

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 23 : شتنبر 2014

➤ من مواضيع العدد 23 : شتنبر 2014 :

- المقاصة على ضوء القانون المغربي.
- أقل مدة الحمل وأكثرها من منظور الفقه والطب.
- تطور أحكام الصفقات العمومية في الجزائر.
- المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية .
- النظام القانوني للأموال الوطنية في الجزائر.
- حماية القاصر من خلال عناصر النفقة.
- القضايا البيئية في إطار النظام التجاري المتعدد.
- الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية.
- دور المواثيق و المعاهدات الدولية في حماية البيئة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | البريد الإلكتروني : الفقه صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | اتصل بالمجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كثف القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمواثيق (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خموسات (2012/10/14)... المزيد	

- الصفحة الرئيسية
- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- فكر المجلة
- المؤلفين
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات مقارنة
- مقالات بالفرنسية
- حوارات علمية
- تقارير جامعية
- المساهمون بالمجلة
- أعداد المجلة
- اتصل بالمجلة

العدد الثالث والعشرون : شتنبر 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).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- 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 خرطبة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والعشرون : لشهر شتنبر 2014

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد الثالث والعشرين لشهر شتنبر 2014 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. أقل مدة الحمل وأكثرها من منظور الفقهي والطبي - دراسة مقارنة : الأستاذ الدكتور عمر علي أبو بكر رئيس قسم الفقه وأصوله جامعة المدينة العالمية - بماليزيا.....06

3. تطور أحكام الصفقات العمومية في الجزائر بين التشريع والتنظيم : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة.....27

4. المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات : من إعداد مزاولي محمد أستاذ مساعد قسم - أ كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بشار - الجزائر.....39

5. إشكالية تطوير دور التدقيق الداخلي في المؤسسات في ظل إطار حوكمة الشركات : من إعداد الدكتور زرار العياشي أستاذ محاضر قسم - أ - جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة - الجزائر و الأستاذ : مداحي محمد أستاذ مساعد قسم - ب - جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة - الجزائر.....47

6. النظام القانوني للأملأك الوطنية في التشريع الجزائري : الدكتورة محمودي فاطيمة الزهراء أستاذة محاضرة - ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية ، معسكر ، الجزائر الشقيقة.....69

7. حماية القاصر من خلال عناصر النفقة مدعمة بالاجتهادات القضائية : غربي صورية و عبید نجة أستاذين و باحثين في القانون جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان.....91

8. القضايا البيئية في إطار النظام التجاري المتعدد الأطراف : بن قطاق خديجة , عضو بمخبر القانون العقاري و البيئة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات السياسية الدولية كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم , الجزائر.....102

9. الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية : وافي حاجة باحثة بجامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم - الجزائر ماجستير في القانون الدولي و العلاقات السياسية الدولية - الجزائر.....112

10. دور المواثيق و المعاهدات الدولية في حماية البيئة : عقون مصطفى ماجستير حقوق تخصص القانون الدولي و العلاقات الدولية المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر.....125

11. المقاصة على ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي : جواد بوزيد باحث في ماستر القانون المدني بكلية الحقوق جامعة ابن زهر أكادير - المملكة المغربية.....134

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

12. La multiplicité des communautés religieuses promouvoir un corps de droit civil applicable : Dr MELHEM MAHMOUD Assistant prof -civil law (Kuwait international law school).....148

13. La participation de la femme dans la vie publique Évolution et Évaluation : Ahmed EL MORABETY, Chercheur Doctorant en Droit Public/ FSJES-Fes.....170

14. La valeur du principe d'universalité des droits fondamentaux dans la Constitution marocaine de 2011 : Mohamed El YOUSSEFI Chercheur en Droit public, FSJES-Fès, Maroc..183

15. La protection constitutionnelle du droit à l'éducation en Algérie : SLIMANI LAKHMISSI MAGISTER DROIT CONSTITUTIONNEL 1ERE ANNEE DOCTORAT UNIVERSITE HADJ LAKHDAR- BATNA- ALGERIE.....199

✓ دراسات وأبحاث بالإنجليزية :

16. The Role of UN Security Council in Referring International Crimes to the International Criminal Court Prepared by : Mr. Bouzidi Khalid Maitre-Assistant, Faculté de droit et de science politique, Université Abou BekrBelkaid Tlemcen. Membre dans le laboratoire de droits de l'homme et des libertés fondamentales : groupe de protection nationale et internationale des droits de l'homme.....213

ترتيب المقالات يخضع لإعتراف فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثالث والعشرين لشهر شتنبر 2014



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين ، وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثالث والعشرين لشهر شتنبر 2014 من مجلة الفقه والقانون ، وقد تناول هذا العدد الجديد بالبحث والتحليل بعض القضايا الهامة المرتبطة بالعقود والالتزامات كالمقاصة على ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي .

أما في ما يرتبط بالأحوال الشخصية فقد تطرق العدد لقضية أقل مدة الحمل وأكثرها من منظور الفقهي والطبي وحماية القاصر من خلال عناصر النفقة مدعمة بالاجتهادات القضائية .

وفي القانون الجنائي تناول العدد موضوع المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات .

هذا من جهة ومن جهة ثانية ، حضيت قضية البيئة باهتمام كبير من طرف المساهمين في هذا العدد وقد تناولوا بالبحث والتفصيل القضايا البيئية في إطار النظام التجاري المتعدد الأطراف ، والأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية ودور المواثيق والمعاهدات الدولية في حماية البيئة .

هذا فضلا عن عدة مواضيع أخرى هامة مثل تطور أحكام الصفقات العمومية في الجزائر بين التشريع والتنظيم والنظام القانوني للأموال الوطنية في التشريع الجزائري ، وإشكالية تطوير دور التدقيق الداخلي في المؤسسات في ظل إطار حوكمة الشركات ، بالإضافة إلى عدة بحوث قيمة باللغتين الفرنسية والإنجليزية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية :

أقل مدة الحمل وأكثرها من منظور الفقهي والطبي - دراسة مقارنة



الأستاذ الدكتور عمر علي أبو بكر

رئيس قسم الفقه وأصوله

جامعة المدينة العالمية - بماليزيا

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين أما بعد :

فإن مما لا يخفى أن موضوع (أقل وأكثر مدة الحمل) من الموضوعات الفقهية المهمة والتي كثر الجدل حولها في الآونة الأخيرة ضمن بحوث ودراسات النوازل الفقهية المعاصرة في مجال فقه الأسرة، وذلك لارتباطه بالمسائل الفقهية الخطيرة، كإثبات النسب أو نفيه، وثبوت الميراث من عدمه، وكأحوال الطلاق والعدة والرجعة وغيرها، وإن الناظر المتبصر للقضية بكل معطياتها وأبعادها يدرك أن أفضل السبل لحل القضية في العصر الحاضر؛ تكمن في تنظير المسألة وتكييفها فقها وطبيا ثم تتويجها - قدر الإمكان - بقوانين الأحوال الشخصية الصادرة من بعض البلدان الإسلامية، حتى تظهر نتائجها قوية شاملة ناضجة.

ومن أجل تحقيق ما ذُكرَ يأتي موضوع هذا البحث تحت عنوان (أقل مدة الحمل وأكثرها من منظور الفقهي والطبي دراسة مقارنة) حيث يشتمل على مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة حسب الآتي :

التمهيد ويشتمل على : تعريف الحمل في اللغة والاصطلاح.

المبحث الأول : أقل مدة الحمل عند الفقهاء والأطباء.

المبحث الثاني : أكثر مدة الحمل عند الفقهاء والأطباء.

المبحث الثالث : المشهور والمعتاد في مدة الحمل (مدة الحمل الطبيعية) عند الفقهاء والأطباء.

الخاتمة وفيها : أهم النتائج والتوصيات.

التمهيد ويشتمل على : تعريف الحمل في اللغة والاصطلاح.

أولاً : تعريف الحمل في اللغة والاصطلاح :

الحمل لغة : من حَمَلَ الشيءَ يَحْمِلُهُ حَمْلًا وَحُمْلَانًا فهو مَحْمُولٌ وَحَمِيلٌ واحْتَمَلَهُ والحَمْلُ: ما كان في بطن أو على رأس شجرة، وجمعه أَحْمَالٌ، والحَمْلُ: ما حُمِلَ على ظهرٍ أو رأسٍ، قال الفراء: ويقال: امرأةٌ حَامِلٌ وحاملةٌ، إذا كان في بطنها ولد، وأنشد الأصمعيُّ:

تَخَضَّتِ المُنُونُ له بيومٍ ... أَنى ولكلِّ حَامِلَةٍ تِمَامُ

فمن قال: حَامِلٌ، قال : هذا نعتٌ لا يكون إلا للمؤنث، ومن قال: حاملةٌ بني على حَمَلْتُ، فإذا حملت شيئاً على ظهرٍ أو رأسٍ، فهي حاملةٌ لا غير؛ لأن هذا قد يكون للمذكر⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح : يعرف الحمل بأنه: هو الجنين في بطن أمه. أو هو ما في بطن الأم من الولد، ذكراً كان أو أنثى⁽²⁾.

المبحث الأول : أقل مدة الحمل عند الفقهاء والأطباء.

أولاً : أقل مدة الحمل عند الفقهاء :

أقل مدة الحمل عند جميع الفقهاء؛ ستة أشهر، وهذا مما لا خلاف فيه، قال الوزير ابن هبيرة رحمه الله: واتفقوا على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر⁽³⁾.

وقال ابن القيم: اتفق الفقهاء كلهم على أن المرأة لا تلد لدون ستة أشهر إلا أن يكون سقطه، وهذا أمر تلقاه الفقهاء عن الصحابة رضي الله عنهم⁽⁴⁾.

وقال جمال الدين الصردفي الريمي : لا خلاف أن أقل مدة الحمل التي يولد الولد فيها حياً ويعيش ستة أشهر⁽⁵⁾.

إذاً نستطيع أن نقول : إن العلماء مجمعون على أن أقل مدة الحمل (ستة أشهر) وقد استدلوا - فيما ذهبوا إليه - ببعض الأدلة منها ما يلي :

أولاً : قوله تعالى : { وحمله وفصاله ثلاثون شهراً }⁽⁶⁾ فقد ذكرت الآية الكريمة إشارة إلى قدر المدة التي يجب فيها الرضاع. وهو قوله سبحانه : { وحمله وفصاله } ، أي : فطامه { ثلاثون شهراً } وهذا دليل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لأن مدة الرضاع حولان كاملان لقوله تعالى : { حولين كاملين }⁽⁷⁾ فيبقى للحمل ستة أشهر⁽⁸⁾.

(1) لسان العرب (174/11) إصلاح المنطق (ص11).

(2) حاشية ابن عابدين (604/2) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (474/4) حاشية الجمل (446/4).

(3) اختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة (203/2).

(4) تحفه المودود ص 265

(5) المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة (317/2).

(6) (الأحفاف: 15).

(7) (البقرة: 233)

(8) عمدة القاري (18/21)

فالذي خلق هذا الطفل هو أعلم بما يسره، وما يضره، وما يسعده، وما يشقيه، فقال - سبحانه وتعالى - : { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ }⁽¹⁾ وقال تعالى : { وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا }⁽²⁾. وقال تعالى : { وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ }⁽³⁾.

قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى : { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ } : هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة، وهي سنتان، فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك؛ ولهذا قال : { لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ }، وذهب أكثر الأئمة إلى أنه لا يحرم من الرضاعة إلا ما كان دون الحولين، فلو ارتضع المولود لمن غير أمه] وعمره فوقهما لم يحرم⁽⁴⁾.

وقال الشوكاني في قوله تعالى : { يُرْضِعْنَ } قيل : هو خبر في معنى الأمر للدلالة على تحقق مضمونه. وقوله : { حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ } للدلالة على أن هذا التقرير تحقيقي لا تقريبي. وقوله : { لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ } وفيه دلالة على إن إرضاع الحولين ليس حتماً بل هو التمام، ويجوز الاقتصار على ما دونه⁽⁵⁾.

واستنبط ابن كثير من تفسير آية الأحقاف ، وآية لقمان، وآية البقرة : أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وهو استنباط قوي صحيح وافقه عليه عثمان وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم⁽⁶⁾.

وقال الشنقيطي رحمه الله: قوله تعالى : { وحمله وفساله ثلاثون شهرا } هذه الآية الكريمة ليس فيها بانفرادها تعرض لبيان أقل مدة الحمل، ولكنها بضميمة بعض الآيات الأخرى إليها يعلم أقل أمد الحمل؛ لأن هذه الآية الكريمة من سورة «الأحقاف» صرحت بأن أمد الحمل والفسال معا - ثلاثون شهرا⁽⁷⁾.

وقوله - تعالى - في «لقمان» : { وفساله في عامين }. وقوله في «البقرة» : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } يبين أن أمد الفصال عامان، وهما أربعة وعشرون شهرا، فإذا طرحتها من الثلاثين بقيت ستة أشهر، فتعين كونها أمدا للحمل، وهي أقله، ولا خلاف في ذلك بين العلماء⁽⁸⁾.

ثانيا : عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية : أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن

(1) سورة البقرة، الآية: 233.

(2) سورة الأحقاف، الآية: 15.

(3) سورة لقمان، الآية: 14.

(4) تفسير ابن كثير، (1/ 284).

(5) تفسير الشوكاني آية 233 من سورة البقرة.

(6) تفسير ابن كثير (4/ 158).

(7) أضواء البيان (7/ 223).

(8) المصدر نفسه (7/ 223).

هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت منه فأريقت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغني عنكما الأخير والحق الولد بالأول⁽¹⁾.

• معنى هذا الأثر وفقهه :

قوله : (ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت) يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر فأتت بولد تام يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط؛ لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت فلو كان سقطا لم ينكره، وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه فأقل الحمل الذي لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والدليل عليه ما نبه عليه علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - من قوله تعالى { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } [الأحقاف : 15] وقوله تعالى { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } [البقرة : 233] فاقتضى ذلك أن الحمل ستة أشهر⁽²⁾.

قال البلخي رحمه الله : وأما الذي يراعى في الأشهر قال أكثر أصحابنا : ستة أشهر على الإطلاق، وقال ابن القاسم في العتبية : ستة أشهر، ومقدار انفصالها بالأهلة فصاعدا، ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهلة بعضها من تسعة وعشرين يوما فإن ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة.

وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة : إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للأول، وإن لم يكن بين وطئهما إلا يوم⁽³⁾.

ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم، وهذا يقتضي مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهر أو نقصها، فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء، فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم، وإن كان بعد الفجر لم تعتد به⁽⁴⁾.

ثالثا : عن ابن عباس رضي الله عنه قال : إذا وضعت المرأة لتسعة أشهر، كفه من الرضاع أحد وعشرون شهرا، وإذا وضعت لسبعة أشهر كفه من الرضاع ثلاثة وعشرون شهرا، وإذا وضعت لستة أشهر فحولين كاملين، لأن الله تعالى يقول : وحمله وفصاله ثلاثون شهرا⁽⁵⁾.

رابعا : عن ابن شهاب، قال : أخبرني أبو عبيد مولى عبد الرحمن : " أن عثمان بن عفان رضي الله عنه صلى الصلاة، ثم جلس على المنبر فأتنى على الله بما هو أهله ثم قال : «أتى هاهنا امرأة أخالها قد عادت بشر ولد لستة أشهر، فما ترون فيها؟» فناده ابن عباس رضي الله عنهما فقال : " إن الله قال : { ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } [الأحقاف : 15] ، وقال : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين

(1) أخرجه مالك في الموطأ (740/2) باب القضاء بالحق الولد بأبيه الحديث رقم (1419) والبيهقي في السنن الصغرى (268/9).

(2) المنتقى (10/6).

(3) المنتقى (10/6).

(4) المنتقى (10/6).

(5) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (10/3294) رقم (18567)، وانظر: تفسير ابن كثير (4/158).

لمن أراد أن يتم الرضاعة { [البقرة: 233] ، فإذا تمت رضاعته فإنما الحمل ستة أشهر، فتركها عثمان رضي الله عنه فلم يرضعها"⁽¹⁾.

فكل ما سبق دليل على أن أقل مدة الحمل عند العلماء هو ستة أشهر ولا شك في ذلك، قال الشوكاني: "ويقوي هذه الدلالة الإيمائية أنه لم يسمع في المنقول عن أهل التواريخ والسير أنه عاش مولود لدون ستة أشهر، وهكذا في عصرنا لم يسمع بشيء من هذا، بل الغالب أن المولود لستة أشهر لا يعيش إلا نادراً، لكن وجود هذا النادر يدل على أن الستة الأشهر أقل مدة الحمل. وقد كان من جملة من ولد لستة أشهر من المشهورين: "عبد الملك بن مروان الخليفة الأموي"⁽²⁾.

وقال العلامة الشنقيطي رحمه الله: أقل مدة الحمل ستة أشهر، وذكرنا الآيات الدالة على ذلك، ويعلم منه أن كل ولدين بينهما أقل من ستة أشهر، فهما توأمان"⁽³⁾.

• فتوى الشيخ ابن عثيمين في أقل مدة الحمل :

وقد أفتى سماحة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وذلك عندما سألته سائل عبر برنامج فتاوى نور على الدرب فقال السائل:

"... أنا رجل متزوج وقد تركت بلدي وزوجتي وسافرتُ خارج البلد للعمل وقد مكثتُ حوالي تسعة أشهر غائباً، وقد كانت زوجتي حاملاً فوضعت مولودها في سبعة أشهر وعشرة أيام فقط، مما جعل الشك يساورني في أمرها وقد فكرتُ في فراقها ولكني لم أستطع نظراً لرغبتني الشديدة وهي كذلك لاستمرار العلاقة الزوجية بيننا، ولكن هذا الشك يقلقني دائماً فأرجو إفادتي هل يمكن أن تضع الحامل مولودها في سبعة أشهر؟ وما هي أقل مدة الحمل الممكنة وأكثرها؟ وبماذا تنصحوني أن أفعل؟.

فأجاب فضيلة الشيخ قائلاً :

" بأن ولادتها في سبعة أشهر ليس فيها شك فإن أقل مدة الحمل التي يمكن أن يعيش فيها ست أشهر لأن الله تعالى يقول (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا) وقال تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلًى وَهَنًا عَلًى وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ) فإذا أسقطنا عامين من الفصال من ثلاثين شهراً بقيت ستة أشهر للحمل وهذه أقل مدة الحمل التي يمكن أن يعيش فيها إذا خرج، فابنك الآن والحمد لله ليس فيه شك وينبغي أن تزيل عن نفسك هذه الوسوس إزالة مطلقة. أما أكثر مدة الحمل فإنه لا حد له على القول الراجح وإن كان أهل العلم يجدها بأربع وبعضهم بأكثر ولكن ما دام الحمل متيقناً في بطن هذه المرأة فإنها حامل به إلى أن تضعه"⁽⁴⁾.

(1) أخرجه عمر بن شبة في تاريخ المدينة (977/3).

(2) السيل الجرار (398/1).

(3) أضواء البيان (476/5).

(4) فتاوى نور على الدرب (نصية): النكاح http://www.ibnothaimeen.com/all/noor/article_6528.shtml

الشرح المتع (490/6)

ثانيا : أقل مدة الحمل عند الأطباء :

أما موقف الطب فيما يتعلق بأقل مدة الحمل فلا يكون بعيدا عما ذهب إليه الفقهاء. قال ابن القيم : " إن الأدلة على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، تظاهرت عليها الشريعة والطبيعة، فالشريعة من خلال الآيتين السابقتين، وأما الطبيعة فقد نقل أقوال الأطباء أصحاب الاختصاص الذين أثبتوا أن أقل حمل كان في مائة وأربع وثمانين ليلة⁽¹⁾ ".

وقد أكد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر إلا أن المولود لها نادراً ما يعيش في الأحوال العادية. ومع تقدم مجالات الطب أصبح بالإمكان إيجاد فرصة أكبر لمثل هؤلاء المواليد في الحياة بعد وضعه في حضانة طبية مناسبة وقد قرر الأطباء إذا ما ولد الطفل ما بين (24 - 36 أسبوعاً) يسمى الطفل خديجاً (Pematue) ويكون في الغالب قابلاً للحياة، ولكنه يحتاج لعناية طبية خاصة⁽²⁾.

يقول الطبيب الدكتور محمد علي البار : " أما أقل مدة الحمل فيتفق فيه الطب والشرع وكلام الفقهاء تمام الاتفاق، فالطب يقرر أن أقل مدة الحمل الذي يمكنه أن يعيش بعده ستة أشهر⁽³⁾ .

ويقول الطبيب أحمد كنعان: " ويتفق أهل الطب والفقهاء حول أقل مدة الحمل، إذ تؤكد الشواهد الطبية أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلاً للحياة، وإلى هذا يذهب أهل القانون أيضاً "⁽⁴⁾.

ويقول الطبيب عبد الله باسلامة " فقد غير الأطباء رأيهم الآن وأصبحت أقل مدة الحمل هي ستة أشهر بعد أن كانت سبعة، والواقع أنه إلى الآن لا تزال مذكورة في دائرة المعارف البريطانية أن أقل الحمل الذي يمكن أن يعيش هو 28 أسبوعاً أو 169 يوماً، ولا أعتقد أنه سوف يجيء يوم من الأيام ويكون في مقدور جنين أن يعيش خارج الرحم ويواصل الحياة إن هو نزل قبل هذه المدة (ستة شهور) "⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق ، يمكن القول : بأن الفقهاء والأطباء متفقون على أن أقل مدة للحمل هي : (ستة أشهر) في الأحوال العادية، لكن مع ذلك إذا سقط الجنين قبل الشهر السادس ووضع في حضنة طبية أو ما يسمى " بالرحم الصناعي " مع العناية التامة والاهتمام المستمر، فليس هناك ما يدعو إلى استبعاد حياة هذا الجنين.

وقد ذكرت صحيفة سعودية (جريدة البلاد) أن طفلاً ولد في مستشفى الولادة بجدة، وعمره ستة أشهر ووزنه ستمائة جرام (600) وقد عاش ذلك الطفل⁽⁶⁾.

(1) التبيان في أقسام القرآن (ص339).

(2) د. عبد الرشيد بن قاسم، أقل وأكثر مدة الحمل (ص2).

(3) خلق الانسان : ص451

(4) الموسوعة الطبية الفقهية (ص375).

(5) رؤية إسلامية لبعض القضايا الطبية، لعبد الله باسلامة (ص59) الطب النبوي والعلم الحديث لخمود النسيمي (3/364) د. عبد الرشيد بن قاسم، أقل وأكثر مدة الحمل (ص2).

(6) انظر: جريدة البلاد السعودية بتاريخ 1399/1/24 هـ الموافق 1978/12/24 م. نقلاً عن د. محمد علي البار، مدة الحمل أقله وأكثره في الطب والشرع والقانون (ص6).

ثالثا : أقل مدة الحمل في القانون :

وأما من ناحية القانون، فقد أخذ القانون في مصر (م 2/ 43) خلافا للقانون السوري (م 128) برأي ابن تيمية وقول عند الحنابلة : أن أقل مدة الحمل تسعة أشهر، اتباعا للأعم الأغلب، فإن غالب النساء يضعن حملهن في تسعة أشهر⁽¹⁾.

وهذا يتفق إلى حد كبير مع ما ذكره الشيخ سيد سابق رحمه الله إذ قال: وقد خالف القانون قول جماهير العلماء وأخذ بقول بعض الحنابلة وهو أن أقل مدة الحمل تسعة أشهر هلالية (أي 270 يوما) لأن هذا يتفق والكثير الغالب⁽²⁾.

وبناء عليه، تعلم حياة الحمل في القانون بالتفصيل الآتي :

أ- إن كان الحمل ولدا للمتوفى نفسه : بأن ترك زوجته حاملا منه، أو معتلة منه، فيثبت نسب الحمل من الميت وإرثه منه إن وضعت لأكثر مدة الحمل فأقل وهي (365) يوما. فإن ولدته لأكثر من سنة فلا يرث منه، إذ يكون علوقه حينئذ بعد الوفاة ، فلا نسب ولا ميراث.

ب - وإن كان الحمل من غير المتوفى : بأن ترك امرأة أبيه أو جده أو نحوهما من ورثته حاملا، فيرث منه إن ولدته أمه لأقل مدة الحمل بعد موت المورث وهي تسعة أشهر (270 يوما).

وسبب التفرقة بين الحالتين : أننا نريد في الحالة الأولى إثبات حملها منه، ثم توريثه بعدئذ، فأخذنا بأقصى مدة الحمل. أما في الحالة الثانية (الحامل من غير المتوفى) فإننا لا نريد إثبات نسب الحمل من أمه، فذلك له قواعده العامة، ولكننا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث، وهو متأكد خلال تسعة أشهر من وفاة المورث، وما زاد عليه فأمر مشكوك فيه، والإرث لا يثبت بالشك⁽³⁾.

وفي الهند وباكستان لا تعترف المحاكم بأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، كما هو متبع في الشرع، بل تعتبر النسب لصاحب الفراش ولو تزوج صاحب الفراش منذ بضعة أسابيع فقط. ولكن باكستان منذ عام 1965 بدأت تعود لاعتبار أقل الحمل ستة أشهر وذلك ما حكمت به المحاكم هناك باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريعات في باكستان⁽⁴⁾.

وأما قوانين بعض البلدان الغربية فقد اتفقت مع ما ذهب إليه الفقهاء والأطباء في أن أقل مدة الحمل هي: (ستة أشهر)، وعلى سبيل المثال فإن أقصر مدة حمل اعترف بها القانون الإنكليزي كانت 174 يوما (=5شهور+24 يوما) أي ستة أشهر إلا أياما قليلة⁽⁵⁾.

(1)الفقه الإسلامي وأدلته(10/7883).

(2)فقه السنة (3/649).

(3)الفقه الإسلامي وأدلته(10/7884).

(4)IsamGhanem: Islamic Jurisprudence, C.V Arthur Probsthain, London, 1982, PP44-54.(4) الإسلامى (باللغة الإنجليزية) ص44-54.

(5)الموسوعة الطبية الفقهية (ص375).

المبحث الثاني : أكثر مدة الحمل عند الفقهاء والأطباء.

أولا : أكثر مدة الحمل عند الفقهاء :

لقد اختلف الفقهاء في تقدير أكثر مدة الحمل على أقوال :

القول الأول : أنها تسعة أشهر (قمرية) : وهذا قول داوود وابن حزم من الظاهرية⁽¹⁾ وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه. واستدلوا بما يأتي :

أولا : قوله تعالى : { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا }⁽²⁾ . وقوله : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة }⁽³⁾ . وجه الاستدلال : أنه لا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر، فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا: فقد قال الباطل والمحال، ورد كلام الله عز وجل جهارا⁽⁴⁾ .

أجيب بأن هذا استدلال بعيد؛ لأن الآية خرجت مخرج الغالب؛ لأن المرأة لو أرضعت طفلها سنتين وأتمت الرضاعة «لن أراد أن يتم الرضاعة» فيبقى من الثلاثين شهرا ستة أشهر، ولم يقل أحد أن أكثر الحمل ستة أشهر، وكذلك منقوض من جهة أخرى وهو أن المرأة لو أرضعت طفلها سنة واحدة، وارتفع لبنها وفطمته لزم أن تكون حملت به سنة وستة أشهر، وأصحاب هذا القول لا يقولون بذلك. إضافة إلى أن الواقع يرفضه، فالواقع يثبت وجود حمل امتد لعشرة أشهر وهو كثير جدا⁽⁵⁾ .

ثانيا : ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر أنه قال : أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبين حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر علة التي قعدت عن الحيض⁽⁶⁾ .

وجه الاستدلال : واضح أن عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر. ويمكن مناقشة الاستدلال بهذا الأثر بأنه؛ ضعيف! فإن سعيد بن المسيب لم يسمع من عمر، وعلى تقدير ثبوته فليس بصريح الدلالة في أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر ، وغاية ما فيه أن عمر أمر من لم تكتمل عدتها بثلاثة قروء أن تحتاط فتمكث تسعة أشهر فإن استبان حملها وإلا أكملت سنة ، وهذا من باب الاحتياط للحمل وإلا فإن حيض المرأة كاف للدلالة على براءة رحمها لكن لما كان يحتمل أن تحيض المرأة الحامل في أحوال نادرة أمر عمر بالاحتياط لذلك بالملكث غالب مدة حمل النساء وهي تسعة أشهر⁽⁷⁾ .

(1) الخلي، 316/10-317.

(2) [الأحفاف : 15]

(3) [البقرة: 233]

(4) الخلي، لابن حزم (131/10-132).

(5) د. سعد الخثلان، أكثر مدة الحمل (ص9).

(6) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (6/339).

(7) د. سعد الخثلان، أكثر مدة الحمل (ص9-10).

ثالثا: أن ما ذكروه من قصص ورد فيها الحمل بأكثر من تسعة أشهر كلها أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يعرف من هو، ولا يجوز الحكم في دين الله بمثل هذا⁽¹⁾.

القول الثاني: أنها سنة واحدة (السنة القمرية). وهذا قول محمد بن عبد الحكم من المالكية⁽²⁾. ورجحه ابن رشد⁽³⁾. ومن المعاصرين الشيخ عبد الوهاب خلاف⁽⁴⁾، والشيخ مصطفى أحمد الزرقا⁽⁵⁾. وبه قال كثير من الأطباء وأهل القانون.

واستدلوا بأن الأصل في هذه المسألة: العادة والتجربة. فقد قال ابن رشد: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب بالمعتاد، لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا⁽⁶⁾". وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف: "وأما أقصى مدة الحمل: فلم يرد في القرآن الكريم، ولا في السنة الصحيحة المتفق عليها ما يحددها؛ ولهذا تعددت فيها آراء المجتهدين، فالإمام مالك حددها بأربع سنين، والإمام أبو حنيفة حددها بستين. والظاهرية حددها بتسعة أشهر؛ فمن أجل هذا الاختلاف، ولعدم ورود نص يرجع إليه سئل رجال الطب الشرعي وهم أهل الذكر في هذا عن أقصى مدة يكتثها الحمل في بطن أمه، فقرروا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدة الحمل تعتبر سنة عدد أيامها"⁽⁷⁾.

القول الثالث: أنها سنتان. وهو مذهب أبي حنيفة⁽⁸⁾ وأحمد في رواية عنه⁽⁹⁾، والثوري والأوزاعي وعثمان البتي وعائشة⁽¹⁰⁾، وهو اختيار المزي⁽¹¹⁾.

واستدلوا بما يأتي: أولا: قول عائشة رضي الله عنها: « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين، ولو بفلكة مغزل⁽¹²⁾. وجه الاستدلال: أن مثل هذا لا يقال بالرأي، إذ ليس للعقل فيه مجال، بل سماعا من الرسول صلى الله عليه وسلم، فإن ولد الحمل لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه، ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت.

(1) الخلي، 317/10.

(2) انظر: الجامع لأحكام القرآن، 287/9؛ بداية المجتهد، 142/4، الاستذكار، 170/7، مختصر اختلاف العلماء، 405/2.

(3) بداية المجتهد (142/4).

(4) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (190/1).

(5) مدة الحمل بين الفقه والطب (ص25).

(6) بداية المجتهد (142/4).

(7) أحكام الأحوال الشخصية «365»

(8) بدائع الصنائع، 211/3؛ الاختيار، 179/3؛ تبين الحقائق، 45/3، العناية شرح الهداية، البحر الرائق، 177/4.

(9) انظر: الكافي، 189/3، المغني، 232/11، الشرح الكبير، 86/9؛ الفروع، 239/9؛ المقنع مع شرحه المبدع، 75/7؛ الانصاف، 274/9.

(10) انظر: المغني، 232/11؛ الشرح الكبير، 86/9، مختصر اختلاف العلماء، 405/2؛ البيان، 12/11.

(11) الحاوي، 205/11؛ الدر المختار: 2/857، فتح القدير: 3/310، الكتاب مع اللباب: 3/87.

(12) أخرجه الدارقطني (322/3) والبيهقي (443/7).

وأجيب بأن الاستدلال بهذا الأثر ممكن لو صح، لكن الأثر ضعيف لأن في إسناده (جميلة بنت سعد) قال ابن حزم :
مجهولة لا يدري من هي؟ فبطل هذا القول⁽¹⁾.

القول الرابع : أنها ثلاث سنين، وبه قال الليث بن سعد⁽²⁾.

القول الخامس : أنها أربع سنين. وهو مذهب الشافعي⁽³⁾ ورواية عن مالك⁽⁴⁾، وهو مشهور مذهب أحمد⁽⁵⁾.

واستدلوا بما يأتي :

أولاً : الاستقراء، وقد قال عمر في امرأة المفقود : تتربص أربع سنين، ثم تعتد بعد ذلك. وسبب التقدير بالأربع أنها
نهاية مدة الحمل⁽⁶⁾.

ثانياً : ما ورد عن الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس : إني حدثت عن عائشة ، أنها قالت : لا تزيد المرأة في
حملها على سنتين قدر ظل المغزل، فقال : «سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق
وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين»⁽⁷⁾.

وجه الاستدلال : أن المسائل التي لا نص فيها يرجع فيها إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين كما سبق؛ لأن نساء
بني عجلان يحملن أربع سنين، كما قال الإمامان أحمد والشافعي⁽⁸⁾. فإذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم
موت الزوج أو طلاقه، ولم تكن تزوجت، ولا وطئت، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق
بالزوج، وعدتها منقضية بوضعه⁽⁹⁾.

وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانته منه بطلاق أو فسخ، أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية، لم يلحقه
ولدها؛ لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح، والبيونة منه⁽¹⁰⁾.

(1) الخلى (10/132).

(2) المغني، لابن قدامة (8/121).

(3) المجموع 125/18، الاقناع 461/2، المغني 232/11، الشرح الكبير، 86/9.

(4) بداية المجتهد، 135/3 القوانين الفقهية، 157؛ تفسير القرطبي 287/9.

(5) الكافي، 189/3، المغني، 384/6، الشرح الكبير، 86/9-87؛ الفروع، 239/9، المقنع مع شرحه المبدع، 75/7؛ الانصاف، 274/9؛ الاقناع مع كشف
القناع، 414/5؛ منتهى الإرادات مع شرحه، 192/3.

(6) شرح الروض (3/393).

(7) أخرجه الدارقطني في سننه، (4/500) (3877)، كتاب النكاح، باب المهر والبيهقي في السنن الكبرى، (7/728) (15553)، كتاب العدد -
باب ما جاء في أكثر الحمل.

(8) انظر: الحاوي الكبير، 35/7، المهذب، 118/3، البيان، 12/11، المجموع 125/18، التذكرة، لابن الملقن، 22؛ كفاية الأخيار، 77؛ أسنى المطالب، 393/3؛
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 461/2.

(9) انظر مصادر السابقة.

(10) انظر المصادر أعلاه.

ثالثا : كما ردّ ابن حزم قول الشافعي قائلا : "وقالت طائفة : يكون الحمل أكثر من أربع سنين: رويناه عن سعيد بن المسيب من طريق فيها علي بن زيد بن جدعان، وهو ضعيف ، - وهو قول الشافعي - ولا نعلم لهذا القول شبهة تعلقوا بها أصلا⁽¹⁾ .

القول السادس : أنها خمس سنين. رواية عن مالك وهو المشهور عن المالكية⁽²⁾ وبه قال عباد بن العوام والليث بن سعد⁽³⁾ . لكن ابن حزم قد ردّ هذا القول بقوله : "ولا نعلم لهذا القول متعلقا أصلا"⁽⁴⁾ .

القول السابع : أنها سبع سنين. وهذه رواية عن مالك⁽⁵⁾ والزهري⁽⁶⁾ ، قال مالك : بلغني عن امرأة حملت سبع سنين⁽⁷⁾ . سنين⁽⁷⁾ . وقال الزهري : قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين⁽⁸⁾ .

قال ابن حزم : وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق، ولا يعرف من هو؟ لا يجوز الحكم في دين الله تعالى بثل هذا⁽⁹⁾ .

القول الثامن : لا حد لأكثر مدة الحمل. وهذا قول أبي عبيد القاسم بن سلام⁽¹⁰⁾ ، وابن القيم⁽¹¹⁾ والشوكاني⁽¹²⁾ ، وهو ما ذهب إليه الشنقيطي رحمه الله حيث قال : أظهر الأقوال دليلا أنه لا حد لأكثر أمد الحمل، وهو الرواية الثالثة عن مالك ، كما نقله عنه القرطبي⁽¹³⁾ .

ومن قال بعدم تحديد مدة أكثر الحمل من العلماء المعاصرين أيضا الشيخ محمد بن إبراهيم، وسمحة الشيخ عبد العزيز بن باز، والشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمهم الله⁽¹⁴⁾ .

(1) الخلى (132/10).

(2) القوانين الفقهية، 157؛ الكافي في فقه أهل المدينة، 620/2؛ الاستذكار، 170/7؛ البيان والتحصيل، 139/4؛ بداية المجتهد، 135/3؛ التاج والإكليل، 485/5، 519؛ شرح الخرشبي، 143/4؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 255/2، 460، 474؛ الشرح الصغير، 681/2.

(3) المغني، لابن قدامة (121/8) مختصر اختلاف العلماء، 405/2.

(4) الخلى (132/10).

(5) رواها عنه الأشهب انظر: المقدمات الممهدة (526/1) الذخيرة (284/4).

(6) المغني، لابن قدامة (121/8) مختصر اختلاف العلماء، 405/2 الخلى (132/10).

(7) الخلى (132/10).

(8) المغني، لابن قدامة (121/8) مختصر اختلاف العلماء، 405/2 الخلى (132/10).

(9) الخلى (133/10).

(10) المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة (317/2) تبين الحقائق 45/3.

(11) المغني (477/7) تحفة المولود (ص179).

(12) السيل الجرار (399/1).

(13) أضواء البيان (228/2).

(14) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم (151/11) الفوائد الجليلة في المباحث الفرضية، لابن باز (ص49) تسهيل الفرائض، لابن عثيمين (ص102) أقل مدة الحمل وأكثرها، للغامدي (ص13).

وقد سئل فضيلة الشيخ ابن عثيمين عن أكثر مدة الحمل فأجاب قائلاً : "أما أكثر مدة الحمل فإنه لا حد له على القول الراجح، وإن كان أهل العلم يجدها بأربع وبعضهم بأكثر ولكن ما دام الحمل متيقناً في بطن هذه المرأة فإنها حامل به إلى أن تضعه"⁽¹⁾.

• الترجيح :

الواقع أن هذه المسألة من المسائل التي كثرت فيها أقوال الفقهاء وتناثرت، وعظم فيها الخلاف، وتباينت فيها الآراء، لعدم وجود أدلة قاطعة من الكتاب أو السنة المطهرة تؤسس لأحد الأقوال أو تؤيدها، اللهم إلا الاجتهادات الواردة من بعض السلف بهذا الخصوص وقد علمت من خلال المناقشات أنها لا تصح كدليل معتمد لهذه المسألة، وقد أوضح ذلك جملة من العلماء:

فقال ابن عبد البر : وهذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد والرد إلى ما عرف من أمر النساء⁽²⁾.

وقال الشوكاني : "لم يرد في حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف مرفوع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أكثر مدة الحمل أربع سنين.

ولكنه قد اتفق ذلك ووقع غير أن هذا الاتفاق لا يدل على أن الحمل لا يكون أكثر من هذه المدة"⁽³⁾.

وقال الشنقيطي : أظهر الأقوال دليلاً أنه لا حد لأكثر أمد الحمل لأن كل تحديد بزمن معين لا أصل له ولا دليل عليه، وتحديد زمن بلا مستند صحيح لا يخفى سقوطه⁽⁴⁾.

وبما أن المسألة والحال كما ذكرنا، فالذي يترجح للباحث هو الاعتماد على ما يصدره أهل الاختصاص والخبرة في مجال الطب الشرعي، لعدم وجود الأدلة الشرعية القاضية بهذا الخصوص، وإن كان القول بعدم تحديد أكثر مدة للحمل من حيث المصلحة الشرعية وبعض الوقائع والأحداث أيضاً ليس ببعيد من جهة الفقه، لأنه لم يثبت دليل للتحديد.

فمن هذه الوقائع؛ ما ذكره الدكتور عبد الرشيد بن قاسم قال: حدثني الشيخ الدكتور بكر أبو زيد - رحمه الله - أنه ثبت لديه حين كان قاضياً بالمدينة حمل دام أربع سنين، وأن الشيخ عبد العزيز بن باز مفتي العام السابق - للسعودية رحمه الله - ثبت لديه حمل دام سبع سنين حين كان يشغل منصب القضاء، وحين أورد ذلك على الأطباء في مناقشات مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة حاروا في الجواب⁽⁵⁾.

وعند العودة إلى كلام الأطباء وتجاربهم؛ نجد أن أكثر مدة الحمل لا يتجاوز سنة واحدة (سنة شمسية). تحديداً هي المدة بين (330) يوم، يعني (11) شهراً، و(365) يوم، يعني: (12) شهراً، وهذه المدة أبلغ في الاحتياط. وهذا ما قصده

(1) فتاوى نور على الدرب (نصيحة) : النكاح http://www.ibnothaimeen.com/all/noor/article_6528.shtml

(2) الاستذكار (1/4153).

(3) السيل الجرار (1/399).

(4) أضواء البيان (2/228).

(5) انظر: د. عبد الرشيد بن محمد أمين بن قاسم، بعنوان "أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية" (ص8).

ابن رشد ورجحه بقوله : " وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب بالمعتاد، لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلاً"⁽¹⁾.

وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف : " ولعدم ورود نص يرجع إليه سئل رجال الطب الشرعي وهم أهل الذكر في هذا عن أقصى مدة يكثها الحمل في بطن أمه، فقرروا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدة الحمل تعتبر سنة عدد أيامها"⁽²⁾.

• قرار المجمع الفقهي الإسلامي يؤيد هذا الترجيح :

وقد قرّر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره الرابع المتعلق بموضوع أكثر مدة الحمل - ما يؤيد هذا الترجيح - ونصه؛ ما يأتي :

بسم الله الرحمن الرحيم

القرار الرابع - أكثر مدة الحمل :

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، أما بعد :

فإن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من (24 - 28 محرم 1434هـ) التي يوافقها: (8-2012/12/12م)

نظر في موضوع : (أكثر مدة الحمل). وبعد الاستماع إلى الأبحاث المقدمة، والمداورات والمناقشات، تبين ما يلي :

أولاً : لم يرد نص صريح من الكتاب والسنة يحدد أكثر مدة الحمل.

ثانياً : أكد الطب الحديث المتعلق بالحمل عبر التحاليل المخبرية، والتصوير بالموجات فوق الصوتية، وغيرهما، أنه لم يثبت أن واصل الحياة حمل داخل الرحم لأكثر من تسعة أشهر إلا لأسابيع قليلة، وأن ملايين المواليد الذين سجل تاريخ بدء حملهم ووقت ولادتهم، لم تسجل حالة واحدة دام حملها أكثر من ذلك.

وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تتعارض مع ما ثبت من العلم.

فإن المجمع يقرر ما يلي :

أولاً : أكثر مدة الحمل سنة من تأريخ الفرقة بين الزوجين لاستيعاب احتمال ما يقع من الخطأ في حساب الحمل.

ثانياً : أي ادعاء بحمل يزيد على السنة يحال إلى القاضي للبت فيه مستعيناً ببلجنة شرعية طبية.

وصلى الله على نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين⁽³⁾.

(1) بداية المجتهد (142/4).

(2) أحكام الأحوال الشخصية (365).

(3) موقع رابطة العالم الإسلامي: <http://ar.themwl.org/node/44>

وأيضاً في حالة ما إذا ادّعت المرأة وجود حمل تجاوز هذه المدة يلزم أن تثبت ذلك بالبينة الموجبة لتصديق قولها كأن تشهد النساء بوجود هذا الحمل وظهور علاماته الواضحة - التي لا تلتبس مع الحمل الكاذب - كحركة الجنين، أو تثبت ذلك عن طريق تحليل البول أو الدم أو الموجات الصوتية (السونار) أو غير ذلك مما يقطع بوجود الحمل من عدمه، ولقطع باب الادعاء ولكون هذا الحمل ينبي عليه أحكام كثيرة، يمكن للقضاة في هذا الزمان الاعتماد على الأجهزة الطبية الحديثة التي تحدد عمر الجنين بدقة إضافة إلى البصمة الوراثية والتي تحدد الأبوين بنسبة 99%⁽¹⁾.

مع أن هذا الموضوع لا يزال بحاجة إلى استكشافات أحدث ودراسات أعمق، وخاصة في ظل التقدم الملموس الذي يشهده العالم في مجال التكنولوجيا الحديثة وتطور الأجهزة الطبية وغيرها.

والله أعلم.

ثانياً : أكثر مدة الحمل عند الأطباء :

اختلفت تقديرات الأطباء لأقصى مدة يمكن أن يمكثها الحمل في بطن أمه ثم يولد حياً علي النحو الآتي⁽²⁾:

الرأي الأول : أنها عشرة أشهر .

ويعلل أصحاب هذا القول لقولهم بأن المشيمة التي تغذي الجنين تصاب بالشيخوخة بعد الشهر التاسع، وتقل كمية الأكسجين والغذاء المارين من المشيمة إلى الجنين فيموت الجنين⁽³⁾.

وقد أكد الطبيب أحمد ترعاني - أخصائي الأمراض النسائية والتوليد؛ أنه يجب التأكد أنه ليس ثمة خطأ في مدة الحمل؛ لأن المرأة قد تتأخر عنها الدورة الشهرية بسبب الرضاع مثلاً أو غيره ثم تحمل مباشرة دون حدوث طمث وعند ذلك تطول مدة انقطاع الدورة الشهرية، فيجب اعتبار هذه المدة (أي انقطاع الطمث قبل الحمل) (4).

الرأي الثاني : أنها (310) أيام، يقول د/ محمد علي البار : «أما أكثر الحمل عند الأطباء فلا يزيد عن شهر بعد موعده - وقد ذكر أنه (280) يوماً - وإلا مات في بطن أمه (5)».

الرأي الثالث : أنها (330) يوماً أي (11) شهراً، وقد ورد هذا الرأي في توصيات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية حيث جاء في هذه التوصيات «والاعتبار أن مدة الحمل - بوجه التقريب - مائتان وثمانون يوماً تبدأ من أول أيام الحيضة السوية السابقة للحمل، فإذا تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين، ثم يعاني الجنين المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثالث والأربعين، والرابع والأربعين، ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم خمسة وأربعين أسبوعاً، ولاستيعاب

(1) انظر بتصرف: د. عبد الرشيد قاسم، "أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية (ص8)".

(2) انظر: الأستاذ الدكتور/ سعد بن تركي الخثلان أكثر مدة الحمل (ص17-18).

(3) أحكام المرأة الحامل للخطيب، (ص106) .

(4) د. عبد الرشيد بن محمد أمين بن قاسم، "أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية (ص6)".

(5) خلق الإنسان (ص446) .

النادر والشاذ تمد المدة اعتباراً من أسبوعين آخرين لتصبح ثلاثمائة وثلاثين يوماً، ولم يعرف أن مشيئة قدرت أن تمد الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة⁽¹⁾.

ثالثاً: أكثر مدة الحمل في القانون :

ولما كانت البلاد الإسلامية تختلف في تقدير أقصى مدة الحمل، أصبح من الواجب التفصيل في هذه القضية.

ففي المملكة العربية السعودية، حيث يُعمل بالمذهب الحنبلي، فإن الحمل المعتبر هو أربع سنوات. ويذكر الأستاذ عصام غاتم في كتابه التشريع الإسلامي أن مصطفى بن عبد القادر العلوي قد حكم لخديجة، التي طلقت من زوجها في 29 جمادى الآخرة 1362هـ، بأن ولدها الذي أنجبته، بعد مرور أربع سنوات من طلاقها، حكم بنسبه لزوجها السابق، وكذلك حكم لأختها، التي ولدت بعد مرور خمس سنوات من وفاة زوجها، بأن الولد ينسب لأبيه المتوفى قبل خمس سنوات!!!⁽²⁾.

وقد اتجهت معظم الدول الإسلامية إلى الأخذ بما تأخذ به المحاكم الغربية من أن أقصى مدة الحمل هي سنة شمسية⁽³⁾.

يقول الدكتور زكريا البري في كتابه⁽⁴⁾ الأحكام الأساسية للموارث والوصية الواجبة في الفقه والقانون : إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :

الأولى : أن يولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ومات المورث في أثناء العدة.

الثانية : أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجة قائمة وقت الوفاة.

وبينت المذكرة الإيضاحية أن القانون أخذ برأي محمد بن عبد الحكم، من علماء المالكية، الذي نقله عنه ابن رشد في كتابه بداية المجتهد، وهو أن أكثر مدة الحمل سنة، للأسباب التي بيّنت بالمذكرة التفسيرية للقانون المصري رقم 25 لسنة 1929 حيث تقول: (ولما كان رأي الفقهاء، في ثبوت النسب، مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل، ولم يبن أغلبهم رأيه إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين، والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة.. فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل، فأفاد الطب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل 365 يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة).

(1) الموسوعة الطبية (ص 376) .

(2) مدة الحمل أقله وأكثره (ص 15) د. محمد على البار استشاري أمراض باطنة مدير مركز أخلاقيات الطب بالمركز الطبي الدولي بجدة.

(3) مدة الحمل أقله وأكثره (ص 15) د. محمد على البار.

(4) د. زكريا البري : الأحكام الأساسية للموارث والوصية الواجبة في الفقه والقانون، إصدار معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة. أ.د. محمد على البار: مدة الحمل أقله وأكثره (ص 15-17).

والمراد بالسنة عنده (أي محمد بن عبد الحكم) السنة الهلالية (354 يوماً) فرئي أن تكون سنة شمسية عدد أيامها 365 يوماً للاحتياط الذي أخذ به القانون رقم 25 لسنة 1929. فإذا مات شخص عن زوجته الحامل ورث من أبيه إذا ولد حياً في مدة 365 يوماً على الأكثر من تاريخ وفاة الأب لأن نسبه يثبت من أبيه المتوفى، وذلك دليل على وجوده في بطن أمه وقت الوفاة.

وإذا مات شخص عن معتدته الحامل ورث الحمل من أبيه إذا ولد في مدة 365 يوماً على الأكثر من تاريخ الطلاق لأن نسبه يثبت من أبيه، وذلك دليل على وجوده في بطن أمه وقت الطلاق فيكون موجوداً وقت الطلاق.

فإذا كانت الولادة بعد 365 يوماً من تاريخ الوفاة أو الطلاق لم يرث الحمل لأنه لم يكن موجوداً وقت الوفاة أو الطلاق (1) «أ.هـ.

ومنذ عام 1929 سار القانون المصري على اعتبار أكثر مدة للحمل هي سنة شمسية. أما قبل ذلك فكان القانون يعتبر أقصى مدة للحمل هي عامين، بناء على ما جاء في مذهب الأحناف، وقد حكمت محكمة الجمالية الشرعية بالقاهرة في 1927/10/22 بذلك (2).

واتخذت بعض الدول العربية تغييرات مماثلة إلى حد ما، على ما يجري عليه القانون المصري المادة 25 لعام 1929.

فقد نصت المادة (128) من القانون السوري على أن: «أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوم، وأكثرها سنة شمسية» وهذا مثل ما قضى به القانون المصري، وقد أخذ بهذا التقرير في كل من تونس والمغرب وغيرهما (3).

ونص القانون الأردني للأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976م، المادة (147) على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»، وفي المادة (148): «ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج، وإذا بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنه من تاريخ الفراق»، وحدد القانون السنة القمرية الهجرية في المادة (185): «المراد بالسنة الواردة في هذا القانون السنة القمرية الهجرية» (4).

كما نص القانون الكويتي للأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984، المادة (166) على أن أقل مدة الحمل: "سنة أشهر قمرية"، وأكثرها "خمسة وستون وثلاثمائة يوم" (5).

(1) أ.د. محمد على البار مدة الحمل أقله وأكثره (ص 16).

(2) عصام غانم، الطب الشرعي الإسلامي (44-54) (باللغة الإنجليزية).

(3) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (10/7252).

(4) الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني للأشقر (384). أ.د. سعد بن تركي الختلان أكثر مدة الحمل (ص 22-23).

(5) الأحوال الشخصية للغندور، (ص 691).

وأما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ فقد نص قانون اتحاد رقم (28) لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية، المادة (91) على أن أقل مدة الحمل "مائة وثمانون يوماً"، وأكثره "ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً"، ما لم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك⁽¹⁾.

المبحث الثالث : المشهور والمعتاد في مدة الحمل (المدة الطبيعية للحمل) عند الفقهاء والأطباء.

أولاً : المدة الطبيعية للحمل عند الفقهاء :

لا يخفى أن مدة الحمل الطبيعية أو غالب مدة الحمل عند الفقهاء هو تسعة أشهر⁽²⁾. وفي ذلك يقول الشوكاني رحمه الله : وأما إذا لم يكن البطن متعاضماً وليس إلا مجرد دعوى المرأة على الحمل بانقطاع حيضها، أو بغيره من القرائن التي لا تظهر وتحس، فيجب الانتظار إلى انقضاء المدة الغالبة؛ وهي : التسعة الأشهر، فإن مضت ولم يظهر في بطنها ما يدل على الحمل من التعاضم والحركة فلا انتظار بعدها، لأن هذه المدة الغالبة لا تنقضي والبطن كما هي في غير الحامل، فهذا هو الذي ينبغي اعتماده في مثل هذه المسألة⁽³⁾.

ثانياً : المدة الطبيعية للحمل عند الأطباء :

المدة الطبيعية للحمل عند الأطباء هي مائتان وثمانون يوماً (280)⁽⁴⁾، تحتسب من بدء آخر حيضة حاضتها المرأة، وبما أن الحمل يحدث في العادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريباً فإن مدة الحمل الحقيقية هي 280 - 14 = 266 يوماً⁽⁵⁾.

وهذه المدة وهي (266) يوماً مدة متوسطة بين مختلف أنواع الثدييات، وتوافق تسعة أشهر قمرية، وقد ذكرت المؤلفات الأجنبية لعلم الجنين أن التقويم القمري (الهجري) أفضل تقدير في عمر الجنين وزمن ولادته من التقويم الميلادي، ووضعت جميع جداولها على التقويم القمري⁽⁶⁾.

ويتحدث الأطباء عن إمكانية تأخر الحمل عن التسعة أشهر، فقد يتأخر أسبوعاً أو أسبوعين، وقد يصل التأخر إلى أشهر، وتنقل لنا الدكتورة نبيهة الجيار إحصائية تبين أن 25% من الحوامل يلدن في الأسبوع الثاني والأربعين (294) يوماً، و12% في الأسبوع (43) (301) يوماً و3% من الحوامل يلدن في الأسبوع (44) (308)⁽⁷⁾.

(1) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (ص39) .

(2) بداية المجتهد (372/2) جواهر الإكليل (380/1) الخرشبي (143/1) روضة الطالبين (141/2، 142) مغني المحتاج (387/3، 380) المغني (477/7)، (483).

(3) السيل الجرار (399/1).

(4) انظر: الموسوعة الطبية الفقهية، 374؛ خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار، 451؛ الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية، د. جهاد حمد، 377. أكثر مدة الحمل د. إبراهيم ناصر البشر (ص71). أساسيات التوليد وأمراض النساء للبلوشي (1/325) دليل الأسرة الطبي المصور، (ص:824)، رحلة الإيمان في جسم الإنسان، (ص129) د. محمد سليمان النور مدة الحمل بين الفقه والطب (ص30) د. سعد بن تركي الختلان أكثر مدة الحمل (ص17).

(5) خلق الإنسان: ص451. تطور الجنين: ص224.

(6) انظر: تطور الجنين : ص410.

(7) تطور الجنين : ص451. دراسة الحيض والنفاس (ص6).

وإذا امتد الحمل لأكثر من اثنين وأربعين أسبوعاً بدءاً من اليوم الأول لآخر حيض حاضته المرأة الحامل يسمى عند الأطباء: حملاً مديداً⁽¹⁾ وتراوح نسبة حدوثه من (1) إلى (12%) من كل الحمول⁽²⁾، وفي الحمل المديد تصبح المشيمة الهرمة أو المسنة غير قادرة على أن تزود الطفل بكفايته من الدم الذي يمدّه بالأكسجين والغذاء، بمعنى أن كمية الأكسجين التي يحصل عليها الطفل تصبح غير كافية، مما يؤدي إلى تضرر دماغه، أو حتى موته.

وحسبنا أن نعلم أن الجنين منذ الشهر السادس ينمو نمواً كبيراً، وطاقة الأم لا تحتمل القدرة على حمله وإمداده بالغذاء إذا استمر وجوده في رحمها عدة سنين. فالجنين يكون وزنه في نهاية الشهر السادس (700) جرام، وفي نهاية السابع (1200) جرام، وفي نهاية الثامن (2000) جرام، وفي نهاية التاسع (3400) جرام⁽³⁾.

• النتائج وتوصيات البحث :

لقد توصل الباحث في نهاية الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها ما يأتي :

1. أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بموضوع حمل المرأة والأحكام المتعلقة به منذ في مرحلته الأولى، كما فرضت له قدراً معيناً من الميراث وتابعت مراحل نموه حتى الخروج إلى الدنيا.
2. لقد اتضح من خلال الدراسة أن أقل مدة الحمل عند الفقهاء هو ستة أشهر، وهذا يعني أن الجنين الذي يولد في هذه المدة يمكن أن يعيش حياة مستقرة.
3. وأن أقل مدة الحمل في نظر الأطباء هو ستة أشهر أيضاً، فإن المؤشرات الطبية تشير إلى أن الجنين الذي يولد قبل هذه المدة لا يكون قابلاً للحياة.
4. وأما أكثر مدة الحمل عند الفقهاء؛ ففيه خلاف مشهور، لكن أقل ما قيل فيه: تسعة أشهر (9)، وأكثر ما قيل فيه؛ سبع سنين (7)، والراجح عدم تحديد مدة معينة لعدم وجود دليل يحدد ذلك.
5. وأما عند الأطباء فأقصى مدة يستطيع الجنين أن يعيش في بطن أمه؛ (330) يوماً، أي أحد عشر شهراً، بما في ذلك الحالات الشاذة والنادرة وغيرهما فإن الجنين لا يستطيع أن يعيش أكثر من هذه المدة.
6. إن المدة الطبيعية للحمل هي تسعة أشهر (9)، وهذا محل وفاق بين الفقهاء والأطباء.

• التوصيات :

وبما أن الباحث قد وصل إلى نهاية بحثه؛ فيوصي الباحثين من الفقهاء والأطباء وأهل القانون بمزيد عناية بهذا الموضوع، لأن أهمية الدراسة واستكشاف الجديد فيه لا تقتصر فقط على الفقهاء، فإن دور الأطباء وعلماء القانون لا تقل عن دور الفقهاء الشرعيين، لوجود بعض الأجزاء المتعلقة بالموضوع لم يتم حسمها بالشكل القاطع إلى الآن، مما يحتاج إلى التكاثر ومزيد عناية وبمحتى حتى يتم حسمها بالشكل النهائي، كالبحث فيما يسمى (بالسبات) حيث يكون الحمل في المرحلة الأولى ثم يتوقف عن النمو لفترة كأنه اختفى وعند إجراء الاختبارات والفحوصات الطبية يظهر أنه لا يزال في الوجود. وكمسألة (الرحم الصناعي) والاستعانة ببعض الأجهزة الحديثة التي تحدد عمر الجنين

(1) أساسيات التوليد وأمراض النساء للبلوشي (325/1) دليل الأسرة الطبي المصور، (ص:824)، رحلة الإيمان في جسم الإنسان، (ص 129).

(2) أساسيات التوليد وأمراض النساء للبلوشي، (325/1) دليل الأسرة الطبي المصور، (ص 846) أساسيات التوليد وأمراض النساء (325/1) د. محمد سليمان النور مدة الحمل بين الفقه والطب (ص30) د. سعد بن تركي الخثالان أكثر مدة الحمل (ص17).

(3) انظر: خلق الانسان: ص453. وتطور الجنين: 137.

بدقة بالإضافة إلى تفعيل البصمة الوراثية من حيث تحديد الأبوين، وكذلك البحث في كلما يجد في هذه المسألة ومثيلاتها من المسائل الفقهية المعاصرة.

• قائمة المصادر والمراجع :

1. ابن جزى الكلبي، محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي (ت757هـ) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية: تحقيق الدكتور يحيى مراد، مؤسسة المختار القاهرة الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.
2. ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم القرطبي الأندلسي (المتوفى: 456هـ) الحلى بالأثار، بيروت، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ .
3. ابن رشد القرطبي (الجد) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د. محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1408هـ.
4. ابن رشد القرطبي (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (المتوفى : 595هـ) بداية المجتهد و نهاية المقتصد، القاهر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة : الرابعة، 1395هـ/1975م.
5. ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى : 1421هـ) الشرح المتمع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي السعودية، الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ.
6. ابن عثيمين : الشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت1421هـ) مجموع فتاوى ورسائل: جمع وترتيب فهد بن ناصر بن إبراهيم السلیمان نشر : دارالوطن - دار الثريا الطبعة الأخيرة، 1413هـ.
7. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (ت1252هـ)، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 1421هـ - 2000م.
8. ابن كثير : أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت700-774هـ) تفسير القرآن العظيم : تحقيق سامي بن محمد سلامة نشر : دار طيبة للنشر والتوزيع الطبعة الثانية 1420هـ/1999م.
9. ابن منظور الأفريقي، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت711هـ)، لسان العرب، بيروت دار صادر، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
10. ابن هبيرة، عون الدين، يحيى بن محمد الذهلي الشيباني، أبو المظفر، (المتوفى: 560هـ) اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق، السيد يوسف أحمد، بيروت، دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م.
11. أحمد كنعان ،الدكتور أحمد محمد كنعان ،الموسوعة الطبية الفقهية ،تقديم الدكتور محمد هيثم الخياط ،دارالنفائس،بيروت، ط 1 ، 1420هـ/2000م.
12. الأصبحي، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، موطأ مالك [رواية يحيى الليثي] تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، دار إحياء التراث العربي - مصر.
13. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، بيروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع: 1415 هـ - 1995م.
14. بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الغيتابي الحنفي (المتوفى : 855هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
15. البيهقي، أحمد بن الحسين بن أبو بكر (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

16. الحثيثي الصردفي، محمد بن عبد الله بن أبي بكر الريمي، جمال الدين (المتوفى: 792هـ)، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، تحقيق: سيد محمد مهني، بيروت، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، (1419 هـ - 1999 م).
17. خلاف، الشيخ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع الكويت الطبعة الثانية 1410هـ/1990م.
18. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق السيد عبدالله هاشمي ماني المدني، دارالمعرفة - بيروت، 1386هـ/1966م.
19. الرحيلي، الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نشر: دارالفكر - سورية-دمشق الطبعة الرابعة.
20. سليمان النور، الدكتور محمد سليمان النور، مدّة حمل بين الفقه والطب و بعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت، المجلد: 22 العدد: 70 سبتمبر 2007م.
21. سيد سابق، الشيخ سيد سابق (ت1420هـ) فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977م.
22. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني (المتوفى: 1393هـ).
23. الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني (ت1250هـ) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: دار ابن حزم بيروت الطبعة الأولى.
24. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق: تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة الثانية 1403هـ.
25. الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري (المتوفى: 321هـ) مختصر اختلاف العلماء، تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، بيروت، دار البشائر الإسلامية، الطبعة: الثانية، 1417هـ.
26. عبد الرشيد قاسم، الدكتور عبد الرشيد بن محمد أمين بنقاسم، أقل مدة الحمل وأكثرها.
27. علي البار، الدكتور محمد علي البار، مدة الحمل أقله وأكثره في الطب والشرع والقانون، بحث مقدم للدورة الحادية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة المكرمة.
28. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي (ت671هـ) الجامع لأحكام القرآن: تحقيق هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب - الرياض المملكة العربية السعودية 1423هـ/2003م.
29. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (المتوفى: 587هـ)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
30. المقدسي، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت دار الفكر، الطبعة الأولى: 1405هـ.
31. المرادوي، أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصلحي (ت885هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيروت دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1419هـ.
32. المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.

33. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، المجموع شرح المذهب : نشر : دارالفكر، بيروت.
34. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي بيروت، 1405هـ.
35. النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت463هـ) الكافي في فقه أهل المدينة: تحقيق محمد محمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ/1980م.

نظور أحكام الصفقات العمومية في الجزائر بين التشريع والتنظيم



فضيلة : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة

مقدمة :

خضع نظام الصفقات العمومية في الجزائري في الفترة ما بعد الاستقلال لتشريعات وتنظيمات مختلفة تنوعت بين نصوص ذات طابع تشريعي في مرحلة، وبين نصوص ذات طابع تنظيمي في مراحل أخرى. و اختلفت هذه النصوص من حيث مضمونها وهذا بالنظر لجملة ظروف ومعطيات اقتصادية وسياسية معينة ميزت كل مرحلة.

ولا عجب في ذلك طالما شهدت الدولة من حيث التشريع الأساس وجود أربعة دساتير اختلفت مضامينها وأبعادها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، كما اختلفت من حيث دور السلطات الثلاث، ودور المؤسسة الاقتصادية، ومن حيث المحافظة على المال العام. ومكانة القطاع الخاص على صعيد الحركة التنموية.

وسنحاول من خلال هذه الدراسة طرح إشكالية إلى أي مدى يمكن أن يكون تشريع الصفقات تشريعا ثابتا وقارا ولو نسبيا على شاکلة القانون المدني، وما مدى ارتباط هذا التشريع بالحركة الاقتصادية. ولماذا اعتمدت الدولة الجزائرية على صيغة الأوامر التشريعية في مرحلة 1967 ولمرة واحدة ثم عدلت عنها بعد ذلك واتبعت أسلوب النصوص التنظيمية المتمثلة في المراسيم بنوعها الرئاسية والتنفيذية منذ 1982 وإلى غاية الآن.

وبهدف ضبط وتحديد خصوصية كل مرحلة من حيث طبيعة قواعدها. قسمنا المراحل التي مرّ بها نظام الصفقات العمومية إلى ستة فترات كما يلي :

المطلب الأول : نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الانتقالية 62-67.

المطلب الثاني : تشريع الصفقات العمومية في ظل أمر 67-90.

المطلب الثالث : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم 82-145.

المطلب الرابع : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي 91-434.

المطلب الخامس : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 .

المطلب السادس : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 (المعدل والمتمم والمطبق حاليا).

المطلب الأول : نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الانتقالية يوليو 1962 حتى جوان 1967.

عندما حصلت الدولة على استقلالها اضطرت وتحت دوافع وأسباب موضوعية للاحتفاظ بالتشريع والتنظيم الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية. إذ من غير الممكن على الإطلاق أن يتم الإعلان رسميا بالتخلي نهائيا عن التشريع الفرنسي وقطع العلاقة به لأن ذلك ببساطة كان يستوجب الإعلان أيضا عن التشريع الجديد الذي سيحل محل التشريع الملغى (تشريع الإدارة الاستعمارية).

ولما كان هذا التشريع غير متوفر ولم يتم تحضيره. وكان يجب أيضا أن تستمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات الإدارية في إبرام صفقاتها لما للصفقات من دور بارز ومهم في العملية التنموية. اضطرت الدولة أن تعلن عن احتفاظها مؤقتا بالتشريع الفرنسي، إذا لم يكن مضمونه يتنافى والسيادة الوطنية.

ومن منطلق أن تشريع الصفقات تشريع تقني يبين سائر الأحكام المتعلقة بعقود الإدارة العامة من حيث طرق الإبرام وإجراءاته ومن حيث سلطات الإدارة وحقوق المتعاقد معها ومن حيث قواعد التنفيذ والرقابة على التنفيذ وكذلك قواعد إنهاء الصفقة وقواعد حسم منازعات الصفقات، فإن هذا التشريع لا يمس مجال من الأحوال الجانب السيادي ولا مضرة من حيث الأصل في الاحتفاظ به. وهو ما تم الإعلان عنه بصورة شاملة في شهر ديسمبر 1962 حين أعلنت الدولة الجزائرية المستقلة تمديد سريان القوانين الفرنسية وتطبيقها في الجزائر في المرحلة التالية للاستقلال، فطبقت خلال السنوات الأولى للاستقلال التي عقت مغادرة فرنسا أرض الجزائر.

ولا خلاف إن لهذه المرحلة عظيم الأثر في التأثير بالنمط الفرنسي في تنظيم الصفقات العمومية. وهو ما أتضح جليا في تشريعات وتنظيمات أخرى صدرت بعد الفترة الانتقالية خاصة وأن فرنسا حاولت قدر الإمكان أن تبعد من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية المؤسسات الصناعية والتجارية لأسباب تتعلق أساسا بالتوجه الليبرالي لهذه الدولة الأمر الذي دفعها أن تخصص في قانون الصفقات العمومية فقط الدولة والإدارة المحلية والمرافق العامة ذات الطابع الإداري تاركة عقود الشركات التجارية والصناعية لتنظم بتشريع آخر مستقل هو التشريع التجاري.

غير أن احتفاظ الدولة الجزائرية بالتشريع الفرنسي في المرحلة الانتقالية لم يمنعها على الإطلاق من إصدار بعض التنظيمات نذكر منها خاصة :

1- المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فبراير 1964 المتعلق بالتسيقات الاستثنائية في الصفقات.

2- المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964 المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفقات.

3- المرسوم رقم 64-278 المؤرخ في 4 سبتمبر 1964 المتعلق بالتسيقات الاستثنائية.

4- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

المطلب الثاني : تشريع الصفقات العمومية في ظل أمر 67-90.

لقد صدر أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر رقم 67-90- المؤرخ في 17 جوان 1967 (الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 67. وقد تضمن هذا القانون 167 مادة احتوت على تسعة أبواب:

الباب الأول وجاء بعنوان الأحكام العامة ، حيث أورد فيه المشرع تعريف الصفقات العمومية ، و مجال تطبيق هذا النص والذي حصرت المادة الأولى في المجال الإداري دون التجاري والصناعي، والذي وعد المشرع بإصدار مرسوم لاحق يبين كيفية تمديد الأمر 67-90 للمؤسسات الصناعية والتجارية. غير أن هذا المرسوم لم يصدر. بما فتح مجال اختلاف القواعد بين المؤسسات الإدارية من جهة والصناعية والتجارية من جهة أخرى، وحدد المشرع الجهات المخولة بالمصادقة على الصفقات العمومية ومحتويات دفاتر الشروط والبيانات الواجب إدراجها في كل صفقة عمومية.

الباب الثاني وجاء بعنوان قواعد إبرام الصفقات. وحدد فيه المشرع المقاولون والموردون المؤهلون للتعاقد مع الهيئات العمومية وهذا بطريقة سلبية بإبعاد طوائف معينة كالأشخاص الذين هم في حالة إفلاس والمحكوم عليهم. وحدد شروط التعاقد الثانوي أو المتعهد الثانوي وموضع الصفقة وسعر الصفقات. وبينت المادة 32 وما بعدها إجراءات إبرام الصفقات العمومية وجعلت طريق المناقصة هو الأصل والأساس في كل عملية تعاقدية وهذا حفاظا على شفافية العملية التعاقدية.¹

ولعل أبرز أحكام المناقصة في أمر 67-90 أنه :

أ- وضع الاعتبار المالي عند رسو المزاed عن طريق المناقصة في المقام الأول، فيرسو المزاed على المتعهد الذي يقدم أقل السعر، وهذا طبقا للمادة 37 الفقرة 6 دون النظر لمعايير أخرى كالمقدرة على التنفيذ والخبرة والإمكانات وأسبقية إنجاز مشاريع مماثلة وغيرها من المعايير التقنية.

ب- أعطى المشرع الأولوية في الحصول على الصفقة للشركات الوطنية والمؤسسات المسيرة ذاتيا وهذا ما قضت به المادة 38 من الأمر 67-90- ويبدو واضحا من خلال هذا الامتياز الممنوح لهذين الصنفين من المؤسسات مدى تأثير المشرع بالاتجاه الاشتراكي.²

وفصلت المواد من 42 إلى 59 في طريقة طلب العروض وجعلتها بمثابة طريقة استثنائية وخاصة للتعاقد إذا كان موضوع الصفقة يتطلب مؤهلات تقنية وإمكانات مالية.

واعترفت المادة 60 و61 من نفس الأمر للإدارة المتعاقدة باللجوء للتعاقد بطريق التراضي، فتختار بحرية من تتعاقد معه وهذا في إطار حالات ورد ذكرها على سبيل الحصر كحالة الاستعجال وحالة السرية وحالة عدم جدية العروض المقدمة بعد إعلان المنافسة وحالة وجود متعهد وحيد يحتكر النشاط موضوع التعاقد.

وأعطى قانون الصفقات العمومية الأول لليد العاملة الجزائرية الأولوية المطلقة. ونص على ضرورة احترام هذا

¹ - أنظر المواد من 1 إلى 11 من الأمر 90.67. المذكور.

² - ألغ الميثاق الوطني لسنة 1986 على ضرورة تحطيط نشاط القطاع الخاص الوطني، أنظر الميثاق المذكور، ص146.

المبدأ في كل الصفقات العمومية.

وأجاز على سبيل الاستثناء إن كان موضوع الصفقة ذو طابع تقني أن يسند التنفيذ ليد عاملة أجنبية. و هو ما أشارت إليه المواد من 72-76 من الأمر 67-90.

وأفرد الباب الثالث من الأمر الحديث عن الضمانات المفروضة في مجال الصفقات العمومية كالكفالة المالية والكفالة الشخصية واستثنى من ذلك الشركات الوطنية والمكاتب العمومية وشركات الاقتصاد المختلط التي تملك الدولة 50 % من رأسمالها.

أما الباب الرابع فخصص للتسييد والتمويل فضبطت أحكامه وآجاله. كما فصل الأمر في أحكام الرهن الحيازي.

وبين الباب الخامس الأحكام المتعلقة بلجان الصفقات العمومية محمدا تشكيل اللجنة المركزية للصفقات ومهامها وقواعد عملها وسيرها وهذا في المواد من 116 إلى 138، واللجنة الولائية للصفقات من حيث التشكيلة ومن حيث المهام وقواعد العمل والسير وهذا في المواد من 139 إلى 151.

وحدد الباب السادس طرق تسوية المنازعات وجعل مبدأ التسوية الودية للنزاع هو الأصل قبل عرض الأمر على القضاء وهذا ما أشارت إليه المادة 152 من الأمر 67-90- التي فرضت إنشاء لجنة استشارية على مستوى كل وزارة يرأسها قاض يعينه وزير العدل وتتشكل من ثلاثة من كبار موظفي الوزارة المعنية ومن ممثلين من المنظمات المهنية. وتبدي اللجنة المذكورة بعد سماعها للأطراف المعنية الرأي الذي تراه مناسبا للحسم في النزاع.

وتضمن الباب السابع أحكاما مالية تتعلق بتحويل الأموال.

أما الباب الثامن فقد تضمن أحكاما انتقالية فأعلن عن استمرار تطبيق النظام القديم على الصفقات الجارية بتاريخ نشر الأمر. والصفقات المصادق عليها خلال ثلاثة أشهر التي تلي نشر الأمر المتضمن الصفقات العمومية (أمر 67-90). وهذه أحكام معقولة فلا يمكن إقرار سريان قانون الصفقات العمومية الجديد لسنة 67 بأثر رجعي من جهة، ومن جهة أخرى عليه أن يراعي الأوضاع القانونية التي تمت في ظل القوانين القديمة التي حكمت المرحلة الانتقالية سابق الإشارة إليها.

ولقد حكم الدكتور محمد قبطان على هذا الأمر أنه مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي. غير أنه مع ذلك تضمن أحكاما تتماشى والاقتصاد الاشتراكي¹.

وينبغي الإشارة أن قواعد الصفقات العمومية في هذه المرحلة أقرت بمقتضى نص ذو طابع تشريعي صدر في شكل أمر. وعليه أرادت السلطة أن تحتل قواعد الصفقات العمومية المقررة بموجب الأمر رقم 67-90 ذات المكانة التي يحتلها النص التشريعي. ثم إنه في هذه المرحلة بالذات لم تكن الدولة تحتوي على سلطة تشريعية منتخبة، الأمر الذي دفع الدولة وقتها من أن تسنّ قوانينها عن طريق الأوامر. وهذه هي المرحلة الوحيدة في الفترة ما بعد

¹ - الدكتور محمد قبطان، قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية 22-23-24 ديسمبر 1990، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1992، ص 158.

