحق، وذلك الرهن الأخير مقدم علي الرهن ذو القيد التالي له، وهكذا، وإذا قيّدت جملة رهون في يوم واحد كانت علي قدم المساواة في المرتبة بغض النظر عن ساعة القيد، وقيد الرهن يرتب للدائن حق التقدم بالنسبة لأصل الدين وكذا مصاريف عقد الرهن وتجديد القيد وفوائد سنتين، كل ذلك في نفس مرتبة الدين(المادة 753 معاملات مدنية) وقد عمدت بعض الدول إلي إضافة هذا المعني في متن تقنينها البحري [1].

2/ حق التتبع: نصت المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م علي أنه (يتبع الرهن البحري السفينة أو أي جزء منها في أي يد كانت، ولا يجوز التصرف في السفينة المرهونة بعد تسجيل الرهن في سجل السفينة)[2]، وقرر قانون النقل البحري لسنة 2010م في المادة (1/38) أن الرهن الرسمي يأتي في المرحلة الثانية بعد ديون الامتياز المنصوص عليها في المادة (1/27) من القانون، فحق التتبع للدائن المرتهن يباشره بغض النظر عن الشخص الذي آلت إليه الملكية بعد قيد الرهن طالما أن مشتري السفينة المرهونة من المفروض أن يكون عالماً بأن السفينة مثقلة رهن بعد اطلاعه علي سجلها. علاوة علي ذلك فإن الدائن المرتهن يحق له تتبع السفينة في أي أيد كانت[3]، كما أنه لا يمكن لحائز السفينة المرهونة التمسك بحسن النية اتجاه الدائن المرتهن إذ لا مجال لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في كل ما يتعلق بمركز السفينة[4]. وأن الحائز هو ذلك الشخص من يمارس حق التتبع في مواجهته، وأن حائز السفينة يعتبر كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية السفينة أو أي حق عيني آخر قابل للرهن ودن أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، علماً بأن مستأجر السفينة المرهونة لا يعتبر حائزاً لها إذ لا تنتقل إليه ملكيتها والدائن المرتهن لا يتبع السفينة وإنما ينفذ عليها في يد مالكها وهو المدين الراهن، كما أن

1. انظر المادة (3/105) بحري إماراتي
2. حق التتبع تقرره المادة (51) بحري مصري. والمادة (55) بحري فرنسي 1967م
3. وحمايةً لحق التتبع فقد قضت المادة (12) من اتفاقية بروكسل 1926م بصحة الرهون الواقعة علي السفينة في جميع البلدان الموقعة علي الاتفاقية بشرط ان يكون الرهن قد تم بشكل قانوني ومن ثم يجوز للدائنين المرتهنين ملاحقة المدين الراهن في بلده طالما كانت موقعة علي الاتفاقية.
4. هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري، مرجع سابق ، ص 236

الوارث لا يعتبر حائزاً للسفينة المرهونة، في حين أن كل من الموهوب له أو الموصي له بالسفينة يعد . وقد انتقلت إليه ملكيتها . حائزاً لها[1].

ويشترط في الحائز الذي يباشر الدائن المرتهن حق التتبع في مواجهته أن تكون ملكية السفينة المرهونة قد انتقلت إليه قبل قيد محضر الحجز في سجل السفن، ذلك أنه لا يجوز وعلي نحو ما تنص عليه المادة (37) من قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م التصرف في السفينة المرهونة بعد إجراء ذلك القيد، وهو حظر روعي فيه عدم إرهاق الدائن المرتهن بمواصلة التتبع بعد أن أصبح بيع السفينة جبراً وشيك الوقوع، وعلي الدائن المرتهن في حالة ما إذا انتقلت ملكية السفينة قبل قيد محضر الحجز في سجل السفن اتخاذ إجراءات التنفيذ علي السفينة ضد الحائز، ووسيلة الأخير لاتقاء تلك الإجراءات هو القيام بإجراءات تطهير السفينة من الرهن (التطهير الاختياري)[2] التي نصت عليها المادة (42) من قانون النقل البحري 2010م وهو ما يؤدي إلي انقضاء الرهن، وذلك بان يقوم قبل البدء بالإجراءات المشار إليها أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإخطار بدفع الثمن بالاتي:

1.أن يبلغ الدائنين المقيدين في سجل السفينة في محلهم المختار بملخص العقد.

