

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



العنوان

جريمة المضاربة غير المشروعة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص:
قانون جنائي

المشرف:

* الأستاذ الدكتور منصور رحماني

من تقديم الطالبة:

• أوصايفية فاطمة

لجنة المناقشة:

1. الدكتور لنكار محمود رئيسا.
2. الأستاذ الدكتور منصور رحماني مشرفا ومقررا.
3. الأستاذ عبادة سيف الإسلام مناقشا.

دورة جوان 2015

مقدمة

إن التجارة لعبت و لا تزال تلعب دورا فعالا في انتقال و تبادل السلع و البضائع و الأموال و ذلك من خلال جملة من المعاملات التجارية التي يقوم بها التجار، ومن بين هذه المعاملات ما يعرف بالمضاربة و الأصل في المضاربة أنها عمل مشروع تقوم التجارة على أساسه في كل زمان و في كل مكان، فكل تاجر يسعى للشراء ثم يبيع بعد مدة من أجل تحقيق الربح، فهي من أهم صيغ الاستثمار و المعاملات التجارية و المحرك الأساسي للاقتصاد فكل مشروع سواء كان تجاريا أو اقتصاديا يهدف إلى تحقيق الربح الناتج عن الفروق الطبيعية للأسعار و نتيجة للانفتاح الاقتصادي فقد تتعرض هذه المعاملة الاقتصادية إلى بعض التلاعبات و المناورات الاحتمالية من قبل فئة التجار الذين لا يؤمنون إلا بالربح السريع نتيجة للجنح الذي يعتريهم بعيدا عن كل روح منافسة شريفة وذلك لتحقيق ما لا يمكن تحقيقه بالمشروع منها.

و هنا تبرز غاية المشرع الجنائي قي تدخله في المجال التجاري حيث أصبحت جرائم التجارة في عصرنا الحاضر تحتل مكانا أكبر في نظام التشريعات القانونية و ذلك سعيا لتكريس حماية أكثر فعالية لهذه الممارسات التجارية.

وقد تتفاوت درجة تأثير هذه الممارسات التجارية على المنافسة الحرة على حسب مدى خطورتها فهناك ممارسات قليلة الأهمية و ممارسات ذات تأثير خطير على المنافسة الحرة التي تقوم على مبدأ حرية الأسعار.

و المقصود بحرية الأسعار هو ترك الأسعار تحدد وفقا لقواعد السوق أي وفقا لقانون العرض و الطلب فكلما كان العرض أكثر من الطلب انخفض السعر و كلما قل العرض زاد الطلب و ارتفع السعر وتعتبر عملية مراقبة الأسعار من أهم ركائز تنمية و توجيه الإصلاح الاقتصادي " فالمشرع أخضع السلع لمراقبة أسعارها بأن جعلها تخضع للتقلبات الطبيعية لتعاملات السوق و لحرية المنافسة و العرض و الطلب و عمل على تقادي و تجريم

الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم استقرار الأسعار و اضطرابها و إلى عدم استقرار السوق الذي هو باعث ازدهارها مما يؤثر على المستهلك الذي يذهب ضحية هذه التلاعبات الأمر الذي حدا بالمشرع إلى تجريمها أي تجريم مثل هذه العمليات التي تمس بالأسعار وعرفها بأنها مضاربة غير مشروعة والمشرع الجنائي في ذلك سلك نهج التشريعات المقارنة حيث نظم لنا هذه الجريمة التي تمكن بعض التجار من مصادر ربح كبيرة على حساب غيرهم و ذلك بالاعتماد على جملة من السلوكات والمناورات الاحتيالية بهدف التلاعب بالأسعار وذلك التأثير على السير الطبيعي للعرض والطلب من خلال فروق الأسعار المصطنعة.

و تكمن أهمية هذا الموضوع في تسليط الضوء على الأحكام العامة لجريمة المضاربة غير المشروعة و ذلك لما لها من صور متعددة و ما قد تثيره من إشكالات قانونية و عملية أما الهدف من دراسة الموضوع فيمكن في الإحاطة بهذا النوع من الجرائم والبحث عن الحقيقة القانونية للمضاربة غير المشروعة .

أما بخصوص أسباب اختياري لهذا الموضوع فتكمن في أنه من أهم المسائل التي يصادفها القضاء، كما أنه موضوع معقد يلعب دورا كبيرا في التأثير على الاقتصاد الوطني.

وفي خضم هذا البحث لاحظنا أن هناك قلة و ندرة إذا لم نقل انعدام في المراجع الوطنية المتخصصة في هذا المجال فيعتبر هذا النقص من أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الدراسة وكذلك على مستوى الرسائل والدراسات الأكاديمية والتي تقتصر إلى دراسة مفصلة لهذه الجريمة .

وما دام المشرع لم يكتف بتجريم الفعل في قانون العقوبات فحسب فجرمه في بعض القوانين الخاصة و هذا التنوع في النصوص القانونية يدفعنا إلى طرح الإشكال التالي :

- ما هو المعيار الفاصل بين المشروع من المضاربة و غير المشروع منها؟ و ما هي أركان هذه الجريمة ؟ و فيما تتمثل جزاءاتها ؟ و هل لها إجراءات خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم ؟

وينبثق عن هذا الإشكال التساؤلات الفرعية التي يمكن إيجازها فيما يلي:

- ما المقصود بالمضاربة؟ وما هو موقف التشريعات منها؟

- و ما مدى نجاعة سياسة المشرع في قمع هذا النوع من الجرائم؟

ولمعالجة هذه الإشكالية والإجابة عنها سنحاول الاعتماد في دراستنا على المنهج التحليلي و المنهج الوصفي وذلك بتحليل المواد القانونية لاستخلاص صور المضاربة غير المشروعة في بعض القوانين الخاصة.

ولذا نقسم هذه الدراسة إلى فصلين نتناول في الفصل الأول التحديد الإيجابي و السلبي للمضاربة والذي نتطرق فيه إلى مفهوم كل من المضاربة المشروعة (المبحث الأول) والمضاربة غير المشروعة (المبحث الثاني) ، أما الفصل الثاني فنتناول فيه الجانب الموضوعي و الإجرائي للمضاربة فنحدد أركانها والجزاءات المقررة لها (المبحث الأول) والإجراءات التي قررها القانون لها(المبحث الثاني).

الفصل الأول:

التحديد الإيجابي والسلبي للمضاربة

الأصل في المضاربة أنها عمل مشروع تقوم التجارة على أساسه في كل زمان و في كل مكان كما أنها من أكثر صيغ الاستثمار شيوعا وذلك لتعدد مجالاتها و كثرة صورها التي لا تدخل تحت حصر ولا يحدها نطاق،ولذلك سيتم التطرق في هذا الفصل إلى التحديد الإيجابي والسلبي للمضاربة و بمعنى آخر إلى ماهية المضاربة المشروعة و المضاربة غير المشروعة ولذا تم تقسيمه إلى مبحثين سنتناول في المبحث الأول التحديد الإيجابي للمضاربة و في المبحث الثاني التحديد السلبي للمضاربة.

المبحث الأول : التحديد الإيجابي للمضاربة :

المقصود بالتحديد الإيجابي للمضاربة هو تحديد الوجه المشروع لها والذي له العديد من الصور التي لا يمكن حصرها في نطاق محدد، ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى صورتين لها.

إذ تعد المضاربة من أهم التصرفات التجارية في فقه المعاملات الإسلامية لجمعها بين قطبي عملية التنمية الاقتصادية، وهما رأس المال والخبرة، لذا عمد فقهاء الاقتصاد الإسلامي إلى محاولة وضع مفهوم شامل لها¹ وبذلك سنتعرض إلى مفهوم المضاربة في الشريعة الإسلامية في المطلب الأول كما أن لها مفهوماً آخر عند الاقتصاديين لذا نتطرق إلى مفهوم المضاربة في البورصة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم المضاربة الشرعية :

نتناول تحت هذا العنوان تحديد المقصود بالمضاربة و ذلك بتقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف المضاربة و في الفرع الثاني إلى تمييزها عن المصطلحات المشابهة.

الفرع الأول : تعريف المضاربة الشرعية:

نحدد أولاً المعنى اللغوي للمضاربة ثم نتطرق إلى معناها الاصطلاحي.

أولاً : المضاربة لغة :

المضاربة لفظ من وزن مفاعلة وهي مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السير فيها فيقال ضرب في الأرض أي سار فيها لابتغاء الرزق وضرب في الأرض ضرباً وضرباًنا خرج تاجراً و ضربت مع القوم بسهم ساهمتهم و ضارب فلان مضاربة أي اتجر في ماله.² وورد في لسان العرب.....و ضربت في الأرض أبتغي الخير من الرزق قال الله تعالى:

¹ - فؤاد كنانة، المضاربة، دراسات مجلة علمية محكمة، المجلد 37، علوم الشريعة والقانون، العدد 1، مطبعة الجامعة الأردنية، الأردن، 2009، ص 96.

² - المرجع نفسه، ص 97.

«و إذا ضربت في الأرض»¹ أي سافرتم و قال تعالى: «لا يستطيعون ضربا في الأرض»²، يقال ضرب في الأرض إذا سافر فيها مسافرا فهو ضارب والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليلا.

ضرب في التجارة و في الأرض و في سبيل الله، و ضاربه في المال من المضاربة وهي القراض و المضاربة أن تعطي إنسانا من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما أو يكون له سهم معلوم من الربح و كأنه من الضرب في الأرض لطلب الرزق قال الله تعالى : «و آخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله»³ وعلى قياس هذا المعنى يقال للعامل مضارب لأنه هو الذي يضرب في الأرض ،وجائز أن يكون كل واحد من رب المال و من العامل يسمى مضاربا، لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه و كذلك المقارض و المضاربة لغة أهل العراق و أما أهل الحجاز فيسمونها القراض، قيل هو مستفيد من القطع لأن أصل القرض في اللغة القطع.

- كما يأتي الضرب بمعنى الكسب و الطلب، يقال فلان يضرب المجد أي يكسبه و يطلبه و في حديث الزهري «لا تصلح مضاربة من طعمته حرام»⁴.

ولكن أرجح هذه المعاني للفظ الضرب و أكثرها شيوعا هو السير في الأرض بغرض التجارة و طلب الرزق.

ثانيا : المضاربة اصطلاحا:

يختلف التعريف الاصطلاحي للمضاربة باختلاف المذاهب الإسلامية حيث أن المضاربة الشرعية بالمفهوم السني غير المضاربة بالمفهوم الشيعي لكن ما يجب الإشارة إليه في هذا المقام أن الاختلاف بين المذاهب هو اختلاف في الفرع و ليس اختلاف في الأصل،

¹- سورة النساء، الآية 101.

²- سورة البقرة، الآية 273.

³- سورة المزمل، الآية 20.

⁴- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 205.

فالأصل واحد و مصدره القرآن و السنة و أما الفرع فيختلف حسب الزمان و المكان و درجة الاجتهاد.¹

1-تعريف الحنفية:

قال المرغينافي : المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر " و قال شارحا لهذا التعريف : مراده الشركة في الربح وهو مستحق بالمال من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها لأنه لو شرط كله لرب المال كان بضاعة و لو شرط للمضارب كان قرضا .

و تفسيره بأن المراد عقد على الشركة في الربح يوحي بأنه لا يعتبر المضاربة من جنس المشاركات بل من المعاوضات و هي في الحقيقة ليست معاوضة بل فيها شبه بالمعاوضات و يؤخذ على التعريف أنه لا يفهم منه ما يجب توفره في كل من العاقدين و رأس المال و لم يوضح كيف يوزع الربح فعقد الشركة قد يكون بنسب معينة و قد يكون بدراهم معدودة

و قال البابرتي " هي عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه و يكون الربح بينهما على ما شرطا "

و قال قاضي زادة " التعبير بالدفع فيه فتور ، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه "².

2- تعريف المالكية:

أما المالكية فتسمى عندهم المضاربة بالقرض و قد أوردوا لها عدة تعريفات منها³: يعرف الإمام مالك بن أنيس عقد المضاربة أو القراض حسب المصطلح الحجازي على أنه

¹ - عجة الكيلاني،عقد المضاربة (القرض) في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي والتقنيات المصرفية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2006، ص58.

² - عبد الله بن حمد بن عثمان الخويطر، المضاربة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة- الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع،المملكة العربية السعودية، 2006، ص24.

³ - فادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص112.

"المقارضة هي أن تقارض من قارضته مالا على أن رأس مالك الذي يدفع إليه ووزن ذلك و ضربه يبتغي فيه صاحبه ما إبتغى ويدير ما أدار منه على ما يكون فيه من نفقة أو زكاة حتى إذا حضرت المحاسبة وفص القراض فما وجدت منه من رأس مالك وما كان فيه من ربح تقاسمها على ما تفاوضا عليه من أجزاء الربح شطرين كانا أو غير ولا يحل لواحد منهما أن يضمن لصاحبه ربحا يأتيه به و لا يحل قراض على ضمان".

و يلاحظ على تعريف مالك ابن أنس على الرغم من غموض بعض مصطلحاته أنه تعريف جامع مانع لعقد المضاربة أو المقارضة بالتعبير المالكي حيث لخص عقد المضاربة في ثلاثة عناصر وهي كالتالي :

- أطراف العقد و هما المقارض و المقرض أو بتعبير آخر صاحب المال و المضارب.

- رأسمال القراض و الذي هو أصل القراض.

- القصد من القراض والذي هو اقتسام الأرباح حسب الاتفاق وفي هذا المجال فإن المضارب لا يضمن الربح لأن ضمان الربح يفسد المضاربة و يجعلها قرضا لا قراضا.¹

و قال خليل : " القراض توكيل على إنجاز في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما " "

قال شارحة : " القراض " : بكسر القاف هو القطع سمي بذلك لان المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فيه بجزء من الربح.²

3- تعريف الشافعية:

وهم شأن المالكية يطلقون عليها القراض و تعنى عندهم أن يدفع أحدهما للآخر مالا

ليتجر فيه و الربح مشترك بينهما.³

¹ - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص61.

² - عبد الله بن حمد بن عثمان الخويطر، المرجع السابق، ص ص25، 26.

³ - فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص112.

قال يحيى النووي في تعريف المضاربة " أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك".
و يرد عليه ما ورد على تعريف البابر في قوله " أن يدفع " وفي كون المال غير معلوم و
أنه لم يذكر ما يجب توفره في العاقدين، وأن الإشتراك في الربح لم يوضح على أي شكل¹.
وقد عرفه الإمام أبي إسحاق الشيرازي في كتابه المذهب على أنه عقد بين صاحب المال و
صاحب البدن بقصد تنمية المال و زيادته.

و يرى المارودي أن المضاربة هي دفع المالك جزءا من ماله لمن يتجر فيه بجزء من ربحه
ويعتبر الإمام الشافعي عقد القراض تجارة من التجارات بين صاحب المال في شكل مقارض
و صاحب البدن في شكل مقترض وهو عقد غير لازم.

و الملاحظ على تعريف الشافعي لعقد المضاربة أنه : عرف المضاربة أو المقارضة بأطرافها
و أهمل آثارها مع العلم أن الميزة الأساسية لعقد المضاربة هي الآثار الاقتصادية و القانونية
الجملة التي يحققها ولعل الربح أجلى صورها.

ومن بين العلماء المعاصرين والذين يميلون إلى المذهب الشافعي يمكن ذكر الأستاذ
الزحيلي الذي يرى أن المضاربة أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه ويكون الربح
مشتركا بينهما بحسب ما شرطا أما الخسارة فهي على رب المال وحده.

و أخيرا يلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف تلفيقي وليس توفيقوي، لأنه يسعى إلى الجمع
التعسفي غير المبرر بين تعريف عقد الشركة و تعريف عقد المضاربة².

4- تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة في تعريف المضاربة " أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما
حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه.

¹ - عبد الله بن حمد بن عثمان الخويطر، المرجع السابق، ص 27.

² - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص ص64، 65.

و قال الحجاوي: " المضاربة دفع مال و ما في معناه معين معلوم قدره إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه له"¹.

و هي جائزة بالإجماع، فلو قال خذ هذا المال مضاربة، ولم يسلم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال، وللعامل أجر مثله، و يقضي كون الشيء مضاربة أن العامل لا بد من أن يستحق شيئاً من الربح فإن كان مجهولاً لا تصلح المضاربة بالمال كما لو قال " ولك جزء معين من الربح " أما لو قال " الربح بيننا " فإن المضاربة تصح و يكون الربح بينهما نصفين.

وبناء على هذا التعريف فإن المضاربة بالمفهوم الحنبلي، مختلفة من حيث الصيغة، عن المضاربات الشافعية والمالكية والحنفية بحيث تميل إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للمضاربة².

الفرع الثاني: تمييز عقد المضاربة عن العقود المشابهة

إن تمييز عقد المضاربة عن العقود المشابهة لها هو نتيجة منطقية لأصالة واستقلالية المضاربة عن هذه العقود أو المفاهيم و بالتالي الدليل الملموس على الطبيعة المتميزة لها سواء كان مصدرها القانون الوضعي أو كان مصدرها الفقه الإسلامي، و بناء على ذلك سوف نتعرض إلى تمييز المضاربة عن عقد الإجارة والعارية و القرض و المقاوله .