الاستقلال التي أقرّ فيها نظام الصفقات العمومية بموجب أمر. وخضع الأمر 90/67 المذكور لتعديلات كثيرة هي :¹

- أمر رقم 69-32- المؤرخ في 22 مايو 69 المتمم للمادتين 129 و144 من الأمر 67-90.
 - أمر 70-57- المؤرخ في 6 أوت 1970 يتضمن تعديل المادتين 129 و130 من الأمر 67-90.
 - أمر 71-84- المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن تعديل المواد 62-87-89 من الأمر 67-90.
 - أمر 72-12- المؤرخ في 18 أبريل 1972 المتضمن تميم الأمر رقم 67-90.
 - أمر 74-9- المؤرخ في 30 يناير 1974 يتضمن مراجعة قانون الصفقات.
 - أمر رقم 76-11- المؤرخ في 20 فبراير 1976 يتضمن تعديل الأمر رقم 67-90.
- ولقد أراد المشرّع من خلال هذه التعديلات تحقيق جملة من الأهداف هي :

- 1- إدماج ممثلي الحزب في لجان الصفقات المركزية والولائية. وقد تحقق هذا الهدف في تعديل 22 ماي 1969.²
 - 2- تمكين وزارة التجارة من الهيكلية على مستوى اللجنة المركزية للصفقات ففي ظل الأمر 67-90 كان يترأس اللجنة المركزية للصفقات مدير التجارة الداخلية وهذا ما نصت عليه المادة 129 و130 من الأمر. غير أنه وبمناسبة تعديل 1970 (الأمر 70-57 المؤرخ في 7 أغسطس 1970) أسند المشرع رئاسة اللجنة المركزية للأمين العام على مستوى وزارة التجارة. وهذا لا شك يضيف أهمية أكثر على هذه اللجنة.
 - 3- حاول المشرع في تعديل 1971 تغيير الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة من 20.000 دج بموجب المادة 62 من أمر 67-90 إلى 50.000 بموجب المادة الأولى من تعديل 1971 (أمر 71-83).
 - 4- سعى المشرع إلى توسيع لجان الصفقات المركزية والولائية لتشمل جهات إدارية كتابة الدولة للمياه وهو ما أشار إليه الأمر 72-12 المتمم لقانون الصفقات العمومية لسنة 67.
 - 5- حاول المشرع تمديد أمر 67-90 ليشمل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي خاصة فيما تعلق بعمليات تجهيز الاستثمارات المخططة وهذا بموجب المادة 3 من الأمر 74-9 المؤرخ في 30 يناير 1974.³
- وما يمكن ملاحظته أن الأمر 74-90- جاء بعنوان مراجعة قانون الصفقات العمومية. وقد تضمن هذا الأمر 41 مادة. وأشارت المادة الثالثة منه أن عقود الأشغال والتوريد وأداء الخدمات التي تبرمها المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي تخضع للأمر 67-90.

¹ - الدكتور عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 49.

² - راجع المادة 129 والمادة 144 من أمر 67-90.

³ - لتفصيل أكثر راجع :

ومن المفيد الإشارة أن الصفقات العمومية في هذه المرحلة خضعت لكثير من التعليمات والمناشير الصادرة عن وزارة التجارة ووزارة الصناعة.

المطلب الثالث : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم 82-145.

لقد صدر هذا المرسوم بتاريخ 10 أبريل 1982 ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 أبريل 1982 العدد 15. وقد تضمن 164 مادة. والملاحظ أن النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية أقرت في هذه المرحلة بموجب نص تنظيمي صادر عن السلطة التنفيذية بمفردها ممثلة في رئيس الجمهورية. رغم أنه في هذه المرحلة كان هناك برلمان يتمثل في المجلس الشعبي الوطني والذي نظمت قواعده الأساسية بموجب المادة من 126 إلى 163 من دستور 1976.

ولعلّ السؤال الذي يطرح لماذا عمدت الدولة إلى إصدار نص تنظيمي يحكم القواعد العامة للصفقات العمومية ممثلا في المرسوم 82-145؟ وما هي دواعي عدم عرض القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية على المجلس الشعبي الوطني لتصدر فيما بعد بموجب قانون لا تنظيم؟

ولقد طرح السؤال نفسه من قبل أحد الباحثين بالقول "....لمصلحة من تم هذا التصرف إذ كان يكفي واضعو المرسوم (مديرية الصفقات لدى وزارة التجارة) أن يصوغوه في صورة أمر ويجنبوا المؤمنين شر القتال".¹

إنّ الإجابة على هذا السؤال لا يمكن أن تتم من وجهة نظرنا خارج القواعد الدستورية التي كان معمولا بها في المرحلة التي صدر في ظلها المرسوم 82-145. ولو عدنا للقواعد الدستورية وتحديدًا للمادة 151 من دستور 1976 نجدها لم تورد بالذكر الصريح والمعلن والواضح القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية، وهي ترسم وتحدد الاختصاص الموضوعي المنوط بالسلطة التشريعية ممثلة في المجلس الشعبي الوطني،² بل إنّ المادة 152 من ذات الدستور جاءت صريحة وهي تعترف لرئيس الجمهورية بإصدار تنظيمات خارج الإطار المحدد للقانون. وبالفعل لو عدنا للتصوّص المعتمد عليها في إصدار المرسوم 82-145 نجد من بينها المادة 152 من الدستور.

غير أنّه وإن كنا نسلم بحق رئيس الجمهورية في إصدار نص تنظيمي يبيّن ويحكم القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية، وبأنّ ممارسته لإصدار المرسوم رقم 82-145 تمت تطبيقًا وتكريسًا للقواعد الدستورية ودون المساس أو الإخلال بها، إلا إن الإشكال القانوني الذي برز لحيز الوجود هو كيف يمكن لمرسوم وهو يحتل درجة قانونية أقل في هرم النصوص الرسمية أن يعلن عن إلغاء أمر يعلوه درجة فالمادة 162 من المرسوم أعدمت المواد من الأولى إلى الرابعة، ومن المادة

¹ - أنظر مسعود محمودي، النظام القانوني لعقد المؤسسة العامة في النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1990، ص 69.

² - ذكرت المادة 151 من دستور 1976 فيما يخص القواعد ذات الصلة بالجانب الإداري والمنازعات الإدارية :

- القواعد المتعلقة بالنظام القضائي (الفقرة 6).

- القواعد المتعلقة بالإجراءات المدنية (الفقرة 8).

- القواعد المتعلقة بالانتخابات (الفقرة 10).

- التنظيمي الإقليمي والتقسيم الإداري في البلاد (الفقرة 11).

7 إلى 80، ومن المادة 86 إلى 96، ومن 114 إلى 146، ومن 161 إلى 164 من الأمر 67-90 سابق الذكر كما أعلنت عن إلغاء ثمانية أوامر هي :

- الأمر رقم 69-32 المؤرخ في 22 مايو 1969.

- الأمر رقم 70-57 المؤرخ في 6 أوت 1970.

- الأمر رقم 71-84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971.

- الأمر رقم 72-12 المؤرخ في 18 أبريل 1972.

- الأمر رقم 74-9 المؤرخ في 30 يناير 1974.

- الأمر رقم 74-85 المؤرخ في 17 سبتمبر 1974.

- الأمر رقم 75-51 المؤرخ في 17 يناير 1975.

- الأمر رقم 75-11 المؤرخ في 20 فبراير 1976.

ويبقى أنه من الفائدة أن نشير أن قواعد الصفقات العمومية، تفرض بطبيعتها أن تقرّ أحكامها بموجب تنظيم لا تشريع وهذا بحكم ارتباط هذه القواعد بالحالة الاقتصادية والمالية للدولة. الأمر الذي يفرض استعمال آلية التنظيم للإسراع في إظهار القواعد وتعديلها بين مرحلة وأخرى كما سيتضح لنا ذلك لاحقاً.

وإذا عدنا للمنطلقات الأساسية لهذا النصّ الجديد المنظم لقواعد الصفقات العمومية نجده قد استند بحكم طبيعة المرحلة التي صدر فيها على الميثاق الوطني وعلى الدستور. وعلى نصوص تؤكد تأثره بالاتجاه الاشتراكي كذكره للأمر 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية. والقانون رقم 80-11 المؤرخ في 13 ديسمبر 1980 المتضمن المخطط الخماسي 80-84. ولقد برز الخط الاشتراكي في كثير من نصوص هذا المرسوم بدءاً بالمادة الأولى والثانية والثالثة وفي مواد أخرى كثيرة منه.

ولقد احتوى هذا المرسوم على خمسة أبواب :

الباب الأول وجاء بعنوان أحكام أولية وتم من خلاله تحديد الهدف ومن وراء هذا النصّ وهو ما بينته المادة الأولى والثانية والثالثة. وحددت المادة 5 منه الهيئات المعنية به وحاولت قدر الإمكان إدماج كل هيئة تمولّ عن طريق الخزينة العامة. ومددت أحكام تنظيم الصفقات الذي حمله مرسوم 82-145 لجميع المؤسسات والإدارات أيا كانت طبيعتها. كما امتد ليشمل القطاع الفلاحي. وأعطى المرسوم الجهات المعنية من الخضوع لأحكامه أن تعلق الأمر بعقود التأمين والنقل والتزويد بالغاز والكهرباء والماء واتفاقات القرض أو التمويل (المادة 8 منه). أمّا عن الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة فقدرة المرسوم بمبلغ 500.000 دج (المادة 9 منه).

وأجاز المرسوم للإدارة أو المؤسسة اللجوء للتنفيذ قبل إبرام الصفقة في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملك المؤسسة وهذا بموجب ترخيص من الوزير أو الوالي. وترسل نسخة منه إلى وزير التجارة ووزير المالية ووزير التخطيط والتهيئة العمرانية والوزير المعني وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 10 من المرسوم.

وجاء الباب الثاني محمدا لموضوع الصفقة بالمادة 13 التي ذكرت عقود الأشغال وعقود التوريد وعقود الخدمات. وخصّص المرسوم أحكاما لعقد البرنامج كشكل من أشكال تخطيط الصفقات العمومية (المادة 15 و 16 من المرسوم). وأعطى المرسوم أفضلية للإنتاج الوطني عن غيره وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 23. كما أعطى أولوية التقدّم وأولوية الاختيار للمتعاملين العموميين الوطنيين، أي القطاع العام الوطني ثم يليه المؤسسات الخاصة الوطنية ثم المؤسسات الأجنبية التي تقدّم ضمان دولتها، ثم المؤسسات الأجنبية التي تقدّم ضمانات حسن الملائمة والتنفيذ (المادة 24 من المرسوم)، وهذا خلافا للأمر 67-90 الذي لم يحدّد الطرف الأجنبي.

وبين الباب الثالث طرق إبرام الصفقات وحددها في طريقة الدعوة للمنافسة وطريقة التراضي مبينا أشكال الطريقة الأولى وهذا في المواد من 26 إلى 34 منه. وحدد المرسوم حالات اللجوء للتراضي (المادة 44) وكيفية إبرام الصفقات العمومية (المواد من 26 إلى 34). وتأهيل المترشحين (المواد من 35 إلى 40). وإجراءات إبرام الصفقات (المواد من 41 إلى 51) واختيار المتعامل المتعاقد (المواد من 52 إلى 54).

وأفراد الباب الرابع للأحكام التعاقدية فذكر بيانات الصفقات في مادة طويلة جدا (المادة 55) وأسعار الصفقات (المواد من 56 إلى 65) وكيفيات الدفع (المواد 66 إلى 83)، والضمانات (المواد من 84 إلى 92)، وخصّص الباب الرابع أيضا أحكاما للمتعاقد الثانوي (المواد من 98 إلى 100). كما بين قواعد الفسخ وتسوية النزاعات (المواد من 102 إلى 104).

أما الباب الخامس فخصّص للرقابة على الصفقات سواء قبل الإبرام أو أثناء التنفيذ أو بعد التنفيذ. وصنف المرسوم أجهزة الرقابة إلى داخلية ممثلة في لجنة فتح الظروف (المادة 108 إلى 113)، ولجنة تقويم العروض (المادة 114)، وخارجية ممثلة خاصة في رقابة الوصاية (المادة 117). وأعلن المرسوم عن لجان الصفقات المختلفة (المركزية ولجان المؤسسة الاشتراكية ولجان الوحدة الاقتصادية واللجان البلدية) محمدا تشكيلتها ومهامها (المواد من 119 إلى 159).

وتعلق الباب السادس بالأحكام الانتقالية وجاء معلنا إلغاء مواد كثيرة من الأمر 67-90 بلغ عددها 126 مادة ملغاة من أصل 165 مادة تضمنها أمر 67-90 كما أعلن عن إلغاء ثمانية أوامر صدرت معدّلة ومتممة لأمر 67-90.

المطلب الرابع : نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي 91-434.

لقد نتج عن المصادقة الشعبية على دستور 1989 ظهور مجموعة كبيرة من القوانين خاصة سنة 90 و 91 وهذا أمر طبيعي طالما تمّ تغيير التشريع الأساس وبرز توجه اقتصادي وسياسي جديد يختلف اختلافا كبيرا عن التوجه الذي عرف في المراحل السابقة على إقرار دستور 1989.

¹ - معاشو عمار ، النظام القانوني لعقود الفتح في اليد الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 37.

ولتفصيل أكثر بخصوص التعاقد مع الطرف الأجنبي راجع:

ومن النصوص الجديدة التي عرفتها مرحلة بداية التسعينات هو ظهور تنظيم للصفقات العمومية الجديد حمله المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 (الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 91). وإنَّ أول ملاحظة ينبغي إبدائها أنَّ هذا النصَّ الجديد أقرَّ بموجب مرسوم تنفيذي ووقعه رئيس الحكومة لا رئيس الجمهورية، وهذا أمر طبيعي فمنصب رئيس الحكومة لم يكن موجودا في ظلَّ الدستور القديم لسنة 1976 واستحدث بموجب تعديل 1988 وكرّس في دستور 1989 وفي مواد كثيرة لا سيَّما المادة 74 الفقرة 5 والمادة 75 و76.

وانطلاقا من القواعد الدستورية صار رئيس الحكومة هو الشخص المسؤول عن السياسة الداخلية وهو المكلف بحسب المادة 75 بإعداد برنامج الحكومة وعرضه على المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه. وهو المكلف أيضا بحسب المادة 81 الفقرة 4 بتوقيع المراسيم التنفيذية.

وبالنظر لهذه السلطات الممنوحة له صار بإمكانه في ظلَّ النظام السياسي والإداري الجديد الذي حمله دستور 1989 أن يقرَّ القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية خاصة وأنَّ المادة 115 من دستور 1989 والتي رسمت ميدان ومجال التشريع لم تشر بالذكر للقواعد المتعلقة بالصفقات العمومية بما يعني وطبقا للمادة 116 من نفس الدستور أن يتولى رئيس الحكومة إصدار تنظيم يحكم هذه القواعد.

غير أن الإشكال القانوني النَّجم عن ممارسة هذه السلطة من قبل رئيس الحكومة تتمثل في أنَّ المرسوم التنفيذي وهو نص تنظيمي يحتل مكانة أقل من النص التشريعي جاء معلنا في المادة 155 منه عن إلغاء كثير من مواد الأمر 67-90 المواد من 1 إلى 7 ومن 8 إلى 95 ومن 114-154 ومن 161 إلى 166.

وعند مقابلة أرقام المواد يتبين لنا ما يلي :

1- لقد أعلن المرسوم التنفيذي 91-434 عن إلغاء للمواد من 1 إلى 7 من الأمر 67-90 وهذا ما اتضح جليا في المادة 155 منه. في حين أنَّ المواد من 1 إلى 4 من الأمر 67-90 هي أصلا ملغاة ولا وجود لها بحكم أن المادة 162 من المرسوم 82-145 أعلنت عن إلغاء هذه المواد فحققت سبق فكأنَّ النص يعلن عن إلغاء المعدوم والسابق إلغاءه.

2- لقد أعلن المرسوم التنفيذي في نص مادته 155 عن إلغاء المواد من 8 إلى 95 من الأمر 67-90. في حين أن المواد من 7 إلى 80 ومن 86 إلى 96 أعلنت عن إلغائها المادة 162 من المرسوم 82-145 فكأنَّما المرسوم التنفيذي يعلن عن إلغاء المعدوم أيضا.

3- أعلن المرسوم التنفيذي المذكور عن إلغاء المواد من 114 إلى 154 من الأمر 67-90. في حين سبقه المرسوم 82-145 فأعلن عن إلغاء المواد من 114 إلى 146 فلماذا الإعلان عن إلغاء نصوص هي أصلا ملغاة.

4- أعلن المرسوم التنفيذي لسنة 1991 سابقا الذكر عن إلغاء المواد من 161 إلى 164 من الأمر 67-90. في حين سبقه المرسوم 82-145 في الإعلان عن إلغاء المواد من 161 إلى 164 من الأمر 67-90 فلماذا أيضا يصرَّح بإلغاء ما تمَّ إلغاؤه.

ومن حيث المضمون جاء المرسوم التنفيذي 91-434 ب 157 مادة موزعة على ستة أبواب :

الباب الأول وقد ورد بعنوان الباب التمهيدي وتضمن 10 مواد تم من خلالها تحديد مجال تطبيق المرسوم

التنفيذي (المادة2). كما عرّف الصفقات العمومية (المادة3). وبين العقود الغير مشمولة بقانون الصفقات (المادة 4 و5). وضبط الحد المالي المطلوب لإبرام صفقة (المادة 6). ورسم الاستثناءات المتعلقة بتنفيذ الصفقة قبل إبرامها (المادة 7). وحدد الجهات المخولة بإبرام الصفقات (المادة 8). وخصّص أحكاما لدفاتر الشروط (المادة 10).

وجاء الباب الثاني بعنوان الصفقات والمتعاملون المتعاقدون وتراوحت مواده من 11 إلى 21. تمّ من خلالها تحديد موضوع الصفقات العمومية المتمثل أساسا في عقود الأشغال وعقود التوريد وعقود الخدمات (المادة 12) كما كرّس مفهوم العقد البرنامج (المادة 14 و15).

ولعل أهم ما حمّله مرسوم 1991 هو إقراره لمبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين فلا أفضلية لقطاع عام عن قطاع خاص كما فعل مرسوم 82-145 وأكد المرسوم التنفيذي لسنة 91 على أولوية الإنتاج الوطني (المادة 20).

أما الباب الثالث فقد خصّص لإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، وحدد طريقة المناقصة وطريق التراضي (المواد 22 إلى 30). وبين قواعد تأهيل المترشحين (المواد من 31 إلى 36). وفصل المرسوم التنفيذي في إجراءات إبرام الصفقات العمومية في مواده من 37 إلى 47. وحدد أسس اختيار المتعامل المتعاقد (المواد من 45 إلى 50).

وجاء الباب الرابع مفصلا في الأحكام التعاقدية مبرزا بيانات الصفقات (المادة 51). وأسعار الصفقات (المواد من 52 إلى 61). وكيفيات الدفع (المواد من 62 إلى 79). والضمانات (المواد من 80 إلى 87). والأحكام الخاصة بملاحق الصفقات العمومية (المواد من 88 إلى 92). وأحكام التعامل الثانوي (المواد من 93 إلى 95). وفصلت المواد 97 إلى 101 في أحكام الفسخ وطرق تسوية النزاعات.

أما الباب الخامس فتضمن الأحكام المتعلقة بالرقابة على الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة الداخلية والخارجية والوصائية مبرزا تشكيل لجان الصفقات المختلفة ومهامها. (اللجان المركزية واللجان المؤسساتية واللجان الولائية واللجان البلدية) وهذا في المواد من 102 إلى 152). وهو ما يعبر عن كم كبير من التّصوص خصّصه المشرع لمجال الرقابة بهدف ترشيد النّفقات العمومية وبعث شفافية أكبر على إبرام الصفقات العمومية.

وخصص الباب السادس لقواعد تطبيق المرسوم التنفيذي من حيث الزمان معلنا كما بيّنا سابقا عن إلغاء مجموعة كبيرة من المواد التي حملها أمر 67-90. كما أعلن عن إلغاء المرسوم 82-145 (رغم طابعة الرئاسي). والمراسيم 84-51. المؤرخ في 13 مايو 1986. و 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988. رغم طابعهما الرئاسي أيضا مما أثار إشكالية إلغاء مرسوم رئاسي بموجب مرسوم تنفيذي.

المطلب الخامس : نظام الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 02- 250 المعدل والمتمم.

لقد صدر المرسوم الرئاسي 02-250 بتاريخ 24 يوليو 2002 ونشر في العدد 52 من الجريدة الرسمية لسنة 2002. وقد تضمّن 154 مادة. وظهرت هذه القواعد المنظمة للصفقات العمومية في مرحلة جديدة ميّزها دستور جديد صدر سنة 1996. وبموجب أحكامه عرفت مؤسسة رئاسة الجمهورية اتساعا من حيث ممارسة الصلاحيات سواء فيما يخصّ مجال التعيين أو مجال السلطة التنظيمية.

وخضع المرسوم الجديد لتعديلين الأول بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 (الجريدة الرسمية رقم 55 لسنة 2003). والثاني بمقتضى المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008.

الجريدة الرسمية رقم 62 لسنة 2008.

ولعل أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي لسنة 2002 أنه قدم وجها جديدا للمعيار العضوي حملته المادة 2 منه. كما أولى الرقابة على الصفقات العمومية الأهمية اللازمة وأحدث تغييرا نوعيا في أجهزتها. وكرس عديد المبادئ المتعلقة بالصفقات كمبدأ المساواة، وشفافية الصفقة.

المطلب السادس : نظام الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم .

لقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بتاريخ 7 أكتوبر 2010 معلنا عن التنظيم العام الجديد للصفقات العمومية. وحمل المرسوم الجديد 181 مادة ونشر في العدد 58 من الجريدة الرسمية لسنة 2010.

ولعل أهم ما جاء به هذا المرسوم أنه حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية من ذلك مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الصفقة. كما حاول هذا المرسوم ارساء مبدأ المحافظة على المال العام وتكريس مبدأ الوقاية من الفساد. والدليل أن أهم ما جاء به هذا المرسوم أنه مدد العمل به على صعيد المؤسسات الاقتصادية. وجاءت المادة 3 منه معلنة أنه عندما لا تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية معنية بالخضوع لأحكام هذا المرسوم أنه يتعين على هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية أن تصادق على جملة القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية ماعدا ما تعلق منها بجانب الرقابة الخارجية.

ويبدو واضحا من المادة أعلاه أن المشرع أراد تحقيق مبدأ وحدة المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية أيا كان قطاع النشاط، فلا يهم طبيعة المؤسسة العمومية كونها ذات طابع إداري أو اقتصادي فجميعها يخضع من حيث الأصل لمنظومة واحدة فيما خص الصفقات العمومية مع استثناءات بسيطة ومحددة تخص جانب الرقابة الخارجية.

ولعل من أكبر الأسباب التي دفعت المشرع لإقرار مبدأ توسيع وتمديد تنظيم الصفقات العمومية للقطاع الاقتصادي، أنه كثر الحديث عن صفقات مشبوهة ابرمت هنا وهناك في القطاع الاقتصادي وعندها طرح التساؤل كيف يعقل تشديد الخناق في مجال ابرام الصفقات العمومية على الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية أي أشخاص القانون العام خاصة ونعترف للمؤسسة الاقتصادية بحرية التعاقد؟

واستدرك المشرع الموقف سنة 2010 فأعلن بموجب المادة 2 من المرسوم الجديد عن مد أحكامه للقطاع الاقتصادي.

وخضع المرسوم الرئاسي 10-236 لتعديل أول بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2011. ومس التعديل أساسا أحكام تتعلق بدفاتر شروط المناقصات الدولية. كما مس جزئيا دفاتر الشروط المتعلقة بحالة التراخي البسيط وأورد المشرع استثناءا على المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم والخاصة بدفاتر شروط المناقصات الدولية.

وصدر في الجريدة الرسمية رقم 16 المرسوم الرئاسي رقم 11-118 المؤرخ في 16-03-2011 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية .

وصدر بعده المرسوم الرئاسي 11-222 بتاريخ 16-يونيو 2011 في الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 2011 معدلا المرسوم الرئاسي 10-236. وتضمن التعديل الاشارة للأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار.

وبتاريخ 18 يناير 2012 صدر المرسوم الرئاسي 12-23 في الجريدة الرسمية رقم 4 لسنة 2012. وتضمن التعديل 26 مادة مست أحكاما مختلفة من المرسوم الرئاسي 10-236 وبرزت بوضوح في الصفحات من 4 إلى 24 من العدد المذكور من الجريدة الرسمية.

وفي العدد الثاني من الجريدة الرسمية لسنة 2013 صدر المرسوم الرئاسي 13-03 معدلا ومتمما المرسوم الرئاسي 10-236 ومس التعديل نقطة في غاية من الأهمية تتعلق بمجال تطبيق المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية.

وتتويجا لهذه النصوص التي حملها المرسوم الرئاسي 10-23 وسائر التعديلات التي خضع لها، صدرت عديد القرارات الوزارية المشتركة والقرارات الوزارية لرفع اللبس عن كثير من الأحكام الواردة في المرسوم ولتبيان كيفية التطبيق.

الخاتمة :

ولعله تبين لنا من خلال هذه الدراسة ما لتنظيم الصفقات العمومية من صلة وثيقة بالحركة التنموية وبالتطور الاقتصادي لذلك سنت قواعدها منذ 1982 وإلى اليوم بموجب تنظيم يتمثل في المرسوم التنفيذي أحيانا وفي المرسوم الرئاسي أحيانا أخرى. ذلك أنه لو سنت قواعد الصفقات العمومية بموجب تشريع تعين حينئذ اتباع الإجراءات المتعلقة بسن التشريع وإحالة الأمر على عديد الأجهزة والهيئات كمجلس الحكومة ومجلس الوزراء ومجلس الدولة والغرفة الأولى أي المجلس الشعبي الوطني ثم الغرفة الثانية أي مجلس الأمة وهو ما يستدعي زمنا طويلا . لذلك فضل المشرع الجزائري، وحسنا فعل، أسلوب التنظيم للتحكم في قواعد الصفقات العمومية وضبطها بين الحين والآخر بما يلائم تطور الحياة الاقتصادية.

وصار اليوم بالإمكان تغيير قواعد الصفقات العمومية سواء ما تعلق منها بطرق الإبرام، أو القيمة المالية المتعلقة بمحد الصفقة، أو الرقابة على الصفقات، أو لجان الصفقات، أو مراحل إبرام الصفقة، أو مجال تطبيق الصفقات العمومية، أو منازعاتها في زمن معقول نظرا لبساطة إجراءات المرسوم الرئاسي مقارنة بالتشريع.

المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات



من إعداد : مزاولي محمد أستاذ مساعد قسم - أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بشار - الجزائر

الملخص :

مع ازدياد الاعتماد على نظم الكمبيوتر والشبكات في الأعمال أثرت ولا تزال تثار مشكلة امن المعلومات ، أي حماية محتواها من أنشطة الاعتداء عليها ، سواء من داخل المؤسسة أو من خارجها ، وأنماط الاعتداء عديدة تبدأ من الدخول غير المصرح به لملفات البيانات إلى إحداث تغيير فيها وتحويل بمحتواها أو اصطناع بيانات وملفات وهمية ، أو اعتراضها أثناء نقلها ، أو تعطيل عمل النظام ، أو الاستيلاء على البيانات لأغراض مختلفة أو أحداث تدمير أو احتيال للحصول على منافع ومكاسب مادية.

الكلمات المفتاحية : جريمة - شخص معنوي - عضو - ممثل - مسؤولية - مؤسسة - قانون - جنائية - المعالجة الآلية - منظومة معلوماتية

مقدمة :

تستوجب الاتجاهات الحديثة للمسؤولية الجنائية، ألا تقف العقوبة عند حد مساءلة الفاعل عن فعله المباشر، بل أضحت من المتعين تتبع كل الأنشطة والأخطاء المعتبرة بطريقة أو بأخرى، و من قبيل الأخطاء المباشرة والتي أسهمت بدور فعّال في وقوع الجريمة، فلم يعد كافيًا الضرب على اليد التي اقترفت الفعل، بل لا بد أن يستطيل العقاب إلى الأدمغة التي أملت أو يسّرت هذا الفعل، و من أهم التحولات التي شهدتها القانون الجنائي الجزائري، هو إقراره للمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، سواء على مستوى الأحكام الموضوعية¹ أو على مستوى الأحكام الإجرائية².

¹ - بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق ل 10 نوفمبر سنة 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج/ل رقم 71 لسنة 2004.

² - بموجب القانون رقم 04-14 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق ل 10 نوفمبر سنة 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-157 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج/ل رقم 71 لسنة 2004.

أقرّ قانون العقوبات الجزائري المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، بموجب المادة 51 مكرر، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري، قد نهج نفس النهج الذي انتهجه قانون العقوبات الفرنسي سنة 1992، بل يمكن القول أن المادة 51 مكرر بمثابة نقل لما ورد في المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي.

فالشخص المعنوي، مسئول عن أعماله الأصلية، طبقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، ويتمتع بأهلية خاصة، تأهله لتحمل المسؤولية الجنائية، كالشخص الطبيعي تماما، و يتضح من نص المادة أن المشرع قد أخذ بنظرية العضو كأساس لإقامة المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، ذلك أن النظر إلى الواقع العملي الملموس في شأن المؤسسات و الشركات، أن رئيس أو أعضاء مجلس الإدارة، أو العضو المنتدب، أو المدير، حينما يقدم على تصرف أو فعل ما، فإنما يتخذ تنفيذًا لقرار صادر من الهيئة المختصة بإصدار القرار، ومن ثم فإن الفعل في الواقع، يكون صادرا من الشخص المعنوي، وان كان تنفيذه تم بيد ذلك العضو.

وعلى هذا الأساس يسأل الشخص المعنوي، عن جرائم تابعيه التي تقترف باسمه ولمصلحته، عن الخطأ في حسن اختيارهم، وعدم بسط الرقابة اللازمة على تصرفاتهم التي أفضت إلى الفعل المجرّم.

زيادة على ما سبق تقتضي منا مسألة تحديد الأساس الذي يسأل عليه الشخص المعنوي في القانون الجزائري، ضرورة تحديد الشروط اللازمة لقيام هذه الجريمة.

المبحث الأول: الشروط اللازمة لقيام الجريمة التي يرتكبها الشخص المعنوي .

باستثناء الدولة والجماعات المحلية، والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، تشترط المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، ثلاثة شروط لإمكان مساءلة الشخص المعنوي جنائيا.

المطلب الأول: أن ترتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها على سبيل الحصر:

بالرجوع إلى المادة 51 مكرر.ق.ع، نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد حصر الجرائم التي يمكن أن يسأل عنها الشخص المعنوي جنائيا،¹ فهي مسؤولية محددة في نطاق الجرائم، التي نص عليها قانون العقوبات على سبيل الحصر مراعاة منه لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.²

بحيث يجب أن يشير النص الجنائي، صراحة إلى الشخص المعنوي؛ وغالبا ما تتعلق هذه النصوص بالاعتداء على الأملاك، و الجرائم الاقتصادية، وعليه لا يسأل الشخص المعنوي في حالة ارتكاب أحد أعضائه أو ممثليه لجرائم لم ينص القانون على إمكان مساءلته عنها، ومنه لا يسأل الشخص المعنوي، عن الجرائم الماسة بالأداب العامة، وجريمة نشر أخبار كاذبة، وجرائم الاهانة، والسب، والقذف.

وغني عن البيان، انه يشترط لمعاقبة الشخص المعنوي، أن تكون الجريمة متحققة بجميع عناصرها من الشخص الطبيعي الذي يعمل لحسابه، ويترتب على ذلك، انه إذا توافرت أسباب الإباحة، التي تخلع عن الفعل الصفة غير

¹ - Bernard BOULOUIC, « Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales », Dalloz, Colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales, université de Paris 1 le 7 avril 1993,p 291.

² -ANTONA Jean-Paul, Philippe colin et François Lengart : La Responsabilité Pénale des cadres et des dirigeants dans le Monde des Affaires, édition Dalloz, 1996.

المشروعة في حق الجاني، سقطت مسؤولية الشخص المعنوي، واعتبار مسؤولية الشخص المعنوي امتدادا لمسئولية الشخص الطبيعي، يؤدي إلى القول بعدم مسؤوليتها، في حالة توافر مانع من موانع المسؤولية، أي الحالات التي تتجرد الإرادة من قيمتها كالجنون والإكراه.

المطلب الثاني : أن تكون الجريمة مرتكبة بواسطة أحد أعضائه أو ممثلي الشخص المعنوي :

اختار المشرع الجزائري بموجب المادة 51 مكرر في فقرتها الأولى، من بين الأشخاص التي تكوّن الأشخاص المعنوية، تلك التي تنسب أفعالهم لها، فلا تقوم مسؤولية الشخص المعنوي، إلا عن طريق الأشخاص الطبيعيين المحددين قانونا.

ويقصد بأجهزة الشخص المعنوي بوجه عام، الأشخاص الذين يمثلون أهمية كبيرة في المؤسسة، بالنظر إلى الوظائف التي يحتلونها، والتي تؤهلهم على تسيير أمورهم، والتكلم، والتصرف، والتعاقد باسمها ولحسابها، والتي تتوقف استمرارية المؤسسة على إرادتهم، ويدخل في هذا المدلول مجموعة شركاء أو أعضاء مجلس الإدارة أو الجمعية العامة¹، ويترتب على اشتراط أن تكون الجريمة، مرتكبة ممن يملك زمام أمور الشخص المعنوي، ألا يسال الشخص المعنوي عما يرتكبه ممن ليست له هذه الصفة، حتي ولو ارتكب جريمة من الجرائم المشار إليها².

ويستخلص من ذلك، انه لا يشترط أن يكون ممثل الشخص المعنوي، فاعلا أصليا للجريمة، بل يمكن أن يكون شريكا فيها، بشرط أن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي.

المطلب الثالث : أن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي :

نصت صراحة على هذا الشرط، المادة 51 مكرر/1، ويترتب على هذا الشرط بمفهوم المخالفة، عدم مساءلة الشخص المعنوي، عن الجريمة التي تقع من ممثله إذا ارتكبها لحسابه الشخصي، أو لحساب شخص آخر، أو وقعت إضرارا بمصالح الشخص المعنوي، إذ يؤاخذ الشخص الطبيعي عنها، على أساس جريمة التعسف في استعمال الشركة أو الإفلاس³.

وفي جميع الأحوال، فان المشكلة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي، في مقام تقييمه و موازنته بين المصالح المختلفة، بتقدير أيهما كانت له الغلبة في نفس ممثل الشخص المعنوي.

ويلاحظ أن عبارة "لحساب الشخص المعنوي" الواردة في المادة 51 مكرر/1 من قانون العقوبات، تشير إلى ما سيعود على الشخص المعنوي، من فوائد و أرباح أو مصالح، من وراء ارتكاب الجريمة.

¹ -ألعوجي مصطفى: المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل بيروت، الطبعة الأولى 1982.

² - Jean-Christophe Saint-Pau, La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale, Recueil Dalloz 2007 p. 617

³ - عقينة محمد أبو العلا: الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي، 1998.

ولا يشترط أن يجني الشخص المعنوي - كما اشرنا سابقا- فائدة مادية من وراء الجريمة، بل يكفي أن يقع الفعل المكون لها، بمناسبة ممارسة وظيفته كمثل للشخص المعنوي، على أمل تحقيق هذا الهدف، ويستوي أن يكون هذا الهدف ماديا أو معنويا.

وتكمن أهمية إسناد المسؤولية مباشرة للشخص المعنوي، في تسهيل مهمة الادعاء، بحيث لا يلزم بإثبات مسؤولية الشخص الطبيعي، فبمجرد انعدام الوفاء بالواجبات القانونية أو اللوائح، كافية لقيام المسؤولية، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الجرائم المرتكبة، وعليه فان مسؤولية المسير لا تقوم إلا إذا ثبت ارتكابه الخطأ الشخصي أو في حالة الإهمال.

و انطلاقا من المادة 51 مكرر/1 من ت.قانون العقوبات، يقتضي قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ارتكاب الخطأ من طرف أجهزته و أعضائه الممثلين، وللتأكد من صفة الجهاز العضو، يجب تحديد الشخص الذي ارتكب الجريمة، ذلك أن مبدأ المسائلة الجنائية للشخص المعنوي عن طريق تمثليه أو أعضائه، يقرر محدودية هذه المسؤولية.

فليس كل من ينتمي إلى أجهزة الشخص المعنوي، يقيم بفعله المادي هذه المسؤولية، إذ يستثنى العمال الأجراء مثلا، ما لم يكن هناك تفويض قانوني للسلطة إلى أحد العمال¹.

وبالتالي فان مفهوم الجهاز أو العضو، يستطيع عن طريق تحديده، التأثير على امتداد هذه المسؤولية عن طريق محاولة معرفة حدود مسؤولية الشخص المعنوي، ومسؤولية الجهاز، كشخص طبيعي ممثل له.

المبحث الثاني : جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

مع ازدياد الاعتماد على نظم الكمبيوتر والشبكات في الأعمال أثرت مشكلة أمن المعلومات ، و حماية محتواها من أنشطة الاعتداء عليها ، سواء من داخل المؤسسة أو من خارجها ، وأنماط الاعتداء عديدة تبدأ من الدخول غير المصرح به لملفات البيانات إلى إحداث تغيير فيها وتحويل بمحتواها أو صناعة بيانات وملفات وهمية ، أو اعتراضها أثناء نقلها ، أو تعطيل عمل النظام ، أو الاستيلاء على البيانات لأغراض مختلفة أو إحداث تدمير أو احتيال للحصول على منافع ومكاسب مادية أو مجرد الإضرار بالآخرين وأحيانا مجرد أنشطة تستهدف المزاح الذي سرعان ما يكون عملا مؤذيا يتجاوز المزاح.

المطلب الأول : تعريف نظام المعالجة الآلية للمعطيات.

بالنظر إلى ما يفرزه التطور التقني في الكيانات الذكية، لا تقع بالتالي الجريمة المنصوص عليها إذا وقع الاعتداء على عنصر بمفرده لا يشكل جزءا في هذا النظام، كما إذا وقع الاعتداء على برامج معروضة للبيع، أو على جهاز حاسب لم يدخل الخدمة أو على عنصر مودع بالمخازن، أو على قطع الغيار، أو على الأجهزة التي مازالت في حالة التجربة، أو حتى الأنظمة التي خرجت من الخدمة تماما وكذلك تلك التي في سبيلها إلى الكسر، ولكن على

¹- Jean- Claude Soyer, Droit pénal et procédure pénale, 12^{ème} édition, DELTA, L.G.D.J, 1995. p 135 et - Mireille DELMAS-MARTY et Geneviève GUIDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, 4^{ème} édition refondue, Thémis, Puf, 2000..p 79

¹- Yves GUYON, Droit des affaires, Tom 1, 9^{ème} édition, Economica, 1996..p197

العكس من ذلك، تقع الجريمة إذا وقع الاعتداء على النظام خارج ساعات تشغيله العادية، أو إذا كانت أحد عناصره في حالة عطل أو حتى لو كان النظام كله في حالة عطل تام، وكان يمكن إصلاحه.

وتقع الجريمة أيضا إذا وقع الاعتداء على عنصر يشكل جزءا من أنظمة متعددة، فإذا تصورنا عدة أنظمة ترتبط فيما بينها بأجهزة اتصال ووقع اعتداء على جهاز حاسب آلي في نظام من تلك الأنظمة المرتبطة، فإن الجريمة تقع في هذه الحالة.

وإذا كان الدخول إلى هذا الجهاز مشروع، فإن البحث في توافر الجريمة يتوقف على ما إذا كانت توجد علاقة سببية بين هذا الدخول المشروع والاعتداء المفروض على الأنظمة ككل، ومدى حسن أو سوء نية المتدخل، كما تقع الجريمة إذا وقع الاعتداء على شبكة الاتصال التي تربط بين أكثر من نظام، لأن تلك الشبكة تعتبر عنصرا في كل نظام من الأنظمة التي تربط بينها.¹

و نظرا للطابع التقني للجريمة المعلوماتية، فإنها تطرح مشكل المصطلحات التقنية نظرا لغموض مفهومها باعتبارها غريبة عن لغة القانون مثل Enregistrement Informatique

Captation... الخ و الإبقاء على بعض المصطلحات الضرورية كالنظام _ المعطيات.

بالنسبة لتعريف المصطلحات التقنية، موقف التشريعات يختلف إزاءها فالتشريعات الأنجلوساكسونية تعتمد طريقة إعطاء تعريفات في صلب القانون، أما الطريقة الفرنسية توكل مهمة تحديد معاني المصطلحات التقنية للقضاء وهي الطريقة الأفضل نظرا لسرعة تطور تقنيات الإعلام الآلي وعدم إمكانية مواكبة القانون الجنائي لهذا التطور. و يلاحظ عدم وجود اتفاق على مصطلح معين للدلالة على هذه الظاهرة المستحدثة، فهناك من يطلق عليها ظاهرة الغش المعلوماتي أو الاختلاس المعلوماتي أو الجريمة المعلوماتية،² و من هذه التعريفات:

أنها تشمل أي جريمة ضد المال مرتبط باستخدام المعالجة الآلية للمعلوماتية، وهناك جانب من الفقه الفرنسي حاول وضع تعريف لها في الاعتداءات القانونية التي ترتكب بواسطة المعلوماتية بغرض تحقيق الربح.³

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجريمة المعالجة الآلية للمعطيات.

جرمها المشرع الجزائري تحت اسم المعالجة الآلية للمعطيات في المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر7 من الفصل الثالث القسم السابع مكرر وأفرد نص المادة 394 مكرر4 كأساس لمسائلة الأشخاص المعنوية عن هذه الجريمة (يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليه في هذا القسم...). وأمام هذا الاختلاف في وضع تعريف موحد كيف يمكن متابعة الشخص المعنوي ومسأله عن هذه الجريمة ؟

للجواب نتطرق إلى أركان الجريمة المجسدة في صورتين أساسيتين :⁴

¹ - قارة أمال، الجريمة المعلوماتية، مذكرة مجلسستير، 2001-2002، بن عكنون، الجزائر، ص 34.

² - بن سعدون رضا، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية على ضوء تعديل قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2006، ص 32.

³ - محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، للنشر طبعة 2005، ص 43-44.

⁴ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الثانية، منقحة و متممة، سنة 2004، ص 434 و ما بعدها.

الفرع الأول : الدخول والبقاء في منظومة معلوماتية :

البند الأول : الدخول في منظومة معلوماتية :

لا يقصد بالدخول هنا الدخول بالمعنى المادي، أي الدخول إلى مكان أو منزل أو حديقة، إنما يجب أن ينظر إليه كظاهرة معنوية، تشابه تلك التي نعرفها عندما نقول الدخول إلى فكرة أو إلى ملكة التفكير لدى الإنسان، أي الدخول إلى العمليات الذهنية التي يقوم بها نظام المعالجة الآلية للمعطيات . ولم يحدد المشرع وسيلة الدخول أو الطريقة التي يتم الدخول بها إلى النظام، ولذلك تقع الجريمة بأية وسيلة أو طريقة و يستوي أن يتم الدخول مباشرة أو عن طريق غير مباشر

و تتسع هذه العبارة على إطلاقها لتشمل كل فنيات الدخول الاحتيالي، إضافة إلى حالة البقاء بعد الدخول الشرعي أكثر من الوقت المحدد وذلك بغية عدم أداء إتاوة من طرف احد ممثلي الشخص المعنوي و لحسابه.¹

ويرتكب الجريمة من يعمل على الحاسب ولكن بنظام معين، فيدخل في نظام آخر. كما تقع الجريمة سواء تم الدخول إلى النظام كله أم إلى جزء منه فقط، أي يكفي لتوافر الجريمة أن يتم الدخول على بعض عناصر النظام، أو على عنصر واحد منه، أو منطقة ضيقة منه، كان هذا بشرط أن يكون العنصر الذي تم الدخول إليه فقط يدخل في برنامج متكامل قابل للتشغيل . وفي النهاية فإن الجريمة تقوم بفعل الدخول إلى النظام مجردا عن أي نتيجة أخرى، فلا يشترط لقيامها التقاط المتدخل للمعلومات التي يحتويها النظام أو بعضها أو استعمال تلك المعلومات، بل إن الجريمة تتوافر حتى ولو لم تكن لدى الجاني القدرة الفنية على تنفيذ العمليات على النظام.²

البند الثاني : البقاء في منظومة معلوماتية :

قد يتخذ النشاط الإجرامي الذي يتكون منه الركن المادي في الجريمة محل الدراسة صورة البقاء داخل النظام، ويقصد بفعل البقاء التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضد إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام، وقد يتحقق البقاء المعاقب عليه مستقلا عن الدخول إلى النظام، وقد يجتمعان . ويكون البقاء معاقبا عليها استقلالا حين يكون الدخول إلى النظام مشروعاً، ومن أمثلة ذلك إذا تحقق الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ أو السهو، يجب في هذه الحالة على المتدخل أن يقطع وجوده وينسحب فوراً، فإذا بقي رغم ذلك فإنه يعاقب على جريمة البقاء غير المشروع إذا توافر لها الركن المعنوي.

و تبدأ جريمة البقاء داخل النظام منذ اللحظة التي يبدأ فيها الجاني التجول داخل النظام ، أو يستمر في التجول بداخله بعد انتهاء الوقت المحدد، لأن الفرض يتعلق بدخول غير مشروع، أي مع علم الجاني أن ليس له الحق في الدخول ، وتتحقق جريمة البقاء داخل النظام كله أو في جزء منه ويكفي البقاء داخل النظام لتوافر الركن المادي لتلك الجريمة، فلا يشترط أن يضاف إليه ضرورة التقاط معلومات أو أي شكل من أشكال الضرر.

¹ - بن سعدون رضا، المرجع السابق، ص 32.

² - Jean-François Seuvic, Commerce électronique. Communication en ligne. Cryptologie. Cybercriminalité. « Télécommunications ». Analyse de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique Revue de science criminelle 2004 p. 925

الفرع الثاني : المساس بمنظومة معلوماتية :

في هذا الصدد تتحدث المادة **394** مكرر¹ عن كل من أدخل بطريقة الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية، أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها.

وعلى ذلك يأخذ الفعل صورتين :

أولا : إدخال معطيات في نظام المعالجة الآلية غريبة عنه بهدف تحقيق أرباح طائلة من وراء ذلك، سواء تم ذلك في مؤسسة مالية أو بنك أو شركة، كأن يقوم الشخص المعنوي بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه باسمه ولحسابه خاصة في الشركات الكبرى حيث يكثر عدد الموظفين وبطبيعة الحال فيهم من يترك الوظيفة لأسباب متعددة حينها يتمكن مسؤول إدارة بالإبقاء عليهم مع الاحتفاظ بالمعلومات الخاصة بهم ومن ثم يقوم بتحصيل دخلهم بعد استلام الشيكات النقدية الخاصة بهم.

ثانيا : تخريب المعطيات التي يتضمنها نظام المعالجة الآلية، إذ من بين تقنيات التدمير الناجمة والتي تصيب النظام المعلوماتي بأضرار جسيمة يصعب تفاديها، تبرز فيروسات الحاسب الآلي وهي تمثل المركز الأول في هذه التقنيات تصيب البيانات والبرامج بالشكل التام.

ومن التطبيقات القضائية في فرنسا قضى بأنه يقع تحت طائلة المادة **3/329** ق ع المقابلة للمادة **394** مكرر¹ تعمد إدخال فيروس معلوماتي في برنامج **logiciel** الغير والامتناع عن إخباره بذلك، كذلك بالنسبة لشركات صانعي البرامج عندما يكونوا مسؤولين عن الصيانة طبقا للعقد المبرم بينهم وبين المستخدم، إذ يقوموا بزراعة فيروس معين يعطل البرنامج وفي نفس الوقت يعطي انطباعا يفيد أن سبب العطل هو سوء استعمال المستخدم وخطاه، ومن ثم يهرع لطلب الصيانة وتكون هذه الوسيلة لابتزاز المستخدم والإثراء على حسابه كما جرمت المادة **394** مكرر **2** :

1 - كل تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسله عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها إحدى هذه الجرائم سالفه الذكر.

2 - إضافة إلى حيازة أو إنشاء واستعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصلة من إحدى جرائم الغش المعلوماتي.

3 - في حين أبقى قانون العقوبات الشخص المعنوي خارج دائرة التجريم في بعض الأفعال كتلك المتعلقة بالمساس بحقوق الأشخاص عن طريق المعلوماتية ومنها: جمع المعلومات حول الأشخاص والمعالجة المعلوماتية للمعلومات التي تم جمعها وتحويل المعلومات الاسمية عن مقصدها.

4 - تزوير الوثائق المعالجة إعلاميا كبطاقات القرض التي لا تشملها جريمة التزوير كما هي معرفة في قانون العقوبات لاسيما المادة **222** وما يليها.¹

أمام هذه المعطيات نتساءل عن كيفية إثبات أركان هذه الجريمة وربطها مع شروط المادة **51** مكرر قانون عقوبات في مواجهة الشخص المعنوي ؟

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ص435.

خاصة مع تزايد الاعتماد على وسائل تقنية المعلومات في إدارة الأعمال المختلفة، و التوجه نحو عالم البيانات والملفات المخزنة في أنظمة المعلومات كبديل للبيانات المحررة على الورق وحوافظ الملفات التقليدية ، يزداد الاهتمام بمدى حجية وقوة وسائل التخزين التقني للمعلومات في الإثبات ومدى حجية مستخرجات الحاسوب ومدى إمكان النظام القانوني للإثبات استيعاب هذه الأنماط المستجدة من وسائل إثبات التصرفات التعاقدية . ولا يقف التساؤل عند حد التصرفات القانونية المدنية والتجارية والمصرفية ، بل يتعداه الى التساؤل حول قوة وحجية الدليل ذي الطبيعة الالكترونية في المواد الجنائية ، نقف على مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية وما يتصل بها من مسائل إجرائية تتعلق بأمن المعلومات.

الخلاصة :

في عالم يعلي قيم المعلوماتية ويسعى للاستفادة منها، يتعين التيقظ لما يتعين علينا التعامل معه ، مما يستوجب التعامل مع النماذج التشريعية القائمة، ولقد بدأت الجزائر بداية موفقة في حصر الواقع التشريعي المتصل بالتجارة الالكترونية والبنوك الالكترونية، فان الخطوة التالية إنتاج تشريعات توافق احتياجاتنا تعكس تعاملنا موضوعيا ومعتمدا مع إفرازات عصر التقنية.

وما يمكن قوله في الأخير عن التجريم في مجال التقنية لا يزال دون تطلعات المجتمع الجزائري، ذلك أن المشرع الجزائري قد وضع 03 مواد تتعلق بجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وهي في نظرنا في حاجة إلى دراسة شاملة تأخذ بعين الاعتبار الخصوصية الفنية لمثل هذه الجرائم، ذلك أن الاكتفاء بالقواعد العامة يفلت مجالات عديدة من المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الأمر الذي يصعب الوضع على القاضي المقيد بمبدأ الشرعية فيكون ملزما بإيجاد حلول وتكييفات متقاربة للنزاعات التي تعرض عليه، كما قد يجد نفسه أمام ضرورة عدم إقرار هذه المسؤولية أصلا في غياب النص المجرم.

إشكالية تطوير دور التدقيق الداخلي في المؤسسات في ظل إطار حوكمة الشركات



• من إعداد الدكتور: زرار العياشي أستاذ محاضر قسم "أ"

رئيس المجلس العلمي لكلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير

مدير مخبر البحث: اقتصاد، مالية وإدارة الأعمال جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة - الجزائر

• والأستاذ: مداحي محمد أستاذ مساعد قسم "ب" كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة - الجزائر

مقدمة :

نظرا للاهتمام المتزايد بمفهوم الحوكمة، فقد حرصت عديد من المؤسسات على دراسة هذا المفهوم وتحليله ووضع مبادئ محددة لتطبيقه، ومن هذه المؤسسات: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وبنك التسويات الدولية BIS ممثلا في لجنة بازل، ومؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي. وفي الواقع، نجد أنه كما اختلفت التعريفات المعطاة لمفهوم الحوكمة، فقد اختلفت كذلك المبادئ التي تحكم عملية الحوكمة، وذلك من منظور وجهة النظر التي حكمت كل جهة تضع مفهوما لهذه المبادئ.

لقد ساهمت الأزمات والانهيارات والفضائح التي حدثت في شركات أمريكية عملاقة مثل شركة أنرون للطاقة، والتي تبعتها انهيار شركة آرثر أندرسون التي تمثل أكبر شركة تدقيق في العالم وذلك لثبوت تورطها بانهيار شركة أنرون أنفة الذكر وغير ذلك من العوامل التي ساهمت كلها بدفع مفهوم جديد الى الظهور وهو مفهوم حوكمة الشركات التي جاءت لتمثل الحل المناسب لمعالجة أسباب الانهيار وأزمة الثقة التي ترتبت عليه والتي طال تأثيرها أغلب التعاملات في الأسواق العالمية والتي كان من أهم مسبباتها الرئيسية هو التضليل وضعف مستوى التدقيق الداخلي مما أدى الى فقدان الثقة في إدارات ومجالس إدارات الشركات والأنظمة الرقابية والحاسبية المتبعة في تلك الشركات الأمر الذي أسحب تأثيره على مدى إقبال المستثمرين للاستثمار في تلك الشركات.

وانطلاقاً من أهمية حوكمة الشركات وضرورة نقلها حيز التطبيق فإن التدقيق الداخلي يعد أحد ركائز هذا التطبيق، إذ ينبغي أن يرتقي دور التدقيق الداخلي في الشركات الى توجيه العمليات نحو النجاح من خلال فحص وتقويم النشاطات المالية والإدارية والتشغيلية، وتوفير المعلومات للإدارة بكل مستوياتها لمساعدتها في تنفيذ هذه

إستراتيجيتها بشكل صحيح، وكذلك تفعيل دور التدقيق الداخلي في الإطلاع على هذه الإستراتيجية ومنحه امكانية تدقيق تنفيذها ومدى تحقق الاهداف المرجوة منها، وكذلك تحديد المخاطر التي تواجه الشركة ومتابعة كيفية علاجها.

تتبع أهمية البحث من الأهمية التي تحظى بها حوكمة الشركات في الوقت الحاضر وأهمية التدقيق الداخلي كونه أحد الأسس التي تركز عليها حوكمة الشركات من منطلق الفصل بين الادارة والملكية، إذ يساعد التدقيق الداخلي في فحص وتقويم النشاطات التشغيلية ونظم الرقابة الداخلية والتحقق من صحة التوجهات الإستراتيجية للإدارة وكذلك صحة تطبيقها.

وعلى إثر ذلك فإننا نهدف من خلال هذه الورقة البحثية التعريف على مفهوم حوكمة الشركات مع إظهار أهمية معرفة أهم مبادئها ومتطلباتها ودور المؤسسات المختلفة في تطبيقها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نحاول إظهار التدقيق الداخلي كونه أحد الأسس التي تركز عليها حوكمة الشركات، وذلك باعتبار أن المراقبة أحد معايير الحوكمة الرشيدة، وسنحاول في هذه المداخلة دراسة الإشكالية التالية : فيما تتمثل معايير تطوير دور التدقيق الداخلي في المؤسسات الاقتصادية في ظل التوجه الحديث لمفهوم حوكمة الشركات ؟

ولمعالجة هذا الموضوع سوف نتطرق إلى العناصر التالية :

المحور الأول : التأصيل النظري لماهية حوكمة الشركات.

المحور الثاني : التدقيق والتدقيق الداخلي في ظل حوكمة الشركات.

المحور الثالث : تطور معايير التدقيق الداخلي في ظل حوكمة الشركات.

المحور الرابع : دور التدقيق الداخلي في المؤسسات الاقتصادية في ظل حوكمة الشركات.

المحور الأول : التأصيل النظري لمفهوم حوكمة الشركات.

أولاً : مفهوم الحوكمة : تعتبر الحوكمة (*Governance*) من المفاهيم الحديثة التي حظيت باهتمامات كبيرة في السنوات الأخيرة عبر استخدامها في تحقيق الجودة والتميز في الأداء. ومصطلح الحوكمة يعني المصدر أو المرجعية التي يستند إليها في حكم الشركة أو الوحدة أو الكيان، وبحسب البعض فلا يوجد حتى الآن تعريف أوحده متفق عليه بين كافة الاقتصاديين والقانونيين والمحللين وهذا ما تؤكد عليه موسوعة *Corporate Governance Encyclopedia* من حيث الافتقار إلى تعريف موحد لهذا المفهوم، ولكن قد يرجع ذلك إلى تداخله في العديد من الأمور التنظيمية والاقتصادية والمالية والاجتماعية للشركات وهو الأمر الذي يؤثر على المجتمع والاقتصاد ككل، وفي مجمله يمكن القول إن ماهية مفهوم حوكمة الشركات معنية بإيجاد وتنظيم التطبيقات والممارسات السليمة للقائمين على إدارة الشركة بما يحافظ على حقوق حملة الأسهم وحملة السندات والعاملين بالشركة وأصحاب المصالح *Stakeholders* وغيرهم؛ وذلك من خلال تحرى تنفيذ صيغ العلاقات التعاقدية التي تربط بينهم؛ وباستخدام الأدوات المالية والمحاسبية السليمة وفقاً لمعايير الإفصاح والشفافية الواجبة. كما إنه على المستوى الخلى والإقليمي لم يتم التوصل إلى مرادف محدد لمصطلح *Corporate Governance* باللغة العربية؛ ويطلق عليه في بعض البلدان العربية كالأردن بالحاكمية أو التحكم المؤسسي وفي مصر يسمى حوكمة الشركات، وبحسب البعض فإنه وبعد

العديد من المحاولات والمشاورات مع عدد من خبراء اللغة العربية والاقتصاديين والقانونيين المهتمين بهذا الموضوع، تم اقتراح مصطلح "حوكمة الشركات"¹.

وتعرف الحاكمية المؤسسية وفقاً لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية *OECD* بأنها: القواعد والإجراءات التي تضمن بأن الشركة تدار بشكل صحيح وفعال، بما في ذلك التأكد من أن المدراء والموظفين يتصرفون بشكل ملائم ووفقاً للقوانين والممارسات السليمة. ووفقاً للبعض، فإنه على عكس ما يشاع بأن الحوكمة من المفاهيم الحديثة، فهي مفهوم قديم منذ الثورة الصناعية، لكن ما حدث هو إعادة تفعيل هذا المفهوم وخاصة بعد أن ظهرت الحاجة إليه في العديد من الاقتصاديات المتقدمة والناشئة خلال العقود القليلة الماضية، خاصة في أعقاب الانهيارات الاقتصادية والأزمات المالية التي شهدتها عدد من دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وروسيا في عقد التسعينات من القرن العشرين، وكذلك ما شهده الاقتصاد الأمريكي مؤخراً من انهيارات مالية ومحاسبية خلال عام 2002.

وبرغم ذلك التعريف وتعريف أخرى مشابهة لمفهوم الحوكمة، إلا أن هذا المفهوم في حد ذاته مازال يتسم بالغموض لدى الكثيرين، وبالنظر إلى الأهمية الكبرى للحوكمة كأداة مهمة لها استخدامات الواسعة وتأثيرات مباشرة على كافة أفراد المجتمع، فلا بد من جعل الحوكمة أكثر فهماً واستيعاباً لدى أكبر قدر ممكن من شرائح المجتمع. وفي اعتقادنا فإن أفضل طريق للوصول إلى تحقيق ذلك يمكن أن يتأتى من خلال تسليط الضوء على العوامل المحيطة والعناصر المكونة للحوكمة والتي يمكن وضعها في إطار واحد يشتمل على مجموعة من المكونات. مبادئ على حقوق المساهمين وكيفية إنصافهم ودور أصحاب المصالح في التحكم ومسؤوليات مجلس الإدارة والإفصاح والشفافية.

ولعل الانهيارات المالية التي حدثت لعدد من الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية مثل شركة اينرون وبعض الشركات في دول شرق آسيا وبعض الدول الأوروبية بالإضافة إلى عبث إدارات الشركات والفضائح المالية الكثيرة فيها وازدياد تدني القيم الأخلاقية كل هذه العناصر وغيرها دفعت إلى الاهتمام بموضوع التحكم المؤسسي، ولأنه في نهاية الأمر التحكم المؤسسي ما هو إلا نظام يتم من خلاله جعل جميع الأفراد العاملين في الشركة أي كان موقعهم يتماشى مع إستراتيجية الشركة من حيث تعظيم القيمة المضافة لديها وتحقيق مبدأ العدالة والتوازن بين مصالح الإدارة التنفيذية من جهة ومصالح الأطراف الأخرى بما فيها الملاك.

ويمكن القول بان منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية *OECD* من أولى المنظمات التي اهتمت بموضوع الحوكمة حيث أصدرت في عام 1999 (مبادئ التحكم المؤسسي) حيث أكدت هذه المنظمة على أهمية الحوكمة وقامت في عام

¹ - هناك عدد من المقترحات المطروحة: حكم الشركات - حكامية الشركات - حاكمية الشركات - بالإضافة إلى عدد من البدائل الأخرى، مثل: أسلوب ممارسة سلطة الإدارة بالشركات، أسلوب الإدارة المثلى، القواعد الحاكمة للشركات، الإدارة التزيهية، وغيرها. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى إن هناك مؤيدون للاختيار الأول وفقاً لما ورد من تفسير مركز المشكاة؛ ولكن من ناحية أخرى تتفق عدد من الآراء على استبعاد "حكم الشركات" (لما للكلمة من دلالة إن الشركات هي الحاكمة أو الفاعلة، مما قد يعكس المعنى المقصود). كما يتم استبعاد "حكمانية" لما يرتبط في بنائها اللغوي من آنية أو تشابه وتماثل؛ وهو ما يضيع المعنى المقصود. وكذلك يتم استبعاد "حاكمية" لما قد يحدثه استخدامها من خلط مع إحدى النظريات الإسلامية المسماة "نظرية الحاكمة" والتي تنطرق للحكم والسلطة السياسية للدولة. كما رؤى استبعاد البدائل المطروحة الأخرى لأنها تتعد عن جذر الكلمة (ح ك م) فيما يقابل *Governance* باللغة الإنجليزية. ومن ثم فإن "حوكمة الشركات" على وزن (فوعلة) تكون الأقرب إلى مفهوم المصطلح باللغة الإنجليزية حيث تنطوي على معاني الحكم والرقابة من خلال جهة رقابة داخلية (*Governing Body*) أو هيئة رقابة خارجية (*Regulatory Body*)، كما إنها تحافظ على "جذر" الكلمة المتمثل في (ح ك م)، حيث لا يمكن استبعاده إذا أردنا التوصل إلى مرادف للمصطلح. وتجدر الإشارة إن هذا المصطلح قد تم اقتراحه من قبل الأمين العام لمجمع اللغة العربية وقد استحسنته عدد من متخصصي اللغة العربية ومنهم من مركز دراسات اللغة العربية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة. ولذا فمن المقترح استخدام "حوكمة الشركات" كمرادف لمفهوم *Corporate Governance*.

2004 بتطوير مجموعة من المبادئ المتعلقة بموضوع الحوكمة وهذه المبادئ أخذت بها اغلب دول العالم بما فيها البلدان النامية، نستخلص مما ذكر سابقا أنه يمكن حصر أهداف التحكم المؤسسي بما يلي :

1- أهداف الحاكمية المؤسسية :

☒ تعتبر أحد العناصر الرئيسية في تحسين الكفاءة الاقتصادية والنمو الاقتصادي إلى جانب تعزيز ثقة المستثمر.
☒ توفر الحاكمية المؤسسية الهيكل الذي يمكن من خلاله وضع أهداف الشركة، وتقرير الوسائل لبلوغ هذه الأهداف ومراقبة الأداء.

☒ توفر الحاكمية المؤسسية الجيدة حوافز مناسبة وسليمة لمجلس الإدارة ولإدارة الشركة للسعي في تحقيق الأهداف التي تكون في مصلحة الشركة ومساهمتها، كما ينبغي أن تسهل عملية الرقابة الفعّالة.
☒ إن وجود نظام فعال للحاكمية المؤسسية، في داخل كل شركة على حدة، وفي الاقتصاد ككل، يساعد على توفير درجة من الثقة اللازمة لسلامة عمل اقتصاد السوق، ونتيجة لهذا، تنخفض تكلفة رأس المال إلى جانب تشجيع المنشآت على استخدام الموارد بطريقة أكثر كفاءة، مما يعمل على تدعيم النمو.

2- تعريف الحوكمة والهدف منها: يعد مصطلح الحوكمة هو الترجمة المختصرة التي راجت للمصطلح *Corporate Governance*، أما الترجمة العلمية لهذا المصطلح، والتي اتفق عليها، فهي: " أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة"، وقد تعددت التعريفات المقدمة لهذا المصطلح، بحيث يدل كل مصطلح عن وجهة النظر التي يتبناها مقدم هذا التعريف.

فتعرف مؤسسة التمويل الدولية *IFC* الحوكمة بأنها: "هي النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها".¹

كما تعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية *OECD* بأنها: "مجموعة من العلاقات فيما بين القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وحملة الأسهم وغيرهم من المساهمين".²

وهناك من يعرفها بأنها: "مجموع "قواعد اللعبة" التي تستخدم لإدارة الشركة من الداخل، ولقيام مجلس الإدارة بالإشراف عليها لحماية المصالح والحقوق المالية للمساهمين".³ وبمعنى آخر، فإن الحوكمة تعني النظام، أي وجود نظم تحكم العلاقات بين الأطراف الأساسية التي تؤثر في الأداء، كما تشمل مقومات تقوية المؤسسة على المدى البعيد وتحديد المسئول والمسئولية.

وقد ظهرت الحاجة إلى الحوكمة في العديد من الاقتصاديات المتقدمة والناشئة خلال العقود القليلة الماضية، خاصة في أعقاب الانهيارات الاقتصادية والأزمات المالية التي شهدتها عدد من دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وروسيا في عقد التسعينات من القرن العشرين، وكذلك ما شهده الاقتصاد الأمريكي مؤخرا من انهيارات مالية ومحاسبية خلال عام 2002. وتزايدت أهمية الحوكمة نتيجة لانتاج كثير من دول العالم إلى التحول إلى النظم الاقتصادية

¹ -Alamgir, M. (2007). *Corporate Governance: A Risk Perspective*, paper presented to: *Coorporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development*, a conference organized by the Egyptian Banking Institute, Cairo, May 7 – 8.

² -Freeland, C. (2007). *Basel Committee Guidance on Corporate Governance for Banks*, paper presented to: *Coorporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development*, a conference organized by the Egyptian Banking Institute, Cairo, May 7 – 8.

³ -البنك الأهلي المصري: "أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة في الشركات: حوكمة الشركات"، النشرة الاقتصادية، العدد الثاني، المجلد السادس والخمسون، 2003.

الرأسمالية التي يعتمد فيها بدرجة كبيرة على الشركات الخاصة لتحقيق معدلات مرتفعة ومتواصلة من النمو الاقتصادي. وقد أدى اتساع حجم تلك المشروعات إلى انفصال الملكية عن الإدارة، وشرعت تلك المشروعات في البحث عن مصادر للتمويل أقل تكلفة من المصادر المصرفية، فاتجهت إلى أسواق المال. وساعد على ذلك ما شهده العالم من تحرير للأسواق المالية، فتزايدت انتقالات رؤوس الأموال عبر الحدود بشكل غير مسبوق، ودفع اتساع حجم الشركات وانفصال الملكية عن الإدارة إلى ضعف آليات الرقابة على تصرفات المديرين، وإلى وقوع كثير من الشركات في أزمات مالية. ومن أبرزها دول جنوب شرق آسيا في أواخر التسعينات، ثم توالى بعد ذلك الأزمات، ولعل من أبرزها أزمة شركتي أنرون وورلد كوم في الولايات المتحدة في عام 2001. وقد دفع ذلك العالم للاهتمام بالحوكمة.¹

وعلى ذلك، تهدف قواعد وضوابط الحوكمة إلى تحقيق الشفافية والعدالة، ومنح حق مساءلة إدارة الشركة، وبالتالي تحقيق الحماية للمساهمين وحملة الوثائق جميعها، مع مراعاة مصالح العمل والعمال، والحد من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة، بما يؤدي إلى تنمية الاستثمار وتشجيع تدفقه، وتنمية المدخرات، وتعظيم الربحية، وإتاحة فرص عمل جديدة. كما أن هذه القواعد تؤكد على أهمية الالتزام بأحكام القانون، والعمل على ضمان مراجعة الأداء المالي، ووجود هياكل إدارية تمكن من محاسبة الإدارة أمام المساهمين، مع تكوين لجنة مراجعة من غير أعضاء مجلس الإدارة التنفيذية تكون لها مهام واختصاصات وصلاحيات عديدة لتحقيق رقابة مستقلة على التنفيذ.

3- محددات الحوكمة : هناك اتفاق على أن التطبيق الجيد للحوكمة من عدمه يتوقف على مدى توافر ومستوى جودة مجموعتين من المحددات: المحددات الخارجية وتلك الداخلية، ونعرض فيما يلي لهاتين المجموعتين من المحددات بشيء من التفصيل كما يلي :

أ- المحددات الخارجية : وتشير إلى المناخ العام للاستثمار في الدولة، والذي يشمل على سبيل المثال: القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي (مثل قوانين سوق المال والشركات وتنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية والإفلاس)، وكفاءة القطاع المالي (البنوك وسوق المال) في توفير التمويل اللازم للمشروعات، ودرجة تنافسية أسواق السلع وعناصر الإنتاج، وكفاءة الأجهزة والهيئات الرقابية (هيئة سوق المال والبورصة) في إحكام الرقابة على الشركات، وذلك فضلا عن بعض المؤسسات ذاتية التنظيم التي تضمن عمل الأسواق بكفاءة (ومنها على سبيل المثال الجمعيات المهنية التي تضع ميثاق شرف للعاملين في السوق، مثل المراجعين والمحاسبين والحمامين والشركات العاملة في سوق الأوراق المالية وغيرها)، بالإضافة إلى المؤسسات الخاصة للمهن الحرة مثل مكاتب المحاماة والمراجعة والتصنيف الائتماني والاستشارات المالية والاستثمارية، وترجع أهمية المحددات الخارجية إلى أن وجودها يضمن تنفيذ القوانين والقواعد التي تضمن حسن إدارة الشركة، والتي تقلل من التعارض بين العائد الاجتماعي والعائد الخاص.²

¹ - راجع في تفصيل ذلك، كل من: البنك الأهلي المصري: "مرجع سابق"، ص: أ.

إبراهيم العيسوي: "التنمية في عالم متغير: دراسة في مفهوم التنمية ومؤشراتها"، القاهرة: دار الشروق، 2003. ص: 36 - 37.

Fawzy, S. (April 2003). *Assessment of Corporate Governance in Egypt. Working Paper No. 82. Egypt, The Egyptian Center for Economic Studies.* pp: 6-7.

² -Fawzy, S. *Ibid.* pp: 3-4.

ب- المحددات الداخلية: وتشير إلى القواعد والأسس التي تحدد كيفية اتخاذ القرارات وتوزيع السلطات داخل الشركة بين الجمعية العامة ومجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين، والتي يؤدي توافرها من ناحية وتطبيقها من ناحية أخرى إلى تقليل التعارض بين مصالح هذه الأطراف الثلاثة.¹

وتؤدي الحوكمة في النهاية إلى زيادة الثقة في الاقتصاد القومي، وتعميق دور سوق المال، وزيادة قدرته على تعبئة المدخرات ورفع معدلات الاستثمار، والحفاظ على حقوق الأقلية أو صغار المستثمرين. ومن ناحية أخرى، تشجع الحوكمة على نمو القطاع الخاص ودعم قدراته التنافسية، وتساعد المشروعات في الحصول على التمويل وتوليد الأرباح، وأخيرا خلق فرص عمل.

4- معايير الحوكمة : نظرا للاهتمام المتزايد بمفهوم الحوكمة، فقد حرصت عديد من المؤسسات على دراسة هذا المفهوم وتحليله ووضع معايير محددة لتطبيقه، ومن هذه المؤسسات: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وبنك التسويات الدولية BIS ممثلا في لجنة بازل، ومؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي. وفي الواقع، نجد أنه كما اختلفت التعريفات المعطاة لمفهوم الحوكمة، فقد اختلفت كذلك المعايير التي تحكم عملية الحوكمة، وذلك من منظور وجهة النظر التي حكمت كل جهة تضع مفهوما لهذه المعايير، وذلك على النحو التالي:

- أ- معايير منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية² : يتم تطبيق الحوكمة وفق خمسة معايير توصلت إليها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عام 1999، علما بأنها قد أصدرت تعديلا لها في عام 2004.³ وتمثل في:
- ✓ ضمان وجود أساس لإطار فعال لحوكمة الشركات: يجب أن يتضمن إطار حوكمة الشركات كلا من تعزيز شفافية الأسواق وكفاءتها، كما يجب أن يكون متناسقا مع أحكام القانون، وأن يصيغ بوضوح تقسيم المسؤوليات فيما بين السلطات الإشرافية والتنظيمية والتنفيذية المختلفة.
 - ✓ حفظ حقوق جميع المساهمين : وتشمل نقل ملكية الأسهم، واختيار مجلس الإدارة، والحصول على عائد في الأرباح، ومراجعة القوائم المالية، وحق المساهمين في المشاركة الفعالة في اجتماعات الجمعية العامة.
 - ✓ المعاملة المتساوية بين جميع المساهمين : وتعنى المساواة بين حملة الأسهم داخل كل فئة، وحقهم في الدفاع عن حقوقهم القانونية، والتصويت في الجمعية العامة على القرارات الأساسية، وكذلك حمايتهم من أي عمليات استحواذ أو دمج مشكوك فيها، أو من الاتجار في المعلومات الداخلية، وكذلك حقهم في الاطلاع على كافة المعاملات مع أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين التنفيذيين.

¹ -Ibid. p: 4.

² - انظر في تفصيل ذلك :

البنك الأهلي المصري: "مرجع سابق"، ص : أ.

فؤاد شاكر: "الحكم الجيد في المصارف والمؤسسات المالية العربية حسب المعايير العالمية"، ورقة مقدمة إلى المؤتمر المصرفي العربي لعام 2005 " الشراكة بين العمل المصرفي والاستثمار من أجل التنمية "، منشورة في :

Egyptian Banking Institute, Corporate Governance in the Banking Sector Workshop, March 2006.

Fawzy, S. Ibid. pp: 5-6.

³ -OECD, OECD Principles of Corporate Governance, 2004.

- ✓ دور أصحاب المصالح في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة : وتشمل احترام حقوقهم القانونية، والتعويض عن أي انتهاك لتلك الحقوق، وكذلك آليات مشاركتهم الفعالة في الرقابة على الشركة، وحصولهم على المعلومات المطلوبة، ويقصد بأصحاب المصالح البنوك والعاملين وحملة السندات والموردين والعملاء.
- ✓ الإفصاح والشفافية : وتتناول الإفصاح عن المعلومات الهامة ودور مراقب الحسابات، والإفصاح عن ملكية النسبة العظمى من الأسهم، والإفصاح المتعلق بأعضاء مجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين، ويتم الإفصاح عن كل تلك المعلومات بطريقة عادلة بين جميع المساهمين وأصحاب المصالح في الوقت المناسب ودون تأخير.
- ✓ مسؤوليات مجلس الإدارة : وتشمل هيكل مجلس الإدارة وواجباته القانونية، وكيفية اختيار أعضائه ومهامه الأساسية، ودوره في الإشراف على الإدارة التنفيذية.

ب- معايير لجنة بازل للرقابة المصرفية العالمية (Basel Committee)¹ : وضعت لجنة بازل في العام 1999 إرشادات خاصة بالحوكمة في المؤسسات المصرفية والمالية، وهي تركز على النقاط التالية :

- ✓ قيم الشركة وموثيق الشرف للتصرفات السليمة وغيرها من المعايير للتصرفات الجيدة والنظم التي يتحقق باستخدامها تطبيق هذه المعايير.
- ✓ إستراتيجية للشركة معدة جيدا، والتي بموجبها يمكن قياس نجاحها الكلي ومساهمة الأفراد في ذلك.
- ✓ التوزيع السليم للمسؤوليات ومراكز اتخاذ القرار متضمنا تسلسلا وظيفيا للموافقات المطلوبة من الأفراد للمجلس.

