

هذا التضامن الذي قرره المشرعان الأردني والمصري، فيه إجحاف شديد بالنسبة للمهندس، لأن أغلب العيوب والتهدم الذي يظهر في البناء والمنشآت الثابتة يكون عائداً إلى سوء التنفيذ من جانب المقاول. وبالتالي يجب أن يسأل المقاول وحده، إلا أن المهندس لا يستطيع أن يدفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ما لم يكن دوره مقتصر على وضع التصميم فقط فعندئذ لا يكون مسؤولاً إلا عن عيوب التصميم^(١).

وتجدر الإشارة أن هذا التضامن لا يقوم إلا بعلاقتهم مع رب العمل، أما في علاقتهما بالآخر فلا تضامن، ونتيجة لذلك إذا قامت مسؤولية كل منهما دون أن يثبت خطأ أي منهما فتكون المسؤولية مقسمة بينهما بالتساوي، وإذا ثبت أن الخلل أو التهدم أو ظهور العيب كان راجعاً إلى خطأ من المقاول كأن يقوم بتوريد مواد رديئة. ففي هذه الحالة يتحمل المقاول المسؤولية كاملة، فإذا كان المقاول قد دفع كل التعويض لرب العمل فلا يجوز لرب العمل أن يرجع على المهندس بشيء، أما إذا قام المقاول بدفع جزء من التعويض، وقام المهندس بدفع الجزء الآخر، جاز للمهندس أن يرجع على المقاول بما دفعه^(٢).

كذلك لو تبين أن سبب التهدم أو ظهور العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء للخطر نتيجة عيب في التصميم الذي وضعه المهندس، ولم يكن باستطاعة المقاول إكتشافه لو بذل عناية المقاول العادي، فإن المهندس يتحمل المسؤولية كاملة.

وبحسب نص المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني نلاحظ أن التضامن بين المقاول والمهندس، لا يقتصر على العيوب التي تظهر بالتصميم، أو بسبب استخدام مواد رديئة من قبل المقاول، بل يمتد ليشمل عيب الأرض، وهذا ما نلاحظه عندما نصت المادة المذكورة (ويبقى الإلتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض.....).

فإذا كان العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء للخطر أو التهدم راجعاً إلى عيب في الأرض وكان هذا العيب ظاهراً، فإن المقاول يكون مسؤولاً مع المهندس، أما إذا كان هذا العيب لا يمكن إكتشافه إلا بعمل الإختبارات، وكان المهندس قد أجراها أمامه، ففي هذه الحالة يتحمل المقاول المسؤولية كاملة^(٣).

وإذا استقرنا نصوص مواد القانون المدني الفرنسي نلاحظ أنها تخلو من أي نص يقرر فيه التضامن بين المهندس والمقاول، إلا أنه نص على التزام (الإلتزام بالتضام) والتي يكون

(٢) محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى "دراسة مقارنة"، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٠٢.

(٣) فتحية قرة، المرجع السابق، ص ١٦٣-١٦٤.

(١) فتحية قرة، المرجع السابق، ص ١٦٥.

بموجبها أن يحكم على أي منهما أو على كلاهما بجميع التعويض في ضوء إطار المسؤولية التضاممية^(١).

وعليه نرى أنه لا فرق بين المسؤولية التضامنية في القانونين الأردني والمصري ، والمسؤولية التضاممية في القانون الفرنسي .

الفرع الثاني

تعلق المسؤولية الخاصة بالنظام العام

أضفى المشرعان الأردني والمصري المزيد من الحماية على رب العمل بوضع حد لسلطان إرادة المتعاقدين في العقود التي تنظم علاقة أصحاب العمل بالمقاولين، حيث جعلها متعلقة بالنظام العام، فما حكمة المشرع من جعلها مرتبطة بالنظام العام؟؟.

إن تعلق مسؤولية المقاول بالنظام العام تعد من أهم الخصائص العامة التي تميزها، فمن المعروف أن القواعد العامة تسمح بالاتفاق على إعفاء المدين من التزامه، إلا أننا وبالنظر إلى أحكام مسؤولية المقاول الخاصة فنلاحظ أنها مفترضة بحكم القانون^(٢). ولا يجوز الاتفاق على إعفاء المقاول من المسؤولية أو الحد منها، ولمعالجة هذا الموضوع سنتطرق إلى فرعين، نتناول بالفرع الأول المقصود بفكرة النظام العام ، وأما الفرع الثاني فنتناول فيه هدف المشرع من جعل هذه المسؤولية متعلقة بالنظام العام .

البند الأول: المقصود بالنظام العام:

الأصل وكقاعدة عامة، أن أحكام المسؤولية لا تعد أحكامها من النظام العام، كما يجوز الإتفاق على ما يخالفها (فيجوز تشديدها أو تخفيفها، أو حتى الحد منها)، ولكن نظراً لخصوصية أحكام مسؤولية المقاول الخاصة ، فإن المشرع الأردني شدد في أحكامها حيث جعلها متعلقة بالنظام العام، فقد نصت المادة (٧٩٠) من القانون المدني الأردني (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول والمهندس من الضمان أو الحد منه)، وتجدر الإشارة أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة، تختلف باختلاف المكان والزمان، فما قد يعد من النظام العام في دولة، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى.

البند الثاني: هدف المشرع من جعل هذه المسؤولية متعلقة بالنظام العام

(١) محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص ٣٠٣-٣١٠

(٢) انظر فيما سبق نص المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني

اختلفت الآراء الفقهية حول هدف المشرع من جعل هذه المسؤولية متعلقة بالنظام العام، فهناك من يرى أن المشرع قصد حماية المصلحة العامة، في حين ذهب رأي أن المشرع أراد أن يحمي صاحب العمل غير الخبير بفنون البناء وفي هذا الفرع سنتناول فيه هذين الرأيين في بندين مستقلين:

أولاً: حماية المصلحة العامة:

يرى جانب من الفقه في فرنسا أن هدف المشرع من ارتباط هذه المسؤولية بالنظام العام هي ضرورة حماية المصلحة العامة^(١) فعيوب البناء لا تصيب رب العمل وحده، بل تتعدى إلى حدوث كوارث تصيب أرواح وأموال الآخرين كالجيران والمارة في الطريق^(٢). والقاطنين في البناء.

فلا بد من حماية هؤلاء الأشخاص من هذه المخاطر التي تنتج من سقوط المباني أو انهيار المنشآت.

ثانياً: حماية رب العمل :

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هدف ارتباط أحكام هذه المسؤولية بالنظام العام ليس حماية المصلحة العامة، وإنما حماية لرب العمل غير الخبير في فنون البناء. وسندهم في ذلك أن المصلحة العامة تتمتع بحماية قانونية كافية في القانون الوضعي.

ونرى أن هدف المشرع من تعلق أحكام المسؤولية الخاصة بالنظام العام هو رغبته في تشديد المسؤولية المتعلقة بعيوب الأبنية، أو المنشآت الثابتة لحت المكاول على بذل أقصى درجة ممكنة من العناية والاهتمام في تنفيذ أعمالهم وفقاً للمواصفات والمخططات. وهذا يعني أن المشرع أيضاً أراد بهذا حماية رب العمل والمصلحة العامة على حد سواء.

(١) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٢٥٤

(٢) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٤

الفرع الثالث

مسؤولية المقاول الخاصة شاملة للعيوب الخطيرة

نصت المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني: "إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبّل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول"

فمسؤولية المقاول لا تشمل العيوب البسيطة، أو تلك العيوب التي لا تهدد متانة وسلامة البناء أو المنشأ الثابت للخطر، كما سنرى لاحقاً^(١).

وحتى تدخل هذه العيوب ضمن أحكام المسؤولية الخاصة فيجب أن تكون هذه العيوب خفية وقت التسليم، وغير معلومة لصاحب العمل، ولا يمكن كشفها لو بذل عناية الشخص العادي في اختبار المبنى. ولكن إذا كان العيب ظاهراً، أو كان باستطاعة رب العمل اكتشافه لو بذل عناية الرجل العادي، فإن ذلك يعفي المقاول من الضمان، لأن قبول رب العمل بالعيوب رغم اكتشافه يعني أنه نزل عن حقه في الرجوع على المقاول.

إلا أن هناك مسألة يجب التعرض لها في هذا الصدد وهي: هل يجوز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه؟

تكمّن الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب، فإذا تحقق سبب الضمان وتبين له خطورة العيب فله مطلق الحرية بالنزول عنه، سواء أكان هذا النزول صريحاً أو ضمناً^(٢)

المطلب الثاني

طرق دفع المسؤولية الخاصة عن مقاول البناء

تعتبر مسؤولية مقاول البناء مفترضة بحكم القانون، فلا يستطيع المقاول أن يتخلص من مسؤوليته إلا بوجود السبب الأجنبي والمتمثل بالقوة القاهرة وخطأ رب العمل وخطأ الغير وفي

(١) انظر ص ٤١ وما بعدها من هذا البحث.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٧-١١٨.

هذا المطلب سنتناوله في ثلاثة فروع، أتناول بالفرع الأول القوة القاهرة ، وبالفرع الثاني ، خطأ رب العمل ، وبالفرع الثالث نتناول به خطأ الغير.

الفرع الأول

القوة القاهرة

لم يعرف المشرع الأردني والمصري القوة القاهرة ، وخيراً فعلاً إذ أن التعريف يبقى مسأله فقهيه^(١).

كما ساوت التشريعات المدنية بين مصطلحين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ، بعد أن كان ينظر إلى الأول أنه الحادث الذي لا يمكن توقعه ، وإلى الثاني أنه الحادث الذي لا يمكن دفعه ، فأصبح هذان المصطلحان مترادفين و يدلان على أمر واحد ، بحيث يجب أن يتوافر فيه شرط عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع . وهذا ما يسمى بالقوة القاهرة^(٢)

ويمكن تعريف القوة القاهرة ، أنها أمر ادى إلى تهمد البناء أو المنشآت الثابتة ، بحيث لا يمكن توقعه ولا دفعه ، ولا يكون للمتعاقد إرادة في حدوثه من قريب أو بعيد ، ولم يؤثر في حدوثه كما أنه خارج عن سيطرته وإدراكه ، مثال ذلك الزلازل والبراكين والإعصار.

وقد اشترطت محكمة التمييز الأردنيه ركنين يجب توافرهما للأخذ بمبدأ القوة القاهرة ، حيث قضت (القوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه وهما شرطان يجب توافرهما حتى يصح الدفع بالقوة القاهرة)^(٣).

الأول : خارجية الحادث عن البناء أو المنشأ الثابت

يشترط لإعفاء مقاول البناء من أحكام المسؤولية الخاصة أن يؤدي الحادث الذي يشكل القوة القاهرة إلى أمور مادية خارجية عن مادة العمل المعماري كالزلازل والبراكين والأمطار أو حتى الفيضانات الخطيرة والإعصار

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد ، هل يمكن اعتبار العيب الذي يظهر في التربة ، أو استخدام المواد الرديئة ، قوة قاهرة وأمرأ خارجياً؟؟

(١) هاشم علي الشهوان ، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ص ١٤٢

(٢) ربحي أحمد البعقوب ، المرجع السابق ، ص ٣٦٩

(٣) قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم (٩٧/٩٢٨) سنة ١٩٩٧

الأصل أن عيوب التربة لا يمكن اعتبارها أموراً خارجية عن مادة العمل المعماري ، حيث يتعين على المَقاول قبل الشروع في تنفيذ المشروع ، دراسة طبيعة الأرض وإجراء الفحوصات اللازمة واكتشاف عيوبها قبل البدء في المشروع^(١).

لذلك كله قضت محكمة النقض المصرية بعدم دفع المَقاول بالقوة القاهرة، للتخلص من مسؤوليته الخاصة بسبب هبوط الأرضفة المقامة على جوانب نهر النيل، لأن الهبوط يرجع إلى موقع الأرض لأنه أمر يمكن توقعه ويدخل في طبيعة عمل المَقاول^(٢).

كذلك بالنسبة لسوء المواد المستخدمة فلا يمكن اعتبارها قوة القاهرة تتوافر فيها الشرط الخارجي، لأن حسن اختيار المواد وفحصها والتحقق من جودتها وخلوها من العيوب ، هي أولى التزامات المَقاول .

الثاني : أن يكون الحادث غير ممكن دفعه

فإذا كان بمقدرة مَقاول البناء ، أثناء تنفيذ المشروع دفع هذا الضرر، فلا يجوز له التمسك بالقوة القاهرة لدفع المسؤولية عن نفسه .

ونرى أن المعيار فيما إذا استطاع مَقاول البناء دفع المسؤولية عن نفسه، هو اللجوء لسلوك مَقاول آخر لو وجد في مثل هذه الظروف التي كان يوجد فيها المَقاول المدعي بعدم إمكانية الدفع .

وحتى يستطيع مَقاول البناء أن يدفع مسؤوليته الخاصة بالقوة القاهرة ، فيشترط أن يكون الضرر الذي أصاب البناء أو المنشأ الثابت، سببه الوحيد هي القوة القاهرة ، فهذا يعني انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ المفترض للمَقاول والضرر ، وتسقط قرينة المسؤولية تلقائياً .

في حين إذا تبين أن الحادث المكون للقوة القاهرة هو أحد الأسباب التي ساهمت في وقوع الضرر ، بمعنى أن فعل المَقاول ساهم في إحداث الضرر ، فقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى النظر في كل حالة على حده، بحيث ينظر إلى نسبة مساهمة كل سبب من الأسباب المتعددة في الضرر ، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بتخفيض الأثر المعفي للقوة القاهرة بنسبة

(١) محمدليب شنب، المرجع السابق ، ص ١٧٥

(٢) استئناف مختلط، ١٩١٤/١/٢٢ ص ٢٦ نقلاً عن ، محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية ، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٦ ص ١٦٢

مساهمة المعماري للأصول الفنية في الضرر الذي وقع عندما عرضت عليه حالة فيضان غير متوقع، ومستحيل، وسبب ضرراً شديداً لمبنى كانت أساساته غير كافية وضعيفة^(١)

^(١) محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦

الفرع الثاني

خطأ رب العمل

يعتبر خطأ رب العمل وتدخله ، بمثابة سبب أجنبي تنتفي فيه مسؤولية المقاول ، بعد تمام تنفيذ البناء وتسلمه مقبولا وكان خطأ رب العمل السبب الوحيد في إحداث التهدم أو ظهور العيوب التي تهدد سلامة ومناة البناء .

وأكثر الصور شيوعاً في هذا الصدد قيام رب العمل بإجراء تعديلات على البناء بشكل خاطئ .

لكن المسألة تبرز هنا ، هل يعتبر سبباً أجنبياً تنتفي فيه مسؤولية المقاول تدخل رب العمل الخاطئ أثناء فترة التنفيذ ، كأن يقوم بتقديم مواد معيبة ، أو أن انتفاء المسؤولية مقتصر على تدخل رب العمل بعد تمام إنجازة؟؟

للتعرض لهذه المسألة يجب التطرق لفرضين :

الأول : خطأ رب العمل غير الخبير في فنون البناء

بادئ ذي بدء يجب علينا أن نعلم أن تدخل رب العمل لا يصلح أن يكون سبباً لانتفاء مسؤولية المقاول وهذه قاعدة عامة .

وسبب ذلك أن رب العمل غالباً ما يكون غير خبير في فنون البناء مما يستوجب الاستعانة بالمختصين من المقاولين ، الأمر الذي يفترض فيهم الإستقلالية وعدم تلقي التعليمات منه . وهذا يعني أنه إذا قدم رب العمل مواد معيبة أو حتى أصدر تعليمات مخالفة لأصول الفن ، وجب على المقاول أن يقوم بتنبيهه . وإذا أصرّ على موقفه فعليه الإمتناع عن التنفيذ . فإذا قام المقاول بالتنفيذ وأطاع أوامره واستعمل المواد المعيبة فإنه يعتبر مخطئاً ولا تنتفي عنه المسؤولية^(١).

الثاني : أن يكون رب العمل خبيراً في فنون البناء

قد يكون رب العمل خبيراً في فنون البناء ، كأن يكون مهندساً معمارياً ، فيضع التصميم بنفسه ، فيكون التصميم معيباً فعلى من تكون المسؤولية؟

(١) راجع نص المادة ٧٨٨ من القانون المدي الأردني

يشترك المقاول ورب العمل في المسؤولية ، إذا كان هذا التصميم مما يمكن كشفه للمقاول . أما إذا كان العيب في التصميم لا يمكن كشفه من قبل المقاول فإن مسؤولية المقاول الخاصة تنتفي^(١) . الفرع الثالث

خطأ الغير

يطرح الباحث تساؤلاً ، من هو الغير الذي قد يتسبب فعله في تهمد البناء أو ظهور عيوب تهدد متانة وسلامة البناء خلال مدة الضمان ؟؟

يمكننا أن نعرف الغير، هو كل شخص كانت له صلة بعملية البناء ، أو لم تكن له صلة بها، ولكنه قام بعمل أدى إلى حدوث عيب يهدد سلامة البناء ومتانته، ويشترط القضاء المصري لدفع المسؤولية الخاصة لمقاول البناء بسبب خطأ الغير ، شروط القوة القاهرة من حيث عدم قابلية الخطأ للتوقع واستحالة دفعه.

فالغير الذي تكون له صلة بعملية البناء مثاله ، المهندس أو المكتب الاستشاري ويعتقد الباحث أن بائع مواد البناء هو من الغير الذي له علاقة بعملية البناء .

وأخيراً وليس آخراً بقي أن ننير في هذا الصدد كيف يكون الغير (الأجنبي عن عملية البناء) له علاقة بحصول التهمد أو ظهور العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء ؟.

مثال ذلك ولتوضيح هذه المسألة . فلو قام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه . الأمر الذي يؤدي إلى حدوث تهمد أو ظهور عيوب تهدد متانة البناء وسلامته^(٢) .

(٢) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٨

(١) محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠-٣٦١

المبحث الثالث

شروط تحقق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء

تناولت المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني، الشروط الواجب توافرها لتطبيق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء في حالة التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيوب تهدد متانة وسلامة البناء للخطر، ومن هذه الشروط ضرورة وجود عقد مقولة مبان أو منشآت ثابتة، فضلاً أن يكون هذا العقد مبرماً بين صاحب العمل والمقاول. وتسلم العمل مقبولاً من قبل صاحب العمل، وأخيراً حصول تهدم أو ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته خلال مدة عشر سنوات.

وفي هذا المبحث سوف أتناوله في ثلاثة مطالب، أتكلم في المطلب الأول: وجود عقد مقولة مع رب العمل. وأما في المطلب الثاني: سأتناول فيه تسلم البناء أو المنشأ الثابت مقبولاً من رب العمل. وفي المطلب الثالث: سأستعرض فيه ضرورة حصول تهدم كلي، أو جزئي أو ظهور عيب يهدد متانة وسلامة البناء للخطر.

المطلب الاول

وجود عقد مقولة مبان أو منشآت ثابتة مع رب العمل

لا بد لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة لمقاول البناء في مواجهة رب العمل، أن يكون العمل المضمون ناشئاً عن عقد مقولة، فإذا فقد هذا الشرط فلا يكون المقاول مسؤولاً بالضمان العشري. فضلاً عن ذلك لا بد أن يكون عقد المقولة منعقداً مع رب العمل الذي يتم العمل لحسابه وهذا ما نستنتجه من نص المادة ٧٨٨ التي تقضي (بالتعويض لصاحب العمل).

وبناءً على ذلك فالمقاول من الباطن، وغيره من الفنيين الذين لا تربطهم علاقة مقولة مع رب العمل، فلا تطبق عليهم قواعد المسؤولية الخاصة بمواجهة رب العمل، حيث أن عقد المقولة أبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، فالحكمة من هذه المسؤولية هي حماية رب العمل الذي يكون غير خبير في مجال البناء^(١).

لهذا كله وجب على المحكمة تكييف العلاقة قبل الحكم لمصلحة رب العمل حيث اعتبر القضاء الأردني والمصري أنه لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تفسير العقد وتفهم فيه المتعاقدين وتكييفها التكييف الصحيح، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها (أن للمحكمة الصلاحية في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بحقوق عاقيدها مستعينة بجميع

(١) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٠

وقائع الدعوى وظروفها أي أن من حق المحكمة تفسير صيغة العقد وردها إلى الواقع القانوني الذي ينطبق عليها وليس لما يضيفه عليه الفرقاء من وصف (١).

وتجدر الإشارة أنه لا يكفي أن يكون هناك عقد مقاوله بل لا بد أن يقوم المقاول بالعمل دون إشراف من رب العمل بالإضافة إلى كل ذلك، يلزم استمرار العلاقة بين المقاول ورب العمل فإذا تم فسخ عقد المقاوله فلا يجوز لرب العمل التمسك بأحكام المسؤولية الخاصة.

المطلب الثاني

تسلم العمل مقبولا من رب العمل

لم يضع المشرع الأردني تعريفاً للتسليم كشرط من شروط قيام مسؤولية المقاول الخاصة، وإنما ترك ذلك للفقهاء، ويكون بذلك قد اتبع نهج المشرع الفرنسي الذي لم يتطرق إلى أي تعريف للتسليم قبل صدور قانون عام ١٩٧٨، إلا أنه وبعد صدور هذا القانون فقد عرفت المادة ٦/١٧٩٢ التسليم بأنه العمل الذي من خلاله يقر رب العمل قبوله للأعمال المنجزة سواء بتحفظ أو بدونه. والتسليم شرط لا بد منه لقيام مسؤولية المقاول، فبالتسليم تبدأ مدة ضمان العشر سنوات (٢)، وبه تنتقل المسؤولية من المقاول لرب العمل أيضاً.

وتقضي منا دراسة هذا المطلب، التعرض لشروط التسليم ثم دراسة أشكاله وأنواعه.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية والشكلية للتسليم

تقسم شروط التسليم إلى، شروط موضوعية وشروط شكلية فالشروط الموضوعية تتمثل في إنجاز العمل والمطابقة، في حين تتمثل الشروط الشكلية بالشكل الذي اشترطه المشرع لإتمام التسليم. ولأجل التفصيل أكثر، سأتناول هذه الشروط في بندين

البند الأول: الشروط الموضوعية: تتمثل الشروط الموضوعية في أمرين:

الأول: إنجاز العمل:

يعتبر إنجاز العمل أحد الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق المقاول. ويقصد بإنجاز العمل بأنه إتمام العمل محل العقد أو الانتهاء منه بتمام تنفيذه، بحيث لا تبرا ذمة المقاول إلا

(٢) قرار لمحكمة التميز الأردنية رقم (٩١/٥٨١) صفحة ٧٠٤ سنة ١٩٩٣

(٢) حيث نصت المادة ٧٨٨ الفقرة الثالثة (تبدأ مدة العشر سنوات من تاريخ تسلم الأعمال)

بتحقيق هذه النتيجة أو إذا أثبت أن القوة القاهرة هي التي حالت دون التنفيذ^(١)، وهذا الشرط مستقى من نص المادة ٧٩٢ من القانون المدني الأردني.

ثانياً: المطابقة: الشرط الثاني من شروط التسليم الموضوعية هو المطابقة، بمعنى أن يكون العمل مطابقاً ومتفقاً مع قواعد الفن وأصول الصنعة، والمطابقة يجب أن تكون حسب ما هو منصوص عليه في العقد، فإذا لم يكن العقد متضمناً شروط معينة، يمكن الرجوع إلى ما كان متعارف عليه من قواعد الفن وأصول المهنة، فإذا لم يكن مطابقاً أو كان مخالفاً للشروط أصبح بإمكان رب العمل أن يمتنع عن التسليم. وحتى يتحلل رب العمل من التزامه بالتسليم لا بد أن تكون المخالفة التي ارتكبها المقاول جسيمة، فإذا لم تصل المخالفة حد الجسامة يبقى رب العمل ملتزماً بالتسليم ويكون له حق تخفيض الأجرة أو بطلب التعويض من الضرر الذي لحق به وتجدر الإشارة أن كل هذه المسائل هي مسائل واقعة يفصل فيها قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية^(٢).

البند الثاني: الشروط الشكلية:

أما من حيث الشروط الشكلية، فلم يتطلب من المشرعين الأردني والمصري أي شروط شكلية للتسليم. إلا أنه قد نلاحظ أن التسليم قد يدون في محضر، فهذا لا يعني أن المشرعين قد تطلبا شروطاً، وإنما هي ورقة عرفية تظهر قيمتها في الإثبات.

أما المشرع الفرنسي فإنه اشترط أن يكون التسليم حضورياً، أي بحضور الأطراف الذين يهمهم الأمر. ويرى البعض^(٣) أن المشرع الفرنسي عندما **تطلب** هذا الشرط، أراد أن يتم التسليم بحضور جميع الأطراف الذين يهمهم الأمر، وذلك لاعتبارات عملية زمنية كالسرعة في عملية التسليم والتسليم. كذلك مناقشة ما يقدمه الأطراف من حجج.

ويرى بعض الفقه أن الحضورية التي قصدها المشرع ليست هي الحضورية الفعلية وإنما كان يقصد المشرع الحضورية القانونية، حيث أن المشرع الفرنسي لم يتطلب حضور المقاول شخصياً بمعنى أنه يكفي أن يكون المقاول عالماً بأي طريقة بميعاد التسليم، فإما أن يحضره بنفسه أو يكلف من يحضر عنه، فإذا لم يحضر ولم يكلف من يحضر عنه تمت عملية التسليم^(٤).

(١) يس، عبدالرزاق، المرجع السابق، ص ١٨٢

(٢) عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق، ص ١٢٣

(٣) عبدالرزاق يس، المرجع السابق، ص ١٨٨-١٩١

(٤) عبدالرزاق يس، المرجع نفسه، ص ١٩٠-١٩١

الفرع الثاني

أشكال التسليم

قد تتم عملية التسليم بشكل صريح (رضائياً أو قضائياً)، كما قد تكون بشكل ضمني من خلال استخلاصه ضمناً من وقائع تكشف بوضوح عن إرادة صاحب العمل في قبول الأعمال. وسوف نتكلم عن أشكال التسليم في بندين: البند الأول تناول فيه التسليم الصريح ونوعية، وأما البند الثاني فتناول فيه التسليم الضمني وصوره.

البند الأول: التسليم الصريح

يقسم التسليم الصريح الى قسمين التسليم الرضائي والتسليم القضائي، وسأتناول هذا الفرع في بندين. سأتناول في البند الأول التسليم الرضائي وفي البند الثاني نخصه للتسليم القضائي.

أولاً: التسليم الرضائي:

عرف البعض^(١) التسليم الرضائي أنه التسليم الذي يطلبه من له مصلحة، وفي الغالب المقاول الذي يطلبه باعتبار أنه صاحب المصلحة، وقد يقوم بطلب التسليم رب العمل الذي له مصلحة مادية أو أدبية في تسلم البناء بأسرع وقت ممكن.

وهذا ما نستنتجه من نص المادة ٦/١٧٩٢ من أن التسليم يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، كيف يتم التسليم الرضائي؟؟

لم يبين المشرع الأردني كيفية هذا النوع من التسليم، على خلاف ما ذهب اليه المشرع المصري، حيث بين طريقة التسليم الرضائي في المادة ٦٥٥ والتي نصت على أنه متى أنهى المقاول العمل المكلف به وجب عليه أن يضعه تحت تصرف رب العمل وأن يعلمه بأي طريقة أن العمل قد أنجز.

ووفقاً لما جرى عليه العرف والعاده ، فإنه قد ينتقل إلى الموقع رب العمل شخصياً، أو من يمثله قانوناً أو يتوجه إلى العمل برفقة أحد المساعدين الفنيين المتخصصين (المهندس المعماري) لمعاينته وفحصه للتأكد من أن العمل سليماً ووفقاً لشروط العقد^(٢)

وهنا تقوم عدة افتراضات:

(٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق، ص ١٢٧، كذلك انظر عبد الرزاق يس، المرجع السابق ، ص ٢١٥.

(١) عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص ٢١٧.

فقد يرشد المهندس المعماري رب العمل بتسليم العمل دون إبداء أي ملاحظات ، وهذا الفرض يكون عندما تكون الأعمال منقذة حسب شروط العقد ومطابقة لأصول الفن والمهنة. كذلك قد يجد المهندس المعماري في الأعمال عيوب ظاهرة سواء كانت في التنفيذ أو التصميم ولكن هذه العيوب لا تمنع التسليم، ولكن قد يرى المهندس المعماري أن يضع في محضر التسليم والتسليم ما يتعلق بهذه العيوب. وأخيراً قد يجد المهندس المعماري خطورة هذه العيوب بحيث يمنع معها التسليم فيرشد رب العمل بعدم التسليم إلا بعد تصويب هذه العيوب.

ثانياً: التسليم القضائي

إذا لم يتفق طرفا المداولة (رب العمل والمقاول) على التسليم والتسليم بسبب من الاسباب، والتي في أغلبها تكون من جانب صاحب العمل كأن يرفض تسليم العمل عند عرضه عليه رفضاً غير مبرر، فإن المادة (٦٥٥) من القانون المدني المصري تعالج ذلك، حيث نصت (فإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع من التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه) ويقابل هذا النص ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٦/١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن التسليم يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به، وذلك بشكل ودي وإلا فيشكل قضائي.

وفي القانون المدني الأردني وحسب نص المادة (٧٩٣) أنه إذا امتنع صاحب العمل عن التسليم دون سبب مشروع ، فهذه المادة تخلي المقاول من مسؤولية هلاك الشيء أو تلفه.

إلا أن هناك تساؤلاً يجب طرحه في هذا الصدد ، ما المحكمة المختصة بنظر دعوى التسليم القضائي ؟ وما التاريخ المعتبر به للتسليم القضائي؟؟

إن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، أو محكمة

موطن المدعى عليه وفقاً لقواعد الاختصاص باعتبار أنها دعوى شخصية عقارية^(١).

أما عن تاريخ التسليم فإن له أهمية كبيرة، لتنتج الآثار المترتبة عليه، فلا تبرز أي مشكله في حالة التسليم الصريح الرضائي. فيكون تاريخ التسليم هو تاريخ توقيع محضر التسليم والتسليم بقبول صاحب العمل التام أو تنفيذ التحفظات إذا كان قد أبدى تحفظات أو نواقص.

(١) الدعوى الشخصية العقارية :- هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ، ويكون موضوع ذلك الحق عقاراً، ويكون الاختصاص في الدعوى الشخصية العقارية للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه. انظر الفقرة الثالثة من نص المادة (٣٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني .

أما التسليم القضائي فهنا **تبرز** المشكلة حيث يكون هناك عدة تواريخ، قد يشكل كل منها تاريخاً للتسليم، هذه التواريخ هي تاريخ صدور الحكم الصادر به، أو تاريخ تبليغه لصاحب العمل أو تاريخ وضع اليد على البناء، أو تاريخ رفع الدعوى، أو تاريخ ايداع الخبر تقريره في ملف الدعوى إذا كان قد قرر فيه أن العمل منجز وفق شروط العقد.

ونرى أن أنسب تاريخ يمكن أن يحدده القاضي للتسليم هو التاريخ الذي يقرر الخبير فيه أن العمل كان منجزاً، أو تاماً وموافقاً للمواصفات العقدية، وموضوعاً تحت تصرف رب العمل لتسلمه لما في ذلك من درء لتعسف رب العمل، ومعاملته بعكس مقصوده، ولأن الخبير هو الذي ينير للمحكمة طريق العدالة وبتقريره يعتبر البينة الحاسمة وقد تكون الوحيدة في هذه الدعوى.

البند الثاني: التسليم الضمني:

بصرف النظر عن شكل التسليم سواء أكان رضائياً أو قضائياً باعتباره يعبر عن إرادة واعية لصاحب العمل في الحالة الرضائية، وإحلالاً لإرادة القاضي محل إرادة صاحب العمل في حالة التسليم القضائي، فإن هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة كما يمكن التعبير عنها صراحة يمكن التعبير عنها ضمناً أيضاً والتسليم الضمني هو مسألة واقع تخضع للتقدير المطلق للمحكمة، إلا أن هناك بعض الصور يمكن أن يستخلص منها التسليم الضمني سأتناولها بإيجاز.

١- الحيابة الفعلية للبناء أو استعماله.

هذه الوقائع تعتبر من قبل التسليم الضمني للأعمال، ما دامت تكشف بوضوح عن نية صاحب العمل في ميوله للأعمال، وأن هذه الأعمال قد اكتملت وأصبحت صالحة، وأن رب العمل قد وضع يده عليه فعلياً مدة من الزمن دون تحفظ.

٢- تأجير البناء

كذلك من صور التسليم الضمني قيام رب العمل بتأجير البناء ما دام هذا التصرف قد تم دون أي تحفظات من جانب رب العمل. إلا أن هذا الأمر لا يعد كذلك إذا كان المستأجرون يتنمرون من البناء.

المطلب الثالث

حصول أضرار في المبنى أو المنشأ الثابت خلال مدة الضمان العشري

بادئ ذي بدء وقبل التعرض للأضرار التي تصيب المبنى أو المنشأ الثابت، لا بد لنا من أن نتعرض لمفهوم المبنى والمنشأ الثابت المراد حمايته طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة. ولمعالجة هذا المطلب سوف أتناوله في فرعين :

الفرع الأول

المقصود بالمبنى المراد حمايته ضمن أحكام المسؤولية الخاصة

لم يضع أي من المشرعين الأردني والفرنسي في قانون ١٩٧٨ أي تعريف للمبنى، إلا أن اللائحة التنفيذية الصادرة في ١٧ نوفمبر ١٩٧٨، عرفت أعمال إقامة المبنى بأنها تلك التي يكون موضوعها إقامة منشآت على سطح الأرض، أو تعديلها بحيث يستطيع الإنسان أن يتحرك داخلها، وأن يكون من شأنها أن توفر له حماية ولو جزئية ضد مؤثرات الطبيعة الخارجية^(١).

أو أنه كل شيء من صنع الإنسان مستقر في حيزه، متصل بالأرض اتصال قرار^(٢).

أو أنه كل عمل أقامته يد الإنسان عن طريق الربط بين مجموعة أيًا كان نوعها ربطاً غير قابل للفك، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخله وأن يوفر له حماية ولو جزئية ضد المخاطر، ويشترط في هذا المبنى أن يكون ثابتاً بالأرض، ومتصلاً بها بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر^(٣). ويستوي هنا أن يكون المبنى قد شيد فوق سطح الأرض، كالمساكن أو المدارس أو المستشفيات، أو أن يكون البناء تحت سطح الأرض كالملاجئ التي يحمي الإنسان نفسه أثناء الحروب، كما أن مفهوم البناء لا يقتصر على ذلك بل يمتد ليشمل الأدوار السفلية التي تشيد تحت الأرض^(٤).

ولا يشترط أن يكون البناء من الحجارة، فقد يكون من الخشب أو الطين طالما أنه ثابت في الأرض، كل ما يهم هو أن يكون ثابتاً، ولا يمكن نقله. فإذا كان قابلاً للفك والنقل فإنه لا يمكن إدخاله في نطاق المسؤولية الخاصة بالمقاول حيث لا ينطبق عليه وصف البناء^(٥).

لهذا فإن أحكام المسؤولية الخاصة تطبق على جميع المباني مهما كانت طبيعتها وأشكالها أو كان الغرض من إنشائها، إلا أن الشرط الوحيد الذي اشترطه المشرع هو الثبات بمعنى أن تكون ثابتة في الأرض ومتصلة بالأرض اتصال قرار.

كذلك يمتد النطاق الموضوعي لمسؤولية المقاول الخاصة ليشمل المنشآت الثابتة كالجسور والأنفاق وكراجات السيارات، وهذا ما نطالعه من نص المادة (٧٨٨) من القانون

(١) عبد الحميد عثمان الحنفي، نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضروور من تهدم البناء - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي-، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨ ص ٩٨ ٩٩

(٢) محمد حسين منصور ، أحكام قانون التأمين، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥ ص ٣٢٥

(٣) عبد الرزاق يس ، المرجع السابق، ص ٦٥٩

(٤) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣

(٥) محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق، ص ٨٣

المدني الأردني، وتعرف المنشآت الثابتة أنها كل عمل أقامته يد إنسان متصلاً بالأرض عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيّاً كان نوعها ربطاً غير قابل للفك^(١)

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه: ما المنشآت الثابتة التي تدخل في نطاق تطبيق مسؤولية المقاول الخاصة؟ للإجابة عن هذا السؤال، سوف نتعرض لرأي الفقه حيث انقسم الفقه إلى رأيين:

الرأي الأول^(٢): إن الأعمال التي تقام في باطن الأرض بالكامل، كالأنفاق أو خزانات السولار في المحطات مثلاً، تخرج من نطاق أحكام المسؤولية الخاصة بمقاول البناء.

الرأي الثاني^(٣): إن الأعمال التي تقام في مستوى أقل من مستوى سطح الأرض ومثالها حمامات السباحة، فيرون تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة على هذه الأعمال شأنها من شأن الأعمال التي تقام فوق سطح الأرض ولا يمنع أن تقام هذه المنشآت تحت سطح الأرض.

ونحن من جانبنا نرى أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري يجب أن تطبق على جميع أنواع المنشآت، سواء أكانت فوق الأرض أو تحتها، وسندنا في ذلك أن نص المادة (٧٨٨) جاء مطلقاً ولم يحدد نوعاً معيناً من المنشآت فضلاً عن أنها ثابتة سواء كانت فوق الأرض أو تحتها فتطبق في جميع الأحوال على المنشآت الثابتة بأنواعها.

ويؤخذ على مشرّعنا صفة القصور بعدم إضافته كلمة ثابتة، على عكس ما ذهب إليه القانون المصري. ذلك أن من شروط تطبيق المسؤولية الخاصة هي الثبات، وإلا فلا تطبق أحكام المسؤولية الخاصة. وهذا ما نستخلصه من قرار محكمة التمييز الأردنية (.....) وإلى جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان، من ذلك الجسور والقناطر، والسدود والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية وأجهزته التكييف المركزية والمداخل خلافاً لما ذهب إليه محكمة الاستئناف^(٤)

(١) عبد الرزاق يس، المرجع السابق، ص ٦٨١

(٢) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٣

(٣) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٦-٨٧

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٨٦/٢٦٩ (هيئة خماسية) تاريخ ١١-١٢-١٩٨٦ منشورات مركز عداله

الفرع الثاني

الأضرار التي تشملها مسؤولية مقاول البناء

مسؤولية المقاول الخاصة لا تشمل كل الأضرار التي تصيب البناء أو المنشأ الثابت، فهي تقتصر على التهدم بنوعيه (الكلي والجزئي) و العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء أو المنشأ الثابت .

وفي هذا الفرع سنتناوله في بندين ، نتحدث في البند الأول عن تهدم البناء ، ونخصّص البند الثاني للحديث عن العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء للخطر .

البند الأول : تهدم البناء كلياً أو جزئياً:

يعرف التهدم بأنه تفكك البناء أو الأشياء المعتبرة جزءاً من العقار وانفصلت عن الأصل المرتبطة به، وقد يكون التهدم كلياً كانهيار البناء بمجموعه أو سقوطه أو انهيار جزء منه كالسقف أو الجدران^(١).

وعرفه بعضهم على أنه انفصال البناء وتفككه عن الأرض، سواء كان هذا التهدم كلياً أو جزئياً، ولا يشترط في التهدم أن يكون حالاً وواقعاً بل يكفي أن يكون أمراً مستقبلاً ومؤكداً بسبب حدوث تشققات وتصدعات في البناء^(٢).

نلاحظ من هذين التعريفين أنهما جاءا بأنواع التهدم (الكلي والجزئي)، ونرى أن التعريف الثاني جاء أكثر شمولاً حيث لم يشترط في التهدم أن يكون حالاً، بل يكفي أن يكون أمراً مستقبلاً أي سيقع حتماً في المستقبل. ومع ذلك نلاحظ أن كلا التعريفين لم يذكرأياً من أسباب التهدم، وخصوصاً الأسباب التي نسأل عنها المقاول والمهندس.