أولاً: المضاربة و الإجارة (عقد العمل):

لقد عرف الفقهاء عقد العمل على أنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمى بالأجير أو العامل بالقيام ببعض النشاط لفائدة شخص آخر، يكون تابعاً له ويسمى رب العمل أو المعلم

¹ - عبد الله بن حمد بن عثمان الخويطر، المرجع السابق، ص 27.

² - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص 67.

مقابل عوض نقدي يسمى الأجر" ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن كلا العقدين يردان على العمل، لكن هذا الأساس غير كاف لدمج المضاربة في نطاق عقد العمل¹.

إلا أن هناك أوجه اختلاف بين العقدين تتمثل في:

هناك معيار مهم يفصل بينهما و يتمثل في معيار التبعية فالعامل في عقد العمل تابع لرب العمل و خاضع لإشرافه ، بينما المضارب في عقد المضاربة مستقل عن صاحب المال و غير خاضع لإشرافه كما أن العامل في عقد العمل مجرد أجير يعمل عند رب العمل أما المضارب فهو على العكس شريك لصاحب المال في نتائج المضاربة.

العائد: العامل يتلقى مقابل مالي يدعى الأجرة بينما المضارب يحصل على جزء من الأرباح، فالأجر الذي يتقاضاه العامل يكون ثابتا و معروفا و متفقا عليه مسبقا أو بحسب الأعراف والريخ والخسارة يتحملها رب العمل ولا شيء للعامل إلا أجرته مقابل عمله بخلاف عقد المضاربة والذي يكون متمثلا بنسبة مئوية أو جزئية من الريخ المحقق وبالتالي لا يكون ثابتا ولا معروفا مسبقا بالإضافة إلى احتمال عدم حصول المضارب على أي عائد في حال الخسارة .

العمل في عقد العمل يكون أكثر تحديد منه في حالة المضاربة حيث يكون المطلوب من العامل في الغالب إنجاز عمل محدد موصوف بكل عناصره بينما في المضاربة يكون عمل الأجير بهدف تنمية المال مما يعني وجود دائرة واسعة للحركة لا يحدها إلا بعض القيود أو الشروط قد يضعها رب المال للعامل.

ومن جهة أخرى إذا فسدت المضاربة فإنها تأخذ حكم الإجارة أو حكم عقد العمل وعندها يكون المضارب في حكم الأجير وله أجر مثله (أي أجره مثل تعبه و عمله هذه المدة) و يصبح الريخ في هذه الحالة من حق رب المال وهو الذي يتحمل في نفس الوقت ما يترتب على المضاربة من خسارة².

¹ - عجة الكيلاني، المرجع السابق ، ص ص151، 152.

² - فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص119.

ثانيا : المضاربة و عقد العارية:

عرف المشرع الجزائري عقد العارية في المادة 538 من القانون المدني على أنه " عقد يلتزم بمقتضاه المعير أي يسلم المستعير شئ غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال" وطبقا لهذا التعريف تتمثل نقاط الاختلاف بين العقدين فيما يلي:

- إن عقد المضاربة هو عقد مالي بحيث يرد حصرا على النقود بينما عقد العارية يرد على الانتفاع بالشيء .
- إن العلاقة بين المعير و المستعير هي علاقة دائنية بينما علاقة المضارب بصاحب المال هي علاقة اشتراك.
- إن المعير ليس له شأن باستخدامات الشئ المعار فله أن يستثمره أو يتركه كما هو أما صاحب المال فله شأن باستخدامات المال موضوع المضاربة لأنه شريك للمضارب في نتائج المضاربة.
- تقع الخسارة في العارية على عاتق المستعير بينما تقع الخسارة في عقد المضاربة على عاتق صاحب المال.
- تكون نفقات الشيء المعار على عاتق المستعير، أما نفقات المضاربة فتجبر من أرباح مشروع المضاربة¹.

ثالثا: المضاربة و القرض:

هناك فروق كثيرة بين العقدين تتمثل في:

- أن العائد الذي يحصل عليه المقرض مؤكد و ثابت و محدد مسبقا و بصرف النظر عما يحققه المقرض من أرباح أو خسارة بينما في المضاربة يحصل رب المال (في حال تحقيق

¹ - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص ص152، 153.

(الأرباح) على حصة من الأرباح الفعلية المحققة.

المقترض يضمن أصل القرض و الفوائد باعتباره ديناً يستحق الآاء في موعده بينما المضارب في عقد المضاربة لا يضمن رأس مال المضاربة، إلا في حالة التعدي و التقصير و مخالفة شروط العقد باعتباره وكيلاً عن رب المال في التصرف فيه و أميناً عليه لذلك فإن رأس المال هذا يكون قابل للزيادة و النقصان بالربح و الخسارة .

إن المقترض له مطلق الحرية في التصرف بقيمة القرض طالما أنه دين ملزم برده و بنفس الوقت لا يكون للمقرض أن يتدخل في عمل المقترض بينما في المضاربة فالمضارب ملزم بالشروط و القيود التي يضعها رب المال ومن جهة أخرى تأخذ المضاربة حكم القرض في الحالة التي يشترط فيها المضارب كل الربح لنفسه¹.

رابعاً : المضاربة و عقد المقاولة:

يعرف السنهاوري عقد المقاولة على أنه : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يضع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر وبناء على هذا التعريف، قد يختلط عقد المضاربة بعقد المقاولة فكلاهما يردان على العمل، فالمضارب شريك لصاحب المال بحصة من العمل، والمقاول طرف في العقد لما يقدمه أيضاً من عمل غير أن هذا المعيار غير كاف لتكييف المضاربة على أنها عقد مقاولة، حيث توجد عدة فروق بينهما يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- إن علاقة المقاول برب العمل هي علاقة عمل بينما علاقة المضارب بصاحب المال هي علاقة إشتراك، يتلقى المقاول أجر لقاء عمله أو خدمته، بينما يتلقى المضارب جزءاً من أرباح المضاربة لا يتحمل المقاول الخسارة المالية في حالة حدوثها بينما المضارب يخسر جهده و عمله في حالة حدوث الخسارة على أن يتحمل صاحب المال الخسارة المالية.²

- يضمن المقاول سلامة المشروع ومنتاته أما المضارب فيده يد أمانة وليست يد ضمان و معلوم أنه في عقد المقاولة قد تصل مدة الضمان إلى عشر سنوات من تسليم العمل ولذلك

¹ - فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص118.

² - عجة الكيلاني المرجع السابق، ص 153، 154.

فعاية المقاول هي عناية الرجل المحترف أو الحريص بينما عناية المضارب هي عناية الرجل العادي.

وأخيرا يحتوي عقد المضاربة على ركن النية في المضاربة والتي هي من الأركان الخاصة للعقد بينما تغيب هذه النية في عقد المقاول¹.

المطلب الثاني: مفهوم المضاربة في البورصة:

تتطوي المضاربة في البورصة على درجة أكبر من الإثارة والخطورة مقارنة بالاستثمار العادي ولكنها يمكن أن تكون وسيلة لجمع ثروة كبيرة في وقت أسرع².

و لهذا سنلقي الضوء في هذا المطلب على مفهوم المضاربة في البورصة في الفرع الأول و نتناول المضاربة في البورصة و تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف المضاربة في البورصة:

لقد انقسم المعروفون للمضاربة في سوق الأوراق المالية إلى قسمين قسم عرفها تعريفات تحمل دلالات إيجابية و قسم عرفها تعريفات تحمل دلالات سلبية³، وما يهمنا في هذا المطلب هو تعريف المضاربة التي تحمل دلالات إيجابية و هذا ما سنتعرض له في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسننتقل إلى تمييز المضاربة في البورصة عن المفاهيم المشابهة.

¹ - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص ص153، 154.

² - ميشال كوفيل ترجمة رشا جمال، أسرار البورصة، الدار العربية للعلوم، ص 21.

³ - سعيد بوهراوة، التلاعب في الأسواق المالية، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، الأكاديمية العلمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية، ماليزيا، 2010، ص 12.

الفرع الأول: تعريف المضاربة في البورصة:

إذا كانت الفائدة هي روح البنك فإن المضاربة هي روح البورصة¹، و على هذا لا بد من التطرق إلى مفهوم البورصة أولاً ثم بعدها نقوم بتحديد المقصود من المضاربة في البورصة.

أولاً: تعريف البورصة:

انتشر في الآونة الأخيرة ظاهرة اقتصادية خطيرة، ربما تعارف عليها الناس بمسمى استثمار الأموال أو توظيف الأموال، ويتم ذلك بواسطة أفراد يقومون بترويج الفكرة والتسويق لها و الإغراء بعوائد عالية و أحيانا خيالية حتى يتمكنوا من جمع أكبر قدر من المال، و ربما يغرون بعض المساهمين بأرباح كبيرة في الأسابيع الأولى كسبا للثقة من طرف المساهمين و طلبا للمزيد من الأموال و التسويق لها بين معارفهم.²

والبورصة هي سوق التعامل بالأوراق المالية بيعة وشراء، أو هي سوق الأوراق المالية (الأسهم و السندات) بكافة أنواعها و أشكالها.

كان التعامل في البورصة في بداية الأمر محصورا بسندات القروض العامة، لكن مع تطور وانتشار الشركات المساهمة في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر تزايدت أهمية ودور البورصات مع تزايد إصدار الأوراق المالية، هذا بالرغم من أن التعامل في معظمه كان يتم بالأسهم و السندات الحكومية أو التابعة للشركات الحكومية.

وتعتبر البورصة مركزا لتجميع و تركيز رؤوس الأموال ثم تحويلها إلى استثمارات طويلة الأجل في الأسهم و السندات، كما أن إمكانية تصريف هذه الأسهم والسندات جعلت البورصة تلعب دور المصدر الهام لرؤوس الأموال القصيرة الأجل أيضا.³

¹ - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ص 65.

² - خثير مسعودو بوقرين عبد الحليم، مشروعية المضاربة في الاقتصاد الإسلامي، الملتقى الدولي حول الاقتصاد الإسلامي، غرداية، ص 05.

³ - مروان عطوان، الأسواق النقدية والمالية للبورصات ومشكلاتها في عالم النقد والمال، ج 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص ص 216، 217.

وهناك علاقة وثيقة بين القروض القصيرة الأجل والبورصة _ تكمن في أن المتعاملين في البورصة لا يستعملون فقط رأسمالهم الخاص وإنما يحصلون على قروض قصيرة الأجل من البنوك أيضا إن التقلبات الحادة التي تتعرض لها أسعار الأوراق المالية في البورصة غالبا ما تتسبب في تكديس ثروات هائلة لدى بعض المضاربين وانهايار المراكز المالية للبعض الآخر، وهذا بفعل عوامل العرض و الطلب.¹

ثانيا : تعريف المضاربة في البورصة :

بعد تعريفنا للبورصة نتطرق إلى مفهوم المضاربة في البورصة إذ المضاربة في اللغة و

الاصطلاح الفقهي تختلف تماما عن معناها في بورصة الأوراق المالية وهناك العديد

من التعاريف للمضاربة في البورصة نذكر منها مايلي:

- هي التعاقد على عملية مستقبلية يتنبأ بها ستكون مربحة سواء من خلال ارتفاع أسعارها أو من خلال تجنب حدوث خسائر فيها.

- هي السعي وراء تحقيق فائض قيمة قصير الأجل بالإعتماد على فروق الأسعار مع الزمن.

- هي نشاط المتعاملين للتنبؤ بالحالة التنافسية العامة للسوق وتوجيهها لصالحهم.

- هي عملية بيع أو شراء لا حاجة راهنة ولكن للاستفادة من فروق الأسعار الناتجة عن التنبؤ بتغيرات قيم الأوراق المالية.²

- هي عملية بيع أو شراء صوريين لا بغرض الاستثمار، و لكن بهدف الاستفادة من التغيرات التي تحدث في القيمة السوقية للأوراق المالية في الأجل القصير جدا، حيث ينخفض معدل الارتباط بين القيمة السوقية للأوراق المالية من ناحية وبين القيمة الاسمية

¹- مروان عطون، المرجع السابق، ص ص216-217.

²- شعبان محمد إسلام البرواري، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى ، دار الفكر، سوريا، 2002، ص ص170، 171.

والدفترية (الحقيقية) من ناحية أخرى.

و يلخص كينز المضاربة بأنها : "عملية التنبؤ بنفسية السوق".

ويعرف آدم سميث المضاربة بأنها " الحصول على أرباح غير عادية عن طريق إنشاء صناعة جديدة أو إدخال وسائل حديثة في الزراعة.

بعد عرض تعريفات المضاربة، نخلص أنها تعتمد على ثلاثة عوامل: التنبؤ بنفسية السوق، السرعة، وأنها عقد بيع أو شراء لا عقد اتجار أو شركة كالمضاربة في الفقه الإسلامي¹.

الفرع الثاني: تمييز المضاربة في البورصة عن المفاهيم المشابهة:

ونتطرق في هذا الفرع إلى تمييز المضاربة في البورصة عن المتاجرة و الاستثمار والمقامرة.

أولاً: المضاربة و المتاجرة:

- التاجر يقبض السلع و المضارب لا يقبض بل يكتفي بقبض أو دفع فروق الأسعار (مقاصة) فعدم التقابض هو علامة مميزة للمضاربة والبيع والشراء في المضاربة متعاكس و صوري و السلعة فيها غير مرادة.

- التاجر لا يعول على المراهنة على الأسعار و المضارب يعول على المراهنة بالتنبؤ أو بالتوقع و هذه النقطة التي أوردها بعض الباحثين ربما يرد عليها بأن التاجر أيضا يراهن فإن صدق توقعه ربح وإن خاب توقعه خسر لكن الرهان على فرض وجوده في التجارة إلا أنه يبقى تابعاً للنشاط التجاري و ليس شيئاً منفصلاً عنه كما في المضاربة.

- التاجر يعول على استقرار الأسعار والمضارب يعول على تقلبات الأسعار.²

¹ - شعبان محمد إسلام البرواري، المرجع السابق، ص171.

² - منصور رحمانى، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج1، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص ص 101، 102.

- التلاعب بالأسعار أكثر شيوعاً في المضاربة منه في المتاجرة بواسطة الإشاعات و الصفقات الوهمية، وهذه النقطة قد تكون مشتركة مع التقارب بين التاجر المحتكر و المضارب المحتكر فهي لازمة للإحتكار أكثر منها للمضاربة.

ومن النقاط المهمة أن المضاربة تؤدي إلى أسعار بعيدة عن الأسعار الحقيقية للمنتجات أو الأوراق المالية و بعيدة عن الأداء المالي للشركة المصدرة لهذه الأوراق فيحدث فيها ما يشبه النجش وهو الزيادة في التسعير بغير قصد الشراء أما المتاجرة فتبقى قريبة منها وذات صلة وثيقة بهما.

- في التجارة يربح كل من البائع و المشتري أما في المضاربة فإن أحدهما يربح ما يخسره الآخر وهو ما يعرف في الكتابات الغربية بالنشاط أو اللعبة ذات المبلغ الصفري.

- التجارة منتجة و المضاربة غير منتجة لأنها تنقل المخاطر لمن يريد تحملها و عندئذ يتخصص بعض الأفراد في تحمل المخاطر، لكن ربما يراد من هذا الكلام تجميل المضاربة و تعليمها و لا يراد منها الكشف عن حقيقة المضاربة و أغراضها الخفية¹.

ثانياً: المضاربة و الاستثمار:

المستثمر يشتري السهم و يحتفظ به للحصول على الربح الإيرادي (العائد السنوي من الربح الموزع) وقد يبيع سهمه عند الضرورة و يحقق ربحاً رأسمالياً إن لم يكن هو الأصل عنده، و المضارب يشتري السهم بغرض بيعه في الأجل القصير عند ارتفاع السعر بنية تحقيق ربح رأسمالي كبير و سريع فالاستثمار طويل الأمد و مخاطرته منخفضة نسبياً وكذلك عائدته، أما المضاربة فهي قصيرة الأجل وذات مكاسب سريعة و مخاطره مرتفعة وبهذا تختلف المضاربة عن الاستثمار في المدة ودرجة المخاطرة و العائد المتوقع فالمضارب يتحمل مخاطرة عالية لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح الرأسمالية في أقصر فترة زمنية ممكنة بينما يتحمل المستثمر مخاطرة منخفضة للحصول على عائد معقول (أرباح إيرادية) أما الأرباح الرأسمالية المتوقعة من تقلبات الأسعار السوقية فتأتي بالنسبة له في المقام الثاني لكن لو أراد الشخص

¹ منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 202.