- ✓ وضع آلية للتعاون الفعال بين مجلس الإدارة ومدققي الحسابات والإدارة العليا.
- ✓ توافر نظام ضبط داخلي قوي يتضمن مهام التدقيق الداخلي والخارجي وإدارة مستقلة للمخاطر عن خطوط العمل مع مراعاة تناسب السلطات مع المسؤوليات (Checks & Balances).
- ✓ مراقبة خاصة لمراكز المخاطر في المواقع التي يتصاعد فيها تضارب المصالح، بما في ذلك علاقات العمل مع المقترضين المرتبطين بالمصرف وكبار المساهمين والإدارة العليا، أو متخذي القرارات الرئيسية في المؤسسة.
- ✓ الحوافز المالية والإدارية للإدارة العليا التي تحقق العمل بطريقة سليمة، وأيضا بالنسبة للمديرين أو الموظفين سواء كانت في شكل تعويضات أو ترقية أو عناصر أخرى.
- ✓ تدفق المعلومات بشكل مناسب داخليا أو إلى الخارج.

ت- معايير مؤسسة التمويل الدولية : وضعت مؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي في عام 2003 موجهاً وقواعد ومعايير عامة تراها أساسية لدعم الحوكمة في المؤسسات على تنوعها، سواء كانت مالية أو غير مالية، وذلك على مستويات أربعة كالتالي² :

- ✓ الممارسات المقبولة للحكم الجيد.
- ✓ خطوات إضافية لضمان الحكم الجيد الجديد.
- ✓ إسهامات أساسية لتحسين الحكم الجيد محليا.
- ✓ القيادة.

¹ - فواد شاكر: "مرجع سابق".

² - فواد شاكر: "مرجع سابق".

5- عناصر الحوكمة وخصائصها :

أ- يبين الإعلان الذي صدر عن مؤتمر الاتحاد الدولي لإدارة المدن، المنعقد في ديسمبر 1996 بصوفيا، عناصر الحوكمة المحلية كما يلي :¹

☒ نقل مسؤولية الأنشطة العامة من المستويات العليا (الحكومة) إلى المستويات الدنيا (البلديات)، بموجب تشريعات ملائمة؛

☒ اللامركزية المالية، مع موارد كافية تسمح للبلديات بالقيام بأنشطتها؛

☒ مشاركة حقيقية للمواطن في صنع القرارات المحلية (على مستوى البلديات)؛

☒ توفير الظروف الملائمة لخصوصية الاقتصاد المحلي..

واستناداً لهذه العناصر، يمكن حصر خصائص الحوكمة ومقوماتها كما يلي :²

☒ المشاركة : نعني بذلك توفير الظروف والآليات المناسبة لإشراك المواطنين المحليين (أفراد، جماعات) في عمليات صنع القرارات المحلية، بشكل مباشر عن طريق المجالس المنتخبة، أو غير مباشر عن طريق منح الثقة وقبول القرارات المحلية من جانب المواطنين؛

☒ المساءلة : يقصد بها خضوع صانعي القرار على المستوى المحلي لمساءلة المواطنين والأطراف الأخرى ذات الصلة دون تمييز، ومعناه أنهم يخضعون لما يسمى "المساءلة المزدوجة"، التي تتضمن الموازنة بين مساءلتهم أمام الناخبين من جهة، والمساءلة أمام المستويات الحكومية من جهة أخرى (أي وجود نوعين من العلاقات: أفقية وعمودية)³. ويلعب أعضاء المجلس التشريعي دوراً مهماً في تفعيل المساءلة، لما يتمتعون به من صلاحيات في الأنظمة الديمقراطية⁴، كما يمكن للأحزاب أن تلعب دوراً إيجابياً في مساءلة منتخبها لتقوية امتداداتها القاعدية؛

☒ الشرعية (سيادة القانون) : تعني قبول المواطنين لسلطة أصحاب القرار، الذين يمارسونها ضمن إطار قواعد وعمليات وإجراءات مقبولة، وأن تستند إلى حكم القانون والعدالة، بتوفير فرص متساوية لجميع أفراد المجتمع؛

☒ الشفافية : تعني التدفق الحر للمعلومات وسهولة الحصول عليها لكل الأطراف المعنية في المجتمع المحلي دون تمييز⁵، وإذا كانت المحاسبة والمساءلة أحد أهم أسس الحوكمة، فإن الشفافية لا تقل أهمية، وهذا من شأنه توفير الفرصة للحكم على مدى فعالية السلطات المحلية، كما يعزز قدرة المواطن المحلي على المشاركة، كما يُسهّل عملية المساءلة.

☒ الاستجابة : تعني سعي الأجهزة المحلية (البلديات في دراستنا) لخدمة كافة الأطراف المعنية، والاستجابة لمطالبها، وخاصة الفقراء المهمشين. وترتبط الاستجابة بدرجة المساءلة التي تستند بدورها على الشفافية؛

¹ - طاشمة بومدي: "الحكم الراشد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر"، تاريخ التحميل: 2009/11/02. الموقع :

www.sciencesjuridiques.ahlamontada.net/montada

² - المرجع السابق.

³ - حسن العواني: اللامركزية في الدول النامية من منظور أسلوب الحكم المحلي الرشيد"، ورقة مقدمة ضمن فعاليات مؤتمر الحكم الرشيد والتنمية في مصر.

³ - الموسوعة الحرة ويكيبيديا، الموقع: www.ar.wikipedia.org

⁴ - بلعزوز بن علي: "دور المساءلة الحكومية كأحد متطلبات الحكم الراشد في تحقيق التنمية في الجزائر"، ورقة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي السادس حول الحكم الراشد ودوره في التنمية المستدامة، المنظم من طرف الجمعية الوطنية للاقتصاديين الجزائريين، الجزائر.

⁵ - مصطفى كامل السيد، مصطفى كامل السيد: "الحكمانية البعد السياسي للتنمية المستدامة"، ورقة مقدمة ضمن فعاليات مؤتمر الحكم الرشيد والتنمية في مصر، المنظم من طرف كلية الاقتصاد والعلوم

السياسية، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، يومي 30/03/2003.

☒ الكفاءة والفعالية : نعني بذلك قدرة الأجهزة المحلية على تحويل الموارد المحلية إلى برامج ومشاريع تلي احتياجات المواطنين المحليين، وتعظم الاستفادة من الموارد المتاحة. وتشير معظم الحجج إلى أن اللامركزي تحسن الكفاءة والفعالية¹؛

☒ الرؤية الإستراتيجية : يجب أن يتمتع صانعو القرارات المحلية برؤية إستراتيجية حول الحوكمة وعلاقتها بالتنمية البشرية. بمعنى توفر رؤية بعيدة المدى تركز على تحليل الظروف البيئية والاستفادة من الفرص المتاحة، والتحصير لمواجهة التحديات.

وتجدر الإشارة أن هذه الخصائص تعتبر كمؤشرات للحكم على مدى الاقتراب أو الابتعاد من الحوكمة، رغم وجود اختلاف حولها من طرف المنظمات الدولية المهتمة بها.

6- أهداف الحوكمة :

على ضوء الأطراف المشاركة في الحوكمة، يُمكن تصور هدفين أساسيين من هذه الحوكمة، وهما :

أ- الهدف الاقتصادي: يتمثل في كفاءة تقديم الخدمات على المستوى المحلي. ويتم تحسين هذه الكفاءة، عن طريق تخفيض تدفقات مختلف الموارد المحلية المتاحة، ضمن إطار الصلاحيات المحددة للبلديات من طرف السلطة المركزية للدولة.

وضمن إطار تحقيق الهدف الاقتصادي، يمكن ملاحظة ما يلي :²

☒ رقابة الحكومة على البلديات : نظراً لاستفادة البلدية من الموازنة العامة، فإن الحكومة تكون مطالبة بممارسة رقابة قوية على إنفاق البلديات وهو ما يتطلب إصدار تشريعات ملائمة لذلك، ووضع ضوابط على فرض الضرائب والرسوم على المستوى المحلي. ويتم النظر للمساءلة المحلية والمشاركة الشعبية ضمن سياق أهداف الحكومة، لرفع قيمة ونوعية الخدمات المقدمة للمواطنين؛

☒ يلعب القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني دوراً مهماً في زيادة قدرة المواطن على الاختيار؛

☒ تلعب أشكال المشاركة المختلفة، في صنع السياسات والقرارات المحلية.

ب- الهدف السياسي : ضمن إطار تحقيق هذا الهدف، تلعب الهيئات المحلية دوراً أساسياً في التعبير عن المصالح المحلية (البلدية)، كما تلعب دوراً مهماً في صنع السياسات المحلية كجزء من الكيان الكلي وهو الدولة، وينظر لهذه الهيئات باعتبارها مشاركة للحكومة في مسؤولية تقديم الخدمات. ويمكن تحديد أهم ملامح هذا الهدف كما يلي :

☒ تمارس البلديات قدراً من المسؤولية في تحصيل الإيرادات الجبائية، عن طريق مصالح مختصة؛

☒ تكون مساءلة الحكومة للبلديات عبر مستويين : شعبي؛ وقانوني مؤسسي، حيث بنوط بالمستوى الأول المواطن

المحلي، الذي يعكس المصالح الجماعية للمجتمع المحلي، وتستخدم آلية التشاور مع المواطن، من خلال منظمات المجتمع المدني، التي تمثل أهم الفاعلين في عملية صنع السياسات المحلية؛

☒ يمكن اللجوء لاستطلاعات الرأي وللإستفتاء، لمعرفة اختيار ممثلي الشعب؛

☒ تساهم الشفافية المرتفعة لعمل البلديات، في دعم الأنشطة التي تقوم بها البلديات؛

¹ - حسن العواني: "مرجع سابق".

² - حسن العواني: "مرجع سابق".

☒ تمثل المساءلة والشفافية والعدالة، عوامل هامة في المساعدة على توفير موارد مالية إضافية.
المحور الثاني: التدقيق والتدقيق الداخلي في ظل حوكمة الشركات.

أولاً: التدقيق الداخلي: نتيجة الفضائح والانهيارات المالية للوحدات الاقتصادية العالمية أصبح التدقيق الداخلي من الضرورات التي تشغل الهيئات العلمية في الوقت الحالي، إذ أوصت التقارير العلمية في جميع دول العالم على ضرورة الاهتمام بالدور الذي يلعبه التدقيق الداخلي في الشركات، وترتب على ذلك تضمين شروط القيد في العديد من البورصات العالمية ضرورة إنشاء قسم خاص بالتدقيق الداخلي في الشركات التي تريد قيد أسهمها في تلك البورصات.¹

ففي أواخر عام 2003 أقرت لجنة تبادل الأوراق المالية "SEC" (Security Exchange Committee) لائحة بضوابط حوكمة الشركات تضمنت طلباً بأجراء تدقيقاً داخلياً للوحدات الاقتصادية المدرجة في بورصة نيويورك "NYSE" (New Yourk Security Exchange) وذلك لتحسين مستوى تطبيق حوكمة الشركات في تلك الشركات.²

وقد ظهر التدقيق الداخلي منذ حوالي ثلاثة عقود وبالتالي يعد حديثاً بالمقارنة مع التدقيق الخارجي، وقد لاقى قبولاً كبيراً في الدول المتقدمة، وأقتصر التدقيق الداخلي في بادئ الأمر على التدقيق المحاسبي للتأكد من صحة تسجيل العمليات المالية وتسجيل الأخطاء إن وجدت، ولكن مع تطور المشروعات أصبح من الضروري تطوير التدقيق الداخلي وتوسيع نطاق عمله بحيث يستخدم كأداة لفحص وتقويم مدى فاعلية الأساليب الرقابية وإمداد الإدارة بالمعلومات، وبهذا أصبح التدقيق الداخلي أداة تبادل معلومات واتصال بين المستويات الإدارية المختلفة والإدارة العليا، وبموجب هذا التطور أصبح برنامج التدقيق الداخلي يتضمن تقويم نواحي النشاط الأخرى.³

ويتضح التطور الذي حصل للتدقيق الداخلي من خلال تعريفه خلال مدد زمنية متعاقبة، إذ إن التدقيق الداخلي بموجب التعريف الجديد لمعهد المدققين الداخليين ينظر له على أنه: "نشاط مستقل، تأكيد موضوعي واستشاري مصمم لزيادة قيمة الشركة وتحسين عملياتها، ومساعدتها على أنجاز أهدافها بواسطة تكوين مدخل منظم و منضبط *Disciplined* لتقويم وتحسين فاعلية إدارة المخاطر *Risk Management* والرقابة *Control* وحوكمة الشركات *Corporate Governance*".⁴

بينما يشير التعريف القديم لمعهد المدققين الداخليين إلى أن التدقيق الداخلي: "وظيفة تقويم مستقلة تنشأ داخل الشركة، بهدف مساعدة أفراد الشركة على تنفيذ مسؤولياتهم بفاعلية من خلال تزويدهم بالتحليلات والتقويمات والتوصيات والمشورة والمعلومات المختصة بفحص الأنشطة، ويتضمن هذا التعريف أحد أهم أهداف التدقيق وهو توفير رقابة فعالة بكلفة معقولة.

¹ - سليمان محمد مصطفى: "حوكمة الشركات ومعالجة الفساد المالي والإداري"، الدار الجامعية، مصر، سنة 2006، ص: 186.

² - IIA, "New Governance Rules Require Internal Auditing", Ton at the Top, Issue 21, February, 2004. p 1-2

³ - سليمان محمد مصطفى: "مرجع سابق"، ص: 186.

⁴ - IIA, "New Governance Rules Require Internal Auditing", Ton at the Top, Issue 21, February, 2004 p1.

ومن خلال مقارنة التعريفين يمكن لمس التطور الحاصل من خلال تطور الخدمات التي يقدمها التدقيق الداخلي إذ إن وظيفة التدقيق الداخلي وفقاً للمفهوم القديم كانت تشمل :

✓ الفحص *Review*.

✓ التقويم *Evaluation*.

أما بموجب المفهوم الحديث فإن التدقيق الداخلي يشتمل على وظيفتين وهما :

✓ خدمة التأكيد الموضوعي : هي فحص موضوعي للأدلة بغرض توفير تقويم مستقل لفاعلية وكفاية إدارة المخاطر والأنظمة الرقابية وعمليات الحوكمة بالإدارة، مثال ذلك العمليات المالية ، الأداء ، الالتزام بالسياسات واللوائح التنظيمية، وأمن نظام لمعلومات.

✓ الخدمات الاستشارية : وهي عمليات المشورة التي تقدم لوحدة تنظيمية داخل المنشأة أو خارجها، وتحدد طبيعة نطاق هذه العمليات بالاتفاق مع تلك الشركات، والهدف منها إضافة قيمة للوحدة وتحسين عملياتها، ومثال ذلك: المشورة، النصح، تصميم العمليات، التدريب وهذا التطور أدى الى حدوث تطور في أهداف التدقيق الداخلي والتي أصبحت :

✓ زيادة قيمة الشركة وتحسين عملياتها من خلال مشاركة الإدارة في تخطيط إستراتيجية الشركة وتوفير المعلومات التي تساعد في تنفيذ تلك الإستراتيجية.

✓ تقويم وتحسين فاعلية إدارة المخاطر .

✓ تقويم وتحسين فاعلية الرقابة.

✓ تقويم وتحسين فاعلية عمليات حوكمة الشركات.¹

وبصدد تطور التدقيق الداخلي فقد أشار كل من *Dana & Larry* الى إن تطور الميثاق الاخلاقي لمهنة التدقيق الداخلي أصبحت عاملاً أساسياً في دعم حوكمة الشركات، إذ أن وظيفة التدقيق الداخلي أصبحت بتطورها تخدم أطرافاً يمارسون دوراً هاماً في حوكمة الشركات وكذلك تضيف قيمة لهم عن طريق التأكد من رسم الأهداف الاستراتيجية للوحدات الاقتصادية بطريقة تحقيق مصالح جميع الأطراف وبأساليب نزيهة ، ومن هذا المنظور يمكن القول إن التدقيق الداخلي يُخدم مجموعتين هما :

✓ المسؤولون عن حوكمة الشركات من خلال فحص أساليب عملهم والتأكد من نزاهتهم .

✓ الخاضعون لحوكمة الشركات من خلال ضمان عمل المسؤولين عن حوكمة الشركات لصالحهم.²

وانطلاقاً من كون التدقيق الداخلي أحد عوامل الإسناد لحوكمة الشركات وانعكاساً لتطور معايير التدقيق الداخلي على دور المدقق الداخلي، فقد تغير الدور التقليدي للمدقق الداخلي وتجاوز عملية تحديد مخاطر نظام الرقابة الداخلية ليصل الى القيام بدور استشاري كبير لتطوير وتعديل مؤشرات تشغيل الأداء الرئيسية، وأصبح المدقق الداخلي مطالباً بأن يكون لديه عدد من المهارات الفنية لتساعده في فهم الخطط وأسس بناء البرامج و تؤهله للعمل على تقديم التوصيات اللازمة لخفض التكاليف مع المحافظة على نفس مستوى الجودة في الأداء.

¹ - www.theiia.org:1996\ 1997:1.

² - *Dana & Larry*: 2003:58-59.

ويقوم المدقق الداخلي بتحمل المسؤوليات الآتية :

- ✓ تطوير الأهداف العامة وبخاصة فيما يتصل بأي مهمة تدقيق يضطلعون بها.
 - ✓ اختيار وتجميع (بواسطة منظومة متكاملة من إجراءات التدقيق) وتقييم أدلة التدقيق بما في ذلك استعمال الأساليب الإحصائية وغير الإحصائية في الاستدلال.
 - ✓ رفع التقارير عن نتائج التدقيق في عدة صور ولعدة فئات مختلفة من متلقي تلك التقارير.
 - ✓ لتحمل تلك المسؤوليات ينبغي على المدقق اكتساب المهارات الآتية:
 - ✓ مهارات التفكير الانتقادي والتحليلي.
 - ✓ القدرة على فهم أي عملية تدقيق سواء كانت متصلة ب الشركة أو الأفراد العاملين فيها أو النظام المتبع.
 - ✓ المعرفة العميقة بالمبادئ والمفاهيم والأساليب الجديدة للرقابة الداخلية.
 - ✓ الالتزام بالأخلاقيات المهنية وقواعد السلوك المهني.
 - ✓ التواصل مع تكنولوجيا التدقيق عبر عدد متنوع من أنواع تقارير التدقيق.
- إن مفهوم التدقيق الداخلي مفهوم ليس بالجديد فقد عرف منذ فترة غير قليلة كما أن طبيعة ومجال خدمات المدقق الداخلي قد حدث فيها الكثير من التطور في الجانب النظري ويتمثل هذا في تعريفات جمعية المدققين الداخليين.

فقد عرفت الجمعية التدقيق الداخلي في عام 1945 بأنه "عبارة عن نشاط تقويم مستقل يعمل بصفة أساسية في مجال الموضوعات المحاسبية والمالية ولكن من الجائز أن يتعامل في بعض المسائل ذات الطبيعة المستقبلية".

وفي عام 1971 عرفته بأنه "نشاط تقويم مستقل في المنشأة لمراجعة كل العمليات لخدمة الإدارة"، آخر تعريف أصدرته هذه الجمعية كان في عام 1978م "إن التدقيق الداخلي وظيفة تقويم مستقلة أنشئت داخل المشروع لغرض خدمته عن طريق فحص ومراجعة أنشطته المختلفة"، كما يعرف بأنه "مجموعة من أوجه النشاط المستعملة داخل المنشأة تنشأها الإدارة للقيام بخدمتها في تحقيق العمليات والبنود وبشكل مستمر لضمان دقة البيانات المحاسبية والإحصائية وفي التأكيد من كفاية الاحتياطات المتخذة لحماية أصول وعمال المنشأة ومن التحقق من إتباع موظفي المنشأة للسياسات والخطط والإجراءات الإدارية المرسومة لها في قياس صلاحية تلك الخطط والسياسات وجميع وسائل الرقابة والتفتيش الداخلية عليها وبذلك يصل المشروع إلى درجة الكفاية الإنتاجية الممكنة)، إن المراجعة تمثل عملية فحص، ونوعية من المعلومات، تقوم على الاستقصاء، بهدف التحقق من سلامة القوائم المالية، وتعكس احتياجات مستخدمي تلك القوائم، وإيصال هذا الرأي إلى الأطراف المعنية، لمعاونتها في الحكم على مدى جودة، ونوعية هذه المعلومات، وتحديد مدى الاعتماد عليها"¹.

ثانيا : أهمية التدقيق الداخلي : إن العوامل التي ساعدت على نشأة وتطور التدقيق الداخلي هي :

- ☑ تطور حجم المنشآت وانتشارها جغرافياً وعلى نطاق واسع مما أدى إلى تباعد المسافة بين الإدارة العليا وبين كافة العاملين.

¹ - الصبان محمد، هلال عيد: "الأسس العلمية والعملية لمراجعة الحسابات"، الدار الجامعية، مصر، سنة 1998، ص:21.

- ☑ ظهور الشركات المساهمة وحاجة الجمعية العمومية إلى معلومات لسلامة استثمار أموالها وصحة وعدالة الإفصاح عن البيانات والقوائم والحسابات الختامية المنشورة.
- ☑ الاستقلال التنظيمي للإدارات ضمن الهيكل التنظيمي وتعدد المستويات الإدارية في المنشأة مما دفع بالأدارة إلى تفويض السلطات والمسؤوليات ومن ثم حاجة الإدارة للتأكد من سلامة استعمال السلطات وتحمل المسؤوليات المقابلة وفقاً للسياسات والنظم والإجراءات المعمول بها.
- ☑ حاجة المجتمع إلى البيانات والمعلومات المثبتة في التقارير ولأجل التأكد من ذلك لا بد من سلامة نظام التدقيق الداخلي.

"إن مسؤولية الإدارة عن حماية أموال المنشأة ضد السرقة أو الاستخدام غير المرغوب به إضافة إلى منع الأخطاء والغش وتقليل فرص ارتكابها تقع على الإدارة"¹ ولكي تخلي الإدارة نفسها من هذه المسؤولية فإن عليها توفير نظاماً سليماً للرقابة والتدقيق الداخلي من شأنه التأمين على الأموال وحمايتها كذلك إيجاد الوسائل اللازمة لاكتشاف أية أخطاء أو تلاعب في حال حدوثها وحتى لا تتراكم آثارها.

- ☑ انتهاج أسلوب اللامركزية في الإدارة وقد لجأت الإدارة في المنشآت الكبيرة والمنتشرة جغرافياً إلى تفويض السلطات إلا أنه ما يزال يترتب على تلك الإدارات الالتزام بالسياسات والإجراءات وتحقيق الفعالية المطلوبة.
- يمكن تلخيص طبيعة التدقيق الداخلي في الآتي :²

- ☑ نشاط داخلي مستقل في المنشأة.
 - ☑ أداة رقابة بغرض انتقاد وتقييم جميع الرقابات الأخرى.
 - ☑ وظيفة استشارية أكثر منها وظيفة تنفيذية.
 - ☑ يمتد نشاطها إلى جميع الرقابات الإدارية والمحاسبية والضبط الداخلي.
 - ☑ تعمل على تقييم الرقابة المحاسبية.
 - ☑ المراجع الداخلي يجب أن لا يقوم بأي عمل من أعمال التنفيذ أو يشترك في أداء عمل سوف يقوم بمراجعته.
 - ☑ "يستطيع المدقق الداخلي أن يقوم بذات المهام التي يقوم بها المدقق الخارجي خلال فترة وجوده، ويستطيع أيضاً تدقيق كافة القيود والعمليات داخل المنشأة على مدار العام، ووجود دائرة للتدقيق الداخلي بشكل صحيح يؤدي إلى تقليل عمل المدقق الخارجي، ويختصر الوقت، ويوفر التكاليف على المنشأة"³.
- ثالثاً: خصائص التدقيق الداخلي : ومن خلال تحليل المفاهيم السابقة للتدقيق الداخلي يمكن التوصل إلى الخصائص التالية :

- ☑ التدقيق الداخلي وظيفة مستقلة أي أن التدقيق مستقل عن بقية النشاطات والعمليات التي تخضع لفحص المدقق الداخلي، وهذا الاستقلال يعد حجر الزاوية في موضوعية نتائج وتوصيات المدقق الداخلي ومدى ملائمتها ومدى قبولها والاعتماد عليها وبدون هذه الاستقلالية تكون نتائج وتوصيات المدقق الداخلي بعيدة عن الموضوعية وتعتبر فيها شيء من التحيز للنشاطات التي تشارك فيها.
- ☑ تختص وظيفة التدقيق الداخلي بمهمة فحص جميع الأنشطة في المنشأة.

¹- فيصل الشواورة: "فلسفة وميكانيكة عمل التدقيق الداخلي"، مجلة الأسمدة العربية، العدد 19، الأردن، سنة 1998، ص:17.

²- جمعه أحمد حلمي: "مرجع سابق"، ص: 95.

³- Fester.R.D, The External Auditors Use of Internal Auditors Staff, op, cit, p19.

☑ اتسعت مهام ومسؤوليات المدقق الداخلي الصادرة عام 1994 من قبل المعهد الأمريكي للمدققين الداخليين، يلاحظ أن المعهد الأمريكي للمدققين الداخليين حاول التوسع في مفهوم التدقيق الداخلي لدرجة وصفه بأنه رقابة إدارية وأن هذا التوسع له ما يبرره من وجهة نظر المعهد حيث أراد أن يوجد أساس لمفهوم التدقيق الداخلي يتفق مع طموح المؤسسة وأعضائها، حيث كانت النظرة السائدة آنذاك أن المحاسبين والمراقبين الماليين في الشركات مصدر خوف وقلق وانزعاج للعاملين في خطوط السلطة المختلفة ودقة البيانات المحاسبية اللازمة في رسم السياسات العامة للمنشأة وتجري التعديلات على الطرق والوسائل الإدارية في الرقابة وذلك لأجل مسيرتها في التطورات التجارية.

رابعا: واجبات التدقيق الداخلي: يحقق التدقيق الداخلي عدة أهداف يمكن بيان جزء منها كما يلي: ¹

1- أهداف سياسية: وهي التي تحقق ضمان أقصى كفاية ممكنة وأهمها:

☑ التأكد من إتباع السياسات والإجراءات الموضوعية ومدى الالتزام بها.

☑ تقسيم الخطط والسياسات والإجراءات الموضوعية.

☑ المحافظة على أموال وموارد المنشأة وحمايتها من الاختلاس وسوء الاستعمال.

2- أهداف ثانوية: يقوم التدقيق الداخلي بتقديم خدمات شتى للإدارة وأهمها:

☑ تنفيذ برامج التدريب التي تنظمها إدارة الأفراد للعاملين الجدد والقدامى.

☑ بذل جهد العاملين على حسن أداء واجباتهم بدقة وعناية وبدون تأخير.

☑ منع أو الحد من ارتكاب الأخطاء والغش والتلاعب.

☑ القيام بدراسات وبحوث بناء على طلب الإدارة.

☑ التحقق من دقة البيانات المحاسبية (لاتخاذ القرارات ورسم السياسات والخطط).

☑ رفع الكفاءة الإنتاجية باقتراح ما تراه من تعديلات وتحسينات ملائمة.

خامسا: أنواع التدقيق الداخلي: يقسم التدقيق الداخلي من حيث الأعمال التي يزاؤها المدقق الداخلي إلى الأنواع التالية وهي كما يلي: ²

1- التدقيق الداخلي المالي: يعرف التدقيق المالي بأنه الفحص المنظم للقوائم المالية والسجلات والعمليات المتعلقة بها لتحديد مدى تطبيق المبادئ المحاسبية المتعارف عليها والسياسات الإدارية وأية متطلبات أخرى، ويعتبر التدقيق المالي المجال التقليدي للتدقيق الداخلي والذي يتضمن تتبع القيود المحاسبية للأحداث الاقتصادية التي تحصل داخل المنشأة وتدقيقها حسابيا ومستنديا ثم التحقق من سلامتها وموافقتها للأنظمة والتعليمات المتبعة والقوانين والمبادئ المحاسبية المتعارف عليها وذلك لإظهار البيانات بصورة واقعية ويتناول التدقيق المالي أيضا التحقق من وجود الأصول وتوافر الحماية المناسبة لها من الضياع أو سوء الاستعمال أو الاختلاس وكذلك فحص وتقويم درجة متانة الرقابة المحاسبية الداخلية وكفائتها ومدى الاعتماد على البيانات المحاسبية المولدة داخل المنشأة والتي يعتمد عليها في اتخاذ القرارات.

2- الرقابة المحاسبية: وتشتمل على خطة التنظيم والوسائل والإجراءات التي تهتم بصفة أساسية بالمحافظة على أصول المنشأة ومدى الاعتماد على البيانات المحاسبية المسجلة بالدفاتر والسجلات المحاسبية ويتحقق ذلك عن طريق تصميم نظام فعال لأنظمة الضبط الداخلي وتوفير جهاز كفاء للقيام بعمليات المراجعة الداخلية.

¹ - الصحن عبد الفتاح، كامل سمير: "الرقابة والمراجعة الداخلية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2001، ص: 220.

² - Powers Resoyces Corporation- Powers CIA Review – p.4/2004

3- التدقيق التشغيلي : وهو مراجعة شاملة للوظائف المختلفة داخل المنشأة للتأكد من كفاءة وفاعلية وملائمة هذه الوظائف من خلال تحليل الهيكل التنظيمي وتقييم مدى كفاءة الأساليب الأخرى المتبعة للحكم على مدى تحقيق أهداف المنشأة من خلال هذه الوظائف، وكما تهدف المراجعة التشغيلية إلى التحقق من الكفاءة والفاعلية والاقتصادية في الأنشطة المراد تدقيقها، ومساعدة الإدارة على حل المشاكل بتقديم توصيات مجدية من أجل سلوك أساليب عمل واقعية¹، إن أهم ما تستفيد الإدارة من " التدقيق التشغيلي: إيجاد طرق جديدة وفعالة للاتصال بين المستويات المختلفة في الإدارة، استخدام الموارد المتاحة بكفاءة وفعالية، زيادة الربحية، وهذا ما يعرف بمفهوم الشمولية للتدقيق الداخلي الحديث"²، فالتخطيط يحول دون تجاهل المراحل الهامة من التدقيق ويسهل التعرف على المشاكل الرئيسية، ويحول دون تكليف المدققين بمهمات لا تتناسب مع قدراتهم وخبراتهم.

وهناك أيضا أنواع أخرى من التدقيق مثل التدقيق الإداري وهو يتعلق بتقييم جودة أسلوب إدارة المخاطر والرقابة ضمن نطاق أهداف البنك، وكذلك تدقيق الالتزام وهو عبارة عن مراجعة الضوابط الرقابية المالية والتشغيلية والعمليات للحكم على جودة وملائمة الأنظمة التي تم وضعها للتأكد من الالتزام بالأنظمة والتشريعات والسياسات والإجراءات.

سادسا : أهمية التدقيق الداخلي : لقد ازدادت أهمية التدقيق الداخلي في وقتنا الحالي وأصبحت نشاطا تقويميا لكافة الأنشطة والعمليات في المنشأة بهدف إلى تطوير هذه الأنشطة ورفع كفاءتها الإنتاجية وقد بلغت أهمية التدقيق ذروتها للأسباب التالية:

1- التغلب على الصعوبات التي تترتب على الظروف الاقتصادية : وذلك عن طريق تسليط الأضواء على الطريقة التي يتم بها إنجاز الأنشطة والعمليات داخل المنشأة فإنها تصبح أداة رقابية هامة تساعد الإدارة العليا على مواجهة الظروف الاقتصادية المعقدة.

2- كبر حجم المنشأة وانتشارها جغرافيا : إن كبر حجم المنشأة وتعدد منتجاتها وتشابك معالمها وحاجة عملائها إلى بيانات آمنة وموثوق فيها حيث أن مصالحهم لا تسمح لهم بانتظار حتى يتم تدقيق القيود من قبل مدقق الحسابات الخارجي لذا تحتاج تلك المنشآت إلى أعمال التدقيق الداخلي للتأكد من صحة بياناتها المالية والحاسبية أول بأول.

3- تحول التدقيق الخارجي إلى أسلوب (التدقيق الاختياري) : يعتمد حجم العينة التي يتم اختيارها في الغالب على مدى كفاية نظام الرقابة الداخلية للمنشأة ومن المكونات الرئيسة لتنظيم الرقابة الداخلية تكون مطمئنة للمراجع الخارجي أكثر من المنشأة التي لا يوجد بها مدقق داخلي.

4- توفير بيانات ومعلومات يمكن الاعتماد عليها : تزداد الحاجة إلى بيانات موثوق بها عندما تستخدم هذه البيانات لاتخاذ القرارات الإدارية سيما القرارات المتعلقة باستخدام الموارد المتاحة وفي الغالب فإن الإدارة العليا تحصل على المعلومات من مصدرين :

☑ معلومات من الإدارات التنفيذية.

☑ معلومات واردة في تقارير مدققي الحسابات الخارجيين.

5- إتباع أسلوب اللامركزية الإدارية: لقد تترتب على انتهاج أسلوب اللامركزية الإدارية في المنشأة الكبيرة ضرورة قيام الإدارة العليا لتلك المنشآت بالتأكد من مدى التزام الإدارات القطاعية التابعة لها لما وضعت من خطط

¹ - العمرات أحمد صالح : "مرجع سابق"، ص: 56.

² - Donald Taylor, and G.W Glezen, Auditing: an ASSERTION Approach, John Wily&Sons, Now York, 1997, pp40/41.

وسياسات عامة وان تلك الإدارات تحقق العائد المتوقع منها على رأس مال المستثمر وتستخدم مواردها بكفاءة وتحقق نتائج فعالة ما لم تلجأ بين الحين والآخر إلى تقسيم أداء تلك الإدارات وفقا لمعايير الأداء الموجودة عهدت بها إلى دائرة التدقيق الداخلي.

ويعتبر التدقيق الداخلي عملية مصممة ومنفذة من قبل أولئك المكلفين بالرقابة والإدارة والموظفين الآخرين لتوفير تأكيد معقول بشأن تحقيق أهداف المنشأة فيما يتعلق بموثوقية تقديم التقارير المالية وفاعلية وكفاءة العمليات والامتثال للقوانين والأنظمة المطبقة، ويتبع ذلك أن الرقابة الداخلية يتم تصميمها وتنفيذها لتناول مخاطر العمل المحددة التي تهدد تحقيق هذه الأهداف.

وفي سياق هذا التعريف والذي أوجز وظائف وأهداف التدقيق الداخلي، فإننا نعتقد بأنه يجب أن يتوفر نظام دقيق للرقابة الداخلية يتميز بدقة التصميم وكفاءة استخدام الأدوات، كما أننا نرى بأن مصممي هذه الأنظمة يجب أن يتمتعوا بالكفاءة المهنية والتجربة العملية والخبرة الكافيتين، بالإضافة إلى مشاركة كافة الموظفين في المسؤولية عن تطبيق هذه الأنظمة.

بطبيعة الحال، فإن نظام الرقابة الداخلية يتكون من الأنظمة اليدوية والأنظمة الآلية، ويعتمد اعتمادا أكبر على أي من هذين النظامين تبعاً للبيئة التي يتم العمل فيها وعلى حجم المنشأة وتعقيدات عملياتها، إلا أن كافة أنظمة الرقابة الداخلية يجب أن تغطي ما يلي :

- ✓ تفويض الصلاحيات والمسؤوليات والسلطات.
- ✓ معالجة المعلومات.
- ✓ عمليات مراجعة الأداء.
- ✓ عناصر الرقابة الداخلية.
- ✓ فصل المهام.

وبالتالي، فإن لجنة التدقيق مطالبة بفهم الأهداف والوظائف والفوائد من هذه الأنظمة والأنشطة التي تحكمها وأن يتوفر لها هذا الفهم لتتمكن من ممارسة أعمالها ضمن البيئة الصالحة للرقابة وأنشطتها بما يؤكد قدرتها على تحقيق أهدافها التي وجدت من أجلها، وبما يمكن هذه اللجان من القيام بواجباتها ومسؤولياتها على أكمل وجه.

إن نظام الرقابة الداخلي والمصمم تصميمًا دقيقًا والذي يشمل كافة العناصر الخمسة اللازمة لأي نظام سليم يعتبر أداة فعالة لأي شركة ولجنة التدقيق فيها لأداء دورها في تقديم تقارير مالية موثوقة وتوفير الحماية لها من المخاطر، تشكل العناصر الخمسة التالية العناصر الرئيسية لأي نظام رقابة فعّال :

- ✓ بيئة الرقابة.
- ✓ عملية تقييم المخاطر.
- ✓ نظام المعلومات وتبادلها.
- ✓ أنشطة الرقابة المختلفة.
- ✓ متابعة عناصر الرقابة.

وقد وضع المعهد الدولي للمدققين الداخليين معايير دولية لممارسة عمل التدقيق الداخلي لممارسة أعمالهم وتعزيز دورهم وتهدف إلى ما يلي :

- ✓ رسم الخطوط الأساسية والعريضة لممارسة أعمال التدقيق الداخلي.
- ✓ وضع إطار عام للقيمة المضافة من أنشطة التدقيق الداخلي.
- ✓ وضع القواعد لتقييم كفاية الرقابة الداخلية.
- ✓ تعزيز وتطوير كفاية الأداء لأنشطة المؤسسات.

ويلاحظ أن المعايير قد أولت الرقابة الداخلية اهتماما واضحا حيث وضعت لها القواعد اللازمة من أجل تأكيد كفاءتها وكفائتها، مما جعل منها إجراء ضروريا وهدفا في نفس الوقت، حيث جاء في المعيار 2120 تفصيلا وافيا للإجراءات التي يجب على المدقق الداخلي أن يقوم بها لتحقيق هذا الهدف، ويمارس التدقيق الداخلي الأنواع التالية من التدقيق :

- ✓ التدقيق المالي والحاسبي.
 - ✓ تدقيق مدى الالتزام بالقوانين والتعليمات.
 - ✓ تدقيق العمليات والأنشطة.
 - ✓ التأكد من أنظمة الرقابة ومدى الالتزام بها.
 - ✓ تقديم الخدمات الاستشارية والتوصيات.
- وباستعراض هذه الأنواع، نجد أن لجان التدقيق الداخلي تعتمد في ممارسة أعمالها اعتمادا رئيسيا على تقاريرهم، حيث أكدت كافة الجهات المهنية بأن توجه هذه التقارير إلى هذه اللجان.

المحور الثالث : تطور معايير التدقيق الداخلي في ظل حوكمة الشركات.

تتم أنشطة التدقيق الداخلي في بيئات ثقافية وقانونية واقتصادية متباينة ويتم تنفيذها داخل شركات تتباين أهدافها وأحجامها وهيكلها التنظيمية، ومن خلال أشخاص مختلفين، وكل تلك الفروق والاختلافات قد تؤثر على ممارسة أنشطة التدقيق الداخلي في البيئات المختلفة، لذا فمن الضروري إخضاع معايير التدقيق الداخلي الى عملية تقويم و تطوير مستمرة لتسهيل وضبط عمل المدققين الداخليين في ظل هذه المعايير.

وكجزء من استجابة الأزمات المالية العالمية والمستجدات التي حصلت في الاقتصاد العالمي لحوكمة الشركات كعلاج لها هو تطوير دور التدقيق الداخلي والوظائف التي يؤديها، ويتم تسهيل تحقيق هذا الأمر من خلال تطوير معايير التدقيق الداخلي في ضوء متطلبات حوكمة الشركات، وتنفيذا لهذا الأمر أصدر معهد المدققين الداخليين "IIA" معايير حديثة لمواكبة المستجدات الاقتصادية إذ أصدرت معايير التدقيق الحديثة في مجموعتين وكما يأتي :

أولا : معايير الصفات "**Trail Standards**" "سلسلة الألف" : وهي عبارة عن مجموعة مكونة من أربعة معايير رئيسية صادرة من معهد المدققين الداخليين والتي تتناول سمات وخصائص الشركات والأفراد الذين يؤدون أنشطة التدقيق الداخلي فيها وهي كما يأتي :

1- معيار رقم 1000 الغرض من المسؤوليات الملقاة على عاتق القائمين بأنشطة التدقيق الداخلي والغرض من السلطات الممنوحة لهم ووجوب تدوينها رسمياً في لائحة التدقيق الداخلي التي يتم اعتمادها من أعلى سلطة في الشركة.

- 2- معيار رقم 1100 الاستقلالية بالنسبة لأنشطة التدقيق الداخلي و الموضوعية في أداء هذه الأنشطة والموضوعية في أداء الرأي النهائي للمدققين الداخليين.
 - 3- معيار 1200 البراعة في أداء المدقق الداخلي لأنشطة التدقيق الداخلي وبذل العناية المهنية اللازمة في تأديتها.
 - 4- معيار 1300 جودة التدقيق الداخلي وخضوعه لعمليات التقويم والتحسين.
- أولاً: معايير الأداء " **Performance Standards** " "سلسلة الألفين" : وهي عبارة عن سبعة معايير رئيسية صادرة من معهد المدققين الداخليين والتي تصف أنشطة التدقيق الداخلي، والمعايير التي يتم من خلالها قياس أداء تلك الأنشطة وهي :
- 5- معيار رقم 2000 إدارة نشاط التدقيق الداخلي والتي تقع مسؤولية مراقبتها على مدير قسم التدقيق في الشركة وينبغي أن تتميز هذه الإدارة بالكفاءة والفاعلية لتمكين التدقيق الداخلي من خلق قيمة إضافية للشركة.
 - 6- معيار رقم 2100 طبيعة عمل التدقيق الداخلي، إذ يجب على نشاط التدقيق الداخلي ان يقوم بالتقويم و بالمساهمة في تحسين إدارة المخاطر و الرقابة و السيطرة و حوكمة الشركات .
 - 7- معيار رقم 2200 تخطيط مهمة العمل .
 - 8- معيار رقم 2300 أداء مهمة العمل، إذ ينبغي على المدققين الداخليين أن يقوموا بتحديد وتحليل وتقويم وتسجيل معلومات كافية لتحقيق أهداف المهمة التي يتولون القيام بها.
 - 9- معيار رقم 2400 توصيل النتائج إذ ينبغي على المدققين الداخليين أن يقوموا بإيصال نتائج العمل التدقيقي بالوقت والطريقة المناسبين.
 - 10- معيار رقم 2500 متابعة التقدم وهذه المهمة تقع على مدير قسم التدقيق الداخلي الذي ينبغي أن يكون حريصاً على أن يؤسس نظام للعمل ويتولى مسؤولية الحفاظ عليه ومراقبته وإيصال النتائج للإدارة.
 - 11- معيار رقم 2600 قبول الإدارة للمخاطر، بما أن تقويم وتحسين إدارة المخاطر أصبحت ضمن نشاط عمل التدقيق الداخلي بموجب المعيار 2120 ينبغي على مدير قسم التدقيق في الشركة التأكد من المستوى الذي تتقبله الإدارة من المخاطر وإذا أحس إن أنه أعلي من المستوى الذي يمكن للشركة ان تتحمله عليه ان يناقش الموضوع مع الإدارة العليا وإذا لم يتم حله يتم رفعه لمجلس الادارة للتوصل إلى الحل المناسب.
- والمعيار رقم 2130 المنفرد من المعيار رقم 2100 من المجموعة الثانية يختص بحوكمة الشركات، ويشير إلى إنه ينبغي أن يساهم نشاط التدقيق الداخلي في عمليات حوكمة الشركات بواسطة أسهامه في تقويم وتحسين عملية الحوكمة من خلال ما يأتي :
- أ- التحقق من وضع القيم والأهداف وتحقيقها بحيث تكون الإدارات مهيأة وقادرة على الإفصاح عن إنشطاتها وأفعالها وقراراتها مطابقة للأهداف المحددة والمتفق عليها.
 - ب- مراقبة عملية إنجاز الأهداف من خلال :
 - تقويم نوعية الأداء المنفذ على مستوى المسؤوليات التي كلف العاملون القيام به .
 - تقديم التوصيات المناسبة لتحسين عمليات الشركة وتطويرها.
 - رفع الكفاية الإنتاجية عن طريق التدريب باقتراح اللازم منها.
 - التحقق من المساءلة إذ تكون الأفعال والقرارات واتخاذها قابلة للفحص عن طريق التدقيق الداخلي.

☒ التحقق من الحفاظ على قيم الشركة عن طريق تحديد المناطق أو العمليات والبرامج التي يجب مراجعتها وتقويمها أثناء التدقيق.

المحور الرابع : دور التدقيق الداخلي في المؤسسات الاقتصادية في ظل حوكمة الشركات.

أولاً : دور التدقيق الداخلي في دعم الحوكمة : تشير التطورات الحديثة إلى أن المدقق الداخلي يساهم بدور كبير في حوكمة الشركة سواء مراقبة أو في تقييم الخطط والأساليب التي تتبناها لتحقيق الأهداف التي تضعها الشركة، وقد أوضح معهد المدققين الداخليين،¹ هذه الأهداف في موقفه الرسمي من الحوكمة إلى أن موضوع الحوكمة وبالرغم من تعقيده إلا أنه² يتقاطع بشكل كبير مع كثير من القضايا التي يعالجها التدقيق الداخلي وقد أشارت الكثير من الدراسات على مستوى العالم إلى أهمية التدقيق الداخلي في عملية الحوكمة وتحقيق جودة التقارير المالية³، وهذا ما أشار إليه التعريف الحديث للتدقيق الداخلي الصادر عن معهد المدققين الداخليين، والدور المنشود للتدقيق الداخلي هنا يكمن في مساهمة التدقيق الداخلي في تقديم التوصيات اللازمة للإدارة أو لمجلس الإدارة أو للجنة التدقيق فيما يخص ما إذا كانت الشركة تسير باتجاه تحقيق الأهداف أو أن هناك مخاطر وعوائق تواجه الشركة، وهذا من شأنه أن يخفض تكاليف الوكالة، حيث نصت قواعد الحوكمة الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على أن مجلس الإدارة ينبغي له إمكانية الاتصال مع دائرة التدقيق الداخلي في الشركة وتلقي تقاريرها بشكل مباشر، ويرى خليل⁴ إلى أن التدقيق الداخلي يقوم بأداء دوره باعتباره أحد الأطراف الرئيسية المسؤولة عن دعم الحوكمة من خلال اتجاهين :

الاتجاه الأول : مساعدة مجلس الإدارة ولجنة التدقيق والإدارة التنفيذية وهي من الأطراف الداخلية المسؤولة عن تنفيذ الحوكمة وقواعدها في أداء دورها بفاعلية من خلال تقديم خدمات الاستشارات في المواضيع المختلفة للتشغيل.

الاتجاه الثاني : القيام بدوره الذي يتفق مع مضمون وظيفته في متابعة وتحليل وتقييم المخاطر المرتبطة بالتنظيم والرقابة الملائمة لمواجهتها، والتقرير عن ذلك من خلال تقديم خدمات التأكيد والضمان في المجالات المختلفة.

كما يرى *Hermanson and Rittenberg*⁵ أن وظيفة التدقيق الداخلي تساهم في دعم الحوكمة من خلال التقارير والتوصيات التي تقدمه إلى الإدارة العليا ولجنة التدقيق حيث تتعلق التوصيات المقدمة إلى الإدارة العليا بالأمر التالي :

- ☒ التقييم المستقل لنظام الرقابة الداخلية وتقديم التقارير المناسبة بالخصوص.
- ☒ المساهمة في تصميم نظام الرقابة الداخلية.

¹ -Hermanson, Dana and Rittenberg, Larry CH.2 " INTERNAL AUDIT AND ORGANIZATIONAL GOVERNANCE", 2003, P:34.

² -IIA,2006,P :2.

³ - خليل عطا الله واردة: "الدور المتوقع للمدقق الداخلي عند تقديم خدمات التأكيد في البنوك التجارية الأردنية في ظل الحاكمية المؤسسية"، المؤتمر العربي الأول حول التدقيق الداخلي في إطار الحوكمة المؤسسية، القاهرة - مصر، سبتمبر 2005، ص: 723.

⁴ - خليل عبد اللطيف محمد: "مرجع سابق"، ص: 415.

⁵ - Hermanson and Rittenberg, 2003, P:32.

☒ تقييم كفاءة العمليات والإجراءات الإدارية.

☒ تحليل المخاطر وتقديم التأكيدات بخصوص تلافيتها.

☒ تسهيل قيام الأطراف المختلفة بالتقييم الذاتي للمخاطر ونظم الرقابة.

ثانيا: أهمية التدقيق الداخلي ودوره في إضافة القيمة للشركة: تعتبر وظيفة التدقيق الداخلي من أهم الوظائف التي تتميز بها الشركات الحديثة حيث أشار بعض الباحثين إلى أن سنة واحدة من التدقيق الداخلي توازي عمل ثلاث سنوات من التدقيق الخارجي¹ ولا شك أن أهمية التدقيق الداخلي تكمن في مدى قدرة هذه الوظيفة على إضافة القيمة حيث نص التعريف الذي وضعه معهد المدققين الداخليين بوضوح على أن قيام التدقيق الداخلي بدوره الاستشاري والتأميني إنما يهدف بالأساس إلى إضافة القيمة للشركة ووضعه المعهد كهدف نهائي واستراتيجي لوظيفة التدقيق الداخلي، وأشار المعهد إلى أن إضافة القيمة يتم من خلال تحسين وزيادة فرص انجاز أهداف المنظمة وتحسين الإجراءات والعمليات وتخفيض المخاطر إلى مستويات مقبولة.

وأشار لبيب² إلى أن إضافة القيمة للشركة يتحقق من خلال قيامها بواجبها التقويمي والبنائي، ويؤكد خليل³ أن إضافة القيمة تتحقق من خلال دعم قدرة إدارة التنظيم على تحقيق أهداف التنظيم الإستراتيجية وبما يتسق مع توقعات أصحاب المصلحة بأداء خليط من الأنشطة التأكيدية والتأمينية والاستشارية في إطار من الاستقلال والموضوعية.

ويناقد الباحثون في كيفية قيام هذه الوظيفة بإضافة القيمة ويقررون في أن هدف إضافة القيمة بالنسبة للتدقيق الداخلي يدفعنا في البداية لتحديد من هو المستفيد من خدمات التدقيق الداخلي⁴، حيث يرى خليل⁵، أنه لمعرفة القيمة المضافة الناتجة عن التدقيق الداخلي فان من المطلوب تحديد الأمور التالية :

☒ تحديد الأطراف ذات المصلحة في التنظيم "داخلية / خارجية" وبالتالي ذات المصلحة في وظيفة التدقيق الداخلي.

☒ تحديد توقعات تلك الأطراف من وظيفة التدقيق الداخلي وبما يمكن من إضافة القيمة.

☒ تحديد الطاقات والموارد اللازمة لمنهج إضافة القيمة.

☒ تقييم مهارة وأنشطة وظيفة المراجعة بما يتناسب مع منهج إضافة القيمة.

¹ - الجمع العربي للمحاسبين أ: "مفاهيم التدقيق المتقدمة"، الجمع العربي للمحاسبين، عمان، الأردن، سنة 2001، ص: 226.

² - العبادي، مصطفى راشد: "تطور المراجعة الداخلية بين النظرية والممارسة العملية في ضوء التحديات الاقتصادية والاجتماعية التي تواجه الوحدات الاقتصادية- دراسة ميدانية"، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة-جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، يناير 1999، ص: 189.

³ - خليل عبد اللطيف محمد: "نموذج مقترح لإدارة وتقييم أداء وظيفة المراجعة الداخلية في ضوء توجهاتها المعاصرة - بالتطبيق على البنوك التجارية"، مجلة البحوث التجارية، كلية التجارة - جامعة الزقازيق، العدد الأول، المجلد الخامس والعشرون، يولييه 2003، ص: 404.

⁴ - Anderson, Urton , CH. 4 " ASSURANCE AND CONSULTING SERVICES ",2004 ,p:99 .

⁵ - خليل عبد اللطيف محمد: "مرجع سابق"، ص: 410.

فعندما كان المستفيد من خدمات التدقيق الداخلي هو الإدارة العليا عبر كون التدقيق الداخلي يمثل عيون وآذان الإدارة فإنه كان يساهم بإضافة القيمة بواسطة ضمان الحماية الكاملة للأصول وضمن الالتزام بالقوانين والتشريعات عبر ما تقدمه من توصيات إلى الإدارة العليا بالخصوص، أما حين تطورت هذه الوظيفة وأصبح المستفيد من خدمات هذه الوظيفة بالإضافة إلى الإدارة العليا كل من مجلس الإدارة ولجنة التدقيق المنبثقة عنه فقد أصبحت هذه الوظيفة تضيف قيمة بواسطة تحسين كفاءة وفعالية العمل ومنح الثقة للمعلومات والبيانات المالية وغير المالية وضمن التزام الإدارة العليا بمتطلبات الحوكمة والإدارة السليمة وهذا ما جعل المستفيد من خدمات وظيفة التدقيق الداخلي يتخطى حتى لجنة التدقيق ومجلس الإدارة ليشمل المدقق الخارجي، والمساهمين، والزبائن، والموردين، والأسواق المالية بمعنى جميع الأطراف ذات العلاقة بالشركة والتي تشكل ما يمكن أن يطلق عليه سلسلة القيمة¹.

¹- Anderson,2004,p.102

خاتمة :

أصبح مفهوم الحوكمة يحتل أهمية كبيرة على كل المستويات المحلية والعالمية، خاصة في ظل ما يشهده العالم اليوم من التحول إلى النظام الاقتصادي الرأسمالي، والذي أصبح فيه نمو الشركات الكبيرة والخاصة، والشركات التي تفصل بين الإدارة والملكية دورا كبيرا ومؤثرا في الاقتصاديات المحلية والدولية، وهذا يتطلب ضرورة الرقابة على هذه الشركات والعمل على تقييم أدائها بما يحقق مصالح من لهم علاقة.

يعتبر التدقيق الداخلي نوعاً من الإجراءات الرقابية يتم من خلالها فحص وتقييم كفاءة وكفاية الإجراءات الرقابية الأخرى، وتستطيع وظيفة التدقيق الداخلي أن تساهم في تصميم وتطوير نظام الرقابة الداخلية، وتعزيز سيطرة الإدارة على الشركة أو تدعيم ما يسمى بحوكمة الشركة.

النتائج :

✘ إن لجان التدقيق تمثل الخط الأول لمجلس الإدارة في التأكد من أن هناك نظاما رقابيا فعّالاً وأن هذه الأنظمة يتم التقيّد بها وبشكل مستمر.

✘ على لجان التدقيق أن تعلم بأنه لا يكفي وجود نظام للرقابة الداخلية يتصف بالكفاءة والكفاية بل يجب أن يتم التأكد من استمرار تطبيق هذه الأنظمة والالتزام بها.

✘ على لجنة التدقيق التأكد من أن كافة الموظفين يفهمون أدوارهم ضمن أنظمة الرقابة الداخلية.

✘ على لجنة التدقيق أن تتأكد باستمرار من توفر الوسائل اللازمة للتدقيق الداخلي للقيام بأعمالهم وبشكل مستمر.

✘ إن أي نظام للرقابة الداخلية يجب أن تتوفر فيه :

- التوصيف الدقيق للمهام والمسؤوليات.
- التحديد الواضح للصلاحيات بكافة أنواعها (المالية والإدارية).
- الفصل بين المسؤوليات والصلاحيات ضمن خطوط واضحة.
- توفير المعلومات الكافية سواء المعلومات المالية أو التشغيلية أو تعليمات الإلتزام والكفاية وأن يكون هناك وسائل التداول لها واضحة ضمن خطوط معروفة.
- توفر الوسائل اللازمة للنظام كالأدوات والوسائل الآلية واليدوية مقرونة بالتعليمات الواضحة للإستخدام وتحديد المسؤولية عن ذلك.
- استمرار دراسة فعالية النظام لإجراء التعديلات اللازمة عليه كلما لزم ذلك.
- الاستفادة من عمل المدققين الداخليين والخارجيين لتقييم فعالية النظام.

النظام القانوني للأموال الوطنية في التشريع الجزائري



الدكتورة : محمودي فاطيمة الزهراء ، أستاذة محاضرة - ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، معسكر ، الجزائر الشقيقة

المقدمة :

لقد تطورت قواعد التملك والحيازة للأرض مع تطور المجتمعات التي وضعت تشريعات خاصة تسيرو وتنظيم ملكية العقارات بعدما كانت تسودها الحروب القبائلية بغرض تملكها والحصول عليها⁽¹⁾

كما اهتمت كل التشريعات بتنظيم الملكية العقارية وضبط نطاقه وتحديد أشكاله وأنواعه وكيفية استعماله وحمايته من الاعتداءات، كون أن العقار والحقوق الملتصقة به تعتبر ضمن الثروات الأساسية التي يعتمد عليها النظام الاقتصادي المنتهج لتحقيق التنمية، ضمن القواعد التي يضبطها المشرع حسب التوجيه⁽²⁾ السياسي والإيديولوجي السائد وإستراتيجية لتحقيق النمو والازدهار للمجتمع⁽³⁾

ضف إلى ذلك فإن الصيغة القانونية التي يضبطها المشرع لكل تصرف حسب نشوئه، تسلمهم بقدر كبير في تنظيم المعاملات المتعلقة بالعقار، ورغم ذلك فقلما تخلو جداول المحاكم من قضايا في منازعات العقارية ، بل تعتبر محاکمنا من بين أكبر المحاكم التي تشهد هذا النوع من القضايا..

نذكر منها مثلا ما هو متعلق بمسألة صعوبة الفصل في الملكيات العامة والخاصة و ملكية الخواص الذي كان أبرز عائق لتقدم عملية الخوصصة و تأخر عملية مسح الأراضي العام و غيرها من العمليات العقارية، لذلك حاولنا تبيين وإعطاء الغطاء القانوني الذي ، يرتكز عليه كل نوع من الملكيات من خلال تحديد مفهوم الملكية الوطنية العامة و الخاصة و كيف حدد المشرع الجزائري النظام القانوني لهذا النوع من الملك و ميمزه عن غيره من الملكيات؟ من خلال مبحثين عالجننا في الأول الأملاك الوطنية العامة متطرقين بعدها إلى الأملاك الوطنية الخاصة في ظل التشريع الجزائري.

(1) - انظر: عماد علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر (العقار) ، دار الهومة، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص3.

(2) انظر ، ليلي زوروقي، التقنيات العقارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 2001، ص3.

(3) انظر: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،

سنة 2000، ص3

المبحث الأول : تصنيف الأملاك العقارية :

لم يكتفي المشرع بتحديد أنواع العقار فقط، بل صنفه من خلال أشكاله وأيلولة هذا الصنف من حيث ملكيته نظرا لارتباط هذا الأخير بمفهوم السيادة ولهذا كان على المشرع أن يصنف الأملاك العقارية ويضع لها طابعا قانونيا يحدد أصلها وكيفية تسييرها.

وللوقوف عند هذا التحديد سوف نعالج في هذا المطلب الأملاك العقارية بحسب ترتيبها التي جاءت به وفقا لنص في فروع متتالية.

المطلب الأول : الأملاك الوطنية :

لقد نصت المادة 24 من قانون 90-25⁽¹⁾، المتضمن التوجيه العقاري التصنيف الأول من الأملاك العقارية وهي الأملاك الوطنية باعتبارها ملكا للدولة والجماعات المحلية وخصتها هذه المادة ضمن أملاك عمومية وخاصة للدولة والأملاك العمومية والخاصة للولاية والأملاك العمومية والخاصة للبلدية ومعرفة هذه التصنيفات قد تعيدنا لدراسة الأملاك القابلة للنقل وكيفية ذلك على أساس أيلولتها وعليه سوف نتطرق إلى هذه الأملاك من خلال التقسيم القانوني للأملاك الوطنية العامة والأملاك الوطنية الخاصة بالتفصيل في البنود التالية.

الفرع الأول : النظام القانوني للأملاك الوطنية :

لقد عرف النظام القانوني للأملاك الوطنية في الجزائر عدة تطورات منذ الاستقلال نظرا للارتباط الوثيق بين نظام الملكية بصفة عامة والنظام السياسي والاقتصادي المطبق في البلاد.

ضمن فكرة وحدة الأملاك العامة التي تبناها المشرع في البداية باعتبار أن الدولة في النظام الاشتراكي تتدخل في كل المجالات ولا مجال لتطبيق النظرية التقليدية المكرسة لازدواجية الأملاك التي كانت سائدة قبل الاستقلال والتي استبعدتها قانون 84/16 المؤرخ في 30/06/1984 المتعلق بالأملاك الوطنية جاء دستور 23/02/1989 ليكرس من جديد النظرية التقليدية المبنية على التفرقة بين الأملاك العمومية التي تهدف لتحقيق المنفعة العامة والأملاك الخاصة التي تمتلكها الدولة والجماعات المحلية لتحقيق أغراض إمتلاكية بحتة، وبالتالي الملكيتين لا تتمتعان بنفس الحماية ولا بنفس النظام القانوني معلنا عن توجه سياسي واقتصادي جديد يكرس مبادئ اللبرالية المبنية على حماية الملكية الخاصة والمبادرة الحرة وتطبيق مفهوم المنفعة العمومية، وتكريسا لهذا التوجه الجديد، صدر قانون التوجيه العقاري وقانون الأملاك الوطنية ليجسدا هذه المبادئ.

أولا-تحديد مفهوم الأملاك الوطنية :

وردت في دستور 23/02/1989 مادتين تحدد مفهوم الأملاك الوطنية وهي المادتين 17 و18 منه، وعملا بهاتين المادتين فإن الأملاك الوطنية تشتمل على مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها المحلية في شكل ملكية عمومية أو خاصة.

(1) قانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المعدل و المتمم بموجب الأمر 95-26 المؤرخ في 25/09/1995.

ومن هاتين المادتين نستنتج أن الدستور أخذ بمبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية وازدواجية الملكية، عامة وخاصة وتبني أيضا على مبدأ الإقليمية بحيث لا تدخل ضمن الأملاك الوطنية سوى الأملاك التابعة للأشخاص المعنوية المتمتعة بإقليم أي (الدولة، البلدية، الولاية)⁽¹⁾

وبالتالي استبعدت من ممارسة حق الملكية الإدارية المؤسسات ذات الطابع الإداري والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسات الاقتصادية التي عملا بهذا المبدأ لا يمكنها استعمال الأملاك الوطنية إلا عن طريق التخصيص أو عقد الامتياز.

ثانيا- تحديد طبيعة الملكية :

إذا ما تطرقنا إلى طبيعة الملكية فإن ذلك يظهر بعد استقراءنا إلى القانون 30/90، بحيث اعتمد على المعايير المعروفة في النظرية التقليدية للتفريق بين الأملاك الوطنية العامة والأملاك الوطنية الخاصة وتتمثل هذه المعايير على وجه الخصوص في معيار الغرض من عملية استقلال هذا الملك أو الغرض المخصص له هذا المال حيث أكد هذا النص أن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها أما الأملاك الخاصة فهي تلك الغير مصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية في نفس الوقت⁽²⁾.

• معيار عدم قابلية الأملاك العمومية للتملك الخاص :

معناه أن هذه الأملاك غير قابلة للتصرف فيها ولا التنازل عنها مادامت مخصصة للنفع العام أو المرافق العامة وإن كان يمكن ذلك إذا رفع عنها التخصيص.

أ) معيار الوظيفة التي يؤديها المال العام :

هذا المعيار يخضع للهدف أو للغرض الذي سيحققه هذا الملك فوظيفة الملك العام هي تحقيق مهمة من مهام المرافق العامة لصالح العام والنفع العام وعليه عند تسييرها يحق للإدارة استعمال كل صلاحيات السلطة العامة من تصرفات إدارية وقضائية في حين لا يجوز لها ذلك عند تسيير الأملاك الخاصة المخصصة أساسا لأغراض امتلاكية ولا تقدم أي مصلحة عامة.

ب) ازدواجية النظام القانوني :

القانون كرس مبدأ ازدواجية الملكية من جهة وازدواجية الأملاك من جهة أخرى ويترتب عن ذلك مبدأ ازدواجية النظام القانوني فالأملاك العمومية تخضع للقانون العام والأملاك الخاصة تخضع للقانون الخاص غير أن المشرع الجزائري لم يقتصر على معيار التخصيص⁽³⁾ للاستعمال الجماهيري العام والمرفق العام لأن المادة 17 من دستور 1989 أدرجت ضمن الأملاك الوطنية العمومية الثروات الطبيعية وبعض النشاطات، وعليه أصبحت الأملاك

¹ حمدي باشا، ليلي زروفي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر، التعديلات وأحدث الأحكام، در هومة، ص (89-90).

² حيث تنص المادة الثالثة من قانون 30/90 الصادر في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و المعدل و المتمم بموجب قانون 08-14 المؤرخ في 2008/06/20 على ما يلي « تمثل الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في المادة الثانية التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها... » .

⁽³⁾ - يقصد بالتخصيص أن المال العام مخصص لخدمة المرافق العامة ولأجل النفع العام ويخصص المال الخاص للامتلاك فقط.

العمومية في النظام الجزائري تشمل أملاك عمومية بحكم الدستور وأملاك عمومية بحسب التخصيص، أما الأملاك الأخرى الغير مخصصة فهي أملاك وطنية خاصة تستخدم لأغراض مالية وامتلاكية.

الفرع الثاني : مفهوم الأملاك الوطنية العمومية :

إن الأملاك العمومية تشتمل على مجموع الأموال والأشياء الموضوعة تحت تصرف المواطنين بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق المرافق العامة إلى جانب ذلك جميع الأملاك الوطنية العمومية بحكم المادة 17 من دستور 1989، أي الثروات الطبيعية، وبعض النشاطات ولاسيما النشاط الجوي والبحري والبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية وحسب المادة الأولى من قانون 30/90 فقد عرفت الأملاك الوطنية العمومية هي مجموع الممتلكات والحقوق العينية المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها المحلية، وحسب هذا النص فإن الشخص المعنوي العام هو مالك لهذه الأموال وليس مجرد حائز لها أو حارسا وهي تخضع لمبدأ الإقليمية الذي سنتطرق له في تصنيف الأملاك في البنود الموالية، كما أن هذه الأملاك هي غير قابلة للتملك الخاص ومخصصة للاستعمال العام جماعيا كان ومشتراكا فرديا عاديا⁽¹⁾

فمثلا ذات الاستعمال الجماعي العام هي تلك الأملاك التي يستعملها الجمهور مباشرة دون المرور عن المرافق العامة كالطرق والحدائق العامة والشواطئ...إلخ.

أما الاستعمال عن طريق المرافق العامة، فهي تلك الأعمال التي يجب أن تكون بطبيعتها ضرورية للمرفق العام أو هيئت خصيصا له ويستعملها الجمهور عن طريق هذه المرافق، وتتميز عن الأملاك الأخرى التي تحوزها الهيئات المسيرة للمرفق العام دون أن تكون ضرورية للمرفق.

الفرع الثالث : تكوين الأملاك الوطنية :

لقد جاء قانون 30/90 السابق الذكر يحدد الأملاك العقارية المتواجدة على التراب الوطني ويعطيها تصنيفا وصفيا للوقوف عند الصفة القانونية أثناء انتقال هذه الملكية من مالك إلى آخر إذن فقد حدد هذا القانون مكونات هذه الأملاك وكذا القواعد الخاصة بتسييرها ومراقبة استعمالها فتشمل الأملاك الوطنية عموما من مجموع الأملاك والحقوق العقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة وهي تشمل الأملاك العمومية الخاصة للدولة والعمومية الخاصة للولاية وللبلدية وهذه الأملاك غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز وهي تستغل في عدة أشكال لتحقيق الأهداف المسطرة لها ولهذا يجب السهر على حمايتها والحفاظة عليها.

ويتعين على مستعملي ومستغلي هذه الأملاك سواء كانوا حائزين أو مستقرين بأي صفة كانت أن يسيروها وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها كما يتحمل المستغلون لهذه الأملاك جميع الأضرار المترتبة عن هذا الاستعمال وقد جرد المشرع الأملاك الوطنية على اختلاف أنواعها حسب الأحكام القانوني المعمول بها وذلك لأجل ضمان حماية هذه الأملاك والحرص على استعمالها وفقا للأهداف المسطرة لها.

(1) نص المادة 27 الفقرة الثالثة من قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 على ما يلي «... ويكون تعيين الحدود والتصنيف، مقبولين يجب أن يسبقهما الاقتناء باعتباره فعلا أو حدثا معينا، يترتب عليه التملك القبلي للملك الذي يجب أن يدرج في الأملاك الوطنية العمومية ».

كما يتولى الوزراء المعنيون والولاية ورؤساء المجالس البلدية والسلطات المسيرة الأخرى تمثيل الدولة والجماعات المحلية في عقود التسيير المتعلقة بالأماكن الوطنية طبقا لما يخوله لها القانون، كما يتولى هؤلاء تمثيل الدولة والجماعات الإقليمية في الدعاوي القضائية المتعلقة بهذه الأماكن⁽¹⁾ وإذا ما تطرقنا إلى تكوين هذه الأماكن فهي التكوين القانوني حسب هذا القانون تقام بالوسائل القانونية أو بفعل الطبيعة.

أ- التكوين الوسائل القانونية :

ويقصد بالوسائل القانونية هي تلك التصرفات القانوني أو التعاقدية التي تضم بمقتضاها نقل ملكية ما إلى الأماكن الوطنية حسب الشروط المنصوص عليها. كما هي نتيجة عمل بشري وتهيئة خاصة وتستوجب صدور قرار بإدماجها ضمن الأماكن العمومية وتخصيصها لأهداف المنفعة العامة.

ويحدد هذا القانون مجمل الطرق القانونية التي تنقل الملكية إلى الأماكن الوطنية وحددها في طرق الاقتناء التي تخضع إلى القانون العام وهي العقد، التبرع، التبادل، التعدم والحيازة... إلخ، والطرق التي تخضع إلى القانون العام وهي استثناءات عنه نزع الملكية وحق الشفعة.

ويتم ضبط الملك العام الوطني إما عن طريق تعيين الحدود وإما عن طريق التصنيف.

وحتى تكون هاتين الطريقتين مقبولتين يجب أن يسبقهما الاقتناء القانوني أو الطبيعي⁽²⁾ الذي يترتب عنهم حق التملك وتكون عملية تعيين الحدود عملية إدارية تقوم بها السلطات المختصة وتظم مثلا بالنسبة لشواطئ البحر من جهة الأرض وبالنسبة لضفاف الأنهار حيث تبلغ الأمواج أو المياه المتدفقة أعلى مستواها حدود المساحات التي يغطيها المد والجزر أو مجاري المياه أو البحيرات، وتكون هذه العملية ذات طابع تصريحي وإعلامي يراعي فيها حقوق الغير بعد استشارته لزوما أثناء القيام بعملية التحديد القانونية وتنتهي بعقد يبلغ إلى الغير الذي يحاذيه الحق أو يلتصق به وينشر هذا العقد عن طريق التشريع المعمول به وذلك بغرض إثبات الفصل بين الأماكن العمومية والملكيات المجاورة.

ويجب كشرط أساسي أن يكون الملك المطلوب تصنيفه وتحديد ملكا للدولة أو لأحد الجماعات المحلية بموجب حق سابق وأن يكون ملكا مؤهلا ومهيئا للوظيفة المنوط أو المخصص لها ولا تصبح جزء من الأماكن الوطنية إلا إذا كانت هيئة من قبل وتحويل الأماكن الوطنية العمومية أيضا التابعة إلى البلدية أو الولاية إلى أماكن عامة تابعة للدولة وتدرج عن طريق قرار تتخذه السلطة المختصة وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في التشريع

ب- التكوين الطبيعي :

وهي توجد بفضل الطبيعة وتكتسبها الإدارة بفعل الواقع وليس بالتصرف القانوني، فيتم الإدماج بصورة آلية ويقتصر قرار الإدارة على كشف الحدود الطبيعية لتلك الثروات الطبيعية الواقعة عبر التراب الوطني أو في المجالات

(1) الفصل التمهيدي/ من المبادئ العامة للقانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المعدل و المتمم، المتعلق بالأماكن الوطنية المواد من (1) إلى (11).

(2) نص المادة 27 الفقرة الثالثة من قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 على ما يلي «... ويكون تعيين الحدود والتصنيف، مقبولين يجب أن يسبقهما الاقتناء باعتباره فعلا أو حدثا معينا، يترتب عليه التملك القبلي للملك الذي يجب أن يدرج في الأماكن الوطنية العمومية.»

البحرية الخاضعة لسيادة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتكتسب هذه الثروات، بمجرد تكوينها، بوضعية طبيعية تجعلها تابعة للأملاك الوطنية العمومية، وذلك بعد معاينتها كثروات طبيعية كالمعادن والمناجم والحقول أو الاحتياطات الجارية أو الراكدة وكذلك تلك تكتشف أثناء الحفر والتنقيب إما بفعل العمال أو بفعل الطبيعة وكذلك الموارد المائية بمختلف أنواعها السطحية أو الجوفية التي تتكون بفعل الطبيعة...إلخ

وتلحق أيضا بالأملاك الوطنية العمومية الغابات أو الثروات الغابية التي تملكها الدولة مثل الغابات والأراضي الغابية أو ذات الوجهة الغابية الناجمة عن أشغال التهيئة والاستصلاح وإعادة تكوين المساحات الغابية المنجزة في إطار مخططات التنمية الغابية.

- الغابات الناتجة عن إجراءات التأميم في إطار التشريع المتضمن النظام العام للغابات.
- الغابات والتشكيلات الغابية الأخرى والأراضي ذات الوجهة الغابية المقتناة في إطار نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة، التي بقيت دون مالك .
- الغابات والتشكيلات الغابية التي تم الحصول عليها عن طريق الهبات والوصايا أو عن طريق الأيلولة إلى الدولة في إطار التركات التي لا وارث لها⁽¹⁾.
- إذن فالأملاك الوطنية آيلة عن طريق التكوين الطبيعي تكون غير محدودة وذلك راجع إلى مصدرها وهي الطبيعة فقد لا نستطيع معرفة مدى الثروات والأملاك التي توليها الطبيعة السطحية منها والجوفية.

المطلب الثاني : تقسيم الأملاك الوطنية :

تنقسم الأملاك الوطنية إلى أملاك وطنية عامة وخاصة نشير إليها كما يلي :

الفرع الأول : الأملاك الوطنية العامة :

أ- حصر الأملاك العامة بمقتضى القانون :

إن الأملاك الوطنية العامة تتكون من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية ولكن ما يهمنا في موضوعنا الأملاك الوطنية العامة العقارية وليست المنقولة والتي يستعملها العامة أو الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور إما بشكل مباشر أو غير مباشر، حيث تكون في غالب الأحيان في شكل مرافق عامة تختلف باختلاف الهدف المنوط بها.

ولا تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تمليك خاص أي لا يمكن بيعها للخواص أو التنازل عنها وإذا كان ذلك فقد يخضع لاستثناءات وإجراءات خاصة.

وتتكون الأملاك الوطنية العمومية في مفهوم هذا القانون من الأملاك العمومية الطبيعية وهي تلك العقارات بحسب طبيعتها وهي ملك الدولة والأملاك العمومية الاصطناعية بفعل الإنسان وتشمل الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية حسب هذا القانون كما يلي :

- شواطئ البحر.
- قعر البحر الإقليمي وباطنه.

(1) - المواد من (33 إلى 37) من قانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية.