لذا نقترح أن يكون تعريف التهدم الذي يسأل عنه المقاول، تفكك البناء وانفصاله عن بعضه بعضاً سواء كان التفكك كلياً أو جزئياً، سواء كان سبب ذلك عيب في الأرض أو في التصميم، أو عدم مراعاة الأصول الفنية عند تنفيذ الأساسات كاستخدام مواد رديئة.

البند الثاني : العيب الموجب لقيام مسؤولية المقاول الخاصة:

لا تقتصر مسؤولية مقاول البناء الخاصة على حدوث تهدم كلي أو جزئي، وإنما تشمل كل عيب خطير يهدد متانة وسلامة البناء للخطر، سواء كان هذا العيب في عملية التشييد ذاتها أو

(١) عبد العزيز اللصامة ، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها، الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٥٥

(٢) محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص ١٢٣ .

في الأرض، أو كان ناتجاً عن استعمال مواد رديئة، أو مخالفة القوانين والأنظمة أو حتى خطأ في التصميم ولا بد من التنويه أنه ليس كل عيب يصيب البناء يكون سبباً لتحقيق المسؤولية الخاصة وإنما لابد من توافر شرط الخطورة فضلاً أن يكون هذا العيب يهدد سلامة ومتانة البناء للخطر.

ويمكن أن نعرف العيب الذي يدخل في نطاق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء أنه (نوع من الخلل يصيب البناء، ولكنه لا يرقى إلى مستوى التهدم، بل هو حاله يكون معها البناء على غير حاله التي يجب أن يكون عليها لإعتباره سليماً ومتيناً)

ولمعالجة هذا البند لا بد من التطرق إلى أمرين: الأول، خطورة العيب و الثاني، خفاء العيب.

أولاً: خطورة العيب

نصت المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني: (إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول).

تعد خطورة العيب شرطاً صريحاً في نص المادة المذكورة، لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة.

والعيوب التي تهدد البناء أو المنشأ الثابت في سلامته ومتانته قد تلحق في أساساته أو جميع هياكله الحاملة، أو تصدعات في أسقفه، أو أعمدته الحاملة.

وبناء على ذلك لا تكون محلاً لتطبيق الأحكام الخاصة إذا كانت العيوب لا تعرض متانة البناء أو المنشأ الثابت للخطر، كالتشققات البسيطة في الجدران أو العيوب التي تظهر في البلاط أو الأبواب، أو تلك العيوب التي تقع في أعمال الزخرفة أو الدهان وغيرها من العيوب التي لا يكون من شأنها أن تهدد سلامة البناء للخطر^(١). ونرى أن العيب الموجب لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة لا يقتصر على العيب الذي يصيب أساسات البناء أو هياكله، فقد يكون العيب في الأجزاء الثانوية ومع ذلك فهو يهدد متانة البناء وسلامته ومثال ذلك: الخلل الذي يصيب مواسير الصرف الصحي، فإذا تسربت مياه المواسير إلى حديد الاجزاء الرئيسية في المبنى فسوف تتسبب بأن يصدأ الحديد مما يسبب ضعفه وبالتالي ضعف الأجزاء الرئيسية وانهيارها أو ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته

(١) مجلة الكويت، العدد الثاني، سنة ١٩٩٨، ص ٦٢١

ولا يشترط في العيب الذي يهدد سلامة ومتانة البناء للخطر أن يكون قديماً وقت قبول رب العمل له، ذلك أن أحكام هذه المسؤولية تناولت العيوب القديمة والعيوب التي تظهر بعد قبول رب العمل^(١).

ثانياً خفاء العيب:

بالرجوع إلى نص المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني لم نجد أنها تنص على خفاء العيب كشرط من شروط تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة، بخلاف ما ذهب إليه الفقه في فرنسا^(٢) ومصر^(٣)، حيث اشترط خفاء العيب لقيام المسؤولية الخاصة، ويمكن أن نعرف العيب الخفي أنه العيب الذي لم يستطع رب العمل اكتشافه عند التسلم النهائي.

فضلاً عن ذلك ذهب القضاة المصري والفرنسي إلى اشتراط العيب الخفي لقيام المسؤولية الخاصة إذا كان يؤثر في سلامة البناء ومتانته. وفي مصر يقتصر مفهوم العيب الخفي على العيب الذي يجهله رب العمل، وكان يؤثر في سلامة البناء ومتانته^(٤).

كما أن إقرار رب العمل في عقد تسلم البناء مقبولاً بحالته الظاهرة التي هو عليها لا يعفي المكاوّل من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم، ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة.

فقد يكون هناك عيب بسيط ظاهر في البناء، ومع ذلك يتقبله رب العمل إلا أن آثار هذا العيب تتفاقم لتصبح مؤثرة في متانة وسلامة البناء، فبهذه الحالة تقوم مسؤولية المكاوّل.

وفي فرنسا يمتد مفهوم العيب الخفي ليشمل العيب الذي يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أعد من أجله، أو حتى العيب الذي يصيب عنصراً تجهيزياً غير قابل للانفصال عن البناء^(٥).

وتتنوع أسباب العيب الخفي فقد يكون ناتجاً عن عيب بالتربة أو استخدام مواد رديئة أو حتى مخالفة للتصميم. وتجدر الإشارة إلى أن تقدير العيب خفياً أم لا، مسألة موضوعية، يعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع فتارة تأخذ المحاكم بالمعيار الموضوعي، فمثلاً اعتبر العيب خفياً إذا

(١) محمديب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٠

(٢) مثال الفقه الفرنسي P.Karila انظر مجلة الكويت، المرجع السابق ص ٦٢٨

(٣) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ٩٦ وكذلك انظر عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٢

(٤) مجلة الكويت، المرجع السابق، ص ٦٢٩

(٥) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٢٥-١٢٨

كان لا يمكن اكتشافه من شخص غير متخصص أو فني. وتارة تأخذ بالمعيار الشخصي أي بالنظر إلى رب العمل نفسه وما إذا كان يمكنه اكتشافه أم لا^١

ورغم خلو نصوص القانون المدني الأردني من نص صريح يشترط أن يكون العيب خفياً حتى تطبق أحكام وشروط الضمان العشري على المقاول، فنرى أن العيب سواء كان خفياً أم ظاهراً ولم يدرك خطورته رب العمل، فإن المقاول يبقى مسؤولاً عن كل ضرر يصيب البناء. وفي رأينا أيضاً أن المقاول لا يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب البناء خلال فترة الضمان في حالة واحدة: هي أن يكون رب العمل على علم بصورة واضحة بالعيب ومدى خطورته

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة نطاق المسؤولية الخاصة، من حيث التزامات مقاول البناء، وبيننا أن المقاول ملتزم بانجاز العمل، وإعلام المهندس المشرف على المشروع ورب العمل بكل الصعوبات التي تواجهه، كما أوضحنا أن على المقاول التزام المحافظة على الأشياء المسلمة إليه، والتزامه بالضمان لمدة عشر سنوات عن كل تدهم أو عيب يصيب المباني أو المنشآت الثابتة، وتكلمنا عن خصائص المسؤولية الخاصة ورأينا أنها مسؤولية تضامنية بنص القانون وشاملة للعيوب ومتعلقة بالنظام العام، وفصلنا الشروط الواجب توافرها لتطبيق مسؤولية المقاول الخاصة، والمتمثلة بوجود عقد مقاول، وتسلم البناء مقبولاً من رب العمل، وأخيراً حدوث تدهم كلي أو جزئي بالبناء أو المنشأ الثابت خلال مدة عشر سنوات.

وقد توصلنا إلى بعض النتائج

أولاً: أن المقاول يمارس الأعمال باستقلالية عن رب العمل، فعنصر التبعية منعدم في عقود المقاول، ولا يمكن القول أن هذه الإستقلالية تعفي المقاول من مسؤوليته. بل يبقى ملتزماً بإعلام المهندس أو رب العمل عن أي عيوب في التصميم أو بالمواد المستخدمة، وله حق الاعتراض في حال إصرار المهندس أو رب العمل على التنفيذ المعيب.

ثانياً: أن المشرع الأردني شدد من مسؤولية مقاول البناء، فلم يتركها للقواعد العامة، نتيجة ما يصيب الأموال والأرواح من خسائر فادحة من تدهم المباني أو ظهور عيوب تهدد متانة البناء وسلامته للخطر.

(١) ١٠٨٠-١١-١٩٥٨.J.C.P. ١٩٥٨.١٩ Mai ١٩٥٨

٢٢٢-٥٩٧٩-D.١٩٧٩-٨ juin Civ.٨ اشارت إليها مجلة الكويت، المرجع السابق، ص ٦٣٣

ثالثاً: إن الآلات والأدوات التي يقوم المقاول بإدخالها إلى موقع العمل تصبح مخصصة لتنفيذه ، ولا يجوز للمقاول إخراجها إلا بموافقة المهندس المشرف .

رابعاً: نستنتج من نص المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني أن هناك علاقة تضامن بين المقاول و المهندس المصمم، وأن هذا التضامن مصدره النص القانوني ، فضلاً عن أن هذا التضامن لا يقوم إلا بعلاقتهما مع رب العمل .

خامساً : جعل المشرع الأردني مسؤولية مقاول البناء متعلقة بالنظام العام ، حماية لرب العمل وحماية المصلحة العامة ، ويترتب على هذا أنه لا يجوز الإتفاق على إعفاء المقاول من مسؤوليته أو الحد منها ، وإنما يجوز الإتفاق على تشديدها ، كأن يتفق رب العمل والمقاول على قيام مسؤوليته إن كان الحادث ناشئاً عن قوة قاهرة ، أو أن يتفق الطرفان على زيادة مسؤولية المقاول أكثر من عشر سنوات.

سادساً : إن مسؤولية مقاول البناء لا تشمل جميع أنواع العيوب ، بل هي مقتصرة على التهمد وعلى العيوب الخطيرة التي تهدد متانة وسلامة البناء للخطر ، كما يشترط لقيام المسؤولية الخاصة أن يكون العيب خفياً لا يمكن لرب العمل اكتشافه لو بذل عناية الرجل العادي .

سابعاً: يشترط لقيام مسؤولية المقاول وجود عقد مقولة ، كما يشترط أن يكون هناك مبنى أو منشأ ثابت ، وعليه لا تقوم مسؤولية المقاول إذا لم يكن هناك عقد مقولة، أو إذا أصاب الضرر مبنى غير ثابت (كالكرفان).

ومن التوصيات التي نوصي بها:

أولاً: ندعو المشرع الأردني إلى إضافة عبارة (دون خضوع أو رقابة من رب العمل) إلى نص المادة (٧٨٠) حتى يبرز الخاصية الأساسية التي تميز عقد المقولة عن غيره من العقود .

ثانياً: أن يأتي المشرع الأردني بنص، يبين فيه الملزم بدفع نفقة الأشخاص الذين يستعين المقاول بهم ، إذا كان المشروع يحتاج الى أيد عاملة .

ثالثاً: يؤخذ على المشرع الأردني ، إغفاله إضافة كلمة ثابتة ، بعد كلمة منشآت لتصبح (منشآت ثابتة) ، لكي يتسنى لرجل القانون معرفة أن مسؤولية المقاول لا تنطبق على جميع المنشآت، وإنما مقتصرة على المنشآت الثابتة دون غيرها ، فنقترح أن يصبح نص المادة ٧٨٨ فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة).

رابعاً: يؤخذ على المشرع الأردني في نص المادة (٧٨٨) استخدامه عبارة المهندس دون إضافة كلمة بناء، وهذا يعني أن أحكام المسؤولية الخاصة لا تنطبق إلا على المقاول والمهندس الذي وضع تصميمه، وندعو مشرعنا الأردني إلى تعديل هذه العبارة، واستبدالها بكلمة (مهندس البناء) لتشمل كل فئات المهندسين الذين شاركوا في عملية البناء سواء أكان معمارياً أو مدنياً أو حتى مشرفاً

خامساً: نرى إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل كونه يحقق ضماناً وطمأنينة أكثر لرب العمل.

قائمة المراجع

- ١_ أحمد عبدالعال أبو قرين ، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، الطبعة الأولى ،دار الثقافة الجامعية، ٢٠٠١ القاهرة.
- ٢_ ابراهيم سيدأحمد ، العقود الواردة على العمل (عقد المقاوله)، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
- ٣_ عبد الحميد عثمان الحنفي ، نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضروور من تهدم البناء – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي-، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨
- ٤_ عدنان ابراهيم السرحان ،شرح القانون المدني العقود المسماة (المقاوله -الوكالة- الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٩
- ٥_ محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى "دراسة مقارنة"، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة. ١٩٨٥
- ٦_ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل)، الجزء السابع، المجلد الأول، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ٢٠٠٦
- ٧_ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤
- ٨_ محمد خير عمار شريف ، نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في مقاوله البناء ، الطبعة الأولى ، دار الجنان للنشر و التوزيع ، الأردن ، ٢٠١٣ .
- ٩_ هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الإستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- ١٠_ فتحية قرة، أحكام عقد المقاوله، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧
- ١١_ عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢
- ١٢_ عصام عبد الفتاح مطر ، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩

- ١٣_ محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥
- ١٤_ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٦
- ١٥_ وزارة الأشغال العامة والإسكان دائره العطاءات الحكومية، عقد المقولة الموحد للمشاريع الإنشائية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠
- ١٦_ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية (بدون دار نشر)
- ١٧_ عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة فيها، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٨٧
- ١٨_ ربحي أحمد اليعقوب، واجبات ومسؤولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، الجامعة اللبنانية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١

مفهوم حماية المستهلك

إعداد

أبو عجيبة عجيبة علي نصر

المقدمة

يشهد العالم اليوم ثورة في مختلف المجالات، رغبة منه في تحسين مستوى معيشة الفرد وتحقيق مجتمع الرفاهية، وفي ظل مناخ العولمة وما تبعه من تغير كبير في أنماط وحجم الاستهلاك، حيث أصبحت السلع والخدمات متوفرة ومتنوعة وتلبي كل ما يحتاجه الفرد في حياته، وبقدر ما تحققه هذه الوفرة من جوانب إيجابية كبيرة، فإن لها سلبياتها الخطيرة على المستهلك كونه العنصر الأساسي الذي تقوم عليه التجارة في وقتنا الحالي، فهو مهدد بالعديد من المخاطر مما استلزم تدخل المشرع بوضع ترسانة من التشريعات لحمايته، فأصبح بحاجة أكثر من أي وقت مضى إلى حماية قانونية من الغش في السلع والخدمات في مختلف مراحلها الإنتاج، الاستيراد، التخزين و التوزيع.

ونظراً للمخاطر الكبيرة التي تترتب على العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها ؛ ولوقاية المستهلك من مخاطر الشراء ، ولوقايته من شر الوقوع ضحية لنزعه الاستهلاكية ، لذلك وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الالكترونية لاستخراج الآليات الضرورية الكفيلة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية مما يرفع الضرر والخطر عن الطرف الضعيف في التعاقد وهو المستهلك وليس على المستوي الوطني فقط ، باعتبار إن المعاملات الالكترونية في الغالب تكون معاملات دولية تتم عبر شبكة الانترنت ، التي لا تقف عند حدود معينة ، بل تمتد لتشمل كافة أرجاء المعمورة^(١) .

وتم اختيار هذا الموضوع نظرا لكون موضوع حماية المستهلك حديث نسبيا ومتطور باستمرار نظرا لتغير التشريعات الخاصة به ، فالمخاطر المحدقة بالمستهلك في تغير دائم وتنبه المشرع إلي ضرورة مواكبتها بسن تشريعات جديدة كلما دعت الحاجة لتحقيق حماية أفضل، كذلك حساسية الموضوع وقلة الدراسات في هذا المجال، حيث أن القانونيين الجديدة لم تعنى

(١) صفوان حمزة إبراهيم عيسى ، الأحكام القانونية للتجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

سنة ٢٠١٣ ، ص ٢٦٩ .

بالدراسة الكافية من قبل الباحثين رغم كونها جاءت بآليات وقائية وردعية أكثر صرامة لحماية المستهلك في مواجهة المتدخل.

كما أن أهمية الموضوع في ظل ما يشهده من حيوية تشريعية محلية ودولية، وما يكتسبه من طابع تقني يستدعي الوقوف على مدى نجاعته وتحقيقه لحماية حقيقية للمستهلك وهو هدف المشرع من تلك القوانين. إن حماية المستهلك من جميع المخاطر التي قد تلحق به هو أحد مهام ومسؤوليات الدولة الحديثة، وذلك من خلال سن التشريعات والقوانين كمرحلة أولى وتطبيقها على أرض الواقع من خلال الأشخاص المكلفين بذلك كمرحلة ثانية، وتحقيق الحماية المنشودة من طرف المشرع لكافة أطراف العلاقة الاقتصادية خاصة المستهلك كونه يمثل الحلقة الأضعف في هذه المعادلة، وبناء على ما سبق تتمحور الإشكالية الرئيسية لهذا البحث في محاولة الكشف عن القواعد والآليات القانونية الوقائية والردعية لحماية المستهلك، لبحث هذا الموضوع ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين، وفق تسلسل منهجي. سنتعرض للتطور التاريخي لحماية المستهلك، في مبحث أول وبيان مفهوم المستهلك، إضافة للطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية المتمثل بالمهني في مبحث ثاني وعلى النحو الآتي:

خطة البحث

المبحث الأول : التطور التاريخي لحماية المستهلك

المطلب الأول : تاريخ حماية المستهلك عند الرومان وفي الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني : التطور التاريخي لحماية المستهلك في التشريعات الحديثة

المبحث الثاني : مفهوم المستهلك

المطلب الأول : تعريف المستهلك لدى الاقتصاديين

المطلب الثاني : مفهوم المستهلك لدى القانونيين

المبحث الثالث : مفهوم المهني والمستهلك الإلكتروني

الخاتمة

المراجع

المبحث الأول

التطور التاريخي لحماية المستهلك

قد يبدو للوهلة الأولى أن الدراسة التاريخية ليست لها أي فائدة عملية في المجال القانوني ، لكن سرعان ما يتبدد هذا الوهم إذا نظرنا إلى الأمور نظرة علمية فاحصة ، فالدراسة التاريخية لا غنى عنها للباحث في مجال القانون ، فهو لا يستطيع أن يتفهم القواعد القانونية المعمول بها على الوجه الصحيح إلا إذا تقصى أصل نشأتها ورجع إلى جذورها التاريخية ، ثم تتبع تطورها الذي أوصلها إلى وضعها الحالي^(١) ، وبالنسبة لحماية المستهلك نجد أنه منذ القدم والمشرع يهدف إلى حماية المصلحة الاقتصادية للدولة ، ومنذ القدم أيضا ظهرت الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف في حلقة التعاقد ، حيث تفاوت فيها التدخل التشريعي على حسب التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية على مر الزمن ، ويتفق الكثير على أن قانون الاستهلاك ظهر في الولايات المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية ، غير أن الحقيقة غير ذلك حيث نجد بعض القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين البائع والمشتري في القانون البابلي "حمورابي" والقانون الروماني "البريتوري" وبالرجوع للشريعة الإسلامية فنجدها قد رسمت الطريق المستقيم للناس ونظمت علاقتهم بعضهم البعض ، خاصة فيما يتعلق بمسألة معاملات البيع والشراء ، ولذلك حري بنا أن نعلم إلى معرفة مدى تدخل المشرع عبر العصور في وضعه للحماية المقررة للمستهلك وذلك في مطلبين ، يتناول الأول التطور التاريخي لحماية المستهلك في القانون الروماني وفي الشريعة الإسلامية ، ويتناول المطلب الثاني التطور التاريخي لحماية المستهلك في بعض التشريعات الحديثة .

(١) أحمد ابراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٩ ، ص ١٣ .

المطلب الأول

تاريخ حماية المستهلك عند الرومان وفي الإسلام

إن التطور التاريخي يكشف عن الاتصال بين ماضي النظم القانونية وحاضرها لينير الطريق لدارسي القانون وواضعي السياسة التشريعية ، وقد اهتم الإنسان منذ القدم بتنظيم حياته عن طريق وضع قواعد ترسم حدود معاملاته وتلزمه وباقي أفراد مجموعته بعدم المخالفة ، بل عاقب كل من يحاول مخالفتها وذلك في شتى الميادين ، وأهم ما كان يهتم به المشرع في النظم القديمة الحياة الاقتصادية وكيفية تحقيق الكفاف ، ومنع الممارسات التي تشكل اعتداء على المصالح العامة للأفراد .

الفرع الأول

التطور التاريخي لحماية المستهلك عند الرومان

استلهم المشرع الأوربي ومعظم التشريعات العربية في وضع قوانينها من القانون الروماني ، سواء قانون الألواح الاثني عشر عام ٤٥١ ق.م ، أو غيره من القوانين التي كانت تنظم تمويل البلاد بالسلع الغذائية ومنع الاحتكار والحد من ارتفاع الأسعار.

ولقد اهتم الرومان بالمستهلك خاصة عند تعرض الإمبراطورية إلى أزمات ، فكان الأباطرة يعملون على تفادي هذه الأزمات بإصدار القوانين خاصة عندما أدت الأزمات الاقتصادية في الإمبراطورية لزيادة الفوارق بين طبقة العامة وطبقة الأشراف فطالب العامة بمساواتهم بطبقة الأشراف ، لأنه لم تكن هناك مساواة بينهم في الحقوق أمام القانون، ولهذا ظهر قانون الألواح الاثني عشر وغيره من القوانين .

كما تم إنشاء وظيفة مراقبة السوق عن طريق حاكم السوق Edile curule في عام ٣٦٧ ق.م، ويتجلى دوره في مراقبة الأسواق والأماكن العامة وله أيضا اختصاص قضائي فيما يتعلق بالبيوع كالنظر في المنازعات بين المتعاقدين في السوق. ومن مهماته مراقبة الجمعيات والأشراف على تموين المدينة، واتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع ارتفاع الأسعار، وعلى الأخص بالنسبة للقمع مثل مصادرة كميات كبيرة من الإنتاج الزراعي خاصة وقت القحط والمجاعة، وقد عثر على وثائق بردية تعود إلى نهاية القرن الأول ق.م بها قوائم التموين وكمياتها وأثمانها....

أما بالنسبة للاحتكار والحد من ارتفاع الأسعار: فقد لجأ الأباطرة الرومان إلى اتباع سياسة التسعير لتنظيم الحياة الاقتصادية وتعاقبت هذه الاجراءات على يد تيبير في القرن الثالث، وديوكليتان وجوليان لابوستات في سنة ٣٦٣ م، ثم أصدروا تشريعات تعاقب على اختزان السلع والمحاصيل بغرض رفع أسعارها، وبلغت هذه العقوبات حد المصادرة والنفي المؤبد^(١) ومن ذلك قانون جوليا الذي عاقب على من يحتفظ بالسلعة ويتسبب في ارتفاع أسعارها ليصيب بذلك ربحا. ووضع الإمبراطورية دقلديانوس لعام ٢٨٤. ٣٠٥ م قواعد وقوانين تتعلق بتحديد الأسعار الضرورية، ظلت طيلة ثلاثة قرون إلى غاية زمن الإمبراطور جستنيان، الذي حكم ما بين ٨٠٢ . ٥٠٦ م وحظر البيع بأكثر من السعر الذي تحدده العادات القديمة، ثم جاء الإمبراطور شارلمان ٨٠٢ . ٨٠٥ الذي وضع حدا أقصى لأسعار المحاصيل، وفرض عقوبات على كل تاجر يحاول بيع السلع الضرورية بأسعار تزيد على السعر الطبيعي حين نقل السلع^(٢)

ومما ذكر يتجلى لنا مدى اهتمام المشرع الروماني بحماية المستهلك وذلك بفرض قوانين تؤكد على توفير السلع للمستهلك ومواد تموينية وقت الشدة والقحط، وفرض العقوبات الشديدة

(١) مصطفى كامل كيره ، التطور التاريخي للجرائم الاقتصادية ، مجلة القضاة ، العدد السابع ، يونيو، سنة ١٩٧٢ ص ٢٥ ،

وما بعدها.

(٢) أحمد محمد خلف ، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار

الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٢٦ ، ٢٩ .

على كل من تسول له نفسه زيادة الربح واحتكار السلع الضرورية وقت الأزمات، وظل المشرع الروماني حارصا على تغيير القوانين بما يتوافق وحماية مصلحة المستهلكين كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ووضع آليات لتحقيق هذه الغاية من بينها تعيين حاكم السوق الذي يعمل كمحتسب، وظيفته المراقبة وحل النزاعات التي تنشأ عن البيوع في الأسواق.

الفرع الثاني

تطور القانون الاستهلاكي في الشريعة الإسلامية

قبل ظهور الإسلام كان العرب يعتمدون في معاملاتهم على العرف والعادة وما اكتسبوه من أخلاقهم وتقاليدهم، ومع ذلك نلمس من خلال أشعارهم وقصصهم أنهم أولو المستهلك عناية خاصة، لأن العرب كانوا يعتمدون على التجارة والبيع والشراء، إذ عمد ملك سبأ إلى وضع قانون البيوع وحدد فيه المدة التي يعد فيها البيع ناجزا لا يمكن للتاجر حينئذ أن يتراجع فيه حماية للمستهلك، ووضع عقود البيع وشروطها لحماية المستهلك من الغرر، ووضع تشريع تحديد الأسعار لمنع التلاعب في الأسواق الذي أصدره الملك وضمنه بعقوبات أهمها مصادرة بيوت التجار وأموالهم^(١)

وبعد ظهور الإسلام الذي أحاط كافة أفراد المجتمع وفي شتى المعاملات بالعناية الملائمة لكل فئة وعلى حسب الطبيعة التي تقتضيها؛ ففي مجال حماية المستهلك نصت الشريعة الإسلامية على مجموعة من الأحكام تنظم العلاقة ما بين الناس، وأرست قواعد في مجال المعاملات أهمها: الأمر بالصدق والترغيب فيه والنهي عن الكذب والتحذير منه: لقد رغب الإسلام التجار في التمسك بالصدق والأمانة، وحذر من الكذب، فقد قال الله تعالى: "يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين"^(٢)

(١) جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ص ٦١٤، نقلا عن نجاح ميدني، آليات حماية المستهلك في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٣.

(٢) الآية ١١٩ من سورة التوبة.

وقال أيضا: "ومن يطع الله والرسول فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا"^(١) وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة، وما زال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقاً، وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور، وإن الفجور يهدي إلى النار، وما زال الرجل يكذب ويتحرى الكذب حتى يكتب عند الله كذاباً." وقال أيضا: "التاجر الصدوق مع النبيين والصديقين والشهداء."

تحريم التطفيف:

حرمت الشريعة الإسلامية التطفيف وشددت في ذلك بأغلب العبارات والترهيب، حيث خصصت سورة باسم المطففين، واستهلت بذكر جزائهم: "ويل للمطففين إذا اكتالوا على الناس يستوفون، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون" كراهية الحلف على البيع: لأن الحلف مظنة لتغريير المتعاملين، ولأنها سبب لزوال تعظيم اسم الله تعالى من القلب، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الحلف منفعة للسلعة، ممحقة للبركة." الأمر ببيان العيب والنهي عن كتمانها: يجب على التاجر أن يظهر جميع عيوب المنتوجات ولا يكتُم أي شيء على المستهلك، وفي هذا يروى أن جريرا لما بايع النبي صلى الله عليه وسلم على الإسلام وذهب لينصرف فجدب ثوبه واشترط عليه النصح لكل مسلم فكان جرير إذا قام إلى السلعة يبيعها نص على عيوبها ثم خير وقال: إن شئت فخذ وإن شئت فاترك، فقل إنك إن فعلت ذلك لم ينفذ لك بيع، قال إنا بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على النصح لكل مسلم. وعن عقبة ابن عامر الجهني قال: "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه يبيع فيه عيب إلا بينه."

تحريم بعض أنواع البيوع:

(١) الآية ٦٩ من سورة النساء.

حرمت الشريعة الإسلامية مجموعة من البيوع لكونها تضر بالمشتري كبيع النجش ، والغرر، والشراء على الشراء ، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي^(١) وكل تصرف يؤدي إلى رفع السعر على المسلمين بغير داع .

تحريم الغش:

لقد حرم الإسلام الغش والخداع وحذر من إتيانهما والتعامل بهما بين المسلمين، ويظهر ذلك من خلال الحديث الشهير الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم مر على صرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس: !من غشنا فليس منا، وفي رواية: من غش فليس مني" ..

وعند النظر في النصوص الشرعية نجد أن الإسلام يحمي المستهلك من الغش التجاري، وهذه الحماية الشرعية هي أساس الحماية الجنائية، فلكي تتم معاقبة مرتكب الغش يجب تجريم ما ارتكبه أولا وهذا ما تدل عليه النصوص الشرعية المتعلقة بأكل أموال الناس بالباطل ولاشك أن الغش التجاري مظهر من مظاهر أكل أموال الناس بالباطل يقول^(٢) الله تعالى "(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)" ^(٣)، وقوله تعالى "(يا أيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)" ^(٤) ولأن الغش التجاري محرم ويشكل معصية وهوة ليس من الحدود فقد اجتهد البعض في وضع عقوبات له مستدلين في ذلك بأدلة شرعية، وعلى سبيل المثال فقد اقترح كعقوبة لهذه المعصية الحبس واستدل على مشروعية الحبس بكون

(١) لمزيد من التفصيل انظر، رمضان علي السيد الشرنباصي ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١٥٤ - ١٧٩ .

(٢) رزين بن محمد الرزين ، ورقة عمل مقدمة في ندوة حماية المستهلك ومكافحة الغش التجاري في الدول العربية ، المنعقدة في شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٩٠ .

(٣) الآية ١٨٨ من سورة البقرة .

(٤) الآية ٢٩ من سورة النساء .

الرسول صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه، وأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اشترى دار بأربعة آلاف وجعلها حبسا.

كما اقترحت الغرامة كعقوبة والمصادرة، والإتلاف، والحرمان من بعض الحقوق والمزايا، والتعزير بالعقوبات المعنوية كالإعلام والتنبيه وترك المخالطة والمجالسة والتشهير به، وكلها عقوبات مشروعة لمثل هذه المعاصي .

تحريم الظلم:

إن بعض التجار يقومون بأعمال تضر مصالح المستهلكين قد تدخل في إطار الظلم وقد نص الحديث القدسي على: يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي^(١) يتم التسعير إلا بمعرفة أهل الخبرة، ويجب أن لا يكون في هذا التسعير إجحاف بالبايعين والمشتريين، ويجب أن يكون الهدف منه تحقيق العدل وتوفير احتياجات المتعاملين .

إباحة التسعير:

والتسعير هو بيع السلعة بثمن المثل مع ربح يقتضيه العرف من غير إضرار بالبايع ولا المشتري، ويباح التسعير في الإسلام لأولي الأمر عند الضرورة، ويزول بزوال الضرورة، ولا يتم التسعير إلا بمعرفة أهل الخبرة، ويجب أن لا يكون في هذا التسعير إجحاف بالبايعين والمشتريين، ويجب أن يكون الهدف منه تحقيق العدل وتوفير احتياجات المتعاملين .

تحريم الاحتكار:

الاحتكار هو حبس السلع بغرض التربح، فهو نشاط تجاري مفتعل غير عادي وغير مشروع يدخل على السوق الطبيعية فيكدر مجراها ويحيل التعامل فيها إلى عمليات اختلاس وانتهاز فرص النهب والسلب، ولهذا كله وما يؤدي إليه من احتباس الحاجات الضرورية من

(١) لمزيد من التفصيل انظر رمضان الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص ٩٨ - ١٠٣ .

الأقوات وما يشبهها^(١) تم تحريم الاحتكار بكل أشكاله، ولقوله صلى الله عليه وسلم "من احتكر فهو خاطئ"

وقوله "الجالب مرزوق والمحتر ملعون." مراقبة السوق عن طريق نظام الحسبة: يقوم المحتسب مراقبة الأسعار حتى لا يحدث تلاعب فيها غش في السلع، ويراقب أيضا المهني والمحترف ويضمن على النظافة العامة ونظافة الأدوات المستعملة .

إن المشرع الإسلامي اهتم ببيان أحكام المعاملات الدائرة بين البائع والمشتري الذي غالبا ما يكون فيها المشتري هو المتضرر من عملية البيع والشراء ، لذا أحاطه المشرع بالعناية والحماية فحرم على البائع الكذب والتطيف في الميزان، والبيع الضارة والحنف على المبيع ، كما حرم الغش والخداع والظلم عامة والاحتكار، وأمر الشارع بالصدق وبيان العيب، وأباح التسعير إذا اقتضى الأمر ذلك، وجعل على السوق من يراقب كافة الأفعال المحرمة التي يأتيها التجار من خلال جهاز الحسبة، وهذا كله من أجل حماية مصالح المستهلك.

(١) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة ، باب تحريم الظلم ، رقم (٢٥٧٧ ، ١٩٩٤/٤) ، ص ٩١ ..

المطلب الثاني

تطور حماية المستهلك في التشريعات الحديثة

إن أغلب التشريعات نصت على قواعد قانونية تهدف إلى حماية المستهلكين وذلك عبر مراحل ، حيث تم التنصيص على بعض الأفعال بالتدرج على حسب درجة انتشارها، فمثلا نجد أن أغلب التشريعات جرمت الغش والخداع والتدليس في المرحلة الأولى، ثم ابتدأ الحث على إعلام المستهلك وحماية حقوقه المكفولة دستوريا بالعقاب على كل من يخالف تلك القواعد؛ وسنتعرض لذلك من خلال إلقاء الضوء على تطور الحماية في كل من القوانين اللاتينية ، والقوانين الأنجلوسكسونية ، وفي بعض القوانين العربية، في ثلاثة فروع مستقلة كالآتي:

الفرع الأول

حماية المستهلك في القوانين اللاتينية

كثرت الجرائم الاقتصادية ومنها الجرائم الواقعة على المستهلك إبان القرن التاسع عشر نتيجة للأزمات التي خلفتها الحروب والثورات ، وقد اهتمت مختلف التشريعات اللاتينية بالنص على حماية المستهلكين قبل ذلك بكثير، وأهم تشريعات القانون اللاتيني التي اهتمت بحماية المستهلك هي التشريعي الفرنسي، نتناوله في الفقرة الأولى، ثم في فقرة ثانية نتناول كل من التشريع الكندي والتشريع البلجيكي .

الفقرة الأولى :التشريع الفرنسي

لقد تدخلت الدولة الفرنسية لتنظيم العلاقة بين البائع والمشتري، حيث أصدرت عام ١٣٠٥ م أول قانون يعاقب بالغرامة ومصادرة كل الحاصلات الزراعية التي تجلب إلى باريس وتباع علنا في السوق، وفي ٢٠ أبريل ١٣٩٣ منع عمدة باريس بيع الباعة الجائلين داخل الفنادق، ثم صدر قانون الملك جان الثاني الذي يعاقب على الغش، وقانون ١٩ سبتمبر ١٤٣٩ الذي نضم المكاييل والموازين، ثم قانون لويس الحادي عشر الذي صدر عام ١٤٨١ بشأن غش

اللبن وغيره من المواد الغذائية^(١) تجاهل المهنيون هذه القوانين وضيقوا الخناق على المستهلكين خاصة بعد ظهور مبدأ حرية التجارة عام ١٧٧٤ وابتداع مقولة "دعه يعمل دعه يمر"، فالتزمت الدولة بالامتناع عن التدخل في الحياة الاقتصادية، ثم جاءت الثورة الفرنسية وأبدت سلبية دور الدولة في حماية المستهلك، حيث تم سن القوانين ومنه قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام ١٨١١، الذي دعم المذهب الحر وخلا من كل نص يحمي حقوق المستهلك أو عقوبة للغش؛ وقد ظهرت بعض التشريعات التي جاءت في صالح المستهلك منها قانون ١٨٢٢ الذي أصدره الملك لويس فليب الذي حرم عرض المواد الفاسدة أو التالفة للبيع، وقانون ١٧ مارس ١٨٥١ الذي حرم الغش وتزييف المواد الغذائية وقرر له عقوبة، ثم قانون ٥ مايو ١٨٥٥ الذي طبق هذا التجريم على المشروبات، وكانت نتيجة كثرة هذه القوانين أن امتلأت المحاكم بهذه القضايا؛ ثم صدر قانون ١ أوت ١٩٠٥ ويتضمن فرض عقوبات على خداع المستهلك وغش السلع بعدما كثرت التعامل بالغش والخداع، وقد حمل القانون عنوان الغش والتدليس في المواد الغذائية. ثم أثار المستهلكون مشكلة جماعية عندما صار الحرفيون أكثر قوة تجاه المستهلكين الذي زاد أيضا ضعفهم واختل بالتالي ميزان العملية الاقتصادية، وهذا ما دعا إلى ضرورة حماية المستهلك اقتصاديا إلى جانب الحماية من الغشاشين والمخادعين، حيث اهتم المشرع الفرنسي بحمايته أثناء تكوين العقد من الشروط التعسفية، وكذلك اهتم بحماية مصلحته الاقتصادية طبقا لنصوص القانون الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٧٦، ونصوص القانون الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٧٧ حينما شرع نظام المساومة في الأسعار، وتحديد نسبة الربح في بعض السلع وضرورة الإعلان عن السلع.

استعمل مصطلح قانون الاستهلاك لأول مرة في فرنسا^(٢) في قانون ، ١٩٧٢ Royer، والقانون الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ المعروف بقانون الذي جرم الإعلان الكاذب إذ مد فيه

(١) مرفت عبد المنعم صادق ، الحماية الجنائية للمستهلك ، بدون دار نشر، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ ، ص ١٦ .
(٢) وذلك في الملتقى الثاني بين معهد القانون بجامعة اكس مارسيليا ومركز إدارة العمال الممثل ١٨ نوفمبر ١٩٧٢ وقد نبه هذا ، للغرف التجارية والصناعية لباريس وليون ، وذلك في الفترة بين ١٧ الملتقى الأذهان إلى

المشرع نطاق الحماية إلى المنتجات والخدمات التي تخص المستهلكين ، وقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الذي يحمي المستهلكين من مخاطر الائتمان وشروط الإذعان، وقانون ١٨ يناير ١٩٩٢ الذي تضمن عدة نصوص في مجالات مختلفة لحماية المستهلك^(١) أصدر المشرع الفرنسي مدونة الاستهلاك سنة ١٩٩٣ التي جمعت كل القواعد الخاصة بحماية المستهلك المتفرقة في عدة قوانين، وقد أعدها في ٢ جويلية ١٩٩٣ في خمسة أجزاء^(٢).

كما نجد أن المشرع الفرنسي وبإصداره لقانون العقوبات الجديد سنة ١٩٩٢ والذي دخل حيز التنفيذ أول مارس ١٩٩٤ قد نص على بعض الجرائم التي يمكن أن تمثل حماية جديدة للمستهلك، كجريمة إساءة استغلال ضعف المستهلك، وجريمة تعريض الغير مباشرة لخطر الموت الفوري أو الإصابة بجروح من شأنها أن تؤدي إلى فصل عضو أو حدوث عاهة مستديمة، وذلك بالمخالفة العمدية للالتزام خاص بالضمان أو بالحيلة يفرضه القانون أو اللائحة، وهذا النص يجد له تطبيقا في مواقف يتعرض لها المستهلكون بفعل المنتجات، بل إن قانون العقوبات الجديد كان أكثر حماية للمستهلكين عندما قرر مسؤولية الأشخاص المعنوية عن جريمة التعريض للخطر^(٣).

الفقرة الثانية: التشريعان الكندي والبلجيكي

ظهر قانون الاستهلاك ، وبدأ بنشر العديد من المقالات والأبحاث التي تتعرض بالدراسة والبحث والتحليل انظر نصيف محمد حسين ، النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك ، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة ، كلية الدراسات العليا ، أكاديمية الشرطة ، مصر، سنة ١٩٩٧ ، ص ٢٠.