أن يكون مستثمرا في البورصة فإن المضاربين في السوق يفسدون عليه استثماره و يحولون استثماره إلى مضاربة.¹

ثالثا: المضاربة و المقامرة:

ويفرق أنصار المضاربة بينهما من حيث أن المضاربة تعتمد على المعلومات والخبرة و الدراسة بخلاف المقامرة التي تعتمد على الحظ والمصادفة ولكن يرى البعض أن هناك نوعين من المضاربة مضاربة تعتمد على الخبرة (مضاربة المحترفين الكبار) و مضاربة تعتمد على الحظ وهي الأكثر شيوعا (مضاربة الهواة الصغار) وكلتاها مضاربة كما أن المقامرة الحديثة قد تعتمد أيضا على المعلومات والخبرة والدراسة.

فإذا ما تمت عمليات المضاربة دون أن تستند إلى حسابات و دراسات صحيحة و إنما اعتمادا على الصدفة و الحظ، تنقلب إلى مقامرة و يسمى فاعلها المقامر و هو الذي يرغب في الثراء السريع عن طريق التعامل في البورصة دون علم أو خبرة خاصة، معتمدا على الحظ أو الصدفة وحدهما.

ويغلب على المقامرة الطابع الاحتمالي المطلق، و ليس لها أي هدف أو دور اقتصادي بل تعد ضارة بالسوق لما يحدث من إرباك للسير العادي لتكوين الأسعار.

إلا أن التفريق ما بين المضاربة و المقامرة في البورصة على سهولته من الوجهة النظرية و ليس بالأمر الهين عمليا، لأن المضاربة أي كانت براعة الذين يمارسونها، ومهما يكن من خبرتهم و حذرهم و دقة حساباتهم، ليست بمعادلات جبرية محبوكة الطرفين، بل هي لا تخلو من بعض عناصر الحظ، قد تكون قليلة الشأن وقت عقد الصفقة، ثم لا تلبث أن يتفاقم أمرها من جراء تطورات غير منتظرة أو حالات نفسية لم يكن ممكن التنبؤ بها، أو غير ذلك من العوامل التي تؤثر في جو البورصة².

¹ - رفيق يونس المصري، المرجع السابق، ص 69.

² - أحمد صالح البربري، الأسواق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 04.

يضاف إلى ذلك أن المضاربون ليسوا جميعا على قدر واحد من الخبرة و الكفاءة و أن عنصر الحظ يطغى على عنصر الحساب كلما كان المضارب قليل الخبرة، وبالطبع يتعذر قصر المضاربة على الأكفاء وحدهم، خاصة وأن كفاءة المضارب من الأمور التي تثير من الاختلافات في تقديرها، فالبورصة تفسح المجال للجميع فلا فرق بين المضارب الخبير الذي يعمل عن تفكير و تحليل مستندا إلى حسابات دقيقة وخبرة واسعة وبين المغامر الذي يندفع في أي تيار بحثا عن الحظ .

لهذا فإن الحدود الفاصلة بين المضاربة و المقامرة من الناحية العملية في غاية الصعوبة رغم وضوح الفوارق النظرية بينهما، وكذلك نلمس العذر لمن يلقون باللائمة على المضاربة و يغرون إليها كل السيئات التي تحدث في البورصة إذ أنهم يبنون أحكامهم على النتائج التي يلمسونها دون بحث عن أسبابها¹.

رابعاً: المضاربة في البورصة و المضاربة في الشريعة الإسلامية:

المضاربة في البورصة تختلف جذريا عن المضاربة في اصطلاح الفقهاء حيث تتم أعمال البورصة على أساس المضاربة أو المسابقة على البيع و الشراء بغية تحقيق مكسب من فرق الأسعار دون أن يكون المضارب مالك للسلع فالمضاربة هنا عملية بيع و شراء صوريين حيث تباع السلع أو الأوراق المالية و تنتقل من ذمة إلى ذمة دون قبض و غاية المبايعين ليس القبض بل الاستفادة من فروق الأسعار.

ومن هنا يتضح الفارق الأساسي بين المضاربة الشرعية و المضاربة في البورصة إذ أن أغلب المضاربات التي تجري في البورصة ليست بيعا حقيقيا إنما المسألة تنحصر كلها في قبض أو دفع فروق الأسعار بينما البيع و الشراء في المضاربة الشرعية بيع حقيقي لسلع محددة وفق الضوابط الشرعية².

¹ - أحمد صالح البريري، المرجع السابق، ص 04.

² - مسعود خثير و عبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص 10.

كما أن المضاربة في البورصة تنحصر في مكان محدد هو "البورصة أما المضاربة الشرعية فغير محدد بمكان معين، حيث يمكن أن يجري العمل في كل أسواق السلع و الخدمات و أي موقع للاستثمار، و العائد المتحقق من المضاربة في البورصة يتمثل في فروق الأسعار التي تعتمد على عملية يكتنفها كثير من المقامرة و الضرر المصاحب لعمليات الشراء والبيع أما العائد في المضاربة الشرعية فهو عبارة عن أرباح حقيقية نتيجة لنشاط استثماري¹.

المبحث الثاني: التحديد السلبي للمضاربة:

والمقصود بالتحديد السلبي للمضاربة هو الوجه الثاني لها إذ لها وجه مشروع و آخر غير مشروع، و ذلك نظرا للتلاعبات و المناورات الاحتيالية والطرق التدليسية التي يمارسها التجار وغيرهم لغرض الإخلال بنظام الأسعار لإحداث اضطرابات فيه، ولذا سعى المشرع إلى تجريم مثل هذه الأعمال سواء في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة ولهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم المضاربة غير المشروعة في المطلب الأول و موقف القانون و الفقه الإسلامي منها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المضاربة غير المشروعة:

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم المضاربة غير المشروعة فنتناول في الفرع الأول التعريف والفرع الثاني تمييزها عن بعض المفاهيم.

الفرع الأول: تعريف المضاربة غير المشروعة:

يمكن تعريف المضاربة غير المشروعة بأنها أعمال التلاعب في خفض و رفع الأسعار مما يؤدي إلى حدوث تقلبات غير طبيعية في السوق بغية الاستفادة من الأوضاع المستجدة و تحقيق أرباح ومنافع ذاتية².

¹ - مسعود خثير وعبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص 11.

² - فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 116.

أو يمكن القول بأنه يرتكب جرم المضاربة غير المشروعة كل من سبب أو حاول أن يسبب ارتفاعاً أو هبوطاً مصطنعاً في أسعار المواد والسلع والحاصلات أو غيرها، أو في المستندات أو الأسهم العامة أو الخاصة، وذلك بإتيانه بنفسه أو بالوساطة¹.

وهناك من يعرفها على أنها سلوك ينطوي على استخدام وسائل احتيالية بهدف التلاعب بالأسعار أو بالعرض والطلب على سلع معينة يقرر المشرع حمايتها من هذه التأثيرات المفتعلة².

وتعرف المضاربة غير المشروعة بأنها عمليات تدليسية تهدف إلى إحداث تقلبات غير طبيعية في السوق بغية الاستفادة من هذه الأوضاع المستحدثة وتحقيق أرباح ومنافع ذاتية³.

أما المضاربة في سوق الأوراق المالية فهي في الأصل مشروعة إلا أن بعض المضاربين قد يلجئون إلى استخدام أساليب غير أخلاقية للتأثير في أسعار الأوراق المالية، حيث تعتبر هذه الجريمة من أهم الجرائم المؤثرة في سوق الأوراق المالية وهو ما أثبتته لجنة التحقيق التي شكلها الكونغرس الأمريكي بعد الأزمة التي وقعت في البورصة الأمريكية عام 1929 و عرفت بالكساد العظيم، وما حدث في أزمة دول جنوب شرق آسيا عام 1927، لذا حرصت التشريعات على تضمين نصوصها الحامية لسوق الأوراق المالية على تجريم المضاربة غير المشروعة⁴.

أما المشرع الجزائري فقد جرم وعرف المضاربة غير المشروعة بموجب المواد 172، 173، 174 ق ع الواردة في القسم السابع تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالصناعة و التجارة و المزايدات العمومية في الفصل الخامس تحت عنوان الجنايات والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العمومي، هذا فيما يخص الحظر الوارد في قانون العقوبات، إذ تجدر

¹ - غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي، الطبعة الأولى، منشورات يحسون الثقافية، لبنان، 1999، ص311.

² - نسرين عبد الحميد، الجرائم الاقتصادية التقليدية و المستحدثة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص440.

³ - آسيا بولعسل، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ص 97 .

⁴ - أحمد محمد اللوزي، الحماية الجزائرية لتداول الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص116.

الإشارة إلى أن هناك بعض القوانين الخاصة المكملة لقانون العقوبات نصت على تجريم مثل هذا الفعل و مثال ذلك قانون البورصة، قانون النقد والقرض، قانون الصرف، قانون المنافسة ، قانون الممارسات التجارية وغيرها.

إذ نصت المادة 172 ق ع على أنه " يعد مرتكب لجريمة المضاربة غير المشروعة و يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 05 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج كل من أحدث بطريق مباشر أو عن طريق وسيط رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة أو شرع في ذلك بـ:

- 1- ترويج أخبار أو أنباء كاذبة أو مغرضة عمدا بين الجمهور .
- 2- أو بطرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار .
- 3- أو بتقديم عروض بأسعار مرتفعة عن تلك التي كان يطلبها البائعون .
- 4- أو القيام بصفة فردية أو بناء على اجتماع أو ترابط بأعمال في السوق أو الشروع في ذلك بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض أو الطلب .
- 5- أو بأي طريقة أو وسائل احتيالية "

و بعد تحديد المقصود من المضاربة غير المشروعة وذلك حسب نص المادة 172 ق ع لا بد من التطرق لبعض المصطلحات التي ذكرتها المادة:

السلع : السلعة هي منتج (مادي) أو خدمة (غير مادي) يلبي حاجة أو جزء منها وقع إنتاجه على إثر تدخل الإنسان في إطار عملية إنتاجية فالحاجة هي التي تحدد المنتج الذي يجب أن يكون متاحا وممكنا مما تستوجب توفر ثلاث شروط وجود الحاجة وتوفر المنتج و القلة.

فلا وجود للسلعة دون الحاجة إليها أو عند تواجدها بكميات كبيرة و في كل مكان الشئ الذي يجعلها غير قابلة للتبادل.

البضائع : وفقا للمعنى التجاري هي كل ما يشترى من السلع بقصد البيع وفقا لذلك المفهوم ، فإن المواد الأولية و المصنعة التي يجوز استخدامها تدخل في نطاق البضائع، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه فقررت بأن مفهوم البضاعة يشمل كل شيء قابل للنقل والحياسة سواء كان ذا طبيعة تجارية من عدمه، ولذلك فقد قضت بأن محل التهريب الجمركي قد يكون نقودا مزيفة أو حيوانات من أي نوع وعرف قانون مكافحة التهريب الجزائري البضائع بأنها كل المنتجات والأشياء التجارية أو غير التجارية، وبصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول والتملك، و هو نفس التعريف الذي قدمه قانون الجمارك في المادة الخامسة، ويفهم من التعريف أن كل ما يحمله الفرد سواء كان للاستعمال الشخصي أو المهني أو التجاري يعتبر بضاعة مهما كانت قيمته وأهميته، وهو بذلك يتماشى مع التعريف الموسع¹.

الأوراق المالية:

إما تمثل صك ملكية وهي الأسهم أو مديونية وهي السندات إضافة إلى أنواع أخرى من الأوراق المالية التي تكون محلا للتداول في بورصة الأوراق المالية، مثل حصص الأرباح و حصص التأسيس وصكوك التمويل ووثائق الاستثمار وهذه الأوراق المالية هي محل التداول في البورصات وتمثل الأسهم الجانب الأكبر والأهم من الأوراق المالية والأكثر تداولاً في البورصات من ناحية والمكون لرأس مال شركات المساهمة من ناحية أخرى².

وبالتمعن في نص المادة 172 ق ع نجد أن هذه المادة تحدثت عن شكلين للجريمة وهما

جريمة الاحتيال ونعتقد أن المشرع لم يضع نظاما تشريعيا خاصا لمكافحة الاحتيال كما هو الحال في التشريع المقارن وجريمة الإغراق³.

فالاحتيال لم يتعرض المشرع إلى تعريفه ويكون بحسب السلعة ثم طرحها في السوق مع رفع مصطنع لسعرها وقد عرفه القضاء الأمريكي بأنه " يكون في السيطرة على قسم كبير من

¹ - منصور رحمانى، مرجع سابق، ص 161.

² - حسين توفيق فيض الله و هيو ابراهيم قادر، التكييف القانوني لانتقال ملكية الأوراق المالية في البورصة، العراق، ص 244، 245.

³ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص 119.

واردات وتجهيزات السوق من سلعة معينة، و هو ما يؤدي إلى خنق المنافسة ويقيد التجارة بحيث يتحكم ويسيطر المحتكر على الأسعار.

أو هو السوق الذي يتسم بوجود بائع واحد لسلعة أو خدمة معينة ليس لها بدائل تفوقه و كون هذه السلعة مميزة بوضوح عن غيرها من السلع المطروحة في الأسواق.

أما الإغراق فهو خفض السعر بأقل من سعر التكلفة للإضرار بالمتنافسين الآخرين ثم السيطرة على السوق ورفع السعر من جديد، و فيه إضرار بالمستهلك، ويمكن تعريفه على أساس السعر على أنه بيع سلعة في الأسواق الخارجية بسعر يقل عن بيعها في الأسواق المحلية في نفس الوقت و تحت نفس ظروف الإنتاج مع الأخذ بعين الاعتبار كلفة النقل أو على أساس التكلفة فهو بيع السلعة في السوق الأجنبية بسعر أقل من تكلفة إنتاجها و يكون بيع كميات من السلعة بأسعار دون التي كانت سائدة ومألوفة على سبيل الإغراق و الإغراق على المدى القصير من ناحية يفيد المستهلك، لأن الأسعار تنخفض وهذا يمكن أن يضره من خلال إدخال سلع رديئة، ولكن على المدى الطويل يؤثر الإغراق على المؤسسات المحلية لأنها لا تقوى على المنافسة، وقد تغلق أبوابها، و حينها يتم التحكم في السوق و بالتالي ترتفع الأسعار من قبل المؤسسات التي مارست الإغراق لأنها تصبح مسيطرة على السوق و تحتكره¹.

الفرع الثاني: تمييز المضاربة غير المشروعة عن بعض المفاهيم:

إن المشرع قد جرم المضاربة و جعلها غير مشروعة و هذا يعني أن هناك حد فاصل

ما بين المشروع منها و غير المشروع و هذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الأول إذ نميز

بين المضاربة المشروعة و غير المشروعة ولما كانت المضاربة الغير مشروعة يمكن أن تشكل صورة من صور المنافسة الغير مشروعة فما الذي يميز الأولى عن الثانية و هذا ما سنتحدث عنه في الفرع الثاني.

¹ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص ص119، 120، 121.

أولاً : المضاربة المشروعة و المضاربة غير المشروعة :

المضاربة لها العديد من الصور لذلك لا يمكن حصر تعريف محدد و موحد للمضاربة المشروعة ولكن يمكن القول بأن المضاربة المشروعة تقوم على أساسها التجارة في كل زمان و في كل مكان، إذ هي من أهم صيغ الاستثمار قديماً و حديثاً ونظراً لحاجة الناس إليها ثبتت مشروعيتها بالإجماع والسنة فأقرها الإسلام.

إذ كل تاجر يسعى للشراء ثم يبيع بعد مدة ما من أجل الربح وإلا فما الداعي لذلك، غير أن القانون يمنع بعض الممارسات التجارية التي تمكن بعض التجار من حصاد ربح كبير على حساب غيرهم و من تلك الممارسات المضاربة التي تساهم في ارتفاع الأسعار بمعنى المضاربة غير المشروعة¹.

فإذا ما تدخل المضارب بأفعال من شأنها إحداث ارتفاع أو انخفاض مصطنع في الأسعار تصبح المضاربة غير مشروعة، إذ أنها اعتمدت على طرق احتيالية للتلاعب في الأسعار و إحداث تموجات شديدة في حدودها القصوى بطريقة مفتعلة، بغرض الاستفادة من فروق الأسعار.

بمعنى يتحول المضارب من التنبؤ بالأسعار إلى تحديد الأسعار فيتدخل بفعله ليعمل على رفع أو خفض الأسعار دون مبرر، و يستمر التدخل في الاتجاه الذي يحدده إلى النقطة التي يرى عندها تصفية عملياته فيتحول من بائع إلى مشتري أو العكس.

مع العلم أن المتلاعب بالأسعار لا يقوم بالتلاعب دائماً بمفرده بل عادة ما يكون التصرف جماعياً بالاتفاق مع آخرين يسيطرون على التعامل في السوق معتمدين في ذلك على ضخامة رأس المال و عدم خبرة المتعاملين بالسوق و ضعف الرقابة و الإشراف².

¹- منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 201.

²- أحمد صالح البربري، المرجع السابق، ص 12.

و يطلق الفرنسيون على هذه العملية agiotage فهي تتم عن طريق القيام بممارسات غير مشروعة تعتمد على التدليس والاحتيايل لإيقاع الآخرين في الخطأ مما يضر بالسوق بصفة عامة، فإذا ما خرجت المضاربة عن حدود دورها بالعمل على إثارة الأحداث و إيجاد فوارق سعرية مصطنعة عن طريق وسائل تعتمد على الغش و التدليس بما يؤثر على التوازن الاقتصادي تصبح المضاربة غير مشروعة أي تلاعبا بالأسواق.