- طرح البحر ومحاسره.
 - مجاري المياه ورقاق المجاري الجافة، وكذلك الجزر التي تتكون داخل رقاق المجاري والمساحات الأخرى أو المجالات الموجودة ضمن حدودها.
 - وكذلك المجال الإقليمي بطبيعة الحال حسب ما يدخل ضمن حدودها الإقليمية.
 - وتشمل الأملاك العمومية الطبيعية جميع الثروات الطبيعية السطحية والجوفية كالموارد المائية والخروقات السائلة منها والغازية وتدخل ضمن هذه الأملاك أيضا الثروات المعدنية الطاقوية والحديدية والمعادن الأخرى أو المنتوجات المستخرجة من المناجم والحاجر والثروات البحرية المتنوعة، وكذلك الثروات الغابية الواقعة في كامل المجالات ولكن بشرط أن تكون خاضعة للسيادة الجزائرية أو لسلطتها القضائية، وكذلك الثروات الواقعة في الجرف القاري أو في جوفه شرط خضوعها لسيادتها⁽¹⁾ أما الأملاك الاصطناعية فهي تشمل حسب قانون الأملاك الوطنية على :
 - الأراضي المعزولة اصطناعيا عن تأثيرات الأمواج بقصد حمايتها.
 - السكك الحديدية في جميع أنحاء مناطق الدولة ما عدا تلك التي لا تدخل ضمن سلطتها وسيادتها وكل توابعها الضرورية بقصد استغلالها.
 - جميع الموانئ المدنية والعسكرية وتوابعها لتنظيم حركة المرور البحرية.
 - الموانئ الجوية والمطارات المدنية والعسكرية المبنية المخصصة لفائدة الملاحة الجوية.
 - مجموع الطرق العادية والسريعة وتوابعها أي تلك المخصصة لخدمة الجمهور.
 - المنشآت الفنية الكبرى والمنشآت الأخرى وتوابعها المنجزة لغرض المنفعة العامة.
 - الآثار العمومية والمتاحف والأماكن الأثرية فهذه أيضا ملك عام لا يمكن بيعها ولا تأجيرها وهي معدة للنفع العام. ونفس ما يقال عن الحدائق المهيأة والبساتين العمومية وكل عمل فني وكذا التحف المصنفة.
 - ويدخل ضمن هذه الأملاك أيضا المنشآت الأساسية الثقافية والرياضية.
- الفرع الثاني : استعمال الأملاك العمومية :

وفي هذه الحالة الاستعمال لا يتطابق مع أهداف تخصيص المال، فهو استعمال غير عادي ولكن لا يتعارض مع أهداف التخصيص، كبيع الجرائد على الرصيف أو في الأكشاك، فهذا الاستعمال لا يكون إلا برخصة مسبقة من طرف السلطة المختصة بمقابل مالي، وهو قابل للسحب عند الحاجة ويشتمل على رخصة الوقوف، وفي بعض الأحيان يكون على أساس علاقة تعاقدية كعقد الامتياز وعقد شغل للأماكن، وقد يكون مثلا بانتزاع جزء من الأملاك العمومية المخصصة للاستعمال العام المشترك، وتخصيصها لفائدة شخص معين ككشك مثلا، محطات بنزين...إلخ.

(1) - نص المادة (15، 14) من قانون 30/90 المتعلق بتصنيف الأملاك الوطنية.

وقد نصت المادة 64 من قانون الأملاك الوطنية⁽¹⁾ على هذا الاستعمال بحيث لا يمنح إلا بترخيص وله الحق في منع الآخرين من الاستعمال وذلك لغاية مدة الرخصة أو سحبها لأنها قابلة للسحب في أي وقت تطبيقاً للمبدأ العام الذي لا يرتب لشاغل الأملاك الوطنية العمومية حقوق امتلاكية.

كما أنه لا يمكن للمستفيد المطالبة بالتعويض إلا إذا سحبت الرخصة منه قبل انقضاء أجلها كانتزاع الملكية لمنفعة عامة أو لخطأ وقع من المستفيد.

وتسلم هذه الرخصة من طرف الوالي أو رئيس البلدية حسب الحالة والهدف من الاستغلال وترفق هذه الأخيرة بدفتر شروط يلزم المستفيد من احترام قواعده كتحمل أعباء صيانة المال العام، وبالتعويض إذا ألحق به ضرراً.

وتتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في منح الرخصة أو رفضها، بشرط أن لا يتعارض الاستعمال الخاص مع الغرض المخصصة له هذه الأملاك، وأن لا يعرقل عملية ضبط المحافظة وأن لا يمس بحقوق مكتسبة، كما لا ينتقل هذا الترخيص إلى وريثه المستفيد وكذلك حقوق الملكية الثقافية الأيلة إلى الأملاك الوطنية العمومية والمباني العمومية التي تأوي المؤسسات الوطنية وكذلك العمارات الإدارية المصممة أو المعلة لإنجاز مرفق عام.

وكل منشأ مخصص للدفاع وحماية التراب الوطني براً وبحراً وجواً. وما يلاحظ من خلال هذا القانون الوصفي الذي حدد لنا الأملاك الوطنية العامة أن هذه الأملاك جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وذلك لغلق أي مجال لتأويل التقدير لأنها أملاك غير جائز فيها.

الفرع الثالث : قواعد استعمال الأملاك العمومية :

تختلف قواعد استعمال المال العام حسب طبيعة التخصيص، نميز عادة بين الاستعمال الجماعي العام والاستعمال الفردي وبين العادي المطابق للأهداف المتصلة بالأملاك والاستعمال الغير عادي.

أ- الاستعمال الجماعي العام :

هذا الاستعمال يتطابق مع الأهداف العامة للتخصيص كاستعمال الطريق أو الشاطئ أو البحار والأنهار إلى غير ذلك.

وتحكم هذا الاستعمال مبادئ عامة تتمثل في حرية الاستعمال لارتباط استعمال المال العام بممارسة الحريات العامة فلا يحتاج لرخصة مسبقة من الإدارة التي لا تملك سوى سلطة التنظيم والضبط لضمان حسن الاستعمال لأن الحرية ليست مطلقة فلا يمكن استعمال المال لغير الغرض المخصص له فمثلاً أماكن العبادة تخصص للعبادة وتقيد بقيود الضبط الإداري لضمان المحافظة على سلامة المال وحسن استعماله.

(1) حيث تنص المادة 64 من قانون 30/90 على ما يلي « تتمثل الاستعمالات الخاصة لجزء من الأملاك الوطنية العمومية المخصصة لاستعمال الجميع والمرخص بها بعقد واحد الطرف، في رخصة الطريق ورخصة الوقوف، وتمثل هذه الاستعمالات شغلاً مؤقتاً وتخضع للسلطة التقديرية للإدارة... ».

ب- مجانية الاستعمال :

في الحقيقة لا يدفع المواطن إتاوة عن المرور في طريق أو التنزه في الشاطئ لكن هذا المبدأ بدأ التراجع عنه مادام قد سمح للإدارة باستغلال الأموال العامة بأفضل السبل فيمكنها إلزام المستعملين دفع رسوم لدخول المتاحف أو دخول الشواطئ بالنسبة للسيارات.⁽¹⁾

ويكون استعمال الأملاك العمومية بناء على عقد شغل أو عقد امتياز الذي يدخل ضمن علاقة تعاقدية تحدد شروط هذا الشغل باعتباره اتفاق يبرم بين الإدارة وأحد الأفراد أو مع شخص معنوي، ويهدف إلى ممارسة شغل غير عادي لجزء من الأملاك العمومية المخصصة للاستعمال الجماعي⁽²⁾ ويستند عقد شغل جزء من الأملاك الوطنية العمومية على امتياز مرفق عام أو على مهمة من مهام المنفعة العامة الذي يأتي تكملة لها وفق دفتر شروط يحدد طبقا لاتفاقية نموذجية، المستفيد من هذا العقد له حقوق تتمثل في الاستعمال وفق شروط العقد، ويمكن للمستفيد أيضا أن يطالب بالتعويض نتيجة ما لحقه من أضرار بفعل الإدارة، ولكن يرفض التعويض عن الضرر الناتج عن المخاطر العادية وإهمال المستفيد ويمكن أن يكون شغل الأماكن عادي كامتياز المقابر وشغل الأماكن في الأسواق والذي لا تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، لأن الشخص له الحق في الاستمرار في شغل الأماكن حتى توفرت الشروط القانونية. ويجب القول أن أهم ميزة يتميز بها هذا النوع من الأملاك هو عدم قابليته لا لتصرف و لا للحجز ولا للتقادم⁽³⁾.

المبحث الثاني : الأملاك الوطنية الخاصة :

لقد صنف المشرع الجزائري هذا النوع من الأملاك في كل الأملاك التي استثنيت من الأملاك العامة أو التي لا تتضمن الأملاك الوطنية العامة ، ليرجع بعدها يشير في المادة 17 و مايليها من قانون الأملاك الوطنية حصر هذا النوع من الأملاك كما سنتعرض في المطالب التالية.

المطلب الأول : حصر الأملاك الوطنية الخاصة :

تشمل الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة والولاية والبلدية حسب قانون 30/90 المتعلق بتحديد الأملاك العقارية على :

- العقارات مختلفة الأنواع غير المصنفة في الأملاك الوطنية العمومية التي تملكها.
- الأملاك الناجمة عن تجزئة حق الملكية التي تؤول إلى الدولة والولاية والبلدية كحق الانتفاع والاستغلال وحق السكن...إلخ.
- جميع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الأملاك العقارية التي تم إلغاؤها من الأملاك الوطنية العمومية التي تعود إليها، أي لم تعود من تصنيفات الأملاك العامة.

(1) - محفوظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص96.

(2) المادة 167 وما يليها من المرسوم: 91/454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 والمتعلق بشروط وكيفية استعمال الأملاك الوطنية العمومية.

(3) هذا ما أشارت إليه المادة 4 من قانون 30-90 المعدل و المتمم ، كما أكد ذلك أيضا المرسوم التنفيذي 12-427 المؤرخ في 2012/12/16 ، الذي يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسبير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة.

- الأملاك العقارية المحولة بصفة غير شرعية من الأملاك الوطنية والتي تم استحواذها والاستيلاء عليها دون حق ومن غير سند وتم استردادها بالطرق القانونية، وتختلف الأملاك الوطنية الخاصة من أملاك الدولة والولاية والبلدية وتشتمل الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة على:

الفرع الأول: الأملاك الوطنية الخاصة للدولة:

جميع البنايات والأراضي غير المصنفة في الأملاك الوطنية العامة التي تمتلكها الدولة وخصصتها كمرافق عمومية أو هيئات إدارية بغض النظر عن استغلالها المالي.

كذلك جميع البنايات والأراضي غير المصنفة في الأملاك العامة التي آلت إلى الدولة إما عن طريق الاقتناء الطبيعي أو القانوني من مصالحها أو هيئاتها الإدارية إما عن طريق الامتلاك أو الإنجاز وبقيت ملكا لها.

- العقارات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري.
 - الأراضي الجرداء التي لم تستصلح والأراضي غير المبنية التي بقيت ملكا للدولة.
 - الأملاك العقارية المخصصة لوزارة الدفاع الوطني باعتبارها وسيلة من وسائل الدعم.
 - الأملاك التي تعود إلى الدولة عن طريق الهبات والوصايا والتركات التي لا وارث لها والأملاك الشاغرة، والأملاك التي لا مالك لها والكنوز الواقعة في جوف الأرض⁽¹⁾.
 - الأملاك العقارية المحجوزة أو المصادرة واكتسبتها الدولة.
 - الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية والرعية التي تؤول إلى الدولة.
- إذن هذه الأملاك ليست عامة وغير مخصصة للجمهور ولكنها مخصصة لفئة معينة من الجمهور وهي ملك لدولة بقوة القانون.

الفرع الثاني: الأملاك الوطنية الخاصة للولاية:

وهي تشمل جميع البنايات والأراضي غير المصنفة في الأملاك الوطنية العمومية والتي تملكها الولاية وخصصتها كمرافق عامة أو كهيئات إدارية.

وكذلك المحلات ذات الاستعمال السكني والتي قد اقتنتها أو أنجزتها بأموالها الخاصة.

- الأراضي الجرداء غير المخصصة التي تملكها الولاية والهبات والوصايا في شأن العقار التي تقدم للولاية وتقبلتها ضمن الشروط والأشكال الخاصة المنصوص عليها في القانون والتنظيم المعمول به.
 - بعض الأملاك العقارية التي تنازلت عنها الدولة والبلدية لصالح الولاية وآلت إليها أيلولة الملكية التامة.
- ويضيف هذا القانون إلى إدماج جميع الأملاك التي ألغى تصنيفها من ضمن الأملاك العامة وتحوّلت إلى أملاك خاصة تابعة للولاية.

(1) - أنظر: المواد من (17- 19) من قانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية.

الفرع الثالث : الأملاك الوطنية الخاصة للبلدية :

وتضم هذه الأملاك البنائات غير المصنفة في الأملاك الوطنية العمومية للبلدية وتخصص للمرافق العمومية والهيئات الإدارية والمحلات ذات الاستعمال السكني وتوابعها التي أنجزتها البلدية وأموالها الخاصة.

- الأراضي الجرداء غير المخصصة والتي تمتلكها البلدية.
- الأراضي العقارية غير المخصصة التي اقتنتها البلدية بقوة القانون أو بطبيعة.
- العقارات والمحلات ذات الاستعمال المهني أو التجاري أو الحرفي التي نقلت ملكيتها بقوة القانون.
- المساكن المرتبطة بالعمل أو المساكن الوظيفية التي عرفها القانون ونقلت ملكيتها إلى البلدية.

الفرع الرابع : قواعد استعمال الأملاك الوطنية الخاصة :

هذه الأملاك هي أيضا تخضع لمبدأ الإقليمية السابق شرحه، ولكنها تهدف لتحقيق أغراض امتلاكية ومالية وتخضع هذه الأخيرة إلى القانون الخاص، وفي فرنسا إلى الاختصاص القضائي العادي.

غير أن هذا المفهوم لا يؤدي وظيفة مالية وكثيرا ما تخصص للمرافق العامة.

وتكتسب هذه الأملاك إما عن طريق التعاقد طبقا للقانون المدني، كما يمكن أن يتم التعاقد بموجب عقد إداري طبقا لقانون الصفقات العمومية، المناقصة المزايمة ويخضع النزاع للقاضي الإداري، كما يمكن للإدارة أيضا أن تكتسبها بدون مقابل كالأماك الشاغرة، الكنوز، المعالم التاريخية والثقافية، الحطام... الخ ويمكن اكتسابها أيضا عن طريق الهبات والوصايا والتي لا تقبل من طرف الإدارة إلا بعد موافقة وزير المالية، ويتم الإدماج بقرار إداري ويخضع لقواعد القانون الخاص في حالة تعيين حدود الأملاك الخاصة.

ويمكن للإدارة استعمال أملاكها الخاصة إما بتخصيصها لمرفق داخلي أو خارجي أو بتأجيرها، ويتم التأجير لمدة 09,06,03 سنوات ويمكن فسخ الإيجار بعد تنبيه مسبق إلى المستأجر يتم قبل 06 أشهر من انقضاء مدة الإيجار ويجوز التصرف في الأملاك الخاصة التنازل، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة لأنه لا يمكن للإدارة التنازل عن أملاكها إلا إذا لم تكن المرافق العامة المخصصة لها بحاجة إليها، ويتم البيع عن طريق المزاة العلني فالبيع بالتراضي هو طريق استثنائي في حالة ممارسة حق المنفعة، أو لفائدة الهيئات الدبلوماسية أو في إطار الترقية العقارية أو لفائدة المؤسسات العمومية.

وإذا ما تطرقنا إلى الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالأملاك الوطنية فإنها تخضع للقاضي الإداري ويطبق عليها قواعد القانون العام كقاعدة عامة واستثناء فإن الأملاك الخاصة فهي تخضع لأحكام مزدوجة بعضها مستمد من أحكام القانون الخاص وبعضها مستمد من القانون العام.

ولكن أهم ما يجب أن يتحقق من القاضي المطروح عليه النزاع المتعلق بالأملاك الوطنية، هو تحديد الهيئة الإدارية المخولة قانونا لرفع الدعوى أو توجيه الدعوى ضدها.

فإذا كان النزاع يتعلق بالملكية فإن المادة 125 من قانون الأملاك الوطنية تنص صراحة على أنه يختص الوزير المكلف بالمالية والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي، كل واحد فيما يخصه وفقا للشروط والأشكال المنصوص عليها في

التشريع المعمول به سواء كان هذا المثل في صفة المدعي أو المدعي عليه ويمتد هذا الاختصاص إلى الأملاك العمومية أيضا.

وهذا ما أكدت عليه أيضا المادة 191 وما يليها من المرسوم التنفيذي 12-427 المؤرخ في 2012/12/16 المتعلق بتسيير وإدارة الأملاك العمومية و الخاصة للدولة وحددت أيضا كيفية توزيع التمثيل أمام القضاء ويمكن لوزير المالية أن يكلف مديرية أملاك الدولة بتمثيل الدولة أمام القضاء ولا يمكن لهيئة مسيرة للأملاك دون هؤلاء أن تقاضي في مثل هذه المنازعات في غياب المالك أو ممثله القانوني، فلا يمكن رفع دعوى للمنازعة في الملكية ضد المستثمرة الفلاحية التي لا تملك سوى حق الانتفاع أو ضد وزارة الفلاحة باعتبارها مسيرة وليست مالكة وغير مؤهلة قانونا لتمثيل المالك، غير أنه عمليا يمكن الاكتفاء بالجهات المسيرة إذا كان النزاع لا يشكك في الملكية كأن يتعلق الأمر بإصلاح الضرر الناتج عن خطأ في التسيير أو إخلال بالتزام تعاقدي يربط المدعي بالهيئة المسيرة

و أخيرا يجب الإشارة أن هذا النوع من الأملاك غير قابل للتقادم و لا للحجز ماعدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

المطلب الثاني : الفرق بين الأملاك الوطنية الخاصة والأملاك الأخرى :

يقع خلط كبير بين الأملاك الوطنية الخاصة و الأملاك الخاصة التي هي ملك للأشخاص العادية و يجوز فيها التصرف بكل أشكاله و لذا سوف نحاول التفرقة بين هذين الملكيتين من خلال الإشارة للأملاك الخاصة.

الفرع الأول : تمييزها عن الأملاك الخاصة :

لقد جاءت الأملاك الخاصة في الفقرة الثانية من القسم الأول من الأصناف القانونية العامة من قانون 25/90 المعدل و المتمم المتعلق بالتوجيه العقاري وقد جاء تعريفها في المادة السابعة والعشرين بقولها « الملكية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها » .

وقد جاءت الأملاك الخاصة أيضا في المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري المعدل و المتمم.

حيث نصت المادة الثانية منه على أنه يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، كما يمكن للأملاك العقارية المعنية محل ذات الاستعمال السكني أو محل مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري.

ويتضح من هذا النص أن الأملاك الخاصة هي تلك الأعمال التي تهدف إلى تحديد الأملاك العقارية عن طريق البيع أو الإيجار أو لتلبية حاجات الأفراد الخاصة كما تعتبر الأملاك الخاصة هي تلك التي تستعمل لأجل السكن (للأسر أو العائلات...إلخ) أو لأجل تغطية نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري كالمخلات أو مؤسسات خاصة أو مخازن، أو ورشات لأجل نشاط حرفي...إلخ.

وللرجوع إلى أصل الملكية الخاصة فإنها في الحقيقة يحكمها القانون المدني وينظمها في أحكام المواد 674 وما يليها وهي إما أن تكون ملكية تامة، أو مجزئة ، أو مشتركة أو مشاعة ، فهي تخضع في تنظيمها إلى قواعد القانون المدني ،

بعكس الأملاك الوطنية الخاصة التي تخضع لقانون 90-30 المعدل و المتمم كأصل عام و لقواعد القانون المدني بصفة خاصة، كما تعود ملكية الأملاك الوطنية الخاصة للدولة و الجماعات المحلية بينما تعود ملكية الأملاك الخاصة للأشخاص أو الأفراد.

الفرع الثاني : خصائص الملكية الخاصة :

أ- هي ملكية التامة :

وهي التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث من حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف وهذه الحقوق يمارسها المالك على ملكه عقارا كان أو منقولاً.⁽¹⁾

وقد عرفت المادة 674 من القانون المدني بقولها « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة » .

فقد يتضح من هذه النصوص أن حق الملكية العقارية يشمل الشيء وما يتفرع منه من ثمار ومنتجات وملحقات، أما إذا كان هنا الشيء أرضاً شملت ملكيتها وما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون أو الاتفاق.

كما أن الملكية التامة تعطي للمالكها حق الامتلاك الذي يعد من عناصر الشيء أو الملك الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها.

كما أن الملكية الخاصة تعطي للمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ولا يجوز حرمانه من أي عنصر من عناصر ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون.⁽²⁾

وقد منع القانون أي عملية استيلاء على الملكية الخاصة كما جاء في نص المادة 679 الفقرة الثالثة بقولها « ... ولا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلاً للسكن ».

على اعتبار أن تخصيص العقار للاستعمال السكني هي من عناصر الملكية الخاصة وقد ذلك اجتهاد المحكمة العليا بقولها « من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الاستيلاء بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلاً للسكن ومن ثم فإن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء على السكن يعد مشوباً بعيب خرق القانون ».⁽³⁾

ب- الملكية المجزأة :

قوام الملكية هو الحقوق الثلاث (الاستعمال، الاستغلال، التصرف، التي خولها القانون للمالك بالذات، لكن قد يتنازل هذا الأخير عن بعض هذه الحقوق لفائدة الغير، فيجزأ ملكيته، كأن يتنازل عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لصاحب حق الانتفاع، فيبقى له عندئذ ملكية الرقبة.

(1) هذه السلطات الثلاث قد تطرقنا لها بالتفصيل في مفهوم الملكية العقارية.

(2) المواد (675 إلى 677).

(3) قضية رقم 42136 بين (وزير الداخلية ووالي ولاية عنابة) قرار 12-07-1986 م.ق سنة 1990، عدد 04، ص 168، 169، 170، قرار المحكمة العليا،(منشور

وينبثق حق الارتفاق أيضا عن تجزئة حق الملكية باعتباره يجعل حدا ومنفعة عقار لفائدة عقارا آخر لشخص آخر ممكن غير مالك عقار

ج - الملكية الشائعة :

تعتبر الملكية المشاعة نوع من أنواع الملكية الخاصة وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 713 بقوله « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على شيوخ وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك » .

ويتبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على شيء يملكه أكثر من شخص واحد وتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم لقول المشرع « ... وكانت حصة كل منهم غير مقررة. » أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا الشيء، ومن ثمة يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم الشيء ذاته، ولكل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله كل الحق في التصرف فيها وأن يستغل منتوجاتها بقدر ما لا يضر حقوق الشركاء في الشيوخ⁽¹⁾.

إذا فأملك الملك الشائع متعددين، فلا بد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال كالنصف مثلا أو الربع أو الخمس أو غير ذلك وتعيين حصص الملاك في الشيوخ عادة عند بدء الشيوخ تبعا لمصدره فإذا كان ميراثا عين القانون حصة كل وارث، وإن كانت وصية عين الموصي حصة كل موصي له، وإن كانت عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك، وقد لا تتعين الحصص كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوخ دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه، فعند ذلك تكون الحصص متساوية، مادام لم يقع دليل على غير ذلك.⁽¹⁾

أما بالنسبة لإدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يعارض ذلك، هذا ما نصت عليه المادة 715 من القانون المدني، غير أن المحكمة العليا في قواها الصادرة رقم 140 196 المؤرخة في 28/06/2000 في عددها الثاني أجازت للشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلا عنهم⁽²⁾

ولكن إذا ما سلطنا الضوء في الحياة العملية يلاحظ أن غالبية المتقاضين يلجئون إلى رفع دعاوي قضائية يلتمسون فيها إلزام ملاك آخرين معهم في الشيوخ بالخروج ورفع اليد عن العقارات المشاعة، والمحاكم تسايروهم في ذلك باللجوء إلى تعيين خبراء لتحديد المساحة المعتدي عليها وتقدير التعويض وهو موقف في الحقيقة غير سديد بتعيين على القاضي اجتنابه، لأنه وفي غياب قسمة ودية أو قسمة قضائية بين الشركاء في الشيوخ فلا يمكن القول بوجود اعتداء من عدمه من طرف شريك على الآخر، فمادام أن الأنصبة في العقارات المشاعة غير مفرزة، فلا يمكن بالتالي مطالبة ملكين آخرين في الشيوخ بالخروج أو رفع اليد. ومن ثم فإن الحل الوحيد بغض النزاع هو المطالبة بالقسمة حتى تستقر الحقوق بعد عملية فرز الأنصبة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 134.535 المؤرخ في 26/06/1996 بقولها: « لا يمكن الحكم برفع اليد عن القطعة الأرضية المشاعة دون القيام بعملية قسمة للخروج من حالة الشيوخ وتحديد نصيب كل مالك على الشيوخ فرزا..

(1) - أنظر: المادة 714 من القانون المدني.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص898

(2) حمدي باشا، المرجع السابق، ص96

الفرع الثالث : تمييزها عن الأملاك الوقفية :

أ- ماهية الوقف ومشروعيته :

للقف عدة مرادفات منها الحبس والمنع، التسييل فقد يقال وقفت الدار أو حبسها مالكها ويقال وقفت أو حبسها مالكها، وهي معاني كلها ينعقد بها الوقف دون غيرها وقد عرف الإمام أبي حنيفة الحبس بقوله « حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمال » .

كما يعرفه الإمام المالكي بأن « حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم بر يعيها على وجهه من جهات البر»⁽¹⁾

ويضيف الإمام أن « الوقف هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا » .

وعرفه الإمام الشافعي « هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح » .

وعرفه الإمام بن حنبل « الوقف هو حبس مال على الموقوف عليه بحيث يمكن الانتفاع به بقاء عينه، وذلك بقطع التصرف في رقبته » .

ولعل هذه التعاريف مأخوذة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب « احبس أصلها وسبل ثمرتها » .

ومن التعاريف الفقهية الحديثة تعريف الشيخ محمد أبو زهرة « الوقف هو قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها، وصرف الانتفاع لجهة الخير » .

ومن نتائج هذه التعاريف نخلص إلى أن الوقف إذا تم فهو إلزامي لا يمكن التراجع عنه وأنه لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة ولكن يقطع حق التصرف فيها وقد جاءت هذه الشروط أو الخصائص مشتركة لدى جميع الفقهاء.⁽²⁾

(1) أنظر: رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، دار هومة، الطبعة الثانية 2006، ص26، والمأخوذ عن: الشيخ محمد شلبي " أحكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة بيروت، 1982، ص304، وعن وهبة الراحلي " الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، 1989، ص156

(2) - أنظر: محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر، 2006، ص(13،12) والمأخوذ عن:

- محمد عيسي، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، مطبوعة محاضرة ملقاة في دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، 1999، ص3.

- صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، طبعة دار الفكر، الجزء الثاني، ص211.

ولا يمكن إبطاله مادام مؤسسه أقامه على أحكام الفقه الإسلامي هذا بالنسبة لمذول الفقه اصطلاحا أما القانوني، فقد عرفته نص المادة 213 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة على أنه « حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق»⁽¹⁾.

وإذا سلطنا الضوء على قانون 25/90 المتضمن الأملاك العقارية فإن نص المادة 31 منه عرفت الأملاك الوقفية كالتالي « هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع بها جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور » وأضاف نص المادة 32 على أن تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها تخضع لقانون خاص وبالفعل جاء قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف⁽²⁾، حيث ينظم الأملاك الوقفية ويحدد شروطها وإجراءاتها، وقد عرف في مادته الثالثة الوقف على أنه « هو حبس العين عن التملك على وجه من وجوه البر والخير » وعليه، فإننا نلاحظ من هذه التعاريف أنها جمعت بين ثلاث خصائص أساسية للوقف وهي خاصية التأييد والدوام وخاصية إسقاط الملكية عن العين الموقوفة والثالثة هي نية التصديق، غير أن التعريف الوارد في قانون 10/91 كان أكثر وضوحا ذلك أنه أكد على تبيان أن التصديق يكون بالمنفعة وليس العين الموقوفة⁽³⁾.

كما نلاحظ أن عبارة " التأييد " الواردة أيضا في هذه النصوص هي عبارة غير محددة فهي تنصرف إلى حد أن للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف وسببه.

ومن خلال هذه التعاريف أيضا نلاحظ أنها جاءت مطلقة العنان في محل الوقف سواء كان عقارا أو منقولاً وهذا بعموم لفظ المال والعين⁽⁴⁾، أي يقتصر الوقف فقط على المال والعين.

ب- أنواع الوقف :

طبقا لنص المادة السادسة من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف يتضح أن للوقف نوعان، وقفا عاما، وآخر خاصا، ويلاحظ عند بعض الشراح أن هذين النوعين يعودا إلى تقسيم الوقف بحسب جهة صرفه وهناك تقسيم آخر للوقف، بحسب المعيار الزمني إلى وقف مؤبد وآخر مؤقت وآخر بحسب جهة إدارته إلى وقف نظامي وملحق ومستقل⁽⁵⁾.

(1) أنظر: المادة 213 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر (02-05) الصادر في 2005/02/27.

(2) أنظر: قانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بموجب قانون 2001-07 المؤرخ في 2001/05/22 وبالقانون رقم 10-2002 المؤرخ في 2004/12/04.

(3) أنظر: محمد كنانة، المرجع السابق، ص 11

(4) أنظر: رامول خالد، المرجع السابق، ص (27،28).

(5) - أنظر: رامول خالد، المرجع السابق، والمأخوذ من زهدي يكن، الوقف في الشريعة الإسلامية، دار النهضة للطباعة والنشر، ص 09، وما بعده.

أولا : الوقف العام :

لقد اختلفت تعريفات الوقف العام حسب الخاصية التي يركز عليها كل منهم فقد عرفه الدكتور مصطفى شلبي على أنه « هو ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة، ويكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين⁽¹⁾ » إذ يلاحظ أن هذا التعريف قد ركز على صفة الخيرية للوقف العام.

كما أن الدكتور نصر الدين سعيدوني، قد ركز على فكرة الخيرية وقابلها بمصطلح المصلحة العامة، وهذا ما ورد صراحة عند تعريفه للوقف العام بقوله « الوقف الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها وهو يتكون من الأوقاف الأهلية⁽²⁾ » إذ نلاحظ أن التعريف الأول يعرف الوقف بناء على تخصيص أي ما خصص لأول مرة لجهة من جهات الخيرية ويمكن أن يتحول إلى شخص أو أشخاص معينين ولم يحدد مدته سواء كانت معينة أو معينة، أما التعريف الثاني فهو يركز على عنصر الهدف، أي أن الوقف العام هو ذلك الذي يعود بالمنفعة العامة أو المصلحة العامة التي خصص لأجلها.

وإذا ما جمعنا بين هذه التعريفات فإننا نكون أمام نص المادة السادسة من قانون (10/02)⁽³⁾ بقولها « الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات » .

فنالاحظ أن هذه المادة جمعت بين التخصيص والهدف، حيث أكدت أن الوقف العام هو ما يحبس لجهة خيرية وتخصص كل عائداته لهدف الأعمال الخيرية، وتفصل نص هذه المادة في عنصر التخصيص الذي جاء نوع من أنواع الوقف العام بقولها « وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ » فحسب هذه الفقرة فإن الوقف العام ينقسم إلى الوقف الذي يحدد مصدره كل أرباحه إلى جهة معينة دون غيرها أي أن هذا النوع محدد الجهة التي حبس لأجلها المال.

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة النوع الثاني من الوقف العام بقولها « وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وسبل الخيرات » .

فانطلاقا من هذا النص فإن النوع الثاني غير مخصص الجهة التي يؤول إليها المال المحبوس، ولهذا فيخصص ريعه إلى تشجيع البحث ونشر العلم وتقديمه.

إذا فنص المادة السادسة جاء يقوم تعريفها على عنصرين أساسيين هما :

أولا : الحبس على جهة خيرية من وقت إنشائه، ويقصد بها مثلا مسجدا، مدرسة قرآنية، جمعية خيرية، الفقراء، اليتامى...إلخ.

(1) - أنظر: مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، بيروت، ص(318،320).

(2) - أنظر: نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، الطبعة الأولى للمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص78.

(3) - أنظر: قانون (10/02)، الصادر في 2002/12/14، والمعلق بالأوقاف.

ثانيا : تخصيص الربع للمساهمة في سبل الخيرات، ويقصد بذلك غرض الوقف إذ يجب أن يكون داخلا ضمن سبيل من سبل الخيرات، كغرض رعاية الأيتام بالنسبة لجمعية خيرية⁽¹⁾.

وجاء في قانون 10/02 مجموعة الأوقاف العامة المخصصة في سبيل الخيرات، حسب نص المادة الثامنة منه وهي كالاتي :

- 1- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
 - 2- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها.
 - 3- الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
 - 4- الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم.
 - 5- الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.
 - 6- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.
 - 7- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.
 - 8- كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف.
 - 9- الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن.
- ولقد أضيفت إلى هذه الأنواع صور أخرى عددها المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في أول ديسمبر 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، وهي كالتالي :

- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.
- الأملاك التي وقفت بعدها اشترت بأموال جماعة من المحسنين.
- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.
- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية.

ويلاحظ من خلال تصنيف هذا النوع من الأملاك الوقفية جاء تعدادا عاما غير وارد على سبيل الحصر، ويرجع هذا بطبيعة الحال لكثرة الأملاك الوقفية العامة، خاصة أثناء الحقبة الاستعمارية، باعتبار أن الوقف كان يشكل حيلة قانونية تستعمل من طرف الأهالي في تلك الحقبة خوفا من الاستيلاء على أملاكهم أو الحجز عليها من طرف المستعمر⁽²⁾.

ثانيا : الوقف الخاص :

وهو ما رصد استحقاقه وريعه إلى الواقف ابتداء ثم لأولادهم فيما بعد، ليعود بعد ذلك إلى جهة بر لا تنقطع حسب إرادة وشروط الواقف ولقد عرفه الدكتور مصطفى شلبي « ما جعل لأول مرة على شخص معين سواء كان واحد أو أكثر، وسواء كانوا معينين بالذات، أو معينين بالوصف سواء كانوا أقارب أم لا، ثم بعد هؤلاء المعينين على جهة البر » أي هو كل ما حبسه الواقف على شخص أو أكثر، سواء كانوا من الأقارب أم لا ثم بعدهم يؤول إلى جهة البر وتسميه بعض التشريعات العربية بوقف الأهالي، وقد كان في الماضي القريب، خاصة في السبعينات يستعمل

(1) - أنظر: محمد كنانة، المرجع السابق، ص14.

(2) - أنظر: رامول خالد، المرجع السابق، ص45

هذا النوع من الوقف كضريعة لحرمان الإناث من حق الإرث وهو ما سهل ظاهرة انتشار الأوقاف الخاصة على عقب من الذكور دون الإناث، ولا تزال هذه الظاهرة إلى يومنا هذا منتشرة في مناطق عديدة من بلادنا منها منطقة القبائل مستندين في وقفهم على ما جاء في نص المادة السادسة من قانون 10/91 التي تم تعديلها بموجب قانون 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 والتي كان نصها كما يلي « هو كل ما حبسه الواقف على عقبه من الذكور أو الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم » .

فلاحظ أن هذه المادة كانت قد أعطت مفهوم للوقف الخاص وقد أشارت أن هذا الوقف يخصص للإناث أو الذكور ولم تأتي بصفة الإلزام أي يجوز أن يكون الوقف الخاص إما للذكور أو للإناث ولذا ربما كان يخصص الوقف للذكور دون الإناث⁽¹⁾، وإن كان هذا يعتبر من الناحية الشرعية ظلما وتحايل على نظام الموارث، حيث أن الأصل في الشرع الإسلامي لا يجوز تفضيل البنين عن بعضهم البعض لما فيه من تشبيه بأهل الكفر لقوله تعالى: « وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورهم ومحرم على أزواجنا »⁽²⁾.

والملاحظ أنه في الوقف وخاصة الخاص، منه وجب احترام أحكام الشريعة الإسلامية في إنشائه أو تعديله أو تغيير شروطه، كما أن الشريعة السمحاء منعت وقف الصبي والمجنون والمعتوه إلا في حالة ما إذا كان المجنون يصح من جنونه، بقوة عقلية مركزة ثابتة شرعا كون أن الوقف الخاص هو أيضا عقدا يفيد التأييد كما جاءت به جميع التعاريف الشرعية والقانونية⁽³⁾ وعلى خلاف القواعد الإجبارية على الموارث تخضع أيلولة الحبس مبدئيا لإرادة المحبس، وعليه أجاز للمحبس أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية كما على المحبس في الوقف الخاص أن يتوفر شرط القربى ثم تعيين مؤسسة خيرية مرجعا أخيرا بعد انقراض أعقاب المحبس⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أجاز صراحة، في نص المادة 220 من قانون الأسرة أنه يجوز التغيير من الشيء المحبس أو من طبيعته ويعني أن ذلك لا ينقص من قيمة الحبس.⁽⁵⁾

وفي هذا الشأن دعمت المحكمة العليا ذلك بقولها « لا يحق للإناث المستفيدات من النفقة المقررة لهن في عقد المحبس، في الاعتراض على المبادلة العين المحبسة، مادام المحبس رخص بذلك للمحبس عليه، ومادام المحبس يبقى قائما »⁽⁶⁾.

وعليه فإن المبادلة هي حالة من حالات التعديل التي تمت في قضية الحال التي نصت عليها المحكمة العليا في هذا القرار، وهي لا تنقص من قيمة الحبس ولا من طبيعته وهي رخصة أجازها المحبس للمحبس عليه وبالتالي فإن حق لا يتأثر بأي تصرف ينصب على الشيء المحبس.

1 - أنظر: رامول خالد، المرجع السابق، ص(46،47).

2 - وهذا ما جاء في سورة

3 - أنظر: حمزاوي أحمد، مستشار بوزارة العدل، الوقف، محاضرة، مقدمة في الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل، يومي 16/15 من شهر ديسمبر 1993، ص67

4 - أنظر: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحداث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2008، ص272
(5) حيث تنص المادة 220 من قانون الأسرة على ما يلي « يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته وإذا نتج عن التغيير تعويض بنزل منزلة الحبس » .

(6) حيث تنص المادة 220 من قانون الأسرة على ما يلي « يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته وإذا نتج عن التغيير تعويض بنزل منزلة الحبس »

ويضاف إلى الحبس الخاص أنه، متى اشترط في عقد الحبس المؤسس على المذهب الحنفي، الذي يعتمد على عدم انتفاع البنات المتزوجات من الحبس، إلا إذا كن مطلقات، فإنه لا يجوز القضاء بخلاف ذلك، أي عدم التمتع بالملك موضوع الحبس من طرفهن هو شرط لا يعد باطلا قانونا وهذا أيضا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1998⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في القفزة الثانية من المادة الأولى من قانون 10/02 أخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها كون هذا الأخير هو وقف عائلي أو أهلي يخص الواقف مع عائلته وذريته، هذا وقد نص المشرع صراحة في نص المادة الثانية من نفس القانون على أن أحكام هذا الوقف وبما فيه العام يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في حاله ما لم يوجد نص قانوني.⁽²⁾

وبهذا نخلص إلى أن الحبس أو الوقف هو عقد خصه القفه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه مادام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة وشروط قانونية صحيحة.⁽³⁾

هذا وقد أكد المشرع أن الوقف هو عقد التزام تبرع صادر عن إدارة منفردة⁽⁴⁾، فهو ينقل حق الانتفاع العين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل وذلك برا برهم أو ابتغاء لوجه الله عز وجل، تبعا لنوع الوقف (خاصا أو عاما) وكذا حسب اشتراطات الواقف، يفيد التبرع أيضا خروج الملك الوقفي من المتبرع أي أن الواقف إذا تبرع بعقار يزيل كل سلطاته عليه.⁽⁵⁾

الخاتمة :

لقد حاول المشرع الجزائري الفصل في الملكيات من الناحية القانونية حتى يمكن التصرف في كل واحدة منها حسب طبيعتها ومدى قابليتها لذلك، لكن رغم ذلك لا ننكر وجود تداخل و صعوبة الفصل بين الملكية العامة و الخاصة في الأملاك الوطنية من الناحية العملية خاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي 12-427 المذكور أعلاه الذي جاء بفكرة تحويل التسيير بين الأملاك الوطنية العامة و الأملاك الخاصة رغم تصنيف و إدراج كل واحدة منها بمقتضى القانون، لذا نطالب المشرع الجزائري بإصدار قانون يبسط و يشرح بشكل جدي كيفية الفصل بين الأملاك الوطنية العامة و الخاصة لأن قانون 90-30 و المراسيم التنفيذية له تلقى مشاكل تطبيقية كبيرة من الناحية العملية فمسألة الفصل في الملكيات تعد من أهم المسائل القانونية التي تثير مشاكل لها أبعاد عميقة خاصة من الناحية التصرف في الملك بوجه عام.

(1) أنظر: قرار رقم 276314 المؤرخ في 2007/07/21، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، ص 293 وما بعدها.

(2) أنظر: قرار رقم 156 651، المؤرخ في 1998/03/04، المجلة القضائية تحت عدد 56، ص 94.

(3) - حيث تنص المادة الثانية على ما يلي « على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه »

(4) - أنظر: حمدي باشا، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2000، ص 118

(5) - أنظر: رامول خالد، المرجع السابق، ص 51.

قائمة المراجع :

- 1- القانون المدني الجزائري .
- قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر (02-05) الصادر في 2005/02/27.
- قانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بموجب قانون 2001-07 المؤرخ في 2001/05/22 وبالقانون رقم 2002-10 المؤرخ في 2004/12/04.
- قانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المعدل و المتمم بموجب الأمر 95-26 المؤرخ في 1995/09/25.
- قانون 30/90 الصادر في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و المعدل و المتمم بموجب قانون 08-14 المؤرخ في 2008/06/20
- قرار رقم 276314 المؤرخ في 2007/07/21، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، ص 293 وما بعدها.
- قرار رقم 156 651، المؤرخ في 1998/03/04، المجلة القضائية تحت عدد 56، ص 94.
- 2- عماد علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر (العقار) ، دار الهومة، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 3.
- عبد الرزاق السنهوري، وما أضاف عبد الباسط جميعي، مصطفى محمد الفقي، المرجع السابق، ص 898.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2003.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة 2008.
- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر، 2006، ص (13، 12) والمأخوذ عن:
- محمد عبسي، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، مطبوعة محاضرة ملقاة في دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، 1999، ص 3.
- مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، بيروت، ص (318، 320).
- نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، الطبعة الأولى للمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 78.
- ، ليلي زوروقي، التقنيات العقارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 2001، ص 3. - الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 3.
- حمدي باشا، ليلي زوروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر، التعديلات وأحدث الأحكام، در هومة، ص (89-90).
- حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2008.
- حمزاوي أحمد، مستشار بوزارة العدل، الوقف، محاضرة، مقدمة في الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل، يومي 16/15 من شهر ديسمبر.

-قضية رقم 42136 بين (وزير الداخلية ووالي ولاية عنابة) قرار 12-07-1986 م.ق سنة 1990، عدد 04، ص 168، 169، 170، قرار المحكمة العليا،(منشور).

- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، دار هومة، الطبعة الثانية 2006، ص26، والمأخوذ عن: الشيخ محمد شلبي " أحكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة بيروت، 1982، ص304، وعن -وهبة الراحيلي " الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، 1989، ص156.
- صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، طبعة دار الفكر، الجزء الثاني.

حماية القاصر من خلال عناصر النفقة مدعمة بالاجتهادات القضائية



إعداد: غربي صورية و عبيد نجاة
أستاذين وباحثين في القانون
جامعة أوبوكر بلقايد - تلمسان-

مقدمة :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية و كذلك فقهاء القانون، في أن نفقة الأولاد تكون لسد احتياجاتهم الأساسية، و هذه الاحتياجات لا تقتصر على عنصر واحد و إنما تتعدد و تتنوع. إلا أن هناك مجموعة من العناصر لا يمكن لحياة القاصر أن تستقيم إلا بتوافرها، و هي تتمثل في الغذاء و الكساء و المسكن و العلاج.¹

حتى هناك من يعرف النفقة بعناصرها الأساسية أو الضرورية كما هو الحال بالنسبة للإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي عرف النفقة بأنها " الطعام و الكسوة و السكن " ².

أما المشرع الجزائري، فقد اكتفى هو الآخر بذكر أنواع النفقة بدون تعريفها في المادة 78 من ق.أ و التي تنص على ما يلي " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة. "

و يظهر على المشرع في هذه المادة، أنه لم يذكر كل أنواع النفقة و إنما اقتصر على ذكر بعض أنواعها، و ذلك على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، باعتبارها أهم أنواع النفقة.

والدليل على ذلك أنه بعد تعداد للأنواع المذكورة أضاف عبارة " ... و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " (المبحث الأول) ، لكن المشكل ليس في أهم أنواع النفقة و إنما بخصوص أجرة الحضانة و الرضاع ما إذا كانت تدخل ضمن النفقة أم لا، خاصة و أن مشرعنا لم يتكلم عنها على غرار المشرع التونسي و المغربي (المبحث الثاني).

¹ - و نفس الشيء نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل سالفه الذكر في المادة 27 بحق الطفل في مستوى معيشي كاف من غذاء و كساء و مأوى .

² - أنظر ، محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعية ، لبنان ، 1983 ، ص.181.

فهل بالفعل حمى المشرع الجزائري القاصر في عناصر النفقة أم لا ؟

المبحث الأول : أهم أنواع النفقة :

لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ مثله مثل التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية¹ و المشرع التونسي في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية².

كما قد استقر قضاء المحكمة العليا الجزائرية على ما هو من عناصر النفقة في قرار رقم 51596 الصادر بتاريخ 1988/11/07، حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة و اللباس و العلاج شرعا و قانونا و القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون " ³.

المطلب الأول : الغذاء و الكسوة :

الغذاء هو كل ما يقتات به القاصر من طعام و شراب و ذلك على حسب عادة كل بلد ، أو ما هو متعارف عليه عادة بحيث يسد حاجة القاصر و يؤدي إلى إشباعه⁴.

و الغذاء أمر ضروري لكل إنسان و ليس فقط للقاصر إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بمعزل عن الطعام و الشراب ، بل أكثر من ذلك لا يكفي أن نسد جوع القاصر ، بل يجب أن تكون هذه التغذية متوازنة ، بحيث عليه أن يتناول طعاما مغذيا فيه جميع المكونات اللازمة للحفاظ على صحته و لمساعدته على النمو الجسمي و العقلي⁵.

و من حرص ديننا على تأمين المأكل للطفل اهتم به حتى و هو جنين ، فقد أوجب على الولي أن ينفق حتى على مطلقة البائن الحامل، و كذلك زوجته الناشز إذا كانت حامل . و ذلك مراعاة له لأن حياته تتوقف على الإنفاق على أمه⁶، تطبيقا لقوله تعالى " ... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا " ⁷.

أما بالنسبة للقانون، لم ينص المشرع ما إذا كان الأب ملزم بالإنفاق على ابنه الجنين أم لا ، و بتالي نرجع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

¹ - حيث تنص المادة 189: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج ، و ما يعتبر من الضروريات و التعليم للأولاد ، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه

يراعى في تقدير كل ذلك ، التوسط و دخل المزم بالنفقة ، و حال مستحقها ، و مستوى الأسعار و الأعراف و العادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة "

² - و تنص المادة 50: " تشمل النفقة الطعام و الكسوة و المسكن و التعليم و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "

³ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1988/11/07 ، الملف رقم 1596 ، مقتبس عن : فضيل العيش ، شرح و حيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص.76.

⁴ - أنظر، مبروكة غضبان ، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر ، 200-2010 ، ص.88.

⁵ - و قد صادقت الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية في 12 سبتمبر 1989 و التي تنص في المادة 11 منها على أنه: " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي له و لأسرته ، و يوفر ما يفي بحاجتهم في الغذاء و الكساء و المأوى ، و بحقه في تحسين متواصل لظروف المعيشة " ؛ أنظر ، زهية رابطي ، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص.37.

⁶ - أنظر ، محمود بن إبراهيم الخطيب ، حقوق الطفل المالية في الإسلام ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، جامعة العلوم الإسلامية العالمية ، كلية أصول الدين ، الأردن ، 2010 ، ع 1 ، ص.196.

⁷ - الآية 4 من سورة الطلاق.

أما القضاء فيمكن القول أنه أحد بنفقة الحمل، وهذا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2001/02/21¹ والذي جاء فيه " إن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة تجاه المطلقة لحرمانها من نفقة الحمل لاستحالة أو صعوبة اكتشافه في الشهرين الأولين له " .

و كذلك ما جاءت به في قرار آخر لها بتاريخ 2009/02/11، والتي اعتبرت فيه أن نفقات الولادة (الوضع)، هي نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما أن الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية. و من ثم، مادام اعتبرت نفقة الوضع على الأب، فمن باب أولى أن تكون نفقة الحمل عليه كذلك، لأن في ذلك صيانة لحياة الجنين.²

بل أكثر من ذلك، قد أيدت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء وهران القاضي بفرض نفقة النفاس على أب الطفل، واعتبرت أن هذه النفقة ليست متعلقة بالعلاج و الدواء فقط، بل تشمل حتى نظامها الغذائي و مصاريف العناية بصحتها و صحة طفلها³، لأن الحفاظ على صحتها يعني عناية أكثر بالطفل.

بالإضافة إلى الغذاء هناك الكسوة، التي تشمل الملابس و الأحذية و الفراش و الأغذية و غيرها من الحاجات الأخرى⁴، سواء كان والدي القاصر متزوجين أو منفصلين.

غير أنه من الناحية العملية في حالة الانفصال، لم يحدث في القضاء الجزائري أن القاضي فرض على المسئول عن الطفل شراء ملابس معينة، وإنما يكون دائما بتقديم مبلغ مالي للأُم الحاضنة وهي التي تتولى شراء الملابس.⁵

المطلب الثاني : العلاج و السكن :

تعتبر ضرورة العلاج أكثر من ضرورة الطعام و الشراب، لأن علاج الشخص يتضمن المحافظة على حياته، خاصة إذا كان هذا الشخص طفل لأنه أكثر عرضة للمرض و أقل مقاومة له من غيره.⁶

و حماية للقاصر، جعل المشرع العلاج ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ و ذلك أخذاً بجمهور الفقهاء.⁷ عدا المذهب الحنفي الذي لم يدخل العلاج ضمن مشتملات النفقة قياساً على نفقة تطبيب أو علاج الزوجة، لأن هذه الأخيرة لا يجبر القاضي بها الزوج.⁸

أما التشريعات المقارنة، فقد نصت هي الأخرى على العلاج ضمن عناصر النفقة كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة . على عكس المشرع التونسي الذي لم ينص عليها ضمن عناصر النفقة المذكورة في المادة 50 من

¹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2001/02/21 ، ملف رقم 254080 ، م.ق ، 2002 ، ع . 2 ، ص.444 .

² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2009/02/11 ، ملف رقم 478795 ، م.م . ع ، 2009 ، ع . 1 ، ص.269 و ما بعدها .

³ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 13 / 01 / 2011 ، ملف رقم 594435 ، م.م . ع ، 2011 ، ع . 2 ، ص.266 .

⁴ - أنظر عادل قورة و محمد جمال الدين ، تشريعات الطفولة في مصر ، مطبعة الشروق ، مصر ، د.س.ن ، ص.20 ، مقتبس عن: حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق اللبيقة بشخصية الطفل ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص.280 .

⁵ - أنظر ، رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005-2006 ، ص.48 .

⁶ - زهية رابطي ، المرجع السابق ، ص.39 .

⁷ - و هم كل من المذهب المالكي و المذهب الشافعي و الحنبلي .

⁸ - حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.281 .

مجلة الأحوال الشخصية، لكن رغم ذلك تدخل حسب اعتقادنا ضمن ضروريات العرف و العادة التي نصت عليها في نفس المادة.

و عند رجوعنا إلى القضاء الجزائري، نجد أنه قد استقر هو كذلك على أن يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بالشهادة الطبية لأنه من عناصر النفقة، وذلك في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2007/10/10¹.

هذا بالنسبة لنفقة العلاج الذي لا يطرح إشكال، المشكل في نفقة السكن² التي عرفت تطور قانوني و حتى قضائي، و هذا التطور كان في صالح القاصر و بالخصوص الطفل المحضون نظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسبها السكن، و ما يحقق له من أمان و استقرار.

فالبداية كانت قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984³، حيث كان القضاء يطبق حق المحضون في السكن على أساس المادة 467 من القانون المدني⁴. لكنه جعلها مسألة تقديرية في يد القاضي بحيث له الحرية في منح أو عدم منح السكن، إضافة إلى اشتراطه أن يكون أكثر من محضون، مما جعلها حماية ناقصة للقاصر.

بعد ذلك صدر قانون الأسرة لسنة 1984 و الذي نص على هذا الموضوع في مادتين و هما المادة 52 ق.أ⁵، و التي جاء فيها " ...إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن حسب وسع الزوج.

و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " أما المادة 72 من ق.أ فقد جاء فيها " نفقة المحضون و سكنه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته ".

كلا المادتين تعرضتا لنقد حاد⁶ بسبب نقص الحماية التي جاءت بها، بالإضافة إلى التناقض الكبير بينهما، و مادام أن التناقض واضح يفترض أن يتم تطبيق المادة الأكثر حماية للقاصر، و حسب اعتقادنا هي المادة 72 ق.أ و ذلك لعدة أسباب أهمها:

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2007/10/10، ملف رقم 404527، قرار غير منشور مقتبس عن: مبروكة غضبان، المرجع السابق، ص.89.

² - و قد أكدت المحكمة العليا على أن السكن يعتبر من مشتزمات النفقة؛ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/04/15، ملف رقم 554808، م.م.ع، 2010، ع 1، ص.241.

³ - أنظر، قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع، 24، الصادر في 12 يونيو 1984.

⁴ - نصت المادة 467 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، ج.ر.ع، 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، على ما يلي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر

و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين يمكنه من أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة "؛ أنظر، عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، ص.17.

⁵ - و نصت المادة كاملة على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج .

و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها ".

⁶ - للتوضيح أكثر، أنظر، زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص.130-139.

1- أن المادة 72 ق.أ تتحدث عن سكن كل الحاضنات، لأنها جاءت عامة لم تخص المطلقة فقط، وإن كان المشرع قد أخطأ لما اعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق لأنها قد تكون في حالة الوفاة كذلك.

على عكس المادة 52 ق.أ التي خصت فقط الأم المطلقة، وبتالي لو طبقنا المادة 52 ق.أ سوف نخرج الحالة أو الجدة من الحق في السكن، و يترتب عنه بقاء المحضون في الشارع.

2- أن المادة 72 ق.أ تتضمن في صياغتها إلزام الأب بتوفير سكن أو أجرة السكن، لكن المادة 52 ق.أ يفهم أنها لا تريد إلزام الأب بالسكن¹ سواء من حيث المصطلح الذي جاء به وهو (وسع الزوج)، أو من خلال الشروط الصعبة التي جاءت بها وهي أن يفرض الولي إيواء الأم المطلقة، بحيث لا يكون لها مسكن آخر، وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 أفريل 1981²، كما يشترط ألا يكون مسكن المطلق وحيدا. لكن من الناحية الواقعية أغلب الزيجات يكون لها مسكن واحد.

3- المادة 72 ق.أ ألزمت السكن على الأب حتى ولو كان المحضون واحدا، لأنها لم تحدد عدد المحضونين المستحقين للنفقة، لكن المادة 52 حددت عدد المحضونين المستحقين للنفقة، وذلك بذكر مصطلح (محضونيهما) والذي يفترض إما أن يكون اثنان أو ثلاثة فأكثر.

هذا التناقض القانوني ترتب عنه تناقض قضائي، ففي البداية مال القضاء إلى عدم إلزامية السكن متأثرا بالمادة 52 ق.أ، حيث أن القضاء في هذه الفترة رفض منح الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أولاد فأكثر³، وفي قرار آخر إلا إذا كان لها اثنين فأكثر⁴.

بعد ذلك تغير الاجتهاد القضائي، وأصبح ينظر إلى مصلحة المحضون أكثر من الأول، فأعطى السكن للحاضنة حتى ولو كان لها محضون واحد، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/03/2002⁵، وكذلك في قرار آخر بتاريخ 29/11/1994⁶، بل أكثر من ذلك أجاز إعطاء أجرة السكن للأم حتى ولو كانت عاملة⁷.

هذه الاجتهادات القضائية دفعت المشرع إلى حذف الفقرة الثانية و الثالثة و الرابعة من المادة 52 ق.أ، وإعادة صياغة المادة 72 ق.أ والتي أصبحت كالتالي " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

¹ - أنظر، باديس دباي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.156.

² - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 11/04/1981، ملف رقم 24526، غير منشور، مقتبس عن:

Cf. GH .Benmelha , Droit algérien de la famille , édit . O.P.U., alger,1993.p.232.

³ - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 18/04/1984، ملف رقم 34630، غير منشور، مقتبس عن:

GH . Benmelha . op .cit . opu ..alger.p.232.

⁴ - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 06/04/1987، ملف رقم 45454، غير منشور، مقتبس عن:

GH. Benmalha . op. cit . opu . .alger . p.232.

⁵ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/03/2002، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.

⁶ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29/11/1994، ملف رقم 112705، م.ق، 1995، ع.1، ص.140؛ وقد اعتبر المحكمة العليا في هذا القرار أن عدم منح الحضانة التي ليس لها أكثر من ولدين تطبق سيء للمادة 72 ق.أ.

⁷ - زكية حميدو، المرجع السابق، ص.139.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ."

هنا المشرع في هذه المادة جاء مجديد و هو اشتراطه السكن الملائم، لكن كان من المستحسن لو جعلها المشرع حسب القاصر و ليس حسب الأم.¹

هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فبدل الإيجار الذي تكلم عنه المشرع اعتقادا منه أنه الحل الوحيد لحالة عدم توفر السكن، لا يحقق حماية كافية للقاصر لسببين هما:

أولا : أن بدل الإيجار الذي يحكم به القاضي رمزي أي قليل لا يكفي لتأجير مسكن ملائم للمحضون.²

ثانيا : أن كلمة بدل الإيجار التي تكلم عنها المشرع، تشمل فقط أجرة السكن دون الأمور الضرورية الأخرى ، من مصاريف استهلاك المياه و الكهرباء و الغاز و مصاريف ترميم المنزل، لكي يكون صالحا للإيواء ، بالإضافة إلى الأمور التي تقي القاصر من البرودة و الحرارة كوسائل التدفئة والتبريد.³

هذا بالنسبة للعناصر التي نص عليها المشرع صراحة في المادة 78 ق.أ ، لكن هناك نفقات أخرى أو بالأحرى عناصر أخرى لم يدخلها المشرع ضمن المادة 78 ق.أ و هي أجرة الحضانة و أجرة الرضاع، هذه الأجرة لم يخصص لها المشرع مادة في قانون الأسرة، و بتالي نرجع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني : أجرة الحضانة و الرضاع :

من المقرر فقها ، أن نفقة المحضون القاصر تشمل كذلك أجرة الحضانة و أجرة الرضاع.⁴ و يعرف هذا الأجر ، بأنه بأنه المقابل النقدي الذي يحصل عليه القائم بالعمل مقابل عمله، أي المقابل النقدي الذي يدفعه الملتزم بالنفقة للحاضنة، لقاء قيامها بعمل و هو خدمة المحضون ، أو للمرضعة لقاء قيامها بإرضاع المحضون.⁵

و السبب الذي جعل الفقه يدخلهما - أي أجرة الحضانة و الرضاع - ضمن النفقة لسببين ، السبب الأول أن الملتزم بها هو والد الصغير و السبب الثاني أنها تخضع لنفس الشروط السابقة الخاصة بالنفقة، و أهمها أن تكون هذه الأجر من مال الصغير إن كان له مال .

1- ومن الانتقادات كذلك التي وجهت للمشرع في هذه المادة هو أنه حصر حق السكن في حالة الطلاق و نسي حالة الوفاة و هذا يتعارض مع المادة 75 ق.أ و المادة 78 ق.أ التي تعتبر السكن ضمن مشتملات النفقة دون التفرقة بين الطلاق و الوفاة .

2- أنظر ، عبد الحكيم بوجاني ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013- 2014 ، ص.200.

3- أنظر ، لحسن بن شيخ آيث ملويا ، تنازل الأم عن الحضانة، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية ، الجزائر، رمضان 1429 هـ- سبتمبر 2008 م ، ع.2، ص.79.

4- أنظر ، محمد أحمد سلاج و محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999 ، ص.172.

5- أحمد إبراهيم عطية ، أنظر ، أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، ط .2 ، دار الراضي ، مصر، 2009- 2010 ، ص.33.

و من ثمّ، فهي تشبه النفقة لأنها تستحق من أموال القاصر بحسب الأصل، و في نفس الوقت تشبه الأجر لأنها تدفع للقائمة بالعمل نظير ما تقوم به¹.

و تتمثل حماية القاصر في أجره الحضانة (المطلب الأول) و أجره الرضاع (المطلب الثاني)، في الدافع الذي يحمس هذه الحضانة أو المرزعة للقيام بالمهمة بطريقة جيدة، بحيث نضمن لهذا الطفل غذاء طبيعي و مفيد و تربية سوية.

المطلب الأول : أجره الحضانة :

لم ينص المشرع الجزائري على أجره الحضانة، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الذي لم يأخذ بها رغم ما فيها من حماية، لكن يبقى الحل في الجزائر هو تطبيق المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية²، غير أن هذه الأخيرة فقهاؤها اختلفوا بينهم حولها أثناء قيام الزوجية³ و اتفقوا حولها بعد الطلاق بين الزوجين، لكن في هذه الحالة يجب التفرقة بين ما إذا كانت الحضانة أما للصغير أم أجنبية عنه.

فإذا كانت أما للصغير و كانت لا زالت الحيلة الزوجية قائمة مع والد الطفل، فهي عند جمهور الفقهاء لا تستحق الأجر⁴، و السبب هو أن نفقة الحضانة الأم أثناء الزواج واجبة حتى و لو بدون الحضانة، فليس لها أن تجمع بين نفقتين عن فعل واحد، أما الحنابلة و الإمامية فقالوا باستحقاق الأم للأجر عن حضانتها للصغير أثناء قيام الزواج بينها و بين والد الصغير⁵.

أما في حالة الفراق، فالمالكية لا يعطون أجره للحضانة سواء كانت أما أم لا، و سواء كان الزواج قائما أم لا، لكن الحنفية أوجبوا هذه الأجره ما دام أن الزوجية ليست قائمة و مادام أنها غير معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأنها في هذه الفترة تستحق النفقة من والد الطفل⁶.

لكن في حالة ما إذا كانت الحضانة غير الأم، فإنها تستحق الأجره عن حضانتها للصغير بصورة مطلقة ما لم تكن متبرعة، ما عدا عند المالكية التي لا تستحق الحضانة الأجره عندهم⁷.

¹ - أحمد إبراهيم عطية، نفس المرجع ؛ لكن المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه النفقات في الشرع و القانون، يرى غير ذلك حيث كيف أجره الحضانة و الرضاع، بأنها ليست نفقة لأنها أولا لا تجب أثناء قيام الزوجية، و ثانيا انها تجب بعد الانفصال للقيام بعمل و هو الحضانة أو الرضاع ؛ أنظر ، أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع و القانون نفقة الزوجة و نفقة الصغير و نفقة الأقارب ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1995 ، ص.113-114.

² - عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاها لم يتناولوا البحث في أجره الحضانة بصورة مستقلة ، و إنما تناولوها بصورة تبعية إما عند بحثهم للنفقة على اعتبار أنها تدخل ضمن النفقة الواجبة للصغير ، أو عند بحثهم لأجره الرضاع على اعتبار أنها تخل ضمن هذه الأجره ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.223.

³ - باديس ديايي ، المرجع السابق ، ص.115.

⁴ - و هم كل من الحنفية و الشافعية و المالكية و الظاهرية ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.224.

⁵ - حميد سلطان الخالدي ، نفس المرجع ، ص.224-225.

⁶ - باديس ديايي ، المرجع السابق ، ص.155.

⁷ - أنظر ، بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ، 1987 ، ص.74.

و من ثمّ، كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري حسم الأمر في أجرة الحضانة حتى نتفادى هذا الاختلاف، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى كالمشرع المغربي¹ و المشرع التونسي² و السوري³ و المصري⁴.... إلخ.

كذلك حماية مال القاصر يطرح مشكل في موضوع أجرة الحضانة في حالة ما إذا وجدت متبرعة بالحضانة، هل يفضل الجانب الشخصي أم المالي للقاصر؟.

الفقه الإسلامي تكلم عن هذا الأمر ووضع مجموعة من الحلول⁵ وهي :

1- إذا كانت المتبرعة من لا تستحق الحضانة و كان للقاصر مال، فإن المتبرعة تقدم على مستحقة الحضانة سواء كان الأب موسرا أو معسرا . لأن القاصر إذا كان له مال فإن أجرة الحضانة تكون من ماله ، و مادام وجدت متبرعة يعطى لها المحضون حفاظا على ماله⁶.

2- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة و لم يكن للقاصر مال و كان الأب معسرا أعطي للمتبرعة، و السبب هو أن إلزام الأب بالأجرة مع وجود المتبرعة، فيه إضرار كبيرا بالأب⁷ و ذلك لقوله تعالى { لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ }⁸.

¹ - تنص المادة 167 من مدونة الأسرة المغربية: " أجرة الحضانة و مصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون و هي غير أجرة الرضاعة و النفقة.

لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

² - تنص المادة 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " لا تأخذ الحضانة أجرة إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ و غسل ثياب و نحو ذلك بحسب العرف".

³ - المشرع السوري نص على أجرة الحضانة في مادتين المادة 141 و التي جعلت أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير بحسب حال المكلف بها ، أما المادة 142 فقد اشترطت أن لا تكون الأجرة في حال قيام الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق ؛ أنظر ، أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 ، ص.143.

⁴ - تنص المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1969 المصري: " تنتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة و ببلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة " و عدل هذا القانون و أصبح سن الحضانة 15 سنة للصغير و الصغيرة بموجب القانون رقم 4 لسنة 2005 ، الفقهاء المصرين كأحمد نصر الجندي و أحمد إبراهيم عطية قالوا بان هذه المادة تتكلم كذلك عن أجرة الحضانة لأن خلال هذه الفترة تستحق فيها الحضانة الأجرة ؛ أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... المرجع السابق ، ص.115 ؛ أحمد إبراهيم عطية ، المرجع السابق ، ص.42.

كذلك هناك تشريعات أخرى نصت على أجرة الحضانة و منها التشريع الأردني في المادة 3/57: " إذا احتلفت الحضانة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة ، و لا يحكم بأجرة الحضانة مادامت الزوجية قائمة ، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي " ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.230. هناك كذلك قانون الامارات العربية الذي نص في المادة 3/148 على أجرة الحضانة: " لا تستحق الحضانة أجرة الحضانة اذا كانت زوجة لأبي المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه " ؛ أنظر ، أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص.376.

⁵ - أنظر ، آسية بوخاتم ، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2006-2007 ، ص.65 ؛ أنظر ، بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ج.1 ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1967 ، ص.557-558.

⁶ - أنظر ، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، ج.7 ، ط.3 ، د.د.ن ، د.ب ، 1985 ، ص.136.

⁷ - أنظر ، محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط.1 ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1957 ، ص.411.

⁸ - الآية 233 من سورة البقرة .

3 - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة و لم يكن للصغير مال و كان أبوه موسرا، قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة لأنها أكثر شفقة عليه ، كما أن الأب لن يتضرر من هذه الأجرة بسبب يساره¹.

4 - إذا كانت المتبرعة ليست من أهل الحضانة، فإن الأم أو غيرها من لهم الحق في الحضانة تقدم على المتبرعة و لو طلبت أجرا على الحضانة،² لأن إعطاء الصغير القاصر للأم فيه مصلحة له باعتبارها أشفق من المتبرعة و أحن عليه ، و المحافظة على مصالح القاصر الشخصية أولى من المحافظة على مصالحه المالية³.

بالإضافة لهذا هناك أجرة شبيهة في أحكامها لأجرة الحضانة ، وهي أجرة الرضاعة .

المطلب الثاني : أجرة الرضاع⁴ :

أجرة الرضاع مثلها مثل أجرة الحضانة لم يتكلم عنها المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى⁵، و إن كان تكلم عنها قبل التعديل لكن بصورة عامة و وجيزة باعتبارها إحدى واجبات الزوجة⁶ في المادة 39 ق.أ⁷.

¹ - بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد ... ، المرجع السابق ، ص.77.

² - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.411.

³ - أنظر ، محمد الحسيني الحنفي ، الأحوال الشخصية ، ط.3 ، دار النهضة العربية ، د.ب ، 1964 ، ص.180.

⁴ - و قد تكلم جل جلاله عن الرضاعة في سورة البقرة الآية 233 : { وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَ وَالِدَةٌ بَوْلِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلُهُ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذْ سَلَّمْتُمْ مَا آيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (233) } .

و قد فسر بن كثير هذه الآية ، بأنها إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي سنتان فلا اعتبار للرضاعة بعد ذلك ؛ أنظر ، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ج. 1 ، دار التوفيقية للطباعة ، مصر ، 2008 ، ص.345.

⁵ - نص المشرع السوري عن أجرة الرضاع في المادة 151 من قانون الأحوال الشخصية: " أجرة رضاع الولد سواء كان رضاع طبيعيا أو اصطناعيا على المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه

لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي "

كذلك المادة 152 من نفس القانون: " المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة و كان الأب معسرا على أن يكون الإرضاع في بيت الأم " ؛ أنظر أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، المرجع السابق ، ص.148.

كذلك المشرع الإماراتي في المادة 79 من قانونه: " توجب على الأب تكاليف إرضاع ولده ، إذا تعذر على الأم إرضاعه ، و يعتبر ذلك من قبيل النفقة"؛ أنظر ، أحمد نصر الجندي ، قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص.221.

و نصت كذلك مدونة الأسرة المغربية على أجرة الرضاع في المادة 201: " أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته "

كذلك المشرع الأردني في المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية: " لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها و تستحقها في عدة الطلاق البائن " ؛ أنظر ، عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 1998 ، ص.262.

⁶ - زكية حميدوا ، المرجع السابق ، ص.128.

⁷ - نصت المادة قبل التعديل: " يجب على الزوجة : ارضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم "

أما بالنسبة للقضاء ، فلم يتكلم هو الآخر عن أجره الرضاع بل تكلم فقط عن مدة الرضاع في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23¹ .

و عليه، مادام لا يوجد نص قانوني نعتمد عليه نرجع بتالي إلى المصدر الثاني طبقاً للمادة 222 ق.أ ، و كما هو الحال بالنسبة للحضانة فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في الرضاعة بين ما إذا كانت الأم لا زالت في حبال الزوجية أو خارج هذه الحبال².

ففي حالة ما إذا كانت الأم لا زالت متزوجة بوالد الطفل، ذهب الحنفية إلى أنها لا تستحق أجره عن إرضاع ولدها، حتى و لو وافق الأب و أراد أن يستأجرها للرضاعة. و السبب في ذلك، هو أن الأم من واجب عليها إرضاع ولدها³ و هذا ما ذهب إليه حتى الظاهرية⁴.

أما المالكية فقد فرقوا بين ما إذا كانت المرأة ذات شرف⁵ و بين المرأة العادية، فأوجبوا الأجره على الأولى دون الثانية⁶.

لكن الحنابلة اختلفوا فيما بينهم فمنهم من أجاز إعطاء أجره لأم الرضيع⁷، لأن لبنها أحسن من غيرها حتى و لو وجدت متبرعة، و منهم من رفض تقديم أجره لها إلا في حالة الفراق⁸.

أما الشافعية فقد اعترفوا للأم بأجره الرضاعة و يرون أن هذه الأجره تكون مستقلة عن النفقة و تدفع لوحدها⁹ ، هذا في حالة قيام العلاقة الزوجية لكن في حالة العكس (انحلال الزواج)، هنا اتفق الفقهاء¹⁰ على أن الأم تستحق الأجره لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بينها و بين والد الطفل و أصبحت أجنبية عنه و ذلك بقوله

¹ - حيث جاء في القرار: " من المقرر شرعاً أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لانعدام الأساس القانوني غير وحيه و يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن البنت المحضونة تجاوز عمرها عامين يوم رفع الدعوى ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها بحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين ، طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن " ؛ أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1991/04/23 ، الملف رقم 71727 ، م.ق ، ع.2 ، 1993 ، ص.47.

² - أنظر ، عبد الفتاح ابراهيم هنسي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانوناً ، مكتبة و مطبعة الاشعاع الفنية ، مصر ، د.س.ن ، ص.162.

³ - شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.208 ؛ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص.192.

⁴ - أنظر ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم ، المحلى ، ج.10 ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، 1352 هـ ، ص.340.

⁵ - أي لم تجزى عادة النساء من أمثالها على إرضاع أولادهن .

⁶ - أنظر ، مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج.2 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994 ، ص.304.

⁷ - مستدلين بقوله في الآية 6 من سورة الطلاق { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ وَأَنْجِبْنَ لَكُمْ وَأَنْجِبْنَ لَكُمْ وَأَنْجِبْنَ لَكُمْ } .

⁸ - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، المرجع السابق ، ص.138.

⁹ - أنظر ، سلمان البيهري ، حاشية البيهري على الخطيب ، ج.4 ، ط.الأخيرة ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1981 ، ص.70.

¹⁰ - و هم كل من الحنفية والحنابلة و المالكية ؛ شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.208 ؛ عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، المرجع السابق ، ص.138 . ؛ مالك بن أنس الأصبحي ، المرجع السابق ، ص.417.

و إن كان الحنفية اختلفوا فيما بينهم بخصوص الأم المرضعة المعتدة من طلاق بائن ، فمنهم من ذهب إلى عدم وجوبها لها قياساً على المعتدة من طلاق رجعي لأنها تستحق نفقة العدة ، و منهم من أوجب لها أجره الرضاعة نظراً إلى أن زوجيتها من أب الطفل قد انقطعت بمجرد الطلاق البائن و الدليل على ذلك أنه لا يستطيع أن يراجعها بدون رضاها و بدون عقد و مهر جديد ؛ أنظر ، محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، لبنان ، 2007 ، ص.400.

تعالى " وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَ أَتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَ إِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَضِعْ لَهُ أُخْرَى }¹.

و على العموم نعتقد أن أجره الرضاعة فيها حماية للمرأة و للقاصر، لأن النفقة بحد ذاتها غير كافية لهما.

الخاتمة :

و في الأخير نقول أن الحماية التي جاء بها المشرع الجزائري ناقصة بالمقارنة إلى الحاجة و الضعف الذي يتسم به القاصر، و ذلك يرجع بالدرجة أولى لقلة المواد بهذا الخصوص.

و إن كان هناك مادة تملئ هذا الفراغ و المتمثلة في المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية إلا أنه من الناحية الواقعية ليس هناك جدوى كبيرة لها لكون قضاتنا غير متخصصين في الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى أنه ليس هناك اجتهادات قضائية كافية تساعد القضاة و خاصة قضاة أول درجة في الفصل في القضايا بما يحقق حماية كافية للقاصر.

¹ - الآية 6 من سورة الطلاق .

القضايا البيئية في إطار النظام التجاري المتعدد الأطراف



بن قطاط خديجة , عضو بمخبر القانون العقاري والبيئة
ماجستير في القانون الدولي والعلاقات السياسية الدولية
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم , الجزائر

مقدمة :

تستند التجارة الدولية، على إطار مؤسسي مشترك، يتمثل في منظمة التجارة العالمية (OMC)، التي تعتبر الحيز الوحيد لإدارة النظام التجاري المتعدد الأطراف والمفاوضات التجارية الدولية، وهو ما أكدته المادة الثانية الفقرة الأولى من اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية. و على العكس من ذلك فإن المجال البيئي يعرف بافتقاره لإطار مؤسسي (عدم وجود منظمة دولية للبيئة) يوفر له المزيد من الحماية، كما يتميز بتعدد وتنوع الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف التي تحتوي على قواعد خاصة بالقطاع الذي تناولته.

إن القواعد العامة للتجارة الدولية تختلف اختلافا جوهريا عن تلك القواعد التي تحكم حماية البيئة، باعتبار أن المبادئ التي تقوم عليها أعمال المجالين تختلف في مفاهيمها وتنفيذها. أما منظمة التجارة العالمية (OMC) فقد تولت مهمة عامة، إذ نجدها تهدف بموجب المادة 3 الفقرة الأولى، إلى تسهيل تنفيذ، إدارة و عمل الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف و تصبو إلى تحقيق أهدافها، كما تكون أيضا بمثابة إطار لإدارة وتنفيذ وسير الاتفاقيات متعددة الأطراف، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على قوة القواعد التجارية الدولية. من جانب آخر، يتضح أن القواعد القانونية الدولية المطبقة في مجال البيئة، ليست قسرية، وهذا بسبب غياب الطابع الإلزامي للنصوص المعتمدة في هذا المجال، وهو ما يطلق عليه "القانون غير الملزم" (Soft law)، على عكس قواعد التجارة الدولية التي هي أكثر جمودا و التي يتم تصنيفها ضمن "القانون الثابت" (hard law). كما نشهد في المجال البيئي غياب وجود جهاز لحل النزاعات، إذ أن عدم الامتثال للمعاهدات الدولية المتعلقة بالبيئة لا يترتب عنه أي جزاء. وعليه تطرح الإشكالية التالية: هل تمكن النظام التجاري المتعدد الأطراف من احترام القواعد البيئية، خاصة تلك المتضمنة تقييدات على التجارة الدولية؟

وللإجابة على الإشكالية قمنا بتقسيم الدراسة إلى مطلبين. تطرقنا في المطلب الأول سمو مبادئ النظام التجاري المتعدد الأطراف على المتطلبات البيئية، ليتضمن المطلب الثاني مدى فعالية القواعد البيئية في ظل المبادلات التجارية الدولية.