(١) مرفت عبد المنعم صادق ، المرجع السابق ، ص ١٧.

(٣) M. Kahloula et G Mekamcha, la protection du consommateur en droit algérien,

IDARA revue de L'ENA, volume ٥, N° ٢, ١٩٩٥, p٨٩

(٣) نصيف محمد حسين ، المرجع السابق ، ص ٢١ .

وأما عن باقي التشريعات اللاتينية فلقد اتجهت بعض الدول منها إلى إصدار تشريعات لحماية المستهلك، مثل قانون العقوبات الكندي وقانون العقوبات البلجيكي الصادرين في عام ١٨٦٧ ، إلا أنهما لم يتضمنا إلا القليل من النصوص الخاصة بهذه الحماية. حيث تنص المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الكندي على خداع وغش المشتري بتغيير السلعة المتعاقد عليها من حيث الطبيعة والنوع والجودة والكمية والتكوين والمنشأ وطريقة الصنع، وقد اعتمد أول قانون لحماية المستهلك في سنة ١٩٧١ ، وقد أدخلت تعديلات جوهرية لهذا القانون في سنة ١٩٧٨ تتعلق بالإشهار وإعلام المستهلك وأحكام أخرى تتعلق بالضمان، وفي سنة ٢٠١١ قدمت الحكومة مشروع قانون رقم ٢٤ يتعلق أساسا بالدفاع عن مصالح المستهلك في حالة المديونية وتطوير القرض الاستهلاكي^(١).

أما قانون العقوبات البلجيكي فعاقب على غش المشتري وخداعه فيما يتعلق بمنشأ ونوع وجودة وطبيعة وكمية السلعة المباعة، ويعاقب أيضا على تقديم المهني للمستهلك سلعة ما مشابهة ظاهريا لتلك التي تعاقد على شرائها أو اعتقد أنه اشتراها^(٢).

الفرع الثاني

حماية المستهلك في القوانين الأنجلوسكسونية

سنتطرق في هذا الفرع إلى التطور التاريخي لحماية المستهلك، وكيف تم إرساء قواعد قانون الاستهلاك في كل من إنجلترا وأمريكا كأهم تشريعين في القانون الأنجلوساكسوني وكل على حدة كما يلي:

(١) انظر الرابط التالي على النت

http://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_sur_la_protection_du_consommateur

(٢) مرفت عبد المنعم صادق ، المرجع السابق ، ص ١٧.

الفقرة الأولى: حماية المستهلك في إنجلترا

منذ عدة قرون والحكومة الإنجليزية تمارس رقابة على أعمال الغش والتدليس الذي يرتكبه المنتجون في إنجلترا وويلي^(١)، حيث أصدرت قانون العلامات التجارية في القرن الرابع عشر، وفي عام ١٨٧٨ صدر قانون المقاييس والمكييل. وأصدر المشرع الإنجليزي قانون المواصفات التجارية عام ١٩٦٨، والذي تضمن ما يجب مراعاته في إنتاج السلع والخدمات من حيث العلامات، والملصقات التي توضع عليها، وكذلك الوزن الإجمالي أو الصافي لكل وحدة والمقاسات أو الأحجام والمكونات الداخلة في صناعتها أو إعدادها، وكل منتج أو بائع. يخالف المواصفات المدونة على السلعة يعد مرتكباً لجريمة يعاقب عليها جنائياً، ومن أمثلتها أن يكون موضحاً على الملابس المعروضة أنها قابلة للغسل بالماء الساخن والحقيقة غير ذلك، أو يعلن بأن السلعة غير قابلة للكسر على غير الحقيقة. وقد حرص المشرع الإنجليزي على حماية المستهلك من الخداع بواسطة البائع الذي يدعي أن السلعة المعروضة من إنتاج دولة مشهود لها بالكفاءة في حين أن الحقيقة غير ذلك، فقد أصدر قانوناً عام ١٩٧٢ ألزم فيه المستورد أو المنتج بأن يوضح على السلعة اسم الدولة التي تم تصنيع السلعة فيها أو التي تم استيرادها منها، على أن يكون اسم الدولة محدداً تحديداً كافياً، وفي عام ١٩٧٤ أصدر قانون الائتمان الاستهلاكي، كما أصدر في عام ١٩٧٨ قانون سلامة المستهلك، ثم قانون حماية المستهلك في عام ١٩٨٧ وقانون سلامة الأغذية في عام ١٩٩٠ وبعد أن أصبحت إنجلترا عضواً في السوق الأوروبية المشتركة فإنه تسري عليها التشريعات الجديدة لحماية المستهلك التي تحكم الدول الأعضاء في السوق^(٢).

الفقرة الثانية: حماية المستهلك في أمريكا

(١) ويلز بالإنجليزية Wales وتقع ويلز (في المنطقة الجنوبية الغربية لبريطانيا) هي إحدى البلدان التأسيسية الأربع من المملكة المتحدة.

(٢) عمرو درويش سيد العربي ، الحماية الجنائية للمستهلك من غش الأغذية ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٣١ وما بعدها ، وانظر أيضاً مرفت عبد المنعم صادق ، المرجع السابق ، ص ١٨ وما بعدها ، وانظر أيضاً خالد ممدوح ابراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٤٣ .

بدأت سياسة حماية المستهلك في أمريكا مع مولد جمهوريتها عام ١٧٨٩ إذ ينص الدستور على أن تكون حماية المستهلك من صميم وظائف الحكومة، كالمحافظة على النظام والعدل وتدبير المال ونظام البريد ومراقبة المقاييس وحماية السوق المحلية، وتشجيع التجارة الخارجية وتقديم المعونة للتجارة الداخلية مثل بناء الطرق.

وقد صدر أول قانون لحماية المستهلك في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٧٢ بشأن الخداع والغش، ثم صدر قانون في عام ١٨٨٤ الذي أنشأ إدارة الرقابة الحيوانية في وزارة الزراعة للإشراف على المواصفات الصحية للحيوانات. ثم قانون ١٨٩٠ الذي نظم صناعة الأغذية المعلبة ووضع المواصفات القياسية اللازمة لحماية المستهلك بهذا الشأن. وقد امتنع الأمريكيون عن شراء المنتجات الأمريكية التي دخلت عليها طرق صناعية جديدة أو أساليب فنية جديدة، كتجميد المنتجات المحفوظة، أو استخدام المبيدات الحشرية، وهذا ما دعا الولايات الأمريكية المتحدة إلى إصدار قوانين تقضي على ما استفحل من غش بعض المؤسسات التي انتشرت وقامت بالصناعات الجديدة مع وجود غش وخداع، غير أن هذه التشريعات لم تكن لديها أية فعالية، فأدى ذلك إلى تدخل الدولة بإنشاء إدارات داخلية في وزارة الزراعة تقوم بالرقابة، وعم ذلك في باقي الولايات إلى غاية عام ١٩٠٦، حيث صدر أول قانون يتضمن إجراءات صحية لحماية المستهلك. وفي عام ١٩٢٧ أنشأت إدارة الغذاء والدواء المتولية تنفيذ التشريع، أما في ١٩٣٠ قام وزير الزراعة بوضع معايير لجودة المنتجات المعلبة بعد أن كانت هذه الصناعة في حالة فوضى ضارة بالمستهلك. في عام ١٩٣٥ أصبح لمصلحة الأغذية والأدوية سلطة مصادرة كل الأدوية المخالفة للقانون. ثم استجاب الكونجرس لمطالب الشركات بنقل الرقابة من إدارة الأغذية والأدوية إلى وزارة التجارة الفدرالية، حيث لا رقابة؛ ونتيجة هذا التحول حصلت أزمة "إكسبير الحياة"^(١) في عام ١٩٣٨ صدر قانون حماية المستهلك من الإعلان الكاذب والمضل، أما في عام ١٩٦٥ صدر قانون البطاقات التي تلصق على العبوات المختلفة وتحمل

(١) إكسبير الحياة هو دواء به مادة سامة أنتج وعرض في الأسواق دون تحليل، وراح ضحيته ١٠٧ أشخاص كانوا يرجون إطالة العمر فقتلهم.

جميع البيانات الخاصة بالمنتج، مثل ما يتعلق منه بالمنشأ والكمية والمكونات والسعر وطريقة الاستخدام... إلخ^(١)، وفي عام ١٩٧٢ صدر قانون سلامة المنتج للمستهلك الذي يمنح للجنة سلامة المنتجات صلاحية السحب الفوري للمنتجات الخطيرة، ولها حق إلزام المنتجين والموزعين بإخطارها عن وجود المنتجات الخطرة في خلال ٢٤ ساعة، كما تملك اللجنة تصحيح الوضع، مثل فسخ عقود شراء مثل هذه المنتجات وإعادة الثمن للمشتري^(٢) كما اهتم المشرع الأمريكي بمبدأ حماية المستهلك وذلك من خلال القانون^(٣) الفدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠٠.

(١) مرفت عبد المنعم صادق ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) عمرو درويش سيد العربي ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ..

(٣) خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ..

الفرع الثالث

حماية المستهلك في التشريعات العربية

وعلى غرار التشريعات الأنجلوساكسونية والتشريعات اللاتينية ، فإن المشرع العربي كغيره يسعى لتحقيق حماية المستهلك من خلال الحفاظ على مصالحه المختلفة ، كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية والحق في الحصول على منتجات آمنة ومتوفرة في الأسواق وغيرها من الحقوق المكفولة له قانونا ، وذلك بإصدار القوانين التي تحمي هذه الحقوق حسب تطور المجتمع وحاجات الأفراد فيه ، فالمشرع يواكب ما استجد من معطيات اجتماعية ، وسنقتصر في دراستنا للتطور التشريعي في حماية المستهلك على التشريعين المصري والجزائري .

الفقرة الاولى :تطور حماية المستهلك في مصر

حمى المشرع المصري المستهلك من خلال عدة تشريعات، منها ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات الاقتصادي، وهي النصوص الخاصة بحماية الاقتصاد، مثل قوانين التمويل والتسعير الجبري وتحديد الأرباح، والبعض الآخر لا يندرج تحت قانون العقوبات الاقتصادي مثل قانون قمع التدليس والغش وحماية العلامات التجارية... الخ.

بدأ الاهتمام بحماية المستهلك منذ سنوات طويلة حيث بدأت ببداية تجريم الاحتكار، عندما لجأ محافظ القاهرة في سنة ١٨٣٠ إلى فرض عقوبات تتراوح بين الجلد بالسياط والحبس والأشغال الشاقة تبعا لجسامة الجريمة^(١) وفي سنة ١٨٨٣ تضمن قانون العقوبات على مادة تعاقب على الغش وكذا^(٢)، الذي ضم المادة ٢٦٦ التي تعاقب عن الغش، (قانون ١٩٠٤ وقانون ١٩٣٧ والمادة ٣٧٤ التي تعاقب على الغش في المواد الذهبية والفضية ، ثم أصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات التجارية ، وحل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بشأن قمع

(١) أحمد محمد محمود خلف ، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) صدر قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ ونشر في الوقائع المصرية العدد ٧١ في ١٩٣٧/٨/٥ وعُدل هذا القانون مرات عديدة كان آخرها القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٩ .

التدليس والغش^(١) محل قانون ١٩٣٧ ، والذي توسع في التجريم حيث عاقب على الشروع في الخداع وفي الغش؛ ثم صدرت عدة أوامر تعاقب على كل من يتسبب في التأثير على الأسعار إلى غاية صدور القانون^(٢)، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ (رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ وتشديد العقوبات على الغش والتدليس ، وذلك لتقشي الغش والتدليس في المجتمع بسبب سياسة الانفتاح الاقتصادي وحرية المعاملات التجارية والصناعة .

كما أصدر المشرع عدة قوانين أخرى مكملة ، منها القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، وعدل بمقتضى القانونين رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٦ و ١٠٦ لسنة ١٩٨٠ الذي جرم الأغذية غير المطابقة للمواصفات أو غير صالحة للاستعمال الآدمي، بسبب غشها أو فسادها أو لأنها ضارة بالصحة أو لكون أماكن تداولها لا تستوفي شروط الصحة... الخ .

وصدر أيضا القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة والمعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤ بشأن مطابقة محتوى المشغولات المعدنية الثمينة للنسب المقررة لها قانونا، وصدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٤ في شأن الوزن والقياس والكيل .

وصدر القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ في شأن البيئة لأن حماية البيئة تؤدي إلى حماية المستهلك بطريق غير مباشر.

(١) منذ سنة ١٩٢٩ لاحظت محكمة النقض المصرية قصور نصوص مكافحة التدليس والغش ، (وقد اقترحت عمل تشريع جديد في هذا الشأن وقد تأخر هذا التشريع إلى سنة ١٩٤١ مقررأ في مذكرته الإيضاحية أن" من الحقائق الواقعة انتشار الغش فيما تتبايع الناس انتشارا يكاد يتناول جميع ما يحتاجون إليه في مأكلمهم أو مشربهم أو ملبسهم أو تطبيبهم أو ما يرغبون فيه من أسباب ، التكمّل "...للمزيد انظر رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات التكميلي ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر، سنة ١٩٦٨ ، ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) يماثل هذا القانون القانون الفرنسي الصادر في ١٩٠٥/٨/١ انظر مرفت عبد المنعم صادق، المرجع السابق، ص ٢١.

وتنفيذا لبعض هذه القوانين صدر القرار الوزاري رقم ١٠٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن الالتزام بالإنتاج طبقا للمواصفات القياسية، والقرار رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤ بشأن حظر تداول السلع مجهولة المصدر أو غير مطابقة للمواصفات الذي يلزم مستوردي كافة السلع الاحتفاظ بالمستندات الدالة على الإفراج بمعرفة الهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات.

كما صدر القرار رقم ٢٨٩ لسنة ١٩٩٧ بشأن حظر استعمال أكياس البولي إثيلين سوداء اللون وقصر استخدامها على أغراض تعبئة السلع غير الغذائية والقمامة والمخلفات، والقرار رقم ٤٦٥ لسنة ١٩٩٧ والذي ألزم مستوردي الطيور والدواجن المذبوحة واللحوم باتباع إجراءات معينة^(١).

وآخر قانون صدر هو القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ المتعلق بحماية المستهلك المصري، ويهدف إلى تحديد القواعد العامة التي ترعى حماية المستهلك بوجه عام وصون حقوق المستهلك الأساسية، وتأمين شفافية المعاملات الاقتصادية التي يكون المستهلك طرفا فيها، وحمايته من الغش والإعلان الخادع، وضمان سلامة المنتجات والخدمات وجودتها، كما حرص القانون على تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك وجعلها ممثلة بصورة موسعة في مجلس إدارة جهاز حماية المستهلك^(٢).

الفقرة الثانية: تطور حماية المستهلك في الجزائر

إن المشرع الجزائري كغيره قام بحماية المستهلك من خلال سن التشريعات التي تهدف إلى حماية مصلحته التعاقدية، ومصلحته الصحية وسلامته. ففي القانون المدني أوجد المشرع نصوصا تحمي رضاء المستهلك من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحته، كما يحمي القانون المدني المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فيجيز للقاضي أن يعدل الشروط أو أن يعفي المستهلك منها باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ويجعل باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ويحميه من العبارات الغامضة في هذه العقود،

(١) نصيف محمد حسين ، المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

ويجعل تفسيرها في مصلحة المستهلك كطرف مدعن. كما له الحق في التعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإخلال بالالتزامات التي يربتها العقد، وله الحق أيضا في كل من الإعلام المقرر لمصلحة المشتري في عقد البيع، والالتزام بضمان العيوب الخفية .

كما قام المشرع بإصدار الأمر ٧٦ / ٦٥ المؤرخ في ١٦ / ٧ / ١٩٧٥ المتعلق بتسميات المنشأ، والقانون رقم ٨٥ / ٠٥ المؤرخ في ١٦ / ٢ / ١٩٨٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها وحمل المشرع بصفة غير مباشرة في المجال الصحي .

كما أصدر القرار الوزاري المشترك في ٧ / ٣ / ١٩٨٧ المتعلق بتعاونيات الاستهلاك الذي يهدف إلى حماية القدرة الشرائية للعامل .

واعتبر القانون رقم ٨٩ / ٠٢ المؤرخ في ٧ / ٢ / ١٩٨٩ المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الحجر الأساسي في إقامة حماية خاصة للمستهلك، ثم أصدر المشرع بعده عدة مراسيم تنفيذية توضح وتكمل قواعده بأحكام تنظيمية^(١) منها المرسوم التنفيذي رقم ٣٩ / ٩٠ المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، والمرسوم التنفيذي رقم ٩٠ / ٢٦٦ المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، والمرسوم التنفيذي رقم ٩٢ / ٦٥ المتعلق برقابة المطابقة للمنتجات المصنوعة محليا أو المستوردة المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم ٩٣ / ٤٧ ... إلخ / ثم صدر القانون رقم ٨٩ / ١٢ المتعلق بالأسعار، إلى غاية صدور القانون ٠٣ / ٠٩ المتعلق بحماية المستهلك الذي ألغى كل أحكام القانون ٨٩ / ٠٢ وبقيت نصوصه التطبيقية سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص أخرى تلغيها أو تعدلها.

(١) بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج ٣٧، رقم ٠٢، سنة ١٩٩٩، ص ٢٧ وما بعدها.

المبحث الثاني

مفهوم المستهلك

إن أساس كل دراسة التعرض لأهم المفاهيم بالشرح حتى يسهل على القارئ أو الباحث الانطلاق في دراسة الموضوع، وإنه من الضروري أن نتناول تعريف وتحديد المستهلك الذي يعد محل الحماية في موضوع بحثنا، وكذلك تعريف المهني في العملية الاستهلاكية وهو الطرف المقابل للمستهلك، وقد عبر عنه المشرع بعدة مصطلحات في مواضع مختلفة كالمزود والمورد والمحترف والمتدخل :-

نتعرض في هذا المبحث لتعريف المستهلك لدى الاقتصاديين، لأنه بحسب الأصل فإن المستهلك من المصطلحات الاقتصادية، وإنه حديث الظهور في مجال الفقه القانوني، ثم نتناوله لدى القانونيين في مطالبين ، وأخيراً نعرف المهني في مطلب ثالث ، وقبل التعرض لذلك لا بأس أن نعرف المستهلك لغة.

المستهلك كلمة مستنبطة من فعل "هلك" والشيء يهلك بالكسر "هلاكا" و"هلوكا" ومهلكا بفتح اللام وكسرها وضمها^(١).

والمستهلك في اللغة أيضا مأخوذ من مادة هلك :هَلَكُ، هَلَك، يَهْلِكُ ، واستهلك المال : أنفقَه وأنفذه^(٢)

واستهلك في كذا إذا أجهد نفسه واهتلك معه، وقال الراعي:

لهن حديث فائن يترك الفتى خفيف الحشا، مستهلك الربح طامعا.

(١) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ،سنة ١٩٧٠، ص ٦٩٧

(٢) ابن منظور، لسان العرب ، الطبعة الأولى ، ج ١٠ ، بيروت ، لبنان ، دار صادر للطباعة والنشر، سنة ١٩٥٦ ، ص ٥٠٣

أي يجهد قلبه أكثرهن، وطريق مستهلك الورد، أي يجهد من سلكه، قال الحطيئة :
مستهلك الورد، كالأسى .قد جعلت ... أيدي المطية به عادية رُكبا وتعرف أيضا كلمة استهلك
بمعنى أفنى وأهلك أو التهم وأكل، واسم استهلك هو استهلاك وهو الإسراف والتبديد، واسم الصفة
مستهلك وهو القابلية للفناء أو الاستنفاد، واسم الفاعل من استهلك هو مستهلك وهو الذي يقوم
بعملية الاستهلاك^(١) إن كلا من الفقه والتشريع اهتمتا بحماية المستهلك وتعريفه، وقد احتدم الخلاف
بينهما إلى درجة أن بعض الفقه عده غير قابل للتحديد^(٢).

المطلب الأول

تعريف المستهلك لدى الاقتصاديين

لقد ظهر معنى الاستهلاك والمستهلك في القرن التاسع عشر، وبخاصة لدى الاقتصاديين
الذين يهتمون بفعل الاستهلاك في حد ذاته، إذ يعرفه بعضهم بأنه " كل فرد يشتري سلعا أو
خدمات لاستعماله الشخصي"، أو " هو كل فرد يشتري سلعة أو خدمة لاستعماله الشخصي وليس
من أجل التصنيع"، أو " هو الشخص الأخير الذي يحوز ملكية السلعة"^(٣).

كما يعرفه البعض الآخر بأنه " كل من يحصل من دخله على سلع ذات طابع استهلاكي
لكي يشبع حاجته الاستهلاكية إشباعا حالا ومباشرا"^(٤).

ويرى آخر بأن المستهلك هو " الذي يحقق العمل النهائي للنشاط الاقتصادي المعروف
تقليديا بثلاث مراحل: الإنتاج، بالتوزيع ثم الاستهلاك"^(٥).

(١) مجد الدين الفيروآ زبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة ١٩٨٧، ص ١٢٣٧.

(٢) نصيف محمد حسين ، المرجع السابق، ص ٢ .

(٣) بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك ، مراكش ، المغرب ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد ٣٧، سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٧٣ .

(٤) نصيف محمد حسين ، المرجع السابق، ص ٤ .

(٥) بوعبيد عباسي ، المرجع السابق ، ص ٥

يرى علماء الاقتصاد أن كل إنسان هو مستهلك ، وأن الاستهلاك هو المرحلة الأخيرة من العملية الاقتصادية التي يسبقها الإنتاج والتوزيع .

ويتضح من التعاريف السابقة أن المستهلك لدى الاقتصاديين هو الذي يستعمل السلع أو الخدمات ليلبي حاجاته ورغباته الشخصية ، أو هو من يستعمل السلع والخدمات ليس من أجل التصنيع ، وهنا يخرج التعريف المهني الذي يتحصل على السلع لأجل مهنته ، وبالتالي يمكن أن يتفق مفهوم المستهلك لدى الاقتصاديين ومفهوم المستهلك لدى القانونيين كما سنرى في المطلب اللاحق.

وبالرجوع إلى معاجم الاقتصاد وقواميسه نجد بعض التعريفات الخاصة بمعنى مصطلح المستهلك، ومنها أن المستهلك هو " الفرد الذي يستهلك السلع، سواء كانت مؤقتة أو مستديمة، أو ينتفع بالخدمات، ويقبله المنتج الذي يقوم بإنتاج السلع"

يعرف معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال المستهلك بأنه " الشخص الذي يستعمل أو يستهلك البضاعة أو الخدمات لمنفعته وفائدته الخاصة تميزاً له عن الذي يتاجر بها أو يوزعها أو ينتجها."

مما سبق فإن المستهلك ممكن أن يتحدد بالتعريف التالي " هو الشخص الذي يسعى للحصول على الدخل بغية إنفاقه لإشباع حاجاته من السلع والخدمات."

والمستهلك في النظرية الغربية الاقتصادية يسعى لتحقيق أقصى منفعة لنفسه من وراء إنفاق دخله المحدود. والأصل في هذا هو التصور الاستقلالي أو الأناني للشخصية الفردية في الغرب^(١) .

المطلب الثاني

(١) زيد بن محمد الرماني ، المستهلك وهدفه في الإسلام ، انظر موقع الدكتور الرماني على الانترنت وفق الرابط التالي

www.alukah.net/Web/rommany/١٠٢٦٩/

مفهوم المستهلك لدى القانونيين

عرف تحديد معنى المستهلك جدلاً واسعاً بين الفقهاء القانونيين واشتد الخلاف في تحديد مفهومه ، حيث صفة المستهلك يمكن أن تطلق ليس فحسب على من يحصل على متطلباته الأساسية ، أو الكمالية لسد حاجاته الشخصية والعائلية ، بل أيضاً على من يشتري مالا أو خدمة لأغراض صناعته أو حرفته^(١) حيث ضيق البعض من مفهومه وقصره على فئة قليلة تعد الفئة الضعيفة في حلقة التعاقد ، بينما توسع البعض الآخر ليشمل مجموعة المستهلكين غير الحقيقيين ، أو غير مصنفين كمستهلكين .

نتناول كل من المفهومين الضيق والموسع للمستهلك في الفرع الأول ، في حين يكون التحديد القضائي لمفهوم المستهلك ضمن الفرع الثاني، أما التعريف التشريعي للمستهلك فانه سيكون محطة بحث الفرع الثالث . على أن يكون الأخير مقسم إلى فقرتين نتناول فيها التشريعات العربية ثم الأجنبية على التوالي

الفرع الأول

المفهوم الضيق والموسع للمستهلك

الفقرة الأولى - المعنى الضيق لمفهوم المستهلك :

ذهب بعض الفقهاء . لتعريف المستهلك تعريفاً مضيقاً ، وقصوره على مشتري السلع فقط أي يكون مستهلك في نظم هؤلاء الفقهاء لكل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية. أو العائلية .

(١) جاسم ناصر عبد العزيز المليغي ، الحماية الجنائية للمستهلك ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، مصر ،

سنة ٢٠١١ ، ص ١٩ .

ذهب البعض لتعريف المستهلك وفقاً لتعريف المضيق " كل شخص يشتري الشيء لاستعماله الشخصي وليس لإعادة بيعه أو لإدخاله في كيان شيء آخر معد للبيع ، وهو الذي يستحق حماية خاصة لعدم دخوله في سلسلة الصراع التجاري لأنه يقع في نهاية هذه السلسلة ^(١) .

بينما ذهب البعض الآخر لتعريف المستهلك " كل من يؤول إليه الشيء بطريق الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال " ^(٢) .

ويعرف البعض الآخر بأنه " ذلك الشخص الذي يبرم العقود المختلفة والمتنوعة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها ، من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها" ^(٣) .

ويذهب البعض الآخر لتعريف المستهلك " كل شخص يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية " ^(٤) .

ويذهب البعض الآخر لتعريف المستهلك "بأنه من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع والخدمات " ^(٥) .

وذهب بعض من الفقه الفرنسي لتعريف المستهلك " بأنه الشخص الذي يملك أو يستخدم سلعاً أو خدمات للاستخدام غير المهني " ^(٦) .

(١) أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، سنة ١٩٨١ ، ص ٣٠٥ .

(٢) رمضان علي السيد الشرنباصي ، مرجع سابق، ص ٢٥ .

(٣) خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص ٣٥ .

(٤) جمال زكي الجديلي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٦٦ .

(٥) أحمد عبد العال أبو قرين ، نحو قانون لحماية المستهلك ، سنة ١٩٩٣ ، ص ١٦ .

(٦) J. Calais Auloy, l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats,

precit, p. ٢٣٩.

- مشار إليه لدي ، مصطفى أحمد أبو عمرو ، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك " دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٩٣ .

وذهب البعض الآخر إلى تعريف المستهلك " بأنه هو الشخص الذي يبرم العقد في سبيل الحصول على السلع أو الخدمات اللازمة لاستعماله الشخصي ، دون أن يكون ذلك بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في أنشطته المهنية " (١) .

الفقرة الثاني - المعنى الموسع لمفهوم المستهلك :

ذهب بعض الفقه إلى تعريف المستهلك بأنه " ذلك الشخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها " (٢) .

ويعرف البعض الآخر المستهلك " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك ، أي بمعنى استعمال أو استخدام سلعة أو خدمة سواء في أغراضه الشخصية أم المهنية " (٣) .

ويعرف البعض الآخر المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلع أو الخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية والعائلية ، أو المنزلية ، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك " (٤) .

ويعرف البعض الآخر المستهلك " بأنه ذلك الشخص الذي يبرم تصرفاً قانونياً لغرض استخدام السلعة أو الخدمة لغرض إشباع احتياجاته الشخصية ، أو سد احتياجات مهنته " (٥) .

ويعرف البعض الآخر المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي قام بعملية استهلاكية بهدف إشباع حاجة من سلعة أو خدمة " (١) .

(٧) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، نظام التعويض عن الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد ٢٥ ، سنة ١٩٩٩ ، ص ٨ .

(١) جمال النكاس ، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، بحث في مجلة الحقوق بجامعة الكويت ، سنة ١٩٨٩ ، ص ٤٧ .

(٢) السيد محمد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٨ .

(٣) خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، سنة ٢٠٠٢ ، ص ٣٥ .

(٤) فتحية محمد قوراري ، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المستغلة ، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن ، مجلة الحقوق ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ٢٥١ .

ويعرف البعض الآخر المستهلك " بأنه كل من تصرف قانونيا من أجل استخدام المنتج أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية " (٢) .

(٥) إسلام هاشم عبد المقصود سعد ، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقہ الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، ٢٠١١ ، ص ١٤ .

(٦) خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

الفرع الثاني

التحديد القضائي لمفهوم المستهلك

بالرجوع إلى أحكام المحكمة العليا لم نجد حكما يتضمن تحديد مفهوم المستهلك ، ولذلك اعتمدنا على ما وجدناها في بعض المراجع التي أخذت بالتعاريف الصادرة عن المحاكم الفرنسية.

لقد أصدرت إحدى المحاكم الفرنسية ، تحديدا محكمة باريس الابتدائية حكما يعد المستهلك بأنه " الفرد الذي من أجل احتياجاته الشخصية يصبح طرفا في عقد يتعلق بسلعة أو خدمة".

كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما بتاريخ ٢٨ / ٤ / ١٩٨٧ يعد شركة تجارية بوصفها مستهلك تستفيد من نصوص قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية^(١)، رغم أنها شخص معنوي يباشر أنشطة تجارية في مجال العقارات .

ويلاحظ لأول وهلة أنه يوجد تناقض بين الحكمين ، فالحكم الأول يعطي مفهوما مضيقا للمستهلك ، بل إنه اقتصر على الاستهلاك الشخصي دون العائلي ، بينما يقضي الحكم الثاني بضم الشخص المعنوي الذي يعد في الحقيقة مهنيا إلى فئة المستهلكين ، غير أنه تعاقد في غير مجال تخصصه حيث يجهل عيوب السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها^(٢)، بالتالي نستنتج أن القضاء

(١) خالد موسى توني ، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٧، ص ٥٦ ، ٥٨ .

(٢) وكمثال على الخدمة شركة الحمامة التي قامت بشراء أجهزة كمبيوتر لمكتب المحاماة، فالشخص المعنوي في هذه الحالة تعاقد خارج مجال تخصصه فهو جاهل بأنظمة الكمبيوتر.

الفرنسي بعدما كان يتبنى المفهوم المضيق للمستهلك انتهج سبيلا آخر في مفهومه ، وذلك بتوسيع نطاق الحماية لتشمل المهني فتقرر له نفس الحماية للمستهلك العادي .

الفرع الثالث

التعريف التشريعي للمستهلك

التعاريف من اختصاص الفقهاء وليس المشرعين ، غير أنه تعرضت أغلب التشريعات لتعريف المستهلك من خلال وضعها لقانون حماية المستهلك ، وعليه سنورد مجموعة من التعاريف لتشريعات بعض الدول العربية وتشريعات بعض الدول الأجنبية لمفهوم المستهلك ومحاولة التعليق عليها في الفقرات التالية كما يلي:

الفقرة الأولى: التشريعات العربية

نتناول في هذه الفقرة تعريف المستهلك في تشريعات بعض الدول العربية ، كمصر ، والمغرب وتونس وسوريا ولبنان والإمارات ودولة فلسطين والليبي .

أولا :التشريع المصري

لم يتعرض المشرع المصري لتعريف المستهلك إلا في قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦^(١) حيث عرفت المادة الأولى منه المستهلك بأنه ((كل شخص تقدم له إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص." ويلاحظ البعض على هذا التعريف أنه وقع في أخطاء من حيث الصياغة والمضمون فعبارة" تقدم إليه أحد منتجات "لا تحمل المعنى القانوني المطلوب لشكل الاستهلاك ، إذ لم تشر إلى رغبة المستهلك في المنتج أو الخدمة وإقدامه بإرادته على التعاقد دون الانتظار

(١) صدر بأمر رئاسي في ٢١ ربيع الثاني سنة ١٤٢٧ الموافق ل ١٩ ماي ٢٠٠٦ ، ونشر في الجريدة الرسمية المصرية ، العدد ٢٠ مكرر في ٢٠ ماي ٢٠٠٦ .

لحين تقديمها ؛ كما أن التعريف من حيث المضمون يقصر الحماية للمستهلك في حالة تعاقد على المنتجات دون العقارات أو الخدمات^(١).

ونوافق الرأي السابق إلى حد ما حيث إن صياغة عبارة " تقدم إليه أحد المنتجات " صياغة غير دقيقة ، ولكن نختلف معه في الرأي الثاني القائل بأن النص قصر الحماية في حالة التعاقد على السلع دون الخدمات ، إذ إن النص ذكر عبارة المنتجات وتولى تعريفها في ذات المادة أي المادة الأولى في الفقرة الثالثة بأنها " السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد "؛ بالتالي المشرع لم يغفل حالة التعاقد على خدمة . أما فيما يتعلق بالعقارات فنرى أنها صورة لا تصلح كمحل للاستهلاك لأنه في حالة التعاقد على العقارات يخصص المشرع لها أحكاما خاصة ، فالعقار يجب أن يصب في قالب الشكلية والإشهار ، وغيرها من الأحكام الخاصة.

ثانياً :التشريع المغربي

لم يتعرض المشرع المغربي لمفهوم المستهلك رغم أنه ذكر عبارة المستهلك سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة ، كالقانون المتعلق بزجر الغش في البضائع ، والقانون المتعلق بصحة الأمة ، وتطرق لتعريفه في مشروع القانون بحرية الأسعار والمنافسة ، ٠٥٨ / ٣١ الذي لم يرا النور بعد بأنه " شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجاته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي"، ويعاب على هذا التعريف استعمال عبارات فضفاضة يكتنفها الغموض تؤدي إلى عدة تأويلات وتفسيرات^(٢)، كان الأولى تحديدها وتوضيحها.

ثالثاً :التشريع التونسي

(١) خالد موسى توني ، المرجع السابق ، ص ٦١ .
(٢) يوسف الزوجال ، مفهوم المستهلك في التشريع والفقه والقضاء المغربي والمقارن، مجلة الفقه والقانون على الموقع الالكتروني www.magalal. New.ma، ص من ٤ : ٧

يعرف المشرع التونسي المستهلك^(١) بأنه " كل من يشتري منتوجا لاستعماله لغرض الاستهلاك " ، ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر مفهوم المستهلك على المشتري ، أي على المتعاقد دون غيره ، واستعمل عبارة "الاستعمال لغرض الاستهلاك" وهو بهذا جعل التعريف غامضا يحتاج إلى تفسير، ولم يوضح ما إذا كان المستهلك شخصا طبيعيا أم معنويا، لأنه استعمل أيضا عبارة مبهمة وهي " كل من " ، ورغم أن التعاريف ليست من اختصاص المشرعين غير أنه وفي حالة التصدي للتعاريف لابد عليه أنه يلتزم الدقة .

رابعاً: التشريع السوري

طبقا لقانون حماية المستهلك السوري^(٢) فإنه يعرف المستهلك في المادة الأولى منه في فقرتها السادسة على أنه " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعا استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية ، أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية، أو الذي يستفيد من أي خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في القانون " يشمل هذا التعريف الأشخاص الطبيعية والمعنوية ويشمل الأموال المنقولة والخدمات ، لكنه لم يبين ما إذا كان الاستخدام والاستعمال بصفة نهائية أم يستخدمها لأجل مهنته.

خامساً : التشريع اللبناني

اهتم التشريع اللبناني مبكرا بفكرة حماية المستهلك بتخصيصه حيزا مهما في بعض المقتضيات القانونية العامة^(٣) أو الخاصة .

وبتاريخ ٤ / ٢ / ٢٠٠٥ صدر القانون رقم ٦٥٩ - ٢٠٠٠ المتعلق بحماية المستهلك ٦١ - الذي جاء لتنظيم العقود المبرمة من طرف المستهلك . وقد عرفه هذا القانون في مادته الثانية بأنه

(١) طبقا للفصل الثاني الفقرة " د " من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٢ الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٩٢ يتعلق بحماية المستهلك

(٢) قانون حماية المستهلك القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٨ الصادر في ١٠ مارس ٢٠٠٨ .

(٣) قانون الالتزامات والعقود سنة ١٩٣٢ والقانون الجنائي الصادر سنة ١٩٤٣ .

بأنه " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها ، وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني " .

يلاحظ أن المشرع اللبناني كان متميزاً إلى حد ما عن التشريعات العربية السابقة الذكر، لكونه حاول إعطاء تعريف شامل وواضح للمستهلك من خلال إحاطته بجميع العناصر^(١).

سادساً: التشريع الإماراتي

يعرف قانون حماية المستهلك الإماراتي^(٢) في المادة الأولى منه المستهلك بأنه " كل من يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين " يستنتج من هذا التعريف أن عقد الاستهلاك يكون من عقود المعاوضات كما يكون من عقود التبرعات ، وأنه يشتمل على السلع وكذلك الخدمات ، ولم يوضح إذا كان المستهلك شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً غير أن عبارة " كل من " تحتل المعنيين ، ويمكن أن يدخل التعريف ضمن المعنى المضيق للمستهلك فهو طبقاً للتعريف من يحصل على السلعة أو الخدمة لإشباع حاجته الشخصية أو حاجات الآخرين ورغم أن العبارة تحتاج إلى تفسير واعتقد أنه ليشبع حاجات الآخرين ليس عن طريق الاستعمال الوسيط وإنما الاستعمال النهائي كإشباع حاجات عائلته مثلاً.

سابعاً: التشريع الفلسطيني

طبقاً لقانون حماية المستهلك الفلسطيني^(٣) في مادته الأولى الفقرة الثانية عشر يعرف المستهلك على أنه " كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة " إن هذا التعريف يكتنفه الغموض ، فهو مبهم إذ لم يبين ما إذا كان المستهلك شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، وما إذا كانت الاستفادة من السلعة أو الخدمة من أجل استعماله الشخصي أو كانت لغرض مهنته ، وبالتالي فإن المشرع الفلسطيني يدخل تعريف المستهلك ضمن المفهوم الموسع .

(١) يوسف الزوجال ، المرجع السابق ، ص ٢١-٢٢ .

(٢) القانون الاتحادي رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك .

(٣) قانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ .

ثامناً: التشريع الليبي:

إن المستهلك حسب منطوق المادة الأولى من مشروع قانون حماية المستهلك المقدم سنة ٢٠٠٧ هو: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري المنتج أو يتلقاه لغرض الاستهلاك الشخصي." رغم أنه لا زال مجرد مشروع قانون ولم يتخذ الصيغة التشريعية الرسمية فلا مانع من بعض الملاحظات في شأنه.

فهذا النص كان موفقا في تحديده لنطاق مفهوم المستهلك حيث يبدو جليا أنه ارتكز على الاتجاه الضيق، بدليل تركيزه على مصطلح (غرض الاستهلاك الشخصي) .

الفقرة الثانية: التشريعات الأجنبية

إن التشريعات الأجنبية عرفت المستهلك في التقنيات الخاصة بالاستهلاك ، وقد حاولنا في هذه الفقرة أن نتعرض للبعض منها كالتشريع الإسباني والإنجليزي والفرنسي وأخيراً التشريع البلجيكي .

أولا : التشريع الإسباني

إن التشريع الإسباني^(١) يعرف المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يملك أو يستخدم بوصفه المستهلك النهائي للأموال المنقولة أو العقارية ، سلعا أو خدمات ، ولا يعد مستهلكا الأشخاص الذين يملكون أو يستهلكون سلعا أو خدمات بغرض ادماجها في عمليات الانتاج أو التحويل أو التداول أو الأداء للغير من دون أن يكونوا المستهدفين أخيراً من تلك العمليات"^(٢) يرى البعض أن هذا التعريف يعد جامعاً مانعاً لمفهوم المستهلك ، لأنه يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية ، ويشمل الأموال المنقولة والعقارية ويشمل أيضا الخدمات ،

(١) المادة الأولى من قانون ١٩ يوليو ١٩٨٤ المتعلق بالدفاع عن المستهلكين والمستخدمين.