وأهم ما يميز ممارسات التلاعب بالأسعار هو تسلسل الظروف أو تتابع أنواع التحايل الذي يتم في نفس الوقت أو يحدث تباعا، وفقا لآلية معينة تعمل أحيانا على رفع السعر وأحيانا على انخفاضه، وأحيانا يتم النوعين في نفس الوقت و هي تعتمد على استخدام أساليب من شأنها إما إيجاد ندرة و إما إحداث تشبع و تكثيف السوق لغرض المضاربة غير المشروعة و تحقيق الكسب بطريقة مصطنعة¹.

ثانيا: المضاربة غير المشروعة و المنافسة غير المشروعة:

المنافسة الغير مشروعة هي استخدام التاجر لأساليب مخالفة للقوانين و العادات التجارية أو المنافية للأمانة والصدق عند التعامل في ميدان التجارة².

كما عرفها الفقيه روبيي بأنها : " إن المنافسة غير المشروعة كما يدل عليها اسمها بالذات هي التي تقوم على وسائل ملتوية و دسائس ينبذها الشرع و الاستقامة مهما تعددت الوسائل فإنه يكون هدفها تحويل زبائن الغير و استقطابهم".

كما عرفها الأستاذ جاك بأنها مجموعة من أعمال المنافسة المخالفة للقانون والعادات التجارية سواء قامت على خطأ عمدي أم لا والتي من شأنها إحداث ضرر بالمنافسة³.

¹ - أحمد صالح البربري ، مرجع سابق ، ص 05.

² - زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، الطبعة الأولى، دار الحامد، 2002، ص 27.

³ - عبد الله بوالطين، المنافسة غير المشروعة و آلية مكافحتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص أعمال جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي ، 2014، ص 18.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن هذه الدعوى نشأت مدنيا بعيدة عن الطابع الجنائي، استقرت أحكامها كدعوى مسؤولية مدنية قوامها الخطأ المدني أو الفعل الضار لتضع المنافسة في حدودها المشروعة لمصلحة من يتضرر من حدوث انحراف في ممارستها ويجوز رفعها ممن أصابه الضرر من أعمال المنافسة الغير مشروعة و ضد من صدرت منه الأعمال و كل ما يلزم لرفعها هو توفر ركن الخطأ المدني في جانب المدعى عليه و ركن الضرر الذي لحق المدعي و قيام علاقة السببية بين الخطأ و الضرر و هي الشروط العامة الواردة في المادة 124 و ما بعدها من القانون المدني¹.

في حين أن المضاربة غير المشروعة هي جريمة جزائية تختلف تماما عن المنافسة غير المشروعة أو ما يسميها المشرع المصري المزاحمة غير المشروعة ، و تقوم على الأركان التي تقوم عليها الجريمة الجزائية و تستلزم وجود قصد عام و قصد خاص و لا يجوز الخط بينهما كما لا يجوز استعمال كلمة مضاربة كمرادف لكلمة مزاحمة أو منافسة لاختلاف اللفظين من حيث المدلول و المعنى القانوني².

المطلب الثاني: موقف القانون والفقهاء الإسلاميين من المضاربة غير المشروعة:

لقد حظر القانون والشرع المضاربة التي تعتمد على الطرق الاحتيالية والتلاعبات ولذا سننتقل إلى موقف القانون في الفرع الأول وإلى موقف الفقهاء الإسلاميين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القانون من المضاربة غير المشروعة:

يتميز موقف القانون الوضعي من المضاربة السلبية بالصرامة حيث يعتبرها من الأنشطة الضارة بالاقتصاد لأنها تشجع النشاط الطفيلي على حساب النشاط الإنتاجي كما أنها تساهم

¹ - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 179، 180.

² - إلياس ناصيف ، موسوعة الوسيط في قانون التجارة ، المؤسسة التجارية ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2008 ، ص ص 81 ، 82.

في التوزيع السيء للدخول بحيث أن التوزيع القائم على المضاربة السلبية مبني على الحظ أكثر مما هو مبني على قوة العمل التي هي في الحقيقة أساس نمو الثروات¹.

ولذلك نجد أن المشرع الجزائري قد جرم هذا الفعل ووضع له عقوبات و هذا التجريم و العقاب وارد بنصوص المواد 172 ، 173 و 174 من قانون العقوبات.

لكن تجدر الإشارة أن المضاربة غير المشروعة كما هي فعل مجرم في قانون العقوبات فهي أيضا فعل مجرم في كثير من القوانين الخاصة وهذا ما تم الإشارة إليه سابقا نأخذ مثال على ذلك قانون المنافسة إذ أن المضاربة غير المشروعة هي فعل مجرم بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل المتمم:

- بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 .

- بالقانون رقم 05 /10 المؤرخ في 15 غشت 2010.

و الذي لم يخرج عن الإطار العام المنصوص عليه في المادة 172 من قانون العقوبات فالفقرة الرابعة في المادة 172 من قانون العقوبات تتشابه مع المادة 07 و المادة 06 من الأمر المتعلق بالمنافسة فكلاهما تتطرقان إلى الاتفاقيات المحظورة و الأعمال الفردية والجماعية التي من شأنها الإخلال بالسير الطبيعي للعرض والطلب.

والأعمال الفردية أو الجماعية المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 172 ق ع تشكل أيضا نشاطا في السوق يقوم بها شخص أو أشخاص أو مؤسسة أو مؤسسات تحتل السوق أو في وضعية هيمنة حسب المادة 07 من الأمر رقم 03-03 والترويج لأخبار كاذبة فقرة 01 من المادة 172 وطرح عروض في السوق فقرة 02 من المادة 172، و تقديم عروض أسعار مرتفعة فقرة 03 من المادة 172 كلها أعمال تهدف إلى زعزعة الأسعار وإحداث اضطراب في تحديدها وهو ما أشارت إليه ونصت عليه المادة 06 من

¹ - عجة الكيلاني، المرجع السابق، ص23.

الأمر المتعلق بالمنافسة والأعمال الجماعية التي ذكرتها الفقرة 04 من المادة 172 من قانون العقوبات هي ذات الممارسات التي منعتها المادة 06 المشار إليها أعلاه¹.

كما أن المناورات التدلّيسية المنصوص عليها في المواد 10 و11 و12 من الأمر المتعلق بالمنافسة هي تجسيد أو هي صور من الطرق الاحتيالية المنصوص عليها في الفقرة 05 من المادة 172 قانون العقوبات.

و يبدو أن المشرع ورغبة منه في التصدي للممارسات المنافية للتجارة و المنافسة الحرة من جهة و حرصا منه على حماية الاقتصاد الوطني و حماية المستهلك من جهة أخرى جعلته يؤكد على تجريم المضاربة غير المشروعة في شتى صورها و شتى أساليبها الاحتيالية و هذا ما ينعكس على حماية المستهلك بالإيجاب فسعى إلى محاولة الإحاطة بمختلف أفعال المضاربة سواء في قانون العقوبات في المادتين 172 و 173 أو بنصوص أخرى في الأمر المتعلق بالمنافسة أو في القوانين الخاصة الأخرى و هي كثيرة.

إلا أنه و في كلا التشريعين المذكورين سابقا نجد أن المشرع لم يذكر الأساليب و الممارسات إلا على سبيل المثال لا الحصر و هذا يسهل على القاضي سلوك طريق الاجتهاد بالنسبة لما قد يظهر و يجد من ممارسات غير مشروعة لم تكن من بين الممارسات المذكورة في التشريع أو المواد القانونية التي بين يديه².

إلا أن فحص النصوص القانونية لهذا الأمر أي الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة تجعلنا نتبين إغفال المشرع الجزائري الإشارة الصريحة لمصطلح المضاربة لكن مع ذلك فإن المشرع الجزائري يشير ضمنا إلى تجريم الفعل و في ذلك تنص المادة السادسة الفقرة 04 من الأمر المتعلق بالمنافسة على أنه " تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منها لاسيما عندما ترمي إلى:

¹- آسيا بولعل ، المرجع السابق ، ص101.

²- المرجع نفسه، ص102.

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- أقسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها " .

ومن خلال هذا النص يتبين لنا مدلول عبارة التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها و الذي يفيد في الواقع فعل المضاربة ذاته بل و يشكل تعريفا له مما يتعين معه القول بتجريم قانون المنافسة لظاهرة المضاربة إذا توفرت فيها هذه الصفات¹.

كذلك في قانون البورصة نجد تجريم فعل المضاربة غير المشروعة و ذلك بموجب المادة 60 من المرسوم التشريعي 10/93 المعدل بالقانون 04/03 المؤرخ في 2003/02/17 المتعلق ببورصة القيم المنقولة و التي تنص في فقرتها الثانية " يعاقب كل شخص يكون قد تعمد نشر معلومات خاطئة أو مغالطة وسط الجمهور بطرق ووسائل شتى ، عن منظور أو وضعية مصدر ، تكون سنداته من شأنه التأثير على الأسعار"

وهذا الفعل يشكل جريمة للمضاربة غير المشروعة المنصوص عليها بموجب المادة 172 فقرة 01 من قانون العقوبات و هذه الجريمة في البورصة تسمى جريمة نشر معلومات خاطئة أو مضللة².

وبهذا يمكن القول أن جريمة المضاربة معاقب عليها في الكثير من القوانين الخاصة إلا أنه لا يمكن حصرها في مجال أو نطاق محدد وذلك لكثرة صورها.

¹- عجة الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 26 .

²- حاضري سارة ، جرائم البورصة ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرياح ،ورقلة،2014 ، ص28.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من المضاربة غير المشروعة:

نظرا لحاجة الناس للمضاربة فقد ثبتت مشروعيتها في القرآن و السنة و الإجماع و هذا فيما يخص المضاربة بمفهومها الشرعي أي عقد المضاربة ، إذ و كما قلنا سابقا أن الأصل في المضاربة المشروعية غير أنه و باستعمال الطرق الاحتمالية تتحول المضاربة من مشروعة إلى غير مشروعة.

إذ لا تخلو الأسواق المالية و التجارية و البورصات من المضاربة التي تكون الهدف منها تحقيق الأرباح ، غير أن المضاربة الممنوعة هي التي يسعى أصحابها إلى تحقيق مالا يمكن تحقيقه بالمشروع منها حيث تكون النتيجة رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة و تكون نتيجتها النهائية تحقيق ربح كبير و سريع في الوقت ذاته¹، و لهذا يرى بعض الفقهاء أن المضاربة في الأسعار غير مشروعة لعدة اعتبارات نذكر منها:

أن المضاربة تزيد من حدة تقلبات الأسعار ، فهي تستند في الأصل إلى وجود هذه التقلبات، و لا تجد مجال لها في ظل استقرار الأسعار، كما أن المضاربة تزيد في ارتفاع الأسعار إلى مستويات غير مبررة اقتصاديا، و تتخفف بمعزل عن القيمة الحقيقية للورقة أو للسلعة.

والمضاربة بهذا الشكل لا تختلف عن القمار، بل هي صورة حديثة من صورته، و أسواق البورصة ليست إلا بيوتا للقمار، تجمع فيها ثروات خيالية في لحظات، و تقع فيها خسائر كاسحة في لحظات تؤدي إلى الإفلاس و خراب البيوت و المنازعات العائلية و نوبات القلب و الموت المفاجئ فهي كاليانصيب يربح فيها البعض و يخسر فيها الأغلبية².

زيادة على أن المضاربة في الأسعار تقتزن بالاحتكار، فهناك مضاربون يستحوذون على الأوراق المالية أو السلع، و يتحكمون فيها و عندئذ تنقلب المضاربة من أداة لتوقع الأسعار إلى أداة لفرض الأسعار و بعبارة أخرى أن هؤلاء المضاربين يرتكبون عدة مخالفات شرعية و

¹ - منصور رحمانى، المرجع السابق ، ص 201.

² - خثير مسعود و بوقرين عبد الحليم، المرجع السابق، ص ص 12-13.

أخلاقية مما يجعلها تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية، هم في الحقيقة يمارسون سلوكا احتكاريًا يتمثل بتوجيه أموالهم لشراء أسهم الشركات التي يكون عرضها محدودًا في الأسواق و بصرف النظر عن ماهية الشركة وما هو أدائها الاقتصادي، و يكون هدفهم احتكار هذه الأسهم وامتصاصها من السوق حتى ينخفض عرضها و تفرغ تمامًا من سيولة السوق و من ثم يتوهم المتداولون بأهميتها لانخفاض السيولة فيها و يبدوون بطلبها بأي سعر، و يقوم المضاربون بعرضها بالأسعار التي يريدونها، و هذا سلوك احتكاري و غير أخلاقي.

أما ادعاء المنافسة والشفافية والمعلومات المتساوية فكلها مجرد تنويهات للاحتكار ويرى بعض رجال الاقتصاد أن المضاربة لا يستغنى عنها، فهي كالخمر عندهم، قليله مفيد و كثيره ضار و لابد من قدر معقول منها وعدم السماح بالإفراط فيها إذا أردنا سوقًا مزدهرة ، ويرد على هذا الرأي بأن المضاربة إذا ما سمح بها فيصعب الحد منها ، و هي ليست مما يجوز قليله و يحرم كثيرة¹.

¹ - خثير مسعود وعبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص 13 .

الفصل الثاني:

جريمة المضاربة غير المشروعة

لكل جريمة جانب موضوعي وآخر إجرائي، والمقصود بالجانب الموضوعي هو دراسة التجريم والجزاء المقرر للجريمة، أما الجانب الإجرائي فهي الإجراءات التي تمر بها الجريمة منذ سير الدعوى إلى غاية النطق بالحكم ولهذا سنتطرق إلى الجانب الموضوعي لجريمة المضاربة غير المشروعة في المبحث الأول و إلى الجانب الإجرائي لها في المبحث الثاني.

المبحث الأول : الجانب الموضوعي:

و يقصد بالجانب الموضوعي دراسة الأركان المكونة للجريمة بالإضافة إلى الجزاءات المقررة لها و على هذا سنتناول في هذا المبحث أركان جريمة المضاربة غير المشروعة في المطلب الأول وإلى الجزاءات المقررة لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان جريمة المضاربة غير المشروعة:

يتطلب القانون لكل جريمة توافر أركان معينة لها بحيث أنه إذا اكتملت هذه الأركان أصبحنا بصدد جريمة تامة أو شروع فيها يستحق الفاعل لها إنزال العقاب الذي حدده النص الجنائي عليه أما إذا انتفى أحد هذه الأركان فلا تقوم للجريمة قائمة من الناحية القانونية فلا جريمة و لا عقوبة بغير نص¹، فعلاوة على الركن الشرعي تقوم جريمة المضاربة الغير مشروعة على ركنين هما الركن المادي و الركن المعنوي.

الفرع الأول: الركن المادي:

حتى يعاقب على الجريمة يجب أولاً أن تتشكل مادياً و هذا يعني أن تشتمل على عنصر جوهري و هو العنصر المادي و الذي هو حقيقة من حقائق العنف أو حيلة التي تنتج نتيجة ذلك العنصر بعد فترة طويلة أو قصيرة².

فتوافر الركن المادي هو شرط ضروري للعقاب الجنائي، و يطلق كتاب القرن الواحد و العشرين على هذا الركن "جسم الجريمة" و يتمثل ذلك في المظهر الخارجي للإرادة الإجرامية سواء اتخذ شكل حركات أو سلوك نص عليه القانون فجعل منه جريمة يعاقب عليها و لذلك نجد هذا الركن المادي في جميع الجرائم و من دونه لا تقوم الجريمة ، بل أن توافره هو شرط البدء في البحث عن توافر الجريمة من عدمه³.

¹ - ابراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 2001 ص 63.

² Xavier Pin, droit pénal général , 3^e édition , DALLOZ , Paris 2009 p118.

³ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الجزء الأول، 1994، ص458.

وفيما يخص الركن المادي في جريمة المضاربة غير المشروعة فيتحقق بإتيان سلوك مادي إيجابي يتمثل في القيام بعمل فردي أو جماعي صادر عن شخص طبيعي أو معنوي بطريقة مباشرة أو عن طريق وسيط بإحداث رفع أو خفض في الأسعار باستعمال الوسائل الخمسة المذكورة في المادة 172 قانون العقوبات¹.

ولهذا فإن الواقعة المكونة للركن المادي للجريمة التامة تقوم على ثلاث عناصر الأول هو السلوك الإجرامي و الثاني هو النتيجة الجرمية و الثالث هو العلاقة السببية بين السلوك و النتيجة²، ولهذا سوف نتطرق في الركن المادي بجريمة المضاربة الغير مشروعة إلى عناصره الثلاث و نبدأ أولاً بالسلوك الإجرامي.

أولاً: السلوك الإجرامي

السلوك الإجرامي هو النشاط المادي الخارجي المكون للجريمة و السبب في إحداث ضررها العام و الخاص فهو حركة الجاني الاختيارية التي تحدث تأثيراً في العالم الخارجي أو في نفسية المجني عليه.