المطلب الأول : سمو مبادئ النظام التجاري المتعدد الأطراف على المتطلبات البيئية :

يهدف النظام التجاري إلى تخفيض الحواجز أمام التجارة ومنع ظهور حواجز جديدة، كما يهدف إلى ضمان المنافسة العادلة (Une concurrence équitable) وتكافؤ فرص الوصول إلى الأسواق والقدرة على التنبؤ بالوصول لجميع السلع والخدمات المتداولة، في الوقت الذي تتطلب فيه حماية البيئة وجود قيود على أنواع معينة من المبادلات.

إن المبادئ العامة تشكل الأساس القانوني لأي نظام، ومن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام التجاري المتعدد الأطراف تلك التي تشير إلى عدم الجواز لأي دولة التفرقة بين شركائها التجاريين، حيث يجب عليها المعاملة على أساس المساواة، (وضع الدولة الأولى بالرعاية)، فلا ينبغي التمييز بين منتجاتها وخدماتها ومواطنيها من جهة، والمنتجات والخدمات والمواطنين الأجانب من جهة أخرى، أي يجب أن تستفيد من المعاملة الوطنية، إضافة إلى التأكيد على مبدأ حظر القيود الكمية. وبالتالي فمن المهم التطرق إلى الكيفية التي تم التعامل بها مع القضايا البيئية من خلال هذه المبادئ.¹

الفرع الأول : تأثير مبدأ الأمة الأولى بالرعاية على سياسات حماية البيئة.

يقصد بهذا المبدأ، تعهد البلدان الأعضاء بعدم التمييز بين البلدان و بعدم معاملة بلد ما أفضل من بلد آخر. وبالتالي لا يمكن المطالبة بمزيد من المساواة بالنسبة للدول التي لا تطبق أدنى معايير حماية البيئة، أي أنه لا يمكن استخدام أساليب الإنتاج للتمييز بين المنتجات، فلا يمكن للدول التمييز بين المنتجات على أساس الأثر البيئي (Impact environmental)، كما أن المستفيدين من شرط الأمة الأكثر تفضيلاً يمكنهم التمتع بنفس المزايا التي تتمتع بها دول تحترم المتطلبات البيئية.²

لقد تم الإستناد على مبدأ الأمة الأولى بالرعاية في إحدى القضايا البيئية وهي قضية "الروبيان السلاحف"، التي تتلخص وقائعها في أن الولايات المتحدة، ومن خلال القانون الخاص بالمحافظة على الحيوانات المهددة بالانقراض، قامت بإدراج نص يمنع استيراد الجمبري، الذي تم اصطياده بواسطة أنواع معينة من الشباك التي لا تحافظ على سلاحف البحر، وقد جاء هذا النص نتيجة الضغط المفروض من المنظمات البيئية غير الحكومية. مما أدى مما أدى إلى تضرر بعض البلدان المصدرة للجمبري، ممثلة في الهند وماليزيا وباكستان وتايلاند، فاعتبرت أن القانون الأمريكي يناقض أحكام اتفاقية منظمة التجارة العالمية (OMC) وهو ما أيده الأجهزة المعنية لمنظمة التجارة العالمية (OMC)، حيث عارضت الإجراءات المتخذة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية، إذ قدمت، هذه الأخيرة، مساعدة تقنية و مالية لدول الكاريبي و أعطتها فترة سماح (période de grâce) أطول من تلك الممنوحة إلى الدول الآسيوية. و خلص جهاز الاستئناف (l'Organe d'appel) التابع لآلية تسوية المنازعات (ORD) إلى أن الإجراء الأمريكي وبغض النظر عن هدفه البيئي، إلا أنه كان "تميزيا بشكل لا يمكن تبريره"، كما لم تقم الولايات المتحدة الأمريكية، بإجراء مفاوضات للتوصل إلى حلول توافقية، لحماية السلاحف البحرية والمحافظة عليها. وعليه فإن الولايات المتحدة فشلت في هذا المسعى، المتمثل في حماية البيئة، لممارستها تمييزاً ظاهراً، إلى حد ما، بين أعضاء المنظمة، وهو ما يتنافى مع مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.³

¹ هذه المبادئ الأساسية نصت عليها اتفاقية الجات 1947، ل يتم تكريسها و إعادة التأكيد عليها في إطار منظمة التجارة العالمية.

² Abraham Yao GADJI: libéralisation du commerce international et protection de l'environnement, thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, France, 2007, p 80.

³ États-Unis, Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapports adoptés le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R (Organe d'appel) et WT/DS58/R (Groupe spécial).

الفرع الثاني : أثر شرط المعاملة الوطنية على المتطلبات البيئية.

استنادا إلى شرط المعاملة الوطنية، يجوز للدولة فرض الضرائب البيئية المحلية على منتج أجنبي وفقا لخصائصه، أي من حيث طبيعته السامة (la toxicité)، قابليته على التحلل البيولوجي (biodégradabilité)، أو لطبيعة تصنيفه ضمن الموارد غير المتجددة (Les ressources non renouvelables)، شريطة أن تطبق هذه الضريبة أيضا على المنتجات المتطابقة الوطنية.¹

يهدف تطبيق شرط المعاملة الوطنية إلى تهيئة الظروف الكفيلة بتحقيق الاستقرار وقابلية الوصول إلى الأسواق. ومن المؤسف إعاقة هدف منظمة التجارة العالمية المشروع، من خلال الممارسات الحالية في العلاقات التجارية الدولية بين الدول بصفة عامة، وخصوصا تلك القائمة بين البلدان المتقدمة والبلدان النامية. ومن الشائع، أن نجد بعض الدول تفرض - تحت ستار المتطلبات البيئية - تدابيرا وشروطا تحول دون الوصول إلى أسواقها، فيحدث نوع من التحول إلى أهداف بيئية لأسباب اقتصادية بحثة.²

لقد اتخذ شرط المعاملة الوطنية كذريعة في أول نزاع تجاري عرض على جهاز تسوية المنازعات (ORD)، وكان بين فنزويلا والبرازيل من جهة (كطرف) و الولايات المتحدة الأمريكية من جهة أخرى (كطرف ثاني). وكان الأمر بخصوص الإجراءات الأمريكية المتعلقة بالبنزين،³ حين اشتكت فنزويلا إلى سلطات الجات من المعاملة الأقل تفضيلا للبنزين المصدر إلى الولايات المتحدة، مقارنة بالبنزين المحلي لهذه الأخيرة، وينحصر السبب في القانون الأمريكي المعتمد في 15 ديسمبر 1993، من قبل الوكالة الأمريكية لأجل حماية البيئة، الذي صدرت أحكامه إثر تعديل كونغرس الولايات المتحدة لقانون مكافحة تلوث الهواء.⁴ وقد أثار القانون المذكور، سخط فنزويلا والبرازيل لما يحمله من معاملة تمييزية بين المنتجات من المصافي الوطنية الأمريكية والمنتجات المستوردة إلى درجة أن الأولى يمكنها الامتثال لمستويات قاعدية فردية (Des niveaux de base individuels) في حين أن الثانية عليها أن ترضخ إلى مستوى قاعدي قانوني (Un niveau de base réglementaire)، أي مستوى قاعديا منتظما وأكثر تقييدا. نذكر أنه يمكن عمليا، للبنزين الذي لديه نفس الخصائص الفيزيائية أن يباع بحرية من قبل الشركة الأمريكية، لأنه يمثل إلى خط الأساس الفردي الخاص به. في حين لا يسمح للمستورد الأمريكي بذلك، لالتزامه بالامتثال إلى خط الأساس القانوني. اعتبرت فنزويلا والبرازيل أن هذا الالتزام، يفرض معاملة أقل تفضيلا للبنزين المستورد، إلى درجة أن المصافي الخارجية تجد نفسها مضطرة لتحسين نوعية بنزينها، من خلال القيام باستثمارات هامة، أو بخفض أسعاره في حالة الحفاظ على نفس النوعية، وأكدوا أن القانون الأمريكي لا يتفق مع شرط المعاملة الوطنية.⁵

لقد اعترضت الولايات المتحدة على هذه الحجج، إذ أوضحت أن شرط المعاملة المنصوص عليه في المادة الثالثة، وخاصة الفقرة 4 المتعلقة بمعاملة المنتجات المثيلة (Les produits similaires) يمكن أن يحترم فقط، إذا تم

¹ المادة الثالثة من اتفاقية الجات فقد طالبت الدول الموقعة على الاتفاقية بضرورة عدم التمييز في المعاملة بين السلع المستوردة والسلع المحلية. بما يعطي أفضلية للسلع المحلية في السوق فيما يخص الضرائب والرسوم وغيرها.

² Abraham Yao GADJI : Op.Cit, p 82.

³ États-Unis, Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapports adoptés le 20 mai 1996, WT/DS2/9 (rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial)

⁴ عبد الرزاق مقرري: مشكلات التنمية و البيئة و العلاقات الدولية، دار الخلدونية، الطبعة 1، الجزائر، 2008، ص 288.

⁵ Abraham Yao GADJI : Op.Cit, p 88.

التوصل إلى أن المنتجات المستوردة و المنتجات الوطنية تم معالجتها إجمالاً بنفس الطريقة.¹ أشارت الولايات المتحدة انه سيتم بالموازاة، تعويض المعاملة الأقل تفضيلاً للبنزين الأجنبي بمعاملة أقل تفضيلاً لجزء من البنزين الأمريكي. وقد اعتبر الأمريكيون أيضاً أنه يمكن استبدال شرط المعاملة الوطنية بين المنتجات المثلثة بمفهوم المعاملة المماثلة بين أطراف في وضع مماثل، فهي تعمل على حماية البيئة من خلال هذا الإجراء، على عكس فنزويلا والبرازيل، وهنا يكمن عدم التماثل في الوضع.²

أشار الفريق الخاص (Le groupe spécial) المعروض عليه النزاع، أن أحكام القانون الأمريكي التي تعرضت للهجوم، لا تتفق مع المادة الثالثة في الواقع، بما في ذلك الفقرة 4، ولاحظ الفريق - فيما يتعلق بمعاملة هذين النوعين من المنتجات المثلثة - بأن البنزين المستورد يخضع لمعاملة أقل رعاية من البنزين المحلي، وأن أساليب وضع خطوط الأساس تمنع البنزين المستورد من الاستفادة من شروط البيع الملائمة لتلك الممنوحة للبنزين المحلي.³ ويظهر لنا، أن هذه الشروط التقييدية لا توقف النقاش حول مدى توافق التدابير الوطنية لحماية البيئة مع حرية التجارة الدولية. وقد يظهر شرط المعاملة الوطنية كسياسة حمائية، عندما تسعى الدولة المستوردة إلى فرض معاييرها لحماية البيئة. هذا التحول للمتطلبات الإيكولوجية نحو الأهداف الاقتصادية، لا يمكن العثور له على علاج إلا بتنسيق دولي للمعايير البيئية، مع الأخذ في الاعتبار، مستوى التنمية في البلدان والتوافق مع الممارسات التجارية الدولية.

الفرع الثالث : حظر القيود الكمية و المشكلة البيئية :

إن القيود الكمية (Les restrictions quantitatives) المفروضة من طرف الدولة على الواردات، لها هدف اقتصادي، وتتعلق بحماية الصناعات المحلية للمنتجات "الحساسة" ضد واردات المنتجات المماثلة الأجنبية. أما القيود الكمية على الصادرات، فجاءت بدافع المصالح الاقتصادية، لمكافحة حالات النقص مثلاً. لذلك يبدو أن الدول لا يمكن، من حيث المبدأ، أن تطبق النصوص القانونية الوطنية التي تحمي البيئة، إذا كانت تشمل على أحكام تتعلق بقيود كمية على الواردات أو الصادرات.

إن حظر القيود الكمية المنصوص عليه في المادة الحادية عشرة الفقرة 1، يمكن أن يقلص من خلال القواعد الوطنية لحماية البيئة على أساس تفسير واسع للشرط المنصوص عليه في الفقرة 2 (ب)، و المتعلق بـ" (...) حظر أو تقييد الاستيراد أو التصدير اللازم لتطبيق المعايير واللوائح لتصنيف ومراقبة الجودة أو بيع منتجات مرصودة للتجارة الدولية (...)".

لقد تم فحص القيود المفروضة على التجارة الدولية لأسباب بيئية في القضية الشهيرة ضد الولايات المتحدة من طرف المكسيك حول القيود المفروضة على استيراد التونة المكسيكية، فموجب قانون الولايات المتحدة لحماية

¹ Eric ROBERT : L'affaire des normes américaines relatives à l'essence, le premier différend commercial environnemental à l'épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l'OMC ,R.G.D.I.P., 1997, Tome I. pp 94, 96.

² بالنسبة للولايات المتحدة، شرط المعاملة الوطنية سوف يحترم لأن البنزين المقدم للأطراف في وضع مماثل يتلقى معاملة مماثلة، كما أن البنزين المزود من قبل المستوردين و البنزين المزود من قبل شركات التكرير الأمريكية كان يعامل بنفس الطريقة.

³ Eric ROBERT : Op.Cit, p 97.

الثدييات البحرية¹، حظرت الولايات المتحدة استيراد التونة ذات الزعانف الصفراء من المكسيك، بسبب سماح القوارب المكسيكية باستخدام أساليب صيد تؤدي إلى قتل الدلافين التي تتم حمايتها من خلال هذا القانون.² وقد اعتبر الفريق الخاص الذي نظر في القضية، أن قرار الولايات المتحدة يمثل انتهاكا لشرط المعاملة الوطنية وحظر القيود الكمية، وهو يرى أن تطبيق التدابير التمييزية ضد بلد ثالث خارج نطاق ولايته، يتنافى مع القواعد التجارية، و بوضوح، لم يسمح للولايات المتحدة باستخدام تدابير تجارية من جانب واحد لفرض متطلباتها البيئية. بعبارة أخرى، لا يمكن للسياسات الوطنية لحماية البيئة أن تبرر خرق مبادئ الجات حتى إذا تم السماح باستثناءات على اتفاقية الجات.³

نلاحظ من خلال التطرق إلى هذه القضايا، التي جسدت تعارض مبادئ منظمة التجارة العالمية مع المتطلبات البيئية، أن المبادئ التجارية تسمو وفق قانون المنظمة، على الانشغالات البيئية رغم الاستثناءات الواردة في اتفاقية الجات (المادة 20)، الأمر الذي يستلزم تعديل وتفعيل هذه المادة.

المطلب الثاني : مدى فعالية القواعد البيئية في ظل المبادلات التجارية الدولية :

إن تحديد مدى فعالية أي قاعدة، يتم من خلال النظر في مدى إمكانية تنفيذها. و بالرجوع إلى القواعد البيئية والتجارية نجدها تختلف من حيث التطبيق و من حيث العقوبات في حالة عدم الامتثال لها، ولو أن قواعد التجارة الدولية و بسبب تطبيقها الصارم، تتميز بالأولوية مقارنة بالقواعد البيئية، التي تجسد الحماية البيئية وصعوبة تنفيذ الاتفاقيات البيئية تدل على ضعف يتخللها.

الفرع الأول : أسبقية القواعد التجارية على القواعد البيئية :

تطالب بعض الدول بإلغاء بعض القوانين التي تهدف إلى حماية البيئة، وتضع معايير الجودة البيئية (Normes de qualité environnementale)، و ذلك باعتبارها تصنف ضمن الحواجز غير الجمركية، التي ينبغي إزالتها لتسهيل المبادلات التجارية الدولية، معتمدة في ذلك على النظام التجاري المتعدد الأطراف،⁴ ومن أمثلة ذلك، المطالبات الكندية بتغيير بعض القوانين الأوروبية و الدولية، المعيقة لانتقال بعض السلع إلى هذه الأسواق، ومن أهم هذه القوانين القانون الانجليزي الفرنسي، الذي يمنع استخدام الاسبستوس في البناء، باعتبار أن كندا هي المصدر الرئيسي له.⁵

لنفترض أنه نشأ نزاع تجاري بسبب تدبير اتخذته دولة ما فأثر على حرية التجارة، و كان هذا التدبير بموجب اتفاقية بيئية خارجة عن نظام منظمة التجارة العالمية، فقامت دولة أخرى بالاعتراض عليه، هل ينبغي في هذه الحالة النظر في النزاع ضمن إطار منظمة التجارة العالمية أو في إطار الاتفاقية البيئية؟

حسب لجنة التجارة والبيئة (le comité du commerce et de l'environnement)، إذا وقع نزاع حول تدبير تجاري متخذ بموجب اتفاقية بيئية، وكان طرفا النزاع قد وقعا على هذه الاتفاقية، ينبغي أن تستخدم أحكام

¹ قانون حماية الثدييات البحرية، أحد أهم قوانين المحافظة على الطبيعة في البلاد، حسبما تقول وزارة الداخلية، صدر في 21 تشرين الأول/أكتوبر 1972، يساعد على حماية الثدييات البحرية، مثل الدببة القطبية، وكلاب البحر، وحيوان الفظ، وخروف البحر، وكذلك الأنظمة البيئية للمحيطات التي تعيش عليها هذه الحيوانات.

² Patrick LOVE, Ralph LATMORE : le commerce international libre, équitable et ouvert ? , les essentiels de l'OCDE, OCDE, paris, 2009, p137.

³ Mario PROST: D'abord les moyens, les besoins viendront après commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC, Bruylant, Bruxelles, 2005, p 95.

⁴ Alfredo SUAREZ : Commerce international et environnement, hachette Paris, 2010, p 90.

⁵ درودر آمال : التنمية المستدامة و تحرير التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة مستغانم، الجزائر، 2011، ص 105.

الاتفاقية لتسوية النزاع. وفي حال لم يوقع أحد الطرفين، فإن منظمة التجارة العالمية (OMC) هي الهيئة الوحيدة التي يمكن أن تنظر في النزاع.¹

تجب الإشارة إلى أن الجهاز المكلف بالنظر في النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية (OMC) هو جهاز تسوية المنازعات (ORD)، وقد كان إجراء تسوية النزاعات معمولاً به في إطار الجات القديمة، ولكن دون أي جدول زمني، وبالتالي كان من الأسهل تجميد القرارات، كما أن العديد من الأعمال التجارية استمرت دون التوصل إلى حل.² و منذ نشأة منظمة التجارة العالمية (OMC)، صدر اتفاق التفاهم (مذكرة التفاهم) حول مفهوم و إجراءات تسوية النزاعات، فأصبح لهذه المنظمة نظام قانوني خاص بحسم المنازعات، يمثل جزءاً أساسياً من تكوينها، لما له من أهمية في تحقيق فعالية القواعد التي تحكم التجارة الدولية، و ضمان أمانة تطبيق الاتفاقيات التي تُنظم التجارة العالمية بين الدول الأعضاء.³

وبالرجوع إلى بعض السوابق القضائية، سواء في إطار الجات أو في إطار منظمة التجارة العالمية، و التي تضمنت مراجعة التدابير المتعلقة بالبيئة، أو تلك التدابير المتعلقة بصحة الأشخاص، بموجب المادة 20 (XX)، نجد أن قوانين المنظمة لها الأولوية على المتطلبات البيئية.⁴ و لقد سبق و أن تطرقنا إلى بعض السوابق القضائية في إطار جهاز تسوية المنازعات (ORD) و التي أظهرت هذه الأولوية مثل قضية البنزين، ناهيك عن القضايا التي عرضت في إطار الجات، ومن بين القضايا التي عرضت في إطار الجات كقضية التونة و الدلافين، المتمثلة في الخلاف الواقع بين الولايات المتحدة و المكسيك بخصوص استيراد التونة المكسيكية،⁵ حين تم حظر واردات التونة من المكسيك إلى الولايات المتحدة، باعتبار أن التقنيات المستخدمة في صيدها، تسببت في أسر أحد الأنواع المحمية من الثدييات البحرية (الدلافين).

رفعت المكسيك قضية ضد الولايات المتحدة في 3 سبتمبر 1991، تتهمها فيها بأن الحظر الذي تفرضه الولايات المتحدة الأمريكية، بناء على قانون حماية الحيوانات البحرية (الذي تحرم بمقتضاها الولايات المتحدة الأمريكية استيراد التونة ومنتجاتها التي يتم اصطيادها بشبكات صيد حريرية أو بطريقة تؤثر على حياة الدرافيل خاصة من مياه المحيط الهادي الاستوائية) متعارض مع الجات. ومن جانبها، فقد احتجت الولايات المتحدة بقانونها الصادر في عام 1988 بشأن حماية الحياة البحرية، والذي يمنع استيراد التونة من دول الشرق الاستوائي للمحيط الهادي، التي لا تتوافق طرق صيدها مع معايير حماية الدلافين، التي تطبقها الولايات المتحدة على صيادها المحليين. وقد دفعت الولايات المتحدة بأن تدابيرها كانت جزءاً من المتطلبات الواردة في الفقرة (ز) من المادة 20 من الجات، أي أنها تتعلق بصيانة الموارد الطبيعية القابلة للنفاد.⁶

لقد ساندت محكمة تسوية النزاع - التي تشكلت في إطار الجات - المكسيك على أساس أن قواعد الجات هنا تمنع وضع قيود على الاستيراد وفقاً لطرق الإنتاج. كما لم تأخذ المحكمة بما أثارته الولايات المتحدة من معرفة الموردين

¹ OMC : Un commerce ouvert sur l'avenir, Septembre 2003, révisé en février, Paris 2007, p 10.

² Vincent Thierry BOUANGUI : La protection de l'environnement et l'OMC : nature des rapports et perspectives d'harmonisation, thèse doctorat, université de Reims, Atelier national de reproduction des thèses, 2001, p 182.

³ إبراهيم بن فرج: فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 41، 2003، ص 50.

⁴ Dominique CARREAU, Patrick JUILLARD : Droit international économique, 4^{ème} éd, LGDJ, Paris, 1998, p 293.

⁵ Etats-Unis - Restrictions à l'importation de thon, Rapports distribués les 3 septembre 1991 et 16 juin 1994 non adoptés, WT/DS21/R ; WT/DS29/R.

⁶ OMC: Comprendre l'OMC, 4^{ème} éd, Genève, juillet, 2008, p 69.

السابقة بقواعد حماية الدرافيل في الولايات الأمريكية، فلا يمكن تطبيق أحكام اتفاقية التجارة الدولية بالأنواع المهددة بالانقراض من الحيوانات والنباتات البرية، كما لا يمكن تبرير الموقف الأمريكي بموجب الفقرة (ب) أو (ز) من المادة 20 من الجات.¹ فحسب المحكمة، الفقرتين (ب) و (ز) لا تنطبقان على الموارد الطبيعية الموجودة خارج اختصاص الطرف الذي سن القيود التجارية،² فالمادة 20 لا تطبق إلا على تقييد التجارة في الأنواع المهددة بالانقراض المحلية، الأمر الذي يحد من تطبيق اتفاقية التجارة الدولية بالأنواع المهددة بالانقراض من الحيوانات والنباتات البرية.³

وللإشارة، فإن الغرض من هذه الاتفاقية يكمن حماية الأنواع المهددة بالانقراض، أينما وجدت، خاصة من خلال فرض حظر على الواردات أكثر من فرضه على الصادرات. و بموجب حكم المحكمة التي شكلت في إطار الجات، لا يمكن للدولة أن تتخذ تدابير بيئية لها آثار خارج أراضيها، الأمر الذي يحد من إمكانية الربط بين اتفاقية التجارة الدولية بالأنواع المهددة بالانقراض من الحيوانات والنباتات البرية و منظمة التجارة العالمية (OMC).⁴ كما تجب الإشارة أيضا، أن هناك قضايا أخرى جسدت سمو قواعد المنظمة على القواعد البيئية و على وجه الخصوص القواعد الصحية - حسب تصنيف منظمة التجارة العالمية - و يتعلق الأمر بقضية البقر الهرموني، في نزاع تجاري بدأ في عام 1989، بعد أن سنت اللجنة الأوروبية قانونا تمنع بموجبه استيراد لحوم البقر التي حقنت بهرمون النمو، نظرا للضرر الذي يسببه هذا النوع من الغذاء على صحة الإنسان، فاحتجت الولايات المتحدة الأمريكية وكندا على هذا القانون، لعدم وجود دليل علمي حول الآثار المضرة للحم المعالج بالهرمون. وعندما عرضت هذه القضية أمام منظمة التجارة العالمية، رفضت الأجهزة المعنية بتسوية النزاعات الإجراءات الأوروبية، حيث أن هذه الإجراءات المتخذة من طرف الإتحاد الأوروبي مخالفة لقواعد المنظمة.

ثانيا : ضعف الاتفاقيات البيئية :

إن الخلل في القانون كظاهرة، يمثل أحد المشكلات المعقدة الملازمة لعملية تطور نظرية القانون (la théorie juridique) وفروعه المختلفة. بلا شك، لا يمكن أن يكون القانون خاليا من النواقص والثغرات، خاصة إذا ما أدركنا تأثير المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية على آلية التنفيذ القانوني. وفي سبيل أن تتأى الأنظمة القانونية عن الخلل، من الطبيعي أن تتم دراسة شاملة مستمرة لطبيعة تلك التحولات، ووضع مصلحة الشعوب والأمم فوق المصالح الأخرى.⁵ و يعتبر القانون مسؤولا عن جزء من الأزمة البيئية الحالية من جهة، كما يعتبر من الوسائل الأساسية لمواجهة هذه الأزمة من جهة أخرى. وقد تم الاعتراف بجدوى هذا القانون في وقت مبكر جدا.⁶

إن موضوع الخلل في الاتفاقيات الدولية البيئية تحديداً، يعتبر قضية معقدة وشائكة، ويمثل إحدى المعادلات الصعبة في العلاقات الدولية، لارتباطه الفعلي بمصالح الدول. فالقراءة السريعة لتاريخ العلاقات الدولية والقانون الخاص بتنظيم علاقات الدول في مجال نشاطاتها الاقتصادية المؤثرة في البيئة والإنسان، يعاني من ثغرات بارزة.⁷

¹ محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2006، ص ص 20، 21.

² Mario PROST: Op.Cit, p 41.

³ Vincent Thierry BOUANGUI : Op.Cit, p 291.

⁴ إبراهيم بن فرج: المرجع السابق، ص 52.

⁵ شبر إبراهيم الوداعي: الخلل في القانون البيئي، مجلة البيئة و التنمية، العدد 59، 2003، ص 60.

⁶ في القرن الثالث قبل الميلاد، أصدر الإمبراطور أسوكا الهندي أول مرسوم لحماية الأنواع المختلفة من الحيوانات البرية. ومع ذلك، فإن تطور القانون الدولي للبيئة هو أكثر حداثة.

⁷ شبر إبراهيم الوداعي: المرجع نفسه، ص 61.

إضافة إلى أن حركية و ديناميكية إجراءات صنع المعاهدات العلمية البيئية و التصديق عليها و تنفيذها هي في حقيقة الأمر عبارة عن نظام، هذا النظام الحالي لصنع المعاهدات البيئية العالمية يعرف ضعفا و قصورا لأسباب عديدة تحول دون نجاح و فعالية بنوده و ما تم الاتفاق عليه من طرف الدول المتفاوضة.

و تتمثل أوجه القصور في هذا النظام الحالي في العداء و الصراع القائم بين الشمال و الجنوب حول التقدم الاقتصادي والعلمي¹، وفي عدم المساس بالسيادة القومية، فجميع الدول تحارب من أجل سيادة قومها، و من غير الممكن أن تتدخل أي دولة أو سلطة أخرى في شؤونها من أجل مواضيع بيئية. زد على هذا الإجراءات النمطية المستخدمة في وضع الاتفاقيات و البروتوكولات التي وقعت عليها الدول في المعاهدات البيئية السابقة والتي لم تصل إلى نتائج إيجابية و ملموسة لعدم توقيع أو تراجع فيما بعد لبعض الدول، أو حتى خرقها و نقضها للمعاهدات الموقعة، الأمر الذي يعيق مسار نجاح و استمرار الوصول إلى وضع و صياغة المعاهدات البيئية العالمية، أو حتى التوصل إلى اتفاق و تعاون دولي في أي مجال من المجالات.²

كما يرجع ضعف الاتفاقيات البيئية، إلى حقيقة أن هذه الاتفاقيات تم سنها باعتماد كل قطاع على انفراد، الأمر الذي شكل بعض الصعوبات في تنفيذها، فالنظام المنشئ لحماية التنوع البيولوجي (biodiversité) لا يمكن استخدام نفس أدواته و أحكامه المؤسسية في الإطار المصمم لحماية المحيطات من التلوث النفطي (la pollution pétrolière) أو الإطار الذي وضع لتنظيم التجارة الدولية للأنواع المهددة بالانقراض.

إن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة، تعاني أيضا من محدودية قواعدها ومبادئها القانونية، وضعف القواعد الخاصة بالمسؤولية وإصلاح الضرر، إلى جانب البطء في تطبيق قواعد القانون البيئي وعدم دخول مقتضيات الاتفاقية حيز التنفيذ، نتيجة مصالح الدول الكبرى.³

إن الحقائق السابقة الذكر، تتسبب بشكل فعلي في إحداث الفجوات الكبيرة والخلل العميق في عملية تنفيذ مبادئ حماية البيئة، فيعطي ذلك مجالا للتحايل وعدم الالتزام بالقواعد القانونية الخاصة بالسلامة والأمن البيئي، من طرف الفاعلين الاقتصاديين.⁴ إذ أن الانتقال الحر للمنتجات ذات التأثير البيئي الملوث، مثل المنتجات المستنزفة للأوزون، لا يمكن إيقافه ضمن بنود معاهدة مونتريال لمنع الاتجار بالمنتجات المستنزفة للأوزون، إذ أن قوانين منظمة التجارة العالمية، ستحظى بأولوية قانونية دولية على هذه المعاهدات. والأمر ذاته، بالنسبة لمعاهدة منع الاتجار بالكائنات الحية وتلك المعرضة للانقراض، فلن تكون ذات سند قانوني، في مواجهة حرية الاتجار بهذه الكائنات، ضمن شروط منظمة التجارة العالمية (OMC)، أضف إلى ذلك ما تتعرض له الشعوب الأصلية من عدم اعتراف بمعارفها التقليدية، رغم ما تنص عليه اتفاقية التنوع البيولوجي في هذا الخصوص.⁵

ومن المفيد معالجة الخلل في القوانين الوطنية الخاصة بحماية البيئة، لإبراز جوانب الضعف والثغرات القانونية التي تعرقل التنفيذ.⁶ ولا بد من الإشارة إلى أن أهمية الموضوع ليست مقتصرة على قواعد القانون الدولي، إنما تحتل

¹ - لورانس إسكندر (ترجمة د. احمد أمين الجمل): دبلوماسية البيئة - النفاوض لتحقيق اتفاقيات عالمية أكثر فعالية، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1997، ص 69.

² - لورانس إسكندر (ترجمة د. احمد أمين الجمل): المرجع السابق، ص 70.

³ Alfredo SUAREZ : Op.Cit, p 97.

⁴ - شبر إبراهيم الوداعي : المرجع السابق، ص 61.

⁵ - انظر: عبد الرزاق مقري : المرجع السابق، ص 290 وما بعدها.

⁶ - شبر إبراهيم الوداعي : المرجع السابق، ص 61.

الصدارة في قواعد القانون الوطني (Les règles du droit national). ذلك أنه لا يمكن أن تحقق القواعد الدولية فاعليتها بدون وجود التشريعات الوطنية (Les législations nationales).
الخاتمة :

لقد أدى التحليل الدقيق للتداخل بين قواعد التجارة الدولية و القضايا البيئية لفهم الوضع بوضوح، وهو أن المصالح الاقتصادية تهيمن على العلاقات الدولية، ما يؤدي إلى انتهاك الكثير من حقوق الدول المالكة للموارد الطبيعية
ومن خلال الدراسة التحليلية للقضايا البيئية في إطار النظام التجاري المتعدد الأطراف توصلنا إلى النتائج التالية :

1- يستحيل قيام مبادلات تجارية دون الاعتماد على الموارد البيئية، بمعنى أن استغلال هذه الموارد بشكل سليم وبدون إلحاق الضرر بالبيئة، أمر يصعب التحكم فيه.
2- غياب منظمة دولية للبيئة، ساهم بشكل كبير في تغلب السياسات التجارية على السياسات البيئية، وتجاهل البعد البيئي في إطار النظام التجاري المتعدد الأطراف.
وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها يمكن وضع بعض التوصيات خدمة لأهداف الدراسة:

1- ضرورة إنشاء منظمة دولية للبيئة، في إطار الأمم المتحدة من أجل إعطاء دفع سياسي عالمي لجهود حماية البيئة، مع إمكانية تحويل برنامج الأمم المتحدة للبيئة إلى منظمة دولية حقيقية ذات طابع عالمي.
2- تحسين وتنسيق الأنشطة والمفاوضات الدولية بشأن القضايا التي تؤثر على العلاقات بين التنمية والتجارة الدولية والبيئة، وأن جعل ذلك من أولويات السياسات الوطنية و الدولية.
3- أن تكون مسألة حماية البيئة واجبا أخلاقيا لجميع المجتمعات البشرية الذين ينتمون إلى نفس الجيل الحالي ويجب أيضا اعتباره التزاما من الجيل الحالي تجاه الجيل القادم باسم التضامن بين الأجيال.

قائمة المراجع :

أولا : باللغة العربية :

أ- الكتب :

(1) عبد الرزاق مقري: مشكلات التنمية و البيئة و العلاقات الدولية، دار الخلدونية، الطبعة 1، الجزائر، 2008.
(2) محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للبيئة في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2006.
(3) لورانس إسكندر (ترجمة د. احمد أمين الجمل): دبلوماسية البيئة - التفاوض لتحقيق اتفاقيات عالمية أكثر فعالية، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1997.

ب- المذكرات الجامعية :

دردور آمال : التنمية المستدامة و تحرير التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة مستغانم، الجزائر، 2011.

المقالات :

(1) إبراهيم بن فرج : فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 41، 2003.
(2) شبر إبراهيم الوداعي : الخلل في القانون البيئي، مجلة البيئة و التنمية، العدد 59، 2003.

A- OUVRAGES :

- 1) Dominique CARREAU, Patrick JUILLARD : Droit international économique, 4^{ème} éd, LGDJ, Paris ,1998.
- 2) PROST Mario: D'abord les moyens, les besoins viendront après commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- 3) OMC : Un commerce ouvert sur l'avenir, Septembre 2003, révisé en février, Paris 2007.
- 4) OMC: Comprendre l'OMC, 4^{ème} éd, Genève, juillet, 2008.
- 5) LOVE Patrick, LATTIMORE Ralph: Le commerce international libre, équitable et ouvert ? , les essentiels de l'OCDE,OCDE ,paris,2009.
- 6) SUAREZ Alfredo: Commerce international et environnement, Hachette Paris, 2010.

B- THESES :

- 1) BOUANGUI Vincent Thierry: La protection de l'environnement et l'OMC : Nature des rapports et perspectives d'harmonisation, thèse doctorat, université de Reims, Atelier national de reproduction des thèses, 2001.
- 2) GADJI Abraham Yao: Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement, thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, France, 2007.

C- ARTICLES ET ETUDES :

ROBERT Eric: L'affaire des normes américaines relatives à l'essence, le premier différend commercial environnemental à l'épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l'OMC, R.G.D.I.P., 1997, Tome 1.

D- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE :

- 1) États-Unis, Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, rapports adoptés le 20 mai 1996, WT/DS2/9 (Rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial).
- 2) États-Unis, Restrictions à l'importation de thon, Rapports distribués les 3 septembre 1991 et 16 juin 1994 non adoptés, WT/DS21/R ; WT/DS29/R.
- 3) États-Unis, Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapports adoptés le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R (Organe d'appel) et WT/DS58/R (Groupe spécial).

الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية



وافي حاجة : باحثة بجامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم - الجزائر

ماجستير في القانون الدولي والعلاقات السياسية الدولية - الجزائر

مقدمة :

لقد شكلت الضرورة الملحة لحماية البيئة تحدياً للقانون الداخلي و القانون الدولي على حد السواء، حيث بات جلياً بأن العضلات الهائلة و المعقدة قائمة و لا بد من حلها بالوسائل القانونية، و عليه تصاعد الاهتمام بالدفاع عن الطبيعة و حماية البيئة على الأصعدة الوطنية، اهتمام بالغ على الصعيد الدولي، تمثل في مؤتمرات أسفرت عن عدد كبير من الاتفاقيات الدولية و إعلانات المبادئ انصبت جميعها على تأمين حماية أفضل للبيئة، و لو أن الفكر القانوني على المستويين الدولي و الوطني لم يدركا مدى الحاجة إلى تنظيم قانوني لحماية البيئة إلا في وقت متأخر.

كما أن تزايد الأخطار و المشكلات التي تهدد البيئة الإنسانية قد لفت انتباه الأفراد و الجماعات، الأمر الذي نجم عنه بروز المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية، و لقد شهدت المنظمات غير الحكومية البيئية اهتماماً متزايداً على الصعيد الدولي و الوطني منذ ظهورها من خلال ما تحاول القيام به من أهداف مسطرة بغية الوصول إليها و تحقيقها، إلى تبني مواقف تمكنها من فرض و تحديد مكانتها في نطاق عملها لإحداث تغيير في نظرة الإنسان إلى البيئة، حيث تعمل على درء مشاكل البيئة و تبيان انعكاساتها من خلال مساهمتها في نشر الوعي البيئي، و كذا مشاركتها في كفالة و ضمان حق الأجيال القادمة في التمتع ببيئة ملائمة و موارد متاحة.

و عليه فالإشكالية التي سنعالجها من خلال هذا البحث تكمن في: ما هي أهم دوافع نشأة المنظمات غير الحكومية البيئية و أين تجد صداها؟

و للإجابة على هذه الإشكالية، قسمنا بحثنا إلى مبحثين اثنين :

المبحث الأول : بروز المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية :

لقد أصبحت قضية البيئة هي الشغل الشاغل للرأي العام العالمي جنبا إلى جنب مع موجة الاهتمام بقضايا حقوق الإنسان و الديمقراطية، و باتت المنظمات الدولية غير الحكومية ذات حضور قوي في الشؤون الدولية في كل ما يتعلق بالبيئة، و قد أبرمت الاتفاقيات الدولية لتسهيل عمل هذه المنظمات و تصميم أنشطتها التي تتضافر مع الجهود الحكومية في مجالات البيئة مما أعطاها الصفة الشرعية و القبول من جانب الحكومات والدول.¹

و عليه يمكن تعريف المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية على حسب ما جاء في نص المادة الأولى الفقرة الثانية من القرار الصادر عن مجلس الاتحاد الأوروبي بتاريخ 1997/12/16 بأن المنظمات غير الحكومية للدفاع عن البيئة هي " تلك المنظمات المستقلة لغرض غير مربح و التي تمارس نشاطاتها في إطار الدفاع عن البيئة و يكون هدفها بيئيا ذا منفعة عامة."²

الفرع الأول : عوامل نشأة المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية :

إن تزايد الأخطار و المشكلات التي تهدد البيئة الإنسانية قد لفت انتباه الأفراد والجماعات، الأمر الذي نجم عنه بروز المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية، و عليه ترجع أهم العوامل التي أدت إلى نشوء المنظمات الدولية غير الحكومية في مجال البيئة إلى ما يلي.³

- وقوع الكوارث الإيكولوجية و الأزمات البيئية في العالم المعاصر، مما أدى إلى يقظة حقيقية للضمير العالمي و إلى وعي عام دولي بضرورة و حتمية التعاون الجماعي من أجل وضع حد للتدهور البيئي أو على الأقل التخفيف منه و ذلك لا يتحقق إلا من خلال المشاركة الفعلية للجمهور من خلال تكتلهم في شكل منظمات بيئية.

و من أهم هذه الكوارث الإيكولوجية تلوث الهواء في لندن عام 1952، حادثة "ثوري كانيون" النفطية سنة 1967⁴ و ما سببته من تلوث في المياه البريطانية، انفجار حقل "ستابربرا" النفطي في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969 و ما سببه من تلوث مائي و هوائي ، و كارثة المفاعل الروسي تشرنوبيل عام 1986⁵... إلخ من الكوارث البيئية.

- اقتناع المؤسسات المالية الدولية و على رأسها صندوق النقد الدولي بان التقدم والنمو لا يمكن تحقيقهما بفاعلية دون مبدأ المشاركة الفاعلة للسكان و المنظمات غير الحكومية والذي بات شرطا أساسيا لتحقيق تنمية قابلة

¹ - د. راتب السعود، الإنسان و البيئة - دراسة في التربية البيئية -، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2004، ص 259.

² - ساسي سقاش، الجمعيات البيئية في الجزائر و دورها في حماية البيئة مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة منتوري - فسنطينة -، 2000، ص 21.

³ - ساسي سقاش، المرجع نفسه، ص 49.

⁴ - سبب تسرب النفط من ناقلة النفط ثوري كانيون التي تحطمت في الجنوب الغربي للمملكة المتحدة بتاريخ 1967/03/18، في تلوث واسع في المنطقة وصل إلى سواحل فرنسا. عن: د. صلاح عبد الرحمان عبد الحديثي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 233.

⁵ - في 1986/4/28 وقع انفجار في المفاعل المركزي لمصنع توليد الطاقة النووية في تشرنوبيل الروسية بسبب الإهمال و الخطأ البشري، و لقد قال العلماء عنها و الخبراء " إن الإشعاعات التي انطلقت من تلك المحطة أكثر أ ل ف مرة من تلك التي انطلقت من قنبلة هيروشيما الذرية". عن: د. أشرف هلال، جرائم البيئة بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 76.

للاستمرار في إطار بيئي سليم، و لقد أدى هذا إلى ظهور عدد كبير من المنظمات الناشطة في مجال البيئة حيث استفادت من تخصيصات مالية منحها إياها كل من البنك العالمي، صندوق النقد الدولي، صندوق الاتحاد الأوروبي والصندوق العالمي للبيئة.

- تطور وسائل الإعلام و الدعاية حيث أدى إلى انتشار الوعي بضرورة المحافظة على البيئة من خلال تكاثف الجهود بين كل من السياسيين و المواطنين و المنظمات البيئية و لقد حولت هذه الوسائل، المنظمات غير الحكومية إلى قوة تغيير و ضغط من أجل تجسيد التزامات الدول المتعلقة بالتقليل من التلوث و حماية البيئة.

- إنسحاب الدولة من مجالات التنمية، سمح ب بروز المنظمات غير الحكومية البيئية خاصة على الصعيد المحلي، ففي فرنسا مثلا نلاحظ تكاثر الجمعيات البيئية و كذا التشارك بين الجمعيات و المؤسسات على جميع أصعدة الحياة المحلية، حيث في عام 1999 تم إحصاء 1715 جمعية بيئية محلية معتمدة من قبل وزارة ترتيب الأراضي و البيئة.¹

تجدر الإشارة هنا إلى أن المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية قد تحولت من مرحلة إثبات و فرض الوجود من سنة 1971 ، إلى مرحلة المشاركة و التأثير في السياسات البيئية الدولية منها و الوطنية من 1990 إلى يومنا هذا.

كما أن مواقف المنظمات الدولية غير الحكومية انتقل من الطابع الاحتجاجي إلى طابع تقديم بدائل و حلول ممكنة خصوصا بعد التوقيع على اتفاقية ستوكهولم 1972 الذي يعتبر أهم أساس لبزوغ المنظمات الدولية غير الحكومية، و هذا إضافة إلى التشريعات الوطنية التي ما فتئت قوانينها بالتأكيد على دور المنظمات غير الحكومية في حماية البيئة.

الفرع الثاني : الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية على المستوى الدولي :

تجدر الإشارة بداية إلى أن ميثاق هيئة الامم المتحدة ساهم في تنمية و تطوير و ظهور العديد من المنظمات الدولية غير الحكومية و هذا من خلال نص المادة 71 منه التي تعتبر بمثابة الاعتراف الصريح بوجود هذه المنظمات، حيث يتبين من خلال نص المادة 71 أن عبارة المنظمات غير الحكومية ظهرت لأول مرة في وثيقة رسمية.

كما دعمت هذه المادة المركز الدولي للمنظمات الدولية غير الحكومية، بل وفسحت المجال لتشكيل جزءا من المجتمع الدولي ، نظرا لكونها أسست لعلاقات الشراكة و تبادل معلومات بين منظمات حكومية منشأة في إطار اتفاقيات دولية و أخرى منشأة بواسطة قوانين داخلية، و من ثم يمكن القول أن المادة 71 ساهمت في إدراج هذه المنظمات ضمن المجتمع الدولي المعاصر.²

إلى جانب كل هذا نجد أن المجلس الاقتصادي و الاجتماعي و بمقتضى نص المادة 71 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة ، أوصى الجمعية العامة بموجب المقرر 297/1996 بأن تنظر في دورتها الحادية و الخمسين في مسألة مشاركة

¹ - هيرفه درميناخ، ميشال بيكويه، ترجمة جورجيت الحداد، السكان و البيئة، عويدات للنشر و التوزيع، بيروت، 2003، ص 110.

² - د. عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية و التطور، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 63.

المنظمات غير الحكومية في جميع ميادين عمل الأمم المتحدة، في ضوء الخبرة المكتسبة من خلال الترتيب الاستشاري بين المنظمات غير الحكومية و المجلس الاقتصادي والاجتماعي.¹

أضف إلى هذا، نجد أن المنظمات الدولية غير الحكومية تستمد شرعيتها من نص المادة 19 والمادة 20 الفقرة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، و نص المادة 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.²

إضافة لهذه النصوص التي تناولت المنظمات الدولية غير الحكومية بصفة عامة ومهما كان مجال عملها، فإن المنظمات الدولية غير الحكومية البيئية تجد أساسها القانوني في الاتفاقيات الدولية البيئية التي أولت مكانة خاصة لها للمشاركة في حماية البيئة، إذ نص مؤتمر الأمم المتحدة بستوكهولم سنة 1972 على مسؤولية المنظمات غير الحكومية في مجال حماية البيئة، و هذا بمقتضى المبدأ التاسع عشر الذي نص على ".....تحسيس الأفراد و المؤسسات و الجماعات بمسؤولياتهم فيما يتعلق بحماية و ترقية البيئة...."³.

كما أكد العقد النهائي لمؤتمر هلنسكي لسنة 1975 بموجب المادة الخامسة من الباب المتعلق بالاقتصاد و العلوم و التكنولوجيا، على نجاح السياسة البيئية عن طريق المشاركة الجماهيرية و جميع القوى الاجتماعية في حماية البيئة و المحافظة عليها.⁴

من جهة أخرى نجد أن الميثاق العالمي للطبيعة لسنة 1982 المعتمد من قبل الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، قد نص في المادة 21 منه على دور المنظمات غير الحكومية في تنفيذ النصوص القانونية الدولية الواجبة التطبيق فيما يتعلق بحفظ الطبيعة و حماية البيئة.⁵

¹ - د. عثمان بقنيش، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص 78.

² - تنص المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي و التعبير، و يشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء...."، و نصت المادة 1/20 من نفس الإعلان على أن " لكل شخص حق في حرية الاشتراك في اجتماعات الجمعيات السلمية"، أما المادة 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية فنصت على " لكل فرد حق في تكوين الجمعيات مع الآخرين...".

³ - La planete terre entre nos mains, conférence des nations unies sur l'environnement et le développement de Rio de janeiro- juin 1992, guide pour la mise en oeuvre des engagements du sommet planète terre. La documentation française, Paris-1994, P 57 .

⁴ - MICHEL PRIEUR, Droit de l'environnement, dalloz, Paris, 4 édition, 2001 , P 107

⁵ - تنص المادة 21 من الميثاق العالمي للطبيعة لعام 1982 على أنه " تقوم الدول، و تقوم السلطات العامة الأخرى و المنظمات الدولية و الأفراد و الجماعات و المؤسسات قدر استطاعتها بما يلي:

- التعاون في مهمة حفظ الطبيعة من خلال الأنشطة المشتركة و الأعمال الأخرى ذات الصلة، بما في ذلك تبادل المعلومات و التشاور.
- وضع معايير للمنتجات و لعمليات الصناعة التي يمكن أن تؤثر تأثيرا ضارا على الطبيعة، و وضع مناهج متفق عليها لتقدير أثارها.
- تنفيذ النصوص القانونية الدولية الواجبة التطبيق فيما يتعلق بحفظ الطبيعة و حماية البيئة.
- ضمان عدم إضرار الأنشطة الواقعة داخل حدود ولايتها أو سيطرتها بالنظم الطبيعية الواقعة في دول أخرى أو في مناطق خارجة عن حدود ولايتها الوطنية.

- تصون الطبيعة و تحافظ عليها في المناطق الخارجة عن حدود و لايتها الوطنية". عن: د. صلاح عبد الرحمان عبد الحديشي، المرجع السابق، ص 70.

كما حث لجنة برونتلاند في تقريرها "مستقبلنا المشترك" سنة 1987 الحكومات على الاعتراف بحقوق المنظمات غير الحكومية و توسيع نطاق الحقوق المتعلقة بها خاصة:¹

- حق المنظمات غير الحكومية في المعرفة و إمكانية الحصول على المعلومات بشأن البيئة و الموارد الطبيعية.
- حقها في أن تستشار و أن تشارك في عملية صنع القرار بشأن الأنشطة التي من المحتمل أن تترك أثارا كبيرة على بيئتها.
- حقها في اللجوء إلى وسائل الإنصاف القانوني و الحصول على التعويضات عندما تتعرض بيئتها لتأثيرات خطيرة.

و بخصوص هذا الشأن أصدرت جامعة الدول العربية من جهتها "البيان العربي للبيئة والتنمية و أفق المستقبل" المنبثق عن المؤتمر العربي الوزاري عن البيئة و التنمية المنعقد بين 10 - 12/09/1991 الذي أشار إلى حق الأفراد و المنظمات غير الحكومية في الإطلاع على القضايا البيئية ذات الصلة بهما و الوصول إلى المعلومات و الإشتراك في صياغة و تنفيذ القرارات التي يحتمل أن تؤثر على بيئتهم و كذلك إشراكهم في متابعة تنفيذ مشروعات حماية البيئة.²

إضافة إلى كل هذا عكست المقترحات المقدمة إلى مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية الذي عقد في ريو دي جانيرو (قمة الأرض 1992) و القرارات الصادرة عنه (جدول أعمال القرن 21) مساهمات مجموعة واسعة من المنظمات غير الحكومية، إذ كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد فتحت الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمؤتمر أمام مجتمع المنظمات غير الحكومية بدرجة غير مسبوقة، و قررت إعطاء أية منظمة غير حكومية لديها علاقة أو اختصاص في مجال البيئة و التنمية، الفرصة للتحدث أمام اللجنة التحضيرية للمؤتمر و أن تقدم مقترحات مكتوبة و تشارك في مناقشات اللجان العاملة.³

¹ - د. عطية حسين أفندي، المنظمات غير الحكومية و إدارة شؤون البيئة في مصر، بحث مقدم في إطار المؤتمر العربي السادس للإدارة البيئية بعنوان " التنمية البشرية و أثرها على التنمية المستدامة"، شرم الشيخ، مصر، ماي 2007، ص 234.

² - د. باسم محمد شهاب، المشاركة الجماهيرية في حل المشاكل البيئية، المجلة العلوم القانونية و الادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 01، جانفي 2003، ص 152.

³ - د. عطية حسين أفندي، المرجع السابق ص 234.

و تأكيداً على دور المنظمات غير الحكومية البيئية في معالجة قضايا البيئة ، فقد ورد في " إعلان ريو " النص على هذا الدور بموجب المبدأ العاشر منه¹ ، و على نحو مماثل أكد الفصل 23 من جدول أعمال القرن 21 على أنه لا بد أن يتاح للأفراد و المجاميع و المنظمات الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة و التنمية.²

كما وجدت المنظمات غير الحكومية البيئية صداها في الاتفاقيات البيئية التي عقدت أثناء و بعد قمة ريو، حيث تشترط الاتفاقية الإطارية لتغير المناخ بأن يقوم أطرافها و على المستويين الوطني و الإقليمي و بموجب القوانين و الضوابط المحلية و ضمن نطاق امكانياتها، بتشجيع و تسهيل مدخل عام إلى المعلومات و المشاركة العامة.

كذلك تضمنت ذلك اتفاقية هلنسكي حول حماية و استخدام المجاري المائية عبر الحدود و البحيرات الدولية لسنة 1992 في المادة 16 و كذلك اتفاقية باريس لشمال شرق الأطلسي لسنة 1992 في المادة 09 منها.³

كما نجد أن مؤتمر القمة العالمي للأغذية المنعقد في روما سنة 2000 قد أكد بدوره على أهمية التعاون مع المنظمات غير الحكومية في مجال الأمن الغذائي و المياه و الغابات.

إضافة إلى كل هذا أكد " المنتدى البيئي الوزاري العالمي لسنة 2002 " على تقوية الشراكة بين برنامج الأمم المتحدة للبيئة و المنظمات غير الحكومية البيئية، مسلماً بأن التصدي للأسباب الجذرية للتدهور البيئي العالمي يستدعي مشاركة جميع الجهات الفاعلة.

على هذا الأساس شهدت السنوات العديدة الماضية تغييرات أساسية في اهتمام المنظمات غير الحكومية بقضايا و مشاكل البيئة و التنمية، كما نصت توصيات المؤتمرات الدولية التي عقدتها الأمم المتحدة على أهمية المشاركة و الدور الرئيسي الذي تلعبه المنظمات غير الحكومية.

الجدير بالذكر في هذا الصدد، أن مؤتمر أو قمة جوهانسبرغ يعتبر أهم أساس دولي للمنظمات غير الحكومية، حيث جرت التزامات في القمة - بشأن توسيع إمكانية الحصول على المياه و المرافق الصحية و بشأن الطاقة و تحسين المحصولات الزراعية و إدارة الكيماويات السامة و حماية التنوع البيولوجي و تحسين إدارة النظم الإيكولوجية - لا من قبل الحكومات فحسب، بل أيضاً من قبل المنظمات غير الحكومية و المنظمات الحكومية الدولية و مؤسسات الأعمال التجارية، التي أعلنت أكثر من ثلاثمائة (300) مبادرة طوعية⁴، حيث لم تسفر هذه القمة عن أي معاهدة جديدة أو أي

¹ - نص المبدأ العاشر من إعلان قمة الأرض لسنة 1992 على أن " أحسن طريقة لمعالجة المسائل البيئية، هو ضمان مشاركة كل المواطنين المعنيين، و على مستوى المناسب، و على المستوى الوطني ينبغي أن يكون لكل فرد الحق في الإطلاع على المعلومات التي تحوزها السلطات العامة و المتعلقة بالبيئة، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالمواد و النشاطات الخطيرة، كما ينبغي أن يكون لكل فرد حق المشاركة في المسارات المتعلقة باتخاذ القرارات البيئية. كما ينبغي على الدول تشجيع و تحسيس و مشاركة الجمهور من خلال وضع المعلومات تحت تصرفه...". عن:

La planete terre entre nos mains, OP. Cit, P 57 .

² - د. صلاح عبد الرحمان عبد الحديثي، المرجع السابق، ص 54.

³ - د. صلاح عبد الرحمان عبد الحديثي، المرجع نفسه، ص 54.

⁴ - أ. محمد حسني عمران، التنمية المستدامة و أهدافها و دور تقنية المعلومات و الاتصالات فيها، بحث مقدم في إطار المؤتمر العربي السادس للإدارة البيئية بعنوان " التنمية البشرية و أثرها على التنمية المستدامة "، شرم الشيخ، مصر، ماي 2007، ص 146.

إنجاز هائل، غير أن نتائج القمة كانت أكثر شمولا من أي نتائج سابقة، إذ حددت الجهات الفاعلة التي ينتظر منها تحقيق النتائج.

و هذا ما أكد عليه السيد " جوثان لاش " رئيس معهد الموارد العالمية، الذي أشار إلى " أننا لن نتذكر هذه القمة بسبب المعاهدات أو الالتزامات أو الإعلانات الصادرة عنها، بل نتيجة البوادر الأولى للطريقة الجديدة لإدارة شؤون العالم المشتركة، و هي بداية للتحوّل من التحرك الرسمي للدبلوماسية التقليدية صوب الإيقاع السريع للشراكات المرتجلة التي تتركز على الحلول و التي قد تشمل المنظمات غير الحكومية و الحكومات الراقبة و غيرها من أصحاب المصلحة"¹

و تعتبر الجزائر من بين الدول التي عرفت حداثة نسبية في مجال الحركة الجموعية، لأن هذا المفهوم برز بشكل كبير في الآونة الأخيرة، بعد التحوّل الذي عرفته الجزائر نحو التعددية، و فسخ المجال أمام الجمعيات لتضطلع بدورها في جميع المجالات الحياتية خاصة البيئية منها.

المبحث الثاني : الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية البيئية على المستوى الوطني :

يكتسي إشراك المنظمات غير الحكومية أو ما يعرف بالجمعيات على المستوى الوطني أهمية بالغة في إنجاح عملية حماية البيئة إلى جانب تدخل السلطات الإدارية لأن مسؤولية حماية البيئة و المحافظة عليها لا يمكن أن تضطلع بها السلطات الإدارية بصفة منفردة، لذا وجب أن يكون هناك انسجام و توافق في مهامها مع الجمعيات البيئية.

تجدر الإشارة هنا و من خلال تتبع الكتابات المختلفة حول الجمعيات، نجد أنها قد سميت في بعض البلدان بالمنظمات غير الحكومية، أو المنظمات التي لا تهدف إلى الربح، كما أنها سميت بالجمعيات الأهلية (كما هو الحال في مصر)، كما تعرف أيضا بالجمعيات وهذا هو الحال في الجزائر، لكن مهما تكن التسمية فإنها تعتبر منظمات غير حكومية وتتسم بجميع الخواص التي تتميز بها هذه الأخيرة.

المطلب الأول : الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية في ظل التشريعات الأجنبية :

يعد الحق في المشاركة بانتماء الحر للجمعيات أفضل الطرق للحفاظ على البيئة وترقيتها و منع تدهورها، و عليه فإن تنفيذ سياسة تشريعية في مجال حماية البيئة لا تكفي وحدها لإلزام الأفراد بضرورة المحافظة على البيئة، بل ينبغي تعزيز هذه المبادرات التشريعية بأجهزة أكثر فعالية يمكنها الاتصال مباشرة بمختلف الشرائح الاجتماعية في إطار حماية البيئة.

بهذا يحتاج تأسيس المنظمات غير الحكومية إلى نصوص وطنية تسمح بذلك وبتمويلها و إجراء نشاطاتها الضرورية من اجل توعية و تثقيف و تنظيم اشتراك المواطنين فيها.

على هذا الأساس تدعم النصوص الدستورية شرعية تأسيس المنظمات غير الحكومية، و أغلب الدساتير العالمية اليوم تدعو إلى حرية التجمع و تكوين هذه المنظمات في صيغ مختلفة، و هذا ما نص عليه الدستور المغربي

¹ - أ. محمد حسني عمران، المرجع نفسه، ص 148.

الصادر في جويلية 1996 ضمن المادة 9 منه كما تضمن دستور موريتانيا لسنة 1991 النص على حرية إنشاء الجمعيات من خلال فحوى المادة 10 منه، وهذا ما نص عليه الدستور الأردني لعام 1952 في المادة 16.¹

لكن نظرا لعدم كفاية النصوص الدستورية وحدها، فقد عمدت الدول إلى إصدار قوانين خاصة بالجمعيات و المنظمات غير الحكومية، و تعبر بنود هذه القوانين عن ما ورد في بنود الدساتير بشأن الحريات العامة، كما تتولى مسألة تنظيم الجمعيات و طرق عملها، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن القانون الدولي يفرض على الدول التزاما بأن تسن قوانين خاصة بهذه المنظمات خالية من التناقضات و التقييدات.²

من جانب آخر نجد أن في دول أخرى تتأسس المنظمات غير الحكومية استنادا إلى قوانين بصفة عامة كالقانون المدني و الأوامر الإدارية، و يعبر عن الحالة الأولى الوضع في سوريا، حيث تضمن القانون المدني في المواد من 56 إلى 82 أحكاما خاصة بالجمعيات و المؤسسات غير الربحية، و لا يختلف الوضع في كل من الأرجنتين، الإكوادور و التشيلي، حيث يوضع النظام الأساسي للمنظمات غير الحكومية بناء على أحكام القانون المدني.

و يعبر عن الحالة الثانية الوضع في العراق إبان الإحتلال الأمريكي، حيث صدر الأمر الإداري رقم 45 في نوفمبر 2003 عن الحاكم الإداري لسلطة الائتلاف، السيد " بول بريمر " و الذي استمر ساري المفعول حتى نهاية 2008، الذي استهدف به تنظيم إجراءات تسجيل المنظمات غير الحكومية و متابعة نشاطها.³

ب - الأساس القانوني للمنظمات غير الحكومية في ظل التشريع الجزائري :

بداية نشير إلى أن الجزائر بعد الاستقلال أعلنت تطبيق القوانين الفرنسية باستثناء ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، و القانون الذي كان ينظم الجمعيات آنذاك هو القانون الفرنسي لعام 1901 ، و نجد أن ظهور جمعيات حماية البيئة في الجزائر تزامن مع المسار الديمقراطي الجديد الذي تبناه دستور 1989 الذي أكد بكل جدية تدعيم الدور الجمعي داخل المجتمع، مع التنويه أن هذا الحق كرسته دساتير الجمهورية السابقة لكن لم يكن بنفس الصورة التي جاء بها دستور 1989، كما كرس الدستور المعدل لسنة 1996 الحق في إنشاء الجمعيات بمقتضى نصي المادتين 41 و 43 منه.⁴

¹ - تنص المادة 9 من الدستور المغربي على أن " الدستور يضمن لجميع المواطنين: ... حرية تأسيس الجمعيات و حرية الإتحاط في أية منظمة نقابية و سياسية حسب اختيارهم..."، تنص المادة 10 من الدستور الموريتاني على " ... حرية إنشاء الجمعيات و حرية الإتحاط فيها..."، أما المادة 16 من الدستور الأردني فنصت على " ... للأردنيين حق تأليف الجمعيات و الأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة و وسائلها سليمة و ذات نظم لا تخالف أحكام الدستور". عن: د. عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 71.

² - د. عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص 74.

³ - د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ص 75-76.

⁴ - تنص المادة 41 من دستور 1996 المعدل على " حريات التعبير، و إنشاء الجمعيات، و الإجتماع، مضمونة للمواطن". كما نصت المادة 43 منه على " حق إنشاء الجمعيات مضمون. تشجع الدولة ازدهار الحركة الجموعية."

و تماشيا مع النصوص الدستورية فقد اعترفت النصوص القانونية كذلك بلحق في إنشاء الجمعيات للدفاع عن البيئة و من ذلك قانون قانون حماية البيئة رقم 83-03، قد أجاز إنشاء الجمعيات للمساهمة في حماية البيئة، و لكنه لم يعطي دورا للتثقيف و التوعية البيئية التي تشكل الأرضية الحقيقية للديمقراطية بيئية منشودة.¹

كما نص قانون حماية المستهلك على حق الجمعيات لحماية المستهلكين في القيام بدراسات و إجراء الخبرات المرتبطة بالاستهلاك معترفا لها بذلك دورها في مجال حماية الصحة.²

و في سنة 1990 صدر القانون المتعلق بالجمعيات كيفية ممارسة حرية إنشاء الجمعيات، حيث وضع الإطار القانوني للحركة الجمعوية و أصبحت لها مكانة خاصة في المجتمع باعتبارها همزة وصل بين الإدارة و المواطن لاسيما في مجال حماية البيئة.

لكن رغم هذا فلقد أشار الأستاذ " محمود بوسنة " من خلال دراسة قيمة أجراها حول الحركة الجمعوية في الجزائر، أن توزيع الجمعيات الوطنية لسنة 1996 حسب طبيعتها يبرز قلة عدد الجمعيات التي تنشط في مجال حماية البيئة، إذ انحصر عددها في خمسة عشر (15) جمعية وطنية مقابل 199 جمعية مهنية و 76 جمعية تعنى بالثقافة و الفن و التربية و التكوين... إلخ.³

كما أشار من خلال دراسته للجمعيات المحلية المعتمدة في ولاية الجزائر العاصمة حتى سنة 1996 ، إلى النقص الملحوظ للجمعيات البيئية المحلية، إذ أنه لا توجد إلا ثلاثة وعشرون (23) جمعية بيئية مقابل 720 جمعية أولياء التلاميذ و 599 لجان أحياء و 596 جمعية رياضية و 839 لجان العمارات، و هذا الفرق البين بين عدد الجمعيات البيئية وغيرها يعكس بصورة حقيقية ضعف الإنشغال البيئي لدى المواطن الجزائري.⁴

على هذا الأساس فإن الجمعيات البيئية تخضع كغيرها من الجمعيات إلى القواعد المنظمة للجمعيات، و التي تعرف بأنها " أشخاص طبيعيين و/ أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة، و يشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم و وسائلهم تطوعا و لغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة و تشجيعها، لا سيما في المجال المهني و الاجتماعي و العلمي و الديني و التربوي و الثقافي و الرياضي و البيئي و الخيري و الإنساني، كما يجب ان يحدد موضوع الجمعية بدقة و يجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع"، من خلال هذا يمكن ملاحظة أن المشرع الجزائري بموجب قانون 12-06 و لاسيما نص المادة 02 منه، قد أكد على ضرورة ترقية النشاطات ذات الطابع البيئي.⁵

1 - د. باسم محمد شهاب، المرجع السابق، ص 149.

2 - قانون 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 06 لسنة 1989.

3 - أ. وناس يحيى، المجتمع المدني و حماية البيئة - دور الجمعيات و المنظمات غير الحكومية و النقابات - دار الغرب للنشر و التوزيع، وهران، 2004، ص 67-68.

4 - أ. وناس يحيى، المجتمع المدني و حماية البيئة - دور الجمعيات و المنظمات غير الحكومية و النقابات -، المرجع السابق، ص 68.

5 - المادة 02 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02 لسنة 2012، ص 34.

يعتبر قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من أهم القوانين التي كرس دور الجمعيات في مجال حماية البيئة إذ أعطتها صلاحيات واسعة في هذا المجال الحيوي، حيث خص الجمعيات بفصل مستقل¹.

تتمتع الجمعيات بجرية اختيار النشاطات القانونية الملائمة و المتاحة لها لبلوغ هدفها، فلها أن تختار العمل التوعوي و التحسيس و التطوعي الميداني، أو أن تركز على اتصالها بالمنتخبين المحليين و تلعب دور المنبه و المراقب للكشف عن الانتهاكات التي تمس البيئة، أو أن تلجأ إلى طرق الطعن القضائية، أو أن تستعمل كل هذه الأليات بصفة عقلانية من أجل بلوغ أهدافها².

نظرا للدور المتعاظم المنتظر من تدخل الجمعوي، فقد أقرت مختلف القوانين البيئية، مهام متعددة يمكن أن تضطلع بها جمعيات حماية البيئة، و كل هذه القوانين تعد بمثابة الأساس القانوني لتواجد الجمعيات البيئية، و من هذه المهام نجد : تقديم طلبات فتح دعوى لتصنيف حظيرة وطنية أو محمية طبيعية، إنشاء المساحات الخضراء من خلال المشاركة في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير³، كما يمكن للجمعيات أن تتدخل في حالات تلوث المياه الصالحة للشرب.

كما تتمتع الجمعيات البيئية إضافة حق المشاركة و المشاورة و الاستشارة مع الإدارة في تحقيق أهدافها، بحق اللجوء إلى القضاء، خاصة عندما لا تتمكن الجمعيات من تحقيق أهدافها بالطريقة الوقائية عن طريق المشاركة، نتيجة لضعف أو عدم فعالية هذا الأسلوب⁴.

¹ - الفصل السادس (مواد من 35 إلى 38) من القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43 لسنة 2003، ص 13.

² - وناس يحي، الأليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، جويلية 2007، ص 140.

³ - المادة 20 من قانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 52، المعدل و المتمم.

⁴ - MICHEL PRIEUR, OP CIT, P 116 .

نتيجة لكل هذا أنشئت العديد من الجمعيات البيئية مثل الجمعية الوطنية لحماية البيئة ومكافحة التلوث¹، الجمعية الجزائرية للتراث و البيئة و ترقية المناطق الصحراوية²... إلخ من الجمعيات المهتمة بحماية البيئة و المحافظة عليها.

بهذا يمكن القول أن المنظمات غير الحكومية سواء على المستوى الدولي أو الوطني، تمثل أحد تنظيمات المجتمع المدني الحديثة التي برزت لمواجهة بعض المشاكل البيئية التي تفاقمت في الأونة الأخيرة مثل التلوث البيئي و استنزاف الموارد الطبيعية، و هذا عن طريق بذلها لجملة من الجهود لتحقيق هدفها المنشود.

الخاتمة :

اكتسبت المنظمات الدولية غير الحكومية من خلال جهودها و إنجازاتها ونشاطاتها الميدانية في النهوض بحماية البيئة و المحافظة عليها، شهرة و نفوذ كبيرين على الساحة الدولية، إذ أصبحت تحظى باهتمام كبير من جانب الدول و المنظمات الدولية الحكومية، بل حتى من قبل الأفراد، و هذا من أجل الاستفادة من خبراتها المميزة في مجال حماية البيئة، فهذه المنظمات حلت محل الدول في العديد من المجالات و لاسيما المجال البيئي، و ذلك بفضل استراتيجياتها المختلفة، و الأجهزة المكونة لها و الخبرة العلمية والميدانية التي يتسم بها أعضاؤها و المنتسبين إليها.

إضافة إلى كل هذا فلقد أدركت الدول أهمية العمل و التعاون الدولي المشترك لصون البيئة و المحافظة عليها، فكان لازما عليها تحقيق هذا التعاون مع مثيلاتها و كذا مع المنظمات الحكومية و غير الحكومية، و الملفت للانتباه هنا تأكيد جل المؤتمرات و جميع التشريعات و القوانين الوطنية على أهمية الدور الذي تقوم به المنظمات غير الحكومية البيئية على اختلافها، في سبيل الرقي بالبيئة و نظمها.

و من خلال هذه الدراسة حولنا إدراج بعض التوصيات بشأن المنظمات غير الحكومية البيئية :

أولاً: تمكين المنظمات غير الحكومية البيئية بشقيها الدولي و الوطني من ممارسة حقها في الإعلام و الإطلاع على كافة المعلومات و الوثائق البيئية حتى تتمكن من المساهمة في توفير الحماية اللازمة للبيئة و كذا إشراكها في جميع المؤتمرات و الأعمال التي لها علاقة بموضوع حماية البيئة.

ثانياً: الأخذ بعين الاعتبار بالاقترحات و الحلول المقدمة من طرف المنظمات غير الحكومية البيئية و هذا نظراً لكونها على صلة مباشرة بمسألة حماية البيئة و المحافظة عليها.

¹ - الجمعية الوطنية لحماية البيئة و مكافحة التلوث معتمدة من قبل وزارة الداخلية تحت رقم 106 بتاريخ 1996/01/20، مقرها الرئيسي ببلدية= البوني -عنا- هدفها التقليل من التدهور البيئي الناجم عن نفايات المصانع، و تم فتح مكاتب ولائية تابعة لها في 38 ولاية، و قدر عدد المنخرطين = فيها 13 ألف منخرط. عن: مجاهد عبد الحليم، دور مؤسسات المجتمع المدني في نشر الثقافة البيئية في المناطق الحضرية، مذكرة مجلسي في علم اجتماع البيئة، جامعة منتوري-قسنطينة- 2010 ، ص 119.

² - الجمعية الجزائرية للتراث و البيئة و ترقية المناطق الصحراوية هي منظمة غير حكومية تأسست بتاريخ 1992/04/12 معتمدة تحت رقم 24 ، مقرها الرئيسي ببوزريعة- الجزائر العاصمة- ، تعنى بالتراث و المحافظة على البيئة و ترقية الإنسان في مجتمع أصيل و متوازن، تم تعديل نشاطها لترتقي إلى المستوى الوطني و تصبح جمعية وطنية بعد الاعتماد المقدم لها من طرف وزارة الداخلية تحت رقم 01 بتاريخ 2003/01/15 ، تم فتح 08 مكاتب ولائية تابعة لها، قدر عدد منخرطيها ب 2415 منخرط. عن: مجاهد عبد الحليم، المرجع نفسه، ص 125.

ثانيا: تفادي سن القوانين التي من شأنها تقييد عمل المنظمات غير الحكومية البيئية و تقويض حريتها خصوصا في ظل الاعتراف الدولي من خلال العديد من المؤتمرات بدور و فعالية هذه المنظمات في الحد من خطورة التدهور البيئي .

ثالثا: تقديم الاعانات المالية اللازمة لعمل المنظمات غير الحكومية البيئية و تمكين هذه الأخير من الحصول على التمويل دون قيد أو شرط.

قائمة المراجع :

المؤلفات :

- هيرفه درميناخ، ميشال بيكويه، ترجمة جورجيت الحداد، السكان و البيئة، عويدات للنشر و التوزيع، بيروت، 2003.
 - د. راتب السعود، الإنسان و البيئة - دراسة في التربية البيئية-، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2004.
 - أ. وناس يحيى ، المجتمع المدني و حماية البيئة - دور الجمعيات و المنظمات غير الحكومية و النقابات - دار الغرب للنشر و التوزيع، وهران، 2004.
 - د. أشرف هلال، جرائم البيئة بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
 - د. عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية و التطور، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
 - د. صلاح عبد الرحمان عبد الحديثي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
 - د. عثمان بقنيش، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012.
- المذكرات و الرسائل الجامعية:
- ساسى سقاش، الجمعيات البيئية في الجزائر و دورها في حماية البيئة مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة منتوري - قسنطينة -، 2000.
 - وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر ، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، جويلية 2007.
 - مجاهد عبد الحلیم، دور مؤسسات المجتمع المدني في نشر الثقافة البيئية في المناطق الحضرية، مذكرة ماجستير في علم اجتماع البيئة، جامعة منتوري - قسنطينة - 2010.
- المقالات و الدوريات:
- د. باسم محمد شهاب، المشاركة الجماهيرية في حل المشاكل البيئية، المجلة العلوم القانونية و الادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 01، جانفي 2003.
 - د. عطية حسين أفندي، المنظمات غير الحكومية و إدارة شؤون البيئة في مصر، بحث مقدم في إطار المؤتمر العربي السادس للإدارة البيئية بعنوان " التنمية البشرية و أثرها على التنمية المستدامة"، شرم الشيخ ، مصر ، ماي 2007..

- أ. محمد حسني عمران، التنمية المستدامة و أهدافها و دور تقنية المعلومات و الاتصالات فيها، بحث مقدم في إطار المؤتمر العربي السادس للإدارة البيئية بعنوان " التنمية البشرية و أثرها على التنمية المستدامة"، شرم الشيخ ، مصر ، ماي 2007 .

المواثيق الدولية و القوانين الوطنية :

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

- العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.

- الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل.

- قانون 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 06 لسنة 1989

- قانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 52، المعدل و المتمم بالأمر رقم 04-05 المؤرخ في 14/08/2004 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51 لسنة 2004.

- القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43 لسنة 2003 .

- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02 لسنة 2012.

المؤلفات باللغة الفرنسية :

- MICHEL PRIEUR, Droit de l'environnement, dalloz,Paris,4 édition, 2001 .

- La planète terre entre nos mains, conférence des nations unies sur l'environnement et le développement de Rio de janeiro- juin 1992, guide pour la mise en oeuvre des engagements du sommet planète terre. La documentation française, Paris-1994.