(٢) بو عبيد عباس المرجع السابق ، ص ١٩٢ ، هامش ١٨ نقلاً عن يوسف الزوجال ، ص ٣١ ، هامش ١٠٢ .

ويقتصر فيه الغرض من التعاقد بهدف الاستهلاك الشخصي والعائلي دلت عليها عبارة "المستهدف النهائي" ^(١).

وأرى أن هذا الرأي صائب ، وبهذا فإن المشرع الإسباني يدخل المستهلك ضمن المفهوم المضيق ، وأختلف مع هذا الرأي فيما يتعلق بضرورة الحماية في حالة التعاقد على العقارات ، التي غالبا ما تكون في غالبية التشريعات تخضع لحماية خاصة.

ثانيا :التشريع الإنجليزي

يعرف قانون التجارة الإنجليزي ١٣٧ الصادر عام ١٩٧٣ المستهلك بأنه "الشخص الذي لا يتعاقد في عمل ينفذه ولكنه يتعاقد مع الشخص الذي يقوم بتنفيذه." ^(٢) ويلاحظ على التعريف أنه شمل كل من الشخص الطبيعي والمعنوي ، كما أنه شمل أيضا السلع والخدمات كمحل للتعاقد لأنه استعمل عبارة واسعة أي التعاقد مع شخص من أجل القيام بعمل .

ثالثا :التشريع الفرنسي

إن المشرع الفرنسي لم يضع تعريفا للمستهلك في مدونة الاستهلاك، وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء يجتهدان بما يضمن المرونة والتطور في وضع تعريفات تتوافق مع التوجيهات الأوروبية ^(٣)، وقد تناول تعريفه من خلال منشور ١٤ يناير ١٩٧٢ المتعلق بتطبيق النصوص الخاصة بضرورة وضع بطاقات الأسعار بأنه "من يستخدم المنتجات لإشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الأشخاص المسئول عنهم ، وليس لإعادة بيعها، أو تحويلها، أو استخدامها في نطاق مهنته" ^(٤).

(١) أحمد محمد خلف ، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، سنة ٢٠٠٥ ، ص ٥٦.

(٢) اسلام هاشم عبد المقصود سعد ، مرجع سابق، ص ١٧ هامش ٣٠ .

(٣) Voir Jans Calait-Auloy, Frank Seinmetz, Droit de la consommation, ٥^e edition, ٢٠٠٠,

Dalloz, paris, p٦.

(٤) المرجع نفسه ، ص ٥٤ .

لم يحدد هذا التعريف ما إذا كان المستهلك شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، ويمكن أن يتناولهما معاً إذ استعمل عبارة " المستهلك من "...فتحتل أن يكون طبيعياً أو معنوياً، ولكن حتى في حالة الشخص المعنوي فإنه من يستخدم المنتجات لغرض شخصي وليس لغرض مهني وبالتالي أخذ المشرع بالمفهوم المضيق للمستهلك.

غير أن الأعمال التحضيرية لقانون حماية المستهلك الذي صدر فيما بعد في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ قد عرفت المستهلكين باعتبارهم " الاشخاص الذين يكتسبون أو يستعملون الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني "(١).

رابعا: التشريع البلجيكي

يعرف القانون البلجيكي المستهلك طبقاً للمادة الأولى الفقرة السابعة من قانون حماية المستهلك البلجيكي ١٤ يوليو ١٩٩٣ بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على المنتجات أو خدمات معروضة للتداول أو يستخدمها لأغراض لا علاقة لها بمهنته"، ويتميز هذا التعريف بكونه يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي وكذلك يتضمن استهلاك السلع والخدمات(٢).

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن مفهوم المستهلك يتفرع إلى ثلاثة عناصر:

العنصر الشخصي :

فيما يتعلق بشخص المستهلك . أو ما يطلق عليه أطراف عقد الاستهلاك ، كي نكون أمام عقد استهلاك ، فيجب أن يكون طرفي العقد ، أحدهما مستهلك والآخر مهني ، ويعتبر من شروط الضرورية في عقد الاستهلاك أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً ، وإلا فلا نكون بصدد عقد استهلاك

(١) يوسف الزوجال ، المرجع السابق ، ص ٢٤ / ٢٥ .

(٢) مصطفى أحمد أبو عمرو ، موجز أحكام قانون حماية المستهلك ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، سنة ٢٠١١ ، ص ٢٦ ، وانظر اسلام هاشم عبد المقصود ، المرجع السابق ، ص ١٨ هامش ٣١ .

وذلك عندما يكون أحد طرفيه مستهلكاً ،يؤدي إلى إمكان وجود اختلال في التوازن في العلاقة العقدية مما يبرر لحماية المستهلك .

أما بالنسبة للعقود المتكافئة بين المستهلكين فقط فلا يوجد مبرر لهذه الحماية.وعليه فإن تلك العقود التي تبرم بين مستهلكين أو مهنيين تخرج من طائلة الحماية المقررة للمستهلك، بكونه لا يوجد طرف ضعيف في العقد ، وهو ما تم إقراره من قبل الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن^(١) .

ويلزم الإشارة هنا ، إلى التفرقة بين المستهلك المتعاقد والمستهلك المستفيد فالمستهلك المتعاقد قد يكون مستهلكاً تقليدياً وهو الذي يلتقي بالطرف الآخر في مجلسي عقد واحد ، وقد يكون مستهلك إلكتروني ، وهو الشخص الذي يتعاقد عبر أحد وسائل التعاقد الإلكتروني .

أما المستهلك المستفيد ، أي يتحصل على السلعة أو الخدمة دون أن تكون هناك صعوبات في الحصول عليها^(٢) .

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى اعتبار الشخص المعنوي مستهلكاً أم لا : للإجابة على هذا التساؤل فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين أحدهما مؤيد لاعتبار الشخص المعنوي مستهلكاً والآخر معارضا له .

ذهب الاتجاه الأول إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي .

إذا كان في معظم الأحيان أن يقتصر على استهلاك السلعة للشخص الطبيعي فقط، فإنه لا يوجد هناك ما يمنع على امتداد صفة المستهلك على الأشخاص المعنوية الخاصة أيضاً، مثل

(١) محمد الحسني ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، سنة ٢٠١٣ ، ص ٣٠ .
(٢) طرح البحور علي حسن ، عقود المستهلكين الدولية ما بين التحكيم والقضاء الوطني ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٤ .

الجمعيات الخيرية أو الأهلية التي تزاوّل أنشطتها الغير المهنية التي لا تهدف من ورائها إلى تحقيق الربح وإنما تهدف إلى تقديم وتحقيق غايات إنسانية^(١).

وذهب أنصار هذا الاتجاه لتبرير تأييدهم بإدخال الأشخاص المعنوية من ضمن طائفة المستهلكين يجد تبريره في أن تلك الأشخاص لا تباشر نشاطاً مهنيّاً معيّناً تحصل منه على مواردها المالية ، حتى يؤدي إلى حرمانها باعتبارها مستهلكاً ، ومن ثم لا تستفاد من قوانين حماية المستهلكين ، وبالتالي يجب اعتبارها من ضمن طائفة المستهلكين ، فإنها تشبه المستهلك تماماً^(٢).

بينما ذهب الاتجاه الثاني ، إلى أنه اقتصر صفة المستهلك على الشخص الاعتباري واستنادا هذا الاتجاه إلى التحول إلى صفة المستهلك مرتبطة بالتعاقد بغرض إشباع حاجات خاصة شخصية أو عائلية ، وهذه الحاجات تخص الأشخاص الطبيعيين فقط .

وكذلك أيضاً الشخص الاعتباري دائماً يكون شخص متخصص ، ينشأ لتحقيق هدف معين ، حتى ولو كان الربح ليس من أهدافه ؛ ولذلك فإنه لا يستحق الحماية المقررة وفقاً لقوانين الاستهلاك^(٣).

(١) أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٥

، ص ٥٨.

(٢) حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة، ١٩٩٧م ، ص ٢٤.

(٣) عزت عبد المحسن إبراهيم سلامة ، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠١٣ ، ص ١٨.

العنصر الموضوعي :

أن يكون محل الاستهلاك هو السلع أو الخدمات^(١) يعلق على اصطلاح " السلع " المستخدمة مرادفاً للقيم أو الأموال المادية ، أي أن الأموال لا تنحصر في المقابلة للاستهلاك التي تختفي بالاستعمال الأول ، كالمأكولات والمشروبات ، بل تشمل أيضا الأموال والسلع التي يطلق عليها السلع غير القابلة للاستهلاك التي يطلق عليها السلع غير القابلة للاستهلاك، التي تقبل للاستعمال المتكرر ، سواء كانت السلع طال أو قصر عمرها ، على حسب طبيعتها، كالأجهزة الكهربائية والسيارات والعقارات إن أستأجرها للإقامة فيها^(٢).

والعبرة في كون السلعة استهلاكية من عدمه هو الغرض من الاستعمال ، فإذا كان الغرض من التعاقد على السلعة ، أن ينهي دورها بالاستعمال لها ، فإنه تعتبر هذه السلعة استهلاكية ويكون الشخص المتعاقد على هذه السلعة مستهلكاً .

أما إذا كانت تدخل في عملية أخرى مثلاً تتعلق بصناعة أو تجارة فلا تعد سلعة استهلاكية ، وإنما تعتبر من ضمن السلع الأساسية التي تستخدم في الإنتاج حتى ولو وصلت في النهاية إلى يد المستهلك ، وبالتالي لا يعد من يشتريها في تلك المرحلة مستهلكاً ، وإنما يكون تاجراً أو صانعاً^(٣).

أما فيما يتعلق بالخدمات ، كذلك تصلح أن تكون محلاً للاستهلاك بصرف النظر عن طبيعتها ، سواء كانت خدمات مادية ، مثلاً إصلاح السيارات أو تزويدها بالوقود ، أما إذا كانت خدمات طابع مالي ، كعقود التأمين والقروض أو كانت ذات طابع فكري أو ذهني كالعقود مع

(٤) خالد ممدوح إبراهيم ، امن المستهلك الالكتروني ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٢٢ .

(٥) طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(١) السيد خليل هيك ، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك ، سنة ١٩٨٩ ، ص ٨ ، ٩ .

المحامين والمستشارين القانونيين ، أو عقود العلاج الطبي مع الأطباء وغيرهم في مجال الخدمات الطبية^(١).

ووفقاً لقانون حماية المستهلك المصري قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ عرفت المنتجات "بأنها السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص ، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد"^(٢) .

يفهم من خلال هذه المادة ، أن الحماية تشمل جميع السلع والخدمات ، طالما كانت تستعمل لإشباع احتياجات المستهلك ، دون اقتصار الحماية على السلع الاستهلاكية ، ويستحق المستهلك هذه الحماية عندما تقدم إليه هذه المنتجات سواء أكانت سلعاً أو خدمات ، كجوائز المسابقات التي محلها سلع أو خدمات .

وهو ما نص عليه قانون حماية المستهلك الليبي ، ووفقاً لقانون حماية المستهلك الليبي حيث جاء النص في المادة الأولى منه حيث عرفت المنتج : " وتشمل السلع والخدمات " .

وفهم من خلال هذه المادة أن الحماية تشمل السلع والخدمات للمستهلك.

العنصر الغائي :

يسعى المستهلك إلى استهلاك السلعة متى كانت السلعة التي تحصل عليها قابلة للاستهلاك الفوري ، وإلى استعمالها حتى تستهلك متى كان استهلاكها يتم على فترة ، أي لا تستهلك فوراً ، ويتضح من ذلك إنه لا يعتبر مستهلكاً من يتعاقد على سلعة بهدف إعادة بيعه مرة أخرى ، باعتبار أن المال لا يستهلك في هذه الحالة^(٣) .

(٢) طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٣) قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ م.

(١) حسن عبد الباسط جميعي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، سنة ١٩٩٦ ، ص ١١ .

أي إذا كان الغرض أو السبب من الحصول على السلعة أو استعمالها هو المعيار أو العنصر الجوهرى للتفرقة بين مستهلكاً وغيره ، فإذا كان من حصل على سلعة من أجل استهلاكها لأغراض شخصية أو عائلية فإنه يعتبر من حصل على هذه السلعة يعتبر مستهلكاً ، أي كان حصل على هذه السلعة لأغراض غير مهنية ، أما إذا كان حصل على سلعة من أجل إدخالها في أغراض أخرى تتعلق بتجارته أو إدخالها في أعمال الزراعة أو الصناعة ، حتى وإن كان في آخر المطاف ستصل إلى يد المستهلك فهي لا تعتبر سلعة استهلاكية ، ومن ثم من تحصل عليها من أجل استخدامها أو يشتريها في هذا الوقت مستهلكاً لها ، وبالتالي فقد يكون تاجراً أو صانعاً أو حرفي^(١) .

رأي الباحث بشأن تحديد مفهوم المستهلك المستحق للحماية :

بعد أن قمنا بدراسة مفهوم المستهلك : سواء كان ذلك للمفهوم الواسع أو الضيق ، فإننا نركز عند تحديد مفهوم المستهلك على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بغض النظر عن شخص المستهلك ، وخاصة مع التطورات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية في هذا المجال ، مما أدى إلى ترك فجوات كبيرة بين أطراف العلاقة العقدية للمحترف والمستهلك وزيادة المحترف قوة والمستهلك ضعفاً ، ومن خلال ذلك يدفعنا إلى تبني المفهوم الواسع لحماية المستهلك .

ولذلك نقترح تعريف للمستهلك بأنه هو كل شخص طبيعي أو اعتباري ، يتعامل أو يتعاقد على سلعة ، بعيداً عن نطاق تخصصه الدقيق ، لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية والمهنية ، أي كانت وسيلة التعاقد وطريقته .

(٢) راضي عبد المعطي علي السيد ، نحو نظرية عامة في القانون الإداري لحماية المستهلك ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ٦١ ، ٦٢ .

حيث شمل هذا التعريف على الأجزاء الآتية فالمستهلك قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، وقد يكون مهني متخصص أو ذو خبرة ، طالما يتعامل خارج نطاق تخصصه الدقيق . والحماية لا تقف على ضرورة إبرام العقد ، ولكنها تمتد الحماية حتى ولو لم تصل إلى مرحلة التعاقد .

وكذلك يدخل في نطاق هذا التعريف لحماية المستهلك أيضاً كافة أشكال التزود بالسلعة أو الخدمة سواء كان الهدف منها هو إشباع الحاجات الخاصة أو العائلية أو المهنية .

والسبب في حماية المستهلك ؛ هو حماية الضعف في المركز التعاقدي الذي يعاني منه، سواء كان المصاب بهذا الضعف مهنيًا أو غير مهني ، طالما ترتب على ذلك خلل في التوازن العقدي وأدى إلى حدوث ضرر له ، لذلك لا بد من إعادة التوازن العقدي وجبر الضرر .

وكذلك يمكن إضافة تعريف آخر للمستهلك بأنه كل من يقوم بإبرام التعاقدات القانونية ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً مع شخص آخر مهني من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية سواء كانت الشخصية أو العائلية .

فهذا تعريف يعد كذلك - شاملاً جامعاً مانعاً - لأنه يضم في نطاقه الأشخاص المستحقين للحماية سواء كانت أشخاص اعتبارية أو طبيعية .

كذلك يشمل الأموال المنقولة سواء كانت تلك التي تستخدم لمرة واحدة كالمواد الغذائية أم كانت سلع معمرة كالأجهزة المنزلية .

وكذلك تشمل الخدمات بأنواعها المختلفة سواء كانت خدمات مادية أو معنوية وكذلك وفقاً لهذا التعريف يعد مانعاً لأنه مقتصر على الغرض من التعاقد بهدف الاستهلاك الشخصي أو العائلي .

المبحث الثالث

المهني والمستهلك الالكتروني

نتعرض بهذا المبحث الى مفهوم المهني سواء كان في مجال الفقه أم التشريع ، ثم نتبع ذلك ببيان مفهوم المستهلك الالكتروني ، وقبل ذلك لابد لنا من معرفة مفهوم غير المهني ، على ان يكون ذلك بثلاث مطالب وعلى النحو الاتي .

المطلب الاول

مفهوم غير المهني

تنص المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم ٧٨ / ٤٦٤ الصادر في ٢٤ / ٣ / ١٩٧٨ الصادر تنفيذاً للقانون ١٠ لسنة ١٩٧٨ الخاص بالحماية والإعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية بأنه "في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية ، وغير المهنيين أو المستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرماً في مفهوم الفقرة الأولى للمادة ٣٥ من هذا القانون الشروط التي يكون محلها أو أثرها تأكيد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه^(١) "...

هذا النص أثار إشكالا وذلك رغم إلغائه من طرف مجلس الدولة فيما بعد^(٢) ، ويتمثل هذا الإشكال في المقصود من تعبير " غير المهني"؟ هل يقصد به طائفة أخرى غير المستهلك أم أنه مرادف له وتكون الحماية قاصرة على المستهلك فقط؟

بمعنى أوضح هل نعد العقد الذي يكون أحد طرفيه غير مهني والطرف الآخر مهني، عقداً من عقود الاستهلاك؟ باعتبار أن غير المهني هو نفسه المستهلك، فهل يمكن مثلا اعتبار

(١) أنظر في شرح هذه المادة، سي الطيب محمد أمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ١٣٨ ، ١٣٨ .

(٢) أنظر المرجع نفسه ، صفحة ١٣٨ وما يليها .

العقد الذي أبرمه المهني في المحاماة، مع المهني البائع، ويكون محل عقد البيع شراء جهاز كمبيوتر لصالح المحامي، هل يمكن اعتباره عقد استهلاك؟

لقد ثار جدال في الأوساط القانونية حول مصطلح "غير المهني"، ومدى اعتبار هذا الأخير مستهلكاً. لذا حاول كل من الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني)، حل هذه المعضلة.

الفرع الأول

المفهوم الفقهي لغير المهني

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى رأيين، الرأي الأول يعتبر غير المهني مستهلكاً (أولاً) أما الرأي الثاني فيعتبره طائفة قائمة بذاتها (ثاني).

الرأي الأول: غير المهني هو المستهلك:

يرى أنصار هذا الرأي، وهو رأي يضيق من نطاق الحماية من حيث الأشخاص، أن تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك، إذ أنّ المهنيين الذين يتصرفون في نطاق غرض مهني، ولكنه غير داخل في مجال اختصاصهم، كالتاجر الذي يركب جهاز للإنذار لمحلّه، ليسوا مستهلكين، رغم أنهم يبرمون عقوداً محلها أشياء تخرج عن مجال اختصاصهم، وبالتالي فرغم كونهم ضعفاء في مواجهة المحترفين الذين يتعاقدون معهم، إلا أنهم "ليسوا بالضرورة أشخاصاً عزل لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم"^(١).

فهذا الرأي يدعمه أنصاره بحجة أنّ المستهلك "يكون دون سلاح، بوصفه يوجد في وضعية ضعف في مواجهة المحترف الذي باستطاعته إملاء شروطه، إذ أنّ المستهلك هو شخص عادي في مواجهة المحترف الذي هو بالضرورة شخص متبصر"^(٢)، وما غير المهني إلا تعبيراً مرادفاً لتعبير المستهلك.

(١) J. Calais-Auloy : Droit de la consommation, précité, n. ٩ et ١٠, p. ٧.

(٢) أنظر المرجع نفسه، صفحة ١٣٨ وما يليها.

الرأي الثاني : غير المهني، طائفة قائمة بذاتها

هذا الرأي مفاده أنّ مصطلح غير المهني يعني أنه ليس مهنيًا من نفس تخصص الطرف الآخر في العقد^(١). هذا الرأي يوسع من مفهوم غير المهني على أساس الاختصاص أو عدم الاختصاص لغير المهني أي ذلك الذي يتصرف بعيداً عن أعمال مهنته، حتى لو كان ذلك للإنتاج وليس للاستهلاك^(٢).

وبالتالي هذا الرأي يدخل في وصف غير المهني، ذلك المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه، ويعتبره مثل المستهلك العادي الأجنبي الذي لا يعرف تفاصيل السلعة أو الخدمة. أما المهني فهو الشخص الذي يبرم تصرف قانوني ليس فقط في مجال تخصصه وإنما أيضاً لتلبية حاجات مشروعه.

إذن فغير المهني هو شكل مختلف عن تسمية المستهلك حسب هذا الرأي.

الفرع الثاني

المفهوم القضائي لغير المهني

في البداية اتجه القضاء الفرنسي، إلى تشبيه غير المهني بالمستهلك، وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في ١٥ / ٤ / ١٩٨٢ .^(٣) حيث أنّ أحد المزارعين قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة، لكنه تلقى بعد ذلك عروضاً أخرى تقدم له مزايا أكثر، مما جعله يعدل عن العقد الذي أبرمه مع الشركة الأولى، مستنداً في ذلك على أنه يستعمل رخصة العدول التي ينص عليها قانون ٢٢ / ١٢ / ١٩٧٢ الخاص بالبيع بالمنزل في مادته الثالثة والتي تعطيه

(١) O.Carmet : Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi, n.٢٣-٢٨ du ١٠ janv

(٢) P.Godé : « Protection des consommateurs, clause abusives »; R.T.D. civ., ١٩٧٨, p.

٧٤٤.

(٣) D., ١٩٨٤; Jurisprudence, p. ١٣٩.

الحق في العدول في خلال ٠٧ أيام (و هي مهلة للتفكير) لكن الشركة رفضت ذلك ودفعت بأن هذا النص لا يطبق على المزارع بحجة أن هذا القانون لا يحمي سوى المستهلك، وأن المزارع كان يتصرف في نطاق مهنته، وبالتالي فلا يعد مستهلكاً .

رفض هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف، ولما طعنت الشركة في القرار بالنقض أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف، وقالت أن العقد المتنازع حوله والذي كان يتعلق بتقدير كارثة تخرج من نطاق اختصاص المهني المزارع، وبالتالي فهو مستهلك يستفيد من نصوص قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ ، ويستفيد من رخصة العدول.

نستنتج من هذا القرار أن محكمة النقض تتبنى مفهوماً موسعاً للمستهلك يشمل المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه وهو ما يسمى " غير المهني"، مع الإشارة إلى أن القانون محل النزاع، أي المتنازع حول تطبيقه من عدمه هنا يخص المستهلكين وحمائهم من عمليات البيع .

لكن في ١٥ / ٤ / ١٩٨٦ ، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها المذكور، حيث أنها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص قانون ١٠ لسنة ١٩٧٨ الخاصة بالشروط التعسفية، بحجة أن الشركة كانت قد تعاقدت بصفتها المهنية.

ففي هذا القرار الأخير ضيقت من مفهوم المستهلك، وذلك برفضها تشبيه غير المهني بالمستهلك^(١)

إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث عادت محكمة النقض الفرنسية إلى اتجاهها الأول، وذلك بموجب قرار صادر لها، أكد أن محكمة النقض تعتبر غير المهني مستهلكاً، وذلك في ٢٨ / ٤ / ١٩٨٧ الصادر عن الدائرة المدنية الأولى، والتي اعتبرت أن الوكالة العقارية رغم

٩١ p. ٩٠، Bull. civ.-I- n. ١٩٨٦؛ ١٥ avril (١)Cass. civ.,

أنها شخص مهني إلا أنها فيما يتعلق بنظام الإنذار تعتبر شخصاً غير مهني، لأنها غير متخصصة في مجال نظام الإنذار.

وبالتالي فالوكالة العقارية عند إبرامها لعقد تركيب جهاز الإنذار كانت في نفس الحالة من الجهل مثلها مثل أي مستهلك آخر، وبالتالي تستفيد من أحكام قانون ١٠ لسنة ١٩٧٨ السابق ذكره.

نستخلص مما سبق، أن " القضاء في فرنسا كرّس مفهوماً جديداً للمستهلك هو (المحترف - المستهلك)

ومنذ سنة ١٩٩٥ أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكاً وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية، كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني^(١).

وقد استنقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المنظم للسعي التجاري الصادر بتاريخ ٢٢ من قانون الاستهلاك . ثم وسّعت - ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ ، والذي تم إدراجه في المادة ١٢١ محكمة النقض استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية، وكذا تلك المتعلقة بالائتمان الاستهلاكي والعقاري^(٢).

(١) Civ., ١ère, ١٧ juillet ١٩٩٦ : JCP. ١٩٩٦-١١- ٢٢٧٤٧, note Paisant (J).

(٢) محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة

وبتبني محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك على النحو السابق بيانه ، ذهب أنصار المفهوم الضيق للمستهلك ، إلى أن ذلك أدى إلى "تقجر مفهوم المستهلك"^(١)، والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية ، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس هو ذاته بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك . مما جعل القانون الفرنسي في حاجة إلى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة، ويؤدي إلى تحقيق التناسق بينها^(٢).

المطلب الثاني

مفهوم المهني

لم يثر مفهوم المهني ، الذي يعد الطرف الثاني في عقد الاستهلاك إشكالا في الأوساط القانونية ، مثلما هو الحال بالنسبة للمستهلك أو غير المهني .
لذا سنتعرض للمفهوم الفقهي والتشريعي للمهني في فرع اول مع تبين كيف أنّ المرافق الاقتصادية العامة تكتسب وصف المهني في فرع ثاني .

الفرع الأول:

المفهوم الفقهي والتشريعي للمهني

إنّ تحديد مفهوم المهني يعدّ ذات أهمية بالغة ، من أجل تحديد نطاق عقود الاستهلاك .لذا يتوجب عرض بعض التعاريف الفقهية الفرع الأول وبعض التعاريف التي تبنتها التشريعات للمهني الفرع الثاني .

(١) J. SINAY – CYTERMANN: « Protection ou surprotection du consommateur »,

J.C.P., éd. D.

١٩٩٠ -I- p.٥١٤.

(٢) محمد بودالي، مرجع سابق، ص ٦٥، ٦٦ .

الفقرة الأولى - المفهوم الفقهي : (١)

لقد أورد الفقه عدة تعاريف للمهني نذكر منها:

يرى بعض الفقه بأن المهني " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواء أكان هذا النشاط صناعياً أم تجارياً أم حرفياً أم حراً أم زراعياً أم غير ذلك (٢) .

بينما يذهب آخرون وفي تعريف مشابه، بأن المهنيين هم " الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، عامة أو خاصة ، الذين يعرضون أموالاً أو خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي " (٣) .

يستفاد من هذين التعريفين أنّ تعريف المهني يجب أن يشتمل على عنصرين، العنصر الأول هو عرض الأموال أو الخدمات، والثاني هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية.

(١) اختلفت التسميات التي أطلقت على لفظ المهني لدى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك ، فالقانون الإماراتي والعُماني والتونسي والفلسطيني أطلقا عليه بالمزود ، أما القانون الليبي، والمصري فيسميه بالمورد ، بينما كان القانون اللبناني يسميه المحترف ، كان القانون السوري قد سماه بالمنتج ، أما القانون الجزائري فقد سماه بالمتدخل .

(٢) J. Calais-Auloy : « Droit de la consommation », précité, n.٧, p.٥.

(٣) J. Calais-Auloy : « Propositions pour un nouveau droit de la consommation », La

documentation française, Paris, ١٩٨٥, p. ١٣٩

الفقرة الثاني - المفهوم التشريعي :

لم يعرف المشرع الفرنسي المهني تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء ، أما المشرع الإماراتي فقد عرفه بالمزود وبين بأنه ((كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها))^(١). كما أورده مصطلح المزود الرئيسي ، والذي يقصد به " المنتج أو المزود الذي يزود الموزعين بالسلعة والخدمات دون المستهلكين " . لا بل نجد المشرع العماني قد عرفه أيضاً بالمزود وبأنه " كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم الخدمة أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في إنتاجها أو تداولها كالوكيل والوسيط أو السمسار "^(٢). كما جاء قانون حماية المستهلك التونسي بنفس التسمية حيث نص على ان المزود " صانع المنتج وموزعه ومورده ومصدره وكل متدخل آخر في سلسلة الانتاج ومسالك التوزيع أو التسويق "^(٣) وعلى ذات السياق سارة المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك اذ نص على ان المزود " الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات "^(٤).

بينما نجد قانون حماية المستهلك المصري قد تضمن مصطلح المورد " كل شخص يقدم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في احد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها الى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأي طريقة من الطرق "^(٥). فان قانون تحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي رقم (٣١.٠٨ لسنة ٢٠١١) قد

(١) المادة (١) من القانون الاتحادي رقم (٢٤ لسنة ٢٠٠٦) الخاص بحماية المستهلك .

(٢) المادة (١) من قانون حماية المستهلك رقم (٨١ لسنة ٢٠٠٢) .

(٣) الفصل الثاني / ب من قانون رقم (١١٧ لسنة ١٩٩٢) .

(٤) المادة (١) من قانون رقم (٢١ لسنة ٢٠٠٥) .

(٥) المادة (١) من قانون رقم (٢٧ لسنة ٢٠٠٦) .

سارة على ذات النهج في المادة (٢) منه وأورده مصطلح المورد " كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري " .

أما قانون حماية المستهلك اللبناني فقد نص على المحترف بأنه " الشخص الطبيعي أو المعنوي ، من القطاع الخاص أو العام ، الذي يمارس ، باسمه أو لحساب الغير ، نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات . كما يعد محترفاً ، لغرض تطبيق أحكام هذا القانون ، أي شخص يقوم بإستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني " . لا بل اورد مصطلح المصنع "هو الشخص الذي يحول أو يجمع المواد الأولية أو الوسيطة"^(١) .

اضافة الى ذلك تضمن قانون حماية المستهلك السوري مصطلح المنتج وعرفه بأنه " كل منتج صناعي أو زراعي (نباتي - حيواني) أو حرفي أو مهني أو خدمي بما في ذلك المواد الأولية المكونة للمادة المصنعة ونصف المصنعة أو الخدمة المقدمة من قبل أية جهة خدمية " . كما أورد مصطلح الحائز " كل من وضع يده على شيء من الاشياء التي تحكمها مواد هذا القانون ويشمل المالك والمصنع والبائع والمسئول عن الانتاج "^(٢) .

بينما جاء المشرع الجزائري بمصطلح المتدخل ، اذ عرفته المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم (٠٩ - ٠٣ لسنة ٢٠٠٩) بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك " .

(١) المادة (٢) من قانون رقم (١٣٠٦٨ لسنة ٢٠٠٤) .

(٢) المادة (١) من قانون رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨) .

الفرع الثاني

مدى اعتبار المرافق الاقتصادية العامة مهنية

المرافق الاقتصادية ذات الصبغة التجارية أو الصناعية هي التي تقوم على أساس مزاولة نشاط من جنس نشاط الأفراد، ومن أمثلتها مرافق السكك الحديدية أو السيارات أو الطائرات والبريد والتلغراف والتليفونات وتوريد المياه والغاز والحمامات العمومية والسينما والمسارح^(١).

يثور التساؤل بالنسبة لهذه المرافق التي تمارس فيها الدولة نشاطاً من جنس نشاط الأفراد، عن مدى اعتبارها شخصاً مهنيّاً، وكذلك حالة تقديم تلك المشروعات لخدمات عامّة صناعية أو تجارية، ممّا يسمح باعتبار العقد الذي تبرمه مع المستهلكين عقد استهلاك يقع تحت طائلة قوانين الاستهلاك؟

هذه الخدمات العامة الصناعية والتجارية التي تتعلق بالقانون الخاص لها خصوصية وهي أنّ لها سلطة معترفاً بها في إدراج شروط فاحشة من القانون العام في تعاملها مع العملاء . ومن ثم فإنّ الأمر في حاجة إلى البحث حول مدى الملائمة بين مشروعية هذه الشروط الفاحشة والجزاء على الشروط التعسّفية^(٢).

أجاب القضاء الفرنسي عن هذه المسألة، بأنّ المرافق الاقتصادية في تعاملها مع العملاء تكتسب وصف المهني، باعتبار أنها تتوافر على صفات المهني وهي التفوق التقني والقانوني، والوضع المسيطر بل والاحتكاري، ففي نزاع بين شركة الكهرباء الفرنسية وبين أحد المشتركين حيث قالت محكمة Angers أنه ليس من شك في أنّ العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية

(١) سليمان الطماوي، القانون الإداري، بدون دار نشر، ١٩٨٤، ص ٣٢٨.

(٢) B. Star que : Droit civil- obligations, -٢- contrat, ٤ème éd., H. Roland et L. Boyer

litec., ١٩٨٩, n. ٦٤٩, p. ٢٧٩

E.D.F والمشتريين هو من طبيعة عقدية، وليس من شك أنّ الإمداد بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع، وأنّ الشركة تمثل كل خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري، بينما المشترون المتعاملون معها يمثلون كل خصائص المستهلك، في هذه الظروف فإنه ينبغي اعتبار أنّ نصوص المادة ٠٢ من مرسوم ٢٤ مارس^(١) ١٩٧٨، تطبق على العلاقات العقدية بين شركة توزيع الكهرباء الفرنسية ومستخدميها، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه الشركة منشأة عامة مكلفة بإدارة خدمة عامة صناعية وتجارية^(٢) وهذا الاتجاه أكدته محكمة الاستئناف^(٣) عند الطعن بالاستئناف أمامها بصدد هذا الحكم، وذلك باعتبارها لشركة توزيع الكهرباء الفرنسية مهنيًا، واعتبارها المزارع مستهلكًا. وسببت ذلك بأنّ المزارعين أطراف هذه الدعوى كانوا على نفس حالة الجهل التي يوجد عليها أي مستهلك آخر، والتي اعتبرها قضاة الدرجة، E.D.F. ويجب بالتالي اعتبارهم غير مهنيين أو مستهلكين في مواجهة الأولى تتميز بالتفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري. وخلاصة القول، هي أنّ هذه الأشخاص المعنوية العامة ينطبق عليها وصف المهني أيّا كان الشكل الذي تتخذه أو الطبيعة القانونية: شركات تملكها الدولة، منشآت عامة أو حاصلة على امتياز باستغلال مشروع ما... إلخ. إذن العقود التي تبرمها هذه الأشخاص المعنوية العامة مع المستهلكين هي بلا شك عقود استهلاك.

(١) الصادر بالتطبيق لقانون ١٠ لسنة ١٩٧٨، والمتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمسمى بقانون Scrivener أنظر نص المادة ٠٢ منه، سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص ١٣٢.
T.G.I. Angers, ١١ mars ١٩٨٦ : J.C.P., ١٩٨٧, ١١, ٢٠٧٨٩, note J.P. Gridel.
مشار إليه لدي: أحمد محمد محمد الرفاعي، السابق، ص ٣٥.
Cour d'appel d'Angers, ١٦ décembre ١٩٨٧, D. ١٩٨٨, Chr., ٢٦٠, G. Paisant.
مشار إليه لدي: أحمد محمد محمد الرفاعي، السابق، ص ٣٦.

المطلب الثالث

مفهوم المستهلك الالكتروني

تكمّن العلة في حماية المستهلك الالكتروني في انة يتعاقد عن بعد ، فالبائع يتعاقد الكترونياً مع كل من يرغب في شراء منتج ، لأنه تعتبر هذه العملية من الممارسات العادية التي اعتاد عليها البائع بشكل يومي كون الهدف الأساسي هو تحقيق الربح .

فمن هو المستهلك الالكتروني ؟ هل هو المستهلك التقليدي ذاته ؟ وما هي القواعد التي تحميه؟ هل هي ذاتها الموجودة في المستهلك التقليدي أم أن الأمر يختلف ؟ وهل يمكن ان يكون المستهلك الالكتروني معنوياً على غرار المستهلك التقليدي ؟ هذه ابرز التساؤلات التي يمكن الوقوف عليها في هذا المطلب .

للإجابة على هذه التساؤلات نشير ابتداءً إلى المستهلك في مجال معاملات التجارة الالكترونية هو ذاته في عملية التعاقد التقليدية ولكن ما يميزه انه يتعامل من خلال وسائل الالكترونية وهذا يعني أن المستهلك الالكتروني يتمتع بكافة حقوق المستهلك العادي وبنفس الحماية القانونية التي يقرها المشرع مع الأخذ بنظر الاعتبار خصوصية العقد في كونه يبرم عن بعد عبر وسائل الالكترونية^(١).

لذا فقد اهتم الاتحاد الأوروبي بالمستهلك ضمن مجمل اهتماماته بالتجارة الالكترونية وذلك في محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من اجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية وانطلاقاً من هذه المعطيات فان العديد من الدول أيضاً قد اتجهت إلى تكوين إطار قانوني لحماية المستهلكين في العقود التي تبرم عن بعد ولاسيما العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت ، سواء من خلال إيراد أحكام قانونية خاصة بذلك في قوانين المعاملات والتجارة

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة ٢٠٠٨ ،

الالكترونية أو في إطار القوانين الخاصة بحماية المستهلكين ، فقد تضمنت بعض التشريعات العربية الحديثة الخاصة بالتجارة الالكترونية قواعد تفصيلية بشأن حماية المستهلك عندما يصبح طرفاً في العقود الالكترونية عبر الانترنت^(١).

فالمستهلك الالكتروني مثله مثل أي مستهلك آخر الذي يفتقر إلى الخبرات القانونية أو الفنية حتى يحكم على المنتج محل التعاقد حيث يتعاقد على السلعة أو الخدمة من خلال الإعلانات الالكترونية المعروضة على شاشة حاسوب فيبرم العقد مع المهني دون وجود مادي متعاصر بينهما ، بل مجرد وجود افتراضي أو تقديري متعاصر ومجلس قائم على مجرد خيل وفق تقنيات الترقيم ، ومن دون جدران ، بسبب الطبيعة الانفتاحية للشبكة^(٢).

فمخاطر الوفاء عند شراء السلع والخدمات عبر الانترنت ، والاعتداء على خصوصيات المستهلك من خلال سرقة المعلومات الشخصية ، وعدم معاينة السلع حقيقة ، والتأكد من ملامتها من عدمه ، والتي هي أبرز ما يمكن أن يتعرض لها المستهلك الالكتروني ، ليكون ضحية لقرصنة التجارة الالكترونية من قبل الطرف الآخر ، الذي قد يلجأ أحياناً الى استخدام طرق احتيالية في الضغط على الارادة المستهلك لجذبه أو اغرائه من خلال ما يوفره على موقعه الالكتروني عبر شبكة

(١) ومن القوانين التي اشارت الى حماية المستهلك في نطاق التجارة الالكترونية ، وبصفه خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت ، التوجيه الاوربي كقانون رقم ٩٧/٧ في ٢٠ مايو ١٩٩٧ بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد ، التوجيه الاوربي رقم ٩٧/٤٨٩ في ٩٧/٣٠ في ١٩٩٧ بشأن وسائل الدفع الالكتروني ، التوجيه الاوربي رقم ٩٣/٩٩ في ١٣ ديسمبر بشأن التوقيع الالكتروني ، التوجيه الاوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ في ٢٠٠٠/٨/٨ بشأن التجارة الالكترونية ، وكذلك القوانين الفرنسية ، كقانون رقم ٧٨/٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٨٧ الخاص بإعلام وحماية المستهلكين ، قانون رقم ٨٧/٣٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٨٧ الخاص بحماية المستهلكين للسلع والخدمات ، وكذلك المرسوم ٤٦٤ / ٧٨ الصادر في ٢٤ مارس ١٩٧٨ الخاص بتحديد مفهوم الشرط التعسفي وتنظيم لجنة الشروط التعسفية ودورها ، قانون رقم ٨٨ / ٢١ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ بشأن عمليات البيع بالتليفزيون ، قانون الاستهلاك رقم ٩٤٩ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ ، المرسوم رقم ٧٤١ / ٢٠٠١ الصادر في ٢٣ أغسطس ٢٠٠١ بشأن التعاقد عن بعد ... للمزيد انظر تفاصيل اكثر عن ذلك لدى ، محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص ٧٤ وما بعدها ، عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ ، ٢٦ ، هامش ٣ ، أمانج رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، دراسة تحليلية مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة السليمانية ، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص ٨ ، هامش ٣ ، اسامة احمد بدر ، المرجع السابق ، بند ١٦ ، ص ٥٠ .

