

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد التاسع عشر : ماي 2014

➤ مع مواضيع العدد التاسع عشر: ماي 2014 :

- وتستمر رسالة الشرع والقانون.
- مبدأ المساواة في القانون الجنائي.
- قراءة لمشروع قانون استرداد الأموال.
- المفاوضات في العقود التجارية الدولية.
- الرهن الرسمي كضمانة بنكية.
- عقوبة الإعدام بين الشريعة والقانون.
- الحماية القانونية للأطفال من التجنيد.
- الموت الرحيم بين الشريعة والقانون.
- دور المنظمات و الهيئات في حماية البيئة.



## العدد التاسع عشر ماي 2014

### ❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

### ❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسيسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوتريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

### مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد التاسع عشر: شهر ماي 2014

محتويات العدد :

#### ✓ كلمة العدد :

1. وتستمر رسالة الشرع والقانون : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....05

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري : الأستاذ الدكتور حميل صالح أستاذ محاضر بجامعة

أدرار الجزائر مدير مخبر القانون والمجتمع.....07

3. مبدأ المساواة في القانون الجنائي : الدكتور نوفل علي عبد الله الصفو أستاذ القانون الجنائي المشارك كلية الحقوق

جامعة الموصل.....21

4. قراءة أولية في نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء : أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب

بابتدائية سوق الأربعاء - الغرب.....46

5. المنازعات المثارة بشأن الوثائق المدعمة لمطالب التحفيظ : الأستاذ عبد اللطيف الشاوي حاصل على دبلوم الماستر

تخصص قانون المنازعات من كلية الحقوق بمكناس ، إطار بمحكمة الاستئناف بمكناس.....51

6. قراءة لمشروع قانون استرداد الأموال : فضيلة الأستاذ الدكتور خالد الجمرة خبير قانوني ومسؤول سابق في

السلطة القضائية باليمن ، أستاذ الفقه المقارن والقانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية كاتب رأي في

عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية.....60

7. اكتساب صفة اللاجئ في الجزائر : غالم نجوى ، ماجستير في القانون العام بجامعة أبو بكر بلقايد كلية الحقوق

والعلوم السياسية بتلمسان ، باحثة بصف الدكتوراه.....65

8. المفاوضات فى العقود التجارية الدولية - دراسة فى الجوانب التقنية والقانونية : محمد ولد محمد الراظي للميح

طالب باحث سنة رابعة بمركز دراسات الدكتوراه مسلك القانون الخاص - جامعة الحسن الثاني - عين الشق

الدار البيضاء.....83

9. دراسة مدى التأثير كآلية قانونية لحماية البيئة في الجزائر : سهام صديق باحثة بصف الدكتوراه ، تخصص القانون

العام أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر - تلمسان - الجزائر.....129

10. الرهن الرسمي كضمانة بنكية : المصطفى ولد محمد الأمين ولد الفاضل باحث موريتاني بصف الدكتوراه

تخصص قانون الأعمال جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية وجدة المغرب....144

11. رخصة البناء في أحكام القاضي الإداري المغربي : فاروق البضموسي طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق  
سلا.....161
12. ركن الغاية في القرار الإداري : الأستاذ علي عثمانى كلية الحقوق و العلوم السياسية من جامعة الأغواط -  
الجزائر -.....169
13. عقوبة الإعدام بين الشريعة والقانون : الدكتور دغيش أحمد أستاذ محاضر "أ" كلية الحقوق و العلوم السياسية ،  
جامعة بشار - الجزائر -.....184
14. الجزاءات القانونية لتلويث البيئة : الأستاذة أمال مدين أستاذة باحثة بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة  
أبو بكر بلقايد - تلمسان.....202
15. النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري : الأستاذة وناسة بوخميس أستاذة متعاقدة بكلية الحقوق  
جامعة وهران الجزائر.....234
16. الحماية القانونية للأطفال من التجنيد في النزاعات المسلحة : نصيرة نهاري أستاذة باحثة في ماجستير حقوق  
الإنسان بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة وهران الجزائر.....244
17. الأمن القانوني و المعلوماتي : الأستاذة ماء العينين سعداني باحثة قانونية مركز تكوين الدكتوراه جامعة  
الحسن الأول- بسطات.....259
18. تحيين الرسوم العقارية بين التأسيس والمطابقة للواقع : الأستاذ الحسين الصفاوي أستاذ زائر بكلية العلوم  
القانونية - السويسي - الرباط.....265
19. الموت الرحيم بين القانون والشريعة الإسلامية : عبد اللاوي خديجة باحثة دكتوراه تخصص قانون الأعمال  
المقارن .كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر.....270
20. دور المنظمات و الهيئات في حماية البيئة : الأستاذة بردان صفية أستاذة مساعدة قسم -أ- جامعة ابن خلدون -  
تيارت - كلية الحقوق و العلوم السياسية.....287
21. عقد الزواج من خلال مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية : الأستاذ سعدنا ولد الحاج أستاذ محاضر بكلية  
العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط.....301
22. حسابات الاستثمار وتكييفها القانوني في المصارف الإسلامية والتقليدية : يوسف مختار أبوشعالة معيد بقسم  
القانون الخاص - كلية القانون جامعة مصراتة - الجمهورية الليبية الشقيقة.....319
23. الطفل في ظل الشريعة الإسلامية جوهرًا وحقوقًا : الأستاذ صحي محمد أمين أستاذ مساعد قسم "ب" كلية  
الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس/الجزائر.....350

✓ **دراسات وأبحاث بالفرنسية :**

- 24.Le lien entre changements climatiques et droit fondamentaux : mohamed el youssfi université de nantes France ‘Chercheur en droit international des droits fondamentaux.....362
- 25.DROITS DE l'enfant en algerie : monsieur slimani lakhmissi 1ere anne doctorat droit constitutionnel universite hadj lakhdar- batna- algerie.....369
- 26.Du statut juridique des pays en développement dans l’Organisation Mondiale du Commerce : Mme Saadi Belamri Wassila Amel Première année de doctorat " Droit comparé des affaires" Faculté de droit. Université Belgaid –Oran. Algérie.....380

➤ **نقارير :**

27. المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية يناقش استقلال القضاء بين المكتسبات الدستورية ومشاريع القوانين التنظيمية : تقرير من إعداد الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب بابتدائية سوق الأربعاء الغرب - المملكة المغربية .....392

**ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية**  
**كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون**



## كلمة العدد : ونسئمر رسالة الشرع والقانون...



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدالك

الحمد لله رب العالمين و به نستعين ، لقد أصبح الباحثون في الشرع والقانون يكتبون جنبا إلى جنب في مجلتهم الفقه والقانون وتبين للغافل بأن طريقهم واحد وهدفهم واحد ورسالتهم واحدة ، فالنشر في منبر علمي مشترك كان سببا في وقوع التأثير والتأثر بين الفريقين وجعل هذا الطرف يطلع على إنتاجات الطرف الآخر والاستفادة منها في إنجاز دراسات قيمة مقارنة بين الشرع والقانون .

وفي هذا الصدد تبين لإدارة المجلة أن نسبة كبيرة من الباحثين الأكاديميين اقتنعت برسالة مجلة الفقه والقانون التي تدعو إلى خلق التواصل والتفاعل بين الباحثين في الشرع والقانون ، وقامت بمبادرات مشكورة في الموضوع للم شمل هذا الصنف من الباحثين.

ومما يثلج الصدر ويفرح القلب حقا هو تزايد عدد الدراسات والأبحاث المقارنة بين الشرع والقانون التي زحرت بها أعداد مجلة الفقه والقانون في قضايا حساسة ونادرة وغير مسبوقه والتي توصلنا بها من باحثين متمكنين من المغرب والجزائر وتونس وليبيا وموريتانيا واليمن والعراق ، فالمجلة أصبحت والله الحمد دولية وعالمية ، ونتمنى أن نكون دائما في مستوى طموحات وتطلعات الباحثين الأكاديميين الذين كانوا سببا في الرقي العلمي للمجلة بتوجيهاتهم وأفكارهم النيرة والذين ينتظرون الجودة في البحوث والدراسات .

لن أطيل عليكم وأترككم تتابعون مواضيع العدد الجديد من مجلة الفقه والقانون وتكشفون أسراره ، سائلين العلي القدير أن يجعلنا نحن معاشر الباحثين مثل البنيان المرصوص بعضه يشد بعضا .

**مع تحيات مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدالك.**

# دراسات وأبحاث بالعربية :

## إجراءات النقاضي أمام قسّم شؤون الأسرة في القانون الجزائري



الأستاذ الدكتور : حميل صالح

أستاذ محاضر بجامعة أدرار الجزائر

مدير مخبر : "القانون والجمع"

### ملخص البحث :

نظرا للخصوصية التي تميز القضايا الأسرية، خصها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصوص تتوافق وتلك الخصوصية، وذلك في المواد من 423 إلى 499 تحت عنوان "قسم شؤون الأسرة"، والذي يعد أول نص ينشئ قسما خاصا بهذه القضايا، فأوضح اختصاصاته النوعية والإقليمية، وكذا دور النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في كل قضايا ومسائل الأسرة بموجب ما أكدته المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، فضلا عن الإجراءات الخاصة بكل أشكال الطلاق والصلح والتحكيم، وكذا أحكام الاستعجال وقضايا القصر وما يلحقها من آثار.

### المقدمة :

يعتبر حق اللجوء إلى القضاء من أهم الحقوق الدستورية المكرسة والمكفولة لجميع الأشخاص بدون استثناء، بشرط عدم التعسف في ممارسته، ويلجأ الأشخاص للقضاء من أجل حماية حقوقهم الشخصية أو الموضوعية وكذا مراكزهم القانونية إذا تعرضت إلى أي اعتداء، سواء لحمايتهم حماية نهائية أو مؤقتة، ومن ثمة فاللجوء للقضاء يعتبر من أهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، فإذا ثار نزاع حوله أي حق من هذه الحقوق، يتدخل القضاء للفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه، والنزاع يمكن أن يتعلق بحقوق موضوعية للأشخاص أو بحقوقهم الشخصية أو اللصيقة بشخصيتهم، ومن بين هذه المواضيع نجد النزاع الذي يعترى الروابط بين الأشخاص ومنها رابطة الزواج، والتي يمكن أن يثير تكوينها وانحلالها وأثار تكوينها وانحلالها عدة إشكالات، ونفس الشيء بالنسبة لمسائل حماية القصر والتركة والنسب والأهلية وغيرها من المواضيع التي تمس العلاقات بين أفراد العائلة، وهي المواضيع التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها، وقد تم تنظيم هذه المواضيع بسبب ارتباطها ومنح اختصاص الفصل فيها لقسم واحد وهو قسم شؤون الأسرة.

ويتم ممارسة حق اللجوء للقضاء أمام قسم شؤون الأسرة عن طريق وسيلة قضائية تعرف بالدعوى القضائية، في حالة الاعتداء على أي حق أو مركز قانوني، وهي الحقوق والمراكز التي تحكمها وتنظمها قواعد موضوعية، فإذا ثار نزاع حولها، تأتي القواعد الإجرائية (الشكلية) وهي مجموعة من القواعد القانونية لتبين كيفية استيفاء أو حماية تلك الحقوق والمراكز القانونية، وهذه القواعد الإجرائية مضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن أهم ما استجد في هذا القانون هو استحداث قواعد إجرائية خاص بكل فرع من فروع القانون، ومنها فرع شؤون الأسرة، وذلك في المواد (423-499) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي في 76 مادة، مما يعطي نظرة أولية للأهمية التي أولاها المشرع إلى قسم شؤون الأسرة، بالنظر لأهمية المسائل التي يفصل فيها والتي تتعلق بالخلية الأساسية بالاجتماع وهي الأسرة.

ولدراسة الإجراءات أمام قسم شؤون الأسرة أهمية كبيرة بالنظر إلى المواضيع الهامة التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها، كونها تمس العلاقات بين أفراد الأسرة، ومنه فأهمية دراسة الإجراءات تستمد من خلال أهمية الحقوق المراد استيفائها أو حمايتها بإتباع تلك الإجراءات، بالإضافة إلى أنه ولأول مرة تم تنظيم قواعد اللجوء إلى قسم شؤون الأسرة بقواعد خاصة ومنظمة في الفصل الأول من الباب الأول تحت عنوان صلاحيات قسم شؤون الأسرة، وبالاطلاع على هذه المواد نجد بأن المشرع استحدث أحكاما كثيرة تخص هذا الفرع لا سيما إجراءات الطلاق والولاية ومسائل الاستعجال، ومن ثمة فصدور أحكام جديدة لم تكن منظمة في قانون الإجراءات المدنية الملغى، يحتم دراستها ومعرفة أحكامها وكيفية تطبيقها والصعوبات التي تثار بشأن ذلك، وبمعرفة الإجراءات يسهل تطبيقها، وبالنتيجة سهولة استيفاء الحق أو حمايته، كما أن التطبيق الصحيح للإجراءات يؤدي إلى الفصل في الدعوى في آجال معقولة، وذلك بتجنب رفضها، فيفصل في النزاع في آجال معقولة، ولا تبقى النزاعات لفترة طويلة، مما يؤدي إلى اقتصاد في المصاريف وتخفيف للعبء على المتقاضين، والتي تصب كلها لتحقيق الهدف الأسمى وهو سهولة اللجوء للقضاء لتحقيق العدل بين الأشخاص.

ولاختيار هذا الموضوع أسباب منها أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية جديدة ومازال تطبيقه يثير إشكالات عملية ستتم دراستها في متن هذا البحث، بالإضافة إلى أنه تم تنظيم الإجراءات أمام قسم شؤون الأسرة بمواد كثيرة، لزم معرفة ما جاءت به هذه المواد من أحكام ليتم الإلمام بها، لأن إغفالها يؤدي إلى بطلان العمل القضائي ويتسبب في إطالة أمد النزاع.

وستتم دراسة هذا الموضوع بالتركيز على الإجراءات المنظمة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تخص قسم شؤون الأسرة، وذلك في الإجابة على الإشكالية التالية:

ما هي الإجراءات التي يجب اتباعها من طرف الأفراد لاستيفاء حقوقهم أو حمايتها أمام قسم شؤون الأسرة؟

ويتم الإجابة على هذه الإشكالية باعتماد المنهجين التحليلي والوصفي وذلك بسرد المواد القانونية، وتحليلها، وتبيان موقف القضاء من بعض المسائل الإجرائية

كما أن الإجابة على هذه الإشكالية يكون وفقا لخطة تتشكل من ثلاثة مباحث، أين يتم في مبحث أول دراسة الإجراءات الخاصة بجميع القضايا أمام قسم شؤون الأسرة، وهي تتعلق باختصاص قسم شؤون الأسرة ودور النيابة العامة وذلك تحت عنوان الاختصاص ودور النيابة العامة أمام قسم شؤون الأسرة، في حين تتم دراسة الإجراءات

الخاصة بفك الرابطة الزوجية لأهميتها وكثرة النزاعات حولها في مبحث ثان تحت عنوان إجراءات الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة، وفي مبحث ثالث نعالج إجراءات حماية القصر والاستعجال أمام قسم شؤون الأسرة تحت عنوان إجراءات الاستعجال وحماية القصر أمام قسم شؤون الأسرة.

### المبحث الأول: الاختصاص ودور النيابة العامة أمام قسم شؤون الأسرة :

يتم ممارسة حق اللجوء للقضاء لاستيفاء الحقوق أو حمايتها عن طريق الدعوى القضائية، والتي يجب أن تتوفر على شروط ليتم قبولها، وهذه الشروط إما أن تكون شكلية تتعلق بشكل العريضة والمصاريف والاختصاص المحلي وإما أن تكون موضوعية تخص صفة ومصصلحة رافع الدعوى ولذا من أول الشروط التي يجب توفرها في جميع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة، شرط الاختصاص، ويتم التركيز على شرط الاختصاص دون الشروط الأخرى من صفة ومصصلحة لأن هذه الأخيرة تخضع للشروط العامة في حين أن الاختصاص أمام قسم شؤون الأسرة يخضع لأحكام خاصة (المطلب الأول)، بالإضافة إلى أن للنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً وفقاً لتعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02، دور مهم في جميع القضايا، على أساس أن الاختصاص ودور النيابة أمام قسم شؤون الأسرة يتعلق بجميع القضايا المعروضة أمام هذا القسم (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الاختصاص أمام قسم شؤون الأسرة :

يعتبر الاختصاص من المسائل المهمة التي يجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية، ويعني الاختصاص ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقاً لمعايير النوع والموقع الإقليمي<sup>1</sup>، ويتم تحديد الاختصاص في العريضة التي يقدمها الأطراف وذلك بتحديد الطلب القضائي من حيث الأشخاص والحل والسبب، وحتى يتم قبول الدعوى من حيث الشكل أو من حيث الموضوع لا بد من احترام إجراءات الاختصاص النوعي والإقليمي.

### الفرع الأول: الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة :

الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة يعني تحديد المنازعات التي يعود الفصل فيها إلى هذا القسم، ويختص هذا القسم بالفصل في القضايا المحددة في قانون الأسرة باعتبار أن هذا القانون موضوعياً، ومن ثمة فتحديد موضوعات النزاع يكون بموجب قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>2</sup>، ولكن المشرع ورغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو قانون شكلي (إجرائي)، دوره تبيان كيفية تطبيق القواعد الموضوعية، إلا أنه قد حدد بعض المواضيع التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها وذلك في المادة 424 منه، وتم ذكر هذه الموضوعات لأهميتها وكثرة المنازعات حولها<sup>3</sup> ومنه فيختص قسم شؤون الأسرة نوعياً بجميع القضايا التي تضمنها قانون الأسرة وكذلك المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونذكر منها<sup>4</sup> :

<sup>1</sup> - الدكتور بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، طبعة أولى، الجزائر، سنة 2009، ص74

<sup>2</sup> - الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج.ر.ج.ج، 1984، س21، ع24، ص910 وما بعدها) المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

<sup>3</sup> - الدكتور بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص328

<sup>4</sup> - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.ج.ج، 2008، س45، ع21)

- 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة،
  - 2 - دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة،
  - 3 - دعاوى إثبات الزواج والنسب،
  - 4 - الدعاوى المتعلقة بالكفالة،
  - 5 - الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.
- وكذلك المواضيع الأخرى المذكورة في قانون الأسرة ومنها القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا المتعلقة والحقوق الميراثية...

### الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة:

لقد اعتمد قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصطلح الاختصاص الإقليمي بدلا من المحلي على أساس أن الإقليم أوسع من المحل في حيزه<sup>1</sup>، والاختصاص الإقليمي يعني تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية أو محكمة<sup>2</sup>، وقد تم تحديد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة في المادتين 40 و426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالرجوع إلى هذه المواد نجد بان الاختصاص الإقليمي يحدد كالآتي:

- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

وتكون المحكمة مختصة إقليميا<sup>3</sup>:

- 1 - في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه،
- 2 - في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه،
- 3 - في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما،
- 4 - في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة،
- 5 - في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها،
- 6 - في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي،
- 7 - في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص،
- 8 - في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه،
- 9 - في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية.

<sup>1</sup> - بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، منشور في نشرة القضاة (مجلة قضائية تصدر عن المحكمة العليا)، العدد 64، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص312

<sup>2</sup> - الأستاذ عمر زودة، الإجراءات المدنية (على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء)، ENCycloPEDIA Edition Communication، الجزائر، ص8

<sup>3</sup> - المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .



وفي حالة لم يحدد الاختصاص الإقليمي لأي موضوع يتم تطبيق القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي وفقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك وفقا لقاعدة موطن المدعى عليه، ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي من الدفوع الشكلية، ولذا يجب إثارة هذا الدفع قبل أي دفع بعدم القبول أو دفاع في الموضوع، وإلا تم رفضه، وفي حالة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي على الخصم تحديد الجهة القضائية المختصة، وإذا انعقد الاختصاص إلى محكمة ابتدائية فيمتد الاختصاص إلى المجلس القضائي التابعة له<sup>1</sup>، وللمدعى عليه وحده دون المدعي الحق بالدفع بعدم الاختصاص إقليميا لأن هذا الأخير (المدعي) هو من قام برفع الدعوى وحدد الاختصاص الإقليمي في عريضته الافتتاحية، فإذا تم قبول قبل الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي يتم رفض الدعوى شكلا، وللمدعي القيام برفع دعوى جديدة أمام الجهة القضائية المختصة لان الحكم برفض الدعوى شكلا لا يجوز حجية الشيء المقضي فيه.

### المطلب الثاني: دور النيابة العامة أمام قسم شؤون الأسرة:

للنيابة العامة حق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، ولكن دورها يختلف في القضايا المدنية، وهي إما أن تعمل كطرف منضم، بمعنى أن يكون لها حق إبداء الرأي، وهذا الانضمام إما أن يكون إجباريا أو اختياريا كما كان منصوص عليه في المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائه بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكان لا يمكن للنيابة العامة الادعاء مدنيا وأن تكون طرفا أصليا إلا إذا وجد نص خاص كما كان عليه الحال في المادة 102 من قانون الأسرة، والتي بموجبها يمكن للنيابة أن تقدم طلبا للحجر على أي شخص، ولكنه وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب القانون 05-02 جاء نص المادة 3 مكرر صريحا باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا<sup>2</sup>، ومن ثمة أصبحت المادة 102 بدون جدوى.

واعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة له أثر مهم، لا سيما من حيث تقديم الطلبات والادعاء مدنيا، وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية، كما انه يجب تكليف ممثل النيابة بالحضور للجلسة وتبليغه رسميا بنسخة من العريضة أو عن طريق كتابة الضبط<sup>3</sup>، ويجب ذكر صفته في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول العريضة شكلا تطبيقا لأحكام المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولان ممثل النيابة طرف أصليا في جميع القضايا التي يختص بها قسم شؤون الأسرة، لزم حضوره جلسات المحاكمة وتقديم طلباته تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم انعقاد الخصومة، وهذا ما هو معمول به عمليا، عكس تكليف ممثل النيابة بالحضور ففي الغالب لم يتم تكليفه سواء مباشرة أو عن طريق أمانة الضبط وهذا لحضوره للجلسة مما يغني عن تكليفه بالحضور ولا مكانية اطلاعه على جميع الملفات وكذلك لتخفيف الأعباء على المتقاضين.

<sup>1</sup> - بدوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 313

<sup>2</sup> - القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم

<sup>3</sup> - المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

## المبحث الثاني: إجراءات الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة:

الطلاق هو إنهاء الرابطة الزوجية إما أن يكون رجعيًا أو بائنا بينونة صغرى أو بائنا بينونة كبرى<sup>1</sup>، وهو من أكثر المسائل التي تطرح على القضاء والتي يثير إشكالات كثيرة حول الإجراءات الواجب إتباعها وذلك لأهمية الآثار التي سوف تترتب عنه من فك للرابطة الزوجية، وتعويض ونفقة وحضانة وعدة...، لذا جاء المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإجراءات خاصة بكل حالة من حالات فك الرابطة الزوجية، ذلك أن الطلاق يكون "بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"<sup>2</sup> أي من قانون الأسرة، ولذا سوف نتطرق لكل الإجراءات الخاصة بكل حالة من حالات الطلاق على حدى.

## المطلب الأول: إجراءات الطلاق بالتراضي:

لقد خص المشرع كل حالة من حالات فك الرابطة الزوجية بإجراءات خاصة وهذا لاختلافها، ومثل ذلك حالة الطلاق بالتراضي، وهي تعني اتفاق الزوجين على فك الرابطة الزوجية بينهما بالتراضي، ويفترض في هذه الحالة عدم وجود نزاع بين الزوجين، وقد حددت إجراءات الدعوى في هذا النوع من الطلاق في المادتين 428 و429 من قانون الإجراءات الجزائية، ويكون ذلك برفع الدعوى بموجب طلب مشترك في شكل عريضة موحلة توقع من الزوجين<sup>3</sup>، ويجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي<sup>4</sup>:

- 1 - بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب،
  - 2 - اسم ولقب وجنسية كلا الزوجان وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،
  - 3 - تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،
  - 4 - عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.
- ويجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

وبالنظر إلى أن مفهوم الطلاق بالتراضي يظهر بأن هذا النوع من الطلاق لا يثير أي إشكال لأن القاضي ليس له دور في ذلك إلا توثيق وإثبات الطلاق، إلا أن هذه الفكرة غير صحيحة نسبيًا، لأن لقاضي شؤون الأسرة دور كبير كونه مطالب بالتأكد من إرادة الزوجين، ويحاول أن يصلح بينهما، ومدى مخالفة اتفاقهما للنظام العام أم لا، وإذا تبين للقاضي أثناء محاولة الصلح أن أحد الزوجين يعاني من اضطراب عقلي فله أن يأمر بإجراء خبرة عقلية للتأكد من سلامته، فإذا تبين بأن الزوج مختلا عقليًا تم التصريح بعدم قبول الدعوى شكلاً لانعدام الأهلية<sup>5</sup>، وأما إذا تأكد القاضي من إرادة الزوجين وعدم مخالفة اتفاقهما للنظام العام فيقوم بتثبيت إرادتهما بإصدار حكم بالاتفاق النهائي

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميراث - الوصية)، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، سنة 2007، ص206

<sup>2</sup> - المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم

<sup>3</sup> - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، الجزائر، سنة 2009، ص281

<sup>4</sup> - المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

<sup>5</sup> - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، مداخلة أقيمت في الملتقيات المخصصة لشرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، 2009، منشور في نشرة القضاة (مجلة قضائية تصدر عن المحكمة العليا)، العدد 64، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص355

وبصرح بالطلاق، وتكون الأحكام الصادرة في الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في عدة قرارات أهمها القرار الصادر تحت رقم 103637، بتاريخ 19-04-1994<sup>1</sup>، ولكن إذا غير القاضي أي شرط في اتفاق الصلح يكون الحكم قابلا للاستئناف، وهذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14-02-2007، تحت رقم 381468، والذي كان أساسه أن قاضي أول درجة أسند حضانة الولد لأمه خلافا لما اتفق عليه الطرفين، الأمر الذي يمكن من استئناف الحكم فيما يخص هذا الشرط<sup>2</sup>. ولكن أحكام الطلاق بالتراضي قابلة للطعن بالنقض وفقا لأحكام المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>، والطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم بالرغم من أنه يخص حالة الأشخاص مما يناقض ما جاءت به المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ إلا في حالة الأشخاص وأهليتهم ودعوى التزوير.

### المطلب الثاني: إجراءات الطلاق من احد الزوجين :

كما سبق الإشارة إليه أن الطلاق يكون بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة، أي حالي التطبيق والخلع، وجميع هذه الحالات أخضعها المشرع لنفس المراحل الإجرائية، وذلك في المواد 436 و 437 و 438 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية، وهي كالتالي :

#### الفرع الأول : تقديم عريضة افتتاح الدعوى :

تخضع عريضة الدعوى في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة أو في طلب التطبيق أو الخلع للقواعد العامة المحددة في نص المادتين 15 و 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك باحترام شكل العريضة وتقديمها باللغة العربية ويجب أن يكون لرافع الدعوى أو مقدم الطلب أهلية التقاضي وذلك ببلوغ سن 19 سنة بدون أن يكون محجور عليه أو له ممثل قانوني تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا<sup>4</sup>، وقد كانت مسالة الأهلية تثير عدة إشكالات خاصة فيما يتعلق بالتقاضي حول آثار عقد الزوج من حقوق والتزامات وذلك أنه "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"<sup>5</sup>، أي للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يخص هذه الحقوق، ولكنه وبالرجوع قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه ينص على أنه "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"<sup>6</sup> ومن ثمة فلا يمكن قبول دعوى ناقص الأهلية إذا رفعها باسمه بدون أن يكون له ممثل على أساس أن رفع الدعوى القضائية هي مسالة إجرائية ومن ثمة وجب تطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون نص المادة 07 فقرة 2 من قانون الأسرة لأنه تم النص عليها في قانون موضوعي.

وبعد تمام تسجيل عريضة الدعوى بأمانة ضبط المحكمة، يقوم المدعي بإجراءات تكليف الخصم بالحضور تكليفا رسميا، وهو الإعلان لإعلام الشخص (الخصم) بما يتخذ ضده من إجراءات وهو إيصال الواقعة إلى شخص

<sup>1</sup> - لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية . دار هومة، الجزائر، 2006، ص250

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد الأول، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار الجزائر، سنة 2008، ص241

<sup>3</sup> - الدكتور بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص333

<sup>4</sup> - بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق ص304

<sup>5</sup> - المادة 07 / 2 من قانون الأسرة المعدل والمتمم

<sup>6</sup> - المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

معين ويكون بأي طريقة يحددها القانون<sup>1</sup>، ويجب أن يكون التكليف صحيحا وفقا للمادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما يليها، وأن يتضمن التكليف بالحضور البيانات المحددة في المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت طائلة البطلان، والبطلان هنا يكون بناء على طلب الخصم، وفي أول جلسة، ولا بد أن يثبت الضرر الذي لحقه، فإذا تم تكليف الخصم شخصا، أو إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه استلام محضر التبليغ الرسمي يحرر المحضر القضائي محضرا ويرسل له الإعلان برسالة مضمنة، أما إذا لم يسلم له التكليف شخصا واحترمت الإجراءات المحددة في نص المادة 406 وما يليها من قانوننا، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار<sup>2</sup>. ويجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية، وإلا كان التبليغ قابلا للإبطال.

وإذا حضر الشخص المراد تبليغه لجلسة المحاكمة فإن ذلك يغني عن التكليف بالحضور، ولكن إذا لم يقم الخصم المكلف بتكليف الخصم الآخر سواء الزوج أو الزوجة بإجراءات التكليف بالحضور فيتم شطب القضية من الجدول بأمر ولائي وفقا لأحكام المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### الفرع الثاني: إجراء الصلح:

يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطليق أو الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، وإجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم<sup>3</sup>، وهذا خلافا لبعض القرارات الصادرة عن غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا والتي اعتبرت إجراء الصلح إجراء غير جوهرية ونذكر منها القرار تحت رقم 200198 والصادر بتاريخ 21-07-1998<sup>4</sup>، ولكن اجتهاد المحكمة حاليا استقر على أن إجراء الصلح إجراء جوهرية وهو ما تم تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتحديد إجراءاته بدقة وهذا بالنظر لأهميته، لا سيما أن القاضي في إجراء الصلح يحاول خلع الضغينة وتقريب وجهات النظر وإصلاح ذات البين بين الزوجين<sup>5</sup>، وإجراء الصلح يجب أن يكون بين الزوجين ومنه فلا يجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح وفقا لما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 16-01-2008، في الملف تحت رقم 417622<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص 315

<sup>2</sup> - بدوي علي، عقود التبليغ الرسمي وأجله وأثاره القانونية، مداخلة قدمت في الملتقيات المتعلقة بشرح الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2009، منشور في نشرة القضاة (مجلة قضائية تصدر عن المحكمة العليا)، العدد 64، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2009، ص 322

<sup>3</sup> - الأستاذ عبد الفتاح تقي، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (طلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة)، ثالة Editions، الجزائر، سنة 2007، ص 155

<sup>4</sup> - لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 190

<sup>5</sup> - بدوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 307

<sup>6</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار الجزائر، سنة 2008، ص 263

## أولا : إجراءات الصلح :

لقد تم تحديد إجراءات الصلح في المواد 431 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويكون الصلح في جلسة سرية، فيقوم القاضي بسماع كل زوج على انفراد ثم يستمع إليهما معا محاولا تقريب وجهات النظر بينهما، وإذا غاب احد الزوجين عن الحضور فللقاضي أن يؤجل القضية إلى موعد آخر، وله كذلك أن ينتدب قاضي لسماع الزوج المتغيب في إطار إنابة قضائية<sup>1</sup>، وللقاضي كذلك أن يستعين بأي شخص سيما من أفراد عائلة الطرفين ليساهم في الصلح إذا رأى بأن له تأثير على الزوجين، فألاهم دائما هو الوصول إلى الإصلاح بين الطرفين بأي وسيلة كانت بشرط أن تكون قانونية، ويشترط كذلك بأن لا تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ رفع الدعوى وفقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم<sup>2</sup> ويكمن أن يتوصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين، أو لا يتوصل إلى ذلك وهو ما يسمى بآثار الصلح، وهذا ما سوف نتطرق له في العنصر التالي.

## ثانيا : آثار القيام بإجراءات الصلح :

عند قيام القاضي بإجراءات الصلح أو بمحاولة الصلح ليس بالضرورة أن ينجح في محاولة للصلح، فإذا تم الصلح بين الزوجين فيثبت ذلك في محضر يجزئه أمين الضبط ويوقع عليه القاضي وأمين الضبط وكلا الزوجين، وبمجرد الاتفاق على الصلح ينهى النزاع وفقا لأحكام المادتين 220 و462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويصبح محضر الصلح سندا تنفيذيا بعد مهره بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المادتين 443 و600 من القانون نفسه<sup>3</sup>، ولكنه إذا لم يتفق الزوجين ولم يتوصل القاضي إلى إجراء الصلح بينهما، أو في حالة غياب أحد الزوجين، فيحرر محضرا بذلك من طرف أمين الضبط تحت اشراف القاضي ويشرع القاضي في مناقشة الموضوع<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني : إجراء التحكيم :

بالإضافة إلى إجراء الصلح يمكن للقاضي وفقا لأحكام المادة 56 من قانون الأسرة، أن يعين حكيمين أثناء محاولة الصلح وذلك في حالة اشتداد الخصام ولم يثبت الضرر، والقاضي غير ملزم بتعيين الحكيمين في هذه الحالة وإنما تعيين الحكيمين يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 14-04-2011 والخاص بالملف رقم 5620084<sup>5</sup>، ويكون دور الحكيمين تقريب وجهات النظر ومحاولة الإصلاح بين الزوجين، ويتم اطلاع القاضي بأي إشكال يعترض الحكيمين وللقاضي إنهاء مهامهما<sup>6</sup>، وعند الوصول إلى تحرير محضر بالصلح بين الطرفين فيقوم القاضي بالمصادقة عليه بموجب أمر عملا بأحكام المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ليصبح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه وتصبح له نفس الحجية بالنسبة لمحضر الصلح الذي يجزئه القاضي أثناء محاولة الصلح التي يقوم بها.

1 - عبد السلام ذيب، المرجع السابق ص283

2 - الدكتور بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص336

3 - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص359

4 - الدكتور بربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه ص337

5 - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2012، ص299

6 - الأستاذ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص166

## الفرع الثالث : طبيعة الحكم بالطلاق وكيفية تنفيذه :

إن الأحكام الصادرة في الطلاق تكون غير قابلة للاستئناف إلا فيما يخص الجوانب المادية، ولكنها قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ويتم تنفيذها بتسجيلها على السجلات الموجودة في البلدية بالحالة المدنية، فبعد صيرورة الحكم نهائياً، وانتهاء آجال الطعن بالنقض، يهر الحكم بالصيغة التنفيذية، ويتم إرسال إخبار بالطلاق إلى بلدية إبرام عقد الزواج، أين يتم تسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج، ويؤشر بذلك على عقد زواجهما. وهناك اختلاف في التطبيق فبعض المحاكم ترسل الإخبار بالطلاق مباشرة بعد صدور الحكم القضائي، في حين أن بعض المحاكم ترسل الإخبار بالطلاق بعد انتهاء آجال الطعن بالنقض، ولكن التطبيق الصحيح للقانون هو إرسال الإخبار بالطلاق بعد فوات آجال الطعن بالنقض إلا أن هذا الأخير يوقف التنفيذ<sup>1</sup>.

## المبحث الثالث : إجراءات الاستعجال وحماية القصر أمام قسم شؤون الأسرة :

تدعيماً لمبدأ اختصاص القضاة، وللسير الحسن للمصالح أناط قانون الإجراءات المدنية والإدارية قضايا الاستعجال الخاصة بأي قسم من أقسام المحكمة إلى رئيس القسم بعدما كان الاختصاص للفصل في القضايا الاستعجالية منوط برئيس المحكمة، ومن بين القضايا التي يفصل فيها قاضي شؤون الأسرة بإتباع إجراءات الاستعجال، القضايا الخاصة بالولاية وحماية القصر، ولذا تعين دراسة إجراءات الاستعجال أمام قاضي شؤون الأسرة في مطلب أول، وإجراءات حماية القصر أمام قسم شؤون الأسرة في مطلب ثان.

## المطلب الأول : إجراءات الاستعجال أمام قسم شؤون الأسرة :

يكون القضاء الاستعجالي مختصاً لحماية الحق أو المركز القانوني من الضياع أو التلف وذلك إلى غاية الفصل في أساس النزاع، ويكون قاضي شؤون الأسرة مختصاً بصفته قاضي استعجال بتوفر حالة الاستعجال وبدون المساس بأصل الحق، وأن يكون الخطر حالاً، فإذا لم يتوفر أي شرط قضى قاضي الاستعجال بعدم اختصاصه<sup>2</sup>.

وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كان رئيس المحكمة هو من يختص بالفصل في قضايا الاستعجال الخاصة بقسم شؤون الأسرة، إلا أنه ومنذ تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 سيما المادة 57 مكرر منه، أصبح لقاضي شؤون الأسرة أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة سيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والسكن والمسكن.

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة في المادة 425 منه على أن اختصاص الاستعجال من مهام قاضي شؤون الأسرة، وله أن يتخذ أي إجراء يراه ضرورياً وله اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح، مما يعد تكريساً وتدعيماً لما جاءت به المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

<sup>1</sup> - الأستاذ عبد الفتاح نقيبة، المرجع نفسه، ص 192 و 193

<sup>2</sup> - الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص 137



## المطلب الثاني : إجراءات حماية القصر أمام قسم شؤون الأسرة :

بالإضافة إلى اختصاص قسم شؤون الأسرة فيما يخص الإجراءات المتبعة والمتعلقة بقضايا الطلاق، يختص قاضي قسم شؤون الأسرة كذلك بالإجراءات الخاصة بالولاية، والولاية تعني القدرة على إنشاء التصرفات القانونية وهي إما ذاتية للشخص على نفسه وماله وإما متعدية لشخص آخر<sup>1</sup>، وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 87 وما يليها منه على الأحكام الموضوعية للولاية في حين أن إجراءات الولاية قد تم تحديدها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما المادة 453 وما يليها منه، والولاية إما أن تكون على النفس أو على المال أو على النفس والمال معا

### الفرع الأول : إجراءات الولاية على نفس القاصر :

تكون الولاية وفقا لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة للأب على أولاده ثم للأم في حالة وفاته أو غيابه، وفي حالة الطلاق تعود الولاية لمن أسندت له الحضانة، وهذا ما جاء في القرار رقم 476387 الصادر بتاريخ 14-01-2009 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا<sup>2</sup>، وقد تم تنظيم إجراءات الولاية على نفس القاصر في المواد 453 إلى 462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون الإجراءات كالتالي:

ويكون ذلك بتقديم عريضة من قبل أحد الوالدين أو من النيابة إلى قسم شؤون الأسرة من أجل ممارسة الولاية أو سحبها، ويكون رفع الدعوى وفقا لإجراءات الاستعجال. ويفصل القاضي بعد سماع ممثل النيابة العامة. وقبل الفصل في الموضوع على القاضي القيام بسماع الأطراف والقاصر والأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو طبي والبحث على أي معلومة تفيد حول عائلة القاصر، ويمكن للقاضي القيام بأي تدبير مؤقت لمصلحة المحضون ويمكنه إسناد حضانة القاصر إلى الوالدين أو إلى أي شخص وفقا لقانون الأسرة.

وعند صدور الأمر الاستعجالي لا بد من تبليغ الأمر إلى باقي الخصوم خلال 30 يوما من تاريخ النطق بالحكم تحت طائلة سقوط الأمر، ويمكن استئناف الأمر خلال 15 يوما من تاريخ تبليغه الرسمي وللنيابة نفس الحق وفي نفس الأجل، ويتم الفصل في جهة الاستئناف في غرفة المشورة، وما دام أن التدابير الخاصة بممارسة الولاية تدابير وقائية فيجوز مراجعتها في أي وقت مراعاة لمصلحة القاصر<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : إجراءات الولاية على أموال القاصر :

يسهر الولي على حماية أموال القاصر ولكن التصرف في هذه الأموال يكون تحت رقابة القاضي وبموافقته بموجب ترخيص مسبق، لذا فلا يمكن للولي بيع العقار أو قسمته أو رهنه أو إجراء المصالحة بشأنه وكذلك بيع المنقولات ذات الأهمية كالشاحنات الحافلات واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو المساهمة في شركة، إلا بموجب ترخيص مسبق من القاضي، وفي حالة بيع العقار فلا بد من بيعه بالمزاد العلني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص359

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2009، ص265

<sup>3</sup> - الدكتور بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص344 و346

<sup>4</sup> - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق ص362

## الفرع الثالث : منازعات الولاية على أموال القاصر :

يعود الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة للفصل في المنازعات التي تثور حول تسيير أموال القاصر، ويفصل فيها القاضي بصفته قاضي موضوع، ويمكن للقاضي بصفته قاضي استعجال أن يفصل في أي تدبير مؤقت يخص تسيير أموال القاصر.

## الفرع الرابع : إجراءات الكفالة :

الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي<sup>1</sup>، ويتم تعيين الكافل بموجب أمر ولائي بشرط توفر الشروط في الكافل من عقل وبلوغ وقدرة مالية، ويتم تقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة ودائما يتم سماع الكافل والكفيل إن أمكن وكذا ولي القاصر إن وجد ليتأكد القاضي من الشروط ومدى قدره الكافل على رعاية الكفيل، كما أنه يمكن إلغاء الكفالة بموجب دعوى في الموضوع ويفصل فيها في غرفة المشورة<sup>2</sup>، وإذا توفي الكافل يخبر قاضي ورثته خلال شهر ويقرر القاضي إسناد الكفالة إلى أحدهم أو يعين وصي على القاصر.

## الفرع الخامس : إجراءات تعيين الوصي والمقدم :

الوصي هو الشخص الذي اختاره الولي ليتولى شؤون ابنه القاصر بعد وفاته ويمكن أن يكون الجد وصي على الولد اليتيم والوالدين وهذا ما جاء به القرار رقم 363794 الصادر بتاريخ 17-05-2006 عن غرفة الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، وأما تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على فاقد الأهلية أو ناقصها، وهو يخضع لنفس أحكام الوصي<sup>4</sup>، ويختار المقدم من أقارب القاصر إلا إذا تعذر ذلك ويراعي القاضي عن تعيينه للمقدم لرعاية شؤون المحجور عليه الشخص الأصلح، وفقا لما اعتمده القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 14-10-10 تحت رقم الملف 577743<sup>5</sup> ويتولى المقدم تسيير شؤون القاصر وحمايته، ويقدم طلب تعيين المقدم إلى القاضي الذي يفصل فيه بموجب أمر ولائي<sup>6</sup>، ويتم توقيع الحجر بناء على خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-07-2006<sup>7</sup>.

بالإضافة إلى ما تم ذكره يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل كذلك في قضايا تصفية التركة وذلك بتقديم طلب إلى القاضي المتواجد بدائرة اختصاصها موطن المتوفى ويختص القاضي عن طريق الاستعجال باتخاذ أي تدبير مؤقت لا سيما وضع الأختام أو تعيين حارس قضائي إلى غاية تصفية التركة، كما يختص هذا القسم بالفصل كذلك في قضايا النسب والتي تتم وفقا للإجراءات العامة في رفع الدعاوى.

<sup>1</sup> - المادة 116 من قانون الأسرة المعدل والمتمم

<sup>2</sup> - بداوي علي، المرجع نفسه، ص 363

<sup>3</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2006، ص 461

<sup>4</sup> - المادتان 99 و 100 من قانون الأسرة المعدل والمتمم

<sup>5</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2010 ص 263

<sup>6</sup> - عبد السلام نيب، المرجع السابق، ص 287

<sup>7</sup> - مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2006، ص 477

## الخاتمة :

بدراسة الإجراءات الواجب إتباعها أمام قسم شؤون الأسرة يتبين بأن المشرع عالج كل موضوع يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيه على حدى، وخصه بإجراءات خاصة ونظمها في فصل واحد بعدما كانت موزعة في قانون الإجراءات المدنية القديم، وهذا التوضيح له إيجابيات كثيرة منها التسهيل على القاضي والمتقاضي تطبيقها أو إتباعها لأنها واضحة، ولكن في بعض الأحيان كثرة المواد القانونية وتعدد أحكامها وعدم فهمها جيدا يؤدي إلى الصعوبة في تطبيقها مما يعتبر عائقا لممارسة حق اللجوء للقضاء.

ولكنه ورغم كثرة المواد القانونية التي تنظم إجراءات اللجوء إلى قسم شؤون الأسرة، واللجوء أمام الأقسام الأخرى سواء أمام القضاء العادي أو الإداري، فإن صدور هذا القانون قد أجاب على إشكالات كبيرة كانت تعرض على القضاء، وكان اجتهاد القضاة كل في مجاله يؤدي إلى صدور أحكام مختلفة مما يمس بمصادقية العدالة وحقوق المواطنين، فصدور قانون إجراءات مفصل حتما سوف يؤدي إلى الحلول لنفسها، وإن اختلف البعض فالاختلاف لن يكون كبيرا، لوجود المحكمة العليا باعتبارها هيئة مقومة للعمل القضائي وموحدة للاجتهاد ولتفسيرات المواد القانونية.

ولكنه وبالرغم مما سبق ذكره يبقى التطبيق الفعلي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الكفيل بالحكم على مدى قدرة قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إعطاء حلول لأغلب الإشكالات الإجرائية التي تعرض من يريد تطبيق هذه الإجراءات ومن بينها إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة.

## قائمة المراجع :

## أولا : النصوص القانونية :

- 1- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008، ص 1 إلى 95 )
- 2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة ( الجريدة الرسمية العدد 24 لسنة 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ( الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2005، ص 18 إلى 22 )

## ثانيا : المؤلفات :

- 1- الدكتور بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، طبعة أولى، الجزائر، 2009، (621 صفحة) .
- 2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ( مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق-الميراث- الوصية)، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، سنة 2007، (261 صفحة) .
- 3- حسين بن الشيخ اث ملوي، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، (813 صفحة) .
- 4- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، الجزائر، سنة 2009، (433 صفحة) .

- 5- الأستاذ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ( لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة)، ثالة Editions، الجزائر، سنة 2007، (332 صفحة) .
- 6- الأستاذ عمر زودة، الإجراءات المدنية ( على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء)، ENCYCLOPEDIA Edition Communication، الجزائر، (423 صفحة) .

#### ثالثا : المقالات :

- 1- بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، نشرة القضاة العدد 64، الجزء الأول.
- 2- بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، مداخلة ألقيت في الملتقيات المخصصة لشرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 2009، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، نشرة القضاة العدد 64، الجزء الأول.
- 3- بداوي علي، عقود التبليغ الرسمي وأجاله وأثاره القانونية، مداخلة قدمت في الملتقيات المتعلقة بشرح الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2009، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، نشرة القضاة العدد 64، الجزء الأول.

#### رابعا : المجلات القضائية :

- 1- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2009.
- 2- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2008.
- 3- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2012.
- 4- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2006.
- 5- مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 02، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، سنة 2010.

## مبدأ المساواة في القانون الجنائي



الدكتور نوفل علي عبد الله الصفو  
أستاذ القانون الجنائي المشارك  
كلية الحقوق / جامعة الموصل

مقدمة :

ان المساواة كانت وما زالت غاية سامية ومطلباً مهماً تسعى اليه المجتمعات والشعوب الحرة كافة من اجل تحقيق العدالة بين الافراد في المجتمع المتحضر ، فالمساواة في حقيقتها اساس لقيم كثيرة منها العدالة ، لان العدالة تقتضي تحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون ، وعدم التمييز بينهم في تطبيقه امام القضاء ، لان العدالة تقترن دائماً بالقضاء ، لأنه وسيلة تحقيق العدالة .

وقد أثار طابع عدم المساواة الذي كان يميز الانظمة العقابية القديمة والقسوة البالغة في العقاب العديد من مفكري القرن الثامن عشر ، فانكروا قسوة وجسامة العقوبات التي لا تتفق وادمية الانسان ، وطالبوا بتخفيف حدة النظام العقابي برد العقاب الى اسس وضوابط تحول دون المبالغة والتحكم في فرضه ، وبإقامة مساواة في العقاب عن طريق الغاء القضاء الاستثنائي ، وقد مهدت اراء هؤلاء الفلاسفة والمفكرين الى تصحيح تجاوزات الانظمة العقابية القديمة ، الا ان هذا التصحيح كان من القوة بحيث حول القانون بسرعة من التحكم والاستبداد الى مساواة حسابية لا تأخذ بنظر الاعتبار ظروف الجاني والجريمة ، وانما هي مساواة مجردة تقوم على اساس عدم التمييز بين الافراد بسبب اللغة او الجنس او الاصل او العقيدة ، الا ان هذا المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة يصطدم بالواقع العملي لان الافراد مختلفون و متميزون من حيث قدراتهم ومواهبهم وسماتهم الشخصية ، لذلك فان المساواة الحسابية بينهم على الرغم من التباين والاختلاف في ظروفهم يؤدي الى عدم تحقق المساواة الحقيقية الفعلية ، لذلك اكتسب مفهوم المساواة بعداً جديداً اوسع نطاقاً من المفهوم التقليدي ، وهذا المفهوم الجديد يرتبط بتطور وظيفة واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، انما اتسع مفهومها ليشمل بالإضافة الى العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم . وعلى الرغم من حرص المشرع الجنائي على تقرير بعض الضمانات في القانون الجنائي التي تهدف الى تحقيق المساواة الفعلية الحقيقية بين الخاضعين لأحكام القانون الجنائي ، فانه توجد حالات اخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي ، بعضها قد يكون معروفاً ومقصوداً من قبل المشرع لذلك لا يتدخل لتصحيحها نتيجة لاعتبارات معينة ، وبعضها لا يكون مقصوداً من قبل المشرع وانما تكون كامنة في نصوص القانون الجنائي وتظهر اثناء التطبيق

القضائي لتلك النصوص ولا تبررها اية اعتبارات ولا تهدف الى تحقيق اية غايات، ومن اجل الاحاطة بموضوع مبدأ المساواة في القانون الجنائي الذي يهدف لتحقيق العدالة وهي غاية وهدف كل قانون وخاصة القانون الجنائي لأنه قانون مساواة، لذلك فقد قسمنا بحثنا هذا الى مبحثين كما يأتي:

المبحث الاول: مفهوم مبدأ المساواة.

المطلب الاول: المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة.

المطلب الثاني: المفهوم الحديث لمبدأ المساواة.

المبحث الثاني: حالات الاخلال بمبدأ المساواة.

المطلب الاول: حالات الاخلال المبرر بمبدأ المساواة.

المطلب الثاني: حالات الاخلال غير المبرر بمبدأ المساواة.

المبحث الأول مفهوم مبدأ المساواة:

نتيجة للتوجه نحو حماية الحريات وحقوق الانسان، وكرد فعل على السلطة المطلقة التي كان يتمتع بها القاضي خاصة قبل قيام الثورة الفرنسية، فقد توجه القانون الجنائي نحو المساواة، وقد كانت هذه المساواة شكلية مجردة ومطلقة وواحدة بالنسبة لجميع مرتكبي الجرم نفسه، ففلاسفة القرن الثامن عشر عدوا هذه المساواة المطلقة تؤمن العدالة الكاملة، وتحمي حقوق الافراد، دون الاخذ بنظر الاعتبار ظروف الجاني، الا ان التطبيق الفعلي للمساواة الحسائية، ادى الى الاجحاف بمبدأ العدالة، وبعد تطور وظيفة القانون الجنائي بعد الدعوى التي جاءت بها المدرسة الوضعية وانصار الدفاع الاجتماعي لتوسيع سلطة القاضي وللأخذ بنظر الاعتبار ظروف المجرم والجريمة لم يعد المقصود بالمساواة المساواة الحسائية المجردة، وانما وظف التنوع في الجزاءات والاجراءات في خدمة المساواة من اجل الوصول الى مساواة فعلية حقيقية تراعى فيها ظروف الجاني والجريمة، واتسع نطاقها فلم يعد يقتصر على التجريم والعقاب وانما امتد ليشمل العقاب والتأهيل الاجتماعي من اجل اصلاح وتقويم الجاني.

ومن اجل البحث في مفهوم مبدأ المساواة، فان الامر يقتضي البحث في المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة، والمفهوم الجديد لمبدأ المساواة، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، كما يأتي:-

المطلب الاول: المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة.

المطلب الثاني: المفهوم الحديث لمبدأ المساواة.

المطلب الأول: المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة:

المساواة مشتقة من الفعل سوى، والسواء (سواء) لغة هو العدل، قال تعالى: (فانبذ اليهم على سواء)<sup>(1)</sup>، وسواء الشيء هو وسطه، قال تعالى: (فاطلع فرءاه في سواء الجحيم)<sup>(2)</sup>، والسواء هو المساواة مع الغير كالمقول وهما

(1) سورة الانفال، الآية (58).  
(2) سورة الصافات، الآية (55).



في هذا الامر (سواء) او (سواءان) فهم (اسواء) و (سواسية) ، وخلافه القول (لا يساويه) أي لا يعادله ، وتأتي بمعنى الاستواء من الاعوجاج كالقول هذا رجل سوى أي (مُستو) و (استوى) من اعوجاج<sup>(1)</sup>.

وقد عرف البعض<sup>(2)</sup> المساواة بانها (محاولة لإعطاء الجميع فرصاً مماثلة بقدر الامكان لينتفع كل منهم بما قد تكون بين يديه من امكانيات . ومن ثم تعني ان كل فرد سيعمل حسابه فيما يتخذ من قرارات في كل موضوع يمسه ، وان كل مكنه يقلدها القانون لمواطن غيره في مثل ظروفه ستلصق به هو ايضاً ، وانه متى قرر المجتمع معاملة البعض معاملة تتميز عن المعاملة التي يلقيها الآخرون فان تلك التفرقة يجب ان يكون لها سند من الصالح المشترك . فليس مما يخرج عن معنى المساواة قط تغليب الحاجات العاجلة على الحاجات غير العاجلة لدى الآخرين) .

والمساواة في صورتها المجردة او المثالية تعني عدم التمييز بين الافراد بسبب الاصل او اللغة او الجنس او الثروة او العقيدة ، لذلك فان الصلة بين المساواة وبين العدالة هي صلة وثيقة ومتمينة ، فالمساواة في حقيقتها وصف من اوصاف العدالة ، لان العدالة تقتضي تحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون وعدم التفرقة بينهم متى ما اتحدت ظروفهم ومراكزهم القانونية<sup>(3)</sup>.

الا ان هذا المفهوم المثالي يصطدم بصورة واضحة بالواقع العملي فالأفراد مختلفون ومتمايزون من حيث القدرات والمواهب والامكانيات والاستعداد الفطري والسمات الشخصية الأخرى ، والثابت انه لا توجد مساواة طبيعية لان الناس خلقوا متفاوتين خلقاً وخلقاً ولا مساواة في عرف الطبيعة الا من حيث بعض التكوين الاساسي والغرائز الفطرية<sup>(4)</sup>، فقد كشف التنوع الكبير للطبيعة البشرية عن عدد لا متناهي من التباين والاختلاف بين الافراد ، ولذلك فانه من اجل الوصول الى مساواة واقعية وحقيقية ، تشمل العدالة فيها الجميع وتكون مؤثرة وفعالة بالنسبة للجميع ، فانه يجب على المشرع الجنائي ان يأخذ في اعتباره التباين والاختلاف بين المخاطبين بأحكام القانون والتمايز بين الافراد من حيث قدراتهم وسماتهم الشخصية وان يكيف النصوص القانونية مع هذا الاختلاف للوصول الى المساواة الحقيقية الواقعية وعدم الاكتفاء بتحقيق المساواة المثالية المجردة التي لا تؤدي الى تحقيق العدالة<sup>(5)</sup>.

فمبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية وفقاً لاختلاف المراكز القانونية التي تتحدد في ضوء الغاية من القانون او المصلحة العامة ، فالمشرع الجنائي له ان يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر اختلاف الافعال ذات الطابع المختلفة<sup>(6)</sup>، فالمساواة المطلقة في العقاب هي في حقيقتها عدم مساواة .

اذن فالمساواة الحسابية التي لا تفرق بين الخاضعين لأحكام القانون الجنائي لا يمكن ان تؤدي الى تحقيق العدالة المنشودة ، كما لا يمكن ان تتوافق مع مظاهر التنوع العقابي ومع تطور وظيفة القانون الجنائي . ولهذا يصح القول بان تنوع وسائل واهداف قانون العقوبات يتوافق مع مبدأ المساواة في مفهومه الجديد ، بل ان هذا التنوع جعل المبدأ يضمن للجميع فرصاً متساوية للتأهيل والاصلاح والتقويم ، فهذا التنوع في القانون الجنائي يشكل اداة التفريد في المعاملة الجنائية التي تهدف الى تحقيق افضل فرص التأهيل الاجتماعي لكل فرد<sup>(7)</sup>.

(1) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1983 ، ص ص 323-324 .

(2) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1965 ، ص 38 هامش (1) .

(3) انظر : د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص 9 .

(4) د. صبحي المحمصاني ، اركان حقوق الانسان ، ط1 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1979 ، ص 250 .

(5) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المساواة في القانون الجنائي ، ط4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002-2003 ، ص 5-6 .

(6) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط2 ، دار الشروق ، القاهرة ، 2002 ، ص 178 .

(7) د. علي راشد ، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة ، ط2 ، دار النهضة العربية ، 1970 ، ص 701 .

وقد كان القانون الجنائي يتبنى المساواة الشكلية المجردة التي تقوم على المساواة الحسابية في العقاب ، ولم تكن هذه المساواة تختلف عن تلك التي تقررت في النصوص ذات الطابع الدولي كإعلانات حقوق الانسان التي كانت تقضي صراحة بإخضاع جميع المخاطبين بأحكام القانون الجنائي لذات العقوبات والاجراءات في ظروف متساوية<sup>(1)</sup>.

فقد اكدت اعلانات حقوق الانسان المبدأ التقليدي للمساواة الجنائية ، فقد اكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر سنة 1948 على المساواة القانونية بصفة عامة ، فنص في مادته الاولى على ان : (يولد جميع الناس احراراً ومتساويين في الكرامة والحقوق ، وهم قد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم ان يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الاخاء) ، ونص في المادة (2) على ان : (لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان ، دونما تمييز من أي نوع ، ولا سيما التمييز بسبب العنصر ، او اللون ، او الجنس ، او اللغة ، او الدين ، او الرأي سياسياً او غير سياسي ، او الاصل الوطني او الاجتماعي او الثروة ، او المولد ، او أي وضع اخر) . ونص في المادة (7) على انه : (الناس جميعاً سواء امام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز) ، اما الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان الصادرة سنة 1950 فقد نصت في المادة (14) على : (يكفل التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أيا كان اساسه : كالجنس او العرق او اللون او اللغة او العقيدة او الرأي السياسي او غيره او الاصل القومي او الاجتماعي ، او الانتماء الى اقلية قومية ، او الثروة ، او الميلاد ، او أي وضع اخر) ، واشارت المادة (14) من الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية الصادرة سنة 1966 الى المساواة في قانون الاجراءات الجنائية فنصت على ان : (جميع الاشخاص متساوون امام القضاء . ولكل فرد الحق عند النظر في اية تهمة ضده او في حقوقه والتزاماته في احدى القضايا القانونية في محكمة عادلة وطنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استناداً الى القانون) ، كما كان من ضمن القضايا التي بحث بها المؤتمر الدولي الثاني عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي عقد بمدينة هامبورج الالمانية في المدة من 16-22 أيلول سنة 1979 تناول فكرة المساواة في الحقوق الاجرائية بين اطراف الدعوى الجنائية حيث قرر حق المتهم في التمتع بمساواة حقيقية اثناء مباشرة الاجراءات الجنائية المختلفة ، وان تكفل له السبل الضرورية التي تمكنه من دحض ادلة الاثبات التي يقدمها الادعاء ، ووجوب اخبار المتهم بالحقوق المختلفة المكفولة له في كل مرحلة من مراحل الاجراءات الجنائية ، وان يكون لكل من ادين في جريمة الحق في ان يعاد بحث ادانته امام درجة قضاء اعلى وفقاً لما ينص عليه القانون،

كما حرصت الدساتير على النص على مبدأ المساواة ، فقد حرصت الدساتير العراقية المتعاقبة على التأكيد على مبدأ مساواة المواطنين امام القانون منذ القانون الاساسي العراقي الصادر عام 1925 الذي نص في المادة (6) على ان : (لا فرق بين العراقيين في الحقوق امام القانون وان اختلفوا في القومية والدين واللغة) ، ثم اكد هذا المبدأ في المادة (18) بقوله : (العراقيون متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة . لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الاصل او اللغة او الدين ...) ، كما اكد دستور 27 تموز عام 1958 مبدأ مساواة المواطنين في الحقوق امام القانون ومساواتهم في الواجبات العامة ، فقد نصت المادة (9) على ان : (المواطنون سواسية امام القانون في الحقوق والواجبات العامة ولا يجوز التمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او العقيدة) ، كما نصت على ذات المبدأ المادة (19) من دستور 29 نيسان عام 1964، اذ نصت على ان : (العراقيون متساوون في الحقوق والواجبات العامة بلا تمييز بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او أي سبب

(1) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، مصدر سابق ، ص 25 .

آخر ...). ، وكذلك المادة (21) من دستور 21 ايلول عام 1968 ، ثم جاء الدستور العراقي الملغي الصادر في 16 تموز 1970 لكي يؤكد في المادة (19) منه مبدأ المساواة الذي تبنته من قبل الدساتير العراقية المتعاقبة ، فوفقاً لنص المادة (19) حاول الدستور عدم اغفال أي اساس يمكن اجراء تمييز ما استناداً اليه ، فهو قد حرم التمييز بين المواطنين على اساس الجنس او العرق او اللغة<sup>(1)</sup> ، وقد حرص الدستور العراقي على تأكيد المبادئ العامة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمساواة امام القانون الجنائي ، واهمها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فقد نصت المادة (21) من الدستور العراقي لسنة 1970 على انه : (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء ارتكابه) ، واخيراً حرص المشرع العراقي في الدستور النافذ الصادر سنة 2005 على التأكيد على هذا المبدأ في نصوصه اذ نص في المادة (14) منه على: (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).<sup>(2)</sup>

وقد تبنت القوانين الجنائية الوضعية مبدأ الشرعية الجزائية الذي تؤدي النتائج المترتبة عليه الى تحقيق المساواة الجنائية ، فمبدأ الشرعية يضمن تحقيق المساواة بين جميع الناس امام القانون ، حيث ان حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون يعني ان يفصل هذا القانون بين المشروع وغير المشروع فيأمن افراد المجتمع العقاب عند قيامهم بالفعل المشروع على نحو يمكنهم من المساهمة في نشاط المجتمع الذي ينتمون اليه ، وان الجميع سواء امام هذا النص<sup>(3)</sup>.

ويعرف مبدأ الشرعية الجزائية بانه (مبدأ اساسي في القانون الجنائي مقتضاه انه لا يعد أي سلوك جريمة ولا تفرض عليه اية عقوبة او تدبير الا بسند شرعي من اثاره عدم رجعية القانون وعدم جواز القياس)<sup>(4)</sup> ، ويعد مبدأ الشرعية دستور قانون العقوبات<sup>(5)</sup> ، ويقتضي هذا المبدأ ان تقوم سلطات الدولة الثلاث بمراعاته في كل تصرفاتها واعمالها القانونية ، فمن ناحية لا يملك القاضي تجريم ما لم يرد نص بتجريمه ، او توقيع عقوبة لم يرد بها نص ، او استعمال القياس ، فالقاضي لا يملك خلق جريمة جديدة او عقوبة جديدة لجريمة قائمة ، ومن ناحية اخرى فان سلطة التجريم والعقاب تكون من اختصاص السلطة التشريعية ، ولا تملك السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص دون تفويض ، وعلى السلطة التشريعية ان تراعي عند وضع النص ان يكون محددًا ذا اثر مباشر فلا يرجع تطبيقه الى الماضي<sup>(6)</sup>.

وتترتب على مبدأ الشرعية الجزائية نتائج عدة سواء من حيث التشريع او القضاء او التنفيذ ، وهي لا تعدو النتائج الاربع الاتية ، قصر مصدر التجريم والعقاب على التشريع فقط، وعدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي ، وتقييد القاضي بقواعد معينة في التفسير الجنائي ، وحظر القياس في التجريم<sup>(7)</sup>.

(1) وقد نصت الدساتير العربية على مبدأ المساواة في نصوصها ومن بينها على سبيل المثال : المادة (40) من الدستور المصري لعام 1971(الملغي) والمواد (11، 53) من الدستور المصري لسنة 2013 الجديد ، المادة (4) من الدستور السوري لعام 1973 ، المادة (14) من دستور الامارات العربية المتحدة الموقت لعام 1971 ، المادة (6) من الدستور التونسي لعام 1959(الملغي) والفصل (21) من الدستور التونسي الجديد لسنة 2014، المادة (7) من الدستور اللبناني ، المادة (6) من الدستور الاردني .  
(2) نصت معظم الدساتير العربية على هذا المبدأ منها : الدستور المصري (م66) ، الدستور السوري (م10) ، الدستور اللبناني (م8) ، دستور دولة الامارات العربية المتحدة (م27).

(3) Jean Roche: Libertes Publiques, 4 edition, Dalloz, 1976, p.60.

(4) د. طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2002 ، ص 28 .

(5) د. السيد محمد حسن شريف ، النظرية العامة للأثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002، ص 375 .

(6) د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، 1976 ، ص 89 .

(7) د. طلال عبد حسين البدراني ، المصدر السابق ، ص 170 .

ويمكن القول ان مبدأ الشرعية الجزائية سواء في روحه او في نتائجه يسمح ضمناً بمبدأ المساواة ، وذلك لان مبدأ الشرعية يصدر عن مفهوم العمومية والتجريد للقانون ، اذ ان مبدأ المساواة يكشف عمومية قانونية العقوبات ، وان التجريد في القانون يعني استبعاد الاخلال بالمساواة<sup>(1)</sup>.

الا ان المساواة التي نبين علاقتها بمبدأ الشرعية هي ليست المساواة الطبيعية او المساواة الاجتماعية ، إذ لا توجد مساواة طبيعية او اجتماعية بين الافراد لان الناس خلقوا متفاوتين خلقاً وخلقا ، كما انهم درجات في الغنى والحسب والنسب وفي طرق كسب المعيشة وفي ملذاتهم وآلامهم ، وانما المساواة القانونية ، وهي مساواة الناس جميعاً امام القانون من ناحية الحقوق والواجبات والحماية القانونية ، وهي بهذا المعنى تكون قرينة الحرية ومن عناوين الحقوق الانسانية الاساسية<sup>(2)</sup>.

وقد حرص المشرع الجنائي على تقرير ضمانات معينة بهدف تحقيق مساواة فعلية حقيقية بين المخاطبين بالقاعدة الجنائية الموضوعية والاجرائية ، فقد صحح قانون العقوبات بعض حالات الاخلال بالمساواة الفعلية ، ويتجسد هذا التصحيح في صور عديدة اهمها حماية الضعفاء نفسياً او عضوياً ، وفي تحذير اصول المجني عليهم ، اذ يضع الضعف الذي يصاحب بعض الافراد كصغار السن والمصابين بنقص او قصور في قواهم العقلية في وضع غير متساو مع الاخرين الامر الذي دفع المشرع الجنائي الى مراعاة هذا الامر لضمان مساواة فعالة للجميع<sup>(3)</sup>.

اذ اتجهت التشريعات الجنائية الى تشديد العقوبة في حالة كون المجني عليه عاجزاً عن الدفاع عن نفسه ، وقيام الجاني باستغلال هذه الحالة لارتكاب الجريمة ، الامر الذي يدل على خطورة الفاعل ، فقد نصت المادة (2/135) من قانون العقوبات العراقي ذي الرقم (111) لسنة 1969 على انه : (يعتبر من الظروف المشددة العامة ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف ادراك المجني عليه او عجزه عن المقاومة او في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه) ، فالمشرع العراقي اخذ بنظر الاعتبار حالة المجني عليه في الظروف التالية : -

1- ضعف ادراك المجني عليه .

2- عجزه عن المقاومة .

3- كون المجني عليه في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه اذ يشدد المشرع العراقي العقاب على الجرائم التي تقع على المجني عليه صغير السن، وذلك لعجزه عن رد الاعتداء والمقاومة لصغر سنه وعدم قدرته على الدفاع عن نفسه ، وفضلاً عن الظرف المشدد العام الذي تضمنته المادة (2/135) عقوبات عراقي ، فان المشرع قد نص على ظروف مشددة خاصة في جرائم الاعتداء على القاصرين شدد فيها العقوبة على مرتكب الفعل الذي يستغل صغر سن المجني عليه<sup>(4)</sup> ، كما شدد المشرع عقوبة الجرائم المرتكبة في حالة عجز المجني عليه عن المقاومة ، وذلك من اجل منح الشخص العاجز عن المقاومة حماية اضافية تتمثل في خوف الجاني من شدة العقوبة التي تلحقه من ارتكاب الجريمة ، ومن الامثلة على عجز المجني عليه عن المقاومة هو الاعتداء على جرحى الحرب<sup>(5)</sup> . كما خص المشرع العراقي بموجب قانون رعاية الاحداث ذي الرقم (76) لسنة 1983 الاحداث بضمانات عديدة لحمايتهم

(1) د. احمد شوقي ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص59.

(2) د. طلال عبد حسين البدراني ، المصدر السابق ، ص73 .

(3) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص76 .

(4) انظر نصوص المواد (393 ، 396) عقوبات عراقي ، ونص المادة (268) من قانون العقوبات المصري ذي الرقم (58) لسنة 1937 .

(5) انظر نص المادة (10/444) عقوبات عراقي ، والمادة (251 مكررة) عقوبات مصري.

، منها جعل محاكمة الحدث في جلسة سرية خشية من التأثير في نفسية الحدث او في مستقبله<sup>(1)</sup>، كما اخذ المشرع بنظر الاعتبار فقد الادراك او الارادة المعاصر لوقت ارتكاب الجريمة، فجعل من الجنون او عاهة العقل مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية<sup>(2)</sup>، وفرق المشرع بين المتهمين العاديين وبين الذين لهم سلطة خاصة تضعهم في مركز قوة بالنسبة للذين يخضعون لهم، فشدد عقوبة الفاعل الذي يتمتع بهذه السلطة واستغلها في ارتكاب جريمته على الخاضع له، مثال ذلك تشديد عقوبة الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة اذا كان الجاني من اقارب المجني عليه الى الدرجة الثالثة او كان من المتولين تربيته او ملاحظته او ممن له سلطة عليه<sup>(3)</sup>. كما أدى قانون الاجراءات الجنائية دوراً مهماً في تحقيق المساواة الفعلية من خلال القواعد التي قررها المشرع لضمان حياد القاضي وتقرير حق الاستعانة بمحام، فالمحكمة هي الجهة الوحيدة التي نصبتها الدولة لكي يلجأ اليها الافراد لحل خصوماتهم، دون ان تكون لهم الخيرة في اختيار القاضي الذي ينظر في الدعوى، لذلك فان حياد القاضي من الشروط الاساسية لتحقيق المساواة والعدالة في الدعوى ولللاطمئنان الى عدالة الحكم الصادر في القضية، وقد عرف حياد القاضي بانه (ان ينظر الحاكم في القضية المعروضة عليه بصورة موضوعية مجردة بحيث لا تؤثر في حكمه مصلحته او أي تأثير اخر يخل بمهمته في احقاق الحق)<sup>(4)</sup>، وقد نصت العديد من قوانين الاجراءات الجنائية على حالات عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى<sup>(5)</sup>، اما قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ذي الرقم (23) لسنة 1971 فانه لم ينص على حالات رد القاضي او تنحيه عن النظر في القضية، وان كان قد اجاز نقل الدعوى من محكمة الى محكمة اخرى اذا كان ذلك يساعد على حماية الامن، او على ظهور الحقيقة<sup>(6)</sup>، الا ان عدم وجود نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي لرد القضاة وتنحيهم لا يعني عدم اعمال هذه المبادئ في الدعوى الجزائية وانما يتم الرجوع في حكم هذه المسألة الى القواعد العامة، فيتم تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة 1969، باعتباره المرجع لقانون اصول المحاكمات الجزائية فيما لا نص فيه<sup>(7)</sup>، ولذلك فانه يتم تطبيق احكام النصوص المتعلقة برد القضاة وتنحيهم التي نص عليها قانون المرافعات المدنية<sup>(8)</sup>.

ويقتضي تحقيق مبدأ المساواة ان تشمل العدالة الجميع وكفالة حق الدفاع لأطراف الدعوى كافة وخاصة المتهم، وذلك لان كفالة هذا الحق يعد من الضمانات الاساسية لتحقيق المحاكمة العادلة للمتهم، ويقصد بحق الدفاع (تمكين الشخص من درء الاتهام عن نفسه، اما بأثبات فساد دليل خصمه، او بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة)<sup>(9)</sup>، فالاتهام اذا لم يقابله الدفاع يعد ادانة لا اتهاماً، وان احترام حق الدفاع يقتضي من المشرع ان يأخذ في اعتباره عدم قدرة المتهم على الاستعانة بمحام لضعف قدرته الاقتصادية، الامر الذي يقتضي تدخل المشرع لانتداب محام لهذا المتهم تحقيقاً للعدالة وضماناً للمساواة بين اطراف الدعوى وحماية لحق المتهم والمجتمع، لان اهدار هذا الحق قد يؤدي الى افلات المجرم الحقيقي او ادانة البريء، وهذا يلحق الضرر بالمجتمع الذي تهمة تبرئة البري اكثر من افلات المجرم، لذلك فقد حرصت قوانين الاجراءات الجنائية على تأكيد حق كل متهم بجناية في الاستعانة بمحام يختاره للدفاع عنه،

(1) انظر نص المواد (58،59) من قانون رعاية الاحداث العراقي، والمادة (34) من قانون الاحداث المصري ذي الرقم (31) لسنة 1974.

(2) انظر نص المادة (60) عقوبات عراقي، والمادة (62) عقوبات مصري.

(3) انظر نص المواد (2/393، 2/394) عقوبات عراقي، والمواد (268، 2/267) عقوبات مصري.

(4) د. حسين جميل، حقوق الانسان والقانون الجنائي، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1972، ص 167.

(5) انظر على سبيل المثال: المواد (247-248) من قانون الاجراءات الجنائية المصري المرقم (150) لسنة 1950، المادة (220) من قانون الاجراءات الجنائية الليبي.

(6) انظر نص المادة (142) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (415) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري المرقم (113) لسنة 1950، والمادة (2/418) من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني لسنة 1948.

(7) اذ نصت المادة الاولى من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والاجراءات اذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة)

(8) انظر نصوص المواد (91-96) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(9) د. عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989، ص 168.

فاذا لم يستعن بحام على نفقته وبناء على اختياره ينتدب محام للدفاع عنه تحدد المحكمة اتعابه عند الفصل في الدعوى وتحملها<sup>(1)</sup>.

التطور اثاره الواضحة المتمثلة في فكرة التفريد التي لا يمكن ان تتجسد الا من خلال تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي للحد من المساواة التوزيعية الالية بين المخاطبين بأحكامه ، وقد وظف هذا التنوع في وظيفة قانون العقوبات الحديث في خدمة المساواة<sup>(2)</sup>، فالعقوبة الحديثة ذات الطابع الانساني الساعية الى دور اجتماعي من خصائصها المساواة المساواة في العقوبة ، ولكنها المساواة تجاه القانون، وتجاه غاية العقاب ، وهو اصلاح المجرم ، أي ما يسميه البعض المساواة النفسية تجاه العقوبة وليست المساواة الحسابية<sup>(3)</sup>، فمبدأ المساواة في مفهومه الجديد يتسع نطاقه ليشمل الى جانب المساواة في العقاب المساواة في التأهيل.

### المطلب الثاني : المفهوم الحديث لمبدأ المساواة :

مع نهاية القرن التاسع عشر ، تطورت وظيفة القانون الجنائي تطوراً سريعاً تحت تأثير المدرسة الوضعية<sup>(4)</sup> ثم انصار الدفاع الاجتماعي<sup>(5)</sup>، وقد ترك هذا الاختلاف والتباين الكبير بين الاوضاع والاشخاص عن طريق التنوع في وسائل التحقيق والتدابير التي يستطيع القاضي بفضلها اتخاذ القرار المناسب لكل مجرم<sup>(6)</sup>، فالتطور والتنوع في الاجراءات والتدابير والعقوبات الذي تضمنه القانون الجنائي يتوافق مع المفهوم الجديد للمساواة ، لأنه يضمن فرصاً متساوية للتأهيل لجميع المجرمين . واذا كان المشرع هو الذي يحدد الجزاء المقرر للجريمة ، فان القاضي هو من يمارس السلطة التقديرية الممنوحة له بتطبيق هذه الجزاءات في الحدود والقدر الذي يراه ملائماً في تحقيق الغايات المرجوة منها ، ففي عصرنا الراهن اصطبغت مهمة القاضي الجنائي بصبغة اجتماعية ، بحيث اصبح يشارك مشاركة ايجابية في سياسة الدفاع الاجتماعي عن طريق التفريد العلمي والواقعي للعقوبة ، مما وسع من نطاق وظيفته بحيث صارت مهمته اجتماعية انسانية قوامها دراسة شخصية مرتكب الجريمة دراسة موضوعية ، ومعرفة ظروفه واحواله لكي يصل الى الاسباب التي دفعته الى ارتكاب الجريمة، مما يمكنه من اختيار ما هو ملائم من جزاء ، فالسياسة العقابية الحديثة تهدف الى تفريد العقاب ، بغية توقيع العقوبة المناسبة لجسامة الجريمة ولشخصية مرتكبها ، ويحدد القانون نطاق سلطة القاضي التقديرية التي يمارس عن طريقها التفريد ، ففي مجال قانون العقوبات يتمتع القضاء بسلطة في

(1) انظر نص المادة (144/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ، والمادة (2/214) من قانون الاجراءات الجنائية المصري ، المادة (208) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني المرقم (9) لسنة 1961 ، المادة (274) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري.

(2) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 25 .

(3) Jean Pradel, L'individualisation de La Sanction, essai dun bilan a La veille dun nouveau code penal, R.S.C, 1977,p.724.

(4) المدرسة الوضعية هي مدرسة عقابية جديدة شكلت ثورة في الدراسات العقابية ، ظهرت اواخر القرن التاسع عشر ، ونادت بافكار وراء مناقضة للمدرسة التقليدية الجديدة ، فدعت الى الاعتماد على المنهج العلمي التجريبي ، وتقوم اسس هذه المدرسة على رفض فكرة ارادة الاختيار لدى المجرم لترتيب المسؤولية عليه ، وان الجريمة هي نتيجة مقدمات وعوامل طبيعية مهدت لها ، وهذه المقدمات تنتج عن عوامل داخلية في التكوين العضوي والنفسي للفرد ، وخارجية تعود للبيئة والظروف المحيطة به ، لذلك رفض علمانها مبدأ التخيير ، وقالوا بالسببية وحتمية ارتكاب الجريمة حين تتوافر هذه العوامل ، ومن اهم رواد هذه المدرسة الطبيب الايطالي لومبروزو ( G. Lombroso ) صاحب كتاب (الانسان المجرم) ، وانريكو فيري ( Enrico ferri ) صاحب كتاب (العدالة الجزائية والافاق الجديدة) ، ورافايل جاروفالو ( R. Garofalo ) . انظر : د. هلا العريس ، شخصية عقوبات التعزير في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ، دار الفلاح للنشر ، بيروت ، 1997 ، ص 43 .

(5) حركة الدفاع الاجتماعي ، اتجه حديث في السياسات العقابية الخاصة بالقوانين الوضعية ، ظهرت بعد المدرسة الوضعية للبحث عن نظام جنائي حديث للحد من اتساع الظاهرة الاجرامية ، وقد تبنت هذه الحركة مفهوماً للدفاع الاجتماعي يعتمد المطابقة بين الدفاع الاجتماعي كهدف ، والجزاء كوسيلة يقصد بها اعادة تأهيل واصلاح المجرم ، بحيث يكون تأهيل واصلاح الفاعل دفاعاً اجتماعياً للحد من امكانية خطورته تجاه المجتمع ، واعادته فرداً صالحاً فاعلاً في المجتمع ، ولقد عرفت هذه الحركة اتجاهين اساسيين : الاول مع المفكر الايطالي فيليبو جراماتيكا ( F.Gramatica ) ، والثاني مع البروفسور الفرنسي مارك انسل ( M.Ancel ) ، فدعا جراماتيكا الى ارتكاز الدفاع الاجتماعي على تقدير الفاعل باعتباره ذاتاً والاهتمام بشخص الفاعل ، والى الغاء العقوبة كنظام قانوني والغاء مفهومي الجريمة والمجرم ، اما انسل فقد رفض الدعوة لالغاء قوانين العقوبات واعترف بالمسؤولية الاخلاقية كأساس للمسؤولية الجنائية ، واكد على اهمية دراسة شخصية المجرم كإنسان وليس كظاهرة بيولوجية . انظر : د. هلا العريس ، المصدر السابق ، ص ص 47-51 .

(6) د. علي راشد ، المصدر السابق ، ص 701 .



تقدير العقوبة ، وهذه السلطة التقديرية تعد وسيلة من الوسائل التي تدخل في ممارسة الدولة لسلطة توقيع العقاب ، فمجال التقدير لا يكون الا استعمالاً لسلطة ، وذلك عندما يرخص القانون للسلطة القضائية بحرية التقدير<sup>(1)</sup>.

ومن اجل تحقيق المساواة الفعلية عن طريق التفريد ، فان هذا التفريد يقتضي تمتع القاضي الجنائي بسلطة واسعة لاختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة من بين العقوبات التي يحددها المشرع في النص القانوني<sup>(2)</sup> ، فالنظام العقابي الذي يحدد مقدار العقوبة بصورة مطلقة ، اذ يكون لكل جريمة مقدار واحد من العقاب ، وليس للقاضي الا ان يقضي به متى ثبتت ادانة المتهم ، هو نظام قد عفا عليه الزمن ، لأنه لا يستجيب لمقتضيات العدالة التي تقتضي تناسباً دقيقاً بين العقوبة في نوعها ومقدارها واسلوب تنفيذها من ناحية ، وشخصية المجرم في ظروفها وبواعثها الى الاجرام من ناحية اخرى<sup>(3)</sup> ، فالعمل التشريعي والعمل القضائي في تحديد العقوبة مرتبطان ، ومكملان لبعضهما البعض ، فاذا كان العمل القضائي لا يتصور بغير عمل تشريعي سابق يستند اليه ويستمد منه حدوده وقواعده ، فان العمل التشريعي الذي لا يكمله عمل قضائي هو جهد نظري عاطل عن المنفعة الاجتماعية<sup>(4)</sup> ، فالشارع يدرك انه لا يستطيع ان يحقق المساواة الفعلية والتناسب العادل بين العقوبة وشخصية كل مرتكب للجريمة ، لأنه لا يعرف المجرمين بأشخاصهم ، ويستحيل عليه ان يحددهم او ان يراعي كل الاعتبارات التي تحقق الجزاء العادل والملائم لكل منهم ، لذلك فقد ترك الامر للقاضي ، لأنه وحده القادر على مراعاة تلك الاعتبارات<sup>(5)</sup> ، وعلى هذا الاساس فان التطبيق القضائي للعقوبة بهذه الصورة هو من جنس التحديد التشريعي لها ، الا ان الفارق بينهما هو ان التحديد التشريعي عام مجرد ، بينما التطبيق القضائي لها هو خاص واقعي<sup>(6)</sup> ، وقد عرف البعض السلطة التقديرية بانها (القدرة القانونية لممثل الحكومة ، القاضي ، المدعي العام ، الشرطة ، في ممارسة اختياره في صنع القرار)<sup>(7)</sup> ، وعرفها اخرون بانها (هي عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني)<sup>(8)</sup> ، فسلطة القاضي التقديرية هي اذن قدرة القاضي على الملاءمة بين ظروف الجاني والجريمة وبين العقوبة التي يقرها فيها عند تطبيقه للنصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني ، ومن خلال هذه السلطة الممنوحة للقاضي ، يستطيع تحقيق المساواة بين الجناة من خلال اخذ بنظر الاعتبار ظروف الجاني والجريمة عند تقدير العقوبة ، لان المساواة المطلقة في العقوبة رغم الاختلاف في ظروف بواعث مرتكبي الجرائم ، هو في ذاته عدم مساواة<sup>(9)</sup> ، وتجد سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تعدد صور ارتكاب الواقعة الاجرامية سبباً لوجودها ، لان المغايرة تتطلب الاختلاف في التقدير وهو ما لا يستطيع المشرع تحديده مسبقاً نتيجة للتطور المستمر في المجتمع ، لذلك فانه يترك تقدير ذلك الامر للقاضي ضمن حدود معينة<sup>(10)</sup> ، وتظهر سلطة القاضي الجنائي التقديرية بشكل واضح في الحالات التي يحدد فيها المشرع للعقوبة حدين اقصى وادنى تاركاً للقاضي سلطة تحديد العقوبة الملائمة في ما بين هذين الحدين بما يؤدي الى تحقيق التفريد القضائي الامثل للعقوبة ، وكذلك في الاحوال التي يجيز فيها المشرع النزول عن الحد الادنى استعمالاً لظروف الرأفة ، وفي

(1) نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، 1996 ، ص 1 .

(2) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 133 .

(3) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص 3 .

(4) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط 2 ، دار النقري للطباعة ، بيروت ، ص 766 .

(5) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص 3 .

(6) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص 765 .

(7) David W. Neubauer: Americas Courts and Criminal Justice System, 5 ed, Wadsworth Publishing Company, 1996, p.408.

(8) د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1986 ، ص 83 .

(9) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص 4-5 .

(10) د. مأمون محمد سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 ، ص 93 .

حالة وقف تنفيذ العقوبة ، الا ان المشرع قد يجدد بصدد بعض الجرائم العقوبة على نحو لا يسمح فيه بسلطة وهو ما يبدو في حالات النص على عقوبة حدية كالإعدام ، او في حالة قيام المشرع بتحديد العقوبة تحديداً قاطعاً عندما يضع معياراً لا يسمح بأدنى سلطة تقديرية ، وهو ما يحصل عندما يجدد المشرع العقوبة بشكل يتناسب مع جسامة الضرر المادي للسلوك الاجرامي كما في حالة الغرامات النسبية<sup>(1)</sup>.

ويمكن نظام السلطة النسبية في تقدير العقوبة القاضي من تحقيق التفريد الامثل للعقوبة عن طريق ما يملكه من سلطة تقديرية في اختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة<sup>(2)</sup>، وهذا الاختلاف في المعاملة العقابية مع اختلاف ظروف الجاني والجريمة تحقيقاً للغاية المرجوة من العقاب وهي اصلاح المجرم ، هو ما يصطلح على تسميته بتفريد العقاب ، ويقصد به تنوع العقوبة من حيث الكم والكيف للتناسب مع جسامة الجريمة وخطورة الجاني<sup>(3)</sup>، فلا يكون العقاب عاماً موحداً الى كل من اقترفوا جرماً واحداً ، ولكنه يختلف من فرد الى اخر على وفق الاختلافات في الشخصية والدوافع وسائر الظروف التي تدفع الى ارتكاب الجريمة<sup>(4)</sup>، والتفريد انواع ، فهناك التفريد التشريعي<sup>(5)</sup>، والتفريد القضائي<sup>(6)</sup>، والتفريد التنفيذي<sup>(7)</sup>.

ويعد التفريد القضائي التفريد الحقيقي الاهم من بين الانواع الثلاث لتفريد العقوبة ، لان ممارسة سلطة القاضي الجنائي التقديرية تتجسد بأوضح صورها في التفريد القضائي ، او كما يقول الدكتور محمود نجيب حسني بان الاعتراف بسلطة القاضي التقديرية يعني الاعتراف بالتفريد القضائي<sup>(8)</sup>، فهو وحده القادر على تجسيد وتحقيق المساواة الفعلية وذلك عن طريق الوسائل المتعددة التي يضعها المشرع تحت تصرف القاضي لتكون أساساً لمعاملة جنائية فعالة في مواجهة الاجرام ، وهذا يقتضي تمتع القاضي بسلطة واسعة لاختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة من بين العقوبات التي يحددها المشرع في النص القانوني<sup>(9)</sup>، فالعدل هو في نهاية الامر في يد القاضي القاضي الذي يختاره التشريع ، اكثر مما هو في يد التشريع الذي يطبقه القاضي<sup>(10)</sup>.

(1) المصدر نفسه ، ص ص 92-93 .

(2) د. اكرم نشأت ابراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار ومطابع الشعب ، 1965 ، ص 26 .

(3) د. رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، ط 4 ، دار الفكر العربي ، مصر ، ص 766 .

(4) د. محمود ابو زيد ، المعجم في علم الاجرام والاجتماع القانوني والعقاب ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1987 ، ص 303 .

(5) التفريد التشريعي ، هو التفريد الذي يلزم فيه المشرع القاضي الجنائي بالأخذ بأسباب التشديد او التخفيف او الاعفاء من العقاب تبعاً لتفاوت ظروف الجاني والجريمة ، وهو تفريد مجازي في واقع الحال لان المشرع ليس بوسعه معرفة الافراد الذين سيقدمون على ارتكاب الجريمة ليحدد العقوبة الملائمة لكل منهم ، وانما المهمة التي يؤديها في هذا المجال هي مجرد تخصيصه العقوبات المتنوعة للأصناف المتعددة من الجرائم . انظر : د. علي راشد ، موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب ، القاهرة ، 1949 ، ص 94 .

(6) التفريد القضائي ، وهو التفريد الذي يباشره القاضي وذلك عندما يعهد المشرع الى القاضي بتقدير حالة المجرم في مجموعها وحالاته وقت ارتكاب الجريمة والمؤثرات التي تدفعه الى الاجرام ، واعمال سلطته في تقدير العقوبة لاختيار العقوبة التي تلائم المجرم وتصلحه . انظر : د. حسين جميل ، نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية ، القاهرة ، 1964 ، ص 263 .

(7) التفريد التنفيذي او الاداري ، هو التفريد الذي تقوم به الادارة العقابية القائمة على تنفيذ العقوبة ، وهدفه اصلاح حال المحكوم عليه من خلال اخضاعه لما يلائمه من معاملة في المؤسسات والمنشآت العقابية ، وذلك دون التعويل على الطبيعة القانونية للعقوبة التي حكم بها القضاء . انظر : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 131 .

(8) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط 5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص 783 .

(9) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ص 132-133 .

(10) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص 1 .

ويعتمد التفريد القضائي على وسائل متعددة ومتنوعة يضعها المشرع تحت تصرف القاضي لتحقيق فرص التقويم والإصلاح ، وقد تتقرر هذه الوسائل فسي مرحلة المحاكمة ، او في مرحلة تنفيذ العقوبة ، ومن أهمها نظام وقف تنفيذ العقوبة<sup>(1)</sup> ونظام الاختبار القضائي<sup>(2)</sup> ، ونظام الافراج الشرطي<sup>(3)</sup> ، ونظام البارول<sup>(4)</sup> .

وقد اكدت السياسة الجنائية الحديثة<sup>(5)</sup> منح القاضي سلطة تقديرية واسعة ، على الرغم من تأكيدها على ضرورة الحيلولة دون جعل هذه السلطة تحكمية ، وذلك يتحقق من خلال الزام القاضي بممارسة هذه السلطة الممنوحة له في حدود الضوابط التي تحددها<sup>(6)</sup> ، وقد عبرت عن ذلك الاتجاه خير تعبير التوصيات التي تضمنتها قرارات المؤتمرين السابع<sup>(7)</sup> ، والثامن<sup>(8)</sup> لقانون العقوبات ، واهم تلك التوصيات :

1- ان مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات الذي يشكل ضماناً جوهرياً للحرية الفردية لا يمنع منح القاضي سلطة تقديرية .

2- لا يجوز اعتبار السلطة الممنوحة سلطة تحكمية ، وانما يجب ان تمارس في نطاق قانوني ، طبقاً للمبادئ العامة للقانون وبما يحول دون التحكم .

3- لتوفير السلطة المقررة للقاضي يجب ان يضع القانون تحت تصرفه مجموعة متنوعة من العقوبات والتدابير ، بغية تمكينه من اختيار العقوبة او التدابير الاكثر ملاءمة .

4- ينبغي مراعاة شخصية المجرم عند تحديد العقوبة او التدبير ، لذا يلزم النص على وجوب بحث هذه الشخصية ، وتنظيم اضبارة خاصة بإجراءاته ونتائجه من قبل القاضي بالتعاون مع الاخصائيين<sup>(9)</sup> .

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول ان السلطة النسبية الممنوحة للقاضي الجنائي المعاصر في تحديد العقوبة هي سلطة تقدير Pouvoir Dappreciation وليست سلطة تحكمية Pouvoir Arbitraire ، فالقانون لا يمنح القاضي

(1) وقف تنفيذ العقوبة هو نوع من المعاملة التفريدية ذات طبيعة مستقلة بمقتضاه يحكم القاضي بثبوت ادانة المتهم وينطق بالعقوبة المقررة في القانون، ثم يعلق تنفيذ العقوبة المحكوم بها على شرط واقف خلال فترة معينة، فاذا انقضت هذه المدة من دون ارتكاب المحكوم عليه جريمة جديدة، سقط الحكم بالإدانة ويعتبر كأن لم يكن، اما اذا ارتكب جريمة جديدة خلال هذه المدة وحكم عليه من اجلها، الغي هذا التعليق، ونفذت العقوبة الموقوفة .

BoSvehssoh: Criminal Justice Systems in Europe, Sweden, 1995, pp. 49-50.

(2) يقوم نظام الاختبار القضائي على فكرة الافراج عن المجرم من دون الحكم عليه بالعقوبة اثناء مدة معينة لكي يراعي خلالها السلوك القويم ، ويخضع في تلك الاثناء لنوع من الرقابة المنظمة، فاذا اخفق المجرم في اصلاح نفسه خلال فترة الاختبار تعين الحكم عليه بالعقوبة ، وهو نظام ذو طبيعة ايجابية ، اذ انه يمنح المجرم فرصة لإصلاح نفسه وذلك بالمساعدة التي يقدمها له ، وقد استحدث هذا النظام لأول مرة في ولاية ماساشوستس الامريكية سنة 1841 .

Harvey Wallace, Cliff Robenson: Principles of Criminal Law, Longman Publishers, U.S.A, 1996, pp. 281-283.

(3) يقصد بالافراج الشرطي الافراج عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بعد انقضاء مدة معينة منها ، افرجاً مقيداً بشروط محددة تتمثل في اخضاعه لمجموعة من الالتزامات التي تقيد حريته ، ويترتب على تنفيذها الافراج النهائي عنه ، اما اذا اخل بها فتسلب حريته مرة ثانية ويعود الى المؤسسة العقابية لتنفيذ المدة الباقية . د. عبد الرحمن محمد ابو توتة ، اصول علم العقاب ، منشورات ELGA ، مالطا ، 2001 ، ص 344.

(4) البارول (Parole) هو اسلوب عقابي حديث مقتضاه الافراج عن المحكوم عليه بعد قضائه جزءاً من العقوبة اذا ما تبين حسن سلوكه ، وتعهد بان يلتزم في مسلكه سلوكاً غير مخالف للقانون ، قابلاً للخضوع للأشراف الاجتماعي ملتزماً بكافة ما يفرض عليه من شروط ، وهو نظام انجلوسكسوني يعود في نشأته الى القرن التاسع عشر ، ويتشابه نظام البارول مع نظام الافراج الشرطي في قيامهما على اساس واحدة حيث يفترض كل منهما ان يمضي المحكوم عليه جزءاً من العقوبة قبل الافراج عنه ليتمكن خلالها القائلون على المؤسسة العقابية من ملاحظة سلوكه وتحديد مدى جدارته بالافراج الشرطي او بالاستفادة من نظام البارول ، كما يتفقان فيما يتم فرضه من قيود على المفرج عنه ، وكذلك في الاثر المترتب على عدم التزامه بهذه القيود الا وهو الغاء الافراج واعداد المحكوم عليه الى المؤسسة العقابية، وينحصر الفارق بينهما في الدور الايجابي الذي يمارسه المشرف الاجتماعي في ظل نظام البارول حيث تتطلب مهمته مراقبة سلوك المفرج عنه وتقديم يد العون له ، واعداد تقارير دورية عن حالته لتمكين الجهات المختصة من اتخاذ القرار الملائم لتطورات سلوكه . د. عبد الرحمن محمد ابو توتة ، المصدر السابق ، ص ص 351-355 .

(5) يرجع تعبير (السياسة الجنائية) الى الفقيه الالماني انسلم فون فوريرباخ (A.Von Feurbach) (1775-1833) ، الذي كان اول من استعمله في بداية القرن التاسع عشر ، ويقصد بالسياسة الجنائية مجموعة الخطوط العامة التي تحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع القائم وتنفيذه من اجل تحقيق الدفاع الاجتماعي ، وهي تقسم الى ثلاثة انواع : سياسة تشريعية ، سياسة قضائية ، سياسة تنفيذية . د. احمد فتحي سرور ، السياسة الجنائية ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة 39 ، 1969 ، ص 3 وما بعدها .

(6) د. اكرم نشأت ، المصدر السابق ، ص 56 .

(7) المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات ، عقدت جلساته في اثينا خلال المدة من 26 ايلول الى 2 تشرين الاول سنة 1957 ، ومن المسائل التي تناولها المؤتمر الرقابة على سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبات والتدابير الاحترازية .

(8) المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة خلال المدة من 21 الى 27 ايلول 1961 .

(9) د. اكرم نشأت ، المصدر السابق ، ص ص 56-58 .

قوة خلافة ، بل يعد دوره تأكيداً لارادة المشرع ، اذ ليس من حقه مسايرة افكاره الخاصة في تقدير الحكم ، لان الحكم الجنائي لا يجوز ان يكون حقلاً للأفكار الشخصية ، واذا كان المشرع قد منح القاضي حرية تفريد العقاب بالوسائل القانونية المتعددة التي وضعها تحت تصرفه ، فليس معنى هذا تمتع القاضي بجرية التصرف في هذه الوسائل تبعاً لاهوائه الذاتية كحريته في التصرف في شئونه الخاصة، وانما يتحدد نطاق الحرية الممنوحة له في هذا الشأن بالغاية الحقيقية للقانون وبما يؤدي الى تحقيق المصلحة الاجتماعية<sup>(1)</sup>. وتميل قوانين العقوبات الحديثة الى اعطاء المزيد من حرية التقدير للقاضي الجنائي بخاصة بعدما لفتت المدرسة الوضعية الانظار الى اهمية دراسة شخصية المجرم ، وهذه الدراسة لا يمكن ان يلم بكل جوانبها الا القاضي وحده .

### المبحث الثاني : حالات الاخلال بالمساواة في القانون الجنائي :

تبين لنا من بحثنا في مفهوم المساواة في القانون الجنائي ، أن مفهوم المساواة الجنائية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور وظيفة القانون الجنائي ، فاكتمت هذا المفهوم مفهوماً جديداً يتوافق مع تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، بل اتسع مضمونها ليشمل بالإضافة الى العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم من اجل تقويمه وتهذيبه ، الامر الذي يدفعنا الى القول ان عدم تحقق المساواة الحسابية في بعض الحالات انما هو في حقيقته تحقيق للمساواة الفعلية الحقيقية فيها . وقد حرص المشرع على وضع العديد من الضمانات التي تحقق المساواة في القانون الجنائي ، الا انه مع ذلك توجد حالات تمثل خروجاً على مبدأ المساواة في القانون الجنائي لم يتدخل المشرع لتصحيحها ، مما يثير التساؤل عن الاسباب التي تجعله يتدخل لتصحيح بعض حالات الاخلال بمبدأ المساواة تحقيقاً لاعتبارات معينة يمكن تبريرها في احوال معينة ويصعب ذلك في احوال اخرى ، فالإخلال بمبدأ المساواة قد يتمثل في حالات مقبولة من المشرع فيدرك المشرع هذا الاخلال ويقبله عن قصد من اجل تحقيق غايات معينة ، وقد يتمثل في حالات غير مقصودة لا يقصدها المشرع ولا يسعى الى قبولها ، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين ، كما يأتي :

**المطلب الاول : حالات الاخلال المبرر بمبدأ المساواة .**

#### المطلب الثاني : حالات الاخلال غير المبرر بمبدأ المساواة .

#### المطلب الأول : حالات الاخلال المبرر بمبدأ المساواة :

قد يكون خطر الاخلال<sup>(2)</sup> بالمساواة معروفاً ومقبولاً من المشرع ، فلا يرى ضرورة للتدخل لتصحيح هذا الاخلال نتيجة لاعتبارات عديدة قد لا يتلاءم بعضها مع مبدأ المساواة ، الا انه مع ذلك يبقى هذا الاخلال مقبولاً من المشرع تحقيقاً لتلك الاعتبارات التي يراها المشرع جديرة بالحماية ، ويتخذ هذا الخروج عن مبدأ المساواة مظاهر عديدة اهمها صورة الحصانات التي يقرها المشرع الجنائي لبعض الاشخاص الطبيعيين والاشخاص المعنوية، الا اننا سوف لا نبحت في هذه المظاهر لخروجها عن حدود بحثنا الذي يقتصر على البحث في حالات الاخلال بمبدأ المساواة وهي الاساس الذي تستند اليه هذه المظاهر ، وسوف نبحت في هذا المطلب في حالات الاخلال المقصود او المبرر بمبدأ المساواة ، ومن حالات الاخلال بالمساواة امام القضاء الجنائي التي يقبلها المشرع عن ادراك حالات الضعف النفسي او

(1) المصدر نفسه ، ص ص 59-60 .

(2) الاخلال (لغة) هو التقصير ، يقال اخل بالشئ أي قصر فيه ، واختل الامر أي وهن وفسد ، والخلل هو الوهن والفساد . لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، ط9 ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ص 190 .

العضوي وحالات الاعفاء من العقاب<sup>(1)</sup>. فقد بينا سابقاً ان المشرع قد راعى الضعف الذي يصاحب بعض الافراد كصغار السن والمصابين بنقص او قصور في قواهم العقلية فوضعهم في وضع غير متساو مع الاخرين لضمان المساواة الحقيقية للجميع ، وقد بينا ان عدم المساواة الحسابية بين الافراد في هذه الحالات لا يعدّ اخلاً بمبدأ المساواة لأنه يؤدي الى تحقيق المساواة الفعلية للجميع .

وإذا كانت التشريعات الجنائية الحديثة قد اولت الاحداث الجانحين معاملة خاصة لحداثة سنهم ، فان اغلبها لم يأخذ في اعتباره حالات اخرى كسن الشيخوخة ، فمثل هؤلاء المسنين تضعف لديهم قابلية التحكم في تصرفاتهم ويصيب الضعف والوهن مختلف اعضاء الجسم بما فيها الدماغ الذي هو القوة المتحكمة في تصرفات الانسان ، ومع ذلك لم يفرد المشرع قواعد خاصة تضمن حمايته اذا كان مجنياً عليه بتشديد العقاب على الجاني ، او بالأخذ بالظروف المخففة وتخفيف العقاب عليه اذا كان متهماً ، وهذا الاغفال لحالة المسن بعدم الاخذ بنظر الاعتبار ضعفه العقلي والعضوي لا يؤدي الى تحقيق المساواة الفعلية بين الافراد .

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي ، فعلى الرغم من ان المشرع العراقي لم ينظم حماية المسنين بموجب قانون خاص كما فعل مع الاحداث اذ افرد المشرع قانوناً خاصاً بهم هو قانون رعاية الاحداث رقم (76) لسنة 1983 ، او بموجب نصوص خاصة كما فعل مع فاقد الادراك او الارادة لجنون او عاهة في العقل<sup>(2)</sup> او جرحى الحرب<sup>(3)</sup>، الا انه يمكن القول ان حماية المسنين في القانون العراقي تخضع للقواعد العامة ، اذ نصت المادة (2/135) عقوبات عراقي على تشديد العقوبة على مرتكب الجريمة الذي ينتهز فرصة ضعف ادراك المجني عليه او عجزه عن المقاومة او كون المجني عليه في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه ، وهذا الظرف المشدد العام يشمل حالة المسنين لعجزهم عن المقاومة ولضعف ادراكهم الذي قد يستغله الجاني لارتكاب جريمته ، اما فيما يتعلق بتخفيف العقاب عليه اذا كان متهماً ، فيمكن تخفيف عقوبة المتهم كبير السن بموجب السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجنائي بموجب الظروف القضائية المخففة ، وهذه الظروف هي اسباب للتخفيف تحول القاضي في نطاق قواعد حدها القانون الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة ، ولم يحدد الشارع الظروف المخففة القضائية ولم يضع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها ، بل ترك ذلك كله لفتنته وحسن تقديره ، فهي غير محددة عدداً وغير معروفة مضموناً ، والقانون العراقي لم يذهب الى تعداد الظروف القضائية المخففة او حصرها ، لذلك فان للقاضي ان يستمدّها من كل ظروف الجريمة واحوالها وملابساتها ، ومن ضمنها الظروف الشخصية للمجرم كالشيخوخة ، وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى اعتبار كون المحكوم عليه يزيد عمره على الستين عاماً وانه فلاح ساذج ظرفاً مخففاً يؤدي الى تخفيف محكوميته<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت اغلب التشريعات الجنائية لم تنص صراحة على مراعاة كبر سن الجاني بموجب نصوص خاصة ، الا ان بعض التشريعات قد اخذت بنظر الاعتبار السن في مراحل المتأخرة ، كالقانون البرتغالي الذي يوجب تخفيف العقوبة اذا تجاوز سن الجاني سبعين عاماً (م3/39)<sup>(5)</sup> ، والقانون الفرنسي الذي انتهج منهجاً اكثر تنظيمياً وفعالية في حماية المسنين ، اذ يتميز نظام العقوبات في قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1992 بمنح القاضي سلطة كبيرة

(1) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 167 .

(2) انظر المادة (60) عقوبات عراقي .

(3) انظر المادة (10/444) عقوبات عراقي .

(4) قرار رقم 264/هيئة عامة / 1988 ، مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة والاربعون ، 1990 ، ص 62 .

(5) د. حسنين ابراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970 ، ص ص 219-220 .

في تفريد العقوبة ، وقد اكد التقنين هذا الاتجاه بالنص صراحة في المادة (132-24) عقوبات على انه : (في الحدود المقررة في القانون ، ينطق القضاء بالعقوبات ، ويمجد نظامها تبعاً لظروف ارتكاب الجريمة ، وشخصية الجاني) ، وهو بهذا يأخذ بمعيار مزدوج لتحديد المعاملة العقابية للجاني ، متمثلاً في ظروف الجريمة ، وشخصية الجاني ، وقد اخذ المشرع الفرنسي في اعتباره سن الشيخوخة ، على اعتبار ان الضعف الناتج عن تقدم العمر يضع الشخص في وضع غير متساو مع الاخرين ، مما يبرر اظهار نوع من الرحمة والتسامح معه<sup>(1)</sup> ، ولذلك فانه لا يحكم بالإكراه البدني ضد الذين بدأوا ببلوغ سن الخامسة والستين لحظة الحكم بالإدانة<sup>(2)</sup> ، ويخفف هذا الاكراه لصالح الذين بلغوا بالفعل الخامسة والستين من عمرهم<sup>(3)</sup> ، فالهدف الاساسي لوضع قانون العقوبات الفرنسي الجديد هو حماية الانسان ، وتزداد جرعات هذه الحماية بالنسبة لبعض طوائف المجني عليهم الاكثر ضعفاً ، اذ يلاحظ من قراءة نصوص قانون العقوبات الفرنسي الجديد انه قد ركز الحماية على ثلاث طوائف من المجني عليهم وهم :

- 1- الاحداث . اذ اقام التشريع الجديد تفرقة دقيقة بين المراحل المختلفة للطفولة ، وذلك لحرص المشرع الفرنسي على توفير حماية جنائية اكبر للطفولة ، وذلك ببيان الجرائم التي تقع على الطفل في مراحلها المختلفة ، او اعتبار صغر السن ظرفاً مشدداً للعقاب ، وقد قسم القانون الجديد عمر الحدث الى خمسة اطوار : (أ) الطفل ، (ب) الطفل الحدث ، (ج) الحدث ، (د) الحدث الذي لا يزيد عمره عن 15 سنة ، (هـ) الحدث الذي تجاوز عمره 15 سنة وهي الفترة ما بين ست عشرة سنة ونهاية الثماني عشرة سنة حيث يصبح الحدث بالغاً .
- 2- طائفة الاشخاص الاكثر ضعفاً من غيرهم أيا كان سبب ضعفهم ، ويدخل في هذه الطائفة كبر السن ، والمرض ، والاصابة بالعاهات ، والضعف الجسمي او العقلي ، وحالة الحمل ، فقد وفر المشرع لهذه الطائفة نفس الحماية الجنائية التي وفرها للحدث الذي لا يتجاوز عمره خمس عشرة سنة ، فقد اعتبر ان ضعف المجني عليه يعد ظرفاً مشدداً للعقاب بصفة عامة ، وتشدد العقوبة اذا وقعت الجريمة على المجني عليه بصورة معتادة<sup>(4)</sup> ويظهر هذا التشديد في جرائم القتل العمد<sup>(5)</sup> ، وجرائم الاعتداء على سلامة الجسم او العقل<sup>(6)</sup> ، وفي جرائم العرض<sup>(7)</sup> ، ويشترط لتشديد العقاب في هذه الحالة ان تكون حالة الضعف ظاهرة او معروفة لدى الفاعل .
- 3- طائفة من الاشخاص يعدون هدفاً لارتكاب الجريمة ضدهم ، فبعض المهن تجعل اصحابها اكثر عرضة من غيرهم للاعتداء ، وهذا يتطلب توفير حماية اكبر لهم ، ومثال ذلك الجرائم التي تقع على القاضي او الخلف ، او المحامي او الموظف العام او المكلف بخدمة عامة ، اثناء ممارسته مهام وظيفته او بمناسبتها ، معتبراً ان صفة هؤلاء الاشخاص تعد ظرفاً مشدداً للعقاب<sup>(8)</sup> ، ويشترط لإعمال الظرف المشدد في هذه الحالة ان تكون صفة المجني عليه ظاهرة او معروفة للفاعل ، و اشار القانون الفرنسي الجديد الى طائفة اخرى من المجني عليهم ، اعتبر صفتهم الخاصة ظرفاً مشدداً للعقاب ، ويتمثل افراد هذه الطائفة في الشاهد ، والمجني عليه في الجريمة ، والمدعي المدني ، وقد ربط المشرع تشديد العقاب بالغرض من ارتكاب الجريمة ضد هؤلاء الافراد ، وهو اما منعهم من كشف الجريمة ، او من

(1) Danti-Juan : Legalite en droit penal, edition cujas, 1987, No.95, p.76 .

اشار اليه : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 168 .

(2) انظر المادة (3/718) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي لسنة 1958 .

(3) انظر المادة (751) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي .

(4) انظر المادة (4-222) من قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1992 .

(5) انظر المواد (4-221 ، 5-221) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(6) انظر المواد (3-222 ، 8-222 ، 10-222 ، 12-222 ، 13-222 ، 14-222) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(7) انظر المواد (24-222 ، 28-222) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(8) انظر المواد (4-221 ، 5-221 ، 3-222 ، 8-222 ، 10-222 ، 12-222 ، 13-222) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

تقديمهم شكوى ، او من الادلاء بالشهادة امام القضاء ، او ان يكون الدافع لارتكاب الجريمة ضدهم هو كشفهم للجريمة او تقديمهم الشكوى ، او الشهادة امام القضاء<sup>(1)</sup>.

اما فيما يتعلق بمجالات الاعفاء من العقاب ، فتتضمن التشريعات الجنائية نوعين من الاعذار القانونية<sup>(2)</sup>، اعذار قانونية مخففة ، واعذار قانونية معفية من العقاب ، اما الاعذار المخففة فتعرف بانها (احوال وافعال وعناصر تبعية تضعف من جسامة الجريمة وتكشف عن درجة خطورة فاعلها ، خصها الشارع بالنص الصريح ، توجب تخفيف العقوبة الى اقل من حدها الأدنى المقرر قانوناً ، او الحكم بتدبير يلائم تلك الخطورة)<sup>(3)</sup>، ومن الاعذار القانونية المخففة العامة في القانون العراقي ، عذر الباعث الشريف<sup>(4)</sup>، وعذر الاستفزاز<sup>(5)</sup>، وعذر نقص الادراك او الارادة<sup>(6)</sup>، الارادة<sup>(6)</sup>، اضافة اعذار مخففة خاصة نص عليها المشرع بخصوص بعض الجرائم<sup>(7)</sup>.

ولا تشكل الاعذار القانونية المخففة اخلاقاً بمبدأ المساواة على الرغم من عدم المساواة الحسابية في العقاب بين المتهمين المرتكبين نفس الجريمة ، وذلك لاختلاف ظروف الجريمة الواحدة من حالة لأخرى ، اضافة لاختلاف ظروف المتهمين ، اذ ان خطورة الجاني ومدى قابليته للإصلاح تتفاوت بين مرتكبي ذات الجريمة ، ولذلك فان القاضي يحدد لكل مجرم العقوبة التي تتناسب مع ظروفه ، فاختلاف ظروف الجاني والجريمة من حالة لأخرى تبرر اختلاف العقاب بينهم وعدم المساواة الحسابية المجردة بين الجناة ، لذلك فان ذلك لا يعد اخلاقاً بقاعدة المساواة في العقوبة ، فالمعنى الحقيقي للمساواة هو تماثل العقوبة عند تماثل الظروف والاضاع ، ومن ثم لا تعارض بين مبدأ المساواة في العقوبة ومبدأ تفريدها ، فالهدف من المبدأين واحد وهو تحقيق التناسب في العقوبة من جهة والجريمة وفاعلها من جهة اخرى ، ولذلك فان الاعذار المخففة للعقوبة تتوافق مع مبدأ المساواة في مفهومه الجديد<sup>(8)</sup>.

اما الاعذار القانونية المعفية فهي اسباب ينص عليها القانون ومن شأنها ان تعفي المجرم من العقاب ، وهي لا تؤثر في اركان الجريمة ولا تمحو مسؤولية الجاني عنها ، انما ينصب اثرها على العقوبة فقط ، وللأعذار المعفية طابع الاستثناء ، باعتبارها تنتج اثرأ على خلاف الاصل ، لذلك كان متعيناً ان يحددها القانون على سبيل الحصر ، فلا عذر الا في الحالات التي يحددها القانون ، ويرتبط بهذا الطابع الاستثنائي وجوب ان تفسر نصوصها تفسيراً ضيقاً<sup>(9)</sup>.

وعلة العذر المعفي هي اعتبارات نفعية مستمدة من سياسة العقاب مبناها تقدير الشارع ان المنفعة الاجتماعية التي يحققها عدم العقاب تفضل على المنفعة التي يحققها توقيع العقاب ، فيقرر المشرع بناء على ذلك الاعفاء من العقاب تحقيقاً للمنفعة الأهم اجتماعياً<sup>(10)</sup> ، وبعض هذه الاعتبارات التي تقوم عليها الاعذار المعفية قد لا يتلاءم مع مبدأ المساواة ، ومع ذلك فان الشارع قد نص عليها تحقيقاً لتلك الاعتبارات ، فقد يتم التضحية بمبدأ المساواة في سبيل الاعفاء من العقاب كمكافأة لمن يقوم بالتبليغ عن بعض الجرائم او من اجل التعرف على بقية الجناة والقبض

(1) انظر : د. محمد ابو العلا عقيدة ، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص ص 88-92 .  
(2) الاعذار القانونية هي اسباب وظروف ينص عليها القانون من شأنها ان تمحو العقوبة او تعمل على تخفيفها ، ولقد سميت هذه الاعذار بالأعذار القانونية ، لان مصدرها القانون وانها واجبة التطبيق وليس للقاضي الامتناع عن تطبيقها اذا توافرت في القضية ، كما انها واردة في القانون على سبيل الحصر . محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ط 1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص 488 .

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة ، جامعة بغداد ، 1979 ، ص 104 .

(4) انظر نص المادة (128) عقوبات عراقي .

(5) انظر نص المادة (128) عقوبات عراقي .

(6) انظر نص المادة (60) عقوبات عراقي .

(7) انظر نصوص المواد (256 ، 311 ، 1/426 ، 398 ، 427 ، 462) عقوبات عراقي .

(8) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 171 .

(9) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، المصدر السابق ، ص 792 .

(10) المصدر نفسه ، ص 793 .

عليهم ، ومنها اعضاء من ارتكب جريمة من جرائم تقليد او تزوير الاحتمام او السندات او الطوابع او تزيف العملة وتزوير اوراق النقد والسندات المالية وتزوير المحررات الرسمية اذا اخبر بها السلطات العامة قبل اتمامها وقبل قيام السلطات بالبحث والاستقصاء عن مرتكبها وعرفها بفاعليها الاخرين ، ويعفى من العقوبة ايضاً كل من ارتكب جريمة من جرائم التقليد او التزييف او التزوير اذا اتلف مادة الجريمة قبل استعمالها وقبل الشروع في البحث عن مرتكبها<sup>(1)</sup> ، وكذلك اعضاء الراشي او الوسيط من العقوبة اذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية او الادارية بالجريمة او اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى<sup>(2)</sup> ، وكذلك يعفى من العقوبة من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات العامة بكل ما يعلمه عن الجرائم المخلة بأمن الدولة الخارجي او المخلة بأمن الدولة الداخلي اذا حدث الإبلاغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق ، ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل الإبلاغ بعد تنفيذها وقبل البدء في التحقيق ، او اذا سهل المخبر للسلطات العامة اثناء التحقيق او المحاكمة القبض على احد مرتكبي الجريمة<sup>(3)</sup> الجريمة<sup>(3)</sup> ، وقد يرجع الاعفاء من العقاب الى توافر صلة القرابة بين الجاني وبين من تقرر الاعفاء لمصلحته مراعاة للروابط الاسرية ، وصلة القرابة تشمل قرابة الدم وقرابة المصاهرة ، وقد اضاف اليها المشرع الفرنسي في التقنين الجديد العلاقة بين الخليل وخليلته<sup>(4)</sup> ، وهذه الحالة الاخيرة لا يمكن القبول بها في قوانيننا ، وقد يرجع الاعفاء من العقاب الى تغليب الالتزام بعدم افشاء السر المؤمن عليه الشخص على التزامه المستمد من نص التجريم<sup>(5)</sup> .

وقد يفسر هذا الاخلال بمبدأ المساواة بصعوبة اثبات هذه الجرائم المهمة التي ترتكب في الخفاء وتتجرد من المظاهر المادية التي تلفت نظر السلطات العامة اليها ، الامر الذي دفع المشرع الى التضحية بمبدأ المساواة في العقاب وذلك تشجيعاً لمرتكبي هذه الجرائم الخطيرة التي تتسم بخطورة اثارها في المصلحة العامة فأعفى من العقاب من يقوم بالإبلاغ عنها تحقيقاً للمنفعة الاهم اجتماعياً وهي منع ارتكاب هذه الجرائم او معرفة مرتكبها .

ونحن لا نتفق مع من يرى ان هذه الاعذار المعفية لا يمكن تبرير الاعتبارات التي تقوم عليها وتجعلها تمس بمبدأ المساواة على اعتبار ان هذه الجرائم ليست هي الوحيدة التي تثير صعوبات في الاثبات ، وان الاستثناءات على قاعدة المساواة لن تساعد او تسهم في بسط نفوذ وهيبة التشريع<sup>(6)</sup> ، اذ ان موقف المشرع يمكن تبريره بالنظر الى خطورة هذه الجرائم وجسامتها اثارها في المصلحة العامة وفي امن الدولة ، فضلاً عن ان المشرع لم يطلق هذه الاعذار المعفية بغير شروط ، وانما حدد فيها شروطاً معينة لا بد من توافرها للاستفادة من العذر المعفي ، واغلب هذه الشروط يتعلق بحدوث التبليغ قبل القيام بالجريمة مما يؤدي الى منع ارتكاب هذه الجرائم الخطيرة وتحقيق منفعة اجتماعية اهم واعظم من العقاب على جريمة واقعة فممنوع وقوع الجريمة اولى من العقاب عليها في حالة وقوعها ، وان هذه الاعذار المعفية المحددة على سبيل الحصر لا تمس بنفوذ وهيبة التشريع ، لأنها مقررة اصلاً بموجب تشريع ، فلا عذر الا في الحالات التي يحددها القانون ، لذلك يمكن القول ان حماية المصلحة العامة تبرر الاخلال بمبدأ المساواة عند اعفاء الجناة من العقاب فترجح حماية المصلحة العامة على تحقيق المساواة في هذه الحالات للاعتبارات التي وضحناها سابقاً .

يتبين مما تقدم ان هناك حالات في القانون الجنائي تمثل خروجاً عن مبدأ المساواة لم يتدخل المشرع لتصحيحها اهمها حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب ، وان عدم تدخل المشرع في تصحيح الاخلال بمبدأ

(1) المادة (303) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (1/205) عقوبات مصري .

(2) المادة (311) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (107 مكرراً) عقوبات مصري .

(3) المواد (187 ، 218) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (1/84) عقوبات مصري .

(4) انظر المواد (1-434 ، 6-434 ، 11-434) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(5) انظر المادة (1-434) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(6) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ص 173-174 .



المساواة في هذه الحالات هو مقصود، لان المشرع يقبلها عن ادراك واختيار تحقيقاً لاعتبارات معينة تبرر هذا الاختلاف في المعاملة ومراعاة لاختلاف ظروف الجاني والجريمة في كل حالة، فصغر سن الجاني او كبر سنه او الضعف العقلي او النفسي للجاني يبرر اخضاعه لمعاملة خاصة او لقوانين خاصة تراعى فيها حالته، وحماية المصلحة العامة وتحقيق المنفعة الاجتماعية يبرر الاعفاء من العقاب في بعض الجرائم.

### المطلب الثاني: حالات الاخلال غير المبرر بمبدأ المساواة:

تعد القاعدة الجنائية الخلية الاولى للنظام القانوني الجنائي والمصدر الاساسي للتشريع الجنائي، ويمكن تعريفها بانها (تعبر يفرض به المشرع ارادته على اعضاء الجماعة ويحدد فيه انواع السلوك - ارتكاباً كان ام امتناعاً - التي يعدها جرائم، كما يوضح الجزاءات القانونية التي يرتبها على مخالفة هذه الارادة)<sup>(1)</sup>، وتتميز القاعدة الجنائية بالخصائص العامة للقاعدة القانونية، فهي قاعدة عامة ومجردة، فهي لا ترتبط بمجالات فعلية بل تضع تنظيماً موضوعياً للسلوك تنطوي فيه هذه الحالات الواقعية، وتتصف ايضاً بالمساواة، فالجميع سواء اما القانون، وهي قاعدة امرة وشرطية ولها قوة جزائية وهي من قواعد القانون العام<sup>(2)</sup>.

وتجرد القاعدة الجنائية يؤدي الى استبعاد خطر الاخلال بالمساواة بين المخاطبين بأحكام القاعدة الجنائية الموضوعية، الا ان التجاوز في التجريد قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية، ففي حالات معينة يكون خطر الاخلال بالمساواة كامناً ومستتراً في صلب نصوص قانون العقوبات دون ان يقصد المشرع هذا الخطر ودون سعي من جانبه الى قبوله، ومن حالات الاخلال بالمساواة امام القضاء الجنائي التي لم يقصدها المشرع، رجعية قانون العقوبات الاصلح للمتهم، والتفسير القضائي الدقيق لبعض النصوص الجنائية، والشروع في الجريمة<sup>(3)</sup>.

فالأصل ان القواعد الجنائية لا تطبق الا على الافعال التي تقع بعد تاريخ نفاذها، ولا تطبق على ما سبق ذلك من افعال، فقاعدة عدم رجعية النصوص الجزائية الموضوعية تعني ان نص التجريم لا يسري الا على الافعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه، ولا يسري على الافعال التي ارتكبت قبل نفاذه<sup>(4)</sup>، وقاعدة عدم رجعية القانون على الماضي ليست مطلقة وانما ترد عليها استثناءات هي القانون التفسيري، والنص الصريح، والقانون الاصلح للمتهم<sup>(5)</sup>، اذ يسمح المشرع لهذه القواعد في حالات معينة ان تسري على الماضي اذا كانت اصلح للمتهم وهو ما يعرف (برجعية القوانين العقابية الاصلح للمتهم)، وقد عرفت محكمة النقض المصرية القانون الاصلح للمتهم بانه (القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً او وضعاً يكون اصلح له من القانون القديم)<sup>(6)</sup>، وعلة هذا الاستثناء ان سلطة المجتمع في توقيع العقاب محدودة بحدود فكريتي الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فان لم تكن للعقوبة ضرورة او فائدة فلا محل لتوقيعها، واذا الغى القانون الجديد العقوبة او خفف منها فذلك اعتراف من الشارع بعدم جدواها، فلا تبرير للإصرار على توقيعها<sup>(7)</sup>. ومع ذلك فان مبدأ المساواة قد يخل به عند تطبيق القانون الاصلح للمتهم بتجرد وتعميم في بعض الحالات، فقد يحدث ان ترتكب جريمتان من شخصين في يوم واحد، فيحكم على احدهما بالإدانة قبل العمل بالقانون الجديد، بينما لا يكون قد حكم على الاخر لسبب او لأخر فيشمل بالقانون الاصلح للمتهم، وهذا

(1) د. يسر انور علي، القاعدة الجنائية، دراسة مقارنة في الاصول العامة للقانون الجنائي، 1969، ص 73.

(2) د. عصام عفيفي عبد البصير، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، 2004، ص 233.

(3) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة، المصدر السابق، ص 175.

(4) Garcon : code penal Annote, T1, Librairie de Recueil Sirey, 1952, No. 64.

(5) انظر: د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ص 434.

(6) 15 مايو سنة 1978 مجموعة احكام محكمة النقض، س 28 رقم 95، ص 516.

(7) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المصدر السابق، ص 103-104.

من شأنه الاخلال بالمساواة بين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي ، ولا سبيل لتصحيح هذا الاخلال الا عن طريق العفو الجزئي ، او عن طريق التدخل التشريعي<sup>(1)</sup> ، ومن صور التدخل التشريعي ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (2/3-4) من قانون العقوبات التي تقرّر: (3-)- واذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائياً قانون يجعل الفعل او الامتناع الذي حكم على المتهم من اجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي اثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك وعلى المحكمة التي اصدرت الحكم ابتداءً ان تقرّر وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب من المحكوم عليه او الادعاء العام . 4- اما اذا جاء القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب جاز للمحكمة التي اصدرت الحكم ابتداءً اعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء احكام القانون الجديد وذلك بناءً على طلب المحكوم عليه او الادعاء العام<sup>(2)</sup>.

وقد يؤدي التفسير الدقيق للنصوص الجنائية الذي يحظر القياس في نصوص التجريم الى الاخلال بالمساواة بين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي ، فالتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من الفاظ لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة<sup>(3)</sup> ، والتفسير قد يكون ضيقاً وذلك عندما يكون هناك تطابق بين الغاية من القاعدة وبين المعنى الحرفي للألفاظ المستخدمة والمستفاد مباشرة من هذه الالفاظ دون غيرها من المعاني التي تحملها الالفاظ نفسها<sup>(4)</sup> وهذا نفسها<sup>(4)</sup> وهذا التفسير الضيق يعني حظر القياس في نصوص التجريم ، فلا يجوز للقاضي الجنائي ان يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمة على فعل ورد نص بتجريمة ويمد حكم الثاني على الاول لاتحادهما في العلة ، لتعارض ذلك مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومثال ذلك حالة من يستأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه انه يستحيل عليه دفع الثمن ، اذ تدخل المشرع لتجريم هذه الافعال بموجب نصوص خاصة لأنه لا يمكن اخضاع هذه الحالات للعقاب بالقياس على احكام السرقة او النصب او خيانة الامانة ، وذلك لأنها لا تتضمن اختلاساً لمال منقول مملوك للغير دون رضاه لكي تخضع لأحكام السرقة ، ولا تتضمن وجود اعمال احتيالية لكي تخضع لأحكام جريمة الاحتيال ، ولا تتضمن عقداً من عقود الامانة لكي تخضع لأحكام جريمة خيانة الامانة ، وحيث انه لا يجوز القياس في نصوص التجريم على الرغم من اتحاد العلة ، لذلك لم يستطع القضاء اخضاع هذه الحالات للعقاب على اساس القياس ، لذلك تدخل المشرع لتجريم هذه الحالات بموجب نصوص خاصة الحقها المشرع العراقي بجريمة السرقة<sup>(5)</sup> ، ومع ذلك ذلك فانه توجد حالات لا تخضع لهذه النصوص مثال ذلك حالة من يستخدم سيارة اسعاف فانه لا يخضع لأحكام هذه النصوص لان سيارة الاسعاف ليست معدة للإيجار ، وقد قضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتبرئة شخص كان قد استخدم سيارة اسعاف دون دفع الاجرة ، وليس امام القاضي الجنائي لكي يحقق المساواة في العقاب في مثل هذه الحالات الا وسيلتان ، فهو اما أن يلجأ الى تفسير القانون وفقاً للنهج الغائي وذلك من خلال استخلاص الغاية من القاعدة الجنائية ، او ان يلجأ الى التفسير بطريق القياس بشرط ان يكون امتداد النص لمصلحة المتهم<sup>(6)</sup> ، وكذلك حالة من يستعمل بدون حق مالاً منقولاً مملوكاً للغير دون ان يكون قاصداً اختلاس ذلك المال وانما ينصرف قصده الى مجرد استعمال ذلك المال الذي يكون غير قابل للاستهلاك كالمركبات على اختلاف انواعها والاجهزة الكهربائية وغيرها من الاموال ، اذ لا تخضع هذه الحالة لنصوص السرقة لان الجاني لا ينوي تملك تلك الاموال فلا

(1) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 180.

(2) يقابل نص المادة (2) فقرة (3) عقوبات عراقي نص المادة (2/5) عقوبات مصري ، المادة (2/13) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987 ، المادة (5) من قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960 .

(3) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص 87 .

(4) د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 ، ص 40.

(5) انظر نص المادة (449) عقوبات عراقي ، المادة (324) مكرر عقوبات مصري .

(6) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص 179 .

توجد لديه نية تملك المال على الرغم من قيامه باختلاسه ، لذلك فقد تدخل المشرع لتجريم هذه الافعال بموجب نصوص خاصة ، اذ جرى النص على هذه الجريمة في كل من قانون العقوبات الاردني والليباني والسوري<sup>(1)</sup> ، اما قانون العقوبات المصري فقد قصر هذه الجريمة على السيارات فقط دون غيرها من الاموال المنقولة<sup>(2)</sup> ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الجزائي العربي الموحد<sup>(3)</sup> .

اما المشرع العراقي فلم يجرم هذه الافعال الامر الذي يعد نقصاً تشريعياً اذ لا تخضع هذه الافعال لنصوص جريمة السرقة لانعدام نية تملك المال ، كما لا تخضع لنصوص الجرائم الملحقه بالسرقة وخاصة نصوص المواد (449) ، (450) عقوبات ، فالمال في هذه الحالة لم يتم استتجاره او لم يعد للإيجار لكي يخضع لنص المادة (449) عقوبات ، وكذلك فهو ليس بمال ضائع او وقع في حيازة الجاني خطأ او بطريق الصدفة لكي يخضع لنص المادة (450) عقوبات ، لذلك نرى ضرورة معالجة هذا النقص التشريعي ولذلك نقترح اضافة النص الآتي الى الجرائم الملحقه بالسرقة في قانون العقوبات العراقي : (من استعمل بدون حق شيئاً للغير بدون نية تملكه يعاقب بالحبس وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين) .

اما فيما يتعلق بالشروع ، فيعرف القانون الشروع بانه البدء في تنفيذ فعل اذ نصت المادة (30) من قانون العقوبات العراقي على تعريف الشروع حيث جاء فيها : (وهو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنابة او جنحة اذ اوقف او خاب اثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها)<sup>(4)</sup> ، الا ان المشرع لم يبين متى يعتبر العمل بادئاً في التنفيذ ولم يوضح الخصائص التي تميزه عن الاعمال التحضيرية ، وذلك لأهمية النتائج المترتبة على هذا التمييز ، حيث يعتبر الاول شروعاً وهو معاقب عليه بينما لا تعد الاعمال التحضيرية شروعاً وانما تدخل في نطاق الاعمال المباحة ولا عقاب عليها ، وقد اثارته هذه المسألة خلافاً كبيراً في الفقه ، فلم يتم الاتفاق على معيار لهذه التفرقة واختلفوا الى عدة آراء يمكن ردها الى مذهبين احدهما يعتد بطبيعة الفعل ويعرف بالمذهب المادي ، والآخر يعتد بقصد الفاعل ويعرف بالمذهب الشخصي<sup>(5)</sup> .

وان توجه المشرع في عدم وضع معيار للتمييز بين البدء في التنفيذ والاعمال التحضيرية ادى الى تنوع وتعدد توجهات الاحكام القضائية في هذه المسألة وتأثير ذلك في عدم المساواة بين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي ، فقد اخذت محكمة النقض المصرية في بعض احكامها بالمذهب المادي<sup>(6)</sup> ، في حين اخذت احكام اخرى بالمذهب الشخصي<sup>(7)</sup> ويميل الفقه المصري الى ترجيح المذهب الشخصي<sup>(8)</sup> ، اما فيما يتعلق بتوجه القضاء العراقي فيجري قضاء محكمة التمييز العراقية على هدى نص المادة (30) التي عبرت صراحة عن تبني المشرع العراقي للمذهب الشخصي في مجال الشروع ، اذ لا يشترط في احكامها لتكييف الواقعة على انها شروع ان يأتي الفاعل فعلاً يدخل

(1) انظر نص المادة (416) من قانون العقوبات الاردني ، والمادة (651) من قانون العقوبات الليباني رقم (40) لسنة 1948 ، والمادة (637) من قانون العقوبات السوري رقم (148) لسنة 1949 .

(2) انظر نص المادة (323) مكرر اولاً من قانون العقوبات المصري .

(3) تنص المادة (539) من القانون الجزائي العربي الموحد على : (من استعمل ناقلة ذات محرك بغير علم صاحب الحق فيها او رغم اعتراضه يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ستة اشهر ، او بالغرامة او بهما معاً) .

(4) يقابلها نص المادة (45) عقوبات مصري ، المادة (68) عقوبات اردني .

(5) انظر في عرض هذه المذاهب : د.ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، 1990 ، ص ص213-216 ؛ د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، بغداد ، 1992 ، ص ص211-213 ؛ د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص ص343-346 .

(6) نقض 26 يونية سنة 1922 المحاماة س4 ، رقم 10 ؛ 6 مارس سنة 1923 المحاماة س4 ، رقم 10 .

(7) نقض 18 يناير سنة 1931 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج2 ، رقم 159 ، ص217 ، 15 مايو سنة 1939 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج4 ، رقم 391 ، ص519 .

(8) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط9 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1974 ، ص299 .

في تكوين الركن المادي للجريمة ، بل يكفي لان يعد المتهم شارعاً في ارتكاب جريمة ان يبدأ بتنفيذ فعل سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادي لها ومؤد إليها حتماً ، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال احكام محكمة التمييز<sup>(1)</sup> .

وان تنوع التوجهات القضائية واختلافها في تحديد معيار الشروع عند عدم تحديد او تبني المشرع لمعيار محدد للتفرقة بين ما يعد عملاً تحضيراً لا عقاب عليه وما يعد بدءاً في التنفيذ يعاقب عليه يكشف عن طابع تحكيمي لدى القضاء الامر الذي يشكل تهديداً مباشراً لمبدأ المساواة امام القضاء الجنائي .

يتضح مما سبق ان المبالغة في تطبيق احكام القواعد الجنائية بشكل متجرد من قبل القضاء الجنائي قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية ، ويؤدي الى ظهور حالات من الاخلال بمبدأ المساواة لم يقصد المشرع وجودها عند وضعه للقاعدة الجنائية ولا يقبل بوجودها لعدم وجود أي اعتبارات تبررها او مصالح تهدف الى تحقيقها ، انما هي حالات من الاخلال بمبدأ المساواة غير مقصودة تظهر في الواقع عند لجوء القضاء الى اسلوب التفسير الضيق او المقيد للنصوص القانونية ، في حين يجب الا يكون للمفسر هدف سوى الكشف عن قصد الشارع وفقاً لرأي الفقه<sup>(2)</sup> ، فان اقتنع بان ما يقول به يطابق قصد المشرع فلا اهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقاً او واسعاً ، فما يطابق هذا القصد هو التفسير الصحيح للنص .

#### الخاتمة :

بعد الانتهاء من البحث في موضوع مبدأ المساواة في القانون الجنائي ، نوضح في هذه الخاتمة اهم والاستنتاجات والتوصيات :

- 1- ان مفهوم المساواة الجنائية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور وظيفة القانون الجنائي ، فاكتمل هذا المفهوم مفهوماً جديداً يتوافق مع تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، التي تعني في صورتها المثالية عدم التمييز بين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي بسبب الاصل او اللغة او الجنس او الثروة او العقيدة ، انما اتسع مفهومها ليشمل فضلاً عن العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم من اجل تقويمه وتهذيبه .
- 2- حرص المشرع الجنائي على تقرير بعض الضمانات في القانون الجنائي تهدف الى تحقيق مساواة فعلية حقيقة بين الخاضعين لأحكام القانون الجنائي ، فقد صحح قانون العقوبات بعض حالات الاخلال بالمساواة الفعلية ويتجسد هذا التصحيح في صور عديدة اهمها حماية الضعفاء نفسياً او عضوياً ، وفي تحذير اصول المجني عليه ، اذ تتجه التشريعات الجنائية الى تشديد العقوبة في حالة كون المجني عليه عاجزاً عن الدفاع عن نفسه ، وقيام الجاني باستغلال هذه الحالة لارتكاب الجريمة .

- 3- نؤيد القرارات التي نص عليها المؤتمر الدولي الثاني عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي دعا الى اقرار حق المتهم في التمتع بمساواة حقيقية اثناء مباشرة الاجراءات الجنائية المختلفة ، وان تكفل له السبل الضرورية التي تمكنه من دحض ادلة الاثبات التي يقدمها الادعاء ، ووجوب اخبار المتهم بالحقوق المختلفة المكفولة

(1) قرار رقم 2838 في 1971/12/26 ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، 1973 ، ص 189 ؛ قرار رقم 3696 في 1975/4/14 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 1975 ، ص 263 ؛ قرار رقم 1726 في 1973/9/6 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، ص 368 ؛ قرار رقم 3285 في 1975/7/5 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975 ، ص 247 .

(2) انظر د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص 93 .

له في كل مرحلة من مراحل الاجراءات الجنائية ، وان يكون لكل من ادين في جريمة الحق في الطعن امام درجة قضاء اعلى وفقاً لما ينص عليه القانون .

4- ان النظام الجنائي يتضمن العديد من مظاهر الاخلال بمبدأ المساواة الفعلية بين المخاطبين بأحكام القاعدة الجنائية فالمرشع قد يخرج بوعي وادراك عن مبدأ المساواة تحقيقاً لاعتبارات معينة يراها جديرة بالحماية ، ويتخذ هذا الخروج صورة الحصانات التي يقررها المرشع الجنائي لبعض الاشخاص الطبيعيين والاشخاص المعنوية ، مثال ذلك الحصانة البرلمانية والحصانة القضائية .

5- ان المرشع قد وضع تحت تصرف القضاء العديد من الوسائل لتحقيق وتجسيد اهداف السياسة الجنائية الحديثة في التفريد بما يحقق فعالية كبيرة ومؤثرة بالنسبة للجاني والمجتمع ، اذ توسع نطاق السلطات التي يتمتع بها القاضي لكي يكون بإمكانه مراعاة ظروف الجاني والجريمة عند تقديره للعقاب المناسب، فالعدالة المطلقة تعلق على مقدرة القضاة ، فهي من شؤون الله عز وجل ، ولا يمكن ان توجد بين الناس سوى عدالة نسبية قابلة للاختلاف في الزمان والمكان.

6- ان الاخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي قد يكون معروفاً ومقبولاً من المرشع في بعض الحالات ، ولا يرى ضرورة للتدخل لتصحيح هذا الاخلال نتيجة لاعتبارات عديدة، اذ توجد حالات في القانون الجنائي تمثل خروجاً عن مبدأ المساواة لم يتدخل المرشع لتصحيحها اهمها حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب ، وان عدم تدخل المرشع لتصحيح هذه الحالات هو مقصود ، لان المرشع يقبلها عن ادراك واختيار تحقيقاً لاعتبارات معينة تبرر هذا الاختلاف في المعاملة .

7- ان التوازن بين الحقوق والحريات الدستورية والمصلحة العامة يجيز تجريم بعض انواع السلوك والعقاب عليها بشرط ان يستند التجريم والعقاب على اساس من الضرورة الاجتماعية والتناسب من اجل تحقيق المساواة ، اذ ان التحقق من المساواة في المعاملة الجنائية يتطلب التحقق ابتداء من مدى وجود الاختلاف في المراكز القانونية وقيام هذا الاختلاف على اساس موضوعية تتفق مع الهدف من القانون او المصلحة العامة وهو ما يتطلب قيام هذا الاختلاف على مبدأ التناسب ، لذلك لا يجوز فرض الجزاء بطريقة الية لما يستتبعه من فرض جزاء غير متناسب مع الوقائع المسندة الى المتهم. كما ان تحقق العقوبات التبعية والتي تفرض بقوة القانون ولو لم ينطق بها القاضي لا تحقق مبدأ التناسب طالما انها واحدة لا تتغير مهما اختلفت ظروف المحكوم عليهم من حيث الوقائع والشخصية لذلك فانها لا تحقق مبدأ المساواة .

8- المساواة تتطلب الاختلاف في المعاملة مع المختلفين وعدم توحيدها الا مع المتماثلين في المراكز القانونية، وان انكار سلطة القضاء في تفريد العقوبة ينطوي على انكار لمبدأ المساواة اذ يتفق تفريد العقوبة مع مبدأ المساواة .

9- توجد حالات من الاخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي تظهر نتيجة المبالغة في تطبيق احكام القواعد الجنائية بشكل متجرد من قبل القضاء الجنائي الذي قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية وهذا الاخلال لم يقصده المرشع ولا يقبل بوجوده لعدم وجود اية اعتبارات تبررها او مصالح تهدف الى تحقيقها ، انما هي حالات من الاخلال غير مقصودة تظهر في التطبيقات القضائية نتيجة للجوء القضاء الى اسلوب التفسير الضيق او المقيد للنصوص القانونية .

10- ان التفسير الدقيق للنصوص الجنائية الذي يحظر القياس في نصوص التجريم ادى الى ظهور حالات غير معاقب عليها بموجب النصوص الامر الذي يؤدي الى الاخلال بالمساواة بين المخاطبين بأحكام القانون الجنائي ،

الامر الذي دفع المشرع لتجريم بعض هذه الحالات بموجب نصوص خاصة لأنه لا يمكن اخضاع هذه الحالات للعقاب بموجب القياس على احكام جرائم اخرى كجرائم السرقة او الاحتيال او خيانة الامانة، ومع ذلك توجد حالات لا تخضع لهذه النصوص ولم يتدخل المشرع لتجريمها كحالة من يستعمل بدون حق مالا منقولاً مملوكاً للغير دون نية تملكه، وهذا يعد نقصاً تشريعياً يجب معالجته ولذلك اقترحنا اضافة النص الآتي الى الجرائم الملحقة بالسرقة في قانون العقوبات العراقي: (من استعمل بدون حق شيئاً للغير بدون نية تملكه يعاقب بالحبس وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين).

مصادر البحث:

اولاً: كتب ورسائل وبحوث:

- 1- د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 2- د. احمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الاول، السنة 39، 1969.
- 3- احمد شوقي عمر ابو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003.
- 4- د. اكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار ومطابع الشعب، 1965.
- 5- د. السيد محمد حسن شريف، النظرية العامة للاثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 6- د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 7- د. حسين جميل، نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية، القاهرة، 1964.
- 8- د. حسين جميل، حقوق الانسان والقانون الجنائي، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1972.
- 9- د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط4، دار الفكر العربي، مصر.
- 10- د. رمسيس بهنام، الجريمة والجرم والجزاء، 1976.
- 11- د. صبحي الحمصاني، اركان وحقوق الانسان، ط1، دار التعليم للملايين، بيروت، 1979.
- 12- د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 2002.
- 13- د. عبد الحميد الشواربي، الظروف المشددة والمخففة للعقاب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1986.
- 14- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف بالاسكندرية.
- 15- د. عبد الرحمن محمد ابو توتة، اصول علم العقاب، منشورات EGLA، مالطا، 2001.
- 16- د. عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989.
- 17- د. عصام عفيفي عبد البصير، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، 2004.

- 18- د. علي راشد، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970 .
- 19- د. علي راشد، موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، القاهرة، 1949 .
- 20- د. فخري عبد الرزاق الحديثي، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة، جامعة بغداد، 1979 .
- 21- د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بغداد، 1992 .
- 22- لويس معلوف، المنجد في اللغة والادب والعلوم، ط19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت.
- 23- د. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990 .
- 24- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972 .
- 25- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979 .
- 26- د. مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975 .
- 27- محسن ناجي، الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1974 .
- 28- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983 .
- 29- د. محمد ابو العلا عقيلة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
- 30- د. محمود ابو زيد، المعجم في علم الاجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987 .
- 31- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، مطبعة جامعة القاهرة، 1974 .
- 32- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ط2، دار النقري للطباعة، بيروت .
- 33- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 .
- 34- د. نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965 .
- 35- نوفل علي عبد الله الصفو، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 1996 .
- 36- د. هلا العريس، شخصية عقوبات التعزير في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، دار الفلاح للنشر، بيروت، 1997 .
- 37- د. يسر انور علي، القاعدة الجنائية، دراسة مقارنة في الاصول العامة للقانون الجنائي، 1969 .

ثانياً: الاتفاقيات والمواثيق :

- 1- الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 .
- 2- الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية لسنة 1950 .
- 3- الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 .

ثالثاً: مجموعة الاحكام والقرارات القضائية :

- 1- مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة والاربعون ، 1990 .
- 2- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، س 28 ، 1978 .
- 3- مجلة المحاماة ، س 4 ، 1923 .
- 4- مجلة المحاماة ، س 4 ، 1922 .
- 5- مجموعة القواعد القانونية ، ج 2 ، 1931 .
- 6- مجموعة القواعد القانونية ، ج 4 ، 1939 .
- 7- النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، 1973 .
- 8- النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الرابعة .
- 9- الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 1975 .
- 10- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975 .

رابعاً: قوانين :

- 1- القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 .
- 2- الدستور العراقي لسنة 1958 .
- 3- الدستور العراقي لسنة 1964 .
- 11- الدستور العراقي لسنة 1968 .
- 12- الدستور العراقي لسنة 1970 .
- 13- الدستور العراقي لسنة 2005 .
- 14- الدستور المصري لسنة 1971 .
- 15- الدستور المصري الجديد لسنة 2013 .



- 16- الدستور السوري لسنة 1973 .
  - 17- الدستور التونسي لسنة 1959 .
  - 18- الدستور التونسي الجديد .
  - 19- دستور الامارات العربية المتحدة لسنة 1971 .
  - 20- الدستور اللبناني .
  - 21- الدستور الاردني .
  - 22- قانون العقوبات العراقي ذي الرقم (111) لسنة 1969 .
  - 23- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ذي الرقم (23) لسنة 1971 .
  - 24- قانون رعاية الاحداث العراقي ذي الرقم (76) لسنة 1983 .
  - 25- قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (83) لسنة 1969 .
  - 26- قانون العقوبات المصري ذي الرقم (58) لسنة 1937 .
  - 27- قانون الاجراءات الجنائية المصري ذي الرقم (150) لسنة 1950 .
  - 28- قانون الاحداث المصري ذي الرقم (31) لسنة 1974 .
  - 29- قانون العقوبات الاردني ذي الرقم (16) لسنة 1960 .
  - 30- قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ذي الرقم (9) لسنة 1961 .
  - 31- قانون العقوبات السوري ذي الرقم (148) لسنة 1949 .
  - 32- قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري ذي الرقم (113) لسنة 1950 .
  - 33- قانون العقوبات اللبناني ذي الرقم (40) لسنة 1948 .
  - 34- قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني لسنة 1948 .
  - 35- قانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة ذي الرقم (3) لسنة 1987 .
  - 36- قانون الاجراءات الجنائية الليبي .
  - 37- القانون الجزائي العربي الموحد .
  - 38- قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر لسنة 1992 .
  - 39- قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي لسنة 1958 .
- خامساً : المصادر الاجنبية :

1. Jean Roche: Libertes Publiques, 4 edition, Dalloz, 1976 .
2. Jean Pradel: Lindividualisation de La Sanction, essai dun bilan a La veille dun nouveau code penal, R.S.C, 1977.
3. David W. Neubauer: Americas Courts and Criminal Justice System, 5 ed, Wadsworth Publishing Company, 1996.
4. BoSvehssoh: Criminal Justice Systems in Europe, Sweden, 1995.
5. Harvey Wallace, Cliff Robenson: Principles of Criminal Law, Longman Publishers, U.S.A, 1996.
6. Garcon : code penal Annote, T1, Librairie de Recueil Sirey, 1952.

## قراءة أولية في نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء



أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب

بابتدائية سوق الأربعاء - المغرب

أسدل الستار مؤخرا على نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء بإعلان نتائج الشطر الثاني من دورة أبريل 2013، وقد شمل جدول أعمال هذه الدورة البت في طلبات انتقال القضاة، وتعيينات فوج جديد منهم (الفوج 38)، وتعيين قضاة بمحكمة النقض، وتعيين قضاة في مناصب المسؤولية، فضلا عن البت في المتابعات التأديبية، وتكليف عدد من القضاة لسد الخصاص ببعض المحاكم.

وتكتسي نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء أهمية بالغة بالنظر إلى سياقها العام المتزامن مع الحراك القضائي الذي يشهده المغرب بفضل الجمعيات المهنية القضائية التي تحولت إلى أداة لمراقبة المجلس ولا سيما بعدما أصدر نادي قضاة المغرب في أول سابقة من نوعها في تاريخ المملكة بيانا لتقييم نتائج إحدى دورات المجلس الأعلى للقضاء الذي ظل ولوقت طويل يشتغل في منأى عن أي مراقبة لا قبلية ولا بعدية، بسبب القداسة التي حاول البعض اضعافها على أشغاله، وتزايد مطالب كل الفاعلين بضرورة اخضاع طريقة اشتغال المجلس لمعايير موضوعية تكفل تحقيق تكافؤ الفرص بين القضاة لتعزيز ثقتهم في هذه المؤسسة كمدخل رئيسي لتكريس استقلال القضاة واستقلال القضاء، فإلى أي حد استجابت مؤسسة المجلس الأعلى للقضاء إلى مطالب القضاة؟ وإلى أي مدى انعكس الحراك القضائي خصوصا والحراك المجتمعي عموما الذي نعيشه في ظل دستور 2011 على نتائج هذه الدورة التي قد تكون هي الأخيرة في حال صدور قوانين السلطة القضائية الجديدة التي تمهد لإنشاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي سيشتغل بمعايير جديدة وتركيبية حديثة وفي سياق مختلف؟

✓ التعيين في مناصب المسؤولية القضائية :

أفرزت الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء تعيين 9 مسئولين قضائيين جدد من مجموع 14 مسؤولا في المحاكم الابتدائية، وتعيين 6 مسئولين قضائيين جدد من مجموع 10 مسئولين في محاكم الاستئناف، والمثير للاستغراب حسب النتائج المعلن عنها أخيرا أنه لم يتم تعيين أي امرأة قاضية في منصب المسؤولية القضائية، مما يطرح عدة علامات استفهام حول مدى مراعاة المجلس الأعلى للقضاء لمقاربة النوع الاجتماعي أثناء تدبيره للوضعية الفردية للقضاة عموما، وعند بته في ملفات تعيينات القضاة في مناصب المسؤولية القضائية على وجه الخصوص، لا سيما اذا

استحضرنا وجود عدة كفاءات نسائية على صعيد المحاكم كما أن نسبة النساء القاضيات بالمغرب في تزايد مستمر مثلما ترتفع وثيرة ارتقائهن إلى أعلى الدرجات، وباستحضار المعطى الدستوري الجديد بعدما كرس الفصل 19 من دستور 2011 مبدأ المناصفة بين الجنسين، وبالتالي لا يعقل أبدا تعيين 24 مسؤولا قضائيا ليس من بينهم أي مسؤولية قضائية، فهل مرد ذلك انعدام الكفاءات النسائية، أم مرده عدم تسليط الضوء على الكفاءات النسائية الموجودة، أم مرده بالأساس المعايير التي يستند عليها المجلس الأعلى للقضاء والتي تقصي وبشكل متعمد المرأة القاضية وتحول دون وصولها إلى مراكز صنع القرار، وإلى كرسي المسؤولية القضائية على سبيل المثال.

لا شك أن نتائج الدورة الأخيرة للمجلس في الشق المتعلق بالمسؤوليات القضائية تدعو لإعادة فتح نقاش كبير حول معايير اسناد المسؤولية القضائية ومدى أخذ المجلس بعين الاعتبار لمقاربة النوع الاجتماعي التي أصبحت محورا لكل السياسات العمومية بل وأداة لتمكين المرأة ولإدماجها في التنمية.

وبقراءة نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء بإعمال مقاربة النوع الاجتماعي أيضا يلاحظ استمرار الظاهرة التي سبق تسجيلها وبكثير من القلق وهو وجود محاكم ذكورية بامتياز إذ أن المجلس الأعلى للقضاء حافظ على تقليد سابق يقضي باستثناء تعيين النساء القاضيات بعدد من المحاكم، وإذ كان من شأن ذلك أن يكشف عن تواجد معاملة تفضيلية للمرأة القاضية وبالتالي عدم تحميلها مشاق العمل بمناطق نائية، إلا أنه ينم من جهة أخرى عن هدر لحقوق النساء المتقاضيات وإغفال للأدوار التي يمكن أن تلعبها مؤسسة المجلس الأعلى للقضاء من أجل تجاوز الصورة النمطية المنتشرة داخل اوساط واسعة بخصوص المرأة، فمقاربة النوع الاجتماعي ينبغي ان ينظر إليها من وجهتي نظر متكاملتين: باعتبارها حقا للمرأة القاضية، وحقا للمرأة المتقاضية أيضا، بل وحقا للمجتمع برتمته.

وإذا كانت المرأة المغربية قد استطاعت ان تحتل جميع المناصب وتشغل جميع الوظائف سواء في المدن الكبرى أو المدن الصغرى والقرى والمناطق النائية (على سبيل المثال قطاع الصحة، والتعليم...) فإن الخريطة القضائية الراهنة لم يلحقها تعديل كبير على مستوى تواجد النساء القاضيات اللواتي بقين متمركزات بمحور ضيق كاد أن يؤدي إلى نشوء ظاهرة تأنيت بعض المحاكم (على سبيل المثال المحكمة الابتدائية بالقنيطرة) بينما لا تزال تتواجد محاكم لا توجد فيها أي امرأة قاضية مما يدفع للتساؤل حول أسباب هذه الظاهرة وما اذا كان بالإمكان تفسيرها باستمرار عقليات ذكورية ما تزال ترفض تقلد المرأة لكرسي القضاء رغم أن المرأة المغربية كانت سباقة لذلك عربيا وإسلاميا في وقت مبكر مند سنة 1961. وتواجد عقليات رافضة لتمكين المرأة، وبالتالي كان المفروض هو التدخل من أجل المساهمة في تغيير العقليات السائدة وليس العمل على التطبيع معها، من خلال الابقاء على خريطة قضائية تركز على تمييز واضح بين الجنسين.

#### ✓ التعيينات والانتقالات :

من جهة ثانية إذا حاولنا قراءة نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء وربطها بالانتماء الجمعي لعدد من القضاة يمكن القول أنه ثمة الاستجابة لطلبات عدد كبير من القضاة لا سيما على مستوى طلبات الانتقال وذلك ليس من باب الامتياز أو المعاملة التفضيلية كما يحاول البعض أن يلتمح لذلك (على سبيل المثال انتقال رئيس نادي قضاة المغرب من ابتدائية تاونات إلى استثنائية مكناس، وانتقال الكاتب العام للنادي من نفس الابتدائية المذكورة إلى المحكمة التجارية بالرباط...)، وإنما مرد الاستجابة إلى طلبات الانتقال المقدمة بهذا الخصوص هو استيفاؤها للمعايير التي سبق وأن وضعها المجلس في قانونه الداخلي خاصة على مستوى المدد القانونية اللازمة للانتقال بين المحاكم

المصنفة في المناطق "أ"، "ب"، و"ج"، وبالتالي ما وقع على أرض الواقع هو تطبيق للنصوص القانونية الموجودة و انتصار لمبدأ معيرة طريقة عمل المجلس الأعلى للقضاء -ولو بشكل جزئي- كمطلب هام جدي ومسؤول وعاجل رفعه القضاة ورفعته جمعياتهم المهنية القضائية وفي مقدمتها نادي قضاة المغرب،

و بقدر ما كانت نتائج المجلس الأعلى للقضاء موضوعية إلى حد كبير في الشق المتعلق بالانتقالات فإنها لم تخلو من تسجيل حالات تم من خلالها حرمان عدد من القضاة لأسباب غير مفهومة من المعايير المذكورة وذلك بتقليل القاضي الأحدث قبل الأقدم إلى نفس المحاكم المطلوبة (تنقيل عدد من قضاة الفوج 35 قبل الفوج 34، أو قضاة من الفوج 37 قبل الأفواج 36 و35 و34..)، بل وإقصاء حق قضاة في الانتقال رغم كونهم قد راكموا من الأقدمية مدة كافية تبرر الاستجابة إلى طلباتهم بالرغم من تقديمهم لمبررات معقولة ووجود مناصب شاغرة (بدليل التعيينات أو الانتقالات الجديدة)، ومن المؤخذات التي يمكن تسجيلها في هذا السياق عدم انصاف بعض القضاة المتضررين من سياسة إعادة الانتشار (قضاة الفوج 34) وعدم تلبية طلبات انتقالهم رغم ان انتقالهم من "محاكم التعيين الأولى" إلى "المحاكم المنتشر إليها"، كان بشكل قسري وليس بناء على طلب منهم، بل واستفادة عدد من القضاة من الانتقال إلى محاكم مصنفة ضمن المنطقة "أ" دون اكمالهم المدة اللازمة لذلك، وأحيانا على حساب زملائهم من أفواج سابقة ممن استوفوا المدة القانونية.