وعليه تختلف طبيعة السلوك الإجرامي من جريمة إلى أخرى بحسب نوعها³ فالسلوك الإجرامي في جريمة المضاربة الغير مشروعة يتمثل في استخدام أحد الوسائل الاحتيالية المذكورة في المادة 172 بغرض إحداث اضطراب في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة ولذلك سنعرض هذه الوسائل كالتالي⁴:

1-ترويج أخبار أو أنباء كاذبة أو مغرضة عمداً بين الجمهور:

الخبر الكاذب هو المزور بمعنى الإخبار عن شيء بخلاف ما هو عليه في الواقع، فالكذب

¹ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص118.

² - طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012 ، ص241.

³ - إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص65.

⁴ - نسرین عبد الحمید، الجرائم الإقتصادية التقليدية و المستحدثة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص441 .

هو إدعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه تضليل وخداع المتلقي عن طريق تزييف الحقيقة أو بث تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع¹.

ويشترط أن يكون النشر عمدا لهذه الأخبار فإذا كان النشر بدون قصد و أدى إلى ارتفاع الأسعار أو انخفاضها فلا جريمة ، و يتحقق النشر بأي وسيلة سواء كانت الإعلان أو الصحافة أو الكتب كما يمكن أن يشمل الأحاديث العامة و الخاصة .

و على ذلك إذا تم النشر أو الإعلان لوقائع أو معلومات صحيحة أو حقيقية في السوق أو سعر سلعة ما فلا جريمة، كذلك يشترط أن يكون النشر و الإذاعة للوقائع أو المعلومات الكاذبة أو غير الحقيقية في السوق أو سعر سلعة ما من شأنه إحداث نوع من الاضطراب في السوق أو التأثير سلبيا على الأسعار فإذا تم النشر أو الإذاعة لوقائع كاذبة و ليس من شأنها ذلك فلا عقاب².

و مثال ذلك كمن ينشر بين المتعاملين خبر ندرة مصنعة في بعض السلع مما يؤدي إلى الاعتقاد بقلّة العروض فترتفع الأسعار أو من أجل أن يبيع المروج سلعته بسعر أكبر من سعرها الطبيعي³ .

و ترويح أخبار أو أنباء كاذبة هو أمر شائع عندنا و كثير الحدوث مثل الإخفاء العمدي لسلعة معينة ذات استهلاك واسع و إشاعة خبر اختفائها وانقطاع تموين السوق بها أو ترويح خبر حول احتمال حدوث ندرة في السوق لبعض المواد كزيت المائدة أو البن وانقطاعها فيتهافت الناس على شرائها فيبيعها صاحبها عندئذ بالسعر الذي يريد مما يؤدي

¹ - بتول صراوة عبادي، التظليل الإعلاني التجاري و أثره على المستهلك، دراسة قانونية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2011 ، ص 64.

² - المستشار جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة الإعتدال، 1942، ص383.

³ - منصور رحمانى، مرجع سابق، ص203.

إلى التأثير على نظام السوق وإلى إحداث اضطرابات فيه و تقلبات غير منتظرة في أسعاره بينما الواقع لا ينبئ بحدوث أو يحقق مثل هذه الأخبار¹.

2- طرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار:

ومثالها في أسواق الأوراق المالية أن يعتمد بعض المضاربين التأثير في التكوين الطبيعي للأسعار وفقا لقانون العرض والطلب باستخدام بعض الوسائل: البيع الصوري اتفاقيات الاحتكار و اتفاقيات التلاعب وذلك بهدف التلاعب في أسعار الأوراق المالية بالعمل على خفض أو رفع أو تثبيت أسعارها لتحقيق أغراض شخصية مما يؤثر على العمليات الطبيعية للعرض و الطلب².

فالقيام بفعل الطرح والعرض في السوق بغرض إحداث اضطرابات في الأسعار يؤدي إلى الإضرار بمصالح المستهلك والاقتصاد القومي في آن واحد لأنه نمط من أنماط إغراق السوق فههدف التاجر في ذلك هو جذب عدد كبير من العملاء الذي يمثل السعر المنخفض لديهم وسيلة جذب قوية للإقبال على الشراء وهذا يؤثر على التجار الآخرين في أنهم لا يستطيعون مقاومة هذه المنافسة غير المشروعة والخروج من السوق فينفرد التاجر غير الشريف بالسوق ويحتكرها ويملي أسعاره و شروط البيع و كل ما يتعلق بالمعاملات التجارية لإرادته، غير أن خفض سعر السلعة عن السعر المعمول به في السوق قد لا يعد جريمة المضاربة غير المشروعة إذا اقتضت ذلك ظروف معينة كتصفية نشاط تجاري أو تغيير النشاط التجاري إذا كانت السلعة سريعة التلف أو تنفيذًا لحكم قضائي³.

3- تقديم عروض بأسعار مرتفعة عن تلك التي كان يطلبها البائعون:

ويتم ذلك عن طريق استحواذ تاجر ما على أكبر كمية من السلعة ثم يطرحها في السوق منفردا ببيعها ومسيطرًا بذلك على السوق إذ يحدد في هذه الحالة السعر الذي يريد مما يتسبب في إضرار المستهلك و غرض المشرع الجزائي التوسيع من دائرة العقاب ليشمل كل

¹- آسيا بوليسل ، المرجع السابق، ص 203 .

²- منصور رحمانى، المرجع السابق، ص203 .

³- فاطمة بحري، المرجع السابق، ص118.

من يحول الأسعار عن مجراها الطبيعي بأية طريقة كانت طالما أفسد هذا الفعل قاعدة العرض و الطلب في السوق¹.

إذ أن الأصل في الأسعار أن تكون خاضعة لموازين العرض والطلب وهذا الميزان هو الأداة العادلة لوضع سعر مناسب للبائع والمشتري على حد سواء، و مهمة المضارب في هذه النقطة هو أن يعرض سلعة بأسعار أعلى من أسعار السوق و لم يكن لهذا العرض ما يبرره من الناحية التجارية كأن تكون سلعة أجود مثلا، و إنما جاء عرضه مرتفعا لأنه يكون قد احتكر سلعة معينة وهو يعلم أن عرضها في السوق قليل وأن عرضه سيلقى إقبالا بعد نفاذ عروض غيره الموضوعه بثمن أقل².

4- القيام بصفة فردية أو بناءا على اجتماع أو ترابط بأعمال في السوق أو الشروع في ذلك بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض والطلب:

وهذا ينافي قواعد المنافسة المشروعة بل ويقضى عليها ويجعل المضاربين يحكمون السيطرة على السوق³، بمعنى القيام بأعمال أو الشروع فيها من طرف الأعوان الاقتصاديين و التي تؤدي أو من شأنها أن تؤدي إلى الحصول على أرباح دون أن يكون ذلك ناتج عن الخضوع لحرية المنافسة وللعرض والطلب كالاتفاق مثلا على البيع بسعر واحد ولو كان مرتفعا أو الاتفاق على القيام بإجراء خفض في الأسعار نكاية في تجار ضعاف لا يتحملون الاستمرار في البيع بذلك السعر وبالتالي لا يستطيعون تحمل المنافسة مع تجار أقوىاء فيتعرضون للخسارة وقد يضطرون للانسحاب وهو أمر من شأنه أن يؤدي إلى المساس بحرية المنافسة

¹ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص 119.

² - منصور رحمانى ، المرجع السابق ، ص 204 .

³ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص 119.

وحتى القضاء عليها و يفتح الباب لهؤلاء المضاربين للسيطرة والتحكم في السوق¹.

5- أي طرق أو وسائل احتيالية أخرى:

بمعنى استعمال الطرق الاحتيالية في رفع أو خفض قيمة السلع والبضائع والأوراق المالية²، وعلى ذلك إذا كانت الطرق المستخدمة خالية من الاحتيال فلا عقاب، كما أنها عبارة عامة تدل على أن الغرض منها معاقبة كل من يحول الأسعار عن مجراها الطبيعي بأيّة طريقة من طرق الاحتيال، و إذا استخدم شخص إحدى الطرق الاحتيالية بهدف التلاعب بالأسعار فإنه يعاقب سواء يحقق هذا التلاعب أو لم يحقق و ذلك واضح من صراحة النص إذ ذكرت المادة " شرع في ذلك "³.

وهذه النقطة جاءت عامة لكل الوسائل التي يستعملها المضاربون في التأثير على الأسعار و هي وسائل وطرق لا يمكن حصرها ومن أمثلتها في الفقه الإسلامي بيع النجش و تلقي الركبان و بيع الحاضر للبادي و غيرها من البيوع التي تنتج أسعار غير أسعارها الحقيقية و تؤثر على المستهلكين بدرجة أولى.

و قد ورد النهي عن هذه البيوع في الحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض و لا تتاجشوا، و لا يبيع حاضر لباد و لا تصروا الغنم".

إذ ذكرت المادة 172 قانون عقوبات تجريم أي طرق أو وسائل احتيالية تمس بالسوق و تحدث اضطرابات فيه و في أسعار السلع⁴.

¹ - آسيا بولعسل، المرجع السابق، ص 99 .

² - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 204.

³ - أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار و حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعية الجديدة، الأردن، 1998، ص 55.

⁴ - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 204.

وهذا ما يجعلنا نقول و ندرك بمفهوم المخالفة أن هذه الأساليب التي ذكرها المشرع في نص المادة 172 ق ع وردت على سبيل المثال لا الحصر¹، وهذا ما يفتح المجال لتجريم وسائل أخرى قد تظهر ويفتح المجال أيضا أمام الاجتهاد القضائي في تمحيص الوسائل التي تستعمل بغرض المضاربة و تقدير إذا كانت وسائل احتيالية تدليسية ترتب المضاربة غير المشروعة فالمدلول الإجرامي لهذه الوسائل هو الهدف الذي يبتغيه الفاعل والذي يسعى إلى تحقيقه باستعمال هذه الوسائل وغيرها وهو الحصول على ربح غير مشروع ولا تخضع للسير الطبيعي لحرية المنافسة و لقانون العرض والطلب و تحديد تقدير هذا الربح غير المشروع أي المحصل عليه بطرق غير مشروعة هو مسألة تقنية تتطلب جهازا مختصا للفصل فيها و تحديدها².

فعلى الرغم من اعتماد نظام الاقتصاد الحر إلا أنه لا يجوز استغلال تلك الحرية لتشويش السوق التجارية بالجوء إلى اللعب بالأسعار ارتفاعا أو هبوطا مصطنعا و ذلك ليس فقط للسلع والبضائع و إنما كذلك للاسهم والمستندات (الأوراق المالية) العامة والخاصة سواء أتى التاجر هذا العمل بنفسه أو بواسطة غيره³.

المشرع ذكر عبارة أو أي طرق احتيالية أخرى لنفس الغاية، وحسنا فعل فل هذه الجريمة صور عديدة لا يستطيع المشرع حصرها في نص قانوني وبالإضافة إلى ذلك فقد تتنوع وتتلون الأساليب التي يقوم بها الجناة في المضاربات غير المشروعة بصور جديدة لم ينص عليها المشرع⁴.

¹- فاطمة بحري، المرجع السابق، ص 119.

²- آسيا بو لعسل، المرجع السابق، ص 99.

³- غسان رباح، المرجع السابق ، ص 311.

⁴- أحمد محمد اللوزي، المرجع السابق ، ص 119. أ

ثانيا: النتيجة الإجرامية:

يعتبر سلوك المنحرف طبيعي في صورته المجردة ولكن بالرجوع إلى النتيجة المسندة إلى السلوك التي تؤدي إلى الخطر أدى ذلك بالمشرع إلى تقرير حماية للمجتمع من هذا الخطر بوضع جزاء¹.

ولهذا يمكن تعريف النتيجة الجرمية بأنها ذلك التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للفعل الجرمي و من المفهوم أن الفعل الجرمي يحدث تغييرا في الفضاء الكوني².

و بمعنى أدق النتيجة هي الأثر الطبيعي الذي يتمحض السلوك عنه ويعتد القانون به³.

وعلى أساس ذلك يمكن القول بأن النتيجة الجرمية في نطاق الركن المادي لا تعني تغيير يمكن أن يحدث في العالم الخارجي كأثر للفعل الجرمي و إنما هو ذلك التغيير الذي يتطلبه المشرع في النص الجزائي⁴.

و النتيجة التي نصت عليها المادة 172 ق ع هي أن يحدث سلوك المضارب رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة أو الشروع في ذلك.

ومفيد هذه العبارات أن جريمة المضاربة التامة لا تكون إلا إذا كان هناك هذا الاضطراب في الأسعار فإذا قام المضارب بالسلوك الإجرامي و لكنه لم يحقق أي شيء من هذه النتائج فلا تكون أمام جريمة مضاربة وإنما نكون أمام شروع ولا يفرق القانون في العقاب بينة وبين الجريمة التامة⁵. وتجدر الإشارة إلى أن المضاربة لا تكون فقط بأفعال أو أعمال تؤدي إلى رفع الأسعار بل تتحقق كذلك بتخفيض الأسعار، عبر مناورات للإضرار بالمنافسين الآخرين

¹ - Philippe Conte, Droit Pénal Général, 3^e édition, armand colin, p161.

² - محمد زكي أبو عامر، مذكرات في قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1989، ص 63.

³ - محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 1991، ص 63.

⁴ - محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 205.

من المتعاملين الاقتصاديين بغرض الاستحواذ على السوق والإنفراد بالبيع فيه ثم رفع الأسعار بعد ذلك¹.

ثالثا: العلاقة السببية :

لا يكفي لاكتمال الركن المادي أن يصدر عن الشخص سلوك حظره المشرع وأن تعقب هذا السلوك واقعة لا يرتضيها، وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن تقوم بين الأمرين علاقة خاصة تجعل الأول سببا والثاني نتيجة وهو ما يعرف بعلاقة السببية².

فالسببية هي إسناد أي أمر من أمور الحياة إلى مصدره و الإسناد في النطاق الجنائي على نوعين مادي و معنوي فالإسناد المادي يقتضي نسبة الجريمة إلى فاعل معين أما الإسناد المعنوي فهو نسبة الجريمة إلى شخص متمتع بالأهلية المطلوبة لتحمل المسؤولية الجزائية أي متمتع بتوافر الإدراك لديه وحرية الاختيار³.

إذا فهذه العلاقة هي التي تحكم الرباط بين السلوك والنتيجة وتجعل منهما كيانا قانونيا واحدا و اشتراط هذه العلاقة مفهوم بالبداهة لأنه لا يسوغ عقلا مساءلة إنسان عن واقعة سيئة أعقبت فعله إلا إذا كان الفعل سببا في حدوثها⁴.

إذ لا يتحمل المضارب النتيجة الجرمية ما لم يكن لسلوكه أثر مباشر في إحداث تلك النتيجة فإذا أعد طرقا احتيالية لرفع الأسعار ثم عدل عن تنفيذها من تلقاء نفسه ولكن شركاءه المفترضين لم يعدلوا وأكملوا العملية بمضاربة غير مشروعة حققت نتائجها فلا يتحمل أي مسؤولية⁵.

¹ - آسيا بو لعسل، المرجع السابق، ص100.

² - محمد عوض، المرجع السابق، ص65.

³ - طلال أبو عفيفة، المرجع السابق، ص265.

⁴ - محمد عوض، المرجع السابق، ص65.

⁵ - منصور رحمانى، المرجع السابق، ص205.

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

أي جريمة لديها ركن معنوي وهو ضروري لقيامها، إذ يتجسد في قصد صاحبه إلا أنه في الواقع يتطلب أن هذا الأخير قد ارتكب خطأ هو شرط لاغنى عنه لهذه المسؤولية الجزائية¹.

وهو الجانب النفسي للجريمة فبالإضافة إلى قيام الواقعة المادية التي تخضع للتجريم لا بد من صدورها عن إرادة فاعلها بحيث يمكن أن يقال بأن الفعل هو نتيجة لإرادة الفاعل².

فلا تقوم الجريمة بدون توافر الركنين المادي والمعنوي علاوة على الركن الشرعي إذ يمكن القول بأن الركن المعنوي هو نية داخلية يضمها الجاني في نفسه³.

وجريمة المضاربة شأنها شأن جميع الجرائم هي من الجرائم العمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي، والقصد الجنائي المتطلب لقيام هاته الجريمة هو القصد العام و القصد الخاص.

أولاً: القصد العام:

وهو القصد في أبسط صورة وهو اتجاه الإرادة الإجرامية لارتكاب الجريمة مع علم الجاني بعناصرها أي أنه قصد يقوم على عنصري الإرادة و العلم فقط، وهو قصد يجب توافره في جميع الجرائم العمدية والملاحظ أن جل الجرائم القصدية أو العمدية تقوم على توافر القصد العام إذ يكفي فيها مجرد إتيان الفاعل لسلوكه عن إرادة واعية واتجاهها لارتكابه وهو يعلم أي مرتكب الفعل بتوافر أركان الجريمة⁴.