(٢) اسامة احمد بدر ، المرجع السابق ، بند ٤١ ، ص ١٠١ .

الانترنت^(١)، والتي تكون في الغالب على شكل استمارة نموذجية الكترونية _ كما اشرنا سابقاً _ تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة الى الجمهور على وجه الدوام بشكل لا تقبل المناقشة أو التعديل ، والتي قد تتضمن شروطاً تعسفية لا يسمح للمستهلك مناقشتها من قبل الطرف الآخر - المهني - الذي يملك إدارة الأسواق الكترونياً ، كونه يتمتع بالمركز المعلوماتي والاقتصادي الكبير ، يسهل عليه التوجه بالمستهلك الى التعاقد^(٢).

فمصطلح المستهلك الالكتروني هو مصطلح مستحدث ولا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي ، الا من حيث الإدارة أو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك للتعاقد عن بعد ، ما يعني ان المستهلك الالكتروني قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً كما في المستهلك التقليدي ، فليس هناك ما يمنع من ذلك^(٣).

وقد صدر من محكمة النقض الفرنسية ذلك عندما تبنت فكرة الشخص المعنوي كمستهلك ، حيث قامت إحدى الشركات بإبرام عقد اشتراك لدى إدارة المياه ، وبعد عدة سنوات اشكت من زيادة الاستهلاك غير المعتادة ، وبعد التحقق وجد عيب فني في الوصلة بين الكمبيوتر والمشروع ، طلبت الشركة رد المبالغ غير المستحقة التي دفعتها ، نظرت محكمة الاستئناف في الدعوى والاستئناف ، وأكدت ان الشركة قد عملت خارج اختصاصها المعتاد ، وأنها كانت في حالة عدم العلم مثل الحكم أي مستهلك ، باعتبار ان عقد توريد المياه ليس له رابطة مباشرة مع نشاط الشركة وبناء على هذا الحكم تكون محكمة النقض تبنت فكرة الشخص المعنوي كمستهلك^(٤).

(١) آمانج رحيم احمد ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٢) آمانج رحيم احمد ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ، محمد الصيرفي ، الشراء الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ٣٦١ وما بعدها

(٣) كوثر سعيد عدنان خالد ، حماية المستهلك الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٧٩ .

(٤) Cass.civ, ٥ mars ٢٠٠٢, Dalloz .j.٢٠٠٢,n٢٥,p٢٠٥٢,Ndir.

مشار لهذا الحكم لدى : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

أما عن التشريعات العربية فلم تتعرض جميعها لمفهوم المستهلك الإلكتروني في قوانين التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك^(١).

ما يستدعي الأمر زيادة الحاجة إلى مزيد من الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني ، وهذا ما أكده البرلمان الأوروبي ، الذي دعا إلى هذه الحماية من خلال قراره الصادر في ٦ أبريل ٢٠١١ تحت عنوان " سوق واحد للشركات والنمو " حيث جاء في المادة (٢٠) من هذا القرار تحت عنوان " السوق الرقمي الموحد " تدعو المفوضية الأوروبية والدول الأعضاء إلى اتخاذ التدابير الملائمة لتعزيز ثقة قطاع الأعمال والمواطنين في مجال التجارة الإلكترونية ، من خلال ضمان مستوى عال لحماية المستهلك في هذا المجال^(٢).

فالشخص يكون مستهلكاً أياً كانت وسيلة التعاقد ، سواء كان التعاقد من خلال الانترنت أو من خلال الطريقة التقليدية ، ففي الحالتين يستحق الحماية القانونية المقررة قانوناً لكن الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني تكون حماية مكثفة مقارنة بالحماية المقررة للمستهلك التقليدي^(٣).

أما التعريفات الفقهية الواردة عن المستهلك الإلكتروني فقد عرف بأنه " هو المتعامل في نطاق التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، والذي يتلقى الاعلان عن السلعة ويقوم بشرائها "^(٤).

وعرفه آخر بأنه " هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتلقى السلع أو الخدمات من المهني لغير الاغراض التجارية ويستلمها مادياً أو حكماً سواء بمقابل أو بدون مقابل عبر شبكات الاتصال الإلكترونية "^(٥).

(١) فيما عدا المشرع التونسي في قانونه رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية ، حيث افرد الباب الخامس للمعاملات التجارية ، وشملت الفصول من (٢٥ - ٣٧) تتضمن حماية المستهلك الإلكتروني ، الا انه لم يعرف المستهلك الإلكتروني ، كذلك المشرع المصري عندما افرد الفصل السابع متضمن سبعة مواد من (١٥ - ٢١) الا انه لم يحدد مفهوم المستهلك الإلكتروني ، كذلك قانون المبادلات التجارية الإلكترونية الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ حيث افرد الباب الخامس للمعاملات التجارية الإلكترونية ، وشمل المواد من (٥٠ - ٦١) تتضمن حماية المستهلك الإلكتروني الا انه لم يعرف المستهلك الإلكتروني .

(٢) صفوان حمزة ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ .

(٣) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

(٤) عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٥) خالد ممدوح ابراهيم ، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ٢٦، ٢٧ .

وعرفه آخر بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد بوسيلة تقليدية أو الكترونية بشأن المنتجات التي تلزمه هو وذويه والتي لا ترتبط بمهنته أو حرفته "(١).

وعرفه آخر بأنه " من يتزود بسلع أو خدمات أيًا كانت وسيلة التعاقد لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية اذا لم تتعلق بأعمال مهنته سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً وسواء كان مهنيًا أو لا "(٢).

لذا نرى ضرورة التوسع في مفهوم المستهلك الالكتروني بحيث يعد مستهلكاً الكترونياً كل من يتعاقد على السلعة أو الخدمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو يتعاقد من أجل احتياجاته مهنته خارج نطاق تخصصه ، باستخدام الوسائط الالكترونية ، فالمهني أو التاجر اذا تعاقد بوصفه مشترياً بالطرق الالكترونية ، يتعرض لنفس المخاطر التي يتعرض لها المستهلك التقليدي - مخاطر الوفاء الالكتروني أو التأكد من شخصية المتعاقد أو ضعف المعرفة الالكترونية - حيث من السهل ان يكون ضحية لقرصنة التجارة الالكترونية مثله مثل أي مستهلك ، مما يستوجب اسباغة بالحماية القانونية .

وبناءً على ما تقدم يمكن لنا وضع تعريف للمستهلك الالكتروني بأنه " كل من يتعاقد من أجل اشباع حاجاته الشخصية أو العائلية خارج نشاطه المهني المباشر عبر أية قناة من قنوات الاتصال المختلفة ومنها الانترنت.

(١)كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

(٢)محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

الخاتمة

نخلص من دراستنا لمفهوم المستهلك والطرف المقابل له والمتمثل بالمهني الى مايلي

١- اختلفت التسميات التي أطلقت على لفظ المهني لدى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك ، فالقانون الاماراتي والعماني والتونسي والفلسطيني تسميه بالمزود ، أما القانون المصري والمغربي فيسميه بالمورد ، بينما كان القانون اللبناني يسميه المحترف ، كان القانون السوري قد سماه بالمنتج ، أما القانون الجزائري فقد سماه بالمتدخل ... غير اننا سوف نستعمل لفظ المهني للدالة على الطرف الثاني المقابل للمستهلك وذلك لشيوعه على المصطلحات الاخرة في الدراسات القانونية .

٢- تبين التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في استخدام المصطلح المقابل للمستهلك فالبعض منها يطلق عليه المورد والبعض الاخر يطلق عليه المزود ، بينما اطلاقه تشريعات اخراء مصطلح المحترف ، اطلاقه اخرى المتدخل .

٣- نوافق الاتجاه المؤيد لاعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكاً لكون المهني عندما يتعاقد في غير تخصصه يعد مستهلكاً ضعيفاً ، يحتاج إلى الحماية المقررة في قوانين الاستهلاك مثله مثل أي مستهلك آخر ، وذلك باعتبار عدم إلمامه بالأمور الفنية لموضوع المعاملة محل التعاقد ، ولا يجوز القول ان المهني نتيجة تفوقه الاقتصادي يستطيع أن يستعين بغيره من الخبراء ، لأنه قد يتوافر لدى المستهلك العادي قدر من الثراء يستطيع أن يستعين بخبير وكذلك أيضاً ، إذا كانت حماية المستهلك في مواجهة المهني المتخصص تقوم على أساس التفاوت المعرفي بين أطراف العلاقة العقدية بين طرفين ، فإن مد هذه الحماية إلى المستهلك المهني الذي يتعاقد في غير تخصصه تكون من باب أولى ، فعندما يتعاقد المهني خارج مجال تخصصه ولو

كان ذلك لإشباع حاجاته المهنية أو الحرفية فإنه يكون أهلاً للتمتع بالحماية القانونية المقررة للمستهلك البسيط وذلك لأنه يوجد في نفس الظروف التي يتواجد فيها كل منهما .

المراجع

اولاً :- القران الكريم

ثانياً :- مصادر اللغة

١ - محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الأولى ، ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٧٩ .

٢ - ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، ج ١٠ بيروت ، لبنان ، دار صادر للطباعة والنشر، سنة ١٩٥٦ .

٣ - مجد الدين الفيروآ زبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان ، سنة ١٩٨٧ .

ثالثاً :- المصادر العامة

١) أحمد ابراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، سنة ١٩٩٩ .

٢) أسعد دياب ، ضمان العيوب الخفية ، سنة ١٩٨١ .

٣) رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات التكميلي ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، مصر، سنة ١٩٦٨

٤) مصطفى كامل كيره ، التطور التاريخي للجرائم الاقتصادية ، مجلة القضاة ، العدد السابع ، يونيو، سنة ١٩٧٢ .

رابعاً :- المصادر المتخصصة

- ١- أحمد عبد العال أبو قرين ، نحو قانون لحماية المستهلك ، مركز البحوث ، كلية العلوم الادارية ، جامعة الملك سعود ، سنة ١٩٩٣ .
- ٢- أحمد محمد خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، سنة ٢٠٠٥ .
- ٣- أحمد محمد خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٨ .
- ٤- أحمد محمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤ .
- ٥- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٥ .
- ٦- حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك / الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٦ .
- ٧- حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧ .
- ٨- جمال زكي الجريلي. البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، ٢٠٠٨.
- ٩- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، سنة ٢٠٠٢ .
- ١٠- خالد موسى توني ، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، سنة ٢٠٠٧ .

- ١١- خالد ممدوح ابراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، الدار الجامعية - الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٨ .
- ١٢- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية ، دراسة مقارنة ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٧ .
- ١٣- راضي عبد المعطي علي السيد ، نحو نظرية عامة في القانون الإداري لحماية المستهلك ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، سنة ٢٠٠٣ .
- ١٣- رمضان علي السيد الشرنياصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤ .
- ١٤- رمزي فريد محمد مبروك ، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، سنة ٢٠٠٢ .
- ١٥- سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، سنة ٢٠٠٨ .
- ١٦- سليمان الطماوي ، القانون الإداري ، بدون دار نشر، سنة ١٩٨٤ .
- ١٧- صفوان حمزة إبراهيم عيسي ، الاحكام القانونية للتجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠١٣ .
- ١٨- طرح البحور علي حسن ، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٧ .
- ١٩- عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة ٢٠٠٨ .

- ٢٠- السيد خليل هيكل ، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك ، سنة ١٩٨٩ .
- ٢١- السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٨٦ .
- ٢٢- كوثر سعيد عدنان خالد ، حماية المستهلك الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة ٢٠١٢ .
- ٢٣- محمد الحسني ، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، سنة ٢٠١٣ .
- ٢٤- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، سنة ٢٠٠٦ .
- ٢٥- محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥ .
- ٢٦- محمد حسين عبد العال ، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، سنة ٢٠٠٧ .
- ٢٧- محمد عبد الشافي إسماعيل ، الإعلانات التجارية الخادعة ومدي الحماية التي يكفلها المشرع الجنائي ، سنة ١٩٩٩ .
- ٢٨- محمد الصيرفي ، الشراء الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٨ .
- ٢٩- محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
- ٣٠- مرفت عبد المنعم صادق ، الحماية الجنائية للمستهلك ، بدون دار نشر، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ .

٣١- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، سنة ٢٠١١ .

خامساً :- الرسائل والاطاريح

١- اسلام هاشم عبد المقصود سعد ، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقہ الاسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، سنة ٢٠١١ .

٢- أمانج رحيم احمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة السليمانية ، العراق ، ٢٠٠٨ .

٣- جاسم ناصر عبد العزيز المليغي ، الحماية الجنائية للمستهلك ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، مصر ، سنة ٢٠١١ .

٤- عزت عبد المحسن إبراهيم سلامة ، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠١٣ .

٥- عمرو درويش سيد العربي ، الحماية الجنائية للمستهلك من غش الأغذية ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ .

٦- راضي عبد المعطي على السيد، نحو نظرية عامة في القانون الإداري لحماية المستهلك، رسالة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٣ .

٧- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٨ .

٨- نجاح ميدني ، آليات حماية المستهلك في الاقتصاد الإسلامي ، رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر- باتنة ، سنة ٢٠٠٨ .

٩- نصيف محمد حسين ، النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك ، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة ، كلية الدراسات العليا ، أكاديمية الشرطة ، مصر، سنة ١٩٩٧ .

سادساً :- الابحاث

١- بخته موالك ، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، ج ٣٧ ، رقم ٠٢ ، ١٩٩٩ .

٢- بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن ، مراكش ، المغرب ، عدد ٣٧ ، سنة ٢٠٠٠ .

٣- حسن عبد الباسط جميعي ، مفاهيم حماية المستهلك في مصر والعالم ، بحث منشور ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، بدون سنة نشر .

٤- جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها علي النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، ١٩٨٩ .

٥- رزين بن محمد الرزين ، ورقة عمل مقدمة في ندوة حماية المستهلك ومكافحة الغش التجاري في الدول العربية ، المنعقدة في شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية ، في يناير ٢٠٠٨ .

- ٦- زيد بن محمد الرماني ، المستهلك وهدفه في الإسلام ، انظر موقع الدكتور الرماني على الانترنت وفق الرابط التالي
www.alukah.net/Web/rommany/10269/
- ٧- يوسف الزوجال ، مفهوم المستهلك في التشريع والفقه والقضاء المغربي والمقارن ،
 مجلة الفقه والقانون على الموقع الإلكتروني www.majalah.new.ma
- ٨- فتحي عبد الرحيم عبد الله، نظام التعويض عن الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ١٩٩٩.
- ٩- فتحية محمد قوراري ، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المستغلة، دراسة في القانون الإماراتي المقارن، مجلة الحقوق ، ٢٠٠٩.
- ١٠- سابقاً :- القوانين والتشريعات
- ١- قانون اتحادي رقم (٢٤ لسنة ٢٠٠٦) في شأن حماية المستهلك الاماراتي .
- ٢- قانون حماية المستهلك التونسي رقم (١١٧ لسنة ١٩٩٢) .
- ٣- قانون حماية المستهلك السوري رقم (٢ لسنة ٢٠٠٨) .
- ٤- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١ لسنة ٢٠١٠) .
- ٥- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (٢١ لسنة ٢٠٠٥) .
- ٦- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (٦٥٩ لسنة ٢٠٠٥) .
- ٧- قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم (٠٩ - ٠٣ لسنة ٢٠٠٩) .

- ٨- قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧ لسنة ٢٠٠٦) .
- ٩- قانون تحديد تدابير حماية المستهلك المغربي (٣١.٠٨ لسنة ٢٠١١) .
- ١٠- قانون سلطنة عمان بشأن حماية المستهلك رقم (٨١ لسنة ٢٠٠٢) .
- ١١- قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم (٨٣ لسنة ٢٠٠٠) .
- ١٢- مشروع قانون المبادلات التجارية الالكترونية الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ .

ثامناً :- المصادر الاجنبية

- ١- Voir Jans Calait-Auloy, Frank Seinmetz, Droit de la édition, consommation,^{٥٤}
٢٠٠٠, Dalloz, paris
- ٢- M. Kahloula et G Mekamcha, la protection du consommateur en droit
algérien, IDARA revue de L'ENA, volume ٥, N° ٢, ١٩٩٥ .
- ٣- Myriam Jezequel; Historique de la loi sur la protection du consommateur,
journal le Barreau du quebec, volume ٣٥; numéro ٢١, ١٥
décembre ٢٠٠٣

التكريس القضائي لبدأ

تدرج القواعد القانونية

”دراسة مقارنة“

أعزاد

الصالح بوخرارة

أستاذ محاضر قسم "أ" بجامعة

ابن خلدون تيارت

مبطوش الحاج

أستاذ محاضر قسم "أ" بجامعة

ابن خلدون تيارت

مقدمة :

بعد أن تقرر في نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري أن القواعد القانونية في الدولة متدرجة من حيث قوتها الإلزامية، فتسمو القواعد الدستورية وما يلحق بها من مبادئ عامة للقانون على كل القواعد القانونية الأخرى، وتسمو الاتفاقيات على غيرها من القواعد القانونية ماعدا الدستور، وتسمو القواعد التشريعية على اللوائح، ثم تأتي القواعد العرفية، وبعدها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن ذلك سيكون بلا معنى إذا لم يتم تكريسه عن طريق القضاء، باعتباره سلطة مستقلة أوكل لها الدستور - وهو القانون الأساسي في الدولة - مراقبة تطبيق القواعد القانونية أيا كان مصدرها، وبالتالي حماية الشرعية من أي خروج عليها أو مجاوزة لحدودها.

ولذلك فيجب على القضاء تكريس مبدأ التدرج القانوني بأن يبسط رقابته على خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى أي أن يبسط رقابته على دستورية القوانين أي سمو القواعد الدستورية (المبحث الأول) و كذلك على تدرج القواعد القانونية الأخرى فيبسط رقابته على اتفاقية القوانين ومشروعية اللوائح (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سمو القواعد الدستورية

يتولد عن تدرج القواعد القانونية ما يعرف بمبدأ دستورية القوانين وشرعية اللوائح، وعدم دستورية القوانين واللوائح يعني ورودها على خلاف قواعد الدستور، هذه المخالفة التي قد تكون مخالفة من حيث الشكل أو من حيث المضمون، ولقد ثار خلاف تقليدي في الفقه والقضاء حول مدى حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين^(١)، وتعدى هذا الخلاف إلى موقف المشرع في مختلف الدول، ففي حين يجعل البعض رقابة القضاء على دستورية القوانين أمرا مسلما به، يقف البعض الآخر على النقيض من ذلك، ولكل وجهة نظره وحججه التي تدعم موقفه، وتدور تلك الحجج حول محور أساسي هو الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات، وعلى الرغم من أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن قد سلم بحق القضاء في الرقابة الدستورية، فإن الرأي ليس واحدا في هذه المسألة بالنسبة للقضاء الجزائري، فهناك من يعارضها وهناك من يؤيدها، كما أنه وإن اعترفنا بحق القضاء في هذه الرقابة، فإن الخلاف سيثور مجددا حول السلطة التي يملكها اتجاه القانون الذي اكتشف عدم دستوريته، وماذا يترتب على الحكم الصادر في ذلك، كل

^١ - عصام عفيفي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ٢٠٠٤، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص ٦١ وما بعدها.

تلك المسائل تفرض التعرض إلى تقرير مدى اختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين (المطلب الأول) و تحديد السلطات التي يملكها القاضي في هذا الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية أو التنفيذية، وذلك إذا لم تخضع أعمالها للرقابة على دستورية القوانين واللوائح^(١)، ولا شك أن الرقابة القضائية هي الرقابة الفاعلة باعتبار وظيفة القضاء الطبيعية في حماية الحقوق والحريات وحراسة الشرعية في الدولة، ولكن بسط القضاء رقابته على دستورية القوانين تقف أمامها عقبات أهمها ما يثيره المعترضون من أن اختصاص القضاء بهذه الرقابة يعد خروجاً عن مهمته في تطبيق القانون، وخرقاً بالتالي لمبدأ الفصل بين السلطات، خصوصاً وأن الدستور أوكل اختصاص رقابة الدستورية للمجلس الدستوري، فكل ذلك مانعاً من هذه الرقابة القضائية، ولكن ألا تعد القواعد الدستورية قواعد قانونية فتندرج ضمن القواعد التي يطالب القاضي بتطبيقها؟ وإذا وقع التعارض بينها وبين القواعد القانونية الأخرى فكيف يتصرف القاضي مع هذا التعارض؟ وماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية قانون معين؟ هل يحيل الدفع للمجلس الدستوري؟ أليس هذا الحل ممنوعاً عليه؟ فما الحل أمام التزامه بالرد على الدفع؟ ثم هل حقاً مبدأ الفصل بين السلطات يعد عائقاً أمام بسط القاضي لرقابته على دستورية القوانين؟

إن سلطة القضاء في رقابة دستورية القوانين يستمدّها من التزامه بتطبيق القانون (الفرع الأول) والتزامه باحترام حقوق الدفاع وبالتالي إلزامية الرد على الدفع (الفرع الثاني) ويتدعم هذا بالنظر للمدلول الحقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات والذي سيقود للنتيجة السابقة وليس العكس (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التزام القاضي بتطبيق القانون

الاتفاق حاصل على كون وظيفة القاضي هي تطبيق القانون للفصل في النزاعات المعروضة عليه، ولا شك أن القانون المقصود هو القانون بمعناه الواسع، فيندرج ضمنه كل القواعد القانونية المكتوبة منها وغير المكتوبة، والمادة الأولى من القانون المدني تؤكد ذلك، فتندرج القواعد الدستورية ضمن مضمون القانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه^(٢)، وهذا الأمر لا إشكال فيه إذ يعد

^١ - ديندار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين، Dasin ORG، جريدة الكترونية عامة، www.google.fr، و سامي جبال الدين - تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٦١ وما بعدها.

^٢ - سامي جبال الدين، المرجع السابق، ص ١٨٤.

سليما من الناحية النظرية ويسلم به الفقه والقضاء، ولكن المسألة تصبح محل نظر عند التعارض بين نص دستوري ونص تشريعي، فهنا كيف يتصرف القاضي؟ هل سيطبق النص التشريعي تماشيا مع الرأي القائل بامتناع القاضي عن التعرض لمسألة صحة القانون من الناحية الموضوعية، وإن جاز له فحصه من الناحية الإجرائية؟ أم أن القاضي سوف يوازن بين النصين فإذا وجد التعارض ثابتا بينهما أعمل مبدأ التدرج الذي يفرض إهمال النص الأدنى والفصل في النزاع طبقا للنص الأعلى؟

إن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن يرى أن القضاء عليه أن يقوم بالرقابة على دستورية القوانين، إذ يعد ذلك من صميم عمله القضائي فيكون ذلك التزاما وجوبيا لا جوازيا، لأن مهمته تشمل أية ناحية تتعلق بتطبيق القوانين ومراعاة ترتيبها، فالمهمة الأساسية للقاضي تقوم على تطبيق القانون فيلتزم أولا بتعيين القاعدة التي يجب مراعاتها، وتغدو مهمته التي لا يستطيع التهرب منها منصبة على حل المتناقضات التي يمكن أن تنثور أمامه بين القواعد القانونية، وهذا في الواقع ما يعمل به بصورة مستمرة إذ أنه يفصل في النزاع بين القانون القديم والقانون الجديد، وبين القانون العام والقانون الخاص، وبين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وعلى ذلك فالتزام القاضي بتطبيق القانون يندرج ضمنه التزامه بإزالة التعارض بين القوانين بتغليب القانون الأعلى واستبعاد القانون الأدنى، وبالتالي فإذا كان التعارض بين الدستور والقانون فإنه يستبعد القانون لصالح الدستور، وهو في أدائه هذا الدور لم يخرج عن دوره في تطبيق القانون لاندراج أحكام الدستور ضمن مفهوم القانون الذي يخاطب القاضي بتطبيقه^(١)، وفي نفس الإطار يرى بعض الفقه أن القانون المخالف للدستور لا يعد موجود أصلا^(٢) فلا يقع على القضاة عبء تطبيقه مادام مخالفا للدستور أي منعدها، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون طالما صدر وفقا للقواعد الدستورية، فإذا جاء خرقا لها فإنه يعد غير نافذ ولا يلتزم القاضي بتطبيقه، لأن واضعه خرج عن الشرعية الدستورية للقانون، وهذا هو مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو الدستور.

وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية^(٣): "إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات بغية الحفاظ على مبادئه (الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها" وتؤكد ذات المحكمة حتمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين بقولها: "إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ

^١ - خليل جريج - الرقابة القضائية على أعمال التشريع - معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٧١، المرجع السابق، ص ١٨٦.

^٢ - خليل جريج، نفسه، ص ١٨٧.

^٣ - المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في ١٩٨٥/٠٥/٠٤ نقلا عن ساي جبال الدين، مرجع سابق، ص ١٦٤.

الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضروري مثله لأن الإخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية وهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود وغني عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر التضيق على دعوى الإلغاء سوف يؤدي حتما إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار^(١) وبالتالي فطاعة القانون لا تمنع من رقابة مطابقته للدستور. وفي حكم "مارشال"^(٢) الذي يربط الفقه بينه وبين نشأة مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي صدر عام ١٨٠٣ جاء فيه: "من واجب الهيئة القضائية أن تفسر القانون وتطبقه وعندما يتعارض نص تشريعي أو قانون مع الدستور فإن السمو والبقاء يكون للدستور" وهو ما تم تكريسه لاحقا في قضاء عديد الدول، ومنها القضاء الروماني حيث أصدرت المحكمة العليا الرومانية حكما سنة ١٩١٢^(٣) جاء فيه: "حيث انه في حالة التعارض يكون من حق القاضي التثبت من دستورية القانون العادي فإذا اتضح له مخالفته للدستور وجب عليه تفضيل النصوص الدستورية، ولا يمكن القول أن القاضي في هذه الحالة قد خرج عن اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية، بل بالعكس إن القاضي بعمله هذا إنما يقوم بوظيفته القانونية وهي معرفته أي قانون يجب تطبيقه في النزاع المعروض عليه" وعلى ذلك فالسلطة الدستورية المقررة للمحاكم في تفسير وتطبيق القوانين، تفترض المفاضلة بين القوانين المطلوب تطبيقها على النزاع، بحيث ترجح القانون الأعلى مرتبة وتهمل القانون الأدنى، ومن ثم إذا ما تعارض حكم القانون مع الدستور وجب إعلاء الأخير وإهمال الأول، ذلك أن السيادة دائما يجب أن تكون للدستور.

ومعنى هذا جميعه أن عمل القضاء ونشاطه من اجل تطبيق القانون يجب أن يتم في إطار اعتبار القواعد الدستورية مصدرا للمشروعية العليا في الدولة، فتقف على قمة درجات أو طبقات النظام القانوني، وعلى ذلك فإن القاضي باعتباره السلطة المنوط بها تفسير القانون وتطبيقه، عليه إذا ما عرض له عارض أي إذا ما اكتشف تعارضا بين التشريع الذي يهم بتطبيقه وبين الدستور أن يتصدى لهذا العارض ويسعى إلى إزالته ليمهد السبيل إلى التطبيق الصحيح للقانون.

الفرع الثاني: التزام القاضي باحترام حقوق الدفاع

^١ - المحكمة الدستورية العليا، حكم في ١٩٧٦/٠٤/٠٣، في الدعوى رقم ١١، السنة ٠٥ القضائية نقلا عن ساي جبال الدين، المرجع السابق، ص ١٦٤.

^٢ - المحكمة الاتحادية العليا حكم سنة ١٨٠٣، قضية ماربوري ضد ماديسون نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٧.

^٣ - المحكمة العليا الرومانية، حكم سنة ١٩١٢، نقلا عن خليل جريج، نفسه، ص ١٧٩.

يعتبر مبدأ احترام حقوق الدفاع^(١) أحد الدعائم الإجرائية الأساسية في كل الأنظمة الإجرائية، ولهذا تتشدد المحاكم العليا في مختلف الدول في الرقابة على الأحكام التي تتجاهل حق الدفاع باعتبار ذلك مسألة قانون تخضع لاختصاصها، واستنادا لحق الدفاع فإن القاضي يلتزم بالرد على الدفوع المبدأة أمامه سواء منها المدنية أو الإدارية أو الجزائية طالما كانت جدية، وهذا تحت طائلة عدم التسبب الذي يجعل حكمه عرضة للنقض والإبطال من الجهات القضائية العليا، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ٢١/٠٥/١٩٨٤^(٢) الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يستجيب في تسببه إلى طلبات أو دفوع أحد أطراف الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوبا بانعدام التسبب" وكذلك القرار المؤرخ في ٢٦/١١/١٩٨٤^(٣) الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن كل قرار يجب أن يتضمن الإجابة على كافة الطلبات والدفوع المقدمة من أطراف الدعوى دون تفرقة أو تمييز بالأوجه المستظهر بها لتأييد طلب أو دفع والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يجعله مشوبا بعدم التسبب"

ومن الدفوع التي قد تثار أمام القاضي الدفع بعد دستورية القانون المراد تطبيقه في النزاع فكيف يتصرف القاضي؟

تقرض القوانين الإجرائية سواء منها المدنية أو الجزائية على القاضي الرد على الدفوع ومناقشتها، إذ يستشف من المادة ٣٣٠ و ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية، أن الجهة القضائية ملزمة بالاستماع للدفوع المقدمة إليها ومناقشتها وتدوينها في حكمها والرد عليها تحت طائلة عدم التسبب، ولا شك أن القاضي سيجد نفسه أمام موقفين قد يتخذهما أمام الدفوع الجدية، فهو إما يجيب على هذه الدفوع ولو كان غير مختص بها طبقا لقاعدة (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) أو (قاضي الدعوى هو قاضي الدفع) وهو مقتضى المادة ٣٣٠ من قانون الإجراءات الجزائية، أو أنه يوقف الفصل في الدعوى، ويحيل الأطراف للجهة القضائية المختصة لتفصل في هذا الدفع طالما وجد مانعا من الفصل فيه من طرفه، وهو ما تقرره المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية، فأبي الموقفين يسلكه القاضي بالنسبة للدفع بعدم دستورية القوانين ؟

الأصل أن يتحدد اختصاص المحكمة بطلب المدعي الأصلي وبالخصومة الناشئة عنه، إلا أن اختصاص المحكمة يمتد كثيرا إلى مسائل أخرى، إذ قد تنفرع الخصومة بما يثار فيها من مسائل، والتي منها المسائل الفرعية أو الطارئة التي تثور أثناء نظر الدعوى وتختص بها المحكمة بما لها ولاية ممتدة أو تكميلية لولايتها الأصلية بنظر الطلب الأصلي، وهناك أيضا

^١ - هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٨٧ وما بعدها.

^٢ - المحكمة العليا، ملف ٣١٢٩٠، قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢١ قضية أرملة ع ضد ب ج، المجلة القضائية، عدد ٠١/١٩٩٠، ص ١٥٤، وكذلك الملف ٣١٤٦٩،

قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢١ قضية شركة س ممثلة بمديرها ضد ب ج ع، المجلة القضائية نفس العدد، ص ١٥٧ .

^٣ - المحكمة العليا، ملف رقم ٣٥٧٨٠، قرار بتاريخ ١٩٨٤/١١/٢٦، قضية ن ه م و ز م ضد س ب، المجلة القضائية، العدد ٠١/١٩٩٠، ص ١٧٢.

الدفع التي تثار أثناء سير الخصومة، وتختص بها أيضا المحكمة التي تنتظر الطلب الأصلي على أساس تمتعها بولاية تكميلية وأن من اختص بالأصل له أن ينظر الفرع المتولد عنه، ولكن امتداد اختصاص محكمة الأصل لتلك المسائل الفرعية أو الدفع إنما يكون في حدود معينة، إذا أن قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع تمنح للمحكمة سلطة الفصل في الدفع المبداء أمامها ما لم ينتج عن الدفع مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمة، فهنا لا تنتظرها محكمة الدعوى الأصلية، والمسألة الأولية هي مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها، والأصل أن قاضي الدعوى الأصلية لا يفصل فيها رغم تلازمها مع الطلب الأصلي لكونها لا تدخل في اختصاصه، ومن المسائل التي يعتبرها الفقه أولية (مسألة دستورية القوانين) فإذا كانت إحدى المحاكم تنتظر نزاعاً وستطبق نصاً معيناً على هذا النزاع ووجد أحد الخصوم أن هذا النص غير دستوري فله أن يثير مسألة عدم الدستورية، ناهيك عن أنه لو اعتبرناها من النظام العام فسيثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وهنا تتوقف المحكمة عن الفصل في النزاع إلى أن تحسم مسألة دستورية هذا النص^(١)، هذا بالنسبة للدول التي تقسح المجال لإحالة تلك المسألة لمحكمة دستورية متخصصة كمصر وسوريا، أما في الجزائر فلا توجد محكمة دستورية بل مجلس دستوري ولا يملك القضاء أو الأفراد حق إخطاره، فماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية القانون ؟

إنه نظراً لغياب محكمة مختصة بالفصل في دستورية القوانين فقد اختلف الفقه حول مدى سلطة القاضي تجاه القوانين المخالفة للدستور، فهناك من ذهب إلى أن القاضي يجب عليه أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، وهناك من ذهب إلى عكس ذلك نظراً لالتزام القاضي بتطبيق القانون دون مراقبة مطابقتها للدستور، وعلى ذلك فالمسألة تحتاج إلى وقفة تحليلية عميقة .

إن الاتفاق حاصل لدى الفقه والقضاء على أن القاضي عندما يخول النظر في نزاع معين ملزم - مالم يمنع بنص صريح - بالفصل في جميع المسائل المادية والقانونية التي يعتبر حلها ضرورياً لإصدار الحكم في النزاع^(٢)، وهذا مقتضى مبدأ (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) فعند ما يدلي بقبوله سبب يتعلق بعدم دستورية قانون ما عن طريق الدفع يكون الحكم بالضرورة عكس الإدلاء به بطريق الدعوى، فيحتاج القاضي لقبول الدعوى نصاً يخوله الاختصاص بالفصل فيها، أما الدفع فإنه يكون دائماً مقبولا أمام القاضي، إذ الفصل في الدفع هو اختصاص يتقرر بحكم اختصاصه بالدعوى لا بنص خاص في القانون، وطالما لم يوجد نص قانوني في الجزائر يمنع القاضي من الرد على الدفع بعدم الدستورية، فإن معنى ذلك هو إلزامية قيام القاضي بمناقشة هذا الدفع والرد عليه إيجاباً أو سلباً^(٣). وهذه المسألة من المفروض أن لا تنثير إشكالا في الجزائر

^١ - أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، البار الجامعية، بيروت، ط ١٩٨٩، ص ١٣٨.

^٢ - خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٩٤.

^٣ - محمد رأس العين - الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام ٢٣ / ٢٤ / ٢٥ فبراير ١٩٩١ - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية ١٩٩٣ - ص ١٦٥ إلى ١٧١، ص ١٦٥.

لكون الدستور الجزائري لم يوجد محكمة دستورية خاصة، ولا فتح المجال لإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري من طرف القضاء أو الأفراد، إضافة إلى أن الدستور لم يمنع صراحة أو ضمنا الدفع بمخالفة القانون للدستور، ولا منع القاضي من الفصل فيه، ولهذا يكون الدفع مقبولا، والقاضي عند ما يأخذ بالدفع لا يساق إلى إبطال القانون بل يقف بوجه تطبيقه على النزاع المطروح عليه، ومن ثمة فطالما لم ينشئ المشرع الدستوري هيئة قضائية خاصة بالرقابة على دستورية القوانين، ولم يفتح المجال لوقف الدعوى وإحالة الأطراف إلى المجلس الدستوري، فإنه لا يسوغ للقاضي الجزائري إلا حلا واحدا وهو أن يفصل في هذا الدفع، لا بأن يحكم بعدم اختصاصه بل بأن يبسط رقابته على دستورية القانون المطعون فيه، وإلا كان حكمه معيبا في تسببه^(١).

على أن أشد ما في الأمر أن القاضي لا يستطيع جهره التهرب من أداء مهمته وإن كان يستطيع أن يخونها، فمادام الدستور لا يتضمن نصا يحظر بحث الدفع بعدم دستورية القانون وقد عمد القاضي إلى رده بصورة مستمرة، فتكون النتيجة مهما أراد الدفاع عن خطته امتناعا عن تطبيق أحكام الدستور وتفضيل القانون العادي المتعارض معه، فيكون في الواقع قد فصل في التنازع بين القواعد القانونية المعروضة عليه ولكنه أخطأ في قضائه، إذ أنه ضحى بالقاعدة العليا أي الدستور بعدم مراعاتها، واعتمد القاعدة الدنيا أي القانون العادي^(٢).

ومفاد ذلك أن القاضي الجزائري يجد نفسه بين أمرين لا يمكنه تجنبهما فإما أن ينظر إلى دستور بلاده بصورة جدية واضعا أحكامه في المرتبة العليا من القواعد القانونية، بحيث تتغلب على أية قاعدة أخرى ويقبل حينئذ الدفع بعدم دستورية القانون، وإما أن يرفض الدفع بعدم دستورية القانون، وفي هذه الحالة ينكر في الواقع كل قوة قانونية لأحكام الدستور، ويعكس بالتالي الترتيب الطبيعي للقواعد القانونية. وبصلح في هذا الإطار الاستدلال بما جاء في إحدى أحكام المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم ٣ / ٣٦^(٣) إذ جاء: "إن المشرع وإن نزع من المحكمة العليا اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين... إلا أنه لم يمنع القاضي من النظر في الدفع بعدم صحة التشريع المعين في الدعوى الماثلة أمامه إذا تعارض مع تشريع آخر انطلاقا من وظيفته الأصلية في تفسير القانون وليس له في هذه الحالة أن يوقف النظر في الدعوى انتظارا لتشريع ثالث يزيل التعارض بينهما لأن وقف الدعوى في مثل هذه الحالة يعد امتناعا عن الفصل فيها وهو ما يحرمه المشرع على القاضي".

^١ محمد رأس العين، المرجع السابق، ص ١٦٦.

^٢ خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٥-١٧٦.

^٣ فتحي منصور عبد الصمد الفيتوري، مدى اختصاص المحكمة العليا بالرقابة الدستورية في ضوء أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٤٢٣، www.almiezon.Net، ص ٤.

ويلاحظ أن حق الدفع بعد دستورية القوانين أمر يكاد أن يكون مقررا في الدولة القانونية، وأن القضاء في عديد الدول اعتمد هذا المبدأ وكرس حق القضاء في الفصل فيه، باستثناء القضاء الفرنسي الذي مازال مصرا على التمسك برأيه المتمثل في انه: "لا يجوز له النظر في الدفع الفرعي الخاص بعدم دستورية القانون" ولقد أنحى الفقه الفرنسي في شبه إجماع باللائمة على موقف القضاء الفرنسي ونادى بضرورة تقرير رقابة القضاء لدستورية القوانين بطريق الدفع .

وعلى خلاف القضاء الفرنسي أبدى القضاء المصري شجاعة نادرة في التمسك باختصاصه برقابة الدستورية عن طريق الدفع رغم عدم وجود نص يسمح له بذلك، بل ورغم وجود المحكمة الدستورية العليا، فالرقابة الدستورية عن طريق الدفع هي رقابة عامة يختص بها أي قاضي تم الدفع بعدم الدستورية أمامه ودون حاجة إلى نص يسمح للقاضي بذلك، وهو ما جاء في الحكم الصادر عن محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٤٦/٠٥/١^(١) إذ جاء فيه بأن: "للمحاكم جميعها حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح" وهو الحكم الذي ألغته محكمة الاستئناف^(٢)، لكن القضاء المصري بنوعه - العادي والإداري - ظل مصرا على انتزاع هذه الولاية، لأنه لا يجوز وفقا لمبدأ تدرج القوانين وعند تعارض قانون عادي مع الدستور إلا تغليب هذا الأخير والامتناع عن تطبيق القانون العادي، إذ قرر مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٠٢/١٠^(٣): "انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع" وبالنسبة للقضاء الجزائري فيحسن به تقرير حقه بالفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين إذ لا يوجد نص دستوري أو تشريع يمنعه عن ذلك .

الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات يؤكد حق القضاء في الرقابة الدستورية

السمو الدستوري وما يترتب عليه من بطلان القوانين المخالفة له، ورغم الأسانيد السالفة الذكر التي تؤسس بما لا يدع مجالا لشك حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، فإن المعترضين يقفون في وجه هذا الرأي بالاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فبحسبانهم إن قيام القاضي برقابة الدستورية يعد تدخلا في اختصاص السلطة التشريعية من جهة، وتعدي على اختصاص المجلس الدستوري باعتباره مكلفا برقابة الدستورية من جهة أخرى، وهذا الطرح مردود عليه، إذ الفهم الصحيح لمدلول مبدأ الفصل بين السلطات سوف يقود إلى عكس تلك النتيجة، فلا تعد رقابة

^١ محكمة مصر الابتدائية، حكم صادر بتاريخ ١٩٤٦/٠٥/٠١، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير المرجع السابق، ص ٦٠.

^٢ محكمة الاستئناف، حكم بتاريخ ١٩٤٣/٠٥/٣٠ وأكثرت فيه حق المحاكم في فحص رقابة دستورية القوانين، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير، المرجع نفسه ص ٦١.

^٣ محكمة القضاء الإداري، حكم بتاريخ ١٩٤٨/٠٢/١٠ القضية رقم ٩٦ لسنة ٠١ ق، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، السنة الثانية، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير، نفسه، ص ٦١.

القضاء للدستورية تدخلا في التشريع (أولا) ورقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء (ثانيا) .

أولا: رقابة القضاء لا تعد تدخلا في التشريع: بالنظر إلى الجدل الدائر بين أنصار الرقابة القضائية ومعارضيه حول علاقة مبدأ الفصل بين السلطات بمسألة رقابة القضاء على الدستورية، فإنه يتوجب تحديد مدلول هذا المبدأ في الدستور الجزائري. لقد ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات^(١) بالفقيه "مونتسكيو" الذي صاغه صياغة متميزة في كتابه "روح القوانين" وحسب رأيه فإن الأخذ بهذا المبدأ يضمن ممارسة واحترام الحقوق والحريات الفردية لكونه يقتضي توزيع وظائف الدولة الثالث (التشريع والتنفيذ والقضاء) على هيئات ثلاث تسمى سلطات، فتباشر السلطة التشريعية التشريع، وتباشر السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القانون، وتقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون على كل ما يطرح أمامها من منازعات، وهذا المبدأ يمثل إحدى ضمانات دولة القانون، ذلك أنه يعد وسيلة فعالة لمنع الاستبداد وصيانة الحريات وتحقيق شرعية الدولة، لأنه يوجد رقابة متبادلة بين السلطات، مما يكفل احترام القانون من طرفها جميعا، وعلى ذلك فمبدأ الفصل لا ينافي مبدأ الرقابة المتبادلة بين سلطات الدولة^(٢)، بل على العكس من ذلك يعد ذلك المبدأ إحدى مضامينه وأهدافه الأساسية، إذ لا معنى للفصل إذا لم يفتح المجال للرقابة المتبادلة بما يكفل خضوع الدولة للقانون بكامل سلطاتها وأجهزتها، فهذا المبدأ يشير إلى نوع من التخصص في الوظيفة في ما بين السلطات، بحيث لا يباح كأصل عام لأي سلطة منها أن تعتدي عن الوظيفة التي تختص بها سلطة أخرى، ومع هذا التخصص الوظيفي يوجد نوع من التعاون والرقابة المتبادلة، لأن ذلك لا يتنافى مع استقلال كل منها، وليس له أدنى مساس بالتخصص الوظيفي، فالرقابة المتبادلة لا تعد خرقا لمبدأ الفصل بل تعد إحدى مقتضياته، لأنها تؤدي إلى ضمان اعتدال السلطات وتكفل حماية حقوق وحريات الأفراد، وبذلك يكون هذا المبدأ يعني تخصص وظيفي من جهة، ورقابة متبادلة من جهة أخرى، وقد تضمن الدستور الجزائري الأمرين معا فمع اعترافه بوجود السلطات الثلاث وتخصص كل سلطة بوظيفة تخصها، فإنه تضمن وجوها للرقابة المتبادلة بين تلك السلطات، إذ تملك السلطة التنفيذية حق الاعتراض على القوانين وإرجاعها لإجراء مداولة ثانية، وحق إخطار المجلس الدستوري، بل وتملك حق حل البرلمان، ومقابل ذلك تملك السلطة التشريعية حق مراقبة الحكومة عن طريق الأسئلة والاستجواب وسحب الثقة وغيرها من الوسائل في مواجهة الحكومة، لكن أجل أنواع الرقابة وأبعدها أثرا في علاقة السلطات بعضها ببعض تلك الرقابة المعروفة باسم الرقابة على دستورية

^١ -أنظر: سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٨، ص ٣٥ وما بعدها، و حاد محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، توزيع دار الكتاب الحديث، ص ٤٣٩ وما بعدها، و سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، ص ١٩٨ وما بعدها.

^٢ -سعيد بوالشعير، نفسه، ص ٣٦، و إبراهيم عبد العزيز شيجا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني، دار الجامعة، ص ٢٣٧ وما بعدها..

القوانين والرقابة على مشروعية اللوائح الممنوحين للقضاء، ورغم الاعتراف الكامل بالثانية فلا تزال الرقابة الدستورية محل جدل في مختلف الدول^(١)، وبالنسبة للدستور الجزائري فإنه لم يواجه مشكلة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نصوصه لا بالمنع ولا بالإجازة فما هو الحل ؟

إن مبدأ تدرج القواعد القانونية يقتضي تفاوتاً في القوة بحيث يتحتم تقيد كل قاعدة دنياً بالقاعدة التي تسمو عليها في مدارج السلم القانوني، وينبغي على ذلك لزوماً تقيد القانون بالقواعد الدستورية، ولذلك يكون من الضروري والطبيعي خلق آليات لرقابة الدستورية، ونظراً لمقابلة هذا الأمر بأمر آخر يتعلق بضرورة سيادة البرلمان في المجال التشريعي، فإن الرأي اتجه في الكثير من الدول إلى تنظيم الرقابة في حدود معقولة، توفق بين مبدأ إجراءها وبين عدم إقحام القاضي في صميم عمل السلطة التشريعية، وفي نطاق هذه الحدود قد تختلف أساليب هذه الرقابة بين دولة وأخرى، وقد تقتصر بعضها على الرقابة السياسية وحدها، ولكن أثبتت التجارب أنها لم تحقق الأغراض المقصودة منها^(٢)، ولذلك اعترف الفقه أنه من الضروري بسط القضاء لرقابته على دستورية القوانين، وتختلف هذه الرقابة إلى صورتين رقابة امتناع ورقابة إلغاء، فالرقابة الأولى تقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون على النزاع المعروض على القاضي، أما الثانية فتصل إلى حد إبطال القانون بحكم يكون حجة على الكافة كما يلغى القرار الإداري سواء بسواء .

والقضاء بصفته موئل الحريات الحصين هو الجهة الطبيعية للرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة مما يلتزم مع طبائع الأشياء، ويتفق مع طبيعة وظيفته القاضي أن يكون هو الجهة التي تتبع منها الرقابة الدستورية، لأنه سلطة مستقلة يملك أن يرد أي سلطة أخرى إلى حدودها إذا ما خرجت عن الحدود المرسومة في الدستور، امتثالاً لمقتضى عبارة "مونتسكيو"^(٣) الشهيرة: "إن كل إنسان يتمتع بسلطة يسئ استعمالها في العادة إذ يتمادى في استعمالها حتى يظهر من يوقفه عند حده... والفضيلة ذاتها في حاجة إلى حدود ولضمان عدم إساءة استعمال السلطة ينبغي أن يكون النظام مؤسس على أن السلطة تحد السلطة
Seul le pouvoir arrête le pouvoir

ومن الناحية النظرية لا تقوم أية عقبة قانونية من شأنها الحيلولة دون رقابة القضاء الجزائري على دستورية القوانين، ولكن الواقع هو أن القضاء الجزائري لم يسلم بحقه في هذه الرقابة متأسياً بالقضاء الفرنسي الذي رفض اختصاصه بالرقابة الدستورية سواء بطريق الدعوى أو

^١ محمود سعيد الدين الشريف، النظرية العامة للضبط الإداري، ص ٣٩ وما بعدها.

^٢ محمود سعد الدين الشريف، المرجع نفسه، ص ٤٧.

^٣ محمود سعد الدين الشريف، نفسه، ص ٤٨.

الدفع^(١)، وعلى العكس من ذلك كانت عدة مناسبات للقضاء العربي، ومنه القضاء المصري ليبسط رقابته بجرأة على دستورية القوانين عن طريق الامتناع، ومن ذلك حكما شهيرا لمجلس الدولة المصري وقد صدر هذا الحكم في ١٠/٢/١٩٤٨ ومما جاء فيه: "ومن حيث أن محامي الحكومة دفع بان المحكمة لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعا وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون فإذا ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للمبادئ المقررة في الدستور وذلك إعمالا لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها وعدم التدخل فيه أو تعطيله.

ومن حيث انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بان هذا التصدي إهدار لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه فإنه يقوم على حجة داحضة إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمال لهذا المبدأ ووضع للأمور في نصابها الدستوري الصحيح بما يؤكد ويثبت ذلك أن الدستور المصري وإن قرر المبدأ المذكور ضمنا حين حدد لكل سلطة من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذي تعمل فيه فقد قرنه بمبدأ آخر أكد ضمنا وجعله متلازما معه حين قرر أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين في الدستور فالمبدأ متلازمان يسيران جنبا لجنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه يستتبع ذلك أنه إذا أهدرت إحدى السلطات أي مبدأ من مبادئ الدستور فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطتها، وإذا جاء لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات تعلقة تتذرع بها في إصدارها الدستور لانتهاى الأمر إلى فوضى لا ضابط لها.

ومن حيث انه بعد أن تحدد معنى مبدأ فصل السلطات بحسب روح الدستور أخذنا من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها، يتعين بعد ذلك تحديد وظيفة المحاكم إزاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصا أو روحا وما الذي ينبغي على المحاكم عمله وما تكييف عملها في هذه الحالة.

ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية

^١ - عبد السلام ذهني بلا، مجلس الدولة و دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٥٠، ص ٨٣.

مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

ومن حيث أنه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها، ولكن يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضي عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات وموئله ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القوانين هو الأجدر بالتطبيق وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدوده الدستورية المرسومة لها ولا ريب في إنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسابه القانون الأعلى الأجدر بالإتباع وهي في ذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه، وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة وتقرر أيها الأولى بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من القاضي والشارع على حد سواء^(١).

وعليه فإن حق المحاكم في قبول الدفع بعدم دستورية القوانين وإن كان يبدو للوهلة الأولى فيه بعض المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وما يقتضيه من ضرورة امتناع القضاء عن التعرض لأعمال السلطة التشريعية، إلا أنه عند التعمق نجد أنه عند تعارض قانون عادي مع قانون أساسي يكون من الواجب على المحاكم تطبيق هذا دون ذاك، ولا يعتبر هذا تدخلا منها في أعمال السلطة التشريعية، لأنها لا تقرر إبطال القانون ولا تقول بعدم الدستورية بصفة عامة، بل تقول بعدم إمكانية تطبيقه على المنازعة المعروضة أمامها لتعارضه مع القانون الأساسي الواجب الاحترام.^(٢)

ثانيا: اختصاص المجلس الدستوري لا يمنع الرقابة القضائية: يرى بعض الفقه أنه طالما أن المشرع الدستوري أوكل اختصاص الرقابة على دستورية القوانين للمجلس الدستوري، فمؤدى ذلك أن رقابته هذه تمنع رقابة الهيئات الأخرى وخصوصا القضاء، ويرد الاتجاه الغالب في الفقه على هذا الرأي بكون رقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء بل تكملها وتسندها، و

^١ -مجلة الدولة المصري، قرار بتاريخ ١٩٤٨/٠٢/١٠، نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٨١. وقد أثبتناه كاملا لأهمية ودقة تحليله وحسن صياغته، ولا غرابة فقد صدر هذا الحكم تحت رئاسة العميد عبد الرزاق السنهوري.

^٢ -أنظر، معوض عبد النواب، الدفوع الإدارية، دار الكتاب الحديث، ص ٧١٥ و مال بعدها، و محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة الضبط الإداري، المرجع السابق، ص ٦٢، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، الفكر القضائي للنشر، أديب استانبولي، ط ١، ١٩٨٣، ص ١٣٨.

يستندون في ذلك إلى حجج أهمها أن رقابة المجلس الدستوري سياسية (I) وأنها بالنظر إلى آلياتها وطريقة تحريكها قاصرة (II) .

I- الطابع السياسي لرقابة المجلس الدستوري: إن تقييم فعالية رقابة المجلس الدستوري، وكفايتها في التجسيد الفعلي لسمو الدستور، يفرض التعرض لطبيعة هذه الرقابة: هل هي رقابة سياسية أم قانونية؟ وما يترتب على هذه التفرقة من آثار تتعلق باستقلالية المجلس الدستوري ومصادقية أعماله؟

ونظرا لكون الدستور الجزائري لم يحدد طبيعة هذه الرقابة، ولا تم معالجتها ضمن أحكام النظام الداخلي للمجلس الدستوري، فإن ذلك أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين^(١) رئيسيين: يرى الاتجاه الأول أن المجلس الدستوري هيئة قضائية وذلك اعتمادا على مقارنته مع نظيره في النظم المقارنة التي اعترفت صراحة بالطبيعة القضائية للهيئة المكلفة بالسهر على احترام الدستور كالنمسا وإيطاليا وإسبانيا، كما استندوا إلى حجج عدة منها الشكلية ومنها الموضوعية^(٢)، ومنها أن المشرع الدستوري بتأسيسه المجلس الدستوري وتكليفه باحترام الدستور فهو قد مال إلى تبني نموذج القضاء الدستوري وقد عبر عن هذا الأستاذ وليد العقون^(٣) قائلا:

« Un instituant un conseil constitutionnel chargé de veiller au respect de la constitution le constituant Algérien semble se ranger sur le modèle de justice constitutionnelle en adaptant ses éléments constitutifs. Ceux-ci s'ordonnent autour de deux postulats qui se combinent: la position suprême de l'organe de contrôle (conseil constitutionnel) fondée sur la supériorité de la norme de » référence (la constitution

وهذا إضافة إلى أن كون المجلس الدستوري يتمتع بنفس الضمانات الممنوحة للقضاة كالاستقلالية والحياد وعدم إمكانية الجمع بين العضوية في المجلس ووظائف أخرى، وأن الآراء والقرارات التي تصدر عن المجلس تشبه كثيرا الأحكام والقرارات القضائية، وهذا الاتجاه لو سائرناه سوف يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها عدم اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، طالما تم إيكالها للمجلس الدستوري وهو هيئة قضائية، ولكن هذا الطرح ليس مسلما به من غالبية الفقه

^١ - David Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, paris, Montchrestien, ١٩٩٣, p ٤٩.

و طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري، تقديم و حوصلة لتجربة قصيرة، مجلة إدارة، عدد ٩٦/٢، ص ٣٥ وما بعدها

^٢ - Yelles Chaouch Bachir, Le conseil constitutionnel en Algérie du contrôle de constitutionnalité a la créativité nominative, O P

et s U, p ١١.

^٣ - Walid Laggon, La conception de contrôle du constitutionnalité en Algérie, p ٠٨.

والذي يؤكد الطابع السياسي لرقابة المجلس الدستوري مستندا إلى حجج وأسناد منها أن المشرع الدستوري نظم أحكام المجلس الدستوري في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة بينما نظم السلطة القضائية في الباب الثاني الفصل الثالث، وهو ما يجعل المجلس الدستوري مستقلا تماما عن السلطة القضائية سواء من الناحية العضوية أو الموضوعية وهذه الملاحظة الشكلية جعلت البعض يذهب إلى القول بأن رقابة المجلس الدستوري لا تنتمي إلى الوظيفة القضائية

« le contrôle constitutionnel en Algérie ne participe pas de fonction juridictionnelle » l'exercice de

وأن تشكيلة المجلس الدستوري حسب المادة ١٦٤ من الدستور يغلب على اختيار أعضائها الطابع السياسي، إذ يعين ثلاثة من بينهم الرئيس من طرف رئيس الجمهورية، وينتخب أربعة أعضاء من طرف البرلمان، ولا يغير من هذه الطبيعة أن عضوين تنتخبهما المحكمة العليا ومجلس الدولة، صف إلى ذلك أن تحريك المجلس الدستوري لا يكون بطريقة الدعوى التي يحرك بها القضاء بل بواسطة الإخطار المحتكر من طرف ثلاثة شخصيات في الدولة فحسب، وليسوا هم بالطبيعة أطراف النزاع، كما أن موضوع الآراء والقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري تختلف من حيث موضوعها مع الأحكام القضائية، إذ تقتصر على التصريح بوجود مخالفة للدستور أم لا فهي لا تنشئ حقا ولا تقرره، وهو ما يجعل آليات تنفيذها تختلف عن آليات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن المجلس الدستوري هيئة سياسية ورقابته على دستورية القوانين سياسية^(١)، وبالتالي فهي لا تتعارض مع بسط القضاء لرقابته على دستورية القوانين لاختلاف الرقابتين في الأهداف والوسائل فتكون أحدهما سندا للأخرى لا متعارضة معها، خصوصا وأن النصوص الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري لم تمنع رقابة القضاء.

II- عدم فعالية رقابة المجلس الدستوري: قصر الدستور حق تحريك المجلس الدستوري على ثلاثة شخصيات في الدولة وهم رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، وهو ما يجعل المجلس الدستوري لا يختص تلقائيا، وأن باب مغلوق أمام باقي الأشخاص والهيئات بما فيها الهيئات القضائية التي لا يمكنها إخطار المجلس الدستوري إذا تقدم أمامها الأطراف بطلب أو دفع يرمي إلى فحص دستورية القانون المراد تطبيقه عليهم في نزاعاتهم

^١ - Yelles Chaouch Bachir, Le conseil constitutionnel en Algérie, Op.Cit, p ١٤.ets

- ودياش سهيلة، المجلس الدستوري و مجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٣٧

- Walid Laggoun, op cit, p ٥ et s.

المنشورة أمام القضاء، وهذا أحد أوجه القصور في الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري، والوجه الآخر أنه لا يوجد ما يلزم الأشخاص الثلاثة المختصون بالإخطار بتحريك هذه الرقابة، اللهم إلا فيما يتعلق ببعض الحالات التي يوجد فيها نص خاص يلزمهم بالإخطار كحالة القوانين العضوية وبعض المعاهدات الدولية، وهو ما يجعل الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري تخضع لأهواء الشخصيات الثلاثة السابقة، ويؤكد قصور هذه الرقابة في حماية الشرعية الدستورية من انحراف السلطة التشريعية ويجعل بالتالي مبدأ تدرج القوانين ومبدأ سمو الدستور بدون معنى^(١)، ويفرض بالتالي البحث عن آليات أخرى كفيلة بتحقيق هذا الهدف ويأتي على رأس هذه الآليات الرقابة القضائية، ومعنى ذلك كله أن رقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء بل بالعكس هي تؤكد لها نظرا لطابعها السياسي ولقصورها عن كفالة سمو الدستور.

والخلاصة أن كل الأسانيد والحجج تؤكد أن القاضي الجزائري مختص للفصل في دستورية القوانين، والقول بغير ذلك يؤدي للقول بأن القانون أسمى من الدستور وينقلب بالتالي الأساس الطبيعي للترتيب، ويؤدي بالنتيجة لإخضاع السلطة التأسيسية إلى رغبة السلطة التشريعية، وهو ما عبر عنه الفقيه ربيّر^(٢): "إن غياب الرقابة القضائية يؤدي إلى النتيجة الغربية التالية وهي تكريس سيادة القانون على الدستور في حين أن السلطة التشريعية مؤلفة من مجموعة هيئات أوجدها الدستور مع غيرها من السلطات الأخرى و أنها مثل هذه السلطات خاضعة إلى الميثاق الأساسي" ومما يؤكد هذا الطرح ما قضت به المادة ١١٦ من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات:

١-القضاة و ضباط الشرطة القضائية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سوءا بإصدار قرارات تتضمن نصوصا تشريعية بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر أو بالمدولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستنتشر أو تنفذ" فهذه المادة تمنع تدخل القضاء في اختصاص السلطة التشريعية، سواء بإصدار نصوص تشريعية أو بمنع أو وقف تنفيذ القوانين أو بالمدولة التي تتعلق بمسالة نشر القانون أو تنفيذه، وهي الأفعال التي لا يندرج ضمنها قيام القاضي بمراقبة دستورية القانون، إذ منتهى أن يمتنع عن الفصل في النزاع بواسطة هذا القانون إذا وجده مخالفا للدستور، ويفصل في النزاع باعتماد قواعد قانونية أخرى^(٣).

^١ - وما يدل على كل هذا الوضع تلك الرسالة من القوانين و اللوائح المخالفة للدستور، و نذكر منها مرسومين رئاسيين مخالفين بصورة صارقة للدستور: المرسوم الرئاسي: ٢٠٣٩/٩٩ المؤرخ في ٢٧ / ١٠ / ١٩٩٩ المتضمن إلغاء المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ / ٤٠ المتعلق بالوظائف التي هي من اختصاص رئيس الجمهورية والمرسوم التنفيذي رقم ٣٠٧ / ٩٨ الذي يحدد صلاحيات التعيين لرئيس الحكومة، و المرسوم الرئاسي - ٢٤٠ / ٩٩ المتعلق بالوظائف المدنية والسياسية في البوالة - انظر الجريدة الرسمية رقم ٢٦ الصادرة في ٣٢ / ١٠ / ١٩٩٩ .

^٢ - أقول القانون déclin du droit (١٩٤٩) ص ١٥ نقلا عن خليل جريج - المرجع السابق ص ١٩٠ .

^٣ - انظر القضاء والإصلاحات - الندوة الوطنية للقضاء - نادي الصنوبر أيام ٢٣ / ٢٤ / ٢٥ فيفري ١٩٩١ - ص ١٣٣ وما بعدها .

المطلب الثاني: سلطات القاضي عند فحص دستوريه القوانين

بعد أن توصلنا إلى أنه ليس أمام القاضي الجزائري إلا أن يقرر اختصاصه برقابة دستورية القوانين، لإندراج ذلك ضمن وظيفته الطبيعية المتمثلة في تطبيق القانون على النزاعات المعروضة أمامه، فإن تم الدفع أمامه بمسألة الدستورية ولم يتمسك باختصاصه بالرد عليها فإنه يكون منكرا للعدالة أو مخلا بحقوق الدفاع، وبالطبع فإن القاضي لا ينتظر أن يثير المتقاضين مخالفة القانون المراد تطبيقه على النزاع للدستور، بل عليه إثارة تلقائيا فكل المسائل المتعلقة بانسجام القوانين وخضوع الأدنى منها للأعلى وسمو الدساتير هي من النظام العام، لاندراجها ضمن قواعد المشروعية الحامية للحقوق والحريات. ومادام أن القاضي قد يصل لكون القانون غير دستوري، وبالتالي فالقاضي يحكم بذلك فما هي آثار هذا الحكم؟ وهل يمكن للقاضي تطبيق النصوص الدستورية مباشرة للفصل في النزاع؟ وبالتالي هل يطبقها ويفسرها مثلما يفعل مع النصوص التشريعية العادية؟

إن الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما يترتب عليه استبعاده عن حكم النزاع (الفرع الأول) وإمكانية التطبيق المباشر للنص الدستوري من أجل الفصل في النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استبعاد القانون المخالف للدستور عن حكم النزاع

يفرض مبدأ تدرج القواعد القانونية أنه إذا كان القانون مخالفا للدستور كان باطلا، وكان على القاضي أن يتمتع عن تطبيقه طالما كان مخالفا للقاعدة الدستورية من الناحية الشكلية أو الموضوعية، وهذا هو الفارق بين هذا النوع من الرقابة القضائية أي الرقابة عن طريق الدفع أو الامتناع والرقابة عن طريق الدعوى، التي قد تصل نتائجها إلى حد إلغاء القانون غير الدستوري، وهو ما يعد بحق تدخلا في المجال المخصص للسلطة التشريعية، ولذلك لم تلق إقبالا، ولا تمارس إلا بنص في الدستور يقررها، عكس رقابة الامتناع التي لاقت اهتماما واسعا، فهي تمارس بدون نص لاندراجها ضمن وظيفة القضاء في تطبيق القانون، ولا تعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات. ولذلك فالقاضي الجزائري إذا تبين له مخالفة القانون للدستور لا يمكنه إلغاء القانون ولا وقف تنفيذه (أولا) بل عليه الامتناع عن تطبيقه بصدد ذلك النزاع فقط (ثانيا)

أولا : القاضي لا يلغي القانون المخالف للدستور: هناك من الدول من كرست في دستورها الرقابة القضائية الدستورية للقوانين عن طريق الدعوى، إذ شكلت محكمة خاصة أو أعلى محكمة في البلاد ومنحتها الاختصاص بالحكم ببطالان القانون المخالف للدستور، وبالتالي إلغاء ذلك القانون وجعله في حكم العدم، ويكون لحكمها حجية في مواجهة الجميع بحيث لا يجوز الاستناد عليه في

المستقبل^(١)، ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب الرقابي نجد تركيا، تشيكوسلوفاكيا، سويسرا، آسيا، النمسا وإيطاليا، ومن الدول العربية نجد مصر، سوريا، ليبيا والسودان، والحقيقة أن الإلغاء يعد تدخلا في عمل السلطة التشريعية، التي لها وحدها حق إلغاء التشريع، فالقضاء لا يختص بهذا الدور إلا بموجب نص خاص يمنحه هذا الاختصاص، وفي غياب مثل هذا النص لا يكون أمام القاضي الذي يعرض للرقابة على الدستورية المثارة أمامه بدفع إلا أن يقرر إما دستورية القانون وتطبيقه للفصل في النزاع^(٢)، أو عدم دستوريته واستبعاده من حكم ذلك النزاع. ونظراً لاندراج هذا الأمر ضمن وظيفته في تطبيق القانون وتفسيره -كما تبين سابقاً- فإن المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها تختص برقابة دستورية القوانين غير الدستورية، والفصل في النزاع من خلال القواعد القانونية الأخرى، وخلافاً لذلك، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى حد إلغاء القانون الذي تبين لها عدم دستوريته دون وجود نص يمنحها هذا الاختصاص وذلك في حكم لها سنة ١٩٧٢ وهو القانون رقم ٨٣ لسنة ٦٩ المتعلق بإعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي كان قد عزل استناداً له ١٦٩ قاضياً فيما يعرف بمذبحة القضاء^(٣).

ثانياً: إمكانية تطبيق ذات القانون في نزاعات أخرى: خلافاً للحكم الصادر بإلغاء القانون المخالف للدستور، والذي يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة كافة بالنسبة للأنظمة التي اعتمدت الرقابة الدستورية بطريق الدعوى، فإن الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما عند الفصل في الدفع المثار أمام القاضي أثناء فصله في النزاعات المعروضة عليه له حجية نسبية، بحيث يتوقف أثره على النزاع الذي تم إثارة الدفع بعدم الدستورية في إطاره، دون باقي النزاعات التي لا تنصرف حجية الحكم إليها، وبالتالي فلا حجية له على باقي القضاة، بل ولا على باقي النزاعات المعروضة على ذات القاضي، إذ أن حجته نسبية تتوقف على النزاع المعروض على القاضي، فيمكنه في نزاع آخر أن يقرر دستورية ذلك القانون ويطبقه عليه، وهو ما قرره محكمة تـلا- الجزئية- المصرية في جانفي ١٩٢٦^(٤) إذ جاء فيه: "اتفق علماء القوانين الدستورية حتى الذين مذهبهم أن للمحاكم حق البحث في دستورية القوانين...أنهم مع اعترافهم بحق المحاكم في تقدير دستورية القوانين لا يخلونهم حق إلغاء هذه القوانين غير الدستورية عملاً بنظرية فصل السلطات بل كل ما للمحاكم هو أن تمتنع عن تنفيذ القانون لعدم دستوريته، وبدون أن يغير ذلك من قيام القانون المذكور واحتمال أن تحكم محاكم أخرى بدستوريته" فالحكم في الدفع بعدم الدستورية أياً كانت طبيعته غير ملزم لأية محكمة أخرى، ولا حتى لنفس المحكمة التي أصدرته،

^١ - علي حسين نجيب، المرجع السابق، ص ٥٦.

^٢ - محمد رأس العين، المرجع السابق، ص ١٦٩.

^٣ - خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

^٤ - محكمة النقض المصرية، حكم عام ١٩٧٢ نقلاً عن شفيق إمام، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين، إلى أين مركز الدراسات السياسية

والإستراتيجية، www.ahram.org.

^٥ - علي حسين نجيب، نفسه، ص ٢١.

وهو ما يطلق عليه الفقه (نسبية الأحكام الصادرة في الدفوع بعدم الدستورية)^(١) وبالتالي فالقانون قد يعتبر في آن واحد دستوريا وتطبقه بعض المحاكم، وغير دستوري تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى، وهذه إحدى الانتقادات الموجهة للرقابة الدستورية بطريق الدفع، إذ أن نسبية الأحكام الصادرة في هذا الإطار، قد تخلق جوا من عدم الثقة في أحكام القضاء وعدم استقرار المراكز القانونية، لكن هذا المأخذ يصدق أيضا بصدد أي مسألة يفصل فيها القاضي نظرا للحجية النسبية لأحكام القضاء، وهو ما ينتج عنه - بل وقع فعلا - إمكانية اختلاف هذه الأحكام بصدد نفس المسألة بل نفس القاضي قد يصدر حكمين متناقضين في نزاعين لهما نفس الموضوع والسبب، فهذا المأخذ لا يجوز أن يوجه إلى بسط القضاء رقابته على دستورية القوانين، بل بالنسبة لكل أحكام القضاء، ويكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى تناقض القضاء بمختلف درجاته حتى المحكمة العليا ومجلس الدولة، حول مسألة شهر عريضة الدعوى العقارية، فبعضهم مع إلزامية الشهر كقيد على طائفة من الدعوى العقارية، والآخر يرون خلاف ذلك، ونفس الشيء بالنسبة لدعوى الحيازة والتقدم المكسب بالقضاء على خلاف شديد حوله.

وبعد هذا، فإن هذا الأخذ مردود عليه، لكون القانون أوجد آلية الغرف المجتمعة للمحكمة العليا ومجلس الدولة لتوحيد الاجتهاد القضائي، إذ يكون حكمها حينذاك ملزما لجميع الجهات القضائية

الفرع الثاني: التزام القاضي بتطبيق النص الدستوري للفصل في النزاع

تقود النتيجة السابقة المتعلقة بضرورة استبعاد القانون المقضي بعدم دستوريته عن حكم النزاع، إلى تقرير نتيجة أخرى وهي ضرورة تطبيق الدستور للفصل في النزاع، فهذا مقتضى مبدأ تدرج القوانين، الذي يفرض على القضاء تطبيق القانون الأعلى في المرتبة عند تعارض التشريعات المختلفة في الدرجة في موضوع معين، فإذا تعارض مرسوم مع قانون وجب تطبيق القانون، وإذا تعارض القانون مع المعاهدات وجب تطبيق المعاهدة، وبالمثل فإذا تعارض القانون أو المعاهدة مع الدستور وجب تطبيق الدستور، ومثل هذه النتيجة قد تبدو طبيعياً إذ اعتبرنا أن الدستور يندرج ضمن مفهوم القانون، وهو الرأي المتفق عليه فقها وقضاء وتشريعا، وبالطبع سيصنف ضمن القانون العام لا القانون الخاص، وهو ما يجعله يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجب مراعاته دائما تحت طائلة البطلان، لكن دون تجسيد هذه النتيجة مصاعب عدة تتعلق بمدى صلاحية النص الدستوري للتطبيق المباشر (أولا) ومدى اختصاص القاضي بتفسيره ووسائله في ذلك (ثانيا)

^١ - علي حسين نجيب ، نفسه ، ص ٢٣ .

أولاً: التطبيق المباشر للنص الدستوري: لا شك أن اعتبار الدستور مصدراً للمشروعية باعتباره القانون الأساسي في الدولة، سيقود إلى اعتبار القواعد التي يتضمنها قواعد قانونية يتوجب على القاضي تطبيقها، ويختلف الوضع بين القاضي الجنائي (I) والقاضي العادي (II).

I- بالنسبة للقاضي الجنائي: إن القاضي الجنائي إذا تقرر لديه أن القانون الذي توبع به المتهم غير دستوري، عليه أن يحكم بالبراءة طبقاً لمبدأ الشرعية، الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صادر عن البرلمان، وطالما قرر القاضي عدم دستوريته وامتنع عن تطبيقه، فإنه لم يبق لديه أساساً قانونياً للمتابعة، وتوجب عليه تبرئة المتهم^(١)، وهو ما كرسته محكمة النقض المصرية في حكم لها إذ حكمت ببراءة محافظ الجيزة الأسبق عبد الحميد حسن على سند من قضائها الذي امتنعت فيه عن تطبيق قانون الكسب غير المشروع، لقيام الإدانة فيه على قرائن افترضها المشرع من واقعة زيادة ثروة الموظف العام مع عزه عن التدليل على أسباب هذه الزيادة، بما يخالف افتراض البراءة في المتهم الذي نص عليه الدستور^(٢).

ويضاف إلى ذلك، أن القاضي الجنائي يعتمد على النص الدستوري عند قيامه بتفسير النصوص الجزائية، حتى يكون مضمونها مطابقاً للدستور، ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة بل يتجاوزه إلى تحقيق مصداقية التفسير التي تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة، فالحقوق والحريات تستقي حمايتها من الدستور ذاته، وما التشريع إلا منظماً لهذه الحماية، وعلى ذلك فمن المقرر أن القاضي حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفق للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك^(٣)، فإذا خلا نص تشريعي من ذكر ضمان أورده الدستور، فلا يفسر هذا الخلو بعيداً عن النص الدستوري بل يجب تطبيق نصوص الدستور مباشرة لتوفير هذا الضمان^(٤)، والقاضي الجنائي يتعين عليه في تفسيره لنصوص التجريم التي استوحاها المشرع من الدستور، بالروح التي أملت على المشرع الدستوري حماية نوع من القيم الدستورية، التي اتخذها المشرع العادي محلاً للتجريم، ذلك أن الدستور يقرر التجريم كأسلوب لحماية بعض الحقوق والحريات^(٥)، إذ ينص في بعض نصوصه صراحة على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية، من مثل المادة ٢٥: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة

^١ - انظر ، عاصم وعفيفي عبد البصير ، مبدأ الشرعية الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها ، وأحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠١ ، ص ١٦٥ .

^٢ - انظر شفيق إمام ، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين إلى أين ؟ مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية . www.ahram.org

^٣ - عصام عفيفي عبد البصير ، المرجع السابق ص ٤٠ وما بعدها ، وأحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ . ص ٤١٣ وما بعدها .

^٤ - Lois Favoreu , op. cit. , p ٢٠١ est.

^٥ - عصام عفيفي عبد البصير ، المرجع السابق ، ص ٦٦ ، وأحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها

الإنسان البدنية والمعنوية" ففي مثل هذه الحالة يستعين القاضي- كما سبق الذكر- في تفسير نصوص التجريم بهذه النصوص الدستورية.

II- بالنسبة للقاضي العادي: والذي عليه التزام بالفصل في النزاع وإلا كان منكرا للعدالة، وطالما انه استبعد القانون عن حكم النزاع فماذا سيطبق؟ بالطبع إنه سيطبق أحكام الدستور باعتبار كونها قواعد قانونية ملزمة، ولكن هل أحكام الدستور صالحة للتطبيق المباشر من طرف القاضي للفصل في النزاعات المعروضة أمامه؟

يجب التمييز في هذا الصدد بين نوعين من القواعد الدستورية، يتمثل النوع الأول في النصوص الدستورية التي تقرر قاعدة قانونية تصلح للتطبيق المباشر، وهي النصوص التي تقرر حقوقا مباشرة للأفراد، مما يجعلها تصلح أساسا للفصل في النزاع المعروض على القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق النص الدستوري معلقا على نص قانوني أو تنظيمي يكفل تطبيقه ومن ذلك نص المادة ١٧ من الدستور التي تنص على: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والجوي والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وأملاكا أخرى محددة في القانون" فإذا تعلق النزاع بواحد من الأملاك العامة المذكورة في نص هذه المادة فإن القاضي بغض النظر عن القانون أو التنظيمات، سوف يمكنه اعتماد نص هذه المادة مباشرة للحكم بمقتضاه، وإبطال كل تصرف يخالف الطبيعة العامة لهذه الأملاك، بحيث لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتنازل عنها أو بالتقادم ولا ترتيب أي حق عيني عليها. ونص المادة ٣٨/٣: "لا يجوز حجر أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي" فهذه المادة تصلح أساسا للفصل في النزاع المتعلق بقيام الإدارة بحجر أي من الأشياء المذكورة فيها، بحيث يبطل القاضي ذلك الحجر طالما تم بدون أمر قضائي. ونص المادة ١٤٣: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" فيعتمد القضاء على هذه المادة لتقرير اختصاصه دون حاجة إلى نص قانوني آخر، وغير ذلك من النصوص الدستورية التي يطبقها القاضي مباشرة للفصل في النزاع لكونها تقرر حقوقا أو حريات للأفراد وجاءت واضحة قابلة للتطبيق ولم تعلق على قانون أو تنظيم لتطبيقها. وبالمثل فإنه يحق للمتقاضين حينئذ تأسيس طلباتهم ودفعهم مباشرة على نص أو مبدأ دستوري، إذا كان هذا الأخير هو مصدر الحق المطالب به^(١).

^١ - انظر مجلس الشورى اللبناني، قرار في ١٦/٠٢/١٩٥٦ رقم ١٢٥ منشور في خليل جريج، المرجع السابق، ص ٦١ والمحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم ٥١٨ لسنة ١٨ القضائية قرار في ١٦/٠٥/١٩٧٨ المنشور في معوض عبد التواب الدفوع الإدارية، المرجع السابق ص ٧١٥، وقرار المحكمة الإدارية المصرية في ٢٩/٠٦/١٩٥٧ و ١٢/٠٧/١٩٥٧ رقم ٦٢٤ من مجموعة أبو شادي نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ٦٢.