دور المواثيق و المعاهدات الدولية في حماية البيئة



من إعداد : عقون مصطفى ماجستير حقوق
تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية
المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر
email : mustafa.aggoun@gmail.com

مقدمة :

ويتمثل هذا الدور من خلال الجهود التي قامت بها المنظمات الدولية بدور بارز في صياغة القانون الدولي للبيئة، و في مقدمتها هيئة الأمم المتحدة التي كان لجمعيتها العامة فضل السبق إلى الدعوة إلى مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة الذي عقد في استكهولم في عام 1972م، و إلى المؤتمر الثاني الذي عرف باسم قمة الأرض الذي عقد في ريودي جانيرو بالبرازيل في عام 1992م، و كان لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة UNEP دورا رئيسيا في حماية بيئة الإنسان على مستويات متعددة و في مجالات مختلفة. حيث يعمل البرنامج على وضع المبادئ العامة التي ترد في الإعلانات الدولية المتعلقة ببيئة الإنسان، موضع التنفيذ و يعمل على حث الدول على إبرام معاهدات دولية، تستهدف حماية البيئة. و من بين النصوص و الوثائق القانونية التي عرضت لحق الإنسان في البيئة في إشارات واضحة تقرر للإنسان حق في بيئة سليمة خالية مما يغرر به و من بين أبرز النماذج التي نشير إليها، الاتفاقية الدولية من بينها الاتفاقية الإطارية بشأن تغيير المناخ الخاصة بخفض انبعاث الغازات من البيوت الزجاجية، التي قام بالتوقيع عليها عدد كبير من الدول و وصل إلى 152 دولة، و التي أقرت بموجب مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة و التنمية UNEP بريودي جانيرو عام 1992م. واتفاقية التنوع البيولوجي حيث نهدف هذه الاتفاقية إلى تأمين و صيانة أقصى حد ممكن من التنوع البيولوجي لصالح الأجيال الحاضرة و القادمة، بالإضافة إلى مبادئ حماية الغابات و يشير هذا الإعلان إلى ضرورة و أهمية التوفيق بين أشغال الثروات الطبيعية من ناحية و التنمية المستدامة من ناحية أخرى. حيث اتفقت جميع الدول الأطراف على أهمية حماية الغابات الاستوائية التي تغطي 7% من سطح الأرض. لأنها موطن من 50 إلى 80% من أنواع الغابات التي لا يمكن تعويضها. إذا بماذا أسهمت المواثيق و المعاهدات الدولية من أجل بيئة دولية نظيفة؟

أولاً : دور المواثيق الدولية في مجال حماية البيئة :

إن مجال الاهتمام الدولي بمشاكل البيئة ومعالجتها معالجة شاملة من خلال جهود دولية عامة ، وذلك من خلال صياغة عدة مواثيق دولية من بين أهمها إعلان استوكهولم في عام 1972 ، وإعلان نيروبي عام 1982 ، وإعلان قمة الأرض عام 1992 .

1- إعلان استوكهولم :

قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدعوة إلي عقد مؤتمر الأمم المتحدة حول الوسط الإنساني milieu humain في عام 1972 ، وذلك بموجب قرارها رقم 2398 الذي أصدرته في 03 ديسمبر 1968 ، بحيث يكون الهدف من عقد هذا المؤتمر تقليل المخاطر التي يتعرض لها ذلك الوسط ، والتصدي لتدهوره المستمر ، ولإقامة التنمية في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية على أساس سليم من خلال الاهتمام بمشاكل هذا الوسط ، واستضيف هذا المؤتمر بمدينة السويد بـستكهولم في الفترة الممتدة من 5 إلى 16 يونيو 1972 حول البيئة ، وقد حضر المؤتمر وفد مشكل من 122 دولة¹ ، وعدد من المراقبين عن بعض المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية ، وقد توجت أعمال المؤتمر ومناقشتها عن صياغة إعلان هو بمثابة وثيقة دولية حول البيئة بحيث أقره جميع الوفود المشاركة عدا الصين، إضافة إلى برنامج عمل ينطوي على عدد كبير من التوصيات بلغت 109 توصية .

ترجع أصول هذا الإعلان إلى أوائل عام 1972 م ، عندما تم تشكيل مجموعة عمل من مندوبين حكوميين لوضع هذا الإعلان حول حماية البيئة ، فقد انطوى إعلان استوكهولم حول البيئة على ديباجة تلتها مجموعة من المبادئ التي في سبع نقاط على الإشارة إلى أهمية البيئة بالنسبة للإنسان ، كما أكدت على أن مشاكل البيئة في الدول النامية ترجع في المقام الأول إلى التخلف من جهة، وعلى الدول الصناعية الكبرى من جهة أخرى أن تعمل من جانبها على التقليل من الهوة الكبيرة التي تفصل بينها وبين الدول النامية ، كما اعترف إعلان ستوكهولم من ناحية أخرى أن التزايد الطبيعي في تعداد البشر يفرض باطراد مشاكل جديدة تتعلق بالحفاظ على البيئة كما تشير الديباجة إلى أن الاقتناع الكامل بان التقدم الاجتماعي والاقتصادي والعلمي والفني للإنسان لا يستقيم إلا بتحسين البيئة التي يعيش عليها ، وقد اختتمت الديباجة بالإشارة إلى مسؤولية السلطات المحلية والحكومات عن سياسات وبرامج العمل الخاصة بهذا الشأن ، التي يتعين اعتمادها في مجال البيئة في دائرة الاختصاص الإقليمي لكل هيئة² .

أما بخصوص الجزء الثاني من الإعلان فقد انطوى على المبادئ التي تعد بمثابة تفصيل وبيان أكثر تحيد للمبادئ العامة والنظريات التي جرت الإشارة إليها في الديباجة ، فقد جاء في المبدأ الأول ليعلم عن حق الإنسان الأساسي في الحرية والمساواة والظروف الملائمة لحياة في بيئة تسمح له أن يعيش في كرامة ورفاهية وأن عليه واجب حماية وتحسين بيئته من أجل أجيال الحاضر والمستقبل ، من ثم فإن من المستعين عليه ادانة السياسات التي تنطوي على تطبيق أو تشجيع التفرقة العنصرية والفصل بين الأجناس والتمييز وكافة أشكال القتل الاستعماري والسيطرة الأجنبية والقضاء عليها ، وقد لوحظ على الإعلان قد جمع في مبدأ واحد بين ثلاث مسائل غير مرتبطة ، يعني انه كان محاولة للبحث عن أساس فلسفي وايدولوجي لحماية البيئة ، وهو ما أمكن العثور عليه في النهاية متمثلاً في حقوق الإنسان ، وهو ما عبرت عنه الفقرة الأولى من المبدأ المتعلق بجوهرة الموضوع ألا وهو واجب حماية وصيانة البيئة . وقد تناولت المبادئ

¹ د/ صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، دار النهضة للنشر والتوزيع ، القاهرة 2007، ص 922 .

² - راجع ديباجة إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

من 2 إلى 7 تأكيد وجوب استغلال الثروات الطبيعية وفقا للتخطيط الإداري على قدر من الروية والتبصر¹، وأن على الإنسان مسؤولية خاصة في مجال المحافظة على الميراث المتمثل في صورة الحياة النباتية والحيوانات البرية وعلى وجوب أن يجري استغلال بعض الموارد غير المتجددة على نحو لا يؤدي إلى استنفادها، والى وجوب التوقف عن إلقاء فضلات المواد السامة والمواد غير قابلة للتحلل، وقيام الدول بكافة الإجراءات الممكنة من أجل منع تلوث البيئة البحرية، وأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية هي أمر أساسي، إذ ما أريد ضمان الوصول إلى بيئة ملائمة لوجود الإنسان². أما أفضل وسيلة لتجاوز الأوضاع البالغة الخطورة للبيئة، والتي تنجم عن التخلف و الكوارث الطبيعية هي الأسرع على دفع عجلة التنمية من خلال المساعدات الفنية و المالية اللازمة للإكمال الجهود الوطنية للدول النامية في تلك الميادين³. كما يساهم استقرار الأوضاع الاقتصادية بالنسبة للدول النامية وهو أمر لا يقل أهمية عن الأوضاع المتصلة بالبيئة⁴. بالإضافة إلى المناطق التي تعاني زيادة في معدلات في نمو السكاني، وفي المناطق التي تعاني العكس على النحو الذي يمكن أن يؤدي في أي من الحالتين إلى التأثير الضار على البيئة والتنمية⁵. كما أكد الإعلان على أهمية نصوص الهيئات الوطنية المعنية بالتخطيط وإدارة وتنظيم استخدام الموارد الطبيعية بهدف تحسين مستوى البيئة وعلى أهمية استخدام العلم والتكنولوجيا في ايطار التنمية الاقتصادية والاجتماعية بهدف منع أو تقليل من الأخطار التي تهدد البيئة، وحل المشاكل التي تثيرها وعلى وجوب الاهتمام بتدريس المسائل المتعلقة بالبيئة للأجيال الجديدة وتوفير الإعلام الملائم لها، ووجوب تشجيع البحوث العلمية المتصلة بالبيئة، وخاصة في البلدان النامية والعمل أيضا على تسهيل وتشجيع وتبادل الخبرات في هذا الميدان⁶. وقد انطوت المبادئ من 21 إلى 25 من إعلان ستوكهولم على القواعد المتعلقة بالقانون الدولي في ميدان البيئة، حيث جاءت في المبدأ 21 وفقا لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، ومبادئ القانون الدولي، يكون لكل دولة تطبيقا لمبدأ السيادة الحق في استغلال ثرواتها وفقا لسيادتها الخاصة، ولكن على تلك الدول واجب ضمان مراقبة النشاطات التي تجري على إقليمها الوطني في المسائل التي تتعلق بالبيئة. بينما عبر نص المادة 22 عن وجوب التعاون الدول من اجل تطوير القانون الدولي فيما يتعلق بالمسؤولية الدولية المتعلقة بحماية البيئة، في ايطار وجوب التعاون بين الدول جميعا كبير كانت أو صغيرة على قدم المساواة وان يتم ذلك بالتعاون من خلال اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو غيرها من المسائل.

بينما جاء في نص المبدأ 25 أن على الدول أن تسمح للمنظمات الدولية بان تلعب دورا منظما وفعالا وديناميكيا في مجال المحافظة على البيئة وتحسينها واختتمت مبادئ الإعلان بالمبدأ 26 الذي غلب عليه الطابع السياسي حيث أشار إلى وجوب النجاة بالإنسان وبيئته من أثار الأسلحة النووية وغيرها من وسائل التدمير الشامل وان الدول تعمل من خلال الأجهزة الدولية على القضاء على تلك الأسلحة وتدميرها بشكل كامل.

1 - راجع المواد من 2 إلى 7 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

2 - المبدأ 8 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

3 - المبدأ 9 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

4 - المبدأ 10 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

5 - المبدأ 16 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

6 - المبدأ 17 من إعلان استوكهولم حول البيئة 1972 .

2- إعلان نيروبي :

عقد المؤتمر نيروبي عاصمة كينيا سنة 1982م¹، بعد مضي عشرة سنوات على عقد مؤتمر استكهولم ، حيث استعرضت الدول الشؤون التي تتعلق بالبيئة والتنمية والارتفاع المتزايد لعدد سكان العالم ، خاصة دول العالم الثالث ، وقد شدد المؤتمر على التخفيف من حدة تلوث البيئة ، ونهبوا إلى أن الأخطار الناتجة عن سياسة السباق نحو التسليح والنفيات الناتجة عنها ، سوف تسبب ضرار فادحا للبشرية ، وقد اتفقت دول الأطراف في مؤتمر على تبني مقررات مؤتمر ستوكهولم ، واعتبارها استمرار لمؤتمر نيروبي ، كما اتفق المجتمعون على وضع آلية للتنفيذ أطلق عليها تسمية إعلان نيروبي ، واعتبروا أن هذا الإعلان لا يقل أهمية عن نصوص حقوق الإنسان العالمي . ومن جهة أخرى اعتبر إعلان نيروبي أنه ، لا يمكن اعتبار العالم آمنا مدام فيه استقطاب للثروات على الصعيد الوطني الدولي ، ولذلك دعا هذا الإعلان لمساعدة الدول النامية ماديا وتقنيا وعلميا ، ومعالجة التصحر والجفاف وتشجيع الزراعة ومكافحة الفقر وتحسين أوضاع البيئة ، كما طلب المجتمعون في المؤتمر الدول الكبرى الحد من النفيات العسكرية الهائلة وتحويلها إلى القطاع المدني والمساهمة في مساعدة الدول النامية في سبيل حماية الحقوق الطبيعية والمدنية للإنسان والحفاظ على البيئة في العالم .

3- إعلان ريودي جانيرو 1992 :

قامت الأمم المتحدة بالدعوة إلى عقد مؤتمر للبيئة والتنمية UVCED ، والذي عرف باسم قمة الأرض ، والذي عقد بمدينة ريودي جانيرو العاصمة القديمة للبرازيل في الفترة الممتدة من 3 إلى 14 يوليو 1992 م ، أي بعد عشرين عاما على مؤتمر استكهولم في عام 1972م ، وقد انعقدت قمة الأرض وسط دعاية إعلامية لم يسبق لها مثيل ولم يكن هناك وجه للمقارنة بين الظروف والإمكانات التي عقد فيها مؤتمر استكهولم وبين الصنخ والحشد السياسي غير المسبوق الذي واكب مؤتمر ريودي جانيرو ، والذي شارك في أعماله عدد كبير جدا من رؤساء الدول والحكومات ، فقد حضر هذه القمة 111 رئيس دولة وحكومة فضلا عن كبر تجمع للمنظمات الدولية غير الحكومية العاملة في ميدان حماية البيئة² . وإذا كان مؤتمر ستوكهولم بمثابة نقطة الانطلاق في مجال حماية البيئة والعمل على تأصيل وصياغة العمل الدولي للبيئة ، فان مؤتمر ريودي جانيرو 1992، قد جاء ليقدم الردود العملية في مواجهة التحديات والمخاطر التي باتت محدقة ببيئة الإنسان نذر بالقضاء على التنمية وتشير إلى أفدح الآثار التي تهدد وجود الجنس البشري ذاته³ . لقد طفت على سطح الأحداث والعلاقات الدولية مجموعة من القضايا البيئية التي أصبحت تشغل حيزا كبيرا من اهتمام رجال القانون شأنهم شأن في ذلك شأن جميع المعنيين بالقضايا البيئية من علماء ورجال الاقتصاد والسياسة . ومن هنا فان مؤتمر ريودي جانيرو قد حمل في طياته نتائج قانونية هامة تمثلت في اتفاقيات دولية عديدة علجت بعض القضايا البيئية الملحة بيد أن الربط بين قضايا البيئة وقضايا التنمية كان ابرز سمات بل ولعله يكون ابرز إنجازات مؤتمر ريودي جانيرو ، أن الجدل الذي أثير في مؤتمر استكهولم حول العلاقات بين المشاكل البيئية وقضايا التنمية والخلاف بين الدول العالم المتقدمة ودول العالم الثالث في هذا السبيل ، وهو الجدل لم ينقطع حتى مرحلة التحضير لعقد مؤتمر ريودي جانيرو المعروف بقمة الأرض ، ذلك أن الدول الصناعية المتقدمة كانت تريد لقمة الأرض أن

¹ - د/ عبدالرزاق مقري ، مشكلات التنمية والبيئة والعلاقات الدولية ، دار الخلدونية للنشر ، الطبعة الأولى 2008 ، ص 266 .

² - د/ صلاح الدين عامر ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، ص 926 .

³ - أ- نصر الله سناء ، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني ، منشورات بغدادية ، 2013 ، ص 97 .

تكون قاصرة على معالجة وتناول أبرز المشاكل البيئية مثل تغير المناخ والمحافظة على الغابات والحفاظ على التنوع البيولوجي من الاندثار بل وكان البعض من الدول مثل ، الولايات المتحدة الأمريكية، وانجلترا ، واليابان ، أكثر حذرا بالنسبة لهذه المسائل خشية أية التزامات مالية قد تتحملها في المستقبل ، بينما أصرت الدول النامية على ضرورة الربط بين قضايا البيئة وقضايا التنمية وجوب أن يتغير عنوان المؤتمر ليعكس هذا المعنى بأجلي معاني الوضوح ، وهو ما حدا بالجمعية العام للأمم المتحدة إلى الاستجابة لتوصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي بأن يعقد المؤتمر تحت اسم مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة وهو الأمر الذي كان له انعكاساته على جدول أعمال المؤتمر وجاء الربط واضحا بين البيئة والتنمية في وثيقة دولية للبيئة واستخدام تعبير التنمية المستدامة للتعبير عن ضرورة التوفيق بين متطلبات التنمية من ناحية والحفاظ على البيئة من ناحية أخرى¹. ومن أهم الموضوعات التي تناولها مؤتمر "قمة الأرض"

حماية الغلاف الجوي ، تغير المناخ ، ارتفاع درجة الحرارة الأرض ، استنفاد طبقة الأوزون ، تلوث الهواء عبر الحدود ، حماية موارد الأرض ، مكافحة إزالة الغابات ، فقد التربة ، التصحر وجفاف ، حفظ التنوع البيولوجي ، حماية الموارد المائية العذبة ، حماية البحار والمحيطات والمناطق الساحلية وترشيد استخدام مواردها الحية ، الإدارة السليمة بيئيا وتكنولوجيا ، والنفايات الخطيرة . تحسين نوعية الحياة وصحة البشر . وقد كان حصاد قمة الأرض مجموعة من الوثائق القانونية الهامة التي مثلت خطة متكاملة لمواجهة مشاكل التدهور البيئي ومحاولة لإقامة التوازن بين صياغة البيئة وتحقيق التنمية وهو ما أصبح يعرف كما سبق الإشارة وأهم هذه الوثائق :

أ- أجندة 21 : برنامج العمل المشترك للقرن الواحد والعشرون :

هي الوثيقة الرئيسة للمؤتمر وهي خطة عمل من أجل تحقيق التنمية المستدامة في المستقبل وتنقسم الأجندة إلى أربعين فصلا يشمل كل فصل على توصيات لمعالجة موضوع من موضوعات البيئة التي سبق الإشارة إليها، وتناقش الخطة الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية وإدارة الموارد من أجل التنمية واستخدام التكنولوجيا السلمية بيئيا²، وتقدم الأجندة منهاج عمل جديد لمعالجة مشاكل العالم النامي ، من خلال تحقيق التوازن بين الاحتياجات البيئية المتزايدة مع الاستمرار في المحافظة على الموارد الطبيعية والبيئة ، كما تبنت المفكرة إطار عام للتعاون الدولي لدعم التنمية ونشر التكنولوجيا . وتجدر الإشارة إلى أن الأجندة قد تناولت مبدأ الإصلاحات المؤسسية من خلال التركيز على ضرورة دمج البيئة مع التنمية من اجل التوصل إلى تحقيق التنمية المستدامة مع تطبيق هذا المبدأ على الأمم المتحدة في أنشطتها الاقتصادية والاجتماعية ، وانطوت الأجندة على اقتراح تكوين لجنة رفيعة المستوى من اجل التنمية المستدامة تخضع لمظلمة المجلس الاقتصادي والاجتماعي من أجل تطبيق توصيات مؤتمر قمة الأرض .

كما عكست الأجندة فيما يتعلق بمقترحات التمويل ضرورة اعتماد الدول النامية على مواردها الذاتية بشكل رئيسي مع الموازنة ذلك بالمساعدات الإضافية التي يمكن أن تتلقاها من المجتمع الدولي .

1- د/صلاح الدين عامر، المرجع السابق ، ص 927.

2- د/ عبد الرزاق مقري ، المرجع السابق ، ص 274.

ب- إعلان ريو :

صدر هذا الإعلان تحت هذا المسمى وكان من المفترض أن يصدر باسم ميثاق الأرض ، ويتكون من ديباجة و 27 مادة ، وهو المستند الأساسي الذي لا يثير اختلافات كثيرة لأنه، عبارة عن مجموعة من المبادئ العامة التي تتناول السعي نحو السلوك الإنساني والحكومي من أجل الحفاظ على البيئة ومسؤولية الدولة في إقامة التوازن بين الاحتياجات البيئية والتنموية للأجيال في الحاضر والمستقبل ، ويمكن القول أن الإعلان دعي إلى إرساء العلاقة بين الدول الصناعية المتقدمة والدول النامية في مواجهة تدهور البيئة وتؤكد المسؤولية في التنمية المستدامة . حيث نص في مبادئه على حق الجنس البشري في أن يحيا حياة صحية ومنتجة ، بما ينسجم مع الطبيعة ، حق السيادة لكافة الدول في استغلال مواردها وفقا لسيادتها ، وعلى أن الحماية البيئة جزء لا يتجزأ من عملية التنمية ، كما نص الإعلان على وجوب قيام الدول بسن التشريعات الوطنية اللازم لحماية البيئة ، كما ينبغي أن تتعاون الدول على النهوض بالنظام الاقتصادي دولي داعم و منفتح يؤدي إلى النمو الاقتصادي والتنمية المستدامة في جميع البلدان ومعالجة مشكلة تدهور البيئة وينبغي أن لا تكون التدابير السياسية التجارية المواجهة لأغراض بيئية ووسيلة لتمييز تعسفي أو لا مبرر له ، أو فرض تقييد مقنع على التجارة الدولية . وينتهي المبدأ الرابع عشر على تعاون الدول بفعالية في منع تغير في موقع الأنشطة أي تغيير في مواقع تسبب تدهور شديد للبيئة أو يتبين أنها ضارة بصحة الإنسان ونقلها إلى دول أخرى ، بينما خصص المبدأ الثالث والعشرون الواقعة تحت الاضطهاد والسيطرة والاحتلال بالإشارة خاصة إلى وجوب توفير الحماية لبيئتهم ومواردهم الطبيعية ، كما أكد المبدأ السادس والعشرون على وجوب تسوية المنازعات البيئية بالوسائل السلمية¹.

ثانيا : دور الاتفاقيات الدولية في حماية البيئة :

لعبت الاتفاقيات الدولية دوراً مهماً في حماية البيئة في مختلف قطاعاتها ، الأرضية والهوائية ، والبرية ، وسوف نستعرض أهم هذه الاتفاقيات فيما يلي :

فعلى الصعيد الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية على المستويات العالمية وإقليمية انصبت مضمونها حول أهمية حماية البيئة وضرورة المحافظة عليها وتوفير الظروف الموضوعية لحياة حضارية معاصرة لكافة شعوب دول العالم ، حيث سعت دول الأمم المتحدة لحماية البيئة ومن بينها على الصعيد الدولي :

1/ معاهدة القطب الجنوبي التي عقدت عام 1959 م: حيث حضرت هذه المعاهدة كافة النشاطات العسكرية بما في ذلك إجراء التجارب على جميع الأسلحة في القطب الجنوبي واعتباره منطقة مخصصة لأغراض البحث العلمي السلمية فقط .

2/ اتفاقية حظر التجارب الأسلحة النووية لعام 1963م: حيث مثلت هذه الاتفاقية أهمية كبرى بالنسبة لحماية البيئة ، فقد حضرت بدورها كافة الأسلحة النووية في الجو والفضاء ، وحتى تحت سطح الماء ، و يمثل الهدف

¹ - راجع أحكام إعلان ريو من المادة 10 إلى 26.

الرئيسي لهذه الاتفاقية في وضع نهاية لتلوث البيئة عن طريق المواد المشعة ، ووضع حد لسباق نحو التسليح وإزالة دوافع إنتاج، واختبار كافة أنواع الأسلحة بما في ذلك الأسلحة النووية .

3/ الاتفاقية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط لعام 1969 م¹: حيث أدت هذه الاتفاقية إلى إرساء نظام دولي للمسؤولية عن أضرار البيئة الناجمة عن تسرب النفط من خزانات الناقلات والتي كانت بمثابة تعزيز للمقولة التي مفادها أن الدول ليس بمقدورها أن تلوث البحار وتنجو من المسؤولية التي تشاء نتيجة ذلك .

4/ اتفاقية وارسو عام 1972م : وتهدف هذه الاتفاقية لمنع التلوث البحري الناجم عن إلقاء النفايات ومواد أخرى ، حيث دعت هذه الاتفاقية إلى التعاون مع المنظمات والوكالات الدولية الأخرى ذات الصلة لمراقبة انتشار المواد التي تؤدي إلى تلوث البحار والعمل على التقليل من الأضرار المحتملة التي تلحق بالإنسان وبالحياتة أو الحياة البرية ، واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنعها .

5/ اتفاقية حماية طبقة الأوزون : تم توقيعها عام 1985م² ودخلت حيز النفاذ عام 1988م ، أعادت هذه الاتفاقية التأكيد على أهمية حماية البيئة وضرورة تعاون الدول في هذا المجال ، كما قامت الموافقة عام 1987 على بروتوكول إضافي لاتفاقية يتعلق بالمواد المستنفدة لطبقة الأوزون وهو بروتوكول مونتريال.

6/ الاتفاقية الإطارية بشأن تغيير المناخ³ :

تهدف هذه الاتفاقية التي قام بالتوقيع عليها عدد كبير من الدول بلغ 152 دولة ، إلى خفض انبعاث الغازات من البيوت الزجاجية ، اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 06 ماي 1992م. و كان موضوعها الغازات الدفينة وخاصة تلك الناجمة عن الوقود المتسبب في ارتفاع درجة حرارة الأرض و تهدف أساساً إلى تثبيت الغازات الدفينة في الغلاف الجوي على مستوى يحول دون تدخل خطير من جانب الإنسان في النظام المناخي الذي يعني كامل عمليات الغلاف الجوي و الغلاف المائي و المحيط الجوي. و من خلال هذه الاتفاقية يعبر تغيير المناخ عن كل تغيير في المناخ، و قد أكدت الاتفاقية على مبدأ العدالة و المسؤولية الدولية ، و بالتالي فإن البلدان المتقدمة صناعياً تستعمل القسط الأكبر في مكافحة تغير المناخ و الآثار الناجمة عنه كما أكدت هذه الاتفاقية على اتخاذ تدابير وقائية لإثبات أسباب تغيير المناخ مع مراعاة بأن تكون هذه التدابير شاملة و غير مكلفة و ممكنة التطبيق من جهة، و أن تكون متماشية مع السياسة الاقتصادية الوطنية ، و احترام المحيط البيئي العام من جهة ثانية، و في هذا الصدد بينت المادة الرابعة من الاتفاقية العامة التزام جميع الأطراف خاصة الدول المتقدمة التي يجب عليها أن تضع برامج للحد من انبعاث الغازات الدفينة و تقديم المساعدات التي ستحتاجها الدول النامية المتضررة من هذه الإجراءات ، و قد دعت الاتفاقية على تكوين هيئة عليا لهذه الاتفاقية ممثلة بمؤتمر للأطراف المصادقة عليها و التي بلغ عددها 66 دولة ، في حين بلغ عدد الدول الموقعة 161 دولة.

¹ - صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 98-123 المؤرخ في 18 أبريل 1998، المتضمن المصادقة على بروتوكول 1992 ، لتعديل اتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الزيتي لعام 1969 .

² - صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 92-354 المؤرخ 23 في سبتمبر 1992، المتضمن الانضمام إلى اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون المبرمة في فيينا 22 مارس 1985 .

³ / صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 93-99 المؤرخ في 10 أبريل 1993، المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغيير المناخ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 21 أبريل 1993، العدد 21 ص 6 المادة 01.

7/ اتفاقية التنوع البيولوجي أو الحيوي : تتعلق هذه الاتفاقية بالحفاظ على التنوع الحيوي أو البيولوجي¹، و استخدامه بطرق عملية في الحفاظ على أنواع الكائنات الحية خاصة الكائنات المهددة بالإقراض باعتباره أمر لم يعد يقتصر على اختلاف أنواع الحيوانات، مثل النباتات أو غيرها فحسب، وإنما تعدى ليعني بالتنوع لدى الكائن الحي ذاته. و نظراً لتزايد شدة المخاطر التي يتعرض لها التنوع البيولوجي و ضرورة أن تكون إجراءات التصدي لها ذات طابع دولي، قام المعهد العالمي للموارد و الاتحاد الدولي لحفظ الطبيعة و الموارد الطبيعية و برامج الأمم المتحدة للبيئة بالتعاون مع الصندوق العالمي للحياة البرية و البنك الدولي و غيرها من المؤسسات الحكومية بوضع إستراتيجية عالمية تتناول جميع التنوع البيولوجي ترمي بخطوطها العريضة إلى مايلي : اقامة منظور مشترك ودعم التعاون الدولي وإقرار أولويات العمل على المستوى الدولي، دراسة العقبات الرئيسية أمام التقدم وتحليل الاحتياجات اللازمة لإصلاح السياسي الوطني والدولي، تحديد كيفية التي يمكن لها تحقيق التكامل الأكثر فعالية بين الحفظ الموارد البيولوجية والتنمية وتجديد الروابط مع القضايا الأخرى ذات الصلة التي توجه البشرية، التشجيع على مواصلة التطور في خطط العمل الإقليمية الوطنية والموضوعة لحفظ التنوع البيولوجي والتشجيع على تنفيذها².

8- الاتفاقية المتعلقة بحماية الأراضي الرطبة ذات الأهمية الدولية المنعقدة في مدينة رامسار الإيرانية عام 1971:

أبرمت هذه الاتفاقية بتاريخ 2 فبراير 1971 في مدينة رامسار الإيرانية³، التي كان الهدف منها إنشاء حوار دولي لحماية المناطق في العالم. من بينها المناطق الرطبة أو الحساسة بيئياً "محمية"، وتعتبر وفقاً لاتفاقية رامسار منطقة محمية من أي تدمير قد يقوم به الإنسان وكذا من سوء الاستعمال

تشمل عبارة الأراضي الرطبة حسب اتفاقية رامسار المستنقعات، الأنهار، المراعي الرطبة البحيرات، الدلتا، البساتين، الواحات، الشعب المرجانية، المصببات، المناطق القريبة من الشواطئ وكذلك تلك التي صنعها الإنسان مثل الخزانات، وحقول الأرز. وتوجد ليومنا هذا ما يزيد عن 1651 منطقة تغطي ما يقارب 149,7 مليون هكتار في الكرة الأرضية، قامت العديد من البلدان بتوقيع اتفاقية رامسار لحماية الأراضي الرطبة. و الجزائر مصنفة اليوم الثامنة من حيث مساحة الأرض الرطبة المحمية، والأولى من بين جميع بلدان إفريقيا الشمالية. حيث تعتبر العديد من الأراضي الرطبة في الجزائر ثمينة وذلك لقلّة الماء العذب في البلاد وبسبب كثرة التنوع البيولوجي الذي يمكن أن يشمل ما يزيد عن 10 انظم أيكولوجية في منطقة رطبة واحدة.

الخاتمة :

باعتبار أن البيئة قيمة من القيم الاجتماعية فهي تستتبع أن يسعى النظام القانوني للمحافظة عليها، شأنها شأن الكثير من القيم في المجتمع، ذلك أنها تشكل مفهوماً ومضموناً واسعاً يشمل الوسط الذي يعيش فيه الإنسان لأن

¹ / صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 95-163 المؤرخ في 6 يونيو 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التنوع البيولوجي، الموقع عليها في ريو دي جانيرو في 5 يونيو 1992.

² - الدكتور عبد الرزاق مقري المرجع السابق، صفحة 280.

³ / صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 82-439 المؤرخ في 11 ديسمبر 1982، المتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية الدولية المتعلقة بالمناطق الرطبة ذات الأهمية الدولية وخاصة اعتبارها ملاجئ للطيور البرية الموقعة في 2 فبراير 1971 بايران.

الإضرار بها لا يظال فردا واحدا فحسب ، بل يظال الكل في مجموعه ، لذا تأتي الاتفاقيات أو المعاهد الدولية، على قمة المصادر التي تشتقي منها البيئة قواعدها أو وكما يقول البعض فإن الاتفاقيات الدولية هي في المرحلة الحالية لتطور قانون البيئة من أفضل الوسائل نحو إرسال دعائم هذا القانون. ويعود السبب في ذلك إلى عدة عوامل منها على وجه الخصوص الطبيعة الدولية لكثير من المشكلات البيئية . التي تقضي التعاون والجهود الجماعية لحل تلك المشكلات ومنها أيضا وجود المنظمات الدولية ذات الإمكانيات الفنية و المالية التي تستطيع تقديم عون حقيقي في مجال أعمال قواعد حماية البيئة وقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة .

لهذا نورد جملة من التوصيات :

- أن التنمية الاقتصادية والاجتماعية هي أمر أساسي ، إذ ما أريد ضمان الوصول إلى بيئة ملائمة لوجود الإنسان.
- وجوب الاهتمام بتدريس المسائل المتعلقة بالبيئة للأجيال الجديدة وتوفير الإعلام الملائم لها.
- وجوب تشجيع البحوث العلمية المتصلة بالبيئة ، وخاصة في البلدان النامية والعمل أيضا على تسهيل وتشجيع وتبادل الخبرات في هذا الميدان.
- على الدول واجب ضمان مراقبة النشاطات التي تجري على إقليمها الوطني في المسائل التي تتعلق بالبيئة.
- وجوب التعاون الدول من أجل تطوير القانون الدولي فيما يتعلق بالمسؤولية الدولية المتعلقة بحماية البيئة وذلك بتفعيل الاتفاقيات الخاصة بهذا الشأن .

قائمة المصادر والمراجع :

1- المصادر :

أ- المواثيق الدولية :

- إعلان استوكهولم في عام 1972.

- إعلان نيروبي عام 1982 .

- إعلان قمة الأرض عام 1992 .

ب- المعاهدات الدولية :

- اتفاقية رامسار المتعلقة بحماية الأراضي الرطبة 1971 بايران .

- اتفاقية التنوع البيولوجي أو الحيوي .

- لاتفاقية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط لعام 1969.

- الاتفاقية الإطارية بشأن تغيير المناخ .

- اتفاقية حماية طبقة الأوزون اتفاقية وارسو عام 1972

2- المراجع :

- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 .

- عبد الرزاق مقري ، مشكلات التنمية والبيئة والعلاقات الدولية ، دار الخلدونية للنشر، الطبعة الأولى 2008.

- نصر الله سناء ، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني، منشورات بغدادية، 2013 .

المقاصة على ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي



إعداد جواد بوزيد : باحث في ماستر القانون المدني

بكلية الحقوق جامعة ابن زهر أكادير - المملكة المغربية

المقدمة :

الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يلتزم بمقتضاها الدائن تجاه المدين بنقل شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وهو يوازي بهذا المعنى الحق الشخصي أو ربطة المديونية، فيعتبر بذلك قنطرة تجمع بين ذمة الدائن وذمة المدين.

ويعد الالتزام بطبيعته مؤقتا مهما طال أمده وذلك احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية والشخصية للأفراد، وبما أن له أسباب لنشوءه فإنه تتعدد طرق انقضاءه، وقد حددها المشرع المغربي في ثمانية أسباب وذلك ضمن مقتضيات الفصل 319 من قانون الالتزامات والعقود وهي "الوفاء واستحالة التنفيذ والإبراء الاختياري والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والتقدم والإقالة الاختيارية".

ويتم تصنيف هذه الأسباب إلى ثلاث مجموعات أساسية هي: (انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً، أو انتهاءه بتنفيذه بما يعادل الوفاء، أو انتهاءه بدون تنفيذه)، وسنركز من خلال هذا الدراسة على السبب الذي يعتبر وسيلة لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء به وهو المقاصة حيث ينقضي بمقتضاها الالتزام بالتزام يقابله.

ويحظى هذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام بأهمية بالغة ضمن الدراسات الأكاديمية القانونية لما له من دور في إنهاء الالتزامات المدنية المالية، وما يترتب عنه من آثار توضح بجلاء تلك الأهمية لا سواء على مستوى الاجتهاد الفقهي أو القضائي.

والإشكالية التي يمكن أن نطرحها للإجابة عنها ضمن سياق هذا البحث تتمثل في : إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تنظيم المقاصة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام ؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة تتمثل في :

معرفة ماهية المقاصة ؟ والبحث في الشروط والآثار المترتبة عنها؟.

ومن خلال الإشكالية والمنهج المتبع يتضح التقسيم الذي يمكننا أن نعتمده ضمن هذه الدراسة:

المطلب الأول : تعريف المقاصة وشروطها.

المطلب الثاني : أنواع المقاصة و آثارها.

المطلب الأول : تعريف المقاصة و شروطها.

تعد المقاصة إلى جانب الوفاء والتجديد وسيلة لانقضاء الالتزامات بما يعادل الوفاء، ما يجعل لها أهمية بالغة جعلتها تحظى بتقنين تشريعي وتتبع فقهي وقضائي جدهام.

ومن أجل تحديد تعريف المقاصة سواء على ضوء التشريع المغربي أو المقارن والفقه الإسلامي، ومعرفة الشروط التي تقوم عليها، سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نتطرق في الأولى إلى تعريف المقاصة وفي الثانية إلى شروطها.

الفقرة الأولى : تعريف المقاصة :

المقاصة مسلك من مسالك انقضاء الالتزام عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها "اقتطاع دين من دين" ¹ أو هي "مشاركة مطلوب لماتل ضعف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما" ² بينما عرفها الدردير بأنها "إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروط" وهو تعريف شامل للمقاصة الاتفاقية والمقاصة التي يطلبها أحد الأطراف رغم تعند الطرف الآخر ورفضه لها وهي القضائية ³.

كما عرفها المشرع المغربي في إطار الفصل 357 من قانون الالتزامات والعقود بالقول : "تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية".

فالمقاصة سبب لانقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما، ونسوق لها بمثال، فإذا كان زيد له دين عند علي يقدر ب 3 آلاف درهم ورغب علي في شراء دراجة من زيد بنفس المبلغ هنا يمكنهما إجراء المقاصة بين الدين الذي كان قائما من قبل والدراجة، وذلك عن طريق تقديم الدراجة التي لها نفس المقدار والتي سيؤدي بها زيد الدين الذي كان في ذمته.

وقد نبه المشرع في إطار نفس المادة، إلى أن هذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام، يحظر على المسلمين إذا كانت المعاملة التي يجري فيها مخالفة لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، كالمقاصة التي يمكن أن تقع وتكون المخدرات إحدى العوضين بين الأطراف.

¹ محمد بن احمد ابن جزى الغرناطي. القوانين الفقهية. تحقيق عبد الكريم الفيضلي. دار الرشد الحديثة الدار البيضاء 2006 ص 314.

² عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح ق.ل.ع الكتاب الاول للالتزامات بوجه عام. مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة 1 1999 ص 101 .

³ وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وأدلته. ج.5. تنمة العقود، الملكية وتوابعها. دار الفكر الطبعة الثانية. 1985. ص. 372 .

كذلك قامت بعض التشريعات المقارنة بتعريف المقاصة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني ضمن المادة 343 بأن "المقاصة دين مطلوب لدائن بدين مطلوب عنه لمدينه" كما عرفتها المادة 408 من القانون المدني العراقي "المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه".

أما التشريع المدني المصري فقد نص في مادته 362 على أن "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء.

ويتضح من خلال هذه التعريفات أنها كلها تتقاطع في اعتبار المقاصة وفاء بدين عبر إسقاط مقابل له فيما بين دائنين، فهي اقتطاع دين كل من الدائن والمدين بشكل يجعل كل ذي حق يأخذ حقه.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي أكد على انه ليس للقاضي التمسك بالمقاصة أو إجرائها إلا إذا تمسك بها صراحة من له الحق فيها¹.

ويجب في ختام التعريف أن نؤكد أن المقاصة تؤدي نفس الغرض الذي يقوم به الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس²، وهو الحق الذي منحه القانون للدائن باعتبار هذه المؤسسات أداة ضمان بالنسبة له من أجل الوفاء بحقه، فالدائن يمتنع عن التنفيذ الى حين تنفيذ المدين لالتزامه، كذلك له الحق في حبس ما يكون تحت يده لاجبار المدين على التنفيذ، وأيضا المقاصة تلعب نفس الدور بحيث تقضي الدين مع مقابله الذي يكون في ذمة المدين.

الفقرة الثانية : شروط المقاصة :

من اجل إجراء المقاصة القانونية لا بد من شروط حددها المشرع واعتبرها أساسية ولا يجوز في حالة تخلف احدها القيام بها، وقد حددها المشرع المغربي ضمن قانون الالتزامات والعقود وتحدد في خمسة شروط سنتناولها فيما يلي :

1- تقابل الدينين بين نفس الشخصين : لا يمكن إجراء المقاصة بين شخصين لا تجمعهما أية علاقة مديونية أو علاقة يكون محلها دين فيما بينهما، فيجب ان يكون كل طرف في المقاصة دائنا ومدينا شخصيا، وهو ما حدده المشرع ضمن الفصل 357 من ق.ل.ع بالقول "تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية".

فإذا اشترى احمد من علي كتابا وكان علي قد اقترض من احمد نفس ثمن الكتاب فيمكنه إجراء المقاصة بينهما في كل من مبلغ الدين وقيمة الكتاب، وبمفهوم المخالفة لهذا الشرط إذا كان الدينين بين شخصين مختلفين كان يكون لعلي دين على احمد ويكون احمد له دين على زيد فلا يمكن مقاصة دين علي من دين زيد لان المقاصة القانونية تفرض تقابل الدينين.

¹ وهو ما نص عليه الفصل 358 من ق.ل.ع ليس للقاضي أن يعتد بالمقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها".
² 4 عبد الرزاق أحمد السنهاوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. نظرية الالتزام بوجه عام. ص 879.

وتجدر الإشارة إلى أن الأهلية¹ ضمن المقاصة القانونية لا تشترط باعتبارها واقعة مادية ولا تعتبر تصرفا قانونيا لذا تجوز حتى ولو كان احد أطرافها او كلاهما ليست لهم الأهلية القانونية.²

2- تماثل محل الدينين في النوع والجودة: إضافة إلى الشرط الأول المتعلق باعتبار وجوب كون طرفي المقاصة متقابلين في الدينين شخصيا، لا بد من أن يكون الدينين المتقابلين متحدين من حيث النوع والجودة، وهو أمر اشترطه المشرع حسب الفصل 361 من ق.ل.ع "لا تقع المقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفا ونوعا أو بين النقود والمواد الغذائية".

يبين هذا الفصل انه لا تجوز المقاصة القانونية في حالة اختلاف نوع الدينين بين الإطراف، وإنما يجب أن يكون محل الالتزامين أشياء مثلية سواء من حيث النوع أو الجودة لكي يعتد بها قانونا.

وفي نفس السياق جاء في القانون المدني الأردني المادة 345 "يشترط في المقاصة الجبرية³ أن يكون كلا الطرفين دائئا ومدينا للأخر وان يتماثل الدينان جنسا ووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا ولا يضر إجراؤها بحقوق الغير".

وتوضح هذه المادة على انه لا مجال للحديث عن المقاصة في حالة عدم كون الطرفين ومدينا أو عدم تماثل الدينان فيما بينهما من حيث الجنس أو الوصف أو الاستحقاق، ما يركي الطرح الذي تسير فيه اغلب القوانين اللاتينية التي تأخذ بالمقاصة القانونية.

3- أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع ومستحق الأداء.

يجب من اجل إجراء المقاصة أن يكون الدين محلها خاليا من أي نزاع، بمعنى أن يكون معلوما من حيث المقدار كما يجب أن يكون محققا، وهما أمران متلازمان لا يجوز توفر احدهما دون الآخر من اجل القيام بالمقاصة.

ومن الديون التي تكون محط نزاع لا يجوز إجراء المقاصة بشأنها، تلك التي تكون لمدين خاضع لنظام صعوبات المقاوله وذلك بسبب التدخل الذي يكون للقضاء من أجل إنقاذ المقاوله.

أيضا لا يكفي أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع، بل لا بد أن يكون مستحق الأداء حسب ما نص عليه الفصل 362 من ق.ل.ع "يلزم لإجراء المقاصة أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء..".

بمعنى انه من اللازم من اجل القيام بالمقاصة أن يكون كل دين مستحقا لصاحبه بحيث يكون ديننا حالا وليس مؤجلا، بذلك لا يجب أن يكون احد الدينين مؤجلا أو كلاهما، أو دين مرتبط بأجل واقف وأخر متوقف على شرط فاسخ.⁴

وتجب الإشارة إلى انه إن كان الدينين أو احدهما مربوطة بأجل فلا تجوز المقاصة فيه إلا بعد حلول الأجل إما بانقضاء مدته، أو بالنزول عنه من قبل من هو مقرر لمصلحته أو بسقوطه لسبب من أسباب السقوط.

¹ الأهلية حسب المشرع المغربي هي المنصوص عليها في مدونة الأسرة وتنقسم الى أهلية وجوب وأهلية حسب المادتين 207 و 208 من المدونة ومحددة في 18 سنة شمسية كاملة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة.

² المختار بن احمد العطار م.س ص. 203

³ الجبرية: أي الحكمية حسب الفقه الاسلامي وهي المقاصة القانونية الحديثة.

⁴ المختار بن احمد العطار م.س ص. 197

وقد جاء في المادة 362 من القانون المدني المصري " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن "

إما في القانونين الأردني والعراقي فلا وجود لنص مقابل للفصل 362 من قانون الالتزامات والعقود.¹

وقد أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء قرارا يزكي الطرح الذي اختاره المشرع ويؤكد على وجوب خلو الدين المطالب بإجراء المقاصة حوله من أي نزاع ويقول هذا القرار " يلزم لوقوع المقاصة ان يكون الدين المطالب بإجراء المقاصة بشأنه خال بأي نزاع وان يكون محققا معلوم المقدار"².

4- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء :

من اجل إجراء المقاصة القانونية بين الدائنين اشترط المشرع أن يكون كل من الدائنين صالحا من اجل المطالبة به أمام القضاء، بمعنى أن لا يكون قد سقط ولا يمكن إلزام المدين على الوفاء به، وذلك باعتبار المقاصة وفاء جبريا.

وقد اقر الأمر المشرع المغربي من خلال الفصل 363 من ق.ل.ع الذي ينص " لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من اجل إجراء المقاصة".

بمعنى أن التقادم المسقط يسقط الحق في المطالبة بإجراء المقاصة بالنسبة لدينين متقابلين، فلا يجوز إذا سقط احد الدينين بالتقادم مطالبة من ترتب عليه ذلك الأخر بإجراء المقاصة بين دينه والدين الذي في ذمته لمصلحة الطرف الأخر.

وقد نص أيضا التشريع المدني الأردني في مادته 351 على أن " إذا كان الدين لا تسمح فيه الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة مادامت المدة المانعة من سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة".

كذلك وردت المادة 414 من القانون المدني العراقي مطابقة لنص المادة 351 من القانون المدني الأردني.

وتعتبر هذه المقتضيات مخالفة لما تقضي به القوانين اللاتينية التي وبمجرد تلاقي الدينين يمكن القاص بينهما حتى ولو تقادما وقت المطالبة بالمقاصة، ويقول في هذا الشأن الفقيه السنهوري " ومن الغريب ان التقنين الألماني أورد في المادة 390 حكما في هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية"³.

5- أن لا يكون احد الدينين مما تمتنع المقاصة فيه قانونا.

بعد أن تناولنا من خلال ما سبق الشروط الأربعة الواجبة لقيام المقاصة القانونية ، فلا بد أن نشير إلى الشرط الخامس و الأخير والذي لا بد منه كذلك لحصول المقاصة، وقد تناوله المشرع المغربي ضمن سياق الفصل 365 من

¹د. توفيق عبد العزيز.د.سعيد الفكهاني.د.حسن الفكهاني.التعليق على قانون الالتزامات والعقود.ج2 الدار العربية للموسوعات القاهرة ط.1 ص.

337

² قرار صادر بتلويخ 1999/03/25 تحت عدد 334/91 في الملف عدد 99/77 منشور بمجلة المحاكم التجارية عدد 2ص169 وما يليها.

³ توفيق عبد العزيز .سعيد الفكهاني.حسن الفكهاني.م.س ص.361

ق.ل.ع في إطار خمس حالات لا يجوز فيها القيام بالمقاصة وأضاف حالة سادسة ضمن الفصل 366 التي تتعلق بالإضرار بالحقوق التي يكتسبها الغير على وجه قانوني سليم ، وهذه الحالات هي :

1- كون سبب احد الدينين حقا لا يجوز الحجز عليه: نصت على هذه الحالة التي لا يجوز فيها المقاصة الفقرة الأولى من الفصل 365 من ق.ل.ع والتي جاء فيها "إذا كان احد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها".

وهو نص واضح يبين انه لا مجال لإجراء المقاصة على بعض الديون التي تنشأ حقوقا لا يجب الحجز عليها، وقد مثل لها المشرع بالنفقة كأحد الحقوق الأسرية التي لا يجوز ان يكون دين آخر وسيلة للتقاص منها، كذلك الأمر بالنسبة لأجور العمال فلا يجوز لرب العمل إجراء المقاصة لها بدعوى أن له ديون على جرائه كالمأكل والمشرب.¹

2- كون احد الدينين شيئا نزع من صاحبه دون حق، أو حق نشأ عن عمل غير مشروع : تعد هذه الحالة هي الثانية التي نص عليها المشرع والتي يمنع معها إجراء المقاصة وقد أكد عليها ضمن الفقرة الثانية من الفصل 365 بالقول "لا تقع المقاصة ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو بالغش أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى"

وتبين المادة انه لا يحق للشخص الذي قام بنزع شيء من مالكه بسبب دين له عنده بالقوة أو باستعمال الغش أو أي وسيلة غير مشروعة إنما المطالبة بشيء مماثل قد ثبت له عند صاحب الشيء، وفي هذه الحالة حكمة من المشرع تجعل الأشخاص إثناء رغبتهم في استرداد ديونهم اللجوء إلى القضاء وهو مقتضى يعتبر من النظام العام .

3- كون احد الدينين شيئا مودعا أو معارا يطالب باسترداده : وهو ما نصت عليه الفصل 356 في فقرتها الثالثة "لا تقع المقاصة: ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال ، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق " أي انه في حالة ما إذا أودع شخص وديعة لدى شخص آخر وأصبح المودع إليه دائنا للمودع فلا حق له في الامتناع عن الرد وقت مطالبة المودع لوديعة أو عاريته أو ادعائه المقاصة بينها وبين ما ترتب له من حقوق مماثلة لتلك الأشياء في ذمة المودع، إنما عليه الأداء وإذا كان ترتب له في ذمة احدهما دين، فإن عليه اللجوء إلى المحكمة للمطالبة به قضاء.²

4- حالة تنازل المدين عن حقه في المقاصة أو منعه العقد من التمسك بها : صرحت بهذه الحالة الفقرة الرابعة من الفصل 365 التي جاء فيها "لا تقع المقاصة : إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها" ويظهر من خلال النص أن المقاصة كما وضحنا ذلك سابقا ضمن سياق الفصل 358 لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للمدين الذي تتقرر لمصلحته التنازل عن التمسك بها.

وقد يقع هذا التنازل سواء كان صريحا أو ضمنيا، وسواء وقع بعد ثبوت الحق فيها أو قبله، في حالة ما إذا تم التنصيص في العقد المنشئ للالتزام على منع المدين من التمسك بالمقاصة.

¹ الكزبري م.س.ص. 350 شهبون م.س.ص. 22.

² -المختار بن احمد العطار م.س.ص. 199.

وقد سار التشريع المغربي على ما سار عليه الفقه الفرنسي والتقنين اللبناني الذي يجيز التنازل عن المقاصة مقدما، وبذلك فقد اختلف عن ما ذهب في اتجاهه التقنين المصري و السوري الذي لا يعتد بالمقاصة إلا بعد ثبوت الحق فيها.¹

5- كون احد الدينين عبارة عن رسوم أو ضرائب للدولة والجماعات الترابية : جاءت الحالة في سياق الفقرة الخامسة من الفصل 365" لا تقع المقاصة:ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من اجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم" وهذا يعني انه لا يجوز مبدئيا المقاصة في الحالة التي يكون فيها شخص دائئا للدولة أو لجماعة ترابية بمبلغ من المال فيقنصه من الرسوم والضرائب التي كون في ذمته لحسابها، فيجب عليه أداء الضريبة أو الرسم الذي عليه بعدها يمكنه مطالبة الدولة أو الجماعة الترابية بما له من حقوق حسب ما تنص عليه القواعد العامة.

وتجوز هذه المقاصة استثناء في حالة ما إذا كانت الضرائب أو الرسوم عائدة لنفس صندوق الدائرة التي أصبح مدينا لمن هو ملزم بهذه الضرائب أو الرسوم، مثال المتعهد الذي يقوم بتوريد بعض المهام لدائرة الجمارك وتكون هذه المهام مستوردة من خارج البلاد وخاضعة لرسم استرداد يؤدي للدائرة المذكورة.²

6- كون المقاصة سبب في إلحاق الأضرار بالحقوق التي اكتسبها الغير : وقد نص على هذه الحالة الأخيرة الفصل 366 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه " لا تقع المقاصة إذا كان فيها أضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح" فمادامت المقاصة وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بشكل قانوني فلا يجوز استغلالها أضرارا بمصالح الغير أو حقوقه، فعلى سبيل المثال لو إن شخصا كان دائئا لأخر فامتنع عن أداء ما بذمته ولجا إلى حجز مال المدين ليضمن استيفاء حقه، ليصبح المدين دائئا لهذا الدائن الحاجز فان المدين لا يستطيع بعد أن أصبح دائئا التمسك بالمقاصة لان في حالة إعمالها يلحق ضرر بالحاجز.

من خلال جميع الحالات التي تطرقنا إليها ضمن هذا الشرط الأخير من شروط المقاصة القانونية، نخلص إلى أن المشرع لم يترك الباب مفتوحا لكل من هب ودب للقيام بالمقاصة، واعتبر انه لا بد لإجراء المقاصة بين دينين متقابلين أن يكونا قابلين قانونيا لذلك وان لا يمنع مانع من الحالات التي ذكرناها صاحب الحق فيها من التمسك بها.

المطلب الثاني : أنواع المقاصة وأثارها.

بعد إن تناولنا في المطلب الأول ما يتعلق بتعريف المقاصة سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية، و بعد أن بينا شروطها التي لها أهمية بالغة في تحديد المقاصة بشكل واضح، سنحاول من خلال هذا المطلب الثاني دراسة أنواع المقاصة في فقرة أولى ثم أثارها في إطار الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية : أنواع المقاصة.

تنقسم المقاصة إلى ثلاث أنواع رئيسية وأساسية لا بد من الإشارة إليها ضمن متن هذا البحث لما لها من أهمية، وهي كل من المقاصة القانونية والمقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية، وسنتناولها تباعا ضمن ثلاث نقاط.

¹مامون الكزبري م.س ص 453

²مامون الكزبري م.س ص 126 عبد الكريم شهبون م.س ص 126

أولا : المقاصة القانونية :

انتقلت المقاصة القانونية إلى القانون المدني الفرنسي نتيجة تفسير خاطئ للقانون الروماني والذي ورد فيه بان المقاصة تقع حكما أي بحكم القانون، لكن لا بد من الإدلاء بها أمام القضاء ليحكم بها أو لا حسب الظروف.¹

والمقاصة القانونية تقع حكما بمجرد تلاقي الدينين دون الاحتياج إلى قرار قضائي، وهو اتجاه كما قلنا ذهب مذهبه التشريع المدني الفرنسي كما التشريعات اللاتينية التي سار في دربها قانون الالتزامات والعقود رغم انه نص في إطار الفصل 358 بان المقاصة ليست من النظام العام وانه ليس للقاضي الاعتداد بها إلا إذا تمسك بها صراحة من له الحق فيه.

وقد كرس الأمر أيضا القضاء المغربي في مجموعة من قراراته منها ما صدر بتاريخ 1991/15/25 عن المجلس الأعلى "محكمة النقض حاليا" وجاء في حيثياته "حيث تبين صحة ما نعته هذه الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنهم سبق لهم سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف إن أثاروا أنهم أدوا لمصلحة الضرائب مبالغ ترتبت في ذمة المطلوبين وطالبوا بإجراء المقاصة بينها وبين مبلغ الكراء الذي ترتب بذمتهم إلا أن محكمة الاستئناف رفضت ذلك بعلته انه لم يقدم وفق مقتضيات القانونية مع أن الفصل 358 ق.ل.ع اعتبر أن القاضي يجب عليه الاعتداد بالمقاصة فيما إذا تمسك بها من له الحق فيها، خاصة إذا كانت شروط المقاصة متوفرة كما هو الحال في هذه النازلة لخلو الدينين من النزاع واستحقاق الدينين للأداء حسب ما نص عليه الفصل 362 ق.ل.ع مما جاء معه قرارها غير مرتكز على أساس قانونية واستوجب النقض"²

ونفس النهج اتبعه القانون المدني المصري والسوري عكس القانون المدني اللبناني الذي اختار مذهب القوانين الجرمانية التي تأخذ بإرادة معلنة ممن له المصلحة في التمسك بها.³

وتجدر الإشارة انه لا يمكن اللجوء للمقاصة القانونية إلا بعد توافر الشروط التي حددها المشرع، وفي حالة عدم توافرها لا يمكن إجرائها مما يمنح الفرصة للدائنين في إجراء المقاصة الاختيارية أو القضائية.

ثانيا : المقاصة الاختيارية :

المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية هي المقاصة التي يمكن أن تقع رغم تخلف شرط من الشروط التي يتطلبها المشرع لإجراء المقاصة القانونية.

ويطلق على هذا النوع من المقاصة أيضا المقاصة الإرادية⁴ فهي مقاصة تقع بإرادة ذوي الشأن، فيجوز للدائن والمدين أن يتفق على وقوع المقاصة ويعتبر ذلك الاتفاق متعلق بالضرورة بمبدأ حرية التعاقد.

وقد تقع هذه المقاصة إما بإرادة طرف واحد إذا كان الشرط المتخلف موضوعا لمصلحة احد الطرفين، أو قد تكون باتفاقهما إذا كان الشرط المتخلف لمصلحتهما معا.

¹ د. مأمون الكزبري. نظرية في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الثاني. أوصاف الإلتزام وإنتقاله وإنقضاؤه ص 438

² اورده عبد العزيز توفيق. التعليق على قانون الالتزامات والعقود. ج 1 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الاولى 1999 ص 281

³ مأمون الكزبري. م.س. ص. 439

⁴ عبد الكريم شهبون. م.س. ص. 102.

وتتمثل الحالات التي تكون فيها المقاصة اختيارية بإرادة طرف واحد¹ في :

- 1- إذا كان احد الدينين محل نزاع وتنازل المدين عن المنازعة فيه.
 - 2- إذا كان احد الدينين مربوطا بأجل وتنازل من كان الأجل في مصلحته عنه.
 - 3- إذا كان احد الدينين مما لا تصح المطالبة به قضاء .
 - 4- إذا كان احد الدينين شيئا نزع من صاحبه دون حق أو كان شيئا مودعا أو معارا.
- كما انه هناك حالات أخرى تكون المقاصة اختيارية باتفاق الطرفين وهي :
- 1- إذا كان كل من الدينين غير مستحق الأداء حيث يجوز للطرفين التنازل.
 - 2- إذا اختلف محل الدينين من حيث الصنف.
 - 3- إذا اختلف محل الدينين المتحدين صنفا فمن حيث النوع والجودة.

وتترتب عن المقاصة الإرادية نفس الآثار المترتبة عن المقاصة القانونية مع وجود فارق مهم يتجلى في أن المقاصة القانونية تنتج أثارها ليس من وقت التمسك بها، لكن من الوقت الذي يصبح فيه الدينان المتقابلين صالحين للمقاصة، أما المقاصة الاتفاقية فلا تنتج أثارها إلا من وقت التمسك بها إذا كانت قد وقعت بإرادة احد الطرفين أو من وقت الاتفاق عليها إذا كانت حصلت نتيجة اتفاق الطرفين.²

ثالثا : المقاصة القضائية :

إذا كانت المقاصة القانونية والاتفاقية تقعان تلقائيا دون مراجعة المحكمة، فإن المقاصة القضائية تكون بناء على طلب مضاد يتقدم به المدعى عليه من خلاله يلتمس بمقتضاه التقاض من الدين المترتب في ذمة المدعي ودينه الذي له في ذمة هذا الأخير.³

ويتبين أن المقاصة القضائية لا يمكن إجرائها إلا عن طريق حكم قضائي صادر عن المحكمة وهي قد تكون في غالب الأحيان عندما لا يستطيع الأطراف القيام بالمقاصة الاتفاقية وذلك بسبب تشبث كل طرف بالشروط المقررة لمصلحته.

ويمكن إجراء المقاصة القضائية ولو كان موضوعها في حالة نزاع عكس المقاصة القانونية التي يشترط للقيام بها خلوها من النزاع، وهو اتجاه سارت عليه المحاكم أيضا كما جاء في إحدى قرارات محكمة النقض السورية⁴ في المقاصة القضائية يقبل طلب المبالغ ولو كانت موضوع نزاع ولا يشترط خلوها من النزاع إلا في المقاصة القانونية⁴

وتترتب نفس الآثار على المقاصة سواء كانت قضائية أو قانونية، بحيث أن الدينين المتقابلين ينقضيان في حدود الأقل منهما قدرا، كما تنقضي جميع توابع الالتزام.

¹ مامون الكزبري م.س ص 465.

² - مامون الكزبري م.س ص 446

³المختار بن احمد العطار. الوسيط في القانون المغربي. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الاولى. 2003. ص 202.

⁴ عبد العزيز توفيق م.س ص 284.

الفقرة الثانية : آثار المقاصة¹ :

بعد أن تطرقنا في الفقرة الأولى لأنواع المقاصة التي لها أهمية من الناحية العملية، سنحاول من خلال هذه الفقرة دراسة الآثار القانونية المترتبة عنها على ضوء ما حدده المشرع المغربي ضمن سياق الفصلين 367 و368 من قانون الالتزامات والعقود.

وينص الفصل 367 من ق.ل.على انه " يترتب على المقاصة عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجدا فيه معا مستوفيين الشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة".

كما جاء في الفصل 368 على انه " إذا تعدد على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات".

ويجد هذين الفصلين مواد مقابلة لها في بعض التشريعات العربية مثل ما ينص عليه القانون المدني الأردني في مادته 350 " تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل منهما".

أما القانون المدني المصري فينص في مادته 365 على أن " ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء".

فيتضح من خلاله أن هذه التشريعات اتفقت في تحديد آثار المقاصة وهي ثلاثة، إلا انه وجب الإشارة إلى أن بعض الفقه² يعتبر وجوب التمسك بالمقاصة من طرف من له مصلحة فيها من مبادئ المقاصة عكس ما قرره الأستاذ العطار الذي يضيفها كأثر من آثار المقاصة بينما الأستاذ عبد الكريم شهبون لم يتناوله ضمن آثار المقاصة.

ونحن نرى انه ما دام المشرع المغربي أكد في الفصل 358 من ق.ل.ع انه لا مجال للقاضي في الاعتداد بالمقاصة ما لم يتمسك بها من له المصلحة فيها صراحة ما يعطيها الأولوية ويمكن اعتبارها مبدأ من مبادئ المقاصة وليست اعتبارها أثرا لها، وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه التشريع الفرنسي وهذا ما بيناه ضمن متن هذا العرض سابقا.

وعليه سنتناول هذه الآثار الثلاثة فيما يلي.

أولا : المقاصة تقضي الدينين في حدود الأقل منهما قدرا.

ويمكننا أن نميز ضمن هذا الأثر من آثار المقاصة المتعلقة بانقضاء الدينين بين :

¹ سنتناول آثار المقاصة على ضوء قانون الالتزامات والعقود وكما حددها بعض شراح هذا القانون ولن نتناول آثارها بالنسبة للغير التي حددها المشرع المصري في قانونه المدني واعتبر أنه لا يجوز إجراء المقاصة اضرازا بحقوق كسبها الغير، ويترتب عنها عدم توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين اذا تلاقى دينان متقابلين صالحان للمقاصة، أما اذا وقع الحجز التحفظي على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به فان الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز. أيضا في حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ ونميز بين الحوالة التي تسري في حق المدين بقبوله لها مع وجود حق له في ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاص به الدين موضوع الحوالة، وقبل الحوالة دون تحفظ وبذلك فلا يجوز له إجراء المقاصة اضرازا بهذا الحق، وبين أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين باعلانها له لا بقبوله اياها، وهنا لم يصدر منه قبول بالحوالة انما فقط الاعلان بها وبما أنه لم يقبل فانه يمكنه إجراء المقاصة بين الدينين بعد ثبوت عدم صدور الحوالة. عبد الرزاق أحمد السنهوري م.س ص. 827

² مأمون الكزبري م.س ص. 458

1- إذا كان كل من الدينين المتقابلين متساويين في القيمة فإن كل من الدينين ينقضي كله، وتزول بانقضائه سائر توابعه، مثال أن يكون احد الدينين أو كلاهما ينتج فوائد أو كان مضمونا بكفالة أو برهن حيازي أو رسمي، فإن الفوائد تنقطع كما أن كلا من الكفالة أو الرهن ينقضي تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي .

2- إذا كان كل من الدينين المتقابلين غير متساويين في القيمة، فإنهما كما جاء في الفصل ينقضيان في حدود الأقل منهما قدرا، فالدين الأصغر ينقضي بأكمله وقيمة الدين الأخر تنقضي في الجزء المعادل للدين الأول، وبانقضاء الدين الأصغر فإنه تنقضي سائر توابعه.

ثانيا :تقع المقاصة من وقت توافر شروطها لا من وقت التمسك بها : يتضح من خلال هذا الأثر أن صاحب المصلحة إذا تمسك بالمقاصة فإن أثارها لا تسري من وقت تمسكه بها إنما من وقت توافر شروطها أي حين تلاقي الدينين اللذين توفرت فيهما شروطها.

والملاحظ أن بعض التشريعات¹ جعلت المقاصة قائمة حتى ولو تقادم الدينين أو احدهما لكن أن تكون شروطهما متوفرة ويتم التمسك بإجرائها حولهما.

وقد نص عليه الفصل 366 من القانون المدني المصري "إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة".

وما يلاحظ أن المشرع المغربي لم يدرج ضمن قانون الالتزامات والعقود أي نص مقابل لهذه المادة ويرى الأستاذ العطار انه لا يجوز التمسك بالمقاصة إذا كان هناك دين انقضى بالتقادم ودين مدني وذلك حسب ما جاء في الفصل 363 من ق.ل.ع" لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من اجل إجراء المقاصة"

ويبين هذا أن التقادم تختلف بشأنه التشريعات حتى ولو كانت تأخذ بنفس النظرية التي تعدد بالمقاصة القانونية كوسيلة من وسائل انقضاء الالتزام.

ثالثا : تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء.

الأثر الأخير الذي يترتب عن المقاصة القانونية كطريق من طرق إنهاء الالتزام بما يعادل الوفاء ما جاء به الفصل 368 من ق.ل.ع الذي أوردناه أنفا والذي يتعلق بتعدد الديون القابلة لإجراء المقاصة على نفس الشخص وقد أقر ضمنه المشرع بأنه في هذه الحالة تطبق قواعد المدفوعات، ما يجعل أحكام تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء، كسبب أيضا من أسباب انقضاء الالتزام ما يستوجب تطبيق الفصول المتعلقة به خاصة الفصلين 323² و

¹المختار بن احمد العطار م.س ص 201.

² الفصل 323 من ق.ل.ع: "تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين".

1423¹ وذلك من اجل تحديد الدين القابل للتقاص مع مقابله في حالة تعدد الديون،ويمكن أن نحدد هذه القواعد المقررة في خصم المدفوعات بما يلي :²

1- تقع المقاصة في الدين الذي يعينه المدين في حالة تعدد الديون.

2- في حالة ما لم يقم المدين بتعيين الدين الذي يجب أدائه،ينتقل الحق في هذا التعيين إلى الدائن الذي يحدد في التوصيل الذي يسلمه للمدين الدين الذي انقضى بالمقاصة،وإذا تسلم المدين التوصيل ووافق على الدين الذي حدده الدائن والذي يجب أن يكون متفقا مع مصالحه،فلا يجوز له المطالبة بالخصم من دين آخر،لكن في حالة رفضه وعدم موافقته على الدين المحدد فهنا يطرح الإشكال.

لكن قد نكتشف الحل سواء في حالة رفضه أو امتناعه مع الدائن في تحديد هذا الدين من خلال الحالة الثالثة التي سنعرض لها.

3- في حالة إهمال المدين والدائن تعيين جهة الوفاء فان القانون يتكفل بتحديددها،وقد أوجب القانون اعتبار الدين الذي يمكن أن تجرى فيه المقاصة ذلك الدين الذي يكون للمدين فيه مصلحة اكبر في أدائه،ومن اجل تعيين هذا الدين يوجد ترتيب يجب عدم مخالفته ويعطي الأولوية للدين الذي يكون فيه ضمان الدائن اقل من ضمانه في غيره،وإذا ما تساوت الديون في الضمان، كان الدين الذي يعد أكثر كلفة على المدين هو الذي تقع فيه المقاصة،أما إذا تساوت الديون من حيث الكلفة اعتبر الدين الأقدم تاريخيا.

الخلاصة :

عموما يمكننا القول ، بأن المقاصة سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية وسيلة و سبب من أسباب انقضاء الالتزام الذي يجمع بين طرفين، بحيث يكون أحدهما دائن و الآخر مدين وذلك عن طريق تنفيذه بما يعادل الوفاء به، فالمقاصة تعتبر استثناء من الأصل الذي هو وفاء كل طرف بالتزاماته اتجاه الطرف الآخر.

ومن أجل قيام المقاصة لابد من توفرها على شروط ضرورية يمكن من خلالها لأحد الأطراف المطالبة بها أو يمكن أن تتوافق إرادتي الأطراف على إجرائها من دون اللجوء للقضاء.

وما يمكن ملاحظته بعد الانتهاء من دراسة المقاصة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، والتي حددها المشرع إلى جانب أسباب أخرى بنص صريح ضمن قانون الالتزامات و العقود، هو أن المشرع لم يستطع شمول جميع الأسباب التي يمكن أن ينقضي بها الالتزام ، وذلك مثل انقضاء الالتزام بحلول الأجل المحدد له في العقد، وأيضا الالتزامات التي يلعب فيها الاعتبار الشخصي دورا هاما وانتهائها بواقعة الوفاء.

أيضا يمكن تسجيل أن تصنيف المقاصة إلى جانب باقي الأسباب السبعة المحددة ضمن الفصل 319 من قانون الالتزامات و العقود، أصبح تصنيفا تقليديا ، لذلك وجب على المشرع المغربي تعديل هذا التقسيم ومواكبة

¹الفصل 324 من ق.ل.ع"اذا قبل المدين بعبدة ديون توصيلا قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه،فلا يحوز للمدين ان يطلب وقوع الخصم من دين آخر، ما دام الخصم المذكور في التوصيل متفقا مع مصالحه"

² الكزبري م.س ص 464.465 العطار م.س ص 201 و202 .شهبون م.س ص 130 و131

التصنيف الحديث الذي يصنف أسباب الانقضاء إلى أسباب راجعة إلى تصرف قانوني و أسباب متعلقة بالوقائع المادية.

لائحة المراجع :

- 1- محمد بن احمد ابن جزي الغرناطي. القوانين الفقهية. تحقيق عبد الكريم الفضيلي. دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء 2006 .
- ²- عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح ق.ل.ع الكتاب الأول الالتزامات بوجه عام. مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة 1 1999 .
- 3 - وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج.5 تنمة العقود، الملكية وتوابعها. دار الفكر الطبعة الثانية. 1985 .
- 4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . نظرية الالتزام بوجه عام .
- ⁵- توفيق عبد العزيز. د. سعيد الفكهاني. د. حسن الفكهاني. التعليق على قانون الالتزامات والعقود. ج2 الدار العربية للموسوعات القاهرة ط.1.
- ⁶- د. مأمون الكزبري. نظريه في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي الجزء الثاني. أوصاف الإلتزام وانتقاله وانقضاؤه .
- ⁷- عبد العزيز توفيق. التعليق على قانون الإلتزامات والعقود. ج 1 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1999 .
- 8 - المختار بن احمد العطار. الوسيط في القانون المغربي. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2003.

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

La multiplicité des communautés religieuses promouvoir un corps de droit civil applicable



Dr MELHEM MAHMOUD¹

Assistant prof –civil law

(Kuwait international law school)

Abstrait :

Cet article sera consacré à étudier la problématique des règles testamentaires A propos de l'annulation du testament et de sa révocation chez toutes les tribus libanaises musulmanes(la loi de 1962 et la loi du quadri pacha)

(Le testament selon les règles légitimes et juridiques chez les musulmans)

La multiplicité des communautés religieuses, fondées sur des particularismes juridiques, suscite, au Liban, un blocage du service public judiciaire. Il est nécessaire de promouvoir un corps de droit civil applicable à tous les libanais. Ce n'est que dans l'impossibilité d'assurer une réponse juridique convenable "ratione religionis" que l'on devrait admettre le recours à la shari'a. L'application d'un droit civil tendant à l'uniformité serait une garantie d'égalité devant la loi. Tout en maintenant la diversité du peuple libanais, cette réforme permettrait d'éviter, dans le futur, de nouveaux conflits interconfessionnels .

¹ Centre d'Etude et de Recherche Juridique sur les Espaces MED, et University of kilaw, Kuwait t-Doha city-block2, Kuwait, melhemmahmoud@hotmail.com

Introduction :

le testament est un acte unilatéral, dont l'objet est de léguer des richesses du testateur au légataire, mais eu égard à l'importance de ce genre de contrat et à son impact, il a fallu l'assujettir à une multitude de lois fixant son organisation et l'entourant d'une série de formalités et de conditions, ceci afin d'éviter toute dérive. Ce genre de contrat, est exposé après la mort du testateur , à d'éventuelles critiques, contestations et autres demandes visant à obtenir son annulation, par ceux dont l'intérêt est opposé aux termes du testament.

Dans d'autres cas, le testament pourrait, en cas d'absence de toute législation, être l'objet d'interprétation, de prétendues explications et tout ceci n'est pas de nature à servir les intérêts du testateur et des légataires. Cependant, le testament est demeuré au regard de l'optique musulmane, de la science de l'interprétation des textes et de certaine coutumes et usages, un engagement et une promesse dont il est impératif d'apporter la preuve par tous les moyens de confirmation et parmi ces moyens l'attestation personnelle .

je propose une modification de la loi des règles testamentaires en droit du statut personnel druze promulgue le 24 février 1948 qui s'adapterait à la situation actuelle et qui renforcerait la solidarité nationale entre les 17 communautés.

Une loi civile qui s'appliquerait à tous les citoyens libanais:

- 1) Une loi sur la succession qui concernerait tous les libanais, musulmans et chrétiens, sans aucune distinction ainsi, il y aura un seul pays pour toutes les religions.
- 2) Faire promulguer une loi en deux parties complémentaires répondant aux besoins des musulmans et des chrétiens en même temps, et cette loi devrait, pour être instituée, modifier une partie des textes existants de façon à rapprocher les uns des autres dans un esprit d'harmonie, d'équité et de rassemblement. Le but en est l'annulation de tout schisme et le retour à l'esprit premier des religions, ainsi on fera du Liban un pays d'amour pour tous ses enfants.

Section I: L'annulation du testament et sa révocation selon les rites sunnite, Jaafarite, et le statut des droit civils chez les druzes promulgué le 24 février 1948

Le testament est un contrat unilatéral et gratuit, à cet effet, la plupart des lois positives comme la loi libanaise et la loi française ,ainsi que les rites islamiques chez les communauté chiite et la communauté sunnite autorisent le testateur à annuler ou révoquer totalement ou partiellement son testament.

Selon la jurisprudence religieuse, le testateur peut modifier ou même annuler son testament. La loi et la Chariaa l'y autorisent.

L'annulation du testament peut être expresse ou tacite, le droit libanais énonce que le testateur a le droit de révoquer tout ou partie de son testament expressément ou tacitement. Est considérée comme une révocation tout acte qui signifie au moyen d'une preuve ou par l'application d'une coutume la volonté expresse ou tacite du testateur de révoquer son testament, c'est le cas par exemple lorsque le testateur dispose de l'objet du legs en le vendant ,cette explication est donné par la doctrine hanafite et explicitée dans le droit musulman du statut personnel des successions ainsi que le rite sunnite dit "Code de Quadri Pacha"¹.

"le testateur peut révoquer le testament en tout ou partie, et le modifier à son gré .si un des héritiers n'a pas à répondre de la perte involontaire du legs ,il aura en revanche à répondre de sa disparition. Le testateur peut révoquer le testament expressément ou par tout autre fait,cela peut déterminer l'intervention d'un changement de nom de la chose léguée,ou modifier son caractère substantiel ou orienter l'usage auquel elle était initialement destinée. il peut décider d'une augmentation ,sans laquelle la chose léguée ne peut plus être délivrée ,ou il peut par un acte en disposer et la faire sortir de son domaine,comme il peut aussi l'adjoindre par voie d'accession a une autre chose ,dont elle ne peut plus être distinguée ou difficilement distinguée.

Mais la dénégation d'une disposition du legs est subordonnée a la démolition de la maison légué ².