ان ذات الملاحظات بنسبية الموضوعية في طريقة تعامل المجلس الأعلى للقضاء مع ملف الانتقالات يمكن تسجيلها على مستوى ملف تعيينات القضاة الجدد إذ وبالرغم من حرص المجلس على تعيين القضاة الأوائل وفق ترتيبهم بحسب رغباتهم المعبر عنها وطبقا لمعيار الاستحقاق، فإن هذا المعيار تم تجاهله على مستوى عدة حالات أخرى، مما يعيد وبإلحاح طرح مطلب معيرة طريقة عمل المجلس الاعلى للقضاء على مستوى البت في تعيينات القضاة الجدد باعتبارها مناسبة مهمة لتكريس استقلال القضاة، ومساواتهم أمام أعلى هيئة دستورية تسهر على ضمانات استقلالهم.

لكن تبقى الظاهرة اللافتة بالنسبة لتعيينات القضاة في علاقتها بانتمائهم الجمعي المعلن عنه هو استثناء القضاة المنتمين إلى نادي قضاة المغرب خاصة منهم قضاة الدرجة الاستثنائية من التعيين بمحكمة النقض، فرغم تعيين 11 قاض كمستشار بمحكمة النقض فإن هذه التعيينات لم تشمل أي قاض يعلن صراحة انتماءه لجمعية نادي القضاة، لتبقى حالة المستشار محمد عنبر نائب رئيس هذه الجمعية ورئيس غرفة بمحكمة النقض مثلا فريدا يكشف عن صعوبة اختراق رياح التغيير لأعلى محكمة تصدر الجسم القضائي أريد لها ان تبقى في معزل عن حالة الحراك التي تشهده مختلف مكونات الجسم القضائي.

### ✓ تكليف القضاة :

من جهة ثالثة وبالوقوف على نتائج الدورة الاخيرة للمجلس الأعلى في علاقتها بموضوع "تكليف قضاة في درجات أعلى" يلاحظ ان المجلس الاعلى للقضاء عاد من جديد لانتهاج أسلوب التكليف لمواجهة الخصائص المسجل على مستوى عدد من محاكم الاستئناف ببعض المناطق النائية وخاصة محاكم العيون، الراشدية، وورزازات.. وإذا كانت النقطة الايجابية التي تم تسجيلها بهذا الخصوص هو حصر حالات تكليف القضاة للقيام بمهام أعلى من درجاتهم على القضاة الذين يزاولون مهامهم بمحاكم نائية وذلك في اطار تحفيزهم وتشجيعهم على العمل في تلك المحاكم، إلا أن الملاحظ في هذا الصدد هو غياب المقاربة التشاركية من طرف المجلس إذ لم يعمد على استشارة القضاة الذين قرر تكليفهم بمهام أعلى من درجاتهم، بالرغم من أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى المس بمصانعتهم من النقل وتنقيلتهم

دونا عن ارادتهم ودون تقديمهم لأي طلب بهذا الخصوص. وهكذا تفاجأ حوالي 13 قاض بتكليفهم بمهام من درجة أعلى وتعيينهم بمحاكم استئناف وتنقيحهم لها دون استشارتهم أو أخذ رأيهم، بل ودون أدنى معايير واضحة تفسر مفهوم المصلحة القضائية التي ينبغي أن تسري على جميع قضاة المملكة وليس على جزء منهم دون الآخر، وكان من المؤسف أن من بين القضاة الذين تم تنقيحهم بمبرر "التكليف" قضاة خضعوا قبيل سنوات قليلة لاعادة الانتشار دون ارادتهم تحت مبرر المصلحة القضائية وكأن هذا المعيار لا يسري إلا عليهم دون من سواهم.

وإذا رجعنا للمعايير التي ذكر بلاغ وزارة العدل والحريات أنه تم اعتمادها عند البت في ملفات تكليف القضاة نجد أنها تشمل على: الكفاءة، خلو الملف من أي ملاحظة سلبية مهنية أو أخلاقية، مراعاة عنصر القرب الجغرافي، قضاء مدة لا يستهان بها في الدرجات الحالية، والظروف العائلية والاجتماعية.. والملاحظ بخصوص هذه المعايير أنها تعدم ارادة القاضي المعني بالأمر في الاختيار، كما أنها غير واضحة فما المقصود مثلا بالظروف العائلية والاجتماعية للقاضي على سبيل المثال؟ هل ذلك ينصرف إلى الحالة العائلية للقاضي المعني بالأمر وما إذا كان أعزبا أو متزوجا، وله أبناء..؟ مع العلم بأن حالات التكليف التي كشفت عنها الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى شملت قضاة متزوجين وقضاة غير متزوجين بل وقضاة متزوجين ولهم أبناء وزوجاتهم موظفات أيضا مما يدل على أنه لم يتم مراعاة عنصر الظروف الاجتماعية في هذه الحالات.

وكان بإمكان المجلس الأعلى للقضاء أن يتفادى هذه الانتقادات بإجراء بسيط لن يكلفه الكثير سوى اعلان عدد المناصب الشاغرة في محاكم الاستئناف المعنية بالتكليف وفتح المجال أمام القضاة الراغبين في الانتقال إليها والاستفادة من تكليفهم بدرجة أعلى من درجتهم، وذلك بعد اعلان المعايير والشروط اللازمة بشكل قبلي في اطار الشفافية والتحفيز، وبهذا الاجراء البسيط سيجتمع المجلس بين ضمان حق القاضي في عدم النقل إلا بناء على طلبه، والمصلحة القضائية التي تقتضي تقبيل عدد من القضاة للعمل بمناطق نائية تعاني من خصائص كبير.

#### ✓ طلبات تصحيح الوضعية الفردية للقضاة :

من جهة أخرى يلاحظ أن المجلس الأعلى للقضاء وحسب النتائج المنشورة مؤخرا عبر الموقع الرسمي لوزارة العدل لم يعر أي اهتمام لطلبات تصحيح الوضعية الفردية التي تقدم بها مجموعة من القضاة ممن سبق وأن قضوا مدة طويلة في العمل بمناطق نائية، وتم الاستجابة قبيل أشهر قليلة لطلبات انتقالهم للمحاكم التي يرغبون العمل فيها، لكنهم تفاجئوا بإعادة تنقيحهم من جديد إلى محاكم استئناف أخرى (بمناطق نائية) بسبب ترقيةهم إلى الدرجة الثانية بالرغم من أنهم لم يكملوا المدة القانونية في المحاكم التي انتقلوا إليها بناء على طلباتهم، بل ولم يتقدموا بأي طلب انتقال جديد، وهكذا بدى المجلس الأعلى للقضاء عاجزا عن انصاف هذه الفئة من القضاة وأغلبهم من الفوج 33 مثلما ظل عاجزا عن انصاف القضاة الذين تعرضوا لما يسمى بإعادة الانتشار من الفوج 34، ليبقى السؤال مطروحا: حول المعايير المعتمدة للبت في هذا النوع من الملفات وما إذا كانت تراعي معيار العمل بالمناطق النائية، ومعيار الانتقال بناء على طلب القضاة المعنيين بالأمر.

#### ✓ المتابعات التأديبية :

واصل المجلس الأعلى للقضاء البت في المتابعات التأديبية المنسوبة لعدد من القضاة، وذلك بالرغم من اعتراضات جمعياتهم المهنية التي سبق وأن طالبت بايقاف البت في المتابعات التأديبية إلى حين تشكيل المجلس الأعلى للسلطة

القضائية، وصدور القوانين التنظيمية الجديدة، ويلاحظ في هذا الصدد أن وزارة العدل تراجعت عن سابقة نشر أسماء القضاة المتخذ في حقهم عقوبة العزل أو الإحالة إلى التقاعد التلقائي والتي خلفت ردود أفعال قوية داخل أوساط الحقوقيين لكون ذلك النشر لا يستند على نص قانوني كما أنه استباق للممارسة القضاة المعنيين لحقهم في الطعن، وفي ذات السياق عمدت وزارة العدل والحريات إلى نشر المعايير التي تم اعتمادها من طرف المجلس عند نظره في الملفات التأديبية للقضاة والتي تتجلى فيما يلي :

اعتماد عقوبة العزل أو الإحالة على التقاعد التلقائي في قضايا الانحراف والفساد؛

عقوبة الإقصاء المؤقت عن العمل في المخالفات المهنية الجسيمة ؛

عقوبة الانذار والتوبيخ في المخالفات التي لا تتسم بالجسامة ؛

البراءة في حالة المخالفات المرتكبة بدون قصد، أو في حالة التبرئة.

وإذا كان بلاغ وزارة العدل قد ركز على العقوبات التأديبية المتخذة في حق عدد من القضاة إلا أنه غاب عنه كشف ضمانات المسطرة التأديبية التي مكنهم منها والتي يبدو أنها غائبة تماما، فقبل الحديث عن عقوبات العزل والتوبيخ والإقصاء المؤقت عن العمل والإحالة على التقاعد.. لا بد من الكشف عن مدى ضمانات المحاكمة العادلة، وحدود ونطاق السلطة التقديرية الممنوحة للمجلس في تقييم موجب الإحالة وتقدير ما اذا كان الفعل المنسوب للقاضي المعني بالأمر على درجة كبيرة من الخطورة من عدمه، وتقدير وسائل الاثبات وتمكين القاضي المحال على المجلس ودفاعه من الاطلاع على جميع وثائق ملف المتابعة، والحق في تجريح الهيئة، ومدى حياد هذه الأخيرة ، واستقلال جهة المتابعة عن جهة الحكم.. وإذا كانت كل هذه المقتضيات شبه غائبة عن اعتبار المجلس الأعلى للقضاء فإن ذلك يدفع لطرح التساؤل التالي : لماذا تبدو قرينة الادانة أكثر جاذبية أمام الهيئة التأديبية للقضاة بالمغرب ؟

وأخيرا وباستثناء المؤاخذات التي لن تمل الجمعيات المهنية القضائية من تسجيلها على مستوى استمرار المجلس في البت في الملفات التأديبية للقضاة، وباستثناء الحالات التي تم تسجيلها بخصوص بعض الاختلالات على صعيد البت في طلبات انتقال عدد من القضاة وكذا تكليفهم، أو عدم موضوعية تعيينات قضاة آخرين بالنظر إلى معيار الاستحقاق، لا بد من الاعتراف بأن المجلس الأعلى للقضاء تفاعل وبشكل كبير مع الحراك القضائي الذي تعيشه الساحة القضائية الوطنية ، وحاول تطوير طريقة عمله من خلال الحرص على اعتماد معايير موضوعية وشفافة، ولا أدل على ذلك من اعلان المعايير المعتمدة من قبله، و نشر نتائج أشغال الدورة الأخيرة على غرار سابقتها بشكل علني، وان كنا نفضل أن يتم النشر من خلال موقع خاص بالمجلس الأعلى للقضاء وليس من خلال بوابة وزارة العدل والحريات تجسيدا لمبدأ الاستقلال الفعلي والحقيقي للسلطة القضائية الذي ينبغي أن يشرع في تنزيله على أرض الواقع حتى وان تأخر صدور القوانين التنظيمية .

## المنازعات المثارة بشأن الوثائق المدعمة لمطالب التحفيظ



من إعداد الأستاذ عبد اللطيف الشاوي

حاصل على دبلوم الماستر تخصص قانون المنازعات

من كلية الحقوق بمكناس / إطار بمحكمة الإستئناف بمكناس

يقتضي منطق العدل أن لا يعتبر تقديم مطلب التحفيظ دليلا على وجود الحق، وإنما مجرد إشارة تعلن عن بدء إجراءات طويلة قد تسفر على تأسيس رسم عقاري وقد لا يحصل ذلك. وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى ( محكمة النقض حاليا ) في إحدى قراراته<sup>1</sup>، حيث جاء فيه ما يلي " جميع الحجج المدلى بها... وكذا شهادة من المحافظة العقارية والتي عبارة عن مطلب فقط كلها لا تثبت المدعى فيه... "

وبناءً على ذلك فمطلب التحفيظ هو مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ولا يمكن أن يعتبر دليلا كافيا على الملك، ويعد التحقق من مستندات مطلب التحفيظ من الاختصاصات الأصلية والحصرية الموكولة للمحافظ العقاري، والمقصود هنا بتحقيق المحافظ العقاري من مستندات مطلب التحفيظ التأكد من تدعيم طالب التحفيظ لمطلبه بكافة الرسوم والعقود المؤيدة لحق ملكيته والحقوق العينية الأخرى المترتبة لصالح عقاره<sup>2</sup>، لهذا سنحاول في إطار هذه الدراسة البحث عن النزاعات المثارة بشأن الوثائق المدعمة لمطالب التحفيظ وذلك انطلاقا من التعديل الأخير الذي عرفه ظهير التحفيظ العقاري بمقتضى القانون 07-14، وبالتالي ستكون دراستنا منصبة على تدعيم مطلب التحفيظ بالمستندات في ضوء التضارب الحاصل بين الفصلين 14 و 37 مكرر من قانون 07-14 (الفقرة الأولى) على أن نتطرق في (الفقرة الثانية) لتدعيم مطلب التحفيظ بالمستندات في ضوء الفصل 3 من مدونة الحقوق العينية.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى (سابقا) عدد 559 الصادر بتاريخ 1980/06/25 في الملف المدني عدد 56/554، أورده عبد العالي دقوقي، البكاي المعزوز، في مرجع محاضرات في نظام التحفيظ العقاري، دراسة في القانون رقم 07-14 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري، طبع وتوزيع مطبعة سجلماسة الزيتون مكناس السنة الجامعية 2012-2013، ص: 45.

<sup>2</sup> - المصطفى الكيلة، خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري- بحث في النزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول ، كلية الحقوق بوجدة ، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 60.

الفقرة الأولى : تدعيم مطلب التحفيظ بالمستندات في ضوء التضارب الحاصل بين الفصلين 14 و 37 مكرر من قانون 07-14.

بما أن طلب التحفيظ هو الذي يعطي إشارة البدء لمسطرة طويلة من الإجراءات والتي يكون أساسها بيانات مطلب التحفيظ التي أدلى بها طالب التحفيظ، فإن صدور الرسم العقاري سيبنى حتما من الوثائق والمستندات المدعمة لهذا المطلب.

وهذا ما تم التنصيص عليه في الفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري الذي نسخ و عوض بالقانون 07-14 حيث نص " بأن على طالب التحفيظ أن يقدم مع مطلبه جميع أصول الرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية وبالحقوق العينية المترتبة على الملك "

فالظاهر من محتوى الفصل 14 أن على طالب التحفيظ أن يعزز طلبه بجميع الوثائق ومستندات التمليك التي تؤيد طلبه وذلك في حالة وجودها، أما في حالة عدم وجودها أو كانت توجد في حوزة شخص آخر فيكتفي طالب التحفيظ بالإشارة إلى ذلك مع بيان سبب تملكه، وعند الاقتضاء الإشارة إلى الشخص الذي توجد في حوزته الوثائق أو المستندات<sup>1</sup>.

لذا وعلى هذا المستوى طرحت مسألة هل يعتبر مطلب التحفيظ دليل على وجود الحق؟ بمعنى آخر هل الوثائق والمستندات المرفقة بمطلب التحفيظ كافية لإثبات مطلية طالب التحفيظ؟

بداية نسجل النقاش الذي أثاره الفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري، والخاص بإرفاق مطلب التحفيظ بالوثائق والمستندات المبررة لحق الملكية أولا أو لأحد الحقوق العينية حيث إن هذا الفصل رغم التعديل الأخير الذي عرفه بمقتضى قانون 07-14، فإنه لا يحمل في طياته أية صيغة تفيد الإلزام<sup>2</sup> والتي من شأنها أن تلزم طالب التحفيظ بالإدلاء بالوثائق الضرورية والمؤيدة لمطلب التحفيظ، هذا بخلاف بعض الباحثين الذين يرون أن الفصل المذكور في صياغته الجديدة تفيد إلزام طالب التحفيظ بالإدلاء بالحجج الكفيلة بالتعريف بالحقوق العينية المترتبة على العقار في حال وجودها<sup>3</sup>.

لكن الإشكال يزداد حدة عندما نرجع إلى فصول ظهير التحفيظ العقاري، خصوصا في الباب الثاني، المنظمة للتقييدات الواردة على العقارات المحفظة وبالضبط الفصل 72 نجده ينص على صيغة الوجوب، وبالتالي لا يتم إجراء أي تقييدات إلا بعد الإدلاء بالوثائق المبررة لها ومراقبتها من حيث الشكل والجوهر والكل تحت مسؤولية المحافظ على الملكية العقارية.

إذن ما يمكن استنتاجه من خلال مقارنة الفصل 14 و 72 من ظهير التحفيظ العقاري، أن الفصل الأول لا يتضمن أي مقتضى قانوني صريح يمنح للمحافظ صلاحية مراقبة وفحص المستندات والوثائق التي تثبت حق طالب التحفيظ عند تقديم مطلب التحفيظ أمام المحافظة العقارية، بخلاف الفصل 72 الذي ألزم المشرع من خلاله المحافظ

<sup>1</sup> محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، المساطر الإدارية والقضائية، م س، ص: 155.

<sup>2</sup> عبد العالي دقوقي، والمعزوز البكاي، مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> هشام بصري، المتغير التشريعي في سلطات المحافظ العقاري أثناء مسطرة التحفيظ، مقال منشور في مجلة المنير القانوني، مطبعة مكتبة الرشد سطات، عدد مزدوج 2 و 3، أبريل/أكتوبر 2012، ص: 111.



العقاري بضرورة مراقبة المستندات والتحقق منها سواء من حيث الشكل أو المضمون كما يقضي بذلك الفصل المذكور.

وبالتالي يمكن أن نطرح التساؤل الذي يعتبر في نفس الوقت عبارة عن قراءة للفصلين المذكورين أعلاه، لماذا المشروع لم يحرص كل الحرص على المرحلة السابقة لتأسيس الرسم العقاري، حيث لم يلزم المشروع المحافظ بالزامية مراقبة المستندات والوثائق سواء شكلا أو جوهرًا، هذا بخلاف المرحلة اللاحقة لتأسيس الرسم العقاري، حيث نجد المشروع العقاري في هذه المرحلة قد ألزم المحافظ في الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري من إلزامية التحقق من الوثائق والمستندات تحت مسؤوليته.

في هذا الإطار يثار التساؤل كذلك عن ما هو مآل مطلب التحفيظ الذي لا يكون مدعما بالوثائق والمستندات فهل سيكون مصيره الرفض؟ أم يمكن القول بأن عدم تأييد مطلب التحفيظ بالوثائق والمستندات لا يؤثر على مركز طالب التحفيظ الذي يعتبر في مركز المدعى عليه، وبالتالي لا يقع عليه عبئ الإثبات لأن طلب التحفيظ هو قرينة قانونية على وجود الحق؟

لقد طرح هذا المشكل منذ دخول ظهير التحفيظ العقاري حيز التطبيق، والقضاء المغربي لم يسجل موقفا صريحا بهذا الخصوص بل اعتبره مسألة جانبية رغم أهميته القصوى<sup>1</sup>، كما أن الفقه اختلف بشأن هذه المسألة، بحيث ذهب جانب منه، إلى أن المحافظ غير ملزم بإجبار طالب التحفيظ بالإدلاء بالمستندات والوثائق والمؤيدات<sup>2</sup>، على أساس أن المحافظ لا يتوفر على الوسائل التشريعية والعملية التي تسمح له بالتأكد من صحة الرسوم المدلى بها تأييدا لمطلب التحفيظ شكلا وجوهرًا وكذا من أهمية مطلب التحفيظ كما هو الشأن بالنسبة للتقييد<sup>3</sup>

ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن مطلب التحفيظ لا يعتبر في حد ذاته دليلا على الملكية، وإنما مجرد افتراض لها، وأن المحافظ العقاري لا يعتبر سلطة قضائية وليست له الصفة للحسم في صحة الرسوم والوثائق المدلى بها تأييدا لمطلب التحفيظ<sup>4</sup>.

وذهب اتجاه آخر إلى أن المحافظ ملزم بفحص المستندات المؤيدة لمطلب التحفيظ، تفاديا لمحاولة السطو والاعتصاب والترامي على ملك الغير، ومن ثم فإن مراقبة المستندات الخاصة بمطلب التحفيظ تتم تحت مسؤولية المحافظ، وذلك على غرار مسؤوليته المنصوص عليها في الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>5</sup> ومن ثم يتعين على طالب التحفيظ بأن يرفق طلبه بجميع رسوم التملك، ومختلف الوثائق التي من شأنها أن تعرف بالحقوق العينية

<sup>1</sup> وردة غزال، دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري، أنظر اطروحتها، م س، ص: 161.

<sup>2</sup> Paul Decroux، Droit foncier marocain، Edition la porte، imprimerie al maarif al jadida، 1977p 68.

<sup>3</sup> سعاد بن جاني، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في تطوير نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة. السنة الجامعية 2005-2004، ص: 13 وما بعدها.

<sup>4</sup> محمد بن الحاج السلمي، سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار والعقار والتحفيز الاجتماعي والاقتصادي، مطبعة منشورات عكاظ بالرباط، الطبعة الأولى 2002، ص 62 وما بعدها.

<sup>5</sup> فاطمة الحروف، حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس أقال الرباط، السنة الجامعية 1994-1993، ص: 59 وما بعدها، وانظر أيضا.

-Said arhboula، l'immatriculation foncier et protection des droits des tiers، diplôme des études supérieures، droit prive faculté de droit hassan II، Casablanca، année universitaire 1986-1987، p 66.

المرتبة عن العقار<sup>1</sup>، ويعد التحقق من مستندات مطلب التحفيظ من الاختصاصات الأصلية الموكولة للمحافظ العقاري، وهو اختصاص يدخل في إطار إجراءات المسطرة الإدارية للتحفيظ، التي يشرف عليها المحافظ سواء انتقلت إلى المسطرة القضائية في حالة قيام النزاع حول التحفيظ أو انتهت إداريا بتأسيس الرسم العقاري<sup>2</sup>.

والاجتهاد القضائي المغربي لم يظهر موقفا واضحا بصدد تحقق المحافظ العقاري من مستندات مطلب التحفيظ، إلا بعد انتشار مطالب التحفيظ الكيدية والتعسفية، ومن تم ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها إلى ضرورة إرفاق مطلب التحفيظ بالمستندات المؤيدة وتمديد رقابة المحافظ لتشمل حتى هذه الوثائق<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق أصدر المحافظ العام مذكرة موجهة للسادة المحافظين<sup>4</sup>، بحثهم على ضرورة إجراء رقابة دقيقة على كل الوثائق والمستندات تطبيقا لقواعد الرقابة الواردة في قانون التحفيظ العقاري، والتي تحثهم كذلك على أن مقتضيات الفصل 13 من ظهير التحفيظ العقاري وردت بصيغة أمره تنص على وجود تضمين البيانات الواردة به حين إدراج مطالب التحفيظ، وكذا التذكير بأن الفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري يلزم طالب التحفيظ بإيداع كافة العقود والسندات المتعلقة بالحقوق العينية الواقعة على العقار المطلوب تحفيظه.

وبرجعنا إلى مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري، نجد الفصل 37 مكرر، الذي أضافه المشرع إلى قانون التحفيظ العقاري بموجب قانون 07-14، حيث ينص هذا الفصل على إلزام المحافظ بتعليل قراره وتبليغه لطالب التحفيظ في جميع الحالات التي يرفض فيها التحفيظ<sup>5</sup>

إذن لقد استحدث المشرع هذا الفصل في إطار قانون 07-14 حتى يتم تلافي عدم التجانس الذي كان يطبع مقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري في نسخته القديمة، والذي كان ينص على مسطرة للرفض في شأن طلبات التحفيظ، وكذا التقييد أو التشطيب بالرسم العقاري على حد سواء.

وبصدور القانون 07-14، أصبح الفصل 96 يقتصر فقط على مسطرة رفض طلبات تقييد الحقوق العينية أو التشطيب عليها بالسجلات العقارية، في حين أخذ الفصل 37 مكرر وضعه الطبيعي ضمن الفصول المنظمة للإجراءات المسطرية الواردة على مطالب التحفيظ<sup>6</sup>

إذن يتضح من خلال محتوى هذا الفصل أن المشرع ألزم المحافظ العقاري بشكلية تعليل قرار رفضه وتبليغه لطالب التحفيظ، حتى يتسنى لهذا الأخير ممارسة حق الطعن، وذلك أمام المحكمة الابتدائية التي تبت فيه مع الحق في الاستئناف وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض.

<sup>1</sup> مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري، والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1978، ص: 19.

<sup>2</sup> المصطفى الكيلة، خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري، م، س، ص: 60.

<sup>3</sup> قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 يونيو 1964 أورده عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر الإضراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ، مجلة القسطاس العدد الثالث يناير 2004، ص: 79.

<sup>4</sup> كان آخرها، مذكرة صادرة من المحافظ العام رقم 5656 بتاريخ 12 ماي 2010.

<sup>5</sup> عبد الإله المرابط، التمييز بين رفض التحفيظ وإلغاء المطالب في قانون التحفيظ العقاري، مقال منشور في مجلة الحقوق، مستجدات نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 07-14، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الإصدار السادس، ماي 2012، ص: 84.

<sup>6</sup> بصري هشام، مسطرة التحفيظ وإشكالاتها العملية، توزيع مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى، 2013، ص، 22 وما بعدها.

فإذا كان المقصود من الفصل المذكور أعلاه هو رفض التحفيظ بعد أن تكون مسطرة التحفيظ قد قطعت أسواطاً معينة، فهذا يعني أن نص الفصل 37 مكرر أعطى للمحافظ العقاري إمكانية ممارسة رقابته على الوثائق المؤيدة، بعد مراحل معينة من مسطرة التحفيظ، مما يفيد في نهاية المطاف أن هناك تناقض بين مقتضيات الفصل 14 من جهة والفصل 37 مكرر من جهة ثانية، وأن هذا الوضع هو ما دفع بالحافظ العام إلى التدخل وتوجيه تعليماته للمحافظين، على الملكية العقارية كي يمارسوا رقابتهم على الوثائق المؤيدة لمطلب التحفيظ بنفس الطريقة التي تمارس بها هذه الرقابة على الوثائق المؤيدة للتقييدات الواردة على العقارات المحفظة، وهو النهج الذي سار عليه المحافظون على الملكية العقارية منذ مدة<sup>1</sup>

إذن في الأخير، يمكن أن نخلص إلى أن هناك تضارب بين المادتين 14 والمادة 37 مكرر من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 07-14، حيث أنه يتضح لنا من خلال محتوى هاذين الفصلين عدم وجود تناغم وتناسق في الصياغة خصوصاً من جانب مبدأ الالتزام والوجوب بحيث مازال هناك نقاش فقهي حول صياغة الفصل 14 بالرغم من التعديل الأخير، هل هي تفيد الاختيار أم الالتزام، أما فيما يخص الفصل 37 المكرر الذي يقابل الفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري فينص على تعليق قرار المحافظ برفض مطلب التحفيظ وبالتالي فالمحافظ هنا ملزم بضرورة التأكد من الوثائق والمستندات المدلى بها تأييداً لمطلب التحفيظ وذلك تحت مسؤوليته، هذا بخلاف الوضع على ما هو عليه في الباب الثاني المتعلق بالتقييدات أنه هناك انسجام وتمازج بين المادتين 72 و96 من ظهير التحفيظ العقاري.

إذن من مقام هذه الدراسة المتواضعة ناشد المشرع إلى إعادة النظر في القريب العاجل في الصياغة المعيبة التي مازالت تلازم الفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري، بالرغم من التعديل الأخير، وبالتالي إعادة صياغته صياغة تنسجم مع الفصل 37 مكرر، وكذا جميع فصول ظهير التحفيظ العقاري.

**الفقرة الثانية : تدعيم مطلب التحفيظ بالمستندات في ضوء الفصل 3 من مدونة الحقوق العينية.**

إن الحياة هي السيطرة الفعلية من جانب شخص من الأشخاص على شيء مادي معين مما يجوز التعامل فيه والظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر<sup>2</sup>، أو بصيغة أخرى وضع اليد على العقار والتصرف فيه وذلك استناداً لأثرها الخارجي الذي لا

يمكن معه تصورهما، دون وجود حياة مادية<sup>3</sup> فعلية من طرف الحائز قائم الذات، وأنها بهذا الاعتبار تصبح وسيلة من وسائل الإثبات تفيد المتمسك بها في إثبات حقه على الشيء الذي يحوزه<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد العالي دقوقي، المعزوز البكاي، مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> عبد العالي دقوقي، محاضرات في حق الملكية وفي الضمانات العينية والشخصية. - دراسة في قانون رقم 08-39 بمثابة مدونة الحقوق العينية - مطبعة ورافة سجلماسة، طبعة 2011-2012، ص 73.

<sup>3</sup> لقد نصت مدونة الحقوق العينية على مجموعة من الصفات التي يجب ان تتوفر في الحياة حتى تكون قانونية.

<sup>4</sup> عبد المجيد مهون، أثر الحياة في إثبات ملكية العقار غير المحفظ، مقاربة في ضوء مدونة الحقوق العينية والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013 تقرير موجز حول الرسالة منشور في

وبصدور قانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، قد تم القضاء على الازدواجية التي كلن يعرفها النظام العقاري، وذلك من خلال وجود عقارات محفظة وأخرى غير مُحفظة، حيث أن هذه الازدواجية خلفت العديد من الصعوبات سواء في المعاملات المنصبة على العقار والحقوق العقارية أو عند بت القضاء في المنازعات المتعلقة بها، وبالتالي كانت تشكل عاملاً يحد من إرادة إدماج العقارات غير المحفظة في مسلسل التنمية والاستثمار، لذلك كان من الضروري وضع تشريع موحد يطبق على الحقوق العينية العقارية، وهذا ما تم تكريسه مع مدونة الحقوق العينية التي أصبحت تطبق على كل العقارات سواء المحفظة أو غير المحفظة.

ومن خلال ما سبق يمكن طرح التساؤل التالي: ما هو الدور الذي يمكن أن تلعبه الحيابة في تأييد مطلب التحفيظ وذلك استناداً إلى الفصل الثالث من م.ح.ع؟

بداية ن سجل أن المشرع قد حدد في إطار الماد المذكورة أعلاه الشروط الضرورية للاعتداد بعقود التفويت الواردة على العقارات غير المحفظة، وبالتالي لا يقتصر طالب التحفيظ على الإدلاء بعقد تفويت ملكية العقار غير المحفظ لفائدته، بل أوجب عليه نفس الفصل أن يدلي كذلك بأصل التملك الذي يستند إليه المفوت، وقد دقق المشرع في طبيعة أصل مدخل المفوت الحائز في أنه يجب أن يكون ناقلاً للملكية حتى تقوم الحيابة، ويترتب عليها الأثر المكسب للملكية<sup>1</sup>

نستنتج إذاً، أن ادعاء طالب التحفيظ بخصوص حق الملكية على العقار المطلوب تحفيظه قائماً أساساً على وثائق رسمية متواترة وذات حجية ومستجمعة لشروط الصحة من ناحيتي الشكل والجوهر.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 3 من م.ح.ع، على أنه " يترتب على الحيابة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر..."

من خلال هذه الفقرة يتبين لنا أنه من أجل اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ لا بد من توفر مجموعة من الشروط القانونية، وهذاما تم تكريسه كذلك من خلال المادة 240 من م.ح.ع التي نصت على تلك الشروط لصحة حيابة الحائز، وانطلاقاً من كل هذا فلحائز يعتبر هو المالك الحقيقي حتى ولو استطاع الغير أن يدحض هذه القرنية<sup>2</sup>

طلما استمر في حيابة هذا العقار لمدة معينة من الزمن، وهذه الأخيرة قد تم التنصيص عليها في المادة 250 من م.ح.ع، حيث نصت هذه الأخيرة على أن مدة الحيابة هي عشر سنوات في الحالة التي لا يرتبط فيها الحائز بأية علاقة قرابة مع الخصم، لكن بشرط حضور المحوز عليه وسكوته عن واقعة الحيابة طوال المدة المذكورة، أما إذا تعلق الأمر بالحيابة بين الأقارب الذين ليس بينهم عداوة فمدتها أربعون سنة، وعشر سنوات إذا كانت بينهم عداوة وهذا ما نصت عليه المادة 251 من المدونة المذكورة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> هشام بصري، المتغير التشريعي في سلطات المحافظ العقاري أثناء مسطرة التحفيظ، م س، ص 112.

<sup>2</sup> حكم صادر عن ابتدائية وجدة، رقم 727 بتاريخ 10/05/2006 في ملف عدد 05/354، ما يلي " وحيث أنه من جهة أخرى فالشراء المدعم بالحيابة يقدم على الشراء المجرد.... وحيث أن رسوم الأثرية المجردة لا تقيد الملك ولا تدل عليه فيتعين والحالة هذه التصريح بعدم صحة تعرضه " أشارت إليه وردة غزال في أطروحتها، م س، ص: 165.

<sup>3</sup> عبد العالي دقوقي، محاضرات في حق الملكية وفي الضمانات العينية والشخصية، م س، ص 80.

وفي قرار جديد صادر عن محكمة النقض<sup>1</sup> اعتبر فيه " إن الحيازة المستوفية للشروط المقررة فقها من وضع يد، وتوفر قيود أخرى مع اليد من طول مدة ونسبة وتصرف وعدم منازع ونفي علم الشهود بالخروج عن الملك في وثيقة الميت المشهود له تقطع حجة القائم بالملك للمدعى فيه إلا مع عذر ففي نظم التحفة :

والأجنبي إن يحز أصلا بحق / عشر سنين فالتملك استحق

وانقطعت حجة مدعيه / مع الحضور عن خصام فيه

وكذلك في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى<sup>2</sup> (سابقا)، اعتبر فيه أن الحيازة قرينة تدل على الملك بقوله " حيث أن مسألة قرينة الحيازة تدل على المالك لا على أداء الثمن عند التباعد... "، وبذلك تم ادخالها ضمن القرائن الواقعية لإثبات التملك، واعتبرت كما هي لدى عدد من الفقهاء وسيلة من وسائل إثبات الملكية، كما اعتبرت حجة قوية في الدعوى ولو أدلى المدعي تأييدا لدعواه بما يثبت أنه اشترى العقار المطلوب، وقرر بأنه لا ينتزع الملك من يد الحائز بمجرد إدلاء المدعي برسم شرائه غير المبني على ملكية البائع له<sup>3</sup>

إذن يمكن القول أنه في جميع الصور التي يكون فيها الشخص حائزا على العقار حيازة مشروعة، سواء كانت حيازته على وجه الملك، أو على وجه آخر، يحق له أن يتمتع بحماية قانونية لحيازته تحول بينه وبين كل ما يعكرها، وبين من قد يروم الإعتداء عليها، ولهذا وفر المشرع للحيازة حمايتين: حماية مدنية. عن طريق دعاوى الحيازة، وحماية جنائية عن طريق متابعة وعقاب المعتدي على الحيازة ورد تلك الحيازة إلى صاحبها الشرعي<sup>4</sup> وكذلك لقد نص الفصل 3 من م.ح.ع على أثر الحيازة في الترجيح بين الأدلة، حيث نص المشرع في نفس المادة على قواعد وأسباب الترجيح بين الحجج، حيث يبقى الحائز في مركز متميز أثناء عملية الترجيح.

لقد نص الفصل المذكور على عشر مرجحات، سنقتصر على دراسة بعضها وذلك لتبيان قواعد الترجيح بين الحجج.

## 1- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه.

فالبينة الشاهدة لسبب التملك تقدم على البينة التي لم تبين سبب الملك، وذلك كما لو قال إن هذه الدار لفلان، هو الذي بناها أو ورثها من أبيه، وقالت بينة المدعي عليه إنها له ولم تزد عن ذلك بحيث لم تذكر سبب تملكه، فإن البينة الأولى تقدم على الثانية، ويعمل بمقتضاها وتلغى الثانية، وقد أكد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)<sup>5</sup> على هذه القاعدة بقوله " المحكة كانت على صواب لما استبعدت رسوم الأشرية بعللة أنها غير مؤسسة على أصل

<sup>1</sup> قرار عدد 2941 الصادر بتاريخ 21 يونيو 2011 في الملف المدني عدد 2008/4/1/1290 منشور، في مجلة ملفات عقارية، مطبعة الأمنية، الرباط، العدد 2 السنة 2012، ص 172.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 275 الصادر بتاريخ 1989/06/04 في الملف المدني رقم 3326، غير منشور.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى (سابقا) عدد 264 بتاريخ 2 يناير 1987، دون ذكر ملف عدد، أوردته ورده غزال في أطروحتها، م س، ص: 165.

<sup>4</sup> محمد القدوري، حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، مطبعة دار الأمان الرباط، الطبعة الثانية 2009، ص: 155.

<sup>5</sup> قرار عدد 304، صادر بتاريخ 2001/01/23، ملف مدني عدد 2000/1/1/2285 غير منشور.

الملك، وبالتالي فإن قرارها جاء على صواب ومرتكز على أساس، وغير خارق لقواعد مسطرة التحفيظ، ويضيف القرار في تعليقه أن الأشرية المجردة لا تثبت الملك ولا ينتزع بها من يد الحائز".

## 2- تقديم بينة الملك على بينة الحوز.

ترجح بينة الملك على بينة الحوز، لأن الملك أخص من الحوز وأقوى منه، فإذا شهدت إحدى البينتين بالملك والأخرى بالحوز قدمت الشاهدة بالملك، ولو كان تاريخ الحوز سابقا لأن الحوز أعم من الملك، والعام لا يعرض الخاص.

## 3- زيادة العدالة والعبء ليست بالعدد.

والمقصود بالعدالة الزائدة هي الحجة التي يعرف شهودها بالبروءة والعفة، والتي ترجح على حجة الشهود الذين يكونون على حال حيث لا يعرف خيرهم من شرهم، حتى ولو كثر عددهم<sup>1</sup> أي لا عبء بزيادة العدد في مقابلة زيادة العدالة.

## 4- تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب.

الأصل بقاء ما كان حتى يظهر خلافه، فالأصل هو الاستصحاب إلى أن يثبت الناقل، فإذا وقع الاستدلال بحجج متعارضة، وكانت إحدى الحجج تتمسك بالأصل والأخرى تثبت النقل عن ذلك الأصل فترجع الناقلة على الحجة المستصحبة للأصل<sup>2</sup>، فمن مات عن دار وأثبت ولده أنها لم تخرج عن ملك والده إلى أن مات، وأثبتت زوجته أنه أعطها إياها في صداقها مثلا، قدمت بينتها لأنها ناقلة.

وتأكيدا على هذه القاعدة جاء في قرار المجلس الأعلى (سابقا)<sup>3</sup> في حالة تقديم حجة مستصحبة ضد حجة ناقلة فمن المقرر فقها عند تعارض الحججتين ترجح الناقلة على المستصحبة".

## 5- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد.

إذا أدلى المدعي بينة مكونة من شاهدين شهدت بأن العقار يعود له في ملكه، وأدلى المدعي عليه بينة مكونة من شاهد واحد شهدت بأن العقار موضوع النزاع يعود له (أي للمدعى عليه) وخلف هذا الأخير يميننا مع شهادة الواحد أعدل زمانه.

وفي هذا الصدد جاء في قرار المجلس الأعلى<sup>4</sup> (محكمة النقض حاليا) "شهادة الشاهدين تقدم على الشاهد واليمين ففي الزرقاني على الشيخ خليل، ورجح بشاهدين من جانب على شاهد ويمين من جانب آخر ولو كان أعدل أهل زمانه".

<sup>1</sup> المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات أسباب الترجيح بين الحجج، مكتبة الرشد، سطات، بدون ذكر المطبعة، ص 196.

<sup>2</sup> المعطي الجبوجي، م، س، ص: 150.

<sup>3</sup> قرار عدد 41 صادر بتاريخ 1982/05/11 في الملف العقاري 3446، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 30، سنة 1982، ص: 68.

<sup>4</sup> القرار عدد 3355 الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 2002 في الملف المدني رقم 2001/1/1/2820 منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 147، السنة 2004، ص: 224.

نستنتج من خلال كل ما سبق أن الحيابة في القانون أو في الفقه الإسلامي، تعطي الحائز الحق في دفع دعوى خصمه، لأن الحيابة في الواقع تعتبر هي الملكية خاصة بالبوادي.

كل هذا يدفعنا إلى القول كذلك بأن الحائز لحق عيني عقاري يمكنه أن يقدم طلبا لتحفيظ العقار، غير أنه يجب أن يعزز طلبه بالمستندات المؤيدة لحيابته والتي يجب أن يستدل منها على توافر شروط الحيابة المنصوص عليها شرعا وقانونا خاصة المادة 240 من م.ح.ع، وهذا ما من شأنه أن يقف كحجر عثرة أمام المتحايلين على القانون، وأمام أولئك الذين يحاولون الترامي على ملك الغير<sup>1</sup>

عموما يمكن القول ان الحيابة كما نصت عليها المادة 3 من م ح ع تلعب دورا مهما في تدعيم مطلب التحفيظ و ذلك بالنظر إلى الأهمية القصوى التي تحظى بها في وسائل الإثبات حتى أنها تغني عن شهادة العدلين و هذا ما اكده القرار الصادر عن محكمة النقض<sup>2</sup> " ... ان الحيابة القانونية تغني عن إسهاد العدلين بمعاينة الحوز " .

<sup>1</sup> - ورده غزال، دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري، أطروحتها، م، س، ص: 169.  
<sup>2</sup> قرار عدد 163 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/584 الصادر بتاريخ 12 أبريل 2011 منشور في مجلة ملفات عقارية العدد 2 السنة 2012.

## قراءة لمشروع قانون استرداد الأموال



فضيلة الأستاذ الدكتور خالد الجمرة : خبير قانوني ومسؤول سابق في السلطة القضائية باليمن

أستاذ الفقه المقارن والقانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية

كاتب رأي في عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية

email : khaledalj@hotmail.com

قدّمت وزارة الشؤون القانونية للرأي العام مشروعاً لما أطلقت عليه مسمى قانون استرداد الأموال المنهوبة، وهذه خطوة جيّلة تفوقت بها وزارة الشؤون القانونية على تاريخها من حيث تعميم مشاريع مُخرجاتها واستشارة الرأي العام فيها قبل نفاذها، وزادت ان طلبت ملاحظات من يهتم حول ما جاء فيه من أحكام. وهي بهذا تحمّل المجتمع بكامل مكوناته الجماعية والفردية لا سيما مكوناته القانونية جزء من مسؤولياته، مع ذلك لا يمكن الجزم أن خطوة الوزارة هذه كافية، إذ أنها كانت ابتداءً كذلك مُلزّمة بتوضيح خلفيات اقتراح هذا المشروع ومسبباته، فهنا تكمن البداية الصحيحة لمسيرة هذا المشروع، حتى لا يبدو كأداة تشريعية لتصفية الحسابات بين فرقاء السياسة.

كما أن هنالك عدّة استفسارات بحاجة إلى إجابات مُقنعة بشأن طبيعة وتوقيت هذا المشروع، وإلى ماذا يهدف بالأساس؟!، وهل سيكون فعلاً كما يتخوّف البعض سيفاً مسلطاً على رقاب مكونات حزبية مقصودة بالذات؟!، وهل سينجح فعلاً هذا المشروع ويخرج إلى النور أم أنه سيلحق بمشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الاجتماعية الذي مات قبل أن يولد بفعل التنزاع السياسي واختلاف شركاء المبادرة الخليجية على الأحكام التي يجب أن يتضمنها، مع تراخي وزارة الشؤون القانونية عن مكاشفة المجتمع بأسباب عرقلة هذا المشروع بحياذية ومنطقية قانونية!! الحقيقة كان على الوزارة أن تجيب على مثل تلك التساؤلات في مذكرة توضيحية مُرفقة بالمشروع، لتقنع كل أطراف المجتمع أن هذا المشروع إنما هو فعلاً مشروع لقانون الغرض منه حماية المال العام!

بدراسة مُنصفة للمشروع يمكن بسهولة ملاحظة أن المشروع من حيث قلبه كان خالياً من الابتكار الموضوعي، فتقريباً كان مضمونه فارغاً من أي قيمة قانونية إضافية جديدة يمكن أن تشكل نصوص مُلهمة للمادة القانونية مُستقبلاً، إذ أن فكرته ومحتواه مُجرّد تكرار مكتوب لما تقوم به الدولة عملياً منذ فترة غير قصيرة بتعطيل مؤسسات الدولة الرسمية من مسؤولياتها عبر تشكيل لجان مُستقلة تغتصب وظيفتها!!، مثلاً مؤسسات مثل الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، والتكوينات الإدارية الداخلية والخارجية المسؤولة عن الرقابة، بل وحتى نيابة الأموال العامة، انشأت مقابلها هيئة مكافحة الفساد لتقوم بوظيفتها ابتداءً، بينما مهام وزارة الداخلية، ووزارة الدفاع تقوم



بوظيفتها اللجنة الأمنية العليا واللجان الأمنية الفرعية بالمحافظات، كما انشأت الدولة لجان التحقيق في أحداث 2011م، ولجان لبحث مشاكل لأراضي في عدن والحديدة، ولجان لمعالجة أوضاع الموظفين المفترض أنهم مُبعدين بقصد سياسي، هذه اللجان وفق أغراضها التي انشأت لأجلها كما يظهر إنما هي بديل لدور مُفترض كان ينبغي أن تقوم به المؤسسات القضائية التي للأسف بهذه اللجان (نُهب) اختصاصاتها، بل وأكد انشاء هذه اللجان أن الثقة بالسلطة القضائية وهيئاتها المختلفة مهزوزة إن لم تكن منعدمة داخل الحكومة، والمؤسسة الرئاسية!!

لكن هذه المرة وفق ما جاء في المشروع - محل التعليق - أريد لهذه اللجان أن تُستنسخ بقانون لا كالعادة بقرار صادر من السلطة التنفيذية بإشارة رئاسية، فالمشروع يركز منذ البداية وحتى النهاية على تشكيل لجنة مهمتها متابعة بلاغات صادرة من أي جهة حول أموال تم نهبها من مؤسسات الدولة، لغرض استعادتها، بينما هذه الوظيفة من مهام عديد من الأجهزة التابعة للسلطتين القضائية والتنفيذية، وبالتالي لم يكن هنالك من سبب يدعو لإنشاء لجنة جديدة للقيام بهذه الوظيفة، هذا من حيث المبدأ.

ومن المعلوم أنه خلال الفترة السابقة تناولت التقارير السياسية والاقتصادية وحتى الأمنية - وهي تقارير صادرة من جهات مختلفة حكومية وغير حكومية، داخلية وخارجية - تناولت هذه التقارير موضوع الفساد التي تغرق فيه الكثير من مؤسسات الدولة، وأجمعت أنها السبب الرئيس في تدهور الوضع الاقتصادي للبلاد، وأن حالة عدم الاستقرار التي تعيشها اليمن، وتشرخ جدران بناء الدولة إنما هو نتيجة فساد عريض يلتهم مقدراتها ويعرضها للفشل والإنهيار السريع في أية لحظة، هذا يعني أن الإدارة غير الرشيدة للموارد، نتج عنه فشل الحكومات المتعاقبة بتسيير شؤون الدولة آمناً واقتصادياً وهو من آل بالبلاد إلى هذا المآل، لذلك تبدو الإشكالية أنها ليست في عدم وجود مؤسسة تتابع المال المنهوب من الدولة وتسترجعه، كما ان الإشكالية ليست في افتقاد الدولة للمؤسسات البتة، الإشكالية الحقيقية تكمن في عدم إدارة هذه المؤسسات وتسييرها وفق مسار نزيه وفعال، يمنع ابتداءً سلب المال العام والاستيلاء عليه. فيتأمل قوام اللجنة المعنية بمتابعة المال المنهوب واستعادته وفق ما جاء في المادة (8) من المشروع ستبين هذه الحقيقة بتجلي ووضوح، إذ نصت هذه المادة في فقرتها الأولى أن تكون اللجنة مشكلة من وزير الشؤون القانونية رئيساً، ووزير العدل نائباً، بينما يكون ممثلون عن جهات أخرى أعضاء هي الأمن القومي، وزارة الداخلية، وزارة الداخلية، وهيئة مكافحة الفساد، بجانب عضوية كلاً من محامي عام الأموال العامة، ووكيل وزارة الشؤون القانونية لقضايا الدولة.

إذا كانت هذه اللجنة تتكون من مؤسسات للدولة عبر ممثلين فلماذا نحتاج بالأصل إلى مؤسسة جديدة عبارة عن خليط من مؤسسات عجزت وفشلت سابقاً في القيام بدورها، ولماذا لا تقوم هذه الجهات بمهامها حتى هذه المهام المبينة في هذا المشروع كل في إطار اختصاصها؟!، بدلاً من إشراكها جميعاً في مؤسسة حاضنة تحتاج مال إضافي ضخمة كموازنة لمباشرة مهامها؟!، وهذا سؤال يحتاج إلى إجابة رسمية من الحكومة، وسيطرح بكل تأكيد عند أكثر من مرحلة يمر بها هذا المشروع، فهل يُعقل أن تُستنزف الخزينة العامة مال إضافي من أجل استرداد مال مسلوب مهمة استرداده قانوناً من وظيفة مؤسسات قائمة وموجودة فعلياً ولديها موازنتها الخاصة والمستقلة؟! هذا أولاً.

ثانياً لا يستقيم بالطلق أن يكون الجهاز القضائي ممثل في هذه اللجنة المتمثل في عضوية محامي عام الأموال العامة، إذ أن السلطة القضائية بمؤسساتها وهيئاتها المختلفة يجب ان تكون بمنأى في عملها عن التبعية لأجهزة

تنفيذية، على اعتبار أن هذه الأجهزة أو أي متضرر من إجراءاتها قد تلجأ أو يلجأ للقضاء، فكيف سيقوم القضاء بواجبه؟ وهو عضو تابع في هذه الأجهزة!!

إن أكثر ما خدم به هذا المشروع ابتداءً الرأي العام أنه حدد بطريقة غير مباشرة الجهات التي يجب أن تقوم بدورها في سبيل القضاء على الفساد، أو بلغة هذا المشروع التي يجب أن تقوم بدورها في استرداد الأموال المنهوبة، عندما نص على تمثيلها في لجنة استرداد هذه الأموال، فلحكومة بهذا المشروع تعترف قانوناً أن هذه الجهات مُقصّرة، لا تقوم بواجبها كما ينبغي، وبإنها فشلت خلال الفترة الماضية في حماية المال العام ومن ثم مكافحة الفساد، إذ لا يوجد في الواقع العملي فرق بين الفساد المالي، والاقتصادي، والإداري، الذي ينخر في عظم الدولة، وبين عملية نهب الأموال العامة ومن ثم الفشل في استردادها، اللهم إنه استبدال مصطلحات لم تعد مستساغة مجتمعيًا بمصطلحات جديدة لم تعلق في الذاكرة الجمعية بعد!!

فشل مؤسسات الدولة لا سيما تلك المعنية بالقضاء على الفساد هو ما أدى إلى هذا الوضع، هذه المؤسسات الفاشلة العالجة للأسف هي المؤسسات التي أعاد هذا المشروع التعويل عليها من جديد، وهنا تكمن المشكلة الحقيقية لهذا المشروع، بل إنها القشة التي قصمت ظهر جديّة هذا المشروع ومقصده النبيل، وستحوّله إلى مجرد هالة إعلامية جديدة تضاف إلى ما سبقها من دعايات قدمتها الحكومة في هذا الجانب من مثل انشاء نيابات ومحاكم الأموال العامة، إنشاء لجنة مكافحة الفساد، إلحاق تبعية الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة برئاسة الجمهورية، إعادة ترتيب الإدارات الداخلية للرقابة والتفتيش، إصدار قوانين من مثل غسيل الأموال، ومكافحة الفساد وغيرها، إضافة إلى إنشاء لجان التحقيق العديدة التي تشكل من مجلس النواب ومجلس الوزراء عند كل فضيحة فساد تنبثق ريجتها، وكذا غيرها من الإجراءات التي أثبت الواقع المعاش أن إنشائها لم يكن أكثر من مجرد (دعاية سياسية)، فإذا بمشروع هذا القانون بغرابة شديدة يعيد استنساخها بصورة جديدة داخل إطار مختلف!؟

قبل الحديث عن الهفوات القانونية التي وقع فيها المشروع، تبقى الإشارة مهمة إلى أن غرض هذا المشروع مُرحب به دولياً، إذ نص عليه قرار مجلس الأمن رقم 2140 بشأن الاجراءات المتعلقة بمعاينة معرقلي عملية الانتقال السياسي باليمن، وهو ما يعني أن وراء (غرض) إصدار مثل هذا المشروع خلفية دولية تحض عليه، وتدفع إلى تحقيقه.

لو تجاوزنا هذه اللغة المنطقية المشوبة بروح القانون والتجربة، ونظرنا بتأمل وتفاعل كذلك إلى نصوص المشروع محل النظر سنقف كذلك على هفوات وسقطات وقع فيها هذا المشروع، فمثلاً جاء في المادة (9) أن هذه اللجنة تمارس مهامها المحددة باستقلالية وحيادية دون تدخل أي من السلطات الأخرى، ولعل هذا النص غفل على أن المادة (8) التي تبين طريقة تشكيل اللجنة قد اعتبرت أعضاء اللجنة مجرد ممثلين لجهاتهم التي هي بالأصل مؤسسات تتبع سلطات الدولة!!! فكيف ستستقل اللجنة في عملها ورئيسها ونائبة مجرد موظفان في السلطة التنفيذية، وأحد أعضائها تستقيم اختصاصاته القضائية قانوناً على تعليمات رئيسه المباشر داخل السلطة القضائية! ثم كيف ستستقل هذه اللجنة من سلطات الدولة؟ وهي تقوم بوظيفة هذه السلطات بالأصل!!

هذه المادة كانت ستكون مقبولة، وكان يمكن النظر في تعديل صياغتها تعديلاً طفيفاً لو نص المشروع أن أعضاء اللجنة مختارين بأشخاصهم لا بصفاتهم، أما وأن اللجنة مشكلة من موظفين باعتبار صفتهم الوظيفية وممثلين يخضع تعيينهم لمشيئة رؤساء سلطات الدولة المختلفة، إذ أن الفقرة ب من المادة (8) من المشروع منحت لرؤساء الجهات حق تسمية ممثلها في هذه اللجنة، وهذا بلا شك التدخل الأول في عمل اللجنة، بل مفتاح تدخل هذه

السلطات، وبابها الواسع التي ستلج إملاءاتها منه!!! وهو ما ينقض عروة الاستقلال المنصوص لهذه اللجنة حجراً حجراً.

و في المادة (18) منح المشروع اللجنة الحق في التفاوض مع من وصفهم بالمشمولين بإجراءات الملاحقة والاسترداد للأموال، بحيث يكون إرجاع الأموال مقابل تخفيف العقوبة أو الغاؤها، ولم يبين المشروع الكيفية أو الطريقة أو الإجراء التي سيتم بها تخفيف العقوبة أو الغاؤها، ولا مقدر وحدود هذا التخفيف والإلغاء، وهو ما يعني أن هذا سيكون محكوم بالمبادئ العامة للقانون، وبالتالي فإن تفاوض هؤلاء مقابل التخفيف والإلغاء مع المتهمين لن يكن محكوماً بقواعد دقيقة وواضحة، فيكون بالتالي هذا التفاوض في حقيقته مجرد من الغطاء القانوني المناسب، أما مصطلح الضوابط الوارد في آخر الفقرة فهو يخص ترتيب أحكام منح نسبة 10% للناهب المعترف بنهبه للمال العام، وهذا النص بحكمه الغريب هذا سيتحول إلى وسيلة قانونية فتاكة للاستيلاء على المال العام مستقبلاً، أولاً بالاستيلاء عليه ثم التنازل عنه مقابل عشرة بالمائة منه، إذ يكفي نهب مائة مليون ريال مثلاً في البداية ثم التوجه مباشرة للجنة للاعتراف بالاستيلاء على هذا المبلغ مقابل الحصول على عشرة مليون ريال، وهذه صورة واضحة من صور الإثراء غير المشروع!!، مما يجعل مثل هذا النص مخالفاً للمبادئ العامة للقانون وروحه.

في المادة (19) من المشروع جاء فيه أن اللائحة التنفيذية للقانون تصدر من رئيس الجمهورية باقتراح من رئيس اللجنة بعد موافقة اللجنة، ومصطلح اللجنة هنا يرد على كل اللجنة بما فيها الأمانة العامة (المكونات الإدارية)، واللجان الفرعية، لهذا كان الأنسب التخصيص بحيث تكون الموافقة المطلوبة صادرة من (أعضاء اللجنة) فحسب، وليس كما جاء في النص من (اللجنة) بالعموم كما جاء في النص.

من مثالب القانون أنه اعطى اللجنة حق اتخاذ اجراءات قضائية لا يجوز أن تصدر إلا من القضاء مثل حجز الأموال، إذ جاء في تعريف الحجز بالفقرة 7 من المادة (2) بأن حجز الأموال إجراء مؤقت يصدر من اللجنة، بينما هذا إجراء لا يجب أن يتم إلا وفق قرار قضائي وهذا ثابت في المادة (377) من قانون المرافعات النافذ الذي اعتبر الحجز بأنه إجراء يتم به (بأمر قضائي) وضع المال تحت يد القضاء، وبما أن الثابت في القانون اليميني أن الحجز نوعان تحفظي وتنفيذي محاطان بإجراءات حددها القانون تحديداً دقيقاً - كونهما يتعلقان بأموال - تترتب عليها خطورة قد تمتد أثارها إلى ما فيه ضرر قد يتجاوز مقدار وحجم الحق المطلوب نفسه، وتعلق هذا الإجراء بحق إنساني أصيل يلزم تحصين مثل هذا الإجراء بضمانات أهمها أن تتكفل بالأمر بها ومراقبتها أجهزة القضاء؛ باعتبار القضاء جهة ضامنة، يكفل العدل، والمساواة، ويحمي مصالح كل الأطراف، لهذا كان الأولى للمشروع أن يمنح للجنة استرداد الأموال حق تقديم طلب مستعجل لرئيس المحكمة المختصة بإجراء هذا الحجز فقط، لا الحق في الأمر المباشر بالحجز وتنفيذه، ومن التناقض في المشروع أنه ورد في المادة (6/7) ما ينص على أن من ضمن اختصاص اللجنة طلب التجميد أو الحجز وهذا هو التوجه القانوني الأضبط، لكن المشروع خالفه في المادة الثانية عند تعريف الحجز.

وفي اختصاص لجنة استرداد الأموال ورد بالمادة (5/7) أن من ضمن اختصاصها طلب المساعدة القانونية من السلطات المختصة في الدول الأجنبية لاتخاذ اجراءات تحري وكشف وبحث للأموال المنهوبة... إلخ) والحقيقة ان هذه الفقرة غير منضبطة، وتحتاج إلى إعادة صياغة، بحيث تبين بأن المقصود بالدولة الأجنبية هي الدولة المحتمل أن تكون الأموال المنهوبة قد هربت إليها، أو أنها كانت مسرح لنقل هذه الأموال، أو تمت داخل حدودها الإقليمية عملية غسل لهذه الأموال، كما الأولى أن يكون الطلب من هذه الدولة منصب على تقديم مساعدة (قانونية وقضائية)، لا مساعدة

(قانونية) فقط كما ورد في النص، إذ أن المساعدة القانونية بالغالب تختص بها المؤسسات المعنية بتقديم الخدمة القانونية، وليس الدولة المعنية التي تُعنى باتخاذ اجراءات قضائية، كما أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تشترط أن تكون هذه الإجراءات قد تمت عبر أجهزة قضائية، وفي هذا كان يجب على المشروع أن يتضمن نص يمنح اللجنة اختصاص مراجعة الاتفاقيات الثنائية والإقليمية والدولية المعنية بمكافحة الفساد، وتقديم الاقتراحات المناسبة بشأن انضمام اليمن لهذه الاتفاقيات وجدواها بما يسهل اجراءات استعادة الأموال المنهوبة، كون التعاون الدولي وسيلة قانونية فعالة في استعادة الأموال المنهوبة لكنها تحتاج إلى جهد قانوني منظم وخبير.

في الأخير يجب أن نوجه الشكر لمن اجتهد وأعدّ هذا المشروع، فقد بذل فيه جهد كبير عصر فيه أفكار كثيرة، لكن أتمنى وأرجو أن لا يصدر مثل هذا المشروع إلا وقد خضع لتدقيق ودراسة عميقة ومسؤولة مسنوداً بنية حقيقية صادقة لتنفيذه التنفيذ الدقيق الكامل بما يلمس الناس فعاليته، ويجد حقه في التنفيذ العادل والنزيه، والحمد لله رب العالمين.

## اكنساب صفة الالاجئ في الجزائر



غالر نجوی ، ماجستير في القانون العام بجامعة أبو بكر بلقايد

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان ، باحثة بصف الدكتوراه

مقدمة :

منذ بدأ الحديث عن حقوق الإنسان، باعتباره كائنا بشريا، كان الهدف الأول في هذا المجال هو القضاء على كل تمييز بين البشر أو بين الشعوب، فتكفي الصفة الإنسانية لتمتع الفرد بالحقوق بصرف النظر عن كونه مواطنا أو أجنبيا. ولكن وبما أن الأرض تقسم إلى دول مختلفة يعيش في كل منها جمع متناسق من الناس تربطهم بالدولة جنسية تؤكد انتسابهم لها وخضوعهم لسيادتها، كان من الطبيعي أن يقوم تمييز في المعاملة بين مواطني الدولة والأجانب عنها، مرده التمييز بين المواطنين والأجانب من حيث مركزهم القانوني، إذ غالبا ما يتمتع المواطنون بحقوق أكبر مما يتمتع به الأجانب، وبالمقابل يخضعون لواجبات أكبر<sup>1</sup>.

وإن كان هذا هو الذي يطبق على كافة فئات الأجانب، إلا أن الوضع يختلف بالنسبة لفئة خاصة من الأجانب تعرف بـ "اللاجئين". ورغم كون اللجوء ظاهرة قديمة قدم الإنسانية بحيث لا تكاد تخلو حضارة منه وإن اختلفت أسبابه حاليا عن الأسباب السابقة والتي كانت ترتبط في أغلب الأحيان بالحفاظ على الحياة. إلا أن تكريس اللجوء بمفهومه الحديث كان بعد الحرب العالمية الثانية استجابة لاحتياجات ملايين اللاجئين الذين فروا من بلدانهم الأصلية. وقد أرسى اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 والبروتوكول الملحق بها لعام 1967 النظام الدولي لحماية اللاجئين، والذي بموجبه خلق ما يعرف بالحق في الملجأ، أو حق اللجوء كحق من حقوق الإنسان المعترف بها دوليا باعتبار أن اللاجئين هم أشخاص انتهكت حقوقهم الإنسانية انتهاكا خطيرا، أو تعرضت حقوقهم هذه للتهديد الخطير، حيث يعرف اللاجئ طبقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين بأنه كل شخص يوجد بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أولا يريد بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية

<sup>1</sup>-أحمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص.410.

ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يعود لذلك البلد.

فالهدف الرئيسي من وراء تقرير حق اللجوء هو حماية حقوق اللاجئين وتوفير الأوضاع الكريمة لهم، إلا أنه لا مجال للتمتع بما تقرره النصوص الدولية من حقوق أو امتيازات للاجئين إلا متى اعترف بهذه الصفة لطالب اللجوء.

ومن هنا كان البحث عن كيفية اكتساب اللاجئ هذه الصفة من أهم المواضيع التي تطرح بالنسبة لدراسة وضعية اللاجئين في الدولة المضيفة، كونه يتعلق بمدى مشروعية تصرف الدولة مع اللاجئ. ولأجل ذلك كانت الإشكالية الرئيسية المنطلق منها في محاولة إثراء هذا الطرح كالتالي: كيف نظمت النصوص القانونية الجزائرية موضوع اكتساب صفة اللاجئ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا البحث الذي جاء تحت عنوان "اكتساب صفة اللاجئ في الجزائر" والذي تم تقسيمه إلى مبحثين، يكون المبحث الأول تحت عنوان طلب اللجوء، أما في المبحث الثاني، فيتم الحديث عن الجهات المكلفة بدراسة طلب اللجوء.

#### المبحث الأول: طلب اللجوء:

جاء في نص المادة الأولى، فقرة ألف-02 من اتفاقية جنيف لسنة 1951: "كل من وجد ... وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية...".

باستقراء نص المادة، نخلص إلى تقريرها لعنصر وحيد يعد كأساس لمنح صفة اللاجئ. ويتعلق الأمر بعنصر الاضطهاد، وهو مفهوم واسع يسمح للدول بتطبيقه على مختلف الحالات التي تواجهها، ما يلزم بضرورة تحديد المقصود بعبارة "خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد" الواردة في الاتفاقية بالوقوف على العناصر المكونة للخوف الذي يصلح كأساس لطلب الملجأ. ثم التطرق للشروط الواجب توافرها في هذا الطلب لتتم دراسته من طرف السلطات الإدارية المختصة.

#### المطلب الأول: تأسيس طلب اللجوء:

إن أساس طلب اللجوء هو الاضطهاد الذي يظهر من خلال الاعتداء على الحقوق الأساسية للفرد، هذه الحقوق التي يمكن تصنيفها إلى أربعة أنواع:

النوع الأول من هذه الحقوق يتعلق بتلك الحقوق المعلن عنها بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهي تعد حقوقاً أساسية وآنية التطبيق، يقع على عاتق الدولة إلزامية السهر على حمايتها. ولا يمكن أن تكون محل أي تقييد حتى في حالة الخطر العام الاستثنائي المهدد للأمن العام والنظام والصحة العمومية، أو الحريات والحقوق الأساسية<sup>1</sup>، حيث يتمتع بها الفرد من منطلق إنسانيته دون أي اعتبار

1-فاصلة عبد اللطيف، مفهوم الاضطهاد في تعريف اللاجئ السياسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.07، 2009، ص.78.

آخر، ويتعلق الأمر بالحق في الحياة والاعتراف بالشخصية القانونية للشخص، والحماية ضد التعذيب وأشكال المعاملات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والحماية ضد العبودية، والحق في حرية العقيدة والديانة وحرية التفكير.

أما النوع الثاني، فيتعلق بالحقوق الأساسية المعلن عنها بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والتي يمكن للدولة تقييدها أو مخالفتها في حال اقتضت ظروف الدولة هذا التقييد أو المخالفة، كوجود حوادث تهدد الأمن العام والسلامة الوطنية أو الوحدة الإقليمية<sup>1</sup>. وبذلك ينصب تحقيق دولة اللجوء على مدى كون التقييد الذي فرضته دولة طالب اللجوء (وهنا سواء تعلق الأمر بدولة جنسيته أو دولة إقامته العادية في حال كان عديم الجنسية)، يشكل اضطهاداً أم لا، يكون بالنظر لكيفية تطبيق التقييد، فإن كان تطبيقه بصفة تمييزية فيعد اضطهاداً يجيز للمتعرض له طلب اللجوء. أما إن طبق دون تمييز، فهنا لا مجال للإدعاء بالاضطهاد. أما عن الحقوق التي يشملها هذا الحكم، فهي الحق في حماية الحياة الخاصة، والحق في الحماية ضد التوقيف أو الحبس التعسفي والحق في محاكمة عادلة واعتبار الشخص بريئاً ما لم تثبت إدانته، والمساواة دون تمييز بالنسبة للأطفال والأقليات، و الحق في حرية التنقل على إقليم الدولة وفي اختيار الإقامة فيها أو المغادرة مع إمكان العودة، فضلاً عن الحقوق السياسية كحرية التعبير، والتجمع، وتكوين جمعيات ونقابات، والمشاركة في الانتخابات...الخ.

أما فيما يتعلق بالنوع الثالث من هذه الحقوق، فيتعلق الأمر بتلك المنصوص عليها بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>2</sup>. وهذه الحقوق تتطلب من دولة الملجأ الدقة في التحقيق في مدى توافر الاضطهاد، ذلك أنه فيما يخص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لا نجده يضع إلزاماً على الدول بالتطبيق الفوري للحقوق التي تضمنها، بل يكون توفير هذه الحقوق حسب إمكانية الدول. ويتعلق الأمر بالحق في العمل والتغذية والسكن والعلاج والضمان الاجتماعي والتعليم والمشاركة في الأعمال الثقافية والعلمية والأدبية...الخ.

ونظراً لخصوصية هذه الحقوق، على اعتبار أنها مرهونة بالظروف الاقتصادية للدول، فلا مجال للإدعاء بوجود الاضطهاد نتيجة تقصير الدولة في توفير أحد هذه الحقوق إلا في حال وجود تمييز في منحها، والذي يؤدي بدوره للمساس بالحقوق الأساسية للإنسان وعلى رأسها الحق في الحياة. ويتصور ذلك مثلاً في حالة التمييز في الاستفادة من حق العلاج الذي يؤدي بدوره للمساس بالحق في الحياة، وكذا الحق في الحماية من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية. فحرمان أي شخص من العلاج بالنظر لانتمائها العرقي أو الديني أو السياسي...الخ، يعد من ضروب المعاملة اللاإنسانية، والذي يصنف بدوره كأحد صور الاضطهاد التي يمكن أن تكون كأساس لطلب الملجأ في دولة أخرى.

وأخيراً نجد النوع الرابع من هذه الحقوق. ويتعلق الأمر بالحقوق المكفولة بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي لم يتم تأكيدها من قبل العهدين الدوليين لحقوق الإنسان. ويتعلق الأمر بالحق في الملكية والحق في الحماية ضد البطالة.

<sup>1</sup>- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص. 79.

فلا مجال لاعتبار هذين الحقين كسند لطلب اللجوء. فعدم ضمان الدولة للتمتع بهذه الحقوق لا يعتبر سببا كافيا في حد ذاته من أجل تأسيس طلب اللجوء<sup>1</sup>، إذ لا مجال لتكييف عدم التمتع بهذين الحقين أو أحدهما كاضطهاد، وهو أحد الشروط الموضوعية المطلوبة لإمكان منح صفة اللاجئ.

### المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لطلب اللجوء:

تتمثل أبرز العناوين الأساسية التي تقف وراء طلب اللجوء في الاضطهاد، أو ارتكاب جرائم سياسية، وما عداها تعد أسبابا فردية تدخل تحت لواء أي من هذين السببين. وعلى هذا الأساس ستتم دراسة هذين السببين تباعا، باعتبارهما الأساس الموضوعي الذي يقوم عليه طالب اللجوء.

### الفرع الأول: الاضطهاد:

الاضطهاد يعني إساءة معاملة شخص أو مجموعة بشرية معينة نتيجة لانتمائها إلى عقيدة سياسية، أو دينية، أو عنصرية، أو ثقافية، أو طائفية، أو مذهبية، أو قومية، أو إثنية معينة، أو متعلقة بنوع الجنس، ويتمثل في الحرمان من بعض الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي<sup>2</sup>.

كما يعرفه البعض بأنه الاستخدام المنظم للتهديد والوعيد والتحذير والهدم والقتل والتصفية، يقوم به أفراد أو جماعات منظمة نتيجة توافر عوامل اجتماعية، أو سياسية ذاتية، أو موضوعية، من أجل تخويف الأفراد والجماعات بغية التأثير في إرادتها وحملها على الاستسلام والخضوع لما يريد مستخدمو الاضطهاد<sup>3</sup>.

في حين يذهب الأستاذ محمد الغزالي، إلى وصف الاضطهاد بالاستبداد السياسي الذي تضطرب معه موازين العدالة وتختل به أعمال القضاء، ويتضمن الإبعاد عن الوظائف الإدارية والتوجيهية إذا كانت معارضتهم في حدود الانحراف السلبي، أو عدم الموالاتة والتأييد، أو التنكيل الذي يشمل الاعتقال القصير أو الطويل، والسجن الخفيف أو الشاق، والضرب أو التعذيب، والقتل البطيء أو السريع<sup>4</sup>.

ومن خلال هذه التعاريف، يظهر عدم الاتفاق على تعريف واحد للمقصود بالاضطهاد، ذلك أنه من أصعب المصطلحات القانونية وأكثرها غموضا، كونه يعبر عن فكرة نسبية ومرنة تتغير بتغير الزمان والمكان. ومع ذلك فانطلاقا من التعريفات السابقة يمكن الوصول إلى تقييد تحقق الاضطهاد بتوافر عنصرين أو شرطين هما:

- أن العمل أو الأعمال التي تؤدي للاضطهاد، لا بد وأن تكون متخذة من قبل السلطة في الدولة، أو من قبل جهة دون تدخل الدولة لحماية هذا الشخص الذي يشعر بالمضايقة.

- لا بد أن يكون هذا العمل أو الأعمال تمثل تهديدا قد يقع على حياة الشخص أو على حرته بسبب عرقه، أو جنسيته، أو دينه، أو لكونه ينتمي إلى مجموعة اجتماعية أو نتيجة لآرائه السياسية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 80.

<sup>2</sup>أحمد عبد الحكيم عثمان، الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 195.

<sup>3</sup>إحسان محمد الحسن، علم اجتماع العنف والإرهاب (دراسة تحليلية في الإرهاب والعنف السياسي والاجتماعي)، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 27.

<sup>4</sup>محمد الغزالي، الفساد السياسي في المجتمعات العربية والإسلامية، دار المعرفة، الجزائر، 2004، ص. 135.

<sup>5</sup>عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي في حماية حقوق الإنسان، ط1، دار دجلة، الأردن، 2007، ص. 177.



وانطلاقاً من ذلك، يتميز الاضطهاد في خصوص تعريف اللاجئ بعدة مميزات تتعلق بمصدر هذا الاضطهاد وجسامته وسببه.

فمن حيث المصدر، يجب أن يكون الاضطهاد صادراً عن الحكومة القائمة في دولة المضطهد الأصلية، سواء كانت هذه الحكومة قانونية أم فعلية، وسواء كانت حكومة وطنية، أم سلطة احتلال أجنبي تمارس سلطات فعلية داخل الإقليم<sup>1</sup>.

واعتبار الاضطهاد صادر من الحكومة، لا يقتصر على صدوره مباشرة منها، أي بواسطة أعضائها أو أجهزتها المختلفة، بل يتحقق بطرق غير مباشرة، كصدور أعمال الاضطهاد من شخص أو جماعة تعمل لحساب الحكومة سواء كان ذلك بطريقة علنية أو مستترة، أو صدوره من شخص أو أشخاص لا يتبعون الحكومة، ومع ذلك يعملون بتحريض منها أو بموافقتها، فضلاً عن حالة عدم تدخل الحكومة لمنع أو قمع أعمال الاضطهاد<sup>2</sup>. أما المبرر المنطقي لهذا الشرط فمرده لطبيعة نظام الملجأ باعتباره حماية قانونية تقدمها دولة في مواجهة دولة أخرى.

ومن حيث الجسامته، يشترط أن يكون الاضطهاد على قدر من الشدة، بحيث يهدد حياة الشخص، أو حريته، أو سلامة جسمه، على نحو كاف لتمزق الرابطة العادية التي تربطه بدولته الأصلية، وبالتالي يبرر من ناحية أخرى حاجته إلى حماية دولة أخرى. وبناء على هذا الاعتبار، يعتبر من قبيل الاضطهاد بالمعنى المطلوب في اللاجئ، الأعمال أو التدابير التي تهدد حياة الشخص، أو حريته، أو سلامة جسمه، كالقتل و التعذيب والاعتقال والسجن والعمل الإجباري دون مقابل<sup>3</sup>.

أما من ناحية السبب، فيجب أن يكون الاضطهاد راجعاً إلى أسباب سياسية بالمعنى الواسع، بحيث يشمل كل ما يتعلق بنظام الحكم والأشخاص القائمين عليه، فضلاً عن الظروف المتصلة بالدين، أو العنصر، أو اللون، أو الجنسية، أو الرأي السياسي، أو الانتماء إلى طائفة اجتماعية معينة<sup>4</sup>.

وبالرجوع لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1951، باعتبارها الحجر الأساسي الذي بنيت عليه معظم الوثائق الدولية اللاحقة لها الخاصة باللجوء، نجد المعيار الأساسي في تحديد توفر سبب اللجوء، وارداً في المادة الأولى من الاتفاقية، وبالأخص عبارة "خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد". ومن العبارة تستخلص حالتين للخوف المبرر للاضطهاد: الأولى باعتباره حالة ذاتية متعلقة بالشخص المعني، والثانية باعتباره حالة موضوعية مرتبطة بالوضع السائد في بلده الأصلي<sup>5</sup>. وبذلك فبحث الدولة عن مدى توفر الخوف الذي يبرر طلب اللجوء لدى طالبه يوجب عليها التطرق إلى عنصرين، ذاتي وموضوعي، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> -برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي (دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.133.

<sup>2</sup> - Grahl MADSEN A, The status of refugees in international law, Vol 1, édition réimprimée Sijthoff, 1972, p.189.

<sup>3</sup> -أنظر في هذا المعنى: م. 02 ف. 03 من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية بشأن الجوانب الذاتية لمشاكل اللاجئين في إفريقيا 1969، وم. 03 ف. 03 من مبادئ بانجوك التي أقرتها اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا 1966.

<sup>4</sup> -قضت بذلك مجموعة كبيرة من الوثائق الدولية، منها: م. 01 ف. 02 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين لسنة 1951، م. 06 ف. 02 من النظام الأساسي لمكتب المندوب السامي للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، م. 01 ف. 01 من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية بشأن الجوانب الذاتية لمشاكل اللاجئين في إفريقيا 1969، م. 01 ف. 01 من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية.

<sup>5</sup> -عبد الحميد الوالي، إشكالية اللجوء على الصعيدين الدولي والعربي وتعليق على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين، ط1، بيسان للنشر والتوزيع والإعلام، لبنان، 2007، ص.199.

## أولاً: العنصر الذاتي :

إن السبب الذي يدفع بالشخص إلى ترك بلده بحثاً عن ملجأ، يرجع لحالة نفسية تقع في نفسه تعرف بالخوف، وهو حالة نفسية لا مجال لاستخلاصها من الظروف العامة لدولة طالب اللجوء. ذلك أن تقرير توافر الخوف الذي يدفع لطلب الملجأ يقتضي دراسة منفردة لكل حالة لجوء على حدة. فالردود النفسية لا تكون ذاتها بالنسبة لمختلف الأفراد رغم معاشتهم لنفس الظروف.

وبالنظر للأهمية الأساسية التي يكتسبها العنصر الذاتي من التعريف، فإنه من الضروري، حينما لا تكفي الظروف أو الوقائع لتوضيح الحالة أو القضية، إثبات صدق إدعاءات طالب اللجوء، عن طريق الأخذ بالاعتبار للسوابق الشخصية والعائلية لطالب اللجوء، وانتمائه لطائفة عرقية، أو دينية، أو قومية، أو اجتماعية، أو سياسية معينة. فضلاً عن تفسيره الخاص لحالته، وتجاربه الخاصة، وكل ما من شأنه أن يساعد للدلالة على أن الدافع الغالب لطلبه هو الخوف<sup>1</sup>.

ورغم أهمية العنصر الذاتي، يبقى هذا العنصر وحده غير كاف للتأكد من وضعية طالب اللجوء، الذي يتطلب أن يكون مؤسساً على عنصر موضوعي.

## ثانياً: العنصر الموضوعي :

إن الحالة النفسية لطالب اللجوء لا تكفي وحدها كأساس لطلبه. فعبارة "له ما يبرره" الواردة في نص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1951، يقصد بها ضرورة أن تكون الحالة النفسية لطالب اللجوء مبنية على حالة موضوعية. أي لا يكون تقرير توفر شروط الاضطهاد إلا بالنظر لخلفية طالب اللجوء.

ويمكن استخلاص العنصر الموضوعي بدراسة الأحوال السائدة في البلد الأصلي لطالب اللجوء، التي تظهر وجود اضطهاد بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو الانتماء لفئة اجتماعية معينة، أو تبني آراء سياسية معينة. وبذلك فإثبات وجود العنصر الموضوعي لا يتعلق فقط بإثبات التعرض للاضطهاد، بل يكون أيضاً بإثبات إمكانية تعرضهم للاضطهاد، وعليه يكون بالإمكان تأسيس طلب اللجوء على الرغبة في تجنب وضع يستتبع خطر الاضطهاد. شرط أن يبلغ الخطر المهدد للشخص مقداراً من الجسامته تصبح معه الحقوق الأساسية للإنسان مخترقة أو مهددة بالاختراق بمفهوم الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

أما عن الأسباب التي تبرر الاضطهاد، فقد حددتها المادة الأولى من اتفاقية جنيف لسنة 1951 في فرعها الأول، بستة أسباب هي: الاضطهاد بسبب العرق، الدين، الجنسية، الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة، وأخيراً بسبب الآراء السياسية. ويكفي لاعتبار الشخص لاجئاً طبقاً للاتفاقية سالفه الذكر، أن يظهر خوفاً له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بناءً على سبب واحد من هذه الأسباب، أو عن مجموعة منها في نفس الوقت.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الوالي، المرجع السابق، ص. 199-200.

<sup>2</sup> - فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 67.

**1- الاضطهاد بسبب العرق :**

يمثل التمييز العرقي عنصراً هاماً في تحديد وجود الاضطهاد، كما يعد من أكثر الأسباب التي أدانها ميثاق الأمم المتحدة الموقع في 26 جوان 1945<sup>1</sup>، والسابق لإبرام الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين.

أما عن المقصود بالتمييز بصفة عامة، فهو كل استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أي أساس كالعرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، أو التمتع بها، أو ممارستها من قبل كافة الأشخاص على قدم المساواة<sup>2</sup>.

ويشهد المجتمع الدولي في الوقت الحاضر ألواناً عديدة من ألوان التمييز العنصري، بالرغم من انتشار مواثيق حقوق الإنسان وإعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية التي تدافع عن الحرية وتحارب الظلم والتعسف والاستعباد<sup>3</sup>. ومن أهم الأدلة على ذلك التزايد المستمر في أعداد اللاجئين العراقيين والذي مرده في معظم الحالات للاضطهاد بسبب العرق<sup>4</sup>.

**2- الاضطهاد بسبب الدين :**

للحرية الدينية معنى مزدوج، فهي تشمل بالدرجة الأولى حرية الإيمان أو حرية الضمير، أي أن يكون الإنسان حراً في اختيار الدين الذي يريد بما يؤدي إليه تفكيره ويستقر عليه ضميره. وتشمل بالدرجة الثانية حرية العبادة أو ممارسة الشعائر الدينية، أي أن يكون الإنسان حراً في ممارسة شعائر هذا الدين سرا وعلانية. كما يكون له تغيير دينه دون إكراه، وهو حر في أن لا يعتنق أي دين<sup>5</sup>.

ويرجع الفضل في إدخال عنصر الدين ضمن أسباب الاضطهاد الذي يكسب الشخص صفة اللاجئ للمادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية<sup>6</sup>. وقد ساهمت القيود المنصوص عليها بموجب الفقرة الثالثة من المادة نفسها في تحديد الإجابة عن السؤال الذي يمكن أن يطرح بصدد الاستفادة من الحماية المقررة للاجئ في حال التعرض للاضطهاد بسبب اعتقاداتهم الدينية، بحيث يستثنى المخالفين للقيود المنصوص عليها قانونياً والتي تهدف لحماية الأمن والنظام العمومي والصحة العمومية، أو تلك المتعلقة بالأخلاق أو الحريات الأساسية للغير<sup>7</sup>.

**3- الاضطهاد بسبب الجنسية :**

إن الجنسية كأحد أسباب الاضطهاد التي تدفع الشخص لطلب اللجوء، لا تفهم على أساس اضطهاد الدولة لأفرادها بسبب حمل جنسيتها القانونية، بل يتعلق الأمر بالنسبة للاضطهاد على أساس الانتماء لجنسية أقلية معينة في

<sup>1</sup>- وذلك من خلال المواد التالية من الميثاق: م. 01 ف. 03، م. 13 ف. 1 (ب)، م. 55 ف. (ج)، م. 76 ف. (ج).

<sup>2</sup>- أمير فرج يوسف، الأحكام المعاصرة في العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، مصر، 2011، ص. 28.

<sup>3</sup>- محمد علي السالم عياد الحلبي، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 53.

<sup>4</sup>- أطيف العراق مصدر ثرائه الوطني، دراسة أعدها قسم حقوق الأقليات، وزارة حقوق الإنسان، دائرة رصد الأداء وحماية الحقوق، جمهورية العراق، ص. 28.

<sup>5</sup>- أحمد سليم سعيغان، الحريات العامة وحقوق الإنسان (دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة)، ج2 "النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 147.

<sup>6</sup>- تنص م. 18 ف. 01 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: "لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو أي معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع عامة، وأمام الملائم أو على حدة".

<sup>7</sup>- تنص م. 8 ف. 03 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: "لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة والآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية".

الدولة، كما تفهم بمعناها الواسع بالانتماء إلى طائفة عرقية أو لغوية، مثلما كان الأمر عليه بالنسبة لاضطهاد الأقليات من طرف بعض الدول بعد الحرب العالمية الأولى كاليونانيين في تركيا<sup>1</sup>.

#### 4- الاضطهاد بسبب الانتماء إلى فئة اجتماعية :

من المسلم به قانونا أنه لا يشترط في سكان الدولة أن ينتموا جميعا إلى نفس الجنس، أو الأصل، أو الدين، أو الحضارة، أو اللغة. فمن النادر أن توجد دولة ينتمي جميع سكانها إلى نفس الجنس، أو يتكلمون نفس اللغة، أو يدينون بنفس بالديانة بل الغالب أن توجد في الدولة جماعات تتميز عن بعضها البعض من حيث الجنس كالزواج في أمريكا، أو من اللغة كالناطقين بالبربرية في الجزائر، والذين يشكلون نسبة تفوق 40 بالمئة من السكان<sup>2</sup>، أو الدين كما هو عليه الوضع في بعض الدول كلبنان، مصر وفلسطين.

وبالتالي فاختلاف العادات والأوضاع الاجتماعية داخل نفس الدولة، قد يؤدي لتشكيل طوائف اجتماعية، وهو ما يشكل في أغلب الأحيان مصدرا للاضطهاد لعدم وجود ولاء الفئة للحكومة أو للتطلع السياسي لأعضائها أو لنشاطهم الاقتصادي أو لمصالحهم الأخلاقية<sup>3</sup>.

#### 5- الاضطهاد بسبب الرأي السياسي :

إن مفهوم الاضطهاد بسبب الرأي السياسي تم اعتماده لأول مرة بصفة صريحة بموجب دستور المنظمة الدولية للاجئين المنشأة في نيويورك بتاريخ 15 ديسمبر 1946، وبموجب النظام القانوني للمفوضية السامية للاجئين، كما تم إدراجه في المادة الأولى من اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين<sup>4</sup>. ويكون الرأي السياسي سببا للاضطهاد، في حال كان من يحمل هذا الرأي يخالف السياسة الممارسة من طرف السلطة، أي تشكل آراؤه السياسية ما يعرف بالمعارضة السياسية. وعن تعريف هذه الأخيرة، فقد اختلف باختلاف الأساس المعتمد في التعريف، بحيث يعرفها من اعتمد الأساس اللغوي بأنها "الاعتراض على الواقع السياسي القائم"، ويعرفها من اعتمد على الهدف منها، بأنها "القوى التي تحمل مشروعا جذريا لقلب المجتمع وبناء نموذجها البديل على أنقاضه"<sup>5</sup>.

ونظرا لهذا الاختلاف في التعريفات، فلا مجال لتحديد المقصود بالمعارضة السياسية، أو الرأي السياسي المؤدي للاضطهاد، إلا بالاعتماد على طبيعة النظام السياسي الذي تعمل في ظلها المعارضة. ففي الأنظمة الشمولية، تعني المعارضة، مناصبة العداة للقائم على رأس السلطة واستخدام الأخير أشنع صور العنف والبطش مع كل من لا يتفق معه في الرأي، أو لا يؤيده في موقف أو حيال مسألة معينة<sup>6</sup>. وبذلك فيعد تبني موقفا مخالفا للموقف الذي اتخذته السلطة بالنسبة للأنظمة الشمولية، سببا لاضطهاد صاحبه، ذلك أن المعارضة السياسية في ظل هذه الأنظمة تعد من المصطلحات المحظورة. وبذلك تكون حرية التعبير عن الرأي في ظل الأنظمة الشمولية غير محترمة، وفي ذلك مخالفة

1- فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.73.

2- شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود (1989-2003)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.308.

3- فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.73.

4- المرجع نفسه، ص.74.

5- للمزيد من المعلومات حول هذه التعاريف، أنظر: علي يوسف الشكري، التنظيم الدستوري لحق اللجوء السياسي، ص.73. منشور على الرابط: [www.quadmag.com/org.doc](http://www.quadmag.com/org.doc)

6- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

لحرية الفكر والاعتقاد والتعبير المكفولة بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>1</sup>، باعتبارها أول وثيقة دولية أسست لاحترام هذه الحقوق، وإن كانت الشريعة الإسلامية قد سبقتها في ذلك<sup>2</sup>.

أما في الأنظمة الديمقراطية، فتعني المعارضة السياسية، المؤسسة التي تسعى إلى الرقي بالأداء الحكومي، وتقويم عمل القابضين على السلطة ومؤسساتها رغبة في تحقيقه مصلحة المواطن والوطن<sup>3</sup>. وبهذا المعنى فيقصد بالمعارضة السياسية في ظل النظام الديمقراطي، الأحزاب السياسية، والرأي العام ومؤسسات المجتمع المدني. وبذلك تعد المعارضة السياسية آلية لتحسين الأداء السياسي وليس ضحده.

### الفرع الثاني: الجريمة السياسية:

يقصد بالجريمة السياسية، تلك الجريمة التي تنطوي على اعتداء على النظام السياسي للدولة، سواء من جهة الخارج، أي المساس باستقلال الدولة وسيادتها، أو من جهة الداخل، من خلال السعي إلى تغيير شكل الحكومة أو النظام السلطات فيها أو الاعتداء على حقوق الأفراد السياسية<sup>4</sup>.

وتختلف النظرة للمجرم السياسي حالياً، عما كان سائداً في العصور السابقة، فقد كان يعتبر المجرم السياسي ذا خطر كبير على نظام الحكم والناس كونه تفلت من تبعية الحاكم وطاعته وتمرد على واقع الجماعة وأعرافها. ولذلك كان يواجه بأقصى العقوبات وأفضعها، ومثل هذه النظرة سادت عموماً أوروبا حتى القرون الوسطى<sup>5</sup>.

ومع مرور الزمن، اختلفت النظرة للمجرم السياسي بحيث أصبحت أليّن حكماً تجاهه، خصوصاً بعد نجاح بعض المعارضين السياسيين في تحقيق أهدافهم، وبالتالي أصبحوا أبطالاً قوميين<sup>6</sup>.

هذا التغيير في النظرة للمجرم السياسي، ساهم في تدعيم مبدأ أساسي وهو مبدأ عدم تسليم اللاجئين السياسيين، والذي بدوره يؤسس لحق اللجوء السياسي، على أساس تميز المجرم السياسي عن غيره من المجرمين العاديين أصحاب التطلعات الذاتية، ما يخوله الحق في الاستفادة من حماية واحترام الدولة المضيفة<sup>7</sup>.

ورغم التطور الذي شهده مركز المجرم السياسي، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للأنظمة الشمولية التي احتفظت بالنظرة القديمة للجريمة السياسية، حيث تسعى السياسة الجنائية فيها إلى تغليظ العقوبة على الخصوم السياسيين، بخلق جرائم متعلقة بحرية الرأي مع صياغتها على نحو يوسع من نطاق التجريم، وإحالتها إلى جهات قضائية استثنائية لا يتوافر فيها الحد الأدنى من الضمانات، ولا يخرج عن كونها مجرد أدوات للإدانة<sup>8</sup>. وهو ما يؤكد طردية العلاقة بين دكتاتورية النظام السياسي، واتساع نطاق الجريمة السياسية مع ديمقراطية النظام السياسي، وانحسار نطاق الجريمة

<sup>1</sup>-جعفر عبد السلام علي، القانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية)، ط1، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، القاهرة-لبنان، 1999، ص.51.

<sup>2</sup>-ذلك أنه من حق كل فرد ومن واجبه أن يعلن رفضه للظلم، وإنكاره له، وأن يقاومه، دون تهييب من مواجهة سلطة متعسفة، أو حاكم جائر، أو نظام طاغ. وهذا أفضل الجهاد؛ "سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أي الجهاد أفضل؟ قال: كلمة حق عند سلطان جائر". لمزيد من التفاصيل، أنظر: الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان (مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية)، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.118.

<sup>3</sup>- علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص.73.

<sup>4</sup>-عبد الحميد الشواربي، الجرائم السياسية (أوامر الاعتقال وقانون الطوارئ)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص.53.

<sup>5</sup>-علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص.70.

<sup>6</sup>-منذر عرفات زيتون، الجريمة السياسية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص.263.

<sup>7</sup>-المرجع نفسه، ص.264.

<sup>8</sup>-علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص.70.

السياسية، الأمر الذي ينعكس على نطاق دائرة استيعاب طالبي حق اللجوء السياسي، الذي يتسع بالنسبة لرعايا الدول الواقعة تحت سطوة الأنظمة الدكتاتورية، ويضيق بالنسبة لرعايا الدول الديمقراطية.

### المبحث الثاني: الجهات المكلفة بدراسة طلب اللجوء:

تعود صلاحية تقرير مدى تمتع اللاجئ بالشروط التي تخوله اكتساب صفة اللاجئ إلى الدولة المضيفة، فليس كل خطر يتعرض له الشخص بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو الانتماء الطائفي، أو الآراء السياسية، يمكن أن يعتمد كأساس للتمتع بصفة اللاجئ، بل يستوجب أن يكون هذا الخطر جسيماً مهدداً لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، بشكل تتميزق معه العلاقة الطبيعية بين الفرد ودولته الأصلية، فيكون سبباً لطلبه الملجأ في دولة أخرى.

وإن كان الحق في تقرير مدى توافر الاضطهاد المعتمد كأساس لمنح صفة اللاجئ لطالبه يرجع للدولة المضيفة، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه، بل مقيد بمرجعية قانونية تحدد مقدار الجسامته التي تعتبر اضطهاداً تخترق به حقوق الإنسان الأساسية.

ومن بين مختلف مرجعيات حماية حقوق الإنسان الدولية، تكتسي الشرعة الدولية لحقوق الإنسان المكونة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مكانة رئيسية في تحديد أدنى التزامات الدول تجاه مواطنيها، حيث تعد مخالفتها سبباً لطلب اللجوء لدولة أخرى. ومع ذلك تعد المادة الأولى من اتفاقية جنيف لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، الحد الفاصل في تقرير مدى توافر شروط الاعتراف لطالب اللجوء بهذه الصفة من عدمه.

وقد انضمت الجزائر لاتفاقية جنيف حول اللاجئين بتاريخ 28 جويلية 1951، ومن هنا صدر المرسوم التطبيقي رقم 274-163<sup>1</sup>، والذي يعد المصدر القانوني الوحيد المنظم لوضع اللجوء في الجزائر.

وحدد المرسوم رقم 274-63 والمتعلق بضبط وضع اللاجئين في الجزائر، طرق تطبيق اتفاقية جنيف المتعلقة بوضع اللاجئين، حيث استحدث مكتب حماية اللاجئين وعديمي الجنسية لدى وزارة الخارجية، فضلاً عن لجنة الطعون.

حيث يعد مكتب شؤون اللاجئين الجهة الوحيدة المخولة للاعتراف بصفة اللاجئ، فلا يرتب اعتراف المفوضية العليا لشؤون اللاجئين لطالب اللجوء بصفة اللاجئ أي أثر قانوني<sup>2</sup>. فلا يتمتع اللاجئين المعترف لهم بهذه الصفة من قبل المفوضية العليا للأمم المتحدة بشأن اللاجئين بأي حقوق فعلية فهم لا يخرجون عن دائرة المهاجرين.

<sup>1</sup>- المرسوم رقم 274-63 بتاريخ 25 جويلية 1963 الذي يحدد طرق تطبيق اتفاقية جنيف بتاريخ 28 جويلية 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، ج.ر.ج. ع. 52، سنة 1963.  
<sup>2</sup> - هذا نص شهادة تم الحصول عليها من لاجئ أثناء البعثة الميدانية في الجزائر: " اعترفت المفوضية العليا لشؤون اللاجئين بي كلاجئ في أكتوبر/تشرين الأول 2009. وبعد فترة وجيزة تم اعتقالي. واتهمني القاضي بدخول الأراضي الجزائرية بطريقة غير مشروعة ولم يأخذ بعين الاعتبار بطاقتي كلاجئ. لم يكن يعرف هذه الورقة وقال أنه لم يكتب فيها "جمهورية الجزائر" في الأعلى وأنها لا تعنيه... ثم حوكت وصدر حكم ضدي بالسجن لمدة ثلاثة أشهر مع وقف التنفيذ وغرامة قدرها 5000 دينار جزائري... " للإطلاع على نص الشهادة كاملاً، أنظر: فيرونيك بلانس-جواساك، ترجمة منار وفاء، دراسة حول الهجرة واللجوء في بلدان المغرب العربي، الشبكة الأوروبية-المتوسطية لحقوق الإنسان، كانون الأول/ديسمبر 2010، ص. 39.

## المطلب الأول : مكتب حماية اللاجئين :

استحدث هذا المكتب بموجب المادة 01 من المرسوم رقم 274-63 سالف الذكر على مستوى وزارة الشؤون الخارجية<sup>1</sup>، وحددت المادة 02 منه مهام هذا المكتب والمتمثلة في :

- منح الحماية للاجئين وعديمي الجنسية، وكفالة تنفيذ اتفاقية جنيف لسنة 1951 وذلك بالتنسيق مع الوزارات المعنية<sup>2</sup>.

- الاعتراف بصفة اللاجئ للأشخاص، سواء كانوا ينتمون لمفوضية الأمم المتحدة السامية للاجئين، أو الذين يتوفر فيهم تعريف المادة 01 من اتفاقية جنيف<sup>3</sup>.

فيلاحظ عدم أخذ المشرع الجزائري بتعريف موسع للاجئ بموجب هذا المرسوم، ذلك أن المادة 01 من اتفاقية جنيف لسنة 1951 تستثني اللاجئين الفلسطينيين من الخضوع للحماية المقررة بموجبها. فلقد جاء فيها :

"لا تسري هذه الاتفاقية على الأشخاص الذين يتلقون حاليا الحماية أو المساعدة من هيئات أو وكالات تابعة للأمم المتحدة غير مفوض الأمم المتحدة السامي لشؤون اللاجئين".

وعلى اعتبار أن وكالة الأمم المتحدة لإغاثة اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأدنى وتشغيلهم (الأونروا) هي الهيئة التي تتولى حماية هذه الفئة من اللاجئين<sup>4</sup>، فهذا يؤدي لعدم سريان أحكام الاتفاقية عليهم، إلا في حالة توقف هذه الحماية دون أن يكون وضع الأشخاص المحميين طبقا لوكالة الأونروا قد سوي نهائيا وفقا لقرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالموضوع، وذلك طبقا للمادة 01فقرة دال (02) والتي جاء فيها: "إذا ما توقفت لأي سبب مثل هذه الحماية أو المساعدة ودون أن يكون وضع هؤلاء الأشخاص قد سوي نهائيا وفقا لقرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالموضوع، فإنهم يستفيدون حتما من أحكام هذه الاتفاقية".

-منح الوثائق الضرورية للقيام بأعمال الحياة المدنية، وذلك بعد إجراء تحقيق فضلا عن تأمين تطبيق الأحكام الداخلية التي تستهدف حماية اللاجئين<sup>5</sup>، حيث تلزم السلطات الجزائرية بعد إجراء تحقيق بمنح الوثائق الضرورية التي من المفروض أن تسلم عادة للأجانب من قبل سلطاتهم الوطنية. ويكون لهذه الأوراق والوثائق التي تمنح من قبل مكتب اللاجئين وعديمي الجنسية صفة الأعمال القانونية الرسمية. وبذلك تقوم مقام الوثائق الرسمية المفروض تسليمها للاجئ من سلطات دولته.

وبذلك تكون الجزائر قد عالجت مسألة تقرير صفة اللاجئ من خلال تشريع اجراءات وطنية للجوء ممثلة في مكتب شؤون اللاجئين، إلا أن الاعتماد على هذا المكتب يبقى غير كافيا لتوفير الحماية المطلوبة لطالبي اللجوء. فرغم

<sup>1</sup>- Art.01 : « Il est créé auprès du ministre des affaires étrangères un bureau pour la protection des réfugiés et apatrides ».

<sup>2</sup>- Art.02/01 : « Exerce la protection juridique et administrative des réfugiés et assure , en liaison avec les divers départements ministériels intéressés, l'exécution de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 susvisée ».

<sup>3</sup>-Art.02/02 : « Reconnaît la qualité de réfugié à toute personne qui relève du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés ou qui répond aux définitions de l'article premier de la convention de Genève du 28 juillet 1951 susvisée ».

<sup>4</sup>-حيث لم تقتصر الأونروا في تعريفها للاجئ على أساس الجنسية الفلسطينية، مما يؤدي لإمكان شمول حمايتها لغير الفلسطينيين، حيث عرّفت هذه الوكالة اللاجئ الفلسطيني: " أي شخص معوز كانت فلسطين مكان إقامته الاعتيادية على مدى سنتين متتاليتين على الأقل سبقت أحداث عام 1948 وفقد نتيجة لها منزله ومقومات معيشته، ولجأ إلى إحدى الدول التي تمارس فيها الوكالة عملياتها، فلسطينيا كان أو غير فلسطيني"، لمزيد من التفاصيل، أنظر: دلال ياسين، المرجع السابق، ص.15.

<sup>5</sup>-Art.02/03 : « Délivre, après enquête S'il y a lieu, aux personnes ci-dessus visées, les pièces nécessaires pour leur permettre soit d'accomplir les divers actes de la vie civile, soit de faire appliquer les dispositions de la législation interne ou des accords internationaux qui intéressent leur protection, authentifie les actes et documents qui lui sont soumis. Les actes et documents établis par le bureau des réfugiés et apatrides ont la valeur d'actes authentiques ».

اختصاص المكتب في البت في طلبات اللجوء والاعتراف بوضع اللاجئين للأشخاص المعترف بهم على هذا النحو من قبل مفوضية شؤون اللاجئين، إلا أنه لا توجد أية معلومات رسمية عن أنشطته، فضلا عن عدم تحديد المعايير التي يعتمد عليها المكتب في تقريره لصفة اللاجئ<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : لجنة الطعون :

خصّصت لها المواد من 03 إلى 05 من المرسوم رقم 274-63. وفيما يخص تشكيلتها فقد حدّتها المادة 03<sup>2</sup>، وعلى أساسها تشكل هذه اللجنة من :

- وزير العدل أو ممثله.
- وزير الشؤون الخارجية أو ممثله.
- وزير العمل والشؤون الاجتماعية أو ممثله
- ممثل الأمم المتحدة للاجئين.

وإن كان النص التشريعي يلزم أن يكون من ضمن تشكيله لجنة الطعن ممثل للمفوضية العليا لشؤون اللاجئين، إلا أنه في الممارسة العملية لم تطلب السلطات من المفوضية تعيين ممثل لها<sup>3</sup>.

أما عن مهام هذه اللجنة فحدّدت بمقتضى المادة 04 من المرسوم سالف الذكر، وتمثل هذه المهام في:

- النظر في الطعون المقدمة من قبل الأشخاص اللاجئين وعديمي الجنسية، الذين رفض المكتب الاعتراف لهم بصفة اللاجئ<sup>4</sup>. فبموجب هذه المادة يعترف لطالب اللجوء بالحق في الطعن في قرار رفض الاعتراف له بصفة اللاجئ، وذلك أمام لجنة الطعون. وهذا ما يشكل ضمانا لحق طلب اللجوء، ذلك أنه في حالة عدم وجود هذه اللجنة يكون طريق الطعن الوحيد هو رفع دعوى الإلغاء ضد قرار وزير الداخلية أمام مجلس الدولة طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01. وهو ما يعد مستحيلا في أغلب الحالات لافتقار طالب اللجوء للأسس القانونية لطلبه.

- بحث الطلبات المقدمة لها من اللاجئين تطبيقا للمواد 31-32 و33 من اتفاقية 1951، مع إمكان إصدار رأي بحفظ أو إلغاء هذه الطرق، ويكون الطعن في هذه الحالة معلق التنفيذ إلا في حالة الضرورة المثبتة بقرار<sup>5</sup>. فوفقا للمادة 04 فقرة (ب) تختص لجنة الطعون في الحالات المتعلقة بالتواجد غير الشرعي للاجئين وحالة الطرد.

فبالنسبة للتواجد غير الشرعي للاجئ في الجزائر، فإن المادة 31 من اتفاقية 28 جويلية 1951 تمنع الدولة عن توقيع جزاءات سواء عن الدخول أو التواجد غير الشرعي للاجئين القادمين مباشرة من الإقليم الذي كانت حياتهم

<sup>1</sup> - فردا على سؤال طرحته في أبريل/نيسان 2010 لجنة العمال المهاجرين التابعة للأمم المتحدة عن الإجراءات والمعايير التي تخضع لها عملية منح وضع لاجئ، أشار الوفد الجزائري إلى أن إجراء الاعتراف بوضع لاجئ يتم بمساعدة المفوضية العليا لشؤون اللاجئين، دون تحديد دور المكتب الجزائري لشؤون اللاجئين وعديمي الجنسية. وأشار الوفد أيضا إلى أن نصا تنظيميا جديدا يجري اعداده بغرض تجديد هذه المؤسسة وإعادة تحديد وظائفها، لكن دون الإشارة إلى الجوانب التي ستنتصب عليها التغييرات المتوقعة أو التاريخ المحدد لاعتماد هذه اللائحة. لمزيد من التفاصيل أنظر: فيرونك بلانس- بواساك، المرجع السابق، ص36.

<sup>2</sup>- Art.03 du Décret n° 63-274 du 25 juillet 1963 fixant les modalités de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statu des réfugiés ».

<sup>3</sup>- فيرونك بلانس- بواساك، المرجع السابق، ص36.

<sup>4</sup>- Art.04/a : « De statuer sur les recours formulés par les personnes auxquelles le bureau des réfugiés et a apatrides refusé de reconnaître la qualité de réfugié ».

<sup>5</sup>- Art.04/b : « D'examiner les requêtes qui lui sont adressées par les réfugiés tombant sous le coup d'une des mesures par les articles de la Convention du 28 juillet 1951 et de formuler un avis quant au maintien ou à l'annulation de ces mesures. En cette matière, le recours est suspensif d'exécution, sauf en cas d'urgence constatée par la décision qui ordonne 31,32 et33 la mesure ».



أو حريتهم مهددة، شرط تبريرهم لذلك بإعطاء الأسباب التي دفعتهم للدخول غير الشرعي. وهنا يدخل ضمن اختصاصات لجنة الطعون التأكد من توافر الشروط التي تبرر هذا الدخول غير الشرعي بقصد تسوية وضع اللاجئين بدراسة طلبه كملتمس لجوء. وتتمثل الشروط التي تتأكد اللجنة من توافرها في:

\*التأكد من توفر صفة اللجوء حسب المعايير التي تحددها المادة 01 من اتفاقية 1951.

\*التأكد من دخول طالب اللجوء إلى إقليم الدولة المراد طلب الملجأ فيها مباشرة من بلد تكون حريته أو حياته مهددين بالخطر سواء كان بلده الأصلي أو بلد آخر.

\*التأكد من تقرب اللاجئ دون إبطاء من سلطات بلد الملجأ لإبداء الأسباب التي تبرر دخوله غير الشرعي، على أن تطبيق هذا الشرط يمكن أن يختلف من حالة إلى أخرى، إذا تبين مثلاً أن طالب اللجوء لم يكن على علم بإجراءات اللجوء<sup>1</sup>.

- أن يبدي أسباب وجيهة ومعقولة تبرر دخوله أو وجوده غير الشرعي. ويفترض أن يكون السبب معقولاً إذا تبين أنه لم يكن بإمكان اللاجئ استعمال طريقة مشروعة للحلول أو المكوث بإقليم الدولة المعنية، نظراً لخطر كان يهدد حياته وحرية.

والنص على بحث طلبات هذه الفئة من اللاجئين من طرف لجنة الطعون لا يمكن تفسيره بإلزام الدولة بقبول اللاجئ أو تصحيح وضعه أو بعدم إبعاده، بل ما تلتزم به الدولة هو مجرد منح اللاجئ مهلة زمن معقولة، وكل المساعدات الممكنة لتسهيل قبوله من قبل دولة أخرى. وهذا ما يستنتج من نص المادة 31 فقرة 02 والتي جاء فيها:

"تمتع الدول المتعاقدة عن فرض قيود على تنقلات مثل هؤلاء اللاجئين (أي اللاجئين المتواجدين على إقليم الدولة بصورة غير شرعية) غير تلك الضرورية. تسري هذه القيود ريثما يسوى وضعهم في بلد الملجأ أو ريثما يقبلون في بلد آخر".

وبذلك واستناداً على الجزء الأخير من المادة يستنتج أنه لا يقع إلزامياً على الدولة تسوية وضعه اللاجئ، أي بالاعتراف لهم بصفة اللاجئ، بل لها خيار ثاني وهو السعي لقبوله في دولة أخرى. أما فيما يخص التزام الدولة بعدم فرض القيود على هذه الفئة من اللاجئين إلا في الحالات الضرورية، فيرجع لقيام بعض الدول بإلقاء القبض بصورة مباشرة على كل شخص يأت ترابها بصورة غير شرعية، بحيث يتم وضع هؤلاء رهن الحبس الإداري لمدة غير محددة<sup>2</sup>، بدون إعطاء الفرصة لطالب اللجوء بتقديم طلبه ودراسة حالته، وذلك مخالفة للتوصية التي وضعتها المفوضية السامية في الدليل المعدل الخاص بحجز طالبي اللجوء الصادر في فبراير 1999، والتي نصت على خضوع مسألة الحجز في حالة اللاجئين المتواجدين بصورة غير شرعية لمجموعة من الضمانات، أهمها أن لا يلتجأ للحجز إلا في حال تعذر اللجوء إلى أساليب أخرى غير مكرهة. على أن تحدد مدة الحجز بحيث لا تتعدى ما هو مطلوب موضوعياً للتحقيق في هوية اللاجئ، وطلبه من قبل هيئة خاصة وتحت رقابة القضاء<sup>3</sup>. وتطبيق هذه الإجراءات على الوضع في الجزائر، وانطلاقاً من المادة 04 من المرسوم رقم 274-63، يعود للجنة الطعون اتخاذ الإجراءات المتعلقة بحجز طالبي اللجوء

<sup>1</sup>-عبد الحميد الوالي، المرجع السابق، ص.246.

<sup>2</sup>-ليلي زروتي، المرجع السابق، ص.35.

<sup>3</sup>-عبد الحميد الوالي، المرجع السابق، ص.248.

المتواجدين بصورة غير شرعية، والتحقيق في مدى تأسيس طلباتهم، ويعد عمل اللجنة بهذا الشكل مخالفا للضمانات الممنوحة للاجئ في حالة دخوله بلد الملجأ بصورة غير شرعية، والتي تقتضي بأن يكون للمعني حق مراجعة قرار اللجنة أمام سلطة قضائية<sup>1</sup>.

وفضلا عن تكليف لجنة الطعون بدراسة حالات اللاجئين المتواجدين على الإقليم الجزائري بصورة غير شرعية، تكلف أيضا ببحث الطلبات المقدمة من اللاجئين في حالة صدور قرار طرد في حقهم. فرغم نص المادة 02 من اتفاقية 1951 على حظر طرد اللاجئ المتواجد في الدولة بصورة غير شرعية، إلا أنها تجيز ذلك كاستثناء في حال دعت لذلك أسباب تتعلق بتهديد الأمن الوطني أو النظام العام. وفي هذه الحالة لا مجال لتنفيذ قرار الطرد إلا بعد منح الضمانة التي تقرها الفقرة 02 من المادة 32 من اتفاقية 1951<sup>2</sup>. وعليه فيسمح للاجئ بإثبات براءته بمنحه الضمانات التي تخوله ذلك. وتمثل هذه الضمانات بالنسبة للجزائر في دراسة طلبه من طرف "لجنة الطعون" أين يكون لطعن اللاجئ أثر موقف لقرار الطرد، مع العلم أنه يكون للجنة أن تصدر رأيا بحفظ أو إلغاء هذه الضمانة، بحيث تسقط الضمانات الممنوحة للاجئ لإثبات براءته إذا تعلق الأمر بتهديد للأمن الوطني. ومع ذلك تبقى اللجنة ملزمة في قرارها القاضي بطرد اللاجئ بعدم مخالفة الفقرة 01 من المادة 33، والتي تقضي بعدم إمكانية طرد اللاجئ إلى أماكن تكون حياته مهددة فيها<sup>3</sup>. وعليه في حالة صدور قرار بطرد اللاجئ من الإقليم، تكون الدولة ملزمة بمنحه مهلة معقولة ليسعى خلالها للدخول بصورة شرعية إلى بلد آخر. على أن تحتفظ الدولة في هذه الحالة بحقها في فرض قيود على حرية تنقل اللاجئ حفاظا على أمنها الوطني في حدود معينة حتى لا تنعكس سلبا على الإمكانية التي يجب إتاحتها للاجئ للبحث عن بلد آخر يقبله بصفة شرعية. وأساس هذا الالتزام الذي يقيد حق الدولة في طرد أو رد اللاجئ هو الموازنة بين الخطر الذي يمكن أن يتهدد الأمن الوطني في حال بقاء اللاجئ على إقليم الدولة، والخطر الذي يتهدد اللاجئ إن تم إبعاده<sup>4</sup>.

أما فيما يخص آجال الطعن أمام "لجنة الطعون" فقد حددتها المادة 05 من المرسوم 274-63 بشهرين بالنسبة للطعن في قرار رفض الاعتراف بصفة اللاجئ، وأسبوع بالنسبة لطلبات اللاجئين المتعلقة بتطبيق المواد 31، 32 و33 من اتفاقية 1951، وتحسب المواعيد ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ التبليغ<sup>5</sup>.

وعن كيفية تقديم هذه الطعون فحددها المادة 05 في فقرتها الثانية من نفس المرسوم، وذلك بطريقتين: إما أن توضع من طرف طالب اللجوء شخصا أمام مكتب اللاجئين وعديمي الجنسية، أو ترسل إليه عن طريق رسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام. مع العلم أن القرارات التي تصدر عن لجنة الطعن تكون نهائية وتبلغ للمدعين بواسطة رسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الحيلي زروتي، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> -تنص م. 32 ف. 02: "لا يتم طرد مثل هذا اللاجئ إلا في تنفيذ القرار المتخذ وفقا للأصول القانونية.

يسمح للاجئ ما لم يتعارض ذلك مع أسباب ملحة تتعلق بالأمن الوطني، بأن يقدم الإثبات على براءته وأن يتقدم بالمراجعة وأن يتمثل بوكيل لهذه الغاية أمام سلطة صالحة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصوصا من قبل السلطة الصالحة".

<sup>3</sup> -تنص م. 33 ف. 01: "يحظر على الدولة المتعاقدة طرد أو رد اللاجئ بأية صورة إلى الحدود أو الأقاليم حيث حياته أو حريته مهددتان بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية".

<sup>4</sup> -عبد الحميد الوالي، المرجع السابق، ص. 252.

<sup>5</sup> - Art.05/01 du Décret n°63-274 du 25 juillet 1963.

<sup>6</sup> - Art.05/02 du Décret n°63-274 du 25 juillet 1963.

رغم العدد الكبير للدول المنظمة لاتفاقية جنيف للسنة المتعلقة بوضع اللاجئين، وكذا بروتوكولها الذي يدل على التوجه الدولي المتنامي نحو التمسك بالاتفاقيات ذات البعد الإنساني<sup>1</sup>، إلا أنه ولضمان فعالية هذه المعاهدات، فلا بد من تجسيدها من طرف الدول المضيفة. وأول خطوة نحو التجسيد تكون بوضع مرجعية قانونية لحق اللجوء والتي يتحدد مركز اللاجئ انطلاقاً منها، ما يتيح له التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات. ودراسة اكتساب صفة اللاجئ في الجزائر تمكننا من الوصول إلى عدة نتائج، أهمها:

- ضعف المرجعية القانونية لقضايا اللجوء في الجزائر، بحيث تظهر مراجعة التشريعات الجزائرية عدم وجود أي وصف قانوني أو تعريف للاجئ، كما يظهر أن كلمة "لاجئ" غير مستعملة في القانون الوضعي الجزائري إلا في ثلاث حالات:

تتعلق الأولى باللجوء السياسي، الوارد بموجب المادة 69 من الدستور الجزائري، والمتعلقة بمبدأ عدم تسليم أو طرد اللاجئ السياسي المتمتع قانوناً بحق اللجوء. أما الثانية فواردة بمقتضى المرسوم رقم 274-63 الذي يحدد طرق تطبيق اتفاقية جنيف 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، والذي حدد بموجبه الجهة المخولة بدراسة طلب اللجوء، ويتعلق الأمر بكتب اللاجئين وعديمي الجنسية. وأخيراً، نجد القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، قد تطرق إلى حالة اللاجئين، وإن كان ذلك بموجب مادة واحدة هي المادة 07 منه والتي حددت الوثيقة التي تعوض جواز السفر بالنسبة لطالبي اللجوء.

ودراسة هذه الحالات الثلاث تظهر عدم التطرق للقواعد التي تحكم مركز اللاجئين في الجزائر، أو حتى المقصود باللاجئ، بل اكتفت بالنص على بعض المبادئ التي تحكم اللاجئين في الدولة المضيفة، حيث اشتملت الحالة الأولى على مبدأ عدم تسليم اللاجئ أو طرده. أما الحالتين الثانية والثالثة، فتخصان التسهيلات التي تمنح للاجئ فيما يخص دخوله للجزائر كطالب لجوء.

- عدم وجود تنظيم خاص باللاجئين في الجزائر من حيث الدخول والخروج والإقامة، وبالتالي حصر التنظيم على موضوع الأجانب، ما يظهر رفض مواجهة مسألة اللجوء، رغم أنه أمر واقع على أرض الجزائر.

- عدم وجود قاعدة عامة بخصوص تمتع اللاجئين بالحقوق في الجزائر، مما يتعذر معه تحديد الحقوق التي تتمتع بها هذه الفئة الخاصة، الأمر الذي يتطلب الرجوع للموازنة والمطابقة بين التشريعات الدولية المتعلقة باللجوء، والنصوص القانونية التي تضبط مركز الأجانب في الجزائر.

وإن كانت هذه أهم العيوب التي تؤخذ على التشريع الجزائري في مجال تنظيم مركز اللاجئين، إلا أنه لا مجال لإنكار سعي الجزائر للتعاظم مع واقع اللجوء، والذي يظهر بشكل واضح من خلال تنظيم المعايير وطريقة الحصول على اللجوء وطرق المراجعة، مما يجعل اللجوء في الجزائر خاضعاً لضوابط قانونية. وهو أمر يشئ عليه، ذلك أن، معظم الدول تقوم بتغليب الاعتبارات السياسية في التعامل مع اللاجئين، إذ أصبح استقبال الدول المضيفة للاجئين وطالبي اللجوء على أراضيها محكوماً بعملية تفاوضية لما يمكن أن يحقق لها هذا الأمر من فوائد في علاقتها مع دولة اللاجئ أو

<sup>1</sup>- Abdelwahad BIAD, Droit International Humanitaire, 2<sup>ème</sup> édition, édition Ellipses, Paris, 2006, p.81.

يحق لها من مصالح قومية، وبالتالي أصبح قبول طلب اللجوء ومنحه هذه الصفة مرتبطاً باعتبارات المصلحة الوطنية لا الاعتبارات الإنسانية.

#### قائمة المراجع :

- أحمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الإنسان (دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة)، ج2 "النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- أحمد عبد الحكيم عثمان، الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان (مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية)، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- أمير فرج يوسف، الأحكام المعاصرة في العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، مصر، 2011.
- إحسان محمد الحسن، علم اجتماع العنف والإرهاب (دراسة تحليلية في الإرهاب والعنف السياسي والاجتماعي)، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي (دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي العاصر، ط1، منشورات دحلب، بدون بلد نشر، 1995.
- بوراس عبد القادر، التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
- جعفر عبد السلام علي، القانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية)، ط1، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، القاهرة-لبنان، 1999.
- زهير سناسني، الدليل العملي لدخول وإقامة الأجانب في الجزائر، دار العرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- سهيل الناطور-دلال ياسين، الوضع القانوني للاجئين الفلسطينيين في لبنان وسبل التعايش معه، ط1، المركز الفلسطيني للتوثيق والمعلومات، سوريا، 2007.
- شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود (1989-2003)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- عبد الحميد الشواربي، الجرائم السياسية (أوامر الإعتقال وقانون الطوارئ)، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

- عبد الحميد الوالي، إشكالية اللجوء على الصعيدين الدولي والعربي وتعليق على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين، ط1، بيسان للنشر والتوزيع والإعلام، لبنان، 2007.
- عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي في حماية حقوق الإنسان، ط1، دار دجلة، الأردن، 2007.
- محمد الغزالي، الفساد السياسي في المجتمعات العربية والإسلامية، دار المعرفة، الجزائر، 2004.
- محمد علي السالم عياد الحلبي، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- منذر عرفات زيتون، الجريمة السياسية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
- Abdelwahad BIAD, Droit International Humanitaire, 2<sup>eme</sup> Edition, Ellipses, Paris, 2006.
- Grahl MADSEN A, The status of refugees in International law (Asylum, entry and sojourn), v.02, édition Réimprimée Sijthoff, 1972.

## 2- المقالات :

- فاضلة عبد اللطيف، مفهوم الاضطهاد في تعريف اللاجئ السياسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.07، 2009.
- فيرونيك بلانس-بواساك، ترجمة منار وفاء، دراسة حول الهجرة واللجوء في بلدان المغرب العربي، الشبكة الأوروبية- المتوسطية لحقوق الإنسان، كانون الأول/ديسمبر، 2010.
- ليلي زروقي، دور البرلمان في حماية حقوق طالبي اللجوء السياسي والهجرة من مخاطر الحجز الإداري التعسفي، مجلة الفكر البرلماني (مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية)، الجزائر، ع.14، نوفمبر 2006.

## 3- الدراسات :

- أطيف العراق مصدر ثرائه الوطني، دراسة أعدها قسم حقوق الأقليات، وزارة حقوق الإنسان، دائرة رصد الأداء وحماية الحقوق، جمهورية العراق، 2011.
- 4- النصوص القانونية :

## أ- النصوص القانونية الدولية :

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان : اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

-الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين : اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية يوم 28 تموز/جويلية 1951، الذي دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم 429 (د-5) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1950.

-إعلان هيئة الأمم المتحدة حول القضاء على كافة أشكال التمييز العرقي : اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1904 (د-18) المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1963.

-الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري : اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2102 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965.

-البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين : أحاط المجلس الاقتصادي والاجتماعي علما به مع الإقرار في القرار 1186 (د-41) المؤرخ في 18 تشرين الثاني/نوفمبر 1966، كما أحاطت الجمعية العامة علما به في قرارها 2198 (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

-العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية : اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية : اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

-إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة: اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3452 (د-30) المؤرخ في 09 كانون الأول/ديسمبر 1975.

ب- النصوص القانونية الداخلية :

-الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.رج.ج، ع21، سنة 2008.

-القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25-06-2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.رج.ج، ع36، سنة 2008.

-المرسوم رقم 274-63 المؤرخ في 25-07-1963 الذي يحدد طرق تطبيق اتفاقية جنيف بتاريخ 28 جويلية 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، ج.رج.ج، ع52، سنة 1963.

المواقع الإلكترونية :

-علي يوسف الشكري، التنظيم الدستوري لحق اللجوء السياسي، <http://www.qadmag.com/org.doc>

## المفاوضات في العقود التجارية الدولية : دراسة في الجوانب التقنية والقانونية



إنجاز : محمد ولد محمد الرازي مليح

طالب باحث سنة رابعة بمركز دراسات الدكتوراه

مسلك القانون الخاص جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء

email : mohamedlimlih@gmail.com

مقدمة :

يلعب العقد في القانون الداخلي دورا أساسيا في تبادل وتداول الثروات، ويتعاضم هذا الدور في العقود الدولية<sup>1</sup> التي تعتبر أداة لتسيير التجارة الدولية، ووسيلة للمبادلات الاقتصادية عبد الحدود، حيث تؤثر تلك العقود من الناحية الاقتصادية على ميزان المدفوعات والميزان التجاري للدول باعتبار أنها تستدعي انتقالا للقيم والثروات والخدمات عبر الحدود بمليارات الدولارات. وقد أخذ الازدياد في نمو التبادل التجاري ينمو يوما بعد يوم خاصة بعد توقيع اتفاقية G.A.T.T<sup>2</sup> وإنشاء منظمة التجارة العالمية<sup>3</sup>.

1- لقد شكل معيار التمييز بين العقد الداخلي والدولي مثار خلاف فقهي وقضائي، وقد تنازع الفقه والقضاء -خصوصا محكمة النقض الفرنسية- معيارين لتحديد الصفة الدولية للعقد أحدهما قانوني والآخر اقتصادي.

\*-ووفقا للأول فإن العقد يعتبر دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة، أي إذا تضمن عنصر أجنبيا واحدا على الأقل.

\*-أما المعيار الثاني فيمنح العقد الصفة الدولية إذا كان يحقق مصالح التجارة الدولية.

انظر للتوسع أكثر حول الصفة الدولية للعقد والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية حول الموضوع:

- هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية 1995.

- محمد وليد هاشم: العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة البحرين، عدد 20، السنة 2004.

2- اختصار للعبارة الانجليزية: General agreement on tariffs and Trade وتعني الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة.

3- لقد أفضت مفاوضات جولة الأورجواي إلى اعتماد وثائق تم التوقيع عليها في مراكش بتاريخ 25 أبريل 1994 كان من ضمنها اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية.

انظر للتوسع أكثر:

- عادل المهدي: عولمة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة الطبعة الثانية 2004.

- عبد الفتاح مراد: منظمة التجارة العالمية والعولمة الاقتصادية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية بدون ذكر سنة النشر.

## المبحث الأول: مفهوم و ضوابط إدارة المفاوضات في عقود التجارة الدولية :

فإذا كان العقد في مضي يتم إبرامه بطريقة بسيطة وسريعة، حيث كان أحد الطرفين يقوم بتوجيهه إيجاب بسيط إلى الطرف الآخر ثم ما يلبث هذا الأخير أن يقبل ذلك الإيجاب فينقذ العقد وينتهي الأمر.

إلا أن العقد التجاري الدولي يختلف في مراحل تكوينه عن العقد التجاري الداخلي البسيط، والسبب هو أن أغلب العقود التجارية الدولية عقود معقدة فنيا وتقنيا وتحتاج إلى عملية طويلة من التفاوض حتى الوصول إلى القبول النهائي وتوقيع العقد من قبل أطرافه<sup>1</sup>.

فالواقع أثبت أن تلك الطريقة البسيطة في التعاقد كانت تتناسب مع طبيعة المعاملات آنذاك حيث كانت الزراعة تشكل النشاط الرئيسي للمجتمع، ومن ثم كانت العقود قليلة للغاية وتتسم بالبساطة المتناهية، إلا أن ذلك لم يعد يتناسب مع العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل، فالعقد باعتباره وليد البيئة الاقتصادية والاجتماعية التي ينشأ فيها، فإنه يتأثر دائما بالتطورات التي تحدث في محيطه، ومن ثم كان من الطبيعي أن يتأثر العقد في بنيانه بالتطورات التي طرأت على المجتمع في العصر الحديث<sup>2</sup>.

فقد شهد العصر الحديث خاصة بعد قيام الثورة الصناعية العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة، والتي أثرت بشكل كبير على بنیان العقد، فقد أصبحت أعداد كبيرة من العقود تتسم بالتركيب والتعقيد، وذلك لكونها ترد على مشروعات عملاقة وتنصب على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، وتقدر قيمتها بأموال طائلة وتنطوي بالتالي على مخاطر كبيرة بالنسبة لأطرافها<sup>3</sup>، ولهذا أصبح من غير الممكن إبرام مثل هذه العقود بسرعة وبطريقة بسيطة، وإنما بات من الضروري أن يسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات الشاقة، والتي تستغرق في كثير من الأحيان وقتا طويلا قد يمتد لسنوات عديدة، وتتطلب لإجرائها نفقات باهظة وذلك لمناقشة وتحديد شروط العقد، وغالبا ما يقوم بهذه المهمة فريق يضم أعضاء من مختلف التخصصات المتصلة بالجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد<sup>4</sup>.

## المطلب الأول: مفهوم المفاوضات السابقة على التعاقد :

تعد مرحلة المفاوضات من أخطر وأدق مراحل العقد على الإطلاق، حيث يتم فيها وضع اللبنة الأولى التي تشيد عليها العملية التعاقدية، وترتسم فيها الملامح العامة لنطاق حقوق والتزامات الأطراف المتعاقد، حيث يدخل هؤلاء في لقاءات ومناقشات مكثفة حول الثمن ومواعيد التوريد وكيفية التنفيذ ووقته ومكانه وضمائنه، وجزاء الإخلال

<sup>1</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض 1998، ص65.

<sup>2</sup> - (J) Schmidt: négociation et conclusion de contrat, Dalloz, Paris 1982, P2 et s

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور: العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه ومضمونه وآثاره وانقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم التجاري وقانون التجارة الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص28.

<sup>4</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1995 ص6.



بالالتزامات التي ستنشأ عنه، فضلا عن مناقشة الأعمال التحضيرية السابقة على التوقيع على العقد النهائي، مثل الفحوص الفنية ودراسات الجدوى الاقتصادية.

كل هذا يقتضي التقاء الأطراف سويا وتبادل الأفكار والمقترحات ومناقشتها حتى يتم العقد الذي يودون إبرامه بطريقة جيدة ومحكمة.

وعلى الرغم من أن فكرة إبرام التصرفات القانونية عن طريق المفاوضات تعتبر فكرة قديمة ترجع في جذورها إلى التاريخ القديم الذي بدأ فيه الإنسان يعرف الأسواق ويلتقي فيها مع غيره لتبادل ومقايضة السلع والخدمات، حيث تجري بعض المساومات والأخذ والعطاء والرفض والقبول حول أسعار السلعة أو الخدمة حتى يصل الطرفان إلى اتفاق وتتم عملية المبادلة أو المقايضة، وتلك المساومات والحوارات هي نوع من المفاوضات التي تمهد لتلاقي الإرادات وإبرام العقد.

وهو ما اعتبره البعض<sup>1</sup> مقبولا إلى حد ما، باعتبار أن المعاملات والصفقات آنذاك كانت بسيطة وإجراء مناقشة لبضع دقائق كان كافيا لتسوية الخلافات بين الطرفين، إلى أن المفاوضات بمفهومها الحالي، أي باعتبارها علما له قواعده وأصوله التي لا بد من الإلمام بها قبل الدخول في أي عملية تفاوضية، لم تظهر إلا في أواخر القرن الماضي.

لا تقتصر المفاوضات على مجال معين كالعقود مثلا، أو فئة معينة من الأفراد مثل رجال الأعمال عند إبرام العقود، بل هي أسلوب عملي للحياة يلجأ له الفرد في حياته اليومية لحل مشكلاته الاجتماعية، وتلجأ له الدول لحل مشكلاتها السياسية<sup>2</sup>، لكن بما أن موضوع البحث يقتصر على العقود وبصفة خاصة ذات الطابع التجاري منها فإذا تعرضنا للمفاوضات فسوف يكون منصبا على تلك المتصلة بموضوع البحث دون غيرها.

كما أننا عندما نتطرق للمفاوضات فإننا لا نقصد بذلك مجرد المساومات التي تتم بشأن إبرام العقود البسيطة، كعقود كراء المحلات السكنية أو القروض البسيطة، أو عقود الاستهلاك اليومي، أو عقود الشغل، وإنما نقصد بذلك المفاوضات التي تقع على العقود التجارية الدولية ذات القيمة الاقتصادية المرتفعة، كما هو الشأن بالنسبة لعقود الإنشاءات الهندسية والميكانيكية والكهربائية، وعقود التوريد وعقود التنقيب عن المعادن وعقود نقل التكنولوجيا... إلى غير ذلك.

لكن سنقتصر في دراستنا على صورة معينة لهذه المفاوضات وهي تلك التي تسبق إبرام العقود التجارية الدولية.

فيستهدف البحث إذن دراسة المرحلة قبل العقدية التي يتم فيها التفاوض على العقد تمهيدا لإبرامه، أي المرحلة التي تجرى فيها مناقشة وتحديد شروط العقد من جانب الطرفين بغرض التوصل بشأنها إلى اتفاق مشترك يتم على أساسه إبرام العقد.

وسنرى أن هذه المرحلة تنتهي بصدور الإيجاب البات، حيث يعتبر هذا الإيجاب الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات والمرحلة التي تليها في الفترة قبل العقدية أي مرحلة إبرام العقد.

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى 200-2001، ص5.

<sup>2</sup> مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعة الإسكندرية 2005، ص39.

## المطلب الثاني : ضوابط إدارة المفاوضات في عقود التجارة الدولية :

تتطلب المفاوضات باعتبارها الوسيلة الأساسية والمتداولة في إبرام العقود التجارية الدولية ذات الصلة الكبيرة والمعقدة عند إجرائها الأخذ بكل مستلزمات النجاح التي بواسطتها يتم تحقيق الأهداف التي يطمح إليها أطراف التفاوض، وحتى يتم تحقيق ذلك لا بد من أن يتم التفاوض بصورة جيدة من جانب أطراف العقد حتى يستطيع كل طرف التأكد من أن العقد سوف يحقق أهدافه وغاياته التي يتوقعها منه.

لذا لا بد من الأخذ بمسببات هذا النجاح والابتعاد عن السلبيات التي تؤدي بالعملية التفاوضية إلى الفشل، وذلك من خلال إتباع خطوات عملية قبل وأثناء وبعد العمليات التفاوضية حتى تتحقق الأهداف التي يرغب الأطراف التواصل إليها<sup>1</sup>، فهذه الخطوات إن لم تكن منضبطة فلن تؤدي إلى النتائج المرجوة.

وتستند الضوابط التفاوضية المؤثرة على نجاح المفاوضات أو فشلها على دعامتين أساسيتين :

الأولى: تتعلق بالعملية المنهجية الخاصة بالتفاوض ذات العلاقة بالمنهج التفاوضي أو الإستراتيجية التفاوضية المختارة وبضرورة التقيد بالقواعد الأساسية المتبعة في العمليات التفاوضية.

أما الثانية: فتتعلق بالعنصر البشري الذي يستخدم هذا المنهج ويطبق تلك القواعد فإذا ما حسن استخدام تلك المناهج والقواعد من قبل أطراف العمليات التفاوضية فإنهم والحالة هذه يستطيعون تحقيق أهدافهم بسهولة وذلك من خلال أساليب ومهارات محكمة بضوابط أصبحت لها مدارسها الخاصة يتدرب فيها المتفاوض على شتى فنونها طمعا في كسب الأهداف لا خسارتها عند الدخول في أية عملية تفاوضية<sup>2</sup>.

فالمفاوضات لم تعد دربا من ضروب الجدل والنقاش الارتجالي، بل أصبحت علما قائما بذاته<sup>3</sup> وفنا من الفنون يتدرب عليه العديد من أصحاب المهن، كما أن العديد من رجال الأعمال والشركات العالمية الكبرى يعملون

<sup>1</sup> - محمود علي ومحمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، دار الحامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص43

<sup>2</sup> - على الرغم من ذلك فإن الكثير من المفاوضين لا يؤمنون باستخدام المناهج التفاوضية لاعتمادهم على خبراتهم التي استقوها من الماضي والتي بالضرورة أورتهم الثقة في النفس والاستقلالية في اختيار الأدوات التفاوضية واستبعاد استخدام المناهج التفاوضية، من هنا تنسم مفاوضاتهم في كثير من الأحيان بالفشل العام خاصة إذا تم الحكم عليها موضوعيا.

انظر : محمود علي ومحمد عوض الهزايمة، م، س، ص45

<sup>3</sup> - وقد أفردت لعلم التفاوض مؤلفات خاصة نذكر منها:

- Christophe Dupont , la négociation , situation , problématique, application, Paris , Dunod , 2000

- David Patrique la négociation commercial en pratique Paris, édition d organisation 2006

- Ficher Roger et William Ury, comment réussir une négociation, Paris, Seuil 1982

- Delahaye Michel , La négociation d'affaire , Paris , Dunod , 2002

- محمود علي ومحمد عوض الهزايمة ، المدخل إلى فن التفاوض ، مرجع سبق ذكره

- ثابت عبد الرحمن إدريس ، التفاوض مهارات و استراتيجيات ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2001

- مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005

- على الحمادي ، مهارات التفاوض وفنون الحوار والاتفاق ، دار ابن حزم، بيروت - لبنان - 2002

- ناجي معلى ، التفاوض ، الإستراتيجية والأساليب ، دار زهران ، عمان الأردن 1992

- وليام أوري، فن التفاوض ، ترجمة الدكتورة نيفين غراب ، الدار الدولية للنشر ، القاهرة 1994.

جاهدين على تدريب كفاءات معينة للبروز في هذا الفن الذي يعتبر ذا أثر مباشر في عقد أي اتفاق تجاري من العقود التجارية الدولية والمشاريع الكبرى بمختلف أنواعها<sup>1</sup>.

وتحقيقاً لأهداف هذا المطلب فإنه من الضروري نتناول الضوابط المنهجية (الفقرة الأولى) قبل الحديث عن الضوابط البشرية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الضوابط المنهجية:

يلجأ الفريق المفاوض قبل البدء في العملية التفاوضية ومن باب الاعتداد والتمهيد لها، إلى اختيار واعتماد المنهج التفاوضي أو الإستراتيجية التي ستستخدم في المفاوضات، إذ يعتبر هذا الموضوع من أهم مستلزمات التفاوض الفعال والناجح<sup>2</sup>. فالتفاوض بدون منهج علمي موضوعي يرتبط بالقضية التفاوضية يتحول إلى جدل ونقاش عقيم لا يوصل إلى نتيجة<sup>3</sup>.

ويجدر بنا قبل الخوض في أنواع مناهج أو استراتيجيات التفاوض وتطبيق التكتيك الملائم لتنفيذها (ثانياً) أن نتطرق لأهمية مناهج وسياسات التفاوض (أولاً).

#### أولاً: أهمية سياسات التفاوض:

كما رأينا - سابقاً - فإن المفاوضات في العقود الدولية تقع على عقود تبلغ استثماراتها مبالغ طائلة وتتسم موضوعاتها بالصعوبة والتعقيد الفني، بالإضافة إلى كون أطرافها يأتون من أماكن شتى وثقافات مختلفة دون أن تكون لدى أي منهم أدنى فكرة عن مدى نجاح المفاوضات من عدمه، وتكلفتهم وقتاً كثيراً وجهد أكبر ونفقات باهظة تتعلق بدراسات الجدوى والمعائنات لأماكن التنفيذ وسفر المفاوضين وإقامتهم.

كل هذا يجعل من الحرص على إنجاز المفاوضات أمراً ضرورياً وهاماً وهو ما يدعو إلى القول أن الكيفية التي تتم بها عملية التفاوض بين الأطراف من أجل إنجاز المفاوضات وتحقيق أهدافها لا تكون إلا عن طريق استخدام أساليب تفاوض مدروسة تقوم على التخطيط والمنهج والرؤية الموضوعية للأمر المختلفة<sup>4</sup>.

لذلك فإن أطراف التفاوض لا بد أن تتوافر لديهم رؤية واضحة ومحددة عند بدء التفاوض وأن يكون أسلوبهم في التفاوض يعتمد على المنهج الموضوعي الذي يقوم على التحديد وبدقة لأهداف التعاقد والحالة التي يجب أن يكون عليها التعاقد من شروط والتزامات متبادلة<sup>5</sup>.

وهم في سبيل وصولهم إلى أفضل نتيجة تؤدي عند إبرام العقد لتحقيق أفضل المنافع، يجب أن يديروا عملية التفاوض بخطط مناسبة وملائمة لها يطلق عليها البضع اسم "مناورات التفاوض"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - صالح بن عبد الله بن عطاق العوفي، م، س، ص 89

<sup>2</sup> - مصطفى محمود بكر، التفاوض الناجح، م، س، ص 12 وما بعدها

<sup>3</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزايمة، م، س، ص 44

<sup>4</sup> - محمد أحمد حسن محمود الشربيني - م.س - ص 225.

<sup>5</sup> - ثابت عبد الرحمن إدريس - م.س - ص 44 وما بعدها.

<sup>6</sup> - يوسف عبد الهادي خليل الإكياي، م.س. ص 90.

فعملية التفاوض ليست عملية سهلة وبسيطة، فهي تقوم على إرادات متصارعة ومصالح متعارضة بين أطرافها، كل طرف له هدف معين يريد تحقيقه عن طريق أقل التكاليف الممكنة ليحصل على أكبر فائدة.

لذا نجد أن كل طرف يحاول أن يستفيد من مناحي القوة لديه ونقاط الضعف لدى الطرف الآخر، حتى يحصل على الصورة التي حددها مسبقا للعقد، والتي سوف تحقق له المصالح التي يسعى إليها.

فالمفاوضات والخطط المصاحبة لها تختلف باختلاف الأهداف المراد تحقيقها واختلاف الرؤى لمواطن القوة والضعف لدى فريق التفاوض<sup>1</sup>.

فأثناء المفاوضات في العقود الدولية نكون أمام احتمالات مفتوحة وغير محددة وذلك لوجود أكثر من عامل يحكم عملية التفاوض منها:

\*- نقاط القوة والضعف لدى كل طرف.

\*- والرغبة في إتمام العقد من عدمه.

\*- ومدى قدرة ومهارة فريق التفاوض في توجيه المفاوضات والاستجابة لعروض الطرف الآخر أثناء التفاوض ومناقشته لها<sup>2</sup>.

فتعارض مصالح أطراف التفاوض تجعل كل طرف يحاول توجيه المفاوضات نحو النقاط التي تحقق له مزايا وفوائد عند تنفيذ العقد، وبالتالي فإن الطرف الماهر في التفاوض هو الذي يستطيع أن يعظم الفوائد والمكاسب التي تعود عليه من نقاط وعناصر العقد المختلفة في الوقت الذي يحاول أن يقوم بتحديد عناصر الضعف التي تظهر في موقفه أثناء التفاوض، فيتجنب بذلك أن يضغط عليه الطرف الآخر<sup>3</sup>.

كل هذه العوامل تدعو إلى القول بوجود وأهمية أن تكون هناك سياسة واضحة ومحددة لفريق التفاوض ينتهجها أثناء عملية التفاوض حتى ينجح في إبرام العقد بالصورة التي يرتضيها وبالحالة التي تكون في صالح من يمثلونهم<sup>4</sup>.

فسياسات التفاوض عملية تدور في إطار عملي منظم، فهي لا تتم وفق أسلوب هوائي وغير منظم<sup>5</sup>، ولكنها منهج وتكتيك أو سياسة لأهداف يجب الوصول إليها.

<sup>1</sup>- أبو العلا على أبو العلا النمر - دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية- دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2002 ص32.

<sup>2</sup>- أبو العلا على أبو العلا النمر - م.س- ص33.

<sup>3</sup>- ناجي معلا التفاوض، الإستراتيجية والأساليب - م.س- ص6 وما بعدها.

<sup>4</sup>- مصطفى محمود أبو بكر - م.س- ص18 وما بعدها.

<sup>5</sup>- محمد أحمد حسن محمود الشريبي - م.س- ص227.

فكونها تدور في إطار عملي يعني أنها تطبق على أرض الواقع العملي وفي الحياة التفاوضية وداخل اجتماعات لجان التفاوض، وليس فقط في الكتب والدراسات النظرية<sup>1</sup>.

### ثانيا: استراتيجيات وتكتيكات التفاوض :

إن صعوبة التنبؤ بنتائج عملية المفاوضات، ومحاولة حصر احتمال النجاح أو الفشل في تحقيق الغاية منها إلى أضيق حدود تقتضي من كل طرف اتباع استراتيجيات وتكتيكات معينة يتفاوض على أساسها.

فإجادة أي أسلوب تفاوضي يحتاجه المفاوض تتطلب مجموعة من المستلزمات كالإستراتيجيات والتكتيكات التفاوضية.

ويجب أن نعرف مبدئيا أن الإستراتيجية تختلف عن التكتيك وإن كانا سوف يؤديان إلى نفس الهدف.

فكلمة استراتيجية *la stratégie* تكاد تعادل في مفهومها كلمة المنهج *la méthode*<sup>2</sup>، وتعني: " الخطة الموضوعية والمقصود اتباعها في عملية التفاوض للوصول إلى الهدف المنشود، فهي الخطوط العريضة التي وضعت للتفاوض"<sup>3</sup>.

بينما التكتيك هو عمل محدد لتطبيق الإستراتيجية، وتختلف الإستراتيجية عن التكتيك الذي يتبعه المفاوض لتطبيقها، فهي تعني بالحل عن طريق أوسع وأعرض، أما التكتيك فهو بعض المناورات التي تتبع خلال عملية التفاوض للوصول إلى الهدف ومن ثم فإنه وسيلة لتحقيق الهدف.

فالتكتيك دائما يستخدم لتنفيذ الإستراتيجية في مفاوضات معينة، حيث يعتبر الخطوة الأولى التي يجب على المفاوض أن يتخذها ليحرك المفاوضات في الاتجاه الذي يحدده<sup>4</sup>.

فالاستراتيجيات والتكتيكات ما هي إلا عمليات متكاملة الهدف والممارسة والنتائج، فلكل منها دور تقوم به وهدف تسعى إلى تحقيقه، ولا يمكن الاستغناء عن أي منها في العملية التفاوضية بحيث يمثل كل منهما ضرورة حتمية لازمة حتى يتحقق الهدف النهائية للعملية التفاوضية.

ومن ثم فإن أي خطأ في ممارسة واختيار أي منها سوف يؤثر على دور ونتيجة كل منهما بشكل كامل، وإن التحضير الجيد لكل منها أمر حتمي وضروري للآخر حتى يتحقق هدف العملية التفاوضية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة - م.س - ص 18 وما بعدها.

<sup>2</sup> - ويعني: "مجموعة الخطوات التي يجب اتباعها للوصول إلى هدف محدد، أو لاكتشافه أو التدليل على تحقيقه، أو هو النظام الواجب اتباعه لتحقيق غرض معين" أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، بدون تاريخ نشر، ص 238.

<sup>3</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص 104.

<sup>4</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س، ص 104.

<sup>5</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزائمة، م.س. ص 44.

وإذا كان كل طرف من أطراف التفاوض معنيا بتحديد ووضع الإستراتيجية التي يتبعها في إدارة عملية التفاوض، فإن طبيعة الهدف من المفاوضات وكذا طبيعة العلاقة بين طرفي العملية التفاوضية هي التي تحدد بالضرورة نوع المنهج المستخدم في العملية التفاوضية، ونوع المنهج التفاوضي الذي يعتمد على هذه العلاقة يحدد بالتالي نوع الإستراتيجية التفاوضية المستخدمة والتكتيكات اللازمة لتنفيذها<sup>1</sup>.

فالتفاعل بين إستراتيجية كل طرف مع إستراتيجية الطرف الآخر تصل عملية التفاوض إلى نهايتها التي قد تكون الاتفاق أو عدم الاتفاق، وهو تفاعل يتحقق بوسائل الجدل والتأثير والإقناع التي تقوم عليها كل إستراتيجية أو منهج تفاوضي.

والإستراتيجية التفاوضية بهذا المفهوم لها عدة صور وأنواع نتطرق لها ( I ) قبل الحديث عن أنواع التكتيكات اللازمة والملائمة لتنفيذها ( II ).

### I- الإستراتيجيات التفاوضية :

تعتبر الإستراتيجية التفاوضية الإطار العام الذي يحدد الطريق والمسار ويؤلف القواعد والمنطلقات الأساسية للعمل والمهام التفاوضية، فهي والحالة هذه خطة العمل الأساسية الشاملة التي يختارها الفريق المفاوض لإنجاز الهدف التفاوضي<sup>2</sup> وهي أيضا عملية التخطيط للمفاوضات وتوجيهها نحو إنجاز الأهداف، فهي تنصرف إلى تعبئة واستخدام وتجنيد وإدارة كافة الجهود والأدوات التفاوضية من مادية وغير مادية للقيام بالعملية التفاوضية بنجاح<sup>3</sup>.

وعندما نتكلم عن المفاوضات فإننا نتكلم عن عدة إستراتيجيات يستخدمها المفاوضون لبلوغ أهدافهم من ضمنها :

#### (1) - إستراتيجية التشدد :

ومن خلال هذه الإستراتيجية يقوم أحد الأطراف بوضع مطالب ومقترحات عالية ومتشددة ويظهر التصلب والتشدد في التفاوض حولها والتأكيد على أنه لا يجوز التنازل عنها إلا بطريقة تدريجية ومحدودة للغاية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أيضا فإن اختيار إستراتيجيه معينة قد يتأثر بعدد كبير من العوامل من ضمنها ما يلي :

(1) - طبيعة النزاع أو القضية محل النزاع أو التعامل

(2) - هدف الأطراف وهل هو هدف بعيد أم قصير المدى

(3) - نوع المصالح التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها وهل هي مصالح اقتصادية أم سياسية أم خليط من الاثنين

راجع للتفصيل أكثر حول هذه العوامل، صالح بن عبد الله بن عطف العوفي .م.س. ص 104-105.

<sup>2</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزايمة .م.س. ص 95.

<sup>3</sup> - محسن الخضري: تنمية المهارات التفاوضية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة 1993، ص 116.

<sup>4</sup> - حول مفهوم إستراتيجية التشدد في المفاوضات السياسية راجع محمد بدر الدين مصطفى زايد .م.س. ص 224.

ولا خلاف حسب البعض<sup>1</sup> في أن هذه الإستراتيجية إن كانت تصلح في المفاوضات السياسية إلا أنها غير منصوح بها في مفاوضات العقود الدولية التي لا يلائمها الضغط من أجل الحصول على أحسن صفقة وتطويق الطرف الآخر.

فإذا كان من المتصور أن تؤدي تلك الإستراتيجية إلى تلك النتيجة فإن مستقبل العلاقات والتعامل بين الطرفين لن يدوم طويلا، حيث إن الطرف الآخر سوف يحاول أو قد تضطره الظروف إن طلب التعديل في أول فرصة متاحة مما يؤدي إلى زعزعة السير الهادئ لتنفيذ العملية التعاقدية<sup>2</sup>.

### 1- استراتيجية الأخذ والعطاء :

وتسمى كذلك أحيانا استراتيجيه البقاء والاستمرار، وتقوم على إغراء الطرف الآخر بعمل تنازلات، وهو ما يعد ليونة في الموقف المتشدد لصاحب تلك الإستراتيجية.

وتقوم هذه الإستراتيجية على معرفة صاحبها الحد الأدنى الذي لا يمكن النزول عنه، وهو ما يتطلب معرفة نية الطرف الآخر وحده الأدنى، حتى ولو اضطر الأمر إلى النزول عن هذا الحد فإنه يجب أن يقابل ذلك تنازل من الطرف الآخر أي أن يكون هناك تنازل وتنازل مقابل حتى يمكن الوصول إلى تسوية أو اتفاق وهذا هو الأخذ والعطاء<sup>3</sup>.

وتهدف استراتيجيه الأخذ والعطاء إلى الحفاظ على التواصل ما بين طرفي التفاوض والدفع به إلى الأمام من أجل تحقيق الهدف المرسوم.

### 3- استراتيجيه الأمر الواقع :

وتقوم هذه الإستراتيجية من خلال تقديم الطرف الذي يتبعها إلى الطرف الآخر اقتراحات وإبلاغه بأن يأخذها أو يرفضها دون مناقشة<sup>4</sup>.

وعادة ما يلجأ المفاوض إلى استراتيجيه الأمر الواقع ليقول للطرف الآخر "الآن يتوقف عليك الأمر" وهو ما يعمل على الوصول إلى قرار سريع من جانبه أو للنزول عن موقف معين في التفاوض<sup>5</sup>.

ولكن على الرغم من الخطورة في استخدام هذه الإستراتيجية إلا أنها قد تكون مطلوبة أحيانا كما في حالة عدم وضوح صياغة العقد المقترح عند إرساله للطرف الآخر، وكان العقد يتضمن بعض الشروط غير المرغوب فيها أو غير المتفق عليها، ومن ثم يمكن لمن أرسل له هذا العقد أن يقوم بشطب هذه الشروط ويوقع العقد ويرسله إلى

1- أحمد عبد الكريم سلامة : م.س. ص 71.

2- أحمد عبد الكريم سلامة : النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال سابق، ص 239.

3- أحمد عبد الكريم سلامة ، م.س. نفسه.

4- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص 106.

5- أحمد عبد الكريم سلامة ، م.س. ص 73.

الطرف المرسل للعقد بحيث يجعله أمام الأمر الواقع إما بقبول التعديل والتوقيع مع الشطب أو بإعادة التفاوض حول العقد مرة أخرى<sup>1</sup>.

على أن نجاح تلك الإستراتيجية يعتمد على مجموعة من الشروط نذكر منها:

- أن يكون احتمال قبول الطرف الآخر للنتيجة في النهاية احتمالاً كبيراً.

- وأن تكون خسارة ذلك الطرف من استمرار معارضة أكبر ماديًا ومعنويًا من الخسارة التي تحدث من جراء عدم قبوله الأمر الواقع<sup>2</sup>.

#### (4)- إستراتيجيه العدالة :

وتقوم هذه الإستراتيجية على فكرة مثالية وهي العدالة في كل شيء، ولما كانت فكرة العدالة فكرة نفسية تدور حول ما يعتقد أنه الحق فإن مفهومها من الصعب تحديده، وإزاء ذلك لن تخرج فكرة العدالة عن التزام كل طرف الموضوعية في عرض وجهة نظره وفي تقييم عناصر موقف الطرف الآخر، فلا يتفاوض من مواقف مسبقة لا يمكن المساس بها، ولكن البحث الموضوعي عما يريده هو وما يرتضيه الطرف الآخر<sup>3</sup>.

فكأن تلك الإستراتيجية تقصد الوصول إلى حلول تحقق المنفعة المشتركة للأطراف بحيث لا يكون فيها ما يكسبه طرف هو ما يخسره الآخر، وتتفنى بالتالي معادلة الكاتب الخاسر<sup>4</sup>.

ويجب على كل مفاوض أن يتذكر أن التعاقد يفترض بل يستلزم نتيجة متوازنة، وإلا كيف نتصور وجود تراخ في النهاية، كما يجب أن ينظر كل طرف في المفاوضات إلى كل الظروف والمعطيات والنقاط المطروحة للمناقشة والحوار بعيون الطرف الآخر فذلك كفيل بالوصول إلى اتفاق ليس فقط متوازناً بل عادل كذلك<sup>5</sup>.

ومهما يكن من أمر تلك الاستراتيجيات وأنواعها<sup>6</sup> فإنه من الصعب أن ينصح بتبني إستراتيجيه معينة دون الأخرى، فالواقع أن هناك العديد من العوامل والظروف التي تحكم اختيار إستراتيجيه معينة دون غيرها، منها طبيعة الموقف التفاوضي، والمسألة محل التفاوض، والخبرات التفاوضية لكل طرف وشخصيته ونفسيته، وقوته الاقتصادية الحالية والمستقبلية، وعلاقة بكل طرف بالآخر، وحرصه على الاستمرار في التعامل معه من عدمه، وهدف كل منهم هل هو هدف بعيد أم قصير المدى، ونوع المصالح التي يبتغي الأطراف تحقيقها، ونوع تلك المصالح الاقتصادية أم سياسية أم كلاهما والتكتيك المتبع لتنفيذ كل إستراتيجيه.

<sup>1</sup>- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص 107.

<sup>2</sup>- حسن وجيه: مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، عدد 190، سنة 1994، ص 60.

<sup>3</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص 73.

<sup>4</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص 74.

<sup>5</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص 74.

<sup>6</sup>- نشير إلى أننا تطرقنا فقط إلى نماذج من الاستراتيجيات التفاوضية ولم نقم بحصرها وللمزيد حول أنواع هذه الاستراتيجيات يمكن الرجوع إلى كل من : محمود على ومحمد عوض الهزايمة م.س. على الحمادي، مهارات التفاوض وفنون الحوار والاتفاق، م.س محسن الخضري، تنمية المهارات التفاوضية، م.س.



## II - تكتيكات التفاوض :

سبقت الإشارة إلى أن عند الدخول في المفاوضات يقوم كل طرف بتحديد أهدافه ومقاصده من العملية التفاوضية وذلك من خلال رسم استراتيجيه معينة وسياسة تفاوضية محددة تشتمل على النقاط والمسائل الأساسية التي ستدور حولها المفاوضات.

والإستراتيجية بهذا المفهوم باعتبارها منهجا للتفاوض *méthode de négociation* تحتاج إلى آلية *Mécanisme* أو أداة حركية لتنفيذها وتعمل على تحقيقها أهدافها، وتلك الآلية تسمى من الناحية الفنية التكتيك، *la tactique*.

والتكتيك هو " تصور وعمل محدد، أو مناورة في طرح المسائل أو البدء في التفاوض وتبادل المقترحات بنحو يؤثر على السلوك التفاوضي ورد فعل الطرف الآخر<sup>1</sup>."

فالتكتيك في المجال التفاوضي إذن ينصرف إلى الإجراء الوقتي أو اللحظي الذي يستدعيه الموقف التفاوضي القائم بين المتفاوضين، لأن التكتيك يمتاز بأنه الأقصر زمنا والأقل شمولاً وحجماً قياساً بالإستراتيجية، فالتكتيك يخدم الإستراتيجية ويرتبط بها ويتبعها<sup>2</sup>.

وهذه التكتيكات كثيرة ومتعددة أوصلها بعض الدارسين<sup>3</sup> في مجموعها إلى خمسة وخمسين تكتيكا ولكننا هنا نذكر نماذج محددة منها وسوف لن نتعمق في تعريف ما سنتطرق إليه إلا بالقدر الذي يعطينا فهما لطبيعته.

وهذه التكتيكات هي :

## (1) - تكتيك كسب الثقة والاحترام المتبادل :

ويقوم هذا التكتيك على قاعدة أساسية في فن التعامل مع الناس هي " اكسب خصمك فإن لم تستطع فعليك تحييده، وإذا لم تتمكن استمر في المحاولة"<sup>4</sup>.

وعادة ما تستخدم في هذا التكتيك اللقاءات غير الرسمية كلقاء الناس أو حفلات الزفاف وانتهاز الفرصة لتقديم الهدايا الرمزية كدليل على الرغبة في الصداقة والتعاون، ولا تقدم الهدايا لتبدو على أنها رشوة أو بأي صورة من صورها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مقال سابق. ص 242.