2.أن يتضمن ملخص العقد تاريخه، اسم البائع، اسم السفينة، نوعها، حمولتها، ثمنها، المصاريف، قائمة بالديون المقيدة وتواريخها ومقدارها وأسماء الدائنين.

3.أن يصرح باستعداده لدفع الديون المضمونة بالرهون فوراً وفي حدود الثمن الموضح.

ثالثاً: انقضاء الرهن البحري: ينقضي الرهن البحري إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية.

1/ انقضاء الرهن بصفة تبعية: ينقضي الرهن بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون بالرهن، وأسباب انقضاء الدين (الالتزام) علي نحو ما تعرفها القواعد العامة هي الوفاء والإبراء والمقاصة والتجديد والتقادم. ووفقاً لنص المادة (798) من قانون المعاملات المدنية 1984م فان الرهن يعود إذا عاد الدين لزوال السبب الذي انقضي به، وذلك دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة

1. القاعدة الشرعية القائلة بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أي بعد زوال الرهن .كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص ا134

2. كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 152

بين انقضاء الدين وعودته، وصورة زوال السبب الذي انقضي به الدين ان يكون الوفاء باطلاً أو يكون الإبراء صادراً من غير ذي أهلية[1].

2/ انقضاء الرهن بصفة أصلية: ويعني ذلك انقضاء الرهن وحده استقلالياً فينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين، وأسباب انقضاء الرهن بصفة أصلية هي:

أ/ التنازل عن الرهن[2] مع بقاء الدين قائماً: والتنازل عن الرهن أمر يغاير التنازل عن الدين (أي الإبراء) ذلك أنه في الحالة الأخيرة فإن الدين ينقضي ويزول الرهن مع الدين، إنما في حالة التنازل عن الرهن فإن الرهن وحده هو الذي يزول أما الدين فيبقي.

ب/ هلاك السفينة: وينقضي الرهن البحري بهلاك السفينة محل الرهن، إلا أن المادة (2/35) من قانون النقل البحري 2010م نصت علي انتقال الرهن إلي حطام تلك السفينة، ويعني ذلك أن يكون للدائن ميزة التقدم علي باقي الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الحطام، وعملاً بأحكام المادة (742) من قانون المعاملات المدنية 1984 فان هلاك السفينة لا يؤدي إلي الإخلال بحق الدائن المرتهن في ان يقتضي حقه فوراً وقبل حلول الأجل أو يحصل علي تأمين كاف من المدين، سواء كان الهلاك ناشئاً بخطأ المدين أو عن سبب أجنبي[3].

ج/ التطهير: وينقضي الرهن بتطهير السفينة، والتطهير قد يكون تلقائياً أي بقوة القانون وذلك في حالة البيع الجبري للسفينة، وقد يكون اختيارياً إذا قام به حائز السفينة.

1/ التطهير التلقائي (القضائي) ويتم ذلك نتيجة لإجراءات الحجز والتنفيذ التي يقوم بها الدائن المرتهن ضد مالك السفينة أو حائز السفينة المرهونة وعلي نحو ما تنص عليه المادة (37) من قانون النقل البحري 2010م ، ويكون التطهير التلقائي في حالة البيع الجبري للسفينة، إذ يترتب علي حكم مرسي المزاد تطهير السفينة من كل الرهون، وتنتقل حقوق الدائنين الممتازين والدائنين المرتهنين إلي الثمن الذي بيعت به السفينة كل حسب مرتبته.

1. عبدالرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء العاشر . ص 616
2. ذلك أن الرهن حق للدائن المرتهن وليس مني النظام العام فمن الجائز ام ينزل عنه الدائن المرتهن، وأهليته للنزول عن هذا الحق الذي يعرض الدين للخطر هي الأهلية في إبراء ذمة المدين. عبدالرزاق السنهوري . الوسيط . مرجع سابق . بند 378
3. عادل علي المقدادي . القانون البحري . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان 1999 . ص 55

2/ التطهير الاختياري فقد عرضت لأحكامه وإجراءاته المادة (1/42) من قانون النقل البحري السوداني 2010م، ووفق أحكام هذه المادة فان علي الدائن المرتهن الذي اتخذ إجراءات التنفيذ علي السفينة إذا انتقلت ملكية السفينة كلها أو بعضها قبل قيد محضر الحجز؛ أن يعلن الحائز بمحضر الحجز تقرير عقد البيع ونشره في الجريدة الرسمية وفي احدي الصحف اليومية الواسعة الانتشار والإعلان علي باب مكتب المسجل، وإذا ما أراد المالك اتقاء إجراءات الحجز والبيع (أي تطهير السفينة من الرهن) وجب عليه قبل البدء في الإجراءات أو خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإخطار أن يعلن الدائنين المقيدين في سجل السفينة[1] في محلهم المختار بملخص العقد مع بيان تاريخه واسم السفينة ونوعها وحمولتها وثمنها والمصاريف وقائمة بالديون المقيدة مع تواريخها وأسماء الدائنين باستعداده لدفع الديون المضمونة بالرهن فوراً سواء كانت مستحقة أو غير مستحقة وذلك في حدود ثمن السفينة. والفقرة الثانية من هذه المادة توجب علي المالك أن يطهّر السفينة من الرهون بإيداع الثمن خزانة المحكمة، وله في هذه الحالة أن يطلب شطب قيد الرهن دون إتباع إجراءات أخري[2].

الخاتمة

أولاً: النتائج

1/ اهتمام المشرّع الدولي بالقواعد الخاصة بحقوق الامتيازات والرهون البحرية ولا سيما وجود ثلاث اتفاقيات تتعلق بهذا الأمر وهي اتفاقية بروكسل 1926م والأخرى في 1967م بالإضافة لاتفاقية جنيف 1993م وقد أدخلت معظم الدول تلك الاتفاقيات في تشريعاتها ومن بينها السودان في قانون النقل البحري لسنة 2010م.

2/ استقرت كل النصوص التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالامتيازات والرهون البحرية أو القوانين البحرية العربية ومنها قانون النقل البحري السوداني أبرزت بأن محل الرهن البحري هو السفينة. والسفينة هي كل منشأة ذاتية الدفع صالحة للملاحة تعمل أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية سواء استخدمت لأغراض تجارية أو غير تجارية أو في نقل الركاب وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءً منها وتأخذ حكمها.

1. وهو ما أشارت إليه المادة (55) بحري مصري . والمادة (112) بحري إماراتي.
2. كمال حمدي . القانون البحري . مرجع سابق . ص 139/138

3/ استبعد المشرّع بعض العناصر من سريان الرهن البحري عليها وهي أجرة النقل والمكافآت والإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة وتعويضات التامين لأن الهدف منها بعيد عن فكرة الائتمان البحري وأن الغاية تدعيم مالك السفينة وهو ما لا يتأتى إذا تسني للدائنين اقتضاء حقوقهم الممتازة منها.

4/ تأتي أهمية تسجيل الرهن البحري في حصول الدائن المرتهن علي مرتبة متقدمة عند ترتيب الديون الواردة علي السفينة، وكذلك حاجة ملاك السفن للحصول علي القروض والائتمانات بضمان تلك السفن، كما يرتب الرهن البحري آثاره فيكون حينئذ للدائن المرتهن أن يتقدم علي باقي الدائنين العاديين كما يكون له سلطة تتبع السفينة في أيد كانت.