Paragraphe I: L'annulation du testament selon la loi des 1962(les communautés sunnites et Jaafarites)laloï de quadri pacha.

a. La possibilité de l'annulation :

La caducité d'un testament, en terme juridique aussi bien selon la loi civile que religieuse c'est à dire son annulation et sa révocation, tant que le testament demeure un acte volontaire, un contrat unilatéral et un don spontané de la part du testateur au profit d'un légataire sans aucune contre partie et en faisant le possesseur après sa mort, ce qui implique de la part du testateur une totale liberté lors de son vivant de revenir sur son testament, de l'annuler ou de le modifier.

Les législateurs tiennent à préciser qu'effectivement la notion du testament reste un acte dont toutes les prérogatives sont du fait du testateur seulement. En conséquence et malgré tout, le testateur reste maître de ses choix testamentaires jusqu'à sa mort, et dans ses choix de changement, toute modification lui est accessible, partiellement ou totalement³.

¹ Traduction Française publiée dans "Du statut personnel et des succession d'après le rite hanafite. Alexandrie Imprimerie A. Mourès, 1875, pp. 123-239.

² La perte de la chose léguée entre les mains du testateur ou d'un de ses héritiers sans sa faute, n'entraîne pour eux aucune responsabilité. La perte arrive par l'usage du testateur équivaut à la revocation.

³ Saji Al Awar: le statut personnel chez les musulmans, p. 72 et 73.

Il apparaît donc clair que les différents rites ne sont pas d'accord sur le fond de revenir sur le testament partiellement ou totalement, ce qui me laisse la possibilité d'en apprécier les justifications dans un commentaire à venir.

Et selon l'avis de Raymond Gaspard, il apparaît logique que si lors de simples négociations commerciales, il est autorisé de revenir sur son engagement, comment pouvait il en être autrement quand il s'agit d'un don ou d'une donation¹. Chez les druzes, et suivant l'article 153 de la loi du 24/2/1948, il reste possible au testateur de revenir sur son testament en partie où totalement, tant qu'il est vivant.

Ce principe, par ailleurs, a été approuvé par les rites sunnite, jaafarite et toutes les autres sectes chrétiennes.

Le droit civil considère ce principe comme relevant de l'ordre public, et qu'il est possible de s'en défaire. C'est la thèse, encore défendue par M. Gaspard dans son livre "les testaments et les donations".

b. L'annulation complète ou partielle :

Il a été stipulé et confirmé que le testateur conserve le droit de revenir totalement ou partiellement sur les termes antérieurs de son testament, et ce droit a fait l'unanimité auprès de tous les rites et toutes les sectes confondus.

L'exemple à retenir serait de considérer qu'un legs constitué d'un bien immobilier , d'une voiture, deviendrait, après une récupération partielle une partie restante.

c. La forme de l'annulation- l'annulation franche et l'annulation implicite :

Toutes les sectes libanaises, hanafite, chiite et druze, ainsi que les sectes chrétiennes, sans oublier la loi française, sont tombés d'accord sur la possibilité de révoquer totalement ou partiellement un testament déjà établi. Si le testateur décide de révoquer une partie de son testament, il pourrait le faire verbalement ou par un acte comme tel que la réalisation d'une vente.

Et pour confirmer cette décision devant une juridiction quelconque, il est impératif d'apporter une preuve de la révocation, si celle-ci est verbale, elle exige la présence de témoins, et si elle est établie par un acte sa production est nécessaire.

Mais, si le testateur a établi deux testaments, et si les termes du deuxième testament sont différents de la portée du premier, l'application du deuxième testament seule s'impose. Cette thèse est défendue par les législateurs religieux au liban.

¹ Idmon Gasbar- les testaments et les donations, les successions, p. 35, 65 et 164.

Me concernant, il m'apparaît plus logique qu'au cas où on se trouverait face à deux testaments au profit de plus d'une personne, Il faut procéder tout d'abord à une évaluation des points de concordance, pour aboutir à une possible réalisation des deux testaments et ce n'est que si des points de divergence importants apparaissent, qu'on peut opter pour le deuxième testament. Ce point de vue n'a pas été abordé par la législation libanaise.

Les législateurs de la secte des Jaafarites, ont un autre point de vue et considèrent d'office et sans aucune possibilité de discussion que tout testament postérieur à un autre est seul valide et annule tout écrit antérieur.

La question qui se pose mais qui n'a pas été posée, c'est qu' au cas où un testateur procéderait à la modification totale ou partielle, de la forme du bien à léguer, comme par exemple aliéner un bien d'habitation enregistré sous un nom propre et le faire passer a une société juridique ,dans ce cas que peut il se passer?

Il y a là une modification formelle de la situation. Quelles sont les décisions?

La législation libanaise considère que tout acte de cette nature est tout simplement une révocation totale des termes du premier testament¹.

Cela veut dire que la modification de la forme modifie systématiquement le fond²

Je pense qu'on ne peut trancher aussi facilement dans un sens ou dans un autre.

Donc, à mon avis, et au cas où un testament correspondant à la nouvelle situation n'a pas été établi ou n'a pu être établi, il reste quant même à prouver la bonne ou la mauvaise intention, ce qui fait jouer le rôle de la bonne ou de la mauvaise foi.

Un débat s'impose et une recherche de la véracité des intentions s'impose.

Un cas similaire s'est déjà présenté, et la bonne foi du testateur a été prouvée.

Il s'agit d'un bien immobilier résidentiel légué par la formule la plus simple, c'est-à-dire par un acte testamentaire notarié, dans sa forme initiale d'un bien d'habitation, mais des circonstances fiscales obligent le testateur à changer la forme de propriété qui passe d'un bien au nom propre à un bien propriété d'une société, le pouvoir de décision restant entre les mains du même testateur.

A mon avis, la validité du testament ne dépend que de la bonne foi du testateur.

¹ Idmon Gasbar, les testaments et les donations, p. 36.

² Idmon Gasbar, les testaments et les successions, p. 48.

Son intention est-elle de révoquer son testament initial? Ou n'a-t-il pas agi simplement pour se protéger de son vivant ou pour protéger une situation qui pour lui ne doit avoir aucun impact sur le bien fondé du pouvoir du testament, qui par ailleurs pourrait être l'unique testament.

Seul la vente totale ou partielle d'un legs peut être considérée comme un acte de révocation totale ou partielle d'un testament établi.

En conclusion et à ce propos , nous n'avons trouvé dans aucun écrit une quelconque allusion à la problématique de la bonne foi dans l'appréciation des éléments d'un cas litigieux de révocation.

Et je pense que la question de la confirmation de l'option de la bonne foi reste fondamentale surtout en cas de litige porté devant les tribunaux ou en cas de contestation, car il faut éviter de faire perdre les droits des ayant-droit¹.

Après maintes recherches, s'il avère que seul le professeur Gaspard pose la question de la bonne foi en des termes d'interrogation sérieuse.

Tout ceci appelle à se poser d'autres questions. Si un testateur vend un bien légué dans un testament, et que par la suite il apparaît que cet acte est entaché d'un vice de forme ou de fonds, ce qui rend caduque l'acte de vente de point de vue du droit, cela prouve malgré tout que l'intention du testateur par son acte délibéré de vente est de revenir sur son testament, et de le révoquer et l'annulation de la vente pour une raison purement juridique ne doit pas remettre en cause son intention de ne plus léguer le bien objet du testament².

Paraphe II: Caducité du testament selon la loi de 1962 :

Cas d'annulation du testament selon la législation musulmane: chez les sunnites, les Jaafarites et le cas de caducité du testament selon le statut personnel chez les Druzes.

a. L'annulation du testament chez les Hanafites :

L'annulation du testament chez les Hanafites s'exerce dans les cas suivants:

1. si l'objet du testament fait partie des interdits proclamés par la législation musulmane.
2. si le testateur a proclamé ouvertement l'annulation du testament.
3. si le légataire décède avant le testateur.
4. si le legs est détérioré.

¹ Idmon Gasbar, les testaments, les donations et les successions, page 35-36 et 48-49.

² Saji Al Awar: le statut personnel selon les rites Sunnites et Jaafarite, page 73 et 74.

5. si le testateur est pris par une quelconque forme de folie, et s'il est déclaré que la folie est totale, et qu'elle dure depuis plus d'un mois pour certain¹, et plus d'un an pour d'autre².

A mon avis, si le testateur au moment où il prend la décision d'organiser sa succession, est en possession de toutes ses facultés, je considère que son testament devrait rester valide malgré toute éventuelle atteinte de folie ou dans le cas où cette folie durerait tout en considérant le moment où il a exercé sa volonté de léguer et à qui il voulait léguer³.

b. L'annulation du testament selon les chiïtes :

Le testament peut être annulé dans les cas suivants :

1. si l'objet du testament est contraire aux principes de la législation musulmane.
2. si le testament provient d'un mineur.
3. si le testament est organisé par une personne déclarée folle.
4. si le testateur revient franchement sur les termes de son testament.
5. si le bien légué est détérioré
6. contrairement aux sunnites, les chiïtes considèrent que l'atteinte par la folie après l'organisation du testament ne doit en aucun cas annuler sa validité .

Malgré les similitudes dans les positions entre les sunnites et les chiïtes, il n'en demeure pas moins qu'une différence flagrante apparaît dès qu'il s'agit :

1. de la question de la folie.
2. du décès du légataire avant le testateur.
3. de la nécessité de la privation de l'assassin de tout héritage.

Remarquons alors que les chiïtes et les druzes finissent par tomber d'accord à propos des derniers points.

c. L'annulation du testament chez les druzes: loi du 24/02/1948 "En comparaison avec la jurisprudence religieuse chiïte".

L'annulation d'un testament chez les druzes s'opère dans les cas suivants:

1. si le testament émane d'un mineur.
2. si le testateur revient sur les termes de son testament.
3. si le testament émane d'un fou.
4. en cas d'annulation franche ou implicite.
5. si l'objet du testament est contraire à la morale courante.

¹ Statut personnel Sunnite Abi-Youssef, Avis privé.

² Al Mouhamed, statut personnel Sunnite, Avis privé.

³ Idmon Gasbar- les testaments et les donations, p. 37.

6. si le legs est détérioré.

L'article no. 168 de la même loi, chez les druzes, stipule, qu'en cas d'absence de tout testament, l'héritage serait reparti selon les règles définies par la législation islamique¹.

Il existe, néanmoins, un cas particulier, où le testament est annulé d'office, et c'ela quand il s'agit :

1. **premier cas** : le testateur établit un testament avant le mariage, et ensuite se marie et procréé.
2. **deuxième cas** : le testateur établit un testament avant le mariage, et ensuite se marie sans procréer.
3. **troisième cas** : si le testateur, se marie sans procréer, établit un testament, et ensuite procréé alors que le testament est fait.
4. **quatrième cas** : si le testateur établit un testament après le mariage et ne procréé pas.

Dans tous les cas cités plus haut, chez les druzes, tout testament établi est annulé, en application de l'article no. 157 de la loi du 24/02/1948 et la répartition de l'héritage se fait en fonction des lois de la législation musulmane hanafite.

Paragraphe III : Les points de divergence entre les chiïtes et les druzes d'une part. et les sunnites d'une autre part concernant l'annulation du testament.

A. En cas de décès du légataire avant le testateur : tout testament devient caduque dans le cas où le légataire décède avant le testateur selon les sunnites. par contre chez les chiïtes, ce sont les propres héritiers du légataire qui en récoltent le fruit d'une façon légitime². Les druzes, quant à eux a bondent dans le sens des chiïtes qui leur semble plus logique.

Mais apparaît, quant même, un autre problème, dans le cas où viennent à décéder, en même temps, le légataire et le testateur.

A mon avis, et dans tous les cas, le legs devrait revenir d'office aux héritiers légitimes du légataire, étant donné la portée de l'intention première du testateur.

B. La problématique posée par la folie tardive du testateur :

Les législateurs religieux sunnites estiment que l'apparition de n'importe quelle forme de folie après l'établissement d'un testament est suffisante pour en faire annuler les termes.

¹ Saji Al Awar, le statut personnel chez les Sunnites, chiïtes et druzes, page 94-95.

² Al Awar Saji, le statut personnel chez les musulmans Sunnites, chiïtes, druzes: Le Mariage et le Divorce, p. 75.

Quant aux druzes et chiites, ils considèrent que l'apparition de n'importe quelle forme de folie après l'établissement d'un testament, ne suffit pas pour en faire annuler les termes, eu égard à la véracité de la première intention, celle-ci ayant été exprimée alors que la personne –(le testateur)- était en possession de toutes ses facultés¹.

Les sunnites estiment que si le légataire tue volontairement le testateur, il annule par son acte le bénéficiaire qui lui revenait des termes du testament établi à son profit.

Les chiites, quant à eux considèrent que l'acte de tuer ne prive pas le légataire de son droit à bénéficier du legs décrit dans le testament².

Les druzes se distinguent par le choix d'une autre attitude, qui différencie l'acte volontaire de tuer de l'acte accidentel. dans le premier cas, le légataire est privé de son droit, mais toute privation à bénéficiaire de l'héritage reste suspendue à une décision de justice, comme le stipule l'article 149 de la loi du 24/02/1948 "le légataire qui aura donné la mort au testateur, avec préméditation ou volontairement, sera privé de son droit au testament selon les conditions imposant la non validité du testament au cas où il y a une différence entre la religion du testateur et celle du légataire.

Les législateurs religieux sunnites et chiites sont unanimes quant à la possibilité de léguer par testament un héritage à des personnes d'une autre confession, mais cette possibilité est soumise à la condition que la partie léguée ne dépasse pas le tiers des possessions du testateur.

Les druzes, par contre laissent toute latitude au testateur à faire ses choix librement sans aucune condition³

Mais en comparaison avec la loi du 23 juin 1959 "chez les chrétiens". Il existe deux cas d'annulation du testament:

1. une annulation volontaire de la part du testateur.
2. une annulation judiciaire prononcée par les tribunaux.
- **Premier cas** : l'annulation volontaire de la part du testateur

L'article no. 69 de la loi du 23/06/59 stipule que le testateur conserve le droit de revenir sur les termes d'un testament qu'il a établi et ce que ce soit partiellement ou totalement, et ce droit relève de l'ordre public.

¹ Al Awar Saji, le statut personnel chez les musulmans Sunnites, chiites, druzes: Le Mariage et le Divorce, p. 75-77, 93.

² Saji Al Awar, le testament, p. 77 et 93.

³ Al Awar Saji, le statut personnel chez les musulmans Sunnites, chiites, druzes: Le Mariage et le Divorce, p. 93.

Et puisque le testament est un contrat unilatéral, cela suppose une impossibilité de réaction de la part du légataire et une totale liberté pour le testateur.

Dans l'hypothèse d'une annulation d'un testament, le testateur a la possibilité de faire annuler son testament de deux manières, à son choix, soit franchement, soit implicitement.

a) L'annulation franche : la loi de 1929, depuis abrogée, n'a pas précisé la définition de l'annulation franche du testament et pour combler cette faille, la législation libanaise a tout simplement suivi le droit français.

Ainsi, tout testament postérieur établi par un testateur, ou n'importe quel acte enregistré auprès d'un office notarial, est de nature à faire annuler tout testament antérieur et ce d'une façon franche.

Quant à la loi du 23/06/1959, elle est très claire dans ses attendus à savoir qu'elle autorise l'annulation d'un testament déjà établi, par la mise en place d'un nouveau testament à condition que celui-ci soit enregistré auprès d'un office notarial.

Ces précisions sont portées dans les articles 55 et 70 de la loi du 23/06/59.

Dans d'autres cas, il reste possible au testateur de faire annuler un ancien testament en établissant un nouveau testament olographe et de le faire enregistrer auprès d'un office notarial¹.

Ce nouveau testament jouit de la pleine légitimité auprès des tribunaux.

b) L'annulation implicite :

L'annulation implicite peut être prononcée de deux manières:

1. soit par la mise en place d'un testament postérieur qui annule tout simplement l'ancien testament.
2. soit par la vente de l'objet du testament (dit le legs) par le testateur.

1. La mise en place d'un testament postérieur annulant l'ancien testament :

L'article no. 71 de la loi du 23/06/59 stipule que le testateur a le droit d'établir un nouveau testament annulant un autre anciennement établi². Dans ce cas, l'ancien testament est considéré comme nul par le simple fait de l'existence d'un testament plus récent.

Quant au nouveau testament, il reste malgré tout valide, même s'il demeure inexécuté pour des raisons dépassant la volonté du testateur.

¹ Article 55 et 77 de la loi du 23/06/1959.

² L'article 71 de la loi du 23/06/59.

A mon avis, la preuve juridique doit être apportée que le testateur a vraiment exprimé son intention de faire annuler le testament déjà établi.

II. La vente du legs cité dans le testament :

L'article 72 de la loi du 23/06/59 stipule que si le testateur vend le legs cité dans le testament qu'il établit, cela suffit pour faire annuler le testament déjà établi¹.

Mais si l'acte de vente établi est entaché par un vice de forme ou de fonds, cet acte devient nul et non avenu du point de vue Juridique, le testament subissant tout de même l'effet de l'annulation.

Cette attitude fait l'unanimité auprès de tous les législateurs libanais.

L'article 72 de la loi du 23/06/59 ne s'est pas contenté de l'acte de vente mais a élargi le champ des opérations possibles jusqu'à citer les dons et tous les actes établis par le testateur et touchant le corps même du testament déjà établi.

• **Deuxième cas : L'annulation judiciaire :**

L'article no. 73 de la loi du 23/06/59 stipule qu'il y a deux cas d'annulation judiciaire².

1. Le cas où les conditions citées dans le testament ne sont pas exécutées.
2. Si le légataire commet un délit qui le rend inapte à recevoir le legs.

Premier cas : si le testateur a émis des conditions dans son testament mais, que lors de l'exécution de celui-ci, il s'avère que le légataire ne remplit pas les conditions émises dans le testament, les héritiers se retrouvent en droit de pouvoir demander aux tribunaux l'annulation judiciaire du testament litigieux, qui, par les conditions qu'il contient a rendu inapte le légataire à en bénéficier.

Deuxième cas : le légataire commet un délit lésant le testateur:

L'article no. 10 de la loi 29/06/59 stipule qu'est privée d'un héritage toute personne:

- a. ayant donné la mort à son testateur.
- b. ayant donné la mort à un des descendants de son testateur.
- c. ayant donné la mort à un des ascendants de son testateur.
- d. ayant donné la mort à la femme de son testateur.
- e. Ou ayant contribué à un quelconque acte parmi ceux qui sont cités.

Il faut tout de même remarquer que la législation précise que l'annulation d'un testament suite à l'une des raisons citées plus haut est assujettie à la condition que l'un des actes cités, s'il est commis doit être un

¹ L'article 72 de la loi du 23/06/59.

² L'article 73 de la loi du 23/06/59.

acte voulu et non accidentel, celui-ci ne faisant pas courir l'effet de l'annulation du non volontariat de l'acte, puisqu'il est s'est produit d'une façon accidentelle ou par erreur¹.

Cette nuance, dans la conséquence produite, par apparemment le même acte, vient simplement du fait de l'existence du crime avec l'intention de donner la mort ou sans l'intention de la donner, ce qui est flagrant dans le droit pénal est qu'on voit se répéter pour la nécessité ou non de faire annuler un testament.

L'application ainsi établie du texte de la loi est exactement ce que stipule l'article 45 de la loi du 10/06/1953. Quant à l'article 74 de la loi du 23/06/59, il précise nettement que le délai d'un an est impératif pour poursuivre devant les tribunaux et pour permettre l'annulation de tout testament litigieux.

Si la personne qui conteste la validité du testament prouve son ignorance de la date exacte du décès du testateur, le délai d'un an ne lui est plus opposable.

Et le délai d'un an prend date à partir du moment où il déclare avoir pris connaissance de la mort du testateur².

Section II: L'annulation du testament :

cas variés et privation du légataire du fruits du legs la loi du quadri pacha :

Paragraphe I: les différents cas exceptionnels selon la jurisprudence religieuse :

a. La mort du légataire avant le testateur selon les rites chafiites et hanbalite et selon le rite Alawite :

Selon les textes étatiques (communautés sunnites) et selon la loi du 16 juillet 1962 portant adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions charias sunnites "Chafiite et Hanbalite", et selon la Doctrine hanafite. Ainsi que le Droit musulman du statut personnel et des successions et suivant le rite hanafite dit "Code de Quadri Pacha". tout testament devient caduque dans le cas où le légataire décède avant le testateur³, par contre chez les chiites, ce sont les propres héritiers du légataire qui en récoltent le fruit d'une façon légitime, car le droit du tanzil n'existe pas chez les Hanafites et chez les Alawites.

Le legs n'est acquis que par l'acceptation formelle ou tacite arrivée après le décès du testateur, l'acceptation faite pendant son vivant est nulle.

Par le fait seul que le légataire ait accepté le legs après le décès du testateur, la propriété lui en est acquise, indépendamment de toute prise de possession, et si le légataire n'accepte ni ne rejette le legs, la chose

¹ Saji Al Awar, le statut personnel chez les musulmans Sunnites, chiites, druzes: Le Mariage et le Divorce, p. 77.

² Idmon Gasbar, les testaments et les donations, p. 172.

³ Youssef Nahra: le testament selon toutes les communautés et dans le droit international privé, p. 329.

légatée reste en suspens, n'appartenant ni aux héritiers ni au légataire, jusqu'à ce qu'il réclame le legs, le refuse, ou qu'il meurt.

Si le légataire décède après le testateur sans se prononcer, le legs sera acquis à ses héritiers.

b. La mort du légataire avant la réalisation des conditions du testament :

Est nul tout testament contenant des conditions impossibles, illicites ou contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Néanmoins, si la condition n'est pas la cause réelle et déterminante du testament, elle est réputée non écrite, et le testament reste valable. Par contre si le légataire décède avant la réalisation des conditions du testament, le testament devient caduc, et le testament peut imposer la charge de certaines obligations aux héritiers du testateur.

c. Le refus du légataire du legs ou son incapacité à le recevoir selon les hanbalites et les hanafites :

Le testament est nul s'il est fait au profit d'une personne que la loi rend incapable ou indigne de succéder même sous le couvert d'une personne interposée¹. Le légataire qui y acquiescé ou a exécuté volontairement et en connaissance de cause. le testament rédigé à son profit ne peut revenir sur son acceptation et le faire annuler.

d. La disparition totale du legs avant la mort du testateur :

La disparition de la chose léguée entre les mains du testateur ou d'un de ses héritiers sans leur faute, n'entraîne pour eux aucune responsabilité, mais la perte arrivée par l'usage du testateur équivaut à la révocation; par contre, les héritiers sont, au contraire, responsables de la perte résultant de leur usage, qu'elle arrive avant ou après l'acceptation.

Paragraphe II: Les cas de privation du légataire du fruit du legs selon les hanafites et les hanbalites :

a. Les privés de l'héritage: si le testateur lègue le droit d'habitation ou les revenus de sa maison, soit à perpétuité, soit sans détermination du temps, le légataire aura droit à l'habitation ou aux revenus de la maison, sa vie durant, à son décès le bien rentrera dans la pleine propriété des héritiers du testateur. Mais si le legs est fait pour un temps déterminé, le légataire en aura le bénéfice jusqu'à l'expiration de ce temps.

Si le testateur a légué l'usufruit pour un nombre indéterminé d'années, le bénéfice du legs s'étendra à trois ans au maximum. Mais, si l'immeuble, dont le testateur a légué le droit d'habitation ou les revenus, n'excède pas le tiers de tous les biens, il sera livré au légataire qui en jouira suivant les conditions du testament. mais s'il excède le tiers et que le testateur ne possède pas d'autres biens, l'immeuble ou les revenus seront

¹ T.G.I., deuxième, N. 51, le 22/04/1993.

partagés en trois parts égales ,dont le tiers reviendra de droit au légataire et les héritiers auront le deux tiers,sans pouvoir les aliéner ,tant que subsistera le droit du légataire puisqu'il s'agit d'un bien indivis .

Le légataire d'un droit d'habitation ne peut louer l'immeuble. Mais en cas de legs des produits d'une terre, le légataire aura droit à la récolte selon les conditions définies par le testateur qui détermine le laps de temps,à vie ou seulement pour une période .

b. Le testament rédigé au profit d'un fœtus selon les hanbalites les hanafites et les chafiites.

On peut faire hériter un enfant déjà conçu ,pourvu qu'il naisse vivant avant l'expiration de six mois après la mort du père. si un divorce est intervenu entre temps ,l'enfant conçu ne peut hériter que s'il naît avant un délai qui ne dépasse pas les onze mois. ¹.

Si la mère met au monde deux jumeaux vivants, ils se partagent le legs par moitié.

Si l'un des jumeaux décède après la naissance, sa part se partage au titre de la succession entre ses héritiers. Si l'un d'eux décède avant la naissance, tout le legs revient au survivant.

c. Le testament au profit d'un étranger :

La disposition par testament au profit d'un l'étranger n'est valable que si la loi est réciproque au profit des libanais, et dans la mesure où elle l'autorise².

d. La différence des croyances religieuses :

La différence de religions ou de nationalités ne fait pas obstacle à la validité d'une disposition testamentaire. Ainsi, un musulman peut faire hériter 'un non-musulman soumis au pouvoir musulman, ou un étranger habitant un des pays de l'Islam. Est valable aussi le legs fait par un non-musulman, soumis au pouvoir musulman, ou un étranger habitant un des pays musulmans, au profit d'un musulman, ou d'un non-musulman soumis au pouvoir musulman, même appartenant à une nationalité différente de celle du testateur.

L'étranger habitant un des pays de l'Islam, et qui n'a point d'héritier dans ce pays, peut disposer par testament de la totalité de son patrimoine; dans le cas ou ,il n'aurait cédé qu'une parties seulement, le surplus devra être remis à bait al MAL.

Le non- musulman soumis à la loi musulmane, peut disposer valablement du tiers de sa succession pour le léguer à non -héritier³.

¹ Al Mozakara Al Tafsiria, le testament égyptien, article 36.

² T.G.I. N. 99, le 5/8/1993.

³ Cour d'Appel- I- No. 101, 1 27/3/1974.

Si la disposition est faite au profit d'un héritier, elle ne vaut que par le consentement des autres héritiers.

e. Le testament au profit des collatéraux "AL HAWACHI" :

Les collatéraux ou "AL HAWACHI" ce sont des étrangers pour le testateur s'il a des héritiers. Le testateur musulman ou non- musulman , soumis à la loi musulmane, et ayant des héritiers, ne peut disposer valablement par testament que du tiers de leurs biens.

S'il dispose d'une partie excédant le tiers, et non confirmée par les héritiers, le légataire n'aura droit qu'au tiers de l'ensemble des biens du testateur, à condition que celui-ci ait rédigé son testament alors qu'il jouissait encore de sa santé mentale. Mais, si le testateur a légué deux parts égales et excédant le tiers à deux personnes différentes, et que les héritiers ne confirment pas les deux dispositions, les deux légataires ne se partageront que le tiers de la succession par parts égales. Et si deux legs inégaux, l'un excède le tiers, ce tiers n'en sera pas moins entre les deux légataires, chacun pour une moitié. Toutefois, le légataire dont le legs excède le tiers, sera avantagé dans le cas de mohabah¹, et dans le cas où le legs a pour objet une somme d'argent déterminée, sans fraction. Dans ces deux cas, le tiers du patrimoine sera partagé entre légataires, proportionnellement à la disposition consentie en faveur de chacun d'eux. Il en est de même dans le cas où les deux legs seraient inégaux en quotité, sans dépasser le tiers du patrimoine du testateur, et dans le cas où le testateur a légué une part indéterminée qui admet la variabilité (en plus ou en moins) tel qu'en SAHEM ou un Djouz-e ou nasib, il appartiendra aux héritiers de donner aux légataires telle part qu'il leur plaira, et dans le cas où le testateur n'a point d'héritier, le légataire aura droit à la moitié de la succession, et l'autre moitié appartiendra au fisc, et dans le cas où le testateur a légué le tiers de ses biens à deux personnes déterminées et capables, et qu'au moment du testament l'un des deux légataires est décédé ou déclaré absent, le tiers légué appartiendra exclusivement au légataire vivant ou présent.

En cas du décès de l'un des deux légataires, survenu avant celui du testateur, ou en cas de la déchéance du testament déterminée par la perte d'une condition essentielle, , la part du légataire défunt devient caduque, et le second légataire n'aura droit qu'à la moitié du tiers de la succession.

Dans le cas où le testateur laisse le tiers de ses biens à deux personnes nommées par lui, et que l'une d'elles décède au moment du testament, le survivant n'aura que le sixième.

Dans le cas où l'un des deux légataires venait à décéder juste après le décès du testateur , sa part du legs revient à ses héritiers.

¹ Mohabah: avantage motive par l'intérêt ou par des égards personnels.

Paragraphe III: Le testament au profit du médecin traitant :

a. Les conditions nécessaires à la caducité du testament au profit du médecin traitant :

N'est pas valable le testament fait par le malade au cours de sa dernière phase de maladie au profit du médecin qui l'a soigné , à moins que ce médecin ne soit l'un de ses héritiers ¹.

Toutefois, un tel testament est valable , si les biens légués représentent la rémunération des services rendus et sont en rapport avec la fortune du testateur et des dits services Les dispositions, à titre gratuit, consenties par un malade, soit par voie de Waqf, soit par donations entre vifs, soit par voie de cautionnement, ou par une simple mohabah (avantage motivé par l'intérêt ou par des égards personnels) ou par un bail consenti et accepté par le médecin , sont assimilées aux dispositions testamentaires et, partant, de la exécutoires sur le tiers du patrimoine . les dispositions faites pendant une maladie dont le testateur est guéri, sont considérées, comme étant faites pendant un moment de parfaite santé. La déclaration du malade, en reconnaissance d'une dette au profit d'un médecin non héritier ,est valable et s'exécute sur tous les biens . Il en est de même de la déclaration du malade en reconnaissance d'un certain bien au profit d'un tiers non héritier, à moins qu'il soit constant ,qu'au moment de la maladie, le bien appartenait effectivement au malade.

b. Le testament acquis par le médecin de façon illégitime :

Toute disposition pure et simple, consentie à titre purement gratuit par une personne jouissant de la plénitude de sa santé, est exécutoire sur tous les biens du disposant. Mais les dispositions subordonnées au décès sont exécutoires sur le tiers des biens du disposant, quoiqu'elles soient consenties à un moment où il jouissait de la plénitude de sa santé, dans les deux cas, le testament n'est pas valable au profit d'un médecin s'il a acquis le testament d'une façon illégitime.

c. Les exceptions à la privation du testament concernant les actes de disposition consentis par un malade :

Si le malade a reconnu une dette ou constitué un legs au profit de sa femme répudiée a sa demande, d'une manière parfaitement ou imparfaitement irrévocable, et pendant sa dernière maladie , la femme aura la quotité la moins élevée de la dette reconnue, du legs constitué ou de la part successorale, qui lui serait revenu si elle n'avait pas été répudiée. Lorsque la répudiation n'a pas eu lieu à la demande de l'épouse, elle aura toute sa part successorale, .

¹ Cour d'Appel de Mont Liban- I- N. 292, le 27/10/1970.

Conclusion :

le testament selon la jurisprudence religieuse est défini par les autorités religieuses musulmanes comme étant un enrichissement conditionné par la mort d'un tiers et ce par le biais de la donation . cette définition est aussi reconnue par les législations libanaises, arabes et européennes.

L'alinéa no. 145 du statut du code civil des druzes précise aussi que le testament est un enrichissement additionnel lié à la mort d'un tiers¹.

Quant à la loi du 23 juin 1959, émanant des doctrines non Mahometanes, elle ne définit pas le testament, ce qui nous oblige à revenir à la définition déjà établie par les autorités musulmanes antérieurement .

Une précision linguistique s'impose en arabe, pour comprendre l'origine du mot testament qui viendrait de l' arabe et du terme (attester) . le sens de cette expression est lié directement à la situation du mourant qui atteste de sa volonté, et des souhaits à faire réaliser après sa mort.

Donc, le testament est un acte unilatéral, dont l'objet est de léguer des richesses du testateur au légataire, mais eu égard à l'importance de ce genre de contrat et à son impact, il a fallu l'assujettir à une multitude de lois fixant son organisation et l'entourant d'une série de formalités et de conditions, ceci afin d'éviter toute dérive. Ce genre de contrat, est exposé après la mort du testateur , à d'éventuelles critiques, contestations et autres demandes visant à obtenir son annulation, par ceux dont l'intérêt est opposé aux termes du testament.

Dans d'autres cas, le testament pourrait, en cas d'absence de toute législation, être l'objet d'interprétation, de prétendues explications et tout ceci n'est pas de nature à servir les intérêts du testateur et des légataires. Cependant, le testament est demeuré au regard de l'optique musulmane, de la science de l'interprétation des textes et de certaine coutumes et usages, un engagement et une promesse dont il est impératif d'apporter la preuve par tous les moyens de confirmation et parmi ces moyens l'attestation personnelle.

Il est par ailleurs utile et nécessaire d'attirer l'attention sur le fait que la théologie musulmane, avec toutes ses ramifications, a toléré le testament verbal dit d'expression orale, mais celui –ci est conditionné à la présence effective de deux témoins, ainsi la recommandation devient claire et évidente, et dans le cas d'un testateur muet, il est d'usage de se contenter d'une recommandation précisée par de gestes.

Mais la différence ,est marquée par l'attitude exprimée dans le statut des droits civils promulgué par les druzes le 24 février1948, qui refuse catégoriquement la reconnaissance de toute forme de testament oral. ce statut a délimité dans ses jugements les possibilités d'émettre des testaments .ceux –ci sont enfermés dans un cadre juridique précis qui stipule l'obligation pour un testament d'être écrit de la main du testateur ou de son

¹ Article 145 de la loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de l communauté druze.

rédacteur en présence de témoins Par ailleurs, la loi du 23 juin 1959 concernant l'héritage et le testament chez les chrétiens n'a pas toléré non plus le testament oral en raison de la gravité de tel acte, celui-ci comportant évidemment des conséquences et revêtant des caractéristiques dont les portées légale et juridique sont sans égal.

Cette loi comme tant d'autres se fonde sur la règle qui veut que tout contrat écrit demeure seul garant des promesses et des engagements voulus et ce contrairement à toute autre forme de testament oral, car celui-ci, malgré tout reste exposé à l'oubli ou pire encore, assujetti aux interprétations et explications toutes plus ou moins contraires à la vérité et à la réalité des évènements.

En résumé, la loi du 24 février 1948 a tolérée trois sortes de testaments:

- le testament ordinaire
- le testament enregistré
- le testament implicite

Actuellement, le testament d'une personne non Mahometaine est assujetti dans sa forme et dans ses conséquences à la loi du 23 juin 1959, après avoir été assujetti, à la loi du 07 mars 1929¹.

Il est par contre essentiel de souligner que ces deux lois ne tolèrent aucunement le testament oral, et elles se basent exclusivement sur le testament écrit dans sa forme la plus pointue et la plus fermée.

Ces deux lois sont entourées d'une série de formalités juridiques et de cadres d'application beaucoup plus sévères que beaucoup de lois, de façon à ce que la moindre défaillance dans la mise en place du testament entraîne systématiquement son annulation pure et simple .

Le testament écrit doit répondre à des conditions bien déterminées par les textes de loi dans leur lettre et dans leur esprit.

Jury : prof talal al kodari – article soutenable droit de publier

Pro ibrahim mossa – soutenable droit de publier

Prof : adnan adham – soutenable droit de publier

Prof :Maria Lucian - soutenable

Jury : prof talal al kodari – article soutenable droit de publier

Pro ibrahim mossa – soutenable droit de publier

¹ La loi du 7 mars 1929 est applicable sur la communauté chrétienne.

Prof : adnan adham – soutenable droit de publier

Prof :Maria Lucian - soutenable droit de publier

Accuse de réception – afficher point de vu de prof >

– afficher point de vu de prof >accepter)1(

– afficher point de vu de prof >accepter)1(

– afficher point de vu de prof >

– afficher point de vu de prof >

Index analytique

Attache : repports >

BIBLIOGRAPHIE :

1. ABO AL AININ, Acheikh Boudran - L'héritage.
2. ABOU HABBI, Gassan - Les testaments chez toutes les communautés libanaises, 2003.
3. AL AJOZ, Al Chekh Ahmad - La succession dans l'Islam.
4. AL AWAR, Saji - Le statut personnel chez les musulmans Sunnites, chiites, druzes: Le Mariage et le Divorce.
5. AL BARDISI, Chaik Zakaria - Les héritages.
6. AL BOKHARI, l'authentique tradition musulmane, choix de hadith, traduit par Bourquet, paris 1964.
7. AL MAHMASANI, Soubhi - Les jurisprudences religieuses, V. I. , éd. 1867
8. AL MAHMASANI, Soubhi - Al Mabadik Al Charia Wal Kanonia dans les successions et les testaments, éd. 7.
9. AL MOULAOU, Faisal - Ahkmal al Mawaite, 1^{ère} edition 1996, Riyane, Beyrouth.
10. AL-QARADAXI, Yusuf Abd Allah - Le testament obligatoire et les enfants du fils décédé avant son propre père, T. I
11. BAZ, Jean - Le droit foncier libanais, Librairie du Liban, 1968.
12. BILANI, B. - Les sources de l'Islam, éd. B.
13. CARDAHI, Choucri - Code des Obligations du Liban, 1932.
14. CHEVALLIER, Jean – Observations sur la notion de signature dans les actes instrumentaires, Annales de la Faculté de Droit de Beyrouth, excellente étude, 1948, no. 3-4.
15. COULSON, N. J. - History of Islamic law, Edinburgh 1964.

16. DURAND, Bernard - Droit Musulman- Droit succession- Farâ-idh, 1991.
17. FADLALLAH, Mouhamed Hossein - Les droits de la femme en islam, Beyrouth.
18. FLINIAUX, Andre - Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession *ab intestal*, thèse, Paris, 1906.
19. GANNAGE, Pierre – Jurisclasseur de Droit comparé, V^o Liban, 3^{ème} fascicule, 1963 ; Etudes de Droit Libanais, 1965.
20. GASPAR, Edmond – Testaments, donations et successions, 1959.
21. GUILLIEN, Raymond, et Vincent Jean - Lexique de termes juridiques, 10^{ème} édition, Dalloz 1995.
22. KABALAN, H. - Le «testament » obligatoire dans l’Islam, éd. Oueidat, préf. Gébrane, 1980 (en arabe)
23. LAKHDARI, Otmane - Le particularisme du rite malékite en droit musulman successoral, thèse soutenu à l'université de perpignan en 2001.
24. LANDEROIN, M. Jacques - «Une nouveauté pour le notariat: l’attribution de biens anticipée prévue par les art. 762 à 754 C. civ. », Répertoire du notariat Defrénois, 1973.I. no. 30374.
25. MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques – L’acte juridique unilatéral, Thèse, Préf. P. Raynaud, Sirey 1951.
26. MILLOT, Louis, PAUL BLANC, François - Introduction à l’étude de droit musulman, Dalloz, 2001.
27. MOGNIH, Mouhamed - Al-Fousoul Al Charia, Art 205.
28. MOUGNIEH, Mouhammad Jawad - Le testament Vol. I.
29. NAHRA, Youssef - Le testament selon toutes les communautés et dans le droit international privé.
30. NAHRA, Youssef - Le testament chez toutes les communautés et le droit international privé, éd 1^{ère}.
31. NAJJAR, Ibrahim - Chronique de droit privé libanais, précitée, Rev, trim. dr. civil,1980.
32. NAJJAR, Ibrahim - Le droit d’option Contribution à l’article du droit potestatif et de l’acte unilatéral, L.G.D.J., 1967, prof. P. Raynaud.
33. NAJJAR, Ibrahim - Les libéralités Théorie Générale, Testaments – Donations, éd. 1, 1973, Beyrouth.
34. PAUL BLANC, François - Moudawana : Le Code de statut personnel des successions morocain, Article 175.
35. PAUL BLANC, François - Droit musulman, Edition Dalloz.
36. POWERS, D. - The Islamic Law of inheritance reconsidered a new reading of Q.B. study Islamic.
37. RIPERT, Planiol - Trasbot et Loussouran, Traité pratique du droit civil français, t. V., Donations et testaments, 2^{ème} éd., 1957.
38. SHALABI, Mouhamad - Le testament et le Wakef.
39. SIMLER, Philippe – La nullité partielle des actes juridiques, Préf. A. Weil, thèse, L.G.D.J.1969.
40. SLANE, (MDE) - Les prolégomènes, Ibn Khaldoun, 3^{ème} volume, Paris, 1863-1868 III.
41. TABBAH, Bichara – Du heurt à l’harmonie des droits. Propriété et registre foncier.
42. TYAN, Emile - le testament et la succession.

43. TYAN, Emile - les libéralités.
44. TYAN, Emile – Notes sommaires sur le nouveau regime successoral au Liban, L.G.D.J., 1960 ; Le nouveau régime successoral au Liban, Mélanges Roubier, t. II, 249, Paris, 1961.
45. Anwar al kateb al ahwal al alchakseyya ,kasakes al chakes al tabee .1962
46. Al cheh hassan kaled w adnna naja ; AL MAWARES FE AL CHAREA AL ESLAMEA 1975
47. Aboo zahra mohamed ;mohazzarat fe al meras ened al jafareya 1964
48. Mahha al derasat al arabeya al aleya 1955
49. Badran aboo al aynen badran ;ahkam al tarekat wal mawares fe al chareya al eslameya wal kanon 1964
50. Al kateb ;al ahwal al chakseyya 1975
51. Jorg al soyofe ;al nazareya al ama lel mojabat wal okod 1960 gezek awal w gozek tane
52. Idwar iid ;mawsooet osol l mohakamat 21 gozek
53. Idmon kasbar ;al wasaya wal hebat wal eres
54. Mohamed jawad mogneye ;al ahwal al chakseyya ala al mazaheb al kamsa 1964
55. Idmon eneem ;al mawjoz fe al kanon al dowale al kas ;1967
56. Yossef nahra ;ahkam al ahwal al chakseyya ;al wassaya wal eres 1973
57. Yossef nahra ;ahkam al ahwal al chakseyya 1966
58. Atef al nakeb ;al nazareya al aked al manchorat al hokokeya sader 1998
59. Al Ahkam Al Charia, Articles 589 et 595.
60. AL CHAAR, Samia - Cours de statut personnel à Beyrouth Université Libanaise, 1998.
61. Al- Coran Al Karim.
62. Al Fosol Al Charia, Article 251 et 252 et 262- Al Wasila et Al Mahali.
63. Al Haskafi Al Dor Al Moukhtar, éd. I.
64. AL HOUSSEIM, Al Ghazi, Moukhtassar Ilman, Faraid Al Houkouk al Hirtiya, Edition 1982.
65. AL JAZOULI, Ahmed - Idah Al Asrar Al Massona Fi al Jawahir Al Makwouma, Edition Dar Al Fikr.
66. AL MAHMASANI, Mouhamed - Cours de droit musulman, Beyrouth, 1954.
67. AL MOUHAMED, statut personnel Sunnite, Avis privé.
68. Al Mouzakara Al Tafsiria: loi Egyptien: "statut personnel": le testament, Article 36.
69. AL QORTOBI - "Jamie Ahkam Al-Coran », T. V.
70. AL TANTAWI, Mahmoud - L'héritage dans l'islam.
71. AL TANTAWI, Mahmoud - Majmoate Al-Tawhid Fil Al-Charia Al Islamia.
72. Alam Al Moaukin, éd. 1 et 2.
73. AL-BAHER, éd. 8, et Chareh Al Sarajeia– Article 613, 614 AH- Al Charia
74. Boulougue Al Maram Min Adelat Al-Ahkam, Hadith no. 1229, Ahmed Tarmizi.

75. BRETON, André, « De la faculté d'exclure du partage un enfant adultérin par une attribution de biens » (art. 762 à 764 C civ. f.), Répertoire Defrénois, 1974, I, no. 30671
76. Chareh Al Saraja - Article 617 et 618 Ahkam Charia.
77. EL BOKAHRI - L'authentique tradition musulmane.
78. EL BOKAHRI - Les traditions islamiques, 4 tomes, paris, 1908.
79. Hadith consensual rapportée par Sa'd Ibn Abi Waqqas.
80. HATEM vol. 43, p. 64. – Article 81 de la loi du 1959.
81. IBN HAZM - Al-Mouhala, T 9.
82. IBN KODAMA - Al Mougni, L 6.
83. J.U. Bécharré - no 31-47, 23 mai 1980, *An Nahar*- le dimanche, 3 août 1980.
84. La cour suprême D. 132 le 12/3/1970, Naser et Taki Al Dine.
85. Le Juge Moursal Naser et Halim Taki Al Din - Le testament chez la communauté druze, éd. 1983.
86. Lettre du Mufti de la république no. 55 du 8 décembre 1949- lettre du président du tribunal Jafarite no. 439 du 29 décembre P. Cardahi.
87. Majallah Ottomane.
88. Manar Al Sagir Fe Charih Al-Dalil, p. 50. MATHIEU, Merheb C. et Consorts - Appel, Beyrouth, 4^{ème} Ch. civ., 21 déc. 1967, Al Adl, 1968, no 190.
89. MAZEAUD et DE JUGLART - Cours de Droit Civil, t. IV, vol. 2, 1971.
90. NEME , Abdoula - Al Kadaa Al Jaafari.
91. PAUL BLANC, François - Moudawama: Article 178.
92. Site par hadith, Abo Daood et Ibn Haban, Shareh Al Sonna.

mots clés :

les libéralités testamentaire – les conditions de validité des testaments – la forme des testaments – les règles de forme des testaments – formes du testament selon la loi du 23 juin 1959-les formes permises-le testament authentique-le testament mystique-le testaments privilégiés-la prohibition des testaments conjonctifs- formes du testament selon la loi du 7mars 1929-les formalités- appréciation- conflits de loi- sanction des règles de forme- la nullité pour vice de forme- portée de l'annulation –la révocation des testaments -conditions de la révocation- révocation volontaire -révocation expresse- révocation tacite -rétraction de la révocation-la révocation judiciaire- effets de la révocation- mise en œuvre des testaments- l'ouverture du testament -force exécutoire du testament -successions légales -l'ouverture de la succession –détermination de la vocation successorale-les obstacles –les incapacités de succéder- l'indignité successorale-les cas d'indignité successorale-les conséquences de l'indignité-la détermination des successibles-les ordres d'héritiers-les successibles dans la famille libanais- théorie de l'héritier apparent -transmission de la succession- transmission de la part héréditaire -liquidation de la succession -effets-le partage successoral- succession volontaire- succession testamentaires- l'héritier légataire- conclusion.

La participation de la femme dans la vie publique Évolution et Évaluation



Ahmed EL MORABETY, Chercheur
Doctorant en Droit Public/ FSJES-Fes

INTRODUCTION :

. La participation des femmes au pouvoir et à la prise de décision constitue une pierre angulaire dans la construction d'une société démocratique. Pour cette raison, la participation équilibrée des femmes et des hommes à la gestion des affaires publiques est fortement garantie par les divers instruments internationaux : la Convention sur les droits politiques de la femme (1952) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) et la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), entre autres.

Toutefois, la représentation des femmes dans les postes de responsabilité et de prise de décisions au niveau mondial reste encore faible, malgré les efforts et les stratégies mises en œuvre pour développer la situation des femmes et promouvoir leur droit à la participation sur un pied d'égalité avec les hommes, que ce soit dans le secteur public ou le secteur privé¹.

Au niveau national, il convient de dire généralement que l'accès des femmes marocaines aux instances du pouvoir reste loin d'être suffisant et satisfaisant malgré la mise en œuvre de plusieurs plans visant à améliorer leur participation, au cours des années dernières. Cependant, les perspectives à long terme de la participation féministe dans la sphère publique semblent prometteuses après l'adoption de la nouvelle constitution marocaine de 2011 qui a consacré une égalité claire entre les hommes et les femmes dans son article 19, comme elle prévoit également l'institutionnalisation de la protection de la parité par la création d'une Haute Autorité de la parité².

Cette étude abordera tout d'abord la participation de la femme à la prise de décision et la gestion des affaires publiques (**Section I**), et traitera ensuite les rôles participatifs des ONG féministes dans la défense et la promotion des droits de la femme au Maroc (**Section II**).

¹ « **Secteur public** : En avril 2005, le pourcentage mondial de femmes dans les parlements nationaux a atteint le niveau le plus haut, avec 15,9% de représentation, toutes chambres confondues. Cependant, ce chiffre est très loin de celui de 30% considéré comme pourcentage minimum pour assurer une "masse critique" de femmes qui puisse influencer le processus de prise de décision et la priorité de la tâche politique. La représentation des femmes est encore plus basse dans le pouvoir exécutif. En cette année, seules neuf femmes occupent le poste de chefs d'Etat dans le monde, représentant 4,71% du total de chefs d'Etats. Quant aux femmes qui occupent des postes ministériels, les chiffres attirent actuellement moins l'attention que le type de portefeuille qu'elles détiennent. Bien que les femmes ministres restent dans l'ensemble cantonnées au secteur social, leur présence dans des domaines considérés plus stratégiques autrefois réservés aux hommes, est en augmentation. En novembre 2003, vingt femmes avaient été nommées ministres des relations extérieures, neuf de la défense et la sécurité, et dix-neuf des finances. Dans les pouvoirs publics locaux, la présence des femmes aux postes décisionnels est un peu plus haute qu'à l'échelle nationale. D'après une enquête menée par Cités et Gouvernements Locaux Unis en 2003 ; les femmes occupent 9% des postes de maires dans 60 pays du monde et 20,9% de ceux de conseillères municipales ou dirigeantes dans 67 pays. Dans le système judiciaire, la représentation des femmes aux postes de prise de décisions a aussi connu des progrès. Cependant, les femmes sont attribuées principalement les postes de juges et se heurtent à des difficultés pour accéder aux instances plus élevées du pouvoir judiciaire, comme les cours suprêmes ou les tribunaux constitutionnels... **Secteur privé et Société civile** : Dans ces secteurs de l'action politique, les chiffres confirment la basse représentation des femmes aux postes de prise de décisions comme dans le cas du secteur public de l'Etat. Bien qu'en général les données sur les femmes dans les postes de prise de décisions dans les deux secteurs soient rares et souvent confuses, elles indiquent généralement que les femmes sont présentes de façon majoritaire ou très haute dans de nombreux espaces (Organisations non gouvernementales, partis politiques, groupes communautaires, entreprises du secteur de services, moyens de communication..), mais se concentrent dans les postes les plus bas et sont gravement absentes dans les postes les plus élevés... » in : INSTRAW, « Genre, Gouvernance et Participation des femmes, International Research and Training Institute for the Avancement of Women », Institute for the Advancement of Women (INSTRAW), Septembre, 2005, pp. 5-6.

² L'article 19 dispose que : « L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la Constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes et des lois du Royaume. L'Etat marocain œuvre à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes. Il est créé, à cet effet, une Autorité pour la parité et la lutte contre toutes formes de discrimination ».

Section I : La participation de la femme à la prise de décision

Les législations internationales des droits de l'homme stipulent que les femmes ont le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de leur propre pays¹.

Dans cette section nous aborderons, à la lumière des normes internationales, la participation des femmes marocaines à la prise de décision aux niveaux des fonctions de responsabilités dans les services de l'Etat d'une part (I), et aux niveaux économiques et sociales d'une autre (II).

I -Au niveau des postes à responsabilités de la fonction publique

Depuis l'indépendance, l'Administration marocaine emploie un nombre important de femmes. L'examen de la répartition des femmes fonctionnaires selon les départements ministériels laisse apparaître une forte concentration dans deux départements essentiels ; les deux tiers d'entre elles sont affectées aux structures éducatives et environ 14% travaillent dans la santé publique. Moins du quart exercent dans d'autres administrations².

D'après l'étude faite par le Ministère de la Fonction Publique et de la Modernisation de l'Administration en 2009, le nombre des preneurs de décision augmente à 4575, y compris 45,5% dans les départements de l'Administration centrale. Le tableau suivant illustre bien la répartition des preneurs de décision par sexe dans les administrations de l'Etat :

¹ L'article 21 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme stipule que : « (1) Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. (2) Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ». De même, l'article 7 de CEDAW stipule que: « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la vie politique et publique du pays et, en particulier, leur assurent, dans des conditions d'égalité avec les hommes, le droit : a) De voter à toutes les élections et dans tous les référendums publics et être éligibles à tous les organismes publiquement élus ; b) De prendre part à l'élaboration de la politique de l'Etat et à son exécution, occuper des emplois publics et exercer toutes les fonctions publiques à tous les échelons du gouvernement; c) De participer aux organisations et associations non gouvernementales s'occupant de la vie publique et politique du pays ». Voir aussi la Convention des droits politiques de la femme (art3)...etc.

² SABAH Chraïbi, *La place des femmes marocaines dans la vie publique*, 2005, Rabat, p.15.

Répartition des preneurs de décision par sexe selon les Administrations¹

	Hommes	Pourcentages	Femmes	Pourcentages	Total
Administrations centrales	1627	78,1%	457	21,9%	2084
Administrations extérieur	2338	93,9%	153	6,1%	2491
Total	3965	86,7%	610	13,3%	4575

La lecture des données en haut nous montre que le pourcentage des femmes fonctionnaires est 13,33% sur le nombre total des preneurs de décision. En effet, ce pourcentage demeure plus faible en comparaison avec les années dernières : 10,09% en 2000-2001 et 11,03% en 2002-2003.

Au niveau du pourcentage des femmes dans la responsabilité au sein de la fonction publique, on peut distinguer généralement quatre groupes sectoriels ou ministériels² :

- Le premier groupe est composé des ministères qui contiennent plus de 40% des femmes responsables ; tel que le ministère de la Communication 43,5%, le ministère des Affaires Economiques 48,15%, le ministère de Développement Sociale, de la Famille et de Solidarité 44,2% et le secteur de l'Environnement 100% ;
- Le deuxième groupe est constitué des secteurs dont la représentation des femmes varie entre 20% et 28% ; comme le Commerce Extérieure 21%, le secteur de l'Energie et des Mines 22%, le Secteur du Logement 23%, et l'Industrie, le Commerce et Technologies Modernes 27% ;
- Le troisième groupe représente le pourcentage des femmes au sein des administrations publiques qui varie de 10% à 19% ; notamment le secteur de l'Emploi et de la Formation Professionnelle 10,2%, l'Equipement et Transport 10,88%, le ministère de Finance 12,4%, la Santé 13,47% et la Modernisation des Secteurs Publics 18,03% ;
- le quatrième et le dernier groupe contient des pourcentages entre 3% et 9%, comme le haut Commissariat des Anciens Combattants 3,08%, la Jeunesse et le Sport 3,23%, le

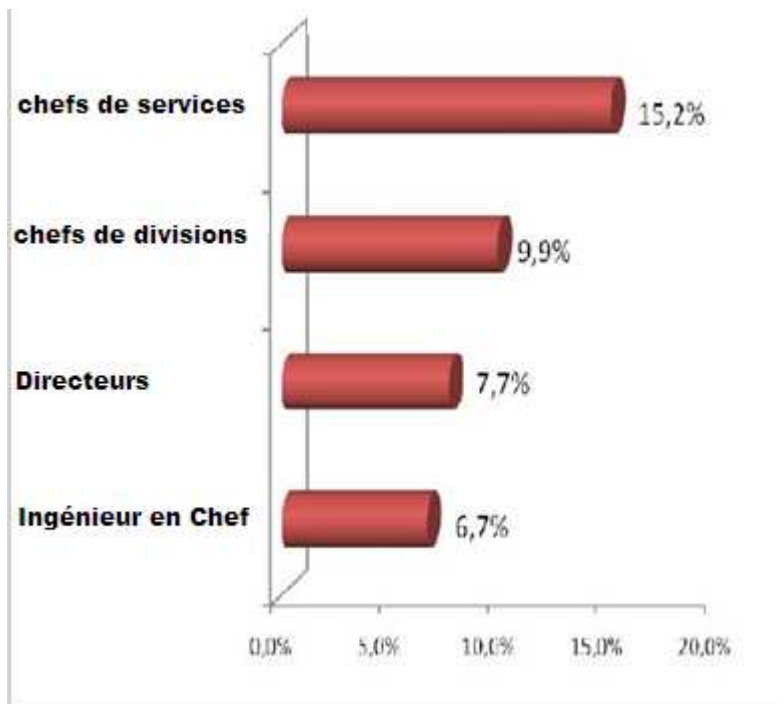
¹ Rapport sur la représentation des femmes et des hommes fonctionnaires dans les postes de responsabilités de la fonction publique au titre de l'année 2009, Royaume du Maroc, Ministère de la fonction publique et de la modernisation de l'Administration (Traduction de l'Arabe au Français).

² Ibid .

Haut Commissariat des Eaux et des Forets 3,23%, L'Enseignement Supérieur 6,58%, l'Agriculture et la Pêche Maritime 7,58%, le ministère des Affaires Islamiques 8,29% et le Secteur de la Justice 8,91%¹.

Compte tenu de type des fonctions et des grades, les femmes représentent au niveau des Services Centrales 13,5% de Directeurs, 14,7% des Chefs de Divisions et 26,1% de Chefs de Services. Tandis que le pourcentage de la représentation de la femme aux services extérieurs reste très faible : 4,4% de Directeurs, 4,8% de Chefs de Divisions et 6,7% de Chefs de services². Pour mieux illustrer l'image de féminisation des postes de la responsabilité, le graphique suivant semble important³ :

Le Taux de féminisation des postes à responsabilités :



La place de la femme dans la prise de décision dépend aussi de leur rôle économique et politique.

¹ Rapport sur la représentation des femmes et des hommes fonctionnaires dans les postes de responsabilités de la fonction publique au titre de l'année 2009 (Traduction de l'Arabe au Français).

² Ibid.

³ Ibid.

II- La participation de la femme au niveau économique et politique :

A cet égard, le nouveau Code du travail (2004) confirme le principe de l'égalité dans le travail entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de salaires ; la référence au harcèlement sexuel sur les lieux du travail comme faute grave ; la durée du congé de maternité de 12 à 14 semaines¹.

Bien que la participation des femmes dans le marché du travail reste éloignée de celle du sexe masculin, les statistiques récentes montrent qu'elle s'est accrue, le taux est passé de 13% à 23 % entre 1994 et 2000, et de 25 % à 28 % entre 2000 et 2007. Les femmes sont de plus en plus actives dans tous les secteurs en dépit de l'impact des politiques néolibérales qui les fragilisent sur le marché de l'emploi. De même, de plus en plus de femmes prennent des initiatives pour créer leurs propres entreprises malgré les obstacles auxquelles elles sont confrontées².

Mais, malgré ces avancées légales, il existe un décalage entre les textes et le vécu quotidien des femmes salariées, ce décalage touche particulièrement les salaires. Si dans le secteur public on relève des disparités de fonction et de promotion, dans le secteur privé, il existe un décalage de salaire de plus de 25 %: entre les femmes et les Hommes³. De même, le faible taux de syndicalisation des femmes et l'ignorance de leurs droits exposent de nombreuses femmes à l'exploitation et aux discriminations⁴.

De plus, Les données démontrent cependant un inégal accès des femmes à l'activité économique. Les femmes ont tendance à occuper des postes moins qualifiés et sous rémunérés et ont un accès limité aux postes de responsabilité. Les jeunes femmes âgées de 15 à 24 ans sont beaucoup plus affectées que les hommes par le chômage. L'activité des femmes se heurte ainsi à certains obstacles qui limitent leur insertion dans l'espace économique⁵.

Sur le niveau politique, il est à noter que le Maroc compte parmi les pays où les femmes ont reçu, au même titre que leurs concitoyens, le droit constitutionnel de vote et de candidature. Les

¹ Rapport sur la représentation des femmes et des hommes fonctionnaires dans les postes de responsabilités de la fonction publique au titre de l'année 2009, op, cit., p.14.

² Rapport National d'Analyse de la situation : *Droits humains des femmes et égalité entre les sexes, Promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans la région euro-méditerranéenne* (2008-2011), Maroc, 2012, p.21.

³ Statistiques de Haut Commissariat au Plan, 2003. Voir le site officiel du HCP : «www.hcp.ma».

⁴ MEMOMAP, *Le guide des décisionnaires*, 6^{ème} édition, Agence Maghreb Presse, 2006.

⁵ Les études notent que: - une part importante de femmes travaille dans le secteur informel, sans aucune protection sociale - les femmes sont concentrées dans des métiers peu valorisés : dans l'agriculture, la main d'œuvre salariée saisonnière ; dans l'artisanat, le travail à domicile et le travail domestique.

révisions successives du texte suprême ne remettent pas en cause le droit des femmes à l'égalité politique, sauf que le nombre candidates aux élections demeure très faible et celui des élus insignifiant, en rapport avec leur présence sur la scène publique, et, ceci demeure fortement tributaire de la volonté politique et des mesures prises pour renforcer leur place et leur représentation dans les instances élues et dans les hautes fonctions.

Concernant l'élection aux postes législatifs, trois grandes périodes caractérisent la participation politique des femmes et leur élection au parlement et aux communes.

Avant 1993, l'accès des femmes aux instances élues ne se fait qu'au niveau communal. L'année 1993 marque une rupture avec les pratiques anciennes puisque deux femmes entreront pour la première fois au Parlement, soit 0,66%.

Entre 1993 à 2002, il n'y avait pas d'évolution : aux élections de 1997 le taux de femmes élues a été maintenu à 0,66%. C'est une période de stagnation. Au niveau des instances élues, au plan local, régional, national, des instances du pouvoir exécutif nommées, au sein des partis et syndicats, l'inégalité entre les hommes et les femmes constitue la règle.

L'année 2002 constitue un tournant dans la question de la participation politique des femmes. A la faveur du processus de démocratisation engagé au Maroc, les partis politiques et les syndicats ont intégré dans leurs rangs plus de femmes. C'est l'année de l'adoption du quota consensuel sur la base d'une liste nationale réservant aux femmes 30 postes¹.

Dans le classement mondial des pays établi par l'Union Interparlementaire, le Maroc est passé de la 118ème place à la 69ème. Au niveau du monde arabe, il occupe ainsi le second rang après la Tunisie. Toutefois, cette discrimination positive n'a pas profité aux femmes lors des élections communales de 2003 où le pourcentage des femmes est resté dérisoire².

En octobre 2011, dans la continuité de la réforme de la Constitution, deux lois ont été adoptées contenant des dispositions relatives à la représentation politique des femmes :

-- La loi organique n° 27-11 relative à la Chambre des représentants établit un quota de 60 sièges réservés aux femmes sur un total de 395 sièges, soit 15%³. Cependant, aucun quota n'a

¹ Rapport National d'Analyse de la situation : *Droits humains des femmes des femmes et égalité entre les sexes, Promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans la région euro-méditerranéenne* (2008-2011), Maroc,...op, cit., p.35.

²Rapport National d'Analyse de la situation : *Droits humains des femmes des femmes et égalité entre les sexes, Promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans la région euro-méditerranéenne* (2008-2011), Maroc,...op, cit., p. 35-36.

³ Fédération Internationale des droits de l'Homme, *Monde Arabe : quel printemps pour les femmes ?* FIDH, 2011, p.80. De même, La loi organique n° 29-11 relative aux partis politiques prévoit que « *Tout parti politique œuvre pour atteindre une proportion d'un tiers de participation des femmes dans ses organes dirigeants* » (art. 26). La loi encourage mais n'oblige pas les partis politiques à établir de quotas.

été fixé au niveau des circonscriptions locales. Lors des élections législatives de novembre 2011, il n'y avait que 4 % de candidatures de femmes. Sur les 1521 listes locales, seules 57 femmes étaient en tête de liste .

-- La loi organique n°29-11 relative au partis politiques prévoit que « *Tout parti politique œuvre pour atteindre une proportion d'un tiers de participation des femmes dans ses organes dirigeants* » (art.26). La loi encourage mais n'oblige pas les partis politiques à établir de quotas¹.

Tout bien considéré, il faut dire que la place occupée par la femme marocaine aujourd'hui dans la vie publique due particulièrement aux efforts énormes faits par la société civile féministe depuis l'indépendance du Maroc.. Comment contribuer alors les ONG féministes à la conservation des droits acquis et à la promotion de la situation des femmes en général?

Section II : le rôle des ONG féministes dans la promotion des droits de la femme :

Les associations militantes pour les droits des femmes, qui se sont constituées à partir des années 1980, sont principalement nées des sections féminines des partis politiques de gauche, à l'exception de l'Organisation des Femmes de l'Istiqlal. Cette dernière, créée en 1987, occupe une position particulière dans le champ des associations féminines car elle ne se positionne pas directement sur la problématique de droits des femmes.

Les associations féminines ont, dans un premier temps², principalement concentré leurs interventions sur les questions et les causes concernées les droits économiques, sociales et culturels. Mais, même si la relation avec la politique n'a pas toujours été clairement établie, le travail réalisé a mis le doigt sur les principaux points de blocage de toute évolution de la question féminine ; il a ainsi ouvert la voie à la prise en compte de la participation des femmes dans le champ politique³.

Pour illustrer un peu les rôles des ONG dans le champ de la lutte pour les droits des femmes, on peut citer dans certains exemples.

¹ Rapport sur la représentation des femmes et des hommes fonctionnaires...op, cit.,pp.80-81.

²En effet, si pour les anciennes organisations féminines la priorité était accordée à l'alphabétisation et la formation professionnelle....etc, pour une grande partie des nouvelles associations, les objectifs comme les moyens d'action semblent plus ambitieux : - Œuvrer pour la révision du Code du Statut personnel – Mettre les textes régissant le statut des femmes en conformité avec les conventions internationales ratifiées par la Maroc – Lutter contre toute forme de discrimination à l'encontre des femmes – Favoriser l'égalité des sexes sur le plan économique et politique.

³ « *Le rôle des associations féminines semble reconnu tant par l'opinion publique que par les décideurs politiques. 79% des personnes interrogées estiment qu'elles ont un rôle à jouer. Les femmes sont plus nombreuses que les hommes à reconnaître l'utilité des associations (84% contre 75%).*

*Parmi les personnes interrogées qui reconnaissent l'utilité des associations ; 59,8% pensent que les associations féminines sont très utiles dans le domaine éducatif, 59,2% dans le domaine politique, 55% dans le social et 37% dans le culture » cité dans : Malika BENRADI et autres, *Féminin-Masculin: La marche vers l'égalité au Maroc, 1993-2003*, Friedrich Ebert Stiftung-Fès, Rabat, 2004, pp 91-92.*

Dans ce cadre, la première grande campagne organisée par les associations féminines menée par l'Union de l'Action Féminine était en 1992 pour la révision de la *moudawana* (Code de la famille). Cette campagne, qui avait pour projet d'obtenir un million de signature pour demander la révision du texte régissant le droit de la famille, a été lancée à l'initiative de l'UAF avec le soutien de l'ensemble des associations féminines. L'objectif visait l'élimination de certaines discriminations particulièrement subies par les femmes au sein de la famille : même si la relation n'était pas clairement établie, le travail réalisé a mis le doigt sur l'un des points essentiels des éléments de blocages de la participation des femmes¹. L'entreprise marquée un tournant qualitatif dans la prise de conscience de la question féminine. Mais, engagée à un moment où la classe politique était préoccupée par le débat sur les réformes constitutionnelles, la revendication n'a pu être entendue comme elle le méritait².

Aux côtés de l'UAF, plusieurs autres ONG des droits des femmes occupent le paysage associatif actuel³ : elles sont apparues au début des années 1990, profitant de la plus grande visibilité de la question féminine, et fondés ses objectifs sur la base de la convention CEDAW, comme attestant ses statuts.

Pour jeter un peu de lumière sur l'expérience et les acquis du mouvement féministes en matière des droits des femmes, nous prenons l'exemple de deux organisations nationales ; l'Association Démocratique des Femmes du Maroc (ADFM) (I), ensuite l'Union Nationale des Femmes Marocaines (UNFM) (II).

I- La lutte de l'Association Démocratique des Femmes Marocaines :

Dans un premier temps, L'association ADFM avait lancé une série d'initiatives dans le domaine social et économique. Elle a conduit ainsi des projets avec le PNUD et l'UNICEF pour la formation professionnelle dans des quartiers pauvres des villes du Maroc et particulièrement ceux de Casablanca et Rabat. L'association se spécialise ensuite dans les questions relatives aux droits des femmes, qu'il s'agisse de la lutte contre les violences faites aux femmes, avec l'ouverture de centres d'écoute des femmes victimes de violences, et des revendications de réforme de la *moudawana* ou du soutien à l'entrée des femmes en politique à travers leur centre du leadership féminin⁴.

¹ BENRADI et autres, *Féminin-Masculin: La marche vers l'égalité au Maroc*, op, cit., p.91.

² Ibid.

³ Aurélie DAMAMME, le genre à l'épreuve du développement au Maroc, Discours et pratiques concernant la place des femmes dans les projets, thèse de doctorat en Géographie-Aménagement-Environnement, Université d'Orléans, Orléans, 2005, p.196.

⁴ BENRADI et autres, *Féminin-Masculin: La marche vers l'égalité au Maroc*, op.cit., p.93.

L'association participe également aux campagnes de mobilisation concernant les changements législatifs, notamment lors de la dernière campagne d'action intitulée le "Printemps de l'égalité" où elle obtient un rôle de coordination¹.

Un « Comité National pour la Participation des Femmes à la Vie Publique » a vu le jour le 20 mars 1992 à la suite d'un colloque organisé par l'Association Démocratique des Femmes Marocaines sur « les femmes et la politique ». Le comité s'est donné pour objectif de mener une campagne de sensibilisation et de plaider pour le droit d'accès des femmes au parlement².

Le 17 juillet 1996 ; l'ADFM va, à l'occasion de la révision constitutionnelle, insister sur la nécessité d'intégrer dans la Constitution le principe d'égalité dans tous les domaines.

La nécessité de l'implication des femmes dans le politique est de plus en plus prise en charge par les associations féminines ces dernières années. C'est dans cette perspective que l'ADFM a créé en 1997 le Centre de Leadership Féminin qui se fixe comme but de « renforcer les capacités politiques des citoyennes et des femmes et les encourager par la formation et l'information. La cible est constituée de femmes susceptibles d'occuper des postes de décision et de responsabilité dans différentes institutions et instances de pouvoir. L'un des objectifs majeurs de ce centre est aussi de promouvoir les droits des femmes en matière de citoyenneté »³.

L'ADFM était, tout au long de la décennie dernière, très présente au sein du mouvement national pour les droits des femmes, et ceci lui permet de contribuer aux réformes des lois et politiques publiques nationales⁴, et participer à la veille des engagements internationaux du Maroc en particulier au suivi de la mise en œuvre de la Convention CEDAW.

Par ailleurs, l'ADFM participe à plusieurs manifestations importantes menées aux plans internationaux et régionaux ; ainsi, cette organisation devient membre du collectif "Maghreb Egalité", qui a été créé à l'échelle maghrébine et qu'il a édité un guide sur l'égalité entre les hommes et les femmes, dans la famille et dans la sphère privée au Maghreb et propose "Cent

¹ Ibid.

² Aurélie DAMAMME, le genre à l'épreuve du développement au Maroc, Discours et pratiques concernant la place des femmes dans les projets, op, cit., p.194.

³ Le CLEF se définit comme un centre de formation, d'information et d'échanges pour les femmes. Les objectifs qu'il s'est fixés sont les suivants : -Développer les capacités personnelles des femmes. - Encourager les femmes à investir les lieux de pouvoir - Intéresser les femmes à la politique active - Soutenir et renforcer la visibilité des femmes élues et celle qui occupent des postes de décision - Permettre aux femmes de maîtriser les mécanismes institutionnels -Sensibiliser l'opinion publique et les différents acteurs à la nécessité de la participation des femmes aux lieux de pouvoir, cité dans : ADFM centre pour le leadership féminin, brochure 1998).

⁴ Tel que : le code de la famille, code pénal, code de la nationalité, code du travail, code électoral, renforcement du principe de l'égalité dans le système éducatif, établissement d'un budget d'Etat sensible à la dimension genre...

mesures et dispositions pour une codification maghrébine égalitaire du Statut personnel et du Droit de la famille"¹.

II- La lutte de l'Union Nationale des Femmes Marocaine :

L'Union Nationale des Femmes du Maroc² a soutenu et assisté depuis sa création la femme dans le domaine juridique. Pour ce faire, l'Union a mis en place dans la plupart de ses sections, des comités d'assistance juridique sous la coordination d'un comité national. Composés de femmes juges et d'avocates, ces comités apportent le soutien nécessaire aux femmes engagées dans diverses procédures touchant les problèmes familiaux ou autres³.

L'Union a également organisé des débats et conférences, axés sur les droits et les devoirs de la femme et les procédures légales à suivre en cas de besoin. C'est ainsi, qu'entre 1993 et 1997, les comités précités sont intervenus dans plus de 10.000 dossiers relevant des affaires juridiques touchant des femmes.

Dans le cadre de ces activités juridiques en faveur des droits de femmes, le comité reçoit :

- 1- Les plaintes orales sont reçues tous les Mardi de 9h à 10h, au siège de l'UNFM. Des conseils et des consultations juridiques sont dispensés à titre gracieux.
- 2- Les plaintes écrites reçues par voie postale sont étudiées attentivement. Si la plaignante est dans son droit, l'UNFM lui indique, dans sa réponse, la procédure à suivre, ou bien saisit directement la partie intéressée.
- 3- L'Union reçoit 20 à 30 plaintes par semaine, dont 50% concernent des cas de violences subie par la femme et les 50% restant relèvent de diverses questions (pension alimentaire, garde des enfants, femmes divorcées non logées, etc.)⁴.

¹Ce guide est intitulé ' Dalil pour l'égalité dans la famille au Maghreb', Maghreb Egalité, édité en mai 2003.

² Créée en 1999, L'Union Nationale des Femmes Marocaines œuvre pour : - Prêter assistance à la femme marocaine dans tous les domaines (socio-économique et éducatif) afin de la faire bénéficier de tous les moyens matériels et moraux - Mener une large campagne de sensibilisation alliant pédagogique et proximité en vu de lui faire prendre conscience efficacement de son rôle en tant qu'épouse, mère et citoyenne à part entière et favorisant son autonomisation - Contribuer aux efforts menés à l'échelle nationale tendant à rehausser le niveau de vie familial.

³ Consensus pour la promotion de la femme marocaine et le développement de la société, Union National des femmes du Maroc, 2003, p.33.

⁴ Consensus pour la promotion de la femme marocaine et le développement de la société, op, cit, p.35.

En d'autres cotés, l'UNFM a signé une convention avec le Ministère de la Justice le 08 mars 2007 à l'occasion de la journée mondiale de la femme, en présence de son Altesse Royale Lalla Meriem Présidente de l'Union Nationale des Femmes du Maroc, pour la création des centres d'écoute qui auront pour objectif l'orientation, les conseils et l'encadrement juridique en ce qui concerne le Code de La Famille¹.

Les activités des centres d'écoutes se focalisent sur les axes suivants :

- Conseil : conseil et l'encadrement juridique selon les cas exposés.
- Orientation : lutte contre l'alphabétisation juridique dont souffre la femme marocaine.
- Médiation : médiation entre les époux en vue de les réconcilier.
- Sensibilisation : lancement de campagnes de sensibilisation semi-mensuelles en faveur des bénéficiaires des activités de l'Union².

L'UNFM a intégré l'approche Genre dans les projets de développement pour promouvoir un développement équitable. Elle œuvre en favorisant une prise de conscience et en introduisant des stratégies et des outils pour l'égalité entre les hommes et les femmes à travers l'intégration transversale du genre à plusieurs niveaux³.

La prise en compte de l'égalité de genre selon l'UNFM est essentielle dans toute intervention de développement car :

- Elle est directement liée au développement durable ;
- Elle est un élément essentiel à la réalisation des droits humains de tous ;
- Elle permet aux femmes et aux hommes de jouir des même opportunités, droits et obligations dans toutes les sphères de leur vie quotidienne ;
- Elle permet aux femmes et aux hommes d'avoir un accès égal à l'éducation, d'acquérir une indépendance financière, de partager les responsabilités familiales et d'être libres de toute forme de coercition, intimidation et violence ;
- Elle permet aux femmes et aux hommes d'être en mesure de prendre des décisions qui auront un impact positif sur leur santé et leur sécurité et sur celle des membres de leur famille⁴.

¹ Le Centre d'Ecoute Nationale au Bureau Nationale à Rabat a comme rôle de contrôler, superviser, inspecter les centres provinciaux dans le but de faire des statistiques annuelles des cas enregistrés au centres d'écoute provinciaux. Les centres d'écoute reçoivent plusieurs genres de plaintes par exemple : divorce, pension alimentaire, garde des enfants, confirmation de filiation, expulsion du domicile conjugal et information sur le code de la famille.

² Consensus pour la promotion de la femme marocaine et le développement de la société, op, cit, p.32.

³ Dalil pour l'égalité dans la famille au Maghreb', édité en mai 2003.