<sup>2</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزايمة، م.س. ص 103.

<sup>3</sup> - محسن الخضري، م.س. ص 144-191.

<sup>4</sup> - محسن الخضري، م.س. ص 147.

<sup>5</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزايمة، م.س. ص 103.

**(2) - تكتيك إثارة الشهية أو الإغراء المادي :**

وهو تكتيك يستخدم بشكل كبير في المفاوضات التجارية، فالتنزيلات والتخفيضات التجارية الموسمية خير مثال على ذلك، حيث يستخدمها التاجر لتصريف الراكد من بضاعته وسلعه ومنتجاته بسعر مناسب وأقل من الأسعار التي كانت تباع بها من قبل<sup>1</sup>.

**(3) - تكتيك الرجل الطيب والرجل الشرس :**

ويطلق عليه أحيانا تكتيك "الصقر والحمامة" أو "الذئب والحمل"، وذلك بأن يقوم رئيس الفريق المفاوض بدور الرجل الطيب المتساهل، ويقوم أحد أعضاء الفريق وهو في الغالب المستشار القانوني<sup>2</sup> بدور الرجل المتشدد الشرس، ومن خلال هذه التمثيلية يتمكن الرجلان من حمل الفريق الآخر على تقديم تنازلات، فهذا التكتيك يقوم على لعب الأدوار وتغييرها وتوزيعها حسب ما يقتضيه الطرف التفاوضي.

**(4) - الانسحاب الظاهري من المفاوضات :**

كثيرا ما يلجأ المتفاوض إلى أسلوب التلويح بالانسحاب من المفاوضات كلما وصلت هذه الأخيرة إلى نقطة خلاف، وغالبا ما يضعف المتفاوض الآخر أمام هذه الحيلة فيسارع بتقديم تنازلات من جانبه لإرضاء المتفاوض الغاضب ومنعه من الانسحاب.

ويعتمد نجاح هذا التكتيك على وجود رغبة جامحة لدى المتفاوض الآخر في إنجاح المفاوضات، وكما لو كانت الصفقة مصيرية بالنسبة له، أو كان يرى في عدم نجاح المفاوضات انتقاصا من قدره في نظر رؤسائه أو دولته<sup>3</sup>.

**(5) - التحديد الزمني والموضوعي لنقاط التفاوض :**

وهو يتمثل في وضع جدول زمني للمفاوضات أو تحديد المسائل والنقاط التي لا يجب للمفاوضات الخروج عنها، وهو يعد من الأساليب الناجحة في مجال التفاوض وذلك لأنه يحسم المفاوضات في وقت سريع ويمنع التسويف والمماطلة أثناء التفاوض<sup>4</sup>، ويجعل المفاوضات تدور في حلقات محددة زمنيا وحول نقاط معينة وهامة وأساسية وليست فقط نقاط فرعية وثنائية لا تؤثر على العقد.

<sup>1</sup> - ويمكن أن يستخدم هذا التكتيك في المفاوضات السياسية ومثال ذلك ما قامت به إسرائيل من تلويح بإعطاء منظمة التحرير الفلسطينية دولة مستقلة في نهاية المفاوضات، بحيث شكل هذا التلويح تكتيكا لإثارة شهية المفاوض الفلسطيني على الرغم من أنه لم يحقق شيئا على مدار عدة سنوات مرت، انظر: محمود على ومحمد عوض الهزايمة، م.س. ص 104.

<sup>2</sup> - رجب كريم عبد الإله، م.س. ص 41.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م.س. ص 42.

<sup>4</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص .

## (6) - تكتيك المساومة :

ويعتبر هذا التكتيك من أقدم وأشهر التكتيكات التفاوضية، حيث جرت العادة على استخدامه في التفاوض حتى لدى العامة<sup>1</sup>.

ويتمثل تكتيك المساومة في أن يتقدم الفريق المتفاوض بطلبات أكثر ورغبات أكبر من التي يرغب الحصول عليها، ثم يبدأ بعد ذلك هذا الفريق في التنازل عن بعض تلك الطلبات، وهو يتنازل بالطبع عن تلك التي لا يرغب فيها أساساً، وفي الوقت ذاته يبدو أمام الفريق الآخر وكأنه يتعاون من أجل إنجاح المفاوضات، فيضطر الفريق الآخر نتيجة هذا الموقف إلى الموافقة على الطلبات الأخرى<sup>2</sup>.

## الفقرة الثانية : الضوابط البشرية :

يعتبر الإنسان من أهم أركان القضية التفاوضية ، فهو القادر على إدارة العمليات التفاوضية بنجاح أو قيادتها إلى الفشل، فهو والحالة هذه الضابط لها والمتحكم في قيادتها.

فإدراك المفاوض للظروف المحيطة بالعملية التفاوضية ومعرفته بالمهارات المطلوبة هي عوامل النجاح في تحقيق الأهداف التفاوضية المرسومة.

ومن المعلوم أن الناس يتفاوتون في الصفات التي بعضها متوارث والبعض الآخر مكتسب، فبعض الأفراد يولدون ولديهم صفات مطلوبة في المفاوض الناجح والذي يعتبر اللاعب الأساسي في أي عملية تفاوضية، ويصقلون هذه الصفات من خلال ممارستهم في العمل والخبرة التفاوضية والتدريب.

في المقابل نجد أن هناك العديد من الأفراد الذين لا يمتلكون هذه الصفات الموروثة، ولكنهم يصنّفون كمفاوضين ماهرين، وذلك نتيجة تنمية مهاراتهم التي اكتسبوها عن طريق التعلم والتدريب والممارسة الفعالة لاكتساب الخبرة.

فالتفاوض ينطوي على مبادئ واستراتيجيات وتكتيكات لا بد من معرفتها والتعلم على كيفية ممارستها، وهو فن في نفس الوقت حيث يستوجب ضرورة توافر مهارات الاتصال الفعال والحوار والتفاعل الاجتماعي، واللباقة والقدرة على التعرف وغيرها والتي يمكن اكتسابها من خلال التدريب والتعلم<sup>3</sup>.

وتوجد مجموعة كبيرة من الصفات والمهارات يتعين أن تتوافر في المفاوض الماهر نتطرق لها ( أولاً ) ، قبل الحديث عن المهارات الشخصية التي يتعين أن تتوافر في مسلكه ( ثانياً ).

<sup>1</sup> - رجب كريم عبد الإله، م.س. ص 41.

<sup>2</sup> - محمد أحمد حسن محمود الشربيني، م.س، ص 230.

<sup>3</sup> - محمود على ومحمد عوض الهزايمة، م.س. ص 69.

أولاً : مواصفات المفاوض الماهر :

توجد مجموعة من الصفات التي يتميز بها المفاوض الماهر نذكر من ضمنها :

### 1- النزاهة والشرف :

وذلك بتجنب الخداع والمراوغة التدليسية كتعمد تسريب بيانات خاطئة عن موقفه من خلال عمل متعمد يرتكبه المفاوض، كخروج أحد أعضاء الوفد التفاوضي معلنا وصول المفاوضات إلى طريق مسدود<sup>1</sup>، لإعطاء الطرف الآخر انطباعات خاطئة فيضلل مسيرته، ومن ذلك أيضا إساءة استعمال عامل الوقت بالتأجيل المتكرر لمراحل المفاوضات انتظارا لتغير ظروف التعاقد والوضع المالي أو التنافسي للطرف الآخر، مما يضطره إلى قبول اتفاق مجحف له<sup>2</sup>.

ولا شك أن هذا المسلك يعد خاطئا، ويستوجب مسؤولية مسالكة القانونية وإلزامه بالتعويض إن كان قد ترتب عن ذلك ضرر يخلق الطرف الآخر في المفاوضات.

### 2- القدرة على الاتصال :

فالمفاوض الناجح هو صاحب الأسلوب المميز الذي يجذب الآخرين للأخذ والرد معه حول الموضوع وهو ما يسمى بالقدرة على الاتصال والذي يعتبر من الأشياء المهمة لنجاح المفاوضات<sup>3</sup>.

### 3- إتقان اللغة المتفاوض بها :

فعدم توافر هذه الصفة يجر المفاوض على الاستعانة بمرجم، وهذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى احتمال زيادة فترة المفاوضات، والمدة الزمنية المقررة لها، ومن الجوانب السلبية الخطيرة للاستعانة بوسيط مترجم صعوبة نقل المعنى المطلوب بدقة إلى الطرف الآخر أو فهم مصطلح معين بمعنى مختلف لعدم دقة الترجمة<sup>4</sup>.

### 4- التكامل الشخصي :

ودلائله الصبر والقدرة على الاحتمال الذهني والبدني، والقدرة على التفكير والتعبير الشفوي بوضوح عند الضغوط، والسيطرة على مجرى المفاوضات وتهدئة جو المفاوضات بأن يطلب إعادة طرح السؤال مرة أخرى بحجة أن أحد فريق التفاوض لم يسمعه أو أخطأ في فهمه، أو يطلب ترجمة السؤال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محسن وجيه، م.س. ص 63.

<sup>2</sup> - أحمد عيد الكريم سلامة، م.س. ص 83.

<sup>3</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العرضي، م.س. ص 101.

<sup>4</sup> - أبو العلا على أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية م.س. ص 38.

<sup>5</sup> - أحمد عيد الكريم سلامة، م.س. ص 80.

## 5- القدرة على السيطرة على النفس والتحكم في الشعور :

من شروط ومواصفات المفاوض الناجح قدرته على التحكم في شعوره أثناء التفاوض وضبط النفس، وهذا من الأشياء المهمة جدا لأنه يحول دون الوقوع في الخطأ عند التحدث بعصبية مما قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى اتفاق.

فلمفاوض الناجح يجب أن يعرف متى يتوقف عن الكلام في أثناء عملية التفاوض، لأن في التفاوض مرحلة حرجة وحساسة هي تلك المرحلة التي بعدها لا يمكن التحكم في النتيجة النهائية التي قد تكون عدم الوصول إلى الهدف المنشود<sup>1</sup>.

## 6- القدرة على ابتداع الخيارات :

تعتبر القدرة على ابتداع الخيارات من أهم مواصفات المفاوض الناجح، لأن ذلك سوف يسمح بوجود توافق لخروج كلا الطرفين باتفاق مرض يشبع حاجات كافة الأطراف.

فمثلا في عملية البيع والشراء إذا كان الثمن مجددا للمفاوض في هذه الحالة يجب أن يكون له القدرة على إيجاد وسيلة وخيار لتعديل الثمن أو غير ذلك من المشاكل المتوقعة في المستقبل فيما لو برزت الحاجة إلى ذلك، أو أن يكون الخيار هو تقديم بعض التنازلات في بعض المجالات المرتبطة بالعقد كوسيلة لإخراج الاتفاق من مأزق الجمود أو تحسين ذلك بالحصول على ضمانات دون تغيير الأسعار<sup>2</sup>.

## 7- التمتع بقدر مناسب من الذكاء :

تتمثل أهمية هذه الميزة فيما تتيحه من إمكانيات تجعل من السهل على المتفاوض أن يفهم توجهات الطرف الآخر أثناء العملية التفاوضية.

## 8- اللباقة في الحديث والدبلوماسية في التعبير :

بحيث يجيد استخدام العبارات المرنة التي تمكنه من إيجاد حلول طيبة في جميع المواقف<sup>3</sup>.

## 9- سرعة الملاحظة :

إزاء تعبيرات المفاوض الآخر وما يقدمه من عروض أو مقترحات وإزاء تصرفاته ومسلكه حتى يستطيع أن يبين مدى حرصه على التوصل إلى اتفاق من عدمه.

<sup>1</sup>- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص 102.

<sup>2</sup>- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص 102.

<sup>3</sup>- أبو العلا على أبو العلا النمر، م.س، ص 39.

**(10) - الموضوعية في التفكير ودراسة العروض والمقترحات :**

وهذا يقتضي التركيز على الموضوعات وليس على الأشخاص، وأن يتعامل مع الطرف الآخر على اعتبار أنه شريك - وليس خصما أو عدوا - يسعى للوصول إلى اتفاق يحقق مصلحة الطرفين<sup>1</sup>.

**(11) - الثقة الموضوعية بالذفس**

وتشمل الثقة بالذفس بالذفس بالذفس، وتوافر هذه الصفة يعمل على خلق جو ودي ومتوازن لعملية التفاوض. وترتبط الثقة الموضوعية بالذفس بالذفس وبالذفس باعتبار المصدقية في التعامل من خلال المعاملات السابقة التي تؤكد من خلال معلومات وثيقة كافية الالتزام بالاتفاقات والوفاء بالعهود. ولذلك فإن الكذب أو عدم الوفاء بالمعاملات السابقة من شأنه أن يدمر جسور الثقة والمصدقية في أي تعاملات مستقبلية<sup>2</sup>.

وفي الواقع فإن مدى النجاح الذي يحققه كل طرف في المفاوضات يعتمد إلى حد كبير على مهارات شخصية إلى جانب الصفات التي تحدثنا عنها، وهو ما سيكون موضوع الحديث في النقطة الموالية.

**ثانيا: المهارات الشخصية للمفاوض الناجح :**

كما سبقت الإشارة فإن مهارات التفاوض وإن كانت تعتمد على الطبيعة الشخصية للمفاوض، إلا أنه يمكن اكتسابها أو تنميتها من خلال التعلم والتدريب، وتوافر هذه المهارات يجعل المفاوض في وضع أفضل من غيره، ويجعل فرص نجاح عملية التفاوض مرتفعة جدا، إلا أنه لا يوجد اتفاق عام بشأن أنواع هذه المهارات أو عددها.

ونتناول فيما يلي أهم المهارات الواجب توافرها في المفاوض الناجح :

**(1) - مهارة التحدث :**

إن أسلوب المفاوض في الحديث والمناقشة يتعين أن يتميز ويختلف عن أسلوب الشخص العادي، ولا يعتبر من المبالغة القول بأن نجاح المفاوضات يعتمد بشكل جوهري على تمتع المفاوض بمهارات خاصة في المناقشة وعرض الاقتراحات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أبو العلا على أبو العلا النمر، م.س، ص40.

<sup>2</sup> - يلاحظ أنه لا يوجد حصر محدد متفق عليه في علم التفاوض على الصفات الشخصية الأساسية الواجب توافرها لدى المفاوض الناجح، ولذلك فإن ما ذكرناه لم يكن إلا على سبيل المثال.

<sup>3</sup> - أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، م.س. ص44.

ويمكن تدعيم هذه المهارة والحفاظ عليها من خلال عدة أساليب منها:

(1) - استخدام صيغ التساؤلات التي تدفع الطرف الآخر للإجابة بنعم لتوسيع منطق التفاهم وبالتالي التعرف على أوجه القوة ونقاط الضعف في اقتراحه<sup>1</sup>.

(2) - عدم مقاطعة الطرف الآخر لأن ذلك يؤدي إلى توتر الجو الودي للتفاوض وترك الفرصة للمفاوض حتى يعرض اقتراحه من شأنه أن يهيئ الفرصة للاستمتاع لوجهة النظر المقابلة ويؤدي إلى اقتناع المفاوض بحرص الطرف الآخر على استمرار التفاوض من أجل الوصول إلى اتفاق نهائي معه.

ويتعين مراعاة أصول وآداب المقاطعة للطرف الآخر أثناء المفاوضات ومنها:

\* - استخدام أسلوب الاستئذان بشكل لبق لتقديم وجهة النظر المضادة.

\* - استخدام أسلوب التساؤلات لمواجهة الخروج عن الموضوع الأساسي وإعادة المناقشة إلى الموضوع الرئيسي للمفاوضات<sup>2</sup>.

## 2- مهارة الاستماع واليقظة :

في فهم ما يريده الطرف الآخر، وليس، المراد بحسن الاستماع الصمت والإيماء بالرأس رفعا وخفضا<sup>3</sup>، ولكنه تلقى ما يقال واستيعابه وحفظه في الذاكرة بصورة منتظمة لاسترجاعه في الوقت المناسب لمناقشته وبيان ما فيه من تناقض أو أشياء تؤثر في مصداقية الطرف الآخر<sup>4</sup>.

## (3) - القدرة على الإقناع :

يتوقف النجاح في عملية التفاوض بدرجة كبيرة على ما لدى المفاوض من مهارات للتأثير على الطرف الآخر وإقناعه بأهدافه.

والإقناع هو "عملية اتصال يقوم بها المفاوض من أجل تعديل سلوك الطرف الآخر بخصوص موضوع أو مسألة معينة، بحيث يصير أكثر مواءمة واتفاقا مع أهداف ومواقف الطرف الذي يسعى على هذا التعديل"<sup>5</sup>.

وتعد مهارات الإقناع من المهارات الذهنية السلوكية اللفظية المركبة، فالواقع أن مهارات الإقناع تتكون من مجموعة متعددة من المهارات في نفس الوقت، وعلى كل حال فإن هذه المهارة تمكن المفاوض من:

\* ترتيب أفكاره .

<sup>1</sup> - أبو العلا على النمر، م.س. ص. 44.

<sup>2</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، م.س. ص. 101.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص. 81.

<sup>4</sup> - راجع أكثر: حسن وجيه، م.س. ص. 26.

<sup>5</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، م.س. ص. 80.

\* صياغة عباراته.

\* تحديد ألفاظه.

\* استخدام جميع الإمكانيات بصورة تمكنه من التأثير على المفاوض الآخر بشكل قوي ودفعه إلى الاقتناع<sup>1</sup>.

فإذا كانت أدوات الاقتناع هي الأسانيد والحجج فإنه يجب أن يتمتع المفاوض بخاصية حسن إقامة الحجج وكيفية استخدامها إيجابيا لصالح التفاوض، وليس بقصد هزيمة الطرف الآخر وترك هذا الإحساس لديه<sup>2</sup>.

وكما يقول البعض<sup>3</sup> " يجب على المفاوض تأمل أساليب إقامة الحجج أو تقديم الأسانيد في الثقافة الواحدة أو عبر الثقافات، وكيفية التعامل مع الأنماط المختلفة التي تجسد التسلط في الحوار ".

**المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات:**

على الرغم من الخلاف الذي احتدم بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، فإنهم اتفقوا على مبدأ قيام المسؤولية المدنية في هذه المرحلة، باعتبار أنها لا يمكن أن تبقى خارجة عن دائرة القانون<sup>4</sup>.

وهكذا جاءت آراؤهم متباينة بخصوص محاولتهم التأسيس لهذه المسؤولية وإدراجها ضمن نظام قانوني معين، ولعل السبب الرئيسي للخلاف يأتي من كون أغلب التشريعات لم تتعرض لهذه الإشكالية بالتنظيم<sup>5</sup>، ولم يقف الخلاف حول طبيعة المسؤولية عند عدم الاستقرار حول رأي واحد، وتحديد ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، بل اختلفت الحلول القانونية من طرف الفقه والقضاء داخل النظرية الواحدة نفسها.

وسوف نحاول أن نقف على مختلف النظريات الفقهية التقليدية التي حاولت التأسيس للمسؤولية المدنية عن مرحلة المفاوضات (المطلب الأول)، لكن وأمام الانتقادات التي وجهت لمختلف تلك النظريات فقد حاول الفقه والقضاء في العصر الحديث أن يقدم حلا متناسقا في الموضوع على نحو ينسجم مع المعطيات القانونية للتشريعات المعاصرة، وينسجم كذلك مع المعطيات الواقعية للتجارة (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي:**

إن إشكالية تحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات لا تعتبر مسألة جديدة على الأقل في الفقه والقضاء المقارن.

<sup>1</sup> - أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، م.س. ص 49.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المقال السابق، ص 246.

<sup>3</sup> - حسن وجيه، مقال سابق، ص 27

<sup>4</sup> - صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، جمهورية العراق، المجلد الأول، العدد الثالث، 1997، ص 130.

<sup>5</sup> - محمد أحمد حسن محمود الشرييني، م س، ص 186.



فقد بدأت هذه الإشكالية تستلقت انتباه الفقهاء منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وقد ظهرت آنذاك في شأن هذه المسألة عدة نظريات فقهية ذاعت شهرتها حتى اليوم، حيث درج الشراح على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات<sup>1</sup>.

وقد جاءت آراء الفقهاء متباينة بين من اعتبرها مسؤولية عقدية لأنها مترتبة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة بمقتضى اتفاق التفاوض ( الفقرة الأولى )، في حين اعتبرها آخرون مسؤولية تقصيرية لكونها مرتبطة بالمفاوضات، وهي مجرد عمل مادي ( الفقرة الثانية )، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى تأصيل تلك المسؤولية من خلال نظرية موضوعية اعتبرت من بين أهم تلك النظريات جميعا ( الفقرة الثالثة ).

#### الفقرة الأولى : الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات :

لقد تباينت آراء أنصار هذه النظرية حول الأسس التي استندوا عليها للقول بالطبيعة العقدية للمسؤولية خلال مرحلة المفاوضات.

فهناك من اعتبرها مسؤولية عقدية استنادا إلى فكرة الخطأ عند تكوين العقد (أولا) في حين أسسها آخرون على نظرية الوكالة (ثانيا).

<sup>1</sup> - انظر مثلا:

- محمود حسام محمود لطفي، م س، ص 34 وما بعدها.

- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 201 وما بعدها.

- J Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle, art, prés; p 51 et s.

- A Cohérier, des obligations naissant des pourparlers préalable, thèse Paris, p 60. cité par (M) internationaux , analyse et redaction, de clause, op, cite, p77 et s. Fontaine, droit des contrats

## أولاً : نظرية الخطأ عند تكوين العقد :

تعتبر نظرية الخطأ عند تكوين العقد<sup>1</sup> من أهم النظريات التي قيل بها في مجال المفاوضات، حيث جرت عادة الفقهاء على ذكرها بل ووضعها في مكان الصدارة وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، باعتبار أن هذه النظرية تمثل الاتجاه الفقهي القائل بان هذه المسؤولية ذات طبيعة عقدية.

ويرجع الفضل في صياغة هذه النظرية للفقير الألماني JHERING عام 1860<sup>2</sup>، وقد حققت هذه النظرية من الشهرة والانتشار ما جعلها تتبوأ مكانة مرموقة بين نظريات القانون المدني المقارن<sup>3</sup>.

وتتلخص نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي قال بها إيهرنج في أن كل شخص يقدم على تعاقد معين ويكون سببا في بطلانه سواء بسوء نية أو بحسن نية يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته، أي أن المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد تكون مسؤولية عقدية.

ولم يكن هذا الفقيه ليصل إلى نظريته الشهيرة لولا ما لاحظته من قصور في القانون الألماني الذي كان سائدا في عصره والمستمد من القانون الروماني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- تباينت التسميات المقترحة لهذه النظرية دون أن يكون لذلك أثر على مضمونها، ومن بين تلك التسميات :

\* - "نظرية الخطأ عند تكوين العقد" انظر حول هذه التسمية:

- عبد الرزاق السنهوري، م س، فقرة 308، ص 667، جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية مطبعة جامعة القاهرة، 1973، ج-1، فقرة 29، ص 119، نزيه محمد الصادق المهدي، م س ص 302 وما بعدها، أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 389.

\* "نظرية الخطأ عند إبرام العقد" انظر: رجب كريم عبد الإله، م س، ص 202.

\* "نظرية التقصير أو الخطأ في التعاقد" انظر: محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 34.

<sup>2</sup>- Rudolf Von Jhering: la culpa in contrahendo

وقد ترجمت إلى اللغة الفرنسية عام 1861 تحت عنوان: les dommages intérêts dans les convention - nulles ou restées imparfaites

ويشار إليها بالأحرف الأولى من تسميتها الألمانية C. I. C.

انظر حول ذلك كله:

- Jacques GHestin, op, p 295, Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle, art, pré; p 51 et s.

- وانظر حول هذه النظرية وشرحها باللغة العربية بشكل مفصل:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 667، جمال الدين زكي، م س، ج1، ص 119، نزيه محمد الصادق المهدي، م س ص 302، محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 36 وما بعدها.

<sup>3</sup>- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 202.

<sup>4</sup>- محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 36-37.

فقد لاحظ أن هذا القانون لم يكن يهتم اهتماما كبيرا بمجالات التجارة، بحيث إن المشتري بمقتضى عقد باطل يملك صلاحية رفع دعواه الرامية للتعويض واسترداد الثمن في إطار عقدي، ولا يهم علمه أو جهله بالعيب الذي أدى إلى بطلان العقد، كما تأثر هذا الفقيه أيضا عند وضعه لهذه النظرية بالحكم الشهير الصادر عن محكمة كولونيا بألمانيا<sup>1</sup>.

وهكذا رأى إيهرنج أنه من العدل حقا أن يلتزم المتعاقد الذي جاء سبب بطلان العقد من جانبه بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر من جراء اعتقاده في صحة العقد اعتقادا يؤيده الظاهر<sup>2</sup>.

غير أن نصوص القانون الروماني الذي كان مطبقا في ألمانيا في تلك الفترة لم تكن لتسعه في التوصل إلى هذا الحل، لأن هذا القانون لم يكن يعرف القاعدة العامة المقررة اليوم في المسؤولية التقصيرية والتي تقضي بالالتزام بالتعويض عن كل حالات الخطأ الذي ينتج عنها ضرر، بل كان يقصر التعويض على حالات معينة أوردها على سبيل الحصر، ولهذا تعذر على إيهرنج أن يجعل من التسبب في البطلان عملا من موجبا للبطلان<sup>3</sup>.

وقد هداه بحثه في القانون الروماني إلى نصوص تميز المتعاقد في العقد الباطل أن يرجع على من تعاقد معه بمقتضى دعوى العقد ذاته، وهذه النصوص خاصة بعقد البيع الذي يكون باطلا بسبب عدم توافر شروط الحل.

وقد استند إيهرنج إلى هذه النصوص لكي يقول بنظرية عامة مؤداها أن كل متعاقد قد يتسبب في بطلان العقد بسوء نية أو بحسن نية يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته، وقد أطلق على هذه النظرية إسم نظرية الخطأ عند إبرام العقد<sup>4</sup>.

وإعمالا لهذه النظرية فإنه في عقد البيع مثلا تتأسس دعوى التعويض الواردة في النصوص القانونية على خطأ البائع أي المدعي عليه الذي باع ما لا يجوز أن يكون محلا للبيع، إذ كان يتعين عليه أن يعلم بالعائق الذي يحول من الناحية القانونية دون قيام العقد، ولا يقدم بالتالي على إبرامه ولكنه أقدم على البيع وهو جاهل بهذا العائق مما أدى إلى الإضرار بالمشتري، ويظل خطؤه قائما حتى ولو لم يكن في مقدوره العلم بهذا العائق.

فهذا الحكم يتفق تماما مع العدالة التي يؤصل لها Jhering، إذ يؤكد أنه لو كانت هناك إمكانية في أن يختار من الطرفين من يتحمل جهل البائع لما تردد في اختيار البائع لأنه كان يسهل عليه معرفة عائق المبيع أكثر من المشتري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية في أن تاجرا بمدينة كولونيا أرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه بمدينة فرانكفورت برقية يأمره فيها بأن يبيع لحسابه عددا معينا من الأوراق المالية، ونتيجة لغلط تسرب إلى البرقية أثناء نقلها اختفى مقطع (ver) من كلمة (Verkaufen) بالألمانية والتي تعني (بييع)، وبقي مقطع (kaufen) والذي يعني يشتري، ووصلت إلى المصرف هكذا، فقام البنك بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدلا من أن يبيع، حدث بعد ذلك أن انخفضت قيمة هذه الأوراق المالية انخفاضاً هائلا، فطالب المصرف التاجر بفارق السعر، غير أن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، إلا أن المحكمة لم تعبأ بزعمه وحكمت ضده بالتعويض. انظر في ذلك:

- JHering, op, cit, p 10 et s, cité par ( J ) GHestin, op, cit, p 57 et s

<sup>2</sup> - مشار إليه عند رجب كريم عبد الإله، م، س، ص 204. JHering, op, cit, p 7.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م، س، ص 204-205.

<sup>4</sup> - JHering, op, cit, p 10 et s, cité par ( J ) GHestin, op, cit, p 57 et s

<sup>5</sup> - انظر: جمال الدين زكي، م، س، ص 133.

غير أن التعويض وفقا لهذه النظرية لا يكون عن المصلحة الإيجابية<sup>1</sup> كما في العقد الصحيح، وإنما يكون عن المصلحة السلبية فحسب<sup>2</sup>.

ولما كان اعتبار دعوى التعويض دعوى عقدية مع الاعتراف ببطلان العقد لا يخلو من تناقض، إذ الطبيعي أن البطلان يعدم كل آثار العقد مما يحول دون قيام أية دعوى عنه، في حين أن الاعتراف بدعوى العقد رغم بطلانه معناه أن العقد قد رتب بعض آثاره، فإن إيهرنج قد لجأ إلى التضييق في معنى البطلان من أجل إزالة هذا التناقض، فقد ذهب إلى أن البطلان لا يزيل كل آثار العقد، بل يزيل بعض هذه الآثار فحسب<sup>3</sup>.

وانطلاقاً من الأسس أعلاه فإن المتعاقد حسب Jhering بمجرد شروعه في التعاقد يكون قد خرج عن الدائرة السلبية للعلاقات غير العقدية ليدخل في الدائرة الإيجابية لهذه العلاقات وعليه منذ ذلك الحين أن يبذل اليقظة اللازمة لضمان إبرام العقد بشكل صحيح، ذلك أن الحماية القانونية في خطأ المتعاقد لا تقتصر على العلاقات العقدية القائمة بالفعل، بل تشمل أيضاً العلاقات العقدية التي هي في طور الانعقاد لكي لا تضطرب المعاملات، ولا يتعرض كل مقدم على التعاقد لضرر يلحقه نتيجة إهمال المتعاقد الآخر، وليس من اللازم للقول بذلك أن يشترط المتعاقدان صراحة عند إبرام العقد أن يضمن كل منهما عدم الخطأ، أو بالأحرى أن يوفر حين تأديته الشروط الرزمة لصحة العقد، وإنما يجب على المشرع أن يوفر عنهما هذا الجهد فيعتبر مجرد إبرام العقد بمثابة قبول ضمني من كلا الطرفين لضمان شروط صحته<sup>4</sup>.

وقد ثار الخلاف في الفقه حول الأساس الذي استند إليه إيهرنج في تكييفه للخطأ بأنه عقدي رغم عدم إبرام العقد أو بطلانه، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن إيهرنج، أسس ذلك على افتراض وجود عقد ضمان مقترن بكل تعاقد يتعهد بمقتضاه كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف وبأن لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد<sup>5</sup>.

وينبني على ذلك أن الإخلال بهذا العقد الضمني المتمثل في بطلان العقد بسبب يرجع إلى المتعاقد يعتبر خطأ عقدياً مستوجباً لتعويض الطرف الآخر طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

<sup>1</sup> ويقصد بالمصلحة الإيجابية عند إيهرنج المقابل الذي يحصل عليه الطرف المتضرر عند عدم تنفيذ العقد من طرف المتعاقد الآخر، إذ يحصل على تعويض يساوي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب كنتيجة لعدم التنفيذ.

<sup>2</sup> أما المصلحة السلبية فهي التي تخول للمضرور حق المطالبة بالتعويض عند بطلان العقد، حيث لا يكون للمتعاقد في هذه الحالة سوى مصلحة في عدم إبرامه، أي في ألا يظهر العقد إلى عالم الوجود ثم يتضح بطلانه، أو بتعبير آخر الحصول على تعويض يعيده إلى الحالة التي كان سيبقى عليها لو لم يوجد العقد مطلقاً.

انظر في ذلك: رجب كريم عبد الإله، م س، ص 212-213.

<sup>3</sup> Schmidt, op, cit, P 325 et s

<sup>4</sup> أشار إليه رجب كريم عبد الإله، م س، ص 210-211. Jhering, op, cit, P39.

<sup>5</sup> انظر: محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 38. وكذلك Jacques Ghestin, la responsabilite delictuelle pour rupture abusive de pourparlers art, prec, p 155 et s

في حين يذهب جانب آخر من الفقه<sup>1</sup> إلى رفض فكرة العقد الضمني والقول بأن مسؤولية المقدم على التعاقد العقدية طبقاً لنظرية إيهرنج تؤسس على ذات العقد رغم عدم قيامه أو رغم بطلانه، ولكن ليس باعتباره واقعة مادية بل باعتباره عقداً.

فالإتفاق ليس سوى مجرد افتراض لا وجود له في الحقيقة، فمن غير المتصور -حسب هذا الاتجاه الفقهي- بقاء الإتفاق رغم عدم قيام العقد الأصلي أو ثبوت بطلانه أو إبطاله، فالنتيجة المنطقية للعدول عن التعاقد هي زوال إرادة أحد الطرفين قبل أن تلتقي بإرادة الطرف الآخر.

فالمسؤولية عن عدم قيام العقد أو بطلانه لا تجد مصدرها إذن في ذلك الإتفاق الضمني، بل في التزام كل طرف في المرحلة السابقة على التعاقد باليقظة والانتباه.

وفي ختام عرضه لنظريته يخلص إيهرنج إلى تقرير القاعدة التالية:

"إن بذل اليقظة العقدية هو أمر مطلوب في العلاقات العقدية التي في طور التكوين مثلما هو مطلوب في العلاقات العقدية القائمة بالفعل، وعدم مراعاة هذه اليقظة ينشئ في الحالتين دعوى عقدية بالتعويض"<sup>2</sup>.

وقد استخلص من ذلك أن الخطأ عند إبرام العقد لا يختلف عن الخطأ العقدي ورتب على ذلك النتائج التالية:

- فمن حيث تصنيفه فإن الخطأ عند إبرام العقد يجد مكانه الحقيقي في نظرية الخطأ العقدي
- ومن حيث درجته، فإن درجة الخطأ المطلوب عند إبرام العقد لقيام المسؤولية العقدية عنه، هي ذات الدرجة المطلوبة في الخطأ عند تنفيذ العقد، لأن الخطأ في الحالتين ذو طبيعة عقدية.
- ومن حيث الشخص الذي يرتكبه، فإن الخطأ عند إبرام العقد يجب أن يقع من أحد المتعاقدين وليس من الغير الذي يستعين به المتعاقد عند إبرام العقد<sup>3</sup>.

وعلى خلاف ذلك يذهب بعض الفقه<sup>4</sup> وعن حق إلى القول أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي قال بها إيهرنج لا تنطبق على مرحلة المفاوضات، حيث إن Jhering لم يتحدث إطلاقاً عن مرحلة المفاوضات، وإنما قصر نطاق تطبيق هذه النظرية في مرحلة إبرام العقد. إذ أن مرحلة المفاوضات تفترض أن العقد المتفاوض عليه لم يتم

<sup>1</sup> - (A) Démogue: traité des obligations en général – Paris 1925, t, v, P548 cité par Schmidt, op, cit, P 27

<sup>2</sup> - انظر: محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 38.

<sup>3</sup> - فيما يتعلق بمدى تأثير هذه النظرية على التشريعات الحديثة، فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن المشرع هناك لم يأخذ بنظرية Jhering كنظرية عامة وإنما أورد لها تطبيقات في بعض النصوص الخاصة من ضمنها نص الفصل 1599 من القانون المدني.

- انظر: (R) Saleilles: op, cit, P 172 cité par Jacques GHestin, op, cit, P 77

كما تبنى بعض الفقه المغربي نفس موقف الفقه الفرنسي، مؤكداً أن المشرع المغربي أخذ بنظرية Jhering وذلك في فرضين وهما: حالة بطلان العقد لاستحالة محله طبقاً للفصل 60 من ق.إ.ع، وكذلك حالة بيع ملك الغير المنظمة بمقتضيات الفصل 485 من ق.إ.ع.

انظر أحمد شكري السباعي، م س، ص 392.

<sup>4</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 227.

إبرامه، في حين تتطلب المسؤولية عن بطلان العقد التي نادي بها JHering لقيامها أن يكون العقد قد أبرم بالفعل ثم اتضح بطلانه فيما بعد.

فالمسؤولية المدنية المترتبة عن التفاوض هي مختلفة عن المسؤولية عن بطلان العقد، لذلك فإن نظرية JHering تجد مكانها الطبيعي في مجال البطلان وبالتحديد آثار البطلان.

وعلى الرغم مما ابتدعته نظرية إيهرنج عن فكرة الخطأ عند تكوين العقد، ومن إمكانية التعويض استنادا إلى فكرة المصلحة السلبية عند بطلان العقد، فلم تسلم هذه النظرية من النقد الشديد الذي نال من جوهرها، ومن ضمن ذلك:

- أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد من نظريات الضرورة التي قال بها إيهرنج لاستيعاب الضرورات العلمية التي عجز القانون الروماني عن الأخذ بها، أما الآن وبعد ما تحررت التشريعات المعاصرة من قيود القانون الروماني واتسعت فكرة الخطأ فلم تعد هناك ضرورة للقول بهذه النظرية<sup>1</sup>.

- لقد أخذ إيهرنج بفكرة ضيقة للبطلان تخالف ما هو ثابت في القواعد العامة، فقد رأى أن البطلان وإن أدى إلى زوال الأثر الرئيسي للعقد وهو الالتزام بالتنفيذ، فإنه لا يزيل الأثر الثانوي له وهو الالتزام بالتعويض عن المصلحة السلبية، وقد دعاه إلى ذلك ما بدا من تناقض في فكرته، إذ أنه يؤسس المسؤولية على ذات العقد رغم بطلانه<sup>2</sup>.

- الأخذ بتفرقة تحكيمية بين التعويض عن المصلحة العقدية الإيجابية والمصلحة العقدية السلبية وهو أمر يصعب تبريره في بعض الحالات<sup>3</sup>.

- كما تعرضت فكرة "اتفاق الضمان الضمني" التي قال بها بعض الفقه الفرنسي ونسبت خطأ على إيهرنج إلى النقد الشديد، فقد أخذ عليها أنها مجرد افتراض نظري لا أثر للحقيقة فيه، لأن هذا الاتفاق غير موجود أصلا ولم يفكر فيه المتعاقدان مطلقا<sup>4</sup>.

واستنادا إلى هذه الانتقادات رفض جمهور الفقهاء<sup>5</sup> الأخذ بنظرية إيهرنج، بحيث اعتمدوا على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا اقترن العدول عن المفاوضات بخطأ اقترفه أحد الطرفين وألحق ضررا بالطرف الآخر.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 677، جمال الدين زكي، م س، ص 174.

<sup>2</sup> - محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 40-41، جمال الدين زكي، 134.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 678، محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 43.

<sup>4</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 224، جمال الدين زكي، م س، ص 134-135، محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 43-44.

<sup>5</sup> - ( J ) Schmidt, art, pre, p 32

- ( J ) carbonnier, op, cit, p 287

وكذلك:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 678.

- جمال الدين زكي، م س، ص 135.

نخلص من كل ما سبق إلى أن نظرية الخطأ عند إبرام العقد التي قال بها JHering لا علاقة لها بمرحلة المفاوضات، ومن ثم لا يصح الاستناد إليها لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات.

### ثانيا: نظرية الوكالة

تعتبر نظرية الوكالة من بين أهم النظريات التي اقترحها الفقه -بعد نظرية JHering- لبيان أساس المسؤولية العقدية الناتجة عن الخطأ قبل التعاقد، وقد نادي بهذه النظرية الفقيه الألماني scheurl، شورل<sup>1</sup>.

ويتلخص مضمون هذه النظرية في أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، فإذا فشلت المفاوضات ولم يبرم العقد فإن الموكل يلتزم وفقا للقواعد العامة بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة رغم أنه لم ينجح في مهمته<sup>2</sup>، ومن ثم يلزم الموجب إذا لم يتم العقد بتعويض الطرف الآخر عن المصروفات التي أنفقها على أساس أحكام الوكالة، لذلك فإن مسؤولية هذا الصدد تعتبر مسؤولية عقدية.

وفي سبيل توضيح نظريته ضرب شورل مثال بصاحب الفندق الذي تلقى من أحد الزبناء عرضا بحجز غرفة ليوم معين، فقام بتنفيذ ذلك بحيث ترك الغرفة محجوزة لفائدة الزبون، مما اضطره إلى رفض طلب زبون آخر أراد شغل الغرفة في نفس اليوم، لكن صاحب العرض سحب عرضه في آخر لحظة.

وحسب رأي شورل فإن صاحب الفندق باعتباره وكيلا عن صاحب العرض يمكن أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الوكالة لتعويض خسارته<sup>3</sup>.

ونفس الحكم يطبق بالنسبة للشخص الذي دخل في مفاوضات مع مقاول من أجل تنفيذ مشروع معين، وطلب منه على إثر ذلك إعداد التصميمات والمقاييس اللازمة، وبعد ذلك منعه من تنفيذ هذا المشروع، ففي هذه الحالة يمكن للمقاول وفقا لهذه النظرية أن يطالب هذا الشخص عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تكبدها في سبيل إعداد هذه التصميمات والمقاييس<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نشير إلى أننا لن نتعرض لهذه النظرية بالتفصيل، بل سنقتصر فقط على بيان مضمونها وبشكل مختصر مع أهم الانتقادات التي وجهت لها، ويمكن الرجوع في عرض هذه النظرية وشرحها باللغة الفرنسية بشكل مفصل إلى: ( M ) Fontaine: op, cit, P 51 - أما باللغة العربية فيمكن الرجوع إلى:

- جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمفاوض - نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت - دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة 2004، بدون ذكر دار النشر، ص 149 وما بعدها.

- نزيه محمد الصادق المهدي، م س، ص 304.

- جمال الدين زكي، م س، ص 132.

- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 237.

<sup>2</sup> ينص الفصل 913 من ق.إ.ع على ما يلي: "على الموكل أن يمد الوكيل بالنقود وغيرها مما يلزم لتنفيذ الوكالة ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلاف ذلك".

<sup>3</sup> انظر رجب كريم عبد الإله، م س، ص 237.

<sup>4</sup> انظر رجب كريم عبد الإله، م س، ص 237.

وهكذا فإن شورل يجعل المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية، تقوم على أساس عقد وكالة ضميني، فهو يعتبر الشخص الذي تلقى دعوة إلى التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يلزم لإبرام العقد، بحيث إذا قام هذا الأخير بقطع المفاوضات، أو فشلت لسبب آخر، فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة، أي تعويضه عما أنفقه في سبيل الإعداد والتحضير للعقد، ومن ثم تكون دعوى التعويض الناتجة عن قطع المفاوضات دعوى عقدية تجد أساسها القانوني ضمن أحكام الوكالة<sup>1</sup>.

وهكذا فإن هذه النظرية تكون قد ابتكرت حلا سهلا للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، وذلك بافتراض وجود عقد وكالة بين الطرفين.

وحسب بعض الفقه الفرنسي<sup>2</sup> فإن المشرع هناك قد تأثر بهذه الفكرة في حالة خاصة، هي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد بناء، والتي يقوم فيها المهندس بعمل تصميمات ودراسات بناء على طلب صاحب العمل، ففي هذه الحالة إذا فشلت المفاوضات فإن من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بأتعابه.

ولا يمكن تبرير ذلك إلا بوجود وكالة أعطاها صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة.

وقد تعرضت هذه النظرية على الرغم من كل ما سبق للنقد من جانب بعض الفقه<sup>3</sup> باعتبارها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، لأن فكرتها تتعارض تماما مع فكرة المفاوضات.

ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل ولا يعمل لحسابه الخاص<sup>4</sup>، فلا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين، أي لا تعارض بين مصالح الوكيل والموكل، في حين أنه على العكس من ذلك في التفاوض على العقد فإن كل متفاوض يعمل باسمه ولحسابه الخاص، ويسهر على حماية مصالحه فحسب، حتى ولو أدى ذلك إلى إهدار مصالح المتفاوض الآخر، فالمصالح إذن متعارضة والأهداف متباينة في التفاوض، ومن ثم لا يمكن حسب هذا الجانب من الفقه أن نصف العلاقة بين المتفاوضين بأنها وكالة<sup>5</sup>.

نخلص من كل ما سبق إلى القول بأن نظرية الوكالة بدورها - كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الخطأ عند تكوين العقد - ليست لها أية علاقة بمرحلة المفاوضات، وبالتالي لا يمكن الأخذ بها كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات على العقود.

<sup>1</sup>-( A) Cohérier: des obligations naissant des pourparlers préalable à la formation des contrats, thèse Paris, 1939 P79.

أشار إليه رجب كريم عبد الإله، م س، ص 237-238.

<sup>2</sup> - مذکور عند رجب كريم عبد الإله، م س، ص 237-238. Cohérier (A): th. precite, P 80-8.

<sup>3</sup> انظر: صبري محمد خاطر، مقال سابق، ص 137 وما بعدها.

<sup>4</sup> ينص الفصل 879 من ق.إ.ع.م، على ما يلي: "الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ..."

كما تنص كذلك المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي "

"le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandat ou son nom".

<sup>5</sup> رجب كريم عبد الإله، م س، ص 239.



## الفقرة الثانية : نظرية المسؤولية التقصيرية :

ذهب جانب من الفقه التقليدي عند تحليله لطبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية، ففي نظرهم فإن الأمر يتعلق بمرحلة سابقة على التعاقد بحيث إن الكيان العقدي لم يكتمل بعد، ومن ثم يكون من الخطأ في نظرهم وفي غياب عقد تام الأركان والشروط القول بالطبيعة العقدية لهذه المسؤولية، فالتفاوض لا يمكن أن يعتبر من الناحية القانونية سوى عمل مادي، وبهذا الوصف فالمسؤولية الناتجة عن الإخلال به تجد مصدرها في القانون، ومن ثم تبقى مسؤولية تقصيرية.

وعلى الرغم من اتفاق أنصار هذا الاتجاه حول طبيعة المسؤولية، فإنهم اختلفوا في تبرير النتيجة التي توصلوا إليها، حيث اعتمد بعضهم على فكرة تحمل التبعة (أولا) بينما استند البعض الآخر لفكرة الفضالة (ثانيا).

## أولا : نظرية تحمل التبعة العقدية :

نادي بهذه النظرية الفقيه الألماني فينشييد<sup>1</sup> winoscheid، ويتمثل مضمون هذه النظرية في أن كل مقدم على التعاقد يجب أن يتحمل الأضرار الناجمة عنه، فيكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر، أو حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه أيا كانت الأسباب التي عاقت قيامه أو أدت إلى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه الأسباب مجهولة منه تماما، ذلك أن النشاط التعاقدى يتضمن أخطارا عديدة قد تلحق بالقائمين به، فيجب أن يتحمل تبعه هذا النشاط الطرف البادئ به، ولا معنى حسب هذه النظرية لتحميل الطرف الآخر والغير تبعته<sup>2</sup>.

وتعتقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدى بمجرد حدوث ضرر منه، حتى ولو لم يكن مخطئا، أي حتى ولو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، ولكنه يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أن هذا الضرر ناتج عن خطأ المضرور، كأن يثبت أن هذا الأخير قد مضى في التعاقد مع العلم باستحالة المحل.

والواقع أن نظرية فينشد لا تختلف كثيرا عن نظرية إيهرنج التي تحمل التعاقد تبعه الأسباب التي عاقت إبرام العقد أو أدت إلى بطلانه حتى ولو كان حسن النية، فكلتا النظريتين تتفقان في النتيجة، ولكنهما تختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات.

فإذا كانت نظرية JHering - كما سبق ورأيناها - تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالالتزام بما أسماه إيهرنج "اليقظة عند التعاقد" الناشئ عن العقد الباطل ذاته، فيجعل المسؤولية من ثم عقديّة، فإن نظرية

<sup>1</sup> - حول شرح هذه النظرية بالتفصيل يمكن الرجوع إلى:

مذكور عند رجب كريم عبد الإله، م س، ص 233. - Cohérier (A): th. pré, P75.

وكذلك :

- جمال الدين زكي، م س، ص 132.

- جمال عبد الرحمان محمد علي، م س، ص 147.

- نزيه محمد الصادق المهدي، م س، ص 303.

- محمد حسام محمود لطفى، م س، ص 44.

<sup>2</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 233-234.

فينشد تقييم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدى على أساس تحمل تبعة هذا النشاط، ولذا فإنها تجعل المسؤولية مادية وليست عقدية<sup>1</sup>.

وهكذا وكننتيجة طبيعية لذلك فإن عبء الإثبات يختلف في النظريتين :

- ففي حين أنه في نظرية إيهرنج يقع على المضرور عبء إثبات إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة عند التعاقد، فضلا عن إثبات الضرر والعلاقة السببية بينهما، فإنه يكفي في نظرية فينشد أن يثبت المضرور الضرر الذي أصابه لكي تقوم مسؤولية غريمه<sup>2</sup>.

وانطلاقاً مما سبق يمكن القول أن نظرية فينشد قد ساهمت في إعطاء حماية أكبر للمتضرر، إذا امتازت بميزتين عمليتين يمكن إجمالهما فيما يلي :

1- فعلى مستوى الإثبات فإن هذه النظرية حولت للمضرور وسيلة سهلة للإثبات، بحيث اكتفت للقول بقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدى الذي بادر إليه، وهذا أمر سهل، لأن الضرر غالباً ما يكون مادياً يسهل إقامة الدليل عليه.

2- كما استجابت هذه النظرية لمقتضيات العدالة، وذلك لكونها تكفل للمتضرر حماية قانونية فعالة عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في حالات ينتقي فيها الخطأ، حيث إنها تلزم المدين بجبر الضرر اللاحق بالدائن بصرف النظر عن قيام الخطأ في جانبه.

من هنا يمكن التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على مرحلة المفاوضات؟ بعبارة أخرى هل يمكن الاستناد إلى هذه النظرية لإقرار المسؤولية في مرحلة المفاوضات؟

نعتقد مع بعض الفقه أن نظرية تحمل التبعة لا تصلح لأن تكون محدد لطبيعة المسؤولية في مرحلة المفاوضات، حيث يؤدي الأخذ بها إلى عدة آثار سلبية من الناحية الواقعية على الدعوة إلى التفاوض، بالإضافة إلى أنها لا تستقيم والمبادئ القانونية المنظمة للمسؤولية المدنية عموماً، فإذا كانت هذه النظرية توفر ضمانات كبيرة للمتضرر في الحصول على التعويض بسهولة كبرى لأنها تعفيه من عبء الإثبات، إلا أن الأخذ بها في مجال المفاوضات من شأنه أن يجعل الناس يعزفون عن الدخول في المفاوضات<sup>3</sup>. فلو علم الشخص الراغب في التفاوض بخصوص عقد معين أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض يتحمل كل النتائج الضارة المترتبة عن فشله حتى ولو لم يخطئ فلن يفكر يوماً في أن يتفاوض كي لا يجلب لنفسه المتاعب.

كذلك فإن الأخذ بهذه النظرية من الناحية القانونية يصطدم بمبدأ حرية التعاقد الذي يجيز لكل طرف العدول عن المفاوضات في أي وقت ودون أية مسؤولية، بشرط أن يكون لهذا العدول ما يبرره.

<sup>1</sup> - محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 45.

<sup>2</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 234-235.

<sup>3</sup> - انظر في هذا المعنى:

أشار إليه رجب كريم عبد الإله، م س، ص 236. Cohérier (A): th. pré, P78-79.

المفاوضات - كما سبقت الإشارة - تكتسي طابعا احتماليا إذ ليس من اللازم أن تنتهي المفاوضات بإبرام العقد محل التفاوض.

كذلك من المآخذ على هذه النظرية أنها تنطلق من فكرة مؤداها أن البادئ بالمفاوضات يتحمل دائما تبعاتها، باعتبار أنه الموجب، غير أن ذلك لا يتفق مع الواقع العملي، فليس البادئ بالمفاوضات هو الموجب بالضرورة، بل قد تتغير الأدوار فيصير من تقدم بالعرض الأول هو القابل في النهاية، ويصبح الطرف الذي تلقى هذا العرض هو الموجب<sup>1</sup>. كل هذه الاعتبارات تدعو إلى القول بأن هذه النظرية بدورها لا تصلح كأساس لتأصيل طبيعة المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات.

### ثانيا : نظرية الفضالة :

نادي بهذه النظرية الفقيه الألماني<sup>2</sup> Thon، الذي ذهب إلى تأسيس المسؤولية قبل العقدية على فكرة الفضالة.

فقد اعتبر الشخص الذي وجهت إليه دعوة إلى التفاوض فضوليا يدير شأنا لرب العمل الذي وجه إليه هذه الدعوة، ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات لاسترداد ما أنفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك أن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد كان قد أنفقها تحقيقا للمصلحة المشتركة بين الطرفين، فهو وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه في الوقت ذاته يحقق مصلحة صاحب الدعوة، فيحق له بالتالي أن يسترد المصروفات التي أنفقها لمصلحة هذا الأخير<sup>3</sup>.

وإذا كان " تون " قد استطاع بنظريته هذه أن يتجنب الانتقادات التي وجهت للنظريات التي سبقت، نظرا لأنه أقام نظريته في الأصل على المسؤولية شبه العقدية، إلا أن الفقهاء الذين تبنا نظريته من بعده اعتبروا أن المسؤولية تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>.

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها للنقد الشديد، مما جعلها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، وذلك لتعارض الفكرتين سواء من حيث الفلسفة أو الشروط أو الآثار، بحيث ليست هناك أية علاقة بين التفاوض والفضالة.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك:

محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 46، وكذلك رجب كريم عبد الإله، م س، ص 236.

<sup>2</sup> - حول هذه النظرية التي جاء بها الفقيه، ونظرا لكونها مثل النظريات السابقة الذي ذكرنا باللغة الألمانية، فإنه يمكن الرجوع في عرض مضمونها بشكل مفصل باللغة الفرنسية إلى:

وقد أشار إليه رجب كريم عبد الإله، م س، ص 240 - Cohérier, th, pré, N°36, p82.

وباللغة العربية :

- جمال الدين زكي، م س، ص 132، هامش رقم 160.

- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 1240 وما بعدها.

- نزيه محمد الصادق المهدي، م س، ص 304.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 239-240.

<sup>4</sup> - صبري محمد خاطر، مقال سابق، ص 132.

ومن ضمن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية :

1- أن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي<sup>1</sup>، في حين أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام العقد بعلم من المتفاوض الآخر، بل وبمشاركة منه أحيانا.

2- أن الفضولي يتولى القيام بشيء عاجل لرب العمل، لأن من شأن التأخير في ذلك تعرضه للضرر، في حين أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره حتى يسارع بالاتفاق، إذ أن فلسفة المفاوضات تهدف إلى إعطاء كل طرف مهلة للترو والتفكير في العرض، وتقديم عروضه إلى الطرف الآخر، وكذا التأمل في النتائج المرتقبة للعقد المراد إبرامه، كل ذلك يفترض أخذ الوقت الكافي إلى حين التأكد من نجاح المفاوضات<sup>2</sup>.

3- في الفضالة يجب أن يتجه قصد الفضولي إلى العمل لمصلحة رب العمل، بينما في المفاوضات فإن المتفاوض حينما يقوم باتخاذ إجراءات معينة تمهيدا لإبرام العقد واستعدادا لتنفيذه أملا منه في إبرامه، إنما يفعل ذلك بقصد تحقيق مصلحته الخاصة، فهو يهدف إلى دراسة جدوى العقد اقتصاديا بالنسبة له وكذلك الاستعداد للتنفيذ وعدم إضاعة الوقت<sup>3</sup>.

4- أن هذه النظرية ليست لها فائدة حقيقية في الحياة العملية، لأنها تقصر حق المتفاوض المضرور في التعويض على استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، دون التي أنفقها لمصلحته هو والحال أن نفقات المتفاوض لا تشكل سوى جزء من الأضرار اللاحقة بالمتفاوض الذي يمكن أن تفوت عليه فرصة أخرى للتعاقد، أو يستعمل أسراه التجارية على نحو يضر به<sup>4</sup>، إلى غير ذلك من الأضرار التي قد تلحق بالمتفاوض.

وأمام مجموع الانتقادات التي وجهت لكل النظريات التقليدية السابقة -نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات، وكذا نظرية المسؤولية التقصيرية- حاول بعض الفقه التاصيل لطبيعة المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات من خلال اقتراح نظرية موضوعية استفادت من الأخطاء التي وقعت فيها النظريات السابقة.

<sup>1</sup>- ينص الفصل 943 من ق.إ.ع على أنه:

"إذا باشر شخص باختياره وبحكم الضرورة شؤون أحد من الغير في غيابه أو دون علمه أو بدون أن يخصص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية للعلاقة الناشئة عن الوكالة".

<sup>2</sup>- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 241.

<sup>3</sup>- رجب كريم عبد الإله، م س، ص 241.

<sup>4</sup>- Jacques GHestin, les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers.- J.P.C. (la semaine juridique) édition générale, 30 mai 2007, n° 22 P157 et s.

## الفقرة الثالثة: نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة المفاوضات:

تعتبر نظرية المسؤولية الموضوعية التي قال بها الفقيه الايطالي جبريل فاجيلا Gabriel Faggilla هي الأولى من نوعها التي عالجت المسؤولية في مرحلة المفاوضات بشكل مباشر وصريح، فقد حاول من خلالها هذا الفقيه تفادي الانتقادات التي وجهت لنظرية إبهرنج وذلك بدراسة فترة ما قبل التعاقد من الناحية النفسية والاقتصادية والقانونية، والتميز بين المراحل المختلفة لكل مرحلة من مراحلها<sup>1</sup>.

فقد ميزت هذه النظرية بوضوح بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد، وأبرزت خصائص كل مرحلة، والآثار القانونية التي تترتب عليها، وانتهت إلى إرساء مسؤولية عقدية من نوع خاص.

وفيما يلي نعرض لمضمون النظرية، ثم نبين أهم الانتقادات التي وجهت لها.

## 1- مضمون النظرية:

يتلخص مضمون نظرية فاجيلا في تقسيم فترة ما قبل التعاقد إلى ثلاث محاور رئيسية، هي بمثابة المعطيات التي ينطلق منها ليبرهن على مصداقية نظريته<sup>2</sup>.

**المحور الأول:** أن الفترة قبل العقدية ليست مكونة من مرحلة واحدة، بل تنقسم إلى ثلاث مراحل متتابعة تتميز كل مرحلة منها بخصائص معينة، كما أن هذه الفترة بكل مراحلها ليست عديمة القيمة، بل إن لها قيمة قانونية مقررة، وتترتب عليها آثار معينة.

**المحور الثاني:** أن كل طرف يحتفظ بكامل حريته في العدول عن التعاقد طيلة هذه الفترة مادام أن العقد لم يبرم.

**المحور الثالث:** يجب التوفيق بين مبدأ حرية العدول والمسؤولية عن هذا العدول، بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة<sup>3</sup>.

وهكذا ذهب فاجيلا إلى القول بأن الطرفين يبران بثلاث مراحل في طريقهما إلى العقد هي:

- مرحلة المفاوضات التمهيديّة .

- مرحلة صياغة الإيجاب .

- مرحلة تصدير الإيجاب .

<sup>1</sup> - وقد كان لهذه النظرية أثرها الواضح على جميع الآراء الفقهية التي حاولت التأسيس لطبيعة المسؤولية المدنية، خلال مرحلة المفاوضات. لكن سنقتصر على عرض هذه النظرية في نقاطها لعريضة مع بيان أهم الانتقادات التي وجهت لها ويمكن الرجوع بالتفصيل لمضمون النظرية إلى:

- (R) Saleilles, de la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière, R.T.D.civ. 1907, p 697 cité par (J) GHestin, op. cit, p300.

<sup>2</sup> - محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 47.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 243.

## أ- مرحلة المفاوضات :

تعد مرحلة المفاوضات أول مرحلة من مراحل التعاقد خاصة عند إبرام الصفقات الهامة والمركبة، حيث يبدأ الطرفان عادة بالدخول في المفاوضات بهدف التوصل إلى تفاهم متبادل حول شروط العقد الرئيسية، وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات ومناقشة شروط العقد المختلفة، فإذا تم التوصل إلى اتفاق حول بعض النقاط فإن الطرفين يقومان ببلورتها في اتفاقات متلاحقة، غير أن هذه الاتفاقات -كما يرى فاجيلا- ليست ملزمة، ولا ترقى إلى مرتبة العقود، فهي لا تعدو أن تكون اتفاقات جزئية يحدد فيها الطرفان شيئاً فشيئاً النقاط التي تم الاتفاق عليها أثناء المفاوضات، دون أن تتجه إرادة أي منهما إلى الالتزام بها نهائياً حتى الاتفاق النهائي على مشروع العقد ككل<sup>1</sup>.

## ب- مرحلة صياغة الإيجاب :

بعد أن يفرغ الطرفان من المفاوضات يعكف أحدهما على صياغة الإيجاب النهائي للعقد المراد إبرامه وهذا ما يحدث من الناحية العملية -حسب فاجيلا- في الصفقات الكبرى، حيث يبدأ أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر يعرض عليه فيها الدخول معه في مفاوضات من أجل إبرام عقد معين، وبعد مناقشة جميع عناصر العقد الجوهرية على مائدة المفاوضات، يدخل الطرفان في المرحلة الموالية وهي مرحلة صياغة الإيجاب<sup>2</sup>.

وهكذا -وكما يرى فاجيلا- فإن ثمة مرحلة وسطى تكاد توجد دائماً في الفترة قبل العقدية لتفصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة تصدير الإيجاب.

وتتميز هذه المرحلة عن سابقتها في الهدف المتوخى منها، فلم يعد يهدف الطرفان إلى مواصلة المفاوضات، بل إنهما يسعيان إلى لم شتات ما تم الاتفاق عليه بغية عمل مشروع نهائي للعقد، ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة.

فقد عبر الطرفان بذلك إلى مرحلة أكثر تقدماً في الطريق إلى العقد، حيث إنهما قد خرجا من دائرة جس النبض، ودخلا في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي، التي تخول لأحد الطرفين الحق في وضع صيغة نهائية للإيجاب وفقاً لما تم التوصل إليه من حلول أثناء التفاوض.

## ج- مرحلة تصدير الإيجاب :

وهي المرحلة الأخيرة في الطريق إلى العقد، فبعد أن ينتهي أحد الطرفين من صياغة الإيجاب فإنه يقوم بتصديره إلى الطرف الآخر، وبذلك يتم الإعلان رسمياً عن الإرادة النهائية والباتة في التعاقد، وتتجسد في العالم الخارجي الملموس، فإن صادفها قبول مطابق انعقد العقد<sup>3</sup>.

وبعد أن فرغ فاجيلا من التمييز بين المراحل الثلاثة التي تسبق إبرام العقد، عمل على تحديد القيمة القانونية لكل مرحلة من هذه المراحل، بحيث اعترف بإمكانية قيام المسؤولية في فترة ما قبل التعاقد، وأن هذه المسؤولية لا تؤسس على إهمال أو خطأ في قطع المفاوضات، ولا تؤسس كذلك على العدول عن الإيجاب، بل إنها مسؤولية

<sup>1</sup> محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 48.

<sup>2</sup> جمال الدين زكي، م س، ص 133.

<sup>3</sup> رجب كريم عبد الإله، م س، ص 246.

مفترضة، ولكن ذلك لا يعني أنها مسؤولية عن تحمل التبعة، وإنما هي مسؤولية عن الفعل الضار، بحيث يشترط لقيامها توافر علاقة السببية بين فعل المسؤول وبين الضرر.

وعلة ذلك - كما يرى فاجيلا - أنه بمجرد الدخول في المفاوضات ينشأ بين الطرفين مركز قانوني خاص يمكن أن تقوم على أساسه مسؤوليتهما في حالات معينة وبشروط محددة، فهناك نوع من المسؤولية المفترضة ينطوي عليها كل تفاوض على العقد، أو بمعنى آخر فإن ثمة صفة تجارية متضمنة في أي اتصال بين الطرفين بهدف الدخول في علاقة أعمال، فواقعة الاتصال هذه تنطوي بذاتها على قيمة قانونية باعتبارها واقعة تجارية دون انتظار لصدور عرض رسمي من أحد الطرفين في صورة إعلان عن الإرادة<sup>1</sup>.

فحسب فاجيلا فإنه بمجرد الشروع في المفاوضات يتكون واقع له قيمة قانونية، فهي ليست قيمة نهائية بالطبع كتلك التي يجوزها الإعلان عن الإرادة بالمعنى الخاص، ولكنها تتمثل على الأقل في قيام علاقة بين الطرفين لها صفة قانونية، بحيث يكون من المستحيل أن يعتد بها القانون في نطاق محدد، فقد دخلت هذه العلاقة بالفعل في نطاقه ولم تعد مجرد واقعة مادية غريبة عنه<sup>2</sup>.

وبالتالي فقد اعتبر فاجيلا هذه المراحل الثلاثة التي تسبق إبرام العقد بمثابة وقائع منتجة لآثار قانونية مجردة، فهي ليست مجرد وقائع مادية غير مشمولة بالحماية القانونية.

غير أنه عندما حاول تحديد هذه الآثار ميز بين الآثار السلبية والآثار الإيجابية لتلك المراحل.

\* - الآثار السلبية للمراحل الثلاث قبل العقدية: يذهب فاجيلا إلى القول بأن الطرفين يظلان متمتعين بالحرية الكاملة طيلة المراحل الثلاث قبل العقدية، فلا يتقيدان بما يصدر عنهما من اتفاقات تمهيدية، أو أي تعبير عن الإرادة خلال هذه المراحل.

وتستند هذه الفكرة إلى مبدأ مطلق، وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الطرفين يحتفظان بكامل حقهما في العدول في أي مرحلة من المراحل الثلاث قبل العقدية، أي حتى بعد صدور الإيجاب النهائي، لأنه حتى في هذه المرحلة يكون العدول - حسب فاجيلا - مكفولا لكلا الطرفين، وإن اختلفت المسميات التي تطلق على ممارسة هذا الحق، فهو يسمى قطع أو انسحاب بخصوص المفاوضات، ويسمى رجوع بخصوص الإيجاب<sup>3</sup>.

\* - الآثار الإيجابية للمراحل الثلاث قبل العقدية: أما فيما يخص الآثار الإيجابية لهذه المراحل الثلاثة، فهي التي تتمثل في قيام المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة تختلف باختلاف المرحلة قبل التعاقدية التي وصل إليها تكوين العقد وذلك على النحو التالي:

**1- المسؤولية في مرحلة المفاوضات:** وتقوم المسؤولية في هذه المرحلة عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات الجارية، وقد بين فاجيلا شروط قيام هذه المسؤولية وحدودها ونطاقها، ففيما يتعلق بشروط هذه المسؤولية فهي تتحدد في أربعة شروط هي:

<sup>1</sup> - محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 49-50.

<sup>2</sup> - نزيه محمد الصادق المهدي، م س، ص 305.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 250.

## - الرضا الصريح أو الضمني بالدخول في المفاوضات :

ومضمون هذا الشرط أنه يجب أن يكون الطرفان قد تراضيا صراحة أو ضمنا على الدخول في المفاوضات من أجل التحضير للعقد المزمع إبرامه، لقيام المسؤولية عن الانسحاب التعسفي، لأن كل طرف يستطيع بعد حصوله على هذا التراضي أن يقوم بكل ما يلزم للإعداد للعقد، ولذلك يترتب على انسحاب الطرف الآخر من المفاوضات بطريقة تعسفية قيام مسؤولية حتى ولو لم يكن هو الداعي إلى التفاوض.

أما إذا لم يقبل الطرف الثاني الدخول في المفاوضات، ومع ذلك قام الطرف الأول بعمل دراسات تمهيدية وتصميمات بهدف إعداد مشروع أول للعقد لعرضه على الطرف الثاني إذا قبل التفاوض معه في المستقبل، فإن هذا الأخير لا يكون مسؤولاً إذا ما رفض التفاوض معه، لأن من يرفض الدخول في مفاوضات لا يتحمل بأي ضمان، نظراً لانقطاع علاقة السببية بين رفضه الدخول في التفاوض والضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء ذلك<sup>1</sup>.

- عدم الاستناد إلى أسباب موضوعية في قطع المفاوضات.

- وجود قيمة مالية أضر بها الانسحاب من المفاوضات .

يجب أن تكون هناك قيمة مالية أضر بها الانسحاب من المفاوضات، وتتمثل هذه القيمة المالية في الدراسات الأولية والأعمال التحضيرية التي أعدت بمناسبة التفاوض، وأصبحت بدون جدوى بعد الانسحاب منه، علماً أنه من أصول هذه النظرية أن العروض أو الاتفاقات التمهيدية لا يمكن اعتبارها بمثابة قيمة مالية أهدرها هذا الانسحاب، لأنها ليس نهائية ويمكن الرجوع فيما دائماً في كل حين<sup>2</sup>.

- وجود علاقة سببية بين الضرر وقبول التفاوض.

وبعد أن فرغ فاجيلا من تحديد شروط قيام المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات عمل على توضيح أساس ونطاق هذه المسؤولية وذلك على النحو التالي:

\*- أساس المسؤولية: فقد اعتبر أن هذه المسؤولية لا تؤسس على مبدأ الخطأ، ولا على مبدأ اتفاق الضمان، أي أنها ليست مسؤولية عقدية لأن الطرفين حسب فاجيلا لم يرتبطا بعد بالعقد النهائي، كما أنهما لا يرتبطان بالعقد التمهيدي، وبالتالي فإنهما لا يتحملان بأي التزام عقدي أثناء المفاوضات، ولا يمكن القول بأن الطرفين قد تعهدا ضمناً بمجرد قبولهما الدخول في المفاوضات بالأولى يسبب أحدهما للآخر أي ضرر أثناء المفاوضات، لأنه لو انسحب أحدهما من المفاوضات، وكان لانسحابه ما يبرره من الناحية الموضوعية فلا تقوم مسؤوليته حتى لو أصاب الطرف الآخر ضرراً من جراء ذلك.

لذلك فإن فاجيلا يؤسس المسؤولية في مرحلة المفاوضات على فكرة أسماها "الضمان القانوني"<sup>3</sup>. Garantie légale، والذي يكمن في واقعة القبول الإرادي بالدخول في التفاوض، فمجرد هذا القبول ينشأ عنه ضمان قانوني

<sup>1</sup>- جمال الدين زكي، م س، ص 132

<sup>2</sup>- محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 51-52.

<sup>3</sup>- انظر: رجب كريم عبد الإله، م س، ص 254.



يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر موضوعي، حتى لو رفض المتفاوض أن يتعهد بهذا الضمان فإنه يفرض عليه بموجب العدالة، فهو إذن ضمان قانوني وليس ضمانا اتفاقيا، كل ما هنالك أن القانون يعلق وجود هذا الضمان على الرضاء بالدخول في المفاوضات، ومن ثم فإن المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات وفقا لرأي فاجيلا هي نوع من تحمل التبعية بموجب القانون، والذي يقوم على أساس العدالة وبسبب فعل الإرادة.

كما حدد فاجيلا نطاق المسؤولية عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات بالأضرار التي تحدث بعد قبول الطرف المنسحب الدخول في التفاوض، لأن هذه الأضرار هي وحدها التي تقوم بشأنها -حسب فاجيلا- علاقة السببية، مثل نفقات إعداد التصميمات والدراسات، ونفقات الانتقال والإقامة وغيرها من النفقات التي تستلزمها المفاوضات.

وبذلك تخرج من نطاق المسؤولية الأضرار التالية :

- النفقات التي تتم قبل الدخول في المفاوضات.

- الأرباح التي كان المضرور سيجنيها من تنفيذ العقد، لأن ذلك يفترض قيام العقد، وهو ما لم يتحقق.

- تفويت الفرصة، لأن الطرف الذي عرضت عليه فرصة أكثر تميزا كان بإمكانه أن يتمسك بها وينسحب من المفاوضات دون مسؤولية، خاصة إذا رفض الطرف الآخر منحه نفس مزاياها، لأن انسحابه حينئذ سيكون مبررا بمصلحته الاقتصادية<sup>1</sup>.

## 2- المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب :

في هذه المرحلة يتحقق للطرفين قدر أكبر من الطمأنينة ويزداد احتمال إبرام العقد، حيث إنهما قد رضيا بصياغة الإيجاب النهائي بعد أن اتفقا على نقاط العقد الجوهرية، ولذا يحق لكل طرف -حسب فاجيلا- أن يعول على ذلك فيتخلى عن الفرص التي تعرض عليه، فإذا عدل الطرف بعد ذلك دون مبرر موضوعي فإنه يكون مسؤولا عن تعويض المتضرر، ليس عن نفقات التفاوض فحسب، بل وعن الفرض الضائعة أيضا<sup>2</sup>.

3- المسؤولية بعد تصدير الإيجاب: إذا صدر الإيجاب النهائي بالفعل أصبحت له قيمة قانونية واقتصادية لا يمكن إهدارها دون تعويض، فإصدار الإيجاب يعد إعلانا رسميا عن الإرادة النهائية العازمة على التعاقد، ومن ثم يجب أن ينشأ لمن وجه إليه ضمان قانوني، لأن صدور الإيجاب يزيد في الثقة المشروعة لديه.

بيد أن هذا لا يعني أن الموجب يلتزم بعدم الرجوع في إيجابه، فهو لا يزال حرا طالما لم يصدر قبول مطابق ينعقد به العقد نهائيا، ومع ذلك يرى فاجيلا أنه إذا رجع في إيجابه التزم بمقتضى الضمان القانوني بتعويض الطرف الآخر.

<sup>1</sup> - أشار إليه محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 54. Saleilles: art, pré p 722-723.

<sup>2</sup> - انظر: رجب كريم عبد الإله، م س، ص 256.

وتختلف المسؤولية في هذه المرحلة عن المرحلتين الأولى والثانية، إذ لا يشترط لقيامها أن يكون الرجوع في الإيجاب تعسفياً، بل يكفي مجرد الرجوع فيه كي تقوم مسؤولية الموجب، يستوي في ذلك أن يكون الرجوع مبرراً أو غير مبرر، كما أن التعويض حسب رأي فاجيلا لا يقتصر على نفقات التحضير للعقد، بل يشمل أيضاً الفرص الضائعة<sup>1</sup>.

ونظراً لأهمية هذه النظرية الواضحة، ومن خلال العرض الذي قدمناه يمكن أن نستنتج العديد من الأفكار الهامة التي جاءت بها هذه النظرية، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- الاعتراف بوجود رضا حقيقي متبادل بين الطرفين، علماً أنه لا يهم بعد ذلك شكل هذا الرضا وهل جاء صريحاً أم ضمناً، غير أنه يكون متحققاً من الناحية الواقعية بمجرد الدخول في المفاوضات

2- الاعتراف بالقيمة القانونية للمفاوضات، بحيث لا تعتبر مجرد عمل مادي، وإنما يتعلق الأمر بواقعة قانونية يحميها القانون، ويرتب عليها تبعاً لذلك آثاراً إيجابية تتمثل في قيام المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات.

3- الاعتراف بأن الطرفين لم يعودا في مركز الغير بمجرد دخولهما في المفاوضات، بل يصبحان في مركز الدائن والمدين، حيث تنشأ بينهما علاقة قانونية خاصة ترتب على عاقتهما التزامات حقيقية وليس مجرد واجبات عامة.

4- تحديد مضمون الالتزام بالضمان في مرحلة المفاوضات، حيث يتمثل هذا الالتزام في عدم الانسحاب من المفاوضات إلا لأسباب اقتصادية بحثة، وبذلك تتفوق نظرية فاجيلا على نظرية إيهرنج التي لم تحدد مضمون الالتزام المفروض عند إبرام العقد<sup>2</sup>.

5- لا يتعاد عن فكرة تحمل التبعة بمعناها الضيق، والتي تجعل كل قطع للمفاوضات مصدراً للمسؤولية.

فقد جعل فاجيلا الحرية التعاقدية هي الأصل والمسؤولية هي الاستثناء، بحيث لا تقوم المسؤولية المدنية إلا عند القطع التعسفي للمفاوضات، لأنه حينئذ يكون المتفاوض الذي تسبب في قطع المفاوضات قد أدخل بقواعد حسن النية السائدة في المعاملات<sup>3</sup>.

6- تقييد نطاق المسؤولية بالضرر المباشر الذي توجد بينه وبين التفاوض علاقة سببية فعلية، وهو ما يجعل المسؤولية متفقة مع قواعد العدالة، بحيث لا يسأل المتفاوض إلا عن الأضرار التي تسبب في إحداثها بانسحابه من المفاوضات.

ومن خلال الأسس التي قدمتها هذه النظرية، فإنه يمكن القول بأنها كانت الأولى من نوعها التي عالجت المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات بشكل مباشر وصريح، فقد ميزت بوضوح بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد، وأبرزت خصائص كل مرحلة والآثار القانونية التي تترتب عليها، لذلك فقد ساهمت بشكل فعال في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك: Cohérier, th, pré, p106 et s.

<sup>2</sup> - Saleilles: art, pré P 107-108. cité par Schmidt, art, prés; p 65 et s

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد الإله، م س، ص 258.

وعلى الرغم من جميع المزايا التي جاءت بها هذه النظرية فليس لها أي أثر في التشريعات، وربما يعود السبب في ذلك من وجهة نظرنا إلى عدم اهتمام أغلبية التشريعات المعاصرة بتنظيم مرحلة المفاوضات، بل تركت هذه المهمة لآراء الفقه واجتهاد القضاء.

لكن وعلى الرغم من أهمية التبريرات التي جاءت بها نظرية فجيلا لتأصيل المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، إلا أنها لم تسلم من النقد، فقد اعتبر بعض الفقهاء<sup>1</sup>، أن الأسانيد التي قدمها فجيلا مختلفة في مجموعها من عدة وجوه نجملها فيما يلي:

1- تبنى تقسيم ثلاثي للفترة قبل العقدية لا يتفق مع الواقع، إذ أن المراحل الثلاثة قبل العقدية لا توجد في جميع العقود، فالمرحلة الأولى مثلا أي مرحلة المفاوضات تنعدم في عقود الإذعان لأنها غير قابلة للتفاوض في الأصل، كما أن المرحلة الثانية أي مرحلة صياغة الإيجاب تكاد تنعدم في غالبية العقود، وحتى إن وجدت فإنها تدخل في مرحلة المفاوضات التي تنتهي كما نعرف بصدور الإيجاب النهائي.

2- الأخذ بمعيار غير منضبط للتفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب غير التعسفي، وهو معيار المصلحة الاقتصادية، حيث يصعب تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية الداعية إلى الانسحاب.

3- الاستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات، وهي فكرة الضمان القانوني، الذي يلزم الطرفين بعدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع، فهذا الضمان موهوم ويعوزه الأساس القانوني السليم<sup>2</sup>، إذ من المسلم به أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقره، وليس هناك نص خاص ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة المفاوضات، لذلك لا يمكن القبول -حسب هؤلاء- بمبدأ الضمان القانوني كأساس للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

كما أن هذه الفكرة لا تخلو من التناقض، فرغم أن فجيلا يعتبر هذا الضمان قانونيا وليس اتفاقيا، إلا أنه يشترط لوجوده رضا الطرفين بالدخول في التفاوض، وهذا الشرط يوحى بأن هذا الضمان اتفاقي، لأن الضمان القانوني لا يحتاج إلى رضا الطرفين، بل إنه يفرض عليهما بقوة القانون.

4- من المآخذ كذلك على هذه النظرية، التناقض بين الأفكار الأساسية لها، فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول ولو بعد صدور الإيجاب، في الوقت الذي تجعل فيه الموجب مسؤولا بمجرد عدوله عن الإيجاب حتى ولو لم يكن متعسفا في هذا العدول.

كما يبدو التناقض كذلك في أفكار هذه النظرية في أنها ترفض قيام المسؤولية عن الخطأ، في حين أنها تشترط لقيام المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات المنسحب متعسفا في انسحابه، وذلك بأن يكون قد

<sup>1</sup>- انظر:

- Cohérier, th, pré, p106 et s.  
- Saleilles: art, pré p 722-723.

- عبد الرزاق السنهوري، م س، ص ، فقرة 901 وما بعدها.

<sup>2</sup>- انظر:

- Saleilles: art, pré p 73  
- Cohérier, th, pré, p104.

انسحب دون سبب موضوعي يبرر انسحابه، الأمر الذي تعتبره النظرية بمثابة إخلال بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل، وفي ذلك رجوع إلى فكرة الخطأ التي تنكرها النظرية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء المعاصر :

لقد كان للانتقادات التي وجهت لمختلف النظريات التي جاء بها الفقه التقليدي لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، وكذا للنظرية الموضوعية التي نادي فاجيلا رغم أهميتها وتأثيرها الواضح في مختلف الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، وراء عدم تبني الفقه والقضاء الحديث لإحدى هذه النظريات، وبالتالي حاول هذا الفقه من خلال العديد من الكتابات، والقضاء من خلال النوازل التي عرضت عليه تقديم حل لهذه الإشكالية يكون منسجما مع المعطيات القانونية للتشريعات المعاصرة وكذا مع المعطيات الواقعية للتجارة.

وهكذا فإنه تبني معيار جديد من قبل الفقهاء المعاصرين وسائرهم القضاء في ذلك، هذا المعيار يقوم على تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات بالاعتماد على طبيعة العلاقة بين الأطراف نفسها.

وانطلاقا من ذلك فإن الفقه القائل بهذا الرأي يميز بين التفاوض الضمني والتفاوض الصريح، حيث يترتب على الإخلال باتفاق التفاوض الضمني قيام المسؤولية التقصيرية، في حين أن الإخلال باتفاق التفاوض الصريح يترتب قيام المسؤولية العقدية.

ونظرا لغياب الأبحاث والدراسات المتخصصة التي تناولت مرحلة المفاوضات في الفقه المغربي - حسب اطلاعنا - وكذلك الموريتاني، حيث إن الفقهاء المغاربة الذين درسوا هذه المرحلة في المؤلفات العامة يرون عليها سريعا، بحيث لا يتناولونها بالشرح والتفصيل الكافي ولا يعالجون الإشكاليات التي يمكن أن تصادف الأطراف عند إقدامهم على التفاوض بشأن عقد معين<sup>2</sup>.

وقد كان لهذا الفراغ الفقهي الواضح تأثيره على معالجة الإشكاليات التي تثيرها مرحلة تكوين العقد خاصة الدولي، وبالتالي عدم وجود وعي بأهمية هذه المرحلة، وهو ما كان له تأثيره كذلك على القضاء، حيث لم تعثر على أحكام قضائية مغربية أو موريتانية في الموضوع.

وأمام هذا الوضع فإنه لا يبقى أمامنا سوى معالجة المسألة في الفقه والقضاء المقارن، وسنقتصر على نموذجين فقط، بحيث نتطرق في (الفقرة الأولى) للوضع في الفقه وكذا القضاء الفرنسي، على أن يكون الحديث في (الفقرة الثانية) عن الفقه والقضاء في مصر.

<sup>1</sup> - انظر: محمد حسام محمود لطفي، م س، ص 56-57، وكذلك رجب كريم عبد الإله، م س، ص 260، نزبه محمد الصادق المهدي، م س ص 305.

<sup>2</sup> - انظر على سبيل المثال في هذا الشأن:

- المختار بن أحمد العطار، م س، ص 85 وما بعدها.

- عبد الحق صافي، م س، ص 255، وما بعدها.

## الفقرة الأولى: الفقه والقضاء في فرنسا:

لقد ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين<sup>1</sup> إلى اعتبار التفاوض الضمني، أي التفاوض الذي يتم دون أن يرافقه اتفاق صريح أو مكتوب ينظمه، مجرد عمل مادي ولا يترتب عليه بذاته أي أثر قانوني، فمجرد الدخول في المفاوضات - حسب هؤلاء- لا ينتج عنه أي التزام على عاتق الطرفين<sup>2</sup>، بحيث تبقى لهما الحرية المطلقة في قطع المفاوضات في أي وقت، ولا يعتبر الطرف المنسحب مخطئا إلا إذا كان متعسفا في هذا الانسحاب، إذ في هذه الفرضية فقط تقوم مسؤوليته التقصيرية، وبالتالي يتعين على الطرف المتضرر إثبات توافر شروطها<sup>3</sup> طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية كما تحددها مقتضيات المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي<sup>4</sup>.

وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الاتجاه الفقهي، وهذا ما نلمسه من خلال مختلف القرارات التي صدرت عن مختلف الغرف لمحكمة النقض الفرنسية سواء القديمة منها أو الحديثة<sup>5</sup>.

والتي نذكر من بينها القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1972، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن شركتان قامتتا بالدخول في مفاوضات شاقة من أجل شراء إحداهما من الأخرى آلة لصنع المواسير من الاسمنت تنتجها شركة أمريكية، وأثناء المفاوضات بعثت الشركة الراغبة في الشراء إلى الولايات

- <sup>1</sup> - Jacques Ghestin: la responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers. Art. pré, P 155 et s.  
- Schmidt: "la négociation du contrat international, Reo, Droit et pratique du commerce international 1983 P239  
- Fontaine: Droits et contrats internationaux, analyse et rédaction de Clauses, op, cité, P15 et s  
- ( PH ) Letourneau: la rupture des négociations, R.T.D. com 1998, p25 et s  
<sup>2</sup> - ( B ) Jaluzot: th, prec.  
<sup>3</sup> - ( J ) Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle, op, cit; p50.  
- (J) Ghestin, op, cit, P294

<sup>4</sup> - تنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel, il est arrivé, à le réparer »

كما تنص المادة 1323 على ما يلي :

« chacun est responsable du dommage qu'il causé non seulement par son fait mais encore par la négligence ou par son imprudence ».

<sup>5</sup> - انظر على سبيل المثال القرارات التالية :

- cass.com.20 mars 1972 N°70-14, 154, Bull.Civ.1974, IV, N°93. J.C.P.G 1973, II, 17543  
- cass.1<sup>er</sup>civ.12 avril 1976 N°74-11, 770. Bull.Civ.1976, I, N°122.  
- cass.com.11 Jan 1984, N° 82-13, 259, Bull.Civ.1984, IV, N°16.  
- cass.com.23 mai 1989, R.T.D.civ.1989, p736.  
- Cass. com, 22 fev. 1994, N° 91-18.842Bull.Civ.1994.IV.N°79.  
- Cass. 1<sup>er</sup>civ, 6 janv. 1995, D.A.1998, p242.  
- Cass. com., 22 avril 1997, N°94-18,953. D .1998. P45.  
- cass.1<sup>er</sup>civ.25 juin 1996 N°94-17,633. Bull.Civ.1996, I, N°269.  
- cass.com.7 avril 1998 N°95-20, 361. J.C.P.E1999, P579 (Sandoz).  
- cass.1<sup>er</sup>civ.6 Jan. 1998 N°95-19, 199. Bull.Civ.1998, I, N°7.  
- cass.1<sup>emc</sup>civ.19 fev 2002 N°00-19-714. غير منشور  
- cass.com.25 fève 2003 N°01-12-660. غير منشور

المتحدة بمن عاين تشغيل الآلة متحملة وحدها نفقات رحلته، ثم طلبت من الشركة البائعة وهي وكيل الصانع الأمريكي في فرنسا معلومات إضافية لتختار على ضوءها النوع المناسب من الآلة.

ولكن الشركة البائعة بدلا من تسليم البيانات التي وصلتها من الصانع الأمريكي إلى الشركة الراغبة في الشراء، قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة، مع أنها كانت قد التزمت ببند في العقد بالامتناع مدة 42 شهرا عن بيع آلة مماثلة إلى الغير.

أدان قضاة الموضوع الشركة البائعة لقطعها المفاوضات، وأيدتهم في ذلك محكمة النقض، معتبرة أن قطع الشركة للمفاوضات يعد خطأ يقيم مسؤوليتها وذلك لأنها "قطعت المفاوضات المتقدمة فجأة ومن جانب واحد بدون أي مبرر مشروع"<sup>1</sup>.

ومن بين القرارات الحديثة الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن القرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 26 نوفمبر 2003 والذي أيدت فيه قرار محكمة الاستئناف بباريس التي قضت بالحكم على شركة STUCK المنسحبة من المفاوضات الجارية مع شركة Alain Manoukian بدون مبرر مشروع بتعويض الشركة المتضررة على أساس المسؤولية التقصيرية عن نفقات التفاوض وعن مصاريف الدراسات الأولية<sup>2</sup>.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Alain Manoukian دخلت في مفاوضات مع شركة STUCK من أجل شراء حصص هذه الأخيرة، مما أسفر عنه الاتفاق على مجموعة من الشروط، وقبل إتمام التفاوض بشأن كل عناصر الاتفاق، فوجئت شركة Manoukian ببيع شركة STUCK حصصها لشركة les complices، دون أن تنهي معها المفاوضات، وعلى إثر ذلك طالبت بالتعويض عن القطع التعسفي للمفاوضات، فقضت محكمة الاستئناف بباريس بالحكم على شركة STUCK بأداء التعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة المتضررة على أساس المسؤولية التقصيرية، غير أن شركة Manoukian طعنت في هذا القرار وعابت عليه حصر التعويض المستحق في مصاريف التفاوض ونفقات الدراسات الأولية دون الحكم بالتعويض عن الفرصة الضائعة، وكذلك تحميل المسؤولية لشركة les complicité على اعتبار أنها أقدمت على التعاقد مع شركة STUCK على الرغم من علمها بوجود مفاوضات جارية ومتقدمة مع شركة أخرى.

- cass.com.26 nov. 2003 N°00-10-243. et n°00-10.949. Bull.civ.2003.IV.N°186. R.T.D.civ 2004, P80.

- cass.2<sup>ème</sup>civ.4mars2004 N°02-14.022. juris-Data. N°2004-022781.

- cass.3<sup>ème</sup>civ.28 juin2006 N°04-20.040. J.P.C.G. 2006.II10130,D.2006,P2964.

- cass.1<sup>er</sup>civ.9jan2007 N°05-14.365. juris-Data. N°2007-0368969.Bull.civ2007,I.

<sup>1</sup> -cass.com.20mars1972. précitée.

<sup>2</sup> - cass.com.2003. précitée.

غير أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية رفضت تحميل الطرف المسؤول التعويض عن الفرصة الضائعة، واكتفت بتحميل المسؤولية لشركة STUCK دون شركة les complicité مؤيدة في ذلك قرار محكمة الاستئناف وفق نفس التعليل<sup>1</sup>.

وإذا كان هذا هو التوجه العام للقضاء الفرنسي عموماً، ومحكمة النقض بشكل خاص، فإن هناك قراراً صدر عن محكمة استئناف فرساي Versailles بتاريخ 1995/9/21، وأيدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 أبريل 1998<sup>2</sup>، حيث أقرت فيه المحكمة بوجود مسؤولية عقدية عن قطع المفاوضات رغم عدم توقيع العقد، نظراً لأنها المفاوضات استمرت لمدة أربع سنوات، ونظراً لأهمية هذا القرار فإننا سنعرضه حيثياته بالتفصيل:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة بولي قال poleval أعلنت عن طريقة لتحضير دواء معين، وفي عام 1987 قدمت نموذجاً تمهيدياً لطريقة تحضير الدواء لشركة ساندوز Sandoz والتي أخطرت بدورها الشركة الأم في سويسرا Sandoz Suisse.

وفي 28 نوفمبر 1987 تم عقد اجتماع في مدينة بال السويسرية، وعلى إثره أخطرت شركة ساندوز السويسرية شركة بولي قال عن رغبتها في حدوث تعاون معها إذا توافرت شروط معينة، وبصفة خاصة شروط فنية ومالية تتعلق بنفقات المنتج، وشرعت شركة بولي قال عندئذ في إعداد دراسات تتعلق بصناعة ماكينة الدواء والنفقات اللازمة لذلك، وشرعت شركة ساندوز السويسرية من جانبها في القيام بدراسات تتعلق بإمكانية تنفيذ المشروع من الناحية التجارية والصناعية.

في عام 1989 أعلنت شركة ساندوز السويسرية من جديد بالكتابة لشركة بولي قال عن صلاحية طريقة تحضير الدواء، ورغبتها في إبرام عقد مع تحفظات معينة قابلة للتعديل من جانبها، وأرسلت إليها مشروع هذا العقد. وقد أجابت شركة بولي قال بموافقتها من حيث المبدأ على هذا العقد.

وبعد حدوث اجتماع آخر عقد في 1989/8/2 من جانب جميع الأطراف، وبعد حدوث تبادل لمشروع العقد، حدث أن شركة ساندوز السويسرية في 1989/12/19، قامت بإعلام شركة بولي قال أنها لن تتابع مشروع استغلال طريقة تحضير الدواء، وبالرغم من حدوث عدة اجتماعات أخرى إلا أن المفاوضات توقفت نهائياً في عام 1990.

قامت شركة بولي قال برفع دعوى على الشركتين :

- شركة ساندوز السويسرية.

- وشركة ساندوز الفرنسية مطالبة بتعويض الأضرار التي أصابها استناداً إلى :

1- عدم تنفيذ العقد المبرم بينهما.

<sup>1</sup> - كذلك من بين القرارات الحديثة الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في نفس الموضوع :

- cass.com.25 fev2003. précitée.

- cass.2<sup>ème</sup> civ.4mars2004. précitée.

- cass.3<sup>ème</sup> civ.28juin2006. n°04-20-040. J.P.C.G.2006. II.10130.

- cass.1<sup>ère</sup> civ.9jan2007 N°05-14.365. Juris-Data. N°2007-036869. Bull.civ2007,I.

<sup>2</sup> - cass.com.7 avril 1998 N°95-20, 361. J.C.P.E1999, P579.

2- بصفة احتياطية استنادا إلى المسؤولية التقصيرية عن الإنهاء التعسفي للمفاوضات.

والملاحظ أن شركات ساندوز قد تخلت عن مشروع تحضير الدواء لأسباب داخلية خاصة بها، وليس لأسباب تتعلق بطبيعة المنتج.

وهذا المسلك من شركات ساندوز جعل شركة بولي قال تأمل وتتوقع إبرام العقد النهائي خاصة بعد مرور أربع سنوات من المفاوضات والدراسات.

وقد أوضحت محكمة استئناف فرساي أن الأطراف كانت لديهم النية في إجراء تنظيم تعاقدى للمفاوضات ولاسيما إزاء تبادل مشروعات العقود، ويترتب على ذلك وجود التزام تعاقدى، كما أن مسلك شركة ساندوز تسبب في وجود هذا الالتزام.

وبسبب افتقاد الأمانة في التعامل من قبل شركة ساندوز، ولاسيما وأن تخليها عن مشروع العقد يرجع لأسباب داخلية تتعلق بها، وليس لهذا الرجوع أي صلة بطبيعة المنتج، وقد ثبت أن شركة ساندوز قد أعلنت للشركة الأخرى عن صلاحية الدواء.

وقد ترتب على هذا المسلك من قبل شركة ساندوز حدوث أضرار بالغة لشركة بولي قال، ومن ثم يجب تعويض هذه الأضرار.

وقد قدرت المحكمة مبلغ التعويض بأربعة ملايين فرنك فرنسي.

وقد استخلصت المحكمة في هذا النزاع أن العقد قد أبرم بين الشركتين نظرا لتبادل الرضا بينهما على الرغم من عدم توقيع العقد التمهيدي كتابة، وأن الخطأ العقدي الذي وقع من شركة ساندوز يتمثل في قيامها بقطع المفاوضات بدون أسباب جدية ترجع إلى الدواء أو طريقة تحضيره بالرغم من أن المفاوضات استمرت لمدة أربع سنوات.

وتتجلى أهمية هذا القرار في الحل الذي جاء به، فعلى الرغم من أن الاجتهادات القضائية في معظمها درجت على اعتبار المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات في غياب اتفاق صريح ينظم هذه المرحلة تعتبر مسؤولية تقصيرية - كما سبقت الإشارة- إلا أن هذا القرار اعتبر المسؤولية عن قطع المفاوضات من قبل شركة ساندوز مسؤولية عقدية رغم عدم توقيع العقد.

ولذلك يمكن القول -انطلاقا من هذا القرار- أنه كلما استمرت المفاوضات لمدة طويلة كلما تقيدت حرية الأطراف في عدم إبرام العقد النهائي، لأن التزام الأطراف إزاء احترام سلوك يتفق مع حسن النية يقوى كلما تقدمت المفاوضات وامتدت لفترة زمنية أطول.

فقيام أحد الأطراف بإنهاء المفاوضات عقب تقديم خطاب النوايا سلوك يمكن قبوله، ولكن هذا السلوك يتعذر قبوله إذا استمرت المفاوضات لمدة طويلة واقتربت من مرحلة إبرام العقد النهائي.



خاتمة :

ويمكن أن نوجز في خاتمة هذه الدراسة أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث، وكذا بعض التوصيات التي ينبغي الأخذ بها من طرف كل متفاوض قبل وأثناء المفاوضات وذلك على النحو التالي :

1- فرغم أن التفاوض أمر ضروري ولصيق بحياة الإنسان منذ القدم وعلى مر العصور، إلا أن أهميته الحقيقية لم تظهر إلا في العصر الحديث نتيجة التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، مما أثر على بنية العقد وتكوينه، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن أغلب التشريعات المدنية الحديثة لم تنظم هذه المرحلة بنصوص خاصة فيما عدا القليل منها، وإن جاءت مع ذلك نصوصها غير واضحة وغير كافية لحسم مشكلات التفاوض، وقد كان لهذا الفراغ التشريعي أثره الواضح على الحلول التي جاء بها الفقه والقضاء.

2- وقد انتهينا إلى أن مرحلة المفاوضات تتحدد بصدور الإيجاب، ذلك أن الإيجاب يعتبر هو الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد، فبصدور الإيجاب تنتهي مرحلة المفاوضات لتحقيق الهدف منها، ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد.

3- كما أن المفاوضات باعتبارها لم تعد مناقشات ارتجالية، فإنها تقتضي الالتزام بمجموعة من الضوابط من شأنها المساهمة في إنجاحها، هذه الضوابط منها ما هو منهجي يتعلق باختيار الإستراتيجية التي يتبعها الفريق المتفاوض، حيث يعتبر ذلك من أهم مستلزمات التفاوض الفعال والناجح، ذلك أن التفاوض بدون منهج علمي موضوعي يتحول إلى جدل ونقاش عقيم لا يوصل إلى نتيجة ومنها ما هو بشري مرتبط بالتفاوض شخصيا، ذلك أن المتفاوض هو القادر على إدارة العمليات التفاوضية بنجاح أو قيادتها إلى الفشل.

كما أن هناك مجموعة من الصفات والمهارات التي يتعين أن تتوافر في المتفاوض حتى يستطيع قيادة المفاوضات إلى بر الأمان.

أما في دراستنا لطبيعة المسؤولية المدنية خلال هذه المرحلة فقد توصلنا من خلالها إلى نتائج مهمة من ضمنها:

- أن جميع النظريات الفقهية التقليدية التي جاء بها الفقه التقليدي وخاصة نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي نادي به إبهرنج، والتي درج أنصار النظرية العقدية للمسؤولية خلال هذه المرحلة على ذكرها باعتبارها تمثل هذا الاتجاه، لا علاقة لها بالمسؤولية في مرحلة المفاوضات، وإنما تتعلق بالمسؤولية عن بطلان العقد.

وأن أول نظرية فقهية تناولت هذه المرحلة مجدية وقدمت حلولاً كان موضوعية كان لها هي نظرية فاجيلا الفقيه الايطالي، حيث كان لها تأثيرها على جميع الحلول الفقهية والقضائية التي جاءت بعدها، رغم عدم تبنيها من قبل التشريعات الحديثة.

أما الحلول الفقهية والقضائية التي جاء بها الفقه والقضاء في العصر الحديث فقد ميزت بين وجود اتفاق على التفاوض وعدم وجوده، حيث رتبت المسؤولية العقدية في الحالة الأولى بينما رتبت المسؤولية التقصيرية في الحالة الثانية.

وقد انتهينا إلى تبني رأي وسط يوفق بين الاعتبارات القانونية وحماية المعاملات المالية واعتبارات العدالة.

حيث أنه في الحالة التي يوجد فيها اتفاق فلا خلاف في أن المسؤولية في هذه الحالة تعتبر عقدية.

أما في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق فقد اعتبرنا أن المسؤولية في الأصل هي تقصيرية نظرا لغياب أي اتفاق، إلا أن هناك حالات يمكن فيها الاعتراف بالمسؤولية العقدية رغم عدم وجود اتفاق صريح بذلك، ويأتي الدور هنا على القاضي خصوصا في الحالة التي تستمر فيها المفاوضات لفترة زمنية طويلة.

حيث يمكن أن يستخلص وجود المسؤولية العقدية من خلال ما تم تبادلته بين الأطراف من وثائق إلى غير ذلك.

أما فيما يتعلق بالتوصيات التي يمكن أن تقترحها في هذا الإطار فهي :

أولاً- التدخل التشريعي من أجل تنظيم مرحلة المفاوضات، وأن يعار الاهتمام الكافي لهذه المرحلة، وذلك من خلال وضع نصوص قانونية خاصة تحدد طبيعة العلاقة بين الطرفين ، وتبين ماهية الالتزامات التي تقع على عاتقهما خلالها، وكذا طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

كما أنه يجب على الفقه خصوصا في المغرب وموريتانيا أن يولي للتفاوض على العقد الاهتمام الذي يستحقه كما فعل الفقه المقارن، وأن يخصص له مساحة كافية عند دراسة نظرية العقد، بل وأن يفرد له أبحاثا خاصة وعميقة تتناول كافة جوانبه القانونية، كما يجب أن يتم إنشاء معاهد متخصصة لإعداد وتدريب كوادر من المفاوضين المتخصصين وفقا لأحدث الأصول العلمية والفنية المرعية في التفاوض، وذلك حتى تتكون لدينا أعداد كافية من المفاوضين الأكفاء نستطيع أن نقوى بها من قدراتنا التفاوضية في مواجهة الشركات الأجنبية.

وفي انتظار تدخل تشريعي واهتمام فقهي يليق بهذه المرحلة، فإنه يجب على أطراف المفاوضات أن يحرصوا منذ البداية على إبرام اتفاق صريح على التفاوض، خاصة في المفاوضات الهامة، وأن يقوموا بصياغته في ورقة مكتوبة بعبارات واضحة ومحددة، وذلك للتأكيد على اتفاقهما على التفاوض، وأن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض، وأن قواعد المسؤولية العقدية هي وحدها الواجبة التطبيق على المسؤولية التي يمكن أن تنشأ عن هذا التفاوض، وليست قواعد المسؤولية التقصيرية، بحيث يزول أي شكل حول هذه المسألة.

ويجب على الشخص الراغب في التفاوض على عقد معين أن يستعد جيدا قبل الدخول في المفاوضات وذلك بأن يكون قادرا على التفاوض ولديه الخبرة الكافية في هذا المجال، وإلا استعان بشخص آخر من ذوي الخبرة للقيام بهذه المهمة نيابة عنه، وأن يقوم بدراسة المشروع الذي يرغب في التفاوض بشأنه دراسة دقيقة ومستفيضة، سواء من الناحية الفنية أو المالية أو القانونية.

كما يجب على كل متفاوض أن يكون مستعدا دائما لاحتمال قطع المفاوضات من جانب المتفاوض الآخر، إذ من المسلم به أن لكلا الطرفين مطلق الحرية في العدول عن المفاوضات ولو في آخر لحظة مادام أن لهذا العدول ما يبرره، ولهذا يتعين على المتفاوض ألا يتخذ أية إجراءات أو يبرم أية عقود مع الغير أثناء التفاوض استعدادا لتنفيذ العقد النهائي، وإنما يجب عليه أن ينتظر ريثما يتم إبرام العقد بالفعل.

ويجب أن يضم فريق التفاوض دائما أعضاء من ذوي التخصص القانوني، وأن يتم الرجوع إليهم لأخذ مشورتهم، وأن تترك لهم مهمة صياغة المحررات والاتفاقات التمهيدية، وكذلك العقد النهائي، نظرا لما يتمتعون به من دراية كافية

بأحكام القانون وبأصول الصياغة القانونية السليمة، وهو ما يضمن أن تأتي هذه الصياغة على الوجه الأكمل الذي يحقق مصلحة الطرفين.

هذا وما كان من صواب في هذا البحث فبفضل الله وتوفيقه، وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، فكل عمل بشري لا بد وأن يكون فيه نقص، لكن حسبي أن بذلت جهدي.

قائمة بالمصادر والمراجع :

المراجع العامة :

- عبد الرزاق السنهوري، م س، فقرة 308، ص 667، جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية مطبعة جامعة القاهرة، 1973، ج-1، فقرة 29، ص 119، نزيه محمد الصادق المهدي، م س ص 302 = وما بعدها، أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 389.

- هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية 1995.

- محمد وليد هاشم: العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة 2004.

- عبد الفتاح مراد: منظمة التجارة العالمية والعملة الاقتصادية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية بدون ذكر سنة النشر.

البحرين، عدد 20، السنة 2004.

- عادل المهدي : عملة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة الطبعة الثانية.

المراجع الخاصة :

أحمد شرف الدين : أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة وهبة، حسان، 1993، بدون ذكر مكان النشر.

محمد حسام محمود لطفي : - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، بدون ذكر دار النشر.

رجب كريم عبد الإله : التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى 200-2001، ص 5.

- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض 1998، ص 65

- محمد حسين منصور: العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه ومضمونه وآثاره وانقضاؤه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم التجاري وقانون التجارة الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص 28.
- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1995 ص 6.
- محمود على ومحمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، دار الحامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص 43
- ثابت عبد الرحمن إدريس ، التفاوض مهارات و استراتيجيات ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2001
- مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005
- على الحمادي ، مهارات التفاوض وفنون الحوار والاتفاق ، دار ابن حزم، بيروت - لبنان - 2002
- ناجي معلى ، التفاوض ، الإستراتيجية والأساليب ، دار زهران ، عمان الأردن 1992
- وليام أوري، فن التفاوض ، ترجمة الدكتورة نيفن غراب ، الدار الدولية للنشر، القاهرة 1994
- أبو العلا على أبو العلا النمر - دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2002 ص 32.
- محسن الخضري: تنمية المهارات التفاوضية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة 1993،
- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، جمهورية العراق، المجلد الأول، العدد الثالث 1997، ص 130.
- حسن وجيه: مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، عدد 190، سنة 1994، ص 60.

#### - Outrages :

- (R) Saleilles, de la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière, R.T.D.civ. 1907, p 697 cité par (J) GHestin
- Christophe Dupont , la négociation , situation , problématique, application, Paris , Dunod , 2000
- David Patrique la négociation commercial en pratique Paris, édition d organisation 2006
- Ficher Roger et William Ury, comment réussir une négociation, Paris, Seuil 1982
- Delahaye Michel , La négociation d'affaire , Paris , Dunod , 2002
- (J) Schmidt: négociation et conclusion de contrat, Dalloz, Paris 1982, P2 et s .
- J Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle, art, prés; p 51 et s.
- A Cohérier, des obligations naissant des pourparlers préalable, thèse Paris, p 60.  
cité par (M) Fontaine, droit des contrats internationaux , analyse et redaction, de clause

## دراسة مدى التأثير كالية قانونية لحماية البيئة في الجزائر



سهام صديق باحثة بصف الدكتوراه ، تخصص القانون العام

أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أوبكر - تلمسان - الجزائر

مقدمة :

تعظم الاهتمام بالبيئة خلال العقود الأخيرة من القرن الماضي مما أدى إلى ظهور أفكار جديدة عن التنمية<sup>1</sup> مفادها أن تكون آليات التنمية وأدواتها متناسقة مع مبدأ الاستدامة ، فهذا النسق الفكري يدعو إلى أن تتم التنمية في إطار يسمح بالاستغلال الأمثل للموارد الطبيعية حتى يتاح للأجيال القادمة الانتفاع بهذه الثروات ، وهو ما أطلق عليه ب"التنمية المستدامة". ولقد تعددت المؤتمرات العالمية التي أخذت بهذا المبدأ نذكر منها على سبيل المثال : قمة الأرض المنعقدة في ريودي جانيرو لسنة 1992، وقمة الأرض للتنمية المستدامة المنعقدة في جوهانسبورغ لسنة 2002.

وتعتمد التنمية المستدامة على مجموعة من الآليات والنظم البيئية التي تحقق عند تطبيقها التنمية المرجوة مع الحفاظ على التوازن البيئي، ومن أهم هذه الآليات " دراسة مدى التأثير على البيئة" ، والتي تستمد مصدرها من مبدأ الحيلة الذي يندرج ضمن المبادئ العامة لحماية البيئة .

<sup>1</sup> عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة التنمية في الفقرة الثانية من إعلان الأمم المتحدة الخاص بالحق في التنمية ، وذلك في دورتها رقم 41 في 4 ديسمبر 1986 بقولها : " التنمية الاقتصادية والاجتماعية وثقافية وسياسية شاملة تستهدف التحسين المستمر لرفاهية السكان بأسرهم والأفراد جميعهم على أساس مشاركتهم النشطة والحررة والهادفة في التنمية وفي التوزيع العادل للفوائد الناجمة . للمزيد أنظر : [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>2</sup> فهذا المؤتمر هو تكملة لمؤتمر الأمم المتحدة حول التنمية البشرية في استكهولم، ولقد اعتمد ثلاثة صكوك وهي : إعلان ريو بشأن البيئة ، وجدول أعمال القرن 21، بالإضافة إلى بيان رسمي غير ملزم قانونا لمبادئ من أجل توافق علمي في الآراء بشأن إدارة جميع أنواع الغابات وحفظها وتنميتها. للمزيد، عبد الرزاق مقري، مشكلات التنمية والبيئة والعلاقات الدولية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 268.

فلقد بدأ تجسيد " دراسة مدى التأثير " كآلية قانونية لحماية البيئة وجب اعتمادها قبل الشروع في أي مشروع وطنيا ثم تبعه إقليميا ثم دوليا ، فحتى وقت قريباً كانت معايير تقييم المشروعات الاستثمارية تتم طبقاً للمعايير الاقتصادية والتكنولوجية ، أما تأثيراتها على البيئة فإنه نادراً ما كانت تؤخذ بعين الاعتبار بنفس القوة والأسلوب<sup>1</sup> .

لذلك تبرز أهمية " دراسة مدى التأثير على البيئة " كآلية قانونية للحفاظ على الموارد والثروات الطبيعية وسلامة صحة المواطنين ، وإيجاد كل البدائل الممكنة التي يمكن أن ينفذ من خلالها المشروع المقترح ومقارنتها بعضها البعض من أجل إيجاد البديل الأنسب.

ويطرح موضوع دراستنا " دراسة مدى التأثير كآلية قانونية لحماية البيئة " مجموعة من الإشكاليات تتمثل في ما المقصود بدراسة مدى التأثير؟ وما هو محتواها؟ وأخيراً كيفية الرقابة عليها؟

للإجابة على ذلك ، سنتناول ماهية دراسة مدى التأثير ( المبحث الأول) ، ثم محتوى دراسة مدى التأثير والرقابة عليها ( المبحث الثاني).

#### المبحث الأول : ماهية دراسة مدى التأثير على البيئة :

تعتبر دراسة مدى التأثير على البيئة عملية توقعية تعتمد على خبرة القائمين بالدراسة فهي ذات طبيعة وقائية ، لذلك تتطلب دراسة ماهيتها التطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، ثم مجالها (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول : مفهوم دراسة مدى التأثير :

تتطلب دراسة مفهوم دراسة مدى التأثير التطرق إلى تعريفها (الفرع الأول)، ثم تكريسها قانوناً (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : تعريف دراسة مدى التأثير :

تقتضي تحديد المقصود بدراسة مدى التأثير التطرق إلى تعريفها لغة (أولاً)، ثم فقهاً (ثانياً)، وأخيراً تشريعاً (ثالثاً).

#### أولاً : لغة :

يقصد بالتأثير لغة : مصدره الفعل أثر فيقال : " أحدث تأثيراً بالغاً في نفوس الحاضرين " أي أحدث وقعاً ويقال كذلك " اقتضى له أثراً " أي خبراً ، وأيضا يقال " مازال أثر الجرح باقياً " أي علامته<sup>2</sup>.

#### ثانياً : فقهاً :

يطلق على العلاقة بين الاستثمارات والتنمية مصطلح " تقييم التأثير البيئي للمشروعات " بهدف تحديد منافع ومضار المشروع بدقة عن طريق حساب المخاطر المحتملة من إقامة المشروع والآثار البيئية المترتبة عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، حسن أحمد شحاته، التلوث الضوضائي وإعاقة التنمية ، مكتبة الدار العربية للكتاب ، مصر، 2000، ص.168.

<sup>2</sup> أنظر، قاموس المعاني (عربي-عربي) على الموقع الإلكتروني : [www.almaany.com](http://www.almaany.com)

<sup>3</sup> أنظر، منى قاسم، التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية ، ط4، الدار المصرية اللبنانية، مصر- لبنان، 2000، ص.137.

ولقد حاول الفقه مواكبة هذه الألية الجديدة لحماية البيئة من خلال وضعه عدة تعاريف لها ، حيث ذهب الفقيه " ميشال باربير " إلى أن : " دراسة مدى التأثير تجد مصدرها من المبدأ التقليدي المتمثل في " الوقاية خير من العلاج " ، لذلك لا بد من التفكير قبل القيام بأي عمل ، وعليه لا بد من المعرفة والدراسة المسبقة للتأثير أي معرفة آثار النشاط على البيئة " ، كما يمكن تعريفها على أنها : " عملية دراسة التأثير المتبادل بين مشروعات برامج التنمية والبيئة بهدف تقليص او منع التأثيرات السلبية وتعظيم التأثيرات الإيجابية بشكل يحقق اهداف التنمية ولا يضر بالبيئة وصحة الإنسان"<sup>1</sup>.

### ثالثا : تشريعا :

لقد عرف المشرع دراسة مدى التأثير في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المتعلق بدراسة التأثير في البيئة<sup>2</sup> بقوله : " إن نظام دراسة مدى التأثير هو إجراء قبلي تخضع إليه جميع أشغال وأعمال التهيئة و المنشآت الكبرى التي يمكن بسبب أهميتها وأبعادها وأثارها أن تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر للبيئة ولاسيما الصحة العامة والفلاحة والمساحات الطبيعية والحيوان والنبات والمحافظة على الأماكن والأثار وحسن الجوار" ، بالإضافة إلى ذلك فقد عرفها في القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة<sup>3</sup> بموجب المادة 15 منه بقولها: " تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة أوموجز التأثير على البيئة ، مشاريع التنمية والهيكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال وبرامج البناء، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة، لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجيا وكذلك على نوعية وإطار المعيشة".

فالملاحظ أن القانون رقم 03-10 - السالف ذكره- قد ميز بين دراسة التأثير أو موجز التأثير ويكمن الفرق بينهما في طبيعة الأشغال المتوقعة ودرجة خطورتها وتأثيرها على البيئة، فموجز التأثير دراسة أقل صرامة من دراسة مدى التأثير، ويترتب كذلك كنتيجة لهذا التمييز اختلاف الجهة المألحة للترخيص، فالجهة المألحة للترخيص في حالة موجز التأثير تكون أقل درجة من الجهة المألحة للترخيص في حالة دراسة مدى التأثير.

كما عرف المشرع المغربي دراسة مدى التأثير بموجب المادة 49 من القانون رقم 03-11 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة<sup>4</sup> بقوله: " في حالة ماإذا كان انجاز تهيئات أو منشآت أو مشاريع، يشكل تهديدا للبيئة بسبب حجمها أو وقعها على الوسط الطبيعي، فإن صاحب المشروع أو طالب الرخصة، يكون ملزما بإجراء دراسة تمكن من تقييم التأثير البيئي للمشروع ومدى موافقته لمتطلبات حماية البيئة".

### الفرع الثاني : تكريس دراسة مدى التأثير قانونا :

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تكريس دراسة مدى التأثير قانونا من خلال دراسة الاهتمام الدولي والإقليمي والوطني بها كألية قانونية وجب احترامها ، وذلك على النحو الآتي :

<sup>1</sup> أنظر، خالد مصطفى قاسم، إدارة البيئة والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة، الدار الجامعية، مصر ، 2007، ص.185.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المؤرخ في 27 فبراير 1990 المتضمن دراسة مدى التأثير على البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 1990، ع.10.

<sup>3</sup> القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، والمتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 2003، ع.43.

<sup>4</sup> القانون رقم 03-11 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة المؤرخ في 12 ماي 2003، الصادر في الجريدة الرسمية الصادرة في 19 جوان 2003، ع 5118-

## أولاً: التكريس الدولي :

نظراً للاهتمام الدولي المتزايد بالبيئة فقد تم تكريس هذه الألية لحماية البيئة في النصوص الدولية ، وذلك من خلال الإشارة الضمنية لها في إعلان ستوكهولم لسنة 1972 في المبدئين 14 و15 منه اللذين أشارا إلى " التخطيط العقلاني الذي يرمي إلى تفادي الأضرار على البيئة" <sup>1</sup> ، كما تم النص على هذه الألية ضمن عدة اتفاقيات من بينها اتفاقية قانون البحار لسنة 21982، وكذلك في اتفاقية التنوع البيولوجي لسنة 1992، كما أكد إعلان ريودي جانيرو لسنة 1992 على هذه الألية قبل أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى أثار مضرّة بالبيئة في مبدئه 15 من خلال النص على ضرورة الوقاية لتفادي كل ما من شأنه أن يسبب ضرراً للبيئة.

## ثانياً: التكريس الإقليمي :

هناك عدة جهود بذلت لتكريس هذه الألية من الناحية القانونية نذكر منها :

اتفاقية الكويت المبرمة في 24 أبريل 1978 حول التعاون في ميدان الوسط البحري ضد تلوث الخليج العربي، والتي نصت على تقييم بعض النشاطات البحرية من أجل الحفاظ على البيئة الساحلية ومنع تلوثها<sup>3</sup>.

كما جاءت اتفاقية إسبو المعتمدة ضمن إطار اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لأوروبا والمبرمة بتاريخ 25 فبراير 1991، والتي نصت على وجوب إجراء الدول تقييم لمدى التأثير على البيئة قبل التصريح بممارسة نشاط قد يسبب أثراً ضاراً وعابرة للحدود.

كذلك نص بروتوكول مدريد المؤرخ في 04 أكتوبر 1991 الخاص بمعاهدة المحيط الأطلسي حول حماية البيئة في مادته الثامنة على لزوم إعداد وصفا كاملاً للنشاط المزمع القيام به مع تبيان تدابير المراقبة والإنذار الواجب اتخاذها<sup>4</sup>.

## ثالثاً: التكريس الوطني :

لقد كانت النصوص الوطنية السابقة في تكريس دراسة مدى التأثير كإجراء قانوني وجب القيام به قبل البدء في بناء مشاريع ذات تأثير على البيئة ، فقد ظهر أول نص قانوني يقرر هذه الدراسة في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك في سنة 1969<sup>5</sup>، وذلك بموجب القانون القومي لحماية البيئة الذي نص على وجوب إجراء عملية تقييم الأثار البيئية لكافة المشروعات المزمع إنشاؤها أو المشروعات القائمة والتي يتم التوسع فيها من خلال دراسة وافية يتم فيها توقع التأثيرات البيئية التي يحدثها المشروع على البيئة المحيطة، وكيفية تفادي هذه التأثيرات والتقليل منها.

<sup>1</sup> فتحي دردار، البيئة في مواجهة التلوث ، دار الأمل ، الجزائر ، 2002، ص.132.

<sup>2</sup> أبرمت هذه الإتفاقية سنة 1982 وتتضمن 319 مادة ، وذلك لظهور الحاجة إلى اتفاقية جديدة بعد عجز مؤتمر الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1958 و1960 عن حل المشاكل والنزاعات البحرية بين الدول . للمزيد أنظر، عبد المنعم محمد داوود، مشكلات الملاحة البحرية في المضائق البحرية، دار المعارف ، مصر، 1998، ص.156.

<sup>3</sup> أشار إليها، عبد المنعم محمد داوود، مرجع سابق، ص.89.

<sup>4</sup> فريدة تركالي ، مبدأ الحيطة في القانون الدولي ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2005-2006، ص.49.

<sup>5</sup> طه طيار، دراسة التأثير في البيئة: نظرة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، مطبعة دحلب ، الجزائر ، 1991، ع01، ص.11.



ونظرا لما حققته هذه الألية من نتائج إيجابية على البيئة في الولايات المتحدة الأمريكية فقد حدث حدودها عدة دول في تشريع هذه الألية ، لذلك أصبحت دراسة مدى التأثير من العناصر الجوهرية في قوانين حماية البيئة فيدول العالم، حيث تبناها المشرع الفرنسي بموجب قانون 13 أكتوبر 1976 المتعلق بحماية الطبيعة<sup>1</sup>، كما قررت كندا الأخذ بألية دراسة مدى التأثير على البيئة في سنة 1979 بموجب قانون حماية البيئة.

أما المشرع الجزائري ، فلقد أقر بألية دراسة مدى التأثير بموجب قانون رقم 83-10 المتعلق بحماية البيئة<sup>2</sup>، وقد صدر في ظل هذا القانون المرسوم التنفيذي رقم 90-78 الصادر بتاريخ 27 فيفري 1990 المتعلق بدراسة مدى التأثير على البيئة ، وتضمن هذا المرسوم 15 مادة تنظم الإجراءات المتبعة في تطبيق هذه الألية، وقبل ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 87-91 المتعلق بدراسة التهيئة العمرانية ليحدد كفاءات دراسة تأثير أعمال وأشغال التهيئة العمرانية على البيئة والإجراءات المتبعة للوقاية من تأثير أعمال البناء على البيئة. ثم جاء القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ليؤكد على نظام تقييم الأثار البيئية لمشاريع التنمية ، ليصدر فيما بعد المرسوم التنفيذي رقم 07-145 تطبيقا لأحكام المادتين 15 و 16 من القانون رقم 03-10 والمتضمن تحديد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني : مجال تطبيق دراسة مدى التأثير :

لم يوضح المرسوم رقم 90-78 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة المشاريع الخاضعة لهذه الدراسة، بل أحال بموجب مادته الثالثة إلى الملحق التابع للمرسوم والمتضمن المشاريع غير الخاضعة للدراسة ، والتي حددها على سبيل الحصر، واعتبر غياب المشاريع التي تستلزم دراسة مدى التأثير العيب الأبرز الذي شاب هذا المرسوم. لذلك عمل المرسوم رقم 07-145-السالف ذكره- على تجاوز هذا العيب من خلال النص على قائمة المشاريع الخاضعة لدراسة التأثير.

وهو ما سيتم تفصيله في هذا المطلب من خلال دراسة المشاريع الخاضعة لدراسة مدى التأثير (الفرع الأول)، ثم المشاريع غير الخاضعة لدراسة مدى التأثير (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : المشاريع الخاضعة لدراسة مدى التأثير :

لقد نص الملحق الأول التابع للمرسوم 07-145 -السالف ذكره- على قائمة المشاريع الخاضعة لدراسة مدى التأثير والمتمثلة فيما يلي :

مشاريع عمومية كبرى كبناء وجرف السدود وانجاز الحولات في المناطق الحضرية ، وكذا انجاز خط سكك الحديدية وخط حافلات كهربائي في وسط حضري، ومشاريع انجاز طرق سريعة و مطارات و محطات وكذا موانئ بمختلف أغراضها. وكذا مشاريع أشغال ومنشات الحد من تقدم مياه البحر يفوق طولها خمسمائة متر وكذلك مشاريع جرف الأحواض المرفئية وتفريغ أو حال الجرف في البحر.

<sup>1</sup> C.F :Etude d'impact dans le processus legislatif.www.WIKIPEDIA.com

<sup>2</sup> القانون رقم 83-10 المؤرخ في 8 فبراير 1983 المتعلق بحماية البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 1983، ع06.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007 والمتضمن تحديد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 2007، ع34.

كما تخضع لدراسة مدى التأثير مشاريع بناء مدن جديدة يفوق عدد سكانها 100000 نسمة أو البناء في المناطق السياحية ذات المساحة تفوق 10 هكتارات، وأيضا مشاريع التهيئة والبناء في المناطق الرطبة.

بالإضافة إلى ذلك تخضع المشاريع المخصصة لاستقبال الجمهور لدراسة مدى التأثير في حالة إنشاء منشآت ثقافية أو رياضية أو ترفيهية بإمكانه استقبال أكثر من 500 شخص، أو الحدائق العامة التي تتسع لأكثر من 400 شخص، بالإضافة إلى الحظائر التي تتسع لأكثر من 300 سيارة.

كما أخضع المشرع الجزائري بصريح النص تسليم رخصة استغلال<sup>1</sup> المنشآت المصنفة إلى تقديم دراسة مدى التأثير، وذلك بموجب المادة 21 من القانون رقم 03-10-السالف الذكر.

#### الفرع الثاني: المشاريع غير الخاضعة لدراسة مدى التأثير:

لقد نص المرسوم رقم 90-78 - السالف الذكر - في ملحقه على المشاريع غير الخاضعة لدراسة مدى التأثير، وهو بذلك كان متأثرا بقانون حماية الطبيعة الفرنسي الذي وضع ما سمي بـ "القائمة السلبية" والتي تضم المشاريع غير الخاضعة لدراسة مدى التأثير، فبمفهوم المخالفة فكل المشاريع غير المنطبق عليها المعايير الواردة في القائمة تخضع لدراسة مدى التأثير.

أما بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-145 فيستنتج من خلال أسلوب المشرع في تحديد المشاريع الخاضعة لدراسة مدى التأثير أن المشاريع الأقل عددا وأقل حجما من الحد الذي حدده الملحق التابع للمرسوم أعلاه لا تكون خاضعة لدراسة مدى التأثير.

#### المبحث الثاني: محتوى دراسة مدى التأثير والرقابة عليها:

إن إحدى أهم الأهداف التي تتوخاها عملية دراسة مدى التأثير على البيئة هو أن تكون سلامة البيئة والحفاظ عليها من أهم الأولويات المحددة لعملية اتخاذ القرار، ومن ثم من الضروري أن تكون دراسة مدى التأثير على البيئة إحدى مكونات عملية التخطيط للمشروع. لذلك يجب أن يكون محتوى هذه الدراسة محل فحص وتدقيق من جهات عدة للتأكد من أهم الاعتبارات التي تتضمنها، وهو ما سيتم تفصيله في هذا المبحث من خلال التطرق إلى محتوى دراسة مدى التأثير (المطلب الأول)، ثم الرقابة على دراسة مدى التأثير (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: محتوى دراسة مدى التأثير:

تقتضي دراسة محتوى دراسة مدى التأثير التطرق إلى الإعتبارات الواجب أن تتضمنها هذه الدراسة (الفرع الأول)، ثم التقنيات المتبعة لدراسة مدى التأثير (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> يقصد برخصة الاستغلال تلك الوثيقة الإدارية التي تثبت أن منشأة معينة تطابق الشروط والأحكام المتعلقة بحماية البيئة، ولا تحل محل رخصة الاستغلال أية رخصة أخرى. للمزيد أنظر، الصديق بن عبد الله، حماية البيئة: دور الجماعات المحلية، مذاخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول تسيير الجماعات المحلية، الجزائر، أيام 8-9 جانفي 2008.

الفرع الأول: الاعتبارات الواجب أن تتضمنها دراسة مدى التأثير:

تشمل الاعتبارات الرئيسية التي تكون دراسة مدى التأثير العناصر الآتية:

أولاً: وصف الحالة الأصلية للموقع وبيئته اللذين قد يتأثران بالنشاط المزمع القيام به:

يجب أن تشمل دراسة مدى التأثير دراسة الحالة الأصلية للموقع وبيئته أي الموقع ومحيطه، فلا تقتصر الدراسة على الموقع فقط بل تشمل أيضاً بيئته.

وبالمقابل، تطور مفهوم البيئة حيث كان يشمل البيئة الطبيعية المتكونة من مياه وتربة وما إلى ذلك، إلا أنه تطور هذا المفهوم وأصبح يشمل البيئة الاجتماعية والاقتصادية. وبالتالي يجب أن يشمل وصف البيئة المحيطة بالبيئة الطبيعية مروراً بالبيئة الحيوية وانتهاءً بالبيئة الاجتماعية والثقافية للمنطقة المزمع إقامة المشروع فيها<sup>1</sup>، إذ يجب مراعاة الاهتمام بتحليل العلاقة بين الأنشطة واتزان البيئة<sup>2</sup> وقدراتها على التحمل.

ثانياً: وصف الآثار العكسية على البيئة:

ويكون ذلك من خلال تحليل ووصف الأثر - وماذا يمكن أن يكون في حال وجود المشروع؟ -، وتبيان التأثيرات المباشرة وغير المباشرة للمشروع، كما يجب معرفة إن كان ينصب الأثر على الوسط الطبيعي أم على الوسط الاقتصادي والاجتماعي، وكذا نوعية الأضرار المترتبة هل هي تراكمية أم عابرة للحدود؟

ثالثاً: ذكر الأسباب التي اعتمد من أجلها المشروع:

ففي هذه الحالة يذكر صاحب المشروع المزايا أو الآثار الإيجابية للمشروع الذي تم اختياره على البيئة مقارنة مع المشاريع الأخرى، ويبرر سبب اختياره هذا المشروع دون الالتزام بذكره المشاريع الأخرى التي يتم اعتمادها.

وتتعدد الحاجة إلى المشروع في ضوء الأهداف العامة التي وضعتها الحكومة والمتبلورة في خطط التنمية الاقتصادية والبرامج التفصيلية التنموية.

رابعاً: إزالة أو تخفيف الآثار السلبية للمشروع:

يجب أن تتضمن دراسة مدى التأثير على البيئة التدابير أو البدائل التي ينوي اتخاذها صاحب المشروع لإزالة الآثار السلبية المترتبة على مشروعه، كاستخدام التكنولوجيات الحديثة وغير المضرّة بالبيئة في إدارة نفايات الإنتاج

<sup>1</sup> خالد مصطفى قاسم، مرجع سابق، ص 216.

<sup>2</sup> يقصد باتزان البيئة هو: "حالة الاستقرار الناجمة عن تذبذبات المكونات البيئية المختلفة داخل مجالاتها الطبيعية، وبذلك فاستقرار البيئة يمثل نقطة ارتكاز بين طرفين يسيران باتجاه معاكس من حيث التأثير هما القدرة الحيوية أو التي تمثل المكونات الإحيائية وقدرة ورغبة المجتمعات الحية للعيش بغض النظر عن التأثير على الطبيعة أو المقاومة البيئية) التي تمثل المكونات اللاحيائية وقدرة المكونات البيئية على السيطرة على القدرة الحيوية. للمزيد أنظر، إحسان علي محاسنة، البيئة والصحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1997، ص 65.

الصناعي<sup>1</sup> والتجهيزات اللازمة للمعالجة المعدة لتخليص المياه المستعملة والأدخنة والتسربات الغازية والنفايات الصلبة من كل المواد التي تضر بالبيئة.

وقد تصل عملية الحد أو التخفيف من التأثيرات السلبية على البيئة إلى حد دفع تعويضات عن الأضرار البيئية، وهنا يتم تطبيق " مبدأ الملوث الدافع"<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التقنيات المتبعة لدراسة مدى التأثير:

تتنوع التقنيات المستخدمة في دراسة مدى التأثير على البيئة بين أساليب وصفية وأساليب كمية، وهناك صعوبة في الاعتماد على تقنية واحدة لمعالجة المشكلة البيئية وهذا راجع لتعدد النظم البيئية، وفي الغالب يتم تطبيق عدة تقنيات لمعالجة حالة واحدة، وذلك من أجل تحقيق التوازن في النتائج المتوصل إليها قبل اعتماد الدراسة<sup>3</sup>.

وقد تم تطوير عدة تقنيات لدراسة مدى التأثير على البيئة نذكر منها مايلي:

#### أولاً: الأسلوب المباشر:

يمتاز هذا الأسلوب بالسهولة نظراً لتحديد العناصر البيئية وتحديد الآثار البيئية المحتملة بطبيعتها، وتخضع هذه النتائج عموماً للحدس الشخصي، فهذه الطريقة تتميز بالسرعة والسهولة وقلة التكاليف وتعتمد على الخبرة الشخصية، ومن سلبياتها أنها تنقصها الدقة.

ويمكن بواسطة الأسلوب المباشر تحضير جدول بسيط يسرد الآثار البيئية المتوقعة ويصنفها من حيث تأثيرها، وذلك بالإعتماد على الخبرة الذاتية لفريق البيئة<sup>4</sup>.

#### ثانياً: طريقة الخرائط المركبة:

هذه الطريقة هي هندسية تعتمد في تمثيل العناصر البيئية لمنطقة المشروع في استخدام خرائط وهندسة المناظر تتضمن الطبيعة الاجتماعية والجمالية، وتركب هذه الخرائط فوق بعضها بصورة مركبة تظهر بصورة خريطة واحدة، ويمكن تحديد الآثار من خلال ملاحظة الخصائص البيئية في المنطقة التي من الممكن أن تتأثر بالمشروع، وتوضح بالخرائط أنواع الآثار البيئية وموقعها الجغرافي وفقاً للتقنية الحديثة لنظام معلومات الجغرافيا (GIS)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> يقصد بنفايات الإنتاج الصناعي " كل ما تخلفه عملية إنتاج أو تحويل من مواد تالفة أو مواد بها عناصر قابلة للاسترجاع، وكيف ما كان شكلها صلبة، سائلة أو غازية، ومهما كان تأثيرها غير ضارة أو خطيرة أو مشعة أو ملوثة للبيئة أو معيقة أو مضرّة بصحة الإنسان وبطبيعة المحيط" للمزيد أنظر، محمد العربي ساكر، ميلود تومي، مشكلة نفايات الإنتاج الصناعي في الجزائر - واقع وأفاق -، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2001، ع22، ص128.

<sup>2</sup> عرفته المادة 02 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه: " الذي يتحمل بمقتضاه كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية"

كما نص إعلان ري ودي جانيرو لسنة 1992 في مبدئه السادس عشر على أن: " البلد الملوث هو من يدفع للأخرين ثمن تلوئته و نفاياته"،

<sup>3</sup> خالد مصطفى قاسم، مرجع سابق، ص217.

<sup>4</sup> رياض حامد يوسف عامر، تطوير منهجية لتقييم الأثر البيئي بما يتلاءم مع حاجة المجتمع الفلسطيني التنموية والبيئية، مذكرة ماجستير في قانون البيئة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2006-2007، ص21.

<sup>5</sup> تقييم الأثر البيئي: www.worldbank.com

## ثالثا : تقنية القوائم :

تعتبر هذه التقنية قريبة من الأسلوب المباشر، وترتكز على جدولة التأثيرات البيئية من باب تحديد الأثر والتقييم من خلال استخدام وصف أو مصطلحات وصفية مثال: أثر ارتدادي، أثر قصير الأمد، أثر طويل الأمد، لا أثر، وقد استخدمت هذه التقنية في عملية تقييم الآثار البيئية لمشاريع الإسكان والطرق والمياه ومحطات الطاقة النووية، وتنقسم هذه التقنية إلى :

المراقبة البسيطة : استخدمت هذه التقنية في الماضي، وهي تعتبر بسيطة لكونها تعتمد على التخطيط والتجميع للآثار وتعمل على التخفيف منها، وتمتاز هذه الطريقة بالاحتمالية في الخطوط العريضة الأولية للمعلومات.

المراقبة الوصفية: فهذه الطريقة واسعة الانتشار في دراسات مدى التأثير على البيئة ، وترتكز على الأفكار والمشاريع والأعمال، بالإضافة إلى دراسة مشاريع مصادر المياه والنقل وتطوير واستصلاح الأراضي ، وتنتشر خصوصا في دراسات السواحل<sup>1</sup>.

## رابعا : تقنية المصفوفات :

تتنوع هذه المصفوفات بتنوع طرق عملها ونتائجها وكذا بالمواضيع التي تبحثها، وكذلك باختلاف القائمين على اكتشاف أدائها، وسيتم تبيان كيفية تقييم الآثار البيئية بواسطة المصفوفات على النحو الآتي :

مصفوفة ليوبود : لقد تم تطوير هذه المصفوفة بواسطة العالم " ليوبود" سنة 1971، حيث تم جدولة وتصنيف 100 أثر بيئي مقابل 90 عنصرا بيئيا بصورة مبدئية، وعالجت هذه التقنية الآثار حسب الأهمية و القيمة<sup>2</sup>، وتم وصف ذلك باستخدام الأرقام من 1-10 لكل رقم قيمة وأهمية ، حيث تبدو هذه المصفوفة بشكل هندسي يقسم المنحنى إلى قسمين : القسم الأول يبرز الأهمية والقسم الثاني يبرز القيمة للآثر.

ومن مميزات هذه التقنية أنها تمتد وتتقلص بامتداد وتقلص المؤثرات والعناصر المرادفة، فهي تفيد في عملية وصف الأثر وكذلك توفر كمية كبيرة من المعلومات، كما تساعد على التنبؤ بمدى تدهور العناصر البيئية في المستقبل نتيجة للمشاريع المزمع القيام بها .

مصفوفة سفير: الهدف من هذه المصفوفة هو تقييم المواقع الطبوغرافية المختلفة اللازمة لإقامة مشروع معين ، ويتم اختيار الموقع أو المكان الذي تكون فيه الآثار البيئية للمشروع أقل ما يمكن أن يكون.

مصفوفة تفاعل المكونات : تظهر هذه المصفوفة العلاقات الاعتمادية غير المباشرة بين المكونات أو العناصر البيئية، ويتم تمثيل هذه العلاقة برقم 01، وفي حالة عدم وجود هذا الاعتماد يمثل برقم 30.

المصفوفة المدرجة : في هذه التقنية تستخدم المدرجات في دراسة مدى التأثير ، وقد تطور استعمال هذه التقنية على النحو الآتي :

<sup>1</sup> رياض حامد يوسف عامر ، مرجع سابق، ص.23.

<sup>2</sup> تقييم الأثر البيئي ، مرجع سابق.

<sup>3</sup> تقييم الأثر البيئي ، مرجع سابق.

طريقة باتيل سنة 1972: تبنى هذه المصفوفة على طريقة دلفى للحصول على وظائف القيم البيئية، وكذا الموازنة بين مختلف الآثار بغرض تحديد وحدة الأثر البيئي، غير أن هذه الطريقة يمكن أن تغفل آثار ذات أهمية بالغة، ويتم اللجوء إلى الخبراء للقيام بها، كما يصعب على الجمهور فهمها.

طريقة أوديم : تشبه طريقة باتيل غير أنها تعتمد على موازنة ثابتة للوضع الحالي والمستقبلي.

طريقة هولمز : تهدف هذه الطريقة إلى الاختيار الأمثل بين مختلف بدائل المشروع ، فهي تركز على ثلاثة مراحل تتمثل في ترتيب المقاييس والآثار البيئية حسب الأهمية ثم تحديد البدائل ثم التصنيف النهائي والشامل لمختلف البدائل ، فهذه الطريقة بسيطة وتساعد أصحاب القرار.

**المطلب الثاني : الرقابة على دراسات مدى التأثير :**

بعد تقديم صاحب المشروع دراسة مدى التأثير لدى الوالي المختص إقليميا في عشرة 10 نسخ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-145 - السالف الذكر-، يبدأ الفحص الأولي لمحتوى هذه الدراسة لدى الجهات الإدارية المختصة ، ويتم إشراك الجمهور في الرقابة عليها ، بالإضافة إلى ذلك يمتلك القاضي الإداري سلطة الرقابة عليها، وهو ما سيتم تفصيله في هذا المطلب من خلال دراسة الرقابة الإدارية (الفرع الأول)، ثم رقابة الجمهور (الفرع الثاني)، وأخيرا رقابة القاضي الإداري (الفرع الثالث).

**الفرع الأول : الرقابة الإدارية :**

تضمن الرقابة دراسة مدى التأثير على البيئة التأكد من وجودها ومدى كفايتها ، وذلك من خلال فحص وثائق هذه الدراسة والمساهمة في التحقيق العمومي ، وكذلك المصادقة على دراسة مدى التأثير.

**أولا : فحص وثائق دراسة مدى التأثير :**

بعد إيداع صاحب المشروع دراسة التأثير على البيئة لدى الوالي المختص إقليميا، تفحص المصالح المكلفة بالبيئة إقليميا محتوى الدراسة بتكليف من الوالي.

ويمكنها الطلب من صاحب المشروع معلومات أو دراسات تكميلية طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145 - السالف الذكر- ، ويمنح له أجل شهر لتقديم المعلومات والوثائق التكميلية المطلوبة.

ونتيجة لاحتمال ظهور آثار غير مباشرة على البيئة بعد الشروع في المشروع الذي كان محل دراسة مدى التأثير، تقوم المصالح المختصة إقليميا بمراقبة ومتابعة هذا المشروع ، وفي هذه المرحلة تشمل الرقابة البحث في الانعكاسات غير المباشرة وغير المتوقعة التي ظهرت بعد البدء في المشروع<sup>1</sup>، وتتسم هذه الرقابة بصعوبة الجزم في دقة التوقعات نظرا لعدم إمكانية الجزم من الناحية العملية بدقة الآثار المباشرة المحتملة ، فكلما كانت التوقعات المباشرة غير دقيقة أدى ذلك إلى عدم دقة الآثار غير المباشرة.

<sup>1</sup> يحي ويناس ، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، الجزائر ، 2007-2008، ص.180.

إضافة إلى ذلك ، تقوم المصالح المكلفة بحماية البيئة بتقييم التوقعات المباشرة التي توصل إليها صاحب المشروع ، وفي حالة عدم دقتها يتم اقتراح التدابير الملائمة لتخفيف الآثار السلبية للمشروع على المحيط.

ثانيا : المساهمة في التحقيق العمومي :

عند فتح التحقيق العمومي يعين الوالي محافظا محققا يكلف بالسهر على تنفيذ إجراءات هذا التحقيق، كما يكلف بجمع معلومات تكميلية بخصوص عواقب هذا المشروع على البيئة بالإضافة إلى استنتاجاته.

ثالثا : المصادقة على دراسة مدى التأثير :

لقد ميز المرسوم التنفيذي رقم 07-145 -السالف الذكر- بين المصادقة على دراسة مدى التأثير والمصادقة على موجز التأثير، فطبقا للمادة 18 من هذا المرسوم يوافق الوزير المكلف بالبيئة على دراسة مدى التأثير، بينما يوافق الوالي المختص إقليميا على موجز التأثير، يستنتج من ذلك أنه أعطي الاختصاص بالموافقة أو رفض هذه الدراسة بالنظر إلى أهميتها في الحفاظ على البيئة وأهمية المشاريع المزمع إنشاؤها.

وتكون الموافقة على دراسة التأثير في حالة الاقتران بجدوى هذه الدراسة<sup>1</sup>. أما في حالة رفض هذه الدراسة لابد من تسبب ذلك ، وذلك لتبرير عدم الاقتران بالمشروع أو لتبيان عدم تقديم صاحب المشروع المستندات المطلوبة.

وفي الأخير ، يتم إرسال قرار الموافقة على دراسة مدى التأثير أو رفضها إلى الوالي المختص إقليميا، الذي بدوره يختص بإبلاغ صاحب المشروع بقرار الموافقة أو الرفض.

الفرع الثاني : رقابة الجمهور :

لقد نص المرسوم التنفيذي رقم 90-78 السالف الذكر في المواد 9،10،12 على مساهمة ورقابة الجمهور في إعداد القرارات التي يكون لها أثر على حياة المواطنين ، وهذا كصورة من " الديمقراطية الايكولوجية" ، ليطم تأكيد هذا الإجراء في المرسوم التنفيذي 07-145 السالف الذكر في المواد 10،12،15 .

وتتحقق رقابة الجمهور من خلال الإشهار الإلزامي لدراسة مدى التأثير واستشارته، وهو سيتم تبيانه على النحو الآتي :

<sup>1</sup> تطرح الموافقة الإدارية مشكلة الإعفاء من المسؤولية الجزائية في الجرائم البيئية، فقد تعطي الجهات الإدارية تفسيراً ضيقاً للنص الجنائي أو تضيق من صلاحيات جهات المراقبة في ظروف معينة، مما يؤدي بالجناح البيئي إلى الإفلات من العقاب في حالة وجود الموافقة الإدارية المسبقة كسبب للإعفاء من المسؤولية الجنائية في المخالفات البيئية، لذلك لابد من توافر شرطين لتوفر هذا الإعفاء يتمثل الأول في اشتراط نص القانون على الترخيص الإداري صراحة، أما الشرط الثاني يتعلق بضرورة احترام النصوص المنظمة للنشاط ، إذ يجب ألا يكون هناك إهمال أو تقصير من جانب المستفيد. للمزيد أنظر، عبد اللاوي جواد، الحماية الجنائية للبيئة - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2005-2006، ص.55-57.

أولا : الإشهار الإلزامي :

طبقا للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-78 يتم إشهار دراسة مدى التأثير في جريدين يوميتين وطنيتين ، ليوسع المرسوم التنفيذي رقم 07-145 من طرق الإشهار بموجب المادة 10 منه بقولها: " يجب أن يعلم الجمهور بالقرار المتضمن التحقيق العمومي عن طريق التعليق في مقر الولاية والبلديات المعنية وفي أماكن

موقع المشروع، وكذلك عن طريق النشر في يوميتين وطنيتين والذي يحدد :

- موضوع التحقيق العمومي بالتفصيل.

- مدة التحقيق التي يجب أن لا تتجاوز شهرا واحدا من تاريخ التعليق."

- ثانيا : الاستشارة :

لقد نص المشرع الجزائري على فتح تحقيق طبقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي 07-145 ، وذلك لتمكين المواطنين من ابداء رأيهم في المشروع المزمع إنشاؤه، وكذلك في الآثار البيئية المتوقعة سواء كانوا بصفة فردية أو مكونين لمجموعة معترف لها بالشخصية المعنوية ، وترجع أسباب إعطاء الفرصة للمواطنين لإبداء رأيهم لكونهم هم الذين لديهم أكبر مصلحة في ضمان صحة بيئتهم، والأقل قدرة على رفع مطالبهم والمشاركة في استخدام الموارد والتأثير في صنع القرارات 1.

ويتم إشهار الأوقات التي يمكن للجمهور أن يبدي ملاحظاته فيها، وتكون هذه الأخيرة كتابية في سجل مرقم ومؤشر لهذا الغرض، وفي نهاية التحقيق العمومي يحرر الوالي نسخة من مختلف الآراء المتحصل عليها، وعلى صاحب المشروع الرد عليها في مذكرة جوابية.

الفرع الثالث : رقابة القاضي الإداري :

إن حادثة تطبيق الألية المتعلقة بدراسة مدى التأثير على البيئة وعدم إثارة النزاعات حولها ، جعل القضاء الجزائري يفتقر إلى تطبيقات واجتهادات خاصة بها 2، وإن كانت المادة 11 من المرسوم 07-145 السالف الذكر قد أقرت بإمكانية تأسيس الطعن القضائي ضد قرار رفض دراسة أو موجز التأثير، وذلك بقولها: " في حالة ما إذا تم إقرار رفض دراسة أو موجز التأثير ودون المساس بالطعون القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن لصاحب المشروع أن يقدم للوزير المكلف بالبيئة طعنا إداريا مرفقا بجميع التبريرات أو المعلومات التكميلية التي تسمح بتوضيح أو تأسيس الاختيارات التكنولوجية والبيئية لطلب دراسة أو موجز التأثير من أجل دراسة جديدة".

لذلك سيتم دراسة دور القاضي الإداري الفرنسي في رقابة وجدية ودقة دراسة مدى التأثير - وذلك على سبيل المقارنة- ، ونظرا للطبيعة القانونية لدراسة مدى التأثير ينصرف الطعن القضائي إلى قرار الترخيص الذي بنيت عليه الدراسة ، فغالبا ما تكون الطعون الموجهة ضد هذه القرارات مستندة على عدم كفاية الدراسة أو عدم دقتها. إذ أصبح القاضي الإداري الفرنسي يراقب مدى احتواء الدراسة على الآثار المحتملة للنشاط على البيئة من عدمه أو

<sup>1</sup> خالد مصطفى قاسم، مرجع سابق، ص.225.

<sup>2</sup> يحي ويناس، مرجع سابق، ص.181.



مدى جدية الإجراءات المتخذة لإصلاح الأضرار البيئية، أو حتى النظر في جدية تحليل الوسط من خلال التعرض لوصف العناصر الطبيعية فيه.

و من تطبيقات القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ، ما ذهب إليه في قراره الصادر بتاريخ 1979: "أن دراسة التأثير لا تكون كافية عند تحريرها في ستة فقرات، وفي كل فقرة خمسة أسطر فكأنها تعادل غياب دراسة مدى التأثير" <sup>1</sup>، كما اعتبر في قراره الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1982 أن: "دراسة مدى التأثير تكون غير جادة إذا تعلق الأمر بدراسة تتضمن تناقضات وشكوك حول قوة وتماسك المشروع"، وذهب في قراره الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1987 أن: "الدراسة تشمل أخطاء و ثغرات ، فهي لم تأخذ بعين الاعتبار النمو الديمغرافي والاقتصادي" <sup>2</sup>.

فيستنتج من هذه القرارات أن المتطلبات التي كان يشترطها القضاء الإداري الفرنسي لم ينص عليها القانون، فلقد أخضع القضاء الإداري دراسة مدى التأثير لمبدأ التناسب ، إذ أقر بأن متطلبات الدقة والواقعية والتفصيل في الدراسة تتناسب مع حجم وأهمية التجهيز المتوقع وخصوصية المحيط.

بالإضافة إلى الرقابة السابقة التي يمكن للقاضي الإداري مباشرتها لفحص مدى احترام كل التدابير الوقائية المنصوص عليها في دراسة مدى التأثير ، يختص أيضا بفحص التجاوزات المتعلقة بعدم احترام الإدارة للإحتياجات القانونية اللازمة لاتقاء الأضرار البيئية بعد منح الترخيص.

كما انه في حالة منح الإدارة الترخيص وألغى القضاء هذا الترخيص بسبب المحتوى غير الكامل لدراسة مدى التأثير، يمكن في هذه الحالة لصاحب الترخيص الملغى والمسؤول عن الدراسة أن يطالب بتقرير مسؤولية الإدارة بسبب خطئها في مراعاة نوعية الدراسة ، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة بالاشتراك مع صاحب المشروع.

وفي الأخير، لقد دأب القضاء الإداري على عدم منح الترخيص عن طريق القرار القضائي في الحالات التي ترفض فيها الإدارة ذلك، حتى لو ثبت أن الطاعن يستحق صدور قرار الموافقة على دراسة مدى التأثير، ويعود سبب ذلك للطابع الفني والتقني لدراسة مدى التأثير.

الخاتمة :

بالرغم من أهمية دراسة مدى التأثير في تقييم الآثار البيئية للمشاريع التنموية، نجد أن هناك بعض الصعوبات التي تواجهها هذه الدراسة نذكر منها:

قد يغلب على هذه الدراسة النظرة الذاتية وليست الموضوعية للمشروع، مما يؤدي إلى عدم ثقة في تقييم الآثار البيئية، فقد يقوم صاحب المشروع في المبالغة في مزايا هذا المشروع.

عدم توفر مكاتب الدراسات المتخصصة أو الوسائل اللازمة لهذه الدراسة التي يشترط فيها الدقة.

<sup>1</sup> أشار إليه، يحي ويناس ، مرجع سابق، ص.182.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص.182.

عدم وجود وعي جماهيري بهذا الأسلوب لحماية البيئة، فعامة الناس يجهلون هذه الألية، وبالتالي لا يمكنهم إبداء ملاحظاتهم وأرائهم، وكذا يؤدي إلى جهلهم بحقوقهم القانونية.

فمن خلال النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، نتوصل إلى مجموعة من التوصيات تتمثل فيما يلي :

ضرورة القيام بمجملات تحسيسية لعامة المواطنين من خلال التعريف بهذه الدراسة في وسائل الإعلام المختلفة ، وفي مختلف فعاليات المجتمع المدني .

فتح مكاتب متخصصة في مجال حماية البيئة لدراسة مدى تأثير المشاريع التنموية على سلامة البيئة .

أخذ التشريعات القانونية بالركائز الموضوعية الواجب توافرها في دراسة مدى التأثير ، وذلك لضمان فعاليتها.

تشجيع الدول للمشاريع التي تضع حماية البيئة ضمن أولوياتها - وهو ما أصبح يطلق عليها ب " المشاريع الصديقة للبيئة" أو " المشاريع الخضراء" - من خلال تقديم بعض الإمتيازات كتخفيض الضرائب.

تكريس الحماية القضائية للبيئة من خلال تكوين القضاة في هذا المجال عن طريق الإلمام بمختلف الآليات المقررة لحماية البيئة، ومن بينها ألية دراسة مدى التأثير .

قائمة المراجع :

المراجع المتخصصة :

احسان علي محاسنة، البيئة والصحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1997.

حسن أحمد شحاته، التلوث الضوضائي وإعاقة التنمية، مكتبة الدار العربية للكتاب، مصر، 2000.

خالد مصطفى قاسم، إدارة البيئة والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة، مصر، 2007.

عبد الرزاق مقري، المشكلات التنموية والبيئة والعلاقات الدولية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

عبد المنعم محمد داوود، مشكلات الملاحة البحرية في المضائق البحرية، دار المعارف، مصر، 1998.

فتحي دردار، البيئة في مواجهة التلوث، دار الأمل، الجزائر، 2000.

منى قاسم، التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية، ط04، الدار المصرية اللبنانية، مصر- لبنان، 2000.

المقالات والمداخلات :

الصديق بن عبدالله، حماية البيئة: دور الجماعات المحلية، مذاخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول تسيير الجماعات المحلية، الجزائر، أيام 8 و9 يناير 2008.

طه طيار، دراسة مدى التأثير في البيئة: نظرة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مطبعة دحل، الجزائر، 1991، ع01.

محمد العربي ساكر، ميلود تومي، مشكلة نفايات الإنتاج الصناعي في الجزائر- واقع وأفق-، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2001، ع22.

### ج- الرسائل والمذكرات :

جواد عبداللاوي، الحماية الجنائية للبيئة - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2005-2006.

رياض حامد يوسف عامر، تطوير منهجية تقييم الأثر البيئي بما يتلاءم مع حاجة المجتمع الفلسطيني التنموية والبيئية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2006-2007.

فريدة تركالي، مبدأ الحيطة في القانون الدولي، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

يحيى ويناس، الآليات القانونية لحماية البيئة - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان-، الجزائر، 2007-2008.

### د- مواقع الانترنت :

قاموس المعاني (عربي-عربي) : [www.almaany.com](http://www.almaany.com)

تقييم الأثر البيئي : [www.worldbank.com](http://www.worldbank.com)

Etude d'impact dans la processus législatif : [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com).

### ه- المصادر :

القانون رقم 83-10 المؤرخ في ، والمتضمن حماية البيئة ، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 1983، ع.

القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 2003، ع43.

القانون رقم 03-11 المؤرخ في 12 ماي 2003 والمتعلق بحماية واستصلاح البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية الصادرة في 19 جوان 2003، ع5118-18 .

المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المؤرخ في 27 فبراير 1990، والمتعلق بدراسة التأثير في البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 1990، ع10.

المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007، والمتعلق بتحديد مجال تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة مدى التأثير في البيئة، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 2007، ع34.

## الرهن الرسمي كضمانة بنكية



المصطفى ولد محمد الامين ولد الفاضل

باحث موريتاني بصف الدكتوراه تخصص قانون الأعمال جامعة محمد الأول

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المغرب

Email : ma01011@hotmail.fr

إن الرهن الرسمي كضمانة بنكية هو وثيقة وضمانة يأخذها البنك قصد ضمان الدين المتمثل في القرض وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 157<sup>1</sup> من القانون العقاري بقوله "الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء الالتزام، وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له، وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها، ويتبعها في أي يد انتقلت إليها" ويعرفه القانون المدني الموريتاني بأنه<sup>2</sup> " عقد يكتسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ليكون له بمقتضاه أن يتقدم الدائنين العاديين، وكذا التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد تكون".

بينما عرفه القانون الفرنسي بأنه<sup>3</sup>:

« L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation elle est de nature indivisible, elle les suit (immeuble au proton d'immeubles) dans quelques mains qu'ils passent ».

وقد اتجه جانب من الفقه إلى أنه حق عيني مقرر للدائن على شيء مملوك للمدين أو لغيره، يكون له بمقتضاه أن يستوفي دينه من ثمن هذا الشيء مفضلاً على غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة،

<sup>1</sup> - ظهير 14 رجب 1333 هـ ، الموافق 12 غشت 1913م

<sup>2</sup> - الأمر القانوني رقم 83- 127 بتاريخ 05-06-1983 المتضمن القانون العقاري الموريتاني، والمرسوم رقم 90- 020 بتاريخ 1990/01/31.

<sup>3</sup> - الفصل 2/94 من القانون المدني الفرنسي.

ومن خلال مختلف التعريفات يمكن القول بأنه<sup>1</sup> "حق عيني تبقي يقع على العقارات المحفوظة للوفاء بدين، وهو لا يتجزأ ويمنح للمستفيد منه حق التمتع والأفضلية لاستيفاء دينه من ثمن العقار".

وبناء على ما سبق يمكن القول بان الرهن الرسمي كضمانة بنكية يتميز بخصائص عدة، منها أنه حق عيني عقاري، وكذلك حق عيني تبقي، وغير قابل للتجزأة، هذا بالإضافة إلى أنه يعطي للدائن حق الأفضلية في استيفاء الدين، موضوع الضمان. وسنتعرض لهذه الخصائص باختصار نظراً لأهميتها وذلك على النحو الآتي:

\* **حق عيني عقاري:** وذلك لكونه يمنح صاحبه سلطة مباشرة على العقار موضوع الضمان، وبذلك يستطيع البنك الدائن استيفاء دينه من ثمن العقار بصرف النظر عن وجود أي علاقة بين صاحب العقار (الضمانة) والعقار موضوع الضمان، فقد يكون الدين نفسه، وقد يكون شخص آخر (الكفيل العيني مثلاً)<sup>2</sup>، وهو بذلك مقابل الحق الشخصي حيث يمارس الدائن حقه من خلال شخص المدين، وهو بهذا يتميز بكل ما تتميز به الحقوق العينية، إلا أنه بخلاف الحقوق العينية الأصلية التي لا يخول للدائن حقاً في استعمال الشيء أو استغلاله، وإنما تخوله فقط استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون. وهو كذلك أيضاً لأنه لا يجوز مبدئياً أن يترتب إلا على العقارات، مع العلم بأن قانون التجارة البحري والجوي أجاز استثناء وقوع الرهن الرسمي على السفن والطائرات.

وتجدر الإشارة إلى أن الرهن الرسمي<sup>3</sup> المسجل بصورة قانونية في السجل العقاري، يبقى محتفظاً برتبته وصحته بدون إجراءات جديدة إلى أن يسقط بصورة قانونية ويشطب قيده في السجل العقاري (الفصل 161 من ظهير 19 رجب) ولا ضرورة مطلقاً لتجديده كما تقضي بذلك بعض القوانين، كالقانون المدني الفرنسي، الذي أوجب تسجيل الرهن الرسمي في كل عشر سنين تحت طائلة سقوط التسجيل.