وهكذا الحال بالنسبة لجريمة المضاربة غير المشروعة إذ يتطلب فيها توافر العلم بكل أركان الجريمة و ظروفها كما يتطلبه النموذج القانوني، و العلم بأن القانون يجرمها و هو مفترض واتجاه الإرادة إلى ارتكابها دون ضغط أو إكراه، و تكون هذه الجريمة بمجرد الشروع في

¹-Bernard Bouloc, Hariti Matsopouloun, SIREY ,17^e édition 2009, p101.

²- آسيا بولعسل، المرجع السابق ، ص 100.

³- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام ، الطبعة العاشرة ، دار هومة، الجزائر ، 2012 ، ص 120.

⁴- عبد الله اوهاببية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام ، موفم للنشر، الجزائر، 2011 ، ص 335 .

ارتكابها لأن المشرع في هاته الجريمة يعاقب حتى على المحاولة أي الشروع في ارتكابها، بإحداث عرقلة في حرية المنافسة وقانون العرض والطلب من خلال خلق اضطرابات في الأسعار بخفضها أو رفعها فإذا توافر العلم والإرادة و قام القصد الجنائي العام¹.

ثانيا: القصد الخاص:

فهو اتجاه الإرادة لوقائع إضافية تدخل في تكوين الجريمة بالإضافة إلى عنصري العلم و الإرادة، فإذا كان القصد الأول يقوم على هذين العنصرين المنصرفين إلى أركان الجريمة العامة فإن القصد الخاص لا يكتفي بذلك فيتطلب عنصرا إضافيا، يتمثل في النية المنصرفة إلى غاية محددة و معينة².

بمعنى القصد الجنائي الخاص في جريمة المضاربة غير المشروعة هو أن يتوافر لدى الجاني نية تحقيق غاية معينة من هذه الجريمة أو هدف يبتغيه وهو اتجاه إرادة الجاني من وراء استعمال تلك الوسائل الاحتمالية المنصوص عليها في المادة 172 ق ع إلى خلق اضطرابات في الأسعار برفعها أو بخفضها بهدف تحقيق غاية والحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي لقانون العرض والطلب والسير العادي للسوق وتقلباته أو الشروع في ذلك.

وعلى القاضي ألا يكتفي بإثبات أن مرتكب الجريمة على علم بالنتيجة التي قد يتحصل عليها أو حصل عليها فحسب بل عليه أن يثبت أنه أرادها وأن نيته قد اتجهت إلى تحقيقها من خلال لجوءه إلى هذه التصرفات الاحتمالية³.

ولا شك كما سبق و أن قلناه أن تحديد الربح غير المشروع الناتج عن تصرفات هؤلاء المضاربين والذي أدى أو من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب العرض والطلب، مسألة تقنية تحتاج إلى تخصص.

¹ - آسيا بولعسل ، المرجع السابق ، ص 100.

² - عبد الله وهايبية، المرجع السابق، ص335.

³ - آسيا بو لعسل، المرجع السابق، ص101.

كما أن الفقه يرى أن الركن المعنوي مثل في هذه الجرائم الماسة بالاقتصاد يتضاءل دوره، حيث انه حرصا على تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة المشرع لا يتقيد بالأحكام المقررة بالقانون العام ويكتفي هنا بتجريم السلوك والنتيجة الضارة المترتبة عنه وعلاقة السببية بينهما إذ على القاضي بحث فقط مسألة السلوك والضرر المترتب عنه ثم علاقة السببية بين الفعل و النتيجة الإجرامية وبالتالي فالقصد هنا قصد مفترض غير أن افتراض القصد الجنائي يكون في الجرائم الاقتصادية التي تتطلب قصدا عاما وهذا ما لا يتحقق في الجريمة محل الدراسة حيث تتطلب هاته الجريمة على نحو ما ذكر قصدا خاصا يتمثل في نية تحقيق الربح الناتج عن اختلاف في إضطرابات الأسعار وهو ما يتضح أنه لا مجال هنا من افتراض الركن المعنوي وإنما يقع عبئ إثباته على سلطة الاتهام¹.

المطلب الثاني: الجزاء

الجزاء الجنائي هو أثر ثبوت مسؤولية شخص عن الجريمة المرتكبة فاجتماع أركان الجريمة و نسبيتها معنويا وماديا إلى شخص معين يترتب عليه ضرورة توقيع الجزاء المقرر من أجل هذه الجريمة على من اقترفها².

ويعد الجزاء الجنائي جزءا ضروريا و مكملا للقاعد الجنائية بحيث تصبح القاعدة التي لا تتضمن النص على الجزاء مجرد قاعدة أخلاقية لا تتجاوز نطاق التمني أو النصيحة³.

و الجزاء المقرر لجريمة المضاربة غير المشروعة نوعان، عقوبات أصلية وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول و العقوبات التكميلية في الفرع الثاني.

¹ - فاطمة بحري، المرجع السابق، ص122.

² - فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المسؤولية و الجزاء، الكتاب الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 199 .

³ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري الجزاء الجنائي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1955، ص401.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية:

والعقوبات الأصلية في جريمة المضاربة غير المشروعة نوعان إذ هناك عقوبات في وصفها البسيط و عقوبات إذا دخل عليها ظرف التشديد أصبحت عقوبات في وصفها المشدد.

أولاً: العقوبات البسيطة

العقوبات البسيطة على نوعان سنتطرق أولاً إلى العقوبات السالبة للحرية وثانياً إلى العقوبات المالية.

1- العقوبات السالبة للحرية:

العقوبات السالبة للحرية هي تلك التي يتحقق إيلاؤها عن طريق حرمان المحكوم عليه من حقه من التمتع بحريته إذ تسلبه العقوبة هذا الحق إما نهائياً أو لأجل معلوم يحدده حكم القضاء، و تحتل العقوبات السالبة للحرية مكاناً بارزاً في قائمة الجزاءات الجنائية في غالبية الأنظمة العقابية الحديثة باعتبارها الجزاء الأساسي لكثير من الجرائم والعقوبات السالبة للحرية حديثة نسبياً في التشريع الجنائي، و قد تعاضم دورها كجزاء جنائي في التشريعات الحديثة، بعد استبعاد العقوبات البدنية و غيرها من العقوبات المفروطة في القسوة، و ظهر سلب الحرية باعتباره بديلاً لهذه الجزاءات كعقاب للجرائم التي تكون على قدر كبير من الخطورة¹.

والعقوبات السالبة للحرية أو المانعة لها هي السجن بنوعيه مؤبداً ومؤقتاً والحبس، وهي عقوبات تحرم المحكوم عليه جنائياً من حريته بصفة مطلقة مدة العقوبة المحكوم بها بإلزامه بالإقامة في مؤسسة عقابية أو إصلاحية أو وقائية، تسمى بوجه عام سجنًا إنطلاقاً من التسمية التي أطلقها المشرع على القانون المنظم للمسألة " قانون السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين "².

¹- فتوح عبد الله الشادلي مرجع سابق ، ص 279.

²- عبد الله وهابية، المرجع السابق ، ص 372.

ولقد تعددت العقوبات السالبة للحرية التي ينص عليها قانون العقوبات الجزائري و تتماثل العقوبات في كونها تقوم على سلب حرية المحكوم عليه طوال المدة المحكوم بها إلا أنها تختلف من حيث أن عقوبة السجن تقابل الجناية و في حين أن عقوبة الحبس هي عقوبة الجنحة أو المخالفة و بالرجوع إلى نص المادة 172 ق ع نجد أن العقوبة السالبة للحرية التي نص عليها المشرع الجزائري هي عقوبة الجنحة فيما يخص جريمة المضاربة الغير مشروعة وهي الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات.

2- العقوبات المالية (الغرامة):

تعد الغرامة من أقدم العقوبات، وترجع في أصلها إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة وهو نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض ثم تطورت بعد ذلك إلى أن أصبحت في الشرائع الحديثة عقوبة خالصة خالية من معنى التعويض¹.

والغرامة عقوبة مالية أصلية بدورها، يقرها القانون في جميع أنواع الجرائم جنائيات، جنح و مخالفات ينطق بها الحكم على المتهم، ويلزم المحكوم عليه بدفع مبلغ مالي من النقود للخزينة العمومية يقدره القاضي وفق القواعد المقررة بهذا الشأن وعملا بمبدأ الشرعية²، ففي الجنح تتجاوز الغرامة 20.000 دج وهذا ما نصت عليه المادة 172 ق ع إذ يعاقب مرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة بغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج بالإضافة إلى عقوبة الحبس الوارد ذكرها سابقا.

يمكن أن تقترن عقوبة الغرامة بالحبس بصفة إلزامية أو اختيارية بحسب ما يقره القانون في هذا الشأن، حيث يقرر القانون أحيانا سلطة تقديرية للقاضي الجنائي في الاختيار بين عقوبتي الحبس أو الغرامة وأحيانا أخرى لا يترك مثل هذا المجال - أي الاختيار بين الحبس

¹- فتوح عبد الله الشادلي ، المرجع السابق ، ص298.

²- عبد الله اوهاببيبة ، المرجع السابق ، ص374 .

و الغرامة - للقاضي الجنائي فيقرر وجوب توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معا في آن واحد¹، كما هو الحال بالنسبة لجريمة المضاربة غير المشروعة.

و على العموم فإن الأحوال التي ينص فيها القانون على الغرامة كعقوبة منفردة هي أحوال قليلة مقارنة بالغرامة المنصوص عليها كعقوبة مضافة إلى عقوبة الحبس التي يتكرر النص عليها كثيرا في قانون العقوبات وأخيرا فإن الغرامة بمختلف مظاهرها و حالاتها هي عقوبة يقصد بها التوجه إلى نفسية الجاني بإيلاء مقصود يقوم على إفقار ذمته المالية كما تحمل معنى الردع العام بتهديدها الآخرين.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد الحد الأقصى أمر ضروري للقول بتوافر مبدأ الشرعية إذ لا يجوز الحكم بغرامة تفوق الحد الأقصى المقرر قانونا².

ثانيا: العقوبات المشددة:

تتراوح العقوبات المقررة في التشريع الجزائري بين حدين أدنى وأقصى³، ويجب على القاضي عند النطق بالعقوبة أن يلتزم بحديها الأدنى و الأقصى كما نص عليهما القانون تطبيقا لمبدأ قانونية العقوبات و قد يقترب القاضي من الحد الأقصى للعقوبة أو يصل إليه إذا وجد ظروف الجريمة و شخصية المجرم ما يستدعي أخذه بالشدّة و مع ذلك لا يعد مسلك القاضي على هذا النحو تشديد العقوبة قانونا ، لأنه التزم حدودها كما قررها القانون للفعل في الأحوال العادية .

ولكن قد يرى المشرع أن العقوبة المقررة للفعل في الأحوال العادية لا تكون ملائمة إذا وجدت ظروف أو حالات تقتضي أخذ الجاني بقدر أكبر من الشدة و لهذا نص على أسباب تشدد من أجلها العقوبات إما بتجاوز الحد الأقصى المقرر أصلا للجريمة في ظروفها العادية و إما بتغيير نوع العقوبة ذاته إلى نوع أشد .

¹- المرجع السابق، ص375.

²- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 375.

³- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 348.

فأسباب تشديد العقوبة وجوبا أو جوازا إما بتجاوز الحد الأقصى وإما بتطبيق عقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة و هي على الدوام أسباب قانونية لا تكون إلا بنص¹.

و شدد المشرع العقوبة في المادة 173 ق ع فرفع العقوبة في حدها الأدنى، إذ تنص المادة " وإذا وقع رفع أو خفض الأسعار أو شرع في ذلك على الحبوب أو الدقيق أو المواد التي من نوعه و المواد الغذائية أو المشروبات أو المستحضرات الطبية أو مواد الوقود و الأسمدة التجارية تكون العقوبة الحبس من سنة إلى 05 سنوات" وذلك بعدما كانت العقوبة من 06 أشهر إلى 05 سنوات ومن هنا يمكن القول بأن محل الجريمة أو المضاربة على أسعار المواد الأساسية هو ظرف تشديد يرفع فيه الحد الأدنى للعقوبة في جريمة المضاربة غير المشروعة.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه عند رفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس خفض من الحد الأقصى للغرامة و هذه العقوبة تطبق حتى على مجرد المحاولة أي الشروع في الجريمة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

العقوبة التكميلية عقوبة إضافية أو ثانوية، تتضمن الانتقاص من الحقوق المدنية و السياسية أو الوطنية وبعض الحقوق الأخرى التي يقدر المشرع مدى ضرورة القضاء بها على المحكوم عليه فتتص الفقرة الثالثة من المادة 04 من قانون العقوبات على أنه "العقوبات التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية ، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة و هي إما إجبارية أو إختيارية "، وهذا يعني أن

العقوبة التكميلية عقوبة تلحق المحكوم عليه بعقوبة أصلية جنائية أو جنحة، فيقضي بها القاضي بحسب ما يقرره القانون ، مرة يقضي بصفة إجبارية و أخرى بصفة إختيارية²، و حسب نص المادة 174 قانون عقوبات فإن العقوبات التكميلية لجريمة المضاربة غير المشروعة تم النص عليها كالآتي: " في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 172

¹ - فتوح عبد الله الشادلي، المرجع السابق ، ص 348.

² - عبد الله اوهاببيبة، المرجع السابق، ص 375-376.

و173 يعاقب الجاني بالمنع من الإقامة من سنتين إلى 05 سنوات وبالمنع من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المذكورة في المادة 14 وذلك بصرف النظر عن تطبيق المادة 23. ويجب على القاضي حتى و لو طبق الظروف المخففة أن يأمر بنشر حكمه وتعليقه طبقاً لأحكام المادة 18 "

أولاً: المنع من الإقامة:

المنع من الإقامة عقوبة تكميلية مضمونها " الحظر على المحكوم عليه أن يوجد في بعض الأماكن " التي يحددها الحكم ويعني ذلك منع المحكوم عليه من التواجد ولو بأي شكل كان كالإقامة أو مجرد المرور في أماكن تحددها المحكمة وعلّة ذلك تعود إلى تقدير المشرع لخطورة هذه الأماكن التي ربما سهلت للمحكوم عليه الوقوع في الإجرام من جديد و عليه فالمحكوم عليه حر في الإقامة في أي مكان شاء ما عدا هذه الأماكن المحظورة عليه¹.

وتنظم المادة 12 من ق.ع المنع من الإقامة وهي عكس تحديد الإقامة وهو جزاء يقترن بجرائم الجنايات والجنح تطبيقاً لحكم المادة 13 ق ع و يختلف المنع في الأولى عنه في الثانية ففي الجنايات المنع من الإقامة عشر (10) سنوات².

وبما أن جريمة المضاربة غير المشروعة تحمل وصف الجنحة فيكون المنع من الإقامة 05 سنوات و هذا ما ورد في نص المادة 174 ق ع " يعاقب الجاني بالمنع من الإقامة من سنتين إلى خمس سنوات "

وتبدأ آثار المنع من الإقامة ومدته من يوم الإفراج عن المحكوم عليه و بعد تبليغه به.

ثانياً: المنع من ممارسة بعض الحقوق:

يجوز القضاء الحكم على المحكوم عليه بالحرمان من ممارسة بعض الحقوق بمناسبة

جنحة و هذا ما تم النص عليه في المادة 09 مكرر 01 وهي:

¹ - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص480.

² - عبد الله اوهاببيبة، المرجع السابق، ص380.

1- عقوبة العزل أو الاقْتِصَاد من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.

2- عقوبة الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح و من حمل أي وسام.

3- عقوبة عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

4- عقوبة الحرمان من الحق في حمل الأسلحة و التدريس و في إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.

6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها¹.

و هذا ما تم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة 174 بقولها "و بالمنع من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المذكورة في المادة 14 "

مع الإشارة إلى أن المادة 14 ق ع تحيلنا إلى المادة 09 مكر 01 المذكور أعلاه.

ثالثا: نشر الحكم:

يشير القانون إلى بعض الحالات التي يجوز للمحكمة أن تنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه لمدة محددة كعقوبة تكميلية ، فقد جاء في المادة 18 ما يلي : " للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر بعينها أو بتعليقه في الأماكن التي بينها و ذلك كله على نفقة المحكوم عليه على أن لا تتجاوز مع ذلك مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم لهذا الغرض و أن لا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا " .

ويستفاد من النص أن الحكم الذي يمكن نشره هو حكم الإدانة فلا ينشر حكم البراءة أو العفو لسقوط الدعوى لأي سبب كان و ليس كل حكم بالإدانة مما يمكن نشره فقد تخير

¹ - عبد الله اوهاببية، المرجع السابق، ص 381.

منها المشرع بعضها و مثاله ما نصت عليه المادة 174 ق ع التي توجب نشر وتعليق الحكم في جريمة المضاربة غير المشروعة إذ نصت على أنه " يجب على القاضي حتى و لو طبق الظروف المخففة أن يأمر بنشر حكمه و تعليقه طبقاً لأحكام المادة 18 "

إلا أنه تجدر الإشارة إلى نص المادة 175 مكرر والتي تنص على مسؤولية الشخص المعنوي إذ يعتبر مسؤولاً جزائياً " يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المحددة في هذا الفصل و ذلك طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون و تطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المقررة في المادة 18 مكرر في المادة مكرر 02 من هذا القانون عند الاقتضاء.