5/ لم ينص المشرّع السوداني في قانون النقل البحري 2010م علي بيع السفينة المرهونة لأجنبي صراحةً بل أشار إلي ضرورة موافقة الدائن المرتهن كتابة علي ذلك البيع، و قد أصاب في ذلك عكس المشرّع المصري في المادة (1/12) من قانون التجارة البحرية الذي تضمن النص البيع الاختياري للسفينة المرهونة لأجنبي بدلاً من شرط موافقة الدائن المرتهن.

6/ ينقضي الرهن البحري للسفينة إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية، ومن ضمن أسباب انقضاء الرهن بصفة أصلية التطهير والذي قد يكون تطهيراً تلقائياً أي بقوة القانون وذلك في حالة البيع الجبري للسفينة وقد يكون تطهيراً اختيارياً وذلك إذا قام به المالك للسفينة.

ثانياً: التوصيات

1/ تضمين نص صريح في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م ينص علي استيفاء الدائن المرتهن علي السفينة حقه من مبلغ التأمين بشرط وجود اتفاق صريح بينهما وقبول شركات التامين ذلك كتابةً.

2/ إضافة نص صريح في قانون النقل البحري لسنة 2010م يتضمن مدة الرهن البحري بخمس سنوات ويتعيّن تجديده قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ويسري التجديد لفترة أخري مماثلة تبدأ من تاريخ التجديد وليس من التاريخ الذي يزول فيه أثر التسجيل، والمدة المقترحة تبرر بأن الرهون البحرية أو القروض البحرية لا تعقد عادة لأجل طويل نظراً للنقص السريع الذي يلحق بقيمة السفينة.

3/ تعديل في نص المادة (36) من قانون النقل البحري لسنة 2010م لتقرأ كالآتي (يكون تسجيل الرهن البحري في سجل السفينة بتقديم صورة رسمية من عقد الرهن لمكتب تسجيل السفن ويرفق معها

قائمتان موقعتان من طالب التسجيل يشتمل على البيانات المقررة في اللوائح) وذلك ليتثني لاحقاً التأشير علي إحدي القائمتان وتسليم القائمة الأخرى إلي مقدم الطلب (الدائن المرتهن) كإثبات له بتسجيل الرهن.

4/ تعديل نص المادة (35) من قانون النقل البحري لسنة 2010م وذلك علي الرغم مما ذكر في الفقرة (2) لتقرأ (في حالة حطام السفينة يمكن نقل الرهن أو إقامة الرهن علي أموال المدين الأخرى، ويحق للدائن أن يطالب بحقوقه ومديونياته أمام شركات التامين المؤمن لديها من قبل المدين)

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القران الكريم

ثانياً: كتب اللغة

1. المصباح المنير، 1921م. لأحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي. المطبعة الأميرية بالقاهرة.

ثالثاً: المراجع باللغة العربية

1. احمد عبدالهادي. القانون البحري. الجزء الأول. القاهرة 1946م.
2. إسماعيل عثمان الحسين ابو شوك. النظام القانوني للسفينة وما يرد عليها في القانون البحري السوداني. الخرطوم 2013م.
3. أميرة صدقي. الموجز في القانون البحري. دار النهضة العربية. القاهرة. 1999م.
4. جلال وفاء محمدين. دروس في القانون البحري المصري الجديد. 1992م. دار النهضة العربية بالقاهرة
5. حسين عبداللطيف حمدان. التأمينات العينية. دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن التأميني والامتياز. منشورات الحلبي الحقوقية 2007م.
6. زكي زكي الشعراوي. القانون البحري. ج1. السفينة. دار النهضة العربية. مطبعة جامعة القاهرة 1898م
7. سميحة القليوبي. القانون البحري. القاهرة 1982م.
8. عبدالقادر حسين العطير بالوسيط في شرح قانون التجارة البحرية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولي 2009م.
9. علي جمال الدين عوض. القانون البحري. دار النهضة العربية القاهرة. طبعة 1986م.
10. علي البارودي. مبادئ القانون البحري. 1975م. مطبعة مصر.
11. عبدالحميد الشواربي. قانون التجارة البحرية. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1995م.

12. عبدالرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء العاشر . التأمينات الشخصية والعينية . دار إحياء التراث العربي 1975م.
13. عبدالفتاح مراد . موسوعة القانون البحري . مركز الأهرام للترجمة والنشر . القاهرة . الطبعة الثانية
14. عاطف محمد الفقي . قانون التجارة البحرية . دار النهضة العربية . 1998م.
15. عادل علي المقدادي . القانون البحري . دار الثقافة للنشر والتوزيع2009م.
16. كمال حمدي . القانون البحري . الطبعة الثالثة 2007م . منشاة المعارف بالإسكندرية.
17. مصطفي كمال طه . مبادئ القانون البحري . الطبعة الثالثة 1989م.
18. محمد الحاج حمود . القانون الدولي للبحار . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولي . 2008م
19. . مصطفي كمال طه . التوحيد الدولي للقانون البحري . دار الفكر الجامعي . الطبعة الأولي 2007م
20. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي . القانون البحري والجوي . منشورات الحلبي الحقوقية . 2005م.
21. محمود سمير الشرقاوي . القانون البحري . الطبعة الثانية 1967م . القاهرة.
22. محمد عبدالفتاح ترك . الحجز علي السفينة . دار الجامعة الجديدة 2005م.
23. محمد كامل أمين . شرح القانون البحري . ج2 . مطبعة مصطفي الحلبي 1945م
24. مصطفي عربي . القانون البحري . كلية القانون بجامعة النيلين . الخرطوم . 2000م .
25. محمد علي خليفة . أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية . المكتب العربي الحديث . الإسكندرية 2003م . الطبعة 2.
26. هاني دويدار . الوجيز في القانون البحري . دار الجامعة الجديد للنشر . الإسكندرية
27. يعقوب يوسف سرخوه . الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي . دار الكتب . ج 1 . ط 2 . 1988م.

رابعاً: المراجع باللغة الانجليزية

1 . HILL (CHRISTOPHER) , Maritime Law. Oxford, London , UK , 1981
2.James Leslie , Security Interests In Ship , at Maritime Law –V2 BY David Joseph ,Oxford , London UK, 2016
3.William Tetley. Marine cargo claims, 3edition,les edition yvon Blsis Inc,Montrial,1988

خامساً: الرسائل والمقالات

1. علي البارودي . حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . مقال منشور بمجلة الحقوق بجامعة الإسكندرية . العدد الثالث. 1961م
2. إبراهيم مدحت حافظ . الحقوق العينية التبعية والحجز علي السفن طبقاً لقانون التجارة البحرية والمعاهدات النافذة في مصر . مجلة هيئة قضايا الدولة . العدد الثالث 1995م

سادساً: القوانين والاتفاقيات الدولية

1. قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010م
2. قانون التجارة البحرية المصري 1990م
3. القانون البحري الإماراتي 1981م
4. القانون البحري الفرنسي لسنة 1874م المعدل بقانون 1885م
5. قانون الشحن التجاري الانجليزي لسنة 1894م المعدل بقانون 1988م
6. قانون التجارة البحري الأردني لسنة 1972م
7. القانون البحري البحريني لسنة 1982م8
8. الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بحقوق الامتياز والرهون البحرية المبرمة ببروكسل 10/ابريل/1926م
9. الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بحقوق الامتياز والرهون البحرية المبرمة ببروكسل 27/مايو/1967م
10. اتفاقية جنيف الخاصة بالامتيازات والرهون البحرية المبرمة في جنيف 6/مايو/1993م
11. الاتفاقية الدولية بشان الحقوق المتعلقة بالسفن تحت الإنشاء المبرمة ببروكسل 27/مايو/1967م