\* **حق تبقي:** يتطلب وجود الرهن الرسمي قيام التزام أصلي يتبع له ويكون ضامناً لتنفيذه، ويترتب على ذلك أن في بطلان أو إبطال الالتزام الأصلي بطلان أو إبطال الرهن الرسمي، وفي زواله<sup>4</sup> وبمعنى آخر أنه تابع للحق المضمون، يدور معه وجوداً أو عدماً، صحة أو بطلاناً، فإذا انقضى الحق الأصلي، انقضى معه الحق العيني و يكون ضماناً للوفاء

<sup>1</sup> الرهن الرسمي ينصب على العقارات المحفوظة المبنية أو العادية الداخلة في دائرة التعامل وكذا ملحقاتها المعتمدة عقارات، ومنها حق الانتفاع بهذه الأملاك، وملحقاتها، وذلك طيلة مدة الانتفاع، والكرام الطويل الأمد طيلة مدته، ظهير 27 فبراير 1914م، وحق السطحية المقرر على هذه العقارات بذاتها، وكذا الحقوق العرفية الإسلامية المشار إليها في الفقرة 10 من الفصل 8 من المرسوم الملكي، وحق الانتفاع المؤبد العمري على الأملاك الجماعية المنصوص عليها في الفصولين 8 و 9 من الظهير المؤرخ في 27 / 10 / 1917 المنظم للوصاية الإدارية، والمحددة لإدارة الأملاك الجماعية و الفصل 158، راجع بهذا الشأن: "آثار حقي الإلتصاق والسطحية في مجال البناء على ضوء التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، البيضاء، 1991 - الممتلكات العقارية للجماعات المحلية بالمغرب، شعير عبد الواحد، مطبعة فضالة، المحمدية 1991 ص 73.

<sup>2</sup> حكم غير منشور، صادر عن ابتدائية أكادير، ملف رقم 93/371 أمر رقم 94/28 بتاريخ 01/29 / 1994 بين ورثة أكنة ومولاي محمد والبنك الشعبي بأكادير حيث أن الورثة قدموا كفالة متمثلة في رهن رسمي عقاري لفائدة المدعي عليه على ملكهم المسمى (كامبون) موضوع الرسم العقاري عدد 2824/س. وذلك لضمان الدين بالرغم من أن العارضين ينازعون في مبلغه.

<sup>3</sup> عمر حمزة، الائتمان البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - 2010 - 2011 ص 287.

<sup>4</sup> د. محمد خير، إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضمان بنكية في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية 1995 ص 79.

بمبلغ مالي، وأحياناً ينقضي الحق وينتقل الرهن إلى التعويض، وإذا انتقل إلى الحق العام أو الخاص انتقل الحق المضمون كذلك، وهذا تطبيق للقواعد الأصولية في كون التابع تابع ولا ينفرد بالحكم وإن التابع له حكم المتبوع، ويترتب على هذه التبعية النتائج التالية:

- أن وجود الرهن يتطلب قيام التزام أصلي يكون ضامناً لتنفيذه، وعليه يكون الرهن إما معاصراً لنشوء الالتزام المضمون، أو لاحقاً له كما في ترتيب الرهن ضماناً لدين احتمالي كضمان دين مستقبلي.

- ولكي يكون عقد الرهن صحيحاً يجب أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً.

- زوال الرهن الرسمي يتم بانقضاء الالتزام الأصلي كوفاء الدين أو المقاصة أو الإبراء، أو اتحاد الذمة.

وللإشارة فإن الالتزام المضمون برهن رسمي لا يطاله التقادم المسقط وهذا ما نص عليه الفصل 377 من ق.ل.ع، والذي جاء فيه " لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمون برهن حيازي على منقول أو برهن رسمي"<sup>1</sup>.

\* حق غير قابل للتجزئة: المال المخصص لضمان الوفاء بمبلغ معين يبقى ضامناً للمبلغ كله إلى أن يتم الوفاء كاملاً، إذا كان الوفاء جزئياً، فإن الضمان يظل قائماً إلى أن يتم تسديد ما تبقى، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>2</sup>.

وهذه الخاصية من القواعد الرئيسية في كافة التأمينات العينية، وهي قاعدة معروفة في الفقه (الكل بالكل والكل بالجزء).

فقد خفف المشرع المغربي من صلابة هذه القاعدة في حالة ما إذا وقع الرهن على عدة عقارات ضماناً لدين واحد، حيث قرر في الفصل 206 من ظهير 2 يوليو 1915 عدم جواز بيع هذه العقارات إلا بإذن صادر عن قاضي المستعجلات، يحدد فيه العقار أو العقارات التي يجب بيعها.

\* حق التتبع والأفضلية: وبذلك يكون للدائن أن يتتبع المال، إلى من انتقلت ملكية الشيء المرهون إليه محل الضمان وينفذ عليه، وهذا يؤدي إلى الزيادة في الائتمان وتشجيعه، وتظهر ميزة هذا الحق الذي يجد فيه الراهن عند

<sup>1</sup> - جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء: " حيث أن الديون المترتبة عن رهن عقار رسمي والالتزامات التي تخصها، أو تتفرع عنها لا يطالها التقادم بموجب ما أضفاه المشرع عليها من الصفة الامتيازية.

- قرار الغرفة العقارية، عدد 3-1336 بتاريخ 18/12/1985 في الملف عدد 83/135، مجلة المحاكم المغربية، عدد 26 نونبر - دجنبر 1986، ص: 89.

<sup>2</sup> - عبد الواحد شعير: " إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضمانة بنكية في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص: 44.

- انظر أيضاً حديد مراد: " الضمانات العينية للنظام المصرفي" مقالة منشورة في المجلة القانونية التونسية 2007، ص: 281-309.

- انظر أيضاً: مصطفى خدوع كريم السعد: " آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق الرباط 1981-1980، ص: 21.

التنفيذ على الرهون أن هذا الأخير قد خرج من ملكية المدين الراهن، وهنا يحق للدائن التنفيذ على الحال المرهون بينما يري الغير الذي آلت إليه الملكية أو أي حق متفرع عنها<sup>1</sup>.

ولممارسة حق التتبع لابد من توفر الشروط الآتية :

- انتقال ملكية المرهون أو أي حق عيني عليه، مما يجوز بيعه جبراً، واستقلالاً، فإذا اكتسب شخص ملكية العقار جاز للمرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهتهم، ونفس الأمر بالنسبة لمكتسبي حق عيني قابل للرهن.

- اكتساب الحق بعد الرهن وقبل تسجيله وتبنيه نزع الملكية، و إبلاغ المدين المنفذ عليه بالحجز العقاري، أما إذا كان اكتساب الحق يرجع إلى حق سابق على عقد الرهن، فليس للمرتهن حق تتبع المرهون في مواجهة صاحب هذا الحق.

- أن لا يكون من انتقل إليه الحق مسؤولاً شخصياً عن الدين، ذلك أنه لو كان كذلك لحق للدائن أن يجري التنفيذ في مواجهته باعتباره مسؤولاً عن الدين<sup>2</sup>.

حق لا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين : أن العقار المرهون رهناً رسمياً يبقى بيد المدين يستعمله ويتصرف فيه كما يشاء، شرط أن لا يترتب على ذلك نقص في قيمته<sup>3</sup>، وبهذا يختلف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي الذي يشترط نقل المرهون من يد الراهن إلى يد الدائن المرتهن أو يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ولما كان العقار المرهون يبقى في حوزة مالكة فإن المرتهن رهناً رسمياً خلافاً للمرتهن رهناً حيازياً، لا يعتبر حارساً للعقار المرهون، بل الحراسة تبقى للمالك، وعليه فالمسؤولية عن الأضرار التي تنجم عن العقار عملاً بالفصل 88 من ق.ل.ع، أو عن تدمره عملاً بالفصل 89 يتحملها المالك لا المرتهن رهناً رسمياً. وعليه فسنتناول إنشاء الرهن الرسمي مبحث أول علي أن نتعرض لأثاره مبحث ثاني وذلك كالآتي :

#### المبحث الأول : إنشاء الرهن الرسمي :

إن إنشاء الرهن الرسمي سواء تم لصالح مؤسسة بنكية<sup>4</sup> أو غيرها فهو يتطلب شروطاً شكلية وأخرى موضوعية، وسنتناول في دراستنا هاته الشروط الموضوعية مطلب أول، ثم الشروط الشكلية مطلب ثاني .

#### المطلب الأول : الشروط الموضوعية :

<sup>1</sup> - الرهن الرسمي كضمانة من ضمانات القروض، إيجابياته، سلبياته، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 3، 2010، ص: 136-145.

<sup>2</sup> - من أمثلة هذه الحالات أيضاً ما نص عليه الفصل 211 من ظهير 02 يونيو 1915، يقع تسجيل محضر إرساء المزايدة عندما يصبح هذا المحضر نهائياً، والتسجيل المذكور يظهر العقار من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين من حق .

<sup>3</sup> - من بين الشروط الواردة في عقد الكفالة العينية اشتراط المقترض إثبات حالة العقار في أي وقت يراه على حساب أو نفقة المدين الأصلي وذلك حتى يتسنى له المطالبة بإضافة كفالة أخرى في حالة وجود نقص في قيمة العين المقدمة، وله أن يفسخ عقد القرض المطالبة بالتعويض.

- أحمد العطارى: "التزام المدين الراهن بالمحافظة على الحال المرهون"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط 2006-2007، ص: 8.

<sup>4</sup> - كويبي نجية: الرهن العقاري القانونية، مجلة القضاء والتشريع، عدد 9، 2008، ص: 56.

بما أن الرهن الرسمي يعد عقداً، فيجب أن تراعي في إبرامه الشروط الواجب توفرها في كل عقد والمقررة في القواعد العامة وهي:

- الرضا، المحل، السبب، ثم بعد ذلك يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة والمتعلقة بالراهن وملكيته للعقار المرهون، وأهليته للتصرف فيه.

والشروط الموضوعية الخاصة بالدين المضمون، كالرهن ومشمولاته<sup>1</sup>.

وعليه سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي:

الشروط العامة: وهي الشروط التي يتطلبها أي عقد لانعقاده من رضا ومحل وسبب وسنركز دراستنا هنا على فقرتين هي: - عنصر الرضا، والأهلية.

الفقرة الأولى: الرضا:

من المعروف أن أطراف عقد الرهن هما: الدائن المرتهن، والمدين الراهن، وقد يكون الراهن شخصاً ثالثاً يرهن عقاره لضمان أداء دين شخص آخر وهو المدين، حيث نكون في هذه الحالة أمام الكفالة العينية العقارية بمفهومها الضيق<sup>2</sup>، وفي جميع الحالات يشترط التراضي بين الأطراف فيما يتعلق بشروط ومقتضيات العقد، والتراضي في هذا المجال يتمثل في إيجاب يصدر من المدين، وقبول من البنك الدائن، على أن الأول يقترض من الثاني مقابل ضمانته محددة مسبقاً في رهن عقاري رسمي<sup>3</sup>، ويجوز للأطراف توكيل من ينوب عنهم في إبرام عقد الرهن قانوناً، أو اتفاقاً، ويشترط حتى تكون الوكالة صحيحة، أن تكون خاصة في إبرام الرهن.

ويمكن للدائن أن يوكل غيره في قبول الرهن الرسمي، ويكفي أن تكون الوكالة عامة، فإدارة البنك المركزية تسمح لممثليها في الفروع التابعين لها (مديري الوكالات) بقبول الرهون باسمها ولفائدتها، ودفعاً لكل خطأ، فإن الإدارة المركزية للبنك تتوفر على مصلحة خاصة بالعقود وأخرى بالضمانات<sup>4</sup> والتي تتولى مراجعة وإنشاء هذه الضمانات التي وافقت عليها المصالح المختصة في هيئة منح القروض وهذه الأخيرة تأخذ قراراتها طبقاً لمعطيات الوكالة - ملف القرض - والوثائق المصحوبة، وكذلك طبقاً للمعطيات الاقتصادية الراهنة والحالة المادية للبنك.

<sup>1</sup> - قيده نجية، "الرهن العقارية القانونية" مجلة القضاء والتشريع، عدد 9، 2008 ص: 56.

<sup>2</sup> - كويسي أحمد: الكفالة العينية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 23 لسنة 2007.

<sup>3</sup> - سيدي محمد ولد عبيدي: "حماية الزبون في العمليات البنكية في القانونين الموريتاني والمغربي، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة لسنة 2006-2007 ص67.

<sup>4</sup> - محيي الدين إسماعيل، علم الدين: العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها (الاعتمادات - الاعتماد البسيط - القبول - الخصم - القرض) دار الكتاب القاهرة، 1975، ص212.



## الفقرة الثانية : الأهلية :

## 1- أهلية الراهن :

لكي يكون الرهن صحيحاً استوجب ذلك أن يكون مالكاً للعقار وأهلاً للتصرف فيه، ومرد ذلك راجع إلى خطورة التصرف الذي قد يضيع العقار من يد مالكة في حالة عدم قدرته على الوفاء بأداء الدين، والرهن عمل من أعمال التصرف مما دفع المشرع إلى اشتراط أهلية التصرف لإبرام العقد<sup>1</sup>.

وفيما يخص الكفيل العيني فيشترط فيه أهلية الشرع، وقد يكون عملاً بدون عوض مما قد يجعله من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، أما إذا كان يدور بين النفع والضرر، فإن التفاوت بين قيمة النفع والضرر واضح، وإذا كان المدين الراهن يلتزم بأداء مبلغ الدين من أمواله الخاصة عند عدم كفاية ثمن بيع المرهون لسدادها، فإن الكفيل العيني لا يلتزم إلا في حدود ثمن بيع المرهون<sup>2</sup>.

## 2- أهلية الدائن المرتهن :

غالباً ما يكون الدائن المرتهن شخصاً معنوياً (البنك) أو شخص ذاتي لا تشترط فيه سوي أهلية مباشرة بعض الأعمال، وهنا يكون الرهن بالنسبة إليه عملاً يجني من وراءه النفع لمؤسسته ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية. أما إن كان الدائن المرتهن شخصاً ذاتياً، فيشترط فيه أهلية التصرف الدائرة بين النفع والضرر، حماية له إذا كان ناقص الأهلية حسب مقتضيات الفقه الإسلامي. أما بعض التشريعات كالتشريع الموريتاني<sup>3</sup>، فاشتراط توفره على سن التمييز فقط. أما المشرع المغربي فقد التزم الصمت حسب ما جاء في الفصل 1171 ق.ل.ع الذي لم يفرق بين الراهن والمرتهن، وبالرجوع إلى القانون العقاري ظهير 2 يونيو 1915 عند تطرقه للرهن الإجباري المخول للقاصرين والمحجوز بالنسبة للمبالغ المضمونة والأملاك المرتهنة بقرار مجلس العائلة أوكل سلطة تقوم مقامه وذلك بطلب من الوصي، أو نائبه أو الأقارب أو الأصهار، أو دائني القاصرين أو المحجوزين أو وكيل الملك، وإذا كانت الضمانات غير كافية يمكن مضاعفتها بطلب من الأشخاص المذكورين، وإذا تحققت فيها زيادة يمكن تخفيضها بطلب

<sup>1</sup> نصت المادة الثالثة من ق.ل.ع المغربي على أن " كل شخص أهلاً للالتزام والإلزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك فالأصل هو كمال الأهلية وعلى من يدعي عدم الأهلية أن يثبت ما يدعيه، وأحكام الأهلية تعتبر من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها".

- نصت كذلك المادة 17 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني أمر قانوني رقم 89-126 صادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 منشئ لقانون الالتزامات والعقود الموريتاني المعدل بالقانون رقم 2001 - 31 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.

- أمر قضائي صادر بتاريخ 1417هـ صادر بتاريخ 24/05/2000 في الملف التجاري عدد 1422/01هـ، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 14 دجنبر 2001-، ص: 96.

<sup>2</sup> - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط مفاده: " حيث إننا بعد اطلاعنا على العقد المذكور تبين لنا في فصله 15 أن المطلوب في الحجز قد عقد الرهن بذلك يكون بمثابة كفيل عيني لا يلزم بالوفاء إلا من ثمن العقار المرهون وليس من أمواله الأخرى، فالضمان العيني حسب العقد المذكور مقصور على العين المرهونة، ويعتبر ضماناً للكفالة العينية التي قدمها، وحيث أن الطالب يمر من إلى الحكم بإجراء حجز تحفظي على عقار آخر غير العقار المشمول بالضمان العيني مما نصرح معه برفضه".

من الوسيط، وفي حالة عدم موافقته يعرض قرار عن مجلس العائلة أو السلطة القائمة مقامه على مصادقة المحكمة، ويكون الحق في الرهن ناتجاً عن الحكم بالمصادقة.

### 3- ملكية الراهن للعقار المرهون :

من المعلوم أن الراهن يكون غالباً مالكاً للعقار، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات.

- كحالة رهن ملك للغير.

- حالة الرهن الصادر عن المالك الظاهر.

- حالة الرهن الصادر عن مالك المباني المقاضية على أرض الغير.

- حالة الراهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي.

- حالة الراهن للعقار المملوك على الشياخ.

فهذه الحالات تحيلنا إلى القاعدة العامة التي تقول " أنه لا يمكن لأي شخص في هذه الحالة أن يتصرف في ملك غيره إلا بإذن صريح من المالك نفسه، وله أن يتصرف في ملك غيره متى اتخذ صفة الوكيل أو الوصي أو المقدم أو الولي، ولكن مع احترام الشروط القانونية لذلك<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي :

لقد نظم المشرع المغربي صوراً من الشروط الشكلية اللازمة لإبرام عقد الرهن الرسمي بشكل صحيح، وستتناولها في فقرتين:

#### الفقرة الأولى : عدم اشتراط الرسمية :

لم يشترط المشرع المغربي شكلاً معيناً للرهن كما أنه لم يشترط الرسمية مع إختلاف الكثير من التشريعات المقارنة باستثناء الرهن المقرر ضماناً للديون الزوجية<sup>2</sup> لكن ما جري به العمل هو إفراغ عقد الرهن الرسمي في قالب مكتوب سواء كان عرفياً أو رسمياً، لتقييده بالرسوم العقارية بالمحافظة العقارية، فقد أصبح من اللازم أن يكون عقد

<sup>1</sup> - النيابة الشرعية في الفصول (من 230 إلى 276 من مدونة الأحوال الشخصية.

- وفي الشريعة الإسلامية لا يشترط في المرهون أن يكون مملوكاً للراهن، بل يجوز الرهن من غير المالك إذا كان أباً أو وصياً فإن كل منهما أن ترهن مال موليه بدين على نفسه، وعللوا ذلك فإنه لا يجوز لكل منهما إيداع مال لصغير فيكون أمامه في يد الوديع، فإذا هلك من غير تعد لم تهلك على الصغير، وإذا جاز الإيداع كان جواز الرهن أولي؛ لأنه أقل ضرراً من الوديعة، إذ العين المرهونة إذا هلكت من غير تعد لم تهلك مجاناً كما تهلك الوديعة، فلا تضع قيمتها جميعاً بهلاك على الصغير، ولقد خالف في ذلك أبو يوسف حيث لا يجوز لديه الرهن من الولي لأن الرهن يتضمن معنى الشرع. وإذا لم تكن للراهن ولاية لم ينفذ رهنه لمال غيره في دين على نفسه إلا بإذن مالكة أو بإجازته، ويسمى عندئذ بالرهن المستعار، يقول ابن المنذر: "أجمع كل من تحفظ عنده من أهل العلم أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً ليرهنه على دنائير معلومة عند الرجل سماه إلى وقت معلوم، ففعل، فإن ذلك جائز" وفي هذه الحالة يتقيد الراهن بما يتقيد به المالك، فإذا قيده بقدر من الدين أو بدائن معين أو ببلد معين فلا يجوز له مخالفة ذلك إلا إلى خير منه.

<sup>2</sup> - حيث نشأ هذا الرهن بعقد رسمي صريح، أو بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها موطن الزوجين.

الرهن الرسمي المنصب على ملكية الشقق والطبقات في ظل نظام الملكية المشتركة والتي تنص على أنه "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها، أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان"<sup>1</sup>.

ولما كان المشرع المغربي كمبدأ عام لم يشترط الرسمية لانعقاد الرهن الرسمي، واكتفى بالتراضي بين الطرفين، فإنه مع ذلك قد سائر باقي التشريعات في إلزامية شمول الرهن على بيانات دقيقة متعلقة بال عقار المرهون، وهو ما يعرف بمبدأ التخصيص.

### الفرقة الثانية: التسجيل بالمحافظة العقارية:

لقد قسمت التشريعات أنظمة الشهر العقاري إلى قسمين رئيسيين:

- 1- نظام الشهر الشخصي: ويعتمد على هوية الأشخاص الذين تصدر عليهم التصرفات والمطبق في فرنسا.
  - 2- نظام الشهر العيني: المعتمد على المعلومات المتوفرة لكل عقار من خلال السجلات العقارية المحتوية على كل البيانات الخاصة بكل عقار<sup>2</sup>، والتعديلات الطارئة عليه فيما بعد، والمطبق في المغرب والمستوحى من نظام تورانس بأستراليا، هذا الأخير يقوم على مبادئ أهمها:<sup>3</sup>
    - مبدأ التنظيم العيني: رسم عقاري لكل ملكية - مبدأ العلانية - مبدأ التطهير المسبق للتحفيظ - مبدأ القوة المطلقة للرسم العقاري - مبدأ عدم سريان التقادم على الملك المحفظ.
- والمغرب كما سبق وقلنا يطبق نظام الشهر العيني أي على أساس تنظيم العقارات وهو ما اتجه إليه المشرع الموريتاني<sup>4</sup>، وهذا النظام العيني يتسم بالتنظيم الدقيق خلافاً لنظام التسجيل أو الشهر الشخصي الذي يعتمد على

<sup>1</sup> - م 12 من ظهير 25 رجب 1423 هـ، الموافق 03 أكتوبر 2002 القاضي بتنفيذ نظام الملكية المشتركة.

<sup>2</sup> - وهذا النظام هو المعتمد لدى المشرع العقاري الموريتاني، في القانون العقاري رقم 1984-05.

<sup>3</sup> - التسجيل ويعني L'inscription ويصطلح عليه بالتقييد وهو الأصح حيث يقال التقييد بالرسم العقاري والإيداع بالمطلب العقاري، أما التسجيل فيكون في دار التسجيل أو الضرائب بالمصالح المالية. ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد، التسجيل يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك، أو هو حفظ المحرر نفسه كما هو والاكتفاء بإعطاء صورة عنه لأصحاب التأمين، أما القيد فهو نقل بعض البيانات المستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن وتدوينها في سجل خاص يسمى سجل الإيداع بالمحافظة العقارية، ولا يأخذ بيانات القيد من المحرر مباشرة، إنما يقسمها طالب القيد في قائمة خاصة.

- وانظر أيضاً بهذا الصدد:

- Michel cabrillac, Cristian Marly : Droit de suretes 4<sup>ème</sup> édition, Litec, 1997, p. 648.

- ويقول السيد محمد ابن الحاج السامي محافظ عام سابق بالمغرب: " كلما كانت الحجية التي تتمتع بها البيانات الواردة في سجلات الإشهار العقاري لأي نظام من أنظمة هذا الإشهار أكبر، وكان التنظيم المادي والتقني والإعلامي لهذا الإشهار متقن، ومسك ارتكازها عليها، للنظر في الطلبات.

- الفصل 67 ينص على: " أن الأفعال الإرادية والاتفاقيات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل".

<sup>4</sup> - القانون العقاري الموريتاني رقم 1984/05.

هوية الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات، بحيث أن الحالة المدنية للأشخاص تتغير الأمر الذي يتنافى مع ما تستوجبه المعاملات العقارية، عكس النظام العيني الذي يقوم على عنصر الإثبات في التصرفات.

ويتضمن السجل العقاري جميع الوثائق التي تهم العقار بما فيها الخريطة، أما الرسم العقاري فهو دفتر يدون فيه هوية العقار، ويسجل فيه جميع الحقوق العينية المترتبة عليه، في السجل العقاري، ويكون للمالك الحق في حيازة نظير من هذا الرسم العقاري.

إذن فالتسجيل هو منشئ للحق بالرغم من وجود العقد حيث يكون الحق غير معترف به إلا من تاريخ تسجيله<sup>1</sup>.

وفي مجال القروض الذي يعتبر مجالاً خصباً لطلب رهن رسمي، أو كفالة عينية عقارية، فإن الأبنك مباشرة بعد إبرام عقد الرهن الرسمي وقبل منح المدين المرتهن مبلغ القرض تطلب منه إجراء التقييد بالمحافظة العقارية والحصول مقابل ذلك على شهادة الملكية التي تفيد تقييد عقد الرهن الرسمي لصالحها بالمحافظة العقارية ضمن الرسم العقاري موضوع الرهن، وذلك مخافة ضياع حقوقها وصيرورة دينها مجرد دين عادي.

هنا يثور التساؤل حول مدى حجية تسجيل عقد الرهن الرسمي أو الكفالة العينية العقارية؟

للإجابة على هذا التساؤل فإن الحجية التي يرمي إليها هي الحقوق المسجلة والمقيدة بحيث يعتبرها كوسيلة إثبات لتلك الحقوق العينية، فالمحافظ أو الملكية العقارية حينما تقوم بتقييد حق وفق الإجراءات المقررة في التسجيل والمنصوص عليها في الباب الثاني من القسم الثاني من ظهير التحفيظ العقاري انطلاقاً من الفصل 69 وما بعده من القانون العقاري، فإن هذا التقييد يعتبر حجة رسمية على ثبوت الحق ودليلاً قوياً بين الأطراف وحتى في مواجهة الغير، على أن هذه الحجية ليست قاطعة، بل إن قوتها الإثباتية مرتبطة بمدى صحة عقد الرهن الرسمي أو الكفالة العينية المبرمة، وحسن نية الأطراف<sup>2</sup>.

ويمكن في كل الأحوال إبطال العقد المسجل أو التشطيط عليه متى توفرت أسباب الإبطال أو التشطيط، إذن للتسجيل حجية في مواجهة المتعاقدين وكذا في مواجهة الغير، فما هي هذه الحجية؟

إن ضمان الحقوق العينية العقارية، وما يترتب عنها من تكاليف لا تنتج أي أثر ولو من الأطراف إلا بعد تقييدها بصفة نهائية في السجل عقب تقييد الرهن الرسمي ولا يظهر العقد إن شابته بعض العيوب الدافعة إلى المطالبة بإبطاله<sup>3</sup>.

وهكذا فإن تسجيل عقد الرهن الرسمي، أو الكفالة العينية العقارية، يترتب عليه إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل وهو ما يعبر عنه بالأثر المنشئ للتسجيل بحيث يترتب على هذا الإجراء ترتيباً أفضلية فيما يتعلق بالدائنين، إذ

<sup>1</sup> - القرار رقم 233 الصادر في 15 ماي 1968.

<sup>2</sup> - القرار رقم 684 الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1982، ملف مدني 91/873.

- القرار رقم 254 الصادر بتاريخ 20 فبراير 1990 في الملف عدد 89/6734.

<sup>3</sup> - ينص الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري على: " أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ غير موجودة بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

يكون للدائن المرتهن أفضلية عن باقي الدائنين العاديين، غير أن الفصل 66 المشار إليه اشترط حسن النية لمن سبق إلى تسجيل عقده، وهكذا فالعقد المسجل نتيجة غش أو تدليس، هو عقد معيب قابل للإبطال. ولا يخلص التسجيل من الزوال بواسطة طلب التشطيب عليه، أو استصدار حكم قضائي في الموضوع.

### المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي:

يعتبر الرهن الرسمي عقد كسائر العقود الأخرى تترتب عنه آثار بالنسبة للدائن والمدين، وبمجرد شهره يصبح سارياً في مواجهة الغير، فالعقد مصدر من مصادر الالتزام، والآخر المباشر للعقد هو نشوء الالتزام، فإذا توافرت فيه الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الرهن الرسمي، أصبح للدائن حق عيني تبعي على العقار المرهون، وهو ما يعطيه الحق في الأولوية لاستخلاص ديونه من ثمنه في حالة البيع، أي حق التقدم على باقي الدائنين العاديين بصفته دائناً اكتسب رهناً على العقار، وله أيضاً الحق في تتبع العقار في أي يد انتقل إليها، أما الراهن فإنه يحتفظ بالحيازة للعقار المرهون، ويبقى له الحق كذلك في الاستغلال والاستعمال والتصرف، دون أن يترتب عن ذلك أي ضرر يلحق بالدائن المرتهن<sup>1</sup>. ولدراسة الآثار المترتبة على إنشاء الرهن بين أطرافه سنتناول هذه الآثار بالنسبة للمدين مطلب أول علي أن نتطرق للآثار بالنسبة للدائن و الغير مطلب ثاني وذلك علي النحو الآتي:

#### المطلب الأول: آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن:

لا يجرد الرهن الرسمي المدين مبدئياً من الحيازة خلافاً للرهن الحيازي وبالتالي منح المشرع المدين الحرية في ممارسة مزايا حق الملكية استعمالاً واستغلالاً، بل حتى تصرفاً، لكن مع ذلك يبقى هذا الحق مقيداً بحق الدائن المرتهن في تتبعه في أي يد كانت لاستيفاء حقه بالأولوية.

وما دام العقار المرهون رهناً رسمياً يبقى في حوزة الراهن، فإن هذا الأخير يعد حارساً للعقار، وتترتب عليه بالتالي مسؤولية الأضرار الناجمة عن العقار عملاً بالفصلين 88، 89 ق.ل.ع المغربي. فالمشرع إذن غايته أن يوفق بين حقوق الدائن الراهن وعدم حرمانه من حيازة العقار المرهون، وإعطائه كافة المزايا المتعلقة بالملكية، وبين حقوق الدائن المرتهن الذي أصبح المرهون وفاءً لما له في ذمة المدين الراهن وستعرض لهذه الحقوق في فقرتين كالتالي.

#### الفقرة الأولى: حقوق المدين الراهن على الشيء المرهون

على الرغم من كون عقد الرهن يعتبر التزاماً فقط في ذمة الراهن إلا أنه يمنحه في المقابل حق إدارة العقار المرهون واستعماله والتصرف فيه وهي نفس الحقوق المقررة للمالك لكن ممارسة هذه الحقوق مقيدة بما لا يضر بحق الدائن المرتهن على العقار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 1179 ق.ل.ع: " من أنشأ رهناً لا يحق له أن يجري أي فعل من شأنه أن ينقص قيمة المرهون عما كانت عليه وقت إبرام العقد ولا أن يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح للدائن، وإذا كان المرهون ديناً أو أي حق آخر مقررراً في ذمة الغير، لم يضع للراهن بمقتضى اتفاقات مبرمة بينه وبين الغير إنهاء أو تعديل الحقوق الناشئة من الدين أو الحق المرهون، إضراراً بالدائن المرتهن، وكل اشتراط يستهدف شيئاً مما سبق يكون باطلاً بالنسبة إلى الدائن، ما لم يرتضي".

<sup>2</sup> - حديد مراد: "الضمانات العينية للنظام المصرفي، من مخاض التعددية إلى الولادة القيصرية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 23، 2007 ص:

## - سلطة الراهن في التصرف في العقار :

للراهن أن يبيع العقار<sup>1</sup> أو يقايض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن كي يستطيع الراهن أن يقر حقاً عينياً أصلياً على الملك المرهون كحق انتفاع أو ارتفاق، لكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن، وله أن ينفذ على هذا العقار خالياً من هذه الحقوق، كما للمدين. الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهناً آخر رسمياً أو حيازياً، ولكن سلطة الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون لا يجوز أن يقيدتها اتفاق مع الدائن المرتهن. والمعيار في التفرقة بين التصرف الجائز والغير الجائز من المدين الراهن، هو الانتقاص من عدمه من ضمان الدائن المرتهن، في حين لم يتطرق المشرع المغربي لهذه النقطة، لكن يمكن القول بأن إنشاء الرهن الرسمي على العقار المحفظ، لا يجوز دون قيام حق المدين الراهن في إجراء التصرفات عليه أو إنشاء حق عيني يخضع لقواعد التسجيل في المحافظة العقارية<sup>2</sup>.

- يسمح الفصل 1177 ق.ل.ع صراحة للمدين الراهن بإجراء المعاملات على العقار المرهون ضمن الأحكام العامة للرهن الحيازي.

- لا يؤثر التصرف المجري على العقار المرهون في صحة الرهن، ولا على حقوق البنك المستفيد من الرهن، ما دام أن هذا التصرف ليس من شأنه أن ينفذ في مواجهة الدائن المرتهن، لتلقيه الحق العيني وإشهاره في وقت سابق عند إبرام التصرف ذاته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - لقد منح التشريع المدني المصري سلطة التصرف في العقار المرهون للمدين الراهن شريطة عدم الإضرار بالدائن المرتهن، حيث جاء في المادة 1043 من القانون المدني المصري "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

<sup>2</sup> - الأساس القانوني لهذه القاعدة نجده في المقننات العامة الواردة في ق.ل.ع باعتباره الشريعة العامة لظهير التحفيظ العقاري حيث نصت المادة 1177 ق.ل.ع "من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تقيوته".

<sup>3</sup> - عمر أزوكار: آثار التصرفات على العقار المحفظ المرهون أو المحجوز، تعليق على حكم ابتدائية أكادير في الملف 381 بتاريخ 10/02-1999/5-02 مجلة المحاكم المغربية، العدد 96 من 153 وما بعدها.

- إن الرهن الرسمي ومن خلال التعريف التشريعي في الفصل 157 من ظهير 2 يونيو 1915، المتعلق بالعقارات المحفظة، يجوز من تقرر لمصلحته حق تتبع العقار المرهون في يد من انتقلت إليه، ولا يصبح من معنى لمفهوم التتبع إلا مع إمكانية انتقال العقار المرهون بالتصرفات المسموح بها قانوناً وهو المقتضى الذي أورده الفصل 185 من نفس القانون<sup>1</sup>.

وقد يعتبر البنك الدائن، أن التصرف المبرم على العقار المرهون لمصلحته من شأنه أن ينقص من قيمة العقار المرهون، إلا أن الدفع لا يجوز دون قيام التصرف ونفاذ آثاره بفعل الملكية بين أطرافه، وما على البنك إلا أن يطالب بالوفاء بحقه فوراً لأن القاعدة المكرسة تشريعياً في الفصل 139 ق.ل.ع تتحدد في سقوط مزية الأجل المقررة للمدين، إن هو أضعف الضمانات الخاصة والتي سبق إعطاؤها بمقتضى العقد.

السؤال هنا يثور حول معرفة حكم العقود الرهنية التي تحتفظ فيها الأبنك بحقها في منع المدين الراهن من إجراء أي تصرف في المرهون دون إذن صريح منها؟<sup>2</sup>.

جواب هذا السؤال هو ما اتجه إليه بعض الفقه المغربي حين رأى أن الشرط الموضوع من قبل البنك والمقيد لتحريم المدين الراهن، يعد باطلاً وينصح في ذلك باللجوء إلى القضاء لتقرير هذا الوضع انطلاقاً من الفصل 110 ق.ل.ع الذي ينص على أن "الشرط الذي ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلاً، ويبطل الإلتزام الذي يعلق عليه، ومع ذلك يجوز تصحيح هذا الإلتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الذي وضع لصالحه".

بينما دأب المحافظون العقاريون على تسجيل عقود الرهن الرسمية الموضوعة من قبل البنوك والمتضمنة لمثل هاته الشروط التي تقيد من حرية المدين الراهن، والتي تصبح معها البنوك وكأنها تبرم عقود إذعان حيث تمثل هي الطرف الأقوى في العلاقة، ويبقى الزبون المحتاج إلى القرض في مركز الطرف الضعيف الذي ليس عليه سوى أن يقبل أو يرفض العرض دون مناقشة.

<sup>1</sup> - قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 1185 بتاريخ 1997/12/23 بقوله " وحيث أن المشرع أعطى الحق للمرتهن في تتبع العقار المرهون في أي يد انتقلت إليه طبقاً لمقتضيات الفصل 157 من ظهير 2 يوليوز 1915، فإنه لا يمكن أن يكون لحق التتبع أي معنى إذا لم يكن من حق الراهن بيع الشيء المرهون.

وحيث أن هذا التأويل يزكيه القانون العام، وهو ق.ل.ع الذي يعتبر نصاً عاماً يلجأ إلي تطبيقه عند عدم وجود النص الخاص في الظهير المذكور الذي لم ينظم سوى الرهن الرسمي الذي يعتبر تسجيله وسيلة تقوم مقام قبض المرهون في الرهن الحيازي، فالغاية منهما حفظ المرهون ضماناً للدائن وتأميناً لمصلحته.

وحيث بناء على كون الغاية واحدة من الرهنيين معاً، فإن المشرع المغربي إذا كان قد سمح للراهن تفويت العقارات المرهونة رهناً حيازياً طبقاً للفصل 1177 ق.ل.ع فإنه بالمقابل لم يمنع تفويت ما رهن رهناً رسمياً ضمن القيود الواردة في هذا الفصل، والفصل 1178 من نفس القانون اللذين لا تتعارض مقتضياتهما مع ما ورد في الفصل 185 من ظهير 2 يونيو 1915 ولا مع مذهب الجمهور في الفقه المالكي. وحيث بناء على ذلك يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصدياً بإصدار أمر للسيد المحافظ المختص بتسجيل رسم السيد فلان بالرسم العقاري مع الإبقاء على الرسمين المذكورين منقلين بحقوق المرتهن جميعاً".

<sup>2</sup> - يقول السنهوري عبد الرزاق في المجلد العاشر من ص 398 "يبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي في هذا الخصوص، وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أيضاً أن يقيد بها مع الدائن المرتهن، ويكون باطلاً تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون".

ونرى في هذا السياق أن على المحافظين العقاريين أن يقوموا بتقييد عقود الرهن الرسمي المتضمنة الشروط التي تضعها المؤسسات البنكية على أن العقد شريعة المتعاقدين، حتى وإن كان السادة المحافظون يخشون من المسؤولية التي قد تترتب على ذلك.

#### - سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون واستغلاله :

للاهن المدين الحق في أن يمارس بسلطته الاستعمال والاستغلال على العقار المملوك له، وذلك بالسكن فيه إن كان بناء، أو بزراعته إن كان أرضاً زراعية، كما له أن يستغله ويقبض ثماره<sup>1</sup>.

لكن كل ذلك مشروط طبعاً بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن الذي يكون له الحق في هذه الحالة الأخيرة بطلب وفق العمل الصادر بحق الدائن المرتهن الذي يكون له الحق في هذه الحالة الأخيرة بطلب وفق العمل القار، وإن يتخذ عند الاستعمال الإجراءات التحفظية كتعيين حارس على العقار المرهون ولا تتقيد سلطة الراهن في استغلال العقار المرهون وفي قبض ثماره إلا إذا سجل تنبيه نزع الملكية بمعنى إذا توصل بإنذار عقاري، يتبعه في ذلك حجز تحفظي يمكن أن يتحول معه هذا الأخير إلى حجز تنفيذي.

#### الفقرة الثانية: التزامات المدين الراهن :

يلزم عقد الرهن بضمان سلامة الرهن، وذلك بضمان عدم التعرض وضمان الاستحقاق، أي أنه يلتزم بالامتناع شخصياً عن كل تعرض مادي أو قانوني ينقص من الضمان الذي يخوله الرهن الرسمي للدائن المرتهن، ويلتزم كذلك بدفع التعرض القانوني الصادر عن الغير<sup>2</sup>. أما تعرض الغير المادي الذي يستند إلى ادعاء حق من الحقوق فلا يضمنه الرهن، ويقوم الدائن بدفعه بنفسه<sup>3</sup>.

إن تلف أو هلاك العقار المرهون يضعنا أمام فرضيتين: الأولى، وتتعلق بهلاك العقار المرهون أو تلفه دون ترتيب أي حق للراهن وينطوي هذا الفرض على احتمالين :

- الأول: أن يكون هلاكه مخطئاً الراهن. أما الثاني فهو أن يكون الهلاك بسبب أجنبي.

أما الفرض الثاني: فهو هلاك العقار المرهون مع ترتيب مال الراهن نتيجة لهذا الهلاك.

#### المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والغير :

من المعلوم أن الرهن الرسمي لا يمنح الراهن من ملكية العقار المرهون ولا يجرده من حيازته، بل ويجعله حارساً للعقار المرهون، وفي المقابل نجد المشرع يقوم بحماية الدائن المرتهن، حيث يمنح للبنك صفتان: صفة أولى تتمثل باعتبار البنك الدائن وماله بمقتضى ذلك من حق شخصي مع الظرف العام للمدين، ثم صفة ثانية باعتبار البنك دائن مرتهن، وما له على أثرها من حق عيني تبقي على العقار المرهون، إلا أن حقه في الضمان العام مشروط بشرطين هما:

<sup>1</sup> - المادة 1044 ق.م.م للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار.

<sup>2</sup> - ويقصد بالتعرض القانوني الصادر من الغير: التعرض المستند إلى حق يدعيه هذا الغير، ويكون من شأنه لو ثبت حرمان الدائن المرتهن من الضمان أو نقص في قيمة هذا الضمان.

<sup>3</sup> - هلاك العقار المرهون قد يكون هلاكاً مادياً، كما لو كان العقار المرهون بناء قد تهدم أو أرضاً على شاطئ النهر وجرفها تياره، وقد يكون هلاكاً قانونياً، يتحقق بانقضاء حق الرهن على العقار مع بقاء العقار قائماً، كما نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، أو زوال سند ملكية الراهن، أو انقضاء مدة حق الانتفاع المرهون.



أ- أن يكون ثمن العقار المرهون غير كاف لاستيفاء ديونه.

ب- أن يستصدر قراراً من المحكمة بذلك<sup>1</sup> وستتناول حقوق والتزامات الدائن المرتهن في فقرتين علي النحو الآتي :

الفقرة الأولى: حقوق الدائن المرتهن :

لقد قنن المشرع القواعد المتعلقة بالمحافظة على قيمة الشيء المرهون، وقد أعطي في المقابل للدائن المرتهن، الحق في التعرض على أي اعتداء، بل وبمباشرة أعمال الترميم والصيانة.

أولاً : حق التقدم على الدائن :

أعطى المشرع حق الأولوية للمؤسسة البنكية الدائنة في استيفاء الدين طبقاً للفصل 185 من ظ2 يونيو 1915 الذي ينص على أنه "بما أن الدائنين الذين لهم رهن مسجل على عقار يتبعونه في أي يد انتقل إليها ليرتبوا ويستوفوا ديونهم حسب ترتيب تسجيلهم، فإن الغير الحائز يبقى ملزماً بمجرد التسجيلات، بجميع الديون الرهينة، غير أنه يستفيد من المواعيد والآجال المخولة للدائن الأصلي.

وقد فصلت هذه المادة في مسألة تزامم المدينين المرتهنين في العقار الواحد، إذ الأسبق في التسجيل يكون سابقاً في الرتبة، وبالتالي سابق في استيفاء الدين.

ثانياً : حق التتبع :

لقد كرس المشرع حق التتبع وذلك في الفصل 157<sup>2</sup> من ظهير 2 يوليوز 1915، وقد رتب المشرع على ذلك أن المؤسسة البنكية الحاصلة على سند الرهن الرسمي لها الحق في التقدم على سائر الدائنين العاديين باستثناء الدائنين الممتازين.

وحق التتبع لا يتأثر بالرتبة المسجل بها الرهن، بحيث يمكن لكل مرتهن أن يستعمل حق التتبع، ويشمل هذا الأخير العقار المرهون وجميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، والتي يجوز التصرف فيها تصرفاً مستقلاً عن هذا الحق.

ولكي يستطيع البنك الراهن استعمال هذا الحق يجب أن يكون الدين حالاً، وان يكون حق الرهن الرسمي نافذاً، وأن لا يترتب على انتقال الملكية زوال الرهن وبالتالي الحرمان من حق التتبع.

الفقرة الثانية : التزامات الدائن المرتهن :

إن التزامات الدائن المرتهن هي أساساً تمكن المدين الراهن من الحصول على قرضه، بعد إبرام عقد الرهن الرسمي وفي حالة عدم الوفاء عند أجل الحلول يقوم بإتباع الإجراءات المسطرية اللازمة والمتمثلة في توجيه إنذار عقاري

<sup>1</sup> - يصعب عملياً على البنك ملاحظة ومراقبة هذا الالتزام، خاصة أن الملفات بمجرد قبولها من طرف لجنة القروض، وتسجيل الرهن لفائدة البنك بالمحافظة العقارية، فإن هذا الأخير لا يراقب عملياً رصيده العقاري، ومتابعته من حيث الصيانة والقيمة، فملفات القروض يجب أن تجدد كل سنة، لكن ذلك لا يتم من الناحية العملية في البنوك وحتى في حالة تجديد الملف يكتفي المسؤول بتريديد عبارة دون تغيير أو تجديد خالص، دون الوقوف فعلاً على الضمان، هل الراهن قام ببعض الأفعال المادية التي أدت أو ستؤدي إلى الإضرار بسلامة العقار المرهون، إن لم يتم تداركها، وبالتالي الإضرار بحق الدائن حين حلول أجل الوفاء.

<sup>2</sup> - فصل 157، ظهير 2 يونيو 1915 "الرهن الرسمي هو حق عيني عقاري... ويتبعها في أي يد انتقلت إليه".

للمدين، متبوع بحجز تحفظي، يتحول أخيراً إلى حجز تنفيذي بواسطته يمكنه التنفيذ على المدين عن طريق بيع العقار بالمزاد العلني.

\* آثار الرهن بالنسبة للغير :

لقد خصص ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة الفصول من 185 إلى 196 للبحث في آثار الرهن الرسمي تجاه الأشخاص الذين انتقل إليهم العقار المرهون. وقد كيف بعض الفقه هذه العلاقة على أساس نظرية الالتزام العيني، ومفادها أن الحائز لا تتوفر فيه صفة المديونية، ولا تربطه بالدائن أي علاقة قانونية شخصية، ومع ذلك يستطيع الدائن المرتهن أن ينتزع منه العقار المرهون لأن مسؤوليته تتحدد بقيمة العين التي حازها.

ومن الفقه من أرجع هذه النظرية إلى نظرية الامتداد الطبيعي لمضمون الحق العيني التبعية فمسؤولية الحائز محددة بقيمة العقار تبعاً لهذه النظرية.

وخلاصة القول أن البنك الدائن يمكنه أن ينفذ على العقار المرهون حتى ولو كان في يد الحائز، فيتحمل هذا الأخير إجراءات نزع الملكية، ما عدا إذا كان متمسكاً وحريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار المرهون إذ ذاك عليه اللجوء إلى إحدى الوسائل الآتية:

- أن يرجع الدين
- أن يتخلى عن العقار المرهون.
- أن يتحمل إجراءات نزع الملكية.
- أ- دفع الغير الحائز :

للحائز أن يتمسك بإحدى الدفع الآتية ضد الدائن المرتهن أملاً منه في عدم انتزاع العقار منه، وذلك عن طريق الطعن في صحة الرهن ونفاذه وبطلان الرهن لعدم استيفائه لشروط الشكليات أو الموضوعية، أو بطلان التسجيل<sup>1</sup>.

ب- الخيارات الممنوحة للغير :

لقد منح المشرع المغربي الغير الحائز الذي لم يرضى التنازل عن العقار المرهون الذي يجوزته لصالح البنك المرتهن اللجوء إلى إحدى الوسائل الاختيارية الثلاث التالية :

<sup>1</sup> - لم يتعرض المشرع المغربي إلا لإمكانية واحدة هي الدفع بالتحريم انطلاقاً من الفصل 188 من ظهير 2 يونيو 1915 حيث نص على "بيد أن الغير الحائز الذي لم يكن ملزماً شخصياً بالدين يمكن له أن يتعرض على بيع العقار المرتهن المسلم له إذا بقيت في تصرف الملتزم الأصلي أو الملتزمين الأصليين عقارات أخرى مرتبهة من أجل نفس الدين ويؤجل دائماً بيع العقار أثناء إجراءات التحرير هذه".  
- وقد اخذ المشرع المصري إضافة إلى هذه الطعون إمكانية أخرى وهي عدم تجديد تسجيل الرهن بعد مرور عشر سنوات، حيث لم يأخذ المشرع المغربي بها نظراً لأن الرهن في أصله لا يجدد.

## 1- أداء الدين :

قد يختار الحائز وفاء الدين المضمون بالرهن للبنك المرتهن والفوائد المترتبة عليه إن كان لها محل؛ لأن هذا الحل ادعي لمصلحته من غيره، وبالتالي تنعدم سلطة البنك المرتهن على العقار المرهون لانقضاء رهنه.

والسبب الذي قد يدفع الغير إلى هذا الاتجاه:

- هو أن لا يكون قدر الثمن بعد، فيفضل أن يدفعه مباشرة البنك المرتهن حتى يكون محصناً من كل الأسباب التي قد تهدد حياة عقاره.

- أو أن تكون قيمة الدين المضمون الواجب أداؤها أقل بكثير من ثمن العقار، ويكون قد استبقى قسط من ثمن العقار لم يدفعه بعد للبائع والمتمثل في المدين الراهن.

هذا بالإضافة إلى أن لدى الغير الحائز إمكانية الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وحق الحلول محل الدائن الذي استوفى الدين بعد أن يكون قد أدى الدين برمته والفوائد المترتبة عن سنتين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، إضافة إلى الفوائد التي أصبحت جارية من هذا التاريخ إلى يوم نزع الملكية، ومصروفات التسجيل، والمصروفات الأخرى المترتبة عن الإنذار<sup>1</sup> وهذا ما نص عليه الفصل 186 من ظهير 2 يوليوز 1915.

## \* حلول الغير الحائز محل الدائن المرتهن :

يمكن في أداء الديون أن يحل الحائز محل البنك المرتهن قبل المدين الراهن بنفس الحقوق، وبذلك ينتقل الرهن إلى الحائز بمرتبته، ويؤدي ذلك إلى تطهير العقار، وتشطيب قيد الرهن الذي كان مستقلاً والذي أصبح في ملكه، وبذلك يكون من حقه الرجوع على المدين، وعلى الكفلاء<sup>2</sup> وهذا ما يمكن استنتاجه من الفصل 215 ق.ل. ع "الحلول المقرر في الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد الدين على السواء.

<sup>2</sup>- الحلول الاتفاقي يجري طبقاً للفصل 2/2 ق.ل. ع الذي يقضي بأنه "يقع الحلول الإتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوي والامتيازات والرهون الرسمية التي له على المدين، ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة وان يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء"، أما الحلول القانوني أو القضائي فيكون طبقاً للفصل 214 من نفس القانون المذكور في الحالات التالية:

- لفائدة مكتسب العقار، في حدود ثمن اكتسابه، إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار رهناً رسمياً.  
- لفائدة الدائن الذي يفى بدين دائن آخر لو كان لاحقاً في التاريخ إذا كان هذا الدائن مقدماً عليه بسبب امتياز أو رهن رسمي أو حيازي لمنقولات سواء كان ذلك الدائن الذي بقي مرتهناً رهناً رسمياً أو مرتهناً رهناً حيازياً أو مجرد دائن عادي.  
- لفائدة من وفي ديناً كان ملتزماً به مع المدين أو غيره، كمدین متضامن أو كفيل يفى عن المدين أو كفيل يفى عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة.

- لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزماً به شخصياً، وعلى سبيل المثال، لمن قدم الرهن الحيازي لمنقول أو الرهن الرسمي.

- انظر المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن (محمد مومن)، "آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين والغير" العدد 30، 1998، ص: 66-

**2- التخلي عن العقار :**

ويعني رفع الحائز يده عن العقار المرهون، وقد يلجأ إلى ذلك حتى لا يظهر اسمه في إجراءات البيع، على أنه شخص أتنزع ملكيته لسداد دين من الديون مع انه أجنبي عن هذا الدين مما يسيء إلى سمعته، وكذلك فإن الحائز بمجرد إنذاره عند اتخاذ الإجراءات في مواجهته يصبح ملزماً، برد ثمار العقار من وقت الإنذار، وقد يلجأ البنك إلى هذا الحل بدل دفعه لأجل الدين لثمن الدين من أصل وفائدة لصالح البنك المرتهن، شريطة أن لا يكون ملزماً شخصياً بالدين، وأن يكون متمتعاً بأهلية التصرف، لما يترتب على ذلك من آثار خطيرة.

**3- ترك الدائن المرتهن يتابع إجراءات نزع الملكية الجبري :**

عندما لا يفي حائز العقار بدينه كاملاً، ويمتنع عن التخلي على العقار فإنه يحق لكل دائن مرتهن أن يباشر نزع ملكية العقار المرهون في مواجهته وذلك وفق الإجراءات الشكلية المقررة في الحجز العقاري بعد خمسة عشر يوماً من الأمر الرسمي الموحد للمدين الأصلي، والإنذار الرسمي المرسل للغير الحائز بوجوب أداء الدين أو التخلي عن العقار<sup>1</sup>.

وحسناً فعل المشرع عندما أعطى الحق للحائز بمعارضة بيع العقار حتى تجريد الملتزم الأصلي أو الملتزمين الأصليين من العقارات الأخرى المرهونة التي في حوزتهم.

وفي الآثار المترتبة على إجراءات البيع بالمراد العلني ما يتعلق بالعقار منها، وما يتعلق بحق الحائز بالرجوع على ما أداه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 187 من ظهير 2 يونيو 1915 "إذا لم يوفي الغير الحائز بالتزاماته الرهينة إيفاءً تاماً يحق لكل دائن مرتهن مسجل، أن يحصل على بيع الملك المرتهن بدون تحفظ وهو بيد الحائز المذكور، وذلك وفق الإجراءات الشكلية المقررة في الحجز العقاري بعد 15 يوماً من الأمر الرسمي الموجه للمدين الأصلي، وللإنذار الرسمي المرسل للغير الحائز لأداء الدين الواجب أدائه أو التخلي عن العقار".

<sup>2</sup> - الفصل 211 من ظهير 2 يونيو 1915 "يقع تسجيل محضر إرساء المزايدة عندما يصبح هذا الأخير نهائياً، وللتسجيل المذكور يظهر العقار من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين من حق إلا على الثمن.

وحين يسجل إرساء المزايدة يقيم المحافظ تلقائياً رهناً على المبيع ضماناً لأداء ثمن البيع الذي رسا به إذا لم يكن هناك ما يثبت أداء هذا الثمن أو إيداعه صحيحاً وذلك لفائدة جميع من لهم الحق أي كانوا".

## رخصة البناء في أحكام القاضي الإداري المغربي



فاروق البضموسي : طالب باحث

بسلك الدكتوراه كلية الحقوق سلا

### مقدمة :

إن ظاهرة التعمير بالنسبة للمغرب هي ظاهرة حديثة تعود إلى بداية القرن العشرين وكانت محط اهتمام المشرع المغربي منذ عهد الحماية، و زاد هذا الاهتمام بوتيرة أكبر خلال العقد الأخير من القرن الماضي نتيجة النمو الديموغرافي الكبير و تنامي ظاهرة الهجرة نحو المدن الذي أدى بدوره إلى التوسع العمراني وانتشار التجزئات العشوائية والبناء الغير القانوني، هذه الوضعية أدت إلى تشويه المجال العمراني وجمالية المدينة بمختلف الجهات والمراكز الحضرية .

ورغبة من المشرع في إيجاد حل للأزمة التي يعيشها هذا القطاع والتخفيف من حدة المخالفات المرتكبة في ميدان التعمير والحد أيضا من البناء العشوائي الذي يعرفه المغرب كان لا بد من تدخله عن طريق وضع نصوص قانونية حديثة في المجال العمراني تتناسب والوضعية الراهنة، ويتعلق الأمر بالقانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير وكذا القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجهيزات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

وإذا كانت رخصة البناء العمود الفقري لكل عمليات البناء المحدثه إلا أن النصوص القانونية المنظمة لها لا تستقيم إلا إذا كانت مدعمة ومحصنة بأحكام وقرارات إدارية تروم إلى حماية القانون من تعسفات عدم سلامة تطبيقه .

إن أي تشخيص لرخص البناء قبل منحها، يجب أن يحث المسؤولين على وضع إستراتيجية تهدف إلى حماية البيئة من مختلف الإعتداءات التي تمارس عليها، بحيث يجب على المهندس المعماري الحضري أن يدمج في تحليلاته البحث عن حياة نوعية جيدة كأولوية مطلقة، يجب أن يركز على تجميل المدينة ، بضمان تهيوتها، وجعلها فضاءا يثير الراحة في النفس ، على نحو يبحث فيه عن مدينة ذات وجه بشري يتداخل مع وجه تخطيط عقلائي للمجال ، و علاقة متوازنة بين ما هو مشيد و ما هو غير مشيد.

إن صدور ظهير 17 يونيو 1992 بمثابة قانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، ثم تبني القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، يشكل نقلة نوعية في الترسانة القانونية المغربية في مجال تنظيم البناء، وتشكل رخصة البناء القطعة المركزية لهذه الترسانة القانونية.

فما هو دور القضاء الإداري في تفعيل السياسة التشريعية في ميدان التعمير، والرقابة التي يخضع لها تطبيق نصوص وضوابط رخص البناء، وإلى أي حد ساهمت الرقابة القضائية للمحاكم الإدارية في الحد من مخالفات التعمير .

#### 1- رقابة القاضي الإداري على قرارات الترخيص بالبناء :

##### أ- الطعن في الرفض الصريح لرخصة البناء :

بناء على الفقرة 43 من القانون 90.12 المتعلق بالتعمير ، فإن رخصة البناء لا تُمنح إلا " إذا التزم البناء بالإستجابة للمقتضيات القانونية و المراسيم الجاري بها العمل، و بخاصة ، الالتزام بالمقتضيات الواردة في تصاميم التطبيق و تصاميم التهيئة "

و الأصل أن رؤساء المجالس الجماعية هم المختصون بمنح رخص البناء استنادا إلى المواد 13 و 22 و 41 و 45 و 46 و 48 و 55 و 58 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، مع تقييد هذه الصلاحية أحيانا بوجود الحصول على الإذن بالترخيص بخصوص مجالات محددة من طرف العامل بمقتضى ظهير 02 أكتوبر 1984 ورجال السلطة المحلية بالنسبة لبعض البلديات التي تخضع لأنظمة إدارية خاصة .

ولضبط وتحديد المخالفات المرتكبة في ميدان التعمير لابد من الرجوع الى المادة 66 من القانون المذكور التي تنص على أنه ، إذا كانت الأفعال المعاينة تتمثل في ارتكاب أعمال ممنوعة بموجب الفقرة 2 من المادة 34 أو القيام ببناء بغير رخصة صريحة أو ضمنية خلافا للمادتين 40 و 42 أو في استعمال المبنى من غير الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة خلافا للمادة 55 أو تحويل الغرض المخصص له المبنى في خرق ضوابط التعمير يقوم رئيس مجلس الجماعة بإيداع شكوى لدى وكيل الملك المختص ليتولى معاينة المخالفة ويحاط الوالي أو العامل المعني علما بذلك و تتحدد هذه المخالفات فيما يلي :

- كل بناء في أرض يراد نزع ملكيتها وكل بناء جديد أو تغطية أو توطئة الأرض التي تشملها طريق بمقتضى خريطة.

- تشييد بناء بغير رخصة صريحة أو ضمنية.

- استعمال المبنى من غير الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة خلافا لمقتضيات المادة 55 من قانون التعمير.

- استعمال البناء في غير الغرض المخصص له.

- خرق ضوابط البناء العامة والجماعية المنصوص عليها في المواد 59 و 61 من قانون التعمير.

هذا وقد أشارت المادة 67 من قانون التعمير إلى أنه ونظرا لكون هذه المخالفات بسيطة فإن رئيس المجلس الجماعي يكتفي بتوجيه أمر إلى المخالف لإتخاذ التدابير اللازمة لإنهاء المخالفة في أجل لا يمكن أن يقل عن 15 يوم . أما المخالفات التي لا يمكن تداركها فقد نصت عليها المادة 68 من قانون التعمير وهي التالية:

- القيام ببناء من غير إذن سابق يجب الحصول عليه.

- القيام ببناء في منطقة غير قابلة بموجب النظم المقررة لأن يقام عليها المبنى المشيد أو الموجود في طور التشييد.

- عدم مطابقة البناء للإذن المسلم في شأنه من حيث عدم تقييده بالعلو المسموح به أو بالأحجام والمواقع المأذون فيها أو بالمساحة المباح بناؤها أو بالضوابط المتعلقة بمتانة البناء واستقراره.

- مخالفة الأحكام التي تحظر استخدام بعض المواد أو استخدام بعض الطرق في البناء.

انطلاقاً من مقتضيات النصين المشار إليهما، ولمعالجة الإشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع، سنحاول ربط نصوص القانون بموقف القاضي الإداري لتبيان الدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء في ترسيخ أحكام ومبادئ في مجال حماية ضوابط البناء.

وهكذا ففي قضية (1) نعيمة علي ومن معه، ضد رئيس المجلس البلدي لجماعة وجدة سيدي زيان، عللت المحكمة حكمها بما يلي:

"حيث إن رئيس المجلس البلدي اتخذ قراره بالرفض بناء على كون القطعة الأرضية المطلوب بناؤها تدخل ضمن مشروع التهيئة في إطار توسيع ساحة عمومية.

وحيث إنه بالإضافة إلى ذلك فإن المجلس المذكور لم يفند ما ورد بتقرير الخبير من كون العقار أصبح صالحاً للبناء بعد المصادقة على تصميم التهيئة.

وحيث إن الوكالة الحضرية لمدينة وجدة، وإن كان رأيها ملزماً لرئيس المجلس البلدي حين اتخذه قرار في موضوع البناء، فقد عبرت في مذكرتها المرفوعة إلى هذه المحكمة عن عدم معارضتها في تسليم هاته الرخصة بعد إجراء دراسات تقنية وتطبيق المادة 30 و37 من قانون التعمير.

وحيث إنه في نازلة الحال فالواقع أثبت عكس ما ذكر، مادام أن تصميم التهيئة قد أجاز البناء فوق القطعة الأرضية موضوع النزاع.

وحيث إنه لذلك يكون قرار رفض تسليم الرخصة والحالة ما ذكر مشوب بالتجاوز في استعمال السلطة لمخالفة القانون، مادام أن قانون التعمير لا يمنع الطاعنين من بناء عقارهم المملوك لهم بمقتضى الشهادة العقارية المدلى بها، وتطبيقاً لمقتضيات الفصل 15 من الدستور الذي يضمن حق الملكية.

لهذه الأسباب قضت المحكمة الإدارية بوجدة، بإلغاء قرار رئيس المجلس البلدي لجماعة وجدة سيدي زيان مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، وبرفض باقي الطلب".

الملاحظ من خلال هذا الحكم، أن مسطرة منح رخص البناء تخضع لتدخل العديد من الجهات لإبداء الرأي بشكل مستقل قبل البث في الطلب من طرف السلطة المختصة، وتتضح هذه المسألة من خلال التضارب الحاصل حول أسباب رفض أو منح رخصة البناء، في كون المجلس البلدي رفض الترخيص بالبناء لكون القطعة الأرضية تم تخصيصها حسب

تصميم التهيئة لتوسيع وتتهيئ ساحة عمومية، الشيء الذي فندته الوكالة الحضرية وتقرير الخبير الذي اطلع على تصميم التهيئة، بكون العقار عبارة عن بناية. (2)

و بخصوص طلبات إلغاء رخص البناء لأسباب تتصل بالأضرار التي قد تلحق الغير قضت المحكمة الإدارية بوجدة (3)، برفض الطلب اعتماداً على ما ثبت لديها من أوراق المنازعة من صدور رخصة البناء عن جهة مختصة بإصدارها في نطاق أعمال الضبط الإداري، الموكولة إليها بمقتضى الفصل 41 من قانون 12/90، وبعد موافقة

<sup>1</sup> - المحكمة الإدارية بوجدة، حكم عدد 99/92 بتاريخ 99/07/07 ملف رقم 98/27 حكم غير منشور أشار إليه مراد فارسي رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المتعلقة بالتعمير بحث لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات العمومية كلية الحقوق فاس الموسم الدراسي 2008./2009. ص 45/44

<sup>2</sup> - مراد فارسي رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المتعلقة بالتعمير بحث لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات العمومية كلية الحقوق فاس الموسم الدراسي 2008./2009. ص 45/44

<sup>3</sup> - أشار إليه محمد الأعرج، كتاب قانون منازعات الجماعات المحلية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة عدد 58 / 2008، ص: 68.

المصالح التقنية المختصة، فضلا عن كون الأضرار التي يدعي الطاعن أنها لحقت بمنزله لا ترجع إلى عيب في رخصة البناء، بل هي أضرار على فرض وجودها لها علاقة بكيفية إنجاز أشغال البناء التي لم يثبت الطاعن مخالفته لتصميم التهيئة.

الملاحظ من خلال هذا الحكم أنه لا يكفي لإلغاء الرخصة بإثبات الضرر إلا إذا ثبت من أن الرخصة مخالفة لتصميم التهيئة.

بالإضافة إلى هذا، وفيما يتعلق بتصميم التهيئة فإن مجرد صدور المصادقة عليه بمرسوم، تنشأ مجموعة من الحقوق والواجبات تجاه أشخاص القانون العام وكذا أشخاص القانون الخاص، وتعتبر تلك المصادقة بمثابة إعلان للمنفعة العامة، ويترتب على ذلك إلزام مالكي العقارات باحترام أحكام هذا التصميم وذلك من أجل الحصول على رخص التجزئة وتكون الإدارة ملزمة بالالتزام بمحتوى تصميم التهيئة ويجب عليها رفض جميع المشاريع المخالفة له تحت طائلة ترتيب مسؤوليتها وفي هذا المنحى ذهبت المحكمة الإدارية بوجدة (1) إلى القول:

«...حيث ولما أثبتت الخبرة أن عقار الطاعنين مخصص بكامله وفق تصميم التهيئة، كمنطقة خضراء فإن طلب إحداث تجزئة عقارية يتعارض وأثار تصميم التهيئة الذي يعتبر قييدا قانونيا على عقار الجهة الطالبة ولا يجوز إقامة تجزئة فوقها طبقا لقانون التعمير، ويبقى لذلك قرار رفض الترخيص لإقامة تجزئة مشروع والطنن بإلغائه غير مبرر ويتعين رفضه».

#### ب- الطعن في قرارات سحب رخصة البناء :

من بين الامتيازات التي تحظى بها الإدارة، قدرتها على سحب رخص البناء، متى اتضح لها عدم مشروعيتها، إلا أن هذا السحب لا يمكن إجراءه إلا بتوافر شروط معينة وفقا للنظرية العامة لسحب القرارات الإدارية كأن تتم عملية السحب من قبل السلطة الإدارية المختصة وأن يكون السحب مبررا بعدم المشروعية وأن يكون داخل أجل الطعن بالإلغاء.

وعليه لا يجوز للإدارة سحب قراراتها لمجرد عدم الملائمة وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية (2) بمراكش حين قررت "أن حصول الطاعن بتاريخ 1996/11/05 على مقرر ترخيص البناء مستجمع لشروطه القانونية وشروعه في أشغال البناء يكون في مركز قانوني سليم يجعل من سحب هذا القرار بتاريخ 1997/12/18 أي خارج أجل الطعن بالإلغاء قرارا ماسا بالحقوق المكتسبة وغير متوفر على شروط السحب المقررة قانونا الشيء الذي استوجب إلغاء القرار المطعون فيه".

كما قضت المحكمة الإدارية بوجدة (3) بخصوص الطبيعة القانونية لقرارات الترخيص باستغلال جزء من الأملاك الجماعية بأن " قرار الترخيص باستغلال الرصيف يعد من القرارات المؤقتة التي لا تخول حقوقا مكتسبة أو مراكز قانونية محددة ويجوز للسلطة الإدارية التي سلمته التراجع عنه كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك...سحب

4- حكم إدارية وجدة رقم 2000/163، ملف رقم 2000/253 غ، بتاريخ 2001/07/04 بين ورثة بوبشر محمد ضد الجماعة الحضرية سيدي إدريس القاضي بوجدة. أورده محمد قصري مقال الارتقاقات القانونية في مجال التعمير منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد مزدوج 6-5 ص 19.

5- حكم إدارية مراكش رقم 130 بتاريخ 2004-11-22 صباحي عبد الواحد بن الغلبي ضد المجلس البلدي لجماعة اسفي والسيد وزير الداخلية منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد مزدوج 3-4-2004 ص 347 أشار إليه ميلود البوطريكي المجلة الإلكترونية للدراسات والأبحاث القانونية ص 7.

6- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 2000/289 بتاريخ 2000/11/15 أشار إليه محمد الأعرج في مقال المنازعات المترتبة عن تطبيق قانون التعمير في قرارات وأحكام القاضي الإداري المغربي المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 2007/74 ص 65



الترخيص المؤقت بعلّة المحافظة على الصحة العامة أو الأمن العام يجعله سليما والظعن بشأنه استنادا إلى الإنحراف في استعمال السلطة وعيب السبب غير مؤسس."

وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية بالرباط بما يلي: "...فإن العمل القضائي استقر على جعل شروط سحب القرار الإداري تتجلى في أن ينصب السحب على قرار غير مشروع وأن يتم داخل أجل الستين يوما المقرر لدعوى الإلغاء وحيث أن سحب القرار المتعلق بمنح رخصة البناء في النازلة الحالية قد تم بعد مضي أزيد من ثمانية أشهر على تاريخ صدوره فإن هذا السحب يكون قد مس بحق مكتسب للطاعنة ومتسما بتجاوز السلطة لعيب مخالفة القانون ويتعين التصريح بإلغائه." (1)

لقد عرفت الممارسة القضائية بخصوص سحب رخص البناء بعض التناقضات من حيث التوجه القضائي ففي الوقت الذي ذهبت فيه المحكمة الإدارية بوجدة إلى (2): "أن المجلس البلدي يبقى مسؤولا عن مراقبة مدى مطابقة البناء للرخصة الإدارية المسلمة وللتصميم المعمول به والمصادقة عليه ويتعين عليه تتبع أشغال البناء وإلزام المرخص له باحترام قانون التعمير تحت طائلة سحب رخصة البناء وإلغائها.

و أن إقامة البناء موضوع قرار الترخيص بشكل مخالف لضوابط التعمير وللتصميم المعمول به بالتجزئة، يستوجب تدخل المجلس البلدي لسحب أو إلغاء القرار المذكور..."

اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم آخر (3): "أن رئيس المجلس البلدي يمنح رخصة البناء ولا علاقة له بأشغال هذا البناء حتى يمكن أن يطالب بإيقافها."

ورغم هذا التضارب الوارد في الحكمين المشار إليها سلفا إلا أن القاضي الإداري ساهم في تكريس العديد من المبادئ والأحكام بخصوص سحب رخص البناء، وهكذا اعتبر في حكم له صادر عن إدارية الرباط بأن " صدور قرار الترخيص باستغلال الرصيف يعد من القرارات المؤقتة التي لا تحول حقوقا مكتسبة أو مراكز قانونية محددة ويجوز للسلطة الإدارية التي سلمته التراجع عنه كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك... (4)"

وفي حكم آخر قضت إدارية وجدة بأن " صدور قرار من رئيس المجلس البلدي بإغلاق محل مهني دون توجيه إنذار لصاحب الشأن طبقا للفصل 2 من المرسوم رقم 137-78-2 بتاريخ 26-5-1980 المتعلق بتحديد الشروط التي تنفذ بها التدابير الرامية إلى استتباب الأمن وسلامة المرور والصحة العمومية يجعل القرار موسوما بالتجاوز في استعمال السلطة ومآله الإلغاء (5)."

واعتبرت المحكمة الإدارية بمراكش أن " استعمال المبنى قبل انتهاء عملية البناء والحصول على شهادة المطابقة طبقا لأحكام المادة 55 من قانون التعمير يجعل القرار بإغلاقه مشروعا." (6).

7- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 610 بتاريخ 11/06/1998 أشار إليه محمد الأعرج في مقال المنازعات المترتبة عن تطبيق قانون التعمير في قرارات وأحكام القاضي الإداري المغربي المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 2007/74 ص 69

8- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 109 بتاريخ 13/11/2007 ملف رقم 43/2007 منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 2009/09 ص 148

9- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 583 بتاريخ 08/07/1999 الزاهي بنعيسى ضد المجلس البلدي لسوق الأربعاء منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 32 ماي 3 يونيو 2000 ص 187

10- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 289 بتاريخ 15/11/2000 بين عرباوي عبد الرحمان وجماعة وجدة سيدي زيان أورده محمد الأعرج مقال المنازعات المترتبة عن تطبيق قانون التعمير في قرارات وأحكام القاضي الإداري المغربي منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 2007/74 ص 65

11- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 69 بتاريخ 24/05/2005 مصطفى كلباوي ضد الجماعة الحضرية لمدينة مراكش منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 66-67-2006- ص 240

12- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 757 بتاريخ 09/09/1997 بزاي محمود ضد عامل إقليم بركان منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 27 ابريل-يونيو 1999- ص 137

## II . الارتفاقات الناشئة عن القوانين الخاصة :

بحسب الفقرة الأولى من الفصل 43 من القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير ، حيث أن " هذه الرخصة تُسلم بعد التحقق من أن المبنى المزمع إقامته تتوفر فيه الشروط التي تفرضها الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ..."

## أ. حماية الأبنية المصنفة :

نظمت المنشآت المصنفة بالمغرب لأول مرة بمقتضى ظهير 25 غشت 1914 حيث أن فصله الأول المعدل بظهير 13 أكتوبر 1933 يؤكد بأن " الأبنية التي تشكل أسبابا لغياب الصحة العامة ، أو التي تشكل مصدرا للخطر ، تخضع لمراقبة وإشراف السلطة الإدارية المحلية".

والنص يرجح مادتين مرجعيتين ، الأبنية مقسمة إلى ثلاثة طبقات بحسب نوع الأعمال التي تنجز فيها أو الأضرار الحاصلة منها من الوجهة المتعلقة بالأمن والسلامة أو الصحة أو الراحة العمومية، و في سياق آخر فإن السلطة التنظيمية هي التي تحدد لائحة و تصنيف لهذه الأبنية .

فالأبنية الخاضعة للسلطة تنقسم بدورها إلى فئتين ، الأبنية من الفئة الأولى متعلقة بوزارة التجهيز، والأخرى متعلقة بالسلطة المحلية ، و المساطر المطبقة لإحداثها أو مراقبتها هي طلب الترخيص يُوجه - حسب الحالة - إلى المدير العام لإدارة الأشغال العمومية أو السلطة المحلية المعنية، و هو مشروط بتوفير سلسلة من المعلومات و الوثائق التي تسمح للإدارة بالتأكد من أن البيئة التي يندرج فيها البناء لن تتعرض للأذى.

وحسب المادة الثامنة من الظهير المشار إليه أعلاه، فإن الرخصة يمكن أن ترفض وذلك لمصلحة الأمن أو الصحة أو راحة العموم ويمكن أن يشترط في منح الرخصة المذكورة إحداث تغيير الموقع، الذي وقع اختياره أو تغيير المشروعات المنوي إحداثها، وفي كل حال يجب أن يدعم الرأي المذكور بالأسباب.

وهكذا قضت المحكمة الإدارية بمكناس في حكم لها بما يلي: "حيث أن المحلات الصناعية أو التجارية المزعجة التي ينظمها الظهير الصادر في 25-8-1914 والمكمل بظهير 13 أكتوبر 1933 لم يترك للتاجر كامل الحرية في فتحها دون الحصول على الرخصة القانونية التي تسلم له من المصالح المختصة .

وحيث إن قرار المجلس البلدي القاضي بإغلاق المحل الذي لم يحصل بشأنها ترخيص مسبق له ما يبرره وبالتالي فإن قرار إغلاق المحلات المصنفة التي لم يحصل بشأنها ترخيص مسبق قرار مشروع ولا يجوز إلغاؤه. (1)"

وبالرغم من أن القرار الذي تتخذه السلطة الإدارية المختصة إما بالترخيص في حالة ما إذا كان لا يشكل مصدرا لأضرار للسلامة ، و الطمأنينة و الصحة العامة، و برفض قرار الترخيص إذا كان البناء المزمع إقامته أو طبيعة الأنشطة المزمع ممارستها فيه لا تتوافق مع أهداف الظهير أو التشريع المتعلق بالبيئة، ورغم كل هذا إلا أن القضاء هو الجهة التي يقرر مدى خطورة أنشطة المنشأة المصنفة على البيئة، وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية بوجدة بما يلي: "وحيث أن الفصل 16 من ظهير 25-08-1914 يترك صلاحية الأمر بالإغلاق أو حذف المؤسسة للسلطة القضائية بطلب من الإدارة طبقا لما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره رقم 107 الصادر بتاريخ 4-4-1991 في الملف الإداري رقم 10016-89 .

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 1392 بتاريخ 16-12-2004 غير منشور.

وحيث أنه لكل ذلك يكون القرار المتخذ من طرف السلطة المحلية بإغلاق محل الطاعن مشوبا بعيب عدم الاختصاص الشيء الذي يجعله معرضا للإلغاء" (1).

ب- حماية المنشآت العسكرية :

صحيح أن إرتفاق عدم البناء هو بشكل خاص سلبي بالنسبة للملكية الخاصة، لكنه يمنع أن تمس بعض البنيات بتناسق وجمالية المدينة، و بالتنمية الفلاحية...

يمكن التذكير هنا بوجود ارتفاقات قائمة في المنشآت العسكرية أو الطيران الجوي، من شأنها أن تسمح بالإستجابة لحاجيات جديدة متصلة بالبيئة العصرية، تتضمن آليات قانونية يمكن للإدارة أن توظفها للحد من بعض الأبنية و المنشآت التي تزجج بعض الأشغال العسكرية أو الملاحه الجوية، أو التي بإقامتها، ستصبح معرضة لمختلف الأخطار، فبمقتضاه يمنع على أصحاب الأراضي المجاورة للمطارات أو قواعد الطيران إقامة أية منشآت أو بنايات على عقاراتهم أو رفع البنيات أكثر من علو محدد قصد إبراز الإشارات للطائرات و ضمان حسن هبوطها.

وهكذا ففيما يخص الارتفاقات المحدثة لفائدة المنشآت العسكرية والتي تم النص عليها بمقتضى ظهير 7 غشت 1934، من الآثار الممكن أن تترتب عنها، هناك المنع من البناء والزراعة بالأراضي المحيطة بها، حيث يحق للسلطات العسكرية منع أية عملية بناء بجانب منشآتها بل و إيقافه حتى وإن كان المعني بالأمر يتوفر على رخصة قانونية بذلك، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بوجدة حين قضت في حكم لها بأن "قرار منع البناء الصادر عن سلطة عسكرية تطبيقا لظهير 1934/8/7 المتعلق بالحريات العسكرية والدفاعية يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن فيه بالإلغاء، وأن رخصة البناء المسلمة من المجلس البلدي لا تحول دون تطبيق الأنظمة والقوانين الخاصة ومنها ظهير 7-8-1934 المتعلق بالحرمت الدفاعية(2)".

### ج- حماية المآثر التاريخية و المناظر الطبيعية :

يعود تاريخ النصوص الأولى لهذا التشريع إلى فاتح أبريل 1924 و 21 يوليو 1945، و الذي ألغي و عوض بقانون رقم 22.80 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعادية الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1980، هذا القانون يطبق على العقارات بالطبيعة أو بملك أو المنقولات التي، في المحافظة عليها، منفعة لأجل الفن و التاريخ أو الحضارة المغربية، ويتعلق الأمر أساسا بالمآثر التاريخية أو الطبيعية أو المناظر.

كما أن قانون رقم 03\11 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة تضمن مقتضيات تهدف الى حماية التراث التاريخي والثقافي و تثمينه مؤكدا أن المحافظة عليه مسألة ذات أهمية وطنية، فهي تمثل جزءا لا يتجزأ من السياسة الوطنية الرامية لحماية واستصلاح البيئة ولم تفته الإشارة في المادة السادسة من الفصل الثاني من الباب الأول من نفس القانون إلى التراث التاريخي والثقافي والذي عرفه على أنه: "مجموع الممتلكات المنقولة أو غير المنقولة التي تتميز بطابع خاص من الناحية الأثرية أو التاريخية أو المعمارية أو الأدبية أو الشعبية أو الفنية أو الدينية أو الفنية و منع كل أشكال التنقيب على الآثار أو استغلال موارد جرف الأرض الا بعد الحصول على رخصة لأجل ذلك رغبة من المشرع في تنظيم وتقنين عملية الحفر حفاظا على البيئة."

<sup>1</sup> - حكم إدارية وجدة عدد 95-118 بتاريخ 13-12-1995 محمد ملول ضد قائد المقاطعة الحضرية الثانية بوجدة منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 22 يناير-مارس 1998- ص101

15- حكم المحكمة الادارية بوجدة عدد 96-36 بتاريخ 13 مارس 1996 بلبشير عبد الرحمان ضد ادارة الدفاع الوطني منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 23 ابريل-يونيو 1998 ص 88

إن حماية التراث التاريخي يتطلب فرض مجموعة من الارتفاقات على العقارات المملوكة للخواص المجاورة لها، شرط أن تكون قد خضعت لمسطرة التقييد والترتيب طبقا للإجراءات والضوابط المنصوص عليها بظهير 1980/12/25.

ويؤدي التقييد باعتباره قرارا إداريا على الحد من ممارسة التقييد المفروض على حق الملكية على العقارات المدنية<sup>(1)</sup>. ذلك أن الفصل السادس من ظهير 1980/12/25 اعتبر أنه لا يجوز هدم العقار ولا يجوز ترميمه أو إنجاز أي بناء جديد عليه، إلا بناء على رخصة بذلك دون الإخلال برخصة السلطة الجماعية المختصة عند الاقتضاء، كما لا يمكن إدخال أي تغيير كيفما كان نوعه ولاسيما عن طريق التجزئة أو التقسيم على مظهر الأماكن الواقعة داخل دائرة العقارات المرتبة، إلا بعد الحصول على رخصة إدارية من طرف وزارة الشؤون الثقافية التي يتوقف تسليم رخصة البناء أو التجزئة عليها من طرف السلطات الجماعية المختصة.

وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس<sup>(2)</sup> أن: «توقيف الطاعن عن البناء في موقع مرتب يتحمل بارتفاق عدم البناء في حدود مساحة معينة يعتبر تصرفا مبنيا على سبب صحيح من الناحية القانونية حتى مع توفره على رخصة إحداث تجزئة طالما أن تسليم هاته الرخصة لم يقترن بموافقة السلطة المكلفة بالشؤون الثقافية». وعموما فإن كل تغيير يعود على الارتفاقات المترتبة على المباني التاريخية بالاستناد على وثائق التعمير، متوقف على موافقة السلطة الحكومية المكلفة بالشؤون الثقافية وهذا ما أقرته إدارية الرباط<sup>(3)</sup> في حكم لها حين قضت بمايلي: «...هذا وإذا كان المبنى التاريخي يتمتع بحق ارتفاع عدم البناء في حدود مساحة معينة وعدم تغيير مظهره إلا برخصة إدارية في هذا الشأن من طرف وزارة الثقافة، فإن قانون التعمير ينص على أن مخططات التهيئة والتنمية وغيرها من وثائق التعمير يمكن أن تغير الارتفاقات المفروضة على المآثر التاريخية المرتبة ويتوقف حق تعميم الارتفاقات على موافقة السلطة المكلفة بالشؤون الثقافية».

خاتمة :

إن المحافظة على البيئة عن طريق رخصة البناء، وبشكل واسع، عن طريق قوانين التعمير، تتعثر بعدد من الحدود/الإكراهات؛ منها ما هو خاص و منها ما هو عام. إن هذه الإكراهات هي التي تضع القاضي الإداري أمام اختبار تفكيكها من خلال الوقوف على مدى قانونية أعمال الإدارة عبر بسط رقابته على الأسباب التي تحول دون منح التراخيص وعلى مدى مشروعية بعض القرارات الصادرة عن المجالس الجماعية والتي تقضي بهدم بعض البنايات بدعوى مخالفتها لضوابط البناء. عموما إن حماية البيئة من خلال مدونة التعمير وإعداد التراب الوطني والنصوص الموازية يجب أن يتأطر في مشروع مجتمعي متكامل ومجسب رؤية شاملة، التعمير في خدمة البيئة يقتضي توافق جميع المتدخلين السياسيين والاجتماعيين، من أجل تحديد تصور ووضع رؤية حقيقية للمستقبل البيئي بالمغرب، مع إعطاء ضمانات حقيقية لاستقلالية القاضي الإداري ليساهم أكثر و بشكل نوعي في تطوير قوانين التعمير...

<sup>1</sup> الحمومي عز العرب، الارتفاقات الناشئة عن قوانين خاصة، في إطار أشغال اليوم الدراسي حول التعمير وإشكالاته المنظم بالمحكمة الإدارية بفاس يوم 4-6 من 2001 ص: 42.

<sup>2</sup> / حكم المحكمة الإدارية بفاس ملف عدد 100 غ، بتاريخ 1997/08/6 بين كمال بن حدو ضد وزير الثقافة. غير منشور

<sup>3</sup> / حكم إدارية الرباط عدد 98/228 غ، أورده محمد قصري، مقال الارتفاقات القانونية في مجال التعمير، المجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد مزدوج 5-6 سنة 2007، ص: 16.

## ركن الغاية في القرار الإداري



من إعداد الأستاذ : علي عثمانى  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
من جامعة الأغواط - الجزائر-

مقدمة :

من المسلم به أنّ أعمال السلطة العامة هي أعمال إما أن تكون أعمال مادية أو قانونية هذه الأخيرة تصدر عن الإرادة بصفتها سلطة عامة بإرادتها المنفردة وتُسمى "القرارات الإدارية" .

والتي تتميز عن العقود الإدارية التي تصدر باتفاق إرادتين أي إشراك الإدارة مع إرادة أخرى قصد ترتيب آثار قانونية معينة .

كما تُعد القرارات الإدارية أهم مظاهر امتيازات السلطة العامة المقدرة و الممنوحة للإدارة تستمدّها من القانون العام و تسعى من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup> .

و نجد هناك محاولات عديدة من الفقهاء في القانون الإداري لتعريف القرارات الإدارية و من بينها نجد تعريف فؤاد مهنا الذي يُعرفه بأنه : " عمل قانوني من جانب واحد ، يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية قي الدولة ، و يحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم " . و يُعرفه الأستاذ هوريو بأنه : " تصريح وحيد الطرف عن الإرادة صادر عن السلطة الإدارية المختصة بصفة النفاذ و بقصد إحداث أثر قانوني " <sup>2</sup> .

أما تعريف القرار الإداري قضائياً ، فنجد تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية تُعرفه بأنه : " إفصاح الإدارة التي يحده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و اللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا و جائزا قانونا و كان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - د- عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، دار هومة ، طبعة 2003 ، ص 10 .

<sup>2</sup> - د- ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، ( التنظيم والنشاط ) ، طبعة الأولى لباد ، سطيف ، 2006 ، ص 236 .

<sup>3</sup> - د- طاهري حسين ، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية ، دار الخلدونية ، للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 97 .

و استنادا إلى ما سبق يمكن تعريف القرار الإداري بأنه عمل قانوني انفرادي صادر عن السلطة العامة من جهة ، و مُتمتعاً بالطابع التنفيذي من جهة أخرى ، و يحدث آثار قانونية ، و ذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني ما ، كما أن للقرار الإداري أركان أساسية يقوم عليها سواء بالنسبة لرجل الإدارة الذي هو مكلف باحترامها أو بالنسبة إلى القاضي المكلف بمراقبة مدى احترامها حتى يكون مشروعاً .

و على ذلك يمكننا تحديد أركان القرار الإداري و المتمثلة في ركن الاختصاص : و هو إفصاح الإدارة عن إرادتها و وفقا لقواعد الاختصاص المحددة لذلك ، و ركن الشكل : و هو إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا للشكل و الإجراءات المقررة لذلك ، و ركن المحل : و هو الأثر القانوني المباشر الذي يترتب عليه القرار الإداري ، أما ركن السبب : فهو الحالة القانونية أو الواقعية التي تسبق القرار و تكون سببا لوجوده<sup>1</sup> . و ركن الغاية .

هذا و الإشكالية التي تستوقفنا في هذا المقام هو : ما مفهوم ركن الغاية في القرار الإداري و إذا كانت الإدارة ملزمة باحترام ركن الغاية ، فما جزاء تخلفه على صحة القرار ؟ .

- و للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي و المنهج التحليلي ، واقترحنا الخطة التالية وذلك بتخصيص مبحثين ، إذ تناولنا في المبحث الأول مفهوم ركن الغاية في القرار الإداري و المبحث الثاني خصص لبيان جزاء تخلف ركن الغاية في القرار الإداري .

و كمبرر في الاعتماد على الخطة المقترحة - أعلاه - نقول أننا خصصنا المبحث الأول إلى التطرق إلى تعريفه - ركن الغاية - و بيان قواعده التي وُجِبَ على الإدارة الالتزام بها ، و المبحث الثاني خصص إلى بيان الجزاء المترتب عن عدم احترام الإدارة هذه القواعد .

### المبحث الأول : مفهوم ركن الغاية :

نتطرق في المبحث الأول إلى بيان مفهوم ركن الغاية في القرار الإداري و ذلك بالتعريف ركن الغاية في القرار الإداري ( المطلب الأول ) ثم بيان مصادره ( المطلب الثاني ) .

#### المطلب الأول : تعريف ركن الغاية .

ركن الغاية أو الباعث يُعرف بأنه النتيجة التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها ، و يُعرفه العميد بونار بأنه : " النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله " <sup>2</sup> .

و من جهته الدكتور عمار عوابدي يُعرفه بأنه : " الأثر البعيد و النهائي و غير المباشر الذي يستهدفه متخذ القرار الإداري في قراره و أهداف القرار الإداري تدور و تتمحور حول تحقيق المصلحة العامة " <sup>3</sup> .

ففي مجال الوظيفة العامة فالقرار التأديبي الصادر بتوقيع عقوبة على موظف جزاء ما ارتكبه من مخالفات وظيفية يكون سببه هي المخالفات التي أدت إلى توقيع الجزاء و محله هو الجزاء ذاته ، أي توقيع العقوبة و آثارها في حق

<sup>1</sup> - د- إبراهيم سالم العقيلي ، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى 2008 ، ص 49 .

<sup>2</sup> - د - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مطبعة عين شمس ، الطبعة السادسة 1991 ، ص 349 ، 350 .

<sup>3</sup> - د - عمار عوابدي ، مرجع سابق ، ص 77 .

الموظف ، أمّا الغاية من قرار التأديب فهو ردع الموظف حتى لا يعود مستقبلاً إلى ارتكابه<sup>1</sup> . ويقصد بأنه الهدف الذي يروم رجل الإدارة تحقيقه عند اتخاذ القرار و الأصل ، أن تكون المصلحة العامة هي الغاية التي يستهدفها القرار الإداري و إلاً كان معيياً في غايته<sup>2</sup> .

و ركن الغاية هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها أو الهدف الذي يستهدف تحقيقه القرار الإداري<sup>3</sup> . و كمثال على ذلك نجد أن الهدف من إصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الأمن العام ، والصحة العامة و السكينة العامة .

و الغاية تختلف عن النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر القانوني المترتب عليه و هو ما يسمى بمحل القرار.

و ليس الغاية من قرار التعيين احد الموظفين هي و ضع شخص ما في المركز القانوني الخاص بهذه الوظيفة ، و إنما ضمان سير المرافق العامة<sup>4</sup> .

كما أن والي الولاية حينما يصدر قرارات تخص البلدية بعنوان سلطة الحلول ، فهو لاشك يكون قبل ممارسة هذه السلطة في غير حالات الاستعجال ، قد وجه إنذاراً لرئيس البلدية المعني و يلتزم هذا الأخير السلبية و لو يبادر لاتخاذ أي إجراء كحفظ الأرواح و الممتلكات ، فهنا امتناع رئيس البلدية يُشكل ركن السبب في القرار الإداري و محله تدخل سلطة إدارية و حلها محل سلطة أخرى و هدفه حفظ النظام العام<sup>5</sup> .

فركن الغاية هو إذن هو النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة العامة إلى تحقيقها من خلال إصدارها للقرار الإداري .

## المطلب الثاني : مصادره .

يتضمن المطلب الثاني ، مصادر ركن الغاية و سنعالجه ضمن فرعين ، إذ خُصص (الفرع الأول) لاستهداف المصلحة العامة ، أما (الفرع الثاني) فيتضمن قاعدة تخصيص الأهداف .

### الفرع الأول : استهداف المصلحة العامة .

إنّ القاعدة العامة التي تحكم جميع أعمال السلطة الإدارية هي تحقيق المصلحة العامة في جميع القرارات الإدارية التي تصدر عنها و أن لا تسعى إلى هدف آخر و إلاً أصبحت قراراتها غير مشروعة لبعدها عن هدف المصلحة العامة ، كما أنه توجد عدة صور لمجانبة الإدارة العامة في قراراتها منها استهداف مصلحة شخصية أو محابة الغير<sup>6</sup> .

و الهدف من التصرف الإداري هو تحقيق المصلحة العامة بذاتها و عليه إذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق مصلحة عامة ، فان للإدارة أن تختار من بين هذه الأهداف أكثرها تحقيقاً للصالح العام<sup>7</sup> ، و عليه فإنّ القرار

1 - د- طاهري حسين ، مرجع سابق ، ص 112 .

2 - د- محمد جمال مطلق الذنبيات ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، عمان -الأردن ، 2003 ، ص 216 .

3 - د- إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 63 .

4 - د- ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 514 .

5 - د- عمار بوضياف ، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية ، جسور للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 166 .

6 - د- عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، الدار الجامعية ، 1993 ، ص 129 .

7 - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 325 .

الإداري يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من حيث الاستجابة لمتطلبات الجمهور<sup>1</sup>، و هذا ما جاء في نص المادة السادسة (6) من المرسوم رقم: 88-131<sup>2</sup> المؤرخ في 4 جويلية 1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن على أنه: " تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها و هياكلها مع احتياجات المواطنين . و تجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة " .

### الفرع الثاني: احترام قاعدة تخصيص الأهداف :

إذا كانت القاعدة العامة تنص على أن القرارات الإدارية جميعها و بغير استثناء، يجب أن تستهدف المصلحة العامة، فإنّ هناك قاعدة أخرى تكملها و تقضي بوجود استهداف القرارات الإدارية أي الأهداف الذاتية المتخصصة التي عينها المشرع في المجالات المحددة لها<sup>3</sup>. أي يخصص هدفا معينا يجعله نطاقا لعمل إداري معين و في هذه الحالة يجب ألا يستهدف القرار الإداري المصلحة العامة فحسب بل أيضا الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار عملا بقاعدة " تخصيص الأهداف " التي تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمها له، فإذا خرج القرار على هذه الغاية و لو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها كان مشوبا بعيب الانحراف و وقع باطلا<sup>4</sup>.

و التخصيص، قد يُستفاد من صراحة النص حيث حدد المشرع هدفا خاصا للقرارات الإدارية ما قد يستخلص من روح التشريع أو طبيعة الاختصاص و في حالة عدم تحديد المشرع للهدف الخاص الذي قد يتعين أن يحققه القرار، يكون تحديد هذا الهدف متروكا لتفسير القاضي و استخلاصه لمراد المشرع، حيث يستكمل سلطته التقديرية في تحديد الأهداف الخاصة للقرار بكل الوسائل الممكنة، كالرجوع إلى الأعمال التحضيرية و المذكرات التفسيرية و تتبع المناقشات التي دارت حول القانون<sup>5</sup>.

فالقانون في كثير من أعمال الإدارة لا يكتفي بتحقيقها في نطاقها الواسع، بل يخصص هدفا معينا يجعله نطاقا لعمل إداري محدد، و في هذه الحالة يجب ألا يستهدف القرار المصلحة العامة فحسب، بل أيضا الهدف الخاص الذي عينه القانون. و هذا عملا بقاعدة تخصيص الأهداف التي تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة له التي رسمت له فإذا خرج عنها كان مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة<sup>6</sup>.

### المبحث الثاني: جزاء تخلف ركن الغاية .

إن تخلف ركن الغاية في القرار الإداري، يكون من خلاله القرار الإداري مشوبا بعيب الانحراف عن السلطة و هذا ما يتم معالجته في ( المطلب الأول )، و كذا التطرق إلى صوره و بيان آثاره في المطلب ( المطلب الثاني ) .

1- د- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 83 .  
 2- المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 4-7-1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة في 6-7-1988.  
 3- د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 358 .  
 4- د- نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 278 .  
 5- زياني سفيان، الانحراف في استعمال السلطة كوجه من أوجه الدعوى، مذكرة تخرج لنيل شهادة م، ع، للقضاء، دفعة 2004/2007، ص 23.  
 6- الأستاذة أميد هنية، عيوب القرار الإداري ( حالات تجاوز السلطة ) مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، مارس 2008، ص 60.



المطلب الأول: تعريف عيب الانحراف بالسلطة و بيان خصائصه .

و يتم التطرق إلى تعريف عيب الانحراف بالسلطة ( الفرع الأول ) ، أما (الفرع الثاني) فنبين من خلاله الخصائص المتعلقة بعيب الانحراف بالسلطة .

الفرع الأول: تعريف عيب الانحراف بالسلطة .

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تعريف الانحراف بالسلطة على أنه: " الانحراف بالسلطة يتمثل في استخدام سلطة معينة بواسطة جهة إدارية ، من أجل تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحت لها هذه السلطة بواسطة القانون " <sup>1</sup> .

و يُعرفه الفقيه جورج فيدال بأنه " يتمثل في إستخدام السلطة الإدارية لسلطاتها من أجل تحقيق هدف مُغاير للهدف الذي وضع لها " <sup>2</sup> .

أما في مصر فيُعرفه الفقيه سليمان الطماوي : " يقصد بهذا العيب أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به " <sup>3</sup> .

وفي الجزائر يُعرفه الأستاذ أحمد محيو بأنه " نكون بصدد انحراف بالسلطة عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطتها لتحقيق هدف غير الذي منحت لها من أجله تلك السلطة " و يضيف ذات الأستاذ بأنه للبحث عن عيب الانحراف بالسلطة، يجب بالضرورة البحث عن البواعث التي ألهمت مصدر القرار، و هذا ما يميز الأسباب عن البواعث: فالأسباب تعد معطيات واقعية أو قانونية ، وهي عناصر لها وجودا موضوعيا و التي من شأنها تبرير القرار الإداري و بالعكس من ذلك ، فإنّ البواعث ذات طابع شخصي ، و ناتجة عن النية ، أو ميول مصدر القرار ، و تكشف عن الهدف المتبع <sup>4</sup> .

و من جهة أخرى فلقد كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في إنشاء عيب الانحراف في استعمال السلطة و هذا في نهاية القرن التاسع عشر بعد كل من عيب عدم الاختصاص و عيب مخالفة القانون و عيب الشكل و الإجراءات و أول سلسلة من أحكام القضاء الإداري الفرنسي التي ظهر فيها عيب الانحراف في استعمال السلطة كحالة من حالات عدم شرعية القرارات و الطعن فيها بعدم الشرعية كوسيلة من وسائل دعوى الإلغاء كانت :

- حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 19.05.1858 قضية Vernhes

- حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 25.02.1864 قضية LESBATS <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> -د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 275 .

<sup>2</sup> -د- إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 78 .

<sup>3</sup> -زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 5 .

<sup>4</sup> -لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، " وسائل المشروعية"، دار هوم، الطبعة الثالثة، 2007، ص 300.

<sup>5</sup> -زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 6 .

## الفرع الثاني: بيان خصائص عيب الانحراف بالسلطة .

يمكن حصر خصائص عيب الانحراف بالسلطة كما يلي :

## أولاً : الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف في استعمال السلطة .

وتعني هذه الخاصية أنه يمكن اللجوء إليه إذا لم يوجد عيب آخر، يشوب القرار الإداري و يبرر الفقه السمة الاحتياطية لعيب الانحراف بالسلطة من جانب أول بصعوبة إثبات العيب، بالمقارنة بغيره من العيوب الأخرى المؤدية لإلغاء القرار الإداري ذلك أن العمل المشوب به هو عمل سليم في جميع نواحيه الظاهرة، إلا أن مصدره لم يتوخ الصالح العام أو لم يهدف إلى تحقيق الغرض المحدد للسلطة الممنوحة له ومن ثم فإن إثبات الانحراف باستعمال السلطة يتطلب البحث عن نية مصدر القرار وهو أمر يصعب على القاضي القيام به ، إذ أن يفضل القاضي الإداري أثناء فحصه لمشروعية القرار الإداري البحث عن أخطاء قانونية تمس مشروعية القرار مساساً مباشراً تاركاً عيب الانحراف بالسلطة كحل أخير<sup>1</sup>.

## ثانياً : الصفة الصفة القصدية لعيب الانحراف في استعمال السلطة .

فيرى بعض الفقهاء أن عيب الانحراف باستعمال السلطة هو عيب قصدي فيجب لإلغاء القرار الإداري المعيب أن يعلم رجل الإدارة بخروج قراره عن المصلحة العامة أو يخالف قاعدة تخصيص الأهداف. فهو، يتصل بالنية و القصد و ليس بالنتائج ، و يجب أن يتوافر قصد الانحراف بالسلطة لدى مصدر القرار نفسه و أن تتجه إرادته الحرة إلى الانحراف بسلطته كما يجب أن يتوافر قصد الانحراف بالسلطة لدى الإدارة عند إصدارها لقرارها و قد أكدت المحكمة العليا الإدارية هذا المعنى في قرار لها حيث صرحت أن: "عيب إساءة استعمال السلطة من العيوب القصدية ،قوامه أن يكون لدى الإدارة عند إصدارها للقرار قصد إساءة استعمال السلطة و الانحراف بها ، ولا وجه للتحدى في إثبات هذا العيب بوقائع عامة بعيدة عن الغاية من القرار"<sup>2</sup>.

## ثالثاً : اقتران عيب الانحراف باستعمال السلطة بالسلطة التقديرية للإدارة .

و هذه الخاصية تعني أن هذا العيب يمكن اعتباره عيب في الاختيار ، فالإدارة بدلا من أن تستعمل سلطاتها التقديرية وفق الإطار الخارجي الذي حدده المشرع و تختار الغاية التي يبتغيها المشرع عند منحه إياه هذا الاختصاص ، تسيء الإدارة هذه السلطة و تختار تحقيق غاية أخرى ، فالسلطة التقديرية منحت للإدارة ، بقصد مساعدتها في أداء وظيفتها الإدارية و بناء على هذه السلطة يكون للإدارة أن تعمل وفق ما تقرره هي و حسب رغبتها دون أن تكون ملزمة بالعمل أو الامتناع عن العمل ، كما أن هذه السلطة ليست سلطة مطلقة؛ بل يرد عليها قيد هام هو تحقيق الصالح العام<sup>3</sup> ، وإلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة و ذلك لانحرافها عن هدف تحقيق الصالح العام.

<sup>1</sup> - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة مرجع سابق ، ص 278.

<sup>2</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 9 .

<sup>3</sup> د إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 92 .

رابعا : تعلق عيب الانحراف باستعمال السلطة بركن الغاية في القرار الإداري.

فهو يتحقق إذا انحرفت الإدارة مصدرة القرار عن غاية تحقيق المصلحة العامة ، أو عن الغاية المعنية بالذات بنص القانون ، فهذا العيب هو إذن تعبير عن الانحراف عن غاية القرار الإداري .

و في حالة تعدد أهداف القرار الإداري، يكفي أن يكون أحدها مشروعا حتى يكون القرار سليما، ما لم يكن الهدف المعيب هو الحاسم في إصداره القرار .

و ما تجدر الإشارة إليه أنّ الإدارة مقيّدة في تحديد الغاية من قراراتها ، بغاية عامة يتعين مراعاتها في كل قراراتها و نشاطاتها ، وهي غاية تحقيق المصلحة العامة ، ثم تحقيق الأهداف التي من أجلها أنشئ المرفق و التي يحددها القانون ، فإذا حادت الإدارة عن هذه الأهداف عدّ قرارها مشوّبا بالانحراف في استعمال السلطة ، و لقد دأبت أحكام مجلس الدولة الفرنسي و المصري على تأكيد العلاقة الوثيقة بين ركن الغاية في القرار الإداري و عيب الانحراف بالسلطة<sup>1</sup>.

خامسا : عدم تعلق عيب الانحراف باستعمال السلطة بالنظام العام .

و معنى ذلك أن القاضي لا يُثيره من تلقاء نفسه دون الدفع إليه مباشرة ، و هذا ما أجمع عليه الفقه و القضاء الإداريين على عدم اعتبار عيب الانحراف باستعمال السلطة ، مُتعلّقاً بالنظام العام على عكس عيب الاختصاص ، بمعنى أنّ أمام القاضي لا يتعرض لعيب استعمال السلطة من تلقاء نفسه إلا إذا أثاره الخصم الطاعن في الدعوى ، ويمكن إرجاع ذلك لصعوبة إثبات عيب إساءة استعمال السلطة ، لأنّه عيب يكمن في نوايا و مقاصد مصدر لقرار الإداري لهذا القرار الإداري يوفر على نفسه المشقة و العناء في البحث في نفسية مصدر القرار<sup>2</sup>.

هذا و نشير إلى أن عيب الانحراف بالسلطة يُعد من أصعب العيوب وذلك لأسباب يمكن حصرها في :-  
صعوبة اكتشاف الانحراف و ذلك تعلقه بنية متخذ القرار ، وانه يفضل القاضي ملاحظة انعدام الأساس القانوني ليصرح بان القرار باطل و لا اثر له بدلا من إلغائه لعيب في الانحراف ، و للوصول إلى نية الإدارة استعانة القضاء بما يلي : محتوى نص القرار لمعرفة ما إذا ما حقق هدف مشروعا أم لا ، دراسة الملف دراسة دقيقة ، واستخلاص ذلك من الظروف و الملابسات و استخلاصه من خلال عملية اتخاذ القرار و كیفياتها<sup>3</sup>.

المطلب الثاني : صوره .

و نتناول في المطلب الثاني صور الانحراف بالاستعمال السلطة و ذلك بالتطرق للانحراف عن المصلحة العامة -  
مجانبة المصلحة العامة - ( الفرع الأول ) و الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف ( الفرع الثاني ) .

<sup>1</sup> - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 308 .

<sup>2</sup> - د إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 88 .

<sup>3</sup> - بوحميّدة عطّالله ، محاضرات في منازعات الإدارة ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الجامعية 2008/2009 ، ص 176.-غير منشورة .

## الفرع الأول: الانحراف عن المصلحة العامة .

نطرق فيه صور الانحراف عن المصلحة العامة ، و ذلك بالتطرق إلى الانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة مصدر القرار أو غيره ، و الانحراف بالسلطة انتقاما من الغير و الانحراف بالسلطة لأسباب سياسية و الانحراف بالسلطة بهدف الغش نحو القانون أو تحايلا على تنفيذ الأحكام القضائية .

أولا : الانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة مصدر القرار أو غيره .

إنّ رجل الإدارة كما سبق لنا ذكره يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال قراراته فإذا كان عمله يهدف إلى تحقيق منفعة شخصية أو منعة غيره على حساب الصالح العام فيكون قراره خارجا عن نطاق المشروعية، لكونه مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

و هذه أشع صور الانحراف، فرجل الإدارة الذي يُعين للسهر على تحقيق مصالح الجماعة و حماية المصالح المشتركة لها، ينسى واجبه و يتحلل من قيوده و يسعى للحصول على نفع ذاتي .فيخرج عن نطاق وظيفته و يفقد عمله صفته العامة، ذلك أن كل عمل يجب أن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة<sup>1</sup>.

و قد سار مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة نسبيا على ذات النهج، حيث ألغى قرارا لعمدة بالموافقة على خطة استيلاء البلدية على الأرض التي يملكها هو و عائلته لإجراء تعديل على تنظيمها ، بهدف رفع الحد الأقصى لارتفاع المباني التي يكتها إقامتها عليها ، حيث ثبت أن التعديلات التي اقترحتها العمدة لا يبررها هدف من أهداف الصالح العام ، وأنه قصد بها تحقيق مصلحته الشخصية هو و عائلتهم باعتبارهم مالكين للأرض ، و من ثم انتهى المجلس إلى إلغاء القرار لكونه مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للتطبيقات القضائية الجزائرية ، فلقد قضى مجلس الدولة بتاريخ 19/04/1999 (قضية طيان مكي ضد بلدية أولاد فايت)<sup>3</sup> بإبطال قرار رئيس بلدية أولاد فايت المؤرخ في 20/03/1989 المتضمن بيع قطعة ارض لفائدة السيدة بوسعدي مسعودة ، لأن البلدية خرجت عن الهدف الذي منحت لها بموجب سلطاتها و استعملتها لمصلحة شخص آخر.

و لقد عبّر مجلس الدولة عن عيب الانحراف بالسلطة بعبارة " تحويل السلطة لأغراض شخصية " في قراره المؤرخ بـ 03.05.1999 (قضية بلدية بريكة ضد مكي مبروك)<sup>4</sup> ذلك أنّ رئيس البلدية المذكورة أعلاه قام بمنح قطعة أرضية بموجب مداولة مؤرخة في 04.11.1984 لصالح احد أبنائه، مرتكبا بذلك انحرافا بالسلطة في أن استعمل سلطته ليس لتحقيق الصالح العام، بل لفائدته الشخصية المجسدة في احد أبنائه.

و هو نفس الأمر الذي ذهب إليه مجلس قضاء باتنة بإبطال قرار إداري صادر في 22.03.1987 و محضر المداولة المؤرخ في 26.05.1987 لوجود انحراف بالسلطة و هو القرار الذي أيده مجلس الدولة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 13 .

<sup>2</sup> - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، 338.

<sup>3</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة ، الطبعة الرابعة ، ص 109

<sup>4</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 345 .

<sup>5</sup> - نفس المرجع ، ص 345 .

## ثانيا : الانحراف بالسلطة انتقاما من الغير .

ففي هذه الصورة من صور الانحراف عن المصلحة العام ، يستعمل رجل الإدارة سلطاته القانون الواسعة و الخطيرة و ذلك قصد جذب الأذى للبعض إرضاء لما يمكنه لهم من حقد و كره و حقد ، وهذه الصورة الخطيرة للانحراف بالسلطة تطبيقاتها أكثر ما تكون بالنسبة للموظفين ، وهذا ما نجده حينما ألغى مجلس الدولة الفرنسي ، قرار أصدره رئيس بلدية إحدى المدن و المتضمن تعديل ساعات العمل في مقر البلدية، لأنه لا يهدف إلى تنظيم العمل و تقديم خدمة أفضل للجمهور؛ بل يقصد عدم تمكين سكرتير رئيس البلدية و الذي يعمل معلم ،من مباشرة عمله ، نظرا لارتباطه بالتدريس خلال الساعات المحددة بالقرار ، و قد انتهى المجلس إلى أن قرار فصل سكرتير البلدية بهذا الأسلوب صدر لأسباب شخصية ، لا علاقة لها بالمصلحة العامة ، مما يجعله مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة<sup>1</sup>.

## ثالثا : الانحراف بالسلطة لأسباب سياسية .

القاعدة دائما أن الإدارة محايدة ، وهذا ما نص عليه الدستور الجزائري ( دستور 1996 المعدل و المتمم )<sup>2</sup> في المادة 23 على أنه : " عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون " ، وهذا ما نجده في نص المادة 41 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على انه : " يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة و بدون تحيز " .

ومعنى ذلك أن تكون الإدارة محايدة - كما أسلفنا الذكر - أي أن تكون كذلك فهي لا تهدف إلا لتحقيق المصلحة العامة ، دون أن تتأثر بجهة سياسية أو بدوافع حزبية ، و تتحقق هذه الصورة عندما تصدر الإدارة قرارا لغاية حزبية أو أغراض سياسية بعيدة عن الصالح العام . ومن الأمثلة على هذه الصورة أن تستخدم الإدارة سلطاتها الممنوحة لها لمنع التجمهر بحجة انتشار وباء مثلا ، و هي تقصد في الواقع ، منع اجتماع سياسي معارض للحكومة وقد يستغل رجل الإدارة الاختصاص الموكل إليه ، فيصدر قرارا يستهدف به تحقيق أغراض سياسية ، كما لو يصدر قرارا بفصل موظف لغاية حزبية للاختلاف ميول هذا الموظف ففي مثل هذه الحالة يشوب قرار الإدارة عيب إساءة استعمال السلطة لتحقيقه أغراضا تجانب أغراض المصالح العامة<sup>3</sup>.

وأكد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في أحكام عديدة ، أصدرها مجلس الدولة منذ تاريخ بعيد و نكتفي بالإشارة إلى الأحداث منها عندما قضي بإلغاء قرار عزل موظف بلدي عقابا له لأرائه السياسية و هذا يشكل إحدى صور الانحراف بالسلطة التي يجمع عليها الفقه الإداري<sup>4</sup> .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلقد قضى المجلس الأعلى ، الغرفة الإدارية ، بتاريخ 1970.10.30 برفض إبطال قرار الإدارة الذي عزل موظف و المؤسس على باعث سياسي و ليس على السبب الوظيفي المقحم من طرف

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 344.

<sup>2</sup> - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة الرسمية العدد: 76 ، المؤرخة في : 08 ديسمبر 1996 و المعدل و المتمم بـ: القانون رقم : 02-03 المؤرخ في : 10 أبريل 2002 ، الجريدة الرسمية العدد : 25 ، المؤرخة في : 14 أبريل 2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في : 15 نوفمبر 2008 ، الجريدة الرسمية العدد: 63 ، المؤرخة في : 16 نوفمبر 2008 .

<sup>3</sup> - د إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 144 .

<sup>4</sup> - الأستاذة أميد هنية ، مرجع سابق ، ص 60 .

الإدارة ، وخلاف ذلك قضت المحكمة العليا، بتاريخ 15.09.1991 قضية ب.ع ضد وزير التعليم العالي و البحث العلمي بإبطال قرار رفض إعادة إدماج المدعي في منصب عمله على أساس وجود انحراف بالسلطة<sup>1</sup>.

رابعا: الانحراف بالسلطة بهدف الغش نحو القانون أو تحايلا على تنفيذ الأحكام القضائية .

و علة القضاء بالإلغاء للانحراف بالسلطة ، في هذه الحالة أن رجل الإدارة يتعين عليه، تنفيذ القانون بدقة و وفقا لإرادة المشرع، الذي صاغه، لا طبقا لما يراه هو، فإرادة رجل الإدارة ، يجب ألا يكون لها أي دور في تنفيذ القانون؛ و لأن القاعدة القانونية عامة و مجردة .فالقانون وضع لكي ينفذ بما يحقق مصلحة الجميع، فإذا حُرّف تحقيقا لمصلحة فرد محدد أو فئة معينة، أو الإدارة ذاتها عدّ ذلك انحراف بالسلطة<sup>2</sup>.

أما التحايل على الأحكام القضائية تقوم الإدارة بالتهرب من تنفيذها بطريق غير مباشر و التحايل على قوة الشيء المقضي به ، هو تحايل مستتر حيث أنّ الإدارة تستخدم سلطتها الإدارية و الامتيازات الممنوحة لها في سبيل تحقيق مصلحة تغاير المصلحة العامة<sup>3</sup>.

و إذا كانت القاعدة العامة أن القرار الإداري متى قصد به عرقلة تنفيذ حكم قضائي حائز على حجية الشيء المقضي به، أو التحايل على هذا التنفيذ، عدّ هذا القرار مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة، إلا انه يرد على هذه القاعدة استثناء ومقتضاه أنه إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فورا إخلالا خطيرا بالصالح العام يتعذر تداركه، كتعطيل مرفق مثلا ، فإن القرار الإداري الصادر لتعطيل الحكم في هذه الحالة يعد قرارا مشروعاً إذ يرجح الصالح العام مع مراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، و الضرورة هي تلك الحالة التي تواجه جهة الإدارة و تفاجئها فتجد نفسها أمام خطر داهم أو إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه إلا بإصدار قرار الذي يكون مشروعاً في هذه الظروف و لو كان من شأنه تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو التحايل على هذا التنفيذ<sup>4</sup>.

الفرع الثاني: الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف .

فالفرق بين الانحراف عن المصلحة العامة و الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف انه في حالة الانحراف عن مبدأ تخصيص الأهداف يكون العضو الإداري حسن النية لا يريد إلا تحقيق الصالح العام، و لكن يستخدم ما بين يديه و سائل لا يحق له استعمالها لتحقيق هذه المصلحة العامة.

و معنى ذلك أنّ لكل قرار إداري هدفين، أحدهما مخصص و هو الذي حدده القانون أو يستفاد من طبيعة الاختصاص، و هذا الهدف تختلف درجة تحديده من حالة إلى أخرى، كما أنّ له دائما هدفا عاما و هو المصلحة العامة<sup>5</sup>.

و نميز في الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف حالتين : حالة خطأ الموظف في تحديد الأهداف و الانحراف في الإجراءات .

<sup>1</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 19 .

<sup>2</sup> -د- إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 149 .

<sup>3</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 20 .

<sup>4</sup> -د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 355 .

<sup>5</sup> - نفس المرجع ، ص 358 .

أولاً : حالة خطأ الموظف في تحديد الأهداف .

ولهذه الصورة من المظاهر إذ تظهر في انحراف الإدارة بسلطة الاستيلاء أو استعمالها لسلطتها بقصد فض نزاع مدني أو قيام الإدارة بمنع خدماتها عن أحد المواطنين لإجباره على القيام بتصرف معين .

### (1) الانحراف في استعمال سلطة الاستيلاء :

في كثير من الأحيان ، يمنح المشرع سلطة الاستيلاء على المواد الغذائية أو المواد الأولية أو المساكن في ثناء حدوث أزمة من الأزمات ، سواء كانت أزمات اقتصادية أم أزمات سياسية و ذلك بقصد تحقيق أهداف معينة ، إلا أن الإدارة تُسعى استعمال هذه السلطات المشروعة و تقوم باستعمالها في تحقيق أغراض أخرى وبذلك تكون قد خالفت تحقيق الهدف الذي قصده المشرع لاستعمال سلطة الاستيلاء<sup>1</sup>.

و قد عرّف بعض الفقه الاستيلاء بأنه العملية التي تقوم بها السلطة الإدارية من جانب واحد و بإدارتها المنفردة في مواجهة شخص طبيعي أو معنوي يلتزم هذا الأخير بموجبها بأن يقدم لها أو للغير خدمة معينة أو عقارا معيناً أو منقولاً لاستخدامه أو تملكه و ذلك من أجل إشباع احتياجات طارئة و مؤقتة تتعلق بالمصلحة العامة في ظل الشروط المقررة قانوناً<sup>2</sup>.

### (2) استعمال الإدارة سلطتها في فض نزاع مدني :

إذا كان المشرع قد خص السلطة القضائية ، بالفصل فيما ينشأ بين الأفراد من نزاع ، و حسمه بحكم قضائي تنفيذه يكون ملزم للكافة ، فان محاولة السلطة الإدارية الاضطلاع بهذا الدور ، يجعل ما يصدر عنها من قرارات في هذا الشأن خارجة عن نطاق المشروعية ، مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة و ذلك بالرغم استهدافها الصالح العام<sup>3</sup>.

### (3) منع خدمات الإدارة عن أحد الأفراد لإجباره على إتيان تصرف معين :

على السلطات الإدارية واجب تجاه الأفراد، يتمثل في أداء ما كفله لهم القانون من خدمات شريطة أن تنطبق عليهم شروط استحقاقها، فإن توافرت تلك الشروط فالإدارة ملزمة بأداء الخدمة بلا سلطة تقديرية لها في ذلك، حيث تكون الإدارة قد ارتكبت انحرافاً بالسلطة إن هي امتنعت، أو تباطأت في أداء الخدمة، أيا كان باعثها على ذلك.

فسلوك الإدارة في هذه الحالة يمثل انحرافاً بالسلطة، حتى و لو كان دافع هذا السلوك، الضغط على شخص لإجباره على أداء ما عليه من أموال للدولة<sup>4</sup>.

لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الإدارة حيث استخدمت سلطة الضبط الإداري، لإجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته التعاقدية<sup>5</sup>.

### ثانياً : الانحراف في الإجراءات :

<sup>1</sup> - د- إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق ، ص 175 .

<sup>2</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 25 .

<sup>3</sup> - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 372 .

<sup>4</sup> - نفس المرجع ، ص 374 .

<sup>5</sup> - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 28 .

و تتمثل هذه الصورة في لجوء الإدارة من أجل تحقيق أهدافها إلى استعمال إجراء قانوني بدل الإجراء القانوني الملائم ، و المحدد قانونا من أجل بلوغ نفس الأهداف ، و هذا ليس الأول و تجنب بعض الشكليات و التعقيدات ، أو حرمان المخاطبين به من الضمانات التي نص عليها الإجراء الثاني<sup>1</sup>.

#### - أوجه الانحراف بالإجراءات :

يأخذ الانحراف بالإجراء صوراً مختلفة، فقد تنحرف الإدارة عن الإجراءات المقررة قاصدة من ذلك تحقيق نفع مادي ، كما قد تنحرف الإدارة بالإجراءات و هي بصدد استخدام سلطاتها في مجال تأديب موظفيها أو نقلهم أو فصلهم لإلغاء الوظيفة .

#### (1) الانحراف بالسلطة لتحقيق المصلحة المالية للإدارة :

قد ترغب إحدى السلطات الإدارية المحلية الحصول على موارد مالية لتغطية أوجه إنفاقها المتزايد دون اللجوء إلى الميزانية العامة للدولة، فتقوم بإيجاد مصادر جديدة للإيرادات، أو تزيد من حصيلة المصادر القائمة فعلا، و لا شك أن ابتغاء هذه السلطات زيادة دخلها هدفه تحسين الخدمة التي تؤديها للمواطنين، و هي غاية مشروعة لتماشيا مع الصالح العام ، إلا أنها في سبيل ذلك قد تنحرف بالسلطة المخولة لها ، و ذلك بإتباع أساليب لم يمنحها القانون حق استعمالها ، و ذلك لعلمها بان تلك الوسائل تمكنها من الوصول إلى غايتها<sup>2</sup>.

و لقد منح المشرع للإدارة سلطة الاستيلاء على ما يلزمها من أملاك الأفراد، لتمكن من القيام بواجبها نحو ضمان سير المرافق العامة و تؤدي خدماتها لجمهور المتعاملين معها، و قد تتحليل الإدارة على القانون فتلجأ إلى الاستيلاء المؤقت على عقار ، بينما هي ترغب في الحقيقة نزع ملكيته ، و هدفها من ذلك تحقيق مصلحتها المالية ، لان هذا الاستيلاء لا يحملها الأعباء المالية التي تتكبدها في حالة لجوئها إلى إجراء نزع الملكية ، فالإدارة في الاستيلاء المؤقت لا تلتزم إلا بدفع قيمة الخسائر الناجمة عن هذا الاستيلاء ، كما أن التعويض في نزع الملكية يكون فوراً عكس التعويض في حالة الاستيلاء المؤقت الذي يكون لاحقاً. ومن ثم فإن الإدارة تفضل اللجوء إلى الاستيلاء المؤقت توفيراً للنفقات، و هدف الإدارة هو تحقيق مصلحتها المالية، و هنا يقع الانحراف بالسلطة<sup>3</sup>، أي الإساءة استعمال سلطة الاستيلاء و ذلك باستعمالها في أغراض غير تلك التي حددها المشرع من خلال منحه هذه السلطة . و أكثر الحالات تطبيقاً لهذه الصورة هو لجوء الإدارة المختصة إلى استعمال إجراء الاستيلاء من أجل بناء مرافق عامة بدل إتباع الإجراء القانوني السليم و هو نزع الملكية للمنفعة العامة، قرار المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - الصادر في قراره الصادر في: 1965/07/02 قضية شركة عين فخارين ضد الدولة<sup>4</sup>. كما ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً في قراراتها صدر بتاريخ 23-02-1998 ملف رقم 157362 فريق ق.ع.ب ضد والي ولاية قسنطينة ، أن نزع الملكية لا يكون ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية و التخطيط و تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية ، و لما كان ثابتاً في القضية المعروض عليها أن القطعة الأرضية محل النزاع التي منحت للبلدية قد جزئت للخواص و سمحت لهم

1 - الأستاذ عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية ، جامعة الجزائر ، نسخة معدلة و منقحة طبقاً لأحكام قانون 09/08 جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2009/ ، 2010 ، غير منشورة ص 124.

2 - د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 389.

3 - زياني سفيان ، مرجع سابق ، ص 33 .

4 - الأستاذ عمور سلامي ، مرجع سابق ، ص 124 .



ببناء مساكن فهنا يتبين أنّ الإدارة خرجت عن الهدف المقرر وراء نزع الملكية و بالنتيجة قررت الغرفة إبطال المقرر المؤرخ في 26-12-1989 و المقرر المؤرخ في 25-12-1991 و المقرر المؤرخ في 19-03-1995<sup>1</sup>.

## (2) - الانحراف بسلطة تأديب و نقل الموظفين و فصل موظف :

غني عن البيان أنّ الموظف النشيط يكافئ على نشاطه بالترقية مثلا ، أما الموظف السيئ يعاقب على إساءته بالعقوبة الملائمة ، ولكي تتخذ إجراءات التأديب ضد موظف لابد أن ينسب إليه خطأ أو الذنب إداري اقترفه و يستوجب العقاب و لا يتم توقيع أي عقوبة تأديبية لا من هيئة مختصة و بعد استيفاء الضمانات و الإجراءات المقررة من قبل المشرع<sup>2</sup> ، و بالتالي فإنّ الإدارة حين مخالفتها لهذه الإجراءات يكون قرارها مشوبا بعيب الانحراف باستعمال السلطة .

كما أن نقل الموظفين هو سلطة تقديرية للإدارة و حتى يكون مشروعاً ، يجب إن يكون نابع من الرغبة في تحقق مصلحة العمل و تسيير آدائه ، و رفع مستوى الخدمة التي يؤديها الجهاز الإداري حيث أن القاعدة المسلمة أن للإدارة سلطة نقل موظفيها بهدف تحقيق الصالح العام ، فإذا خالفت هذه القاعدة يكون قرارها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة ، كما أن للإدارة أن تقوم بإلغاء الوظيفة التي لم يعد لها مبرر ، و تقوم في هذه الحالة بالطبع بالاستغناء عن الموظفين الشاغلين لها و لكن إذا كان هذا الحق مقرر للإدارة على سبيل الاستثناء لمقتضيات الصالح العام ، فإنه لا يجوز لها استعمال تلك السلطة للتخلص من الموظفين دون مبرر قانوني أو مبررات شخصية ، كان قرارها مشوبا بالانحراف بالسلطة . و تطبيقاً لذلك ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار للإدارة بفصل موظف لإلغاء الوظيفة في حين أنها كانت تهدف إلى توقيع الجزاء تأديبي حيث ذهب إلى أن " القرار المطعون فيه لا يمثل قرار فصل لإلغاء الوظيفة و لكنه يمثل قرار عزل ، و حيث أن الجهة الإدارية استبعدت الطاعن من وظيفته على نحو غير مشروع ، فإنها تكون قد ارتكبت من طبيعة تبرر قيام مسؤوليتها " <sup>3</sup> .

## الخاتمة .

نستنتج من خلال ما سبق و من خلال دراستنا في بحثنا ركن الغاية في القرار الإداري استنتجنا أن ركن الغاية هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها أو الهدف الذي يستهدف تحقيقه القرار الإداري ، كما انه يجب أن يستهدف متخذ القرار المصلحة العامة و أن لا يخرج عن قاعدة تخصيص الأهداف ، التي حددها المشرع و الجزاء المترتب عن الخروج عن قواعد الهدف ، يكون القرار الإداري مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة و ذلك من خلال التطرق بيان خصائصه و من أهمها عدم تعلقه بالنظام أي أن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه إلا إذا أثاره الخصوم ، و تطرقنا إلى بيان صورته و المتمثلة عن الانحراف عن المصلحة العامة و ذلك من خلال الانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة مصدر القرار أو غيره و الانحراف بالسلطة انتقاماً من الغير ، الانحراف بالسلطة لأسباب سياسية ، و الانحراف بالسلطة بهدف الغش نحو القانون أو تحايلاً على تنفيذ الأحكام القضائية ، و الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف .

<sup>1</sup> -د- عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 170 .

<sup>2</sup> -د- إبراهيم سالم العقيلي ، مرجع سابق 164 .

<sup>3</sup> -د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 432 .

و ذلك بيان صوره حالة خطأ الموظف في تحديد الأهداف و الانحراف في الإجراءات ، أما آثاره فيكون القرار محل طعن بالإلغاء أمام القضاء . و يعتبر عيب الانحراف بالسلطة كآخر عيب يتم التطرق له من طرف القاضي الإداري و مرد ذلك إلى صعوبته .

قائمة المصادر و المراجع المعتمدة :

1/ النصوص القانونية :

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة الرسمية العدد: 76 ، المؤرخة في : 08 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم : 02-03 المؤرخ في : 10 أبريل 2002 ، الجريدة الرسمية العدد : 25 ، المؤرخة في : 14 أبريل 2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في : 15 نوفمبر 2008 ، الجريدة الرسمية العدد: 63 ، المؤرخة في : 16 نوفمبر 2008 .

-الأمر 06 - 03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية ، الجريدة الرسمية العدد 46 ، المؤرخة في : 16 يوليو 2006.

-المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 4 جويلية 1988 ، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 6 جويلية 1988.

2/ الكتب و المؤلفات :

أ - الكتب العامة :

د- بسيوني عبد الغني ، القانون الإداري ، الدار الجامعية ، 1993.

-بوحيدة عطالله ، محاضرات في منازعات الإدارية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الجامعية 2009/2008 غير منشورة .

د- طاهري حسين ، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية ، دار الخلدونية ، للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2007

-الأستاذ عمور سلامي ، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية ، نسخة معدلة و منقحة طبقاً لأحكام قانون 09/08 جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2010/2009 غير منشورة.

-لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الرابعة ، 2006 .

د- ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996.

د- محمد جمال مطلق الذنبيات ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، عمان -الأردن ، 2003.

- د- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، (التنظيم والنشاط)، الطبعة الأولى، لباد، سطيف، 2006،  
- د- نواف كعنان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002.

#### ب / الكتب المتخصصة :

- د- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن الطبعة الأولى 2008 .  
- د - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس، الطبعة السادسة، 1991 .  
- د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 .  
- د - عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007.  
- د- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري، دار هومة، طبعة 2003.  
- حسين بن شيخ آث ملوبا، دروس في المنازعات الإدارية، " وسائل المشروعية"، دار هومه، الجزائر الطبعة الثالثة، 2007.  
- د- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005 .

#### مقالة :

- الأستاذة أميد هنية، عيوب القرار الإداري ( حالات تجاوز السلطة )، مجلة المنتدى القانوني، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، مارس 2008.

#### مذكرة التخرج :

- زياني سفيان، الانحراف في استعمال السلطة كوجه من أوجه الدعوى، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة، العليا، للقضاء، دفعة 2007/2004.

## عقوبة الإعدام بين الشريعة والقانون

### La peine de mort entre la charia et le droit



الدكتور : دغيش أحمد أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بشار - الجزائر-

Email : Ahmed.deghiche@gmail.com

#### ملخص :

يُعتبر حق الحياة وسلامة الجسم البشري من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وأصبح حديثا لهذا الحق عدة مفاهيم تضاف للمفهوم التقليدي، ومنها توفر أسباب الحياة الكريمة، وحماية الإنسان من اعتداء الغير عليه.

نظرا للأهمية القصوى التي يكتسبها هذا الحق شُرعت عقوبة الإعدام عبر القدم إلى يومنا هذا كسلاح أساسي ضد المعتدين على حق الحياة وسلامة الجسم، لاعتبار أن هذا الأخير يعتبر مكملًا للأول، وإحدى مفاهيمه وتطبيقاته، لتُعتبر عقوبة الإعدام في أغلب حالاتها جزاءً من جنس العمل كحالات القتل العمد.

إنّ نظام عقوبة الإعدام يجمع بين أمرين متناقضين، حق حياة الجاني وحق حياة المجني عليه أو حق المجتمع، لذا أصبحت حديثا ولاسيما بعد القرن الثامن عشر ميلادي مثارا للجدل على مستوى الفقه والتشريع والمجتمع الدولي والمنظمات غير الحكومية، وظهر اتجاه حديث على تلك المستويات يطالب بإلغائها كليةً إلا أنّ هناك من يرى بشرعيتها وضرورتها في المجتمع لحمايته من بعض الجرائم الخطيرة.

**Résumé :**

Le droit à la vie ainsi que la sécurité du corps, sont des droits liés à la personne. Et récemment, cette notion s'est élargie pour donner naissance à d'autres définitions en plus de la définition classique. Parmi ces dernière, le droit à la vie eut être défini comme étant " l'assurance de bonnes conditions de vie et la protection de l'individu contre les l'agression des autres ", et étant donné l'importance de ce droit, le recours à la peine de mort fut autorisée et susceptible d'être prononcée contre tous qui commettent des crimes prémédités ou intentionnels.

Cependant, la peine de mort comporte deux éléments contradictoires: le droit à la vie du coupable et le droit à la vie de la victime ou celui de la société; cela suscite bien sûre une vive polémique et à tous les niveaux, entre ceux qui sont contre son application et ceux qui la jugent nécessaire pour préserver la société des méfaits des assassins.

مقدمة :

من ضمن الحقوق التي يتمتع به الشخص في حياته، نجد الحقوق المدنية التي تُقرّر لكل إنسان فيتمتع بها المواطنون والأجانب على السواء كقاعدة عامة، ويطلق عليها الحقوق الطبيعية باعتبارها تثبت لكل شخص طبيعي بصرف النظر عن جنسيته، و البعض يُسمّيها حقوق الشخصية، لأنها تثبت للشخصية الإنسانية أساساً. ومن بين حقوق الشخصية نجد حق الحياة وسلامة الجسم البشري، باعتباره حقاً لصيقاً بالشخصية وأصبح لهذا الحق حديثاً عدة مفاهيم، تضاف للمفهوم التقليدي المتمثل في صيحة الميلاد، أو في أمن الشخص أو القدرة على التنفس، ليشمل كذلك أسباب الحياة الكريمة، وحماية الإنسان من إعتداء الغير عليه، وسوء إستعمال السلطة، وحقه في عدم التعرض للتعذيب، أو لأي شكل من أشكال العقوبات القاسية التي لا تتناسب مع جسامة جرمه.

نظراً للأهمية القصوى التي يكتسبها هذا الحق شرّعت عقوبة الإعدام عبر القدم، واعتُبرت كسلاح أساسي ضد المعتدين على حق الحياة، ليعتبر الجزاء عن طريقها جزاءً من جنس العمل في أغلب الحالات.

إنّ عقوبة الإعدام تعتبر مساساً صريحاً بحق حياة الجاني، و في نفس الوقت تعتبر حماية جزائية لحق حياة المجني عليه، و بالتالي حماية لحق المجتمع ككل، فكان نظام هذه العقوبة جامعاً بين أمرين متناقضين لذا أصبحت حديثاً ولاسيماً بعد القرن الثامن عشر ميلادي مثاراً للجدل، و اختلف الفقه والتشريع بشأن شرعيتها، لينتقل الجدل بعدها إلى مستوى الهيئات الدولية، والمنظمات غير الحكومية، كمنظمة العفو الدولية والبرلمان الأوروبي والجمعية العامة للأمم المتحدة، لتطالب بإلغاء هذه العقوبة.

بينما يرى جانب آخر من فقهاء القانون الجنائي بشرعيتها وفعاليتها في كثير من الجرائم، و بالتالي ضرورة الإبقاء عليها، حيث أصبحت ضرورة إجتماعية لحماية المجتمع من الإجرام، وحماية حق الحياة أساساً، لأنه في كثير من الحالات يتطلب إنقاذ الجانب السليم من البنيان الإجتماعي ضرورة إستئصال الجانب المريض منه، وهذا لا يتحقق إلا

بعقوبة الإعدام، ومن المؤيدين نجد أغلب فقهاء القانون الوضعي، وكذا الشريعة الإسلامية، و الكثير من التشريعات الحديثة التي ما تزال تطبق عقوبة الإعدام كضرورة حتمية إستثنائية ضد نوع خاص من المجرمين.

إنطلاقاً مما سبق سنعالج بحثنا ضمن النقاط الآتية :

- مقدمة.

- أولاً : أسباب عقوبة الإعدام بين الشريعة و القانون.

- ثانياً : الإتجاه المعارض لعقوبة الإعدام.

- ثالثاً : الإتجاه المؤيد للإبقاء على عقوبة الإعدام.

- رابعاً : موقف التشريعات الحديثة و الهيئات الدولية من عقوبة الإعدام.

- خاتمة.

أولاً : أسباب عقوبة الإعدام بين الشريعة والقانون :

إنَّ موضوع الحماية الجزائية لجسم الإنسان، وبالتالي حقه في الحياة، يعتبر من أهم المواضيع التي تُطرح في المجالات والندوات العلمية من أجل مناقشتها، لا سيَّما في وقتنا الحالي الذي يشهد تطوراً ملحوظاً في مجالات مختلفة، وطالما أنَّ جسم الإنسان يعتبر محلاً للحق في الحياة وسلامة الجسم البشري، باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي يُضفي عليها المشرِّع حماية خاصة، بموجب نصوص قانون العقوبات، والتشريعات الجنائية عموماً، فإن المشرِّع الجزائي وغيره من التشريعات الحديثة قرَّرعقوبة الإعدام كحماية جزائية لحق حياة المجتمع ككل، ولفائدة المجني عليه خصوصاً.

بالرغم من الحماية التي يتمتع بها حق الحياة على المستوى التشريعي، أو على مستوى الشريعة الإسلامية، وحتى على الصعيد الدولي، فإن تلك الحماية قد تسقط عنه في بعض الحالات يُسمح بهدر دم الإنسان الذي اعتدى على حق المجتمع في السكينة والاستقرار، وحق أفراد في الحياة وسلامة أجسامهم. أو بسبب أي أضرار أخرى يقدر المشرِّع مدى خطورتها وفتكها بالبنية الأساسية للمجتمع.

إنَّ إعدام المجرم المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الإعدام بإزهاق روحه، لا يُعدُّ من قبيل الإعتداء على حق الأفراد في الحياة، بل يُعتبر حماية لحق حياة باقي الأفراد في المجتمع، لقوله تعالى: "و لكم في القصص حياة ياأولى الألباب لعلمكم تتقون"<sup>(1)</sup>.

وعليه يتضح جلياً بأن تلك الحصانة القانونية و الدستورية المقررة لحق الحياة قد تُرفع عندما يُسيء صاحب الحق في الحياة إستعمال ذلك الحق، ليوّدي به إلى إلحاق الأضرار الجسمانية الخطيرة بالغير، أو ارتكاب أفعال خطيرة تمس سلامة و أمن وصحة المجتمع الذي يعيش فيه، كيفها القانون الجنائي بأنها جرائم خطيرة يعاقب مرتكبها بالإعدام.

(1)- سورة البقرة، الآية178.

من هذا المنطلق سنقوم بعرض موجز لأهم أسباب عقوبة الإعدام في القانون الوضعي، معتمدين على نصوص قانون العقوبات الجزائري، ثم الإشارة إلى أسباب عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية، كما يلي:

### 1- أسباب عقوبة الإعدام في قانون العقوبات الجزائري:

إن عقوبة الإعدام ضرورية لتحقيق العدالة في المجتمع في بعض الجرائم الخطيرة ومواجهة الخطورة الإجرامية بالنسبة لبعض المجرمين الذين يثبت عدم جدوى أساليب الإصلاح و التهذيب معهم، فهي عقوبة إستئصالية تقضي نهائيا على هذا النوع من البشر وتحمي المجتمع من شرهم، لذا كان لزاما على المشرع الجنائي الجزائري في قانون العقوبات، أن يُشرع نظام عقوبة الإعدام لمعالجة تلك الخطورة الإجرامية.

إعتبر المشرع الجزائري عقوبة الإعدام من العقوبات الأصلية : (Peines principales) طبقا لنص المادة 05 منه، وهي عقوبة أصلية مقررة لدرجة الجنايات، سواء تعلق الأمر بالجنايات ضد الشيء العمومي، أو الجنايات ضد الأفراد، وهذا من خلال الباب الأول والثاني، من الكتاب الثالث، في الجزء الثاني من قانون العقوبات.

إن تلك النصوص الجزائية الواردة في هذين البابين تُحدد بوضوح الأسباب الموجبة لتطبيق عقوبة الإعدام على الأشخاص المرتكبين لجرائم أشد خطورة على حقوق المجتمع، سنعالجها ضمن النقاط الآتية:

أ- الجنايات ضد الشيء العمومي : عالج المشرع الجزائري هذا النوع من الجنايات في الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، ويتضمن سبعة فصول، والأهم منها ما ورد في الفصلين: الأول والخامس، حيث له علاقة بموضوع بحثنا، فهي كلها جرائم خطيرة، باعتبارها جرائم تهدد كيان الدولة واستقلالها، سواء بالمساس بمؤسساتها الحيوية، أو بأمنها واستقرارها.

بالنسبة للفصل الأول من الباب المشار إليه في الفقرة الأخيرة، نجد الجنايات والجرح ضد أمن الدولة، و يتكون من 12 مادة تنص على تطبيق عقوبة الإعدام، وتشمل جرائم الخيانة والتجسس الواردة في القسم الأول من هذا الفصل، إبتداء من المادة 61 إلى غاية المادة 64 من قانون العقوبات.

كما نجد عقوبة الإعدام مقررة ضمن القسم الثالث من الفصل الأول الذي يحمل عنوان: الإعتداءات والمؤامرات والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن، وهذا ابتداءً من المادة 77 إلى غاية المادة 81 من نفس القانون، ونفس الأمر بالنسبة للقسم الرابع من هذا الفصل، حيث نجد يتضمن جنایات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة، إبتداء من المادة 84 إلى غاية المادة 87 منه.

أما القسم الرابع مكرر من الفصل الأول، فيعالج الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، إنطلاقاً من المادة 87 مكرر إلى غاية المادة 87 مكرر 10، إلا أن هذه النصوص لا تشتمل كلها على عقوبة الإعدام، بل قرّمعها عقوبات أخرى، وهي السجن المؤقت و السجن المؤبد في بعض السلوكات الجرمية الأقل خطورة على أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات الوطنية<sup>(1)</sup>.

(1)- راجع في هذا نصوص المواد من 84 إلى 87 مكرر 10 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية المؤرخة في: 11-06-1966، العدد: 49.

بينما عالج القسم الخامس من هذا الفصل جنایات المساهمة في حركات التمرد، إبتداء من المادة 88 إلى غاية المادة 90 من قانون العقوبات.

ولالإشارة فإن جرائم أمن الدولة وحركات التمرد تعتبر من أقدم الجرائم التي عرفتها البشرية، فكانت تعرف لدى الرومان مجرمة بيع الوطن وجرائم العداوة ضد الإمبراطورية، وكانت عقوبتها الإعدام أيضا وبطرق بدائية، كقطع الرأس أو بالحرق، أو بإلقاء الجاني أمام الوحوش<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالفصل الخامس من الباب الأول، الوارد ضمن الكتاب الثالث، من الجزء الثاني من قانون العقوبات، فعالج الجنایات والجرح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العمومي، لكن ما يهمنا هنا هو نص المادة 5/148 منه، الواردة في القسم الأول من هذا الفصل تحت عنوان: الإهانة والتعدي على الموظفين و مؤسسات الدولة، وهذا في حالة تأديتهم لوظائفهم أو بمناسبة ذلك، فقد تصل العقوبة ضد الجاني المرتكب لتلك السلوكات الجرمية المشار إليها في هذا القسم إلى عقوبة الإعدام، إذا أدى العنف الممارس ضد الموظف العمومي أو القاضي أو الضابط العمومي إلى موته، وكان قصد الفاعل هو إحداثه<sup>(2)</sup>.

وتكمن الخطورة الإجرامية هنا، من حيث أن الإعتداء على من يمثّلون الدولة هو اعتداء على سلطة الدولة نفسها، فلوترك الجاني دون عقاب، أو خُفّفت عنه العقوبة لكان ذلك سبباً رئيسياً لإضعاف هيبة الدولة و التقليل من إحترامها، بما ينعكس سلبا على إحلال الأمن و النظام فيها.

إنّ الملاحظ على النصوص الواردة في هذا الباب، أنّ المشرّع الجنائي الجزائري إثر التعديلات الأخيرة الواردة على قانون العقوبات، لاسيّما قانون رقم: 06-01، المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(3)</sup>، وكذا القانون رقم 06-23، المتضمن تعديل قانون العقوبات<sup>(4)</sup>، قد عدّل بعض العقوبات من الإعدام إلى السجن المؤبد، ومنها ما عدّل إلى السجن المؤقت، ومن ذلك نص المادتين 197 و 198 من قانون العقوبات الواردتان في القسم الأول، من الفصل السابع المتعلق بتزوير النقود.

كما نجد نص المادة 119 منه قد ألغي نهائيا بموجب قانون 06-01 المشار إليه أعلاه، حيث تخلى قانون مكافحة الفساد عن العقوبات الجنائية واستبدلها بعقوبة جنحية، وهذا على كافة صور جرائم الفساد وعلى جميع الجناة، بصرف النظر عن رتبهم<sup>(5)</sup>، طبقا لنص المادة 29 من قانون 06-01 المشار إليه أعلاه.

(1)- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1971، ص 144.

(2)- تنص الفقرة الخامسة من المادة 148 من قانون العقوبات على أنه "...و إذا أدى العنف إلى الموت و كان قصد الفاعل إحداثه فتكون العقوبة الإعدام".

(3)- راجع القانون رقم 06-01، المؤرخ في: 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية، المؤرخة في: 08/03/2006، العدد: 14.

(4)- راجع القانون رقم 06-23، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في: 20/12/2006، الجريدة الرسمية الصادرة في: 24/12/2006، العدد: 84.

(5)- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، ط07، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص



نلاحظ أيضاً بأن المشرع الجزائري هنا، بدأ يتأثر هو الآخر بالحركة الفقهية والتشريعية الحديثة، وكذا الضغوطات الدولية، بما فيها هيئات المجتمع الدولي المنادية بإلغاء عقوبة الإعدام من التشريعات العقابية الوطنية للدول.

ب- الجنايات ضد الأفراد: تعتبر السلوكات الجرمية التي تشكل جنایات تمس حياة ومصالح الأفراد في المجتمع من أخطر الجرائم أيضاً، وبالتالي كان لزاماً على المشرع الجزائري أن يقر لها عقوبات الإعدام، حيث يعتبر ذلك بمثابة حماية جزائية لحقهم في الحياة أوفى سلامة أجسادهم، طالما أن عقوبة الإعدام لها دورها الفعال في تحقيق الردع العام، باعتبارها تتضمن أقصى قدر من الزجر والإرهاب في النفس البشرية، وعلى هذا اعتبرها الفقهاء المؤيدين لتشريعها بأنها أكثر الوسائل فاعلية في المحافظة على النظام الاجتماعي، فهي تهدد بسلب أهم حقوق الإنسان قاطبة، وهو في نفس الوقت يعتبر حقاً شخصياً أساسياً، ألا وهو الحق في الحياة، ولاشك أن أعلى ما يحرص عليه الإنسان هو حياته، وعليه يكون للتهديد بإنهائها قوة إقناعية هامة تصرف الأفراد عن الإقدام على السلوكات الموجبة لإزهاق أرواحهم، عن طريق عقوبة الإعدام<sup>(1)</sup>.

يرى جانب من الفقه بأن الفكرة المشار إليها في الفقرة السابقة تصدق بصفة خاصة في مجال جرائم القتل العمد، فإذا أيقن الفرد أن سلب حياة الغير سيكلفه فقدان حقه في الحياة، سيدفعه ذلك في أغلب الحالات بصرف التفكير في القتل أو الإقدام عليه<sup>(2)</sup>.

من هذا المنطلق قرّر المشرع الجزائري في قانون العقوبات عقوبة الإعدام في بعض الجرائم الماسة بحياة الأفراد، على الرغم من تخفيف العقوبة إلى عقوبة السجن المؤبد أو عقوبة السجن المؤقت، إثر التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات، فيما يتعلق بمجال الجنايات ضد الأفراد، سواء تعلق الأمر بالجنايات ضد الأشخاص الواردة في الفصل الأول، من الباب الثاني، من الكتاب الثالث، أو فيما يتعلق بالجنايات الواردة في الفصل الثالث، من نفس الباب، الذي يحمل عنوان الجنايات أو الجرح ضد الأموال، وهذا من خلال القسم الثامن منه، تحت عنوان: الهدم و التخريب و الأضرار التي تنتج عن تحويل إتجاه وسائل النقل<sup>(3)</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة للقسم الأول، من الفصل الثالث، المشار إليه أعلاه، حيث عدّل المشرع المادة 351 من قانون العقوبات، لتقرر عقوبة السجن المؤبد بعد ما كانت عقوبتها الإعدام، ضد السرقة المقترنة بتعدد الفاعلين وحمل السلاح في النص القديم.

في حين أبقى المشرع الجزائري على عقوبة الإعدام إذا توفرت أسبابها أو موجباتها، الواردة في الباب الثاني، من الكتاب الثالث، من خلال السلوكات الجرمية الواردة في القسم الأول، من الفصل الأول، المشار إليه سابقاً،

(1)- رمسيس بهنام، علم الوقاية والتقييم، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر التاريخ، ص 241.

(2)- فتوح عبد الله الشاذلي: أساسيات علم الإجرام والعقاب، ط01، منشورات الطلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 400.

(3)- فعلى سبيل المثال نجد المشرع الجزائري إثر التعديل الأخير (قانون 06-23) الوارد على قانون العقوبات قد عدّل المواد: 395 و 396 مكرراً منه، فبعدما كانت تقرّر عقوبة الإعدام على مرتكب تلك الجنايات الواردة في هذه المواد، أصبحت ضمن التعديلات الجديدة تقرّر عقوبة السجن المؤبد، كعقوبة ضد التعدي على الأملاك العامة أو الخاصة بالهدم و التخريب أو الحرق، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى موت شخص أو أكثر.

تحت عنوان: القتل والجنايات الأخرى الرئيسية، وأعمال العنف العمدية من خلال الجزء الخاص بالقتل العمدي مع سبق الإصرار والترصد، وقتل الأصول والتسميم و التعذيب.

وردت تلك السلوكات الجرمية المشار إليها في الفقرة الأخيرة، ضمن المواد: 254، 256، 257، 260، 261، 262، 263 من قانون العقوبات، وتشمل تلك السلوكات الجرمية القتل مع سبق الإصرار والترصد طبقاً لنص المادة 1/261 في نسخها بالفرنسية، حيث جاء النص واضحاً لا غموض فيه بخلاف النص العربي فيحتمل عدة تأويلات لغموض النص بقوله: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل...".

فلا ندري أيّ قتل يقصده المشرع المشار إليه في الفقرة السابقة، هل القتل بالتعذيب كما فسرت ذلك المادة 262 منه، أم القتل بمفهوم المادة 254 منه، وهو إزهاق روح إنسان عمداً، أم القتل بمفهوم المادة 255، حيث تتضمن القتل المقترن بسبق الإصرار والترصد.

يرى بعض الباحثين الجزائريين المختصين في هذا المجال بأن عقوبة القتل مع سبق الإصرار والترصد هو الإعدام، عملاً بمفهوم نص المادة 1/261 من قانون العقوبات في نسخها بالفرنسية إنطلاقاً من عبارة "Tout coupable d'assassinat...est punidemort". وقد عرفت المادة 255 من نفس القانون عبارة: "Assassinat" كآتي: "Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens".

والنصان في النسخة الفرنسية واضحان ولا يثيران أي إشكال على عكس النسخة بالعربية التي تنقصها الدقة ويكتنفها الغموض<sup>(1)</sup>.

كما تشمل عقوبة الإعدام السلوكات الجرمية المتمثلة في قتل الأصول وكذا القتل بالتسميم حسب المادة 261 من قانون العقوبات، من خلال الإعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد أدت إلى وفاته عاجلاً أم آجلاً، من تلك السلوكات الجرمية إرتباط القتل بجناية أخرى أو بجنحة حسب نص المادة 1,2/263 من قانون العقوبات، يضاف إلى تلك السلوكات الجرمية المسببة لعقوبة الإعدام ما ورد في المواد 399، 401، 403 من قانون العقوبات الواردة بشأن الهدم و التخريب والأضرار الناتجة عن تحويل إتجاه وسائل النقل، منها الحريق العمدي المؤدي للموت، وكذلك الهدم وأعمال التخريب العمدية المفضية لموت شخص أو عدة أشخاص طبقاً للمادتين 401 و 403 من قانون العقوبات.

فبالجوء إلى عقوبة الإعدام وفق الحالات السابقة كان بسبب خطورة تلك الجرائم ووحشيتها، وفتكها بالمجتمع، كما أن الإصلاح و التهذيب لا ينفع مع هذا النوع من الجناة لخطورة تكوينهم الإجرامي، فيصبح الإستئصال ضرورة حتمية في المجتمع. مع ملاحظة أنّ المشرع الجزائري قد تنازل عن كثير من عقوبات الإعدام واستبدلها بعقوبات أخرى كالسجن المؤبد أو السجن المؤقت، ومنها من استبدله بعقوبة جنحية، وهذا تأثراً بالمواقف الفقهية الحديثة، والدولية المنادية بإلغاء عقوبة الإعدام.

(1)-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، ج 01، ط 07، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 28.

إنَّ المشرّع الجزائري يكون بهذه التعديلات قد أخذ موقفاً وسطاً بين المؤيدين و المعارضين لعقوبة الإعدام، وبالتالي أخذ بالاتجاه الثالث الذي يرى بتضييق وتحديد مجال عقوبة الإعدام بدل إلغائها كلية، أو إبقائها في مجالات واسعة، كما سنرى في هذا البحث.

## 2- أسباب عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية: نوجز هذه الأسباب كما يلي :

أ- جرائم القصاص المعاقب عليها بالإعدام : تقررت عقوبة الإعدام أو القصاص بالقتل ضد القاتل العمد لأنه يمس بحق من حقوق الله تعالى التي وهبها لعباده، ألا وهو حق الحياة، فهذه العقوبة تتلاءم وجريمة القتل، لأنها تقوم على مبدأ المماثلة بين فعل الجاني والعقوبة المقررة لهذا الفعل، لقوله تعالى: " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسِّنُّ بالسِّنِّ، والجروح قصاص...." (1).

ويقول تعالى أيضا: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان" (2)، وقوله تعالى: " ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون" (3). إضافة إلى نصوص السند النبوية الشريفة في هذا المقام وهي كثيرة لا يسعنا المقام لذكرها. فالقصاص بإعدام القاتل في الإسلام فيه حماية حقيقية لحق كل فرد في الحياة الكاملة الهادئة المطمئنة التي تطيب فيها النفوس وتطمئن القلوب (4).

## ب- جرائم الحدود المعاقب عليها بالإعدام :

من مجموع الجرائم السبعة المعاقب عليها من طرف الشارع الحكيم، نجد أربعة جرائم معاقب عليها بالإعدام، وهي: جريمة الردّة، ويقصد بها الخروج عن الإسلام بعد إعتناقه أو إتباعه (5)، وتعتبر من الجرائم الماسة بكيان الدولة الإسلامية، لأنَّ فيها سخرية وعبثاً بالدين الإسلامي. والجريمة الثانية المعاقب عليها بالإعدام، هي جريمة البغي، والبُغاة هم جماعة من المسلمين يُخالفون الإمام الذي ثبتت إمامته في غير معصية، و يغالبونه ولو تأويلا (6)، فالباغية يحاول تقسيم صفوف المسلمين وإضعاف الدولة، لذا يتم دعوتهم لصفوف المسلمين والتوبة، فإن لم يرجعوا عن بغيهم أعدموا. والجريمة الثالثة المعاقب عليها بالإعدام، تتمثل في جريمة الحُرابة، وهي قطع الطريق من طرف العصابات، لأجل سرقة أموال عابري السبيل، باستعمال العنف أو القوة، وحتى ولو كان الهدف منها ترهيب المارة فقط دون قصد أخذ أموالهم.

إنَّ جريمة الحُرابة تحدث عادة في أماكن بعيدة عن العمران وغير أهلة بالسكان بقطع الطريق عن المسافرين ونشر الرعب فيهم وأخذ أموالهم عادة، وعقوبة فاعلها في الإسلام تكون بناء على النتيجة، فمن قتل ولم يأخذ المال

(1)- سورة المائدة، الآية 47.

(2)- سورة البقرة، الآية 177.

(3)- سورة البقرة، الآية 178.

(4)- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 302.

(5)- عبود السراج، التشريع الجنائي المقارن في الفقه الإسلامي و القانون السوري، ج 01، المطبعة الجديدة، دمشق، 1976، ص 336.

(6)- توفيق علي وهبة،، الجرائم و العقوبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة علط للنشر والتوزيع، 1983، ص 153.

فعقوبته القتل، ومن قتل وأخذ المال فعقوبته القتل والصلب، ومن أخذ المال ولم يقتل، يُقطع من خلاف، بقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ومن أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ المال فيعاقب بنفسه<sup>(1)</sup>.

أما الجريمة الرابعة المعاقب عليها إعداماً، فتتمثل في جريمة الزنا إذا كان الجاني مُحصناً، لأنها تمس كيان الأسرة وهي نواة الدولة، إضافة إلى أن الجاني متزوج وليس له أي عذر يجعله يرتكب هذه الفاحشة المحرمة شرعاً، وهي مقررة بالسنة النبوية الشريفة، حيث يُرجم الفاعل حتى الموت، ودليل تقرير هذه العقوبة، قوله عليه السلام: "لا يجل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقَتْل نفس بغير نفس"<sup>(2)</sup>.

### ج- الإعدام عن طريق التعزير:

ويُلجأ للتعزير مما لا نص فيه في جرائم القصاص، ولا في جرائم الحدود، فلولي الأمر اللجوء لعقوبة الإعدام بالنسبة لبعض الجرائم التي يقدر خطورتها على أمن المجتمع الإسلامي واستقراره، منها: جريمة التجسس عند المالكية إذا كان تجسُّسه للعدو على المسلمين، أو اعتاد على التجسس ورتب أضراراً للأمة بفعله<sup>(3)</sup>. وكذلك اللواط لمن اعتاد على ذلك، على رأي أبو حنيفة، رغم اختلاف الصحابة والتابعين حول عقوبة جريمة اللواط<sup>(4)</sup>، وكذلك الإبتداع في الدين المؤدي للكفر عند بعض الفقهاء قد يوجب عقوبة الإعدام تعزيراً<sup>(5)</sup>، وعند المالكية يُستتاب وإلا أُعدم<sup>(6)</sup>، وتُنَفَّذ عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية على المحكوم عليه علناً تحقيقاً لوظيفتها في الردع العام.