و يتعرض أيضاً لواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها المادة 18 مكرر".

المبحث الثاني : الجانب الإجرائي لجريمة المضاربة:

والمقصود بالجانب الإجرائي هو تبيان كيفية سير الدعوى إلى غاية النطق بالحكم وبما أن جريمة المضاربة تكيف على أنها جنحة فهي تخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها كل الجنح إلا أن جريمة المضاربة لها صور متعددة يمكن أن تأخذ أكثر من تجريم فلا نستطيع حصر الإجراءات الخاصة بكل الجرائم التي تدرج ضمن سلوكات جريمة المضاربة لذلك سنتطرق في المطلب الأول إلى إجراءات الجنح و المطلب الثاني إلى نموذج عن إجراءات جنحة المضاربة في الإسمنت وهذا طبقاً للقانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

المطلب الأول: إجراءات الجنحة

ينشأ عن كل جريمة سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة دعوى جنائية تسمى الدعوى العمومية غايتها توقيع العقوبة ضد مرتكب الجريمة¹، و لمعرفة كيفية تحريك الدعوى العمومية في الجنح سنتطرق في الفرع الأول إلى إجراءات المتابعة و التحقيق و في الفرع الثاني إلى إجراءات المحاكمة .

¹ - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص11.

الفرع الأول : إجراءات المتابعة والتحقيق في الجرح :

بما أن الجريمة المرتكبة هي جنحة فوكيل الجمهورية يملك سلطة سلك طريق الاستدعاء المباشر أو طريقة التحقيق القضائي إذا رأى ذلك ملائماً¹، إذ يمكن للنيابة أن تستغني عن التحقيق في الجنحة إذا وجدت بالملف أدلة كافية تدين المتهم كما يمكنها الطلب من قاضي التحقيق، التحقيق فيها ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك²، و يملك وكيل الجمهورية طريقة الاستدعاء المباشر لتحريك الدعوى العمومية إذا كانت الوقائع المرتكبة تشكل جنحة حيث يحيل الشخص المتهم بارتكاب الجنحة للمحاكمة عن طريق الاستدعاء المباشر أمام محكمة الجرح أو قسم الجرح بالمحكمة ونصت على ذلك المادتين 334 و335 من قانون الإجراءات الجزائية.

فعند تواصل وكيل الجمهورية بمحاضر الضبطية القضائية من مصالح الشرطة أو الدرك الوطني أو غيرها من محاضر فئة الموظفين المعهود إليهم مهام الضبط القضائي بالنسبة للجرائم الخاصة بوظيفتهم، كمحاضر معاينة جرائم الممارسات التجارية غير المشروعة المعدة من طرف أعوان المراقبة التابعين للإدارة المكلفة بالتجارة فإنه يفحص الأمور التالية :

- ينظر أولاً إذا كانت المحاضر قد تضمنت كافة إجراءات التحقيق التمهيدي، مع سماع الضحية والمتهم والشهود إن وجدوا، فإن لاحظ أن طرفاً ما غير مسموع قرر إرجاع المحاضر إلى الجهة التي يكلفها بإتمام الإجراءات كطلب سماع الضحية.

- كما ينظر في مسألة الاختصاص، أي إن كانت المحكمة المختصة بالمحاكمة هي دائرة اختصاصه، فإن رأي غير ذلك قرر إحالة الملف إلى نيابة المحكمة المختصة للتمسك بها فإن فصل في مسألة الاختصاص لصالح محكمته نظراً إلى طبيعة ونوع الجريمة وسن المتهم أو المتهمين، ذلك أن إتباع وكيل الجمهورية لطريقة الاستدعاء المباشر لا يكون إلا إذا كانت الوقائع تشكل جنحة من البالغين فقط.

¹ - محمد حزيط، المرجع السابق، ص 46.

² - محمد حزيط، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 26.

ومن الجرح التي جرى العمل على إحالتها وفقا للاستدعاء المباشر هي الجرح المنصوص عليها في القانون المنظم للممارسات التجارية، كإعدام الفواتير، أو عدم نشر الأسعار أما فيما يخص الإحالة إلى التحقيق، فيمكن لوكيل الجمهورية في حالة ما إذا كانت وقائع الجرح بدت غامضة، أو لم يتبين دور كل متهم فيها أن يطلب من قاضي التحقيق فتح تحقيق اعتبارا لكون التحقيق اختياري في مواد الجرح طبقا للفقرة 02 من المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية¹.

كما يمكن للنيابة العامة أن تقرر عدم تحريك الدعوى العمومية سواء أمام قاضي التحقيق أو أمام قضاة الحكم، فتصدر أمر بحفظ الأوراق².

أما في حالة طلب التحقيق من قاضي التحقيق فإن إجراءات هذا الأخير يتعلق بعضها بجمع الأدلة عن الجريمة والمعاينة والتفتيش والضبط وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة والإنابة القضائية، و يتعلق بعضها بجمع الأدلة عن شخصية المتهم³.

ومتى رأى قاضي التحقيق أن إجراءات التحقيق التي بوشرت كافية للتصرف في التحقيق سواء بإنهاء الدعوى العمومية أو بطرحها على المحكمة الجزائية، فإنه يعمد إلى اختتام التحقيق و ذلك بإصدار أمره بإرسال الملف إلى وكيل الجمهورية.

وإذا قدر قاضي التحقيق وجود أدلة كافية قبل المتهم على ارتكابه الجريمة فإنه يصدر أمر بإحالتها على المحكمة الجزائية.

فإذا كانت الواقعة جرحا أمر قاضي التحقيق بإحالتها إلى المحكمة و يظل المتهم محبوسا إذا كانت العقوبة هي الحبس و لم تنته مدة الحبس طبقا للمواد 164 و 196 قانون

¹ - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص 48، 49، 50.

² - أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 196.

³ - المرجع نفسه، ص 238.

الإجراءات الجزائية فإذا كانت قد انتهت أو كانت الجريمة لا يجوز الحبس الاحتياطي فيها فإن القاضي يأمر بالإفراج فورا عن المتهم ويقوم بإرسال الملف مع أمر بالإحالة إلى وكيل الجمهورية ليرسله بغير تمهل إلى قلم كتاب المحكمة، ويقوم وكيل الجمهورية بتنفيذ الأمر بالإحالة بتكليف المتهم بالحضور في أقرب جلسة قادمة أمام المحكمة المحال عليها الملف مع مراعاة مواعيد الحضور¹.

الفرع الثاني: الإجراءات أمام محكمة الجنج:

إن الإجراءات أمام محكمة الجنج تختلف تماما عن الإجراءات التي تجري أمام محكمة الجنايات ومرد ذلك أن الجنج لا يثار بشأنها مشاكل دقيقة كالجنايات فضلا على أن كثرة الجنج تقتضي سرعة الفصل فيها و تخويل المحكمة سلطة تمكنها من تحقيق هذا الهدف إلا أنها تتشابه كثيرا مع الإجراءات أمام محكمة المخالفات.

وأول إجراءات الجلسة هو حضور الخصوم أمام المحكمة إذ الأصل أن المتهم يجب أن يحضر بنفسه أمام المحكمة إذ يسهم بذلك في تمكينها من الإحاطة بشخصيته التي أضحت إحدى أسس تقدير العقوبة وذلك حتى ولو كانت العقوبة مجرد الغرامة طبقا للمادة 399 قانون الإجراءات الجزائية .

ومتى أبلغ المتهم بالتكليف بالحضور شخصيا وجب عليه أن يحضر وذلك ما لم يقدم بخطاب يرسله إلى رئيس المحكمة أو بواسطة محامية أو وكيله عذرا تعتبره المحكمة مقبولا كالمرض و السفر العاجل و حينئذ تؤجل الدعوى².

و تمر الإجراءات أمام محكمة الجنج بالمراحل التالية :

أولا: الإجراءات التمهيدية لنظر الدعوى:

تبدأ هذه الإجراءات بالمناداة على الخصوم و الشهود و الخبراء ويتأكد الرئيس من حضورهم أو غيابهم ثم يتحقق الرئيس من هوية المتهم م 343 بأن يسأله عن اسمه و لقبه و سنه و

¹ - أحمد شوقي الشلقاني، المرجع السابق، ص 296.

² - المرجع نفسه، ص ص 413، 414، 415، 416.

صناعته ومحل إقامته ومولده، ولا يكون المتهم مقيدا بالحديد وإن جاز أن تتخذ عند الاقتضاء الإجراءات المناسبة لمنعه من الهرب بشرط ألا تؤثر في حريته و إبداء دفاعه و يجوز للرئيس أن يستدعي مترجما أو شخصا قادرا على الحديث مع من لا يجيد الحديث باللغة الوطنية أو كان أصما أو أبقما من الشهود ويؤدي اليمين القانونية بالصيغة المنصوص عليها في المادة 91 قانون الإجراءات الجزائية وبعد ذلك ينسحب الشهود والخبراء إلى الحجرة المخصصة لهم.

ثانيا: إقامة الأدلة أو التحقيق النهائي:

يقوم أحد قضاة المحكمة بإلقاء تقرير عن القضية، ثم يبدأ الرئيس عادة باستجواب المتهم و سماع محاميه، ثم توجه الأسئلة إلى المتهم من النيابة مباشرة ثم من المدعى المدني فالمسؤول عن الحقوق المدنية فالدفاع بواسطة رئيس المحكمة، وبعد ذلك تستمع المحكمة إلى الشهود و بعد أن يوضح كل منهم ما قد يوجد بينه وبين أي من الخصوم من قرابة أو

مصاهرة أو علاقة المادة 226 قانون الإجراءات الجزائية و تستمع المحكمة أولا إلى شهادة من تقدم بهم طالبوا المتابعة ويسألهم الرئيس ثم النيابة فالمدعى المدني فالمتهم فالمسؤول عن الحق المدني ثم تستمع المحكمة إلى شهود المدعى المدني فشهود المتهم و توجه إليهم الأسئلة من الرئيس والخصوم الآخرين إذا قدر الرئيس فائدتها، و تستمع المحكمة بعد ذلك إلى الخبراء، و يتلو الكاتب بعد ذلك ما قد يوجد من محاضر أو تقارير، كما تقدم حجج الإثبات، ويدون الكاتب أقوال المتهم والشهود والخبراء ولرئيس المحكمة سلطة ترتيب إقامة الأدلة وإجراءات الجلسة عموما على النحو الذي يراه، إذا قصد منها تنظيم و تسهيل نظر الدعوى و لم يقصد منها على الإطلاق حماية مصالح جوهرية للخصوم¹.

وللمحكمة أن تأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق كالمعاينة أو الخبرة إذا قدرت ضرورة ذلك لاستجلاء عناصر الدعوى، وتتدب لذلك أحد أعضائها الذي يجوز له أن يلجأ إلى الإنابة القضائية المادة 356 قانون الإجراءات الجزائية ، ولا يجوز للمحكمة أن تقعد عن اتخاذ هذه

¹ - أحمد شوقي الشلقاني، المرجع السابق، ص 417.

الإجراءات و تقضي ببراءة المتهم وللمحكمة كذلك أن ترجئ القضية إلى جلسة تالية إذا رأت فائدة ذلك.

ثالثا: مرافعات أطراف الدعوى:

بعد تمام الإجراءات السابقة يجوز لأطراف الدعوى أن يتكلموا وللمدعى المدني والنيابة العامة حق الرد عن دفاع باقي الخصوم، و للمتهم دائما الكلمة الأخيرة م 353 شريطة أن يتمسك بذلك هو أو محاميه فلا يلتزم رئيس المحكمة بدعوته إلى الكلام.

تقرر المحكمة إنهاء المرافعة متى رأت أن الدعوى قد صارت واضحة وضوحا كافيا وإذا لم يكن ممكنا إنهاء المرافعة أثناء الجلسة نفسها حددت المحكمة بحكم تاريخ اليوم الذي يكون فيه استمرار المرافعة، ويتعين أن يحضر فيه أطراف الدعوى الشهود الذين لم يسمعو ومن أمرت المحكمة بإبقائهم تحت تصرفها لحين إتمام المرافعة، وذلك بغير تكليف آخر بحضور جلسة التأجيل المادة 354 قانون الإجراءات الجزائية .

وللمتهم ولأطراف الدعوى الآخرين ومحاميه إيداع مذكرات ختامية يؤشر عليها من الرئيس و الكاتب وبنوه هذا الأخير عن هذا الإيداع بمحضر الجلسة و تلتزم المحكمة بالرد عليها المادة 352 قانون الإجراءات الجزائية¹.

وإذا رأت المحكمة الإستناد إلى واقعة أو عنصر جديد ورد بالمذكرات ولم يطرح بالجلسة فإنه يتعين على المحكمة أن تعيد القضية للمرافعة حتى تطرح ذلك العنصر أو تلك الواقعة بالجلسة و يتيسر للخصوم مناقشتها احتراما لمبدأ شفوية المرافعات، فلا يكفي مثلا احظار هؤلاء الخصوم بالمذكرة التي أشارت إلى ذلك العنصر أو الواقعة ثم تنطق المحكمة بالحكم في الجلسة ذاتها أو بعد رفع الجلسة للمداولة بعض الوقت أو في جلسة تالية يخبر الرئيس أطراف الدعوى الحاضرين بها. وعند النطق بالحكم بتحقيق الرئيس من جديد من حضور الأطراف أو غيابهم. المادة 355 قانون الإجراءات الجزائية².

¹- أحمد شوقي الشلقاني ، المرجع السابق ، ص420،419.

²- المرجع نفسه، ص421.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الإجراءات السابق ذكرها لا تتبع إلا في القضايا الهامة و الغالب ألا يكون مع الدعوى العمومية دعوى مدنية، ولا يستدعي الشهود للجلسة، ويكتفي بتلاوة أقوالهم في التحقيق الابتدائي أو التحقيقات الأولية أو بقراءة المحاضر المنبئة للمخالفات و المحررة من الموظفين المختصين وكثيرا مالا يطلب المتهم حضور محام معه، و تكتفي النيابة بطلب تطبيق القانون أو الحكم طبقا لمواد الإحالة، و بالتالي تتلاشى المرافعات نهائيا.¹

المطلب الثاني: نموذج (المضاربة في أسعار الاسمنت البورتلاندي)

إن جريمة المضاربة غير المشروعة و كما قلنا سابقا أن لها صور عديدة لا يمكن حصرها أو تحديدها بنطاق إذ هناك العديد من الأفعال المجرمة في القوانين الخاصة تأخذ شكل المضاربة بمعنى تشكل صورة من صورها و بالتالي فالإجراءات تختلف من جريمة إلى أخرى و ذلك طبقا لما ورد في القوانين الخاصة التي تناولت هاته التجريمات دون الإخلال بقواعد قانون الإجراءات الجزائية، وبما أن محل الجريمة هو السلع والبضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة أردنا التطرق في هذا المطلب إلى نوع من السلع التي ترد عليها هاته الجريمة كنموذج لمعالجة الجانب الإجرائي لجريمة المضاربة وهذا في ظل القانون 02/04 في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و لذلك سيتم التطرق إلى الإجراءات التي يتم من خلالها اكتشاف الجريمة و كيفية متابعتها إذ نتعرض في الفرع الأول إلى المعاينة و التحقيقات و في الفرع الثاني إلى المتابعة .

الفرع الأول : المعاينة و التحقيقات

عملية المعاينة هي عملية يقوم بها الموظفون التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة (أعوان مديرية التجارة) ففي ما يخص الإسمنت (الإسمنت البورتلاندي) فكل مديرية لها ملف خاص بهذا النوع من السلع و له فرقة خاصة مكونة من مجموعة من الأعوان التابعين لمديرية التجارة يسهرون على مراقبة عملية البيع و الشراء لهذا النوع من السلع إذ تسهر هذه الفرقة على متابعة هذا الملف و ذلك لاكتشاف أي مخالفات يمكن أن تمس بأسعار الإسمنت أو

¹ - أحمد شوقي الشلقاني، ص 421.

جودته، إلا أن ما يهمننا في هذه الدراسة هو مهمتها في مراقبة أسعار هذه السلعة إذ تقوم هذه الأخيرة بالمعاينة المباشرة عند جميع المتعاملين الاقتصاديين سواء المنتج أو تاجر الجملة أو تاجر التجزئة أو حتى الأشخاص العاديين.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن مادة الإسمنت هي من السلع المحددة هامش الربح إذ هناك مرسوم تنفيذي رقم 09-243 المؤرخ في 2009/07/22 الذي يحدد هامش الربح القصوى للجملة و التجزئة المطبقة على الإسمنت البورتلاندي المركب و الموظب.