⁴ Aurélie DAMAMME, le genre à l'épreuve du développement au Maroc, op, cit., p.200.

En 1999, le gouvernement a proposé le **Plan National pour l'Intégration de la Femme au Développement**. Le projet avait comme objectif de promouvoir des mesures pour améliorer la situation des femmes dans une perspective globale : éducation, santé, emploi, révision du droit de la famille..etc. Dans le champ politique, il recommandait d'assurer une représentation significative des femmes dans les hautes fonctions et responsabilités. De fait, même si le projet n'a jamais été officiellement adopté, il n'en a pas moins eu des conséquences non négligeables sur l'ensemble des politiques publiques qui ont de plus en plus tendance à adopter l'approche genre¹.

Les organisations féministes ont innové et développé de nouvelles formes de mobilisation, de protestation et d'expression de leurs demandes: construction des coalitions pour aboutir leurs revendications, l'interpellation du gouvernement et du parlement par le biais de pétitions, des lettres ouvertes, des lettres individualisées, rencontres avec les décideurs, responsables politiques et parlementaires...ainsi, la participation des femmes dans la vie publique s'est développée considérablement au cours de deux dernières décennies.

¹ Benradi MALIKA et autres, Féminin masculin ; la marche vers l'égalité au Maroc 1993 – 2003, op, cit., p.91.

La valeur du principe d'universalité des droits fondamentaux dans la Constitution marocaine de 2011



Mohamed El YOUSSEFI

Chercheur en Droit public, FSJES-Fès, Maroc

EMAIL : elyousfimohamed2013@gmail.com

Introduction :

Les droits et libertés fondamentaux représentent juridiquement l'ensemble des droits primordiaux pour l'individu, assurés dans un Etat de droit et de démocratie, elles recouvrent en partie les droits de l'homme au sens large, notamment ceux de première génération¹.

Cette étude aborde la valeur du principe de l'universalité des droits fondamentaux, à la lumière de la réforme constitutionnelle de 2011.

Avant 2011, la question de la constitutionnalisation des droits de l'Homme avait suscité deux attitudes contradictoires. D'un côté, une attitude qui affirmait que la constitutionnalisation des droits de l'Homme est acquise dès la révision de la Constitution de 1992 confirmée en 1996. De l'autre côté, on va souligner que le préambule de la Constitution, où ces droits ont été consignés, n'avait pas une valeur juridique égale au texte constitutionnel lui-même. La consécration des droits de l'Homme était, de ce fait, incomplète juridiquement, et les rapports droits internes et droit international n'étaient pas clarifiés. En effet, bien que le préambule de la Constitution de 1996 réaffirmait la souscription « *aux principes, droits et obligations découlant des Chartes internationales et son attachement aux droits de l'Homme universellement*

¹Jean MARIE PONTIER, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2ème édition, Hachette, 2005. p.8

reconnus », le justiciable et le juge marocain ignoraient s'ils pouvaient invoquer le droit conventionnel contre l'Etat, tant que le droit positif ne reconnaissait pas explicitement la primauté du droit international sur le droit interne. Autrement dit, la Constitution marocaine ne confirme pas clairement la suprématie du droit conventionnel.

Il convient tout d'abord d'examiner la consécration du principe d'universalité dans le préambule et au corps de la Constitution de 2011, (I). Toutefois, cette consécration formelle portera des limites liées aux dispositions constitutionnelles elles-mêmes (II).

I. Consécration du principe dans la Constitution de 2011 :

Accorder aux droits de l'homme le caractère d'universalité c'est concéder à ceux-ci l'attribut qu'ils s'adressent à tous les êtres humains en tout temps et en tous lieux. C'est la reconnaissance à tout être humain en tout lieu et à toute époque d'un catalogue de droits et de valeurs communs à toutes les cultures.

Bien que le préambule de la Constitution de 1996 réaffirmait la souscription « *aux principes, droits et obligations découlant des Chartes internationales et son attachement aux droits de l'Homme universellement reconnus* », le justiciable et le juge marocain ignoraient s'ils pouvaient invoquer le droit conventionnel contre l'Etat, tant que le droit positif ne reconnaissait pas explicitement la primauté du droit international sur le droit interne.

Le constituant de 2011, s'est orienté vers une reconnaissance expresse du principe de l'universalité des droits de l'homme. Tout en affirmant qu'il fait partie intégrante du texte constitutionnel, le préambule se réfère à l'universalité qui caractérise les droits de l'homme. En effet, le préambule affirme que « *le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus* », (A) Toutefois, cette consécration du principe est clairement dans le corps de la Constitution de 2011 (B) .

A. La garantie du principe de l'universalité dans le préambule de la Constitution :

Le préambule est, selon la formule du Pr Maurice HAURIU le siège de la « *constitution sociale* », il est dans la constitution marocaine de 2011 le premier lieu d'énonciation des droits et libertés. Mais Avant d'étudier la consécration du principe d'universalité dans la Constitution marocaine, il est important de définir le principe d'universalité.

L'universalité signifie autrement qu'il ne s'agit pas d'une idéologie de situation liée à une société particulière ou à un contexte historique particulier, mais une pensée partagée en tout temps par toutes les civilisations et toutes les sociétés. Ce concept d'universalité porté par un

droit international des droits de l'homme intemporel contraste avec la pluralité des sociétés étatiques et la diversité des règles qui régissent les rapports au sein des sociétés. Le concept d'universalité des droits de l'homme a fait face au refus des pays asiatiques et islamiques qui s'accordent à dire que si les droits de l'homme doivent s'appliquer à tous, leur application doit être fonction d'une société donnée et non pas être uniforme et calquée sur le modèle occidental. L'emblème d'universalité devient alors difficile à raccorder aux droits de l'homme tant les cultures et les valeurs sont diverses¹.

Le débat sur l'universalité des droits humains porte sur la question de savoir si les valeurs observées sous l'angle des droits humains peuvent transcender les barrières culturelles. Si l'on est forcé est de constater que l'enthousiasme des défenseurs de l'universalité des droits de l'homme se trouve tempéré face aux revendications nées des spécificités culturelles, il semble que la perception des droits de l'homme ne peut s'affranchir des contextes sociaux et culturels, et par conséquent la conciliation entre droits de l'homme et spécificités culturelles à travers une interaction permettra de définir une configuration des droits de l'homme.

Le caractère universel des droits de l'homme signifie que ces droits concernent « tout homme », à raison de sa qualité même d'être humain, indépendamment de toute autre considération. Comme le soulignait le grand juriste René Cassin, l'un des initiateurs et rédacteurs de la Déclaration Universelle du 8 décembre 1948, il s'agit de « *protéger tout homme et protéger les droits de tous les hommes* »².

En général, deux types de contestation peuvent être identifiés, la contestation souverainiste d'une part, la conception différentialiste d'autre part.

Les contestataires souverainistes, comprend des pays comme la Chine,³ le Venezuela, Cuba ou encore la Russie qui sans s'opposer aux droits de l'homme n'entendent les protéger que dans la limite où ils les ont reconnus, et selon leurs modalités, essentiellement nationales.

Aussi, la Constitution chinoise a certes été complétée en 2004 par un alinéa. Au plan international, cette conception défendue par la Chine, implique le respect absolu par les instances internationales du principe de non ingérence dans les affaires intérieures des États, les droits de l'homme étant considérés comme relevant du domaine national exclusivement.

¹ Théorie générale des droits fondamentaux, LGDJ, 2004, p. 272.

² Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op.cit., 2001, p. 4.

³ <http://french.china.org.cn/>, Éditions spéciales, Livres blancs.

Cette conception différentialiste ne prend pas sa racine dans une certaine vision du régime politique. Elle prend sa source dans une conception religieuse de la société. Ce discours s'est renforcé, particulièrement depuis une dizaine d'années, dans les États islamistes. Le porte-parole et le foyer de cette conception, c'est l'Organisation de la Conférence islamique (O.C.I.).

L'O.C.I. regroupe cinquante sept d'États. Pour eux, les droits de l'homme ont une origine divine. C'est Dieu qui les a révélés aux hommes. C'est Dieu qui en a donné le bienfait aux hommes, à travers la loi religieuse; par conséquent, c'est au regard de la loi religieuse que l'on doit interpréter les droits de l'homme. Ainsi la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam adoptée au sein de l'O.C.I. le 5 août 1990 indique dans son préambule :

« Convaincus que, dans l'Islam, les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la foi islamique, et que nul n'a, par principe, le droit de les entraver, totalement ou partiellement, de les violer ou les ignorer, car ces droits sont des commandements divins exécutoires, que Dieu a dictés dans ses Livres révélés et qui constituent l'objet du message dont il a investi le dernier de ses prophètes en vue de parachever les messages célestes, de telle sorte que l'observance de ces commandements soit un signe de dévotion; leur négation, ou violation constitue un acte condamnable au regard de la religion; et que tout homme en soit responsable individuellement, et la communauté collectivement ».

De même peut-on lire dans le préambule de la Charte arabe des droits de l'homme adoptée en mai 2004 au sein de la Ligue des États arabes, entrée en vigueur le 15 mars 2008 que :

« Procédant de la foi de la Nation arabe dans la dignité de l'homme que Dieu a honoré depuis la création du monde et dans le fait que la patrie arabe est le berceau des religions et des civilisations dont les nobles valeurs ont consacré le droit de l'homme à une vie digne fondée sur la liberté, la justice et l'égalité ».

Cette conception est contraire à celle inspirée par les idéaux des Lumières et au principe de laïcité. Par ce qu'elle ne connaît pas de droit qui ne trouve pas sa source dans la religion, celle-ci devient dès lors à la fois source des droits de l'homme, mais aussi maîtresse de leur interprétation.

Concernant le Maroc, pendant plusieurs années, un certain doute existait par rapport à l'importance du référentiel universel en matière de protection des droits fondamentaux. Les Constitutions marocaines semaient une grande confusion par rapport à la valeur des règles du droit international et leur insertion en droit interne de l'Etat. Certes, depuis la révision constitutionnelle de 1992, une affirmation solennelle de l'importance du référentiel universel pour la protection des droits fondamentaux est introduite. Le préambule de la Constitution de

1996 insiste sur le fait que le Maroc « *Conscient de la nécessité d'inscrire son action dans le cadre des organismes internationaux, dont il est un membre actif et dynamique, (...) souscrit aux principes, droits et obligations découlant des Chartes desdits organismes et réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus* ». Toutefois, en dépit d'une telle référence, d'énormes confusions existaient par rapport à ce caractère universel comme d'ailleurs par rapports à la valeur juridique du préambule de la Constitution.

En effet, les tribunaux, notamment la Cour Suprême, refusaient toute référence au droit international. Les rares références au droit international tentent de lui confier une valeur égale à la loi. Cette position a semé le doute concernant la place que doit occuper un traité dans la hiérarchie des normes et surtout son applicabilité en cas de contrariété avec une disposition de la législation interne.

Le constituant de 2011, s'est orienté vers une reconnaissance du principe de l'universalité des droits de l'homme. Tout en affirmant qu'il fait partie intégrante du texte constitutionnel, le préambule se réfère à l'universalité qui caractérise les droits de l'homme. En effet, le préambule affirme que « *le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus* »¹.

Le préambule précise par la suite que le Maroc s'engage à « *protéger et promouvoir les dispositifs des droits de l'homme et du droit international humanitaire et contribuer à leur développement dans leur indivisibilité et leur universalité* », et accorde, par voie de conséquence, « *aux conventions internationales dument ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale* ».

De tels propos traduisent la volonté de souscrire à la perception universelle des droits et libertés en leur accordant un caractère supérieur par rapport à l'ordre juridique interne de l'Etat.

Le constituant dévoile à travers la référence à l'universalité des droits fondamentaux son intime volonté d'adhérer à la conception universelle des droits fondamentaux. La question de la supériorité du droit international par rapport au droit interne paraît résolue. Les dispositions de

¹ Tarik ZAIR, « Les droits fondamentaux dans la Constitution marocaine », *REMALD*, numéro 108, janvier -février 2013, Série « Thèmes actuels », p.16.

l'article 55 de la Constitution le laisse entendre. Selon cet article, consacré à la procédure de ratification des traités telle qu'imaginée par la Constitution, la contradiction entre le droit international et le droit interne exige une modification de ce dernier pour le faire correspondre au premier. En effet, selon l'article 55 de la Constitution, « *Si la cour constitutionnelle, saisie par le roi ou le président de la chambre des représentants ou le président de la chambre des conseillers ou le sixième des membres de la première chambre ou le quart des membres de la deuxième chambre, déclare qu'un engagement international comporte une disposition contraire à la constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* » .

Dans cette éventualité, il s'avère obligatoire de suivre les procédures constitutionnelles réservées à la révision du texte de la Constitution par le titre XIII. Ces procédures mettent en avant deux procédés qui font intervenir soit le peuple (Le référendum soumis par le Roi ou le chef du gouvernement selon l'article 172), soit le Parlement (en chambres réunies à l'initiative du roi selon l'article 174), dans un troisième cas, l'intervention des deux est obligatoire (en cas de proposition émanant d'un ou plusieurs membres du parlement en vertu de l'article 173).

Cette procédure existait sous la Constitution de 1996 qui imposait une ratification par référendum pour ce genre de traité, selon l'article 31 de la Constitution de 1996 « *les traités susceptibles de remettre en cause les dispositions de la constitution sont approuvés selon les procédures prévues pour la réforme de la constitution* ». Toutefois, une telle procédure de révisions constitutionnelle n'a jamais été pratiquée au Maroc.

Les dispositions de l'article 55 de la Constitution de 2011 laissent entendre que les engagements internationaux sont supérieurs au texte constitutionnel et imposent, par conséquent, une obligation de conformité de la part du législateur. La révision constitutionnelle conserve la valeur suprême des nouvelles dispositions qui n'ont alors de supériorité qu'à l'égard de la loi sous peine d'inconstitutionnalité. Néanmoins à ce référer à d'autres dispositions constitutionnelles, ces propos doivent être atténués¹.

Alors, affirmer la prééminence du référentiel universel par rapport au droit interne est un propos qui devrait être relativisé. A voir l'ensemble des dispositions constitutionnelles consacrées à la question, un doute risque de naître quant à la valeur du droit international et son caractère supérieur au droit interne de l'Etat.

¹ Tarik ZAIR, « Les droits fondamentaux dans la Constitution marocaine », op.cit, p.17.

Le préambule réaffirme l'attachement du Royaume aux droits et libertés fondamentales tels qu'ils sont universellement reconnus¹. En ce sens, Le Maroc s'engage à protéger les droits de l'Homme aussi bien dans leur universalité que dans leur indivisibilité et à inscrire positivement dans la dynamique internationale visant la promotion de la culture des droits de l'Homme sur l'échelle international.

Ainsi, dès le préambule, qui « fait partie intégrante » de la nouvelle Constitution, il est proclamé que le Royaume du Maroc s'engage à « *bannir et combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe* »².

Cet article dispose que « *l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel ..., énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la constitution ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dument ratifiés par le royaume, et ce, dans le respect des dispositions de la constitution, des constantes et de lois di Royaume* »³. L'Etat marocain œuvre à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes. Il est créé à cet effet, une autorité de la parité et la lutte contre toute forme de discrimination.⁴

Un autre article du même titre concerne de manière incidente le statut de la femme. C'est l'article 34 qui énonce que « *Les pouvoirs publics élaborent et mettent en œuvre des politiques destinées aux personnes et aux catégories à besoins spécifiques. A cet effet, ils veillent notamment à traiter et prévenir la vulnérabilité de certaines catégories de femmes et de mères* ».

Par ailleurs, on constate que le renforcement du caractère universel des droits fondamentaux n'existe pas seulement dans le préambule mais également dans le corps de la Constitution de 2011.

B. L'universalité dans le corps de la Constitution :

La nouvelle Constitution consacre tout son deuxième titre aux libertés et droits fondamentaux. Depuis le début, le nouveau texte constitutionnel réaffirme l'attachement du Royaume aux droits et libertés fondamentaux tels qu'ils sont universellement reconnus, En ce

¹ Le préambule, qui « fait partie intégrante » de la nouvelle Constitution du 2011.

² L'adoption des nouveaux codes de la Famille et celui de la Nationalité a permis au Maroc de lever certaines réserves sur la CEDAW. En effet, le 10 décembre 2008, la lettre Royale adressée au Conseil Consultatif des Droits de l'Homme à l'occasion du 60^e anniversaire de la DUDH.

³ Jean FLORENCE, « Le statut de la femme marocaine dans la réforme constitutionnelle globale », REMALD, série « Thèmes actuelles », n° 77, 2012, p.89.

⁴ Ibid.

sens, Le Maroc s'engage à protéger les droits de l'Homme aussi bien dans leur universalité que dans leur indivisibilité et à inscrire positivement dans la dynamique internationale visant la promotion de la culture des droits de l'Homme sur l'échelle internationale.

Le principe d'universalité défendu par le constituant est parfaitement présent dans le corps de la Constitution. En effet, quelques crimes définis par le droit international ont été intégrés et sanctionnés au terme de la Constitution : « *Le génocide est tous autres crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et toutes les violations graves et systématiques des droits de l'homme sont punis par la loi* »¹. Dans la catégorie des droits politiques, les élections, mode universel de désignation des représentants du peuple, occupe désormais une place de choix dans la nouvelle charte. L'article 11 précise l'importance capitale de ce procédé démocratique et les obligations mises à la charge des autorités : « *Les élections libres, sincères et transparentes constituent le fondement de la légitimité de la représentation démocratique. Les pouvoirs publics sont tenus d'observer la stricte neutralité vis- vis des candidats et la non - discrimination entre eux* »².

Il semble que la nouvelle Constitution marocaine, adoptée par référendum le 1^{er} juillet 2011, marque un progrès important dans le processus de Constitutionnalisation des droits et des libertés en droit marocain³.

Cette importance avait déjà été soulignée dans les discours du Roi Mohammed VI, en date des 9 mars et du 17 juin 2011. La proclamation des droits fondamentaux est une constante dans les différentes Constitutions marocaines. Le constituant marocain a marqué, par cet usage, son attachement aux valeurs prononcées dans les discours en faveur des droits de l'homme⁴.

A cet égard, la nouvelle Constitution couvre presque tous les droits de l'homme contenus dans la DUDH, il prévoit la primauté de la convention internationale ratifiée par le Maroc. Après le préambule « qui fait partie intégrante »⁵ de la nouvelle Constitution, on trouve que la loi fondamentale comprend un nouveau titre (Titre II), relatif aux « *libertés et droits fondamentaux* »⁶ presque tous les droits de première et deuxième génération consacrés.

¹ Art. 23 de la Constitution de 2011.

² Hamid RBII, « La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution », Op.cit, p. 95.

³ Thierry RAMBAUD, « La garantie des droits et des libertés dans la Constitution marocaine de 2011 », REMALD, série « Thèmes actuels », n°77, 2012, p. 79.

⁴ Art. 31 de la Constitution marocaine de 2011.

Le texte constitutionnel garantit aux citoyens l'exercice du pouvoir de pétition. Il s'agit d'une modalité démocratique extraordinaire donnant la possibilité aux citoyens de solliciter les pouvoirs publics. Notamment le droit à la vie, la présomption d'innocence, la garantie des conditions d'un procès équitable, la criminalisation de la torture, des disparitions forcées, de la détention arbitraire.

Ainsi, la loi fondamentale marocaine garantit les droits économiques, sociaux et culturels, on constate que la Constitution consacre une liste de ces droits :

« L'Etat, les établissements publics et les collectivités territoriales œuvrent à la mobilisation de tous les moyens disponibles pour faciliter l'égal accès des citoyennes et des citoyens aux conditions leur permettant de jouir du droit, au soins de santé, à la protection sociale, à la couverture médicale et à la solidarité mutualiste ou organisée par l'Etat, à une éducation moderne, accessible de qualité, à l'éducation sur l'attachement l'identité marocaine et aux constantes nationales immuables ; à la formation professionnelle, à un logement décent, au travail, à l'accès aux fonction publiques selon le mérite... »¹.

En ce qui concerne les droits culturels, l'article 6 de la Constitution protège le droit à la vie culturelle, en plus, pour la première fois, la Constitution reconnaît l'identité amazighe².

Ainsi, la constitutionnalisation de L'IRCAM³ qui a pour vocation de donner avis au Roi sur les mesures de nature à sa sauvegarder et à promouvoir la langue et la culture amazighes dans toutes ses formes et expressions En collaboration avec les autorités gouvernementales et les institutions concernées. L'IRCAM concourt à la mise en œuvre des politiques retenues par Sa Majesté et devant permettre l'introduction de l'amazighe dans le système éducatif et assurer son rayonnement dans l'espace social, culturel et médiatique, national, régional et local. Mais on constate que la protection de la langue amazighe se trouve dans l'article V qui stipule « ...De même, l'amazighe constitue une langue officielle de l'Etat, en tant que patrimoine commun de tous les marocains sans exception.. ».

En dépit de la consécration dans la Constitution, pour la première fois, de la langue Amazighe en tant que langue officielle, le processus de sa mise en œuvre est lié à la

² Les AMAZIGHES sont le peuple de l'Afrique du nord disposant d'une langue, d'une culture, et d'une histoire propre. AMAZIGH est le nom qui se donnent les berbères et qui signifie « Homme libre », TAMAZIGHT c'est la langue amazighe, le préambule qui fait une partie intégrante de la constitution reconnaît l'identité amazighe, ainsi que d'autres composantes de l'identité marocaine.

³ L'Institut Royal de la Culture Amazighe (IRCAM) est une institution créée auprès de Sa Majesté Chérifienne. Il est régi par le Dahir Royal (n°1-01-299) portant sa création et son organisation et formant son statut général. Il est « doté de la pleine capacité juridique et de l'autonomie financière ».

promulgation d'une loi organique ; en outre, le classement adopté place la langue amazighe en seconde position après la langue arabe (art. 5).

Dans la réforme Constitutionnelle approuvée par le référendum du 1^{er} juillet 2011, le statut de la femme occupe une place non négligeable même si ce qui est le plus généralement souligné par les médias est rééquilibrage des pouvoirs au sein de l'appareil de l'Etat.

l'article 19 de la Constitution dispose que « *l'homme et la femme jouissent, à égalité, de droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent Titre et dans les autres dispositions de la constitution...* ».

Pour sa part, le législateur intervient dans le processus électoral pour garantir le déroulement des opérations dans de bonnes conditions : « *La loi définit les règles garantissant l'accès équitables aux médias publics et le plein exercice des libertés et droits fondamentaux liés aux campagnes électorales et aux opérations de vote.les autorités en charge de l'organisation des élections veillent à l'application de ces règles* ».

Loin de constituer une ingérence dans les affaires internes de L'Etat, la présence des observateurs étrangers lors des échéances électorales fait désormais partie des critères et indices reflétant le degré de sincérité des élections et leur transparence. Dans ce sens, la Constitution marocaine adhère pleinement à cette tendance mondiale, puisque « *la loi définit les conditions et les modalités de l'observation indépendante et neutre des élections en conformité avec les normes internationalement reconnus* ».

Deux mois après la promulgation de la Constitution, et dans le but de préparer les élections législatives du 25 novembre 2011, le législateur a accéléré le processus d'exécution de ces nouvelles dispositions en adoptant la loi 30.11.l'article premier traduit fidèlement la teneur de la Constitution en stipulant : « *Au sens de la présente loi, on entend par l'observation indépendante et neutre des élections, toute opération ayant pour objet le suivi sur le terrain du déroulement des opérations électorales, la collecte objective, impartiale et neutre des données y afférents et l'évaluation des conditions de leur organisation et de leur déroulement ainsi que du respect des règles constitutionnelles et des textes législatifs et réglementaires régissant les élections et des normes internationales, et ce à travers des rapports élaborés par les instances concernées, comprenant leurs observations et, éventuellement, leurs recommandations à soumettre aux autorités concernées* ».

S'agissant toujours des élections, la Constitution reconnaît aux étrangers les libertés fondamentales garanties aux citoyens marocains, conformément à la loi, de l'application de conventions internationales ou de pratiques de réciprocité (art.30).

Souhaitant renforcer davantage le principe d'égalité entre homme et la femme, la Constitution a enregistré un saut qualitatif en puisant dans des sources différentes y compris les instruments internationaux en vue de consolider le rapport d'égalité entre les deux sexes et bannir toute forme de discrimination : « *L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la Constitution, des constantes et des lois du Royaume* ». (art.19).

L'attachement aux droits de l'Homme est devenu désormais un principe fondamental qui guide les orientations et les actes des autorités dans la gestion de la chose publique. La loi organique relative à la nomination aux fonctions supérieures, récemment adoptée par le parlement, le confirment expressément. Ainsi, parmi les principes de nomination retenus par le législateur, il ya lieu de citer « *la non –discrimination, sous toutes ses formes, dans le choix des candidates et candidats aux fonctions supérieures, y compris en raison de l'appartenance politique ou syndicale, ou en raison de la langue, la religion, le sexe, le handicap ou pour tout autre motif incompatible avec les principes des droits de l'homme et les dispositions de la Constitution* ».

Un dernier exemple confirme la position constante du constituant quant à l'attachement sincère aux standards internationaux dans le domaine humain. Certes, des efforts louables ont été déployés pour garantir tant dans les textes que dans les faits les droits fondamentaux de la personne humaine. La Constitution marocaine n'a pas dérogé à cette règle en chargeant le Conseil national des droits de l'Homme¹ en tant « *qu'institution nationale pluraliste et indépendante de connaître de toutes les questions relatives à la défense et à la protection, ainsi qu'à la préservation de la dignité, des droits et libertés individuelles et collectives des citoyennes et citoyens, et ce, dans le strict respect des référentiels nationaux et universels en la matière* »². La Constitution n'a qu'a confirmé ce que la législateur avait prévu à cet égard.

Cet article dispose que « *l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel ...énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la Constitution ainsi que dans les conventions et pactes*

¹ Dahir n°1.11.19 du 25 rabii 1432 (1^{er} mars 2011) portant création du Conseil National des Droits de l'Homme, B.O., n°5922 du 27 rabii 1432 (3 mars 2011), p.260.

² Art. 161 de la Constitution marocaine de 2011.

*internationaux dûment ratifiés par le Royaume, et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes et de lois de Royaume. L'Etat marocain œuvre à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes .Il est créé à cet effet, une autorité de la parité et la lutte contre toute forme de discrimination ».*¹

Un autre article du même titre concerne de manière incidente le statut de la femme. C'est l'article 34 qui énonce que « *Les pouvoirs publics élaborent et mettent en œuvre des politiques destinées aux personnes et aux catégories à besoins spécifiques. A cet effet, ils veillent notamment à traiter et prévenir la vulnérabilité de certaines catégories de femmes et de mères* ». ²

Avant d'essayer de mesurer l'apport de ces nouvelles dispositions constitutionnelles quant au statut de la femme marocaine, il convient de rappeler que l'on ne part pas de rien et qu'il existait déjà des acquis tant au niveau du droit constitutionnel que du droit civil. L'égalité en matière de droit civiques et politiques entre l'homme et la femme déjà affirmée par l'article 8 de la Constitution de 1992- 1996, par ailleurs, la femme marocain, en sa qualité de citoyenne, bénéficie déjà implicitement des garanties constitutionnelles³ prévues aux articles suivants : libertés de circulation, d'opinion, d'association, d'accès aux fonctions et emplois publics et à l'éducation ...

Depuis fort longtemps, le Maroc s'efforce de défendre et d'incorporer à sa législation nationale les valeurs des droits de l'homme et d'honorer intégralement ses engagements internationaux en la matière. Et l'on peut affirmer sans grand risque d'erreur que la nouvelle constitution constitue une vraie charte pour les droits de l'homme eu égard aux modifications notoires et profondes introduites à ce sujet. En effet, dès le préambule, le constituant affiche sa volonté ferme d'adhérer au courant universaliste : « *Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène internationale, le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives ; il réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus, ainsi que sa volonté de continuer à œuvrer pour préserver la paix et la sécurité dans le monde* ».

¹ Hamid RBII, « La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution », Op.cit, p.90.

² Ibid. p. 90.

³ Julie COMBE, *la condition de la femme marocaine*, Ed, l'Harmattan, 2001, p .71.

Sans aucun doute, le respect et la promotion des droits humains passent inévitablement par l'adhésion aux instruments internationaux ayant consacré la transcendance de l'être humain. Ainsi, le Maroc fait partie, sur l'échiquier international, des Etats ayant ratifié la plupart des textes universels se rapportant aux droits de l'Homme avec toutes les obligations qui en découlent. Et pour donner plein effet aux dispositions conventionnelles, le Royaume ne ménage aucun effort pour « *accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale* ».

Voulant mettre un terme au vieux débat autour de la valeur juridique du préambule de la Constitution, le Maroc tranche cette question en déclarant officiellement que le « *préambule fait partie intégrante de la présente Constitution* ». Cette précision est hautement significative dans la mesure où plusieurs juridictions attribuaient une autorité morale non contraignante aux dispositions figurant dans le préambule, en vue d'écarter l'application des conventions internationales au plan interne, et partant nier toute suprématie à la norme internationale. Cependant, la consécration du principe d'universalité des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel n'est pas pleine et entière, on constate des limites et ambiguïtés.

II. Limites au principe dans le texte 2011 :

La souscription par l'Etat à l'arsenal conventionnel en général et à la reconnaissance du principe d'universalité des droits de l'Homme en particulier constitue une nouveauté particulièrement importante du point de vue à la fois théorique et pratique. Toutefois, il ressort des dispositions de la Constitution elle-même que l'adhésion à ce principe n'est pas pleine et entière. Le constituant a voulu, consciemment, en limiter légèrement les conséquences (A). En ce sens, Le Maroc est appelé à renforcer le caractère universel des droits fondamentaux dans le droit interne (B).

A. Identité nationale et dispositions de la Constitution :

Pour certains analystes, le nouveau texte n'apporte rien de plus par rapport à l'ancienne Constitution, il souligne un certain nombre de droits, ensuite, il les vide de leur sens, il ya un certain nombre d'ambiguïtés, le préambule souligne son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus, aussi que le Maroc s'engage à « *protéger et promouvoir les dispositions droits humanitaires et contribue à leur développement* », dans Le respect de ce

qu'elle appelle « *Identité national immuable* », ou encore sur « *la base des lois du royaume* » (art. 19).

A cet égard, une lecture de fond permet de relativiser la valeur du droit international au niveau interne. Cette analyse, laisse planer un doute par rapport à moment que la Constitution s'attache à l'universalité des droits de l'homme, elle relativise ces propos en imposant la condition de la compatibilité des engagements internationaux avec les spécificités nationales.

La référence aux particularismes locaux est visible dans le préambule qui précise que le Maroc accorde « *Conventions internationales dument ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays* ». La condition de la compatibilité avec l'identité nationale immuable du pays remet en cause la volonté de se référer à l'universalisme qui caractérise les droits fondamentaux¹.

La confusion par la difficulté à définir l'identité nationale que le préambule n'hésite pas à qualifier dans un autre passage d'unique et indivisible. La conditionnalité de la réception du droit international par le droit interne est visible également dans les dispositions consacrées au principe de l'égalité des sexes (art. 19).

Identité nationale immuable de l'Etat ou constantes du Royaume, deux expressions qui laissent s'exprimer des réserves par rapport à la reconnaissance de l'universalité des droits fondamentaux. Elles laissent la voie ouverte à l'expression des particularismes locaux dont les éléments peuvent être sources différentes.

En réalité l'universalisme ne signifie pas l'uniformité absolue mais seulement qu'en matière de droits fondamentaux il existe les particularismes régionaux permettent une part d'autonomie normative et procédurale. Toutefois, l'évocation de ces particularismes locaux ne peut être en aucun cas un prétexte pour porter atteinte aux droits fondamentaux reconnus universellement².

Les raisons qui expliquent cette prise de position se dégagent nettement du texte de la Constitution. En effet, le Maroc appartient à l'ère arabo-musulmane et berbère et son identité est imprégnée par les percepts de la religion. De ce fait, le principe d'universalité tel qu'il est consacré par les conventions internationales est susceptible d'aller à l'encontre de quelques

¹ Pendant la préparation du projet de Constitution, le Conseil supérieur des oulémas du Maroc a notamment eu des sorties de cette veine. Voir, à ce sujet, « Les oulémas du Royaume appuient le projet de nouvelle Constitution », *Le Matin du Sahara*, 22 juin 2011 : « Un communiqué du Conseil supérieur des oulémas a indiqué mardi que le projet de nouvelle constitution [...] préserve l'identité islamique et les constantes de la nation, qui ne sont pas aux antipodes de l'ouverture et de l'aspiration à l'avenir de façon à mettre le Royaume dans le concert des États démocratiques. Les oulémas ont aussi relevé la consécration par la constitution d'une place distinguée aux conventions internationales et le fait qu'elle ait conditionné leur ratification par le Maroc au respect des dispositions de la constitution et précisément la religion islamique et les lois du royaume ».

² Cf. G. Cohen-JONATHAN, « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre, 2001.

fondements de la religion islamique. Ainsi, le préambule de la Constitution et des lois de Royaume ainsi que le respect de son identité nationale immuable. Autrement dit, toute convention comportant des dispositions contraires à ces principes doit être minutieusement examinée dans la perspective de sa ratification.

Fidèle à cette vision, la Constitution a opté pour la même position s'agissant de l'égalité entre l'homme et la femme. Celle-ci n'est acceptée que lorsqu'elle respecte rigoureusement les dispositions de la Constitution, les constantes et les lois du Royaume (art.19).

La charte suprême nous renseigne sur le contenu de ces principes « *sacro-saints* » en ces termes : « *La nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux affluents multiples, la monarchie constitutionnelle et le choix démocratique* ».

Conclusion :

Généralement, les contradictions et les incompatibilités éventuelles entre les dispositions conventionnelles et l'identité nationale sont secondes pour ne pas dire secondaires et résident dans quelques principes vraiment minimes. On peut, à titre d'exemples, citer les questions controversées liées à la liberté sexuelle, le droit de culte (Changement de religion ; mariage inter- religion) et l'égalité en matière de succession. A part ces domaines-là, le contenu des instruments internationaux des droits de l'homme et les enseignements de la religion se recourent, voire coïncident largement, puisqu'ils visent le bien être de l'homme dans ces différentes dimensions.

Il n'est pas sans intérêt de souligner les efforts constants fournis par le Maroc dans le but d'aligner son droit positif sur les standards internationaux. Le retrait de quelques réserves émises par le gouvernement marocain lors de la ratification de la CEDAW en est l'illustration frappante. En effet, après avoir constaté l'ampleur des réformes introduites dans le corpus législatif lié, notamment aux droits de l'homme, le Roi annoncé, à l'occasion de la célébration du 60^e anniversaire de la DUDH, la levée des réserves précitées : « *en effet, c'est en se prévalant de ces acquis en matière de droits de l'homme que notre pays est parvenu, grâce en soient rendues à Dieu, à harmoniser les législations nationales avec les conventions internationales en la matière. Aussi et, pour conforter ce parcours, annonçons-nous aujourd'hui la levée par le Royaume du Maroc des réserves enregistrées au sujet de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la*

femme, réserves devenues caduques du fait des législations avancées qui ont été adoptées par notre pays ». Trois ans plus tard, cette initiative a été officialisée et rendue publique.

Bibliographie :

-Jean MARIE PONTIER, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2ème édition, Hachette, 2005.

-Théorie générale des droits fondamentaux, LGDJ, 2004.

-Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op.cit., 2001.

-Tarik ZAIR, « Les droits fondamentaux dans la Constitution marocaine », *REMALD*, numéro 108, janvier –février 2013, Série « Thèmes actuels ».

-Jean FLORENCE, « Le statut de la femme marocaine dans la réforme constitutionnelle globale », *REMALD*, série « Thèmes actuelles », n° 77, 2012.

-Art. 23 de la Constitution de 2011.

-Art. 19 de la Constitution de 2011.

-Art. 55 de la Constitution de 2011.

-Art. 161 de la Constitution marocaine de 2011.

-Art. 31 de la Constitution marocaine de 2011.

-Dahir n°1.11.19 du 25 rabii 1432 (1^{er} mars 2011) portant création du Conseil National des Droits de l'Homme, B.O., n°5922 du 27 rabii 1 1432 (3 mars 2011).

-Hamid RBII, « La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution », *REMALD*, numéro double 105-106, juillet, octobre 2012, p. 95.

Thierry RAMBAUD, « La garantie des droits et des libertés dans la Constitution marocaine de 2011 », *REMALD*, série « Thèmes actuels », n°77, 2012.

-Julie COMBE, *la condition de la femme marocaine*, Ed, l'Harmattan, 2001,

-G. Cohen-JONATHAN, « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre, 2001.

- <http://french.china.org.cn/>, Éditions spéciales, Livres blancs.

La protection constitutionnelle du droit à l'éducation en Algérie



SLIMANI LAKHMISSI MAGISTER DROIT CONSTITUTIONNEL

1ERE ANNEE DOCTORAT UNIVERSITE HADJ LAKHDAR- BATNA- ALGERIE

EMAIL : Kamel.slimane@gmail.com

INTRODUCTION :

l'éducation est l'un des droits les plus importants que les conventions internationales désireux et les constitutions intérieur et même les législation quifourni et organisé, et les dispositions contenues dans les conventions internationales, a tenu à donner à ce développement des bonnes proportions constitue la garantie d'être obligatoire à ses débuts et sans un sourire des communes encore avec un résultat en faire un pilier essentiel du développement, dont la pierre angulaire ne peut être conçue sophistication ou Renaissance si elle est précédée par la diffusion de l'éducation et obligatoire pour la mise en place d'une société civilisée prend la tête dans le progrès et l'avancement, et l'éducation est l'un des principaux piliers du développement global et durable, et par conséquent les États dans diverses orientations et les affiliations politiques le travail idéologique de lui donner la légitimité constitutionnelle et la protection juridique. A l'instar de diverses déclarations des droits de l'homme marchait le législateur algérien où les constitutions successives algériens fournis sur ce droit et de lui donner une protection, et a nécessité l'intervention de l'État pour protéger et assurer l'organisation sous de nombreux textes comme les constitutions de la plupart des pays. Pour vérifier le législateur algérien pour assurer la protection du droit à l'éducation.

Les droits de l'enfant sont des prérogatives reconnues par le Droit¹ et qui sont attribuées à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation.² Le droit consacré par le deuxième OMD peut être rangé dans la catégorie des droits de la 2ème génération qui sont les droits économiques, sociaux et culturels. Il s'agit d'un droit qui tend à l'amélioration des conditions matérielles d'existence des citoyens.³

Les deux derniers objectifs, par contre, sont rangés dans les droits de la troisième génération qui sont liés au progrès de la technologie industrielle et de la Communauté Internationale. Ils tendent à assurer une solidarité entre les nations et protéger l'environnement.⁴

L'Unicef considère que jamais autant de dirigeants politiques s'étaient réunis comme ce fut le cas en septembre 2000, au siège de l'ONU, à l'occasion du nouveau millénaire. Cent quatre-vingt-neuf Etats, : « ces objectifs sont quantitatifs et visent à remédier d'ici 2015 à la pauvreté extrême et à la faim,⁵ à la mortalité des enfants et des mères,⁶ à l'amélioration de la santé maternelle,¹⁵ au VIH/SIDA et autres maladies,¹⁶ tout en favorisant l'enseignement primaire universel,⁷ l'égalité des sexes,⁸ la protection de l'environnement⁹ et un partenariat mondial pour le développement.¹⁰ Les OMD, renchéritelle, constituent un cadre d'action pour instaurer le monde de paix, de sécurité, de solidarité et de responsabilités partagées décrit dans la Déclaration du Millénaire ». ¹¹

Poser la question suivante:.

Est-ce que la Constitution protège le droit des citoyens à l'éducation enAlgerie ?

CHAPITRE I : Le concept du droit à l'éducation et sa place en vertu des conventions internationale :

Section I : Le droit à l'éducation dans les chartes et conventions internationales :

Le premier cadre principal pour l'éducation est le Comité de coopération intellectuelle de la Société des Nations, qui a été fondé en 1922 pour diffuser et promouvoir l'activité intellectuelle, n'étaient pas comité activité intellectuelle impliquées dans l'enseignement libre exercice obligatoire, mais représenté l'attention internationale principalement à fournir une coopération intellectuelle et a ouvert la voie à la création de l'UNESCO en Novembre 1945, a solidifié les fondements de l'éducation comme une organisation internationale dans la Déclaration universelle des droits de l'homme en Décembre 10 (1948), qui a donné le droit de chaque être humain à l'éducation et il est obligatoire d'avoir une éducation dans les premiers stades libres et obligatoires et de faire

circuler l'enseignement technique et professionnel, et à faciliter l'acceptation des études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite, et que l'objectif de l'éducation pour le développement intégral de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le développement de la compréhension, la tolérance et l'amitié entre tous les peuples et groupes raciaux et religieux, et de promouvoir les activités des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, en tenant compte que les parents le droit de choisir le genre d'éducation à leurs enfants.

- la Convention contre la discrimination dans l'éducation:

Depuis cet accord délivré par la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture UNESCO le 14 Décembre 1960, à sa onzième session, qui est entré en vigueur le 22 mai 1962, Rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme le principe de non-discrimination et proclame que tout le monde a le droit à l'éducation, et discrimination dans l'éducation est une violation des droits énoncés dans la déclaration, et que parmi les objectifs de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture sous l'objectif de la charte fondatrice de l'établissement de la coopération entre l'Organisation des Nations Unies, afin de promouvoir le respect universel et la jouissance de tous les droits individuels, et l'égalité des chances en matière d'éducation, reconnaissant que le devoir de l'organisation à construire sur elle, et dans le respect de la diversité des systèmes nationaux d'éducation, ne pas être privé de toute forme de discrimination dans l'éducation, mais aussi travailler sur tous l'égalité des chances et de traitement dans le domaine de l'éducation.

- La Déclaration universelle sur «L'éducation pour tous», qui a été publiée au mois de Mars 1990 'Jomtien la Conférence en Thaïlande, qui s'est tenue sous les auspices de l'UNESCO, l'UNICEF, avec le soutien des organisations des Nations Unies Tenir l'assemblée de la communauté internationale à Jomtien, en Thaïlande, pour souligner son engagement à l'éducation universelle à la Conférence mondiale sur l'éducation pour tous, et dans le cadre de l'initiative, qui a abouti à l'(EPT), commis à une large coalition comprend les gouvernements, les organisations non gouvernementales et les organismes de développement, avec six buts visant à la fourniture de l'éducation "à tous les citoyens de toutes les communautés."
- Développer et améliorer les soins dans l'éducation de la petite enfance, notamment des enfants les plus vulnérables.

- Veiller à ce que tous les enfants d'ici à 2015, en particulier les filles et les personnes défavorisées, l'accès gratuit à l'enseignement primaire et de bonne qualité obligatoire.

- Éliminer les disparités entre les sexes dans l'enseignement primaire et secondaire d'ici à 2005 et instaurer l'égalité des sexes dans l'éducation d'ici à 2015.

Section II : Le droit de l'enfant à l'éducation en droit conventionnel.

1. *Le droit de l'enfant à l'éducation en droit international public.*¹²

Loin de faire abstraction de la suprématie des normes juridiques, nous allons partir d'une approche chronologique. Il est question de passer en revue la DUDH et la Déclaration des droits de l'enfant de 1958 (A), avant d'aborder le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 Novembre 1989 (B).

droits de l'enfant de 1959.

Etant donné que, chronologiquement, la DUDH précède la Déclaration de 1959, notre attention se penche tout d'abord à elle.

a. Le droit de l'enfant à l'éducation dans la DUDH.

En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme en vue de combattre l'oppression et la discrimination.

¹³ Le droit international conventionnel ou droit des traités vise tout accord de volontés intervenu entre deux ou plusieurs Etats (sujets du droit international), pour autant au moins que ceux-ci aient entendu s'obliger juridiquement.

¹⁴ Le droit international public est l'ensemble des règles régissant les relations entre les Etats et les autres sujets de la société internationale.

Au lendemain d'une guerre mondiale dévastatrice, qui avait été le théâtre de pires actes de barbarie jamais commis dans l'histoire de l'humanité, la Déclaration universelle énonçait, pour la première fois, de façon détaillée, les droits et les libertés individuels⁴⁴. Pour la première fois également, il a été reconnu à l'échelle internationale que les droits de l'homme et les libertés fondamentales s'appliquaient à tout un chacun et en tout lieu.

L'art. 26, al. 1^{er} du texte sous examen déclare que : « Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est gratuit ».

L'acceptation quasi-universelle de la Déclaration témoigne du succès de cette entreprise. A l'heure actuelle, la Déclaration universelle, fondement de la législation internationale en matière de droits de l'homme, sert de modèle à de nombreux traités et déclarations internationales et est reprise par les constitutions et les lois d'un grand nombre de pays dont la RDC. Point n'est besoin de rappeler qu'elle a été l'inspirateur d'un texte spécifique sur les droits de l'enfant, à savoir la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, dont nous allons aborder dans les lignes ci-dessous.

b. Le droit de l'enfant à l'éducation dans le PIDESC.

L'art. 13, al. 1^{er} prévoit que les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser le plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des nations unies pour le maintien de la paix.

¹⁵ Déclaration des droits de l'enfant de 1959, Préambule, Paragraphe 4

Le 2^{ème} alinéa poursuit que les Etats parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

1. l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible à tous (...)
2. il faut poursuivre activement le développement d'un réseau scolaire à tous les échelons, établir un système adéquat de bourses et améliorer de façon continue les conditions matérielles du personnel enseignant.

Le pacte est renforcé par les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU en 1989.

c. Le droit de l'enfant à l'éducation dans la Convention relative aux droits del'enfant.

L'al. 1^{er} de l'art. 28 dispose que: « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a. ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous (...);

e. ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire ».

Cette Convention souffre de mêmes difficultés liées à l'inexistence d'un Protocole additionnel ou facultatif relatif à la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux culturels.

2. Le droit de l'enfant à l'éducation en droit régional.

Le présent paragraphe passe en revue le droit de l'enfant à l'éducation tel que prévu par le droit régional africain. Il fait allusion à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples (A), et la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant (B).

A. Le droit de l'enfant à l'éducation dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

indissociables des droits économiques, sociaux et culturels tant dans leur conception que dans leur universalité, et que la satisfaction des droits économiques sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques.¹⁶

Faisant allusion au droit de l'enfant à l'éducation, elle prévoit que tout enfant a droit à l'éducation.¹⁷ L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.¹⁸

B. Le droit de l'enfant à l'éducation dans la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant.

L'art. 4, al. 1^{er} de la présente Charte dispose que: « Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt de l'enfant sera la considération primordiale ».

L'art. 11 poursuit que « Tout enfant a droit à l'éducation. Les Etats parties à la présente Charte prennent toutes les mesures appropriées en vue de parvenir à la pleine réalisation de ce droit et, en particulier, ils s'engagent à : fournir un enseignement de base gratuit et obligatoire (...) ».

De ce qui précède, il appert que la faiblesse du droit de l'enfant à l'éducation tel que consacré par les instruments juridiques ci-avant indiqués, réside dans la mise en oeuvre effective de ce droit à caractère programmatoire et à réalisation progressive. Une lecture combinée relève que tous ces textes consacrent l'égalité des chances. Le 1^{er} al. de l'art. 2 du PIDESC prévoit que : « Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationale, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption des mesures législatives »..

Chapitre I I: protection constitutionnelle du droit à l'éducation en Algérie :

Section I : Le droit à l'éducation dans la Constitution de 1963 :

Nous constatons que la première Constitution de l'Algérie a ratifié le 8 Septembre 1963, est la première Constitution de l'Algérie depuis l'indépendance, qui comprend des dispositions qui reconnaissent et confirment des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la maison, à la fois politiques, sociales ou économiques, culturels, et parmi ces droits, le droit à l'éducation; où le texte de l'obligation pour tous, et sans discrimination, gratuitement, ce qui en fait l'un des objectifs fondamentaux de la République démocratique populaire d'Algérie, où il était le texte du quatrième alinéa de l'article X:

-Garantir le droit au travail, à l'éducation, gratuit.

Article 18: l'enseignement obligatoire, et de la culture pour toutes les subventions. Sans distinction d'aucune sorte, sauf ce qui a été causé par la préparation de chaque

individuetlesbesoins du groupe¹⁹

Il est clair que le législateur algérienne prévoit pas expressément le droit à l'éducation, mais les deux premiers textes dans les articles 10 et 18. Une confirmation gratuite, ce qui rend le législateur des objectifs fondamentaux de la République de l'Algérie, qui constitue une des garanties pour la protection de ce droit, et d'autres matières confirmées que prévoit l'enseignement obligatoire, et de donner à tous, sans distinction de sexe, de race ou de religion, ce qui est une garantie d'autres garanties le droit à l'éducation dans la première constitution de l'Algérie indépendante.

Section II : Le droit à l'éducation dans la Constitution de 1976 :

Consacré à la constitution algérienne publiée le 22 Novembre 1976, le sujet des libertés fondamentales et les droits de l'homme dans le quatrième trimestre, qui garantit plus de 25 articles sur les droits de la vie économique, sociale et culturelle.

Comme indiqué dans le texte de l'article 39 que : les garanties de l'État de libertés fondamentales, les droits de l'homme et du citoyen. Et tous les citoyens sont égaux en droit et en devoirs. Article 41 : L'État garantit l'égalité de tous les citoyens, et que la suppression des obstacles d'un développement économique, social et culturel qui limitent effectivement l'égalité entre les citoyens, et entravent l'épanouissement humain, et d'empêcher la participation active de tous les citoyens dans l'organisation politique et économique, social et culturel²⁰. Conformément à l'article 42 de la Constitution garantit les droits de toutes les femmes, y compris les droits culturels et le droit à l'éducation est l'un des plus importants de ces droits comme nous l'avons vu précédemment.

L'article 66 traite du sujet du droit à l'éducation et l'objet de notre étude a été détaillée comme suit :

- Tout citoyen a le droit à l'éducation.
- Gratuité de l'enseignement, qui est obligatoire à l'école primaire dans les conditions prévues par la loi
- L'État doit garantir l'application égale du droit à apprendre.
- État organise un enseignement.
- L'État veille à ce que les portes de l'éducation, la formation professionnelle et de la culture sont également ouverts à tous

De cette manière n'est pas clair combien de consacrer la Constitution algérienne droit à l'éducation pour tous les citoyens, et sa protection et des garanties par gratuitement,, et l'égalité accordée, et ouvert à tous par la confirmation législateur pour assister

à l'état d'être les portes de l'enseignement ouvert également à tous, et organisée par l'Etat.

Section III : Le droit à l'éducation dans la Constitution de 1989 :

Avec l'adoption de la Constitution du 23 Février 1989, la situation a changé, et est devenue une question des droits de l'homme que par le passé, et de la pertinence dans le nouveau système institutionnel. La situation a radicalement changé- pour ainsi dire- avec la Constitution de 1989, a consacré une rupture avec les principes fondamentaux du système institutionnel en Algérie depuis 1962.

Où tracer les paramètres Constitution pour changer le système de gouvernement de la direction socialiste des dispositions économiques et politiques, ainsi que l'abandon d'un système de parti unique en faveur de plusieurs partis, et reçu les droits de l'homme capitalistes de nombreux représentés dans environ 35 articles, en plus du contenu de la Constitution de 1976 des droits et libertés, qui sont cités textuellement à cette Constitution, de nouvelles dispositions relatives aux droits de nature politique, économique et sociale.

Ceci est illustré par les dispositions constitutionnelles qui y sont contenues, et notamment le chapitre IV de la partie I, le droit aux droits et libertés garantis par la Constitution de 1989. Dispositions qui sont au premier plan apparaissent dans le texte définies selon des axes et clair, après l'expression de principe fondamental de l'égalité, il est un technicien de la division des droits de l'homme parmi ceux qui ont traités droits civils et politiques d'une part, et entre les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part

Et bénéficié de la protection du droit à l'éducation, notamment par le texte pour assurer ce droit, gratuitement

l'article 50 :

- Le droit à l'éducation est garanti.
- L'éducation est gratuite, les conditions définies par la loi.
- Obligatoire l'éducation de base.
- Etat organise le système éducatif.

-L'Etat garantit l'égalité d'accès à l'éducation²¹.

Section IV: Le droit à l'éducation dans la Constitution de 1996 :

La Constitution de 1996 a été une réponse aux transformations sociales et politiques, économiques et culturels qui ont eu lieu dans le pays, et quel espace ouvert plus important pour le pluralisme politique et la transition vers une économie de marché, de sorte que les exigences du système de l'éducation pour fournir aux jeunes générations les outils intellectuels, les compétences et les connaissances pour assurer l'harmonie avec le marché du système de développement social et économique, et l'absorption et le déplacement scientifique et technologique connaître le grand développement rapide.

La Constitution de 1996 déclare à l'article 53 des principes généraux du système éducatif en Algérie, à savoir:²²

-Le caractère obligatoire de l'éducation de base pendant neuf ans et unisexe.

-Garantir le droit à l'éducation, gratuitement.

-L'égalité d'accès à l'éducation.

-L'Etat veille à l'organisation du système éducatif.

Si le système éducatif à fournir les meilleures conditions pour la réalisation d'un élevage équilibré permet:

-L'inclusion des valeurs humaines et des principes de l'Islam dans les comportements, les postures et la vie ordinaire.

-Le développement de la langue tamazight, et de travailler à élargir leur éducation.

- Connaissance de l'histoire nationale et l'histoire du mouvement national, et leurs interactions avec l'histoire de l'humanité.

-L'acquisition de la formation de l'aides scientifique, technique et technologique pour développer l'esprit de créativité, et de s'adapter à l'évolution

- Contrôle des langues étrangères pour permettre à l'exploitation de la documentation technique,

CONCLUSION :

L'Algérie depuis le début de l'indépendance correspondant le système juridique relatif à la promotion et la protection des droits de l'homme, avec les contrôles et les normes humanitaires

et les droits de l'homme internationaux, et avec les exigences de la, et les raisons pour et les facteurs et les circonstances entourant la situation socio-économique, politique, nationale, a le texte de la première Constitution de la République de l'Algérie expressément l'adhésion de l'Algérie à l'Déclaration universelle des droits de l'homme, sans réserve, et à condition que toutes les constitutions après les textes des déclarations et conventions et traités internationaux sur les droits de l'homme et ratifié par les autorités constitutionnelles sont supérieures aux textes législatifs, nationaux et droit à l'éducation est un des droits les plus importants en raison de son importance dans la vie de l'individu, la continuité de l'Etat et leur développement économique et culturel stipule constitutions algériennes, et était désireux de profiter le citoyen algérien de ce droit en conformité avec les dispositions des conventions internationales et régionales ratifiées par l'Algérie..

les résultats :

Peut-être le résultat le plus important de nos résultats de notre étude montrent que la question du droit à l'éducation en Algérie des questions et de la stratégie de base; a fondé la plupart des règles du système d'organisation constitutionnelle de la société et de l'Etat depuis l'aube de l'indépendance, et a porté sur les questions de droits de l'homme et de la justice sociale et l'égalité économique, sociaux et culturels, et assuré le système pour confirmer les principes et garantit le processus de mise à niveau et la protection des droits de l'homme en vertu du droit de l'État, adopté des dispositions juridiques visant à réglementer l'exercice du droit à l'éducation comme l'un des droits les plus importants qui devraient être appréciés par le citoyen algérien Quel que soit l'affiliation et le lieu, le sexe, et la promotion et la protection de ce droit à travers gratuit et obligatoire que la démocratie et par le principe de justice et d'égalité des chances.

Suggestions :

Aujourd'hui n'ont plus d'autre choix que de mettre l'éducation au sommet des priorités de l'effort national, et de recruter toutes les forces et les capacités nationales, et de mobiliser tout son potentiel et fait l'objet du droit à l'éducation à l'échelle nationale et stratégique. Les défis sont secrétées par la réalité à la maison et à l'étranger une stratégie de tarification est en mesure d'atteindre les objectifs de l'éducation de la communauté qui assureront l'immunité de la personne, et pour assurer sa place parmi les autres communautés, et ceux qui ont besoin conformément double stratégique: politique et stratégique. Soit il s'agit d'une question politique liée à la politique de l'Etat dans le domaine de l'éducation par la législation qui protège et assure l'éducation.

BIBLIOGRAPHIE :

- ¹ Droit objectif : ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique
- ² Lexique des termes juridiques, *op.cit.*, p. 108.
- ³ T. MUHINDO, *Cours des droits humains et libertés publiques*, UCB, L2 Droit, 2007-2008, Inédit.
- ⁴ Déclaration des droits de l'enfant de 1959, Préambule, Paragraphe 4.
- ⁵ *La Convention de l'ONU relative à l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, 17 décembre 1979 ;*
- ⁶ La Déclaration du millénaire, *adoptée par l'AG de l'ONU, dans sa Résolution* Septembre 2000.
- ⁷ 5ème OMD : Améliorer la santé maternelle.
- ⁸ 6ème OMD : Combattre le VIH/SIDA, le paludisme et les autres maladies.
- ⁹ 2ème OMD : Promouvoir l'éducation primaire pour tous.
- ¹⁰ 3ème OMD : Promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes.
- ¹¹ 7ème OMD : Assurer un environnement durable.
- ¹² CWBCI, *Les Objectifs du millénaire et l'éducation en Afrique*, CWBCI, 2006, p. 32 .
- ¹³ UNICEF, *la Situation des enfants dans le monde*, New York, Unicef, 2005, p. VII.
- ¹⁴ Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, Préambule.
- ¹⁵ UNICEF, *La situation des enfants dans le monde*, 2004, p. 47.
- ¹⁶ UNICEF, Résultats de la 4ème édition de la campagne des inscriptions massives des, scolaire 2007-2008

17 G. CORNU, Vocabulaire juridique, 7ème éd., revue et augmentée avec locutions latines, Paris, PUF, 2005, p. 23

18 Banque Mondiale, op.cit., p.96

¹⁹ Article.18, Constitution ,R.Algerien.dp ,1963.

²⁰ Article.66, Constitution ,R.Algerien.dp ,1976.

²¹ Article.50, Constitution, R.Algerien.dp ,1989.

²² Article.53, Constitution, R.Algerien.dp ,1996.

دراسات وأبحاث بالإنجليزية :

The Role of UN Security Council in Referring International Crimes to the International Criminal Court



Prepared by : Mr. Bouzidi Khalid Maitre-Assistant,

Faculté de droit et de science politique,

Université Abou BekrBelkaid Tlemcen.

Membre dans le laboratoire de droits de l'homme et des libertés fondamentales :

groupe de protection nationale et internationale des droits de l'homme.

Email : bz-khaled@hotmail.com

Introduction :

The relationship between the Security Council and the International Criminal Court organized by the Statute of the Court and the UN Charter, especially Chapter VII, and of the issues that we're talking about in this study, because of the intervention of the Security Council in the activity of the court, which is the dominance of party political organ on the judicial system, at which requires to be independent in the exercise of its functions, because this intervention leads to the politicization of the court¹.

Thus, the problem of the study centered on the practice of the International Criminal Court's jurisdiction to consider the international crimes referred to it by the Security Council under the

1- LAWRENCE MOSS, The UN Security Council and the International Criminal Court, Towards a More Principled Relationship, INTERNATIONAL POLICY ANALYSIS, March 2012, p 2

Statute of the International Criminal Court, where we will try through this study to clarify the role of the Security Council referral to the court and the problems raised by.

On this basis, we note well how important this study, as they relate to the scope of the authority of the UN Security Council to refer the international crimes to the International Criminal Court, where the matter raises some of the problems caused by the occurrence of serious violations of international humanitarian law.

Thus, the problematic of this study centered on the relationship between the Security Council and the ICC? What are the Legal aspects cores of the Statute of the International Criminal Court? What are the Conditions of referrals by the Security Council to the ICC?

To answer this question, we divide this study into two parts:

I- The relationship between the Security Council and the ICC:

II- The legal basis of a Security Council referral to the International Criminal Court

I- The relationship between the Security Council and the ICC:

We will talk mainly about the relationship between the Security Council and the International Criminal Court, for this reason we will divide our study to the following:

- 1- The powers of the Security Council under Chapter VII of the United Nations charters
- 2- Legal aspects core of the Statute of the International Criminal Court

1- The powers of the Security Council under Chapter VII of the United Nations charters

The Chapter VII of the United Nations Charter¹ sets out the UN Security Council's powers to maintain peace. It allows the Council to "determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression" and to take military and nonmilitary action to "restore international peace and security".

These powers are uncertain in the title of Chapter VII, which consists of 13 items, from Article 39 to Article 51, As Article 39 of the Charter provided that(The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and

1-The Charter of the United Nations was signed on 26 June 1945, In San Francisco, at the conclusion of the United Nations Conference on International Organization, and came into force on 24 October 1945

shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security).

Based on the above, and in the event that the Security Council make sure that there is a dispute, may threaten international peace and security, The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

In addition, it Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations¹.

Entitled to the Security Council also under Chapter VII of the Charter, to intervene in any dispute threatens international peace and security, with take a Measures aimed at maintaining peace and security and the suppression of aggression, and that includes the possibility of forming a special international tribunals², examples of:

A-The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) :

The Court was established by Resolution 827 of the United Nations Security Council³, which was passed on 25 May 1993. It has jurisdiction over four clusters of crimes committed on the territory of the former Yugoslavia since 1991: grave breaches of the Geneva Conventions, violations of the laws or customs of war, genocide, and crimes against humanity.

The ICTY was the first war crimes court created by the UN and the first international war crimes tribunal since the Nuremberg and Tokyo tribunals. It was established by the Security Council in accordance with Chapter VII of the UN Charter.

1- Article 41 and 42 of the UN Charter

2- Report of the Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies , 23 August 2004, S/2004/616, p 13

3- Resolution 827, adopted by the security council at its 3217th meeting , on 25 May 1993, S/RES/827 (1993)

The key objective of the ICTY is to try those individuals most responsible for appalling acts such as murder, torture, rape, enslavement, destruction of property and other crimes listed in the Tribunal's Statute. By bringing perpetrators to trial, the ICTY aims to deter future crimes and render justice to thousands of victims and their families, thus contributing to a lasting peace in the former Yugoslavia¹.

B- International Criminal Tribunal for Rwanda:

The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) is an international established in November 1994 by the United Nations Security Council in Resolution 955² in order to judge people responsible for the Rwandan Genocide and other serious violations of international law in Rwanda, or by Rwandan citizens in nearby states, between 1 January and 31 December 1994.

The tribunal has jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes, which are defined as violations of Common Article Three and Additional Protocol II of the Geneva Conventions (dealing with war crimes committed during internal conflicts).

So far, the tribunal has finished 50 trials and convicted 29 accused persons. Another 11 trials are in progress. 14 individuals are awaiting trial in detention; but the prosecutor intends to transfer 5 to national jurisdiction for trial. 13 others are still at large, some suspected to be dead. The first trial, of Jean-Paul Akayesu, began in 1997. Jean Kambanda, interim Prime Minister, pleaded guilty. According to the ICTR's Completion Strategy, in accordance with Security Council Resolution 1503, all first-instance cases were to have completed trial by the end of 2008 (this date was later extended to the end of 2009) and all work is to be completed by 2010. It has recently been discussed that these goals may not be realistic and is likely to change. The United Nations Security Council called upon the tribunal to finish its work by 31 December 2014 to prepare for its closure and transfer of its responsibilities to the International Residual

1- André Klip, Göran Sluete, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2001-2002, Intersentia NV, 2005, p 1002

2- RESOLUTION 955 (1994), Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting on 8 November 1994, S/RES/955 (1994)

Mechanism for Criminal Tribunals which will begin functioning for the ICTR branch on 1 July 2012¹.

2- Legal aspects core of the Statute of the International Criminal Court :

The International Criminal Court (ICC or ICCT) is a permanent international tribunal to prosecute individuals for genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression (although jurisdiction for the crime of aggression will not be awakened until 2017 at the earliest).

The ICC was created by the Rome Statute which came into force on 1 July 2002². The Court has established itself in The Hague, Netherlands, but its proceedings may take place anywhere. It is intended to complement existing national judicial systems, and may only exercise its jurisdiction when national courts are unwilling or unable to investigate or prosecute such crimes³.

A- The characteristics of the Statute of the International Criminal Court :

The characteristics of the Statute of the International Criminal Court, are many and varied, we can be summarized in the following points:

- 1- The Rome Statute of the International Criminal Court (often referred to as the International Criminal Court Statute or the Rome Statute) is the treaty that established the International Criminal Court (ICC). It was adopted at a diplomatic conference in Rome on 17 July 1998 and it entered into force on 1 July 2002. As of 1 May 2013, 122 states

1- Lilian A. BARRIA AND STEVEN D.ROPER, How Effective are International Criminal Tribunal, Analysis of the ICTY and the ICTR, The international Journal of Human Rights, Vol.9, 2005, p 349-350

2- The Rome Statute circulated as document A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002.

3- Currently, 122 states are states parties to the Statute of the Court, including all of South America, nearly all of Europe, most of Oceania and roughly half the countries in Africa. A further 31 countries, including Russia, have signed but not ratified the Rome Statute. The law of treaties obliges these states to refrain from "acts which would defeat the object and purpose" of the treaty until they declare they do not intend to become a party to the treaty Three of these states—Israel, Sudan and the United States—have informed the UN Secretary General that they no longer intend to become states parties and, as such, have no legal obligations arising from their former representatives' signature of the Statute. Flavia Lattanzi, W. A. Schabas, William Schabas, Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Volume 2 , Editrice il Sirente, 2004, p 31

will be party to the statute. Among other things, the statute establishes the court's functions, jurisdiction and structure.

- 2- The reservations to the Statute of the International Criminal Court prohibited in accordance with Article 120, which provides that (No reservations may be made to this Statute). But Notwithstanding article 12, paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time¹.
- 3- It is known that any international treaty can arise between the parties some conflicts, regarding the application or interpretation of the treaty, and therefore it is necessary to address these issues, via text on how to solve it.

For this reason, we find that the statute of the International Criminal Court has been stated in Article 119, on several ways to resolve such disputes. Can be summarized as follows:

- Any dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.
- Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court².

1- Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, 2000, p 108

2- Article 119 of the Statute of the International Criminal Court

B- The legal principles that govern the work of the International Criminal Court :

Must be on the court when her trial for someone to take account of a number of principles is:

-The principle of complementarity :

The complementarity principle on which the international criminal court (ICC) is based entails that the ICC can only investigate and prosecute core international crimes when national jurisdictions are unable or unwilling to do so genuinely¹. The principle reflects a realization that it is preferable that such crimes are investigated and prosecuted in the country where they occurred. It was created as an admissibility principle of the ICC. Universal jurisdiction, on the other hand, is a jurisdictional basis of last resort which many national criminal justice systems provide for, when core international crimes cannot be prosecuted on the basis of the principle of territoriality (in the state where the crimes occurred), active nationality (in the state of the alleged perpetrator) or passive nationality (in the state of the victim). In its pure form, universal jurisdiction enables prosecution of core international crimes committed in a foreign state, by a foreign citizen, against foreign victims, when neither has a personal link to the forum state².

However, Article 20 paragraph 3 provides for the possibility of trying the International Criminal Court to prosecute someone tried by another court in two cases:

- (a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or
- (b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

1- The principle of complementarity is the corner stone for the operation of the International Criminal Court (ICC). It organizes the functional relationship between domestic courts and the ICC. Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, BRILL, 2008, p 157-158

2- Article 17 and 19 of the Statute of the International Criminal Court

- The principle of international cooperation :

States Parties shall, in accordance with the provisions of the Statute of the International Criminal Court, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court¹.

For this purpose the States parties to comply with requests by the Court to provide the following assistance in relation to investigations or prosecutions, the identification and whereabouts of persons or the location of items; The taking of evidence, including testimony under oath, and the production of evidence, including expert opinions and reports necessary to the Court; The questioning of any person being investigated or prosecuted; The service of documents, including judicial documents; Facilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court; The examination of places or sites, including the exhumation and examination of grave sites ; The identification, tracing and freezing or seizure of proceeds, property and assets and instrumentalities of crimes for the purpose of eventual forfeiture, without prejudice to the rights of bona fide third parties; and Any other type of assistance which is not prohibited by the law of the requested State, with a view to facilitating the investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court².

II- The legal basis of a Security Council referral to the International Criminal Court :

Here we will talk to the terms of Security Council referral to the International Criminal Court. For it and to realize these facts we divided our study into two parts:

- 1- The reasons for granting the right of referral to the Security Council
- 2- Conditions of referrals by the Security Council to the ICC

1-The reasons for granting the right of referral to the Security Council :

Sitting at the crossroads of international diplomacy and justice, the ICC was described by one participant as being 'shaped as much by crude politics as by philosopher kings'. This position in which the ICC can be found makes the issue of its legitimacy as a judicial institution based upon the rule of law particularly acute. This is not assisted by the deeply political nature of the Security Council, and the manner it arrives at decisions, which sit uncomfortably with

1- Article 86 of the Statute of the International Criminal Court

2- Article 93 of the Statute of the International Criminal Court

the expectations of certainty, predictability, and impartiality that are associated with the rule of law¹.

The ICC's jurisdictional regime is on the one hand derived from the consent of states; in order for the ICC to exercise jurisdiction, the state in whose territory a crime was committed or the state whose national committed the crime must be party to the Rome Statute of the ICC or have accepted its ad hoc jurisdiction. In addition, Article 13(b) of the Rome Statute enables the Court to exercise jurisdiction in circumstances in which the UN Security Council has referred a situation to the Court when using its powers under Chapter VII of the UN Charter .

Article 13(b) was the product of a negotiation that sought to delimit the appropriate relationship between a permanent international criminal court and the UN Security Council, the latter being the primary organ responsible for the maintenance of international peace and security. Article 13(b), in conjunction with Article 16 (discussed in section 3, below), sought to reconcile the concerns of those who wished to establish a permanent and independent international criminal court, a tribunal independent from the politics of the Security Council, and those on the other hand who sought to establish the court subject to the control of the Security Council. The formulation ultimately adopted concerning the powers of referral reasserts the judicial independence of the Court and, at the same time, it recognizes the responsibilities of the Security Council on matters of international peace and security and the relationship between the core crimes (those under the jurisdiction of the ICC) and threats to international peace .

Already, and despite the initial resistance of some permanent members of the Security Council to the ICC, within the first decade of the Court's existence, the Security Council has referred two situations to the Court, the first, the referral of the situation in Darfur, Sudan in 2005², and the second, the situation in Libya, in 2011. As of 16 March 2012, the investigations of the ICC Prosecutor concerning those referrals have led to the publicly known issuance of four

1- International Law Meeting Summary, with Parliamentarians for Global Action, The UN Security Council and the International Criminal Court, Rapporteurs Hemi Mistry, Deborah Ruiz Verduzco, 16 March 2012, p3. <http://www.pgaction.org/pdf/activity/Chatham-ICC-SC.pdf>

2- UN Doc S/Res/1593 (31 March 2005), adopted by vote, 11 in favour, none against, and 4 abstentions (Algeria, Brazil, China and the USA)

warrants of arrest and three summonses to appear in relation to the situation in Darfur, and of three warrants of arrest in relation to the situation in Libya¹.

2- Conditions of referrals by the Security Council to the ICC

When the Security Council refers a case to the Prosecutor of the International Criminal Court, it is acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, as stipulated in Article 13 of the Statute of the International Criminal Court².

On this basis, the decision of the Security Council to refer the case to the International Criminal Court, under Chapter VII of the Charter of the United Nations is part of the measures taken by the Security Council in order to maintain international peace and security.

Article 13 (b) of the Rome statute provides that the Security Council may refer a situation to the ICC. The main purpose, of course, is to make the ICC available to the Council to investigate situations posing a threat to international peace and Security. Additionally, it potentially enlarges the jurisdiction of the Court by allowing the Council to refer situations in states that are members of the UN but not parties to the Rome statute.

Referrals are subject to certain conditions specified in the Rome Statute and the RPR. The Court may not pursue a referral relating to human rights or humanitarian law violations unless those violations relate to crimes falling within its jurisdiction. The Council cannot refer a specific case or crime to the Court: it must refer a situation. It then falls to the Court to determine if the situation should be investigated and which statutes crimes are to be prosecuted. This formulation provides the option of referral by the Council yet preserves the independence of the Court. The Council can make its referral retroactive to the date of request. However, crimes committed before the entry into force of the Rome Statute (July 1, 2012) fall outside the jurisdiction of the Court. Last, the Council must make the referral in writing, acting under Chapter VII of the UN Charter.

The Rome statute, the RPE, and the relationship agreement envisage a complex, cooperative relationship between the ICC and the Security Council in how a Council referral is addressed. Provisions exist for the prosecutor and the pretrial chamber to request additional information or clarification as to the nature of the referral. There is also an obligation for the prosecutor to

1- UN Doc S/Res/1970 (26 February 2011), adopted by unanimous vote in favour

2- Article 13 of the Statute of the International Criminal Court

inform the Council of his/her intention not to proceed with an investigation, and a right of the Council to request a Court reviews of that the decision. The relationship is founded on the independence of the Court as a juridical institution while recognizing the primary responsibility of the Security Council in maintaining international peace and security and the important role international justice can play in that regard¹.

The Rome of statue provides extensive safeguards, which allow states and accused the ability to challenge the jurisdiction and admissibility of any proceeding. The procedural opportunities to challenges, when the Court is dealing with a Security Council referral, are more limited but not completely absent. Some jurisdictional challenges are unavailable, such as arguing that the state in which the crimes occurred was not a party to the Rome statute. However, a state or an accused is arguably still able to make a complementarity challenge, to the effect that a state is already investigating or prosecuting the same situation. Although the Council could, in its referral decision, seek to preclude this possibility by determining that the state in question is genuinely unwilling or unable to investigate or prosecute a case, any such determination would not be binding on the Court. If the latter is satisfied that the state in question was genuine its efforts to investigate and prosecute the Court can ignore the wishes of the Council and decline to assume jurisdiction in the case or situation.

Conclusion :

Through our study on the subject of The Role of UN Security Council in Referring International Crimes to the International Criminal Court, it can be concluded that:

- The Security Council is an institution with particular importance ,other than the rest of United Nations institution. This importance stems from the it crimes coming from the organization itself and the broad powers authority conferred to him.
- The statute shows that the primary responsibility to investigate and punish mentioned in the state is the responsibility of the party states and the role of the court is complementary in international crimes.
- The lawsuit by the Security Council could have some positive effects on its work such as more access to information and to evidence. The referral of the Security Council authority is based upon Chapter VII of the Charter of the United Nations, and that the state is a member in this global organization is sufficient.

1- David Malone, the UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century, Lynne Rienner Publishers, 2004, p 288

Through our findings we can mention some of the recommendations are as follows:

- The States who are Parties in the Rome Statute have a charter to refer to when referral to the court such as charter of the UN's that gives the right to maintain in the international peace and security to the UN security council.
- The International Criminal Court to be given the right of precedence and priority over national courts, Where there is no national judicial independent and impartial system, Which are formed after event of coups and revolutions, as had happened in Libya. Form an international global opinion aiming at impunity or to appear in the presence the International Criminal Court to enhance the role of the court.

Bibliography :

- o Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, 2000
- o André Klip, Göran Sluiter, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2001-2002, Intersentia NV, 2005
- o David Malone, the UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century, Lynne Rienner Publishers, 2004
- o Flavia Lattanzi, W. A. Schabas, William Schabas, Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Volume 2 , Editrice il Sirente, 2004, p 31
- o LAWRENCE MOSS, The UN Security Council and the International Criminal Court, Towards a More Principled Relationship, INTERNATIONAL POLICY ANALYSIS, March 2012
- o Lilian A. BARRIA AND STEVEN D. ROPER, How Effective are International Criminal Tribunal, Analysis of the ICTY and the ICTR, The international Journal of Human Rights, Vol.9, 2005
- o Mohamed M. El Zeidy, The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice, BRILL, 2008
- o The Charter of the United Nations was signed on 26 June 1945, In San Francisco, at the conclusion of the United Nations Conference on International Organization, and came into
- o Resolution 827, adopted by the security council at its 3217th meeting , on 25 May 1993, S/RES/827 (1993)
- o Report of the Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies , 23 August 2004, S/2004/616
- o RESOLUTION 955 (1994), Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting on 8 November 1994, S/RES/955 (1994)
- o The Rome Statute circulated as document A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002
- o International Law Meeting Summary, with Parliamentarians for Global Action, The UN Security Council and the International Criminal Court, Rapporteurs Hemi Mistry., Deborah Ruiz Verduzco., 16 March 2012 <http://www.pgaction.org/pdf/activity/Chatham-ICC-SC.pdf>
- o UN Doc S/Res/1593 (31 March 2005), adopted by vote, 11 in favour, none against, and 4 abstentions (Algeria, Brazil, China and the USA)
- o UN Doc S/Res/1970 (26 February 2011), adopted by unanimous vote in favour.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615