### ثانياً: الإتجاه المعارض لعقوبة الإعدام:

نتيجة لشدة قساوة هذه العقوبة انقسم الفقه في القانون بين مؤيد ومعارض لها، لا سيما بعد القرن الثامن عشر ميلادي، وهي الفترة الزمنية المصاحبة لظهور الحركات المدنية والفقهية المطالبة بضرورة احترام حقوق الإنسان، وكذا ميلاد الكثير من الهيئات الدولية والمنظمات الغير حكومية المتخصصة في مجال حقوق الإنسان. كما لم يقتصر الأمر بالمطالبة بإلغاء هذه العقوبة على رجال القانون والهيئات الدولية، بل تجاوز ذلك إلى الأدباء والعلماء والفلاسفة ورجال الدين من غير المسلمين، وهذا الإتجاه المعارض للعقوبة يتزايد أنصاره ويُلَاقِي قبولاً في التشريعات الوضعية، وتأييداً في المؤتمرات الدولية<sup>(7)</sup>.

(1)- محمد نعيم فرحات، شرح القسم الخاص في التشريع الجنائي الإسلامي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 76.

(2)- رواه البخاري في صحيحه، ورواه الترمذي في سننه، وكذلك أبو داود في سننه، والدارمي في كتاب الحدود.

(3)- أحمد ابن تيمية، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، قصر الكتاب، الجزائر، ص 111.

(4)- ابن قدامي المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 161.

(5)- ابن عابدين محمد أمين ابن عمر، ردُّ المختار على الثر المختار، ج03، دار الكتب العلمية، لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 306.

(6)- النفراوي المالكي، أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، ص 218.

(7)- الملاحظ أن الأنظمة الخاصة بالمحاكم الجنائية الدولية لا تُقرُّ عقوبة الإعدام بالنسبة لمن يرتكبون أخطر الجرائم الدولية، والتي هي موضوع إهتمام المجتمع الدولي مثل جرائم إبادة الجنس البشري، وجرائم الحرب البشعة، والجرائم ضد الإنسانية، ولذلك لم يأخذ نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة الصادر في: 1998/07/17 بعقوبة الإعدام في خصوص الجرائم الدولية، راجع في هذا، فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 403.

سنوجز حجج الإتجاه الفقهي المعارض كالاتي :

1- تُعدُّ عقوبة الإعدام عقوبة غير شرعية، لأنَّ مصدر حق الدولة في توقيع العقاب على أفرادها هو العقد الاجتماعي، وأنه من غير الممكن أن يكون الفرد قد تنازل بمقتضى هذا العقد للدولة عن حقه في الحياة، لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتالي ليس له حق التنازل عنه، يُضاف إلى ذلك أنَّ المجتمع ليس من حقه سلب حياة الفرد، لأنه ليس هو الذي يمنح الحق في الحياة، وبالتالي فالدولة ليس من حقها أن تسلب أفرادها ذلك الحق، طالما اعتُبر حق الحياة هبة ربانية وليس هبة من الدولة.

كما أن الدولة باعتبارها تملك سلطة منع الأفراد من ارتكاب جرائم القتل، وقد حددت عقوبات صارمة لذلك، فكان من الأجدر بها أن لا تقوم هي باقتراف القتل<sup>(1)</sup>.

يرى هذا الاتجاه الفقهي المعارض بأنَّ عقوبة الإعدام تُعدُّ بمثابة قتل من الدولة ضد أفرادها، كل ما هنالك أن القانون هو الذي ينظم هذا القتل، والمقتول ما هو إلا شخص ضعيف أمام الدولة، ومن الممكن أن تكون شخصيته قد تغيرت عمَّا كانت عليه عند اقترافه لجريمته<sup>(2)</sup>.

لكن يرى جانب من الفقه الحديث بأن المجتمع يسلب حقوقاً أخرى للجنة عن طريق العقوبة، وهي الأخرى حقوق أساسية، ولا معنى للحياة بدونها، مثل الحق في الحرية، ومع ذلك فإن الحرية ليست هبة من المجتمع، ولو سلمنا بهذا القول لنفينا حق المجتمع والدولة في توقيع العقوبة ضد الجناة، فالمجتمع لا يهب الفرد أي حق من حقوق الإنسان، فهي حقوق أولية سابقة على وجود المجتمع.

يُعتبر حق الدولة في العقاب ضرورة اجتماعية لحماية المجتمع من الإجرام، وكل عقوبة تُحقق هذه الغاية فهي مشروعة، ما دامت لا تتعارض مع الشعور العام بالعدالة<sup>(3)</sup>.

2- إن عقوبة الإعدام عقوبة قاسية تتسم بالبشاعة والوحشية، وتؤذي الشعور العام الذي يفزع من قسوة العقوبات، ويتأذى إحساسه من توقيعها. لكن يرى جانب هام من الفقه القانوني الحديث أن الشعور العام لا يفزع من توقيع العقاب بقدر ما يفزع من الجريمة التي أدت إلى هذا العقاب، وأن الفزع من الجريمة لا يتحول إلى أمن إلا إذا طبقت بالفعل عقوبة الإعدام.

وفي هذا السياق إنتقد احد الباحثين المبرراً الأخير، من خلال القول بأن عقوبة الإعدام تفزع الشعور العام، فهو يرى بأنَّ ذلك القول لا يصدر إلاَّ من مفكر فيلسوف مرهف الإحساس يتأذى من قسوة العقاب، وليس من بشاعة الجريمة التي أدت إليه، ومن ثم لا يعبر عن الشعور العام لكل أفراد المجتمع<sup>(4)</sup>.

(1)- فتوح عبد الله الشاذلي، علم العقاب، دار الهدى، مصر، 1993، ص 112.

(2)- محمود مصطفى محمود، شرح قانون العقوبات المصري (القسم العام)، ط 10، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983، ص 565.

(3)- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص 404.

(4)- لوحظ من استطلاعات الرأي العام في فرنسا، أنَّ غالبية ثابتة لا تؤيد إلغاء عقوبة الإعدام التي تُطمئن الأفراد وتُشبع لديهم رغبة الانتقام من الجناة في الجرائم البشعة، راجع في هذا. فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص 404.

3- تُعدُّ عقوبة الإعدام عقوبة غير قابلة للتجزئة حسب الظروف الخاصة بالجاني أو الظروف المحيطة بارتكاب الجريمة، فالقاضي يكون عليه إما الحكم بهذه العقوبة على إطلاقها أو يتركها نهائياً، الأمر الذي يجعله يتوقف كثيراً للبحث في الوقائع المعروضة عليه، حتى يتأكد من سداد حكم الإعدام، مما قد يُطيل الفصل في هذه القضية، وبالتالي تعطيل سير مرفق العدالة<sup>(1)</sup>.

4- إن عقوبة الإعدام لا تحقق أهداف الدولة في العقاب وأهمها الإصلاح والتهديب وتأهيل المحكوم عليه.

5- هناك حجة أخرى وفحواها عدم وجود تناسب بين عقوبة الإعدام وأي نوع من الجرائم التي قد يقترفها الجاني، لأن الأذى الذي قد يلحقه الجاني بالمجتمع لا يتناسب والأذى الذي يلحقه المجتمع بالجاني، فالجريمة المقترفة من الجاني لا يمكنها مطلقاً أن تؤدي إلى زوال المجتمع في حين أن عقوبة الإعدام تقضي على الجاني وتؤدي إلى زواله نهائياً<sup>(2)</sup>.

ونحن نرى بأن التناسب الذي يريده أنصار هذا الاتجاه لن يحصل مطلقاً، طالما يقارنون زوال المجتمع برمته بزوال فرد واحد، وإن هذه الحجة لتُعبّر عن سذاجة وقلّة تفكير قائلها، لأنه من غير المعقول أن يُسمح بإبادة مجتمع بأكمله من طرف مجرم واحد، حتى يتحقق هذا التناسب في نظرهم، وبالتالي نطبق عقوبة الإعدام في حق هذا الجاني!، فكيف نقايض أمة بأكملها بفرد واحد؟!.

6- في حالات عقوبة الإعدام يستحيل إصلاح الخطأ القضائي بعد فوات الأوان بتنفيذ الإعدام فعلاً، ولا شك بأن العدالة تتأذى إذا ما أُدين البرئ بسبب جريمة لم يرتكبها، ويكون الأذى أشدّ بأساً إذا نُفذ حكم الإعدام واتضح بعدها براءة المنفذ ضده هذا الحكم، وأن هذا الأمر متصور حصوله لأن البشر معرضون للأخطاء<sup>(3)</sup>.

يرى محمد أبو زهرة في تقييمه ورده على أنصار هذا الاتجاه المعارض لعقوبة الإعدام، بأن هذا الاتجاه يعتبر من أهل الجاهلية، على أساس أنهم يرافون بالجاني وينسون الدم الذي أريق ظلماً وعدواناً، فهم يرافون بالمعتدي ولا يرافون بفريسته، كأنه بموته أصبح لا حقوق له، فكان الخطاب بقوله تعالى: " يا أولى الألباب " دعوة للتفكير في مصلحة الجماعة بدل التفكير بالمجرم المعتدي، لأن الدولة إذا لم تقم بالقصاص قام الثأر والانتقام الجاهلي بدل القصاص الشرعي، وحل الظلم محل العدل، وإن الذين يفكرون في الجاني وينسون المجني عليه وأوليائه، والجماعة التي تعيش معه أنظارهم قاصرة قليلة تخصُّ ولا تعم<sup>(4)</sup>.

(1)- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط 04، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر التاريخ، ص 807.

(2)- محمود مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 565.

(3)- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المرجع السابق، ص 264.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 436.

(4)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 303.

## ثالثا: الاتجاه المؤيد للإبقاء على عقوبة الإعدام:

يؤيد فريق من المفكرين والفقهاء الإبقاء على عقوبة الإعدام في التشريع الجنائي، ويستندون إلى حجج منها:

**1- فاعلية عقوبة الإعدام لمواجهة الخطورة الإجرامية:** وهذا بالنسبة لبعض المجرمين الذين ثبت عدم جدوى أساليب الإصلاح والتهديب معهم، فهؤلاء الجناة لا أمل في إصلاحهم وإعادة إدماجهم في المجتمع، فلا يمكن تصور عقوبة أخرى تتساوى معها في تحقيق هذا الهدف بالذات، من أجل ذلك نادى أنصار المدرسة الوضعية بالإبقاء على عقوبة الإعدام كوسيلة لتحقيق الدفاع الاجتماعي، فضرورة إنقاذ الجانب السليم من البنيان الاجتماعي تُحتم بتر واستئصال الجانب المريض منه<sup>(1)</sup>.

**2- إن عقوبة الإعدام عقوبة شرعية:** تستمد شرعيتها من مختلف الأديان السماوية التي اتفقت كلها على أهمية هذه العقوبة وضرورتها<sup>(2)</sup>.

**3- دور عقوبة الإعدام في تحقيق الردع العام:** فهي تحمل في طياتها نوعا من التخويف والترهيب في النفس البشرية، لذلك فهي تقنع الفرد المقبل على الإجرام بالعدول عن تلك الأفكار الشريرة المؤدية لإلحاق الأذى بالمجتمع وزرع الرعب والهلع فيه. فتقريرها في التشريعات الحديثة يحقق الأثر المانع قبل توقيعها على الجاني مرتكب الفعل الجرمي الخطير، باعتبارها تنذر الأفراد بسوء عاقبة مرتكب الجريمة الخطيرة في المجتمع، ليتجنبوا السلوك الذي يعرضهم لمثل ما حل بالجاني من عقاب شديد، فتطبيق هذه العقوبة يحمل معنى الزجر العام، ويحقق هدفا من أهداف سياسة العقاب.

يرى فقهاء القانون الجنائي، أنه مما يساعد على العنف وعلى التمادي فيه للفتك بالأرواح والإطاحة بحياة الناس، التيقن من أنه لا مشنقة في الأمر ولا مقصلة<sup>(3)</sup>.

**4- صعوبة إيجاد بديل لعقوبة الإعدام يؤدي دورها في السياسة الجنائية:** وهذا راجع لأهمية الحق محل هذه العقوبة، ألا وهو حق الحياة، وهو حق لا يضاويه في الأهمية غيره، إلا أن بعض الدول كما أشرنا سابقا استبدلت عقوبة الإعدام بالسجن المؤبد، كما فعل المشرع الجزائري إثر التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات في بعض الجرائم الخطيرة الموجبة لعقوبة الإعدام، لكنه أبقى على هذه الأخيرة في بعض الجرائم الخطيرة الأخرى، لاسيما تلك المؤدية لإزهاق الأرواح عمداً مع توفر ظرف مشدد على الأقل، كما هو وارد في المواد من 254 إلى غاية 263 مكرراً من قانون العقوبات الجزائري.

**5- الفائدة الاقتصادية لعقوبة الإعدام:** يرى فريق من المؤيدين لعقوبة الإعدام أنها عقوبة غير مكلفة اقتصادياً، فلا يستغرق تنفيذها غير برهة يسيرة، في حين يكلف تنفيذ سلب الحرية وتنفيذ برامج الإصلاح داخل السجون نفقات مالية باهظة من بناء السجون، وجاهزيتها وحراستها، وإطعام وإيواء السجناء، وكل ما يتعلق ببرامج التهديب وإعادة التأهيل والإصلاح. يضيف بعض الباحثين في هذا المجال تكاليف أخرى تعتبر أثراً لإلغاء عقوبة

(1)- راجع في هذا، فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص 399.

(2)- علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون ذكر التاريخ، ص 261.

(3)- نقله: فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، هامش، ص 400.

الإعدام عند المعارضين لها، ومنها أنه بعد الإلغاء سيطلب الأمر مضاعفة رجال الشرطة لحفظ النظام العام<sup>(1)</sup>، لإحساس أفراد المجتمع الذين لهم ميل للإجرام بتسامح القانون وليونته معهم بعد ارتكاب الجرائم الخطيرة، فيكون دافعاً لهم لاقتراف جرائمهم.

إن الرأي الراجح عقلاً ومنطقاً وفقها في نظرنا، هو الاتجاه الثاني المؤيد لتوقيع عقوبة الإعدام على الجرائم الخطيرة، لاسيما جرائم إزهاق الأرواح عمداً، وجرائم التعذيب والتنكيل بالأفراد، وبخاصة الجناة الذين احترقوا الإجرام واستمروا فيه دون توبة أو توقف. ويُسْتَحْسَن عدم التوسع في فرض عقوبة الإعدام في جرائم أخرى غير الماسة بأرواح الأفراد وحقهم في الحياة وسلامة أبدانهم، لنأخذ موقفاً وسطاً بين المؤيدين لتطبيق عقوبة الإعدام في كل الجرائم الخطيرة، سواء ما تعلق منها بجرائم الأشخاص أو الأموال، وبين المنادين بإلغاء هذه العقوبة نهائياً من التشريعات الحديثة.

#### رابعاً: موقف التشريعات الحديثة والهيئات الدولية من عقوبة الإعدام :

بعد عرض أسباب عقوبة الإعدام بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، خصوصاً في الفرع الأول من بحثنا، انتقلنا بعدها إلى عرض حجج الاتجاهات الفقهية والفكرية المعارضة لتطبيق هذه العقوبة من خلال الفرع الثاني، ثم حجج الاتجاه المؤيد لها في الفرع الثالث، وأما في هذا الفرع فنتناول موقف الدول الحديثة من خلال تشريعاتها بشأن تطبيق عقوبة الإعدام، ثم نُحْتَمِ بِبَحْثِنَا بِعَرْضِ مَوْقِفِ هَيْئَاتِ الْمُجْتَمَعِ الدَوْلِيِّ مِنْ تَشْرِيعِ وَتَطْبِيقِ هَذِهِ الْعُقُوبَةِ، وَهَذَا كَمَا يَلِي :

#### 1- موقف التشريعات الحديثة من عقوبة الإعدام :

سنحاول بإيجاز إبراز مختلف تشريعات بعض الدول المؤثرة في المجتمع الدولي بين الشرق والغرب، والإشارة إلى بعض الدول العربية كذلك كما يلي :

أ- الولايات المتحدة الأمريكية: ألغت بعض الولايات عقوبة الإعدام، في حين أبقت ولايات أخرى على تلك العقوبة، ومن قامت بإلغائها أعادتها ثانية بعد تزايد معدلات الإجرام فيها، وفي سنة 1972 قررت المحكمة العليا في نيو جيرسي عدم دستورية عقوبة الإعدام، إلا أن بعض الباحثين المعاصرين يرى بأن الاتجاه الداعي لإلغاء عقوبة الإعدام ستقبل حِدَّتَهُ ظَاهِرِيًّا عَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ بَعْدَ أَحْدَاثِ 2001/09/11 فِي الْوَلَايَاتِ الْمُتَّحِدَةِ الْأَمْرِيكِيَّةِ<sup>(2)</sup>.

ب- فرنسا: قُرِّرَتْ عُقُوبَةُ الْإِعْدَامِ عَلَى نِطَاقٍ وَاسِعٍ قَبْلَ الثَّوْرَةِ الْفَرَنْسِيَّةِ، ثُمَّ خُفِّفَتْ تَدْرِيْجِيًّا ابْتِدَاءً مِنْ قَانُونِ 1791 مَتَأَثِّرًا بِأَفْكَارِ الْمَدْرَسَةِ التَّقْلِيدِيَّةِ الْمُنَادِيَّةِ بِهَذَا التَّخْفِيفِ، ثُمَّ صَدَرَ قَانُونُ 1810 وَزَادَ مِنْ عَدَدِ الْجَرَائِمِ الْمَعْقُوبِ عَلَيْهَا بِالْإِعْدَامِ خُرُوجًا عَنِ الْفِكْرِ السَّابِقِ، ثُمَّ أُلْغِيَتْ عُقُوبَةُ الْإِعْدَامِ فِي الْجَرَائِمِ السِّيَاسِيَّةِ فِي سَنَةِ 1848، وَظَلَّتْ عُقُوبَةُ الْإِعْدَامِ مَوْجُودَةً فِي التَّشْرِيعِ الْفَرَنْسِيِّ رَغْمَ قِلَّتِهَا، إِلَى أَنْ أُلْغِيَتْ بِقَانُونِ 1981/10/09 فِي جَمِيعِ الْجَرَائِمِ، وَصَدَرَ

(1)- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، نفس المرجع، هامش، ص 402.

(2)- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص 408.



بعد ذلك قانون العقوبات الفرنسي الجديد سنة 1992 وكان هو الآخر خاليا من عقوبات الإعدام، حيث استُبدلت بالسجن المؤبد والمؤقت في بعض الجرائم الخطيرة.

ج- إنجلترا: كان الإلغاء جزئيا في البداية، حيث احتفظ القانون الصادر سنة 1957 بعقوبة الإعدام في ثلاث حالات: القتل المرتكب لتسهيل سرقة، أو باستعمال سلاح ناري، أو إذا كان المجني عليه من رجال الشرطة أو الإدارة العقابية، لكن صدر قانونا بريطانيا بعدها سنة 1964، ليلغي هذه الاستثناءات، واحتفظ بعقوبة الإعدام للقتل العمد، ثم صدر قانون 1965 ليلغي عقوبة الإعدام، ولكن بعد عرض الأمر على البرلمان الإنجليزي بعد انتهاء فترة انتقالية مدتها 05 سنوات. في سنة 1970 أكد البرلمان الإنجليزي إلغاء عقوبة الإعدام ليتأكد الإلغاء النهائي في جميع الجرائم سنة 1998 بريطانيا<sup>(1)</sup>.

د- مصر: قرّرت عقوبة الإعدام بالنسبة لمجموعة من الجرائم الخطيرة أهمها: القتل العمد، والجرائم الماسة بأمن الدولة واستقلال البلاد، ومنها كذلك الحريق العمد إذا نشأ عنه موت شخص، وشهادة الزور المؤدية لتنفيذ حكم الإعدام ضد شخص معين.

والعقوبة لا تنفذ علنا في مصر مثل باقي معظم الدول العربية التي تأخذ بعقوبة الإعدام، وتنفذ داخل السجن ويحضرها عدد محدود من الأشخاص عن طريق الشنق، بخلاف المملكة العربية السعودية فتنفذ عقوبة الإعدام علناً بعد صلاة الجمعة أمام المسجد الكبير في ميدان عام، ويحضر المصلون التنفيذ، ثم يُذاع مساء يوم التنفيذ في وسائل الإعلام بيان من وزارة الداخلية، متضمنا الوقائع المنسوبة إلى المحكوم عليه، والإجراءات المتبعة حتى تنفيذ حكم الإعدام عليه، ويحصل التنفيذ بواسطة السيف في هذا البلد<sup>(2)</sup>.

هـ- موقف تشريعات أخرى: نجد كثيرا من التشريعات الغربية الأخرى من ألغت عقوبة الإعدام من قوانينها، نذكرها باختصار وهي: إيطاليا، حيث عرّف هذا البلد تذبذبا مثل كثير من بلدان العالم في تقرير وإلغاء عقوبة الإعدام، ولا يزال هذا التردد مستمرا إلى يومنا هذا، فنجد بأن إيطاليا ألغت عقوبة الإعدام في سنة 1899، لتعاد ثانية في سنة 1930، ثم تلغى نهائيا في كافة الجرائم سنة 1994، وفي نيوزيلندا، ألغيت العقوبة سنة 1941، وأعيدت في سنة 1950، وألغيت مرة أخرى في سنة 1961، وفي الاتحاد السوفياتي سابقا ألغى الإعدام سنة 1947، لكنه أُعيد تدريجيا بالنسبة لبعض الجرائم، مثل التجسس والرشوة، والقتل المقترب بظروف مشددة، والاعتصاب. وفي السويد ألغيت عقوبة الإعدام سنة 1921، ماعدا بعض الاستثناءات، وتقرر الإلغاء التام للعقوبة سنة 1972. والأمر كذلك بالنسبة لسويسرا حيث ألغت عقوبة الإعدام سنة 1992 نهائيا، وكذلك ألمانيا سنة 1994، وألغتها

(1)- ومع ذلك تشير استطلاعات للرأي في بريطانيا أن هناك حركة معاصرة قوية من الرأي العام، تتنادي بإعادة عقوبة الإعدام في الجرائم الخطيرة على المجتمع، والأمر كذلك في باقي الدول الأوروبية كفرنسا، راجع في هذا، فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص 409.

(2)- نقله: فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، نفس المرجع، ص 407.

(3)- نذير بومعالي، حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 2005، ص 99.

كندا نهائيا سنة 1998، وإسبانيا سنة 1995، وبلجيكا سنة 1996، وجنوب إفريقيا سنة: 1997، وأوكرانيا سنة: 2000<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة بأنه إلى جانب الدول التي ألغت عقوبة الإعدام، نجد دولاً أخرى، لاسيما العربية والإفريقية والإسلامية منها، ما زالت تُقرّ عقوبة الإعدام في قوانينها، وهي التي كانت تنادي في المحافل الدولية بضرورة الإبقاء على هذه العقوبة لضرورتها في المجتمع، من أجل مواجهة الخطورة الإجرامية لبعض الجرائم. وكانت تلك الدول سببا أساسيا في عدم إقرار مشروع: 1990/09/04 المقترح من بريطانيا، المتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام، في إطار المؤتمر الثامن لهيئة الأمم المتحدة المنعقد بتاريخ: 1990/06/24، والمتعلق بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، وقد كان عدد الدول المعارضة لهذا المشروع والمؤيدة لتطبيق عقوبة الإعدام 29 دولة عربية وغير عربية، منها: (الأردن، اليمن، الجزائر، إيران، الصين، السعودية، اليابان، الهند، باكستان، كوريا، عمان، سوريا، غينيا، الكونغو، ماليزيا، مالي، ألبانيا...)<sup>(2)</sup>.

**2- موقف الهيئات الدولية من تشريع عقوبة الإعدام:** من ضمن الهيئات الدولية نجد المنظمة الإنسانية الدولية المتمثلة في منظمة العفو الدولية<sup>(3)</sup>، حيث جعلت من ضمن أهدافها بعد نشأتها السعي لإقناع الدول على إلغاء عقوبة الإعدام، حيث جاء في القانون الأساسي لهذه المنظمة تحت عنوان: الهدف، المادة الأولى/فقرة ج ما يلي: " العمل بكل الوسائل المناسبة على مقاومة فرض وتنفيذ عقوبة الإعدام أو التعذيب أو غيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية...".

في إحدى وثائق منظمة العفو الدولية وردت الحجج المناهضة لعقوبة الإعدام منها: 1- إمكانية الخطأ في الحكم. 2- عقوبة الإعدام غير عادلة. 3- عقوبة الإعدام غير عقلانية. 4- لا يؤثر إلغاؤها سلبا على السياسة الجنائية. وقد صدرت عدة وثائق عن هذه المنظمة كلها تتمحور حول ضرورة إلغاء عقوبة الإعدام، وجاء في إحدى تقارير تلك المنظمة قولها: " على القانون أن يكون نموذجاً يحتذى به المجتمع في كيفية تطبيق العدالة، فإذا كان القانون يسمح لنفسه بإزهاق أرواح البشر، بينما يطلب إلى الأمة احترامها، فسيعجز القانون عن بسط نظامه على المجتمع"<sup>(4)</sup>.

وعلى صعيد الهيئات الدولية نجد موقف البرلمان الأوروبي، في مطالبته للدول الأوروبية بإلغاء عقوبة الإعدام، وكذا العالم أجمع، من خلال عدة قرارات، أولها القرار الصادر بتاريخ: 12 مارس 1992 عن المجموعة البرلمانية لدول المجموعة الأوروبية الاثني عشر، والتصديق على البروتوكول السادس للاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان، والبروتوكول الاختياري الثاني للعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وقد حث القرار أيضا دول المجلس الأوروبي، ودول مؤتمر الأمن والتعاون الأوروبي، على إلغاء هذه العقوبة...". كما طلب القرار المشار إليه هنا، بوجوب العمل داخل الأمم المتحدة على إقرار وقف إلزامي لعقوبة الإعدام.

(1)- نذير بومعالي، المرجع السابق، ص 99.

(2)- منظمة العفو الدولية حركة عالمية مستقلة وأصل نشأتها يرجع إلى المحامي البريطاني، "péter bininson" في نوفمبر: 1961، الذي نادى في البداية بإطلاق سراح سجناء الرأي، واهتم بالإصلاحات القانونية والقضائية.

(3)- نقله: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج02، ص 437.

لقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، إثر صدور القرار رقم: 128/44، المؤرخ في: 1989/12/14 "البروتوكول الاختياري الثاني للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الهادفة إلى إلغاء عقوبة الإعدام". وجاءت في ديباجته: " إن الدول الأطراف في هذا البروتوكول، إذ تؤمن بأن إلغاء عقوبة الإعدام، يسهم في تعزيز الكرامة الإنسانية والتطوير التدريجي لحقوق الإنسان...". واتفقت تلك الدول على أنه: " لا يُعدم أي شخص خاضع للولاية التشريعية لدولة طرف في هذا البروتوكول الاختياري" (1).

يُضاف إلى ما سبق ذكره، ما صدر عن هيئة الأمم المتحدة من خلال مؤتمرها الثامن، في إطار مشروع قرار وقف تنفيذ عقوبة الإعدام، لمدة ثلاث سنوات على الأقل في البلاد التي قررت هذه العقوبة، ثم النظر بعد ذلك في مصيرها.

كما أصدر المجلس الاقتصادي والاجتماعي قراراً بتاريخ: 1990/07/24، طالب فيه من المؤتمر الثامن للأمم المتحدة الخاص بمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد في: 1990/06/24، أن ينظر في مسألة عقوبة الإعدام، ويضع في اعتباره المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في: 1948/12/10 (2)، والمادة: 06 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (3)، بهدف إلغاء عقوبة الإعدام، وقد اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم: 128/44 المؤرخ في 1989/12/14 وكذلك البروتوكول السادس للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، المتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام، المعتمد في: 1983/04/28، والمصادق عليه من مجموعة الدول الأوروبية. نجد كذلك بروتوكول الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام، المعتمد من قبل منظمة الدول الأمريكية بتاريخ: 1990/06/08.

بناءً على ما سبق ذكره من قرارات وتوصيات دولية حول إلغاء عقوبة الإعدام، عُقدت جلسة دولية تحت إشراف هيئة الأمم المتحدة، لأجل النظر في مشروع المؤتمر الثامن للأمم المتحدة، الهادف إلى إلغاء عقوبة الإعدام يوم: 1990/09/04، لكن تم التصويت بأغلبية الدول المجتمعة، برفض مشروع إلغاء عقوبة الإعدام (4).

#### خاتمة :

من خلال هذا البحث نلخص أهم النتائج الآتية :

أولاً : إنَّ عقوبة الإعدام بالرغم من قساوتها ومساسها بحق حياة الجاني، إلا أنها تُعتبر في نفس الوقت حماية جزائية لا بديل عنها لحماية حق حياة المجتمع برمته، ومواجهة الخطورة الإجرامية لبعض المجرمين الذين لا تنفع معهم أساليب الإصلاح والتأهيل.

ثانياً : نلاحظ بأنَّ المشرِّع الجزائري إثر التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات قد عدَّل بعض العقوبات من الإعدام إلى السَّجن المؤبَّد، وبعضها إلى السَّجن المؤقت، من ذلك نص المادتين: 197 و 198 منه، وكذلك من خلال

(1) - نقله: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج02، ص 438.

(2) - تنص المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه ".

(3) - صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في: 1966/12/16، شرع في تنفيذه في: 1976/03/23، ويحتوي على الجبل الأول من حقوق الإنسان، منها الحريات والحقوق الشخصية، وأولها: الحق في الحياة وسلامة الجسم البشري.

(4) - رمسيس بهنام، الكفاح ضد الإجرام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 375.

إلغائه لنص المادة 119 من نفس القانون، واستبدل عقوبة الجناية الواردة فيها بعقوبة الجنحة من خلال المادة 29 من قانون مكافحة الفساد الحال إليها.

ثالثاً: نرى بأن المشرع الجزائري قد استجاب لدعوات المجتمع الدولي، بالتقليل من عقوبات الإعدام تدريجياً حتى الوصول إلى إلغائها مستقبلاً، كما فعلت معظم الدول الغربية، وهذا من خلال تتبّع محتوى التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات الجزائري.

رابعاً: قرّرت الشريعة الإسلامية القصاص بإعدام القاتل عمداً، ويُعتبر ذلك حماية حقيقية لحق كل فرد في الحياة الكاملة، لقوله تعالى: " ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون ".

خامساً: نرى بأن الرأي الراجح عقلاً وفقها هو الاتجاه المؤيد لتطبيق عقوبة الإعدام على الجرائم الخطيرة، لاسيّما جرائم إزهاق الأرواح عمداً، أو تلك التي يُرافقها تعذيب وتنكيل بالضحية.

سادساً: نرى بضرورة عدم التوسّع في تشريع عقوبة الإعدام في غير الجرائم الماسّة بأرواح البشر وحقهم في الحياة وسلامة أجسادهم، وعليه نقترح على المشرع أخذ موقف وسط بين المؤيدين لتطبيق عقوبة الإعدام في كل الجرائم الخطيرة، سواء ما تعلق بجرائم الأموال أو جرائم الأشخاص، أو تلك الواقعة على أمن الدولة، وبين المنادين بإلغاء هذه العقوبة نهائياً من قانون العقوبات، وبالتالي يمكن الإبقاء عليها فقط بالنسبة للجرائم الخطيرة الواقعة على الأشخاص، لاسيّما جرائم التعذيب من محترفي الإجرام والمعتادين عليه، وكذا جرائم القتل العمد لأي سبب كان.

سابعاً: لاحظنا تذبذباً وعدم استقرار بين مواقف التشريعات الدولية قديماً وحديثاً، بشأن إلغاء عقوبة الإعدام أو الإبقاء عليها، وانقسام دول العالم بين مؤيد ومعارض لتطبيق هذه العقوبة، نظراً لاختلاف ظروف وإمكانية كل دولة، وتنوع الحضارات والثقافات الإجتماعية.

قائمة المراجع.

أولاً: الكتب:

- 1- أحمد ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر.
- 2- علي عبد القادر القهوجي، علم العقاب، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون ذكر التاريخ.
- 3- ابن قدامى المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان.
- 4- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر.
- 5- نذير بومعالي، حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2005.
- 6- عبود السراج، التشريع الجنائي المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري، ج01، المطبعة الجديدة، دمشق، 1976.

- 7- فتوح عبد الله الشاذلي، علم العقاب، دار الهدى، مصر، 1993.
- 8- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 9- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال ج02، ط07، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 10- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، ج01، ط07، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 11- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط01، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1971.
- 12- رمسيس بهنام، الكفاح ضد الإجرام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996.
- 13- رمسيس بهنام، علم الوقاية والتقويم، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر التاريخ.
- 14- النفراوي المالكي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، لبنان.
- 15- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 16- محمد نعيم فرحات، شرح القسم الخاص في التشريع الجنائي الإسلامي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 17- توفيق علي وهبة، الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة علط للنشر والتوزيع، 1983.
- 18- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، ج03، دار الكتب العملية، لبنان.
- 19- محمود، مصطفى محمود، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط01، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983.
- 20- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، ط04، دار الفكر العربي، القاهرة.

#### ثانياً: القوانين.

- 1- الأمر رقم : 156/66، المؤرخ في : 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم، المتضمن قانون العقوبات، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في : 11/06/1966، العدد: 49.
- 2- القانون رقم : 06-01، المؤرخ في : 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في : 08/03/2006.
- 3- القانون رقم : 06-23، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في : 20/12/2006، الجريدة الرسمية الصادرة في : 24/12/2006، العدد: 84.

## الجزاءات القانونية لتلويث البيئة



الأستاذة أمال مدين أستاذة باحثة

بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة أوبوكر بلقايد - تلمسان

ملخص :

تحظى القضايا البيئية باهتمام واسع على المستويين الدولي و الداخلي، و قد تبلور هذا الاهتمام في شكل نصوص قانونية متعددة تركز الحماية القانونية لكل العناصر البيئية، و تضع التدابير الوقائية اللازمة للحفاظ عليها، لكن كل هذه التدابير لم تحل دون الإضرار بالبيئة و الاعتداء عليها و تلويثها، و هو ما فرض ضرورة اللجوء إلى الشق الردعي بفرض جزاءات قانونية صارمة تحقق الردع العام و الخاص. هذه العقوبات يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع هي: جزاءات إدارية، جزاءات مدنية و جزاءات جزائية. تندرج تحت كل نوع منها مجموعة من العقوبات التي تكفل التقليل من الاعتداءات البيئية، لضمان صيانتها للأجيال القادمة.

**Résumé :**

Les questions environnementales ont reçu une grande attention tant au niveau international et national, cet intérêt a été traduit sous forme de multiple textes juridiques dédié la protection juridique pour tous les éléments de l'environnement, et de mettre les mesures préventives nécessaires pour le préserver. Mais toutes ces mesures n'ont pas résolu les nuisances et les agressions de l'environnement et sa pollution, ce qui impose la nécessité de recourir à la dissuasion par l'imposition des sanctions légales strictes. Ces sanctions peuvent être classées en trois types : sanctions administratives, sanctions civiles et sanctions pénales. Sous chaque type il y'a un ensemble de sanctions qui assurent la réduction des agressions, et la maintenance de l'environnement pour les futures générations.

يعتبر التلوث أخطر المشاكل البيئية في مجتمعاتنا المعاصرة، فقد برزت مشكلة التلوث و تعاضم خطرهما مع تسخير التطور التكنولوجي لخدمة تطور الصناعة، لذا كانت الدول الصناعية الكبرى سباقة إلى اكتشاف المشكلة، كما كانت سباقة في إحداث التلوث و الإخلال بالتوازن البيئي. و شيئاً فشيئاً تدهورت علاقة الإنسان ببيئته إلى درجة صارت معها لا تحتمل التجاهل، و أصبح لزاماً على الإنسان أن يتوقف طويلاً ليراجع أنشطته و سلوكياته التي أساءت إلى بيئته، و أن يتوصل إلى السبل التي تمكنه من وقف هذا التدهور في أحوال البيئة.<sup>1</sup> وأصبحت الحاجة ملحة لقواعد قانونية و نظامية تضبط سلوك الإنسان في تعامله مع بيئته على نحو يحفظ عليها توازنها الإيكولوجي، وسلامتها.<sup>2</sup> فبعد تجاوز مرحلة التدابير و الإجراءات الوقائية، يتجه البحث إلى الجزاءات القانونية الكفيلة بالتقليل من الاعتداءات المتكررة و المتزايدة على الموروث البيئي، في محاولة لزرع مرتكبيها، و تحميلهم المسؤولية الكاملة عن أفعالهم المضرة بالبيئة، خصوصاً مع تنامي الاتفاق العالمي و الداخلي على تكييف العيش في بيئة نظيفة و سليمة من التلوث على أنه حق قانوني مكفول، مما يتطلب توفير حماية أكبر له، لذلك فالإشكالية التي تطرح نفسها هي : ما هي الجزاءات القانونية لتلويث البيئة؟

يمكن أن تكون هذه الجزاءات القانونية إما دولية أو داخلية، و تختلف هذه الأخيرة حسب النظام القانوني المعتمد في كل دولة ، و عن النظام القانوني الجزائري يمكن تصنيف الجزاءات القانونية المعتمدة بموجبه إلى ثلاثة أنواع: جزاءات إدارية، جزاءات مدنية، و جزاءات جنائية.

و سنتناول كل نوع من هذه الجزاءات في مبحث مستقل :

المبحث الأول : الجزاءات الإدارية لتلويث البيئة.

المبحث الثاني : الجزاءات المدنية .

المبحث الثالث : الجزاءات الجنائية لتلويث البيئة.

المبحث الأول : الجزاءات الإدارية لتلويث البيئة :

الجزاءات الإدارية هي إحدى أساليب الضبط الإداري تقوم به هيئات الضبط من أجل صيانة النظام العام في أحد نواحيه، و هو غالباً ما يمس المصالح المادية و الأدبية للشخص المخالف لذلك فهو إجراء شديد الوطء على الحريات.<sup>3</sup> أو هو " التدبير الشديد الوقر على الصالح المادي أو الأدبي للفرد، هذا الجزاء تتخذه الإدارة بغية حماية ناحية من نواحي النظام العام"<sup>4</sup>، أي أن الجزاء الإداري يمس بحرية الأفراد كالاقتقال و إسقاط الجنسية، و بمالههم كالمصادرة، كما يمس نشاطهم كسحب إجازة سوق، أو إغلاق محل.<sup>5</sup> ففي ظل غياب تعريف تشريعي للجزاءات

<sup>1</sup> أنظر، عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص. 2-3.

<sup>2</sup> أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، ط. 1، جامعة الملك سعود للنشر العلمي، المملكة العربية السعودية، 1997، ص. 9.

<sup>3</sup> أنظر، عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري و حدوده، شركة مطابع الطوبجي، مصر، 1993، ص. 315.

<sup>4</sup> أنظر، عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص. 154.

<sup>5</sup> أنظر، سكينه عزوز، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري و الحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة و المالية العامة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1990، ص. 47.

الإدارية، تعددت التعريفات الفقهية و تباينت في بعض عناصرها، و لكن المتفق عليه هو " أن العقوبة الإدارية تكون على خطأ ما، تصدر من جانب السلطة الإدارية"<sup>1</sup>. و في تعريفات أخرى " العقوبة الإدارية العامة هي قرار إداري فردي ذو طبيعة عقابية جراء مخالفة التزامات قانونية، أو هي قرارات إدارية توقعها الإدارة كسلطة عامة بمناسبة مباشرتها لنشاطها في الشكل، والإجراءات المقررة قانونا غايتها ضبط الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة"<sup>2</sup> أو "العقوبة الإدارية العامة هي تلك العقوبة ذات الحصرية العقابية التي توقعها سلطات إدارية عادية، أو مستقلة بواسطة إجراءات إدارية محددة و هي بصدد ممارستها لسلطاتها العامة تجاه الأفراد بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، بهدف ردع بعض الأفعال المخالفة للقوانين و اللوائح. ولأن العقوبة الإدارية تنبع من سلطة إدارية و ليس من القضاء أو المحاكم، مما يجعلها تتخذ شكل القرار الإداري أحادي الجانب فإن هذا يعد بمثابة تعريف عضوي لهذا النوع من العقوبات.<sup>3</sup>

و العقوبات الإدارية شأنها شأن باقي العقوبات تصنف إلى عدة أنواع بالنظر إلى أساس كل تقسيم، فيمكن تقسيمها بالنظر إلى الطابع الأساسي أو التبعية أو التكميلي لهذه العقوبات، كما يمكن تقسيمها بالنظر إلى طبيعة ما تنص عليه هذه العقوبات: إلى عقوبات شخصية و أخرى عينية. على أن التصنيف السائد للعقوبات الإدارية يركز على مضمونها و الذي من خلاله يمكن تصنيف العقوبات إلى عقوبات مالية و أخرى غير مالية.<sup>4</sup>

أما عن الجزاءات الإدارية في مجال حماية البيئة، فيقصد بها الجزاءات التي توقعها السلطات الإدارية على الأشخاص الطبيعية والمعنوية في حالة ارتكاب أحد الأفعال المضرة بالبيئة التي يمنعها القانون، إذ يمنح المشرع السلطات الإدارية صلاحية فرض جزاءات مالية (مطلب أول)، و جزاءات غير مالية كالغلق الإداري ووقف العمل بالمنشأة، و إلغاء أو سحب الترخيص أو الاعتماد (مطلب ثان).

1 أنظر، كتون بومدين، العقوبة الإدارية و ضمانات مشروعيتها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010/2011، ص.11.

2 أنظر، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط.1، ص.2008، ص.12.

3 أنظر، محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص.2008، ص.66-67.

4 أنظر، كتون بومدين، مرجع سابق، ص.33.



## المطلب الأول: الجزاءات الإدارية المالية لتلويث البيئة:

من أهمها: الغرامة الإدارية، الجباية البيئية و المصادرة الإدارية.

### الفرع الأول: الغرامة الإدارية:

الغرامة الإدارية هي جزاء إداري مالي عبارة عن مبلغ نقدي تفرضه الجهة الإدارية على المخالف لصالح خزانة الدولة بدلا من ملاحظته جنائيا عن الفعل<sup>1</sup> أو هي عبارة عن مبلغ من النقود تفرضه السلطة الإدارية المختصة بنص القانون على مرتكب فعل التلويث<sup>2</sup>.

يعد هذا الجزاء من أكثر الجزاءات الإدارية استخداما في مواد التلوث البيئي نظرا لسهولة توقيعه، و سرعة تحصيل الغرامة المقررة، و خلوها من الآثار الجانبية المترتبة عن بعض الجزاءات الإدارية الأخرى<sup>3</sup>.

و قد اتجهت بعض التشريعات العربية إلى تبني هذا الجزاء و من أمثلتها المادة 10 من القانون الكويتي رقم 19 لسنة 1973 بشأن المحافظة على مصادر الثروة البترولية<sup>4</sup> و المادة 35 من المرسوم السلطاني 2001/114 بإصدار قانون حماية البيئة و مكافحة التلوث العماني، التي تنص على أن يعاقب بغرامة كل من يخالف أحكام المادة 8 من نص القانون بغرامة لا تقل عن 5% و لا تزيد عن 10% من رأس المال المستثمر. و كذلك المادة 40 من نفس القانون التي تفرض غرامة بين 1000 و 5000 ريال عماني لكل من يخالف أحكام المواد 24-25-27 من نص القانون، على أن تضاعف الغرامة في حالة العود<sup>5</sup>.

و لعل اعتماد هذا النوع من الجزاءات من طرف العديد من التشريعات راجع إلى خصائصها المميزة:

- فهي من حيث الشكل، تتخذ عدة أشكال فقد تكون مبلغا من المال تفرضه الإدارة بإرادتها على المخالف، وقد تكون في شكل مصلحة بين الإدارة و المخالف، و قد تكون بشكل رسوم ثابتة محددة عن كل سلوك خاطئ كما في جرائم المرور، و غالبا ما يضع المشرع حدي الغرامة الإدارية إزاء كل فعل ملوث و حسب نوعه و طبيعته، و يترك للإدارة سلطة تقديرية في فرضها، و يمكن أن يضاعف مبلغ الغرامة في حالة العود<sup>6</sup>.

1 أنظر عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.542.

2 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.315.

3 أنظر، وعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث-دراسة مقارنة- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، السنة الجامعية 2009-2010، ص.356.

4 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.543-544.

5 المرسوم السلطاني رقم 2001/114، بإصدار قانون حماية البيئة و مكافحة التلوث، مؤرخ في 14 نوفمبر 2001، منشور في الجريدة الرسمية لسلطنة عمان، ع.707، مؤرخة في 2001/11/17.

6 أنظر، وعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث، مرجع سابق، ص.356.

- ثم إنه يصعب عمليا إخضاع الأشخاص المعنوية للمسؤولية الجنائية، لذلك يتجه الفقه صوب تشديد الجزاءات الإدارية المالية على الأشخاص المعنوية من أجل توفير حماية أكبر للبيئة من الاعتداءات المضرة بها.<sup>1</sup>

- ثم إنه لا جدال في أهمية إقرار هذا النوع من الجزاءات بالنظر لسهولة إقرارها، و مرونة تطبيقها، مع إمكانية إتباع أسلوب الإكراه أو التنفيذ الجبري لضمان تنفيذها.

- كما أن من شأن الأخذ بنظام الجزاءات المالية الإدارية تخفيف الضغط عن كاهل السلطات القضائية، بالتقليل من الدعاوى المعروضة عليها، و توفير وقت و جهد القضاء للفصل فيما هو أكثر أهمية و أشد خطورة.<sup>2</sup>

إذا كانت بعض الأنظمة تتبنى نظام الغرامة الإدارية كعقوبة على تلويث البيئة، فهناك أنظمة أخرى تبنت نظام الجباية البيئية أو الرسم على التلويث.

### الفرع الثاني : الجباية البيئية :

الجباية البيئية تشمل مختلف الضرائب والرسوم التي تفرضها الدولة على الأشخاص المعنويين والطبيعيين الملوّثين للبيئة بالإضافة إلى مختلف الإعفاءات والتحفيزات الجبائية المقررة للأشخاص المعنويين والطبيعيين الذي يستخدمون في نشاطاتهم الاقتصادية تقنيات صديقة للبيئة.<sup>3</sup>

-الضرائب البيئية : أو الجباية الخضراء، هي تلك الضرائب المفروضة على الملوّثين الذين يحدثون أضرارا بيئية من خلال نشاطاتهم الاقتصادية المختلفة الناجمة عن منتجاتهم الملوّثة أ و الملوّثة ، و استخدامهم لتقنيات إنتاجية مضرة بالبيئة. يتم تحديد نسبة هذه الضرائب على أساس تقدير كمية ودرجة خطورة الانبعاثات المدمرة للبيئة .

تحظى فكرة الضرائب البيئية أو الضرائب الخضراء بقبول و تأييد عريضين على المستويين المحلي و الدولي وخاصة في دول منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية (OCDE)، إذ تشكل الضرائب البيئية حوالي 6% من إجمالي حصيلة الضرائب للدول الأعضاء.<sup>4</sup>

-الرسوم البيئية : نظرا لما توفره الدولة من خدمات خاصة تستخدم فيها تقنيات التطهير والسلامة البيئية فهي تفرض على المستفيدين من هذه الخدمات رسوما خاصة لا تظهر إلا عند الاستفادة المباشرة من خدماتها مثل :رسم التطهير أو النظافة، رسم الاستفادة من المياه الصالحة للشرب...

-الحوافز والإعفاءات الجبائية : الواقع أن النظام الجبائي ليس كله ضرائب ورسوم، وإنما يوجد فيه الحوافز والإعفاءات الجبائية التي قد يكون لها أكبر الأثر في اعتماد صناعات ونشاطات اقتصادية صديقة للبيئة، لأن فرض

1أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.315-316.

2 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.545.

3 أنظر، فارس مسدور، أهمية تدخل الحكومات في حماية البيئة من خلال الجباية البيئية، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع.07، س.2009-2010، ص.348.

4 أنظر، عمرو محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة-دراسة حالة مصر-، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، مصر، ع.49، س.2011، ص.389.

الضرائب والرسوم قد يواجه بالتهرب والغش الجبائي، بينما التحفيز والإعفاء قد يقابله الاستجابة التلقائية واعتماد تكنولوجيات وتقنيات صديقة للبيئة، علما أن الإعفاء قد يأخذ الأشكال التالية :

**الإعفاء الدائم :** وهذا من الضرائب والرسوم التي تفرض على النشاطات الاقتصادية المختلفة وهذا للتمييز بين النشاطات الاقتصادية الملوثة للبيئة وتلك الصديقة لها.

**الإعفاء المؤقت :** والذي يكون لمدة محدودة، كأن يتم إعفاء المؤسسة المعنية في الخمس سنوات الأولى من بداية نشاطها، وهذا لتحفيزها وتعويضها عن اكتساب تكنولوجيات مكلفة صديقة للبيئة بالإضافة إلى مساعدتها بشكل غير مباشر في إنتاج سلع أكثر تنافسية مقارنة بالسلع التي تستخدم تكنولوجيات ملوثة للبيئة.

**الحوافز الجبائية :** كأن يتم إعفاء التجهيزات والمعدات المستوردة الصديقة للبيئة من دفع الضرائب والرسوم الجمركية، ومختلف الضرائب والرسوم الأخرى، وذلك بغية تحفيز المؤسسة على استيراد التكنولوجيات الصديقة للبيئة، ما قد يساعد في توسيع دائرة النشاطات الاقتصادية التي لا تضر بالبيئة.<sup>1</sup>

تعد هذه الأدوات من أنجح الوسائل الحالية لحماية البيئة و الأكفأ على الإطلاق، ذلك أن الجباية البيئية ذات وظائف متعددة :

- فهي تعويض عن الضرر الذي يتسبب فيه الملوث لغيره على اعتبار أن الحق في البيئة النظيفة هو الحق المطلق لجميع الأفراد على اختلافهم .

- و في نفس الوقت هي وسيلة للردع من خلال الإجراءات العقابية التي تنجر عن عدم الدفع من طرف المكلف.

- كما أنها أداة اقتصادية تساهم في توفير الإيرادات المالية.<sup>2</sup>

- وهي أيضا مكمل للتشريع البيئي وذلك من خلال استخدام السياسة الضريبية لتوجيه قرارات أرباب العمل نحو الاستثمارات غير الملوثة للبيئة، مثل الإعفاءات، التخفيضات أو التحويلات للأنشطة صديقة البيئة " غير الملوثة"<sup>3</sup>.

- و تستعمل هذه الأموال في الحد من ظاهرة التلوث عن طريق إنشاء أجهزة تسهر على حماية البيئة في الميدان وأيضا هي حافز لعدم التلويث مرة أخرى من طرف الملوث و السعي إلى البحث عن تكنولوجيا نظيفة بيئية حتى تساهم في التقليل من نفقاته.<sup>4</sup>

1 أنظر، فارس مسدور، مرجع سابق، ص.349.

2 أنظر، كمال رزيق، دور الدولة في حماية البيئة، مجلة الباحث، 2007، العدد5، ص.99.

3 أنظر، سنوسي زوليخة، بوزيان الرحماني هاجر، البعد البيئي لاستراتيجية التنمية المستدامة، مداخلة في المؤتمر العلمي الدولي حول التنمية المستدامة و الكفاءة الاستخدامية للموارد المتاحة، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، بالتعاون مع مخبر الشراكة و الاستثمار في المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الفضاء الأورومغاربي، أيام 07-08 أبريل 2008، ص.13.

4 أنظر، كمال رزيق، مرجع سابق، ص.100.

في الجزائر، و بعد التحول العميق الذي شهدته السياسة البيئية جراء التغيير الجوهري للسياسة الاقتصادية والقطاعية و البيئية تم إقرار مبدأ "الملوث الدافع" كمبدأ للوقاية من التلوث و مكافحته، من خلال تأسيس رسوم إيكولوجية مختلفة على النشاطات الملوثة. حيث استحدث المشرع الجزائري هذا النوع من الجزاءات المالية بموجب قانون المالية لسنة 1992 رقم 91-25

و الهدف من فرض هذه الرسوم هو الموازنة بين المصالح الخاصة و المحافظة على الصحة العامة و محاربة كل أشكال التلوث. و قد أخذ هذا الرسم من مبدأ الملوث الدافع *Pollueur payeur*، و هو مبدأ اقتصادي بحت، لأن ضبط قيمة هذا الرسم تسمح بوضع سياسة مالية لمكافحة التلوث، و التقليل من آثاره. و هكذا اقترحت الجباية البيئية و رجحها البعض على ما عداها من الحوافز الاقتصادية باعتبارها أكثر الأدوات كفاءة و أقلها تكلفة في أي برنامج لمكافحة التلوث، ففي ظل هذه الجباية يقوم الملوث من خلال آليات معينة بالدفع مقابل الأضرار، و عندما يبنى سعر الضريبة على أساس الضرر الذي تحدثه وحدة التلوث في بيئة معينة، فإن ذلك يكون بمثابة حافز يحث الملوث ما أمكن على التقليل مما يسببه نشاطه من نفايات مسببة لتلوث البيئة. 3

لذلك لجأت المنشآت المسببة للتلوث لتدابير خاصة مثل اقتناء أجهزة تصفية غبار المصانع مثل مؤسسات إنتاج الإسمنت و مؤسسة إنتاج الأسمدة الأزوتية "أسميدال" حيث اتخذت إجراءات لإزالة التلوث وذلك بتعديل الإفرازات الغازية المحملة، كذلك بالنسبة لمركب الحديد و الصلب بالحجار الذي قام بإصلاح الأفران العالية الحرارة و ذلك لتقليل الإفرازات الغازية المحملة بالغازات الضارة.

و بالرجوع إلى نص المادة 117 من قانون المالية 91-25 لسنة 1992، نجد أن المشرع حدد الرسم القاعدي بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة لإجراء التصريح بحوالي 3000 دج أما المنشآت المصنفة الخاضعة لإجراء الترخيص بحوالي 30 ألف دج أما المنشآت التي لا تشغل أكثر من شخصين فخفض الرسم القاعدي إلى 750 دج 4.

نظرا لتواضع أسعار هذا الرسم بالنظر لأهدافه راجع المشرع هذه الأسعار بموجب المادة 54 من قانون المالية لسنة 2000، و تتوقف هذه الأسعار على عدة معايير، منها تصنيفها طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 93-68 المتعلق بطرق تطبيق الرسم على الأنشطة الملوثة أو الخطيرة على البيئة، الذي حدد 327 نشاطا مصنفا بعضها يخضع لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و بعضها الآخر يخضع لمجرد التصريح، كما يتحدد السعر طبقا لعدد العمال المشغلين و من ثم تتحدد هذه الأسعار كالتالي :

120000 دج للمنشآت المصنفة الخاضعة لرخصة الوزير المكلف بالبيئة، و 24000 إذا لم تشغل أكثر من عاملين.

1 أنظر، محمد عادل عياض، دراسة نظرية لمحددات سلوك حماية البيئة في المؤسسة، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع.07، س.2009-2010، ص.11

2 أنظر، بن قري سفيان، النظام القانوني لحماية البيئة في الجزائر، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، ص.49.

3 أنظر، و علي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث، مرجع سابق، ص.360.

4 أنظر، القانون رقم 91-25، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، مؤرخ في 18 ديسمبر 1991، ج.ر 65، مؤرخة في 18 ديسمبر 1991، ص.2440.

- 90000 دج للمنشآت المصنفة الخاضعة لرخصة من الوالي، و يخفض المبلغ إلى 18000 إذا لم تشغل أكثر من عاملين.

- 20000 دج للمنشآت المصنفة الخاضعة لرخصة من رئيس المجلس الشعبي البلدي، و 3000 إذا لم تشغل أكثر من عاملين.

- 9000 دج للمنشآت المصنفة الخاضعة لتصريح، و 2000 إذا لم تشغل أكثر من عاملين.

كما وضع المشرع معيارا ثالثا هو تطبيق المعامل المضاعف على كل واحد من هذه النشاطات يتراوح بين 1 و10، حسب طبيعة النشاط و أهميته<sup>1</sup>، و ذلك بموجب المادة 202 من القانون رقم 01-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2002. لكن ترك المشرع أمر تحديد كيفية تطبيق المعامل للتنظيم، و فعلا فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 09-336 يتعلق بالرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة. و قد حددت المواد 4-5-6 من المرسوم كيفية توزيع المعامل المضاعف. حيث وزعت المادة 4 المعامل المضاعف المطبق على طبيعة وأهمية النشاط حسب نظام الرخصة إلى:

- التصريح.....1 نقطة

- ترخيص رئيس المجلس الشعبي البلدي.....نقطتان(2)

- ترخيص الوالي.....3 نقاط

- ترخيص الوزير.....4 نقاط

أما المادة 5 فقد وزعت المعامل المضاعف المطبق على نوع من النفايات المخلفة عن النشاط من 1 إلى 3 حسب مقاييس الخطورة الآتي ذكرها:

-خطيرة على البيئة ، مهيجة و أكالة.....1 نقطة

-قابلة للإفجار، ملهبة، قابلة للاشتعال.....2 نقاط

-ضارة، سامة، محدثة للسرطان، معدية، سامة بالنسبة للتكاثر.....3 نقاط

في حين المادة 6 توزع المعامل المضاعف المطبق على كمية النفايات بين 2 و 3 حسب كمية النفايات الخاصة الخطيرة على البيئة :

-تفوق 100 و أقل أو تساوي 1000 طن في السنة.....2 نقاط

-تفوق 1000 و أقل أو تساوي 5000 طن في السنة.....2.5 نقطة

1 أنظر، بلس شواش بشير، حماية البيئة عن طريق الجباية و الرسوم البيئية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2003، ع.1، ص.136-140.

- تفوق 5000 طن في السنة.....3 نقاط. كما ألغى هذا المرسوم أحكام المرسوم التنفيذي السابق رقم 93-168. تتنوع الرسوم البيئية، ومنها: الرسم على الوقود، الرسم التكميلي على التلوث الجوي، الرسم التكميلي على المياه الملوثة، الرسم التحفيزي للتشجيع على عدم تخزين النفايات الصناعية الخاصة أو الخطيرة، الرسم التحفيزي على عدم تخزين النفايات المرتبطة بأنشطة العلاج في المستشفيات و العيادات الطبية. و معظم هذه الرسوم تم استحداثها بموجب قانون المالية لسنة 2002.

وقد تضمن قانون المالية لسنة 1992 في المادة 189 إحداث الصندوق الوطني للبيئة و إزالة التلوث، يستخدم هذا الصندوق كوسيلة تقنية للتصدي للمشاكل البيئية، و ذلك بتجميع على مستواه كافة الموارد الضرورية مهما كان نوعها أو طبيعتها، و تخصيصها لمواجهة تكاليف حماية البيئة و مقاومة التلوث، و تعد الرسوم البيئية من أهم مصادر إيرادات الصندوق.2

إن الجباية البيئية يمكن أن تلعب دورا هاما في التخفيض من التلوث إلى الحد المقبول اجتماعيا، و بأقل تكلفة ممكنة، و ذلك إذا ما صممت و طبقت بصورة جيدة، لأنها تشكل حافزا مستمرا لتخفيض التلوث مقارنة بغيرها من الأدوات، كما أنها أكثر كفاءة و مرونة لأنها لا تركز بالدرجة الأولى على المعلومات التفصيلية للمنشآت الملوثة و التي قد تكون هناك صعوبة في الحصول عليها، بل تكون محددة مسبقا، و يلتزم الجميع بدفعها، كما أنها لا تحتاج لأي نوع من المفاوضات و المحادثات مع الملوثين من أجل الوصول إلى حد معقول و متفق عليه من التلوث، بل أكثر من ذلك فإنها تشكل مصدرا ثابتا للعائدات لخزينة الدولة، لكن كل هذه المزايا التي يمكن أن تحققها الجباية البيئية هي مشروطة في الأساس بحسن التخطيط لها و حسن تقديرها و تطبيقها.3 بالإضافة إلى الغرامة الإدارية و الجباية البيئية تعد المصادرة كذلك من أهم أشكال العقوبات الإدارية المالية.

### الفرع الثالث : المصادرة الإدارية :

تعد المصادرة في الأصل عقوبة جزائية (بمفهوم قانون العقوبات)، تتمثل في نقل ملكية مال معين إلى الدولة بدون مقابل، و قد تناول قانون العقوبات الجزائري المصادرة الجزائية للأموال كعقوبة تكميلية كما ضبط مفهومها و وضع القيود التي قد ترد على هذا الإجراء.4

و إذا كان الأصل أنه لا يقضى بالمصادرة كعقوبة جزائية إلا بواسطة المحاكم الجنائية إلا أنه طبقا لقانون العقوبات الإداري، يكون للإدارة أن تقرر المصادرة كجزاء إداري تكميلي أو تبعي أو أصلي لمواجهة بعض الجرائم الإدارية ، و قد أقرت العديد من التشريعات الجنائية الإدارية المصادرة الإدارية ، و من بينها قانون العقوبات الإداري الألماني و قانون العقوبات الإيطالي.

1 أنظر المرسوم التنفيذي رقم 09-336 ، المتعلق بالرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة، مؤرخ في 20 أكتوبر 2009، ج.ر 63 مؤرخة في تاريخ 4 نوفمبر 2009، ص.3.

2 أنظر، بلس شاوش، مرجع سابق، ص.142-143.

3 أنظر، عمرو محمد السيد الشناوي، مرجع سابق، ص.437 و ما بعدها.

4 أنظر، م 09 و م 15 من قانون العقوبات المعدل و المتمم.

و من خلال الأنظمة التي تبنت صراحة المصادرة الإدارية يمكن استنتاج أن المصادرة يمكن أن تتخذ عدة صور، فيمكن أن تكون إما وجوبية أو جوازية توقع عند عدم دفع الغرامة المالية، كما يمكن أن تتخذ المصادرة شكل المصادرة النقدية البديلة إذا تصرف المتهم في الشيء محل المصادرة أو استهلكه أو استعمل أي وسيلة أخرى لتفادي المصادرة وذلك قبل صدور القرار الإداري بالمصادرة، فيمكن للإدارة أن تأمر بمصادرة مبلغ من المال يساوي قيمة الشيء الذي كان من المقرر مصادرته. كما يمكن أن تكون المصادرة كبديل للغرامة النقدية و يفترض هذا صدور قرار بدفع الغرامة المالية فإن امتنع المعني بالأمر يمكن للإدارة أن تأمر بمصادرة شيء أو أشياء تدخل في الذمة المالية للشخص المعني. كما يمكن أن تكون المصادرة الإدارية جزاء أصليا.<sup>1</sup>

نظرا لخطورة المصادرة الإدارية كإجراء ردعي فلا بد من شروط تضبط مشروعية هذا الإجراء، و هي شروط تتعلق خاصة بالشيء محل المصادرة إضافة إلى شرط التناسب. فشروط الشيء محل المصادرة تتمثل في :

- أن ينتمي الشيء محل المصادرة وقت صدور القرار الإداري إلى الشخص المخالف.

- أن يمثل الشيء محل المصادرة خطرا على المجتمع، أو يوجد احتمال استعماله في ارتكاب أفعال تشكل جريمة أو مخالفة إدارية.<sup>2</sup>

أما عن شرط التناسب فيجب أن يكون إجراء المصادرة متناسبا مع خطورة الفعل و درجة الخطأ المنسوب إلى الفاعل.<sup>3</sup>

أما عن المصادرة في التشريع الجزائري، فعلى الرغم من عدم وجود قانون عقوبات إدارية إلا أن إجراء المصادرة معتمد و مطبق، و يمكن أن تتخذ صورتين :

- الحجز العيني و هو كل حجز مادي للسلع.

- الحجز الاعتباري و هو كل حجز يتعلق بسلع لا يمكن لمرتكب المخالفة أن يقدمها لسبب ما، و تحدد قيمة المواد المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف مرتكب المخالفة أو بالرجوع إلى سعر السوق، و يدفع المبلغ إلى الخزينة العامة.<sup>4</sup>

و في مجال حماية البيئة يمكن أن تنصب عقوبة المصادرة على أي شيء أو أداة تساعد أو يمكن أن تساعد في ارتكاب المخالفة البيئية أو أي شيء يدخل في الذمة المالية للمخالف، و يمكن أن تشكل مصادرته ردعا عاما أو خاصا يحول دون ارتكاب المخالفة البيئية مرة أخرى.

إلى جانب الجزاءات الإدارية المالية، هناك جزاءات إدارية غير مالية.

1 أنظر، محمد سعد فودة، مرجع سابق، ص.126 و ما بعدها.

2 أنظر، كتون بومدين، مرجع سابق، ص.41.

3 أنظر، محمد سعد فودة، مرجع سابق، ص.134.

4 أنظر، كتون بومدين، مرجع سابق، ص.41.

## المطلب الثاني : الجزاءات الإدارية غير المالية :

يترتب على كل من يمارس نشاطا ضارا بالبيئة، جزاءات إدارية غير مالية، و هي الجزاءات التي لا تصيب المخالف بذمته المالية بشكل مباشر بل لها أشكال أخرى تؤثر في نشاط المشروع و أرباحه، فهي عقوبات توقعها الإدارة بحيث تكون منصبة على محل المخالفة الإدارية. و لأن في العقوبات الإدارية العينية مساس مباشر بمورد رزق المعاقب والذي قد يكون هو المصدر الوحيد لإعالتة وعائلته، فإنه لا بد من التحوط في توقيعها، و ضرورة أن تكون متناسبة مع جسامة المخالفة، و أن تكون متدرجة،<sup>1</sup> و لذلك تأخذ العقوبات الإدارية غير المالية عدة أشكال أهمها: الإنذار أو التنبيه (فرع أول)، الغلق المؤقت و وقف العمل بالمنشأة (فرع ثان)، إلغاء أو سحب الترخيص أو الاعتماد (فرع ثالث).

## الفرع الأول : الإنذار و التنبيه :

يعد الإنذار أو الإعذار ، أو الإخطار أو التنبيه أخف و أبسط الجزاءات الإدارية التي يمكن توقيعها على من يخالف أحكام قوانين حماية البيئة، و يكون الإنذار بتوجيه كتاب تحريري يتضمن المخالفة أو المخالفات التي يتم تثبيتها من قبل أجهزة الرقابة البيئية و بيان مدى خطورتها و جسامة الجزاء الذي يمكن أن يوقع في حالة عدم الامتثال، و غالبا ما تكون عاقبة الاستمرار في المخالفة رغم الإنذار توقيع جزاءات إدارية أشد.<sup>2</sup>

يعتبر الإخطار أو الإعذار شكلا من أشكال التنبيه تقوم به السلطة الإدارية مذكرة المخالف بضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لجعل نشاطه مطابقا للمقاييس القانونية المتعارف عليها ، أي أن الإعذار ليس جزاء في حد ذاته ، بل هو وسيلة لتذكير المخالف بالزامية التدخل لتحقيق مطابقة نشاطه.<sup>3</sup> فالهدف من الإخطار أو الإعذار هو حماية قانونية أولية قبل اتخاذ الإجراءات الردعية الأخرى.

و كان القانون الأساسي لحماية البيئة لسنة 1983 قد تطرق لهذه الآلية<sup>4</sup> ، و بعد إلغائه بموجب قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، كرس المادة 25 من هذا الأخير التي استعمل فيها المصطلح الإعذار هذا النوع من العقوبة الإدارية. كما نصت المادة 56 من قانون 03-10 هي الأخرى على آلية الإعذار<sup>5</sup>. كما نص المرسوم الخاص بحماية مياه الحمامات المعدنية الصادر سنة 1994 على أنه إن رأى مفتش البيئة أو المفتش التابع للصحة العمومية أن شروط استغلال المياه المعدنية غير مطابقة لعقد الامتياز فإن الوالي المختص إقليميا يرسل إعدارا للمستغل بغرض اتخاذ التدابير اللازمة لجعلها مطابقة و إن لم يتم بذلك خلال المهلة المحددة له سلفا فيقرر الوالي وقف عمل المؤسسة مؤقتا حتى ينفذ المستغل ما طلب منه.<sup>6</sup>

1 أنظر، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، مصر، س. 2008، ص. 14-15.

2 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص. 318.

3 أنظر، بن قري سفيان، النظام القانوني لحماية البيئة في الجزائر، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء ، ص. 46.

4 أنظر، م 53 من قانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة، مؤرخ في 5 فبراير 1983، ج. ر. 6، مؤرخة في 8 فبراير 1983، ص. 380.

5 أنظر، القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مؤرخ في 19 يوليو 2003، ج. ر. 6، مؤرخة في 20 يوليو 2003، ص. 6.

6 أنظر، م 38-39 من مرسوم 94-41 المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية و تنظيم حمايتها و استعمالها و استغلالها، مؤرخ في 29 يناير 1994، ج. ر. 7، مؤرخة في 6 فبراير 1994.



و من الأمثلة على الإعذار في التشريعات الأخرى، ما نصت عليه المادة 12/ف4 من قانون حماية و تحسين البيئة العراقي على صلاحية مدير عام حماية و تحسين البيئة أن ينذر منشأة أو معملا أو مصدر ذو تأثير ملوث على البيئة، لإزالة العامل المؤثر خلال 10 أيام من تبليغ الإنذار و في حالة عدم الامتثال يمكنه وقف العمل أو الغلق المؤقت. و من أمثله أيضا المادة 22/ب من قانون حماية البيئة الأردني التي نصت على أن لمدير عام مؤسسة عامة لحماية البيئة أن ينذر منشأة أو مؤسسة، و يحدد مدة لإزالة المخالفة، فإذا لم يستجب يجوز للمدير العام إغلاق المنشأة لحين إزالة المخالفة.<sup>1</sup>

بالإضافة للإعذار هناك صور أخرى للجزاءات الإدارية و من أكثرها شيوعا الغلق الإداري و وقف العمل بالمنشأة.

### الفرع الثاني : الغلق الإداري و وقف العمل بالمنشأة :

الغلق الإداري أو وقف العمل بالمنشأة هو جزاء عيني يتمثل في منع المنشأة من مواصلة نشاطها في المكان الذي ارتكبت فيه أو بسببه مخالفة مرتبطة بهذا النشاط. و يحرص المشرع في كثير من القوانين المتعلقة بحماية البيئة على تحويل السلطات الإدارية مكنة توقيع هذا الجزاء في بعض الحالات، نظرا لما يتسم به من فعالية، من حيث كونه يضع حدا للأنشطة الخطرة على البيئة و على صحة و سلامة الإنسان.<sup>2</sup>

وعادة ما ينصب وقف النشاط على المؤسسات الصناعية لما لها من تأثيرات سلبية على البيئة و هذا ما يجعلها تتعرض لوقف النشاط من طرف السلطة الإدارية فهي قد تكرر زيوتا أو تبعث أبخرة تؤثر على الصحة العمومية.<sup>3</sup>

والغلق قد يكون إما مؤقتا تلجأ الإدارة إليه إذا لم يجد الإنذار، فتحدد مدة معلومة تذكر في أمر الغلق، وذلك كعقوبة لصاحب المشروع لأن الغلق يؤدي إلى وقف النشاط و يستتبع ذلك خسارة مادية اقتصادية، فضلا عن الخسائر الأخرى المتمثلة في تقدم المشروعات المنافسة و فقد الأسواق المستهلكة ، و هو الأمر الذي يدفع أصحاب المشاريع إلى حث الخطى في تلافي أسباب الغلق باتخاذ التدابير الكفيلة بمنع تسرب الملوثات من المشروع.<sup>4</sup> و قد يكون الغلق مع منع تكرار ممارسة النشاط المسبب للتلوث في المستقبل.<sup>5</sup>

وفي هذا المجال نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 93-165 المنظم لإفراز الدخان و الغاز و الغبار و الجسيمات الصلبة في الجو " إذا كان استغلال التجهيزات يمثل خطرا أو حرجا خطيرا على أمن الجوار و سلامته و ملاءمته للصحة العمومية فعلى الوالي أن ينذر المستغل بناء على تقرير مفتش البيئة بأن يتخذ كل التدابير اللازمة لإنهاء الخطر و المساوئ الملاحظة و إزالتها و إن لم يمتثل المستغل أو المسير في الأجل المحدد للإنذار يمكن إعلان التوقف المؤقت لسير

1 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.318.

2 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.546.

3 أنظر، بن قري سفيان، مرجع سابق، ص.48.

4 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.319.

5 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.546.

التجهيزات كلياً أو جزئياً بناء على اقتراح مفتش البيئة بقرار من الوالي المختص دون المساس بالمتابعات القضائية "1.

كما تناول قانون المياه رقم 83-17 في مادته 108 المعدل بموجب الأمر 96-13 نفس الحماية و ذلك عن طريق إيقاف سير الوحدة المتسببة في التلوث، إلا أن الإيقاف هنا يأخذ شكل الطابع المؤقت إلى حين زوال التلوث. 2 ونفس المعنى تناولته المادة 25 في فقرتها الثانية من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة "...إذا لم يمثل المستغل في الأجل المحدد، يوقف المنشأة إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة مع اتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية بما فيها التي تضمن دفع مستحقات المستخدمين مهما كان نوعها" 3.

كما أعطت المادة 212 من القانون 01-10 المتضمن قانون المناجم للجهة القضائية الإدارية وفقاً للإجراء الاستعجالي أن يأمر بتعليق أشغال البحث أو الاستغلال بناء على طلب السلطة الإدارية المؤهلة. 4 و يتضح هنا أن المشرع قيد سلطة الجهة الإدارية في تعليق الأشغال بتقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة. و هو ما يجعلنا أمام عدم التعليق الفوري الذي قد يسبب تضاعف خطورة الأمر و تفاقم الأضرار على البيئة.

و من الأمثلة في بعض التشريعات المقارنة عن الغلق الإداري، ما نصت عليه المادة 16 من القانون الفرنسي رقم 1278 لسنة 1963 الصادر بشأن المنشآت النووية، و التي تلزم وزير الشؤون الذرية أن يوقف استخدام المنشأة التي قد تشكل خطورة، ناتجة عن إنتاج أو استخدام مواد ذات نشاط إشعاعي.

و من الأمثلة أيضاً ما تنص عليه المادة 29 من القانون المصري رقم 371 لسنة 1956 في شأن الحال العامة، والتي تخول السلطة الإدارية صلاحية غلق المحل إذا ما انطوت إدارته على خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام. 5

## العام 5

الشكل الثالث للجزاءات الإدارية هو إلغاء أو سحب الترخيص أو الاعتماد.

### الفرع الثالث : إلغاء أو سحب الترخيص أو الاعتماد :

يعد إلغاء الترخيص أشد أنواع الجزاءات الإدارية قساوة و أكثرها ضراوة على المشروعات المتسببة في إحداث التلوث، و مثلما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في منح التراخيص الإدارية فإنها تتمتع بمثل تلك السلطة فيما يتعلق بإلغاء التراخيص. 1

1 أنظر، م 6 من المرسوم التنفيذي رقم 93-165، الذي ينظم إفراس الدخان و الغاز و الروائح و الجسيمات الصلبة في الجو، مؤرخ في 10 يوليو 1993، ج.ر 46، مؤرخة في 14 يوليو 1993، ص.19.

2 أنظر، م 108 من القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، المعدل و المتمم بالأمر 96-13 المتضمن قانون المياه، مؤرخ في 15 يوليو 1996، ج.ر 37، مؤرخة في 16 يوليو 1996، ص.3.

3 أنظر، م 25 من القانون 03-10. مرجع سابق.

4 أنظر، م 212 من القانون رقم 01-10 المتضمن قانون المناجم، مؤرخ في 3 يوليو 2001، ج.ر 35، مؤرخة في 4 يوليو 2001، ص.3.

5 أنظر عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.546-548.

و نجد هذه الآلية في المنظومة التشريعية البيئية عدة تطبيقات منها ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 93-160 المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة التي تنص " إذا لم يمثل مالك التجهيزات في نهاية الأجل المحدد أعلاه، يقدر الوالي الإيقاف المؤقت لسير التجهيزات المتسببة في التلوث ، حتى غاية تنفيذ الشروط المفروضة و في هذه الحالة يعلن الوزير المكلف بالبيئة عن سحب رخصة التصريف بناء على تقرير الوالي و ذلك دون المساس بالمتابعة القضائية"<sup>2</sup>.

و من الأمثلة كذلك المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها، و التي تنص على سحب رخصة إنتاج و استيراد المواد السامة إذا لم يتوفر عنصر من العناصر المطلوبة لمنحها و ذلك بعد إنذار كتابي يوجه لصاحب الرخصة من أجل دعوته للامتثال للتشريع والتنظيم المعمول بهما و هذا في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ كما ورد في المادة 10 من نفس المرسوم.<sup>3</sup>

و استعمل المشرع نفس الآلية في المادة 7 من المرسوم رقم 93-162 الذي يحدد شروط و كفاءات استرداد الزيوت المستعملة ومعالجتها و في هذه الحالة يمكن سحب الاعتماد الذي يمنحه الوزير المكلف بالبيئة عندما يثبت تهاون أو عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في دفتر الشروط".

و من الأمثلة أيضا عن سحب الاعتماد ما نصت عليه المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 05-314 الذي يجدد كفاءات اعتماد تجمعات منتجي أو حائزي النفايات الخاصة، حيث يسحب اعتماد تجمعات تسيير النفايات في حالة عدم إعلام الجهات المختصة بالتعديلات أو مخالفة أحكام القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات.<sup>4</sup>

أما أمثلة تحويل الجهات الإدارية سلطة سحب الترخيص أو الاعتماد في التشريعات المقارنة، فنذكر ما نصت عليه المادة 5 من قانون المنشآت النووية الفرنسي رقم 1228 لسنة 1963، من سحب الترخيص إذا لم يكن وضع المنشأة في حالة عمل خلال الفترة المحددة فيه، أو إذا لم تستخدم لمدة مستمرة قدرها سنتين. و من أمثلة التشريعات البيئية العربية ما نصت عليه المادة 8 من القانون المصري رقم 59 لسنة 1960 الصادر في شأن تنظيم العمل بالإشعاعات المؤينة والوقاية من أخطارها، على أنه إذا ثبت من التفتيش أن الشروط الوقائية من خطر الإشعاعات غير متوافرة وجب على المرخص له استيفاؤها خلال ستين يوما من تاريخ إخطاره بخطاب مسجل، فإذا لم يستوفها تلغى الرخصة بقرار من وزير الصحة. وينص المشرع الكويتي في المادة 2/8 من القانون رقم 21 لسنة 1995 الصادر بشأن الهيئة

1 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.320

2 أنظر، بن قري سفيان، مرجع سابق، ص.52.

3 أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها، مؤرخ في 8 يوليو 1997، ج.ر رقم 46، مؤرخة في 9 يوليو 1997.

4 أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 05-314 يحدد كفاءات اعتماد تجمعات منتجي و / أو حائزي النفايات الخاصة، مؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج.ر رقم 62 ، مؤرخة في 11 سبتمبر 2005، ص.04.

العامّة للبيئة، على أنه في حالة مخالفة النظم و الاشتراطات يوقف تنفيذ المشروع و تسحب تراخيص الأعمال و المنشآت أو الأنشطة المخالفة. 1

إن الجزاءات القانونية الإدارية ليست الوسيلة القانونية الوحيدة في مجال حماية البيئة بل توجد إلى جانبها، جزاءات جنائية و أخرى مدنية.

### المبحث الثاني : الجزاءات المدنية لتلويث البيئة :

بالرجوع لقواعد المسؤولية المدنية في التشريع الجزائري (المادة 124 من القانون المدني الجزائري) كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض. و لم يتضمن لا القانون المدني الجزائري، ولا قانون البيئة 10/03 والقوانين الخاصة الأخرى، قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، ولهذا لا بد الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني. 2

و تأخذ الحماية المدنية للبيئة في القانون الجزائري شكلين :

-فقد تأتي في شكل إزالة أثر المخالفة القانونية وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، مادام ذلك ممكنا، ولم تكن تكلفه إعادته تفوق الضرر المراد إزالته، ومثل ذلك هدم الأبنية المقامة بطريقة مخالفة للمقاييس العلمية والشروط القانونية، أو إزالة النفايات المضرّة بالإنسان والبيئة.

-وقد تأتي في شكل تعويض. 3

يطلق على الأول التعويض العيني (مطلب أول)، و يطلق على الثاني التعويض النقدي (مطلب ثان). بالإضافة إلى محاولة إيجاد حلول خاصة توفر ضمانات أكبر للمضرورين (مطلب ثالث).

### المطلب الأول : التعويض العيني :

أثبت نظام الإصلاح أو التعويض المعتمد في نطاق المسؤولية المدنية الحالية إلى حد كبير فعاليته في إصلاح الأضرار التي تصيب الأشخاص أو الممتلكات ، إلا أن إسهامها في إصلاح الأضرار الإيكولوجية الخالصة لا زال دون المستوى المطلوب. لكن التعويض العيني يظل هو الحل الأفضل، لذلك تعرف الممارسة والنظريات المتعلقة بحماية البيئة في الوقت الراهن تطبيق أساليب إصلاح عينية عديدة منها :وقف النشاط الملوث، أو استبدال أساليب الإنتاج والمواد المستخدمة والتقنيات المستعملة، ومنع مزاولة بعض النشاطات الخطرة على البيئة بصورة نهائية، وإعادة إصلاح التوازن البيئي، والأمر بالقيام بالأشغال وإعادة الحال إلى ما كان عليه. ويشكل إجراء إعادة الحال إلى ما كان عليه أحد

1 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص.549-550.

2 أنظر، حوشين رضوان، الوسائل القانونية لحماية البيئة و دور القاضي في تطبيقها، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الفترة التكوينية 2003-2006، ص.56.

3 أنظر، محمد بن زعمية عباسي، حماية البيئة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002 ، ص.182.

التطبيقات الفعالة لإصلاح الأضرار الإيكولوجية الخالصة.<sup>1</sup> و للتعرف على نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه لابد من معرفة مضمونه (فرع أول) ثم المدين به (فرع ثاني).

### الفرع الأول : مضمون إعادة الحال إلى ما كان عليه :

إعادة الحال إلى ما كانت عليه يقصد به إصلاح الوسط البيئي الذي لحقه الضرر، و عموما فإن الحكم بوقف مصدر الضرر يكون مصحوبا في أغلب الأحيان بإعادة الحال إلى ما كان عليه بالنسبة لما وقع من أضرار.<sup>2</sup>

يعرف التشريع الفرنسي نظام إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كجزء أصلي أو كالتزام ناجم عن ترخيص إداري أو أن يتم اللجوء إلى هذا النظام أو الإجراء بمناسبة حادث يستدعي المواجهة السريعة. و لقد اعتمد المشرع الفرنسي نظام إعادة الحالة إلى ما كانت عليه كجزء أصلي في العديد من القوانين و يتخذ الجزاء مظاهر عديدة، فإما أن يكون جزاءا جنائيا أو جزاءا إداريا أو جزاءا مدنيا.<sup>3</sup>

إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون البيئة، اعتبر أن نظام إرجاع الحال إلى ما كان عليه من قبل مرتبط بالعقوبة الجزائية، و هو ما نصت عليه مثلا المادة 102 من قانون البيئة 03-10 التي جاء فيها: " يعاقب بالحبس لمدة سنة واحدة وبغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) كل من استغل منشأة دون الحصول على الترخيص... كما يجوز للمحكمة الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدده".<sup>4</sup>

وإذا كانت المطالبة بإقرار إعادة الحال إلى ما كان عليه لإصلاح الأضرار الإيكولوجية حديثة في قانون حماية البيئة، فإن تطبيقها في المسؤولية المدنية يعد أمرا مألوف، ونظاما راسخا في الكثير من تطبيقات القانون المدني الجزائري، ذلك أنه يمكن للمتضرر أن يطلب من القاضي تقدير التعويض نقدا أو أن يطالبه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو المطالبة بإزالة أو وقف مضار الجوار غير المألوفة بالنسبة للمستقبل، كما يمكن للمالك المواد التي أقام بها شخص آخر منشأة أو بناء على أرضه أن يطالب بإزالتها إذا كان نزاعها ممكنا، وإذا أقام شخص منشآت بمواد من عنده على عقار للغير دون رضاه، فيمكن لصاحب الأرض طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها. كما تضمن القانون المدني صورا أخرى لإعادة الحال إلى ما كان عليه، إذ خول لمن يسترد ملكه الذي أقيمت عليه منشآت بأن يدفع للحائز جميع ما أنفقه، ويجوز للحائز أن يزيل ما أحدثه من منشآت بشرط أن يرد الشيء إلى حالته الأولى وفي حالة مخالفة حق الارتفاق خول صاحب العقار إمكانية المطالبة بإصلاحه عينا.<sup>5</sup>

1 أنظر، وبناس يحي، مرجع سابق، ص.273.

2 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص.400.

3 أنظر، طاشور عبد الحفيظ، نظام إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، 2003، ع.1، ص.126.

4 أنظر، حوشين رضوان، مرجع سابق، ص.61.

5 أنظر، وبناس يحي، مرجع سابق، ص.275.

و مادام المشرع الجزائري لم يضع قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ، فإنه يجب على القاضي المدني في هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية ومن ثمة يمكن له الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من قبل في كل الأحوال التي يكون فيها ذلك ممكنا.<sup>1</sup>

و عند إقرار إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التدهور البيئي، والتعرف على الحالة الأصلية للوسط ، فإن الكثير من الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية اشترطت أن يكون إعادة الحال إلى ما كان عليه ممكنا ومعقولا ، وهو ذات المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري بقوله :كلما كان ذلك ممكنا وبتكلفة اقتصادية مقبولة<sup>2</sup>، ذلك لأن الموازنة تتم هنا بين كلفة إعادة الحال والقيمة الفعلية للعناصر الطبيعية موضوع الاسترجاع.

يقصد بالصيغة العقلانية لإعادة الحال الموازنة بين القدرة الاقتصادية للمنشأة الملوثة والتكاليف الحقيقية لإعادة الحال إلى ما كان عليه، إلا أن هذه الصيغة العقلانية وإن كانت تحقق عدالة بالنسبة لأصحاب المنشآت والاقتصاد الوطني، إلا أنها لا تحقق حماية فعالة للبيئة لعدم إمكانية تطبيق إعادة الحال في الأضرار البيئية الكبرى أو الكارثية، لأنه لا يمكن لأغلب المؤسسات الملوثة أن تتحمل تكاليف إعادة الحال بمفردها، وبالتالي ففي هذه الحالة تعفى من مسؤولية إعادة الحال ويظل الضرر الإيكولوجي الخالص قائما، الأمر الذي يستوجب البحث عن طريقة أخرى لتمويل إعادة الحال.

لأجل ذلك وجب إعادة النظر جذريا في المكلف قانونا بدفع تكلفة إعادة الحال خاصة في حالة التلوث الذي يفوق القدرات الاقتصادية للمنشآت الملوثة، إذ لا ينبغي أن ننظر في مثل هذه الحالات التي يستعصى فيها على صاحب المنشأة الدفع بأنه هو المسئول الوحيد عن التلوث، لأن النشاطات الملوثة يستفيد منها المجتمع والاقتصاد الوطني لأن أصحاب الأنشطة الملوثة يدفعون بصفة منتظمة رسوما إيكولوجية يفترض أن تجمع حصيلتها لمواجهة حالات التلوث الكارثي التي لا يستطيع الملوث لوحده مجابهتها. وإضافة إلى الحل السابق الذي يهدف إلى إدخال الصناديق الخاصة بمكافحة التلوث عن طريق القضاء لإعادة الحال إلى ما كان عليه، يستند الفقه إلى بعض الأحكام القضائية التي تقضي بأنه إذا تجاوزت تكاليف إزالة التلوث قيمة الأموال الملوثة فإن القاضي يحكم بأقل القيمتين كتعويض، إلا أن هذا الحل يمكن أن يؤدي في أغلب الأحيان إلى التنصل من إجراءات إعادة الحال أو إلى تأمين مبالغ زهيدة لا تفي بغرض إعادة الحال إلى ما كان عليه، وخاصة إذا تحمل الملوث أعباء إعادة الحال إلى ما كان عليه لوحده كما هو معمول به في مختلف التطبيقات المنصوص عليها في مختلف القوانين الوطنية.<sup>3</sup>

ويتضمن إجراء إعادة الحال للأضرار الإيكولوجية ذات المصدر الاصطناعي صورتين: تتمثل أولى هاتين الصورتين في التدخل المباشر لإصلاح وترميم الوسط البيئي الذي تعرض للتلوث في حالة إمكانية استرجاع كل أو بعض الخصوصيات الطبيعية للوسط الذي أصيب بالتلوث. وتتمثل الصورة الثانية في إعادة تشكيل وإنشاء شروط معيشية مناسبة للعناصر الطبيعية التي تعرض وسطها الأصلي للتدهور في مكان آخر، بسبب هدم أو زوال العلاقات أو

1 أنظر، حوشين رضوان، مرجع سابق، ص.62.

2 أنظر، م 03 من قانون 10-03

3 أنظر، وناس يحي، مرجع سابق، ص. 278-279.

الشروط الخاصة بالنظام البيئي وعدم إمكانية استرجاعها، وهنا يتعلق الأمر بنوع التعويض المثلي أو القريب من المثل.<sup>1</sup>

ولتجاوز العقبة التقنية الأولى المتعلقة بمعرفة وتحديد ووصف الحالة الأصلية للوسط الذي تعرض للتلوث لإعادة الحال إلى ما كان عليه، يمكن الاستعانة بالدراسات السابقة المنجزة عن حالة هذا الوسط والمتمثلة في دراسات مدى التأثير أو دراسة موجز التأثير ودراسة الأخطار أو دراسة مدى التأثير على التهيئة العمرانية، لأن هذه الدراسات تصف لنا الخصوصيات الطبيعية للوسط قبل إنجاز أي مشروع ملوث والانعكاسات المحتملة للنشاط المزمع القيام به، والتدابير الواجب اتخاذها لمواجهة الأخطار المحتملة. كما يمكن الاستعانة بالمعطيات والإحصائيات الدورية التي تقوم بها مختلف القطاعات الوزارية، مثل المياه، الغابات، الصحة، البيئة، حماية الحيوانات، الأرصاد الجوية والقابلة للإطلاع.

أما بالنسبة للنشاطات الملوثة التي أقيمت قبل اشتراط دراسة مدى التأثير على البيئة فيها فإنه يمكن اللجوء إلى إثبات الحالة الأصلية للوسط في مثل هذه الحالات بكل الوسائل المتعلقة بإثبات الوقائع المادية.

كرس المشرع الجزائري ضمن القواعد الخاصة بتطبيقات عديدة لإعادة الحال إلى ما كان عليه: ففي مجال إزالة النفايات جاء القانون بمجموعة من الحالات يفرض فيها على منتج أو حائز النفايات الالتزام بضمان إزالة النفايات على حسابه الخاص بطريقة عقلانية بيئيا، وفي حالة إدخال نفايات إلى الإقليم الوطني بطريقة غير مشروعة، ألزم القانون حائزها أو ناقلها بضمان إرجاعها إلى البلد الأصلي. كما ألزم قانون الغابات من يقوم بتفريغ أو ساخ أو ردوم في الأملاك الغابية الوطنية أو وضع أي شيء آخر من شأنه أن يتسبب في حرائق لإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية وعندما يشكل استغلال منشأة لمعالجة النفايات أخطارا أو عواقب سلبية ذات خطورة على الصحة العمومية و/أو البيئة، تأمر السلطة الإدارية المختصة المستغل باتخاذ الإجراءات الضرورية فوراً لإصلاح هذه الأوضاع، وفي حالة عدم امتثاله تتخذ السلطة الإدارية المختصة تلقائياً الإجراءات التحفظية الضرورية على حساب المسئول. كما أقر المشرع الجزائري في قانون المياه التزاما عاما يقضي بالتزام المنشآت الصناعية بمعالجة المياه المستعملة كلما أمكن.<sup>2</sup>

وقد اقتنى المشرع الجزائري بعض التقنيات القانونية الرامية إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه في مجال حماية البيئة من التشريع الفرنسي، و من أبرز هذه الصور تلك المنصوص عليها في المادة 157 مكرر 4 من قانون المياه، و تلك المنصوص عليها في المادتين 86 و 87 من القانون 84-06 المتعلق بالنشاطات المنجمية.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: المدين بإعادة الحال إلى ما كان عليه :

تم حياة المنشأة الملوثة بتقلبات عديدة تثير بعض الصعوبات في التعرف على المدين بإعادة الحال إلى ما كان عليه، لذلك وجب بيان المدين بإعادة الحال في مختلف الوضعيات المستجدة التي تطرأ على حياة المنشأة أو بعد توقفها. إذ ينبغي ابتداء تحديد المسئول عن إعادة الحال في حالة المسير القانوني والمسير الفعلي (أ)، وكذا المسئول عن إعادة الحال بسبب

1 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص.402.

2 أنظر، وناس يحي، مرجع سابق، ص.277.

3 أنظر، طاشور عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص.128.

المواد الخطرة التي أفرزتها أو خزنتها المنشأة في موقعها في حالة بيعها (ب)، وبيان المسئول عن إعادة الحال في حالة إيجارها (ج)، وأيضا في حالة تغير المستغل (د)، وأخيرا في حالة تعرض المنشأة للتصفية (ه).

#### أ- المدين بإعادة الحال إلى ما كان عليه في حال السير العادي للمنشأة :

يعتبر الحائز لترخيص استغلال منشأة مصنفة هو المدين قانونا بإعادة الحال إلى ما كان عليه وفقا لطبيعة النشاط الملوث والترخيص المتعلق به، بغض النظر عن درجة أو نوع المنشأة، وهذا وفقا لما ينص عليه قانون البيئة<sup>1</sup> والنصوص الخاصة<sup>2</sup>.

وضمنا للإبقاء على مسؤولية صاحب الترخيص في حالة حدوث تعديلات لاحقة قد تمس بشروط حماية المحيط، نص التنظيم الخاص بالمنشآت المصنفة على إلزام المستغل بطلب رخصة جديدة، وقد اشترط هذا الإجراء ليكون المستغل مسئولا عن أي تحديث أو نقل أو تبديل في عين المكان وفي طبيعة التجهيزات<sup>3</sup>. وفي حالة استغلال منشأة بدون ترخيص فإنه يجوز للمحكمة أن تقضي بمنع استغلال المنشأة إلى حين الحصول على ترخيص ويمكنها الأمر بالتنفيذ المؤقت للحظر أو الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدده<sup>4</sup>.

#### ب- المدين بإعادة الحال في حالة بيع الأرض التي استغلت عليها المنشأة :

يتعين على كل بائع لأرض استغلت أو تستغل عليها منشأة خاضعة لترخيص، إعلام المشتري كتابيا بكل المعلومات حول الأخطار و الانعكاسات الناجمة عن هذا الاستغلال، سواء تعلق الأمر بالأرض أو المنشأة<sup>5</sup> فإذا لم يتم البائع بالالتزام الملقى على عاتقه فإنه يمكن للمشتري فسخ العقد أو طلب إعادة الحال على نفقة البائع المدلس.

1 أنظر، المواد 18 إلى 20 من قانون 10-03

2 أنظر، المواد 05 و 06 من المرسوم التنفيذي رقم 98-339 الذي يضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة ويحدد قائمتها، ج.ر.82، مؤرخة في 4 نوفمبر 1998، ص.3 الملغى.

3 أنظر، م 39 من المرسوم التنفيذي 06-198 يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر. 37 مؤرخة في جوان 2006، ص.9 و م 27 من المرسوم التنفيذي 98-339 الملغى

4 أنظر، م 102 من قانون 10-03.

5 أنظر، م 26 من قانون 10-03



أما إذا نفذ البائع التزامه بإعلام المشتري بأن الأرض التي استغلت أو تستغل فيها المنشأة المصنفة تحتوي على انعكاسات وأخطار محتملة على البيئة، فإن هذا الإخطار يعد إجراء كافيا لإعفاء نفسه من المسؤولية ونقلها إلى المشتري، وإلا فسيظل البائع مسئولاً شخصياً عن كل المساوئ المحققة أو المحتملة، ويبقى هو المدين بإعادة الحال.

### ج- المدين بإعادة الحال عند إيجار الأرض التي استغلت عليها المنشأة :

قياساً على التزام الإعلام الواقع على المالك في حالة بيع العقارات التي تشكل خطورة أو مساوئ على البيئة، يلتزم المؤجر اتجاه المستأجر لقطعة أرض استغلت أو تستغل فيها منشأة ملوثة أن يبلغه بهذه المساوئ. يعتبر الفقه أنه خلال فترة الإيجار يكون الحائز المستغل هو المسؤول الوحيد عن مصاريف إعادة الحال، وعند نهاية الإيجار يستعيد المؤجر المواقع المؤجرة وكل التبعات التي تنجر عنها، ومن أجل توفير حماية كافية للبيئة و ضمان تمويل إعادة الحال ففي حالة المستأجر المعسر يسأل بدله المؤجر.<sup>1</sup>

### د- المدين بإعادة الحال في حالة تغير مسير المنشأة :

إذا تغير مستغل المنشأة الحاصلة على الترخيص أو التصريح، فإنه يجب على المستغل الجديد أو ممثله الذي ينوب عنه قانوناً أن يصرح أمام السلطة المختصة المانحة للترخيص أو التصريح بتغير مستغل المنشأة مباشرة بعد بداية المستغل الجديد في أجل لا يتعدى شهراً واحداً<sup>2</sup>، فأي نقل لا يتم من خلاله التصريح بالمستغل الجديد يظل التزام إعادة المكان إلى ما كان عليه قائماً على عاتق آخر مستغل معروف لدى الإدارة والذي ليس بالضرورة هو المستغل الحقيقي. وإضافة إلى التبليغ عن المستغل الجديد، اشترط القانون الفرنسي شرطاً إضافياً يتعلق بمراجعة القدرات التقنية والمالية اللازمة للمستغل الجديد لإعادة الحال إلى ما كان عليه. ويعد هذا الشرط ضماناً لجدية انتقال حقيقي للمنشأة المصنفة وليس مجرد تحايل لتهرب المسؤول من إعادة الحال، كما يعد هذا الإجراء من ناحية أخرى ضماناً لصرامة الحماية البيئية، لأن انتقال الاستغلال لا يمكن أن يتم لمستغل جديد غير قادر مالياً وتقنياً على تحمل تبعات التلوث الذي أحدثه المستغل الأول، وفي حالة عدم توفر الشروط المالية والتقنية في المستغل الجديد يظل قانونياً المستغل الأول المؤهل تقنياً ومالياً هو المسؤول عن إعادة الحال إلى ما كان عليه. لذلك وجب إضافة شرط القدرة المالية والتقنية في المستغل الجديد لتحمل تبعات إعادة الحال إلى ما كان عليه في القانون الجزائري، ليتسنى ضمان انتقال حقيقي للمؤسسة الملوثة والتبعات المالية التي تنجر عن تلويثها للبيئة.

### هـ- المدين بإعادة الحال في حالة تصفية المؤسسة :

يلتزم المدير القضائي بضمان إدارة الشركة إلى غاية فتح إجراء التصفية القضائية ولا تعفى المنشأة الملوثة الموجودة في حالة التصفية من مسؤولية إعادة الحال إلى ما كان عليه. وضمن هذا السياق أرسى القضاء الفرنسي اجتهادات واضحة بصدد مسؤولية المنشأة الملوثة التي تتعرض للتصفية، إذ ألزم الوكيل المصفي برفع براميل تحوي مواد خطرة كانت مخزنة داخل المؤسسة، لأن القضاء اعتبر بأن هذه النفايات الضارة المتروكة في المصنع يجب أن ينظر إليها على أنها مرتبطة بصورة مباشرة بهذه المؤسسة، وأن الانتقال غير القانوني للملكية الموقع الذي كانت تتواجد به المنشأة ينجر عنه

1 أنظر، وناس يحي، مرجع سابق، ص. 281-282.

2 أنظر، م 40 من المرسوم التنفيذي 198-06.

عدم قبول إثارة صاحب المنشأة حيازة هذه العقارات من قبل الغير ليعفي نفسه من المسؤولية عن إعادة الحال إلى ما كان عليه ، واشترط القضاء الفرنسي لإعفائه، حلول مستغل جديد محله بصورة قانونية.

هذا الاجتهاد القضائي سد ثغرة إمكانية تهرب الشركات التي تخضع إلى إجراء التصفية من مسؤوليتها البيئية المتعلقة بإعادة الحال إلى ما كان عليه ، وأبقى مسؤولية إعادة الحال على عاتق المستغل الذي أفلست شركته من خلال ربطها بصاحب رخصة استغلال المنشأة الملوثة، ولم يقبل بإعفاء المستغل الذي تعرضت شركته لإجراء التصفية إلا إذا أثبت أن حلول المستغل الجديد تم وفق الشروط القانونية<sup>1</sup>.

غير أن هذه المسألة تثير إشكال جد هام يتعلق بطريقة تأمين الديون اللازمة لإعادة الحال وما هي المرتبة التي تحصل عليها ضمن بقية الديون المستحقة على الشركة؟

لم يتناول المشرع من خلال قانون البيئة موضوع الالتزامات المالية التي تقع على المنشآت الخاضعة لإجراء الوقف أو التصفية، إلا عند الإشارة لمستحقات المستخدمين والتي اعتبرها من الديون الممتازة في حالة وقف نشاط المنشأة الملوثة<sup>2</sup>، إلا أن هذا الحرص والأولوية التي حظيت بها الديون الاجتماعية للشركة في قانون البيئة لم يصلحبه اهتمام صريح بإعطاء أولوية للديون المتعلقة بإعادة الحال في حالة إنهاء نشاط المنشأة الملوثة.

غير أنه وبالرغم من أن قانون البيئة لم يتضمن حلا واضحا بخصوص الديون المتعلقة بإعادة الحال في حالة تصفية الشركة، فإن بعض القوانين الخاصة جاءت محل صريح ومباشر ومنها قانون المياه الملغى و الذي نص على حق الإدارة في استيفاء المبلغ بنفس طريقة استيفاء مديونية الدولة الخارجة عن الضرائب والملك العام<sup>3</sup>، فهذا الوصف صنف مديونية المنشآت الملوثة بأنها ديون ممتازة ويتم استيفائها بنفس طريقة استيفاء مديونية الدولة مما يمنحها المرتبة الثانية بعد الديون الاجتماعية، إلا أن هذا الحكم تم التخلي عنه في تعديل قانون المياه الجديد.

كما تضمن قانون النفايات إلزام مستغل منشأة معالجة النفايات عند إنهاء استغلالها أو غلقها النهائي بإعادة تأهيل الموقع إلى حالته الأصلية أو الحالة التي تحددها السلطة المختصة، وإذا رفض القيام بإعادة تأهيل الموقع تنفذ السلطة الإدارية المختصة تلقائيا الأشغال الضرورية لتأهيل الموقع على حساب المستغل<sup>4</sup>.

وتتمثل الصورة الثالثة لأولوية استحقاق الديون المتعلقة بإعادة الحال على المنشآت التي تعرضت للغلق أو التوقيف في الالتزام الذي يقع على عاتق المسؤول عن المنشأة باتخاذ جميع التدابير اللازمة للحراسة والرقابة المستمرة في منشآته وملحقاتها ويعلم السلطة المألحة للرخصة بذلك عن طريق تقرير خلال الثلاثة ( 03 ) أشهر التي تسبق تاريخ

1 أنظر، وناس يحي، مرجع سابق، ص. 282-283.

2 أنظر، م 25، ف. 2، من قانون 10-03.

3 أنظر، م 157 مكرر من الأمر 13-96 المعدل و المتمم لقانون المياه 17-83، ج.ر. 37 مؤرخة في 16 جوان 1996، ص. 3 الملغى بموجب القانون 05-12 المتعلق بالمياه، ج.ر. 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005، ص. 3.

4 أنظر، م 43 من قانون 19-01 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها، مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، ج.ر. 77، مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

التوقف، ويرسل ملفا يتضمن إزالة تلوث الموقع<sup>1</sup>، إلا أن المرسوم السابق كان أكثر صرامة عندما ألزم صاحب المنشأة برقابة منشأته والمواد الخطرة الموجودة بها وبملحقاتها<sup>2</sup>.

هذه الصور المختلفة في امتياز استحقاق الديون المترتبة على المستغل لإعادة الحال، وبخاصة الصورة الأخيرة التي تتكلم عن الغلق النهائي للمنشأة والذي يعني بمصطلح القانون التجاري حل الشركة وتصفيته، تكفي لتغذية قناعة القاضي الوطني ليقر مبدأ جد متقدم يكرس من خلاله اعتبار نفقات إعادة الحال ديون ممتازة على الشركة التي توجد في حالة تصفية المنشأة التي تعرضت للغلق حفاظا على المصلحة العامة المتعلقة بحماية البيئة<sup>3</sup>.

رغم أهمية نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه للتعويض عن الأضرار البيئية إلا أن هذا النظام قد يبقى قاصرا أحيانا أمام تعويض كامل و عادل لهذه الأضرار، فمن جهة قد يصطدم نظام إعادة الحال من الناحية الواقعية باستحالة إصلاح الأوساط البيئية المتضررة استحالة شبه مطلقة لعدم القدرة على إصلاحها بالاعتماد على المعارف العلمية المتوصل إليها، و من مثاله اندثار أو انقراض فصيلة حيوانية أو نباتية. و من جهة أخرى فقد يتعثر نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه بعدم فعالية نظام التمويل، فالربط التشريعي بين إعادة الحال و القدرة الاقتصادية للمدين به قد يجعل قيمة المبالغ المرصودة لإعادة الحال بعيدة كل البعد عن إصلاح الأضرار البيئية، خصوصا في الأضرار الجسيمة التي قد يستحيل على الملوث تحمل تكاليف إصلاحها لوحده. بالإضافة للتعويض العيني، يوجد نوع آخر من التعويض يتم اللجوء إليه في حالة استحالة التعويض العيني.

#### المطلب الثاني: التعويض النقدي:

يتمثل التعويض النقدي في الحكم للمتضرر بمبلغ من النقود نتيجة ما أصابه من ضرر<sup>4</sup> و يعد التعويض النقدي تعويضا احتياطيا بمعنى أن القاضي لا يلجأ إليه إلا عندما يكون التعويض العيني و هو الأصل غير ممكن سواء لأن هناك عقبات فنية تمنع إعادة الحال إلى ما كان عليه، أو لأنه يكلف نفقات باهظة قد تتجاوز قيمتها قيمة الأموال المضرورة قبل حدوث التلوث، و يهدف التعويض بمقابل إلى محاولة وضع المضرور في مركز معادل لما كان عليه قبل حدوث الضرر<sup>5</sup>.

وطبقا للقواعد العامة يشمل تقدير التعويض على عنصرين هما: الخسارة التي لحقت بالمتضرر والكسب الذي فاته، ولا يدخل في تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع، ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر متوقعا كان أو غير متوقع. ولقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي يعني أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المتضرر، والذي يغطي كافة الأضرار المادية والمعنوية<sup>6</sup>.

1 أنظر، م 41 و 42 من المرسوم التنفيذي 198-06.

2 أنظر، م 29 من المرسوم التنفيذي 339-98 اشترط تقديم تقرير كل ثلاثة أشهر يتضمن عرض حالة الموقع.

3 أنظر، وناس يحي، مرجع سابق، ص.284.

4 أنظر، حوشين رضوان، مرجع سابق، ص.62.

5 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص.409.

6 أنظر، حوشين رضوان، مرجع سابق، ص.62.

غير أن تقدير قيمة الضرر نقدا تفرض ضرورة معرفة تاريخ محدد لنشوء الدين في ذمة المسئول لمصلحة المضرور، ولقد ثار خلاف في الفقه حول تحديد هذا التاريخ، إلا أن الغالبية اتفقت على أن تاريخ نشوء الحق هو يوم وقوع الضرر، ولكن قيمة التعويض المستحق لا تتحدد ولا تستحق إلا يوم صدور الحكم. لكن الواقع أن التقدير النقدي للضرر الذي يلحق بالشخص أو بأمواله لا يثير صعوبات إذا ما قورن بتقدير الضرر البيئي تقديرا نقديا، و لكن مثل هذه العقبات لا يجب أن تكون مبررا لرفض التعويض عن الضرر البيئي المحض.

و نظرا لصعوبة تقييم الأضرار البيئية تم اقتراح العديد من الوسائل لتقييمه، أولى هذه الوسائل هي التقدير الموحد للضرر البيئي (أولا)، و الثانية هي التقدير الجزافي للضرر البيئي (ثانيا).

### الفرع الأول: التقدير الموحد للضرر البيئي :

يقوم على أساس تكاليف الإحلال للثروة الطبيعية التي تلوثت أو تلفت و تتميز هذه النظرية بأنها تسمح بإعطاء تقدير نقدي لثروات طبيعية نادرا ما يمكن إعطاؤها قيما تجارية نقدية، فلكي يمكن وضع قيمة شبه فعلية يجب معرفة أسعار السوق بالنسبة لبعض العناصر و الحالات التي لها خصائص قريبة من الحال المعروضة على القضاء للفصل فيها، و قد ظهرت ثلاث نظريات موضوعها التقدير النقدي للثروات الطبيعية :

- النظرية الأولى : تقوم على أساس قيمة استعمال الثروات الطبيعية، أي المنفعة التي تقدمها هذه العناصر للإنسان، وتعتمد هذه النظرية على سعر المتعة المؤسس على القيم العقارية المؤدي في النهاية إلى تقدير قيمة مادية للبيئة ، مع الأخذ في الاعتبار النفقات التي تصرف لإزالة التلوث أو ما يتم إنفاقه بقصد تحسين الانتفاع بالمال.

- النظرية الثانية : تقوم على أساس إمكانية استعمال هذه الثروات الطبيعية في المستقبل، و ليس على أساس الاستعمال الفعلي للأموال.

- النظرية الثالثة : لا تقوم لا على أساس الاستعمال الفعلي و الاستعمال المستقبل، بل على أساس أن بعض العناصر تستمد قيمتها الطبيعية المالية من مجرد وجودها، و يمكن تقديرها نسبيا من خلال ما يمكن أن يدفعه الأفراد من مبالغ نقدية ليعرفوا فقط مجرد وجود هذه الثروات الطبيعية.<sup>1</sup>

بالرغم من أن التقدير الموحد للضرر البيئي يقدم حلا لمشكلة التعويض عن الأضرار البيئية كونه يسمح بإعطاء قيمة نقدية لثروات ليس لها في الأصل قيم تجارية، إلا أنه لم يسلم من النقد، لأنه لم يأخذ في عين الاعتبار أن حالة العناصر الطبيعية يجب أن تقدر في ضوء وظائفها البيئية و هي معطيات تقنية ذات طبيعة خاصة يصعب تقديرها نقديا، كما أن هذه النظرية تتجاهل ردود أفعال العناصر الطبيعية المكونة للبيئة و هذا أمر لا يجب تجاهله.<sup>2</sup> بالنظر لانتقاد التقدير الموحد للضرر البيئي هناك من نادى بالتقدير الجزافي للضرر البيئي.

### الفرع الثاني: التقدير الجزافي للضرر البيئي :

1 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص. 410 و ما بعدها.

2 أنظر، سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص. 40.

إن التقدير الجزافي يقوم على إعداد جداول قانونية تحدد قيمة مشتركة للعناصر الطبيعية، و يتم حسابها وفقا لمعطيات علمية يقوم بها متخصصين في المجال البيئي. و لقد أقر المشرع الفرنسي هذا التقدير في تطبيقات خاصة نذكر منها على سبيل المثال أن القانون الخاص بالغابات عاقب شركة مكلفة بتنقية الأرض من آثار حريق بالغابة، بغرامة تم حسابها على أساس عدد الهكتارات المعنية من الشجر المحروق، وكذلك تم فرض غرامة أخرى على أساس المتر المكعب من الأرض الملوثة أو أوراق الأشجار التي تم نزعها بشكل غير شرعي. كما طبق القضاء الفرنسي هذه الطريقة في قضية تلوث أحد الأنهار، حيث حسب التعويض على أساس واحد فرانك لكل متر طولي للمجرى الملوث، و  $\frac{1}{2}$  فرنك عن كل متر مربع ملوث. وقد اعتمد قانون حماية المياه في ألاسكا طريقة أكثر فنية لتقدير التعويض، حيث أسسه على كمية الزيت الذي تم إلقاءه في المياه مع الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان هناك مواد سامة تؤثر على نقاء المياه و صلاحيتها وكذلك الأحياء المائية والثروات الطبيعية الموجودة بها و في ضوء كل هذه المعطيات الفنية يمكن تقدير التعويض عن التلوث.

إن هذا النوع من التقدير يحقق مزايا للتعويض عن الضرر البيئي إذ أنه لا يسمح بترك أي ضرر بيئي بدون تعويض حتى و لو لم يأخذ في حساباته القيمة الحقيقية للعناصر الملوثة. لكن رغم ذلك فلم تسلم هذه النظرية من النقد، على أساس أنه يصعب عند تقدير الضرر البيئي إثبات حالة العناصر قبل تلوثها.<sup>1</sup>

يتضح من خلال ما سبق أن كلا من النظريتين لم تسلم من النقد و هذا يدل على عدم إمكانية تطبيق أي منهما بشكل منفرد. إزاء هذا و تجاوزا للصعوبات و المشاكل التي تثيرها كل من النظريتين، فإنه يمكن قبول تطبيق نظام الجداول بشرط إعداده من قبل خبراء بالأخذ في الاعتبار كل العوامل التي قد يكون لها تأثير اقتصادي أو بيئي عند تقدير التعويض عن الضرر البيئي. و بالمقابل إعطاء القضاة سلطة ملائمة و تقدير التعويض حسب كل حالة في ضوء معطياتها المختلفة، و هو ما عبر عنه القانون الأمريكي CERCLA الصادر في 1986، و المتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية حيث نص على أن طريق تقدير التعويض عن الضرر البيئي ما هو إلا مجرد قرائن بسيطة يسترشد بها القضاة عند نظرهم الدعاوى المعنية في هذا المجال.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث : الوسائل الخاصة لإصلاح الأضرار البيئية :

نظرا لقصور النظام الكلاسيكي للمسؤولية في تعويض الأضرار البيئية، أصبح من الضروري تدعيم النظام الكلاسيكي بوسائل أخرى تمكن الضحايا من الحصول على تعويض كامل و عادل، لذلك تم الاتجاه إلى وضع صندوق خاص بالتعويضات، يضمن قدرا من التعويض للمتضررين عند صعوبة الكشف عن الأضرار التي يسببها النشاط الملوث، و كذا تحديد المسؤول عنها. و رغم أن المشرع الجزائري أوجد صندوقا وطنيا لحماية البيئة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-147، إلا أنه ليس من مهامه تعويض المتضررين. كما أن الجزائر صادقت على العديد من الاتفاقيات الدولية مي مجال مكافحة التلوث، و منها الاتفاقية الدولية المتعلقة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن الأضرار الناجمة عن التلوث بالمخروقات بموجب الأمر رقم 74-55. و بالتالي يكون من الضروري على المستوى الداخلي توسيع نشاط الصندوق الوطني لحماية البيئة ليشمل تعويض المتضررين في حالات معينة، أو إنشاء صندوق

1 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص.415-416.

2 أنظر، سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص.44.

جديد خاص بالتعويض عن الأضرار البيئية. و من بين الدول التي لجأت لهذه التقنية الولايات المتحدة الأمريكية التي أنشأت لهذا الغرض صندوق يدعى بالصندوق الممتاز بموجب قانون "ساركلا cercla" سنة 1986.

و في محاولة لتوفير ضمانات أكبر للمضرور للحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء التلوث البيئي، ذهب البعض للقول أنه إذا سلمنا بأن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية أمر لا بد منه في مجال تلوث البيئة، فإن هذا يؤدي إلى المناوأة بإمكانية التأمين ضد الأخطار الناجمة عن تلوث البيئة. و يقوم هذا الأمر على أساس دفع شركة التأمين مبلغ التأمين لمن وقع عليه ضرر التلوث البيئي.

يهدف هذا التأمين إلى نقل كل تكاليف إصلاح الضرر على عاتق مجموع المؤمنين، و هذه التقنية فضلا عن دورها الرئيسي في تحقيق الأمان للمؤمن عليه فإنها تمثل حلا مفيدا لمشاكل الإفلاس الجزئي للمسئول عن وقوع الضرر، بل إن للتأمين أيضا أثر رادع ضد عمليات التلوث الإرادي، و أثر وقائي ضد الإهمال.

و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التأمين من خلال عدة نصوص آخرها الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، بالإضافة إلى أحكام القانون المدني لاسيما المواد من 619 إلى 625. و من علامات اهتمام المشرع الجزائري بالتأمين على الأضرار البيئية، جعله تأمين مسؤولية الصناعي عن النشاط الملوث إجبارية من خلال المادة 168 من أمر 95-07، كما رتب عقوبات جزائية لعدم الامتثال لإلزامية التأمين في المادة 184 من نفس القانون. و الغرض من هذه الإلزامية ضمان حق المضرور في الحصول على التعويض المحكوم به، دون أن يخشى ضياع حقه.

و يمكن القول أن التأمين عن المسؤولية الناجمة من التلوث البيئي، يساهم بشكل كبير في حصول المضرور على التعويض، خصوصا في الحالات التي لا يمكن فيها وضع كامل المسؤولية على عاتق ممارس النشاط المسبب للتلوث، فعن طريق التأمين يمكن توزيع هذا العبء بين مسبب التلوث و شركة التأمين، أو نقل عبء التعويض كاملا إلى عاتق شركة التأمين.

### المبحث الثالث : الجزاءات الجنائية لتلويث البيئة :

الجزاء هو الألم الظاهري المادي المحسوس الذي يصيب الإنسان في جسمه أو حريته أو ماله، و يعد الجزاء الجنائي أشد أنواع الجزاءات قساوة و أكثرها ضراوة لأنه يصيب الإنسان في حياته كما في عقوبة الإعدام أو في حريته كما في العقوبات السالبة للحرية أو المقيدة لها.

1 أنظر، وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، السنة الجامعية 2002-2003، ص.134-135.

2 أنظر، عبد الرشيد مامون، دور القانون المدني في حماية البيئة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص.11.

3 أنظر، ياسر محمد فاروق المنياوي، مرجع سابق، ص.428.

4 أنظر، وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.139-140.

5 أنظر، عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص.12.

6 أنظر، عارف صالح مخلف، مرجع سابق، ص.308.

يعد ظهور الجزاء الجنائي في الأحكام المنظمة للعناصر البيئية ظاهرة عامة في جميع التشريعات، و بصورة أوضحت دور القانون الجنائي في حماية البيئة، فبدون هذا الجزاء لن يتحقق للقوانين التنظيمية الخاصة بحماية البيئة الفعالية الكافية لمواجهة مختلف أفعال الاعتداء على هذه القيمة الأساسية من قيم المجتمع. فالجزاء الجنائي هو الأثر القانوني العام الذي يرتبه المشرع على ارتكاب الفعل الجرمي. و لا شك أن هذا الجزاء يشكل المظهر القانوني لرد الفعل الاجتماعي إزاء الجناة، و الذي يتمثل في صورة عقوبة تواجه الجريمة المرتكبة، بنوعيتها عقوبات أصلية، و عقوبات تكميلية، أو في صورة تدبير احترازي يواجهه من تثبت لديه خطورة إجرامية كامنة، و ذلك من أجل تحقيق الأغراض المرجوة من كل منها. حيث أن العقوبة جزاء ينطوي على اللوم الموجه إلى من تنزل به، و مجالها حيث يتوافر الخطأ و الصلاحية للمسؤولية الجنائية، أما التدبير الاحترازي فهو أسلوب للدفاع الاجتماعي لا يستهدف سوى توقي الخطر الاجتماعي و مجاله حيث تتوافر الخطورة الإجرامية<sup>1</sup> و عليه يتضح أن الجزاء الجنائي يأخذ إحدى صورتين: الأولى هي العقوبة (مطلب أول) و الثانية هي التدبير الاحترازي (مطلب ثان).

#### المطلب الأول: العقوبات الجنائية لتلويث البيئة:

إن العقوبات الجنائية الموقعة على مرتكبي الجرائم البيئية، يمكن تصنيفها إلى عقوبات أصلية و أخرى تكميلية.

#### الفرع الأول: العقوبات الأصلية:

هي أربعة أنواع نص عليها المشرع الجزائي، الإعدام و السجن، و الحبس و الغرامة، و تعكس هذه العقوبات خطورة الجناح و نوع الجريمة البيئية المرتكبة، جنائية أو جنحة أو مخالفة<sup>2</sup>.

**أولا: عقوبة الإعدام:** تعد أشد أنواع العقوبات وأقساها، لأنها تسلب الإنسان حق الحياة، ولم يتضمنها قانون البيئة، وإنما جاءت في قانون العقوبات، كما في حالة تقديم مواد غذائية أو طبية وكانت هذه المواد مغشوشة أو فاسدة، وأدت إلى موت شخص أو عدة أشخاص، فإن الجناة الذين ارتكبوا الغش وكذا الذين عرضوا أو باعوا تلك المواد وهم يعلمون أنها مغشوشة أو مسمومة أو فاسدة يعاقبون بالإعدام وفي حالة وضع النار عمدا في أملاك الدولة كالغابات والحقول والمزارع والأشجار، تكون العقوبة هي الإعدام إذا أدى إلى الوفاة، وأيضا يعاقب بالإعدام كل من وضع النار عمدا ولو في غير أملاك الدولة إذا أدى ذلك إلى موت شخص أو عدة أشخاص. كما نص القانون البحري على عقوبة الإعدام في حق كل ربان سفينة جزائرية أو أجنبية ألقى عمدا نفايات مشعة في المياه التابعة للفضاء الوطني<sup>3</sup> (المواد 399-396-432 من قانون العقوبات الجزائري<sup>4</sup> و م 500 من القانون البحري).

1 أنظر، عادل ماهر الألفي، مرجع سابق، ص. 467.

2 أنظر، عبد اللاوي جواد، الحماية الجنائية للبيئة-دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام و العلوم الجنائية، السنة الجامعية، 2005/2004، ص. 87.

3 أنظر، محمد بن زعمية عباسي، حماية مرجع سابق، ص. 158.

4 أنظر، الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 8 يونيو 1966، ج. ر. 46، مؤرخة 11 يونيو 1966، المعدل و المتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج. ر. 15، مؤرخة في 8 مارس 2009.

ثانيا : عقوبة السجن : و هي العقوبة التي تقيد من حرية الشخص، تقرر للجرائم الموصوفة بأنها جنائية وتأخذ صورتان : سجن مؤبد وسجن مؤقت.1 ومن النصوص التي أشار فيها المشرع لعقوبة السجن المؤقت، ما تضمنه قانون العقوبات في المادة 2/432 التي تعاقب الجناة الذين يعرضون أو يضعون للبيع أو يبيعون مواد غذائية أو طبية فاسدة بالسجن المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة إذا تسببت تلك المادة في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في عاهة مستديمة. كما تعاقب المادة 396 من نفس القانون بالسجن المؤقت من (10) عشر سنوات إلى (20) سنة كل من يضع النار عمدا في غابات أو حقول مزرعة أو أشجار أو أخشاب. ولقد نصت المادة 66 من قانون 19/01 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها على مايلي: "يعاقب بالسجن من خمس (5) إلى ثماني (8) سنوات وبغرامة مالية من مليون دينار 1.000.000 دج إلى خمسة ملايين 5.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من استورد النفايات الخاصة الخطرة أو صدرها أو عمل على عبورها مخالفا بذلك أحكام هذا القانون".2

ثالثا : عقوبة الحبس: يعد الحبس العقوبة الأصلية السالبة للحرية في جرائم الجنح3 و الأصل في عقوبة الحبس أنها تتراوح بين يوم وشهرين في مادة المخالفات، وأكثر من شهرين إلى 5 سنوات في مادة الجنح، و يمكن في حالة الجنح تجاوز هذه المدة بنص خاص.4 و من الأمثلة على عقوبة الحبس ما نصت عليه المادة 61 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات، من أن يعاقب بالحبس من ست أشهر إلى سنتين كل من قام بخلط النفايات الخاصة الخطرة مع النفايات الأخرى، وكذلك نص المادة 62 من نفس القانون على توقيع عقوبة الحبس بين ست أشهر وستين كل من قام بتسليم أو عمل على تسليم نفايات خاصة خطرة بغرض معالجتها إلى شخص مستغل لمنشأة غير مرخص لها بمعالجة هذا النوع من النفايات.5 و من الأمثلة في القانون رقم 03-10 المتضمن قانون حماية البيئة توقيع عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات كل ربان سفينة خاضع لأحكام المعاهدة الدولية للوقاية من تلوث المياه البحرية بالحروقات المبرمة في لندن في 1954 و تعديلاتها ، إذا قام هذا الربان بجريمة صب الحروقات أو مزيجها في أعالي البحار.6 و يعاقب بالحبس لمدة سنتين كل شخص قام برمي أو تفريغ أو تسريب، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لمواد سامة يتسبب مفعولها أو تفاعلها في الإضرار بصحة الإنسان و الحيوان والنبات، في البيئة السطحية أو الجوفية التابعة للقضاء الجزائري7

1 أنظر، حوشين رضوان ، مرجع سابق، ص.72.

2 أنظر، القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها، مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، ج.ر. 77، مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

3 أنظر، عبد المجيد محمود، المواجهة الجنائية لتلوث البيئة في التشريع المصري، ورقة عمل مقدمة من النيابة العامة بجمهورية مصر العربية

إلى المؤتمر الإقليمي حول " جرائم البيئة في الدول العربية"، بيروت 17-18 مارس 2009 ، ص.13.

4 أنظر، نور الدين حشمة، الحماية الجنائية للبيئة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في تخصص الشريعة و القانون، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر -باتنة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص.181

5 أنظر، علي سعيدان ، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.323.

6 أنظر، م 94 من القانون رقم 03-10 ، مرجع سابق.

7 أنظر، م 100 من القانون 03-10، مرجع سابق.



كما قد تجرد عقوبة الحبس تطبيقها في القوانين الخاصة، مثل قانون الغابات رقم 84-12 و من أمثلتها المادة 75 التي تقرر عقوبة الحبس بين 10 أيام و شهرين لكل من يستغل المنتجات الغابية أو ينقلها دون رخصة، و كذلك المادة 79 التي تفرض عقوبة الحبس من شهر إلى 6 أشهر في حالة العود لارتكاب جنحة تعرية الأرض في الأملاك الغابية الوطنية.<sup>1</sup>

ومن الجلي أن عقوبة الحبس أيا كانت مدتها غير كافية لتحقيق ما يرمي إليه المشرع من عدالة، أو الردع العام والخاص، فالعدالة تتأذى من عدم التناسب بين الجريمة و العقاب إذ أن جسامه الأضرار الناجمة عن الجرائم التي يعاقب عليها المشرع بعقوبة الحبس تفوق في أغلب الأحوال قدر الإثم في هذه الجرائم، خصوصا و أن آثار تلويث البيئة قد تصيب العديد من البشر و الحيوانات و النباتات، بل وقد تستمر لأجيال متعاقبة مثل التلوث الإشعاعي.

رابعا: عقوبة الغرامة: هي إلزام مالي يقدره الحكم القضائي على المحكوم عليه لصالح خزانة الدولة، وهي عقوبة يقصد منها إيلام الجاني في ماله، والمال شقيق النفس، بالإضافة إلى أنها نوع من التعويض عن الضرر الذي أصاب مصلحة جماعية عند استعمال الفرد لحقه على وجه غير مشروع أو تجاوز حدود حقه. ومن خصائص هذه العقوبة أنها تأتي أحيانا في شكل عقوبة أصلية منفردة مقررة على الفعل المجرم، وأحيانا في شكل عقوبة ثانية أو مضافة إلى عقوبة الحبس وقانون البيئة حافل بذكر العقوبات المالية، فمن النوع الأول الذي تكون فيه العقوبة المالية أصلية و منفردة ما جاء في المادة 122 التي تنص على أنه يعاقب بغرامة من 2000 إلى 20000 دج كل من استغل عمدا منشأة بلا ترخيص أو دون التصريح المنصوص عليه في المادتين 76 و 77 من هذا القانون أو تجاهل الشروط التي تفرضها الرخصة المقررة. ومن النوع الثاني الذي تكون فيه العقوبة المالية مصحوبة بعقوبة الحبس ما نصت عليه المادة 60 من قانون حماية البيئة على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 5000 إلى 50000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط، كل من شغل مرفقا خلافا لمنع صادر بتحديد أجل إصلاح هذا المرفق المتسبب في التلوث، وكذا المادة 55 التي تنص على أنه " يعاقب بالحبس من شهرين إلى 6 أشهر وبغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دينار أو بإحدى العقوبتين فقط، كل شخص تسبب في تلويث المحيط الجوي "2.

إن الأهمية التي تحتلها عقوبة الغرامة في الحماية الجنائية للبيئة ليست وليدة فراغ بل هي ناتجة عن ملاءمة هذه العقوبة مع الجرم والجاني. فهي تتلاءم مع الجرم من حيث أن أغلب الجرائم البيئية تتصل بالمال بطريقة أو بأخرى، إذ تحدث بمناسبة ممارسة نشاط اقتصادي فتكون الغرامة من جنس العمل، إذ يجرم الجانح من الكسب غير المشروع الذي استهدف الحصول عليه من جراء المساس بالبيئة، فتكون الغرامة غرما مقابل الغنم، و من جهة أخرى فالغرامة تتلاءم مع الجاني، من حيث أن الجرائم البيئية غالبا ما تسند إلى أشخاص معنوية، فتكون هذه العقوبة مناسبة لطبيعة هذه الأشخاص.

لكن بالرغم من المزايا التي تحققها الغرامة إلا أن هذا لم يجل دون انتقادها، فمن جهة فإن عقوبة الغرامة قد تتنافى مع متطلبات العدالة، نظرا للتفاوت الكبير بين الأضرار البيئية و مقدار الغرامة المقررة كعقوبة على إحداثها، و من جهة

1 أنظر، نصر الدين هنوني، الوسائل القانونية و المؤسساتية لحماية الغابات في الجزائر، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص.82-85.

2 أنظر، محمد بن زعمية عباسي، مرجع سابق، ص.159.

أخرى فإن الغرامة قد لا تحقق الردع الخاص المرجو منها، حيث تستمر المنشأة في ارتكاب الجرائم البيئية طالما كانت لديها القدرة المالية على دفع الغرامة المالية المقررة للجريمة البيئية التي ترتكبها، وخصوصا إذا كانت الإجراءات الواجب اتخاذها لتفادي الإضرار البيئية يكلف أكثر بكثير من مبلغ الغرامة.

و ليس المرجو من وراء ما تقدم المطالبة بالمبالغة في تحديد قيمة الغرامات المالية المقررة للجرائم البيئية، ذلك أن مثل هذا الأمر قد ينعكس سلبا على المجتمع، فقد يؤثر على المركز المالي للمنشأة المصنفة، مما يؤدي إلى إفلاسها وغلقتها، بل وقد يؤدي إلى الإحجام التام عن إنشاء المشاريع الاقتصادية ذات الصلة بالبيئة، و هو ما يضر بالاقتصادات الوطنية. بل يفضل تبني أنواع مختلفة من الغرامة مثل: الغرامة اليومية " le jour-amende " و الغرامة مع الوضع تحت المراقبة و الاختبار " l'amende avec-suivis " و الغرامة المشروطة " l'amende conditionelle ".

#### الفرع الثاني : العقوبات التكميلية :

نصت المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري على العقوبات التكميلية، و هي : الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، الحرمان من مباشرة بعض الحقوق الوطنية، مصادرة الأموال، حل الشخص الاعتباري، نشر الحكم.

هذا النوع من العقوبات يكمل العقوبة الأصلية، ومن أهم هذه العقوبات والتي يمكن أن تؤدي دورا هاما في مواجهة الجنوح البيئي هناك :

#### -أولا : مصادرة جزء من أموال الجانح البيئي :

هي طبقا للمادة 15 من قانون العقوبات: الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء. غير أنه لا يكون قابلا للمصادرة: محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، إذا كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة، وعلى شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع، الأموال المذكورة في الفقرات 2 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7 و 8 من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية، المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته. (و هو أمر جوازي لحكمة الجنايات، و لا يطبق في الجنح و المخالفات البيئية إلا بوجود نص قانوني يقره. في حالة الإدانة لارتكاب جنائية، تأمر المحكمة بمصادرة الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت كمكافأة مرتكب الجريمة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

#### -ثانيا : المنع المؤقت من ممارسة النشاط :

يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جنائية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، طبقاً للمادة 16 مكرر من قانون العقوبات إذا ثبت للجهة القضائية أن للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولة المهنة، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما. ويصدر الحكم بالمنع لمدة لا تتجاوز عشر (10) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنائية وخمس (5) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة. ويجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء.

تهدف هذه العقوبة إلى منع الجناح البيئي من ارتكاب الجريمة البيئية حيث تكون المهنة أو النشاط عاملاً مسهلاً لارتكابها، ومن أمثلته سحب رخصة استغلال الشاطئ عند عدم احترام الجناح لالتزاماته بعد إعداره والسحب المؤقت أو النهائي لرخصة استغلال المؤسسات الفندقية وكذا ما نصت عليه المادة 102 من قانون 03-10 والتي ورد فيها بأنه يجوز للمحكمة أن تقضي بمنع استعمال المنشأة إلى حين الحصول على الترخيص من الجهة المختصة<sup>1</sup> والمنع من ممارسة النشاط بطابعه المؤقت يستهدف وقاية المجتمع من النشاط الماس بمصلحه خلال مدة محددة دون مساس بالوجود القانوني للشخص المعنوي، وهذا التدبير يمكن تشبيهه بالعقوبات السالبة للحرية خلال فترة محددة.

- ثالثاً: إغلاق المؤسسة أو حلها :

يترتب عليها طبقاً للمادة 16 مكرر<sup>1</sup> من قانون العقوبات منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه. ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنائية، وخمس (5) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة. ويجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء.

وطبقاً للمادة 17 من قانون العقوبات منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كانت تحت اسم آخر أو مع مديريين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين ويترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية. فيإزالة الشخص المعنوي يحمل معنى وقف هذا الشخص والذي يستتبع حظر متابعة ممارسة أعماله، التي خصص نشاطه لها و لو كان ذلك باسم آخر، كما يحمل معنى حل الشخص المعنوي الذي يعني إنهاء وجوده القانوني. وهذا الإجراء يفرض في حالة ما إذا كان مرتكب الجرم البيئي هو جماعة منظمة كالأشخاص المعنوية العامة و الخاصة، كما في حالة رمي مخلفات المصانع في المياه أو تصاعد الأبخرة السامة منها أو إطلاق وتسريب الأشعة الأيونية و النووية.<sup>2</sup>

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المشرع العقابي قد نص على العقوبات التي يمكن توقيعها على الأشخاص المعنوية، وهي في مواد الجنائيات : الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وعندما لا ينص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين سواء في الجنائيات أو الجناح، وقامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، فإن الحد الأقصى للغرامة المحتسب لتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة فيما يخص الشخص المعنوي يكون :

1 أنظر، حوشين رضوان، مرجع سابق، ص. 77.

2 أنظر، نور الدين حشمة، مرجع سابق، ص. 190.

- 2.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد،
- 1.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالسجن المؤقت،
- 500.000 دج بالنسبة للجنة.

أما العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في المخالفات هي: الغرامة التي تساوي من مرة واحدة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة. كما يمكن الحكم بمصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

أما العقوبات التكميلية التي يمكن توقيعها على الشخص المعنوي فهي: - حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصيب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة.

فإذا خرق أحد الأشخاص الطبيعيين العقوبات التكميلية المحكوم بها على الشخص المعنوي يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج 1.

إلى جانب أسلوب الردع بالعقوبة، وجدت التدابير الاحترازية لإصلاح المجرم وإعادة تأهيله.

#### المطلب الثاني: التدابير الاحترازية :

تبرز أهمية التدبير الاحترازي في مواجهة خطورة الجناح البيئي من خلال إبعاده عن الوسائل و الظروف التي تسبب له ارتكاب الجريمة و على هذا الأساس كانت تقسم إلى تدابير شخصية يدخل تحتها الحجز القضائي في مؤسسة للأمراض العقلية، و الوضع القضائي في مؤسسة علاجية، و تدابير عينية تدخل تحتها المصادرة و إغلاق المؤسسة. لكن القانون رقم 06-23 المعدل لقانون العقوبات ألغى المادة التي كانت تنص على التدابير العينية و احتفظ بالتدابير الشخصية فقط، و هو ما يدفع للقول أنه لم يعد هناك وجود لا للغرامة و لا للغلق كتدابير احترازية بل أدخلهما المشرع تحت العقوبات التكميلية.

لكن المتمعن في نصوص قانون العقوبات يجد أن المادة 16 من قانون العقوبات لازالت تقرر المصادرة كتدبير احترازي بغض النظر عن مضمون الحكم الصادر في الدعوى العمومية، و حسنا فعل المشرع الجنائي بالإبقاء على المصادرة كتدبير أمن بغض النظر عما إذا كان ذلك سهوا منه أو عن قصد، لأن الحكمة من تقرير جزاء المصادرة قد تتخذ شكلين: فإما أن تهدف إلى الحيلولة بين الجاني و بين أن يستغل هذه الأدوات مرة أخرى في ارتكاب جريمة بيئية في المستقبل، و هنا تكون المصادرة تدبيرا احترازيا، غرضه وقاية المجتمع من خطورة إجرامية كامنة في هذه الأشياء. كما قد تستهدف المصادرة إلى إنزال الإيلام بالمحكوم عليه جراء ما اقترفه من جريمة بيئية بواسطة هذه الأدوات. و تتميز

1 أنظر المواد من 18 مكرر إلى 18 مكرر 3 من قانون العقوبات المعدل و المتمم.

المصادرة كتدبير احترازي عن المصادرة كعقوبة، ففي الأولى توقع المصادرة على الشيء الذي ارتكبت به الجريمة بغض النظر عن ثبوت ملكيته للجاني من عدمه، لأن الهدف درء خطورة هذا الشيء نفسه، أما المصادرة بوصفها عقوبة فهي لا ترد إلا على شيء مملوك للمحكوم عليه، فذلك هو ما يحقق الإيلاء.

كما يمكن التمييز بين المصادرة كعقوبة و المصادرة كتدبير احترازي من ناحية أخرى، فنكون بصدد عقوبة متى انصبت على شيء مباح ليتحقق بها إيذاء الجانح في ذمته المالية، و تكون تدبيراً احترازياً عندما تنصب على أشياء غير مباحة، فتكون أداة للوقاية من استخدامها في إجرامه، و من أمثلتها حجز معدات الصيد البحري المحظورة. و يمكن أن تنصب المصادرة على الأشياء المحظورة التي ارتكبت بها الجريمة أو من المحتمل أن تسهل لارتكابها، و تدخل هنا الأسلحة و الذخائر و شبكات الصيد غير القانونية و الأفخاخ، إلى جانب مصادرة ثمار الجريمة كما هو الشأن بالنسبة للسمك المصطاد بطريقة غير شرعية، أين يتم توجيهها لجهة ذات منفعة عمومية بعد التأكد من سلامتها، فالمصادرة تعد وسيلة كاملة لزيادة فعالية القانون الجنائي للبيئة.<sup>1</sup> و هو ما يستفاد من نص المادة 16 من قانون العقوبات التي تنص على: " يتعين الأمر بمصادرة الأشياء التي تشكل صناعتها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة، وكذا الأشياء التي تعد في نظر القانون أو التنظيم خطيرة أو مضرّة. وفي هذه الحالة تطبق المصادرة كتدبير أمن، مهما يكن الحكم الصادر في الدعوى العمومية".

إن المصادرة غالباً ما تحقق أهدافها سواء كانت عقوبة أو تدبير احترازي، ففي الحالة الأولى تحقق المصادرة العدالة لأنها تجعل أدوات الاعتداء كتعويض يدفعه الجاني عما ألحقه بالبيئة من ضرر، كما تحقق الردع العام بأن تهدد كل من تسول له نفسه أن يعتدي على البيئة بجرمانه من أدوات الاعتداء أياً كانت قيمتها، و تحقق أيضاً الردع الخاص لأنها تجرد الجانح من الأدوات التي تساعده على اقتراف الجرائم البيئية. أما في الحالة الثانية -أي التدبير الاحترازي- فهي تحقق في كل الأحوال هدفها المتمثل في وقاية المجتمع من أدوات تشكل خطورة على بيئته.

#### خاتمة :

تحتل كل الجزاءات السالفة الذكر أهمية بالغة في حماية البيئة، لكنها لن توفر حماية فعالة للبيئة إلا بوجود مشاركة جماهيرية في حل المشاكل البيئية، و التي يمكن اعتمادها من منطلق الحقوق و ما يقابلها من واجبات، فمن المفروض أن يمكّن المواطن من مقاضاة من يسيء لبيئته، و أن يساهم في صنع القرارات التي تتعلق بالمحيط الذي يعيش فيه ، و أن يطلع على كل ما يتصل بالبيئة من معلومات، و بالمقابل يلتزم بعدم الإساءة للبيئة و ترقيتها، إذ لا يمكن أن تتحقق مشاركة جماهيرية فعالة بدون توافر ركائزها التي تستند عليها، و أهمها :

- فتح المجال أمام تكوين المنظمات و الجمعيات المدافعة عن البيئة. \ - توفير المعلومات الكافية عن حماية البيئة للمواطن.

- ضرورة التوفيق بين حماية البيئة و التنمية المستدامة. \ - ضمان حق التقاضي للجميع و خلق قضاء بيئي مستقل.

- مساهمة المواطن في صنع القرارات ذات الصلة بالبيئة. \ - تنمية الثقافة البيئية لدى المواطن و ترقية الإعلام البيئي.<sup>2</sup>

1 أنظر، عبد اللاوي جواد، مرجع سابق، ص.91..

2 أنظر، باسم محمد شهاب، المشاركة الجماهيرية في حل المشاكل البيئية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2003، ع.1، ص.147-177.

## النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري



من إعداد : الأستاذة وناسة بوخميس

أستاذة متعاقدة بكلية الحقوق جامعة وهران الجزائري

E-mail : ounassa@ymail.com

المقدمة :

إنّ دراسة النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري لا بدّ أن تتم من خلال البعد الداخلي الذي ينظمه أساسا القانون البحري ومختلف القوانين الداخلية التي لها علاقة به، و كذلك من خلال البعد الدولي الذي ينظم السفينة في ظل الاتفاقيات الدولية و أحكام القضاء الدولي.

فبين هذين البعدين حاول المشرع الجزائري وضع نظام قانوني للسفينة دقيق و واضح بحيث يكون النشاط البحري أكثر انفتاحا على الاستثمار الخارجي و في نفس الوقت لا يمكنه الإفلات من الرقابة الوطنية نظرا لأهمية الأسطول البحري في إضفاء هبة و قوة للدولة و مساهمته في تدعيم الاقتصاد الوطني.

فبين مطرقة الاتفاقيات الدولية و سندان المصلحة الوطنية صدر القانون البحري الجزائري بقواعد صارمة و إجراءات واضحة لحماية حقوق الأطراف نظرا لما يشوب النشاط البحري من مخاطر.

و تبرز أهمية النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري في كون السفينة من أهم أدوات تطبيق القانون البحري فهي الرابط بين الوقائع و القانون الواجب التطبيق، و خصوصا القانون البحري الذي يتميز بقواعد صارمة قد تسبب ضررا للأطراف إذا أسيء تطبيقه، كما يضم قواعد أكثر مرونة واستثناءات عن القواعد العامة قد تدفع بالمتحايين إلى الدفع بها قصد التنصل من مسؤولياتهم، لذا اهتم المشرع الجزائري بإصدار نصوص قانونية تخص السفينة و تنظم هذا الكيان في إطار قانوني واضح لا لبس فيه لتحديد المسؤوليات.

وعليه ستم دراسة موضوع النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : مفهوم السفينة .

المطلب الأول : تعريف السفينة في الفقه و القانون.

المطلب الثاني : دراسة وحدانية السفينة أو ما يسمى كذلك بالتفريد أي دراسة العناصر المكونة للسفينة من

الاسم، الحمولة وميناء التسجيل.

المطلب الثالث : السلامة البحرية.

المبحث الثاني: جنسية السفينة .

المطلب الأول: اكتساب الجنسية.

المطلب الثاني: إثبات الجنسية .

الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم السفينة :

المطلب الأول: تعريف السفينة في الفقه و القانون :

إنّ تعريف السفينة أمر حديث العهد والظهور إذا ما قارناه بظهور السفينة ذاتها إلى الوجود، فالسفينة بالمفهوم الكلاسيكي وفق ما يتبادر للأذهان من أول وهلة هي تلك المنشأة التي تجوب البحر بغرض نقل أشخاص أو بضائع أو كلاهما معا.

غير أنّ الثورة الصناعية وما تلاها من ثورة علمية وتكنولوجية وظهور طاقات جديدة أفرغ المفهوم الكلاسيكي من محتواه، إذ ظهرت منشآت جديدة تختلف اختلافا جوهريا عن السفينة المتعارف عليها من حيث الشكل والطاقة المستعملة والقدرة على أداء وظائف أخرى غير التنقل على المساحات المائية، و أمام هذا التحول الكبير في المفاهيم يكاد موضوع تعريف سفينة يعرف شغورا في كثير من التشريعات البحرية الداخلية، تاركا المهمة للفقه والقضاء، غير أن معظم الفقه لم يعن هو الآخر بوضع تعريف لها قدر عنايته ببيان عناصرها القانونية<sup>1</sup> وذلك استنادا إلى ما ورد بهذا الخصوص في التشريعات الداخلية أوالاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الصدد أكثر من عنايته بتعريفها أو بإضفاء صفة السفينة على بعض الأشياء و الأموال، أو بالترقية بين السفن فيما بين أنواعها، أو بين السفن الوطنية أوالسفن الأجنبية؛ وعليه سوف يتم التطرق للعناصر القانونية للسفينة بعد سرد مختلف التعريفات. فورد اتفاق بين الفقهاء على أن "السفينة هي كل منشأة عائمة مخصصة للملاحة البحرية"<sup>2</sup>، و "السفينة هي المنشأة التي تقوم أو تخصص للقيام بالملاحة البحرية على وجه الاعتياد"<sup>3</sup>.

كما ورد أنّ وهناك جانب من الفقه لم يكتف بالعناصر المذكورة سابقا، إنما أضاف عنصرا جديدا بقوله: "السفينة هي منشأة قادرة على مواجهة أخطار البحر وتستعمل بصفة اعتيادية خصيصا للملاحة البحرية"<sup>4</sup>.

أما في ظل قواعد القانون الدولي فإنّ الاتفاقيات العامة و في مقدمتها اتفاقية جنيف لعام 1958مواتفاقية قانون البحار لعام 1982م والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1994م و التي تعتبر أهم اتفاقية في هذا الموضوع سكتت عن تنظيم موضوع السفينة، و إن قامت هذه الأخيرة بتعريف السفن الحربية في مادتها (م29)، فإنها اكتفت بالإحالة الصريحة للتشريعات الداخلية لتقوم بهذه المهمة تبعا لما تقتضيه مصالحها، و لم يكن بد من أن يحشر القانون الدولي نفسه في هذه الخصوصيات التي لا تعنيه إلا عندما تلتقي هذه التشريعات من خلال السفينة وتصطدم ببعضها البعض مشكلة بذلك نقطة تنازع ترتقي إلى المستوى الدولي، ونتيجة ذلك فإن القانون الدولي سوف يعالج موضوع السفينة في تعريفها بإحلالها في إطار الموضوع الذي يقوم هو بتنظيم أحكامه، فيسعى بذلك إلى تفرقتها عن غيرها

<sup>1</sup>-لخضر زازة: «الوضع القانوني للسفينة في المناطق البحرية المختلفة -دراسة في ضوء القانون الدولي الجديد للبحار -رسالة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة وهران 1999،ص 26.

<sup>2</sup>- Encyclopédie juridique Dalloz .répertoire de droit commercial. tome 4 «franchise à navire»; avril 2004.p.2.

<sup>3</sup>- إبراهيم عناني: « قانون البحار».الجزء الأول، دار الفكر العربي،القااهرة1975. ص 78.

<sup>4</sup>- Antoine Vialard «Droit maritime»; éd PUF 1997. P274. et René Rodière ;Emmanuel De Pontavice : «Droit maritime» 12 éd .précis DALLOZ 1997. n33.

من المنشآت تبعا لمدى انطباق أحكامه في ذلك الموضوع بالذات مراعى طبيعة السفينة وطبيعة النزاعات حول الموضوع؛ تماما كما هو الحال في التعريفات القوانين الداخلية وقضاءها في مراعاتهما لمضمون القانون الخاص، وعليه يتصور أن تعاريف القانون الدولي للسفينة سوف تختلف تبعا للمواضيع التي يقوم هذا القانون بتنظيمها لدرجة انه يعترف بوصف السفينة على منشآت في موضوع ما ويرفض الاعتراف به في موضوع آخر<sup>1</sup>.

غير انه ما يستنتج مما سبق أن الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لتعريف السفينة لم يكن هدفها وضع تعريف تجريدي محض بقدر ما كان هدفها تحديد المنشآت التي تنطبق عليها أحكامها. لذا لم تكن هذه الاتفاقيات منسجمة فيما بينها بل كانت متناقضة أحيانا مما اثر سلبا على التشريعات الداخلية التي تستلهم الإطار القانوني لتعريف السفينة من هذه الاتفاقيات بحكم سموها على القانون الداخلي.

أما في الجزائر فإن اتجاه المشرع الجزائري واضح في تجنب مختلف النصوص القانوني الدولية عند تعرضه لموضوع السفينة في التشريع الداخلي الجزائري، فجاء هذا الأخير على نسق تام مع ما هو منظم دوليا سواء من حيث إيجابياته أو سلبياته، وإن كان من البديهي خضوع التشريع الوطني لما تمليه القوانين الدولية بحكم سموها عليه، إلا أنه في هذا الموضوع توجب على المشرع توخي الحذر حتى لا يقع في التناقض والميوعة التي تحيط بموضوع السفينة فوضع تعريفا محاولا بذلك تسهيل العمل على القضاء وإن كان فيه شيء من الصعوبة، حيث نص في المادة 13 من القانون البحري الجزائري<sup>2</sup>:

"تعتبر السفينة في عرف هذا القانون كل عمارة بحرية أو آلية عائمة تقوم بالملاحة البحرية إما بوسيلتها الخاصة وإما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة".

وبمقابلة هذا التعريف بما ورد سابقا في تعاريف الفقه الدولي نجد أن المشرع الجزائري قام بصياغة تعريف فضفاض يحتوي بين طياته كل التعاريف السابقة الذكر كما يشمل المنشآت التي لم تهتم الاتفاقيات الدولية بتعريفها كالسفن ذات الوسائد الهوائية، أو المنشآت التي لم يرد بشأنها تعريف محدد كالمنصات الثابتة والمنصات العائمة وكذلك الفنادق والمصانع العائمة.

أما فيما يخص أنواع السفن فيمكن تقسيمها بالنظر إلى المعيار الذي يُؤخذ بعين الاعتبار في التقسيم، ومن هذه المعايير التي تقسم على أساسها السفن نجد معيار نوع الملاحة الممارسة، معيار نوع التخصيص، معيار وسيلة الدفع و معيار الحمولة و غرض الاستخدام وغيرها من المعايير التي تختلف من تشريع إلى آخر بحسب ما تمليه المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة .

وبالنسبة للطبيعة القانونية للسفينة في التشريع الجزائري في التشريع الجزائري فقد نص المشرع صراحة في المادة 56 من القانون البحري المعدلة بالمادة 11 من القانون رقم 98-05 على أنه: «تعد السفن والعمارات البحرية الأخرى أموالا منقولة. وتكون قابلة للرهن ويمكن رهن السفينة كذلك عندما تكون قيد الإنشاء...»، وهو موقف أيده الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا في قرارها رقم 171793 المؤرخ في 1998/12/08<sup>3</sup>.

و هذا التصنيف له أهمية كبرى لما يترتب على ذلك من آثار تصب على هيكل السفينة وعلى المعدات التي هي ضرورية للملاحة وهو ما اصطلح عليه اسم الأدوات وعدة السفينة إذ تعتبر جزءا لا يتجزأ من السفينة وتشملها

<sup>1</sup>- لخضر زازة : نفس المرجع ، ص 107.

<sup>2</sup>- أمر رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 29 سنة 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25-06-1998 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 47 سنة 1998.

<sup>3</sup>- المنشور بالمجلة القضائية عدد 02 سنة 1999.



العمليات المتعلقة بنقل ملكية السفينة أو رهنها، وبالتالي السفينة هي كيان قانوني لا يشمل فقط الهيكل والمحرك وإنما جميع الأدوات والمعدات الضرورية للملاحة البحرية<sup>1</sup>.

وهذا الموقف أكد عليه المشرع الجزائري وأقره بنصه على أن نقل ملكية السفينة يشمل الأدوات وعدة السفينة<sup>2</sup>، كما أشار إلى أن الرهن البحري المترتب على السفينة سواء كان كلياً أو جزئياً يشمل هيكل السفينة وتوابعها باستثناء الحمولة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>3</sup>.

و القول بأن السفينة مال منقول يجعلها محل حق كبقية الأموال المنقولة الأخرى غير أن الطبيعة الخاصة المضافة عليها استدعت تنظيم هذه الحقوق بأحكام خاصة إلى جانب الأحكام العامة التي تحكم الأموال المنقولة، ففيما يخص حق الملكية وهو حق بالغ الأهمية والأثر عند التعرض لجنسية السفينة فقد خصه المشرع الجزائري بقواعد خاصة في المواد من 50 إلى 54 مكرراً من القانون البحري الجزائري إلى جانب الأحكام العامة في القانون المدني حيث أوجب إثبات كافة العقود المنشأة أو المسقطة لحق ملكية السفينة أو الحقوق العينة الأخرى بسند رسمي وإلا كان التصرف باطلاً<sup>4</sup>، كما لا يتم نقل ملكية سفينة جزائرية أو جزء منها إلى شخص أجنبي إلا برخصة مسبقة صادرة عن السلطة البحرية المختصة<sup>5</sup>، وتعد توابع السفينة جزء منها<sup>6</sup> وبالتالي يشملها عقد البيع، إلى جانب ما سبق يمكن تسخير السفن من طرف السلطات المختصة عند الاقتضاء<sup>7</sup>.

و نفس الشيء بالنسبة لأحكام الرهون و الامتيازات البحرية خصها المشرع بقواعد خاصة مراعيًا في ذلك نص الاتفاقية الدولية المتعلقة بتوحيد بعض قواعد الخاصة بالامتيازات والرهون البحرية الموقعة ببروكسل بتاريخ 10 أبريل 1926 م<sup>8</sup>.

أما الحجز التحفظي نظمه المشرع الجزائري في الأمر 80-76 و اشترط لممارسته أن يكون الدين بحرياً<sup>9</sup>، وذلك على غرار ما نصت عليه الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن الموقعة ببروكسل بتاريخ 10 ماي 1952 م والتي انضمت إليها الجزائر<sup>10</sup>. غير أن الحجز التنفيذي بقي قانونياً يخضع للأحكام العامة أي أحكام القانون المدني، إذ أنه عملياً لم يكن في ظل النظام الاشتراكي لم يكن يتصور حجز السفن التي كان قطاع كبير منها ملك للدولة إلى أن صدر قانون 98-05 الذي نظم الحجز التنفيذي في المواد من 1-160 إلى 160-8 من القانون البحري الجزائري.

إن أهمية السفينة وقيمتها المعتبرة التي تؤثر في الاقتصاد عموماً وذمة مالكيها ومجموعة الدائنين خصوصاً دفعت بالمشرع الجزائري إلى إلزام التأمين على السفينة بموجب الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات<sup>11</sup>، ويشمل التأمين

<sup>1</sup>-Réné Rodière; Emmanuel du Pontavice .op citn34.

<sup>2</sup>-المادة 52 ق. ب. ج.

<sup>3</sup>- المادة 58 ق. ب. ج .

<sup>4</sup>-المادة 50 ق. ب. ج.

<sup>5</sup>-المادة 51 ق. ب. ج. وينتج عن ذلك فقدان الجنسية الجزائرية وجوباً.

<sup>6</sup>-المادة 52 ق. ب. ج.

<sup>7</sup>-المادة 54 مكرر ق. ب. ج.

<sup>8</sup> - المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 64 -72 المؤرخ في 02 مارس 1964.

<sup>9</sup> - م 150 ق. ب. ج.

<sup>10</sup> - بموجب الأمر 64-73 المؤرخ في 08 جوان 1964 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 58 سنة 1964 م.

<sup>11</sup> - المؤرخ في 25 جانفي 1995 الصادر بـ ج ر عدد 13 سنة 1995 م.

على السفينة هيكلها والأجهزة المحركة لها ولواحقها وتوابعها التي يملكها المؤمن له بما في ذلك تموينها، والأشياء الموضوعة خارجها<sup>1</sup>. أي أن التأمين على السفينة يشمل الهيكل والآلات المحركة وتوابعها لا تتمثل فقط في الزوارق والحبال ومختلف الأدوات المستعملة، ولكن في كل ما يستخدمه المجهز في الملاحة وكل ما يضعه على ظهرها مثل الفحم والوقود وغيره وعلى العموم كل ما يعبر عنه بمصاريف التجهيز<sup>2</sup>.

زيادة على ذلك فإن التأمين على السفينة يغطي أيضا الالتزامات والنفقات الأخرى من بينها الخسائر المشتركة وتكاليف المساعدة وإنقاذ الأموال المؤمن عليها، وبشكل عام كل المصاريف الضرورية والمعقولة المنفعة قصد حماية الأموال المؤمن عليها من خطر وشيك الوقوع أو التخفيف من آثاره<sup>3</sup>.

للإشارة فإن الدولة الجزائرية وعلى غرار احتكار ملكية السفن في ظل النظام الاشتراكي، فقد شرعت لاحتكار نشاط التأمين البحري<sup>4</sup>، غير أنه تماشيا مع الوضع الحالي فتحت المجال للخاص للتأمين على السفن. بعدما تستنفذ السفينة حياتها تتحول إلى حطام وهو وضع نظمه المشرع الجزائري فقد ورد تعريف حطام السفن صراحة في القانون الجزائري ضمن الفصل الرابع المتعلق بحوادث البحر من الباب الأول، فجاء القسم الرابع منه تحت عنوان إنقاذ حطام السفن، وإن كان العنوان ينص على حطام السفن فإن المواد المنضوية تحته تعرضت للحطام البحري بصفة عامة، وجاء التعريف في المادة 358 بنصها:

« تعد حطاما بموجب هذا القانون :

1- السفن والأجهزة أو المنشآت التي لم تعد حراستها أو مراقبتها جارية، وكذا حمولتها ومؤناتها.....».

حيث يلاحظ أن دخول السفينة في حيز الحطام غير مرتبط بفقدان شروط إضفاء وصف السفينة، وإنما بمدى تجهيزها وإخضاعها للحراسة والمراقبة، وليس بمدى قدرتها على القيام بالملاحة البحرية. ويمكن تصور وجود السفينة على هذه الحالة بصفة مؤقتة. وعليه هل يمكن للسفينة استرجاع وصفها بعد أن كانت حطاما؟. في الحقيقة يبقى هذا الأمر متروكا لتقدير السلطة بواسطة مؤسسات التصنيف التي متى رأت صلاحيتها للملاحة أجازت ذلك.