- بمعنى أن سعر المنتج يختلف من منطقة إلى أخرى وهذا إما بسبب الجودة وإما بسبب سعر المواد الأولية المستعملة في الإنتاج (إنتاج الإسمنت) وهذا الاختلاف في الأسعار بين المناطق لا يعد جريمة أسعار غير شرعية بمعنى لا يدخل ضمن صور المضاربة غير المشروعة، لأن الاختلاف الذي من شأنه تجريم السلوك هو الاختلاف في هامش الربح المحدد قانونا إذ حدد القانون هامش للربح في كثير من السلع و ليس الإسمنت البورتلاندي فقط .

- وهذه المعاينة تختلف بحسب ما إذا كانت السلعة (الإسمنت) مستوردة أو منتجة محليا ففي حال ما إذا كانت مستوردة فعلى المفتشيات الحدودية سواء كانت بحرية ، برية أو جوية إرسال تصريح إلى مديرية التجارة تصرح فيه عن كميات الإسمنت التي دخلت، إذ كل منتج يدخل فيما يخص الإسمنت و يمر على مصلحة السوق لا بد من إخطار جهاز الرقابة، إذ يقوم موظفوا مديرية التجارة أو الفرقة المكلفة بملف الإسمنت بطلب فواتير الشراء وفواتير البيع، أما في حالة الإنتاج فالمصنع الذي يصنع مادة الإسمنت يعطي أسبوعيا حالة الرفع أو ما يطلق عليها بحالة الشراء إلى مصالح مديرية التجارة أي إلى الفرقة التي تقوم بالمعاينة،و ذلك للإعلام بالكميات التي تم بيعها وذلك دون استثناء إذ يسري الأمر على جميع المتعاملين الإقتصاديين وعليه فإن معاينة هذه الجريمة أو كما هو مذكور في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية " معاينة المخالفات " فوفقا للمادة 49 من

هذا القانون التي تنص على أنه " في إطار تطبيق هذا القانون يؤهل للقيام بالتحقيقات و معاينة مخالقات أحكامه الموظفين الآتي ذكرهم :

- ضباط أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية
 - المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون لمصالح الإدارة الجبائية
 - أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض"
- و بعد عملية المعاينة و التحقيقات إذا ثبت أن هناك مخالفة (جريمة) مثلا ممارسة أسعار غير شرعية في مادة الإسمنت و هو الفعل المجرم بنص المادة 22 التي تنص " كل بيع سلع أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقا للتشريع المعمول به "

أو مثلا تخزين مادة الإسمنت بهدف تحفيز ارتفاع غير المبرر للأسعار وهو الفعل المجرم بنص المادة 25 في الفقرة 02 التي تنص " على التجار حيازة :

- منتوجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير شرعية.

- مخزون من المنتوجات بهدف تحفيز الارتفاع غير المبرر للأسعار "

أو مثلا القيام بتصريحات غير صحيحة بأسعار تكلفة الإسمنت للتأثير على الأسعار وهو ما نصت عليه المادة 23 من نفس القانون " تمنع الممارسات التي ترمي إلى:

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار....."

بعدها يحزر الموظفين المذكورين في المادة محضر حسب الحالة، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من القانون 02/04 التي تنص " تطبيقا لأحكام هذا القانون، تختتم التحقيقات المنجزة بتقارير تحقيق يحدد شكلها عن طريق التنظيم.

تثبت المخالفات طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون في محاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا مع مراعاة

الأحكام الواردة في المادة 60 من هذا القانون "ويبين هذا المحضر العقوبات المقررة في حالة ما إذا كانت العقوبة هي غرامة الصلح .

و كذلك يبين المحضر إن كان هناك عقوبات تكميلية مثل الحجز وهذا ما نصت عليه المادة 56 " كما تبين العقوبات المقترحة من طرف الموظفين الذين حرروا المحضر عندما يمكن أن تعاقب المخالفة بغرامة المصالحة.

- في حالة الحجز تبين المحاضر ذلك و ترفق بها وثائق جرد المنتوجات المحجوزة

- تحرر المحاضر في ظرف 08 أيام وهذا ما نصت عليه المادة 57 من القانون 02/04 " تحرر المحاضر في ظرف ثمانية (8) أيام إبتداء من تاريخ نهاية التحقيق.

- تكون المحاضر المحررة تحت طائلة البطلان إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة "، كما أن المحاضر يجب أن تبين بأن مرتكب المخالفة تم إبلاغه بتاريخ و مكان تحرير المحضر و تكليفه بالحضور أثناء التحرر وهذا ما نصت عليه المادة 57 إذ يجب أن يوقع هذا الأخير المحضر في حالة حضوره.

أما في حالة غيابه أو رفضه التوقيع أو معارضته لغرامة المصالحة المقترحة يقيد ذلك في المحضر (كما هو وارد في الملحق).ولهذه المحاضر حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير و هذا ما نصت عليه المادة 88.وبعدها يتم تسجيل المحاضر و تقارير التحقيق المحررة من طرف الموظفين المذكورين في المادة 49 في سجل مخصص لهذا الغرض مرقم ومؤشر عليه حسب الأشكال القانونية وذلك حسب نص المادة 59 من نفس القانون.

أما في حالة قبوله للمصالحة فهذه الأخيرة تنهي المتابعات القضائية .

و في حالة عدم دفع الغرامة في مهلة 45 يوم إبتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة يحال الملف إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا ليقوم بالمتابعة القضائية وهذا حسب نص المادة 61 من نفس القانون و يمكن تطبيق عقوبات أخرى (العقوبات التكميلية) مثل:

- الحجز

- الغلق الإداري

-وقف التموين

الفرع الثاني: المتابعة:

بعد القيام بالمعينة و التحقيقات و تحرير محضر في حالة عدم قبوله المصالحة أو غيابه يحال الملف إلى وكيل الجمهورية ليقوم بالمتابعة القضائية و يحرك الدعوى العمومية.

و يحال الملف إلى جهة الحكم الذي يعاقب على المخالفة،وفي حالة عدم قبول الحكم إما يستأنف وكيل الجمهورية أو النائب العام أو مديرية التجارة تبلغ الوالي ليؤسس كطرف بناء على قانون الجماعات المحلية و يستأنف هذا الأخير الحكم أمام غرفة المخالفات والجنح بالمجلس.

وبهذا تجدر الإشارة إلى أن مخالفة الإجراءات الواردة في القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويمكن أن يؤدي إلى إبطال حكم المحكمة أو قرار المجلس وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا، القرار رقم 88913 قضية ب ش ضد مدير التجارة و الأسعار و النيابة العامة والذي كان موضوعه المضاربة غير المشروعة (رفع أو تخفيض مصطنع لأسعار السلع) المادة 172 ق.ع المبدأ " من المقرر قانونا أن يعد مرتكبا لجريمة المضاربة غير المشروعة كل من أحدث أو شرع بطريقة غير مباشرة أو وسيط في رفع أو تخفيض مصطنع لأسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية ضمن الحالات المبينة في النص المذكور.

لما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس أدانوا المتهم بجريمة المضاربة غير المشروعة دون إبراز عناصر التهمة المتابع بها فكان الأولى احترام المادة 38 من الأمر 75/37 المؤرخ في 1975/04/29 التي تأمر بإحالة المحاضر على مديرية الولاية للتجارة و

الأسعار للتحقيق فيها و تقدير جديتها ثم التصرف فيها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فإن قرارهم صدر مستوجب النقد مع الإحالة¹.

إن المحكمة العليا بعد الإستماع إلى المستشار المقرر أحمد خيدري في تلاوة تقريره المكتوب و إلى المحام العام السيد حسن سعيد في تقديم طلباته المكتوبة، و فصلا في الطعن بالنقد المؤرخ في 20 أكتوبر 1990 المقدم من طرف (ب،ش) ضد القرار الصادر من مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1990/10/16 يتضمن إلغاء الحكم المستأنف بالقضاء الجديد قضى بإدانة المتهم بجنحة عدم نشر الأسعار " المضاربة غير المشروعة " وعدم و جود الفواتير، الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمواد 11،23،49 و 50 من الأمر 75/37 بتاريخ 29 أكتوبر 1975.

و عقابا له تم الحكم عليه بغرامة مالية قدرها 100.000 دج ومصادرة السلع المحجوزة التي لا تحتوي على فواتير.

في الشكل : حيث أن الطعن قدم ضمن المهلة و قدمت على شكل محدد قانونا،سدد الرسم القضائي،وبلغت النيابة العامة و الطرف المدني في هذا الطعن و قدمت مذكرة الطعن بواسطة محام مقبول لدى المحكمة العليا و عليه الطعن مقبول شكلا.

في الموضوع : من حيث أن الطاعن بواسطة محاميه بن عبد الله أعتمد في مذكرة طعنه على وجهين كأسباب للطعن بالنقد،الوجه الأول المؤدي إلى النقد المأخوذ من مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات بالإضافة إلى انعدام الأساس القانوني بدعوى أن المادة 38 من الأمر 75/37 المؤرخ في 19 أكتوبر 1975 تشير إلى أن المحاضر تحال إلى مديرية التجارة و الأسعار بالولاية التي يمكنها البت في الغرامة الواجب فرضها أو إحالة الملف إلى وزير التجارة ووكيل الجمهورية وبما أن الملف أحيل مباشرة من طرف مصالح الدرك إلى النيابة فإن المحكمة صرحت بعدم قبول الدعوى العمومية،غير أن المجلس اقتصر نظره بمتابعة المتهم من أجل ارتكابه الجرم المنصوص عليه بالمادة 172 ق.ع متجاهلا حقوق

¹ - جمال الساييس، الإجتهد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص770.

*الدفاع علاوة على أن هذه المادة لا تنطبق على الأفعال المنسوبة للمتهم وحيث بالفعل بالرجوع إلى المادة 38 من الأمر 75/37 فإن المحاضر الموضوعة طبقا للمادة 29 تحال إلى مديرية الولاية للتجارة والأسعار وذلك خلال مهلة 15 يوما من تاريخ تحريكها، و لمديرية التجارة و الأسعار جميع الصلاحيات بالتحقيق في تصريحات الأشخاص الذين حرر محضر الضبط ضدّهم و تقدير جديتها ويمكنه أن يأمر بجميع التحقيقات والأبحاث والتحريات التي يراها مفيدة و يمكن البت في الغرامة الواجب فرضها أو إحالة الملف إلى وزير التجارة أو وكيل الجمهورية وفقا للأوضاع المنصوص عليها.

و حيث من جهة أخرى فإن قضاة الاستئناف قضوا بخلاف ما جاءت به المادة 38 من الق 75/37 كون تحريك الدعوى العمومية من اختصاص النيابة العامة.

ومن جهة أخرى فإن المتهم مدان طبقا للمادة 172 ق.ع من دون تحليل للأفعال المنصوص عليها بهذه المادة ، ولا إبراز الأركان المكونة لها، مما يجعل الوجه المثار مؤسس ينجر عنه فقد القرار المطعون فيه، فللهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا و موضوعا و نقد و إبطال القرار المطعون فيه و إحالة الملف و الأطراف أمام نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل في القضية طبقا للقانون و ألقبت المصاريف على الخزينة. صدر هذا القرار من طرف المحكمة العليا غرفة الجرح و المخالفات القسم الثاني¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون 75/37 تم تعديله و القانون المعمول به حاليا في قانون الممارسات التجارية هو القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

¹ - جمال السائيس، المرجع السابق، ص 771.

الخصائصة

خاتمة:

يعد النظام الاقتصادي الإسلامي نظاما متكاملًا فهو منهج يقوم على أسس و مبادئ أخلاقية و دينية يأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاجتماعية و الثقافية حتى السياسية ذلك من أجل تنظيم جميع الأنشطة التجارية كالبيع و الشركات و القروض و المعاملات التجارية الأخرى.

و في الوقت الحالي الذي ازدادت فيه أهمية الاستثمار بكل أشكاله تبرز المضاربة كنشاط تجاري و محرك أساسي لعجلة الاستثمار و الاقتصاد بشكل عام حيث يتم من خلالها الجمع بين أصحاب رؤوس الأموال الذين تخونهم الخبرة و المعرفة بالنشاط التجاري و بين أرباب العمل أو المضاربين الذين يفتقرون إلى الأموال في غالب الأحيان.

ونظرا لتطور النشاط الاقتصادي متأثرا بالأفكار الغربية فقد ظهرت صورة جديدة للمضاربة كالمضاربة التي تتم عن طريق البنوك و المصارف و المضاربة في الأسعار أو البورصة.

إذ أن المضاربة في صورتها الجديدة أصبحت تعني محاولة التنبؤ بسعر المستقبل القريب للاستفادة من السعر في الوقت الحالي و لا تنحصر في العمل الذهني فقط بمعنى الاقتصاد على ملاحظة ظروف السوق و التنبؤ بالأسعار بل لا بد أن تتحول إلى فعل و هو التدخل بالشراء عند انخفاض السعر ثم البيع عند الارتفاع.

ولكن نظرا لجشع التجار أو المضاربين الذين يقومون باستغلال الفرصة لتحقيق أكبر كسب ممكن بغض النظر عما تسببه تلك السلوكيات من أضرار سواء للمستهلك أو التجار المضاربين الآخرين أو الاقتصاد ككل و لهذا نجد أن المشرع الجزائري قد جرم مثل هذه الأفعال في قانون العقوبات و جعله أصل التجريم إذ كل سلوك ينطوي على احتيال و يدخل ضمن السلوكيات المجرمة بنص المادة التي جرمت فعل المضاربة في قانون العقوبات و التي تهدف إلى الرفع و خفض المصطنع للأفعال يعاقب عليها القانون بعقوبة جزائية، غير أن هذا التجريم لا ينحصر في قانون العقوبات فحسب فقد نوع المشرع في تجريم مثل هذه الأفعال و عقوباتها في بعض القوانين الخاصة وذلك لكثرة صورها و هذا ما جعل المشرع

يضع في الفقرة الأخيرة من المادة الناصة أو المجرمة للفعل عبارة أي طرق احتيالية أخرى و حسنا فعل المشرع فلهذه الجريمة صور عديدة لا يستطيع المشرع حصرها في نص قانوني واحد بالإضافة إلى ذلك قد تتنوع و تتلون الأساليب التي يقوم بها الجناة في المضاريات غير المشروعة بصور جديدة. إلا أن هذه الأساليب و التلاعبات هي التي تضع الحد الفاصل و المعيار الأساسي الذي يميز بين المشروع منها وغير مشروع و هذه السلوكات نفسها هي التي تبين لنا أركان الجريمة إذ تقوم جريمة المضاربة شأنها شأن الجرائم الأخرى على ركنين أساسيين هما الركن المادي و المعنوي علاوة على الركن الشرعي، إذ لا تتحقق هذه الجريمة إلا بتوافر الركن المادي المتمثل في السلوك الإجرامي و النتيجة و العلاقة السببية و الركن المعنوي و المتمثل في القصد بنوعيه العام و الخاص و هذا في كل صور الجريمة أما فيما يخص الجانب الإجرائي فهي تخضع لإجراءات الجرح كما هو وارد في ق.ا.ج أما إذا كانت منظمة بموجب قوانين خاصة طبقنا القانون الخاص دون الإخلال بقواعد قانون الإجراءات الجزائية وإذا كانت هذه السلوكات المجرمة لم يتم النص عليها في القانون الخاص فهي بذلك تخضع لقانون الإجراءات الجزائية.

ولكن ما يمكن قوله بهذا الصدد أن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث أن هناك خلط كبير بين المفهوم السلبي للمضاربة بمعنى المضاربة غير المشروعة المقموعة في قانون العقوبات و بين المفهوم الايجابي للمضاربة و التي هي مشروعة في الأصل.

كما أن فحصنا للنصوص القانونية لبعض القوانين الخاصة التي أشارت لبعض سلوكات المضاربة نجد إغفال المشرع الجزائري الإشارة الصريحة لمصطلح المضاربة، وان كانت هذه السلوكات في حد ذاتها تشكل تجرمات أخرى و بهذا نقع أمام مشكلة تعدد الأوصاف بمعنى إما أن نكيف الفعل على أنه جريمة مضاربة غير المشروعة و نطبق قانون العقوبات أم نكيف الفعل حسب ما هو وارد في القوانين الخاصة و نطبق عقوبات هاته القوانين وهذا يضعنا في إشكالية فإما نطبق القانون الخاص وفقا لقاعدة الخاص يقيد العام أم نطبق قاعدة الوصف الأشد.

إلا انه في الواقع العملي نجد غياب كلي لهاته الجريمة إذ تكيف الأفعال وفقا لما هو وارد في القوانين الخاصة بمنأى عن قانون العقوبات و إن كانت هذه الأفعال تشكل جريمة المضاربة غير المشروعة هذا ما يدفعنا إلى طرح بعض الحلول مثلا تغيير المشرع تسمية هذا التجريم لتفادي هذا الخلط المفاهيمي في جانب المضاربة و إيجاد مصطلح واحد يشمل كل صورها كما فعل المشرع الفرنسي و الذي أصبح يطلق على هذا السلوك بعد تعديل القانون جريمة التلاعب بالأسعار بدلا من جريمة المضاربة غير المشروعة، بالإضافة إلى محاولة حصر هذه التجريمات بقانون واحد مادام لا يمكن حصرها في نص واحد.