وأما النوع الثاني فهو النصوص الدستورية التي لا يمكن تطبيقها إلا بعد صدور تشريع أو تنظيم يكفل لها القابلية للتطبيق، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالفصل في النزاع بالرجوع لمصادر القانون الأخرى، التي منها المبادئ العامة للقانون حيث قد يستخلصها من ديباجة الدستور ذاته أو من المصادر المشار إليها في نصوصه، كمبادئ التشريعية الإسلامية والمعاهدات الدولية، إضافة إلى ما ذكرته المادة الأولى من القانون المدني كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذ في هذه الحالة يكون القاضي أمام حالة انعدام التشريع، وهو ما يجعله يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى، ومثال ذلك تلك النصوص الدستورية التي تحيل على القانون أو التنظيم مباشرة كنص المادة ٢/٣٨: "حقوق المؤلف يحميها القانون" ونص المادة ٣/٣: "يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات" ففي هذه النصوص الدستورية ومثيلاتها، يكتفي الدستور بوضع المبدأ محيلاً للقانون لتنظيمه، وبالتالي فلا تصلح مثل هذه النصوص للتطبيق المباشر، ولذلك يلجأ القاضي حينئذ للمصادر الأخرى للقواعد القانونية حسب التدرج المشار إليه في الفصل الأول.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير النص الدستوري: لا شك أن تفسير القواعد القانونية لتحديد مدلولها الذي يتبادر من ألفاظها أو فحواها هو الخطوة الأولى نحو تطبيق هذه القواعد على الوقائع التي تحكمها تطبيقاً صحيحاً عادلاً^(١). والقواعد الدستورية طالما كانت قواعد قانونية فإنها لا تحيا بمعزل عن القواعد القانونية الأخرى، بمعنى أن جوهر القواعد الدستورية وغاياتها لا يتم التعرف عليها بعيداً عن النظريات القانونية التي تنمو وتزدهر في نطاق فروع القانون الأخرى، طالما لم يوجد تعارض بين نتائج هذه النظريات مع جوهر القاعدة الدستورية وغايات القانون الدستوري، ومفاد ذلك أنه لا تعارض بين قواعد تفسير القانون بوجه عام وقواعد تفسير القانوني الدستوري بوجه خاص، فكافة نظريات وقواعد التفسير تنطبق في المجال الدستوري، وإن كان هذا لا يتعارض مع وجود قواعد أو نظريات خاصة بالقانون الدستوري، ومنها قواعد التفسير ومعنى ذلك أن تفسير القانون الدستوري لا يثير أي إشكالية فalcاضي يختص به مثلاً يختص بتفسير أي قاعدة قانونية أخرى^(٢)، ويتبع في ذلك نفس قواعد ونظريات التفسير التي يتبعها بصدد تفسير أي قاعدة أخرى، ولكن نظراً لكون مسألة تفسير القواعد الدستورية لها علاقة بمسألة بسط رقابة القاضي على دستورية القوانين، فإنها خلافاً للقواعد العامة في التفسير تثير بعض الحذر إذ لن تكون يد القاضي طليقة هكذا بحيث يستطيع أن يقرر بمحض اجتهاده ما إذا كان التشريع متوائماً مع الدستور أو متعارض معه، بل لا بد من رعاية قواعد ثابتة وضوابط أكيدة تضمن حسن التزامه لدائره، وتكفل سداد خطوه، ولذلك يثور التساؤل هل للقاضي أن يتفحص الدستور تفحصاً يدخله اجتهاداً كبيراً بحيث يستطيع تحكيم المصادر الدستورية الأخرى غير الوثيقة الدستورية كالعرف الدستوري؟ أم يقتصر على مجرد فهم النصوص؟ وبصيغة أخرى هل يستطيع القاضي

^١ - كمال عبد الواحد الجوهري، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

^٢ - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء ٠١، ص ١٢٣ وما بعدها.

مراقبة التشريع من حيث مخالفته لعبارة النص الدستوري فقط؟ أم يستطيع كذلك مراقبته حتى لو خالف روح تلك النصوص أو خالف عرفا دستوريا أو مبدأ عاما غير مكتوب؟

من المسلم به في النظم التي تجبر رقابة دستورية القوانين أن للقاضي مراقبة نص التشريع، من حيث مخالفته لعبارة نص الدستور، ولكن يختلف بعد ذلك في ما إذا كان يمكن مراقبة مخالفة التشريع لروح الدستور ومبادئه العامة المستقاة من ديباجته أم لا، فذهب قول إلى الجواز حتى في هذه الحال استنادا إلى الانحراف الذي يحتمل أن يقع فيه المشرع، ولكن دون إعمال هذا الرأي مصاعب جمة تظهر من خلال دراسة موضوع التفسير القضائي للنصوص الدستورية^(١).

لا شك أن القاضي يختص بتفسير النصوص الدستورية ما دام هو المختص بتطبيقها أو معاينة مدى مطابقة التشريع لها، ومما يؤكد ذلك أن الدستور سكت عن تحديد جهة محددة لتفسير النصوص الدستورية. على أنه رغم كون القواعد الدستورية هي قواعد قانونية فإنه قد تختلف طريقة تفسيرها عن طرق الفقه المعتادة لتفسير القواعد القانونية الأخرى في البحث عن النوايا والجري وراء البواعث والرجوع للأعمال التحضيرية مثلا، بل ينبغي أن تستهدف تفسير النصوص الدستورية اعتبارات سياسية وأخرى اجتماعية واقتصادية في ظل المصلحة العليا للأمة، لأن الدستور وثيقة لتنظيم كل هذا فلا يكفي القاضي النصوص الدستورية بمعاييرها وضوابطه المعتادة في تفسير النصوص الأخرى، بل يجب عليه إستيعاء أفكار وضوابط مختلفة كثيرا وإن يستصحبها دائما بما لا يجعل الدستور أداة جامدة معطلة والأمة تتطور، أو يجعله آلة صماء لا تجاري الأوضاع الجديدة وأهداف الأمة، وهذا معناه أنه على القاضي أن لا يفرض سلطانه على المشرع تحت ستار دستورية القوانين فتصير الدستورية هذه وسيلة لتسلط القضاة على المشرع ذاته.

وهذا معناه أن تفسير الدستور يختلف عن التفسير الأخرى، لأنه وإن كان طائفة نصوص قانونية إلا أن تطبيقها الكثير ومرتعها الخصيب هو البيئة البرلمانية ورئيس الدولة، فهم الذين يتعاملون معه ويضطرون لمواجهة مشكلاته كثيرا ويصدرون التشريعات وفق أحكامه، بينما يقتصر القاضي على فحص دستورية القانون إذا ما أثير أمامه دفعا بعدم الدستورية فإنه سيتولى تفسير النصوص الدستورية المثار مخالفة القانون لها، ومما يفرض على القاضي أن لا يتوسع في التفسير والانطلاق فيه، وإن لا ينصب نفسه وصيا حقيقيا على المشرع لا مجرد حام لحقوق الأفراد وحررياتهم المكفولة دستوريا، فالقضاء وإن كان حقا حاميا للحريات والحقوق فإنه ليس خصما للمشرع، ولا يجوز له أن يتولى تفسير النصوص الدستورية بما يسمو به على حقيقة

^١ - إبراهيم، إبراهيم شحاتة، سلطة القاضي عند فحص دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، ص ٤٠٠.

وضعه ويعيد النظر في العلاقة بين السلطات العامة المبنية على الفصل والتعاون وليس الخضوع والتبعية .

وعلى هذا فإن القانون يكون غير دستوري إذا ما خالف نصا في الدستور أو مقتضى نص أو خالف المبادئ العامة المستقاة من ذات النصوص كذلك، وهنا ينبغي أن نحدد المقصود بروح الدستور^(١) لأن الإطلاق في استعمال كلمة روح هذه سوف تؤدي إلى توسع كبير وغير مقبول . إن المقصود من روح الدستور هو المعاني المستقاة من دلالات المنطوق، واستلهاً هذه الدلالات ذاتها في استخلاص المبادئ العامة للدستور لفهم نصوصه مجتمعة ومرتبطة لا مجزئة، أما الدلالات الأخرى كدلالة الاقتضاء ودلالة المقابلة ودلالة الإشارة والتي يراد بها استبطان مكنونات النص وخلفياته فإنها قد تقود على أمور غير مقبولة .

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية

إنه لا معنى لتقرير سمو القواعد الاتفاقية الدولية على القانون أو سمو القانون على اللوائح طالما لم توجد آليات تكفل هذا الترتيب، وتحرس قواعد المشروعية، واستناداً على ذلك يتفق الفقهاء على كون الرقابة القضائية على مدى احترام هذا التدرج أمر لازم وعدوه إحدى عناصر وضمانات دولة القانون، ولذلك فإنه لا مناص أمام القضاء الجزائري إلا أن يتمسك باختصاصه الرقابي على مدى خضوع القواعد الأدنى للقواعد الأعلى، بأن يبسط رقابته على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية (المطلب الأول) وكذلك على مشروعية القواعد اللائحية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الرقابة القضائية على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية

ترتيباً على القيمة القانونية للقواعد الاتفاقية الدولية وسموها على القواعد التشريعية طبقاً لمادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦، فإن هذه القواعد الدولية تكون واجبة التطبيق أمام القضاء الداخلي متى تم التصديق عليها وفق للشروط والإجراءات الدستورية، وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري الجزائري في قراره الأول لسنة ١٩٨٩^(٢) إذ جاء في إحدى حيثياته: "ونظراً لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة ١٢٣ من الدستور - لسنة ١٩٨٩ والمقابلة للمادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦ - سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية" وهو ما استجاب له القضاء

^١ - إبراهيم إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها، وعلي حسين نجيب، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها .

^٢ - المجلس الدستوري، قرار رقم ١ المؤرخ في ٠٨/٢٠/١٩٨٩ (ملحق ٠١).

المقارن - وخصوصا الفرنسي^(١) - وبعده القضاء الجزائري إذ اعتمد على المعاهدات كمصدر للمشروعية وقام بتطبيقها واستبعد القواعد التشريعية أو اللائحية الداخلية التي جاءت متعارضة مع تلك المعاهدات، ولكن هذا الاجتهاد القضائي مازال محل جدل وتردد إن في ساحة الفقه أو القضاء حول اختصاص القضاء الداخلي برقابة مطابقة القانون للمعاهدات (الفرع الأول) وسلطات القضاء في تكريس سمو المعاهدات (الفرع الثاني) وطرق حل الإشكاليات التي تثار أمام القضاء في هذا الصدد (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تكريس اختصاص القضاء برقابة اتفاقية القانون

إن تحقيق سمو المعاهدات على القانون، وبالتالي عدم مخالفة القوانين واللوائح للمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفق الشروط والإجراءات الدستورية، يفرض وجود نظام رقابي يكفل مطابقة القوانين الداخلية لتلك المعاهدات، فما هي الجهة المختصة بهذه الرقابة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تفرض تحديد طبيعة العيب الذي يلحق القانون أو اللوائح إذا جاءت مخالفة للقواعد الاتفاقية الدولية والذي يسميه الفقه بعيب عدم الاتفاقية^(٢) *le vice d'inconditionnalité* هل هو عيب عدم الدستورية أم عيب عدم المشروعية؟

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي باعتباره السباق في هذا المجال فإن الملاحظة التي نكتشفها هي أن موقفه كان يكتنفه الغموض إلى غاية صدور قرار: *Nicolo* الشهير في سنة ١٩٨٩ والذي اعترف فيه مجلس الدولة الفرنسي بدوره في رقابة احترام سمو المعاهدات على القوانين، فبصد الطعن الذي رفعه السيد *Nicolo* واستند فيه إلى مخالفة القانون الداخلي الفرنسي للاتفاقية المؤسسة للإتحاد الأوروبي، واجه مجلس الدولة إشكالية من حيث تسبب الحكم فهل يستبعد الوجه المثار أي لا يفحص تماشي القانون مع اتفاقية روما مثل ما ذهب إليه في اجتهاده السابق؟ أم يغير اجتهاده ويفصل في هذا الدفع؟ كان الرأي الذي اقترحه مفوض الحكومة *Frydman* هو أن يراجع المجلس قضاءه ومما قال :

« En considérant que cette loi n'est applicable que parce qu'elle est précisée conforme a ce traité »^(٣)

^١ p ١٠٠٠, *syndicat des général des fabricants de semoules de France*, *Weil et autres*, les grands arrêts, CE, ١^{er} mars ١٩٦٨. « le législateur en adoptant une loi contraire a un traité précéscristant, a méconnu la hiérarchie des normes fiscée par l'article ٥٥ de la constitution. »

^٢ - Karim Michelet, la loi in conventionnelle, R.F.D.A.N ١ / ٢٠٠٣. P ٢٣ est

^٣ محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٢٦.

وهو ما فعله مجلس الدولة بالفعل، إذ قضى بأن القانون المؤرخ في ١٩٧٧/٧/٧ المتعلق بالانتخابات يطبق لعدم تعارضه مع اتفاقية روما، وكان هذا قراراً مبدئياً، وشكل انقلاباً قضائياً لكونه أول قرار ينظر فيه المجلس في مدى تطابق القانون الداخلي مع معاهدة سابقة، وفتح الاحتمال أمام إمكانية استبعاده إذا كان مخالفاً لاتفاقية نافذة ولو كانت سابقة على القانون، لقد ألقى هذا القضاء بعبء كبير على القاضي الإداري ذلك أن سمو المعاهدات يستمد أساسه من نص دستوري، وهو ما قد يؤدي إلى فحص مسائل دستورية، حال كون المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة أنه غير مختص بذلك، ولهذا كان مجلس الدولة يرفض رقابة مطابقة القانون اللاحق لمعاهدة سابقة، لكن بمنسابة قضية *Nicolo* رأى المجلس بأن تهربه من مواجهة الموقف سيؤدي إلى شل تطبيق نص المادة ٥٥ من الدستور التي تكرر سمو المعاهدات على القوانين، لذلك كان مضطراً إلى استبعاد القوانين اللاحقة التي تخالف معاهدة نافذة متخذاً موقفاً مشابهاً لموقف استقر عليه القضاء العادي منذ ١٩٣١ في قضية *Matter*^(١) ومسائراً للدعوى غير المباشرة للمجلس الدستوري الذي أعلن عدم اختصاصه بالموضوع إذ صرح في قراره^(٢) رقم ٥٤/٧٤ المؤرخ في ١٩٧٥/٠١/١٥ بأن قانوناً متعارضاً مع المعاهدة لا يعني أنه مخالف للدستور، وبذلك استبعد الاتفاقيات من بين القواعد المرجعية للرقابة الدستورية، وقد أسس المجلس الدستوري موقفه هذا على أن قراراته المتعلقة بالرقابة تحوز طابعاً مطلقاً ونهائياً بينما سمو المعاهدات على القوانين المكرس بالمادة ٥٥ من الدستور يعد ذا طابع نسبي ومحدود، إضافة إلى أن تطبيقه معلق على شرط المعاملة بالمثل .

إن موقف مجلس الدولة في قضية *Nicolo* قد أثار نقاشات حادة خاصة في ما يتعلق بالنتائج الناجمة عن هذا الاتجاه الجديد، فإعطاء نص المادة ٥٥ امتداداًها الطبيعي من حيث التطبيق يؤدي إلى خرق نص مادة دستورية أخرى وهي المادة ٢١ وذلك من خلال التعديل غير المباشر لإلتزامات السلطة التنفيذية تجاه القانون، فيكون مجلس الدولة أعطى الأولوية لمبدأ تدرج القوانين على مبدأ تدرج السلطات^(٣)

" Le juge administratif fait prévaloir le principe de hiérarchie des normes sur la hiérarchie des organes normateurs, il semble même

^١ - Cir , ٢٢ dec ١٩٣١ , Couch Matter , note Niloyet , cite par Karime Michelet , Op. cit. p ٢.

^٢ - ويتعلق الأمر بإخطار المجلس الدستوري للنظر في دستورية القانون المتعلق بالتوقيف الإداري للحمل ومدى تماشيهِ مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، لاسيما المادة منها .

^٣ - والحقيقة أن الرقابة القضائية ستؤدي إلى محدودية رقابة الاتفاقية لسنة أحكام القضاء ولعدم إمكانية إلغاء القوانين المخالفة للاتفاقية بها عكس رقابة المجلس الدستوري ، أنظر : David Bailev le juge administratif et la couventionalite de loi , vers une remise en question de la jurisprudence Nicola , R.F.D.N.S /٢٠٠٣ - p٨٧٦ et s , Etienne picard , la jurisdiction administrative au regard du adroit international , op cit , p ٤٤.

établi une hiérarchie entre différentes normes constitutionnelles au (^١) "profit de l'article ٥٥ de la continuation

وبعد عرض الموقف الفرنسي، يثار التساؤل عن الجهة التي تضمن احترام القوانين واللوائح للمعاهدات في الجزائر في ظل دستور ١٩٩٦؟

لعل أول ما يبرز في هذا المجال هو موقف المجلس الدستوري الجزائري في قراره رقم ٠١ لسنة ١٩٨٩ والمتعلق بدستورية المادة ٨٦ من قانون الانتخابات لسنة ١٩٨٩ والتي تحدد الشروط الواجبة في المترشحين لانتخابات المجلس الشعبي الوطني، ورغم كون إخطار المجلس كان يستهدف مدى مطابقة المادة ٨٦ لقواعد الدستور فإنه لم يكتفي بذلك إذ أعلن عدم مطابقة المادة المذكورة للمادتين ٢٧ و ٤٧ من الدستور، وأضاف تبريرا إضافيا يتعلق بعدم مطابقة هذه المادة مع اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر، ومما جاء فيه: "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة ١٢٣ من الدستور - لسنة ١٩٨٩ و تقابل المادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦ - سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية" وبعد أن قرر المجلس أن عهدي الأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦ والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان " تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه " وتأسيسا على ذلك نطق المجلس بعدم دستورية المادة ٨٦ من قانون الانتخابات، فالمجلس الدستوري قام بمراقبة دستورية قانون الانتخابات ليس فقط بالنظر على الدستور وإنما أيضا على ضوء المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر. وهذا الموقف يقودنا إلى النتائج التالية :

١- إقحام المعاهدات في الكتلة الدستورية، وهو ما يجعل رقابة المطابقة بين القوانين والمعاهدات من اختصاص المجلس الدستوري .

٢- دعوة الجهات القضائية للاضطلاع بصلاحيات أعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض، وذلك من خلال السماح للمواطنين الجزائريين بالاحتجاج بأحكامها أمام القضاء الوطني، وبالتأكيد لم يكن قصد المجلس الدستوري تحويل هذا الحق للمواطن الجزائري وحده دون الأجانب، وإلا عد ذلك تمييزا قد يرتب المسؤولية الدولية للجزائر، ولكن سياق هذا القرار كان يتعلق بممارسة إحدى الحريات العامة المكفولة للمواطنين دون الأجانب.

ولا شك أن هذا القرار يثير التساؤل عن حجته في ظل دستور ١٩٩٦ ؟ إنه من خلال الفصل الأول يتبين أن الكتلة الدستورية تتضمن الدستور بديباجته ونصوص مواده، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، أما القواعد الاتفاقية الدولية فهي تخضع للقواعد

^١ ٢٦. p , Op. cit. , Michelet , Karime -

الدستورية كونها أقل منها من حيث المرتبة الإلزامية، فلا يمكن إدماجها في نفس الكتلة، ضف إلى ذلك أن المعاهدات تخضع للرقابة على دستوريته من طرف المجلس الدستوري، وأن إدماج المعاهدات ضمن الكتلة الدستورية سوف يفرض على المجلس الدستوري فحص مطابقة القوانين واللوائح المعروضة عليه لكل المعاهدات النافذة في الجزائر، وهو ما سيؤدي إلى شل أعمال المجلس الدستوري .

واستنادا إلى قرار المجلس الدستوري سالف الذكر، فإن المحكمة العليا كرست في عديد قراراتها اختصاصا برقابة مدى مطابقة القوانين الداخلية للمعاهدات النافذة بالجزائر، ومن هذه القرارات، القرار المؤرخ في ٢٢/٠٢/٢٠٠٠^(١)، والذي اعتمدت فيه المعاهدات كمصدر للشرعية الجنائية إذ قضت الغرفة الجزائية بصحة الحكم بمصادرة المبالغ المحجوزة والتي حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات، فاعتبرت المصادرة عقوبة مشروعة، نظرا للنص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: ٤١/٩٥ المؤرخ في ٢٨/٠١/١٩٩٥ وهذا رغم النص عليها في قانون الصحة رقم ٠٥/٨٥ الذي توبع المتهمون به.

والقرار الثاني صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا في ٠٥/٠٩/٢٠٠١^(٢) والذي استبعدت فيه المحكمة العليا نص المادة ٤٠٧ من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالإكراه البدني لمخالفته لنص المادة ١١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهو ما أكدته بقرار لا حق بتاريخ: ١١/١٢/٢٠٠٢^(٣). فالمحكمة العليا تمسكت باختصاصها برقابة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية النافذة بالجزائر تلقائيا ووصلت لحد استبعاد القانون المعارض للاتفاقية، بل إلى حد التطبيق المباشر لنص من المعاهدة وفي الميدان الجزائي الذي يخضع لمبدأ الشرعية حسب المادة الأولى من قانون العقوبات. ولا شك أن مجلس الدولة سوف يمشي في نفس الطريق لو طرح عليه الأمر.

الفرع الثاني: سلطات القضاء في رقابة اتفاقية القانون

^١ - م.ع.م. رقم ١٦٧٩٢١. ق. في ٢٢/٠٢/٢٠٠٠ قضية (م ع ومن معه) ضد م ق ٢/٢٠٠٠ ص ٢٠٦ (ملحق ٠٢).

^٢ - م.ع.م. رقم ٢٥٤٦٣٣. ق. في ٠٥/٠٩/٢٠٠١ غ م سلم لطلبة التضاة في مادة علاقة القانون بالتراضي الداخلي، السنة الثانية الدفعة ١٤ السنة ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ (ملحق ٠٣)

^٣ - م.ع.م. رقم ٢٨٨٥٨٧ ق. في ١١/١٢/٢٠٠٢ قضية (ي ي) ضد (خ ب) م ق عدد ١ / ٢٠٠٣ (ملحق ٠٤)

خلافا للقاضي العادي الذي لا يملك سوى استبعاد القانون أو اللائحة المخالفة للاتفاقيات، يملك القضاء الإداري عدة وسائل في إطار رقابته على اتفاقية القوانين واللوائح وذلك من خلال المنازعات المعروضة عليه، سوء في إطار رقابته الشرعية (أولا) أو المسؤولية (ثانيا) ولذلك سوف نركز على سلطات القاضي الإداري^(١).

أولا : سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المشروعية: ترى الأستاذة Etienne picard بأن آثار تصريح القاضي بمخالفة نص ما لاتفاقية دولية تختلف اعتبارا لأربعة عوامل هي طبيعية القاعدة (دولية أم لائحية)، شكل قاعدة الداخلية (قانون أم لائحة)، تاريخ سن هذه القاعدة الداخلية مقارنة بالمعاهدة، موضوع الطعن أمام القاضي. والجمع بين هذه العناصر يضع القاضي الإداري أمام عدة حالات :

الحالة الأولى: إذا تعلق الأمر بقرار إداري لا حق بمعاهدة دولية، وتعارض معها، فإن القاضي ملزم بإلغائه إذا كان الطعن فيه متعلقا بفحص المشروعية .

الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بقرار سابق على معاهدة دولية وكان متعارضاً معها، فإن هذه المعاهدة قد تؤدي إلى إلغائه ضمناً وقد لا تؤدي إلى ذلك، فإذا كان القرار تنظيماً فإنه يمكن للقاضي وقف سريانه طالما أن القاعدة الدولية كانت نافذة:

« Si l'acte est réglementaire il pour oit en effet n'être que supendu tant que la règle internationale resterait applicable dans l'ordre interne »

لكن القاضي ملزم بالتصريح بالإلغاء وإبطال كل المراسيم التنفيذية التي تصدر بصفة لاحقة للمعاهدة، وتكون مخالفة لها.

الحالة الثالثة: إذا تعلق الأمر بمخالفة قانون لمعاهدة فإن سلطة القاضي تبدو ضيقة، فإذا كان القانون سابقاً للمعاهدة فلا يملك القاضي إلا معايضة الإلغاء، وذلك منذ إدماج القاعدة الدولية في النظام الداخلي، ومن ثم فمن واجب القاضي الإداري التصريح ببطلان كل المراسيم التنفيذية لهذه القوانين.

^١ - وقد أغفلنا الحديث عن دور مجلس الدولة في إطار اختصاصه الاستشاري لكونه ذو طابع استشاري فحسب ولخروجه عن الوظيفة القضائية بمفهومها الدقيق.

الحالة الرابعة: أما إذا صرح القاضي بطريقة غير عادية بسمو قاعدة دولية على تشريع نافذ، فلا يمكنه في أفضل الأحوال إلا أن يصرح بعدم إمكانية تطبيق هذا الأخير^(١). ويبقى التساؤل قائماً حول الحجية التي يتمتع بها هذا التصريح ؟

وبالتأكيد فإن أوجه الإلغاء أو عدم المشروعية هي نفسها المتعلقة بمخالفة القرارات للقوانين الداخلية، أي عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات أو عيب مخالفة القانون أو عيب السبب أو الانحراف بالسلطة، ومرد هذا التشابه هو تقارب القواعد الدولية مع القواعد الداخلية من حيث المحتوى.

ثانياً: سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المسؤولية: ويختلف الوضع حسب حالتين، تتمثل الأولى في المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية (I) والثانية المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية (II)

I- المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية: لقد صرح مجلس الدولة الفرنسي منذ قراره في قضية^(٢) Driancourt أن كل حالة عدم مشروعية تشكل خطأ، فهل أن كل خرق من المشرع لأحكام اتفاقية ما يشكل خطأ يؤدي بالنتيجة إلى مسؤولية الدولة ؟

لقد تردد مجلس الدولة في الحسم في هذا الأمر، فلم يصرح بالمسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال السلطة التشريعية، إلا في مجال فرق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كما فعل في قضية لافلورات^(٣) الشهيرة، وهي فرضية لا تنطبق إلا على حالات قليلة لخرق القواعد الدولية

ومرد ذلك إلى كون القانون يمثل تعبيراً عن الإرادة العامة فاستفاد هذا الأخير (القانون) بنظام تقضيي، سيما على صعيد المسؤولية على حد تعبير Morange:

«la loi a longtemps bénéficié d'un régime juridique de foreux y compris en matière de la responsabilité »

إن نظام المسؤولية بدون خطأ عن أعمال السلطة التشريعية يبدو محدد الأفق ليس فقط بسبب قلة السوابق في هذا المجال فقط- ٠٣ حالات حسب الأستاذ Michelet - ولكن بسبب الشروط الخاصة لإقامة هذه المسؤولية، والتي لا تتماشى مع أغلب حالات القوانين المخالفة للاتفاقيات، وخاصة فيما يتعلق بشروط الضرر، الذي يستوجب القضاء أن يكون جسيماً جساماً غير عادية، وإذا خطورة استثنائية préjudice caractère anormal et spéciale وعلى ذلك فإن

^١ - Etienne picard , IBI D , p ٤٢ et s

^٢ - Etienne picard , IBID , , p ٤٣ , et s .

^٣ - مسعود شيبوب ، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري دراسة مقارنة د م ج ٢٠٠٠ ، ص ٩٦ وما بعدها

مسؤولية الدولية عن القوانين المخالفة للاتفاقيات لا تجد لها أساسا في نظام المسؤولية الإدارية، بل تبدو فقط نتيجة منطقية أفرزها قرار Nicolò .

ومن هنا نخلص إلى أن الأساس الحالي للمسؤولية عن طريق مبدأ سمو القواعد الاتفاقية الدولية إنما يتمثل في المسؤولية الخطئية عن قواعد تنظيمية غير مشروعة

(^١) du fait de l'application d'un règlement la responsabilité pour faute

II المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية: وهي المسؤولية التي كرسها مجلس الدولة الفرنسي في قراره المبدئي الصادر سنة ١٩٩٢ في قضية (Société Arizona Tobacco produits) حيث رتب المجلس مسؤولية الإدارة على أساس الضرر الناجم عن المرسوم التطبيقي الصادر في ١٩٧٦/١٢/٣١ الذي يحدد أسعار بيع التبغ بطريقة تتعارض مع تعليمة دولية صادرة في ١٩٧٢/١٢/١٩، علما أن هذا المرسوم إنما صدر مجرد تطبيق لقانون داخلي تضمن أحكاما تتعارض مع الاتفاقية، وعليه يظهر أن القاضي قد أجبر على تحليل هذا الضرر بأنه ناتج عن المرسوم بينما عدم مشروعية هذا الأخير إنما هي نتيجة لتعارض القانون الذي سعى إلى تطبيقه مع تلك التعليمة الدولية .

نخلص إلى القول أن مسؤولية الدولة عن القوانين التي تخرق المعاهدات لا تجد أساسها في المبادئ التقليدية للمسؤولية الإدارية، التي بات من الواجب توسيع إطارها لتحتوي التغيرات الحديثة للعلاقات الدولية المتجسدة باتفاقيات دولية في شتى المجالات القانونية، ولعله يصلح في هذا الإطار ما قرره محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قضية فرانكوفيتش، فقد اعتبرت أن قانون الاتحاد الأوروبي يفرض على الدول الأعضاء إصلاح الأضرار اللاحقة بالأفراد نتيجة خرق القانون الاتحادي، وذلك من خلال تبني نظام تعويض خاص بكل دولة، شريطة أن يكون هذا النظام فعالا، إذا جاء في حيثياته:

« C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il (^٢) l'état de réparer les conséquences du préjudice cause » incombe

^١ - Karime Michelet, Op.cit , p ٢٧.

^٢ - C J CE. ١٩ Nov ١٩٩١, Francovich et Bonifaci cité dans : / Du Louis, la responsabilité de l'état législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la communauté, R.F.D.A . ١٩٩٦, p ٥٨٢.

وبعد أن تم عرض عصارة اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، فإنه يمكن القول أنها تصلح للاستعانة بها من طرف القضاء الإداري الجزائري فيما قد يطرح عليه من نزاعات، خصوصا في ظل تزايد عدد المعاهدات المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، فتسمح له بأن يكون ضمانته حقيقية لحماية مبدأ التدرج القانوني الذي يعد احد دعائم دولة القانون.

الفرع الثالث: الإشكاليات التي تثار أمام القاضي بصدد رقابة اتفاقية القانون

إنه من السهل أن نقول بأن المعاهدة تصير قانونا بتمام الإجراءات المقررة لحصولها على ذات قوة القانون، فنتدعى بذلك النتائج وتحل المشكلة التي يثيرها الفقه بصدد اختلاف الطبيعة ما بين المعاهدات والقوانين الداخلية، ولكن الحقيقة غير ذلك فإنشاء القانون شيء واستعارة قوته شيء آخر، ولا يستوي في النهاية وبإطلاق ما أنشأته إرادة دولة واحدة بنتاج توافق إرادات الدول، والنص الدستوري نفسه لم يقل أن المعاهدة قانونا، وإنما فقط واستجابة لطبيعتها الخاصة منحها قوته تتقدم بها في التطبيق فوق القانون الصادر عن البرلمان في تدرج القواعد القانونية، وعندما تسمو المعاهدة على القانون لا يكون لها ذلك إلا بنص في الدستور، وما كانت المعاهدة تحتاجه لو كانت بطبيعة ذاتية تغنيها عنه، وما اشترطه الدستور من إجراءات تدخل بها المعاهدة في النظام الداخلي هو إعلان بان قدومها هو بإذن السيادة الوطنية وليس مفروضا لمقتضى خضوع مباشر للقواعد الدولية، يؤكد أيضا أن المعاهدة تخالف في النهاية القانون الداخلي، ولا شك أن هذه الطبيعة المتميزة للمعاهدات تثير أمام القاضي وهو يتعامل معها إشكاليات تتميز بخصوصياتها عن الإشكاليات التقليدية التي كان يواجهها القضاء، وهو ما يفرض على القاضي لعب ادوار جديدة لحل تلك الإشكاليات، والتي قد تتعلق بمسائل خارجة عن مضمون المعاهدة (أولا) أو متعلقة بمضمونها (ثانيا) .

أولا: الإشكاليات غير المتعلقة بمضمون المعاهدة: يواجه القاضي أثناء تعامله مع المعاهدات عدة مسائل تتعلق بمدى إلزامية تطبيقها^(١)، وتتمثل في :

- إشكالية إجراءات التصديق التي فرض الدستور توفرها كشروط لصيرورة المعاهدة أقوى من القانون، وبالتالي فهل للقضاء الولاية لمراقبة مرسوم المصادقة؟ هل جاء صحيحا أي تم احترام الإجراءات الدستورية السابقة المتمثلة في الموافقة البرلمانية الصريحة أو عرضها على المجلس الدستوري وقراره أنها مطابقة للدستور؟

- وهناك إشكالية النشر، فهل يشترط لنفاذ المعاهدة أم لا ؟ و هي الإشكالية التي سبق عرضها سابقا.

^١ محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

- وإشكالية التحفظ، فمن حق الدولة أثناء إعلان التزامها بالمعاهدة أن تقرر بإرادتها المنفردة تحديد آثار بعض البنود من المعاهدة أو استبعادها، فما هو دور القاضي حيال هذا الوضع؟ ألا يعد ملزماً به لكونه من أعمال السيادة؟ وإذا صدرت إعلانات تفسيرية في شكله لكنه في حقيقته تحفظ، فما دور القاضي هنا؟

ثانياً: الإشكاليات المتعلقة بمضمون المعاهدة: فإذا خلص القاضي من الإشكاليات والمصاعب سالفة الذكر واستطاع حلها، فإنه سيقف أمام إشكاليات أخرى تتعلق بمضمون المعاهدة وتتمثل في إشكالية التفسير (I) وإشكالية القابلية للتطبيق المباشر (II)

I- إشكالية التفسير^(١): فهل يختص القاضي به أم لا؟ وكيف سيقوم بتفسير النص الاتفاقي الدولي؟ باعتبار أن الاتفاقيات تبرم من قبل السلطة التنفيذية، فقد اعتبر أنها الهيئة الوحيدة المؤهلة لتفسيرها، وخوفاً من التدخل في العلاقات الدولية بين السلطة التنفيذية والسلطات الأجنبية، حرص القاضي على إحالة مسألة التفسير إلى وزارة الشؤون الخارجية وكان ملزماً به، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي التقليدي، لكن قضية *Gisti*^(٢) كانت المناسبة التي تمسك فيها مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه في تفسير النصوص الاتفاقية الدولية، حيث أعطى المجلس التفسير الذي رآه ملائماً دون أن يرى نفسه ملزماً بالتفسير الوزاري، وبقراره هذا أكد مجلس الدولة الفرنسي أن هناك مشكلة تفسير كانت قائمة في هذا الخصوص، وأن المجلس قد سمح لنفسه بتقدير مدى صحة التفسير الوزاري، ليستخلص بالتبعية ما يراه هو نفسه من تفسير للنصوص محل النزاع ويبني قضاءه عليه، وأنه تبعاً لذلك يكون قد استقر مبدأ اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، ومعنى ذلك أن مسألة تفسير المعاهدات قد خرجت من طائفة أعمال السيادة وفقدت حصانتها.

وبالنسبة للقضاء الجزائري فالمحكمة العليا كانت لها مناسبة للتمسك باختصاصها بالتفسير، ويتعلق الأمر بالقرار المؤرخ في ٢٠٠٢/١٢/١١^(٣) والذي يتعلق بطعن بالنقض في قرار وقع الإكراه البدني عليه لعدم وفائه بدين تجاري وأسس قضاة المجلس قرارهم على أن المادة ١١ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تتعلق بالحقوق المدنية فحسب، فقامت المحكمة العليا بتفسير نص المادة ١١ من الاتفاقية المذكورة، ومما جاء في القرار: "وبعد الإطلاع على أحكام المادة ١١ من الاتفاقية المذكورة أعلاه والتي جاء فيها ما يلي: (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد

^١ محمد فؤاد عبد الباسط، نفسه، ص ١٤ وما بعدها.

^٢ -RGDIP., ١٩٩٠, N°٣, pp ٨٧٩-٩١١ ; Rec., ١٩٩٠, pp ١٧١-١٨٣

قتلا عن محمد فؤاد عبد الباسط، ص ٢٠ و ص ١٥٥ وما بعدها.

^٣ المحكمة العليا ملف رقم ٢٨٨٥٨٧ قرار بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١١ بقية (ي ي) من (خ ب) م ق عدد ٢٠٠٣/١ ص ٢٠١ وما بعدها (ملحق ٠٤).

عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي) وتبعاً لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي.

وحيث أن مصادر الالتزامات، تنقسم إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، وأصبح -ومنذ انضمام الجزائر إلى تلك الاتفاقية - غير جائز تنفيذ الالتزامات الإرادية - سواء كان مصدرها معاملة مدنية أو تجارية - عن طريق الإكراه البدني.

وحيث انه كما هو ثابت في وقائع القضية أن الالتزام المراد تنفيذه مصدره معاملة تجارية أي عقد تجاري.

وحيث أن المادة ١١ المشار إليها أعلاه لا تميز بين الالتزام التعاقدي التجاري وغير التجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدي سواء كان موضوع هذا الالتزام معاملة مدنية أو تجارية، فيمتنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني..."

II- إشكالية القابلية للتطبيق المباشر: فإذا خلص من مشكلة التفسير، واجهته مشكلة أخرى، وهي كيفية التعامل مع المعاهدة أي مدى إمكانية تطبيق نصوصها مباشرة؟ أم ينتظر صدور القوانين والتنظيمات الكفيلة بذلك؟

لقد كانت قضية Yeter Cinnar^(١) المناسبة لمجلس الدولة الفرنسي لتغيير اجتهاده بصدد مسألة التطبيق المباشر للمعاهدات، إذ بدل الارتكاز على معايير عادة ما عرقلت مسألة التطبيق المباشر، وخصوصاً المعيار الشخصي والمتمثل في البحث في نية الأطراف، بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية مثلاً، فقد انصب اهتمام مجلس الدولة على دراسة مضمون نص المعاهدة المطروح عليه تطبيقها، فاعتمد على المعيار الموضوعي، والمتمثل في دقة ووضوح هذا النص، والغرض منه هدف ملموس، وهي المعالجة القانونية التي أدت به إلى الفصل بين نوعين من القواعد الاتفاقية الدولية، فبعضها تطبق تطبيقاً مباشراً، والأخرى لا يمكن تطبيقها مباشرة، فقرار سينار أعلن عن عهد قانوني وقضائي جديد في مجال التعامل المباشر مع المعاهدات الدولية.

ولعل الموقف القضائي الجزائري في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بغرفتيها المدنية والجزائية -سابقة الذكر- دليل آخر على أن القضاء صار متمسكاً بأهليته للتطبيق المباشر لنصوص المعاهدات الدولية طالما كانت قابلة لذلك، دونما انتظار للقوانين أو التنظيمات الداخلية التي تجعلها نافذة .

^١ لمرأبة أحمد، تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي، مطبوعة سلمت في إطار التطبيق مادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي، السنة ٢٠٠٥/٢٠٠٤ للطلبة القضاة السنة ٠٢ الدفعة ١٤، ص ٤٩٣.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللائحية

تطبيقاً لمبدأ المشروعية ومقتضياته، ومنها مبدأ تدرج القواعد القانونية، فإن أعمال السلطة التنفيذية -سواء منها الفردية أو اللائحية- تخضع وتنقيد بالقانون بمعناه الواسع، وكل مخالفة لذلك تجعل عملها باطلاً وقابلاً للطعن فيه أمام القضاء، وعلى ذلك فإن اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية - مهما كان نوعها والظروف التي صدرت فيها- تخضع للرقابة القضائية باعتبارها أعمالاً إدارية، وتطبيقاً للمادة ١٤٣ من الدستور "ينظر القضاء في الطعن قرارات السلطات الإدارية"

وقد أثبتت عملية الرقابة القضائية جدواها وفعاليتها في النظم القانونية المقارنة، حيث استطاع القضاء عن طريق صور وأنواع الرقابة القضائية التي بسطها على اللوائح أن يوفر ضمانات جدية وفعالة لحماية الشرعية وحريات الأفراد وحقوقهم في مواجهة السلطة التنفيذية، التي أجبرها القضاء على الخضوع للقانون واحترام مبدأ المشروعية، وتتخذ رقابة القضاء على اللوائح عدة صور حسب الجهة التي تتولاها، فقد تكون رقابة إلغاء من طرف القضاء الإداري، وقد يختص بها القاضي العادي عن طريق الدفع بعدم الشرعية فيختص بها طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية^(١).