المطلب الثاني: وحدانية السفينة -التفريد-

بعد تحديد تعريف السفينة لا بد من التطرق لعناصر وحدانيتها المتمثلة أساسا في الاسم، الحمولة، ميناء التسجيل والجنسية و هي عناصر منصوص عليها صراحة في المادة 14 من القانون البحري الجزائري، بنصها: «تتكون العناصر المتعلقة بشخصية السفن من الاسم والحمولة وميناء التسجيل والجنسية».

وإن كانت الجنسية من عناصر وحدانية السفينة إلا وأنه نظرا لأهميتها الخاصة أفرد المبحث الثاني لدراستها. أولا الإسم: فالاسم تم تنظيمه في المواد 16 و 17 من القانون البحري الجزائري، إذ اهتم المشرع الجزائري بتنظيم شروط منح الاسم للسفينة وإجراءات استصدار هذا الاسم بشكل لا يترك أي مجال للبس وخصه بشيء من التوضيح في القرار المؤرخ في 05-04-1989م الذي يحدد شروط منح أسماء السفينة وتغييرها<sup>5</sup>، إذ يجب أن تحمل كل سفينة اسما يميزها عن العمارات البحرية الأخرى و يختص مالك السفينة باختيار اسمها. وإن كان يظهر من نص المواد حرية

<sup>1</sup> - م 128 من الأمر.

<sup>2</sup> - حيثالة معمر: « الأموال المؤمن عليها في عقد التأمين البحري الجزائري» مذكرة ماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة وهران، 2004م- 2005م . ص 36.

<sup>3</sup> - م 101 من الأمر.

<sup>4</sup> - المرسوم 85-82 المتعلق بإنشاء الشركة CAAT للتأمينات البحرية وتحديد سلطاتها. ج.ر عدد 19 الصادرة سنة 1985م. و أمر 80-07 المؤرخ في 09 أوت 1980م المتعلق بالتأمينات. ج.ر عدد 33 الصادرة سنة 1980م.

<sup>5</sup> - قرار مؤرخ في 05-04-1989م يحدد شروط منح أسماء السفن وتغييرها ج.ر عدد 20 سنة 1989م .

المالك في اختيار اسم السفينة إلا أنه بالرجوع إلى القرار المحدد لشروط منح أسماء السفن وتغييرها تتضح أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإلى جانب خضوع المالك لموافقة السلطة المختصة فإنه لا بد أن يكون الاسم المختار لم يتم استعماله قبلا من طرف سفينة أخرى.

**ثانيا الحمولة :** إلى جانب الاسم تعتبر حمولة السفينة عنصرا من عناصر تحديد شخصيتها بنص المادة 18 من القانون البحري الجزائري حيث تظهر أهمية الحمولة في اتخاذها معيارا في تحديد الكثير من المسائل منها منح اسم للسفينة الذي يكون إلزاميا متى كانت حمولة السفينة تفوق أو مساوية 10طن، كذلك الأمر بالنسبة لتقدير الرسوم الواجبة الدفع لسلطات الموانئ كرسوم الدخول إلى الموانئ والأرضية وتحديد مسؤولية المالك وحساب المهل الإضافية لعقد إيجار السفينة<sup>1</sup>، وبهدف التوحيد الدولي للقواعد المتعلقة لحمولة السفن تم التوقيع على اتفاقية لندن في 23 جوان 1969م التي حلت محل اتفاقية أوصلو المؤرخة في 10 أكتوبر 1947م، وتنص هذه الاتفاقية على توحيد حساب الحمولة ومجالات اتخاذها كمعيار في مسائل النقل البحري بين الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، غير أن الجزائر لم تنظم إليها إنما أسند المشرع الجزائري مهمة معايرة السفن وتحديد حمولتها بموجب قراراتين وزاريتين مؤرخين في (19-09-1977م) و(22-10-1977م) إلى كل من مؤسستي التصنيف "American Bureau Of shipping" و "lloyd Register Of shiffer" على التوالي<sup>2</sup>، وذلك لإجراء عمليات المعايرة وإصدار شهادات الحمولة للسفن التي تحمل الراية الجزائرية التي تودع نسخة رسمية منها لدى مكتب تسجيل السفن.

**ثالثا الموطن :** ومن عناصر وحدانية السفينة أيضا موطن السفينة الذي يعتبر المرجعية في العلاقات القانونية التي تكون السفينة موضوعا لها، وبناءا عليه فإن موطن السفينة تحكمه قواعد صريحة توضحه على وجه الدقة، وهو يعرف كذلك بميناء القيد، بينما فضل المشرع الجزائري تسمية ميناء التسجيل، كما أنه لم يفصل كثيرا في هذا المجال إلا أنه أحال إلى تسجيل السفن الذي يمكن من خلاله استقرار القواعد التي تحكم ميناء المكان الذي تم تسجيلها فيه، وبناءا عليه و بالرجوع إلى أحكام تسجيل السفن يمكن استخلاص ما يلي :

حتى يتم تسجيل السفينة في موانئ جزائرية لا بد أن تكون خاضعة لنظام الجنسية الجزائرية وفق القواعد المنصوص عليها في القانون أي وفق شروط اكتساب الجنسية التي سيتم التطرق إليها لاحقا<sup>3</sup>. كما يحظر بموجب القانون جمع السفينة بين مينائي تسجيل أحدهما وطني والآخر أجنبي<sup>4</sup>. إذ لا يمكن تسجيل سفينة جزائرية على دفتر تسجيل أجنبي إلا بعد شطبها من دفتر التسجيل الجزائري للسفن<sup>5</sup> والعكس صحيح<sup>6</sup>.

ونتيجة ذلك أنه لا يمكن تسجيل سفن تحمل راية أجنبية بالموانئ الجزائرية، إلا أنه عمليا يمكن لهاته السفن ممارسة نشاطها بهذه الموانئ إذ يعتبر الميناء في هذه الحالة ميناء استغلال أو ميناء تجهيز وليس ميناء تسجيل، فليس بالضرورة أن تمارس السفينة نشاطها في ميناء تسجيلها وإنما أن تكون مسجلة في ميناء وتمارس نشاطها في ميناء آخر. ويرجع اختيار ميناء تسجيل السفينة إلى مالكها، إذ غالبا ما يتم هذا الاختيار بالنظر إلى القوانين الجبائية التي تحدد الأعباء التي سوف تتحملها السفينة جراء هذا التسجيل.

<sup>1</sup> - المواد 104-105-664 ق.ب.ج.

<sup>2</sup> - Touafek Rabah: « Code maritime et portuaire », ed HOUMA .2006 p1005.

<sup>3</sup> - المواد 34 و 37 من ق.ب.ج.

<sup>4</sup> - م 46 ق.ب.ج.

<sup>5</sup> - م 47 ق.ب.ج.

<sup>6</sup> - م 46 ق.ب.ج.

## المطلب الثالث : سلامة الملاحة البحرية :

إن الغرض من استغلال السفينة في البحر هو تحقيق منافع في مختلف الميادين، ولإدراك ذلك لابد أن تتم الرحلة البحرية بسلام للوصول إلى الهدف المنشود دون التعرض لحسائر سواء مادية أو بشرية، وسعياً لذلك أقدم المجتمع الدولي على الالتفاف حول تنظيم قواعد الأمن البحري باعتباره هدفاً مشتركاً، وأثمر ذلك عن شيئين أساسيين يتعلق الأول بالسفينة ذاتها ألا وهو الاعتراف بمؤسسات التصنيف، والشيء الثاني يتعلق بسلامة الملاحة البحرية و هو وضع ضوابط لهذه الأخيرة .

لقد نص المشرع على درجة السفينة في مواضع متعددة من القانون البحري مما يعكس اهتمامه بجودة الأسطول التجاري الوطني، حيث نص في المادة 200 من القانون البحري الجزائري على انه يتعين على السفينة أن تحمل على متنها «...شهادة رتبة السفينة أو شهادة الصلاحية للملاحة». وهي ما يعادل درجة السفينة التي اسند إصدارها إلى شركة فريتال (Véritel) التي تعمل تحت غطاء احد اكبر المكاتب المختصة عالمياً مكتب (VERITAS) و قد أنشأت بموجب قرار عن وزارة النقل مؤرخ في 01 جوان 1989م<sup>1</sup> يتضمن اعتماد الشركة المختلطة للاقتصاد للمراقبة التقنية في النقل المسماة "فريتال" التي تحولت لاحقاً إلى مؤسسة عمومية اقتصادية شركة بالأسم E.P.E S.P.A، الدولة ممثلة فيها بوزارة النقل.

وحرصاً من المشرع الجزائري على إبقاء رقابته مستمرة على السفينة حتى وان كانت في عرض البحر، سواء من طرفه أو من طرف كل من يحق له ذلك وأوجب حمل وثائق خاصة بالسفينة، إلى جانب ذلك ألزم السفن الجزائرية بوضع علامات خارجية مميزة حتى يتسنى تمييز السفن عن بعضها البعض. فنص على ضرورة أن تحمل السفينة عندما تجهز وثائق تسمح للربان بإبراز هوية السفينة ووضعيتها القانونية على الصعيد الوطني والدولي، حيث ورد في نص المادة 189 : « كل سفينة تقوم بأعمال الملاحة البحرية، يجب أن تحمل على متنها شهادات الملاحة المسلمة من قبل السلطة الإدارية البحرية.

وهذه الشهادات المخصصة للسفينة حسب نوع الملاحة التي تقوم بها السفينة هي :

أ- شهادة الجنسية .

ب- دفتر البحارة<sup>2</sup> .

ج- رخصة أو بطاقة المرور."

وتكون للبيانات المدرجة في شهادة الملاحة قوة الثبوت أمام القضاء<sup>3</sup>، كما يجب أن تقدم شهادة الملاحة عند كل طلب إلى السلطة الإدارية البحرية وأعاون المراقبة في البحر أو في الميناء، ويجب أن يؤشر عليها من قبل السلطة الإدارية البحرية عند كل محطة توقف<sup>4</sup>، كما على السفينة حمل الوثائق الخاصة بالطاقم والبحارة العاملين على متنها لإثبات هوياتهم ووثائق متعلقة بالبضاعة المشحونة كعقد النقل، سند الشحن وشهادة التامين.

و فيما يخص السلامة البحرية فإن الإجماع على وجوب قيام المنشأة بالملاحة البحرية لإصباغ صفة السفينة عليها يخضع لضوابط اعتنت المنظمة البحرية الدولية بتقريرها وتأطيرها من خلال لجتين أساسيتين هما لجنة

<sup>1</sup> - قرار صادر عن وزارة النقل مؤرخ في 01 جوان 1989م يتضمن اعتماد الشركة المختلطة للاقتصاد للمراقبة التقنية في النقل المسماة "فريتال". ج ر عدد 41 سنة 1989م.

<sup>2</sup> - والأصح هو دفتر الطاقم ، انظر الصياغة باللغة الفرنسية.

<sup>3</sup> - م 195ق ب ج.

<sup>4</sup> - م 196 ق ب ج .

السلامة البحرية ولجنة البيئة البحرية وكل منهما وضعت ضوابط للملاحة البحرية، وهي عبارة عن جملة من التدابير التي تجب مراعاتها سواء من السفينة نفسها أو من قبل دولة العلم من خلال الواجبات الملقة على عاتقها، وتتضمن أساساً موضوع مراقبة صحة وسلامة وبناء السفن. ويمكن حصر هذه الضوابط في كل المقاييس التي تضمن السلامة في البحار والمحافظة على الأرواح ومنع التصادم البحري مع ما يقتضي ذلك من مؤهلات لربابنة السفن و أطقمها. وهذا الاهتمام يظهر جلياً في تطور المعاهدات التي تعاقبت على تنظيم هذا المجال بصفة تصاعدية منذ معاهدة 02 جانفي 1914 المتعلقة بتأمين سلامة الأرواح وتأمين الأمن البحري.

وبقيت الأحكام تتطور وفق تطور تقنيات البناء و استغلال السفن و ما يتبع ذلك من تعديلات على الاتفاقيات إلى غاية سنة 1974م أين تمكنت المنظمة الدولية البحرية الاستشارية من اعتماد الاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار SOLAS<sup>1</sup> في لندن بتاريخ 01 نوفمبر 1974م ودخلت حيز التنفيذ في 25 ماي 1980م وتعتبر أهم اتفاقية تتضمن قواعد إلزامية في هذا المجال.

ولعل أهم إنجاز حققته المنظمة البحرية الدولية من خلال مؤتمرها سنة 2002م هو إصدار المدونة الدولية لتسيير سلامة السفن و الموانئ codeISPS<sup>2</sup> يهدف أساساً إلى ضمان التامين التام لسلامة السفن والموانئ و الملاحة ضد كل الأخطار المحتمل حدوثها و المقاييس الواجب اتخاذها لمواجهة كل حالة على حدى. والجديد في هذا التدوين الذي دخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 2004م أنه يركز على مبدأ الاحتياط قبل وقوع الجرم وليس على مبدأ القمع والتدخل بعد وقوع الحادث.

#### المبحث الثاني: جنسية السفينة - اكتسابها و اثباتها -

وإن كانت جنسية السفينة عنصر من عناصر وحدانيتها إلا أن أهميتها تفرض تخصيص مبحث خاص بها. فإن كان يقصد بالجنسية العلاقة القانونية في إطار القانون العام التي تربط بين الدولة وشخص طبيعي على أساس رابطة الولاء وتنشأ بينهما مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة التي تحتفظ الدولة بتنظيمها وإن كان الفقه عامة يلجأ إلى هذه المقاربة بين جنسية الأشخاص و جنسية السفن، فإنه لا بد من مراعاة خصوصيات السفن في اكتساب الجنسية التي يكتسبها الأشخاص بالميلاد أو بالتجنس.

#### المطلب الأول: اكتساب الجنسية :

نصت المادة 92 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الصادرة سنة 1982م والمستوحاة من نص المادة 05 من اتفاقية جنيف لأعالي البحار الموقعة سنة 1958م على أنه :

**1-** تحدد كل دولة شروط منح جنسيتها للسفن وتسجيلها في إقليمها وللحق في رفع علمها. ويكون للسفن جنسية الدولة التي يحق لها رفع علمها. ويجب أن تقوم رابطة حقيقية بين الدولة والسفينة.

**2-** وتصدر كل دولة للسفن التي منحها حق رفع علمها الوثائق الدالة على ذلك.

وهذا النص يؤكد مبدأ أساسي مؤداه أن لكل دولة بتشريعاتها الخاصة أن تحدد شروط منح جنسيتها للسفن وشروط تسجيلها بإقليمها وإعطائها الحق في رفع علمها. لذا اختلفت معايير منح الجنسية للسفينة وفق ما هو متوافر من

<sup>1</sup> - SOLAS (Safety Of Live At Sea).

<sup>2</sup> - The International Ship and Port facility Security code.

معطيات إقتصادية، سياسية أو إجتماعية فنجد أساسا ثلاثة معايير تتمثل في ضابط البناء الوطني، ضابط الطاقم الوطني وضابط الملكية الوطنية.

و في الجزائر اشترط المشرع الجزائري أساسا الملكية الوطنية لمنح الجنسية الجزائرية للسفينة في المادة 28 من القانون البحري الجزائري، كما دعم هذا الشرط بالطاقم الوطني الذي يجوز استثناءا وبترخيص من السلطة الوصية تعيين أعضاء أجنب.

و إجراءات الجزارة منصوص عليها في القرار المؤرخ في 17 ماي 1980<sup>1</sup> الذي ينص على أنه تسلم لكل باخرة تجارية أو باخرة صيد أو نزهة شهادة الجزارة، ولا تخضع للجزارة سفن الحربية الوطنية، القوارب والزوارق الملحقة بالبوارج الجزارة، القوارب ذات حمولة أقل أو تساوي 06 طنات.

و لتفادي أي إشكال قد يطرح على الصعيد الدولي بهذا الخصوص فإنه طبقا للمادة 2/92 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنص على أنه :

"2- لا يجوز للسفينة التي تبخر تحت علمي دولتين أو أعلام أكثر من دولتين، مستخدمة إياهما أو إياها وفقا لاعتبارات الملائمة، أن تدعي لنفسها أي جنسية من هذه الجنسيات أمام أي دولة أخرى، ويجوز اعتبارها في حكم السفينة عديمة الجنسية."

إذ أن استعمال جنسيات متعددة ينتج عنه فقدان الجنسية تلقائيا، وهنا السفينة تجد نفسها في وضعية عديمة الجنسية، ففي هذه الحالة تكون مشابهة لسفينة قرصنة مما يؤدي إلى اعتبارها "عدو مشترك"<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني : إثبات الجنسية :

تثبت الجنسية مبدئيا بالعلم المرفوع عليها الذي يشير إلى الدولة المانحة للجنسية، غير أن هذا يعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالنظر إلى السفن التي ترفع علما لا يعكس جنسيتها الحقيقية في إطار ما يعرف بأعلام الجاملة وعليه يعول كثيرا على تسجيل السفن في إثبات جنسيتها بحكم أن التسجيل يمثل العلاقة القانونية التي تربط بين السفينة ودولة العلم.

بالرجوع للتشريع الجزائري يعتمد المشرع على التسجيل لإثبات الجنسية للسفينة حيث نص بوجوب قيد السفن الجزائرية في دفتر التسجيل الجزائري والمسوك من قبل السلطات الإدارية المختصة<sup>3</sup> وفي المقابل تشطب السفينة من دفتر التسجيل إذا لم تعد تتوافر فيها شروط الجنسية المطلوبة كما يلعب التسجيل دورا هاما في عملية إشهار ما يرد على السفينة من التصرفات وما يثقلها من رهون وحجوز وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 بقوله : «إن كل بيان خاضع للقيد في دفتر تسجيل السفن له قوة ثبوت اتجاه الغير إن تم تسجيله».

كما حصر المشرع الجزائري الحالات التي قد تتعرض فيها السفينة للشطب من سجل السفن في المادة 37 و ذلك حتى يحسم في أي وضعية يمكن أن تشكل لبس حول جنسية السفينة.

و على الصعيد الدولي يظهر موقف القضاء الدولي من إثبات الجنسية من خلال رأي محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 08 جوان 1960م إثر نزاع ثار حول انتخاب أعضاء لجنة الأمن البحري و هي جهاز تابع للمنظمة

<sup>1</sup> - م. يتعلق بكيفيات تسليم وثيقة الجزارة للبوارج، ج ر عدد 22 سنة 1980

<sup>2</sup> - René Rodière ;et E du Pontavice.op cit . p54.

<sup>3</sup> - المادة 34 ق ب ج .

الدولية الاستشارية للملاحة البحرية، إذ وفق نص الاتفاقية المؤسسة للمنظمة تتشكل اللجنة من 16 عضو يتم اختيارهم بواسطة الجمعية من بين الأعضاء الذين لهم مصلحة هامة في المسائل الأمن البحري، من بينهم ثمانية على الأقل يمتلكون أهم الأساطيل البحرية. وعندما قامت الجمعية لأول مرة باختيار أعضاء لجنة الأمن البحري في 10 يناير 1959م لم تختَر من بين أعضاء ليبيريا وبنما<sup>1</sup> رغم أنهما تدخلان في عداد الثمانية دول أعضاء المنظمة الدولية الاستشارية للملاحة البحرية التي تمتلك أكبر الأساطيل التجارية. و عندما أُحيل الموضوع إلى المحكمة فسرت نص الاتفاقية المؤسسة بأن تحديد الدول المالكة لأهم الأساطيل التجارية يجب أن يكون على أساس السفن المسجلة، ويتضح من ذلك أن المنظمة لم تضع في اعتبارها لتحديد الدول المالكة للأساطيل التجارية الأكثر أهمية إلا عنصر التسجيل لدى الدولة دون البحث في وجود رابطة حقيقية بين السفينة والدولة أو عدم وجودها، سواء من حيث وجوب أن تكون السفن مملوكة للدولة نفسها أو لرعاياها.

و يستند نطاق الجنسية أساساً إلى مبدأ وحدة العلم وظهر مبدأ وحدة العلم على يد مؤسسة القانون الدولي في أواخر القرن التاسع عشر خلال دورته بفيينا سنة 1896م. وتم تقنين هذا المبدأ في المادة 92 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982م التي تنص:

"1- تبحر السفينة تحت علم دولة واحدة فقط، وتكون خاضعة لولايتها الخالصة في أعالي البحار إلا في حالات استثنائية منصوص عليها صراحة في معاهدات دولية أو في هذه الاتفاقية. ولا يجوز للسفينة أن تغير علمها أثناء رحلة ما، أو أثناء وجودها في ميناء زيارة إلا في حالة نقل حقيقي للملكية أو تغيير في التسجيل.

2- لا يجوز للسفينة التي تبحر تحت علم دولتين أو أعلام أكثر من دولتين، مستخدمة إياهما أو إياها وفقاً لاعتبارات الملائمة أن تدعي لنفسها أي جنسية من هذه الجنسيات أمام أي دولة أخرى. ويجوز اعتبارها في حكم سفينة عديمة الجنسية."

الملاحظ هنا أن المادة تشير إلى العلم وليس الجنسية، إذ بغض النظر عن حالات استثنائية العلم والجنسية يكونان متطابقان.

الخاتمة:

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن كل الجهود الدولية في هذا الموضوع تتجه لإبرام اتفاقيات لتوحيد ما أمكن من قواعد تخص موضوع السفينة و كل ما يتعلق بها من عقود التجارة البحرية و مسؤولية الناقلين ومعايير السلامة البحرية، غير أن الانضمام إليها يبقى نسبياً نظراً لإختلاف مصالح الدول.

<sup>1</sup> - و هما دولتان رائدتان في منح أعلام المجاملة.

## الحماية القانونية للأطفال من التجنيد في النزاعات المسلحة



نصيرة نهاري : أستاذة باحثة في ماجستير حقوق الانسان  
بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران الجزائر

مقدمة :

مع ولادة كل طفل في أي مكان في العالم، تتجدد آمال بني البشر و أحلامهم، فمما لا شك فيه أن الطفولة هي نواة المستقبل، فهم صانعوه و هم ثروات الأمم و الأمل المنشود الذي تتطلع إليه في تحقيق أهداف المستقبل. إلا أنه عند عودتنا إلى العصور السالفة، نجد أن الأطفال في بعض المجتمعات عوملوا كأنهم سلع يتاجر بها، إذ كانت التشريعات القديمة تعطي الوالدين حق التصرف بأطفالهم على أساس أنهم من ممتلكات الوالدين من دون مراعاة لإنسانية الطفل.<sup>1</sup>

هذا و قد عرف العالم ظاهرة تجنيد الأطفال و زجهم في النزاعات المسلحة منذ القدم، فقد كانت بعض المجتمعات تربي أطفالها بهدف جعلهم جنودا في المستقبل، ففي مدينة "إسبارطة" -على سبيل المثال- كان الأطفال عند ولادتهم يوضعون في مياه النهر الباردة، فإذا استطاعت أجسادهم الضعيفة تحمل هذا الوضع استحقوا الحياة بحيث يمكنهم أن يكونوا جنودا أشداء في المستقبل، و إذا لم يتحملوا فالموت أفضل لهم- برأي أهلهم- إذ لا يجوز تربيتهم من حيث أن الحياة لا تليق إلا بالأقوياء القادرين فيما بعد على أن يكونوا محاربين أشداء.<sup>2</sup>

أما حاليا ففي العديد من مناطق العالم يتزايد عدد الأطفال و النساء و الفتيات اللواتي يصبحن مقاتلات سواء طوعا أو كرها و سواء في قوام الجيوش النظامية أو في صفوف الجماعات المسلحة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بشرى سلمان العبيدي، الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 9.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 17.

<sup>3</sup> - سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي، جرائم الحرب و جرائم العدوان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 66.



و فكرة حماية الأطفال من الاشتراك في الأعمال العدائية ليست بجديدة، و لا يرجع الفضل فيها لمفكري الغرب وحدهم، فهذا المبدأ أساس من التقاليد المستقرة في القانون الإنساني العرفي في إفريقيا و العرف الإسلامي المعمول به في الحروب<sup>1</sup>.

و لكن ومع شيوع ظاهرة استخدام الأطفال في الحروب تضافرت الجهود الدولية في مجال تفعيل حقوق الطفل من سن للمواثيق و الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بين الدول و التي أقرتها الدول الأطراف و تعهدت على الوفاء بالتزاماتها<sup>2</sup>.

ومن أهم الأسئلة التي تطرحها مشكلة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة تتعلق معظمها بمهية الجهود الدولية لتوفير حماية للأطفال من التجنيد و ذلك من خلال اصدارها للعديد من الاتفاقيات الدولية؟ و ستقتصر دراستنا على ذكر أهم هذه النصوص سواء في القانون الدولي الانساني (المبحث الأول) أو في القانون الدولي لحقوق الانسان (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الحماية القانونية في إطار القانون الدولي الإنساني :

مع شيوع ظاهرة استخدام الأطفال في الحروب بحيث أصبح لهم دور فعّال في أعمال القتال، الجوسسة و المقاومة وأعمال التخريب، وجد المجتمع الدولي نفسه ملزماً بالتدخل لوضع حدّ لهذه الظاهرة لأنه يتجافى مع الإنسانية أن يتم السماح للأطفال بالمشاركة في الحروب و تعريض حياتهم للخطر، بدلا من حمايتهم من ويلات الحروب، وظهر أنه من المؤكد أن هناك ضرورة ملحة لتحريم اشتراك الأطفال في أي نزاع مسلح بأي شكل من الأشكال، لذلك فإن القانون الدولي الإنساني قد تناول الموضوع بيد أنه من الملاحظ أن الحظر التام لمشاركة الأطفال في الأعمال العدائية لم يتقرر إلا بموجب بروتوكولي جنيف لعام 1977<sup>3</sup>.

لهذا قسمنا هذا القسم من الدراسة إلى جزئين، تناولنا في الجزء الأول أهم النصوص التي أرست حماية قانونية للأطفال من التجنيد في ظل القانون الدولي الإنساني وهي اتفاقيات جنيف لسنة 1949 (المطلب الأول) ، أما الثاني فتناولنا فيه دراسة البروتوكولين الإضافيين لجنيف وأهم ما جاء فيهما فيما يخص حماية الأطفال من التجنيد و انخراطهم في النزاعات المسلحة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الحماية في اتفاقيات جنيف :

جاءت هذه الاتفاقيات الأربعة<sup>4</sup> لقانون النزاعات المسلحة بأحكام خاصة بحماية فئات بذاتها أثناء النزاعات المسلحة.

و عادة ما ترتبط هذه الفئات بفئة الأطفال و على سبيل القياس و المقارنة من ذلك نذكر أن اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى و المرضى بالقوات المسلحة في الميدان التي تطبق الحد الأدنى من الحماية على الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية و الذين ألقوا السلاح أو العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح (المادة الثالثة<sup>5</sup>).

<sup>1</sup> -فضيل طلافحة، حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 103.

<sup>2</sup> -وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010 ص 21.

<sup>3</sup> - فضيل طلافحة، المرجع السابق، ص 103.

<sup>4</sup> - دخلت حيز التنفيذ في 21-10-1950 صادقت عليها الجزائر في 20-06-1960 أثناء حرب التحرير الوطنية من طرف الحكومة المؤقتة.

<sup>5</sup> - تنص المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع 1949 على أنه في حالة نشوب نزاع ليس له صفة دولية على أرض أحد الأطراف فهناك حد أدنى من القواعد التي ينبغي مراعاتها التي تؤمن الحماية لكل الأشخاص الذين ألقوا أسلحتهم أو من أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو أي سبب آخر، ينبغي معاملتهم جميعا معاملة إنسانية.

وقد حددت هذه الاتفاقية مجموعة من الضمانات التي يستفيد منها الطفل ضمن المراكز الموجودة بها. ونفس الحال نجده في اتفاقيات جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى و مرضى و غرقى النزاعات المسلحة في البحار التي تنص على نفس الأحكام بالنسبة لفئة غير المشاركين في القتال و الذين يتمتعون بحماية نتيجة المرض أو الجرح أو الاحتجاز، حيث يعاملون في مثل هذه الحالات معاملة إنسانية على الأقل (المادة الثالثة). أما اتفاقية جنيف الثالثة فإن الأمر يتعلق بموضوع أسرى الحرب بما فيهم الأطفال الذين ينتمون إلى الفئات المقاتلة المحددة ضمن المادة الرابعة من الاتفاقية حتى وإن كان هناك شك بشأن انتماء هؤلاء إلى إحدى الفئات المذكورة في المادة الرابعة، و يعامل الأطفال في مثل هذه النزاعات معاملة إنسانية إضافة إلى المعاملة الخاصة بسنهم. ونجد أن اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب كانت أكثر توسعا من حيث النص على حماية الأطفال أثناء الحرب و النزاعات المسلحة<sup>1</sup>.

حيث تحدد نصوص هذه الاتفاقية مجموعة واسعة من الحقوق اللصيقة بالأطفال الأقل من 15 سنة و غير المؤهلين للقتال و التجنيد و الذين يقعون تحت الرعاية و الحماية ضمن عائلاتهم أو أمهاتهم<sup>2</sup>. وهكذا جاءت المادة الرابعة من الاتفاقية لتؤكد على حماية المدنيين لكن دون تمييز بين فئاتهم أي بين الأطفال و غيرهم، ذلك لأن المادة 13 من نفس الاتفاقية تؤكد على الحماية العامة للسكان دون تمييز، أما المادة 14 فإنها جاءت بنص خاص يسوي بين حماية الفئات الضعيفة بما فيها الأطفال دون الخامسة عشر و العجزة و أمهات الأطفال دون السابعة من العمر.

يفهم من هذا النص أن عبارة الأطفال تنطبق على دون الخامسة عشر من العمر و بمفهوم المخالفة فإن الأطفال المتراوح سنهم بين 15 و 18 يعدون مدنيين عاديين و لا يستفيدون من الحماية الخاصة طبقا لهذه المادة<sup>3</sup>. إذا كانت اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 تعتبر خطوة كبرى للأمام في تطور القانون الدولي الإنساني عموما و قواعد حماية ضحايا النزاعات المسلحة خصوصا، إلا أنه سرعان ما تبين أوجه القصور و النقص فيها و ذلك لعدة أسباب من بينها أن هذه الاتفاقيات لم تعد تتناسب مع الأخطار الناجمة عن استخدام الأسلحة المتطورة، و التي يتعذر معها تمييز المدنيين عن العسكريين في كثير من الأحيان، علاوة على أن هذه الاتفاقيات قد تم إقرارها في وقت لا زالت فيه الكثير من الشعوب تحت وطأة وسيطرة الاستعمار الغربي، و من تم فإن هذه الاتفاقيات جاءت معبرة عن الفكر الغربي إزاء قانون الحرب، ولم يكن لدول العالم الثالث دورا في صياغتها، وبالتالي فإنها تفتقد إلى معالجة المعاملة المتعلقة بحروب التحرير، وبناء عليه كان من الضروري إعادة النظر فيها أو معالجة أوجه قصورها و تطويرها بما يتلاءم مع ظروف الحروب الحديثة من جهة أخرى<sup>4</sup>.

إضافة إلى أنه تخصيص الحماية للأطفال و ردت عليها عدة ملاحظات منها أن اتفاقية جنيف الرابعة، لم تضع تعريفا للطفل المحمي بموجب الأحكام الخاصة الواردة فيهما، هذا من جهة و من جهة أخرى اختلفت مديات العمر

<sup>1</sup>- نعيمة عمير، الطفل أثناء النزاعات المسلحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، العدد: 02-2010، 02 جوان 2010، المرجع السابق، ص 332، 333.

<sup>2</sup>- تونسي بن عامر، المرأة و النزاعات المسلحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد 03، 2009، ص 29.

<sup>3</sup>- نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 333، 334.

<sup>4</sup>- ميلود بن عبد العزيز، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي الدولي و القانون الدولي الإنساني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 97، 98.

التي أخذت بها في حالات متنوعة تتعلق بالأطفال في بعض الأحيان في نصوص معينة استخدام تعبير الأطفال الذين لا تقل أعمارهم عن 15 سنة، وفي موضع آخر استخدام تعبير أطفال حديثي الولادة و في حالات أخرى تقرر عدم تنفيذ عقوبات محددة على الأطفال الذين لا تتجاوز أعمارهم 18 سنة، وبذلك اختلفت المديات العمرية بحسب الحالات التي تولي علاجها ومن أمثلة الحماية التي قدمها القانون الدولي الإنساني أن تعمل أطراف النزاع على اتخاذ التدابير الضرورية لضمان عدم إهمال الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر الذين تيتموا أو تفرقوا عن عائلاتهم و تيسر إعالتهم و ممارسة دينهم و تعليمهم في جميع الأحوال.

إلى جانب هذه الأحكام كانت هناك نصوص تشير إلى منح الحماية للأطفال دون أن تشير إلى أعمارهم كما في النص الذي يفرض على عائق سلطة الاحتلال أن تكفل الاستعانة بالسلطات المحلية حسن تشغيل المنشآت المخصصة لرعاية الأطفال و اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير التحقق من هويتهم و تسجيل نسبهم، وعدم جواز تغيير جنسيتهم أو أن تلحق تشكيلات أو منظمات تابعة لها، وأن تقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمين إعالة و تعليم الأطفال الذين تيتموا أو افرقوا عن عائلاتهم بسبب الحرب إذا كانت المؤسسات المحلية عاجزة عن ذلك، فمهما كانت الإشارة إلى الطفل كانت دون الإشارة إلى عمره<sup>1</sup>.

كذلك بالنسبة لاتفاقية جنيف الرابعة، فبالرغم من أنها كانت أكثر توسعا من حيث اهتمامها بالطفل بصورة خاصة و شخصية<sup>2</sup>، إلا أنها لم تعالج مسألة اشتراك الأطفال في الأعمال العدائية في القوات النظامية أو المتطوعة و ذلك لمواجهة هذه الثغرة و استحداث أحكام جديدة تتعلق باشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية على نحو مباشر أو غير مباشر<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: الحماية في البروتوكولين الاختياريين لجنيف:

إن الطفل باعتباره يمثل مستقبل الإنسانية كان جديرا بالحماية الكافية، إلا أننا نجد أنه لم يحظى بنص صريح في ضوء اتفاقيات جنيف لعام 1949 يجرم تجنيده و استغلاله في زمن النزاعات المسلحة.

بل وظهرت أهمية بحث هذا الوضع في النزاعات الداخلية فضلا عن النزاعات الدولية، فبدى من المؤكد أن هناك ضرورة ملحة لتحريم اشتراك الأطفال في أي نزاع مسلح بأي شكل من الأشكال لذا بدأ الاهتمام الجدي بهذا الوضع من جانب منظمات عديدة كان على رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عام 1971. و ذلك بعدما بدى لها قصور اتفاقيات جنيف لعام 1949 عن معالجة مشكلة الأطفال في النزاع المسلح فقامت بوضع تقريرا هاما يتضمن ملاحظات بشأن اضطرار تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة<sup>4</sup>.

وقد أثير هذا الموضوع في أول مؤتمر للخبراء الحكوميين بشأن إعادة تأكيد و تطوير قواعد القانون الدولي المنطبقة أثناء النزاعات المسلحة و الذي عقده المجلس الاتحادي السويسري في الفترة الممتدة من 1974-1977. و قد اتخذ المؤتمر مشروعا البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف و اللذين تقدمت بهما اللجنة الدولية للصليب الأحمر كأساس للنقاش فيه، و كانت اللجنة قد أعدت هذين المشروعين في صياغتهما النهائية و اضعته في اعتبارها حصيلة المناقشات التي جرت في مؤتمر الخبراء الحكوميين في دورته بجنيف عامي 1971-1972.

<sup>1</sup> نغم إسحاق زيا، القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 161، 162.

<sup>2</sup> نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 333، 334.

<sup>3</sup> حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، المرجع السابق، ص 110.

<sup>4</sup> محمود سعيد محمود سعيد، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 129.

و إزاء هذه الملاحظات و المناقشات المستفيضة و التي بدلت خلال مؤتمر جنيف الدبلوماسي في دوراته الأربع، نجحت تلك الجهود ولأول مرة في قيام البروتوكولين<sup>1</sup> الصادرين عن المؤتمر في 10 جوان 1977، بلحظر التام و القاطع لمشاركة الأطفال و استخدامهم في الحروب<sup>2</sup>.

فاستنادا إلى م 77 من البروتوكول الإضافي الأول<sup>3</sup> فيوجب على الدول اتخاذ كل التدابير الممكنة لمنع الأطفال دون الخامسة عشرة من عمرهم من المشاركة مباشرة في الأعمال الحربية، و يحظر صراحة تجنيدهم في القوات المسلحة و يجب على أطراف النزاع في حالة تجنيد هؤلاء ممن بلغوا سن الخامسة عشرة (15) ولم يبلغوا بعد أن تسعى لمنع الأولوية لمن هم أكبر سنا<sup>4</sup>، و بذلك يستفاد من هذا النص على أنه يجب على الدول الأطراف في نزاع ذي طابع دولي ألا تسمح بتجنيد أطفالها للخدمة في قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا سن الخامسة عشرة، و حتى لمن بلغ هذه السن ولم يبلغ سن الثامنة عشرة فيجب على الدول المتحاربة أن تعطي أولوية التجنيد للأكبر سنا من هؤلاء الأطفال بمعنى أن الطفل الذي بلغ سبعة عشر عاما يجب تجنيده قبل الطفل الذي بلغ ستة عشر عاما فقط وهكذا<sup>5</sup>.

إذا تفحصنا هذه المادة نلاحظ ضعف محتواها للأسباب التالية :

- 1- تتمثل نقطة الضعف الأولى في طبيعة الالتزام المفروض على الدول، وهو التزام يتعلق بالسلوك لا بالنتائج، فوفق نص هذه المادة يتعين على الدول اتخاذ كافة التدابير المستطاعة التي تكفل عدم اشتراك الأطفال، ففي اعتقادنا ربما كان يمكن أن يتمتع الأطفال بحماية أكبر لو كانت الدول التزمت بأن تتخذ جميع التدابير الضرورية بدلا من اتخاذ تدابير ممكنة أو مستطاعة بحسب تعبير نص المادة 77 من البروتوكول.
- 2- إن نقطة الضعف الثانية تتمثل في أنه يحظى بالحماية فقط الأطفال الذين يشتركون بصفة مباشرة في الأعمال العدائية، و بالتالي فلاشتراك غير المباشر في الأعمال العدائية لا يحظره البروتوكول.
- 3- تتمثل نقطة الضعف الثالثة في أن نص هذه المادة لم يشر إلى النزاعات المسلحة الداخلية و مشاركة الأطفال فيها<sup>6</sup>.

لهذا جاءت الوثيقة الثانية المتمثلة في البروتوكول الاختياري الثاني المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية الذي جاء بنصوص جديدة أيضا تتعلق بمجالات تواجد الأطفال خارج نطاق العمليات المسلحة التي

<sup>1</sup> اعتمد البروتوكولين في 10-06-1977 و دخلا حيز التنفيذ في 07-12-1978، صادقت عليهما الجزائر في 16-05-1989، م.ر 89 - 68 المؤرخ في 16-05-1989، ج.ر. رقم 20 ليوم 17-05-1989.

<sup>2</sup> فضيل طلافحة، المرجع السابق، ص 106، 107.

<sup>3</sup> عند تقديم مسودة هذا البروتوكول تحدث السيد "سوربيك" بالنيابة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر قائلا: "في كثير جدا من الأحيان كان الأطفال يستخدمون بواسطة طرف من أطراف النزاع في فصائل مقاتلة أو معاونة، ولم يكن الأطفال يتطلعون إلى خير من ذلك، فإنهم يشعرون بالسعادة الغامرة لأنهم جعلوا أنفسهم شيئا مفيدا، كما أنهم بهذا العمل يحسون بأنهم أصبحوا يتصرفون تصرفات الكبار، إن استغلال مثل هذا الإحساس شيء مخز بصورة خاصة للأطفال الذين يؤدون هذه الأعمال مع أنهم يتعرضون للمخاطر نفسها، التي يتعرض لها المقاتلون الكبار فإنهم لا يعرفون حق المعرفة دائما ما ينتظرهم نتيجة المشاركة المباشرة أو غير المباشرة في الأعمال العدائية: فضيل طلافحة، المرجع السابق، ص 106، 107.

<sup>4</sup> - أحمد سي علي، حماية الأشخاص و الأموال في القانون الدولي الإنساني، دار الأكاديمية للطبع و النشر و التوزيع، 2010، 2011، ص 178.

<sup>5</sup> - عبد العزيز مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2010، ص 318.

<sup>6</sup> - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 179.

تتلاقى فيها دولتان فأكثر<sup>1</sup>، التي لم يكن لها من نص في القانون الإنساني سوى المادة الثالثة المشتركة<sup>2</sup>، و التي كثيرا ما كانت موضوع تأويلات مختلفة انتهت أحيانا إلى تصنيف نطاقها أكثر مما تحتمله نصا وروحا<sup>3</sup>. لهذا فإن أهداف هذا البروتوكول ترمي إلى إيجاد حماية أفضل للأطفال، لذا تعتبر هذه الحماية أفضل مما هي عليه في النصوص السابقة نظرا لما تضمنه من تدابير حمائية خاصة بالأشخاص في الحالات غير تلك المتعلقة بالنزاعات الدولية و هي الحالات الأكثر شيوعا حاليا مع ازدياد حالات الاضطرابات و الثورات الشعبية<sup>4</sup>. ولعل من أكثر المناقشات التي أثارت جدلا خلال المؤتمر الدبلوماسي بجنيف (1974-1977) بين وفود الدول المشاركة هو مجال تطبيق نصوص البروتوكول الإضافي الثاني، حيث طالبت الدول الاشتراكية، وبعض دول أمريكا اللاتينية، و الدول الإفريقية بضرورة إضافة فقرة خاصة بالأفراد الذين يقاومون الاستعمار و الاحتلال الأجنبي، و يسعون لتحرير بلادهم إلى المادة الأولى من البروتوكول الأول، في حين رفضت بعض الدول الأخرى لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية و غالبية الدول الأوروبية هذا الاقتراح، وقد تم تحديد مضمون النزاعات المسلحة غير الدولية من جانب الدول أطراف المؤتمر الدبلوماسي بجنيف بأنها "النزاعات المسلحة التي لا تغطيها المادة الأولى من البروتوكول الأول الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة 1949/08/12 المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، و التي تجري في أراضي الدولة بين قواتها المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات مسلحة ومنظمة وتحت قيادة مسؤولة، و تمارس رقابتها على جزء من الأراضي بشكل يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متماسكة و تنفيذ هذا البروتوكول".

ومن هذا النص يتضح أن هناك عدة شروط لا بد أن تتوافر في الجماعة المسلحة لكي تخضع لأحكام هذا البروتوكول الإضافي الثاني وهي:

1- أن تكون هذه الجماعة المسلحة منظمة وتعمل تحت قيادة مسؤولة، أي لها رئيس تنفذ أوامره، وهو الذي يتولى قيادتها وتوجيه أعمالها ورسم خططها.

2- أن تسيطر هذه الجماعة المسلحة سالفة الذكر على جزء من أراضي الدولة التي تنتمي إليها بحيث تمكنها هذه السيطرة المادية من القيام بعمليات عسكرية متماسكة ( أي قوية وذات تأثير واضح) وتمكنها كذلك من تنفيذ الأحكام الواردة في هذا البروتوكول الإضافي الثاني.

وقد استقر العمل الدولي على اعتبار الصراع المسلح الداخلي بين عدة طوائف من ذات الدولة الواحدة حتى و لو كانت كلها خارج نطاق الحكم و السلطة حرب أهلية تخضع لأحكام هذا البروتوكول الثاني الإضافي، رغم أن النص لا يشير إلى هذه الحرب الأهلية صراحة، لذلك فقد اقترحت دولة باكستان بأن يتم دعم الفقرة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 بحيث يتم النص على تطبيق القانون الدولي الإنساني على أوسع نطاق في المنازعات المسلحة المحلية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 335.

<sup>2</sup>- المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع 1949.

<sup>3</sup>- ميلود بن عبد العزيز، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي الدولي و القانون الدولي الإنساني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 98.

<sup>4</sup>- نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 335.

<sup>5</sup>- منتصر سعيد حمودة، القانون الدولي الإنساني، مع الإشارة لأهم مبادئه في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص 173، 174.

تمثل حماية الأطفال جزءا هاما في هذا البروتوكول و الذي جاء محمدا لها طبقا للمادة 314 على الخصوص حيث اهتمت هذه المادة بالأطفال الذين يقل سنهم عن 15 سنة دون أعلاها و بالتالي فهي تعنى بهؤلاء الأطفال في حالات التجنيد و اشتراكهم في النزاعات المسلحة، إذ نصت: " لا يجوز تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشرة في القوات أو الجماعات المسلحة ولا يجوز السماح باشتراكهم في العمليات العدائية"<sup>1</sup>.

نلاحظ أن هذا البروتوكول كان أكثر صرامة، إذ أنه حظر تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر، و كذلك مشاركتهم في العمليات العدائية سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة<sup>2</sup>.

فلقد حظر هذا البروتوكول اشتراك الأطفال دون سن 15 عاما في العمليات الحربية و كذلك في العمليات المرتبطة بها مثل نقل الذخائر و المؤن، وتداول ونقل الأوامر العسكرية، و الاستطلاع و جلب المعلومات، و القيام بأعمال التجسس و الاستخبارات باعتبار أن هذه الأعمال من قبيل العمليات العدائية وهي محظورة عليهم القيام بها حسب المادة 3/4 (ج) من هذا البروتوكول<sup>3</sup>.

وعليه فإننا نجد هنا أن الأطفال يتمتعون بحماية أكبر من الحماية التي يتمتعون بها في ظل البروتوكول الاختياري الأول لأن البروتوكول الثاني منع اشتراك الأطفال في أي من العمليات الحربية التي تشتمل إلى جانب عمليات القتال أعمال أخرى مثل نقل الذخائر و المؤن و نقل وتداول الأوامر و الاستطلاع و جلب المعلومات و القيام بعمليات تخريبية<sup>4</sup>.

إلا أن هذا البروتوكول جاء مختصرا سواء في نطاق تطبيقه أو في حجمه، وبما أن انتهاكات المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف، أو انتهاكات البروتوكول الثاني لا يمكن تصنيفها كخلافات جسيمة بالمعنى الحرفي للكلمة لأحكام الاتفاقيات و البروتوكولات، فإنه لا يوجد سوى التزام لوضع حدّ لهذه الانتهاكات و لكن ليس ثمة التزام بمعاينة مرتكبيها<sup>5</sup>.

فالقانون الدولي الإنساني مثله في ذلك مثل أي قانون آخر قد يبقى حبرا على ورق إذا لم تتخذ الدول الأطراف التدابير القانونية و العملية اللازمة لضمان تنفيذه إبان النزاعات المسلحة، وهناك ما يدعو إلى الحرص على تطبيق القانون الإنساني أكثر من غيره من القوانين، فهذا القانون يتعين تطبيقه في النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية حيث تكون حياة البشر عرضة للخطر بصورة كبيرة.

وينبغي وضع القانون الدولي الإنساني موضع التنفيذ بادئ ذي بدء من جانب الدول الأطراف في الاتفاقيات التي يتكون منها القانون تأكيدا للمبدأ العام في قانون المعاهدات الذي عبرت عنه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 في المادة 26 منها: " كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية".

لأن تنفيذ القانون الدولي الإنساني هو عملية متواصلة لا يتم إنجازها بمجرد إصدار القوانين أو الأنظمة أو بمجرد تدريس قواعده ومبادئه و الاتفاقيات المحسدة لذلك، أو من خلال المحاضرات و الندوات المكثفة بل يقتضي

<sup>1</sup> - المادة الرابعة فقرة 3 من البروتوكول الاختياري الثاني لجنيف 1977.

<sup>2</sup> - نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 335.

<sup>3</sup> - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 176.

<sup>4</sup> - عبد العزيز مندوه، عبد العزيز أبو خزيمة، المرجع السابق، ص 319.

<sup>5</sup> - عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط2008، 1، ص 83.

العمل على تطبيق هذا القانون وعكسه في القوانين الوطنية للدول وإيجاد الضمان اللازمة وطنيا ودوليا للتقيد به ومعاينة الذين يعملون أو يسعون إلى خرقه وتجاوزه<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: الحماية القانونية في إطار القانون الدولي لحقوق الانسان :

نستطيع القول بادئ ذي بدء أن القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يتوقف تطبيقه خلال أوقات السلم بل يستمر الالتزام بأحكامه أيضا إبان النزاعات المسلحة، حتى وإن كان يتم تعليق جزء كبير من الحقوق المقررة للإنسان في ظل هذا القانون أثناء النزاعات المسلحة بسبب الوضع الاستثنائي الذي يهدد الدول المتحاربة<sup>2</sup>، إضافة إلى أن حقوق الطفل الذي لا يعد سوى إنسان، تعد جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، ولهذا كثيرا ما نجد العديد من الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الطفل تعتمد أساسا على المصادر الدولية الخاصة به (الطفل)، كما أن المجتمع الدولي و لمواجهة الأوضاع الصعبة التي يعيشها الأطفال لا سيما في النزاعات المسلحة، قد وضع مبادئ أخلاقية علمية تحولت بعد مدة زمنية قصيرة نسبيا إلى قواعد قانونية ملزمة<sup>3</sup>.

لهذا فقد تناولنا في هذا القسم من الدراسة، أهم الاتفاقيات في القانون الدولي لحقوق الانسان و التي أولت قضية تجنيد الأطفال أهمية كبيرة و المتمثلة في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل سنة 1989<sup>4</sup>(المطلب الأول)، و البروتوكول الاختياري الملحق بها بشأن اشترك الأطفال في النزاعات المسلحة (المطلب الثاني)، و اللذان وفرا حماية مهمة للأطفال من التجنيد في النزاعات المسلحة.

### المطلب الأول: حماية الأطفال من التجنيد في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل :

في 20 نوفمبر من العام 1989، أي ثلاثون عاما بعد تبني إعلان حقوق الطفل ( 20 نوفمبر 1959)، أقرت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة<sup>5</sup>، بالإجماع و بالتوافق، اتفاقية حقوق الطفل التي أصبح عدد الدول التي صادقت عليها 191 دولة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الوهاب شمسان، القانون الدولي الإنساني والضرورة القانونية لنشوء المحكمة الجنائية الدولية، مجلة القانون، دارجامعة عدن للطباعة و النشر، اليمن، العدد:10، أكتوبر 2002، ص 151،152.

<sup>2</sup> عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2006، ص50.

<sup>3</sup> عليوة سليم، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، مذكرة ماجستير، التخصص : القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2009 - 2010، ص 106.

<sup>4</sup> - دخلت حيز التنفيذ في 02-09-1990، صادقت عليها الجزائر في: 19-12-1992، ج.ر. رقم 91 م.ت. رقم 92-06 المؤرخ في 17-11-1992، ليوم 23-12-1992، تحفظت على المواد: 17،14،16،13، وصادقت على تعديل الفقرة 2 من المادة 43 من الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 02/09/2006، ج ر رقم 55 ليوم 06-09-2006.

<sup>5</sup> بموجب القرار رقم 25/44 المؤرخ في نوفمبر 1989.

<sup>6</sup> دخلت حيز التنفيذ في 02-09-1990، صادقت عليها الجزائر في: 19-12-1992 ج.ر. رقم 91 م.ت. رقم 92-06 المؤرخ في 17-11-1992، ليوم 23-12-1992، تحفظت على المواد: 17،13،14،16، وصادقت على تعديل الفقرة 2 من المادة 43 من الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 02/09/2006، ج ر رقم 55 ليوم 06-09-2006.

حيث حظيت هذه الاتفاقية بأكثر عدد من الدول الأطراف أي عدد الدول التي صادقت عليها<sup>1</sup>، من بين معاهدات حقوق الإنسان الدولية كافة، وقد دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر من العام 1990<sup>2</sup>، وذلك بعد مصادقة عشرون دولة<sup>3</sup>.

ولما كانت هناك حاجة ماسة لحماية الأطفال من الحروب، و التي يروح ضحيتها في المقام الأول الأطفال الذين تدفعهم هذه الحروب إلى التشرد، وفي أحيان كثيرة إلى الانخراط فعلياً في مجريات الحروب من خلال تجنيدهم عسكرياً فيها دون الالتفات إلى اعتبارات السن، أو ما قد يواجهونه من خطر وعنف ووحشية من جراء هذه الحروب، نجد أن الاتفاقية قد ركزت على هذا الجانب، وأفردت مادة خاصة بهذا الأمر، وذلك من خلال تأكيدها على القواعد العرفية المستقرة في القانون الدولي الإنساني، فقد ناشدت المادة 38 من الاتفاقية الدول الأطراف أن تتعهد بأن تحترم قواعد القانون الدولي الإنساني المنطبقة عليها في المنازعات المسلحة ذات صلة بالطفل، و أن تضمن احترام هذه القواعد<sup>4</sup>.

غير أنه يمكن القول بأن هذه المادة لم تضيف جديداً إلى الأحكام الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة و البروتوكولين الإضافيين، بل أعادت تأكيد ما ورد فيها.

إذ تؤكد م 1/38 من الاتفاقية على ضرورة احترام قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بالمنازعات المسلحة ذات الصلة بالطفل، إذ تنص م 3/2/38 من الاتفاقية على الحكم الوارد في البروتوكول الأول من ضرورة اتخاذ كافة التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم تبلغ سنهم خمس عشرة سنة وأنه في حالة تجنيد من بلغوا الخامسة عشرة فعلى الدول الأطراف في الاتفاقية أن تعطي الأولوية لمن هم أكبر سناً. وأخيراً تنص م 4/38 على واجب الدول الأطراف في الاتفاقية وفقاً لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني اتخاذ جميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بالنزاع المسلح.

ويرى بعض الفقه أن الحكم الوارد في م 38 من اتفاقية حقوق الطفل يكتسب أهمية من ناحيتين: الأولى أنه يعيد تأكيد الأحكام الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة و البروتوكولان الإضافيين، أما الناحية الثانية أنه يوفر الحماية للأطفال في حالات النزاع المسلح إلى أن أحكام اتفاقيات جنيف لسنة 1949.

و البروتوكولين الملحقين بها قد دخلا إلى قواعد العرف الدولي، وأنهما بهذه الصفة يلزمان كافة الدول، حتى تلك التي لم تصدق عليهما، ومع ذلك يمكن القول بأن ورود هذا النص في الاتفاقية يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك التزام الدولة بحماية الطفل في حالات النزاع المسلح أياً كان موقفهما من اتفاقيات جنيف و البروتوكولين الملحقين بها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بالاستثناء الولايات المتحدة الأمريكية التي كانت تطبق عقوبة الإعدام بحق القاصرين قانونياً، الأمر الذي يتناقض كلياً مع روح ونصوص الاتفاقية المذكورة، و الصومال.

<sup>2</sup> - حسب المادة 49 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل 1989.

<sup>3</sup> - غسان خليل، حقوق الطفل، التطور التاريخي منذ بداية القرن 20، شمالي أند شمالي للطباعة، لبنان، 2000، ص 113.

<sup>4</sup> - حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص 85.

<sup>5</sup> - نفس المرجع، ص 111، 112.



في الاتفاقية أن تقوم بتجنيد الأطفال ما بين السن الخامسة عشرة و الثامنة عشرة في قواتها المسلحة، علما بأن هؤلاء الأشخاص فيما بين الستين السابقتين يعدون أطفالا وفقا لتعريف الطفولة حسب المادة الأولى من الاتفاقية، خصوصا إذا ما علمنا أن حمل السلاح و الاشتراك في الحروب مسؤولية كبرى لا يستطيع الأطفال القيام بها و ذلك لصغر سنهم وضعف بنيتهم.

كما يؤخذ على نص المادة السابقة أنها ألزمت الدول أن تتخذ التدابير و الوسائل العملية الممكنة التي تحول دون اشتراك الأطفال في الحرب بصورة مباشرة، ومن تم تكون الاتفاقية قد تجاهلت - بقصد أو بدون قصد - الحالات التي يشترك فيها الأطفال بصورة غير مباشرة، كأن يخدم الأطفال في عملية التجسس و الاستطلاع و الأعمال المساعدة الأخرى، كما أن النص قد تجاهل بصورة كلية مسألة قبول تطوع الأطفال الاختياري للعمل في هذه القوات، إذ قد تدعي الدول الأطراف بأنها لم ترغبم الأطفال على الدخول في القوات المسلحة، وإنما دخلوا بمحض إرادتهم، كما أن النص ذكر صراحة دخول الأطفال و اشتراكهم في القوات المسلحة - أي القوات النظامية - ومن ثم سيجعل اشتراك الأطفال في القوات غير النظامية لجماعات الثوار و المنازعات الداخلية غير مشمول بالحماية القانونية للاتفاقية<sup>1</sup>.

و في الأخير نخلص إلى أن اتفاقية حقوق الطفل لم تأت بجديد يذكر فيما يخص حماية الأطفال في النزاعات المسلحة و خصوصا مسألة تجنيد الأطفال في الحروب الداخلية.

إذ أنها اكتفت بتكرير ما جاءت به المادة 77 من البروتوكول الأول في شأن مشاركة الأطفال في الأعمال الحربية و تجنيدهم في القوات المسلحة و الحث على تجنيد أكبرهم سنا، وهي بهذا شأنها شأن البروتوكول الأول المتعلق بالنزاعات المسلحة الدولية، لم ترقى إلى مستوى البروتوكول الثاني بالنزاعات غير الدولية الذي حظر صراحة مشاركة الأطفال سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال الحربية.

ولما كانت الحماية التي تكفلها هذه الاتفاقية غير كافية، جاء بروتوكول اختياري ليعززها، و سنتطرق فيما يلي إلى الأحكام التي وردت في هذا البروتوكول و التي جاءت لإرساء معايير عملية لحظر تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة.

**المطلب الثاني : الحماية في ظل البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال = أثناء النزاعات المسلحة :**

إن الحماية العامة المكفولة للأطفال من خلال الصكوك العامة لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني من الاشتراك في النزاعات المسلحة، و خاصة الحماية التي توفرها اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، و التي صادقت عليها كل من دول العالم تقريبا<sup>2</sup>، هي حماية غير كافية، لذلك برزت الحاجة إلى إعداد بروتوكول اختياري لاتفاقية حقوق الطفل من أجل تعزيز مستويات الحماية العامة التي تكفلها هذه الاتفاقية<sup>3</sup>.

وفي ظل هذه الخلفية و على ضوء الوعي و الاهتمام المتزايد داخل المجتمع الدولي بالحنة القاسية للأطفال المتضررين من النزاعات المسلحة، اتخذت مبادرة في إطار نظام الأمم المتحدة بعد سنوات قليلة فقط من دخول اتفاقية حقوق الطفل حيز التنفيذ من أجل رفع الحد الأدنى لسن التجنيد و الاشتراك في الأعمال العدائية إلى 18 سنة.

<sup>1</sup> - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 86، 87.

<sup>2</sup> - فضيل طلافحة، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup> - فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص 362.

و جاءت هذه المبادرة إلى حد كبير متسقة مع الموقف الذي اعتمدهته الحركة الدولية للصليب و الهلال الأحمر التي بدأت عام 1993 لتطوير خطة عمل ترمي إلى تطوير أنشطة الحركة لصالح الأطفال<sup>1</sup>، و تتضمن خطة العمل الصادرة عام 1995 التزامين أولهما: تعزيز مبدأ عدم تجنيد وعدم الاشتراك في النزاعات المسلحة للأطفال دون الثامنة عشرة من العمر، الالتزام الثاني: اتخاذ التدابير الملموسة من أجل حماية ومساعدة الأطفال ضحايا النزاعات المسلحة.

وفي العام نفسه أوصى المؤتمر الدولي السادس و العشرون للصليب الأحمر و الهلال الأحمر في أحد قراراته بأن "تتخذ أطراف النزاع كل التدابير الممكنة لكي تضمن عدم اشتراك الأطفال دون الثامنة عشرة من العمر في الأعمال العدائية".

و على إثر خمس جلسات عقدت خلال السنوات السابقة وأسبوعين من المفاوضات خلال الفترة الممتدة من 10 إلى 21 جانفي 2000، اعتمدت مجموعة العمل المنعقدة بصورة متواصلة بين الجلسات التابعة للجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة نص مشروع البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، و عرض مشروع البروتوكول رسمياً على لجنة حقوق الإنسان في أبريل 2000، و قدم إلى الجمعية العامة، عبر اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لاعتماده رسمياً في جوان 2000، على أن يظل مشروع البروتوكول مفتوحاً للتوقيع عليه بعد ذلك.

واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر ماي عام 2000<sup>2</sup>، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، و دخل حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من توقيع عشر دول عليه. وقد تضمن هذا البروتوكول بعض الأحكام المهمة وبصفة خاصة تحديد سن التجنيد الإجباري و التجنيد الطوعي أو الاختياري، وكذلك تناول مسألة تجنيد الأطفال في الجماعات المسلحة المتميزة عن القوات المسلحة للدولة، وذلك على النحو التالي<sup>3</sup>:

فقد عبرت الدول الأطراف في مقدمة البروتوكول عن اعترافها بأن حماية الطفل من الاشتراك في النزاعات المسلحة من شأنه أن يؤدي إلى المزيد من التعزيز لتطبيق الحقوق التي تم إقرارها في اتفاقية حقوق الطفل، وأعلنت عن بالغ قلقها لقيام مجموعات مسلحة غير مرتبطة بالقوات المسلحة للدولة بتجنيد الأطفال، وتدريبهم و استخدامهم في هذا الصدد.

ويتضمن هذا البروتوكول العديد من الأحكام الهامة بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة وهي<sup>4</sup>:

### 1- الاشتراك المباشر في الأعمال الحربية:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر اشتراكاً مباشراً في الأعمال الحربية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- أعدت خطة العمل على أساس عملية تشاورية داخل الحركة و خارجها، واعتمدها مجلس المندوبين في عام 1995.

<sup>2</sup>- اعتمد من طرف الجمعية العامة بقرارها رقم 263 في دورتها الرابعة و الخمسون في 25 ماي 2000.

<sup>3</sup>- فضيل طلافحة، المرجع السابق، ص 112.114.115.116.

<sup>4</sup>- محمود سعيد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 146.147.

<sup>5</sup>- المادة 1، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة 2000.

**2- التجنيد الإجباري :**

تكفل الدول الأطراف عدم خضوع الأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشر من العمر للتجنيد الإجباري في قواتها المسلحة<sup>1</sup>.

**3- التجنيد التطوعي :**

ترفع الدول الأطراف الحد الأدنى لسن التطوع الأشخاص في قواتها الوطنية عن السن المحددة في الفقرة 3 من المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل، ويشترط البروتوكول قيام الدولة، بعد التصديق عليه، بإيداع إعلان يتضمن الحد الأدنى للسن الذي تسمح عنده بالتطوع في قواتها المسلحة الوطنية وأن تقدم ضمانات لمنع التطوع الإجباري أو القسري<sup>2</sup>.

ويلزم البروتوكول الدول الأطراف التي تسمح بالتطوع في قواتها المسلحة دون سن الثامنة عشرة أن تتخذ الضمانات التي من شأنها أن يكون هذا التجنيد تطوعاً حقيقياً، وبأن يتم بموافقة الآباء والأوصياء القانونيين للأشخاص.

وأن يحصل هؤلاء الأشخاص على المعلومات الكافية عن الواجبات التي تنطوي عليها الخدمة العسكرية، وأن يتقدم الأشخاص بدليل موثوق به عن سنهم قبل قبولهم الخدمة العسكرية و إذا كان الواجب على الدولة بشكل عام هو أن تقوم برفع سن التجنيد التطوعي إلا أن ذلك لا ينطبق على المدارس العسكرية التي تديرها الدولة أو تقع تحت سيطرتها والتي تقبل الطلبة الذين لا يقل عمرهم عن 15 سنة كحد أدنى<sup>3</sup>.

**4- المجموعات المسلحة المتميزة عن القوات الوطنية للدولة :**

لا يجوز أن تقوم المجموعات المسلحة المتميزة عن القوات المسلحة لأي دولة في أي ظرف من الظروف بتجنيد أو استخدام الأشخاص دون سن الثامنة عشرة في الأعمال الحربية. وعلى الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير الممكنة عملياً لمنع هذا التجنيد والاستخدام، بما في ذلك اعتماد التدابير القانونية اللازمة لحظر وتجريم هذه الممارسات.

**5- التسريح وإعادة التأهيل :**

يجب على الدول الأطراف في البروتوكول أن تتخذ التدابير الممكنة عملياً لكفالة تسريح الأشخاص المجندين أو المستخدمين في الأعمال العدائية انتهاكاً للبروتوكول، كما ينبغي على الدول الأطراف في البروتوكول توفير، عند اللزوم، كل المساعدة الملائمة للأشخاص المجندين أو المستخدمين في الأعمال العدائية انتهاكاً للبروتوكول لإعادة تأهيلهم بدنياً ونفسياً وإدماجهم اجتماعياً<sup>4</sup>.

وبذلك يظهر الاختلاف بين أحكام هذا البروتوكول وأحكام القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان المتعلقة بالطفل في حالة النزاعات المسلحة، حيث أن أحكام القانون الدولي الإنساني وخاصة تلك التي تحدد عمر الطفل الذي يجوز أو لا يجوز اشتراكه في عمليات عدائية بصورة مباشرة و التي أحال إليها قانون حقوق الإنسان في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 أشارت فقط إلى أنه لا يجوز تجنيد الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15 سنة تاركة

<sup>1</sup> المادة 2، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة 2000.

<sup>2</sup> م 1/3 و 2، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة 2000.

<sup>3</sup> م 3/3 و 5، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة 2000

<sup>4</sup> م 1/4 و 2، البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة 2000.

بعدها الذين بلغوا هذا السن إمكانية تجنيدهم من جانب أطراف النزاع المسلح دونما أن تفرق بين ما إذا كانوا هم الذين أرادوا التطوع أم أجبروا على الخدمة في القوات المسلحة قسرا.

في حين جاء البروتوكول ليميز بين حالتين وهي حالة التطوع فهو الأمر الوحيد المسموح به ويشترط أن لا يقل عمر المتطوع عن 15 سنة، وحالة التجنيد القسري أو الإجمالي الذي هو محظور على الدول الأطراف القيام به و إن كان الطفل قد بلغ 15 سنة، فلا يجوز تجنيده إجباريا، إلا إذا كان قد بلغ 18 سنة، كما قررت أن تتخذ الدول الأطراف الإجراءات الكفيلة لمنع اشتراك الأطفال في الأعمال الحربية و الذين لم يبلغوا 18 سنة، بمعنى أنها رفعت سن الطفل إلى حد سن الثامنة عشرة بعد أن كانت هذه المسألة متروكة لتقدير الدول في اشتراكهم أو عدم إشراكهم، كما طلبت من الدول أن ترفع من السن الذي يجوز عنده للأطفال التطوع دون أن تقوم بتحديد تاركة الأمر لتقدير الدول، و اشترطت في كل الأحوال أن يكون تجنيد الطفل بتطوعه قد تم بموافقة الآباء أو الأوصياء عليه و أن يكون تجنيدهم تطوعا حقيقيا، أي وجود رغبة في التطوع و ليس عن طريق الإكراه بأي صورة كانت<sup>1</sup>.

وعليه يبدو لنا مما سبق أن البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة يعد أهم انتصار تحقق من أجل حماية الأطفال في النزاعات المسلحة خلال فترة التسعينيات الذي تم بمقتضاه رفع سن المشاركة في الأعمال العدائية من خمسة عشرة إلى ثمانية عشرة عاما، كما أنه يعد نتيجا لمجموع الصكوك القانونية الدولية التي تتزايد قوة وشمولا لحماية الأطفال المتأثرين بالنزاعات المسلحة، ويعد أيضا هذا البروتوكول الإطار القانوني الأساسي الأكثر فعالية، لحظر استخدام الأطفال كأسلحة للنزاعات المسلحة، لا سيما إذا تم دعمه بإجراءات قانونية و عملية فاعلة على أرض الواقع<sup>2</sup>.

و عليه فإن ما جاءت به المادة الأولى من البروتوكول الاختياري يعد من أهم قواعد مشروع البروتوكول الجديد، إذ أنه رفع الحد الأدنى لسن الاشتراك في الأعمال العدائية من 15 سنة إلى 18 سنة.

هذا ما يمثل تقدما واضحا بالنسبة لما يوفره القانون الدولي من حماية للأطفال، إلا أن هناك نقطي ضعف تؤخذ على نص هذه المادة، فالأولى تتمثل في طبيعة الالتزام المفروض على الدول، وهو التزام يتعلق بالسلوك لا بالنتائج، فوفق هذا النص يتعين على الدول أن تتخذ جميع التدابير عمليا لضمان عدم اشتراك الأطفال، وهي صياغة تتفق مع مثيلتها الواردة في البروتوكول الإضافي الأول في نص م 77، لذلك كان من الأفضل استدراك الضعف الذي كان في م 77 من البروتوكول الإضافي الأول و الإقرار على أنه يجعلي الدول أن تتخذ جميع التدابير الضرورية.

أما نقطة الضعف الثانية فهي تتمثل في أن المادة وضعت حماية فقط للأطفال الذين يشاركون بصفة مباشرة في الأعمال العدائية دون أن تتعرض للمشاركة غير المباشرة، كنقل المعلومات ونقل الذخائر وغيرها من الأعمال، وهذا ما يؤخذ على هذه المادة من البروتوكول.

أما المادة الثالثة من هذا البروتوكول فرغم رفعها للحد الأدنى لسن التطوع، إلا أن الضمانات التي نصت عليها للتأكد من الطابع التطوعي لسن التجنيد يصعب تطبيقها من الناحية العملية، فعلى سبيل المثال في البلدان النامية التي تكثر فيها النزاعات المسلحة، يعد الوفاء بمطلب توفير دليل موثوق به عن السن المنصوص عليه في المادة فيها محل شك، حيث أن نظم تسجيل المواليد في هذه البلدان كثيرا ما تكاد تنعدم، إضافة إلى ذلك فإن الحماية المنصوص عليها في الفقرات الأولى من م 3 تعاني من نقطة ضعف مهمة إذ أنه اشترط رفع سن التطوع لا ينطبق على المدارس التي تديرها

<sup>1</sup> -نغم إسحاق زيا، المرجع السابق، ص 166 ، 167.

<sup>2</sup> -محمود سعيد محمود سعيد، مرجع سابق ص 149.

القوات المسلحة أو تقع تحت سيطرتها، لتوفير أعداد كافية من المتقدمين من ذوي المؤهلات المطلوبة للوفاء باحتياجات جيوشهم الوطنية.

أما المادة الرابعة من البروتوكول فإن هذا النص إيجابي من حيث إشارته إلى عزم الدول لضبط سلوك الكيانات من غير الدول، ومن ثمة تناول هذا النص حالات النزاعات المسلحة غير الدولية، غير أن هذه المادة صيغت بطريقة لا تدع مجالاً للشك في مدى فعاليتها من حيث منع تجنيد و اشتراك الأطفال في حالات النزاع المسلح الداخلي، وذلك الأساس لأن تعبير "لا يجوز" مقارنة بتعبير "يحظر" يبدو وكأنه يفرض واجبا أخلاقيا و ليس التزاما قانونيا بموجب القانون الدولي على سلوك الكيانات من غير الدول، ومن هنا فإنه من غير المؤكد أن هذه الكيانات سوف تشعر بأنها ملتزمة بهذا النص ومن تم تحترمه<sup>1</sup>.

فرغم اعتبار هذا البروتوكول خطوة جديدة تحقق فعالية ملموسة بخصوص حماية الأطفال و ضمان هذه الحماية في إطار مشاركتهم في الحروب و تجنيدهم، إلا أنه لا يعتبر خطوة نهائية نظرا لأنه يسمح بالتجنيد التطوعي أو الاختياري في القوات المسلحة، كما لأنه يمنع التجنيد الإلزامي فقط على الدول الأطراف دون غيرها من الدول التي تعيش حروبا يشارك فيها الأطفال دون سن الثامنة عشرة<sup>2</sup>.

و أخيرا و على الرغم من أوجه الضعف التي ذكرناها حول المواد السابقة، إلا أن ذلك لا ينقص من قيمتها، خاصة بالنسبة لمواد هذا البروتوكول الذي يمثل تقدما يسهم في تعزيز القانون الدولي الإنساني بشأن حماية الأطفال من التجنيد و الاشتراك في الأعمال العدائية.

وعليه يؤمل أن يحظى البروتوكول الاختياري الجديد سريعا بالتصديق على مستوى جميع أعضاء المجتمع الدولي، رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup> ومعها مجموعة من الدول ما انفكت تعرقل الجهود التي تبذل في إطار الأمم المتحدة للاتفاق على بروتوكول اختياري خاصة فيما يتعلق بمسألة رفع سن التجنيد إلى 18 سنة<sup>4</sup>. و عليه نخلص بالقول بأن أحكام هذا البروتوكول الاختياري تعد الأهم لأنها تتعلق بكل النزاعات المسلحة سواء الدولية أو غير الدولية، و ما يبقى للمجتمع الدولي أن ينتظر سوى الإجراءات القانونية و العملية الفاعلة على أرض الواقع للقضاء على مشاركة و تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة.

#### خاتمة :

و ختاماً نتوصل إلى أن هذه الأحكام كانت أكثر فاعلية في حماية الأطفال في اشتراكهم فعلا في المنازعات المسلحة كجنود يقاتلون أو يشاركون في العمليات العدائية، و لعل هذا الاهتمام من جانب القانون الدولي لحقوق الإنسان بحقوق الطفل أثناء النزاعات المسلحة يبرز التكامل بين القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان الدولي، الذي سيكمل بقواعده ما أصاب الأول من نقص و تصور في الحماية<sup>5</sup>. و عليه فإن القوانين تحمي طالما محترمة و منفذة، فالقانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان يتضمنان أحكاما تحمي الأطفال في أوقات الحرب و على المدى البعيد، و لكن ماذا يحدث عندما لا تحمل أطراف النزاع واجباتها و التزاماتها محمل الجد في معاملة الأطفال بإنسانية و حمايتهم ضد آثار العمليات الحربية؟ إذ لا توجد

<sup>1</sup>- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 182.

<sup>2</sup>- نعيمة عمير، المرجع السابق، ص 342.

<sup>3</sup>- وذلك يرجع سببه إلى أنه يوجد في الجيش الأمريكي صفوف تجند من هم بعمر 17 سنة و حق 16 سنة، فإذا ما تحدد سن 18 سنة كحد أدنى عندها لا يمكن لهؤلاء أن يشاركوا في القتال إذا ما وجدوا أنفسهم في موقف يجب القتال فيه: بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 346.

<sup>4</sup>- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 182.

<sup>5</sup>- نعم إسحاق زيا، المرجع السابق، ص 167.

"شرطة إنسانية" لفرض هذه القوانين و لكن يوجد فقط "ضمير إنساني" و "أخلاق إنسانية" و "مسؤولية دولية" تقع على المجتمع الدولي عندما تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية باحترام هذه القوانين و ضمان تنفيذها. إذن إذا ما توافرت الإرادة السياسية اللازمة فسيكون بالإمكان إحراز تقدم كبير نحو هدفنا المشترك في أن نجعل من حماية حقوق الطفل في ظل النزاع المسلح قاعدة و ليس استثناء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 374.

## الأمن القانوني و المعلوماتي



من إعداد الأستاذة: ماء العينين سعداني باحثة قانونية

مركز تكوين الدكتوراه جامعة الحسن الأول- بسطات

إن مرور مائة سنة على الظهير الشريف للالتزامات و العقود المغربي تدفع كل باحث قانوني بالوقوف ولو قليلا على الترسانة القانونية والتشريعية، خاصة المواضيع و الإشكالات الحديثة.

فالقراءة التاريخية التحليلية لحركة التشريع في حقل قانوني معين تقدم أساسا هاما لتحقيق رؤية شاملة في التعامل مع هذا الحقل، من حيث مواضيعه الشائكة و تحدياته و بدونها، ربما لا يتحقق الانسجام والتناغم في الحلول والتدابير التشريعية التي تستهدف تنظيم هذا الحقل.

و مع الأسف فالتعامل مع تشريعات تقنية المعلومات في غالبية النظم، و ربما حتى في أكثر الدول تقدما ونشاطا في حقل تنظيم مسائل تقنية المعلومات، بقي ضمن رؤى جزئية، لم تشمل كل المتطلبات التشريعية والقانونية لهذا الحقل.

على الرغم من أن الأمن القانوني كان ولا يزال ضرورة لحماية الحقوق و استقرار المعاملات و من تم إحدى مؤشرات الثقة من أجل جلب و تحفيز الاستثمار، و استقطابه باعتباره المحرك الأساسي لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، و أهميته جعلت المشرع المغربي يبادر إلى إدخال تعديلات على ترسانته القانونية المرتبطة أساسا بقانون الأعمال بحيث أدخلت تعديلات على قانون الشركات، مدونة التجارة، قانون مؤسسات الائتمان، قانون حماية المستهلك، قانون حرية الأسعار والمنافسة، مدونة الشغل، مدونة التأمينات، و الظهير الشريف للالتزامات و العقود (خاصة التعديل الأخير المتعلق بقانون بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 هـ الموافق ل 30 نوفمبر 2007 م، والصادر بالجريدة الرسمية رقم 5584 الصادرة يوم الخميس 6 دجنبر 2007).

و ذلك بعد أن كشفت الدراسة التي أنجزت من قبل المؤسسات العالمية الدولية من قبيل البنك الدولي والبنك العالمي خلال العقد الثامن من القرن الماضي أن المغرب لئن كان يعرف شح في تدفق الاستثمار الأجنبي، فإن ذلك

يرجع بالأساس لانعدام الأمن القانوني أي انعدام مؤشر الثقة في الترسنة القانونية المعمول بها سواء الموضوعية أو المسطرية، فالمستثمر الأجنبي و المتعاقد العادي يرغب في الاطمئنان على رأسماله فيسأل بدهاة على درجة الأمن القانوني التي توفره القوانين الجاري بها العمل بالبلد المستقطب قبل القيام بأية خطوة في هذا الاتجاه أو ذلك، و من ثم يمثل الأمن القانوني مجالا خصبا للتنافسية بين الدول النامية أو التي في طور النمو من أجل جلب الاستثمار.<sup>1</sup>  
أولا : ماهية الأمن القانوني.

إن الأمن القانوني و إن كان مصطلحا حديثا نسيه، إلا أن تطبيقاته الواقعية لها جذور تاريخية، التي تلتقي في مجموعها حول مراعاة القواعد القانونية لحد أدنى من الحقوق و المراكز القانونية التي تجعل المواطن في أمن اتجاه مصالحه و حقوقه.

وبالتالي فإنه يعني الاستقرار القانوني، أو الملائمة المستمرة بين أحكام القانون و احتياجات المواطن، وعدم اختراق النظم القانونية بشكل عام.

و الأمن القانوني لا يتطلب فقط الوضوح، بل يستوجب أيضا تطور المفاهيم القانونية و الوسائل المستخدمة في ذلك، و تفاعلها مع العصر الحديث وما يعرفه من تطور للثورة الرقمية.

خاصة و أننا في عصر تتزايد فيه العلاقات الاقتصادية بين الدول. و التجارة الإلكترونية إحدى أهم الظواهر الاقتصادية التي يتجلى فيها هذا التطور.

إن الأمن القانوني للأعمال الإلكترونية، يتمثل في استحداث أو استخدام الأدوات و الوسائل القانونية التشريعية، أو التعاقدية (ويشمل ذلك الاتفاقات و المعاهدات الدولية )، سواء على المستوى المحلي داخل الدولة الواحدة أو على المستوى الدولي لتنظيم و تأمين التعامل بين أطراف المعاملة الإلكترونية في دولتين مختلفتين تحقيقا للوقاية و الثقة و الأمان في التعاملات الإلكترونية.

و يساهم أيضا الأمن القانوني في تأمين المناخ الملائم و تفادي عدم الاستقرار و الاختراق و قرصنة النظم المعلوماتية لعقود التجارة الإلكترونية. خاصة مع التطور المستمر لمخترقي شبكات الإنترنت، و تأثير ذلك على المستهلك الإلكتروني<sup>2</sup> و أطراف المعاملة الإلكترونية بشكل عام مما سينعكس سلبا على حماية الأمن القانوني و المعلوماتي للمعاملة بشكل عام.

ثانيا : ماهية حماية أمن المعلومات.

إن أمن المعلومات من زاوية أكاديمية، هو العلم الذي يبحث في نظريات و استراتيجيات توفير الحماية للمعلومات من المخاطر التي تهددها، و من أنشطة الاعتداء عليها، و من زاوية تقنية، هو الوسائل و الأدوات و الإجراءات اللزوم توفيرها لضمان حماية المعلومات من الأخطار الداخلية و الخارجية.

و من زاوية قانونية، فإن أمن المعلومات هو محل دراسات و تدابير حماية سرية، و سلامة محتوى، و توفير المعلومات، و مكافحة و أنشطة الاعتداء عليها، أو استغلالها.

<sup>1</sup> يونس العياشي، الأمن القانوني والقضائي و أثرهما في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، طبع نشر و توزيع مكتبة دار السلام الرباط، ط الأولى 2012، ص:6.

<sup>2</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص 77.



و يعرف الأمن المعلوماتي بأنه: " مجموعة الإجراءات المتخذة لحماية الوسط المعلوماتي للمجتمع، أو للدولة، أو للمؤسسة، أو الشركة الخاصة التي تؤمن مقاومة وضع و تلافي عواقب التأثير المعلوماتي النفسي و المعلوماتي الفني للطرف المعني".<sup>1</sup>

و الأمن المعلوماتي للأشخاص يتميز بحماية الحالة النفسية و الوعي من التأثيرات المعلوماتية الخطرة، على سبيل المثال التحكم عن بعد بسلوك الأشخاص التضليل بالمعلومات، التحريض على الانتحار، التخلي عن المعتقدات الدينية.

و تنقسم هذه التأثيرات المعلوماتية إلى قسمين :

1. تأثيرات تهدف إلى ضياع المعلومات القيمة.
  2. تأثيرات تقوم على إدخال معلومات سلبية أو كاذبة.
- و بالنسبة للنوع الأول فإن ضياع المعلومات، و بالخصوص المعلومات ذات الطابع السري من شأنه إن يخفض فاعلية النشاط الذاتي، أو يزيد من نشاط الطرف المنافس. أما إدخال معلومات سلبية أو كاذبة، إلى المنظومة المعلوماتية، فقد يؤدي إلى اتخاذ قرارات خاطئة، و إجبارنا على التصرف بشكل يلحق الضرر بنا.<sup>2</sup>

فالمعلومات بصفة عامة: هي معطيات عن الأشخاص، و الشركات، و الوقائع، و المنظمات، و الظواهر، و الأحداث إلى غير ذلك من الأحداث بغض النظر عن شكل تقديمها، و هذه المعلومات قد تكون على شكل بيانات، أو نصوص، أو أرقام، أو على شكل رموز رياضية أو إلكتروني، أو غير ذلك.

يرى بعض خبراء أمن المعلومات أن الكفاءة الأمنية، أو أمن النظم الآلية للمعلومات، تعتمد بدرجة عالية تتجاوز 80 بالمائة على الأفراد المتعاملين مع تلك الأنظمة ، وبصفة خاصة على مدى التزامهم الأخلاقي، ولما كان هذا الأخير من الموضوعات الفلسفية، و النظرية المعقدة التي يصعب التحكم فيها، يصبح الحل الواقعي هو تقليص الاعتماد على الأفراد، والاتجاه نحو الكفاءة الإدارية. بعد التمعن في مفهوم التجارة الإلكترونية و أهميتها و طرق حمايتها و التطور والتقدم السريع الذي يضفي على هذه التجارة فإننا نجد أنها عملت على:<sup>3</sup>

1. تيسير توزيع الخدمات العامة مثل الصحة و التعليم... بأسعار منخفضة وكفاءة عالية و بسرعة أكبر.
2. رفع مستوى الجودة على المستوى العالمي وذلك نتيجة لزيادة المنافسة من جهة و انخفاض الأسعار من جهة أخرى، إضافة إلى قلة التكلفة بالنسبة للمشتري بدل تبادل المحررات الورقية، و كذا السرعة في إنجاز الصفقات.
3. توفر التجارة المتخصصة و تصنيفها حسب التخصصات المطلوبة.
4. إمكانية الأشخاص التجول في أكبر الأسواق العالمية عبر الإنترنت و اختيار الأفضل و المقارنة بين الأسعار و الشراء دون ترك البيت.
5. إن التطور المستمر للتجارة الإلكترونية يصاحبه أيضا تطور في طرق الاعتداء عليها.

<sup>1</sup> عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط 2013، ص 294.

<sup>2</sup> نصير صبار الجبوري، النظام القانوني للصك الإلكتروني، بحث منشور في مجلة القانون المقارن في العراق، بغداد، ط 2007، العدد 50.

<sup>3</sup> يونس عرب، التعاقد والدفع الإلكتروني تحديات النظامين الضريبي و الجمركي جزء من أوراق عمل برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية تنظم معهد التدريب و الإصلاح القانوني، الخرطوم، 2002، كانون الأول.

6. كما يتعذر أيضا جمع الأدلة لمعاقبة مرتكبي جرائم التجارة الإلكترونية.

و تعتبر الأعمال الإلكترونية، أحد تجليات حالة الدمج بين نظم الحاسب و الاتصال، وتعد أبرز تطبيق لفكرة تكاملية لوسائل تقنية المعلومات. فتقنية المعلومات استلزمت ضمن مسيرة تطورها، جهود كبيرة في صناعة الحواسيب و مكوناتها المادية كأجهزة صناعة البرمجيات. و أما نظم و وسائل الاتصالات فقد شهدت تطورا مذهلا نقلها من الاستخدام البدائي لشبكات التلغراف ، إلى أن وصلت إلى مرحلة الاتصال عبر الأقمار الصناعية و نقل البيانات عبر شبكات الهاتف و مختلف وسائل الاتصال عن بعد.<sup>1</sup>

إن هذا التزاوج ما بين وسائل الحاسب و الاتصال، خلق إطار واسع يعرف بتقنية المعلومات ، و لعبت الإنترنت دور فعال حيث أصبت اليوم هي العنوان الجديد لعصر المعلومات، حيث بواسطتها يتم التبادل الواسع لمختلف أنماط المعلومات ، وفي الوقت ذاته خلقت بيئة للاستثمار و الأعمال فيما يعرف بالأسواق الافتراضية أو بيئة الأعمال الإلكترونية.<sup>2</sup>

ثالثا: واقع أمن التجارة الإلكترونية.

إن صمام الأمان للتعاملات الإلكترونية هو المناخ الآمن الذي تساهم في توفيره شهادة المصادقة الإلكترونية، عن طريق التوقيع الإلكتروني المعتمد وعن طريق خدمات المصادقة الإلكترونية، و أساس ذلك بيانات ومعلومات يتم تبادلها إلكترونيا عبر محررات ومستخرجات تقنية تشفيرية بين أطراف المعاملة (المفتاح العام و المفتاح الخاص).

و من أجل ضمان تحقيق الأمن للتجارة الإلكترونية، لابد من توافر مجموعة من الأساليب والتقنيات الفنية التي تساعد على تحقيق هذه الضمانات.

وبالتالي فإن التجارة الإلكترونية تعرف عدة تحديات وطنية ودولية حيث إن الطبيعة التقنية للإنترنت، وعوالة وسائل الاقتصاد العالمي، وتطور التجارة الإلكترونية، خلق تحديات قانونية واسعة، تتمحور في مجموعها حول أثر استخدام الوسائل الإلكترونية في تنفيذ الأنشطة التجارية، فهذه الآثار التي خلقتها التقنية العالية، دفعت بالنظم القانونية المختلفة لمعالجتها عبر حركة تشريعية تتماشى مع مستجدات هذا العصر من جهة، كما تولدت الرغبة في توفير آليات قانونية وتقنية، لحماية هذا الإبداع التكنولوجي من جهة ثانية، وبناء عليه فجل التشريعات ركزت في تنظيمها للتعاملات الإلكترونية، على عاملين أساسيين، يتمثل الأول، في وضع البنية القانونية المنظمة لهذه التعاملات، ويتمثل الثاني، في بث الثقة في هذه التعاملات بصفة عامة.<sup>3</sup>

وهناك مجموعة من الشروط لتحقيق الأمان و الأمن القانوني للتجارة الإلكترونية، يمكن إيجازها في النقاط الآتية.

<sup>1</sup> رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، بحث للتنمية الإفريقية للتنمية، سنة 1999، القاهرة.

<sup>2</sup> عبد الصبور المصري، م.س، ص: 297.

<sup>3</sup> علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة و التجارة الإلكترونية، ط 2002، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، ص: 11.

رابعا: شروط تحقيق الأمن القانوني في التجارة الإلكترونية .

يمكن القول أن نجاح التجارة الإلكترونية في تحقيق المزايا و الفوائد العديدة، لا تأتي إلا إذا توافر عنصر الثقة و الأمان لدى أطراف التعامل، بل إنه بدون توافر عنصر الأمان لن تقوم لهذه التجارة قائمة و سوف ينعدم الأمن القانوني خاصة و أن عمليات التجارة الإلكترونية تتم بين أطراف متواجدين في أماكن جغرافية متباعدة، و باستخدام شبكة مفتوحة مثل شبكة الإنترنت .

و تحقيق الشعور بالأمن و الأمان بين أطراف عمليات التجارة الإلكترونية يتطلب توافر عدة شروط :

### 1.المصادقة من خلال شهادات المصادقة الإلكترونية.

تهدف عملية المصادقة الإلكترونية من خلال تقديم الشهادات الرقمية إلى التأكد من أن كلا أطراف المعاملة هما في الحقيقة الأطراف الفعلية و المعنية، و ذلك من أجل ضمان الحماية من الخديعة الناتجة عن القرصنة.

و لهذا تقوم جهة ثالثة محايدة متخصصة، بإعداد شهادة رقمية، و هذه الشهادة تعتبر مثل البطاقة الشخصية التي تحدد هوية الأطراف، و تكون مشفرة و غير قابلة للتعديل.

### 2.ضمان الخصوصية.

تحقيق خصوصية المراسلة و تبادل المعلومات، فلكل تاجر أو طرف في المعاملة، معلومات تعد أسرار تجارية، مالية و صناعية كما أن لديه خصوصيات و لعملائه أيضا خصوصيات، و تتحقق الخصوصية إذا ما تأكد المتعامل موثوقية المعاملة و عدم اطلاع الغير مرخص لهم أو غير المأذون لهم على الشهادة الإلكترونية و من أبسط التقنيات المستخدمة لضمان الخصوصية، إتباع أسلوب تشفير البيانات.

### 3.ضمان السلامة و الكمال.

من الضروري لتحقيق الشعور بالأمن القانوني التأكد من دقة و سلامة و اكتمال المعاملة الإلكترونية، و سلامة محتوياتها و صحة مضمونها و احتوائها على النص الحقيقي الذي يحمل الدلالة التي أرادها أطراف المعاملة الإلكترونية.

و ذلك من خلال تحقيق عناصر اكتمال الرسالة الإلكترونية ليتمكن المتعامل من الاطلاع على معلومات دقيقة و صحيحة يتخذها أساسا لإصدار قراره في التعامل.<sup>1</sup>

### 4.ضمان مبدأ عدم الإنكار.

من أجل تحقيق الشروط القانونية لضمان عدم إنكار الرسالة أو التنصل من إرسالها، سواء كانت متضمنة إخطار أو عقد أو معلومة، و ذلك حتى يمكن للمتعامل المطالبة بتنفيذ الالتزامات دون التعرض لمخاطر الإنكار أو التنصل

<sup>1</sup> عمر زكي عبد المتعالي، الأمن القانوني للأعمال الإلكترونية في مصر، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة يصدرها الاتحاد العرب للتحكيم العربي، العدد 7، يوليو 2004، ص:110.

ومبدأ عدم الإنكار يعني أنه في حالة موافقة طرف معين على المعاملة فإنه لا يمكن لهذا الطرف مستقبلا أن ينكر مسؤوليته عنها.

و من تقنيات تطبيق هذا المبدأ أنه إذا تم إرسال رسالة مشفرة لطرف من الأطراف، و هو يستخدم أي مفتاح عام و شهادة من أجل فك شفرتها، و يجب أن يأتي ذلك من مالك الشهادة المسجلة .

إن نجاح النظام القانوني و توفير الأمن القانوني و المعلوماتي، رهين بمدى استجابته لأصداء التطور الذي يمر به المجتمع، إما من خلال مواجهة مستجداته، أو عبر تطويع مفاهيم المبادئ و الأفكار القائمة مع المرونة في تطبيقها،<sup>1</sup> ليتمكن القول أن التطور الذي أحدثته تكنولوجيات المعلوماتية في النصوص و المصطلحات القانونية سواء كان ذلك في القانون المدني أو التجاري أو الإداري...و في القانون عموما، سيؤدي للقول أن العالم على أعتاب مرحلة جديدة تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات على غرار الثورة الصناعية التي مرت بها البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي. بحيث أصبحت الوسائط الإلكترونية طرفا في إبرام العقود.

ونخلص إلى القول أن الأمن القانوني والمعلوماتي لئن كان كان يراهن عليهما المغرب من أجل حماية الحقوق و استقرار المعاملات و تحقيق النمو الاقتصادي و الاجتماعي فهو مسؤولية مشتركة يجب أن ينخرط جميع مكونات المجتمع المدني.

ومعنى هذا أن قواعد الدين و الأخلاق و شريعتنا السمحاء تشكل قاعدة أساسية و هو أول قاعدة تلقيناها على يد أساتذتنا الأجلاء في بداية مشوارنا الدراسي بكلية الحقوق ، ذلك أن تنفيذ الالتزامات ينبغي أن يكون بحسن نية ، و أن القانون باعتباره مصدر من مصادر الالتزام يجب احترام مقتضياته دونما الحاجة إلى النظر في الجزاء المقرر عند مخالفتها، ولتحقق الغاية المنشودة من أمن قانوني و معلوماتي في جميع التعاملات، يجب تحلي جميع الأطراف المعنية بالأخلاق المهنية الضرورية و أن يساهم الجميع في مشروع تخليق الحياة العامة.

<sup>1</sup> يوسف أبو حجاج، التسويق الإلكتروني التجارة عبر الإنترنت، ط الأولى 2010، دار الوليد، ص: 123.

## تحيين الرسوم العقارية بين التأسيس والمطابقة للواقع



من إعداد : الأستاذ الحسين الصفاوي أستاذ زائر

بكلية العلوم القانونية - السويسي- الرباط

مقدمة :

تضم الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية مصالحتين : المصلحة القانونية ومصصلحة تقنية تعنى بعملية التحديد وتسمى مصصلحة المسح العقاري والخرائطية وعلى اعتبار أن عملية التحديد هذه تعد النقطة الأولى لتأسيس الرسوم العقارية، فقد خصها المشرع المغربي في نطاق التحفيظ العقاري المغربي ( ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل بالقانون رقم 07-14 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 11-1-177 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011)<sup>1</sup> ، بعناية خاصة ورغم هذه العناية لهذا المجال، باعتباره مجالا حيويا، وقاطرة للاستثمار إلا انه لظروف ما أصبحت هذه العملية شبه غير مؤمنة ومقلقة لطبقة معينة ، وخص بالذكر الأشخاص الذين ارتكبوا مخالفات في التعمير مما جعل تحيين هذه الرسوم شبه مستحيل، إذا كانت المخالفات تمس أسس البناء.

ولمعالجة هذه الوضعية قامت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بعدة إجراءات تنشدها من خلالها أولا الرفع من قيمة العقار، وثانيا حسن تداوله بشكل سليم.

فمن خلال ما سبق سأحاول معالجة هذا الموضوع من خلال مبحثين اثنين وهما :

المبحث الأول : عملية تأسيس الرسوم العقارية .

المبحث الثاني : تحيين الرسوم العقارية.

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011

## المبحث الأول: تأسيس الرسوم العقارية:

يعتبر التحديد النقطة الأولى لتأسيس الرسم العقاري وهي عملية تقنية الهدف منها معرفة وضعية العقار (حدوده ومشملاته)، إلا أن هذا التحديد قد يختلف إن كانت المنطقة مغطاة بوثائق التعمير أم لا.

## المطلب الأول: عملية التحديد في المدار الحضري:

إن تأسيس الرسم العقاري رهين بفتح مطلب في هذا الشأن، لدى الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، وبعد بسط الإجراءات المسطرية والمتمثلة في القيام بملخص للعقار المراد تحفيظه. يقوم المحافظ داخل اجل شهرين من إعلان التحديد والمقصود بالتحديد هو قيام المهندس المساح بمعاينة للعقار بحضور المالك أو طالب التحفيظ والجاورين، وكذا المتعرضين لهذا التأسيس، حيث يقوم بضبط موقع العقار، واسمه ومساحته وحدوده ومشملاته، كالأشجار والآبار وكذا الحقوق العينية والتحملات العقارية المنصبة عليه، وتدون هذه المعطيات في محضر التحديد الذي يعتبر وثيقة رسمية تحمل تاريخ وساعة التحديد واسم المشرف على عملية التحديد.

وتتم هذه العملية تقنيا بتعيين حدوده بداية من الجهة الشمالية الغربية في اتجاه الشمال ثم الشرق ثم الجنوب ثم الغرب مع تثبيت أنصاب التحديد على رأس كل انحراف مع ترقيمها بالتسلسل ب B1-B2-B3 ووضع تصميم هندسي لشكل العقار وذلك باستعمال تقنيات حديثة تمكن من معرفة مساحة العقار بتدقيق.

كما أن هذه العملية أي عملية التحديد تمكن من ضبط حدود ونطاق حق الملكية كما يدعيه طالب التحفيظ ومدى مطابقته مع المستندات المقدمة ثم تبيان التحملات، وكذا الارتفاعات المترتبة على هذا العقار، وهذه العملية القانونية تمكن أيضا من تحديد الأجزاء لتعرض عليها سواء من حيث الحدود أو المساحة، وتمييزها عن غيرها بعلامة فريدة "BORNE DE REVENDICATION".

وإذا كان الفصل 19 من القانون (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07.14 قد حمل المحافظ المسؤولية الشخصية في عملية التحفيظ والتحيين رغم أن عنصرا آخر هو الذي يقوم بهذه العملية. بحيث أن القانون السالف الذكر ألزم المحافظ:

- بانتداب مهندس مساح طبوغرافي من جهاز المسح العقاري بمعنى حاصل على شهادة مهندس طبوغرافي.
- أن يكون المهندس محلفا أي انه أدى اليمين القانونية ويتوفر على محضر أداء اليمين القانونية لدى المحكمة الابتدائية .
- أن يكون المهندس رسميا غير متدرب بحيث تم استثناء المهندس المتدرب.

- أن يكون هذا المهندس مقيدا في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين وبهذا تكون مسؤولية الإشراف على عملية التحديد من اختصاص المحافظ وبالتالي يعفى من مسؤولية التحديد التي تبقى على عاتق المهندس المساح الطبوغرافي، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون 93-30 المتعلق بمزاولة مهنة الهندسة المساحية الطبوغرافية وبإحداث الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين الصادر في 1994/02/25 التي تنص على انه: "تناط بالمهندس المساح الطبوغرافي مهمة القيام باسمه وتحت مسؤوليته بإعداد الدراسات

والعمليات والتصاميم... والوثائق والأعمال الطبوغرافيين المتعلقة بعمليات رسم التصاميم وتحديد مواقع المنشآت."

### المطلب الثاني : عملية التحديد في المناطق التي لا تخضع لوثائق التعمير :

تعتبر وثائق التعمير كتصميم التوجيهي المديرى وكذا تصميم التهيئة وتصميم التنطيق الميسر لعملية التحديد، ذلك أن العقار الموجود داخل المحيط المغطى بهذه الوثائق يكون مرتبطا بتصاميم هندسية تمكن من معرفة الأراضي المحفظة وغير المحفظة بيسر وبالتالي إمكانية تحديدها بسهولة الشيء الذي لا يتسنى للعقارات الواقعة خارج المدار الحضري، ولعلاجة هذه الوضعية وتحيين هذه العقارات على اعتبار أنها في الغالب أراضي غير محفظة non imatriculés، قامت مصلحة المسح العقاري والخرائطية بإبرام عقدة مع المهندس مساح خاص قصد إجراء عملية التحديد هذه، مع خصم أتعاب هذه العملية في حدود 1% من قيمة وتموقع العقار، وتندرج هذه العملية في إطار برنامج (IFE (IMMATRICULATION FONCIERE D'ENSEMBLE أي التحفيظ الجماعي للعقارات من طرف المنتخبين، وكذا السلطات المحلية قصد إلحاقها بالعقارات التي سويت وضعيتها.

وعند انتهاء عملية التحديد يؤسس للرسم العقاري في حالة عدم وجود تعرض (الفصل 30 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري)، إلا أن عملية التحيين هذه لا تتم إلا بعد تشييد بناء فوق الرسم العقاري المذكور.

### المبحث الثاني : إجراء تحيين الرسوم العقارية :

إن تحيين الرسوم العقارية هي عملية تقنية يقوم بها المهندس المساح الطبوغرافي من اجل تبيان ما احدث على العقار من بنايات ( ضرورة وجود رسم عقاري) بعدما كانت أرضا عارية وهذه البنائات قد تكون عمارة من عدة طبقات أو مصنع وذلك بتبيان حدوده ومساحته ومشماتته، وتحملاته، وتبين الحدود بلوم احمر يصطلح عليه باسم (Liseré rouge)، وقد يشمل هذا التحيين كذلك العقارات الخاصة للدولة التي تم تفويتها إلى الغير بواسطة عقود بناء على الرسم العقاري.

وتجدر الإشارة إلى أن عملية التحيين هذه تشمل البنائات ذات التراخيص القانونية ، والبنائات المخالفة للتصاميم المصادق عليها من طرف السلطات المختصة.

### المطلب الأول : حالة مطابقة البناء للتصميم.

بعد تأسيس الرسم العقاري، يقوم المالك ببناء القطعة الأرضية وفق التصميم المرخص، وفي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال، فسحب رخصة السكن أو رخصة المطابقة يكون متيسرا، ليقوم بعد ذلك المهندس الطبوغرافي الحر بانجاز ملف تقني يضمه البنائات الواقعة على الأرض العارية ، ويضعه لدى مصلحة المسح العقاري والخرائطية (CADASTRE) قصد المصادقة، ل يتم بعد ذلك تسليمه للمصلحة القانونية للوكالة الوطنية مرفوقا بالوثائق التالية (محضر+ توصيل بإيداع+ تصميم طبوغرافي). قصد مباشرة عملية التحيين بالرسم العقاري المذكور.

وإذا كانت عملية تحيين الرسوم العقارية تتم من قبل بشكل عادي على غرار ما سبقت الإشارة إليه بخصوص ملكية الشقق دون اعتبار المطابقة بين التصميم المرخص وحالة البناء بحيث ينتقل المهندس أو التقني المساح إلى العقار

وينجز محضرا للتحديد بحضور المالك وتوقيعه يشخص حدود ومساحة العقار ومشمولاته مرفقا بتصميم عقاري وذلك على اثر الملف المقدم من طرف المهندس المساح الذي يعمل بالقطاع الخاص، ليتم بعد أداء واجبات التحيين تقييد أو إضافة البيانات المضافة بالرسم العقاري، إلا انه في غالب الأحيان يتعذر على مصالح الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية بتلبية رغبات طالبي هذه التغييرات نظرا للمخالفات الواقعة بالعقار، فتضرر من هذه الوضعية كل الفاعلين بقطاع البناء وخص بالذكر المنعشين العقاريين وكذا المواطنين مبدين احتجاجاتهم كون البنائات المعنية قديمة وتتضمن مخالفات قديمة والمذكرة حديثة العهد، وبالتالي لا يستساغ أن تسري وتطبق على البنائات السابقة لتاريخ صدورها، وبعد سنتين من التشنج والاحتجاجات قام السيد المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والطبوغرافية بإصدار المذكرة رقم 6822 م ع بتاريخ 2011/07/12<sup>1</sup>، التي أسست إلى الترخيص بتحيين الرسوم العقارية التي تحتوي على بنائات غير مطابقة للتصاميم المرخصة، وذلك بالإدلاء بشهادة من مكتب الدراسات التقنية Bureau technique تثبت متانة البناء.

### المطلب الثاني : حالة مخالفة البناية للتصاميم :

في الغالب يقوم مالك البناء (سواء مقاول أو مالك) عند تأسيس الرسمي العقاري لبقعة معينة باستصدار رخصة بناء من طرف المصالح المختصة، وخص بالذكر هنا المصالح الجماعية، وهنا يجب الإشارة إلى أن رخصة البناء هذه تكون من اختصاص رئيس المجلس الجماعي حسب قانون الميثاق الجماعي الذي نسخ القانون 17.08 على اعتبار أن هذا القانون أقصى رئيس مجلس المقاطعة من تسليم هذه الوثيقة إذا كان علو البناية يفوق 11م . وعند الانتهاء من البناء يقوم المالك أو رب العمل باستصدار رخصة السكن أو المطابقة، حسب ما هو مخصص لتلك البناية إلا أن الأمور لا تسير دائما بهذا الاتجاه فقد يقوم رب الملك بمخالفات تمس أسس ومكانة البناء، مما يتعذر عليه استصدار رخصة السكن أو المطابقة، زيادة على رفض المهندس المساح الطبوغرافي إنجاز ملف تقني للتغييرات المتمثلة في إدخال تلك البنائات أو الإضافات إلى الرسم العقاري، كما قد يحدث أن يتم تجاوز البناء الوعاء الأصلي للعقار، ويتم البناء خارج حدوده وهو ما يسمى بالتداخل EMPIETEMENT وفي هذه الحالة لا تتم تسوية وضعية هذا العقار من طرف المحافظ على الأملاك العقارية إلا بعد موافقة الجار المتضرر.

وأمام هذه الوضعية التي أصبح يواجهها المواطن وكذا المقاول بشكل خاص في إطار قانون الملكية المشتركة، والذي أدى في بعض الأحيان إلى إفلاسهم، قامت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية بعد استشارة المصالح المتدخلة في قطاع البناء من إصدار مذكرة يروم محتواها تمكين مالكي الشقق التي تخالف التصاميم من تسوية وضعتها وتنص المذكرة السالفة الذكر لتجاوز هذه الوضعية وكحل استثنائي، تقديم ملف تقني منجز من طرف مهندس مساح مصادق عليه من طرف مصلحة المسح العقاري والخرائطية. بالإضافة إلى شهادة تثبت متانة البناء ( من مكتب الدراسات bureau beton armé). إضافة إلى رخصة السكن أو المطابقة في حالة وجودها أو شهادة تثبت انتهاء الأشغال قبل تاريخ 31 دجنبر 2011.

ونظرا لكثرة الطلبات المتعلقة بتلك التغييرات الإضافية الوافدة على الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، قررت هذه الأخيرة عبر مذكرة مصلحة ثانية من تمديد اجل العمل على تسوية هذه الملفات إلى

<sup>1</sup> مذكرة المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية عدد 6822 بتاريخ 12 يوليو 2011



غاية 31 ديسمبر 2013<sup>1</sup> بعد ما كان مقررا الانتهاء العمل بها أواخر سنة 2012، وعلى الرغم من المدة المحددة بهاتين المذكرتين، فإن بعض الملاكين والمنعشين العقاريين لم يستطيعوا تسوية ملفاتهم ومن اجل تمكينهم من ذلك تقرر تمديد العمل بمقتضيات المذكرتين المشار إليهما سالفًا إلى غاية 30 يونيو 2014<sup>2</sup>.

وللإشارة هنا فرخصة البناء أو السكن أو المطابقة يجب أن يسلمها رئيس المجلس الجماعي إذا كان علو البناية يفوق 11م أي (R+2) وما عدا ذلك يعتبر رئيس مجلس المقاطعة هو المختص بمنح هذه الرخص بعد إخبار رئيس المجلس الجماعي خلال ثمانية أيام من تسليمها للمعني بالأمر، بحيث تنص المادة 104 من الميثاق الجماعي 78.00 كما تم تنميته وتغييره بالقانون 17.08 على أنه "يعتبر رئيس مجلس المقاطعة السلطة التنفيذية للمقاطعة ..... وفي مجال التعمير والبناء، يختص رئيس مجلس المقاطعة بتسليم رخص البناء والسكن المتعلقة بالبنائات التي لا يتجاوز علوها 11مرا والتي توجد في المناطق المتوفرة على وثائق للتعمير سارية المفعول".

#### خاتمة :

إذا كانت هذه التسهيلات التي قدمتها الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية للمقاولين والمنعشين العقاريين والخواص تتوخى من خلالها تيسير عملية تسوية وضعية العقارات التي تمت بها التغييرات إضافية غير قانونية، فلا يجب أن لا تكون على حساب سلامة البناء، لذا يجذب أن تكون شهادة المتانة المقدمة من طرف المكتب التقني تضم إلى جانب كل الدراسات المتعلقة باستقرار البناء بما في ذلك ما يتطلبه البناء المضاد للزلازل، دراسة لنوعية التربة المقام فوقها العقار، على اعتبار أن الزيادة غير المرخصة بها في البناء قد تضر بتوازن البناية في حالة وجود عيب في الأرض كتربة غير ملائمة لتحمل الأثقال القارة وغير القارة للبناية وقد تكون عاملا رئيسيا في انهيار المباني إذا كانت البناية قديمة ولم يسبق ان تمت دراسة تربة أرضية البناية من طرف المختبرات المختصة، لتكون بذلك مسؤولية المكتب التقني المصدر لشهادة متانة البناية ثابتة في حالة تصدع أو انهيار البناء، سواء في إطار المسؤولية العشرية إن هي توفرت شروطها أو المسؤولية العقدية عند انتفائها، لذا يجب أن لا تسلم تلك الوثيقة إلا بعد إجراء دراسة تقنية شاملة تدخل في إطار عملية استقرار البناء حفاظا على سلامة الأرواح والممتلكات كما يجب أن تضمن في شهادة المتانة، الأجزاء المخالفة للبناء، وتوحيد هذا الإجراء على صعيد المملكة .

<sup>1</sup> مذكرة المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية عدد 12600 بتاريخ 23 نونبر 2012

<sup>2</sup> مذكرة المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية عدد 15209 بتاريخ 31 ديسمبر 2013

## الموت الرحيم بين القانون والشريعة الإسلامية



من إعداد عبد اللاوي خديجة .

باحثة دكتوراه تخصص قانون الأعمال المقارن.

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان الجزائر.

مقدمة :

رغم التطور السريع للدول المتقدمة في مجال صناعة الأدوية، إلا أن العلم عجز من التخفيف من آلام المرضى الذين طال أجلهم وهم على فراش الموت، الأمر الذي أدى ببعض الأطباء إلى اقتراح وسائل جديدة لوضع حد لنهاية حياة هذا النوع من المرضى.

يتمثل هذا الاقتراح في ممارسة موت يعتبرها البعض بأنها موت مفتعلة<sup>1</sup>، أطلق عليها اسم "أوتانا زي" (Euthanasie) باللغة الفرنسية، وباللغة العربية عبارة "الموت الرحيم" أو "القتل الرحيم" أو "القتل بدافع الشفقة".

تبنت بعض الدول الغربية هذه الممارسة الجديدة، الأمر الذي أقلق مواطنيها بطرح عدة تساؤلات اتجاه هذا النوع من الموت التي تواجهه "السلطة الطبية"<sup>2</sup> الممنوحة للطبيب في جميع قوانين وأخلاقيات المهن الطبية. كما نتج عن هذا النوع من الرعاية الصحية، صراع ما بين أصحاب الاختصاص، أدى بتدخل رجال القانون لإجازتها أو تجريمها، وكذا رجال الدين لإبداء رأيهم الشرعي فيها.

ومن أجل توضيح أكثر فأكثر هذا الموضوع، فمن الضروري إعطاء لمحة تاريخية وجيزة عن هذا المصطلح، وكذا استعمالاته عبر مختلف العصور. أضف إلى ذلك، إلى الإجابة على عدة تساؤلات، نذكر من بينها ما المقصود بالموت الرحيم؟ ما الرأي الطبي في هذا وما علاقته بموضوع أخلاقيات مهنة الطب؟ وهل للمريض الحق في الموت؟ ما موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من الموت الرحيم؟ وما هي المسؤولية المترتبة على ذلك؟ هل الموت الرحيم ظاهرة جديدة، أم كانت موجودة في كل العصور؟ هل هذه الممارسة تعززت خلال هذه السنوات الأخيرة؟ الإجابة عن هذه التساؤلات وتساؤلات أخرى، تجرنا إلى وضع مبحثين: المبحث الأول يتناول نشأة وتطور القوانين الوضعية للموت الرحيم، والمبحث الثاني: الموت أو القتل الرحيم في الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> - J.C.BOULANGER, Actes des 3<sup>e</sup> journées pédagogiques d'ethnique médicale d'Amiens, in M.LAUDE, L'euthanasie : Réflexions ethniques. Editions John Eurotext, France, 2002, p2.

<sup>2</sup> - Vincent LEMIEUX, Pierre BERGERON, Clément BEGIN, Gérard BELANGER, Le système de santé au Québec : Organisations, acteurs et enjeux. Editions Presses Universitaires Laval, Canada, 2003, p 262.

## المبحث الأول: نشأة وتطور القوانين الوضعية للموت الرحيم.

يعتبر الموت الرحيم من مواضيع الساعة والحساسة في الدول الغربية، إذ خصص لها نقاش حاد وتفكير عميق من طرف المهتمين بالشأن الصحي، وخاصة ما بين الأطباء المحافظين وسلطتهم والرافضين بإدراج الموت في مشوار الحياة، لأنهم يرون ذلك مجرد عملية تقنية حيوية بسيطة<sup>1</sup>، وبين الأطباء المتحمسين للقضاء على الألم بواسطة الموت الرحيم.

ومن أجل فك هذا الصراع، تدخل رجال القانون للفصل في هذه المسألة، وهذا ما سنقوم بشرحه فيما يلي:  
المطلب الأول: نشأة الموت الرحيم وأسبابه.

يسود في وقتنا الحالي، غموض كبير حول مسألة الموت الرحيم (Euthanasie)، لأن التوضيحات الاصطلاحية لهذه الكلمة المقدمة من طرف المختصين، لوحظ حولها اختلاف وتعارض. وحتى يتسنى لنا التدقيق في المصطلح الحالي، فمن الضروري، تقديم بعض التوضيحات اللغوية والاصطلاحية لمسألة الموت الرحيم (euthanasie)، لتحديد مفهوم أو تعريف شامل لهذا المصطلح سالف الذكر.

## الفرع الأول: لمحة تاريخية عن نشأة الموت الرحيم.

يتكون المعنى الاشتقاقي للكلمة الفرنسية <<أوتنازي>>، (الموت الرحيم) ابتداء من الكلمة اليونانية <<أوتاناتوس (euthanatos)>>، وتعني الموت الحلو والهادئ أو الموت السعيد<sup>2</sup>.

استعملت هذه الكلمة لأول مرة، في اللغة الإغريقية سنة 300 قبل عيسى عليه السلام، وتعني في تلك الفترة بالموت الجميل أو الموت الحلو. وبين 106-43 قبل عيسى عليه السلام، أصبحت تعني الموت الجدير والأجد. وفي سنة 14 ميلادي، أصبحت تعني الموت السهل وبدون عناء.

خلاصة القول أن فترة الحضارة القديمة، اسم <<أوتانازية Euthanasia >> هو صفة للحظات الأخيرة من العمر، لكنها لا تعتبر طلباً للموت يتقدم به المريض أو يمنحه الطبيب لمريضه. أما الفعل <<أوطاناطيو>> له معنى آخر وهو "أنك تموت بشرف، إن أمكن بالانتحار"<sup>3</sup>.

وفي سنة 1605، استعمل هذا الاسم "أوتانازية euthanasia"، للانتقادات الموجهة للأطباء عن إهمالهم وترك المرضى بحجة أن العلاج لم يعد يجدي نفعا. لذا كان في تلك الفترة مهمة الأطباء أن يعملوا على إعادة الصحة إلى المرضى وتخفيف آلامهم، ولكن إذا وجدوا أن شفاءهم لا أمل فيه، فيجب عليهم أن يهيئوا موتاً هادئاً وسهلاً، وأن الأطباء لا يزالون يعذبون مرضاهم، رغم قناعتهم بأنهم لا يرجى شفاؤهم، فكان عليهم فقط في هذه الأحوال أن يطفئ بأيديهم الآلام والنزع الأخير"<sup>4</sup>.

بقي هذا الاسم مستعملاً بالمعنى القديم حتى أواخر القرن 18. وابتداء من القرن 19، بدأ يؤخذ بعناية المريض في حالة الوفاة وذلك من تمكينه من موت هادئ وبدون ألم. وابتداء من القرن 20، بدأ هذا الاسم يأخذ معنى آخر يتمثل في الفعل على الحث المعتمد على موت مريض، بواسطة مواد قاتلة من أجل التخلص من الألم وتمكينه من موت هادئ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - André MONJARDET, Euthanasie et pouvoir médical : Vivre librement sa mort, Editions L'Harmattan, 1999, p 9.

<sup>2</sup> - Michel MARET, L'euthanasie : Alternative sociale et enjeux pour l'éthique chrétienne, Editions Saint Augustin, France, 2000, p15.

<sup>3</sup> - Michel Maret, idem, p 16.

<sup>4</sup> - عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، القتل الرحيم "دراسة تأصيلية مقارنة"، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص 17.

<sup>5</sup> - Michel MARET, Op.cit, p 18.

وبتطور التقنيات الطبية للإنعاش، ظهر معنى آخر لكلمة "euthanasie": الامتناع عن الوسائل التي تؤدي إلى تمديد حياة المريض، أو الامتناع عن العلاج. وهذا النوع من الموت الرحيم أطلق عليه بالموت الرحيم الإيجابي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أسباب الموت الرحيم.

لقد تعددت أسباب الموت الرحيم، من بين هذه الأسباب:

السبب الأول: رغبة المريض في الموت الرحيم من أجل التخلص من الألم الجسدي والمعنوي.

يصاب بعض المرضى بأفات لا يرجى شفاؤها، كبعض آفات السرطان أو الايدز، وقد تصاحب هذه الآفات آلام شديدة غير محتملة، مما يدفع المريض إلى البحث عن طريقة من أجل إنهاء حياته، ويكون بصورتين:

- طلب المريض الصريح: وهو أن يطلب المريض قتله صراحة من أجل إنهاء آلامه، ويكون هذا قطعي لا شك فيه، أو يطلب ذويه إن لم يستطع الطلب بنفسه<sup>2</sup>.

- الطلب الضمني من المريض بالموت الرحيم: حيث يقوم المريض بأعمال تدل ضمناً على رغبته في الموت، وذلك لوصوله لفقدان الثقة بالعلاج والأطباء بالإضافة إلى رفضه الطعام والشراب مما يؤدي به إلى الموت<sup>3</sup>.

السبب الثاني: رغبة أولياء المريض في القتل الرحيم لتخليصه من الألم رحمة به.

في هذه الحالة يتقدم أهل المريض بطلب صريح من أجل تنفيذ الموت الرحيم على قريبهم، ويكون هذا الطلب لأسباب كثيرة منها: الرغبة لإراحته من الآلام الجسدية والنفسية، عدم جدوى العلاج، أو التكاليف الباهظة للعلاج مع عدم قدرتهم على دفعها<sup>4</sup>.

السبب الثالث: قناعة بعض الأطباء والمؤسسات الطبية بالقتل الرحيم.

إن العديد من الأطباء والمؤسسات الطبية والمرضى الذين يملكون القناعة الكبيرة في وجوب إنهاء معاناة حياة كل مريض ميئوس من شفاؤه، فلذلك يسعون بكل جهدهم في إقناع المريض أو ذويه من أجل إطلاق رصاصة الرحمة، وحتى إذا لم تتم الموافقة فهم على استعداد تام من أجل تنفيذ الموت الرحيم، وهناك عدة قضايا حدثت بإنهاء حياة مرضى دون أخذ إذنه أو إذن أهله<sup>5</sup>.

السبب الرابع: وجود قوانين تميز الموت الرحيم في بعض البلدان.

مثال ذلك القانون الهولندي حيث يجيز القتل بدافع الرحمة والشفقة، فالأطباء الذين يمارسون الموت الرحيم مارسوه بضمير حي، وأسلوب واع، حيث منحوا المرضى الموت بسلام بلا ألم ومعاناة.

<sup>1</sup> - Michel MARET, ibid, p 18.

<sup>2</sup> - من أمثلة الطلب الصريح للموت الرحيم: في سنة 1920 قام زوج أمريكي بقتل زوجته بالسم بناء على طلبها، لأنها كانت تعاني من مرض مستعصي لا يمكن الشفاء منه.

أيضاً قيام مواطن انجليزي والبالغ من العمر 74 سنة بطلب المساعدة من إحدى الهيئات المسؤولة عن الموت الرحيم بعدما تأكد بأنه مصاب بمرض عضال في المخ.

كما توفي بلجيكي بعمر 95 سنة اعتبر أكبر رياضي في بلده بعد اختياره الموت الرحيم بجانب أقرانه. جريدة البناء، العدد 1409، سنة 2014.

<sup>3</sup> - في سنة 1991 قررت اللجنة المختصة بالموت الرحيم في هولندا أن أكثر من 1000 شخص قد تم قتلهم بما يسمى الموت الرحيم دون وجود أي يثبت رغبة المريض في الموت.

<sup>4</sup> - عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، المرجع السابق، ص 27.

<sup>5</sup> - اعترف الطبيب الدنماركي " أيس " أنه أنقذ عددا كبيرا من المرضى الميئوس من شفائهم وذلك بالقضاء على حياتهم.

السبب الخامس : الجانب الاقتصادي.

تتمثل في قلة الأجهزة الطبية والتزام عليها، والتكلفة الباهظة للعلاج...الخ.

المطلب الثاني : التطور القانوني للموت الرحيم.

مما سبق ذكره، فمن الضروري إعطاء تعريف عن الموت الرحيم وكذا أنواعه والقوانين التي تطرقت إلى

الموت الرحيم.

الفرع الأول : تعريف وأنواع الموت الرحيم

فمن خلال اللمحة التاريخية والتحول الاصطلاحي لعبارة الموت الرحيم، أنه ظهرت عدة تفسيرات وتعريف

لهذا المصطلح والذي انبثق منه عدة أنواع من الموت الرحيم.

أولا : تعريف الموت الرحيم :

كما سبق الإشارة إليه، فإن الموت الرحيم كلمة يونانية الأصل تعني الموت الجيد أو الموت اليسير أو الموت

الكريم، فالقتل الرحيم يكافئ الموت الرحيم وهو التعبير الطبي المعاصر، وتعني تسهيل موت الشخص المريض

الميتوس من شفائه بناء على طلب مقدم من طبيبه المعالج.

الموت الرحيم، تعني كذلك، ذلك الموت بلا معاناة، أو الموت بقصد إنهاء معاناة المريض الذي يستحيل شفاؤه،

أو القتل بدافع الرحمة أو الرحمة، أو القتل بدافع الشفقة أو القتل الرحيم<sup>1</sup>.

كما أن القتل أو الموت الرحيم يعني وفق تعريف لجنة آداب مهنة الطب بمجلس اللوردات البريطاني: " إجراء

تدخل متعمد مع الإعلان عن النية في إنهاء حياة، للتخفيف من معاناة مستعصية على الحل"، ومن ثم فهناك من

يصنف القتل الرحيم بأنه إما طوعي أو غير طوعي أو قسري، وآخرون يصنفونه بأنه إما إيجابي أو سلبي<sup>2</sup>.

أما التعريف الاستكشافي للموت الرحيم يكمل في التمييز الذي أجري على مختلف أنواع الموت الرحيم

والذي يبقى من لمسات المختصين. لذا، فقد عرف بعض المختصين الموت الرحيم بأنه: " الفعل المعطى قصدا

واختياريا، والخاص بالإماتة الرحيمة وهو الحركة أو الإغفال والترك الذي يسبب عمدا موت المريض بهدف وضع

نهاية لألمه<sup>3</sup>.

أما المشرع الهولندي، فقد عرف الموت الرحيم بأنه " الفعل المتعمد لجعل حدٍ للحياة، ينفذ من طرف شخص

آخر غير الشخص المعني أو الطالب<sup>4</sup>.

ويقصد كذلك " أوتانايزي euthanasie" الحركة المعتمدة والمسبب في موت شخص بحجة الشفقة<sup>5</sup>.

وفي الأخير، المقصود بالموت الرحيم، هو تسهيل موت شخص ما، يعاني من أمراض ميتوس منها، ولا

يرجى الشفاء منها، فيقوم الطبيب أو غيره بدافع الرحمة والشفقة سلبيا أو ايجابيا بقتل المريض لإراحته من أمراض لا

يرجى الشفاء منها، ويتم هذا القتل سواء بطلب من المريض أو أهله، وقد يكون هذا القتل بدون طلب المريض ولا

أهله.

<sup>1</sup> - قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص7.

<sup>2</sup> - h.sandokji@asharqalawsat.com.

<sup>3</sup> - Michel MARET, op.cit, p23.

<sup>4</sup> - Michel MARET, ibid, p36.

<sup>5</sup> - Jean-Marc Dufort, Euthanasie et aide au suicide : La conscience chrétienne confrontée, éditions, Canada, 1996, p 9.

ثانيا: أنواع وصور القتل الرحيم.

للموت الرحيم صور تطبيقية مختلفة هي:

- 1- الموت الفعال أو الموت المباشر أو المتعمد: يتم إعطاء المريض جرعة قاتلة من دواء "كالكورار أو الباربيتوريات" أو غيرها من مشتقات "السيانيد" بنية القتل<sup>1</sup>. وهم على ثلاث أحوال:
    - أ- قتل فعال إرادي أو اختياري: تتم هذه العملية بناء على طلب المريض إذا كان في حالة وعي كامل أو بناء على وصية منه مكتوبة مسبقا.
    - ب- الموت الفعال اللاإرادي: وهي حالة المريض البالغ العاقل الذي فقد الوعي، حيث تتم العملية دون إذن المريض، لكن بتقدير الطبيب الذي يعتقد أن القتل في صالح المريض.
    - ج- الموت الفعال اللاإرادي: يكون فيها المريض غير عاقل صبيا كان أو معنويا، وتتم بناء على قرار من الطبيب المعالج.
  - 2- المساعدة على الانتحار: يقوم المريض في هذه الحالة بعملية القتل بنفسه بناء على توجيهات تم تقديمها من شخص آخر، حيث يوفر له المعلومات أو الوسائل التي تساعد على الموت<sup>2</sup>.
  - 3- الموت غير المباشر: يتم بإعطاء المريض جرعات من عقاقير مسكنة لتهدئة الآلام المبرحة، وبمرور الوقت يضطر الطبيب المعالج إلى مضاعفة الجرعات من أجل السيطرة على الآلام، وهو عمل يستحسنه القائمون على العلاج الطبي، إلا أن الجرعات الكبيرة قد تؤدي إلى إحباط التنفس وتراجع عمل عضلة القلب فتفضي إلى الموت الذي لم يكن مقصودا بذاته وإن كان متوقعا مسبقا<sup>3</sup>.
  - 4- الموت غير الفعال أو تيسير أو تسريع الموت: ويتم برفض أو إيقاف العلاج اللازم للمحافظة على الحياة مثل ذلك: إيقاف جهاز التنفس، أو عدم إعطائه الأدوية اللازمة التي تعالج المريض، هذا النوع من الموت له أشكال تتمثل في:
    - أ- الموت الناجم عن فصل جهاز التنفس: فمثلا مريض في حالة غيبوبة نتيجة ارتجاج الدماغ، ويكون موصلا بجهاز التنفس الصناعي، ولا أمل له في استعادة وعيه، ففي هذه الحالة يرى الكثيرون أن استمرار العناية في مثل هذه الظروف بلا معنى، كما يضيف من معاناة الأقارب والأصدقاء، وهناك من يرى ضرورة توفير جهاز التنفس الصناعي لصالح مريض آخر يرجى شفاؤه.
    - ب- الموت الناجم عن الإمساك عن العلاج: مثال ذلك إمساك المضاد الحيوي عن مريض مصاب بسرطان الرئة ولا يرجى شفاؤه.
- الفرع الثاني: تطور القوانين الوضعية للموت الرحيم.
- مسألة ممارسة الموت الرحيم في الدول الغربية خلال هذه السنوات الأخيرة، أنتج إصدار قوانين تبين من خلال مواقفها من هذه القضية، فأجازت بعض الدول الموت الرحيم في حين رفضتها دول أخرى.

<sup>1</sup> د. محمد الهواري، من قرارات الدورة العادية الحادية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، مجلة الرائد، العدد 2003، 245، ص4.

<sup>2</sup> د. منى علي الجفيري، الموت الرحيم من منظور إنساني وإسلامي، ورقة بحثية مقدمة من جمعية تجديد الثقافة الاجتماعية، مؤتمر الدوحة السادس لحوار الأديان - القيمة الدينية بين المسالمة واحترام الحياة -، 2008.

<sup>3</sup> د. محمد الهواري، قتل المرحمة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ستوكهولم، 2003، ص3.

أولاً: تطور القوانين الوضعية الأجنبية.

القوانين الحالية للدول مهمة لفهم فهما جيداً مثل هذه المواضيع الحساسة. وابتداءً من القراءة الأولية، للنصوص القانونية لبعض الدول، يلاحظ أن أهم التغييرات تمت عام 1990.

في سنة 1922 كانت روسيا أول دولة أوروبية تميز ما يسمى بقتل الرحمة بناءً على طلب المريض، ولكن لم يرض أشهر حتى تم إلغاء هذا القانون لآثاره السلبية.

وفي سنة 1936، تقدمت إحدى الجمعيات في إنجلترا التي تؤيد الموت الرحيم مشروع قانون يبيح هذا القتل ولكن تم رفضه.

وفي عام 1966 أجرت نقابة الأطباء استفتاءً ظهر منه أن 80 بالمائة من الأطباء يمارسون القتل الرحيم، وذلك لوضع حد لحياة الميئوس من شفائه، لتخليصه من آلامه المبرحة دون علم المريض أو أسرته.

وفي سنة 1982 تأسست جمعية بريطانية لتقديم المساعدات المادية والنفسية لمن يرغب بالموت، وفي عام 1987، أوضح استبيان للرأي الفرنسي أن 85 بالمائة يؤيدون الموت الرحيم، و76 بالمائة جرم الموت الرحيم.<sup>1</sup>

في سنة 1989، أنشأ الاتحاد الأوروبي لجنة البيئة والصحة العمومية للبرلمان الأوروبي التي تقدمت باقتراح والذي من خلاله تطالب بتطوير العلاجات المهدية أو الوقائية ومرافقة المريض على وشك الموت. كما أنها، تقدمت بمشروع قرار حول المساعدة للمرض على وشك الموت بتاريخ 25 أبريل 1991. فالمادة 8 منه تعترف شرعاً بالموت الرحيم، وقامت بتعريف الإنسان حسب درجة وعيه، وكذا اللبس السائد حول كلمة <<الشرف>>، والألم أو المرض.<sup>2</sup>

وفي عام 1939 أصدر " أدولف هتلر " مرسوماً سمح للأطباء بتصفية الأشخاص (قتل الأشخاص) الذين لا يمكن علاجهم بعد فحص طبي عميق.<sup>3</sup>

أما في فرنسا، وحسب المواد 295-297 من قانون العقوبات الفرنسي، فالموت الإيجابي يعاقب عليه بنفس عقاب القتل. فالدافع للفعل لممارسة الموت الرحيم على الضحية لم يؤخذ بعين الاعتبار من طرف قانون العقوبات الفرنسي من جهة، ولا يعتبره ظرف من الظروف المخففة للعقوبة. عكس ذلك، فإن محكمة الجنايات الفرنسية، متساهلة في هذه المسألة، وكثير ما تقوم بتبرئة المتهمين.

أضف إلى ذلك، فإن عدم تقديم المساعدة لشخص يريد الانتحار، يعتبر كعدم تقديم يد المساعدة لشخص في حالة خطر، وتعاقب عليه المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي. كما أنه، لا يوجد أي نص خاص يتطرق إلى الموت الرحيم السلبي، لأن المادة 63 سألقة الذكر فصلت في ذلك. هذه الأخيرة، أي المادة 63 لا ترغم على الأقل إلى ضراوة العلاج، لأن القانون الفرنسي يقر بالحرية المطلقة للمريض أن يمتنع عن العلاج، وإذا كان المريض عاقلاً فإنه يتحمل المسؤولية لوحده للنتائج المترتبة عن ذلك الامتناع.

<sup>1</sup> - تقول الدكتورة " هدى قشقوش " : عاصرت بنفسها في عام 1987 بفرنسا وألمانيا تزايد اتجاهات الرأي العام لقبول فكرة إباحة القتل شفقة، والمطالبة بتعديل التشريعات الجنائية للسماح بإباحتها، وانتشار جمعيات المتطوعين الذين يدعمون هذا الاتجاه، وبالذات في قضية "دانياالا" تلك الفتاة الألمانية التي تبلغ من العمر 27 سنة، والتي أصيبت بشلل كلي، ولم تستطع تحريك أي جزء من جسمها، وظلت في حالة شلل تام مدة 5 سنوات، حيث طالبت هذه الفتاة بحقها في الموت، وانظم إليها الرأي العام في ألمانيا إلى أن تطوعت فتاة مجهولة في منظمة الموت الإنساني فساعدتها عام الموت في 23 ديسمبر 1988. أنظر، قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة، .....، ص 14، 13.

<sup>2</sup> - Michel MARET, Op.cit, p 32.

<sup>3</sup> - قام هتلر من عام 1940 حتى نهاية الحرب العالمية الثانية بتصفية 275 ألف شخص.

هذه الوضعية أسفرت بتقديم عدد كبير من النصوص القانونية الهدف منها التخفيف من القانون الحالي، إذ في سنة 1978، قدم مشروع قانون متعلق في "الحق الإنسان في عيش موته"<sup>1</sup>. هذا الاقتراح رفض من طرف المجلس الفرنسي.

وفي سنة 1989، قدم مشروع قانون رقم 312، يهدف إلى إعطاء القوة القانونية إلى "التصريح بالإرادة بالموت بكرامة"، وبالتالي، تم تغيير المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي. وحسب المادة 3 من هذا الاقتراح، "لا يوجد جناية ولا جنحة لمساعدة شخص تكون طلباته أو طلبات موكله المتعددة واضحة كل الوضوح". وفي نفس السنة من شهر نوفمبر، قدم مشروع قانون آخر رقم 199، يعطي مرة أخرى "القوة القانونية للتصريح الإرادي للموت بكرامة". رفض هذان المشروعان من طرف المجلس الوطني الفرنسي.<sup>2</sup>

اقترح آخر لقانون رقم 215 أوديع شهر فبراير من سنة 1997 من طرف مجموعة من البرلمانيين بمكتب المجلس الأعلى، هذا المشروع يريد من خلاله إعطاء أيضا قوة قانونية "للتصريح للإرادة بالموت بكرامة" شريطة إبلاغ الموقع عنه، حتى يتمكن من الحق في الحصول على المساعدة في الموت.<sup>3</sup> هذا المشروع رفض أيضا. أما في سويسرا، ففي سنة 1975، في مقاطعة "زيوريخ"، أقصي أحد الأطباء من وظيفته، وقدم إلى العدالة بسبب ممارسته للموت الرحيم. تقدم سكان هذه المقاطعة بمبادرة شعبية من أجل رفع العقوبة على هذا الطبيب مع السماح بممارسة الموت الرحيم على المرضى الذين يطلبونها. رفضت هذه المبادرة من طرف المجلس الوطني سنة 1977.<sup>4</sup>

حاليا في سويسرا، مسألة الموت الرحيم والمساعدة على الانتحار تم تسويتها نهائيا في قانون العقوبات السويسري، وخاصة المادة 114 (الموت بطلب من المريض) والمادة 115 (الحث والمساعدة على الانتحار). أما الموت الرحيم المتعمد بسبب الشفقة، قد خصص لها المواد من 111 إلى 113 من قانون العقوبات السويسري. إذ تكونت لجنة مكلفة بمراجعة قانون العقوبات السويسري، فرأت بأنه من غير الممكن مضاعفة أحكام العقوبات المتعلقة بالممارسات الطبية.

وفي 24 مارس 1994، قدم اقتراح آخر إلى المجلس الوطني، يتمثل في إدماج في قانون العقوبات مادة 115 مكرر تنص على أن: "يمارس الموت الرحيم المتعمد على مريض مصاب بمرض عضال يحدث له آلام لا يمكن احتمالها". فرفض هذا المشروع من طرف المجلس الفدرالي السويسري سنة 1997.<sup>5</sup>

أما هولندا، فكانت أول دولة أوروبية تجرم الموت الرحيم ورفضت تسويته. فقانون العقوبات الهولندي ميّز ما بين الموت بطلب المريض والذي يعاقب عليه بالمادة 293 منه، والموت بدون طلب من الضحية. من جهة أخرى، المادة 40 منه، لا تعاقب على القتل عندما يرتكب تحت تأثير قوة الدفاع الشرعي أو قوة قاهرة. المادة 294 تعاقب الحث أو المساعدة على الانتحار إذا كان سببه الدوافع الأنانية.

<sup>1</sup> - Texte intégral de Henri CAILLAVET.

<sup>2</sup> - Michel MARET, Op.cit, p 34.

<sup>3</sup> - Michel MARET, ibid, p 34.

<sup>4</sup> - Michel MARET, ibid, p 34.

<sup>5</sup> - Michel MARET, ibid, p 35.



وابتداء من سنة 1973، الموت الرحيم والمساعدة على الانتحار كانتا موضوع نقاش في هذا البلد، أدى إلى إصدار قرارات قانونية أكثرها ليبرالية. وفي سنة 1984، نشرت الجمعية الطبية الملكية الهولندية أحكام خاصة بممارسة الموت الرحيم. فاللجنة الحكومية قبلت هذه الأحكام سنة 1985<sup>1</sup>، كما أعطت تعريفا خاصا بالموت الرحيم<sup>2</sup>. وحتى تتمكن الدولة الهولندية من معرفة الممارسات للموت الرحيم، أنشأت الحكومة الهولندية سنة 1989، لجنة من مهامها تقديم تقرير حول الموت الرحيم. وفي سنة 1991، قدم هذا التقرير أطلق عليه اسم " تحقيق روميلينك" (enquête Rummelink)<sup>3</sup>. الأمر الذي أدى إلى إصدار مرسوم 688 Stb بتاريخ 17 ديسمبر 1993، الذي يرسم إجراء التبليغ الذي يقوم به الطبيب الممارس للموت الرحيم أو المساعدة على الانتحار، إذ يلتزم بتبليغ الطبيب الشرعي الذي بدوره يقوم بإبلاغ وكيل الجمهورية. هذا الأخير يرجع له القرار في المتابعة أم لا. لم يتم أي تغيير على قانون العقوبات الهولندي، وتبقى الموت الرحيم غير شرعية ويعاقب عليها ب 12 سنة سجن. كذلك المساعدة على الانتحار، يعاقب عليها ب 3 سنة سجن. وفي حالة احترام الطبيب إجراء التصريح، فيعتبر الخطر قليل والمتبعة أمام العدالة تكون أيضا ضئيلة. وحسب هذا المرسوم، فالشروط التالية هي واجبة من أجل ممارسة الموت الرحيم أو مساعدة على الانتحار<sup>4</sup>:

- المريض يكون حرا و مؤهلا: يقدم طلباته المتكررة، لكي يمارس عليه الموت الرحيم، خلال وقت محددة ومقبول. ويكون هذا الطلب معززا بوثائق. كما يبلغ الطبيب المريض عن تشخيص المرض وعن العلاج الممكن، وخاصة العلاجات المهدئة.

- لا بد من إشارة طبيب آخر، وقبول الطلب من طبيين آخرين. وفي حالة رفض أحد الأطباء الطلب، فإن الطبيب الممارس للموت الرحيم، يستطيع عرض المسألة على طبيب آخر.

- أن يكون المريض يعاني من آلام غير محتملة، ولا يوجد أي آفاق للتخفيف منه، وان كل الوسائل استعملت من أجل القضاء على الألم. يكون الألم جسماني أو عقلي. كما أن الشخص ليس بالضرورة أن يكون في المرحلة الأخيرة من حياته.

- الموت الرحيم لا تطبق إلا من طرف طبيب يساعده في ذلك ممرضين.

- بعد وفاة المريض، يحضر الطبيب طبيبا شرعيا للقيام بتقرير التصريح. ويحتوى هذا التقرير على تاريخ المرض، الإشارة بأن المريض كان يعاني، وكما أنه لا يوجد أي حلا لعلاجه، وذكر تاريخ طلب المريض، وتقرير المناقشات التي أجرت مع أهل المريض، تقرير فحص المريض من طرف طبيب آخر، التاريخ والساعة التي تم إنجاز أو ممارسة الموت الرحيم، المواد المستعملة، ذكر اسم الشهود.

أدى هذا المرسوم إلى مراقبة الأفعال الطبية التي تهدف إلى التقليل من حياة المرضى.

وبالتالي، فإن القانون الهولندي وقف موقف الوسط، إذ لا تعتبر ممارسة الموت الرحيم جريمة ولم يرقم بتسويتها. وأخيرا، فإن قانون 1994، لم يتمكن من حل كل المشاكل المتعلقة بالموت الرحيم الذي تطرحه بعض الحالات المأسوية المتعلقة بحياة الأفراد<sup>5</sup>، إلا أنه في سنة 2002 وبعد نقاش دام 25 سنة في المجتمع الهولندي حول إمكانية

<sup>1</sup> - Michel MARET, op.cit, p 36.

<sup>2</sup> - أنظر تعريف الموت الرحيم الذي أعطي من طرف اللجنة الحكومية الهولندية.

<sup>3</sup> - من أجل الإطلاع على التقرير الكامل، أنظر كتاب: Michel MARET, pp 44 au 48.

<sup>4</sup> - Michel MARET, ibid, p 37.

<sup>5</sup> - Hulbert DOUCET, Les promesses du crépuscule : Réflexion sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide, Editions Labor et Fides, France, 1998, p 28.

السماح بالقتل الرحيم، حيث نص القانون على إتباع إجراءات محددة حين إبداء المريض رغبة واضحة، وأن تكون معاناته كبيرة، ولا شفاء منها، كما يتعين الطبيب أن يطلب رأي زميل آخر له وذلك حسب نص المادة 10 من القانون الهولندي<sup>1</sup>.

أما في بلجيكا، فالمواد من 392 إلى 417 من قانون العقوبات البلجيكي، تشبه الموت الرحيم بالقتل مع سبق الإصرار، ويعاقب عليه بالإعدام. ورغم المحاولات المتكررة من أجل شرعية ممارسة الموت الرحيم في بلجيكا، إلا أنها كلها باءت بالفشل.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، نلاحظ عدة مستويات لتطور التشريع الخاص بنهاية الحياة: ففي سنة 1906، وضعت ولاية أوهايو بالولايات المتحدة الأمريكية مشروع يميز الموت الرحيم، ولكن مجلس النواب والكونجرس رفضا هذا المشروع.

وفي عام 1930 أنشئت الجمعية الأمريكية لقتل الرحمة، والتي تم تغيير اسمها عام 1970 إلى جمعية حق الإنسان في الموت.

كما أن الحق للمريض الامتناع عن العلاج معترف به في كاليفرنيا<sup>2</sup>، إذ أعطى العقد الموقع عليه بتاريخ 1 جانفي 1977 القيمة القانونية لوصية الحياة أين الشخص يستطيع أن يعبر عن إرادته ولا يعالج في بعض الحالات. هذا العقد تم تعميمه في جميع ولايات المتحدة الأمريكية. هذا القانون يلزم جميع المستشفيات أن يقدموا إلى المرضى في أول يوم من دخولهم المستشفى الوثائق التي تعلمهم أن لهم الحق في رفض أحد العلاجات<sup>3</sup>. مرحلة أخرى تتمثل في قبول الامتناع أو إيقاف الإنعاش.

توسع النقاش حول الحق في الموت الرحيم والمساعدة الطبية للانتحار نهاية الثمانيات، الأمر الذي أدى إلى اقتراح مشاريع قانونية في واشنطن سنة 1992، المشاريع تدرج الموت الرحيم الايجابي المتعمد، تم رفضها من طرف المواطنين. إلى يومنا لا يوجد قانون يميز ممارسة الموت الرحيم الايجابي. بتاريخ 8 نوفمبر 1994، المنتخبون لولاية "أوهايو" (Oregon) يقبلون قانون أطلق عليه اسم "قانون حول الموت بكرامة"، وبهذا، أصبحت هذه الولاية الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية التي قامت بتسوية الانتحار بالمساعدة العلاجية". هذا القانون لم يصبح ساري المفعول بسبب الاستئناف الذي قدمه محامي ضد هذا القانون الذي يخالف الدستور. لكن المجلس الأعلى للولايات المتحدة الأمريكية أعلنوا أن الانتحار بالمساعدة الطبية ليس بحق منصوص عليه في الدستور الأمريكي، لكنهم لم يعلنوا بأنه غير دستوري، ولم يغلقوا الأبواب للتغييرات القانونية المحتملة. هذا مما سمح للقانون سالف الذكر أن يدخل حيز التنفيذ بتاريخ 26 مارس 1998<sup>4</sup>.

أما في كندا، الموت الرحيم يشبه القتل المنصوص عليه في قانون الجنائي الكندي، وأن دوافع الشفقة وكذا أخذ برأي المعنى بالأمر لا تعتبر بالظروف المخففة<sup>5</sup>. المساعدة على الانتحار يعاقب عليها ب 14 سنة سجن حسب المادة 241 من قانون الجنائي. لكن في الواقع، لم يتم أي متابعة جنائية ضد أطباء في كندا.

<sup>1</sup> - مرام ماهر شنتات، الحق في الموت، كلية الشريعة والقانون، العيادة القانونية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013، legalclinic.iugaza.edu

<sup>2</sup> - HULBERT Doucet, op.cit, p 29.

<sup>3</sup> - Hulbert Doucet, ibid, p 33 et Michel MARET, op.cit, p 38.

<sup>4</sup> - Michel MARET, Op.cit, p 39.

<sup>5</sup> - Michel MARET, ibid, p 40.

وأخيرا أستراليا، قد اعترفت بتسوية الموت الرحيم والمساعدة على الانتحار بقانون أصبح ساري المفعول ابتداء من 1 جويلية 1990، و ثم إلغاءه بتاريخ 23 مارس 1997<sup>1</sup>.

الخلاصة ، أننا نلاحظ تشابها في الأنظمة القانونية لفرنسا وبلجيكا وكندا. الموت الرحيم يشبه القتل. المساعدة على الانتحار يعتبر كعدم تقديم يد المساعدة لشخص في خطر. أيضا، دوافع الشفقة والأخذ برأي المريض لا يعتبر من الظروف المخففة.

أما سويسرا لها قانون مختلف عن القوانين الأخرى، فالموت الرحيم يعتبر قتل بالشفقة ويعاقب صاحبه بعقوبة خفيفة. ومن جهة أخرى، المساعدة على الانتحار لا يجرم إلا إذا كانت بدافع الأناية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تعتبر الموت الرحيم غير شرعية، ويعاقب عليها في كل الولايات.

أما بالنسبة للدول العربية فمعظمها تحظر هذا النوع من القتل وإن كانت بعضها تعتبره ظرفا مخففا للعقوبة.

### ثانيا : الموت الرحيم في القانون الجزائري :

مسألة الموت الرحيم في الجزائر، لم يكن لها أذن صاغية بسبب عدم إثارة هذه الحالة في المستشفيات الجزائرية من جهة، ولم يتقدم أي مريض أو أحد أقاربه بمطالبة إنهاء حياة المريض من جهة أخرى. أضف إلى ذلك، أن المشرع الجزائري لم يستعمل عبارة "الموت الرحيم" صراحة في القوانين الجزائرية، بل اكتفى سوى بتجريم المساعدة على الانتحار<sup>2</sup>، والإجهاض لغرض إجرامي<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقياتها فإن نص المادة 13 منه تؤكد على ضرورة الاحترام الكامل للمريض عند ممارسة الطبيب لممارسة الطبيب لأعماله العلاجية<sup>4</sup>.

وبالتالي، فإن المشرع الجزائري جرم الموت الرحيم بطريقة غير مباشرة.

### المبحث الثاني : الموت الرحيم في الشريعة الإسلامية.

إن حق الحياة في الشريعة الإسلامية حق مقدس، يستند إلى تكريم الإنسان، وينطلق من مبدأ حرمة هذه الحياة، وحفظها من كل اعتداء يمكن أن يقع عليها، ومن هنا قتل النفس بغير حق يعد من أبشع الجرائم، فالقتل في الشريعة الإسلامية ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ<sup>5</sup>، أو الموت الرحيم أو القتل بدافع الشفقة، يعتبر من قبيل القتل العمد، وهو معاقب عليه في الشريعة الإسلامية. وهذا سنتناوله في هذا المبحث.

### المطلب الأول : حكم القتل الرحيم في الشريعة الإسلامية.

حياة الإنسان هبة من الله أنعم عليه عباده، يهبها لمن يشاء ويسلبها ممن يشاء، فهي ليست ملكا لأحد يتصرف فيها كيف يشاء، حتى وإن كان الإنسان ذاته، فالله تعالى هو صاحب الحق لا ينازعه فيه أحد من خلقه، ومن ثم

<sup>1</sup> - Michel MARET, ibid, p 41.

<sup>2</sup> - المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>4</sup> - د. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 124.

<sup>5</sup> - القتل العمد هو ما تعمد فيه الجاني الفعل المزهق قاصدا إزهاق روح بما يقتل غالبا، إما القتل شبه عمد وهو ما تعمد فيه الجاني الاعتداء على المجني عليه دون إن يقصد قتله اذا مات المجني عليه نتيجة الاعتداء، أما القتل الخطأ هو القتل الذي لا يكون عمدا ويكون في عدة حالات من بينها: إذا تعمد فيها الجاني الفعل دون أن يقصد المجني عليه وتسمى الخطأ في الفعل... الخ.

فان الموت الرحيم سواء برضا المجني عليه أو أوليائه أو دون رضاه محرم في الشريعة الإسلامية، لما فيه من مخالفة صريحة للدين الذي حرم قتل النفس إلا بالحق، وهذا ما سنحاول أن نبينه في هذا المطلب.

الفرع الأول: حكم القتل الرحيم برضا المريض أو المجني عليه.

إن القتل الرحيم لا يجوز شرعا سواء كان بالفعل أو المساعدة على الانتحار من قبل الطبيب وحتى ولو كان برضا المريض، فهناك عدة أدلة على ذلك سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة بالإضافة إلى موقف العلماء المسلمين على تجريم مثل هذا الموت.

#### أ- القرآن الكريم:

قال الله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ"<sup>1</sup>.

وقوله تعالى: " وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"<sup>2</sup>.

وقوله تعالى: " وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ"<sup>3</sup>.

وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"<sup>4</sup>.

ب- السنة النبوية الشريفة.

عن أبي بكر رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة الوداع: " فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، ليبلغ الشاهد الغائب، فإن الشاهد عسى أن يبلغ من هو أوعى له منه "<sup>5</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيه خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تحسى سما فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا "<sup>6</sup>.

وعن جندب بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " كان فيمن كان قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكيناً فحز بها يده فما رقا الدم حتى مات قال الله تعالى بادرني عبدي بنفسه حرمت عليه الجنة "<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الأنعام الآية 151.

<sup>2</sup> - سورة النساء الآية 93.

<sup>3</sup> - سورة البقرة الآية 195.

<sup>4</sup> - سورة النساء الآية 29.

<sup>5</sup> - أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة في أيام منى، حديث ( 1739 ، 1741 ، 1742 ).

<sup>6</sup> - أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه والخبيث، حديث 5778.

<sup>7</sup> - أخرجه البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب ما ذكر عن بني اسرائيل، حديث (3463).

## ج- موقف بعض الأئمة.

هناك عدة آراء بالنسب لقتل الرحيم برضا المريض نتعرض إلى البعض منها:

- رأي المذهب المالكي: يرى الإمام مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، حتى ولو أبرأ الجاني عليه (المريض) الجاني (الطبيب) من دمه، لأن قد أبراه عن حق لم يستحقه بعد، وفي هذه الحالة يعتبر الجاني قاتلاً متعمداً<sup>1</sup>.
- رأي المذهب الشافعي: يرى الإمام الشافعي أن الإذن لا يبيح الفعل، أما بالنسبة للعقوبة فقد كان هناك اختلاف هل تطبق العقوبة أم لا؟.
- رأي أبو حنيفة وأصحابه: الإذن بالقتل لا يبيح القتل، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع، والرضا بالقتل ليس منها، فهو كالعدم لا أثر له على الفعل، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلاً عمداً<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: حكم القتل الرحيم برضا أولياء المريض أو بدون إذن أي الطرفين.

في هذا الفرع، سنتناول حكم القتل الرحيم برضا أولياء المريض وحكم القتل الرحيم بدون رضا المريض أو أوليائه.

أولاً: حكم القتل الرحيم برضا أولياء المريض:

في هذه الحالة، لا يمكن للمريض أخذ رضاه فيحل محله رضا أوليائه ونكون أمام الحالات التالية:

1- نزع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغاً:

في هذه الحالة، إذا قررت لجنة طبية متخصصة و موثوقة أن المريض مصاب بموت دماغي ولا يمكن معالجته، فيؤخذ إذن أوليائه من أجل إيقاف جهاز التنفس، هذا الإذن استشاري وليس شرطاً إلزامياً، فالفتوى أجازت في هذه الحالة وقف هذا الجهاز، ومن هنا فالفعل جاهز شرعاً.

2- الإجهاض:

في هذه الحالة يجب أخذ إذن الأم وأولياء الجنين، لأن هذا الأخير لا يستطيع التعبير عن إرادته، حيث له أحكام خاصة، كما يجب التفرقة بين الإجهاض العلاجي وبين الإجهاض بدون سبب، فهذا الأخير يعاقب عليه الشرع.

3- قتل أصحاب الأمراض الميئوس منها والمريض المغمى عليه:

في هذه الحالة، لا يجوز قتل المريض سواء برضاه أو رضا أوليائه، لأنه نكون أمام قتل بغير حق، فهو مجرم من الناحية الشرعية.

ثانياً: حكم القتل الرحيم دون إذن المريض أو إذن أوليائه.

يكون القتل الرحيم دون رضا المريض ولا رضا أهله في حالات معينة وهي:

<sup>1</sup> - عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> - عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، نفس المرجع، ص 66.

## 1- نزع أجهزة الإنعاش من الميت دماغاً :

في هذه الحالة، إذا أجمع الأطباء على أن المريض لن يعود للحياة مرة أخرى بسبب موت جذع المخ، فيتم رفع أجهزة الإنعاش، فهذا جائز حسب رأي مجمع الفقه الإسلامي، لأن بقاء المريض على هذه الحالة يكلف أموال طائلة، ويجز أجهزة يحتاجها غيره ممن يجدي معه العلاج<sup>1</sup>.

## 2- الإجهاض العلاجي الاضطراري :

في هذه الحالة، يتم الإجهاض إذا كان الحمل خطر يهدد حياة الأم، فيتم الإجهاض دون إذن الأم أو الأهل، وإنما يكتفي بتقرير الأطباء، ومن ثم نكون أمام القاعدة المشهورة " يرتكب أهون الشرين وأخف الضررين".

وتجدر الإشارة، إلى أن مسألة الإجهاض اختلفت الآراء الفقهية في جوازه ابتداء من النطفة إلى غاية نفخ الروح بين المجيزين والمانعين واتفقوا على جواز الإجهاض في حالة الضرورة والخوف على الأم من الضرر.

وفي الأخير، لا يجوز قتل المريض الذي يخشى انتقال مرضه إلى الغير عن طريق العدوى حتى وإن كان ميثوسا من شفائه كالإيدز مثلاً، فهناك عدة وسائل من أجل منع العدوى كالحجز الصحي، وإعطائه كل ما يتطلبه من دواء وغذاء حتى يقضي الله أمراً كان مفعولاً.

## المطلب الثاني : موقف علماء المسلمين من القتل الرحيم.

درست بعض الجامعات الفقهية وبعض المنظمات الإسلامية الطبية وكثير من علماء المسلمين قضية القتل الرحيم، وكانت آراؤهم متشابهة برفض الجميع القتل الرحيم الفعال وقبول القتل الرحيم غير منفعل<sup>2</sup>، وهذا ما سنحاول أن نبينه من خلال بعض آراء العلماء المسلمين وكذلك آراء بعض الجامع الفقهية.

## الفرع الأول : رأي بعض فقهاء المسلمين.

هناك عدة آراء فيما يخص القتل الرحيم من بينها:

- رأي شيخ الأزهر: ذكر الدكتور محمد سيد الطنطاوي في الجلسة التي عقدت خلال المؤتمر الدولي السنوي الثالث والعشرين لكلية الطب " عين شمس " تحت عنوان الطب المتكامل<sup>3</sup>، حيث طرح الأطباء عليه عدة حالات قد احتاروا فيها منها :

الحالة الأولى : إذا رفض مريض السرطان أخذ العلاج إذا علم أن أيامه معدودة.

الحالة الثانية : إذا طلبت الأسرة خروج المريض من المستشفى الذي يوجد به الأجهزة التي تساعد على الحياة لعدم استطاعتها دفع ثمن العلاج.

الحالة الثالثة : حالة المرضى الذين ماتوا مخياً لكن قلبهم ما زال ينبض، في أن فرصة العودة إلى الحياة معدومة، فهل من حق الطبيب أو الأهل أن يطالبوا بمنع هذه الأجهزة عن المريض، أما لحاجة مريض آخر فرصة في العلاج أكبر من الأول، أو من أجل تقليل النفقات التي قد لا تؤدي إلى نتيجة.

فكان رد شيخ الأزهر على هذه الحالات هو أن الموت هو مفارقة الحياة، ومن يحكم بمفارقة الحياة هم الأطباء، وليس علماء الدين، فإذا رأى الطبيب أن المريض الذي ينبض قلبه ومات مخه ميتاً فهذا شأن الطبيب، لكن لا يجوز للأسرة إخراج المريض من المستشفى لتحرمه من الشفاء، أما في حالة أن بقاء قلب المريض ينبض مرتبط بوجوده على الأجهزة ومخه قد مات أصلاً، فلا بأس أن تطلب الأسرة منع هذه الأجهزة عنه، لعدم استطاعتهم الوفاء بمصروفات هذه

<sup>1</sup>- قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الدورة العاشرة، مكة في 1408/02/24هـ، ص 21.

<sup>2</sup>- د.محمد الهواري، المرجع السابق، ص 10.

<sup>3</sup>- تم هذا المؤتمر الدولي من 21 إلى 24 فبراير 2000.

الأجهزة، ويرضون بقضاء الله، أما المريض الذي يطالب بموت الشفقة أو موت الرحمة لينتهي من عذاب الآلام فلا يجوز ذلك<sup>1</sup>.

- فتوى دار الإفتاء بالكويت :

تم توجيه سؤال حول قتل المريض الميئوس من حياته إلى دار الإفتاء بالكويت بتاريخ 2001/08/13، والسؤال تمثل في: هل يجوز إيقاف العلاج في الحالات الميئوس منها، أو يجب مواصلة العلاج إلى أن يموت المريض أو يتم إنقاذه؟ وهل يجوز القتل بدافع الرحمة الإنسانية، وقياس ذلك على قتل الحصان الذي بلغ سنا معينة؟.

كان الجواب كالتالي: بالنسبة للمريض بمرض ميئوس منه إذا طرأ عليه مرض آخر قابل للعلاج، ويؤدي للوفاة إذا أهمل فإنه يطبق عليه الحكم الأصلي للتداوي، وهو عدم الوجوب من جهة الشرع، لأن حصول الشفاء بالتداوي أمر ظني، وهو مطلوب على سبيل الترغيب لا على سبيل الوجوب، أما من جهة التعليمات الطبية والقرارات الرسمية المنظمة للمهنة فينبغي شرعا العمل بما تقتضي به فيما لا يتنافى مع الشرع، أما بالنسبة لقتل المريض فكان الجواب أنه حرام ويعتبر قتلا متعمدا<sup>2</sup>.

- فتوى الدكتور يوسف القرضاوي : يفرق الدكتور بين صورتين من هذا القتل، تيسير الموت الفعال وتيسير الموت المنفعل، فأما الأول فهو غير جائز لأن فيه عملا ايجابيا من الطبيب بقصد قتل المريض والتعجيل بموته بإعطائه تلك الجرعة العالية من الدواء المتسبب في الموت، فهو قتل على أي حال، سواء أكان بهذه الوسيلة أم بإعطائه مادة سمية سريعة التأثير، فهو محرم بل هو من الكبائر، فليس الطبيب أرحم به ممن خلقه وليترك أمره لله تعالى فهو الذي وهب الحياة للإنسان وهو الذي يسلبها في أجلها المسمى عنده.

أما تيسير الموت المنفعل أو الموت عن طريق وقف العلاج عن المريض والامتناع عن إعطائه الدواء الذي يوقن الطبيب أنه لا جدوى منه ولا رجاء فيه للمريض وفق لسنن الله تعالى وقانون الأسباب والمسببات فهو أمر جائز ومشروع، ولا ينبغي أن يدخل فيما يسمى قتل الرحمة<sup>3</sup>.

الفرع الثاني: فتوى المجمع الفقهي.

صدرت عدة فتاوى فقهية بالنسبة لرفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض المتوفى دماغيا ومن بين هذه

الفتاوى:

- الفتوى الصادرة من المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة في 1408/02/24 ومفادها: " أن المجلس قد نظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة، وفي جواز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض الموضوع عليه في حالة العناية المركزة، واستعرض المجلس الآراء والبيانات الطبية المقدمة شفها وخطيا من وزارة الصحة في المملكة العربية السعودية، ومن الأطباء الاختصاصيين، واطلع المجلس كذلك على قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في مدينة عمان العاصمة الأردنية رقم (5) في 1986/7/3 وبعد المداولة في هذا الموضوع من جميع جوانبه وملابساته، انتهى المجلس إلى القرار التالي :

<sup>1</sup> - محمد بن محمود الهواري ، رأي بعض فقهاء المسلمين في القتل الرحيم. www.islamonline.net/arabic/contemporary2003/08.

<sup>2</sup> - د. منى علي الجفيري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - د. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 2001، ص 526، 525، 528، 527.

" المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعاً، إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة"<sup>1</sup>.

- بالإضافة إلى ذلك، فإن المؤتمر الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قد أصدر قراره رقم 17 (5/3) ومفاده: " أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة الأردن من 8-13 صفر 1407هـ/ 11-16 أكتوبر 1986، بعد التداول في سائر النواحي التي أثيرت حول موضوع أجهزة الإنعاش واستماعه إلى شرح أطباء متخصصين قرر ما يلي :

" يعد شرعاً أن الشخص قد مات، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين :

- 1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء أن هذا التوقف لا رجعية فيه.
  - 2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعية فيه، وأخذ دماغه في التحلل، في هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة.
- من ثم فإن الفارق بين هذين القرارين، أن القرار الأول لا يحكم بموت المريض حتى يتوقف قلبه وتنفسه نهائياً بعد رفع الأجهزة، أما القرار الثاني يرى أن المريض يعد ميتاً شرعاً بتعطل جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً حتى وإن كان قلبه ينبض بفضل أجهزة الإنعاش<sup>2</sup>.
- وفي الأخير، لا بد إلى الإشارة إلى أن الدين المسيحي هو الآخر يحرم القتل الرحيم والذي يعتبر توقيفاً متعمداً لحياة الإنسان<sup>3</sup>، بالإضافة إلى ذلك، فإن الكنيسة تفرق بين الموت الرحيم وبين المعالجة العنيدة التي فيها يعطى المرضى في الأمراض المستعصية كالسرطان في مراحله الأخيرة علاجاً لا يفيد أو يطيل بعمر المريض قليلاً، والكنيسة لا تمنع بعدم تقديم مثل هذه العلاجات<sup>4</sup>.
- أما بالنسبة للديانة اليهودية فكان موقفها شبيهاً بالديانة المسيحية، إذ حرمت الموت الرحيم، فالديانة اليهودية تقدر الحياة كونها لها قيمة كبيرة فيمنع تقصيرها أو التدخل في حدوث الموت<sup>5</sup>.
- ومن هنا نلاحظ أن الفرق بين الشريعة الإسلامية السمحة وغيرها من الآراء، فالشريعة الإسلامية جاءت واضحة في أحكامها، مجمعة في أكثر من وجه على حكم واحد ثابت، راعت فيها أهم المقاصد بعكس الآراء الأخرى التي تتخبط وتعرج على قدم الخطأ.

<sup>1</sup>- د. محمد الهواري، قتل المرحمة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup>- محمد بن محمود الهواري، رأي بعض فقهاء المسلمين في القتل الرحيم  
www.islamonline.net/arabic/contemporary2003/08.

<sup>3</sup>- يقول الأب سروج: " الله يحيى العظام وهي رميم، لذا نحن نؤمن بقيامة الأموات ولا تجوز مسألة الموت الرحيم، لأن الله بإمكانه أن يقيم هذا الإنسان الذي مات موتاً دماغياً والله صانع العجائب ".  
<sup>4</sup>- د. لويس عبود، دستور الأخلاقيات الطبية المسيحية - الموت (القتل) الرحيم، مجلة كلام الأول، العدد الثالث، طباعة ك. ميديا، 2012، ص 22.

<sup>5</sup>- يقول الكاهن الإسرائيلي لاو الذي يعمل كرئيس للجنة العليا للتجارب بالإنسان والأخلاقيات الطبية صرح بأنه: لا يحق للأطباء أن يوقفوا الحياة لأي إنسان، فإنهم أقسموا بمساعدة المرضى وتخفيف أوجاعهم ولتطوير أعمارهم وليس العكس، إن الإيمان اليهودي ينادي بأن الله هو الذي منح الروح للإنسان وهو الوحيد القادر أن يسترجعها منه، ولا حق للإنسان على نفسه. د. لويس عبود، المرجع السابق، ص 23، 24.



خاتمة :

إن الطريقة التي تعامل بها المجتمع عبر العصور مع موتاهم، تعبر فعلا عن مستواهم الحضاري. لكن هذا الأخير، سادته في عصرنا مفاهيم جديدة، تتمثل في الانتقال من الحق في الحياة إلى الحق في الموت. هذا الانتقال المفعل أدى إلى ظهور مفهوم جديد للموت الرحيم أو السعيد الذي أثار جدال عنيفا بين الأوساط الطبية والقانونية والأخلاقية والدينية لم تنتهي أثارها حتى يومنا هذا.

لكن رغم هذا الصراع المستمر، إلا أن الأديان السماوية اتفقت على حرمة عمليات القتل الرحيم ورفض تطبيقها معتبرين أنها وحشية لا مبررة لها ولا تبت للرحمة والشفقة بأي صلة، واعتبروا أن العمل بها إهانة للنفس البشرية التي كرمها خالقها.

ومن هنا نلاحظ تفوق الشريعة الإسلامية في حماية حياة الإنسان والمحافظة عليها على كافة القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية من عند الله فلا يوجد أي تناقض بين مقاصدها الكبرى وبين أحكامها التفصيلية، بل إنها تسير في مسار واحد بخلاف القوانين الوضعية التي يوجد اضطراب كبير بين دعاوى حقوق الإنسان كحقه في الحياة وبين القوانين التي تبيح بقتله.

وفي الأخير، لا ينبغي في أي حال من الأحوال أن يأخذ الروح سوى من منحها، فإن كان المريض أو أهله أو الطبيب هم الذين منحوا الروح فلهم أن يسلبوها، ما عدا ذلك فلا يحق لأحد الحكم بالموت على المريض فكم من ميئوس شفي بمعجزة الله سبحانه وتعالى عجز فيها الطب الحديث بجميع ما وصل إليه من علم، وكم من صحيح مات دون سابق إنذار أو معاناة وحر فيه من يدعي الرحمة والشفقة، حيث يقول الله سبحانه وتعالى : " وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا"<sup>1</sup>.

المراجع :

- القرآن الكريم.
- صحيح البخاري.
- المراجع باللغة العربية :
- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- محمد الهواري، قتل الرحمة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ستوكهولم، 2003.
- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 2001.

المراجع باللغة الفرنسية :

- André MONJARDET, Euthanasie et pouvoir médical : Vivre librement sa mort, Editions L'Harmattan, 1999.
- Hulbert DOUCET, Les promesses du crépuscule : Réflexion sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide, Editions Labor et Fides, France, 1998, p 28.
- J.C.BOULANGER, Actes des 3<sup>e</sup> journées pédagogiques d'ethnique médicale d'Amiens, in M.LAUDE, L'euthanasie : Réflexions ethniques. Editions John Eurotext, France, 2002.

1- سورة الإسراء، الآية 85.

- Jean-Marc DUFORT, Euthanasie et aide au suicide : La conscience chrétienne confrontée, éditions, Canada, 1996.
- Jean-Marc Dufort, Euthanasie et aide au suicide. La conscience chrétienne confrontée. Editions Bellarmin, Canada, 1996.
- Michel CAVEY, L'euthanasie, pour un débat dans la dignité. Editions L'Harmattan, France, 2005.
- Michel MARET, L'euthanasie : Alternative sociale et enjeux pour l'éthique chrétienne, Editions Saint Augustin, France, 2000.
- Vincent LEMIEUX, Pierre BERGERON, Clemont BEGIN, Gérard BELANGER, Le système de santé au Québec : Organisations, acteurs et enjeux. Editions Presses Universitaires Laval, Canada, 2003.

#### مذكرات الماجستير:

- عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، القتل الرحيم " دراسة تأصيلية مقارنة "، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.

#### المجلات :

- لويس عبود، دستور الأخلاقيات الطبية المسيحية - الموت (القتل) الرحيم، مجلة كلام الأول، العدد الثالث، طباعة ك.ميديا، 2012.
- محمد الهواري، من قرارات الدورة العادية الحادية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، مجلة الرائد، العدد 245، 2003.

- مرام ماهر شتات، الحق في الموت، كلية الشريعة والقانون، العيادة القانونية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013.

- منى علي الجفيري، الموت الرحيم من منظور إنساني وإسلامي ، ورقة بحثية مقدمة من جمعية تجديد الثقافة الاجتماعية، مؤتمر الدوحة السادس لحوار الأديان - القيمة الدينية بين المسألة واحترام الحياة - ، 2008.

#### القوانين :

- قانون العقوبات الجزائري.
- قانون رقم 98-09 المعدل والمتمم لقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- مواقع الانترنت :

- h.sandokji@asharqalawsat.com.
- legalclinic.iugaza.edu
- www.islamonline.net/arabic/contemporary2003/08.

## دور المنظمات و الهيئات في حماية البيئة



الأستاذة : بردان صافية أستاذة مساعدة قسم أ-

جامعة ابن خلدون- تيارت- كلية الحقوق والعلوم السياسية.

Email : Frogdz2006@yahoo.fr

مقدمة :

إذا كانت الدول طرفا أساسيا في التنمية المستدامة، فإنه ينبغي عليها أن تعتمد على أطراف فاعلة أخرى أولها المنظمات الدولية، التي يتعمق دورها مع انتشار العولمة، و بعدها المنظمات غير الحكومية التي تجسد تطلعات شعوب المجتمع الدولي.

إذ على إثر ندوة ستوكهولم لعام 1972 أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة هيئة فرعية هي برنامج الأمم المتحدة للبيئة PNUe التي كانت مهمتها الأساسية تشجيع النشاطات لصالح البيئة و تطبيق البرنامج المحدد في هذه الندوة. و مع ذلك و بالرغم من الجهود المبذولة منذ 1972

و الدور الفعال في عقد الندوة حول التنوع البيولوجي إلا أنه لم ينجح في فرض نفسه كهيئة مركزية لندوة ريو ديجانيرو<sup>(1)</sup>.

و يعود السبب الرئيسي في ذلك إلى أن أحكام التنمية المستدامة داخل نظام الأمم المتحدة معقدة لوجود عدة وكالات لهذه المنظمة تهتم من قريب أو بعيد بقضايا البيئة و التنمية مثل : منظمة الأمم المتحدة للتغذية و الزراعة، المنظمة العالمية للصحة، برنامج الأمم المتحدة للتنمية بالإضافة إلى العديد من البرامج و المنظمات الدولية عن التغير المناخي و التصحر...

و على هذا فقد اخترنا في تنظم دراستنا لموضوع دور المنظمات و الهيئات في حماية البيئة إلى تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول المنظمات الدولية المتخصصة في حماية البيئة، مع دراسة حالات تطبيقية ثم في المبحث الثاني نركز على المنظمات الإقليمية التي تسهر على المحافظة على البيئة ، مع دراسة حماية البيئة في الجزائر .

## المبحث الأول: الحماية في إطار المنظمات الدولية :

هناك مسألتان ينبغي الإشارة إليهما في إطار حماية البيئة و هما :

1- تتعلق المسألة الأولى بالتعاون بين منظمات الأمم المتحدة.

2- أما المسألة الثانية فتتعلق بوزن هذه المؤسسات و مدى تأثيرها على المجتمع الدولي، و في هذا الإطار اقترحت عدة شخصيات سياسية

فكرة إنشاء بنية فوقية أي منظمة لجنة التنمية المستدامة، التي يتمثل هدفها الرئيسي في ضمان تقييم و تطبيق المفكرة 21 و تعزيز التعاون بين الدول و المؤسسات في كافة المجالات<sup>(2)</sup>.

و قد لعبت لجنة التنمية المستدامة دورا هاما جدا منذ تأسيسها عن طريق إرساء قاعدة مشتركة للعمل بين الدول المتطورة و الدول النامية، إذ أن غالبية هذه الدول لديها لجنة وطنية للتنمية المستدامة، و مع ذلك تعاني لجنة التنمية المستدامة حاليا من نقص فادح بحيث أنها لا تملك سلطة فعلية تمكنها من فرض احترام التزامات ندوة ري دي جانيرو، بالإضافة إلى كونها تتألف أساسا من وزارات البيئة للدول الأعضاء فيها.

## المطلب الأول: تحديد المقصود بالمنظمات الدولية :

يمكن تعريف المنظمة الدولية بأنها شخص معنوي من أشخاص القانون الدولي العام، ينشأ من اتحاد إرادات مجموعة من الدول لرعاية مصالح مشتركة دائمة بينها، و يتمتع بإرادة ذاتية في المجتمع الدولي و في مواجهة الدول الأعضاء<sup>(3)</sup>، أو تتولى تنظيم أداء خدمات دولية تمس المصالح المشتركة للدول الأعضاء و من هذه المنظمات منظمة الأغذية و الزراعة، و حديثا المنظمة العالمية للتجارة.

## الفرع الأول: شروط قيام المنظمة :

و انطلاقا من هذا التعريف نستخلص العناصر الأربعة الرئيسية لنشأة المنظمات الدولية، و التي يجب توافرها لتمتع بالشخصية القانونية الدولية التي نجملها في الفرع التالي، إذ يشترط لقيام المنظمة بصيغة قانونية توفر مجموعة من العناصر نجملها فيما يلي:

## أولا: عنصر الديمومة أو الاستمرار:

إذ لا تعد مؤسسة ما منظمة دولية إلا إذا كانت دائمة و مستمرة، و ليس المقصود هنا الديمومة المطلقة و إنما استمرار المنظمة مادام ميثاقها المنشئ نافذا، فذلك ما يميزها عن المؤتمر الدولي الذي و إن كان من الناحية التاريخية خطوة أولى نحو التنظيم الدولي، لكنه ذو طبيعة عارضة و كيان مؤقت. و كذلك عنصر الديمومة في المنظمة لا يعني أن تعمل أجهزتها كافة بصفة دائمة مادامت المنظمة ككل تمارس اختصاصاتها بصفة مستمرة، و بالتالي فليس ما يمنع المنظمة أن تستبدل بأحد أجهزتها جهازا جديدا أو أكثر عن العمل لفترة مؤقتة أو دائمة كوضع مجلس الوصاية في الأمم المتحدة بدءاً من عام 1994م<sup>(4)</sup>.

فالعبرة حيث بقاء المنظمة الدولية قائمة على المصالح المشتركة التي أنشأت ككيان مستقل لتحقيقها.

ثانيا: عنصر الإرادة الذاتية و الشخصية المستقلة :

لابد لوجود المنظمة الدولية من أن يكون لها شخصية مستقلة تمكنها من ممارسة إرادة ذاتية خاصة بها تتميز عن إرادة الدول المكونة لها، إذ هذا العنصر الأساسي في تعريف المنظمات الدولية يلزم أن تكون للمنظمة ذاتية مستقلة في مجال العلاقات الدولية، بحيث أن جميع الأعمال

و القرارات الصادرة عن المنظمة الدولية تنسب إليها وحدها، و هذه الذاتية المستقلة هي التي تمنح المنظمة الدولية وجودا مستقلا عن وجود الدول التي أسست المنظمة .

وتظهر الإرادة المستقلة للمنظمة الدولية في أن القرارات الصادرة عن المنظمة تنسب إليها وليس إلى الدول التي وافقت على إصدارها، كما أن

القرارات الصادرة عن المنظمة يلتزم بها كل الدول الأعضاء في المنظمة، سواء كانوا قد وافقوا عليها أم عارضوها<sup>(5)</sup>.

ثالثا: الصفة الدولية :

ينبغي من حيث المبدأ أن يكون أعضاء المنظمة الدولية دولاً بالمعنى المعروف في القانون الدولي، ولعل هذا هو السبب الذي حمل البعض على إطلاق عبارة المنظمات الدولية الحكومية على هذه المنظمات تميزا لها عن المنظمات الدولية غير الحكومية أو الخاصة، التي تنشأ عن طريق اتفاقات تعقد بين جماعات أو هيئات خاصة تنتمي لجنسيات مختلفة، كجمعية الصليب الأحمر الدولية ، الاتحادات العلمية الدولية، و الاتحاد الدولي للنفائيات....، إذ العضوية في المنظمات الدولية العامة هي أصلا حق الدول، و لكن ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات.

فبعض هذه المنظمات تسمح بأن تنضم إليها بعض الجماعات الإقليمية التي لا تعد دولاً بالمعنى الدقيق للتعريف، مثال ذلك منظمة الصحة العالمية، و الاتحاد الدولي للمواصلات اللاسلكية، و اتحاد البريد العالمي، فهذه المنظمات تسمح لبعض المقاطعات و الأقاليم الغير متمتعة بالحكم الذاتي بالانضمام إليها، لأن هذه الأقاليم تتمتع بقدر واسع من اللامركزية و لها مصالح قد تستدعي تمثيلها في المنظمات تمثيلا مستقلا عن دولة الأصل.

كذلك فإن بعض المنظمات تسمح لمدوبي بعض الفئات الاجتماعية المعنية بحضور اجتماعاتها جنبا إلى جنب مع مندوبي الحكومات ومنظمة العمل الدولية كأن تجمع في مؤتمراتها بين مندوبي العمال و أرباب العمل<sup>(6)</sup>.

رابعا: الصفة الاتفاقية :

تنشأ المنظمة الدولية عن طريق اتفاق مجموعة من الدول على تأسيسها حيث ينص على هذا الاتفاق في وثيقة تعرف ب " الوثيقة المنشئة للمنظمة "، و التي يتم إقرارها في مؤتمر دولي تدعى إليه الدول المؤسسة للمنظمة، ثم تقوم الدول الأعضاء بالتصديق على هذه الوثيقة طبقا للإجراءات التي يقرها دستور كل دولة. و تبدأ الوثيقة في النفاذ بإيداع الدول تصديقاتها لدى الأمانة العامة للمنظمة أو لدى أية دولة يتفق على إيداع التصديقات لديها.

و تتولي الوثيقة المنشئة للمنظمة الدولية تحديد الأهداف و المبادئ للمنظمة، و أيضا تحديد الأجهزة التي تتكون منها المنظمة و وظيفة كل جهاز كما تتضمن تحديد حقوق و واجبات الدول الأعضاء و موعد سريان الوثيقة في النفاذ و كيفية تعديلها<sup>(7)</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع المنظمات :

كان لانتشار المنظمات الدولية واتساع أوجه النشاط لكل منها، وما يترتب على ذلك من تنوع أهدافها وتباين وظائفها، أن حاول فقهاء القانون الدولي تصنيف هذه المنظمات كل في وجه النظر الخاصة به حتى وصلت هذه التقسيمات إلى أعماط يصعب حصرها.

و يجدر القول بأن معايير هذا التصنيف قد اختلفت بحسب زاوية النظر إلى المنظمة وسوف نقصر عرضنا على تصنيفات ثلاث فحسب، الأول منها يقسمها من حيث نطاق العضوية، و الثاني ينظر إليها من حيث نوع السلطات، أما الأخير فيقسمها وفقا للطبيعة الموضوعية للمنظمة .

- من حيث نطاق العضوية (دولية - إقليمية) : يقصد بالتصنيف وفقا لنطاق العضوية عالمية أو إقليمية المنظمة، إذ تعني المنظمات العالمية أو الدولية تلك المؤسسات التي تسمح بالانضمام إلى عضويتها كافة دول المجتمع دون ما حاجة إلى تقييد قبول الدول بشروط معينة، تسمح بانضمام دول معينة دون أخرى، أما المنظمات الإقليمية فهي المنظمات التي تضم عددا معيناً من الدول تربط فيما بينهم روابط ومصالح مشتركة<sup>(8)</sup>.
  - حسب نوع السلطات ( استشارية - ذات سلطات - فوق الدول) : تتمتع كل المنظمات الدولية - كقاعدة عامة - بمجموعة السلطات اللازمة لإدارة عملها الداخلي و المتعلقة بالموظفين، و تمويل المنظمة، إضافة إلى أساليب تسيير العمل فيها.
- على أنه يمكن تقسيم المنظمات الدولية إلى خمسة أنواع وفقا لمدى تمتعها بسلطات أوسع من تلك السلطات الأولية تندرج على النحو التالي :

- ✓ فهناك عدد كبير من المنظمات لا يتمتع بأي سلطة حقيقية في مواجهة الدول الأعضاء و يقتصر دوره على تبادل المعلومات أو نشره وإجراء البحوث.
- ✓ وهناك عدد كبير آخر لا يملك سوى سلطات التعبير عن رغبات أو آراء - الآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية - أو إصدار توصيات ليست لها صفة الإلزام القانوني (توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة).
- ✓ وبعض المنظمات - وهي قلة - تملك سلطة إصدار القرارات القانونية الملزمة (قرارات مجلس الأمن في أحوال تهديد الأمن و وقوع العدوان - أحكام محكمة العدل الدولية - قرارات السلطة العليا للجماعة الأوروبية للفحم و الصلب)<sup>(9)</sup>.
- ✓ و بعض المنظمات الأخرى وهي قلة أيضا تتمتع بسلطات ذاتية يحل بها محل الأجهزة المختصة بالتشريع أو القضاء أو التنفيذ العسكري في الدول الأعضاء، ومثال ذلك سلطات مجلس الأمن في اتخاذ إجراءات عسكرية في حال وقوع عدوان وهي سلطات مازالت حتى اليوم نظرية أكثر منها عملية .
- ✓ وهناك أخيرا منظمات أخرى وتتمتع بسلطات ذاتية تباشرها دون أن تحل محل الأجهزة المختصة في الدول الأعضاء وأهم هذه السلطات سلطة الرقابة وسلطة العمل المباشر<sup>(10)</sup>.

## المطلب الثاني: دراسة تطبيقية لدور المنظمات الدولية:

قلنا في بداية الأمر أن المنظمة تنشأ عن اتحاد إرادات مجموعة من الدول، لتتعاون فيما بينها في المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

والجدير بالذكر أن هذه المنظمات ترتبط بالأمم المتحدة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي ينظم العلاقات القانونية معها عن طريق اتفاقات الوصل والربط والتنسيق<sup>(11)</sup>. ومن هذه المنظمات نركز على ما يلي:

## الفرع الأول: منظمة الأغذية والزراعة:

حتمت المشاكل الزراعية والغذائية في العالم، الدعوة إلى عقد مؤتمر دولي في ولاية فرجينيا الأمريكية للنظر في هذه المشاكل، وقد تفرع عن هذا المؤتمر لجنة دولية توصلت في نهاية المطاف إلى اتفاقية دولية خاصة بإنشاء منظمة الأغذية والزراعة في عام 1945 ظهرت المنظمة بعد أن وقع على المعاهدة المنشئة لها ممثلو 24 دولة اجتمعوا في مدينة كيبيك بكندا، وفي عام 1951 انتقلت المنظمة إلى مقرها الدائم بمدينة روما بإيطاليا.

أهداف المنظمة: تهدف المنظمة إلى البحث في ظروف الزراعة والاستقرار في السوق العالمية للمنتجات الزراعية، ودراسة مصادر المياه والتربة، ومحاولة تبادل أنواع جديدة من النباتات استعمال طرق زراعية متطورة لخدمة العمال في العالم والمساهمة في برامج المساعدات الفنية، والعمل على رفع مستوى التغذية وزيادة القدرة على الإنتاج وحسن توزيع جميع المواد الغذائية والزراعية وما يرتبط بذلك من تحسين أحوال المزارع ومصائد الأسماك والغابات.

كما تعمل على رفع مستوى سكان الريف وتزويدهم بالخبراء والإحصاءات وزيادة مصادر الإنتاج لمسايرة ارتفاع الاستهلاك وما يقتضيه ذلك من إيجاد استقرار في السوق العالمية للمنتجات الزراعية، ودراسة مصادر المياه والتربة ومحاولة تبادل أنواع جديدة من النباتات واستعمال طرق زراعية متطورة لخدمة العاملين بها وزيادة الإنتاج وعدم استهلاك التربة، ونشر المعلومات الفنية عن بعض الأمراض الحيوانية وتنمية الثروة المائية والسمكية وإشاعة استعمال الأسمدة الكيماوية والعضوية والاهتمام بالغابات، وتطوير هندسة الري وأساليبه<sup>(12)</sup>.

كذلك تعمل المنظمة على نشر المعلومات المتعلقة بالتغذية الصحية ووسائل حفظ الأغذية، وقد أعلنت المنظمة عن حملة عالمية للتحرر من الجوع من أول يناير 1960 لمدة 5 سنوات تقرر زيادتها إلى 10 ثم بعد ذلك جعلها غير محددة المدة، كمحاولة للقضاء على النقص الواضح في المواد الغذائية خاصة البروتين، والذي تعاني منه معظم بلدان العالم.

وقد كان للمنظمة دور هام في تمكين سكان كثير من المناطق التي أصابها الجفاف ابتداء من عام 1984، من تجنب الهلاك الجماعي حيث ساعدت في نقل المواد الغذائية وعملت على توفير مصادر للشرب والعيش في المناطق التي هاجروا إليها مثل السودان وغيره من البلاد الإفريقية.

وتشرف المنظمة على بعض المشاريع التي يقوم بها صندوق الخاص بالأمم المتحدة، وهي مشاريع تهدف إلى تنمية الزراعة والغابات وصيد الأسماك.

## مواجهة التصحر:

تعود ظاهرة التصحر قبل كل شيء إلى استغلال الإنسان المفرط للأراضي و فقدت نتيجتها 2,1 مليار هكتار من الأراضي الخصبة، لذا ساهمت المنظمة في إبرام اتفاقية الدولية حول التصحر في جوان 1994 منبهة إلى خطورة التأثيرات السلبية العالمية التي تنجم من جراء ظاهرة التصحر التي يتعرض سكانها للفقر و تزايد الهجرة.

## 1- المياه :

يعد الحصول على المياه الصالحة للشرب بمثابة رهانات محلية و عالمية و بخاصة الدول النامية، اذا نجد أن 1,5 مليار نسمة محرومة منها، و هناك 5 ملايين يموتون سنويا من جراء الأمراض المتنقلة من المياه الملوثة من بينهم 4 ملايين طفلا و 80% يموتون من هذه الأمراض و أكثر من 3/1 يتوفون بسبب المياه الغير الصالحة للشرب، من جهة أخرى تحول هذه المياه إلى أرضية صراع عالمي للحصول عليها بين العديد من الدول حول منابع مياه الأنهار أو أنها استعملت الأنهار في النزاعات و تلويثها لحرمان الشعوب من مصادر القوت و محاولة حصارها بهدف هلاكها. لذا فإن هذه المشاكل طرحت في المنتدى العالمي لسنة 1997 و شاركت فيه منظمة الأغذية و الزراعة و تم الاتفاق فيه على خطورة ندرة هذه المادة و بعدها الدولي ، و لكن جهود التسوية التي بذلتها المجموعة الدولية مازالت ضعيفة و غير كافية.

## 2- الحفاظ على الغابات :

تعتبر الغابات ثروات سيادة للدول حق مانع عليها، بصفتها محمية دستوريا و العابات في الجزائر طبقا لقانون التوجيه العقاري تسري عليها قواعد خاصة بصفتها أملاكا وطنية تحتكرها الدولة، لذا فالغابات غير قابلة للتصرف بل تحكمها ضوابط للاستعمال الغابي في نطاق مرخص و محدد بقوانين و تراخيص للوقاية من الأخطار و التسخير و الردع<sup>(13)</sup>.

غير أن الجزائر في إطار السيادة تتعاون مع المنظمات الدولية المتخصصة من أجل بيئة سليمة في إطار التنمية المستدامة، و خدمة الصالح العام الإنساني و منها منظمة الأغذية و الزراعة بهدف حمايتها من التلف و التحطيم و الحرائق و محاربة الأمراض الغابية بهدف المحافظة على جزائر خضراء.

كذلك الأمر بالنسبة لتسارع إتلاف العابات الاستوائية من جهة و الإجراءات المتخذة أثناء ندوة ري ودي جانيرو لحماية العابات ليست سوى مجموعة من المبادئ العامة غير الملزمة من جهة أخرى، اقترحت منظمو الأغذية و الزراعة و الصندوق العالمي للطبيعة في خريف 1992 إقامة مجلس لحسن تسيير العابات و تأسس المجلس في أكتوبر 1993 من قبل جمعية تضم 130 مشاركا قدموا من 125 بلدا إضافة إلى المنظمات الغير الحكومية و فروع الصناعة و التوزيع في قطاع الغابات.

ثم وضعت اللجنة المديرية للمجلس قائمة المبادئ و المقاييس التي صدق عليها الأعضاء المؤسسون و القابلة للتطبيق على كافة العابات التي تقع في المناطق المدارية و المعتدلة التي تستغل لإنتاج الخشب، و اعتماد معايير وطنية في تقييم استدامة العمليات الغابية الخاصة<sup>(14)</sup>.

## 3- الأسماك :

خلال سنة 1995 كشفت تقرير منظمة الأغذية عن حصيلة مقلقة للمخزون العالمي للأسماك قرابة 70% منه تم استنفاده و استغلاله مفرطا أو بشكل كامل، و نظرا لإخفاق إجراءات التسيير المعمول بها وقتئذ دعت منظمة الزراعة و الأغذية المجموعة الدولية للمصادقة على مدونة سلوك من أجل صيد مسؤول، و دفع المؤسسات إلى أعمال المدونة



لتسير المسمكات و تعيين مقاييس التسيير الدائم التي تنطبق عليها و انتقاء التنظيمات المؤهلة لإشهاد المسمكات التي تحترم المقاييس<sup>(15)</sup>.

### الفرع الثاني : المنظمة العالمية للتجارة :

تنظم وثيقة مراكش النهائية التي أنشأت المنظمة العالمية للتجارة تخفيضان عاما لحقوق الجمركة، لكن هذا التراجع للحماية التعريفية استبدل شيئا فشيئا بحماية غير تعريفية تظهر خاصة مع وضع قواعد صحية أو بتحويل القواعد البيئية تبدو آثارها المباشرة من خلال المشاكل الايكولوجية التي تفرض قيودا تجارية جديدة، و تكمن صعوبة إدخال في الأخذ بعين الاعتبار تكاليف البيئة الناجمة عن مختلف أطوار حياة المنتج (إنتاج، استهلاك، إتلاف) في حين أن شكل الإقامة و مستوى الضرر الناجم يتغيران أثناء هذه المراحل إلا إن تقدير التكاليف البيئية يتوقف على التفضيلات الجماعية لكل مجتمع.

فحتى لو أجبرت الدول النامية نفسها على إدخال التكاليف البيئية فهي لا تقدر لضعف -وسائلها- أن تأخذ على عاتقها الاستخراجات الدولية المتعلقة بالمنتجات المشتركة الشاملة ( الطقس، التنوع البيولوجي ) و لهذا فإن تنظيم المشاكل الشاملة تمر بتنظيم اتفاقات متعددة الأطراف حول البيئة لتلعب دورا سلطويا عالميا في هذا المجال، و غب هذه الحالة نستطيع استعمال إجراءات تجارية للسهر على احترام أحكام الاتفاقيات مثل بروتوكول مونتريال حول المحافظة على طبقة الأوزون.

و نجد من بين هذه الإجراءات برنامج العولمة البيئية و هو إجراء يعطي لكل مؤسسة أن تتخذ إجراءات بكل حرية دون أن يؤدي إلى تمييز تجاري، و هنا تتأثر المؤسسات من قبل المستهلكين، و لقد قام هؤلاء المدافعون عن حق البيئة بحماية الدلفين المعرض للانقراض في أمريكا، غير أن الشركات حولتها لصالحها في ترقية نجارة التونة<sup>(16)</sup>.

غير أن المنظمة العالمية للتجارة فضلت التصنيف الإداري ايزو 14000 بدلا من البرامج الوطنية لتنمية البيئة، التي ترى إمكانية وجود تأثيرات مميزة لها منذ نشأتها كان لمنظمة ايزو الإرادة القوية في تسهيل التبادلات التجارية الدولية حين وضعت مقاييس إنتاج منسجمة.

و لكن المنظمات غير الحكومية شككت في قدرة المقاييس البيئية على تحسين المحافظة على البيئة، لأن قدرات الدول النامية التكنولوجية و الموارد المائية وضعف المؤسسات و قلة المعلومات لا تحظى بقدرات تتيح لها تطبيق معايير الايزو.

و تشير المادة 20 من اتفاقية الجات إلى مسألة البيئة فهي تعني الاستثناءات الخاصة بأحكام التجارة العامة التي تسعى لحماية صحة الإنسان

و الحيوان و النباتات و الموارد غير المتجددة، و تندرج أهداف التنمية المستدامة و الحفاظ على البيئة في ندخل النص التأسيسي للمنظمة العالمية للتجارة و البيئة، و الذي انعكس على القضايا البيئية بوضع لجنة التجارة و البيئة، بهدف تنمية إنتاج و تجارة السلع و الخدمات مع السماح بالاستعمال الأحسن للموارد العالمية طبعا لهدف التنمية المستدامة و الدفاع و المحافظة على البيئة في نفس الوقت.

و تهدف لجنة التجارة و البيئة إلى تحديد العلاقات بين أحكام التجارية و الإجراءات البيئية بطريقة تسمح بترقية التنمية المستدامة و هناك جانبان هامان يوجهان عمل لجنة التجارة و البيئة

- إن إصلاحات المنظمة العالمية للتجارة في ميدان تنسيق السياسات تقتصر على التجارة و على جوانب سياسات البيئة التي قد تكون لها آثار معتبرة على التبادل بين البلدان.
- ليست المنظمة العالمية للتجارة هي الهيئة المحافظة على البيئة و لا تتدخل في البحث عن الأولويات الوطنية أو وضع معايير فيما يخص البيئة، إضافة إلى أن لجنة التجارة و البيئة و في حال وجود مشاكل تنسيق متعلقة بتدعيم المحافظة على البيئة يجب حلها بطريقة تحفظ مبادئ النظام التجاري المتعدد الأطراف و بهذا تكون النتيجة محيية للدول النامية.
- إن مكونات التنمية المستدامة كملكات دولية مشتركة، ليست إذن محددة من طرف هيئة ديمقراطية دولية شبيهة بالحكومة و مع ذلك فإنه في مجالات أخرى مثل المالية و التجارة تشكل بعض الجوانب التي وصلت إلى مصاف الممتلكات العالمية الجماعية.

هذا وقد طالبت عدة حكومات من أجل أن يلعب برنامج الأمم المتحدة للبيئة (PNUE) دورا فعالا في تنسيق الاتفاقيات المتعددة الأطراف للبيئة على الأقل التي تأوي الأمانات، و تطالب بإنشاء منظمة عالمية للبيئة، يكون فيها برنامج الأمم المتحدة للبيئة عنصرها الأجنبي يمكنه أيضا أن يلعب دورا مساندا للاستراتيجيات الوطنية للتنمية المستدامة و في تنسيق الأدوات الاقتصادية و المالية.

و من جهة أخرى فإن بعض الحكومات و المنظمات مثل منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية (OCDE) تحبذ تدعيم الخبرة البيئية في الهيئات حيث تعتبر فيها البيئة ليست هي الهدف المركزي، مع زيادة الدعم المالي الكفيل بالإبقاء على الأنشطة البيئية قوية مثل برنامج الأمم المتحدة للبيئة (PNUE) و الذي سيكون له دور في تحليل سير الأنظمة البيئية و انعكاسات الأنشطة الاقتصادية بغية إعداد المعايير.

### المبحث الثاني : الحماية على المستوى المحلي :

لقد ظهرت أنماط حديثة نسبيا من الجرائم الدولية و الجرائم المنظمة عرفها العالم المعاصر عقب ما كشفت عنه الدراسات العلمية الحديثة و التقارير الرسمية من تعرض البيئة لتدهور حاد و تلوث مخيف يهددان الحياة على سطح الأرض بمخاطر جسيمة و أضرار هائلة من شأنها أن تؤدي إلى القضاء على كافة صور الحياة، لما تنطوي عليه من كوارث اجتماعية و اقتصادية الأمر الذي جعل الأرض مكانا غير مناسب للعيش للأغنياء و الفقراء على حد سواء.

و هذا ما أدى إلى ارتفاع الأصوات المطالبة بضرورة التدخل لإيجاد حل نافع و سريع لحماية البيئة في عناصرها المختلفة إنقاذ ما يمكن إنقاذه من الأخطار التي تهددها في الوقت الراهن.

و نتيجة لذلك فقد سارع المشرع في العديد من الدول و منها الجزائر إلى التصدي إلى ظاهرة التلوث البيئي المتفاقمة بإصدار القوانين و اللوائح الهادفة إلى حماية البيئة من التلوث، بالنص على تجريم أفعال قدر المشرع الوطني و العمل الدولي خطورتها على البيئة و مساسها الحاد بها.

## المطلب الأول: الحماية على المستوى الإقليمي:

بالرغم من العدد الهائل من الاتفاقيات الموقعة ما بين الدول في موضوع حماية البيئة إلا أن الدول المتقدمة قد جعلت هذا العبء يقتصر على عاتق الدول النامية، فهي التي تلوث العالم ثم تتغنى بالحماية و تدعي بذل الجهود و السهر على تطبيق الاتفاقيات.

و نتيجة لذلك فقد ظهر الطلب الاجتماعي على التنمية بظهور كبريات المنظمات غير الحكومية ذات الصيت الإعلامي الكبير مثل: السلام الأخضر، الصندوق الدولي للطبيعة و أصدقاء الأرض<sup>(17)</sup>.

فقد أدركت هذه المنظمات مدى هشاشة توازن الطبيعة و عملت بوسائل متعددة، بحيث حاولت مؤخرًا تعديل قواعد العمل الدولية الجاري العمل بها من لدن الدول و المؤسسات الدولية من أجل تشكيل منظمات غير حكومية تتمتع بنفس وزن المؤسسات الدولية.

و مثال ذلك الصندوق الدولي للطبيعة الذي يضم مليون فرد من أعضائه و هذا فقط في الولايات المتحدة الأمريكية، ناهيك عن 4.7 مليون من أعضائه الموزعين على مئات الدول.

## الفرع الأول: المنظمات غير الحكومية ONG:

لقد أنشأت العديد من المنظمات غير الحكومية القطاعية منها و المحلية إلى جانب تلك المنظمات ذات الوزن الثقيل و صارت تلعب حاليًا دورًا هامًا في تشكيل و عي بيئي في الهيئات الدولية للتنمية المستدامة.

فالبعض من هذه المنظمات و إن كان غير معروف إعلاميًا فإنه أنجز عملاً هامًا في مجال التحسيس و التوعية حول مشاكل البيئة و ساهم مساهمة فعالة في إعداد و متابعة كبريات الندوات العالمية. و كمثل على ذلك تتابع شبكة عمل المناخ تتابع عن قرب تنفيذ إجراءات بروتوكول طوكيو حول التغيرات المناخية و تقدم تحاليل من أجل اتخاذ الإجراءات الممكنة ضد الاحتباس الحراري ( سواء أكانت آليات اقتصادية أو مالية ...)، و بصفة عامة فإن اندماج المجتمع المدني المنظم ضمن السلطة الدولية يدل على تطور جوهري من ناحية الحماية.

فهناك العديد من المنظمات غير الحكومية على هيئة شبكات أفقية في ميدان الخبرة مثل المركز العالمي لقانون البيئة و التنمية و المؤسسة من أجل التنمية و القانون<sup>(18)</sup> المختصة في مجال القانون الدولي للبيئة و التي تقدم خبرة ذات مستوى عال مثل إدراج قواعد البيئة في المنظمة العالمية للتجارة.

فقد باتت قواعد يبر المؤسسات الدولية منفتحة أكثر على المنظمات غير الحكومية، و هكذا فإن الأمم المتحدة أعطت للمئات من هذه المنظمات مكانة المراقب في النقاش الدولي.

و من أجل تدعيم الحوار قامت العديد من هذه المنظمات بإنشاء منظمات غير حكومية مثل المركز العالمي للتجارة و التنمية المستدامة يترأسه المدير السابق لبرنامج الاتحاد الدولي للمحافظة على الطبيعة، و الذي تتمثل مهمته الأساسية في التنسيق و تبادل المعلومات بين المنظمات غير الحكومية و المنظمة العالمية للتجارة. و على هذا فقد صارت موافق المنظمات غير الحكومية اليوم تتسم بالدقة أكثر مما كنت عليه في العشرية السابقة، إذ انتقلت هذه

المنظمات من موقف اتسم بالطابع الاحتجاجي المحض إلى موقف فعال داخل التنظيم الأممي الذي نسجت معه علاقات متينة منذ ندوة ستوكهولم.

و على الرغم من أن المنظمات غير الحكومية لا زالت تعبر عن عداؤها و امتعاضها للنهج الليبرالي الذي تدافع عنه المؤسسات الاقتصادية الدولية، إلا أنها لم تعد متغافلة على التطورات الجوهرية للعولمة و لم يبق إلا عدد قليل من المنظمات غير الحكومية تطالب بصفة جذرية بحذف الهيئات مثل سحب دول أعضاء في المنظمة العالمية للتجارة، و على وجه العموم فإن الاتجاه العام للمنظمات غير الحكومية يسير في اتجاه وضع قواعد دولية تؤمنها من الانحراف أكثر من تبني استراتيجيات التراجع الوطني.

### الفرع الثاني : أحزاب الخضر:

تجدر الإشارة إلى ظهور العديد من التشكيلات السياسية المطالبة ليس فقط بالدفاع عن البيئة لكن أيضا بتطبيق السياسات العمومية المستلهمة من التنمية المستدامة، بعدما جرى إنشاؤها أولا في الدول الأوروبية فإنها تهدف حاليا إلى الانتشار و التواجد في دول الجنوب من أجل أن تعمل على نشر الوعي و تحديد المشاكل مع محاولة تجنيد جميع الطاقات من أجل المحافظة على البيئة.

و على غرار المنظمات غير الحكومية فإن أغلبية أحزاب الخضر انتقلت من إدانة النظام الرأسمالي إلى مواقف أكثر إصلاحية، بل أكثر من ذلك فقد أصبحت هناك نقابات من طرف العمال تعتبر بمثابة أطراف فاعلة في ترجمة الطلب الاجتماعي للبيئة على المستوى السياسي، بحيث خلقت صلة وثيقة مع عالم الشغل و المؤسسة مساهمة في نشر مبادئ التنمية المستدامة باتجاه مجالات جديدة.

و في هذا الصدد تشكل معاهدة مارس 1992 للكونفدرالية الدولية للنقابات الحرة وزنا ثقيلًا لصالح أهداف التنمية و البيئة بحيث دخلت هذه الحركة في مرحلة جديدة بغية التأثير على المجتمع المدني.

فهذه الأحزاب و النقابات تلعب دورا متزايدا في إدانة مشاكل البيئة عن طريق انضمامها إلى البرامج الوطنية و الدولية، المنعقدة في إطار ندوات الأمم المتحدة.

فلقد أصبحت اليوم المنظمات غير الحكومية من الشركاء الأساسيين لكل من الأطراف الحكومية و غير الحكومية بحيث أصبحت تتعاون من أجل تنمية مستدامة مبنية على نمو اقتصادي عادل و مسؤول، بحيث أبدت العديد من المؤسسات في السنوات الأخيرة اهتماما بقضايا التنمية المستدامة و تشكلت في هذا الإطار شبكات دولية من المؤسسات شاركت في الندوات الدولية حول البيئة.

### المطلب الثاني : حماية البيئة في الجزائر :

باعتبار الجزائر من الدول النفطية فلا يزال قطاع الطاقة في الجزائر يلعب دورا رئيسيا في التنمية الاقتصادية بفضل الموارد الهامة من المحروقات التي يزخر بها القطاع المنجمي الوطني. و على هذا و بغرض المحافظة على البيئة فقد اتخذت الجزائر مجموعة من الإجراءات للحد أو التقليل من التلوث البيئي بحيث جاء المشرع الوطني بالقانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

## الفرع الأول: الإطار التنظيمي:

فعلى الصعيد الوطني تستمر الجزائر في تبني القوانين والأنظمة لتسيير مواردها الطبيعية دون الإخلال بالتوازن البيئي، وقد تم إصدار:

- القانون رقم 99-09 المؤرخ في 15 جويلية 1999 و المتعلق ب التحكم في الطاقة.
  - القانون رقم 01-19 المؤرخ 12 ديسمبر 2001 و المتعلق بتسيير، مراقبة و القضاء على النفايات السامة.
  - القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 و المتعلق بالمحافظة على البيئة في إطار التنمية المستدامة.
  - المرسوم التنفيذي رقم 03-452 الصادر في 1 ديسمبر 2003 المتضمن الظروف الخاصة المتعلقة بالنقل البري للمواد الخطيرة.
  - المرسوم التنفيذي رقم 04-409 الصادر في 11 جانفي 2005 والذي يضع القواعد الخاصة بالفعالية الطاقوية المطبقة على الآلات التي تعمل بالكهرباء، الغاز و المواد البترولية.
- أما دوليا فقد عمدت الجزائر على المصادقة و الانضمام إلى معظم الاتفاقيات التي اتخذتها الدول تحت إشراف الأمم المتحدة منها اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ و مؤخرا المصادقة على بروتوكول كيوتو في 16 فيفري 2005.

و إذا كانت مهمة حماية البيئة تقع على عاتق بعض الهيئات و المؤسسات المختصة بها، كوزارة البيئة و تهيئة الإقليم و المجلس الأعلى للبيئة، فإن دور و اهتمام عدة هيئات حكومية أخرى يظهر جليا حيث تم إنشاء العديد من اللجان القطاعية المشتركة للبحث في مسائل البيئة.

بمجرد أن قطاع الطاقة و المناجم يولى أهمية كبرى للمسائل البيئية مما أدى إلى إدماج هذه الانشغالات في السياسة القطاعية، و البرنامج الحكومي.

و تتمحور السياسة الطاقوية الجزائرية أساسا حول:

- ترقية و تطوير استعمال الطاقات الأقل تلوثا ( الغاز الطبيعي، غاز البترول المسال، البنزين الخالي من الرصاص
- ترقية الاقتصاد في الطاقة.
- تطهير و إعادة تأهيل المناطق الملوثة؛
- تطوير الطاقات المتجددة؛
- تطوير التسيير البيئي على مستوى الطاقة و المناجم.

## الفرع الثاني: أهم الإجراءات المتخذة للمحافظة على البيئة:

بما أن نشاطات قطاع الطاقة ذات تأثير سلبي مباشر على البيئة و الصحة العمومية فقد تم اتخاذ عدة إجراءات من أجل الإنقاذ من حدته، لذا يتم إخضاع جميع الهياكل و الانجازات لدراسة مدى أثرها على المحيط.

و في هذا الإطار يتم بذل جهود خاصة من أجل استرجاع غازات المشاعل؛ حيث تقوم شركة سوناطراك بسلسلة مشاريع تهدف إلى استرجاع أو إنقاذ حجم الغاز المصاحب الذي يتم حرقه على مستوى المكامن البترولية، ففي

سنة 2004 تم انقضا كمية الغاز المحروقة إلى مستوى 7 ٪ مقابل 26 ٪ في سنة 1980 نتيجة استثمار ما يقارب 225 مليون دولار أمريكي خلال الفترة الممتدة ما بين 2002-2005<sup>(19)</sup>.

## 1 - نشاط الجزائر ضمن المنظمات الدولية و الإقليمية للطاقة :

أما على الصعيد الدولي، فقد استغلت الجزائر وجودها ضمن المنظمات و الهيئات الدولية و الإقليمية لاقتراح محاور تعاون مع الشركاء الدوليين، قصد الاستجابة لاهتماماتهم و انشغالاتهم المتعلقة بأمن تزويدهم بالطاقة و ضمان مصالحهم المالية و الصناعية. فضمن منظمة البلدان المصدرة للبترول (OPEP) تواصل الجزائر العمل من أجل :

- استمرار و تعميق الحوار بين المنتجين و المستهلكين للتوصل إلى توحيد الجهود لاستقرار السوق البترولي و مستوى متوازن للأسعار.

- التكفل العادل بالانشغالات البيئية على الصعيد الدولي، يضمن للبلدان المنتجة للبترول و الغاز الطبيعي استقرار عائداتها من اجل تدعيم جهودها في مجال التنمية.

و في إطار منظمة البلدان العربية المنتجة للبترول (OPAEP)، فإن الجزائر تعمل على تعزيز التعاون بين الأقطار العربية و تطوير صناعتها النفطية انطلاقا من القدرات الذاتية لكل بلد، مستهدفة بذلك تحقيق الترابط الاقتصادي العربي.

كما يتواجد بالجزائر مقر اللجنة الإفريقية للطاقة (AFREC) التي تم إنشاؤها و التي تكمن مهمتها الرئيسية في ترقية التعاون و التبادلات الإفريقية في ميدان الطاقة و كذا تنمية و تطوير الأسواق الإفريقية المتكاملة.

أما فيما يتعلق بالعلاقات مع منظمة البلدان اللاتينو- الأمريكية للطاقة (OLADE) تعرف تطورات جديدة مع انضمام الجزائر إلى هذه المنظمة في 10 جويلية 2001 و سوف يكون هذا الانضمام بادرة تعاون مدعوم مع بلدان أمريكا اللاتينية.

و في نفس النطاق، قامت الجزائر في فيفري 2004 بتنظيم المؤتمر الأول لوزراء الطاقة الأعضاء في منظمة إفريقيا أمريكا اللاتينية و الكرايب (AFROLAC)، من أجل دراسة إمكانيات التعاون بين دول إفريقيا، أمريكا اللاتينية و الكرايب المدرجة ضمن إطار التنمية الاجتماعية و الاقتصادية المستدامة و محاربة الفقر.

## 2 - التعاون الأوروبي :

تم في أبريل 2005 المصادقة على اتفاقية شراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي من أجل التعاون في عدة ميادين منها الطاقة و المناجم. فأهداف التعاون في ميدان الطاقة و المناجم موجهة نحو :

- التأهيل المؤسسي، التشريعي و القانوني من أجل ضمان تنظيم النشاطات و ترقية الاستثمارات.
- التأهيل التقني و التكنولوجي من اجل إعداد شركات الطاقة و المناجم لمتطلبات اقتصاد السوق و لمواجهة المنافسة.
- تطوير الشراكة بين الشركات الجزائرية و الأوروبية غي ميادين البحث، الإنتاج، التحويل، التوزيع و خدمات الطاقة و المناجم<sup>(20)</sup>.

تبقى حماية البيئة قضية تهتم كل فرد، دولة، منظمة دولية أو إقليمية و مع كل هذا لا تزال الاتفاقيات الدولية قاصرة في تحقيق الأهداف المرجوة في بيئة نظيفة، فلا بد للمجتمع الدولي من البحث عن أساليب حيوية للحفاظ على البيئة و لعل هذا يتأتى من خلال عقد العديد من المؤتمرات، كما يقع على الدول الكبرى مسؤولية مركبة نظرا لدورها المتميز في الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين الذي لم يعد يقتصر على الأمن العسكري فحسب بل تعداه إلى الأمن الاجتماعي و الذي تشكل البيئة أبرز عناصره.

#### الإحالات و الهوامش :

- 1- إن الأمم المتحدة للبيئة هو الأصل في صياغة العديد من الاتفاقيات الدولية لحماية المياه الإقليمية المختلفة مثل بروتوكول مونتريال حول طبقة الأوزون و اتفاقيات بال حول حركة النفايات السامة.
- 2- فهمي حسن أمين العالی، الواقع المأمول من مؤتمر القمة العالی حول التنمية المستدامة، (مؤتمر جوهانسبورغ لحماية البيئة)، 2002، ص 117. [www.Google.com](http://www.Google.com).
- 3- مفید محمد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، 1994، ص 35.
- 4- محمد عزیز شکری و ماجد الحمودي، الوسيط في المنظمات الدولية، منشورات جامعة دمشق، 2000، ص 62.
- 5- صباح العشاي، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2010، ص 128.
- 6- محمد اسماعيل علي، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1982، ص 44.
- 7- مصطفى أحمد فؤاد، قانون المنظمات الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 108.
- 8- مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص 182.
- 9- محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000، ص 49.
- 10- مفید محمد شهاب، المرجع السابق، ص 49.
- 11- صباح العشاي، المرجع السابق، ص 129.
- 12- مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص 185.
- 13- فهمي حسن أمين العالی، المرجع السابق، ص 119.
- 14- صباح العشاي، المرجع السابق، ص 133.
- 15- جلال أحمد حسن، التجارة و البيئة، منشورات الأمم المتحدة، 2001، ص 13.
- 16- صباح العشاي، المرجع السابق، ص 136.
- 17- و التي يرمز لها ب GREENPACE-FRIENDS OF EARTH على التوالي.
- 18- المؤتمر العربي الثامن، الورقة القطرية الجزائرية، [www.Google.fr](http://www.Google.fr).
- 19- المؤتمر العربي الثامن، المرجع السابق.

قائمة المصادر و المراجع :

- 1- فهمي حسن أمين العالي- الواقع المأمول من مؤتمر القمة العالمي حول التنمية المستدامة، 2002، منشور على موقع [www.Google.fr](http://www.Google.fr)
- 2- محمد إسماعيل علي، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي القاهرة، 1982.
- 3- محمد عزيز شكري و ماجد الحمودي، الوسيط في المنظمات الدولية، منشورات جامعة دمشق، 2000.
- 4- مصطفى أحمد فؤاد، قانون المنظمات الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.
- 5- محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000.
- 6- مفيد محمد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، 1994.
- 7- جلال أحمد حسن، التجارة و البيئة، منشورات الأمم المتحدة، 2001.
- 8- صباح العيشاوي، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2010.
- 9- قانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.



## عقد الزواج من خلال مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية



الأستاذ : سعدنا ولد الحاج أستاذ محاضر

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط

Email : saadnaelhaj@gmail.com

مقدمة :

الأحوال الشخصية، مصطلح إيطالي روماني الأصل، تسرب إلى البلدان العربية عن طريق القانون الفرنسي، ويعني الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته<sup>1</sup>، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية، فالمراد إذن باصطلاح الأحوال الشخصية هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم كيانا تجمعهم علاقات النسب والمصاهرة والمتمثلة في الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث.

لم يعرف الفقه الإسلامي قديما، مصطلح الأحوال الشخصية المستمد في حقيقته من الأنظمة الغربية، ولم يستعمله الفقهاء بل كانوا يبحثون في أحكام الأسرة ومتعلقاتها بين أبواب الفقه المختلفة من أحكام الزواج، وأحكام الأهلية، والفرائض، وأول من استعمل هذا المصطلح في البلدان العربية هو الفقيه المصري محمد قدرى باشا في أواخر القرن التاسع عشر، عندما وضع مجموعة فقهية سماها (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)، ثم كانت المحاولة الثانية من طرف الدولة العثمانية سنة 1917م حيث أصدرت قانون حقوق العائلة الذي تضمن أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والحجر والميراث والهبة<sup>2</sup>.

لقد ظل القضاء في البلدان العربية والإسلامية يعتمد على الفقه الإسلامي في حل المنازعات والمسائل المختلفة المتعلقة بنواحي الحياة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة وكتب الفقه المتنوعة، وفي منتصف القرن التاسع عشر الميلادي بدأ التشريع الإسلامي بهذه البلدان في الانحسار والانكماش التدريجي بسبب ما تفرضه قوى الاستعمار من قوانين داخلية وأنظمة تشريعية أجنبية.

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6، السنة: 2010، ص 13

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص13، 14.

ومع ذلك، ورغم ما أصاب الفقه الإسلامي من نكبات وهجمات استعمارية فقد بقي نظام الأسرة في البلدان الإسلامية بعيداً عن التدخل الأجنبي، يستمد أصوله وقواعده ومبادئه من الشريعة الإسلامية، وأدى الاتصال بالحضارة الغربية إلى قيام نظام قضائي يفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وغيرها، كما ساعد على وجود قوانين صاغت الفقه الإسلامي بأسلوب حديث.

بدأ هذا التقنين للأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية بصدر قانون حقوق العائلة العثمانية سنة (1917م)، والقوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي (من 1920م - 1952م)، وقانون حقوق العائلة الأردني (1951م)، وقانون الأحوال الشخصية السوري (1953م) المعدل سنة (1975م)، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية (1956م)، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية (1957م) التي تم تعديلها جزئياً سنة (1993) وسنة (2003) بمقتضى القانون رقم 70/03 تحت عنوان مدونة الأسرة، وقانون الأحوال الشخصية العراقي (1959)، وقانون المحاكم الشرعية السوداني (1967)، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي (1984)، وقانون الأسرة الجزائري (1984)، والقانون الليبي رقم 10/1984 المتعلق بالزواج والطلاق<sup>1</sup>..... إلخ، ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (2001).

إن حركة التدوين التي عرفتها موريتانيا في القرن الماضي بهدف تحديث التشريع الوطني مساهمة للتطور الاجتماعي والاقتصادي والتنوع الثقافي والعرقي، واستجابة لمتطلبات العصر وتأثير العولمة والضغط الأجنبية، تفادت مجال الأحوال الشخصية باعتباره يجب أن يظل بعيداً عن كل التدخلات المحتملة أن تسعى إلى تغيير قواعد الشريعة الإسلامية المنظمة لهذا المجال. ومع أن موريتانيا كانت في مؤخرة الدول العربية والإسلامية التي نظمت مجال الأحوال الشخصية بقوانين، إلا أنها تبعت خطوات غالبية هذه البلدان حيث اقتصر دور تحديث هذا المجال على الشكل، وصياغة الأحكام الفقهية المنضوية في أبواب مختلفة في شكل قواعد قانونية تكون في مجموعها قانون الأسرة الموريتاني رقم 2001/052 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 أطلق عليه اسم (مدونة الأحوال الشخصية)

وتتكون مدونة الأحوال الشخصية من 314 مادة مقسمة على أربعة كتب وأحكام عامة كما يلي:

الكتاب الأول: ينظم أحكام الزواج وانقضائه، من المادة الأولى إلى المادة 139.

الكتاب الثاني: ينظم أحكام النفقة، من المادة 140 إلى المادة 161.

الكتاب الثالث: ينظم أحكام الأهلية والنيابة الشرعية، من المادة 162 إلى المادة 202.

الكتاب الرابع: ينظم أحكام الوصية والميراث، من المادة 203 إلى المادة 310.

أحكام ختامية: من المادة 311 - المادة 314<sup>2</sup>.

إن صائغي مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية اقتصروا في وضع أحكامها على مذهب الإمام ملك رضي الله عنه عكس ما فعلته غالبية الدول الإسلامية حيث لم تتقيد بمذهب فقهي معين، كما اعتمدوا في صياغة قواعدها على

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 16.  
<sup>2</sup>- نص القانون رقم 2001/052 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

بعض التجارب في هذا المجال، وخاصة المدونة المغربية باعتبارها النص القانوني الأكثر وفاء للمذهب المالكي، ويظهر هذا الاعتماد على النص المغربي جليا في التشابه بين الأحكام الواردة في المدونتين<sup>1</sup>.

ويكتسي وجود مدونة للأحوال الشخصية في موريتانيا أهمية خاصة، تتمثل في كونها عملت على توحيد الأحكام القضائية في مجموع التراب الوطني، وقضت على تضارب الآراء القضائية في المسائل المتشابهة تبعا للآراء الفقهية المختلفة لفقهاء المذهب المالكي والتي كان يعتمد عليها القضاة لأخذ قراراتهم في هذا المجال.

وتستمد مدونة الأحوال الشخصية مضامينها من الشريعة الإسلامية وخاصة مذهب الإمام مالك رحمه الله، وهو ما أكدته المادة 311 من هذه المدونة والتي جاء في فقرتها الأولى أنه "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك" وأضافت في فقرتها الثانية أن "كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك"

وطبقا للأحكام الواردة في هذه المادة فإن مذهب الإمام مالك هو المرجع الرئيسي إن لم يكن الوحيد لإزالة الغموض والإبهام عند شرح النصوص التي تضمنتها المدونة، ويؤخذ كذلك كمصدر تشريعي للملئ الفراغ وللتعويض عن أي نقص حاصل في هذا المجال، ففي حالة وجود مسألة أو واقعة لم تعالج بنص في المدونة يتم حلها طبقا للأحكام الفقهية الواردة في مشهور مذهب الإمام مالك.

### المبحث الأول: مفهوم الزواج:

الزواج لغة هو القران، يقال زوج الشيء بالشيء أو زوجه إليه أي قرنه به<sup>2</sup> قال تعالى: "وزوجناهم بحور عين"<sup>3</sup> أي قرناهم، ولذلك شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة، وهو نظام إلهي شرعه الله عز وجل نعمة منه على عباده لمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة على أسس سليمة، قال تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"<sup>4</sup>.

والزواج شرعا عقد بين رجل وامرأة يفيد حل استمتاع أحدهما بالآخر وليس بينهما مانع شرعي من ذلك. وقد عرفته مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 1 بما يلي: (الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار، يقصد منه الإحصان والإنجاب بإنشاء أسرة تحت قوام الزوج على أسس ثابتة تضمن للزوجين القيام بواجبات الزوجية في ود واحترام)<sup>5</sup>.

هذا التعريف يعتبر أكثر شمولية حيث تضمن بعض خصائص وغايات الزواج نذكر منها على سبيل المثال:

— لا يتم الزواج إلا بين الرجل والمرأة.

<sup>1</sup> Dr MOHAMED YAHYA ABDELWEDOU, Réflexion sur les nullités des mariages en droit mauritanien. Revue mauritanienne de droit et d'économie No 20-Juin 2013. page 46 -

<sup>2</sup> انظر المعجم الوسيط، ج1، ص 407

<sup>3</sup> سورة النخان، الآية 54

<sup>4</sup> سورة الروم، الآية 21

<sup>5</sup> د. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004، ص 31

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 56

— يعقد الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لإنشاء أسرة .

— غايات الزواج الأساسية هي الإحصان والإنجاب وحفظ النسب.

— الزواج عقد قائم على المودة والرحمة .

— الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط ويرتب آثارا قانونية معينة.

فالزواج إذن عقد غير قابل للتوقيت، وعقد كبقية العقود له الصفة المدنية يقوم على الرضا وحسن الاختيار، فلا زواج بدون تلاقي إرادة طرفيه، فمتى توافرت شروطه القانونية والشرعية كان صحيحا، وقد راعى الإسلام في الزواج أن يكون إتمامه عن طريق الاختيار الحر والإقناع الهادئ وجعل توثيق عقده من إيجاب وقبول بيد الرجل والمرأة التي اختارها، وشرع له الخطبة مدخلا تمهيدا وتحضيريا.

### المطلب الأول: الطبيعة القانونية لخطبة الزواج :

الخطبة مقدمة للزواج، وقد عرفت مدونة الأحوال الشخصية في المادة الثانية بأنها ( طلب الزواج والوعد به)، وفيها يتعرف كل من طرفي الزواج على الآخر، يختبرا طباعه وأخلاقه وثقافته وعقليته وما إذا كان بالإمكان الانسجام معه، وذلك بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قوية بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرض الزواج للانحلال، والقلوب للتنافر، والضمانات للتعارض والتنازع ولكي يتسنى لهما ذلك أباح الإسلام للخاطب أن ينظر إلى مخطوبته لكي يقدم على العقد على بصيرة، والفقهاء متفقون على أن للمرأة أن تنظر للرجل إذا أرادت أن تتزوجه، وقصروا النظر لكل منهما على الوجه والكفين<sup>1</sup>.

وقد ثبتت مشروعية الخطبة بالكتاب والسنة فمن الكتاب قوله تعالى: " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"<sup>2</sup>، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه لنكاحها فليفعل"<sup>3</sup>، وللخطبة حدود فلا يباح لرجل أن يخطب امرأة إلا إذا توافرت فيها ثلاثة أوصاف وهي:

— أن تكون المرأة خالية من نكاح وعدة .

— أن لا تكون محرمة عليه.

— أن لا تكون المرأة مخطوبة لأحد .

وقد ورد النهي عن الخطبة على خطبة الأخ المسلم في الأحاديث النبوية منها: " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"<sup>4</sup>، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، غير أنه لا يفسخ العقد إذا وقع بعد الخطبة على خطبة الأخ ومرد ذلك أن الخطبة ليست عقدا، ولا تلزم الخاطب ولا المخطوبة بأية التزامات مادية أو حقوقية، ولا تترتب عليها أية آثار،

<sup>1</sup>- محمد بن أحمد بن جزىء الغرناطي، تحقيق عبد الكريم الفيضلي، القوانين الفقهية، دار الرشد الجديدة، دار البيضاء، ط2، سنة 2001، ص 221

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 235

<sup>3</sup>-رواه أحمد وأبو داود.

<sup>4</sup>-رواه البخاري، ورواه النسائي برواية أخرى، انظر سبل السلام، ج3، ص 113.

- محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم، دار الحديث القاهرة، 2007، ص272

فلخاطب مثلا إذا توفي لا يورث ولا يرث، فهي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين حق العدول عنها، هذه الأحكام علجتها مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 4 كما يلي: " لا يترتب على الخطبة أثر قانوني، ولكل من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها، إذا خطب الرجل على خطبة غيره وعقد لم يفسخ<sup>1</sup>".

ويلاحظ هنا أن المشرع الموريتاني في مدونة الأحوال الشخصية أهمل جانبا هاما متعلقا بالخطبة، فلم يجعل له تصورا، ولم يرتب له أحكاما، ويتمثل هذا الجانب في الأضرار التي تحدث لأحد الطرفين بسبب عدول الطرف الآخر عن الخطبة وفي هذه الحالات فإن القاضي ترك له الباب مفتوحا للبحث عن حلول في مشهور مذهب الإمام مالك<sup>2</sup>، مما قد يؤدي إلى تضارب في القرارات القضائية تبعا للرأي الذي يأخذ به كل قاض.

وبعد التطرق إلى الأحكام العامة المتعلقة بالخطبة نبدأ في دراسة موضوع عقد الزواج بوصفه عقدا كغيره من العقود له أركان وشروط يقوم عليها ولا يصح بدون تحققها.

### المطلب الثاني: أركان الزواج :

أركان الزواج كما وردت في المادة 5 من مدونة الأحوال الشخصية هي: الزوجان والولي والصداق والصيغة. وهو ما قال به أغلب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة<sup>3</sup>، وذهب الأحناف إلى أن الزواج له ركنان ينعقد بهما يتمثلان في الإيجاب وهو ما يصدر من أحد العاقدين، والقبول وهو ما يصدر من العاقد الثاني<sup>4</sup>، وهو ما أخذت به بعض الدول العربية والإسلامية سعيا منها إلى التسهيل والتخفيف على المسلمين، ودون التعصب لمذهب فقهي معين، من بين هذه الدول دول تعتمد في تشريعاتها على المذهب المالكي، كالمملكة المغربية، والجزائر، حيث جاء في مدونة الأسرة المغربية المعدلة بالقانون رقم 70/03 في المادة: 10 أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا<sup>5</sup>، وجاء في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/2005 أن أركان الزواج تنحصر أساسا في الإيجاب والقبول من أحد الطرفين، وهي الصيغة التي يتم بها العقد ( المادة 4، 9، 13 من ق. أ.ج)<sup>6</sup>، أما المشرع موريتاني فقد تمسك بالرأي المالكي مقررا أن أركان عقد الزواج أربعة وهي: الزوجان والولي والصداق والصيغة (م 5 من م.أ.ش.م).

### أولا : الزوجان :

الزوج والزوجة هما طرفا العقد الأساسيان يشترط فيهما ثلاثة شروط هي: التمتع بالأهلية (المواد 6، 7، 8 م.أ.ش.م)، والخلو من موانع النكاح (المواد من 30 إلى 48 م.أ.ش.م)، والإسلام، فلا يجوز زواج المسلمة من كافر، ولا المسلم من كافرة إلا أن تكون كتابية (م 46 م.أ.ش.م). وسيتم تفصيلها لاحقا تحت عنوان، الشروط الموضوعية.

1- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

2- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

3- بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 113

4- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار شتات للنشر، مصر 2009، ص 14.

5- عبد العزيز توفيق، مدونة الأسرة (في المملكة المغربية)، دار الثقافة، الدار البيضاء، 2004، ص 59

6- بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 113

## ثانياً: الولي :

شرعت الولاية في الإسلام حفظاً لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، فهي تمارس لصالح المولى عليه (م 9/1، م.أ.ش.م)، والولاية في الزواج يقصد بها قدرة الشخص على إنشاء التصرف منتجا أثره في حق نفسه وفي مواجهة غيره، وهناك نوع من الولاية يقصد بها قدرة الشخص على إنشاء التصرف منتجا لآثاره في حق غيره سواء على مال هذا الغير أو على نفسه وتسمى الأولى بالولاية على المال وتسمى الثانية بالولاية على النفس<sup>1</sup>، ويقسم العلماء الولاية في الزواج إلى قسمين<sup>2</sup>:

— ولاية جبر ويمارسها الأب والجد، على الفتاة البكر الصغيرة وإذنها صمتها (م 9ف3 م.أ.ش.م) وعلى ناقصي الأهلية أو فاقدتها ذكورا وإناثا وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه إذا رأى في ذلك مصلحة له (م 6/2، م 7 م.أ.ش.م) وإذا تزوج ناقص الأهلية، بغير إذن وليه، لم يلزم النكاح إلا بعد موافقة الولي أو القاضي.

— ولاية اختيار، وفيها يؤخذ رأي المولى عليه، وتمارس على الثيب فلا يجوز لوليها أن يزوجه دون رضاها إذا كانت بالغة، ولا أن تتزوج هي بدون وليها (م 9/2 م.أ.ش.م).

ويشترط في الولي أن يكون ذكرا كامل الأهلية، وهي التمتع بالعقل وإتمام الثماني عشرة من العمر، وأن يكون مسلما إذا كانت المرأة مسلمة (م 10 م.أ.ش.م). ويفهم من نص المادتين، 10 و 9 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية أن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها ممن تحب وترضاه، حتى ولو كانت راشدة، بالغة، وكان الزوج فيه مصلحة لها إلا بموافقة وإشراف وليها أو من يوكله (م 12/1 م.أ.ش.م)، ولا يجوز للمرأة كذلك أن تزوج غيرها، ولو كانت كافلة أو موصاة بل توكل من يتولى عقد الزواج عنها (م 12/2 م.أ.ش.م).

ولكن المشرع لم يترك للوكيل الحبل على الغارب، بل قيده في المادة (9/1 م.أ.ش.م) بأن ممارسة الولاية تكون لمصلحة المولى عليها، حماية لها من تعسف الولي، فإذا بدر من الولي ما يثبت امتناعه عن تزويج من هي في ولايته دون مبرر، فإن القاضي يأمره بتزويجها، فإن أصر على رفضه يتولى القاضي تزويجها (م 13 م.أ.ش.م)، "وهذا ما يتفق مع قول خليل، والثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أي منعها والدها من النكاح وليس لها مصلحة في هذا المنع بل عنادا وإضرارا بها"<sup>3</sup>، وبنص هذه المادة يكون أمر انتقال الولاية بالعضل قد حسم، "لكن المسطرة الواردة فيها غير واضحة وتتباين فيها اجتهادات القضاة بين من يصدر أمرا استعجاليا بعد تلقي الطلب يأمر فيه العاضل بتزويج من في ولايته، ويمكن للولي استئناف ذلك الأمر، فإذا انقضى الأجل زوجها القاضي بحكم في أصل القضية"<sup>4</sup>، "ومن يعتبر ذلك عملا ولائيا يقوم به القاضي دون أن تفتح له قضية وإنما يأمره فإن لم يفعل تولى القاضي الزواج وسجله في محضر وهذا الفهم يجرم الأطراف من حق الاستئناف"<sup>5</sup>.

1- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 31

2- بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 238

3- د. فيلالتي علي، امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2000 ص 73

4- قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 2012/09 بتاريخ 2012/02/13، القاضي: هارون ولد عمار ولد إديقي، م.أ.ش.م بين الشرعية الحقوقية والشرعية الإسلامية، مجلة المحاكم الموريتانية العدد الأول يونيو 2013 ص 19

5- القاضي: هارون ولد عمار ولد إديقي، م.أ.ش.م بين الشرعية الحقوقية والشرعية الإسلامية، مجلة المحاكم الموريتانية العدد الأول يونيو 2013 ص 19

ويتم ترتيب الولاية في الزواج كما وردت في المادة 11 من مدونة الأحوال الشخصية كالآتي: الابن فابنه، الأب أو وصيه، الأخ، ابن الأخ، الجد للأب، العم، أبناء العم بالترتيب، ويقدم الشقيق في الجميع على غيره، الكافل، القاضي، ولاية عامة للمسلمين.

ويظهر هذا التمسك بإذن وإشراف الولي ركنا أساسيا في صحة زواج المرأة البالغة، مع احترام ترتيب الولاية، وفاء من المشرع الموريتاني للمذهب المالكي وتقيدا بأحكامه، عكس ما فعلته دول الجوار مع كونها تعتمد أصلا في تشريعاتها على المذهب المالكي حيث أخذت ببعض آراء فقهاء الحنفية المتعلقة بولاية الزواج - دون أن تحل حراما أو تحرم حلالا- مراعية في هذه المسألة ظروف المجتمع وقاطعة بذلك الطريق على دعة الفساد وتأثيرات العولمة الداعية إلى الإباحية تحت غطاء حرية المرأة ومساواتها في الحقوق مع الرجل.

فالمشرع المغربي مثلا جعل الولاية حقا للمرأة، تمارسها الراشدة حسب اختيارها ومصحتها (م 24، ق. أ. م) وأضاف في (م 25، ق. أ. م) أن للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها<sup>1</sup>، وكذلك المشرع الجزائري حيث قرر أن الولاية حق شرعي للمرأة الراشدة لا يزوجها الأب ولا غيره إلا برضاها واختيارها، ولها أن تعقد زواجها بحضور من تختاره وليا حسب مصحتها، يمكن أن يكون أبها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره (م 11/ف1 ق. أ. ج)، والقاضي ولي من لا ولي له (م 11/ف2 ق. أ. ج)<sup>2</sup>. فالراشدة تختار وليها بنفسها، وبالتالي فلا مجال لترتيب الولاية في النصين.

### ثالثا: الصداق :

الصداق أو المهر، هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها، وقد حظي بقسط وافر من المدونة حيث عاجلته في المواد (من م 14 إلى م 25)، وهو ركن أساسي من أركان النكاح، وشرط في صحة النكاح بالإجماع<sup>3</sup>، ولا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا اشتراط سقوطه، يحدد باتفاق الزوجين أو ولييهما (م 14/ف1 م.أ.ش.م)، ولم تنص المدونة على تحديد لأقل الصداق ولأكثره، وقد تناول الفقهاء تقدير الصداق فقالوا ليس له حد أعلى والسبب في ذلك انه لم يرد عن الشارع ما يدل على تحديده، واختلفوا في أقله، حيث يرى فقهاء الملكية أن أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم من الفضة أو قيمة ذلك قياسا على أقل ما تقطع عليه يد السارق، ويرى فقهاء الأحناف أن أقل المهر عشرة دراهم من الفضة أو ما يساويها والشافعية قالوا لا حد لأقل المهر<sup>4</sup>، والمشرع الموريتاني ترك تحديده للقاضي يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك (م 311/ف2 م.أ.ش.م).

للصداق شروط من أهمها ثلاثة ورد ذكرها في المادة (14/ف2 م.أ.ش.م) وهي :

— أن يكون مباحا أي مما يجوز تملكه

— أن يكون معلوما لكل من الزوجين، فلا يجوز الصداق بالمجهول

— أن يسلم من الغرر

<sup>1</sup> عبد العزيز توفيق، مدونة الأسرة (في المملكة المغربية)، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 240

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، القوانين الفقهية، ص 228

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، نفس المرجع، ص 229.

يجوز أن يكون الصداق معجلا كلياً أو جزئياً وأن يكون مؤجلاً بأجل معلوم لا يؤدي إلى غرر عادة (م 14/ف3 م.أ.ش.م)، والأصل أن يسمى الصداق عند العقد فإذا لم يذكر فذلك نكاح التفويض (م 14/ف4 م.أ.ش.م)، والزوجة فيه غير ملزمة بأن ترضى بأقل من مهر مثلها (م 15 م.أ.ش.م)، ويقصد بعبارة (مهر مثلها) صداق امرأة تماثلها كابنة عمها أو عمتها مع مراعاة الصفات والعمر.

وتستحق الزوجة الصداق المسمى كاملاً بالدخول بها، أو بموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول، وإقامة سنة بعد البناء (م 18 م.أ.ش.م)، كما تستحقه كاملاً إذا ادعت الوطء في خلوة البناء (م 19 م.أ.ش.م). وتستحق نصفه إذا طلقت قبل البناء (م 20 م.أ.ش.م).

#### رابعاً: الصيغة والشروط في الزواج :

الصيغة ركن من أركان النكاح وهي: كل لفظ يتحقق به العقد شرعاً، فالزواج من العقود الثنائية، التي لا بد فيها من طرفين، فهو يتم بإيجاب من أحد الطرفين أو وكيله وقبول من الآخر أو وكيله، بالفاظ تفيد مقتضى النكاح لغة أو عرفاً (م 26/ف1 م.أ.ش.م)، كلفظ التزويج والنكاح، باتفاق الفقهاء<sup>1</sup>، وأجاز المالكية انعقاد الزواج بالفاظ الهبة والصدقة والتمليك إذا ذكر معها الصداق ليكون قرينة على إرادة الزواج<sup>2</sup>، وتقوم الكتابة والإشارة مقام الكلام في حالة العجز (م 26/ف2 م.أ.ش.م)، والهزل في النكاح كالجد ينعقد به<sup>3</sup>، ويجوز للمرأة أن تشتترط على الزوج أن لا يتزوج عليها أو يمنعها من الدراسة أو العمل، وكل شرط لا يتنافى مع المقصود من العقد (م 28 م.أ.ش.م)، ويشترط في الصيغة :

- صدور القبول من الطرف الآخر أو وليه فور سماع الإيجاب من أحد الزوجين أو وليه .
- أن لا يكون لفظ الإيجاب والقبول مؤقتاً يفيد تحديد الزواج بأجل (م 48 م.أ.ش.م) .
- أن لا يشتملا على شرط يناقض المقصود من العقد.

#### المبحث الثاني : شروط صحة وثبوت النكاح :

للزواج شروط موضوعية لا يصح بدون تحققها كالإشهاد والأهلية والخلو من الموانع وشروط شكلية تهدف إلى حماية الحقوق لطرفيه عن طريق تسجيله لدى الحالة المدنية أو إثباته لدى القاضي، وسنفضلها في المطلبين التاليين :

#### المطلب الأول : الشروط الموضوعية في النكاح :

الشروط الموضوعية للزواج تتمثل في كل الشروط المطلوبة لتمام العقد أو أركانه وقد تطرقنا لها بإيجاز مع الأركان وسنتناول بعضها بشيء من التفصيل كالتمتع بالأهلية، والخلو من موانع النكاح، والشهادة على الزواج.

<sup>1</sup>- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 14

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 142

<sup>3</sup>- محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، القوانين الفقهية، ص 223.



## الفرع الأول: الأهلية للزواج:

الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية أسرية، تتطلب النضج الفكري، لذلك اشترط القانون الموريتاني الحصول على سن معينة، ساوى فيها بين الرجل والمرأة، وحددها بالثامنة عشرة من العمر، علامة على تمام عقل وبلوغ الرجل والمرأة وأهليتهما للزواج (م 6/1 م.أ.ش.م).

والأهلية للزواج إذن تستوجب أن يكون الزوجان عاقلين وبالغين، فالعقل يعني تمتع طالب الزواج بكامل قواه العقلية، ويتحقق ذلك بانتفاء الجنون والعتة والصغر، فالجنون والمعتوه إذا تزوجا فإن زواجهما يقع باطلا، لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقد الإدراك والتمييز حكما، أما إذا كان الزواج فيه مصلحة للمجنون أو المعتوه فإنه يكون صحيحا، بعد إذن وليهما المسبق أو إقراره اللاحق من طرفه أو من طرف القاضي<sup>1</sup> (م 8 م.أ.ش.م).

أما في ما يتعلق بالبلوغ فالمالكية ترى أن سن البلوغ ثمانية عشرة سنة بالنسبة للجنسين، والأحناف فرقوا بين الجنسين وجعلوا بلوغ الرجل ثمانية عشرة سنة والمرأة سبعة عشرة سنة<sup>2</sup>، ومع أن "جمهور الفقهاء ذهب إلى القول بصحة زواج الصغار دون سن البلوغ"<sup>3</sup> ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن"<sup>4</sup> فإن المشرع الموريتاني حدد سن الزواج في ثمانية عشرة سنة من العمر للرجل والمرأة على حد سواء (م 6/1 م.أ.ش.م)، وبناء على ذلك فكل زواج قبل اكتمال الأهلية باطل طبقا للأحكام الواردة في (م 49/1 و 4 م.أ.ش.م) ويمكن الطعن فيه من طرف من له الحق في معارضة النكاح، أو من طرف النيابة العامة (م 53 م.أ.ش.م)، أما إذا كان العقد متوقف لزومه على إجازة أحد الزوجين أو الولي ولم يجزه، كان باطلا بطلانا نسبيا وفسخ بطلاق (م 52 م.أ.ش.م).

واستثناء من قاعدة اشتراط الأهلية في الزواج فإن المشرع أباح للولي أن يزوج ناقص الأهلية إذا رأى في ذلك مصلحة له (م 6/2 م.أ.ش.م)، وأضاف أن ولي ناقص الأهلية إذا زوجه دون مراعاة مصلحته، فالزواج يكون صحيحا (م 7 م.أ.ش.م)، وبالتالي فإن المشرع بإقراره لنص المادة السابعة من مدونة الأحوال الشخصية قطع الطريق أمام القاصر بالسن الذي زوج تعسفا من طرف وليه، دون إرادته أو مراعاة لمصلحته، في اللجوء للقضاء لإنصافه، كما أن المشرع عندما أجاز زواج ناقصي الأهلية الذين لم يبلغوا سن الزواج، لم يقيم بتحديد السن الأدنى لزواج الصغار، كما فعلته بعض الدول في قوانينها، فالقانون السوري مثلا: أباح للقاضي أن يأذن للمراهقين بالزواج إذا طلبوه بشرط أن يبلغ عمر المراهق خمسة عشرة سنة، وأن يكون عمر المراهقة قد بلغ الثالثة عشرة، وأن تكون أجسامهم قادرة على تحمله<sup>5</sup>.

1- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 28

- بلحاج العربي، الوجيز- المرجع السابق، ص 120، 123.

2- عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 50، وأحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 28

3- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في ق.أ.ج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية ج 37 رقم 4 سنة 1999 ص 78

4- سورة الطلاق الآية 4

5- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 29، 30

## الفرع الثاني : الخلو من موانع النكاح :

من شروط انعقاد الزواج أن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع النكاح ، أي لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، وهذا التحريم يسبب بطلان الزواج وقد يكون سبباً في فساد<sup>1</sup> لأن الفقهاء يرون أن إذا كان التحريم قطعياً لا شبهة فيه ولا خلاف فيه بين العلماء كان سبباً في بطلان العقد ويكون سبباً في فساد، والقانون ينص في (المادة 49/2 م.أ.ش.م) على أن الزواج يعتبر فاسداً إذا وقع على محرمة تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً.

والحرمات من النساء قسمان (م 30 م.أ.ش.م): قسم يحرم الزواج بهن حرمة مؤبدة لقيام سبب لازم غير قابل للزوال يقتضي التحريم من نسب أو مصاهرة أو رضاع. وقسم آخر يحرم الزواج بهن حرمة مؤقتة، لأن سبب الحرمة مؤقت وقابل للزوال يبقى التحريم فيه ببقاء السبب ويزول بزواله.

## الفقرة الأولى: المحرمات تحريماً مؤبداً :

نص القانون في المادة (31 م.أ.ش.م) على أن سبب الحرمة بالتأبيد يكون بالقرابة والمصاهرة والرضاع واللعان ووطء العاقد بالعدة ولو بعدها وسيتم تفصيلها فيما يلي :

## 1- المحرمات بسبب القرابة :

النساء المؤبدات التحريم بسبب القرابة أو النسب ورد ذكرهن في القرآن الكريم، في قوله تبارك وتعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"<sup>2</sup>، وبينها القانون في المادة ( 32 م.أ.ش.م) كما يلي :

- أصول الشخص وإن علت، كالأم وأمها وإن علت، وأم الأب والجد كذلك .
- فروع الشخص وإن نزلت، كالبنات وبنات البنات وبنات الابن وإن سفل .
- فروع الأبوين وفروع فروعهم كالأخوات وبناتهن وبنات الإخوة وإن نزلن.
- الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات، كالعمة والخالة وعمة أبيه وأمه وخالتيهما.

## 2- المحرمات بسبب المصاهرة :

المحرمات بسبب المصاهرة كما بيئتها (المادة 33 م.أ.ش.م) هي :

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها قال تعالى : " وأمهات نسائكم"<sup>3</sup>، ولهذا قال الفقهاء العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات.

1- أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 36.

2- سورة النساء، الآية 23.

3- سورة النساء، الآية 23.

- وفروعها إن حصل الدخول بها لقوله تعالى: " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم"<sup>1</sup>.
- زوجات الآباء والأجداد سواء كان الجد من جهة الأب أو الأم، لقوله تعالى: " ولا تتكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"<sup>2</sup>.
- زوجات الأبناء وإن سفلوا بمجرد العقد لقوله تعالى: " وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"<sup>3</sup>.

### 3- المحرمات بسبب الرضاع :

تناولت مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية موضوع المحرمات من الرضاع في المواد (من م34 إلى م41، م.أ.ش.م) ونصت في المادة (34 م.أ.ش.م) على أنه يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب من القرابة والمصاهرة، وقد ثبت هذا التحريم بالكتاب والسنة لقوله تعالى: " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"<sup>4</sup> وقوله صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"<sup>5</sup> وبناء على ما تقدم فإن الرضاعة تحرم بصورة أبدية كل النساء اللواتي هن في نفس الرتبة من الرضاعة المشابهة لرتبة القرابة والمصاهرة، مثل الأم والأخت والبنت والخالة والعممة .. من الرضاعة، وكذلك أم الزوجة وبناتها وعمتها من الرضاعة. وللرضاعة التي تسبب التحريم شروط لا بد من توفرها وهي :

- أن يصل اللبن إلى جوف الرضيع ( م 35/ف2 م.أ.ش.م).
- أن يقع الرضاع في ستة وعشرين شهرا من تاريخ الولادة ( م 35/ف1 م.أ.ش.م).
- أن لا يكون الطفل قد استغنى عن الرضاعة بالطعام ( م 36 م.أ.ش.م).
- والشهادة على ثبوت الرضاع من طرف رجلين عدلين (م38/ف1 م.أ.ش.م)، أو بشهادة رجل وامرأة أو امرأتين إن حصل الفشو قبل العقد ( م 38/ف2 م.أ.ش.م) .

### 4 - المؤبدات التحريم لأسباب أخرى :

وتحرم على الرجل كل امرأة وطئها في عقد تم إبرامه قبل انقضاء عدة الاستبراء من نكاح أو شبهة (م 42 م.أ.ش.م)، والحرمة مؤبدة حتى ولو وقع الوطء بعد انقضاء العدة (م 31/ف5 م.أ.ش.م)، كما تحرم على الرجل زوجته حرمة مؤبدة بمجرد تمام أيمانها بعد أيمان الزوج على زناها أو نفي حملها منه (م 43 م.أ.ش.م) .

1- سورة النساء، الآية 23.

2- سورة النساء، الآية 23.

3- سورة النساء، الآية 22.

4- سورة النساء، الآية 23.

5- أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود عن عائشة رضي الله عنها.

## الفقرة الثانية: الموانع المؤقتة للنكاح:

الموانع المؤقتة التي تزول الحرمة بزوالها هي:

- 1- الوجود في عصمة أو علة الغير (م 44/ف1 م.أ.ش.م)، فالقرآن الكريم ذكر المحصنات وهن المتزوجات، والزوج هو سبب التحصين، فلا تحل لغيره ما دامت الزوجية قائمة أو في العدة حفظا للحقوق وحماية للأنساب.
- 2- الإصابة بمرض مخوف (م 44/ف2 م.أ.ش.م) ويرى المالكية عدم جواز نكاح المريض أو المريضة مرضا مخوفا وأن العقد يفسخ قبل البناء وبعده والمرض المخوف هو الذي يجبر على صاحبه<sup>1</sup>.
- 3- الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وخالتها (م 44/ف3 م.أ.ش.م) فيحرم على الرجل أن يتزوج بالمرأة وأختها في وقت واحد لقوله تعالى: "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف"<sup>2</sup> ولقوله صلى الله عليه وسلم "لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"<sup>3</sup>.
- 4- الكفر مانع مؤقت للزواج، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز أن تتزوج المسلمة بالكافر سواء أكان وثنيا أو كتابيا لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار، لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن"<sup>4</sup> وقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"<sup>5</sup>، وأجاز الفقهاء للرجل المسلم الزواج بالكافرة شريطة أن تكون كتابية<sup>6</sup>، فلا تحل الوثنية للمسلم وهذا ما أخذ به القانون الموريتاني (م 46، م.أ.ش.م).
- 5- المرأة المطلقة ثلاثا تحرم على من طلقها، فلا يحل له زواجها بعد الطلقة الثالثة إلا إذا انقضت عدتها منه، وتزوجت غيره زواجا صحيحا ودخل بها دخولا حقيقيا ثم فارقها الزوج الثاني بطلاق أو وفاة وتنقضي عدتها حينئذ يجوز للزوج الأول أن يعود إليها بزواج جديد لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"<sup>7</sup> وقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله"<sup>8</sup> والقانون بين حكم المطلقة ثلاثا في (م 47، م.أ.ش.م) على أنه "لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة طلقها ثلاثا إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا" والدخول الذي يعتد به هو الذي بني فيه الرجل بالمرأة ولم يكن لغرض تحليلها لزوجها<sup>9</sup>.
- 6- ما زاد على أربع زوجات، فالإسلام أباح تعدد الزوجات، وأعطى للرجل الحق في أن يجمع بين أربع زوجات في وقت واحد، قال تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة"<sup>10</sup>،

1- حاشية الدسوقي، ج2، ص 240، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج2، ص184

2- سورة النساء، الآية 23.

3- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 31.

4- سورة الممتحنة، الآية 10.

5- سورة البقرة، الآية 221.

6- محمد بن أحمد بن جزىء الغرناطي، مرجع سابق، ص 223.

7- سورة البقرة، الآية 10.

8- سورة البقرة، الآية 230.

9- بلحاج العربي، الوجيز المرجع السابق، ص 181

10- سورة النساء، الآية 3.

والنص القرآني هنا ضيق دائرة إباحة التعدد، بأن جعل مجرد الخوف من الظلم موجبا للاكتفاء بزوجة واحدة، كما قيد الفقه الإسلامي التعدد بتوفر مجموعة من الشروط منها:

- القدرة على الإنفاق عليهن، وعلى حسن المعاشرة .

- علم كل منهن بالأخرى مخافة التغيرير بهن .

- والعدل بينهن في كل شيء، وهنا نشير إلى أن العدل المادي بين النساء ممكن تحقيقه، إلا أن العدل المعنوي يصعب تحقيقه، إذ من الصعوبة على الزوج إقامة التوازن العاطفي بينهن<sup>1</sup>، وفي هذا يقول تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا"<sup>2</sup> ويلاحظ هنا أن المشرع الموريتاني في المدونة أخذ بما جاء في المذهب المالكي، فأباح التعدد إذا توفرت شروط ونية العدل، وكانت كل من الزوجتين السابقة واللاحقة على علم بالأخرى، إن كانت ثمة شروط في أحد العقدين (م 45، م.أ.ش.م) ولكنه لم يحدد العدد المسموح به من الزوجات ولم يبين حكم ما زاد على أربع زوجات في موضوع المحرمات من النساء.

### الفرع الثالث : الشهادة على عقد الزواج :

الشهادة شرط في صحة الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>3</sup> وفقهاء المالكية يرون أن الإشهاد عند العقد مندوب، وعند الدخول واجب، فعقد الزواج يكون صحيحا عندهم ولو لم يحضر الشاهدان مجلسه، ولكن حضور الشاهدين في مثل هذه الحالة لازم وقت الدخول بالزوجة<sup>4</sup>، عكس الأحناف والشافعية والحنابلة الذين يرون لزوم تحقق الشهادة وقت إجراء عقد الزواج، فإذا أجري العقد بدون حضور الشاهدين كان الزواج فاسدا ولو تحققت الشهادة بعد العقد أي عند الدخول<sup>5</sup>.

### 1- نصاب الشهادة في الزواج :

يتحقق نصاب الشهادة في الزواج بشهادة رجلين عدلين وهو ما قال به فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إذ لا يصح عندهم عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين وحجتهم في ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم السابق ذكره<sup>6</sup> "لا نكاح إلا بولي أو شاهدي عدل". أما فقهاء الأحناف فيرون أن الزواج ينعقد بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، محتجين بقول الله تعالى<sup>7</sup> : "استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"<sup>8</sup>.

1- بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 189.

2- سورة النساء، الآية 29.

3- رواه ابن ماجة، ج 1، ص 605.

4- محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، مرجع سابق، ص 222.

5- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 21.

6- عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 61، وأحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 22

7- أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 22، و عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 62

8- سورة البقرة، الآية 282.

والقانون الموريتاني اشترط الشهادة في صحة النكاح محمدا النصاب برجلين عدلين (م 27 م.أ.ش.م) آخذا برأي المالكية في هذا الشأن، متعمدا عدم قبول شهادة النساء في عقود الزواج، مع أنه قبلها في إثبات الرضاع حيث نصت المادة (38 م.أ.ش.م) على أن "الرضاع يثبت بشهادة رجلين ذوي عدل أو بشهادة رجل وامرأة أو امرأتين إن حصل الفشو قبل العقد".

## 2- شروط شهود الزواج :

إن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية لم تبين من الشروط الواجب توفرها في الشهادة في الزواج إلا شرط العدالة في (م 27 م.أ.ش.م)، ويمكن إجمال بقية هذه الشروط في الأهلية، والإسلام، وسماع الشاهدين معا الإيجاب والقبول، والذكورية لمن لا يقبل بشهادة النساء، وسنين هذه الشروط فيما يلي :

أ - الإسلام، فلا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام في الشهادة على الزواج إن كان الزوجان مسلمين، لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لكافر على مسلم<sup>1</sup>، أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فإن أبا حنيفة وأكثرية فقهاء الحنفية لا يشترطون إسلام الشهود في هذه الحالة لاعتبارهم أن الشهادة على المرأة وليست على الزوج، أما باقي الأئمة وبعض فقهاء الأحناف فيشترطون إسلام الشهود إذا كان الزوج مسلما<sup>2</sup>.

ب - الأهلية، وتعني البلوغ والتمتع بالعقل، حيث يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون الشاهدان بالغين عاقلين فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميزا ولا تصح شهادة غير العاقل بسبب الجنون أو غيره.

ج - عدالة الشاهد: نصت المادة (27 م.أ.ش.م) على اشتراط شهادة عدلين على النكاح، والعدالة تعني أن يكون الشخص معروفا بالاستقامة والصدق.

د - أن يكون الشاهدان سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما، فسماع أحدهما دون الآخر لا تصح به الشهادة في الزواج<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني : الشروط الشكلية في عقد الزواج :

يقصد بالشروط الشكلية في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية الموريتاني المسائل المتعلقة بضرورة إتباع الإجراءات الإدارية والتنظيمية التي حددها القانون للزواج، كالتوثيق والتسجيل والإثبات، ضمانا للحقوق الشرعية. وتناولت المدونة الإجراءات التنظيمية والإدارية لعقد الزواج في المواد 75 و 76 و 77 و 78 وسنعالج هذا الموضوع في الفقرتين التاليتين :

## الفقرة الأولى : إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية :

يقصد بإجراءات الزواج كل الترتيبات التي يشترطها القانون لتسجيل العقد وإشهاره لترتيب آثاره القانونية وحمايتها، ومنعا لما كان يقع من تلاعب بعقود الزواج فالمرجع الموريتاني فرض إجراءات محددة لتسجيل وتوثيق عقد

1- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع السابق، ص 22.

2- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع نفسه، ص 22، 23

3- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، المرجع نفسه، ص 23

الزواج، وبين أن الزواج إما أن يقع طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون، فيبرم بحضور ضابط أو وكيل الحالة المدنية الذي يحرر عقداً به، يضمنه كافة المعلومات المتعلقة به وبأطرافه (م75/1، م.أ.ش). وإما أن يقع عقد الزواج دون حضور ضابط الحالة المدنية وفي هذه الوضعية فإنه يجوز لضابط أو وكيل الحالة المدنية تسجيله خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ انعقاده (م75/2 م.أ.ش) فإذا مضت على إبرام العقد العرفي مدة تزيد على ثلاثة أشهر دون تسجيله لدى الحالة المدنية، فإن توثيقه يتطلب استصدار حكم قضائي يثبت هذا الزواج (م75/3، م.أ.ش).

البيانات الواجب تدوينها وإظهارها في عقد الزواج المسجل لدى الحالة المدنية نصت عليها المادة (76، م.أ.ش.م)، والتي جاء في فقرتها الأولى "يسجل عقد الزواج طبقاً للمقتضيات الواردة في المادة (65) من القانون رقم 96 - 019 الصادر بتاريخ 19 يونيو 1996 المتضمن قانون الحالة المدنية."

وجاء في فقرتها الثانية "وتدرج في عقد الزواج كذلك البيانات التالية :

- مقدار المهر مع النص على المعجل منه والمؤجل وتاريخ حلوله أو الإشارة إلى التفويض إذا لم يحدد المهر؛  
- اسم ولقب الزوج السابق لكل من الزوجين في حالة وجوده مع تاريخ الوفاة أو الطلاق الذي نشأ عنه انقضاء عقد الزواج؛

- ذكر الشروط المتفق عليها. "

ونصت في فقرتها الثالثة أن "يوقع على هذه البيانات كل من الزوجين أو وكيليهما والولي والشاهدين وضابط ووكيل الحالة المدنية."

وجاء في المادة 65 من قانون الحالة المدنية توضيح البيانات التي تذكر في عقد الزواج<sup>1</sup> وهي:

- الاسم الشخصي والعائلي، وتاريخ ومكان الأزداد وجنسية ومهنة وسكن الزوجين؛

- الأسماء الشخصية والعائلية وسكن وجنسية آباء وأمهات الزوجين؛

- الأسماء الشخصية والعائلية وسكن الشاهدين؛

- الاسم الشخصي والعائلي، وتاريخ ومكان أزداد وجنسية ومهنة ومقر سكن الولي.

ويشترط لتسجيل عقد الزواج وإصداره:

- أن يتم التصريح بالزواج من طرف الزوجين أو وكيليهما

- أن يسجل من طرف ضابط أو وكيل الحالة المدنية الذي يتبع له مكان وقوع الزواج في الأشهر الثلاثة التي تلي الحدث.

1- د. محمد ولد خباز وآخرون، مجموعة أهم النصوص التشريعية والتنظيمية في موريتانيا، روائع مجدلاوي، 2003، ص 244.

- أن يتحقق ضابط أو وكيل الحالة المدنية لدى فقيه من مطابقة الزواج لأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا خالفها يمتنع من إصدار العقد (م 66 ق.ح.م.م)<sup>1</sup> ويخبر وكيل الجمهورية المختص ترابيا (م 10 ق.ح.م.م)<sup>2</sup>.

- يعد ضابط الحالة المدنية الدفتر العائلي عند التصريح بالزواج، ويسلمه لرئيس العائلة (م 68 ق.ح.م.م)<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: إثبات الزواج:

يثبت الزواج باستصدار مستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، فقد نصت المادة الثانية/ف1 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أن الزواج يثبت بحجة رسمية طبقا لمقتضيات الأحكام الواردة في المدونة، ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة، على أنه "يجوز اعتبارا لواقع معين إثبات الزواج أمام القضاء بالبينه." وبالتالي فإن عقد الزواج الذي يجره ضابط أو وكيل الحالة المدنية، طبقا لأحكام المدونة، هو الوثيقة الرسمية، والوسيلة الأساسية لإثبات الرابطة الزوجية.

أما الزواج الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية (الزواج العرفي)، إذا لم يسجل عند الحالة المدنية في الأشهر الثلاثة التي تلي الحدث، فإن إثباته يتطلب اللجوء إلى محكمة مختصة لاستصدار حكم قضائي بصحته.

### الخاتمة:

إن إيجاد مدونة للأحوال الشخصية الموريتانية يعد إنجازا قيما بغض النظر عن ما يمكن أن يتخللها من نقص أو ثغرات، نظرا لما لها من انعكاسات إيجابية في تنظيم وحماية هذا المجال بعدما ظل زمنا طويلا محكوما باجتهدات فقهية يطبقها هذا القاضي أو ذاك. كما يعتبر سبيلا إلى حماية الحلقة الضعيفة المتمثلة في المرأة والقصر، وخصوصا في ما يتعلق بأحكام عقود الزواج.

لقد اكتفى المشرع الموريتاني بصياغة الأحكام الشرعية الواردة في مشهور الفقه المالكي بشأن الزواج على شكل قواعد قانونية، وأضاف أن ما أشكل من الأحكام الواردة في هذه المدونة، أو لم يرد فيها بشأنه نص، يرجع فيه إلى مشهور مذهب الإمام مالك رحمه الله.

ويتضح لنا من خلال نصوص المدونة أن الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة، بقصد الإحصان والإنجاب، له أركان وشروط إذا توفرت صح، وإذا اختل بعضها فسد، وهو عقد غير قابل للتوقيت، يقوم على الرضا وحسن الاختيار، وقد جاء في المدونة أن المرأة البالغة لا يصح تزويجها بدون رضاها، ولا أن تتزوج بدون وليها، هذا النص لم يفد المرأة بكثير، فالولي ما زال يتحكم في مصيرها لأن المرأة الموريتانية معروفة بالاحتشام، الذي يلجمها عن نقاش كل ما يتعلق بالزواج مع ذويها مهما كان عمرها، أخرى أن تعارضهم أو ترفع قضية ضدهم إلى المحاكم، لذلك فإن منعها من أن تعقد على نفسها أو تختار من يعقد عليها من أوليائها، وربط صحة النكاح بقبول الولي أمر مجحف في حقها، وسياسهم في دعم تعسف الأولياء تجاه النساء ومنعهم من الزواج بحجج واهية وغير مبررة (كالكفاءة مثلا)، وكان

<sup>1</sup> د. محمد ولد خباز وآخرون، مرجع سابق، 2003، ص 244

<sup>2</sup> د. محمد ولد خباز وآخرون، نفس المرجع، ص 234

<sup>3</sup> د. محمد ولد خباز وآخرون، نفس المرجع، ص 244



الأجدر بالمشرع الموريتاني أن يأخذ بالرأي الفقهي الذي أخذ به نظيره في المغرب والجزائر وغيرهم من الدول الإسلامية، وهو رأي بعض أئمة وعلماء المسلمين، تاركا الحق للمرأة البالغة في أن تعقد على نفسها، أو تختار من يتولى عقدها من الأولياء الشرعيين، حماية لها من التعسف الذي يسببه ترتيب الولاية.

ومن الأحكام الهامة التي تهدف إلى حماية الأسرة والقصر، ما ورد في المدونة من تحديد لأهلية الزواج في استكمال طرفي العقد من الجنسين ثمانية عشر سنة من العمر، والتمتع بالقوى العقلية، لكنه أقر مع ذلك إمكانية زواج القاصر بعد الإذن المسبق من وليه، أو إقراره لاحقا من طرف الولي أو القاضي، بشرط أن يكون لمصلحة القاصر، وحسنا فعل المشرع نظرا للخصوصيات الموريتانية المتمثلة في أمية الكثير من الفتيان والفتيات وفقر ذويهم، مما يجعل الزواج المبكر حصنا لهم من الضياع في أغلب الأحيان، إلا أنه قطع الطريق أمام القاصر الذي زوج تعسفا من طرف وليه دون مراعاة لمصلحته، في اللجوء للقضاء لإنصافه، حيث أقر صحة الزواج في المادة السابعة من المدونة الذي ثبت أن لا مصلحة فيه للقاصر ومعاقبة الولي، وكان الأجدر بالمشرع أن يسمح للقاصر بحقه في التظلم في مثل هذه الحالة، وأن يحدد السن الأدنى لزواج القاصر في خمسة عشر سنة من العمر، وأن يكون بإذن من القاضي، بعد التأكد من أن أجسامهم قادرة على تحمله، وأن يمنح للراشدة حق اختيار من يتولى العقد عليها من بين الأولياء دون مراعاة لترتيبهم، حماية لها من التعسف.

قائمة المراجع :

أولا : الكتب :

- 1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6، السنة: 2010،
- 2- محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، دار الرشد الجديدة، الدار البيضاء، ط2، سنة 2001.
- 3- الإمام محمد اسماعيل الكحلاني، سبل السلام، المجلد الثاني، دار الفكر
- 4- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار شتات للنشر، مصر 2009،
- 5- عبد العزيز توفيق، مدونة الأسرة (المغربية)، دار الثقافة، الدار البيضاء، 2004
- 6- حاشية الدسوقي، ج2
- 7- المدونة الكبرى للإمام مالك، ج2، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة
- 8- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر
- 9- محمد ولد خباز وآخرون، مجموعة أهم النصوص التشريعية والتنظيمية في موريتانيا، روائع مجدلاوي، 2003
- 10- د.عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004

11- محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم، دار الحديث القاهرة، 2007

ثانيا : المقالات :

1 - د. فيلاي علي، امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 41 رقم 01 سنة 2000 .

2- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في ق.أ.ج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية ج 37 رقم 4 سنة 1999 .

3- القاضي: هارون ولد عمار ولد إديقي، م.أ.ش.م بين الشرعية الحقوقية والشرعية الإسلامية، مجلة المحاكم الموريتانية العدد الأول يونيو 2013 .

ثالثا : المراجع الأجنبية :

3- Dr MOHAMED YAHYA ABDELWEDOUD, Réflexion sur les nullités des mariages en droit mauritanien .Revue mauritanienne de droit et d'économie No 20-Juin 2013

## حسابات الاستثمار ونكيفها القانوني في المصارف الإسلامية والنقلية



من إعداد : يوسف مختار أبوشعالة

معيد بقسم القانون الخاص - كلية القانون

جامعة مصراتة - الجمهورية الليبية الشقيقة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

فإلى جانب المصارف التقليدية القائمة حالياً، أصبحت المصارف الإسلامية واقعاً ملموساً نشهده اليوم في العديد من الدول، وإن كانت فكرتها في ليبيا تعد مولوداً جديداً لا يزال يتكون ويتأسس، وذلك بعد صدور القانون رقم (46) لسنة 2012م بإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية لقانون المصارف.

ومن ضمن المصادر الخارجية للأموال في كلا النوعين من المصارف، نجد حسابات الاستثمار أو الودائع لأجل كما تسمى في المصارف التقليدية، فهذه الحسابات أو الودائع على الرغم من أن مفهومها واحد في كلا المصرفين، إلا أن طبيعتها القانونية في كليهما ليست واحدة، فالألية أو الصيغة التعاقدية التي تتبعها المصارف الإسلامية بصدد هذه الحسابات، تختلف جذرياً عن الصيغة التعاقدية التي تلجأ إليها المصارف التقليدية؛ فإذا كانت العلاقة بين الأولى والعميل هي علاقة مضاربة فإن علاقة الثانية بالعميل تتركز أساساً على عقد القرض، يُضاف إلى ذلك أن المصرف الإسلامي يوظف هذه الحسابات ويستثمرها عبر الدفع بها لمستثمرين تكون علاقته بهم هي الأخرى علاقة مضاربة أو غيرها، بينما لا توظيف للمصرف التقليدي لهذه الودائع إلا عبر إقراضها مرة أخرى والاستفادة من فرق السعر بين فائدة الإقراض وفائدة الاقتراض.

وبالتالي فإن إشكالية البحث تتركز بشكل رئيسي حول ماهية حسابات الاستثمار، وبيان تكييفها القانوني في المصارف الإسلامية والتقليدية.

والصعوبة الأبرز في هذا البحث تكمن في عدم وجود دراسات أو أبحاث تناولت حسابات الاستثمار (الودائع لأجل) أو تكييفها القانوني على نحو متكامل وفي إطار نظري واحد - على حد علمي -، يستوي في ذلك

المؤلفات المتخصصة في المصارف الإسلامية، والمؤلفات القانونية ذات العلاقة، وكل ما هنالك هو جزئيات متناثرة بين هذه المراجع أو تلك.

**هدف البحث :**

يهدف هذا البحث إلى بيان ماهية حسابات الاستثمار، وتوضيح الطبيعة القانونية لها في المصارف الإسلامية والتقليدية، وذلك من خلال معرفة طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل وتحديد أبرز آثارها.

**أهمية البحث :**

تتمثل أهمية البحث في كونه محاولة متواضعة لجمع شتات ما تفرق بين الكتب والمراجع حول حسابات الاستثمار، وللتعرف على تكييفها القانوني في كلا النمطين من المصارف.

**منهجية البحث :**

من أجل الإلمام بمفهوم حسابات الاستثمار، وبيان آلية توظيفها في المصارف الإسلامية والتقليدية؛ فقد تم الاعتماد على المنهج النظري الوصفي في عرض الموضوع في مجمل البحث، كما تم الاعتماد على المنهج المقارن لتوضيح مواطن الاختلاف بين آلية توظيف هذه الحسابات في المصارف الإسلامية وفي المصارف التقليدية، وذلك في المطب الثاني على وجه الخصوص.

وعلى ضوء ما تقدم فقد تمت معالجة الموضوع في إطار خطة ثنائية تتكون من مطلبين رئيسيين، مسبقين بتمهيد، وذلك على النحو التالي :

تمهيد/ التعريف بالمصارف الإسلامية والتقليدية.

المطلب الأول/ ماهية حسابات الاستثمار.

الفرع الأول/ مفهوم حسابات الاستثمار وأنواعها.

الفرع الثاني/ تمييز حسابات الاستثمار عن غيرها من الحسابات المصرفية.

المطلب الثاني/ طبيعة حسابات الاستثمار.

الفرع الأول/ آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية.

الفرع الثاني/ آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف التقليدية.

خاتمة/ تتضمن النتائج والمقترحات.

## تمهيد : التعريف بالمصارف الإسلامية والتقليدية :

تتعدد مصادر الأموال في المصارف الإسلامية والتقليدية، وكذلك تختلف أساليب توظيفها في كل مصرف عن الآخر، ومن بين هذه المصادر حسابات الاستثمار، أو كما تعرف في المصارف التقليدية بالودائع أو الحسابات لأجل، وهي من ضمن المصادر الخارجية للأموال في كلا المصرفين.

ولكن قبل الخوض في بحث حسابات الاستثمار وتكييفها القانوني في كلا النمطين من المصارف، يُحبذ لو أن يبدأ العرض للموضوع بتمهيد موجز يتضمن تعريف كل من المصرف الإسلامي والتقليدي أولاً، ثم بيان ما يميز به كل منهما من خصائص ثانياً، وذلك على النحو التالي :

## أولاً/ تعريف المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي :

قبل أن أبدأ بتعريف المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي، لا بأس من أن أعرج بتعريف المصرف إجمالاً لغةً واصطلاحاً، لأنطلق بعدها إلى تعريف كل من المصرفين.

## تعريف المصرف لغة :

المصرف بكسر الراء: اسم مكان مشتق من الصَّرَف، والصَّرَف في اللغة مصدر ثلاثي من باب ضرب<sup>(1)</sup>، ويأتي لمعان كثيرة، أهمها المعنيين الآتين<sup>(2)</sup> :

المعنى الأول : بيع النقد بفضه ببعض، سواءً اتحد الجنس أم اختلف، المعنى الثاني: رد الشيء وتحويله من حال إلى حال.

أما اصطلاحاً فقد عُرِّف الصَّرَف بعدة تعاريف لا تخرج أغلبها عن معنى مبادلة النقد بالنقد<sup>(3)</sup>.

(1) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، 1972م، طبعة خاصة - دار القرآن الكريم- بيروت، ص362.

(2) انظر بتوسع كلاً من: عبد الرزاق رحيم جدي الهيبي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1998، ص26 وما يليها، يوسف بن عبد الله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية، المجلد الأول، 2002، ص30.

(3) انظر بعضاً من هذه التعريفات لدى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيبي، مرجع سابق، ص28، وقد عرِّفت مجلة الأحكام العدلية الصَّرَف في المادة (121) بأنه بيع النقد بالنقد.

## تعريف المصرف اصطلاحاً:

يبدو أنه من الصعب إيجاد تعريف شامل ومنضبط لماهية المصرف، ومرد ذلك عدة عوامل وأسباب<sup>(1)</sup>، الأمر الذي قاد إلى تعدد للتعريفات التي أوردها الشراح للمصرف:

فهناك من عرفه بأنه: " هو المنشأة التي تقبل الودائع من الأفراد والهيئات تحت الطلب أو لأجل، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلف"<sup>(2)</sup>.

وعرف كذلك بأنه: " منظمة، أو وحدة اقتصادية، تتعامل أو تتاجر بالنقد؛ أو تلك المنظمة التي تقوم على سبيل الاحتراف بتلقي أموال المودعين على شكل ودائع وما في حكمها، ثم إعادة استخدام هذه الأموال لحسابها الخاص في عمليات الخصم والائتمان أو في العمليات المالية الأخرى"<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ أن هذين التعريفين وغيرهما إنما ينصرفان إلى مفهوم المصرف التجاري التقليدي، ولا ينطبقان على مفهوم المصرف الإسلامي، ويبدو ذلك واضحاً من خلال بعض العبارات التي اشتملتها، كالإقراض والائتمان و... إلخ<sup>(4)</sup>. والآن نأتي لبيان تعريف المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي.

## 1- تعريف المصرف الإسلامي:

تعرفنا أعلاه على معنى المصرف، وبقي أن أُبين ما يعنيه وصفه بأنه إسلامي؛ وفي هذا الصدد فقد تعددت التعريفات التي ساقها البُحاث للمصرف الإسلامي:

فعرّفه أحدهم بأنه: " مؤسسة مالية مصرفية، تزاوّل أعمالها وفق أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(5)</sup>.

(1) انظر في هذه العوامل والأسباب: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية طبعة خاصة - دار القرآن الكريم- بيروت، ص362.

- انظر بتوسع كلاً من: عبد الرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1998، ص26 وما يليها، يوسف بن عبد الله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية، المجلد الأول، 2002، ص30.

- انظر بعضاً من هذه التعريفات لدى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيثي، مرجع سابق، ص28، وقد عرّف مجلة الأحكام العدلية الصّرف في المادة (121) بأنه بيع النقد بالنقد.

- "الأساس الفكري والممارسات الواقعية" دورها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية على المصارف العاملة بمملكة البحرين، منشورات جامعة 7 أكتوبر، مصراته - ليبيا، ط1، 2010، ص24، يوسف بن عبد الله الشيبلي، مرجع سابق، ص30، 31.

(2) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص25.

(3) خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيّفان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق المحاسبية الحديثة"، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2008، ص18.

(4) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية، مرجع سابق، ص25.

(5) عبد الرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص174.

وعرفه آخر بأنه: " مؤسسة مالية مصرفية، تقوم بالأعمال المصرفية من حشد للمدخرات وتوظيف للأموال وتقديم مختلف الخدمات المصرفية وفق أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(1)</sup>.

وعرف كذلك بأنه: " مشروع اقتصادي محكوم بقواعد الشريعة الإسلامية له غايات اقتصادية وأهداف اجتماعية"<sup>(2)</sup>، وهذا هو التعريف الأنسب، لشموليته وإيجازه وتركيز عباراته.

وقد عرفت لجنة خبراء التنظيم في المصارف الإسلامية، المصرف الإسلامي بأنه: " مؤسسة مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية بما يخدم بناء مجتمع التكافل الإسلامي، وتحقيق عدالة التوزيع، ووضع المال في المسار الإسلامي"<sup>(3)</sup>.

وما يمكن ملاحظته على التعريفين الأولين، هو أنهما ركزا على جانب واحد في المصارف الإسلامية، وهو اتساق جميع معاملاتها مع أحكام الشريعة الإسلامية وبالتحديد عدم تعاملها بالفائدة؛ ولكنهما أغفلا ذكر جوانب أخرى مهمة تداركها من ساقوا التعريفين الآخرين، منها مثلاً تحديد ماهية المصرف بشكل دقيق، وبيان غاياته وأهدافه التي ترتقي عن مجرد الربح المادي وتتعداه إلى أهداف أخرى أكبر وأسمى تتمثل في تحقيق التنمية بمختلف جوانبها الاقتصادية والاجتماعية<sup>(4)</sup>.

وقد وصفت المادة (100 مكررة 1) من الفصل الرابع من قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م، والخاص بالصيرفة الإسلامية، والذي تمت إضافته بالقانون رقم (46) لسنة 2012م الخاص بتعديل القانون سالف الذكر وإضافة الفصل المشار إليه، في البند أولاً منها؛ المصرف الإسلامي بأنه:

" هو المصرف الذي يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الأساسي التزاماً بممارسة أنشطة الصيرفة الإسلامية، سواء في مجال قبول أموال المودعين، أو في مجالات البيوع والتمويل والاستثمار، أو في تقديم الخدمات المصرفية الأخرى، وذلك بما يحقق قيمة مضافة اقتصادية واجتماعية، وفق ما تقره هيئة الرقابة الشرعية المركزية"<sup>(5)</sup> (\*)

(1) خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيقان، مرجع سابق، ص31.

(2) رفعت السيد العوضي "تحريراً"، على جمعة محمد "تقديماً"، موسوعة الاقتصاد الإسلامي " في المصارف والنقود والأسواق المالية"، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ودار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، المجلد5، ط1، 2009، ص137.

(3) عن موقع المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، [www.islamicfi.com](http://www.islamicfi.com) 2004/12/12، مشار إليه لدى: عبد القادر جعفر جعفر، العمل المصرفي الإسلامي في ظل القوانين السارية، بحث مقدم إلى " مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول"، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 31 مايو- 3 يونيو 2009م، ص35.

(4) ويظل كل ذلك رهين بعمل المصارف الإسلامية على أرض الواقع، فما قيل أعلاه يظل حبراً على ورق؛ والوقت والتطبيق العملي هما الفيصل في إثبات ما ذكر.

(5) وقد أوضحت ذات المادة المقصود بالصيرفة الإسلامية في البند ثانياً، بأنها هي: تقديم الخدمات المصرفية، وممارسة أعمال التمويل والاستثمار، وفقاً لصيغ المعاملات المصرفية، التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما أوضحت في البند ثالثاً المقصود بالهيئة المركزية للرقابة الشرعية: وهي الهيئة التي يتم تكوينها بمصرف ليبيا المركزي، طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (100 مكررة 6).

(\*) وقد نُشر القانون رقم (46) لسنة 2012م المشار إليه، بالجريدة الرسمية، السنة الأولى، العدد(13)، 2012/7/5م، ص760.

## 2- تعريف المصرف التقليدي :

تعتبر المصارف التقليدية الأسبق في الظهور والنشأة كمؤسسات<sup>(1)</sup>، إذ تعود إلى بدايات عصر النهضة الأوروبية في مدن شمال إيطاليا التي شهدت حركة تجارية واقتصادية نشطة؛ وقد عُرِّفت هي الأخرى بتعريفات متعددة سبق وأن أشرت لبعضها عند تعريفي لمفهوم المصرف اصطلاحاً وقلت حينها بأن هذه التعريفات إنما تنطبق على مفهوم المصرف التجاري أو التقليدي<sup>(2)</sup>، ولكن يمكن أن أعرض لبعض التعريفات الأخرى التي لن تخرج عن المعنى السابق:

فقد عُرِّف بأنه : " عبارة عن مؤسسة ائتمانية غير متخصصة تضطلع أساساً بتلقي ودائع الأفراد القابلة للسحب عند الطلب، أو بعد أجل قصير، وتتعامل بصفة أساسية في الائتمان القصير الأجل"، كما عُرِّف بأنه " المؤسسة التي تُقبل ديونها في تسوية الديون بين أفراد ومؤسسات المجتمع"<sup>(3)</sup>.

وعُرِّف كذلك بأنه : " المؤسسة التي ينحصر نشاطها في مبادلة تعهداتها بالدفع لدى الطلب - والتي تتمتع بالقبول العام- بديون الآخرين، سواء أكانوا أفراداً أم مؤسسات أم حكومات"<sup>(4)</sup>.

وقد عُرِّفت المادة (65) في بنديها، من قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005م المصرف التجاري بقولها: " يعتبر مصرفاً تجارياً كل شركة تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع في حسابات جارية، تدفع عند الطلب، أو في حسابات لأجل، ومنح القروض والتسهيلات الائتمانية، وغير ذلك من الأعمال المصرفية، وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون... ولا يعتبر مصرفاً تجارياً، في تطبيق أحكام هذا القانون المصرف المتخصص الذي يكون غرضه الرئيسي التمويل ومنح الائتمان لأنشطة محددة ولا يكون قبول الودائع تحت الطلب من أوجه نشاطاته الأساسية...".

وهكذا بعد أن استوضحت تعريف كل من المصرفين على حدة في الفقرة السابقة من هذا التمهيدي، أصل بيان الخصائص المميزة لكل مصرف وذلك في الفقرة التالية.

(1) أما كمعاملات وصيغ، فإن تاريخ الحضارة الإسلامية يزخر بالكثير منها، انظر في ذلك: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص32.

(2) انظر الصفحة السابقة.

(3) هذان التعريفان وغيرهما مشار إليها لدى: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 65.

(4) هذا التعريف مشار إليه لدى عبد الرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 52.



ثانياً / الخصائص المميزة لكل من المصرفين :

تبعاً للسياق الذي انتهجته منذ البداية، أبدأ أولاً ببيان خصائص المصرف الإسلامي وما يتميز به ، ثم أوضح الخصائص المميزة للمصرف التقليدي ، على النحو التالي :

### 1- خصائص المصرف الإسلامي :

يتميز المصرف الإسلامي بالعديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من المصارف الأخرى، ومن هذه الخصائص ما يلي<sup>(1)</sup>:

#### أ- الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في كل معاملاته :

لعل أول خاصية يمكن أن تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن خصائص المصرف الإسلامي، هي كونه يتقيد في إجراء كل معاملاته وبمختلف صورها بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ويبدو ذلك جلياً في استبعاده التعامل بالفائدة الربوية، ومحاولة إيجاد البديل الشرعي لكثير من المعاملات غير الشرعية، واستثمار المشاريع وتمويلها وتقييدها في ذلك بقاعدة الحلال والحرام، وذلك بالنظر في مجالات وأهداف هذه المشاريع فلا يقدم المصرف تمويلاً أو مساعدة لمشروعات تخدم مجالات يحرمها الإسلام مثل مصانع الخمور والتبغ وغيرها...، وكذلك دفع الظلم في المعاملات من احتكار أو غش أو تدليس وكل أمر يمكن أن يضر بالمصلحة العامة.

#### ب- الشفافية في التعامل :

يتميز المصرف الإسلامي بالصدق والصراحة والوضوح والشفافية في تعامله مع عملائه، فيلتزم بضمان سرية معاملاتهم وعدم الإضرار بمصالحهم، كما يلتزم بإطلاعهم على كل ما يجب أن يعرفوه عن المصرف من بيانات ومعلومات عند توظيف أموالهم.

#### ج- متابعة ورقابة معاملات المصرف رقابة شرعية :

وهذه الرقابة ذات شقين، شق ذاتي ينطلق من كون المسلم رقيب على نفسه حريص على الإخلاص في عمله، ومن ثم فهو يؤدي وظيفته على أكمل وجه.

وشق خارجي يتمثل في الدور الرقابي الذي تقوم به هيئة الرقابة الشرعية في كل مصرف يمارس أنشطة الصيرفة الإسلامية، والتي تعينها الجمعية العمومية للمصرف ولا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من المختصين في علوم الشريعة والقانون والمصارف الإسلامية وذوي الخبرة في فقه المعاملات، مع مراعاة بعض الضوابط الأخرى التي نص عليها القانون<sup>(2)</sup>، ووظيفة هذه الهيئة متابعة وفحص وتحليل الأعمال والتصرفات التي يقوم بها المصرف كافة.

(1) انظر هذه الخصائص وبتوسع لدى كل من: عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، مرجع سابق، ص191 وما بعدها، محمد الطاهر الهاشمي، مرجع سابق، ص150 وما بعدها، وخالد أمين عبدالله، حسين سعيد سيفان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق المحاسبية الحديثة"، مرجع سابق، ص35.

(2) المادة (100 مكررة 1، مكررة 7) من القانون رقم (46) لسنة 2012م، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف، وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية، الجريدة الرسمية، السنة الأولى، العدد(13)، 2012/7/5م، ص760.

وإلى جانب ذلك توجد الهيئة المركزية للرقابة الشرعية التي يتم تكوينها لدى المصرف المركزي<sup>(1)</sup>، هذا بالإضافة إلى وجود إدارة للمراجعة والتدقيق الشرعي تابعة لمجلس إدارة المصرف، تختص بالمراجعة والتدقيق الشرعي لأعمال المصرف اليومية وفقاً للمعايير الدولية المقررة في شأن مراجعة حسابات المصارف الإسلامية<sup>(2)</sup>.

## د- ربط التنمية الاقتصادية بالتكافل والتنمية الاجتماعية :

وهذه خاصية ومزية أخرى للمصرف الإسلامي وتحديد جوهره ومفهومه لا تقل أهمية عن الخاصية الأولى، فغاية المصرف الإسلامي لا تقف عند حد الربح المادي المجرد أو فقط تحقيق التنمية الاقتصادية، بل إن هدفه وغاياته أسمى من ذلك وهي تحقيق التعاون والتكافل الاجتماعي في المجتمع الإسلامي، وذلك عبر آليات وسبل كثيرة ومتعددة تتفق وأحكام الشريعة الغراء، منها مثلاً: تقديم العون والمساعدة للمتعاملين معه بشتى الطرق، كذلك تقديم القروض الحسنة الخالية من الفوائد الربوية لتحقيق غايات إنسانية كالعلاج والزواج وتقديم المساعدة عند حدوث الكوارث...

كذلك قيامه بتجميع الزكاة من أموال المساهمين والمتعاملين عبر إنشاء صندوق خاص بهذا الأمر، ثم يتولى مهمة توزيعها وإعادة صرفها على مستحقيها من الأصناف الثمانية التي حددها القرآن الكريم.

هذا فضلاً عن مساهمته في المشروعات الاجتماعية التي لا تهدف للربح المادي، وإنما تقديم خدمات اجتماعية للمجتمع، كالجمعيات الخيرية مثلاً.

كانت هذه بعضاً من الخصائص المميزة للمصرف الإسلامي، ونأتي الآن لتبيان خصائص المصرف التقليدي.

## 2- خصائص المصرف التقليدي<sup>(3)</sup> :

أ- يعتبر المصرف التقليدي مؤسسة تجارية ربحية تهدف إلى تحقيق الربح المادي من خلال اقتراض الأموال وإقراضها والذي يعتمد على الفوائد الربوية، حيث يعتبر الإقراض النشاط الأساسي للمصارف التقليدية، وتمثل الفوائد على القروض المصدر الأول لإيرادات المصرف وفق بعض الإحصاءات والدراسات، ويقوم كذلك بجمع المدخرات وقبول الودائع بأنواعها المختلفة، وعلاقة المودع بالمصرف هي علاقة دائن بمدين.

ب- قدرة المصرف التقليدي على التأثير المباشر في عرض النقود وذلك من خلال قيامه بعملية اشتقاق الودائع لتوليد ودائع جديدة لم تكن موجودة ومن ثم زيادة حجم المعروض من النقود، بالقيام بعمليات الإقراض والاستثمار في الأوراق المالية المختلفة.

ج- تتسم أعماله ونشاطاته على وجه العموم بالاستخدام قصير ومتوسط الأجل، وتقل إلى حد كبير التوظيفات ذات المدى البعيد.

(1) انظر مثلاً: المادة (100 مكررة 1، مكررة 6) من القانون سالف الذكر.

(2) المادة (100 مكررة 1، البند خامساً).

(3) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 82، 83، ص 101 هامش(1).

د- يقتصر نشاط المصرف التقليدي على الاستثمار في الأصول المالية فقط، ولا يمارس أية أعمال استثمارية في أصول حقيقية كسواء أراضٍ أو عقارات أو... لأن هذه الاستثمارات تنطوي على مخاطر كبيرة، وبالتالي فإن التشريعات المنظمة لهذا المصرف تحظر عليه الاستثمار في مثل هذه الأصول لأن ذلك قد يعرض أموال المودعين للمخاطر.

هـ- يعتمد المصرف التقليدي بشكل أساسي على الودائع الجارية كأحد مصادر أمواله، ومعلوم أن هذه الودائع قابلة للسحب الفوري دون إشعار مسبق للمصرف، ولا شك أن ذلك يجعل المصرف أكثر عرضة للمخاطر، مما يفرض عليه التوفيق عند إدارة هذه الودائع بين متطلبات السيولة والربحية.

يتضح من جملة هذه الخصائص أن نظرة المصرف التقليدي نظرة قاصرة وليست بعيدة المدى، إذ أنها تقف عند حد تحقيق الربح المادي الآني والسريع دون النظر لأبعاد وتبعات ما يمارسه ويقوم به من أنشطة ومعاملات ومدى انعكاسها بالإيجاب على المجتمع بأكمله من خلال تحقيق التنمية الشاملة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها؛ بخلاف ما عليه الحال في المصرف الإسلامي لو عمل هذا الأخير وفق الضوابط الشرعية التي أسس من أجلها والالتزام بها في شتى معاملاته.

وبذا أكون قد أنهيت التمهيد للموضوع بتعريفي لمفهوم المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي وما يميز كلا منهما من خصائص<sup>(1)</sup>، لأنتقل الآن إلى صلب الموضوع وهو حسابات الاستثمار وتكييفها القانوني في كلا المصرفين في مطلبين متتاليين.

#### المطلب الأول: ماهية حسابات الاستثمار:

تعتبر حسابات الاستثمار (الودائع لأجل) أحد المصادر الخارجية للأموال سواء في المصارف الإسلامية أو التقليدية، فهي تعد مصدراً رئيسياً لموارد كلا المصرفين، ففي مصرف البحرين الإسلامي بلغ متوسط نسبة حسابات الاستثمار خلال خمس سنوات 90% من إجمالي موارد المصرف الخارجية<sup>(2)</sup>، وتوصف بأنها عصب النظام المصرفي الحديث لما تتمتع به من ثبات نسبي يساعد المصارف على توظيف أكبر قدر ممكن منها<sup>(3)</sup>.

وللتعرف على ماهية حسابات الاستثمار، فإنني سأقسّم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث يكون الأول حول مفهوم هذه الحسابات وأنواعها، بينما يُخصص الثاني لتمييز هذه الحسابات عن غيرها من الحسابات المصرفية.

(1) للتعرف على أهم الفروق بين المصارف الإسلامية والتقليدية، انظر مؤلف سامر مظهر قنطعجي، تقدم: حسام الدين عفانة، الفروق الجوهرية بين المصارف الإسلامية والمصارف الربوية، شعاع للنشر والعلوم، حلب- سورية، ط1، 2007.

(2) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، جدول رقم 30، ص361.

(3) انظر: يوسف بن عبد الله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص131.

## الفرع الأول: مفهوم حسابات الاستثمار وأنواعها:

حسابات الاستثمار هي التسمية الشائعة لدى المصارف الإسلامية، بينما تسمى في المصارف التقليدية "الحسابات لأجل"، والمقصود منهما واحد إلا أنهما يختلفان في طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل<sup>(1)</sup>، وبالتالي سأبدأ بتعريف حسابات الاستثمار أولاً، ثم أُبين أنواعها ثانياً.

## أولاً/ تعريف حسابات الاستثمار:

لعل أنسب تعريف لحسابات الاستثمار هو أنها: "اتفاق بين المصرف والعميل، يودع الأخير بمبلغاً من النقود لدى البنك، لا يجوز له سحبه أو سحب جزء منه قبل تاريخ متفق عليه، وفي مقابل ذلك يحصل المودع على عائد(فائدة أو ربح) بصفة دورية أو يحصل عليه في نهاية مدة الإيداع"<sup>(2)</sup>، وكما أشرت أعلاه فالمعنى المقصود منها واحد سواء سُميت بالحسابات أو بالودائع مع اختلاف في تكييف العلاقة بين المصرف والعميل في المصرف الإسلامي عن المصرف التقليدي.

ولكي نكون أمام حساب استثماري بالمعنى السابق لا بد من توافر عنصرين أو عاملين أساسيين:

1- المبلغ، وذلك بالأقل المبلغ المودع عن حد معين تشترطه المصارف عادة.

2- الزمن، بحيث تشترط المصارف على المودع عدم سحبه وديعته كلها أو بعضها قبل مضي فترة معينة من الإيداع<sup>(3)</sup>.

ويحصل المودع في حسابات الاستثمار على معدلات فائدة أو ربح أعلى مقارنة بما يحصل عليه المودع في حسابات التوفير<sup>(4)</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن ملاحظة بعض الخصائص التي تميز حسابات الاستثمار عن أية عملية مصرفية أخرى<sup>(5)</sup>:

1- أنها مجرد صيغة تعاقدية بين البنك والمستثمر، وتُدمج ضمن الميزانية العمومية للبنك بحيث أن أموال المستثمرين تُخلط مع أموال المساهمين باعتبارهم مالكي البنك.

2- تتصف حسابات الاستثمار بعدم المرونة وعدم ملاءمتها لصغار المودعين، فهي من ناحية تستلزم احتفاظ المودع بالوديعة مدة طويلة نسبياً، كما أن حدود الاشتراك فيها مرتفعة نسبياً؛ ونتيجة لذلك يُلاحظ أن ودائع الشركات والهيئات الحكومية وكبار المستثمرين تشكل أهمية نسبية عالية في إجمالي الحسابات الاستثمارية.

(1) انظر: المرجع السابق نفسه، ص123، وسوف أُبين طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل لاحقاً في المطلب الثاني.

(2) المرجع السابق نفسه، ص123.

(3) انظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص268.

(4) انظر: منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية" مدخل اتخاذ القرارات"، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة، 1996، ص151، وستتعرف على حسابات التوفير وما تعنيه وأوجه الشبه والاختلاف بينها وبين حسابات الاستثمار في الفقرة ثانياً من الفرع الثاني من هذا المطلب.

(5) انظر هذه الخصائص لدى: يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص124 وما يليها.

3- إذا كان المودع في حاجة إلى جزء من حسابات الاستثمار لسداد التزاماته، فلا يمكنه أن يحصل عليه إلا في صورة نقدية أو أن يحوله إلى حسابه الجاري ليحرر شيكات للصرف منه، فهو لا يستطيع السحب منها مباشرة بشيكات.

4- يكون الاسترباح في هذه الحسابات بالنسبة للمستثمر بمصوله على عوائد دورية توزع بنهاية الفترة، باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها للمستثمر أن يحصل على أرباح رأسمالية من خلال هامش الربح بين سعر الشراء والبيع<sup>(1)</sup>.

5- يحق لأصحاب هذه الحسابات رهنها أو رهن جزء منها لضمان الوفاء بالتزاماتهم الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب للمصرف أو لمؤسسة أخرى.

6- تحتسب الفائدة على حسابات الاستثمار في المصارف التقليدية من اليوم الأول للإيداع، ويتم تحديد سعر الفائدة بناءً على السعر السائد في يوم الإيداع، وعندما تكون الفائدة ثابتة غير متغيرة يستمر العمل بذلك المعدل من الفائدة بصرف النظر عن التغيرات التي تحدث في ذلك المعدل فيما بعد، وتستحق الفائدة في نهاية المدة وتُدفع عندئذ، أما إذا كانت الفائدة متغيرة فإن ما يستحقه العميل هو الفائدة الجارية، أو معدل فائدة معتمد عليها.

ويكون الربا أوضح ما يكون في أعمال المصارف في هذا النوع من الحسابات، فالمصرف يستربح من فرق هامش الربح بين سعر فائدة الإيداع والفائدة على الإقراض، من خلال دور الوساطة الذي يقوم به المصرف بين المقرضين والمقترضين.

وأيضاً في المصارف الإسلامية هناك أمرين يتم احتساب عمر الوديعة من خلالهما:

- بالأيام، إذ يبدأ احتساب عمر الوديعة من اليوم التالي لعملية الإيداع.
  - بالشهور، إذ يبدأ احتساب عمر الوديعة في بداية الشهر الذي يلي الإيداع.
- وبعد أن تعرفنا على حسابات الاستثمار وما تعنيه، يمكننا أن نتساءل: هل هذه الحسابات على نمط واحد، أم أنها تتنوع إلى عدة أنواع؟ هذا ما سنعرفه في الفقرة التالية.

## ثانياً/ أنواع حسابات الاستثمار:

حسابات الاستثمار أو الودائع لأجل ليست على نمط واحد، وإنما تتنوع إلى عدة أنواع اختلف الباحث في تصنيفها وفقاً لعدة اعتبارات<sup>(2)</sup>، كما أن المصارف نفسها تختلف فيما بينها عند تصنيفها لحسابات الاستثمار<sup>(3)</sup>؛ ولذلك فإنني سوف أتبع التصنيف الذي وضعه المشرع في قانون المصارف لسنة 2005، والمستشف من قراءة نص

(1) من هذه الحالات مثلاً: الحسابات ذات الشهادات القابلة للتداول، أو عندما تجيز لائحة المصرف للمستثمر بيع حصته من الوديعة أو التنازل عنها.

(2) انظر في هذه التصنيفات المراجع المشار إليها في الهوامش السابقة وما يُستجد من مراجع في الهوامش اللاحقة.

(3) فمثلاً البنك الإسلامي الأردني يصنفها إلى أربعة أصناف: 1- حسابات الاستثمار المطلقة (لأجل، لإشعار، توفير)، 2- حسابات الاستثمار المقيدة،

3- حسابات المحافظ الاستثمارية (سندات المقارضة)، 4- حسابات الاستثمار بالوكالة، انظر: تجارب رائدة في الصيرفة الإسلامية" تجربة البنك

الإسلامي الأردني"، تقديم: حسين سعيد، مقدمة لورشة المصارف الليبية والصيرفة الإسلامية، 7-10/6/2009م، ص17.

المادة (100 مكررة 3) من القانون، والمضافة بموجب القانون رقم (46) لسنة 2012م المتعلق بتعديل القانون سالف الذكر وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية؛ والتي بعد أن نصت على أنه :

"يجوز للمصارف المرخص لها بممارسة أنشطة الصيرفة الإسلامية القيام بالعمليات المصرفية التالية، وفق الضوابط والحدود والشروط التي يقررها مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي، بناء على ما تقترحه الهيئة المركزية للرقابة الشرعية"؛ عدت جملة من البنود يهمنها منها البندين 2،5 اللذين نصاً على :

"2- قبول أموال المستثمرين، في حسابات استثمار مشتركة، مطلقة ومخصصة.

5- توظيف أموال العملاء في حسابات استثمار مشتركة مع موارد المصرف الإسلامي، وفق نظام المضاربة المشتركة، أو توظيفها في حساب استثمار مخصص، حسب اتفاق خاص مع العميل".

وعلى ضوء ما جاء في هذين البندين، فإنه سيتم تقسيم حسابات الاستثمار إلى نوعين رئيسيين هما :

1- حسابات الاستثمار المشتركة "المطلقة".

2- حسابات الاستثمار المخصصة "المقيدة".

1- حسابات الاستثمار المشتركة "المطلقة" :

" وهي الحسابات التي يهدف أصحابها إلى المشاركة في العمليات الاستثمارية التي يقوم بها البنك الإسلامي، وذلك للحصول على عائد عليها. ويقوم البنك كئائب ووكيل عن المودعين باستثمارها في الأوجه المناسبة وبالطرق التي يرضيها دون تحديد أو تدخل من المودعين بعد أن يكون قد أخذ الموافقة المسبقة منهم بذلك عن طريق وضع نص بهذا المعنى في الطلب المقدم منهم لفتح حساب الاستثمار المشترك"<sup>(1)</sup>، أو هي باختصار "الودائع التي قبل أصحابها تفويض المصرف الإسلامي لاستثمار أموالهم المودعة لديه حسب خطته وبرامجه وربطها بعمليات المصرف ونتائجه"<sup>(2)</sup>، ومن ثم فإن جوهر هذه الحسابات يكمن في تفويض المودعين للمصرف باستثمار ودائعهم في أي مشروع يراه، ولأي غرض وبالكيفية التي يقدر أنها أنسب، ولذلك يسمى الإيداع هنا بالإيداع مع التفويض.

وهذه الحسابات تكون لأجل مختلفة، ولا يجوز لأصحابها سحب الأموال أو المبالغ المودعة أو جزء منها قبل نهاية المدة المحددة لذلك<sup>(3)</sup>، ويقوم المصرف بتشغيل واستثمار هذه الودائع بنفسه أو مع شركاء آخرين، ويحقق الأرباح نتيجة لذلك، ثم يقوم في نهاية كل عام بتوزيع العوائد المستحقة لأصحاب هذه الودائع طبقاً لما حققه البنك من أرباح، بعد خصم المصاريف الإدارية المختلفة، وتكاليف الجهود والدراسات التي يتحملها البنك في سبيل استثمار أموال المودعين من عملائه<sup>(4)</sup>.

(1) مشار إليه لدى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيبي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 267.

(2) عبد الستار الخويلدي، المتطلبات القانونية في المالية الإسلامية، بدون دار نشر، (ب- ط)، (ب- ت)، ص 69.

(3) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد في جامعة الكوفة، 2009، ص 82، 83.

(4) انظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيبي، مرجع سابق، ص 268.

وبالنسبة للنقطة الأخيرة المتعلقة بمخصم المصاريف والتكاليف، نجد أنه في حالة التوظيف من خلال صيغة المضاربة المشتركة كما سيأتي لاحقاً، حيث يتم الاتفاق على النسبة الشائعة من الأرباح بين المصرف والعميل منذ البداية، كأن يكون للمصرف مثلاً 40% من الأرباح المتحققة و60% للعميل؛ هنا هذه الـ40% التي للمصرف تشمل كافة المصاريف والدراسات.

بينما في حالة التوظيف عبر الوكالة بأجر، حيث تحدد الأجرة التي ستدفع للمصرف ابتداءً، يتحمل المصرف مصاريفه الإدارية والتكاليف الأخرى من خلال هذه الأجرة، ولا علاقة له لا بالربح ولا بأية خسارة يمكن أن تتحقق.

## 2- حسابات الاستثمار المخصصة "المقيدة":

ويتم الإيداع هنا من دون تفويض، بمعنى أن أصحاب هذه الحسابات يقيدون المصرف لاستثمارها وفق بعض الشروط والقيود، كأن يخصص الاستثمار في مشروع محدد أو غرض معين<sup>(1)</sup>، أو اشتراط البيع بربح لا يقل عن حد معين، أو اشتراط استثمار البنك لتلك الحسابات بنفسه دون استثمارها عن طريق الغير<sup>(2)</sup>.

وبالتالي " فهي حسابات تودع فيها المبالغ بغرض قيام البنك باستثمارها في عمليات معينة أو محددة، مقابل حصوله على حصة نسبية من الربح المتحقق، وطبقاً لعقد المضاربة المبرم عند فتح الحساب"<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن العائد المتحقق هنا يرتبط بنتيجة النشاط الاستثماري الذي اختاره المودع منذ البداية في الربح والخسارة، ولا علاقة له بما يتحقق في غيره من النشاطات الاستثمارية الأخرى للبنك<sup>(4)</sup>.

وكما أشرت سلفاً، فإن حسابات الاستثمار هي التسمية المتداولة لدى المصارف الإسلامية، في حين تسمى في المصارف التقليدية بالحسابات لأجل، وقُلت بأن المقصود منهما واحد، إلا أنني أُضيف بأن الحسابات أو الودائع لأجل في المصارف التقليدية والتي لا يُسمح للمودع السحب منها خلال الفترة الزمنية المتفق عليها بينه وبين المصرف، تكون في مقابل فائدة يدفعها الأخير للأول، إما بشكل دوري أو في نهاية أجل الإيداع<sup>(5)</sup>، وفي هذا الجانب بالذات يكمن وجه الاختلاف بين حسابات الاستثمار والودائع لأجل، وهذا ما سأتناوله بالدراسة في المطلب الثاني من هذا البحث.

وبذلك أكون قد بينت مفهوم حسابات الاستثمار وأوضحت أنواعها الرئيسية، لأصل بالتالي إلى الفرع الثاني من هذا المطلب، والذي سنعرف من خلاله أوجه الاختلاف وأوجه الشبه بين حسابات الاستثمار وبين غيرها من الحسابات المصرفية الأخرى.

(1) انظر: عبد الستار الخويلدي، المتطلبات القانونية في المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص 69.

(2) خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيفان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق الحاسبية الحديثة"، مرجع سابق، ص 87، 88.

(3) تجارب رائدة في الصيرفة الإسلامية "تجربة البنك الإسلامي الأردني"، تقدم: حسين سعيد، مقدمة لورشة المصارف الليبية والصيرفة الإسلامية، 7-10/6/2009م، ص 17.

(4) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 83.

(5) انظر المزيد لدى: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 93.

## الفرع الثاني: تمييز حسابات الاستثمار عن غيرها من الحسابات المصرفية:

مما لاشك فيه أن حسابات الاستثمار وإن كانت تعد مصدراً هاماً من المصادر الخارجية للأموال لاسيما في المصارف الإسلامية، إلا أنها ليست الوحيدة، فهناك حسابات أخرى غيرها تُكوّن معها سلّة المصادر الخارجية للأموال في كلا المصرفين، الأمر الذي يقتضي منّي أن أُميز بين حسابات الاستثمار والحسابات الجارية أولاً، وبينها وبين حسابات التوفير ثانياً.

## أولاً/ حسابات الاستثمار والحسابات الجارية (تحت الطلب):

سبق وأن أوضحت مفهوم حسابات الاستثمار وما الذي تعنيه والهدف منها، وبالنسبة للحسابات الجارية أو كما تسمى أيضاً بالودائع المتحركة أو تحت الطلب فهي "المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بقصد أن تكون حاضرة التداول، والسحب منها لحظة الحاجة بحيث ترد بمجرد الطلب، ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع"<sup>(1)</sup>.

إذ هي ودائع تحت الطلب، وتعتبر مضمونة من قبل المصرف الإسلامي الذي يلزمه دفعها عند الطلب، ويكون دفعها بواسطة الشيكات والتحويلات والأوامر بدفع فواتير مستحقة على أصحابها وغير ذلك من أساليب السداد<sup>(2)</sup>، ولا تستحق أية أرباح ولا تتحمل أية خسائر<sup>(3)</sup>، فهي لا تشارك في ذلك، لأن يد المصرف عليها يد ضمان، فلا يعطي البنك عليها عوائد أو فوائد، باعتبارها قروضاً مضمونة في المصارف الإسلامية، ولأنها لا تشترك بخطة الاستثمار وإنما يحتفظ بها لمواجهة متطلبات السيولة في المصارف التقليدية<sup>(4)</sup>، على الرغم من أن كلا المصرفين يقوم بتوظيفها.

وتتمتع هذه الودائع بأهمية كبرى لدى كل البنوك لما لها من أهمية في تغطية أكبر جزء من مواردها المالية<sup>(5)</sup>.

وهي بذلك تشترك مع حسابات التوفير في إمكان السحب منها متى شاء المودع، خلافاً لحسابات الاستثمار التي لا يلتزم المصرف بردها إلا عند حلول الأجل<sup>(6)</sup>.

(1) حسن عبد الله أمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق، جدة، ط 1، 1987، ص 209، مشار إليه لدى: يوسف بن عبد الله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 52.

(2) انظر: منذر قحف، ضمان الودائع في المصارف الإسلامية في الأردن، بحث مقدم لمؤسسة ضمان الودائع في المملكة الأردنية الهاشمية، نوفمبر 2005، ص 7.

(3) انظر: خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيغان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق المحاسبية الحديثة"، مرجع سابق، ص 83.

(4) إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 79، وهي لا تشترك بخطة الاستثمار كاتفاق بين العميل صاحب الحساب والمصرف، إلا أنها تدخل في الخطة الاستثمارية للمصرف بعد خصم الاحتياطي القانوني والاحتياطي الاختياري لمواجهة متطلبات السيولة، وبما أنها في ضمانة المصرف فهو يملكها ويحق له استثمارها وله كامل عائدها وكامل خسارتها.

(5) المرجع السابق نفسه، ص 78.

(6) انظر: يوسف بن عبد الله الشيبلي، مرجع سابق، ص 54.



وهدف المودعون من خلال هذه الحسابات ليس الاستثمار والحصول على عوائد من وراء ذلك، وإنما استخدامها لغرض الحفظ وتسوية معاملاتهم والتزاماتهم من خلال الطرق والآليات المشار إليها أعلاه، فضلاً عن دوافع أخرى كالحفاظة على الأموال من مخاطر السرقة والضياع، وضمن سيولتها وتوفرها عند الحاجة... إلخ<sup>(1)</sup>.

ويترتب على ما سبق أنه وحيث أن الهدف من حسابات الاستثمار هو تحقيق الربح وإنماء المال، نجد أن الحسابات الجارية تكون بغرض الحفظ وتسوية الالتزامات والمدفوعات وإبراء الذمم.

وهناك فرق هام وجوهري بين حسابات الاستثمار والحسابات الجارية يكمن في أن الحسابات أو الودائع الجارية ذات سيولة مرتفعة، الأمر الذي يتطلب توفر قدر من الاحتياطي النقدي لدى المصرف لمواجهة سحبات المودعين، ولهذا فإن المصرف لا يدفع عنها فوائد، لأنها كما أشرت آنفاً ودائع تحت الطلب غير مقترنة بأجل ويجوز لأصحابها السحب منها في أي وقت، وهذا يُرتب نتيجة مفادها أن زيادة حجم أو نسبة الحسابات الجارية إلى إجمالي باقي الودائع يحد أو يقلل من فرص توسع المصرف في منح الائتمان والاستثمار المصرفي؛ في حين أن حسابات الاستثمار على العكس من ذلك تماماً، فهي ذات سيولة منخفضة ولا تتطلب توفر قدر من الاحتياطي النقدي ولهذا فإن المصرف يدفع عنها فوائد لأصحابها، لأنها مقترنة بأجل محدد لا يجوز معه السحب منها قبل حلوله، وبالتالي فإن ارتفاع نسبتها إلى إجمالي الودائع يمنح المصرف قدرة أكبر على التوسع في منح الائتمان والاستثمار المصرفي<sup>(2)</sup>.

ومن خلال ما ذكر أعلاه أكون قد ميّزت بين حسابات الاستثمار وبين أحد المصادر الخارجية للأموال في كلا المصرفين ألا وهي الحسابات الجارية أو الودائع تحت الطلب كما تسمى أيضاً، وبيّنت أهم الفروق فيما بينهما، ويبقى الآن أن نميز بين حسابات الاستثمار وحسابات التوفير، وهذا ما سأوضحه في الفقرة التالية.

### ثانياً/ حسابات الاستثمار وحسابات التوفير (الادخار) :

وتسمى حسابات التوفير كذلك بالودائع الادخارية وصناديق التوفير، ومعلوم أن الادخار في مفهومه العام هو ذلك الجزء من الدخل الذي لم يُستهلك، وتُعرف حسابات التوفير بأنها تلك " الحسابات التي يكون مصدرها في الغالب صغار المودعين حيث يتم حثهم على الادخار، ولا تشترط البنوك إيداع مبالغ كبيرة لفتح هذه الحسابات، إضافة إلى منح أصحاب هذه الحسابات مزايا وجوائز عينية أو نقدية، ويحق للعميل الإيداع وقت ما يشاء، كما يحق له السحب في حدود اتفائه مع البنك..."<sup>(3)</sup>، وبالتالي فهي إيداعات أقل سيولة إذا ما قورنت بالحسابات الجارية، ويتم الإيداع فيها والسحب منها بواسطة دفاتر خاصة<sup>(4)</sup>، تُوضَّح فيها عمليات الإيداع والسحب من قبل أصحابها، والعوائد المترتبة عليها، وحدود السحب اليومي من الرصيد، دون أن يكون لأصحابها مكنة سحب كامل الرصيد دفعة واحدة<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، مرجع سابق، ص 78.

(2) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 95.

(3) خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيقان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق المحاسبية الحديثة"، مرجع سابق، ص 94.

(4) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 84.

(5) انظر: يوسف بن عبد الله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 54.

وتتعدد دواعي فتح هذا النوع من الحسابات، فقد يكون الغرض من ذلك هو مجرد الحفظ، أو بهدف الادخار والاستخدام عند الحاجة<sup>(1)</sup>.

وتأتي حسابات التوفير في مرتبة وسط فيما يتعلق بعمليات السحب والإيداع، فلا هي ذات سيولة مرتفعة كالحسابات الجارية ولا هي ذات سيولة منخفضة كحسابات الاستثمار، الأمر الذي يساعد المصارف على توظيف جزء منها في أنشطتها الاستثمارية.

فهي إذاً ذات طبيعة مزدوجة<sup>(2)</sup>، حيث تشترك مع الحسابات الجارية في إمكانية الإيداع فيها والسحب منها متى شاء أصحابها من ناحية، كما تلتقي مع حسابات الاستثمار في أن المصرف التقليدي يدفع عنها فوائد<sup>(3)</sup>، ومن الممكن إدخال جزء منها في مجالات المضاربة والاستثمار<sup>(4)</sup> وبالتالي دفع أرباح عنها، في المصارف الإسلامية من ناحية أخرى.

أضف إلى ذلك أن العوائد المترتبة على حسابات التوفير سواء أكانت فوائد أم أرباح، أقل بكثير من تلك المترتبة على حسابات الاستثمار، وذلك بالنظر لإمكانية السحب منها متى شاء المودع بعكس حسابات الاستثمار، الأمر الذي يقتضي اقتطاع جزء أكبر منها لمواجهة متطلبات السحب<sup>(5)</sup>، ولذلك فإن هذا النوع من الحسابات لم يحظ بكبير اهتمام من قبل المصارف التجارية للأسباب التي سبق ذكرها، من إمكانية السحب منها من قبل أصحابها في أي وقت مما يحول دون قدرة المصرف على توظيفها واستثمارها، فضلاً عن أن حجمها الصغير والمقدم من صغار المدخرين وكثرة حركتها ما بين سحب وإيداع لا يدفع المصرف إلى تشجيع المدخرين على تنمية هذا النوع من الحسابات، بعكس حسابات الاستثمار التي تتميز بالثبات لأنه لا يمكن لأصحابها السحب منها قبل حلول الأجل المحدد، ومع ذلك فإن حسابات التوفير في المحصلة غالباً ما تتصف بشيء من الثبات لدى المصرف لفترة من الزمن، لأن الحركة التي أشرت إليها ما بين السحب والإيداع ليست بتلك السرعة وليست على ذلك النحو الذي في الحسابات الجارية، وأيضاً لأن المصارف عادة تضع قيوداً للسحب تتناسب مع فكرة التوفير<sup>(6)</sup>، على أن هذا الشيء من الثبات لا يصل إلى حد الثبات الذي تتميز به حسابات الاستثمار بأي حال من الأحوال.

هذا وتنقسم حسابات التوفير إلى نوعين أو قسمين<sup>(7)</sup>:

1- حسابات التوفير مع التفويض بالاستثمار: وفيها يقوم المودع بإيداع المبلغ في حسابه مع تفويض المصرف باستثماره في مجالات التوظيف المختلفة، مع إمكانية السحب منه وفق اتفاق مع المصرف.

(1) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 85.

(2) انظر: يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 54.

(3) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 94.

(4) انظر: إبراهيم جاسم الياسري، مرجع سابق، ص 85.

(5) انظر: يوسف بن عبد الله الشبيلي، مرجع سابق، ص 119.

(6) كأن يوضع مبلغ معين كحد أقصى لا يجوز السحب بأكثر منه في اليوم الواحد، أو أن توضع جزاءات تجعل من المودع يتردد في السحب، أو أن يشترط إخطار البنك وإعلامه بالسحب وذلك حسب الاتفاق عند فتح الحساب، فقد يكون السحب بعد أسبوع أو بعد يومي عمل مثلاً.