غير أنه يتعين ملاحظة أنه بصدد فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد الدستورية فإن ذلك وجه آخر للرقابة القضائية على مشروعية اللوائح، عمد إليها القاضي لتوسيع مساحة رقابته على أعمال السلطة التنفيذية، هذا إضافة إلى إنشائه نظرية المبادئ العامة للقانون لتوسيع سلطته الرقابية على تلك الأعمال.

ولذلك فقد تكون الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح بواسطة دعوى الإلغاء (الفرع الأول) أو عن طريق الدفع بعدم الشرعية (الفرع الثاني) إضافة إلى الوسائل التي ابتدعها القاضي لتوسيع مجال رقابته عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رقابة الإلغاء

يختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإداري فقط دون القضاء العادي، طبقاً لنص المادة ٠١ من القانون ٩٨/٠٢ المؤرخ في ٣٠ ماي ١٩٩٨ المتعلق بالمحاكم الإدارية التي تنص على أنه "تنشأ

^١ - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

De laubadere, Traité de droit administratif, ١٩٥٣, p ٢١٣ No ٣٨٦.

محمد تقي، مبدأ المشروعية و رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملحق قضاء الغرفة الإدارية، ص ١٣٧ وما بعدها.

-علاقة السلطة القضائية مع السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية و الإعلام، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، ص ٨٣ وما بعدها.

محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية" والمواد ٩ و ١٠ و ١١ من القانون العضوي ٩٨ / ٠١ المؤرخ في ٣٠ ماي ١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والتي تجعله مختصا بالنظر في المنازعات المتعلقة بالطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، والطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة، إضافة إلى كون جهة استئناف ونقض في أحكام وقرارات الجهات القضائية الإدارية، وكذا في قرارات مجلس المحاسبة، وعلى ذلك فيملك أي فرد أو هيئة الطعن في اللوائح إذا ما شابها عيبا من عيوب المشروعية كعدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف أو عيب السبب^(١). والملاحظ من خلال الإطلاع على قرارات مجلس الدولة المنشورة في مجلة مجلس الدولة، أن مجلس الدولة يرتب جزاءات مختلفة على القرارات الإدارية المخالفة للمشروعية، ومرد ذلك هو درجة جسامة المخالفة، فإن كانت لا تمثل خروجاً كبيراً على مبدأ المشروعية كان القرار الإداري باطلاً، أما إذا بلغت المخالفة حداً كبيراً من الجسامة كان القرار الإداري معدوماً^(٢)، فمثلاً في القرار الإداري الفاصل في مسألة تدخل أصلاً في اختصاص القضاء عده المجلس قراراً باطلاً لتجاوزه السلطة، وفي القرار رقم ١٦٩٤١٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٠٧/٢٧ انتهى مجلس الدولة إلى اعتبار القرار الإداري الصادر من جهة غير مختصة منعماً، ونلاحظ في ذلك خلطاً كبيراً إذ الصواب خلاف ذلك حسب المستقر عليه فقها وقضاء^(٣).

ويترتب على ذلك اختلاف الآثار المترتبة على الانعدام عن تلك المترتبة على البطلان، إذ أن تنفيذ القرار الإداري المنعّم يشكل اعتداءً مادياً، وهو ما يغير قواعد الاختصاص إذ يصبح القضاء الإستعجالي الإداري والعادي مختصين بالنظر فيه إضافة لقضاء الموضوع الإداري، وذلك لكون القرار المعدوم تنتفي فيه مواصفات العمل القانوني المستحق للحماية، ونظراً لكون الانعدام من النظام العام، فإنه يمكن إثارته في أي درجة للتقاضي، وتثيره المحكمة تلقائياً، وإن هذا القرار لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء أو السحب من طرف الإدارة، ضف إلى ذلك أن مبدأ فصل السلطات يمنع على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، بينما إذا ثبت أن عمل الإدارة يشكل خروجاً جسيماً على قواعد المشروعية، وبالتالي اعتباره منعماً وعدم استحقاقه للحماية القانونية، فإن للقضاء توجيه أوامر للإدارة للكف عن كل

^١-لعروسي، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان، ملتنى قضاء الغرف الإدارية، ص ٣٧ وما بعدها.

^٢- بوديوة عبد الكريم، جزاء مخالفة القارات الإدارية لقواعد المشروعية، مجلة مجلس الدولة، العدد ٢٠٠٣/٥، ص

^٣- أنظر: بوديوة عبد الكريم، المرجع نفسه، و أنظر René chapus, Droit administratif, Op.cit.

ما من شأنه أن يضع العمل المتخذ حيز التنفيذ^(١)، ففي القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ: ٢٠٠٤/٠٥/١١^(٢) بعد أن أثبت عدم مشروعية قرار الإدارة، وأن تنفيذها المباشر إياه يمثل تعدياً يمنح الاختصاص للقاضي الاستعجالي قام بإلزام الإدارة بوضع حد لفعل التحدي ومما جاء في هذا القرار:

"مما يجعلها فعلاً قد قامت بفعل التعدي الذي هو من اختصاص القاضي الاستعجالي، وإن الأمر بوضع حد لفعل التعدي لا يمس بأصل النزاع وحقوق الأطراف، لأن كل طرف له الحق في استعمال الإجراءات القانونية الأخرى سواء في الإلغاء أو التوقيف ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون فعل التعدي هو إجراء قانوني يسمح للإدارة أن تستعمله للإضرار بالمواطنين.

مما يستوجب إثبات وجود فعل التعدي، وبالتالي القول باختصاص قاضي الاستعجال وإلغاء القرار المستأنف والتصدي من جديد بوضع حد لفعل التعدي" وقد قرر مجلس الدولة في هذا القرار "القضاء بإلغاء القرار المستأنف الصادر عن قسم الاستعجال للغرفة الإدارية... والتصدي من جديد بإلزام البلدية بوضع حد لفعل التعدي ضد المستأنف".

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الشرعية

يمكن الطعن ضد اللوائح غير الشرعية ولو تحصنت بفوات ميعاد الطعن، وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقاً لها، إذا يمكن الطعن في هذه القرارات على أساس عدم شرعية اللائحة التي تعد مصدراً لها، فحينئذ يتصدى القضاء الإداري باعتباره مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات التنفيذية اللائحية لفحص اللائحة باعتبارها مسألة فرعية Question préalable^(٣)، فإذا ثبت له عدم شرعيتها ألغى القرار التنفيذي مع بقاء اللائحة.

وهناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية، وذلك إذا ما خالف أحد الأفراد لائحة يراها معيبة وقدم للمحكمة من أجل هذه المخالفة، فهنا قد يدفع هذا الفرد بعدم مشروعية اللائحة، فهل يعد الدفع في هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضي بنفسه أي القاضي العادي؟ أم يعتبرها مسألة خارجة عن اختصاصه لكونها مسألة مبدئية أو أولية فيوقف الدعوى ويحيل الأطراف على القاضي الإداري؟

^١ - أنظر: فريدة أركان، التعدي، ملحق قضاء الغرف الإدارية، ص ٩٧ و ما بعدها.

^٢ - مجلس الدولة، ملف رقم: ١٨٩١٥ قرار بتاريخ: ٢٠٠٤/٠٥/١١ قضية أخ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي للدائرة الحضرية باب الزوار، مجلة مجلس الدولة العدد ٢٠٠٣/٥ (ملحق ١٠).

^٣ - ثمة خلط في المصطلحات بخصوص المسألة الأولية والفرعية، وفي هذه الدراسة التزمنا بالمصطلحات كما وردت في المادتين ٣٣٠ و ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد استقر الأمر في القضاء الفرنسي على اعتبار القضاء الجزائري مختصا بفحص شرعية اللوائح التي يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما القاضي المدني فإذا عرضت أمامه مسألة مبدئية أو فرعية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فإنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القضاء الإداري المختص، وأما في الجزائر فالمسألة تحتاج إلى مناقشة جدية، فمن جهة تمثل المحاكم الإدارية جهات القانون العام للمنازعات الإدارية، ومجلس الدولة يختص بكل منازعات الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية لقرارات السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، فمقتضى تمتع القضاء الإداري بالولاية العامة في المنازعات أن يكون له دون غيره سلطة الفصل في المنازعات الإدارية ما لم يوجد نص خاص بخلاف ذلك استثناء من هذه الولاية العامة، وعلى ذلك فإذا طرحت دعوى أمام جهة القضاء العادي، وكان الفصل في هذه الدعوى يستلزم أولا البت في مسألة تدخل بطبيعتها في طائفة المنازعات الإدارية، فإنه يتعين على القاضي، ما لم يكن هناك نص خاص يقتضي باختصاصه بالفصل في هذه المسألة، أن يوقف نظر الدعوى وإحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية، على أن هذا المذهب لم يرق للغرفة المدنية للمحكمة العليا- ربما حتى لا تطيل الإجراءات وتثقل على المتقاضين - ففي قرارها المؤرخ في ٢٠٠٢/١٠/٠٩^(١) استندت إلى مبدأ تدرج القوانين لاستبعاد مرسوم تنفيذي (لائحة تنفيذية) وإهماله لمخالفته القانون، ومما جاء فيه : "حيث أن المادة ٨٥ من المرسوم المتضمن إنشاء السجل العقاري يلزم المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى بالمحافظة العقارية وإلا كانت باطلة.

وحيث أن مثل هذا البطلان مطلق يتعين على المجلس إثارته تلقائيا .

وحيث ثابت من ملف الدعوى أن دعوى المستأنف عليهم الرامية إلى إلغاء عقد رسمي مشهر لم يتم إشهارها.

وحيث أن ما اتجه إليه قضاة الموضوع هو اتجاه خاطئ من أساسه، ذلك انه بالرجوع إلى الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في ١٢ نوفمبر ١٩٧٥ لا ينص على إجراء شهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية قبل قيدها بكتابة ضبط المحكمة، ولا قانون الإجراءات المدنية.

حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد استحدثه مرسوم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

^١ - م ع ، ملف رقم ٢٦٤٤٦٣ قرار في ٢٠٠٢/١٠/٠٩ قضية (ن س) ضد (ن ش)، م ق عدد ٢٠٠٣/١ (ملحق ٥٥)

وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لا في قانون الإجراءات المدنية ولا القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، ومن ثمة يوجد التعارض بين القانون والرسوم المشار إليه.

وحيث انه طبقاً لمبدأ تدرج القوانين الذي يقضي بأنه في حالة ما إذا وقع التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى ويطرح التشريع الأدنى .

وحيث أن قضاة الموضوع عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى يكونون قد طبقوا ذلك المبدأ بالمفهوم العكسي" فهذا القرار استبعد المرسوم التنفيذي دون أن يتعرض مباشرة لشريعته، إذ استبعده باعتباره قانوناً فرعياً خالف قانوناً عادياً فتطلب طبقاً لمبدأ تدرج القوانين استبعاده. وهذا الاتجاه هو تأكيد لقرار سابق لنفس الغرفة صدر بتاريخ ١٩٩٥/٠٧/١٢^(١) والذي جاء فيه: "كما أن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان إذ أن تطبيق المادتين ١٣ و ١٤ من الأمر ٧٤/٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥/١١/١٢ فقد أحال المشرع تطبيق هاتين المادتين على مرسوم.

وبناء على أحكام المادة ١٤ / ٤ من الأمر المشار إليه أعلاه فقد صدر المرسوم المؤرخ في ٢٥ / ١٩٧٦/٠٣ رقم ٦٣/ ٧٦ الذي نص في المادة ٨٦ منه على عدم قبول الدعوى إذا لم يتم إشهارها في المحافظة العقارية، إذ أن اشتراط إشهار العريضة قبل، تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيداً على رفع الدعوى قد استحدثه هذا المرسوم لكن المشرع قد نص على إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ولم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعوى العينية العقارية ومن ثمة يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام هذا المرسوم، وتبعاً لذلك فإنه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي يطبق التشريع العادي .."

ففي هذا القرار فحصت المحكمة العليا المرسوم رقم ٦٣/٧٦ باعتباره جاء تطبيقاً للمادة ١٤ من الأمر ٧٤/٧٥ فهو مرسوم تنفيذي أي لائحة تنفيذية، غرضها تقديم كليات تطبيق النص التشريعي بدون إضافة ولا تعديل، إذ تعد حينذاك مخالفة لقواعد الاختصاص الدستورية، لكونها تدخلت في المجال المخصص للبرلمان، فتكون من هذه الزاوية غير دستورية، ومن زاوية المنازعات الإدارية منعدمة، وحسب قانون العقوبات في مادته ١١٧ فإن هذا التجاوز يعد جريمة يعاقب عليها بالحبس المؤقت من ٥ إلى ١٠ سنوات، وعلى ذلك، فالمحكمة العليا متمثلة في غرفتها المدنية اعتمدت على مبدأ التدرج القانوني للتمسك بفحص شرعية اللوائح، وهو مذهب

^١ - المحكمة العليا، ملف رقم ١٣٠١٤٥ قرار بتاريخ: ١٩٩٥/٠٧/١٢، غ منشور ، قلا عن زروقي ليلي وحدي باشا عمر ، المنازعات العقارية، دار هومة، طبعة ٢٠٠٢، ص ٢٤٠.

جرى ويفيد مقدرة اجتهادية عظيمة إذ يفتح المجال للرقابة القضائية على مشروعية اللوائح عن طريق المبادئ العامة للقانون) وهو ما نراه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية اللوائح

في إطار الدور القضائي المكرس دستوريا والمتمثل في حراسة المشروعية، فإن القضاء ينشئ ويبتدع من الوسائل ما توسع مساحة رقابته على أعمال السلطة العامة، وترتفع عنه القيود التي قام سابقا بوضعها على نفسه مما ضيق من المجال الدستوري الواسع للرقابة القضائية على الإدارة طبقا للمادة ١٣٩ من الدستور التي تنص على انه: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" والمادة ١٤٣ التي تنص على انه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" فالمجال الدستوري للرقابة القضائية واسع، لكن القضاء ضيق على نفسه من خلال قيود ابتدعها ومنها نظرية أعمال السيادة، التي كانت من إنشاء القضاء الفرنسي، واعتنقها لاحقا القضاء الجزائري. وفي فترة لاحقة انتبه القضاء إلى ضيق مجال رقابة على الإدارة وصار يبتدع وسائل لتوسيعه، ومن هذه الوسائل الاستناد إلى القواعد الدستورية لبسط رقابة المشروعية على اللوائح الإدارية (أولا) وكذلك المبادئ العامة لقانون (ثانيا).

-أولا: الرقابة القضائية بالاستناد إلى القواعد الدستورية: حسب بعض الفقه ومنهم الأستاذ *favoreu* أنه من الناحية المنطقية لا يوجد مانع من الاستناد إلى نصوص الدستور لتأسيس الدعاوى الإدارية المختلفة إذ يقول:

« Les normes constitutionnelles ne sont pas utilisée dans le procès administratifs , non pas parce qu'elles sont utilisables , mais parce ^(١) que doctrine , juges et avocats pensent qu'elle , son inutilisable »

وبالرجوع لاجتهادات مجلس الدولة الفرنسي فإننا نجد لجأ في عدة مناسبات إلى القواعد الدستورية أثناء رقابة المشروعية لكنه يتقيد بمجموعة من الضوابط أهمها :

- بالنسبة لدعوى الإلغاء: لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء التي تتأسس على وجه عدم دستورية اللائحة محل الطعن لوجود اختصاص مانع للمجلس الدستوري في هذا المجال .

^١ - Luis Favoreu, Op.cit, p ٥

- بالنسبة لدفع بعدم الدستورية: هل يمكن استبعاد تطبيق لائحة أثناء النظر في دعوى إدارية نتيجة الدفع بعدم الدستورية؟ بصدد هذا السؤال، رفض مجلس الدولة قبول هذا الدافع اعتمادا على نفس الحجة، وهي أن رقابة الدستورية اختصاص مانع للمجلس الدستوري، لكن تيارا فقها ظهر بفرنسا يتزعمه كل من ليون دوجي وموريس وهوريو وجيز ينتقد هذا المسلك القضائي ويدعوا لقبول هذا الدفع .

ولو أعملنا مبدأ تدرج القواعد القانونية لقلنا بضرورة استجابة القضاء الإداري لهذا الدفع، والفصل فيه بما يؤكد خضوع القواعد التشريعية واللائحية للدستور، فيكون القضاء وهو يتمتع عن تطبيق القواعد التشريعية المخالفة للدستور، في إطار ممارسة وظيفته في تطبيق القانون والرد على الدفوع وليس ممارسة للرقابة على دستورية القوانين .

-بالنسبة لدعوى فحص المشروعية: وبموجبها يقوم القاضي بمعاينة اللوائح المعروضة عليه من حيث الأركان التي تقوم عليها، ليصرح بمشروعيتها إذا جاءت مواجهة للقواعد القانونية الأسمى منها دستورية كانت أم غيرها، أو العكس إذا كانت غير ذلك، وباعتبار القواعد الدستورية في قمة الهرم القانوني في الدولة فإنه من الواجب على مجلس الدولة التصريح بعدم مشروعيتها اللائحة المخالفة للدستور.

ثانيا: توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة لقانون: إن الملاحظ مما سبق، أن نظرية الاختصاص المانع للمجلس الدستوري برقابة دستورية اللوائح من اختراع القضاء الإداري الفرنسي، ولذلك فهو الأقدر على إيجاد الآليات والنظريات الكفيلة بالتخلص من القيود المترتبة عنها، بما يسمح للقضاء الإداري بقبول دعوى إلغاء اللوائح المخالفة للدستور، وتوسيع مجال هذه الرقابة، فما هي هذه الآليات؟

بالرجوع إلى القضاء المقارن وخصوصا الفرنسي، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي كرس نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها وسيلة لتوسيع مجال رقابته على اللوائح، وبالتالي التحرر من قبضة الاختصاص المانع للمجلس الدستوري برقابة دستورية اللوائح، ولذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون^(١)، كما سبق تفصيله، وهو ما يصلح اعتماده من قبل القضاء الجزائري لتشابه المعطيات الدستورية والقانونية في النظامين الفرنسي والجزائري، ولذلك نتساءل عن الدور الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية في إطار الرقابة على مشروعية اللوائح في الجزائر ؟ لقد كان الدافع وراء الاعتراف بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون هو بسط القضاء في لرقابته على دستورية اللوائح المستقلة من جهة (I) والأوامر التشريعية من جهة أخرى (II) .

^١ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

I-المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية اللوائح: لقد أعلن الفقه الفرنسي انزعاجه من المادة ٣٧ من دستور ١٩٥٨ وهي المقابل للمادة ١٢٥ من دستور ١٩٩٦ الجزائري، لكونها تدرج ضمن الاختصاص المستقل للسلطة التنفيذية وفي نطاق واسع، فالسلطة التنفيذية تختص بإصدار اللوائح دون الاستناد للقانون ولا خضوع لرقابة البرلمان، ولا يجوز لهذا الأخير التشريع في هذا المجال، ومع انزعاجه بحث الفقه عن التقنيات اللازمة لفرض رقابة موضوعية على محتوى ومضمون تلك اللوائح المستقلة من جانب القضاء الإداري، ونظرا لعائق الاختصاص المانع للمجلس الدستوري بالرقابة على الدستورية لم يجد الفقه بدا من إضفاء الطابع الدستوري على بعض المبادئ العامة للقانون، وذلك للاعتماد عليها لاحقا لتفعيل رقابة القاضي الإداري على دستورية تلك اللوائح، ذلك أنه إذا كانت تلك المبادئ العامة لها قوة القانون فإنه لا يوجد ما يمنع السلطة التنفيذية من مخالفتها أثناء وضعها للوائح المستقلة، وهو ما يفرض الارتقاء بها لتصبح لها قيمة دستورية، فإذا خالفتها تلك اللوائح صارت مشوبة بعيب عدم المشروعية، ويتعين بالتالي على القاضي الإداري التصريح بإلغائها.

II-المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية الأوامر التشريعية: وهذه الأوامر تصدر عن رئيس الجمهورية في المجال غير المخصص للقانون طبقا للمادة ١٢٤ من الدستور، ولكنها رغم ذلك لا تعدو كونها أعمالا إدارية طبقا للمعيار العضوي، فكيف فعل القضاء الإداري لبسط الرقابة على دستورتها ؟

لقد رأى أن الاحتفاظ للمبادئ العامة للقانون بقيمة القانون، لا تخوله مثل هذه الرقابة، ولذلك اعترف القضاء الإداري وأيده في ذلك الفقه بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون، وهو ما مكنه عند مخالفة تلك الأوامر لهذه المبادئ التصريح بعدم مشروعيتها وبالتالي إلغائها.

وهو ذات المنطق الذي يمكن تكريسه في الجزائر على الأوامر الصادرة طبقا للمادة ١٢٤ من دستور ١٩٩٦ قبل عرضها على البرلمان أو التي لا يمكن تصور عرضا عليه، إذ تبقى مجرد أعمالا إدارية ومن ثم يمكن للقاضي بسط رقابته عليها اعتمادا على المبادئ العامة للقانون، ومنها مبدأ تدرج القوانين وهذه المبادئ يخلقها القضاء الإداري، مستلهما إياها من المرجعية الدينية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، وبلاستناد على مقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق، وأنه يصلح للقضاء الاستناد عليها لتقرير اختصاصه برقابة مشروعية الأوامر واللوائح المستقلة، رغم تكريس محتوى هذه المبادئ في نصوص الدستور صراحة، فالقاضي يعتمد عليها كمبادئ عامة للقانون لا باعتبارها نصوصا دستورية.

ومن الضروري التساؤل عن موقف القضاء الإداري بخصوص هذه المسألة؟

لا توجد سابقة قضائية يمكن الاستناد عليها للإجابة عن التساؤل المطروح بخصوص رقابة القضاء الإداري لدستورية اللوائح المستقلة، أو الأوامر التشريعية، اللهم إلا قرارا صادرا عن مجلس الدولة بتاريخ ١٩٩٨/٠٧/٢٧^(١) استند فيه المجلس للفصل في طعن من أجل تجاوز السلطة إلى المبادئ العامة للقانون، وذلك أن قاض صدر ضده قرارا بالعزل من المجلس الأعلى للقضاء مجتمعاً في هيئة تأديبية، فقرر مجلس الدولة أن يقبل دعوى الإلغاء ضد هذا القرار مستنداً إلى مبدأ عام للقانون سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن استنبطه في قضية: Dame La motte^(٢) الشهيرة وهو مبدأ عدم حصانة أي قرار إداري ضد رقابة الإلغاء، ولم يستند إلى نص المادة ١٤٣ من الدستور التي تصلح أساساً لحكمه نظراً لعمومية صياغتها والتي جاءت في الشكل التالي: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" وهو الموقف الذي أصر عليه مجلس الدولة الجزائري حين أعيد عرض نفس النزاع عليه للمرة الثانية بتاريخ ٢٠٠٢/٠١/٢٨^(٣) إذ جاء في الحثيات: "حيث وبدون حاجة إلى فحص كافة الأوجه المثارة بما في ذلك الوجه المأخوذ من المادة ١٠٠ من القانون الأساسي للقضاء الذي قد فصل فيه القرار السابق مصرحاً باختصاصه باسم المبادئ العامة للقانون بأن مقرر المجلس الأعلى للقضاء المستأنف هو مقرر غير قانوني لأكثر من سبب" وفضلاً عن ذلك استند المجلس إلى مبدأ آخر وهو ما قرره في حثية أخرى جاء فيها: "المجلس الأعلى للقضاء بكامل هيئته التأديبية قد أهمل الأخذ بعين الاعتبار المبدأ العام للقانون القاضي بأنه لا يمكن الفصل مرتين في قضية بنفس الوقائع" وعلى ذلك فإن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تلعب أدواراً عدة في حماية المشروعية، فهي تحل محل القانون الغائب بالنسبة للوائح المستقلة والأوامر التي تضعها السلطة التنفيذية دون ما استناد إلى قانون، فتجيء هذه المبادئ لتحل محله، كما أنها تسمح للقضاء الإداري ببسط رقابته الفاعلة على تلك الأعمال الإدارية وتضمن إخضاعها لسيادة القانون، إذ بالاستناد لهذه المبادئ العامة يخضع القاضي الإداري للوائح المستقلة التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١٢٥ من الدستور لرقابته سواء من حيث الشكل والاختصاص أو من حيث المضمون، كما تصلح أساساً لرقابة القاضي الإداري للأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في ظل عدم فعالية آليات الرقابة الدستورية، هذا إضافة إلى إمكانية الاستناد لهذه المبادئ العامة لإعادة النصوص القانونية التي تتضمن أحكاماً تتنافى مع القواعد الدستورية أو مع قيم المجتمع ومرجعياته الأساسية إلى حظيرة المشروعية، وذلك عن طريق تفسير تلك النصوص القانونية

^١ - مجلس الدولة، ملف رقم: ١٧٢٩٩٤ قرار بتاريخ: ١٩٩٨/٠١/٢٧ قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء و وزير العدل، مجلة مجلس الدولة العدد ٢٠٠٢/١ (ملحق ٠٨).

^٢ - C E, dame La motte ١٧/٠٢/١٩٥٠ in , les grandes arrête de la jurisprudence administrative, M . long et autres, p ٤٣٣ et s.

^٣ - مجلس الدولة، ملف رقم: ٥٢٤٠ قرار بتاريخ: ٢٠٠٢/٠١/٢٨ قضية خ ق ضد المجلس الأعلى للقضاء و وزير العدل، مجلة مجلس الدولة عدد ٢٠٠٢/٢ (ملحق ٠٩).

بواسطة المبادئ العامة للقانون تفسيراً ضيقاً، بما يجعلها تحمل معنى موافقاً لأحكام الدستور وقيم المجتمع، ولذلك فالقضاء يبدو وكأنه يراقب القوانين تحت ستار تفسيرها بالاستناد للمبادئ العامة للقانون^(١).

وتلخيصاً لما سبق تقريره بشأن دور القضاء الإداري في رقابة دستورية اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء بالاستناد إلى نصوص الدستور أو إلى المبادئ العامة للقانون، فإنه من اللازم التقرير بأن اللوائح بطبيعتها ومهما كانت مجرد قرارات إدارية، وقاضيتها الطبيعي هو مجلس الدولة، ومن ثم كون نظرية المبادئ العامة للقانون ملاذاً لمجلس الدولة لاستعادة اختصاص جوهرية انتزع منه أو تنازل هو عنه بغير حق^(٢).

^١ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٨٨ و ما بعدها.

^٢ - s. Bruno Genevois, Le conseil d'états et l'interprétation de loi, R. F. D. A, ٢٠٠٢, p ٨٨٣ et

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة تتبدى أمامنا مفارقة عجيبة مفادها ذلك البون الشاسع بين النظرية والممارسة:

- فمبدأ التدرج القانوني في التنظيم - مضمونا ونتائج - يتيح المجال واسعا للطموح والأمل في تحقيق دولة القانون وتجسيدها، لأنه يقدم بالفعل ضمانا أكيدا لخضوع كل النشاطات العامة للقانون، وذلك بما يضعه من قيود عليها وما يرتبه من جزاءات على تجاوزها .
- وأما في الممارسة، فتكشف الحالات العديدة والخطيرة للتعارض بين التشريعات المتفاوتة في مرتبتها الإلزامية عن تهرب القضاء - وهو السلطة الرقابية الحامية للشرعية في الدولة - من مواجهة المشكلة وتطبيق المبدأ، فلا نجد حالة واحدة تمسك فيها القاضي الجزائري باختصاصه الرقابي على دستورية القوانين ولا للتطبيق المباشر للنص الدستوري، فيما نجد مناسبتين فحسب لتكريس القضاء الجزائري سمو الاتفاقيات على القوانين وإحدى هاتين الحالتين تمثل خطأ فادحا لتعلقها بالميدان الجزائي الذي يقوم على مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب بما يخرج المعاهدات من هذا الميدان طالما لم تتركس في قواعد تشريعية صادرة عن البرلمان، والمناسبة الثانية إنما يتعلق الأمر بقانون سابق للمصادقة على المعاهدة، فنكون أمام حالة عادية لإلغاء النص اللاحق للنص السابق أكثر مما نكون أمام رقابة سمو المعاهدات، ولا نجد إلا قرارين فحسب للمحكمة العليا تتعلقان برقابة القضاء العادي لمدى مطابقة اللوائح التنفيذية للقوانين الصادرة عن البرلمان، وكليهما تتعلق بنفس المسألة حيث أعلنت المحكمة العليا صراحة تطبيقها لمبدأ تدرج القوانين وأثارته تلقائيا وحددت بدقة مضمونة ونتائجه، وهو ما يمثل بحق سابقة قضائية جديرة بالتنويه والإشادة.

وفي نفس الإطار كانت مناسبة الطعن في قرار العزل التأديبي الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ضد أحد القضاة الفرصة المواتية لمجلس الدولة، الذي أصدر قرارين حول نفس القضية تجسدان جرأة القاضي الإداري في الخروج عن النص التشريعي إذا كان مجافيا للمبادئ العامة للقانون باعتبارها ذات طبيعة دستورية، ذلك انه اعتمد مبدأ المساواة المكفولة دستوريا لرفض أعمال حصانة قرارات المجلس الأعلى للقضاء في الميدان التأديبي رغم أن النص التشريعي صريح على حصانتها ضد أي طعن.

إنه مما لا شك فيه أن هذه المناسبات رغم قلتها تكشف عن استعداد من القاضي الجزائري للحاق بركب القضاء المقارن، وتكريس مبدأ التدرج القانوني، والتكفل بانشغال إكمال التشريع وتحقيق انسجامه بما يجعل القضاء بحق حاميا للشرعية وضامنا للحقوق والحريات، وهذا ليس معناه أن القاضي الجزائري قد بلغ النضج الكافي في هذا المجال إذ لا يعكس اجتهاده غالبا هذا

المبدأ الجوهري فهل معنى ذلك أن القاضي الجزائري يحجم عن الاجتهاد لنقص في الكفاءة أو الشجاعة؟ أم أن في ذلك اقتناع منه بانحصار دوره في تطبيق القانون دون التعرض لصحته؟ ولماذا تخلو أحكام القضاء الجزائري خلافا للقضاء المقارن في التسبيب من مسألة التعارض القانوني؟ وبعبارة أخرى لماذا لم يهتم القاضي الجزائري بالوقوف على حالات النقص والعيب والتعارض في التشريع؟ ألا يعد اجتهاد القاضي بما يكمل النقص ويصلح العيب ويزيل التعارض هو وسيلته الوحيدة لتحقيق العدالة وهي مبتغى القاضي وهدفه الوحيد؟

من الواضح أن تقييم أي نظام قضائي لا بد أن يمر عبر قناة من التساؤلات، والتي يتوجب على القضاة مواجهتها وتقديم الإجابات التي ترضى ضمائرهم عنها، ولعل التساؤلات سالفه الذكر بعضا من تلك الأسئلة التي يجب على القضاة مواجهتها، وقد تكون هذه المقالة فاتحة لهذا الباب .

جرائم التنظيمات المسلحة في التشريعين المصري والعراقي

إعداد

د. تراث محمد عبد العزيز

المقدمة

إن الإرهاب الذي تمارسه التنظيمات المسلحة ليس جديداً، كما أنه ليس أيديولوجياً، ولا يمثل عقيدة أو سياسة أو حالة سيكولوجية، بل هو سلاح، وسلاح قديم يمارس ضد الإنسانية من أجل تسويق بل انتهاك حقوق الإنسان، وأصبح الإرهاب بالوقت الحاضر الذي تمارسه التنظيمات المسلحة يشكل خطراً أكبر من ذي قبل؛ لأنه بدأ بالتوسع والازدياد، وأخذ يتخطى حدود الدولة الواحدة، فبات الإرهاب الذي يعم دولة معينة من قبل التنظيمات المسلحة المنتشرة فيها لا يهدد أمن تلك الدولة ونظامها فقط، إنما أخذ يشكل خطراً يهدد الدول المجاورة لها .

ومن هنا كان لا بدّ من معالجة وطنية لجرائم الإرهاب التي تقوم بها التنظيمات المسلحة، من خلال تجريم التشريع الوطني للدول للأفعال الإرهابية التي يمكن أن تهدد أمنها واستقرارها وحقوق الإنسان فيها، والنص على معاقبة مرتكبيها؛ للحد من تفاقمها الذي يهدد الدولة بالانهيار.

أولاً: موضوع البحث:

لقد أصاب مصرَ والعراقَ ما أصاب معظم الدول العربية من اكتوائها بنيران العنف والتطرف من خلال جماعات وتنظيمات ذات أيديولوجيات ومرجعيات مختلفة، منها الديني والمذهبي والطائفي والسياسي، فمنذ بداية التسعينيات من القرن العشرين تعرضت مصر لهجمات شرسة من تنظيمات متطرفة.

ولم تكن العراق ببعيدة عن ذلك، فبعد الاحتلال الأمريكي للعراق في عام ٢٠٠٣م تصاعدت دعوات العنف الطائفي وانتشرت التنظيمات المسلحة التي حرصت على القتل والتفكيك بالخصوم المختلفين معهم سواء سياسياً أو مذهبياً وطائفيّاً.

لذلك كان واجباً على كل من المشرّع المصري والعراقي، مواجهة إنشاء مثل هذه التنظيمات، أو الانضمام إليها، أو قيادتها، أو تمويلها، أو غير ذلك من الأنشطة التي تسهم في انتشارها وزيادة سطوتها وتأثيرها.

ثانيًا : أهمية البحث :

في أكثر المجتمعات ديمقراطية يعتبر تكوين التنظيمات غير المشروعة - وخاصة المسلحة - جريمة يعاقب عليها القانون، فجريمة انشاء أو الانضمام أو قيادة أو زعامة أو تمويل التنظيمات المسلحة تعدّ من الجرائم التي تهدد أمن المجتمع، كما أنها تشكل مخالفة صريحة للدستور والقوانين، حيث وردت الكثير من النصوص في التشريعات الوطنية التي تجرم هذه الأفعال؛ نظراً لما تسببه من ضرر على السلم الاجتماعي وخطر على الأمن القومي لأي مجتمع.

وعليه وبناءً على ما سبق فسوف نتناول في هذه الدراسة توضيح مفهوم جرائم التنظيمات المسلحة، وصورها، وكيفية تناول كل من المشرع المصري و العراقي لهذه الكيانات والتنظيمات بالتجريم.

ثالثًا : أسباب اختيار الموضوع:

تهدف دراسة موضوع "جرائم التنظيمات المسلحة في التشريعين المصري و العراقي" إلى البحث عن إجابة لأسئلة متعددة، ويكمن السبب أيضاً في ازدياد جرائم التنظيمات المسلحة والجرائم الإرهابية بصورة غير مسبقة في ظل تصاعد ظاهرة الإرهاب والعنف المسلح، وتأتي هذه الظاهرة أيضاً في الوقت الذي تزداد فيه الدعوة إلى ضرورة احترام حقوق الإنسان، وعقد المؤتمرات والندوات بل والاتفاقيات التي تلزم الدول بضرورة احترام حقوق الإنسان.

رابعًا : منهج البحث:

تعتمد الباحثة في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، والذي يقوم على استعراض النصوص التشريعية ذات الصلة بالموضوع في التشريعين المصري والعراقي والمواثيق الدولية وتحليلها في إطار مقارن للوصول إلى الوضع الراجح في هذه التشريعات، وذلك لبيان موقف التشريعات المقارنة من العقاب على جرائم التنظيمات المسلحة، والوقوف على مفهوم هذا النوع من الجرائم.

خامساً : خطة الدراسة :

سوف يتناول الباحث "جرائم التنظيمات المسلحة في التشريعين المصري والعراقي"، من خلال
مبحثين مستقلين، وذلك وفقاً للخطة التالية :-

المبحث الأول :- المقصود بجرائم التنظيمات المسلحة.

المطلب الأول :- تعريف التنظيمات المسلحة.

المطلب الثاني :- صور وأساليب التنظيمات المسلحة.

المبحث الثاني :- المواجهة التشريعية لجرائم التنظيمات المسلحة.

المطلب الأول :- جرائم التنظيمات المسلحة في التشريع المصري.

المطلب الثاني :- جرائم التنظيمات المسلحة في التشريع العراقي.

الخاتمة:

النتائج و التوصيات:

قائمة المراجع:

المبحث الأول

المقصود بجرائم التنظيمات المسلحة

التنظيمات المسلحة، أو الميليشيات المسلحة، تلك الظاهرة التي صارت أمراً واقعاً مرعباً في الساحات العربية الساخنة، ليست عنواناً فحسب، بل إنها آفة ضارة لا بدّ من التنبيه إليها ورصد نموها الضار في المجتمع الدولي بأسره .

كما لا بدّ من التمييز بينها وبين المقاومة المسلحة، فشئان بين من يقتل الأبرياء ملثم الوجه والنية، وبين من يبارز في ميدان الرجال ألد الأعداء وأكثرهم ضراوة، كاشفاً وجهه ونيته مدافعاً عن كل وطنه بكل أطرافه ومذاهبه وأديانه، وليس مندفعاً بفكر الإقصاء والإبادة والتفريق والتجزئة.

ويتعرض الباحث للمقصود بجرائم التنظيمات المسلحة من خلال الوقوف أولاً على تعريف التنظيمات، ثم صور وأساليب هذه التنظيمات ثانياً، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول:- تعريف التنظيمات المسلحة.

المطلب الثاني:- صور وأساليب التنظيمات المسلحة.

المطلب الأول

تعريف التنظيمات المسلحة

التنظيم لغة يعني: نَظَّمَ الأشياءَ: أي أَلَفَّها وضمَّ بعضها إلى بعض، وانتظم الشيءُ: تَأَلَّفَ واتسق، يقال: نظمته فانتظم، ويقال: انتظم أمره: استقام^(١).

وفي المجال القانوني عرف التنظيم بأنه "كل مجموعة من الأفراد أو الزمر يلتفون حول أهداف معينة، ويسعون لتحقيقها من خلال نسق الحقوق والالتزامات أو الواجبات التي تربط بينهم"^(٢). وينطبق هذا التعريف على أي تنظيم أيًا كانت تسميته، فينطبق على ما يسمى "جمعية" أو "منظمة" أو "جماعة" أو "عصابة". ذلك أن التشريعات الجنائية تعبر عن التنظيم غير المشروع بتعبيرات مختلفة^(٣). حيث اشتهر لفظ "العصابة" في جرائم النفس والمال والمخدرات، واشتهر لفظ "الجماعة" في الجرائم السياسية والعقائدية.

فاللتنظيمات المسلحة تعني، التنظيمات التي تسعى لتحقيق أهدافها باتخاذ السلاح وسيلة لنشر أهدافها وإجبار الأفراد على اتباعها.

وقد ظهر لتعريف تلك التنظيمات في الأدبيات السياسية مصطلح "الميليشيات"، وارتبط بشكل صريح مقترناً بالأنظمة التي تكتم أفواه الأحرار وتحجر على المعارضة، وهو ما اقترن بحكومة فيشي الفرنسية العملية خلال الحرب العالمية الثانية، وهو التنظيم السياسي والعسكري المرعب والمقبت الذي أنشئ في الأربعينيات بالتعاون مع الغستابو الألماني لاصطياد مناضلي المقاومة الفرنسية، سواء بقتلهم أو تسليمهم إلى المحتل، وقد تميزت هذه الميليشيات بارتدائها لوناً خاصاً، وسميت وقتها بميليشيات الرداء الأسود.

وقد أطلقت الأدبيات الغربية هذا المصطلح منذ منتصف الخمسينيات لوصف المقاومة الشعبية التي تتشكل ضد المحتل، وهي بذلك تحاول ربط هذا المصطلح بالمقاومة سبباً إلى خلط التسميات بالشكل الذي يقرن حركات التحرر والمقاومة الوطنية بتلك العصابات المتمردة الخارجة عن القانون.

(١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، ص ٩٣٣.

(٢) د. محمود صالح العادلي، موسوعة القانون الجنائي للإرهاب، ج ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ١٠١.

(٣) نص قانون العقوبات المصري في المادة (٨٦) مكرراً على أنه "يعاقب ... كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار على خلاف أحكام القانون جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة ...".