(7) انظر هذه الأنواع وكذلك تفصيل أكثر حول حسابات التوفير: يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

2- حسابات التوفير دون تفويض بالاستثمار: وفيها يفتح المودع حسابه لمجرد حفظ الأموال الفائضة عن حاجاته الاستهلاكية، مع إمكانية السحب منه وفق حدود معينة، دون أن يدفع المصرف للمودع أية فوائد أو أرباح، لأن الغرض منها هو مجرد التوفير والادخار فقط دون الاستثمار.

عرفنا في هذا المطلب ما الذي تعنيه حسابات الاستثمار وماهيتها، وذلك من خلال توضيح مفهومها وتبيان أبرز أنواعها وصولاً إلى تمييزها عن غيرها من الحسابات المصرفية الأخرى، وتحديد نوعين من هذه الحسابات ألا وهي الحسابات الجارية وحسابات التوفير، ليبقى الآن وبعد هذا التحديد أن أستوضح طبيعة حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية وفي المصارف التقليدية، وذلك من خلال المطلب الثاني من هذا البحث.

### المطلب الثاني: طبيعة حسابات الاستثمار:

كنت قد أشرت في المطلب الأول من هذا البحث بصدد الحديث عن مفهوم حسابات الاستثمار<sup>(1)</sup>، إلى أن المقصود منها واحد في كلا المصرفين سواءً المصرف الإسلامي أو التقليدي، إلا أن مكنم الاختلاف بينهما يتبين من خلال طبيعة العلاقة التي تنشأ بين المصرف والعميل.

وبناءً عليه سيكون عرضي لتكثيف العلاقة بين المصرف والعميل في كلا المصرفين، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية لحسابات الاستثمار فيهما، من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، أتناول في الأول عرضاً لآلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية، بينما أُبين في الثاني آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف التقليدية.

### الفرع الأول: آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية:

المراد هنا بآلية توظيف حسابات الاستثمار، تحديد صيغة الاتفاق المبرم بين المصرف والعميل عندما عرفت حسابات الاستثمار فيما سبق بأنها "اتفاق بين المصرف والعميل..."<sup>(2)</sup>، وبيان أهم آثاره، حيث أن الصيغة التعاقدية التي تلجأ إليها المصارف الإسلامية تختلف عن تلك التي تتبعها المصارف التقليدية، ولذلك سأوضح طبيعة العلاقة بين المصرف الإسلامي والعميل أولاً، ثم الآثار المترتبة على هذه العلاقة ثانياً.

### أولاً/ طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل:

من ضمن أساليب وآليات التوظيف المتعددة والمتنوعة للأموال في المصارف الإسلامية وبصدد الحديث عن حسابات الاستثمار على وجه الخصوص، نجد أسلوب التمويل أو التوظيف بالمضاربة؛ فالمضاربة هي الصيغة التعاقدية المعتمدة من قبل المصارف الإسلامية فيما يتعلق بحسابات الاستثمار.

وتتم المضاربة بإحدى صورتين اثنتين:

الأولى: وهي ما يعرف بالمضاربة الثنائية والتي ينفرد فيها كل من مقدم المال ومقدم العمل.

(1) انظر ما سبق ص 12.

(2) انظر نفس الصفحة السابقة.

الثانية : وهي ما يعرف بالمضاربة المشتركة، والتي يتعدد فيها أطراف العلاقة سواءً أصحاب رأس المال أو المضاربين أو المستثمرين، في عدة صور. وهذه الصورة هي الجاري عليها العمل في المصارف الإسلامية<sup>(1)</sup>؛ لأن الأولى أصبحت غير مُستخدمة إلا حينما تضارب المصارف في الأموال بنفسها وهي فرضية نادرة جداً<sup>(2)</sup>، ومن ثم فإنني سأبين في هذه الفقرة التي نحن بصدها تعريف المضاربة المشتركة ومراحلها وأهم العناصر المميزة لها على النحو التالي:

## 1- تعريف المضاربة المشتركة :

هي المضاربة التي "يتعدد فيها صاحب المال والعمل (المضارب)، ويعرض المضارب المشترك فيها خدماته على من يرغب من أصحاب الأموال استثمار أموالهم - باعتباره مضارباً- كما يعرض على أصحاب المشروعات الاستفادة بما لديه من أموال - باعتباره رب مال أو وكيلًا عن أرباب الأموال- وتوزع الأرباح بين الأطراف الثلاثة حسب الاتفاق، والخسارة تكون على رب المال"<sup>(3)</sup>.

وهذه الصورة بالذات هي التي تتجسد فيها المضاربة المشتركة بشكل واضح<sup>(4)</sup>، لكون المصرف أو البنك فيها أشبه بالوسيط بين المودعين (أرباب المال) وبين المستثمرين (المضاربين).

ففي هذه الصورة يتعدد أطراف العلاقة، فالمصرف يتلقى أموال المودعين لاستثمارها، ويكون بالنسبة لهم مضارباً، ويدفع هذه الأموال إلى رجال الأعمال (المضاربون)، لاستثمارها في المشاريع التي يرونها، وفق شروط يُتفق عليها، وهؤلاء المضاربون يأخذ كل واحد منهم مضاربة مستقلة في العمل والربح والشروط، فإذا تحقق ربح قسّم بين المودع (رب المال) والمصرف (المضارب المشترك) والمستثمر (المضارب الثاني) حسب الاتفاق، وإن تحققت الخسارة فلا شيء للمستثمر ولا للمصرف، ويتحمل رب المال الخسارة وحده، طالما كانت هذه الخسارة بسبب قاهر لا يد للمضارب الثاني فيها بتعدّد منه أو تقصير، وإن كان له يد في الخسارة فإنه يعتبر متعدياً وعليه الضمان<sup>(5)</sup>.

فالمضارب (المصرف) هنا، يكون بمنزلة الوديع أو الأمين ابتداءً، أي لحظة قبضه للمال وقبل أن يشرع في العمل، فيده عليه يد أمانة، ويكون وكيلًا بالتصرف إذا شرع في العمل فيقوم مقام رب المال فيما عهد إليه به من التصرف في ماله، ويصبح شريكاً إذا تحقق الربح وذلك بقدر حصته الشائعة المتفق عليها منذ البداية، وإذا فسدت

(1) انظر: عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 470، 471، إبراهيم حاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 99، وإلى جانب المضاربة المشتركة قد يتم التوظيف كذلك عن طريق الوكالة بأجر، والتي يكون المصرف فيها مجرد وكيل يحصل على أجرة تحدد مقدماً، دون أن يكون له علاقة لا بالربح ولا بالخسارة.

(2) انظر: محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية"، مرجع سابق، ص 178، طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين (معوقاتها - تطویرها)، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة، 2002، ص 30.

(3) طلال أحمد النجار، مرجع سابق، ص 31، 32.

(4) انظر: عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، مرجع سابق، ص 273، والذي بين أنه إلى جانب الصورة المذكورة أعلاه توجد صورتين:

الأولى: يتعدد فيها أصحاب رأس المال وينفرد فيها المضارب (البنك).

الثانية: وهي التي يتعدد فيها المضاربون فقط، وينفرد فيها رب المال. انظر ص 472.

(5) انظر: طلال أحمد النجار، مرجع سابق، ص 32، والذي بين كذلك وبشيء من الاستفاضة شروط صحة المضاربة المشتركة، ص 39 وما بعدها.

المضاربة بأي سبب من أسباب الفساد كاشتراط ضمان رأس المال على العامل مثلاً تحولت العلاقة إلى إجارة وأصبح المضارب أجيراً وله أجر مثل عمله، وإن تحقق الربح كان جميعه لرب المال، ويصير المضارب غاصباً إذا خالف الشروط المتفق عليها مما يجعله ضامناً حينئذٍ لا أميناً وليس له أي أجر<sup>(1)</sup>.

## 2- مراحل المضاربة المشتركة وصورتها :

يمكن إيضاح صورة المضاربة المشتركة وتبيان مراحلها من خلال النقاط التالية :

- أ- يتقدم أصحاب رؤوس الأموال الراغبون في استثمار أموالهم لدى المصرف الإسلامي بدفع أموالهم وإيداعها لديه في حسابات استثمارية لاستثمارها فيما بعد.
  - ب- يتولى المصرف الإشراف على استثمار هذه الأموال، وذلك من خلال إعداد الدراسات والتقارير حول موضوع الاستثمار ونتائجه.
  - ج- يقوم المصرف بعمل عقود المضاربة الثنائية بينه وبين رجال الأعمال (المستثمرين) كل على حده، لاستثمار هذه الأموال وفق ضوابط محددة.
  - د- يتم تصفية حساب المضاربة وتوزيع الأرباح بين أطرافها في نهاية السنة المالية.
  - هـ- إذا تحققت خسارة دون تعدد أو تقصير من المضارب فهي من رأس مال المضاربة.
- ومن الممكن أن يخصص المصرف جزءاً من رأس ماله، ويشارك به المودعين بنسبة الربح والخسارة، وفي هذه الحالة يكون شريكاً ومضارباً في آن واحد<sup>(2)</sup>.

## 3- العناصر المميزة للمضاربة المشتركة :

للمضاربة المشتركة عناصر أساسية تميزها عن المضاربة الثنائية بالذات، ومن أهم هذه العناصر ما يلي :

- أ- الجماعية : يكون المصرف في المضاربة المشتركة واسطة بين طرفين، فرأس المال مقدم من جهة المودعين والعمل من جهة المصرف والمستثمرين، دون معرفة قطبي العقد للآخر، ويقتسمون الأرباح فيما بينهم حسب الاتفاق.
- ويرى البعض أن هذا العنصر يتمثل في عملية خلط الأموال المستثمرة، لأن عملية الخلط تعد عنصراً أساسياً من عناصر هذا النوع من المضاربات.
- ب- الاستمرارية : المضاربة المشتركة مضاربة مستمرة بطبيعتها لا يمكن تصفيتها في تاريخ محدد؛ لأن منها ما يحتاج إلى عدة سنوات فلا يتصور أن تجري تصفية المضاربات القائمة كلها في وقت واحد، كما لا يمكن عودة رأس المال نقوداً إلا إذا انتهى العمل كله.

<sup>(1)</sup> انظر: حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بدون مكان نشر، ط2، 1993، ص45، خالد أمين عبدالله، حسين سعيد سعيفان، العمليات المصرفية الإسلامية "الطرق المحاسبية الحديثة"، مرجع سابق، ص155، 156.

<sup>(2)</sup> انظر: طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين، مرجع سابق، ص33، منصور محمود مقدادي، نبيل محمد المغيرة، محاسبة شركات المضاربة في الفقه الإسلامي "دراسة تحليلية مقارنة مع المصارف الإسلامية المعاصرة"، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد2، 2010، ص79، إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص99.

ج- طبيعة رأس المال : رأس المال في المضاربة المشتركة هو مجموع رؤوس الأموال المودعة لدى المضارب المشترك على أساس الخلط المستمر، من قبل المودعين الراغبين في مشاركة المصرف في استثمار أموالهم من أجل تحقيق نسبة من الأرباح.

د- التكامل : المضارب المشترك يجوز له عقد أكثر من مضاربة فيما يُعرف بتتالي المضاربة، ويكون بين هذه المضاربات تكامل من حيث الأرباح والخسائر، ويتم فيها جبر خسارة الأولى ببربح الثانية والعكس.

هـ- الشروط المقترنة بالعقد : لا يحق في المضاربة المشتركة لمن يريد أن يستثمر أمواله لدى المضارب المشترك (المصرف) أن يفرض شروطاً أو قيوداً عليه<sup>(1)</sup>.

وبذا أكون قد انتهيت من توضيح طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل، لأنقل الآن إلى بيان أهم الآثار المترتبة على هذه العلاقة.

### ثانياً: آثار العلاقة بين المصرف والعميل :

قلت في الفقرة أولاً عند الحديث عن المضاربة المشتركة باعتبارها الصيغة التعاقدية التي تربط بين المصرف والعميل بخصوص حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية، أن هذه الصيغة تتضمن تعدداً في أطرافها، فهي تقوم بين ثلاثة أطراف وهم:

أصحاب الأموال (المودعون) والذين يقدمون أموالهم للمصرف لاستثمارها في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي المشروعة، وكذلك أصحاب الأعمال (المضاربون) الذين يأخذون الأموال لاستثمارها في المشروعات الاقتصادية لتحقيق المنفعة لهم وللمودعين<sup>(2)</sup>، أما الطرف الثالث فهو المضارب المشترك (المصرف) والذي يتلقى الأموال من المودعين ثم يدفعها إلى المستثمرين، مع إشرافه على تنفيذ عقد المضاربة حسب شروط العقد، فهو يتوسط بين الطرفين اللذين لا علاقة مباشرة بينهما.

ولذلك فإن المضارب المشترك يعتبر هو الطرف الرئيسي أو المحوري في هذه العملية، فأغلب الآثار المترتبة على المضاربة المشتركة كصيغة تعاقدية تحكم حسابات الاستثمار، تتعلق به بشكل أساسي؛ ولكن قبل أن أبدأ في عرض هذه الآثار لا بأس من أن أُعرج بإيجاز على بعض الآراء<sup>(3)</sup> التي قيلت فيما يتعلق بالعلاقة بين الثلاثة أطراف السابق ذكرهم في إطار المضاربة المشتركة:

فهنالك من قال بأن المصرف يعتبر شريكاً مضارباً في علاقته مع المودعين، حيث يتحمل الخسارة كما يستفيد من الربح لمساهمته بجزء من رأس مال المضاربة، ووكيل في علاقته مع (المضاربين) أصحاب المشاريع الاستثمارية للمضاربة الفردية تماماً، لجواز إنابة الوكيل غيره في الأعمال الموكلة إليه.

(1) انظر: طلال أحمد النجار، مرجع سابق، ص37 وما بعدها، عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص474، وما بعدها، ص484.

(2) انظر الشروط الواجب توافرها في كليهما: طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين، مرجع سابق، ص34، ص35.

(3) انظر في تفصيل هذه الآراء وغيرها، ومناقشتها تأييداً ونقداً كل من:

طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين، المرجع السابق، ص70 وما بعدها، عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص493 وما بعدها.

وهناك من ذهب إلى اعتبار المصرف وسيطاً ووكيلاً بين الطرفين وليس عنصراً أساسياً في عقد المضاربة، لأنه ليس صاحب رأس مال ولا صاحب عمل، وهذه الوساطة تعتبر خدمة يقدمها المصرف مقابل مكافأة أو أجر.

ويرى آخر أن المصرف ليس وسيطاً بين أصحاب الأموال والمضارب الثاني، وإنما تنحصر علاقة هذا الأخير مع المصرف فقط، في حين يظل المصرف صاحب العلاقة بمفرده مع أصحاب الأموال (المودعين) ومسؤولاً عن هذه الأموال أمام أصحابها وضامناً لها عند التقصير أو التعدي من المضارب الثاني، على أن يكون له الحق في أن يعود عليه بما ضمن<sup>(1)</sup>.

وفيما يخص الآثار المترتبة على المضاربة المشتركة والتي أشرت إلى أنها تتعلق بالمضارب المشترك (المصرف) بشكل أساسي، فأسردها في النقطتين التاليتين<sup>(2)</sup>:

### 1- ما يملكه وما لا يملكه المضارب من التصرفات :

يتمثل الأثر الأول في مجموعة من التصرفات قد يملك أن يباشرها المضارب وقد لا يملك، وهي كالتالي:

#### 1.1 التصرفات التي يملكها المضارب بمقتضى العقد :

وتتمثل في جميع التصرفات التي تعد من ضرورات التجارة أو توابعها مما جرت به عادة التجار وما جرى عليه العرف، وقد فصل بعض الفقهاء هذه التصرفات<sup>(3)</sup>، والتي منها مثلاً: البيع والشراء بنقد البلد وبشمن المثل، واستئجار الأماكن والبيوت لحفظ مال المضاربة، وشراء المعيب ورده إذا رأى في ذلك مصلحة.

#### 2.1 التصرفات التي لا يملكها إلا بالتفويض العام أو الإذن الخاص :

يقصد بالتفويض العام أن يُقال له: اعمل فيها برأيك، أو بما شئت...، أما الإذن الخاص بأن يأذن له نصاً بخصوص تصرف بعينه، ومن التصرفات التي يملكها المضارب بالتفويض العام :

أ- خلط مال المضاربة بغيره، فقد ذكرت أنه من ضمن العناصر المميزة للمضاربة المشتركة، ولذلك يرى الباحثين المعاصرين<sup>(4)</sup> جواز هذا الخلط بالتفويض العام، حيث أصبح هذا الأمر متعارفاً عليه ويقتضيه واقع الاستثمارات المصرفية المعاصرة.

(1) حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص56.

(2) انظر: يوسف بن عبدالله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص251 وما يليها، والمراجع المشار إليها في الهوامش السابقة.

(3) انظر: الشبيلي، المرجع السابق نفسه، ص262.

(4) انظر: عبدالرزاق الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص475، يوسف بن عبدالله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص265، منصور محمود مقدادي، نبيل محمد المغايرة، محاسبة شركات المضاربة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص79.

ب- مضاربه بمال المضاربة (تتالي المضاربة)، وهذا عنصر آخر أشرت له فيما سبق، بحيث يقوم المصرف بإعطاء المال لآخر ليضارب به، والواقع أن المودعين يعلمون يقيناً بأن المصرف سيدفع هذه الأموال للغير لاستثمارها، فالأمر أصبح متعارفاً عليه ولا يحتاج لتفويض من باب أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>(1)</sup>.

أما تلك التي لا يملكها إلا بالإذن الخاص فهي كالتالي:

أ- الاستدانة على مال المضاربة، فقد ذهب عامة الفقهاء إلى أنه ليس للمضارب أن يقترض على المضاربة مثلاً، أو يشتري بأكثر من رأس المال بغير إذن صاحبه، كما أن النظم المصرفية الحديثة تضع سقوفاً معينة للاستدانة لا يجوز تجاوزها.

ب- التبرع بمال المضاربة، فليس للمضارب أن يتبرع بشيء من مال المضاربة دون إذن صاحبه<sup>(2)</sup>.

### 3.1 التصرفات التي لا يملكها ولو بالإذن:

وهي كل التصرفات التي جاء الشرع بتحريمها كالربا، والقمار، والمتاجرة بالخمور أو المخدرات...

### 2- توزيع الأرباح في المضاربة المشتركة وحكم يد المضارب فيها:

يتركز الأثر الثاني بالأساس حول كيفية احتساب وتوزيع الأرباح، وحكم يد المضارب على مال المضاربة، على النحو التالي:

#### 1.2 كيفية احتساب وتوزيع الأرباح<sup>(3)</sup>:

يتم ذلك باحتساب الهالك والنفقات التي تدخل في عمليات المضاربة أو التي نص العقد على دخولها كالضرائب مثلاً، وتحسب الأرباح في كل سنة مالية حيث تقدر قيمة الأدوات الاستثمارية ومن ثم يخصم الهالك والنفقات والباقي يكون هو الربح، والذي يوزع فيما بين المودعين والمصرف والمستثمرين بحسب النسبة الشائعة المتفق عليها.

#### 2.2 حكم يد المضارب في المضاربة المشتركة:

اتفق الفقهاء على أن يد المضارب في المضاربة المشتركة يد أمانة، فهو أمين على ما بيده من أموال المضاربة ولا يُسأل عن أية خسائر إلا في حالات التعدي أو التقصير، كأن يخالف بنود العقد مع أرباب الأموال مثلاً، فظالماً أن المضاربة ما هي إلا تسليم للمال لمن يقوم باستثماره على أن يكون له حصة من الربح، ويبقى المال مملوكاً لصاحبه وهو بحكم هذا الملك يستحق الباقي من الربح بعد اقتطاع حصة الأول، فإن القاعدة الشرعية هي أن ضمان المال على مالكة وليس على الوكيل المضارب، إلا إذا قصر أو تعدى<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: منصور محمود مقدادي، نبيل المغايرة، مرجع سابق، ص80، محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، بدون مكان نشر (ب-ط)، (ب-ت)، ص160.

(2) انظر: يوسف بن عبدالله الشيبلي، مرجع سابق، ص268، والمراجع التي أشار إليها.

(3) منصور مقدادي، نبيل المغايرة، مرجع سابق، ص96، 97.

(4) انظر: منذر قحف، ضمان الودائع في المصارف الإسلامية في الأردن، مرجع سابق، ص9، 21، محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، مرجع سابق، ص217.



وهذه النقطة بالتحديد هي سر تميز المصارف الإسلامية والفارق الحقيقي بين واقع الاستثمار فيها وبين ما عليه الحال في المصارف التقليدية<sup>(1)</sup>، والتي تنتقل فيها ملكية الوديعة الاستثمارية إلى المصرف الذي يضمنها ويضمن ما ترتبه من عوائد (فوائد).

ورأى البعض في هذا الموضوع أنه من ضمن العوائق التي تعترض تطبيق المضاربة في المصارف الإسلامية، حيث قالوا إن عدم الضمان من شأنه أن يعرض أموال المستثمرين للخطر مما قد يجعلهم يجمعون عن إيداع أموالهم<sup>(2)</sup>، فقد ذهب الدكتور سامي حمود إلى القول بضمان المضارب المشترك قياساً على الأجير المشترك لتجنب كل ذلك<sup>(3)</sup>، ولكن انتقد هذا الرأي لوجود شبهة الربا<sup>(4)</sup>، الأمر الذي دعا البعض إلى اقتراح بديل يتمثل في قيام شركات التأمين الإسلامية بتأمين أموال المصارف الإسلامية<sup>(5)</sup>.

وهكذا بعد أن انتهت من توضيح آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية، ومعرفة طبيعة العلاقة فيها بين المصرف والعميل وآثارها، أُبين الآن آلية التوظيف المتبعة في المصارف التقليدية.

### الفرع الثاني: آلية توظيف حسابات الاستثمار في المصارف التقليدية:

سأتناول في هذا الفرع الصيغة التعاقدية المتبعة في علاقة المصرف التقليدي بالعميل أو المودع بصدد حسابات الاستثمار (الودائع لأجل)؛ وحيث أن الودائع بشكل عام تشكل المصدر الرئيسي لموارد المصرف التقليدي، فإن حديثي سينصب على الطبيعة القانونية للوديعة المصرفية والتي من بينها الوديعة لأجل وذلك في معرض توضيحي لطبيعة العلاقة بين المصرف والعميل أولاً، ثم بيان آثار هذه العلاقة ثانياً.

### أولاً/ طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل:

تقدم أن المصارف تعتمد على الودائع النقدية بشكل رئيسي بما فيها الودائع لأجل، ولذلك فإن تحديد طبيعتها يحد لنا طبيعة العلاقة بين المصرف والمودع، ولقد نشأ الخلاف وخصوصاً لدى الفقه في فرنسا حول الطبيعة القانونية للوديعة النقدية<sup>(6)</sup>، والتي تعرّف بأنها "عقد بمقتضاه يسلم شخص مبلغاً من النقود إلى البنك الذي يلتزم برده لدى الطلب أو وفقاً للشروط المتفق عليها"<sup>(7)</sup>، فهل تعتبر الوديعة النقدية المصرفية وديعة بمعناها الدقيق، أم أنها إنما ما يُطلق عليه الوديعة الناقصة أو الشاذة، أم هي في حقيقتها تعد قرضاً؟.

(1) انظر: يوسف بن عبدالله الشيبلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 270.

(2) انظر: حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص 63.

(3) انظر مؤلفه: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق ومكبتها، عمان، ص 399-406، مشار إليه لدى: عبدالرزاق الهيبي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 278، والأجير المشترك هو من يعمل لأكثر من شخص بعقود مختلفة، كالحياض والحداد.

(4) انظر: عبدالرزاق الهيبي، مرجع سابق، ص 493.

(5) انظر: حسن الأمين، مرجع سابق، ص 63.

(6) انظر عرض لآراء الفقه الفرنسي بالخصوص لدى: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية "دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية"، بدون دار نشر، طبعة مكررة بدون تحديد لرقمها، 1989، ص 39 وما يليها.

(7) مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري "الأوراق التجارية - الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط 1،

**1- الوديعة النقدية ليست وديعة بالمعنى الدقيق :**

عرّفت المادة (718) من القانون المدني الليبي الوديعة بأنها: "عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردّه عيناً"، ويتبين من هذا التعريف بجلاء أن الوديعة النقدية ليست وديعة عادية بالمعنى المفهوم من النص، فجوهر الوديعة وفق النص السابق أن المودع عنده يتولى حفظ الوديعة ويردّها بذاتها وليس له استعمالها، فملكية الشيء باقية للمودع ولا تنتقل إلى المودع عنده، فالإيداع هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة<sup>(1)</sup>؛ أما الوديعة النقدية فتنتقل فيها الملكية للمصرف الذي له أن يتصرف في النقود المودعة وأن يستخدمها في الإقراض بوجه خاص، ويلتزم برد مثلها.

**2- الوديعة الناقصة تعد قرضاً:**

الوديعة الناقصة أو الشاذة والتي أكثر ما ترد على ودائع النقود في المصارف<sup>(2)</sup>، صورتها أن يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، ويأذن له في استعماله، فهو لا يلتزم بحفظ الشيء وإنما مأذون له باستعماله على أن يرد مثله، وهذا ما دعا البعض إلى إنكار تسميتها بالوديعة والقول بفكرة القرض<sup>(3)</sup>.

والفقه في فرنسا مختلف في تكييف الوديعة الناقصة أو الشاذة، وإن كان الراجح هو التعويل على نية المتعاقدين، فإذا كان قصد من قديم النقود أن يتخلص من عناء حفظها بإيداعها عند الآخر، فالعقد وديعة، أما إذا قصد الطرفان منفعة من تسلم النقود عن طريق استعمالها لمصلحته فالعقد قرض<sup>(4)</sup>.

ولقد نصت المادة (726) من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً".

وبذلك يكون المشرع الليبي قد حسم الخلاف حول طبيعة الوديعة الناقصة واعتبرها عقد قرض<sup>(5)</sup>.

**3- الوديعة النقدية المصرفية تعد قرضاً:**

بالنظر إلى الواقع يمكن القول أن الوديعة النقدية المصرفية في صورتها الغالبة تعد قرضاً<sup>(6)</sup>، بمعنى أن المودع يُقرض المصرف مبالغ من النقود يستخدمها الأخير في منح الائتمان لعملائه<sup>(7)</sup>.

(1) المادة 700، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية، لمؤلفه محمد قدرى باشا، المطبعة الكبرى الأميرية، 1891، ص114.

(2) انظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011، ج7، مجلد 1، ص754.

(3) انظر: علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص40.

(4) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص429، ج7، مجلد 1، ص753.

(5) انظر أيضاً المادة 726 مدي مصري (مطابقة)، المادة 782 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(6) انظر: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص47.

(7) انظر: مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص638.

وقد اعترض البعض على ذلك بأن الوديعة النقدية لا تنتج فائدة لمصلحة المودع كالقرض، وأنها واجبة الرد لدى الطلب في الأصل، في حين أن القرض يفترض أجلاً للرد؛ ولكن رد على ذلك بأنه لا الفائدة من مستلزمات القرض ولا الأجل عنصراً ضرورياً فيه<sup>(1)</sup>، وبالتالي فإن ما ينطبق على الوديعة النقدية هي أحكام القرض وليست أحكام الوديعة.

ومن ثم فإن الوديعة النقدية هي في حقيقتها تعد قرضاً، وهذا ما أخذت به الكثير من التشريعات، فالبنك أو المصرف يمتلك النقود المودعة لديه ويلتزم برد مثلها من نفس النوع، فقد نصت المادة (701) من قانون النشاط التجاري الليبي على أن:

"يكتسب المصرف ملكية ما أودع لديه من نقد، وله حق التصرف فيه، وهو ملزم برده من نفس النوع بناءً على طلب المودع، أو عند حلول الأجل المتفق عليه....".

كما نصت المادة (509) من قانون التجارة المغربي على أن: "عقد إيداع النقود هو العقد الذي يودع بموجبه شخص نقوداً، كيفما كانت وسيلة الإيداع، لدى مؤسسة بنكية يخول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع التزامها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

ونصت المادة (329) من قانون التجارة الكويتي صراحةً على أن: "وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع، ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة"، فقد أبرز هذا التعريف أهم خصائص الوديعة النقدية، وهو ما يسبغ عليها طبيعة خاصة تجعلها أقرب إلى القرض منها إلى الوديعة العادية التي يلتزم فيها المودع لديه بالمحافظة على الشيء محل الوديعة ورده بذاته إلى المودع<sup>(2)</sup>.

يتبين مما سبق أن الوديعة النقدية تعد قرضاً، وبالتالي فإن العلاقة بين المصرف والمودع أو العميل تخضع لعقد القرض مع ما يرتبه ذلك من آثار.

### ثانياً/ آثار العلاقة بين المصرف والعميل :

انتهيت في الفقرة السابقة إلى أن العلاقة ما بين المصرف والعميل (المودع) فيما يتعلق بالودائع لأجل (حسابات الاستثمار) بل وسائر الودائع في المصارف التقليدية، تخضع لعقد القرض، استناداً على ما نصت عليه التشريعات المشار إليها وآراء الفقه المعترف في هذا الخصوص من أن الوديعة النقدية المصرفية عموماً تعد قرضاً، فخصائصها وفق ما تبين من النصوص تقترب من فكرة القرض.

وقد عرّفت المادة (537) من القانون المدني الليبي عقد القرض بأنه: "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته"، فالقرض هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع

(1) المرجع السابق نفسه، ص 638، 639.

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980، ص 81، منشور بموقع وزارة العدل الكويتية على الإنترنت: [www.moj.gov.kw](http://www.moj.gov.kw)

بها ليرد مثلها، فالعين المقرضة تخرج عن ملك المقرض وتدخل في ملك المقرض إذا قبضها فيثبت في ذمته مثلها لا عيها ولو كانت قائمة<sup>(1)</sup>.

وما دام أن العلاقة فيما بين المصرف والعميل هي علاقة مقرض (المودع) ومقرض (المصرف)، أي علاقة دائن بمدين، فإن هذا الوصف أو التكييف لا بد وأن يرتب آثاراً قانونية تختلف بلا شك عن آثار العلاقة بين المصرف والعميل في المصارف الإسلامية والتي قلت بأنها علاقة مضاربة مشتركة؛ وتتمثل الآثار التي يرتبها عقد القرض في الآتي:

## 1- استعمال المصرف للأموال المودعة:

بصريح نص المادة (701) من قانون النشاط التجاري سالف الذكر؛ يكتسب المصرف ملكية ما أودع لديه من نقد وله حق التصرف فيه، فيكون له بالتالي أن يستخدم الأموال المودعة لديه في الائتمان قصير الأجل، أي في الإقراض مقابل فوائد محددة مسبقاً.

حيث استقر العرف المصرفي على افتراض إذن العميل للبنك في استخدام الوديعة، ولذلك يكون للبنك كامل الحرية في أن يتصرف فيها دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة<sup>(2)</sup>.

فالمصرف إذاً يعتبر مديناً بالبلغ المودع، للعميل الذي يعتبر دائناً به للمصرف، حيث يُقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن من حساب العميل، ويكون المصرف في الواقع مديناً برصيد الحساب<sup>(3)</sup>، بخلاف علاقة المصرف الإسلامي بعميله والتي هي علاقة مضاربة وليست علاقة مديونية.

ومن هنا يظهر لنا فرق واضح فيما يتعلق باستخدامات المصرف التقليدي للودائع لأجل، وتوظيف المصرف الإسلامي لهذه الودائع (حسابات الاستثمار)، يتمثل في أن توظيف المصرف التقليدي لهذه الودائع ينحصر فقط في عمليات الائتمان أو الإقراض قصير الأجل مقابل فوائد تُحدد بشكل مسبق؛ بينما رأينا في السابق أن توظيف المصرف الإسلامي لحسابات الاستثمار واستخدامه لها إنما يتم عبر آلية المضاربة المشتركة، فالمصرف الإسلامي يدفع بهذه الأموال المودعة للمستثمرين ورجال الأعمال وتكون علاقته بهم كما علاقته بالمودعين علاقة مضاربة، ويشترك معهم في الربح وفي الخسارة.

## 2- التزام المصرف برد المثل وبدفع الفوائد:

في الوقت الذي نصت فيه المادة (701) سالف الذكر على اكتساب المصرف ملكية النقود المودعة لديه وخولته حق التصرف فيها، فقد ألزمته بردها من نفس النوع بناءً على طلب المودع، أو عند حلول الأجل المتفق عليه، أو بعد إنذار سابق يحده العقد أو العرف...

(1) المادتين 686، 687، مرشد الحيران، مرجع سابق، ص 112، 113.

(2) انظر: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 55.

(3) انظر: مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 640.

فالمصرف يلتزم أن يرد للمودع قدرًا من النقود مائلاً للقدر الذي اقترضه، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها أثر<sup>(1)</sup>، فلا اعتبار للتغير الطارئ على قيمتها في الفترة بين الإيداع والرد، إذ تقضي المادة (134) من القانون المدني بأنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر".

ويتم الاسترداد في الغالب عن طريق سحب شيكات على المصرف لصالح العميل أو لصالح غيره، بالنظر لأن المبلغ المودع يقيد في الجانب الدائن لحساب العميل كما قيل أعلاه<sup>(2)</sup>.

وحيث أن الحديث ينصب حول حسابات الاستثمار أو الودائع لأجل، فإن المصرف ملزم برد النقود المودعة لديه عند حلول الأجل المتفق عليه وفق النص السابق، وليس للمودع أن يطالب المصرف برد المبلغ قبل انتهاء مدة القرض (م538مدني).

ولما كان المصرف يكتسب ملكية المبلغ المودع عنده، فإنه إذا هلك فإن ذمته لا تبرأ منه ولو كان ذلك بقوة القاهرة لا يد له فيها، بل يلتزم مع ذلك برد مثله<sup>(3)</sup>، بخلاف المصرف الإسلامي الذي لا يضمن الأموال المودعة إلا في حالة التعدي أو التقصير أو الإهمال، لأن يده عليها يد أمانة؛ ويرجع ذلك إلى أن ملكية الأموال المودعة تبقى للمودع (العميل) وبالتالي فإن ضمانها يقع على عاتقه وحده.

وإلى جانب التزامه برد مثل ما أودع لديه، يلتزم المصرف بدفع الفوائد طالما كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المودع (العميل)، ذلك أن الأصل في القرض أنه عقد تبرع<sup>(4)</sup>، فلا يلتزم المصرف بدفع فوائد إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المودع على ذلك أو وُجد عرف يقضي به، فقد نصت المادة (541) من القانون المدني: "...، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر".

والغالب هو أن يتم اشتراط الفائدة في المعاملات المصرفية السائدة اليوم، وحينها ينبغي أن يقدر سعرها، والذي لا يجوز أن يزيد على 10% وفق نص المادة (230) من القانون المدني.

وهنا يظهر فرق آخر، فإذا كان المودع في المصارف التقليدية يعرف مقدماً مقدار العائد (الفائدة) الذي ستحققه الوديعة والذي يحدد بشكل مسبق؛ فإنه في المصرف الإسلامي لا يعرف حجم العائد (الربح) الذي سيجنه من توظيف المصرف لوديعته بالتحديد، لأن علاقتهما كما أشرت هي علاقة مضاربة.

إلا أن موضوع الفائدة في ليبيا مرّ بعدة تعديلات تشريعية، فبمقتضى القانون رقم (74) لسنة 1972 بشأن تحريم ربا النسيئة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعيين، أصبح تقاضي الفوائد سواء أكانت اتفاقية أو قانونية محرماً في التعامل بين الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج5، ص473.

(2) مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص640.

(3) انظر: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص61.

(4) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج5، ص424.

(5) انظر: محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي 1 "المبادئ والقواعد العامة"، بدون دار نشر، ط4، 2008، ص71.

والآن وبعد صدور القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية<sup>(1)</sup>، أصبحت الفوائد ممنوعة قانوناً في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تتم بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على السواء، فقد نصت المادة الأولى من القانون في فقرتها الأولى على أنه:

"يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين الأشخاص الطبيعيين والاعتبارية، ويبطل بطلاناً مطلقاً كل ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة".

كما أن المادة الثانية من القانون نصت على أنه "لا يجوز تقاضي الفوائد الربوية الناتجة عن المعاملات المدنية أو التجارية المستحقة قبل تاريخ العمل بهذا القانون، والتي لم يتم أدائها بعد، ولو كان قد صدر بها حكم نهائي".

وقضت المادة الخامسة من ذات القانون بأنه "لا تطبق الأحكام الخاصة بالفوائد الربوية الواردة بالتشريعات النافذة وتعتبر ملغاة كل كلمة أو عبارة تشير إلى الفائدة الربوية أينما وردت في تلك التشريعات، وذلك بالنسبة للمعاملات المشار إليها سلفاً، ويتعين على الجهات ذات العلاقة تنظيم المعاملات المدنية والتجارية والمصرفية بما يتوافق كلياً مع أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالتالي فإنه يتعين على المصارف القائمة حالياً بعد صدور هذا القانون، أن تنظم معاملاتها المصرفية وفق ما نص عليه؛ ويأتي هذا القانون كخطوة ثانية تلت صدور القانون رقم (46) لسنة 2012م، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف، وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية.

الخاتمة:

(النتائج والمقترحات):

تناول هذا البحث موضوع حسابات الاستثمار (الودائع لأجل) وتكييفها القانوني في المصارف الإسلامية والتقليدية، تمهيداً بالتعريف بالمصارف الإسلامية والتقليدية، مروراً بتوضيح ماهية حسابات الاستثمار، وانتهاءً ببيان طبيعة هذه الحسابات وتكييفها القانوني، ليخلص إلى النتائج التالية:

- إن مفهوم حسابات الاستثمار أو الودائع لأجل واحد، سواءً في المصارف الإسلامية أو في المصارف التقليدية، ولكن الاختلاف بينهما يتجلى في علاقة المصرف بالعميل وآثارها، حيث يتم توظيف حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية عبر صيغة المضاربة المشتركة التي تقوم على أساس أن المصرف شريك للعميل (المودع) في الربح والخسارة، بينما يتم ذلك في المصارف التقليدية عبر آلية وصيغة واحدة وهي عقد القرض الذي تكون فيه علاقة المصرف بالعميل علاقة مديونية.
- تبقى الأموال المودعة في حسابات الاستثمار لدى المصارف الإسلامية مملوكة لمن أودعها، غاية ما في الأمر أن المصرف يعتبر مضارباً أو وكيلاً عن المودع في توظيف هذه المبالغ وذلك عبر الدفع بها لمستثمرين (مضاربين) تكون علاقته بهم أيضاً علاقة مضاربة؛ ويترتب على ذلك أن يد المصرف على هذه الأموال هي يد أمانة وليست يد ضمان إلا في حالة تعديه أو تقصيره، وإذا أثمرت هذه الودائع بعد توظيفها وحققت أرباحاً فإن

(1) نُشر القانون بالجريدة الرسمية، السنة الثانية، العدد (05)، 2013/03/21م، ص 241.

توزيعها بين المصرف والعميل يتم حسب النسبة الشائعة المتفق عليها مقدماً، وإن لم يتحقق الربح يخسر المودع ماله ويخسر المصرف جهده.

• تكتسب المصارف التقليدية ملكية الأموال المودعة لديها بمجرد الإيداع، ويكون لها حق التصرف فيها والذي يتم في الغالب من خلال استخدامها في عمليات الإقراض قصير الأجل، وتلتزم بردها من نفس النوع بمجرد حلول الأجل المتفق عليه مع التزامها بدفع الفوائد المتفق عليها مقدماً؛ الأمر الذي يجعل من المصرف مديناً بالمبالغ المودعة للعميل وكذلك بالفائدة المتفق عليها والملزوم بدفعها في جميع الأحوال، فالمصرف هنا ضامن لرد الوديعة في مختلف الفروض، ولو كانت قد هلكت عنده بقوة قاهرة لا يد له فيها، وذلك لأنه أصبح مالكا لها بمجرد الإيداع.

وقبل أن أختتم، أود أن أقدم اقتراحاً بسيطاً، على أثر صدور القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية، يتمثل في دعوة المشرع إلى إصدار قانون مستقل خاص بالمصارف الإسلامية، يبين فيه مرحلياً إجراءات الانتقال من الصيرفة التقليدية إلى الصيرفة الإسلامية، ويتم من خلاله تنظيم الصيغ التعاقدية المتبعة في الأخيرة على نحو محكم يضمن فاعليتها ويعكس الدور والهدف الذي من أجله وجدت، لكي لا تصبح بمثابة الثوب الفضفاض، يقع تحت اسمها شيء من المخالفات لشروطها الشرعية والقانونية، الأمر الذي يُخشى معه النيل من مصداقية المصارف الإسلامية نفسها؛ على أن يسبق ذلك اصطلاح الجهات المعنية بمسؤولياتها في هذا الخصوص من حيث تهيئة المناخ المناسب للتطبيق سواءً على مستوى الدولة والمجتمع ككل، أو على مستوى العاملين بالمصارف وتدريبهم وإعدادهم الإعداد الأمثل.

وفي الختام لا أدعي الكمال في هذا البحث، بل هو جهد مقل، وفيه من النقص والخلل الشيء الكبير، فأمل من كل من يطلع عليه أن يصوبني ويدلني على مواطن الخلل والقصور، فما كان من صواب فمن عند الله وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان.

قائمة المراجع :

أولاً/ الكتب :

- 1- حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بدون مكان نشر، ط2، 1993.
- 2- خالد أمين عبدالله، حسين سعيد سعيان، العمليات المصرفية الإسلامية " الطرق المحاسبية الحديثة"، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، ط1، 2008.
- 3- رفعت السيد العوضي "تحريراً"، علي جمعة محمد "تقديماً"، موسوعة الاقتصاد الإسلامي "في المصارف والنقود والأسواق المالية"، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ودار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، المجلد 5، ط1، 2009.
- 4- سامر مظهر قنطقجي، حسام الدين عفانة "تقديم"، الفروق الجوهرية بين المصارف الإسلامية والمصارف الربوية، شعاع للنشر والعلوم، حلب - سورية، ط1، 2007.

- 5- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ج5، ج7 مجلد 1، بيروت - لبنان، ط3 الجديدة، 2011.
- 6- عبدالرزاق رحيم جدي الهيثي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، ط1، 1998.
- 7- عبدالستار الخويلدي، المتطلبات القانونية في المالية الإسلامية، بدون دار نشر، (ب-ط)، (ب-ت).
- 8- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية "دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية"، بدون دار نشر، طبعة مكبرة بدون تحديد لرقمها، 1989.
- 9- محمد الجيلاني البدوي الأزهري، قانون النشاط الاقتصادي 1 "المبادئ والقواعد العامة"، بدون دار نشر، ط4، 2008.
- 10- محمد الطاهر الهاشمي، المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية "الأساس الفكري والممارسات الواقعية" ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية على المصارف العاملة بمملكة البحرين العربية، منشورات جامعة 7 أكتوبر، مصراتة - ليبيا، ط1، 2010.
- 11- محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، (ب-ط)، (ب-ت).
- 12- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1891.
- 13- مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري "الأوراق التجارية - الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط1، 2001.
- 14- منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية "مدخل اتخاذ القرارات"، المكتب العربي الحديث، ط3، 1996.
- ثانياً/ الرسائل الجامعية والبحوث:
- 1- إبراهيم جاسم الياسري، إشكاليات تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد في جامعة الكوفة، 2009.
- 2- حسين سعيد "تقديم"، تجارب رائدة في الصيرفة الإسلامية "تجربة البنك الإسلامي الأردني"، ورشة المصارف الليبية والصيرفة الإسلامية 7-10/06/2009.
- 3- عبدالقادر جعفر جعفر، العمل المصرفي الإسلامي في ظل القوانين السارية، بحث مقدم إلى "مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول"، دائر الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 31 مايو - 3 يونيو 2009.
- 4- طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين (موقوفاتها - تطويرها)، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة، 2002.
- 5- منذر قحف، ضمان الودائع في المصارف الإسلامية في الأردن، بحث مقدم لمؤسسة ضمان الودائع في المملكة الأردنية الهاشمية، نوفمبر 2005.



6- منصور محمود مقدادي، نبيل محمد المغيرة، محاسبة شركات المضاربة في الفقه الإسلامي "دراسة تحليلية مقارنة مع المصارف الإسلامية المعاصرة"، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد (2)، 2010.

7- يوسف بن عبدالله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية، المجلد الأول، 2002.

ثالثاً: التشريعات :

1- القانون المدني الليبي والقوانين المكملة له، إعداد الإدارة العامة للقانون، 1988.

2- قانون رقم (23) لسنة 1378 و.ر (2010م) بشأن النشاط التجاري، مدونة التشريعات، عدد خاص، السنة العاشرة، 1378/08/21 و.ر، ص726.

3- قانون رقم (1) لسنة 1373 و.ر (2005م) بشأن المصارف، مدونة التشريعات، العدد (4)، السنة الخامسة، 1373/04/10 و.ر، ص109.

4- قانون رقم (46) لسنة 2012م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف، وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية، الجريدة الرسمية، العدد (13)، السنة الأولى، 2012/07/05م، ص760.

5- قانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية، الجريدة الرسمية، العدد (05)، السنة الثانية، 2013/03/21م، ص241.

6- قانون الالتزامات والعقود المغربي، الصادر بتاريخ 1913/08/12، صيغة مهيئة بتاريخ 2011/09/22، منشور بموقع وزارة العدل والحريات المغربية على الإنترنت : [www.justice.gov.ma](http://www.justice.gov.ma)

7- قانون التجارة المغربي رقم 15.95، الصادر بتاريخ 1996/08/01، صيغة مهيئة بتاريخ 2011/10/06، منشور بموقع وزارة العدل والحريات المغربية على الإنترنت : [www.justice.gov.ma](http://www.justice.gov.ma)

8- قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980 ومذكرته الإيضاحية، منشور بموقع وزارة العدل الكويتية على الإنترنت : [www.moj.gov.kw](http://www.moj.gov.kw)

## "الطفل في ظل الشريعة الإسلامية جوهرًا وحقوقًا"



الأستاذ صحبي محمد أمين

أستاذ مساعد قسم "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس/الجزائر

مقدمة :

لقد حظى الإنسان في الشريعة الإسلامية بتقدير عال وكريم منقطع النظير ، فقد كرمه الله وفضله على كثير من مخلوقاته تفضيلاً قال تعالى : " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً " <sup>1</sup>

ولقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان أكثر عندما عده خليفته في الأرض ، قال تعالى : " وإذ قال ربك إني جاعل في الأرض خليفة ، قالوا : أتجعل فيها من يفتد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك ، قال إني أعلم ما لا تعلمون " <sup>2</sup>

بما أن الإسلام قد ضمن لهذا الإنسان هذه المكانة الرفيعة والمنزلة العالية فقد أعطى للطفل أيضاً اهتماماً كبيراً منذ مرحلة اختيار الأبوين وحتى يبلغ الطفل سن الرشد ، ذلك أن مرحلة الطفولة تعد من أخطر مراحل العمر وأعظمها شأنًا في تكوين شخصية الفرد ، ومن ثم فإننا نجد أن رعاية الأطفال وحمايتهم أصبحت من الأمور الأساسية التي أكدت عليها الشريعة الإسلامية ، وقد تحددت الآيات كثيرة من القرآن الكريم حقوق الطفل ومسؤولياته رعايته حفظه <sup>3</sup>

وبصور لنا الإمام محمد الغزالي رحمه الله -المسؤولية الكبيرة الملقاة على عاتق الأهل في تربية الأطفال وتنشئتهم التنشئة الصحيحة على التعاليم الدينية الإسلامية حيث يقول في هذا الصدد: "الطفل أمانة عند والديه ، وقلبه

<sup>1</sup> (سورة الإسراء- الآية 70)

<sup>2</sup> (سورة البقرة - الآية 20).

<sup>3</sup> (بدران أبو العنين، ص 45)

الطاهر جوهره نفسية ساذجة خالية من كل نقش و صورة ، و هو قابل لكل ما نقش ، ومائل لكل ما يمال إليه ، فإن عود الخير و علمه نشأ عليه ، وسعد في الدنيا و الآخرة و شاركه في ثوابه أبواه " .

و كل معلم له مؤدب ، وأن عود النشر و أهمل إهمال البهائم شقى و هلك ، وكل الوزر في رقبة القيم عليه و الوالي له<sup>1</sup>

تحتل الطفولة مرحلة عمرية من حياة الإنسان ، وهي لا محال منتهية بدخولها إلى مرحلة أخرى من مراحل عمر الإنسان المتتابة و عليه يصبح لازماً علينا تحديد المقصود بالطفل و أي مرحلة من عمر الإنسان يطلق عليها تسمية الطفولة .

### المبحث الأول : " السمات العامة لحقوق الطفل " :

تعد السمات العامة لحقوق الطفل تتميز عن غيرها من الحقوق المقررة لبني الإنسان.

و الواقع أن طبيعة حقوق الطفل و خصائصها العامة ترتبط إلى حد كبير بالوضع الخاص للطفل ، وعدم قدرته على حماية حقوقه أو الدفاع عن نفسه بسبب عدم نضجه البدن و العقلي، فهو كائن بشري يتمتع دائماً بالحماية القانونية خلال السنوات التي تنقسه فيها القدرة على التحكم و تصرفاته، وتوظيف ملكاته العقلية و قدراته الإدارية . و تنعكس هذه الخصائص على طبيعة الحقوق المقررة له

- فهي في الغالب حقوق لا تقابلها واجبات، فحقوق الطفل في الرضاعة و الحضانه و النفقة كلها حقوق عامة لا تتقرر لكل الأطفال بغير تفرقة بين الوطني والأجنبي، فهي لازمة للطفل بوصفه طفلاً و يجب أن لا يجرم منها و المساس بها مساس بآدميته ذاتها<sup>2</sup>

و يذهب البعض إلى " أن الحق يستلزم وجود الواجب، كما أن الواجب يستلزم وجود الحق " فإن معظم حقوق الطفل ، حقوق لا تقابلها واجبات أو التزامات فهي حقوق مطلقة ، وينشئ من هذه الحقوق ، الحقوق الناشئة عن التعاقدات التي يتولاها عن الطفل وليه أو الموصى عليه كما يتحمل المسؤولية الناشئة عنها. فهذه الحقوق كلها متعلقة بالنظام العام و من هذا الباب تعرف الطفل و الحقوق المتعلقة به في ظل الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول : " تعريف الطفل في الشريعة الإسلامية " :

جعلت الشريعة الإسلامية من البلوغ الحلم نهاية لمرحلة الطفولة . و الحلم يعني الاحتلام : هو دليل البلوغ ، والبلوغ في الشريعة هو سن التكليف لمعظم الأحكام الشرعية سواء في العبادات أو المعاملات و البلوغ في الفقه الإسلامي . \* هو البلوغ الطبيعي ببلوغ النكاح، بأن تظهر في الغلام مظاهر الرجولة، والقدرة على النكاح، وفي الأنثى مظاهر كمال الأنوثة بالحيض.

ويقدر البلوغ الطبيعي بسن بلوغ خمسة عشر عاماً عند جمهور الفقهاء للصغير، والصغيرة على السواء.

- و يرى أبو حنيفة بلوغ الفتى ببلوغ ثماني عشر عاماً، والصغيرة سبعة عشرة عاماً و يذهب ابن رشد، الفقيه المالكي إلى القول بأن " البلوغ يكون بالاحتلام و السن بلا خلاف في مقداره، فأقصاه ثماني عشرة عاماً، وأقله خمسة عشرة عاماً و لهذا الرأي قال الإمام الشافعي.

<sup>1</sup>(حسنين المحمدي بوادي، 2005، ص 20)

<sup>2</sup>(حسني نصار، 1972، ص 23).

و يحتج جمهور الفقهاء في تقدير السن بخمسة عشرة سنة بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يوم أحد وأنا ابن أربعة عشرة سنة فلم يجزني و عرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني فالرسول عليه الصلاة والسلام قد رأى في سن الخامسة عشر سنة حد البلوغ في المقاتل ، فدل على ذلك على أنه ببلوغ هذه السن فإن الصبي يبلغ مبلغ الرجال<sup>1</sup> .

المطلب الثاني : " حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية " :

لما كان الأطفال في هذه الحياة هم رجال المستقبل ، وعليه يعتمد في هذه الوجود لأنهم محط الآمال ، ومعتقد الرجاء أعطاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة ، و خصتهم الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام ، فشرعت كثيرا من أحكام الطفولة فأوضحت كثيرا من الأحكام التي تتعلق به ، فوضعت الشريعة الإسلامية للطفل أحكاما منذ أن تدب فيه الحياة و هو ما يزال في بطن أمه إلى أن يشيب و يتزعرع ، كل ذلك في سبيل قيام المجتمع و صيانتة لأفراده من الفساد<sup>2</sup> قال تعالى " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة " <sup>3</sup> وقد ألقى الإسلام مهمة تربية الطفل على عاتق والديه ، فهي مسؤولية مشتركة تقع على عاتق الأب و الأم (مجلة U-S-NEWS في الاول من عام 1994).

بل عد تربيته المسؤولية الكبيرة ، الملقاة على عاتق الأهل في تربية الأطفال وتنشئتهم التنشئة الصحيحة على التعاليم الدينية الإسلامية ، بصورة صحيحة أمانة في أعناق والديه ، وإلزامها بأداء هذه الأمانة خير أداء و الحفاظ عليها ، بشكل دائم لأنهما رعايا الطفل ومسؤولين عنه .

مصادقا لقوله صلى الله عليه وسلم : " كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته " . (متفق عليه).

ونجد أن الإسلام قد جعل الطفل في حياة المسلم نعمة عظيمة وزينة ما بعدها زينة، ينعم بها الله عز وجل على عباده. بحيث قال الله عز وجل " و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ، ورزقكم من الطيبات " (سورة النحل الآية 73) وقال تعالى " المال و البنون زينة حياة الدنيا " (سورة الكهف الآية 46) كما أن الشريعة الإسلامية قد أولت الأطفال اهتماما عظيما ، ويكفي أن الله سبحانه و تعالى قد أقسم بالولد في القرآن الكريم قال تعالى " ووالد وما ولد " (سورة البلد الآية 03) و من ذلك يمكن القول أن الشريعة الإسلامية قد اعترفت للطفل بمجموعة من الحقوق منذ أن يكون جنينا في بطن أمه.<sup>4</sup>

و الجنين اصطلاحا لا يغير الاصطلاح اللغوي، ويسمى جنينا من اللحظة التي يلتقي فيها الحيوان المنوي بالبويضة مكونين خلية التكاثر حتى تصبح خلقا مصدرا متكاملًا إلى ما قبل مولده.<sup>5</sup>

فيجب توفير الغذاء الجيد الذي يحتوي على كل العناصر و العناية بالحامل ، وعدم إجهاذها من خلال إعطائها الحق في الخلود إلى الراحة و الهدوء و السكينة .

كذلك فرضت الشريعة الإسلامية العقاب على الإجهاض بمختلف صورته سواء عندما تجهض المرأة نفسها أو عندما يجهبها غيرها .

<sup>1</sup>(حسنين المحمدي بوادي، 2005، ص24)

<sup>2</sup>(بدران أبو العين، ص 01)

<sup>3</sup>(سورة الروم الآية 21).

<sup>4</sup>(لسان العرب لابن متطور دار صادر بيروت ص 92).

<sup>5</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، ص 52)

كما فرض الغرة و هي تقابل الدين جزاء قتل الجنين، كما أن الشريعة الإسلامية حفظت للجنين كثيرا من الحقوق المالية مثل: الميراث جعلته بأكبر النصيبين حتى حين ولادته .  
المبحث الثاني: " موقف الشريعة الإسلامية من حقوق الطفل " :

- إن الشرائع السماوية منذ القديم، بل حتى قبل التاريخ الميلادي بقرون طويلة أقرت أحكاما تفصيلية فيما يخص حق الطفل فقد جاء في قوله تعالى: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا " <sup>1</sup> ، و أوصت بوجوب حماية هذه الحقوق و إعطائها قدر كبير من الأهمية على نحو يحقق مستقبل أفضل للأطفال مبنيا على أساس مبادئ الإسلام المثلى و العليا . فقد أوصت التعاليم الإسلامية العناية بالأطفال و الأولاد و حقوقهم جميعا، سواء حقوقا طبيعية كالمساواة مثلا، أو حقوقا أهمها توفير الحماية القانونية و الأمن الاجتماعي، والعلاج و كذا الرعاية الطبية إضافة إلى حقوق أخرى ثقافية و سياسية مقرررة.

و لقد شرع الإسلام للطفل مجموعة من الحقوق تثبت له لحظة ولادته على اعتبار أنه إنسان و مخلوق من مخلوقات الله، له كرامة و حقوق أن تحترم و تصان و من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل نوعين وهما:

- الحقوق الأولية: و تتمثل في: الرضاعة، النسب، الحضانه، والنفقة، و الميراث.
- الحقوق الطبيعية: و المتمثلة في: الحياة، الاسم، الحق في التربية و التعليم. (حسين الحمدي بوادي، 2005، ص 56)

المطلب الأول: " الحقوق الأولية " :

أ- حق الطفل في النسب: من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل، و تفوقت بها على غيرها من الشرائع الوضعية، هو حق في النسب.

و النسب هو القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسب <sup>2</sup> و حق الطفل في النسب هو أن يكون له أب و أم معروفان ، و قد امتن الله سبحانه و تعالى على عبادة بالنسب على اعتبار أنه نعمة أنعم الله بها على الإنسان قال تعالى " و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا " <sup>3</sup>

و هذا الحق له أهمية كبيرة لأنه يتفرغ منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل الحق في الرعاية و التربية و المال و النفقة و الميراث و بسبب أهمية هذا الموضوع حددت الشريعة الإسلامية قواعد النسب و ضوابطه و جعلت الزواج الصحيح هو الطريق الشرعي و الوحيد له مصداقا لقوله تعالى " و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفدة ، و رزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون و بنعمة الله هم يكفرون " <sup>4</sup>

و اهتمام الإسلام بالنسب يعود إلى أن ضياع النسب يؤدي بالولد إلى الضياع و المهانة و الذل و العار ، و قد نهى الإسلام الآباء عن إنكار نسب أولادهم ، و توعدهم بالعقاب الشديد فقد ورد عن الرسول عليه الصلاة و السلام ثلاثة في الناس كفره:

<sup>1</sup>(سورة الكهف الآية 46)

<sup>2</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، ص 52-54)

<sup>3</sup>(سورة الفرقان الآية 54)

<sup>4</sup>(سورة النحل الآية 72).

-الطعن في النسب ، والنياحة على الميت ، والاستقاء بالنجوم<sup>1</sup> كما روى عن أبي هريرة أنه سمع الرسول صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية المتلاعنين " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته ، و أيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأوليين و الآخرين " <sup>2</sup>.

يثبت النسب في الشريعة الإسلامية بأمر ثلاثة : الفراش الصحيح ( قيام الزوجية بين الرجل و المرأة ) - الإقرار والبينة - ثبوت النسب على غير كهذا أخي أو عمي و قد يكون بالبينة، وهي عند أبي حنيفة و محمد، إقرار رجلين أو رجل أو امرأتين كالشهادة.

و قال الإمام الشافعي و أحمد و أبو يوسف إن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الإرث يثبت بالإقرار فلم يطلب فيه العدد كالدين، ولأن الإقرار قول لا تشترط فيه العدالة فلم يصح قياسه على الشهادة و نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين عند أبي حنيفة و محمد، وشهادة رجلين فقط عند المالكية، وجميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف، وقد اختلف الفقهاء في بيان المراد بالتسامع لإثبات النسب فقال أبو حنيفة ، هو أن تتوافر الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين.<sup>3</sup>

و قال الصحبان محمد و أبي يوسف هو أن يخبر الشاهد رجلان عادلان أو عدل و امرأتان ، و توسط المالكية ، فقالوا أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدو لو غيرهم ، واشترطوا أن يقوم الشهود سمعنا كذا أو نحوه ، وذهب الشافعية في الأرجح و الحنابلة في الأصح مثل قول أبي حنيفة<sup>4</sup> و بناء عليه تكون الشريعة الإسلامية قد قضت على التبن الذي كان شائعا بين العرب في جاهليتهم بصورة كبيرة ، قبل أن يسطع عليهم نور الإسلام ، فقد كانوا يدعون أبناء غير أبنائهم وينسبونهم إليهم و يجرون عليهم أحكام الأبناء الذين من أصلابهم من تحريم الزواج وغيره<sup>5</sup> و لكن الإسلام أبطل تلك العادة التي كانت مستغفلة في ذلك المجتمع و ألقى ما كانوا يرتبون عليها من أحكام قال تعالى " وما جعل أديعكم أبناءكم ، ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق و هو يهدي السبيل " <sup>6</sup>

ب- حق الطفل في الرضاعة :

يقصد بالرضاعة: تغذية الطفل وهي الطريق الوحيد للمحافظة على بقاء الطفل ونموه ، وأن حجبها عنه يعرض حياته دون شك للهلاك و الأم ملزمة بشكل عام بإرضاع طفلها ، كونها هي أقرب الناس إليه و أن لبنها أفضل غذاء له من غيره ، كما أنها أشد الناس شفقة على ولدها وأعظمهم حنانا و عطفًا عليه ، لذلك أوجبت الشريعة الإسلامية على الأم وجوب إرضاع طفلها ، مصداقا لقوله تعالى : " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " <sup>7</sup>. و اتفق فقهاء الإسلام على أن الرضاع واجب على الأم ، و بأنها تسأل عنه أمام الله تعالى حفاظا على

<sup>1</sup> (تفسير القرآن العظيم، لابن كثير ص 467).

<sup>2</sup> (أخرجه أبو داود و الشافعي و ابن ماجه و صححه ابن حبان سبل السلام للصنعاني 195/3).

<sup>3</sup> قول الشافعية و المالكية و الحنفية من كتاب الدكتور: حسنين المحمدي بوادي -مرجع سابق ص 20.

<sup>4</sup> (عبد العزيز إسماعيل، 1997، ص 104)،

<sup>5</sup> (عز الدين الخطيب التميمي، 2000، ص 28)

<sup>6</sup> (سورة الأحزاب، الآية 04).

<sup>7</sup> سورة البقرة، الآية 232)

حياة الولد ، سواء كانت متزوجة بأب الرضيع المطلقة منه وانتهت عدتها ، واختلفوا في وجوبه عليها قضاء ، ويستطيع القاضي إجبارها عليه أمره قال المالكية الوجوب قضاء فتجبر عليه ، وقال الجمهور بأنه مندوب لا تجبر عليه ، ولها أن تمتنع إلا عند الضرورة .

وينشأ الخلاف عن كيفية فهم المراد من قوله تعالى في الآية السابقة و يفهم من ذلك أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأم في ثلاث حالات ، هي :

1- ألا يقبل الطفل رضاعاً إلا من ثدي أمه .

2- ألا توجد مرضعة أخرى سواها .

3- إذا عدم الأب لاختصاصها به ، أو لم يوجد لأبيه و لا للولد مال لاسترجاع مرضعة ، فيجب عليها إرضاعه لثلاث يموت<sup>1</sup> كما أوجبت الشريعة الإسلامية ، على الأب وجوب النفقة ، على الأم في أثناء فترة الزوجية ، وسيستمر هذا الالتزام في حالة الطلاق ، مصداقاً لقوله عز وجل " وإن كن أولاد حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن "<sup>2</sup>

وزيادة على ذلك كله ، فقد عد الإسلام الأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها مع قدرتها عليه ودون سبب ، آثمة و مسؤولة عن هذا الامتناع أمام الله إلا إذا كان في الإرضاع ضرر أكيد بها أو بالطفل لقوله تعالى " لا تضار والدة بولدها "<sup>3</sup>

ج- حق الطفل في الحضانة :

الحضانة لغة : " احتضان الشيء ، أو ضمه إلى الصدر ، وهي تعني ضم الطفل إلى حضن أمه ، وهي تشمل : المحبة و العطف و الحنان ، وتعني أيضاً : القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه و تدبير طعامه و شرابه ولباسه و تنظيفه و قيامه و نمومه "<sup>4</sup> هذا و قد أكدت الشريعة الإسلامية أهمية هذا الحق خصوصاً أن الطفل في المراحل الأولى يكون في حاجة إلى من يتدبر شؤونه ، كونه عاجزاً على القيام بذلك وحده ، وقد عرف الفقهاء الحضانة بأنها : "التزام الطفل لتربيته و القيام بحفظه و تدبير شؤونه "<sup>5</sup>

- و قد عهدت الشريعة الإسلامية بمسؤولية الحضانة إلى الوالدين أولاً ، وفي حالة وقوع خلافات زوجية بين الطرفين ، فإن هذا الحق يعود تلقائياً إلى الأم ، وفي حالة فقد الوالدين يعود حق الحضانة إلى الأقرباء المقربين من النساء من أقارب الزوجة ، فإن لم يوجد فإلى الأقرباء النساء من طرف الرجل و كما بينت سابقاً فإن الحضانة واجبة شرعاً ، لأن المحضون يهلك بتركها ، فوجب حفظه من الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه و انجاؤه من المهالك . و أما صاحب الحق فيها فمختلف فيه بين الفقهاء ، فذهب الأحناف إلى أن الحضانة حق للحاضن و هو المشهور عند المالكية و غيرهم ، وصاحبة الحق الأولى في الحضانة هي الأم ، ولكن اختلف الفقهاء في إجبارها على ذلك ، إلى أن الأم

<sup>1</sup>(قول الشافعية والجمهور من كتاب حسنين الحمدي بوادي، 1997، ص 62).

<sup>2</sup>(سورة الطلاق الآية 06).

<sup>3</sup>(سورة البقرة، الآية 233).

<sup>4</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، ص 62-67)،

<sup>5</sup>(عبد العزيز اسماعيل احمد، 1997، ص 106)

وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت قياسا على الإرضاع وهو المشهور عند الشافعية والحنابلة والمالكية و بناء عليه للأم إسقاط حقها في الحضانة، وإذا أرادت العود فلاحق لها عند المالكية<sup>1</sup>.

- و بسبب أهمية موضوع الحضانة فيما يخص الطفل، فإن الشريعة الإسلامية قد بينت أحكامها وشروطها، حيث حددت لمن يثبت هذا الحق مدى وجوبه، وكذلك حددت شروط الحضانة، التي منها: العقل، الكفاية و التدين، والأخلاق الحسنة، الخلو من العلل و الأمراض، وأن تكون أمينة على الطفل، قادرة على تربيته والقيام برعايته، وألا تكون مرتدة عن الإسلام، وأن تكون ذات محرم للطفل كأمه، وأخته، وخالته، عمته، و اشترط الفقهاء في الحاضن الرجل زيادة على ذلك الشروط: الحرية، والقدرة على تربية الطفل، وأن يكون عصبه للرجل وأن يكون ذا رحم محرم، إن كان الطفل أنثى، وأن يتحدا في دينهما<sup>2</sup>.

- يقول ابن قدامة: " في الحضانة ولاية فلا تثبت للكافر على مسلم، كولاية النكاح و المال ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى، فإن ضرورة أكثر فلا أنه يفتنه عن دينه و يخرج عن الإسلام بتعليمه الكفر و تربيته له و تربيته عليه، وهذا أعظم الضرر<sup>3</sup>

#### د- حق الطفل في النفقة :

ألزمت الشريعة الإسلامية الأب بتحمل نفقة ابنه الصغير جميع أنواعها من طعام و كسوة و أسرة ورضاع و حضانة و نفقات تعليم ودراسة، و غير ذلك من النفقات التي يحتاج إليها الطفل في حياته حتى يبلغ سنا تسمح له بالكسب و العيش من عمله و الأصل أن نفقة الأطفال تكون على الأب إذا كان مقتدرا أما إذ كان فقيرا أو زمن، لا يقدر على الكسب بوجه من الوجود - فيلحق بالميت - أجبر هذا ورثة الأب على نفقة الأطفال على قدر ميراثهم منه امثالاً لقوله تعالى: " و على المولود رزقه من و كسوتهن بالمعروف " .

إلى قوله تعالى: " و على الوارث مثل ذلك " <sup>4</sup> و اتفق الفقهاء على انه إذا كان الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب في رأي الجمهور فعليه وحده نفقة أولاده، لا يشاركه فيها أحد أما إذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك كانت نفقتهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكرا أو أنثى إذا كان موسرا و يرى المالكية أن النفقة تجب على الأب وحده دون غيره .

- وذهب الشافعية إلى انه إذا لم يوجد الأب أو كان عاجزا وجبت النفقة على الأم، وذهب الحنابلة إلى الظاهر إلى انه إذا لم يكن للولد الصغير أب وجبت نفقته على كل وارث على قدر ميراثه<sup>5</sup> فإذا كان أصوله غير وارثين وجبت النفقة عليهم جميعا كما تجبر الوصية على نفقة الصغير.

ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام - في هذا الصدد: "أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله أو دينار ينفقه على دابته في سبيل الله أو دينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله ....."(متفق عليه).

<sup>1</sup>(بدرية العوضي، 1979، ص 64).

<sup>2</sup>(عبد العزيز محييمر، 1997، ص 65)

<sup>3</sup>(عبد العزيز اسماعيل احمد، 1997، ص 106).

<sup>4</sup>(سورة البقرة الآية 233)

<sup>5</sup>(شكري عبد الجواد، ص 07).



و يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "كفى بالمرء إثماً أن يصنع من يعول" (رواه أبو داود و الحاكم و أحد في مسنده).

و قد جعل الإسلام حق الطفل في النفقة واجبا على بيت مال المسلمين إذا عجز الولد عن دفعها و لم يكن له أقارب موسرون أو ذلك استنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الغرم بالغنم"<sup>1</sup>

ج- حق الطفل في الميراث :

لقد جرت العادة في الجاهلية، و قبل ظهور الإسلام على حرمان الأطفال و النساء من الحق في الميراث على أساس أن الميراث لا يعطى إلا: "لمن قاتل على ظهور الخيل".

و لكن الشريعة الإسلامية السمحة بمبادئها السامية قضت على هذه العادة السيئة و أوجبت توريث الأطفال ذكورا و إناثا كما في قوله تعالى: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا"<sup>2</sup> كما قال الله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" سورة النساء الآية

اتفق الفقهاء على أن الأبناء هم الوارثون لأبيهم ، لأنهم أقوى عصبه و ثبت ذلك بالكتاب و السنة والإجماع ، و من ثم نجد أن الإسلام بهذه النظرة التي قامت على أساس إعطاء الأطفال و النساء الحق في الميراث يكون قد سبق بقرون طويلة الاتفاقيات الدولية في التأكيد على هذا الأمر .

و خصوصا أن الأطفال قد يكونون أحق في الحصول على المال المورث من الكبار و ذلك بسبب ضعف بنيتهم و إدراكهم و عجزهم عن الكسب و حده و بناء عليه يكون الإسلام قد كفل للطفل الصغير حقوق مالية : فأبطل ما كان سائدا في الجاهلية من عدم توريث الأطفال فحرص على الطفل مكرما معززا بحقوق مالية نقيه من الحاجة و الفاقة و مد اليد إلى الناس<sup>3</sup>

كما شدد الإسلام على ضرورة أن يحافظ الأوصياء و الأولياء على أموال الصغار فيما إذا كانوا أيتاما لا يقدرّون على إدارة أموالهم بأنفسهم (فجعل النار مثوى أولئك الذين يأكلون أموال اليتامى بالباطل) قال عز من قائل: "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نار و سيصلون سعيرا"<sup>4</sup>

المطلب الثاني: "الحقوق الطبيعية":

أقرت الشريعة الإسلامية العديد من الحقوق التي تخص الطفل وأوصت بوجوب حمايتها و إعطائها أكبر قدر من الأهمية إذ تشمل الحق في الحياة و الحق في الاسم الحسن و الحق في التربية و التعليم.

أ- حق الطفل في الحياة :

الحياة حق مشروع لكل كائن حي ، و قد أثبت الإسلام للطفل حقه في الحياة باعتباره إنسانا أولا ، و باعتباره عاجزا عن الدفاع عن حقه في الحياة ثانيا<sup>5</sup> و الحق في الحياة يتبث له لحظة كونه جنينا في بطن أمه . لأن الإسلام حرم الإجهاض ، و حرم في نفس الوقت الاقتصاص من المرأة الحامل حتى تضع حملها ، وهذا ما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم عند

<sup>1</sup>(محمد للشوكاني ج5 ص 265).

<sup>2</sup>سورة النساء الآية 07)

<sup>3</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، 135-136)

<sup>4</sup>سورة النساء الآية 10).

<sup>5</sup>(عبد العزيز اسماعيل، 1997، ص 104)

قضائه بشأن المرأة التي جاءت لتعترف له بحملها من الزنا، فقال لها: اذهبي إلى ان تضعي حملك، وزجر الرسول عليه الصلاة والسلام من طالب بتنفيذ العقوبة على المرأة الحامل حين قال: " إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها"<sup>1</sup> كما يثبت الحق في الحياة للطفل حتى بعد الولادة، قال تعالى: "من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"<sup>2</sup>، و قال تعالى: "قد خسر الذين قتلوا أولادهم سفها بغير علم وحرمو ما رزقهم الله افتراء على الله قد ضلوا و ما كانوا مهتدين"<sup>3</sup> و أجمع الفقهاء على وجوب حق الحياة للطفل و المحافظة عليه و هو رأي الحنفية، المالكية أو الحنابلة، والإمامية، والظاهرية و الأباضية.

و قد حرم الله عز وجل في كتابة العزيز عادة الجاهلية عندما كانوا يقتلون أطفالهم وبخاصة الإناث خشية الفقر و اتقاء العار لقوله تعالى في هذه العادة السيئة: "ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم، إن قتلهم كان خطئا كبيرا"<sup>4</sup>

#### ب- حق الطفل في الإسم الحسن :

للإسم وقع خاص في نفس صاحبه، فكل إنسان يعتز و يفرح إذا كان الإسم الذي يحملها اسما جميلا له معنى طيب أو يحزن بل يتكدر صفوه إذا كان هذا الإسم قبيحا أو منعرا على اعتباره أن الإسم لصيق بشخصية الإنسان إلى أن يموت و قد حرص الإسلام على تأكيد حسن اختيار الإسم الحسن و المقبول للمولود، لما في ذلك من مزايا تعود على حامله، ولما في عكس ذلك من سلبيات وتفاعلات و مشكلات سلوكية و نفسية يكون الإسم غير المناسب و غير اللائق مدعاة لما لذلك أوجبت السنة النبوية الشريفة اختيار الإسم الحسن مند الأسبوع الأول قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم و أسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم"<sup>5</sup> و قوله أيضا: "من حق الولد على على الوالد أن يحسن آدابه و يحسن اسمه"<sup>6</sup> و قد غير الرسول عليه الصلاة والسلام أسماء كثيرة من الصحابة عندما عندما دخلوا في الإسلام معتبرا أن دخولهم في هذا الدين ولادة جديدة فغير اسم عبد العزي إلى عبد الله أو عبد الرحمن، وغير اسم عاصية إلى حميلة، وصعب إلى سهل كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن قال: "تسموا بأسماء الأنبياء و أحب الأسماء إلى الله عبد الله، وعبد الرحمن و أصدقها حارث وهمام و أقبحها حرب و مرة، كما نهى الدين الإسلامي عن التنازير بالألقاب الساخرة"، امثالا لقوله تعالى: "و لا تلمزوا أنفسكم و لا تنازروا بالألقاب بسئ الإسم الفسوق بعد الإيمان"<sup>7</sup>

إن ثبوت حق الطفل في الإسم الحسن بأدلة شرعية يجعل فيه حقا لله تعالى، ذلك أنه ما من حق للعبد إلا و لله فيه حق، يقول الإمام الشاطبي: "و ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا له بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقا

<sup>1</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، ص 36-37)

<sup>2</sup>(سورة المائدة الآية 32).

<sup>3</sup>(سورة النعام الآية 140)

<sup>4</sup>(سورة الإسراء الآية 31).

<sup>5</sup>(رواه أبو داود في الأدب، والإمام احمد في مستنده)

<sup>6</sup>(عبد العزيز مخيمر، 1997، ص 49-51)

<sup>7</sup>(سورة الحجرات الآية 11).

لذلك بحكم الأصل<sup>1</sup> " وحق الله تعالى في نظر علماء الشريعة يعد من قبيل النظام العام فقد عرفوه بأنه: ما يتعلق به النفع للعالم، وشرع حكمه للمصلحة العامة<sup>2</sup> و بذلك يكون استعمال الاسم الحسن قد اجتمعت فيه مصلحتان: المصلحة الخاصة للطفل و المصلحة العامة، وهي المغلبة هنا الدليل إصرار الرسول عليه الصلاة والسلام على تغيير الأسماء غير الحسنة أو حرصه على أن يشيع بين المسلمين استعمال الأسماء الحسنة، ومن هنا جاز القول بأن استعمال الأسماء الحسنة هو من قبيل النظام العام .

### ج- حق الطفل في التربية والتعليم :

لقد أكدت الشريعة الإسلامية أيضا على أهمية ضمان حقوق الطفل في التربية والتعليم، وهو حق لا يقل خطورة وأهمية عن غيره من الحقوق، وكيف لا وبه و من خلاله يتم تكوين فكر الطفل وتعديل سلوكه وتنمية مهاراته واعدده بالجملة للحياة، وبكل ما تعنيه من أبعاد جسمية ونفسية و اجتماعية و أخلاقية وإيجابية، وقد حمل الدين الإسلامي العائلة أو الأسرة و المربين مسؤولية كبيرة في تربية الأولاد وتعليمهم وتوجيههم إلى التحلي بالأخلاق و الخصال الحميدة و محاولة زرع هذه الخصال من صدق و أمانة و الوفاء بالوعد و مخافة الله واحترام الآخرين في نفوسهم فعندما يعلم الطفل هذه الأخلاق الحميدة، وهو في صغره سيكون لذلك تأثير كبير على المجتمع في المستقبل قال تعالى: "و كان يأمر أهله بالصلاة و الزكاة و كان عند ربه مرضيا"<sup>3</sup> كما أن تعليم الأطفال و تربيتهم التربية الحسنة مسؤولية كبيرة يجب القيام بها: امثالاً لقول الرسول "كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته"<sup>4</sup>

و قد حثت الآيات القرآنية الكريمة على وجوب توفير سبل التعليم للأطفال فكانت أول آية قرآنية تنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم تؤكد على طلب العلم، قال تعالى: "اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق اقرأ و ربك الأكرم الذي علم بالقلم"<sup>5</sup>، و قوله تعالى أيضا: "و قل ربي زدني علما" و نجد حرص الشريعة الإسلامية على التعليم و ذلك من خلال التأكيد على وجوب الإنفاق على الطالب المتعلم خلال فترة التعليم، فالطالب المتعلم حتى و لو كان قادرا على العمل و التكسب تجب نفقته على أبيه فإن كان الأب غير قادر على ذلك لإعساره وجبت نفقة التعليم على الأم إذا كانت موسرة و تكون دينا على الأب ترجع به عليه عند اليسار .

فإن كانت الأم معسرة وجبت نفقة التعليم على من تجب عليه النفقة عند عدم وجودها، وتكون دينا على الأب، ويرجع بها المنفق عليه عند يساره<sup>6</sup> و قد سارت الأحاديث النبوية أيضا على المنهج الرباني نفسه في هذا الصدد فكان هناك كثير من الأحاديث النبوية التي أكدت على وجود التعلم و السعي للحصول عليه قال الرسول عليه الصلاة والسلام "طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة" متفق عليه.

و لقد بات في معين الحقيقة أن أسس تربية الطفل و تعليمه و مبادئها في الإسلام تشكل جزءا لا يتجزأ من مبادئ و تعاليم الدين الإسلامي وهي تمثل قواعد راسخة و مضامين فكرية محددة في أبعادها التربوية و التعليمية و تمثل في مجموعها المصدر الأساسي الذي تستمد منه تربية الطفل و تعليمه فعاليتها و الإسلام في أساس يمثل نظاما تعليميا

<sup>1</sup>(ابراهيم بن موسى، ص 366)

<sup>2</sup>(عبد اللطيف بنعيد، ص 986).

<sup>3</sup>(سورة مريم الآية 55).

<sup>4</sup>(سبق تخريجه).

<sup>5</sup>(سورة العلق الآية 1-4).

<sup>6</sup>(سورة طه الآية 114)

تربويا متكاملًا و شاملًا لأمر الدين و الدنيا و تقوم التربية في الإسلام على عدة عناصر منها: الإيمان، الأخلاق و العلم النافع و العمل الصالح و هذه العناصر تشكل في النهاية وحدة متداخلة متكاملة بعضها مع بعض<sup>1</sup>. و هو بهذا سبق جميع التشريعات الوضعية القائمة الآن في العالم المتحضر منه المتخلف، بل انه كان مصدر إلهام المشرع الغربي و سيظهر ذلك جليا في الاتفاقيات الدولية.

قائمة المراجع والمصادر:

## القرآن الكريم.

## السنة النبوية.

1. بدران أبو العنين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، من دون تاريخ، دار الملتقى للنشر.
2. حسنين المحمدي بواي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة (1) 2005.
3. حسني نصار: (1972)، تشريعات حماية الطفولة، حقوق الطفل في تشريع الدستوري و الدولي و الجنائي، منشأة المعارف الاسكندرية.
4. مجلة U-S-NEWS في الأول من عام 1994.
5. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، (1997) حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي، جامعة الكويت، مكتبة المدينة.
6. عبد العزيز إسماعيل احمد، (1997)، الإسلام و حقوق الطفل -مجلة الإسلام سنة الثامنة عشر.
7. عز الدين الخطيب التميمي، (2000) حقوق المرأة و الطفل بين الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية كلية الحقوق عمان.
8. بدرية العوضى، (1979)، حقوق الطفل في الكويت، منشورات مجلة دراسات الخلية و الجزيرة، الكويت.
9. محمد شكري عبد الجواد، حماية حقوق الأطفال و النساء في القانونين الدولي و الداخلي، بحث مقدم إلى مؤتمر إدماج إتفاقيتي "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" و "حقوق الطفل"، في مناهج كليات الحقوق، منشورات اليونيسيف، مكتب الأردن.
10. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار ملتقى الاخبار، جزء الخامس، دار ابن القيم، دار ابن عفان، د ط.
11. إبراهيم بن موسى المالكي المعروف بالشاطبي -الموافقات في أصول الشريعة ج2 ص366 طبعة دار الفكر العربي.
12. عبد اللطيف بن عبد العزيز بن مالك -شرح المنار -طبعة 1315.

<sup>1</sup>(حسين محمد، 2005، ص 70)

# دراسات وأبحاث بالفرنسية :

## LE LIEN ENTRE CHANGMENTS CLIMATIQUES ET DROITS FONDAMENTAUX



**Mohamed EL YOUSSEFI**

université de nantes france

(Chercheur en droit international  
des droits fondamentaux)

### **Introduction :**

Le changement climatique est communément reconnu comme un des plus grands risques menaçant la réalisation des droits fondamentaux, et constitue pour la communauté internationale un défi sans précédent bien que surmontable. Le changement climatique aura des incidences négatives et constitue une menace réelle pour toute une série de droits de l'homme, sur les populations humaines en perturbant l'accès à l'eau non contaminée, à une alimentation suffisante pour tous, et en affectant la stabilité de la santé publique, des ressources des écosystèmes et la sécurité des établissements humains.

A cet égard le colloque international organisé en 2012 «Changements environnementaux globaux et droits de l'homme Global environmental change & Human Rights » interroge successivement les questions de justice et de responsabilité environnementale ainsi que celles des droits des générations futures et de l'affirmation d'un principe de non régression en matière de protection de l'environnement ; les conditions d'émergence des droits de l'homme à l'environnement ainsi que les principaux « artisans » de cette émergence, les contenus de ces droits selon les systèmes juridiques.

A la lumière de ce colloque, les remarques faites par le professeur Michel Prieur, et nos lectures sur le sujet « changement climatique et droits de l’homme », Nous démontrerons, à travers ce commentaire, pourquoi et comment ce lien entre «changements climatiques et droits de l’homme » a été consacré ? Nous exposerons l’émergence du lien « droits de l’Homme & changement climatique » qui jaillit depuis plus longtemps au sein des travaux de certaines organisations internationales et O.N.G, de la doctrine et dans de nombreuses décisions juridictionnelles ou quasi juridictionnelles (I). Si la consécration du lien «changements climatiques et Droits de l’Homme » est encore très allusive, nous en montrerons toutefois, l’avenir de ce lien (II).

### **I. Émergence du lien «changements climatiques et droits fondamentaux»**

La complexité et le caractère multidimensionnel des effets des changements environnementaux globaux sur l’Homme (changements climatiques biodiversité, atmosphère, sécurité alimentaire) ont accéléré, ces dernières années, cette mise en relation au sein des organisations internationales. Un ensemble de constructions textuelles a été dégagé en droit international, en droit régional (A) et dans la doctrine (B).

#### **A. Consécration textuelles**

Un important séminaire sur les questions environnementales et les droits de l’Homme fût organisé en 2002 conjointement par le Programme des Nations Unies pour l’environnement (PNUE) et le Haut-commissariat aux droits de l’Homme pour faire un état des lieux des différentes évolutions nationales, régionales et internationales des textes et de la jurisprudence pertinente sur le lien « droits de l’Homme et environnement » ; travaux largement enrichis par la doctrine.

Ces réflexions ont donné lieu à l’adoption par la Commission des droits de l’Homme d’une Résolution n° 2005/60 du 20 avril 2005 sur les droits de l’Homme et l’environnement en tant qu’éléments du développement durable. Ce texte affirme que les dégâts causés à l’environnement, notamment par des phénomènes ou des catastrophes naturelles, peuvent avoir des effets potentiellement néfastes sur l’exercice des droits de l’Homme et que la protection de l’environnement et le développement durable concourent au bien-être des populations et sont susceptibles de contribuer à l’exercice de ces droits.

Dans la continuité de l'action renforcée de l'ONU en matière des droits de l'Homme engagée depuis 2003, la Commission puis le Conseil aux droits de l'Homme<sup>1</sup> et le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme<sup>2</sup> ont par la suite organisé une série d'événements et produit de nombreux documents<sup>3</sup> sur l'approfondissement des effets des changements climatiques en particulier sur les droits de l'Homme. Enfin, le dernier rapport du Haut-commissariat aux droits de l'Homme intitulé *Etude analytique sur les liens entre les droits de l'Homme et l'environnement* de 2011 propose une triple approche de ce lien qui dessine clairement le détour indispensable au développement durable.

En effet, la première approche postule « *que l'environnement est un préalable à l'exercice des droits de l'Homme. Elle met l'accent sur le fait que la vie et la dignité de l'Homme ne sont possibles que lorsque les individus ont accès à un environnement offrant certaines qualités fondamentales. La dégradation de l'environnement, notamment la pollution de l'air, de l'eau et des sols, peut avoir une incidence sur la réalisation de droits particuliers, tels que le droit à la vie, à l'alimentation et à la santé* ».

Selon la seconde approche, les droits de l'Homme sont « *des instruments pour s'attaquer aux questions environnementales à la fois sur le plan procédural et au fond. Cette approche souligne la possibilité d'utiliser les droits de l'Homme pour parvenir à des niveaux adéquats de protection environnementale. Dans une perspective procédurale, des droits tels que l'accès à l'information, la participation aux affaires publiques et l'accès à la justice sont essentiels pour garantir des structures de gouvernance qui permettent à la société d'adopter des processus décisionnels justes s'agissant des questions environnementales* ».

<sup>1</sup> Cf. les Résolutions portant sur la relation entre les droits de l'Homme et l'environnement :

Résolutions 16/11 du 24 mars 2011 sur les droits de l'Homme et l'environnement, 7/23 du 28 mars 2008, 10/4 du 25 mars 2009 et 18/22 du 30 septembre 2011 sur la question des droits de l'Homme et des changements climatiques, 9/1 du 24 septembre 2008 et 12/18 du 2 octobre 2009 sur les conséquences néfastes des mouvements et déversements de produits et déchets toxiques et nocifs pour la jouissance des droits de l'Homme, et 18/11 du 29 septembre 2011 relative au mandat du Rapporteur spécial sur les incidences sur les droits de l'Homme de la gestion et de l'élimination écologiquement rationnelles des produits et déchets dangereux.

<sup>2</sup> - Le Haut-commissariat aux droits de l'Homme adopta, le 15 janvier 2009, un rapport sur la relation entre les changements climatiques et droits de l'Homme en exposant ses premiers résultats. Pour ce faire, il a reçu une trentaine de textes et propositions écrites soumis par certains États, de 10 agences de l'ONU, de 17 O.N.G., de certaines institutions nationales travaillant sur les droits de l'Homme. Ces différentes consultations ont permis de faire une première sensibilisation et a très certainement participé à l'insertion de la thématique « droit de l'Homme et changements climatiques » au sein des négociations internationales sur le climat.

<sup>3</sup> - Cf. l'un des derniers séminaires : *Human Rights Council Seminar on Human Rights and Climate Change* (23-24 février 2012) : <http://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRClimateChangeIndex.aspx>.



La troisième approche propose d'intégrer les droits de l'Homme et l'environnement dans le concept de développement durable. Elle insiste donc sur « *le fait que les objectifs sociétaux doivent être traités de manière intégrée et que les questions d'économie, d'environnement et de justice sociale doivent être prises en compte dans la perspective du développement durable* ».

Certaines organisations régionales ont également participé à la mise en connexion entre les droits de l'Homme et l'environnement. Par exemple, l'Organisation des États américains a adopté une Résolution sur les droits de l'Homme et les changements climatiques en juin 2008. Plus globalement, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (C.I.D.H.) a progressivement construit des obligations positives à la charge des États lors de grands projets de développement ou d'investissements susceptibles de compromettre l'exercice des droits des populations autochtones ou locales.

Ainsi par exemple, le 25 juillet 2012, la cour de San José<sup>23</sup> a jugé responsable l'État équatorien de la violation du droit du peuple Kichwa de Sarayaku. Sur le continent européen, si le Conseil de l'Europe a oeuvré tant dans le domaine de la protection de l'environnement que des droits de l'Homme en adoptant des traités ou des recommandations, le lien entre les deux thématiques est apparu récemment avec les travaux du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la Stratégie européenne de Conservation<sup>25</sup> et ceux de l'Assemblée parlementaire (A.P.C.E.). Dans sa Recommandation n° 1883 de 2009, l'A.P.C.E. a énoncé les défis posés par les changements climatiques au regard des différents organes du Conseil de l'Europe en insistant sur le rôle que peuvent jouer les instruments en matière de droits de l'Homme pour le renforcement des politiques internationales dans le domaine des changements climatiques.

Ces multiples initiatives montrent l'intégration progressive du lien « droits de l'Homme et environnement/changements climatiques » avec une mise à l'agenda au sein des travaux du Conseil de l'Europe. Quant à l'Union européenne (U.E.), si elle dispose d'un vrai arsenal de protection de l'environnement (plus de 700 actes dérivés<sup>29</sup>), elle ne s'est pas encore montrée leader sur le strict lien entre « droits de l'Homme et environnement/changements climatiques ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne renvoie dans son Préambule à une formule générale (l'Union européenne « *cherche à promouvoir un développement équilibré et durable* ») et ne contient qu'une seule référence à l'environnement à l'article 37 qui dispose qu'« *un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable* ».

En effet, dans son étude intitulée « droits de l'Homme à l'environnement et développement durable », Michel Prieur rappelle que le Parlement européen énonçait déjà dans son projet de Constitution européenne du 10 février 1994 au Titre VIII consacré aux droits de l'Homme, au paragraphe 21 précisément, que « *toute personne a le droit à la protection et à la conservation de son environnement naturel* ». Enfin, l'Union africaine et son système de protection des droits de l'Homme ont également établi ce lien. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a développé très tôt une jurisprudence relative aux droits des populations autochtones touchées par la dégradation de l'environnement dues aux activités extractives et aux déplacements forcés des terres ancestrales. Très récemment, la Commission africaine réunie lors de sa 51ème Session ordinaire à Banjul en Gambie, du 18 avril au 2 mai 2012, a adopté une Résolution portant sur une approche axée sur les droits de l'Homme dans la gouvernance des ressources naturelles, et a montré ainsi l'importance qu'elle souhaite donner au lien « droits de l'Homme et environnement » en Afrique.

## **B. Reconnaissances doctrinales**

La doctrine a particulièrement démontré le lien « droits de l'Homme et environnement » grâce à de nombreuses recherches académiques mettant en avant autant les arguments juridiques, la Fondation de Mary Robinson *Climate Justice* ont également produit de stimulantes analyses nourrissant le lien et participant ainsi à la mise à l'agenda de la thématique « droit de l'Homme et changements climatiques » depuis une dizaine d'années. Le chercheur Stephen Humphreys a en particulier œuvré à cette mise en relation grâce à son expertise pour l'I.C.H.R.P. Ce travail rédigé sous forme de rapport et intitulé *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide* a été publié en 2008 et fait référence aujourd'hui. Aussi, les lacunes des droits de l'Homme face aux effets climatiques tels que l'insuffisance du régime de responsabilité (responsabilité en cas de dommages extraterritoriaux), l'imputation difficile des responsabilités, De surcroît, selon la doctrine, force est de relever que ce lien soulève de réelles difficultés théoriques dues à la structure du droit international.

## **II. Avenir du lien « changements climatiques et droits de l'homme »**

Après avoir analysé l'émergence de la question climatique en droit international, nous nous intéresserons à l'avenir de ce lien, en examinant le lien de causalité entre changements climatique et violations des droits fondamentaux (A) et d'autres défis et perspectives (B)

### **A. Qualification juridique**

La complexité des causes des changements climatiques rend aujourd'hui presque impossible l'établissement d'une corrélation entre les émissions de gaz à effet de serre (GES) d'un État et un impact particulier des changements climatiques sur une population. C'est

souvent un ensemble de phénomènes environnementaux et socioéconomiques en interaction, qui impactent les Hommes. Par ailleurs, la dimension temporelle et matérielle des préjudices futurs liés aux changements climatiques brouille également les repères des violations traditionnelles des droits de l'Homme qui se sont, quant à elles, construites sur l'établissement d'un préjudice actuel et certain.

Toutefois, s'il est difficile de qualifier les impacts des changements climatiques en violation des droits de l'Homme en raison de l'établissement du lien direct entre les impacts des changements climatiques et les actes ou omissions des États de nombreuses études doctrinales s'efforcent aujourd'hui de démontrer que les changements climatiques ont des incidences manifestes sur l'exercice même des droits de l'Homme. Ainsi, les différents travaux doctrinaux insistent sur le potentiel des droits de l'Homme en montrant qu'ils constituent un socle fondamental à la fois pour défendre l'exercice des droits des populations touchées par les changements climatiques et pour orienter de manière plus favorable aux droits de l'Homme, les mesures de riposte (atténuation et adaptation) mises en œuvre pour lutter contre les changements climatiques, en s'appuyant notamment sur le principe de responsabilité commune mais différenciée.

L'exemple le plus emblématique est celui de la pétition présentée en 2005 par les Inuits du Canada et des États-Unis, devant la Commission interaméricaine des droits de l'Homme. Ces derniers défendaient l'idée selon laquelle les changements climatiques – dont les États-Unis sont responsables historiquement par leurs importantes émissions des gaz à effet de serre ont un impact négatif sur les droits des peuples autochtones de l'Arctique (droit à la vie, à la santé, à la propriété, à l'identité culturelle et à l'autodétermination).

La Commission interaméricaine des droits de l'Homme n'a pas donné suite à cette pétition mais a tenu une audience en 2006, en commençant ainsi à travailler sur cette problématique. En définitive, cette initiative, aussi médiatique que juridique, a contribué à élargir et orienter les réflexions sur le volet des droits de l'Homme et des changements climatiques.

## **B. Défis et perspectives**

Même si la commission a rejeté la pétition des Inuits, cette dernière a eu le mérite de rendre le problème visible. En effet, l'objectif des Inuits est d'informer l'opinion publique et d'encourager les Etats-Unis à rejoindre la communauté internationale dans l'effort commun de combattre le changement climatique. La pétition a eu aussi le mérite de mettre en cause la responsabilité des Etats-Unis dans les violations des droits de l'homme, soit sur le plan national, soit devant la communauté internationale. En outre, elle incrimine les Etats-Unis en

tant que principal émetteur de dioxyde de carbone, selon le principe de responsabilité commune mais différenciée de la CCNUCC.

Par ailleurs, la pétition est considérée comme novatrice aussi en ce qu'elle établit un lien entre droits de l'homme et changement climatique ; selon le Conseil international sur les politiques des droits humains, elle est le premier document qui associe explicitement les changements climatiques et les droits de l'homme.

Enfin, nombre de doctrines et de procédures juridiques ont évolué à l'intérieur des principes des droits de l'homme. Pour cette raison, les droits de l'homme peuvent servir d'appui dans l'élaboration d'un cadre normatif pour la lutte contre le changement climatique.

La responsabilité extraterritoriale constitue un autre obstacle. Dans le contexte des droits de l'homme, un gouvernement a le devoir d'intervenir juridiquement quand un droit est violé. Comme nous l'avons vu brièvement dans le cas des Inuits, la responsabilité du changement climatique n'est pas facile à établir et comporte une part d'aléatoire. En outre, le système des droits de l'homme ne dépasse pas facilement les frontières pour imposer ses obligations. La jurisprudence en matière de droits de l'homme laisse entendre qu'un Etat est responsable 1° des actions étatiques entreprises dans d'autres pays, 2° de la protection des droits de l'homme dans les pays où il exerce un « pouvoir effectif » et 3° de certaines violations perpétrées à l'étranger par des acteurs privés placés sous sa compétence.

Enfin, certains droits de l'homme, comme la jouissance de sa propre culture ou la liberté de religion, peuvent entrer en conflit avec les politiques de lutte contre le changement climatique. Des individus pourraient alors utiliser l'argument des violations des droits de l'homme contre les politiques publiques en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

### **Conclusion :**

Si le changement climatique est un problème global, ses impacts sont en réalité très différenciés selon les lieux de la planète. Comme on l'a vu, les inégalités sont en train d'augmenter, que ce soit entre riches et pauvres ou entre pays riches et pays pauvres. Eu égard à cette situation, les droits de l'homme pourraient servir non seulement de référent éthique qui se traduirait en obligations juridiques, mais aussi d'instrument de protection des personnes les plus exposées et les plus vulnérables aux impacts du changement climatique. A mon avis, les instruments actuels des droits de l'homme sont insuffisants pour couvrir tous les enjeux du lien changement climatique et droits de l'homme.

## **DROITS DE L'ENFANT EN ALGERIE**



Monsieur : SLIMANI LAKHMISSI

1ERE ANNEE DOCTORAT DROIT CONSTITUTIONNEL

UNIVERSITE HADJ LAKHDAR- BATNA- ALGERIE

Email : Kamel.slimane@gmail.com

### **INTRODUCTION :**

Les droits de l'enfant est véhiculée par la convention internationale des droits de l'enfant, l'enfant est désormais pensé comme un sujet, une personne dotée de liberté. Certes cette convention n'était pas le premier texte international proclamant les droits de l'enfant, une première déclaration fut approuvée en 1924 par la société des nations et plus près les nations unies avaient adopté une déclaration des droits de l'enfant en 1959. Mais ces documents n'étaient que des affirmations de principes qui n'avaient aucune force obligatoire pour les états, d'autant que leur écho fut très faible. Tel n'est pas le cas de la convention des droits de l'enfant dite convention de New York, qui oblige les états signataires à prendre des dispositions afin de rendre effective les règles fixées par son texte, plus généralement les états doivent adapter leurs législations pour intégrer dans leur droits positifs les normes fixées dans le texte international. L'Algérie a ratifié la convention le 19 décembre 1992 , et elle est entrée en vigueur le 16 mai 1993, au niveau régional l'Algérie a publié le 8 juillet 2003 au journal officiel n°41 le décret présidentiel n° 03242 portant ratification de la charte africaine des droits et du bien être de l'enfant africain, la charte reconnaît la position unique et privilégiée qu'occupe l'enfant dans la société avec d'importantes responsabilités au sein de la famille, un droit accordé

à l'enfant signifie un devoir correspondant s'inscrivant ainsi dans les principes de la convention des droits de l'enfant.

Des mesures d'application sont prises par les états afin que leurs législations s'adaptent à la convention. C'est aussi la mise en place d'une politique favorable aux enfants, qui démontre le point de départ de la volonté des pays à respecter les droits de l'enfant et à vouloir transformer les attitudes culturelles en montrant que l'enfant doit être vue et entendu.

L'Algérie comme tout état signataire de la convention n'a pas manqué d'élaborer un plan d'action en faveur de l'enfance, ce plan s'est fixé des priorités et des objectifs qui s'insèrent dans la stratégie de développement national, et qui répondent aux mesures préconisées dans la déclaration du sommet mondial pour l'enfance. Ces objectifs sont répartis de manière sectorielle et tiennent compte des contraintes logistiques et financières.

après ratification et dès sa publication, toute convention s'intègre dans le droit national en application de l'article 132 de la constitution algérienne , donc la reproduction du contenu de la convention par l'édiction d'un acte juridique de publication est un passage obligé.

**Le droit algérien est-il conforme à la convention internationale des droits de l'enfant ?**

## **CHAPITRE I : DROITS DE L'ENFANT EN ALGERIE**

Le code civil algérien dispose en son article 25 que « la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant.. » donc l'enfant non encore né n'est pas considéré comme personne même si en sa qualité d'être humain, il bénéficie d'un régime juridique particulier et d'une protection civile et pénale.

L'enfant conçu jouit des droits civils à condition qu'il naisse vivant. Le terme de personnalité conditionnelle a une signification juridique précise. Il indique que l'enfant simplement conçu peut déjà acquérir certains droits <sup>(1)</sup> mais que ceux -ci ne deviendront effectifs que si l'enfant naît vivant.

Pour toutes ces situations il convient d'attendre la naissance. si l'enfant naît vivant et viable on considéra qu'il a la qualité de personne apte a succéder au moment du décès. L'enfant conçu n'aura vocation héréditaire que s'il naît vivant et viable au moment de la succession.

Il reste que les enfants simplement conçus ne sont pas considérés comme des enfants par le droit algérien. Mais l'Algérie défend toujours le droit de foetus par l'interdiction de l'avortement.

### **Section I : les droits civils**

A la naissance l'enfant acquiert une personnalité juridique (art 25 code, civil) et devient titulaire d'un certain nombre de droits subjectifs. Les plus important concernent son identité ainsi que son autonomie patrimoniale.

#### **Paragraphe 1 : le droit de l'enfant a une identité :**

L'enfant dès sa naissance a droit à un nom et à une nationalité. Ces doits fondamentaux sont proclamés par les articles 7 et 8 de la convention sur les droits de l'enfant. Toute personne doit avoir un nom et un ou plusieurs prénoms<sup>(2)</sup>

#### **Inscription a l'état civil :**

Tout enfant qui naît sur le territoire algérien est obligatoirement déclaré dans les cinq jours de l'accouchement a l'officier d'état civil du lieu de naissance sous peine de sanction prévues a l'article 442 alinéa 3 du code pénale (art 61 du code de l'état civil ordonnance N° 70 20 du 19-07-1970).

Le délai de déclaration de naissance est porté à 10 jours pour les régions de Saoura et des oasis. Il peut même être prolongé lorsque la naissance a lieu dans un pays étranger. Si la naissance n'a pas été déclarée dans ce délai légal, l'officier d'état civil ne peut la porter sur les registres d'état civil qu'en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant.

Lorsque la mère aura accouchée hors de son domicile, la déclaration devra être faite par la personne chez qui elle a accouché<sup>(3)</sup>. L'acte de naissance est rédigé immédiatement, il comporte un nom et prénom donné a l'enfant<sup>(4)</sup>. Les prénoms de consonance algérienne sont choisis par le père et ou la mère, il peut en être autrement pour les enfants nés de parents appartenant a une confession non musulmane<sup>(5)</sup>. Si les parents sont mariés, l'enfant est affilié a son père<sup>(6)</sup> il reçoit le nom du mari ; le nom d'un homme s'entend a ses enfants du fait du mariage légal. Sinon le nom de l'enfant est celui du parent qui l'a reconnu le premier, c'est le cas de l'enfant de la mère célibataire, qui lorsqu'elle n'abandonne pas définitivement son enfant, le

reconnaître a la naissance et le garde : c'est la filiation (naturelle) maternelle. Il est possible et permis au père de reconnaître l'enfant affilié a la mère par une procédure légitimant le mariage religieux, censé avoir été conclu entre les deux parents. Un jugement récognitif légitimera ce mariage, conclu en la forme coutumière : cet acte permettra la reconnaissance de l'enfant par le père qui lui donnera alors son nom.

Si l'enfant n'est reconnu par aucun de ses parents , le nom de sa mère étant cependant mentionné sur son acte de naissance , il portera ce nom maternel, même si sa filiation n'est pas établie. Ce pour faciliter son insertion dans une société réprobatrice à l'égard des fruits d'une relation extra conjugale. Il portera ce nom à titre d'usage pour remplacer les deux prénoms prévus par la loi <sup>(7)</sup>, devant lui servir de nom patronymique. Ce nom d'usage au lieu et place des deux prénoms servant de nom patronymique sera transmissible a ses propres enfants.

Une circulaire interministérielle signée conjointement le 17-01-1987 par le ministre de l'intérieur, le ministre de la justice et le ministre de la protection sociale a renforcé l'application des articles : 62 et 64 du code de l'Etat civil pour les enfants trouvés ou bondonnés sous X.

L'enfant qui n'est pas reconnu pas aucun de ses parents sera considéré comme étant né de parents inconnus. L'abandon définitif par la mère qui renonce à créer tout lien juridique avec son enfant en demandant le secret de l'accouchement, empêchera l'enfant de connaître ses origines. L'enfant abandonné sera, comme le nouveau né trouvé, placé sous la protection tutelle de l'assistance publique dans l'attente d'être confié a une famille d'accueil désireuse de le recueillir légalement dans le cadre de la kafala.

## **Paragraphe2 : L'enfant a droit a une nationalité :**

L'enfant a le droit d'être rattaché à un état. La nationalité est un état permanent de dépendance source de devoirs mais aussi de droits dans lequel se trouve des individus vis-à-vis d'une communauté politique organisée.

Le code de la nationalité de 2005 affirme nettement et vigoureusement la volonté de défense de la communauté « musulmane » la nationalité est prouvé par au moins deux ascendants en ligne paternelle nés en Algérie et y jouissant du statut de musulman. La nationalité algérienne d'origine s'attache au lien de filiation <sup>(8)</sup>.

La nationalité é délivrée pour les enfants :



- 1- l'enfant né d'un père algérien
- 2- l'enfant né d'une mère algérienne et père inconnu
- 3- l'enfant né d'une mère algérienne et d'un père apatride

Le choix du sang comme mode fondamental d'attribution de la nationalité en liaison avec la nécessité de l'appartenance à l'islam de deux ascendants, est la meilleur garanti de sauvegarde de la communauté algérienne.

Le code de la nationalité vient d'être modifié par ordonnance du 19 février 2005. Désormais la nationalité algérienne est attribuée aux enfants d'une mère algérienne mariée à un étranger.

### **Section II : droit a l'entretien :**

La personne de l'enfant a droit à l'entretien, et généralement l'enfant n'a pas de ressources en dehors de celles que lui procurent ses parents. Tant que les enfants sont mineurs, les parents doivent subvenir à leurs besoins « le père est tenu de subvenir à l'entretien d son enfant, jusqu'à la majorité pour l'enfant male, pour les files jusqu'à la consommation du mariage, a moins que celui-ci dispose de ressources »<sup>(9)</sup>

Il peut effectivement arriver que des mineurs aient un certain patrimoine : les deux hypothèses pratique sont d'une part, le cas où l'un des ses parents décédé, laissant l'enfant comme héritier et, d'autre part l'enfant victime d'un accident qui perçoit une indemnité plus ou moins substantielle. C'est alors l'un des survivant qui sera chargé d'administrer son patrimoine « le tuteur : soit le père et à son décès la mère est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci »<sup>(10)</sup>.

Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivant :

- vente, partage, hypothèque d'immeubles et transaction
- vente de biens meubles d'importance particulière
- engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation

-location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure a 03 années ou dépassant sa majorité d'une année.

Ainsi le tuteur ne peut pas disposer à sa guise des biens de son pupille, pas même pour subvenir a ses propres besoins. Le juge intervient dans les cas précités par une autorisation qu'il accorde. L'obligation de père de subvenir a son enfant cesse lorsque celui-ci dispose de ressources.

L'article 75 alinéas 4 est explicite, « cette obligation cesse dès que l'enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins ». En état de minorité l'enfant ne peut pas prélever de son patrimoine ce qui devrait lui permettre de subvenir a ses besoins encor moins le tuteur qui doit rendre compte de sa gestion a l'enfant, a sa majorité. Par contre, le juge peut autoriser la personne ayant atteint l'age de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens.

L'enfant mineur qui ne peut pas exercer lui même ses droits est juridiquement un incapable, certes il a une personnalité juridique : nom nationalité, patrimoine, mais celle-ci ne peut s'exprimer et s'exercer véritablement que lorsque l'enfant acquiert la capacité juridique a l'age de (19 ans).

### **Paragraphe 1 :L'obligation de l'entretien**

L'entretien de l'enfant met d'abord a la charge du père l'obligation de subvenir a ses besoins en nourriture qui se confond avec la pension alimentaire. C'est en effet sous ce titre que le code de la famille traite l'obligation d'entretien <sup>(11)</sup>.

Cette obligation englobe aussi l'habillement et les soins médicaux. Il est intéressant de noter que le législateur oblige en outre le père a fournir un logement a ses enfants ou a défaut, leur payer un loyer <sup>(12)</sup> .

### **La duré de l'entretien :**

Elle varie selon le sexe de l'enfant. En principe l'enfant de sex. masculin est pris en charge jusqu'à sa majorité, tandis que la fille l'est jusqu'à la consommation du mariage, et ce quel que soit son age .

L'article 75 du code de la famille a prévu deux exception ; d'une part l'obligation d'entretien est maintenue au-delà des ces limites pour l'enfant handicapé mentalement ou scolarisé, d'autre part, elle cesse dès que l'enfant est en mesure de subvenir a ses besoins.

Le manquement a l'obligation d'entretien entraîne une responsabilité pénale, comme c'est le cas pour le titulaire de la garde de l'enfant qui a contrevenu a ses devoirs.

## **Paragraphe 2 : la garde et la surveillance des enfants**

La garde et la surveillance des enfants sont deux notions étroitement liées. Elles constituent deux autant un droit qu'un devoir pour les parents. Puisque leur violation entraîne leur responsabilité pénale et civile. Le code de la famille oblige les parents a contribuer conjointement a la protection des enfants et a leur saine éducation<sup>(13)</sup>.

C'est dans le chapitre relatif aux effets du divorce qu'est définie la garde des enfants, alors que l'obligation de surveillance des enfants mineurs par les parents fait l'objet de l'article 135 du code civil qui dispose : « le père et après son décès la mère, sont responsable des dommage causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux... . Celui qui est tenu d'exercer la surveillance peut échapper a la responsabilité en prouvant qu'il a satisfait a son devoir de surveillance ou que le dommage se serait produit même si la surveillance avait été exercée avec la diligence requise ».

### **A- la garde :**

La garde des enfants est définie d'abord comme le droit de fixer leur domicile et de les obliger a y résider effectivement<sup>(14)</sup>.

Aux termes de l'article 38 du code civil, « le domicile du mineur est celui de son représenté légal ». Si cette disposition ne pose lors de la vie commune entre les parents, il en va autrement lorsque le divorce est prononcé entre eux. Le domicile, dans ce cas, demeure celui du père, tandis que la résidence de l'enfant est celle sa mère en tant que titulaire de la garde.

La garde inclut aussi le droit de retenir l'enfant chez ses parents ce qui implique la possibilité de recourir a la force publique pour lui faire réintégrer le domicile familial en cas de fugue. Les parents peuvent agir contre une tierce personne qui retiendrait un mineur sans droit<sup>(15)</sup>

La garde l'enfant est exercée conjointement par les deux parents dans le cadre du mariage bien qu'étant un attribut de la puissance paternelle. Théoriquement, seul père en est titulaire.

Les choses se compliquent lorsque les parents sont divorcés, c'est la que le contenu même de la notion de garde est sujette a débat parmi les spécialistes du droit de la famille.

Deux thèses s'affrontent. La première qualifiée de positiviste s'appuie sur l'article 62 du code de la famille et constate que le législateur a été on ne peut plus précis sur les éléments composants la garde. Il s'agit de « l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, ainsi que la sauvegarde de sa santé physique et morale »<sup>(16)</sup>

La notion de garde ainsi définie légalement apparaît comme un démembrement de la tutelle sur la personne de l'enfant. C'est ce que contestent les partisans de la deuxième thèse orthodoxe, qui estiment que la garde doit être entendue au sens strict du droit musulman. La mère, en tant que titulaire du droit de garde, ne serait tenue que de subvenir aux besoins matériels de l'enfant, le nettoyer, laver ses vêtements et lui préparer ses repas<sup>(17)</sup>. Elle doit en fait se contenter de lui prodiguer les soins exigés par l'enfance, les autres devoirs de protection et d'éducation étant exercés par le père lors de son droit de visite<sup>(18)</sup> ;

Le devoir et le droit de garde tendent essentiellement à la protection de la personne de l'enfant, il est demandé au juge en cas de divorce de toujours tenir compte de son intérêt lors de la désignation de son titulaire. Un ordre a été établi par l'article 65 du code de la famille. La priorité va à la mère de l'enfant d'abord, puis à sa grand-mère maternelle, puis à sa tante maternelle. Le père vient en quatrième position, suivi de la grande-mère paternelle.

L'exercice du droit de garder cesse pour l'enfant de sexe masculin à dix ans révolus et pour l'enfant de sexe féminin à l'âge de la capacité de mariage c'est-à-dire dix-huit ans<sup>(19)</sup>.

Toujours dans le souci de protéger l'enfant, la renonciation au droit de garde ne dépend pas de la seule volonté de son titulaire. L'article 66 du code de la famille, ne la valide pas que si elle ne compromet pas l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi qu'a été jugée irrecevable l'action en renonciation de la garde d'un enfant, la mère n'ayant pas apporté la preuve qu'il existe une autre personne capable de l'assurer.

### **B-la surveillance :**

Il s'agit pour les parents d'exercer un droit de regard sur les activités de l'enfant, de contrôler ses relations. Ils doivent aussi empêcher que l'enfant ne cause pas son fait un dommage à autrui. C'est le père qui est responsable en premier lieu du fait dommageable de son enfant mineur, et après son décès la mère (article 135 du code civil)

Cette disposition qui exige comme condition de la mise en oeuvre de la responsabilité du père et de la mère cohabitation, a entraîné de difficultés d'application, dans la situation ou le père sans être décédé, ne cohabite plus avec son enfant, comme c'est le cas en matière de divorce des parents, lorsque la garde est dévolue a la mère. le père ne saurait alors être tenu pour responsable pour une faute dans la surveillance de son enfant parce que la condition de cohabitation n'est pas remplie, et parce que la surveillance a été transférée a la mère en même temps que la garde. La mère ne peut être non plus tenue pour responsable sur la base de l'article 135, le père étant toujours en vie. Elle pourrait cependant être sur la base de l'article 134 du code civil qui a instauré un régime général de responsabilité du fait d'autrui, en sa qualité de titulaire de la garde et donc du devoir de surveillance et non en sa qualité de mère.

### **C- l'éducation de l'enfant :**

L'article 36 du code de la famille prescrit aux parents le devoir de protéger leurs enfants et de les éduquer sainement.

L'éducation constitue en même temps un droit et un devoir pour les parents, en ce sens qu'ils ont la lourde tâche d'assurer le développement l'épanouissement de la personnalité.

Le droit de l'enfant à l'éducation comporte le choix de la religion ; l'article 62 du code de la famille précise bien que l'éducation doit être dans la religion du père, c'est-à-dire la religion musulmane.

L'éducation morale se complète par l'éducation intellectuelle et par l'instruction obligatoire des enfants pendant neuf années à compter de l'âge six ans <sup>(20)</sup>.

### **CONCLUSION :**

Si l'on se réfère aux normes internationales, l'Algérie s'est engagée à prendre toutes les mesures législatives, réglementaires et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus par les normes internationales, ayant à l'esprit la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant. L'Algérie a ratifié plusieurs convention autre que la CIDE parmi lesquelles, la convention internationale n°138 sur l'âge minimum, 1973 ratifié le 30 avril 1984 et la convention internationale n°182, concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate de leur élimination adoptée par la conférence générale de l'OIT, le 17 juin 1999, ratifié le 28 novembre 2000.

La conformité du droit algérien à la CIDE apparaît à travers plusieurs textes législatifs, et l'intérêt accordé par l'Algérie à l'enfance, textes qui reconnaissent à l'enfant un grand nombre de droits, ce qui nous permet de dire d'une manière générale que l'existence des droits de l'enfant à tous ses stades, de l'embryon à l'adolescence et au regard tant que de sa famille que de la société, ne fait aucun doute.

Cependant ces droits n'ont pas encore atteint un degré d'autonomie permettant de créer un code de l'enfance au même titre que les autres codes, et qu'il n'existe pas encore de juridiction autonome comme un tribunal de l'enfance qui connaîtrait dans tous les litiges dans lesquels un enfant serait impliqué, ni même de juges des mineurs spécialisés qui demeurent choisis en fonction de l'intérêt qui portent aux mineurs.

Les textes ont permis certes la prise en charge de l'enfance mais ils se sont avérés insuffisants, car la protection de l'enfant nécessite un cadre juridique et réglementaire et des mécanismes de nature à grandir réellement sa protection, notamment en ce qui concerne l'enfant délinquant ou l'enfant confronté à une situation difficile.

#### **. BIBLIOGRAPHIE :**

- \* <sup>1</sup> Article 25 du code civil
- \* <sup>2</sup> Article 28 du code civil
- \* <sup>3</sup> Article 62 de l'état civil
- \* <sup>4</sup> Article 63 état civil
- \* <sup>5</sup> Article 28 alinéa 2 code civil
- \* <sup>6</sup> Article 41 du code de la famille
- \* <sup>7</sup> Article 64 alinéa 4 Etat civil
- \* <sup>8</sup> Article 06 du code de la nationalité
- \* <sup>9</sup> Article 75 du code de la famille
- \* <sup>10</sup> Article 87 code de la famille

- \* <sup>11</sup> Le titre 3 du code de la famille est intitulé : de la pension alimentaire
- \* <sup>12</sup> Article 78 du code de la famille
- \* <sup>13</sup> Article 36 du code de la famille
- \* <sup>14</sup> Benmalha Gh Derder M p. 284 *les effets du mariage dans les rapports entre époux*  
Mémoire de Magistère : Université d'Alger page 130.
- \* <sup>15</sup> Article 326 du code de la famille : « quiconque sans violence, menaces ou fraude, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner un mineur de 18 ans est puni d'un emprisonnement d'un a cinq ans et d'une amende de 500 a 200 DA
- \* <sup>16</sup> Article 62 du code de la famille
- \* <sup>17</sup> Saad (A) le mariage et le divorce en droit algérien de la famille 1989 p 180(ouvrage en arabe)
- \* <sup>18</sup> Hanifi (L) la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs dans le cas du divorce - revue algérienne des sciences juridiques économique et politiques 1994 N° 3
- \* <sup>19</sup> Article 65 du code de la famille
- \* <sup>20</sup> Décret 76 66 du 16.04.76 article 1 et 2

## Du statut juridique des pays en développement dans l'Organisation Mondiale du Commerce



Mme Saadi Belamri Wassila Amel

Première année de doctorat " Droit comparé des affaires"

Faculté de droit. Université Belgaid –Oran. Algérie.

Introduction.

I- Les outils de l'intégration des PED dans le système du commerce multilatéral.

Le ralliement des PED au libre échange.

A- L'acceptation des principes libéraux.

II- Le renforcement des règles juridiques qui régissent le commerce multilatéral.

A- L'engagement unique : Pour un cadre juridique uniforme.

B- L'intégration forcée des pays en développement.

Conclusion.

### Introduction :

L'O.M.C, acronyme de l'organisation mondiale du commerce, est une création qui marque « l'avènement d'une ère nouvelle » pour le commerce mondial. Elle est le résultat de longues et laborieuses négociations qui se sont tenues lors du lancement du 8ème et dernier round de négociations entrepris en 1986 sous l'égide du G.A.T.T qu'est l'Uruguay round et qui s'est clos par l'adoption de l'accord de Marrakech signé le 15 avril 1994<sup>1</sup>.

Entrée en activité le 1 er janvier 1995, avec 81 membres dont 53 P.E.D et 25 pays développés. et trois économies en transition<sup>2</sup> ils sont aujourd'hui au nombre de 159 pays membres<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Voir déclaration de Marrakech du 15 AVRIL 1994, sur le site de l'OMC [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>2</sup> Nouvelles GATT OMC, GW/13 du 4 janvier 1995, disponible sur le site internet de l'OMC, *op. cit.*

<sup>3</sup> V. site de l'OMC, *op.cit.*



Il est à noter que l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (le GATT) ne disparaît pas avec la conclusion des accords de Marrakech. C'est pourquoi l'OMC est souvent présentée comme la continuité du G.A.T.T. connue aussi sous l'appellation du G.A.T.T. 1994.<sup>1</sup>

Contrairement au GATT de 1947, l'O.M.C. tente d'intégrer plus de membres dans une logique économique uniforme ; elle a pour objectif de restaurer l'unité du régime juridique applicable aux échanges internationaux. Les exceptions, les dérogations et les clauses de sauvegarde ont affaibli le GATT dans la mesure où ces exceptions étaient devenues plus importantes que les règles de base<sup>2</sup>.

C'est à cette situation que l'O.M.C. veut remédier, pour cela elle s'inscrit dans le registre de l'engagement unique et le renforcement des règles juridiques régissant les différents accords afin d'éviter l'effritement de ces règles avec le régime dual<sup>3</sup>.

Faut-il pour autant dire que l'O.M.C. ne tient plus compte des divergences qui existent entre ses membres ? La philosophie de l'O.M.C. à cet égard relève bien des paradoxes.

D'un côté, afin de remédier à la fragmentation générée par le G.A.T.T, le texte instituant l'O.M.C. prévoit une application unique des accords issus du cycle d'Uruguay ce qui aura pour effet, d'établir les mêmes obligations pour tous les membres<sup>4</sup>.

De l'autre côté, le traitement spécial et différencié réservé aux P.E.D n'est pas pour autant délaissé. La déclaration de Punta del Este (adoptée le 20 septembre 1986) rappelle que le traitement différencié et plus favorable en faveur des P.E.D reste essentiel. Ainsi le traitement spécial et différencié se trouve inséré dans l'ensemble des accords régies par l'OMC.

Face à la nouvelle politique du "tout ou rien", adouci par le traitement spécial et différencié réservé aux P.E.D, (notamment les P.M.A) ; ces derniers se trouvent devant l'évidence de choisir entre l'adhésion complète à l'O.M.C. ou la non participation, ce qui les conduit souvent à être forcés d'accepter des accords qui ne répondent pas toujours aux besoins de leur développement<sup>5</sup>.

C'est entre ce subtil jeu qui consiste en une intégration obligatoire des P.E.D, et en même temps un pragmatisme de l'O.M.C, qui tente d'aménager au mieux cette intégration ; qu'une réflexion s'impose...

<sup>1</sup> G. GUIBERT, *L'OMC, Continuité, changement et incertitude*, Politique Étrangère, 1994, n° 59, p.805.

<sup>2</sup> O.BLIN, *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, Ellipes, 1999p. 13.

<sup>3</sup> V. notre article, *La progression du statut juridique des pays en développement dans le système régissant le commerce international du GATT à l'OMC*, مجلة الفقه و القانون, 2013, n° 17, pp.336-358.

<sup>4</sup> Y. BERTHELOT, *Plus d'obligations, moins d'incertitudes : Les pays en développement et l'Uruguay round*, Politique Etrangère, 1993-2, p. 361.

<sup>5</sup> Ph. VINCENT, *L'Uruguay round et les pays en développement*, RBDI, 1995-2, p. 493.

L'OMC se situe dans le prolongement de la philosophie libérale du G.A.T.T, elle a pour objectif de restaurer l'unité du régime juridique applicable aux échanges commerciaux internationaux, l'article 14 de l'accord de l'O.M.C. pose le principe de l'interdiction faite aux Etats de formuler des réserves.

## **I - Les outils de l'intégration des P.E.D. dans le système du commerce multilatéral**

La soumission de la grande majorité des P.E.D. aux règles restrictives de l'accord de l'O.M.C. est l'interprétation du désir de ces pays d'intégrer et d'accéder au marché mondial. Cette intégration qu'elle soit désirée, certes, forcée ou volontaire n'a pue s'effectuer que par un revirement idéologique des P.E.D, et par un renforcement des règles juridiques régissant le commerce internationale.

### **A- Le ralliement des P.E.D. au libre échange**

En dépit des dispositions relatives au traitement différencié et spécial réservé aux P.E.D, ces derniers, vers les années 1980 n'arrivaient toujours pas à occuper une place importante dans le marché mondial, leur position demeure marginale par rapport au système commercial international<sup>1</sup>.

Pour ces pays il fallait, donc, repenser leur stratégie de développement, cette remise en cause était liée à l'orientation à donner aux échanges pour qu'ils soutiennent leur développement économique<sup>2</sup>.

Il est à rappeler que depuis les années trente aux années soixante-dix, un grand nombre de P.E.D. a adopté une politique commerciale protectionniste pour encourager l'industrialisation afin de ne pas dépendre seulement des importations et ce dans le but de rattraper le niveau des pays industrialisés. Mais, il s'est avéré que cette politique orientée vers le marché intérieur a engendré des résultats néfastes, dans le domaine de l'emploi, de lutte contre la pauvreté et de croissance. Ces politiques n'ont ni amélioré le revenu de ces pays ni créé des secteurs de productions compétitifs<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Document de l'OCDE, sur « Le rôle du traitement spécial et différencié à l'interface des échanges de la concurrence et du développement », COM/TD/DAFFE/COMP(2001)21/FINAL, du 7 mai 2002, p. 7.

<sup>2</sup> Les PED sont principalement et parfois exclusivement producteurs et exportateurs de produits de base, qui sont moins rémunérateur que les exportations des produits manufacturés porteurs d'une valeur ajoutée plus grande de plus la structure des marchés mondiaux est telle que ce sont les pays consommateurs c'est-à-dire les P.D qui sont maîtres de ces marchés, H.CASSAN et G.FEUER, *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1991, p. 477.

<sup>3</sup> M.L.M'RINI, *De la Havane à Doha : Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Les presses de l'université Laval, 2005, p.248.

Pour mieux s'intégrer dans le commerce mondial, les P.E.D. ont entamé des réformes économiques en adoptant une stratégie économique orientée vers l'extérieur basée sur l'ouverture des marchés.

Cette motivation des P.E.D. se manifeste tout d'abord par l'élargissement géographique du G.A.T.T, qui au départ concernait 23 pays parmi eux 11 seulement étaient des P.E.D, alors que l'accord de Marrakech concerne 119 pays et intègre ainsi la plupart des P.E.D<sup>1</sup>.

Des évènements comme l'effondrement du bloc soviétique qui servait de support et d'exemple à la politique de développement des P.E.D, ou bien lorsque la Chine, considérée comme fervent antagoniste des principes du G.A.T.T, adopte les règles du marché libéral ou encore la réunification de l'Allemagne qui marque la fin du bloc socialiste, ont constitué suffisamment d'exemples pour inciter les P.E.D. à changer de cap et à adopter une libéralisation de leur politique commerciale<sup>2</sup>.

C'est alors, que certains P.E.D qui se sont tournés vers des politiques extraverties ont connu une croissance économique et ont pu occuper une place importante dans le commerce mondial c'est le cas de l'Asie de l'Est et plus particulièrement : la Corée du sud, Singapour, Taiwan, et Hong Kong, et également Malaisie, Thaïlande, Indonésie. Ces pays ont réussi à faire décoller leurs économies et à renforcer leur position sur les marchés des produits manufacturés<sup>3</sup>. Cependant, le libéralisme n'a pas toujours profité à grand monde et les inégalités, les écarts se sont accentués, certains de ces pays ont vu leur retard de développement s'accroître<sup>4</sup>.

## **B - L'acceptation des principes libéraux**

La fin de la confrontation Est-Ouest a changé « le paradigme du fonctionnement du système international, un nouveau cadre politique surgit qui a sensiblement influencé le droit<sup>5</sup> » l'ère est au libéralisme.

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Aspect juridique de la mise en œuvre des accords de Marrakech*, in colloque de Nice « la réorganisation mondiale des échanges », Paris, Pedone, 1996, p.227.

<sup>2</sup> J. BRASSEUL, *Histoire des faits économiques de la grande guerre au 11 septembre*, Paris, Armand Collins, 2003. p. 169 ; M.L.M'RINI, *op. cit.*, p. 250.

<sup>3</sup> La part des exportations des produits manufacturés de la Corée, de Singapour et de Taiwan dans l'ensemble des exportations des PED est passée de 6% en 1963 à 30% en 1973 pour atteindre 42% en 1982. Cet essor a été régulier pendant la décennie suivante, B. Balassa, *l'enjeu des négociations commerciales multilatérales pour les pays en développement*, in conflits et négociations dans le commerce international : l'Uruguay round, paris, Economica, 1989, pp.35-54.

<sup>4</sup> Alternatives économiques, *le libéralisme*, hors série, n° 51, 1<sup>er</sup> trimestre 2002, pp. 34-35

<sup>5</sup> Celso LAFER, *Réflexions sur l'OMC lors du 50<sup>e</sup> anniversaire du système multilatéral commercial : l'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique*, JDI, 1998- 4, pp 936 et s.

Si La conception protectionniste des P.E.D a joué un rôle important dans la définition de nouvelles règles juridiques dans le commerce international, elle se trouve actuellement " dans sa phase crépusculaire" <sup>1</sup> : " de révolutionnaire elle devient réformiste" pour reprendre l'expression de Maurice Flory.<sup>2</sup>

On peut constater ce revirement doctrinal par les nouvelles positions de la C.N.U.C.E.D., qui a longtemps fait figure "d'anti G.A.T.T. ". Considérée comme le porte parole des P.E.D, elle lie désormais, le développement au commerce international, basé sur une stratégie de coopération internationale selon des méthodes libérales.

Ce qui a été explicitement envisagé dans ses discours, notamment à l'occasion de la huitième session à Carthagène en 1992 où les Etats membres ont proclamé " un partenariat pour le développement qui constituerait une reconnaissance explicite de la nécessité d'une nouvelle approche de l'aide au développement".

Cette nouvelle approche consiste à s'adapter à la nouvelle physionomie du commerce international et faciliter ainsi l'intégration des P.E.D. dans ce nouveau contexte, dans lequel se trouvent les relations économiques internationales<sup>3</sup>.

A cette fin, les P.E.D. ont entrepris d'importantes mesures qui consistent en un considérable revirement politique et économique et en la réduction de l'intervention de l'Etat dans le domaine du commerce multilatéral pour élargir le rôle de l'entreprise privée dans l'activité économique<sup>4</sup>

Par ailleurs, dans le cadre de l'O.M.C. l'attitude des P.E.D. a fait l'objet d'un changement non négligeable par rapport aux règles commerciales multilatérales, ces pays qui ne voyaient pas l'intérêt de soutenir le libre échange défendu par le G.A.T.T., se voient s'intégrer massivement dans la nouvelle organisation du commerce mondial<sup>5</sup>.

D'ailleurs, le Directeur Général de l'O.M.C. de l'époque, Renato Ruggiero, a déclaré que :  
" La réussite finale du cycle de l'Uruguay est due, dans une large mesure, au courage et à l'impulsion des P.E.D. qui sont restés dans la voie de la libéralisation, dans les moments où les pays industrialisés semblaient hésitants"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> F.A. Hkavand, *le nouvel ordre commercial mondial : du GATT à l'O.M.C*, Paris, Nathan, 1995, p. 101.

<sup>2</sup> M.FLORY, *Mondialisation et droit international du développement*, RGDIP, 1997, n° 3, p. 621.

<sup>3</sup> V. La déclaration de Midrand, TD.360 du 10 mai 1996, non paginé. Document de la CNUCED, neuvième session à Midrand, disponible sur le site internet : [WWW.unctad.org](http://WWW.unctad.org)

<sup>4</sup> Le rapport du secrétariat de la CNUCED à la neuvième session de la conférence, TD/366, Genève, janvier 1996, p. 2 ; d'ailleurs la CNUCED " reconnaît dans le marché et l'initiative privée, les agents dynamiques de l'expansion économique sans perdre de vue l'influence déterminante d'une bonne gestion des affaires publiques et d'un État efficace mais réduit", idem p. 102.

<sup>5</sup> D. PANTZ, *Institutions et politiques commerciales internationales : du GATT à l'OMC*, Armand Colin, 1998, p. 123.

<sup>6</sup> R. RUGGIERO, *Le commerce de l'Afrique est au premier rang des priorités de l'OMC*, focus, n° 4, juillet, 1995, p. 4.

L'OMC, compte tenu de ces événements, tend à une intégration effective des P.E.D. et à mettre fin à l'intégration dualiste de ces derniers, entreprise dans le cadre du G.A.T.T. Dans ce but, l'O.M.C. traite sur le même pied d'égalité pays développés et P.E.D. on leurs assignant les mêmes obligations.

On peut aussi dire, que dans cette nouvelle donne internationale marquée par la globalisation ou la mondialisation, l'OMC tend à une homogénéité par l'uniformisation et le renforcement des règles juridiques applicables dans le domaine du commerce multilatéral.

## **II - Le renforcement des règles juridiques qui régissent le commerce multilatéral**

Pour remédier aux faiblesses du GATT, l'O.M.C tend à renforcer le cadre juridique du commerce international en instaurant des règles uniformes et encourager l'intégration effective des PED au commerce multilatéral dans la mesure où elle réclame un ajustement domestique au niveau administratif, institutionnel et législatif.

### **A- L'engagement unique : Pour un cadre juridique uniforme**

Avant l'avènement de l'O.M.C., les accords n'avaient pas vocation à s'appliquer à toutes les parties contractantes mais seulement à celles qui y avaient adhéré volontairement, il en résulte que ces accords ne s'appliquent qu'aux pays qui ont accepté d'être liés par leurs dispositions<sup>1</sup>.

L'OMC adopte une nouvelle position, en annonçant une réorganisation profonde du système commercial multilatéral basé sur l'égalité entre les partenaires commerciaux. Cette égalité est assurée par l'uniformité des règles juridiques ou « engagement unique »<sup>2</sup>.

Les négociations du cycle d'Uruguay avaient trois ambitions : institutionnaliser, approfondir et étendre la réglementation du commerce international à d'autres secteurs que l'accord général ne couvrait pas.

par ces objectifs, l'O.M.C. compte renforcer le système commercial multilatéral et ce en s'appuyant sur le principe de l'engagement unique en vertu duquel les pays s'engagent à respecter tous les accords qui compose l'architecture de l'accord final de l'Uruguay round du 15 avril 1994 ; à savoir l'accord instituant l'OMC, les accords sur le commerce des marchandises, l'accord général sur le commerce des services, l'accord relatif aux aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, le mémorandum d'accord concernant les règles de procédures régissant le règlement des différends et le mécanisme d'examen des politiques commerciales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> P.ROSIK, *Les transformations du droit international économique, les Etats et la société civile face à la mondialisation économique*, l'Harmattan, p.107.

<sup>2</sup> O. BLIN, *op.cit.*, p. 5.

<sup>3</sup> Idem, p. 30.

Ainsi, Dans le nouveau cadre juridique institué par l'O.M.C., les Etats sont liés par l'ensemble des droits et obligations énoncées dans l'accord sur l'O.M.C. et dans ses annexes I, II et III ; et c'est ce qui est explicité par les dispositions de l'article 2.2 de l'accord sur l'O.M.C. qui dispose que « les accords et instruments juridiques connexes repris dans les annexes I, II et III [...] font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les membres <sup>1</sup> ». Autrement dit, il ne sera plus possible pour un Etat d'adhérer à tel accord et refuser tel autre accord parce qu'il ne lui convient pas, ce qui met fin au multilatéralisme à la carte qui caractérise l'ancien système<sup>2</sup>.

Afin de préserver l'uniformisation du système, l'article 16. 5 de l'accord sur l'O.M.C. interdit aux Etats de formuler des réserves<sup>3</sup>. G. Burdeau estime que les dispositions de cet article sont très restrictives et lie ce caractère restrictif à « la volonté des parties d'écartier la possibilité d'appliquer des réserves, qui serait contraire à l'idée d'un « paquet » que l'on s'est efforcé de défendre pour ne pas ajouter à la complexité déjà suffisante de l'édifice<sup>4</sup> »

Le respect des obligations contenues dans le cadre juridique unifié de l'O.M.C. n'est pas suffisant pour préserver l'unicité des règles, les Etats membres ont par ailleurs l'obligation de mettre en conformité leur législation nationale avec les règles de l'O.M.C. ce qui évitera d'invoquer leur réglementation interne pour contourner les règles du commerce international<sup>5</sup>. Cette obligation est clairement exprimée à l'art 16.4 de l'accord de l'O.M.C. qui dispose que : " chaque membre assurera la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe".

Ainsi, les PED membres de l'O.M.C. qui ont accepté les règles du jeu " du tout ou rien", doivent exercer leur souveraineté en se conformant aux engagements qu'ils ont souscrits dans le cadre de cette organisation, ce qui va engendrer de nouvelles obligations, que ces pays devront assumer<sup>6</sup>.

L'engagement unique de l'O.M.C. tend à accentuer et à approfondir la participation des P.E.D. dans le nouveau système du commerce multilatéral par une intégration obligatoire.

<sup>1</sup> V. site de l'OMC, textes juridiques, [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>2</sup> M.P.ROY, *L'Organisation mondiale du commerce*, RRJDP, 1995, n° 3, p.769

<sup>3</sup> Il convient de signaler que cependant certains accords annexes reconnaissent la possibilité aux Etats de formuler des réserves. Ils ne peuvent le faire qu'avec l'accord de tous les États membres

<sup>4</sup> G.BURDEAU, « aspects juridiques de la mise en œuvre des accords de Marrakech » dans la réorganisation mondiale des échanges, colloque de Nice, *op.cit.*, p.227.

<sup>5</sup> V. PACE, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges*, l'Harmattan, Paris, 2000, p.94

<sup>6</sup> Y. BERTHELOT, *Plus d'obligations moins d'incertitudes: les pays en développement et l'Uruguay round*, Politique Etrangère, 1993, n° 2, p. 353 ;

## B- L'intégration forcée des P.E.D.

L'O.M.C. symbole du libéralisme universel, vise à intégrer tous les pays dans le commerce multilatéral, et en particulier les P.E.D.

Après avoir connu une intégration rigide, puis dualiste, l'O.M.C. tend à une intégration obligatoire des P.E.D. dans le commerce multilatéral<sup>1</sup>

La déclaration de Punta Del Este du 20 septembre 1986 qui a lancé l'Uruguay round a porté un intérêt particulier au commerce des P.E.D, les pays participants ont clairement manifesté leur intention de prendre en considération les problèmes liés au commerce de ces pays<sup>2</sup>.

L'objectif essentiel des négociations de l'Uruguay round est d'instaurer un nouveau régime juridique qui favorise la libéralisation et l'expansion du commerce mondial dans l'intérêt de tous les pays et en particulier, les moins développés d'entre eux<sup>3</sup>. Pour cela, les pays développés estiment que les P.E.D doivent s'impliquer davantage dans le commerce multilatéral et ce en assumant les mêmes obligations et les mêmes charges et considèrent que les principes du libre échange constituent une réponse satisfaisante aux attentes des P.E.D.

Avis plus ou moins partagé par certains P.E.D, qui ont manifesté un vif intérêt pour une libéralisation plus poussée, en estimant que le renforcement des règles juridiques pouvaient les mettre à l'abri des pressions bilatérales des grandes puissances et casser ainsi la loi du plus fort<sup>4</sup> ; c'est-à-dire de la réduction des incertitudes, ils attendent une place plus solide dans le système du commerce multilatéral.

Par ailleurs, ces pays redoutent d'être exclus et mis à la marge du mouvement universel du commerce multilatéral. L'Inde et le Brésil, qualifié de durs parce qu'ils étaient hostiles au renforcement des règles du GATT<sup>5</sup> ont cédé et se sont ralliés à la conception de l'engagement unique qui consacre l'approche légaliste.

L'O.M.C. affirme expressément l'objectif d'intégration des P.E.D. dans le commerce mondial lors de la première conférence ministérielle tenue du 9 au 13 décembre 1996 à Singapour, réunissant les représentant de tous les Etats membres de l'O.M.C. Cet objectif apparaît clairement dans le paragraphe 6 de la déclaration ministérielle dont le titre est " rôle de l'O.M.C " qui porte sur l'engagement " œuvrer pour la libéralisation," et trace des objectifs parmi lesquels celui de " l'élimination du traitement discriminatoire dans les relations commerciales ;

<sup>1</sup> F.A. Hkavand, *op.cit.*, PP.29-35

<sup>2</sup> G. FEUER, *L'Uruguay round, les pays en développement et le droit international du développement*, AFDI, 1994, p. 764.

<sup>3</sup> Y. BERTHELOT, *Op.cit.*, p. 353. ; T. FIORY, *rapport général dans...*, *op.cit.*, p. 92.

<sup>4</sup> V. PACE, *Op. cit.*, pp.23-29.

<sup>5</sup> *Ils craignaient que les réformes adoptées remettent en cause les avantages des PED et l'équilibre difficilement instauré depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Idem.*

l'intégration des pays en développement, des pays les moins avancés et des économies en transitions au système multilatéral".<sup>1</sup>

L'obligation d'accepter tous les accords en bloc sans pouvoir les dissocier et l'obligation d'assumer les charges qui découlent de l'extension de l'O.M.C. à d'autres secteurs commerciaux, confirment certainement l'idée d'une intégration égalitaire et non discriminatoire des P.E.D, ainsi, bien que les difficultés de ces pays liées aux commerce aient été prises en considération, ces derniers devront assumer les mêmes obligations et charges que les pays développés<sup>2</sup>, ce qui permet de dire que cette stratégie constitue un prolongement affirmée par la " clause évolutive " de 1979 qui rappelle le prévoit un retour graduel des P.E.D. dans le régime normal. Guy Feuer relève pour sa part que l'idée était déjà présente dans la déclaration de Punta Del Este<sup>3</sup>.

### **Conclusion :**

Il ressort donc nettement, que dans le cadre actuel de l'O.M.C, les P.E.D. sont incités d'améliorer leur économie afin "de prendre pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations". L'ancien système, d'avant Puntas Del Este prévoyait que les P.E.D rentrerait dans le régime général du G.A.T.T que si leur situation s'améliorerait ; or, maintenant on leur demande d'améliorer leur situation pour rentrer dans le régime général<sup>4</sup>.

Pour l'OMC, le système de l'engagement unique permet d'harmoniser les règles internes des Etats membres et garantir ainsi aux pays membres, notamment les P.E.D. un accès au marché international, seulement " Pousser trop loin l'harmonisation, c'est ignorer la diversité des situations sociales et des niveaux de développement et c'est priver les pays en développement des moyens de construire leurs avantages comparatifs"<sup>5</sup>

Ainsi, doit-on penser que le traitement différencié et plus favorable tend t-il à disparaître? Une constatation consiste à remarquer que le monde n'est pas sorti de son hétérogénéité, et que d'énormes fossés ne cessent de se creuser entre les différents niveaux de développement de différent pays ; les rédacteurs des accords de l'O.M.C. n'ont pas pour autant écarté la

<sup>1</sup> Déclaration ministérielle du 13 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC, p. 2, disponible sur le site de l'OMC. [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>2</sup> C.C. FABREGOULE, *L'essentiel de l'Organisation mondiale du commerce*, Paris, Gualino, 2002, pp. 62-63.

<sup>3</sup> La déclaration de Puntas Del Este stipule que : " les parties contractantes peu développés s'attendent à ce que leur capacité d'apporter des contributions ou d'accorder des concessions négociées ou d'entreprendre tout autre action mutuellement convenue dans le cadre des dispositions et des procédures de l'accord général s'améliorera avec le développement progressif de leurs économies et l'amélioration de leur situation commerciale, et elles s'attendent en conséquence, à prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations de l'accord général ", la déclaration est disponible sur le site de l'OMC.

<sup>4</sup> G.FEUER, *L'Uruguay round, les pays en développement et le droit international du développement*, AFDI, 1994, p. 763.

<sup>5</sup> Y.BERTHELOT, *op. cit.*, pp. 365- 366.



particularité des pays en développement, le traitement de faveur qui leur a été réservé va connaître d'autres applications.

Ainsi le sort réservé au traitement spécial et différencié dans le cadre de l'OMC fera l'objet de notre prochaine communication.

### **Bibliographie :**

- BERTHELOT Yves, *Plus d'obligations moins d'incertitudes : Les pays en développement et l'Uruguay round*, Politique étrangère, pages 351-366.
- BERTHELOT Yves, *Plus d'obligations moins d'incertitudes : Les pays en développement et l'Uruguay round*, Politique étrangère, pages 351-366.
- BLIN Olivier , *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, Ellipes, 1999, 95 pages.
- BRASSEUL Jacques, *Histoire des faits économiques de la grande guerre au 11 septembre*, Paris, Armand Collins, 2003, 203 pages.
- COLLARD-FABREGOULE Catherine, *L'essentiel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Paris, Gualino, 2002, 142 pages.
- FEUER Guy, CASSAN Hervé, *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1991, 607 pages.
- FEUER Guy, *L'Uruguay round, les pays en développement et le droit international du développement*, XL, 1994, pages 758-791.
- FLORY Maurice, *Mondialisation et droit international du développement*, RGDIP, n° 3, 1997, pages 609-632.
- GERAUD Guibert, *L'Organisation mondiale du commerce(OMC), continuité, changement et incertitudes*, Politique étrangère, n° 59, 1994, pages 805-819.
- KHAVAND Fereydoun A, *Le nouvel ordre commercial mondial du GATT à l'OMC*, Paris, Nathan 1995, 192 pages.
- LAFER Celso, *Réflexion sur l'OMC lord du 50<sup>e</sup> anniversaire du système multilatéral commercial : l'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique*, JDI, 4, 1998, pages 933-944.
- M'RINI Mohamed Lotfi, *De la Havane à Doha : Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Les presses de l'université Laval, 2005, 517 pages.
- PANT Dominique, *Institution et politiques commerciales internationales du GATT à l'OMC*, Paris, Amand Colin, collection U, 1998, 224 pages.
- ROY Maurice- pierre, *L'Organisation mondiale du commerce*, RRJDP, 1995, n° 3, pages 763-798.

- VINCENT Philippe, *L'impact des négociations de L'Uruguay round sur les pays en développement*, RBDI, 1995/2, pages 486-513.
- VIRGILE Pace, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridiques des échanges commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000, 480 pages.

## تفاريير :

## المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية

### يناقش استقلال القضاء بين المكتسبات الدستورية ومشاريع القوانين التنظيمية



#### تقرير من إعداد الأستاذ : أنس سعدون عضونادي قضاة المغرب بابتدائية سوق الأربعاء الغرب

بتعاون بين المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية و نادي قضاة المغرب، وبمشاركة المجلس الوطني لحقوق الانسان، وجمعية المحامين الشباب، شهدت مدينة الحسيمة شرق المغرب مؤخرا تنظيم يوم دراسي تمحور حول موضوع: "استقلال السلطة القضائية بالمغرب بين المكتسبات الدستورية ومشاريع القوانين التنظيمية"، احتضنته رحاب قاعة المؤتمرات الكبرى بغرفة التجارة والصناعة والخدمات بالحسيمة .

الندوة العلمية التي حضرها عدد كبير من القضاة والمحامين وفعاليات حقوقية وجمعية وإعلامية واسعة تأتي تزامنا مع النقاش العمومي المفتوح حول ورش اصلاح القضاء الذي أخذ منعطفا جديدا بعد الاعلان عن مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية، وما واكبها من احتجاجات للقضاة كان من أبرز فصولها الوقفة الوطنية التي شارك فيها حوالي 1500 قاض ينتمون لنادي القضاة للمطالبة بنصوص قوانين ضامنة لاستقلال القضاء، واحترام التأويل الديمقراطي لدستور 2011. وما واكبها من تضييقات من طرف وزارتي الداخلية والعدل وصلت إلى حد اصدار قرار بمصادرة حق القضاة في التظاهر.

افتتحت اشغال الندوة بكلمات افتتاحية للجهات المنظمة حيث أكد رئيس المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالحسيمة الأستاذ شريف الغيام أن احتجاجات القضاة المعبر عنها مؤخرا لا يعني أبدا غلقهم لأبواب الحوار مع كل الجهات المسؤولة من أجل تفعيل مقتضيات الدستورية في شكل قوانين ضامنة لاستقلال السلطة القضائية. ولا أدل على ذلك من انفتاح نادي القضاة على كل الجمعيات المهنية الأخرى وانفتاحهم على كل الفعاليات المهمة بإصلاح منظومة العدالة باعتبارهم شريكا في الاصلاح المنشود مضيفا بأنه: "لا استقلال للسلطة القضائية دون جسم قضائي موحد".

وفي كلمته الموجهة لأشغال الندوة أكد رئيس نادي قضاة المغرب ذ ياسين مخلي أنه ثمة صعوبات تعرفها الجهود الهادفة إلى تنزيل الوثيقة الدستورية، مردها رغبة السلطة التنفيذية في ابقاء التحكم و آليات التدخل في استقلال السلطة القضائية و القضاة. واعتبر بأن المتبع للآليات التي تم اعتمادها من طرف وزارة العدل والحريات خلال اطلاقها للحوار الوطني لإصلاح منظومة العدالة يتبين بجلاء عدم اعتماد التشاركية بالشكل المطلوب وهو ما أثر على جودة الندوات الجهوية و بالخلاصات المثبتة عنها. وأضاف رئيس نادي قضاة المغرب: "بعد اعلان وزارة العدل عن صيغة مسودتي مشروع القانونين التنظيمين و مناقشتهما وفق الآليات المتاحة تنظيميا داخل نادي قضاة المغرب تم تسجيل العديد من التراجعات الخطيرة، و هو ما أجمعت عليه كل الجمعيات المهنية القضائية من خلال بيانها المؤرخ في 1 نونبر 2013"، مبدية أسفه أيضا على تزامن ورش اصلاح القضاء الراهن مع وجود تراجعات سجلت على مستوى ممارسة الحريات الأساسية للقضاة وتنزيل الضمانات الدستورية الممنوحة لهم، وهو ما بات مؤكدا بعد الوقفة الوطنية الثانية للقضاة التي تم تنظيمها يوم الثامن من فبراير 2014.

وتناول ذ محمد الصبار: الأمين العام للمجلس الوطني لحقوق الانسان مداخلة حول موضوع "استقلال القضاء بين المعايير الدولية والوثيقة الدستورية". ضمنها الخلاصات الأولية بخصوص احدى الخيارات المنهجية الأساسية التي اعتمدها المجلس الوطني لحقوق الانسان في مسار اعداده لمذكراته بخصوص قوانين السلطة القضائية، ويتعلق هذا الخيار بتعبئة مرجعيات القانون الدولي لحقوق الانسان بمعناها الشامل الذي يحيل على الاتفاقيات الدولية ومختلف عناصرها التفسيرية مستعرضا عددا من المداخل التأويلية المتكاملة التي تم اعتمادها بدءا بالمدخل الحرفي الذي يتجلى في الصياغة الواضحة للضمانات المتعلقة بالمسار المهني للقضاة والمدخل الغائي حيث يمكن على سبيل المثال البرهنة على أن تحقيق الغاية من التنصيص الدستوري على حقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة يستلزم أجراً خاصة عبر القوانين التنظيمية، إلى جانب المدخل النسقي المرتبط بتنزيل المتن الدستوري في علاقته بالمهمة الدستورية للقاضي المحددة في الفصل 117 من الدستور على ضوء مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة، دون اغفال المدخل القيمي ودوره في تحديد أولي لعناصر الاخلاقيات المهنية للقضاة سواء منها ذات الطابع المعياري أو التي يمكن تضمينها في مدونة الأخلاقيات.

القاضية رشيدة أحفوض رئيسة الجمعية المغربية للقضاة تساءلت في بداية مداخلتها حول ما إذا كانت مشاريع قوانين السلطة القضائية تشكل مدخلا لإصلاح منظومة العدالة؟ حيث اعتبرت أن المسودتين المعلن عنهما مؤخرا تضمنتا عددا من المقتضيات الإيجابية إلا أنها لم تسلم من وجود عدد من السلبيات من بينها على سبيل المثال اشتراط الماستر لولوج القضاء رغم أن امكانية الحصول على ماستر غير متاحة لجميع الطلبة، والسماح بولوج القضاء بالنسبة لتخصصات بعيدة كل البعد عن التخصصات القانونية والشرعية، وأضافت ذ رشيد أحفوض أن "هناك نصوص غير دستورية في المشاريع المعلن عنها أهمها تلك المقتضيات المتعلقة بتنظيم الجمعيات المهنية للقضاة والقيود التي تم فرضها في هذا الصدد من خلال اشتراط تمثيلية معينة وفرض شرط عدم امكانية الانتماء إلى أكثر من جمعية مهنية واحدة.

وسلط الضوء في الوقت ذاته على عدد من مقترحات الجمعية المغربية للقضاة ومن بينها:

- اعادة النظر في التكوين بالمعهد العالي للقضاء سواء بالنسبة للمكونين أو مناهج التكوين، مع الاهتمام بالتكوين في مجال الادارة القضائية؛

- إلغاء الدرجة الثالثة وإدماج القضاة الجدد فوراً في الدرجة الثانية على غرار قضاة المجالس العليا للحسابات،
- التنقيص على أن أحالة القضاة على التقاعد أو التمديد لهم ينبغي أن يكون بموافقة القضاة المعنيين بالأمر؛
- إشراك قضاة ممثلين لجميع درجات المحاكم في عملية الإشراف على انتخابات المجلس الأعلى للسلطة القضائية؛
- تمتيع القضاة بقربنة البراءة على غرار باقي المواطنين..؛

ودعت رئيسة الجمعية المغربية للقضاة في ختام كلمتها إلى لم الشمل بين القضاة لأن موضوع القوانين التنظيمية يبقى جديراً بتوحيد صفوف جميع القضاة من أجل الدفاع عن حقوقهم المهنية وضمانات استقلالهم وبالتالي الدفاع عن حقوق المواطنين، داعية أيضاً إلى استئناف الحوار من جديد بين وزارة العدل والحريات ونادي القضاة بحضور باقي الجمعيات المهنية القضائية الأخرى.

أما كلمة المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية فقدمها القاضي أنس سعدون حيث تناول " واقع وآفاق الحراك القضائي بالمغرب في ضوء مشاريع قوانين السلطة القضائية". أكد من خلالها وجود حراك قضائي واع ومسؤول ومتفاعل على مستوى الساحة القضائية من بين أهم تجلياته التعددية التي يعرفها المشهد القضائي فيما يتعلق بالجمعيات المهنية القضائية التي ينبغي أن ينظر إليها كمكسب للقضاة وللمواطنين على وجه سيان خاصة وأنها تمثل فضاء جديداً للحوار وللنقاش وللعمل من أجل الدفاع عن استقلال السلطة القضائية، إلى جانب الدور المتنامي للقضاة الشباب كعنصر فاعل في الإصلاح المنشود لا سيما بعد تعزيز الصفوف القضائية بدخول أفواج جديدة جعلت نسبة الشباب داخل الجسم القضائي تناهز ما يقارب الثلث مما يفرض ضرورة الانصات إلى مطالب هذه الفئة، دون إغفال ظاهرة أخرى صاحبت الحراك القضائي الراهن وتمثلت بارتفاع مطالب الإصلاح من داخل الجسم القضائي نفسه ولا أدل على ذلك بعض المبادرات غير المسبوقة التي قام بها قضاة وتجاوزت محدودية النصوص القانونية الجاري بها العمل ومن بينها: الانخراط الواسع في ممارسة الحق في التعبير، والتصريح العلني بامتلاكات وديون القضاة، ورفض تسلم مبالغ الإشراف القضائي على الانتخابات نظراً لغياب إطار قانوني ينظم هذه التعويضات، والإعلان عن برنامج وطني لتخليق منظومة العدالة تحت شعار: من أجل محاكم بدون رشوة.

ولم يخفي أنس سعدون قلق المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية من وجود تراجع على مستوى مسودة مشاريع القوانين التنظيمية التي حملت بعض البنود التي تحاول تطويق الحراك القضائي الراهن والتي تستهدف بالأساس الأفواج الجديدة من القضاة كما تستهدف الجمعيات المهنية الحديثة التي تأسست بعد المصادقة على دستور 2011، وتحمل تراجع على مستوى ضمانات استقلال القضاة والقضاء خاصة تلك المتعلقة بتدبير الوضعية الفردية للقضاة محذراً في ختام كلمته من تبذير زمن إصلاح القضاء ومحاولة تمديد أمد الفترة الانتقالية التي يعيشها المغرب في انتظار صدور القوانين التنظيمية الجديدة التي ينبغي أن تكون ضامنة لاستقلال حقيقي وفعلي للسلطة القضائية.

وتواصلت المداخلات بتقديم عروض أخرى لكل من الأستاذ عادل الهلالي: رئيس جمعية المحامين الشباب بالحسيمة، حول موضوع "استقلالية المحاماة مكون من مكونات استقلال السلطة القضائية". والتي سلط من خلالها الضوء على بعض مقتضيات الواردة في ميثاق إصلاح منظومة العدالة والتي تضرب في الصميم مبدأ استقلال المحاماة.

وتناول الأستاذ أحمد أحيدار: عضو نادي قضاة المغرب بالحسيمة بالدرس والتحليل موضوع "واقع استقلال السلطة القضائية بالمغرب" في علاقته بجهاز النيابة العامة، حيث اعتبر أن الاعتراف باستقلالها عن وزارة العدل لا يعد كافياً

من أجل ضمان نجاعتها وقوتها إذا لم يتم تدعيم الاصلاحات الموجود بخلق جهاز شرطة قضائية مستقلة وتابعة حصرا لسلطة القضاء والاهتمام بتنظيم نطاق السلطة الرئاسية بين قضاة النياية العامة والمسؤول القضائي والاهتمام بالتكوين المستمر والتكوين التخصصي للقضاة.

أشغال اليوم الدراسي تواصلت بعد فتح المجال أمام المناقشات العامة والتي ركز فيها المتدخلون على أن اصلاح القضاء لم يكن في يوم من الايام مطلبا فثويا بقدر ما اعتبر مطلبا لكل الشعب المغربي، كما أن الأعطاب التي يعانيتها جهاز العدالة لا يمكن تجاوزها إلا بقوانين تنظيمية وعادية ضامنة لاستقلال السلطة القضائية، ومأسسة الحوار الدائم بين جميع المتدخلين شريطة أن يكون حوارا جادا ومسؤولا.

## مجلة الفقه والقانون

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

[www.majalah-droit.ici.st](http://www.majalah-droit.ici.st)

ردمد : 2336-0615